תלמוד בבלי · אחרונים

שערי תורה חלק א

רבי בנימין וולף לב

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שערי תורה חלק א

רבי בנימין וולף לב

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/שערי-תורה-חלק-א/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 4
כלל א 7
כלל ב 61
כלל ג 109
כלל ד 196
כלל ה 309
כלל ו 393
כלל ז 403
כלל ח 453
כלל ט 468
כלל י 488
כלל יא 496
כלל יב 503
כלל יג 507
כלל יד 534
כלל טו 546
כלל טז 557
כלל יז 598
כלל יח 613
כלל יט 659
כלל כ 685
כלל כא 701
כלל כב 716
כלל כג 732
כלל כד 742

הקדמה

אודה לה' בכל לבב בסוד ישרים כעל כל אשר גמלני ברחמיו וברוב חסדיו והפליא חסדו הגדול עמדי אשר שם חלקי מחובשי ביהמ"ד וסבלתי עלי עול תורה מעודי ועד היום הזה וכאשר ירדתי אל הים התלמוד ללקט מפניני אמרים אמרות טהורות מזוקקים שבעתים ראיתי ענינים מפוזרים אשר מהנמנע לעמוד על תכליתן עד אחרי העיון בכל המקומות וכן ראיתי בדברי הפוסקים וש"ות ראשונים ואחרונים ענינים מפוזרים והיות כי כעת בעו"ה גברה השכחה ראיתי כי טוב לקבוץ הענינים שיהי' לאחדים בידי ורשמתי אותן לי לזכרון וכאשר החלותי במלאכה הזאת מצאתי דאתי לידי במקומות רבות אשר דברי רבותינו הקדושים נראין כסותרין וצריכין עיון רב לחלק בסברות דקות העיון בדרך אשר דרכו רבותינו גדולי הראשונים אשר המה לנו לעינים ובאורם נראה אור כי יהל וידעתי גם ידעתי כי מלאכה זאת כבידה לפני אנוש כמוני היום כי ידעתי את מך ערכי ערך קטן עלי אך תמכתי יתדותי על דברי רז"ל שאמרו יגעתי ולא מצאתי אל תאמין והחלש יאמר גיבור אני לאזור כגיבור חלציו ללחום במלחמתה של תורה ומן השמים הסכימו על ידי ובסייעתא דשמיא עלתה בידי בהרבה הלכות גדולת שבש"ס ופוסקים לקבץ הענינים הנפזרים ולסדר בסדר יפה אף נעים ולברר הדברים כאפר עיני המעיין לנוכח יביטו בספרי אשר כתבתי וע"י כן נתחוורו אצלי ענינים רבים לדעת מוצאן ומובאן ויגעתי ומצאתי ת"ל יתברך חידושים רבים בדברים הנוגעים לגופי הלכות ולהבין אמרי בינה דברי חכמים אשר המה כדרבונות וכמסמרות נטועים ועיקר לימודי הי' לאסוקי שמעתתא אליבא דהילכתא ולא סמכתי על דעתי כי הרבה ענינים אמרתי לפני גדולי חכמי דורינו נרם יאיר בעל פה ובכתב, וזהו יותר משמנה עשר שנה אשר נתנו לי הרבנים הגאונים חכמי הזמן ממדינת פולין הסכמות להדפיס דברים אשר חנני אלקים ואולם מחמת כי הייתי אז צעיר לימים יראתי משגיאה העלול בטבע לרך בשנים אמרתי אל לבי עת לחשות עד שיאריך ה' ימי ואבוא לימי בינה כמארז"ל בן ארבעים לבינה אחזור על לימודי היטב ולעשות מהדורא בתרא כדי שיהי' הדברים מזוקקים וזהו כארבעה שנים שת"ל באתי לימי ארבעים לבינה נתתי אל לבי לקיים דברי חז"ל שאמרו אם למדת תורה הרבה אל תחזיק טובה לעצמך כי לכך נוצרת ופירשו חז"ל הכוונה אל תחזיק הטובה אשר עשה עמך הבורא יתב"ש ללמדך דעה ובינה רק לעצמך אך תראה שיפוצו מעיינותך חוצה כי לכך נוצרת ללמוד וללמד לאחרים ובשגם כי תועלת גדול לאדם בעת אשר יבואו ימי הפקודה שזכרונו לא ימוש בקרב הארץ כמארז"ל כל האומר דבר הלכה וגו' וכאשר ביקש אדוננו המלך החסיד דע"ה אגורה באהלך עולמים ואף כי כעת בעו"ה

האמת נעדרת ורבו המלעיגי' על המחברים ודוברים עתק ורבים אשר עבר עליהם רוח קנאה ומטילים מום בקדשים כבר נודע מ"ש רמב"ם ז"ל בספרו מורה נבוכים וז"ל, ולא ימצא תחבולה ללמד עלי' האמת שבא עלי' המופת אלא כשיאות לאחד מעולה ולא יאות לעשרת אלפים סכלים אני בוחר לאמרו לעצמו ולא ארגיש בגנות עם הרב ההוא וארצה להציל המעולה האחד ההוא ממה שנשקע בו עכ"ל ובאמת כי רואה אני שחיבורי זה יהי' תועלת גם לאנשים שאין צריכים לגמרא וסברא דידי וגם לגדולים מערכי כי ימצאו דברים מבוררים בלי טורח ויגיעה ולא יצטרכו לבלות זמן בחיפוש ועיון ועל ידי זה יגדיל תורה ויאדיר, והאמנם כי לא הי' לאל ידי להביא לדפוס בכרך אחד את כל הענינים אשר סדרתי על סדר הלז כי הוצאת הדפוס רבה היא כעת ודפסתי מועט קמא קמא דמטי לידי עד ירחיב ה' את גבולי ויהי' לאל ידי להביא במכבש הדפוס החלקים הנשארים תחת ידי, ומעתה אני מודיע להקורא מי שירצה לעיין בחיבורי שדרך החיבור שפרט ראשון הוא מקור לכל הפרטים שיבואו אחריו ואי אפשר להבין כי אם כשיראה הענין כסדר ובארתי בפרט הראשון היסוד אשר בנוי עליו הכלל באריכות כדי להקל על המעיין שיבין היטב ובגוף הפלפול סמכתי בהרבה מקומות על המעיין במקומות שרמזתי כי לא הי' בכחי לברר הכל באריכות וגם כתבתי בסוף החיבור קצת דרשות ומילי דאגדתא כדי שיהי' חיבורי הלז שוה לכל נפש אף להאנשים הטרודים על המחי' ועל הכלכלה ואין להם פנאי לעמוד על העיון בש"ס ופוסקים וקראתי שם חיבור זה בשם שערי תורה כי ידעתי שעדיין לא הגעתי לירד אל עומק הענינים כי המה כמים שאין להם סוף עמוק עמוק מי ימצאנו וכל דברי אינם אלא כמו תרעא לדרתא ולהקל על המעיינים וזה השער אשר ילכו בו לירד לעומק הלכה הליכות עולם וגם נרמז בו שם כבוד אאמ"ו הרב הגאון הגדול מ"ו אלעזר נר"י, ולהבדיל בין החיים למתים אמי מורתי הרבנית הצדקית המפורסמת מרת יטלה נ"ע בת אא"ז הרבני המופלג שלשלת היוחסין המפורסים מוהר"ר יואל זצ"ל בהמנוח המפורסם אביר הרועים מו"ה יצחק זצ"ל חתן הגאון הגדול מוהר"ר ארי' ליב זצ"ל האב"ד דק"ק אמשטרדם בעמ"ס גור ארי' נכד לרבותינו הקדושים אשר בארץ החיים המה בעל בית חדש ותורת חיים ועל המספר החשבון מדויק, וכן נרמז במספר קטן שם כבוד חמי הרב המאור הגדול המפורסם שר ונגיד בישראל מ"ו יצחק אייזק זצ"ל האב"ד ק"ק אושפציין והגליל ונאמן ארבע ארצות דמדינת פולין וחמותי הרבנית הצדקית המפורסמת מ' חי' נ"ע בת הגאון החסיד אמיתי מ"ו לעמיל זצ"ל בהגאון הגדול בדורו מ"ו משה שמואל אהרן הכהן זצ"ל אשר הי' ממשפחת רם ונשא משפחה מיוחסת שבישראל ומגזע הגאון אור עולם המפורסים מו"ה העשיל זצ"ל והגאון אור עולם המפורסם בעל

מגיני שלמה זצ"ל וכמו כן נרמז במ"ק שמי ושם אשתי הרבנית הצדקית המפורסמת מרת פיגלא תחי', ובקשתי מהמעיין שלא יהי' נבהל להשיב וישים עיונו היטב בכל המקומות שהבאתי אף אם לפום רהיטא ידמה בדעתו שאין הדמיון עולה יפה אולי לאחר העיון יראה שדברי נכונים כי גם אנכי לא אמרתי בחפזי אך שקלתי הדברים במאזני השכל ובעיון רב הדק היטב ואם אחר העיון ידמה לו איזה שגיאה בדבריו יגדיל נא חסדו עמדי שיעיר אזני בזה אולי אמצא התנצלות לדברי ואם לא יהי' זה שכרו שיעמדני על האמת ואודה ולא אבוש מלומר ברם הדברים שאמרתי לפניכם טעות היא בידי וכך היא דרכה של תורה זה בונה וזה סותר, ומעתה כפי פרושות השמימה שלא אכשל ח"ו בדבר הלכה ודברי תורה לא ימושו מפי ומפי זרעי וזרע זרעי מעתה ועד עולם הכ"ד אסקופה הנדרסת לפני תלמידי חכמים:

הק' ב' וואלף ב"הגאון המפורסם מ"ו אלעזר נר"י חבק"ק קאללין יע"א:

ברכות תעלה על ראש כבוד אאמ"ו הגאון המפורסם מ"ו אלעזר נר"י אשר להורות נתן בלבי והורני דרך זו אלך ואסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא זכרה לו אלהי לטובה ויתחדש כנשר נעוריו ויראה חיים עם אשה יראת ה' היא תתהלל ה"ה א"ח הרבנית הצדקית המפורסמת מ' אסתר תי' בת ש"ב כבוד הרב הגאון הגדול המפורסים מוהר"ר אברהם אבלי זצ"ל בעמ"ס כתר כהונה נכד לרבינו הגדול הש"ך ז"ל ע"ש אחיי ואחותיי שי' ותי' וגיסיי הרבנים נרם יאיר ה' יאריך ימיהם ושנותיהם בברכה המשולשת בתורה זו משלי וה' יוסף להם ברכה אלף פעמים ככה אמן:

מנשים באוהל תבורך כמה טובה אשה טובה שהכותב משבחה ה"ה זוגתי הרבנית הצדקית המפורסמת מ' פיגלא תי' אשר מקורה ממשפחה המיוחסת שבישראל ומצד אמה היא ממשפחת כהנא שפירא המפורסמים לשבח והיא משגיחה עלי ביתר שאת כדי שאוכל ללמוד כאשר עם לבבי והני נשי במה קא זכיין כו':

והברכה אחת היא להבנים בני הנחמדים מפז ה"ה בני הבחור המשכיל כ' ירמי' שי' לאורך ימים טובים ובני הילד החכם יואל נתן שי' לאוי"ט ובנותיי שתי' וחתניי ה"ה הרב המא"הג החריף ובקי ע"ו ליב נר"י וה"ה הרבני המופלג המושלם במעלות ומדות גמיר וסביר החרוץ מ"ו אלעזר נר"י ע"ש נשותיהם בתי הרבנית הצנועה מ' יטלה תי' לאי"ט ובתי הצנועה המהוללה מ' מלכה תי' לאי"ט וצאצאיהם כן יפקוד ה' לטובה ויאריכו ימיהם בטוב ובנעימים בברכה המשולשת בתורה ודברי תורה לא ימושו מפינו ומפי זרענו וזרע זרענו מעתה ועד עולם אמן:

וכן יעמדו על הברכה כבוד גיסי הרבני המופלג הנגיד המפורסם מוהר"ר בערוש נר"י וכבוד דודי הרבני הנגיד המפורסים שלשלת היוחסין מהר"ר יהושע נר"י אשר היו בעוזרי ובסומכי לבל יעצרוני הילדי הזמן מהגות לבי תבונות אתה ה' תשמרם ותוסיף על ימיהם ויזכו לכל טוב בזה ובבא אמן:

ושהי' בכלל ויצא מן הכלל לפרט ולקבוע לו ברכה בפני עצמו ה"ה אחי ידידי וחביבי הרבני המופלא ומופלג החרוץ ושנון הנגיד והקצין מוהר"ר יחיאל מיכל שי' אשר הטיב עמי ועזרני בסיוע שיש בו ממש להביא ספרי לבית הדפוס וכמו כן חותנו הנגיד והקצין ירא אלקים מ"ו ישראל גלייטמאן וגיסו ושותפו הנגיד ירא אלקים מ"ו משה נר"י עזרני כדי שספרי יצא לאורה יה"ר שיברכו בברכות הכתובים בתורה ובמשנה תורה וימלא ה' משאלותם לטובה ויזכה לראית בנים ובני בנים עוסקים בתורה ובמצות אמן:

הטיבה ה' לטובים ולישרים בלבותם ה"ה כבוד אלופים המסובלים בתורה ובמצות ובמעשים טובים נגידים וקצינים, ומופלגים בתורה ויחידי סג לה דק"ק קאללין כולם בכלל ובפרט אשר זה זמן מרובה שאנוכי חוסה בצילם להיות להם לרב ומורה וכל מחסורי עליהם והמה מן המחזיקים את ידי שאוכל ללמד יברכו בברכת שמים ממעל בברכה המשולשת בתורה ובימיהם יושע יהודה וירושלים אמן:

הוגה בעיון נמרץ על ידי בעל מגיה אצל האדון המדפיס אנטאן שטרויס ה"ה התורני המופלג המושלם במעלות מוהר"ר אהרן פאללאק העוסק במלאכת הקודש באמונה ישלם ה' פעלו ותהי משכורתו שלמה מעם ה' אלהי ישראל:

מודעא

מודעא זו ניתנה לכתוב לכל הקורא בספרי שום לשון שמץ גנאי על עכ"ום גוים כותים נכרים וכדומה חלילה לחשוב מחשבת חוץ שיהי' הכוונה על האומות אשר אנחנו חוסים בצילם רק הכונה על האומות הקדמונים שהי' מאמינים בכוכבים ומזלות כמ"ש רמב"ם ז"ל אבל האומות אשר בזמנינו הם מאמינים בהשגחת הבורא יתברך שמו ומטיבים עמנו ביתר שאת ונותני' לכו מחי' בארץ חלילה לנו להיות כפוי טובה ולהטיל ח"ו שמץ ודופי וכבר ארז"ל חסידי אומות העולם יש להם חלק עולם הבא ואומות שאנו חוסים בצילם מקיימים השבע מצות ואדרבא מצוה וחובה עלינו להתפלל בשלומם ושלום המלכות:

כלל א

יבואר דין הודאת בע"ד בממונא ובו ט פרטים

פרט א

יבואר מקורו, וחקירה אי אתיא מקרא או מסברא:

א תניא בתוספתא במס' בבא מציעא בפרק א' הודאת בעל דין כמאה עדים דמי והובא במס' גיטין דף ס"ד ע"א וברי"ף ור"אש ומרדכי בב"מ שם, ובש"ך ח"מ סימן פ"א ס"ק נ"ו וכן איתא בב"מ דף ג' ובכמה דוכתי ומוכח בש"ס שבועות דף מ"א ע"ב אפילו אם עדים מכחישים אותו נאמן הוא לחובתו יותר מהם, דקיי"ל כרבא שם כמ"ש הרי"ף והר"אש והרמב"ם בפ"ו מטוען הלכה ג' וטור וש"ע ח"מ סימן ע"ט ס"א ואפילו אביי מודה בעלמא לרבא ושאני התם דלא הוי הודאה ממש כיון שבא לפטור עצמו, ובע"כ צ"ל אף דאיתא בש"ס הודאת בעל דין כמאה עדים, ובעדים אמרינן תרי כמאה כמ"ש התוס' במס' יבמות דף פ"ח ע"א וכתיבות דף כ"ב ע"א ד"ה תרי ותרי ורמב"ם בפרק י"ח מהלכות עדות הלכה ג' (ועיין מה שכתב בש"ות שבות יעקב ח"א סימן קכ"ה ובסמ"ע ח"מ סימן כ"ח ס"ק כ"ב ובש"ות הנ"ל סימן קמ"ז) מ"מ הוא לאו דוקא ולישנא בעלמא נקטי ואולם הרמ"א בח"מ סימן ע"ט ס"א דקדק וכתב שהודאתו יותר ממאה עדים, וכוונתו דבעלמא אמרינן תרי כמאה וכדי להורות שהודאתו עדיף מעדים תפס לשון יותר ממאה עדים ועיין מה שכתב הסמ"ע שם ובמס' כריתות דף י"ב ע"א ופשוט דמאה ואלף שווין ומה שאמרו תרי כמאה נקטו לשון המשנה מס' מכות דף ה' ע"ב ועיין ש"ות נודע ביהודא מה"ק חלק א"העז סימן ס"ה וא"כ הודאתו עדיף אפילו מהרבה עדים. ויש לחקור ולברר מאיזה טעם מהני הודאתו יותר מעדים ומצאתי בזה שלשה שיטות:

שיטה א רבינו הגדול רש"י ז"ל כתב במס' קידושין דף ס"ה ע"א דהוא מגזרת הכתוב דשם סובר רב כהנא המקדש בעד אחד אין חוששין לקדושין אפילו שניהם מודים וא"ל רב אשי מאי דעתך דילפת דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים אף כאן, וא"ל התם לא קא מחייבא לאחרינא הכא קא מחייבא לאחרינא פי' רש"י בד"ה הודאת דכתיב שמות כ"ב) אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאתו יע"ש:

שיטה ב בתשב"ץ ח"א ענין ע"ד כתב וז"ל שגזרת המלך הוא להיות דבר שבממון בשני עדים או בהודאת פיהם שהוא כמאה עדים מגו דאי בעי יהיב, או מפני טעם אחר, או מגזירת המלך ג"כ דילפינן מכי הוא זה וכדפי' רש"י בפ' האומר יע"ש, וא"כ לטעם הראשון אתיא מכח סברא מטעם מגו דאי בעי יהיב:

שיטה ג למדנו מתוך דברי ש"ות מהר"י בן לב סוף כלל ג' במה שהאריך ליתן טעם בהא דקיי"ל דנוטל שכר להעיד פסול רק מדרבנן כמ"ש הרמב"ן הביאו הר"ן במס' קידושין סוף פ"ב דקשה לי' אמאי לא נפסל מדאורייתא מטעם דהוי נוגע בעדות דלמא ישקר

בעדותו להרויח ממון וכתב ע"ז ב' דרכים, דרך ראשון מה שנוגע פסול מן התורה לא הוי מטעם דלמא מצד הנאה ישקר, רק כמו שקרובים פסולים להעיד דהטעם משום גז"הכ בין לזכות ובין לחובה כ"כ נוגע פסול מדאורייתא מגז"הכ דפסול הקרובים, שאדם קרוב אצל עצמו ומש"ה אין אדם משים עצמו רשע אלא בדבר שבממון הוא דנאמן כמ"ש הודאת בע"ד כמאה עדים דמי והרי נראה כיון דקרוב פסול אפי' לעדות חיוב ראוי' לומר מה"ט להוי אדם קרוב אצל עצמו לחיוב עצמו אלא יראה לפ"ז דמה שהוא חייב הוא מטעם מתנה ולפ"ז בנוטל שכר להעיד אפילו נוטל שכר הרבה כשר מדאורייתא דלא הוי נוגע דכיון דאין לו הנאה וזכות בגוף העדות ממש אלא הזכות הוא לבע"ד. ודרך שני שאין נוטל רק שכר טרחו אבל כשנוטל יותר פסול מדאורייתא יע"ש שהאריך משמע מרהיטת לשונו לדרך ראשון הא דנאמן בהודאתו לחובתו דהוי כנתן לו מתנה, ואף שאמר בלשון הודאה שלוה מפרשינן כוונתו כאילו אמר לשון מתנה ואינו מטעם מגו דאי בעי יהיב כמ"ש התשב"ץ. וראיתי בנימוקי יוסף במס' בבא מציעא דף ג' ע"א בהא דאמר הש"ס מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה תאמר בעדים שישנן בהכחשה ובהזמה כתב וז"ל אינו בהכחשה אם הודה לו במנה ובאו עדים להכחישו שאינו חייב לו כלום, אינו נפטר בכך דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי מהא שמעינן דמי שהודה בב"ד וחזר ואמר נזכרתי ואע"פי שהעדים מעידין כדבריו אין משגיחין דודאי הכא בהאי גווני עסקינן דאי בעומד בדיבורו מאי אולמא דפיו מתנה הוא דקא יהיב לי' יע"ש שכת' כן בשם הרשב"א ור"ן א"כ נרא' שס"ל היכי שהודה נגד עדים המכחישים אותו אינו נאמן על גוף מעשה הלואה שלוה רק שאנו אומרים שמתנה הוא דקא יהיב לי' ודייקו לומר דקא יהיב מתנה ולא כתבו מגו דאי בעי יהיב לי' במתנה כתשב"ץ, אפשר לומר דתשב"ץ מיירי כשהודה ואין עדים מכחישים אותו והם מיירי שמכחישים אותו והוי מגו במקום עדים ולכן כתבו זלה"ה שאנן מפרשינן הודאתו אף שאמר בלשון הודאה שלוה כאלו אמר לשון מתנה ויש דמיון לזה ממ"ש הר"אש במס' קידושין בפרק א' דף י"ג סימן כ"א אם היה משאיל טבעת לחבירו לקדש לו אמה מקודשת. דאנן סהדי כיון שהשאיל לו אדעתא לקדש לו אשה גמר בלבו ליתן לו באותו לשון שיועיל לענין קדושין ואם לא יועיל בלשון שאלה יהי' בלשון מתנה יע"ש שהביא הרבה ראיות לזה אף שאמר בלשון גרוע כוונתו באופן המועיל ועל כלל זה סמך הטורי זהב בא"ח סימן י"ד ס"ק ה' וסימן שס"ט ס"ק י"ב וסימן תל"ד ס"ק ו' הרי דחזינן אדם שרוצה לעשות דבר אף שאמר בלשון שאינו מועיל אמדינן דעתו אילו הי' יודע שלשון זה אינו מועיל להוציא מחשבתו היה אומר בלשון המועיל וה"נ כן כיון שהודה בפני ב"ד או בפני עדים שחייב לחבירו ממון א"כ

חזינן שרוצה לחייב את עצמו וליתן לחבירו אף שעדים מכחישים ואומרים שלא לוה אנן סהדי אילו היו יודע שלא יועיל לשון הודאה נגד העדים הי' אומר בפירוש בתורת חיוב על מכאן ולהבא דיכול לחייב את עצמו בדבר שאינו חייב לשיטת רמב"ם וסייעתו המובא בח"מ סימן מ' כשאומר אתם עדי או היה אומר בלשון מתנה לכן דייניין עכשיו אף שאמר לשון שאינו מועיל כאילו אמר לשון המועיל וזהו שכתב הנ"י שהוא באמת מתנה וכפי הנראה בחדא שיטה קיימא עם מהר"י ב"ל בתשובה הנ"ל וזה פשוט אפילו לשיטת הפוסקים הנ"ל אף דלא אתיא מקרא רק מכח סברא הוא ג"כ דאוריית' כדמוכח בש"ס כתובות דף כ"ב ע"א שמקשה תלמודא ל"ל קרא סברא הוא וכן במס' ב"ב דף קכ"ז ע"ב מקשה הש"ס כיו"ב לרבנן יכיר למה לי בצריך הכירא למאי הלכתא למיתבא פי שנים לא יהי' אלא אחר אילו בעי למיתב לי' במתנה מי לא יהיב לי' וכיו"ב מקשה הש"ס בב"ק דף מ"ו ע"ב בהא דאמר רשב"נ בשם ר' יהונתן מניין להמע"ה שנאמר מי וכו' ל"ל קרא סברא הוא כו' (ועיין בירושלמי במס' סנהדרין בפרק ז"ב הלכה ח' סובר רחב"ג כר"ש ב"נ ולא חש לקושי' הנ"ל ועיין עוד גיטין דף מ"ח ע"ב ברש"י ד"ה המוציא ובחידושי פי' שם ועיין עוד מס' ברכות דף ל"ה ע"א בגמ' שם אלא סברא הוא ובחידושי פ"י ובצל"ח שם ובתוספת מס' שבועות דף כ"ב ע"ב ד"ה ואבע"א ובס' באר שבע במס' הוריות דף ו' ע"ב ד"ה מאי טעמא) ע"כ מוכח מלתא דאתיא מסברא הוי כמפורש בקרא וא"כ ה"ה כיון דסברא מחייב שיהי' נאמן כיון שבידו לחייב את עצמו בע"כ נאמן מן התורה ובשגם כי מגו בכל מקום הוא מ"הת אפי' מגו דאי בעי טעין כדמוכח מש"ס וכמ"שכ הרש המגיד בפרק ט"ו ממלוה ולוה הלכה א' ד"ה אע"פי ובס' כנ"הג בח"מ סי' פ"ב בכללי מגו ס"ק רי"ד ומכ"ש מגו דאי בעי עביד דעדיף ממגו דאי בעי טעין כמ"ש הר"ן במס' קידושין דף ס"ג ע"א וכ"כ לטעם הנ"י ומהר"י בן לב מן התורה מהני הודאתו:

ב ודע דאיכא נפקותא לדינא לשיטת רש"י דאתי' מקרא או דנימא כשיטת תשב"ץ ומהר"י בן לב דאתי' מסברא והוא אם נאמן בהודאתו לחייב את עצמו אף למפרע כי י"ל דפלגינן דבורו ואינו נאמן למפרע רק על להבא ונ"מ טובא לדינא כאשר יבואר בע"ה ואומר לרש"י דאתי' מקרא דהתורה האמינה לבע"ד לחייב את עצמו כעדים בעלמא ולכן אפי' עדים מכחישין אותו אינם נאמנים כי נגד עצמו לא האמינה תורה לעדים וכפסולים הם וא"כ אם הודה שחייב לחבירו ממון שלוה לו בניסן והודאה הוא באייר ועדים מכחישים אותו שלא לוה ואם היה נאמן מצד מגו דבידו ליתן לא היה נאמן על למפרע שאין עכשיו בידו ליתן מתנה למפרע מ"מ נאמן מצד גזירת הכתוב כי התורה האמינה הבע"ד לחובתו יותר מעדים ונאמן אף על למפרע שלוה בניסן, והני סהדא שקרא נינהו א"כ נאמן על

גוף המעשה ואולם לטעם שכתב תשב"ץ ומהר"י בן לב נראה שעל גוף המעשה אינו נאמן כי יותר מסתבר שהעדים אומרים אמת רק שמ"מ נאמן לחובתו שמתחיל החיוב מהיום כיון שהוא בידו או כריב"ל וא"כ כשהודה למפרע בע"כ פלגינן דבוריה ומתחיל החיוב מיום שהודה וכעין דאיתא במס' ב"ב דף קל"ד ע"ב בהא דמקשה הש"ס ר' יוחנן אדר"י כי ר' יצחק בר יוסף אמר משמי' בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן ורחב"א אמר משמי' דנאמן, ומשני כאן למפרע כאן להבא אבעי' להו אמר למפרע מהו להמוניה להבא פלגינן דבוריה או לא פלגינן דבורי' ר' מארי ורב זביד חד אמר פלגינן וחד אמר לא פלגינן כי דוקא בתרי גופא פלגינן ולא בחד גופא ונתבאר ברשב"ם שם הטעם כיון דעיקר נאמנתו משום דבידו לגרשה ועל למפרע אינו בידו וא"כ על ענין הנוגע למפרע אינו נאמן ועל הנוגע להבא פליגי אי פלגינן דבורי' (ועימ"ש הרא"ה בכתובות דף י"ח ע"ב ד"ה אלא בסופו) וה"ה אם הודה למפרע תלי' במחלוקת הנ"ל דהכא הוא ג"כ בחד גופא וכיון שלשיטתם מה שמחויב ליתן משום דהוי כאילו נתן מתנה לכן מתחיל החיוב רק מהיום כי אין בידו על למפרע ואם הודה למפרע למ"ד לא פ"ד לא מהני הודאתו וא"כ מזה ראי' לפי' רש"י דאל"כ אמאי לא אשתמיט בש"ס לומר למ"ד לא פלגינן דבוריה אינו נאמן כשהודה למפרע רק כשהודה סתם כעין דאי' בגרשתי את אשתי למ"ד ל"פ דבורי' א"נ כ"א כשאומר עכשיו גרשתי או אמר סתם גרשתי כמ"ש רשב"ם בד"ה או ה"נ אינו נאמן כ"א כשהודה עכשיו לויתי או שלא אמר כלל הזמן אבל בלא"ה יכול לחזור, הגם דב"ש בא"העז סימן קנ"ב ס"ק א' כ' בשם הרמב"ם דהלכה כמ"ד פ"ד מ"מ הו"ל לש"ס לבאר גם לאידך מ"ד ומסתימת לשון התוספתא הנ"ל מוכח בכל גווני הוי הודאתו כעדים אפילו כשהודה למפרע דאל"כ הו"ל לחלק כדרכם לחלק ולבאר ותקשה מזה למ"ד דלא פ"ד לכן מוכרח כפירוש רש"י:

ואולם בכוונת רש"י נלע"ד בפשיטות מדכתיב כי הוא זה וחייבה התורה מודה במקצת הטענה לישבע מוכח דהודאתו מועיל כעדים בכל מקום אף על למפרע דנאמן על גוף מעשה הלואה דאי נימא מחמת שחל החיוב מהיום למה חייב שבועה דאורייתא הא מקצת שהודה מתנה נתן לו, הגע בעצמך אם אמר הלוה אין לך בידי כלום רק חמשים זהובי' אתן לך במתנה הכי ס"ד שיהא חייב שבועה דאורייתא ופשוט דלא עדיפא טענה שנאמן מכח מגו כמו מגו בעצמו וכמ"ש בש"ך בכללי מגו בסימן פ"ב ס"ק י' שלעולם תפסינין היכי דנאמן מכח מגו כאילו היה טוען טענת מגו וכיון שמה שנאמן לחייב א"ע הוא מכח מגו דאי בעי יהיב מתנ' או כמ"ש מהר"י בן לב שיש לומר דהוי כנותן לו מתנה והא במתנה פטור מש"דא אע"כ דנאמן על גוף מעשה הלואה שלוה וממילא

הוי מודה במקצת הלואה וראיתי בחידושי פני יהושע שם שכתב על לשון רש"י הנ"ל הא דאצטריך קרא לענין הודאת ב"ד היינו שאין יכול לחזור בו ולענין משטה הייתי או משחק הייתי לאחר שהודה בפני ב"ד דאי בעומד בהודאתו מלתא דפשיטא הוא יע"ש, ולענ"ד יש לומר דבלא"ה יש לדקדק למה כ' רש"י לימוד זה במס' קידושין, בקושי' רב אשי שמביא רק אגב גררא דין הודאת ב"ד ולא פירש כן בשאר דוכתי בש"ס היכי דנזכר הודאת בע"ד והוא בב"מ דף ג' ובגיטין דף ס"ד ועוד מאי נ"מ אי אתי' מקרא או מסברא סוף סוף הקשה רב אשי שפיר ונראה דבאמת הלימוד הוא גם בעומד בהודאתו וכוונת רש"י להביא ראיה דע"כ הודאתו מהני אף על למפרע דתפסינן שגוף הלואה אמת והוי כאילו היו עדים שהלוה וה"ה כשהוד' שקידש הוי כאלו היו בפנינו עדים שקידש דלולי הלימוד הייתי אומר לכן הוא נאמן וחייב לשלם מטעם כיון דעומד בהודאתו הוי כאילו התחייב את עצמו מהיום ותפסינן כאילו הי' מתנה, ובשגם כי נראה מלשון מהר"י בן לב שאינו מטעם מגו רק כיון שעומד בהודאתו הוי ממילא מתנה וכן נראה בנ"י דודאי גם המקשן ידע דאי אפשר להודה לחוב לאחרינא דנגד אחרים הוא רק עד אחד ומקרא מלא דבר הכתוב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ודרשינן שלא קם רק לשבועה, ואולם רב אשי לא הבין שהכא יהי' בגדר חב לאחרינא מה שקרובותי' נאסרין כיון שלא הי' להם זכות בדבר, והיא בעלת בחירה (ועיין מה שכתוב בזה בחידושי הרשב"א שם ובתשובת נ"ב מ"ק חלק א"העז סימן ס"ד, ועיין עוד בלחם משנה פ' א' מהלכות גרושין הלכה י"ג מש"ש) וחידש לו רב כהנא דהכא חב לאחרינא ואגב גררא קאמר התם לא חב, וא"כ סד"א הא דנאמן ומחויב לשלם אף שאנו אומרים שמעשה הלואה שקר שלא לוה מ"מ כיון שאינו חב לאחרינא מי יוכל למחות מליתן את כל אשר לו והוי מתנה, או דהוי מתחייב את עצמו בדבר שאינו חייב, כיון שעדיין עומד בהודאתו, וממילא ל"ק מקידושין כיון דאנו אומרים שאינו נאמן על גוף המעשה לא חלין הקדושין ולכן פי' רש"י שמוכח מקרא כיון שמחויב לישבע והוי מודה במקצת הטענה בע"כ מוכח שנאמן על גוף הלואה למפרע דאל"כ אמאי ישבע הא הוי כופר הכל ומקצת שהודה מתנה הוא ואם כן ה"ה הכא נאמן על גוף מעשה הקידושין כאילו הי' עדים ושפיר מקשה רב אשי לר"כ ולכן מוכרח רש"י לפרש כן שם כי קושית רב אשי סובב רק על פירושו דאתי' מקרא ותירוץ שתירץ לו רב כהנא יובן היטב לפירושינו להמעיין היטב בחידושי הרשב"א שם דוק ותשכח כדברינו:

ולפ"ז יש לתמוה על הב"ש דאי' במס' קידושין דף ס' בר"אש שהביא תוספתא במקדש את אשה על מנת שיש לו מעות ביד פלוני אע"פ שהפלוני אמר אין לו בידי מקודשת

שמא קנוניא עשו והובא בטור וש"ע א"העז סי' ל"ח סעי' ט"ו להלכה אם אמר ע"מ שיש לי מנה ביד פלוני אם ידוע בעדים שיש לו מנה ביד פלוני מקודשת בוודאי ואם אין ידוע מקודשת מספק אפי' אמר אותו פלוני אין לו בידי, וכתב הב"ש בס"ק ל"א דאם אמר על מנת שיש לי ביד פלוני לא מהני הודאת פלוני כי אע"פ דמהני הודאתו לחייב את עצמו מכאן ולהבא מ"מ אין ידוע אם הי' לו אצלו בשעת הודאתו יעיי"ש, ודבריו תמוהין שלא הביא דברי רש"י הנ"ל, דמוכח דמהני הודאתו אף על למפרע, ויותר מסתבר כשיטת חלקת מחוקק בסעי' קטן כ"ב שכתב יש להסתפק דבעינן עדים דאין האשה סומכת על הודאתו שיש לחוט לקנוניא או די"ל דהודאתו הוי כעדים וסמכה דעתה יעיי"ש ולאחר עיון ראיתי בס' הפלאה בחידושיו לקידושין בקנ"א סימן ל"א שהשיג כן על הב"ש מלשון רש"י הנ"ל אך גם עליו תמיהני במה שמדחה דברי הב"ש לגמרי כי כבר נתבאר לעיל דעת הפוסקים דס"ל כוותי':

ג ולכאורה יש לומר אפי' לשיטה הנ"ל דאתי' מסברא ולא מקרא דכי הוא זה מ"מ נאמן גם על למפרע אף כשה עדים מכחישים אותו דנאמן במגו דאי בעי יהיב או דהוי אמר בלשון חיוב על להבא להרמב"ם וסיעתו, ואף דקיי"ל במס' ב"מ דף פ"א ע"ב דלא אמרינן מגו במקום עדים מ"מ י"ל אפושי פלוגתא לא מפשינן כיון דרבה ורב חסדא ס"ל דאמרינן מגו במקום עדים אפי' מגו דאי בעי טעין עכ"פ לדידן ניהו דלא אמרינן מגו דאי בעי טעין, מ"מ נאמן במגו דבידו לעשות, וכמו שמחלק הר"ן במס' קידושין דף ס"ג עמוד א' לענין מגו במקום חזקה גבי זה בני דמגו דבידו לעשות עדיף טפי ממגו דאי בעי טעין יע"ש, ובע"כ אין כוונתו כפשוטו דאדרבא דבוריה קיל לי' ממעשה וכמ"ש התוספת בעירוכין דף כ"ג ע"א רק ר"ל כל דבר התלוי' בדעת אחרים לא אלים כ"כ כמו דבר התלוי' בדעתו לבד כמו שהדעת מכרעת לזה ולכן בכל טענת המגו כיון שאין בידו לזכות בדין כ"א ע"פ ב"ד הפוסקי' ומוצאים את הדין לאורה אינו אלים כל כך כי אינו יודע איזה טענה יכשר בעיני הב"ד כי לאו כל עלמא דינא גמירא, מש"כ היכא שבידו לעשות דבר אשר אין כח ביד שום אדם למחות בו, בוודאי אלים כח המגו הלז, וא"כ הכא דיש לו מגו דאי בעי יהיב או להתחייב י"ל דנאמן לומר שהלוה לו אף נגד עדים דמגו דאי בעי עביד עדיף ממגו דאי בעי טעין ואף אמנם שהמגו הוא רק על להבא מ"מ נראה דנאמן גם על למפרע, ולא דמי כלל לבעל שאמר גרשתי את אמתי למפרע שאפי' למ"ד שנאמן אינו נאמן רק על להבא ולא על למפרע כיון שיש נ"מ בזה לבעל שיהי' נאמן למפרע לענין זנות, משא"כ היכא דלא ניחא לי' בזה שיחול הענין למפרע אף דמגו ליתא על למפרע מ"מ לא הוי מגו לחצי טענה, ודבר זה למדנו מתורתו של רבינו הגדול הרמב"ן זלה"ה במס' ב"ב ד' קל"ד

ע"א בהא דאיתא שם האומר זה בני נאמן הואיל ובידו לגרשה והקשו הראשונים זלה"ה האיך מהמנינן לי' לגירושין הא אי מגרשה אסורה לכהן ועכשיו מתירה לכהן ועוד אף לישראל לא היה לן למשרי דמגו לחצי טענה לא אמרינן, ותי' שם הרמב"ן וז"ל ואיכא למימר דהתם היינו טענה דלא אמרינן מגו לחצי טענה כיון דאיהו לטענה זו איכוין לא אמרינן מגו לחצי וכאן נמי אין אנו מאמינים אותו לחצאין אלא נאמן לגמרי דלא איכפת לבעל אם לא תנשא לכהן והיה לו לגרשה כדי שלא תזקק ליבם ותנשא לישראל וכשבאין לפנינו ע"כ מאמינן אותו שאינה זקוקה ליבם וכיון שהותרה הותרה כיון שאינה זקוקה ליבם מפני טענה זו שטען מותרת אף לכהן יע"ש, וה"ה כיון שכל רצונו ליתן לחבירו מה איכפת לי' אם החוב מתחיל מהיום או למפרע דהא במקום שחב לאחרים אינו נאמן לכן כשאומר בלשון הודאה נאמן על למפרע במגו שהי' מחייב על להבא כנ"ל דלא איכפת לי' וכיון שאתה מאמינו נאמן לגמרי שכדבריו כן הוא, ואפילו לחולקים על הרמב"ן י"ל דשאני התם כיון דבעל אוהב לאשתו כגופו חפץ בתקנתה בכל ענינים אבל הכא לא איכפת לי' ומה"ט נאמן גם על למפרע ונ"מ לענין קדושין כמשכ"ל להשיג על ב"ש בזה, ונראה לכאורה במקדש אשה ע"מ שיש לו מנה ביד פלוני שכ' הב"ש שלא מהני הודאת פיו כי הודאתו לא מהני למפרע, ולולי דבריו אפשר לומר בדרך משא ומתן בהלכה כתלמיד הנושא ונותן לפני רבותיו ולא להורות אף בעלמא שאפילו אם יש עדים המכחישים על ממון, מ"מ נאמן על הממון למפרע במגו ולא הוי מגו לחצי טענה כיון דלא איכפת לי' למודה אם יחולו הקידושין או לא לכן מהני המגו לגמרי, ואולם לכאורה הא תברי בצידי' דהא באומר זה בני אינו נאמן היכי דיש עדים המכחישין וכן הבעל שאמר גרשתי את אשתי ג"כ אינו נאמן היכי דיש עדים המכחישים אותו מיהו יש לחלק בין היכי דבידו לעשות ואין צריך כלל דעת אחרים דהתם כיון דצריך עכ"פ עדים, ושייך לומר מי יימר דיזדקקו לי' עדים וכדאיתא כיוצא בזה במס' קידושין דף ס"ג ע"ב גבי גר מי יימר דיזדקקו לי' הני תלתא ועיין תוספות במס' סוטה דף כ"ה עמוד ב' מעיין מה שכתב בס' הפלאה בחידושיו לקידושין שם, ובמס' שבת דף מ"ו ע"ב ומשנה למלך בפ' ד' מהלכות בכורות ה"א וחידושי רשב"א מס' יבמות דף פ"ח ע"א וס' שער המלך בפ' י"ג מאיסורי ביאה הלכה י"ג ובפרק ג' מהלכות יבום הלכה ה') משא"כ הכא דבידו לעשות ואין צריך כלל דעת אחרים, י"ל מגו כזו אלים טובא מיהו דין זה הוא דבר חדש:

וראיתי בטור ח"מ סימן רכ"ב לגי' בית יוסף נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי מדעתי ולזה שלא מדעתי אפילו כשיש עדים המכחישים אותו בזמן שמקחו בידו, ובע"כ משום מגו דבידו לעשות דבידו ליתן המקח לזה שאמר וא"כ מוכח כסברא הנ"ל דמגו דבידו

לעשות ואין צריך לזה דעת אחרים מהני אפילו נגד עדים, אך מאור עינינו בית יוסף תמה עליו האיך נאמן במגו להכחיש את העדים וגם הפרישה כתב שיש גי' אחרת בטור ובטורי זהב כ' שיש ט"ס וא"כ מוכח מהפוסקים הנ"ל שכולהו ס"ל שאינו נאמן נגד עדים אפי' במגו דבידו לעשות ובע"כ הר"ן לא כתב כלל הנ"ל רק לענין חזקה וכן משמע מסתימת הש"ס ופוסקים דבכל גווני קיימ"ל דלא מהני מגו נגד עדים וא"כ בקידושין היכי שיש עדים כנ"ל אין המודה נאמן מטעם מגו וה"ה בממון גרידא א"א לומר מטעם מגו:

ד שוב ראיתי שיש לשדות נרגא בדברי מהר"י בן לב וב"ש הנ"ל שא"א לומר הטעם דלכן מהני הודאת בע"ד לחייב את עצמו מטעם דהוי מתנה הא במתנה בעי קנין והיכי דבעי קנין לא מהני דבורו להשוות קנין, וגדולה מזו כתב רשב"א בפ"ק דקדושין הובא בש"ך ח"מ סי' קצ"ח ס"ק י' שכל מקום שאמרו חכמים שאין קונים מן הקנינים אע"פ שפי' המוכר והלוקח שיקנה בו אינו קונה והרי הוא כאילו אמר שיקנה באמירה בעלמא יע"ש, ומ"ש הנ"י בשם רשב"א ור"ן לשון מתנה משום דאיירי בעומד בהודאתו ורוצה ליתן מה איכפת לן אם הוא רק דיבור בעלמא כיון שהוא רוצה ליתן ואינו חב לאחרינא אבל לענין שמחויב ליתן וא"י לחזור מהודאתו בע"כ א"א לומר הטעם משום מתנה רק כוונת מהרי"בן לב י"ל כך דע"י הודאתו אנו רואים שרוצה לחייב א"ע מכאן ולהבא אף בדבר שאינו חייב דמהני לשיטת רמב"ם כשאומר חתם עדי והודאת בעל דין בממון בלא"ה איירי כשאומר אתם עדי דאל"כ יכול לטעון השטאה או השבעה כדאי' סימן פ"א ולכן אמרינן שכוונתו לזה החיוב וכן מוכרח לומר כוונת הב"ש לעיל במ"ש שהוא מטעם חיוב מכאן ולהבא והיינו שמתחייב את עצמו מכאן ולהבא מיהו לפ"ז לשיטת רמב"ן ורשב"א ופוס' החולקים על רמב"ם שאין אדם מתחייב בדברים אפילו באתם עדים בלא קנין ובלא שטר הובא בש"ך ח"מ סימן מ' ס"ק ד' א"א לומר הטעם כמ"ש מהר"י בן לב וב"ש ובע"כ מוכח כרש"י ומ"ש בכ"י בשם הרשב"א והר"ן הטעם משום מתנה ר"ל כיון שעומד בהודאתו ונותן ואינו חב לאחרים מה איכפת לן בכך ממילא הוי מתנה, ותו ק' דהא בהודאה בפני ב"ד אין צ"ל אתם עדי וכדאי' בסי' פ"א סעי' ו' ובש"ך ס"ק נ"ו ואמאי אינו יכול לחזור הא לא היה קנין כיון שהוא מטעם החיוב, מיהו לזה י"ל כיון שהוא בב"ד הוי כמו אתם עדי אבל ראי' הנ"ל נכונה שבע"כ להפוסקי' החולקים על הרמב"ם א"א לומר כמהר"י בן לב וב"ש:

ה העולה מדברינו מ"ש הב"ש אפילו אם אין עדים מכחישין אותו א"נ בהודאתו למפרע, הוא נגד דברי רש"י וכן משמעות הש"ס בכ"ד אך מה שיש לה להסתפק היכי דעדי' מכחישין אותו אם נאמן בהודאתו למפרע ועל גוף המעשה כי אולי רש"י מודה לזה ונ"מ

רבתא לדינא במקדש את אשה ע"מ שחפץ שביד פלוני הוא שלו, ועדים אומרים שאינו שלו וא"כ אף אי נימא במ"ש החלקת מחוקק שיש לומר שסמכה דעתה על הודאתו מ"מ יש להסתפק אי הודאתו מועיל למפרע אף נגד עדים די"ל הא דכת' רש"י דמהני הודאתו היינו כשאין עדים מכחישין אותו דבהכי איירי קרא דכי הוא זה אבל אם עדי' מכחישין אותו לא חל החיוב רק מכאן ולהבא וא"כ אפשר לומר שאינה מקודשת והוא ספק רבתא לדינא:

ולכאורה יש להביא ראיי' דבע"כ אפילו נגד עדים נאמן למפרע ועל גוף המעשה מהא דאי' במס' ב"ב דף קכ"ח ע"ב שלח ר' אבא לר' יוסף בר חמא המוציא שטר חוב על חבירו מלוה אמר לא נפרעתי כלום ולוה אמר פרעתי מחצה ועדים מעידים שפרע כולו נשבע וגובה מחצה מנכסים בני חורין וכ' בתוס' ד"ה נשבע דלהכי נאמן בשבועה משום דחשיבי מלוה ע"פ שהרי עדים מעידים שהשטר פרוע ואע"ג לדבריו עדים פסולים שהרי מכחישם ואמר שחייב מחצה מ"מ השטר אינו מתקיים אלא ע"י הודאתו והא קאמר דפרע מחצה יע"ש, ואי נימא שבגוף הענין נאמנים העדים יותר מהמודה ומה שמחויב לפרוע מחצה משום דהוי כנותן מתנה מהיום ורוצה לחייב א"ע בב"ד כיון שמודה וא"כ הוי כופר הכל ואינו מכחיש לעדים דהא אם אחד תובע לחבירו מנה ונתבע כפר הכל רק שמתחייב א"ע בב"ד ליתן חמשים זהובים בתורת מתנה פטור משבועה דאורייתא כיון דאינו מודה במקצת הלואה וה"ה הכא אלא ע"ב שעל גוף ענין ומעשה האמינו התורה לבע"ד לחובתו יותר ממאה עדים ונאמן אף על למפרע, מיהו ראיי' זו יש לדחות לפמ"ש הש"ך בח"מ סי' פ"ב ס"ק ל"ז דכיון דיש גם שטר ואיכא חזקה שטרך בידי מה בעי מהני להכחיש את העדים אבל בע"פ לא הוכחשו עדים כלל ואינו נשבע לכ"ע יע"ש אך דברי הש"ך אינם מוכרחים כלל ותמוהים למעיין היטב, ועיי' מ"ש בס' קצות החושן שם ס"ק י"ט:

ואולם נראה שבדין זה במחלוקת הראשונים ז"ל שנוי' דאית' במס' ב"ב דף קמ"ט ע"א איסור גיורא הי' לו תליסר אלפי זוזי בי' רבא ר' מרי ברי' הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה הוי ובי רב הוי אמר רבא היכי לקנינהו ר' מרי להני זוזי אי בירושה כו' מתקיף לה ר"א בר"י דר"א אמאי לודי איסור דהלין זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודייתא וכתב בתוספת דף מ"ד עמוד ב' ד"ה דלא דאודייתא מועיל אפילו כשיש עדים שמכחישין אותו ועיי' ש"ע ח"מ סי' קי"ג ס"ב וכ' בנ"י בפרק מי שמת בשם חכמי פרובינציא אפילו בבריא מהני קנין אודייתא אם מחייב א"ע בלשון הודאה ובש"ות תשב"ץ ח"א סי' קנ"ג כ' בשם בעל העיטור דאודייתא לא מהני כ"א במתנת שכיב מרע ולא בבריא יע"ש, וא"כ

לפוסקים דמהני בבריא אודייתא א"א לומר שהוא מטעם חיוב שמחייב א"ע בדבר שאינו נו חייב ואמר אתם עדי דהא בבריא כעין אודייתא דא סור מהני והתם משמע שהי' רק דבורא בעלמא כדאי' שם ולא הי' מיחד עדים להשוות קנין עי"ז כמ"ש רמב"ם אע"כ דס"ל דמועיל הודאה כשמודה שלא הי' שלו מעולם אף על למפרע אף נגד עדי' אבל לעיטור לא מוכח ועכ"פ מוכח כן בדעת רוב הפוסקים הגם שראיתי בס' קצות החושן סי' מ' שיצא לדון בדבר חדש שקנין אודייתא לא מהני כ"א כשמודה בפני עדים ומיחד עדים ועדים משווי קנין כמו קרקע נקנה בשטר בעדים דעדים משווי קנין, ה"נ במלוה ובמטלטלין כשמודה בפני עדים ומיחדן משווי קנין, וא"כ י"ל שלא מוכח שחל הודאה על למפרע כי י"ל שמתחיל הקנין מכאן ולהבא אבל המעיין בתוס' מוכח דלא כדבריו ובדיבורא בעלמא מהני אודייתא וכן דעת הפני יהושע כמ"ש בס' קצות החושן בעצמו א"כ נראה אי הודאה לחובתו נגד עדים מהני אף למפרע במחלוקת הראשונים ז"ל שנוי' וכן יש להביא ראי' שנחלקו בדין הנ"ל הבעל התרומות עם הרב המגיד דהנה הרמב"ם כ בפ"ו מהלכות טוען הלכה ג' וז"ל מנה הלויתיך וכפר בב"ד ואמר להד"ם ובאו שני עדים שלוה ממנו ופרעו והמלוה אומר לא נפרעתי ה"ז חייב לשלם שכל האומר לא לויתי ובאו עדים שלוה כאומר לא פרעתי דמי ונמצא הלוה אומר לא פרעתי והעדים מעידים אותו שפרעו הודאת בע"ד כמא' עדים דמי ואין המלוה חייב שהרי הוחזק כפרן וכ' ע"ז הראב"ד שאין צורך לזה הטעם יע"ש והרב המגיד כ' שמ"ש רבינו שאין המלוה חייב וכו' מכאן שהוא סובר כדעת קצת מפרשים שכל מקום שהוחזק כפרן א"צ המלוה לישבע ונ"ל ראי' מדין זה דאם איתא דמלוה נשבע האיך מקבלין שבועתו נגד שני עדים אלא וודאי אינו נשבע יע"ש וראיתי בגידולי תרומה שער ח' חלק א' הלכה ב' בקושי' הראשונים שהקשו בסוגי' דב"ב דף קכ"ח ע"ב למה לח ישבע המלוה ויטול בדין כל שט"ח הקשה ע"ז מדברי ה"המ הלז דהאיך אפשר לן להשביע את המלוה להכחיש העדים שאומרים שפרעו כולו כ' דאחרי הדקדוק נראה דפוסקים הללו לא סברי להאי דה"המ זלה"ה דכיון דהלוה גופא פסלינהו להני סהדי בטענתו הו"ל כמאן דליתנהו לענין שבועה בין להשביע הלוה או למלוה אי הוה שייך בי' שבועה וכן יש להוכיח ממ"שכ רבינו בשער י"א עכ"ד, ולכאורה נראה לפמש"ל בשם רש"י דהתורה האמינה ללוה לחובתו יותר מעדים ואפי' על גוף המעשה ונגדו לא האמינה התורה וכפסולים שווינהו רחמנא יוכל לישבע נגד עדים, וכמו שאם היו לפנינו עדים כשירים ועדים פסולים יכול להשביע להכחיש את הפסולים, אבל לפי מ"ש מהר"י בן ל"ב וב"ש שבגוף הענין נאמנים העדים והא דמחייבינן אותו לפרוע באומר לא לויתי אבאר לקמן בס"ד

הואיל דהודה דלא פרע הוי לי' הך פרעון מחילה ומתנה שפיר כתב הרב המגיד שאי אפשר למלוה לישבע להכחיש את העדים דהא בוודאי נשבע לשקר, וא"כ נראה שבעל התרומות והרב המגיד נחלקו במחלוקת הנ"ל, מיהו לפמ"ש הש"ך בסי' פ"ב ס"ק ל"ז בסופו לק"מ קו' ג"ת, וי"ל דגם בע"הת סובר כה"המ כמבואר למעיין, אך אין דברי הש"ך שם מוכרחין כלל ועיין בקצ"הח שם מיהו הראי' מאיסור גיורא יש קצת לדחות להמעיין שם היטב בסוגי' ובפוסקים הראשונים כי הוא ענין עמוק וכמו כן הראי' מפוסקי' הנ"ל יש לפקפק על דברי הש"ך, לכן אכתי צריך בדיקה וחקירה בש"ס ופוסקים לברר הדבר היטב בס"ד:

(הג"ה** ועיין תוס' ב"ק דף ק"ד. ע"ב ד"ה אגב כשמע דקנין אודייתא הוא רק קנין דרבנן ובתוס' ב"מ דף מ"ו ע"א ד"ה וליקנינהו משמע דמועיל מן התור' ועיין בטו"ז יורה דעה סי' קס"ח מה שנחלק עם מו"ז חמיו הב"ח אי קנין אודייתא מועיל להפקיע איסו' ריבית יע"ש:)**

ו ברם בגוף דברי תשב"ץ ומהר"י ב"ל וב"ש יש לתמו' כמו ששמעתי מכבוד א"א מ"ו הגאון מ' אלעזר נרו מהא דאית' במס' שבועות דף מ"א ע"ב בההוא דאמר לחבריה הב לי מאה זוזי דאוזיפתך אמר לי' לא היו דברים מעולם אזיל אייתי סהדי דאוזפי' ופרעיה אמר אביי מאי ניעבד אינהו אמרי אוזפי' ואינהו אמרי' פרעיה רבא אמר כל האומד לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, ופי' רש"י דכיון דלא לוה לפי דבורו לא פרע והרי יש עדים שלוה נאמנים הם על הלואה ואין נאמנים על הפרעון דהודאת בע"ד כמא' עדים דמי יע"ש, וכן פסקו כל הפוסקי' כרבא כדאי' בח"מ סימן ע"ט, וא"כ בשלמא לשיטת רש"י שהודאתו מהני אף למפרע ונאמן על גוף הדבר א"ש אבל לשיטתם שהוא מטעם שמחייב א"ע מכאן ולהבא אבל בגוף הענין נאמני' העדים הא הכא לא התחייב א"ע כלל דהא אינו ורצה לשלם כי אמר לא לויתי, והוא תימא רבתא לשיטתם, וכן הרגשתי בעצמי קודם ששמעתי ולגודל חומר הקו' שלא יהיה הגאונים הנ"ל בהעלם עיין גמרא ערוכה אמרתי לישב, ואומר בסוגי' הלז יש לפרש בב' פנים, או שהעדים אמרו שראו שנתן לו המעות ואף שלא פירש שהי' לשם פרעון מסתמא הי' לשם פרעון ולא לשם מתנה כי מי שחייב לו לחבירו רו מעות שהלוה לו אנן סהדי שמן הסתם רוצה מתחילה לפרוע החוב ולא ליתן מתנה והחוב יהי' במקומו, וסברא זו מצינו בקמאי זלה"ה כמ"ש הר"אש במס' שבועות דף מ"ב ע"א סימן י"ט בסוגי' דסיטראי והובא בב"י חושן משפט סי' נ"ח יע"ש:

או שהעדים אומרים שבפירוש נתן בתורת פרעון, ומלשון הש"ס שאיתא אזיל אייתא סהדי דאוזפי' ופרעי' משמע שהיה בפירש לשם פרעון, וכן משמע מלשון הפוסקים שהדין כרבא אפי' אמרו בפירוש נתן לשם פרעון, ומצאתי בב"ח סי' ע"ט שכתב כן, והנה רבא סובר במס' כתובו' דף פ"ז ע"ב דפרע דייק דמיפרע לא דייק, וכ' בעל התרומות בשער י"א חלק א' סוף ס"ק ג' וז"ל אבל טענו חבירו בב"ד הלויתיך מנה ואמר לו חבירו הן ואח"כ הביא עדים שפרעום ביום פלוני חייב שהרי אין לו עדים על הודאתו שעשה עכשיו שהי' בטעות וכיון דפרעון מידכר דכירי אינשי שמא באותו פרעון משלו נתן לו או קנוניא הי' בינו לבינו יע"ש:

ולפ"ז יש לומר כעין סברתו לא מבעיא היכי שהעדים אינם יודעים אם נתן לשם פרעון רק שנתן סתם בוודאי א"ש כי לולי דבורו שטען להד"ם והי' מייתי רק סהדי שלוה ונתן אח"כ מעות למלוה בפניהם בסתם אף דלא פירש בפניהם לשם פרעון פטור מלשלם רק כיון שהוא אומר לא לויתי וכיון דפרע דייק א"כ מן הסתם זוכר אתה מפרעון ועל כל זה לא טען שפרע מוכח שהודה שאותו פרעון לא הי' לשם פרעון רק לשם מתנה דהא בוודאי יודע מנתינת המעות ונגד זה אין יכולין העדים להכחישו כי אולי הי' בלבו לשם מתנה ולכן נאמן לחובתו, אבל לזכותו א"נ במה שטוען לא לויתי שעל זה נאמנים העדים, ושפיר קאמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי, ר"ל כיון שלא לוה לא פרע כמ"ש רש"י וגם נכלל בזה הלשון שמוכח מטענתו שמודה שלא נתן לשם פרעון דא"כ הי' לו לומר מפרע כיון שפרע דייק ולכן על זה נאמן שלא פרע דאין העדים יכולין להכחישו רק אפי' לפי מה דמשמע פשטא דמילתא, וכן הוא הדין באמת דבכל גווני חייב לשלם אף כשעדים מעידים בפי' שנתן לשם פרעון מ"מ ג"כ לק"מ לפי דברינו הנ"ל כיון דפרע מידק דייק וזוכר עכשיו מנתינת המעות ועל כל זה טוען לא לוה ואינו טוען שפרע מודה עכשיו שאותו פרעון שהי' נותן אז לשם פרעון מחל אחר כך למלוה ונתן למלוה אח"כ במתנה, וא"כ נותן עכשיו לשם מתנה, והוי כאומר שאותו פרעון לא יהי' פרעון, וא"כ אינו מכחיש העדים שהעדים אומרי' אמת שבאותו זמן פירש לשם פרעון רק עכשיו כיון שאינו טוען כן מוכח שמודה עכשיו שאחר כך נתן לו במתנה המעות וזהו בידו ונאמן על זה לחובתו, ומה שאומר לזכותו לא לויתי אינו נאמן, שוב ראיתי בס' אורים ותומים בסי' ע"ט ס"ק ג' שכתב וז"ל ועוד דהא דמחייבין אותו לפרוע וכי נחשדו שעדים משקרי' ח"ו רק ע"כ אמרינן דהודה דלא פרע הוי לי' הך פרעון מחילה ומתנה כמו שכתב בטענו חיטים והודה לו בשעורין דהוי מחילה יע"ש, ועיי"ש בכק"ד:

ודבריו מובנים היטב ע"פ דברינו הנ"ל וא"ש וצדקו דברי אחרונים הנ"ל מסוגי' דשבועות א"ש:

פרט ב

יבואר הוכחה מש"ס מס' ב"ב דהודאת בע"ד נגד עדים המכחישים אותו לא מהני למפרע:

ז גרסינן במס' ב"ב דף ל' ע"ב ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא אמר לי' מפלניא זבינתי' ואכלתי שני חזקה א"ל והא נקיטנא שטרא דזבני' לי מני' הא ארבעה שנין אמר לי' מי סברת שני חזקה תלת קאמינא שני חזקה טובא קאמינא אמר רבא עביד אינש דקרי לשני טובא שני חזקה וה"מ דאכלה שבע דקדים חזקה דהאי לשטרא דהך אבל שית אין לך מחאה גדולה מזו ופי' רשב"ם שהיו לו עידי חזקה על שבע שנים מ"מ איצטריך רבא לומר עביד אינש דקרי לשני טובא שני חזקה ולא הוי חוזר וטוען להכחיש דבריו הראשונים אפילו כי מייתי סהדא כטענה אחרונה אינו כלום דהודאת בע"ד כמאה עדי' דמי ואחר טענתו הראשונה נלך וכ"כ בשם ר"ח יע"ש וכ"כ התוספת בד"ה עביד והקשו תוס' ד"ה אבל בשם ריב"ם אפילו לא אייתי סהדא אלא דאכלה שלש שנים יהי' נאמן לומר לקחתי קודם מינך במגו דאי בעי אמר מינך זבינתי' ותי' בשם ר"י דאין זה מגו דמעיקרא לא יטעון מינך זבינתי' דאינו יודע אם יש לזה שטר שקנאה ממנו ועיין מהרש"א ובתורת חיים ובש"ך ח"מ סימן קמ"ו ס"ק י"ט וכ"א מה שמפלפלים בתי' הנ"ל כי בס' תורת חיים כתב לדחות דסתם שטר קלא אית לי' וש"ך כתב שאית לי' קלא שמכר אבל לא לאד' ידוע ומ"מ אפי' לש"ך אם ידע המחזי שהי' למערער שטר נאמן במגו וא"כ ק' לתי' התוס' ה"ל לש"ס לפלוגי אי ידוע שידע משטר נאמן במגו וכמו דקמ"ל ה"מ שבע הוי מצי לפלוגי ה"מ בסתם אבל אם הביא עדים שקודם ביאתו לב"ד ידע שהי' למערער שטר שאמר כן לפניהם אין צריך להביא עדי' שאכל שבעה שנים וסגי בעדים שאכל שלש שנים דהא נאמן במגו בשעת ביאתו לב"ד וא"כ הדרא קושי' לדוכתי':

ונראה לע"ד לישב הסוגי' בעזה"י על נכון, דע בדברי רבא הנ"ל יש לפרש בתלתא פנים מסבירות להלכה:

א) דרוב אנשים קורין לשני טובא שני חזקה א"כ הוי האי פי' שמפרש אח"כ פירוש קרוב שהיה קורא לשני טובא שני חזקה כמו רוב:

ב) דרוב אנשים אין קורין לשני טובא שני חזקה ומ"מ אף במשמעות רחוק יכול לתקן דבריו כמו דאית' בדף ל"א באומר של אבותי דיכול לתקן אח"כ דבריו ולומר אין דאבהתך הוי וזבינתי' מיני' וסמך עלה כדאבהתי אף שהוא פי' רחוק והא לנמוקי יוסף בשם

רשב"א אפי' אם אומר בפי' שלשה שנים יכול אח"כ לפרש שני טובא כיון דתלת שנים הוי עיקר חזקה לא חשש להזכיר אלא מה שהי' עיקר לפי דעתו יע"ש ואפי' לטור ח"מ סי' קמ"ו שחולק, מודה בנדון דידן דהתם י"ל דסובר דכ"ע אין קורין לשני חזקה טובא שלשה שנים משא"כ הכא כיון דעכ"פ מיעוט ב"א קורין לשני טובא שני חזקה מפרשינן דבריו, ובלשון הש"ס אי' עבידי אינשי משמע רוב ובתוספת ד"ה הגירסא עביד אינש משמע מיעוטו ואולם שכיח טעות באות יו"ד בש"ס:

ג) יש לומ' שהוא מחצה על מחצה קורין לשני טובא שני חזקה ומחצה אין קורין והוי ספק שקול ונראה דרבא סובר דבאמת הדעת מכרעת לומר דרוב ב"א קורין לשני טובא בפירוש שני טובא ואולם מ"מ יכול לתקן דבריו אף בפי' רחוק כיון דהוא להעמיד ממון בחזקתו אין להוציא ממון רק בעדים או ראיה ברורה שלא יהיה שום נדנוד ספק אף בדרך רחוק דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ויכול המוחזק לומר קים לי' שאני מן המיעוט דקורין לשני טובא שני חזקה והנה אנן קיי"ל בכ"מ אין ספק מוציא מידי וודאי כדאי' במס' יבמות דף ל"א בספק ויבם וכן הוא כלל בכל מקום ועיין תוספת מס' ב"מ דף ב' ע"א ד"ה וזה בסופו ואם שנים באו לדין וא' יש לו זכות בדבר מקודם בוודאי והשני בא לזכות מספק אין ספק מוציא מידי וודאי ולפ"ז מיושב קו' תוס' די"ל דרבא ס"ל הודאת בע"ד נגד עדים מהני רק על להבא מטעם חיוב כי מתחייב א"ע מהיום וכנ"ל ולכן בעינן דוקא עדים שאכל שבעה שנים דע"י קבלת עדות הוברר הדבר למפרע שהשדה היה של המחזיק קודם שקנה המערער דהא אכל שלשה שנים קודם א"כ השדה וודאי שלו והו והמערער בא להוציא ממנו מכח הודאתו שלא אכל רק שלמה שנים ומכחיש לעדים, ומש"ה יכול המחזיק לטעון אף אם ברור כדבריך שהודאתי הי' רק על שלש שנים לא מתחיל החיוב רק מכאן ולהבא והיינו מהיום דבידי לחייב א"ע ולא על למפרע דה דהודאתי לא מהני על למפרע דעל למפרע קם נאמנות העדים שהי' השדה שלי דעל גוף המעשה הם נאמנים יותר כנ"ל ואחרי דיש לך ספק בהודאתי דלמא היתה כוונתי על שני טובא ואין אתה יודע בבירור כוונתי לכן מספיקא אין אתה יכול לזכות בשדה זו מכאן ולהבא כיון שאני טוען ברי שלא הודיתי וקראתי לשני טובא שבי חזקה אין ספק שלך מוציא מידי וודאי דהשדה הי' בוודאי שלי עד עתה מחמת העדים המסייעים לי כי הודאתי לא מהני למפרע וממילא לא מהני רובא המסייע לך שהודיתי נגד העדים משום דרובא דאינשי קורין לשני טובא שני חזקה דהא קיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב וקים לי שאני מן המיעוט שקורין לשני טובא שני חזקה כיון שיש לי חזקת ממון שאני מוחזק בקרקע וגם יש לי חזקת מרא קמא ע"י עדים שאכלתי שבע שנים כי הודאתי

אפילו אם היה וודאי הודאה לא מהני למפרע נגד עדים ועתה שהוא ספק הודאה רק ע"י רוב יוחשב וודאי הודאה הא אין הולכין בממון אחר הרוב אבל אי לית לי' עדים שאכל שבעה שנים רק על שלש' שנים א"כ ע"י שטר שיש למערער יש לו זכות על השדה שנה אחת קודם לשני חזקה של המחזיק והיה עומד השדה בחזקתו ובקרקע אזלינן בתר חזקת מרא קמא כדאי' במס' ב"מ דף ק"ב ע"ב ובתוס' כתובות דף כ' ע"א ד"ה ואוקי, ואף שטוען שאכל שני חזקה אילי כוונתו הי' רק על שלש שנים ומה שמפרש אח"כ כוונתו אינו נאמן והטעם דגם אם נאמן לפרש דבריו הראשונים עיקר זכותו ע"י מגו דהיה טוען מינך זבינתי' הא לא מצי לזכות במגו כ"א אם נתפוס שהשדה הי' בוודאי של המערער מחמת שהשטר שלו הוא קודם על שנה וכיון דהמגו בא לאחר טענתו בב"ד א"כ עיקר זכותו בא לו לאחר טענתם אבל קודם שבא לב"ד הי' המערער מוחזק ע"י שטר דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת דכל היכי דאיתא ברשותא דמרא איתא ולא מהני תפיסה בקרקע כמו במטלטלים וכמ"ש הפוסקי' הובא בש"ך בס' תקפו כהן וגם הא א"א לזכות בטענה שטוען עכשיו כ"א בטענת מגו ודייניו טענה שטוען עכשיו כאילו הי' טוען טענה שיכול לטעון וכמ"ש הש"ך בכללי מגו סי' פ"ב ס"ק י' דלא עדיף טענה שנאמן מכח המגו מטענת המגו בעצמה והא באותו טענה שהיה טוען מנך זבינתי' ואכלתי שני חזקה בע"כ הי' מוכרח להודות שהמערער יש לו חזקת מרא קמא בקרקע ע"י שטר ובקרקע לעולם אזלינן בתר חזקת מרא קמא, א"כ בע"כ מודה בעצמו שהי' השדה שייך להמערער ולכן עכשיו דיש לנו ספק אם המגו הוי מגו דלמא הודה מתחילה שאכל רק שלשה שנים והכחיש בעצמו המגו דהודאתו עדיף מעדים מכ"ש מטענה שנאמן ע"י מגו מהאי טעמא לא יכול המחזיק להוציא מהמערער השדה מחזקת קמייתא דבקרקע אזלינן בתר חזקה קמייתא ולא בתר חזקה דהשתא דאולי הודה האמת שאכל רק שלשה שנים כי באמת הי' כן כיון דליכא עדים רק ע"י מגו אולי הודה והכחיש בעצמו המגו וא"כ יש ספק אם הי' שלו לגמרי מעולם והמערער היה וודאי בקרקע ע"י שטרו והדרינן לכללא אין ספק מוציא מידי וודאי דדוקא אם יש עדים שאכל שבעה שנים אף אם הי' ברור שהודה שאכל רק שלשה שנים מ"מ לא מהני רק מכאן ולהבא והוי המחזיק מוחזק בשדה זו עד עתה שיש לו חזקה אלימא ע"י עדים משא"כ אם אין לו עדים רק ע"י מגו יש למערער חזקה קמייתא דקרקע בחזקת בעלים ראשונים עומדת ואף דמחזיק טוען שלא הודה דקרי לשני טובא שני חזקה יש לו מגו י"ל דרבא סובר כיון דרוב בני אדם אין קורין לשני טובא שני חזקה א"כ רובא וחזקת מרא קמא מסייעין למערער אין להוציא ממון בפירוש רחוק מחזקת מרא קמא ולומר דקרא לשני טובא

שני חזקה ונאמן במגו דאי בעי אמר מינך זבינתי' ואכלתי שני חזקה כיון שמערער יש לו חזקת מרא קמא ע"י השטר א"א להוציא כ"א בדבר ברור והכא הרוב מסייע לחזקה קמייתא של המערער אין בכח הברי של מחזיק להוציא מחזקת מרא קמא ורובא ובשגם כי הוא ברי גרוע דלא הו"ל למערער לידע ואמרינן להיפך דלית לי' מגו כיון שיש רוב שאין קורין לשני טובא שני חזקה א"כ הכחיש בעצמו המגו וכמו שנאמן להכחיש את העדים נאמן להכחיש את המגו ואין בכח ברי גרוע של המחזיק להוציא מחזקת מרא קמא ורובא כי תפיסה לא מהני בקרקע וא"ש ולק"מ קושי' התוספת ונכון למבין ומודה על האמת:

ח אמנם נראה דעת רבותינו בעלי תוס' מדלא תירצו כן בע"כ ס"ל דהודאת בע"ד מהני אף למפרע נגד עדי' כי נגדו לחובתו לא האמינה התורה לעדים וא"כ שפיר הקשו ובירורין של הדברים נראה דהוכיחו דבע"כ א"א לומר דרבא סובר דרובא אין קורין לשני טובא שני חזקה דא"כ אפילו אם יש לו עדים שאכל שבע שנים לא יהיה נאמן לגמרי וטעמא דמלתא נראה דהנה הא דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב כתבו תוס' במס' ב"ק דף כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל ובמס' ב"ב דף כ"ג ע"ב משום שיש נגד רובא חזקת ממון וחזקת ממון עדיף מרובא. ואולם נראה לענ"ד ברור דוקא אם מבורר לנו בוודאי שיש חזקת ממון המתנגד לרובא כי בממון ומטלטלין אזלינן בתר חזקה דהשתא כמ"ש תוס' כתובו' דף כ' ע"א ד"ה ואוקי וב"ב דף ס"א ע"ב ד"ה אדעתא, אבל אם הרוב הוא וודאי ובחזקה יש לכו ספק אם איכא חזקה המתנגד לרובא אין ספק חזקה מוציא מידי וודאי רוב דמי שיש לו רוב המסייע יש לו ראי' ברורה בוודאי ולהמוחזק יש לו חזקה מסופקת וכבר הקדמנו דקיי"ל כרב נחמן בב"מ דף ק"ב דבקרקע' אמרינן שעומד בחזקת בעלים הראשונים ולא מהני תפיסה אפי' ברשות כמ"ש הש"ך בספר תקפו כהן סי' נ"ז ונ"ח ולא דמי למטלטלין, ומעתה אי נימא שרוב ב"א אין קורין לשני טובא שני חזקה א"כ כשאמר מתחילה שאכל שני חזקה הודה שהקרקע הי' של מערער ע"י שטר כי שטרו קודם, ואף שהעדים מכחישין אותו ואמרו שאכל שבעה שנים, הא אפילו על גוף המעשה נאמן למפרע כי נגדו לא האמינה תורה לעדים וכעדים פסולים שווינהו רחמנא ואי נימא שהודה הי' למערער חזקת מרא קמא ע"י השטר כי תפיסה לא מהני כלל בקרקע, וכל זה אי נימא שהוא מן הרוב אבל אי נימא דהוא ממיעוט בני אדם שאין קורין לשני טובא שני חזקה א"כ לא הודה כלל כי נאמן לפרש דבריו ממילא הוא של המחזיק ע"י עדים המסייעין לו, ולפ"ז יש ספק בחזקת המחזיק אם הוא כדין או לא, והוי ספק בחזקה עצמה ממילא א"א לומר שיש למחזיק חזקת מרא קמא ע"י עדים המסייעין לו כי אולי הודה והכחיש

לעדים ולא הי' לו מעולם חזקת מרא קמא, ולא דמי לכל חזקת מרא קמא בש"ס שהחזקה הוא וודאי משא"כ כאן, וכיון שהעדים אינם מכחישים להרוב דהא העדים אינם מעידים רק על אכילה ולא מכחישין הרוב, הרובא הוא בתוקפו, וא"כ יש למערער רובא המסייע לו והוא וודאי רובא, וחזקת המחזיק הוא ספק, ואף כי גם המערער אין לו חזקת מרא קמא כי אולי לא הודה המחזיק מ"מ יש לו וודאי רובא המסייע לו ולהמחזיק יש לנו ספק בחזקה, ואין ספק חזקה מוציא מידי וודאי רוב כי אולי הודה ואגלאי מלתא למפרע שמעולם לא הי' שייך להמחזיק כי הודאתו מהני אף למפרע והא וודאי אם העדים היו מכחישין להרוב היה המחזיק מוחזק משא"כ הכא שהעדים אינם מכחישין להרוב, א"כ ע"י רוב יש ספק עצום לפנינו אולי הודה מתחילה נגד עדים וכיון שרוב נוטה שהודה אף שטוען המחזיק ברי שלא הודה מ"מ אמאי יהי' נאמן בברי נגד רובא, ובשגם שברי שלו הוא גרוע שא"א למערער לידע כוונתו, ואף אי נימא שגם המערע' כיון שאין יכול לטעון ברי שהודה לא מצי הרוב המסייע לזכות מספק, מ"מ יהי' הדין כדין שנים המערערים על שדה ואין שניהם מוחזקים בה קיי"ל כרב נחמן כל דאלים גבר כי חזקת המחזיק איתרע דע"י רובא לא היה לו חזקה מעולם דבעלמא אף שיש רובא המתנגד לחזקה מ"מ אינו עוקר חזקה לגמרי כי הי' למוחזק חזקת ממון בוודאי, אע"כ דרבא סובר דהוא פירש קרוב דרובא קרי לשני טובא שני חזקה ולכן נאמן אם יש עדי' שאכל שבע שנים דבכה"ג מהני רובא בממון לכ"ע כי אף אי נימא שמחזיק לא מקרי מוחזק מחמת שיש לנו ספק בכוונתו, הא עכ"פ גם המערער לא הוי מוחזק דדילמא לא הודה, והיכי דליכא חזקה המתנגד מהני רובא, ולפ"ז שפיר הקשו בתוס' דאפי' אם אין לו עדים יהי' נאמן לפרש דבריו כיון דיש לו מגו ורובא המסייעים דמגו ורובא מועילים אפי' נגד חזקת ממון כדמוכח במס' כתובו' ד' י"ב ע"ב בתי' הש"ס שם דמגו וחזקת הגוף אף שחזקת הגוף איתרע מועילין נגד חזקת הממון מכ"ש מגו ורובא דרובא עדיף מחזקה ומכ"ש הכא דאין חזקת ממון וודאי מתנגד למחזיק, ושפי' הקשו והוכרחו כתירוצם, וא"כ מוכח דתוס' ס"ל דהודאת בע"ד מהני נגד עדים להכחישם על גוף המעשה ונאמן על למפרע ג"כ וזהו נכון לדעתי והמעיין היטב בכל מה שכתבתי בפרט הלז יראה שדברי נכונים בס"ד:

פרט ג

יבואר דעת הראב"ד ז"ל דהודאת בעל דין לא מהני למפרע:

ט נראה לענ"ד להוכיח דהראב"ד ז"ל סובר דהודאת בע"ד לא מהני למפרע והוא רק מטעם חיוב כשיש עדים או היכא שיא חזקה אלימא המכחיש הודאתו דהנה במס' כתובות ד' ע"ב עמוד א' אלו יוצאת שלא בכתובה העוברת על דת משה ויהדות ואיזה דת

משה מאכילתו שאינו מעושר ומקשה הש"ס היכי דמי אי דידע נפרש אי דלא ידע מנא ידע וכתב בר"ן שם וז"ל והאי דלא מוקי במודה כ' הראב"ד זלה"ה משום דאינה נאמנת דהא אין אדם משים עצמו רשע ולא נראה דלהפסיד כתובתה וודאי נאמנת דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי אלא משום דמילתא דלא שכיח הוא לא אוקמי בהכי יע"ש, ועיין בר"ן במס' שבועות ד' מ"ה ע"א מ"ש שם במתניתן בשם רשב"א ומה שהשיג עליו ונוטים דברי הרשב"א לראב"ד והתמי' מבואר לעין כל הרואה דהא באומר גנבתי או גזלתי משלם ממון שהודה, ולדברינו יובן דבריו היטב דהנה לפמשכ"ל ס"ל לרש"י ותוספת דהודאתו מועיל נגד עדים אף על למפרע כי נאמן לכל דבריו שמעשה לגמרי אמת כמו שאומר ונגד עצמו לא האמינה התור' לעדים כלל, ולפ"ז צ"ל אם אחד אומר שגנב או שגזל הא שמחויב לשלם אף שאינו נאמן לפסול א"ע לעדות מצד גז"הכ שאין אדם משים עצמו רשע מ"מ נאמן לומר שגנב או שגזל כדי להפסיד ממונו שעל זה האמינה התורה, והוא כעין פלגינן דבורא שאינו נאמן שיופסל לעדות כדאי' בש"ע ח"מ סי' ל"ד סעיף כ"ה ונאמן להפסיד ממונו, אבל ראב"ד י"ל דסובר כמש"ל בשיטת האחרונים אם עדי' מכחישים אותו אף שעדים נאמנים על המעשה שלא הי' ההלואה באותו זמן מ"מ חייב לשלם ומתחיל החיוב מכאן ולהבא דהא אפילו בהודאתו מתחייב א"ע בדבר שאינו חייב וכדעת הרמב"ם בפרק י"א מה' מכירה וראב"ד דשתיק ש"מ דהודה להרמב"ם ולכן סובר באם אומר שגנב או גזל אף שאין אנו מאמינים אותו דאין אדם משים עצמו רשע ואין יכול להוציא א"ע מחזקת כשרות דהוא חזקה אלימא ואתי' מכח רובא דרוב ישראל כשרים הם מ"מ מחויב לשלם דעכ"פ נתפוס מתוך דבריו שמחייב את עצמו ומתחיל החיוב מכאן ולהבא דאף שלא גנב מ"מ הוא רצונו לשלם והוי כמתחייב א"ע בדבר שאינו חייב והא דאיתא בקרא ויקרא ה' בכחש בפקדון או וגו' ונשבע ואח"כ כשהודה שנשבע על שקר חייב קרן וחומש ואשם וכן אי' בשבועות ד' ל"ו ע"ב במתניתן וכיון שחייב קרבן בע"כ אנו אומרים שנאמן על גוף המעשה במה שמשים עצמו רשע וא"ל כמ"ש תוס' ב"מ ד' ג' ע"ב ד"ה מה דהיכי דרוצה לעשות תשובה נאמן והכא מיירי ששב בתשובה וכמו שפירש רש"י בחומש, והיה כי יחטא ואשם כשיכיר בעצמו לשוב בתשובה ולדעת ולהודות כי יחטא ואשם יע"ש לכן נאמן אפי' להשים עצמו רשע משא"כ כשאינו רוצה לעשות תשובה דז"א דהפי' בתוס' היכי דאם לא יאמינוהו יעשה איסור שיביא חולין לעזרה כמו התם לכן נאמן, וכ"כ להדיא בס' כנ"הג בחשן משפט סימן ל"ד ס"ק ס"ז בהגהות הטור בשם מוהר"ל נ"ח סי' קי"ז בדבר שאם לא נאמינהו יעשה איסור כגון להביא חולין לעזרה או כהן שהרג את הנפש לישא כפיו אמרינן אדם משים עצמו רשע

יע"ש ויסודו מתוס' הנ"ל משא"כ הכא אף אם לא נאמין לו שנשבע לשקר ולא יביא קרבן לא יעשה איסור בפועל ובע"כ מוכח שנאמן על גוף המעשה מ"מ יש לומר שראב"ד מחלק מסברא דנפשי' היכי שהודה שגנב או גזל שלא בדרך תשובה אזי אינו נאמן רק מחמת חיוב אבל כשהודה דרך תשובה ורוצה לעשות תשובה נאמן הגם בתשובת מהר"ם לובלין סימן פ"א וממ"ש המרדכי בפ' זה בורר משמע דל"ל חילוק הלז מ"מ אין הראב"ד משועבד לסברתם ועיי' ס' כנ"הג ח"מ סימן ל"ד ס"ק ס"ה תראה ראי' לסברא זו, וא"כ א"ש דהא דיוצאת שלא בכתובה הוא מחמת שעוברת על דת ומכשילתו בדבר איסור וכיון דאינה נאמנת להשים עצמה רשעה אינה נאמנת שמעשה אמת שעברה רק שיכולה לחייב א"ע ולהפסיד ממונה וזה לא שייך בנדון דידן דאם מעשה שקר מותרת לדור עמו ואם תשב בלא כתוב' הוי בעילת זנות, וא"כ שפיר פריך אמאי מגרשה כיון דהיא מודית אינה נאמנת להשים עצמה רשעה ויכול לדור עמה אם ירצה ואף דאם רוצה לגרשה בע"כ בלא כחובה הרשות בידו מ"מ אינו מחויב לגרשה מצד שמקיים מצו' לגרש אשה רעה העוברת על דת רק משום שבלא"ה מדינא דש"ס יכול לגרשה בע"כ ומה שהיא יוצאת שלא בכתובה הוא מחמת שנתנה ומחלה לו הכתובה ואפי' אם אינה עוברת על דת אם מוחלת כתובתה הרשות בידה לקבל גט בלא כתובה אבל מלשון מתני' משמע מצד שהיא עוברת על דת מצוה לגרשה ולשיטת הראב"ד הובא בר"אש שם הוא רשע אם לא מגרש' ותצא שלא בכתובה הוא ג"כ מה"ט הא אינו מחויב לגרשה אפי' מצד מצוה בכה"ג כשהיא מודית כי אינה נאמנת להשים עצמה רשעה וגם מצד הודאתה שעוברת על דת לא תצא שלא בכתובה כ"א מצד שהיא מוחלת והא מחילה מועלת אפי' באשה שאינה עוברת על דת וז"ש מנא ידע וא"א לוקמי שהודית דהא ע"ז שעוברת על דת לא מהני הודאתה ומדוייק היטב לשון הש"ס מאכילתו שאינו מעושר היכי דמי ר"ל כי א"א לידע שמעשה אמת שהאכילתו כי ממון הכתובה מוחלת ולא מצד אכילה תצא שלא בכתובה וא"ל שמיירי. שהודית בדרך תשובה ורצונה לעשות תשובה על שהאכילתו דבכה"ג נאמנת על גוף המעשה כנ"ל, דז"א דהא כתבו הפוסקים והובא בב"ש סי' קט"ו ס"ק א' דאינה יוצאה בלא כתובה אלא אם כן הכשילו בדבר איסור או כשהיא עוברת על חטא דבנים מתים באותן החטא או אם עשתה דבר פריצות דאז יש לחוש שמא תזנה תחתיו אבל משום שאר איסור שעשתה אינה יוצאת בלא כתובה יע"ש וכיון שעיקר הטעם שלא תכשיל לבעלה ולא משום קנסא שעשתה איסור בכה"ג היכי שאין לנו עדי' שהאכילתו ומודית דרך תשובה ורצונה לשוב אמאי תצא שלא בכתובה כי יש ראי' ברורה שלא תכשיל אותו עוד מכאן ולהבא כיון שלא היינו יודעים שהכשילתו

ובאה להודות דרך תשובה, וא"כ בממ"נ אי הודית שלא בדרך תשובה אינה נאמנת על גוף האכילה, ואי בדרך תשובה מותר לדור עמה כן י"ל לשיטת הראב"ד אף אם לא נראה כן משאר פוסקי' מ"מ מצוה להצדיק דברי רבינו הגדול זלה"ה שלא יהי' שיטתו נגד הרבה סוגיות בש"ס:

אמנם לכאורה יש סתירה לזה מדברי הראב"ד בעצמו מהא דאי' במס' ב"ב ד' קכ"ח ע"ב שלח רב אבא לר' יוסף בר חמא המוציא שטר חוב על חבירו מלוה אומר לא נפרעתי כלום והלוה אומר פרעתי מחצה והעדי' מעידים שפרע כולו נשבע וגובה מחצה מנכסים בני חורין, וכתב בס' שיטה מקובצת שם וז"ל הקשה הראב"ד למה נאמן בשבועתו הא איכא שטר, וא"ת מפני שהעדי' מעידים שפרעו כולו מבטלין כח השטר ואעדים סמכינן א"כ אף הוא לא ישבע דאטו מי שמודה במקצת ויש לו עדי' שמעידים על המקצת שפרע מי נשבע וא"ת שאני הכא שהעדים מוכחשין שהוא מכחישם ואפילו לגבי נפשי' נאמן להכחישן ולחייב את עצמו כדרך שהוא נאמן לחייב את עצמו במה שהוא אומר שלא פרע א"כ חזרה הקושי' למקומה שלא יהי' נאמן אפי' בשבועה שהרי השטר בחזקתו יע"ש מה שתירץ ויש להבין למה האריך בלשונו ואפי' לגבי נפשי' נאמן להכחישן ולחייב א"ע כו' שהן דברים מיותרים וקושי' זו הרגישו כל הראשוני' ולא כתבו כל דברים הללו אבל כראה שרבינו ז"ל גלה לן רז לפמש"ל הא דנאמן לחובתו אף נגד עדי' שמעידין על זכותו י"ל הטעם גז"הכ שנאמן על גוף הענין לחובתו יותר מהעדים או מטעם חיוב שמתחיל החיוב מהיום כיון שבידו ליתן והוי מתנה ולכן דייק בלשונו הקדוש להקשות ממ"נ איזה טעם נאמר אם נאמר שעל גוף הענין נאמן יותר מעדים א"כ העדי' פסולים וקם השטר ואי אינו נאמן על גוף הענין כ"א שהוא מתנה למה נשבע שבועה דאורייתא דהא אינה מודה כלל ומתנה נתן לו המקצת וז"ש וא"ת מאני הכא כו' ואפי' לגבי נפשי כו' ר"ל שאפי' לענין חיוב שבועה במה שמודה קצת לחייב שבועה שמודה לחייב א"ע שבועה נאמן כמו שנאמן לענין ממון במה שהוא אומר שלא פרע אם כן הדק"ל לא יהיה נאמן אפילו בשבועה שהרי השטר בחזקתו וא"כ מוכח שהראב"ד ל"ל מה שכתבתי לעיל בכוונתו, ואולי י"ל שתרי ראב"ד היו כמו שכתבו הפוסקים וא"ש:

פרט ד

יבואר לפמ"ש מחלוקת הפוסקים אי הודאת בע"ד מהני על למפרע יש לפרש על נכון סוגי' הש"ס מס' בבא מציעא דף ו' ע"א:

י גרסינין במס' ב"מ ד' ו' ע"א את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותו מידו הקדישה בלא תקפה מהו כיון דאמר מר אמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי כמאן דתקפה דמי

א"ד השתא מיהא הא לא תקפה וכתיב ואיש כי יקדיש את ביתו וגו' מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו לאפוקי האי דלאו ברשותו וכ' בתוס' ד"ה הקדישה דמיירי כגון ששתק בשעה שהקדיש ולבסוף כששאלה הגזבר צווח ומבעי לן כיון דאמירה כו' הוי הקדש כתקפה דכיון ששתק אדויי אודי לי' והוי הקדש ולא דמי לגזל ולא נתיאשו הבעלים דשניהם אין יכולין להקדישן זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו דכיון דאודי לי' הוי לי' כפקדון שיש לו ביד אחרים דיכול להקדיש או דלמא הקדש לא הוי כתקיפה דלמה יצווח בשביל דבריו ומייתי מהאי מסותא דהקדש חד ושתק אידך ומסקנא דלא הוי הקדש אלמא שתיקה אינה כהודאה יע"ש והובא בס' שיטה מקובצת מה שנתקשה הריטב"א לפי' תוס' מה דאומר אח"כ וכתיב ואיש כו' הוא למותר דסגי במה שאמר השתא מיהא הא לא תקפה ולא הוי כהודאה דלמה יצווח לכן כ' דבקצת ספרים לא גרסו לי', הגם שכתב ליישב גי' זו מש"ה לא חש להקדישו כיון שאינו ברשותו מ"מ יש לפקפק דהו"ל לומר רק השתא כו' כי ממילא מובן שאין יכול להקדיש דבר שאינו שלו כיון שעיקר הטעם שאינו חושש לדבריו כיון שלא מסר עדיין ליד הגזבר וגם למה הביא הלימוד מקרא ולא קאמר בקיצור שאין להקדיש דבר שאינו ברשותו:

לכן נראה לומר מסוגי' זו יח ראי' לרבינו הגדול הר"אש זלה"ה דהנה הרמב"ם כ' בפרק ה' מהלכות אישות הלכה ו' המקדש את האשה בגזל או בגנבה אם נתיאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר ביאוש ה"ז מקודשת וכ' ה"המ וז"ל והטעם שכשנתיאשו הבעלים מקודשת אע"ג דקיי"ל יאוש בלבד אינו קונה הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושינוי רשות כשהי' בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה יע"ש והובא דבריו בב"ש א"העז סימן כ"ח סק"ז א"כ סובר דקנין בחפץ שיהי' שלו וקידושין באו בבת אחת (וזכר לדבר עיי' מס' גיטין ד' ע"ז ע"ב דמיון קצת לזה ועיין ש"ך ח"מ סי' ר"ב סק"ג ופני יהושע מס' קידושין דף כ"ז):

ואולם במס' ב"ק ד' ס"ו ע"א בהא דפליגי רבה ור' יוסף רבה סובר דיאוש קונה בגזלן רק דמספקא לי' אי מדאורייתא או מדרבנן ור' יוס' סובר אפי' מדרבנן לא קנה וכ' הר"אש דקיי"ל כרבה דיאוש קונה לחומרא ואם קדש אשה בגזילה לאחר יאוש צריכה גט דרבה סובר דלכל הפחות קונה מדרבנן אבל מדאורייתא קיימ"ל דיאוש לא קנה יע"ש ותמה הישׁ"ש שם סימן ז' במ"ש שמקודשת רק מדרבנן הא לכ"ע מקודשת מדאורייתא משום יאוש ואח"כ שינוי רשות לידה דקונה לכ"ע ובוודאי דסובר הר"אש דאין זה קידושין מדאורייתא אם לא קנה כבר בקנין ממש דהא קודם שנתן לידה לא הוי שלו והיא לא קנתה אלא כשהגיע לידה ונמצא כמו שקידש במה שאינו שלו, ומ"מ לא נהירא דמאחר

דהיא קנתה הגזילה א"כ נמצא שקנה אותה הבעל בעת שמסרה לידה דנעשה ג"כ הגזילה שלו במסירתו לידה והביא ג"כ ראי' מה"המ הנ"ל יע"ש וא"כ הר"אש לית לי' הך סברא דה"המ דקנין וקידושין באין כאחת ולכאורה דברי הר"אש תמוהין כי סברת הה"מ מוכח מש"ס ב"ק דף ס"ז ע"א דמקשה על ר' יוסף מברייתא דגנב וגזלן הקדישן הקדש ותרומתן תרומה ומעשרותן מעשר ומשני דהתם איכא שינוי השם דמעיקרא טבלא והשתא תרומה הקדש מעיקרא חולין השתא הקדש וק' ג"כ האיך חל הקדש דבשעה שהקדיש לא היה שלו ובעכצ"ל כמו דמוכח למעיין בחידושי רשב"א שם דכיון דאיכא שינוי השם בשעה שמקדיש בא הקנין הנקנה לגזלן והקדש בבת אחת ובע"כ צ"ל דהך סברא מוכרח לר' יוסף אבל לרבה כיון דבלא"ה לק"מ קושי' הש"ס לא אמרינן דקנין והקדש בא בב"א וה"ה בקידושין, כדמוכח במס' קדושין דף נ"ב ע"א למעיין שם דקדושין והקדש יש להם דין אחד דמדמה כמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו ה"ה שאין יכול לקדש בדבר שאינו שלו ודינם לגמרי שוה והוא ז"ל ס"ל כרבה:

ואולם מכל מקום ק' מנ"ל להר"אש להמציא מחלוקת חדש בין רבה לר' יוסף ובדברינו יובן היטב די"ל דהיה לו הוכחה נכונה מסוגי' זו דהוי קשה לי' לפרש הא בעי' ע"פי גי' שלנו ולפ"ד יובן היטב דהנה כבר גילה לן רז חדש רבינו הריטב"א הובא בס' שיטה מקובצת די"ל הכא ג"כ כסברת ה"המ הנ"ל שכ' וז"ל ואפי' לר' יוחנן דאמר גזל ולא נתיאשו הבעלים שאינו יכול להקדיש הכא קדיש דשאני הכא דכיון דאודית לי' הרי הוא כפקדון גבי' ואע"ג דבשעת אמירה אכתי לא הודה לי' ידו והקדשו באין כאחת יע"ש ואולם לדברי הר"אש דלית לי' סברא זו יש להבין אמאי קאמר הש"ס כיון דאמר מר כו' כמאן דתקפה דמי והיינו כיון דשתק אודי מה בכך דאודי מ"מ דמי לגזל ולא נתיאשו הבעלים דא"י להקדיש דל"ד לפקדון שכבר היה שלו קודם שהקדישו משא"כ הכא ע"ע היה בחזקת שניהם כי אנן סהדי מאי דתפיס כל אחד דידי' הוא, וכמ"ש תוס' במס' ב"מ דף ב' ע"א ד"ה ויחלוקו דחשיב כאילו כ"א יש לו בוודאי חצי ול"ל סברת חידושי הר"ן המובא בס' שיטה מקובצת וכן מוכח למעיין היטב בר"אש וא"כ לא בא הקנין למקדיש רק בשעה שהקדישה ושתק חבירו והא בעינן שיהי' שלו קודם שהקדיש ודוחק לומר דאבעי' קאי לר' יוסף כיון דלהר"אש הלכה כרבה ורבה לא ס"ל סברת ה"המ ויש"ש הנ"ל:

ונראה לפמש"ל היכי שמודה נגד עדים איכא מחלוקת רבוותא אי הודאתו מהני על למפרע והיינו שנאמן על גוף המעשה או שאינו נאמן על למפרע רק שנאמן וחל החיוב מכאן ולהבא והוי כאילו נתן לו היום משעה שהודה ממילא י"ל ה"ה אף שיש אנן סהדי דכ"א יש לו מחצה מ"מ לא עדיף מעדים המעידים לפנינו ואם נאמר דהודאתו וה"ה

שתיקתו דהוי כהודאה מהני למפרע ממילא היה של המקדיש מימים ימימה והודאתו הוא רק גילוי מילתא בעלמא ששקר הי' טוען והאמת כחבירו שהי' טוען כולה שלי אזי חל ההקדש דהא החפץ הי' של המקדיש מקודם שהקדיש ולא בא הקנין והקדש בבת אחת, אבל אי נימא שהוא מטעם חיוב מכאן ולהבא ולא בא הקנין כ"א בזו הרגע שהקדיש וחבירו שתק דהוי כהודאה אז קנה המקדיש החפץ כי מקודם היה של חבירו ג"כ אזי לא חל ההקדש כיון דבשעת אמירה לא היה של המקדיש ולא אמרינן שידו והקדשו באין כאחת ולפ"ז יש לומר דבזה היה מסופק הש"ס אי הודאתו מהני למפרע או לא והיה פשוט לבעל אבעי' דשתיקה הוי כהודאה כשרואה שחבירו מקדיש לא היה לו לשחוק, רק שמסופק בזה אי הוה הודאתו על למפרע וחל ההקדש, או דלמא דחל הודאה מכאן ולהבא וכיון דקודם שהקדישה היה ברשות חבירו ג"כ דהא עדיין לא תקפה והיינו אם היה תקפה ממנו קודם ושתק דאז הוי השתיקה כהודאה עכ"פ מכאן ולהבא יוכל אח"כ להקדיש משא"כ בכה"ג ובזה מובן היטיב לשון הש"ס כיון דאמר מר אמירה לגבוה כמסירה להדיוט כמאן דתקפה דמי ר"ל כמ"ש תוספת כיון דשתק אודויי אודי לי' וחל הודא' למפרע והוי כאלו הי' תקפה מקודם שחל ההקדש או דלמא השתא מיהא הא לא תקפה ד"ל דבאמת הודאה מהני רק על להבא וכיון דהשתא בשעה שהקדיש עדיין לא תקפה והיינו בשעת אמירתו עדיין לא תקפה והוא ברשות חבירו וניהו דהוי כהודאה מכאן ולהבא מ"מ לא מהני דכתיב איש כו' מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו ר"ל לכן מדמינן לביתו שבעינן כמו בית שהי' מקודם שהקדיש ברשותו והוא שלו, ולא בא ההקדש וקנין בבת אחת ה"נ בעינן שיהי' ברשותו בשעת אמירה לאפוקי הא דלאו ברשותו פי' בשעת אמירה לא היה ברשותו כי בעת שאמר לא היה כפקדון אצל חבירו כי הודאתו חל מכאן ולהבא ולא אמרינן ידו והקדשו באין כאחד כי היה גז"הכ דומיא דביתו והיינו דדייק הש"ס ומביא הלימוד מביתו, וע"ז פשיט הש"ס ממסותא כפי' תוס' בזה דהקדש חד ושתק אידך ומסקנא דלא הוי הקדש מטעם דהודאה הוא מכאן ולהבא ובשעה שהקדיש לא הי' ברשותי' ומובן היטב מה דפשיט בד' ז' ע"א כל ממון שאינו יכול להוציא בדיינין הקדישו אינו קדוש והיינו שאין לו ראיי' בדבר כמ"ש כיון שאין לו ראי' קודם שהקדיש וא"י להוציא מקודם וכל ראייתו בא ע"י שתיקה ששתק בשעה שהקדיש לא חל ההקדש דלא אמרינן הקדישו וידו באין כאחת מיהו כששתק בשעה שהקדיש ושתק כשבא הגזבר ונתן לידו בוודאי חל ההקדש דע"י שתיקה ששתק בשעה שהקדיש הודה והוא של המקדיש ואח"כ כשבא הגזבר ונתנו לידו חל ההקדש משעה שבא ליד הגזבר כי היה הודאה בשעה שהקדיש ומאותו זמן הוא של המקדיש

ומתחיל משעה שנתן ליד הגזבר משא"כ כששתק ולבסוף צווח כשבא הגזבר שפיר קמבעי' לן ופושט דלא הוי הקדש ואולם לפ"ז צריך לומר דאבעי' הוא רק לענין הקדש אם יכול אח"כ אפי' המקדיש לחזור דבשעה שהקדיש לא היה מקדיש כהוגן כי לא הי' ברשותו אבל אם עומד המקדים בהקדישו ליכא ספק וחל ההקדש והטעם כיון לפ"ד הוי שתיקה כהודאה ועכ"פ חל ההודאה מכאן ולהבא בא א"כ החפץ הוא של המקדיש לגמרי יהי' הודאה מאיזה טעם שיהי' סוף סוף הודה ונתן לו מכאן ולהבא אע"כ מעיקר האבעי' הוא לענין הקדש אם חל כיון שלא היה קודם שייך להמקדיש וכ"מ אם יכול אח"כ המקדיש לחזור מהקדשו אבל אם רוצה לעמוד בהקדשו ליכא נ"מ בהאבעי' דזה שכנגדו מחויב ליתן החפץ ליד המקדיש שנגד המקדיש הוי הודאה ממילא קם ההקדש כיון שעומד בהקדשו ואף שאין מפורש בהש"ס כן מ"מ י"ל כעין שפירש בתוספת האי דמסותא שהקדיש חד ושתק אידך אף דלא מפורש כן בש"ס כ"כ י"ל לדברינו שאח"כ חזר המקדיש מהקדשו ובכה"ג מיירי הש"ס ויותר נראה לומר והוא עיקר בעיני דאפי' לגבי המקדיש יכול השותק לחזור לצד דהודאה מטעם מתנה וחל החיוב מכאן ולהבא והטעם דבעלמא כשמודה בפירש בפני עדים הוי הקנין במה שאמר לפניהם אתם עדי' וכמ"ש הרמב"ם בפרק י"א מהלכות מכירה משא"כ הכא ניהו דמוכח דה דאה מכח השתיקה אבל לא מוכח ע"י שתיקתו שכוונתו הי' שיהי' קנין ועשה אותם לעדים דהא לא אמר אתם עדים וכיון שלא הי' קנין יכול לחזור ואף דקיימ"ל בחשן משפט סי' פ"א בהודאה בפני בע"ד הוי הודאה אף כשלא אמר אתם עדי' היינו היכא שחייב באמת ורק לבטל חשש דהשטאה והשבעה אלים כחייהו דב"ד שאין נ"ל אתם עדים כיון דאין דרך להשטות ולהשביע בפניהם משא"כ הכא לצד דהודאת בע"ד נגד אנן סהדי לא חל למפרע כי אנו אומרים שגוף המעשה וההודאה שקר רק שחל החיוב מכאן ולהבא מטעם מתנה וכמתחייב א"ע בדבר שאינו חייב ממילא אפי' בפני ב"ד בעי קנין וא"כ הכא שעדיין החפץ תחת יד המודה דהא הקדישה ולא תקפה איכא קנין להמקדיש ויכול לחזור להצד אי הודאה מטעם מתנה אפי' נגד המקדיש וא"כ האבעי' בכל גוונא אפי' אם המקדש עומד בהקדשו ושפיר פשיט הש"ס והבן היטב ואולם חלילה לפרש פי' אחר ממה שבחרו הראשונים ז"ל וברוך שבחר בהם ובמשנתם:

פרט ה

ה יבואר ראיה לפוסקים דהודאת בעל דין להכחיש לעדים לא מהני למפרע:

יא נלע"ד להביא ראיי' לשיטה זו מהא דאיתא במס' שבועות דף מ"א ע"ב ההוא דאמר לחברי' הב לי מאה זוזי דאוזיפתך אמר לי' להד"ם אזל סהדי דאוזפי' ופרעי' אמר אביי

מאי נעבד אינהו אמרו אוזפי' ואינהו אמרי פרעו רבא אמר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וקיימ"ל כרבא וקשי' לן טובא ומקודם ראוי' לברר ולחקור היכא ששני הודאות סותרין זו את זו כיון דקיימ"ל הודאת בע"ד לחובתו כעדים כשרים דמי א"כ אם המלוה נתפס מתוך דבריו הודאה לחובתו והלוה נתפס ג"כ מתוך דבריו הודאה לחובתו היכי לידייני דיינא להאי דינא:

ונראה לפשוט חקירה הלז ממס' גיטין דף מ' ע"ב דאי' שם ת"ר האומר עשיתי פלוני עבדי בן חורין והוא אמר לא עשני חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי האומר נתתי שדה פלוני לפלוני והוא אומר לא נתן לי חיישינן שמא זיכה לו ע"י אחר כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ולא נתן לי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי מי אוכל פירות ר' חסדא אמר נותן אוכל פירות ורבה אמר משלשין את הפירות ולא פליגי הא באבא והא בברא ע"כ הסוגי' וכת' רש"י בד"ה הודאת בע"ד דעבד וכן מקבל מתנה כיון דאמרי לא קבלתי נאמן ויוכל זה לחזור ולזכות בו אם ירצה דאמרינן טעה קסבר שקבלה זה מידו יע"ש וכ"כ בתוס' בד"ה הודאת בע"ד בנותן לא אמרינן הכי דפעמים סבר שמקבל בידו וזכה בו והוא לא קיבל וגם בר"אש ור"ן נתנו טעמים על זה במה שהודאת נותן לא הוי כעדים ויש להתבונן ל"ל לטעמים הללו הא אפילו אם הודאת שוים ויש לפנינו הודאת הנותן שהוא כעדים והודאת המקבל שהוא ג"כ כעדים הוי הכחשה כאילו היה עדות מוכחשת וספק לנו האמת עם מי הא קיימ"ל במס' ב"מ דף ק"ב ע"ב דבשדה מוקמינן הקרקע בחזקת בעלים הראשונים ממילא חזרה השדה לנותן ולאחר העיון מצאתי כן בחי' רש"בא שכ' וז"ל הדבר פשוט דהודאת מקבל נקרא הודאת בעל דין ומעמידין שדה ביד נותן דכיון שזה מודה וזה מודה העמד קרקע בחזקת בעלים הראשונים יע"ש ולכאורה י"ל דתוס' וסיעתם הוכרחו לומר טעמים הנ"ל כיון דגם בעבד אמרינן הודאת העבד הוי הודאה ויכול לחזור ואי הוי שוה הודאת הנותן עם הודאת העבד היה העבד משוחרר דעבד מוחזק בעצמו כמ"ש תוס' בגיטין דף י"ז ע"א בד"ה מפני דלכן תקנו זמן בשחרור דאי לא הוי זמן פעמים שהיה מוכר עבדו ואח"כ כותב גט שחרור בלא זמן, והיה אומר עבד לרבו השני אייתי ראי' שהשטר שלך קודם שהעבד הוא מוחזק בעצמו והלוקח בא להוציא ממנו השעבוד יע"ש וכ"כ הראב"ד הובא ברא"ש מס' ב"ק דף ט"ו ע"ב וז"ל ועוד כ' הראב"ד דאם הודה ואח"כ באו עדים קיי"ל כרב דאמר מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ואי תפס מפקינן ואי תפס מקמי הודאתו ואח"כ הודה מפקינן מיני' ולא אמרינן דתפיסה מקמי הודאה כעדים דמי מדא"ל ר"ג לרבי יהושע בב"ק דף ע"ב ע"ב אי אתה יודע שטבי עבדי יוצא

לחירות א"ל רבי יהושע אין בדברך כלום שכבר הודית והרי טבי עבדו כתופס מקמי הודאה הוי שהרי גופו אצלו היה ואפ"ה לא יצא לחירות מפני הודאתו של ר"ג אלמא לאו כעדים דמי ומפקינן מיני' יע"ש א"כ משמע שאפילו עבד כנעני מוחזק בעצמו ולא חשיב רבו כמוחזק וכ"כ בתשובת מהרי"ק שורש צ"ד אבל זה אינו דודאי נראה אם יש ספק אם הוא משוחרר או לא מוקמינן העבד בחזקת מרא קמא לענין ממון שמשועבד לרבו הראשון למלאכה ולמעשה ידיו ככל ספק ממון דמוקמינן בחזקתו ולא מהני תפיסתו זה שמוחזק במלאכה כי מספק לא מהני תפיסה נגד חזקת מרא קמא כמו דכ' רוב הפוסקים דקיי"ל ת"כ מוציאין מידו דתפיסה מספק לא מהני נגד חזקת מרא קמא והיינו אפילו יש לו דין מטלטלין כמו שיש להאריך בזה ולענין ספק איסור הוא בחזקת קמייתא שהי' עבד ואסור בבת חורין ושאני נידון בתוס' גיטין הנ"ל דהתם אם היה מוכר עבדו וכתב גט שחרור בלא זמן כיון דעכ"פ היה משוחרר ויצא מרבו הראשון יצא מחזקת קמייתא ואין לרבו שני עליו חזקת מרא קמא כי יש ספק אולי לא חל עליו השעבוד ולא הי' מעולם רבו ובכל מקום החזקה קודם לספק כי חזקה ילפינן מנגע כדאי' בחולין דף ט' ע"ב והתם היה מעיקרא בחזקת נגע ואח"כ כשנולד לנו ספק מוקמינן על חזקה קמייתא משא"כ אם ספק קודם והכא ברבו השני בא הספק מקודם שהי' לו חזקה וודאי בעבד ולכן מספק לא חל על העבד השעבוד לרבו שני וכ"כ בנידון דראב"ד הנ"ל אין הספק בשחרור רק חוקת התורה הוא שמודה בקנס לא מהני לכן אי סד"א דתפיסה מקמי הודאה הוי כעדים לא היה ספק בתפיסתו משא"כ כשיש ספק אם חל השחרור מוקמינן העבד בחזקת קמייתא וא"כ הדק"ל:

ונראה לענ"ד לומר דהנה לפ"ד הרבה מגדולי הראשונים כמ"ש בכלל תרי ותרי ספיקא דאורייתא לפי גרסתם ביבמות דף ל"א ע"ב פליגי רבה ור' יוסף עם אביי ורבא רבה ור"י סוברים תרי ותרי ספיקא דאורייתא ומן התורה לא מהני החזקה ואביי ורבא ס"ל דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומן התורה מהני החזקה רק חכמים החמירו שלא לסמוך אחזקה וכ' טעמייהו דהנה התוס' במס' ב"ב דף ל"א ע"ב וזו הקשו בשתי כתי עדים המכחישים זו את זו נהמנהו לבתראי במגו דפסלי לקמאי בגזלנותא ותי' דמגו לא יוכל לסייע יותר משני עדים ותרי כמאה יע"ש ועיי' בחידושי מהרמ"ח וא"כ יש להבין לאביי ורבא דמן התורה מהני חזקה וקשה מה מהני החזקה דלא עדיף החזקה מאילו הי' עוד עדים המסייעין ותרי כמאה ונראה דבזה פליגי רבה ורב יוסף ס"ל כשיש הכחשה א"א לסלק עדותן כאילו לא העידו כלל דאלים כחן של עדות ולכן לא מהני החזקה מטעם הנ"ל אבל אביי ורבא סוברים כיון שיש הכחשה ביניהם מסלקינן דבורם כלא היו לפנינו דבהדי סהדי שקרא

למה לן ונשאר הענין כמו שהי' מקדם וזהו מן התורה וממילא מהני החזקה קמייתא כי העדים לא יוכלו לגרע כח החזקה כיון שמסלקינן ונשאר כמו שהי' לולי דבורם שהיה מהני החזקה ושאני מגו דבע"כ א"א לומר המגו כי אם שנתפוס דבורם וכיון שאתה אין מסלק עדותן דהא אנו מאמינים אותן במגו בזה שפיר כ' תוס' דמגו לא עדיף מעדים ותרי כמאה והנה מוהר"ם בר ברוך כ' בש"ות סימן תס"ב לאביי ורבא לא החמירו חכמים רק באיסור ולא בממון ונשאר על דין תורה דאזלינן בתר חזקה וכ"כ מהרש"א במס' כתובות דף ד"ב תוס' ד"ה תרי ותרי יע"ש, אבל לרבה ור' יוסף כיון דמן התורה הוי ספק אפי' בממון לא מוקמינן על חזקה כי כת שכנגדו מפקיעין כח החזקה כיון דלא עדיף מעדים ותרי כמאה דהא לא מסלקינן כחייהו של עדים כאלו לא העידו וא"כ צ"ל הא דאמר רב אשי במס' כתובות דף ך' ע"א בבר שטי' דזבין נכסי אתו בי תרי ואמרי כשהוא שוטה זבין ואתו בי תרי ואמרו כשהוא חלים זבין דאוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת בר שטיא דבקרקע מוקמינן בחזקת מרא קמא כמ"ש תוס' ד"ה ואוקי, המעיין ביבמות דף ל"א ע"א דהטעם הוא משום דתרי ותרי ספיקא דרבנן כדאי' שם ותו בשתי כיתי עדים נמי ספיקא דרבנן הוא דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואשה אוקמא אחזקה מידי דהוי אנכסי דבר שטיא כו' וא"כ לרבה דסובר תרי ותרי ספיקא דאורייתא כשיש שני כיתי עדים המכחישים את עצמן בקרקע לא שייך לומר אוקי בחזקת מרא קמא והוי ספק ככל ספיקא דממונא ויש לומר דהוי קשה לתוס' על הש"ס שהוצרכו לאוקמי דלא פליגי הא באבא והא בברא אף שיש למעט מחלוקת מ"מ מנלן לפרש משמעות דחוק שלא נזכר כלל במילתייהו שאיירי בברא דלמא אזיל רבה לשיטתו דסובר תרי ותרי ספיקא דאורייתא לכן סובר משלשין פירות ביד שליש עד שיבוא אליהו דכיון דהודאת כל אחד הוי כעדים וחזקת מרא קמא איתרע כיון דהוא ספק דאורייתא והוי ספיקא ככל ספק ממונא לכן יהא מונח, והפי' הברייתא לרבה כך, הודאת בעל דין כמאה עדים רצה לומר כיון שכל אחד נקרא בעל דין והודאת כל אחד הוי כעדים ויש הכחשה לכן משלשין הפירות, והמעיין בר"ן יראה שגם לפי' הר"ן צריך לפרש הברייתא לרבה הכוונה שמשלשין כי כתב וזה לשונו ומי אוכל פירות כלומר מאן אמרינן שהודאתו הודאה ואידך זכה וכו' יע"ש א"כ פירש שהם מחולקים בפירש הברייתא, ובע"כ לרבה בברא הפי' שברייתא אמרי סתם שהודאת כל אחד הוי הודאה וממילא הדין דמשלשין וא"כ לפי זה הוי מצי הש"ס לומר שאיירי לכ"ע באבא כפשטא דמילתא רק ר' חסדא סובר כאביי ורבא דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקי אחזקה ולא החמירו רק באיסורין ובממון אוקי על דין תורה לכן נותן אוכל פירות כי הודאת כל אחד הוי כעדים

והוי כתרי ותרי ואזלינן בקרקע בתר חזקת מרא קמא ורבה לשיטתו כנ"ל לכן הוכרחו תוס' וסיעתם לומר טעמם במאי דהודאת נותן לא הוי הודאה ומהאי טעמא אוקי הש"ס הא באבא והא בברא, מיהו בעלמא מודו תוס' וסיעתם לרשב"א הנ"ל היכי שיש הכחשה בין הבע"ד שכל אחד נתפס מתוך דבריו הודאה לחובתו הוי כהכחשה בין שתי כיתי עדים ואזלינן בקרקע בתר חזקת מרא קמא ובמטלטלין ובממון בתר חזקה דהשתא היכי דלית לן טעם לסתור הודאת של אחד כי סברת רשב"א מוכרעת מכח הסברא, וכן מוכח ממ"ש הראשונים זלה"ה הובא בח"מ להלכה פסוקה טענו חיטין והודה לו בשעורין פטור משום שהודה המלוה שאינו חייב לו שעורין כיון שלא תבעו שעורין אף שלוה הודה ג"כ מ"מ נשאר הדבר בחזקת המוחזק:

ומעתה לפי זה קשה על רבא אמאי חייב הלוה לשלם מטעם כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי הא רבא לשיטתו דסובר תרי ותרי ספיקא דרבנן ומן התורה אזלינן בתר חזקה, ובממון נשאר על דין תורה א"כ כמו שתפסינן הודאת הלוה מתוך הכפירה לחייב את עצמו שמכחיש את העדים המסייעין לו נתפוס ג"כ הודאה לחוב מכח טענת המלוה דהא לעי דברי המלוה העדים אומרים שקר דהא הוא טוען שהחוב לא נפרע והעדים אומרים שנפרע החוב א"כ לפי דבריו הם עידי שקר ובמס' ב"ב דף ל"א ע"ב בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתא היא ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רב נחמן אוקי אכילה לבהדי אכילה ואוקי ארעא בחזקת אבהתא אמר לי' רבא והא עדות מוכחשת הוא ומתבאר שם דסובר רבא כיון דהוא באותו עדות אינם נאמנים כלל אף למאי דלא אתכחשי א"כ שגם הודאת המלוה לחובתו הוי כעדים ולפי דבריו שפסולין להעיד על פרעון פסולין ג"כ על הלואה אף שבזה לא אתכחשי כיון שהוא באותו עדות וכיון שאתה תופס הודאת הלוה לחובתו נתפס ג"כ הודאת המלוה לחובתו והוי כהכחשה תרי ותרי דקם הממון בחזקת הלוה דבממון אזלינן בתר דין תורה דמהני החזקה כי תרי ותרי ספיקא דרבנן ולא החמירו בממון:

לכן נראה מסוגי' זו מוכח כשיטת תשב"ץ ומהר"י בן לב וב"ש דהא הודאת בעל דין כמאה עדים ונאמן לחובתו יותר מעדים המעידין לזכותו לאו משום דבגוף המעשה נאמן יותר מעדים דבוודאי עדים שנאמנים בכ"מ נאמנים יותר והאמת כעדים רק שהוא נאמן מכח שחייב את עצמו מהיום והוי כנתן מתנה, ומה שאמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי כתבתי לעיל פרט א' היינו שמודה שאותו פרעון שעדים אמדו שנתן לשם פרעון נתן אח"כ במתנה למלוה וכמ"ש להסביר הדבר וא"כ בשלמא לענין הודאת הלוה אמרינן שנאמן שפיר לחובתו ואינו נאמן לזכותו כי העדים הם כשרים גם

לפי דבריו ולא שייך לומר כיון דמוכחשים על הפרעון היאך נאמנים על הלוואה כיון דהוא באותו עדות דאנן אמרינן שלא הוכחשו כלל בפרעון, ובלא"ה ג"כ לא שייך לומר כן דלחובתו נאמנים העדים כי אם לא יהי' נאמנים אזי לא יהי' הוא נאמן דעי"ז שהם נאמנים לחובתו נאמן הוא לחובתו משא"כ לגבי הודאת המלוה הא בזה שאמר שלא פרע החוב הוא לזכותו וע"ז אינו נאמן כעדים כשרים רק שנוכל לומר כיון שעי"ז שאומר שהעידו שקר על הפרעון ממילא א"נ על הלוואה ויצמיח חוב מזה ולחובתו נאמן הא בגוף המעשה נאמנים הם יותר ולגבי המלוה לא שייך הטעם שמחל החוב דהא עומד וצווח שרוצה החוב ודווקא גבי הלוה שייך הטעם שהודה שפרעון לא יהי' לשם פרעון רק לשם מתנה אבל המלוה שאומר שעדיין חייב הלוה אינו מתחייב את עצמו כלל כ"א שאומר ששקר העידו על הפרעון והוא אינו נאמן להכחישם כי לא דמי לב' כיתי עדים המכחישים זה את זה דהתם כל כת נאמנים מן התורה משא"כ בעל דבר לגבי עדים אינו נאמן על גוף המעשה ואתי שפיר, ולק"מ קושי' הנ"ל:

פרט ו

יבואר נ"מ לדינא בענין קידושין אי נימא דהודאה מהני למפרע גם יבואר איזו כללים המסתעפים מדברינו:

יב נסתפקתי בראובן שתבע משמעון חפץ על פי עדים המסייעין לו, ושמעון הכחישם ופסקו הב"ד כראובן, ושמעון לא רצה לציית דין, וקידש אשה בחפץ, ואח"כ הודה ראובן שהחפץ הוא של שמעון והעדים העידו שקר, והב"ד לא קבלו עדי קידושין כי אם לאחר הודאת ראובן, היכי לדיינא דיינא להאי דינא והא פשיטא לי לשיטת מהר"י בן לב וב"ש, וכן הבאתי סמוכין לדבריהם מקמאי זלה"ה דאינו נאמן בהודאתו למפרע, א"כ בשעה שקידשה שמעון הי' החפץ אצלו בגזילה ולא חל הקידושין דהא לא הי' מייאש, ועיין ש"ע א"הע סי' ך"ח ס"א ובאחרונים שם ואולם לרש"י בקידושין דף ס"ה הנ"ל, וכן הוכחתי בדעת תוס' דנאמן בהודאתו לחובתו למפרע אף נגד עדים יש לומר דמקודשת כי אגלאי מלתא למפרע שהחפץ הי' של שמעון מעיקרא, אך יש לצדד ולומר לשיטת רש"י ותוס' כיון דקידושין תליא בדיבורו של ראובן אינו נאמן בהודאתו דאף דנאמן לענין ממון מ"מ כיון דעכשיו הוא דבר שבערוה אין ע"א נאמן דקיי"ל אין דבר שבערוה פחות משנים, או דלמא דהא דקיי"ל אין דבר וכו' אם עיקר עדותו הוא על דבר שבערוה אבל הכא ול עיקר עדותו הוא על ממון שהוא נגד עצמו דנאמן וממילא נגרר דבר שבערוה י"ל דנאמן, או דלמא כיון שבב"ד דנין בבת אחת על החפץ ועל הקידושין יש לומר דאינו נאמן מצד דבר שבערוה, ותו יש לומר כיון דבבת אחת אנו דנין על דבר שבערוה וממון, ובדבר

שבערוה עידי קמאי נאמנים יותר שהחפץ היו של ראובן ואינה מקודשת, ואת"ל כיון דעיקר עדותם היה על ממון אף דנגרר דבר שבערוה נאמן ראובן בהודאתם נגדם דאזלינן בתר עיקר עדותן ולא בתר הנגרר דהנגרר הוא הקידושין, אכתי יש להסתפק לפי מה דאי' במס' קידושין דף ס"ה ע"ב דלא מהני הודאת בע"ד בקידושין או בממון היכי דחב לאחרינא, וה"ה כיון שב"ד דנין בבת אחת על הודאת ראובן ועל הקידושין אינו נאמן ראובן רק על החפץ ששייך לשמעון אבל היא אינה מקודשת דהוי חוב לקרובים כמ"ש רש"י שם ועיין חי' רשב"א שם לכן אינו נאמן בהודאתו על החפץ לענין קדושין ופלגינן כוונתו, או דלמא שאני התם דאנו דנין דק על הקידושין, משא"כ הכא אנו דנין על החפץ ג"כ ועיקר דיבורו רק על החפץ יש לומר כיון דנאמן נגד עצמו כעדים דהא נגד עצמו לא הוי חב לאחרינא, ממילא נגרר הקידושין אף דחב לאחרינא או דלמא כיון שב"ד דנין בבת אחת על החפץ ועל הקידושין נגרר ממון בתר דבר שבערוה:

ואולם לכאורה יש לומר כיון דהא דאינו נאמן לחוב לאחרינא דנגדם הוי רק עד אחד, והא אי' במס' גיטין דף ב"ד ע"א מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד ספר תורה הרי אף דחב לאחרים ונגדם הוי רק ע"א ואיסורא דאית ביה ממונא יש לו דין ממון דלא קם ע"א כמ"ש בכלל עד אחד מ"מ אם החוב נוגע גם לעצמו נאמן וה"ה כיון שמפסיד החפץ נאמן בקידושין לחוב לאחרינא דהא דבר שבערוה ילפינן מממון ולא חיישינן לקנוניא באיסור חמור כזה, אך לפי מ"ש הטורי זהב בי"ד סימן קך"ז ס"ק ד' דלא אמרינן מתוך וכו' נגד חזקת פנוי', וה"ה גם לפי מה דאי' שם אם השכר דבר מועט א"נ יש לחקור בנדון דידן אי החפץ דבר מועט אי נאמן, ותו הא אי' בש"ע סי' ל"ח סעי' ט"ו באם אמר ע"מ שיש לי מנה ביד פלוני אם אין ידוע מקודשת מספק אפי' אם אומר אותו פלוני אין לו בידי, והוא מתוספתא המובא בר"אש ובב"י שם שמא עשו קנוניא ביניהם ע"ש וא"כ חיישינן לקנוניא אפי' באיסור חמור ה"ה יש לחוש שאינו מפסיד הכלי שיחזור לו בינו לבין עצמו וקנוניא ביניהם כדי שיחולו הקידושין:

ולכאורה עלה בדעתי לחלק אם הב"ד קיבלו עדי הקדושין קודם הודאת ראובן, כיון שבשעה שהודה ראובן כבר היינו דנין על קידושין יש לומר דאינו נאמן מצד דבר שבערוה ומצד חב לאחרינא כנ"ל משא"כ בכה"ג שב"ד לא קיבלו עדי קדושין כי אם לאחר הודאת ראובן כיון שאכתי לא נחקרה עדותן בב"ד בשעה שהודה ראובן, א"כ באותו זמן שהודה היינו דנין רק על ממון ועל ממון נאמן כעדים, א"כ הוי כאילו שני כשרים מעידים שחפץ הוא של המקדש דלרש"י ותוס' הודאתו כעדים כשרים ועדים המכחישים כפסולים שווינהו רחמנא לכן אחר כך אף שבאו עדים והעידו על הקידושין

ואיכא נפקותא לקדושין כיון שאמירתו היה קודם למעשה מועיל, ויש לזה דמיון ממ"ש רמב"ם בפרק ט"ז מהלכות סנהדרין הלכה א' אין צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל איסור עצמו בע"א יוחזק כיצד אמר עד אחד חלב כליות הוא זה או כלאי כרם הם פירות אלו, גרושה או זונה אשה זו, ואכל או בעל אחר שהתרו בו הרי זה לוקה אע"פ שעיקר האיסור בע"א יע"ש ועיין משנה למלך בפרק ג' מהלכות שגגות הלכה ב' ופ"י במס' קידושין דף ס"ג ע"ב א"כ ס"ל דאיסור עצמו בעד אחד יוחזק כיון דעד אמר כן קודם למעשה כי באותו זמן לא היינו דנין על המלקות רק על איסור גרידא דע"א נאמן באיסורין מן התורה כשני עדים, לכן אף אם אח"כ בא נפקותא מעדותו לענין מלקות לא הוי בכלל לא יקום עד אחד באיש, דהוי כשני עדים כיון שכבר האמינוהו לענין איסור כשני עדים קם אח"כ אף לענין מלקות אף אם היה מעיד לענין מלקות בשעת מעשה א"נ וה"ה באותו זמן כשלא נחקרה עידי קידושין בב"ד לא היינו דנין רק על ממון שהי' נאמן לחוב לעצמו ונתחזק עדותו כשני עדים כשרים ונאמן אח"כ אף לענין דבר שבערוה הנצמד מעדותו, ואולם אכתי יש לפקפק ולומר כיון דבאמת הי' הקידושין קודם שהודה ועכשיו שב"ד קיבלו עידי קידושין אגלאי מלתא למפרע שקידושין נגמרו קודם הודאתו א"כ בא הודאתו בעת שהי' כבר דבר שבערוה, ול"ד לכלל של רמב"ם הנ"ל בעת שהעיד לא הי' הענין כלל נוגע למלקות כי אכל או בעל אח"כ ובא הנצמד והנגרר למלקות אח"כ: **אמנם** נראה לומר אפי' אם הב"ד קיבלו עדי קדושין קודם הודאתו ג"כ יש לצדד ולומר שנאמן בהודאתו דאזלינן בתר העיקר ולא בתר הנגרר, ונראה להביא ראי' לזה מהא דאי' במס' יבמות דף ל"ט ע"ב ואשתמודענהו דאחווא דמיתנא מאבא נינהו כו' פליגי בה רב אחא ורבינא חד אמר בעדים, וחד אמר אפי' קרוב או אשה והילכתא גילוי מלתא בעלמא, וכ' הר"יף וז"ל וכיון דקיי"ל דאשתמודענהו להדין פלניא גילוי מילתא בעלמא הוא ואפילו קרוב ואפי' אשה מהימני דלאו אמילתא דאיסורא קא מסהדי ולאו אממונא אלא מילתא בעלמא הוא דמגלי לן דהדין גברא פלן והא ניהו איתתא פלניא וכיון דמודעי לי' הכי הרי אתחזק גבי דהאי סהדי מפומא דהאי קרוב או מפומא דהאי איתתא דהאי ניהו פלניא והא ניהו פלנתי' הלכך שרי להו לסהדא למיסמך אפומא ולמיסהד עלה דהאי גברא בין לענין איסור ובין לענין ממון עכ"ל הרי אף דנגרר מסהדותא איסור וממונא שע"י עדותן שזה אחיו הוא מייבם אותה ואם שקר העידו כיון שמוחזק באחין הוי אסור יבמה לשוק דהוא דבר שבערוה כמ"ש מרדכי בפ' מצות חליצה סי' מ"ט וגם היבם זוכה בנכסי אחיו, ואפ"ה כיון דעיקר עדותן אינו על איסור ולא על ממון לא אזלינן בתר הנגרר, וה"ה כיון דעיקר עדותו הוא רק על החפץ שנאמן אף שאח"כ נגרר מזה דבר שבערוה

מ"מ קם דאזלינן בתר עיקר עדותו, מיהו בש"ות הריב"ש סי' קפ"ב כ' וז"ל ואני אומר שלפי לשון הרי"ף זלה"ה נראה שאין אשה או קרוב נאמנים לומר זהו אחיו של פלוני כשמעידין בין בממון ובין באיסור בשעת מעשה ומשנה שלימה שנינו האומר זה אחי אינו נאמן ויטול עמו בחלקו אלא שאם אמרו כן קודם מעשה שאין מעידין לא על ממון ולא על איסור הוחזק על פיהם ויכולין העדים או הדיינים המעידים על החליצה לומר בלשונם ואשתמודענהו כו' כיון שכבר הוחזק על פיהם קודם מעשה יע"ש. וא"כ בעלמא אם אמר קודם למעשה שהחפץ הוא של שמעון אף שעדים מכחישים אותו אם אח"כ נובע קידושין מזה הוי רק גילוי מלתא בעלמא משא"כ בנ"ד שהקידושין היו קודם לכן ואח"כ הודה לא הוי גילוי מלתא בעלמא כיון דהוא בשעת מעשה, הגם שיש לומר כיון שלא נחקרה עדותן הוי קודם למעשה כנ"ל אבל לא מסתבר סברא זו:

ואולם התשב"ץ חולק על ריב"ש וכן בב"י א"הע סי' קנ"ז הביא דברי ריב"ש וכתב שלא נראה כן מדברי הפוסקים אלא אפי' אם לא אמרו כן אלא בשעת מעשה סומכין עליהם יע"ש, ובע"כ כיון שעיקר עדותן אינו על דבר שבממון ודבר שבערוה דהיינו על עיקר ממון ועל עיקר דבר שבערוה רק שמעידין על אנשים ונשים, אף שנגרר ממילא אזלינן בתר עיקר עדותו, וה"ה אף אם קבלו ב"ד עידי קדושין קודם הודאתו א"כ הודה על ממון בשעה שאנו דנין על הקידושין, והוי כשעת מעשה מ"מ אזלינן בתר עיקר עדותו דהוא על ממון דקם הבע"ד נגד עצמו, וממילא נסתר מה שכתבתי לעיל דיש להאמין לעדים שחפץ אינו שלו כיון דאזלינן בתר עיקר עדותן שהעידו ולא בתר דבר הנגרר בטל עדותן מדאורייתא דבממון עדיף הודאתו מעדים, ואכתי יש לחלק דשאני התם כיון שהוחזק לן שיש להנעדר אחין בעולם אף שזה אינו מוחזק באחיו כמ"ש הב"ש בסימן קנ"ז ס"ק ב' בשיטת רוב הפוסקים החולקים על המרדכי, מ"מ הוי רק גילוי מלתא בעלמא שזה אחיו לכן נאמן אף בשעת מעשה משא"כ הכא יש לומר דלא הוי גילוי מלתא כיון דהעדות הוי בשעת מעשה, ואף די"ל דזה הוי ג"כ גילוי מלתא בעלמא שמגלה שה שהחפץ הוא של שמעון וממילא נגרר הקידושין ואינו מעיד על הקידושין בעצמם מ"מ ע"ז לא מצינו ראי' מס"ס כי גילוי מלתא דהכא לא דמי לגלוי מלתא דהתם דכיון שיש לו אחין בעולם א"כ לא הוי עדות גמור רק מלתא בעלמא שמגלו שזהו מוחזקין א"כ יש ראי' על ידי חזקה משא"כ הכא והבן:

ותו הרמב"ם בפ"ד מיבום הלכה ל"א כ' הטעם כיון דהוי דבר העשוי' לגלות ואפשר לידע אמיתת הדבר שלא מפיהם לכן נאמן לומר אחווא דמיתנא הוא יע"ש וא"כ ליכא ראי'

משם, ועמ"ש בכלל ע"א ג"מ בעלמא שם יבורר על נכון בס"ד כלל זה אם יש לדמות להתם כי בררתי שם כל השיטות הנאמרים שם:

ולכאורה יש להביא ראי' דאינה מקודשת כיון דאנו דנין בבת אחת אזלינן בתר הנגרר ג"כ ולא הוי גילוי מלתא בכה"ג מהא דאי' במס' כתובות דף כ"ח ע"א אילו לאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן נאמן לומר זה כתיבת יד של אבא ושל רבי כו' ומפ' בש"ס הטעם כיון דעדים החתומין על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד הקיום רק מדרבנן נאמן יע"ש וא"כ בכתיבת יד הלוה דבעי קיום מן התורה כמ"ש סמ"ע וש"ך בח"מ סי' ל"ה וסימן מ"ו אין נאמן להעיד, וקשה מ"ש מהא דנאמן לומר אחוו' דמיתנא הוא אפי' קרוב לשיטת תשב"ץ וב"י אפי' אם מעיד כן בשעת מעשה מ"מ כיון דאינו מעיד על ממון ועל דבר שבערוה ממש הוחזק על פיהם, הכא נמי אינו מעיד על ממון שמגיע לבעל השטר ממון רק שמעיד על מילתא בעלמא על הכתיבת יד, וממונא ממילא נפקע ע"י עידי השטר ואפי' לריב"ש קשה דהא כשמעיד קודם למעשה נאמן וא"כ הכא כשמעיד קודם שהגיע זמן פרעון הוי כמעיד קודם למעשה, ומסתימת הש"ס משמע להדי' דבכל גווני אינו נאמן כי אם מדרבנן, אע"כ כמש"ל לחלק דהתם ביבם כיון שמוחזק דיש אחין בעולם הוי רק גילוי מלתא בעלמא שמגלה ומברר מי הם האחין משא"כ בעלמא אף שמעיד על דבר אחר, וממונא או דבר שבערוה ממילא נגרר ע"י זה לא קם, וא"כ ה"ה אף שמעיד על חפץ שנאמן מ"מ כיון דממילא נגרר הקידושין ע"י עדותו אינו נאמן לענין קידושין, מיהו אכתי יש לדחות דהתם לענין כתיבת יד ליכא נ"מ בדין כי אם לענין ממון שאין לב"ד לדון עכשיו על כתיבת יד דק לענין תשלומין שישלם הלוה ע"י שטר זה המקויים, וא"כ אתי' רק לממון משא"כ הכא הב"ד דנין על החפץ שהוא של שמעון שע"ז נאמן דהוי כאנן סהדי שהוא שלו דהודאתו עדיף מעדים שפיר יש לומר דאזלינן בתר עיקר עדותו, וממילא ראוי' הקידושין להיות נגרר שתהי' מקודשת שאין לב"ד לעשות בהוראה אחת תרתי דסתרי שנפסק שהחפץ הוא של שמעון ואינו יכול לקדש את האשה, וכאשר מצינו בכמה מקומות בש"ס שאין לפסוק תרתי דסתרי עיין טהרות פ"ה וכתובות דף ך"ו ע"א ובמס' עירובין דף ע"ו ע"א והגהות מרדכי בשניות במס' ב"מ בריש פרק א', מיהו בכלל זה מצינו בכמה דוכתי בש"ס דעבדינן תרתי דסתרי וצריך ביאור על נכון לברר החילוקים, ולא נוכל כעת לעמוד יסוד על זה כי יש לחלק בכמה חילוקים, וגם בראי' הנ"ל עמ"ש בכלל ע"א בגילוי מלתא שם בארתי על נכון:

אמנם יש להביא ראי' שרבינו הגדול מוהר"ם בר ברוך זלה"ה בע"כ סובר שאזלינן בתר עיקר עדותו כי בתשובת מיימוני דשייכי לספר משפטים סי' ס"א כ' וז"ל וא"ת לעיל

דפריך אלימא דחשיד לוה כו' מי יימר דמשתבע מאי פריך הא כיון שהעד מסייע נוטל בלא שבועה ויש לומר בחשוד על השבועה אי הוי אמרינן כשנגדו נוטל בלא שבועה היכי שהעד מסייע א"כ הי' נפיק ממונא כל שעתא אפומא דחד סהדא דבשלמא בנסכא דר' אבא אי הוי בעי הוי טעין לא חטפי והי' נשבע ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא אמר דמשלם ע"פי ע"א כיון דעיקרו לא אתי סהדי לחייב ממונא קרינן בי' לכל עון ולכל חטאת אינו קם, וכן מי שנתחייב שבועה ונהפכה על שכנגדו וכשנגדו אית לי' חד סהדא כדבריו נוטל בלא שבועה דהא סהדא לא בא עיקרו על ממון דאי בעי הוי משתבע ולא משלם אבל בחשוד אי שכנגדו נוטל בלא שבועה ע"י עד אחד נמצא דכל שעתא יטול ע"י ע"א נמצא שיהי' עיקרו לממון שהחשוד א"א להשמט כלל מלשלם היכי דאיכא חד סהדא לכשנגדו ואמר רחמנא לכל עון ולכל חטאת אינו קם מעיקרו עכ"ל אלמא אזלינן בתר עיקר ביאתו לב"ד אם עקרו לשבועה אף שדנין בשעת מעשה ונגרר ממילא ממון דהא הב"ד פוסקין כיון שאין יכול לישבע משלם, מ"מ אזלינן בתר עיקר ביאתו לב"ד שהוא על שבועה דקם ונגרר ממילא אח"כ ממון, ה"ה אזלינן בתר עיקר עדותו שהוא על מילי דממונא שקם מדאורייתא ונאמן אף שנגרר בשעת מעשה עניני קדושין מ"מ קם כמו התם אף דהוא בשעת מעשה:

ואין לומר דהתם בנסכא דר' אבא מיירי שמעיקרא אמר העד שחטפה מיני' ואח"כ אמר אין חטפי ודידי חטפי כדאי' במס' שבועות דף ל"ב ובדף מ"ז דבשעה שהעיד העד לא ידענו טענתו ויוכל להיות שיכחשנו ובא לשבועה, משא"כ הכא בשעה שהעיד על החפץ כבד הי' הקידושין, דז"א דוודאי דין דמתוך שאיל"מ הוא בכל גווני אף היכי שמעיקרא אמר הבע"ד טענתו שחטפה ושלו הי' רק מעשה שהי' כך הי' וכן מבואר להדי' בתשובת מיימוני שם לעיל מיני' שכ' וז"ל הכל מודים בע"א דר"א כו' וכגון בשעה שהשביע את העד כבר אמר חטפתי ודידי חטפתי דאי אכתי לא אמר מידי, א"כ הוי לי' גורם לממון דמצי אמר סהדא דמאן לימא לן דהוי מודה דחטף ודידי' חטף שמא יאמר לא חטפתי וישבע להכחישנו, ואע"ג דלישנא דתלמודא משמע שהעד בא תחילה קודם שהודה שחטף ודידי' חטף יכול להיות שמעיקרא נמי טען כך, א"נ בעובדא דר' אבא בא תחילה מיהו הכל מודים בע"א דר' אבא ע"כ כדפרישית שהוא טוען ברישא דידי חטפי והא דקאמר בע"א דר' אבא מיהו לאו לגמרי כד' אבא דאילו התם העד בא תחילה ואילו הכא אמר ברישא חטפה ודידי חטפי יע"ש. הרי להדי' אף שמעיקרא אומר דידי חטפי ואח"כ בא העד פסקינן משלם אף כיון שכבר טען בא לממון, מ"מ אזלינן בתר עיקר עדותו שהוא לשבועה והשבועה גוררת ממון ה"נ אזלינן בתר עיקר עדותו ולא בתר הנגרר, וכן מוכח

מחלקת מחוקק וב"ש, דבסימן ל"ח ס"ק כ"ג כ' ח"מח עמ"ש מחבר המקדש את האשה ע"מ שיש לו מנה ביד פלוני שאם ידוע בעדים שיש לו מנה אצלו מקודשת בוודאי, וכ' הח"מח שיש מקום לומר אם אותו פלוני מודה לפנינו שהודאתו הוי כעדים, וכ' לדחות מטעם לא סמכה דעתה והב"ש בס"ק ל"א אף שהשיג ע"ז היינו משום דסובר דלא מהני הודאתו למפרע ולולי זאת מודה שמהני הודאתו אף שנוגע לענין דבר שבערוה, ומדסתמו משמע להדי' אפי' אם הודאתו הי' לאחר מעשה הקדושין, ובע"כ דאזלינן בתר עיקר עדותו ולא בתר הנגרר ומיני' לפוסקים שהודאת בע"ד מהני אפי' נגד עדים למפרע שיש לומר כן דלא אזלינן בתר הנגרר רק בתר עיקר עדותם, ויען כי הענין הלז הוא מבוא גדול בכללי עדות ועיקר דבר זה יבואר אי"ה בכלל עדות שם הארכתי בס"ד לכן אקצר כעת בענין זה שלא לדלג מענין לענין, וצ"ע לדינא ולא כתבתי ח"ו להורות ואף לסניף בעלמא כי אין הכרעת קטן כמוני מכרעת ונאמרה רק לפלפולא בעלמא:

פרט ז

יבואר הודאה מתוך כפירה הוי הודאה לחייב א"ע אף אם עדים מכחישי' אותו:

יג גרסינן במס' שבועות דף מ"א ע"ב ההוא דאמר לחברי' הב לי מאה זוזי דאוזיפתך א"ל להד"מ אזיל אייתי סהדי דאוזפי' ופרעי' אמר אביי מאי ניעבד אינהו אמרי אוזפי' ואינהו אמרי פרעי' רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וקיי"ל כרבא כמ"ש הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפרק ששי מהלכות טוען ה"ג וטור ש"ע ח"מ סי' ע"ט סעיף א' ועיין תשובת מוהר"ם פאדווי סי' ל"ב ובש"ע א"הע בחלקת מחוקק סי' מ"ב ס"ק ח"י וש"ך י"ד סי' רל"ב ס"ק ד"ז בסופו, ובפירושא דשמעתתא מסתימת רש"י ותו' ופוסקים הנ"ל בראה שמיירי שהלוה עדיין עומד בטענתו להד"מ, ואינו חוזר אחר הודאת עדים לומר כדבריהם שפרע, וכאשר משמע מלשון הש"ס שלא נזכר כלל שחזר מדיבורו הראשון ובלחם משנה בפ"ו מהלכות טוען הלכה ג' כתב שראב"ד הבין כן, וכן נראה שהבין המב"יט המובא בקצרה בש"ך סי' ע"ט ס"ק ב' ואולם הלח"מ כ' שהרב המגיד הבין שתלמודא מיירי בכל גווני אף כשחוזר וטוען ומסייע לעדים שפרע, ואע"ג שלא פירש בגמ' סתמא דמילתא הכי הוא דכשיראה שב"ד יחייבוהו יטעון כן יע"ש, וכן משמע בש"ך סי' ע"ט ס"ק ב' וכן מוכח למעיין בנימוקי יוסף בב"מ בדף ג' ע"ב שהבין כן כמ"ש בס' גידולי תרומה שער י"א חלק א' הלכה ג':

ואולם עכ"פ נראה לכ"ע מיירי הסוגי' גם כשעומד בדיבורו להד"ם רק שפליגי אי מיירי גם כשחוזר מדיבורו, וראיתי בגדולי תרומה שיצא לדון בדבר חדש שרצה לפרש כן בכוונת הר"י מיגאש, וכ' שם וז"ל ושמא אפשר לומר דסובר הר"י הלוי דבע"כ מחלוקת

אביי ורבא מסתמא באינו עומד בדיבורו אלא שאומר אח"כ כדברי העדים ומש"ה קאמר אביי דראוי להאמין ללוה דכיון דעדים נמי קאמרי פרעי' דאי מחלוקתם דווקא בעומד בדיבורו ועדיין הלוה אומר להד"ם תיקשי מ"ט דאביי דפטר ללוה דהא איהו גופי' אכתי קא מיפסל לעדים במאי דקאמרי שפרע ואיך נפטרהו במה שהוא מודה ובמאי דקאמר להד"ם וודאי לאו כל כמיני' ביון דקא מסהדי סהדי דלוה אלא וודאי דלא קאמר אביי דליהמני' אלא במה משוה בטענתו עם העדים דהיינו היכא דהדר בי' וקאמר פרע ואהא קאמר רבא דאפ"ה כיון דקאמר מעיקרא לא לויתי הוי כאומר לא פרעתי ולא מצי הדר בי' דכבר הוחזק כפרן עכ"ד, ולא הבנתי דבריו כי בפשיטות נראה דאזלו לשיטתם דאי' במס' גיטין דף ח' ע"ב ת"ר עבד שהביא גיטו וכתוב בו עצמך ונכסיי קנוין לך עצמו קנה נכסי לא קנה, איבעי' להו כל נכסיי קנוין לך מהו פי' רש"י וז"ל מי אמרינן עצמך ונכסיי תרי דיבוריה נינהו, אבל כל נכסיי כיון דבחד דיבורא אית לי' שחרור עצמו ומתנות נכסים כו' הלכך אי מהימן אהאי דלא פלגינן דיבורי' או דלמא פלגינן דיבורי' יע"ש, ונחלקו בזה אביי ורבא אביי סובר למסקנא מתוך שלא קנה נכסים לא קנה את עצמו דלא פלגינן דיבורי' ורבא סובר עצמו קנה נכסים לא קנה פלגינן דיבורי' אפי' בחד דיבורא יע"ש, וקיי"ל כרבא כמ"ש הרי"ף והר"אש והרמב"ם בע"ז מהלכות עבדים ה"ב וטור ש"ע י"ד סי' רס"ז סעיף נ"ו וא"כ הכא לפי מה שכ' רש"י וז"ל באומר לא פרעתי דכיון דלא לוה לפי דבריו לא פרע והרי יש עדים שלוה נאמנים הם על הלוואה ואינם נאמנים על הפרעון דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי יע"ש, ובע"כ אמרינן פלגינן דיבורי' למה שאמר לא לויתי פלגינן הכוונה שיהי' כאלו אמר לא פרעתי הוי רק חד דיבורא ובוודאי אי הוי אמרינן דפלגינן דיבורי' כאלו אמר לוה ואינו נאמן במה שאמר לא לוה הי' תרי דיבורים כמו פלוני רבעני לרצוני, וכיון דע"ז לא שייך פלגינן דיבורי' כמובן, וגם אי הוי פלגינן דיבורי' בכה"ג לא הי' חייב לשלם אפי' לרבא דמה בכך שאמר שלוה הא יש עדים שפרע רק דבע"כ פלגינן הכוונה כאילו אמר לא פרע פשיטא שלא אמר שני דיבורים כי אמר רק ענין אחד שלא לוה, לכן אביי לשיטתו שסובר בכה"ג לא פלגינן דיבורי' שאם אתה מאמינו שלא פרע יהי' נאמן ג"כ שלא לוה לכן אמרינן שאינו נאמן כלל דבממ"נ אי מהמנינן ללוה לחובתו נאמן ג"כ לזכותו ואי מהמנינן לעדים לחובתו נאמנים ג"כ מה שאמרו לזכותו ורבא לשיטתו דסובר פלגינן דיבורי' אפי' בחד דיבורא (ועיין סנהדרין דרין דף ט' ע"ב תוס' ד"ה אין) לכן פ"ד בע"ד ופ"ד עדים וא"כ לא קשה מידי קושי' ג"ת דשפיר מיירי בעומד בדיבורו ומ"מ שפיר קאמר אביי דאף דבעלמא נאמן לחובתו יותר מעדים כשאומר רק לחובתו משא"כ הכא שאומר זכותו אזלינן בתר כולו

דיבורו או דבורם וכן מבואר להדי' בבע"ת ש"כ שם בהלכה א' וז"ל אמר אביי אמאי ניסמוך אהנהו אינהו הא קאמרי דאוזפי' ואינהו הא קאמרי דפרעי נסמוך עלה הא קאמר להד"ם הלכך ממ"נ פטור יע"ש, הרי להדי' כמ"ש ומבואר ג"כ שעומד בדיבורו להד"ם, וזהו פשוט:

יד ושמעתי מכבוד מחו' הרב החריף הגביר מפורסם מה"ו משה זצ"ל מק"ק וואדייסלוב חתן כבוד מחו' הרב הגאון המפורסם מ"ו אלעזר ז"ל האב"ד ק"ק הנ"ל ששמע קושי' בשם הגאון העמקן האב"ד דק"ק פיאסק ז"ל על דין דרבא בשבועות דף מ"א הנ"ל כל האומר לא לויתי כו' מהא דאי' במס' מכות דף ו' ע"א דסובר רבי בדיני ממונות כשנמצא קרוב או פסול עדותן בטילה כמו בדיני נפשות וכן קיי"ל להלכה הא כמו דסובר רבא הודאה מתוך כפירה מועיל בצירוף העדים ופ"ד לוה דמהימן לומר שלא פרע לחובתו ואינו נאמן לומר שלא לוה ופלגינן דיבורי' דעדים דמהמני שלוה ואינם נאמנים שפרע וא"כ הכא כיון דבע"כ מיירי שהלוה מכחיש הלוואה לגמרי, א"ה לפי דבריו לא היו הפסולין שם יהי' נאמן לחובתו יותר מעדים כשרים אשר אומרים שגם פסולים היו שם, אבל מה שאומר הלוה שגם הכשרים לא היו שם כי הלוואה הי' שקר ע"ז לא יהי' נאמן לזכות א"ע נגד עדים הכשרים שא שאומרים שהיו שם, וממילא יהי' חייב לשלם, ואף די"ל דר' סובר כיון דגם בקרא כתיב ע"פי שני עדים או ע"פי שלשה עדים מקשינן ב' לג' והוא גז"הכ, מ"מ קשה על סברת רבא דהא מוכח מן התורה דבע"כ לא אזלינן בתר הודאתו בצירוף העדים אם הודאתו מכח כפירה עכ"ד פח"ח והוא קושי' נאה למבין:

ואמרתי להרב הנ"ל דלכאורה לק"מ קושי' הגאון הנ"ל לפי מאי דקיי"ל דטענו חיטים והודה לו בשעורים פטור ופי' רש"י ותוס' משום שמלוה הודה שאינו חייב לו שעורים והודאתו לחובתו הוי כעדים אף שלוה הודה שחייב שעורים, מ"מ כיון שהודאת המלוה והלוה סותרים א"ע אזלינן בתר המוחזק בממון וכמו בשני כיתי עדים המכחישין זא"ז שאזלינן בממון בתר המוחזק, וא"כ ה"ה במו שהודאת הלוה לחובתו הוא כעדים הא נמי הודאת המלוה לחובתו הוא כעדים והא הוא אומר שמעשה אמת שקרוב או פסול הי' שם כי דוחק לומר דמיירי שמלוה אינו יודע מקרובים, ואדרבה מן הסתם מסכים לעדים, וא"כ הוי כב' כיתי עדים המכחישים זא"ז שאין מוציאין מן המוחזק, וא"ל כמש"ל הא גם בהאי דלא לויתי לפ"ד המלוה שאומר שלא פרע העדים אומרים שקר וכיון שפסול על הפרעון לפ"ד פסולים על הלוואה כיון שהוא באותו עדות כדאי' בב"ב דף ל"א ואמאי אזיל רבא בתר הודאת הלוה, דז"א די"ל כמש"ל לתרץ דבגוף הענין אין הבע"ד נאמן להכחיש העדים א"כ במה שאומר המלוה להכחיש העדים א"נ והמלוה אינו מחייב

א"ע ע"ש באריכות וא"כ הכא שמלוה אינו מכחיש לעדים כשרים כי אומר שאמת שהי' שם עם עדים פסולים שפיר י"ל דאזלינן בתר הודאת המלוה, ואולם אכתי קשה לפי מה דסובר רבא ביבמות דף ל"א דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומן התורה אוקי אחזקה וכתבנו לעיל בשם מוהר"ם ב"ב ומהרש"א שלא החמירו רק באיסור ולא בממון, ונראה כיון דבדיני ממונות לא אברי סהדי אלא לשקרא כשיש לנו הוכחה ברורה עד שהוא בגדר אנן סהדי לב"ד לב' עדים וא"כ הא דאמרה תורה בד"מ כשנמצא קרוב או פסול עדותן בטלה בע"כ הוא מצד חוקת התודה שהי' החוקה אף שהענין אמת שחייב לו ממון לא ישלם ואפקעתא דמלכא הוא, דכי נימא משום שקרוב או פסול הי' שם ג"כ ישקרו העדים כשרים ובשגם כי קרוב אינו חשוד לשקר כדאי' במס ב"ב רק שכן הוא חוקה אפי' אם הלואה אמת וראוי להוציא מלוה דאנן סהדי שחייב לשלם, מ"מ פקעה התורה ממונא ופטרה התורה מחיוב, וא"כ כראה לפי הכלל היכי דחיוב הוא וודאי ופרעון הוא ספק חייב לשלם דאין ספק מוציא מידי וודאי וקם בחזקת חיוב כמש"ל נראה הא דעדותן בטילה ה"מ כשברור לנו שקרוב או פסיל הי' שם בוודאי אבל אם יש לנו ספק אי הי' שם קרוב או פסול במעמד הכשרים הוי ספק אי נפטר מחוב וממילא חייב לשלם דאוקי החוב בחזקת חיוב ובחזקת המלוה דהא העדים אומרים בוודאי אמת שחייב לו רק אי קרוב או פסול הי' שם נפטר מחיובו כאילו פרעו אבל כשיש ספק אי היה שם הוי ספק בפרעון ממילא מחויב לשלם מטעם חזקת חיוב וא"כ ה"ה כיון שמלוה ולוה מכחישים זא"ז והודאת כל אחד הוי כעדים והוי כב' כיתי עדים המכחישים זא"ז דמן התורה אזלינן בתר חזקה כיון דלרבא הוי תרי ותרי ספיקא דרבנן, ובממון אוקי אדאורייתא וקם בחזקת חיוב שמחויב לשלם וקמה קושי' הנ"ל לרבא לשיטתו ועמ"של בשם רש"בא גיטין דף ע"ח והבן:

מיהו באמת לק"מ לענ"ד לפי דברינו הנ"ל דהא כתבתי לעיל דמסוגי' דשבועות מוכח כמוהר"י ב"ל שבגוף הענין נאמנים העדים יותר דאל"כ אמאי אזלינן בתר הודאת הלוה ניזל בתר הודאת המלוה דהא התם הספק הוא בהלוואה אם ניזל בתר הודאת המלוה, ומה שחייב הלוה היינו שהלוי כאילו הודה שהפרעון לא הי' לשם פרעון רק לשם מתנה כמש"ש, והיינו דוקא התם משא"כ הכא א"א לומר שיהי' כאילו אמר להדי' שכשרים היו אצל הלוואה וקרוב או פסול לא הי' שם דהא באמת מכחיש לגמרי הלוואה רק כאילו אמר דבר זה לבד שקרוב או פסול לא הי' שם בעת הלוואה ואף אם אמר כן הי' פטור לשלם כי לא הי' מחייב א"ע כי אם דאזלינן בתר דברי עדים הכשרים ונצרף דבריהם שחייב הא לפי דבריהם הקרוב או הפסול הי' שם ופטור מלשלם וא"א לומר שיהי'

נאמן הלוה שקרוב או פסול לא הי' שם דהא על גוף המעשה העדים כשרים נאמנים יותר שהי' שם הקרוב או פסול והכא הלוה לא מחייב א"ע כיון שאומר שקרוב או פסול לא הי' שם כי לא דאו הלוואה א"כ אינו מחייב א"ע רק דהחיוב יהי' ממילא אם נצרף דברי עדים לדיבורו והא לדברי עדים כשרים הקרוב או פסול הי' שם והוא אינו נאמן להכחיש לעדים כשרים על גוף המעשה שקרוב או פסול לא הי' שם והוא אינו מחייב א"ע משא"כ התם העדים אומרים ב' דברים לוה ופרע ועל הלוואה נאמנים העדים ועל פרעון כיון שמוכח מתוך דבריו שמה שנתן הפרעון לא היה לשם פרעון רק לשם מתנה, ועכשיו מוחל אף דאינו נאמן להכחיש עדים על גוף המעשה מ"מ ממילא בא החיוב אם גם נאמין להעדים וללוה עדים אומרים אמת שלוה ופרע והוא מודה שלא הי' לשם פרעון כי מחל ונתן מתנה אח"כ א"כ מתחייב א"ע בצירוף העדים משא"כ הכא דאם אנו נאמין לעדים על גוף המעשה לא מחייב א"ע הלוה כמו התם אף שאנו מאמינים לעדים מחייב א"ע הלוה ולק"מ ונכון למבין, ואמרתי בפני לומדים מובהקים במדינת פולין והסכימו לדברי:

ועל פ"ז יט להבין דברי תוס' במס' מכות שם בד"ה אמר ר' יוסי דר' יוסי סובר שם בד"א בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר פי' רש"י בד"נ דכתיב והצילו העדה ומהדרינן אזכותא וכ' תוס' וקשה לפירושו דא"כ נילף מינייהו דהא כתיב משפט אחד יהי' לכם ועוד דבד"מ נמי כתיב ע"פי שנים או ע"פי שלשה ונקיש ג' לב' וכ' שלכך פי' ר"י דבדיני נפשות שייך שפיר למילף משנים משום דמה שנים כי נמצא אחד קרוב או פסול עדותן בטילה לגמרי ומעתה אינה מועלת לכלום הלכך בשלשה נמי כולם בטילים לגמרי אבל בד"מ דבשנים נמי כי נמצא אחד מהן קרוב או פסול השני אינו בטל לגמרי דחייב לו שבועה לכך נמי אם אחד מהן קרוב או פסול תתקיים העדות בשאר עדים יע"ש וכבר הרגיש בזה האורים ותומים בסימן צ' ס"ק י"ז דאכתי קשה קושי' תוס' דהא מ"מ הקישה התורה משפט אחד יהיה לכם ד"מ לד"נ וי"ל הא דכתיב גבי דיני ממונות ע"פי שנים מ"מ הא הוקש לדיני נפשות, וגם הא עדיין חסר הטעם למה באמת בד"נ אם הם שלשה ואחד קרוב דנשארים שנים פסולין, ובד"מ כשר איזה סברא יש לחלק כיון דל"ל תוס' דרשא דשפטו העדה יע"ש, ובהנ"ל יש ליישב היטיב דהנה נראה דסברא הנ"ל לא שייך כ"א בשלשה עדים אבל בשני עדים כשאחד הוא קרוב או פסול קם השני לשבועה והטעם נראה דאף דע"א לשבועה האמינה תורה כשנים לענין ממון כדאי' בסנהדרין דף כ"ג ע"א ובר"ן ר"פ כל הנשבעין היינו לענין שבועה אבל בדבר אחר אינו נאמן אם מכחיש לבעל דבר דהוי עד אחד בהכחשה, ואפי' בהכחשת בע"ד לאו

כלום הוא, וא"כ אם עד אחד אומר ב' דברים אחד דבר המחייב שבועה וענין אחר שאינו נוגע לשבועה ובע"ד מכחישו נאמן העד לענין שבועה כבי תרי ואינו נאמן לענין אחר, ומבואר בפוסקים שנחלקו אי עד המסייע פוטר משבועה ומאן דסובר דפוטר משבועה נאמן לענין פטור כבי תרי כמו לחייב שבועה שנאמן כבי תרי, ומאן דסובר דאינו פוטר משבועה אינו נאמן כב' עדים רק לחייב שבועה ולא לפטור, וא"כ אתי שפיר תי' תוס' די"ל דר' יוסי סובר דעד אחד אינו נאמן רק לחייב שבועה וא"כ מוכח מצד סברא דבשנים כי נמצא אחד קא"פ השני קם לשבועה, וממילא לא בטלה העדות בשלשה דמקשינן שלשה לשנים, והטעם לכן בשנים לא בטל, דכיון שלוה אומר שהלואה שקר א"כ לא הי' שם קרוב או פסול נאמן לחובתו דלא הי' שם, ואף דעד כשר מכחישו שהי' שם הא ע"ז שאמר שקרוב או פסול לא הי' שם הוא מילתא בעלמא ואינו לחייב שבועה הוי רק עד אחד בהכחשה, ואף שעל ידי זה שאומר העד כשר שקרוב או פסול הי' שם יהי' פטור הלוה משבועה, הא לענין פטור משבועה לא האמינה תורה כשנים והוא רק ע"א, וע"א בהכחשה לאו כלום הוא, אבל במה שאמר הלוה שגם העד כשר לא הי' שם ופטור משבועה ע"ז אינו נאמן דהא לענין שבועה נאמן העד כשר כשני עדים לחייב שבועה ופלגינן דיבורי' של לוה ודיבור העד פלגינן ג"כ, וכיון דבשנים לא בטל העדות מקשינן שלשה לב', אף דבשלשה לא שייך לצרף הודאת הלוה כנ"ל, מ"מ ממילא חייב לשלם מטעם שהעדים נאמנים דהצירוף דקרוב או פסול לא מעלה ומוריד דמקשינן שלשה לשנים, ולכן לא קשה קושי' א' של תוס' שנדמה לד"נ מטעם משפט אחד דלא שייך לומר כן כ"א היכי דטעמי' שווים משא"כ הכא יש טעם לחלק דדוקא בד"נ אפשר להקיש ג' לב', משא"כ דיני ממונות מקשינן שלשה לב' שיקיים עדותן, ויותר מסתבר לדמות דיני ממונות זה לזה מלדמות לדיני נפשות, ולא שייך לומר גם בשנים בד"מ בטל מטעם משפט אחד, כיון דיש טעם לחלק, ועיין בתוס' סנהדרין דף ב' ע"ב דלאו לכל ענינים מדמינן דיני ממונות לד"נ מטעם משפט אחד ואין לומר נימא להיפך כיון שמלוה אומר שקרוב או פסול היו שם והוא נאמן לחובתו ג"כ, ומכחיש להודאת הלוה נימא גם בשנים אם אחד מהן קרוב או פסול יהי' פטור אפי' משבועה נימא סליק הודאתו נגד הודאת הלוה ומספיקא פטור משבועה כמו שאין מוציאין ממון מספיקא ה"נ מספק פטור משבועה כמ"ש הש"ך בסי' פ"ז ס"ק יו"ד דז"א די"ל לולי דברי הש"ך נראה לומר דשאני ממון שאלים חזקת ממון ואין מוציאין ממון מספק, משא"כ בשבועה אף דקודם שנולד הספק הי' בחזקת שפטור משבועה מ"מ י"ל דלא אזלינן בתר חזקה היכי דאפשר לברורי, וכיון דקיי"ל מגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועה שפיר יבורר הדבר ע"י

שבועה ורמב"ם כ' בפ' י"א משבועת דשבועת אמת הוא מצוה, וסעד לזה ראיתי בש"ות מוהרי"ט חלק ב' סימן כ"ז שכ' לדחות ראיות מוהר"ם מר"ב שהביא ר"אש בב"מ דף ב' דעד המסייע פוטר מן השבועה דאיזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאינו מוחזק א"כ ק"ו מה כשהעד מסייע למי שאינו מוחזק זוקק את המוחזק לישבע כשהעד מסייע למוחזק כ"ש שיפטרנו מן השבועה וכתב הוא ז"ל לדחות די"ל שאני היכי שבא לחייב כיון דע"י שבועה יבורר הדבר דעיקר שבועה נעשה להוציא מידי ספק אבל כשמסייע למוחזק א"י לפטור משבועה כיון דאפשר לברר ע"י שבועה לא מצי עד לפטור משבועה כיון דאפשר ע"י בירור יע"ש, וה"ה הכא ומה שהביא הש"ך ראי' מתוס' שבועות דף מ"א ע"א כתבתי ע"ז במקומו מה שיש לדחות וכן דחיתי מ"ש דמוהרי"ט שב אחר כך ולכן הכא אף דלפ"ד המלוה נצמח הודאה לחובתו שפטור הלוה משבועה, ולפ"ד הלוה נצמח הודאה לחובתו שחייב שבועה א"כ יש לפנינו ספק חייב לישבע כיון שע"י שבועה יבורר ל"מ חזקה לפטור משבועה, אבל ד' י"ל דסובר עד המסייע פוטר משבועה דאור' ונאמן העד גם לענין פטור כב' עדים א"כ גם בב' עדים א"א לומר דנשאר אחד לשבועה מה"ת נימא כן כנ"ל, וא"ל מכח הודאתו לחובתו שקרוב או פסול לא הי' שם דז"א דהא העד אומר שקרוב או פסול הי' שם ונאמן לפטור משבועה כב' עדים, וא"כ הוי כמו בשלשה דא"א לצרף הודאת הלוה בצירף העדים, וא"ל דהוא נאמן לחייב א"ע שבועה יותר מב' עדים כיון שהוא חוב לעצמו ז"א הא לא נחלקו על ממון בעצם או על השבועה בעצם רק על מילתא בעלמא אם הקרוב או פסול הי' שם ועל גוף הענין נאמן העד כאלו הי' ב' עדים שהאמינה תורה כיון שע"י זה יהי' נפטר משבועה דהא באמת אין הלוה מחייב א"ע שבועה, דלא דמי ללא לויתי דהתם תפסינן כאלו אמר לא פרעתי ממילא מודה שאותו פרעון לא הי' פרעון כנ"ל משא"כ הכא אינו מחייב א"ע שבועה דהא אומר שהכל הוא שקר כמש"ל באריכות מילתא בטעמא והוא נכון בדרך פלפול להמעיין היטיב. ועיין בקונטרס אחרון:

פרט ח

יבואר היכי שהודה הלוה לחובתו ועדים מכחישין אותו והשטר ביד המלוה:

יד גרסינן במס' ב"ב דף קכ"ח ע"ב שלח לי' ר' אבא לר' יוסף בר חמא המוציא ש"ח על חבירו מלוה אומר לא נפרעתי כלום ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרע כולו ה"ז נשבע וגובה מנכסים ב"ח אבל ממשועבדים לא דאמרי אנן אעדים סמכינן ואפי' לר' עקיבא דאמר משיב אבידה הוי ה"מ היכא דליכא עדים אבל היכא דאיכא עדים אירתותי אירתת מתקיף לה מר בר ר"א אדרבה אפי' לרשב"א דאמר מ"מ הטענה

הוי ה"מ היכי דליכא עדים דקא מסייעין לי' אבל היכי דאיכא עדים דקא מסייעין וודאי משיב אבידה הוי וקיי"ל כר' אבא כמו שכ' הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפ' י"ד מה' מלוה וטוש"ע ח"מ סי' פ"ב ס' י"ב ורבו קושי' ודקדוקים בסוגי' זו:

א) בפי' הש"ס היכא דאיכא עדים אירתותי מירתת כ' הרשב"ם וז"ל היכי דחזינן לבסוף דאיכא עדים כאחד מהן איכא למימר דזה הלוה הי' יודע שרוצין להעיד כאחד מהן, ואירתת שלא יבואו לסייע למלוה ולפיכך הודה מחצה יע"ש וקשה דא"כ מה מתקיף לה מר בר ר"א הא מגו דחינן בסברא כל דהו כמ"ש בש"ות תרומות הדשן והובא בש"ך ח"מ סי' פ"ב וכן מצאתי בס' שיטה מקובצת שם שהקשה כן בשם רבינו יונה זלה"ה:

ב) הקשה מו"ז בספר תורת חיים עפ"ז במ"ש שלא יבואו לסייע למלוה, תימה וכי סהדא בכפא תלו לי' והלא שפיר מצי טען פרעתיו שלא בפני עדים בעולם דדוקא לוה מצי לאתויי סהדי שפרע בפניהם אבל מלוה א"א לו לאתויי סהדי שלא פרע לו, אא"כ שיעידו העדים שלא זז ידו מתוך ידם אפי' רגע אחת מיום הלואה עד עתה וידעי דלא פרע לי' ופשיטא דלא איירי הכא בכה"ג, וא"כ שפיר ה"מ למיטען פרעתי כולו ביום פלוני שלא בפני שום עדים דהא וודאי לא אירתת שמא יבואו אלו העדים ויעידו עדות שקר שיאמרו עמנו הי' ביום פלוני וראינו שלא פרע דלסהדי שקרי וודאי לא חייש יע"ש שדחה פי' רשב"ם:

ג) תוס' בד"ה אבל הקשה תימא לר"י אמאי תלי טעמא משום מירתת במה שיש עדים שירא שמא יכחישהו הלא רק שלא יסייעהו אין יכול לכפור הכל ולהעיז פניו דאין אדם מעיז פנים בפני ב"ח לכפור הכל, ותי' דכיון שהוא סבר שיבואו עדים לסייעו שהרי מביאן והגידו לו דעתן ותו ליכא עזות אי יכפור הכל ואי לאו שירא שמא יחזרו בהן ויכחישהו הי' לו מגו טוב אבל לפי שירא אין נוח לו לכפור הכל שלא יראה שקרן יותר מדאי אם יכחישהו יע"ש. ובע"כ רב אשי סובר דלא מירתת שמא יחזירו כיון שכבר הגידו לו דעתן וע"ז הקשה בדרישה בסי' פ"ב דמאחר שכ' דהנתבע סובר שיבואו לו עדים לסייעו כי גילו דעתן לו א"א לומר מירתת שיחזרו בהם לא די שלא יסייעהו אלא אפי' יכחישהו הלא תרתי לא עבדי כמ"ש בסי' ך"ח ובאמת הוא ק' אלימא כיון שעכשיו העידו בב"ד שפרע כולו בודאי לפי דמיונם לא יעברו על לאו לא תענה ברעך עד שקר, וא"כ מה"ת נימא שיחוש שמא יכחישהו ויאמרו שקר, ותו למה לתוס' לומר שיראו שמא יכחישהו הלא אפי' אם יאמרו אין אנו יודעין ג"כ אין לו העזה לכפור הכל כיון שלא יהי' לו עדים המסייעין ועל שב ואל תעשה יש לחוש כדאי' בכתובות דף ך"ז ע"א דשתקו

מלהעיד אמת, ודוחק לומר שכוונת תוס' כן באמת שיכחישהו בזה שמה שיטעון לפני ב"ד שידעו להעיד יכחישהו ויאמרו שאין יודעין:

ד) הקשה מו"ז הב"ח זלה"ה לפי' תוס' דא"כ בחנם נקיט תלמודא המוציא ש"ח על חבירו וה"ה אפי' בטוענו בעל פה ולוה אמר פרעתי מחצה והעדים מעידין שפרעו כולו ומיירי נמי שהעדים הגידו לו דעתן ומביאן לב"ד, ואפ"ה לא הוי משיב אבידה מטעמא דאירתותי מירתת שמא יכחישהו יע"ש ועמ"ש הש"ך בסי' פ"ב ס"ק ל"ז:

ה) קשה לרשב"ם ותוס' על לשון הש"ס דאי' התם ה"מ היכי דליכא עדים דהוא מיותר והל"ל רק ואפי' לר"ע כו' היכי דאיכא עדים כו' דהא בסוגי' דסלעים דינרין איירי שהשטר מסייע דסלעים משמע שתים וא"כ יותר הול"ל ה"מ היכי דעדים מסייעי' לו כמו התם שכבר ידע מעידי השטר דמסייעין משא"כ הכא שבאו עדים אח"כ:

ו) הקשה גידולי תרומה על תוס' הנ"ל דלפי דבריהם מבואר מה דאי' בסיפא אבל היכי דאיכא עדים אירתותי מירתת היינו שירא ממה שיבואו עדים שמא יכחישהו ממילא רישא נמי דקאמר ה"מ היכי דליכא עדים היינו כה"ג דכיון דאינו מתיירא שהעדים יכחישהו מיקרי משיב אבידה דמשמע דסגי לחשוב משיב אבידה כל שאין שם יראה וחששא הכחשת עדים והשתא לפי' קשה טובא דהרי אע"ג דליכא שום הכחשת עדים, מ"מ א"י לכפור הכל דאין אדם מעיז פנים בפני ב"ח, ור"ע דהתם דחשיב לה משיב אבידה לאו מטעם שלילת הכחשת העדים הוא אלא אדרבה מפני שהשטר מסייע ממש דסלעין משמע שתים ותו לא אבל אי לאו הכי שייך אין אדם מעיז ותי' תוס' לא יספיק לזה יע"ש שהאריך קצת:

ז) רבינו הגדול הרי"ף זלה"ה כאן ובפ' הדיינים גריס ואפי' לר' עקיבא דאמר משיב אבידה הוא ה"מ היכי דליכא שטר, אבל היכי דאיכא שטר אירתותי מירתת וכן גריס בע"הת בשער ח' ח"א וכן נראה מלשון הרמב"ם בפ' י"ד ממלוה ולוה וכן כ' הטור בסי' פ"ב והרגיש בזה הב"י, ועיין שם מה שכתב, והב"ח השיג עליו, וכ' שגירסת רמב"ם וטור הי' כגירס' הרי"ף ובע"הת והסמ"ע בדרישה אף שפי' פי' אחר מ"מ בפרישה כ' שיותר נכון שיהי' גי' הטור כמו הרי"ף ובע"הת, אך גם לגי' זו ק' להבין במ"נ אי לא ידע כלל מהעדים שלא הגידו לו דעתן א"כ בודאי א"י להעיז נגד שטר, וק' מאי טעמא דמר בר ר"א ואי ידע שכבר הגידו לו דעתן ומן הסתם לא יעידו בשקר מ"ט דר' אבא מאי מירתת איכא הכא כיון שהיה לו עדים דהא הברירה הי' לומר בב"ד מיד שיש לו עדים:

ח) ותו אכתי ק' על לשון הש"ס דאמר ה"מ היכא דליכא שטרא יותר הי' לו לומר ה"מ היכי דשטרא מסייע לו כמו התם דסלעים משמע שתים בכה"ג יכול לכפור הכל, דהא באמת היכי דל"ל סיוע א"י להעיז:

ט) תו י"לד מ"ט קיי"ל כר' אבא ולא חיישינן כלל לקו' מר בר ר"א איזו הוכחה יש לנו מש"ס שלא יהי' קו' כלל:

ונראה לישב בדרך פלפול דהנה במס' סנהדרין דף ל"ב ע"א אי' במתניתן אחד דיני ממונות ואחד ד"נ בדרישה וחקירה ומקשה הש"ס מתני' אברייתא דמוכח דלא בעינן דרישה וחקירה ונאמרו ונשנו כמה תירוצים ר' חנינא תי' ד"ת בעינן ד"וח אחד דיני ממונות ואחד ד"נ ומה טעם אמרו ד"מ לא בעי ד"וח כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ועיין רש"י דף ג' ע"א שימנעו מלהלוות שמא יכפור והעדים יטעו ולא תהי' עדותן מכוונת ויפסיד יע"ש, ומתניתן מקמי תקנתא דרבנן, וברייתא לאחר תקנתא דרבנן, רבא תי' מתני' דהכא בדיני קנסות ואידך בהודאות והלואות, ר"פ אמר אידי ואידי בהודאות והלואות כאן בדין מרומה כאן בדין שאינו מרומה כדר"ל פרש"י מרומה שב"ד מכירין בתובע שהוא רמאי או מבינים טענת רמאי בדבריו יע"ש, רב אשי אמר כדשנין קראי אחד לדין ואחד לפשרה פרש"י מתני' שפיר אתרצי בחד מהני שינוייא אי כר"ח אי כרבא אי כר"פ אבל קראי דרמו להו ר"ל לא ק' דצדק צדק לאו לדרישה וחקירה קאתי יע"ש וכן פסקו כל הפוסקי' דבדין מרומה צריך ד"וח כמ"ש בש"ע ח"מ סי' ט"ו ס"ג ובסי' ל' ס"א והא דבד"מ א"צ דרישה וחקירה כ' הש"ך בסי' ל"ג ס' ט"ז ובסי' למ"ד ס"ק א' דאף אם הדיין ירצה להחמיר לדרוש ולחקור בשבע חקירות שהזמה תלוי' בהן לא יעשה כן, אבל בדין מרומה צריך הדיין לחקור, ואולם כשמכחישים זא"ז בחקירות והיינו אפי' בדין שאינו מרומה אם הדיין חקר ודרש והכחישו זא"ז, דעת רמב"ם ורוב הפוסקי' הובא בש"ע סי' למ"ד ס"ב דעדותן בטילה מדאמר רב יהודא במס' סנהדרין דף למ"ד ע"ב עדים המכחישים זא"ז בבדיקות כשרים בד"מ משמע אם הם מכחישין א"ע בחקירות עדותן בטילה, אבל ראב"ן בסי' מ"ג הובא בש"ך סי' למ"ד סק"ו כ' דאפי' בחקירות כשהוכחשו קם עדותן דלא קיי"ל כר' יהודא מדאמר בר"פ אד"מ דד"מ לא בעי דרישה וחקירה אך הלכה כרוב הפוסקים בדין מרומה דצריך דרישה וחקירה וכתב בש"ות הריב"ש סי' רס"ו הובא ברמ"א סי' ט"ו שאין דינו כדין נפשות ממש שאם אמר באחד מן החקירות א"י שיתבטל כל העדות אלא שיחקור בדין כל מה שאפשר והש"ך בסי' ל"ג ס"ק ט"ז ובסי' ט"ו סק"ו השיג ע"ז דאפי' בד"מ אם אירע שחקר או בקנסות או בדין מרומה ואמר א"י בטלה עדותן דה"ל עדות שאי אתה יכול להזימן, ובתומים שם ובס' נודע ביהודא חלק א"הע סי' ע"ב כ' שהוא

נגד משמעות רוב הפוסקים ומעתה נראה לומר אם הב"ד מכירין שיש רמאות בדברי העדים צריך דרישה וחקירה דמ"ש רמאות בטענת הנתבע או רמאות בדברי העדים והוא כ"ש, וא"כ נראה בנ"ד כיון דהשטר ביד מלוה ואיכא חזקה שטרך בידי מאי בעי והוא כאנן סהדי כמ"ש רשב"ם במס' ב"ב דף עי' ע' בד"ה או איכא חשש רמאות בדברי העדים במה שטענו שפרעו כולו דלמה הניח שטר אצלו ואף דעדים עדיפי מאנן סהדי כי מ"ש רשב"ם שהוא כעדים כוונתו אנן סהדי וכדאי' כיוצא בזה בב"מ דף פ"א ע"ב וכמ"ש הפוסקים מ"מ הוי חשש רמאות, ועיין ב"ש סי' מ"ב סעיף ד' ס"ק ד"י שכ' בעידי קידושין היכא דאשה מכחשת הוי דין מרומה וצריך דרישה וחקירה הגם שבד"מ לא שייך זה דאל"כ הוי לעולם בד"מ דין מרומה דבע"כ אחד מצדדים מכחיש העדים דאי הודה למה לי עדים וגם הב"ש לא כ' כן לחלוטין, עכ"פ היכי דאנן סהדי מכחיש להעדים צריך דרישה וחקירה וחל החיוב על הב"ד, ודוחק לומר דסמך על העדים שיש לו שפרעו כולו ולכן הניח שטר בידו כדמוכח בש"ך סי' פ"ב ס"ק ל"ז דזהו אינו סברא דלא הו"ל לסמוך ע"ז טמא ימותו העדים או ילכו למדינת הים, וכיו"ב אי' במס' גיטין בפ' השולח אין העדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם יע"ש ובתו' וא"כ פשוט דמשום חשש זה הי' לו ליקח שטר מידו כי מצינו בש"ס דאדם מקפיד שלא להניח ש"ח אצל חבירו, וא"כ בודאי הוי דין מדומה וצריך דרישה וחקירה וז"ב לכל המעיין, וא"כ לפ"ז מדוייק היטיב הפי' בש"ס ואומר דמיירי שהעדים היו מגלו דעתן שידעו שפרעו ולהא לא חייש שמא יחזרו כמ"ש בפרישה דתרתי לא עבדי כיון דהאמת כן לפי דברי העדים לא יסהדו שקרא, רק י"ל הטעם דלכן לא הוי משיב אבידה אחרי דחיישינן שחכמים בטלו דרישה וחקירה בד"מ דחייש טמא יכחישו העדים זא"ז כי לא שכיח כלל שיכוונו שניהם לדבר אחד, וכמו דמוכח למעיין בגמ' סנהדרין דף מ' ע"ב וברמב"ם בפ' א' מהלכות עדות הלכה ד' א"כ חזינן שחכמים אמדו דעת בני אדם שחשו לדבר זה ממילא מה"ט י"ל לכן לא הוי משיב אבידה, דל"ל מגו דפרעתי אף שידע מעדים, מ"מ כיון שיש שטרא דאיכא חזקה שטרך וכו' ויש לעדים דין שוה עדות מרומה וצריך דו"ח, ואולי יכחישו א"ע בדרישה וחקירה ויבטל עדותן ויהי' נאמן המלוה בשטרו בשבועה ונח לו להודות במקצת כי ערומי קא מערים כדי שיהי' לו דין משיב אבידה כדאית' כי"ב במס' ב"מ דף ח' סוף ע"א כי סובר בכה"ג יאמינהו לו ב"ד משום שמודה מעצמו ולכן מירתת, ומכ"ש לשיטת הש"ך שבאומר א"י ג"כ בטלה עדותן ולכן ל"ל מגו כיון שבדין מרומה צריך הדיין לדרוש ולחקור מסתמא יעשו כתורה, וא"כ במלוה על פה כשמודה במקצת ועדים מעידים שפרעו כולו הוי משיב אבידה דבכה"ג אי הוי טען פרעתי ועדים מסייעין

לו לא הי' צריך דרישה וחקירה כיון שלא יהי' דין מרומה אין לדרוש ולחקור לכן לא מירתת כיון שבטוח שעדים בודאי לא יכבשו עדותן לעבור על לאו אם לא יגיד ונשא עונו כי אחזוקי אינשי ברשיעי ל"מ, וא"כ לפ"ז שפיר קאמר הש"ס ואפי' לר"עק דאמר משיב אבידה ה"מ היכי דליכא שטרא ר"ל בנידון דידן אם לא הי' שטרא רק מלוה על פה והלוה אומר פרעתי מחצה והעדים אומרים פרעת כולו הוי משיב אבידה כיון דלא צריך דרישה וחקירה בטוח שעדים יעידו כדבריו, אבל הכא דאיכא שטרא וע"י השטר הוי דין מרומה וצריך ד"וח אירתותי מירתת לומר פרעתי כי אולי יכחישו העדים א"ע בדרישה וחקירה ויבטל העדות ויהי' השטר בתקפו וישבע המלוה ויטול, ולכן ניחא לי' להודה במקצת כדי שישבע, ואולם מר בר דב אשי י"ל שסובר אפי' בדין מרומה אין צריך דרישה וחקירה ועל קושי' הש"ס בסנהדרין הנ"ל סובר כאינך תירוצים הנזכרים שם וחולק עם אביו כי כן מצינו כמה פעמים שאב ובנו נחלקו בדין כמו שמצינו בר' ורשב"ג אביו, או דפי' בדברי רב אשי דלא כרש"י רק מה שאמר מתניתן כדשנין ר"ל כתי' ר' חנינא וכרבא, ולכן שפיר מקשה כיון דיש לו עדים והם גילו דעתן או כמ"ש הש"ס מן הסתם חוקר הלוה אחר עדים לטובתו וידע מקודם הוי כמשיב אבידה כיון שאפי' בדין מרומה אין צריך דרישה וחקירה או שסובר אפי' כשצריך דרישה וחקירה אין לו דין כדיני נפשות ממש רק שצריך לכתחילה וגם סובר בזה כתשו' ראב"ן אפי' שהכחישו בחקירות קם עדותן כיון שאין צריך דק לכתחילה יש לו כדין ד"מ שאינו דין מרומה שאם הכחישו קם עדותן, וא"כ לדידן דקיי"ל בדין מרומה צריך דו"ח וגם מוכח בש"ס דסנהדרין כפשטא דלישנא דר' יהודא היכי שמכחישין א"ע בחקירות בטל עדותן ממילא אידחי דברי מר בר רב אשי כיון שצריך ד"וח ואם הוכחשו בטל עדותן ולכן קיי"ל כר' אבא, ובזה מיושבים כל קושי' הנ"ל כי קושי' הב"ח מיושב דבאמת נזכר הדין בש"ס היכי דליכא שטרא רק עדים הוי משיב אבידה, וכ"כ מיושב קו' תוס' הנ"ל דלולי שטרא הוי משיב אבידה כיון דיש לו עדים המסייע רק מחמת ששטרא מכחיש לעדים אירתותי מירתת וכן מיושבי' שאר קושיו' הנ"ל כמבואר למעיין, אמנם חלילה לפרש פי' חדש אשר לא שערום רבותינו הקדמונים, וברוך שבחר בהם ובמשנתם ודברינו נאמרים לפלפולא בעלמא:

ובשגם כי יש לפקפק במ"ש לעיל במגו דמירתא שמא יכחישו זא"ז כמבואר למעיין ודוק:

פרט ט

יבואר ביאור דברי הראשונים זלה"ה במס' ב"ב דף קכ"ח במ"ש היכי דמכחיש לעדים הוי הכחשה ולאו הכחשה:

טו ראיתי בר"ן במס' שבועות דף ל"ח שכתב בסוגי' הנ"ל בפרט הקדום וז"ל איכא למידק וכיון דאיכא עדים שמעידין שפרע כולו הם המעידים כדבריו דיש בכלל מאתים מנה ולמה צריך לישבע, יש לומר שאני הכא שפסלם שמכחיש לדבריהם ואומר שלא פרע אלא מחצה ולגבי עצמו נאמן, מיהא לאו למימרא דפסלינהו דא"כ אפילו בשבועה לא מהימן דהא איכא שטרא, אלא לאו הכחשה הוא לגמרי דאפשר שהוא אינו זוכר אלא מן המקצת והעדים זכורים יותר וכיון דהכחשה הוא ולאו הכחשה הוא אין סומכין על עדותן לגמרי ולא על השטר לגמרי אלא עדותן מהני לבטולי שטרא בלחוד והו"ל תביעת של מלוה כתביעת בעל פה שאין עלי' עדים שכל שהנתבע מודה במקצת נשבע יע"ש, וכ"כ בנימוקי יוסף במס' ב"ב שם והובא דבריהם בש"ך סי' פ"ב ס"ק ל"ז, ולכאורה יש לפרש דבריהם דסוברים היכי שמכחיש לעדים איכא ספק מי מהם שאומר אמת וזוכר יותר והא דצריך לפרוע מחצה היינו כיון דעומד בהודאתו ורצה לפרוע מי ימחה בידו כיון דליכא חב לאחרינא, ולפ"ז מוכח כמ"ש הרב המגיד בפרק ז' מהלכות טוען ונטען הובא בש"ך סי' פ"ב ס"ק ל"ט אם חזר ואמר נזכרתי שפרעתי כולו א"א להוציא ממנו כיון שאינו רוצה לפרוע מספיקא אין מוציאין מן המוחזק דאולי האמת עם העדים, ומיהו לפי זה קשה מסוגי' דשבועות דף מ"א ע"ב דאמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וחייב לשלם, אמאי מה בכך שהוא כאילו אמר לא פרעתי הא עדים מכחישים שפרע ויש ספק מי אומר אמת דילמא האמת הוא כעדים והא הוא אינו רוצה לשלם כלל דהא טוען באמת לא לויתי ואיך מוציאין ממון מן המוחזק מספיקא דהא חזקת ממון הוא חזקה אלימא, ולכאורה יש לישב לפי מאי דקיי"ל בחושן המשפט סי' ע"ה סעיף ט' באינו יודע אם פרעתיך חייב לשלם משום דחיוב הלואה היא ודאי ופרעון הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי כמ"ש הש"ך בסע"ק ך"ז, ומיני' לכל מקום היכי שחיוב ודאי ופרעון הוא ספק חייב וא"כ היכי שהלואה הוא ודאי ועדים מחולקים בפרעון כגון שני כיתי עדים מכחישים זו את זו חייב לשלם כיון דחיוב ודאי ופרעון ספק, וה"ה כיון שעל גוף הלואה נאמנים העדים יותר מלוה דלזכותו אינו נאמן והוי חיוב הלואה ודאי' ובמה שמחולק הלוה עם העדים בפרעון מה שנראה לפי דברי לוה שלא פרע ועדים אומרים שפרע כיון דהודאתו הוי כעדים יש לנו ספק מי זוכר יותר כמ"ש הר"ן ונ"י הנ"ל והוי ספק בפרעון ממילא מחויב לשלם מטעם אין ספק מוציא מידי ודאי כדין אינו יודע אם פרעתיך, ולפ"ז נסתר מה שכתבתי להוכיח כדברי הרב המגיד והטעם כיון דחיוב הלואה הוא ודאי אף שיש ספק מחויב לשלם דהא עכ"פ מוכח משטר ומעדים שהלוה:

אמנם אכתי קשה דהנה בשיטה מקובצת במס' ב"ב שם כתב כתירץ הר"ן בשם הרשב"א, ובמס' גיטין דף ע"ח ע"ב אי' במתני' הי' עומדת ברשות הרבים וזרק לה גט קרוב לה מגורשת קרוב לו אינה מגורשת מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת, וכן לענין החוב אמר לו בעל חוב זרוק לי חובי וזרקו לו קרוב למלוה זכה המלוה קרוב ללוה הלוה חייב, מחצה על מחצה יחלוקו ואי' שם על רישא דמתני' היכי דמי קרוב לו היכי דמי קרוב לה, אמר רב ארבע אמות שלו זהו קרוב לו ארבע אמות שלה זהו קרוב לה היכי דמי מחצה על מחצה, רבה ור"י דאמרי תרווייהו הכא בשתי כיתי עדים עסקינן אחת אומרת קרוב לו ואחת אומרת קרוב לה, וכתב בחי' רשב"א וז"ל הקשה הרב ר' אלחנן זלה"ה א"כ הא דקתני לענין החוב נמי מחצה על מחצה יחלוקו היינו נמי בשני כיתי עדים ואמאי יחלוקו הוי לן למימר אוקי תרי בהדי תרי ואוקי' ממונא בחזקת מארי' ותי' בתוס' דהכא לתרוייהו אית להו חזקה למלוה איכא למימר אוקי אחזקתי' שהי' מחויב לו הלוה קודם שנולד הספק זה וללוה איכא חזקה דאוקי ממונא בחזקת מארי' הלכך יחלוקו, וא"ת אדרבה הו"ל כמנה הלויתיך וא"י אם פרעתיך אם לאו דתנן בב"ק דף קי"ח ע"א שהוא חייב וי"ל דשאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך הלכך יחלוקו עכ"ל, א"כ סובר רשב"א היכי שעדים מכחישים א"ע בפרעון אלים הספק דיחלוקו ולא דמי לאינו יודע אם פרעתיך דהספק הוא רק מבע"ד, וא"כ ה"ה כיון שהודאתו הוא כעדים ויש נגדו עדים המכחישים והוי נולד הספק לפנינו, וקשה לשיטת רשב"א אמאי אמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי ומחויב לשלם כל המנה נימא דיחלוקו, ואפשר לישב ולומר דרשב"א כתב כן בחי' לגיטין לרבה ור"י דאזלי לשיטתם, כמ"ש הראשונים זלה"ה דסוברים ביבמות דף ל"א תרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא אזלינן מן התורה בתר חזקה קמייתא שעדים מפקיעין החזקה, ולכן אף שיש חזקת קמייתא שמחויב לשלם מ"מ העדים מגרעין והוי ספק השקול, אבל רבא לשיטתו דסובר תרי ותרי ספיקא דרבנן ומן התורה אזלינן בתר חזקה ולא החמירו רק באיסורין ולא בממון, רק דמוקמינן על דין התורה דאזלינן בתר חזקת קמייתא, והכא יש למלוה חזקה המסייע חזקת חיוב שהי' מחויב בודאי כיון שבודאי לוה, אך אי קשי' הא קשי' לשיטת רשב"א ור"ן ונ"י הנ"ל, הא הנ"י כתב במס' ב"מ דף ג' ע"ב במה דאיתא בש"ס מה לפיו שאינו בהכחשה כתב ז"ל, אינו בהכחשה אם הודה לו במנה ובאו עדים להכחישו שאינו ח חייב לו כלום אינו נפטר בכך דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, מהא שמעינן דמי שהודה בבית דין וחזר ואמר נזכרתי ואע"פי שעדים מעידין כדבריו אין משגיחין בו, דודאי הכא בכה"ג עסקינן דאי בעומד בדיבורו מאי אולמא דפיו מתנה

הוא דקא יהיב לי' יע"ש שכ"כ בשם רשב"א ור"ן ומלשון הש"ס משמע שאינו בהכחשה היינו בכל גווני אף שהעדים אומרים שלא לוה, וכן משמע מלשון רש"י שכתב וז"ל אם הודה לו במנה ובאו עדים והכחישו לומר אינו חייב לו כלום אינו נפטר בכך דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי יע"ש, משמע הן אם אומרים שפרעו או שאומרים לא לוה, כי סתמא איתא שאינו בהכחשה וע"ז דייק הנימוקי יוסף שאין נאמן לומר נזכרתי כעדים, וא"כ קשה כיון דהוא ספק בהלואה אמאי חייב לשלם היכי שאומר נזכרתי דלמא האמת כעדים ואי משום דאין יכול לחזור דהוי מתנה, דא"כ אכתי ק' מאי אולמא דפיו מתנה הוא דקא יהיב לי ובע"כ ס"ל דאי הוי רק מתנה כיון שלא הי' קנין יכול לחזור (ועיין בח"מ בסי' מ' שרשב"א ור"ן חולקים על הרמב"ם) ועיקר הטעם דפיו אלים שמוכח שהודאתו אמת, וא"כ דברי רש"בא ור"ן סותרים את עצמו:

ט"ז אמנם ראיתי בשיטה מקובצת במס' ב"ב שם שכתב תי' הלז בשינוי לשון ולפי דבריו לק"מ שכתב וז"ל הקשה הראב"ד למה נאמן בשבועתו הא איכא שטר וא"ת מפני שעדים מעידין שפרעו כולו מבטלין כח השטר ואעדים סמכינן א"כ אף הוא לא ישבע דאטו מי שמודה במקצת ויש לו עדים שמעידים על המקצת שפרע מי נשבע, וא"ת שאני הכא שהעדים מוכחשין שהוא מכחישן ואפי' לגבי נפשי' נאמן להכחישן ולחייב ע"א כדרך מהוא נאמן לחייב א"ע במה שהוא אומר שלא פרע א"כ חזרה הקושי' למקומה שלא יהי' נאמן אפי' בשבועה שהרי השטר בחזקתו, ותי' הוא ז"ל שאם אמר פרעתי מחצה ולא יותר היו מוכחשין אבל פרעתי מחצה אינו הכחשה אלא כאדם שאומר ע"כ אני זוכר והעדים אומרים אנו זוכרין יותר ממך שפעם אחרת פרעת המחצה ומיהו לא ברירא לן דהכי קאמר אלא יש לומר הכחשה ויש לומר אינו הכחשה הלכך לגבי לקוחות לא חשבינן לי' הכחשה דאמרו אנן אעדים סמכינן אבל לגבי נפשי' הכחשה הוא דכיון דאיכא שטרא ארתותי מירתת ולא משיב אבידה הוא אלא כמודה במקצת בעלמא הוא ולא סמכינן עלייהו עכ"ל, ופשוט שהכל הוא תי' אחד ומ"ש מתחילה ועד סוף הם דברי ראב"ד שהוא כאדם שאומר ע"כ אני זוכר כו' ומיהו לא ברירא לן דהכי קאמר, ר"ל שודאי כוונתו כן אלא י"ל הכחשה והיינו שאומר שזוכר, וי"ל שאינו הכחשה כאדם שאומר ע"כ אני זוכר, וכן אי' בבעל התרומות בשער שמיני חלק א' סי' ג' שכתב שם וז"ל והאי דינא דנשבע וגובה מחצה אית בה כמה פירכי שהקשו ראשונים זלה"ה שהרי אחר שהן עדים מוכחשין והוא בעצמו הכחישם למה יבטל כח השטר על פיהם ויש להשיב אילו אמר פרעתי מחצה ולא יותר היו מוכחשים אבל עתה כשאומר פרעתי מחצה אינו הכחשה אלא כאדם האומר עד כאן אני זוכר והעדים אומרים אנו זוכרים

יותר כי פעם אחרת פרעת לו מחצה האחר. גם יש להקשות מאחר שאין הכחשה הלכך עדותן קיימת ומבטלת השטר על פיהם למה צריך לישבע על המחצה שכפר והלא עדים מעידין כדבריו ודבר שיש עליו עדים למה צריך שבועה, וכי מודה במקצת בעלמא אם יביא עדים כדבריו משביעין אותו, יש לומר דהאי דאמר פרעתי מחצה יש לומר הכחשה וי"ל שאינו הכחשה לגבי לקוחות לא חשבינן לי' הכחשה דאמרו אנן אעדים סמכינן ובטל שטרא אבל לגבי' נפשי' הכחשה הוא דכיון דאיכא עדים ארתותי מירתת ולא כמשיב אבידה הוא אלא כמודה במקצת דעלמא הוא הלכך לא סמכינן עלייהו עכ"ל, וא"כ לפ"ז יש לומר גם מ"ש רשב"א ור"ן ונ"י הנ"ל כוונתם לדברי בע"ת וש"מ הנ"ל, ומה שכתבו דהוי הכחשה ולאו הכחשה, דוקא בנידן דידן יש לנו ספק בכוונתו במה שאמר פרעתי מחצה אי כוונתו שזוכר בודאי שפרע רק מחצה והוי הכחשה, או שרצה לומר שמחצה זכור בודאי ומן השאר אינו זוכר ואינו מכחיש לעדים, דאם הי' אומר כן בפירוש שזוכר ממחצה ובאידך לא זוכר, הי' פטור מלשלם ומשבועה כיון שיש לו עדים על הפרעון, ואם בודאי הי' מכחיש לעדים שהי' אומר שזוכר בודאי שלא פרע יותר הי' נאמן יותר מעדים רק הכא כיון שאמר בלשון פרעתי מחצה, ולא אמר ולא יותר יש לנו ספק בכוונתו אי רצה לומר עד כאן אני זוכר ולא הוי הכחשה לעדים כי עדים אומרים אנו זוכרין יותר כי פעם אחרת פרעת, או דהוי הכחשה והיינו שר"ל שיודע בודאי שלא פרע יותר ולא הוי כאדם האומר אני זוכר עד כאן ולכן לגבי לקוחות לא תלינן בהכחשה דאף אם הי' מכחיש להדי' יכולין לומד אנן אעדים סמכינן, ולגבי נפשי' הוי הכחשה מספק ומסלקינן העדים והשטר ונשאר טביעת בעל פה, אבל בעלמא היכי שודאי מכחיש לעדים אזי הוא נאמן יותר ולק"מ קו' הנ"ל ולענ"ד מוכרח לפרש כן בכוונת הר"ן ונ"י ורשב"א, דאל"כ יהי' מחולקים עם בע"ת וראב"ד לשיטת ראב"ד ובע"ת היכי שאומר להדי' פרעתי מחצה ולא יותר דהוי הכחשה נאמן לחובתו וקם השטר בתקפו, דאינו נאמן אפילו בשבועה, ולשיטת הפוסקי' הנ"ל אי נימא כפי' קמייתא שכתבתי למעלה גם בכה"ג הוי ספק הכחשה כי אולי העדים זוכרים יותר וגם נ"מ לשיטת ראב"ד ובע"ת היכי שכיונו הזמן כגון שלוה אומר באותו זמן פרעתי מחצה ועדים אומרים באותו זמן פרעת כולו הוי הכחשה וקם השטר דלא שייך הטעם שפעם אחרת פרעת מחצה כי בזמן אחד כשאומר שפרע מחצה מן הסתם נזכר היטב ולשיטת פוסקי' הנ"ל לפי' שלי הנ"ל אפי' בכה"ג הוי ספק הכחשה וכאשר משמע לכאורה לשון ר"ן ונ"י שכתבו כי אפשר שאינו זוכר והעדים זוכרים יותר משמע קצת שאין הטעם דלמא פרעו בזמן אחרת רק בכל גווני אפילו היכי שברור שיש הכחשה בין הלוה והעדים מ"מ יש לו דין הכחשה

ואינו הכחשה דיש לכו ספק מי מהם זוכר יותר אי הבעל דבר אי העדים, וא"כ ק' על בית יוסף בסימן פ"ב והב"ח וסמ"ע וש"ך שהביאו שיטת ר"ן ונ"י ובע"ת אמאי לא כתבו שפליגי אהדדי, אע"כ שכולם הבינו שכל הפוסקי' הנ"ל נתכוונו לדבר אחד ור"ן ונ"י קיצרו קצת במובן, וכוונתם ג"כ לדברי בע"ת כיון שאמר סתם פרעתי מחצה והעדים אומרים סתם בלא זמן אפשר לומר דפרע מחצה בפעם אחרת וא"כ לק"מ קו' הנ"ל, וראיתי בספר כתיבות משפט סי' ע"ט ס"ק א' על מ"ש רמ"א דכל האומר לא לויתי כו' ונאמן על עצמו יותר מק' עדים ומה שאמר לא לוה הרי הוכחש מעדים כתב ואין לומר הא העדים פסולין כיון שאומר שפרע והוא מודה בעצמו שלא פרע, דז"א די"ל כמ"ש הר"ן בפרק הדיינים דיש לומר דהעדים זוכרין יותר ממנו יע"ש, ונראה שהבין דברי הר"ן בפשיטות דאפילו בעלמא היכי שיש הכחשה בין בע"ד שאומר לחובתו ועדים אמרינן שזוכרים יותר ולענ"ד זה אינו דא"כ תיקשה קו' הנ"ל, וכוונת הר"ן מוכרח כמ"ש וגם קו' הגאון נ"י נמי לק"מ כלל, דהיאך אפשר לומר שהעדים פסולין דהא כל עיקר נאמנתו שנאמן על עצמו יותר מעדים כיון שהוא לחובתו ואם יהי' נאמן לגמרי יהי' הענין לזכותו ועל זה האמינה תורה לעדים מטעם פלגינן דיבורא, דעל ידי זה שהעדים נאמנים לחובתו שלוה, נאמן הוא שלא פרע, כי אם לא יהי' העדים נאמנים לא יהי' הוא נאמן ונאמנות שלו בא מכח שעדים נאמנים שלוה ולא שייך באותו עדות דהא דאי' במס' ב"ב דף ל"א לאותו עדות הם מוכחשים היינו בתרי ותרי דשני כיתות נאמנים מן התורה בין לזכות ובין לחובה שייך לומר כיון שהם מכחישים את עצמם ואין אנו יודעים מי אומרים אמת אין נאמנים כלל באותו עדות, משא"כ הכא כך אמרה תורה שלחובתו יהי' נאמן יותר מעדים ופלגינן דיבורא ומה שנצמח זכותו מדיבורו יהי' נאמנים העדים יותר כי אם אתה אומר שלפי דבריו שהם פסולים אין נאמנים העדים כלל, אם כן נאמן הבעל דבר לזכותו והתורה אמרה שעדים נאמנים לחובתו וזהו חוקת התורה דבכה"ג נימא פלגינן דיבורא של הלוה ופ"ד דעדים דקיי"ל כרבא בזה דאמרינן בכל מקום פלגינן דיבורא, וזהו פשוט ותמהני מאד על הגאון המובהק נר"י:

יז אמנם קשה לי לפירוש זה שפרשתי בכוונת נ"י ור"ן ורשב"א, ממ"ש הנמוקי יוסף בפ"ק דב"מ בשם רשב"א ור"ן וז"ל מהא שמעינן דמי שמודה בבית דין וחזר ואמר נזכרתי ואע"ג שהעדים מעידין כדבריו אין משגיחין בו כו', והיינו דאמרינן בפ' יש נוחלין המוציא שט"ח על חבירו כו' והעדים מעידים שפרעו כולו נשבע וגובה מחצה כלומר אפילו חזר לומר כדברי העדים שכיון שהודה מתחילה שלא פרע אלא מחצה אין יכול לחזור בו אע"פ שהעדים מסייעין אותו יע"ש שהשיגו על רמב"ם ועיין ה"המ בפי"ד ממלוה הובא

בש"ך ח"מ סי' פ"ב ס"ק ל"ט, וא"כ סוברים שאין יכול אח"כ לומר נזכרתי וקשה כיון שיש לנו ספק בכוונתו, אמאי א"נ לפרש דבריו הראשונים הא אפילו כשטוען בב"ד טענה ונתחייב על ידי טענתו איתא במס' ב"ב דף ל"א ע"א ובש"ע ח"מ סי' פ' ס' א' שאם בא לתקן טענה ראשונה ולומר כך נתכוונתי ויש במשמעותה לשון שסובל זה התיקון שומעין לו וה"ה כיון שאמר פרעתי מחצה וי"ל כוונתו שזוכר שלא פרע יותר או שכוונתו שמחצה אני זוכר ומשאר איני זוכר ממילא יוכל לתקן דבריו הראשונים ולומר שכוונתו הי' שאינו זוכר רק מחצה ועכשיו נזכרתי שהאמת כעדים ותו הא קיי"ל בח"מ סימן כ"ט ס"א ובסימן למ"ד ס"ו היכי ששני עדים מכחישין זה את זה יש לתרץ דבריהם כדי שיהי' עדותן מכוונת ומכ"ש היכי ששתי כיתות עדים מכחישין זא"ז כיון שמן הסתם עדים אומרים אמת ראוי' ליישב דבריהם שלא יהי' הכחשה וה"ה הודאתו לחובתו הוי כעדים ויותר ועדים מכחישים אותו ויש לפרש דבריהם שלא יהי' הכחשה ראוי' ליישב דבריהם ואולם כשעומד בהודאתו מי ימחה לו ליתן כיון שאינו חב לאחרינא אבל כשחוזר ואומר נזכרתי ואפשר ליישב דבריו אמאי לא יהי' נאמן, ודוחק לומר דכוונת רש"בא ור"ן במס' ב"מ שם היכי שאמר סתם נזכרתי ואינו מבאר מה הי' כוונתו בדיבורו הראשון שאמר פרעתי מחצה אבל אם אמר אח"כ נזכרתי ומה שאמרתי מתחילה פרעתי מחצה כוונתי הי' שזוכר ממחצה באמת נאמן דכל כי האי הו"ל לפרושי שדרך הפוסק לפרש ולא לסתום ולא משמע כן להמעיין בדבריהם וראיתי בבעל התרומות שער י"א חלק א' הלכה ג' שכתב לשיטת הר"י מיגא"ש מאן דאודי לחברי' בב"ד דאית לי' גבי' מנה ובתר הכי קא טעין ואמר דאישתלא בהאי אודייתא וקאמר דלית לי' גבי' ולא מידי ואע"ג דאית סהדי כדבריו לא מהני, וכתב וז"ל ומסתברא דלא דמי להא דקיי"ל טוען וחוזר וטוען כל זמן שלא יכחישהו עדים דהאי דרך טענה אמר כדבריו וכאן דרך הודאה וכל המודה בב"ד א"י לחזור עכ"ל היינו כיון שאמר מתחילה בדרך הודאה ודאית שאי אפשר לפרש פי' אחר (ודבריו צ"ע דלמה לי' טעם זה הא מחיוב לפטור אין יכול לחזור ולטעון ודוחק לפרש כן בלשונו ויש להאריך בזה ואין כאן מקומו) משא"כ הכא כיון שאמר לשון הסובל שני פירושים אמאי אין יכול אח"כ לפרש דבריו הראשונים שוב ראיתי בסמ"ע בסי' פ"ב ס"ק נ"א שכתב בשם בע"ת וז"ל ומיהו לגבי דידי' מחשבינן העדות כמאן דליתא דהודאתו כמאה עדים ומש"ה צריך לשלם המחצה ולישבע שבועה דאורייתא על המחצה השני' כיון דהוא הכחיש העדים בהודאתו ומ"מ לא אמרינן שישלם כל השטר כשישבע המלוה על שטרו כיון דהעדים כמאן דליתנהו דמי לגבי דידי' דאפשר לומר דפרע מחצה וחזר ופרע מחצה בפעם אחרת ושכח הלוה והעדים יודעים אותו עכ"ל

והמדקדק היטב בדבריו יראה שהבין הכוונה דלא כפירושנו שאנו מסופקים בכוונת הלוה במה שאמר פרעתי מחצה אי ר"ל שזוכר שלא פרע יותר או שאומר איני זוכר רק ממחצה רק הבין שבוודאי כוונת הלוה הוא שאומר שזוכר שלא פרע יותר ומ"מ הוי ספק הכחש' דאולי הכא נאמנים העדים יותר כי אולי כוונתם שפרע מחצה בפעם אחרת והלוה טועה בדעתו וסובר שלא פרע יותר, ואף דבעלמא היכי שלוה מודה לחובתו נאמן נגד עדים ולא אמרינן שאולי טעה שאני הכא כיון שי"ל שנעשה פרעון בזמן אחרת ולכן שכח ואם כן לק"מ קו' הנ"ל דהא באמת אין לנו רק פירוט אחד בכוונתו לכן אין נאמן לומר נזכרתי אך המעיין היטב בלשון בע"ת ובש"מ לא משמע כן רק כפירושינו וצ"ע:

ודע המעיין בגידולי תרומה מרהיטת לשונו נ' שהבין הפי' בראב"ד שעדים אומרים להדי' שפרעו בפעם אחרת אידך פלגא וז"א דאי אפשר לומר כן דבע"כ גם לראב"ד ההכרח לומר דהוי ספק הכחשה כי הבעל תרומות פי' כן בשיטת ראב"ד כדי לקיים תירוצו דאל"כ היאך יתרץ ראב"ד דבר אשר הוא מופרך מיני' וביו' ואי מעידין כן בפירוש לא הוי הכחשה כלל וצ"ל דג"ת כתב כן בתחילת דברי ראב"ד שעדיין לא נחית למ"ש אח"כ:

יח ותו קשה לי דהנה בביאור בעל התרומות ופוסקי' הנ"ל נראה דמיירי שלא אמרו העדים והלוה הזמן פרעון דקיי"ל בסנהדרין דף ב' ע"ב ודף ל"ב ע"א דבדיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לוין וכן קיי"ל להלכה כדאית' בטור ש"ע חושן משפט סימן למ"ד ס"א וכתב הש"ך שם ס"ק א' אף אם ירצה הדיין לדרוש ולחקור בשבע חקירות שהזמה תלוי' בהן לא יעשה כן ואף דכתב רמב"ם בפ"ו מטוען הלכה א' וקיי"ל כן להלכה בש"ע ח"מ סימן ע"ה סעיף א' בתובע ונתבע מחויבין לברר דבריהם היינו היאך הי' הענין אם לא לויתי או פרעתי וכיו"ב, אבל אין צריך על זמן פרעון ובשגם כי רבו החולקים וסוברים שמדין הש"ס לא הי' צריך בירור כמ"ש הג"מיי שם ואף אם היה מברר הלוה הזמן מ"מ העדים אין צריכים לומר הזמן שהוא משבע חקירות ואין לדיין לחקור ויש לומר שניזון דשלח ר' אבא מיירי מלא אמרו עדים הזמן (וגם לא אמרו העדים בלשון לא כי' כי לא כי הוי הכחשה כמ"ש הב"ח בסי' למ"ד וכנ"הג) ושפיר כתבו הפוסקי' שיש לומר דלא הוי הכחשה כיון דאמר פרעתי ומחצה והם אומרים פרעתי כולו ואין אומרין זמן אולי כוונתם על זמן אחרת אבל קשה לפמ"ש לעיל בפרט ח' לפרש סוגי' הש"ס בדרך פלפול ואף שדברינו שם נאמרים בדרך פלפול מ"מ הסברא היוצא מתוך דברינו שם אמת כיון שהשטר מכחיש לעדים יש לו דין מרומה וצריך דרישה וחקירה כי הדעת מכרעת לזה וא"כ ק' על הפוסקים הנ"ל במה שתירצו דהוי הכחשה ואינו הכחשה, הא כיון שצריך ד"וח בע"כ יחקרו אותם הב"ד על זמן הפרעון, וכמו

כן ידרשו ויחקרו לנתבע כמ"ש בסמ"ע בסי' ט"ו ס"ק י"ג כדי שידעו אימת הי' פרעון שמתוך כך יבררו האמת אם יש הכחשה בין הלוה והעדים, וכיון שבע"כ צריכין לברר זמן היאך אפשר לומר דהוי ספק הכחושה בממ"נ אם כיוונו על זמן אחד הוי ודאי הכחשה כמ"ש בעל התרומות וגידולי תרומות ואם אמרו הלוה והעדי' בזמנים מתחלפים לא הוי הכחשה ואם הוי הכחשה ודאית יהי' השט"ח בתקפו ואם אינם מכחישים כלל לא ישבע הלוה כיון שיש לו עדים המסייעין. ואולם לשיטת הריב"ש בסימן רס"ו וסיעתו שסוברים שאפי' בדין מרומה אם אמר באחד מחקירות בדיני ממונות אינו יודע קם עדותן רק שלכתחילה ראוי' לדרוש כל מה דאפשר י"ל דראב"ד וסיעתו מוקי הסוגי' שב"ד חקרו ואמרו העדים שאינם יודעים אימת הי' פרעון י"ל דהוי ספק הכחשה אבל לשיטת רבינו בצלאל ז"ל הובא בספר כנסת הגדולה סימן למ"ד בהגהות בית יוסף ס"ק ח' שדעת כמה רבוותא הסוברים שבדין מרומה דינו כדיני נפשות ממש והיכי שאומרים אין יודעין עדותן בטילה וכ"כ הש"ך בסימן ל"ג וכיון שזמן פרעון הוא מחקירות אי אפשר לצייר כלל תי' [בעל התרומות וראב"ד, וא"כ לפי מה שכת' דר"ן ונמוקי סוברים כתי' הלז קשה על השפתי כהן דבסימן פ"ב ס"ק ל"ז נראה שמסכים לדינא כתירוצם הא לשיטתו אי אפשר לומר כתי' הלז וצ"ע:

כלל ב

יבואר דין הודאה שאינו ממין הטענה ובו ז פרטים

פרט א

יבואר מקורו וטעמים הנאמרים בדברי קמאי זלה"ה:

א גרסינן במס' שבועות דף ל"ח במתניתן טענו חיטין והודה לו בשעורין פטור ור' גמליאל מחייב, ואתמר בב"ק דף ל"ה ע"ב בשם רבה ב"נ טענו חיטין וכו' ואמרינן מאי קמ"ל תנינא ומשני אי מהתם ה"א פטור מדמי חיטין וחייב בדמי שעורין קמ"ל דפטור לגמרי וכן פסקו כל הפוסקים כמבואר בש"ע סי' פ"ח ונאמרו ונשנו כמה שיטות בטעמא דרבה בר נתן:

שיטה א שיטת רש"י ותוס' בב"ק שם, רש"י כתב בד"ה פטו' וז"ל פטו' אף מדמי שעורין דהא אמר לי' תובע לאו שעורין יהבי לך ואחולי מחיל גבך יע"ש, ותוס' ד"ה לימא כתב וז"ל דסברא הוא שיהי' פטור כיון שהוד' לו שאין חייב לו שעורין ומחל לו עכ"ל נקטו בלשונם תרווייהו הודאה ומחילה, ונרא' כמו שהבינו הסמ"ע סי' פ"ח ס"ק כ"ג ולבוש וב"ח הובא בש"ך ס"ק י"ז דכיון דהודה דאין בידו שעורין ממילא הוי מחילה, ונ"מ לדינא

כמ"ש רמ"א בסעי' י"ב אפילו יודע הנתבע שחייב לו שעורין פטור לשלם לו דהוי כאילו מחל לו התובע ובספר גידולי תרומה שער שביעי חלק ב' הלכה י"ח כ' דשמא אפשר גם רש"י כלל בדבריו שני טעמים יחד מדלא כתיב דהא אומר לאו שעורין אית לי גבך אלא לאו שעורין יהבי לך משמע שאומר מעולם לא נתן לו והיינו וודאי הודאה וכוונתו שיש במשמעות התובע שני ענינים שהוא מודה ואומר שלא נתן לו כלום וגם דמחיל ומיושב קושי' ב' של ר"אש עכ"ד, וכן נראה למעיין בש"ך שם ס"ק ט"ז בד"ה עוד שכתב שס"ל לרש"י ותוס' הטעם דמחיל או הודה, ואולם למעיין בר"אש וברי"ו בס' מישרים נתיב ב' ח"ב וכן ביש"ש נראה שהבינו לרש"י ותוס' הטעם משום מחילה לבד, א"כ יש לנו בהבנת רש"י ותוס' ג' דיעות לסמ"ע וסיעתו הטעם משום הודאה וממילא הוי מחילה לג"ת וש"ך הטעם משום דהודה או דמחיל השתיקה מוכח בא' מתרווייהו, ולר"אש ורי"ו הטעם משום מחילה, ולכאורה יש להוכיח כהבנת הסמ"ע וסיעתו דהנה בש"ות מוהרי"ק שורש צ"ד כתב דמחילה לא שייך רק בחוב דמלוה להוצאה ניתנה ולית לי' אלא שעבוד בעלמא אבל גבי פקדון דממונא דאיתא בעיני' הוא צריך שיאמר בלשון מתנ' בלשון מחילה ואע"ג שהפקדון ביד הנפקד מקבל מתנה יע"ש, והובא כן להלכה בש"ע ח"מ סי' רמ"א סעי' ב' ומ"ש רמ"א מעות שחייב לו אבל חפץ וכו' אורחא דמילתא נקיט דמן הסתם מעות ניתן להוצאה וחפץ דרכו להחזיר בעיני' ועיקר החילוק הוא בין מלוה לפקדון, ובתוס' סנהדרין דף ו' ע"א ד"ה צריכה רצו להוכיח דמחילה א"צ קנין מהא דאמרינן טענו חיטין והודה לו בשעורין דפטור משום דמחיל ודחו די"ל משום הודאה, ואח"כ הוכיחו מכמה סוגי' דמחילה א"צ קנין, ובטור ח"מ סי' קפ"ט כ' וז"ל אין המקח מתקיים לקונה אא"כ יקנה לו המקנה, אבל אם היה לו פקדון בידו וכיון לקנות בסכום ידוע שאמר ליתן לו למפקיד לא קנה יע"ש, וכ' בטורי זהב הטעם דלא שייך לומר שיקנה לו רשותו כמ"ש רשב"ם בפ' הספינה דף פ"ה שרשות הנפקד שהחפץ מוכח שם הוי רשות המפקיד, וכן בש"ות מוהר"י טראני חלק א' סי' ס"ה כתב כן בשם אחד מגדולי דורו שרצה לבטל מתנה מטעם זה דחצר של נפקד אינו קונה דהוי רשות המפקיד דמתנה ומקח וממכר שווין דבעינן קנין ומה שדחה מוהרי"ט דראוי לומר חצירו ומתנתו באין כאחד כדאי' במס' גיטין דף ע"ח גיטה וחצירה באין כאחד עמ"ש בס' קצ"הח שם ועיין ש"ך סי' ר"ב ס"ק ג' דלא אמרינן חצירו ומתנתו באין כאחד ועמ"ש פ"י קידושין דף כ"ז ע"א, וא"כ לפ"ז ק' לשיטת רש"י ותוס' הא פשוט למעיין בסוגי' דהאי דינא דטענו חיטין וכו' מיירי בכל גווני בין כשטוען לויתי חיטין ובין כשטוען חיטין הפקדתי אצלך, ולפמ"ש ר"אש ורי"ו דהטעם משום מחילה הניחא בהלוואה דמהני מחילה דאין צריכא קנין אבל בפקדון

צריך שיאמר בלשון מתנה ובעינן קנין דהא כל היכי דאי' ברשותא דמרא איתא צריך קנין כמו כל מתנה ואמאי א"י המפקיד אח"כ לחזור ולתבוע תן לי השעורים דהא כיון דבעינן קנין, הא לא משך בשעורין הנפקד או שאר קנין המועיל כי הדין איירי בכל גווני דסתמא אמר רבה ב"נ פטור מלשלם שעורים ולא מחלק בין אם עשה קנין המועיל או לא וכעין דאיירי בטענו חיטין דהלוואה שלא צריך קנין ומה שמונח ברשות הנפקד לא נקנה לו דרשות הנפקד הוי רשות המפקיד וממילא יוכל לחזור קודם שעשה הנפקד קנין המועיל, ואפי' לשיטת ג"ת וש"ך שי"ל בכוונתו או דהודה או דמחל ג"כ קשה דהנה אנן קיי"ל בח"מ סי' ע"ה סעי' כ"ו היכי דחיוב וודאי ופרעון ספק אין ספק מוציא מידי וודאי משום חזקת חיוב לכן באומר א"י אם פרעתיך חייב לשלם, וכמו כן היכי שיש ספק לפנינו וגם הנתבע מסופק אם הודה לו שלא הפקיד שעורין או שנתן לו במתנה השעורין ג"כ חייב לשלם לו השעורין כיון שבין לפי דברי התובע ובין לפ"ד הנתבע מגיע לו עכ"פ שעורין דשעורין בכלל חיטין, וישנו בכלל מאתים מנה אם כן החיוב וודאי והפטור ספק כי אולי לא הודה רק שנתן מתנה ובעינן קנין ויכול לחזור וכיון שאין הנפקד יכול לטעון וודאי הודית דהא לא הודה בפירוש רק מדלא טענו שעורין א"כ הוי כטוען ברי בחיוב וספק בפטור ועיי' בש"ך בסי' פ"ח ס"ק כ"ח שכ' כעין זה דלא מפקינן ממון ברור שחייב הנתבע אם לא במחילה גמורה יע"ש ועמ"ש בכלל א"י אם פרעתיך ותו לפי מה שאכתוב לקמן דהא דמהני כאן מחילה או הודאה אף דבעלמא קיי"ל דדברים שבלב לאו דברים משום דהוי אומדנא דמוכח לכל יע"ש והכא עכ"פ לא מוכח ממה שלא תבע שעורין אי כוונתו שהודה או שמחל או שנתן במתנה ובהלואה באיזה אופן שכיוון מועיל אבל בפקדון אמאי פטור דלמא כוונתו הי' לשם מתנה או מחילה ויהי' נאמן אחר כך לחזור ולתבוע שעורין שאינו אומר נגד הוכחה ומסתימת הש"ס מורה להדי' בכל גווני פטור דכל כי האי הו"ל לפירושי ולא דמי למ"ש בש"ע ח"מ סי' ס' סעיף ו' דרבים מפוסקי ס"ל דכל האומר נתתי לפלוני כך וכך הוי הודאת בע"ד כמאה עדים ואין מדקדקין כיצד נתן דמאחר שהודה אמרינן דוודאי נתן באופן המועיל וקנה המקבל מתנה יע"ש, וא"כ ה"ה אמרינן שהודה שנתן לו מתנה באופן המועיל דהיינו בשעה שמסר הפקדון לידו ואז קנה כיון שהי' דעת אחרת מקנה אותו אף שלא כיון לקנות כמ"ש ראב"ד הובא בנ"י במס' ב"ב דף מ"א ע"א בעובדא דרב ענן דשאני התם שאמר כן להדי' משא"כ הכא שלא אמר להדי' בלשון הודאה שמודה שנתן לו שעורין כי אינו אומר כלל והוי דברים שבלב ובעינן הוכחה משתיקתו והא ע"ז אינו מוכח לכל כוונתו משתיקתו דלמא כוונתו הי'

שנותן עכשיו ולא מהני כיון שלא היה קנין ונשמע כשיטת הסמ"ע דעיקר הטעם משום הודאה וממילא הוי מחילה ולק"מ כמובן:

מיהו יש לדחות די"ל רש"י ותוס' ס"ל כמ"ש ב"י בספרו בדק הבית בסי' קפ"ט שיש ט"ס בטור וצריך להגיה ולכתוב במקומו ביד אחרים שאם הי' הפקדון ביד הלוקח קנה לו רשותו יע"ש וכ"כ בש"ות מוהר"יט וא"כ בטענו חיטין פקדון והוד' לו בשעורין אף שכוונתו הי' לשם מתנה כי לא שייך לשון מחילה רק לשון מתנה ג"כ קנה הנפקד אף שלא ביון להקנות באותו זמן וכנ"ל ואכתי יש לפקפק דלמא הי' כוונתו לשם מחילה ול"מ בפקדון, ונשמע בסמ"ע וסיעתו, ולולי דבריהם יש לומר דהנה במרדכי במס' ב"ב דף ה' ע"א כ' בשם רבינו מאיר שהקשה אמאי א"נ לומר פרעתיך בתוך זמנו מגו דאי בעי אמר מחלת לי ופסק מכאן דטענת מחילה טענה גרועה היא וא"צ לישבע אפי' מלוה על פה, וה"נ לא משביעין לשכנגדו דלא מחל ועיין בח"מ סי' ע"ח סעי' א', והיינו שמן הסתם אין אדם מוחל ממונו וה"ה מן הסתם אינו נותן מתנה, וא"כ י"ל רש"י ותוס' ס"ל דעיקר הטעם משום הודאה דכיון דיש לנו הוכחה משתיקתו שאינו רוצה בשעורין וי"ל בא' מב' אנפין או שהודה שלא הלוה והפקיד שעורין או שמחל ונתן במתנה, וכיון דמן הסתם אינו מוחל ונותן יותר י"ל דהודה כי הוא באמת איש מהימן ואינו רוצה לגזול ומ"ש רש"י ותוס' משום מחילה אין כוונתם על גוף שעורי' שלא לוה או הפקיד שעורין ג"כ רק דהוי קשה להו דהא יוכל המלוה לטעון בין לפי דברי בין לפי דבריך מגיע לי שעורין דהא גם לפי דברי נשתעבדו השעורים דנכסי דאינש אינון ערבין וגם השעורין נשתעבדו וע"ז אמרינן כיון שתבעו חיטין דווקא, מחל השיעבוד משעורים ורצה חיטין דווקא כמו דקיי"ל בסי' פ"ח בכל מי שטוען דוקא שכוונתו דוקא לאותו דבר, ובכה"ג שפיר יש לומר דמחל השיעבוד כיון שלפי דברי התובע לא יפסיד דהא רוצה בחיטין, וע"ז שפיר מוכח דמחיל דטעין חיטין ומן הסתם בסחורה טוען דווקא כדאי' בסי' פ"ח ומכ"ש כשטוען גם המידה הוי כאלו אמר בפירוש דוקא חיטין מדלא קאמר שוה, וא"כ מ"ש רש"י ותוס' תרווייהו כוונתם שהודאה הוא שלא הלו' שעורין או הפקיד ומחל השעבוד על השעורין, ומיושב לפי זה קושי' שני' של ר"אש על רש"י ותוס' דלא דמי הך דרבה ב"נ למתניתן דטעמא אחרינא איכא במתניתן שהרי הניזק מודה שלא הזיקו אלא שור אחד יע"ש כי לפמ"ש לרש"י ותוס' לרבה ב"נ ג"כ עיקר הטעם משום הודאה וא"ש כנלע"ד לולי דבריהם זלה"ה:

(הגהה** הג"ה איברא שקו' כזו ק' ג"כ על תוס' סנהדרין הנ"ל שדחו דליכא ראי' מטענו חיטין דמחילה א"צ קנין די"ל משום הודאה הא מוכח מזה גופא שא"צ קנין דאל"כ אמאי

פטור מנ"ל דהודה דלמא הי' רק מחילה ויוכל לחזור כיון שלא היה קנין וצ"ע לכאורה ואין כאן מקומו:)**

שיטה ב כפי מ"ש הר"אש לשון תוספת מורה שהוא רק מטעם מחילה שמחל השעורין וכן נראה שהבין הישׁ"ש בסי' ל"ד בכוונתם ואפשר לומר טעמא דמילתא לכן לא אמרינן דהוי הודאה, לפי מאי דקיי"ל בש"ע ח"מ סי' כ"ט סעי' א' ובסי' ל' ס"ב בהג"ה כל מקום שיוכל ליישב דברי העדים שאין מכחישין זא"ז מיישבין דבריהם יע"ש, והיינו אפי' בחד לגבי חד ומכ"מ בתרי לגבי תרי כיון שמן הסתם כת אחת אומרת אמת כדי שלא יהי' מוכחשים ראוי' ליישב דבריהם, וא"כ ה"ה כיון שהודאת התובע לחובתו שלא נתן שעורים הוא כעדים והודאת הנתבע לחובתו הוא כעדי' ואי נימא דשתיקת התובע הוי כהודאה יהי' הכחשה יותר י"ל דשתיקת התובע הוי מחילה ושניהם אומרים אמת כי מה"ת לומר שנתבע שהודאתו כעדים לחובתו אומר שקר כיון שאפשר לומר שתובע מודה לדבריו רק שמחל דא"א לומר שטעה אחד דבין חיטין לשעורין לא טעי אינשי כדאי' בש"ס:

שיטה ג כפי מה שכ' תוס' בסנהדרין דף ו' ע"א ד"ה צריכא מוכח להדי' כמו שהבין הש"ך בסי' פ"ח ס"ק י"ז שהוא מטעם הודאה שהודה שלא הי' חייב לו שעורין מעולם, ואינו כלל מטעם מחילה ובכוונת הר"אש למעיין במס' ב"ק בהשגתו על רש"י ותוס' מורה כמ"ש רש"ל וש"ך שהוא מטעם הודאה, וככ' בס' ג"ת ותמה על הלבוש, ואולם אח"כ בהשגתו על הרי"ף נקיט תרווייהו ודוחק לומר דנקיט טעם דמחיל לרש"י ותוס', וכן בפסקא דזה אומר שאולה בב"מ דף צ"ז ע"ב כ' בדברי רמב"ם נראה לי דבין חיטין ושעורין לא טעי אינשי ומדלא טענו גם גם שעורין מחל לו עליהם או הודה שאין חייב לו שעורין יע"ש הרי דנקיט תרווייהו וכ"כ בס' א"ות בסי' פ"ח ס"ק ז' בסופו:

שיטה ד דעת רמ"ה הובא בר"אש דהודאתו לא הוי הודאה להתחייב עלה כיון שהודה מעצמו שלא תבעו על שעורין הילכך אי הדר וטעין ואמר תן לי לכל הפחות שעורין וקאמר משטה אני בך פטור אבל אי לא טען משטה אני בך חייב ועיין ש"ך ס"ק ט"ז בפי' ראוי' ליטול, ועמ"ש הש"ך בסוף ס"ק כ"ב וחידושי דינים של הש"ך:

פרט ב

יבואר מה שנחלקו הראשונים זלה"ה אי מיירי האי דינא דטענו חיטין בשטענו בשעה ידוע דוקא:

ב רבינו הגדול הר"אש זלה"ה הביא דברי רש"י ותוס' ותמה עליהם דמילתא דשכיח הוא שיש לאדם כמה תביעות על חבירו ואינו רוצה לתבעם בפעם אחת ותבע אחת

מהן ומש"ה לא מחל על שאר תביעות ולכן כ' דמיירי שטענו הלוויתיך באותו יום ובאותו שעה והלה אומר שעורין הי' ואם איתא דהלוהו שניהם הי' טוען על שניהם כיון דבבת אחת הי' א"ו הודה שלא הלוה לו שעורין ורש"ל ביש"ש כ' דלא משמע כן במתניתן ובלשון רבה ב"נ ותו רבה דפי' המתניתן דפטור מדמי שעורין יותר חידוש הי' לו להשמיענו דאיירי שטענו בשעה ידוע, וכ"כ בש"ע סי' פ"ח סי"ב הביא הטעם משום הודאה ואח"כ הביא דברי ר"אש בשם יש מי שאומר וכן הבע"ת בשער ז' כ' בסתם וכ' הג"ת שבע"כ ל"ל כמ"ש הר"אש וכן משמע משאר פוסקים מסתימת דבריהם וא"כ קשה קושי' הר"אש (ובקושטא קאמינא שלכאורה לא הבנתי כלל בפשיטות דברי הר"אש דמנלן להר"אש סברא זו דמי תא דשכיח הוא שיש לאדם כמה תביעות ואינו רוצה לתובעם בפעם אחת כי י"ל רש"י ותוס' ס"ל כיון דמצינו בש"ס דלא ניחא להו לאינשי שיהי' זילותא דבי דינא שיצטרך לבוא בפני ב"ד, ועיין במס' כתובות דף צ"ז ע"ב שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בב"ד וע"ע בש"ך ח"מ סי' י"א ס"ק א' שפוסק שצריך התובע להודיע לנתבע מקודם מהות התביעה כי אולי יודה ולא יצטרך לזילותא דבי דינא כמ"ש באורים סי' י"ג ס"ק א' וח"צ בתשובה קס"ט מסכים לזה, דלא כש"ות שבות יעקב סי' קמ"ג וכן אי' בכמה דוכתי דאדם מקפיד שלא יהי' לו זילותא דבי דינא, ואם כן כיון שכבר הוכרח לבוא לב"ד לתבוע על חיטין הו"ל לתבוע גם שעורין שלא יצטרך פעמים זילותא דבי דינא ותמהני שלא הרגישו בזה המפרשים שוב ראיתי דיש לדחות ודוק ועיין [מה שכתבתי בפרט ג):

וראיתי ליש"ש והובא בש"ך ג"כ שתי' קושי' הר"אש דמיירי אחר שהודה בשעורין השיב אתה חייב לי חיטין ש"מ שהודה שאינו חייב לו אף שעורין דאם הי' חייב לו שעורין ג"כ הי' לו להשיב אמת שאתה חייב לי שעורין ג"כ ולא הי' בדעתי לתובעך בפעם הזה יע"ש. ולא הבנתי דבריו דכמו שהקשה יש"ש על ר"אש כ"כ קשה לשיטתו למה אי' במתניתן ובדברי רבה ב"נ סתם טענו חיטין והודה לו בשעורין דמשמע אף שאח"כ התובע לא אמר כלים ותו לתי' א' של תוס' בד"ה לימא ובשבועות דף מ' ע"א בד"ה והודה ובס' שיטה מקובצת במס' ב"מ דף ה' ע"א דר"ג מחייב בדמי שעורין לפי דברי היש"ש שאמר אח"כ להדי' שחייב חיטין הוי וודאי הודאה שאינו חייב שעורין וכאילו הודה להדי' ואמאי חייב, וראיתי בש"ך ס"ק י"ט שהביא דברי ר"של הנ"ל וכתב שיותר ה"ל לפרש לפי דרכו דכיון שיצא מב"ד ולא תבעו ממנו הו"ל כאילו הודה שאין בידו שעורין דאל"כ הו"ל להשיב אחר שהודה בשעורין אמת שאתה חייב לי שעורין ג"כ ואין בדעתי לתובעך בפעם הזה, וכן פי' בס' ג"ת עכ"ד ולפי דבריו אתי' דברי רבה ב"נ כפשטן, ועיינתי בדברי

ג"ת ויראה שיש הפרש בינו לש"ך בתי' הנ"ל לענין דינא כי כ' על קו' הר"אש הנ"ל וז"ל שיש לומר טעם דרש"י דמחילה וטעם דהודאה אפי' לא אמר באותו יום משום דאע"ג דאין אדם תובע כל תביעותיו בפעם אחת היינו שמתחילה אינו מהכרח שהוא יתחיל לתבוע כולן אבל כשהוא תובע תביעה אחת והנתבע משיב ומוד' לו על תביעה אחרת שתובע רוצה לתבוע פעם אחרת וודאי שיש להטיב מיד זו תביע' אחרת היא שיש לי עליך והריני מקבל הודאתך לכשאתבענה, אלא מדשתיק ואינו עומד אלא על תביעת הא' הוכחה גמורה היא שאין לתובע על הנתבע מהודאה זו כלום וא"כ הכא כשתבע חיטין והודה בשעורין אם איתא דגם שעורין חייב לו מיד הול"ל גם שעורין שהודית אתה חייב לי ואני אתבעם ממך ומדלא קאמר הכי ש"מ דלית לי' גבי שעורין וסופו הוכיח על תחילתו דמאי דקאמר מעיקרא חיטין הוי כאילו אמר אבל לא שעורין או מטעם מחילה או מטעם הודאה, וראי' ממ"ש הטור אבל אם אחר שהודה לו בשעורין אמר התובע וודאי כדבריך כן הוא שיש לי בידך שעורים אבל אינם שואלים עתה רק החיטין שאינו רוצה לתבוע עתה כל תביעותי כ' הגאונים שחייב לשלם לו דמי שעורים הרי היכי דלא אמר על תשובת הנתבע כדבריך כן הוא וכו' מוכחא מילתא דאין לתובע עליו שעורים יע"ש והמדקדק בלשונו יראה דהנה בכל מקום דקיי"ל שתיקה כהודאה היינו כששותק בתוך כדי דיבור של חבירו אף דאח"כ דיבר הוי כהודאה כמבואר למעיין ברמ"א ח"מ סי' פ' ס"א וכן מבואר במס' קידושין דף ס"ה ע"ב במרדכי שם, ובב"י יו"ד ובש"ע סי' קכ"ז סעי' א' באומר לחבירו נתנסך יינך אם מכחישו תכ"ד א"נ אבל אם שתק הוי כהודאה, וא"כ לפי לשון ג"ת שכ' אם איתא דגם שעורין חייב לו מיד הו"לל גם שעורין יש לומר כוונתו שהי' לו להשיב תוך כ"ד להודאתו בשעורין גם שעורין כו' ואם שתק אף שאח"כ קודם שיצא מב"ד אמר כן י"ל דלא מהני דהוי כאילו הודה על שעורין או שמחל, אבל לפמ"ש הש"ך דכיון שיצא מב"ד כו' מורה שי"ל אף שאמר התובע כן לאחר כדי דיבור מהודאת הנתבע מהני וא"כ מלבד הדברי הש"ך קשים להבין בגוף הדין אף גם לא יוצדק לשונו הקדוש שכתב שכן פירש בס' ג"ת:

אמנם המעיין בלשון הטור וש"ע סעי' י"ז מורה שדק היטב הש"ך כי כ' וז"ל תבעו כור חיטי' י"ל בידך וקודם שישלים דבריו לומר וגם כור של שעורים מיהר הנתבע ואמר לא אלא כור של שעורים ואמר התובע גם שעורים הי' רצוני לשאול ממך אם כמערים שמיהר להשיב קודם שיגמור זה טענתו חייב דחשבינן לי' כאלו תבע כבר שניהם ואם עשה כן לפי תומו פטור משבועה ומתשלומין אפי' אם מיד תוך כ"ד אחר הודאתו אמר גם אני הי' רצוני לבקש ממך השעורים, אבל אם אחר שהודה לו בשעורין אמר התובע

וודאי כדבריך כן הוא שיש לי בידך שעורים אבל אינם שואלים עתה רק החיטין שאינו רוצה לשאול עתה תביעותי כתבו הגאונים שחייב לשלם לו דמי השעורי' יע"ש, ומדלא כתבו שאמר כן בתכ"ד להודאתו כמו שכתבו לעיל מיני', (דהאי דינא הוא גם על גוף הדין דטענו חיטי' וכו' כדמוכח למעיין בפוסקי') משמע להדי' אפי' לאחר כ"ד כשאומר כן קודם שיצא מב"ד מהני וחייב בדמי שעורין, יעיין ברמב"ם בפ' ז' מהלכות נדרים הלכה ט"ו בכ"מ שי"לד היכי דאי' בפוסקי' תיבת אחר מורה ששהא קצת ולא הי' מיד שכ' וז"ל והכי דייק לישנא שכתב וחזר ואמר לו דמשמע דחזר מיד דאל"כ הו"ל לומר ואחר שעה אמר לו או הול"ל ואח"כ אמר לו יע"ש ומכ"ש הכא דלעיל מיני' כתבו תכ"ד הו"ל לכתוב אחר כך ג"כ שאחר שהודה בשעורין אמר התובע תכ"ד כי דרך הפוסקי' לפרש דבריהם שלא יצמיח טעות בדין אע"כ כמ"ש הש"ך, ומצאתי שכ"כ מו"ז הב"ח להדי' שאפי' אם אמר כן אחר כדי דבור להודאת הנתבע שומעין לו דלא בעינן אלא לגלויי שלא מחל ולא הודה שאין חייב לו כלום שהרי נותן טעם למה לא תבעו שניהם ע"ש והנאני שכוונתי לדעת הגדול בעזה"י, ונראה מרמיזת לשונו שרוצה לישב אף דבכ"מ הוי שתיקה כהודאה כיון שנותן טעם למה לא תבעו שניהם לא הוי כהודאה ולא הבנתי דנראה בש"ס ופוסקים כמ"ש רמ"א בסי' פ' סעי' א' דצריך ליתן אמתלא למה שותק יע"ש, וא"כ הכא אף שיש לו אמתלא על מה שטען מתחילה חיטין ולא תבע שניהם מ"מ אין לו אמתלא על מה ששתק בתכ"ד להודאתו דאף לפי דברי אמתלא הי' לו לומר אותו אמתלא בתכ"ד להודאתו על שעורין ומדלא אמר כן מוכח שהודה שלא מגיע לו שעורין דהא בכ"מ הוי שתיקה בתכ"ד כהודאה וכיון שהכחיש אמתלא ע"י שתיקתו מוכח שמה שטען חיטין הודה או מחל וצ"ע, מיהו בגוף התי' של ג"ת וש"ך דבריהם נכונים:

ג ולולי דבריהם יש לתרץ קו' הר"אש בדרך אחרת ונקדים סוגי' הש"ס במס' ב"מ דף ה' דאי' שם ר' חייא מחולק עם אבוהו דר' אפוטריקו, לאבוהו דר"א הא דכתיב כי הוא זה דרשינן מהוא ומזה חד למודה במקצת הטענה וחד להעדאת עדים דפטור, ור' חיי' ס"ל חד למודה במקצת הטענה וחד למודה במין הטענה דס"ל כרבנן דבעינן הודאה ממין הטענה, ואבוהו דר"א סובר כר"ג דחייב שבועה אף כשהודה באינו ממין הטענה והקשה בס' פני יהושע למה לן קרא לרבנן כשהודה בדבר שאינו ממין הטענה שפטור משבועה, הא מסברא נדע כן כיון שפטור מלשלם מטעם הודאה או מחילה דזהו מצד סברא דהא על פיטור תשלומין לא ילפינן מקרא ממילא פטור משבועה דהא לא הוי הודאה במקצת כלל יע"ש מ"ש לפרח בתוס' והנה קו' הוא רק לתי' א' של תוס' דבמס' שבועות ד"מ ד"ה והודה הקשו מנלן לרבה דפטור אף מדמי שעורין דהא לר"ג חייב בדמי שעורין דאל"ה

אין כאן הודאה כלל ומנלן לרבנן דפטור ופליגי אף בדמי שעורין דלמא לא פליגי אלא אי חייב שבועה על חיטין, ותי' ושמא משמע לרבה ב"נ לשון פטור דפטור לגמרי, א"נ אע"ג דמיפטר מדמי שעורין אף לר"ג אפ"ה חשיב לי' הודאה לחייב שבועה וכ"כ במס' ב"ק בסוגי' בד"ה לימא, וכ"כ לתי' ב' של תוס' אף שר"ג פוטר מדמי שעורין מ"מ אחייב ש"דא לק"מ קושי' פ"י בפשיטות דצריך קרא לרבנן דפטור משבועה כיון דחזינן לר"ג החיוב שבועה לא תלי' בחיוב תשלומין שאף שפטור מלשלם מחייב שבועה, ובע"כ קו' הוא לתי' א' דר"ג בע"כ מחייב לשלם שעורין דאם פטור הי' מצד סברא פטור משבועה ע"ז סובב קושיתו כי הי' דחיקא לי' לומר דקרא גופא קמ"ל דפטור מלשלם ולכן פטור משבועה כי מלבד שקרא לא מיירי רק לענין שבועה אף גם מסברא ידעינן שאם הודה או מחל שמועיל לסייע להמוחזק בממון וכמו שאכתוב לקמן, וכבר קדמו בזה בס' הנ"ל שם שכ' בשם הגאון מוהר"י כ"ץ זלה"ה וז"ל והודה לו בשעורין פטור תימא לי דלמ"ד אף מדמי שעורין כרבה ב"נ בפ' המניח ליכא הודאה כלל (וכוונתו בפשיטות כמ"ש פ"י למה לי קרא לפטור משבועה כיון שפטור מתשלומין וכן הבין בספ' א"ות סימן פ"ח ס"ק י"א) ותו דלמא ר"ג מחייב בדמי שעורין אבל משבועה פטור דבעי נמי הודאה ממין הטענה, וי"ל דלת"ק היא גופא אשמעינן קרא דמשום דפטור אף מדמי שעורין אם כן ליכא הודאה ור"ג דמחייב בשעורין מחייב לי' נמי שבועה על החיטין, ותימא א"כ מאי פריך בפ' המניח תנינא טענו חיטין וכו' הא איצטריך לאפוקי מר"ג וי"ל דא"כ לימא בהדי' הלכה כרבנן יע"ש, והוא שיטה חדשה ולא משמע כן משאר פוסקים וביחוד בדברי תוס' למעיין בדבריהם, ואין להקשות על תי' הלז למה לי קרא סברא הוא בעיין קושי' המ"ס כתובו' דף כ"ג ע"א וב' ודף מ"ו ע"ב די"ל דס"ל כמ"ש תוס' שבועות דף כ"ב ע"ב ד"ה אבע"א דיש דברים שאין הסברא פשוטה כל כך וצריך הקרא להשמיענו סברא וה"ה סברא דהודה או דמחיל י"ל דס"ל שאין הסברא פשוטה כ"כ לומר מדלא תבע מחיל וכאשר באמת שקלו וטרו בזה וגם אין להקשות, דהא קיי"ל כר' יהודא בסנהדרין דף כ"א ובכמה דוכתי בש"ס דלא דרשינן טעמא דקרא ואמאי קיי"ל הכא דפטור משבועה ומתשלומין, ודרשינן טעמא לכן פטור משבועה משום דפטרה מתשלומין נימא שחוקה הי' אף שחייב בתשלומין עטור משבועה ולא נדרש טעמא דקרא דמיושב ג"כ למעיין בתוס' מס' סוט' דף י"ד ע"א ד"ה כדי לייגעה, הגם שלכאורה יש לפרש שם עוד פי' מ"מ המעיין היטב יראה שע"פי פי' האמיתי לק"מ וכמו שכתבתי בחיבורי בכמה דוכתי בהך כללא, מיהו כבר כתבתי דמוהר"י כ"ץ הוא יחיד בדבר זה ולא משמע כן מפוסקים וביחוד בתוס' רק מבואר שהלימוד מקרא הוא רק על פיטור שבועה ומה שפטר מלשלם

הוא מסברא וא"כ קמה קו' מהר"יך ופ"י במקומו ואולם קו' הלז הוא דק לשמואל ולפסק הלכה דטענו חיטין ושעורין והודה בא' מהן הוי ממין הטענה וחייב שבועה, אבל לר' חייא בר אבא במס' שבועו' שם דהוי ג"כ שלא ממין הטענה ואף שחייב לשלם מ"מ פטור משבועה מכח גז"הכ לק"מ קו' הנ"ל די"ל דצריך כי הוא זה בכה"ג היכי דטענו תרווייהו דמצד סברא הי' חייב לישבע כיון שחייב לשלם מה שמודה אע"כ דקו' הוא רק לפסק הלכה, ונ"ל ויהי' מוכח מתוך דברינו כתי' א' מל תוספת לר"ג חייב לשלם דמי שעורין, ויתיישב ג"כ סוגי' דמס' שבועות דף מ' ע"א דאי' שם אמר רב נחמן אמר שמואל טענו חיטין ושעורין והודה לו באחד מהן חייב ואמרינן לימא מסייע לי' טענו חיטין והודה לו בשעורין פטור ור"ג מחייב טעמא דטענו חיטין והודה לו בשעורין הא חיטין ושעורין והודה לו באחד מהן חייב, ומשני לא ה"ה דאפי' חיטין ושעורין נמי פטור והא דקמפלגי בחיטין להודיעך כחו דר"ג וכל הרואה ישתומם מאי קמסייע לי' דלמא פטור משבועה רק דמתניתן רצה להורות לחכמים פטור אפי' מתשלומין לכן נקט חיטין והודה לו בשעורין, דבטענו חיטין ושעורין חייב עכ"פ בתשלומין אפילו לחכמים כמ"ש תוספת ב"ק ד"ה לימא, ולמה הוצרך לומר דנקיט להודיעך כחו דר"ג הא הול"ל דנקיט כן משום דברי חכמים, ושמעתי שהוא קו' מפורסמת אצל חכמי הזמן נר"י ונראה ליישב הכל בחדא מחתא, דהנה במס' שבועות דף ל' ע"ב מבואר בחי' רשב"א ור"אש ור"ן דמוכח דרב ושמואל פלי בדין הנגרר ממחלוקת שפליגי שם, לרב בטוען שתי כסף יש בידך מסתמא שוה קאמר וכל מה שיודה לו חבירו הוי ממין הטענה דאף אי מודה דוקא הוא בכלל שוה וחייב לשלם מקצת ולישבע ש"דא כדין מודה במקצת במין הטענה, ושמואל סובר דמסתמא כיון שלא פי' שוה כוונתו הי' לדווקא וכשמודה חבירו במקצת במין אחר הוי הודאה שאינו ממין הטענה ופטור מלשלם ומש"דא, ואף דקיי"ל כרב מ"מ בטענו חיטין והודה בשעורין פטור ולא אמרינן שוה חיטין קאמר והוי ממין הטענה משום דדוקא מטבע היוצא בהוצאה מסתמא טוה קאמר שדרך כל דבר לשום במטבע אבל בסחורה מסתמא טעין דווקא כדאי' בסימן פ"ח סעי' י"ב אמנם נחלקו ראשונים דעת רמב"ן הובא בר"ן לרב דקיי"ל כוותי' היינו בטוען שתי כסף יש לי בידך במלוה לפי שמלוה ניתן להוצאה ומשתלמת בכל דבר כוונתו לשוה אבל בטענו פקדון דווקא קא תבע דלא ניתן להוצאה אלא להחזירו בעיני', והר"ן חולק דאפי' בפקדון שוה קאמר דמן הסתם תובע בו באותו ענין אשר יתחייב הנתבע שבוע' וכבר נתבאר דתובע שוה אפי' אם הנתבע משיב דוקא חייב שבועה דאורייתא דדוקא הוא בכלל שוה ואם תובע דוקא אע"פי שמשיב שוה פטור לכן אמרינן בין בפקדון ובין במלוה לעולם שוה קאמר כדי שיתחייב הנתבע

באיזה דבר שיודה יע"ש והובא כן בש"ע סימן פ"ח ס' י', ונראה להר"ן למעט מחלוקת בין רב לשמואל, ואומר דגם שמואל מודה דמן הסתם יש לנו לומר בעלמא שאדם מדקדק לטעון טענה היותר מועיל בב"ד כדי שיתחייב חבירו ש"דא אם יודה קצת רק שאני התם דאיכא הוכחה המתנגד על ידי דיבורו שאמר שתי כסף ולא אמר שוה שתי כסף דמן הסתם כשבא לב"ד מדקדק היטב בלשונו ואומר בפירוש טענה לטובתו, וקצת סמך לזה ממ"ש ת תוס' שבועות דף מ"א ע"ב ד"ה כל בתי' ב' דכשטוענין עליו בב"ד יש לו להשיב בענין שיפטור ואין לנו לתרץ דבריו יע"ש ומכ"ש שיש לומר כן לגבי תובע, ואף אי הוכחות הם שוים כי יש הוכחה שטוען שוה כיון שהוא לטובתו ויש הוכחה שטוען דוקא מדלא ביאר להדי' מ"מ כיון שנתבע מוחזק וכמו שאין מוציאין ממון מספק כמו כן אין משביעין שבועה מספק שהי' בחזקת שפטור משבועה קודם שנולד הספק, ועיין ש"ך ח"מ סימן פ"ז ס"ק י' ולכן כיון דהוי ספק פטור מלשלם ומשבוע' כי אולי הי' טוען דוקא והוי הודאה שאינו ממין הטענה ורב בע"כ סובר שהוכחה זו שמן הסתם בוחר בטענה היותר מועיל עדיף, אבל בעלמא היכי דליכא הוכחה המתנגד מתוך דבורו מודה שמואל היכי שיש לפרש בתרי אנפי כוונתו אמרינן שמוכח כוונתו ע"י הוכחה שמן הסתם הי' בוחר לעצמו טענה היותר מועיל לטובתו כדי שיתחייב חבירו ש"דא ואפושי פלוגתא לא מפשינן, והנה אנן קיי"ל כשמואל דטענו חיטין ושעורין והודה לו באחד מהן חייב שבועה דאורייתא וא"כ לק"מ קו' הר"אש על רש"י ותוס' דאף שאדם רגיל כשיש לו כמה תביעות שאינו תובע בבת אחת היינו היכי שלא יהי' לו הפסד בענין שאם יתבע בזה אחר זה אף כשיודה במקצת יהי' חייב ש"דא כגון בתובע שוה דלא איכפת לתובע לתבוע בזא"ז וכשיודה הנתבע חייב ש"דא אף כשיודה בדוקא דדוקא הוא בכלל שוה, אבל בטוען דוקא כגון טענו חיטין אם היה חייב לו שעורין אדרבה רגיל לתבוע בבת אחת דאז אף אם יכפור באחת ויודה באחת יהי' כדין טענו חיטין ושעורין והודה באחת מהן שחייב שבועה דאורייתא אבל אם יתבע חיטין ויודה בשעורין יפטור מש"דא דהא אף אי נימא דלא כרבה ב"נ מ"מ פטור מש"דא כשאינו ממין הטענה כדאי' במס' ב"מ דף הנ"ל דאתי' מכי הוא זה וכמו לרחב"א דסובר בשבועות דף מ' בטענו חיטין ושעורין והודה לו באחד מהן דפטור אף דבע"כ חייב לשלם כמ"ש תוס' ד"ה לימא כ"כ אף לולי דברי רבה ב"נ אף דהי' חייב לשלם עכ"פ פטור מש"דא מצד גזירות הכתוב דלא הוי ממין הטענה וא"כ שפיר כ' רש"י ותוס' שבע"כ הודה שלא חייב לו שעורין דאם הי' חייב לו מסתמא הי' תובע בבת אחת כדי שאם יודה באחת מהן יהי' חייב ש"דא אע"כ שהודה שבאמת לא הלוה לו שעורין וטוען האמת, והוא ע"פי כלל הר"ן הנ"ל

שמסתמא בוחר לטעון טענה שיתחייב ש"דא ולק"מ קו' הר"אש ולפ"ז ממילא מיושב קו' שיטה מקובצת ופ"י דהוא גופא דפטור מלשלם שעורין לא ידעינן כ"א עכשיו דגלי לן קרא דפטור משבועה כשהודה בדבר שאין ממין הטענה איכא הוכחה ברורה מדלא תבע גם שעורין בבת אחת דהוא טענה היותר מועיל לטובתו שיתחייב הנתבע ש"דא וטוען טענה אשר יוכל הנתבע להינצל מש"דא מוכח שהודה אבל אם לא הי' לן מיעוטא מכי הוא זה מצד סברא לא ה היינו יודעין שפטור מלישבע מכח שפטור מלשלם דהוי אמרינן באמת גם כשהודה בדבר שאינו ממין הטענה חייב לישבע וממילא ליכא הוכחה שהודה דאין אדם תובע כל התביעות בבת אחת כיון דאף בטענו חיטין והודה בשעורין חייב ש"דא אין לו הפסד במה שתבעו בזה אחר זה ומה דאמרינן שהודה הוא מכח דידעינן מקרא שפטור משבועה דאורייי' ולפ"ז מוכח כתי' א' של תוס' דאי נימא כתי' ב' דר"ג פוטר מלשלם ומחייב ש"דא קמה הקו' הנ"ל כיון שחייב שבועה אמאי פטור מלשלם דהא ליכא הוכחה שהודה אע"כ כתי' א' שחייב באמת לר"ג לשלם כיון שחייב לישבע וכבר כתבנו דקו' ש"מ ופ"י בע"כ לא קאי רק לתי' א' של תוס', וא"כ א"ש כנ"ל ובזה מיושב סוגי' דשבועות דף מ' הנ"ל דכבר כתבנו מ"ש תוס' שם ד"ה והודה, ושמא משמע לי' לרבה ב"נ לשון פטור דפטור לגמרי יע"ש א"כ נסתפקו לתו' אי דייקינן לשון פטור י"ל דלא הוי דיוק כ"כ כיון דאי' ברישא דמתניתן שבועו' הדייני' הטענה וכו' ואם אין הודאה ממין הטענה פטור וכו' וביאר אח"כ מה הוי אינו ממין הטענה כגון טענו חיטין וכו' י"ל פטור ר"ל משבועה ולא מתשלומין, וא"כ י"ל בזה הי' מחולקים הש"ס ואומר דכוונת הש"ס לימא מסייע לי' י"ל אינו כפי כוונה פשוטי רק שהי' מדייק מדאי' בש"ס במתניתן פטור ומשמע דפטור לגמרי אפי' מתשלומין וכיון דאי' סתם טענו חיטין והוד' לו בשעורין ולא מבואר שחזר מהודאתו וטוען משטה אני בך משמע להדי' אף בעומד בהודאתו פטו' (ול"ל סברת הש"ך בסי' פ"ח ס"ק כ"ב בכוונ' רמ"ה כמש"ל) ובע"כ משום דתובע הוד' שלא חייב לו שעורין וממילא מוכח דטענו חיטין ושעורין והודה באחד מהן חייב שבועה דאל"כ אמאי אמרינן שהודה דלמא משום דאין אדם תובע כל התביעות בבת אחת וא"ל דהוי לי' למיטען טענה היותר מועיל דלמא יודה בשעורין דהא גם כשיטעון חיטין ושעורין ויודה באחד מהן יפטור משבועה, אע"כ שחייב שבועה כשטוען חיטין ושעורין והודה באחת מהן וע"י זה איכא הוכחה שמודה וכמש"ל שגם שמואל מודה לרב וז"ש לימא מסייע לי' כו' טעמא דטענו חיטין והוד' לו בשעורין הא חיטין ושעורין והוד' לו באחד מהן חייב ולק"מ קו' הנ"ל, וע"ז משני הש"ס דלא מוכח די"ל דלא דייקינן תיבת פטור ודלא כרבה ב"נ ופטור היינו משבועה ולא מתשלומין, ה"ה

אפי' חיטין ושעורין נמי פטור בכה"ג שפטור משבועה ולא מתשלומין, וז"ש לא ה"ה אפי' חיטין ושעורין נמי פטור ר"ל שדינם שווין, ולק"מ אמאי פטיר מתשלומין כיון דחייב שבועה בשטען תרווייהו דבאמת חייב לשלם והא דקמפלגי בחיטין ר"ל לפ"ז דטענו חיטין והודה בשעורין או שטענו חיטין ושעורין והודה באחד שווין קשה למה פליגי בחיטין בשלמא לסברת המסייע א"ש דקמ"ל רבותא לחכמים דפטור מלשלם שעורין אבל להמדחה ק' ועז"ק להודיעך כחו דר"ג וכמ"ש תוס' להודיעך דכחו עדיף דמחייב שבועה וא"ש ולק"מ קו' הנ"ל, מיהו לכאורה אכתי קשה קו' הר"אש לשיטת רש"י ותוס' לר' חייא בד אבא דסובר במס' שבועות טענו חיטין ושעורין והודה באחד מהן פטור מש"דא דלא הוו ג"כ ממין הטענה א"כ ליכא הוכחה שהודה או מחל ונסתר תי' שלי הנ"ל והדרא קו' הר"אש לדוכתי', אבל אחר עיון קצת יתיישב בפשיטות לפמ"ש הש"ך בסי' פ"א ס"ק נ"ו דדינא של רמ"ה דפי' בטענו חיטים והודה בשעורים שיכול לטעון משטה אני בך אמת לכ"ע דדוקא בהודה לפני ב"ד ע"י תביעה או מעצמו ל"ש משטה אבל בשהודה לו בדבר אחר הסברא נותנת שהשטה בו דלמה לא השיב על מה שטענו והשיב לו דבר אחר א"ו משטה ומשחק הי' בו, ובע"ת ור"אש דחולקים על רמ"ה היינו במה דס"ל לרמ"ה באם עומד בהודאתו בשעורים חייב לשלם שעורין, ול"ל טעמא דמודה או מחיל ואהא פליגי כמ"ש הר"אש דבמתניתן לא שייך טעם דהשטה אלא משום דהודה אבל לדינא מודו לרמ"ה דיכול לטעון משטה יע"ש, וא"כ י"ל דרש"י ותוס' מודו ג"כ לטעמו של רמ"ה דיכול לטעון משטה כיון דדינו כובע מתוספתא רק דהוי דחיקא להו לפרש כן בכוונת רבה ב"נ דאמר סתמא טענו חיטין והודה בשעורין דפטור כיון דנחית לבאר דין זה הוי לי' לבאר היטב כי אמורא צריך לפרט דבריו ולא לסתום והי' לו לבאר דמיירי שחוזר מהודאתו דמשמע להדי' מלשונו תיכף כשהודה בשעורין פטור מלשלם אף שעומד בהודאתו ובע"כ הטעם משום הודאה או מחילה ומ"ש הש"ך בסי' פ"ח ס"ק כ"ב בכוונת רמ"ה שב"ד אומרים לו בסתם שהוא פטור המעיין היטב בלשון הר"אש וש"פ לא משמע כדבריו, ורבה ב"נ י"ל דסובר כשמואל דטענו חיטין ושעורין והודה באחד מהן חייב ש"דא איכא חזקה דהודה או דמחיל כמש"ל כיון דמן הסתם בוחר טענה היותר מועיל לכן פי' כן, אבל לר' חייא ב"א דלא אמר כלל דין טענו חיטין והודה לו בשעורין רק דין טענו חיטין ושעורין כו' י"ל באמת חולק בזה על רבה ב"נ דס"ל הטעם דהודה או דמחיל דהא לדידי' ליכא הוכחה רק דס"ל הטעם כמ"ש רמ"ה דיכול לטעון משטה אני בך, ולק"מ קו' הר"אש וכ"כ דברינו בישוב קו' ש"מ ופ"י נכונים דהא בע"כ קושי' הוא רק לשמואל דלר"ח ב"א דאפי' בטענו חיטים ושעורי' והודה באחד פטור

משבועה דלא הוי ממין הטענה לא קשה מידי קושי' דיש לומר דאיצטריך כי הוא זה אף היכי דחייב לשלם כגון בטענו חיטין ושעורין מכל מקום פטור משבועה משום דלא הוי ממין הטענה כדמוכח למעיין בשבועות דף ל"ט עמוד ב' דמה"ט פטור לרחב"א אע"כ דקו' הוא רק לשמואל ושפיר יש לומר כדברינו ע"פי סברת הר"ן, ולפ"ז י"ל הא דפי' רש"י הטעם משום דהודה ומחיל פי' כן לרב ספא לשיטתו דסובר בשבועות דף מ' ע"ב כרב דאמר כפירת טענה שתי כסף וכשמואל דטענו חיטי' ושעורי' והודה באחת מהן חייב ש"דא, ובע"כ לרב בודאי הכרח לומר סברת הר"ן שמן הסתם טוען טענה היותר מועיל לטובתו כדי שיתחייב ש"דא, וכיון דבטוען חיטי' ושעורי' חייב הו"ל למיטען שעורין ג"כ אע"כ שהודה או שמחל ולא הוי מחילה בלב כמ"ש תוספת בקידושין דף מ"ט ע"ב ור"ן כתובות דף ע"ט היכי דיש הוכחה לכל הוי דברים, וה"ה יש לנו הוכחה שמן הסתם בוחר בטענ' היות' מועיל וכיון שלא טען מוכח שהודה ומחיל וכיון דהוי הוכחה שהודה הוי דברים שבלב דברים ובאמת לרב חייא בר אבא יש לומר הטעם כרמ"ה וא"ש ולא קשה מידי כנלענ"ד נכון בדרך פלפול:

פרט ג

יבואר כוונת תוספת במסכת בבא קמא

דף ל"ה ע"א בד"ה לימא ושבועות ד' מ'

ע"א ד"ה והודה במה דנחלקו חכמים ור' גמליאל: ד כבר נתבאר בפרט הקדום לתי' א' של תוס' ר"ג סובר פטור מלשלם השעורין וחייב שבועה דאורייתא, ולכאור' דבריהם תמוהין אמאי חייב ש"דא הא לא הוי הודאה במקצת ועיי' בש"ע ח"מ סי' ע"ה סעי' ה' בסמ"ע וש"ך דעת הסמ"ע שם היכי שכופר הכל ונתחייב במקצת מתוך דברי עצמו שטעה בחשבון חייב ש"דא, אבל אם נתחייב במקצת מחמת שאין ב"ד מאמינין אותו או שנתחייב ע"פי פסק דין לא הוי מודה במקצת וש"ך שם מחלק היכי דנתחייב במקצת מכח שאין ב"ד מאמינים אותו כגון מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכיו"ב פטור מש"דא דאפשר דהאמת כדבריו, אבל אם נתחייב במקצת מחמת שב"ד הכירו שאף לפי דבריו חייב ה"ז מוד' במקצת ממש דהא הב"ד עדים בדבר יע"ש, ומיני' בנדון דידן להיפך שהוא מודה במקצת וב"ד מכירין שפטור מלשלם כמ"ש קמאי זלה"ה משום מחילה או הודאה ראוי לומר כיון שפטור מלשלם פטור משבועה דאורייתא וכן תמה בספר הא"ות בסי' פ"ח ס"ק ח' וכתב שדומה למי שתבע מחבירו מאה זהובים ואמר חמישים זהובים אני מוחל לך וחמישים פרע לי והלה אומר שלא חייב רק חמישים זהובים

ואותן חמישים מחלת לי פשיטא דפטור מש"דא, ותוס' בעצמן במס' שבועות כתבו כן לפשיטות בקושייתם, ואח"כ בתירוצם כתבו להיפך בלי שום סברא:

וראיתי בספר הנ"ל שתירץ דהתוס' סוברים כשיטת רש"ל המובא בש"ך ח"מ סי' פ"ח בתביעה ראשונה לא מוכח שמחל לו דאין אדם תובע הכל בבת אחת רק כשהודה בשעורין וחזר ותבע לו חיטין אז נעשה עיקר המחילה ואם כן בשעת הודאת הנתבע בשעורין הי' הודאה גמורה עדיין דאם לא הי' התובע חוזר לדבריו הראשונים הי' מחייב שעורין לכן הוי הודאה גמורה לחייב שבועת ת מודה במקצת יע"ש, ולא ירדתי לסוף דעתו הרחבה דסוף סוף עכשיו שחזר התובע ותבע חיטין דבכה"ג בע"כ מיירי ר"ג וחכמים לשיטת רש"ל נימא הוכיח סופו על תחילתו שגם בשעה שתבעו חיטין מחל לו שעורין דמהיכי תיתי נימא שנשתנה דעתו והוא רק גילוי מלתא בעלמא שמוכח שכן הי' חושב בשעה שטען חיטין ומחילה הוי כקיבל מעות ועדיף מהילך דשעורין כבר הי' אצל המלוה, וכיו"ב מצינן בש"ס פלוגתי' היכי שאדם שותק ואין אנו יודעין כוונתו ואח"כ גילה דעתו נחלקו התנאים אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו כדאי' בחולין דף ל"ט ע"ב וב"ב דף קל"ח ע"א בהכותב נכסיו לאחרים וזוכה לו ע"י אחר ושתק ולבסוף צווח ואמר אי אפשי בהן והיו במתנה עבדים סוברים חכמים אם הי רבו שני כהן הרי אלו אוכלין בתרומה ולא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ואמרינן מדשתק קנהו והאי דקא צווח מהדר קא הדיר בי', ורשב"ג סובר אמרינן הסע"ת, והאי דלא צווח מעיקרא קסבר כי לא אתי' לידי' מאי אצווח, וע"כ לא פליגי רבנן כי אם משום ששותק מעיקרא ולית להו אמתלא זו דכי לא אתי לידי מאי אצווח, אבל היכי דליכא הוכחה המתנגד להוכחה דסופו מודו שראוי לומר שדעתו שנתגלה לן עכשיו הי' כן בדעתו מתחילה ולא חיישינן לשינוי דעת מן הסתם, וכמו שהוכחתי בכלל הוכחה וא"כ הכא כשטען חיטין ולא שעורין עכ"פ לא הי' הוכחה שתבע שעורין, ואח"כ גילה דעתו שרוצה רק חיטין ומודה או מחל שעורין ממילא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו שמה שאמר מתחילה חיטין כוונתו הי' שמודה או שמחל השעורין וכשמודה בשעורין לא הוי הודאה כלל שהודאת התובע או מחילת התובע הי' מקודם, ותו המעיין היטב במס' חולין שם בפוסקי' במס' גיטין דף ס"ז ע"א מ מוכח היכי שגילה דעתו קצת מקודם לכ"ע אמרינן הוכיח סופו על תחילתו והכא ע"י שתבעו חיטין לבד איכא קצת גילוי מלתא, ועיין בספר גידולי תרומה בשער ז' הבאתי לעיל נראה ג"כ שנחית לסברא זו וא"כ הק"ל ולכאורה יש לישב קו' הנ"ל דהנה בלא"ה יש להבין על גוף הדין דטענו חיטים והודה לו בשעורין פטור כפי הכוונה פשוטי לולי דברי רש"ל אמאי אמרינן מדלא תבע הודה או מחל, הא לא הוציא

בשפתיו ודברים שבלב לא הוי דברים כדאי במס' קידושין דף מ"ט ע"ב גבי האי גברא דזבין נכסי אדעתא למיסק לא"י ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי אמר רבא הוי דברים שבלב ולאו דברים והוא כלל בכל מקום זולת בקצתן, ומבואר שם אף שנאמן שכך הי' בלבו מ"מ לא מהני, וקו' זו הי' קשה לי בתחילת העיון, ומצאתי את שאהבה נפשי בספר יש"ש סימן ל"ד שתמה כן על רש"י ותוס', ואולם יש לומר בפשיטות לפמ"ש תוס' שם ד"ה דברים ורשב"א ור"ן וריטב"א ור"ן במס' כתובות דף ע"ט ע"א באו דנא דמוכח לכל הוי דברים שבלב דברים, ועיין, בר"ן שכתב שם וז"ל דאומדנא דמוכח שאני דלאו דברים שבלבו לבד הן אלא דברים שבלב כל העולם שהדבר מוכיח שלא נתן אלא להבריח יע"ש וכמו כן יש לומר לשיטת רש"י ותוס' דכיון שלא תבעו שעורים ג"כ ודרך העולם כשיש לו תביעה על חבירו ומוכרח לבוא לבית דין שתובע הכל שלא יצטרך זילותא בב"ד פעמים איכא הוכחה שהודה או מחל ועיין ש"ות מוהר"י טראני חלק ב' סימן מ"ה:

והר"אש שהקשה עליהם דהוא מילתא דשכיח שיש לאדם כמה תביעות ואינו רוצה לתובעם בפעם אחת יע"ש, י"ל כוונתו דלא הוי מוכח לכל כיון שדרכן של בני אדם שלא לתבוע בבת אחת וממילא הוי דברים שבלב אף אם הי' כן בלבו, ולכן תירץ הר"אש שמיירי שהי' הכל בשעה אחת דבכה"ג מוכח לכל שבע"כ הודה דאל"כ הי' לו לתובעו שנים כיון שהי' בשעה אחת וא"כ לפ"ז יש לקיים תי' הא"ות בכוונת תוס' לשיטת רש"ל, ואומ' בתביעה ראשונה אף שיש לומר כיון שלא תבע שעורין מחל מ"מ כיון דהי בלב לא מהני מחילה, דאז לא הי' מוכח דאין אדם תובע הכל בבת אחת רק בתביעה שני' כשחזר ותבעו חיטין אף ששמע מחבירו שהודה בשעורין לא תבעו שעורין איכא הוכחה וקצת גילוי דעת שמחל השעורים והוי דברים, לכן אף דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו שכן הי' דעתו מתחילת תביעתו, מ"מ אז לא הי' מוכח לכל מה שהי' בלבו והיינו דנין אז דלא הוי דברים, אף דבא אח"כ הוכחה מ"מ באותו זמן לא הי' לנו אותו הוכחה שלא הי' מוכח אז לכל העולם כוונתו והי' לאותו מחילה דין מחילה בלב ומתחיל המחילה מתביעה שני', האמת למעיין היטב בספר תבואות שור סי' ד' ס"ק ב' יראה שסובר היכי דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו הוי כאילו הי' אומר כן להדי' בתחילה ולא הוי דברים שבלב דהוי הוכחה כי כתב שם להקשות לשיטת רש"י ותוס' דמחשבה הפוסלת בקדשים היינו כשהוציא בשפתיו, וה"ה מחשבת שחיטה לע"א, אמאי אי' במס' חולין דף ל"ט שחט ואח"כ חושב עלה הוי ספק אי הוכיח סופו על תחילתו אע"ג דבשעת שחיטה לא קאמר מידי חיישינן דלע"א שחטה ותירץ אמירתו דעכשיו הוי כאילו אמר בשחיטה אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו יע"ש וא"כ ה"ה:

אבל כבר כתבתי בכלל הוכחה, שאין דבריו מוכרחים כלל ועיין כריתי ופליתי שם סי' ד' ס"ק א' וגם תב"ש כתב שם תירץ אחר וא"כ יש לקיים תי' הא"ות בכוונת תוס' מיהו דברי מוהרש"ל לא נזכר כלל בתוס' והעיקר חסר, ותו הא לתי' א' של תוס' שר"ג מחייב בדמי שעורין בע"כ לא פירשו כרש"ל דא"כ אמאי טעמא דר"ג הא הוי כהודה או מחל להדי' כיון שאמר אח"כ חיטין וא"כ אי ס"ל לתוס' בתירוץ ב' כהבנת מהרש"ל הוי להו לפרושי וגם בסברא הנ"ל בענין הוכיח סופו כו' יש לעיין טובא, לכן לענ"ד לא נראה כלל תי' הא"ות:

ה אמנם ראיתי בש"ך ח"מ סי' ת' ס"ק ה' בסופו לאחר שהביא שיטת רמ"ה שהטעם דיכול לטעון משטה אני בך והביא דאי' לדבריו כתב וז"ל אלא וודאי כמ"ש דאף בהוי הודאה ממין הטענה פריך שפיר כיון דטעמא דרבה ב"נ משום דכיון דלא הודה מה שתבעו יכול לטעון משטה א"כ ה"ה במתניתן כיון דלא הודה לו ממש, אמאי שקיל כדאמר מזיק הא יכול לומר משטה אני בך, ויש ראי' לזה מ"ש תוס' בפ' המניח ד"ה לימא ובהג"מיי בפ"ג מהלכות טוען דרבה קאמר למילתא אפי' לר"ג דמחייב שבועה בטענו חיטים והודה לו בשעורים מ"מ פטור מלשלם השעורים ע"ש ודוק ותראה שכל זה ברור עכ"ל, ולכאורה דבריו סתומין וחתומין, ונראה כוונתו שהי' קשה לו קו' הא"ות הנ"ל וש"ך אזיל לשיטתו שבחר דרך לעצמו בסי' פ"ח ס"ק ט"ז שרש"י ותוס' ס"ל כרמ"ה שכתב שאפשר שגם דעת רש"י ותוס' כן דאף שכתבו טעמא דהודאה ומחילה כוונתם דמחל לו עתה ולא תבעו עתה על זה וא"כ הודאת הנתבע לאו הודאה הוא כיון שלא תבעו על זה ע"ש ובזה מיושב היטב כוונת תוס' ויען כי רבינו הש"ך זלה"ה קיצר במובן אמרתי לפרש היטב הנלע"ד בכוונתו דהנה לכאורה קשה לשיטת רמ"ה דזהו פשוט ומוכח לרמ"ה אף כשעומד בהודאתו ורצה ליתן השעורי' מ"מ פטור מש"דא, וכמ"ש הש"ך בסי' פ"ח להדי' בחידושי דינים שהעלה כרמ"ה כתב בסעי' י"ב תבעו חיטין והודה לו בשעורין פטור מש"דא אפי' עומד בהודאתו ורוצה ליתן לו שעורים רק נשבע היסת שאינו חייב לו חיטין מיהו אם אינו רוצה ליתן לו שעורים פטור אף משעורים יע"ש, וא"כ כיון שאינו טוען משטה אני בך הוי מודה במקצת ממש, ואמאי פטור מש"דא, וא"ל דהוא גז"הכ מכי הוא זה מנלן להרבות בחוקת דלמא הג"הכ הוא רק כשחוזר מהודאתו וטוען משטה אני בך קמ"ל קרא שיכול לטעון ומהאי טעמא פטור מש"דא כיון דלא הוי מודה במקצת שפטור מתשלומין וזהו גופא קמ"ל קרא כשהודה בדבר שאינו ממין הטענה יכול לטעון משטה אני בך ומנלן כשעומד בהודאתו ומשלש שמורין דפטור משבועה דאורייתא:

ונראה לענ"ד להסביר הדבר, דהנה רש"י פי' בקידושין דף ס"ה ע"ב דהא דהודאת בעל דין כמאה עדים משום דכתיב אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאתו יע"ש, ונראה כוונתו דעל זה ל"צ קרא באם עומד בהודאתו כיון דאינו חב לאחרינא הוי כמתנה, רק קמ"ל קרא שאינו יכול לחזור מהודאתו, דלולי קרא הייתי אומר כיון דהאי גברא הי' בחזקת שכל מה שיש תחת ידו הוא שלו ועתה שמודה שחייב לחבירו, יהי' נאמן באמתלא כל דהוא שנותן על חזרה כגון משטה וכיו"ב יהי' נאמן בהודה בב"ד כמו כהודה בפני עדים כל זמן שלא אמר אתם עדי יכול לטעון משטה, ה"ה בהודאה בפני ב"ד יהי' צריך לומר אתם עדי וכיו"ב בלשון המוכח שכיון להודאה גמורה כיון דלא הוי ידעינן מסברא דאין יכול לחזור כשהודה בב"ד אפילו בלי אתם עדי כדאי' בסימן פ"א סעי' ו', דניהו בעומד בהודאתו ורוצה ליתן מי ימחה בידו כיון שאינו חב לאחרינא, אבל סד"א דיכול לחזור כיון דלא הי' קנין, דגם במתחייב את עצמו בדבר שאינו חייב בעי קנין כדאי' בח"מ סי' מ"א ואפילו לרמב"ם מוכרח לומר אתם עדי, ולכן גילה לן קרא דמסתמא כשאדם מודה בב"ד מ"י תביעה מאותו טענה שהודה שהוא ממין הטענה דליכא הוכחה דהי' משטה הוי הודאה גמורה, ובפני עדים כשאמר אתם עדי הסברא נוטה שאינו משטה כמו בפני ב"ד בלי אמירת אתם עדי שמן הסתם אינו משטה בב"ד כשהודה ממין הטענה, ואף שכתבתי בכלל א' פי' אחר מ"מ מסתבר יותר בפשיטות כמ"ש כאן וכן מצאתי בספר פני יהושע שכתב כן בקיצור ולפ"ז י"ל חכמים דס"ל כשהודה בדבר שאין ממין הטענה פטור משבועה דאורייתא טעמייהו כיון דעיקר הודאת בעל דין אתי' מכי הוא זה, ומהאי קרא ילפינן דמודה במקצת הטענה ישבע, וכיון דגזירת הכתוב הוא דמ"מ הטענה ישבע כמ"ש תוס' ב"מ דף ג' וכן יש בזה עוד חוקה דבעינן שתקדים תביעה להודאה, ה"ה לענין זה גלי תורה דוקא כשהודה ממין הטענה שהוא הודאה גמורה שאין יכול לחזור מהודאתו ולטעון משטה כיון שהי' תביעה באותו מין הוי הודאה לחייב שבועה, אבל כשהודה בדבר שאינו ממין הטענה שיכול לחזור מהודאתו לא מיקרי מודה במקצת לחייב ש"דא על אותו הודאה, אף שעומד בהודאתו לכן ממעטינן מאותו קרא דכי הוא זה הודאה שאינו ממין הטענה דפטור משבועה אף דבשעה שהודה בשעורין עדיין לא חזר כיון דבידו לחזור ולטעון משטה דבודאי מן הסברא יכול לטעון משטה כמ"ש בש"ך בסי' פ"א ס"ק נ"ו וסי' פ"ח ס"ק ט"ז, דהא לולי קרא דכי הוא זה הייתי אומר אפי' בהודאה ממין הטענה יכול לחזור ולטעון משטה כיון דלא אמר בב"ד אתם עדי, רק התורה חידשה לנו דהוי הודאה דמסתמא אינו משטה בפני ב"ד כיון דליכא הוכחה, אבל הודאה שאינו ממין הטענה איכא הוכחה דהשטה כמ"ש הש"ך, אבל ר"ג יש לומר

דסובר דקרא לא ממעט הודאה שאין ממין הטענה משבועה דאף הודאה שיכול לחזור מהודאתו כל זמן שלא חזר הוי הודאה גמורה לחייב ש"דא כיון דבשעה שהודה הי' עומד בהודאתו, דלית לי, דאתי' הודאת בעל דין מכי הוא זה דגם מצד הסברא ידעינן שאין יכול לחזור כשהודה בפני ב"ד כל זמן דליכא הוכחה שהשטה כי מן הסתם אין אדם משטה בהודאתו בפני ב"ד, דהוא סברא פשוטה (ועיי' תוס' שבועות ד' כ"ב ע"ב ד"ה אבע"א דיש דברים שהסברא פשוטה שלא צריך קרא ויש שאינו פשוטה שצריך קרא להשמיענו הסברא) וכיון דהודאת בעל דין לא אתי' מכי הוא זה שפיר יש לומר דהתורה הי' מחייב שב"דא כשהודה במקצת אף היכי דיכול לחזור מהודאתו, דמ"מ כל זמן שלא חזר הי' חל השבועה דאורייתא כי אז הודה במקצת ושוב לא נפקע שבועה, וא"כ דברי תוס' נכונים דאף דסובר ד"ג דפטור משעורין אם אח"כ חזר מהודאתו מצד סברא דיכול לטעון משטה כיון דאיכא הוכחה כמ"ש הש"ך, מ"מ חייב ש"דא דתיכף כשהודה חייב שבועה וכיון דבשעה שהודה קל עליו חיוב שבועה דבאותו שעה הי' הודאה במקצת לא נפקע אח"כ, דגם הודאה במקצת שיכול לחזור הוי הודאה לענין שבועה, והמעיין היטב לשיטת רמ"ה יראה שהכרח לומר דפליגי חכמים ור"ג אי הוי הודאה שיכול לחזור הודאה לענין שבועה דאל"כ אין טעם לחלק אמאי סוברים חכמים כשעומד בהודאתו ורצה לשלם שעורין פטור מש"דא אע"כ כמ"ש, וי"ל הש"ך סובר דפליגי חכמים ור"ג בסברא זו בהודאה שיכול לחזור אי הוי הודאה לענין שבועה, וא"כ הש"ך לשיטתו שפי' שתוס' סוברים כרמ"ה שפיר כ' בסי' ת' ס"ק ה' להביא ראי' שס"ל כרמ"ה דאל"כ קשה מ"ט דר"ג שחייב שד"א כיון דאמרינן כשתבעו חיטין מחל לו שעורין לא הוי מודה במקצת ועדיף מהילך וכקו' א"ות אע"כ דס"ל כרמ"ה דלא אמרינן שהודה או שמחל שעורין, וא"כ הוי מודה במקצת ממש רק שיכול לחזור מהודאתו, וכל זמן שלא חזר פליגי ר"ג וחכמים לחכמים לא הוי הודאה ולר"ג הוי הודאה וכיון שחל עליו השבועה כשהודה שוב לא נפקע אף כשחזר ופטור מלשלם מ"מ חייב ש"דא, ולכאורה יש לפקפק קצת ואולם המעיין היטב יראה כמ"ש ואף שהש"ך קיצר במובן מ"מ המעיין היטב יראה שכיון לזה, מיהו מה שהבין הש"ך דכוונת רש"י ותוס' דסוברים כרמ"ה המעיין בלשונם מורה כמ"ש כל אחרונים זלה"ה שלית להו כרמ"ה וש"ך הוא יחיד בפי' זה, ועדיין לא נתיישב כוונת התוס' לפי הבנה פשוטי, ועכ"פ יצא לנו מתוך דברינו שיש לומר לשיטת רמ"ה טעם מספיק מה שנחלקו חכמים ור"ג אבל לתוס' דס"ל משום הודאה או מחילה הדרא קו' הא"ות לדוכתי':

ונראה לענ"ד לישב דיש להסתפק היכי שהודה במקצת בדבר שאין ביד ב"ד לכוף שישלם המחצה שהודה ולירד לנכסיו רק החיוב מוטל עליו מדינא לשלם והוא כגזלן אם אינו משלם אי נימא דלא אמרה התורה מודה במקצת הטענה ישבע, רק במודה בדבר שיש ביד ב"ד לכוף שישלם דאף למאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא, אפי' מיני' דידי' מ"מ איתא בכתובות דף פ"ו ע"א דכופין אותו עד שתצא נפשו, משא"כ היכי שאין ביד ב"ד לכופו כלל, הוי כמודה במקצת בדבר דמחויב לשלם אותו מקצת רק לצאת ידי שמים דפטור מש"דא כיון שהכירו ב"ד שעל פי הדין פטור מלשלם אותו מחצה יש לו דין כופר הכל, או דלמא לפמ"ש הש"ך בסי' פ"ח ס"ק ל"ו שיש ב' גווני מה שמחויב לשלם:

א) מה שב"ד לא יכולין לכופו אבל הוא רשע ונקרא גזלן עד שישלם לו מה שמודה:

ב) יש לצאת ידי שמים שהוא רק מידת חסידות ויש לומר היכי דמוזהר ועומד לשלם דהוי כגזלן ובע"כ הב"ד אומרים לו כך שאתה הוא גזלן אם אינך משלם המקצת שהודית י"ל דחייב ש"דא, דלא דמי לצאת ידי שמים דהתם ליכא חיוב בדיני אדם והוא רק מידות חסידות, משא"כ בנידון דידן דבאמת יש לו על המודה ממון גמור דהא הוי כגזלן כשאינו משלם רק שאין ביד ב"ד דין לכופו והוא כמו עני שאין לו לשלם שאין ב"ד כופין אותו מ"מ חייב שבועה דאורייתא וה"ה וכמדומה שגם בק"הח העיר בזה ואין ספרו תחת ידי כעת מיהו לכאורה מוכח בפשיטות דפטור מש"דא דהנה דעת רבינו ירוחם הובא בדרכי משה סי' פ"ח בהגהות ס"ק ח' להר"אש דהטעם דפטור משעורין משום הודאה מ"מ אם הנתבע עומד בהודאתו ואומר שחייב לו שעורים צריך לשלם לו שעורים ובד"מ השיג עליו דפטור דהוי כמחל התובע וכן הוא ברמ"א סעי' י"ב ומבואר דנחלקו בהבנת הר"אש הד"מ סובר כמ"ש בסמ"ע ס"ק כ"ג דרש"י ותוס' ור"אש מודים ז"לז דמדלא תבע הודה וממילא הוי מחילה אבל דעת רי"ו כתב בש"ך ס"ק ט' שהבין בכוונת הר"אש דלית לי' טעמא דמחילה רק משום הודאה ולכן אם יודע שחייב לו שעורים חייב לשלם לו וגזלן הוא אם אינו משלם לו רק הב"ד א"י להוציא מידו שהרי כבר הודה לו שאינו חייב לו שעורים וכתב שם שכן הוא דעת הר"אש וטור וא"כ לרי"ו וסיעתו אף שחייב לשלם כשעומד בהודאתו מ"מ פטור מש"דא דסתמא אית' במתניתן, ובדברי רבה בר נתן טענו חיטין והודה בשעורי' פטור משבועה, וכעין שמבואר לרמ"ה אף כשעומד בהודאתו מיעטה התורה משבועה כיון שאין ממין הטענה ה"ה לחולקים מוכח שבע"כ כיון שאין ביד ב"ד לכוף פטור משבועה ובזה יש לישב קו' שיטה מקובצת ופני יהושע המובא בפרט ב' דשפיר איצטריך קרא למעט משבועה אף כשעומד בהודאתו בין לרמ"ה ובין להחולקים מיהו אף שמוכח כן אליבא דחכמים, מ"מ לר"ג יש לומר טעמו לכן חייב

ש"דא כיון שעומד בהודאתו חל עליו החיוב לשלם רק שאין הב"ד יכול לכופו הוי מודה במקצת, וא"כ לפמ"ש בפרט א' בכוונת רש"י ותוס' שס"ל שעיקר הטעם משום הודאה שמודה שלא חייב שעורין ומ"ש גם מחילה כוונתם הוא על השעבוד שעורין אבל לא מחל על גוף החוב, אם הי' שעורין וא"כ בעומד בהודאתו ויודע שחייב לו שעורין חל החיוב על הנתבע לשלם והוי כגזלן רק שאין ביד ב"ד לכוף אותו, וי"ל בזה פליגי חכמי' ור"ג, לחכמים כיון דאין ביד ב"ד לכוף פטור מש"דא דלא הוי מודה בהודאה גמורה כי מה שמודה לא הוי ממון גמור שיהי' מחויב בבירור ולר"ג כיון שעכ"פ חל עליו החיוב לשלם אף שאין ב"ד כופין הוי מודה במקצת וחייב שבועה דאורייתא, וא"ש וק"ל:

פרט ד

יבואר ביאור סוגי' הש"ס במס' ב"ק דף ל"ה לשיטת סמ"ע דהודאה שהודה הוי ממילא מחילה:

ז בפרט א' כתבתי בשם רמ"א וסמ"ע ולבוש וב"ח שהבינו בכוונת רש"י ותוס' לכן בטענו חיטים והודה בשעורין פטור לשלם שעורין דכיון דהודה שלא מגיע לו שעורין מדלא תבע ממילא הוי מחילה דהא דהודאה מועיל מטעם מחילה, ויש להתבונן, דלכאורה קשה למה כתבו רש"י ותוס' שפת יותר שהוא מחילה, וראיתי בחידושי פני יהושע במס' ב"ק שכתב לפי דברי סמ"ע בכוונתם, דעיקר הטעם משום הודאה דהודאת המלוה הוי כעדים אלא דלא תקשי להיפך הא גבי נתבע נמי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ועל זה כתב אחולי אחיל פירש דלגבי תובע שייך יותר הודאת בעל דין דאף שהדבר ברור שחייב הוי כאילו מחל בפירוש משא"כ בנתבע יע"ש, ולענ"ד משום קושי' זו לא הי' צריכין לפרש כן דבלא"ה ניחא כמש"ל בשם רמב"ן ובעל התרומות כיון דהודאת כל אחד לחובתו הוי כעדים יש להן דין שתי כיתות עדים המכחישים זו את זו דאמרינן סלייק עדותן ואין מוציאין מיד המוחזק, והכא הנתבע מוחזק בשעורין ואכתי יש לומר לפמ"ש תוס' בד"ה ראוי' בטענו חיטין כו' ל"מ תפיסה בשעורין ומכ"ש לאחר שעמד בדין ל"מ תפיסה כמ"ש הש"ך סי' פ"ח ס"ק כ"ג לכן מוכרחין להוסיף משום מחילה דאי משום הודאה כיון דהודאתם סותרים זא"ז אמאי אין מועיל תפיסת המלוה דכשתפס שוב הוא מוחזק אבל משום מחילה ניחא כמ"ש הש"ך שם לפמ"ש רמ"א דהטעם משום מחל ממילא מוכרח לומר דל"מ תפיסה, וא"כ יש לקיים במקצת דברי פני יהושע בכוונת רש"י ותוס' ע"פי דברי הסמ"ע:

מיהו לענ"ד נראה בכוונתם דהוי קשה להו לפי מאי דקיי"ל להלכה פסוקה בש"ע ח"מ סי' כ"ט סעי' א' ובסימן למ"ד סעיף ב' כל מקום שנוכל ליישב דברי העדים שלא יהי'

מכחישין זה את זה מיישבין דבריהם ויסודו מש"ס, והיינו בחד לגבי חד ומכ"ש בב' כיתות המכחישים זא"ז שראוי ליישב דבריהם שלא יהי' הכחשה, וה"ה כיון שהתורה האמינה לבעל דבר לחובתו כעדים, והתובע ונתבע מכחישים זא"ז, שתובע הודה בשעורין שלא חייב לו והנתבע מודה שחייב אמאי מקיימין דברי התובע לבד נימא ליישב דבריהם ששניהם אומרים אמת כי לא מבעי' לפי מאי דמשמע פשטא דמלתא שלא אמרו הזמן כלל, דאפי' למאי דקיי"ל בח"מ סי' ע"ה סעי' א' שתובע ונתבע צריך לברר טענתם, היינו ממה חייב אי הוי הלואה או פקדון, וע"ז צריך הנתבע לברר אבל א"צ לברר זמן הלואה, ותו לפמ"ש הגהות מיימו' דפ"ו מהלכות טוען ס"ק א' בשם כמה פוסקי' שהוא רק לאחר תקנות הגאונים ולא מדינא דש"ס יע"ש ובמרדכי בפ"ק דב"מ, וא"כ יש לקיים דברי שניהם שהתובע שמודה שלא נתחייב לו אומר אמת וגם הנתבע אומר אמת מה שהודה בשעורין כיון שלא אמר זמן כלל, דהא הם לא פירשו כמ"ש הר"אש וכמש"ל רק שאומר יש לך בידי שעורין או אני חייב לך שעורין אולי כוונתו שמתחייב את עצמו מהיום שעורין כי יוכל להתחייב אח עצמו בדבר שאינו חייב, ואפי' באומרים זמן כגון שהתובע אומר שנתן לו חיטין בניסן והנתבע אומר שמגיע לו שעורין, א"כ בעל כרחך יש הכחשה מ"מ קשה אמאי פטור משעורין כיון דהא דנאמן הלוה לחייב לעצמו הוא רק מטעם שהוא בידו ואינו נאמן על למפרע כמ"ש בכלל א' פרט א' בשם תשב"ץ, ומוהריב"ל וב"ש רק שנאמן על להבא מטעם שהוא בידו דפלגינן דיבורא דעל למפרע אינו נאמן, ואף דאומר שהלואה בניסן הי' שעורים א"נ על זה, ופלגינן דיבורא והוי כאלו אמר שמתחייב א"ע מהיום שעורין שכך הוא גזירת הכתוב לומר פלגינן דיבורא והוי כאלו אמר רק שחייב שעורים מהיום, וכמו כל פלגינן דיבורא הנאמרים בש"ס שכן הוא דמסלקינן הדיבור שאינו נאמן כאילו לא אמר כלל וה"נ הוי כאילו לא אמר שהלואה בניסן הי' שעורים רק כאילו אמר שחייב מהיום שעורין וכיון שהודאתם לא מוכחש קשה אמאי פטור משעורין יהי' חייב לשלם מטעם חיוב שהוא מתחייב א"ע מהיום, לכן מוכרחים רש"י ותוס' לומר שממילא הוי הודאת המלוה מחילה והיינו שמחל על החיוב שיתחייב א"ע הלוה מהיום זולת חיטין ולכן אף שנימא שהודאת הלוה הוי כגדר חיוב פטור מלשלם כיון שתפסינן מהודאת המלוה כאילו הי' מחילה על החיוב שיתחייב א"ע הלוה ואף שבארנו לעיל בכלל א' דרש"י סובר דמהני אפי' על למפרע מ"מ יש לומר כדברינו בכוונת תוס' שסוברים כפוסקי' הנ"ל ואף שכתבתי בפרט ב' שס"ל כרש"י ידוע שהרבה בעלי תוס' היו, ומצאתי בתומים סי' פ"ח ס"ק זיי"ן בכוונת הר"אש ורי"ו שכתבו מטעם הודאה כתב כעין סברא זו וז"ל דהודאה לא ס"ל לר"אש דהוי מחילה רק הואיל

והודאת בע"ד כמאה עדים דמי הרי הוא פוסל כל עדים שיאמרו הפכו וכמו שאמרו נאמנות עלי שלא פייסתי ופוסל כל עדים ואף בזו באומרו שאין חייב לו שעורין הרי הוא פוסל כל עדים שיעידו שחייב כי הודאתו יותר מק' עדים אבל מ"מ אם הנתבע מודה שחייב פשיטא דמוציאין דכאן הוי איפכא הודאת בע"ד שהוא פוסל כל עדים שמעידין על הפטור ודבריו נשמעין מה בכך דהוא מודה דלא הי' חייב מ"מ זה שאמר שחייב הרי יכול לחייב א"ע אפי' בדבר שאינו כדאי' בסי' מ' וא"כ ודאי דברי זה קיימין דתובע נתכוין להרוויח כמ"ש הר"אש וגם אנו מקיימין דברי שניהם דאמת הוא דלא הי' חייב שעורין כלל רק בהודאת פיו מתחייב אע"פ שאינו חייב וכאודייתא דאיסור גיורא שהי' יודע שאין לרב מרי חלק בפקדון שביד רבא כלל ואף זהו כמוהו יע"ש שכתב כן בשיטת הר"אש שיש לו שיטה אחרת לרבינו ירוחם, וא"כ שפיר יש לומר כדי לשלול קו' זו כתבו תוס' כן, ואין להקשות היאך אפשר לומר שהודאת הנתבע יהי' מטעם חיוב הא סוברים רוב הפוסקי' כמ"ש בש"ך סימן מ' ס"ק ב' ומכללן רש"י דלא מהני כשמתחייב בדבר שאינו חייב כ"א בקנין ואף לרמב"ם שם היכי דאמר הוו לי עדים שאני חייב לפלוני מנה חל אף בלא קנין, וי"ל הודאה בפני ב"ד מהני להתחייב א"ע אף כשלא אמר אתם עדי, מ"מ לרוב פוסקי' וכ"מ דעת תוס' לא מהני וכיון שנתבע שמודה בשעורין לי עשה קנין לא חל החיוב ונסתרו דברי התומים הנ"ל, דז"א דאפי לחולקים על הרמב"ם יש חילוק בין היכי שאמר בלשון חיוב להיכ' דאמר בלשון הודאה, וכמ"ש הנמוקי יוסף במס' ב"ב דף קמ"א ע"א וז"ל אמר המחבר מהא דלודי איסור כתבו חכמי פרובינצא והריטב"א בשם רבו זלה"ה דכל שמתחייב א"ע בלשון הודאה אע"ג דידעינן דלא הוי מחויב לי' מעיקרא הוא מחייב יע"ש ולא נחלקו הפוסקי' כי אם היכי שמתחייב א"ע בלשון חיוב דרמב"ם מדמה לקנין אודייתא כמ"ש הכ"מ בפי"א ממכירה הט"ו דנלמד מאודייתא והפוסקי' החולקים סוברים כיון שלא אמר בלשון הודאה לא מהני, אבל היכי שאמר בלשון הודאה אודייתא בעצמו הוי קנין, ומ"ש בקצ"הח בסי' מ' סק"א שבעינן בפני עדים ויאמר אתם עדי, תוס' ופ"י חולקים על זה, ומה גם הכא כשהודה בפני ב"ד הוי כאומר אתם עדי וא"כ דברינו הנ"ל נכונים:

אמנם אכתי קשה דהא אנן קיי"ל בח"מ סי' ע"ה כשאומר הנתבע אינו יודע אם פרעתיך חייב לשלם דחיוב הוא ודאי ופרעון הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, וה"ה היכי שאומר הנתבע אינו יודע אם מחלת לי דמאי שנא כיון דחיוב הוא ודאי ומחילה הוא ספק וא"כ הא בנדון דידן באמת לא מחל בפירוש, רק אנן אמרינן מדלא טען גם שעורין הודה שלא הלוה לו שעורין וגם מחל על החיוב שיתחייב א"ע הלוה זולת חיטין כי אינו

רוצה רק בחיטין ולכן כשמודה בשעורין חל המחילה של המלוה, והא החיוב הוא ודאי דאנן סהדי שעכ"פ חייב הלוה שעורים לכל הפחות דישנו בכלל מאתים מנה דבדמי שעורין ליכא הכחשה, וכן הש"ך בסי' פ"ח ס"ק כ"ח רמז לזה שכתב ובשום טענה שיאמר התובע שלא תבעו שעורין סגי דלא מפקינן ממון ברור שחייב הנתבע אם לא במחילה גמורה ע"ש שכ"כ בשיטת רמ"ה, וכיון דנתבע אין יכול לטעון בריא שמחל המלוה משעורין דאולי הי' רק הודאה לבד שמודה שלא חייב שעורין ונגד הודאה עדיף הודאת הלוה כנ"ל, והוי ספק אם מחל ואין ספק מוציא מידי ודאי, ותו דכבר כתבתי לעיל בישוב קו' הישש"ש אמאי מהני מחילה שמחל או הודאה, הא דברים שבלב לא הוי דברים, וכתבתי לישב דהוי אומדנא דמוכח מדלא טען גם שעורין, והא על זה לא מוכח שהי' הודאה ומחילה דלמא הי' רק הודאה לבד דהשתיקה לא מוכח על תרווייהו וממילא הוי דברים שבלב כיון דלא מוכח לכל כוונתו, וצריך לומר דבלא"ה קשה כמש"ל בפרט א' הא יוכל המלוה לטעון בין לפי דברי ובין לפי דבריך מגיע לי שעורין עכ"פ דהא גם לפי דברי נשתעבדו השעורין דנכסי דאינש אינון ערבין ובע"כ צ"ל הטעם כיון שתבעו חיטין וכל מי שטוען סחורה ולא אמר להדי' שוה כוונתו דוקא, איכא הוכחה לכל מלשונו שמחל השעבוד משעורים ורוצה חיטין דוקא, וכיון שדייקינן בלישנא כאילו אמר שמחל השעבוד משעורין דייקינן נמי בלישנא כאלו אמר שרוצה רק חיטין שהלוה ומוחל מה שיתחייב א"ע בשעורין כי אינו רוצה דבר אחר רק אותו דבר שהלוה והמעיין היטב יראה שהכרח לומר כן ואולם יש להבין, דהנה תוס' כתבו במס' כתובות דף ע"ג ע"א ד"ה כדרב כהנא, דהא דאדם יכול לסלק א"ע מדבר שלא בא לעולם או מדבר שאינו ברשותו בדבר שמעשיו גרמו לו כגון נחלה הבאה לאדם ממקום אחר וכו', או בכותב ועודה ארוסה דוקא בדבר שהוא תקנת חכמים והוא לטובתו אף לדידן דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כהאי דרב הונא שם, אבל בדבר שהוא זוכה מן התורה אף שהוא לטובתו ומעשיו גרמו לו לא מצי לסלק א"ע מדבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו ועיין משנה למלך בפ' כ"ג מאישות ה' א' וכן הבין מוהרי"ט כמ"ש שם בסופו וכן מורה בפשיטות לשונם ובע"כ ירושת הבעל הוא מדרבנן, ולכן לא מצי לסלק בירושת אביו משום דזוכה מן התורה אבל הר"ן סובר דאין חילוק בין דאורייתא לדרבנן רק שאני ירושת אביו כיון שראוי לירש בכל שעה הוי כזכה בהם ודמי לנשואה דלא מהני סילוק דבעינן לשון מתנה באופן המועיל ובש"ע ח"מ סי' ר"ט סעי' ד' בהג"ה איתא בשם תשובת ר"ן דאין יכול למחול דבר שלא בא לעולם ובסעי' ח' כתב דיכול לסלק מדבר שלא בא לעולם וזהו דלא כתוס' רק כהר"ן, ומבואר בטורי זהב שם החילוק בין

סילוק למחילה דמחילה לא שייך אלא אחר החיוב ואיך תחול המחילה קודם החיוב משא"כ סילוק שאינו רוצה לזכות בדבר יכול לסלק את עצמו אף קודם שבא לעולם שלא לזכות אחר שבא לעולם והשיג על הסמ"ע שכתב שם חילוק אחר יע"ש, וא"כ הכא איך שייך לשון מחילה שמוחל המלוה על החיוב שיתחייב א"ע הלוה זולת חיטין כיון שלפי דברי המלוה לא היו חייב הלוה מעולם שעורין, לא שייך לומר כלל שמחל לו שעורין, דהוי דבר שלא בא לעולם, דבאותו זמן שאמר חיטין לא הי' החיוב של שעורין דלא שייך מחילה רק היכי שיש לו חיוב על חבירו וכבר בא החיוב מוחל לו אותו חיוב כמ"ש בטורי זהב הנ"ל, משא"כ הכא לרש"י ותוס' עיקר הטעם שהודה המלוה שלא הי' חייב מעולם שעורין לא שייך כלל לומר שמחל, ובע"כ צ"ל דלשון מחילה הוא לאו דוקא רק משום נגד שעבוד שעורין שייך מחילה שכבר הי' חל עליו החיוב דשעורין משועבדין לחיטין דכל נכסי' דאינש ערבין, נקטי כן שמחל כי רוצה דוקא חיטין, ובאמת לענין החיוב שמתחייב א"ע הלוה בשעורין מלבד השעבוד על החיטין לא שייך לשון מחילה רק סילוק שמסלק א"ע משעורין, והיינו דאמרינן ע"י טענת התובע שתבע חיטין דוקא הודה שאין לו עליו שעורין וגם מסלק א"ע שאף אם יודה לו הנתבע בדבר אחר זולת חיטין אינו רוצה באותו דבר כיון דלפי דבריו לא חייב לו רק חיטין מסלק א"ע התובע בשעת טענתו מחיוב שיתחייב את עצמו הנתבע ע"י הודאתו ולכן פטור הנתבע לשלם שעורין אף דהודאתו הוא בגדר חיוב שמתחייב א"ע מהיום בדבר שאינו חייב מ"מ לא מהני כי הסילוק של תובע מהני לזה, ולפ"ז קשה לשיטת תוס' הנ"ל דאין יכול לסלק א"ע מדבר שלא בא לעולם בדבר שהוא מן התורה, וכיון דקנין אודייתא של הלוה מהני מן התורה כמבואר בתוס' במס' ב"מ דף מ"ו ע"א ד"ה ולקנינהו דמוכח כן דמהני אפילו לענין איסורא ועיין בט"ז יו"ד סי' קס"ח מ"ש בשם הב"ח, והודאת הלוה שמודה בשעורין מהני מן התורה אף נגד הודאת המלוה אם לא הי' המלוה מסלק את עצמו ג"כ מקודם לכן רק הי' הודאה ממלוה בלבד הי' הלוה מחויב לשלם שעורין מטעם קנין אודייתא דהיינו מקיימין דברי שניהם ועיקר הפטור משעורין בא גם מסילוק שסילק א"ע המלוה, הא בשעה שהי' מסלק א"ע המלוה משעורין דהיא ברגע שטען חיטין מדיבור הלז אנו אומרין שסילק א"ע גם משעורין, לא הי' בעולם הזכות כי עדיין לא הי' הלוה מודה שעורין כשטען חיטין ולא מהני הסילוק לשיטת תוס' בכתובות דף פ"ג לסלק א"ע מדבר שיש לו זכות מן התורה היכי דלא בא לעולם או אינו ברשותו וא"כ אכתי קשה אמאי פטור משעורין שראוי' לומר שיועיל אודייתא של לוה דהסילוק של מלוה לא מהני, ובשלמא לשיטת תוס' במס' ב"ק דף ק"ד ע"ב ד"ה אגב שכתבו דקנין אודייתא לא הוי קנין מן

התורה רק מדרבנן לכן לא מהני באיסורא א"ש כיון דהוי דרבנן היכי שבאמת לא חייב יכול המלוה לסלק א"ע (וגם בזה יש לפקפק שאינו לטובתו) אבל לשיטת תוס' בב"מ וכן דעת רוב הפוסקי' שהוא קנין דאורייתא קשה, ולכאורה יש לומר טעמא דרבה בר נתן דלכן פטור משעורים דהודאתה סותרין זא"ז, דאם תפסינן הודאת המלוה לאמת שלא הי' חייב לו שעורין מעולם הודאת הלוה הוא בתורת אודייתא שמודה שעכשיו מחייב את עצמו כמו אודייתא דאיסור לא מהני מחילת המלוה דהוי דשב"ל. אבל אם תפסינן הודאת הלוה לאמת שחייב לו שעורין כבר דהי' באמת הלואה משעורין בזמן שאמר המלוה שהי' חיטין פטור משעורין כיון דבשעה שמלוה טוען חיטין לא רצה בשעורין הוי לפי דברי הלוה בגדר מחילה שמחל על השעורין שהי' חייב לו כבר ומהני דהא לפי דברי הלוה הי' בעולם וברשותו החיוב משעורין דהא כבר הי' מחויב לו הלוה וכיון שלוה מוחזק בממון יכול הלוה לטעון כיון שאני מוחזק בשעורין אני אומר שהודאתי אמת שחייבתי לך שעורין למפרע ועל כל זה מחלת לי וקם המחילה לה כיון שהי' כבר בעולם לפי דברי ומנלן לילך בתר הודאת המלוה לחוב להלוה נלך בתר הודאת הלוה לפטור את הלוה שהוא מוחזק בממון, אבל ז"א להמעיין היטב דהנה לעיל בכלל א' פרט א' כתבתי בשיטת תשב"ץ ומוהרי"בל דהא דקיי"ל דהודאת בעל דין לחובתו הוי כעדים היכי דלא חב לאחרינא אף דאומר נגד חזקה שמוחזק בממון ותוס' כתבו בריש ב"מ דף ב' דהוי כאנן סהדי דכל מה שיש ביד אדם הוא שלו כיון שאומר רק לחובתו נאמן כיון שבידו ליתן עכשיו כל נכסיו להמודה, וא"כ אם מודה באייר שלוה בניסן הנה אף שלענין החיוב שיחול מניסן אינו בידו על למפרע, מ"מ מתחיל החיוב מניסן ונאמן על למפרע כיון דליכא נ"מ בזה אם החיוב מתחיל למפרע או מעכשיו, אבל אם תמצא גווני שעל ידי זה שיהי' נאמן למפרע יהי' חב לאחרינא פשיטא דאינו נאמן נגד אנן סהדי דכל מה שיש ביד אדם הוא שלו כדאי' בח"מ סי' צ"ט שאינו נאמן לומר על נכסים שלו ששייכים לאחרים היכי דחב לאחרים בהודאתו ואפי' למאן דאמר דנאמן במגו דבידו ליתן לו אבל הכא על למפרע אין בידו עכשיו ובש"ע חשן המשפט סי' ע"ט קיי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואם עדים מעידים שלוה ופרע מ"מ חייב לשלם דלחובתו נאמן שלא פרע ולזכותו א"נ כיון דמוכחש מסהדי ולא אמרינן בממ"נ אם נלך בתר הודאתו יהי' נאמן לגמרי ופטור ואם בתר סהדי הרי הם אמרו שפרעו ובע"כ כך הוא גזירת הכתוב דפלגינן דיבורא דאזלינן בתר הודאתו לחובתו ולא לזכותו כיון שהוא מוכחש מסהדי, וא"כ ה"ה אם הודה בא באייר שחייב מנה שלוה בניסן אם נמצא גווני שעל ידי זה יהי' חוב למלוה אינו נאמן על למפרע כיון דמוכחש מאנן סהדי, דאנן סהדי

כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, ועל להבא דליכא חוב למלוה נאמן לחובתו יותר מעדים ואמרינן פלגינן דיבורא דנאמן בהודאתו שמתחיל החיוב מכאן ולהבא דהוא לחובתו וגם הוא בידו לחוב א"ע מכאן ולהבא וליתן כל אשר לו במתנה וכמו דאית לי' לחד מ"ד בב"ב דף קל"ד ע"ב בעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע נאמן מכאן ולהבא דפ"ד דעל להבא בידו לגרשה ואינו נאמן על למפרע שאינו בידו ה"נ אם הודה שחייב מנה שלוה בניסן נאמן לחובתו שחייב לשלם והחיוב מתחיל מזמן הודאה, וא"כ הכא בטענו חיטין והודה לו בשעורין, כיון דהודאת הלוה ל"מ היכי דחוב למלוה משום שמוכחש מסהדי דאנ"ס כל מה שיש ביד אדם ואמרינן פלגינן דיבורא ונאמן לחובתו ה"נ אינו נאמן שחייב שעורין למפרע דהא ע"ז מוכחש מסהדי דאנן סהדי כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, דעל ידי זה יבוא חוב למלוה דהא מוכח מכלל כל האומר לא לויתי אף כשאומר הלוה בהודאתו זכות תפסינן מהודאתו לחובתו ואינו נאמן לזכותו היכי דמוכחש מסהדי ופלגינן דיבורא וה"ה פלגינן דיבורא שהחוב מתחיל מעכשיו וכעין אודייתא הנ"ל דאף שאומר שקר מ"מ מהני קנין אודייתא וממילא מה שפטרו המלוה ללוה משעורין לא הי' מחילה כיון שלא הי' חייב כבר רק הוא סילוק ואין יכול לסלק בדבר שזוכה מן התורה כיון שלא הוי באותו זמן ברשותו ובעולם, ואף אי נתפס כל דברי הלוה פטור דהא הי' מחילה הא קיי"ל בלא לוויתי דהודאה לחובתו מהני ולא לזכותו היכי דמוכחש מסהדי ופלגינן דיבורא וה"נ הלוה מוכחש מסהדי במה שיצמח מהודאתו לזכותו כי אנן סהדי שכל מה שיש לאדם הוא שלו, והודאת המלוה שלא הי' חייב שעורין לא מוכחש מסהדי, וכיון דפלגינן דיבורא של הלוה, הוי כאילו מודה מהיום ממילא ל"מ הסילוק של מלוה כיון שבשעה שסילק לא הי' בעולם ואין יכול לסלק בדבר שלא בא לעולם בדבר שיזכה אח"כ מן התורה, ואין לומר דאכן אמרינן מדלא תבע שעורין מלבד הודאה מחל לו היינו שמחל על השעבוד דנכסי דאינש אינון ערבין ומשועבדים למלוה על חוב חיטין ושעורין בכלל אותו שעבוד מחל לו דאם יודה הלוה בחיטין לא יהי' עליו שעבוד שעורין או דבר אחר כי רוצה דוקא חיטין, ועל זה יכול למחול דהשעבוד כבר בא הי' בעולם דמיד שלוה נשתעבדו נכסים, וגם מסלק א"ע מחיוב שיתחייב הלוה א"ע זולת חיטין, דאי אפשר לומר שמחל רק השעבוד דא"כ קשה אמאי פטור כשהודה הלוה בשעורין הא על זה לא מחל אם יודה הלוה בתורת חיוב ובע"כ צריך לומר דמסלק א"ע גם כן אם יודה הלוה שמגיע לו שעורין או דבר אחר בתורת חיוב ויש כאן מחילה על השעבוד וסילוק מחיוב שיתחייב א"ע הלוה בהודאתו זולת חיטין וכיון דהי' בבת אחת כיון שחל המחילה על השעבוד דבא לעולם חל נמי על הסילוק אף שלא בא לעולם ויש לו זכות מן התורה דזה

אינו דכתב רמ"א בסימן ר"ט סעיף ז' בהקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם בבת אחת דמי לקני את וחמור הנזכר בסי' ר ג ס"חי ובמס' ב"ב דף קמ"ב נחלקו לר' נחמן קנה מחצה ולר' המנונא לא קנה כלום ולרב ששת קנה הכל, וא"כ בנ"ד בסילוק בדבר שלא בא לעולם בדבר שיש לו זכות מן התורה עם דבר שבא לעולם וברשותו בבת אחת תלי' במחלוקת הנ"ל וקשה לדידן דקיי"ל קנה מחצה וכן לר' המנונא אמאי פטור משעורין דהא הוא הלכה פסוקה כחכמים ולחד תי' של תוס' אפילו לרבן גמליאל פטור הא הסילוק לא מהני, ובשלמא לפוסקי' הסוברים הטעם דפטור משעורין מדטען חיטין ולא שעורין מחל לו על שעורין, אבל לא הודה המלוה דבאמת הי' חייב לו שעורין א"ש דמועיל מחילה דהוי דבר שבא לעולם וברשותו כיון שהי' חייב לו דאפילו חוב שלא הגיע זמן פרעון אם מחל המלוה מהני דלא הוי דבר שלא בא לעולם כיון שכבר נעשה השעבוד כמ"ש בש"ות מוהר"י קולן זלה"ה שורש פ"ט הובא בספר שערי המלך בפרק כ"ב מהלכות מכירה הלכה ט', אבל לפי תוס' שכתבו טעמא דהודאה ומחילה וביאורו הסמ"ע וסייעתו כוונתם דממילא הוי מחילה והיינו סילוק כמו שכתבתי לעיל קשה היאך יכול לסלק לשיטת תוס' כיון דהוי דבר שלא בא לעולם:

ולכאורה עלה בדעתי לומר דהנה המעיין יראה מיש קצת שינוי לשון בין רש"י לתוס', דרש"י כתב וז"ל דהא אמר לי' תובע לאו שעורין יהבי לך ואחולי אחיל גבך יע"ש מורה להדי' שעיקר הטעם משום הודאה דכתב לאו שעורין יהבי לך ותוס' כתבו בד"ה לימא וז"ל דסברא דהוא פטור דכיון שהודה לו שאין חייב לו שעורין ומחל לו יע"ש, וא"כ יש לומר לולי דברי סמ"ע וסיעתו שאין כוונתם לומר שהודה שמעולם לא הי' חייב לו שעורין כי לא נתן לו וממילא הוי מחילה, דא"כ לא יוצדק כל כך לשון מחילה רק לשון סילוק, רק יש לומר כוונתם דאנן אמרינן שהודה שלעת עתה אינו חייב לו שעורין כי מ מוחל לו החיוב, וזהו גופא הוא הודאה שמודה שמחל לו ושפיר מהני מחילה דהא גם לפי דברי המלוה הי' חייב לו שעורין והוי דבר שבא לעולם וברשותו ומחילה אין צריכה קנין אבל אכתי קשה כיון דחיוב ודאי וכמש"ל ופטור ספק דאיכא ספק אם הודה שלא חייב כלל וממילא הוי סילוק או הודה שמחל לו והלוה אין יכול לידע כוונתו, כי אף דמוכח מטענתו חיטין שמחל על השעורין לא מוכח אי מחל על החיוב אשר יתחייב א"ע הלוה אי מחל על החיוב שכבר הי' חייב הלוה דזה לא מוכח מלשונו ואין ספק מוציא מידי ודאי כי אולי הודה שלא חייב כלל שעורין ולא מהני הסילוק, ותו כיון דבעינן מוכח לכל כוונתו והא לא מוכח לכל באיזה אופן הודה, ואף אי הודה באופן המועיל לא מהני דהוי דברים שבלב כיון דלא מוכח לכל שהודה באופן המועיל על פי

דין תורה, מיהו לפי' רש"ל לק"מ דהא לא מתחיל המחילה רק לאחר שחזר ואמר התובע שמגיע לו רק חיטין וכבר אמר הנתבע שעורין ובא לעולם החיוב אך תוס' בע"כ לא ס"ל כרש"ל כמ"ש בפרט הקדום וא"כ תוס' לשיטתם קמה הקו' הנ"ל ודוק היטב כי הוא קו' נכונה להמבין והמעיין היטב, והוא דבר שראוי' לעמוד עליו:

ח אמנם כד דייקינן יש ליישב קו' זו דאיתא במס' ב"ב דף מ"א ע"א ר' ענן שקיל בידקא בארעא אזיל הדר גודא בארעא דחברי' אתא לקמי' דר' נחמן אמר לי' והא אחזקי' לי' א"ל כמאן כר' יהודא ור' ישמעאל דאמרי כל בפניו לאלתר הוי חזקה לית הלכתא כוותייהו, א"ל והא אחיל דאתי וסייע גודא בהדאי פי' רשב"ם וז"ל והא יש לי טענה ודאית שהקנה לי קרקע דיש לי עדים שראו שהי' מסייע לי לבנות הכותל וכמאן דאמר לך חזק וקני דמי יע"ש אמר לי' מחילה בטעות הוא אנת גופא אי הוי ידעת לא עבדת כי היכי דאת לא הוי ידעת הוא גם לא הוי ידע יע"ש נתבאר לילי הטעם דמחילה בטעות הי' נקנה ע"י שתיקתו כיון שהי' מסייע לו לבנות הוי כהקנה לו באופן המועיל ונ"מ לדינא כמ"ש בטור ח"מ סי' קמ"ב בשם רבינו יונה אם המסייע מודה שידע שהכניס שכנגדו בשלו הוי חזקה, אע"פ שלא ידע הבונה וכן קיי"ל בש"ע שם סעי' ב' וכמ"ש בסמ"ע ס"ק ח' דאנן סהדי דמחיל וקשה היאך נקנה קרקע במחילה כדאי' בח"מ סי' רמ"א ס"ב ובסמ"ע ס"ק יו"ד מיהו רשב"ם תיקן בלשונו כמאן דאמר לך חזק וקני דמי, וכן כוונת הטור במ"ש גמר ומקנה, ואכתי קשה ניהו שמוכח מכח מחשבתו הניכר מתוך מעשיו שסייע לו שמחל לו הא אילו אמר להדי' מחיל לך לא מהני בקרקע כי אם כשיאמר לך חזק וקני ולא עדיף דברים שבלב מאם אמר להדי' שאם הי' בלבו לשון שמחיל לו לא מהני והא על זה לא מוכח ממעשה שסייע לו דלמא הי' בלבו לשון שאינו מועיל ע"פי דין תורה ובשגם כיון דקיי"ל דברים שבלב לאו דברים כי אם היכי דמוכח לכל העולם והכא לא מוכח לכל העולם כוונתו שהי' באופן המועיל ועל דיבור זה לך חזק וקני הוי דברים שבלב ואינם דברים, וצריך לומר דאמדו חכמים דעת בני אדם כשרוצים לעשות דבר לטובת חבירו ליתן במתנה וכיו"ב לטובתו רוצה שיהי' באופן המועיל ע"פי דין תורה דכיון שרוצה להפיק מחשבתו להטיב עם חבירו אנן סהדי שכוונתו באופן המועיל על פי דין תורה, ולכן כיון שהאי גברא רוצה באמת ליתן מתנה לחבירו רוצה שיהי' נקנה המתנה באופן המועיל על פי דין תורה, ואמרו חכמים באומדנא דמוכח שכן הי' דעתו, וראי' לזה ממ"ש הר"אש במס' קדושין דף י"ג סי' כ' במשאיל טבעת לאוהבו אנן סהדי שדעתו ליתן לו בכל יפוי ולשון כח שבעולם המועיל על פי דין תורה ואם לא יועיל לשון שאלה יתפוס לשון אחר והביא הרבה דמיונות לזה יע"ש, והוי כאילו אמר לך חזק וקני,

וא"כ יש לומר ה"ה בטענו חיטין, כיון שאנן אומדין דעתו שאינו רוצה רק חיטין ומוחל ללוה השעורין, מסתמא מחל באופן המועיל ע"פ דין תורה ואמרינן שהודה לו שאין לו עכשיו תביעה משעורין כי מוחל לו ומודה שמחל ומחילה מהני בדבר שהוא ברשותו, הגם בשיטת רש"י ההכרח לומר כסמ"ע מיהו לרש"י בלא"ה לק"מ כמו שכתבתי לעיל דרש"י סובר דהודאת בע"ד מהני על למפרע ועיקר הקו' הוא רק לשיטת תוס' ולתשב"ץ וריב"ל הנ"ל ולשיטתם המעיין בלשונם בד"ה לימא שפיר יש לומר כפירושנו, איבראי למעיין בספר שיטה מקובצת במס' ב"ב דף כ"ח ע"ב ד"ה אלא מעתה מ"ש בשם רשב"א לא מוכח מסוגי' דב"ב דיש לומר שאני התם כיון שעשה מעשה בידים וסייע לגדור וכמו שכתבתי בכלל שתיקה כהודאה שהטעם הוא משום שאין אדם עושה מעשה לבטלה ויש לומר בעלמא היכי דליכא מעשה וגם היכי דלא הי' דיבור לבטלה יש לומר אולי לא הקנה באופן המועיל, אבל התוס' אינם משועבדים לסברת רשב"א ושפיר יש לומר דס"ל כדמשמע מהר"אש שהטעם הוא היכי דחזינן שרצה להטיב עם חבירו מסתמא רוצה שיהי' הענין באופן המועיל לחבירו דוק ותשכח כדברי בהרבה מקומות בש"ס ופוסקי' וא"ש, ואין להקשות לדברינו לשיטת התוס' בכתובות דף ט' ע"ב ד"ה אי למיתב שמוציאין ממון ע"י ספק ספיקא והסכים לזה הבית שמואל בסי' נ"ג וסימן ס"ח אמאי פטור מלשלם שעורין הא איכא ספק ספיקא, חדא דלמא לא הודה כלל על שעורין ולא הי' הודאה ומחילה, ואת"ל שהודה מנלן שהודה שאינו חייב לו שעורין עכשיו ומהני כי הודאה הוא על מחילה דהוי ברשותו דלמא הודה שלא הי' חייב לו שעורין כלל וממילא הוי סילוק אם יתחייב א"ע בשעורין ולא מהני כי אין יכול לסלק מדבר שלא בא לעולם, ואפי' לחולקים על תוס' וסוברים שאין מוציאין ממון ע"י ספק ספיקא משום כח של המוחזק בממון שיש לו חזקת ממון אלימא יש לומר דמודו הכא כיון דחיוב הוא ודאי דלפי דברי שניהם חייב בודאי שעורין דיש בכלל מאתים מנה ושעורין בכלל חיטין איתרע חזקת ממון, דז"א דמבואר בכללי ספק ספיקא דעת כמה פוסקי' דלא אמרינן ספק ספיקא נגד חזקה ומכ"ש נגד שני חזקות והכא איכא חזקה דמחיל כיון שלא תבעו שעורין איכא הוכחה דמחיל והוי בגדר אנן סהדי כמ"ש הסמ"ע בס"ק כ"ח וש"ך ס"ק כ"ג דאנן סהדי דמחיל לו וגם חזקה שמן הסתם הקנה לו באופן המועיל ואף אי נימא כיון דספק ספיקא הוא מטעם רוב כמ"ש רשב"א סי' ת"א ובתשובת נודע ביהודא הוכיח דרובא עדיף משני חזקות, מ"מ בנידון דידן לא מהני ספק ספיקא דנגד כל ספק וספק איכא חזקה הסותר לספק דנגד ספק דלא מחיל איכא חזקה דמחיל ונגד ספק דלמא הודה באופן שאינו מועיל איכא חזקה שמן הסתם הקנה לחבירו באופן המועיל וא"כ

אפי' נימא כפוסקי' דאמרינן ס"ס נגד חזקה כיון שהוא מטעם רובא דעדיף מחזקה וה"ה נגד שני חזקות היינו אם אין החזקות סותרים לכל ספק וספק בפני עצמו אבל הכא כיון שסותרים החזקות לכל ספק בפני עצמו איך אפשר לחשוב בגדר ספק כיון דאיכא חזקה שאינו כן ובשגם כי החזקה הוא בתוך הספק, וכן ראיתי סברא זו בפרי מגדים וז"ב ואין להקשות לפמ"ש הסמ"ע בס"ק כ"ה וכ"ו נראה בדעת מחבר וסיעתם בתפס המלוה שעורין אפי' לאחר שעמד בדין ג"כ מהני תפיסתו דכיון שהוא מוחזק יכול לומר יודע אני בעצמי שלא הודיתי ולא מחלתי אלא שלא רציתי לתבוע בפעם אחת וש"ך בס"ק כ"ג השיג על זה דלא מהני תפיסה לשיטת הפוסקים משום הודאה ומחילה כי אם קודם שעמד בדין ועיין בא"ות ס"ק יו"ד ומבואר למעיין שם שנחלקו אי אמרינן חזקה דמחיל ולשיטת הסמ"ע דתפיסה מהני בע"כ צריך לומר דלא הוי חזקה דמחיל רק מספק אין יכול המלוה להוציא מן הלוה שעורין, ואף דבעלמא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי יש לומר דשאני הכא כיון דאיכא ספק לב"ד אם מחיל ואין הספק בא מבעל דין לבד איתרע החזקת חיוב וכעין זה מחלק רשב"א בגיטין דף ע"ח ע"ב גבי מחצה על מחצה להמעיין היטב וא"כ לפוסקי' דאמרינן ס"ס נגד חזקה אמאי פטור משעורין לכ"ע בלא תפיס הא יש ספק ספיקא דלמא לא מחיל ואת"ל דמחיל דלמא לא הי' באופן המועיל ע"פ דין תורה דהא ליכא רק חדא חזקה שמן הסתם הוא באופן המועיל ז"א וכמה תשובות בדבר חדא אפי' לפוסקי' דאמרינן נגד חזקה י"ל באיסורא ולא בממון ותו י"ל כיון שאין שני ספיקות סותרים לחזקה רק ספק אחד סותר לחזקה לא אלים כיון שאין הספק השני מצטרף לסתור החזקה, וכן ראיתי בספר פרי מגדים, ותו י"ל כעין שמחלק מוהרי"ק סי' ע"ב ותשובת מוהרי"ט סי' כ"ג דחזקה דאתי' מכח סברא עדיף אפי' מרובא יש לומר נגד חזקה זו לא מהני ספק ספיקא, וחזקה זו שמן הסתם כשרוצה להטיב עם חבירו וליתן כוונתו באופן המועיל אתי' מכח סברא, ותו כל דברינו הוא רק לשיטת תוס' והם סוברים באמת ל"מ תפיסה בשעורין דאיכא חזקה דמחיל והוי ס"ס נגד שני חזקות דלא אמרינן כנ"ל וא"ש ודוק:

ט ובדברינו הנ"ל יש לפרש היטב סוגי' דב"ק דף ל"ה ע"ב בדרך פלפול ויתיישב כמה קו' בס"ד, דהנה שם בש"ס מתקיף רב פפא הי' אחד גדול ואחד קטן ניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק אחד תם ואחד מועד ניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר לא כי אלא תם הזיק המוציא מחבירו עליו הראי' הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק נימא תיהוי תיובתא דרבה בר נתן דאמר טענו חיטין והודה בשעורין פטור יע"ש. ולכאורה קשה דבע"כ גם לרש"י ותוס' אף לפי' הר"אש שהבין בכוונתם, וכן הבינו רבינו

ירוחם ויש"ש דטעמא דרבה בר נתן משום מחילה, מ"מ במתניתן לא שייך מחילה רק הודאה כמ"ש ר"אש (ולקו' הר"אש בע"כ לא חשו דס"ל דהש"ס מדמי ז"לז ובע"כ הי' להם איזה תירץ המפורש במפרשים) וכן לפי פירושינו בכוונת תוס' דטעמא דרבה שמודה שאינו חייב לו עכשיו ומודה שמחל בנידון דמתני' לא שייך לומר דמודה שמחיל לי דהא באמת לא הזיק רק אחד וכיון שגדול הזיק לא שייך מחילה על קטן דלא דמי לחיטין ושעורין דיוכל להיות שמגיע לו גם שעורין ומודה לו ע"ז שמוחל מעכשיו משא"כ הכא שרק אחד הזיק וכיון שגדול הזיק פטור מקטן, ובע"כ צריך לומר דש"ס סובר דראוי' לומר שמודה לו שקטן לא הזיק לו מעולם ולא הי' חייב מעולם מקטן וא"כ קשה קו' הנ"ל באות זיי"ן מאי מקשה הש"ס דלמא מש"ה שקיל כדאמר מזיק דלא דמי לדין של רבה דהתם לא מהני אודייתא דהלוה שנימא דהחיוב מתחיל מיום שהודה דאנן אמרינן שמלוה מודה שמוחל החוב והיינו שאינו מכחיש ללוה שהי' חייב לו שעורין ומוחל לו ומהני כיון שהוא ברשותו, משא"כ הכא דלא שייך הודאה על המחילה שפיר מחויב המזיק לשלם כדאמר דאף דניזק מודה שלא הזיק הקטן מ"מ כיון שמזיק מודה שקטן הזיק חייב מטעם אודייתא שהתחייב את עצמו בדבר שאינו חייב כמו אודייתא דאיסור וכמו היכי שמודה בדבר שידעינן שאומר שקר מ"מ יכול לחייב א"ע בדבר שאינו חייב ממון והוא כמתנה ה"נ נימא כן כמ"ש הא"ות הנ"ל, וע"ז לא שייך ג"כ מודה בקנס דזהו היכי שהחיוב בא מכח שנאמן שהזיק והיינו אם לא הי' הודאת חבירו המתנגד פטור כשמודה בקנס כיון שעיקר החיוב בא מחמת ההיזק שהזיק שורו לשור חבירו אמרה תורה מודה בקנס פטור, משא"כ הכא כיון שהודאת הניזק לחובתו הוא כעדים ונאמן שקטן לא הזיק ומה שאומר המזיק שקטן הזיק ורוצה ליתן לקטן הוא שמתחייב א"ע בדבר שאינו חייב ורוצה ליתן מתנה לניזק וכיון שהתחייב א"ע בבית דין חל החיוב, ואין לו שם קנס רק שרוצה ליתן השור במתנה, ואף אי בימא דהוי מודה בקנס כבר כתבו מפרשים שיש עדים שנגח אחד מהם או למ"ד פלגא נזקא ממונא יע"ש. ואין לומר דקו' רב פפא דנימא כיון שהודה שגדול הזיק ולא קטן הוי ממילא סילוק שאף אם יודה לו המזיק שקטן הזיק ויתחייב א"ע מ"מ מסלק א"ע מחיוב, דז"א דהא הוי דבר שלא בא לעולם כיון שלע"ע אינו חייב לו כלום בשעה שטוען שגדול הזיק ואין יכול לסלק בדבר שלא בא לעולם במידי דיש לו זכות מן התורה ולא דמי לדרבה, מיהו קו' זו יש לישב לפמ"ש הראשונים זלה"ה דמסתמא מיירי שיש עידי נגיחה, רק שאין יודעין מי נגח ולכל הפחות מגיע לו קטן שפיר שייך מחילה על הקטן שהי' לו זכות לפי דברי

העדים דהוי דבר' שבא לעולם דהעדים כבר היו בעולם והודאתו לחובתו מהני שמוחל את הקטן אשר הי' לו זכות על ידי עדים:

י אמנם יש לה להתבונן, דהנה תוס' כתבו במס' ב"ק דף ל"ג ע"ב ד"ה איכא בינייהו, לר' עקיבא דסובר שותפי נינהו קיימא ברשותא דניזק משעת הנזק קודם העמדה בדין וחשבינן כאילו בא חצי נזק לידו מאותו שעה ולא דמי לשאר קנס דאינו זוכה עד שעת העמדה בדין דהכא גלי קרא דזוכה משעת נגיחה יע"ש, ואולם בספר שיטה מקובצת בחידושי לב"ק שם ד"ה ולענין פסק כתב בשם הרב המאירי שגדולי המחברים תופסין בזה שיטה אחרת ויראה מדבריהם שדברי ר' עקיבא לאחר שעמד בדין נאמרו, ומתוך כך פסקו שקודם שעמד בדין מכרו המזיק מכור אלא שהניזק חוזר וגובה ממנו שהרי כאפותיקי ואינו דומה לשאר אפותיקי של מטלטלין שכיון שנגח יש לו קול והרי זה כעבד שעשאו אפותקי ואם הקדישו מוקדש משום דר' אבוהו אבל אם עמד בדין אם מכרו אינו מכור ואם הקדישו אינו מוקדש יע"ש ולפ"ז יש להתבונן לשיטת המחברים הנ"ל דקודם העמדה בדין יש לו דין אפותקי ואנן קיי"ל אפי' באפותקי מפורש יכול הלוה לסלק. במעות כדאי בסי' ק"ג סעי' ו' ובסי' קי"ז בע"כ כן הוא לשיטתם דקודם העמדה בדין יכול המזיק אפי' לר' עקיבא לסלק במעות כיון שמכרו מכור רק לאחר העמדה בדין אין יכול לסלק במעות ובש"ע ח"מ סי' פ"ח סעי' י"ג כתב מחבר דין המבואר בנמוקי יוסף היכי דטען דאית לי' גבי חפץ פלוני דשווי' אפותיקי ניהלי' במנה והלה מודה בחמישים זהובים דאוזפא בהלואה גרידא הוי הודאה שאינה ממין הטענה ופטור מתשלומין ומשבועה והנמוקי יוסף למד כן מסוגי' ממועד הזיק את הגדול והמזיק אומר לא כי אלא תם הזיק ולית לך אלא חצי נזק מגופו דאמרינן דהוי טענו חיטין והודה בשעורין, ותמה הש"ך בס"ק כ"ז על זה כיון דיכול הלוה לסלקו במעות, א"כ הוי כתובעו תן לי חפץ כזה או דמי חפץ זה וכשמודה לו בחמשים זוז דאוזפי' הו"ל הודאה ממין הטענה כיון דסוף סוף מודה לו במעות ולא מסתבר לומר כיון שהי' יכול ליתן לו החפץ בעל כרחו או כיון שאם הי' נאבד החפץ פטור לא הוי לי' הודאה ממין הטענה, אלא נראה כיון דסוף סוף יכול לסלקו במעות א"כ תובע ממנו חפץ או מעות מאה זהובי' והלוה מודה בחמשים זהובי' דהוי מודה במקצת גמור, ומה שלמד הנמוקי יוסף שם משור תם לא דמי דבשור תם אין יכול המזיק לסלק במעות דשותפין נינהו, ולכן פי' מ"ש נמוקי יוסף ומחבר דשווי' אפותיקי ניהלי' לאו דוקא אלא ר"ל שהלוה לו על מנת שלא להשתלם אלא מגופו דומי' דשור תם דהיינו כשהתנה עמו כשיגיע זמן פרעון יתן החפץ דוקא בשומא ולא יוכל לסלקו במעות ע"ש והש"ך שפיר כתב דהבין דהנמוקי

יוסף כתוס' וסיעתם דאפילו קודם העמדה בדין לר' עקיבא אין יכול לסלקו במעות וא"כ לשיטת מחברים הנ"ל דגם לר' עקיבא יכול לסלקו במעות קודם העמדה בדין קשה מאי מקשה רב פפא על רבה בר נתן ממתני' דאחד גדול ואחד קטן אחד תם ואחד מועד, דהא כיון שעדיין לא עמדו בדין ויכול המזיק לסלקו במעות כשתבעו גדול הזיק ומודה בקטן הוי ממין הטענה דהוי כתבעו תן לי חפץ זה או דמי חפץ זה ובשלמא בלא"ה לק"מ מנלן להש"ס להקשות דלמא אתי' כר' ישמעאל דאמר בעל חוב הוא ויכול לסלוקי בזוזי ולא הוי כטוען חיטין והודה לו בשעורין דיש לומר כיון דבבא אם הי' שניהם של איש אחד שניהן חייבין אתי' כר' עקיבא כדאי' בדף ל"ו ע"א וגם כיון דאי' בש"ס דכולה סתימאי אליבא דר' עקיבא מסתמא כל המתני' אתי' כר' עקיבא ובשגם כיון דקיי"ל כר' עקיבא, אבל לשיטת מחברים הנ"ל קשה, ולכאורה יש לישב קו' זו בפשיטות לפמ"ש הש"ך בסי' פ"ח ס"ק ט"ז אפי' אי הסוגי' אזלא למאן דאמר פלגא נזקא ממונא מיירי בלא עדים דמתני' מסתמא מיירי בלא עדים אלא משום קנס צריך עדים וא"כ משכחת לי' כשתבעו גדול הזיק והעמדתיך בדין ונתחייבת ע"פי עדים וזה אמר קטן הזיק ועליו נתחייבתי בדין, מיהו השתא ליכא עדים אלא מ"מ חייב כיון דעמד בדין וכתב כן לפי שיטתו דסובר כרמ"ה, כמו כן יש לומר בשיטתנו לפוסקי' שפירשו מטעם הודאה ומחילה, ושפיר מקשה רב פפא כיון דמתני' מיירי בסתם משמע שמיירי בכל גווני אפי' כשנחלקו בהעמדה בדין ניזק אומר שנתחייב בדין על הגדול והמזיק אומר על קטן דבכה"ג הוי חיטין ושעורין דכיון דלפי דבריו כבר עמד בדין טוען על גוף השור שאין יכול לסלקו בזוזי, ולק"מ על המחברים הנ"ל, אך לפ"ז הדרא קו' הנ"ל לדוכתי' דכיון דליכא עדים לפנינו לא מהני הסילוק מקטן דהא הוי דבר שלא בא לעולם כנ"ל, והי' מן ההכרח לומר דגדולי מחברים הנ"ל חולקי' על תוס' כתובות וסוברים דיכול לסלק א"ע בדבר שלא בא לעולם, אבל הוא דוחק כי מנלן לרב פפא להקשות אטו סברא פשוטה הוא דלמא סובר ר' חייא בר אבא דאין יכול לסלק בדבר שיש לו זכות מן התורה היכי שלא בא לעולם לכן נראה דגדולי מחברים הנ"ל הבינו דמתני' מיירי כפשוטו שיש עידי נגיחה רק שלא ידעו מי נגח כמ"ש הראשונים זלה"ה רק דס"ל אפילו באפותיקי דיכול לסלוקי בזוזי יש לו דין הודאה שאינו ממין הטענה כאשר מורה פשט לשון הנ"י ומחבר, ובישוב קו' הש"ך יש לומר כמ"ש האורים ותומים בסימן פ"ח ס"ק י"א ושפיר מיירי קודם העמדה בדין רי וכיון שיש עידי נגיחה מהני מחילה וא"ש:

יא ואכתי איכא למידק דהנה בראשונים זלה"ה מבואר דמתני' מיירי בב' אופנים למאן דאמר פלגא נזקא קנסא מסתמא מיירי שיש עידי נגיחה, ולמ"ד פלגא נזקא ממונא לא

מוכרח ויש לומר דמיירי שלא הי' עידי נגיחה, וא"כ קשה למאן דאמר פלגא נזקא ממונא כיון דלא הי' עידי נגיחה מאי מקשה רב פפא הא לא דמי לרבה בר נתן דהכא לא מצי לסלק מדבר שלא בא לעולם, ובע"כ צריך לומר כמ"ש אחרונים זלה"ה אפי' למ"ד פלגא נזקא ממונא דלא מוכרח, מ"מ כיון דמתני' סתמא קתני משמע דאיירי אפי' בעידי נגיחה ודלא כש"ך בס"ק ט"ז ושפיר מקשה רב פפא כיון דאי' במתני' סתם ולא מפליג משמע דמיירי בכל גווני הדין כן ואי לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק הא בכה"ג הוי חיטין ושעירין, ואולם קשה מאי מקשה רב פפא כיון דמתני' אתי' כר' עקיבא דסובר שותפי נינהו כדאי' שם, וכיון דפלגא נזקא ממונא ואיכא סהדי שנגח אחד מהם ועכ"פ מגיע לו הקטן ואינו יכול לכפור ולפטור א"ע דהא הוא ממונא, וקיי"ל בחשן משפט סי' כ"ט בעדים כל זמן שלא נחקרה עדותן בבית דין לא מהני עדותן חוץ לב"ד כלל דיכולין לומר מוטעין היינו ועיקר עדות היינו כשהעידו בב"ד וכן קיי"ל בח"מ סי' רמ"א סעיף ב' באם הי' לו חפץ אצל חבירו לא מהני מחילה, ובענין קנין באופן המועיל, וא"כ ק' בממ"נ מאי מקשה רב פפא הא לא דמי כלל לרבה ב"נ דאי מיירי שב"ד קיבלו עדות העדים קודם שטענו הבעלי דינים, כיון שברור לב"ד לפי דברי עדים מגיע הקטן לכל הפחות ולר' עקיבא שותפי נינהו הוי השור כפקדון ביד הניזק דכל היכי דאיתא ברשותא איתא לא מהני הודאתו שמחל לו דבכה"ג לא מהני מחילה כ"א קנין באופן המועיל ולא עדיף מחשבה מדיבור, ואי מיירי שהב"ד לא קיבלו העדות עד לאחר שטענו הצדדים ובשעה שטען הניזק גדול הזיק והודה על הקטן לא הי' עדים בדבר דכל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד אין להם שם עדות דאולי יסתרו זה את זה בדרישה וחקירה ולא הי' לניזק שום זכות בדבר כיון דאכתי לא נחקרה עדותן בב"ד והוי דבר שלא בא לעולם ואין יכול לסלק בדבר שלא בא לעולם במידי דהוי דאורייתא וקשה בממ"נ על רב פפא דלא דמי כלל להאי דרבה, מיהו לשיטת גדולי המחברים הנ"ל לק"מ דשפיר י"ל דקו' רב פפא הוא כיון דתנא דמתני' לא קמפליג משמע דמיירי בכל גווני ואפי' באו עדים והעידו קודם שטענו בע"ד דבכה"ג לא הוי דבר שבא לעולם כיון שעכ"פ יש לו זכות על הקטן ומ"מ מהני מחילה כיון דהוא קודם העמדה בדין, ואפי' לר' עקיבא יכול לסלוקי בזוזי ואין לו דין פקדון, אבל לשיטת תוס' הנ"ל דמיד כשהזיק עומד ברשות הניזק קשה קו' הנ"ל וכמו כן קשה למ"ש הראשונים דיש לומר דהסוגי' אזלא להלכה דפלגא נזקא קנסא אף דרב פפא הוא מרא דשמעתא, ובע"כ מיירי שיש עידי נגיחה, לא מבעי' לשיטת תוס' הנ"ל קשה קו' הנ"ל דאף שיש עידי נגיחה כיון דהוי כשותפי ואין יכול לסלקו בזוזי לא מהני מחילה ובעי קנין ואף לשיטת המחברים הנ"ל דלכאורה יש לומר דקו' רב פפא

הוא על מתני' כנ"ל מדאי' סתם משמע אף שקיבלו עדות העדים קודם טענתם א"כ עכ"פ הי' לו קצת זכות על קטן, ומ"מ לא הוי כשותף ממש ומהני מחילה כיון דלשיטתם קודם שנגמר הדין לא הוי שותף דבקנס אמרה תורה אשר ירשיעון אלהים דבעינן פסק דין וקודם שפסקו ב"ד שחייב אף שקיבלו העדות לא הוי שלו ממש כשותף דהא יכול לסלקו בזוזי ודמי למלוה שיש לו שעבוד נכסים דלא הוי כגבוי דאפילו לאביי דאמר למפרע הוא גובה דוקא כשגבאו לבסוף אפ"ה יכול למחול והוי דבר שבא לעולם כמ"ש מוהרי"ק כיון שיש לו שעבוד נכסים הוי דבר שברשותו ואין צריך קנין על מחילה כיון דלא היו שלו לחלוטין רק יש לו שעבוד ולא קמה ברשותו, וה"ה בשור זה אין לו רק שעבוד כיון שיכול לסלקו בזוזי ויכול למחול כי דמי ממש לכל המחילות השיעבודין, אבל לאחר העיון הקו' במקומה עומדת אפי' לשיטת מחברים הנ"ל, דהנה איתא בירושלמי הובא בתוס' דף כ"ט ע"א ד"ה על והר"ן במתני' דיתומה שנתארסה דקנס אין יכול למחול דהוי דבר שלא בא לעולם דאולי יודה ויפטר (ומצאתי בקצ"הח שכתב ירושלמי הלז לנידון שחידש הוא זלה"ה) ולכאורה יש לומר דה"מ בדליכא עדים אבל ביש עדים דלא מהני הודאתו יכול למחול, אבל הש"ך בסי' ת' סק"ו כתב דאפילו בעדים על מה שיכול לכפור הוי מודה בקנס והשיג על הטור והמ"מ, ומ"ש בתומים בסי' פ"ח על דברי הש"ך יפה השיג עליו בק"הח בסי' ת', וא"כ הכא בתבעו גדול הזיק ושוה חצי נזקו דהוא למשל מאה זהובים והודה בקטן שוה חמשים זהובים דעל חמשים זהובים אין יכול לכפור דהא יש עידי נגיחה ולכל הפחות קטן הזיק, ועל אידך פלגא חמשים זהובי' אף דהודה פטור דהא על זה יכול לכפור דהא לא ידע מסך הלז כי אם מחממים זהובי' וזהו בודאי דאף אי נימא דמחל על הקטן היינו שלא להשתלם מגופו אבל אי אפשר לומר שמחל לו בנזק כדי שיעור קטן שהוא סך חמשים זהובי', דלמה תובעו בגדול, דהא לא יהי' לו כלל דאם יודה בקטן פטור דמחל לי' ואם יודה בגדול הא בחמשים זהובי' שאין יכול לכפור כשיעור קטן מחל לו ועל המותר סך חמשים זהובי' ג"כ פטור המזיק כיון שמודה בדבר שיכול לכפור דעל חמשים זהובי' שגדול שוה יותר מקטן יכול לכפור דעדים לא ידעו מזה אלא ודאי דלא סילק ומחל רק שלא להשתלם משור הקטן מגופו וא"כ אכתי ק' קו' הנ"ל דהא ע"ז שסילק א"ע מקטן או מחל לא מהני דהוי דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו אף שיש לו עדים דהא אין יודעים למי נגח ואולי יודה בגדול ויהי' לו נזקו כשיעור קטן מגדול ולא יהי' לו שום זכות בגוף הקטן וממילא לא מהני הסילוק ומחילה כיון דתם אינו משתלם אלא מגופו והוא לא מחל רק על גוף זה, ועל מה שמחל לא הי' לו עכשיו שום זכות דודאי אם הי' מוחל המעות שעולה כשיעור דמי הקטן שפיר

הי' מועיל מחילתו דהוי דבר שבא לעולם וברשותו דעכשיו יש לו ג"כ זכות זה דעל זה א"י לכפור דעכ"פ מגיע לו כשיעור דמי הקטן מקטן או מגדול אבל בע"כ הוא לא מחל על זה רק שלא להשתלם מגוף הקטן ונגד זה הוי דבר שלא בא לעולם דאולי יודה בגדול דבע"כ כיון שתבעו בגדול בע"כ חושב שיודה לו כן דהא לית לי' סהדי על הגדול, וא"כ בממ"נ קשה אם באו עדים קודם שטענו ונחקרה עדותן בב"ד מ"מ כיון דהוא קנס א"י למחול דבר שלא בא לעולם דאולי יודה בגדול, ואי באו עדים אחר טענתם פשיטא בשעה שתובע בגדול לא הי' שום זכות וגם לא שייך מחילה כמ"ש הר"אש דלפי דבריו לא הזיק הקטן (דבשלמא אם יש עדים עכ"פ ספק לפנינו ב"ד ושייך מחילה) דק שייך לשון סילוק שמסלק א"ע מקטן אף אם המזיק יתחייב א"ע הקטן והא לשיטת תוס' לא מהני סילוק בדבר שב"ל או אינו ברשותו במידי דיש לו זכות מן התורה, ואף דר"ן כתב דרמב"ן שם חולק על ירושלמי כבר כתב המשנה למלך דהוא אזיל לשיטתו דסובר דיכול לסלק א"ע בדבר שלא בא לעולם אף במידי דהוי מן התורה אבל לתוס' שם אף דמחילה בקנס הוי כסילוק מ"מ אין יכול לסלק א"ע כיון דהוי מן התורה וא"כ הדק"ל, וצריך לומר דהסוגי' אזלא לר' עקיבא דסובר ביבמות דף צ"ג דאדם מקנה דשב"ל ה"ה דיכול לסלק מדבר שלא ב"ל או אינו ברשותו כיון דבלא"ה אתי' מתני' כר"ע דסובר שותפי נינהו הוי דחיקא לש"ס לומר דתיתי מתני' כמאן דסובר כוותי' בחדא ופליג בחדא, אך אכתי קשה לפי מאי דסובר ר' הונא במס' ב"מ דף ס"ו ע"ב דאפילו למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכול לחזור קודם שבא לעולם מאי מקשה רב פפא על רבה ב"נ אולי סובר דבעינן שיבוא לעולם כל הדבר אבל אם קצת בא לעולם יכול לחזור, אף דמשמע מרש"י שם קצת דאם קצת בא לעולם כמו חניטת פירות אין יכול לחזור מ"מ מנלן להקשות דלמא רבה פליג על זה, וא"כ הכא בקנס לפמ"ש לעיל בשם גדולי מחברים זלה"ה אפילו לר' עקיבא לא הוי שותף קודם שעמד בדין והוא כשאר קנס, ובכל קנס אמרה תורה אשר ירשיעון אלקים כל זמן שלא פסקו בית דין לא הוי בא לעולם ממש, דאף שיש עדים ומודה על הקטן א"צ לשלם עד שפסקו ב"ד, ואף שיש לומר שעכ"פ מקצת בא לעולם דאיכא קצת חיוב על ידי עדים והודאתו מ"מ כיון שלא בא לעולם כל הזכות שיש לו יכול לחזור ותו דנראה בקנס כל זמן שלא נפסק הדין מבית דין אף שים עדים ונחקרה עדותן בבית דין הוי כלא בא לעולם כלל דהתורה גזרה שעיקר החיוב יתחיל כשיפסקו הבית דין (ועיין בר"ן במס' כתובות בפרק נערה עלה דמתני' יתומה כו' ומשנה למלך בפ' כ"ג מאישות שם מבואר כדברינו שכתב בשם ירושלמי דקנס א"י למחול לפי שאינו זוכה עד שעת העמדה בדין ואין אדם מוחל דבר שאינו ברשותו) ובמתני' לא מבואר

להדי' דשקיל כדאמר מזיק דבאמת לשון המוציא כמ"ש תוס' בד"ה הא אינו דיוק כל כך כמ"ש בתומים סי' פ"ח ס"ק ז' דיש לומר דפרושי קא מפרש שבא להוציא צריך ראי' רק קושי' הש"ס הוא מדיוקא דמשמע דאי לא מייתי ראי' שקיל כדאמור מזיק או כמ"ש בשיטה מקובצת בשם תלמיד הר"פ ורבינו ישעי' דהו"ל למיתני פטור דאע"ג דברישא פטור לגמרי ולא קתני משום דליכא למיטעי אבל הכא דאיכא למיטעי אם איתא דפטור לגמרי הוי לי' למתני' פטור יע"ש, על זה שפיר יש לומר לכן לא תני פטור דבאמת אם קודם שנפסק הדין חוזר הניזק ממחילתו ואומר שרוצה בגדול או בקטן באיזה שיפסקו בית דין או שטוען שמא יכול לחזור מסילוק או ממחילה ולהכי תני המוציא מחבירו עליו הראי' דנ"מ אם לא מייתי ראי' יש גווני דשקיל כמו שאמר המזיק היכי שחזר קודם פסק דין דיכול לחזור ממחילה או מסילוק שסילוק א"ע מקטן ומנלן להקשות על רבה בר נתן:

יב ולענ"ד ליישב דהנה הש"ס מקשה לקמן על רבה ב"נ. תנן הי' הנזקין שנים אחד גדול ואחד קטן והמזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן, הניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן, והמזיק אומר לא כי אלא קטן את הגדול, וגדול את הקטן, המוציא מחבירו עליו הראי', הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק ואמאי חיטין ושעורין נינהו ומשני ראוי ליטול ואין לו, ומקשה הש"ס הרי זה משתלם על הקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן ומשני בשתפס, ובפי' ראוי' ליטול נחלקו רש"י פי' ראוי' ליטול אי מייתי ראי' ואין לו אי לא מייתי ראי' ותוס' פירשו ד"ה הא ראוי' ליטול אם תפס ואין לא אם לא תפס והקשו אחרונים זלה"ה על הפירושים פי' רש"י אינו מן המובן כלל ועל פי' תוס' קשה דמשמע כשמשני ראוי' ליטול לא ידע עדיין מתי' הש"ס דתפס, עוד הקשו רש"י ותוס' בד"ה ראוי' אמאי מוקי רב פפא המציעתא בניזק שמא ומזיק ברי ולא מוקי בברי וברי והפירוש ראוי' ליטול ואין לו, והש"ך בסי' פ"ח ס"ק ט"ו פירש לשיטת רמ"ה דיכול הנתבע לחזור מהודאתו, הפירש ראוי' ליטול כשאינו חוזר המזיק מהודאתו ואין לו אם חוזר יע"ש, ולפי זה לולי דברי ראשונים יש לפרש לשיטת רש"י ותוס' שפי' הטעם משום הודאה ומחילה על הסיגנון שכתב הש"ך בשיטת רמ"ה, דהנה הש"ך בסימן פ"ח ס"ק ט"ז הקשה מאי מקשה מנזקין שנים ומזיקין שנים לטעם הודאה או מחל מה מחילה והודאה שייך כאן שהרי אדרבא הוא תובע גם הקטן ורוצה יותר והניח בקו' ומיישב היטב בקצ"הח ס"ק ח' ע"פי דברי הנמוקי יוסף יע"ש היטב ודבריו ברורים, ובלחם משנה בפ"ט מנזקי ממון כתב אף אי נימא דקו' ראשונה ממציעתא לרבה הוא למ"ד פלגא נזקא ממונא כיון דרב פפא מקשה כן דסובר בדף ט"ו ע"א אבל קו' מנזקין שנים דסתם גמרא הוא

דמקשה כן בודאי הוא לפסק הלכה דקיי"ל פלגא נזקא קנסא, וא"כ א"ש דלכאורה כעין קו' הנ"ל שהקשיתי על דב פפא, ע"פי הכלל דאין יכול לסלק מדבר שלא בא לעולם קשה כמו כן לפי הוצעת דברינו הנ"ל ג"כ בהא דמקשה הש"ס מהנזקין שנים לשיטת ירושלמי דאין יכול למחול או לסלק דשלב"ל בקנס מה מקשה כיון דפלגא נזקא קנסא קודם שפסקו ב"ד הוי לבר שלב"ל ואף דר' עקיבא סובר אדם מקנה דבר שלא ב"ל ומתני' כר"ע הא יכול לחזור קודם שבא לעולם וקודם שפסקו ב"ד הפסק הוי לא בא לעולם ולכן לא תני פטור רק המוציא מחבירו ע"ה דנ"מ אי לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק היכי שהניזק חזר ממחילה ומסילוק ואולם יש לומר זהו באמת תירץ הש"ס ראוי' ליטול היינו כשתובע חוזר קודם פסק דין ממחילה ואין לו אם עומד בהודאתו דלאחר פסק דין אין יכול לחזור כיון שבא לעולם, וכעין שפי' הש"ך לרמ"ה על הנתבע כמו כן לפירושנו קאי על התובע, ולפ"ז מיושב קו' רש"י ותוס' דלא מצו רב פפא לתרץ ראוי' ליטול ואין לו דרב פפא לשיטתו דסובר פלגא נזקא ממונא, לא מבעי' אם יש עדים שאחד מהן הזיק ומודה על הקטן בודאי אין יכול לחזור אף קודם פסק דין דהא כבר בא לעולם שא"צ לפסק ב"ד על הודאת הקטן, ואפי' כשאין עדים על קטן כיון שמודה בפני ב"ד ופלגא נזקא ממונא נתחייב מיד לשלם דבממון מיד שהודה נתחייב וא"צ עדים ופסק דין, ומוכרח לאוקמי בניזק שמא ומזיק ברי, משא"כ הכא בהנזקין שנים קאי להלכה דפלגא נזקא קנסא שפיר יש לומר ראוי' ליטול ואין לו, וע"ז מקשה מברייתא דתני' ה"ז משתלם מן הקטן וכו' דבשלמא במתני' י"ל ראוי' ליטול ואין לו דבמתני' לא מבורר להדיא דנוטל כדאמר מזיק רק מדיוק כנ"ל שפיר י"ל דהדיוק הוא באם חוזר מהודאתו ראוי' ליטול, אבל בברייתא דמתני כן על מתני' ה"ז משתלם דחיקא לאוקמי שחוזר התובע מהודאתו דהא במתני' לא נזכר להדי' שחזר מהודאתו, ותו דברייתא בא לפרש ולא לסתום וכן מוכרחין אנו לפרש כן לשיטת רמ"ה כפי הבנת הש"ך ולכן דחיקא לי' לפרש ראוי' ליטול וע"ז משני כשתפס והיינו קודם שעמד בדין וכמ"ש הפוסקי' הובא בטור ורמ"א סי' פ"ח סעי' י"ב, ואפי' תפיסה בעדים מהני והם ז"ל כתבו הטעם שיכול לומר מה שלא תבעתי שעורים מפני שהייתי מוחזק בהם יע"ש בסמ"ע ס"ק כ"ז ובח"כ ס"ק כ"ג, ולולי דבריהם יש לומר טעם אחר דהא דמחילה אין צריך קנין היינו כשהלוה מוחזק, אבל כשמלוה מוחזק ומוחל לא מהני מחילה וצריך קנין וא"כ ה"ה אף לפמ"ש בשם גדולי מחברים הנ"ל שאפילו לר' עקיבא קודם שעמד בדין יכול המזיק לסלקו בזוזי ואין לניזק עליו רק שעבוד מ"מ כשמוחזק בשעבוד ומוחל לא מהני בלי קנין, ומצאתי בספר שיטה מקובצת שכתב כן בשם גליון תוס' וז"ל ותוס' משאנטץ כתבו וז"ל לא צריכא דתפס פי' קודם

שתבעו דהא דפטרינן טענו חיטין והודה לו שעורין היינו טעמא דהוי כאלו מחל לו שעורין אבל השתא דתפס הקטן והגדול ואחר כך תבעו לגבות מהם לא מהני מחילה בדבר שאדם מוחזק בו יע"ש, והנאני שכוונתי לדעת הגדול, הגם שיש לומר שהוא ז"ל סובר כתוס' הנ"ל לר' עקיבא הוא שותף בשור בשעת הנזק אף קודם שעמד בדין, וכיון שהוא שלו לגמרי צריך קנין כדין מתנה, משא"כ לשיטת מחברים הנ"ל שאין לו על גוף השור קודם שעמד בדין רק שעבוד יש לומר כשמוחזק בשעבוד סגי במחילה בלא קנין, מ"מ נראה להביא ראי' שבכה"ג צריך קנין דאיתא בטור ח"מ סי' י"ב וז"ל אבל מחילה אין צריך קנין כתב הר"ר ישעי' זלה"ה מה שצריכין דוקא במידי דמצי למיהדר בי' כגון באתן לך או במחול לך ותפיס שטרא אבל במחול לך ולא תפיס שטרא אינה צריכה קנין וא"א הר"אש זלה"ה לא חילק יע"ש, וכן הובא מחלוקת הלז בש"ע ח"מ סי' רמ"א סעי' ב' בש"ך ס"ק ד' שהוא מחלוקת ירושלמי וכתב הב"ח שם על דברי רבינו ישעי' וז"ל פי' במחול לך ותפוס שטרא סבר הר"ר ישעי' דהלכה כב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי וכדעת רוב הפוסקי' וחשיב התובע מוחזק ודינו כאתן לך יע"ש, וכבר השיג עליו הש"ך בסי' י"ב סע"ק י"ז שדבריו תמוהין דהא קיי"ל הלכה כב"ה דלא הוי כגבוי (ועיי' ב"ש סי' ט' ס"ק ד' ותוס' סוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה וב"ה וש"ות שבות יעקב חלק א' סי' ק"כ) ובאמת דבריו תמוהין כי הב"ח בעצמו בח"מ סי' ס"ז תמה על מוהר"יק בשורש צ"ב שר"ל כן להלכה כב"ש דהוא נגד הלכה, ועיי' בכנסת הגדולה בח"מ סי' כ"ה בכללי קים לי ס"ק כ"ה וסי' פ"ב בכללי מגו ס"ק נ"ז, מיהו ת"ח שאמר דבר הלכה אין מזניחין אותו דיש לקיים דברי הב"ח לפמ"ש בתשובת הרמ"בן סי' ק' והובא בש"ך בספר תקפו כהן אף דקיי"ל כב"ה דלא הוי כגבוי מ"מ נקרא בעל השטר מוחזק מחמת שעבוד נכסים כן מוכרח לומר להמעיין היטב בש"ך שם, ומהאי טעמא צריך קנין, וא"כ ה"ה בתפס כיון שמוחזק בשעבוד צריך קנין, מיהו לפמ"ש הש"ך בח"מ סי' ס"ו ס"ק ע"ד מוכח היכי דמוחזק בשעבוד ומחל מהני אף בלא קנין דכתב שם על מה דקיי"ל שם כשמואל דהמוכר ש"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול אפי' למאן דאמר דמחילה לא מהני היכי דתפס שטרא מודה הכא דהא ליתא שטרא בידי' דליהדר לי' כן כתב בעל העיטור יע"ש, וש"ך סובר כסברת רמ"בן דבעל השטר הוי מוחזק כמ"ש בספרו תקפו כהן לענין תפיסה אע"כ דסובר אפילו כשמוחזק בשיעבוד כיון שחבירו יכול לסלקו בזוזי מהני מחילה רק הטעם דלא מהני בתפס שטרא דמוכח דלא מחל בלב שלם מדלא החזיר השטר אי אפשר לפרש פי' הנ"ל דהכא יש לומר דמחל בלב שלם, ומה שלא החזיר דרצה

לגבות כפי תביעתו לגדול מן הגדול ואם יחזיר יאמרו שמחל כשיעור נזק דקטן ולא יהי' לו כלום כנ"ל באריכות ובע"כ צריך לומר הפי' בתפס כפשוטי ולק"מ קו' הנ"ל:

ודע דלכאורה ק' לפי' גליון תוס' הנ"ל מהא דאי' בגיטין דף מ' ע"ב ת"ר האומר נתתי שדה פלוני לפלוני כו' ר' אומר קנה אמר ר' יוחנן וכולן בשטרי ופי' הר"ן דכי אמר דרך הודאה אפילו בעל פה נמי והיינו דהוי הודאה שהקנה לו כבר ועיין בב"י ח"מ סי' ק"ץ וכן אי' בש"ע ח"מ סי' ס' סעי' ו' בהג"ה בשם הרבה פוסקי' דכל האומר נתתי לפלוני כך וכך הוי הודאה ואין מדקדקין כיצד נתן דמאחר שהודה אמרינן דודאי נתן באופן המועיל למקבל מתנה, וא"כ מה מהני הכא כשתפס כיון דאמרינן דשתיקה הוי כהודאה נימא שהודה שמחל באופן המועיל ע"פי קנין ויש לומר דס"ל כשיטת הר"יף המובא שם דלית לי' האי כללא ועוד יש לדחות כנלע"ד נכון בדרך פלפול ודוק היטב בכל מ"ש בפרט זה:

פרט ה

יבואר היכי דיש עדים על השעורין אי חייב לשלם:

יג הטור בסי' פ"ח כתב בשם בעל התרומות אפילו יש עדים על השעורין פטור דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ובש"ע שם סעי' י"ב הובא דיעה זו בשם יש מי שאומר ובעל התרומות בשער נ"ב חלק י"ח, כתב דמיון לזה באומר לחבירו כתבתי ונתתי לך שדה והוא אומר לא כתב ולא נתן לי דאמרינן בפרק השולח דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ואחר כך בהלכה י"ט ב' ומסתברא שאע"פי שעדים מעידין על השעורין פטור אף מדמי שעורין, וטעמא דמילתא שכבר הודה שאין חייב לו שעורין דהודאת בעל דין כמאה עדים והרי הוא כמכחיש עדיו יע"ש והובא בבית יוסף וראיתי בר"מבן בספר מלחמות ר"פ הפרה הובא בקצ"החח סי' פ"ח סק"ט שכתב כיון דשניהם אומרים ברי זה אומר חייב אני לך שעורין וזה אומר אינו חייב לך אוקי ממונא בחזקת מאן דתפיס ולא מזדקקינן להו כמו גבי נתתי שדה פלוני לפלוני יע"ש, וכוונתו ששם הקשו הראשונים זלה"ה אמאי אזלינן בתר הודאת המקבל ניזול בחר הודאת הנותן ותירץ רש"בא בחידושיו כיון שמקבל הודה שלא נתן ארעא בחזקת בעלים הראשונים עומדת וא"כ הכא במטלטלין אזלינן בתר המוחזק כמ"ש תוס' כתובות דף כ' ע"א והוי לי' להביא מדברי בע"הת הנ"ל שבע"כ כוונתו ג"כ כמ"ש רמ"בן והוא במקומו, ועיין בחידושי רש"בא וריטב"א בקידושין דף ס"ה ע"ב ובדברי רמ"בן ובעל התרומות הנ"ל נראה לענ"ד לפרש דברי תוס' בב"ק דף ל"ה ושבועות דף מ' ע"א שכתבו לרבן גמליאל פטור מלשלם שעורין וחייב שבועה דאורייתא, שכתבתי בפרט ב' מה שהקשו על דבריהם הש"ך ואורים ותומים

יע"ש ובהנ"ל יש להסביר הטיב דבריהם, דהנה יש לחקור בהא דקיי"ל מספיקא אין מוציאין ממון מן המוחזק דאלים חזקת ממון אי מספיקא חייב שבועה דאורייתא דיש לומר גם לענין שבועה אזלינן בתר חזקה כיון שקודם שנולד הספק הי' בחזקת שפטור משבועה, והנה הש"ך בסי' פ"ז ס"ק ט"ו כתב בשתי כיתי עדים המכחישין זו את זו אמרינן סליק עדותן דתרווייהו כמאן דליתא, ואי הי' חייב שבועה דאורייתא בלא עדותן כגון שבועת שומרים או מודה במקצת או היסת שייך השתא ג"כ הך שבועה יע"ש מבואר להדי' דסובר היכי דנחלקו אי חייב שבועה דאורייתא כיון דהכחשה הוא בזה גופא פטור משבועה דאורייתא דעיקר טעמא הוא משום דבלאו הכי הי' חייב שבועה דאורייתא אמרינן סליק עדותן ונשאר כמו שהי' מקדם, וש"ך אזיל לשיטתי' שכתב בסי' פ"ז ס"ק יו"ד כל היכי דאיכא שני דיעות אי חייב שבועה כתב הר"אש בפרק הכותב וטור אבן העזר סי' צ"ו דלא עבדינן עובדא לחייב שבועה, ומוהרי"ט סי' קנ"א כתב היכי דאיכא פלוגתא דרבוותא אי חייב שבועה מצי למימר קים לי כמאן דפוטר והביא ראי' מתוס' בפרק הדיינין ד"ה מאן, שכתבו וז"ל השתא דלא איתמר הילכתא כחד מהנך לישני היכי דליכא דררא דממונא לא משביעין לי' מספק דהמוציא מחבירו עליו הראיי' יע"ש ואף דעוסקי' הנ"ל כתבו כן בפלוגתא רבוותא דשייך לומר קים לי, משא"כ בספיקא דמציאות ובספק לכל, מ"מ מדנקיט ר"ת הטעם דהמע"ה משמע דשבועה לענין זה הוי כממון כמו דמוחזק בממון כמו כן מיקרי מוחזק לענין שבועה דעיקר חזקת ממון היינו בכל דבר שבעולם כשיש ספק לב"ד אוקי הדבר על חזקתו כמו שהי' קודם שנולד הספק ועיי' טורי זהב בח"מ סי' ע"ה בסופו ולכן כשנולד ספק ע"י טענותיהם האמת עם מי מוקמינן הממון בחזקתו כמו שהי' קודם שבאו לב"ד, ה"נ כיון שנולד הספק אם חייב שבועה אוקי כמו שהי' קודם שנולד הספק שהי' בחזקת שפטור משבועה, ולפי שטתם הו"מ להביא ראי' מש"ס דשבועות דף מ' ע"ב דאמר ר' נחמן משביעין אותו היסת מאי טעמא חזקה אין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו, אדרבה חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, ומשני אשתמוטי כו' וקשה מאי פריך אדרבה כו' כיון דיש חזקה לכאן ולכאן ומכחישים החזקות זו את זו מספיקא חייב לישבע, אע"כ דהכי פירושו כיון שהחזקות סותרות זו את זו מסלקינן ומוקמינן כמו שהי' קודם שנולד הספק שהי' בחזקת שפטור משבועה, מיהו דכירנא ששמעתי מאלוף נעורי כבוד גיסי הגאון הגדול המפורסם הרב מהורר ירמי' זצ"ל דיש לומר שאני היסת דהוא רק תקנת חכמים כתבו תוס' במס' שבועות הנ"ל מספק פטור מלישבע דקיי"ל ספק בתקנת חכמים אוקמי אדין תורה כמו שהעריך המשנה למלך בפרק כ"א ממלוה ודלא כדמשמע מש"ך שהאי כללא הוא אפי'

בשבועה דאורייתא עכ"ד פי חכם חן שפתים יושק משיב דברים נכוחים, מיהו לפי הנראה מש"ך סי' פ"ז הבין אפילו בשבועה דאורייתא כשיש ספק פטור משבועה ובע"כ הטעם דגם לענין שבועה איכא חזקה לפטור משבועה, ולולי דבריו זלה"ה יש לדון בדבר חדש ואמרתי דבר זה בפני הרבה גדולים במדינת פולין והיטב בעיניהם. דהנה הר"אש במס' שבועות דף מ"ו וסמ"ע וע"ש וש"ך בח"מ סי' רצ"ו הקשו מאי טעמא דפוסקי' הסוברים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה מאי שנא שבועה ומאי שנא ממון, ותו הקשה הר"ן לשטה זו בהא דאמר רבה מפני מה אמרה התורה מודה במקצת הטענה ישבע הא לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, ותו הקשו הראשונים זלה"ה בשבועות דף מ"ה ע"ב על רבא דאמר שבועת שומרין דחייב רחמנא היאך משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו הא לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, ועיין בר"ן ובה"המ בפ"ב מהלכות שכירות הלכה ח', ונלענ"ד לתרץ דהנה דעת גדולי קמאי זלה"ה במס' חולין בפרק קמא והובא בטוש"ע יורה דיעה סי' א' דלא סמכינן על חזקה או רובא היכי דאפשר לברורי וא"כ יש לומר דמגו לא עדיף מרובא כיון דרובא וחזקה דהוא בגדר ודאי דמהני אפילו בדיני נפשות מ"מ לא סמכינן עלייהו היכי דאפשר לברורי ולדעת קצת אחרונים זלה"ה אפי' היכי דליכא חזקה המתנגד, כמ"ש בכלל רובא, ה"ה במגו לא סמכינן על מגו היכי דאפשר לברורי, ויש לומר היינו טעמא דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה דס"ל כרמ"בם בפרק י"א משבועות דמצוה לישבע שבועת אמת, ודלא כרמ"בן בספר המצות, ועיין תוס' ב"מ דף ל"ד ע"ב וכיון דאפשר לברורי ע"י שבועה דלא חיישינן שישבע לשקר דמאן דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא ולכן צריך לברורי, ולפ"ז יש לומר הא דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה הוא רק מדרבנן דהא קיי"ל דלא סמכינן על רובא או על חזקה היכי דאפשר לברורי הוא גם כן מדרבנן כמ"ש הפוסקי' שמן התורה סמכינן עלייהו אפילו באפשר לברורי ועיין בחולין דף י"א דקיי"ל כחכמים דר' מאיר ולמסקנא אפי' באפשר לברורי מ"מ מן התורה סמכינן עלן רובא והמעיין בפוסקי' יראה אפי' היכי דאפשר לברורי בקל ג"כ מהני מן התורה, וא"כ יש לומר ה"ה מגו מהני מן התורה אף לאפטורי משבועה ולק"מ קושית הר"ן דרבה קאי על דין תורה, והיינו דדייק מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, וכמו כן רבא דייק שבועת שומרים דחייב רחמנא היאך משכחת לי' דהא דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה הוא רק מדרבנן, ואולם לכאורה קשה על זה מהא דאי' בגיטין דף ל"ז ע"ב אמר ר' נחמן נאמן אדם לומר פרוזבל הי' לי ואבד מאי טעמא כיון דתקינו רבנן פרוזבל לא שביק התירא ואכל איסורא וכתבו בתוס' בשם ר"ת דמהאי טעמא נאמן בלא שבועה וכן קיי"ל

בש"ע סי' ס"ז סעי' ל"ב ועיין סמ"ע סי' פ"ב ס"ק ל"ה, ורמ"א יורה דיעה סי' קס"ט סק"ה וט"ז ס"ק ל"ה ואמאי מהני חזקה לאפטורי משבועה הא אפשר לברורי, ואולי יש לומר כיון דהוא חזקה דאתי' מכח סברא והוי כחזקה אין אדם פורע תוך זמנו שמועיל אפי לפוטרו משבועה ועוד י"ל דס"ל כרמ"בן דשבועות אמת הוא ג"כ עבירה ולא שייך כיון דאפשר לברורי, ולשיטת הרמ"בם יש לומר כדברנו, וכן י"ל טעמייהו דפוסקי' הסוברים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה והארכתי בזה בכללי חזקות, בס"ד, ובזה מובן מ"ש בכנסת הגדולה בסי' כ"ה בכללי קים לי' ס"ק ע"ד שכתב בשם גידולי תרומה דמאן דסובר דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ה"ה דלא אמרינן קים לי לאפטורי משבועה וכן ראיתי בכמה ש"ות מאחרונים זלה"ה ולכאורה אינו מן המובן, ולפמ"ש מובן היטב כמו דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה כיון דאפשר לברורי לא סמכינן על מגו ה"ה מהאי טעמא לא יוכל המוחזק לומר קים לי לאפטורי משבועה דחזקת קמייתא לא מהני לאפטורי משבועה דלא סמכינן על חזקה היכי דאפשר לברורי, ודברי מג"א מ"ש בסי' תל"ז ס"ק ד' סותרים למ"ש בסי' ח' כמ"ש בש"ות נודע ביהודא וכתבתי בכללי חזקות שרבו החולקים על מג"א בסי' תל"ז וא"כ דברינו נכונים, ולפי זה נראה לומר היכי דהוא ספק אי הוא חייב שבועה דאורייתא צריך לישבע אף דבשבועה דרבנן יש לומר בספק בתקנה אוקמי' אדינא, מ"מ בשבועה דאורייתא כיון דעיקר שבועה נעשה לברר ולהוציא מידי ספק לא מהני חזקה קמייתא דלא אתי' מכח סברא לאפטורי משבועה, אך נראה אף דגוף שבועה הוא דאורייתא מ"מ מה שמחוייב לישבע מן הספק הוא רק מדרבנן דמן התורה אזלינן בתר חזקה היכי דאפשר לברורי, ואולם אי נימא דגם בחזקה לא סמכינן מן התורה היכי דאפשר לברורי ממילא יש לומר שמן התורה חייב מן הספק לישבע, וא"כ יש לומר לפי מאי דאי' במס' חולין דף י"א ע"ב דר' מאיר חייש למיעוטא מן התורה בקטן וקטנה דאפשר לברורי ולהמתין כמ"ש רש"י שם בד"ה אפשר ולפי דעת כמה ראשונים זלה"ה אפי' במיעוט גרידא חיים מן התורה מכ"ש דסובר בחזקה דלא סמכינן על חזקה מן התורה היכי דאפשר לברורי דרובא וחזקה רובא עדיף ולענין זה מוכח בש"ס דממונא ואיסורא שווין דמקור חזקה ילפינן מאיסורא ממילא יש לומר דה"ה בממון כשיש ספק אי חייב שבועה דאורייתא מחויב מן התורה לישבע אף שיש לו חזקת קמייתא שפטור משבועה כיון דאפשר לברורי, ועיין ש"ות מוהרי"ט ח"ב סימן כ"ז אך לדידן דקיי"ל כרבנן דר' מאיר דרובא או חזקה מהני מן התורה אף באפשר לברורי ה"ה לענין ספק שבועה דאורייתא אין צריך מן התורה לישבע והיסת באמת צריך לישבע ולדעת רש"י היסת הי' בזמן המשנה ואף שתוס' חולקי' ידוע שהרבה בעלי תוס' היו,

וא"כ לפ"ז יש ליישב דברי תוס' הנ"ל ואומר דחכמים ור"ג פליגי בזה דכבר נתבאר לעיל דהודאת התובע הוי כעדים שלא חייב שעורין, והודאת הנתבע הוי כעדים שחייב שעורין ואין מוציאין ממון מספק וא"כ לפי דברי הנתבע שחייב שעורין הוי מודה במקצת וחייב שבועה דאורייתא ולפי דברי המלוה הוי כופר הכל ופטור משבועה דאורייתא וכמו שהוא ספק לענין ממון כמו כן יש ספק לענין שבועה, והוי כב' כיתי עדים המכחישים זא"ז אי חייב שבועה דאורייתא, ויש לומר חכמים סוברים דתורה לא חייבה לישבע שבועה דאורייתא רק בודאי מודה במקצת ולא בספק מודה במקצת דהא לפי דברי המלוה פטור מש"דא ואזלינן בתר חזקה קמייתא שהי' פטור משבועה דאורייתא קודם שנולד הספק ואף דאפשר לברורי מן התורה סמכינן על חזקה, ור"ג סובר דחייב שבועה דאורייתא כיון דעכ"פ הוא ספק לבית דין אולי חייב דהא מודה במקצת חייב לישבע מן הספק אף שפטור מלשלם דהתורה אמרה ספק מודה במקצת הטענה ישבע מספק דוקא ודאי כופר הכל פטור משבועה דאורייתא דהא דמודה במקצת הטענה ישבע ולא כופר הכל הוא גזירת הכתוב והחזקה הי' בודאי כופר הכל ולא בספק ולכן הודאה שאין מין הטענה דהוי ספק מודה במקצת חייב שבועה דאורייתא, ואנן קיי"ל כחכמים בע"כ ספק מודה במקצת אין צריך מן התורה לישבע דחזקה מהני לאפטורי משבועה מן התורה מ"מ נכונים דברינו הנ"ל בענין מגו דכיון דעכ"פ חכמים החמירו שלא לסמוך על חזקה כמו היכי דאפשר לברורי מה"ט החמירו חכמים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה וא"ש הגם שרחוק לומר שרבותינו בעלי תוס' כיוונו לפלפול ארוך הלז, מ"מ הדברים מצד עצמן ראוים לאמר לכן כתבתיו, ודוק כי הוא כלל גדול בדיני ממונות:

פרט ו

יבואר דברי הש"ך בסימן פ"ח ס"ק ט"ו:

יד דע דדברי רבינו הגדול הרמב"ם תמוהין, כי המעיין בלשון רמב"ם בפרק ג' מהלכות טוען הלכה י' מבואר שסובר הטעם דטענו חיטין והודה לו בשעורין פטור מטעם הודאה, כי מ"ש הש"ך בס"ק ט"ו לפרש דסובר כרמ"ה המעיין היטב אי אפשר לפרש כן בלשונו וכמ"ש בתומים, והש"ך בעצמו בכמה דוכתי בסי' פ"ח ובסי' ת' נבוך בדבריו, וממ"ש בפרק ט' מנזקי ממון הלכה ט' מבואר שסובר היכי שיש עדים חייב לשלם שעורין כמ"ש ה"המ, וכבר תמה ע"ז בספר לחם משנה וגידולי תרומה וש"ך בס"ק ט"ו ובסי' ת' ובתומים דהא הודאתו עדיף מעדים ועיין בדבריהם מ"שכ בזה, וכן הקשה בש"ך בס"ק ט"ו על מחבר ותירץ דאפשר דס"ל דוקא התם חייב כשיש עדים משום דהעדי' אינם יודעים איזה הזיק וא"כ אינם מכחישים אותו והו"ל כטענו חיטין ועדים מעידין שיש

לו חיטין או שעורין דמחויב לשלם על כל פנים שעורין שהרי התובע אומר אני אומר שהעדים מעידים על חיטים כדברי, ואם אתה אומר שמעידין על שעורים תן לי לכל הפחות שעורין, אבל הכא כיון דהוי כאילו הודה שלא הלוה שעורים והודאתו חשובה יותר ממאה עדים א"כ מה שהעדים מעידים שהלוה לו שעורין בטל הוא כיון שמכחיש את העדים דאדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים יע"ש. והאורים ותומים בס"ק ו' תמה על זה וז"ל לא הבנתי הטעם מה בממ"נ יש אם העידו על חיטין תן לי חיטין ואם במעידין על שעורין תן לי שעורים הא במעידים להדי' על שעורין לית ליה שעורין מ"ש דאומרין דרך ספק או דרך החלט, סוף כל סוף הא אם אמת דשעורין הי' הודה ומחל ואיך יוציא ממון מספק כו' ולכן לא הבנתי הטעם על בוריו עכ"ל, ולענ"ד לק"מ כי דברי הש"ך ברורין ומיוסדין על אדני פז אף שקיצר קצת במובן, דכבר נתבאר בפרט ה', למעיין ברמב"ן ובעל התרומות שעיקר הטעם שפטור משעורים, אף אמנם כמו שהודה המלוה מודה הלוה ג"כ משום דהוי כשני כיתי עדים המכחישין זה את זה דאזלינן בתר המוחזק בממון, והנה מצילו בראשונים זלה"ה דחזקת חיוב הוי חזקה מעליא כמ"ש הראב"ד הובא בס' שיטה מקובצת במס' ב"מ דף קי"ג ע"א בד"ה וכי שכיר וז"ל גבי בעל הבית איכא תרי חזקה קשה לי מ"ט לא חשיב חזקה דממונא, ונראה לי משום דהאי חזקה מיקלש קלישא הכא דהא מידע ידיע דהאי שכיר עביד עבידתא גבי' ואחייב לי אגרא דהו"ל כחזק' ומש"ה לא חשיב לי' יע"ש, והיינו חזקת חיוב, ומהאי טעמא קיי"ל בחשן משפט סי' ע"ה ס"ק ו' באינו יודע אם פרעתיך דחייב לשלם דחיוב ודאי ופרעון ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי משום חזקת חיוב וכיו"ב כתב רשב"א במס' גיטין דף ע"ח ע"ב יע"ש בהא דמוקי רבה ור' יוסף בשני כיתי עדים כתב וז"ל הקשה הר"ר אלחנן ז"ל א"כ הא דקתני לענין החוב מחצה על מחצה יחלוקו היינו נמי בשני כיתי עדים ואמאי יחלוקו אדרבה הוי לן למימר אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' ותי' בתוס' דהכא לתרווייהו אית לו חזקה למלוה איכא למימר אוקי אחזקתי' שהוא מחויב לו הלוה קודם שנולד ספק זה וללוה איכא חזקה דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מארי' הלכך יחלוקו וא"ת אדרבה הוי לי' כמנה הלויתיך והלה אומר אינו יודע אם פרעתיך דחייב ויש לומר שאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך הלכך יחלוקו יע"ש, הרי היכי דאין לפנינו ספק המגיע חזקת חיוב כמו התם שלפי דברי עדים זרק החוב ואין יודעים אם הי' קרוב למלוה ונפטר מחיוב או קרוב ללוה ועדיין חייב ונעשה מעשה שראוי להסתפק דמגרע חזקת קמייתא דכיו"ב גם באיסורין ובדבר שבערוה כתבו תוספ' כתובות דף כ"ג ע"א ד"ה תרווייהו ומוהרי"ט בקידושי' דף ה' ע"ב, ופני יהושע

בחי' לגיטין דף כ"ח ע"א היכי שנעשה מעשה לפנינו איתרע חזקת קמייתא כיון דנעשה מעשה בוודאי והספק הוא באיכות המעשה אבל בעלמא חזקת חיוב הוי חזקה מעליא, וא"כ לפי זה צריך לומר הא דקיי"ל טענו חיטין והודה בשעורין פטור משעורין אף שישן עדים מעידין על השעורין לשיטת בעל התרומות, אמאי הא איכא חזקת חיוב דהא חייב בשעורין בודאי, דכיון דתובע לחובתו נאמן יותר מעדים, ובארתי בכלל א' פרט א' בשם רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב דאתי' מקרא דכי הוא זה והיינו שהתורה פסלה לעדים נגד בעל דבר כשהודה לחובתו ואינו נאמנים כלל נגדו כי נאמן יותר מק' עדים אפי' בגוף הענין עצמו ודלא כב"ש, א"כ ליכא חזקת חיוב שאי אפשר לומר שהלוה נתחייב ודאי חיטין או שעורין דהא על שעורין נאמן המלוה יותר מעדים שלא הלוה, ועל החיטין אין למלוה עדים והלוה מכחיש שלא חייב כלל חיטין, ואף שהודאת הלוה על שעורין הוי גם כן כעדים מ"מ כיון דהודאת כל אחד לחובתו מכחיש זא"ז הוי כשני כיתי עדים המכחישין זא"ז שמסלק עדותן כאילו לא העידו כלל והוא כמו שהי' קידם שנולד הספק שהי' מוחזק ממש, ולא מהני מה שעדים מסייעין ללוה, דהא אם כת אחת מכחשת למאה כיתות כיון דתרי כמאה הדין שמסלקין עדותן כמאן דליתא ונשאר הדבר כמו שהי' מקדם שהלוה פטור ולכן אף שעדים מסייעין ללוה שחייב שעורין והודאת הלוה לחובתו הוי ג"כ כעדים, ומ"מ כיון שהודאת המלוה לחובתו הוי ג"כ כעדים והו' מכחיש ללוה וגם לעדים אמרינן סליק דברי המלוה ולוה והעדים המכחישים שים זא"ז כמאן דליתא וממילא פטור מלשלם דהא אין אנו יודעין כלל והוא בחזקת המוחזק בממון דכיון שהכרח לסלק דברי כולן ליכא חזקת חיוב ואוקי הדבר כמו שהי' קודם שנולד הספק שפטור מלשלם משא"כ היכי שעדים אין יודעין אי חיטין או שעורין נראה גם בעדים יש לפנינו שלשה כיתות שתי כתות עדים מכחישים זא"ז וכת אחת אין מכחישים ואומרים דבר שאין מכחיש לשתי כיתות אזי מסלקינן דברי שני כיתות המכחישין זא"ז כיון שאין אנו יודעים האמת עם מי ונשאר כת שאינה מכחשת בתקפו. וא"כ ה"ה אף שמלו' ולוה מכחישין זא"ז מסלקינן כח העדות שלהם מה שהאמינה תורה להם ואין להם נאמנות כלל וכאילו לא אמרו כלל ונשארו רק דברי עדים שאמרו שלוה ואין יודעין אם חיטין או שעורין ועל דבר זה לא מכחישים המלו' ולא הלוה, ממילא מחויב לשלם הפחות דהו' שעורין דהא אם לא אמרו כלל, והי' מביא המלוה עדים שאומרים כן חייב לשלם הפחות היכי דטוען ספק ע"פי עדים וזהו ברור בעיני והמעיין בש"ך יראה שיש לכיון כן בכוונתו ושפתי כהן ישמרו דעת וגו':

פרט ז

יבואר דעת הפוסקים היכי דנתבע עומד בהודאתו אי חייב לשלם שעורין לטעם הודאה או מחילה:

טו דעת רבינו ירוחם הובא בדרכי משה סי' פ"ח ס"ק ח' בהג"ה, אפילו לר"אש דסובר הטעם דפטור משעורין משום הודאה מ"מ אם הנתבע עומד בדיבורו ואמר שחייב לו שעורין צריך לשלם לו וד"מ השיג עליו וסובר דפטור דהוי כמחל לו התובע כמ"ש בסי' ע"ה סעי' י"א, וכן הוא בהגהות רמ"א סעי' י"ב וכפי הבנה פשוט' נחלקו בכוונת ר"אש רמ"א סובר כמ"ש בסמ"ע ס"ק כ"ג דרש"י ור"אש שוין בטעמם מדלא תבע שעורין הודה לו וממילא הוי מחיל, אבל רי"ו סובר כמ"ש הש"ך בס"ק י"ז דטעמא דר"אש לא הוי משום מחילה דאי הוי משום מחילה אפילו לא הי' שתי הלואות בבת אחת נמי, ולא דמי לדלעיל בסי' ע"ה דכיון שאומר בפירוש אני חייב לך הוי לי' להשיב אל לבו ולדקדק ומדלא דקדק והשיב אינך חייב לי פטור אפי' לצאת ידי שמים משא"כ הכא ולכן אם יודע הנתבע שחייב לו שעורין חייב לשלם לו וגזלן הוא אם אינו משלם לו רק הבית דין אין יכולין להוציא מידו שהרי יכולין לומר כבר הודה מאינו חייב לו שעורין יע"ש. וראיתי בספר אורים ותומים בסי' פ"ח ס"ק ז' שתמה על סברת הש"ך בכוונת רבינו ירוחם וכתב וז"ל דבריו בלתי מובנים בממ"נ אם אנו אומרים דלא הוי הודאה מחילה למה לא יכופו בית דין לשלם הרי הודו דחייב לו שעורין ואיך ינצל משום דהודה דאינו חייב הלא אתה יודע דשקר אומר ובשטות ידבר ואתה יודע ואומר בב"ד כדבריך אז כן עתה ואם הוא חשיב ליטול תמורת שעורין חיטין, מ"מ אתה יודע דחייב לו שעורין ובמה תפטר אם לא דיטעון הואיל והודה מחל לי והוא הדבר הנרצה דאף בהודאה ברור מחילה, ולפי זה אף מגזל הנתבע פטור דאין לאחר מחילה כלום, ולא ידעתי הבדל בין בית דין לבינו בין עצמו יע"ש שהשיג על הש"ך, ולענ"ד דברי הש"ך פשוטין וברורין, דכל יסודו הוא לשיטת רמב"ן ובע"ת המבואר לעיל בפרט ה' לכן פטור הלוה לשלם שעורין, כיון דהודאת הלוה כעדים וכמו כן הודאת המלוה כעדים, ויש להם ספק האמת עם מי אין מוציאין ממון מספק מן המוחזק דאזלינן בתר חזקת ממון של הלוה דהוי כשני כיתות עדים המכחישין זא"ז מאין מוציאין ממון, והרמב"ם כתב בפרק ח' מיסודי התורה וז"ל הא למה הדבר הזה דומה לעדים שהעידו על דבר שראה בעיניו שאינו כמו שראה שאינו שומע להן, אלא יודע בוודאי שהן עידי שקר עכ"ל נשמע אף דבית דין מחויבין לפסוק כמו שאמרו עדים מ"מ מאחר דנוגע רק לבעל דבר והו' יודע בעצמו ששקר אמרו העדים מחויב לעשות כמו שיודע בעצמו, ועמ"ש בספר תבואות שור בספרו בכור שור במס'

יבמות דף פ"ז ע"ב, א"כ פשיט היכי שעדים אומרים על דבר שמותר ובעל דבר יודע בעצמו שאסור הדבר אף שאין הב"ד יכולין לכופו מ"מ הבעל דבר בעצמו מוזהר דנגדו הוי דבר ברור כיון שראה בעיניו, ומהאי טעמא כתבו הפוסקים הובא בי"ד סי' א' סעי' י"ב דאמרינן שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא אפילו נגד עדים ובארתי לקמן בכלל שוי' אנפשי' ח"דא בשם כמה פוסקים שמחויב לצאת ידי שמים, וא"כ דברי הש"ך ברורין כיון דאיסור גזל הוא כמו כל איסורין כמו באיסורין היכי דיודע בעצמו שעדים שמעידים על דבר שמותר אומרין שקר, אף שאין הב"ד יכולין לכופו כיון דב"ד אין יודעין האמת מחייבין לסמוך על עדים דיותר מסתבר שהאמת עם עדים מ"מ האיסור חל עליו, לגבי עצמו שיודע דבר ברור שאומרים שקר, ה"ה לענין איסור גזל ולכן כיון שהודאת המלוה ולוה מכחישים זא"ז ועל חיטין אין המלוה נאמן לזכותו (ועיין מ"ש בש"ות המיוחסת לרמב"ן סי' קי"ז בשם ירושלמי) אך לחובתו נאמן כעדים, וה"ה הלוה נאמן לחובתו כעדים וסוברים הר"אש ורבינו ירוחם דהודאה לאו מטעם מחילה רק כמ"ש רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב דאתי' מכי הוא זה דהתורה האמינתו כעדים כמ"ש בכלל א' פרט א' והוי כשתי כיתי עדים המכחישים זא"ז:

ולכן אי אפשר לבית דין לפסוק וליתן למלוה שעורין דהא נאמן לחובתו, ועל החיטין מוכחש דאינו נאמן לזכותו, וכיון דהוי ספק השקול אין לבית דין להוציא ממון כי אם בדבר הברור, אבל הלוה בעצמו שיודע שחייב שעורין ועומד בדיבורו מחויב ליתן לו דהא אפילו אם עדים מעידין שלא מגיע לו שעורין מ"מ כיון דיודע בעצמו שחייב שעורין עובר על לאו דגזל דיודע ששקר אמרו, לכך מיקרי גזלן אם אין נותן לו, ומלוה רשאי ליקח דהא לפי דבריו שמגיע לו חיטין הוי בכלל מאתים מנה, אבל אין ביד ב"ד לכופו דהא הם מחויבים לילך בתר עדות העדים והוי כשני כיתי עדים המכחישין זא"ז כיון שגם הודאת מלוה לחובתו הוא כעדים כמו הודאת הלוה לחובתו דהוא ספק לבית דין, אבל הלוה לגבי עצמו נאמן יותר מעדים וזהו ברור:

כלל ג

יבואר אימת הוי שתיקה כהודאה ובו יד פרטים

פרט א

יבואד דין שתיקה כהודאה היכי ששותק בפני בית דין כשתפס חבירו ממנו בפני בית דין כשתפס חבירו ממנו בפני בית דין אי הוי אמתלא דקסבר הא חזי לי' רבנן וביאור שיטות הראשונים ז"ל בסוגי' דב"מ דף ו' ע"א וחקירה אי טענינן עבורו אמתלא הלז:

א גרסינן במס' בבא מציעא דף ו' ע"א בעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו מהו היכי דמי אי דקא שתיק אדויי אודי לי' ואי דקא צווח מאי הוי לי למיעבד לא צריכא דשתק מעיקרא והדר צווח מאי מדשתיק אדויי אודי לי' או דלמא כיון דקא צווח השתא אגלי מילתא למפרע דהאי דשתיק מעיקרא קסבר הא קא חזי לי' רבנן ובפירושא דהך מלתא מצינו בראשונים זלה"ה שלשה שיטות:

שיטה א הנמוקי יוסף ורשב"א הובא בספר שיטה מקובצת כתבו וז"ל אי דשתק פי' בפני ב"ד ולבתר דנפק צווח כיון ששתק כל זמן שהי' בפני ב"ד אדויי אודי לי' דאי לא אמאי לא צווח אי משום דחזי לי' רבנן כיון דשתקו רבנן הו"ל ליצווח ואסיקנא דשתק קצת והדר צווח קודם שיצא מבית דין והאי דקא שתיק סבר הא קא חזי לי' רבנן וכיון דחזי דלא עבדי לי' דינא צווח יע"ש וכ"כ הרב המגיד בפרק ט' מהלכות טוען הלכה י"ג ומוכח להדיא מלשונם אפי' הי' זמן מה אחר התקיפה כיון שהי' קודם יציאתם מבית דין יש לומר דסמך שבית דין יעשו דין:

ויש לחקור לשיטתם היכי שבית דין הפסיקו מאותו ענין ועסקו בענין אחר אף שבעלי דינים עומדין שם אי הוי כאלו כבר יצאו דהא כיון דראה שבית דין שותקים ואינם עושים דין והתחילו לעסוק בענין אחר הוי לי' ליצווח או דילמא דדקו בלשונם יצאו מבית דין דווקא וכעת לא מצאתי וגילוי לדין זה ומסתברא כצד ראשון ויבורר לקמן ולפי המתבאר בחשן משפט סימן פ"א סעי' כ"ב מוסכם בתבעו בפני ב"ד והודה אין יכול לחזור אלא תוך כדי דבור ועיין ש"ך ס"ק נ"ה וכיון דשתיקה הוי כהודאה אין יכול לחזור כי אם תוך כדי דיבור ועיין חשן משפט סי' פ' סעי' א' בהגה"ה ויו"ד סימן קכ"ז בבית יוסף ברמ"א סעיף א' וא"כ הכי דשתק תוך כדי דיבור ואחר כך צווח היכי שאין לו אמתלא על שתיקתו אין יכול לחזור וממילא לפי צד חלק האבעי' דלא אמרינן האי אמתלא דקסבר חזי לי רבנן אזי היכי שצווח אחר כדי דיבור מעת שתקף אין יכול לחזור ויש לו דין שתק ואחר כך צווח שאין יכול לחזור בלי אמתלא, ובעל כרחך לפי זה לא הוי צווח מעיקרא רק כשצווח תוך כדי דבור של תקיפה ועיין במס' בבא בתרא דף קל"ח ע"א בהגהות אשר"י שכתב כיו"ב באם קיבל השטר ואחר כדי דיבור צווח קנה ואין יכול לחזור ובעינן שצווח תוך כדי דיבור ואף דאבעי' בש"ס הוא אף כשצווח לאחר כדי דיבור משום שיש לנו אמתלא ובזה גופא נסתפק הש"ס אי הוי אמתלא דקסבר הא קא חזי לי' רבנן דאי לא הוי אמתלא אין יכול לחזור כיון שהוא לאחר כדי דיבור או הוי אמתלא ויכול לחזור אף אחר כך כל זמן שהם בבית דין כיון שאמתלא הוא בכל אותו זמן וכשיצאו מבית דין דליכא שוב אמתלא לא נסתפק הש"ס ובודאי אין יכול לחזור:

שיטה ב בספר שיטה מקובצת כתב בשם הריטב"א וז"ל אי דאישתק פי' אפי' אחר שהוציאה מידו אדויי אודי לי' ואי דצווח בעודו בידו אפי' בסוף התקיפה או בתחילתה מאי הוי לי' למיעבד לא צריכא דאישתק ולבסוף צווח עיקר הדברים כפשטן דאישתק כשתקפה ועודו בידו ולבסוף צווח תיכף שהוציאה מידו יע"ש ומדייק בלשון וכתב תיכף נראה שאבעי' הוא רק בכה"ג אבל אם צווח אחר כך אף שהי' קודם יציאתה מבית דין לא קמבעי' לן דודאי אודי לי' ולא שייך אמתלא דחזי לי' רבנן דעד סוף תקיפ' סובר שב"ד יהי' מוחין אבל כשראה שב"ד אינם מוחין בסוף התקיפה ושותק מוכח שהודה ולרשב"א ונמוקי יוסף והמ"מ אף שצווח אחר כך כיון שהי' קודם יציאתם מב"ד שייך אמתלא דחזי לי' רבנן דכל זמן שהם בב"ד סומך שב"ד יעשו לו דין:

שיטה ג דעת רבו של ריטב"א שכתב וז"ל ומורי נר"ו הי' מפרש דלבסוף צווח היינו בסוף התקיפה קודם שיוציאנה מידו לגמרי דצוויחה דלאחר תקיפה לאו כלום הוא יע"ש ובע"כ סובר די"ל דהאי אמתלא דחזי לי' רבנן לא מהני כי אם שאין צריך לצווח בתחילת התקיפה אבל אם שתק במשך הזמן שתקפה לא מהני אמתלא הלז דכיון שראה שבית דין אינם מוחין בתחילת התקיפה הו"ל ליצווח ואולם הריטב"א כתב דלישנא דש"ס מוכח כפי' קמא מדאיתא כיון דצווח השתא לשון השתא משמע לאחר תקיפה ועוד דסברא הוא דאי צווח בסוף התקיפה בעודו בידו כשרואה שאין יכול להציל דצווחה גמורה היא ולא אודי לי' כלל יע"ש ותמהני דבש"ע ח"מ סי' קל"ח סעי' ו' סתמו הפוסקים דבריהם ויש להבין לשיטת ריטב"א ורבו מאי קפשיט ר' נחמן מברייתא דאיתא שם במה דברים אמורים ששניהם אדוקין בה אבל אם היתה טלית יוצאת מתחת יד של אחד מהן המוציא מחבירו עליו הראי' ה"ד אי נימא כדקתני פשיטא אלא שתקפה אחד בפנינו ופירש"י וכדאוקמינן בשתק ולבסוף צווח מנלן למיפשט בנידון דאבעי' שצווח בסוף תקיפה או מיד לאחר תקיפה שג"כ הודה דלמא בכה"ג לא הודה כי סבר שחזי לי' רבנן וימחו וכאשר ראה ששותקים אף שתקף צווח רק שמיירי שלא צווח מיד לאחר התקיפה רק קודם שיצאו מבית דין וכיון דלא צווח מיד הודה ולא שייך ע"ז פשיטא דהא הי' מקום לומר שגם בכה"ג סמך על אמתלא דחזי לי' רבנן כיון שהם בפני ב"ד וכאשר באמת סובר כן רשב"א וסיעתו לכן מוכרח הברייתא לאשמועינן האי דינא אבל באמת לק"מ בפשיטות דהנה בטור חושן משפט סימן קל"ח כתב בשם הר"אש וז"ל הי' שניהם אדוקין בה ותקפה האחד בפנינו וצווח לא איבד זכותו שתק הרי הודה לו שהי' שלו ואבד זכותו ואפי' שתק מתחילה ואחר כך צווח הוי כהודאה כיון ששתק תחילה והי' אומר א"א הר"אש זלה"ה שאפי' יבוא עדים אחר כך שהוא שלו לא מהני דהודאת

בעל דין כמאה עדים דמי עיי"ש והבין הב"ח כוונת הר"אש דאיירי בשתק מתחילה ועד סוף אבל בחזר וצווח מהני עדי' וכפי נרא' מרמ"א לפי הבנת הב"ח אפי' בחזר וצווח לא מהני עדים ועיין ש"ך ס"ק ח' וכת' באורים ותומים ס"ק ו' שכן מוכח בש"ס כב"ח דריטב"א בחידושיו מקשה איך פשיט ר' נחמן דלמא מיירי בששתק מתחילה ועד סוף ותירץ דא"כ איך קתני המוציא מחבירו עליו הראי' הא הודאת בעל דין עדיף מעדי' ולא מהני ראי' ומזה מוכח דבשתק ולבסוף צווח מהני עדים דאל"כ אכתי קשה על ר"נ היאך פשיט יע"ש וא"כ ממילא לק"מ קו' הנ"ל כיון דלהריטב"א ולרבו בנידון הנ"ל יש לו דין שתק מתחילה ועד סוף אף כשהם עדיין בבית דין אי אפשר לוקמי כן הברייתא דבכה"ג לא מהני ראי' לכן מוקי ר"נ בצווח בסוף תקיפה או מיד כנ"ל לריטב"א דבכה"ג יש לו דין שתק ולבסוף צווח דמהני ראי' וזהו פשוט:

ב ברם יש לחקור בהאי אמתלא דקסבר הא חזו לי' רבנן אי בעינן שיטעון ואי לא טען אותו אמתלא וצווח בסתם לא טענינן עבורו או דלמא שטענינן עבורו האמתלא הלז וכאשר משמע קצת לשון הש"ס שלא נזכר שטען והנה בעלמא מצינו יש אמתלא שצריך לטעון ויש אמתלא שטענינן במס' סנהד' דף כ"ט ע"א במנה לי בידך ואמר לו הן ואחר כך אמר לו תנהו לי אמר משטה אני בך פטור ואי לא טען לא טענינן לי' ושלא להשביע טענינן עבורו כדאי' בתוס' שם ד"ה כך וכן קיי"ל בחשן משפט סימ' פ"א סעיף ג' ובסעי' ד"י בהג"ה ועיין בסעי' כ"א ופשוט דהשטאה והשבעה הוא אמתלא שנותן טעם על הודאתו ובעל כרחך יש חילוק היכי דהוי אמתלא אלימא טענינן עבורו ואמתלא גרוע דלא שכיח לא טענינן ועיין במרדכי בפרק זה בורר שם בסימן תש"ד שכתב בשם מוהר"ם דמילתא דלא שכיח הוא שאדם יודה לחבירו בהשטאה ועיין עוד במס' בבא בתרא דף קמ"ט ע"א במרדכי סימן תר"כ שכתב וז"ל והיינו טעמא היכי דאמר בריא שלא בפני בעל דבר פקדון יש לפלוני בידי והעדים שמעו יכול לומר שלא להשביע א"ע עשיתי או שיאמר שום אמתלא ונאמן הוא בכך יע"ש כוונתו דלאו דוקא אמתלא שלא להשביע הנזכר בש"ס ה"ה אמתלא אחרינא שוב ראיתי בש"ך סי' פ"א ס"ק ל"ה שפירש אמתלא דהשטאה ועיין במוהר"י טראני זלה"ה ספר ב' ש"ות א' בחלק אבן העזר דף ל"ה ע"א שכתב וכן מצינו בהודאת ממון כשאדם מודה ואין אדם תובעו מצי למימר אמתלא לדבריו שלא להשביע את עצמו הודיתי ובמס' בבא מציעא דף ל"ז ע"א בהאי דגזל א' מחמשה ואין יודע איזה מהן גזל זה אומר אותי גזל וזה אומר אותי גזל דמניח גזילה ביניהם ומסתלק מקשה הש"ס והלה מה טוען ר' יהודא אמר רב הלה שותק רב מתנא אמר רב הלה צווח מאן דאמר הלה צווח אבל שתיקה כהודאה ומאן דאמר הלה שותק שתיקה דהכא לאו כהודאה

הוא מצי לומר האי דשתיקו לכל חד וחד דאמינא דלמא האי הוא ומבואר בהר"אש גיטין דף נ"ד ע"ב בשם ריצב"א שהבין דבעינן שיטעון אמתלא ועיין בהג"א ובשיטה מקובצת ומה שאכתוב לקמן בס"ד בביאור הסוגי' וא"כ יש להסתפק כיון דשתיקה הוי כהודאה והאי דסבר הא חזי לי' רבנן הוא אמתלא שנותן טעם על השתיקה אי הוי אמתלא אלימא וטענינן עבורו ולא בעינן שיטעון או דלמא דלא טענינן עבורו כי אמתלא זו לא שכיח דאין דרך בני אדם לסמוך על זה ובעינן שיטעון וכמו באמתלא דהשטאה ונראה לענ"ד דתלי' במחלוקת הפוסקים, דהנ' לכאורה קשה כיון שאמתלא דהשטאה לא שכיח, אמאי יהי' נאמן כשטוען אמתלא זו, וצריך לומר כיון שהנתבע מוחזק בממון מהני אפילו אמתלא גרועה לסייע לחזקתו כי כוונת הש"ס והפוסקים מה שכתבו דלא שכיח והיינו שרוב בני אדם אין דרכם להודות בהשטא' רק שמיעוטם מודים בהשטא' ואין הולכין בממון אחר רוב ויכול לומ' אני מן המיעוט ובהשבעה איתא במס' סנהדרין דף כ"ט ע"ב אמר רב נחמן אדם עשה שלא להשביע את עצמו משמע שדרכן של בני אדם לעשות כן לכן טענינן עבורו אבל אמתלא דהשטאה שאין רוב בני אדם עושין כן בעינן שיטעון ויאמר שהשטה כי אי אפשר לומר דאנן סהדי שאין דרך בן אדם להשטות כי בכה"ג לא מהני טענתו שיטעון נגד אנן סהדי וכן אם רוב בני אדם דרכן בכך הוי טענה ואמתלא דשכיח ואמאי לא טענינן עבורו כמו בהשבעה אע"כ כוונת הפוסקים כמו שכתבתי:

אמנם קשה על זה מהא דאי' במס' ב"ק דף מ"ו וב"ב דף צ"ב המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן רב אמר הרי זה מקח טעות ושמואל אמר יכול שיאמר לו לשחיטה מכרתיו לך ולא אזלינן בתר רובא דאינשי דלרדיא זבני דבממון לא אזלינן בתר רובא אלא המוציא מחבירו עליו הראיה וקיי"ל כשמואל כדאיתא בטור שלחן ערוך ח"מ סי' רל"ב סעי' כ"ג וכיון שהמוכר מוחזק בממון שקיבל מן לוקח אין מוציאין והתם כתבו תוס' במס' ב"ק דף כ"ז ע"א ד"ה ואיכא שאין המוכר יכול לומר קים לי בנפשך שאתה מן המיעוט דזבני לנכסותא דאדרבה הלוקח יכול לומר אתה הטעתני קים לי בנפשאי שאני מן הרוב דזבני לרדיא יע"ש ועיין תוס' במס' בכורות דף כ' ע"א ד"ה ור' יהושע הרי אף שהמוחזק אין יכול לברר טענתו ולומר ברי שהענין הוא ממיעוט טענינן עבורו לסייע למוחזק וא"כ ה"ה במאי דקיי"ל שלוה המוחזק בממון כשכופר אח"כ בהלואה לא טענינן עבורו השטאה אמאי לא טענינן עבורו דאולי הוא ממיעוט שאין מודים בהודאה גמורה רק בדרך השטאה אמר כן ואין לומר שאני הכא כיון דיודע בעצמו האמת אם השטה הוי לי' לטעון דמן הסתם אדם טוען לטובתו כל מה שיוכל לטעון ולפרש טענתו כדי שיצא זכאי בדין וכיון שלא טען מוכח מזה גופא שלא הודה בדרך השטאה דא"כ גם בטענת

המבעה נימא כן כיון שלא טען כן מוכח שפרוש מן הרוב והודה בעצמו שלא הי' כוונתו לאותו אמתלא רק שעכשיו חוזר מהודאתו וא"כ קשה לשמואל מברייתא דאי' במס' סנהדרין דאם לא טען משטה לא טענינן לי' ועיין שפתי כהן חשן משפט סימן פ"א סע"ק י' ובשלמא לרב לק"מ לפמ"ש תוספת שם דרב מודה היכי שהמוחזק יכול לומר קים לי בנפשאי שאני מן המעוט שמודים בדרך השטאה אבל אם לא טען לא טענינן ליה דבעינן דוקא טענת קים לי שיטעון המוחזק אבל לשמואל קשה ואולם לרמב"ם וסיעתו המובא במחבר סימן פ"א ושפתי כהן ס"ק נ"א דאף טענת השבעה לא טענינן לי' א"ש די"ל מטעם הנ"ל כיון שלא טען האמתלא מוכח שלא הי' לו אמתלא זו אבל לפוסקי' שטוענים השבעה ולא טענינן עבורו השטאה בע"כ הטעם משום דהשטאה לא שכיח כמ"ש מרדכי כן להדיא וגם מטעם הוכחה נסתר כיון שטענינן השבעה הדק"ל ויש לדחות המעיין אבל הוא דוחק:

איברא' יש להבין על הפוסקים וש"ע שכתבו בבריא שהודה ומת טענינן עבור היורשי' טענת השטאה כדאי' בש"ע סי' פ"א סעי' ג' הא הוא מילתא דלא שכיח ולא טענינן ליתמי עיין ש"ך שם ס"ק ז' והא לשיטתם דסוברים היכי שחי ולא טען לא טענינן להו בע"כ הטעם משום דלא שכיח ועיין בש"ע סי' ק"ח סעיף ד' שמביא בסתם דעת פוסקים דלא טענינן עבור יתמי נאנסו משום דלא שכיח ודעת החולקים כתב בלשון יש אומרים (ועיין ש"ך שם ס"ק ה' ובירושלמי במס' כתובת בריש פרק ב' בקרבן העדה בד"ה לא חשו ובש"ך סימן ס"ט ס"ק כ"ו) ובהאי דינא דטענינן עבורם ליכא מחלוקת דכן מוכח בש"ס דב"ב דף קע"ה כמ"ש תוס' סנהדרין דף כ"ט ע"ב ד"ה כך ולפמ"ש הש"ך בסימן פ"א ס"ק נ"א להשוות דעת הפוסקים דיש חילוק אם טוען התובע ואמר הרי הודית לי בפני העדים צריך שישיב לו טענת השטאה או השבעה אבל היכי שאינו טענו שהודה דק שטענו ואמר אתה חייב לי מנה ומשיב אין לך בידי כלום ואומרים לו ב"ד אם יש לך עדים ומביא עדים ואומרים הוא אמר לנו שהוא חייב אינו כלום ואין צריך שיטעון משטה או השבעה שהרי התובע עצמו אינו שואלו הרי הודית לי בפני עדים ואין הבית דין צריכין לשאלו יותר ממה ששואל התובע א"ש די"ל השטאה והשבעה שוין דהם טענות דשכיחי ורגילין בני אדם בכך ולכך טענינן עבור יתומים רק כשהוא חי וטוען התובע צריך להשיב על טענתו מצד שמחויב לברר דבריו כשתובע תבעו וא"כ יש לומר ה"ה בנידון דידן כשתקפה אחד בפנינו דלא הוי כהודאה לצד חלק האבעי' דהוי אמתלא דסבר חזי' לי' רבנן אם כשצווח אחר כך ואינו אומר אמתלא אזי אם התובע טוען הלא הודית לי בשתיקותיך בעינן שיטעון אותו אמתלא ואם לא טעין אין צריך לברר האמתלא

וטענינן עבורו אך לשיטת המרדכי שכתב בשם מהר"ם הנ"ל הטעם דלא טענינן השטאה משום דמילתא דלא שכיח קשה קו' הנ"ל וגם דברי הש"ך תמוהין וכמ"ש באורים ותומים בסימן פ"א ס"ק כ"ט וא"כ צ"ע:

ולולא דמסתפינא נראה לחלק דהיכא שטוען בטענה שיש לומר שעשה שלא להשביע שאינו רוצה שיחזיקו אותו בעשיר בכה"ג שלא טען טענינן עבורו והטעם דליכא הוכחה ממה שלא טען דאנן אמרינן שהוא רוצה על להבא שלא יחזיקו אותו בעשיר ורוצה לעשות עוד ענינים כאלו שלא להחזיקו בעשיר ומתיירא מעין הרע כמ"ש רש"י בסנהדרין דף כ"ז ע"ב ד"ה אדם ואם יטעון עכשיו בב"ד שעשה כן שלא להשביע יהיה קלא למלתא כיון שאומר כן בפני ב"ד ומלתא דנעשה באפי' תלתא אית לי' קלא אזי לא יוכל אחר כך להחזיק א"ע בעני כי יתוודע להעולם שמערים לכן בכיון לא רצה לגלות ערמתו משא"כ טענת השטאה שאינו מזיק לו אם יטעון בפני ב"ד אותו אמתלא כי לא יהי' לו היזק אם לא ישטה אח"כ בבריות איכא הוכחה ברורה שהודה שלא הי' לו אמתלא הלז מדלא טען בפירוש אמתלא דמן הסתם דרך אדם לטעון לטובתו כל מה שיוכל כדי לייפות טענותיו שיאמינו בית דין דבריו שיצא זכאי בב"ד וכיון שלא טען כן מוכח מזה גופא שלא הי' בדרך השטאה (וקצת ראיה לזה ממ"ש הרב המגיד בפרק ט"ז מטוען הלכה ד' שכתב אבל אם לא טען רגלים לדבר ואין טוענין לו יע"ש ר"ל כיון שלא טען יש רגלים לדבר שאמתלא שקר כיון דדרך לטעון וא"כ הכא באמתלא דחזי לי' רבנן שלא יצמיח לו ריעותא אם יודה באמתלא בעינן שיטעון אמתלא הלז ואם לא טען לא טענינן עבורו ואולם קשה לחילוק הלז להמעיין בהגהות אשר"י במס' ב"מ דף ל"ז שציין דבריו על דברי ר' מתנא נראה שהבין שר' מתנא מודה היכי שמוציא אמתלא בפיו לא הוי כהודאה רק שנחלקו היכי שלא טען לר' מתנא לא טענינן ולר' יהודה טענינן עבורו האמתלא והא התם לא יצמיח לו ריעותא על להבא כשיהי' מפרסם האמתלא, ואי אפשר לומר סברא הנ"ל רק להר"אש שהביא בשם ריצב"א בגיטין דף כ"ד ע"ב שמוכח להדי' שהבין לר' יהודא בעינן שיטעון אמתלא ובע"כ לר"מ לא מהני כשטען וא"כ מיני לנ"ד נראה דתלי' במחלוקת פי' הסוגי' דב"מ דף ל"ז לשיטת הר"אש לר"י היכי דיש לו אמתלא על שתיקתו בעינן שיטעון כיון שלא יזיק לו מה שיטעון ה"ה אבל להגהות אשר"י וכ"מ בהגהות מרדכי שם אזי אפשר לומר באמת נחלקו בזה ר' יהודה ור' מתנא לר' מתנא בעינן שיטעון דאם לא טען יש הוכחה שהודה שלא היה לו אמתלא כיון שלא יצמיח לו ריעותא כשיהיה מפרסם האמתלא ולר' יהודה טענינן עבורו האמתלא אף שלא יהי' לו ריעותא כשיהי' מפרסם האמתלא וא"כ בנ"ד תלי' במחלוקת ר' יהודה ור' מתנא ולקמן

יבואר בפרט י"ד כמאן קיי"ל שם ולכאורה יש להוכיח בכידון דידן באמתלא דחזי לי' רבנן טענינן עבורו דאל"כ קשה על ר' נחמן היאך פשיט מברייתא דתקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח הודה ולא אמרינן אמתלא דקא חזי לי' רבנן דלמא מיירי הברייתא שלא טען אמתלא וקמ"ל דלא טענינן עבורו ולא הוי פשיטא דגם בסנהדרין דף כ"ט אי' בברייתי' דאם לא טען משטה לא טענינן משום לכמה פוסקים טענינן אמתלא דהשבעה כמו שאמר ר' נחמן אדם עשוי שלא להשביע כפי הבנת הרבה פוסקים א"כ חזינן דיש אמתלאות שטענינן עבורו קמ"ל ברייתא חידוש זה דוקא אמתלא שיוכל להיות שיהיו לו היזק כשיפרסם טענינן אבל אמתלא דהכא לא טענינן ודוחק לומר דזהו נשמע מברייתא דסנהדרין דהא מוכח מכח אבעי' דר' זירא דלאו כל אמתלאות שוין דהא ע"ז קמבעי' ולא פשיט ממה שמועיל בעלמא אמתלא (ועיין ש"ך ח"מ סי' פ"א ס"ק נ"ו וסי' פ"ח ס"ק ט"ז) וא"כ שפיר קמ"ל דבאמתלא דקחזי לי' רבנן צריך למיטען מיהו יש לדחות להמעיין וצ"ע:

פרט ב

יבואר פירש הש"ס אי דקא צווח מאי הוי ליה למיעבד ויבואר היכי דלא נולד ספק לבית דין רק על פי טענותיהם י"ל לכ"ע לא מהני תפיסה נגד חזקת מרא קמא ותמיה על רמב"ן ונמוקי יוסף:

ג שם בש"ס היכי דמי אי דשתיק אדויי אודי לי' ואי דקא צווח מאי הוי לי' למיעבד ראיתי בנמוקי יוסף ובשיטה מקובצת שכתבו בשם רמב"ן וז"ל ומשמע משמעתין דווקא שתק ולבסוף צווח הא צווח מעיקרא מוציאין אותו מידו דמאי דתפיס האי דידי' הוא והכי כמי משמע מהאי דתנן ספק בכורת כו' דמוקמינן דאם תקף כהן בהמה שהוא ספק בכור מבית ישראל מוציאין מידו שמעינן מיני' דכל ספק ממון דקיי"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע אם תקפו תובע בפנינו או בפני עדים מפקינן מיני דאוקי ממונא בחזקת מארי' ותקיפה בכה"ג לא מהני יע"ש ועיין בהגהות מיימוני בפרק ט' מהלכו' טוען ס"ק ל' נתבאר מלשונם שהבינו מאי דאמרינן אי דקא צווח מאי הוי לי' למעבד תלי' בדין תקפו כהן אי מוציאין ואי אין מוציאין מהני תפיסתו אף דצווח מעיקרא ולא זכיתי להבין דעת הקדושים אשר בארץ חיים המה:

א) קשה לי' דמשמעות לשון הש"ס משמע דאבעי' דר' זירא הי' בסתם וסתמא דתלמודא מפלפל בכוונתו ומפרשן, ומאי מקשו אי דקא צווח דלמא הי' ר' זירא מסופק בדין זה גופא אי תפיסה מהני בספק שהי' מסופק אי תקפו כהן מוציאין מידו או אין מוציאין דשם פליגי אמוראים בזה:

ב) קשה לפי זה על הרמב"ם בפרק ה' מהלכו' בכורת הלכה ג' וש"ע יורה דעה סי' שט"ו שפסקו תקפו כהן אין מוציאין מידו וכן הוא דעת עוד כמה פוסקים כמ"ש הש"ך בס' תקפו כהן ובפרק ט' מהלכות טוען הלכה י"ב וכאן פסקו כל הפוסקים בפשיטות דוקא שתק ולבסוף צווח מהני תפיסתו אבל בצווח מעיקרא מוציאין אותו מידו ואמאי לא מהני תפיסה:

ג) קשה לי לפי מה שיבואר לקמן בפרט ג' דברי הר"ן הובא בספר שיטה מקובצת שם שפי' פי' חדש בש"ס לר' זירא ותוכן כוונתו דאבעי' הוא אי הוי אנן סהדי שמאי דתפיס כל אחד דידי' הוא יע"ש וכבר נתבאר ברמב"ן ור"אש בשמעתין וכל הפוסקי' בפשיטות דתפיסה מהני היכא דליכא חזקת מרא קמא וא"כ לפי זה דברי הש"ס סותרין זא"ז תוך כדי דיבור כיון דאמרינן אי דקא צווח מאי הוי לי' למיעבד בע"כ סובר דלא מהני תפיסה והטעם כיון שכל אחד תפוס על פלגא איכא אנן סהדי דהאי פלגא דידי' ויש לו חזקת מרא קמא על פלגא ולא מהני תפיסה בגד חזקת מרא קמא וא"כ היאך אפשר להסתפק אחר כך בשתק ולבסוף צווח אי הוי אנן סהדי ודוחק לומר דר"ן סובר דתפיסה לא מהני אפילו כשאינו נגד חזקת מרא קמא כי הוא נגד משמעות הש"ס ופוסקים וגם בר"ן גופא לא משמע כן להמעיין היטב (ועיין רמב"ן הובא בס' שיטה מקובצת שכתב שם וז"ל ואם תשאול למה אמרו תקפה אחד בפנינו מוציאין אותו מידו והלא אין זה מוחזק יותר מזה תשובתך הרי אמרו כיון דתפיס אנן סהדי מאי דתפיס האי דידי' ומאי דתפיס האי דידי' וכל אחד ואחד מוחזק במחצה יותר מחבירו יע"ש):

ד) קשה לי אף אי נימא דפשיטא לש"ס תקפו כהן מוציאין מידו ולא מהני תפיסה מ"מ כיון שזה פשוט היכי דליכא חזקת מרא קמא מהני תפיסה וא"כ לשיטת הר"ן שאבעי' דר' זירא הוא אי הוי אנן סהדי הו"מ הש"ס לפירושי שאבעי' ר' זירא הוא אפי' בצווח מתחילה ועד סוף רק שמסופק ג"כ בזה אי הוי אנן סהדי שכל אחד מאי דתפיס דידי' ויש להנתפס חזקת מרא קמא על פלגא ולא מהני תפיסתו נגד חזקת מרא קמא כמו בתקפו כהן דמוציאין מידו או דלא הוי אנן סהדי ומהני תפיסתו כיון דליכא חזקת מרא קמא ומיהו קו' זו יש לישב דהנה בתקפו בפני עדים מצינו ג' שיטות:

א) נמוקי יוסף והמגיד משנה בפרק י"ב מטוען הלכה י"ג כתבו דאם לא צווח מתחילה אדויי' אודי לי' דכיון דלא חזי לי' רבנן לא הי' לו לשתוק ומוכח שהודה:

ב) שיטת הרשב"א דבכה"ג אפי' שתק מתחילה ועד סוף לא הוי הודאה כלל דלא עביד אינש דמגלי טענותי' חוץ לבית דין וכ"כ בטור סימן קל"ח:

ג) הש"ך בס' קל"ח ס"ק ו' דדינו כאילו הוי בפני ב"ד ובע"כ מאי דאיתא בש"ס הא קא חזי לי' רבנן לאו דוקא רבנן ה"ה עדים וכמ"ש בב"ח שם (ועיין בס' א"ות שם) וא"כ לשיטת הרשב"א ונ"י האיבעי' הוא בתקפה בפני ב"ד לק"מ קו' הנ"ל ומוכח כאחד משיטות הללו ושפיר הוכיח התלמודא דבע"כ איבעי' דר' זירא הוא בכה"ג דאל"כ למה מבעי' דוקא בתקפה בפנינו הא הו"מ למיבעי גם בתקפה בפני עדים אע"כ דאיבעי' היא בשתק ולבסוף צווח דלא שייך בעדים כאחד משיטות הנ"ל אבל לשיטת הש"ך דגם אבעי' דשתק ולבסוף צווח מ"ש בפנינו לאו דוקא וה"ה בפני עדים הדק"ל אע"כ כפוסקי' הנ"ל ובזה מיושב קו' א' הנ"ל דא"א לפרש האיבעי' אי תפיסה מהני נגד חזקת מרא קמא דהא הוי מצי למבעי' אפי' בפני עדים אבל קו' הנ"ל על רמב"ם ור"ן קשה ותו דמלשון הש"ס משמע דעדיין לא נחית לפלפול אי ת"כ מוציאין מידו או אין מוציאין מידו ולולי דבריהם נראה לומר דוקא בספק בכור דלולי טענותיהם ראוי להסתפק בכה"ג אלים הספק ונחלקו אי ת"כ מוציאין מידו או אין מוציאין מידו אבל היכי שהספק בא לנו רק ע"פי טענותיהם לכ"ע מוציאין מידו ולא מהני תפיסה נגד חזקת מרא קמא וכעין שמחלקים תוס' בב"ק דף ל"ה ע"ב ד"ה זאת ובכמה דוכתי' אליבא דבסומכס היכי שבא להוציא כמו כן הוא לרבנן עכ"פ היכי דתפיס וא"ש שיטות רמב"ם ור"ן והמעיין היטב בכללי תפיסה יראה סעד לדברינו וא"ש שיטת הפוסקים הנ"ל ואין כאן מקומו ויבואר באי"ה בכללי תפיסה ושיטת רמב"ן ונ"י וצ"ע:

פרט ג

יבואר ספק היכי דתפיסי בגוף הבגד ותקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח וגם יבואר אי שתיקה דהכא הוי ודאי הודאה או ספק הודאה:

ד יש לחקור דהנה אי' בדף ז' ע"א תני ר' תחליפא בר מערבא קמי' דר' אבוהו מנים אדוקין בטלית זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת ומתני' דקתני דפלגי מוקי ר' פפא דתפיסי בכרכשתא וא"כ יש לברר היכי דתפיסי בגוף הטלית וקודם שחלקו ונשבעו תקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח היאך ליידיינא דיינא להאי דינא די"ל אבעי' דר' זירא הוא רק על מתני' דמיירי דתפיסי בכרכשתא וטעמא דמילתא נראה לענ"ד דיש להבין אמאי לא בעי ר' זירא האבעי' היכי שהטלית ביד אחד לבדו ובא לבית דין והשני תפס ממנו ושתק ולבסוף צווח דרש"י ונמוקי יוסף וכל מפרשים פירשו שר' זירא קאי על מתני' וכבר העיר בזה בחידושי פני יהושע ובימיו לא נדפס ספר שיטה מקובצת שכבר הרגיש בזה רבינו הגדול מוהר"י אבוהב זלה"ה הובא שם דף ח"י ע"ד שכתב וז"ל פירש"י הוציאה מיד חבירו בחזקה כו' אמר זה לפי שמפשט הלכה

נראה ששואל כך אם הי' אדם אחד הולך וטלית בידו ובא א' ותקפה כולה או חצי' וכל הלכה נוכל לפרש בזה הפירוש ונשמר רש"י מזה לפי שיש לנו כלל בתלמוד אין ספק מוציא מידי וודאי וא"כ מי שהי' טלית בידו קודם הוא ודאי וא"כ היאך יבוא זה שבא לתקוף מיד חבירו שהוא ספק ויוציא טלית מיד המוחזק לזה פי' רש"י שמתחילה הי' שניהם אדוקים בה ובאו לבית דין אדוקים ובעוד שהי' לפנינו תקפה אחד והוציאה מיד חבירו מה תאמר לפירש"י יש כאן ספק מוציא מידי ודאי שמצד השני משאלותינו שאנו אומרים או דלמא כיון דצווח אגלי מילתא למפרע כו' מזה הצד הוא ספק לנו ועל כל זה אע"פי שהוא ספק אנו דנין שבשביל זה הטעם נוציא עכשיו הטלית מיד המוחזק בו והוא משתקפה עכשיו בפנינו וא"כ נראה שספק מוציא מידי ודאי לזה נתרץ אחד מב' תירוצים חדא שכיון שאנו רואין ששניהם אדוקין הדין נותן שלא נאמינהו לזה שאומר אדויי אודי לי' אלא שנאמר דהא דצווח אגמ"ל כו', שני זאת הטענה שאנו אומרים הא קא חזו לי' רבנן היא אמיתות ובשביל זה שתק יע"ש ולכאורה דבריו מחוסרין הבנה דכפי שכתב הר"אש בשמעתין וז"ל מדשתיק ודאי אדויי אודי לי' יע"ש וכ"כ בנמוקי יוסף וכן משמעות לשון הש"ס כמו בשותק מתחילה ועד סוף הוי ודאי הודאה ה"ה בשתק ולבסוף צווח לצד איבעי' שאמרינן שהודה לו הוי ודאי הודאה וא"כ מה בכך שראשון הי' ודאי מ"מ ודאי הודאה מפקיע מידי ודאי חזקה דהא הודאתו עדיף אפי' מעדים היכי דהוא ודאי הודאה וא"כ שפיר הוי מצי למיבעי האבעי' אפי' היכי שהוא ביד אחד דהא לצד דהוי ודאי הודאה מפקיע מידי חזקת מרא קמא של אידך שהי' לו בטלית ותו קשה לדבריו כמו היכי שאחד מוחזק בכל הטלית יש לו חזקה שכל מה שתחת יד אדם הוא שלו ה"ה כששניהם אוחזין הוא בחזקת שניהם ויש לכל אחד חזקה על מחצה כדאי' בדף ג' דאנן סהדי מאי דתפיס האי דידי כו' ועיין תוס' במס' ב"מ דף ב' ע"א ד"ה יחלוקו וא"כ אמאי אתי ספק ומוציא מדי ודאי ואיך יכול לתפוס זה כל הטלית ובע"כ צ"ל כמ"ש הר"אש דהאבעי' הוא דלמא הוי ודאי הודאה וא"כ הדק"ל ואולם נראה דאזיל בשיטת הר"ן דנייד מפירוש הר"אש ונמוקי יוסף שכתב שם בשיטה מקובצת דף י"ז ע"א וז"ל לא צריכא דאישתק נראה לי דאבעי' הכי מפרשה דודאי פשיטא לן היכי דאישתק ולבסוף צווח איכא למיתלי בהודאה ואיכא למימר דלאו הודאה הוי כיון דלבסוף צווח אלא דהכי קמבעי' לן מי אמרינן טלית זה בתחילה בספק הי' עומדת שלא היינו יודעין של מי הוא וכיון שכן אף ספק הודאה מהני להעמידה ברשות זה שתקפה או דלמא כיון דצווח ואיכא למימר האי דאישתק לאו משום הודאה הוא אין תולין לומר שמא הודה לפי שטלית זה אף מתחילה לא הי' מוטלת בספק דאנן סהדי מאי דתפיס האי דידי' הוא ומאי דתפיס

האי דידי' הוא וכיון שכן אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי ואם תרצה תפרש או דלמא כיון דצווח כו' הכי קאמרינן שאפילו אם נאמר שטלית זה בספק הי' מונחת בתחילה אין מעמידין אותו בחזקת זה שתקפה משום דליכא לספוקי בהודאה כלל וכיון שטלית זו בספק הי' עומדת מתחילה אף בספק הודאה סגי לי' אבל אם היינו תופסין מתחילה כאילו היו של שניהם בודאי הדבר ברור שאין הודאה זו מעמידה בחזקת התופס עכ"ל והמה קילורין לעינים שמחדש דבר חדש ובחידושי פני יהושע כיון ג"כ לסברא זו שיש לומר דמתחילה הי' אצלם הטלית בספק ומאי דאי' בש"ס אנן סהדי לאו דוקא אלא כיון דמחמת ספק הדין פשוט שיחלוקו הוי לי' כאנן סהדי וא"כ לפי זה דברי רבינו מוהר"י אבוהב ברורין דהיכי שטלית כולו יוצא מתחת יד אחד כיון שחזקה שכל מה שיש ביד אדם הוא שלו לא שייך למבעי' אי מהני תפיסה כי אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי חזקה וא"כ יח לומר לשיטה זו דאבעי' דר' זירא לא קאי רק בתפיסי בכרכשתא דלא הוי אוחזין ממש ועיין בחידושי רש"ל בב"מ דף ב' ע"א בתוס' ד"ה ויחלקו שנחית לסברא זו שיט לומר כן אבל כשהיו תופסין בגוף הטלית דאנן סהדי כל מה שאחד תופס הוא שלו דהא הוי כמוחזק גמור וכמאן דפסיק דמי כיין שנוטל כל אחד עד מקום שידו מגעת לא מיבעי' לרמב"ם וסיעתו כמ"ש בפרק ט' מהלכות טוען הלכה ט' הובא בש"ך סימן קל"ח ס"ק ה' שאין צריך שבועה על מה שתפסו בודאי הם מוחזקים אלא אפי' לתוס' ד"ה מחוי היינו משום תקנה אבל עכ"פ מה שתפיס כל אחד הוי כמוחזק ממש וכמאן דפסיק דמי וכאילו הי' נחלק וכל אחד על חלקו שאוחז הוא מוחזק כאילו הי' כל הטלית ביד אחד דל"מ תפיסה משים דהוי ספק הודאה נגד חזקה ה"ה לא אתי ספק הודאה ומוציא מידי ודאי חזקה על אידך פלגא שחבירו הי' מוחזק מעיקרא ואבעי' דר' זירא יש לומר דלא קאי רק על מתני' שתפסו בשפת הבגד דליכא אנן סהדי שיש לכל אחד מחצה כיון דלא הי' אוחזים בגוף הבגד וכיון דליכא חזקה מבעי' לר' זירא אי אתי ספק הודאה ומוציא מידי ספק כפי' שני שכתב הר"ן הנ"ל, ופוסקים סתמו דבריהם, ולכאורה קשה לשיטת הר"ן מהא דפשיט ר' נחמן מברייתא במה דברים אמורים כו' ומקורו הוא תוספתא בפרק א' דאיתא שם וז"ל שנים אוחזין בטלית זה נוטל עד מקום שתפס וזה נוטל עד מקום שתפס בד"א בזמן שהי' שניהם תופסין בה חבל אם הי' בידו של אחד מהן המע"ה עכ"ל ומה דאיתא בגמ' לשון אדוקין, ובתוספתא איתא תפוסין אין בזה קו' כנודע שש"ס משנה לפעמים לשון תוספתא ובריית או שכך הי' כתוב בתוספתא שלהם וא"כ קשה היאך קאמר ר"נ אלא שתקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח ואמרינן שאודי לי' הא בכה"ג אפילו לצד דאודי לי לא מהני תפיסת השני כיון דגם לצד דאודי לי' הוי רק ספק הודאה

ולא מוציא מידי ודאי חזקה של אידך כיון שהי' תופסין בגוף הבגד ולפי' ר"אש ונ"י א"ש שאבעי' הוא אי הוי ודאי הודאה אבל לפי' הר"ן ומוהר"י אבוהב קשה וההכרח לומר על צד הדחק בכוונת הר"ן ומוהרי"א דרצה לפשוט דהוי אפי' ודאי הודאה ולמסקנא דדחי הפשיטות קם הדין הנ"ל היכי דהי' תופסין בגוף הבגד מודה ר' זירא דלא מהני תפיסת השני כי אין ספק מוציא מידי ודאי הגם שיש לישב בדרך פלפול קו' הלז אבל הוא רחוק ממרכז האמת בכוונתם ואולם לפי' הר"אש ונ"י שהאבעי' הוא אי הוי ודאי הודאה ומשמעות דבריהם שהבינו בפשטות לשון הש"ס דהוי אנן סהדי מאי דתפיס דידי' הוא ויש לכל אחד מחצה ואפי' בתפיסי בכרכשתא וכן נראה דעת תוס' דף ג' ע"א ד"ה יחלוקו רק דאבעי' הוא אי ודאי הודאה מוציא מידי ודאי חזקה כי הודאתו עדיף אפי' מעדים וא"כ י"ל דאיבעי' דר' זירא הוא אפי' בתפיסי בגוף הבגד וא"ש דברי ר' נחמן כפשוטו רק צ"ע מדוע לא בעי ר' זירא אפי' כשהי' הטלית ביד אחד ותקפה השני ושתק ולבסוף צווח כי משמעות לשון משמע שקאי על מתני' ואף אי נדחק לפרש כן בכוונתו מ"מ המפרשים לא פירשו כן ומדוע מיאנו לפרש כן וא"כ לכאורה ספק הנ"ל במחלוקת קמאי שנויה:

(הג"ה** ועיין בס' שיטה מקובצת בדף כ"א שכתב בשם מורו הרב דמש"ה קתני אדוקין ולא אוחזין משום דאדוקין משמע בגוף הטלית ואוחזין משמע דתפיסי בכרכשתא יע"ש ומובן בזה לשון רשב"ם בב"ב בדף ל"ד ע"א שכתב שם בד"ה ארבא וז"ל ולא זה מוחזקים כו' מדלא רמי עלה מתני' דשנים אוחזין בטלית כו' יע"ש דלכאורה לא מוכח ממתני' ותו הא איתא כן בברייתא להדיא ולפמ"ש מוכח שפיר מדאי' במתני' אוחזין ולא בלשון אדוקים מוכח היכי דאדוקים נוטל כל אחד מה שתפיס אך קשה על מורו הרב מתוספתא הלז דאי' אוחזין אף שמיירי שתופסין בגוף הטלית ואולי גירסתו הי' בתוספתא אדוקין כי כן מצינו הרבה פעמים שינוי לשון בתוספתא שלנו:)**

פרט ד

יבואר לשיטת הר"ן שהבין באבעי' דר' זירא אף אי שתיקה הוי הודאה הוא רק ספק הודאה היאך מהני השתיקה שיהי' הודאה הא הוי דברים שבלב ויבואר חקירה אם נאמן לטעון ברי נגד ספק שיש לחכמים בכוונתו:

ה כבר ביארנו מחלוקת ר"אש ונמוקי יוסף עם הר"ן ומוהרי"א לר"אש ונ"י אי אמרינן מדשתיק הודה ולא אמרינן אמתלא דחזי לי' רבנן הוי ודאי הודאה ולר"ן ומוהרי"א הוי רק ספק הודאה ויש להתבונן ולחקור לשיטת הר"ן ומוהרי"א דהנה בלא"ה קשה בהאי כללא דשתיקה כהודאה דמי' לפי מאי דאי' במס' קידושין דף מ"ט ע"ב דדברים שבלב

לא הוי דברים והוא כלל בכל מקום זולת בקצת מקומות וא"כ מה בכך שהודה הא לא הודה בדבר שפתים רק בלב א"כ הוי דברים שבלב ולא הוי דברים ואולם לק"מ לפי מ"ט תוס' שם היכי דיש אומדנא דמוכח לכל אדם כוונתו לא הוי דברים שבלב וכאילו הוציא בדבר שפתים והר"ן במס' כתובת דף ע"ט ע"א מסביר הדבר דהיכי דיש הוכחה לאו דברים שבלבו הוא אלא דברים שבלב כל האדם הוא כיון שיש לנו הוכחה יע"ש וכ"כ ריטב"א במס' קידושין שם דבעינן שיהי' הוכחה לכל ומצאתי בש"ות מוהר"י טראני חלק ב סימן מ"ה דף ק"א שעמד בחקירה זו מה שמצינו בש"ס בכמה דוכתי דמהני מחילה בלב ותירץ כן יע"ש ומהאי טעמא קיי"ל בחשן משפט סימן פ"ח בטענו חיטין והודה בשעורין פטור לדעת תוס' וסיעתם מטעם הודאה או מחילה אף דהוי בלב משום דמוכח לכל מדלא תבעו וה"ה בכל מקום כששתק אמדו חכמים דעת בני אדם שאין דרכם לשתוק בענין כזה מוכח לכל שהודה לדברי חבירו אבל בלא"ה אף אם הי' אומר אחר כך שהודה או מחל מחילה בלב ועכשיו רוצה לחזור לא הוי הודאה ומחילה בלב כי לא מהני מה שהי' בלבו וא"כ בנידון דידן בשלמא לשיטת הר"אש ונמוקי יוסף שאבעי' דר"ז אי הוי ודאי הודאה ולא אמרינן כלל אמתלא דחזי לי' רבנן דאין דרך העולם לסמוך על אמתלא כזו ולשתוק א"ש דשפיר הוי שתיקה כהודאה כמו בכל מקום היכי דליכא אמתלא כששותק בדבר שהי' לו לצווח כשרואה שחבירו רוצה להפסידו מוכח על ידי שתיקתו שמחל או שהודה לדבריו כיון דליכא אמתלא הוי הוכחה לכל כוונתו, משא"כ לשיטת הר"ן ומוהרי"א שהבינו דגם לצד דאודי' לי' ע"י שתיקתו הוי ספק הודאה ובע"כ גם לצד הזה איכא אמתלא דחזי לי' רבנן רק דלא הוי ודאי אמתלא דלא הוי אמתלא ברורה לנו ואנו מסופקים אי סמך על אמתלא הלז או לא וא"כ קשה כיון דיש לכו ספק אם כוונתו הי' לאמתלא זו או לא ממילא אף אי אמת שהודה בלב לא הוי הודאה דהא הוי דברים שבלב כיון דלא מוכח לכל כוונתו דעל ידי ספק אמתלא הוי דברים שבלב, דאי אפשר לומר דמוכח לכל העולם כיון דיש לנו ספק אולי סמך על אמתלא ולא הודה וא"כ אפי' ספק הודאה ראוי לומר שלא יועיל להוציא מידי ספק כי ספק הודאה בשתיקה הוי דברים שבלב שאינו מוכח לכל וממילא אפי' אם עכשיו מודה שהודה בלב ורצה לחזור ג"כ מהני חזרה כי לא מהני ד דברים שבלב היכי שיש לנו ספק:

ונראה לענ"ד לומר דהר"ן ומוהרי"א סוברים דהאי כללא דדברים שבלב לא הוי דברים במחילה היכי שמוחל בלב ולא מוכח לכל הוא רק במחילה ולא בהודאה, והודאה בלב מהני בכל גוונא היכי שהודה שהי' כן בלבו וא"י לחזור או היכי שיש לנו ספק הודאה בלב מהני להפקיע מידי ספק וטעמא דמילתא נראה דוקא היכי שבא להתחייב

את עצמו או לעשות דבר חדש מה שלא הי' מחויב מעיקרא לא אלים דברים שבלב וכמו כן הוא כל דברים שבלב שאומר עכשיו בלבו דבר חדש על להבא לא מהני בלב ולכן במחילה שרוצה לעשות דבר חדש שלא הי' מחויב ל"מ בלב דבעלמא מצינו היכי שרוצה לעשות ולהתחייב תחייב א"ע דבר חדש על להבא במה שאינו מחויב ל"מ אפי' כשהוציא בשפתיו ובעי קנין רק מחילה קל שאין צריך קנין עכ"פ בעינן שהוציא בשפתיו כי מה שהוא בלב לא אלים כל כך שיתהווה ע"י דיבור שבלבו דבר שלא הי' ע"ע משא"כ בהודאה כיון דלא איברו סהדי אלא לשקרא ואין אנו צריכין רק לידע האמת והוא רק גילוי מילתא בעלמא שהי' חייב מעיקרא ולא נתהווה דבר חדש על ידי דברים שבלבו לא איכפת לן אי הוי דברים שבלב ואם הי' אפשר לנו לידע מה שהי' בלבו הוי הודאה רק שאין אנו יודעים וממילא נראה אם אחר כך הודה מעצמו שכן הי' בלבו שהודה רק עכשיו חזר כיון שעכ"פ נתגלה לנו שהאמת עם חבירו ממילא הדין עמו דהא אין אנו צריכין לידע רק האמת ולענין זה שוה מה שבלבו להיכי דהוציא בשפתיו כי סוף סוף הודה שהאמת עם חבירו וכי משום שהי' בלבו נימא שהודה בשקר וא"כ שפיר כ' הר"ן דמיבעי' עי' לר' זירא אי ספק הודאה מהני להעמידה ברשות זה שתקפה או דלמא כיון דאנן סהדי מאי דתפיס האי דידי' הוא וכנ"ל וא"ש:

ו

ו אמנם אכתי קשה לשיטת הר"ן הלז לפמ"ש בפרט א' דנראה דהנתפס טוען אמתלא זו דלא הודה דסמך על רבנן דאם לא טען לא טענינן לי' וכן משמע ברמ"א סימן פ' סעיף א' היכי שיש לו אמתלא על שתיקתו צריך לטעון וא"כ מה קמבעי' לרב זירא דלמא אודי' לי' משום דטלית בתחילתה בספק הי' עומדת שלא היינו יודעין של מי הוא ולא אמרינן א"ס מאי דתפיס האי דידי' הוא וספק הודאה מהני להעמידה ברשות זה שתקפה ולא מהני אמתלא דחזי לי' רבנן הא עכ"פ טוען הנתפס ברי שסמך על אמתלא והתופס לא יוכל לטעון ברי שהודה רק שמא כי אי אפשר לו לידע מה שהי' בלבו ולפמ"ש פני יהושע במס' כתובת דף י"ב אף דקיי"ל כר' נחמן ור' יוחנן שם דברי ושמא ברי לאו עדיף היינו נגד חזקת ממון שיש למוחזק סיוע שמעלת התפיסה שתופס גם חזקת מרא קמא אבל היכא שאין לו רק מעלת התפיסה שאין לו חזקת מרא קמא וטוען שמא עדיף ברי של כנגדו והכא אף לפי צד של בעל אבעי' דלית לנתפס חזקת מרא קמא על פלגא דלא הוי אנן סהדי מ"מ גם לתופס אין לו חזקה ואין לו רק מעלת התפיסה יהי' נאמן התופס שלא הודה וסמך על האמתלא ומאי קמבעי' לש"ס כיון דבע"כ מיירי שטוען אמתלא דאי לא טען כתבתי לעיל אפי' לאידך צד דסמכינן על אמתלא לא טענינן עבורו כיון שלא יהי'

לו היזק אם יברר האמתלא מוכח שלא סמך על אמתלא הלז דדרך אדם לברר טענותיו לזכות בכל מה דאפשר כדי שיצא זכאי בדינו וכיון שמיירי שטוען אפי' אי נימא דהוי ספק הודאה ומוציא מידי ספק מ"מ יהי' נאמן כיון שטוען ברי ומיהו ע"ז שתי תשובות בדבר חדא כמ"ש תוספת בכתובת דף י"ב ובכמה דוכתי לחלק לר' יהודא דסובר ברי ושמא ברי עדיף בין הוי לי' למידע ללא הוי לי' למידע כמו כן יש לומר לענין תופס לדידן וכ"כ בספר פני יהושע בנידון דידי' שם יע"ש ואפי' לדעת בעל התרומת בשער ל"ט חלק ג' שלית לי' סברת תוס' הלז (ומ"ש בס' פ"י שם שרמב"ם לית לי' חילוק הלז הוא טעות הדפוס שרמב"ם כתב כן לענין משאיל"מ שמחלקים הפוסקים בין הוי לי' למידע ללא הוי לי' למידע והוא זלה"ה לית לי' חילוק הלז כמ"ש בש"ך חושן משפט סימן ע"ב ואין מקום לרמב"ם לכתוב כן כי הוא סובר כר' נחמן אפי' בברי טוב ושמא גרוע לא מהני הברי רק צ"ל רמב"ן) מ"מ לק"מ דנלענ"ד מוכרח לומר דהא דסובר ר' הונא ור' יהודא ברי עדיף משמא נגד חזקת ממון ולר"נ ור' יוחנן ברי עדיף משמא נגד תופס שתופס מספק היינו היכי שאין לבית דין ספק בלא טענותיהם רק הספק הוא לבית דין ע"פי טענותיהם שאין יודעין מי אומר אמת בכה"ג אלים הברי משא"כ כשיש לבית דין ספק מכח דעת תורה שמסופקים אלים הספק ולא יוכל לטעון ברי נגד ספק שהוא מכח הדין שראוי להסתפק ספק כזה כמו הכא שיש לנו ספק בדין היכי ששתק בשעת תקיפה ולבסוף צווח אי הודה ולא סמך על אמתלא דחזי לי' רבנן או לא הודה וסמך על האמתלא אין יכול לטעון ברי שכוונתו הי' לסמוך על אמתלא כיון שהוא נגד ספק שיש לנו ספק כזה אלים טובא דע"פי דין תורה הוא ספק והוא אומר להיפוך וראי' ברורה לזה מהא דאיתא במס' ב"ב בדף קמ"ו ע"ב במתני' שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ולא שייר קרקע כל שהו אנן מתנתו מתנה ואם עמד חוזר דאזלינן בתר אומדנא ומבעי' לן בדף קמ"ח ע"ב הקדיש כל נכסיו הפקיר כל נכסיו חילק כל נכסיו לעניים אי הוי אומדנא ונשאר בתיקו יע"ש דקשה לן מה קמבעי' לן הא אפשר לשאול אותו אם יודה שכוונתו הי' אף אם יעמוד הודאתו עדיף מעדים ודוחק לומר דנ"מ בחב לאחרינא דסתמא קמבעי' הח"ס וגם הפוסקים סתמו כן לדינא ואם יאמר ברי שכוונתו הי' אם יעמוד יחזור ממתנתו כיון דיש לנו ספק בכוונתו ראוי שיועיל ברי שלו אף דהוא ברי גרוע ושמא טוב כי אי אפשר לידע כוונתו, מ"מ כיון דהוא מוחזק בנכסים כמ"ש בהגהות אשר"י ובטוש"ע חוטן משפט סימן רנ"א סעיף ג' ובש"ע יו"ד סימן רנ"ט ס"ק ד"ל בשם תשובת רשב"א (ואף דכתב ריב"ש הובא ברמ"א שם אפי' בתפס' עניים מ"מ אבעי' דש"ס הוא בכל גווני היכי שעדיין הנכסים ברשותו אי מהני להוציא דכן הוא מן הסתם וכן מבואר להמעיין שם) ומוכח

בש"ס דכתובת דף י"ב ע"ב דברי גרוע בצירוף חזקה מהני להוציא ממון מחזקתו מכ"ש ברי גרוע בצירוף חזקת ממון דחזקת ממון אלים טובא דאי' שם בתירץ בתרא לכן סובר רבן גמליאל דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי להוציא הכתובה מבעלה אף דקיי"ל כר' נחמן דברי ושמא ברי לאו עדיף משום דיש לה חזקה המסייע דאוקי על חזקה שבתולה נולדה ואיתנסא לאחר אירוסין וברי דהתם הוא ברי גרוע כמ"ש תוס' ד"ה ור' הונא ואפ"ה מהני (ואין לומר כוונת הש"ס שם בצירוף מגו יע"ש) מכ"ש הכא דברי גרוע בצירוף חזקת ממון שיש לשכ"מ שראוי לומר שיועיל ומאי קמבעי' לש"ס ודוחק לומר דמיירי שמסופק עכשיו ואין יודע מה הי' בדעתו ועיין כיו"ב בתוס' במס' שבועות דף כ' ע"א בד"ה לישנא דכל כי האי הו"ל לפרושי ולא לסתומי ומסתימת לשון הש"ס ומפרשי קמאי זלה"ה משמע להדי' דאבעי' הוא בכל גווני אע"כ כמ"ש כיון שהספק הוא לנו ע"פי דעת תורה בכל שכ"מ העושין כן אי מתנחם לגמרי בכה"ג אינו נאמן נגד ספק שיש לנו על פי דעת תורה להכחיש הספק וה"ה אינו נאמן נגד ספק שיש לנו אם הודה או לא, וכן מוכח למסקנא דכתבו הפוסקים דהוי ספק ולא מפקינן מתופס ומסתימת דבריהם מבואר בכל גווני אף אי הנתפס טוען ברי שסמך על האמתלא ובע"כ צריך לומר כמ"ש כן נלענ"ד נכון, ואולם שוב ראיתי בש"ות תרומת הדשן סימן ר"ז שכתב בשם אור זרוע גבי בועל שפחתו שכל מקום שהכריעו חכמים את דעתו שלכך נתכוין אינו נאמן לומר לא נתכוונתי יע"ש משמע היכי שמסופקים בכוונתו נאמן לברר הספק וצ"ע לדינא:

פרט ה

יבואר הוכחה שבע"כ הר"ן ומהרי"א דסוברים דשתיקה דהכא אף אי הוי הודאה לא הוי רק ספק הודאה בע"כ סוברים דספק ספיקא לא מהני להוציא ממון אפי' היכי שאין למוחזק בממון חזקת מרא קמא רק מעלת התפיסה. וגם יבואר אי שתיקה הוי כהודאה או כמחילה. ונ"מ טובא לדינא:

ז יש לחקור לשיטת הר"ן ומוהרי"א זלה"ה הנ"ל דהנה בהאי דשתיקה כהודאה נאמר על ב' פנים א) יש לומר דהוי כהודאה שמודה שטענת חבירו אמת ב) שמוחל לחבירו וכעין שכתבו הראשונים זלה"ה בהא דקיי"ל טענו חיטין והודה לו בשעורין פטור כתבו רש"י ותוס' במס' ב"ק דף ל"ה ע"ב בד"ה לימא כיון דלא טענו שעורין מחל לו ומשמע להדי' בלשון הר"אש שהטעם כיון ששתק ולא תבעו שעורין מחל לו ור"אש כתב שם הטעם כיון ששתק ולא תבעו שעורין הודה לו שלא הלוה שעורין עיין תוס' סנהדרין דף ו' ע"א ד"ה צריכא וש"ך חושן משפט סימן פ"ח ס"ק י"ז וא"כ הכא אי נימא דשתיקה הוי כמחילה שמחל לחבירו הטלית ואינו רוצה לישבע לפי מה שבררנו בפרט ד' דמחילה

בלב לא הוי מחילה רק היכי שיש הוכחה שמחל אבל ספק מחילה דלמא לא מחל וסמך על אמתלא לא מהני בלב ותוס' כתבו במס' כתובת דף ט' ע"ב ד"ה אי ונמשך אחריהם הב"ש בסימן נ"ג ובכמה דוכתי דמוציאין ממון ע"י ספק ספיקא והש"ך בספר תקפו כהן וכנסת הגדולה בסי' כ"ה הביאו דעת הרבה חולקים שאין מוציאין ממון ע"י ספק ספיקא דס"ס הוא מטעם רוב דספק א' משווי פלגא ופלגא והשני גורם שיהי' רוב ואין הולכין בממון אחר רוב, ובארתי בכללי ס"ס דנראה להמעיין אפי' להחולקים על תוס' דוקא נגד מוחזק ממש שיש לו חזקת מרא קמא מסייע לתפיסתו לא מהני להוציא ממון דחזקת ממון כהאי עדיף מרוב אבל היכי שאין לו חזקת מרא קמא המסייע רק מעלת התפיסה מהני ס"ס להוציא מתפיסתו כי אפי' רוב יש לומר דמהני בכה"ג ודלא כנראה מש"ך חושן משפט סוף סימן צ"א ומכ"ש לשיטת רשב"א סוף סימן ת"א שיש לומר שספק ספיקא עדיף מרוב וא"כ בנידון דידן מה קמבעי' לר' זירא כיון דלשיטת הר"ן אפי' לצד דאמרינן דאדויי אודי לי' הוי דק ספק הודאה דלמא סמך על אמתלא א"כ יש להוציא מתופס דאין לו חזקת מרא קמא אפי' על פלגא שלו לשיטתו דלא אמרינן אנן סהדי ולהנתפס יש לו ספק ספיקא המסייע חדא דלמא לא הודה ולא מחל דסמך על אמתלא דחזי לי' רבנן ואת"ל דהודה מנלן דהודה שהאמת עם שכנגדו דלמא מחל ולא מהני מחילה בלב כיון דלא הוי אומדנא דמוכח לכל כוונתו דהא יש לנו ספק הודאה ואף אי באמת מחל בלב לא מהני דהוי דברים שבלב כמ"ש בפרט ד' ובשלמא לר"אש ונמוקי יוסף שהבאתי בפרט ג' וד' א"ש דלצד זה אמרינן דודאי אודי לי' ולא אמרינן כלל האי אמתלא דחזי לי' רבנן אבל לר"ן ומוהרי"א קשה ואין לומר דהכא לא הוי ס"ס לפי מאי דאיתא בשבועות דף מ"א ע"ב ההוא דאמר לחברי' הב לי מאה זוזי דאוזיפתך א"ל להד"מ אזיל אייתי סהדי דאוזפי' ופרעי' אמר אביי אינהו אמרו אוזפי ואינהו אמרו פרעי' רבא אמר כל האומר לא לויתי כאילו אמר לא פרעתי דמי וכ' רש"י וז"ל דכיון דלא לוה לפי דיבורו לא פרע והרי יש עדים שלוה נאמנים על הלואה ואין נאמנים על הפרעון דהודאת בע"ד כמאה עדים יע"ש א"כ סובר דפלגינן דיבורא הודאתו לחוב מהני ולא מהני הודאתו לזכותו ולא אמרינן בממ"נ אם נאמן יהי' נאמן לגמרי ואם אינו נאמן לא יהי' באמן כלל ויהי' פטור רק שורת הדין הוא שלחובתו באמן ואין נאמן לזכותו וא"כ ה"ה כיון שבע"כ הנתפס טוען שלא הודה כלל ולא מחל כלל וסמך על אמתלא דהא חזי לי' רבנן לא נוכל לצרף ספק זה דלמא מחל והוי מחילה בלב לזכותו כי הודאתו לחוב עדיף וא"כ פלגינן דיבורא שמה שאומר ומכחיש הזכות שהי' לו ע"י מחילה מהימן שלא הי' שתיקתו על חופן הלז ומה שאומר שלא הודה אינו באמן כיון שהוא לזכותו ולא אמרינן בממ"נ כנ"ל

ולא הוי ספק ספיקא דזה אינו דלא דמי כלל להתם דהתם לפי דברי המלוה חייב לו בודאי משא"כ הכא בין לדברי התופס ובין לדברי הנתפס יש לנתפס זכות בטנית דאם נתפס כדברי התופס שהודה לו הא בע"כ אי אפשר לטעון בדי שהודה לו הא שתק וכיון שיש לבית דין ספק לא יוכל להכחיש הספק ואף שטוען ברי על הטלית מ"מ על הנידון שאנו דנין אם הודה יש לו ספק ולא מהני הברי שיש לו על הטלית וא"כ לפי דבריו יש זכות לנתפס ע"י ס"ס וכנ"ל ואם נלך בתר טענת הנתפס יש לו זכות בטלית מצד טענתו שלא הודה ולא מחל כלל ושפיר שייך לומר ס"ס דאף אם נסלק דברי הנתפס לפי דברי התופס בעצמו יש זכות לנתפס מטעם ס"ס וזהו פשוט ואין צריך ראי' לזה וליתר שאת יש להביא ראי' לדברינו מתוס' כתובת דף ט' ע"ב ד"ה אי למיתב שכתבו לכן באומרת משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך והי' מקחי מקח טעות ואיכא מאן דמפרש מקח טעות ממאתים אבל מנה אית לה משום דבאותו מנה הוי ס"ס לא מפסדה כתובתה ספק קודם שנתארסה ספק אחר שנתארסה ואת"ל אחר שנתארסה אימר באונס הוי יע"ש ואף דמיירי שהיא אומרת ברי משארסתני נאנסתי כדאי' בדף י"ב ולא אמרינן שיהי' מהני הודאתה לחובתה כי לפי דברי' ליכא ספק ספיקא רק ספק אחד ואפ"ה כתבו תוס' דהוי ס"ס ובע"כ צ"ל כנ"ל דהתם בהאי דלא לויתי לפי דברי המלוה חייב בודאי משא"כ הכא לפי דברי כולם יש להאשה זכות בממון כי לפי דברי' בודאי מגיע לה כתובה ולפי דברי הבעל יש ספק ספיקא ולכן אף אם נסלק דברי אמה מגיע לה כתובה גם לפי דברי הבעל מטעם ספק ספיקא וא"כ ה"ה גם לדברי התופס יש לנתפס זכות בפלגא מטעם ספק ספיקא ול"ד כלל להאי דלא לויתי דלפי דברי המלוה חייב הלוה ואין ללוה זכות רק לפי דבריו והודאתו לזכותו לא מהני וכן מוכח בריטב"א במס' קידושין דף ס"ה ע"ב והובא בש"ך ח"מ סימן קל"ח ס"ק י"ב בהא דאי' שם שנים שבאו ממדינת הים ואשה עמהם וחבילה עמהם וכל אחד אומר זו אשתי וזו עבדי וחבילה שלי והיא אומרת אילו עבדיי וחבילה שלי דצריכה שני גיטין וגובה כתובתה מן החבילה וביאר הריטב"א דהיכי דאתי למיגבי בתורת כתובה לית לה כלל דכיון דאודית השתא שאחד מהן בעלה דקא תבעת כתובתה הוי כאילו הודית שאין לה זכות אחר אלא מדין כתובה ונמצאת קרחת מכאן ומכאן (וכוונתו כיון שכבר הודית שבאה לגבות בתורת שהיא שלה ותפסינן הודאתה לחיוב) רק דאתי עלייהו ממ"נ לדברי חבילה זו כולה שלי ולדבריכם הרי יש לי בה לכל הפחות שיעור כתובה אחת יע"ש וה"ה יש לומר כעין זה דיכול הנתפס לומר לפי דברי לא הודיתי כלל בשתיקה כי סמכתי על אמתלא ואף לפי

דבריך אי אפשר לך לומר שהי' ודאי הודאה רק ספק הודאה יש לי ג"כ זכות בטלית מכח ספק ספיקא וא"כ הדק"ל לשיטת הר"ן ומוהר"י אבוהב זלה"ה:

ח ולכאורה יש לומר אף דמן הסתם הוי כהודאה מ"מ מן הסתם לא הוי שתיקה מחילה ומתנה שאין דרך למחול ממונו ולתת במתנה וכמ"ש המרדכי בפרק קמא דבבא בתרא דף ו' סימן תס"ט וז"ל רבינו מאיר הקשה אמאי אינו נאמן לומר פרעתיך בתוך זמנו במגו דאי בעי אמר מחלת לי ופסק מכאן דטענת מחילה הוי טענה גרוע יע"ש שאינו נאמן לטעון מחלת לי כי אם במגו וכן כתב רמ"א בח"מ סימן ע' סעיף א' ובע"כ האי דטענו חיטין והודה בשעורין דפטור משום דהוי כהוכחה שמחל כיון שטען חיטין ושתק מטענת שעורים דמבואר שם סעיף י"ב שא"ל חיטין הלויתך ביום פלוני ובשעה פלונית דמוכח שמחל דאם איתא שהלוהו שניהם הי' טוען על שניהם כיון דבבת אחת הלוהו א"ו הודה לו שלא הלוה לו שעורין וכ' רמ"א אבל בלא"ה ודאי חייב דאין אדם מוחל על שאר תביעות אם לא תבעו בבת אחת וא"כ היכי דשתק לבד לא הוי השתיקה הוכחה רק על הודאה ולא על המחילה וכן מבואר חילוק זה בש"ך ח"מ סימן פ"א סע"ק ט' שכתב בנידון דראב"י היכי ששתקו לצוואת שכיב מרע הוי כהודאה כיון שיש לומר ששכ"מ אומד אמת הוי שתיקה הודאה אבל בעלמא לא הפסיד בשתיקה דהא קיי"ל אפי' באשה במחלק נכסיו כשהוא שכ"מ לא הפסידה כתובתה כששתקה רק בחולק לבניו ודוקא באשה ומקולי כתובה ולא בשאר בעל חוב ובע"כ כיון שנכסים הם בודאי לבעל חוב לא אמרינן ששתיקה תהי' מחילה יע"ש והמעיין בטור ח"מ ובב"י בסימן צ"ח ובש"ע שם סעיף א' מבואר אפי' בבריא הדין כן ששתיקת הבעל חוב לא הוי כמחילה אפי' כשחולק כל נכסיו בפניו ונתן לו רק קרקע כל שהוא יע"ש וא"כ ה"ה וממילא לא הוי ספק ספיקא לפי המבואר בתוס' כתובת דף ט' ובש"ך ביו"ד בכללי ס"ס דלא הוי ס"ס רק היכי ששני ספיקות שקולין וה"ה בממון למאן דאזיל בתר ס"ס בעינן שיהי' שקולין והכא ה"ס דלמא מחיל לא הוי ספק השקול דיותר נוטה שלא מחל אם הי' האמת אתו וליכא רק ספק אחד דלמא הודה ושפיר זכה התופס אבל ז"א דע"כ לא קאמרו הפוסקים דשתיקה לא הוי כמחילה וגם מחילה הוא טענה גרוע רק היכי שיש לו בודאי בממון כמו בבעל חוב שבודאי מגיע לו החוב וכמו כן בטוענו חיטין והודה לו בשעורין לפי דברי שניהם מגיע לו עכ"פ דמי שעורין שיש בכלל מאתים מנה וא"כ החיוב ודאי לא אמרינן כששתק מחל חוב שלו וכן מורה להמעיין בלשון הש"ך משא"כ הכא בשלמא לשיטת הר"אש ונ"י דאמרינן אנן סהדי שיש לכל אחד מחצה בטלית ויש לו מחצה בודאי לא הוי השתיקה מחילה אבל לשיטת הר"ן דלא אמרינן אנן סהדי כמש"ל דאתי ספק הודאה מוציא מדי

ספק שפיר י"ל דאולי מחל דעכ"פ הוא ספק ואף אי נאמר דסוברים דמ"מ לא הוי ספק השקול דיותר נוטה שלא מחל אם הי' האמת אתו רק שהודה שזהו דרך בני אדם שלא לגזול דבר שהוא של חבירו מ"מ הכא כיון שהי' חייב שבועה כמ"ש רש"י ונ"י שאבעי' הוא שתקפה אחד בפנינו קודם שנשבע יש לומר שמחל לפטור מעונש שבועה אפי' משבועת אמת דמ"ש הרמב"ם בפרק י"א משבועות ששבועת אמת מצוה הוא חולק עליו הרמב"ן בספר המצות בהרבה ראיות מש"ס וכן משמעות רוב הפוסקים דלא אשתמיט חד מנייהו לכתוב כן וא"כ הדק"ל לכן נראה דמוכח מכאן דר"ן ומוהרי"א זלה"ה סוברים כמ"ש הש"כ בח"מ סוף סימן צ"א דבממון לא אזלינן בתר ספק ספיקא כלל אפי' היכי דליכא חזקה המסייע למוחזק רק מעלת התפיסה לבד ל"מ ס"ס וא"ש וק"ל:

פרט ו

יבואר חקירה היכי שפסקו הב"ד שיחלוקו הטלית שאוחזין כו וישבעו וקיימו הפס"ד ונשבעו או שמחלו השבועה ז"לז ואח"כ תקפה אחד בפנינו ושתק ואח"כ צוה אי גם בכה"ג שייך אבעי' דר' זירא:

ט רבינו הגדול רש"י זלה"ה במס' בבא מציעא פי' באבעי' דר' זירא וז"ל תקפה אחד בפנינו הוציאה מיד חבירו בחזקה והרי הוא כולה בידו קודם שנשבעו עכ"ל ויש לחקור הא הוי מצי לפרושי האבעי' אפי' אם כבר נשבעו או שמחלו השבועה זה לזה (וכעין דמוקי רבו של שיטה מקובצת בדף י"ט ע"ב ד"ה ואמרינן) וקודם חלוקה תקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח אם הודה בשתיקה דאם שתק מתחילה ועד סוף הוי כהודאה והיכי דהודה שנשבע לשקר הוי הודאה להפסיד ממון דאף דקיי"ל אין אדם משים עצמו רשע מ"מ נאמן על עצמו להפסיד ממון כי רבו הפוסקים החולקים על ראב"ד כמ"ש הר"ן בכתובת דף ע"ב ע"א כמו שאם הודה שנשבע לשקר הוי הודאה ה"ה כששותק מתחילה ועד סוף הוי הודאה וממילא שייך האבעי' כששתק ולבסוף צווח אי הודה או דסמך על האמתלא דקסבר הא חזי לי' רבנן והמעיין בלשון רמב"ם וש"ע סימן קל"ח ס"ו משמע ג"כ שמיירי קודם שנשבעו וגם בדברי הטור אף ששינה קצת מ"מ פשטא דמילתא מורה כנ"ל:

ולכאורה יש לומר בכה"ג היכי דשתק ולבסוף צווח נאמן לומר שלא הודה וסמך על אמתלא כיון דיש לכל ישראל חזקת כשרות אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן שנשבעין לשקר ומסתמא מה ששתק מעיקרא לא הודה (ועיין בדף ב' ע"ב דאי' שם דלא הוי שבועת שוא) ולפ"ז יש לומר בכה"ג אפי' בשתק מתחילה ועד סוף לא הוי הודאה אף דמן הסתם הוי שתיקה כהודאה דיש הוכחה מדשתיק הודה מ"מ בכה"ג יש הוכחה להיפך דלא

הודה כיון דחזקה בכל מקום הוא כודאי וע"י חזקת כשרות שיש לו מוכח שלא הודה רק שלא חשש בתקיפתו כיון שכבר נשבע וזכה בחלקו כ"ע יודעים ששלו חטף מיהו אי נימא דשתיקה הוי במחילה אף אמנם שלא שייך שתיקה כהודאה שטענת חבירו אמת כיון שנשבע איכא חזקת כשרות מסתמא לא הודה מ"מ שייך לומר כיון ששתק והניח לחבירו לתפוס מחל לו הטלית והו"מ רש"י וסיעתו לפרש אבעי' אפי' לאחר שנשבע ואולם לעיל בפרט ה' כתבתי שיש לומר דשתיקה לא הוי כמחילה כמ"ש שם הטעם וא"ש מה שדייקו הפוסקים הנ"ל וכתבו קודם שנשבעו:

ברם ראיתי בש"ות מהור"ם פאדווי סימן מ' שחקר בזה אי שתיקה הוי כמחילה והעלה אפי' בחפץ שהוא ודאי שלו ורואה שחבירו תקף ממנו דהיזק נעשה מיד בשעת תקיפה ושתק מוכח שמחל יע"ש א"כ בשתק מתחילה ועד סוף הוי השתיק' מחילה דבכה"ג אינו משים עצמו רשע ואכתי שייך האבעי' גם לאחר שנשבעו היכי ששתק ולבסוף צווח וקשה על רש"י וסיעתו אמאי נקיט דווקא קודם שנשבעו ואי משום דאי' בש"ס מדשתיק אדויי אודי לי' ליכא קפידא כי כיו"ב אי' בש"ס הודאת בעל דין כמאה עדים וכתב בש"ות תשב"ץ ומוהריב"ל סוף כלל ג' שנותן לו בתורת מתנה ואפ"ה נזכר לשון הודאה והיינו שמודה ששייך לחבירו כי מחל לו ואפשר לומר דרש"י ורמב"ם סוברים הפי' בש"ס כמ"ש בפרטים הקודמים בשם הר"ן דעיקר אבעי' אי ספק הודאה מוציא מידי ספק כיון דלא הוי אנן סהדי שכל אחד יש לו פלגא וזהו דוקא קודם שנשבעו אבל לאחר שנשבעו אף ששתק כיון שלבסוף צווח ל"מ תפיסה כיון דע"י שבועה זכה כל אחד בפלגא דאנן סהדי שכל אחד נשבע אמת כי אימור תרווייהו בהדדי אגבוהו כדאי' בדף ב' ע"ב ואין ספק הודאה מוציא מידי ודאי ועוד יש לומר לפמ"ש לעיל בפרט ד' היכי דיש ספק אי מחל הוי דברים שבלב כיון דלא מוכח וא"כ בשלמא היכי שלא נשבעו שפיר יש לומר לצד אחד של בעל האבעי' לפי דברי הר"ן דהוי ספק הודאה ולא מוכח לכל כוונתו מ"מ לא הוי דברים שבלב כי לענין הודאה לא איכפת לן אי הוי בלב, אבל כשנשבעו אי אפשר לומר דשתיקה הוי הודאה רק שמחל ממילא אפי' לצד דאמרינן דהודה כיון דהוי ספק הודאה אולי הודה ואף לפי דברי הר"ן אולי סמך על אמתלא דחזי לי' רבנן לא מהני דהוי דברים שבלב שאינו מוכח לכל דלא מהני מחילה בלב בכה"ג דאשתני דין מחילה בלב מדין הודאה בלב וא"ש אך קשה לשיטת הר"אש ונ"י שפי' להדיא בכוונת ר' זירא שהספק הוא אי ודאי הודה ונמוקי יוסף כתב להדי' קודם שנשבעו ונסתר תי' הנ"ל והדק"ל הא הו"מ לפרש אפי' אחר שנשבעו והאמת שר"אש וטור ברמזים ס"ק י"א לא

כתבו כלשון רש"י וי"ל שבכיון שינו הלשון אבל הוא דוחק דכל כי האי הו"ל לפרושי ועכ"פ קשה על הנמוקי יוסף:

אמנם ראיתי בש"ות מוהרימ"ט ספר א' סימן קי"ד דף ע"ט בסופו שמחלק היכי שמחזיק בשל חבירו בדבר ברור שהוא של חבירו אין שתיקה וסבלנות ראי' שהודה לו משא"כ בדבר שיכול לומר אין שקלי ודידי שקלי אין אדם עשוי לשתוק ואם שתק הוי הודאה גמורה דפח"ח וראוין למי שאמרן ועיין בסוף סימן ק"ו (ואפשר גם הש"ך בסי' פ"א ס"ק ט' כיון לחילוק הלז אך תמהני דא"כ הו"ל להביא דבריו כי משנתו שגור בפיו וגם משמעות לשונו שם לא מורה כן רק שמחלק היכי דחוב ודאי לא אמרינן שתיקה הוי כמחילה והיכי דאיכא ספק אי חייב הוי שתיקה כהודאה וכן הבין הא"ות שם ס"ק ט' ועיין ש"ות מוהר"א ששון סימן קנ"ב וא"ות סימן פ"א ס"ק ט') וא"כ י"ל לכן דייקו הפוסקים הנ"ל קודם שנשבעו דוקא בכה"ג כיון שחבירו טוען כולה שלי ועל זה הם מדיינים בשתק מתחילה ועד סוף הוי ודאי הודאה והיכי דלבסוף צווח קמבעי' אבל היכי שכבר נשבעו כיון שברור שהוא שלו לגמרי שכבר זכה כל אחד במחצה דע"י שבועה מוחזק לנו שכל אחד נשבע אמת מכח חזקת כשרות אזי אין השתיקה ראי' במה שהניח לתפוס לחבירו כי לא איכפת לי' למחות כיון שהכל יודעים ששלו הוא נוטל וכסברת הר"י טראני הנ"ל ואכתי יש לפקפק קצת כיון דמתחילה הי' מדיינים על זה יש לומר דהוי הודאה וצ"ע היטב בכל זה:

י וראיתי בס' קצות החושן בסי' קל"ח ס"ק א' שהביא דברי רש"י הנ"ל וכתב ע"ז וז"ל ומדכתב קודם שנשבעו משמע דלא אמרינן שתיקה כהודאה אלא קודם שבועה דעדיין בספיקא הוא דמי יימר דמשתבע והוי לי' כאומר איני נשבע דאין יכול לחזור בו ועיין בסימן כ"ב סעיף ב' אבל אחר שנשבע דאז כבר זכה בחצי לא אמרינן אדויי' אודי לי' ואפי' שתק מתחילה ועד סוף לא אמרינן שתיקה כהודאה כו' ולפי זה נראה היכי שהביא עדים שחצי' שלו מהני אפי' בשתק מתחילה ועד סוף כיון דלא אמרינן שתיקה כהודאה בגוף הממון אלא דהוי כאומר איני נשבע וכיון דאתי סהדותא ליכא ספיקא ועדיף מנשבע דתו לא אמרינן שתיקה כהודאה יע"ש ולפי דבריו רש"י חולק על תשובת הר"אש המובא שם בש"ע סעיף ו' בשתק מתחילה ועד סוף דהוי הודאה גמורה ואפי' כשמביא עדים לא מהני ולענ"ד אחרי המחילה מכבוד תורתו דבריו אין להם שחר בכוונת רש"י במ"ש שחולק על הר"אש דלפי דבריו שהבין דלא הוי כהודאה רק בא מר איני נשבע ומדמי לסימן כ"ב סעיף ב' מאי קמבעי' לש"ס בשתק ולבסוף צווח הא לפמ"ש בפרט א' לכל הפירושים צווח קודם שיצא מבית דין בכה"ג אפי' לשיטת רש"י המובא בתוס' במס'

בבא מציעא דף ל"ד ע"ב ד"ה וחזר ובש"ע שם סעיף ב' בהגהות רמ"א כשאומר איני נשבע אין יכול לחזור היינו כשיצא חוץ לבית דין דזהו גמר דין אבל כל זמן שהוא בב"ד יכול לחזור וא"כ מאי קמבעי לר' זירא הא אפי' הי' הודאה דלא סמכינן על אמתלא דחזי לי' רבנן הא חזר עכשיו כיון שצווח ולא גרע מחזרה ומכ"ש לשיטת החולקים דאפי' יצא מביא דין יוכל לחזור ואפי' לשיטת הר"ן ונמוקי יוסף שכתבו בשיטת רש"י הובא בסמ"ע שם ס"ק כ"ב דאפי' לא יצאו מבית דין כשאין עסוקין באותו ענין הוי כגמר דין ואין יכול לחזור וא"כ יח לומר האבעי' הוא שצווח כשפסקו מאותו ענין וקודם שיצאו מבית דין מ"מ זה אינו חדא דסתמא קתני ותו דכתבתי בפרט א' דנראה לומר דאם צווח כשפסקו מענין שעסקו הוי כשתק מתחילה ועד סוף כיון שכבר גמרו הענין שלהם אשר מדיינים על הטלית והתחילו לעסוק בענין אחר הוי כיצאו מבית דין ובע"כ מיירי האבעי' שעדיין עסוקין באותו ענין וממילא יכול לחזור ואולם באמת נידון דידן לא דמי כלל להאי דסי' כ"ב דאפי' החולקים על רש"י מודו דהיכי שהחפץ הוא ביד חבירו ואינו מחוסר מעשה כלל אין יכול לחזור אחר כדי דיבור דמחילה והודאה יש להם דין אחד וכמו דקיי"ל בסימן פ"א סכ"ב שאין יכול לחזור אחר כדי דיבור ה"ה במחילה וכן בטענו חיטים והודה בשעורים לפו"ס שהוא מטעם מחילה אין יכול לחזור לאחר כדי דיבור והתם שאני דוקא בנשבע ונפטר כשאינו רוצה לישבע ואמר הריני משלם כיון שצריך עכ"פ מעשה תשלומין נחלקו אם יכול לחזור ולקצת פוסקים לא הוי מחוסר מעשה עיין ש"ך סי' כ"ב ס"ק ח"י אבל בנשבע ונוטל כשאומר אינו נשבע הוי גמר דין ואין יכול לחזור כיון שאינו מחוסר מעשה וא"כ לשיטת רב אלפס בשעריו בשער ב' דשבועת אוחזין הוי מנשבעים ונוטלים כשאומר איני נשבע ואינו רוצה ליטול וכשהוא ביד חבירו כנידון דידן שתקפה בפנינו אין יכול לחזור לאחר כדי דיבור ואפי' לפמ"ש הר"אש במס' סנהדרין דף כ"ד ע"ב סימן ה' וש"ע סימן כ"ב סעיף א' שאפי' במחול לך יכול לחזור קודם גמר דין ודלא כהגהות אשר"י שמסופק בזה היינו התם במחול לך לענין קיבל עליו קרוב או פסול שמחוסר עדיין גמר דין (וגם בזה כתב נמוקי יוסף שלא אמר לשון מחילה גמורה) אבל היכי שנשבע ונוטל אומר למוחזק אני מוחל לך בלא שום שבועה שאינו רוצה לישבע אין יכול לחזור אחר כדי דיבור והיינו דאי' בש"ס ופוסקים בסנהדרין דף כ"ד ע"א בנשבע ונוטל שאמר לנתבע השבע בחיי' ראשך והפטר בזה נחלקו אי סגי בקבלה לבד וכשיצאו חוץ לב"ד סגי או שישבע בחיי ראשו כמ"ש סמ"ע ס"ק י"ז ולא כתבו הדין היכי שאמר הנשבע ונוטל אני מוחל לך התביעה לגמרי בלי שום הדרת ראש אע"כ דוקא בכה"ג שמחוסר עדיין מעשה יש לומר כנ"ל אבל היכי שלא מחוסר מעשה מיד כשמוחל

התביעה שאמר איני רוצה לישבע וליטול הוי מחילה ואין יכול לחזור לאחר כדי דיבור וזהו פשוט וברור וא"כ בנידון דידן הענין הוא כך השתיקה הוי כאומר איני נשבע ומוחל לו הטלית בעבור שלא חפץ לישבע ובכה"ג כיון דאינו מחוסר מעשה אין יכול לחזור לאחר כדי דיבור ול"ד כלל לסי' כ"ב וכן מוכרח לומר לפי דבריו דהכא הוי. כמחול לך דאל"כ תיקשי קו' הנ"ל וממילא בכה"ג אף דבאו עדים אחר כך שהוא שלו מהני מחילה וכדאי' להדי' בסימן פ"א סעיף כ' בסמ"ע ס"ק מ"ו בהא דכתב מחבר המודה לחבירו בחזקת שהוא חייב לו ואחר כך נתברר הדבר שטעה לאו הודאה הוא דאי לא הי' בחזקת שחייב לו אע"ג דנתברר שאינו חייב צריך לשלם דאמרינן במתנה גמורה שעבוד נפשי' יע"ש וה"ה כיון דאמרינן דשתיקה הוי כמחל כששותק מתחילה ועד סוף דהוי כאומר אינו נשבע ומוחל לך הטלית שפיר כתב הר"אש אף שמביא עדים אח"כ לא מהני דמה בכך שנתברר שהי' שלו הא מוחל אף שיודע שהאמת אתו ושפיר י"ל אפי' לרש"י הדין כמ"ש הר"אש ואין לומר כיון שבאו עדים ואין צריך לישבע יש לומר דלא מחל אדעתא דהכי דהוי מחילה בטעות כי לא מחל רק משום שבועה דזה אינו להמעיין בח"מ סי' כ"ה סעיף ה' בהג"ה היכי שגילה דעתו שעושה פשרה משום שבועה ואח"כ נתוודע שלא הי' מגיע לו שבועה הוי קנין בטעות וחוזר הרי דדוקא התם מוכח להדי' ע"י גילוי דעת אבל הכא משתיקתו לא מוכח דמחל משום שבועה דלמא מחל הטלית בכל אופן כי אין רצונו לילך עמו בדינא ודיינא ולא הוי בירור מחילה בטעות כי מוכח בש"ס ופוסקים שם דלא הוי מחילה בטעות כי אם היכי שברור הדבר שהי' בטעות (ועיין בהר"אש ב"מ דף ס"ו ע"ב ותשובת ריב"ש סימן של"ה) וא"כ דברי הר"אש ברורין:

פרט ז

יבואר לפסק הלכה באבעי' דר' זירא בשתק ולבסוף צווח. וגם לפו"ס דתפיסה ל"מ נגד חזקת מרא קמא רק כשטוען ברי אי בעינן שברי יהי' על גוף הספק שיש לנו או דמהני על גוף הענין:

י דע דכל הפוסקים פסקו באבעי' הנ"ל דלא מפקינן מיד התופס כמ"ש הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפרק ט' מהלכות טוען הלכה י"ב וטוש"ע חושן משפט סימן קל"ח סעיף ו' ואולם נחלקו בטעמא דהאי מילתא הר"אש כתב וז"ל ובעיין לא איפשטא וכיון דלא איפשטא לא מפקינן מיד התוקף ע"ש ובכוונת הרמב"ם נבוך המגיד משנה שכתב שם וז"ל ולא איפשטא אבעי' ולכן כתב רבינו שאין מוציאין אותו מיד זה שתפסה כיון שהדבר ספק ועוד שאמר שם אם תמצי לומר תקפה אחד בפנינו אין מוציאין איתו מידו ודרך רבינו לפסוק כאת"ל יע"ש ועיין בלח"מ שם וא"כ משמע לפי זה דרמב"ם סובר

בשתק ולבסוף צווח ודאי אודי לי' אך לשון רמב"ם שכתב ה"ז כמודה לו משמע קצת כמ"ש הב"ח דלא הוי ודאי הודאה ואפשר אף דנפשט האבעי' הבין הרמב"ם בפי' האבעי' כמ"ש הר"ן הבאתי בפרט ג' שהוי ספק הודאה רק דנפשט דלא הוי אנן סהדי ואתי ספק ומוציא מידי ספק ויש ליישב בזה כוונת המ"מ שדבריו תמוהין כמ"ש הלחם משנה ודרישה ופרישה ובהנ"ל מובן וכן מצאתי בספר קצות החושן שכתב כן והנאני ובגוף הכלל דהלכה כאת"ל עיין במס' נדרים דף ז' ע"א ובר"ן ובמס' קידושין דף ז' ע"ב ובית יוסף בחושן משפט סימן שמ"ו ובס' בית שמואל אבן העזר סימן קכ"ב ס"ק ז' ובסימן קל"ז ס"ק ו' ומכאן מוכח מה שנחלקו בכוונת הר"אש שוב ראיתי בספר שערי המלך בפרק ב' מאישות הלכה י' שהאריך מאוד בהאי כללא ולא הניח מקום להתגדר ואי לא דייקינן בלשון כמודה שכתב הרמב"ם שפיר יש לומר כמ"ש הר"אש דאבעי' דר' זירא אי הוי ודאי הודאה וכיון דנפשט בע"כ הוי ודאי הודאה ונ"מ טובא בדין שכתב הר"אש המובא בטוש"ע היכי דהביא התובע עדים דאי הוי ודאי הודאה לא מהני העדים דהודאתו עדיף מעדים ואי הוי ספק הודאה יש פנים לכאן ולכאן וכמו שיבואר לקמן בס"ז:

והנה הב"ח כתב בסימן קל"ח כיון דרמב"ם וטור וש"ע כתבו הטעם כיון ששתק מתחלה ה"ז כמודה לו הכוונה אע"ג דאינו הודאה גמורה דהא מספקא לן מ"מ דינו כהודאה לענין זה שאין מוציאין מיד התוקף יע"ש וקשה לי לפי דעת רוב הפוסקים הסוברים בהא דאי' בש"ס אנן סהדי מאי דתפיס האי דידי' הוא כו' נאמרה בדקדוק ולית להו סברת הר"ן הנזכר בפרט ג' כי הר"ן הוא יחיד בדבר זה שכתב כן להדיא וכפי הנראה לי גם מהרי"א ז"ל סובר כוותי' ושאר פוסקים הראשונים לא הזכירו חידוש שחידש הר"ן והמעיין בדבריהם יראה להדי' שסוברים כר"אש ונ"י וסיעתם בפי' הש"ס כפשטות הענין וסוברים דכל אחד מוחזק בחצי ושבועה הוא רק מדרבנן כדי שלא יהי' כל אחד תוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי הוא וא"כ לפי מאי דסוברים רוב פוסקים דתקפו כהן מוציאין אותו מידו דתפיסה מספיקא לא מהני נגד חזקת מרא קמא כמ"ש בטוש"ע יורה דיעה סימן שט"ו ס"א וש"ך בספר תקפו כהן סימן א' וב' זולת רמב"ם וקצת פוסקים הסוברים שאין מוציאין וכבר כתבו הטעם וכמ"ש בר"אש סימן י"ג משום שיש לבעלים חזקת מרא קמא הכא נמי כיון שיש לנתפס חזקת מרא קמא בטלית על חצי' שמצא כיון דאתי לידי' בהיתרא דמה לי קנה או מצא ועד כאן לא כתבו תוס' במס' כתובת דף ט"ו ע"ב ד"ה להחזיר ושיטה מקובצת בשם רמב"ן וש"פ דמוצא מציאה לא מיקרי מוחזק היכי שאנו דנין נגד האובד משא"כ היכא שבודאי שייך להמוצאים כיון שמן התורה איכא אנן סהדי שיש לכל אחד חצי' וזכו בדין יש לכל אחד חמ"ק על פלגא וכן מבואר

למעיין בפוסקים לחולקים על סברת הר"ן הנ"ל שכן הוא ותפיסה שתופס עכשיו הוא מספק דאולי אודי לי' דאין יכול לטעון טענת ברי שאודי לי' כיון שיש לבית דין ספק הגם שטוען ברי שהוא שלו לגמרי מ"מ על זה אינו נאמן ונגד הספק מאנו מסופקים אם הודה לו אין יכול לטעון ברי ולא דמי למ"ש תוס' בכתובת דף כ' ע"א ד"ה ואוקי דהתם נגד הספק שאנו מסופקים אם עידי השטר פסולין טוען טענת ברי משא"כ הכי נגד הספק שאנו מסופקים אם אדויי אודי לי' אין יכול לטעון טענת ברי וטענת ברי שהטלית שלו לא מהני ומדוע סוברים כל הפוסקים דמהני תפיסתו ואף אם נדחוק ונימא דמ"מ כיון שטוען ברי על הטלית מהני תפיסתו מ"מ קשה לרבינו יונה המובא בהרא"ש ובטח"מ סימן מ"ו וכן משמע דעת תוס' לאינך תירוצים שתירצו שם ובסוגי' כאן ד"ה פוטר דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני אפי' כשטוען ברי וכמ"ש הש"ך בספר תקפו כהן בסימן ד"י ואמאי מהני תפיסה ודוחק לומר דלית להו הך פסקא וסוברים דבאמת בנידון דידן מוציאין מידו דחידוש כזה הו"ל לאחרונים זלה"ה לבאר וצריך לומר דרבינו יונה וסיעתו סוברים דאם תמצי לומר נפשוט דהוי ודאי הודאה וכפי' הר"אש באבעי' דר' זירא:

אמנם שוב ראיתי דאכתי קשה דהנה בסברא הנ"ל בטענת ברי שבעינן שברי יהי' על הספק שדנין אז מהני התפיסה הייתי נבוך קצת ואחר כך מצאתי לי רב תנא דמסייע והוא רבינו בעל הש"ך בספרו תקפו כהן בסימן ט"ז במה שכתב הטור חושן משפט סימן שפ"ח גבי מסור דמבעי' לן אי נשבע הנמסר ונוטל ולא איפשט כתב בשם הרמב"ם זלה"ה שאם תפס הנמסר אין מוציאין מידו אלא נשבע ומחזיק מה שבידו ולדעת אביו הרא"ש זלה"ה כיון דהוי ספיקא דדינא לא מהני תפיסה דהרא"ש סובר במס' ב"ק דף ח"י דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא וממה הש"ך מנלן לטור כן הא ברא"ש מבואר היכי שטוען ברי מהני תפיסה אפי' כשתפס בפני עדים ותירץ דשאני ספק שבשטר או בעדות שעל השטר דתרי ותרי דמהני טענת ברי דידי' כיון שהוא טוען ברי על ספק שבשטר גופי' אבל הכא לא מהני טענת ברי כיון שתפס בעדים מחוייב להחזיר והוי כאילו הי' ביד הראשון רק שבא לזכות מכח ספיקא דדינא ובספיקא דדינא לא מהני תפיסה יע"ש הרי שכתב להדי' כסברא הנ"ל היכי דאין הברי על הספק שנולד לא מהני תפיסה וא"כ קשה על הר"אש לשיטתו דבשמעתין כתב וז"ל מי אמרינן מדאישתק ודאי אדויי אודי לי' יע"ש ומדהוסיף תיבת ודאי בע"כ לית לי' פי' הר"ן הנזכר בפרט ג' דסובר דספק הודאה מוציא מידי ספק דלא הוי אכן סהדי שכל אחד יש לו פלגא והוא זלה"ה סובר דהוי אנן סהדי ודברי הש"ס נאמרו בדקדוק ולכן בעינן שיהי' ודאי הודאה וא"כ יש לכל אחד חזקת

ממון על פלגא מכח אנן סהדי ויש להנתפס חזקת מרא קמא על פלגא דקודם שתפסו הי' מוחזק במחצה ורא"ש כתב שם דאבעי' לא איפשטא וכיון דתפס לא מפקינן מיני' קשה הא לשיטת הר"אש תפיסה לא מהני בספיקא דדינא נגד חזקת מרא קמא ואמאי מהני תפיסתו דאי אפשר לומר משום שטוען ברי הא לר"אש בעינן שברי יהי' על הספק שאנו דנין ול"מ תפיסה אף שטוען ברי על גוף הענין ונראה לענ"ד דהנה תוס' בסוגין וכ"כ הר"אש במס' כתובות דף כ' ע"א כתבו וז"ל והא דמהני תפיסה כו' מיירי בתפס קודם שנולד הספק אי נמי שאני הכא שטוען ברי יע"ש מוכח היכי שתפס קודם שנולד הספק מהני אפי בטוען שמא והנה המעיין בכללי תפיסה בקמאי ובתראי זלה"ה ובספר תקפו כהן יראה בספיקא דדינא אימת מיקרי נולד הספק יש צדדים לכאן ולכאן דיש לומר משעה שנסתפקו חכמי התלמוד או משעה שנעשה מעשה הגורם להסתפק או משעה שבאו בית דין לדון על הספק וא"כ בנידון דידן אי נימא שהספק מתחיל משעה שבאו ב"ד לעיין בדין הנתהווה בתקיפה הוי קודם שנולד הספק ואפי' אם מתחיל בשעת מעשה מ"מ לא הוו התפיסה אחר שנולד הספק כי התפיסה והספק אם הודה בא בבת אחת דע"י התפיסה בא הספק ועכ"פ לא הוי אחר שנולד הספק ויותר יש לומר דהוי תפיסה קודם שנולד דהספק אם הודה או לא מתחיל משעה שצווח אחר כך אם הוכיח סופו על תחילתו וכבר הי' תפס כי פרשתי בפרט א' בשם ה"המ ונמוקי יוסף שצווח לאחר תקיפה וא"ש ולק"מ אך קשה לפמ"ש הש"ך בספר תקפו הכן סימן ז' דבספיקא דדינא הוי לעולם התפיסה אחר שנולד הספק כי הספק נולד בשעת חתימת הש"ס ומה בכך שמעשה לא אירע אלא עתה הרי במעשה אין כאן ספק והספק של הדין נולד כבר יע"ש ואפשר לומר דהכא מודה הש"ך כיון שהספק של חכמי הש"ס הוא במעשה אם הודה או לא מתחיל הספק משעת מעשה ודוקא היכי שאין הספק במעשה היאך הי' רק בדין לחוד כמו במזיק ומסור שהספק הוא בדין לבד אבל הכא הספק הוא במעשה אם הודה או לא אפשר דהספק מתחיל רק עכשיו משעה שבא המעשה מיהו צ"ע אי סברא זו מוסכמת בכל המקומות ויבואר באי"ה בכללי תפיסה מיהו דאיתי בספר אורים ותומים בס"ק מ"ג דף ל"ו בכללי תפיסה שהשיג על הש"ך וכתב שהספק מתחיל רק משעת מעשה ונידון שאנו דנין עליה וא"ש בפשיטות ויש להאריך בזה הרבה ואין כאן מקומו ולא כתבתי רק רמזים והערות לברר הסוגי':

פרט ח

יבואר לדידן דקיי"ל בשתק ואח"כ צוח דמהני תפיסתו אי כשמביא אח"כ הנתפס עדים אי יכול להוציא דאי הוי ודאי הודאה עדיף מעדים:

יא בטור חושן משפט סימן קל"ח כתב וז"ל הי' שניהם אדוקים ותקפה אחד בפנינו וצווח לא איבד זכותו שתק הרי הודה לו שהי' שלו ואיבד זכותו ואפי' שתק מתחילה ואח"כ צווח הוי כהודאה כיון ששתק מתחילה והי' אומר א"א הר"אש זלה"ה שאפי' אם יבוא עדים אחר כך שהוא שלו לא מהני דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי יע"ש ובש"ע שם הביא רמ"א דיעה בשם יש אומרים, והבין הב"ח בכוונת רמ"א שסובר בכוונת הר"אש וטור אפי' בשתק ולבסוף צווח לא מהני עדים ותמה על זה דר"אש לא כתב כן רק בשתק מתחילה ועד סוף דהוי הודאה גמורה וכמאה עדים דמי דבשתיקה זו שהוא הודאה פוסל כל עדים המעידים שהוא שלו וכמ"ש רבינו יונה הובא בטור סימן קמ"ו אבל היכי דשתק ולבסוף צווח דמשום ספיקא אין מוציאין מיד התוקף דלא ידעינן אי אודי התם ודאי אם מביא עדים אחר כך אגלי מילתא למפרע הא דשתיק מעיקרא לאו משום דאודי לי' דהא אית לי' עדים שהוא שלו אלא סבר הא קא חזי לי' רבנן והש"ך שם בס"ק ח' כתב טעם לדברי רמ"א לכן בשתק ולבסוף צווח לא מהני עדים כיון דהאי דתפיס מצי למימר אדויי אודי לי' א"כ מה שמביא עדים לא יועיל דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי יע"ש ולכאורה דבריו תמוהין מאד כיון שאין יכול לטעון שודאי הודה לו דהא עכ"פ ספק לפנינו בדין וכיון דמחצה הוא ודאי של חבירו ע"י עדים אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי עדים וכמו דאי' בש"ס בכמה דוכתי אין ספק מוציא מידי ודאי בין אם מביא עדים על המחצה או על כל הטלית אמאי אין מוציאין מיד התופס כיון דהוא דק ספק הודאה ודוקא ודאי הודאת בעל דין עדיף מעדים ולא ספק הודאה, ונלענ"ד לומר דש"ך אזיל לשיטתו שכתב בספר תקפו כהן בסימן ו' טעם לפוסקים הסוברים דתפיסה בספק בכור לא מהני תפיסה ובספיקא דדינא מהני תפיסה דהתם לא תלי' בסברא כלל ואי אפשר בשום פנים לומר שהוא בגדר ודאי אבל בספיקא דדינא אף שהוא אבעי' דלא איפשטא ואפי' בתיקו כיון דתלי' בסברא יכול לומר קים לי כהאי סברא יע"ש ולכאורה מוכרח סברא זו דהא כפי הבנת רוב הפוסקים מסתימת דבריהם נראה שהבינו אפי' היכי דלית לי' עדים כלל איכא אנן סהדי מאי דתפיס כל אחד דידי' הוא והיינו על פלגא כמשמעות לשון הש"ס ול"ל סברת הר"ן ואפ"ה סוברים דמהני תפיסתו מספק ולכן סובר הש"ך דה"ה כשיש עדים על הטלית כולו או על המחצה מהני תפיסתו והטעם נראה דהש"ך מפרש האבעי' כמ"ש הר"אש והר"ן דאבעי' הוא בשתק ולבסוף צווח אי הוי ודאי הודאה או דלא הודה ולית לי' סברת הר"ן דהוי ספק הודאה דסובר אם הי' רק ספק הודאה ל"מ התפיסה להוציא מחזקת מרא קמא כיון דאנן סהדי שכל אחד יש לו מחצה אין ספק מוציא מידי ודאי רק שאבעי' הוא אי הוי ודאי הודאה ולכן אף דלא איפשטא האבעי' יוכל לומר קים לי כאותו

צד שהוא ודאי הודאה ולאחר העיון מצאתי ראיתי שכונתי בזה לדעת הגדול אאמ"ו הגאון המפורסם נרו יאיר בש"ות שמן רקח חלק ראשון סימן ע"ד שכתב כן ודפח"ח והנאני ושפיר כתב הש"ך כיון שטוען קים לי דודאי הודה לא מהני האנן סהדי דהודאתו עדיף מעדים דמה"ט מהני תפיסה על פלגא של חבירו אף דאיכא אנן סהדי מה"ט מהני תפיסתו אפי' אם יש לו עדים גמורים על כל הטלית או על המחצה אך לא הבנתי דהא הש"ך כתב כן בדעת הר"אש והר"אש סובר דתפיסה לא מהני בספוקא דדינא דמדמי לספק בכור כמ"ש בב"ק דף ח"י ובע"כ לית לי, סברת הש"ך הנ"ל ואולי הש"ך כתב כן לדינא רק לשונו לא משמע כן וצ"ע לענ"ד להבין היטב כונת הש"ך ובעיקר הדין כראה כמ"ש בקצ"החפ ותלי' בשיטות הנאמרים למעלה לפמ"ש הר"ן דאבעי' הוא אי הוי אנן סהדי על פלגא וכיון דאבעי' לא אפשטא מהני תפיסה כיון דיש ספק בזה גופא אי איכא עדים על פלגא ויוכל לומר קים לי כאותו צד של אבעי' דלא הוי אנן סהדי ומהני תפיסתו כי ספק הודאה מוציא מידי ספק חזקה אבל כשמביא עדים שודאי החפץ שלו לא מצי לומר קים לי דהא לכל צדדי האבעי' לא הוי ודאי הודאה רק ספק הודאה ואין ספק הודאה מוציא מידי ודאי עדים, וא"כ נראה מה דנחלקו הב"ח וש"כ תלי' בפי' האבעי' אי נימא כפי' הר"אש וסיעתו דאבעי' קאי אי הוי ודאי הודאה שפיר יכול לטעון קים לי כחלק האבעי' דהוי ודאי הודאה ואתי ודאי הודאה ועדיף מעדים ואי אפשר להוציא מתפיסתו אבל להר"ן דלעולם הוי ספק הודאה לא מהני תפיסתו מספק הודאה נגד ודאי עדים עיין בקצ"הח שלא כתב כן ממש רק אנן הוספנו ע"פי דברינו לבאר כן דוק ותשכח מיהו בגוף סברת הש"ך שכתב שיכול לטעון קים לי באבעי' דלא אפשטא תמוה מאד כמ"ש בספר אורים ותומים ויבואר בס"ד בכללי תפיסה ומה שהקשה הטו"ז על הר"אש כבר האריך אאמ"ו הגאון נרו יאיר בספרו שמן רקח סימן הנ"ל ולא הניח מקום להתגדר והמעיין היטב יראה כי דברי פי חכם חן:

פרט ט

יבואר היכי דחזר ותפס אי אמרינן שבטל תפיסת הראשון או כיון דזכה הראשון ע"י שתיקה כהודאה ל"מ תפיסת השני:

יב רבינו הגדול הרמ"בם בפרק ט' מהלכות טוען הלכה י"ב כתב וז"ל באו שניהם אדוקים ושמטה אחד מיד חבירו ושתק השני אע"פי שחזר וצווח אין מוציאין אותו מידו כיון ששתק מתחילה ה"ז כמודה לו חזר השני ותקפה מראשון אע"פי שראשון צווח מתחילה ועד סוף חולקין יע"ש וראב"ד ובטור סימן קל"ח השיגו על זה כיון שזכה התוקף מתחילה בהודאת של זה אין אחר יכול לתוקפה ממנו בלא ראי' והובא בש"ע שם סעיף ז' דיעות

הללו וכתב הב"ח שראב"ד וטור הבינו דרמ"בם סובר אפי' בשתק מתחילה ועד סוף מהני תפיסת השני ולכן השיגו כיון דזכה הראשון ע"י הודאה ודאי אבל באמת הרמב"ם מיירי בשתק ולבסוף צווח דלא הוי רק ספק הודאה לכן מהני תפיסת השני אבל בשתק מתחילה ועד סוף דהוי הודאה ודאי מודה הרמב"ם דלא מהני תפיסת השני וליכא מחלוקת לדינא וכ"כ הש"ך שם בס"ק יו"ד להלכה והנה המ"מ כתב וז"ל ולא איפשטא האבעי', לכן כתב רבינו שאין מוציאין מיד זה שתקפה כיון שהדבר ספק ועוד שאמר שם את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותו מידו ודרך רבינו לפסוק כאת"ל כו' וכתב רבינו שאם חזר ותקפה מן הראשון חולקין והטעם לפי שחזר הענין למה שהי' בתחילה שהרי שניהם תקפוהו זה מזה ואע"פי שראשון לא צווח מתחילה ועד סוף וזה צווח מעיקרא ע"כ לא אמרינן דאם לא חזר השני ותקפה אין מוציאין מהראשון אלא משום ספק והממע"ה אבל עכשיו שחזר זה ותקפה חולקין יע"ש וכבר תמהו הלח"מ ופרישה שדבריו תמוהין כי בעצמו כתב לעיל מיני' שפוסק כאת"ל דהוי ודאי הודאה וכתב בספר לח"מ לתרץ דבריו וז"ל כתב הרב המגיד ודרך רבינו לפסוק כאת"ל אע"ג דגם שם אמר את"ל מוציאין אותו מידו כו' הך את"ל עדיף דהוי בתרא כו' ואע"ג דסובר רבינו כל את"ל פשיטותא הוא מ"מ כתב ה"הם למטה דאין מוציאין אותה מן הראשון משום ספיקא דאע"ג דאמרו את"ל מ"מ עיקר הדבר בעי' הוא עכ"ל ודבריו סתומין וחתומין וכבר תמה ע"ז בספר קצות החושן ס"ק ג' וכתב שלא ירד לסוף דעתו כי בכל מקום עיקר הדבר בעי' הוא וכשחזרו ואמרו את"ל הוא פשיטות לדעת הרמ"בם, ולענ"ד דבר גדול דיבר הנביא בזה דהנה בפירש הש"ס בהא דפשיט ממסותא הרגישו התוס' בד"ה הקדישה היאך קאי הפשיטות ועיין בד"ה הא ומהר"שא ומוהר"ם מ"ס שם בזה ויש לומר דק"ו זו הי' קשה לרמב"ם לכן הבין הפי' בש"ס דאין הכוונה באם תמצי לומר כמ"ש רש"י בד"ה את"ל וז"ל בשאלותינו לפשוט דמוציאין אותו מידו ויחלוקו יע"ש רק הכוונה כך דהנה הר"אש כתב בפ"ק דב"מ דף ח"י ע"ב בספיקא דדינא אי מועיל תפיסה תלי' במחלוקת אי ת"כ מוציאין אי אין מוציאין ואי מוציאין ל"מ תפיסה ואי אין מוציאין מהני תפיסה יע"ש ועיין בש"ך בספר תקפו כהן בסימן ג' עד סימן ל' ואף שמחלק בשיטות שאר פוסקים מ"מ כן הוא דעת הר"אש וסיעתו וי"ל כן הוא דעת רמב"ם וכאשר באמת מורה כן דעתו שתלי' במחלוקת הלז וא"כ יש לומר דבאמת נשאר האבעי' דר' זירא בספק אי אודי או לא כיון דדחי פשיטות ר' נחמן מברייתא והוי ספיקא דדינא ואולם הסתם גמרא הי' מסופק בזה גופא אי תפיסה מהני בספיקא דדינא נגד חזקת מרא קמא כי הי' לו חזקת מרא קמא על פלגא כפי' הראשונים הנ"ל בפרטים הקודמים שחולקים על הר"ן וסוברים דאנן

סהדי שיש לכל אחד פלגא ואי תפיסה ל"מ בספיקא דדינא מחויב להחזיר ואי תפיסה מהני אין צריך להחזיר וז"ש הש"ס את"ל תקפה אחד בפנינו מוציאין אותו מידו והיינו דתפיסה לא מהני בספיקא דדינא הקדישה אינו מקודשת ואת"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאין מידו כי תפיסה מהני בספיקא דדינא הקדישה בלא תקפה מהו וע"ז שפיר קאמר ת"ש כי דין זה תלי' בתקפו כהן אי מוציאין מידו או אין מוציאין מידו ובעובדא דמסותא מוכח שנחלקו בזה אמוראי קמאי לר' המנונא אין מוציאין מידו ולרבה מוציאין וא"כ לרבה מוכח דתפיסה לא מהני נגד חזקת מרא קמא וה"ה בספיקא דדינא כי ספיקא דמציאות בתקפו כהן וספיקא דדינא הכל חד (או די"ל דת"ש הוא קו' שהקשה על אבעי' שמסופק בזה כי מסקנת דבה מוכח דלא מהני תפיסה) ורמב"ם לשיטתו דפוסק ת"כ אין מוציאין אותו מידו כמ"ש בפרק ב' מבכורות הלכה ו' והטעם מבואר בלח"מ שם שסמך על סוגי' דכתובות דף כ' ולית לי' חילוקים שמחלקים התוס' בד"ה פוטר ולכן שפיר כתב הלחם משנה שפסק כאת"ל בתרא דאין מוציאין מידו כיון דתפיסה מהני בספק בכור וה"ה בספיקא דדינא ומ"מ כשחזר ותפס אין מוציאין אותו מידו כי עיקר הדבר בעי' ר"ל דגה לאותו את"ל לא נפשט האבעי' דהודה לו רק שאת"ל הלז סובר דתפיסה מהני בספיקא דדינא ועכ"פ עיקר הדבר נשאר בספק ובעי' וכשחזר ותפס ממילא זכה (ואף דפסק רמב"ם תקפה אחד בפנינו אין מוציאין מידו מ"מ מוכח דל"מ הקדש כיון דאי' בש"ס דף י' ע"א דממון שאין יכול להוציאה מידו בדיינים לא יכול להקדיש) ואפשר לומר הא דפסק רמב"ם תקפו כהן אין מוציאין מידו הי' לו ראי' מאת"ל בתרא שאמר הש"ס כן בפשיטות ואף שסתם גמרא דחה כן מרבה מ"מ כיון דאמר כן באת"ל פסק כדרכו. כן נלענ"ד נכון בכוונת הלח"מ ואף אם לא כוונתי האמת בכוונתו מ"מ הדברים מצד עצמותן נכונים:

פרט י

יבואר אי האי כללא דשתיקה כהודאה היכי דליכא אמתלא על שתיקתו אי הוא כללא בכל מקום או שיש איזה חילוק וגם יבואר בענין שתיקה אי הוי כמחילה:

יג דע לכאורה מסוגי' דב"מ הנזכר בפרטים הקודמים מבואר דשתיקה הוי כודאי הודאה והיכי דשתק בבית דין מתחילה ועד סוף כיון דליכא אמתלא דחזי לי' רבנן דהוי לי' למצווח אחר שיצא מבית דין וראה שלא עשה לו דין כמ"ש רשב"א הבאתי בפרט א' עדיף אפי' מעדים כמ"ש בפרט ח' ובשתק ולבסוף צווח דאיכא אמתלא דחזי לי' רבנן נסתפקו בש"ס אי הוי אמתלא מיהו נראה דלא נוכל ללמוד מסוגי' דב"מ דשתיקה הוי ודאי הודאה רק כששותק בפני ב"ד דאין דרך לשתוק במקום משפט כשחבירו תובעו

ומכ"ש כשתפסו ממנו היכי דלית לי' אמתלא וכן משמע בש"ות מוהר"יט ספר ב' חלק אבן העזר סימן א' דף ל"ד ע"א שכתב וז"ל דלא שייך לומר דהא דשתקה משום דלא חיישה לדבריו דבפני בית דין כשאומר שיעידו בפניה הוי לה למיחש ולא לשתוק כדאמרינן גבי שנים אוחזין תקפה כו' ושתק ולבסוף צווח לא אמרינן הוכיח סופו כו' עד מ"מ לא מקרי עד אחד בהכחשה אלא במכחיש בפני ב"ד דאורחא דמילתא לצעוק בפני ב"ד במעידין עדות שקר על פניה יע"ש וכן כתב באורים ותומים בסימן פ"א ס"ק ט' דיש לומר שתיקה בב"ד אלים יותר דהוי הודאה מהיכי ששותק בפני עדים, אך מראי' שה שהביא מוהר"יט שם ממס' שבועות בפ' הדיינין אם אמר לו אל תפרעני אלא בעדים ושתק או שלא בפני עדים אמר כן האי דשתק משום דלא חש לדבריו אבל היכי דאמר לי' בפני עדים ושתק הוי שתיקתו קבלה יע"ש מוכח דשתיקה אפי' בפני עדים הוי קבלה ולא יוכל לטעון שלא חש להטיב:

יד וכדי לברר הדבר על בוריו ההכרח להעתיק דברי תשובת מוהר"ם פאדווי סימן מ' שהוא זלה"ה התחיל להעמיק בהך כללא דשתיקה כהודאה מקור הדבר שהגאון השואל ז"ל מביא ראי' מתשובת מוהר"ם המובא בש"ע סימן פ"א סעיף ז', שכתב הא דמהני אתם עידי דווקא כשתבעו מנה ואמר לו הן ואחר כך אמר אתם עידי ושתק הלוה אבל אם אמר לו מנה לי בידך והלוה שותק ואמר התובע לעדים אתם עידי ושתק הנתבע אין שתיקתו כלום דלא הוי שתיקה כהודאה אלא כשהודה לו תחילה ואמר לי' הן וכשאמר אתם עידי ושתק אבל כששתק מתחילה ועד סוף יכול לומר לא חששתי להשיבך, א"כ מוכח דשתיקה לאו כהודאה והשיב לו מוהר"ם פאדווי וז"ל מה שמעלתך מצא און דשתיקה לאו כהודאה מתשובת מוהר"ם כו' אמינא בע"כ לאו כללא הוא דהא בדיני חזקות דהוצאת זיזין ומרזב ומזחילה והעמדת סולם פסקו הגאונים וכן הרמב"ם דאין צריך טענה ושלש שנים דהטעם משום מחילה דכיון שרואה משתמש בשלי ושתק לאלתר הוי חזקה וכ"כ רמ"בן בדיני נזקין הביאו בטור סי' קנ"ח וכן פירש"י בפ"ק דב"ב גבי אחזיק להורדי לא אחזיק לכשורי דגבי עניני תשמישים בשל חבירו שו שמשתמש בפניו ושותק לאלתר הוי חזקה רק שהוא סובר שהוא צריך טענה וריב"ם סובר ההיפך שאין צריך טענה דהטעם משום מחילה מאחר ששתק אך שסבר שצריך שלש שנים מ"מ כל הני סברי דמשום שתיקה כהודאה יש חזקה ואף כי הר"אש חולק וסובר כר"ת וטור הביאו בסימן קנ"ג וקנ"ח היינו משום שסובר שלכל חזקות צריך טענה ושלש שנים אמנם גבי שאר דברים אולי גם הוא סובר שתיקה כהודאה דמי' וכן יראה גבי הא דבעי ר' זירא תקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח וכתב הר"אש אבעי' לא איפשטא

ולא מפקינן מיד התוקף וכתב הטור בסימן קל"ח משמו שאפי' אם יביא עדים אחר כך שהוא שלו לא מהני דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי (ומכאן נראה שסובר כהבנת רמ"א בסימן קל"ח בכוונת הטור ודלא כב"ח ועיין בש"ך שם סע"ק ח' שנראה שכיון לזה) ומעתה יקשה לומר דמוהר"ם יחלוק על כל הני גאונים הנ"ל ואפשר לומר דאף הוא מודה בכיוצא באילו דרואה שחבירו מזיק לו ומשתמש בשלו ומחזיק בשלו א"כ ודאי מחיל או הודה שהוא של חבירו משא"כ בדרוש שהשיב עליו מוהר"ם שהוא על טענות שלא ראה עדיין היזק בשלו ואינו חש להשיב עתה בעבוד העתיד אבל במקום שרואה שור טבוח לפניו בודאי דרך כל אדם לצווח אם אינו מוחל עכ"ל וש"ך בסימן פ"א סע"ק י"ז ובסי' קל"ח סע"ק ח' רמז לעיין בתשובה זו משמע דמודה לחילוק הלז ולכאורה סברא זו נזכר בתוס' ב"מ דף ו' ע"א ד"ה הקדישה וז"ל הקדישה בלא תקפה ומיירי נמי כגון ששתק בשעה שהקדיש ולבסוף כששאלה הגיזבר צווח ומיבעי' לן כיון דאמירתו לגבוה הוי כמסירה להדיוט הוי הקדש כתקיפ' דכיון ששתק אדוייי אודי' לי' והוי הקדש כו' א"ד הקדש לא הוי כתקיפה דלמה יצווח בשביל דבריו ומייתי מהאי מסותא דהקדיש חד ושתק אידך ומסקנא דלא הוי הקדש אלמא שתיקתו אינו כהודאה יע"ש והיינו כסברא הלז דבתקיפה כיון שרואה שהיזק בא מיד שחבירו מחזיק בשלו הו"ל למצווח משא"כ בהקדיש סובר למה אצווח עכשיו בשביל דבריו כיון דאין היזק בא מיד כי אם לאחר זמן כשיבוא הגזבר ליקח וסמך על זה שיצווח אז לכן לא אודי לי' עכשיו בשתיקתו ולא חל ההקדש וא"כ סברת מוהר"ם פאדווי הוא אבעי' בש"ס ומסקנא נפשוט דלא הוי הודאה מטעם הנ"ל ותמהני על מאורי עינינו מוהר"ם פאדווי והש"ך היאך העלימו עין כבודם מדברי תוס' הלז במקומו וא"כ לפי דברי מוהר"ם פאדווי וש"ך אין ללמוד מסוגי' דב"מ דף ו' דשתיקה הוי כהודאה רק היכי שהיזק מוכן לפניו בשעת שתיקה כמו הכא שתקפה טליתו מידו אבל אם הוא על להבא י"ל שלא חש להשיב ומוכח להדיא מלשון מוהר"ם פאדווי מה שנסתפקתי לעיל בפרט ה' אי שתיקה הוי מחילה כמו בהודאה דסובר דשוין אהדדי דכמו דהוי כהודאה ה"ה שתיקה הוי כמחילה היכי דהיזק בא מיד ואפי' בדבר שהוא ודאי שלו דלא שייך לומר שמודה שהוא של חבירו מ"מ כשחבירו משתמש או תוקף ממנו כיון שהיזק הוא מיד מוכח שמחל לו והא דכתבו הפוסקים הובא בש"ע ח"מ סימן צ"ח סעי' א' ראה מלוה שכתב נכסיו ולא כתב למלוה רק קרקע כל שהוא ושתק לא הוי מחילה משום דאין היזק נעשה לו מיד דלא איכפת למלוה בכתיבה שכותב כיון דיכול אחר כך לגבות בשטר חוב שבידו או בהודאת פיו שמודה על החוב וכה"ג:

טו וראיתי להש"ך בח"מ סימן פ"ח במה שכתב רמ"א שם סעיף ג' בשם מרדכי שכתב בשם ראב"י באחרי' שהודה או ששתקו לצואת שכ"מ הוי כהודאה ולא יכולין למימר שעשו שלא להכעיס השכ"מ וכתב בש"ך שם וז"ל נראה דוקא היכי שיש לומר שהשכ"מ אומר אמת וכהן עובדא דראב"י שבמרדכי פרק ז"ב שצותה האלמנה ליתן שבעה זקוקים לקרובי' דאמרינן מסתמא יש לה ז' זקוקים שאין לבן חלק בהן וכיון ששתק הבן הוי כאילו הודה שיש לה ז' זקוקים אבל בעלמא לא הפסיד בשתיק' ששתק לשכ"מ דהא קי"ל אפי' באשה במחלק נכסיו כשהוא שכ"מ ושתקה לא הפסידה כתובתה בשתיקה רק בחלק לבניו וגם דווקא באשה ומקולי כתובה אבל בשאר בע"ח לא וכדאי בכל הפוסקי' והביאם הב"י בא"העז סי' ק"ו ובע"הת שער נ"ט והטור והרב לקמן ר"סי צ"ח אלא ודאי התם שהנכסים הם בודאי לבע"ח לא אמרינן שהשתיקה תהי' כמחילה משא"כ כאן שיכול להיות שדברי שכ"מ אמת אמרינן שפיר שהשתיקה לשכ"מ הוי הודאה ובזה ניחא נמי דלא תיקשי ממ"ש רשב"ם בפ' יש נוחלין דף קכ"ו ע"ב שכתב אבל הכא מה הנאה יח לו לבן שימחול ואע"פי ששתק הבן אין זה מחילה דאינו רוצה להכעיס את אביו יע"ש דהתם נמי כיון שהוא יורש בודאי לא הוי השתיק' כמחילה עכ"ל ונראה פשוט כיון מהש"ך בסי' פ"א וסי' קל"ח מביא דברי מהר"ם פאדווי הנ"ל שסובר כוותי' היכי דהיזק נעשה לו מיד הוי שתיקה מחילה אף היכי דלא שייך לומר שהודה כגון שידוע שהוא בוודאי שלו רק בנידון דראב"י שהיזק לא נעשה מיד בשעת שתיקה ואפ"ה הוי הודאה מוכרח לחלק בין היכי דאפשר לומר שאמת הודה או היכי שיש לומר ששתיקה הוי כמחילה בכה"ג לא הוי מחילה אבל היכי דהיזק נעשה לו מיד מודה הש"ך דהוי מחילה וגם מוהר"ם פאדווי מודה בזה להש"ך, דהיכי שאין היזק נעשה מיד הוי שתיקה כהודאה היכי שיש לומר שהאמת עם חבירו אבל לא הוי כמחילה דהיכי שברור שהוא שלו לא אמרינן שמחל לו כיון שאין היזק נעשה מיד ובטעמא דמילתא נראה לענ"ד בכוונת הש"ך כמ"ש בפרט ה' דמחילה בעצם הוא טענה גרועה דאין דרך אדם למחול ממונו על מגן ובעינן הוכחה ברורה ואלימא שיהי' היזק נעש' מיד שמוכח מזה שמוחל משא"כ בהודא' היכי שיוכל להיו' שהאמת עם חבירו לא בעינן הוכחה אלימא כיון דיש לומר שאינו רוצה להיות גזלן להחזיק בממון חבירו סגי הוכחה מדשתיק הודה אף אם ההיזק לא בא מיד שעכ"פ יוכל לבוא ההיזק אח"כ לא היה לו לשתוק אלא ודאי שהודה לחבירו אף שהי' בחזקת שהוא שלו דהודאתו עדיף אפי' מעדים ומכ"ש מחזקה ולכן בשט"ח כיון דאי אפשר לומר שהמלוה מודה שלא מגיע לו החוב וכ"כ ביורש כיון שהוא ודאי יורש א"א לומר רק ע"י שתיקה מוכח שמחל בכה"ג לא הוי שתיקה כמחילה

והאמת שלכאורה יש לפרש כוונת הש"ך שלא מחלק בין מחילה להודאה רק שמחלק בין היכי שנכסים הם בוודאי שלו כמו בבעל חוב לא הוי שתיקה כהודא' כי שתיק' הוי רק ספק הודאה ואין ספק מוציא מידי ודאי משא"כ בנידון דשכ"מ שיוכל להיות אמת כמו שהודה כיון שמיירי שנכסים הם בחזקתם כמו שמבואר בגוף התשובה המובא במרדכי שכתב וז"ל על עסק אלמנה שצותה לתת מנכסיה לפלוני קרוביה שבעה זקוקים והבן שתק ועתה אחר מותה אמר שלא נשבעת על כתובתה ומה ששתק ממני שלא רצה להכעיסה והשיב כיון שצותה בפני' ושתק הוי כאילו הודה שיש לו ז' זקוקים בידה שאין לו חלק בהם ואיך שבא לידה בין במציאה בין שמעיסתה קיבלה הודה ששלה הי' יע"ש לכן אפילו ספק הודאה מהני וכעין חילוק שהבאתי בפרט ג' לר"ן אבל ז"א דהא הש"ך בסימן קל"ח נחית בשיטת הר"אש ונמוקי יוסף דשתיקה הוי ודאי הודאה דלא כר"ן כמ"ש שם ס"ק ח' וכשיטתם דהוי אנן סהדי דלא כזכר כלל שיטת הר"ן בשום פוסק כי אם בש"מ וגם משמע מסתימת דבריהם שאפי' בתפיסי בגוף הבגד שייך האי דינא דר' זירא בב"מ דף ו' כמ"ש בפרט ג' וא"כ יש לנתפס ג"כ ודאי על החצי מכח חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו ואפ"ה הוי החזקה כהודאה היכי דלא שייך אמתלא הרי אף שבודאי הדבר שהוא שלו מהני הודאה אע"כ ששתיקה הוי ודאי הודאה ועדיף מחזקה רק היכי שא"א כלל לומר דהוא הודאה רק מחילה בזה קם החילוק שמחלק מהר"ם פאדווי ועיין בא"ות סי' פ"א ס"ק ט' שהבין ג"כ הפי' בש"ך שמחלק בין הודאה למחילה וכתב לפי דבריו אם אמר במעמד הבע"ח כל שטרות עלי בחזקת פרועים והבע"ח שותק איבד זכותו דאמרינן גם חובו נפרע וכל זה פשוט:

טז אמנם באמת דברי מהר"ם פאדווי תמוהין מהא דאי' במס' ב"ב דף ל"ה ע"ב אמר ר' אבא אי' דלי לי' איהו גופא צנא דפירי לאלתר הוין חזקה, פי' רשב"ם אם יש עדים שהגבי' המערער צנא דפירי מקרקע זו על כתיפו של המחזיק שטוען לקוחה בידי מאחר שסייעה לו להוליך הפירות לבית שוב אין יכול לטעון ולומר לא מכרתי לו יע"ש ומבואר דוקא כשעשה מעשה אבל בלא"ה אף שרואה שחבירו מכניס הפרי לביתו לא הוי חזקה ולא מחיל והדרא ארעא והדרא פירי כדאי' שם בדף כ"ט ע"א הרי אף שחבירו מחזיק בשלו ובא ההיזק מיד לא הוי השתיקה מחילה וכן פסקו כל הפוסקים כמ"ש הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפ' י"א מטוען הלכה ט' ובטור ש"ע סי' קמ"ב סעי' א' וכן מבואר להדי' בשיטה מקובצת בחי' לב"ב שם שכתב וז"ל ואי דלי לי' איהו צנא כו' ואע"ג דלית הלכתא כר' יהודה דאמר בפניו לאלתר הוי חזקה התם בפניו הכא קעביד איהו בידים ומוליכו לתוך ביתו, ואע"ג דלענין חלון אמרינן בירושלמי הגע עצמך שהי' מסייע עמו יכול לומר

מגחיך הוינא בי' דבעינן דתלעו לא דמו התם חינם הכא מטי לי הנאה מיני' ואיהו מסייע בהדי' הראב"ד ז"ל והר"י ז"ל תירץ דהתם לא הי' זה הפותח נוגע בשל חבירו ולא מזיקו לו עכשיו כלום ושייך למימר בעינן דתלעי אבל זה שנטל פירותיו והולך אם בגזל היה עושה כן לא הי' מסייע יע"ש הרי להדיא דלא כמוהר"ם פאדווי ואפילו היכי שהיזק בא מיד בעינן שיעשה מעשה ובלא"ה לא אמרינן כיון שרואה ושתיק מחיל וכיו"ב כתב רבינו יונה הובא בטור ח"מ סימן קמ"ב וכפי פירש הפרישה ומה שהביא מוהר"ם פאדווי לנידון דידי' דשתיקה הוי מחילה ומוכח להדיא מתוך דבריו אפי' בממון שודאי הוא שלו כשרואה מזיק לו ומשתמש בשלו או מחזיק בשלו ושותק הוי שתיקה מחילה ומביא ראי' מדיני חזקה דהוצאת זיזין ומרזב והעמדת סולם דפסקו הגאונים דאין צריך שלש שנים דהטעם משום מחילה וכיון שרואה משתמש בשלו ושתק לאלתר הוי חזקה לא ירדתי לסוף דעת הגדול כי בה"המ בפרק י"א משכנים הלכה ד' כתב וז"ל דעת המחבר בזה כדעת הגאונים שכתבו שהשעבודים נקנים בשתיקה ומדין סבלנות ותיכף שראה הזיקו ונודע לו ושתק הוי חזקה ולא אמרו חזקת שלשה שנים וטענת מכר או מחילה אלא בגוף הקרקע יע"ש והובא דיעה הלז בטור ח"מ סימן קנ"ג וקנ"ד וקנ"ה ובסי' קנ"ז כתב בשם רמב"ם ורמב"ן דחזקת חלון וזיזין וכיו"ב שאינו אלא נזק ואינו גוזל גוף קרקע כגון סמיכת קורת ורפת וזבל וסיד וכל נזקי פרקין דלא יחפור אינו חזקה שלשה שנים אלא מכי מתברר נזקו ושתק מחל לו יע"ש וכ"כ בש"ות ריב"ש סימן תע"א והובא בב"י סי' קנ"ג ועיין בח"מ סי' קנ"ג רמ"א סעיף ט"ז וסי' קנ"ד ס"ז וסי' קנ"ה ס סעי' ל"ה (ועיין בב"ב דף ו' ע"א רש"י ד"ה אחזיק) ועיין במס ב"ב דף כ"ג ע"א תוס' ד"ה והא שחולקים בזה על גאונים ורמב"ם וע"ע בס' הש"מ שכתב בשם השיטה וז"ל פי' גאונים דלאו בחזקת ג' שנים ובבא מחמת טענה קאמר אלא ששתק לו שעה אחת מחל ושוב אין יכול לערער בשער נזקין כגון סמיכת גפת ומלח וסיד וכולהי נזיקין דמתני' וטעמא דמילתא משום דלא מידי קא שקיל מחברי' אלא בדילי' קעביד ומתזיק חברי' וכיון שראה שעה אחת ושתק לו הרי מחל יע"ש ועיין סמ"ע סי' קנ"ג ס"ק ל"ב שכתב חילוק זה בדעת רמ"א מיהו הרמב"ם סובר בחזקת זיז או מזחילה שהעמיד סולם בחצר חבירו או נעץ קורה בכותל חבירו אף דבא להשתמש בשל חבירו כיון דאינו מזיק בגוף של קרקע הוי שתיקה מחילה יע"ש וא"כ היכי שמחסר ממון חבירו כמו התם שרוצה להחזיק בגוף הקרקע וכמ"ש פוסקים הנ"ל ובסמ"ע סימן קנ"ג ס"ק ל"ב לא אמרינן שמחל כששתק אף היכי שהיזק בא לו מיד ואולם היכי שהיזק הוא רק בשיעבודם דעת רמב"ם וסיעתו כמ"ש בפי"א משכנים הנ"ל דלא בעינן שיעשה מעשה רק בשתיקה לבד כשרואה שעושה

חבירו ושתק מוכח שמחל לו וכן אי' בש"ע סימן קנ"ה ס"א וסוגי' דב"ב דף נ"ט שאמר ר' חייא יגע וסתום פי' ה"המ לרמב"ם וסיעתו שמוחה קודם שנתברר הזיקו והובא דבריו בבדק הבית לב"י בסי' קמ"ב ובב"ח שם וחילוק שמחלק מוהר"ם פאדווי מבואר במרדכי בפ' לא יחפור בחידושי אנשי שם לענין היזק שאינו בגוף ממון של חבירו יע"ש אבל היכי שלוקח ממון חבירו נראה שאין חילוק לענין זה קרקע ומטלטלין ומעות כיון שהוא בגוף ממון לא אמרינן שמחל ע"י שתיקה שרואה שחבירו עושה ושותק כי אם כשיעשה בעצמו מעשה דהא אפי' בפירות תלושין כשרואה שחבירו מכניס לא אמרינן שמחל כיון ששתק ומה שכתבתי לעיל ראי' מתוס' ב"מ דף ו' ע"א ד"ה הקדישה דסובר כמהר"ם פאדווי כעת נראה דז"א דהא לשיטת תוס' מבואר בפוסקים הנ"ל אפי' בחזקת תשמישין בעינן ג' שנים וטענה ומכ"ש כשמזיק בגוף ממון של חבירו דלא אמרינן שתיקה הוי כמחילה רק נראה דתוס' כתבו כן רק לענין הודאה שתיקה כהודאה היכי שהיזק בא מיד מוכח שמודה שהוא של חבירו והכי שאין היזק בא מיד לא מוכח שהודה כי יש לומר דלא איכפת לי' כיון שאין ההיזק נראה לעיניו אבל לענין מחילה היכי דלא שייך לומר שתיקה כהודאה שהוא של חבירו רק שנימא מדשתיק מחיל אפי' אם ההיזק נעשה מיד לא אמרינן דמחל דמן הסתם אין אדם מוחל או נותן מתנה לחבירו ובעינן דוקא שיעשה מעשה המוכיח שמורה שמחל וא"כ לפ"ז בע"כ תוס' חולקים על ראב"י שהבאתי לעיל בס"ק ט"ו שסובר דשתיקה הוי כהודאה אף היכי שאין היזק נעשה מיד ותמי' על הש"ך שלא העיר בזה שתוס' חולקים וצ"ע על מוהר"ם פאדווי ושפתי כהן:

יז וכן קשה לי על הש"ך בסימן פ"א ס"ק ט' שכתב טעמא דראב"י כיון שיכול להיות שדברי שכ"מ אמת הוי השתיקה כהודאה מסוגי' דב"ב הנ"ל דאי' אם דלי לי' צנא דפירי לאלתר הוי חזקה פי' הרשב"ם אם יש עדים שהגבי' הפרי כו' ומדסייע לו הפסיד וכמודה לו שמכר דמי יע"ש וכן מוכרח למעיין בפוסקי' אבל אם אינו טוען לקוחה הוא בידי רק שטוען שמחל לו כיון שסייע לו לא מהני כי לא אמרינן שמחל בשתיקתו א"כ ממילא היכי שלא סייע לו אף שרואה שנוטל פירותיו ושותק אינו נאמן לומר שמכר לו ולא אמרינן ששתיקה הוי כהודאה אף שיוכל להיות אמת ובע"כ כיון שקרקע ופירות הם בחזקת המערער כי קרקע בחזקת בעלים ראשונים עומדת לא אלים השתיקה שיהי' כהודאה להוציא מחזקתו מחזקת בעלים הראשונים וגם פירות קרקע שדינן בתר קרקע ואמאי פסק ראב"י שבמרדכי הנ"ל שמוציאין ממון מיד המוחזק היכי ששתק לצוואת שכ"מ דהא מוכח בש"ס אף היכי דליכא אמתלא ברורה לא הוי שתיקה כהודאה להוציא מחזקתו אפי' בשתק מתחילה ועד סוף מכ"ש הכא שיט לנו אמתלא שעשה שלא להכעיס

לשכ"מ שהוא אמתלא חשובה וניכר לאמת מאין לומר כיון דדברי שכ"מ הם ככתובין ומסורין דמי ועיין סמ"ע סי ר"נ ס"ק ב' דאם הם מטלטלים דאינם נקנים בשטר הרי הם כמסורים לידו וא"כ יש לומר דהוי המקבל מתנה מוחזק והוי השתיקה כהודאה לסייע להמוחזק דז"א דהא קיי"ל בחשן משפט סימן רנ"א סעיף ב' בספק שיש בין היורשים ומקבל מתנה במתנת שכ"מ הוי היורשים מוחזקים אף במטלטלים היכי שהם תחת יד היורשים ובע"כ הא דאמרינן כמסורין היינו לענין קנין כיון דהדיבור מהני כאילו היה קנין ובמטלטלין דבעינן משיכה אמרינן כאילו נמסרו תחת ידו ובקרקע אמרינן כאילו כתב שטר ומסר לו כמ"ש סמ"ע סי' ר"נ סע"ק ב' אבל לא לענין שיהי' נקרא המקבל מתנה מוחזק וכיו"ב אמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכתב רשב"א במס' גיטין דף ט' ע"א ד"ה הא דלא אמרו שיהי' כמוסר ליד גזבר ממש דא"כ לא יועיל שאלה שאין שאלה אחר המסירה כדאי' בנדרים גבי תרומה רק לענין קנין שאם הקדיש שור אפי' הוא בסוף העולם קנה הקדש ובהדיוט בעינן עד שימשוך יע"ש וכ"כ הש"ך בח"מ סי' רנ"ה ס"ק ו' בשם תשובת מוהר"ב אשכנזי זלה"ה שכתב כן בשם רשב"א (ותמי' קצת שלא הביא שכן כתב הרשב"א בחי' לגיטין וצע"ג על הסמ"ע בסי' ר"נ ס"ק י' שהבין דהוי כמוסר ליד הקדש והקדש נקרא מוחזק לשיטת הר"אש וממשמעי' דבריו נרא' שבמכ"ת אשתמיט ממראה עיני הכהן הגדול לפי שעה דברי רשב"א הנ"ל וה"ה לענין מתנות שכ"מ שוב ראיתי בפרישה סי' ר"נ בד"ה ואם הקדיש נכסיו שכ' וז"ל אבל אין לתרץ ולומר דאין זה נקרא מוציא מידו כיון דכל דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דהא לא אמרינן כן אלא דוקא אם ימות דאז אמרינן דהו"ל למפרע כמסורין כדי שלא תטרוף דעתו משא"כ בהקדש ונדר דהוי כמסורין מיד יע"ש א"כ סובר בהקדש הוי כמסורין ממש ונקרא מוחזק מספק וה"ה במתנות שכ"מ היכי שמת ויש ספק הוי המקבל מתנה מוחזק וא"כ יש לישב שיטת ראב"י די"ל דסובר כיון דהשתיק' כהודאה הוא לסייע להמוחזק מהני ולא דמי להאי דדלי צנא דפירי שהוא להוציא, אך שיטת רמ"א שנמשך בסי' פ"א אחר דברי ראב"י צ"ע דאי אפשר לישב כן דהוא סובר בסי' ר"נ סעי' ג' אפי' בהקדש כשיש ספק נקראים היורשים מוחזקים וכ"כ בסי' רנ"א סעי' ב' במתנות שכ"מ אף כשמת נקראים היורשים מוחזקים ובע"כ פירש דהא דאמרינן אמירה לגבוה כמסירה להדיוט ודברי שכ"מ ככתובין וכמסורין הוא רק לענין קנין ולא לענין מוחזק ונסתר חילוק הנ"ל והדק"ל וצ"ע:

יח גם מ"ש הטורי זהב באבן העזר סי' ק"ו דהך דינא דראב"י שכתב דשתיקה הוי כהודאה משום שטען הבן דלא נשבעת על כתובתה אמרינן מסתמא מחל על השבועה הואיל

ולא השביעה בשום זמן יע"ש יפה כתב הא"ות בסי' פ"א ס"ק ט' שדבריו דחוקים בדברי מרדכי וסותרים דברי רמ"א בח"מ סי' פ"א שלא הביאו כלל לענין שבועה רק בפשיטות דמתחייב בשתיקתו כמו בהודאה ממש וראיתי בס' נתיבות משפט בס"ק ד' שכתב כבוד מחו' הרב הגאון המפורסם מו"ה יעקב נר"י אב"ד דק"ק ליסא לישב דעת רמ"א דוודאי דשתיקה הוי כהודאה רק נראה דוקא כשטוען שהוא שלו ותקפה בחזקה שהוא שלו הוי שתיקה כהודאה ודוק' ששתק מתחילה ועד סוף דהיינו עד שהלך ממנו כמבוא' בסוגי' דב"מ בש"ס ובמפורשים ומבואר עוד בש"ס ובתוס' שם דה"ה שאם הקדישה בפניו ושתק מתחילה ועד סוף דהוי כהודאה מטעם כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ולפ"ז א"ש דברי ראב"י דמיירי באשה שצותה לבנה ליתן לקרובי' והיתה שכ"מ וכיון דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי להקדש דהוי כתקפה מטעם דהוי כמסירה כיון ששתק מתחילה ועד סוף הוי הודאה כמו בהקדש וכן לשון שכתב הרב בהג"ה שכתב ששתקו לצוואתו משמע שציוה ליתן לאחרים דבזה הוי ודאי שתיקה כהודאה מטעם דדמי למסירה לאחרים והוי כתקפה ושתק אבל ודאי שכ"מ שציוה מפלוני חייב לו או שיש לו שטר פרוע ופלוני שתק לא הוי מתיקה כהודאה וזהו ברור עכ"ד, ובמחילת כבוד תורתו דבריו תמוהין מאוד דמבואר בתוס' דבור המתחיל הקדישה וז"ל הקדישה בלא תקפה מהו ומיירי נמי ששתק בשעה שהקדיש ולבסוף כששאלה הגזבר צווח ומיבעי' לי' כיון דאמירה כמסירה הוי הקדש כתקיפה כיון ששתק אודי לי כו' א"ד הקדש לא הוי כתקיפה דלמה יצווח בשביל דבריו ומייתי מהאי מסותא כו' דלא הוי הקדש אלמא שתיקה אינה כהודאה יע"ש א"כ סוברים בהקדש לא מיקרי שתק מתחילה ועד סוף רק כששותק בשעה שנמסר ליד הגזבר אבל אם שתק ולבסוף צווח אליבא דאמת אף דאמירה הוי כמסירה לא הוי הודאה כיון דלא נעמה מסירה בפועל ולא דמי לתקפה כיון מכבר תקף כששתק מתחילה ועד סוף כל זמן שהי' בב"ד הודה לו כיון דחזי דלא עבדי לי' דינא וכבר הוא תחת יד אחר וא"כ כיון דהקדש אפי' כשצווחה הי' זמן רב לאחר השתיקה והיינו כשנטל הגזבר לא הוי הודאה ממילא ה"ה כיון שנכסים הם תחת יד היורש אף ששתק הבן מתחילה ועד סוף דהיינו במשך זמן שהי' משעת הצוואה, מכל מקום כיון שהוא תחת ידו וכעת שמקבל מתנה רצה להוציא ממנו צווח יש לו דין שתק ולבסוף צווח דמוכח מהקדש דלא הוי הודאה דלמה יצווח בשביל דבריו כיון שעדיין תחת ידו וה"ה ומכ"ש שיש לו אמתלא שעשה שלא להכעיסה ואדרבא מהתם קשה לשיטת רמ"א וזהו ברור, גם מה שמחלק הא"ות בס"ק ט' דהיכי דתובע לחבירו שיתן והוא שותק הו"ל כהודאה דהו"ל להשיב איך אפרע ואין בידי כלום חילוק זה רחוק

שעיני ואיפכא מסתברא דחושב מה לי להשיב כיון שאני מוחזק בממון יאמר מה שרוצה וראי' מגזל אחד מחמשה דחה היטב כיון שתבעו בב"ד הוי ודאי הודאה דדרך לגלות הטענות בבית דין, סוף דבר לא מצאתי תי' מתיישב בעיני לשיטת רמ"א הנ"ל בשם ראב"י וצע"ג לדינא כאשר כתב הא"ות שכן הורו רבנים מובהקים גאוני הדור שבזמנו:

יט ודע שעלה בדעתי לחלק חילוק חדש וככר רמזתי לעיל מזה שיש חילוק היכי שע"י שתיקה שיהי' כהודאה בא להוציא ממון מחזקתו לא אלים השתיקה דחזקת ממון אלים טובא די"ל דשתיקה לא הוי ודאי הודאה אפי' בשתק מתחילה ועד סוף דהיינו עד שנסתלקו מענין או מב"ד כמ"ש בפרט א' ואח"כ חזר וצווח רק הוי רגלים לדבר שהודה ולא עדיף מהוכחה שאין מוציאין ממון בהוכחה או רובא כי קיי"ל כרבנן דרב אחא בב"ב דף צ"ב וכשמואל והטעם דגז"הכ הוא שה שהמוציא מחבירו עליו הראי' ובעינן ראי' ברורה כמ"ש בש"ות תרומת הדשן וה"ה להוציא ממון ע"י הודאתו בעינן דוקא ודאי הודאה אבל כל שיש לנו שום נדנוד ספק דלמא לא הודה אף שיותר נוטה שהודו מדשתיק כי אין דרך לשתוק בכה"ג מ"מ אולי לא חש לזה ואי אפשר להוציא ממון מחזקתו ולפ"ז אין להביא ראי' מסוגי' דב"מ דף ו' דאמרינן שתיקה כהודאה דהתם השתיקה כהודאה הוא לסייע להתופס ואולם לכאורה חילוק זה נכון לשיטת ר"ן שהבאתי בפרט ג' שסובר הא דאי' בש"ס אנן סהדי מאי דתפיס האי דידי' לאו דוקא א"כ גם קודם תפיסה לא הי' לו חזקה בטלית שמחצה הוא שלו שפיר י"ל כמ"ש דלכן אי' בש"ס היכי דשתק מתחילה ועד סוף הוי הודאה מכח הוכחה או רגלים לדבר שהודה ולא יוכל אחר כך לחזור ולצווח כשיצא מבית דין כיון דיש הוכחה שהודה ולא הי' לו חזקת מרא קמא מעיקרא וכעת התופס תופס בכולו אין יכול להוציא מידו ובשתק ולבסוף צווח כיון דאיכא אמתלא דחזי לי' רבנן קמבעי' בש"ס אבל תוס' דניידו מפירוש זה כמ"ש שם בדף ב' ע"א ד"ה ויחלוקו דבאוחזין הוי כאילו יש לכל אחד בודאי מחצה דאנן סהדי מאי דתפיס האי דידי' הוא וכן הבינו רוב הראשוני' זלה"ה בע"כ סוברים דשתיקה הוי ודאי הודאה דאם לא הי' רק רגלים לדבר שהודה איך מהני תפיסתו נגד חזקת מרא קמא אך לאחר עיון י"ל אפי' לפי' תוס' יש לומר חילוק הלז לפי מאי דקיי"ל בממון ובמטלטלין אזלינן בתר חזקה דהשתא ולא בתר מרא קמא כמ"ש תוס' בכתובות דף כ' ע"א ד"ה ואוקי ומבואר בתוס' ב"ב דף ס"א ע"ב ד"ה ארעתא דאזלינן בתר המוחזק עתה כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן בב"ב דף צ"ב אע"ג שמתחילה הי' של לוקח ולא אמרינן בחזקת בעלים הראשונים קיימא יע"ש הרי אף שרובא וחזקת מרא קמא מסייע להמוציא מ"מ אהני חזקה דהשתא אף שמוכר אין יכול לטעון ברי כמ"ש תוס'

בב"ק דף כ"ז ע"א דאין יכול לומר קים לי בנפשך מאתה מן המיעוט מ"מ אלים חזקה דהשתא מכ"ש הכא שהתופס הטלית יש לו סיוע רובא או הוכחה והיינו שיותר נוטה שהודה או דיש הוכחה שהודה אף שיש להנתפס חזקת מרא קמא על החצי' מ"מ אי אפשר להוציא ממנו ואף שכתבו תוס' במס' כתובות דף ט"ו ע"ב ד"ה להחזיר דהתם החזקה דהשתא אלים כיון שמדעתו נתנם לו הלוקח היינו היכי שלא נתנו לו מדעתו אזלינן בתר רובא אבל היכא שרובא מסייע לתופס עדיף מחזקת מרא קמא כי כבר בארתי בפרט ד' דתפיסתו לא הוי קודם שנולד הספק דוק שם ותשכח ולפ"ז יש לחלק היטב דל"ד לקרקע ופירות קרקע שהוכחתי לעיל דלא הוי שתיק' הודא' היכי דליכא מעשה כיון דמוכח בב"מ דף ק"ו ע"א דפירות קרקע שדינן בתר קרקע אף שאכל הפירות היכי דליכא על"ג אזלינן בתר חזקת מרא קמא כר' נחמן דקיי"ל כוותי' לכן היכי דליכא מעשה המוכיח ממערער שהודה לא אמרינן שהודה כיון ששתק אף שראה שחבירו מאסף הפירות והניח י"ל שסמך שאח"כ יוציאנו בדינא ודיינא הכל כיון דשתיקה לא הוי ודאי הודאה רק רוב או הוכחה ול"מ נגד חזקת ממון ובקרקע הוי לעולם הבעלים ראשונים מוחזקים דקרקע בחזקת בעלים עומד והיינו המערער שיש לו עדים שהי' שלו נקרא מוחזק וא"ש:

אמנם קשה לחילוק הלז מהא דאי' במס' ב"מ דף ק' ע"ב המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר ברשותי וזה שותק זכה וכן קיי"ל כמ"ש רמב"ם בפ"ה ממכירה הי"א וז"ל זה אומר א"י וזה אומר א"י ואינם ברשות אחד מהם יחלוקו זה אומר ברשותי ילדה והא' שותק זכה הטוען בולד יע"ש וכתב המ"מ משום דשתיקה כזאת כהודאה דמיא וכן אי' בטור ש"ע ח"מ סי' רכ"ג סעיף ג' ובסמ"ע ס"ק ז' ומשמע להדיא מלשונם דהיכי דשותק אפי' אם המוכר עדיין מוחזק בולד (עיין רש"י במתני' ד"ה המחליף והלוקח טוען ברי שברשותו ילדה לאחר שקניתי והמוכר שתק הוי כהודאה ואין יכול אח"כ לחזור א"כ מוכח דשתיקה הוי כהודאה אפי' להוציא ממון מחזקתו מיהו ראיתי בס' שיטה מקובצת שם שכתב בשם הרמ"כ וז"ל זה אומר ברשותי ילדה והלה שותק זכה מי שטוען ברשותו ילדה דשתיקה כהודאה דמי' וצ"ע היכי דאישתק מוכר ולבסוף צווח ואמר כל כמה דלא הוי מפיק לי מרשותי לא צווחנא דאמאי אצווח והשתא דקא בעית לולד לא יהיבנא לי' ניהלי' דהא ברשותי ילדה נראה לומר דמצי טען הכי ולא זכה לוקח בשתיקתו של מוכר אבל מוכר הוא זוכה מיד בשתיקתו של לוקח היכי דאמר המוכר ברשותי ילדה ושתק לוקח ואע"ג דהדר צווח לא מהני לי' מידי כן נראה וצ"ע עכ"ל ודומה לסברת תוס' בב"מ דף ו' ע"א ד"ה הקדישה דהיכי דהקדיש

ושתק ולבסוף צווח כששאל הגזבר לא הוי שתיקה כהודאה דכל זמן שלא מפיק מרשותו לא איכפת לי' וה"ה וא"כ יש לקיים חילוק הנ"ל דכיון דלא הוי שתיקה כהודאה כי אם כששותק הלוקח בכה"ג לא בא השתיקה להוציא מחזקתו כי המוכר הוא מוחזק אך מסתימת לשון הפוסקי' לא משמע כן ומשמע להדי' דבכל גווני מי ששתק הודה ואולם באמת קשה על דבריהם מ"ש מהקדש דקיי"ל בשתק ולבסוף צוות כששאל הגזבר דלא הוי הקדש משום דכ"ז שהוא תחת רשותו לא מוכח שהודה ה"ה יכול המוכר לטעון כל זמן שהי' תחת רשותי לא צויחנא דאמאי אצווח וצ"ע היטב בכל זה:

פרט יא

יבואר ביאור סוגי' דב"ב דף נ"ט שלכאור' מוכח דשתיקה הוי כהודאה היכי שרואה שחבירו מזיקו ושותק אף שהשותק לא עשה מעשה המוכיח שהודה:

כ לכאורה נראה לענ"ד להוכיח שאפי' היכי שאין עושה מעשה רק שרואה שחבירו מזיקו ושותק הוי הודאה שמודה שהאמת כדברי חבירו ומנא אמינא לה מהא דאי' במס' בבא בתרא דף כ"ט ע"א בטעמא דחזקת קרקעות דבעינן ג' שנים אמר רבא שתא קמייתא מיזדהר אינשי בשטרא תרתי ותלת מיזדהר טפי לא מיזדהר וכתב בספר תורת חיים דאין לומר מהאי טעמא לחודא הוי חזקה נימא כיון דעבר שלש שנים לא ניזהר בשטרא אלא דעיקר טעמא משום קפידא דכל אדם קפיד לאלתר כשרוא' את חבירו אוכל נכסיו וכיון דשתיק ודאי מכר לו ומיהו כיון שהוא תוך ג' שנים איכא הוכחה להיפוך דהי' לו ללוקח להיות שטר דדרך ליזהר בשטרא וסליק הוכחה נגד הוכחה וקם השדה בחזקת בעלים הראשונים אבל לאחר ג' שנים דאין דרך ליזהר בשטרא קם הוכחה המסייע ללוקח במקומו מדלא קפיד מכר לו כי נסתר הוכחה המסייע למוכר ע"ש וכיון לדברי הרמב"ן בחידושיו לב"ב דף מ"ב ע"א בד"ה הא דתני' אכלה האב שכתב וז"ל דטעמא דחזקה לאו משום אזדוהרי דידי' בלחוד הוא אלא כיון דהאי שתיק רגלים לדבר אלא שתוך שלש שנים אמרינן למחזיק אחווי שטרך ולאחר שלש כיון דלא מיזדהר בה טפי איתרע לה האי טענה ואמרינן לא לחנם שתק יע"ש וכ"כ בש"ות מוהר"י טראני ז"ל בספר א' סי' קנ"ב דף ק"ט ע"ב בשם מוהר"ט הלוי ז"ל וא"כ כמו דאמרינן ע"י שתיק' מוכח שהאמת כדברי הנתבע אף שיש לתובע חזקת קרקע והיינו חזקת מרא קמא דמהני בקרקע כדאי' בב"מ דף ק"ב ע"ב מ"מ ע"י שתיקה מוכח דהאמת כהשני ואלים כל כך השתיקה היכי שרואה שחבירו עושה לו היזק ושותק שמוכח שמודה אף שהוא נגד חזקת ממון דכמו דאזלינן במטלטלין ומעות בתר חזקה דהשתא אזלינן בקרקע בתר חזקת מרא קמא ה"ה

בעלמא היכי שרואה שחבירו מזיקו ושותק הוי השתיקה הוכחה שהודה היכי דליכא הוכחה המתנגד להוכחה דשתיקה:

אמנם קשה לי דהנה שם בדף ל"ג ע"ב איתא אמר ר' זביד אי טעין ואמר לפירות ירדתי נאמן לא חציף אינש למיכל פירי דלאו דיליה ומקשה הש"ס אי הכי ארעא נמי ומשני אמרינן לי' אחווי שטרך ושטרא לפירי לא עבדי אינשי משמע להדיא דעיקר טעמא משום דהיה לו ליזהור בשטרא ולולי זה היה נאמן מטעם לא חציף למיחת בארעא דלאו דידי' וא"כ לולי טעמא דשתיקא איכא הוכחה דלא חציף רק הוכחה דאחווי שטרך סותר להוכחה זו, ולמה לרמב"ן וסיעתו לפרש הטעם משום דשתיקה הוי הוכחה הא הו"מ לפרושי בפשיטות דיש למחזיק הוכחה דלא חציף לעומת זה יש למערער הוכחה דאחווי שטרך ולאחר שלש נסתר הוכחה דאחווי שטרך דאין דרך ליזהר יותר משלשה קם הוכחה של המחזיק משום דלא חציף ותו קשה לפי דברי רמב"ן ות"ח ומוהרי"ט כיון דקיי"ל בכל דוכתי חדא חזקה במקום תרתי לאו כלום הוא ה"ה חדא הוכחה במקום תרתי לאו כלום הוא דמאי שנא וא"כ אמאי אינו נאמן בתוך ג' שנים שלקוחה הוא בידו דהא יש ללוקח תרתי הוכחות שהאמת אתו חדא דלא חציף למיחת בארעא דחברא והוכחה דשתיקה כיון ששתק המערער ולא הקפיד מוכח שמכר לו ולמערער אין לו רק הוכחה דאחווי שטרך והוי חדא במקום תרתי דלא כלום הוא ואין לומר דיש גם למוכר תרתי הוכחה דאחווי שטרך וחזקת מרא קמא ז"א חדא דמשמע להדיא מש"ס לולי הטעם דאחווי שטרך עדיף הוכחה דלא חציף מחזקת מרא קמא וכן משמע מרמב"ן דלא נחית לסברא דלא חציף דלא זכר כלל משמע דלאחר ג' שנים מטעם הוכחה דשתק לבד מהני להוציא מחזקת מרא קמא ותו אף אי שקולים הם יהי' הדין כדין שנים שמחולקים על קרקע ויש ספק לנו למי שייך הקרקע שנחלקו ואין לאחד חזקה יותר משני דשניהם שקולין בהוכחות דקיי"ל בח"מ סי' קמ"ו סעיף כ"ב דכל דאלים גבר, ותו קשה לן לפי מאי דאי' במס' קדושין דף כ"ו ע"א דבמקום שכותבין שטר לא קנה קרקע בכסף כי אם בהדי שטר אבל במקום שאין כותבין קרקע נקנה בכסף לבד וכן קיי"ל בחושן משפט סי' ק"צ סעי' ז' כמ"ש כל הפוסקים ומשמע בסמ"ע סימן ק"צ ס"ק ח' מקום שאין כותבין היינו אפי' שטר ראי' והא האי דינא דחזקת קרקעות דבעינן דוקא שלש שנים איתא בש"ס סתמא ולא מפלגינן בין מקום שכותבין למקו' שאין כותבין ובכל גווני בעינן שלש שנים וא"כ קשה במקום שאין כותבין שטר לפי דברי רמב"ן וסיעתו יהי' נאמן המחזיק בקרקע שקנה הקרקע בקנין כסף כי יש לו הוכח' המסייע לו מדשתק בוודאי מכר לו כי ליכא הוכחה המתנגד דהא אין כותבין שטר וא"כ יהי' נאמן אפי' בתוך שלש שנים

כשאומר שקנה בלא שטר ואין לומר אף דאין כותבין שטר מ"מ אין דרך העולם לקנות קרקע המוחזקת שהיא של אחר רק בעדים שיהי' יודעים שקנה ולא דמי למטלטלים כיין שמחזיק נאמן לטעון לקוח בידי כשהוא תחת ידו דאזלינן בתר חזקה דהשתא אינו מן הצורך ליקח עדי' כשקונ' דבר משא"כ בקרקע כיון דיד המוכר על העליונה דרך העולם ליקח עדים עידי ראי' דז"א דא"כ קשה אמאי נאמן המחזיק לאחר ג' שנים הא נגד עדים גם עכשיו יש הוכחה המסייע למערער דאם איתא כדברי המחזיק יבוא עדים שהי' בשעת מכירה כי לא שייך טעם הנ"ל לחלק בין שלש לאחר שלש לענין עדים (ובאמת קשה ג"כ לפי טעם המשמע בש"ס דף ל"ג ע"ב כמבואר לעיל) ותו אי נימא משום דאין דרך לקנות כי אם בפני עדים יהי' נאמן אפי' בתוך ג' שנים כשאומר שקנה בפני עדים ומתו או הלכו למדינת הים כי בסתר הוכחה זו דלפי דבריו קנה בפני עדים וקם הוכחה המסייע לו מדקא שתיק והניחו לו לאכול מוכח שמכר לו וכי תימא דטענה זו היא טענה גרועה הא מוכח במס' שבועות דף מ"א ע"א במלוה את חבירו בעדים אף באמר לו אל תפרעני אלא בעדים דצריך לפרעו בעדים יכול לומר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו למד"ה ואף דכתב הר"אש דאינו נאמן לומר פרעתיך ביני לביני במגו דפרעו בפני עדים והלכו למדינת הים היינו לדחות להמגו דלא הוי מגו מעלי' דיותר נח לו טענה זו ועיין בש"ך ח"מ סי' ת"ב בכללי מגו בשם תרומת הדשן דמגו דחינן בסברא כל דהוא אבל מ"מ אי טען סובר רמב"ם וסיעתו דנאמן ואין לומר דמהני רק לסייע לחזקת ממון שהלוה הוא מוחזק בממון משא"כ הכא שהוא נגד חזקת מרא קמא דז"א דהתם כיון שהלוה בעדים איכא חזקת חיוב שבודאי הי' חייב וחזקת חיוב הוי חזקה מעלי' כמ"ש ראב"ד הובא בס' שיטה מקובצת במס' ב"מ דף קי"ב וטו"ז בחושן משפט סוף סימן ע"ה ואפ"ה מועיל וא"כ ה"ה יהי' מועיל לסייע להוכחה דשתיק כיון דיש טעם לסתור הוכחה שקנה בלא סהדי דלפי דבריו קנה בסהדי (מיהו יש לדחות דחזקת חיוב בהלואה לא אלים דעשוי לפרעון דעומד לפרעון כמ"ש בטור ח"מ סימן ס"ה והביאו בטורי זהב יורה דיעה סימן שצ"ז ס"ק ב' דאל"כ אמאי נאמן לומר פרעתי ביני לבינין):

אמנם בפירוש דשמעתא דרב דאמר דוקא במקום שאין כותבין שטר קונה בכסף אבל במקום שכותבין את השטר לא קנה בכסף שפי' בסמ"ע סימן ק"ץ ס"ק ח' הן שמדרכם לכתוב שטר קנין והן שמדרכם לכתוב שטר ראי' כפי המנהג המקום כן יקום הוא כפי פירוש רבוותא ועמהם ריטב"א מכתב במס' קידושין שם וז"ל ומסתברא דכל מקום שכותבין את השטר קאמר לא שנא שטר הקנאה ולא שנא שטר ראי' יע"ש א"כ משמע להדי' דמקום שאין כותבין היינו אפי' שטר ראי' שמאמינים זה לזה או בעדים וקמה

קו' הלז אבל לפמ"ש הר"ן בשם יש אומרים והובא בכסף משנה בפרק א' ממכירה דמה דאמרינן מקום שדרכן לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב היינו דוקא שטר קנין כלומר שכתב בו שדי מכורה לך והיינו טעמא דכל שיש לפניו שתי קניות אין דעתו לקנות אלא על הקנין היותר מועיל ושטר הוא יותר מועיל מכסף לפי שמועיל לקנין ולראי' אבל במקום שאין כותבין שטר קנין אע"פי שכותבין שטר ראי' שהוא הודאה על המכירה לאלתר הוא קונה בכסף יע"ש ורמ"בן ור"ן חולקים וסוברים כריטב"א ולפי דברי י"א לק"מ קו' הנ"ל דיש לומר דאפי' במקום שאין כותבין היינו שטר קנין אבל המנהג הוא לכתוב שטר ראי' ושפיר י"ל כמ"ש רמב"ן וסיעתו הטעם דעכ"פ הי' לו להיות שטר ראי' וגם סוגי' דב"ב דף ל"ג א"ש אבל לרמב"ם וריטב"א וסיעתם דפירשו מקום שכותבין היינו בין שטר קנין לבין שטר ראי' משמע להדי' דמקום שאין כותבין היינו שאין כותבין אפי' שטר ראי' הדק"ל וצריך לומר דחכמים תיקנו שלש שנים בכל מקומות משום לא פלוג והוא דוחק ותו קשה לי לשיטתם מהא דאי' במס' ב"ב דף ל"ה ע"ב אמר ר' אבא אי דלי' לי צנא דפירי לאלתר הוי חזקה פי' רשב"ם אם יש עדים שהגבי' המערער צנא דפירי מקרקע זו על כתיפיו של זה המחזיק שטוען לקוחה היא בידי מאחר שסייע לו להוליך הפירות לביתו שוב אין יכול לטעון ולומר לא מכרתיה לו שלא הי' לו לסייע בלקיטת הפירות אלא היה לו למחות ומדסייע לו הפסיד וכמודה לו שמכר לו דמי יע"ש וכ"כ נמוקי יוסף ומדייקו שטוען לקוח מוכח שאם טען שמחל לו אינו נאמן ולא אמרינן דהוי כאילו אמר לו לך חזק וקני כיון דעשה מעשה וכמו בהאי דר' ענן בדף מ"א ע"א שעי' רשב"ם בד"ה והאי כיון דסייע בגודה בהדי' מחל לו הכותל וכאילו אמר לך חזק וקני בהדי' הטעם מבואר בשיטה מקובצת בדף מ"א בשם רבינו יונה שאין ראי' במה שסייעו בנטילת פירות על מחילת קרקע אלא על מחילת הפירות שהוא לוקט יע"ש וא"כ קשה לפי טעם רמב"ן ות"ח ומוהרי"ט אמאי נאמן לטעון לקוח בידי על הקרקע כיון דמה דעשה מעשה שדלי לי' צנא דפירי ליכא הוכחה שהי' קנין דאולי מחל הפירות ואם יטעון המערער שמחל לו הצנא דפירי יהי' נאמן כי קם הוכחה דאם איתא דמכר הי' לו להיות שטר או עידי מכירה ואי משום שאין דרך אדם למחול וליתן במתנה מסתמא הי' מכירה הא אותו הוכחה הוא גם כשאין עושה מעשה שדלי לי' צנא דפירי רק אם הניח לאכול פירות ומ"מ אמרינן כיון דיש נגד זה הוכחה דאם איתא שמכר הי' לו ליזהר בשטרא סליק הוכחה נגד הוכחה וקם הקרקע בחזקת בעלים ראשונים ולענין זה לא מהני מעשה דדלי לי' צנא דפירי וזהו ודאי לא שייך לומר משום דאין דרך לידלי בעצמו כשנותן הא גם כשמוכר אין דרך כן ואדרבא אמרינן בעלמא הנותן בעין יפה נותן ואדרבה הכא

יש הוכחה אלימא דהי' לו להיות שטר בידו לפמ"ש הרמב"ם בפרק י"א מהלכות טוען וז"ל הביא ראובן עדים שזה שמעון בעל השדה קיבץ פירות שדה זו ונתנם לי תעמוד השדה ביד ראובן טען ששמעון מכרה לו או נתן לו היום מאילו לא מכר או נתן לא הי' משמש את ראובן בשדה זו ונותן לו פירותיה ע"ש דאי' במס' כתובות דף כ"ב ע"ב אמר ר' יוחנן שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת ה"ז לא תנשא ואם נישאת לא תצא שנים אומרים נתגרשה ושנים אומרים לא נתגרשה ה"ז לא תנשא ואם נישאת תצא ומקשה הש"ס מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא ותי' ר' אסי כגון דאמרי עכשיו מת עכשיו גירשה מיתה ליכא לברורי' גירושין איכא לברורי' דאמרינן לה אם איתא דהכי הוא אחווי גיטך פי' רש"י דבשעתא פורתא לא מהימני' למימר אירכסתא ע"ש וכן פסקו הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפרק י"ג מהלכות גירושין הלכה ז' וטור וש"ע אבן העזר סימן קנ"ב סעיף ג' דבאותו יום לא מהימני לומר אבד גיטי כי אם כשאמרה מכמה ימים וא"כ ה"ה אמאי נאמן לומר אבד שטר מכירה שלי כיון שהוא באותו יום כמו שדייק הרמב"ם:

כא אמנם בישוב קו' זו עלה בדעתי להוכיח מ"ט הרמב"ם בפרק א' מהלכות מכירה הלכה עשירי אם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח קנה לוקח מיד בחזקה שהרי גילה דעתו שהקנה לו שדה זו קנין גמור ונעשו פירותיה שלו וכתב הרב המגיד שם אע"ג שהלשון בגמרא אינו לענין חזקת קניה אלא לענין ראי' שהשדה שלו סובר רבינו דתרתי שמעת מיני' לפי שיטתו דאכילת פירות הוי חזקה יע"ש ודבריו סתומין ובדבריו מובן היטב דיש לומר דהוי קשה לי' קושי' הנ"ל ולשיטתו א"ש דמיירי שאינו טוען כלל שקנה בשטר קודם לכן או שקנה בקנין בפני עדים דא"כ הוי לי' להראות שטר ולהביא עדים דבשעה מועט לא שייך לומר שאבד השטר או שמתו העדים או הלכו למד"הי ומה גם שטענה זו הוא בעצמו טענה גרועה רק שמיירי שטוען שקנה ממנו בינו לבין עצמו ובפני עדים אסף המוכר סל פירות לשם קנין שיהי' של לוקח על ידי קנין זה וכיון דקיי"ל היכי דלוקח עושה קנין בפני מוכר אין צריך המוכר לומר לו לך חזק וקני כדאי' במס' ב"ב דף נ"ב ורמב"ם בפ' א' ממכירה הלכה ח' וטוש"ע ח"מ סימן קצ"ב סעיף ב' מכ"ש היכי שמוכר מסייע לו בקנין לכן לא ידעו העדים כוונתו מה שאסף ודלי על כתיפו רק שלוקח טוען שעשה כן משום שקנה ממנו קודם לכן ונתן לו מעות וא"כ שפיר איכא הוכחה לדברי לוקח דהא ליכא ריעותא לדבריו דכיון דטוען שלא לקח שטר וגם יש הוכחה לדבריו דאין דרך לימחל וליתן במתנה ומכ"ש ליתן על כתפו אבל דרך הוא לעשות קנין והי' הוא מסייע לקנין ולכן אף דמנהג הוא שאין אדם לוקח שדה בלי עדים הכא כיון שקנין חזקה הי' בפני עדים יכול הלוקח לטעון סמכתי על זה שיהי' לי עדים

שדלי לי צנא דפירי מזה מוכח שמכר ועשה לי קנין כיון שבזה הוי קנין ועל זה יש לי עדים והיינו דדייק הרמב"ם שאלו לא מכר או נתן לא הי' משמש את ראובן בשדה זו ונותן לו פירותיה ר"ל כיון שמכר או נתן עשה קנין על ידי זה שאל"כ למה עשה מעשה זו וא"ש (ואף במקום שכותבין שטר א"ש כמו שאברר לקמן) ואולם לפ"ז יצא לנו דין חדש היכי שהמחזיק טוען שקנה בשטר ואבד ויש לו עדים על דלי צנא דפירי אינו נאמן כיון דלפי דבריו איכא ריעותא לא מבעי' אי טוען שקנה היום בשטר ואבד בודאי אינו נאמן דאין דרך לאבד באותו יום רק אפי' אם טוען שקנה מכמה ימים ואבד ג"כ אינו נאמן כיון שכבר קנה על ידי שטר ולא הי' צריך האסיפת פירות לקנין אין מעשה דאסיפה הוכחה לדברי הלוקח יותר משהוא לדברי המוכר ואי משום שאין דרך לשתוק ולמחול הא בלא"ה איכא הוכחה זו ומ"מ הוכחה דהי' לו ליזהר בשטר סותר הוכחה זו וקם הקרקע בחזקת מרא קמא וה"ה ודוקא כשטוען שקנין הי' בזה המעשה דאסיפת פירות הוי הוכחה לדברי לוקח כי אף שטוען שנתן כסף וקרקע נקנה בכסף מ"מ יוכל לטעון כיון שנתתי לך הכסף ביני לבין עצמך אולי תכחיש הקנין לכן במכוין עשיתי קנין דאסיפת פירות בפני עדים כי אף שעדים לא ידעו למה הי' אסיפת הפירות מ"מ ממילא יהי' נאמן משא"כ כשטוען שהי' לו שטר ואבד אזי אם טוען שאבד לאחר אסיפת פירות ליכא הוכחה כלל מאסיפה דגם לפי דבריו הי' למותר זולת אם טוען שאסיפת פירות הי' לאחר יום שקנה ע"י שטר ונאבד ממנו השטר שאז הי' מוכרח לעשות איזה קנין וכדי שיהי' לו ראי' ג"כ נעשה הקנין דאסיפת פירות בפני עדים ואפשר מש"ה דייק הרמב"ם ומבאר לשון הש"ס שאין דרכו בחיבורו ברוב המקומות כי אם לתפוס לשון הש"ס וכאן כתב טען ששמעון כו' וכיון שביאר למה לא ביאר כמ"ש בכמה דוכתי שטוען שהי' לו שטר ואבד ולפמ"ש דבכה"ג אינו נאמן בכל גווני רק כשטוען שקנין הי' בזה דאסיפת פירות (ואף אמנם דאין קונין בשטרות העומדים לראי' והי' מוכרח לעשות קנין דאסיפת פירות היינו במקום שקונין בשטר אבל במקום שקונין בכסף אף שכותבין שטר ג"כ דאז אינו קונה בכסף לחוד מהני שטר ראי' לכסף וקונין בו כמ"ש בסמ"ע סימן קצ"א ס"ק ז' וא"כ הי' קנין דאסיפת גם לפי דברי המחזיק לבטלה כנ"ל) לכן כתב הרמב"ם לשון הנ"ל וא"ש:

כב אך לפי זה קשה על הפוסקים אחרונים שסתמו בזה בשיטת הרמב"ם אף שהובא דעתו בש"ע סימן קצ"ב סע"א כשאסף מוכר סל של פירות ונתן ללוקח קנה לוקח מ"מ בש"ע סימן קמ"ב סע"א אי' בסתם דאם הביא המחזיק עדים שהמערער הביא סל של פירות כו' הוי חזקה ולא ביארו מה הי' טענתו משמע בכל גווני מה שטוען הוי חזקה

וכן משמע מתחילת לשון המחבר שכתב אע"פ שאין חזקה בפחות משלש שנים אם הביא המחזיק עדים כו' והא מה שאין חזקה בפחות מג' שנים הוא גם כשטוען שטר הי' לי ואבד משמע גם בכה"ג נאמן לומר שקנה היכי דיש לו עדים שדלי צנא דפירי הגם שמחבר השמיט לשון רמב"ם שכתב שטען שהיום מכר או נתן מ"מ לפמ"ש גם כשטוען שמכר מכמה ימים ג"כ ליכא הוכחה כיון שמחבר נמשך אחר דברי רמב"ם דאסיפת פירות הוי קנין ולכאורה אפשר לומר אף כשטוען שקנה בשטר ואבד נאמן הלוקח במגו שהי' טוען שקנה ע"י קנין דאסיפת פירות שאסף המוכר שהי' נאמן רק היכי שטוען שאבד השטר היום סובר רבינו המחבר שאינו נאמן דהוי מגו במקום הוכחה דיש הוכחה שאומר שקר דאם הי' כדבריו הי' נזהר דאין דרך לאבד בשעה פורתא וכמו דלא אמרינן מגו במקום אנן סהדי ה"ה דלא אמרינן מגו במקום הוכחה ואפשר דזהו ג"כ אנן סהדי שדרך אדם להיות נזהר בשטרו בפרט שטר על קרקעות ולכן השמיט המחבר ולא כתב שנעשה הקנין היום ומה דאי' בש"ס לאלתר הוי חזקה אינו מוכרח דוקא באותו יום ונגד ג"ש מקרי לאלתר הוי חזקה איכו מוכרח דוקא באותו יום ונגד גזירה שוה מקרי לאלתר אפי' הי' כמה ימים אבל היכי שאמר שנעשה מכירה מכמה ימים ואבד השטר אף שדרך אדם להיות נזהר בשטרו עד תלת שנים מ"מ הוכתה זו דלא אלים כל כך איכא הוכחה אחרת מדהניח לו לאכול ולא קפיד כמ"ש רמב"ן ות"ח וסליק הוכחה זו נגד הוכחה זו וממילא מהני המגו במה שטוען שהי' מאסף הפירות אף שהי' שלא לצורך גם לפי טענתו שלא הי' צריך לקנין מ"מ מהני כי מחמת טענה זו יש לו מגו שהי' טוען שנעשה לשם קנין לא הי' לו שטר כלל אף די"ל דהכא הוי מגו בעיקר אנן סהדי דאנן סהדי לא בא רק מפיו ובכה"ג כתב הסמ"ע בסימן ע"א וש"ך ס"ק זיי"ן דאמרינן מגו בעיקר אנן סהדי יש לומר דמחבר לית לי' סברא הלז וכבר הארכתי במקום אחר שרבו החולקים ואף דקיי"ל דלא אמרינן מגו להוציא מ"מ לפי מאי דאי' במס' ב"ב דף ל"ב ע"ב בגמ' ותוס' שם ד"ה והילכתא וברמב"ם בפ' ט"ו מטוען הלכה ט' ובש"ע ח"מ סימן קמ"ו סעי' כ"ה ובסמ"ע ס"ק ס"ז וש"ך ס"ק כ"ח היכי שמחזיק יש לו שטר מקויים וטוען המערער שהוא מזויף ומודה המחזיק רק שלקח לאיים שהי' לו שטר כשר ואבד נאמן במגו אף שלא החזיק שלש שנים ולא הוי מגו להוציא נגד חזקת מרא קמא ואזלינן בתר חזקת מארי' דקיימא השתא וכ"כ בכנסת הגדולה בסימן ע"ב בכללי מגו ס"ק נ"ח להלכה דמגו להעמיד הקרקע ביד המחזיק בו עכשיו אע"ג דלאו מרא קמא הוא אמרינן ומ"ש שריב"ם חולק יפה דחה בא"ות שם סק"ט וא"כ ה"ה יש למחזיק מגו שוב ראיתי די"ל גם כשטוען שנאבד ממנו השטר היום לא הוי בגדר אנן סהדי ושאני התם במס' כתובות כיון שחזקת

אשת איש מתנגד אינה נאמנת בטענה זו משא"כ הכא כיון שיט הוכחה המסייע לו שהניח לו פירות ודרך להקפיד סליק הוכחה נגד הוכחה ושוב מהני המגו אם מחזיק בשדה באותו יום שמשתמש בו ובע"כ המחבר אף שהשמיט לשון הלז מודה לרמב"ם וצ"ע בכל זה מיהו כל זה לשיטת הרמב"ם אבל החולקים על רמב"ם וסוברים דאסיפת פירות לא הוי קנין קשה לרמ"בן ות"ח ומוהרי"ט קו' הנ"ל בס"ק כ' אמאי נאמן לומד לקוח הוא בידי כשטוען שדלי לי' צנא דפירי בפני עדים הא ליכא הוכחה שהי' קנין:

כג ועוד קשה לי לרמב"ן ות"ח ומוהרי"ט לפמ"ש רמב"ם בפי"א מטוען שטוען שמכרה לו היום כשדלי לי' צנא דפירי וכאשר משמע לשון לאלתר הנזכר בדף ל"ה והיכי דלא דלי לי' צנא דפירי אף שיש עדים שמוכר ראה כשאסף הפירות ומוליכן לביתו כיון שלא עשה המוכר מעשה לא מהני הא אפי' במקום שכותבין שטרות אי' במס' כתובות דף ק"י ע"א דאיכא מקומות דכותבין שטרות והדר יהבי זוזא ואיכא מקומות דיהבי זוזי והדר כתבו שטרות וא"כ היאך סתמו הש"ס ופוסקים דבכל גווני לא הוי חזקה ולא מחלקין הא היכי דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא ראוי שיהי' נאמן המחזיק אף כשלא עשה המערער מעשה דאיכא הוכחה המסייע ללוקח שאין דרך אדם שרואה את חבירו לוקח פירות משדה ומוליכו לביתו ושותק ולמערער אין לו הוכחה המסייע מדלית לי' שטרא דהא יוכל הלוקח לטעון אני נתתי המעות כמנהג המקום שיהבי זוזי והדר כתבי שטרא ורצתי לכתוב שטר היום או למחר ובשלמא אם יהי' הטענות להרבה ימים איכא הוכחה המסייע למערער דאין דרך להניח מעותיו אצל המוכר בלא שטר מכירה דאולי יכחיש המוכר, ואפשר אפי' במקום דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא המנהג נתייסד לכתוב שטר באותו יום והטעם יש לומר לפמ"ש תוס' במס' ב"ב בדף ע"א ד"ה ובא בסופו וז"ל וא"ת נפשוט דלא אמרינן מגו דאי בעי אמר פרעתיך עתה ואומר ר"י דלא חשיב מגו כיון דקיימי ביום אחרון של זמן ואע"ג דמסקינן דעביד אינש דפרע ביומא דמשלים זמני מ"מ אין זה מגו דלא חציף אינש למימר פרעתיך היום אבל רגיל לומר פרעתיך אתמול ושכחת יע"ש א"כ נשמע בדבר הנעשה לאותו יום אין דרך אדם להעיז ולכן נתייסד המנהג שאין מקפידין ליתן דמים ואח"כ לכתוב שטר כיון שהוא באותו יום לא יצמיח מכשול וריעותא ללוקח וא"כ בנידון הנ"ל שטוען המחזיק שלקח היום ורצונו הי' לכתוב אח"כ שטר וביני ביני בא סכסוך ביניהם ליכא הוכחה המסייע למערער ולהמחזיק איכא הוכחה והדק"ל אמאי אינו נאמן היכי דלא דלי לי' צנא דפירי:

אמנם קו' זו יש לישב דהנה המעיין ברמב"ן בס' מלחמות במס' כתובות דף ק"י ע"א והביאו הש"ך בסימן פ"ה ס"ק זיי"ן נתבאר כמו במכירה יש מקומות שכותבין שטרי

מכירות והדר יהבי זוזי ויש מקומות שיהבי זוזי ואח"כ כותבין שטרי מכירות ה"ה בשטרי הלוואות איכא חילוק מקומות וא"כ לפ"ז קשה איך נתייסד המנהג לעבור על דברי חכמים דהא אי' במס' ב"מ דף ע"ה ע"ב אמר ר' יהודא אמר רב כל מי שיש לו מעות ומלוה שלא בעדים עובר משום לפני עור כו' ופי' רש"י שעולה על רוחו של לוה לכפור וכן קיי"ל כמ"ש רי"ף ור"אש ורמב"ם בפ"ב מהלכות טוען הלכה ז' ובח"מ סימן ע' סעי' א' (ואי' שם המלוה בשטר ה"ז משובח) וכיון דאי' בש"ס סתם שאסור להלוות בלא עדים משמע להדי' שבעינן בפני עדים בשעת הלואה אף אם רוצה באותו יום ליל עם הלוה בפני עדים לא יסמוך על זה דאולי יכפור הלוה ובע"כ צריך לומר אף שכתבו תוס' במס' ב"ב הנ"ל דאין דרך אדם להעיז באותו יום היינו לדחות המגו דמגו דחינן בסברא כל דהו כמ"ש הש"כ בכללי מגו בשם תרומת הדשן אבל לענין איסורא החמירו חכמים שלא לסמוך על זה אולי יעיז פנים ויכפור כי יש בני אדם שמעיזין אפי' מיד אע"כ צ"ל דמנהג שנתייסד בהלואה דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא או שיהיב זוזי בפני עדים ואמר בפניהם שהוא בתורת הלואה וכותבין שטר אח"כ אימת שירצו או שמנהג הוא שיהיב זוזי בפני עדים וסופר וכותבין מיד לאחר נתינת המעות השטר כשהם עסוקין באותו ענין וכיון דנשנית בחד לישנא מסתמא הפי' גם בשטרי מכר כן וגם כי מן הסברא נראה כמו שאסור להלוות בלא עדים כמו כן אסור לקנות קרקע וליתן מעות בלא עדים דהאי חששא דשמא יכפור שייך גם בקניות קרקע כיון דקיי"ל קודם שלש שנים הוא בחזקת בעלים הראשונים ואף אם יחזיק עכשיו בקרקע אולי יוציא המוכר ממנו אח"כ בדינא ודיינא, ובאמת יש לעיין בהא דאי' במס' ב"מ ובפוסקים הדין בהלואה הו"ל לבאר הדין ג"כ במכירת קרקע לפי מאי דקיי"ל במס' קדושין דף ס"ה ע"ב ובטוש"ע ח"מ סימן קפ"ט שיוכל לגמור המקח אפי' בלא עדים דלא איברי סהדא אלא לשקרא וכיון שאחד מקניני המקח בקרקע היינו כסף והיינו דמי פרעון כמ"ש סמ"ע בסימן ק"ץ סק"א (ועיין בטורי זהב שם ואפי' לטורי זהב בודאי דמי פרעון הוי קנין) וא"כ הו"ל לבאר שאסור ליתן דמי פרעון הקרקע ולעשות קנין בלא עדים ובשלמא במטלטלים כיון דכשנוטל הלוקח לרשותו הוא מוחזק לכל דיניו (זולת בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר עיין בח"מ סימן קל"ג סעיף ה') ליכא מכשול משא"כ בקרקע ומסתימת דבריהם משמע דליכא עבירה בזה וכן משמע שכן הי' המנהג במקום שאין כותבין שטר שנקנה בכסף ולפי דעת כמה פוסקים הנ"ל אפי' שטר ראי' לא הי' כותבין ואולי הי' המנהג שהי' בפני עדים אך לא משמע כן מסתימת דבריהם וכן ראיתי בכנ"הג בח"מ בסימן ע' סעי' ב' שכתב בשם מוהר"ש יונה דה"ה דאסור להפקיד בלא עדים יע"ש ולא כתב כלל ממכירות קרקעות

וצ"ע ויהי' איך שיהי' עכ"פ כיון שפירוש מה דאי' בש"ס בשטרא הלואה במקום שכותבין דהכי דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא היינו באופנים הנ"ל ה"ה במקח היכי שכותבין שטרות רק שיהבי זוזי והדר כתבי שטרות הוא באופנים הנ"ל כיון שנאמר בחד לישנא מהיכי תיתי לחלק וא"כ לק"מ קושי' הנ"ל דכיון שמנהג ליתן מעות בפני עדים וסופר ומתנה בפניהם ואח"כ כותבין או שכותבין מיד כשעסוקין באותו ענין ממילא לא יוכל המחזיק לטעון שנתן זוזי ורצה לכתוב אח"כ כי מסתמא לא שינה ממנהג ואינו נאמן לטעון תמורת המנהג כמ"ש מרדכי בפ' המקבל הובא בש"ך ח"מ סימן פ"ב בכללי מגו ס"ק ב' ובמוהרי"ט זלה"ה חלק א' סימן קנ"ב שכל הטוען תמורת המנהג עליו להביא ראי' ועיין שם שכתב באתרא דכתבי שטר מכירה והדר יהבי זוזי ויש סכסוך ביניהם אינו נאמן לטעון שעשה תמורת המנהג יע"ש וה"ה וא"ש. אך המעיין בש"ך סימן פ"ה ס"ק זיי"ן לא משמע רק באתרא דיהבי זוזי והדר כתבי שטרא שנותנים המעות אפי' בינו לבין עצמם וצ"ע וגם קשה קו' הנ"ל לשיטת רמב"ן ותורת חיים ומוהרי"ט:

ואולם ראיתי בנמוקי יוסף ר"פ חזקת הבתים שכתב וז"ל טפי לא מזדהר כי סבר ולפי שדעת העולם כן לא תיקנו חכמים אלא שלש שנים עכ"ל וביאר בקצות החושן סימן ק"מ ס"ק ב' כוונתו דעיקר חזקה שלש שנים הוא רק תקנת חכמים משום תיקון עולם דלא רגיל אינשי להזדהר בשטרא טפי משלש שנים דסובר המחזיק כיון דישב בתוכו שלש שנים ואין עורר ערעור שוב לא יתעורר עוד ערעור ולא מזדהר טפי וימשך מזה פסידא ללקוחות לכן ראו חכמים לתקן שיהי' נאמן בחזקה שלש שנים והמערער שהאמת אתו יעשה מחאה תוך שלש ואחר המחאה גם המחזיק יזהר בשטרו ואם אינו מוחה תוך שלש שנים יפסיד המערער וכן נראה מלשון רמב"ם בפ"א מטוען יע"ש ולפי דבריהם אין הטעם דמהני חזקה בשלש שנים כיון דיש חזקה מדשתיק מכר כמ"ש רמב"ן ות"ח ומוהרי"ט העולה לשיטת רמב"ן ות"ח ומוהרי"ט טעמא דמהני חזקה ג' שנים כיון דשתיק רגלים לדבר דמכר לו ונשמע אפי' היכי שאין עושה מעשה רק שרואה שחבירו מזיקו מוכח משתיקה דהוי הודאה שמודה שהאמת כדברי חבירו ולשיטת רמב"ם ונ"י הוא תקנת חכמים ולא מוכח האי דינא ושיטת רמב"ן וסיעתו צ"ע ואין כאן מקומו לישב דבריהם:

פרט יב

יבואר שיטת מוהרי"ט ז"ל בשו"ת שסובר דשתיקה לא הוי כהודאה או כמחילה היכי שאינו עושה מעשה המוכיח:

כד ראיתי בש"ות מוהרי"ט ספר א' סימן ק"ו דף ע"ו ע"א וע"ב שהאיר עינינו בהאי כללא דשתיקה ובקצת דבריו כוונתי לדעת הגדול מה שרמזתי לעיל, אמרתי להעתיק

כל לשונו כי מתוך דבריו הקדושים הלכתא רבתא איכא למשמע מיני' וז"ל היכי שראה בעל הקרקע שהי' גודר ובונה ושתק ולא מחה אין לומר מאחר שלא עיכב כיורד ברשות דמי ואינו נקרא יורד ברשות אלא כשהורידו בעל הקרקע בעצמו אבל מי שירד ברשות חבירו ובתורת שכירות או שאלה או שותפת והי' בונה מעצמו אע"פי שהלה רואה ושותק לא איבד את זכותו שהוא סובר לעצמו הוא עושה לצורך שעה ודוקא כי גדר ומנטיר לי' דעביד מעשה דמוכחא דניחא לי' לדידי' הוא דאמרינן גלית אדעתך דניחא לך אבל בשתיקה דעלמא ליכא גילוי דעת שהוא רוצה בדבר ומנא תימרא דאיכא בין רואה לשותק ועושה מעשה דאמרינן בפ' חזקת דף ל"ה ע"ב אמר ר' אבא אי דלי לי' איהו גופא צנא דפירי לאלתר הוי חזקה ואע"פי כשהי' רואה אותו שאסף כל הפירות ומכניסין לביתו הי' שותק ולא הי' מוחה אינו חזקה ולא איבד זכותו בכך כי דלי לי' איהו גופא אפי' חד צנא הוי חזקה לאלתר אף כאן דוקא כי עביד מעשה דמוכח דניחא לי' הוא דאמרינן דאיבד את זכותו אבל בשתיקה בעלמא לא מצינו שתהי' בשתיקה שום חיוב ולא שום נתינת רשות וכ"ש כאן שאדרבה מועיל ומתקן הוא למה הי' לו לעכב על ידו דומי' דאמרינן ניר אין לו חזקה דמימר אמר כל זיבי דנזבי ניזול בה פי' רשב"ם הלואי שיחרוש בה הרבה ואח"כ יטלנה וכתב בנימוקי יוסף שם דמהא שמעינן שהבונה חורבתו של חבירו אין בנין שני עולין לו לחזקה דמימר אמר הלואי כל ממונו יוציא לבנין אלמא אינו ראי' ממה שלא מחה כיון שאינו אוכל ואדרבא מוציא משלו מה איכפת לי' הוא סבור יוציא עכשיו ואח"כ אעמוד בדין עמו ואתן לו כדינו ואשכחן בעלמא דשתיקה לאו כהודאה דמי' אלא כי עביד מעשה דמוכח כדאי' גבי קדושין דף י"ב ע"ב דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא גבי ההוא דקדיש בציפתא דאסא אמרו לי' לית בה ש"פ אמר תיקדש בארבע זוזי דאית בה שקלתה ואישתקה דאמרינן כל שתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא אע"ג דמקמי מתן קבלתם מוכח שהיא מרוצה בקדושין דהוי מעשה אבל שתיקותא גרידא לאו כלום הוא ואע"ג דלענין מה שלא השליכתה מידה איכא טעמא דלאו כ"ע דינא גמירי דסברי אי שדינא ומתברי מחייבא באחריותא מ"מ הי' לה לומר שאינו רוצה ואפ"ה אמרינן הא דשתקה לא שרוצה אלא שלא חששה וכן הא דאמרינן בפ' יש נוחלין דף קל"ב אהא דכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא דאיבדה כתובתה ומוקי לה רב במזכה על ידה ושמואל בנותן לפני' ושותקת ואמרינן עלה מקולי כתובה שנו כאן הא בבעל חוב אע"פי שנתן כל נכסיו לאחרים בפניו או שזיכה להן על ידו לא חשיבה הודאה ולא מחילה והא דשתק משום דלא חש למחות וכן הא דתנן בכתובות דף ק"ט ע"א העורר על השדה והוא חתום עלה בעד איבד זכותו

משמע טעמא משום דעשה מעשה המוכח אבל אם הי' בשעת המקח ושתיק לא איבד את זכותו בשתיקה לבד וכ"כ הריטב"א דוקא חתום וכיו"ב (כגון האי דעשאה סימן לאחר איבד את זכותו) ולאפוקי הא דאמר לי' זיל זבין או שהי' בשעת המכר ושתק ומיהו התם איכא טעמא דמצי למימר השני נח לי ולכך שתקתי כדאי' בב"ב דף למ"ד ע"ב דאפילו במשיאו עצה לקנות בדיבורא בעלמא עביד אינש דמיקרי דאמר משום שהשני נח לי אבל מעשה לא עבידי ובהאי דאמרינן בפרק הדיינים במס' שבועות דף מ"א מנה לי בידך אמר לו בפני עדים הן למחר אמר לו פרעתיך נאמן א"ל אל תפרעני אלא בעדים למחר אמר לו פרעתיך אינו נאמן שצריך לפרעו בעדים כתב הר"אש דוקא שלוה קיבל עליו או שאומר לו כן בפני בית דין אבל אמר לו בינו לבינו ושתק שתיקה לאו הודאה הוא אלא שלא חש לדבריו בו' ומיהו בפ"ק דף ו' גבי תקפה אחד בפנינו והלה שותק אמרינן אע"ג דצווח לבסוף לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אלא אדויי' אודי לי' ובפרק השואל דף ק' ע"ב גבי המחליף פרה בחמור זה אומר עד שלא מכרתי והלה שותק שתיקה כהודאה דמי' התם משום דלא הוחזק הדבר בשלו אלא עכשיו וכיון דשותק אגלי מילתא שלא הי' בה כלום אבל אינו מאבד זכותו בשתיקה עכ"ל ודפח"ח ובכוונת סוף דבריו אפשר לומר שכיון לדברי הש"ך בסימן פ"א סק"ט שהבאתי לעיל בפרט יו"ד דשתיקה הוי כהודאה שמודה שלא הי' שלו אבל לא הוי כמחילה אך לשונו לא משמע כן ויותר נראה שכוונתו למ"ש לעיל בפרט יו"ד ס"ק י"ט דשתיקה כהודאה לא אמרינן היכי שבא להוציא ממון ע"י שתיקה וז"ש דלא הוחזק דבר בשלו אלא עכשיו ומובן היטב כוונתו ונשמע מדברי מוהר"יט דלית לי' חילוק של מוהר"ם פאדווי שהבאתי שם ס"ק ד"י שכתב היכי שרואה את חבירו מחזיק בשלו ושותק ודאי הודה או מחל אע"פי שלא עשה השותק מעשה ומוהר"יט סובר דבעינן דווקא מעשה המוכיח וכמו שמביא ראי' מאי דלי' איהו צנא דפירי מוכח אם לא דלי אף שהי' רואה שחבירו מאסף הפירות ושותק לא הוי כהודאה וראי' זו כתבתי ג"כ לעיל ומשמעות דבריו נראה להדי' היכי שעושה מעשה שנראה שמחל הוי שתיקה כמחילה אפי' היכי שהי' ודאי שלו כי לא מחלק בין הודאה למחילה היכי דעושה מעשה ודבר זה צריך בירור בש"ס ופוסקים אם עולה להלכה:

כה גרסינן במס' ב"ב דף מ"א ר' ענין שקיל בידקא בארעא אבל הדר גודא בארעא דחברי' אתא לקמי' דר' נחמן אמר לי' זיל הדר והא אחזקי לי' א"ל כמאן כר' יהודא ור' ישמעאל דאמרי כל בפניו לאלתר הוי חזקה לית הילכתא כוותייהו א"ל והא אחיל דאתי וסייע גודא בהדייהו א"ל מחילה בטעות הוא אנת גופא אי הוי ידעת לא עבדת כי היכי דאת לא הוי ידעת הוא נמי לא הוי ידע וכתב בטור ח"מ סימן קמ"ט בשם רבינו יונה אבל

אם המסייע מודה שידע שהכניס שכנגדו בשלו הוי חזקה אע"פי שלא ידע הבונה וקנה המקום שהכניס לתוך שלו מיד אע"פי שלענין פתיחת חלונות כה"ג לא הוי חזקה שאם ראובן פתח חלון לחצר שמעון לא הוי חזקה אע"פי שסייעו בפתיחה לגבי כותל הוי שפיר חזקה דכיון דהסיג גבולו וכנס בשלו והוא ידע לא הי' לו לסייע אלא ודאי גמר והקנה ע"ש ועמ"ש הבית יוסף בשם רשב"א בתשובה וכן קיי"ל בש"ע שם סעיף ב' וכתב בס"מע ס"ק ח' בכאן כ"ע מודו דאין צריך חזקה שלשה שנים וטענה משום דאנן סהדי דמחיל מוכח היכי שעושה מעשה הוי השתיקה ראי' ברורה שמחל ולכאורה קשה על זה היאך נקנה קרקע במחילה הא מבואר בש"ע חושן משפט סימן רמ"א סעיף ב' בשם תשובת הר"אש ומוהרי"ק שורש צ"ד שמחילה לא שייך אלא במעות שחייב לו אבל אם הי' לו חפץ ביד חבירו ואמר מחול לך אינו כלום ועיין סעיף ב' ובסמ"ע שם סע"ק יו"ד דלא שייך מחילה רק בדברי שהוא ביד חבירו ואינו בעין אבל בקרקע לא שייך מחילה מיהו רשב"ם תיקן בלשונו שכתב בד"ה והא אחיל וז"ל כמאן דא"ל לך חזק וקני דמי יע"ש וכן כוונת הטור הנ"ל במ"ש גמר והקנה ומצאתי בס' שיטה מקובצת בב"ב דף כ"ח ע"א ד"ה אלא שכתב בשם רש"בא וז"ל ולדידי קשה לי אדרבא איהו שפיר קפריך כיון דמשור המועד גמרת לימא כשור המועד דבכל ענין נפקא לי' מחזקת בעלים ראשונים וקם לי' ברשותא דהאי שאני אומר כיון ששתיק אחולי אחיל וכעין שאמרו הגאונים בכל דבר שאינו מחסרו קרקע דטענת סבלונת מהני מדין מחילה כו' ויש לומר דקרקע אינו נקנה במחילה אלא במכירה ונתינה ולא עדיף שתיקה ממחילה מפורשת ואילו אמר לי' שדה מחולה לך לא אמר כלום כ"ש מחילה מתוך שתיקה אבל שעבודין שיש לה חזקה בטענת סבלונת כדעת הגאונים זלה"ה נתונים במחילה שאילו הוציא זיז על חצר חבירו ואי נמי נעץ קורה בכותל יכול הוא למחול לו שלא יסלקם משם שאין זה כנותן קרקע אלא כמוחל על שיעבודם וכן נמי אכילת פירות אחר מאכל את הפירות הרי חזר על המוחל לחוב בעלמא ויכול למוחלו משא"כ בגופו של קרקע אלא שעדיין קשה לי עובדא דר' ענן דשקל בידקא בארעא דאית לי' סהדי דאתי וסייע גודא בהדאי ופי' רש"י כמאן דאמר לי' לך חזק וקני וא"כ הכי נמי נימא הכי וי"ל שאני התם שעשה מעשה בידים ומסייע לגדור אותו עם שלו עכ"ל ומיהו אכתי צריך ביאור לדבריו ניהו שמוכח מכח מעשה שמחל לו הא אילו אמר להדי' מחול לך לא מהני דק כשאמר לך חזק וקני ולא עדיף דברים שבלבו מאם אמר להדי' ואם הי' בלבו לשון שמחול לו לא מהני והא על זה לא מוכח ממעשה שסייע לו דלמא הי' בלבו לשון שאינו מועיל וא"כ היאך אמר לי' והא אחיל מה מהני מחילה וכן קשה על פסק הלכה שפסק רבינו יונה

היכי דלא הוי מחילה בטעות הוי השתיקה מחילה אמאי דלמא הי' כוונתו על מחול לך ותו קשה לפמ"ש לעיל בפרט ד' דמחילה בלב לא מהני כ"א היכי דמוכח לכל כוונתו והכא לא מוכח לכל כוונתו שכוונתו הי' באופן המועיל א"כ על דיבור זה של לך חזק וקני הוי דברים שבלב שאין מוכח לכל שכוונתו הי' לומר לך חזק וקני שהמעשה לא מורה על זה ואף דאי' בב"ב דף נ"ב וכן קיי"ל דבפניו אין צריך לומר לך חזק וקני היינו כשלוקח כיון לקנות משא"כ הכא שלא ידע ועיקר הטעם כמ"ש ראב"ד הובא בנ"י כיון דדעת אחרת מקנה אותו לא בעינן שכיון לקנות ולכן בעינן שיהי' מכוין להקנות ולומר לו לך חזק וקני ונראה לענ"ד בכוונתו דהנה בכמה דוכתי הוכחתי א דקיי"ל כחכמים דר"מ בערכין דף ג' דאדם מוציא דבריו לבטלה היינו היכי שאומר להדי' לשון הסותר לפירושינו כמו התם שאמר בלשון ערך לא מפרשינן כוונתו שרצה לומר לשם דמים אבל אם אמר לשון המשתמע לתרי אפי מסתמא אמרינן שלא הוציא דבריו לבטלה ומפרשינן כוונתו באופן המועיל (וע"ע במס' ב"ב דף קכ"ז ע"ב בספר שיטה מקובצת שם ד"ה הי' משמשו כעבד ומ"ש הבית יוסף בח"מ סימן רנ"ג וז"ל אפי' אי ברור לנו שאמרה באותו לשון ממש כיון דקיי"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה סתמא דמילתא שהיא המנחת אלא שלא דקדקה בלשונה יע"ש צ"ע דהא קיי"ל כחכמים דר"מ) וה"ה היכי שעושה מעשה ויש לפרש כוונתו בב' אנפין מסתמא כוונתו הי' באופן המועיל כי אין אדם עושה לבטלה וראי' לזה מהא דאי' במס' יבמות דף קט"ו ע"ב בנמצא כלי וכתב עליו ק' קרבן כו' ולא אמרינן דכתב לבטלה אע"כ מחום דהוי מעשה וכן מצאתי בש"ות מוהרי"ק שורש קס"א וכן משמע להדיא בהר"אש בפ"ק דקדושין הובא בטו"ז א"ח סימן י"ד ס"ק ה' ובסימן תל"ד ס"ק ו' ובמג"א סי' תרנ"ח ס"ק ג' במשאיל טבעת לחבירו אנן סהדי שדעתו שבאם שלא מועיל לשון שאלה יתפוס לשון אחר המועיל לענין קידושין דלאו כ"ע דינא גמירי וסברי ששאלה מועיל ולא אמרינן דעשה מעשה הנתינת טבעת לבטלה אע"כ מה שרוצה לעשות כוונתו לעשות באופן המועיל (מיהו יש לדחות כיון דמסייע לדבר מצוה מן הסתם ניחא לי') ועיין בש"ות מוהרי"ט ספר א' דף פ"ד סוף ע"ג שכתב ג"כ ואף שכתב בלשון דיבור מ"מ בע"כ כוונתו על מעשה וה והמעיין היטב בבעל המאור במס' חולין דף יו"ד בהא דאי' שם גבי צלוחית מוכח להדי' כסברא הלז שכתב לכן תלינן באדם טהור שאילו הי' טמא עושה כן לא הועיל כלום במעשיו יע"ש דוק ותשכח כדברי וא"כ מובן היטב כוונת רשב"א היכי ששתק אף שמוכח שמחל מ"מ לא מוכח שכוונתו ללשון המועיל לקנין קרקע דהיינו לך חזק וקני כיון דלא דיבר ולא עשה מעשה ליכא חזקה אין אדם מוציא דבריו ועושה מעשה לבטלה ויש לחוש אולי כוונתו

הי' באופן שאינו מועיל ומספיקא קם הקרקע בחזקת בעלים הראשונים וגם מצד דהוי דברים שבלב אבל כשעשה מעשה וסייע גודא בהדי א"כ חזינן שרצה להקנות לחבירו מסתמא עשה באופן המועיל ולא הוי דברים שבלב דהוי אומדנא דמוכח לכל ע"י חזקה שאין אדם עושה מעשה לבטלה דאנן סהדי שכן הוא דרכי בני אדם:

אמנם קשה לפי מה שהוכחתי שם דהאי דאין אדם מוציא דבריו לבטלה הוא רק בגדרי חזקה וכיון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר רוב נגד חזקת ממון ה"ה דלא מהני חזקה או הוכחה להוציא ממון כי הגזה"כ הוא המע"ה ורובא או חזקה לא מיקרי ראי' כמ"ש בש"ות תרומת הדשן סימן שמ"ט וא"כ אכתי קשה על עובדא דר' ענן וכמ"ש רבינו יונה היכא דסייע בגודא ולא מחל בטעות הוי מחילה וקנה מקום הכותל בארעא דחברי' הא קרקע בחזקת בעלים עומדת והדק"ל הא לא מוכח רק על מחילה שלא מהני בקרקע וא"ל כתי' רש"בא כיון שעשה מעשה כנ"ל דז"א דהיאך מהני חזקה זו להוציא מחזקת מרא קמא דכמו דאזלינן במטלטלי' וממון בתר חזקה דהשתא אזלינן בקרקע בתר חמ"ק ודלמא הי' כוונתו על מחילה דלא מהני ועשה לבטלה כיון דל"מ נגד חזקת ממון וצריך לומר דרש"בא סובר דמעשה אלימא והאי חזקה דאין אדם עושה מעשה לבטלה עדיף דדיבורא עביד אינש דמיקרי ואמר ואולי הוציא שפת יתר (ועיין דרכי משה בח"מ סימן ע"ה וסמ"ע סק"ב וש"ך ס"ק ה' ובתומים שם) אבל אינו עושה מעשה להטריח א"ע לבטלה ומהני חזקה זו אפי' להוציא ממון דמסתמא כיון באופן המועיל וכאילו אמר לך חזק וקני ואף שחזקה ל"מ להוציא ממון מ"מ לפי מ"ש מוהרי"ק סימן ע"ב ומוהרי"ט סימן ק"ז דחזקה דאתי' מכח סברא שהשכל מחייב לחזקה הוי כאנן סהדי שמהני להוציא ממון וה"נ השכל מכרעת לזה דאטו בשופטני עסקינן שיעשה מעשה לבטלה ואע"פי שאין ראי' לדבר זכר לדבר מיהו איכא דמעשה אלים מדיבורו כדאי' במס' ב"ב דף למ"ד ע"ב, ועיין כיו"ב בטוש"ע יו"ד סימן קפ"ה וא"ש:

כו ואין להקשות לסברא זו שמוכח מסוגי' הנ"ל דהיכי שעשה המערער מעשה אף שאין המחזיק טוען שמכר רק שמחל מהני דהוי כאילו אמר לך חזק וקני מהא דאי' בדף ל"ה דאי דלי לי' צנא דפירי לאלתר הוי חזקה ופי' רשב"ם ונ"י שטוען המחזיק לקוחה בידי, ורמב"ם בפי"א מטוען ה"ט מוסיף מדילי' שטוען שמכרה או נתנה לו היום וכוונתו שבפירוש מכרה או נתנה לו מעיקרא קודם שסייעו, למה לי טענה זו, אפי' אי לא טען רק שדלי לי' צנא דפירי מוכח כיון שעשה מעשה שמחל וכאילו אמר לך חזק וקני, ועיין בסמ"ע ס"ק ח' שכתב דכ"ע מודים בהאי דכותל דז"א כמ"ש בספר שיטה מקובצת בדף מ"א וז"ל שם והא דאמרינן דאי דלי לי' צנא דפירי לאלתר הוי חזקה אינו על דרך זה

דהתם אחזקה דמתני' קאי ודוקא בחזקה שיש עמה טענה הא לא"ה מחילה אין כאן שאין ראי' במה שסייעו בנטילת פירות על מחילת קרקע אלא על מחילת פירות שלוקט כו' ואפילו על מחילת פירות שאכל אינו ראי' במה דדלי לי' צנא דפירי אלא על מחילת פירות שסייעו ליטול ועוד דהא דקאמר רב ענן דהא אחיל לי' דאתי וסייע גודא בהא דוקא מפני שסייע לקנות קרקע ולהחזיק דגדר הוי חזקה ע"ש שכ"כ בשם רבינו יונה, הגם לרמב"ם ליתא לתירוץ ב' דכתב בפ"א ממכירה ה"ו שאם אסף המוכר סל של פירות ונתן ללוקח הוי חזקה וקונה בזה ועיין בה"המ שם וא"כ בדלי לי' צנא דפירי עשה מעשה לקנות קרקע, ורבינו יונה בע"כ סובר כראב"ד שם, ועיין בח"מ סי' קצ"ב סי"א מ"מ י"ל דרמב"ם סובר כתי' א' הנ"ל וזהו פשוט:

כז אמנם קשה מהא דאי' במס' ב"ב דף קל"ב בהא דאי' בפ"ג דפיאה הכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא איבדה כתובתה, ומקשה הש"ס משום דכתב לה קרקע כל שהוא איבדה כתובתה אמר רב במזכה להן על ידה, פיר' רשב"ם שנתנה לו סודר טלה להקנות לבנים דקיי"ל בכליו של קונה דמוכחא מילתא מדקא משתדלה בזכיות הבנים וגם נתן לה קרקע כל שהוא, ואינה מערערת כלום כיון דאיכא תרתי ודאי נתרצית להן בלב שלם להיות קונין מתנה זו שלא תוכל לטרוף מהן הכתובה ומחלה להן השעבוד שעל נכסים הללו והפסידה כתובתה אם לא תמצא ממקום אחר לגבות יע"ש. ושמואל אמר במחלקת לפניה והיא שותקת ר' יוסי בר חנינא אמר באומר לה טלי קרקע בכתובתיך ומקולי כתובה שנו כאן פי' רשב"ם וז"ל אכולהי קאי דשאר בעלי חובין לא איבדו בכך עד שיאמרו בפירוש אנו מוחלין שעבוד שעל נכסים הללו, אבל בכתובה הקילו כדאקילו גבה נמי לענין זיבורית דיותר משהאיש רוצה לישא האשה רוצה לינשא דניחא בכל דהו כדר"ל כו' אבל שאר בעל חוב דעשה טובה ללוה לא מקלינן גבי' דבשביל שהוא עושה טובה אין לו לאבד בחינם עכ"ל, הא מוכח מסוגי' דר' ענן כמ"ש בשם רשב"א היכי ששותק ועשה מעשה אשר מחשבתו ניכר מתוך מעשיו שמחל איבד זכותי'. ה"ה בבעל חוב לרב היכי שהלוה הי' מחלק נכסי' בפני המלוה וכתב לו קרקע כל שהוא, ומלוה עשה מעשה שנתן סודר שלו להקנות להם דלמא מודה רב דשוה בע"ח לכתובת אשה ומנלן לרשב"ם דלמא לא קאי האי ומקולי כתובה רק לשמואל וריב"ח ולא על רב ואי הי' לו איזה הכרח קשה מאי טעמא דרב ונראה לישב דהנה דעת רבינו ישעי' הובא בטור ח"מ סי' י"ב ובסמ"ע ס"ק כ"א ובש"ך סי' רמ"ח ס"ק ד' וב"ש סי' ק"א ס"ק זיי"ן, וחלקת מחוקק סי' ק"ה סע"ק ד"י ובית שמואל ס"ק י"ב בהא דקיי"ל מחילה אין צריך קנין ה"מ כשלא הי' לו שטרא אבל בתפיס שטרא צריך קנין

והוא מחלוקת אמוראים בירושלמי סוף פ"ק דגיטין הלכה ה' כמ"ש בש"ך, ועיין ש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק ע"ד ובסי' פ"א ש"ך ס"ק ע"ב, וא"כ היכי דיש לאשה שטר כתובה ומוחלת השעבוד ולא מחזירה השטר צריך קנין על מחילה, ובנ"ד צריך האב לעשות ב' דברים שיהי' מקנה גוף נכסים לבנים שיקנו הגוף, ואולם אף שקנו גוף הנכסים מ"מ הם משועבדים להאשה, צריך גם מחילת שעבוד מאשה שיהי' קבלת קנין ממנה, דהיינו בכליו של קונה שהוא הבעל שזוכה בשעבוד ומקנה הכל לבנים, וא"כ אף שממילא מוכח שמחלה כיון שנתנה הסודר שלה להקנות לבנים, כדי שיהי' בכליו של קונה כמ"מ רשב"ם ועיין סימן קצ"ה ס"א, הוא לענין גוף הקרקע שקנו הקרקע שנתן להם אביהם אבל לא הי' קבלת קנין מאשה על מחילת השעבוד ולענין זה הוי דברים בעלמא שמוכח מכח השתדלותה שמחלה השעבוד, וזה הי' מקולי כתובה אף היכי דיש לה שטר כתובה ואינה מחזירה דבכל גווני אי' דאיבדה אף במקום שכותבין כתובה דבכה"ג בבע"ח היכי שהשט"ח תחת ידו ל"מ דמה בכך שהי' מעשה ומוכח שמחל ל"מ כיון שלא הי' קנין על מחילת השעבוד ואינו מחזיר השטר. אף דכתב הש"ך בסי' ס"ו ס"ק ע"ד בשם בעל העיטור בהא דקיי"ל המוכר פט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול אפי' למ"ד דמחילה לא מהני היכי דתפס שטרא מודה הכא דלית לי' שטרא בידי' דליהדר לי' יע"ש (ועיין באורים ותומים סי' י"ב ס"ק ח') והטעם כמו שאכתוב לקמן דמוכח שלא מחל בלב שלם כיון שלא החזיר השטר, וכיון דהכא אף כשמוחל השעבוד לא מחל רק מנכסים הללו כדאי' שם ובסי' ק"ו ס"א א"כ הי' צריך להחזיק בשטר כדי לגבות משאר נכסים אם יקנה דז"א הגע בעצמך כשהי' החוב מנה ומחל רק מחצה אף שהי' מוכרח להחזיק בשטר כדי שיגבה המותר, מ"מ נשמע מסתימת הפוסקים דצריך קנין דחידוש דין כזה הו"ל לפרושי, ובע"כ הטעם דאם הי' מוחל בלב שלם הי' לו להחזיר שטר וליקח שטר אחר על המותר או לכתוב שובר וה"ה הי' לו לכתוב שמוחל השעבוד מנכסים הללו, וא"כ לק"מ על רשב"ם די"ל דסובר כרבינו ישעי' והחולקים על רבינו ישעי' י"ל דבאמת פירשו מה דאי' בש"ס מקולי כתובה שנו כאן קאי רק על שמואל ור' יוסי בר חנינא. מיהו זהו דוחק דלא אישתמיט בשום מפורש שיה' חולק בזה אפי' רשב"ם אף כי רבו החולקים על רבינו ישעי' ותו דרשב"ם כ' וז"ל דשאר בע"ח לא איבדו בכך עד שיאמרו בפירוש אנו מוחלין שעבוד שעל נכסים הללו יע"ש הא לרבינו ישעי' אף כשאמרו כן לא מהני וצריך קנין או להחזיר השטר, ולכאורה עלה בדעתי לישב דהנה בפשיטות נראה כוונת הש"ך בשיטת הסוברים כרבינו ישעי', דהיכי דהשטר בידו מוכח שלא מחל בלב שלם, מדלא החזיר לכן בעי קנין, ולפ"ז יש להבין במאי נחלקו התוס' עם רבינו

ישעי', ונראה לומר לפי מ"ש לעיל כלל מוסכם היכי שאמר לחון הסתום מסתמא לא הוציא דבריו לבטלה, וא"כ כשמוחל החוב איכא הוכחה שמן הסתם גמר והקנה בלב שלם, דמי כפהו למחול כיון שהי' ברצון הטוב ואולם נגד זה איכא הוכחה הסותר שלא הי' בלבב שלם כיון שלא החזיר השטר, וסובר רבינו ישעי' דהוכחות הללו שקולין הם וכיון שסותרין זא"ז איכא ספק אי חל המחילה, וכיון שחיוב ודאי ומחילה הוא ספק אין ספק מוציא מידי ודאי, כמו בכל מקום דחזקתו חיוב הוא חזקה עיין בטו"ז חשן משפט ס"סי ע"ה ולכן קם השטר חוב בתקפו כיון דהוא בחזקת חיובו ועיין תשובת רמב"ן סי' ק', ולפ"ז צריך לומר דהחולקים סוברים דהוכחה דאין אדם מוציא דבריו לבטלה עדיף מהוכחה דלא החזיר או דסוברים דבעל השטר לא הוי מוחזק כיון דקיי"ל לאו כגבוי דמי וכ"ה בסוטה דף כ"ה וגם לית להו הך חזקה דחזקת חיוב, דלא דמי לחזקת חיוב דעלמא, כמו באינו יודע אם פרעתיך, דחייב לשלם מטעם חזקת חיוב הוא משום בצירוף ברי דברי וחזקה מהני להוציא ממון, עיי' כתובות דף י"ב ע"ב אבל בשמא ושמא פטור לשלם, כיון שמוחזק בממון, ותו כיון דנעשה ספק לפנינו שיש לבית דין ספק בכוונתו ספק כזה אלים טובא לגרוע החזקת חיוב דכיון דנעשה מעשה שראוי להסתפק דהא מחל החוב ואין אנו יודעין אם הי' בלב שלם או לא איתרע החזקת חיוב דכיון דנעשה ריעותא בחזקה דכיו"ב אפילו באיסורין רבו הסוברים היכי דאיתרע החזקה ל"מ כמ"ש בכלל חזקה, לכן אף דהוכחת שקולין הם אין מוציאין ממון מן המוחזק ומהני המחילה וא"ש, ובזה מובן היטב כוונת הב"ש באבן העזר בסי' ק"א דאי' שם אם אין כתובתה בידה ובאה לגבות בתנאי ב"ד במקום שאין כותבין כתובה אינה גובה אלא עד סוף כ"ה שנים אבל אם שהתה כ"ה שנים ולא תבעה מחלה והוא מסוגי' דכתובות דף כ"ד וכתב הבית שמואל ס"ק זי"ן וז"ל מחלה דוקא כשאין הכתובה בידה אף למאן דאמר מחילה מהני אפילו אם השטר בידה מ"מ כאן דכתובה בידה לא אמרינן דמחלה מדלא החזירה הכתובה שבידה יע"ש ודבריו מובנים בדוקא היכי דבפירוש מחל סוברים החולקים על ר"י דאיכא הוכחה שאין אדם מוציא דבריו לבטלה אבל הכא כיון ששתקה ולא אמרה כלל, דליכא הוכחה דהא לא הוציאה שום דיבור קם הוכחה במקומו מדלא החזירה השטר מוכח שלא מחלה בשתיקות' כי סמכה על השטר, וזהו פשוט בכוונתו, ואולם כל זה היכי שהי' שתיקה בלתי מעשה המוכיח על המחילה, אבל היכי שעשה מעשה המוכיח על המחילה איכא הוכחה המתנגד להוכחה דלא החזיר השטר, וא"כ לכאורה אכתי קשה כיון דלהחולקים על רבינו ישעי' היכי שמחל בפירוש לא צריך קנין דאמרינן שגמר והקנה מכח הוכחה דאין אדם מוציא דבריו לבטלה מכ"ש היכי שעשה מעשה

המורה על מחילה שראוי' לומר שלא עשה מעשה לבטלה ואכתי קשה למה לי מקולי כתוב' הא אפי' בבעל חוב היכי שעשה מעשה המורה על מחילה ל"ב קנין ונראה לישב כיון דבברייתא מיירי בשכ"מ, דאח"כ מבעי' לרבא בבריא היאך, וקיי"ל היכי ששתי כיתות עדים מכחישין זו את זו אם אפשר ליישב דבריהם אפי' בפירוש רחוק מיישבינן כדאי' בהלכות עדות, וה"ה היכי ששני חזקות או הוכחות סותרים זו את זו מיישבינן החזקות או הוכחות שלא יהי' סתירה ביניהם, וכמו שהוכחתי בכללי חזקות, והנה הכא בשכ"מ יט אמתלא לומר טעם על שתיקתו אפי' באחד ששותק לצוואתו שיוכל לומר שעשה שלא להכעיסו, ואף דקיי"ל בחושן משפט ס' פ"א סעי' ב' היכי ששתקו לצוואה הוי הודאה ולא יכולין לומר שעשו שלא להכעיסו, היינו דלא הוי אמתלא ברורה לבטל הוכחה דשתיקה היכי שאין לו הוכחה המסייע כי התם מיירי רק בהודאה שמודה ולא מיירי בשטר חוב כמ"ש הפוסקי', משא"כ הכא כיון שיש לנו שתי הוכחות הסותרת זא"ז כי יש הוכחה שמחל בלב שלם כיון שעשה מעשה ואין אדם עושה מעשה לבטלה ואיכא הוכחה המתנגד מדלא החזיר השטר ואפשר לישב ששניהם אמת כי המעשה לא הי' לבטלה שעשה שלא להכעיס לשכ"מ מיישבינן ההוכחות וא"כ א"ש דוקא בכתובה הקילו חכמים ואמרינן שמחלה ותפסינן הוכחה זו לאמת וסותרין הוכחה אחרת כמ"ש רשב"ם הטעם אבל בבע"ח מיישבינן ואמרינן שלא היה לבטלה ושניהם אמת ומה שעשה מעשה ושתק לא הי' בתורת מחילה דק שלא להכעיסו וקם השטר חוב בתוקפו וא"ש ולק"מ:

כח אמנם בגוף היסוד הנ"ל שפירשתי בכוונת הפוסקי' הנ"ל במה שנחלקו בתפס שטרא אי צריך קנין לכאורה צ"ע להבין, כי מ"ש הש"ך הטעם כיון דלא החזיר השטר, לכאורה יש לומר כוונתו כיון שכתב הרמב"ן בתשו' סי' ק' אף דקיי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי מ"מ הוי הבעל השטר מוחזק בממון מכח השעבוד נכסים, וא"כ י"ל לא נפקע השעבוד נכסים מן המלוה כי אם ע"י החזרת השטר או קנין, כיון דע"י שטר הוא מוחזק ודבר שאדם מוחזק כשרוצה ליתן לחבירו בעי קנין, מיהו פירוש זה יש לומר לשיטת הש"ך בספר תקפו כהן סי' ק"ל דנגד שטר ל"מ תפיסה כשיש ספק דבעל השטר הוי מוחזק ומביא דאי' מרמב"ן דלכך אמרינן מגו להוציא במקום שטר דהוי כמוחזק אבל לאורים ותומים שם בכללי תפיסה סי' ק"ל דלא הוי מוחזק ומה דאמרינן מגו להוציא בשטר משום דחזקה שטרך בידי מה בעי נסתר פי' זה, כי דוחק לומר דלא הוי כגבוי לגמרי, כי לפמ"ש תוס' במס' סוטה דף כ"ה הטעם דלא הוי כגבוי משום מי יימר דמזדקק לי' ב"ד מה"ט לא הוי מוחזק ויותר נראה הפירוש בש"ך בכוונת העיטור כמש"ל כי כן

מחמע לשונו, ואולם לכאורה קשה לפי פירושו דאמרינן שלא מחל בלב שלם כיון שלא החזיר השטר, הא קיי"ל דברים שבלב אינם דברים היכי דהדיבור החיצון סותר לדיבור הפנימי, מיהו המעיין ברמב"ם בפרק ה' ממכירה הלכה י"א וי"ב וי"ג ימצא ישוב לקו' זו, שכתב שם וז"ל יש דברים הרבה שאין צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם כגון המשחרר את עבדו והמגרש את אשתו או מוחל חוב לחבירו כו' נהגו רוב המקומות להקנות למקצת אלו דברים כו' קנין שנהגו להקנות באילו דברים אינו מועיל כלום אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל בלבו כו' לפיכך אם אמר בלב שלם אני אמרתי וגמרתי לעשות דבר זה אין צריך דבר אחר עכ"ל, הרי שכתב להדי' שצריך להיות המחילה בלב שלם וקשה ג"כ קו' הנ"ל הא הוי דברים שבלב, ובע"כ צריך לומר טעמו כמו שמיישב בעצמו בלשונו הצח כיון שיש לומר שאומר דברים אלו כמשחק ומהתל, לא סותר כלל מה שבלבו למה שאומר בפיו, וכיו"ב כ' האורים ותומים בסי' פ"א ס"ק ב' לענין טענת משטה דלא הוי דברים שבלב שאינו סותר מה שבלבו למה שאומר בפיו, וא"כ שפיר כתב רבינו ישעי' הטעם שצריך קנין כדי לידע שמחל בלב שלם כי זה מורה הקנין ואף דקיי"ל בחשן משפט סי' פ"א סעי' כ"ט דלא שייך טענת השטאה והשבעה היכי שמוחל החוב ועיין בש"ך שם ס"ק ע"ב ובס"ק ע"ג כתב בשם הפוסקי' דלא שייך רק בנתבע ולא בתובע, וא"כ דבמחילה לא שייך שחוק והיתול נסתר טעם הנ"ל בע"כ צריך לומר כוונת רבינו ישעי' היינו מן הסתם, אבל כשלא החזיר השטר מוכח שמה שמחל הי' רק בדרך שחוק והיתול, וא"כ לפי זה קשה קו' הנ"ל על החולקים דסוברים דאין צריך קנין הא שפיר קאמר רבינו ישעי' שיש הוכחה שאמר בדרך שחוק כיון שלא החזיר השטר, ומה שכתבתי לעיל דסוברים דאיכא הוכחה המתנגד דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ליתא דכיון שכוון לשחוק ולהיתול לא הוי דבריו לבטלה לפי מחשבתו כיון שרצה בזה, ועיין בתבואת שור סי' א' ס"ק ע"ו שמוכח בש"ס שאפילו מעשה עביד לכוונת ערמה היכי דצריך למעשה וא"כ קשה טובא על הפוסקים הנ"ל וצ"ע בכל זה היטב:

(הג"ה** ועיין בספר ב"ש אבן העזר בסדר גט שני מיד הבעל ליד השליח סי' קע"ט ס"ק כ"ג שכתב יאמר השליח בלב שלם אמרתי וגמרתי לעשות דבר הזה הוא טעות הדפוס וצריך להיות יאמר הבעל כו' כמ"ש בית יוסף א"העז סי' קמ"א ס"ק ו' וכדמוכח מלשון רמב"ם הנ"ל וכן מצאתי בספר דעת קדושים דף ע"ג עמוד ב', ועיין ש"ות שב יעקב חלק אהע"ז סי' ל"ה בסופו:)**

כט אמנם אכתי קשה לי בהאי דינא דרבינו יונה המובא בש"ע סי' קמ"ב הנ"ל לפסק הלכה באין חולק, ולענ"ד מוכח דבע"כ יש חולקים, דהנה לכאורה קשה לי לשיטת

הגאונים ורמב"ם הנ"ל שהשעבודים היכי שאינו מזיק בגוף הקרקע נקנה לו מיד כשנודע לו הזיקו ושתק ואין צריך חזקת שלש שנים ולא טענה, מאי קאמר רב נחמן לר' ענן כמאן כר"י ור' ישמעאל פי' רש"י וכל הפוסקי' עובדא דר' ישמעאל שפתח חלונותיו לחצר השותפין וא"ל החזקת יע"ש היאך מדמי זה לזה שאני התם כיון שאינו היזק בגוף הקרקע הוי השתיקה מחילה מיד משא"כ הכא שהדר גודא בארעא דחברי', ולא מצאתי ישוב בפשיטות עד שהאיר ה' עיני וראיתי בשיטה מקובצת שכתב כן בשם רבינו יונה שהוכיח מזה כשיטת חכמי הצרפתים זלה"ה וסיעתם החולקים שאפי' היזק שאינו בגוף הקרקע צריך שלש שנים וטענה וא"כ חל עלינו ליישב שיטת גאונים ורמב"ם וראיתי בחי רמב"ן שמתוך דבריו יש לישב שהוא ז"ל הביא מתחילה פי' קמאי זלה"ה שהדר בארעא דחברי' כפשוטו וכתב ע"ז וז"ל והלשונות ראשונים אינם נכונים שלא מצינו זוכה במתנה בענין זה בגוף הקרקע וכן בלשון אחיל אין לשון מתנה בתלמוד ודמי לדין ודברים אין לי עמך וידי מסולקת ממנה ויש מי שפירש שרב ענן לא כנס לתוך שלו אלא מקום הכותל והי' מקום שיש על שניהם לגדור והלה רוצה שיחזרו כותל למקומו, וא"ל רב ענן אעפ"י שהי' לי לגדור בתחילה כדי שלא אזיקך בהיזק ראי' כיון שגדרתי בתוך שלך החזקתי באותו היזק ואין עליך להחזיר כותלי למקומן, וא"ל ר"נ לאלתר לא הוי חזקת מחילה דלית הלכתא כר' ישמעאל וכ"ש כר"י דמתניתן יע"ש מבואר להדי' שלא הי' הקפד על קרקע רק משום היזק ראי' ומחמת שלא הי' יכול להעמיד כותל באותו מקום הוי כאילו עשאו בארעא דחברי', וא"כ בפשיטות לק"מ קו' הנ"ל דשפיר קאמר כר' ישמעאל (ורמב"ן סובר כגאונים, כמ"ש בטור סי' קנ"ז) ואף אמנם לשיטת הגאונים כשראה נזק ושתק הוי מחילה אף שלא עשה מעשה המורה על מחילה כיון שהוא רק בשעבודם שיש להם זה על זה, מ"מ הסיב לו ר' ענן קושטא דמילתא דאתי וסייע בגודא בהדאי דהוי נמי מעשה, ובאמת בלא"ה הוי מחילה, כי מה דפליגי ר' ישמעאל ור' חיי' ביאר ה"המ שמחה קודם שנתבאר הזיקו בזה סובר ר' חייא יגע וסתום, כמ"ש ה"המ בפי"ד משכנים הלכה ד' ובביאור דברי ה"המ מבואר היטב בש"ות מוהר"י טראני חלק א' סי' ק"ז דאי אפשר לפרש כמ"ש הכסף משנה שצווח חבירו המעכב עליו דא"כ מ"ט דר' ישמעאל, רק שמיירי שהיזק לא ניכר מיד בשעה ששותק והיזק בא לאחר זמן בזה פליגי ר' ישמעאל ור' חייא, וע"ז אמר ר"נ ולסתום לאלתר הוי חזקה שאין אדם עשוי' מסותמים אורו בפניו ושותק כ' ההיזק בא מיד והי' לו למחות מיד כיון שהרגיש בהיזק מיד יע"ש שוב ראיתי בס' מלחמות ברמב"ן בדף ו' שכתב בביאור יותר לאחר שהסכים לסברת הגאונים שחזקת נזקין ושעבודין אין צריך שלשה שנים וטענה כתב וז"ל ועל זה

הדרך יעלה בידך פירוש יפה בעובדא דר' ענן דהדר גודא בארעא דלאו דילי' ונאמר שלא כנס ר' ענן לתוך של חבירו אלא מקום הגדר שהיא מתחילה באמצע ולפיכך טען אע"פי שהי' חייב לגדור עמו משום היזק ראי' כיון שחזר וגדר בשלו מחל על הזיקו שהחזיק במחילה שסייע היאך בגודא ואודי לי' ר' נחמן אלא משום דהאי שעתא מחילה בטעות הוי והכי נמי טוען מעיקרא דהחזיק משום דשתק לי' מכי בנה ועד השתא ולא אודי לי' ר' נחמן מחום דלאלתר הוי ואין חזקה לאלתר אלא בגוף הקרקע כר' יהודא (נ"ל תיבת אלא ט"ס או שצ"ל לר' יהודא) ולא בנזקין ושעבודין כר' ישמעאל בר' יוסי אלא מכי שהי' עד דמתגלי כל היזקא דמטו לי' מיני' לעולם כמו שפי' הגאונים ז"ל עכ"ל והיינו כפי' מוהרי"ט כיון שעדיין לא היכר בהיזקו סובר ר' חייא דלא מחל בשתיקתו, וע"ז השיב לו ר' ענן כיון שסייע בגודא בהדי' מוכח שמחל אף שעדיין לא בא ההיזק, וכמו שדייק בתשובת מוהרי"ט מלשון רמב"ם שהטיל תנאים בדבר בפ' י"א משכנים הלכה ד' וז"ל כל הרחקות האמורים בפרקים של מעלה אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק ה"ז מחל ואין יכול לחזור ולהצריכו ולהרחיקן והוא שראה ממנו שמחל כגון שסייע עמו מיד או שאמר לו לעשות או שראה שעשה בצידו בלא הרחקה ושתק ולא הקפיד על זה זכה שכל המחזיק בנזק זכה בו עכ"ל, וקשה השתא בראיה בעלמא בשתיקתו חשוב לי' בהודאה אמר לו או שבא וסייע עמו מבעיא, ובהנ"ל ניחא דלא יפה כח סבלונות ושתיקה אלא כשהכירו וידע הנזק כלומר דתיכף ומעכשיו הוא ניזק ממנו, אבל אם עכשיו לאלתר אין הנזק ניכר לא מהני בי' שתיקה גרידא אלא מעשה דמוכח כגון שסייע בהדי', ותדע דבמקום דל"מ שתיקה מהני סיוע כדאי' בת' חזקת גבי אכילת שלש שנים דאי דלי לי' המערער אפילו חד צנא דפירי הוי חזקה לאלתר ובשתיקה לחודא לא חשיבא חזקה בפחות מג' שנים יע"ש, ובאמת הו"מ מוהרי"ט זלה"ה להביא ראי' מסוגי' דר' ענן גופא כי לפי דברי רמב"ן במלחמותיו מה שדחה ר' נחמן לר' ענן דאין הלכה כר' ישמעאל רק כר' חייא כיון שאין היזק ראי' בהעמדת הכותל ניכר תיכף אינו מוחל בשתיקה, והשיב לו דסייע בגודא ומוכרח לומר דהוי מחילה בטעות, נשמע היכי דלא הוי בטעות הוי השתיקה מחילה היכי שעושה מעשה אף שאין ההיזק ניכר להשותק מיד, וכפי הנראה במכ"ת מוהרי"ט לפי שעה לא הי' למראה עין העדה דברי רמב"ן מ"ש בס' מלחמות ובחידושיו דאל"כ הו"ל להביא ראי' לדבריו, ולפ"ז ההכרח לומר שגאונים ורמב"ם הסוברים בשעבודים ונזקין אין צריך שלשה שנים וטענה פי' הסוגי' דר' ענן כשיטת רמב"ן, ורבינו יונה דפירש ומחדש הדין הנ"ל שאפי' בגוף הקרקע כשמסייע מחל אזיל לשיטתו שמבואר בשיטה מקובצת שסובר כשיטת תוס' שאפי' בשעבודים

ונזקין בעינן שלשה שנים וטענה, וכן תוס' דפי' כן משום דסוברים להדי' בב"ב דף כ"ב ע"א ד"ה והא דבעינן שלשה שנים וטענה, ורשב"ם דסובר במתני' דסגי בלאלתר עכ"פ בעינן טענה, לכן שפיר פי' שהדר בארעא דחברא והי' רוצה לזכות בגוף הקרקע ודחה לו ר' נחמן דלא קיי"ל כר' ישמעאל שסובר דל"ב טענה והוא לא הי' לו טענה כמ"ש רשב"ם רק סבלנות מדשתיק, וא"כ קשה כיון דטוש"ע לא החליטו במחלוקת הנ"ל בין גאונים ותוס' לא הו"ל לכתוב דין רבינו יונה בסתם דהא לא מוכח דין זה רק לפי פירושו והא הרמב"ן חולק בהדיא שכתב שלא מצינו זוכה במתנה בענין זה בגוף הקרקע, ובע"כ דלית לי' סברא הנ"ל שכתבתי כיון דאין אדם עושה מעשה לבטלה מסתמא הו"ל כאילו אמר לו לך חזק וקני דדלמא הי' כוונתו על מחול לך ולא מהני קרקע, ויש לומר דסובר כמו דלא מהני חזקה אין אדם מוציא דבריו לבטלה נגד חזקת ממון ה"ה חזקה זו דאין אדם עושה מעשה לבטלה, ודוקא בשעבודין דמהני מחילה כמ"ש בס' שיטה מקובצת דף כ"ט בשם רשב"א מוכח היכי שסייע שמחל על השעבוד אבל בגוף הקרקע לא מוכח משתיקתו כיון שסייע שכוונתו הי' באופן המועיל על פי דין, בשגם די"ל דלא שייך אין אדם מוציא דבריו לבטלה או אין אדם עושה מעשה לבטלה רק היכי שידע הדין משא"כ היכי שיש לומר שטעה בדין כי לאו כ"ע בקיאין בהלכה, כאשר מוכח להמעיין במס' גיטין דף מ"ב ע"ב בתוס' ד"ה הואיל, וכיו"ב מבואר בתוס' ב"ק דף מ"ה ע"א ד"ה מכור ובשלטי גיבורים במס' ב"מ בפ' איזהו נשך בדף ק' כתב שכוונת תוס' לא דוקא בשור הנסקל רק דלא בקיאין בהלכה (וע"ע במס' ביצה דף י"ט ע"א ובתוס' ב"מ דף ט"ו ע"ב ד"ה ונתן ובמס' כתובות דף נ"ט ע"ב כיון דשמעינן כו' ויבמות דף צ"ג ע"א וצ"ע קצת ואין כאן מקומו) וא"כ לא מוכח שכוונתו במה שסייע לו כאילו אמר לך חזק וקני דלמא הי' כוונתו שמוחל לו בדרך מחילה הגם שיש לישב קצת להמעיין בר"אש קידושין דף י"ג סי' כ' מ"מ מ"ל דרמב"ן ל"ל כסברתו, וא"כ כיון שרמב"ן חולק בפירוש על רבינו יונה ולשיטת הגאונים ורמב"ם ליכא ראי' לשיטת רבינו יונה מש"ס קשה אמאי כתבו הפוסקי' בסי' קמ"ב בסתם דברי רבינו יונה, וביותר קשה על סמ"ע שכתב שכ"ע מודו לרבינו יונה הא מבואר להמעיין שהרמ"בן חולק:

ואולם לכאורה קשה לשיטת הדמב"ן מהא דאי' במס' כתובות דף ק"ט ע"א העורר על השדה והוא חתום עלה בעד אדמון אומר השני נח לי והראשון קשה ממנו וחכמים אומרים איבד את זכותו וקיי"ל כחכמים כמ"ש כל הפוסקים בח"מ סי' קמ"ז שאין משגיחין על הראיות שיבוא על אותו שדה שאומרין לו היאך תעיד על המקח ותביא ותערער, ומבואר שם בש"ס דב"ב דף למ"ד ע"ב משום דעשה מעשה וחתם מעשה לא

עביד הרי אף שעשה מעשה כל דהוא שחתם ולא אמר בפי', וגם יש לו קצת אמתלא השני נח לי כו' מ"מ אמרינן שמוכח ממעשה שהודה שאמת עם חבירו אף שיש לו עדים המעידים כדבריו מ"מ הודאתו שהודה מעיקרא עדיף מעדים, ובע"כ אמרינן שהודה באופן המועיל שיהי' של חבירו, וה"נ נימא כיון שעשה מעשה וסייע בגודא אף שהוא על גוף קרקע הו"ל כאלו אמר לי' לך חזק וקני דמסתמא כוונתו הי' באופן המועיל, ומוכח כרבינו יונה, ומיהו כד דייקינן לא דמי זה לזה דאי' במס' גיטין דף מ' ע"ב ת"ר האומר נתתי שדה פלוני לפלוני נתונה לפלוני הרי הוא שלו הרי הוא שלו כו' אמר ר' יוחנן וכולן בשטר וכתב הר"ן שם וז"ל וכי תימא בין בעבד ובין בשדה אמאי לא מהני אפילו בעל פה כשאומר עמיתי ונתתי משום הודאת בעל דין יש לומר דכי אמר בדרך הודאה הכי נמי אבל הכא בבא לשחרר עכשיו בלשונות הללו עסקינן כו' דעשיתי דומי' דאעשנו מה אעשנו כשבא לעשותו עכשיו אף עשיתי נמי והא דשדה כה"ג נמי מפרשה יע"ש והובא דעתו ברמ"א ח"מ סי' רמ"ה ס"א, ובח"מ סי' ט' סעי' ו' דכל האומר נתתי שדה לפלוני הוי הודאת בעל דין כמאה עדים ואין מדקדקין כיצד נתן דמאחר שהודה אמרינן ודאי נתן באופן המועיל ע"ש ועיין בש"כ ס"ק כ"ח וכ"ט, וא"כ א"ש דכיון שחתם עלה בעד כיון דאין העדים חותמין בשטר אלא א"כ קראוהו וכיון דקיי"ל עדים החתומים על השטר נעשו כמי שנחקרה עדותן בב"ד והוי החתימה על השטר מכירה כאילו הוציא בשפתיו לפני ב"ד מה שנכתב בשטר, וכיון שנכתב בשטר שמוכר שדה שלו לפלוני ועל זה העיד, א"כ הודה שזה מכר שלו, וכיון שאמר בלשון הודאה ולא איירי שרוצה ליתן עכשיו כי כבר מוחזק בידו, ממילא הודה שהוא שלו ובודאי הקנה לו באופן המועיל וא"צ קנין וסגי בדיבורא בעלמא (ואף שיש למערער עדים הודאתו עדיף מעדים אפילו כשמכחישן לגמרי, ובשגם כי יש לומר שכוונתו שנתן לו מתנה באופן המועיל שהוא שלו, וע"ז אין יכול להכחישם כי שמא זיכה לו ע"י אחר) וכן בעשאה סי' לאחר לא מבעי' לפי' רש"י שמערער חתם עלה בעד, כיון דע"כ צריך לומר דבכה"ג אכולה מילתא קא מסהדי ולא דמי להא דאי' בכתובות דף כ"ד ע"ב למאן דאמר אין מעלין משטרות ליוחסין כמ"ש בס' שיטה מקובצת שם דכיון דממונא דידי' ועביד בי' חברי' מעשה וחתם עלה ודאי אודי' לי' יע"ש, וכ"כ רשב"א בתשובה אלף קנ"ו הובא בבית יוסף סי' קמ"ז (ועיין כנסת הגדולה בהגהות ב"י סי' מ"ט ס"ק י"ב) א"כ הודה בחתימת ידו כאילו העיד בעל פה, ואפילו לפירוש תוס' ד"ה עשאו שהמערער עשאו סימן לאחד בשם המוחזק, כבר פירש הב"ח בסי' קמ"ז שבע"כ הכוונה שנכתב בשטר וכך אמר לנו פלוני מכרתי שדה פלוני לפלוני מצר שדה פלוני, והזכיר המחזיק א"כ עידי השטר מעידים שהמערער עשאה סי'

לאחר בשם המחזיק דאל"כ קשה הא המערער לא עשה מעשה רק שהעדים החתומים על השטר הם המסמנים המצרים ומעידין על מה שכתוב בשטר אבל המערער לא עשה כלום אע"כ כנ"ל ובכה"ג בע"כ העדים אכולה מילתא קמסהדי, וא"כ כיון שאמר להם שמכרתי שדה פלוני לפלוני מצר שדה פלוני הוי ג"כ לשון הודאה דהא ממילא הודה כיון שאינו רוצה עכשיו ליתן לו דכבר מוחזק בידו, ואמרינן שהי' באופן המועיל משא"כ הכא בעובדא דר' ענן דממה שסייעו עמו בגודא לא מוכח כלל שאמר בלשון הודאה כי על זה לא מוכח ואולי הי' כוונתו בלשון מחילה ושאני התם שע"י מעשה שחתם או שאמר לפני עדים אמר להדי' בלשון הודאה והוא קנין המועיל בשדה כמו כל קנינים, וא"כ דברי רמב"ן ברורים:

אמנם לפ"ז קשה לשיטת הרי"ף המובא ברמ"א שם וקצת מרבוותא הסוברים בסי' ס' אפי' כשאומר בלשון הודאה לא אמרינן שהודה באופן המועיל אמאי עשאה סי' לאחר איבד זכותו כיון שיש עדים שהשדה הוא של מערער ואנו באין לפוסלן מכח הודאתו בעינן שיהי' ודאי הודאה המועילה וא"כ מה בכך שחתם הא לא עדיף מהודאה גמורה ועיין בתוס' כתובות דף ק"י ע"א ד"ה ורבנן ובספר שיטה מקובצת שכתב בשם רבינו ישעי' מטראני דלא הוי הודאה (ובס' פ"י כיון קצת לדבריו) וא"כ הוא בעשאה סימן כ"ש בחתם כדמוכח ממתני' דעשאה סימן, והא אפי' בהודה בפירוש שהשדה הוא של המחזיק כיון שהוא רק דיבורא בעלמא לא קנה המחזיק דאף דכתב הראב"ד הובא בנימוקי יוסף במס' ב"ב דף מ"א בעובדא דר' ענן דאי הוי ידע המזכה אף שלא ידע הזוכה קני ולא דמי להעודר בנכסי הגר וקסבר שהוא שלו דלא קני דכיון דאיכא דעת אחרת מקנה אותו מהני וכן מוכח דעת הש"ע בסי' קמ"ב סעי' ב' והכא הרי החזיק המחזיק אף שלא כיון לקנותו כי בגזל בידו היינו לפי שיטתם לעיל דאמרינן שמסתמא כיון באופן המועיל והוי כאילו אמר לו לך חזק וקני משא"כ לשיטת רי"ף וסיעתו שסוברים שלא אמרינן כשהודה שאמר באופן המועיל, א"כ על זה גופא אנו דנין דלמא כוונתו הי' בלשון הודאה שנותן לו בדיבורא בעלמא ולא כיון להקנותו באופן המועיל ואין לומר כיון דהודאתו עדיף מעדים אנו אומרים שמכחיש לעדים ומעולם לא היו שלו וממילא לא צריך לקנין כיון דמעולם הי' שייך למחזיק ולא גזל ממנו, ז"א אם באמת אמר כן להדי' מועיל, וכמו שכתבתי בכלל הודאה פרט א' דעת רש"י שאפי' בגוף הענין נאמן בע"ד לחובתו יותר מעדים, וכמ"ש רש"י דאתי' מכי הוא זה, ומבואר שם השגה על תשב"ץ ומוהריב"ל וב"ש. אבל הכא לא אמר בלשון הודאה גמורה המבורר להכחיש העדים כיון שיש לומר שאין מכחישים (ועיין בטו"ז סימן קל"ח) כי על זה לא מוכח ממה שחתם

בעד וממה שעשאה סי' שמודה שמעולם הי' של המחזיק ולא גזל ממנו כי אולי כוונתו שהוא שלו כי מחל לו ונתן במתנה הגזילה ויכול לעשות מה שירצה וא"כ בשלמא להר"ן וסיעתו א"ש כיון שהודה כן הוי כאילו אמר נתתי דאכן אמרינן שהודה שנתן המתנה באופן המועיל ע"פי דין מש"ה איבד זכותו אבל לרי"ף וסיעתו קשה ודוחק לומר שאם טען כן באמת הי' נאמן דק כיון שלא טען כן לא טענינן לי', דמשמע בש"ס שם שלא יוכל לטעון טענה אחרת רק תלם אחת עשיתי לך או חזרתי ולקחתי ממך והו"ל לפרושי גם טענה זו, ותו אמאי לא טעין אפטרופס טענה זו הא טענינן ליורשים, וכולה סוגי' דשם מוכחת דאין לו טענה אחרת וצ"ע לישב. העולה מדברינו דשתיקה לא הוי כמחילה רק היכי שעושה מעשה שמורה על המחילה, וכן לא הוי כהודאה רק היכי שעושה מעשה שמורה על הודאה:

(הג"ה** ודע ברשב"א הובא בס' שיטה מקובצת שם משמע שחולק על ראב"ד כי פירש שם לאחר שהביא דברי ראב"ד הנ"ל ומסתברא שלאחר שבנאו ונודע לו לרב ענן החזיק בו רב עכן קודם שמיחה בו חבירו והלכך אילו הי' מכיר בו חבירו הו"ל כמאן דאמר לך חזק וקני והא אחזיק קודם שחזר בו וע"ש וצ"ע דבמס' גיטין דף כ' ע"ב ד"ה ובא כתב בעצמו כראב"ד וצ"ע.)**

לא וכן מוכח להדי' דעת בע"הת מובא בטור ח"מ סי' פ"א ובש"ע סעי' ז', בהא דקיי"ל בסנהדרין דף כ"ט היכי דאמר אתם עידי ושתק הלוה הוי הודאה דוקא כשתבעו מנה ואמר הן ואח"כ אמר אתם עידי ושתק הלוה, אבל אם אמר מנה לי בידך ושתק הלוה ואמר התובע לעדים אתם עידי ושתק לא הוי כהודאה דיכול לומר לא חששתי להשיבך, הרי דבעינן רגלים לדבר כיון שהודה מתחילה בפירוש, והנה לשון זה יכול לומר לא חששתי להשיבך הוסיף הטור מדילי', כי בבעל התרומות בשער מ"ב חלק א' ס"ק זי"ן לא נזכר כלל טעם זה רק שכתב סתם שאין שתיקתו כלום, ומשמע קצת אף שלא טען טענינן עבורו דהוי אמתלא מעלי' כמו בהשבעה, ומלשון טור ומחבר משמע דבעינן שיטעון כן שלא חשש להשיב, אבל אם אמר סתם שאינו חייב אע"פי ששתק לא טענינן עבורו כמו באמתלא דמשטה, ועמ"ש בפרט א' והבן, אמנם לכאורה ראב"י המובא במרדכי בפ' ז"ב ורמ"א בסי' פ"א ס"ב חולק ע"ז כמ"ש הא"ות בסי' פ"א ס"ק ט' דהתם כששכ"מ אמר ושתק מתחילה ועד סוף הוי הודאה, עיין היטב בלשון מרדכי ותמה על דמ"א דמזכה שטרא לבי תרי ולכאורה יש לישב לפמ"ש בסי' פ"א סעי' י"ז כשהודה במעמד שלשתן אף שלא אמר אתם עידי אין יכול לפטור בטענת השטאה והשבעה דמעמד שלשתן הוי כקנין ואילימא מילתא, וא"כ יש לומר האי אמתלא דלא חששתי להשיבך, הוי כמו

אמתלא דהשטאה והשבעה, ולא שייך רק היכי שהודה לחבירו בלא מעמד שלשתן אבל אם אמר לחבירו מנה שיש לי בידך תנהו לפלוני והי' באותו מעמד ושתק הוי הודאה דלא יכול לומר לא חששתי להשיבך כיון דאלים מעמד שלשתן והוי כקנין לא הי' לו לשתוק וכן משמע קצת לשון הש"ס בגיטין דף י"ב דאי' שם מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה ולא נזכר שאמר הן, וא"כ לפי מאי דאי' בב"ב דף קמ"ט ע"א דגם בשכ"מ שייך תקנה דמעמד שלשתן י"ל דראב"י הנ"ל היה שקרובים היו באותו מעמד לכן אין יכול לפטור בשום טענה ולק"מ קו' א"ות על ראב"י הגם שכדברי רמ"א אי אפשר לפרש כן מ"מ נקוט מיהו פלגא בידינו לישב דברי המרדכי ולמעט המחלוקת, אך לשון המחבר בסימן קכ"ו לא משמע כן דאיתא שם ראובן שהי' לו מנה ביד שמעון כו' משמע דבעינן שיהי' ידוע בלא"ה אבל שיהי' השתיקה כהודאה כששותק במעמד שלשתן לא שמענו, שוב מצאתי בש"ות מוהרי"ט חלק א' סי' ל"ו שכתב להדי' להיפך ולמד מדברי בעל התרומות וז"ל עוד אני קרוב לומר שמטעם אחר פטור שמעון משעבודו של ראובן כו' אין שתיקתו כלום ואע"פ שיהי' שם עדים ואמר המפקיד אתם עידי, כמ"ש הטור בסי' פ"א כשאומר מנה לי בידך ושתק ואמר אתם עידי ושתק אין הודאתו כלום, אף כאן במעמד שלשתן שאמר המפקיד תן מנה לפלוני במקום אתם עידי הוא וכל שלא הודה שיש לו פקדון משלו אין שתיקתו ראי' ואין כאן דין מעמד שלשתן ע"ש, ואולם הכנסת הגדולה בחושן משפט סי' קכ"ו בהגהות הטור ס"ק כ"ג כתב דין זה בשם רבו מוהרי"ט זלה"ה כמסתפק וז"ל אמר המפקיד לנפקד פקדון שיש לי בידך תנהו לפלוני ושתק הנפקד אע"פי שאמר לו כן בפני עדים קרוב לומר שאין שתיקת נפקד הודאה ויכול לחזור בו יע"ש וצ"ע לדינא:

פרט יג

יבואר חילוק אף לשיטת פוסקי' הנ"ל דשתיקה לא הוי כהודאה רק היכי שיש הוכחה ע"י מעשה המוכיח שהודה או מחל היינו דוקא היכי דבשעה ששותק הי' ודאי לחובתו, אבל אם בשעת שתיקתו הי' קרוב לזכות ורחוק לחוב הוי כהודאה שמקבל ע"ע לעשות כדברי האומר כיון דנוטה יותר לזכות:

לב מקור הדין הוא בש"ות מוהרי"ק שורש קנ"ה דאי' שם בספר אחד אשר נלקח בעלילות מכס מיד שמעון שלוחו של ראובן וטוען ראובן ששמעון נעשה עליו שומר שכר מאחר שאמר לשמעון שאם ימכור הספר יותר מל"ד דוקאטי שיהי' המותר של שמעון, ושמעון שתק ומתוך אותו הדברים נשאה הספר למכרו ושמעון טוען כי לא נעשה שומר שכר שהרי ראובן עצמו הודה שמתחילה לא שאל ולא ביקש ממנו דבר רק אמר לו אם תרצה

אשרתך ואשאנו עמי ואמכרנו עבורך בסך אשר תעריך ופסק דהוי שומר שכר מאחר שבסוף אמר לו שמותר יהי' שלו ושתק אע"ג שמתחילה לא ירד אדעתא דאגרא כיון דלבסוף אמר לו ראובן שמותר יהי' שלו ושתק הוי שתיקה כהודאה וכן פסק רמ"א בח"מ סי' ש"ג סעיף א', וכתב שם מוהרי"ק וז"ל ופשיטא אע"ג שלא נעשה בתנאי מפורש רק דיבורא דראובן מ"מ נעשה שמעון שומר שכר מאחר ששתק וראי' מדאי' בב"ב דף קל"ח הכותב נכסיו לאחר והי' בהן עבדים ואמר הלה אי אפשי בהן אם הי' רבו שני כהן יאכלו בתרומה, רשב"ג אומר כיון כו' כבר זכה בהן יורשים ומפרש התם דבשתק ולבסוף צווח כ"ע לא פליגי דיאכלו בתרומה דמדשתיק ודאי קנה והשתא הוא דהדר בי' ולא פליגי כי אם היכי דאיכא למימר הוכיח סופו על תחילתו כדאי' שם בהדי', וכן בפ"ב דחולין דף ל"ט מייתי לה אהא דהוכיח כו' הא לאו הכי מודו כ"ע דאמרינן מדשתיק קנהו וסמכינן אהא אפילו לענין איסור תרומה לזרים שהוא במיתה כדאמר דיאכלו עבדים בתרומה מכח רבו שני דהיינו מקבל מתנה כ"ש דיש לסמוך על השתיקה לענין ממון הקל לכ"ע דהא פשיטא בצווחת שמעון שהי' אחר עלילת המכס לא שייך שהוכיח סופו על תחילתו, אדרבא מדלא צווח עד השתא שראה שהי' הוצאה יתירה על השבח מוכח מילתא דהשתא הדר בי' ועד האידנא ארצויי' ארצי וכ"ש לדברי רשב"ם ור"אש שפסקו כת"ק דאפילו היכי דאיכא למימר הוכיח סופו כו' אפ"ה לא אמרינן אלא אזלינן בתר שתיקה דמעיקרא ואין לומר שאני התם שעם השתיקה הי' מעשה שהרי קיבל השטר כמו שפי' רש"י בחולין דף ל"ט בשתק וקיבל שטר כו' וכ"כ רשב"ם בב"ב משום דקשה להו אם לא קיבל השטר במה קנה רבו שני כדי שיאכלו בתרומה דאי אפשר בלא קנין ומשום כך מפרש דאיכא מסירת שטר כו', דא"כ קשה בריש חולין דקאמר שחטה ואח"כ חישב ולא אמרו בה איסור והיתר משום כבודן דחכמים ולא היתר משום ם רשב"ג ואם איתא אפי' חכמים לא נחלקו אלא היכי דאיכא מעשה המוכיח נגד הצווחה דבסוף כי החם דקיבל השטר א"כ איזהו כבודן של חכמים נימא דבכה"ג דליכא שום מעשה נגד הוכחה דלבסוף כי התם שלבסוף חישב עלי' ולא עשה שום מעשה שיודה נגד המחשבה אפי' רבנן מודו דאמרינן הוכיח סופו כו' ותאסר הבהמה א"ו דאין לחלק כלל וגם אין לחלק ולומר דשאני הכא שאין זכות גמור שהרי מתוך זכיות המותר נעשה עליו שומר שכר, ואי לא"ה לא הי' כי אם שומר חנם, ואית לן למימר משום כך שחק שלא הי' חפץ באותו זכות שהי' יכול להגיע אליו חובה, ז"א שהרי גם בהאי דיש נוחלין יש למקבל מתנה צד חובה כמ"ש רשב"ם שהי' עבדים ומתוך כך צווח שאין רוצה לזון אותם ואף דשייך קצת חובה במתנה זו אפ"ה אמרינן מדשתיק מעיקרא ודאי נתרצה והא דצווח

לבסוף קא הדר בי' כ"ש הכא דלא צווח שמעון כלל כשאמר לו ראובן לתת את העודף רק לבסוף כשנתגלגל המכס עכ"ל. ולכאורה סובר אפי' בשתיקה דליכא מעשה המוכיח הוי כהודאה וחולק על הפוסקי' הנזכרים בפרט י"ב, אבל ז"א דהיכי דשתיקה הוא ודאי לחובתו לא הוי כהודאה רק כשיש הוכחה כגון שהי' מעשה המוכיח, משא"כ בנידון דידן שבשעה ששתק הי' קרוב לזכות כמ"ש שם באריכות רק שיוכל להצמיח חוב אם יגנב או יאבד דהוא לא שכיח מן הסתם ניחא לאינש בזכות הקרוב לודאי ומעייל נפשי' לספק הרחוק לחוב וכן נראה להמעיין בלשונו ואולם דברי מוהרי"ק תמוהין לעין כל דהיאך מביא ראי' מסוגי' דחולין דאפילו היכי שאין עושה מעשה הוי השתיקה כהודאה דאל"כ איך מביא ראי' מחכמים הא חכמים ורשב"ג איירי כשזיכה השטר ע"י אחר ולא עשה המקבל שום מעשה רק שראה ושתק וכבר הרגיש בזה בש"ות שער אפרים סי' קכ"ב והניח בצ"ע שדוחק לומר במה שמסרו השטר ליד אותו שזוכה בעבורו חשוב מעשה, ועיין משנה למלך בפרק ד' מזכי' ומתנה הלכה ג' שרמז לעיין בס' ש"א. וההכרח לדחוק בכוונתו שאם יש חילוק בין שתיקה עם מעשה לשתיקה גרידא מנלן לדמות זה לזה דלמא האי שתיקה אלימא כיון שראה שבפניו זיכה לו ונעשה מעשה בפניו, ואף שהוא דוחק גדול מ"מ נראה שכן הבין מוהרי"ק:

אמנם לולי דמסתפינא לחוות דעתי בין רבותינו הקדושים עמודי הוראה מוהרי"ק ורמ"א וכל אחרונים זלה"ה סתמו כדבריהם הי' נראה לומר כתלמיד הדן לפני רבותיו שיש לעיין בדין זה ושלא להוציא ממון המוחזק, דאפשר לומר כמו דסובר רש"בג דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו ה"ה להיפך אמרינן הוכיח תחילתו על סופו, וא"כ הכא כיון שמתחלה אמר שרצה לשרתו בחנם ולא עייל אשכירות מוכח מה ששתק לבסוף כשאמר לו שיהי' לו המותר, שסמך על דבריו שאמר בתחילה, וא"כ אף דלא מהימן במה שצווח עכשיו לאחר שהעלילו ממכס בלא"ה הוכיח תחילתו על סופו לרשב"ג, וכיון דקיי"ל בסי' רמ"ה סעי' י"א דהוי ספיקא דדינא אי הלכה כחכמים אי כרשב"ג אין להוציא מן המוחזק, ומנא אמינא סברא זו, ונראה דהנה מתחילה יש להבין מ"ט דרשב"ג, והטעם מבואר בפשיטות דמן הסתם לא חיישינן לשינוי דעת ואדם מן הסתם עומד על דיעה אחת ובאותו מחשבה שהי' לו לבסוף הי' לו בתחילה, ולא חיישינן לנמלך במחשבה, וכיון שכן מן הסברא אמרינן מהאי טעמא הוכיח תחילתו על סופו, ויש להביא ראי' לזה מהא דאי' במס' שבת דף צ"א ע"א המצניע לזרע ולדוגמא והוציא בשבת חייב, ל"ל המצניע ליתני המוציא כו' אמר אביי כגון שהצניעו ושכח למה הצניעו והשתא מפיק לי' סתמא מהו דתימא בטולי בטלה למחשבתו הראשונה קמ"ל כל העושה על דעת ראשונה הוא

עושה יע"ש, וכן אי' במס' זבחים דף ב' ועיין בפ' ב"ש דף מ"א ע"ב (וצ"ע בפ' הקומץ זוטא דף י"ז ע"א) וכן מצאתי סברא זו בהגהות מיימוני בפרק ט' מאישות ס"ק בסופו שכתב וז"ל אפילו אמר אחת מבנותיך מקודשת לי כיון שגילה דעתו ופירש מעיקרא לקדש המשודכת אמרינן כל העושה על דעת ראשונה הוא עושה כו' יע"ש, וכ"כ בתשובת הר"אש כלל ל"ה סימן ח', הובא בדרכי משה באבן העזר סי' קמ"ג ס"ק ב' כל המתנה בתחילה ובשעת גמר המעשה לא הזכיר התנאי כגון שאמר הריני מגרשך על תנאי זה וכפל לתנאי ואחר כך נתנו לה סתם לא אמרינן דמחל לתנאי אלא אמרינן דעל דעת הראשונה הוא עושה. וכן מוכח בריש מס' קדושין דף ט' ע"א בההיא איתתא דאמרה הב לי חד שוכא, א"ל אי יהיבנא לך מקודשת לי א"ל הבה מיהבה א"ל ר"ה כל הבה מיהבה לא כלום הוא וה"ה בלא כפלה לדיבורא, אינה מקודשת, וכתבו בתוס' ד"ה הבי וא"ת מי גרע מתן מעות לפלוני דמקודשת כ"ש כשאמרה תן לי, ויש לומר שאני הכא מעיקרא הי' שואלת שלא בתורת קידושין, ועש"ה איכא למימר כשאמרה הב אדעתא דמעיקרא קאמרה עכ"ל, והיינו כמ"ש דמסתמא עומדת בדעתה קמייתא משום כל העושה כו', ובזה מובן כוונת תוס' גיטין דף וי"ו ע"ב בד"ה אפילו שכתבו בהא דאי' התם אפי' לא כתב בו אלא שיטה אחת לשמה שוב אינו צריך, כתבו וז"ל פי' שלא ראה אלא שיטה ראשונה דמסתמא סיימו לשמה יע"ש כי ל"ח לשינוי דעת, והא דאי' במס' ב"מ דף ח"י ע"א מצא גיטי נשים כו' שאני אומר כתובין הי' ונמלך עליהם שלא ליתנם, שאני התם דאיתרע בנפילה וכיו"ב אי' שם בדף י"ג דאפילו נגד חזקה חיישינן היכי דנפל, שוב ראיתי בש"ות מוהרי"ק ס' קס"א שהביא ראיות אחרות דלא חיישינן לשינוי דעת ודחי האי דמצא גיטי נשים מטעם הנ"ל, ועיין בר"ן מס' גיטין דף ב' ע"א במ"ש פי' לרש"י דל"ב בשליח לקבלה שיאמר בפ"נכ ובפ"נח בע"כ כוונתו לסברא הלז, ועיין במס' יו"ט דף י' ע"א והא דסובר ר' אסי בקידושין דף מ"ה ע"ב נתקדשה לדעת אביה והלך אביה למדינת הים ונשאת אינה אוכלת בתרומה שמא יבוא אביה וימחה, א"כ חיישינן לנמלך היינו משום שגילה דעת לא הי' מתחילה רק על הקידושין ולא על הנשואין משא"כ היכי דמגלי דעת על דבר אחד לא חיישינן דנמלך ממחשבה ראשונה ועיין בהר"אש שם, ואולם קשה מהא דאי' במס' נדרים דף יו"ד ע"א שלא יאמר אדם לה' עולה ת"ל קרבן לה' ופי' המפרש זלה"ה דלמא לא גמר לדיבור וקא מפיק ש"ש לבטלה, ובודאי אין הכוונה דלמא יארע לו אונס מיתה ולא יוכל לגמור דהא קיי"ל דל"ח למיתה בזמן מועט, ועיי' בס' שערי המלך בפ"ד מסוכה ה"ו שהוכיח דאפי' שבעה ימים הוי זמן מיעוט ול"ח שמא ימות, ובזה תמהני שראיתי בספר כתנות אור שהגאון אמיתי בעל פנים מאירות בפ' ויחי

הבין הטעם שמא ימות והמעיין יראה שאי אפשר לומר כן, רק הטעם פשוט דחיישינן לאמלוכי ויחזור ממחשבתו ראשונה, וכן משמע מהר"אש שם. והא מוכח דאם אדם אומר או עושה איזה דבר בכוונה לא חיישינן שימלוך אחר כך לחזור מדיבורו הראשון היכי דליכא ריעותא לפנינו, הגם שמשמע קצת דוקא כשעושה מעשה אינו חוזר מכוונה ראשונה שלא יהי' לבטלה, מ"מ מראיות הנ"ל משמע אפי' בדיבור ותו דגם הכא איכא מעשה לפי מה דאי' בנדרים דף ט' ע"ב אמרו עליו על הילל הזקן שלא מעל אדם בעולתו כל ימיו מביאו כשהיא חולין לעזרה ומקדישה וסומך עלי' ושוחטה, וכתב בר"ן שם ובר"אש דכשרים אינם מתנדבים אם אין בהמה עומדת בעזרה. וא"כ אמאי איסור בכל גווני לומר מתחילה לה' קרבן נימא כשהטריח א"ע והביא קרבן לעזרה ועשה מעשה מסתמא לא יחזור מכוונה ראשונה ולכאורה יש לומר משום חומר שם שמים לבטלה אסור לומר כן דחיישינן שמא נמלך, דאפי' לפמ"ש תוס' במס' ראש השנה דף ל"ג ע"א ד"ה הא דמברך ברכה שאינו צריכה שעבר על לאו לא תשא הוא רק מדרבנן ועיי' במג"א סי' רט"ו ס"ק ו' אבל כשמוציא ש"ש לבטלה בלא ברכה הוא איסור דאורייתא וטו"ז כתב בא"ח סי' ח' ס"ק ח' וסי' י"ג ס"ק ג' משום חומר שם שמים לבטלה לא סמכינן על חזקה, אך ז"א דמלשון טו"ז מוכח שהוא רק מדרבנן ובש"ס דנדרים מבואר שהוא מן התורה, ודוחק לומר כיון דאפשר שיאמר ברישא קרבן לכן מוכרח לומר ברישא דלא יכניס א"ע בספק, מיהו למפ"ש בס' נז"הק בפ' בראשית דף י"ג לק"מ שאין הטעם משום שמא ימלך שאפילו אם בודאי מסיים בו דיבורו אסור להזכיר מפני שפוגם קדושת השם בהזכיר אותו על דבר לבטלה יע"ש ועיין בספר קרבן אהרן דף ה' ע"ג (וכל הטעמים שכ' הוא לאו דוקא לר' שמעון לשיטתו דדריש טעמא, כי י"ל כן אפילו לר' יהודא ועיין תוס' במס' סוטה דף י"ד ע"א ד"ה כדי לייגעה) וע"ע ברמב"ם בפ"ג מאישות הלכה כ"ג ובראב"ד ובשלטי גבורים שסביב המרדכי במס' שבת בפ' ר"א דמילה אות א', ותוס' פסחים דף ז' ע"א ד"ה לבער ובא"העז סי' ל"ד והארכתי בכל זה בכללי חזקות, ומוכח מסוגי' דשבת דף צ"א אף דאיכא חזקה המתנגד דהתם הי' הגברא בחזקת שפטור מקרבן כמו כל חזקות קמייתות הנזכרים בש"ס ובע"כ כמ"ש מוהרי"ק סי' ע"ב ומוהרי"ט סי' כ"ג דחזקה דאתי' מכח סברא עדיף מחזקה דלא אתיא מכח סברא כמו חזקה אין אדם פורע תוך זמנו נגד חזקת ממון ה"נ האי חזקה קמייתא בהאי גברא שפטור מקרבן הוא כמו כל חזקת קמייתא שכתבו אחרונים זלה"ה דלא אתי' מכח סברא, משא"כ האי חזקה דכל העושה כו' כך הכריעו חז"ל מעומק בינתם שהשכל מחייב שדרכן של בני אדם שלא לחזור ממחשבתו הראשונה אם לא ראינו שביטל בפירוש הכוונה ראשונה, ואין

לומר שאני הכא בנידון דמוהרי"ק ורמ"א כיון דהכא אמר אח"כ לחבירו שיהי' לו המותר ושתק מוכח שחזר מכוונה ראשונה, משא"כ התם במס' שבת דף צ"א ובאינך דליכא הוכחה שחזר מכוונה ראשונה, ז"א דהא ברשב"ג איכא ג"כ הוכחה דשתיקה ששתק מעיקרא, מ"מ סובר הוכיח סופו על תחילתו כיון שיש ליישב טעם שתיקתו דכי לא אתי לידי מאי צווח, הרי היכי שיש ליתן טעם על שתיקתו כדי לקיים הוכחה דנעשה לבסוף כדי שלא יהי' שינוי דעת אמרינן דבטעם כל דהו מבטלינן שתיקתו, כמ"ש הגהות אש"ר הובא בש"ך ח"מ סי' פ"א ס"ק י"ז והיינו ע"פי כלל המיוסד כמו דקיי"ל בשתי כיתות עדים הסותרים זו את זו היכי דיש לישב דבריהם שלא יהי' סתירה מפרשינן דבריהם כדי שלא יהי' מוכחשין, ה"ה היכי דאמרינן בש"ס אנן סהדי שהענין כך, ואיכא אנן הסותר או חזקה, או הוכחה היכי דמועילין דהוי כאנן סהדי וסותרי' הוכחות או החזקות זו את זו אם אפשר לישב שלא יהי' סתירה מיישבינן, וה"ה אף דשתיקה דמעיקרא הוי הוכחה שהסכים ויש נגד זה הוכחה מה שנעשה לבסוף שראוי' לומר הוכיח סופו על תחילתו שלא נעשה שינוי בדעתו, ואיכא הוכחה נגד הוכחה ואפשר לנו ליישב הוכחות שלא יהי' סתירה ביניהם כי י"ל מה ששתק מעיקרא משום דסובר דכי לא אתי לידי אמאי אצווח, מיישבינן הוכחות וממילא ה"ה כיון שיש לנו הוכחה דהוכיח תחילתו ע"ס, ואיכא אח"כ סתירה להוכחה כיון ששתק לדברי שכנגדו שאמר לו ליתן שכר מה שיעלה יותר מוכח שהודה והסכים, ואם לא הי' לנו טעם על שתיקתו הוי הוכחה לגבי הוכחה, אך הא באמת יש לנו טעם על שתיקתו שסמך על דיבורו הראשון מכבר אמר שרוצה לעשות בחנם, ועוד יש לומר טעם לשתיקתו דחושב למה לי להגיד עכשיו דעתי כיון שלא ברור שיהי' ריווח, וכיון דמוכח מסוגיא דשבת ומקומות הנ"ל דל"ח לשינוי דעת וה"ה ותו קשה לי לשיטת מוהרי"ק ורמ"א כיון ששומר הוא מוחזק בממון וחזקת ממון אלים טובא והא יכול לומר אמתלא על שתיקתו דלכן שתק שסמך על דיבורו הראשון היאך נוכל להוציא ממון מן המוחזק, וע"כ לא כתבו הפוסקי' בסי' קל"ח סעי' ו' כמש"ל דלא מהני אמתלא דחזי לי' רבנן כיון שהלה תופס, ולולי כן מהני אמתלא על שתיקתו כדאי' במס' ב"מ דף ל"ז ע"א גבי גזל אחד מחמשה כו' משום דאלים חזקת ממון, והכא יש לו אמתלא, ותו קשה לפי הכלל דקיי"ל בכל מקום דברים שבלב לא הוי דברים, ובע"כ הא דקיי"ל בכמה דוכתי שתיקה הוי כהודאה אף שהוא דברים שבלב, כמש"ל הטעם כיון דיש הוכחה ובעינן הוכחה שיהי' ניכר לכל כמ"ש בפרט ד' בשם תוס' ור"ן וריטב"א והיכי שיש ליתן טעם ואמתלא על שתיקתו הוי דברים שבלב ואינם דברים אף שהי' כן בלבו כיון חלא מוכח לכל דהא ע"י אמתלא שיש לנו לומר על שתיקתו לא מבורר

כוונתו, וא"כ בשומר שקיבל עליו לשמור בעינן שיאמר שמרוצה לדברי המפקיד ולא מהני דברים שבלבו, וממילא הכא אף שיש לומר אולי הי' בלבו שמרוצה לקבל שכר ויהי' שומר שכר הא לא מוכח לכל דאולי סמן על דיבורו הראשון והוי דברים שבלב כיון שלא אמר בפירוש שרוצה לשמור בשכר, וראיתי בתשובת מוהר"א ששון סי' קמ"ד שנסתפק היכי שבא ראובן והביא פקדון ואמר לשמעון טול פקדון זה ושמעון שתק וראובן הניח בידו ברשותו לפניו יש להסתפק אי כיון ששתק הוי כהודאה כיון שלא מבואר בש"ס דשתיקה מהני לענין זה ואדרבה אי' בש"ס דבעינן שיקבל עליו לשמרו, או אפילו אינו מקבל עליו לשמרו צריך שיאמר הנח לפני ואפי' בהנח סתם אבעי' ולא איפשטא ופסק לקולא וכ"ש היכי דשתיק גריע, או דלמא הני לישני כגון הנח סתמא גריעי משתיקה דומי' דאיכא לישני בקידושין דגריע מהיכי דלא אמר כלום יע"ש, שכתב שנראה לו לסמוך על צד הפטור כל זמן שלא קיבל בפירוש הרי אף שהניח ברשותו לפניו דעתו דלא הוי כהודאה, מכ"ש הכא שמקבלתו לא מוכח שקיבל עליו להיות ש"ש כי אולי סמך על דיבורו הראשון שיהי' שומר חנם:

(הג"ה** עיין מס' קדושין דף למ"ד ע"א תוס' ד"ה לא ובס' הפלאה שם וצ"ע בהא דאיתא במס' מועד קטן דף ח"י ע"ב ואלו כותבין במועד כו' כתבו תוס' דהוי דבר האבד פן ימות הנותן או עדים הא הוי לזמן מועט דלא חיישינן כיון שהוא רק לז' ימים, עיין תשובת ראנ"ח סי' ס"ג ומשנה למלך בפ"ב משבועות הלכה א', ופי' משניות לרמב"ם ריש מס' יומא ותשובת שבות יעקב ח"א סי' כ"ט:)**

לג ואולם אחר עיון נראה לישב שיטת מוהרי"ק ורמ"ה דהנה לכאורה קשה לפי דברינו הנ"ל מהא דאבעי' לן בגמ' ב"מ דף ו' בתקפה אח' בפנינו ושתק ולבסוף צווח א' אדויי אודי לי' או דסבר הא חזי לי רבנן ואמאי לא אמרינן כיון דמתחילה בב"ד הי' צווח שטען כולה שלי ולכן שתק עכשיו כי סמך על מה שצווח מעיקרא ונימא הוכיח תחילתו על סופו, ולמה קאמר בש"ס הטעם דהוכיח סופו על תחילתו, אך ז"א דכבר כתבו תוס' בחולין דף ל"ט ע"ב ד"ה כי, דאבעי' הוא בין לרבנן ובין לרשב"ג דהאי טעמא כי לא אתי לידי אמאי אצווח לא שייך התם ואיכא טעמא אחרינא, דקסבר אמאי אצווח הא קא חזי רבנן יע"ש ועיין בחידושי מוהר"ם לובלין וכיון דפלוגת' דרשב"ג ורבנן הוא בהוכיח סופו כו' נקיט הש"ס ג"כ אי אמתלא דחזי רבנן עדיף ומהני אפילו לרבנן או דגרע ול"מ אפילו לרשב"ג. אך אכתי יש לדקדק דהו"ל לש"ס לומר אולי בנידון דידן גם חכמים דרשב"ג מודה כיון שיש הוכחה מתחילתו שצווח מעיקרא, וגם בסופו איכא הוכחה דהוכיח סופו על תחילתו, לכן הוכחה דתחילתו על סופו, והוכחה דסופו על תחילתו

תרווייהו בהדדי מהני לכ"ע וכיו"ב אי' בש"ס דחולין שרצה לומר רשב"ג דגיטין שאמר הוכיח סופו כו' בבריא ודחפו ומת ומשני דלמא שאני התם דאמר כתבו פי' רש"י ואיכא קצת הוכחה בתחילה ונפילתו גילוי מילתא בעלמא דהאי דאמר ברישא כתבו ע"מ ליתן קאמר יע"ש וכתבו רמב"ן ורשב"א בחי' לגיטין דף ס"ו שאפילו רבנן דרשב"ג בהכותב כו' מודו ג"כ מהאי טעמא הרי דמצרפינן הוכחה דתחילתו הגם שהתם לא הי' באמצע שנוי והכא באמצע שתק מ"מ ראוי' לצרף הוכחה דתחילתו והוכחה דלבסו' ללמד על השתיקה ששתק באמצע ובא זה ולימד על זה ולא דמי לפלוגתא דרשב"ג ורבנן בהכותב נכסיו כו' (ועיין תשובת נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"העז תק"ע סי' מ"ד שהוכיח ג"כ מתי' הנ"ל שיש לומר הוכיח תחילתו על סופו) וראיתי בתשובת מוהר"א ששון סי' קמ"ב שנחית לסברא זו כיון דצווח מעיקרא סמך על מה דצווח מעיקרא ועיין א"ות סי' פ"א ס"ק ט' ודוק כי יש לפקפק בדבריו להמעיין, ותמהני הא בע"כ הש"ס לא נחית לסברא זו לכן נלענ"ד לומר דהנה רש"י פי' תקפה אחד הוציאה מיד חבירו בחזקה והרי כולה בידו קודם שנשבעו יע"ש, ומשמע שהאבעי' הוא גם כשתקפ' לאחר שפסקו בית דין שיחלוקו בשבועה, ובכה"ג לא שייך הוכיח תחילתו על סופו דליכא הוכח' מצווחא דמעיקרא שהי' קודם פסק דין קודם שידע שמגיע לו שבועה, דיש לומר אולי מחמת חומר השבועה הי' מודה ולכן שתק ולכן סובר הש"ס דלא מוכח ממה שצווח מתחילה קודם הפס"ד על השתיקה לאחר פסק דין כיון שנעשה השתנות ע"י שבועה ובאמת אם תקפה קודם פסק דין או לאחר פסק דין והי' צווח אז קודם שתקפה שרוצה לקיים הפס"ד ולישבע ואח"כ תקפה ממנו ושתק ולבסוף צווח איכא הוכחה דהוכיח תחילתו על סופו, ואולם הש"ס רוצה למיבעי גם בכה"ג היכי שלא הי' לן גילוי דעת לאחר פסק דין שרוצה לישבע ולכן אי' הטעם דהוכיח סופו כו' כיון דעכשיו צווח ורוצה לישבע מוכח שמעיקרא לא הודה מחמת חומר השבועה ולכן דייק רש"י קודם שנשבעו משמע להדי' שהי' פס"ד רק שמחוסר שבועה דהא מה"ט רמינן שבועה כמ"ש אביי אולי משום חומר השבועה יפרש לכן לא מוכח צווחא דמעיקרא שהי' קודם פסק דין על סופו שיש לומר לאחר שראה שב"ד מחייבין שבועה פריש משבועה דלא חשיד אשבועה וא"ש כנלענ"ד נכון העולה מזה היכי שיש לנו לומר טעם על שינוי דעת כגון שנעשה התחדשות מזמן שהי' מברר דעתו הראשונ' לזמן שעכשיו שאנו מסופקים אם עומד בדעתו הראשון לא שייך הוכיח כו' וה"ה להיפך דלא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו כי אם היכי דלא ראינו התחדשות וכמו שהי' הענין מקדם כן הוא עכשיו בכה"ג לא חיישינן לשינוי דעת כיון דלא הי' לו טעם שישתנה דעתו, מסתמא עומד בדיעה אחת משא"כ היכי שיש לנו לומר

טעם מספיק שחזר מדעתו הראשונה אשר אותו טעם לא הי' אז לא שייך לומר הוכיח תחילתו על סופו או הוכיח סופו על תחילתו וא"כ יט להצדיק דברי מוהרי"ק ורמ"א דבנדון דידן לא שייך לומר הוכיח תחילתו על סופו דכיון בזמן שאמר לו לשרתו בחינם לא היה גילוי דעת משכנגדו שחפץ ליתן לו ריוח רצה לגמול חסד חנם אבל לאח"כ שאומר לו שהריוח שירויח יותר יהיה שלו כיון דמן הסתם אדם חפץ בהרווחת ממון ובמידי דזכות הוא לו קיי"ל דזכין לאדם אפי' שלא בפניו ראוי לומר כיון דשתק נתרצה לדבריו כיון דלא מיחה ולא שייך בכה"ג הוכיח תחילתו על סופו כיון דיש טעם על שינוי דעת שנעשה התחדשות ואם הי' לו גילוי דעת מבעל הפקדון מעיקרא שרוצה ליתן לו ריווח, ומ"מ אמר לו שרוצה לשרתו בחנם ואחר כך חזר ואמר לו שהריוח שהרויח יותר יהי' שלו ושתק בכה"ג שייך לומר דהוכיח תחילתו על סופו משא"כ בכידון דמוהרי"ק ורמ"א ולכן לא אתי מהאי טעמא, וממילא מיושב ב' קו' הנ"ל ג"כ ומשה אמת ותורתו אמת במה שיסד רמ"א דברי מוהרי"ק זלה"ה להלכה וברוך שבחר בהם ובמשנתם ועיין עוד בעניני שתיקה כהודאה כתובות דף י"ד עמוד ב' וב"ן שם אבן העזר סימן ב', וע"ע בקידושין דף ס"ו עמוד א' וביבמות דף פ"ח עמוד ב':

פרט יד

יבואר דין שתק ואחר כך נותן אמתלא במה ששתק וביאור סוגי' דמס' ב"מ דף ל"ז ע"א:

לד גרסינן במס' ב"מ דף ל"ז ע"א על דין דגזל אחד מחמשה וכל אחד אומר אותי גזל דמניח גזילה ביניהם ומסתלק והלה מה טוען רב יהודה אמר רב הלה שותק רב מתנא אמר רב הלה צווח (אמר לכל אחד איני מכירך) מ"ד הלה צווח אבל שתק שתיקה כהודאה דמי', ומאן דאמר הלה שותק שתיקה דהכא לאו כהודאה דמצי אמר האי דשתיקי לכל חד וחד אמינא דלמא האי הוא ע"ש, והכוונה הפשוטי' לפי המבואר בב"י יו"ד סי' קכ"ז ובש"ע שם סעי' א' היכי ששתק תכ"ד לא יוכל לחזור דהוי כהודאה דצווחה בעינן תכ"ד, לכן לרב יהודה אף ששתק תוך כדי דבורם, ואח"כ צווח ואומר איני מכירך מהני ולא הוי הודאה, ולרב מתנא בעינן שצווח תכ"ד אבל כששתק תכ"ד הוי הודאה. והר"אש בגיטין דף נ"ד ע"ב פוסק כרב יהודה שכתב שם וז"ל וכתבו בשם ריצב"א אפילו היכי דהיה לו לידע אם שתק מעיקרא ולבסוף צווח ומכחישו אם נותן אמתלא לדבריו דמה ששתק מעיקרא לא בשביל שהודה אלא בשביל שמתיישב ומחשיב בדבר לדעת אם אומר אמת אם לא הך שתיקה דהכא לאו כהודאה כיון שיש לתלות בשתיקה דלא להודות שתק וכהאי דאי' בב"מ דף ל"ז גבי גזלתי כו' ומוקי לה כגון ששתק בשעה שכולן תובעין אותו לא הוי שתיק' כהודאה משום דמימר אמר אכל חד וחד דלמא האי הוא

יע"ש, ועיין בטור יו"ד סי' קכ"ז ובש"ע שם, ופשוט אף שסובר דאמתלא זו מהני כרב יהודה, היינו שאפי' לאחר כדי דבור יכול לחזור ולצווח. אבל עכ"פ מירי כשעדיין הם בפני בית דין אבל אם יצא מהם ואח"כ צווח ונותן אמתלא ל"מ וכעין דאי' בב"ב דף ל"א ובח"מ סי' פ' סעי' א' שאין יכול להיו' חוזר וטוען היכי שיצא מב"ד אפי' כשנותן אמתלא שמא טענתי' אנמורהו וה"ה וצריך לפרש כוונת ר' מתנא אף שבע"כ לא גזל רק לאחד כמורה לשון גזל אחד מחמשה כו' שידוע או שהם בעצמם מודים או שיש עדים, והיאך שייך הודאה שגזל לכולם, כיון דקיי"ל הודאת בע"ד לחובתו עדיף יותר מעדים, ואפילו בגזל יכול להשים עצמו רשע ולהפסיד ממון כדאי' בר"ן כתובות דף ע"ב ע"א, ובשגם כי הכא בלא"ה הוא גזלן דעכ"פ גזל לאחד, לכן אף שידוע ע"פי עדים שגזל רק לא' מחמשה או שהודה כיון שאם הי' הודה שגזל לכולם נאמן לחובתו יותר מעדים וכיון דשתיק' הוי כהודאה הודה שגזל לכולם. ולכאורה קשה לי דהנה אי' בח"מ סי' פ"א בש"ך ס"ק ט' נתבאר דשתיקה הוי כהודאה היכי שיוכל להיות אמת כדברי התובע, אבל שתיקה לא הוי כמחילה והטעם כתבתי לעיל בפרט ה' שמן הסתם אין אדם מוחל על מגן ממון שלו ובעינן דבר ברור שמחל (ועיין בשלחן ערוך ח"מ סי' צ"ח ס"א ובש"ך ס"ק א' מבואר להדיא ואפי' בשתיקה כששותק לדברי בריא הוא כן יע"ש ותבין) ולעיל בכלל א' פרט א' הבאתי דברי ב"ש בסי' ל"ח ס"ק ל"א שכתב הודאת בע"ד לחובתו הוא מטעם חיוב שמתחייב א"ע מכאן ולהבא, וכן הוא דעת מוהר"י ב"ל סוף כלל ב' ואינו נאמן על למפרע שאינו בידו והבאתי שם דעת רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב דסובר דאתי' מכי הוא זה משמע שתורה האמינה לבע"ד לחובתו אף על למפרע, ונ"מ לרש"י נאמן בגוף הדבר שאומר אמת אף שאין בידו על למפרע כי לחובתו האמינה תורה יותר מעדים, אבל לב"ש בגוף הדבר נאמנים העדים יותר רק שממילא מחויב לשלם כיון שמתחייב א"ע מכאן ולהבא אף שאינו מחויב וא"כ בנ"ד לר' מתנא היכי דשתק הוי כהודאה שגזל לכל אחד, אף שידוע שגזל רק לאחד א"ש לשיטת רש"י שנאמן לחובתו על גוף הדבר אף שעדים אומרי' שלא גזל רק לאחד מהם נאמן הוא יותר מהם שגזל לכולם לכן גם שתיקה הוי כהודאה כיון שיוכל להיות אמת כדברי החמשה שגזל לכולן, אבל לב"ש וסיעתו שבגוף הדבר נאמנים העדים יותר רק מטעם שמחייב א"ע בדבר שאינו חייב (ועיין בח"מ סי' מ' ס"א דעת רמב"ם באומר אתם עידי שאני חייב לפלוני יוכל לחייב א"ע אף בדבר שאינו חייב ויש לומר בב"ד אלים טפי ומחויב אפי' בסתם דאלים כח ב"ד אף שלא אמר אתם עידי ועיין ש"ך שם) והוי כמתנה א"כ אפי' במודה להדיא שגזל לכולן אין אנו מאמינין אותו שאומר אמת רק שממילא מתחייב א"ע בדבר שאינו חייב ליתן לכל אחד,

ותיקשי אמאי הוי שתיקה כהודאה, כי כמו דלא אמרינן שתיקה הוי מחילה דמן הסתם אינו מוותר ממונו ה"ה לענין מתנה שייך ג"כ האי טעמא ובשגם כי יש לנו אמתלא ומאי טעמא דר' מתנא, וגם למה הוצרך הש"ס לומר לר' יהודה הטעם משום אמתלא דבלא"ה לא הוי שתיקה כהודאה כמו בבריא שחילק נכסיו בפני בעל חובו ושתק המלוה מבואר בסי' צ"ח דלא הוי מחילה אף שאין לו אמתלא כדאי' שם וה"ה ונשמע לכאורה כשיטת רש"י ותו ק' לשיטת ב"ש מהא דאי' במס' כתובו' דף ס"ח ע"ב ביתומה גדולה שנישאת כשהיא גדולה וויתרה ומחלה עישור נכסים כי שתיקתה הוי מחילה, וכתב רמ"א באבן העזר סי' קי"ג סעי' ז' בהג"ה בשם תשובת רשב"א מי שציוה לתת לבתו שליש נכסיו והשיאוה אחיה ולא נתנו לה צריכין ליתן לה אחר כך, ומבואר בחלקת מחוקק ס"ק כ"א וב"ש ס"ק כ"א הטעם דדוקא פרנסה שהוא רק תקנת חכמים הוי שתיקה מחילה, אבל מה שציוה אביה ליתן לה הוי כנכסים שלה ולא וויתרה בשתיקתה יע"ש הרי בממון שיש לו זכות מן התורה לא הוי שתיקה מחילה וה"ה מתנה, וא"כ קשה לר' מתנא, וגם לר' יהודה למה לי' טעמא דאמתלא דאמר כו' בלא"ה נמי כיון דגזלן בממון שלו שיש לו בהיתר יש לו זכות מן התורה, לא אמרינן דשתיקה הוי מתנה שמתחייב א"ע ליתן לכולם, ולכאורה עלה בדעתי לומר דר"י ור' מתנא מפרשים הא דאי' גזל אחד מחמשה כו' היינו לפי דברי הגזלן שאומר שלא גזל רק לאחד וא"י למי וגם הנגזלים אינם אומרים שגזל לכולם רק שכל אחד אומר אותי גזל ושפיר קאמר ר' מתנא בשתק הוי שתיקה כהודאה, דהא אפשר שבאמת גזל לכולם כיון שלא הי' ידוע לנו שלא גזל רק לאחד, ולק"מ קו' הנ"ל דלא הוי השתיקה מתנה רק הודאה, אבל ז"א דבלא"ה יש לדקדק מה קאמר ש"ס והלה מה טוען, הא אי' במתני' וא"י איזה מהם גזל משמע שאומר הגזלן א"י ולמה קאמר ר"י ששותק, ותו יש לדקדק מאי דייק הש"ס במס' ב"מ קו' הנ"ל והלה מה טוען יותר הו"ל להקשות כן במס' יבמות בעיקר דינם דהכא מייתי רק אגב גררא, ונראה בפשיטות. דהנה הש"ס מקשה גזל אגזל דקתני מתני' אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה וא"י איזה מכם כו' נותן לזה מנה ולזה מנה, ורמינהו גזל אחד מחמשה וא"י איזה מהם גזל זה אומר אותי גזל וזה אומר אותי גזל מניח גזילה ביניהם ומסתלק אלמא מספיקא לא מפקינן ממונא ומוקמינן בחזקת מארי, ומשני התם דקא תבעי' לי' הכא בבא לצאת ידי שמים פי' רש"י והוא אינו חפץ ליתן אלא מן הדין ומספיקא לית לן לחיובי' לכל חד וחד הכא בבא לצאת ידי שמים מאיליו בא לימלך מה יעשה ולא יענש השתא אמרינן לי' ידי שמים לא יצאת עד שתתן לשניהם יע"ש, ואח"כ איתא אמר מר התם דקא תבעי' לי' והלה מה טוען ר' יודא אומר כו' וא"כ נראה פשוט שקו' הש"ס הוא רק לפי' תי' הש"ס

דמיירי שתבעו לי' דכיון דתבעי לי' מעיקרא לא בא לצאת ידי שמים אלא דינא, והיכי דבא מעצמו משמע שרוצה לצאת ידי שמים כן משמע מסוגי' הש"ס וכ"כ בס' תורת חיים וא"כ לולי תי' הש"ס הייתי אומר מה דאי' במתני' גזל אחד מחמשה ואינו יודע למי גזל הוא דברי תובע שבא לבית דין מעצמו ואומר שגזל ואין יודע למי יחזור ואח"כ אמרו החמשה כל אחד אומר אותי גזל, וא"כ לא שייך להקשות והלה מה טוען הא נזכר שבא מעצמו לב"ד ואומר שאינו יודע וא"כ אינו שותק אבל לאחר שתירץ שבע"כ מיירי שלא בא מעצמו שבאם בא מעצמו מן הסתם רוצה לצאת ידי שמים ומחויב לר' טרפון ליתן לכל אחד ואחד ובע"כ מיירי שהנגזלין תובעים אותו מעיקרא וממילא בע"כ מה דאי' במתני א"י למי גזל אינו דברי הגזלן כיון שלא בא מעצמו הו"ל למיתני מעיקרא תביעתם, כפי הסדר שהם תובעים אותו והוא א משיב, ובע"כ הכוונה במתני' כך שלא נזכר כלל דברי הגזלן במתני' רק שידוע לנו בעדים שגזל אחד מחמשה וא"י למי ובאו החמשה ותובעי' אותו כ"א אומר אותי גזל א"כ לא נזכר כלל דברי הגזלן במתני' ושפיר קאמר והלה מה טוען, ולכן מוקי ר' יהודה בשותק כיון דלא נזכר טענתו וא"כ נסתר תי' הנ"ל דהא בע"כ מיירי שידוע בעדים שגזל רק לאחד מחמשה והדק"ל ובע"כ מוכח כשיטת רש"י דהודאת בע"ד לחובתו מהני על גוף המעשה אפי' נגד עדים וא"ש:

לה ודע בגוף מחלוקת רב יהודה ור' מתנא יש לפרש בב' אנפין:

א) לפמ"ש דשתיקה תכ"ד הוי כהודאה היכי דליכא אמתלא בע"כ ר' מתנא מוקי שצווח תכ"ד ור' יהודה מוקי בשותק ואף שלא צווח רק אחר כד"ד ואינו מוציא אמתלא בפיו טענינן אמתלא עבורו, ומ"ש דמצי אמר לי' כו' ר"ל כיון שיכול לומר כן טענינן עבורו שכן הוי כוונתו ולא הוי הודאה וא"כ יש למעט המחלוקת דיש לומר גם ר' מתנא מודה היכי שמוציא אמתלא בפיו יכול לחזור:

ב) יש לומר דר' יהודה דסובר דלא הוי כהודאה מיירי שמוציא אמתלא בפיו שסבר דלמא האי הוא והיכי דלא טען הוי הודאה ולא טענינן עבורו, וא"כ בע"כ ר' מתנא חולק וסובר דאפי' כשטען אמתלא לא מהני והוי הודאה והמעיין בר"אש גיטין הנ"ל מוכח שהבין כפי' ב' דלר' יהודה בעינן שיטעון אמתלא, ואולם המעיין בהגהות אשר"י שציין דבריו על דברי רב מתנא מוכח שהבין כפי' הא' שר' מתנא מודה היכי שמוציא אמתלא בפיו לא הוי כהודאה, רק שמחולקים היכי שלא טען וא"כ אי נימא דהלכה כר' יהודה נגד ר' מתנא טענינן עבורו אמתלא הלז אף שלא טען, וכן משמע בהגהות מרדכי סי' תל"א שהבין לר' יהודה טענינן וסובר הלכה כר' יהודה, וא"כ חולק על הר"אש, וכן משמע מסתימת לשון הש"ך בסי' פ"א ס"ק י"ז מ"ש בשם פסקי הר"ם רקנטי, שאין צריך לטעון

האמתלא רק לפי מה שהב"ד יכולין להבין דעתו של שותק כך דנין, מיהו יש לדחות די"ל כוונתו כמ"ש רמב"ם בפ"ט מאישות הלכה א' ובאבן העזר סי' מ"ז סעי' ד' בהאי דאי' בכתובות דף כ"ב ע"א האמה שאמרה אשת איש הייתי וחזרה ואמרה פנוי' אני אם נתנה אמתלא לדברי' נאמנת שבעינן אמתלא הניכרת לב"ד שהוא כדאי לסמוך על האמתלא, הרי אף בטוענת אמתלא בעינן שיהי' ניכרת לב"ד כיון דהודאתה לחובתה מהני, ה"ה כיון דשתיקה הוי כהודאה א"י לחזור מהודאה רק באמתלא הניכרת לב"ד שהוא כדאי לסמוך ואף שמיירי הר"ם רקנטי שהוציא אמתלא בפיו כתב כלשון הלז דבעינן שב"ד יכולין להבין דעתו, אך בזה יח קצת להסתפק דאף דהוי כהודאה מ"מ לא הוי כהודאה ממש ולא בעינן אמתלא הניכר לב"ד, ועיין היטב בספר שיטה מקובצת בחי' לב"מ שם שכתב וז"ל אפי' בהך דהכא אם טען ואמר מה ששתקתי לפי שחשבתי בלבך להכירך אם אתה הוא אותו שגזלתי ה"נ דמהימן אבל אם לא טען לא טענינן לי' יע"ש. משמע קצת שפי' כן לר' מתנא שר"ל אפי' ר' מתנא מודה דמתחילת דבריו נראה להמעיין שם דלר' יהודה אין צריך למיטען, ואולי פוסק הלכה כד' מתנא בזה וצ"ע בכוונתו, ומ"מ נתבאר שנחלקו הר"אש עם מרדכי והג"א בזה:

ולכאורה קשה כמה קושי' לשיטת הר"אש:

א) קשה בשולחן ערוך יו"ד סי' קכ"ו ס"א בהג"ה כתב רמ"א בשם סמ"ג אם עד אחד אמר נתנסך יינך ואין בעלים מכחישין אותו אע"פ שמכחישו ע"א לא מהני מאחר שהבעלים שם ושותקין הוי הודא' לעד האומר שנתנסך ותמה הש"ך בס"ק י"ב מנלן דהודה לעד ראשון דלמא סמך על המכחיש, ובס"ק י"ד העלה שכן דעת רשב"א דבכה"ג לא הוי הודאה כיון שבא בבת אחת ואפי' לסמ"ג אין להחמיר בדיעבד, ומביא ראי' ברורה לזה ממתני' כריתות דף י"ב ע"ב עד אחד אומר אכל ועד אחד אומר לא אכל מביא אשם תלוי, ובע"כ מיירי בשותק כמ"ש תוס' שם, ואפ"ה מהני הכחשת העד לפוטרו מקרבן חטאת ולא אמרינן כיון דשתק הודה להאי דאמר אכל רק דאמרינן שיודע קצת רגלים לזה ולזה ואין יודע בירור הדבר שותק ולא מודה יע"ש והנה בהאי דגזל א' מחמשה כו' לכאורה הי' אפשר לפרש שהתביעה מהנגזלין לא הי' בבת אחת רק בזה אחר זה, וכל אחד אמר רק אותי גזל, לכן סובר ר' מתנא דוקא כשצווח לכל אחד איני מכירך (וידוע שגזל א' מהם) מניח גזילה ביניהם ומסתלק, אבל כששתק הוי כהודה שגזל לראשון ואין יכול אח"כ לחזור לכן אף ששתק אח"כ לשני, ושתיקה זו הוי ג"כ הודאה וכיון שלא גזל רק לאחד חזר מהודאה ראשונה וכ"כ בשלישי חזר מהודאת שני, כי אף אם הודה בפירוש אח"כ שגזל להשני ולא להראשון וכמו כן בשלישי לא מצי לחזור, כיון

שכבר הודה שגזל לראשון ולכן הודאתו מהני גבי נפשי' לחייב א"ע כי יכול להתחייב א"ע בהודאתו, וא"י לחזור מהודאתו שהודה נגד הראשונים כי א"י להפסיד לזה שהודה, ולחובתו יכול לחזור ולטוען כדאי' בח"מ סי' פ' בשפתי כהן ס"ק ה' בשם הג"מיי דהיכי דטוען לפטור ואחר כך לחיוב הולכין לחיוב והכא נגד כל אחד הודה לחיוב, אך מלשון הש"ס דקאמר לרב יהודה הטעם דמצי לומר האי דשתיק לכל חד וחד דאמינא דילמא האי הוא, משמע דכולן באין בבת אחת לב"ד ותובעין אותו וא"כ קשה מאי טעמא דר' מתנא דאמר היכי דשותק הוי הודאה כיון דמיירי שיודע שלא גזל רק לאחד מהם כנ"ל, ועיין תוס' ד"ה גזל ובמס' בבא קמא דף ק"ג ע"ב ד"ה דברי הוי ממש כמו התם בע"א אומר נתנסך וע"א מכחישו והבעלים שותקים דלא הוי הודאה דאמרינן שמסופק מי אומר אמת, וכדמוכח ממתני' דמס' כתובות דף י"ג הנ"ל ה"ה מנלן לומר דהודה שגזל לכולם דלמא שותק מחמת שמסופק שאין יודע מי אומר אמת, וקשה על רב מתנא ממתני', ובשלמא להג"א ומרדכי י"ל דר' מתנא מודה היכי שטען כן לכן שתק מחמת שמסופק באמת נאמן, רק כיון שלא טען מוכח שלא הי' מסופק כמ"ש בפרט א' שדרך אדם לפרש זכותו, אבל לר"אש דמוכח דר' מתנא סובר אפילו טען האמתלא אינו נאמן קשה (מיהו שוב ראיתי דקשה אפי' לחולקים דהא ממתני' דכריתות מוכח דאין צריך לטעון כלל דלא הוי כהודאה כיון שיש לפניו שנים המכחישים זא"ז וכן קשה לר"אש למה קאמר ר' יהודה דבעינן שיטעון אמתלא הא מוכח מש"ס דכריתות שא"צ שיטעון מיהו יש לחלק והבן) מנלן לומר שהודה לכולם כיון דבאמת לא גזל רק לאחד מהם ראוי לומר ששתק מחמת שמסופק שאין יודע בירור הדבר. ודוחק לומר דלא דמי למתני' ולדין של רשב"א וסמ"ג הנ"ל דהתם בע"כ אי אפשר להיות רק בדברי ע"א, משא"כ הכא אפשר להיות אמת כדברי כולם שגזל לכולם, דהא אם הודה בפירוש שגזל לכולם אף שעדים מעידין שלא גזל רק לאחד הודאתו לחובתו יותר מועיל מעדים ואפי' על גוף הענין כנ"ל ושתיקה הוי כהודאה, דזה אינו דהא עיקר טעם דשתיקה הוי כהודאה אף שלא הודה בפירוש כיון שיש לנו הוכחה משתיקתו דאם לא הודה לא הי' לו לשתוק וכיון שיש לנו טעם על שתיקתו ממילא לא הוי הודאה:

ב) קשה דהנה כבר הערתי לעיל בפרט ד' אמאי הוי שתיקה הודאה הא קיי"ל בקידושין דף מ"ט דדברים שבלב לא הוי דברים, ובע"כ צ"ל כמ"ש תוס' ור"ן בכתובות דף ע"ט היכי שמוכח לכל כוונתו הוי כאילו הוציאו בשפתיו והוי דברים, וכ"כ מוהרי"ט ח"ב סי' מ"ה יע"ש, וכיון ששתק היכי דליכא טעם על שתיקתו מוכח לכל כוונתו שמודה לתובע, ואף שכתבתי לעיל בפרט ד' דהיכי דהוי הודאה שהאמת עם חבירו מהני אפי' בלב

ול"ב הוכחה, מ"מ היכי דהוא מטעם מחילה שמודה ששייך לחבירו מחמת שמחל לו או שנותן במתנה והתחייב א"ע בדבר שאינו חייב כיון שרוצה עכשיו לעשות דבר חדש ל"מ בלב, וכבר כתבנו דעת מוהר"י ב"ל וב"ש דהודאתו לחובתו נגד העדים לא מהני רק מחמת התחייבות שמתחייב א"ע מהיום אף בדבר שאינו חייב וכיון דידוע ע"פי עדים שלא גזל רק לאחד מהם בע"כ צ"ל דהודה לכולם היינו שמתחייב א"ע ליתן לכל אחד אף שאינו מחויב וא"כ ק' הא הוי דברים שבלב דהא לא הוי מוכח לכל כיון שיש לנו טעם ואמתלא על השתיקה כמו שאמר רב יהודה שא"י מי מהם אומר אמת וממילא הוי דברי' שבלב דלא הוי דברים ומ"ט דר' מתנא, מיהו קו' זו י"ל דיש לומר דסובר כשיטת רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב דהודאת בע"ד עדיף מעדים אפי' על גוף הענין ומהני אפי' בלב והבן, אך לשיטת הב"ש וסיעתו קשה ג) קשה לדברי הר"אש שגם לר' יהודה בעינן שיאמר הגזלן אמתלא ובע"כ לר' מתנא אין נאמן אף כשטען ומחויב לשלם לכולם הא הגזלן מוחזק בממון, והא אלים כח של חזקת ממון דבעינן ראי' ברורה, דקיי"ל המע"ה ולשמואל ל"מ אפי' רוב כמ"ש ת"הד הטעם בסימן שמ"ט דרוב לא הוי ראיה ברורה, והכא לא הוי ראי' ברורה שהודה כיון שיש לו אמתלא לדבריו וטוען אמתלא איך מוציאין ממון מספק דלמא אומר אמת שלא ידע מי הוא, ואף דלרב לא אלים כל כך חזקת ממון דמוציאין ממון על ידי רוב מכל מקום הכא ליכא רוב דאולי רוב בני אדם כששותקין לא הוי הודאה היכי שיש להם אמתלא שלכן לא אמרו בתוך כדי דיבור כי היה מתיישבי' להכיר למי גזל וכמ"ש הגהות אשר"י דבקל יכול אדם לתפוס בדבריו שאין יכול למהר ולענות יע"ש:

ד) קשה לשיטת ר"אש אטו מי עדיף שתיקה מהודאה בפירוש מ"מ יכול לחזור ולטעון ולסתור הודאה ראשונה היכי שיש לו אמתלא כדאי' בב"ב דף ל"ו ע"א לעולא אפי' בפירוש רחוק היכי דאמר של אבותי ונתחייב יכול אח"כ לפרש דבריו דסמך עלה כדאבהתי, ולנהרדעי בפי' קרוב וכדאי' בש"ע סי' פ' סעי' א' והכא האי אמתלא הוא פירוש קרוב שמפרש הטעם שלא שתק מפני שלא הכיר ומ"ט דר' מתנא שלא יוכל אח"כ לפרש דבריו אטו מי עדיף מאילו הודה בפירוש היכי מיש לו אמתלא יכול לפרש כוונתו כהודאתו ה"ה, שוב ראיתי באורים ותומים סי' פ' ס"ק ג' שעמד קצת בזה כנראה מרהיטת לשונו, והנאני, ואולם לא גמר ומתחיל בטעינה ולא בפריקה, ובשלמא להג"א ומרדכי א"ש דהיכי שהודה ממש א"י לחזור מהודאתו רק כשהוציא אמתלא בפי' והכא מיירי שלא טען ונחלקו בזה למר שתיקה קיל מהודאה בפירוש וטענינן אמתלא עבורו, ולמר הוי כהודאה ממש שמוכרח להוציאה בשפתיו אמתלא אבל להר"אש קשה:

ה) קשה לר"אש על ר' מתנא בשם רב דסובר דשתיקה הוי כהודאה מהא דאי' בב"ב דף קל"ב ע"א בהא דאי' במתני' דפ"ג דפיאה הכותב נכסים לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא איבדה כתובתה, ומקשה הש"ס משום דכתב לה קרקע כל שהוא איבדה כתובתה, ומשני רב במזכה להן על ידה, עיין רשב"ם, והרי דסובר רב דשתיקה לא הוי כהודאה היכי מיש לתלות אמתלא בשתיקה כמו התם משום שרצתה לעשות נחת רוח לבעלה, ובעינן דוקא הוכחה שע"י מעשה כיון שנתנה לו סודר שלה להקנות לבנים, אף דהוא בכתובה ומקולי כתובה כמ"ש רשב"ם ד"ה ומקולי, כ"ש בבע"ח, ובעלמא כה"ג היכי ששותק לא אמרינן שתיקה הוי כהודאה לחובתו, ועיין ב"י אבן העזר סי' ק"ו בסופו וש"ך ח"מ סי' צ"ח ס"ק א', וא"כ קשה מ"ט דר' מתנא אליבא דרב דשתיקה הוי הודאה הא לא עשה מעשה המוכיח שמודה רק שתיקה גרידא, וגם יש לה אמתלא כמ"ש ר' יהודה, מיהו גם להג"א קשה קצת כמובן, ואפשר לומר דלאו כל אמתלאות שוין, ואמתלא דהתם לעשות נחת רוח לבעלה הוי אמתלא ברורה יותר אך הוא דוחק, או יש לומר כמ"ש מוהרי"ט חלק ב' סי' א' דף ל"ד דהיכי שאחד אומר בפני ב"ד דבר שהוא לחובתו ושותק הוי הודאה יותר דלא הו"ל לשתוק כי אולי יאמינו ב"ד לדברי התובע יע"ש ויש לומר דרב מתנא סובר דבפני בית דין ל"מ אפילו אמתלא כי אין דרך לשתוק בפני בית דין כשתבעו אבל גם זה הוא דוחק דדברי מוהרר"י טראני נאמרין היכי דלית ליה אמתלא ברורה אבל היכי שיש לו אמתלא ברורה סמך על האמתלא וצריך עיון:

לו אמנם בישוב קו' א' הנ"ל יש לומר בפשיטות, דהנה רש"י כתב בד"ה והלה טוען וז"ל והלה מה טוען לכל אחד דקתני מניח גזילה ביניהם ומסתלק יע"ש ויש לדקדק למה דייק רש"י וכתב הני שני תיבות לכל חד הו"ל לרש"י לכתוב מה טען להני חמשה כיון דמשמע מחמשה באו ביחד לבית דין לתבוע וכן יש לדקדק בלשון הש"ס דאי מצי אמר לי' האי דשתיקי לכל חד וחד דאמינא דלמא האי הוא יע"ש דלמה מדייק הש"ס לכל חד וחד ולא קאמר בקיצור האי דשתיקי להו. לכן נראה לומר דהוי קשה לרש"י באמת קושיא א' הנ"ל דאם התביעה מחמשה הי' בבת אחת היאך קאמר רב מתנא דאם שתק הוי הודאה דכיון שכולן תובעין בבת אחת יש לומר שמסופק למי גזל כנ"ל, לכן פי' הכוונה באופן אחר, דהנה הטעם דשתיקה כהודאה כתבתי בשם מוהרי"ט, דהיכי שאחד אומר בפני ב"ד דבר שהוא לחובתו לא הוי לי' לשתוק כי אולי יאמינו ב"ד לדברי התובע, ובמס' ב"מ דף ו' ע"א קבעי' לר' זירא תקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח מהו מדאישתק אודויי אודי לי' או דלמא כיון דצווח השתא אגלאי מילתא מעיקרא האי דאישתק מעיקרא סבר הא קא חזי לי' רבנן יע"ש, א"כ מסתפק הש"ס היכי שניכר אמתלא לב"ד מיד בשעת שתיקה

דיש לומר דאינו חושש לשתיקתו כי סובר למה אצווח בבית דין כיון שהב"ד מעצמן יבינו הטעם, ואי' במס' סנהדרין דף למ"ד ע"א בשם ר' נחמי' כך הי' מנהגן שלנקיי הדעת שבירושלים מכניסין את הבעלי דינים ושומעין דבריהם ומכניסין את העדים ושומעין דבריהם ובע"כ מה דאיתא במתני' גזל אחד מחמשה כו' לפי מ"ש לעיל ע"פי עדים מ"מ לא איירי שעדים העידו כן מעיקרא, כי מסתמא היה כמנהג שבעלי דינים תובעים אותו מעיקרא ואח"כ שמעו הב"ד דברי עדים רק התנא נקיט כן הלשון לקושטא דמילתא כיון שבאמת הי' בב"ד עדים נקיט הענין בקצרה, וא"כ א"ש דבודאי גם ר' מתנא מודה אם באו כל החמשה ביחד לתבוע אותו וכל אחד אומר אותי גזל לא שייך לומר שתיקה כהודאה כי סובר למה אצווח מיד, הלא הב"ד מעצמן יבינו שאני מחשב לדעת מי הוא כיון שבאו כולם מן הסתם הוא הכחשה ביניהם שכל אחד אומר אותי גזל ולא לך ממילא יבינו הב"ד בשעת מתיקה שמחשב למי, רק שמיירי שכל אחד בא בפני עצמו לתבוע שגזל ולא אמר כלל משאר נגזלים שיש להם תביעה דמה"ת יאמר כן, וכיון שב"ד בשעה שטענו אותו לא ידעו מדברי העדים שגזל לאחד מחמשה ואין יודעין למי גזל כה"ג סובר ר' מתנא אי שתק הוי כהודה לכל אחד ואחד שגזל לכל אחד ועדיף הודאתו לחובתו מעדים שמעידים אחר כך, דלא אמרינן שסמך על זה כיון שאח"כ יבואו עדים ויאמרו שגזל לאחד מחמשה וא"י למי הוא יחשבו הב"ד שלכן שתק שמסופק ג"כ דלא הי' לסמוך על זה כיון שבשעת שתיקה ששתק לא ידעו הב"ד מאמתלא הלז, דהא עדיין לא באו העדים ור' יהודא סובר דלא הוי כהודאה דיכול לומר האי דשתיקי לכל חד וחד כו' ר"ל לכל חד בפ"ע כי אמינא דלמא האי הוא כיון שידעתי האמת כעדים ולכן בעינן שיטעון האמתלא בפירוש ולא טענינן דלא הוי אמתלא ברורה כל כך כיון דשתיק לכל חד וחד ומדוייק היטב לשון דש"י שכתב והלה טוען לכל אחד, העולה דמחולקים היכי דאמתלא בא לאחר זמן ניכר לב"ד ולא בשעת שתיקה אי הוי כהאי דריש ב"מ כי אמתלא דחזי לי' רבנן הוא מיד בשעת תקיפה ושתיקה, ואפשר להסביר דברי ר' מתנא כיון דקיי"ל בעידי גזילות וחבלות צריכין דרישה וחקירה כדאי' בסי' למ"ד בסמ"ע סק"א ואם מכחישין א"ע בדרישות וחקירות עדותן בטילה לא הי' לסמוך בשעה שטען אותו כל אחד מנגזלים על הגדת עדים אולי יתבטל עדותן ויתחייב בבית דין על השתיקה דהוי כהודאה והי' לו לומר מיד האמת שגזל לאחד מהם ואינו מכירן וא"ש ועדיין צ"ע:

לז ודע דרי"ף ור"אש וטוש"ע השמיטו מחלוקת רב יהודא ור' מתנא ולכאורה קשה אף אמנם לענין גזל ליכא נ"מ דהם פליגי רק לר' טרפון ואנן קיי"ל כר"ע דמחוייב לשלם לכל א' ואחד, מ"מ נ"מ לענין מקח דאי' ביבמות דף קי"ח דמודה ר' עקיבא בלקח מה' בני

אדם וא"י מאיזה מהם לקח שמניח דמי מקחו ביניהם ומסתלק וכן קיי"ל כמ"ש הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפכ"ב ממכירה ה"ב וטוש"ע סי' רכ"ב סעי' ב' א"כ נ"מ לדינא אי איירי בצווח מיד תכ"ד שאינם מכירים או ששתק ואח"כ צווח:

שוב ראיתי בא"ות סי' פ' סק"ג שהביא כן בשם ריטב"א שתמה כן על רי"ף ורמב"ם ולא תי', ומה שתירץ הא"ות אכתי קשה לשיטת הש"ך בסי' שס"ה ס"ב שמביא ראי' לבעל המאור דהלכה כר' טרפון איכא נ"מ בגזל, ואפשר לומר לכן השמיטו כי סוברים הלכה כר"י, ופי' בכוונתו דמצי אמר האי דשתקו כו' כמ"ש הג"א דטענינן ולכן סתמו כיון דמן הסתם בע"כ אומר א"י ממי לקח בעודם בבית דין ואף שלא אמר תכ"ד וגם לא אמר אמתלא להדי' טענינן לכן סתמו כי ממילא מובן דאל"כ הוי להו לפרושי כיון דהוא נ"מ לדינא דהא אם לא טען אמתלא לא טענינן וא"ש אך קשה על הר"אש דבמס' גיטין מוכח להדי' שסובר דבעינין שיטעון אמתלא, וגם הש"ע ביו"ד סי' קכ"ז סובר בזה כהר"אש כמו שהביא בבית יוסף גם יש נ"מ לענין קדושין בענין כתובה כדמוכח להמעיין ביבמות דף קי"ח ע"ב, ובר"יף ור"אש ורמב"ם בפרק ט' מאישות וטור וש"ע אבן העזר סי' מ"ט ס"א דוק ותשכח כדברי וצ"ע:

לח וראיתי בדרכי משה סי' פ' ס"ק א' שכתב וז"ל כתב מוהר"יו סי' ע"ו דאין אדם יכול לטעון טענה שלא טען כבר דהואיל שלא טענו תחילה הוי כאילו הודה שאין זו טענה אבל בהג"מיי בפרק ז' דטוען פסק בשם מוהר"ם דאע"ג דשתק תחילה יכול לחזור ולטעון עכ"ל, ובש"ע בהגהותיו סי' פ"א כתב וז"ל ובכל זה אין חילוק בין אם טוען בראשונה ובא אחר כך לטעון טענה אחרת, או אם שתק תחילה ובא לטעון אחר כך אלא א"כ נתן טעם למה שתק בתחילה, ודלא כיש חולקין דאם שתק יכול לחזור ולטעון יע"ש. הבין שדעת הג"מיי ששתיקה לא הוי כהודאה ואין צריך ליתן אמתלא, ועמ"ש בש"ך ס"ק ח', ולענ"ד לא הבנתי כלל דברי רמ"א אף לפי הבנתו דמוהר"יו מיירי ששתק מ"מ אינו חולק על הג"מיי, כי לפי דבריו סובר מוהר"יו שבעינן אמתלא על שתיקתו, והא גם בהג"מיי כתב שיכול ליישב טעם שתיקתו א"כ סובר דבעינן אמתלא, ומלשון רמ"א מבואר ליש חולקין שהוא הג"מיי יכול לחזור ולטעון אפי' בלא אמתלא והמעיין בלשונו לא משמע כן, כי בפרק ט' מטוען ס"ק ט' כתב וז"ל כתב מורי רבינו ז"ל דכ"ש אם אדם טוען על חבירו טענות הרבה ושותק הלה באחת מהטענות דלא חשיבה שתיקה כהודאה אא"כ אמר אתם עידי ושתק שהרי אפי' טענתו יכול ליישב אע"ג דנראה קצת כסותר דבריו הראשונים כ"ש שיכול ליישב טעם שתיקתו דשתיקה לאו כהודאה דמי' עכ"ל:

וכפי נראה מרשימה שנרשם בהג"מיי קאי על מ"ש רמב"ם בהלכה ז' מי שהודה בבית דין שאני חייב לזה מנה ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו חובו זה שהודיתי בו והרי עדים ה"ז עדות מועלת ועושים על פיהם שהרי לא הכחיש עדיו כו' יע"ש, וע"ז כתב וכ"ש בשתק כנ"ל:

וכפי הנראה הבין רמ"א כיון שציין כן עמ"ש רמב"ם והתם ליכא אמתלא כי מתחילה אמר שחייב מנה ואח"כ אמר נזכרתי ולא אמר אמתלא ולכן כתב דמשמע שאין צריך לומר אמתלא ומוהר"יו סובר דבעינן אמתלא אבל פי' זה לא מוכרח כי יש לומר זהו גופא שאמר נזכרתי והרי עדים הוא אמתלא שמוכח שטעה, ועיין בש"ך סי' ע"ח סק"ח שמביא מחבר דין של רמב"ם הלז, וכתב לעיין בסי' פ"א סעי' כ' דאי' שם המודה לחבירו בחזקת שחייב לו ואח"כ נתברר הדבר שטעה דלאו הודאה הוא הרי דהבין כיון שמביא עדים יש הוכחה שטעה דאטו בשופטני עסקינן שיתן מעותיו בחנם וע"ז כתב בהג"מיי שמהני אמתלא, ופי' זה לכאורה מוכרח דהנה מ"ש דל"ח שתיקה כהודאה, אא"כ אמר אתם עידי ושתק הוא מיותר, ולפי דברינו מדוייק דהנה קיי"ל בח"מ סי' פ"א ומקורו בסנהדרין דף כ"ט ע"ב דהיכי שלא אמר אתם עידי יכול לטעון השטאה או שלא להשביע, והיכי שאמר אתם עידי ושתק הלוה אין יכול לטעון, וטענת השטאה או השבעה הוי אמתלא עיין במרדכי בפ' ז"ב סי' תש"ג ובתשובת מוהר"ט הלוי הובא בקצ"הח סי' פ' סק"א, ואפ"ה כשאומר אתם עידי אין יכול לטעון השטאה או השבעה דהוי אמתלא גדולה למוהר"א ששון המובא שם, ומכ"ש שאין יכול לטעון שאר אמתלאות כשאומר אתם עידי דהוי הודאה גמורה, וזהו כוונתו עמ"ש רמב"ם דיכול לומר נזכרתי כיון דהוי אמתלא גדולה מכ"ש שיוכל ליתן אמתלא על שתיקתו דלא חשיבה שתיקה כהודאה שאין יכול ליתן אמתלא אא"כ אמר אתם עידי ושתק דבכה"ג הוי הודאה ממש שאין יכול ליתן אמתלא, אבל בטענות ותביעות לא הוי כהודאה ויכול ליתן אמתלא כיון שאפילו טענתו יכול ליישב מכ"ש שתיקתו וא"כ הוי ממש כדברי מוהר"יו, וכפי הנראה בכוונת רמ"א שהבין בכוונת הג"מיי דשתיקה לא הוי כהודאה כלל שאין צריך כלל אמתלא, ומ"ש דל"ח שתיקה כהודאה אא"כ אמר אתם עידי ושתק כו' י"ל כיון שלא הוי כהודאה אין צריך לאמתלא, ומ"ש שהרי אפי' כו' כ"ש שיכול ליישב כו' כוונתו להעדפה יתיר' שמכ"ש שיכול ליישב כיון דלא הוי כהודאה ואין צריך לאמתלא, וכיון שמהני אמתלא כהודאה ממש כ"ש שמהני אמתלא בשתיקה כיון דלא הוי כהודאה ואין צריך לאמתלא אבל המעיין יראה לכאורה שפי' זה לא מוכרח וצ"ע:

כלל ד

יבואר ביאור סוגי' דמס' חולין דף ל"ט ע"ב בשתק ולבסוף צווח אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ולא הוי הודאה ויען כי כל עניני הוכיח סופו על תחילתו נובע מסוגי' הלז בדין שתק ולבסוף צווח כי בש"ס מדמה ז"לז לכן אמרתי לברר בס"ד בכלל זה המקומות שמצינו כלל הלז ויבורר על ידי זה על נכון דין שתק ולבסוף צווח ובו י"ז פרטים:

פרט א

יבואר ביאור סוגי' דמס' חולין דל"ט ב':

א מקור הדבר גרסינן במס' חולין דף ל"ט ע"א השוחט את הבהמה לזרוק דמה לע"ז ולהקטיר חלבה לע"ז הרי אלו זבחי מתים שחטה ואח"כ חישב עליה זה הי' מעשה בקסרי ולא אמרי בה לא איסור ולא היתר ומבארים ר' חסדא ור' שיזבי ורבינא הטעם כאשר יבורר לקמן, ומקודם נברר הפירוש דגוף הברייתא אי מה דאי' חישב הוא דוקא שלא זרק כלל וגם לא דיבר אפי' בפיו רק שהי' כן בלבו ואח"כ אמר שכן הי' בלבו או דבעינן זרק דוקא, וכבר נחלקו בזה הראשונים זלה"ה רבינו ב"י ביו"ד סימן ד' כתב בשם רבינו ירוחם וז"ל שחטה כו' ולא אמרו איסור והיתר וטעמא משום דאיכא למימר הוכיח סופו על תחילתו וכי שחט בהאי מחשבה שחיט וכתב רבינו ירוחם אם שחטה ואח"כ חישב כלומר שזרק דמה לע"ז אסור והבהמה מותרת בהנאה דלא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו כך פשוט ומוכח בפרק ב' דחולין וכן בתוספתא בפירוש ואם שחטה ואח"כ זרק דמה עכ"ל ויש לתמוה עליו דסתם חישב משמע דבמחשבה בלבד מיירי אע"פי שלא זרק כו' ועוד יש לתמוה עליו למה כתב שהבהמה מותרת בהנאה דפשטא דברייתא וגמרא משמע דאי איתא דהוי אמרו בי' איסור הוי אסרי לי' בהנאה משום זבחי מתים דהוכיח סופו על תחילתו והשתא דלא אמרי בה לא איסור ולא היתר ספיקא דאיסור הנאה לא נפקא עכ"ד וכן משמע לשון הטור שבמחשבה לבד הוי ספק זבחי מתים וכ"כ בש"ע חם סעי' ב', וגם מוהרש"ל בפ"ב דחולין בסי' כ' הביא דברי רבינו ירוחם וכתב שמשמע מפירושו שבמחשבה בעלמא לאחר השחיטה לא נאסרה וא"י למה מאחר שהטעם שהוכיח סופו על תחילתו ה"ה במחשבה נמי נאסרה וגם דוחק הוא להוציא לישנא דחשב מידי משמעותו יע"ש, ובדין ב' הסכים עמו והובא בטו"ז וש"כ ס"ק ב' ובש"ע כתב בסעי' ב' דהוי ספק זבחי מתים ואסור בהנאה מספק, והב"ח כתב שרבינו ירוחם למד כן מתוס' ד"ה מקום ובד"ה ע"כ שכתבו כן בפי' דחישב דקאמר היינו שאותו עצמו ששחט זרק אח"כ הדם לע"ז יע"ש אבל לא כתב טעם אמאי לא יהי' נאסר

במחשבה כמו שהקשה רש"ל, ומיהו כ"ע מודו דהאי ספיקא דהוכיח וכו' שייך גם בזרק אח"כ דנאסרה ג"כ מ"ס כי כן אי' בתוס' כנ"ל:

ולענ"ד יש לתמוה על זה דלכאורה קשה אמאי לא אמרו לאיסור מ"ש מהא דאי' בחולין דף יו"ד ע"א השוחט בסכין ונמצאת פגומה ר"ה אמר אפי' שיבר בה עצמות כל היום פסולה וכו' ר"ח אמר כשירה מתיב רבא מטבל ועלה וכו' ומשני הש"ס סכין איתרע בהמה לא איתרע ונחלקו בזה לר"ה הריעותא דסכין מהני לבהמה ולר"ח כיון דלאו בגוף בהמה איתיילד ריעותא לא מהני וכן פיר"שי וז"ל וכיון דלאו בגופא ממש איתיילד אלא בדבר אחר לא דמי לטבילה ולא אתי ספק ריעותא דסכין ומוציא מידי שחיטה ודאית דעצם ודאי פגום יע"ש (ומ"ש רש"י טעמא דעצם כ' מוהרש"א היינו לס"ד אבל למסקנא דר"ח מכשיר אפי' בלא שיבר עצמות טעמו משום סכין איתרע בהמה לא איתרע) והקשו תוס' ד"ה סכין מ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר דכל טהרות שנעשו ע"ג למפרע טמאות משום דהרי חסר לפניך והעמד טמא על חזקתו ולא אמרינן מקוה איתרע אדם לא איתרע ה"נ נימא העמד בהמה על חזקתה ואימא לא נשחטה דהרי סכין פגום לפניך ותי' שלשה תירוצים:

א) שאני התם ודאי פוגם:

ג) דהפי' סכין איתרע ואיכא ספיקא טובא שמא בעצם נפגמה ושמא לא נשחטו הסימנים כנגד הפגימה והוי כס"ס יע"ש ועיין בטו"ז יו"ד סימן א' ס"ק ו' ולפ"ז בנ"ד לפי' תוס' ורי"ו שמיירי שזרק באמת אח"כ לע"ז קשה קו' תוס' דדומה ממש למקוה כי הבהמה הי' בחזקת איסור ובעינן שיודע במה נשחטה ושנשחטה כהוגן ע"י שוחט כשר והרי איתרע גברא לפניך שכיון שזרק בפועל לע"ז נעשה מומר מכאן ולהבא ואיכא תרתי לריעותא, וכאן נסתר כל השלשה תי' תי' א' ליתא דאר"זל במס' חבת דף ק"ה ע"ב כך אומנתו של יצר הרע היום אומר לו עשה כך ולמחר אומר לו עשה כך עד שאומר לו לך ועבוד ע"ז ובא בהדרגה ומסתמא גם קודם לכן הי' רשע והוי כמו מקוה שחסר ואתאי וממילא נאסרה שחיטתו, תי' ב' פשיטא דלא שייך כאן, וגם תי' ג' לא שייך כאן דאי אפשר לומר דהוי ס"ס אם הי' רשע למפרע ואת"ל שהי' דלמא שחט כהוגן ולפמ"ש בכתובת דף ט' וכן הסכימו אחרונים דבס"ס בעינן שיהיו ספיקות שקולין וספק הרגיל לא מקרי ספק, והכא הספק אם שחטו כהוגן לא הוי ספק השקול כי מן הסתם כשהוא רשע לא נזהר בבדיקת הסכין ובשאר עניני שחיטה שהם רחבים וכהררים התלוי' בשערה אשר אם אין בן יראת שמים בנקל יוכל להכשל, וא"כ אף דהאי גברא הי' לו חזקת קמייתא שהי' כשר ובכל מקום חזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא דהוא שעת מציאתן ומה שאמרו כל

הטומאות כשעת מציאתן הוא דק בחומר קדשים מ"מ כיון דאיכא תרתי לריעותא דהרי איתרע גברא לפניך וגם בהמה בחזקת איסור עומדת דמי ממש למקוה ואפי' לפוסקים שפי' חישב ולא זרק דלא נעשה מומר במחשבה זו כמ"ש תוס' בחולין דף ל"ט ע"א בד"ה ר"ש דווקא כששחט על מנת לזרוק שעשה מעשה בשחיטה, ג"כ קשה דהא הם ג"כ מודים שגם בזרק ממש לע"ז הדין כן דהוי ספק כדאי' בתוספתא וא"כ קשה אפי' לחכמים דרשב"ג ראוי לאסור הבהמה לאכילה אף אמנם לגבי הנאה י"ל כיון שבהמה בחיי' הית' בחזקת היתר הנאה מספיקא עומדת בחזקת היתר וכן מצאתי בפליתי סימן ד' ס"ק ב' מ"מ לענין אכילה קשה שראוי שיהי' אסורה לכ"ע קו' זו הי' אצלי בהשקפה ראשונה ופקחתי עיני וראיתי שגדולי אחרונים זלה"ה רמזו לן קצת בזה דהנה הש"ך בסימן א' ס"ק ט' כתב בשם א"ח ורש"ל במי ששחט ובדק ואח"כ המיר באותו יום הכל כשר וכ' הפ"ח בס"ק ט' שכן מוכח גבי שחט ואח"כ חשב לזרוק דמה לע"ז שלא אמרו איסור והיתר וטעמא משום דאיכא קצת ידים מוכיחות דאפשר ששחט במחשבה זו אבל אם עבר שעה אחת ושחט אחרת וחישב עלי' פשיטא דלא שייך בזה הוכיח סופו על תחילתו והראשונה מותרת לגמרי ותבואת שור בסימן ב' ס"ק ל"ב השיג על הש"ך ופר"ח דיש לאסור בחשוד דנעשה רשע למפרע כי דמי ממש למקוה כקושי' התו' הנ"ל והביא בשם הב"ח בתשובה סברא הנ"ל דלא נעשה רשע בפעם אחת כי היצר הרע בוער בו מעט כדאי' בסוכה דף נ"ב ומה שהביא הפר"ח ראי' מסוגי' דמשמע דמה ששחט שעה אחת קודם זה מותר כתב להשיג דהא הפר"ח גופא בסי' ד' ס"ק ב' כתב דחשב ולא זרק קאמר ובהאי אי לא אמרינן הוכיח סופו כשר אפי' להבא דלא קא עביד מידי כמ"ש רא"ה דלר"ל לא הוי מומר ואע"ג דאנן קיי"ל כרשב"א וכ"כ תוס' דף י"ד היינו דווקא בשוחט ע"מ לזרוק דמודה ר"ל בסייף אבל בדיבור בעלמא לכ"ע לאו מומר הוא כלל וכ"כ מוהרי"ק בשורש ק"ס וצריך לומר מ"ש רש"י בד"ה הוכיח דלמא אחר שחיטה נכנס בו יצר הרע והמיר דתו היינו שהמיר בדיבורו ומ"מ לא מיפסל יע"ש ולענ"ד ראיות הפר"ח הוא מזרק דגם לחולקים על רבינו ירוחם מודים דברייתא מיירי גם בזרק וכנ"ל ותו תמהני על תב"ש כיון שנחית להקשות כן על הש"ך ופר"ח ממקוה יותר הו"ל להקשות על ברייתא ערוכה דשחט ואח"כ חשב כו' לפי' תוס' ורבינו ירוחם שמיירי בזרק ואפי' להחולקים מיירי בכל גווני ואמאי לא אמרו איסור הא היינו דין דמקוה וא"כ לא מצינו מרפא לקו' הנ"ל מתוך דבריהם (ועיין ש"ות צ"צ סימן ע"ג ותשו' גאוני בתראי סימן י"ד) ואולם באמת יפה העיר הפרי חדש בזה אמאי נסתפקו דוקא באותו בהמה ומשמע שכל השחיטות ששחט מקודם לכן מותרת נימא דהרי רשע לפניך וכל השחיטות למפרע אסורין מ"ש

אותו שחיטה בממ"נ אי לא דמי למקוה הרי הוא כמו כל חזקה קמייתא וחזקה דהשתא דחזקת קמייתא עדיף וראוי לומר עכשיו הוא דאיתרע לאחר ששחט וגם אותו שחיטה תהי' מותרת ואי דמי למקוה יהי' כל השחיטות ששחט אסורין, ומה שכתב דהוי ידים מוכיחות לא הבנתי החילוק איזה ידים מוכיחות יש כאן ואי משום שהוא סמוך ומיד הא בש"ס מסיק דתלי' במחלוקת רשב"א ורבנן בשתק ולבסוף צווח והתם לרשב"ג לא נתנו חכמים שיעור אפילו אם הוא לזמן מרובה אמרינן הוכיח סופו כו' וכמ"ש תב"ש סימן ב' ס"ק ה' וכאשר מוכח למעיין בש"ס ובע"כ כוונתו כיון שהוא באותו בהמה כמו התם והוא באותו מתנה מ"מ הוא כהילכתא בלא טעמא כיון דאנו דנין על שוחט זה אם הי' כשר באותו שעה או לא ואמרינן כיון דאיתרע לפניך גם למפרע הי' רשע באותו זמן מה לי בהמה זו או בהמה אחרת לכן דבריו סתומין מאד:

ב) מיהו קו' הנ"ל יש לישב בפשיטות דהנה רמ"א ביו"ד סימן א' ס"א כתב בשוחט ובודק שאין יודע הלכות שחיטה אם נטל פעם אחת קבלה אין מטריפין למפרע מה ששחט דאמרינן השתא הוא דאיתרע והקשה הטו"ז בס"ק ו' מ"ש ממקוה ותירץ הש"ך בס"ק ח' ובנקודת הכסף דכיון דקיי"ל רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם א"כ רובא מסייע לשוחט וע"כ לא בעינן שיבר עצמות אלא משום דהתם ליכא חזקה הבאה מכח רוב אבל הכא כיון דאיכא רוב כ"ע מודו וקרוב לומר דאפי' לא נטל קבלה מכשיר אגודה מהאי טעמא רק דרמ"א משווה דעתו עם רשב"א וס"ל דאיירי שנטל קבלה ובכה"ג פשיטא דל"ד למקוה דהא איכא חזקה דידע מעיקרא ורוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם ובמקוה ליכא רוב כלל יע"ש וא"כ ה"נ י"ל דיש לכל אדם חזקת כשרות חזקה קמייתא שלא נולד בעל עבירה, וכעין חז"ק דאי' בכתובת דף י"ב ע"א גבי בתולה שנולדה בתולה וגם אתי' מכח רובא דרוב בני ישראל הם כשרים כמ"ש בפ"י בחי' לגיטין דף י"ז ובתשו' נודע ביהודא, ומ"ש פ"י דליכא חזקה עצמיי' דבריו תמוהין כמ"ש בכללי חזקות שמוכח בכמה דוכתי שיש לו חזקה עצמיי' דהוא חזקת קמייתא ולכן ל"ד למקוה וראוי לומר השתא הוא דאיתרע ובזה מיושב קו' התב"ש על המכשירים בשוחט שיצא טריפה מת"י מ"ש ממקוה כי י"ל כנ"ל שאני הכא דאיכא חזקה ורובא, ולפי זה מובן דברי הש"ך בסי' א' ס"ק ח' שכתב ולפמ"ש מי שהי' בודק ואח"כ נמצאת טריפה מתחת ידו שפשיעתו הכלים כשרים מדינא ואמרינן אוקי אחזקתי' ועד השתא כשר הי' יע"ש שדבריו אינם מובנים במ"ש לפי זה שאין לו המשך וכן הקשה בספר פרי מגדים ולפמ"ש א"ש שקאי על מ"ש לעיל מיני' לתרץ הקושי' ממקוה משום דאיכא חזקה ורובא וה"נ איכא חזקה קמייתא שהי' כשר בפעם אחר וגם אתי' מכח רובא דרוב בני ישראל הם כשרים וראי'

לזה ממ"ש הפוסקים הובא בר"ן כתובת דף כ"ב דעת קצת פוסקים דחזקת כשרות עדיף מחזקת ממון ותיקשי הא אין הולכין בממון אחר רוב אפי' ברוב מעלי' להוציא מחזקת ממון ומכ"ש חזקה דרובא וחזקה רובא עדיף אע"כ דאיכא גם חזקה עצמיי' ואיכא רובא וחזקה ועדיף מחזקת ממון (ועיין רמ"בן במס' כתובת דף ט"ז ע"א בס' מלחמות ובבעל המאור וקידושין דף ע"ט ודוק ואין כאן מקומו) ותו אפי' אי נימא כפ"י דליכא חזקה עצמיי' רק חזקה דאתי' מכח רובא דב"י הם כמרים ג"כ א"ש לפי מה שהוכיח בש"ות נ"ב חלק א"העז סימן מ"ג דרובא עדיף משני חזקות כיון דילפינן מפרה אדומה והתם איכא חזקת פרה שאינה זבוחה ואוקי גברא שמזין עלי' בחזקת טומאה יע"ש שהשיג על ריב"ש וא"כ עדיף מחזקת איסור דבהמה ושעת מציאתן כיון דעדיף משני חזקות גמורות מכ"ש נגד חזקה ושעת מציאתן דחזקה דשעת מציאתן בחולין לא הוי חזקה גמורה:

ג אמנם לפי זה קשה בהא דאמר שם רבינא דלא אמרו משום כבודו דרשב"ג ורבנן דפליגי בהכותב נכסיו לאחרים והי' בהן עבדים ואמר הלה אי אפשי בהן אם הי' רבו שני בהן הרי אילו אוכלין בתרומה רשב"ג אומר כיון שאמר הלה אי אפשי בהן כבר זכה בהן יורשים ומוקי רבה ואיתימא ר' יוחנן בצווח מעיקרא דכ"ע לא פליגי דלא קנה ובשתק וקיבל השטר ולבסוף צווח דכ"ע לא פליגי דקני כי פליגי שזיכה לו ע"י אחר (ופי' רש"י כגון שמסר שטר מתנה לאחר בפניו ואמר לו זכה בשטר זה לשם פלוני) ושתק ולבסוף צווח ת"ק סבר מדשתיק קנהו והאי דקא צווח מיהדר קא הדר בי' ורשב"ג סובר הוכיח סופו על תחילתו והאי דלא צווח מעיקרא סבר כי לא אחי לידי מאי אצווח יע"ש הא י"ל דהכא כ"ע מודו כיון שיש להשוחט חזקת קמייתא שהי' כשר וגם רובא שהוא מכלל בני ישראל כשרים ונגד זה יש חזקת איסור דבהמה וחזקה דהשתא דהרי איתרע לפניך וחזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא ונגד חזקה דבהמה איכא רובא ושאני התם לכן סובר רשב"ג דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו שאינו נגד החזק' ואדרבא החזקות מסייעין להוכחה כי היורשין המה מוחזקין בנכסים ועבד, וגם העבד הי' בחזקת שאינו אוכל בתרומה כמ"ש משנה למלך בפרק שביעי מהלכות תרומות הלכה י"ז חזקה כזו משא"כ הכא בשחט ואח"כ חישב אפי' אותו בהמה ראוי להתיר דהי' לישראל חזקה קמייתא שהי' פעם אחת ישראל כשר ועכשיו המיר דתו ויצא מחזקתו ראוי לומר השתא הוא דאיתרע כמו כל חזקות קמייתא הנזכרים בש"ס דעדיף חזקה קמייתא ונגד חזקת איסור דבהמה איכא רובא ובכה"ג י"ל אפי' רשב"ג מודה דלא אמרינן הוכיח סופו וכו' כי הוכיח סופו בחישב הוא חזקה דהשתא וחז"ק עדיף והוא לכאורה קו' חמורה ומצאתי בש"ות שב יעקב חלק א"העז סי' ו' שהעיר קצת בזה וחילוקו אינו מן המובן כמו שדחה

בעצמו מש"ך סי' א' ס"ק ח' ובאמ' מוכח כן, בדוכתי טובא ולבסוף כתב וז"ל אם לא שצריך לחלק דלא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו אלא באותו דבר באיתרע בי' כמו מעשה דקסרי שהי' באותו בהמה וגם פלוגתא דרשב"ג ורבנן מיירי באותו מתנה יע"ש ות"ל כוונתי הכל לדבריו, אבל סברא זו היא דוחק גדול להמעיין, וצע"ג לישב הסוגי' על נכון:

(הג"ה** ודע דהאי כללא דחזקת קמייתא עדיף משעת מציאתן מוכח בתוס' חולין דף י' ע"ב ובדף י"א ע"א ד"ה אתי' וברשב"א ור"אש ובכתובת דף י"ג ע"ב ובתוס' כתובת דף ט' ע"א ד"ה לא צריכא ונדה דף ב' ע"ב ובכמה מקומות ועיין תוס' כתובת דף ע"ו ע"א ד"ה על ופסחים דף צ"א ע"א וש"ות מוהרי"ט ספר א' סימן י"א וסימן מ"א וסימן נ"א ובחידושי פני יהושע בחי' לגיטין דף י"ז וראייתו ממקוה תמוה דמהתם לא מוכח דעדיף די"ל דשוין ומ"מ בעינן תרתי לריעותא משום רשות הרבים דספק טומאה בר"ה טהור אף היכי דליכא חזקה כמ"ש תוס' בחולין דף ט' ע"ב ד"ה התם ומיהו בלא"ה מוכח כן כנ"ל ומה דאי' במס' נדה דף כ"ט ע"ב באשה שיצאה מליאה כו' אימר הרחיקה לידתה אף שכ' תוס' במס' בבא מציעא דף ק' ע"א בד"ה הא ומרדכי בפרק אין צדין דף כ"ד ע"א סימן תרפ"ט היכי שיש ספק אימת ילדה אוקי בחזקת מעוברת והשתא הוא דילדה ויש להביא ראי' לשיטת הטו"ז בי"ד סימן שצ"ז ס"ק ב' שכתב בחזקה העשוי' להשתנות לא אזלינן בתר חזקה קמייתא וקשה לשיטת הש"ך, י"ל לפי מה שאמר רבא בחולין דף קל"ד בספק עון שיש בו מיתה לא סמכינן על חזקה וה"ה בספק כרת, ועיין בס' פרי מגדים בפתיחה להלכות טריפות מ"ש בשם פנים מאירות ואין ספרו תחת ידי מיהו צ"ע בכלל זה ועיין בס' שערי המלך בהלכות אישות בפרק ב' הי"ד ואין דבריו מוכרחין כמ"ש בכללי חזקות ואין כאן מקומו:)**

ד אבראי קו' זו יש ליישב לכאורה דאין הענינים דומים זה לזה ואף דקיי"ל בעלמא לכלל מוסכם דחזקת קמייתא עדיף משעת מציאתן הכא לא אזלינן בתר חזקה קמייתא דהנה תוס' בחולין דף י"א ע"א בד"ה אתי' כתבו דחזקה שלא נתבררה לא הוי חזקה ולכן אם עשו גבינות ואח"כ נמצאת טריפות אין להעמיד הפרה על חזקתה ולומר השתא הוא דנטרפה ורשב"א ור"ן ובס' תורת הבית הארוך בית ג' שער ז' כתבו בשם ר"ש להתיר הגבינות אף שאין הולכין אחר חזקה כזו יש לנו להתיר מכח רוב דרוב בהמות כשרים הם וזו עכשיו נטרפה והיינו חזקה דאתי' מכח רובא, ומיהו הני מילי טריפות שאפשר לומר דהשתא סמוך לשחיטה ממש נולד בה אבל וודאי בטריפות הסירכא או טריפות אחרות שא"א לתלות בשעת שחיטה בהא ודאי אסורה דהא אי אפשר לומר בה העמדנה

על חזקתה דהא ודאי נפקא לה מחזקתה ואי אתה יודע מתי נטרפה ומתי יצאה מחזקתה כיון דודאי יצאה מחזקתה ואין אתה יכול לברר מתי ולא לתלות בזמן ידוע אוסרין אותה למפרע וכענין שאמרו בכתמים שהאשה טמאה משעת כיבוס דכיון דכתם זה יבש וע"כ לא ראתה עכשיו אלא מכבר לא אמרינן העמד אשה על חזקתה ולא נחזיקנה בטמאה למפרע אלא בכדי שיוכל הכתם להתייבש אלא אמרינן משעת כיבוס ראתה יעיי"ש ועיין ביו"ד סימן פ"א בטו"ז ס"ק ב' וש"ך שהאריכו בזה ובש"ע שם ס"ב הובא דעת רשב"א כמ"ש בש"כ ס"ק ד' ומשמע להדי' דבכה"ג ודאי אסורה ולא מחמת ספק כי כן משמע לשונם ואפי' מה שנעשה קודם שלשה ימים ובע"כ היכי שאי אפשר להגביל הזמן לחזקה קמייתא לומר שעכשיו בזו הרגע נעשה השתנות וכיון שנעשה מזמן הקדום וא"א להגביל הזמן אגלאי מילתא שחזקה קמייתא שהיינו מחזיקין שהי' כן הי' בטעות כי קודם שבא חזקת דהשתא היינו מחזיקין שהוא כמו החז"ק לכן אזלינן בתר חזקה דהשתא דהוא שעת מציאתן וכמו שהוא עכשיו אמרינן שכבר נעשה השתנות מקדם כיון שא"א להגביל זמן השתנות אולי הי' זמן רב מקדם ואולם הש"ך שם בס"ק ט' כתב בשם הר"אש וסיעתו שאפי' בכה"ג יש להתיר קודם ג' ימים ולא אמרינן כיון שע"כ קודם לזמן שחיטתה יצאה מחזקתה א"כ הכל יהי' אסור למפרע כמו גבי כתם יבש דמטמא למפרע עד שעת כיבוס דשאני הכא כיון דרוב בהמות כשרים הן וי"ל עד השתא הי' מן הרוב ועכשיו הוא דנעשה מן המיעוט יע"ש שכ"נ להלכה ונראה מ"ש רש"י בנדה דף ב' ע"ב ד"ה חסר ואתאי וז"ל ואיתרע לה לחזקה מקמי הכא טובא ולא ידעינן מאימת כו' יע"ש כיון לסברת הרשב"א ול"ק ע"ז מתי' הש"ס התם תרתי לריעותא כו' דרש"י בד"ה תרתי מיישב זה ע"ש ותבין, וא"כ לשיטת רשב"א א"ש לפמ"ש לעיל בשם תשובת ב"ח ותב"ש באיסור חמור כזה לעבוד ע"ז מסתמא לא בא לידי כך בבת אחת ובע"כ גם קודם לכן היה רשע בצינעא וכמשרז"ל כך אומנתו כו' היום אומר לו עשה כך כו' ולמחר אומר לו עע"ז וא"כ בע"כ מזמן רב יצא מחזקת כשרות ממה שהי' מוחזק לנו שהוא בכלל רוב ישראל הכשרים עתה נתגלה לנו שחזקה זו הי' בטעות שגם מקודם לכן הי' רשע בצינעא ולא הי' לו זמן מה חזקת כשרות וכיון שחזקת כשרות שלו איתרע מזמן כביר וא"א להגביל הזמן בכה"ג חזקה דהשתא עדיף ואפי' הר"אש וסיעתו י"ל דמודו כאן דהתם ניהו שקודם לזמן שחיטתה יצאה מחזקתה מ"מ אפשר לומר דהשתא הוא דנטרפה לאחר עשיית הגבינות ועד השתא היו מרוב הכשרים דרשב"א כ' במשמרת הבית הובא בטו"ז ופר"ח ס"ק ז' דלא אזלינן בתר חזקה דאתי' מכח רוב רק כשאפשר שנגמר הטריפות בתר שחיטה ממש כגון שנמצא מחט מאחד מן המקומות שנקבה

טריפה ולא נודע אם נגמרה הנקיבה משני צדדין מחיים או לאחר שחיטה מיד בהא אמרינן העמדנהו על חזקתה אבל כשטריפות נעשה בודאי מחיים לא הוי חזקה דאתי' מכח רובא בזה חולק הר"אש דגם בכה"ג נוכל לומר עד השתא הי' מן הרוב ועכשיו הוא דאיתרע סמוך לשחיטה ובשעה שנעשה הגבינות הי' כשרה ולא הי' ריעותא כלל משא"כ הכא כיון דבע"כ הי' רשע מקודם שחשב לע"ז דהא אנן סהדי ע"פי חוקת התורה שאדם שנעשה מומר לע"ז לא נעשה בבת אחת ובע"כ הי' מקודם לכן רשע וע"ז א"א להגביל זמן וי"ל דגם הר"אש מודה דלא אזלינן בתר חזקה קמייתא וא"כ נתיישבה קו' הנ"ל, אך לפ"ז קשה לש"ך וסיעתו שכ' בסימן א' ס"ק ח' בשם תוספתא שאפי' מי שהמיר אינו נעשה חשוד למפרע יעי"ש דהא מוכח מסוגיין דבע"כ לא קיי"ל כהך תוספתא כיון שלא הובא בש"ס דילן ומטעם הנ"ל דבכה"ג לא הוי חזקה, ותו קשה לפי דברינו אכתי קשה היאך קאמר רבינא שהוא במחלוקת רשב"ג ורבנן דהא הכא י"ל כ"ע מודו דודאי אסורה הבהמה דחזקה דהשתא בוודאי עדיף כמו דקיי"ל בעלמא היכי שחזקה קמייתא הי' בטעות ואי אפשר להגביל זמן לא הוי חזקה:

ה ונלע"ד ליישב הסוגי' דהנה ראיתי בספר כרתי ופליתי שהקשה היאך מדמי רבינא האי דינא לפלוגתא דרשב"ג ורבנן הא טעמא דרשב"ג דסובר דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו אי' בש"ס דאמרינן אמתלא הא דלא צווח מתחילה דסבר כי לא אתי לידי מאי אצווח ובשחט ואח"כ חישב דלא שייך אמתלא יש לומר דמודה רשב"ג דלא אמרינן הוכיח סופו כיון דלא חשיב מיד בשעת שחיטה ושתק ותירץ דהך סברא ואמתלא מהני לרשב"ג שיהי' ודאי ולא ספק דאמרינן דודאי הי' מוחה רק דשתיק מטעם הלז אבל במקום דלא שייך האי טעמא עכ"פ הוא ספק ואף הכא סובר רשב"ג דהוא ספק זבחי מתים יע"ש והנה בגוף סברתו בקושייתו קדמוהו ג"כ בש"ות צמח צדק סימן מ"ה שהוכיח דלא אמרינן לרשב"ג הוכיח סופו רק היכי שיש אמתלא על תחילתו אמאי לא אמר בתחילה מה שאמר לבסוף והיכי דליכא למימר טעם ואמתלא מודה דלא אמרינן הוכיח סופו אף לא הרגיש בקו' הנ"ל ותי' שתי' הגאון זלה"ה לא נח לי חדא דלא משמע כלל הפירוש בש"ס שיהי' לרשב"ג ספק איסור רק לרשב"ג הוי ודאי איסור כמו לר' חסדא דלא אמרו היתר משום כבודו דר' אליעזר בע"כ לר"א ודאי אסור כמו בכותי דסתם מחשבת כותי לע"ז וא"א כלל לפרש לר"א דהוי ספק וכן לר' שיזבי דהוא רשב"ג דגיטין דהתם ודאי גט ובע"כ ודאי אמרינן הוכיח סופו לר' שיזבי דלא מחלק החילוק דכתבו דמי ממש להתם כמו התם ודאי וה"ה ודאי זבחי מתים ואם איתא לרבינא אין הפי' כן הו"ל לפרש ותו קשה לדבריו כמו שחסו על כבוד יחיד מכ"ש שראוי לחוס על כבוד

רבים ובשלמא לפי הכוונה פשוטי' דלרבנן ודאי מותר ולרשב"ג ודאי אסור משום כבוד שניהם לא רצו להורות כמאן והניחו הדבר בספק אף שממילא הספק אסור כדין ודאי כיון שיש בו חזקת איסור דבהמה וכו' עכ"פ חסו על כבוד חכמים בזה מה שלא אמרו שודאי אסור ותו לפמ"ש השי"ך ביו"ד סימן רמ"ב בכללי הוראה ס"ק ט' שהמורה מחויב לומר להשואל שאסור מחמת ספק י"ל שאמרו כן מחמת כבוד שניהם אינם רוצים לומר הלכה ודאי ואסור מספק אבל לדברי הכ"ופ לרשב"ג הוי ספק א"כ הורו לגמרי כרשב"ג ולא חשו כלל לכבוד חכמים, ודוחק לומר דבזה חשו לכבוד חכמים במה שהורו שמותר בהנאה הא בזה לא ניכר שהוא משום כבודם כיון שהי' בחזקת היתר הנאה, הגם שיש ליישב דבריו אבל הוא דוחק ותו לפמ"ש בעצמו לעיל מיני' לענין ספק היתר הנאה ראוי לאוקמא בחזקת היתר א"כ קשה לרשב"ג אמאי הוי ספק זבחי מתים לענין איסור הנאה נוקים בחזקת היתר לכן ברור שדברי הגאון זלה"ה נאמרו רק לפלפולא בעלמא וכעת נדפס ספר שערי דעה מא"א מ"ו הגאון נ"י וראית שג"כ השיג על הפליתי:

ונלע"ד ליישב קו' הנ"ל דהנה הראשונים זלה"ה נחלקו בפיגול ובכל מחשבות הפוסלים בקדשים אי נפסל במחשבה בלב אי דבעינן שיוציא בשפתיו בתוס' ריש זבחים ובב"מ דף מ"ג ובפסחים דף ס"ג וברש"י שם וברש"י מנחות דף ג' ע"ב מבואר דמחשבה הפוסלת בקדשים היינו כשהוציא בשפתיו ואף דאיתא לשון מחשבה מצינו דיבור שנקרא מחשבה כמו החושב לשלוח יד בפקדון דפירושו דיבור ואולם ברמב"ם בפרק י"ד מהלכות פסולי מוקדשין הלכה א' מבואר דמחשבה הפוסלת בקדשים היינו אפי' בלב כמ"ש המשנה למלך שם (ומה שהקשה התבואת שור הקשה נמי הגאון המגיה למשנה למלך ועיין פ"י בגיטין דף נ"ד ע"ב גבי כה"ג ביו"הכ יוכיח והבן) ובתוס' חולין דף ל"ט ע"א ד"ה אלא נראה שנסתפקו בזה וע"פי הנחה זו חקרו הגאונים בעל כ"ופ ובעל תב"ש חקירה אי גם במחשבה לע"ז הוי כמו בפיגול דילפינן חוץ מבפנים ולשיטת רש"י ותוס' נראה לתב"ש דבע"כ מחשבת שחיטה לע"ז הנפסל בשחיטה מיירי ג"כ שהוציא בשפתיו ששוחט לע"ז דאלת"ה מאי קא יליף מק"ו מקדשים מה קדשים שמחשבה פוסלת בד' עבודות כו' הא איכא למפרך מה לקדשים שכן אינן פוסלין בדיבור משא"כ בחולין שכן ישנן במחשבה לבד אלא ש"מ דבחולין נמי דיבורא בעי ואולם הקשה לשיטה זו כיון דבע"כ שחט ואח"כ חישב לע"ז האי חישוב היינו דיבור א"כ אמאי אמרינן דהוי ספק אי הוכיח סופו הא בשעת שחיטה לא קאמר מידי ואף אם הי' מחשבתו בלב לא מהני (ובלא"ה קשה אפי' לפוסקים דסגי בלב דמנא ידעינן שהי' כן בלבו ובע"כ שאמר כן אח"כ שהי' בלבו וא"כ מה ספק הא איתא בשאלה שנשאל את פיו ובממ"נ אם אמר

שהי' מחשבתו כן בשעת שחיטה פשיטא דנאמן לאסור בהמתו דבע"כ מיירי בבהמתו דבהמת חבירו אינו יכול לאסור ואי יאמר שלא הי' כן במחשבתו בשחיטה ג"כ נאמן במגו כמ"ש כ"ופ ודוחק לומר דמכאן באמת נלמד דין של פליתי דלא אמרינן מגו במקום הוכחה ויבורר לקמן על נכון) ותירץ על זה שני תירוצים חדא די"ל דמיירי שלא היינו אצל שחיטתו ואי אמרינן הוכיח כו' אמרינן מסתמא בשעת שחיטה נמי פירש כך:

תירוץ ב' אמירתו דהשתא הו"ל כאילו אמר בשעת שחיטה אי אמרינן הוכיח כו' והא דסובר ר' אליעזר סתם מחשבת כותי לע"ז ומשמע להדי' אפי' לא אמר כלל וכגון ששתק ולא מיירי בדלא היינו אצל שחיטתו י"ל שאני כותי לר"א כיון דלר"א סתם מחשבתו הוא כך הוי סתמא כפירושו דמי וכזה כתבו תוס' בגיטין דף ל"ב ע"א סוף ד"ה ס"ד וע"ע כעין זה חולין דף מ' ע"א ד"ה לפני אבל ישראל דלאו סתם מחשבתו כך דברים שבלבו לאו כלום הוא ולבסוף כתב להחמיר שאפילו חישב בלב פסול ונ"מ מי ששחט וחשב בלב לע"ז והשתא חזר בו ושואל דין הבהמה יש לאסור א"נ אפי' לא חזר בו נאמן הוא אבהמה שלו לאסרה אעלמא עכ"ד תב"ש ובדבריו י"ל פרפרת נאה בפירוש הש"ס דשם דאי' שם אמר ר' חסדא לא אמרו איסור משום כבודן דרבנן ולא אמרו היתר משום כבודו דר"א ודחי הש"ס ממאי דלמא לא היא ע"כ לא קאמרי רבנן התם אלא דלא שמענו דחישב אבל הכא דשמענו דחישב הוכיח כו' א"נ עד כאן לא קאמר ר"ש החם אלא גבי כותי דסתם מחשבת כותי לע"ז אבל לגבי ישראל הוכיח כו' לא אמרינן ויש להבין היאך עלה על דעת ר"ח לומר כן כי החילוק נגלה לעין כל ונראה דהנה טעם הפוסקים דמחשבה לא מהני לפסול נראה דהוא מכלל שיש לנו בש"ס דדברים שבלב לאו דברים שהוא כלל בכל התורה כדאי' בקידושין דף מ"ט (זולת דברים פרטים שיצאו מן הכלל כמ"ש בכלל הוכחות ואומדנת בס"ד) וכן נראה שהבין התב"ש שהוא מהאי טעמא ולכן כתב בכותי כיון דסתם מחשבת כותי לע"ז הוי דברים ומביא ראי' מתוס' גיטין וכן כתבו כלל זה בתוס' במס' קידושין שם, ור"ן במס' כתובת דף ע"ט ע"א וריטב"א ותוס' רי"ד בקידושין שם היכי דמוכח לכל העולם כוונתו הוי כאלו הוציא בשפתיו ומזה רוצה לומר כיון שיש הוכחה דהוכיח סופו ע"ת הוי הוכחה לכל העולם כוונתו והוי דברים, כן מוכח כוונת תב"ש והנה בש"ס חולין שם דף ל"ח ע"א מוקי הש"ס פלוגתא דר"א ורבנן בשני אוקימתות אוקימתא קמייתא דאית להו דר' יוסי שהבעלים מפגלין מיהו ת"ק סבר אי שמענא דחשיב אין אי לא לא סתם מחשבת כותי לע"א לא אמרינן ור"א סבר אע"ג דלא שמענא דחשיב סתם מחשבת כותי לע"ז אמרינן וי"ל דהוי דחיקא לי' לר"ח לומר דפליגי במציאות, אי סתמא לע"ז או לא לכן הבין דכ"ע סתם מחשבת כותי לע"ז רק דפליגי

במחלוקת קדומה דהא אף שמחשב לע"ז הא לא הוציא בשפתיו והוי דברים שבלב ואינם דברים מיהו הוי אומדנא דמוכח לכל כיון שסתמא לע"ז הוי כהוציא בשפתיו ותליא במחלוקת אי דברים שבלב הוי דברים היכי שיש אומדנא דמוכח לכל ובזה נחלקו תנאים בב"ב דף קמ"ו ע"ב במי שהלך למד"הי ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו מתנתו מתנה ר"ש בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה שאלמלא הי' יודע שבנו קיים לא הי' כותב כן והתם הוי אומדנא דמוכח לכל כדאי' בש"ס שם ובע"כ נחלקו אי דברים שבלב הוי דברים היכי שמוכח לכל עיין תוס' ד"ה מאן ולת"ק לא הוי דברים וי"ל דסובר ר"ח חכמים סוברים דוקא אי שמענא דחישב כיון שהוציא בשפתיו נפסל דילפינין חוץ מפנים אבל אי הי' רק בלב אע"ג דסתם מחשבתו לע"ז והוי אומדנא דמוכח לכל מ"מ לא מהני והוי דברים שבלב וכרבנן דר"ש ב"מ, ור' אליעזר סובר כר"ש בן מנסיא היכא דאומדנא מוכח לכל הוי דברים שבלב דברים וכיון דסתם מחשבתו לע"ז הוי מוכח לכל כוונתו ולפי זה שפיר פי' ר' חסדא בהאי דשחטה ואח"כ חישב עליה שלא אמרו איסור והיתר שמיירי שאח"כ דיבר בשפתיו לזרוק לע"ז ובשעת השחיטה לא אמר כלום והי' השחיטה בפנינו וכתי' ב' של תב"ש ולכ"ע אמרינן הוכיח סופו ע"ת והוי מוכח לכל שגם בשעת שחיטה אף שחישב בלב הוי כמוציא בשפתיו ואולם תלי' במחלוקת ר"א ורבנן לרבנן מותר דכיון דלא דיבר בשפתיו הוי דברים שבלב אף שמוכח ולר"א אסור כיון שמוכח לכל כמו התם (הגם שהו"מ לומר שלא אמרו א"וה משום כבוד ר"ש ב"מ וחכמים עדיפא לי' לומר ר"א ורבנן דמיירו ג"כ בענין שחיטה לע"ז) וע"ז דחי הש"ס מנלן לומר דחכמים ור"א פליגי בזה דלמא פליגי כמו דאוקמינן לעיל אי מחשבת כותי לע"ז או לא, והיינו אמר עד כאן לא קאמרי רבנן אלא דלא שמענא דחישב ור"ל דלא אמרינן דסתם מחשבת כותי לע"ז והוי דברים שבלב שאינו מוכח לכל אבל הכא דשמענא דחישב והוכיח סופו ע"ת ובכה"ג הוי דברים שבלב דברים כי מוכח לכל כוונתו ע"י הוכחה דהוכיח כו' וס"ל כר"ש בן מנסיא אי נמי עד כאן לא קאמר ר"א התם אלא גבי כותי דסתם מחשבת כותי לע"א והוי דברים שבלב המוכח לכל אבל לגבי ישראל הוכיח סופו ע"ת לא אמרינן והוי דברים שבלב שאינו מוכח ולא הוי דברים אף אי חישב בשעת שחיטה כיון שלא הוציא בשפתיו כי השחיטה הי' לפנינו ובזה מיושב נמי מה שהקשה בש"ות שער אפרים סימן קכ"ב אמאי חשו כאן יותר לכבוד רשב"ג הא בכל מקום דחולק יחיד עם רבים לא חלקו כבוד ליחיד יע"ש ואולם מרשב"ג לקמ"ל כעין דאיתא בש"ס בכמה דוכתי כדאי' במס' ב"ב דף קנ"ב ע"א אתרא דשמואל היכי ניעבד כוותי' דרב פי' רשב"ם אע"ג דהילכתא כרב לאו אורח ארעא להורות כרב באתרא דשמואל (ומשמע

התם אף שלא בפניו דאי הוי שמואל קיים לא הי' ר"נ מורה הלכה בפניו כי משמע ששמואל הי' רבו כדאי' במס' כתובת דף י' ע"א אמר ד' נחמן אמר שמואל) ועיין במס' עירובין דף צ"ד ע"א ומס' שבת דף מ"ז ע"א וחולין דף נ"ד ע"ב ויש לומר כיון דרשב"ג הי' נשיא ומורה הוראה לכל ישראל כל המקומות נחשבים למקומו אף שלא הי' דר בקסרי כי מ"ש אתרא לאו דוקא במקומות שהי' דר רק במקומות שקיבלו הוראותיו וכדמוכח בש"ס אבל לדברי ר' חסדא קשה אמאי חשו לדברי ר' אליעזר ולפמ"ש א"ש כיון לדברי ר' חסדא הי' סובר ר' אליעזר כר"ש בן מנסיא היכי דאומדנא דמוכח לכל הוי דברים שבלב דברים וסתם מתני' במס ב"ב דף קמ"ו ע"ב כר"ש בשכ"מ שכתב כל נכסיו לאחרים אם עמד חוזר דאזלינן בתר אומדנא דמוכח ותוס' כתבו במס' ביצה דף ב' ע"ב בד"ה גבי דסתם מתני' הוי רבים וכיון שהי' רבים לגבי רבים חשו לכבודם ג"כ וא"ש ונכון בס"ד:

ו אמנם לקושטא דמילתא אני חוכך מאד בסברת תבואת שור דלא דמי כלל לכלל שכתבו תוס' וסיעתם היכי דמוכח לכל הוי דברים שזהו היכי שאותו הוכחה הי' לנו מיד כשהי' בלבו וכן הוא בכותי למ"ד דסתם מחשבת כותי לע"ז בשעה ששחט הישראל וכותי חשב בלבו הי' מוכח לכל כוונתו משא"כ בישראל ניהו דאמרינן הוכיח כו' מ"מ בשעת שחיטה לא הי' מוכח לכל כוונתו והי' אז דברים שבלב ואדרבא סתם ישראל הוא בחזקת כשרות ואף דהוכיח סופו כו' שמתחילתו הי' מכוין לע"ז מ"מ אותו כוונה לא מוכח דק עכשיו אגלאי מילתא למפרע ועכ"פ באותו זמן לא הי' רק דברים שבלב כי אז לא הי' לנו אותו הוכחה והיינו דנין אז שהי' דברים שבלב וכיון שכבר נתבטל המחשבה שהי' לנו אז אינו חוזר וניעור ע"י דיבורו שאמר אח"כ לזרוק לע"ז שנימא על ידי זה יהי' מוכח למפרע שיהי' כאילו הוציא בשפתיו וכן נראה מכריתי ופליתי סימן ד' ס"ק א' שנראה שמיאן בסברא הלז אף שכתב קצת בקיצור, וא"כ נסתר תי' ב' של תבואת שור וצריכין אנו לומר כתי' הראשון של תב"ש לפוסקים דבעינן דיבור מיירי הברייתא שלא היינו אצל שחיטה ואי אמרינן הוכיח כו' מסתמא בעת שחיטה פירש כן וכנ"ל וא"כ ממילא לק"מ קו' כ"ופ הנ"ל על רבינא היאך מדמי לדברי רשב"ג דהא הכא לא אמר מתחילה וליכא אמתלא דלפמ"ש אמרינן שגם בשעת שחיטה הוציא בשפתיו ובאמת ע"י הוכחה שבסופו מוכח שבתחילה בשעת שחיטה אמר כן כיון שלא הי' השחיטה בפנינו והא דמוכרח רשב"ג לומר הטעם ואמתלא דכי לא אתי לידי' מאי אצווח דהתם ידעינן שלא צווח מתחילה משא"כ הכא וכפי הנראה הפליתי אזיל למיטתו שהבין בס"ק א' אפי' לפוסקים דבעינן דיבור היינו לענין מחשבה לזרוק דם לע"ז אבל לענין שחיטה ששוחט לשם ע"ז נפסל במחשבה ופי' פירוש חדש במה דאמרינן הוכיח סופו כו' שמתחילתו הי' דעתו לשחוט

לע"ז יע"ש והבין כפשוטו שהשחיטה הי' בפנינו ובשעת שחיטה שחט סתם ואח"כ אמר לזרוק לע"ז לכן הקשה שפיר אבל לשיטת תב"ש לק"מ בפשיטות ואולם לפי זה קשה להיפך על רבינא דלמא גם חכמים מודו דאמרינן הוכיח סופו כו' והתם בהכותב כו' כיון דידעינן דשתק מעיקרא ואח"כ צווח אמרינן דחזר ואמתלא דכי לא אתי לידי לא ס"ל אבל היכי שלא ראינו השתנות בתחיה י"ל דמודו דאמרינן הוכיח כו' ועיין בתוס' ד"ה כי ובחי' מוהרם לובלין שפי' שם דאיבעי' במס' ב"מ דף ו' קאי גם לרבנן אולי אמתלא דהתם עדיף ומכ"ש הכא שיש לומר שלא הי' שינוי מעיקרא והוכיח סופו ע"ת שגם מתחילתו אמר כן וא"כ לפ"ז בממ"נ קשה על רבינא אי מיירי ברייתא דשחט ואח"כ חישב כו' שהי' לפנינו בעת השחיטה וסובר דפיסול הוי אפי' בלב דגם פיגול מהני בלב הא בע"כ מה שחשב לזרוק בע"כ אמר כן בעת כנ"ל (או לכ"ופ לכ"ע נפסל השחיטה כשמחשב לשחוט לשם ע"ז אפי' בלב) הו"ל להתיר אפי' לרשב"ג כיון דלא אמר בתחילה בשעת שחיטה כמו שאמר אח"כ ואי מיירי שהשחיטה הי' שלא בפנינו כמ"ש תב"ש קשה ג"כ הא י"ל בכה"ג אפי' חכמים מודו דאסור כיון דלא ראינו בתחילה שינוי מבסופו דהא לא הי' לפנינו י"ל דמודו דאמרינן הוכיח סופו ע"ת:

ז לכן נראה לענ"ד לישב קו' הנ"ל דהכה בחולין דף ל"ט ע"א אי' אתמר השוחט את הבהמה לזרוק דמה לע"ז ולהקטיר חלבה לע"ז ר"י אמר פסולה מחשבין מעבודה לעבודה ויולפינין חוץ מפנים ור"ל אמר מותרת אין מחשבין מעבודה לעבודה ולא ילפינן חוץ מפנים וכתבו בתוס' ד"ה ר"ל דמודה דחייב מיתה כמו במשתחוה להר דהר מותר ועובדו בסייף ואין לתמוה היאך נהרג דלמא מימלך ולא זריק דם לע"ז כדאיתא גבי מסית שאמר אלך ואעבוד דאמרינן דמימלך ולא עביד דהכא ודאי לא מימלך כיון דעביד מעשה ששחט על מנת לזרוק ועוד דהכא אפי ידוע שלא יזרוק חייב דחשיב עובד ע"ז בשחיטה זו ששחט ע"מ לזרוק יע"ש וממילא לתי' השני מכ"ש לר"י דתני' כוותי' דחשיב עע"ז מה ששחטו ע"מ לזרוק אף שידוע ודאי שלא יזרוק דשחיטה גופא ע"מ לזרוק הוי עבודה הפוסלת והנה רש"י ותוס' דייקו בלשונם הקודש ששחט לעצמו ע"מ שיעבוד ע"ז בזריקת דמה כו' משמע להדי' בכה"ג אף שלא זרק אח"כ וגם לא אמר או חשב אחר השחיטה שום מחשבה שרוצה לזרוק זהו גופא הוי עבודה לר"י לפסול השחיטה ולר"ל שיהי' נהרג דהא לא נזכר כלל בדבריהם שיצטרך לחשוב אחר השחיטה או שיאמר שרוצה לזרוק כמו שאין צריך לזרוק ה"ה לענין זה רק מחשבה שחשב בשחיטה ע"מ לזרוק דם לע"ז הוי מחשבה הפוסלת לר"י כיון שעשה מעשה ששחט במחשבה זו והיינו כיון שאמר א"מ לזרוק א"כ גמר בלבו שודאי יעבוד אח"כ לכן מה שגמר בלבו בעת השחיטה הוי

עבודה ואולם יש להסתפק היכי ששחט במחשבה שיחשב אח"כ לזרוק דם לע"ז או שיאמר ותלה התנאי באמירה ובמחשבה שיחשוב אח"כ, והיינו בשעת השחיטה לא גמר עדיין בדעתו לעבוד ע"ז בזריקה שהי' נבוך במחשבה ופוסח על שתי סעיפים ושחט ע"מ שיאמר אח"כ קודם זריקה, אזי נראה כיון שתלה התנאי באמירה ואם באמת לא אמר וחישב אח"כ לא עשה כלל עבודה בשחיטה דדוקא כשגמר בלבו בשחיטה ע"מ לזרוק ולא תלה התנאי באמירה א"כ גמר בלבו לעבוד ע"ז בודאי הוי השחיטה עצמה עבודה אף שלא עשה אחר כך ולא אמר כלל, משא"כ היכי שתולה באמירה שיאמר אח"כ היכי שלא אמר אח"כ לא עשה כלל אבל אם אמר אחר השחיטה או שחשב לזרוק דם לע"ז וגמר אז בדעתו א"כ הי' מקיים מה שהי' אז בשעת שחיטה בלבו שבאם יגמור בדעתו לזרוק שוחט ע"מ כן וכיון דקיי"ל כר' יוחנן שוחט ע"מ לזרוק אף שלא זרק אח"כ כיון שעשה מעשה בשחיטה ששחט במחשבה זו הוי עבודה כי שחיטה גופא הוי עבודה ה"ה כיון ששחט במחשבה ותלה התנאי על מנת שיחשוב אח"כ לזרוק וכשמקיים התנאי וחשב לזרוק ממילא פסולה השחיטה כיון דשחיטה הוי עבודה וא"כ היכי שלא ידעינן שחשב בשעת שחיטה על תנאי זה ואח"כ חשב ע"מ לזרוק והיינו שהוציא בפיו אי אמרינן הוכיח סופו ע"ת י"ל הפי' כך שאותו מחשבה זו הי' בשעת שחיטה שיהי' מחשב אח"כ לע"ז והי' תנאי בלבו וכוונתו בשחיטה הי' לזה שיהי' מחשב אח"כ וקיים באמת התנאי ולפ"ז י"ל ראי' לפוסקים דפיגול הוי בלב וה"ה פיסול חוץ הוי בלב ובאמת מיירי הברייתא שהי' בפנינו בשעת שחיטה ג"כ ולא הוציא בפיו, ואח"כ חישב ע"מ לזרוק והאי מחשבה הוא דיבור ואמרינן שאותו מחשבה הי' לו בשעה ששחט ששוחט ע"מ שיהי' מחשב אח"כ לזרוק והיינו לרשב"ג דאמרינן הוכיח סופו ע"ת אמרינן שאותו מחשב' הי' לו בעת השחיטה שיהי' מחשב אח"כ וא"כ ממילא לק"מ קו' הפליתי מה שהקשה דהכא אפי' רשב"ג מודה כיון דליכא אמתלא למה ששתק מתחילה דז"א דגם הכא איכא אמתלא מחמת שלא גמר אז בלבו לעבוד ע"ז לא רצה לפרסם מעשיו בפני העומדים שהוא רשע מחמת שעדיין נבוך בדעתו ואולם שחט במחשבה זו שבאם יסכים אח"כ בדעתו לעבוד ויאמר כן בשפתיו או יחשוב אח"כ לזרוק לע"ז יהי' השחיטה ג"כ ע"מ לזרוק לע"ז ויהי' השחיטה עבודה כיון שבאופן זה הוי עבודה לע"ז וא"כ שפיר מדמי הש"ס למחלוקת רשב"ג ורבנן לרבנן אף דיש אמתלא על שתיקתו דמעיקרא דסבר כי לא אתי לידי מאי אצווח מ"מ לא אמרינן הוכיח סופו ע"ת כיון ששתק מתחילה חיישינן לשינוי דעת ה"ה אף שיש אמתלא שלא רצה מתחילה להוציא בשפתיו כיון שלא גמר בדעתו בבירור מ"מ לא מהני ואמרינן שנשתנה דעתו, ולרשב"ג דלא חש לשינוי דעת

ואזיל בתר אמתלא דהתם כי לא כו' כדי לומר שעמד בדיעה אחת ה"ה ל"ח לשינוי דעת ואמרינן מחמת אמתלא שלא רצה לפרסם ולומר בפניהם ששחט ע"מ לזרוק כיון שלא הי' גמר בלבו לא רצה להחזיק עצמו לרשע בפניהם ולכן שתק מעיקרא ולא חיישינן לשינוי דעת ולפ"ז ממילא מיושב קו' הנ"ל על רבינא דאמר דתלי' במחלוקת רשב"ג ורבנן דהכא י"ל כ"ע מודו דלא אזלינן בתר חזקה קמייתא כיון דא"א להגביל זמן ראוי לילך בתר חזקה דהשתא אפי' הר"אש החולק בגבינות מודה הכא כנ"ל דז"א דלא דמי להתם דהכא י"ל ניהו דליכא חזקה קמייתא מ"מ מוכח שלא הי' לו אותו מחשבה בשעה ששחט כיון שלא הוציא בשפתיו כמו שהוציא לאחר שחיטה כיון שבארנו שהי' השחיטה ג"כ בפנינו ובכה"ג י"ל דמוכח בחזקת קמייתא ולא דמי לעלמא, לכן אמר לחכמים באמת הבהמה מותרת שמוכח שבע"כ לא הי' לו מחשבה זו בעת ששחט כיון שלא הוציא בשפתיו כמו שהוציא בשפתיו לאחר השחיטה ולרשב"ג כיון שיש אמתלא על מה ששתק מתחילה מחמת שלא גמר בלבו אמרינן הוכיח סופו כו' וממילא אזלינן בתר חוקה דהשתא כין דאי אפשר להגביל זמן לחז"ק ועל מה ששתק מתחילה יש אמתלא כמו התם בהכותב דאיכא אמתלא וה"ה ולק"מ, העולה לפי זה מה דאי' בגמ' לרשב"ג אסורה הבהמה משום הוכיח לאו משום דמדמינן כמו התם דיש הוכחה דהוכיח ה"ה די"ל דהכא איכא חזקה קמייתא וראוי לומר השתא הוא דאיתרע רק בלא"ה ידעינן שחזקה קמייתא לא אלים כל כך וחזקה דהשתא עדיפא כמו בכל מקום היכי שא"א להגביל זמן לחז"ק רק סד"א כאן יש הוכחה מדשתיק מעיקרא שבע"כ הי' ע"ע כשר ע"ז ילפינן מרשב"ג היכי די"ל טעם על שתיקתו מתחילה אמרינן ה"ה יש טעם על שתיקתו דמעיקרא וממילא הכא חזקה דהשתא עדיף והבן ולפ"ז מוכח מסוגי' הלז כשיטת תב"ש וסיעתו בשוחט שיצא טריפת מת"י בפשיעה יש לאסור למפרע כל הבשר משחיטתו ומ"ש הפר"ח ראי' מדלא אי' רק באותו בהמה אינו ראי' כלל די"ל דבאמת כל מה ששחט למפרע נאסור רק קמ"ל רבותא אפילו באותו בהמה הי' רק ספק זבחי מתים דלחכמים מותרת וזהו פשוט ושיטת השפתי כהן וסיעתו צע"ג, ועל כל פנים נתיישב היטב הפשט בסוגין ואין אנו צריכין לחילוק של שו"ת שב יעקב:

פרט ב

יבואר לדברי רשב"ג דסובר הוכיח סופו על תחילתו אי בשחט ואחר כך חישב הוי ספק זבחי מתים או ודאי:

ח בפרט א' הבאתי קו' הפליתי שהקשה היאך מדמי רבינא האי דשחט ואח"כ חישב וכו' לנידון דרשב"ג דהא התם איכא אמתלא והכא ליכא אמתלא על שתיקתו ותי' דהך

אמתלא מחשב לרשב"ג ודאי והכא דליכא אמתלא איכא ספק ואף הכא סובר רשב"ג דהוי ספק זבחי מתים, וכבר כתבתי בפרט א' הנלענ"ד בישוב קו' הפליתי וגם בגוף הדבר אשר חידש דלרשב"ג הוי ספק ז"מ, דלא נראה כן רק כמשמעות לשון הש"ס דלרשב"ג הוי ודאי רק לדידן הוי ספק וכעת נראה לענ"ד להביא ראי' לדברינו דהנה כבר נתבאר דין שנחלקו אחרונים ז"ל אי יכול לפסול כשמחשב בלב והבאתי דברי תב"ש מה שהקשה לשיטתה תוס' ותי' ב' תירוצים ותי' ב' לא מסתבר לענ"ד כמ"ש שם, ואולם תי' הראשון שתי דמיירי שלא היינו אצל שחיטה ואי אמרינן הוכיח כו' אמרינן מסתמא גם בעת השחיטה הוציא כן בשפתיו הוא תי' נכון אך יש לחקור דכיון שלא היינו בשעת שחיטה מאי קמספקא להו לרבנן הא אפשר בשאלה נשאל להשוחט עצמו כיון שבע"כ מיירי ששחט בהמתו דבהמות חבירו אין ישראל יכול לאסור דקיי"ל דלצעורי' קא מכוין כדרי' בחולין דף מ"א ע"א ובש"ע סי' ד' סעי' ד' וכיון שמן הסתם זוכה עתה דשכחה לא שייך בזמן מועט כזה ואם יאמר שכוונתו הי' בעת השחיטה לזרוק לע"ז או ששחט לשם ע"ז בוודאי אדם נאמן ע"ע לאסור בהמתו לכ"ע כי הבעלים נאמנים על שלהם לאסור אכ"ע אפי' באתחזק התירא כמ"ש הר"אש בגיטין דף נ"ד ע"ב דין י"א מכ"ש הכא אף שנגד היתר הנאה איכא חזקת היתר נגד איסור אכילה הי', בחזקת איסור ואי אומר ששחט כדין ג"כ נאמן כמ"ש תוס' במס' גיטין דף ב' ע"ב בד"ה ע"א דלכן נאמן השוחט בשחיטה אע"ג דהוא רק ע"א ואינו נאמן היכי דאיתחזק איסורא כיון דבידו לתקן ושחיטה אע"ג דהשתא אין בידו לתקן מעיקרא הי' בידו לשחוט דאל"כ אמאי מהימן כיון דאיתחזק איסורא יע"ש ומה"ט נאמנים הבעלים על שלהם אפי' נגד חזקת איסור כיון שבידם כדאי' ביבמות דף פ"ח ע"א ומכ"ש לשיטות טו"ז בי"ד סי' קכ"ז ס"ק ו' שנראה שהבין דבעלים נאמנים על שלהם להתיר אע"ג דאיתחזק איסורא ואינו בידו וגם לא הי' בידו מעולם וחולק בזה על הש"ך בס"ק כ"א (אך דברי טו"ז תמוהין מאוד) מיהו לפי כוונה פשיטי' דרשב"ג סובר דהוי ודאי זבחי מתים דאיכא ודאי הוכחה דהוכיח סופו ע"ת א"ש די"ל דאף דבעלים נאמנים על שלהם אפי' נגד חזקת איסור אינו נאמנים נגד הוכחה דהוכחה עדיף מחזקה כדמוכח להמעיין במס' יבמות דף קכ"א ע"ב דעדיף אפי' מרובא מכ"ש נגד חזקה דרובא וחזקה רובא עדיף ושפיר י"ל אף שאומר שלא דיבר בשעת שחיטה אינו נאמן נגד הוכחה אך לשיטת הפליתי דרשב"ג סובר דהוי ספק הוכחה בוודאי הבעלים נאמנים להתיר וקשה כנ"ל, מיהו קו' זו לכאורה קשה אפי' אי נימא דלא כדברי תב"ש שתי' דמיירי חלא היינו אצל שחיטה, רק כפי כוונה פשוטי' שהי' השחיטה לפנינו ואנו דנין על כוונתו בעת השחיטה הא אפשר לשאל אי יאמר שכוונתו הי' לשם ע"ז נאמן

בשלו לאסור אכ"ע ואם יאמר ששחט כהוגן ואינו מומר כלל כמ"ש בתב"ש בסימן ב' ס"ק ל"ב שמה שחשב עכשיו אינו נעשה מומר ג"כ נאמן כי נגד ספק הוכחה הבעלים נאמנים כיון שנאמנים אפילו נגד ודאי חזקה ולפי דברי הפליתי לרשב"ג הוי רק ס' הוכחה אך אחר העיון ירא דבלא"ה לק"מ דהנה בש"ס איתא הלשון שחטה ואח"כ חישב וכן נקיט הרמב"ם בפ"ב מהלכת שחיטה הי"ו ובהר"אש שם ובטור ומחבר בס"ד איתא שחט סתם ואח"כ חישב לזרוק דמה לע"ז הרי זה ספק ז"מ ודייק הב"ח וש"ך בס"ק ב' דוקא סתם אבל היכי ששחט מתחילה בפירוש לשם מצות שחיטה אפי' זרק או הקטיר אחר השחיטה לע"ז לא פסול דלא אמרינן בכה"ג הוכיח כו' וטו"ז בס"ק ג' חולק ע"ז דגם בכה"ג י"ל הוכיח כו' אולי היה דעתו שכך היא המצוה לפי הטעות שלו ואחרונים הסכימו להב"ח ולפ"ז נראה לחדש דין דבע"כ האי דינא דשחט ואח"כ חישב כו' מיירי ששחט בלא ברכה דאם שחט בברכה והברכה הוא אקב"ו על מצות שחיטה הרי אמר בפירוש ששחט לשם מצות שחיטה ולא אמרינן הוכיח כו' ולפי זה יש להוכיח דלא פשיטת אלדד הדני המובא במרדכי בפ' קמא דחולין ובטו"ז סימן י"ט ס"ק א' שכתב היכי דשחט ולא בירך אסורה הבהמה דלדבריו קשה מברייתא הלז דשחט ואח"כ חשיב בממ"נ במה איירי אי לא אמר ברכה אמאי הוי ספק אפי' לענין אכילה הא לאכילה ודאי אסורה משום ששחט בלא ברכה ואי מיירי ששחט בברכה הוי כפירש ששחט לשם מצות שחיטה ובכה"ג לא אמרינן הוכיח כו' ובע"כ צ"ל דסובר האלדד הדני כטו"ז ואולם הטור והמחבר אזלי לשיטתם שכתבו בסימן י"ט דאם שחט ולא בירך שחיטתו כשירה י"ל דברייתא מיירי בשחטה סתם ולא בירך ולפי זה יצא לנו דין מחודש היכי שבירך על השחיטה לא אמרינן הוכיח כו' וקצת קשה למה כתב הב"ח, וסיעתו ששחט מתחילה בפירוש הא בברכה לבד סגי ודוחק לומר שכן הוא כוונתם, וא"כ לפ"ז לולי דברי תב"ש לק"מ קו' הנ"ל כיון דאיירי ששחט בפנינו ושחט בלא ברכה איתרע חזקתו וי"ל בכה"ג אין נאמן אף הבעלים דיש בזה הוכחה כיון שלא בירך שהיה מחשב ואיתרע נאמנות שלו אבל לתב"ש דמיירי ששחט שלא בפנינו ואין אנו יודעים כלל הדק"ל הא אפשר בשאלה לשאול אח פיו ודוחק לוקמי בגוונא רחוקה ששכח בזמן מועט מה שהי' בדעתו ואין לומר דהכא כיון שאנו דנין על השוחט עצמו אינו נאמן להעיד על עצמו דהא נ"מ אם השחיטה אסורה יהי' אסור לאכול אח"כ משחיטתו, ז"א הא איתא בש"ע סימן א' סעי' י"ג טבח שהעיד עליו עד אחד ששחט שלא כהוגן והוא מכחישו עד אחד בהכחשה לאו כלום הוא הרי אף נגד עצמו נאמן אף לפי דברי העד אם הי' מאמינים לו אפי' בפעם אחת נפסל כמ"ש הש"ך בי"ד סי' ב' ס"ק י"א וספק הוכחה לא עדיף מע"א המכחישו

ואם ע"א אמר שהי' מומר אינו נאמן (ועיין ש"ות מוהרי"ט צהלון סי' י"ז שנסתפק אי אומדנא דמוכח עדיף מע"א או ע"א עדיף ומכאן מוכח והבן) ולכאורה י"ל דמיירי מאומר שחשב בשעת השחיט' ורוצה לאסור הבהמה אכ"ע ואף דחזר אח"כ לא נאסר רק על עצמו מטעם שוי' נפשי' חתיכה דאסורה שא"י לחזור בלי אמתלא אבל נגד כ"מ אי לא אמרינן הוכיח סופו ע"ת אינו נאמן אפי' כשעומד בדיבורו דאמרינן לי' לדבריך עכ"ם אתה דהוי מומר לע"א ואין עדות לעכ"ם וכדאי' במס' יבמות דף מ"ז ע"א בא' שבא לפני ר"י ואמר נתגיירתי ביני לבין עצמי שנאמן לפסול את עצמו ואין נאמן לפסול הבנים וקאמר ר"נ ב"י הטעם דאמרינן ליה לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי וכיוצא בזה כתב בתשו' רמ"א סי' ס"ו הובא בטורי זהב י"ד סי' קכ"ז ס"ק ז' אבל ז"א דבכה"ג בבהמה שלו להפסיד את עצמו אפי' עכו"ם נאמן כדאי' במס' יבמות דף קכ"ב ע"א והובא בר"אש בפ' אלו מגלחין סי' ל"ב בנכרי שהי' מוכר פירות ואמר של ערלה הן סובר רשב"ג דאינו נאמן דלא נתכוין אלא להשביח מקחו ורבי סובר דנאמן להחמיר אבל לא להקל ומבואר בש"ך י"ד סי' קכ"ז ס"ק כ"א דקיי"ל כה כר' מחבירו כיון שהוא בידו לאסרו ומשמע להדיא מסוף דברי הש"ך דמיירי אפי' במתכוין להעיד נאמן בשל עצמו ועיין בי"ד סי' ט"ז ש"ך ס"ק כ"ג וא"כ הכא כיון שהבהמה שלו כשרוצה להפסיד ממונו נאמן במגו אפי' אם הוא נכרי אע"כ מוכח כפי הבנה פשוטי שרשב"ג סובר דהוי ודאי זבחי מתים דאיכא ודאי הוכחה ולרשב"ג אפי' כשטוען שלא כיון א"נ נגד הוכחה ודלא כהבנת הפליתי ולדידן דהוא ספק אולי הלכה כרשב"ג אפילו שטוען שלא כיון אינו נאמן דאולי הלכה כרשב"ג דסובר שאינו נאמן דחשו לכבודו כן נלע"ד בדרך פלפול:

פרט ג

יבואר היכי דשחט כפירוש לשם מצות שחיטה ואח"כ חישב לזרוק דם לע"ז אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו:

ט בברייתא איתא שחטה ואח"כ חישב עליה כו' וכן נקיט הרמב"ם ור"אש וטור ומחבר סימן ד' כתבו שחט סתם כו' ודייק הב"ח וש"ך היכי ששחט מתחילה בפירוש לשם מצות שחיטה אפי' זרק או הקטיר אחר השחיטה לע"ז לא פסול ולא אמרינן בכה"ג הוכיח וכו' וטו"ז בס"ק ב' חולק ע"ז די"ל הוכיח כו' אולי דעתו היה שכן הוא המצוה לפי הטעות שלו יע"ש וראיתי בספר כ"ופ שם ס"ק א' שכתב שלא הבין כוונת הטור וסיעתו דמה בכך מ"מ הוא חשב לזרוק א"כ חזינן דעתו הי' שלא לשחוט לע"ז רק לזרוק הי' אז דעתו והוכיח סופו ע"ת וא"כ מה יועיל ששחט בפירוש לשם שחיטה לבטל מחשבת סופו כך הי' מחשבתו בתחילה ולכן העלה לפוסקים דפיגול הוא בלבו ה"ה בחוץ דילפינן

חוץ מבפנים יש לפקפק על דין הנ"ל מה בכך דשחיט לשם מצות שחיטה דלמא הי' אז מחשבתו על זריקה יע"ש ולענ"ד לק"מ דהנה המעיין בכריתי ופליתי ובת"ש יראה שנחלקו בדין דעת תב"ש לפוסקים דפגול ל"מ בלב ה"ה פיסול חוץ ל"מ בלב אפי' כששחט ומחשב לשם ע"ז לא מהני בלב אבל בפליתי ס"ק א' כתב בפשיטות אף לתוס' דפיגול לא הוי במחשבה ומיני' לחוץ הני מילי במחשב בשחיטה לזרוק דם לע"ז ע"ז צריך דיבור דהא דמחשבין מעבודה לעבודה ילפינן חוץ מפנים וכמו התם צריך דיבור כן בחוץ וה"מ במחשב מעבודה לעבודה אבל השוחט וחושב בעת השחיטה ששוחט בהמה לע"ז זהו עיקר השחיטה לע"ז בזה לכ"ע אין צריך דיבור דהא היא היא דעושה מעשה גמור וזה לא ילפינן חוץ מפנים כלל ואין צריך דיבור דהא היא עיקר עבודה לע"ז יע"ש שכתב כן לפשיטות וברור בעיניו ומה שהקשה תב"ש מאי קו' הא קדשים אינם פוסלים כ"א בדיבור לק"מ היינו משום דעיקר פיגול הוא מעבודה לעבודה ובכה"ג גם בחוץ בעינן דיבור מיהו קשה לפי זה דמשמע להדיא בש"ס דף ל"ט ע"א בקו' הש"ס לר"ל דקו' הוא מפסולי מחשבה כמ"ש רש"י בד"ה פנים דקתני מחשבה פוסלת בקדשים ולא קתני מפגלת כו' יע"ש ומחשבה הפוסלת בקדשים הוא באותו עבודה דלא פליגי ר"י ור"ל רק אי מחשבין מעבודה לעבודה ומשמע להדיא לפוסקים דפיגול לא מהני במחשבה ה"ה כל מחשבה הפוסלת בקדשים לא מהני במחשבה כמבואר להמעיין במשנה למלך בפ"ד מהלכו' פסולי מוקדשין וא"כ בזה קמה ראי' התב"ש ומאי קו' הוא הא התם אפי' באותו עבודה בעי דיבור והכא באותו עבודה נפסל במחשבה ועוד יט לעיין לדברי הפליתי הא הטעם לפוסקים דבעינן בפיגול דיבור כמ"ש בפרט א' משום דדברים שבלב לא הוי דברים היכי דלא מוכח לכל וא"כ ה"ה כששחט בהמה וחשב בשעת שחיטה לע"ז אמאי פסולה הא הוי דברים שבלב כיון דסתם ישראל הוא בחזקת כשרות ולא מוכח לכל כוונתו וכיון דבכל התורה קיי"ל דברים שבלב לא הוי דברים (חוץ מקצת דברים המפורשים) מנלן דכאן הוי דברים דלמא היינו דווקא היכי שאמר בפירוש (ועיין בת"ש שכתב דנראה מרש"י בע"ז דף ל"ד ע"ב ד"ה תרמינך דבמחשבה בעלמא תפסל אף שרש"י כתב במס' מנחות דף ג' דמחשבה הפוסלת בקדשים היינו שהוציא בשפתיו וצ"ע):

ולולי דבריהם נראה לומר דהנה רשב"א בחידושיו לקידושין דף נ' ע"א כתב דכי אמרינן דברים שבלב אינו דברים היינו שאינם דברים לבטל מה שאומר בפיו כהאי דזבין והי' בלבו למיסק לירושלים וכאומר סבור הייתי שהיא כהנת וכן כולם אבל כל שדברים שבלבו אינם מבטלין מעשיו אלא מקיימין כנזיר שאמר כל בלבי הי' כזה שהי' עובר

או מחשב בתרומה שאין דברים שבלב מבטלין שום דברי' הוי דבר שבלב דברים ואין זה בכלל דברי רבא יע"ש שהוכיח בראיות, וא"כ נראה בקרבן לענין פיגול וכן בחוץ כששוחט ומחשבתו לע"ז כיון שאין דברים שבלבו סותרין לדיבורו החיצון הוי דברים מיהו לענין פיגול יש לחלק לפי מאי דאי' במס' זבחים דף מ"ו ע"ב לשם ששה דברים הזבח נזבח לשם השם לשם זבח לשם זובח כו' אמר ר' יוסי אף מי שלא היה בלבו לשם אחד מאלו כשר מפני שהו' תנאי ב"ד ומפורש בש"ס זבחים דף ג' ע"ב טעמו לכן תיקנו שישחוט סתם דלא לימא לשמו דלמא אתי למימר שלא לשמו ועיין ברמב"ם בפרק ד מהלכו מע"ק הלכה י' וי"א שספק שצריך שיהי' מחשבתו בשעת שחיטת העולה לשם ששה דברים והנה המשנה למלך בפ' שלשה עשר מהלכות מע"ק כתב שדעת הרמב"ם ששלש מחשבות הפוסלת בקדשים הוי אפי' בלב וא"כ י"ל ה"ה מחשבות הצריכים בקדשים לכתחילה (כי בדעבד אפי' בסתם כשר כדאי' בזבחים דף ב' וברמב"ם פ"ד) סגי במחשבה ומה דאמר ר' יוסי לא לימא היינו במחשבה ועיין תוס' זבחים דף ב' ע"ב ד"ה קיימי אבל לתוס' וסיעתם דפיגול הוי בפה ה"ה מחשבות המכשירים בקדשים בעינן לכתחיל' בפה ובע"כ צריך לומר מה שאמר ר"י אף מי שלא הי' בלבו לאו דוקא וכיוצא בזה כתבו הפוסקים הובא בר"ן בפסחים דף ל"א עמוד ב' גבי מבטלו בלבו וכן הוא בכמה דוכתי ואם כן נראה לומר היכי שהוציא בשפתיו מחשבות המכשירים שזובח לשם הזבח ולשם השם ובודאי רצון השם שלא לפגלו והוי כדבור להדיא בכה"ג לא הוי פיגול בלב כי הדיבור הפנימי סותר לדיבור החיצון אבל אם שחט סתם שכשר הקרבן כי מחשבות המכשירים ל"ב רק לכתחילה בכה"ג הוי דברים שבלב בדברים הפוסלים דברים מיהו נראה גם במחשבות המכשירים לכתחילה ג"כ סגי בלב דהא אינו סותר לדיבור החיצון לכן כשר בלב אך יצא לנו מתוך דברינו חילוק חדש היכי שאומר להדיא משוחט לשם מצוה דהיינו לשם ה' ואחר כך אמר שפיגול בלב לא הוי דברים ואם שחט סתם ומפגל בלב הוי פיגול בלב דברים ויש להאריך בזה הרבה ואין כאן מקומו ולפ"ז נראה לענין פיסול חוץ כיון שמחשבתו שבלב אינו סותר לדיבור החיצון הוי דברים ובזה מיושב קו' הפליתי דשפיר כתבו הטור וסיעתו היכי ששחט בפירוש לשם מצות שחיטה לכ"ע לא מהני דברים שבלב אף אם הי' דעתו כן מ"מ כיון שדיבור החיצון סותר כיון שאומר בפירוש ששוחט לשם למצות שחיטה ועיין בת"ש סימן ד' ס"ג שביאר שאמר לשם מצוה שצוונו אלהי ישראל בתורתו ולא לשום דבר אחר או אומר ששוחט לצרכו ולא לשם כוונה כלל באופן שאין לפרש דיבורו לע"ז יע"ש כן בכה"ג אף אם הי' בלבו לזרוק לע"ז לא מהני דברים בלבו לסתור דברים שבפיו כיון שבפי' דיבר ששחט לשם

שמים לגמרי ולא לזרוק לע"ז ואף לפוסקים דפיגול הוי בלב וה"ה בפיסול חוץ היינו היכי שאינו סותר לדיבור החיצון וא"ש ולק"מ:

י אמנם לכאורה סברת רשב"א הנ"ל במחלוקת קמאי זלה"ה נישנית דבמס' פסחים דף ל"א ע"ב איתא חמץ שנפלה עליו מפולת הרי הוא כמבוער אמר ר"ח וצריך שיבטל בלבו וכת' הר"ן שם וז"ל ואיכא מאן דפריש דלבו ל"ד אלא לומר שאין צריך להשמיע לאזניו אבל צריך שיוציא בשפתיו דדברים שבלב אינם דברים יע"ש ועיין בר"ן פסחים דף ב' ע"א ובב"י א"ח סימן תל"א ובכמה דוכתי נתבאר שהוא מחלוקת בזה אי מהני ביטול חמץ בלב הרי אף שדברי' שבלב אינם סותרים למעשה ולדיבור החיצון לא הוי דברים ואולי אפשר לומר כוונת רשב"א דעכ"פ בעינן שיעשה מעשה ובתרומה אף בשעה שחשב לא עשה כלום מ"מ אח"כ תורם תרומה על מחשבתו ובנזיר עושה אחר כך הנזירות על מחשבתו וכן בנדרים נדר בפיו ומחשבה שבלב מבאר הדיבור החיצון דבכל הני דחשיב רשב"א שם דמועיל דברים שבלב הוי מחשבה רק פירוש על דיבור החיצון אבל היכי שהוא רק מחשבה לבד לא יועיל מחשבה שיחול ולא הוי דברים והמעיין יראה שהוא חילוק נכון ומדוייק בלשון רשב"א זלה"ה אמנם קשה לי ע"ז דהא חזינן במס' קידושין דף נ' ע"א חקר בש"ס למצוא ראי' דלא הוי דברים אלמא מצד הסברא אין לומר כן ועיקר הראי' הוא מאומר לשלוחו הבא לי מן החלון אע"פ שאמר בעל הבית לא הי' בלבי אלא על זה כיון שהביא לו מזה בע"ה מעיל משום דדברים שבלב לאו דברים ובע"כ לשיטת רשב"א מחשבתו סותרת לדיבורו דאל"כ הוי דברים שבלב דברים כמו שמביא ראי' כנ"ל והיינו ע"כ כיון שאמר סתם הביא לי מן החלון ולא ביאר מאיזה כיס דיבורו היה על איזה שירצה וכן כתב להדיא בש"ות הריב"ש סימן קצ"ה באורך וא"כ מנלן לפוסקים הנ"ל לומר דדברים שבלב גרידא היכי דליכא דיבור כלל לא הוי דברים דלמא דוקא היכי דסותר הדיבור החיצון לא הוי דברים כי על זה יש לנו ראי' ממעילה והיכי דלא סותר נשאר על סברא חיצונה דהוי דברים וקשה על הפוסקים דל"מ ביטול חמץ בלב וצ"ע ואין כאן מקומו ויבואר בע"ה בכלל דברים שבלב בחלק ב' ולא באתי רק לישב שיטות הטור בסימן ד' להסיר תלונות הפליתי כי לענ"ד נכון בפשיטות:

פרט ד

יבואר אי אמרי' מגו נגד הוכחה דהוכיח סופו על תחילתו:

יא בספר כ"ופ סימן ד' ס"ק ב' כתב שיש להסתפק אם אין עדים שחשיב לזריקה רק הוא אומר שחשב כן והוא אומר שלא חשב כן בשעת שחיטה אם נאמן במגו דלא חשבתי כללו או נימא כיון דהוכיח סופו על תחילתו הוי כמגו במקום חזקה והניח בצ"ע:

ולכאורה יש להוכיח דלא מהני מגו דהנה ר' שיזבי אמר דלא אמרו היתר משום כבודו דרשב"ג בגיטין דאמר הוכיח כו' שאם מעצמו נפל ה"ז גט והקשה הרשב"א ור"ן בחידושם א"כ אמאי לא אמרו איסור דהא ליכא מאן דפליג על רשב"ג ותי' משום כבוד עצמן דלא נ"ל לדמות להתם דשאני הכא דישראל בדיל מע"ז ואע"ג דשמענא דחשיב השתא הוכיח כו' לא אמרינן דלמא יצר אלבישה השתא א"נ איכא למימר ה"ה דהוי מצי לאקשויי אי הכי אמאי לא אמרו איסורא אלא דלא חש לאקשוי יע"ש והרואה יראה כמה טרחו רבותינו הקדושים ליישב הסוגי' שלא יהיה מוקשה ולכאורה יש ליישב הסוגי' על נכון די"ל ר' שיזבי הי' מדייק לשון הברייתא דאיתא שחט ואח"כ חישב וסתם חישב היינו בלב ואף שמצינו פירושו בפה מ"מ מן הסתם מורה שהי' בלב וא"כ אי אפשר לידע כוונתו רק שהוא בעצמו אמר כן שחשב לזרוק דלפמ"ש ב"י דעת רוב פוסקי' שחשב לזרוק ולא זרק וא"כ יש להבין כיון דבע"כ מיירי בבהמתו דאין יכול לאסור בבהמות חבירו כדאי' בדף מ"ח ובסימן ד' ואם אמר שחשב מעיקרא פשיטא שבעלים נאמנים על שלהם לאסור אכ"ע אפי' לדבריו שהוא נכרי כי עע"ז דינם כעכ"ום כמ"ם בפרט ב' (ודוחק לומר ששכח מה הי' כוונתו כיון דהוא בזמן מועט), ובע"כ צ"ל דמיירי שבאמת אמר שלא חישב בשעת שחיטה רק בשעת זריקה ומ"מ אינו נאמן כיון דכ"ע סוברים דאמרינן הוכיח סופו ע"ת וכמו דלא אמרינן מגו במקום חזקה ה"ה מגו במקום הוכחה וכבר בארנו בפרט א' אף דאמרינן הוכיח סופו ע"ת מ"מ לא אמרינן שמחשבה שהי' בשעת שחיטה הוי כדיבור ומכ"ש דלא שייך לומר הוכיח ממחשבה דסופו ע"ת בשעת שחיטה שהי' דיבור כי ע"ז לא מוכח וכמ"ש בס' פליתי ס"ק א' רק שמחשבה שבסופו מוכח שבתחילתו הי' ג"כ מחשבה כמו עכשיו וא"כ הכא כיון שבאמת שחט בפנינו ולא אמר כלל ואח"כ אמר שהי' לו מחשבה בפנינו לאחר שחיטה לזרוק ולא חישב בשעת שחיטה ושואל הדין אם הבהמה מותרת אף שמוכח ממחשבה שבסוף לפי דבריו שבתחילה הי' ג"כ מחשבה מ"מ אי בעינן שיוציא בשפתיו כמו בפיגול לא מהני ומעתה י"ל דר' שיזבי פי' שהי' מסופקים אי בקרבן הוי פיגול בלב וכיון דילפינן חוץ מבפנים ואמרינן הוכיח סופו ע"ת כמו שחשב עכשיו כן חישב בשעת השחיטה ופסולה השחיטה או דפיגול בעינן בפה וילפינן חוץ מבפנים וכשירה השחיטה ולכן לא אמרו איסור אף דכ"ע סוברים כרשב"ג ואין לומר לדברינו למה נסתפקו בשחט ואח"כ חישב הו"ל להסתפק בשחט גופא היכי ששחט במחשבה לע"ז אי הוי מחשבה ונאסרה מלבד די"ל דמעשה שהי' כך הי' אף גם י"ל בודאי אם בא לפנינו ואמר ששחט במחשבה זו הוי ג"כ ספק רק קמ"ל רבותא אף בשחט סתם ואח"כ חשב דבע"כ אי אפשר לצייר כי אם כשהי' אומר

שלא חשב מעיקרא וסד"א שיהי' נאמן במגו קמ"ל דלא אמרינן מגו נגד הוכחה והוי ספק זבחי מתים מכח ספק הנ"ל כיון שמוכח מסופו שבתחילתו היה כן בלבו והוי ספק אי נפסל בלב וא"ש ולק"מ קו' הרשב"א ור"ן:

יב אמנם נראה להוכיח דנאמן במגו דהא הוכחה לא עדיף מעדים או אנן סהדי ואנן קיי"ל אף דלא אמרינן מגו במקום עדים או במקום אנן סהדי מ"מ אמרינן מגו בעיקר עדים ואנן סהדי היכי שאנן סהדי בא מפיו ושייך לומר הפה שאסר הוא הפה שהתיר וה"ה כיון דהוכחה בא מפיו והוי מגו בעיקר הוכחה כי אילו רצה לא הי' שום הוכחה לפנינו ובכה"ג אף דהוי כחזקה וכעדים מ"מ מגו בעיקר חזקה ובעיקר עדים אמרינן וראי' לזה מהא דאיתא בש"ע ח"מ סימן ע"א סעיף א' שכתב הרמ"א היכי שנתן לוה למלוה נאמנות (שאז נוטל המלוה בלא שבועה אפי' מלוה בע"פ) דווקא שיש עדים שהאמינו עליו אבל ליכא עדים והלוה אמר שהאמינו ופרעו נאמן במגו דלא נתן לו נאמנות והקשו הסמ"ע ס"ק ה' וש"ך בס"ק ד' ממ"ש אח"כ רמ"א שאם נתן לו נאמנות ויש ללוה מגו שהיה יכול לפטור א"ע בטענות אחרו' אינו נאמן במגו נגד נאמנות ותי' דברישא הוי מגו בעיקר נאמנות דאי בעי הוי אמר לא האמנתי אבל הכא מיירי דיש עדים שהאמינהו ולא יכול לכפור הנאמנות אלא דאי בעי יכול לפטור עצמו בטענה אחרת וכן הסכים מוהרי"ט סי' ע' ודלא כתי' ב' יע"ש ומבואר בש"ך ס"ק א' היכי שהאמינו הוי כאנן סהדי דלא פרע והוי מגו במקום עדים ואפ"ה היכא שנאמנות בא מפיו ויש לו מגו בעיקר עדים דאנן סהדי בא רק מפיו ולא דמי לעובדא דנהר פקוד במס' ב"מ דף פ"א ע"ב בהאי גברא דאוגיר חמרא לחברי' וא"ל לא תלך באורחי דנהר פקוד דאיכא מיא רק באורחא דנרש אזיל באורחא דנהר פקוד ומית חמרא אמר אין באורחא דנהר פקוד אזיל וליכא מיא דקיי"ל דא"נ במגו דהוי אמר באורחא דנרש הלך דהוי במקום עדים משום דאף אם הי' טוען שהלך באורחא דנרש לא הי' יכול להכחיש העדים או האנן סהדי שיש מיא בנהר פקוד דק שהי' יכול לפטור עצמו בטענה אחרת דהא יש עדים לפנינו דאיכא מיא וכיון דבין לטענת שטוען עכשיו ובין לטענת המגו איכא עדים לפנינו הוי מגו במקום עדים, משא"כ בנאמנות אם הי' טוען המגו לא הי' בנידון זה שאנו דנין עכשיו אנן סהדי ואף שאיכא אנן סהדי מי שנותן נאמנות אינו פורע בינו לבין עצמו מ"מ בנידון שלפנינו לא הי' אנן סהדי כי היה טוען שלא האמינו וה"ה אף דבעלמא היכי שחשב ואמר בפני עדים בשעת זריקה אמרינן הוכיח כו' מ"מ היכי דליכא עדים והוכחה בא מפיו נאמן במגו בעיקר הוכחה כמו דאמרינן מגו בעיקר אנן סהדי וכל כה"ג לא שייך לומר אסורא מממונא לא ילפינן דדיני מגו ועניינים אלו שייך באיסורא כמו בממונא:

ודע דלכאורה נראה לרש"י פליגי תנאים בזה אי אמרינן מגו בעיקר עדים דבמס' כתובו' דף י"ט ע"ב פליגי ר"מ וחכמים ר"מ סובר מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו וחכמים סוברים צריך לקיימו ופירש"י הטעם לר"מ דלא אמרינן בהאי הפה שאסר הוא הפה שהתיר דמכיון שאומר כשר הי' הרי הוחזק בשטר וכי אמר פרעתי לא מהימן שהרי ביד המלוה הוא ע"ש ומשמע מטעם דאי פרעי' שטרא בידי מה בעי (ועיין תוס' ד"ה מודה שכתבו טעמים אחרים ועיין בש"מ שם) וא"כ לרש"י נראה כיון שכתב הרשב"ם במס' ב"ב דף ע' דהך חזקה דשטרך בידי מה בעי הוי כעדים והכא הוי מגו בעיקר עדים דאי היה טוען מזויף לא הי' לפנינו עדים ובע"כ ר"מ סובר דלא אמרינן מגו בעיקר עדים וחכמים סוברים דאמרינן מגו בעיקר עדים ומיהו אנן קיי"ל בח"מ סימן מ"ו סעיף א' וב' כחכמים וא"כ דין הנ"ל נפשוט אפי' לרש"י לדידן אמרינן מגו בעיקר הוכחה, ואין להקשות לפי דברינו הנ"ל הו"ל לש"ס לומר הטעם דלא אמרו איסור והיתר דמיירי שחשב בלב ולפוסקים דפיגול בפנים הוי מחשבה וה"ה בחוץ ץ ובע"כ מיירי שהוא בעצמו אומר שחשב שלאחר זמן בא לפנינו ואמר כן כי מי יוכל לידע מחשבתו ואמר שכן היה שמחשב בסוף אבל לא חישב בתחילה, וכ"ע כרשב"ג דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו רק דנחלקו במחלוקת אי אמרינן מגו בעיקר הוכח' כעין שנחלקו ר"מ וחכמים אי אמרינן מגו בעיקר עדים ולא אמרו משום כבודם, איסור והיתר ז"א כיון דלפי זה בע"כ צריך לומר לכ"ע אמרינן הוכיח סופו ע"ת והי' מוכרח להביא דברי רשב"ג ורבנן מוטב לפרש כפשוטו דנחלקו במחלוקת רשב"ג ורבנן ולא אמרו משום כבודם ועוד יש לדחות בכמה אנפין, ואם כן נפשוט הספק שנסתפק הפליתי:

יג אמנם לכאורה בהאי כללא שכייל לן הש"ך דלא אמרינן מגו בעיקר אנן סהדי סותר א"ע מכמה דוכתי א) בסי' פ"א בש"ך ס"ק ח' במעשה שהובא במרדכי באשה שצותה לבנה קודם מותה שיתן מנכסיה שבעה זקוקים לקרובים והבן שתק ואחר מותה טען שלא נשבעת על כתובתה ומה ששתק הי' שלא להכעיסה והשיב דשתיקה בשעת מיתה הוי הודא' אף דליכא עדים בצוואה רק שהבן בעצמו מודה שכן היה וא"נ במגו דהוי מגו במקום אנן סהדי דשתיקתו הוי ודאי הודאה וכיון דודאי הודה לית ליה מגו ואף דיש לו מגו בעיקר אנן סהדי דהא האנן סהדי בא מפיו:

ב) שם בסימן פ"א בסעי' ו' כתב מחבר בשם בעל העיטור במתעסק בשל חבירו ונתן לו ריוח כל שנה ובסוף טען שלא הי' ריוח ורוצה לחשוב מה שנתן בשביל קרן דאי נתן רווחא באפי' סהדא או שמודה לו שנתן לי' בשם רווחא אין יכול לחשוב על הקרן והקשה הסמ"ע בס"ק ס"ב שיהיה נאמן במגו דאי בעי אמר לא אמרת לך אלא לשם קרן

ותי' דהוי מגו דהעזה וש"ך בס"ק ע"ו השיג ע"ז דאמרינן מגו דהעזה לאפטורי מממון ותי' דהוי מגו במקום עדי' דאנן סהדי דודאי הי' ריוח כיון דעשה מעשה נתינה לשם ריוח אין לאחר מעשה כלום יע"ש אף דהוי מגו בעיקר אנן סהדי דאם היה אומר שלא היה נותן לשם ריוח לא היה עדי' ואנן סהדי בנידון הלז:

ג) בסי' פ"א הנ"ל ש"ך ס"ק ס"ח חולק על רשב"ם שפסק באחד שנשבע לשלם לחבירו ואח"כ אמר עיינתי בחשבוני וטעיתי שנאמן אם לא הי' השבועה בעדים והש"ך השיג ופוסק דאינו נאמן במגו דודאי אין אדם נשבע אלא א"כ יודע בירור הדבר ובע"כ כוונתו דהוי כמגו במקום אנן סהדי אף דהוי מגו בעיקר אנן סהדי דאם הי' אומר שלא הי' נשבע לא הי' עדים בנידון זה שאנו דנין עכשיו וגם בסמ"ע סי' ע"א משמע דלית לי' כלל זה וגם מצד הסברא יש לעיין דמה בכך דיש לו מגו בעיקר עדים סוף סוף עכשיו שיש עדים לפי דבריו איכא הוכחה שמשקר אף דאם היה טוען בטענת המגו לא הי' עדים בדבר והי' נאמן הא גם במגו במקום עדים אם היה טוען בטענת המגו אף שהעדים הם לפנינו לא היה מועילים כלל וכאילו לא הי' לפנינו וא"כ מה לי אם העדים הי' לפנינו אם הי' טוען במגו ולא הועילו בעדותן או אם לא הי' עדים בדבר כשהי' טוען כמגו סוף סוף לא היה נאמנים וכיון דלא אמרינן מגו במ"ע כיון דטענה שטוען עכשיו מוכחש מעדים ה"ה מגו בעיקר עדיה והאמת שיש לישב קו' הנ"ל על הש"ך ואולם דבר זה צריך ביאור רחב ואין כאן מקומו וקנה מקומו בכללי מגו לכן קצרתי, ועכ"פ נראה הספק של הפליתי תלי' בזה אי אמרינן מגו בעיקר עדים וכ"ז פשוט:

(הג"ה** ומדי עיוני בח"מ סימן ע"א קשה לי על מ"ש הש"ך בס"ק ד' היכי שיש עדים על נאמנות אף שיש לו מגו אינו נאמן כגון שהאמינו נאמנות סתם כשילוונו יהי' נאמן עליו אע"פ שיש לו מגו דלהד"ם ויוכל לומר האמנתיך כשתלווני אבל לא הלותני מ"מ כיון שיש עדים על נאמנות סתם והוא מודה שלוה אלא שאמר שפרעו חייב לשלם יע"ש:

מאי שכא מהא דאי' במס' ב"ב דף ע' במפקיד אצל חבירו בשטר דיכול לפטור א"ע בהחזרתיו במגו נאנסו דלא הוי מגו במ"ע אף דחזקה שטרך בידי מה בעי הוי כאן סהדי דיכול לומר סמכתי על המגו וע"ש ברשב"ם ה"ה אמאי אינו יכול לומר סמכתי על המגו אף שאיכא אנן סהדי שאינו פורע כיון שהאמינו מ"מ יכול לומר צא חששתי בכך כי סמכתי על המגו שיש לי לטעון להד"ם ואולי התם י"ל כיון דנאנסו אין חבירו מכיר בשקרו יכול לומר סמכתי על המגו משא"כ בלהד"ם לא הוי לי' לסמוך ע"ז וצריך עיון ועוד צ"ע שם במס' ב"ב דף ע' היאך יכול לומר שסמך על טענת נאנסו כיון שיצטרך

לישבע וכי חשוד לישבע בשק' כיון דהוי מצי ליזהר בי' וליקח שטרא או להחזיר בעדים וכיו"ב ויש לעיין בזה הדבר ואין כאן מקומו:)**

פרט ה

יבואר ביאור הסוגי' ואי דינא דהוכיח סופו ע"ת מישך שייך בכלל אי יש ברירה אי אין ברירה בדאורייתא:

יד יש לחקור בהא דשקיל וטרי הש"ס בשוחט ואח"כ חישב שלא אמרו איסור והיתר מאיזה טעם קשה דהוי מצי לומר טעם אחר דהמעיין במס' גיטין דף כ"ה ע"ב יראה היכי שאנו רואין באדם שאמר איזה דבר ורוצה בכך ויש לנו ספק אם הי' רצונו לזה מתחילתו שייך למחלוקת אי אמרינן יש ברירה הוברר הדבר למפרע שאותו דעת שיש לו עכשיו הי' לו מתחילתו ואי אמרינן אין ברירה לא אמרינן הוברר הדבר למפרע שאותו רצון שיש לו עכשיו הי' לו מתחילתו דאי' שם בהא דתני' בברייתא הריני בועלך ע"מ שירצה אבא אמר ר"ש בן יהודא משום ר"ש רצה האב מקודשת לא רצה האב אינו מקודשת פי' רש"י בד"ה לא רצה דלא בעל אלא על תנאי ולא נתקיים וכי רצה מיהו מקודשת ואע"ג דמשעת בעילה ספק רוצה ספק אינו רוצה אמרינן הוברר דמשעת בעילה הוי קידושין ע"ש ועיין בתוס' ד"ה ולכן ובהר"ן כתב בשם הרמב"ן שהוא דבר המסור ללב וכל כה"ג למאן דאמר אין ברירה אפי' במתנה על דבר אחד לא מהני דלא אמרינן הוברר הדבר שרצה משעה ראשונה וכי קיי"ל כסתם מתני' דתנן הרי את מקודשת לי ע"מ שירצה אבא אליבא דר' יוסף הוא דקיי"ל הכי דאמר התם במס' קידושין דף ס"ג דע"מ שלא ימחה הוא ובספר פני יהושע ביאר הדבר ביותר בכוונת הרמב"ן שר"ל כיון שענין הרצון באדם עשוי' להשתנות בכל שעה וא"כ אפשר שבשעת קידושין לא הי' מתרצה אע"כ דאמרינן הוברר הדבר דמעיקרא נמי הי' רוצה למ"ד יש ברירה וא"כ ה"ה דאנו מסופקים אם אותו רצון שיש לו עכשיו שחשב לזרוק לע"ז הי' לו ג"כ מקודם לכן בשעת שחיטה תלי' בברירה למ"ד יש ברירה הוברר הדבר למפרע שאותו מחשבה הי' לו גם בשעת שחיטה, למ"ד אין ברירה לא אמרינן הוברר הדבר למפרע אולי נשתנה דעתו ולפי מאי דאיתא במס' בכורות דף מ"ח ע"א דתנאים מספקים אי יש ברירה אי אין ברירה הו"ל להש"ס לומר לכן לא אמרו איסור והיתר דמספקא להו כמו שאר תנאים ומצד ספק אסרו כדין ספיקא דאורייתא (ודוחק לומר דוקא היכי שענין ברירה נוגע למעשה כמו התם שהקידושין יהי' חלין וכיו"ב הוא רוב ברירות מלבד דהוא דוחק אף גם הכא אנו דנין אם מעשה השחיטה נעשה בהכשר או לא):

אמנם במס' קידושין דף ס"ג ע"א איתא במתני' ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודשת ואם לאו אינו מקודשת וכן פסקו כל הפוסקים והקשה בספר פ"י במאי דמשמע להדי' מדבריהם אם רצה האב מקודשת למפרע דקיי"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי הא לפי מאי דאי' בגיטין הנ"ל תלי' במחלוקת אי יש ברירה וכיון דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה כדאי' בפ' משילין הוי מתני' דלא כהילכתא ואי אפשר לומר דהוי קידושי ודאי רק קידושי ספק לחומרא דשמא אין ברירה ובהאי שעתא דקידושין אפשר שלא הי' האב מתרצה ולכאורה י"ל דהא דאי' בפרק כל הגט דע"מ שירצה אבא תלי' בברירה היינו דוקא אליבא דר"ש דברייתא דמוקי בכתובת דף ע"ג דר"ש ורבנן דפליגי בע"מ שירצה לרבנן היינו ע"מ שישתוק ולר"ש היינו ע"מ שיאמר הן ודוקא בתנאי שיאמר הן שייך בטעמא דברירה דלמ"ד אין ברירה אפי' רצה לא הוי קידושין דשמא לא הוי אמר אין אילו שמע מיד בשעת קידושין משא"כ למאי דאוקמינן אליבא דר' ינאי דע"מ שירצה היינו ע"מ שישתוק לפי' רש"י ותוס' לא שייך כלל בהא מילתא לטעמא דברירה דאפי' למ"ד אין ברירה אפ"ה מסתמא מתק ולא מיחה בשעת קידושין כמ"ש תוס' דיש לחלק בין היכי דמחוסר אמירה להיכי דמחוסר שתיקה בודאי היכי ששמע ושתק ולא מיחה אמרינן נמי מסתמא הוי מתק מעיקרא אף בלא טעמא דברירה רק דקשה לפוסקים שסוברים לאוקימתא דר"י איידי רישא בע"מ שיאמר הן כדאי' בטוש"ע א"העז סימן ל"ה ואפ"ה כתבו דהוי וודאי קידושין והא קיי"ל בדאוריי' אין ברירה מספק ולא הוי אלא ספק קידושין ועי"ש שהאריך ותמהני שלא הביא שכדבריו ממש כתב הר"ן בשם רמב"ן במס' גיטין בקצרה כמש"ל שכתב כן להדי' בע"מ שלא ימחה לא שייך לברירה וכל דבריו נרמזים שם ולפ"ז אפשר לומר לפי הכלל הנ"ל היכי שתלי' במחשבה לא שייך כלל לברירה יש לישב די"ל ראי' לשיטת הפוסקים שהבאתי בפרטים הקודמים כמו דפיגול הוא בלב ה"ה פיסול חוץ היכי שמחשב בלב הוי מחשבה ופסולה השחיטה ומיירי ששחט בפניו ולא ראינו שהוציא בשפתיו בשעת שחיטה רק דאמרינן הוכיח סופו דבכה"ג לכ"ע יש ברירה כיון שאין צריך אמירה והא דנסתפקו חכמים הוא מטעם דמוכח שלא הי' לו מתחילה אותו דיעה כיון שלא אמר להדי' כמו שאמר לבסוף וע"ז מביא ראי' מסוגי' דרשב"ג ורבנן כמש"ל בפרט א' באריכות אבל לפוסקים המובא בתב"ש סימן ד' סק"א שפיגול לא הוי בלב וה"ה בחוץ ובע"כ צ"ל כמ"ש תב"ש דמה דאי' שחט ואח"כ חישב היינו ששחט שלא בפנינו וחשב לזרוק בפנינו (והאי חישב היינו דיבור) ואמרינן מסתמא מא בשעת שחיטה נמי פירש כך יע"ש א"כ אנו דנין אם אמר בתחילה כך והוי כמו התם שאנו דנין כמו שאמר עכשיו הן כמו כן הי' אומר מעיקרא וה"ה אם כמו שאמר

עכשיו כמו כן הי' אומר מעיקרא ודמי לפלוגתא אי יש ברירה אי אין ברירה ותו אפי' לפוסקים דהוי בלב ל"ד כלל לע"מ שישתוק דאין אנו דנין על מחשבתו איך הי' אז כי אף אם מחשבתו הי' שאינו רוצה כיון שלא מחה קיימין הקידושין ועיקר הטעם שמן הסתם שותק ואינו אומר משא"כ הכא צריכין אנו לדון איך מחשבתו הי' בעת שחיטה ונימא כמו שעכשיו בשעה שאמר לזרוק הי' מחשבתו לע"ז כמו כן הי' בשעת שחיטה אזי למ"ד אין ברירה לא אמרינן הוברר הדבר שדיעה שיש לו עכשיו הי' לו מתחילתו ובגוף קו' הנ"ל על מתני' הנ"ל כתב בספר פ"י לתרץ ע"פ מ"ש תוס' במס' גיטין דף כ"ה ד"ה ר' יהודא דוקא בדבר שאין סופו להתברר קיי"ל בדאורייתא אין ברירה משא"כ הכא בדבר שסופו להתברר כגון הכא שהתנה בפירוש אפשר דקיי"ל יש ברירה כסתם מתני' דהכא יע"ש וכבר קדמני בזה בס' ים של שלמה במס' בבא קמא בפרק ה' סימן ל"ב בפסק ברירה וע"ע בפרק ב' ס"ק י"ז ובס"ק י"ח וא"כ ה"ה י"ל דדבר עומד להתברר אם יחשב ויאמר שיזרק לע"ז או לא יחשב כמו כל ישראל שאין להם אותו מחשבה ובכה"ג לכ"ע אמרינן יש בדירה ואולם מוכח במס' גיטין שם דרב משרשי אינו מחלק בין עומד להתברר רק שרש"ל כתב דרבא גופא סבר לחלק בין עומד להתברר כו' ובריייתא דר' שמעון הריני בועלך כו' אתי' אפי' כר' יוסי משום שהדבר עומד להתברר אם ירצה אם לא ירצה והשיב לו תשובה לפי דבריו ע"ש בדף מ"ו ע"א וא"כ אף שכן הלכה לפי דברי תוס' ורש"ל עכ"פ לא הי' הדבר ברור בעיני חכמי תלמוד חילוק הנ"ל דהא ר' משרשי' אינו מחלק וא"כ קמה הקו במקומה לר' משרשי' ועכ"פ הו"ל לש"ס לפלפל בזה כי לאו מילתא דפשיטא הוא וצ"ע ויען כי דיני ברירה ארוכים ועמוקים ויש לפלפל הרבה בזה ואין מקומו בחיבור זה לכן קצרתי ולא באתי רק לעורר לב המעיין:

פרט ו

יבואר ביאור דברי רבינא במה דמדמה להכותב נכסים כו' וישוב קושי' תוס' בד"ה כי: **טו** תוס' בד"ה כי כתבו לבאר מה דאיבעי' לן במס' ב"מ דף ו' ע"א תקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח מבעי' בין לרשב"ג ובין לרבנן עיי"ש:

ולולי דבריהם יש לישב הסוגי' באופן אחר דלכאורה יש להבין מ"ט דת"ק דאמרינן מדשתק קנהו ניהו דלא ס"ל דהוי ברור שמוכיח סופו ע"ת כי דעות האדם משתנות כמש"ל בפרט ה' בשם הרמב"ן ור"ן עכ"פ מידי ספיקא לח נפקא דלמא הי' דעתו כן וסמך על אמתלא דכי לא אתי לידי מאי אצווח מדוע נקיל באיסור תורה שיאכלו בתרומה דמשמע אפי' תרומה דאורייתא הא העבד הי' בחזקת איסור לתרומה איך נוכל להוציא מחזקה בספק ודוחק לומר דסובר תרומה בזמן הזה דרבנן דכל כי האי הו"ל להש"ס

לפרושי ועיין בתשובת מוהרי"ק שורש קנ"ה שכתב להדי' דאפי' תרומה דאורייי' אוכלין וכמו דמורה סתימת לשון הש"ס:

ונראה לע"ד הכוונה דהנה אנן קיי"ל במתנה זכין לאדם שלא בפניו והטעם דאנן סהדי דסתם אדם חפץ במתנה כיון דזכות הוא לו וכדאי' במס' ב"ב דף קנ"ו ע"ב דזכין לגדול ומ"ש בסמ"ע סימן קצ"ה ס"ק י"א דבריו תמוהין כמ"ש בס' קצות החושן שם ס"ק ג' דדוקא היכי דמוחה בפירוש אין מזכין לו בע"כ אבל מן הסתם הוי מתנה זכות אף דשונא מתנות יחי' וא"כ בזה מובן פלוגתי' דחכמים ורשב"ג דהכא בשעה שזיכה לו ע"י אחר ושתק הי' לנו הוכחה שהוא בחזקת סתם אדם שניחא להו במתנה ולכן שותק ומהאי טעמא ס"ל לחכמים דלא מהני הוכחה שיש לנו בסופו לומר שמוכח בתחילתו כי הוכחה דמעיקרא עדיף מחמת ששתק מסתמא הוא בכלל רובא דעלמא שחפיצים במתנה ולא חשו לשונא כו' ואף שכ' רשב"ם במס' ב"ב דף קל"ח שיש קצת חוב שאינו רוצה לזון את עבדו וכמ"ש מוהרי"ק שורש קנ"ה מ"מ מוכח בכמה דוכתי בש"ס דזכין לאדם היכי שזכות מרובה מחוב ועיין תוס' כתובות דף י"א ע"א ד"ה מטבילין והיינו כיון שזכות הוא יותר מהחוב מן הסתם ניחא לי' בזכות המרובה ורשב"ג סובר דהוכחה דהוכיח סופו ע"ת עדיף מהוכחה שיש לנו מתחילתו במה ששותק והיינו דמדמה רבינא כי סובר הוכחה דהוכיח סופו ע"ת שיש לנו בשחט ואח"כ חישב נגד חזקה שיש לשוחט חזקת כשרות מחמת רובא דרוב בני ישראל כשרים דומה לנידון דרשב"ג כמו דסובר דהוכחה דהוכיח סופו וכו' דוחה הוכחה שהי' לנו בתחילתו כמו כן דוחה הוכחה דהוכיח סופו כו' לחזקת כשרות דהא כמו שהי' לנו בהאי גברא חזקה חזקת כשרות וראוי לומר עכשיו לאחר שחיטה איתרע והוכחה שמוכח מסופו שהי' בתחילתו ג"כ רשע כמו כן יש שם בכותב מתנה הוכחה מתחילתו שמן הסתם הי' מקבל ברצון הטוב ועכשיו נשתנה דעתו ומ"ה סובר רשב"ג דאמרינן הוכיח סופו ע"ת לגרוע חזקת קמייתא שהי' לנו בשוחט שהוא בכלל רוב כשרים וזה פשוט:

וכבר בארנו בכלל הקדום בשם הר"ן המובא בס' שיטה מקובצת במס' ב"מ שם דאבעי' הוא אי אנן סהדי מאי דתפיס כל אחד דידי' הוא וכל אחד מוחזק בפלגא או דגם מעיקרא הי' הטלית בספק ולא הי' אנן סהדי יע"ש וא"כ י"ל בסגנון זה האבעי' הוא בין לרבנן ובין לרשב"ג לרבנן האיבעי' אף דסוברים כאן דלא אמרינן הוכיח כו' משום דהי' לנו הוכחה אלימא מעיקרא שמן הסתם הוא בכלל רוב בני אדם שניחא להו במתנה וסותר הוכחה זו להוכחה דהוכיח סופו ע"ת אבל בתקפה אחד בפנינו י"ל דמודו בצווח לבסוף דאמרינן הוכיח סופו ע"ת שלא הודה לו וסמך על האמתלא דחזי לי' רבנן כי ליכא הוכחה שהודה

שמן הסתם חפץ בטלית ולא הודה, ואף די"ל אולי מחמת חומר השבועה הודה מ"מ ליכא הוכחה שהודה כי אולי האמת אתו או שתרוייהו בהדדי אגבוהו כדאי' שם וסמך על אמתלא דחזי לי' רבנן וליכא הוכחה ברורה נגד הוכחה דבסופו וי"ל דבעי נמי לרשב"ג מי נימא דוקא התם בהכותב כו' ס"ל דהוכיח סופו כו' דכיון דאינו מתנגד לחזקת ממון כי אדרבא ההוכחה מסייע להיורשים שהם מוחזקים בנכסים לכן עדיף נגד הוכחה דמעיקרא אבל לא מהני הוכחה נגד חזקת ממון להוציא מן המוחזק עכשיו וכמו דס"ל לרבנן דר' אחא במס' ב"ב דף צ"ב ע"א דלא מהני הוכחה להוציא ממון וה"ה לא אמרינן אנן סהדי מאי דתפיס כל אחד הי' שלו, וא"כ לא הי' לזה שצווח עכשיו חזקת מרא קמא בפלגא דטלית ול"מ הוכחה דהוכיח סופו כו' להוציא מן התופס ולכן אמרינן שאודויי אודי לי' או דלמא דאמרינן אנן סהדי מאי דתפיס כל אח' דידי' הוא כו' וממילא אמרינן הוכיח סופו ע"ת ולא אודי' לי' והאי דשתק סבר הא קא חזי לי' רבנן כיון דהוכחה הוא לסייע למוחזק שהי' לו חזמ"ק בפלגא שהי' מוחזק מעיקרא כי אין להתופס רק מעלת התפיסה והוכחה וחזקת מרא קמא עדיף מתופס כמ"ש בכלל תפיסה ובכללי חזקות ובכמה דוכתי בחיבורו וא"ש ואין לומר אכתי מנלן לרבינא דרשב"ג סובר דהוכחה דהוכיח כו' עדיף מהוכחה שהי' לנו מתחילה דלמא סובר דשקולין הם וסליק הוכחה נגד הוכחה והוי ספק אי הי' דעתו מתחילה למה שאמר עכשיו או שחזר ובכל ספק נשאר הדבר בחזקתו וכיון שהיורשים הם מוחזקים בנכסים כמו דמשמע להדי' שלא הי' רק מסירת השטר והנכסים והעבדים עדיין תחת רשותם אין מוציאין אותם מחזקתם וכ"כ לענין תרומה נשאר בחזקתו שהי' אסור לאכול בתרומה וא"כ כשאנו דנין לענין ממון איכא נגד הוכחה דמעיקרא הוכחה דהוכיח סופו וחזקת ממון והוי חדא במקום תרתי דלאו כלום הוא ולענין איסור תרומה הוי ג"כ הוכחה דמעיקרא נגד הוכחה דסופו וחזקת איסור לאכילת תרומה חדא במקום תרתי משא"כ הכא בשחט ואח"כ חישב כתבתי לעיל בפרט א' דהוי תרתי לגבי תרתי דנגד הרי איתרע לפניך והבהמה בחזקת איסור איכא חזקת קמייתא ששוחט הי' כשר וגם רובא דרוב בני ישראל כשרים שהוא חזקה דאתי' מכח רובא דז"א דשפיר מדמי הש"ס זה לזה דלפי מ"ש שם להקשות אמאי לא אמרו היתר הא בכל מקום חזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא וכתבתי שם לתרץ דהכא עדיף החזקה דהשתא כיון דאי אפשר להגביל לחזקה קמייתא זמן והי' בטעות ויצא מן הכלל שיש לנו בכל מקום ואולם איכא הוכחה בתחילה המסייע שלא הי' לו אותו מחשבה בעת ששחט כיון שלא הוציא בשפתיו ומהאי טעמא סוברים חכמים דרשב"ג שבהמה מותרת ורשב"ג סובר כיון שיש אמתלא על שתיקתו כמ"ש שם היי אמתלא וממילא

אזלינן בתר חזקה דהשתא כמ"ש שם באריכות וא"כ שפיר קאמר רבינא כמו התם ע"י אמתלא אמרינן שהוכחה דהשתא דהיינו הוכיח סופו כו' עדיף מהוכחה דמעיקרא כיון שיש לנו אמתלא להוכחה דמעיקרא ה"ה עדיף הוכחה דסופו דהיינו חזקה דהשתא כיון שיש לנו אמתלא להוכחה דמעיקרא וא"ש:

ונכון בפשיטות:

פרט ז

יבואר פסק הלכה בשחט ואח"כ חישב:

טז הרי"ף השמיט ולא הביא כלל ברייתא דקסרי והר"אש הביא בסתם וז"ל שחטה ואח"כ חישב על' זה הי' מעשה בקסרי ולא אמרו בה לא איסור ולא היתר יע"ש וברמזים בס"ק י"ב כתב הרי זה ספק ובטור סימן ד' כתב להדיא ה"ז ספק זבחי מתים וברמב"ם פרק ב' מהלכות שחיטה ה' י"ו כתב וז"ל שחטה ואח"כ חישב לזרוק דמה או להקטיר חלבה לע"ז ה"ז אסורה מספק שמא הוכיח סופו ע"ת ובמחשבה כזו שחט וע"ש סתם דבריו ולא כתב כלל אי אסירה בהנאה מספק ואולם נלמד ממ"ש בהלכה ט"ו בהשוחט לזרוק דמה כתב ג"כ ה"ז אסורה והתם בע"כ הפירוש דאסור גם בהנאה דסובר כר' יוחנן וא"כ כתב לשון אסורה אפילו על הנאה ה"ה הפירוש ג"כ שאסורה בהנאה מספק ורבינו ירוחם סובר שמותר בהנאה שכתב וז"ל אם שחטה ואח"כ חישב כלומר שזרק דמה לע"ז אסור' והבהמה מותרת בהנאה דלא אמרינן הוכיח סופו ע"ת כך פשוט ומוכרח בפרק ב' דחולין וכן בתוספתא בפירוש אם שחטה ואח"כ זרק דמה יע"ש הוסיף אפי' שזרק ממש מ"מ מותרת בהנאה וראיתי בפליתי ובתב"ש שכיוונו לדבר אחד די"ל הטעם דכיון דאיכא ספק ולענין איסור אכילה איכא ספק בשחיטה דבהמה בחזקת איסור עומדת ודלמא הי' מחשבתו לע"ז בשעה ששחט אבל לענין הנאה הבהמה בחזקת היתר עומדת וכיון שיש ספק אמרינן אוקי אחזקה ובחזקת היתר עומדת וע"ש וכן עלה במחשבה לפני ואולם לפ"ז יש להבין מ"ט דפוסקים הסוברים דאסורה בהנאה ולכאורה אפ"ל דס"ל כרש"י דפירש בחולין דף ט' בהמה בחיי' בחזקת איסור אמ"ה והקשו התוס' במס' ביצה דף כ"ה ע"א ד"ה בחזקת דא"כ למה לי עד שיודע במה נשחטה דכיון דחזינן שמתה א"כ לא שייך בה איסור אמ"ה דאיסור אמ"ה לא שייך אלא מחיים ולכן פירשו דהיא בחזקת שאינו זבוחה ואולם הרשב"א במס' חולין שם מיישב שיטת רש"י כיון דמעיקרא בחזקת איסור אמ"ה עומדת ועכשיו נמי לא נתברר אם נשחטה כהוגן הרי היא מוחזקת מאיסור לאיסור וכיו"ב כתבו תוס' במס' כתובת דף ע"ה ד"ה ספק ועיין ש"ות מוהרי"מט חלק א' סימן פ"ב וא"כ ה"ה י"ל כיון שהי' בחזקת איסור לענין איסור אכילה מחזקינן מאיסור

אכילה לאיסור אחר אבל באמת לא דמי זה לזה כלל דהתם הבהמה לא הי' מעולם בחזקת היתר לענין איסור אכילה לכן מחזיקין מאיסור זה לאיסור אחר משא"כ הכא הבהמה בחיי' הי' בחזקת היתר הנאה שהיינו נהנין מחלבה וגבינות ועכשיו שנולד הספק אם נאסרה שפי' י"ל לענין היתר הנאה היא בחזקתה בודאי לא אלים בכה"ג לומר שמחזיקין מאיסור לאיסור אחר להוציא מחזקת היתר וכ"כ לא דמי למ"ש רשב"א ביבמות דף ל' ע"ב שמעולם לא הי' שם החזקת היתר לחול דבשעה שהי' בחזקת היתר לשוק הי' עלה איסור א"א ועיין תוס' ד"ה אשה ובחי' רמב"ן שם וכן ל"ד למ"ש תוס' בכתובת דף ע"ה הנ"ל להמעיין שם וזהו ברור לכן נראה כשיטת הטור וסיעתו דס"ל כמ"ש בכללי חזקות בשם אחרונים ומכללם הכנ"הג ותב"ש שכתבו בספיקא דדינא לא מוקמינן על חזקה וכן מצאתי סברא זו בפרי מגדים או דסבר כמ"ש רש"ל בפ' השוחט סימן כ' שלא הי' ספק אצל חכמי דקסרי:

יז ולכאורה עלה בדעתי להוכיח כשיטת רבינו ירוחם דהנה בב"ק דף ע"ב ע"א פליגי אמוראים רשב"ל משום לוי סבא אמר אינה לשחיטה אלא לבסוף פירש"י אין שחיטה נקראת אלא לבסוף ונ"מ לענין המחשב בקדשים חוץ למקומם או חוץ לזמנם או מחשב שלא לשמן אינה מחשבה אלא א"כ חישב בשעת סוף שחיטה ור"י אמר ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף פירש"י וכל כמה דחשיב הוי מחשבה וכן אי' במס' חולין דף כ"ט ע"ב וא"כ פשוט לרשב"ל וללוי סבא לדידן דקיי"ל כר"י דילפינן חוץ מפנים אזי לא נפסול כשמחשב לע"ז כ"א כשמחשב לבסוף ואפי' לר"ל גופא שלא יליף חוץ מפנים מ"מ לענין זה איתא להדי' במס' ע"ז דף ל"ד ע"ב לשיטתו לא נפסל כי אם כשמחשב לבסוף שמוקי באומר בגמר זביחה הוא עובדה ופי' רש"י בד"ה תרמינך דלהכי נקיט גמר זביחה דסובר ר"ל דאין לשחיטה אלא לבסוף ף והמעיין במס' זבחים דף ל' ע"א ופסחים דף ס"ג ע"א משמע דרבא סובר אין לשחיטה אלא לבסוף וחולק בזה על אביי וכ' בתוס' ד"ה סימן אף דרבא סובר ביבמות דף ל"ו דבכל הש"ס הלכה כר"י שאני הכא מדקאמר לה ר"ל משום לוי סבא ועיין בר"ן במס' חולין בחי' בדף כ"ט שכתב שבעל הלכות פסק כר"ל וכ"כ הישש"ש בפרק ב' דחולין סימן ו' כיון דהלכה כרבא ואולם רמב"ם בפ"ד משחיטה הי"ב ובפ"ח מפסולי מוקדשין הלכה י"ח פוסק כר"י (ועיין בכ"מ ודבריו צ"ע קצת) וצ"ל בכוונתו כמ"ש בש"ות מוהרי"ק שורש קל"ז ס"ק ב' ומוהרש"א במס' קידושין דף נ"ב ע"א תוס' ד"ה ביע"ל וא"כ קשה לרבא אמאי איתא בברייתא שחט ואח"כ חישב ה"ז ספק זבחי מתים והיינו שאסור בהנאה מספק דלמא הלכה כרשב"ג הא אפי' לרשב"ג דסובר הוכיח בע"כ מותרת בהנאה דניהו שמוכח שהי' מחשב בשעת שחיטה אבל אינו

מוכח אימת הי' המחשבה אי בתחילת השחיטה אי בסופו דאטו מוכח מסופו שהי' מחשב כל משך השחיטה ודלמא הי' מחשב בתחילת השחיטה או באמצע ולא בסופו ובע"כ צ"ל לרשב"ג כיון שמוכח שבע"כ הי' מחשב בשעת שחיטה ואף דיש ספק אימת מ"מ אסורה באכילה דהוי ספק בשחיטה וקמה בחזקת איסור אבל לענין הנאה כיון שהי' בחזקת היתר הנאה בע"כ גם לרשב"ג מותרת וממילא הפירוש שלא אמרי איסור והיתר רק לענין אכילה וא"כ אף דקיי"ל כר"י כמ"ש הרמב"ם מ"מ מדרבא נשמע לר"י דניהו דר"ל לא הוי שמיע לי' הברייתא מ"מ רבא שהי' בסוף אמוראים כבר ידע דברי ר"ל ור"י וידע מברייתא דתני' כוותי' דר"י וכיון דלרבא הפירש כן בברייתא מנלן לומר לר"י הפי' בברייתא דהוי ספק גם לענין הנאה יותר מסתבר כרי"ו וכפי' רש"ל שהי' רק לענין איסור אכילה משום כבודו דאל"כ הו"ל לש"ס לבאר כן ולהקשות על רבא מברייתא הלז דאיך אפשר לומר דאין לשחיטה אלא לבסוף אמאי הוי ספק זבחי מתים הא לענין הנאה לא הוי ספק כלל דמותרת אפי' לרשב"ג וא"כ יש ראי' לרבינו ירוחם ובזה נסתר דברי הכ"ופ בסימן א' ס"ק ב' שרצה לומר לרשב"ג הוי רק ספק אי הוכיח סופו ע"ת וכמש"ל בשמו דא"כ קשה לשיטת התורת חטאת כלל מ"ג וכמ"ש הפ"ח בסימן ק"י בכללי ס"ס ס"ק ט"ו להלכה דאף בס"ס שסותר החזקה מהני להתיר כגון בספק בשחיטה והעלה כן בדעת רשב"א יע"ש א"כ קשה לרבא דאין לשחיטה אלא לבסוף אפי' לרשב"ג תהי' מותרת באכילה דהא לרשב"ג הוי ספק אי הוכיח סופו ע"ת ואיכא ס"ס ספק דלמא לא חישב כלל בשעת שחיטה והשתא הוא דאיתרע ואת"ל דחשיב דלמא לא חשיב כלל לבסוף השחיטה רק בתחילת השחיטה או באמצע ואף דהוא נגד חזקת איסור מהני ס"ס אע"כ לרשב"ג הוי ודאי הוכחה וס"ס נגד הוכחה ומכ"ש בצירוף חזקה ל"מ והעיקר כפי הבנה הפשוטי' לרשב"ג הוי ודאי וא"ש ובע"כ להסוברים דאסור בהנאה מספק ההכרח לדחוק שסוברים כיון דקיי"ל כר"י דישנו לשחיטה מתחילה ועד סוף שפי' י"ל גם לענין איסור הנאה לרשב"ג אסורה:

וראיתי בפ"מ ביו"ד סימן ד' ס"ק ו' שמסופק אם שחט רוב שנים או רוב אחד בעוף ואח"כ חישב לע"ז מהו מי אמרינן כיון דשחט בהכשר תו אין סברא לאסור וכמ"ש רשב"א ור"ן בזרק לע"ז מהאי טעמא ה"נ כאן או דילמא כיון דלכתחילה בעינן כל השני סימנים מן התורה כנראה לכאורה מרמב"ם הלכות שחיטה וכמו דמשמע מכסף משנה ריש הלכות שחיטה הלכה א' דלהר"ם בעינן לכתחילה מן התורה כל השנים שכתב דהוי ספיקא דאורייתא וכן בחולין דף כ' גבי הבדלה נראה לכאורה כן לכן מיתסרא אף במיעוט בתרא וכתב שלא מצא גילוי לדין זה ורמז לעיין במס' ע"ז דף ל"ד ע"ב ברש"י

ד"ה תרמינך שעתך יע"ש ולענ"ד יש לפשוט הספק ואומר לרמב"ם וסיעתו הסוברים כפי הכוונה פשוטית דחכמים דקסרי אסרו בהנאה מספק משים דלרשב"ג ודאי אסור בהנאה והם נסתפקו בהלכה קשה הא בע"כ גם לרשב"ג מותר בהנאה אף לר"י דקיי"ל כותי' ישנו לשחיטה כו' ניהו דמוכח מסופו שהי' מחשב בעת השחיטה הא לא מוכח אימת הי' מחשב ודלמא הי' מחשב במיעוט בתרא ובע"כ גם לרשב"ג הוא ספק ומשום ספק אסור באכילה ומותר בהנאה דמוקמינן על חזקתו ולענין אכילה הי' בחזקת איסור ולענין הנאה הי' בחזקת היתר ואמאי אסרו בהנאה מספק כיון דלרשב"ג גופא מותר בהנאה אע"כ לשיטתם אפי' חשב במיעוט בתרא הוי מחשבה הפוסלת ולפ"ז י"ל לרבינו ירוחם שסובר שמותר בהנאה י"ל דהוכחתו הי' אפי' לר"י בע"כ הפי' בברייתא כן דס"ל דבמיעוט בתרא ליכא פסול במחשבה והי' קשה לי' קו' הנ"ל לכן הוכיח שבאמת לא אסרו רק באכילה דלרשב"ג גופא הוא רק ספק ולענין אכילה אסור ולענין הנאה מותר:

יח שוב ראיתי מ"ש לעיל להביא ראי' לרבינו ירוחם מדברי ר"ל ורבא יש לדחות לפמ"ש תוס' במס' ע"ז דף ל"ד ע"ב ד"ה וכי כיון דעיקר שחיטתן אינו אלא לצורך דם וחלב ומש"ה מסיק ואמר בגמר זביחה ולא קאמר בזביחה עצמה יע"ש ומשמע דלא כרש"י ד"ה תרמינך וא"כ י"ל שמן הסתם כוונתו רק לצורך דם וחלב והא ראי' שעכשיו חשב לזרוק דם מסתמא מוכח שבשעת שחיטה חושב מחשבה זו ג"כ בסוף השחיטה לצורך דם ואין אנו צריכין לדוחק הנ"ל דנחלקו ר"ל ור"י בפי' הברייתא מיהו מה שכתבתי לפשוט ספק של פ"מ הוא בתקפו כמובן ולפ"ז יש לדחות מ"ש הפליתי בסימן ד' ס"ק א' ותב"ש שם ס"ק ג' דאמרינן הוכיח מעבודה לעבודה כמו שעכשיו חשב ע"מ לזרוק כ"כ אמרינן הוכיח סע"ת שחישב שהשחיטה גופא תהי' לע"ז יע"ש דאם כדבריהם בשחיטה גופא לא מוכח אם הי' כוונתו בתחילת השחיטה או באמצע או בסופו והדק"ל על רבא לש לשיטת הסוברים דהוי ספק זבחי מתים הא בע"כ גם לרשב"ג מותרת בהנאה שאולי לא חשב בסוף השחיטה כיון שבשעת השחיטה לא הי' כוונתו לדם רק שהשחיטה גופא הי' עבודה אצלו הספיקות שקולים וכמובן (ויש לפקפק בענין להקטיר חלב ואולם בגמ' איתא ולהקטיר ובטוש"ע ס"ה איתא או והבן מה שיש לפלפל בזה):

ועוד ראיתי מ"ש לעיל להנחה פשוטה לר"ל דסובר דאין לשחיטה אלא לבסוף לא נפסל במחשבת ע"ז רק בגמר שחיטה הוא מחלוקת בין הראשונים זלה"ה האמת שדעת רש"י במס' ב"ק דף ע"ב ע"ב ובע"ז דף ל"ד ע"ב ד"ה תרמינך נראה כן להדי' ואולם בס' שיטה מקובצת במס' ב"ק שם הביא דעת הראב"ד והמאירי זלה"ה שפי' בדברי ר"ל וז"ל אין שחיטה אלא בסיף פירש דבר שאינו נאסר כי אם בשביל שחיטה כגון חולין שנשחטה

בעזרה שאינן נאסרין אלא מפני שם שחיטה כדאמרינן כי ירחק ממך המקום וזבחת מבקרך בריחוק מקום אתה זובח וא"א זובח בקרוב מקום אינו נאסר עד גמר שחיטה אבל שאינו נאסר בשביל שם שחיטה אלא מפני איסור אחר אפילו בכל דהו כמי כגון שוחט לע"ז דאמרינן לעיל כיון ששחט בה פורתא אוסרה כו' וכן הדין לשוחט בחוץ שאינו נאסר אלא בשביל שם שחיטה יע"ש שכ"כ בשם הראב"ד ואח"כ כ"כ בשם הרב המאירי שכתב כן להדי' בשוחט לע"ז כיון שאסורו משום דבר אחר מודה ר"ל כיון שהתחיל לשוחטה נאסרה בהנאה וכן לענין פיסול מחשבה בקדשים גם ר"ל מודה דישנו לשחיטה מתחילה ועד סוף ואף מחשבה שבתחילת השחיטה פוסלת וזהו להדי' דלא כרש"י הנ"ל וכן נראה דעת התוס' בב"ק דף ע"א ע"ב דמקשה הש"ס לר"מ דמחייב ד' וה' בגנב וטבח לע"ז אמאי מחייב כיון דשחט בה פורתא אוסרה ואידך איסורי הנאה ולאו דמרי' קטבח ופירש"י דקס"ד ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף ומתחילה נאסרה משום זבחי מתים ולענין תשלומין ד' וה' וטבחו כולו בעינן ותוס' בר"ה כיון כתבו אפי' למ"ד אין לשחיטה אלא לבסוף נאסרה בפורתא קמא שהאיסור תלוי במעשה ולא בשחיטה וכפי הנראה לכן תוס' במס' ע"ז דף ל"ד ע"ב ד"ה וכי ניידו מטעמא דרש"י דרש"י כתב לכן אמר ר"ל בגמר זביחה הוא עובדה דסובר אין לשחיטה אלא לבסוף ותוס' כתבו טעם אחר והרגיש בזה בס' לחם סתרים יע"ש מ"ש לתרץ ולפמ"ש מובן בפשיטות דלשיטתם אפי' לר"ל נאסר בפורתא קמא:

ודע דקשה למה הוצרך רבא במס' ב"ק לתרץ באומר בגמר זביחה הוא עובדה הא ר"מ אליבא דרבא סובר להדי' בזבחים דף ל' ע"א ובפסחים דף ס"ג אין שחיטה אלא לבסוף ולמה הוצרך לפרש ולומר בגמר זביחה הוא עובדה הא אפי' שחט לע"ז מתחילתו לא הוי מחשבה לאסור כי אם בסוף דילפינן חוץ מפנים וצ"ע לכאורה וא"כ נסתר הוכחה הנ"ל לרבינו ירוחם די"ל החולקים על רבינו ירוחם סוברים הפי' לר"ל כשיטות תוס' וראב"ד והמאיר זלה"ה:

יט אמנם נלענ"ד לומר טעם מספיק לשיטת רבינו ירוחם דלכאורה קשה לטעם שכתבו הפליתי ותב"ש משום דלעניין הנאה איכא חזקת היתר לפי שיטת אחרונים שכתבו שהחמירו חכמים שלא לסמוך על החזקה כמ"ש בכללי חזקות אבל לענ"ד י"ל הטעם בפשיטות לפמ"ש תוס' במס' ב"ק דף ע"ב ע"ב בד"ה דאי דנסתפקו אי תקרובת ע"ז אסור בהנאה מן התירה אף דבאכילה ודאי אסירה מן התורה ובס' שערי המלך בפ' חמישי מהלכות אשות ה"א כתב שנחלקו בזה לרמב"ם בפרק ז' מהל' ע"ז ה"ב נראה דתקרובת ע"ז אסור בהנאה מן התורה ורשב"א בע"ז סובר דאסור בהנאה מדרבנן וכ"כ הגאון

בעל מגיה למשנה למלך בפרק השמישי מהלכות יסודי התורה הלכה ח' בשם רשב"א בקידושין דף נ"ז וא"כ הטעם פשוט די"ל רי"ו סובר דתקרובת ע"ז אסור בהנאה מדרבנן וחכמים היו מסופקים כמאן הלכה לכן לענין אכילה דהוי ס"דא אזלינן לחומרא ולענין הנאה דהוי ספיקא דרבנן הקילו דאפי' ספיקא דפלוגתא כמאן קיי"ל לא הוי ספק חסרון חכמה והוי ספק מעלי' ובדאוריי' לחומר' ובדרבנן לקולא וא"ש בפשיטות שוב נדפס ספר קטן מכבוד הרב הגאון המובהק מוהר"ר דוד דייטש נ"י וראיתי שכתב כן והנאני:

כ וראיתי ברש"ל בפרק השוחט סימן כ' שהביא דברי רי"ו והסכים עמי ועיין בס' בכור שור מה שפי' בכוונתו ומה שנראה מדבריו שם דחכמים דקסרי לא קאמרו כלל לא נלענ"ד דהיאך אפשר לומר כשיבוא השואל למורה הוראה שלא יאמר כלל הוראה רק כפשוטו שלא אמרו איסור ברור והיתר ברור ואמרו לשואל שאסור מספק לשיטת רמב"ם וסיעתו שנסתפקו וכן מורה לשון ה"המ בפ"ד מזכי ולשיטת רי"ו ויש"ש אמרו שאסור באכילה משום כבודו דרשב"ג וכן מוכח להמעיין בשיטת רמב"ם וסיעתו דלכן הוי ספק כמו שהי' ספק לחכמי קסרי שפסקו שאסור מספק קיי"ל דחכמים דקסרי ומה שהקשה רש"ל שם על הטור לא הבנתי דלדבריו יותר הו"ל להקשות על ר"אש שהביא סתם מעשה דקסרי ולא ביאר שהוא מותר בהנאה ומשמע בסתם שהיא ספק אף שפוסק כרבנן ואולם לענ"ד נראה בפשיטות דר"אש וטור הבינו דרבנן דקסרי אף שס"ל כרבנן מ"מ משום כבודו דרשב"ג הניחו בספק ופסקו הלכה שיהי' דין ספק זבחי מתים ודוקא לענין נידון דידן החמירו משום חומר ע"ז:

ודע דנראה לשיטת רי"ו שבהמה אסורה באכילה ומותרת בהנאה צריך המורה לומר הטעם כדי שלא יהי' מלתא דתמי' וכתרתי דסתרי כיון דחשש הוא שמא שחט לע"ז מוכרח לומר הטעם שלענין אכילה איכא חזקת איסור ולענין הנאה איכא חזקת היתר כמ"ש כ"ופ ותב"ש ולרש"ל יאמר הטעם משים כבודו דרשב"ג וראי' לזה מ"ש הגהות מיימוני בפ"ה מהל' ת"ת הלכה ו' הובא ביו"ד סימן רמ"ב סעיף י' ועיין במס' עירובין דף ע"ו ע"א בתו' ד"ה התם ורש"י ד"ה לא מנכרא ופסחים דף י' ע"א וכתיבת דף כ"ז ומשנה למלך בפ"ב מהלכות חמץ ומנה הלכה א' ד"ה והנה והגהות מרדכי בפ' אוחזין בהגהות השניות סימן תמ"ב אבל כשאומר לשואל טעם המתקבל מבואר ביו"ד סימן רמ"ב ש"ך ס"ק י"ז שמותר:

פרט ח

יבואר דין הוכיח סופו ע"ת לענין דבר שבערוה:

כגון בבריא שאמר כתבו גט לאשתי ונפל ומת כשנפל מעצמו הוי גט דאמרי' הוכיח כו' ואפי' רבנן דרשב"ג מודו בנידון דידן:

כא גרסינן במס' גיטין דף ס"ו ע"א הבריא שאמר כתבו גט לאשתי רצה לשחק בה מעשה בבריא אחד שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לראש הגג ונפל ומת אמר רשב"ג אם מעצמו נפל ה"ז גט ואם הרוח דחפתו אינו גט, מעשה לסתור חסורי מחסרא והכי קתני אם הוכיח כו' ה"ז גט ומעשה נמי כו' וכן קיי"ל להלכה כמ"ש הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפ"ב מהלכות גירושין הלכה י"ג וטוש"ע א"העז סימן קמ"א סי"ו:

ומבואר בחי' רמב"ן רשב"א ור"ן אפי' רבנן דרשב"ג דפליגי בהכותב נכסיו כו' וסברו דלא אמרינן הוכיח מודו הכא כיון שאמר כתבו כדאי' בחולין דף ל"ט ע"ב:

ובפירושא דהאי מילתא כתב רש"י שם וז"ל דאמר ברישא כתבו ואיכא קצת הוכחה בתחילה ונפילתו גילוי מלתא בעלמא בהאי דאמר ברישא כתבו ע"מ ליתן קאמר עכ"ל ודבריו סתומין בהבנה חדא במ"ש קצת הוכחה וגם במ"ש גילוי מילתא ובפשיטות נראה בכוונתו לפי מה שכתבתי בכלל ע"א בגילוי מילתא לשון גילוי מילתא הנזכר בש"ס בדוכתי טובא הכוונה דבר מהי' אצלינו בספק השקול מגלי מילתא שהענין כצד אחד וה"ה כשאמר כתבו הי' לנו ספק בכוונתו אם ר"ל שיכתבו ויתנו הגט לידו או ליתן ליד אשתו ולכן בבריא אם נתנו לידה אינו גט כי האשה קיימא בחזקת א"א ואם מת אח"כ לענין לפטור מיבום עומדת בחזקת איסור לשוק כמו שהיתה מקדם ואם נשאר חי עומדת בחזקת א"א משא"כ כשנפל מוכח ומגלי מילתא שמה שאמר מתחילה כתבו הי' כוונתו ליתן לידה:

אמנם קשה לפ"ז ראוי לומר שגם בבריא הוי ספק מגורשת ומלשון מתני' דאי' רצה לשחק בה וכן בטור ומחבר בסימן קמ"א סעיף ט"ז שכתבו אינו גט מורה דלא הוי גט כלל ואם קבלה קידושין מאחר אינם חלין כדין ודאי אשת איש ולפי דברינו דהוי ספק מגורשת קידושין תופסין בה מספק כדאי' בא"העז סימן י"ז סעיף א' אבראי המעיין בלשון הטור שם שכתב וז"ל א"א בכלל עריות ולא תפסי בה קידושין בד"א בודאי א"א אבל ספק א"א כגון שקבלה גט או קידושין ספק קרוב לו ספק קריב לה כו' אם קדשה אחר צריכה גט משניהם יע"ש (ועיין ב"ש שם ס"ק א' ובס' עזרת נשים ס"ק ג') אפשר לומר דוקא בכה"ג דבעל כרחך מיירי שיש הכחשה בין העדים ששתי כיתי עדים מכחישים זא"ז אלים כחייהו לאפקועי מחזקת א"א דהוי עכ"פ ספיקא דרבנן ואפילו בכת אחד ע"א אומר קרוב לו וע"א אומר קרוב לה הוי ספיקא דרבנן לענין קידושין כמ"ש בס' חלקת מחוקק סימן למ"ד סק"ה וב"ש ס"ק ט' וה"ה לענין גירושין ועיין כתובת דף ק"ג אבל

היכי שיש ספק בכוונתו כמו בנידון דידן י"ל אוקי איתתא אחזקה והוי כוודאי אשת איש דלא החמירו חכמים שלא לסמך על חזקה רק בהכחשה דעדים אך באמת דין זה צ"ע כי מלשון ש"ע שם בסימן י"ז סעיף א' שכתב בסתם ספק מגורשת קדושין תופסין בה מספק משמע שכיוון לכל מיני ספיקות ואפשר לומר דסובר כמ"ש פ"ח הובא בספר פ"י בחי' לכתובת דף ט' ע"א דבכל מקום החמירו חכמים שלא לסמוך על חזקה וכן משמע מתוס' קדושין דף נ' ע"ב ד"ה ה"ג לגירסת ר"ח אף שיש רובא וחזקה להתיר החמירו משום חומר דבר שבערוה והא דכתבי תוס' במס' גיטין דף ס"ח ע"א בד"ה התקבל בהא דאי' במתניתן התקבל לי גיטי אסורה לאכול בתרומה מיד כתבו וז"ל הוי לן למימר דאוקי אשה בחזקת שלא נתגרשה אלא חומרא בעלמא הוא שהחמירו חכמים משום חזקה שליח עושה שליחות יע"ש, יש לומר דקושטא דמילתא נקטו ולהעדפה או כיון דהוא שאר איסורין לא החמירו אבל בדבר שבערוה מודו שהחמירו חכמים שלא לסמוך על חזקה וקצת סמוכין לדבר זה להמעיין במס' חולין דף קל"ד ע"א ברש"י ד"ה חלה, (ועיין תשובת פנים מאירות הובא בספר פרי מגדים בפתיחה להלכות טריפות ובס' בית מאיר) ואולם בש"ות הר"אש כלל כ' סימן י"ז כתב ואפי' באיסור א"א אמרינן בכולי גמרא בכל ספק שנולד אוקמי בחזקת היתר יע"ש משמע דלית לי' האי כללא שהחמירו חכמים שלא לסמוך על חזקה בדבר שבערוה ולא החמירו רק בהכחשה דעדים אך אפשר בנידון דידן גם הר"אש מידה דלא שייך לוקמי על חזקה לפמ"ש כנ"הג ביו"ד סימן ח"י ופר"ח ותב"ש סי' כ"ט דבספיקא דדינא לא מוקמינן על חזקה כי בשביל חיקה לא ישתנה הדין כי סוברים דבעינן שחזקה יהי' לו שייכות עם הספק ואפי' בספיקא דמציאות היכי שאין שייכות החזקה לספק לא מהני החזקה כמבואר למעיין במשנה למלך בפ"ו מהלכות עדות הלכה ז', ועיין משנה למלך בפ"ב מהלכות טומאת צרעת סוף הלכה א' וא"כ הכא דאין החזקה שייכות לספק דהחזקה היא באשה והספק הוא אם כוונתו הי' במה שאמר כתבו ליתן לידו או לידה אטו משום חזקתה נימא שכוונתו הי' ליתן לידו אפשר לומר דגם הר"אש מודה דבכה"ג החמירו עכ"פ חכמים שלא לסמוך על חזקה כזו וא"כ הדק"ל אמאי אי' במתני' ובפוסקים דלא הוי גט כלל:

ולכאורה י"ל הטעם דאינו גט כלל דמירי שהבריא מפרש כוונתו שמה שאמר כתבו הי' כוונתו ליתן הגט לידו וכאשר מורה לשון המשנה רצה לשחק בה ובאמת אם הוא עצמו מסופק בכוונתו וכעין שכתבו תוס' במס' שבועות דף כ' ע"א ד"ה לישנא הובא בש"ך יו"ד סימן רל"ו ס"ק א' הי ס' מגורשת רק כיון שהוא טוען ומברר כוונתו ע"א נאמן באיסורין וכל מקום שעד נאמן אפי' בע"ד נאמן בספק השקול היכי שאינו סותר

החזקה והכא אדרבא דיבורו מסייע לחזקה אבל ז"א חדא שרמב"ם בפ"ב מה"ג הלכה י"ב וטוש"ע לא העתיקו לשין המשנה רק כתבו סתם אינו גט משמע שאין אנו צריכין כלל לדיבורו ואפי' אם מסופק ג"כ הדין כן דאל"כ הוי להי לפרש חידוש דין בזה, ותו לפמ"ש בירושלמי הובא בה"המ שם הלכה י"ג ורמב"ם וש"ע דוקא מסוכן שקפץ עלי' חולי במהרה והכביד עליו חלי' מיד אבל חולה כדרך כל הארץ צריך שיאמר תנו ואם לא אמר רק כתבו ומת לא הוי הגט ושוה לבריא ואמאי כיון שמת ולא הי' מברר כוונתו תהוי ספק מגורשת הגם שהי' אפשר לומר ולישב קו' הלח"מ שם במאי דלא נשנה במתני' רק בריא ולא חולה משום דדיניו חלוקין מ"מ מלשין הפוסקים מבואר דדיניהם שוין, ותו לפי מה שהוכחתי לעיל בכלל ג' פרט ד' בספק שיש לבית דין אין בעל דבר נאמן לברר הספק דאלים הספק כיון שהספק הוא ע"פ דעת תורה:

כב ולכאורה עלה בדעתי לישב קו' הנ"ל דהנה בהא דאי' בש"ע א"העז סימן למ"ד סעיף ה' בקידושין בס' קרוב לו או לה הוי ספק מגורשת כתב הב"ש בס"ק ט' וז"ל היינו שני כיתי עדים המחולקים אי קרוב לו או לה אבל אם הי' לעדים ספק אם הי' קרוב לה אין כאן חשש קידושין דהוי כאילו קידש בלא עדים הגהות אשר"י סוף גיטין עכ"ל:

ונראה מ"ש בשם הג"א היא טעות הדפוס כי מקורו מן המרדכי בסיף פ' המגרש ובתשו' מיימוני דשייכי לה להלכות אישות סימן א' בשם מוהר"ם ב"ב ז"ל:

ועיין פ"ח ביו"ד בכללי ס"ס כלל א' ובספר פ"י בחידושו לקידושין בקונטרס אחרון דף ה' ע"ב סימן ט' ובש"ות נ"ב מ"ק חלק א"העז סימן נ"ח:

(**ומ"ש** בחלקת מחוקק ס"ק ה' טעם אחר כתבתי בחידושי לא"העז ליישב) וא"כ י"ל ה"ה בגירושין היכי שיש ספק לעדים הוי כמגרש בלא עדים ולא הוי גט כלל וא"כ ממילא מיושב קו' הנ"ל אף שהוא ספק בכוונתו מ"מ כיון דעדים צריכין לידע דבר ברור שצוה ליתן הגט לידה ואותו ספק שיש לנו בכוונתו במה שאמר כתבו היא ג"כ לעדים וא"כ לא ראו דבר ברור וה והיכי שראו ספק ולא ראי דבר ברור הוי כלא ראו כלל ולכן לא הוי אפי' ספק מגורשת וא"ש אמנם לאחר עיון הא ליתא חדא דבדין של מוהר"ם הלז רבו החולקים כי המעיין במס' גיטין דף ע"ח ע"ב בתוס' ד"ה והא אי אפשר ובחידושי רשב"א במס' יבמות דף ל"א בשם ר"ח בתי' רבה ור"י מוכח שחולקים וכן כתב בפני יהושע ובספר פר ה המקנה בחידושו לקדושין בקונטרס אחרון סי' למ"ד ותו דבלא"ה הי' קשה לי מזמן כביר היאך משכחת ספיקא דדינא בקידושין הא אותי ספק הוא גם לעדים הוי כמקדש בלא עדים ומצאתיו אח"כ בספר המקנה שהקשה כן וקצת רמז ג"כ הפ"י וה והעיקר נראה לענ"ד דכוונת מוהר"ם דכיון דילפינן דבר דבר מממון בעינן שיאמרו דבר

ברור לפני בית דין מה שראו והרי זה דומה למאי דאי' במס' ב"ק דף ע' דבעינן שיאמרו דבר שלם ולא חצי דבר למעוטי שנים אומרים א' בגבה ושנים א מרים א' בכריסה דלא דמי לאכלה שנה. ראשונה בפני שנים ושני' בפני שנים ושלישית בפני ב' דהוי חזקה דראו כל מה שהיו יכולין לראות באותו שעה יע"ש הרי היכי דלא הי' יכולין לראות היי דבר ברור ויש לומר כלל של מוהר"ם לא נאמר רק היכי שהי' יכולין לדייק היטיב ולראות יותר דלא ראו מה שהי' יכולין לראות והיינו דדייק וכתב שם ז"ל ואפי' היא יודעת דנפלה תוך חיקה בעינן דליהוי סהדי שהגיע הקדושין לידה דילפינן דבר דבר מממון ואין כאן קידושי תורה אלא עד דחזי סהדי דמטי לידי יע"ש כוונתו כמו בממון דבעינן דבר ולא חצי דבר משום דבעינן שידעו דבר ברור ה"ה בקידושין כיון דלא ראו שנפל לתוך חיקה והי' יכולים לראות אם הי' מדייקים לא ראו דבר ברור משא"כ היכי שלא הי' יכולין לראות יותר הוי עדותן עדות על מה שראו שיהי' ספק ולכן בספיקא דדינא הוי ספק קידושין כי לא הי' יכולין לראות יותר ובזה מובן היטב דברי הב"ש בסימן ל"א סעיף ג' סק"ו במ"ש מחבר שם קידש באוכל או בכלי וכיו"ב ששוה פחות משוה פרוטה ה"ז מקודשת מספק שמא דבר זה ש"פ במקום אחר וכתב הב"ש בס"ק הנ"ל וז"ל וא"ל מאי מהני אם שו"פ במקום אחר כיון דלא שו"פ במקומו הוי כאילו קידש אותה בלא עדים דהא במקום שעדים עומדין אינו שו"פ וי"ל כיון דהאי ספק שמא שו"פ במקום אחר ספק גם לעדים לכן חוששין לקידושין יע"ש ולכאורה דבריו תמוהין לפי מאי דסובר בסימן למ"ד כמוהר"ם אמאי הוי ספק קידושין ולפמ"ש א"ש דהספק שמא שו"פ במקום אחר לא הי' יכולין לראות ועיין בב"ש סימן ל"א ס"ק י"א ובס' עצי ארזים ס"ק ח' ודוק ובארתי בכלל זה במקומו כמה סוגי' בש"ס וא"כ הכא הספק בכוונתו במה שאמר כתבו אי אפשר לעדים לידע ראו כל מה שהי' יכולין לראות גם המוהר"ם וסיעתו מודים והדק"ל:

כג והנלענ"ד בזה דהנה בלא"ה קשה אמאי אי' בש"ס ופוסקים הנ"ל בסתם בבריא שאמר כתבו גט לאשתי שכותבין ונותנין לבעל בידו ואין נותנין לאשתו עד שיאמר להם ליתן ואם נתנו לה אינו גט הוי להו לבאר היכי שהבעל אמר שכוונתו הי' ליתן הגט לידה דהוא נאמן כדין בעל שאמר גרשתי את אשתי דסובר ר' יוסף במס' ב"ב דף קל"ד ע"ב דנאמן ואפי' לדידן דקיי"ל דא"נ והוי רק ספק מגורשת כדאי' בש"ע א"העז סימן קנ"ב סעיף א' משום דאם איתא דגירש קלא איתי לי' כמ"ש רשב"ם ור"ן הובא בב"ש ס"ק א' והכא לא שייך האי טעמא דהא באמת יש לו קול שאמר כתבו ועל הכוונה לא שייך ה"ט

(ותו הא לא נזכר דתהי' ספק מגורשת ומשמע בכל גווני אינו מגורשת כלל) ועיין במס' גיטין דף י"ט ע"ב תוס' בד"ה טעמא:

ובאמת בלשון המתני' דאי' רצה לשחק בה יש לפרש הכוונה שבאם אמר עכשיו שכוונתו הי' ליתן לשם גירומין נאמן אך הפוסקים הנ"ל ששינו לשון המתניתן בע"כ הבינו כיון שיכול לשחק בה אינו נאמן עכשיו מיהו שם נחלקו בבעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע אי פלגינן דיבורא רב מארי ור"ז חד אמר פלגינן וחד אמר לא פלגינן כיון דהוא בחד גופא והכא היכא שאומר שכוונתו הי' באמירת כתבו שיתנו לידה הוי כאומר להדי' גרשתי את אשתי למפרע דהא עכשיו הוא דן על אמירתו שאמר למפרע וא"כ למ"ד דלא פלגינן דיבורא לק"מ, רק לפמ"ש הב"ש שם דרמב"ם וטור ס"ל כמ"ד פלגינן דיבורא קשה אמאי לא העתיקו לשון המשנה ובפרט הרמב"ם שדרכו למשוך אחר לשון הש"ס וכתבו אינו גט ולא חילקו בין היכי ששותק ובין היכי שאומר שכוונתו הי' לגרשה והוא תמי' לפי שיטתם, ותו קשה לי מהא דאי' במס' גיטין דף י"ח ע"א אמר לי' רבינא לרבא כתבו ואותבא בכיסתא דאי מפייסא תיפייס א"ל לא מקדים אינש פורעניות לנפשי' פירש"י דלא רגילי למיעבד הכי לאנוחי בכיסתי' דכיון דלא ניחא לי' בגירושין פורענית הוא לגבי' ולא מקדים וא"כ קשה אמאי קיי"ל בבריא דאמר כתבו באם נתנו לה אינו גט כלל כנ"ל נימא מן הסתם הי' דעתו ליתן לידה דאם כוונתו הי' שלא לגרשה מיד לא הי' מקדים פורעניות לנפשי' כיון דלא ניחא לי' בגירושין ואין לומר דהטעם הוא כך דהאי דלא מקדים כו' הוא בגדר הוכחה שמן הסתם רצה לגרשה דק יש נגד הוכחה זו הוכחה המתנגד דדרך העולם המגרשים לנשותיהם היכי שאינם בהולים וטרודים מפרשים דבריהם לאמור תנו גט לאשתי והאי גברא כיון שאמר רק כתבו מוכח שכוונתו הי' ליתן בידו והאשה היא בחזקת א"א והוי חדא במקום תרתי דלאו כלום הוא דז"א דאכתי קשה אמאי אינו מגורשת כלל להוי כ"פ ספק מגורשת להחמיר מדרבנן לענין שיתפסו קידושי אחר דנימא סליק הוכחה נגד הוכחה ונשאר ספק השקול וכבר נתבאר בספק השקול החמירו חכמים שלא לסמוך על חזקה להקל כמ"ש באות כ"א ומלשון רמב"ם וטוש"ע שכתבו אינו גט מוכח דסוברים דאינו מגורשת כלל והיא כוודאי א"א ואין לומר לפמ"ש רש"י שם וז"ל לא מקדים לא רגילי למיעבד הכי כו' יע"ש ויש לומר דעכ"פ הוי ספק השקול דז"א דבע"כ מה דאי' שם לא מקדים כו' ר"ל שמן הסתם לא מקדים דאל"כ אכתי קשה מה הועילו חכמים בתקנתן דבספק השקול חשו חכמים ליתקן אע"כ צ"ל הכוונה דלא שכיחו למיעבד הכי ובכה"ג אי' בש"ס במילתא דל"ש לא חשו חכמים ליתקן וההכרח לפרש לשון רש"י ג"כ על דרך זה הגם שיש לדחוק ולפרש

בענין אח"ר להמעיין שם בסוגי' בדף י"ז אבל היא דוחק ובשגם דלשון השס לא מקדים כו' משמע שמן הסתם הוא כן דאל"כ לא הוי למינקט בלשון ברור מיהו לפמ"ש רשב"א שם בחידושיו לגיטין ד"ה אמר בכוונת רש"י דלא אמרינן האי כללא דלא מקדים כו' אלא בכותב על הספק כיון שלא גמר בדעתו לגרשה אבל היכי שגמר בדעתו לגרשה בודאי יש לחוש שרצה שיהי' בידו וליתן לאחר זמן לידה יע"ש לק"מ די"ל הכא שהי' גומר בדעתו לגרשה לאחר זמן ומהאי טעמא ציה לכתוב ולמסור לידו אך רשב"א שם מסופק בכלל זה די"ל בכל גווני שייך האי כללא כמ"ש שם בד"ה ר' יוחנן וא"כ הדק"ל: **לכן** נראה לפמ"ש לקמן בפרט יו"ד ובכמה דוכתי דלאו כל אומדנות והוכחות שווין כי מצינו דקיי"ל כרבנן במס' ב"ב דף צ"ב דאין מוציאין ממון ע"י הוכחה ומצינו בכמה דוכתי שמוציאין ממון ע"י הוכחה בע"כ דלאו כל הוכחות שווין והדבר נמסר לחכמי תלמוד הם שקלו בשכלם הקודש אשר רוח ד' נוססה בם לברר איזה אומדנא והוכחה דאלים טובא עד שהוא בגדר אנן סהדי ואומדנא כזו מהני אפי' להוציא ממון יע"ש וה"י"ל לענין דבר שבערוה דרבותי' חקרו בשכלם הקדוש שהוכחה זו בבריא כשאומר כתבו ולא אמר תנו שכוונתו הי' ליתן לידו אלים טובא והוא בגדר אנן סהדי שדרך העולם כשרוצים לגרש ואינם טרודים שגומרים דבריהם ואלים טפי מהוכחה דלא מקדים כו' וגם אינו נאמן הבעל אף כשאומר להיפוך דהוי כמגו במקום אנן סהדי דקיי"ל דלא אמרינן וכמו דאינו נאמן לומר גרשתי את אשתי לשווי' ודאי גירושין משום דאם איתא דגירשה קלא אית לי' הכא א"נ לשווי' אפי' ספק דהוכחה זו אלימא טובא דאנן סהדי שאומר שקר ולפ"ז מובן לשון רש"י בחולין הנ"ל במה שדייק בלשונו הקדוש דאמר בריחא כתבו ואיכא קצת הוכחה דלא הוי הוכחה גמורה כמו הוכחה מדלא פירש ואמר תנו דא"כ אמאי איתא במתני' רצה לשחק בה ולא הוי גט כלל תיהוי ספק מגורשת כי חכמים החמירו בדבר שבערוה שלא לסמוך על חזקה אע"כ דהוא רק קצת הוכחה והוכחה מדלא פי' כשוא הי' בהול הוי הוכחה גמורה ואלים מהוכחה דכתבו ועכשיו כשנפל הוי גילוי מילתא בעלמא לברר שאותו הוכחה קצת שהי' לנו היא אמת כי מיישבינן שלא יהי' סתירה ביניהם דלכן לא פי' מחמת שהי' בהול והוא דק גילוי מלתא בעלמא דמאי דאמר בר שא כתבו הי' ע"מ ליתן לידה ומובן ע"פי כלל המיוסד לנו בכמה דוכתי היכי ששני כיתי עדים או שני עדים מכחישים זה את זה אם אפשר ליישב דבריהם אפי' בפי' רחוק מפרשינן ומיישבין דבריהם שלא יהי' סתירה והכחשה ביניהם כדאי' בח"מ סימן כ"ט ה"ה היכי שיש שני חזקות או הוכחות שסותרין ומכחישין זא"ז ואפשר ליישב שלא יהי' סתירה שהוכחה או החזקה יהי' אמת כל אחד ואחד במקומו רק שבענין

שאנו דנין עכשיו ביניהם ליכא סתירה מיישבינן וכיון דהוכחה דלא מקדים כו' הוי ג"כ הוכחה בעלמא (ואף דגמר בדעתו לגרשה איכא הוכחה קצת דלא מקדים והיכי דמסופק א איכא הוכחה אלימא ומה שיש לעיין בזה בסוגי' דג דגיטין דף י"ז ישבתי בחידושי ואין כאן מקומו והמעיין היטיב ימצא ישוב) רק הכא הוכחה דלא פירש עדיף והיינו בבריא שלא הי' בהיל וטריד אי אפשר ליישב בע"כ בנידון זה יש סתירה בין ההוכחת הוכחה דלא פי' עדיף אבל היכי דבהיל וטריד מיישבינן ואמרינן שתרווייהו אמת וזה שלא פי' הכא משום שהי' טרוד וכן דרך העולם מי שהוא טרוד אינו גומר את דבריו וא"כ לפי תירץ הש"ס הלז הכוונה הוא אף דלא הוי בגדר הוכחה שנימא הוכיח סופו ע"ת שמתחילה הי' דעתו לעלות וליפול כי אפי' אם הוא ספק השקול אם כוונתו הי' אז כשאמר כתבו לעלות ולהפיל א"ע והי' בהיל או שלא הי' בהיל מ"מ כדי ליישב ה כחה שאמר כתבו מטעם לא מקדים אינש פרעניות לנפשי' אמרינן נן שכן הי' כוונתו כי אפי' פירוש רחוק מפרשינן ומיישבינן מכ"ש בספק השקול אבל בעלמא י"ל דלא אמרינן הוכיח סופו ע"ת היכי שלא בא ליישב ההוכחות והכי מורה לשון רש"י שכתב גילוי מילתא בעלמא הוא וכבר הקדמנו בתחילת דברינו שלשון גילוי מילתא הוא היכי ששני ענינים סותרת זא"ז מגלה האמת כצד אחד והכא הי' לנו ספק בכוונתו ומגלה עכשיו כוונתו וזה פשוט בכוונת רש"י וע"ע מ"ש לקמן בפרט ט' באריכות ועיין בש"ות תרומת הדשן סימן שמ"ט ותשובת ח"צ סימן מ"א ותשו' שערי אפרים סימן קכ"ג ותשו' נ"ב מהדורא קמא חלק א"העז סימן מ"ד:

פרט ט

יבואר שיטת תלמוד ירושלמי דרבנן דרשב"ג ל"ל האי דינא דרשב"ג אף שאמר כתבו:

כד בתלמוד ירושלמי מס' גיטין דף ס"ו ע"א מבואר דחכמים דרחב"ג דפליגי בהכותב נכסיו כו' פליגו גם הכא על רשב"ג אף דאמר כתבו דאי' שם וז"ל שחטה וזרק דמה לע"ז והקטיר חלבה לע"ז זה הי' מעשה בקסרין ולא אמרו לא לאיסור ולא להיתר ר' חנינא בשם ר' חסדא זאת אומרת לא חשו אין תאמר חשו הי' להם להורות לאיסור ופי' בקרבן העדה דלא חמו לדרשב"ג אלא מפני כבודו דאל"כ הי' להם לאסור בפירוש שלא יבואו לידי מכשול ר' יוסי בשם ר"ח זאת אומרת שחשו אין תימר לא חשו לא הי' להן להורות פי' בק"ע וז"ל לא הי' להן להורות בתמי' הא חכמים פליגי עלי' ולא הי' להן לחוש לכבודו דרשב"ג ולהורות כרבנן א"ו מסתברא להן דברי רשב"ג לכן חשו יע"ש ושם בירושלמי לא נזכר כלל האי דכותב נכסיו כו' המובא במס' חולין בתלמוד בבלי ובע"כ כוונת הירושלמי למתני' דגיטין כמו שעלה ע"ד הש"ס בחולין שם וכ"כ בס' ק"ע

דבע"כ סברו דרבנן סוברים דלא אמרינן הוכיח סופו כו' אף שאומר כתבו, ויש ליישב בזה קו' רשב"א ור"ן על ר' שיזבי בחולין שם מיהו בש"ס בבלי אי' במס' חולין דר"ח אמר שחשו לכבודן דחכמים ור' אליעזר וגם אי' שם הטעם משום כתבו מוכח כמו שהבינו רמב"ן ורשב"א ור"ן הנזכר בפרט ח' שהבינו דכ"ע מודו הכא לרשב"ג דאמרינן הוכיח כו' כיון שאמר כתבו, ובאמת ק"ק לשיטת ירושלמי דקאי על מתני' הא קיי"ל הלכה כרשב"ג במשנתנו כדאי' בסנהדרין דף ל"א ולרבינא דקאי אברייתא ל"ק כמ"ש רשב"ם במס' ב"ב דף קל"ח ובע"כ צ"ל דר"ח לית לי' האי כללא ועמ"ש אאמ"ו הגאון נרו בהאי כללא בספר תורת חסד:

אמנם בגוף דברי ירושלמי צריך ביאור דלפי פירוש קרבן העדה קשה דהנה ממשמעות הלשון לא אמרו כו' משמע שלא אמרו איסור ברור והיתר ברור ופסקו להשואל שהוא ספק איסורי דאוריית' ואזלינן לחומרא וכן נראה שהבין הרב המגיד בפרק ד' מזכי' הלכה ג' שכתב אם הם נסתפקו מי יכריע ועיין ביו"ד סימן ד' בטו"ז ס"ק ב' כי דוחק לומר שלא רצו להורות כלל דבע"כ הדיין מחויב להורות להשואל הלכה למעשה שאי אפשר להסתלק מהוראה וגם דוחק לומר ששדרו לחכם אחר כעין האי דמס' חולין דף מ"ד ע"ב דא"כ הי' לו להזכיר בברייתא וא"כ מאי קאמר ר' חנינא אין תאמר חשו הי' להם להורות איסור דילמא באמת חשו שהי' מסופקים ופסקו שהוא אסור מטעם ספק הוי ספק זבחי מתים ושוב לא יבואו העולם לידי מכשול ונלענ"ד בזה דהנה לפי תלמוד בבלי במס' חולין דקאי אהאי דהכותב כו' כבר נתבאר בשם ה"המ שרמ"בם הבין הפי' שחכמים הי' מסופקים להלכה כמאן ואולם הרש"ל בס' יש"ש במס' חולין כתב שהרי"ף והר"אש ורי"ו הבינו שידעו חכמים דקסרי דהלכה כרבנן וכן משמע הלשון במס' חולין שם דהול"ל לא אמרו א"וה משום דמספקא להו אי הלכה כרשב"ג אי כרבנן אלא משום כבודו כו' ר"ל שהם הי' יודעין הלכה כאחד מהן אלא שחשו לכבודו ומה שאמר על שניהן משום דאנו לא ידעינן בודאי בשל מי סברו שכן הלכה ובשל מי חששו לכבודו על כן אומר על כולם חששו בכבודן ופסקו להחמיר מחמת ספק הלכה ולא פגעו בכבוד אחד מהן וא"כ מן הסתם הלכה כרבנן יע"ש וא"כ ה"ה לשיטת ירושלמי דקאי על מתני' דבריא שאמר כו' י"ל בשלשה פנים א' שהי' מסופקים כמאן קיי"ל אי כחכמים אי כרשב"ג ב' שידעו דהלכה כרשב"ג במשנתנו וחשו לכבוד חכמים ג' דלית להו האי כללא דרשב"ג במשנתנו וידעו דהלכה כחכמים ומשום כבודו דרשב"ג החמירו ועשאו לספק והנה הש"ך כתב ביו"ד סימן רמ"ב בהגהות א"וה ס"ק ט' כשם שאסור להתיר את האסור כך אסור לאסור את המותר אפי' בשל עכו"ם ואפי' במקום שאין הפסד מפני שעל פי רוב יש בו צד הקל

במקום אחר מחמת שנאסר והוי חומרא דאתי לידי קולא ואע"פי שלפי הנראה לא יבוא מזה צד קולא אסור שאפשר שיתגלגל ויבוא קולא עד אחד מאה דברים לפיכך אם הוצרך לאסור מחמת ספק או מחמת חומרא במה שאין האיסור ברור כשמש צריך המורה לומר שאין האיסור ברור אלא שאנו מחויבין להחמיר וכ"ש אם המור' מתיר בשעת הדחק וכיו"ב שיאמר לו כן יע"ש ועיין במס' נידה דף ז' ע"ב וע"ע בש"ות שמן רקח חלק ראשון סי' ל"ז ול"ח ול"ט מ"ש שם כבוד אאמ"ו הגאון נרו דברים נחמדים ועיין בבית יוסף יו"ד סי' קט"ו מ"ש בשם ירושלמי כשם שאסור להתיר את איסור כך אסור לאסור את המותר ועיין בס' מנחת יעקב כלל ע"ח ס"ק ב' א"כ מחויב המורה ליזהר בהוראתיו שלא יצמיח מכשול על ידו אף לעתיד והיכי דאסור מחמת ספק ויש לו דין ספק מחויב לומר שהוא ספק ואולם אם יש גווני אף דאסור מחמת ספק מ"מ יש לו דין ודאי מחמת חוקת התורה כשיש ספק הדבר נשאר על חזקה חזקת קמייתא והוא כודאי איסור מחויב לומר שהוא ודאי איסור אף שנאסר רק מחמת ספק לשיטת הפוסקים ביו"ד סימן ק"י דלא אמרינן ספק ספיקא נגד חזקה ואם יאמר שהוא ספק יכול לבוא לידי מכשול כשיצמח אח"כ ספק אחר ויסמוך השואל על ס"ס והיינו כשיבוא לחכם אחר ויאמר לו שנאסר מחמת ספק ובאמת הוי נגד חזקה ולא מהני ס"ס לכן מחויב המורה הוראה לומר שיש לו דין ודאי איסור שלא מהני אף כשיצמיח אח"כ עוד ספק ובהאי דשחט ואח"כ חישב או זרק כשיש ספק הוי ספק בשחיטה כמ"ש הפוסקים וקמה הבהמה בחזקת איסור עכ"פ לענין איסור אכילה וכפי הלשון לא אמרו לא לאיסור כו' משמע להדי' שלא אמרו שאסור בודאי מחמת חזקה דאם אמרו כן הרי אמרו איסור ברור כי חזקה בכל מקום הוא כודאי ולכן א"א לומר שאמרו להשואל מחמת ספק שיש לנו נאסר כודאי איסור מחמת חזקה הרי אמרו ודאי איסור ג"כ והו"ל לומר כן בברייתא שאמרו שאסור מחמת ספק כודאי ומלשון הברייתא משמע להדי' שלא אמרו כלל שהי' לו דין ודאי איסור ואולם בע"כ אמרו להשואל בב' פנים הנ"ל או שהדבר ספק לנו כמאן קיי"ל ומחמת ספק נאסור או מחמת כבוד אחד מהם אין אנו רוצים לפסוק דין ברור ונשאר הדבר בספק שיהי' לו דין ספק שנאסר ויש לומר בפירושי' שנחלקו הפוסקים נחלקו אמוראים ר' חנינא בשם ר"ח אומר אמר זאת אומרת לא חשו ר"ל לדרשב"ג דאמר הוכיח כו' רק משום כבודו ולכן עשו כדין שלא אמרו איסור בדור ואמרו להדי' שמחמת כבודו אסרו הבהמה ולא יצמיח מכשול ע"י חומרא דאולי יבוא קולא אחר מאה דברים כיון שאמרו כן להדי' אין תאמר חשו הי' להם להורות איסור ר"ל שאם באמת הי' להם ספק כמאן הי' להם לומר שאסור בודאי מחמת חזקה כמו דקיי"ל בכל ספק ומלשון ברייתא משמע שלא אמרו

ודאי איסור רק שאמרו שהוא ספק איסור ואם הי' אומרים שאסור מחמת חזקה כיון שחזקה בכל מקום הוא ודאי לא יוצדק הלשון לא אמרו איסור הא אמרו איסור ודאי מחמת חזקה והיינו כפי' רש"ל ובע"כ סובר שיוכל המורה להחמיר משום כבוד החכם שאוסר אף שנראה לו שהלכה כמיקל ואולם ר' יוסי סובר שלא יוכל המורה להחמיר בממון של ישראל משום כבוד החכם המחמיר היכי שנראה לו שהלכה כמיקל לכן סובר הפי' כרמב"ם שחשו וכפי' קרבן עדה הנ"ל וא"ל לדבריו כיון שחשו הי' להם לומר איסור ודאי מחמת חזקה כיון שאפשר שיבוא מכשול כשיהי' עוד ספק ז"א די"ל דר' יוסי סובר דאמרינן ס"ס נגד חזקה ולא יצמח מכשול וא"ש:

ובדרך פלפול י"ל דהנה לפי הכוונה הפשוטי' הי' אמוראים הללו מכחישים זא"ז מה שאמר ר"ח ולפי דרכינו יש לומר ששמעו מרב חסדא מימרא אחרת אשר הי' משתמע לתרי אפי אי סובר דאזלינן בספק ספיקא נגד חזקה או דסובר דלא אמרינן ומר הבין דלא אמרינן ס"ס נגד חזקה לכן הוכיח בכאן בשם ר"ח הפי' בברייתא דשחטה כו' שלא חשו ומר הבין הפי' בדבריו דאמרינן ס"ס נגד חזקה ולכן אמר בשם ר"ח שחשו ולאו בפירוש אתמר אלא מכללא וכיו"ב הוא בש"ס בבלי בהרבה דוכתי והענין כך דאי' במס' חולין דף יו"ד השוחט בסכין ונמצאת פגומה אמר ר"ה אפי' שיבר עצמות כל היום פסולה חיישינן שמא בעור נפגמה ור"ח אומר כשירה שמא בעצם נפגמה בשלמא ר"ה כשמעתין אלא ר"ח מ"ט א"ל עצם ודאי פוגם עור ספק פוגם הוי ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי מתיב רבא כו' טבל כו' ומסיק הש"ס לר"ח הטעם סכין איתרע בהמה לא איתרע וכתב מוהרש"א שמוכח לפירש"י ולחד תי' של תוס' למסקנא ר"ח מכשיר אפי' בלא שיבר עצמות תלינן בעצם המפרקת והאי תירוצם דעצם ודאי כו' לא קיימא רק טעמא דר"ח דהרי שחוטה לפניך וסכין איתרע בהמה לא איתרע יע"ש ובפירוש דסכין איתרע נחלקו, רש"י פי' כיון דלאו בגוף בהמה אתיילד אלא בדבר אחר לא דמי לטבילה ולא אתי ספק ריעותא דסכין ומוציא מדי שחיטה דודאי עצם פוגם ע"ש ואף דרש"י נקיט הטעם משום דעצם ודאי פוגם היינו לס"ד אבל למסקנא מוכח מהאי טעמא דסכין איתרע כו' מקלינן אפי' בעצם מפרקת ותוס' כתבו בד"ה סכין דאין סברא לומר כפי' רש"י רק הכוונה דר"ל סכין איתרע ואיכא ספיקי טובא שמא בעצם נפגמה ושמא לא נשחטה הסימנים כנגד הפגימה והוי כספק ספיקא יע"ש א"כ לפי' תוס' מוכח דבע"כ סובר ר' חסדא דאמרינן ס"ס נגד חזקה דהא התם הוי ספק בשחיטה ולפי' רש"י יש לומר דסובר דלא אמרינן ס"ס נגד חזקה וא"כ מובן היטב האמוראי' הנזכרים בירושלמי שמעו מר' חסדא הדין בשוחט בסכין דכשירה מטעם דסכין איתרע כו' והבין ר' חנינא הטעם כפי' רש"י ולא אמרינן

ס"ס לכן אמר שמוכח מכללא הפי' בברייתא כאן שהי' רק משום כבודו דרשב"ג ור' יוסי הבין כפי' תוס' ובע"כ אמרינן ס"ס נגד חזקה ולכן אמר שחשו ולא יצמיח מכשול ע"י שהורו שיש לו דין ספק ואם לא חשו לא הי' להם להפסיד משום כבוד חכם המחמיר, וא"ש (ועיין בסי' ק"י ביו"ד בענין ספק אחד בגופו וספק אחד בתערובות מה שנחלקו וגם בענין ס"ס נגד חזקה מה שנחלקו הש"ך ופר"ח ותבין מה שיש לפלפל בזה ולא רציתי לבאר כי הוא רחוק ממרכז האמיתי):

פרט י

יבואר היכי דברור שמעצמו נפל רק שלא נפל מיד אי אמרינן בכה"ג הוכיח סופו על תחילתו:

כה רבינו בית יוסף בשולחנו הטהור בא"העז סימן קמ"א סעיף ט"ז כתב וז"ל בריא שאמר כתבו גט לאשתי וכתבו ונתנו לה והרג עצמו מיד כגון שהשליך עצמו מן הגג או הפיל עצמו לים הרי זה גט כשר. ואם לא כתבוהו כותבין ונותנין כל זמן שיש בו נשמה עלה לגג ודחפתו הרוח וכפל ומת אינו גט יע"ש. הרי שסובר אפי' בידוע שהמית א"ע בעינן מיד. וכבר הרגיש בזה הב"ש שם בס"ק כ"ד:

ואולם תמהני כי בספרו הארוך בב"י בביאורו לירושלמי מבואר שסובר כיון שברור שמעצמו נפל אפי' לאחר זמן הוי גט, וכ"כ בס' לחם משנה בפרק ב' מהלכות גירושין הלכה י"ג ולפי מ"ש בש"ע לא ידעתי היאך יתפרש דברי ירושלמי המובא שם כי פירושו של קרבן העדה מלבד שראשונים זלה"ה לא פירשו כן כמבואר למעיין בדבריהם אף גם הוא דוחק:

ויש לחקור דהנה יש לברר בפי' מיד או לשון לאלתר הנזכר בעניני' הללו אשר לא נתנו לנו הראשונים זלה"ה גבול, ובעלמא מצינו שרז"ל הי' מדייקים לברר הדבר, כדאי' במס' גיטין דף כ"ז ע"ב ובתוספתא בפרק ב' דגיטין וכאן בהאי דינא הנזכר בסעיף י"ו ובסעיף י"ז ספק מעצמו נפל ספק הרוח דחפתו אם לאלתר נפל ה"ז גט ועיי"ש שמקורו מתוספתא ומירושלמי המובא בבית יוסף לא נתנו לנו גבול לידע זמן של לאלתר ובפשיטות נראה כמו שעלה במחשבה לפני וכוונתי לדברי מחו' הרב הגאון המובהק מוה' יעקב נ"י אב"ד דק"ק ליסא בספרו תורת גיטין דשיעור לאלתר היינו כדי שיעור כתיבת הגט ונתינתו דהא בדעתו הי' שעל ידי הנפילה ימות מיד ורצה לגרשה (כדי שלא תזקק ליבם) ע"כ הי' כוונתו שיכתבו ויתנו קודם הנפילה והי' בדעתו לעכב הנפילה עד שיעור כתיבה ונתינה ואולם לפי זה יש להתבונן דרש"י פי' במס' כתובות דף נ"ה ע"א בד"ה מסוכן וז"ל ר' שמעון שזורי אומר אף ה המסוכן הגוסס והיינו בתר אומדן דעתא דאמרינן לא

אמר כתבו אלא שיתנו הואיל ומסוכן הוא לא נתכוין לצחק בה יע"ש. משמע דבבריא כשאומר כתבו ולא אמר תנו אמרי' שכוונתו לצחק בה וכן משמע לשון מתני' דאי' בריא שאמר כתבו גט לאשתי רצה לשחק בה. ובתוספתא אי' בריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לראש הגג ונפל ומת כותבין גט ונותנין כל זמן שיש בו נשמה. וברמב"ם אי' שכתבו וחתמו ונתנו לידה קודם שעלה לגג, וכתב בכסף משנה ובב"י דרמב"ם סובר דמתני' כללא כייל כל שנפל מעצמו הו"ל כאומר כתבו ותנו ואם כתבו ונתנה קודם שנפל ה"ז גט ואם לא כתבו עד שנפל כותבין ונותנין אחר הנפילה כל זמן שיש בו נשמה וכן העתיק בש"ע כנ"ל וא"כ קשה היכי שעלה לגג מיד לאחר שאמר כתבו והפיל א"ע ולא מת שלא נתקיים מחשבתו אמאי כותבין ונותנין כל זמן שיש בו נשמה הא בכה"ג מוכח שמה שאמר כתבו רצה לצחק בה, דכיון שאין גט לאחר מיתה והוא לא ידע שהנפילה יהי' באופן שנשאר חיות בו שיהי' יכולין לכתוב גט כיון שהוא מקום מסוכן, מוכח שבע"כ רצה לצחק בה, והו"ל לחלק אימת הוי לאלתר גט היכי שהשהא בנפילה עד שיעור כתיבה ונתינה אבל היכי שמיד לאחר הדיבור כתבו הפיל א"ע מוכח שבע"כ כיון לצחק בה, ואף כשעולה לראש הגג אמרינן דיש לו דין מפרש ומסוכן שמן הסתם לא כיון לצחק היינו היכא דליכא הוכחה כגון ששהא כדי שיעור כתיבה ונתינה, אבל היכי דאיכא הוכחה שכיון לצחק שהפיל א"ע מיד לאחר שאמר כתבו ראוי לומר דלא הוי גט. ואין לומר דלאו כ"ע גמירי מדרש חכמים דאין גט לאחר מיתה, כיון דלא מפורש בקרא, וכעין זה מבואר בתוס' גיטין דף מ"ב ע"ב ד"ה הואיל ובתוס' במס' בבא קמא דף מ"ה ע"א ד"ה מכור ובמס' בבא מציעא בפרק איזה נשך בשלטי הגבורים שסביב הרי"ף דף ק' ע"א ד"ה ופשוט בפרק ד' וה' (ומובן בזה כוונת רמב"ם בפרק ט' מהלכות מאכלות אסורות הלכה ד' להמעיין שם וא"כ שפיר י"ל שכוונתו הי' לגרשה דמה"ת נימא שכוונתו הי' לצחק בה שהוא חשש רחוק כיון שיש לתלות כוונתו לטובתה שלא תזקק ליבם, ושאני בריא דכ"ז שהוא בריא לא אסיק אדעתי' ע"ז שאינו צריך משא"כ בהאי גברא דחזינן שהמית א"ע תלינן במצוי ואזלינן בתר אומדן דעתו, כדמוכח בכתוב' שם ובב"ב דף קמ"ו דטעם במסוכן ואינך דאזלינן בתר אומדנא ונ"ד דמי למסוכן כמ"ש רש"י דזה אינו חדא דא"כ לא הוי לאלתר הוכחה ותו הא הדין איירי בכל גווני אף בגברא שידעינן שידע הדין ותו כבר למדנו מש"ות מוהר"י טראני בספר ב' סימן נ"ב דף ק"ו ע"ד אף שלאו כ"ע דיני גמירי היכי שרוצה לעשות מעשה חזקה שאינו עושה אלא א"כ שואל להבקיאים בהלכה יע"ש וה"ה כיון שרוצה לשקוד בתקנתה בודאי הי' חוקר ודורש הדין, דמבואר להמעיין בר"ן במס' קידושין דף נו"ן דבמדרש חכמים עכ"פ סתם אדם מסופק ומן הסתם

חקר אצל הבקיאים היאך מגרשים שבודאי יכול לחקור באופן שלא ידעו כוונתו שרוצה לאבד א"ע ונלענ"ד ליישב דהנה בפירש קו' הש"ס בגיטין שם מעשה לסתור פי' רש"י רישא תנא לא אמר כלום ואח"כ נתן חילוק בין מעצמו נפל ובין דחפתו הרוח, ועיין כיו"ב בר"ן נדרים דף מ"ח ע"א ואולם בספר שיטה מקובצת במס' בבא מציעא דף ק"ב ע"ב מבואר היכי דאי' בש"ס מעשה לסתור על סגנון הלז, לא ניחא להראשונים זלה"ה לפרש כן דהלשון משמע שהוא סתירה, לכן לולי דברי רש"י ז"ל יש ליישב דכבר כתבנו דברי הכסף משנה ובית יוסף דמתני' דידן כללא כייל כשנפל מעצמו הוי כאומר כתבו ותנו ואם כתבו ונתנו קודם שנפל הרי זה גט ואם לא כתבו עד שנפל כותבין ונותנין כל זמן שיש בו נשמה, וא"כ יש לומר דקו' הש"ס הוא כיון דרבינו הקדוש הי' מדייק בלשונו שאמר בריא כו' רצה לשחק בה ולא נקט לישנא קצרה אינו גט, לענין מאי תפס הלשון שחוק בע"כ כוונתו למ"ש רש"י במס' כתובות שזהו אמתלא שרצה לשחק בה, ולכן מקשה מעשה לסתור דמוכח ממעשה דלא חיישינן שכוונתו לשחוק, דאל"כ איך אמר בסתם אם מעצמו נפל הרי זה גט ולא מחלק משמע בכל גווני אף אם המית א"ע מיד לאחר שאמר כתבו ולא שהא שיעור כתובה ונתינה לידה, ואף שעדיין לא כתבו אם נשאר בו נשמה יכולין לכתוב וליתן לידה, הא בכה"ג מוכח שכוונתו הי' לצחק בה כיון שלא נשאר זמן ליתן גט לידה, ואין גט לאחר מיתה וא"כ הוי מעשה לסתור, ואמאי באמת הוי גט דמוכח שכוונתו הי' לצחק, ואפשר לכווין כן בלשון רש"י הנ"ל ור"ל כיון דנחית לחלק בין מעצמו נפל לדחפתו הרוח הו"ל לחלק גם בהיכי דמעצמו נפל בין נפל לאלתר ממש ובין נפל לאחר שיעור כתיבה ונתינה משמע דבכל גווני הוי גט, וע"ז משני חסורי מחסרא והכי קתני אם הוכיח סופו על תחילתו ה"ז גט ומעשה כו' ר"ל שבאמת בעינן הוכחה וזהו גופא הוא בכלל דהוכיח סופו ע"ת דהיינו אם שהא בעלייתו לגג עד אחר שיעור כתיבה ונתינה בכדי שיכולין לכתוב וליתן לידה ואח"כ עלה ונפל ונשאר בו כשמה יכולין לכתוב עכשיו וליתן לידה כי זהו הוי הוכחה כיון שהי' שהא עד זמן זה כדי שיכולין ליתן לידה בעודו בחיים, ואם לא שהא שיעור זה אף שהפיל א"ע באמת ליכא הוכחה ואמרינן שכוונתו הי' לצחק בה וא"כ המעשה מסייע וא"ש, ואולם צ"ע כי מלשון רבינו המחבר לא משמע כן דהו"ל לבאר דאין כותבין ונותנין כל זמן שיש בו נשמה כ"א כששהא שיעור כתיבה ונתינה ומרהיטות לשונו משמע אם הרג א"ע מיד אף קודם שיעור נתינה רשאין לכתוב, וגם לא ראיתי בשום פוסק שיהי' מחלק חילוק הלז:

כו ודע לפי דברינו נראה לפרש היטב סוגי' הש"ס בחולין דף ל"ט ע"ב ורש"י שם שהבאתי בפרט ח' במה שמדחה הש"ס דברי ר' שיזבי שאני התם דאמר כתבו, ופי'

רש"י דאמר ברישא כתבו ואיכא קצת הוכחה בתחילה ונפילתו גילוי מילתא בעלמא דהא דאמר ברישא כתבו על מנת ליתן קאמר יעי"ש וכתבתי שם הכוונה כמו שנראה בפשיטות דאיכא הוכחה נגד הוכחה, שיש הוכחה שרצה לגרשה ויש הוכחה כיון שלא הי' טרוד ודרך העולם לפרוש הדיבור תנו בודאי כוונתו הי' לכתוב וליתן לידו יע"ש באריכות. שבתי וראיתי דעדיין לא עלתה ארוכה לקו' שהקשיתי שם אמאי אי' בפוסקים בבריא אם נתנו לידה אינו גט כדאי' בש"ע סי"ו משמע להדי' דליכא שום ספק ואמאי ניהו דלא ידעינן שהי' טריד אטו מי לא משכחת שגם בריא יהי' טרוד וכיון שמוכח ממפרש ואינך היכי שידעינן שהם טרודים שכח לומר תנו, כמ"ש רשב"ם בב"ב דף קמ"ו ע"ב ד"ה היוצא יש לחוש אולי האי גברא הי' גם אז טרוד בעניניו ושכח לומר תנו ואיך מקילין בדבר שבערוה דלא לשווי' אפי' ספק הא בעלמא החמירו בדבר שבערוה של"מ אפי' רובא וחזקה הגם שיש לומד כמ"ש הפוסקים הובא בטור ובית יוסף דוקא בחשש סכנה טרוד ואפי' בקולר של ממון לרמב"ם הוא בחזקת סכנה, אבל שאר טירדא לא הוי טירדא, היינו דלא הוי גט ודאי, אבל אי אפשר להכחיש שיוכל להיות שמחמת טירדא אפי' בדבר הרשות לפעמים שוכח ואינו גומר הדיבור כי כן השכל והחוש מסייעו ואמאי נקיל כל כך בדבר שבערוה ובדברינו הנ"ל יובן היטב על פי כללים ידועים:

א) המעיין בש"ס כתובות וב"ב דף קמ"ו בהאי דמפרש והיוצא בשיירא ומסוכן שאמר כתבו שמועיל הוא מטעם אומדנא דאמדינן דעתי' דלא אמר כתבו אלא שיתנו:

ב) בב"ב שם עלה דמתני' שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ולא שייר קרקע כל דהו שאם עמד חוזר אמרי' מאן תנא דאזלינן בתר אומדן דעתא אעפ"י שלא פי' כפירש דמי. אמר ר' נחמן ר' שמעון בן מנסיא הוא דאמר במי שהלך למד"הי ושמע שמת בנו וכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ בא בנו סוברים חכמים מתנתו מתנה ור' שמעון סבר דבטילה ור' ששת אמר ר' שמעון שזורי דאזיל בתר אומדנא בגט שאמר אף המסוכן וכתבו בתו' ד"ה ר"ש, ר"ש ומחלוקתו קאמר ואמרינן ר' נחמן מ"ט לא קאמר כר"ש שאני התם דאמר כתבו, פי' ר"ש גלי דעתי' שרוצה לתת גט דאי לאו לגרשה כתיבת הגט מה צריך יע"ש ורב ששת מ"ט לא אמר כר"נ שאני אומדנא דמוכח פי' רשב"ם וז"ל שכל זמן שהי' בנו קיים לא נתן עד ששמע שמח, אבל חולה כיון דרוב חולין לחיים והוא לא צוה מחמת מיתה ליכא אומדנא דמוכח כולי האי עכ"ל והמדקדק בלשונו יראה שיש ג' מיני אומדנות:

א) אומדנא דלא מוכח ב) אומדנא דמוכח ג) אומדנא דמוכח טובא ועיין בר"אש כתובות דף צ"ז ע"א ועיין ברש"י כתובות דף נ"ה ע"ב ד"ה אלא ובתוס' ד"ה אלא ובתוס' ד"ה שאם נתבאר שנחלקו רב ושמואל לרב מוציאין ממון ע"י אומדנא ולשמואל אין מוציאין דחזקת

ממון אלים טובא ובע"כ גם רב מיירי היכי דמוכח, דהיכי דלא מוכח כלל בודאי לא מהני להוציא ממון, והיכי דמוכח טובא גם שמואל מודה דמהני להוציא ממון דהוי כאנן סהדי שכן הוא רק דנחלקו היכי דמוכח ולא מוכח טובא וראי' לזה דהיכי דמוכח טובא גם לדידן דקיי"ל כשמואל מהני להוציא ממון, דאנן קיי"ל כרבנן דר' אחא במס' ב"ב דף צ"ב ע"א בגמל האוחר בין הגמלים שאין מוציאין ממון ע"י אומדנא דמוכח, כמ"ש רמב"ם בפ"ח מהל' נזקי ממון הלכה ד' ורי"ו בנתיב ל"א ח"א ונ"י בב"ב שם וטוש"ע ח"מ סימן ת"ח סעיף ב' והמעיין בש"ות הר"אש כלל ק"ה הובא בדרכי משה חושן משפט סימן נ"ו סק"ו מבואר דלאו כל אומדנא דמוכח שווין והיכי שמוכח טובא מהני אפי' להוציא ממון דהוי כאנן סהדי והדבר נמסר לחכמינו זלה"ה הני שקלו בשכלם הקודש איזה מוכח ועיין בש"ות הר"אש כלל ס"ד סימן ה' (ולא נעלם ממני מ"ש בש"ות מהרי"ק שורש קכ"ט אך הארכתי בזה בכללי אומדנא ואין כאן מקומו, ועיין תשובת הר"אש כלל ס"ח סימן ג' וב"ח בסימן ת"ח ותשובת מעיל צדקה סימן נ"ג ותשובת גאוני בתראי סימן נ"ד) ג' במס' סוטה דף ב' ע"ב ובכמה דוכתי בש"ס אמדינן דדבר שבערוה ילפינן מממון מגזירה שוה דדבר דבר כמו בממון בעינן ב' עדים ה"ה בדבר שבערוה, וכיון דקיי"ל אין גזירה שוה למחצה נראה לומר כמו דלא מהני אומדנא דמוכח להוציא ממון היכי דלא מוכח טובא כמו כן לא מהני אומדנא כ"א להוציא מחזקתו בדבר שבערוה, ולישב סוגי' הש"ס שלא יהי' סתירה לכלל זה יבואר באי"ה בכללי אומדנא, ולפי זה בין תבין דברי חכמים וחידותם, ברישא דמתני' בבריא שאמר כתבו גט לאשתי רצה לשחק בה ולא הוי גט כלל א"ש בין לרב ובין לשמואל, ולכ"ע איכא אומדנא אך לא מוכח ורב סובר דלא מוכח כלל לכן לא מהני להוציא מחזקת אשת איש, ושמואל אפשר דמודה בזה לרב או דסובר דלא מוכח טובא, והטעם דלא מוכח כיון שיש לומר שרצה לשחק בה דדרך הבריא לשחק, ואף שיש אומדנא שמן הסתם רצה לגרשה מ"מ כיון שלא אמר תנו יש לומר שרצה לשחק בה ואומדנא גרידא לא מהני, ואין לומר אמאי אינה מגורשת כלל ניחוש משום חומר דבר שבערוה אולי הי' טרוד ולכן לא גמר דיבורו דז"א דהא אנן קיי"ל במס' קידושין דף מ"ט ובכמה דוכתי דדברים שבלב לא הוי דברים רק היכי דמוכח לכל כוונתו הוי דברים כמ"ש תוס' שם ובכמה דוכתי והכא כשאומר כתבו ולא אמר תנו לא מוכח כוונתו אי מחמת שטרוד לא גמר דיבורו וכוונתו לגרשה או שרצה לשחק בה ממילא הוי דברים שבלב ולא הוי דברים כי אין יכול לעשות שליח וכיו"ב דבר חדש בדברים שבלב, משא"כ בבריא שעלה לראש הגג ונפל לאחר ששהא שיעור נתינה ונתינה הוי אומדנא דמוכח טובא כיון שצמצם הזמן בכה"ג אפי' בממון מהני

להוציא ממון לכן אף דיבמה לשוק הוי דבר שבערוה כמ"ש מרדכי בפרק מצות חליצה סימן נ"ח (ועיין ש"ות נודע ביהודה מהדורא קמא חלק א"העז סי' נ"ד ועמ"ש בכלל ע"א בדבר שבערוה בזה) מ"מ גם בממון מהני להוציא ממון היכי דמוכח טובא ומוכח סופו ע"ת ומה"ט ס"ל לתוספתא אף בספק נפל בעצמו על ידי שצמצם זמן הנפילה הוי מוכח טובא שמה שאומר כתבו דעתו הי' לגרשה שלא תזקק ליבם אבל כששהא ועלה לגג לאחר זמן הוי רק אומדנא דמוכח גרידא כמו בבריא שלא מהני להוציא מחזקתה כי אולי רצה לשחק בה ואח"כ נאנס ונפל על ידי רוח ובזה מובן גם דברי רש"י במס' חולין הנ"ל שר"ל באמת כתבו גרידא הוי אומדנא דלא מוכח רק קצת הוכחה ולא מהני בבריא גרידא להוציא מחזקתו, ועל ידי נפילתו הוא מגלי מילתא כוונתו ונעשה על ידי זה אומדנא דמוכח טובא כאילו אמר כן להדי' דבכה"ג מהני אפי' להוציא מחזקת איסור בדבר שבערוה וא"ש:

כז ולולי דמסתפינא הי' נראה לי לומר, בהאי דינא שכתב המחבר בסעיף י"ז דבעינן שהרג א"ע מיד. וכן בסעיף י"ח בספק נפל מעצמו ספ' רוח דחפתו אם לאלתר נפל ה"ז גט, שלא מבואר היטב הזמן המוגבל, ויש לומר דבר חדש דהנה המעיין ברמב"ם בפ"ב מה"ג שכתב בריא שאמר כתבו גט כו' והרג א"ע מיד כו' לפי דברי בית יוסף וכסף משנה קאי מיד גם על מ"ש אחר כך ספק הפיל א"ע ספק רוח. והא דינא דספק נובע מתוספתא וירושלמי א"כ הבין הרמב"ם מה דאי' שם לשון לאלתר ולשון על אתר כאלו נכתב תיבת מיד, ומצינו במס' טהרות בפרק ט' משנה ד' דאי' שם הגומר את זיתיו ושייר קופה אחת יתננה לעני הכהן דברי ר' מאיר ר' יהודא אומר יוליך לו את המפתח מיד והובא בר"ש תוספתא שאמר ר' יהודא כל אותו היום, וכתב שם וז"ל והאי דאמר ר' יהודא במתני' מיד כל אותו היום מיד קרי לי' יע"ש וכ"כ הרע"ב, ומכאן למד בש"ות צמח צדק סימן ק"ך הנשבע לשלם מיד יש לו זמן כל אותו היום ועיין בהג"ה שמביא ראי' מערכין דף ל"א וכ"כ בש"ות יעקב חלק א' סימן ל"ד ומביא ראי' מח"מ סימן ק"ץ סעיף ט"ז, ובמס' עירובין דף ל"ב ע"א בהא דסובר ר' ששת חזקה שליח עושה שליחותו איתא שם בית דין עד פלגא דיומא שליח כולא יומא ופי' רש"י שליח כולי יומא נטרי ומכי מטא לאורתא סמכינן עלה דודאי לא עבר היום עד ששמר הבטחתו ע"ש ועיין משנה למלך בפרק ד' מהלכות בכורות הלכה א' וא"כ יש לומר כיון דעיקר הטעם דאזלינן בתר אומדנא שכוונתו הי' כדי שיהי' להם שעות לכתוב הגט וליתן לידה לכן כל אותו היום סומך שיעשו השליחות כיון שלא עבר היום כי המה נעשו שלוחין וחזקה שליח עושה שליחותו כל אותו היום, ולאחר אותו היום הוי לאחר זמן, הגם שאין לשון על

אתר הנאמר בירושלמי בכמה דוכתי לא משמע כן וחד מנהון הוא מה דהובא בתוס' במס' ברכות דף י"א ע"ב בהא דאמרינן משקרא קריאת שמע אין צריך לברך שכבר נפטר באהבה רבה ואי' בירושלמי והוא ששנה על אתר פי' בתוס' לאלתר שלמד מיד והתם אין זמנו כל היום מ"מ הכא יש לומר כמו בתלמודא דידן היכי שנזכר מיד, בודאי ברוב פעמים פירושו מיד ממש ולפעמים פירושו כל היום והדבר נלמד מענינו מטעם השייך באותו ענין:

וה"ה כיון שעיקר הטעם הוא שסומך שבתוך כך יעשו הם שליחותן ויתנו לה ומצינו שדרך השליח שלא להתעצל יותר מיום אחד נוכל לומר שכל אותו היום סומך שיעשו. האף שיש לומר להמעיין במשנה למלך שם שכתב היכי שאין המשלח בא לידי עבירה יש לומר ששליח מתעצל כמה ימים, מ"מ אין לסמוך על זה להקל אפי' אחר יום או יומים שיהי' לו דין לאלתר כ' חושב אולי עדיין לא כתבו דאין להקל כ"כ בדבר שבערוה, וגם באותו יום אני חוכך מאד ולא כתבתי ח"ו להורות אף לסניף בעלמא ולא באתי רק כתלמיד הנושא ונותן לפני רבותיו בדרך פלפול בעלמא להגדיל תורה, וכל מה שכתבתי בענינים הללו הוא רק כנושא ונותן בהלכה ולא להורות כי ענינים אלו עמוקים והם כהררים התלוים בשערה, שלא מבואר היטב בראשונים זלה"ה:

כח ודע דקשה לי לשיטת המחבר בש"ע בסעיף י"ז שסובר אפי' בידוע שמעצמו נפל, אם נפל לאחר זמן לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו וחיישינן שמא בזמן שאמר כתבו לא הי' בדעתו להמית א"ע ובעינן דוקא שיעשה המעשה מיד מסוגי' דחולין דף ל"ט בשחטה ואחר כך חישב עליה זה הי' מעשה בקסרי ולא אמרו איסור והיתר, ורצה ר' שיזבי לומר מרשב"ג דגיטין ואח"כ אמר רבינא רשב"ג דהכותב נכסים וזיכה ע"י אחר והתם בשחיטה משמע להדיא אפי' כשחישב או זרק לאחר כמה ימים כל זמן שהדם וחלב קיימין יש לומר הוכיח סופו על תחילתו דהא סתמא אית' בברייתא וכ"כ להדי' בס' תבואת שור סימן ד' סע"ק ה' כיון שמדמה לזיכה ע"י אחר ושתק ולבסוף צווח ומשמע מסתימת הש"ס כל זמן שלא באתה המתנה לידו ובבואה לידו אפי' למחר וליומא אחרינא צווח אמרינן הוכיח כו' ולכן כתב כל זמן שהדם או חלב קיים בידו והוא אומר שדעתו לזרקו או להקטיר לע"ז חיישינן למפרע על השחיטה יעי"ש הא לפי פירוש רבינו המחבר דרשב"ג לית לי' הוכיח סופו כו' רק היכי שנפל לאלתר היאך אמר ר' שיזבי דלא אמרו להתיר משום כבודו משמע אפי' חישב לאחר זמן הא בכה"ג גם רשב"ג מודה דלא אמרי' הוכיח כו' ונראה ליישב, דהנה כבר הבאתי בכלל הקדום שהקשה רשב"א ור"ן לר' שיזבי אמאי לא אמרו איסור הא חכמים לא פליגי על רשב"ג ולפמ"ש י"ל דר' שיזבי הבין הפי'

בברייתא דמעשה הי' שחישב לאחר זמן ועיין בכסף משנה בפרק שביעי מהלכות נדרים הלכה ט"ו בסופו מבואר היכי דאית' הלשון אח"כ לא הוי מידי והכא אירע בש"ס שחטה ואח"כ חישב, ואם הי' מיד לא הי' ספק אי הוכיח כו' והי' הדין דאסורה רק שהמעשה שחשב לאחר זמן והי' מסופקים בכוונת רשב"ג גופא במאי דאמר אם מעצמו נפל ה"ז גט, אי ר"ל אפי' לאחר זמן כיון שידוע שנפל, ודוקא לענין ספק יש חילוק בין לאלתר ובין לאחר זמן וא"כ גם הכא אמרינן הוכיח כו' או דגם בידוע שנפל בעינן לאלתר ג"כ ולאחר זמן לא אמרינן שמחשבה שהי' אח"כ הי' מתחילה דדעת האדם משתנה לזמן רב ואף שדרך אדם לעמוד בדיעה אחת בזמן מועט מ"מ לזמן מרובה יש לומר שאז נשתנה דעתו כאשר השכל וחוש מסכים לזה שאין דרך אדם להיות הפכפך בזמן מועט אבל ברבות הזמן לאחר ישוב הדעת שמתיישב נשתנה דעתו וא"ש מיהו כל זה הוא דרך פלפול ומשמעות הסוגי' ופי' רש"י וכל הראשונים לא משמע כן וצ"ע:

פרט יא

יבואר היכי דיש ספק מעצמו נפל ספק רוח דחפתו שיש חילוק בין לאלתר ובין לאחר זמן, והיכי דנפל לאלתר אמרינן שמעצמו נפל והוכיח סופו כו' והוי גט ונאמרו הרכה חילוקי דינים בראשונים זלה"ה ויבואר בס"ד שיטתם:

כט שיטה א' שיטת הר"אש זלה"ה כמו שמובא בפסקיו, לאחר שהביא לשון הש"ס כתב וז"ל תוספתא הבריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לראש הגג ונפל ומת כותבין גט ונותנין כל זמן שיש בו נשמה רשב"ג אומר אם מעצמו נפל הרי זה גט, אם הרוח דחפתו אינו גט, ספק מעצמו נפל ספק הרוח דחפתו אם לאלתר נפל כותבין ונותנין גט שאני אומר מעצמו נפל, ואם לאחר זמן כפל אין כותבין ונותנין שמא הרוח דחפתו ירושלמי ספק מעצמו נפל ספק הרוח דחפתו מהו נשמענא מהדא דרשב"ג אומר אם על אתר נפל הרי זה גט ואם לאחר זמן נפל אינו גט, וההוא על אתר לאו ספק הוא הדא אמרה ספק מעצמו נפל ספק הרוח דחפתו הרי זה גט (ומ"ש בש"ס דפוס זולצבאך אך ספק הוא ט"ס כדמוכח להמעיין) והרמב"ם זלה"ה כתב בפרק ב' מהל' גירושין ספק הפיל עצמו ספק הרוח דחפתו הרי זה ספק גט עד שיודע בודאי שהרוח דחפתו והגיה עליו הראב"ד זלה"ה ואומר אני זהו הספק להקל על פי ירושלמי שהבאתי עכ"ל (והנה ספרי המפורשים על הר"אש ס' עטרת פז שחיבר אאמו"ז הגאון זצ"ל וספר קרבן נתנאל אינם תחת ידי לעיין מה שכתבו בכוונתו) והמעיין יראה בפשיטות שדעתו להלכה הוא כך דין א) היכי שידוע שהפיל את עצמו אפי' נפל לאחר זמן כותבין גט, דהא אינו מחלק בהאי דינא בין נפל לאלתר ובין נפל לאחר זמן דין ב) היכי שיש ספק אם מעצמו נפל,

אם לאלתר נפל כותבין גט ואם לאחר זמן נפל אינו גט, רק בזה יש ספק בכוונתו כי מלשון תוספתא דאי' אין כותבין ונותנין שמא הרוח דחפתו יש לומר דעכ"פ הוי גט ספק. ומלשון ירושלמי דאי' ואם לאחר זמן נפל אינו גט, כפי שפי' הב"י משמע דלא הוי גט כלל, ועיין ב"ש סימן קמ"א ס"ק כ"ד:

ואולם לשון התוספתא הנ"ל המובא בר"אש לא נמצא כן בתוספתא שלפנינו דהכי אית' שם בריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לראש הגג ונפל כותבין ונותנין לה כל זמן שיש בו נשמה רשב"ג אומר אם מעצמו נפל הרי זה גט אם לאחר זמן נפל כותבין ואין נותנין שאני אומר שמא הרוח דחפתו עכ"ל:

א"כ הדין דספק מעצמו נפל כו' הנזכר לעיל לא נזכר בתוספתא, גם יש שינוי לשון כי בר"אש אי' אם לאלתר נפל, ובתוס' אי' אם מעצמו נפל ובר"אש אי' אם לאחר זמן אין כותבין ונותנין, ובתוספתא אי' כותבין ואין נותנין ור"ל שכותבין ונותנין לבעל ואם ירצה ליתן יוכל עכשיו לצוות כיון שיש בו עדיין חיות אבל אין נותנין לאשה ובאמת כפי הנראה לשון הנזכר בתוספתא שלפנינו בדברי רשב"ג אם מעצמו נפל כו' הוא טעות הדפוס וצ"ל אם לאלתר נפלי או אם על אחר נפל, וכדמוכח להמעיין בירושלמי דאל"כ אינו מובן ההמש"ך מדבריו כי אין הרישא ההיפוך מסיפא ובכסף משנה פ"ב מהלכות גירושין הביא דברי רשב"א שכתב בשם תוספתא ספק מעצמו נפל ספק הרוח כו' והעיר הגאון בעל מגיה' זצ"ל שליכא תוספתא בלשון הזה דרישא ספק מעצמו נפל ספק הרוח דחפתו הוא לשון ירושלמי ומצעיתא אם לאלתר נפל כותבין ונותנין שאני אומר מעצמו נפל לאו בפירוש אתמר אלא מכללא וסיפא אם לאחר זמן הם דברי תוספתא דברים כהווייתן יע"ש ולכאורה מוכרח לומר כן דאם הי' כתב כן בפירוש בלשון תוספתא מאי קמבעי' להירושלמי הדין הנזכר בפירוש ואולם המעיין בלשון הר"אש כפי שהביא לשון רשב"ג אם נפל מעצמו כו' ואם הרוח דחפתו לא נשמע הדין דספק מכללא, ודוקא לפי לשון התוספתא המובא לפנינו כפי הנהתי שצריך להיות אם לאלתר נפל הרי זה גט ואם לאחר זמן נפל כו' שאני אומר שמא הרוח דחפתו, מובן האי דינא מכללא שבע"כ מיירי שרשב"ג בספק, אבל לפי לשון רשב"ג הנזכר בר"אש לא מוכח כלל מכללא כי מיירי בודאי הפיל א"ע לכן נראה ברור שהי' לפני הר"אש והרשב"א נוסח בתוספתא כמו שהעתיקו הלשון ספק נפל מעצמו ספק הרוח כו' וכן מבואר להדי' בר"ן שכ' וז"ל אבל בתוספתא שנינו ספק מעצמו נפל כו' יע"ש משמע להדי' שהי' כתוב כן מפורש בתוספתא שלהם, ומה שהביא הר"אש לשון ירושלמי יראה שזה גופא הי' קשה להר"אש כי לפי לשון תוספתא שהי' לפני הר"אש לא מובן כלל כוונת ירושלמי דכיון שמפורש כן

להדי' בתוספתא אמאי הוצרך להוכיח מדיוקא. לכן מוכרח לומר שבע"כ הגי' בתוספתא שהי' לפני חכמי ירושלמי בדברי רשב"ג רק כלשון הזה רבן שמעון ב"ג אמר אם על אתר נפל הרי זה גט ואם לאחר זמן נפל אינו גט, ותו לא מידי ומדברים הללו הוכיחו שבע"כ מיירי בספק וכמו שפי' ב"י הכוונה וז"ל דאית לן לומר דעל אתר דאמרינן היינו כדמספקא לן אי מעצמו נפל דאי בידעינן מעצמו נפל מאי ארי' על אתר אפי' לאחר זמן ה"ז ג"ט א"כ תפשוט דספק מעצמו נפל ספק דחפתו הרוח ה"ז גט כל שנפל על אתר יע"ש וכוונת הר"אש הוא מתחילה הביא כל לשון תוספתא כמו שהי' כתוב לפניו ואח"כ הביא לשון ירושלמי שמוכח ג"כ שסובר לענין דין בזה שוה היכי שיש ספק ואם נפל לאלתר הוי גט רק שבלשון תוספתא שהי' לפני ירושלמי הי' בנוסחא אחרינא ובס' ק"הע דחק א"ע להגיה בתוספתא יע"ש ולענ"ד פשוט כמו שכתבתי ובפירוש לאלתר כבר כתבתי בפרט הקדום. והמעיין בפירוש קרבן העדה יש לטעות בכוונתו שנראה שהבין הפירוש שהוא סמוך לעלייתו לגג שלא שהא שם, אבל המעיין היטב יראה שבע"כ הפירוש שר"ל שסמוך לדיבורו שאמר כתבו, ובע"כ גם כוונתו כן להמעיין בדבריו הקודמים רק שלא דק כאן בלשונו. ולפמ"ש האי דינא בספק נפל מעצמו לאחר זמן לפי לשון תוספתא שהי' לפני הר"אש הוי ספק גט כמ"ש ב"ש בס"ק כ"ד, וכפי לשון תוספתא שהי' לפני ירושלמי אינו גט כלל, ותמהני על ב"ש שלא נחית לזה:

ל שיטה ב' היא שיטת הרמב"ם לפי גי' שלפנינו וכן הי' לפני רשב"א וז"ל בריא שאמר כתבו גט לאשתי וכתבו וחתמו ונתנו לה והרג עצמו מיד כגון שהשליך עצמו מן הגג או הפיל עצמו לים ה"ז גט כשר. עלה לגג ודחפתו הרוח ונפל ומת אינו גט ספק הפיל עצמו ספק דחפתו הרוח הרי זה גט עד שיוודע לך בודאי שהרוח דחפתו עכ"ל וכתב ע"ז הראב"ד זה הספק בירושלמי מצא אותו ושם אמרו אם על אתר נפל הרי זה גט אם לאחר שעה אין זה גט יע"ש:

וכוונתו כמ"ש הלחם משנה דהוי לי' לפרושי דלאחר זמן אינו גט והנה רשב"א המובא בכ"מ תמה ג"כ על רמב"ם מתוספתא דאי' ספק מעצמו נפל ספק הרוח דחפתו אם לאלתר כותבין ונותנין שאני אומר מעצמו נפל ואם לאחר זמן נפל אין כותבין ואין נותנין שאני אומר שמא הרוח דחפתו ותימא האיך פסק הרמב"ם הפך התוספתא ועוד ספק איסורא הוא ולחומרא ושמא ט"ס יש בחיבורו וחסר ממנו אם מיד נפל הרי זה גט כדברי התוספתא אח"ז מצאתי בהגהת ראב"ד שהגיה על כך ואמר זה ספק להקל בירושלמי מצאתי אותו אם על אתר נפל ה"ז גט אם לאחר זמן נפל אינו גט והדין על אתר לאו ספק הוא הדא אמרה ספק מעצמו נפל ספ' הרוח דחפתו ה"ז גט יע"ש ותירץ הכ"מ כוונת

הרמב"ם דמיירי בנפל לאלתר ואהורג עצמו מיד דנקיט ברישא סמיך, ואולם ע"ז תמה הלח"מ דהך מיד דכתב רמב"ם במאי עסקינן אי ידעינן דמעצמו נפל אפי' לזמן מרובה הוי גט כמ"ש הבית יוסף בעצמו בביאורו לירושלמי, ואי מיירי בלא ידעינן אלא סתם וכיון דהוי מיד הוי ספק ולכך הוי גט א"כ למה כתב אח"כ הדין ספק דחפתו הא היינו חלוקה דמיד שכתב מקודם יע"ש ובאמת הוא תימה רבתי ומ"ש הק"ע בזה לא הבנתי כלל, והנה לפי תי' הכסף משנה השמיט רמב"ם הך דינא בספק הפיל א"ע בלאחר זמן אי הוי ספק גט כדמשמע מלשון התוספתא דאי' שמא הרוח דחפתו, או כדמשמע מלשון ירושלמי שאמר אם לאחר זמן נפל אינו גט כלל כמ"ש הלח"מ וקשה לתי' הכסף משנה אמאי השמיט הרמב"ם הך חלוקה ואפשר לומר שגם הראב"ד בהשגתו אינו משיג על רמב"ם דהו"ל לבאר שהוא על אתר די"ל שסמך אירישא כמ"ש בכ"מ, ואולי סובר באמת גם בודאי הפיל עצמו בעינן מיד כמ"ש בש"ע בסעיף י"ו רק דהוי קשה לי' כיון שהמקור הדין בירושלמי שמבאר כן הפי' בתוספתא שגוף התוספת שהי' לפני ירושלמי לא נתבאר היטב הכוונה רק מתוך דבריו הו"ל לבאר כל חילוקים שאם הוא לאחר שעה אינו גט, ובע"כ או שהי' לפני ירושלמי כתוב להדי' אם לאחר שעה אין זה גט, או אף שהי' כתוב אם לאחר שעה אין כותבין ונותנין שאני אומר שמא הרוח דחפתו הבין ג"כ דאינו גט כיון שהי' בחזקת זקוקה ליבם כשיש ספק מוקמינן על חזקה אפי' בדבר שבערוה ואינו גט כלל ומותרת ליבם וכל זה פשוט:

לא שיטה ג' שיטת הרמב"ם כפי שהי' לפני הר"אש שכתב וז"ל והרמב"ם כתב ספק מעצמו נפל ספק דחפתו הרוח הרי זה ספק גט עד שידוע בודאי שהרוח דחפתו והגיה עליו הראב"ד ואני אומר זה הספק להקל ע"פי ירושלמי שהבאתי יע"ש ומ"ש שהבאתי נראה שהם דברי הר"אש כי בראב"ד מבואר לשון ירושלמי. וכוונת השגה כמ"ש בלח"מ בממ"נ במה מיירי הרמב"ם אי לאלתר נפל הוי ודאי גט, ואי לאחר זמן אינו גט כלל, ותי' בב"י ובכ"מ דגם לגי' זו יש לפרש מ"ש ספק גט היינו שלא נפל מיד רק לאחר זמן דמה שאמרו בתוספת' ואם לאחר זמן נפל אין כותבין ונותנין היינו משום דמספקא לן וכדקתני סיפא שאני אומר שמא הרוח דחפתו אבל כשנפל מיד בכל גווני הוי גט יע"ש ותמה ע"ז הלחם משנה דמירושלמי שאומר אם לאחר זמן נפל אינו גט משמע להדי' דאינה מגורשת כלל וזהו כוונת ראב"ד בקו' בממ"נ כנ"ל גם קשה לתי' ב"י הא הרמב"ם לא מיירי כשלא נפל מיד שלא נזכר רמז לזה אדרבה משמע דקאי אירישא שכתב והרג עצמו מיד, ודוחק לומר דכשהוא מיד לא הוי בגדר ספק דודאי נפל מעצמו ולא מיקרי ספק השקול רק כשהוא לאחר זמן וראיתי בס' לחם משנה שכתב כוונה אחרת ברמב"ם

דשני חלוקות יש בדבר האחת סתם דלא ידעינן אי מעצמו אי מחמת הרוח, ועל הא אמרינן אם הי' על אתר תלינן דהוי מעצמו ואי לאחר זמן תלינן דמחמת רוח ויש עוד חלוקה דהוי ספיקא אפי' שיהי' לאחר זמן כגון שראינו בו שעלה לגג ונראה לנו שהפיל עצמו ובא הרוח ודחפתו ויש פנים לכאן ולכאן, ולא ידענו תוכן הדבר וזהו הספק ששאלו בירושלמי ספק מעצמו נפל ספק הרוח דחפתו ופשוט לי' בירושלמי מההוא דעל אתר דהוי ספק מדרך הסתם א"כ למדנו לספק זה אפי' שיהי' לאחר זמן, ותדע לך דעל זה ספק שאלו בירושלמי דשם אמרו הדא אמרה ספק כו' ואי ההוא ספיקא הוי על אתר א"כ האיך קאמר הדא אמרה דמשמע מהך דעל אתר יוציא לן דין אחר דומה לזה הא הוא הוא א"ו דירושלמי בא ללמד על ספק זה ועם זה יתיישבו דברי רבינו במה שאמר תחילה והרג עצמו מיד היינו על אתר ומן הסתם אמרינן שמעצמו נפל ומה שאמר אחרי כן ספק מעצמו היינו הספק האחר שאמרו בירושלמי יע"ש, ולענ"ד גם ת' זה ליתא חדא שאין דרך רמב"ם להשמיט עיקר דין המפורש במתני' שלפי דבריו לא ביאר היכי שידוע שמעצמו נפל רק שנלמד מכח כ"ש ואין זה דרך רבינו זלה"ה כיון שפשטות לשון המשנה הוא בידוע שנפל, ותו לשונו לא משמע כפי' שמשמע להדי' שמירי שידוע שנפל שכתב כגון שהשליך כו' דוק בלשונו גם דין שחידש הלח"מ היכי שיש ספק לנו הנראה לעינים אפי' נפל לאחר זמן הוי ודאי גט לאד גירסא ברמב"ם, לא נראה כלל, דהאיך אפשר ללמוד מספק נפל על אתר דהתם מחמת שנפל לאלתר יש הוכחה שהפיל א"ע כמ"ש כל הפוסקים וברורתי לעיל בפרט הקדום הטעם אבל כשיש ספק לאחר זמן מה"ת נימא שודאי הפיל א"ע שיהי' גט ודאי ומותרת לכ"ע כיון שהי' בחזקת איסור לשוק אמאי נפקיע מספיקא מחזקה והוא זלה"ה בעצמו כתב אח"כ שהוא רחוק לומר שיהי' אדם הורג א"ע אא"כ כשהוא לאלתר שיש הוכחה, ויפה כתב הקרבן עדה שדברי הלח"מ אינם מבוררין רק שסתם הדבר אולי כיון לזה וכן משמע להדי' בפוסקים בכל מיני ספיקות אם הוא לאחר זמן עכ"פ לא הוי ודאי גט, ומ"ש ראי' לדבריו נתיישב להמעיין בס"ק כ"ט העולה מזה שאין לנו ת' מספיק בשיטת רמב"ם והנה המעיין בכסף משנה ובב"י נראה כפי הבנתו בפי' רמב"ם ליכא נ"מ לדינא בין גי' הרמב"ם בין גי' רשב"א, רק שיש ספק בכוונת ב"י לתי' ראשון לגי' הרשב"א האיך סובר רמב"ם בספק נפל לאחד זמן אי הוי ספק גט אי אינו גט כלל, וקצת משמע דליכא חילוק כלל בין הגירסות, ושיטת הראב"ד נראה שבזה חולק היכי שהוא ספק נפל מעצמו והוא לאחר זמן אינו גט כלל:

לב והנה בש"ע סעיף י"ח כתב וז"ל ספק מעצמו נפל ספק הרוח דחפתו אם לאלתר נפל ה"ז גט ואם לא נפל לאלתר ה"ז ספק יע"ש והיינו כתי' הנ"ל בכוונת רמב"ם וראיתי בב"ש

ס"ק כ"ד שכתב דבלשון תוספתא משמע כן בספק ולא נפל לאלתר הוי ספק גט כמו שאמר שם אין כותבין שמא רוח דחפתו משמע מידי ספק לא נפקא ולא אמרי' דהוי ספק ספיקא שמא הרוח דחפתו ואת"ל הוא המית את עצמו שמא באותו זמן לא הי' בדעתו להמית א"ע יע"ש מרן זלה"ה קיצר ולא ביאר הטעם ולכאורה צריך ביאור הא הוי ספק ספיקא מעליא דלא הוי נגד הוכחה דהוכיח סופו על תחילתו כיון שהוא לאחר זמן, ומחבר סובר בסעיף י"ז היכי שידוע שהפיל א"ע בעינן ג"כ שנפל מיד א"כ סובר בנפל לאחר זמן לא אמרי' הוכיח כו' כי אולי נשתנה דעתו ושפיר הוי ס"ס מעליא אפי' לשיטת תוס' בכתובות דף ט' והש"ך ביו"ד דבעינן שיהיו שקולין הספיקות (ועיין בספר פני יהושע בכתובות דף ט' ובש"ות הריב"ש סימן שע"ב מ"ש שם) וא"כ קשה אמאי הוי ספק ומשמע דחולצת ולא מתייבמת נימא שגט יהי' בטל לגמרי ומותרת להתייבם מטעם ס"ס ובשגם כי יש חזקה המסייע לספק ספיקא שהיתה בחזקת היתר ליבם, מיהו משום חזקה לחוד לא קשה לפי מה דמשמע בחולין דף קל"ד ע"א בספק חמור שיש בו עון מיתה החמירו חכמים שלא לסמוך על חזקה וה"ה בספק כרת כמו אשת אח שלא במקום מצוה והארכתי בזה בכלל חזקה וכיון שאפשר בחליצה החמירו חכמים אבל קשה בפשיטות מטעם ס"ס כיון שיש לו כללי ס"ס:

ולכאורה יש לומר כיון דילפינן דבר דבר מממון ואין גזירה שוה למחצה כמו דסוברים כמה פוס' כמו שהסכים הש"ך בספר תקפו כהן ובח"מ ס"סי צ"א שאין מוציאין ממון על ידי ספק ספיקא ה"ה שלא מהני ספק ספיקא בדבר שבערוה (ועיין במס' ב"ב דף צ"ב וצ"ג דרשב"ג סובר דאין הולכין בממון אחר רוב וה"ה בתר ס"ס לכמה פוסקים אחרונים כמ"ש בש"ך שם) ומצאתי ראי' לדברינו ממ"ש בס' שיטה מקובצת במס' ב"מ דף י"ח ע"ב בד"ה בזמן שהבעל מודה בשם גליון תוס' וז"ל אין להקשות דנימא שאני הכא דהוי ספק ספיקא להתירה שמא כבר גירשה ונחזיר לה אפי' אינה שלה ואפי' לא גירשה שמא זהו גט שאבד ותתגרש עתה בחזרה זו ויש לומר כאשר אין הולכין אחר רוב כדאמרינן במים שאין להם סוף ה"ה דלא שרינן בספק ספיקא יע"ש אבל זה אינו דבנ"ד אפי' בממון מהני ספק ספיקא לסייע להמוחזק דמה שנחלקו האחרונים זלה"ה על תוס' כתובות דף ט' משום דס"ס הוא מטעם רוב ואין הולכין בממון אחר הרוב והיינו דוקא להוציא מן המוחזק כמ"ש תוס' ב"ב דף כ"ג ע"ב וא"כ הכא דס"ס הוא לסייע לחזקה שתהי' מותרת ליבם כמו שהיתה בחזקת היתר מהני ס"ס ולא דמי למשא"לס דלא מהני רובא דהוא נגד חזקת אשת איש וכן בנידון הנ"ל הוא נגד חזקת אשת איש כמ"ש בעצמו שם בתירוץ ב' ותו המעיין באחרונים זלה"ה יראה בכמה דוכתי סוברים

אפי' בדבר שבערוה מהני ס"ס ובפרט לשיטת הבית שמואל שכתב בסימן נ"ג ובכמה דוכתי כשיטת תוס' שמוציאין ממון על ידי ספק ספיקא ואולם לשיטת הב"י בספרו הארוך וכסף משנה ולח"מ הנ"ל בפרט יו"ד היכי שידוע שהמית א"ע אפי' לאחר זמן אמרינן הוכיח סופו על תחילתו, א"ש האי דינא היכי שיש ספק, אם המית א"ע אפי' לאחר זמן הוי ספק גט דליכא ספק ספיקא, דנגד ספק שמא המית א"ע ובאותו זמן שאמר כתבו לא הי' בדעתו להמית א"ע הוא נגד הוכחה ולא מבעי' לפוסקים המובא ביו"ד בכללי ס"ס דלא אמרינן ספק ספיקא נגד חזקה וה"ה נגד הוכחה ואפי' להחולקים יש לומר דהוכחה עדיף מחזקה, כמו שהוכחתי בחיבורי בכמה דוכתי ביבמות דף קט"ו ע"ב דהוכחה עדיף מרובא ומכ"ש מחזקה, והטעם הוכחה הנראה לנו ע"פי דעת תורה הוי בגדר אנן סהדי וכיו"ב דעת מוהרי"ק סימן ע"ב ותשובת מוהר"י טראני דחזקה דאתי' מכח סברא כיון שהשכל מחייב להך חזקה עדיף אפי' מרובא ומהני להוציא ממון וה"ה הוכחה דהוכיח סופו כו' וגם כיון דאמר כתבו אלים הוכחה ולא מהני ס"ס נגד הוכחה דהוכיח סופו כו' דאין זה בגדר ספק ותו יש לומר כמ"ש בספר פרי מגדים ביו"ד סימן ק"י בשפתי דעת ס"ק כ"ח דוקא כששני ספיקות הם נגד חזקה יש לומר כיון דספק ספיקא הוא מטעם רוב עדיף מחזקה, אבל אם ספק אחד הוא נגד חזקה יש לומר כ"ע מודו דספק זה כמאן דליתא דמי כיון דסותר חזקה יע"ש כי דבר גדול דיבר החכם זלה"ה דפח"ח וכן מסתבר כיון דבעינן שספיקות יהי' שקולין וחזקה הוא כוודאי לא הוי ספק, וא"כ הכא אף אי נימא דהוכחה דהוכיח סופו כו' הוא רק כעין חזקה מ"מ לא הוי רק ספק שמא באותו זמן לא הי' דעתו להמית נגד הוכחה, דע"י הוכחה דהוכיח כו' מוכח שהי' מדעתו גם מעיקרא כשאמר כתבו כן אבל ספק ב' שמא הרוח דחפתו אינו כלל נגד הוכחה דהוכיח כו' דאנן אמרינן כמו שהי' דעתו עכשיו כן הי' מעיקרא בשעה שאמר כתבו שלא להמית א"ע ומה שאמר כתבו כוונתו הי' לשחוק כמו בבריא וא"ש, אבל לדברי מחבר וב"ש שהרכיבו שני ענינים יחד שסוברים אף כשידוע שהמית א"ע בעינן לאלתר ולאחר זמן לא אמרינן הוכיח כו' הדק"ל אמאי בספק נפל מעצמו ולא נפל לאלתר הוי ספק מגורשת הא איכא ס"ס מעליא שאינו נגד הוכחה דהוכיח סופו כו' כיון שהוא לאחר זמן, ועיין בלחם משנה בפ"ב מהלכות גירושין הלכה ה' בסופו שכתב היכי דאיכא ספק ספיקא הגט בטל לגמרי, ואולם לפמ"ש בפרט יו"ד ס"ק כ"ו א"ש ואומר לענ"ד בכוונת המחבר לכן סובר בסעיף י"ח אף כשהמית א"ע בודאי בעינן מיד לאחר שיעור כתיבה ונתינה, וחזר ממ"ש בספרו הארוך בב"י היינו מטעם שכתבתי שם כיון דהוא דבר שבערוה ילפינן מממון שבעינן מוכח טובא להוציא מחזקתו, ולכן בעינן שהמית

א"ע מיד שמוכח ממעשיו וממה שבודאי המית א"ע שכוונתו הי' בשעה שאומר כתבו לגרשה ולכן המתין כדי שיוכלו לכתוב ולגרשה, והיכי שלא הי' מיד אף שודאי המית א"ע והוא בגדר אומדנא דמוכח ולא הוי דברים שבלב מ"מ כיון דלאו מוכח טובא דאולי כיון שהוא לאחר זמן נשתנה דעתו ילפינן דבר דבר מממון דל"מ שיהי' ודאי גט דמן התורה ל"מ בכה"ג אומדנא דמוכח כמו דל"מ מן התורה בממון ואולם כיון דבכל מקום החמירו בדבר שבערוה יותר מבממון החמירו ג"כ היכי שידוע שהמית א"ע אף שהוא לאחר זמן דהוי ספק מגורשת וחולצת ולא מתייבמת, ומה שדקדק המחבר בסעיף י"ז וכתב מיד כוונתו בכה"ג הוי הגט כשר:

ואם הוא לאחר זמן כיון דלא הוי אומדנא דמוכח טובא יש לה דין ספק מגורשת וחולצת ולא מתייבמת ובסעיף זה כתב המחבר רק ב' דינים היכי שודאי הפיל א"ע והי' מיד הוי הגט כשר ואפי' לכתחילה מותרת לשוק, והיכי שודאי דחפו הרוח לא הוי הגט כלל, אבל היכי שודאי הפיל ולא הי' מיד הוי ספק מגורשת ונלמד מסעיף י"ח שאפילו בספק נפל מעצמו הוי ספק כשהוא לאחר זמן מכ"ש בודאי הפיל לאחר זמן, ושפיר כתב הב"ש דלא הוי ס"ס בספק נפל מעצמו כיון דהוא נגד הוכחה דהוכיח סופו כו' דעכ"פ הוי אומדנא דמוכח אפי' בנפל לאחר זמן, ובזה מיושב מה שהקשתי בפרט הקדום בס"ק כ"ח לשיטת מחבר דלא אמרינן הוכיח סופו כי אם כשנפל לאלתר האיך מדמי הש"ס שם האי דשחטה ואח"כ חישב להאי דגיטין יע"ש דכבר מוסכם בפוסקים בכמה דוכתי דבזה. נשתנה דין איסורין מדבר שבערוה וממון דבדבר שבערוה וממון אי אפשר להוציא מחזקתו כי אם בהוכחה ברורה טובא עד שיהי' בגדר אנן סהדי כי גז"הכ שבעינן עדים וראי' ברורה ואומדנא דמוכח טובא הוי כאנן סהדי כמ"ש הפוסקים אבל באיסורא אפי' להתיר האיסור סגי בהוכחה לבד ולא בעינן הוכחה טובא כמ"ש הטורי זהב ביו"ד סימן צ"ח סע"ק ב' כיו"ב בעינן מסל"ת ומכ"ש לאיסור וא"כ שפיר מביא ראי' וא"ש:

לג אמנם אכתי קשה לשיטת מחבר ובית שמואל, דהנה במס' קידושין דף ה' ע"ב איתא ת"ר כיצד בכסף נתן לה כסף ואמר לה הרי את מקודשת לי ה"ז מקודשת, אבל היא שנתנה ואמרה היא הריני מקודשת לך אינה מקודשת ומקשה רב פפא שהדיוקים סותרים א"ע טעמא דנתן הוא ואמר הוא הא נתן הוא ואמרה היא אינה מקודשת אימא סיפא אבל היא שנתנה היא ואמרה היא א"מ הא נתן הוא ואמרה היא הוי קידושין, ומשני ה"ק נתן הוא ואמר הוא פשיטא דהוי קידושין נתן הוא ואמרה היא נעשה כמו שנתנה היא ואמרה היא דלא הוי קידושין ועיין בספר הליכות עולם בפרק ב' דף ל"א דתנא ה"ק דהדיוק של רישא נעשה כמו הסיפא עצמו ודינו כמוהו ותו ליכא למידק

מידי שהסיפא לאו לדיוקא קתני אלא לדומי' והוי כמו חסורי מחסרא ולא חסורי מחסרא ממש שמגיה המשנה אלא ר"ל דתנא ה"ק יע"ש ועיין במס' חולין דף י"ו ע"א בתוס' ד"ה אמר ואולם בתי' בתרא אי' שם ואבע"א נתן הוא ואמר הוא מקודשת נתנה היא ואמרה היא אינה מקודשת נתן הוא ואמרה היא ספיקא הוי וחיישינן מדרבנן ואנן קיי"ל כתי' בתרא שם, ולפ"ז יש להבין דכעין זה קשה כאן במתני' בדברי רשב"ג דאמר אם מעצמו נפל הרי זה גט אם הרוח דחפתו אינו גט:

לכאורה ג"כ הדיוקים סותרים א"ע דברישא אמר אם מעצמו נפל משמע דוקא בידוע שנפל מעצמו, אבל ספק נפל מעצמו לא הוי גט ואח"כ אמר אם הרוח דחפתו אינו גט משמע דוקא ידוע שרוח דחפתו, אבל ספק הוי גט ואולם לשיטת המחבר בספרו ב"י ולחם משנה היכי שודאי הפיל את עצמו אפי' לאחר זמן הוי גט ומיירי מתני' בכל גוני אפי' הפיל לאחר זמן יש לתרץ כאן כעין שתי' הש"ס בקידושין שם בתי' בתרא ה"נ הפי' כך אם ידוע שמעצמו נפל הוי ודאי גט, וכשיש ספק הוי ספק גט כשיטת מחבר בסעיף י"ח בספק נפל אם לא נפל לאלתר הוי ספק וכמו כן בסיפא אם ודאי רוח דחפתו לא הוי גט כלל ובספק הוי ספק גט. ולפ"ז אין אנו צריכין למ"ש הב"ש בס"ק כ"ד שלשון תוספתא מוכח בספק נפל מעצמו ולא נפל מיד הוי ספק גט ממ"ש אין כותבין שמא רוח דחפתו משמע מידי ספיקא לא נפקא, דלפמ"ש מוכח כן מגוף המתני' כי היכי דלא לסתרו הדיוקים:

אבל לפמ"ש מחבר בשולחנו הטור שגם בודאי נפל בעינן לאלתר ובע"כ מ"ש ברישא אם מעצמו נפל הוי גט היינו כשנפל לאלתר:

ובע"כ הדיוק כשספק נפל מעצמו והוא לאלתר הוי ספק גט ובאמת ז"א כדאי' בתוספתא ובש"ע סעיף י"ח בספק נפל כשהוא לאלתר הוי ג"כ ודאי גט. וא"כ אי אפשר לומר כתירץ בתרא, וגם אי אפשר לומר כתי' קמא הנ"ל שר"ל אם מעצמו נפל והיינו ודאי נפל מעצמו ה"ז גט, ואם ספק נפל מעצמו הוי כמו ודאי רוח דחפתו שאינו גט כלל, כיון דבע"כ מיירי רישא לשיטת המחבר היכי שהי' לאלתר בכה"ג גם בספק נפל הוי ג"כ ודאי גט כדאי' בתוס' ובסעיף י"ח (ותבוא לא שייך כמובן כיון שנזכר דברי האומר רשב"ג) וכפי הנראה מה שחזר רבינו ב"י בספרו הקצור ממ"ש בארוך משום שכן משמע מלשון רמב"ם בפי"ב מה"ג הי"ג שלפי פירושו בכ"מ ובב"י קשה קו' הלח"מ כמ"ש דסיפא קאי אמיד שכתב ברישא הא אין דינם שווין דברישא אפי' לזמן מרובה הגט כשר לכן הבין דגם ברישא בודאי נפל בעינן מיד, והכי משמע באמת לשון רמב"ם שם. וא"כ לדידהו קשה קושי' הנ"ל כמו שמקשה הש"ס בקידושין קאי הכא דהכא נסתר התירוצים הנאמרים שם וצ"ע:

לד ולולי דמסתפינא להכניס ראשי בין ההרים הגדולים הי' נלענ"ד לישב שיטת רמב"ם הנ"ל בס"ק ל"א אשר הוא מוקשה כמ"ש שם ולהוכיח כגי' הר"אש ויהי' מיושב הכל על נכון בס"ד דהנה ברמב"ן ורשב"א ור"ן כתבו אע"פי שנישנית המשנה בלשון יחיד לא פליגי רבנן עלה, ורשב"ג הכא לאו לטעמי' אזיל דאמר בהכותב נכסיו לאחרים ושתק ולבסוף צווח דהוכיח סופו על תחילתו דהתם פליגי רבנן עלה והכא מודו כיון שאמר כתבו כדאי' בחולין דף ל"ט יע"ש ואולם יש לומר לולי דבריהם לפי מה דאי' במס' ב"ב דף קמ"ו דר' נחמן מוקי מתני' דשכ"מ כר' שמעון בן מנסיא, ורב ששת מוקי כר' שמעון שזורי ואי' ר"נ מ"ט לא מוקי כר"ש שזורי שאני התם דאמר כתבו וא"כ רב ששת בע"כ לית לי' לחלק בין כתבו ללא אמר כתבו וכמו שסבר ר' שיזבי במס' חולין שם וה"ה בבריא כו' דדמי למסוכן (וגם בלשון הש"ס יש לומר דהוא רק דיחוי בעלמא כדמשמע הלשון דלמא, אמר בלשון ספק ולא אמר שאני התם) ובע"כ לרב ששת ולר' שיזבי הפי' במתני' דרק רשב"ג סובר כן דאזיל לשיטתו וחכמים פליגי עליה ולא אמרינן הוכיח סופו ע"ת ולפי זה יש נ"מ לדינא בין ר' נחמן ורב ששת דאף דכתבו רוב הפוסקים דהלכה כרשב"ג במשנתנו כיון דאין הלכה כמותו בברייתא כתב בנמוקי יוסף בפ' איזהו נשך הביאו בס' הליכות עולם לרבינו מוהרי"ק זלה"ה בדף פ"ו ע"ב היכי דמשמע דעיקר דברי רשב"ג בברייתא אע"פי שנזכר במשנה נפקא מכללא דכל מקום ששנה רשב"ג במשנתנו יע"ש וא"כ לשיטת ר' נחמן דלא תלי' בדין הנזכר בברייתא דהכותב נכסיו (ועיין ברשב"ם בב"ב דף קל"ח ע"א) וגם חכמים מודו פשיטא דהלכה כרשב"ג במתני' דגיטין אבל לר' ששת ורב שיזבי דאין חילוק בין כתבו ללא אמר כתבו ורשב"ג אזיל לטעמי' כיון דעיקר דברי רשב"ג הוא לטעמא בברייתא יש לומר דאין הלכה כרשב"ג ואף דיש לחלק שאני נידון דנמוקי יוסף דעיקר דין של רשב"ג היינו אותו נידון ממש הנזכר בברייתא משא"כ הכא כיון שהוא בענין אחר, אבל אין סברא לחלק כיון שסוף סוף הדין הנזכר במשנה תלי' בדין המוזכר בברייתא ותו הא בלא"ה כתב שם נמוקי יוסף דאין למדין מן הכללות אפי' במקום שנאמר חוץ וגם כי רבו הפוסקים הסוברים דליתא להאי כללא אפי' במשנה כמ"ש בס' הליכות עולם בשם הרי"ף בס"פ גט פשוט, וגם לפמ"ש הר"ן בפ' שני דייני גזירות הובא בס' יבין שמועה לענין הלכה קיי"ל כרבנן דכתובת אשה מדבריהם ואע"ג דאמר ר"י הלכה כרשב"ג במשנתינו לא סמכינן אהאי כללא וכ"כ הרי"ף בפ' גט פשוט יע"ש וא"כ הרמב"ם דפסק בפרק יו"ד מאישות הלכה ז' דכתובה דרבנן בע"כ לית לי' האי כללא ועמ"ש אאמ"ו הגאון נרו בספר תורת חסד ונראה לרב ששת בדין דבריא שנפל מן הגג נחלקו חכמים ורשב"ג ואזלו לשיטתייהו ולפסק הלכה כמו שפסקינן

שם בהכותב כו' ה"ה ואנן קיי"ל הלכה כרב ששת באיסורי וכר' נחמן בדיני ובאיסורא דאית בי' ממונא נחלקו הראשונים זלה"ה הובא בר"ן נדרים דף פ"ח ביו"ד בענין הכלל הלכה כרב באיסורא וכשמואל בדינא היכי שנוגע לאיסורא וממונא כמאן קיי"ל, דעת רבינו עמרם גאון אע"ג דפלוגתייהו נאמרו לענין איסורא דקיי"ל כרב באיסורא אפ"ה כיון דעיקר פלוגתייהו' תלי' אי אמרי' יד אשה כיד בעלה נקטינן כשמואל דהילכת' כוותי בדינ' ור"ת וראב"ד פסקו כרב משו' דעיקר פלוגתייהו נאמר באיסורא, ועיין תוס' ב"מ דף פ"ב ע"א ד"ה לא ועיין בהר"אש במס' ב"ק בפ' שור שנגח גבי וסתות ובס' הליכות עולם דף פ"ט ע"ב ורמב"ם בפרק י"ו מנדרים פסק כשמואל כשיטת הגאון הנ"ל כמ"ש הר"ן שם וא"כ בנ"ד דר' נחמן ור' ששת שנחלקו בפי' מתני' דשכ"מ שהוא דיני ממונות אף אי נימא שגם בפירוש הלכה אף מה שאינו נוגע לפסק הלכה כר' נחמן מ"מ כיון שהפי' תלוי לענין איסורא בפירושא דמתני' בהיוצא בקולר כו' לשיטת רמב"ם וסיעתו, הלכה כר' ששת ובשגם שיש לומר כיון דעיקר פלוגתייהו במקומם הוא בפירוש שאינו נ"מ להלכה אזלינן בתר הדין שנחלקו והמעיין יבין מעצמו הטעם ובע"כ הא דכתבו הפוסקים הנ"ל דהלכה כרשב"ג בבריא כו' משום דסמכו את עצמם על תי' הש"ס בחולין דף ל"ט כמ"ש הם זלה"ה ואולם הרמב"ם זלה"ה י"ל דסובר דהוא רק דיחוי בעלמא כדמשמע הלשון והוא רק לר' נחמן אמנם נראה לומר לרב ששת למעט המחלוקת בין חכמים לרשב"ג בהאי דבריא, אף דלית להו לחכמים דכה"ג הוכיח סופו על תחילתו היינו בנידון דאיירי רשב"ג שאמר סתם שנפל ואפי' לאחר זמן, לא אמרינן שכן הי' מדעתו מתחילה אף שודאי נפל כיון דליכא הוכחה ברורה כ"כ כיון ששהא לאחר הכתיבה והנתינה יש לומר דמתחילה לא הי' בדעתו להפיל א"ע וכעין שכתב הבית יוסף בש"ע והב"ש, משא"כ בהפיל עצמו מיד לאלתר מחשבתו ניכר מתוך מעשיו כמש"ל כיון שצמצם הזמן כדי שיוכלו לכתוב ולתנו לידה מוכח שבודאי מתחילה בשעה שאומר כתבו הי' בדעתו להפיל א"ע וצוה ליתן לידה ובכמה דוכתי מוכח מש"ס היכי דמחשבתו ניכר מתוך מעשיו דהוי הוכחה אלימא ואפושי פלוגת' בין חכמים לרשב"ג לא מפשינן וא"כ לפ"ז א"ש שיטת רמב"ם שאזיל לשיטתו שפוסק במלתא הנוגע לאיסורא וממונא אזלינן בתר עיקר פלוגתייהו ולא בתר הנאמר במקומו וממילא כאן הלכה כרב ששת, ובע"כ חכמים פליגי על רשב"ג, ורמב"ם אזיל לשיטתו שכתב בפ"ד מזכיה ומתנה הלכה ג' בהכותב כו' דהוא ספיקא דדינא אי הלכה כרבנן דלא אמרינן הוכיח כו' אי כרשב"ג דאמרינן הוכיח כו' לכן כתב בפ"ב מגירושין היכי שידוע לן שהפיל א"ע בעינן מיד אז הוי גט כשר דאפי' רבנן מודו דאמרינן הוכיח כו' ובספק הפיל א"ע אפי' נפל לאלתר

הוי ספק גט כגי' הר"אש וטור והטעם דסובר מה דאי' בירושלמי ותוספתא דאפי' בספק נפל מעצמו אם נפל לאלתר הוי ודאי גט הוא לרשב"ג דאמרינן הוכיח כו' אף שלא הוי הוכחה ברורה דהא אפי' בלאחר זמן בודאי הפיל א"ע הוי ודאי מגורשת לכן בספק אם נפל לאלתר הוי ודאי גט אבל לחכמים בעינן הוכחה טובא אלימא והיינו שיהי' ודאי הפיל א"ע ושיהי' מיד, ובספק נפל לחכמים לא הוי גט כלל, ואולם לרשב"ג הוי ודאי גט וכיון שרמב"ם מסופק כמאן קיי"ל כמ"ש בפ"ד מזכי' לכן כתב דהוי ספק מגורשת כדין כל ספיקא דדינא וא"כ אדרבה התוספתא וירושלמי הוא ראיה לרמב"ם ולפ"ז לק"מ קו' הנ"ל מהדיוקים, דלשיטת רמב"ם אין הדיוקים סותרים א"ע, דלפמ"ש גם רמב"ם מודה לרשב"ג בודאי נפל הוי גט אפילו נפל לאחר זמן, ובספק נפל אם נפל לאלתר הוי ודאי גט ובלאחר זמן הוי ספק גט, ושפיר י"ל כעין תי' הש"ס בקידושין דהדיוק מרישא אם מעצמו נפל היינו שודאי נפל הוי ודאי גט אפי' לאחר זמן אבל בספק נפל לאחר זמן הוי ספק גט, והדיוק מסיפא הוא דוקא ודאי רוח דחפתו לא הוי גט כלל אפי' נפל לאלתר אבל בספק רוח דחפתו יש חילוק היכי דנפל לאלתר הוי ודאי גט כדאי' בתוספתא ואם נפל לאחר זמן הוי גט ספק ומ"ש רמב"ם אפי' ודאי כפל בעינן מיד היינו משום דמסופק אם הלכה כחכמים או כרשב"ג אי אפשר לומר בנפל לאחר זמן הוי גט ודאי אולי הלכה כרבנן לכן דייק בלשונו הקדוש שבעינן מיד כדי שיהי' גט ודאי ואם לא הי' מיד הוי גט ספק ואין צריך לפרש דהאי ממילא נלמד ממ"ש אח"כ ספק הפיל עצמו הוי ספק גט ולא מחלק שם בין לאלתר ובין לאחר זמן היינו משום דמספקא לי' דלמא הלכה כרשב"ג שגם לאחר זמן הוי גט ספק כפי' הכ"מ בתוספתא וממילא נלמד בודאי נפל ולאחר זמן דהוי ספק מגורשת והוא נלמד מכח כ"ש וא"ש ולק"מ על רמב"ם וכל דבריו מדוייקין, ולפ"ז מיושב סוגי' דחולין דף ל"ט שהקשו רשב"א ור"ן על ר' שיזבי אמאי לא אמרו חכמים לאיסור כיון דחכמי' דרשב"ג מודו, ולפמ"ש א"ש בפשיטות לס"ד דלא ידע החילוק שבין כתבו ההכרח לומר דחכמים פליגי וכאשר באמת סובר ר' ששת דאיזה סברא יש לחלק בין האי בבריא להאי דהכותב כו' ואין לומר אי ידע ר' שיזבי ברייתא דהכותב אמאי ל"ק בפשיטות מאותו ברייתא ז"א דניחא לי' להביא מתני' כי לדידי' מתני' וברייתא חדא הוא ומישך שייך בחברתה והיינו הך ואפשר לומר שהוכיח ר' שיזבי דבע"כ חכמים פליגי דא"א לומר דרשב"ג מיירי שמיד נפל דא"כ תיקשי שהדיוקים סותרים א"ע ובע"כ מיירי אפי' בלאחר זמן וממילא פליגי חכמים ולכן בהאי דשחטה ואח"כ חישב יש לומר שהי' לאחר זמן לא אמרו א"וה ולאחר שדחה דלמא שאני הכא דאמר כתבו אף דהו"מ לומר דהחכמים מודו עדיפא מיני' דחי דאפי' רשב"ג מודה וא"ש:

לה שיטה ד' שיטת הטור בסי' קמ"א, וכן הבין בכוונת אביו הר"אש זלה"ה, שכתב ברמזים וז"ל בריא שאמר כתבו גט לאשתי אינו כלום עד שיאמר תנו, עלה אחר כך לגג ונפל ומת אם מעצמו נפל ה"ז גט, הפילו רוח אינו גט ספק אם מעצמו נפל אם לאו הוי גט עכ"ל הרי שאינו מחלק בספק בין אם נפל לאלתר בין נפל לאחר זמן, וגם בחיבורו בסימן קמ"א כתב וז"ל בריא שאמר כתבו וכתבו ונתנו לה ואח"כ המית א"ע כגון שעלה לגג ונפל ומת ה"ז גט שדעתו לומר תנו אלא שהי' בהול אבל אם עלה ודחפו הרוח ונפל ומת אינו גט, ספק אם הרוח דחפתו אם מעצמו נפל כתב הרמב"ם שהוא ספק גט עד שיוודע בודאי שהרוח דחפתו, והראב"ד השיג עליו וכתב שהוא ודאי גט והכי אית' בירושלמי וכך הוא מסקנת א"א הר"אש זלה"ה עכ"ל ובאמת דברי רבינו תמוהין כי בהר"אש מבואר להיפך, כי הביא לשון תוספתא וירושלמי שמחלקין בספק בין לאלתר ובין לאחר זמן, וגם בראב"ד מבואר כן, וכבר העיר רבינו בית יוסף הא בירושלמי מחלק בין לאלתר ולאחר זמן ותי' שהטור הבין בכוונת הראב"ד שמפרש הירושלמי דרשב"ג לחודא הוא דמפליג בין על אתר ובין לאחר זמן ורבנן לא מפלגי בהכי ומ"מ יליף מדרשב"ג לרבנן דכיון דאפי' נפל על אתר לאו ודאי הוא שמעצמו נפל אלא ספק ואפ"ה קאמר דעל אתר ה"ז גט כיון דמתוך בריו אמר כתבו גט לאשתי רגלים לדבר שהי' רוצה להפיל עצמו וכיון דעל אתר נפל הוי ודאי גט ומדרשב"ג נשמע לרבנן דלאחר זמן לרבנן כמו על אתר לרשב"ג דטעמא דכיון במתוך בריו אמר כתבו גט לאשתי אלים להו למימר דמעצמו נפל אפי' נפל לאחר זמן והילכתא כוותייהו יע"ש ובע"כ מ"ש והלכתא כוותייהו כ"כ בדעת הטור כי בחיבורו הקצר פסק כרמב"ם וגם בד"מ כתב שבר"ן משמע דסובר כרשב"ג רק שכ"ב בשיטת הטור:

וא"כ יש לומר שהטור הבין בכוונת אביו אף שמתחילה הביא לשון תוס' וירושלמי שמבואר שמחלקין בין נפל על אתר לאחר זמן מ"מ כיון שמביא אח"כ דברי ראב"ד שפי' כוונה אחרת בדבריהם שנחלקו בזה רבנן ורשב"ג סובר כן, והיינו דכתב וכן הוא מסקנת א"א הר"אש ר"ל אף שמתחילה רצה לחלק לבסוף כשהביא דברי ראב"ד משמע שחזר. וא"כ הבין כוונה אחרת בראב"ד שמשיג על רמב"ם שבכל גווני ראוי לומר שיהי' ודאי גט, ובאמת לא הבנתי כי המעיין בלשון ראב"ד בהשגותיו א"א לכוין כן בלשונו. ותו אף אי נימא דהי' לטור גירסא אחרת בראב"ד מ"מ מה השיג על רמב"ם הא עכ"פ לא מבואר להדי' בתוספת' דחכמים פליגי על רשב"ג ותו דהוי סברות הפוכות דבהכותב ס"ל להחכמים דלא אמרינן כלל הוכיח סופו כו' והכא סוברים אותו הוכחה יותר מרשב"ג אף דיש לומר שאני הכא דאמר כתבו מ"מ מנלן לומר כן הא לרשב"ג אף שאמר כתבו

לא מהני בספק רק אם נפל לאלתר וכן הקשה בס' קרבן העדה, ולכאורה י"ל דהנה כבר הבאתי דבתוספתא שלפנינו אית' כך בריא שאמר כתבו גט לאשתי ועלה לראש הגג ונפל ומת כותבין ונותנין לה כל זמן שיש בו נשמה רשב"ג אומר אם מעצמו נפל ה"ז גט אם לאחר זמן נפל כותבין ואין נותנין שאני אומר שמא הרוח דחפתו עכ"ל וכבר כתבתי שנראה שיש ט"ס וצ"ל בדברי רשב"ג אם על אתר כפל ה"ז גט כו' כמו שגורס בירושלמי וכאשר מוכח להמעיין ויש לומר שהטור הבין כיון דת"ק לא מפליג כלל שום חילוק משמע דמיירי בכל גווני אף בספק נפל מעצמו הוי גט וכיון דלא חילק בין לאלתר ובין לאחר זמן כמו שמחלק רשב"ג בע"כ חולק על רשב"ג רק רשב"ג הוא דמחלק ועל דבריו מפרש הירושלמי אבל קשה לפמ"ש בית יוסף שמפרש שהירושלמי בעי ספק נפל לרבנן, ופשיט מרשב"ג לרבנן למה לי' לפשוט מרשב"ג לימא בפשיטות כיון דחכמים לא מחלקין בין על אתר לאחר זמן משמע דבכל גווני הדין כן ובע"כ צ"ל דמרבנן לא מוכח כלל דהם מיירי בודאי הפיל א"ע לכן לא מחלקו, וא"כ לא מוכח דחכמים פליגי על רשב"ג בספק נפל דהא י"ל דרשב"ג אמר דין חדש היכי שיש ספק וצ"ע ליישב וראיתי בב"ח שהביא דברי הטור הנ"ל במה שכתב שראב"ד השיג על רמב"ם וכתב ז"ל וכ"כ הר"אש אלא שלא כתב והראב"ד השיג עליו אלא הגיה עליו ואפשר לפרש שהראב"ד לא בא לחלק אלא להגיה דזה הספק הוא להקל בחד צד לדעת ירושלמי דהיינו באם מיד נפל ה"ז גט וא"כ מ"ש רמב"ם ה"ז ספק גט אינו אלא היכי דלא ידעינן אם מיד נפל אבל בודאי דמיד נפל אע"פ שהוא ספק תלינן דמעצמו נפל והוי גט כיון דאיכא הוכחה מתחילה דאמר כתבו עכ"ל א"כ הבין בכוונת הטור ג"כ שבעינן לאלתר אבל לא משמע כלל כי העיקר חסר מן הספר. ולולי דמסתפינא הייתי אומר שחסר מן ספרי הטור האי חילוקא שבעינן לאלתר, גם הפי' חדש שהבין בכוונת רמב"ם שר"ל שלא ידעינן אי מיד נפל הוא דהוי ספק גט, נראה שסובר היכי שבודאי כפל לאחר זמן אינו גט כלל, כבר כתבתי שהב"י בש"ע בס' י"ח חולק ע"ז וסובר אפי' בירר שנפל לאחר זמן ה"ז ספק גט: **לו** ודע בגוף דברי התוספתא הנ"ל יש לפרש בדרך פלפול דרשב"ג אזיל לשיטתו ואליבא דידן אפי' בירור שנפל אחר זמן וספק נפל מעצמו הוי גט ודאי לשיטת הטור, ומקדם חל עלינו להבין כוונת בית יוסף שמדייק בלשונו כיון שמתוך ברי' אמר כתבו גט לאשתי רגלים לדבר שמעצמו נפל אפי' לאחר זמן, איזה הוכחה טובא הוי האי להוציאה מחזקת זקוקה ליבם ולהתירה לשוק הא לסתור החזקה בעינן הוכחה ברורה ואלימא והנראה בכוונתו דעיקר הוכחה הוא מכח הוכחה דלא מקים אינש פורעניות לנפשי' כדאי' בגיטין דף י"ח והבאתי בפרט ח' וכפי הנראה הדעת מכרעת שאי אפשר לומר שחכמים

חקרו דעת כל בני אדם שאין כותבין גט שיהי' מוכן בידם כי אולי יש מיעוט בני אדם שאינם מקפידים על כך ורוצים שיהי' הגט מוכן בידם רק חכמים מן הסתם דברו על הרוב שאמדו דעת רובא דעלמא שאינם עושים כשלא ניחא להו בגירושין שיהי' מקדימין למהר לכתוב הגט שיהי' מוכן ובכה"ג מצינו בש"ס בכמה דוכתי מה דאי' בש"ס לשון כל ור"ל רוב כמ"ש רשב"א בס' משמרת הבית בית א' דף ז' ע"ב וז"ל ובאמת לפעמים מזכירין הרוב בלשון כל משום דרובו ככולו לפיכך אין מקפידין להזכיר רוב בלשון כל יע"ש וכן הוא בהרבה דוכתי בש"ס דחכמים דברו על רוב בני אדם ואמרינן שהאי גברא הוא בכלל רוב (והש"ס משני שפיר בגיטין דף י"ז כיון דלא שכיח לא חשו רבנן לתקן) ואולם בבריא שאמר כתבו גט לאשתי אף שיש רובא המסייע לומר שכוונתו הי' לומר תנו איכא הוכחה המתנגד כיון דלא בהיל וטריד והי' יכול לגמור דיבורא ולומר תנו, הוכחה עדיף מרובא כמו שהוכחתי מיבמות דף קט"ו ולכן אינו גט כלל שמוכח שהאי גברא פריש מרובא וכוונתו הי' לצחק בה כמ"ש רש"י בכתובות דף נ"ה, או להכין גט כשירצה משא"כ במסוכן ואינך שדרך שלא לגמור הדיבור קם הרובא במקומו שמהני להוציאה מחזקת זקוקה ליבם דרובא עדיף מחזקה, ואין לומר לשיטת תוס' בבכורות דף כ"א וסיעתם דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה לחומרא אמאי הוי במסוכן ואינך גט ודאי ומותרת לשוק נימא סמוך מיעוטא שמקדימים פורענות לנפשם לחזקת יבום, דז"א דהנה רשב"ם פי' במס' ב"ב דף קמ"ו ע"ב שיש לומר מחמת טירדת ודאגתו שכח לומר תנו יע"ש ואפשר לומר בהני מחמת טרדתם ודאגתם דרכם שלא לגמור הדיבור כל צרכם כדרך אדם שהוא טרוד ובהול שאינו גומר דבריו וכיון שהענין מוכח שראוי לגרשה שכיון שמתיירא ממיתה וגם בודאי אין כוונתם אז לצחק בה בודאי מה שאמר כתבו הוי כאומר להדי' כתבו ותנו וכל מי שהוא טרוד אומר כך א"כ כמסוכן ואינך אין אנו צריכין לטעם דלא מקדים אינש פורענות לנפשי' דבלא"ה כיון שאומר כתבו הוי כאומר להדי' כתבו ותנו שכן הוא דרך הטרודים ואנן סהדי שהם טרודים, ואולם בבריא שעלה לגג ונפל, אם בודאי הפיל א"ע סוברים רשב"א ור"ן דגם רבנן מודו לרשב"ג דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו כיון שאמר כתבו הוי כמסוכן ולשיטתם אפי' נפל לאחר זמן הוי גט ודאי כיון שבודאי הפיל א"ע ואמרינן הוכיח סופו ע"ת כיון שאמר כתבו ובודאי הי' טריד אבל בספק נפל מעצמו ספק רוח הפילתו נראה לומר דלא שייך לומר הוכיח סופו על תחילתו דדוקא היכי שברור שהפיל א"ע שייך לומר הוכיח כו' שגם מעיקרא הי' רוצה להמית א"ע והי' טרוד משא"כ כשאנו מסופקים דלמא לא נפל מדעתו רק ע"י רוח איך שייך לומר הוכיח כו' דלמא באמת נאנס ע"י רוח ומה שאמר כתבו כוונתו הי' לצחק

כי אז הי' בריא ולא רצה כלל להמית א"ע או שהוא ממיעוט בני אדם שמכינים א"ע גט שיהי' מוכן להם, רק דיש לומר **(הג"ה גם מ"ש הב"ח בביאור הירושלמי שר"ל דפשטינן דספק כפל מעצמו ספק רוח ה"ז גט דכי היכי דאם כפל מיד ג"כ ספק הוא ואפ"ה הוי גט דרגלים לדבר דכיון דמתוך בריו אמר כתבו דהי' רוצה להפיל א"ע ה"נ בספק כפל מעצמו ספק הרוח דחפתו אע"פ שלא נפל מיד כל שאינו לאחר זמן כמי הוי גט ודוקא לאחר זמן מרובה לא הוי גט כיון דליכא רגלים לדבר ומ"ש ב"י לפרש בירושלמי כראה דליתא עכ"ד. ואף כי מזרעא דב"ח קאתינא מ"מ אהבת אמת דחקני כי לולי דמסתפינא הייתי אומר שפי' בית יוסף מתקבל יותר כי לפי פירושו יש שלשה חילוקים לאלתר והיינו מיד, וזמן שאחר מיד, וזמן מרובה, ולא נזכר כלל בש"ס ופוסקים חילוקים הללו ומשמע להדיא שיש רק ב' חילוקים מיד ולאחר זמן, וגם איזה שיעור ניתן לידע אימת הוא אח"כ ואימת הוא לזמן מרובה, ובשלמא לפי כוונה פשוטי' בארתי לעיל שיש לומר כל משך הכתיבה, ונתינה מה שנוכל לשער כדי שיעור כתיבה ונתינה נקרא מיד וכן יש לצדד ולומר כל אותו היום נקרא מיד ואח"כ הוי לאחר זמן אבל לשיטת הב"ח שגם בלאחר זמן יש חילוק הו"ל לחכמים לבאר שלא נטעה בדין הא מצינו שדרכם לבאר. אימת לאלתר ואימת לאחר זמן כדאי' בגיטין דף כ"ז ובתוספתא בפ"ג דגיטין וכאן סתמו ולא פירשו השיעור לאלתר הנזכר בתוספתא ולפי פירוש פשוטי א"ש דממיל' מובן שלאחר שיעור כתיב' ונתינה הוי לאחר זמן אבל לשיטת ב"ח שגם בלאחר זמן יש חילוק הו"ל לפרש לכן דבריו צ"ע.)** כמו דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו אמרינן הוכיח תחילתו על סופו דכיון שאומר כתבו, ורוב בני אדם אין מקדימין פורענות לנפשם, וגם אין כוונתם לצחוק רק שהי' לנו הוכחה המתנגד לרובא מדלא פירש ואמר תנו עכשיו שאפשר לישב הרוב שלא יהי' מתנגד מיישבינן כמ"ש בפרט ח' היכי דרוב והוכחה סותרים זא"ז אם אפשר ליישב מיישבינן. כמו בעדים המכחישין זא"ז שמיישבינן דבריהם יע"ש וה"ה כיון שיש לנו ספק אולי הפיל א"ע ראוי לומר שמוכח שבסופו הי' מפיל א"ע בידים והי' לו אותו מחשבה גם בשעה שאמר כתבו והי' טרוד אז ולא גמר דיבורו, נמצא עיקר הוכחה בא מכח רוב שאין מקדימין פורענות לנפשי', וגם רוב אין מצחקין בנשותיהם בענינים כאלו, ואולם כשהמית א"ע לאלתר הוי כודאי הפיל דיש הוכחה ברורה מזה גופא ממה שנפל לאלתר שהי' בכיון שצמצם הזמן כדי שיוכלו לכתוב הגט וליתנו לידה כמש"ל ואיכא תרווייהו הוכיח תחילתו על סופו והוכיח סופו על תחילתו והוי גט בודאי, אבל בשנפל לאחר זמן סובר רשב"ג דליכא הוכחה דסופו על תחילתו רק הוכחה דהוכיח תחילתו על סופו והיינו כיון שאמר כתבו ואין דרך להשטות וגם שאין דרך ליקח גט ולהקדים

פורענות רק בבריא יש הוכחה המתנגד, והכא יש לנו טעם לסתור הוכחה המתנגד ולומר שהי' בכלל רוב הטרודים אמרינן שהפיל א"ע בידים והי' טרוד אז במחשבה, אבל לית לנו עכשיו שום הוכחה רק מתחילתו ולא בא הוכחה רק מחמת רוב, כי אי אפשר לומר דאנן סהדי שהי' טרוד אז הא לא בדור שהי' טרוד וע"ז גופא אנו דנין כיון דלא שייך הוכיח סופו על תחילתו, ומה שאנו אומרים הוכיח תחילתו על סופו הוא מכח רוב, ומעתה באנו למחלוקת ר' מאיר וחכמים לר' מאיר דסובר דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה מצרפינן מיעוט בני אדם שכוונתם לצחק בעלמא, או להקדים פורענות לחזקת איסור לעלמא שהיתה בחזקת זקוקה ליבם והוי פלגא ופלגא וממילא הוי ספק מגורשת אבל לחכמים דלא אמרינן סמוך כו' ולפוסקים החולקים על ר"ת וסוברים דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה אפי' להחמיר הוי ודאי מגורשת ותוס' במס' בכורות דף כ' ע"ב ד"ה חלב ובחולין דף י"א ע"ב ד"ה לר' מאיר מפלפלו אי רשב"ג סובר סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר וכתבו וז"ל והא דאמר רשב"ג כל ששהא ל' יום באדם אינו נפל הא לא שהא ספיקא אפי' בנפל מן הגג אע"ג דרובם אינם נפלים משום דלא יבואו להקל בערוה החמורה והצריכוהו חליצה במת בתוך ל' יום ולא רצו לסמוך על הרוב ולהתירה לשוק יע"ש וא"כ לפ"ז יש לי ליישב קו' הנ"ל בשיטת הטור ור"אש במאי פליגי חכמים ורשב"ג אמאי יהי' סברות הפוכות ולפמ"ש א"ש חכמים אזלו לשיטתם דאפי' בדבר שבערוה אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף ואין צריך אפי' חליצה לכן בספק נפל מעצמו ספק הרוח דחפתו אפי' לאחר זמן הוי גט ודאי ומותרת לשוק ואין צריכה אפי' חליצה דאמרינן שהי' מן הרוב ועדיף מחזקת איסור, אבל רשב"ג לשיטתו דסובר סמוך כו' להצריך חליצה (וכן נראה דסובר בעלמא ג"כ סמוך כו' להחמיר) לכן סובר דוקא אם לאלתר נפל הוי כודאי נפל מכח הוכחה שהי' לאלתר, אבל לאחר זמן ליכא הוכחה דסופו כ"א הוכחה שתחילתו והוא מכח רובא ואמרינן סמוך כו' והוי פלגא ופלגא ולכן היא ספק מגורשת שמא הרוח דחפתו וחולצת ולא מתייבמת ויש לומר שלכן דייק שאני אומר שמא הרוח דחפתו י"ל שהוא לשיטתו דסובר סמוך מיעוטא לחזקה וא"ש ולפ"ז מיושב שיטת הטור דביו"ד סימן שי"ו פסק דחלב פוטר ובע"כ סובר דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה לחומרא לכן סובר כאן כחכמים, ואף דפסק כרשב"ג בכל ששהא כו' כדאי' בסי' קס"ד משמע בדבר שבערוה החמירו לומר סמוך כו' ז"א דלאו כל דבר שבערוה שווין כמ"ש בתשובת מוהר"א ששון סימן רי"ד דוקא בהך רובא לא רצו לסמוך משום דשייך לעז דפיהק ומת אבל באידך רובא סמכינן כדאי' בפ' בתרא דיבמות יע"ש וא"כ שפיר פוסק כחכמים ורשב"ג באמת סובר בכל מקום סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר לכן מחלק בין

לאלתר ולאחר זמן אבל לחכמים אפי' בלאחר זמן הוי גט ודאי דלא אמרינן סמוך כו' להחמיר אפי' בדבר שבערוה ונכון בדרך פלפול אבל הוא רחוק ממרכז האמת ומחוורתא כדשנינן מעיקרא ולא כתבתיה רק להגדיל תורה ולהאדירה:

פרט יב

יבואר ביאור דברי תוס' וירושלמי בספק נפל מעצמו אם לאלתר נפל הוי ודאי גט וכמה חילוקי דינים:

לז איכא למידק לשיטת התוס' וירושלמי כפי הבנת רוב הפוסקים בספק נפל מעצמו אם לאלתר הוי ודאי גט, ולשיטת הטור וסיעתו כפי הבנת בית יוסף כמ"ש בפרט הקודם אפי' נפל לאחר זמן הוי ודאי גט, ואמרינן שמעצמו נפל בכיון, הא כללא הוא בכולא תלמודא, דאלים טובא חזקת כשרות ולדעת כמה גדולי ראשונים זלה"ה במס' כתובות דף כ"ב אלים אפי' מחזקת ממון ועיין במשנה למלך בפרק ו' מהלכות עדות הלכה ז' והטעם כמ"ש בכללי חזקות מלבד שיש לו חזקה עצמית שלא נולד בעל עבירה כמו כל חזקת קמייתא אף גם יש לו חזקה דאתי' מכח רובא שרוב בני ישראל הם בשרים כמ"ש פני יהושע במס' גיטין דף י"ז ע"א, ומ"ש בפ"י שלית לי' חזקה עצמית הוכחתי מכמה סוגי' הש"ס שלא כדבריו, וכיון דהוא איסור חמור לאבד עצמו לדעת יש לומר אוקי גברא בחזקת כשרות מן הסתם הפילו הרוח וגם יש חזקה המכרעת כמ"ש הלחם משנה בפרק ב' מהלכות גירושין כי איזה בן דעת יהי' הורג א"ע וכיון דיש כמה חזקות, חזקות כשרות וחזקה שמן הסתם אין אדם הורג א"ע וחזקת איסור לשוק אמאי הקילו חכמים כל כך לומר שהוא ודאי גט משום הוכחה דאמר כתבו הא בבריא שאמר כתבו אמרינן שרצה לשחק בה נימא ג"כ בהאי גברא שבאותו זמן רצה לשחק בה ולא הי' בדעתו להמית א"ע ואח"כ דחפתו הרוח, ואמאי מקלינן כ"כ בדבר שבערוה ואם אתה אומר שלא יצא מחזקת כשרות רק שנשתטה ויצא מדעת ולכן הורג א"כ פשיטא דקשה אמאי מגורשת כיון שהיה שוטה בשעה שגירש וצריך שיהי' שפוי בשעת הכתיבה והנתינה ומכ"ש בשעה שצוה לכתוב כמ"ש הב"ש בסימן קכ"א ס"ק ה', וא"כ כיון דעיקר טעמא דאמרינן בשעה שאומר כתבו הי' בדעתו להפיל א"ע אי נימא בדכה"ג יש לו דין שוטה לא משכחת וכלל דין דרשב"ג אפי' בודאי כפל מעצמו, ובע"כ לא מחזקינן בכה"ג בחזקת שוטה, ועיין במס' חגיגה דף ג' ע"ב ובטוש"ע ח"מ סימן ל"ה וברמב"ם בפרק ט' מעדות וביו"ד סימן א' ואף דקיי"ל בסי' קכ"א סעיף ג' בעיתים חלים בעיתים שוטה כשהוא חלים הוא כפיקח, וב"ש כתב בסימן קמ"א ס"ק כ"ו דהא דכותבין ונותנין כל זמן שיש בו נשמה היינו דצריך בדיקה אם הוא שפוי בדעתו, א"כ הוא פקח בשעת כתיבה ונתינה,

מ"מ כיון שאנו סומכין על אמירתו שאומר כתבו, וכיון דאתה אומר שאותו דיעה הי' לו להפיל א"ע גם באותו זמן א"כ הי' שיטה בעת הצווי לכתוב ותו היכי דכתבו ונתנו לה קודם שהפיל עצמו הוי גט כדאי' בסימן קמ"א סעיף י"ו אף שלא הי' בדיקה כלל, ובע"כ משום מחשבה זו לא הי' בחזקת שוטה ותו הא האי גברא הי' בחזקת פיקח עיין בס' טורי אבן במס' חגיגה וא"כ מה"ת נימא שהפיל א"ע בידים ואפשר לומר לשיטת רמב"ם וסיעתו כיון שנפל לאלתר וכפי פירושי הנ"ל בפרטים הקודמים שיצמצם זמן הכתיבה והנתינה יש הוכחה ברורה ואלימא שעשה כן בכיון כדי שיוכל לגרשה והוכחה כזו הוי בגדר אנן סהדי שעדיף מרובא כמש"ל ואפי' מכמה חזקות ולשיטת הטור אפי' לאחר זמן יש לומר כיון שאמר כתבו ואתי' מכח רובא כמ"ש בפרט הקדום, ולפמ"ש בתשו' נ"בי חלק א"העז סימן מ"ג דרובא עדיף אף מב' חזקות וה"ה נגד שלשה ובע"כ רובא אלים כא"ס אך דבר זה לא ברור כי בתשובת הריב"ש סי' שע"ט כתב דלא עדיף מב' חזקות וצ"ע:

לח ודע מידי עיוני בענין זה נתתי אל לבי לעיין מה שנוגע לענין זה במס' אבל רבתי בפרק ב' והוא במס' שמחות, ובפוסקי' ראיתי קצת ענינים שראוי להעיר אליהם אמרתי לבארם, דאי' שם בהלכה א' המאבד את עצמו לדעת אין מתעסקין עמו בכל דבר איזהו מאבד עצמו לדעת לא שעלה בראש האילן ונפל ומת בראש הגג ונפל ומת אלא זה שאמר הריני עולה לראש הגג אל ראש האילן ואפיל עצמי ואמות ורואין אותו שעלה לראש האילן וכפל ומת ה"ז בחזקת המאבד עצמו לדעת וכל המאבד עצמו לדעת אין מתעסקין עמו בכל דבר:

מצאוהו חנוק ותלוי בראש אילן הרוג ומושלך על גבי הסייף ה"ז בחזקת המאבד עצמו שלא לדעת ואין מונעין ממנו כל דבר. מעשה בתינוק אחד מבני ברק ששיבר צלוחית בשבת והראה לו אביו באזנו ונתיירא מאביו והלך ואיבד עצמו לדעת לבור, ושאלו את ר' עקיבא ואמר אין מונעין ממנו כל דבר ועיין בר"אש בפרק אלו מגלחין סימן צ"ה. ופשוט ממה דאי' ורואין אותו שעלה לראש האילן ונפל כו' בע"כ לא ר"ל שראו שהפיל א"ע במתכוין דבכה"ג אפי' לא אמר מקודם לכן כלל הוי מאבד עצמו לדעת רק שמיירי שראו העליה שעלה ולא ראה הנפילה אף שיש לחוש שמא הרוח דחפתו מ"מ כיון שאמר שקודם לכן שרוצה להמית א"ע הוא בחזקת המאבד עצמו לדעת והיינו דדייק לשון ה"ז בחזקת דלשון חזקה לא שייך כי אם בספק כמ"ש רש"י במס' חולין דף ט' ע"א ד"ה ונימא דלשון חזקה לא שייך אלא בדבר ספק דנימא העמד דבר על חזקתו יע"ש וכן מבואר להדי' בבית יוסף ביו"ד סימן שמ"ה בשם רמב"ן בתורת האדם אפי' לא ראו מפיל אותו

כיון שאמר חזקה לדעת עשה, ולכאורה קשה דהא מכאן מוכח דבעינן דוקא אמירה, אבל לא מהני הוכחה ורגלים לדבר דהא לא מהני אפי' גילוי דעת כמ"ש הב"ח בשם רמב"ן הובא בש"ך סק"ג שאינו בחזקת מאבד עצמו לדעת רק כשאומר הריני עולה לראש הגג ואפיל עצמי ואמות, אבל אם לא אמר ואפיל עצמי אף שאמר שעולה לראש הגג לא הוי בחזקת מאבד עצמו לדעת אף שיש הוכחה ובע"כ משום חזקת כשרות וחזקה שאין אדם מאבד א"ע ואמאי אית' בתוספת' וירושלמי הנ"ל בספק נפל מעצמו ספק הרוח דחפתו מכח הוכחה דכתבו אמרינן שהפיל א"ע ולשיטת הטור אפי' לאחר זמן וצריך לומר דלאו כל הוכחת שווין והוכחה דהכא שאמר כתבו אלים טפי וכיו"ב כתבו הפוסקים בעניני אומדנא דמוכח דלאו כל הוכחת שווין והדבר נמסר לחכמי התלמוד הם בחנו בשכלם הקודש איזה הוכחה אלימא:

אמנם ראיתי ברמב"ם בפרק א' מהלכות אבל הלכה י"א שכתב וז"ל איזהו המאבד עצמו לדעת לא שעלה לגג ונפל ומת אלא האומר הריני עולה לראש הגג ראהו שהי' עולה מיד דרך כעס או שהי' מיצר וכפל ומת הרי זה בחזקת שאיבד עצמו לדעת אבל אם ראהו חונק ותלוי באילן או הרוג ומושלך על גבי סייפו הרי זה בחזקת כל המתים עכ"ל הוסיף רבינו שעלה מיד דרך כעס, משמע להדיא שסובר היכי שלא עלה מיד לאחר אמירה אף שאמר מתחילה יש לומר עביד אינש דגזים ולא עביד ואח"כ חזר מדעתו ומוקמינן אותו שהי' בחזקת כשרות וגם בחזקת פיקח כמו רובא דעלמא רק שנאנס ואע"פ שאין ראי' לדבר זכר לדבר מיהו איכא מהא דאי' במס' שבועות דף מ"ו ע"א אמר ר' נחמן האי מאן דנקיט נרגא ואמר איזל ואיקטל לדקלא דפלניא ואשתכח דקטיל ושדי לא אמרינן דהוא קטלי' אלמא עביד אינש דגזים ולא עביד וכ' רש"י וז"ל דגזים לעשות דבר שגעון ואינו עושה יע"ש ועיין בתוס' מס' בבא קמא דף צ"א ע"ב ד"ה כל, וכן פסקו כל הפוסקים, אלמא בדבר שהוא מילתא דתמי' ושגעון אמרינן דגזים ואמר ולא עביד, ולכאורה קשה על רמב"ם מנלן לחדש דין חדש כיון דבלשון מס' שמחות אית' בסתם יש לומר אפי' לאחר זמן כיון שאמר מתחילה הוא בחזקת מאבד עצמו לדעת, ומהאי דשבועות בקל יש לדחות כמבואר להמעיין היטב, ואפשר לומר שרמב"ם מדמה להאי דתוספתא וירושלמי בספק נפל מעצמו ספק רוח דוחקא לאלתר הוי גט, אבל אם לא נפל לאלתר הוי ספק כמ"ש מחבר בסעיף י"ח וה"ה כשלא נפל לאלתר לאחר אמירתו איכא ספק ומוקמינן בחזקת שלא איבד את עצמו בחזקת כשרות ודוקא בדבר שבערוה החמירו חכמים שלא לסמוך על חזקה, אבל לא דמי דהתם לא אמר מתחילה להדי' שיתנו גט לאשתו רק שאמר כתבו, משא"כ הכא שאמר להדי' שרוצה להפיל א"ע ראוי לומר הוכיח תחילתו

על סופו ונראה לומר דרמב"ם סובר האי דינא דהוכיח תחילתו על סופו דומה להוכיח סופו על תחילתו דעיקר הטעם דלא חיישינן לשינוי דעת שמסתמא עומד בדעת אחת, וא"כ רמב"ם לשיטתו דפסק בפ"ד מזכי' דחכמי קסרי הי' מסופקים אי הלכה כחכמים דלא אמרינן הוכיח סופו ע"ת או כרשב"ג ולכן כ' בפ"ב מה"ג כמ"ש בש"ע סימן קמ"א סעיף י"ז בבריא שאמר כתבו גט לאשתי אף שב דאי הפיל א"ע אחר אמירתו בעינן דוקא שהרג א"ע מיד לאחר אמירתו כמ"ש בפרט י"א הטעם לכן בעינן מיד שאז מוכח כיון שצמצם הזמן שבע"כ הי' דעתו מתחילה לכך אבל לאחר זמן יש לחוש לשינוי דעת והוי ספק וה"ה בעינן הוכחה ברורה שלא נשתנה דעתו כגון שעלה מיד דרך כעס, אבל בלא"ה כיון דיש ספק אי נשתנה דעתו אחר כך או לא דכמו שיש ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ה"ה איכא ספק אי אמרינן הוכיח תחילתו על סופו ומספיקא מוקמינן בחזקת כשרות ובחזקת שאינם מאבדין עצמו לדעת, וחפשתי אם ש"פ הראשונים נמשכו אחר דעת רמב"ם בענין זה, וראיתי שהטור בסימן שמ"ה שונה מלשון רמב"ם וכתב וז"ל ואיזה מאבד עצמו לדעת לא שעלה באילן ונפל ומת דאיכא למימר שמא נאנס ונפל אלא שאמר ראו שאני עולה באילן ונופל ומת אבל ראהו חונק באילן זהו המאבד עצמו שלא לדעת ואין מונעין ממנו כל דבר ע"ש א"כ לא כתב שעלה מיד דרך כעס, ואולם ממה שכתב שאמר ראו שאני. עולה כו' משמע תיכף ומיד הלך ובב"י הביא דברי רמב"ם ולא כתב להדי' שחולק, מיהו בזה נראה שחולק כי רמב"ם כתב דרך כעס או שהי' מיצר, ובש"ע סימן שס"ה סעיף ב' כתב כלשון רמב"ם וכבר כתבתי מלשון מס' שמחות לא מוכח כדברי רמב"ם כי אף דאית' ורואין אותו כו' לא מוכח שראו שעלה מיד כי אולי ראו אחר כך, ואין לומר שהוכיח מדבעינן שראו עולה משמע שראהו עולה מיד דרך כעס, דז"א כמ"ש הב"ח בשם מוהרש"ל והובא בש"ך ס"ק ג' דאפילו אמר ראו שאני עולה כו' ולא ראהו עולה אדיבורא לחוד לא סמכינן וכתב הב"ח שכן משמע מברייתא וא"כ לא מוכח מלישנא דברייתא שבעינן מיד, דמה דאי' ורואין אותו שעלה כו' משום דבעינן שראו שעלה דבלא"ה י"ל אולי לא עלה לאילן ומת מעצמו מיתת פתאום אבל לא בעינן מיד רק מלשון הטור מוכח דסובר כרמב"ם בזה וכן מוכח דעת הב"ח שכתב וז"ל ומ"ש אלא שאומר ראו שאני עולה באילן ונפל ומת פי' שכל זה אמר בשעה שעולה זהו בחזקת מאבד עצמו לדעת דאע"פ שלא ראו אותו שהפיל עצמו כיון שאומר כך שעולה באילן ונופל ומת חזקה עשה לדעת כמו שאמר כו' יע"ש (ועיין בש"ך ס"ק ג' שמביא כן בשם רמב"ן שאמר הריני עולה לראש הגג ואפיל עצמי ואמות. אבל מלשון מחבר לא משמע כן רק שאמר שעולה לראש הגג כמו שכתב הרמב"ם) מורה משמעות לשונו שהי' מיד,

וקשה על שיטת הטור כיון דהוא פסק בסימן קמ"א בספק נפל מעצמו ספק דחפתו הרוח אפי' לאחר זמן הוי ודאי גט כיון שאמר כתבו אמרינן הוכיח תחלתו על סופו וה"ה כיון שאמר מתחילה שרוצה להמית א"ע ואח"כ עלה ראוי לומר שהוכיח תחילת דיבורו על סופו שהי' מאבד עצמו וצ"ע:

שוב ראיתי שאפשר לומר בכוונת רמב"ם כיון שלא אמר הריני עולה לראש הגג ואפיל ואמות, כי הרמב"ם השמיט הלשון ואפיל ואמות, לא הוי דיבור מבורר שנימא שיהי' מוכח תחילתו על סופו כ"א כשראינו שעלה מיד דרך כעס, אבל אם באמת אמר מבורר שרוצה להמית א"ע אזי אפי' אם עלה אחר כך הוי בחזקת מאבד עצמו לדעת דהוכיח תחלתו על סופו וצ"ע:

פרט יג

יבואר חקירה היכי ששני כיתי עדים מכחישים זא"ז אם דחפו רוח אם מעצמו נפל אם דמי לדין הנזכר בתוס' וירושלמי ספק מעצמו נפל ספק רוח דחפתו אם לאלתר נפל הרי זה גט:

לט יש לחקור דהנה מלשון תוספתא וירושלמי ופוסקים שכתבו סתם ספק נפל מעצמו ספק הרוח דחפתו נכלל בלשון ספק כל מיני ספיקות מדכתבו בסתם ובכלל הספק הוא היכי שהי' הכחשה בין שתי כיתי עדים, כת אחת אומרת שנפל מעצמו וכת אחת אומרת שרוח הפילו, או שהי' הכחשה בין שני עדים, ולכאורה צ"ע לדינא בזה הנה בתרי ותרי הוא מחלוקה עצומה בין הראשונים זלה"ה אי הלכה דתרי ותרי ספיקא דאוריית' ומן התורה לא מהני חזקה, או דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומן התורה מהני חזקה רק חכמים החמירו שלא לסמוך על חזקה, ותלי' בגי' דמס' יבמות דף ל"א, והארכתי בזה במקומו וכתבתי שם, בביאור מחלוקתם לפמ"ש תוס' במס' ב"ב דף ל"א ע"ב ד"ה וזו שהקשו בשני כיתות עדים המכחישים זא"ז נהמנו לבתראי במגו בפסלי לקמאי בגזלנותא ותירצו דמגו לא יוכל לסייע יותר משני עדים ותרי כמאה, ועיין במהרש"א וכמו כן יש לומר בחזקה דחזקה לא עדיף מעדים ותרי כמאה, מיהו היכי דעדים מכחישים א"ע יש לומר בב' פנים אי דמסלקינן דבריהם כיון שמכחישים א"ע כאילו לא העידו כלל ונשאר הענין כמו שהי' מקדם וכמו בכל ספק כשיש ספק מסלקינן הספק ונשאר בחזקה קמייתא, ואם נימא כן שפיר מהני החזקה דאוקי כמו שהי' מקדם לולי דבריהם ועל זה לא שייך לומר דב' כמאה דהא מסלקינן דבריהם מחמת שמכחישים זא"ז ונשאר החזקה ושאני מגו דבע"כ צריכין אנו לבוא לדבריהם כדי שיאמינו במגו ועל זה שייך סברת התוס' תרי כמאה, או דיש לומד דהכחשה בעדים אלים יותר דיש ספק עצום לפנינו ואיתרע החזקה על

ידי הספק שהוא לפנינו, ואי אפשר לסלק דבריהם, וכמו שאמרה תורה היכי שיש שני עדים כנגד ד' לא אמרינן נסלק תרי נגד תרי ונשארו תרי עדים כיון ששני עדים מכחישים הארבעה בכלל כמו כן היכי שיש חזקה המסייע לעדים וכת אחת מכחישים לעדים ולחזקה לא מסלקינן ולא מהני החזקה כי החזקה הוא כאלו הי' עוד עדים המסייעים ותרי כמאה, ובזה נחלקו למ"ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא מהני מן התורה החזקה סובר דלא מסלקינן דבריהם, ומאן דסובר דמן התורה לא הוי ספק שמועיל החזקה כי מן התורה מסלקינן דבריהם רק חכמים החמירו שלא לסמוך על חזקה באסורין, ועיין בתוס' במס' בבא בתרא דף ל"ב ע"ב ד"ה והילכתא שכתבו בת"ות כמאן דליתנהו דמי, והארכתי בזה במקומו, וא"כ יש להבין לשיטת רוב הפוסקים כמו שפסק בש"ע סימן קמ"א סעיף י"ח בספק נפל מעצמו ספק הרוח דחפתו אם לאלתר נפל ה"ז גט ודאי, ומכ"ש לשיטת הטור כפי הבנת ב"י אפי' לאחר זמן כיון שאמר כתבו הוי ודאי גט לרבנן דרשב"ג ונכלל בכלל ספק אפי' ספק הכחשה דשני כיתות עדים ואמאי כמו דאמרינן דלא מהני חזקה, ה"ה הוכחה, ומה בכך שיש הוכחה שהי' מאבד א"ע לדעת כיון שהי' לאלתר, הא הוכחה זו לא עדיף מעדים ותרי כמאה וליהוי ספק מגורשת ומכ"ש דקשה לשיטת הטור דסובר דהוי ודאי גט אפי' לאחר זמן ואפי' לשיטת רוב הפוסקים בתרי ותרי ספיקא דרבנן מ"מ כיון שחכמים החמירו שלא לסמוך על חזקה מאן מפיס שלא החמירו גם בהוכחה, מיהו לשיטה זו אפשר לומר לפי מ"ש לעיל להוכיח דהוכחה עדיף אפי' מרובא ומכ"ש דעדיף מחזקה, יש לומר דלא החמירו בת"ות נגד הוכחה אף שהחמירו שלא לסמוך על חזקה, ויש להביא ראיה לזה, לפי מאי דאי' במס' עירובין דף ל"ו ע"ב בתירץ רבא מוכח שם להדי' דסובר היכי דיש שני חזקות גם בתרי ותרי אזלינן בתר החזקות אפי' להקל, והיינו דרבא אזיל לשיטתו דסובר במס' יבמות דף ל"א ת"ות ספיקא דרבנן והוא רק חומרא דרבנן יש לומר דלא החמירו רק בחדא חזקה ולא בתרי, וא"כ לשיטת נודע ביהודא במהדורא קמא בחלק א"העז סימן מ"ג שהוכיח דרובא עדיף אפי' משני חזקות, נשמע ממילא דלא החמירו למ"ד ת"ות ספיקא דרבנן נגד דובא דעדיף אפי' מב' חזקות וה"ה דלא החמירו בהוכחה דעדיף אפי' מרובא, (ונשמע מכאן כלל חדש אף שהחמירו שלא לסמוך על חזקה מ"מ לא החמירו נגד רובא או הוכחה וצ"ע לדינא ויבואר אי"ה במקומו) אמנם למ"ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא שהטעם דלא עדיף החזקה מעדים ותרי כמאה בודאי אפי' מאה חזקות לא מהני דלא עדיפי ממאה כיתות עדים וה"ה הוכחה או רובא, וא"כ קשה לריטב"א במס' קידושין דף ס"ו ותוס' רי"ד שם, וש"פ הסוברים להלכה תרי ותרי ספיקא דאורייתא האיך מפרשין התוס' וירושלמי הנ"ל

שמוכח מסתימת דבריהם בכל מיני ספק הוי ודאי גט כשנפל לאלתר, ונכלל אפי' ספק דת"ות, והוא לכאורה תמיה רבתי, ולכאורה לשיטת הכסף משנה ולחם משנה שהבאתי לעיל וכן נראה מסתימת רוב הפוסקים היכי שידוע שהפיל א"ע אפי' נפל לאחר זמן הוי גט, יש לומר דבר חדש, לפי מה שכתבתי בכלל מגו במקום אנן סהדי אף דשני עדים נאמנים בכל מקום, מ"מ היכי שמכחישים דבר אשר הגבילו חכמינו ז"ל מכח עומק בינתם ושכלם הקדוש אינם נאמנים, וראי' לזה ממ"ש רשב"א בתשו' סימן צ"ח בודאי טריפה שאינה חיה יב"ח אף שבאו עדים והעידו שראו חי אמרינן סהדי שיקרא נינהו, (ועיין בש"ך יו"ד סימן נ"ד ס"ק מ"ח שכתב טעם אחר בשם רשב"א ואין כאן מקומו) וכן מוכח בכתובות דף ט"ז ע"ב אי כל הנישאות בתולה יש להם קול כי אתי עדים מאי הוי פי' רש"י כיון בחזקה יש קול הרבה הי' יודעים ואף דהוא רק חזקה בעלמא מ"מ כיון שחכמים חקרו ע"פי עוצם בינתם ושכלם שכן הוא אין נאמנים נגד דעת תורה, ועיין כיו"ב במס' בכורות דף כ"ח ע"א ומצאתי בש"ות חכם צבי סימן ע"ז, שהעיר בזה וא"כ ה"ה כיון שחכמים הכריעו בשכלם הקדוש ע"פי דעת תורה כשהוא לאלתר ודאי מח מעצמו א"כ הכריעו כן ע"פי דעת התורה, שראוי להתירה לעלמא ולהוציאה מחזקת איסור אפשר לומר אפי' אם ליכא רק כת אחת המכחישים ואומרים שלא מת מעצמו רק שרוח דחפתו אינם נאמנים להכחיש דברי חכמים ואמרינן הני סהדי שיקרא נינהו, ומכ"ש היכי שיש עדים המסייעים לדברי חכמים מה שהכריעו ע"פי דת של תורה, ובע"כ מה דנקיט בירושלמי ספק נפל מעצמו אינו שהוא ספק ע"פי התורה רק מחמת שלא ראו העולם שנפל נקרא בלשון העולם ספק ובאמת כיון שחכמים הכריעו כיון שהוא לאלתר הוי ודאי גט כי בודאי נפל מעצמו נעשה הענין כודאי, וכמו שאם עדים מעידין להכחיש דין אחד מדיני התורה אינם נאמנים ואמרינן הני סהדי שיקרא נינהו כי בודאי לא ראו הפך מה שהכריעו התורה וחכמינו זלה"ה ה"נ א"נ להכחיש מה שהכריעו חכמים שהיכי שנפל ולא ראינו הנפילה אם הוא לאלתר בודאי המית את עצמו, ומה דנקרא בלשון ספק מחמת שלא ראינו הנפילה נקרא בלשון העולם בלשון ספק אבל לפי חוקת התורה הוי כראינו בעינינו שנפל מעצמו, וא"כ בע"כ לא יצויר ספק נפל בהכחשת העדים דאפי' אם ליכא עדים המסייעים לדברי חכמים אינם נאמנים המכחישים, ואולם לשיטת רמב"ם וש"ע סעיף י"ז שכתב אפי' בידוע שהפיל א"ע בעינן שנפל מיד בע"כ ליתא לדברינו דהא על זה איתא שם שאם דחפתו הרוח אינו גט, ובע"כ היינו שידוע ע"פי עדים שדחפתו הרוח, א"כ מוכח שעדים נאמנים לומר שדחפתו הרוח אפי' אם נפל לאלתר, ובע"כ צריך לומר מחכמינו זלה"ה גופייהו לא עשאהו ודאי כי אם היכי שאין

עדים לפנינו אמרינן מטעם הוכחה שמעצמו נפל, אבל כשיש עדים שדחפתו הרוח, הדין תורה הוא שעדים נאמנים וא"כ אינם אומרים כלל נגד דעת תורה, אך לשיטת כסף משנה ולח"מ וש"פ שסוברים דהיכי שידוע שהפיל א"ע אפי' לאחר זמן הוי גט שפיר י"ל כדברינו דמה דאי' אם הרוח דחפתו היינו שעדים מעידים על לאחר זמן שרוח דחפתו אבל לאלתר באמת אינם נאמנים, אבל באמת הוא רק בדרך פלפולא בעלמא וח"ו לסמוך על זה אף על סניף בעלמא כי ענינים אלו עמוקים וחמורים ומסתימת הפוסקים משמע להדי' היכי שעדים אומרים שרוח דחפתו נאמנים ואפי' לאלתר לא הוי גט כי בכה"ג לא עשאו חכמים לספק א"כ דברינו דחוים וקשה לשיטת פוסקים דת"ות ספיקא דאורייתא, ואולי הירושלמי לישנא קלילא נקיט ומירי היכי שהספק הי' שלא ראינו בכה"ג סמכו חכמים על הוכחה שודאי הפיל, אבל היכי שהספק הוא ע"פי עדים אולי חכמים גופייהו עשאו לספק, אך מלשון הפוסקים שסתמו דבריהם משמע בכל מיני ספק הוי ודאי גט וצ"ע גדול בכל זה, ולא באתי רק להעיר המעיין וחלילה לסמוך על דברי אף לסניף בעלמא כי נאמרו רק לפלפולא בעלמא ודי בהערה זו:

פרט יד

יבואר סוגי' דמס' נדרים דף מ"ח בענין הוכיח סופו על תחילתו:

מ גרסינן במס' נדרים דף מ"ח ע"א המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל נותנו לאחר לשם מתנה והלה מותר בה ומעשה בא' בבית חורין שהי' אביו נודר הנאה ממנו והי' משיא את בנו ואומר לחבירו חצר וסעודה נתונין הינן לפניך אלא כדי שיבוא אבא ויאכל עמנו בסעודה אמר לו אם שלי הן הרי הן מקודשין לשמים א"ל לא נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים כו' אמרו חכמים כל מתנה שאינה שאם הקדישם תהי' מקודשת אינה מתנה ואי' בגמ' מעשה לסתור חסורי מחסרא וה"ק ואם הוכיח סופו על תחילתו אסור ומעשה נמי בב"ח דהוי סופו מוכיח על תחילתו, אמר רבא ל"ש אלא דאמר לי' והינן לפניך אלא כדי שיבוא אבא, אבל א"ל שיהי' לפניך שיבוא אבא מדעתך הוא דאמר לי', ל"א אמר רבא לא תימא טעמא דאמר לי' והינן לפניך הוא דאסור, אבל א"ל הן לפניך שיבוא אבא ויאכלו מותר אלא אפי' א"ל הן לפניך יבוא אבא ויאכל אסור מ"ט סעודתו מוכיח עליו עכ"ל, ונראה פשוט דהוכיח סופו ע"ת הנזכר כאן לא דמי כלל להוכיח כו' דנחלקו רשב"ג ורבנן בהכותב כו' המובא בחולין דף ל"ט ע"ב דהכא כ"ע מודו דאמרינן מדלא הובא בש"ס דתליא במחלוקתם, וכן הפוסקי' הסוברים שם כרבנן סוברין בנ"ד דאמרינן הוכיח וכו' והטעם פשוט כי הפירוש הוא כמ"ש הר"ן שמוכיח סוף דבריו על תחילתן שאינן אלא הערמה דאסיק למילתא ואמר והינן לפניך, אבל כל

שלא אמר בפירוש אע"פ שהענין מוכיח בעצמו דלא יהיב לי' אלא כי היכי דליתהני המודר אפ"ה הוי מתנה יע"ש, ולכן כ"ע מודו בנ"ד כיון דהוא כדיבור שעוסק ומדבר משא"כ התם, ואולם ללישנא ב' דאנן קיי"ל כוותי' דאפי' אמר יבוא אבא ויאכל אסור נחלקו הפוסקי' בכוונתם, רמב"ם בפרק ז' מהלכות נדרים ה' ט"ו עם רשב"א המובא בר"ן דעת רשב"א דוקא כשאמר כן בשעת מתנה אסור אבל לאחר מיכן לא כיון דבשעת מתנה לא אמר מידי, אבל רמב"ם כתב אפי' לאחר שעה אסור ואינו מתנה, כי ז"ל רמב"ם נתן לאחד מתנה ואמר לו הרי סעודה זו נתונה לך במתנה ויבוא פלוני שהוא אסור בהנייתי ויאכל עמנו הרי זה אסור, ולא עוד אלא אפי' נתן לו סתם וחזר ואמר לו רצונך שיבוא פלוני ויאכל עמנו אם הוכיח סופו ע"ת שלא נתן לו אלא ע"מ שיבוא פלוני ויאכל אסור כגון שהי' סעודה גדולה והוא רוצה שיבוא אביו או רבו וכיו"ב לאכול מסעודתו שהרי סעודתו מוכחת עליו שלא גמר להקנותו לו וכן כל כיו"ב עכ"ל, א"כ להרמב"ם הפירוש הוכיח סופו ע"ת לא קאי על דיבור מ"מ נראה דהכא כ"ע מודו כמ"ש בש"ות צמח צדק סי' מ"ה כיון דאיכא סעודה איכא הוכחה שמתחילה נתכוין למה שאמר בסוף שיבוא אבא לאכול, אבל אי ליכא הוכחה מתחילה כגון דהוי סעודה קטנה לא אמרינן הוכיח סופו ע"ת יע"ש וכיו"ב כתבו הפוסקי' במס' גיטין דף ס"ו הבאתי בפרטים הקודמים דהיכי דאיכא הוכחא מתחילה כגון שאמר כתבו דאיכא קצת הוכחה דתחילה מצרפינן להוכחה דסופו כדאי' בחולין דף ל"ט ע"ב בש"ס וברש"י שם ומידי עיינתי בזה אמרתי לברר בדרך אגב הסוגי' זה שיש להתבונן בסוגי' זו דהנה בטעמא דמילתא במה שנחלקו הלשונות הנ"ל אליבא דרבא מבואר היטב ברשב"א ור"ן לישנא קמא סובר היכי דאמר והינן לפניך הוי תנאי גמור, אבל אם א"ל ויבוא אבא מדעתך הוא דא"ל ולאו תנאה הוא ומתנה גמורה הוא אלא דאי בעי עביד הכי, וכדאי' בפרק יו"ט ההוא דאמר הבו ד' מאה זוזי לפלני' ולינסוב ברתאי דאמר רבא ד' מאות זוז שקיל ברתא אי בעי נסיב ואי בעי לא נסיב, ולישנא בתרא סובר אפי' יבוא אבא ויאכל אסור משום דסעודה מוכחת וניהו דבעלמא ויבוא לאו תנאי הוא הכא שאני דאנן סהדי הוא שאין אדם מכין סעודה לנשואי בנו ונותנה לאחר הלכך סעודתו מוכחת עליו דמה דאמר ויבוא אבא דתנאי קאמר יע"ש א"כ משמע להדי' דהענין תלוי' בזה, היכי שמחויב המקבל מתנה לקיים מה שהתנה ואם לא קיים התנאי בטילה המתנה אסור, כי הנאה שקיבל הוא מבעל דבר המדיר והיכי שמתנה נגמרת אף כשלא מקיים התנאי מותר לקבל הנאה כי אינו מקבל הנאה ממדיר כי אם ממקבל מתנה ודמי לרישא שנותן לאחר לשם מתנה והלה מותר, וכן מבואר להדי' בחידושי רשב"א שם וז"ל והא דאמר רבא דסעודתו מוכחת עליו נראה לי

דוקא כשאמר בשעת מתנה ויבוא אבא ויאכל עמנו כלומר סעודתו מוכחת עליו דיבוא אבא ויאכל עמנו דקאמר לאו מדעתו קאמר לי' אלא מחמת תנאי גמור ונמצאת שאין מתנה נגמרת לזה אבל בנתן סתם ואח"כ פייס ממנו סיקרא לאביו ויאכל עמהם מותר דאפילו תאמר שאין כוונתו לתת לזה מתנה אלא מפני שבטוח שיקרא לאביו אם יפייסנו אפ"ה מותר דמ"מ מחמת כשנתן לזה מתנה גמורה, ואילו רצה המקבל אינו קורא לאביו ואפ"ה תהי' מתנתו קיימת כו' ותמהני על רמב"ם ז"ל שאוסר אפילו אמר לו כן לאחר מתנה יע"ש, וע"כ לפ"ז לל"ק אפי' היכי שא"ל אלא שיבוא אבא נראה דתלי' במחלוקת דר' מאיר וחכמים בקידושין דף ס"ב ובכ"מ אי אמרינן מכלל הן נשמע לאו, ולר' מאיר דרוב הפוסקי' סוברים כוותי' דבעינן תנאי כפול והיכי דלא התנה תנאי כפול תנאי בטל ומעשה קיים, וכיון דלא אמר לו שבאם לא יבוא אביו לא תהי' המתנה חל אזי הברירה בידו שלא ליתן לאביו, ומה שנתן אח"כ הוי כנותן מדעתו ואף דאי' במס' מבועות דף ל"ו ע"ב דבאיסורא אית לי' לר' מאיר מכלל לאו אתה שומע הן ול"ב תנאי כפול שאני הכא חדא דאנו דנין גם לענין ממון אם חל המתנה ואף שהוא נ"מ לענין איסורא הוי איסורא דאית בי' ממונא דבעינן תנאי כפול, ותו כבר כתבו תוס' שם בד"ה ה"ג דמוכח בדף י"ג דאפי' בנדר לית לי' לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן אע"ג דליכא אלא איסורא גרידא דדוקא באיסור חמור כגון שתויי יין ופרוע ראש דבמיתה וכן בשבועה דאיסור חמור הוא אבל בעלמא באיסור קל לית לי' לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן יע"ש וא"כ קשה אמאי אי' במתני' ובגמ' האי דינא בסתם הא במחלוקת שנוי' (ודוחק לומר כיון דהמדיר התנה על תנאי שיתן לאביו אף שהברירה ביד המקבל שלא ליתן מ"מ כיון שאמר בלשון שמחויב ליתן לפי כוונתו הוי כאילו קיבל הנאה ממדיר דזה אינו סברא כלל כמובן) ולכאורה י"ל לפי לשון המפרש שכתב בד"ה לא חנא דמשמע דהכי אמר לי' והינן נתונין לפניך אלא על מנת שיבוא כו' ולדעת כמה פוסקים קיי"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואין צריך כללי תנאים כמ"ש רמב"ם בפרק ששי מאישות הלכה י"ז א"ש ואולם התוס' חולקים על זה כמ"ש ה"המ שם, וגם בע"כ לשון המפרש לאו דוקא דהא לא קאמר להדי' על מנת ואולם ללישנא ב' לק"מ כיון דהוי הוכחה ע"י סעודה יש לומר כמ"ש תוס' בקדושין דף מ"ט ע"ב ד"ה דברים דיש דברים שאין צריכין תנאי כפול אלא גילוי מלתא דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד יע"ש יש לומר דה"ה כיון דיש הוכחה א"צ תנאי כפול וסגי בגילוי מילתא בעלמא, וכן סובר רבא גופא במס' קדושין דף ו' ע"ב גבי הילך אתרוג זה ע"מ שתחזרהו לי נטלו והחזירו יצא ואם לאו לא יצא הקשו תוס' ד"ה לא אמאי לא יצא הא לא הי' תנאי כפול, ותירצו דאיכא תנאי דלא בעי ת"כ כגון הכא

שהי' דעתו שיברך חבירו על אתרוג שלו ועיין ב"ש בסי' כ"ט סק"א שכתב דהוי אומדנא דמוכח דנותן לו ע"מ שיחזרהו כי הוא נמי צריך לאתרוג שלו הרי היכי דיש הוכחה א"צ תנאי כפול אבל ללישנא קמא דרבא דלית לי' הוכחה דסעודה קשה מה לי אם אמר אלא, או אם אמר שיבוא, הא גם באלא, הברירה ביד המקבל שלא ליתן. מיהו קו' זו יש ליישב בפשיטות דיש לומר גם ללישנא קמא סובר רבא דסעודה הוי הוכחה לענין שא"צ תנאי כפול היכי שהתנה להדי' אלא רק היכי שאמר ויבוא דמשמעות הלשון משמע מדעתו, אזלינן בתר משמעות הלשון, ולא אלים כל כך הוכחה דסעודה דנימא דמאי קאמר ויבוא היא תנאי גמור שתולה המתנה בתנאי כיון שלשון סותר הוכחה ודוקא היכי שלשון מסייע להוכחה מהני הוכחה שלא יצטרך לכפול התנאי, ולישנא ב' סובר דאלים כל כך הוכחה דסעודה אף שאמר ויבוא דכוונתו הי' לתנאי גמור כמ"ש הר"ן:

אמנם קשה דמשמע בש"ס דהאי טעמא דסעודתו מוכחת עליו לא מהני רק היכי שאמר ויבוא אבל אם אמר אלא שיבוא אפי' בלאו האי טעמא אסור, ונ"מ לרמב"ם דבעינן סעודה גדולה ולרשב"א ור"ן דבעינן סעודת נשואין, היינו דוקא היכי ויבוא אבא ויאכל לל"ב בעינן הוכחה דסעודה, אבל היכי שאמר אלא אפי' סעודה קטנה או שאר סעודה אסור דדיבור בעצמו שאומר אלא מוכח שלא הקנה לגמרי הא כיון דליכא הוכחה דסעודה בעי תנאי כפול, מיהו ראיתי ברמב"ם וש"ע סי' רכ"א סעיף ט' שכתבו הדין באומר ויבוא כו' וכתבו דבעינן סעודה גדולה ולא כתב הדין באומר אלא, דהא כ"מ טובא לדינא דבכה"ג אפי' בסעודה קטנה אסור משמע קצת דסוברים דגם באומר אלא ללישנא בתרא בעינן סעודה מוכיח עליו ואפשר לומר דהוא מה"ט כיון דבעינן תנאי כפול (מיהו צ"ע לרמב"ם לשיטתו לפי סברתו שאסור אפי' לאחר שעה והבן) וא"כ יצא לנו דין חדש לפוסקי' דל"ב תנאי כפול בממון כדאי' ברמב"ם בפרק ב' מזכי' ומתנה הלכה ח' שכן דעת רבותיו (ועיין ב"ש בסי' ל"ח סק"ו ובש"ע ח"מ סי' רמ"א סעי' י"ב) אזי היכי שאומר אלא שיבוא אבא אפי' בסעודה קטנה אסור כיון דל"ב תנאי כפול המתנה בטילה ממילא אסור דהא נהנה מן המדיר, וא"כ ק' על הש"ע שנמשך בסי' רכ"א אחר רמב"ם הא יש לומר דרמב"ם לשיטת דסובר גם בדיני ממונות בעינן ת"כ דהלכה לגמרי כר' מאיר לכן גם באומר אלא בעינן הוכחה דסעודה גדולה אבל ש"ע בא"העז סי' ל"ח סעי' ד' חושש לדעת הפוסקי' שסוברי' דל"ב בתנאי ד' דברים אלא במקום דאתי מנייהו חומרא ולא היכי דאתי מנייהו קולא וכתב הב"ש בסק"ו משום דסובר דלא קיי"ל כר"מ דצריך ת"כ אלא בגיטין וקידושין חיישינן לחומרא אבל הלכה כחכמים יע"ש, וא"כ הכא דאי נימא דצריך תנאי כפול יצמח קולא שיהי' המודר מותר ליהנות בסעודה קטנה היכי שאמר אלא, ראוי לילך

להחמיר דלא בעי תנאי כפול ומוכרח המקבל לקיים תנאי ואסור ליהנות אפי' בסעודה קטנה והו"ל לש"ע להביא דין זה היכי שאמר אלא שיבוא אבא הוי תנאי גמור ואסור אפילו בסעודה קטנה וצ"ע, ותו קשה על רמ"א מדוע השמיטו דעת רשב"א שסובר דוקא כשאומר בשעת מתנה ויבוא אבל לאחר מיכן מותר ליהנות, והובא ג"כ בר"ן הא קיי"ל הלכה כבתראי, ומה גם שבסוף משנה כתב על דבריו לאחר שהביא דברי רשב"א החולק דאפשר דע"כ לא קאמר רבינו אלא באומר כן סמוך לנתינתו המתנה סתם אבל אי שהה קצת שרי, והכי דייק לישנא שכתב וחזר ואמר לו דמשמע חזר מיד דאל"כ הול"ל לאחר שעה או אח"כ אמר לו יע"ש, ובב"י ובש"ע השמיט חילוק זה, ואפשר כיון שבש"ע כתב לשון רמב"ם כוונתו כן, וקשה על הטו"ז וש"ך שלא ביארו כן. ויותר נראה כיון שבב"י לא הביא שחזר מחילוק הלז, ובאמת לא הבנתי דבריו בממ"נ אי אמר כן תוך כדי דיבור פשיטא היינו מיד, ואי לאחר כ"ד כיון שאין יכול לחזור ממתנה כשנותן סתם בלי תנאי א"י לחזור ולהתנות תנאי מה נ"מ באמירתו שהתנה ועיי' בש"ע ח"מ סי' קצ"ה סעי' ו' וס"ז ואפשר כיון שר"ן הביא דברי רמב"ם דאפי' לאחר שעה אסור והביא דבריו לבסוף משמע דסובר כוותי' לכן פוסק כרמב"ם ור"ן שהם רבים לגבי רשב"א, אך קשה דבעינן סעודה שכתב הרמב"ם דכיון שהוא סעודה גדולה מוכחת שאינה נותנת לזה אלא בהערמה תמה הרשב"א בחידושיו דא"כ יש לנו לדעת איזה מיקרי סעודה גדולה ותיבעי אומדנא ואין לך סעודה גדולה מההוא דאמר הבו ד' מאה זוזי ולינסוב ברתאי ואפ"ה לא אמרינן מתנתו מוכחת כי היכא דלינסוב ברתא, לכן פירש סעודתו שעשה לבנו מוכחת עליו לפי שאין טורח בסעודה לעשות לנשואי בנו ומפסידה מבנו ונותנת לאחרים יע"ש וכ"כ הר"ן טעם זה, ונ"מ לשיטתם הוא חומרא אפילו בסעודה קטנה אם היא סעודת נשואין אסור והו"ל לרמ"א להביא גם דעתם שדרכו לפסוק כבתראי וצ"ע ולולי דברי רשב"א שהבין ברמב"ם שר"ל סעודה גדולה וכן הבין הלח"מ בפרק ז' מנדרים הלכה ט"ו שרמב"ם ור"ן פליגי הייתי אומר דגם רמב"ם סובר כרשב"א ור"ן, דהנה אי' במס' שבת דף י' ע"ב לא יאכל סמוך למנחה עד שיתפלל ואיתא שם לחד אוקימתא דוקא בסעודה גדולה וכתבו תוס' בד"ה בתספורת דהלכה כהאי לישנא ושרי סעודה קטנה במנחה גדולה עד זמן תפילה, ודוקא סעודה גדולה כגון סעודת אירוסין ונשואין וסעודת מילה ע"ש וכן הובא בטא"ח סי' רל"ב ס"א בהג"ה ואף דרמב"ם החמיר אפי' סעודה קטנה אסור משום שפסק כאידך לישנא, מ"מ בפירוש סעודה גדולה אינו חולק וסתם סעודה גדולה היינו סעודת נשואין וכדומה כנ"ל, וא"כ לק"מ דמ"ש רמב"ם כאן סעודה גדולה י"ל כוונתו לסעודת נשואין וסעודת אירוסין ומילה, ומטעם שכתב הר"ן שאין אדם מכין סעודות אלו שהוא צריך

ליתן להמזומנים לבוא וליתן לאחר שיהי' שלו לגמרי, וממילא ל"ק קו' רשב"א דא"כ יש לנו לדעת איזה הוי סעודה גדולה שא"צ אומדנא כי סתם סעודות הללו נקראים סעודה גדולה ול"ד כלל להאי דהבו ד' מאה זוזי דהכא איכא אומדנא, ומ"ש סעודה גדולה ולא כתב סעודת נשואין י"ל שרוצה לכלול כל סעודות ששייך הטעם דאנן סהדי שאין אדם מכין ונותן לאחר והאי טעמא שייך גם בסעודת מילה ואירוסין לכן כלל הכל בקיצור הלשון. ומ"ש אח"כ וכן כל כיו"ב כוונתו היכי שיש אומדנא דמוכח שהערים או סעודת פדיון הבן וכיו"ב שמכין ליתן לאורחים, אבל היכי שנתן לו מתנה גדולה מאוכלין אף שהוא שוה סך רב והוא סעודה גדולה י"ל דמודה לרשב"א ור"ן ואולי הבין כן הר"ן לכן אף שהביא דברי רמב"ם בדין נתן סתם, לא השיג עליו בסעודה גדולה אף שר"ן פירש שהוא סעודת נשואין כיון שאפשר לומר שכן הוא דעתו, וכן נראה דעת ב"י שלא כתב שרמב"ם ורשב"א ור"ן חולקים, ומש"ה השמיטו בש"ע דעת רשב"א ור"ן כי י"ל שנכלל בדברי רמב"ם ולפ"ז יצא דין חדש לרמב"ם כל סעודות שאינם מענינים הנזכרים אף ששוה סך רב מה שנתן לו מודה רמב"ם דלא אמדינן סעודתו מוכחת עליו, ומ"מ צ"ע בזה כיון שרשב"א ולח"מ לא הבינו כן, ולא כתבתי רק בדרך משא ומתן של הלכה:

מא ודע דמסוגי' זו ישי להביא ראי' לשיטת מגן אברהם בא"ח סי' תמ"ח ס"ק ה', על מה שכתב מחבר בחמץ כשנותן לעכו"ם מתנה ע"מ להחזיר לא מהני ומקורו מהג"מיי בפ"ו דשבת ות"הד שכתב משום חומרא דחמץ ל"מ ורדב"ז כתב הטעם דבל זמן שהתנאי תלוי הוי כפקדון ואם נתקיים התנאי אע"פי שנמצא שלמפרע הוי החמץ של עכ"ום מ"מ קודם קיום התנאי כבר עבר ישראל ולא יועיל קיום התנאי לבטל לאו שכבר עבר וכתב ע"ז המג"א שאפי' לדבריו דוקא שתולה המתנה בחזרה שאמר הריני נותן לך ע"מ שתחזרהו לי שנמצא שאם לא יחזירהו לו לא הוי מתנתו מתנה אבל אם אמר הריני נותן לך ותחזרהו לי נמצא שאין המתנה תלוי' בחזרה שאף אם לא יחזרהו לו הוי מתנה פשיטא דשרי מדינא אי לא משום חומרא דחמץ יע"ש ומכאן ראי' כמו הכא דאמרינן שאם אמר הרי הן לפניך ויבוא אבא כו' לא הוי תנאי, וכן אם אמר הבו ד' מאה זוז לפלוני ולנסוב ברתי לא הוי תנאי כיון שלא אמר ע"מ וכן קיי"ל להלכה כמ"ש ברמב"ם וש"ע כשאמר הריני נותן לך מתנה ויבוא אבא כו' משום דסעודה מוכיח שהוא תנאי גמור אסור אבל בלא"ה אמרינן שתלה בדעתו וה"ה כשאמר הריני נותן לך ותחזרהו לי משמע שתולה בדעתו אמנם ראיתי בחק יעקב שם ס"ק י"ז ושערי המלך בהלכות לולב בפ"ח הלכה י' תמהו על מג"א שהוא נגד דברי רשב"א בתשו' הובא ברמ"א יו"ד סי' ש"ו בפדיון הבן אם אמר לכהן הילך מנה ע"מ שתחזרהו לי הוי מתנה משום דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו, אבל

אם אמר הילך מנה ותחזירם לי לא הוי מתנה כלל והניחו דברי מג"א בצ"ע ולכן כ' בס' שערי המלך היכי שאמר ותחזיר החמץ לי מדינא אסור וכן באתרוג דוקא באומר ע"מ שתחזרהו לי הוי מתנה אבל באומר ותחזרהו לי לא הוי מתנה כלל ובס' דגול מרבבה ת"י דברי מג"א שכוונתו ותחזרהו לי אחר הפסח נמצא שכל ימי הפסח הי' מתנה גמורה משא"כ ביו"ד סי' ש"ה באומר לכהן הילך ה' סלעים ותחזירם לי לא גמר מתנה אפי' שעה אחת ועיי' טו"ז סק"ז וש"ך סק"ח יע"ש ואם כי דפח"ח בישוב קו' האחרונים על מג"א אבל אכתי ק' על רשב"א אמאי כשאומר לכהן הילך ה' סלעים ותחזירם לי אמרינן שלא גמר מתנה אפי' שעה אחת נימא כיון שאינו בדרך תנאי וברירה בידו שלא להחזיר לו, כוונתו הי' אני נותן לך במתנה והברירה בידך להחזיר כמו באומר ויבוא אבא ובד' מאה זוזי ולנסוב ברתא כיון שלא אמר בלשון תנאי בודאי גמר בלבו ליתן לכהן לשם מתנה כיון שהברירה ביד כהן שלא להחזיר, ומיין בטו"ז ס"ק ז' שיש ליישב קצת אבל לש"ך ופרישה צ"ע לחלק הענינים ואין כאן מקמו:

פרט טו

יבואר ע"פי כלל דהוכיח סופו על תחילתו סוגי' דמס' גיטין דף נ"ב ע"ב:

מב גרסינן במס' גיטין דף נ"ב ע"ב המטמא ומדמע ומנסך בשוגג פטור במזיד חייב אתמר רב אמר מנסך ממש ושמואל אמר מנסך מערב, מ"ד מערב מ"ט לא אמר מנסך אמר לך מנסך קים לי' בדרבה מיני', ואידך כדר' ירמי' דאמר משעת הגבהה הוא דקנה מתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך, והקשו בתוס' ד"ה מנסך לשמואל מ"ש מדאמרינן בכתובות דף ל"א מודה ר' נחוני' בן הקנה בגונב חלבו של חברו ואכלו שהוא חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבוא לידי איסור חלב, ותירצו דשמואל סובר דהגבהה היא צורך ניסוך טפי דאי אפשר לנסך בלא הגבהה, ורב סובר דאפשר לנסך בלא הגבהה, ולכאורה דבריהם סתומים, ואמרתי כד הוינא טלי' זהו יותר מעשרים שנה בפני לומדים מופלגי תורה בק"ק פילץ, שיש ליישב דבריהם, עם עוד ב' קו' תוס' בחולין דף מ"א דאי' שם אמר ר' הונא הי' בהמת חבירו רבוצה לפני ע"ז כיון ששחט בה סי' אחד אסרה, פי' רש"י לא מבעי' עומדת דכשהגביה גביה והרב צה קנאה בהגבהה ונעשית שלו אלא אע"ג דרבוצה ולא קנאה אסרה במעשה יע"ש סבר לה כהא דאמר עולא אמר ר' יוחנן אע"פי שאמרו המשתחוה לבהמות חבירו לא אסרה עשה בה מעשה אסרה, והקשו תוס' ד"ה רבוצה דלקמן אמר ר' נחמן אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ומקשה הש"ס ממתני' המטמא ומדמע ומנסך בשוגג פטור במזיד חייב והוצרך לתרץ דאית לי' שותפות בגווי' ולרש"י בלא"ה לק"מ ממנסך דהא מנסך מדאגבה קניא ועיי"ש מחולקים על רש"י ועוד הקשו

בדף מ"א בד"ה ת"ש דהא בע"כ קו' הש"ס לר' נחמן ממתני' דמנסך הוא לרב דאמר מנסך ממש, וא"כ מאי משני דאית לי' שותפות בגווי' הא אמרינן מ"ד מנסך מ"ט לא אמר מערב משום דהיינו מדמע וכיון דאית לי' שותפות בגווי' ולא נאסר חלק חבירו אלא משום שמעורב בשלו וא"כ אכתי היינו מדמע יע"ש. ונראה ליישב שני קו' הנ"ל דהנה בסברת תוס' הנ"ל מה דנחלקו רב ושמואל אי הגבהה צורך ניסוך, יש לומר בפשיטות לשיטת רש"י הנ"ל שמואל יש לומר דסובר כר' נחמן דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו כי אם על ידי הגבהה ונעשה שלו א"כ הוי הגבהה צורך ניסוך דאי אפשר לנסך בלא הגבהה, ורב סובר כמ"ד דאדם אוסר דבר שאינו שלו ולכן סובר דאפשר לנסך בלא הגבהה דהא אין צורך לניסוך הגבהה, וכן מצאתי בחידושי מוהר"ם שיף שכתב כן בכוונת תוס' והנאני, הגם שתוס' במס' חולין חולקים על רש"י ידוע שהרבה בעלי תוס' היו, וא"כ בזה מיושב קו' א' של רש"י דשפיר מקשה הש"ס על ר' נחמן ממתני' דמנסך כיון דהקו' הוא לרב דאמר מנסך ממש קשה מסיפא דמתני' דאי' במזיד חייב לשלם הא קים לי' בדרבה מיני' ובע"כ צריך לומר כדר' ירמי' מדאגבהה קני' לענין תשלומין ומתחייב בנפשו לא הוי עד שעת ניסוך ובע"כ הגבהה לאו צורך ניסוך הוא דאפשר לנסך בלא הגבהה ואי יסבור רב דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו כי אם ע"י הגבהה שקונה שיהי' שלו הוי הגבהה צורך ניסוך ואמאי חייב לשלם נימא קלב"מ, וע"ז משני שפיר דאית לי' שותפות בגווי' ול"ק קו' ב' של תוס' דהכי פירושו לעולם דסובר רב אין אדם אוסר דבר שאינו שלו כי אם ע"י הגבהה שקונה ומ"מ חייב לשלם דלא הוי צורך ניסוך דכיון דיש לו שותפות בלא הגבהה יכול לאסור חלק חבירו מטעם תערובות א"כ לא הוי צורך ניסוך. ומ"מ לא הוי מדמע דהא ס"ס הגביהו וקנאה שנעשה הכל שלו ואינו מדמע שעכשיו לא אסור מטעם תערובות והכל הוא שלו, מ"מ לא הוי צורך ניסוך וא"ש ולק"מ. ואולם כ"ז הוא דרך פלפול מלבד שרחוק לומר שכיוונו לסברת מוהר"ם שיף כי לא נזכר שום רמז, אף גם גוף סברתו אינו מן המובן דניהו לענין איסור לא מצי לנסך בלא הגבהה, מ"מ לענין שיהי' מומר ולענין חיוב מיתה אף שהדבר לא נאסר מ"מ חייב מיתה מידי דהוי אמשתחוה להר דהר מותר ועובדו בסייף ועיין תוס' חולין דף ל"ט ע"א ד"ה ר"ל אף לר"ל בשוחט בהמה לזרוק דמה לע"ז שאין הבהמה נאסרת דאין מחשבין מעבודה לעבודה מ"מ חייב מיתה ועיין בתוס' שם בדף מ' ע"א ד"ה לפני וא"כ כיון שאנו דנין חיוב מיתה קשה לשמואל אמאי קאמר מנסך קלב"מ, הא משעת הגבהה קני' לתשלומין והגבהה זו לא הי' לצורך מיתה דבלא"ה כשהי' מנסך חייב מיתה ולא בא החיוב מיתה ותשלומין בבת אחת ומה בכך דצורך הגבהה לענין לאסור הדבר יהי' צורך ניסוך לענין קלב"מ דדוקא

היכי דצורך להגבהה לענין חיוב מיתה שייך לומר דחיוב מיתה וחיוב תשלומין בא בבא אחת דהא אי אפשר לחייב מיתה כ"א על ידי הגבהה שאז חל עליו התשלומין ג"כ וזהו פשוט, לכן אכתי דברי תוס' בתירוצים סתומין ובביאור דבריהם הארכתי בס"ד בכללי גרמי והיזק שאינו ניכר ואולם בגוף קו' תוס' על רב נראה בפשיטות כמ"ש בחידושי רשב"א שם וז"ל אי נמי הכא אפילו בשהגביהו שלא על מנת לקנות עכ"ל, ונראה כוונתו דהתם בר' נחוני' בגונב חלבו כו' יש הוכחה שנטל ע"מ לגנוב ואדעתא דהכי הגביה, משא"כ הכא יש לכו ספק אולי לא הגביה ע"מ לגזול ולקנות ומספיקא פטור לשלם כיון שמנסך מוחזק בממון אולי בשעה שהגביה לא נטלו ע"מ לגזול ולקנות כמ"ש רש"י בד"ה דאגבהה ולא חל התשלומין כ"א בשעה שמנסך דאז החיובים באין כאחד, דדוחק לפרש כוונת רשב"א שמיירי שידעינן שהגביה שלא ע"מ לקנות דרחוק לצייר כי אם באופן רחוק ואף כי הלשון קצת דחוק בכוונת רשב"א מ"מ ההכרח לומר כן ואף אי לא כיון כן רשב"א מ"מ יש לומר כן בביאור הסוגי', ואולם יש להבין מאי טעמא דרב כיון שיש לנו ספק אם הגביה ע"מ לגזלו אמאי חייב לשלם הא כלל גדול בדין המע"ה ומספיקא אי אפשר להוציא ממון אפי' מישראל מומר, ונראה לפי מ"ש בפרטים הקודמים שמוכח בחולין דף ל"ט ע"ב בשחט ואח"כ חישב לזרוק דמה לע"ז אם אדם עושה מעשה רע שכיון לע"ז ויש לנו ספק אם הי' לו מחשבה זו קודם לכן נחלקו רשב"ג ורבנן לרבנן לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ולרשב"ג אמרינן הוכיח סופו כו' ולרבנן דקסרי בפי' הרמב"ם וסיעתו הי' מסופקים בהלכה אי אמרינן הוכיח כו' ולשיטת רבינו ירוחם ורש"ל גם חכמים סוברים כחכמים דרשב"ג דלא אמרינן הוכיח כו' רק משום כבוד רשב"ג לא אמרו דבר, וא"כ בנ"ד דיש ספק אם נטלה ע"מ לנסך ותיכף בשעת הגבהה כיון לנסך לע"ז או דנטלה ע"מ לגזלה כמ"ש רש"י ולא ע"מ לנסך, או שנטלה ע"מ להחזירה ואח"כ תקפו יצרו דע"ז וניסכו, לרבנן לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו והשתא הוא דאיתרע ובשעת הגבהה לא נטלה ע"מ לנסך ולא לגזלו, ולרשב"ג אמרינן הוכיח סופו ע"ת שנטלו ע"מ לנסך ולדידן לשיטת רמב"ם הוי ספיקא דדינא ונראה ברור אי נטלה ע"מ לנסך הוי כמו נטלה ע"מ לשלוח בו יד דלא דמי לנטלה על מנת לאבדה דמשמע בירושלמי הובא בתוס' בבא קמא דף נ"ו דפטור אפילו על בהמה כמ"ש הש"ך בח"מ סי' רצ"א ס"ק א' דהתם לא רצה לעשות לצרכו אבל אם נטלה לעשות צרכו הוי כמו נטלה ע"מ לשלוח יד לצרכו דמבואר בש"ע ח"מ סי' רצ"ב סעי' א' דמחייב משעת נטילה אם הוא דבר המחסרו כמבואר שם, וכיון דכתבו תוס' בד"ה מנסך דחייב בהיזק שאינו ניכר כאילו הוי היזק ניכר והיכי שהי' היזק ניכר הוי דבר המחסרו א"כ חייב משעת נטילה, וא"כ יש לומר

דהכא מיירי בשומר יין של חבירו והיכי שנטלה ע"מ לנסך הוי כמו נטלה ע"מ לשלוח בו יד, דחייב משעת נטילה וליכא רק חד ספק אולי נטלה ע"מ להחזירה (עיין במס' ב"מ דף כ"ו ע"ב) רק עכשיו תקפו עליו יצרו דע"ז וא"כ יש ספק ספיקא להוציא מן המוחזק חדא אולי נטלה ע"מ לגזלה, ואת"ל דלא נטלה ע"מ לגזלה דלמא נטלה ע"מ לנסך דחייב ג"כ לשלם ולמוחזק ליכא רק חד ספק אולי נטלה ע"מ להחזירה, ותוס' כתבו במס' כתובות דף ט' ד"ה אי דע"י ס"ס מוציאין ממון מן המוחזק ובתשובת אחרונים וכן בספר פני יהושע שדו נרגא בהך פסקא והעלו דתליא במחלוקת לרב דהולכין בממון אחר רוב ה"ה ע"י ס"ס שהוא מטעם רוב ולשמואל לא מהני ס"ס, כי ס"ס הוא מטעם רוב דספק אחד משווי פלגא ופלגא ואידך גורם שיהי' רוב לכן רב לשיטתו דסובר בב"ק דהולכין בממון אחר רוב ה"ה ע"י ס"ס סובר מנסך ממש ומ"מ חייב לשלם ולא אמרינן קלב"מ דהוי ספק ספיקא להוציא ממון ושמואל לשיטתו מוכרח לומר מנסך מערב דבמנסך ממש פטור מלשלם דאולי נטלה ע"מ להחזירה ואח"כ הי' מחשב לנסך דחיובים באים כאחד ואף שיש ס"ס אין מוציאין ממון מן המוחזק וא"ש ול"ק קו' תוס', אך באמת ז"א דהא רב סובר להדיא במס' ב"מ דף מ"א ע"א שליחות יד צריכה חסרון ואפילו נטלה ע"מ לשלוח בו יד לא חייב כי אם משעה שמחסרו, ואיכא ס"ס להיפך לסייע למזיק שהוא מוחזק חדא דילמא נטלה ע"מ להחזירה ואת"ל שלא נטלה ע"מ להחזירה דילמא נטלה ע"מ לנסך דג"כ פטור מתשלומין דשליחות יד צריכה חסרון וקמה קו' תוס' ולא הרווחנו בדברינו כ"א ליישב כוונת רש"י שכתב בד"ה דאגבה ע"מ לגזלו יע"ש ולמה דייק ע"מ לגזלו ולא פירש ע"מ לנסך כי רש"י פי' כן לרב ולשיטתו היכי דנטלה ע"מ לנסך אינו חייב משעת נטילה כ"א משעה שחסרו דהא סובר שליחות יד צריכה חסרון לכן פירש על מנת לגוזלו:

מג אמנם לאחר עיון קצת יש ליישב קו' תוס' ע"פי כלל דהוכיח סופו כו' דהנה אי' במס' ב"ק דף ב' ע"ב ת"ר שלשה אבות כו' אין נגיחה אלא בקרן כו' ואומר בכור כו' מאי ואומר וכי תימא דברי תורה מדברי קבלה לא ילפינן ת"ש בכור כו' והאי מילף גילוי מלתא בעלמא הוא דנגיחה בקרן הוא אלא מהו דתימא כי פליג רחמנא בין תם למועד הני מילי בתלושה אבל במחוברת אימא כולה מועדת הוא ת"ש בכור כו' וכתב רשב"א בחידושיו וז"ל אבל מחוברת אימא כולה מועדת היא קשה לי אדרבה אימא כולה תמה היא לשלם חצי נזק בלחוד דכל לאפוקי קולא לתובע וחומרא לנתבע ויש לומר דאדרבה בנזקין ספיקא דידהו להחמיר כאיסורין, ועוד יש לומר דלפחות מן התלושה אי אפשר דק"ו הוא יע"ש למדנו מרבינו זלה"ה לתירץ א' דין חדש אף דקיי"ל בכל מקום כשיש ספק

חומרא לתובע וקולא לנתבע מ"מ בנזקין כשיש ספק אזלינן לחומרא למזיק ואם כן הוא כשממונו הזיק מכ"ש כשהוא עצמו הזיק:

וא"כ שפיר יש לומר שיש לנו ספק אם נטל על מנת לגזלה או ע"מ לנסך או ע"מ להחזירה, ואולם רב ושמואל תרווייהו סברי דהלכה כרבנן דלא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו והא דלא אמרו א"וה משום כבודו דרשב"ג כשיטת רבינו ירוחם ורש"ל, והטעם דחזקת כשרות שאינו עובד ע"ז אלים טובא כמ"ש בספר תבואות שור סי' ב' ס"ק ל"ב דאלים משאר חזקת כשרות כיון דראינו בעינינו שהי' עובד כישראל ובכה"ג לכ"ע לא אזלינן בתר השתא לומר **(הג"ה ודע דראיתי בספר הליכות עולם דף צ' ע"ב שכתב רבינו מוהרי"ק זלה"ה כלל חדש בשם בעל התרומות בהא דקיי"ל היכי דפליגי רב אחאי ורבינא הלכה כרבינא לקולא ובממון הוי קולא לנתבע לפטור למוחזק כמ"ש תוס' במס' ב"מ דף ע"א ד"ה אתמר, מ"מ במלוה ולוה כשנחלקו בממון הוי קולא למלוה משום דמעת שלוה נשתעבדו נכסיו למלוה והוי המלוה מוחזק ועיין תוס' במס' ב"ק דף ע"ט ד"ה או ומ"ש על דבריהם בס' יבין שמועה שם:)** כמו שהי' לו מחשבה זו עכשיו כמו כן הי' לו מקודם אדרבה אזלינן בתר חזקת קמייתא לומר שעכשיו הוא דאיתרע וכל מה דאפשר לאחר הזמן שיצא מחזקה זו אמרינן וראוי לומר בשעה שהגביה לא נטלה ע"מ לנסך ואח"כ תקפו עליו יצרא דע"ז וניסכו, ואולם כ"ז לענין ע"ז נוכל עד עכשיו אף שהי' רשע לכל עבירות מ"מ לא תקפו עליו יצרא דע"ז כי אם בזו רגע, משא"כ לענין שאר עבירות אם יש לו חזקת כשרות נראה לומר לפמ"ש לעיל בפרט א' באריכות בשם ב"ח בתשובה ותבואות שור בשוחט שנתקלקל אמרינן שהרשעות בא בהדרגה וכמו שארז"ל כך דרכו של יצ"הר היום אומר לו עשה כך ולמחר אומר לו עשה כך עד שאומר לו לך עבוד ע"ז ממילא אתגלי מה שהי' ע"ע בחזקת כשרות שאינו גזלן הוא בטעות וחזקה בטעות לא הוי חזקה (ועיין פ"י בכתובות בסוגי' דמומין) דכיון שעכשיו עע"ז מסתמא הי' מקודם רשע ג"כ לשאר עבירות כי מן הסתם לא הי' בא לאיסור חמור לעבוד ע"ז כ"א בשכבר הי' רשע לשאר עבירות והמעיין בדברי ב"ח ותב"ש יראה כמ"ש ואיתרע חזקת כשרות מקמי הכי טובא ולא ידעינן אימת וכיון שא"א להגביל הזמן כתבתי שם דלא שייך לוקמי על חזקת קמייתא ולכן נגד ספק זה אולי נטלה על מנת להחזירה או ע"מ לגזלו הוי ספק השקול, ויש לומר רב ושמואל פליגי בב' תירוצים של רשב"א רב סובר בספק ממון המזיק בהיזק ניכר חייב לשלם כדין ספק איסור ובהיזק שאינו ניכר עשאו כהיזק ניכר כמ"ש תוס' בד"ה מנסך לכן חייב לשלם ושמואל סובר כתירץ ב' ובספק ממון המזיק אזלינן ג"כ בתר המוחזק בממון לכן לא מצי לומר מנסך ממש

דבכה"ג פטור מלשלם דאולי נטלה ע"מ להחזירה ואין להקשות במה פליגי כיון שאפשר לברורי ולשאול פי המזיק אי טוען ברי שנטלה ע"מ להחזירה מ"ט דרב שחייב לשלם כיון שטוען ברי ומוחזק בממון לכ"ע ברי עדיף ואפי' ברי גרוע ואי טוען שנטלה ע"מ לגזלה מ"ט דשמואל כיון שמודה לחובתו הודאת בע"ד כעדים ודוחק לומר שנ"מ בחב לאחרינא, דז"א חדא דיש לומר כעין דמוקי תוס' בשבועות דף כ' ע"א ד"ה לישנא ששכח מה הי' בדעתו, ותו לפמ"ש לעיל בכלל ג' פרט ד' אינו נאמן לטעון ברי נגד ספק מהוא מכח הדין שראוי להסתפק, שאין יכול להכחיש ספק שיש לנו ע"פי דעת תורה, וה"נ א"נ להכחיש הספק שיש לנו אם נטלה ע"מ להחזירה או נטלה ע"מ לגזלה, וא"ש כן נראה לענ"ד בדרך פלפול:

פרט טז

יבואר היכי דמקדש בפני פסולי עדות דאורייתא מכח רשעתם ואח"כ חזרו בתשובה אי אמרינן הוכיח סופו ע"ח שגם בעת קבלת קידושין היו כשרים וחלין הקדושין:

מד רבינו הגדול הרמ"א זלה"ה בש"ע א"העז סי' מ"ב סעי' א' כתב וז"ל המקדש לפני פסולי עדות דאורייתא מכח רשעתן כגון לפני אנוסים או שאר רשעים יש אומרים חיישינן לקידושין דלמא חזרו בתשובה ויש מקילין ע"ש ורשם המרשים על המחמירין שהוא דעת הר"י מינץ סי' י"א ובאורחת חיים בשם רש"י ועל דעת המקילין כתב שהוא דעת בית יוסף ומוהר"ם פאדווי סי' ל"ז, וכדי לברר הדין היטב ההכרח להאריך. מקור הדין מובא בב"י שכתב במוהרי"ק שורש פ"ה מעשה בפני רש"י באונס שקידש אשה בפני אנוסים חבירי' וחזרו בתשובה ואמר שקידושיו קידושין להצריכה גט דאע"פי שחטא ישראל הוא ועוד שמא הרהרו תשובה בלבם והוי להו צדיקים עכ"ל וכתב ע"ז בית יוסף וז"ל ותשובה זו הוא באורחת חיים ודברים תמוהים הם עכ"ל מיסתם רבינו זלה"ה ולא ביאר הטעם, ובדרכי משה בס"ק זי"ן כתב על דברי מוהרי"ק שכן הוא דעת הר"י מינץ דהחמיר במקדש בפסולי עדות דאורייתא דחיישינן דלמא חזרו בתשובה, ועל מ"ש הב"י שדבריו תמוהים כתב בס"ק ח' וכן מוהר"ם פאדווי בסי' ל"ז כתב דליכא למיחש להכי, וכן הוא בתשובת בר ששת סי' י"ד כתב עוד מוהר"ם פאדווי אף לדברי דש"י דוקא שאנוסים שקידש בפניהם חזרו אחר כך בתשובה אז חיישינן שגם מתחילה הרהרו בתשובה בלבם אבל בלא"ה לא חיישינן עכ"ל ומשמע קצת דליכא מחלוקת וא"כ יש להבין אמאי כתב בש"ע בלשון פלוגתא, ואולם כוונתו מבוארת שבדברי רש"י נחלקו מוהר"ם מינץ עם מוהר"ם פאדווי, לר"י מינץ אפילו אם לא נתברר שחזרו אח"כ בתשובה חיישינן להחמיר שמא חזרו, ובחלקת מחוקק ס"ק י"ז וב"ש בס"ק כ"ג השיגו

על רמ"א שלא נחלקו מוהר"ם מינץ ומוהר"ם פאדווי דמוהר"ם איירי שלא נראה בו סימני טהרה והוכיח סופו על תחילתו שחזר לסורו א"כ גבי מומר כזה לא חיישינן שמא הרהר בתשובה, אבל מי שחזר אח"כ בתשובה אמרינן הוכיח סופו ע"ת דלבו הי' תמיד לשמים, והב"ש הוסיף דלכן אם לא חזר בתשובה לא חיישינן שמא הרהר תשובה בלבו דלא דמי לתנאי שעל מנת שאני צדיק דחיישינן שמא הרהר תשובה שיש רגלים לדבר הואיל והתנה כן יע"ש ובאמת בתשובת מוהר"ם פאדווי כתב כן להדי' לחלק חילוק זה דלא דמי לע"מ שאני צדיק כו' וכ"כ בספר לחם משנה בפרק ששי מאישות הלכה ה' ופרישה בסי' ל"ח ס"ק מ"ב, וכיו"ב כתב הר"ן בקידושין בפרק האומר גבי על מנת שיש לי מאתים זוז מקודשת ויש לו מקשה הש"ס וניחוש שמא יש לו כתב וז"ל דכיון דקידש מתחילה אדעתא דהכי רגלים לדבר שיש לו דאל"כ למה קדיש והשתא הוא דבעי למיהדר ואסיקנא דחיישינן יע"ש, והיינו כסברא הנ"ל דכיון דהתנה רגלים לדבר שכדבריו כן הוא. ואף כי ידעתי מיעוט ערכי ערך קטן עלי מ"מ הריני כתלמיד קטן הדן לפני רבותיו, להצדיק את הצדיק דמעיקרא רמ"א זלה"ה, כי המעיין בגוף תשובת הר"י מינץ מהמשך לשונו משמע להדי' אפילו אם לא חזרו בתשובה לבסוף לפנינו, חיישינן שמא הרהרו אז בתשובה בלבם, שכתב וז"ל ועוד וכי אין לחלק בין פסולי הגוף דהיינו פסולי מחמת קורבא כמו משה ואהרן שאין להם תקנה לפסולי מחמת מעשה כגון גזלן ואוכלים דבר האסור ויש להם תקנה ע"י חזרה או תשובה, והא דאמרינן בקידושין האומר כו' חיישינן שמא הרהר תשובה בלבו כו' כ"ש אלו האנוסין שתחילתן באונס וכל השתדלותן לחזור לדתינו כו' וגם מוהר"ם לא דיבר, ולא הקיל בפסולי עדות בגופן יע"ש. משמע להדי' מסתימת לשונו אפילו אם לא ראינו שעכשיו חזרו בתשובה ועדיין הדבר בספק מ"מ חיישינן כי סובר כדעת הפוסקי' הסוברים במקדש בפסולי עדות דאורייתא לא הוי קידושין הוא רק בפסולי הגוף הגם דמראיה שהביא מקידושין לא מוכח דהא גם רש"י כתב ראי' זו כדאי' במוהרי"ק והם מיירי שחזרו בתשובה לבסוף ובע"כ כוונתו כמו התם היכי דאמר על מנת דהוי כרגלים לדבר כיון דהתנה והוא כהוכחה חיישינן שהרהר בתשובה וה"ה איכא הוכחה כיון שחזרו לבסוף אמרינן הוכיח סופו ע"ת ועיקר הראי' הוא שע"י הוכחה חיישינן שחזרו בתשובה, מ"מ המעיין בגוף לשון התשובה מוכח להדי' שבכל גווני פוסק דחיישינן שמא חזרו בתשובה, וא"כ מה שכתבו שבמוהרי"ק בשם רש"י מבואר שחזרו לבסוף הוא אמת שכתב כן להדי', אבל בדעת הר"י מינץ מוכח כרמ"א ומה שנרשם הדיעה קמייתא ר"י מינץ ואח"כ בשם רש"י ליתא כי רש"י קם בחדא שיטה עם מוהר"ם פאדווי:

מה ולכאורה שיטת הר"י מינץ יחידאי ואולם לאחר העיון מצאתי שרבים מגדולי הראשונים זלה"ה סוברי' כוותי' דחיישינן לחזרה בתשובה אע"ג שהספק הוא דלמא עדיין במרדו. דהנה בכסף משנה בפרק חמישי מהלכות יסודי תורה הלכה ה' כתב בשם רשב"א בתשובה בסיעה של נשים עוברת וא"ל עכ"ם תנו לנו אחת מכם ונטמאה ובאם לאו אנו מטמאים את כולם אפי' הי' אחת מהן מחוללת יטמאו את כולם ואל ימסרו אותה להם ולא דמי למה שאמרו שם כו' ועוד שמא כבר הרהרה תשובה ושבה מדרכה הרעה יע"ש הרי להדי' אף דיש לנו ספק דלמא אכתי היא ברשעתה לא אמרינן דנוקים אותה על חזקתה שהיא ברשעתה וחיישינן דלמא הרהרה בתשובה, וכן מבואר בהגהות מרדכי במס' יבמות בפרק החולץ סי' ק"ו שכתב שם וז"ל ועוד הביא רבינו שמשון ראי' דאסור ללות ברבית משום לפני עור לא תתן מכשול הא מטעם אחווה לא אסור אלמא דלאו אחיו הוא וכ"ש מומרים בזמן הזה דהוי מומרין לכל התורה כולה וגרע ממומר לדבר אחד להכעיס, ומה שקידושיו קידושין זו היא חומרא בעלמא דהכי נמי אמרינן האומר ע"מ שאני צדיק גמור מקודשת חיישינן שמא הרהר תשובה בלבו ה"נ כשקידש חיישינן שמא הרהר האי שעתא בתשובה אבל לענין יבום לא שייך טעם זה יע"ש, והא במומר שקידש חלין הקידושין אף שלא התנה ע"מ שהוא צדיק הרי להדי' בכל גווני חיישינן שמא חזר בתשובה, ובע"כ ל"ל סברת הפוסקים דלא חיישינן שמא הרהר בתשובה רק כשהתנה (ועיין בש"ות מוהר"ם לובלין סי' פ"א ותשובת עבודת הגרשוני סי' י"ח בשאלת הרב השואל, ובס' באר יעקב חלק יו"ד סי' ר"מ) וכן מבואר בש"ות הר"אש כלל י"ז סי' א' וב' שכתב וז"ל וכן ראיתי בתשובה דמסור אף שלא בשעת מעשה מותר לשכור עליו עע"ז להרגו, ויש מי שאוסר שלא בשעת מעשה להרגו ע"י עכ"ם וראייתו מדאי' בפרק האיש מקדש ע"מ שאני צדיק אפי' הוא רשע גמור מקודשת שמא הרהר תשובה בלבו, ומורי הרר יעקב בן הרר יצחק דחה זאת הראי' דלמא משום חומרא דאשת איש אמרינן הכי אבל לענין מסור מקלינין לי' כיון דידעינן שהוא מסור ומחמרינין להציל נפשות אביונים נקיים מספק תדע דאמר בגיטין דף ל"ח האי דזבין נפשאי ללודאי כו' עד לא שבקי לי' דאפריקנך ולא חיישינן דלמא עביד תשובה עכ"ל הרי דלית לי' חילוק הנ"ל בין התנה ובין לא התנה דאל"כ למה הוצרך לומר משום חומרא דא"א הוי מצי למידחי בפשיטות שאני התם דהתנה. ונשמע דסובר בחומר אשת איש חיישינן שמא הרהר בתשובה אף כשלא התנה, וכן מבואר דעת תשובת תרומת הדשן סי' שט"ו בשאלה באחד שהי' מראה לגנב מפורסם מחתרת חבירו וגנב, אי חייב מטעם גרמי ופוסק שפטור וכתב הטעם וז"ל והשתא לפי כל החילוקים שמעון פטור לשלם ללישנא קמא דתי' דבעינן דלהוי

ברי הזיקא ובנידון דידן לא ברי היזקא כו' ולא דמי למראה ממון ישראל כו' דהתם אין מרחמין דיצרם תקפם כו' אבל גבי ישראל ניהו נמי דמפורסם בגניבה מ"מ יש לומר בכל שעה יהרהר בלבו לעשות תשובה כדאמר בקידושין ע"מ שאני צדיק אפי' רשע גמור מקודשת מטעם שמא הרהר בלבו לעשות תשובה ואע"ג דאיכא למימר דהתם ממום חומרא דא"א תלינן מספק להחמיר דשמא הרהר בלבו מ"מ הא שמעינן דאיכא צד כל דהוא למימר הכי וא"כ לא ברי הזיקא דהכא בעינן שיהי' ברי לגמרי יע"ש ואם הי' סובר לחלק בין התנה ללא התנה לא מוכח מהתם:

אבראי דיש לחלק ולומר דהיכי דאנו דנין על זמן העבר שמא עשה תשובה לא חיישינן היכי דליכא רגלים לדבר, אבל אם אנו דנין על להבא חיישינן שמא יעשה תשובה וטעמא דמילתא דמצינו בש"ס בכמה דוכתי' דלא אזלינן בתר חזקה רק אם דנין על זמן העבר לא עקרינן החזקה, ועל להבא לא שייך חזקה וכיון דהאי גברא הי' בחזקת רשע כשיש לנו ספק מוקמינן אותו על חזקת קמייתא שעדיין הוא רשע אם באנו לדון על ענין הנתהווה בזמן העבר, משא"כ אם באנו לדון על להבא ובנידון דת"הד דבעינן ברי הזיקא ובע"כ אנו דנין על להבא אם יגנוב. ונגד זה שפיר יש לומר שמא יהרהר בתשובה ולא יגנוב כי אינו בחזקתו שלעולם יהי' גנב ובשעה שהראה לו לא הי' ברי הזיקא וגם ההיזק לא נעשה מיד כמ"ש שם, וראיי' לחילוק הלז ממ"ש תוס' בגיטין דף י"ז ע"ב ומסתברא דטפי איכא למיחש שמא תזנה משמא זינתה וכתבו במפורשים לכן תיקנו נשואין ביום ד' שמא תזנה אחר החופה יע"ש הרי כיון דהאשה הי' בחזקת כשרות וכשאנו דנין על זמן העבר לא עקרינן החזקה, אבל על להבא לא שייך חזקה, ועיין במוהרש"ל שם בס' חכמת שלמה שכתב דדמי לסברת רבא בגיטין דף כ"ח שמא מת לא חיישינן שמא ימות חיישינן, ולשמא יבקע הנוד חיישינן, ועיין כיו"ב בתוס' קידושין דף מ"ה ע"א ד"ה בפירוש שמא קידש ל"ח שמא יקדש חיישינן, ועיין ש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק יו"ד סימן נ"ה בענין וסתות (ועיין ש"ות מוהרי"ק סי' ק"ס בסופו מה שהביא ראי' ממס' ע"ז דף כ"ג ע"א והבן) וא"כ כמו דאיתא האי כללא לענין חזקת כשרות כמו כן י"ל לענין חזקת רשעות, דעיקר חזקה אתי' מנגע והתם אנו דנין על זמן העבר, מיהו המעיין בש"ות תרומת הדשן לא נחית לזה, נראה דסובר בכל גווני בחומר אשת איש חיישינן שמא הרהר תשובה אף כשאנו דנין על זמן העבר, וא"כ רבו גדולי הראשונים זלה"ה המסכימים לר"י מינץ, ותמהני שלא הובא דעת קמאי הנ"ל בב"י ובאחרונים זלה"ה:

מו ולולי דברי האחרונים זלה"ה נראה לומר דהנה דין זה נוכל לצייר בשלשה אופנים:

א) שקידש בפני עדים רשעים ואחר קידושין לא נודע לנו אם עדיין עומד ברשעתם או חזרו בתשובה:

ב) היכי שעדיין עומדים במרדם לאחר קידושין:

ג) היכי שאח"כ חזרו בתשובה רק שבשעת קידושין לא נודע לנו אם חזרו אז, והמעיין בתשו' הר"י מינץ יראה דמיירי שלא ידענו התנהגותם ולא ראינו שחזרו לסורם, בכה"ג דמי למ"ש הפוסקים הראשונים הנ"ל, אבל היכי שאח"כ חזרו לסורם יש לומר דמודה הר"י מינץ דאמרינן הוכיח סופן על תחילתן שלא חזרו כלל כיון שראינו כעת התנהגותם לרעה, ובתשו' מהר"ם פאדווי נקיט רק הני תרי גווני היכי שחזרו לסורם והיכי שחזרו בתשובה, ובאופן א' לא מיירי כלל ויש לומר דבכה"ג מודה לר"י מינץ לכן לא הביא דבריו ומיושב קו' חלקת מחוקק, ולפי זה דברי רמ"א סתומין במה שהביא דעת הר"י מינץ בסתם דהוי לי' לחלק דוקא אם לא ראינו התנהגות העדים לאחר הקידושין ואף שלא ראינו שחזרו בתשובה חיישינן שמא הרהרו בתשובה, אבל היכי שעדיין הם רשעים כיון שהי' להם חזקה קמייתא שהי' רשעים וגם חזקה דהשתא שעדיין הם רשעים לא חיישינן שמא הרהרו בתשובה בשעת קבלת הקידושין בכה"ג אמרינן הוכיח תחילתו על הנעשה בתוך זמן והוכיח סופו על אותו זמן שלא שבו:

מז ועוד יש לעיין טובא בהך דינא דמוהר"ם פאדווי שכתב היכי דאח"כ חזרו בתשובה אמרינן הוכיח סופן ע"ת, מאי שנא מהא דאמרינן במס' ב"ב דף קל"ח ובחולין דף ל"ט ע"ב בהכותב נכסיו וזיכה על ידי אחר דנחלקו רשב"ג ורבנן אי אמרינן הוכיח סופו על תחלתן, וכן בשחט ואח"כ חישב, ונחלקו הראשונים זלה"ה להלכה דעת הרמב"ם בפ' ד' מזכי' דהוי ספיקא דדינא וכן כתב בעיטור וגאונים כמ"ש הרב המגיד שם ואין מוציאין מן המוחזק וכן איתא ביו"ד סי' ד' סעי' ב' בספק איסורא לחומרא דמוקמינן, ואולם דעת רשב"ם הובא בהג"מיי שם ס"ק י"ד וכן נראה דעת הרי"ף ור"אש כמ"ש בטור ח"מ סי' רמ"ה, רש"ל בחולין בפרק ב' סי' כ' הובא בטו"ז יו"ד שם ס"ק ב' דהלכה כרבנן דלא אמרינן הוכיח סופו ע"ת וא"כ לא מבעי' לרי"ף וסיעתו קשה אמאי אמרינן בנ"ד הוכיח סופו ע"ת, רק אפי' לרמב"ם וסיעתו דהוא ספק ג"כ קשה כמו התם מספיקא מוקמינן הממון בחזקת מרא קמא ה"ה כיון שהאשה היא בחזקת פנוי' לא יחולו הקידושין כלל, ועיי' ב"ש סי' מ"ב שכתב בשם תשובת רשב"א כיו"ב וז"ל דהכא בחזקת היתר היא לעלמא ואם אתה אוסרה לעלמא הרי אתה מוציאה מחזקתה ע"י שטר זה דריע וכאילו נגבה בו ומוציא ממון מחזקת בעליו יע"ש הרי דמדמה חזקת היתר של אשה לחזקת ממון ועיין חלקת מחוקק ס"ק י"א הגם שיש לדון בזה בחזקת ממון אלים מחזקת היתר דפנוי'

ועיין רמב"ן בכתובת דף ט"ז בס' מלחמותיו מ"מ כבר הורה כן רבינו הגדול רשב"א זלה"ה וא"כ דברי הר"ם פאדווי לכאורה תמוהין, מיהו יש לישב לשיטתו, לפמ"ש רשב"א ורמב"ן ור"ן בגיטין דף ס"ו ע"א דהלכה כרשב"ג בגיטין שם בבריא שנפל ומת דאמרינן הוכיח סופו ע"ת משום דאמר כתבו וכדאי' בחולין דף ל"ט והטעם כמ"ש מפורשים כיון שיש גם הוכיח תחילתו על סופו, תרוייהו בהדדי הוכיח תחילתו והוכיח סופו מהני ולפי מה שפי' מוהר"ם פאדווי כוונת רש"י בתשובה שמיירי באנוסים שמתחילה הי' באונס ולא ברצון שייך לומר הוכיח תחילתו, אבל קשה על רמ"א שנקיט הדין שקידש לפני אנוסים או שאר רשעים, וגם באנוסים פי' חלקת מחוקק ס"ק י"ז שסופן ברצון, ובכה"ג בטלה הוכחה דתחילתו הדק"ל:

ולכאורה יש לומר בשיטתם דס"ל כמ"ש בכלל חזקה דבדבר שבערוה החמירו חכמים שלא לסמוך על חזקה וס"ל כרמב"ם דהוי ספיקא דדינא אבל זה אינו דא"כ קשה אפילו היכי דליכא הוכחה בפנינו שלא ראינו שחזרו בתשובה ניחוש ג"כ שמא חזרו בתשובה, ויהיו חלין הקידושין מדרבנן, ואי משום דעומדים בחזקת רשעים הא חז"ל החמירו בקידושין שלא לסמוך על חזקה, דאין לומר כיון דאיכא שני חזקות חזקת פנוי' של אשה וחזקת רשעות דעדים לא החמירו ודוקא בחזרו בתשובה אחר הקידושין לפנינו דאמרינן הוכיח סופן על תחילתן איתרע חזקת רשעות וליכא רק חדא חזקה דאשה החמירו שלא לסמוך על חזקה ובשני חזקות לא החמירו, דז"א דנראה כמ"ש הפני יהושע בגיטין דף כ"ח ע"א דברי המותר לגמרי וחכמים החמירו משום מעלה בעלמא אין לחלק בין חדא חזקה לשני חזקות דגם בחדא חזקה יש היתר גמור ואפ"ה החמירו מה יתן ומה יוסיף עוד חזקה יע"ש וסברא נכונה, הן אמת שהפני יהושע לא עמד בשמועתו כי בחידושיו לקידושין דף ע"ט ע"א בהא דסובר שמואל בקדשה אביה בדרך וקדשה עצמה בעיר והרי היא בוגרות לפנינו דחיישינן לקידושי שניהם, הקשה כיון דליכא חזקה קמייתא דהא הוא יומא דמשלם שית ניזל בתר חזקה דהשתא, ותי' דטעמא משום חומר אשת איש החמירו שלא לסמוך על חזקה, ופירש בכוונת תוס' ד"ה קדשה, דבקדשה אביה גרידה אף שמואל מודה שאינה מקודשת כיון דאיכא שני חזקות חזקת פנוי' וחזקה דהשתא לא החמירו יע"ש. א"כ סותר א"ע, מיהו דבריו בכוונת תוס' לא מוכרח כמ"ש בכללי ספק קידושין ונראה להביא ראי' לסברתו בגיטין שכן הוא דעת הכסף משנה, דרמב"ם כתב בפרק אחד עשר מהלכות מעשר הלכה י"ג דמוליך חיטין לטוחן עם הארץ הרי הן בחזקתן שאינו חשוד להחליף, הוליכן לטוחן עכ"ום הרי הם דמאי שמא החליפן בחיטין של עם הארץ, וכתב ע"ז ראב"ד מפני הספק זה הלא הוא ספק ספיקא, אלא

שמא החליפם בשלו ומירוח עכ"ום חייב מדרבנן, ותירץ ע"ז הכסף משנה במה שראב"ד הבין דהוי ספק ספיקא שמא לא החליפן ואת"ל החליפן בחיטין של עם הארץ שמא אותו עם הארץ עישר את פירותיו אני אומר מאחר דקיי"ל רוב עם הארץ מעשרין הם ואפ"ה חיישינן להו משמע דרבנן אחמור להו למיחש אפילו למיעוטא וה"ה דאחמור בהו למיחש אפי' לס"ס יע"ש ולכאורה דבריו מחוסרין הבנה דאולי כשנוסף עוד ספק לא החמירו דהוי כמיעוטא דמיעוטא, ובהנ"ל א"ש שר"ל כיון דמן הדין מותר והחמירו רק משום מעלה בעלמא לא מהני אף אם יש היתר נוסף, הגם שיש לומר לכן החמירו ברוב לבד משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר כיון דאיכא חזקה קמייתא שהי' טבל ולא החמירו כשנוסף עוד ספק, מ"מ דבריו נכונים לפמ"ש הפני יהושע במס' גיטין דף כ"ה ע"א בתוס' ד"ה מיחל דבדמאי הוא מיעוטא דמיעוטא שאינם מעשרין, ולא אמרינן סמיך מיעוטא דמיעוטא לחזקה ואפ"ה החמירו משום חומרא בעלמא לכן לא מהני כשנוסף עוד ספק כיון שהוא רק מעלה בעלמא והוא כסברת הנ"ל (ועיי' מס' פסחים דף ט' ע"א) ואולם במס' כתובות דף ט"ו ע"א לא משמע כן דאי' שם מעלה עשו ביוחסין ולא מהני רובא ובתרי רובא לא עשו מעלה ומצאתי בס' שערי המלך בהלכות יום טוב בפרק א' הלכה כ' שמפלפל בדברי הכסף משנה יע"ש, וכפי הנראה אין לבנות יסוד על האי כללא שכייל הפ"י בחי' לגיטין ויבואר בס"ד בכללי חזקה וא"כ אפשר לישב כנ"ל ואולם יותר נראה בשיטת פוסקים הנ"ל דסוברים כרמב"ם דהוי ספיקא דדינא אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו, ונראה לפשוט מכאן ספק שנסתפק המשנה למלך בפ"ו מעדות אי מוקמינן על חזקה היכי שאין לחזקה שייכות עם הספק דהיינו היכי דנעשה מעשה וספק אם הפעולה נעשה כהוגן לא שייך לאוקמי על חזקה כיון דאין לחזקה שייכות עם הספק וכעין זה כתבו האחרונים זלה"ה בספיקא דדינא לא מהני החזקה כי בשביל החזקה לא נשתנה הדין ודוקא בספיקא דמציאות אם נעשה מעשה יש שייכות לחזקה עם הספק ועיין משנה למלך בפ"ב מטומאת צרעת סוף הלכה א' וא"כ א"ש היכי דלא חזרו בתשובה לפנינו דהוא ספק בגוף המעשה אם עשו תשובה כיון דהספק וחזקה יש שייכות זו לזו, דהספק הוא אם עשו תשובה וחזקה הוא שלא עשו תשובה כי היו רשעים מעיקרא ועדיין הם ברשעתם אזלינן בתר חזקה שהם פסולי עדות ואינה מקודשת, אבל אם בודאי עשו תשובה לפנינו ויש לנו ספק אם הוכיח סופן על תחילתן א"כ נגד חזקת רשעות של עדים איכא ספק דלמא חזקה דהשתא עדיף, ואף דספק זה הוא כספק שיש לו שייכות עם החזקה, מ"מ לא שייך לוקמי על חזקה קמייתא דהא על זה גופא אנו מסופקים דלמא כיון שהם עכשיו צדיקים הי' ג"כ צדיקים בשעת קדושין ועדיף מחזקה

קמייתא שזהו גופא בכלל ספק ולא נשאר רק חזקת פנוי' שפיר יש לומר בכה"ג לא שייך לאוקמי בחזקת פנוי' דחזקה זו אין לו שייכות עם הספק דאטו בשביל חזקת פנוי' שלה נימא שהעדים היו רשעים בשעת קידושין דהא אין שייכות להדדי וא"ש:

אמנם בגוף סברת המשנה למלך ואחרונים זלה"ה יש לתמוה לכאורה מוכח להלכה אף דאין לחזקה שייכות עם הספק אזלינן בתר חזקה, מהא דאי' בחולין דף יו"ד ע"א השוחט בסכין ונמצאת פגומה רב הונא אמר אפי' שיבר בה עצמות כל היום פסולה שמא בעור נפגמה, ורב חסדא אמר כשירה, ומקשה רבא לרב חסדא מטבל ועלה וכו' ומשני סכין איתרע בהמה לא איתרע ופי' רש"י וכיון דלאו בגופא ממש אתיילד אלא בדבר אחר לא דמי לטבילה ולא אתי ספק ריעותא דסכין ומוציא מידי שחיטה ודאית דודאי עצם פוגם, ובתוס' ד"ה סכין בתי' בתרא דחו פי' זה דמה לי אתיילד רעותא בבהמה ופי' דהוי ס"ס יע"ש, ואי נימא כסברא הנ"ל הו"מ לפרושי בפשיטות כוונת הש"ס סכין איתרע, ר"ל כיון דריעותא הוא בסכין ולא בבהמה והסכין הי' בחזקת בדוק אזלינן בתר חזקת סכין דאיתרע אח"כ כמו כל חזקה קמייתא ולא בתר חזקת איסור דבהמה כיון דאין לספק שייכות עם החזקה דבשלמא אם הספק נולד בגוף הבהמה אם נשחטה כהוגן, החזקה הי' בחזקת שאינה זבוחה כמ"ש תוס' במס' ביצה דף כ"ה והספק הוא ג"כ בזה משא"כ הכא הכי נימא משום חזקת איסור דבהמה הי' הסכין פגום, ועיין בר"ן שכתב וז"ל וטעמא דר"ח כיון דהאי ריעותא בסכין הוא דאתיילד ולא בבהמה מה וסכין הי' בחזקת בדוק ממשיכין חזקתו ותולין להקל דלאחר שחיטה נפגם יע"ש, ובע"כ תוס' לא סוברים ברא הנ"ל ואף להר"ן שיש לכוין כן בלשונו. מ"מ להלכה פסקו כל הפוסקי' כר' הונא כדאי' בסי' י"ח היכי דלא שיבר עצמות כיון דבהמה בחזקת איסור ואתיילד ריעותא בסכין הוי כאתיילד ריעותא בבהמה יע"ש משמע להדיא אף דהספק וחזקה אין להם שייכות זה עם זה מ"מ אזלינן בתר חזקה, ועניינים אלו ארוכים ורחבים מני ים ובארתי בכללי חזקות בס"ד, לכן צע"ג בזה:

מח ומעתה נבוא לבאר שיטת רשב"א ור"אש ות"הד והגהות מרדכי והר"י מינץ הנ"ל לכאורה קשה לשיטתם דסוברים אפי' היכי דליכא הוכחה דהוכיח סופו כו' חלין הקדושין דחיישינן שמא חזרו בתשובה ואמאי נוקים להעדים בחזקת רשעים כמו כל חזקה קמייתא הנזכר בש"ס וממילא היא מותרת ואף אי אית להו סברת המשנה למלך הא הוי ספק בגוף המעשה ויש שייכות לחזקה עם הספק ונראה להוכיח מכאן דס"ל כשיטת האחרונים זלה"ה שהוכיחו מסוגי' דחולין דף קל"ד ע"א באיסור כרת ומיתה לא סמכינן על חזקה, וה"ה באיסור אשת איש שיש בו עון מיתה החמירו חכמים ולכן

חיישינן שמא חזרו בתשובה וחלין הקדושין ויש להביא ראי' לזה, ממ"ש תוס' בקידושין דף כ' ע"ב והר"אש שם הובא בבית שמואל סי' מ"ה ס"ק ב' בסבלונות דלא אזלינן בחר רובא שאין מקדשין וחוששין למיעוט, כמו במים שאין להם סוף אף דרובא דרובא מתים מ"מ לכתחילה חיישינן משום חומר אשת איש יע"ש אף דאשה הי' בחזקת פנוי' ורובא מסייע החמירו, וה"ה החמירו אף אי נימא דחזקת פנוי' הוא חזקה נגד ספק הלז ומסייע לחזקת רשעות של עדים, מיהו צ"ע לכאורה מסוגי' דקידושין דף ע"ט ע"א דמשמע דגם בקידושין אזלינן בתר חזקה דהשתא לדידן דקיי"ל כרב, ויש לישב לשיטת הרמ"ה שהובא בטוש"ע אבן העזר סי' ל"ז ודוק ולפ"ז מוכרחין אנו לומר דמוהר"ם פאדווי וסיעתו בע"כ סוברים דלא החמירו באיסור אשת איש ואזלינן בתר חזקה, והא דהחמירו בסבלונות הטעם כמ"ש הב"ש שם בשם הר"ן דהוי דוב העשוי' להשתנות כיון דהוא מצד המנהג, ועוד נראה לענ"ד דיש לומר דסוברים כשיטת מוהר"י טראני בחי' לקידושין דף ו' בסוגי' דנתן הוא ופני יהושע בגיטין דף כ"ח ע"א בכוונת תוס' כתובות דף כ"ב ע"א ד"ה תרוייהו דהא דאזלינן בתר חזקה דוקא היכי שיש ספק אם נעשה מעשה כלל. משא"כ כשיש לפנינו מעשה שראוי' להסתפק איתרע החזקה כמ"ש כלל בכמה דוכתי וא"כ הכא כיון שהי' קידושין גמורים בפני עדים ונעשה מעשה לפנינו שקיבלה קידושין איתרע החזקה קמייתא שהי' להאשה במה שהיתה פנוי', משום דעד עכשיו לא נעשה מעשה כזו, ואולם החזקה שיש לנו בעדים לא איתרע דלא נעשה מעשה לגרוע החזקה, ולכן סוברים היכי דלא ראינו שחזרו בתשובה אינה מקודשת מכח חזקת רשעות שהי' לעדים דגם בדבר שבערוה אזלינן בתר חזקה וכמש"ל בשם תשובת הר"אש כלל כ' סי' י"ז והא דהחמירו במים שאין להם סוף יש לומר דס"ל כריב"ש סי' שע"ט דבעגונה דאיתתא איכא שני חזקות חזקת אשת איש וחזקת חי ורובא ל"מ נגד שני חזקות (עיין תשובת נ"בי תק"ע סי' מ"ג) משא"כ כשאח"כ חזרו בתשובה איכא ספק דלמא הוכיח סופן על תחילתן גם חזקת העדים איתרע חיישינן להחמיר וא"ש ולפ"ז לשיטת האחרונים שכתבו להחמיר בקדושין שלא לסמוך על חזקה אף כשלא איתרע יש להחמיר כשיטת הר"י מינץ דאפי' לא ידעינן שחזרו אח"כ בתשוב' ראוי' לחוש לקדושין וצ"ע:

מט שוב נתתי אל לבי לעיין בהך פסקא דמוהר"ם פאדווי זלה"ה דמדמי דבר שבערוה לאיסורא דאזלינן בתר חזקה ולכן סובר היכי שלא ראינו שחזרו אח"כ בתשובה אמרינן שמן הסתם הם ברשעתם, א"כ קשה גם כשראינו אח"כ שחזרו בתשובה אמאי אמרינן הוכיח סופו ע"ת הא זהו דומה לכלל שיש לנו בכל מקום דחזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא דהוא שעת מציאתן והכא היו פעם אחת רשעים לפנינו שידעינן שהיו רשעים

ואח"כ חזרו בתשובה ואנו דנין על זמן הקדושין אם הי' לבם לשמים או לא ראוי' לומר עד שעה שידעינן שחזרו בתשובה הי' רשעים ואולם החלקת מחוקק בס"ק י"ז דייק הוכיח סופן ע"ת דתמיד הי' לבם לשמים וכן אי' במוהר"ם פאדווי וזהו שייך על אונסים שהמירו בעל כרחן יש לומר שמעולם לא יצאו מחזקת כשרות אבל רמ"א שהוסיף וכתב או שאר רשעים והיינו שמרצונם היו רשעים קשה אמאי אזלינן בכה"ג בתר חזקה דהשתא והוי קדושין דמשמע מבית שמואל ששוה לאונסים, ועיין בבית שמואל ס"ק כ"ב דמדייק שמא בשעת קדושין הרהרו בתשובה מוכח להדי' דאמרינן שמתחלתן היו רשעים ואח"כ חזרו, וע"ז יש לומר להיפך שחזרו בתשובה לאחר קדושין כי כל כמה דנוכל לאחר הזמן מאחרינן שלא לצאת מחזקת קמייתא, והר"ם פאדווי גופא אית לי' האי כללא כמ"ש בסימן הנ"ל ול"ד כלל להאי דשחט ואח"כ חישב דאי' בחולין דף ל"ט דנסתפקו חכמים אי הוכיח סופו ע"ת אף שהי' לשוחט חזקת כשרות והיינו חזקה קמייתא ויש חזקה דהשתא דאיתרע לפניך די"ל כמ"ש בפרט א' הטעם כיון דדרך אדם להרשיע מעט מעט א"א להגביל זמן וכבר יצאה מחזקה קמייתא זמן רב ודומה לסברת הפוסקים גבי גבינות יע"ש, משא"כ הכא לענין חזקת רשעות שנימא שחזר בתשובה לא שייך סברא זו, כמובן, וא"כ אין דמיון כלל להוכיח סופו על תחילתו כי אם בכידון דאיירי תשובות דש"י והר"ם פאדווי שהיו אונסים שיש לומר שמעולם הי' לבם לשמים, ולכן יפה דק החלקת מחוקק בלשונו הצח, אבל דברי בית שמואל תמוהין, ונראה לענ"ד להצדיק דברי הב"ש, ונקדים מה שיש לתמוה על הטור ומחבר בסימן ל"ז, דאי' בקדושין דף ע"ט קדשה אביה בדרך וקדשה עצמה בעיר והרי היא בוגרת רב אמר הרי היא בוגרת לפנינו, ושמואל אמר חוששין לקדושי שניהם, ומקשה הש"ס אימת אילימא בתוך שית בהא נימא רב הרי היא בוגרת לפנינו השתא הוא דבגרה, אלא לאחר שית בהא נימא שמואל כו' ומשני לא צריכא דקדיש ביומא דמשלם שית יע"ש, והנה בקו' הש"ס הנ"ל פי' רש"י הא כל אותן ששה חדשים בחזקת נערה הן עד שנכיר בסימני בגרות, וכי בדקי בפניא ואשכח בוגרות מי יימר דבצפרא נמי בוגרת הוי דלמא השתא הוא דבגרה יע"ש נשמע מלשון רש"י דכתב בלשון ספק דעיקר קו' הוא על רב אמאי לא חייש לקדושי דמספיקא ניחוש לקדושי שניהם, אבל על שמואל לק"מ כדמוכח מלשון הש"ס דמקשה דק על רב, וכן פסקו הטור ומחבר בסי' ל"ז דבכה"ג צריכה גט משניהם, וקשה לפי הכלל דחזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא וכיון דבתוך ששה חדשים יש לה חזקת קמייתא שהי' נערה חזקה דהשתא לא נחשב כלל לחזקה וראוי לומר שלא יהי' חלין קידושי דידה רק קידושי אב דאמרינן דהי' נערה בצפרא, ומשמע מסוגי' הלז דחזקה קמייתא

וחזקה דהשתא שווין, והוא סתירה למקומות המבוארים בש"ס כמ"ש מוהרי"ט בספר א' סי' י"א וסי' מ"א, וסי' נ"א ופני יהושע במס' גיטין דף י"ז, וביותר תמהני על מוהרי"ט ופ"י שהוכיחו מסוגי' הלז דחזקה קמייתא עדיף מדמשני הש"ס דמיירי דוקא ביומא דמשלם שית הא בלא"ה פשיטא דעדיף כדמוכח מקו' הש"ס אלימא בתוך שית כו' הא מכאן מוכח דשווים הם שוב ראיתי בחידושי פני יהושע בקדושין שם שתמה על הטור ומחבר ג"כ רק כתב בסגנון אחד מכח רובא לנערות יע"ש. ובס' הפלאה דחה סברתו דרובא איתרע, ובאמת בהך כללא אי אזלינן בתר רובא דאיתרע הוא ענין ארוך שיש לעיין כמ"ש בכללי רובא, אבל תמהני כי בלא"ה קשה כי אפילו בחזקה גרידא ג"כ חזקה קמייתא עדיף, וקו' זו הי' אצלי מזמן כביר עד טבא לידי ספר שערי המלך ראיתי בפרק י' מאשות הלכה י"ד הרגיש בזה על הטור ומחבר והנאני, והביא דברי תוס' ריו"ז שסובר בתוך ששה חדשים אמרינן השתא היא דבגרה ולא חלין קדושי דידה וכן משמע מתוס' ד"ה ושמואל, ומה שרצה לחדש לשיטת רש"י וטור כתבתי בכללי חזקות שלא ברור לענ"ד ולכאורה עלה בדעתי ליישב קו' הנ"ל בדרך פלפול דיש להקשות על קו' הש"ס הנ"ל לשיטת טורי זהב בי"ד סי' שצ"ז סק"ב בחזקת חי כיון דעשוי להשתנות לא אזלינן בתר חזקה קמייתא אף דאין עשוי להשתנות שימות מיד רק שסופו למות וכיו"ב כתב מוהרי"ט ופני יהושע בחזקת קטנות, וא"כ ה"ה בחזקת נערות כיון דעשוי להשתנות שתבגור לאחר ששה חדשים וגם יוכל להשתנות שיהי' בתוך ששה חדשים דלמא סובר רב בכה"ג לא אזלינן בתר חזקה קמייתא ועדיף חזקה דהשתא, ונראה לומר דמקשה לשיטתו דסובר דעשוי להשתנות לא מעלה ומוריד לענין זה, דסובר בב"ק דף מ"ו דאזלינן בתר רובא דזבני לרדיא, ושמואל סובר אין הולכין בממון אחר רוב וכתבו תוס' סנהדרין דף ג' ע"ב טעמא דשמואל דרובא לרדיא זבני לא חשיב רובא כשאר רובי ועיין תוס' ב"ק דף כ"ז וב"ח בסי' רל"ב ובארתי לקמן בחלק ב' כוונתם לפי דברי ר"ן בקידושין דף נ' ע"ב הובא בב"ש סימן מ"ה ס"ק ג' רוב שבא מצד מנהג ולא מטבע העולם לא חשיב רובא דמנהג עשוי' להשתנות יע"ש וי"ל ה"ה רובא לרדיא דהוא רק מצד מנהג לא חשיב רוב לשמואל ורב בע"כ סובר אף שעשוי' להשתנות הוי, וסובר הש"ס כיון דלרב לא מיגרע מה שעשוי' להשתנות לענין דוב וה"ה לענין חזקה לכן מקשה רק על רב אבל על שמואל לק"מ דאזיל לשיטתו וי"ל ה"ה בדבר שבערוה בחזקה קמייתא העשוי' להשתנות שוה לחזקה דהשתא וא"ש אך כ"ז הוא דרך פלפול ובשגם סברת הר"ן נראה שהוא רק חומרא דרבנן יע"ש. והעיקר בכוונת הטור ומחבר אף שבכל מקום חזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא מ"מ בקדושין משום חומר דבר שבערוה החמירו שיהיו שווין. וא"כ לפ"ז א"ש

שיטת רש"י דהכא אפי' ברשעים מעיקרא אף שיש חזקה קמייתא כיון שאחר זמן חזרו בתשובה ואיכא חזקה דהשתא הוי ספק אולי בעת קדושין הרהרו בתשובה בלבם והוי ספק קדושין וא"ש:

נ אמנם יש לתמוה על הב"ש הנ"ל שהבין אפי' ברשעים גמורים מרצונם שנתקדש אשה בפניהם ואח"כ חזרו בתשובה אמרינן הוכיח סופן ע"ת, הא עיקר הדין נובע מתשובת מוהר"ם פאדווי והמעיין שם בסי' ל"ז יראה להיפך שהביא שם לשון המרדכי בפ"ב דיבמות בשם רש"י שכתב על העלמה שנתקדשה לאיש ושניהם היו אנוסים וגם העדים כמותם רואה אני שצריכה גט כי אף ישראל מומר לרצונו שקידש קידושיו קדושין וכ"ש אלו שאנוסין היו ולבן לשמים וכן הוכיח סופן על תחילתן שחזרו כשמצאו הצלה ואפי' ראו עדים שהנהיגו עצמן בעודן בין עכ"ום לחשוד בעבירות שגגת אין העדות בטילה דקיי"ל החשוד על העריות כשר לעדות אשה דאמר רב נחמן כו' ומודה רב נחמן בעדות אשה שהוא פסול ה"מ לאפוקי אבל לעיולי מהימן יע"ש הרי שמבואר בהדיא שר"ל שבעודן נכרים נאמר שהי' לבן לשמים לאשר אנוסים היו והוכיח סופן כו' אבל מי שהוא מומר לרצונו או אפי' עשה עבירה אחת לרצונו לא נאמר שמא הרהר להכשיר עדותו, וכן מוכח מסוף תשובה שאמר אפי' ראו את העדים שנהגו מנהג הפקר כו' דקיי"ל החשוד על העריות כו' משמע אם הנהיגו עצמן בהפקר לעבירה אחרת לא הי' מצריך גט בעבור פסלות העדים בעבירה ולא נאמר שמא הרהרו בתשובה מאחר שלרצונם עשו ולא היו אנוסים לזה יע"ש היטב אף שאח"כ חזרו בתשובה לא אמרינן שכבר חזרו בתשובה בשעה שראו העדות כי אזלינן בתר חזקה קמייתא שהיו רשעים רק באנוסים אמרינן שמעולם הי' לבן לשמים וכבר הבאתי דעת תוס' קדושין דע"ט ותוס' דיו"ד אפילו בקדושין חזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא, ואפשר לומר לפמ"ש ר"ן בשם רמב"ן בפרק ב' דגיטין דף כ"ה דדעה של בני אדם עשוי' להשתנות והשינוי מצוי בכל עת וכיון שסתם ישראל רוצה להיות כשר רק שיצרו תקפו כמ"ש רמב"ם בפרק ב' מהלכות גירושין הלכה כ' וכבר ארז"ל רשעים מלאים חרטה בכל יום, והוא מעניני תשובה כמ"ש רמב"ם בהלכות תשובה, לכן בצירוף חזקה דהשתא לא אלים חזקה קמייתא, כמ"ש לעיל בשם טו"ז ומוהרי"ט חזקה הרגיל להשתנות לא אלים, אבל יש לדחות במובן להמעיין וצריך ראי' ברורה מש"ס ומראשונים לסברא כזו ואין לנו לבדות מלבינו לכן צ"ע לדינא:

נא ואולם שיטת הר"י מינץ תמוה ביותר במה שסבר דאפי' לא ידעינן שחזרו בתשובה חיישינן שחזרו בתשובה וכשרים מה יענה לסוגי' דסנהדרין דף כ"ו ע"ב דאי' שם אמר רב נחמן החשוד על העריות כשר לעדות אמר רב ששת עני מרי ארבעין בכתפי' וכשר ואמר

רבא מודה ר"נ לענין עדות אשה שהוא פסול בין לאפוקי ובין לעיולי והוא גי' הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפ"ד וא"כ קשה אמאי פסול לעדות אשה ניחוש שמא הרהרו בתשובה, וכדומה שכוונת בית יוסף שהקשה על מוהרי"ק שכתב בשם תשובת רש"י הנ"ל וכתב שדבריו תמוהין נראה שכיון לזה כי מעיקרא הביא סוגי' הנ"ל והמעיין בבית יוסף וד"מ יראה שלא הבין במוהרי"ק כמו שהבין מוהר"ם פאדווי רק שאפי' לא חזרו אח"כ בתשובה לפנינו חיישינן שמא הרהרו בתשובה ושפיר הקשה וא"כ אף להר"ם פאדווי' שהבין כוונה אחרת במוהרי"ק קשה מסוגי' הנ"ל להר"י מינץ וסיעתו מיהו מגזלנים שכתב הב"ש בס"ק י"ט דמשמע מכל הפוסקי' דפסולין לעדות קדושין ול"ח שמא הרהרו בתשובה ליכא סתירה להר"י מינץ י"ל דס"ל כדעת הפוסקי' דלא סגי בהרהור תשובה עד שישוב הגזילה ולא הוי בידו דאולי אין לו, אבל בפסולי עדות דמשמע להדיא בש"ס אף שלאחר עדותן לא ראינו ריעותא בהעדים מ"מ פסולים לעדות אשה מוכח דלא כהר"י מינץ ואין לומר דהי' להם גי' בעל העטור לא אמרן אלא לאפוקי אבל לעיולי לית לן בה, והבינו לאפוקי דהיינו שאמרו שגירשה או שמת בעלה בזה להחמיר לאוקמי בחזקת אשת איש ל"ח שמא הרהרו בתשובה, אבל לעיולי להחמיר שניחוש לקידושין חיישינן שמא הרהרו בתשובה כי בדבר שבערוה החמירו שלא לסמוך על חזקה אף שיש להם חזקת רשעות ל"מ, דז"א דהוי לן למיחש גם לאפוקי להחמיר, דהא נ"מ אם פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר דאם לא חיישינן להחמיר שמא הרהרו העידי גירושין בתשובה לא חלין הקדושין כדין ודאי אשת איש דלא תפסי קדושין ואי חיישינן להחמיר דלמא הרהרו בתשובה ונתגרשה כדין צריכה גט גם משני כדין ספק מגורשת כדאי' בסי' י"ז ס"א וא"כ הוי לן להחמיר גם לאפוקי לחוש שמא הרהרו בתשובה, וגם צ"ע דמשמע להדי' מר"י מינץ אפי' בעדים גזלנים חיישינן שמא הרהרו בתשובה וזהו נגד משמעות רוב הפוסקי' כנ"ל. ולכאורה יש קצת סמך דאפי' במי שמוחזק לרשע חיישינן שמא בלבו לשמים, מהא דאי' בערוכין דף ו' ע"א אמר רב יהודא אמר רב נכרי שהפריש תרומה מכריו בודקין אותו אם אמר כדעת ישראל הפרישה תנתן לכהן, ואם לאו טעונה גניזה חיישינן שמא בלבו לשמים, וכ"כ רמב"ם להלכה בפ"ד מתרומות הלכה ט"ז הרי אף שהי' בחזקת עכ"ום מ"מ חיישינן שלבו לשם שמים, אבל באמת לא דמי דהתם חזינן שעשה מעשה המוכיח ועוד יש לדחות כמבואר למעיין לכן צ"ע וכן משמע מלשון ה"המ במ"ש רמב"ם בפ"ד מאישות הלכה ו' המקדש בפסולי עדות של תורה אינה מקודשת כתב ע"ז ה"המ דין פסולי עדות של תורה פשוט בסנהדרין שפסולין אינם כשרים לעדות

אשה בין לאפוקי ובין לעיולי עכ"ל משמע להדיא שהבין אף בפסולי עבירה מיירי הרמב"ם וכן מוכח מב"י וש"ע:

העולה מכל זה אף די"ל כמוהר"ם פאדווי באנוסים כיון שי"ל שמעולם הי' לבן לשמים, מ"מ ברשעים במזיד לא מבעי' היכי שלא ראינו שחזרו בתשובה נראה לפוסקי' הנ"ל שמוקמינן בחזקתם שעדיין הם רשעים ולא חלין הקדושין רק אפי' אם אחר שראו קדושין חזרו בתשובה מ"מ צ"ע אי אזלינן בתר חזקה דהשתא נגד חזקה קמייתא ותו האי כללא דמוהרי"ט ופ"י שכיילו דחזקה דאיתרע לא מהני לא ברור כל כך וא"כ יש לאשה שני חזקות חזקת פנוי' היינו חזקת היתר לעלמא וחזקת עדים שהיו רשעים והוי חזקה דהשתא חדא נגד תרתי ולכן צ"ע לדינא ואולם משום חומר הנושא חלילה לסמוך על דברינו אף לסניף בעלמא כי ענינים הללו ארוכים ורחבים מני ים ולא כתבתי רק לפלפולא בעלמא ולהגדיל תורה ולהאדירה:

נב ויש לחקור לשיטת מהר"ם פאדווי וסיעתו, הסוברים המקדש לפני פסולי דאור' בעבירה לא חלין הקדושין, אם נאמנים העדים לומר שכבר שבו בתשובה וכשרים וחלין הקדושין, או שאינם נאמנים ואף שכתב רמ"א בח"מ סי' ל"ד סק"ב מומר שחזר בו וקיבל עליו תשובה כשר מיד אע"פ שלא עשאה עדיין, ונחלקו בהבנתו הסמ"ע וש"ך, הסמ"ע בס"ק כ"ד הבין שהדין הוא רק במומר שהי' מעורב בין הכותים והבדיל מכל התאות לא החמירו עליו ומחזיקין שודאי יעשה תשובה שלימה, אבל בשאר עבריין לא מהני הקבלה, והש"ך בס"ק כ"א השיג והוכיח ממוהרי"ק שבכל עבריין כשקיבל עליו לשוב סגי דודאי יעשה וממילא כיון שכשר לעדות ממון מכ"ש לעדות דבר שבערוה דחמור הוי קבלה כשקיבלו עליהם לשוב אע"פ שלא עשאו, מ"מ י"ל זהו דוקא היכי שאומרים שעדיין לא עשאו תשובה ורוצים לעשות נאמנים שיעשו משא"כ הכא שאמרו שעשו תשובה י"ל שאינם נאמנים ע"ז להפקיע מחזקתם שהיו בחזקת רשעים ולא חשיב קבלה כיון דלפי דבריהם כבר עשו תשובה לא יעשו שוב תשובה, ומכ"ש לפמ"ש הגהות מרדכי בפ' אלמנה ניזונת תשובת מהר"ם ב"ב הובא בא"ות שם ס"ק כ' שאפי' במומר לע"ז צריך תשובה גמורה ולא סגי בקבלה כמו שמוכח מראייתו מהנך עובדי בפ' ז"ב יע"ש. והוא ספק רבתי, ולכאורה יש לפשוט, מהא דאי' בש"ע י"ד ס"ק כ"ד סעי' ח' שכתב מחבר מומר אע"פ שהוא מהול עושה יין נסך במגעו ונאמן לומר ששב בתשובה, והקשה הש"ך בס"ק ט"ו על המחבר הא מקור הדין נובע מב"י שכתב בשם שבולי לקט מומר שנגע ביין ואמר אח"כ שנתגייר בינו לבין עצמו, והתיר הר"י היין מפני שהפקיד כיסו בשבת ורשב"א אסרו משום דאיכא למימר ערומי קא מערים (כעין האי דסנהדרין דף

כ"ה) ובאורחת חיים כתב ישראל מומר לעכ"ום יינו יין נסך עד שישוב בתשובה ונאמן לומר נתגיירתי, ואמאי פסק כא"ח דהא ר"י ורשב"א פליגי עלה וכתב הש"ך לתרץ וז"ל ואפשר משמע לי' דהם לא איירי אלא היכי דנגע ביין ואח"כ אמר שנתגייר אבל אם קודם לכן אמר שנתגייר אינו עושה יין נסך ודוחק ויותר נראה לחלק דהיכי דידוע שהי' מומר דבכה"ג מיירי הרשב"א אינו נאמן לומר שנתגייר אבל היכי דאין ידוע שהי' מומר אע"ג דא"י ג"כ שהי' ישראל נאמן לומר תשובה עשיתי במגו דאי בעי אמר מעולם לא המיר וישראל הוא ובכה"ג מיירי הא"ח ומחבר וכ"כ הפוסקי' וטו"ז לקמן בסימן רס"ח סעי' יו"ד לענין גר שאמר נתגיירתי אינו נאמן אלא דוקא כשלא ידענו שהי' עכ"ום דאז נאמן במגו דאי בעי אמר ישראל אני עכ"ל, וא"כ נראה לשיטת הש"ך בנידון דידן היכי דידוע שעדים היו רשעים אינן נאמנים לומר ששבו בתשובה כיון שאין להם מגו (ובע"כ להש"ך מוכרח חילוק הנ"ל דאל"כ קשה מאי הקשה הש"ך נימא דעכ"פ הוי הדיבור קבלה, אע"כ בכה"ג לא הוי קבלה כיון דלפי דבריו כבר שב לא ישוב עוד ואין אנו מאמינים אותו ששב כיון שאינו מברר לפנינו):

אבראי לולי דברי רבינו הש"ך יש לדון ולומר שאפי' המוחזק לרשע נאמן לומר ששב בתשובה, וראי' לזה מהא דאי' במס' גיטין דף נ"ד ע"ב אף דאין עד אחר נאמן נגד חזקת היתר מ"מ היכי שבידו נאמן, דאי' שם ת"ר הי' עושה עמו בטהרות ואמר לו טהרות שעשיתי עמך נטמאו הי' עושה עמו בזבחים וא"ל זבחים שעשיתי עמך נתפגלו נאמן אבל אם אמר לו טהרות שעשיתי עמך ביום פלוני נטמאו וזבחים שעשיתי עמך ביום פלוני נתפגלו אינו נאמן, מאי שנא רישא ומ"ש סיפא אמר אביי כל שבידו נאמן יע"ש וכן קיי"ל להלכה, אף שטהרות הי' להם חזקת היתר מ"מ נאמן מטעם בידו לגרוע החזקה ה"ה רשע נאמן לומר ששב בתשובה אף שהי' בחזקת רשע כיון שבידו עוד לשוב וא"כ יש לקיים תירץ א' של הש"ך בלי שום דוחק כלל, לפי מאי דאי' במס' ב"ב דף קל"ד ע"ב בבעל שאמר גרשתי את אשתי למאן דסובר דנאמן משום בידו לגרשה היינו על להבא, ואם אמר גרשתי את אשתי למפרע נחלקו ר' מרי ור' זביד חד אמר פלגינן דיבורא וחד אמר לא פלגינן דיבורא כיון דלא מהימן על למפרע שאינו בידו אינו נאמן אף על להבא, עיין היטב בפי' רשב"ם שם ולפמ"ש הב"ש בסי' קנ"ב ס"ק א הרמב"ם וטור סוברים כמ"ד דפלגינן דיבורא, וא"כ החילוק שעלה על דעת הש"ך נכון מאוד דאם נגע ביין ואח"כ אמר שנתגייר כבר אינו נאמן על היין שכבר נגע כי על למפרע א"נ שאין בידו על למפרע דאפי' למ"ד פלגינן דבורא היינו על ענין הנוגע על להבא אבל על למפרע בודאי אינו נאמן, אבל אם קודם שנגע אמר שנתגייר נאמן על להבא דהוא בידו, והיינו

שאמר גיירתי סתם ולא אמר גיירתי למפרע ואח"כ נגע ביין נאמן על להבא, ואם אמר גיירתי למפרע ואח"כ נגע ביין כיון שיש נ"מ על יין שנגע מקודם שאינו בידו נראה דתלי' במחלוקת הנ"ל אי פלגינן דבורא, ולדידן פלגינן דבורא ונאמן על להבא, ולכאורה תי' זה סובל יותר בכוונת המחבר וא"ח מתי' בתרא של הש"ך דכל כי האי הוי לפרושי ולא לסתום שמשמעות הלשון משמע שידוע שהי' מומר (ועוד יש להצטרף כיון שהיין הי' בחזקת היתר נאמן לסייע החזקה) וא"כ לפ"ז גם הכא נאמנים העדים, אם קודם שקידש אשה בפניהם, אמרו ששבו בתשובה נאמנים להיות עדים על קדושין מטעם שבידם על להבא, ואם קיבל קדושין בפניהם ואח"כ אמרו ששבו בתשובה אינם נאמנים על למפרע שאינם בידם:

אמנם נראה דאי אפשר לקיים חילוק הלז, דהא בגיטין שם תי' רבא תירץ אחר, כגון דאשכחא בזימנא קמייתא ולא אמר לי' ולבתר הכי אשכחא ואמר לי', ומבואר שם בתוס' ד"ה אמר וכן העלו כל הפוסקים להלכה כרבא כדאי' ביו"ד בסי' קכ"ז היכי שא"ל בזימנא קמייתא נאמן נגד חזקה כיון שהי' בידו פעם אחת והיכי שלא הי' בידו מעולם אינו נאמן נגד חזקה וא"כ אי נימא דתשובה הוי דבר שבידו יהי' נאמן אפי' אם נגע ביין ואח"כ אמר שנתגייר, כיון שהי' בידו למפרע לשוב נאמן אף נגד חזקה וא"כ לא הי' צריך הש"ך לומר שהוא דוחק, כי בלא"ה אי אפשר לומר כן להלכה. ואין להקשות אמאי אינו נאמן הבעל גרשתי למפרע שיחולו הגירושין למפרע יהי' נאמן כיון שהי' בידו, כמו בנטמאו טהרותיך, ז"א די"ל דבר שבערוה שאני כמו שמצאתי שכתב כן בעל קצ"הח דדמי לממון ומגו למפרע לא אמרינן והארכתי בזה בחלק ב', אבל באיסור דקיי"ל דנאמן אי אפשר לומר חילוק שרצה הש"ך לומר, ואולי יש להבין אמאי באמת א"נ אף על למפרע כיון שהי' בידו לשוב, ונראה לענ"ד דהכא לא שייך לומר דכל שבידו נאמן דדוקא היכי דבידו לעשות בנקל נאמן כיון שהי' בידו, משא"כ בתשובה שצריך סיגופים, לא שייך דבר שבידו כי אולי אינו רוצה לסגף גופו ומערים לומר ששב בתשובה ואף דנקל לקבל בפני ב"ד מ"מ קשה לו לשוב הן אמת ראיתי בש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"ח סי' ל"ח שכתב שעיקר תשובה הוא עזיבת חטא ווידוי דברים וסיגופם הוא רק טפל ואינו מעכב והוא רק מחומרת רוקח יע"ש, ובגוף ראייתו יש סמך לדבריו ממ"ש בספר נזר הקדש דף מ"ז ע"ד פרשה ט' סי' ו', ואולם תמהני על מאור עינינו שלא הביא דברי ש"ות תרומת הדשן סי' קצ"ח שכתב להדיא שצריך סיגופים, והובא בקצרה בסמ"ע ח"מ סי' ל"ד ס"ק כ"ד, וכן משמע להדי' ממוהרי"ק המובא בש"ך שעכ"פ בעינן שיעשה תשובה רק שקבלה סגי שמן הסתם יעשה אח"כ הגם שיש לדחות שכל זה הוא מחומרא

בעלמא, אבל המעיין היטב בלשונם יראה להדי' שסוברים שהוא מעיקר הדין, ועיין מ"ש אאמ"ו הגאון נר"י בש"ות שמן רקח ח"ב סימן יו"ד, ובקונטרס אחרון הביא בשם ש"ות מוהרי"ט ח"ב סי' ח' שדעתו ג"כ שצריך להיות סיגופים מעיקר הדין ומעכב התשובה, ועיין מ"ש בס' כנסת הגדולה בח"מ סי' ל"ד ס"ק פ"א בהגהות בית יוסף. ואפשר היינו טעמא דהש"ך שכתב שתי' הראשון הוא דוחק אף שקיצר כמובן מ"מ י"ל כן לדינא. ועוד אפשר לומר דוקא בעלמא שאין העד מעיד על עצמו נאמן אף נגד חזקה כיון שהוא בידו, משא"כ היכי שהוא בחזקת רשע והוא מעיד על עצמו ששב בתשובה א"נ אף שהוא בידו (ועוד אף אי מדמינן להא דגיטין דף נ"ד, היינו לפי' רש"י וסיעתו המובא בש"ך יו"ד סי' קכ"ז ס"ק א' דלכן נאמן כשהוא בידו מטעם מגו אבל לר"אש שם בחילוק י"א ומרדכי משום שהוא כבעליו עליו ואדם נאמן על שלו, לא שייך האי טעמא הכא, מיהו י"ל דר"אש מודה שיש לומר טעם מגו רק התם לפי שיטתו ליכא מגו כמ"ש שם) וא"כ לפ"ז גם הכא בכל גווני אין העדים נאמנים לומר ששבו בתשובה ולאחר העיון ראיתי שמרן הבית שמואל לית לי' הני חילוקים שחלקתי, דאי' בש"ע א"העז סי' ל"ח סעי' ל"א בעל מנת שאני צדיק אפי' רשע גמור ה"ז מקודשת מספק שמא הרהר תשובה בלבו, וכתב הב"ש בס"ק נ"ה שאם אומר שהרהר בתשובה נאמן כמו אם אומר קיימתי התנאי והיא אינה יכולה להכחישו יע"ש, ולפי דבריו הוי ודאי קדושין א"כ סובר שנאמן לומר ששב בתשובה, ומצאתי ראיתי בספר הפלאה בקונטרס אחרון שכתב וז"ל לכאורה צ"ע דהא בעל מנת שיש לי מנה אינו נאמן לומר שקיים התנאי והי' לו מנה בשעת קדושין וה"נ נימא דא"נ שהרהר בשעת קדושין, אלא דיש לומר דאם נימא כן קשה יותר דלמה ניחוש כלל שמא הרהר בתשובה דהא לעיל גבי על מנת שאני עשיר לא חיישינן שמא יש לו עושר טמון כיון שהוא מוחזק בעני, ולמה ניחוש הכא נגד החזקה, וצריך לומר דהכא שאני כיון דבידו לעשות תשובה, א"כ יש לומר נמי דנאמן כיון דקיי"ל עד אחד נאמן היכי דאתחזק איסורא כיון שהוא בידו כדאי' בגיטין דף נ"ד ע"ב (בע"כ כוונתו כרבא כיון שהי' בידו וצ"ע בזה) אלא דיש לומר דלא דמי לשאר עד אחד כיון שהוא מוחזק לן ברשע אינו נאמן על זה שעשה תשובה כיון דהוא פסול לעדות לכל מילי הכי נמי א"נ להחזיקו בודאי קידושין, מיהו יש לומר היכי דבידו שאני ועיין בש"ך סי' קי"ט מ"מ נראה היכי שעשה תשובה לפנינו ואומר שבשעת קידושין כבר הרהר בתשובה יש לומר דנאמן שהי' בידו יע"ש, וכבר כתבתי ג"כ שי"ל כן מטעם בידו, רק דחיתי מכח ראיות הנ"ל ותמהני על הב"ש והפלאה שלא הביאו האי דיו"ד סי' קכ"ד, ולפי דבריהם נראה שעדים נאמנים לומר שעשו תשובה מטעם הלז כיון שבידם, אך מדברי הש"ך ביו"ד לא

נראה כן, ולכן צע"ג לדינא, ולא באתי להורות רק לפלפל בדבר הלכה, ואולי אזכה לברר היטב דין זה בכלל ע"א:

פרט יז

יבואר אי אמרינן הוכיח תחילתו על סופו:

נג בכלל ג' פרט י"ג הבאתי הרבה ראיות ממס' שבת דף צ"א ע"א וזבחים דף ב' וכמה דוכתי מש"ס ופוסקי' דאמרינן כל העושה על דעת הראשונה עושה ולא חיישינן לנמלך, ומן הסתם עומד על דיעה אחת, וכן ראיתי בש"ות מוהרי"ק סי' קס"א שהביא ראיות אחרים דלא חיישינן למינוי דעת:

ועתה נתתי אל לבי לעיין היטב אם הוא כלל מוסכם בכל דוכתי, לכאורה קשה לי על זה מהא דאי' בקדושין דף ו' ע"א הי' מדבר עם אמה על עסקי גיטה וקדושיה, ונתן לה גיטה וקדושיה ולא פירש ר' יוסי אומר דיו ר' יהודא אומר צריך לפרש אמר רב יהודא אמר שמואל והוא שעסוקין באותו ענין, אמר ר"י א"ש הלכה כר' יוסי ורמב"ם כתב בפרק שלישי מאישות ה"א בסתם דמקודשת מחמת דהיא מקודשת בודאי, וכן כתב בש"ע א"העז סי' כ"ו ס"א וכאשר משמע להדיא לישנא דר' יוסי שאמר דיו ובכסף משנה כתב מלשון רמב"ם שכתב ורצתה משמע דוקא אם מעיקרא כשדיבר עמה אמרה הן הוא דמקודשת אף שאחר כך קיבלה בסתם, אבל אם שתקה ואח"כ קיבלה סתם ליכא הוכחה דלשם קדושין קיבלה, והבית שמואל שם בס"ק ו' כתב שמדעת רוב פוסקי' משמע דבכל גווני מקודשת, ויש להבין לר' יוסי אמאי דיו הא קיי"ל ידים שאינם מוכיחות לא הוי ידים והא אינה מוכיחות כיון שנתן לה סתם אולי הי' לשם פקדון בשלמא מגט לא קשה דלא שכיח לתת גט בפקדון ביד אשתו כדאי' בסוגי' דשליש וכן אם קדשה בשטר הוי ג"כ מוכיחות אבל אם נתן לה כסף לשם קדושין ולא פירשו בשעת נתינה ליכא הוכחה דלמא הי' לשם פקדון או לשם מתנה, והא קיי"ל דלא הוי ידים ועיין במס' גיטין דף פ"ה ואפ"ה קיי"ל כר' יוסי ועיין תוס' קדושין דף ה' ע"ב ד"ה הכא וצריך לומר כמש"ל דכל העושה על דעת ראשונה הוא עושה כיון דמתחילה דיבר עמה על עסקי קדושין בוודאי הי' כוונתו לקדש דאין דרך להשטות בענינים כאילו ואפילו בממון הוא טענה גרוע ומכ"ש בקידושין ועיין במס' קדושין דף מ"ג ע"א וא"כ ע"י הוכחה דכל העושה כו' הוי כידים מוכיחות וגם העדים יודעין כוונתם כיון שהיו מתחילה בשעה שדיבר עמה וראו העדות בשלימות, ולפי זה קשה על ר' יהודא אמאי צריך לפרש הא הוי ידים מוכיחות כיון דדיברו על עסקי קדושין ועסוקין באותו ענין מסתמא נתן לה על דעת הראשון ולא נשתנה דעתם דמוכח תחילתן על סופן, דמה לי אם תלי' בדעת אחד או בדעת שניהם,

כיון דעכ"פ היו מרוצים האשה מתחילה מסתמא לא נשתנה דעתה, לא מבעי' לרמב"ם שאמרה מתחילה הן ואפי' לשאר פוסקי' ניהו דמשתיקה לא מוכח כוונתה דיש לומר כמו שתיקה לאחר מתן מעות דלאו כלום כדאי' שם בדף י"ב הכי נמי שתיקה דקודם מתן מעות, ול"מ רק שתיקה בשעת מתן מעות, מ"מ כיון שהיא ראתה שהוא ביקש לקדשה דהא דיבר עמה ובעוד עסוקין באותה ענין נתן לה על מנת לקדשה לא הי' לה לקבלה כי כוונתו בודאי הי' לקדשה כיון שמן הסתם עושה על דעתו הראשונה, ואף אי נימא דרבי יהודא לית לי' סברא זו כיון דאשה הי' בחזקת פנוי' בעינן הוכחה אלימא לבטל החזקה ואולי מ"מ קיבלה לשם פקדון מ"מ קשה הא פלוגתי' מיירי בכל גווני גם כשאמרה מתחילה הן, א"כ ראוי' לומר גם אצלה כל העושה כו' ומסתמא עשתה על דעת הראשונה, והא מוכח במס' שבת דף צ"א דהאי כל העושה הוא בגדר ודאי ועדיף אפי' מחזקה, ומכ"ש נגד חזקת פנוי' דקלישא כיון דעשוי' להשתנות כמ"ש רמב"ן ברפ"ב דכתובות ודוחק לומר דר' יהודא לית לי' האי כללא דכל העושה כו' דמשמע בשבת ובכמה דוכתי הנזכרים לעיל בכלל ג' פרט י"ג דליכא מחלוקת בהאי כללא דכל העושה כו' דא"כ הו"ל לש"ס לומר דמתני' דמצניע לא אתי' כר' יהודא, ומיהו ראיתי במס' מנחות דף י"ו ע"א פיגל בקומץ ולא בלבונה, בלבונה ולא בקומץ ר' מאיר אומר פיגל וחייבין עליו כרת וחכמים אומרים אין בו כרת עד שיפגל בכל המתיר, אמר רב מחלוקת שנתן את הקומץ בשתיקה ואת הלבונה במחשבה, אבל נתן הקומץ במחשבה ואת הלבונה בשתיקה ד"ה פיגל שכל העושה על דעת ראשונה הוא עושה, ושמואל אמר עדיין היא מחלוקת, א"כ לשמואל סוברים חכמים דר' מאיר דהם ר' יהודה דלא אמרינן כל העושה על דעת ראשונה הוא עושה, ואזיל כאן ר' יהודה לשיטתו, אמנם לרב דסובר דכ"ע סוברים כל העושה כו' קשה, ולכאורה עלה בדעתי לישב דהנה בטור א"ח סי' רי"ט בהא דאמר אביי במס' ברכות דף נ"ד ע"ב בברכת הגומל וצריך לאדויי' קמי' עשרה ותרי מנייהו רבנן, כתב הטור וז"ל ואם בירך פחות מעשרה אין צריך לחזור דלישנא דצריך לאדויי באפי עשרה משמע דוקא לכתחילה ע"ש:

וכתב ע"ז ב"י ואין דיוק זה נכון בעיני דאדרבה לישנא דצריך משמע שיש עיכוב בדבר ע"ש ומכאן סייעתא לטור כי כן סובר ר' יהודה שצריך לפרש לכתחילה אבל אינו מעכבו ואולם צריך ביאור באיזה סברא נחלקו ונראה דהנה יש לחקור בהא דסובר ר"ת במס' ברכות דף כ' ע"ב לדידן דקיי"ל כחכמים דר' מאיר מ"מ אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר מדרבנן אבל במיעוטא דמיעוטא לא אמרינן סמוך לחזקה, אי הוא רק באיסורא גרידא אבל בדבר שבערוה החמירו אפילו במיעוטא דמיעוטא לומר סמוך

לחזקה להחמיר או דלמא לא שכא ולכאורה יש לפשוט מהא דקיי"ל במים שאין להם סוף לכתחילה לא תנשא אף דאיכא רובא דרובא למיתה כמ"ש תוספת שם, הרי דחכמי' החמירו בדבר שבערוה לומר סמוך מיעוטא דמיעוטא לחזקה והא דאם ניסת לא תצא משום דכל מילי דהחמירו חכמים משום חומרא בעלמא בדבר שבערוה לא החמירו להוציא אשה מבעלה דאוקי על דין תורה כמ"ש תוס' בכתובות דף נ"א ע"ב בהא דמקשה הש"ס לאבוהו דשמואל דאמר אשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה חיישינן שמא באונס וסופו ברצון אונס דשרי' רחמנא היאך משכחת לי' כתבו ד"ה אונס אע"ג דאבוהו דשמואל חיישינן קאמר משמע לי' מדאורייתא קאמר דאי מדרבנן לא הוי מוציאין אותה מבעלה על כך יע"ש וה"ה. ואולם לענ"ד נראה דתלי' במחלוקת הריב"ש סי' שע"ט ונודע ביהודא בתק"ע סי' מ"ג אי חזקת חי וחזקת אשת איש נחשבין לשני חזקות כיון דאי אפשר לחזקת אשת איש בלי חזקת חי הוין רק חדא חזקה או כיון דחזקת חי לא צריך בעלמא לחזקת אמת איש הוין שני חזקות ודמי לחזקת חי וחזקת טהור דאי' בעירובין דף ל"ו דהם שני חזקות יע"ש ואי דהוין חדא חזקה מוכח בדבר שבערוה החמירו לומר סמוך לחזקה להחמיר אפי' במעוטא דמיעוטא, אבל אי נימא דהם שני חזקות שפיר י"ל היכי דאיכא חדא חזקה לא אמרינן סמוך מעוטא דמיעוטא לחזקה והוי כשאר איסורין דמנלן לחדש חומרא מדעתינו ועיין בתוס' קידושין דף נ' ע"ב ד"ה מקדשי לשיטת רבינו חננאל ולענ"ד תלי' בגי' המחלוקת שם דוק ותשכח כדברי' (ואין להוכיח מהא דאי' בגיטין דף ב' בסתם ספרי דדייני אף דהוי מיעוטא דמיעוטא כמ"ש תוס' שם די"ל כדי שלא יערער ויוציא לעז על גט כמ"ש תוס' שם החמירו כיון דאפשר שיאמר בפ"נ) ולפ"ז יש לומר הא דאמרינן כל העושה על דעת ראשונה הוא עושה לאו דאמרינן דכ"ע הוא כן דהוא נגד החוש דיש בני אדם שחוזרים ממחשבה הראשונה, רק כיון דהוא מיעוטא דלא שכיח שיחזרו נקרא בלשון כל וכיו"ב כתב רשב"א במשמרת הבית דף ז' לפעמים מזכירין את הרוב בלשון כל משום דרובו ככולו יע"ש ובכל מקו' מן התורה רובא וחזקה רובא עדיף לכן בהאי דמס' שבת הנ"ל דמיירי לענין חיוב חטאת אמרינן מסתמא הוא מרוב בני אדם דלענין קרבן אוקי מדאורייתא וכן בכל ענינים ובשגם כי במיעוטא דמיעוטא לא אמרינן סמוך כו' אבל במס' קידושין פליגי ר' יוסי סובר כיון דאיכא רובא דרובא לא החמירו אף בדבר שבערו' והא דהחמירו במשאל"ס היינו משום דאיכ' שני חזקו' חזקת אשת איש וח"ח והאי דכל העושה כו' הוא בגדר רובא דרובא לכן בקידושין נתקדשה קדושי ודאי אף דאיכא חזקת פנוי' לא אמרינן סמוך מיעוטא דמיעוטא לחזקת פנוי' להחמיר שיהי' עכ"פ תופסין קידושין אחרים מספק או שיצטרך לכתחילה קידושין אחרים וכן

בגירושין מגורשת בודאי ולא אמרינן סמוך מיעוטא דמיעוטא לחזקת אשת איש ור' יהודא מודה שבדיעבד מהני, רק כלפי שאמר ר' יוסי דיו אמר לכתחילה צריך לפרש דחכמים החמירו לומר סמוך אף במיעוטא דמיעוטא כמו במשאל"ס דהתם הוא רק חדא חזקה ואפושי פלוגתא לא מפשינן דבדיעבד גם ר' יהודה מודה בגירושין אם ניסת לאחר לא תצא רק לכתחילה לא תנשא כיון שאפשר בגט אחר וכ"כ בקידושין אם נתקדשו בקידושין הללו שלא פירש מקודשת להחמיר רק לכתחילה אמר שאין לסמוך על אלו קידושין כי אם כשפירש (ועיין תוס' בבא מציעא דף כ' ע"ב דבדבר שבערוה החמירו יותר מממון) והפוסקי' שהבאתי בכלל ב' פרט י"ג, שסתמו אפילו בדבר שבערוה אמרינן כל העושה על דעת הראשונה הוא עושה אזלו בשיטת ר' יוסי דקיי"ל כוותי' אפי' בדבר שבערוה נגד חזקת אשת איש מהני וא"ש:

(הג"ה** ודע דצ"ע דרבינו בעל הטורים סותר א"ע דבי"ד סי' רע"ד כתב וז"ל ואם חסר אלה הזיונין כתב הרמב"ם שאינו פסול ויראה כיון דאמר רבא ז' אותיות צריכין זיונין מעכבין ע"ש א"כ סובר דפי' צריך שמעכב, ועיין בטורי זהב שם ס"ק ה' וצריך עיון. ועיין בטור א"ח סימן ל"ב שכתב וצריך שיכתוב בימינו וכתב בית יוסף ודברי רבינו סתומים שלא כתב אם פסול בדיעבד כשכותב בשמאל יע"ש, ולפמ"ש סי' רי"ט לא סתום שנקיט לשון הש"ס, ועיין מג"א סי' ל"ב ס"ק מ"ז ועיין מס' גיטין מ"ו ע"א וסנהדר' כ"ג ע"ב תוספת דברי המתחיל ותנן ושבועות ל"ח ע"ב ונ"מ צריך לאתפוסי חפצא כו', וכן בהרבה דוכתי יראה שלא מוכרח כי פעמים פירושו לכתחילה ופעמים פירושו שמעכב, וצ"ע לחלק הענינים ואין כאן מקומו:)**

נד ואולם קשה מהא דאי' בקידושין דף מ"ט בהאי גברא דזבין לנכסי' אדעתי' למיסק לארעא דישראל ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי אמר רבא הוי דברים שבלב ואינם דברים וכתב בחידושי רשב"א הובא בספ"י בכוונת רש"י שם אף דבתחלת המקח הודיעו ללוקח שמכר אדעתא למיסק לארעא דישראל כיון שבשעת גמר המקח לא אמר אפשר שחזר אח"כ וגמר ומקנה בכל ענין ומשמע להדיא אפילו בעסוקין באותו ענין וכן העלה בש"ות מוהרי"ק שורש קכ"ט שאפילו אם גילה כן ללוקח עצמו ואמאי לא נימא כל העושה כו' דהא משמע מסוגי' הנ"ל דהוי בגדר ודאי וממילא לא הוי דברים שבלב כי לפמ"ש תוס' והר"ן בכתובות בפ' האשה שנפלו גבי מברחת באומדנא דמוכח לכל כוונתו לא הוי דברים שבלב והם דברים והכא הוי אומדנא דמוכח לכל בני אדם כוונתם לבסוף כיון שכן דרך כל בני אדם שעושים על דעת הראשונה דהא מתחילה פירש דהא משמע להדיא אף דלוקח שתק מתחילה ועד סוף ולא מיחה למוכר על תנאי זה מה

שאמר בתחילתו של מקח שמוכר אדעתא דהכי מ"מ כיון שלא אמר בגמר המקח לא מהני ואמאי בימא כל העושה כו' ובשגם בקרקע דאמרינן אפילו בספק שעומד בחזקת בעלים הראשונים ותנאי כפול לא בעינן כמ"ש תוס' שם דסגי בגילוי דעת ודוחק לחלק דהיכי שענין שעושה תולה בדעתו לבד סומך על דעתו הראשון ואינו כופל דבריו בגמר הענין והיינו האי דמס' שבת ומס' זבחי' ותשובת הר"אש בגירושין שתלוי רק בדעתו משא"כ הכא כיון שבעינן נמי דעת לוקח כיון שלא פירש בשעת המקח בשעה שדרכן של בני אדם לפרש הענין מוכח שחזר מחשבתו הראשונה אך לכאורה מוכרחין אנו לחלק כן כיון שדרך בכל המוכרים ולוקחים לפר' בשעת גמר המקח וזה שונה מוכח שחזר, דאל"כ יהיה סתירה לסוגי' הנ"ל ועדיין צריך עיון בזה, ואכתי קשה אמי אי' בש"ס ופוסקי' בהרבה דוכתי לכלל מוסכם דאמרינן כל העושה כו' והיינו הוכיח תחילתו על סופי ולא חיישינן לנמלך שחזר מדעתו הראשונה הא בהאי דהכותב כו' בב"ב דף קל"ח וחולין דף ל"ט סובר הרמב"ם וסייעתו כמ"ש לעיל כמה פעמים דהוא ספק אי אמרינן הוכיח סופו על תחילתו והיינו דחיישינן שנשתנה דעתו ועיין ברמב"ן הובא בר"ן גיטין דף כ"ה דדעת בני אדם עשוי' להשתנות ומ"ש הוכיח תחילתו ע"ס מסופו ע"ת, ועיין ש"ות הריב"ש סי' קצ"ג וסי' תע"ט וצריך עיון על מוהרי"ק שורש קס"א שכתב לכלל מוסכם:

נה ובדרוש שדרשתי בעיר ואם בישראל ק"ק פראג המעוטרה זהו איזה שנים אמרתי לישב ע"פי כלל דכל העושה ע"ד הראשונה הוא עושה סוגי' דמס' בבא בתרא דף י' ע"ב תניא אמר ר' יוחנן בן זכאי לתלמידיו בני מהו זה שאמר הכתוב (משלי י"ד) צדקה תרומם גוי וחסד לאומים חטאת, נענה ר' אלעזר צדקה וכו' אלו ישראל וחסד כו' כל צדקה וחסד שעושין ע"ז חטאת הוא להם שאינן עושין אלא להתגדל בו שנאמר עזרא ו' די להון מהקרבין ניחוחין לאלה' דשמיא ומצלין לחיי' מלכא ובנוהי, ודעביד הכי לאו צדקה גמורה הוא והתני' האומר סלע זו לצדקה בשביל שיחי' בני ובשביל שאזכה לחיי העולם ה"ז צדיק גמור לא קשי' כאן בישראל כאן באומת העולם עי' רש"י הרי זה צדיק גמור על דבר זה ומחשבה זו, כאן בישראל דעתן לשמים בין יחי' בין לא יחי' אינו מהרהר אחר מידת הדין אבל כותי אינו נותן אלא על מנת כן ואם לאו מתחרט עכ"ל, ובכוונת רש"י שפי' ה"ז צדיק גמור על מחשבה זו, נראה בפשיטות דהוי קשה לי' מאי פריך הש"ס דלמא שאני בעלמא דליכא הוכחה שאינו תוהא על הראשונות משא"כ הכא דלמא מיירי שנתן הסלע אחר כך אף שכבר מת הבן, וא"כ חזינן שנתן בלב שלם ואינו תוהא לכן הוי צדיק גמור, לזה פירש דקו' הש"ס הוא ממשמעות הלשון שמשמע שנקרא צדיק

גמור על מחשבה, ודיבור שאמר אף שיש ספק דלמא יתהא על הראשונות ובמשמעות לשון הברייתא האומר כו' משמע מיד כשאומר אף שעדיין לא נתן לצדקה ה"ז צדיק גמור וזהו פשוט והנה תוס' במס' פסחים דף ח' ע"ב בד"ה שיזכה הקשו מהא דתנן במס' אבות אל תהיו כעבדים המשמשין אם הרב על מנת לקבל פרס ואמאי הוא צדיק גמור כשאומר בשביל שיחי' בני ותי' וז"ל היינו בכה"ג שאם לא תבוא לו את הטובה שהוא מצפה תוהא ומתחרט על הצדקה שעשה אבל מי שאינו תוהא ומתחרט ה"ז צדיק גמור יע"ש ועיין תוס' במס' ראש השנה דף ד' ע"א ד"ה בשביל ובמס' ע"ז דף י"ט ע"א ד"ה על מנת ולכאורה יש לדקדק בדבריהם דהא מלשון הברייתא משמע מיד משעת אמירה שאומר ה"ז סלע לצדקה הוא צדיק גמור כמ"ש רש"י אף שהוא ספק דלמא יהי' תוהא ומדוע כינה אותו בשם צדיק וכבר ארז"ל אל תאמין בעצמך כו' ותו קשה לפי דבריהם משמע שישראל ועכ"ם שוין ובש"ס מבואר שיש חילוק בין ישראל לעכ"ם וידעתי כי יש לדחות ולישב אבל בעינא לומר תירץ מרווח, ותו קשה אמאי אי' בברייתא בשביל שיחי' בני ובמס' אבות אי' בלשון על מנת לקבל פרס ולא אמר בשביל, ונראה ליישב הסוגי' ע"פי שלשה כללים:

כלל א

כל העושה על דעת הראשונה הוא עושה ולא חיישינן לנמלך ונשתנה דעתו:

כלל ב

לפי דעת רוב הפוסקים הלכה כר' מאיר דאמר בקידושין דף ס"ב כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן ובעינן כפול ותנאי קודם למעשה ושאר כללי תנאים, ודעת רוב הפוסקי' דבעינן שאמירת התנאי יהי' קודם למעשה כמו התם אם יעברו הוא התנאי ואחר כך אמירת המעשה משא"כ כשאומר המעשה קודם לתנאי התנאי בטל ומעשה קיים, אמנם דעת רמב"ם בפרק ו' מאישות הלכה ד' דוקא שהקדים מעשה בפועל שעשה ואח"כ התנה התנאי התנאי בטל ומעשה קיים אף אם לא יתקיים התנאי אבל אם לא עשה מעש' אף שהקדים באמירה המעשה קודם לתנאי לא אמרינן שתנאי בטל ומעשה קיים ועיין בה"המ וכסף משנה ולענ"ד גם רש"י סובר כרמב"ם דאי במס' דף י"ט ע"ב בעי מני' מר' יוחנן האומר הרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה הריני נזיר ואגלח ממעות מעשר שני מהו א"ל נדור ואינו יוצא נזיר ואינו מגלח, פי' רש"י כיון דאמר הרי עלי נתחייב דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי וכי הדר ואמר על מנת לאו מילתא הוא יע"ש והבין בתרומת הדשן סי' ש"נ לרש"י ותוס' הטעם משום דאמרינן תפוס לשון ראשון דלא למיהדר בי' כמו דמשמע הבנת ראב"ד ורמב"ן ואולם בספר מכתב מאלי' שער ח'

סי' ו' כתב דמלשון רש"י לא משמע כן דאי כדבריו למה אמר לשון על מנת הא הגמ' לא קאמר רק לשון ואצא ויוצדק ג"כ הטעם משום תפוס לשון ראשון לכן פי' דסובר כאחרים שהובא בס' המאור דהכא הוי המעשה קודם לתנאי דאמר עלי תודה ואצא בה ידי חובתו לכן בטיל התנאי ומעשה קיים וא"כ סובר ר' יוחנן דבעינן תנאי קודם למעשה וקשה הא אי' בירושלמי בערבין בפ"ב והובא ברשב"א בחי' לגיטין דף ע"ה גבי הא דאיתקן שמואל אמר ר' אבוהו בשם ר' יוחנן סדר הסמפון כך הוא אנא פב"פ מקדש אני לך אנת פב"פ ואכניסך ליום פלן ואי אתי ליום פלן, ולא כנסתיך לא ליהוי לי עליך כלום ע"ש, א"כ המעשה קודם לתנאי ואפ"ה הוי תנאי וא"כ ר' יוחנן סותר א"ע אע"כ דסובר כמ"ש רמב"ם דעיקר מעשה קודם לתנאי היינו כשנעשה מעשה בפועל קודם אמירת התנאי ולכן התם בנודר שפיר כתב רש"י כמ"ש שם בספר מכתב מאלי' דהוי מעשה בפועל כיון דאמירה לגבה הוי כמסירה להדיוט הוי כמעשה בפועל, משא"כ בסמפון שהוא רק אמירה לבד היה קודם התנאי הוי תנאי מעלי', הגם שרמב"ם כתב בפ"ב מחגיגה טעם אחר מ"מ יש לו תנא דמסייע לפירושו מרש"י שהוא עמוד העולם:

כלל ג

דעת רמב"ם בפרק ב' מאישות דבעל מנת ומעכשיו אין צריך לכפילת התנאי ולשאר כללי תנאים כי כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ובמעכשיו אין צריך לכללי תנאים ועיין בה"המ שם וב"ש סי' ל"ח ומעתה נבוא לישב קו' תוספת הנ"ל, דהנה הכא כשאומר סלע זו לצדקה בשביל שיחי' בני כיון שלא כפל התנאי שבאם לא יחי' לא יתן, מחויב ליתן אף אם לא יתקיים התנאי, דהא כשלא כפל התנאי בטל ומעשה קיים ותו דהכא הוי המעשה קודם לתנאי לא מבעי' לפוסקי' דבאמירת המעשה לבד הוי קודם לתנאי, דהכא כשאומר הרי סלע זו לצדקה הוא אמירת המעשה והתנאי הוא בשביל שיחיה בני ואף אם לא יתקיים התנאי קם המעשה ומחויב ליתן ואפי' לרמב"ם הכא הוי כמעשה בפועל לפמ"ש תוס' במס' מנחות דף פ"א הובא בש"ך ח"מ סי' רנ"ה סק"ה וכ"כ רמב"ם דבהקדש אפי' תוך כדי דיבור אין יכול לחזור דאמירה לגבוה הוי כמסירה להדיוט וה"ה אמירה לצדקה לדעת כמה פוסקים האמירה כמסירה (עיין י"ד ש"ך סי' רנ"ח ס"ק כ"ה ובש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק ב', ורמ"א י"ד סי' רנ"ח סעיף ז' ש"ך ס"ק י"ד ובתומים סי' ס"ו ס"ק ב') א"כ מיד שאמר ה"ז סלע לצדקה הוי אמירה כמסירה דהא אין יכול לחזור אפי' תוך כדי דיבור הוי כמעשה בפועל וכמו בתודה וכסברת רש"י הנ"ל וכיון דליכא כללי תנאים התנאי בטל ומעשה קיים וכיון דבידו הי' להתנות בכללי תנאים אם הי' בדעתו שיתן רק על מנת שיחי' בנו הי' מרויח שלא הי' נותן אם לא יתקיים

התנאי בודאי מוכח שכוונתו הי' בין יחי' בין לא יחי' לקיים מצות צדקה ג"כ ועיין רש"י שם בפסחים וכיון שעכשיו חזינן בדעתו שעושה המצוה בשלימות לא חיישינן אולי אח"כ כשלא יתקיים התנאי אף שלא יכול לחזור על הסלע מ"מ יתחרט בלב ויהיה תוהא על ראשונות דהא אמרינן כל העושה כו' הוכיח תחילתו על סופו כיון דעכשיו עומד בחזקת כשרות גם לבסוף לא ישתנה דעתו ויעשה מצות צדקה אחר כך על דעתו הראשונה ולא ישתנה דעתו וז"ש רש"י ה"ז צדיק גמור על מחשבה ואמירה ר"ל מיד כשאמר בלשון הזה אף שעדיין לא נתן ה"ז צדיק גמור ולכן מדייק התנא דוקא בשביל, אבל אם הי' אומר על מנת שיחי' בני כיון דקיי"ל כל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ואין צריך לכללי תנאים וליכא הוכחה באמת לא נקרא צדיק גמור על האמירה כנ"ל ברש"י דלמא אין כוונתו לעשות המצוה בשלימות רק להנאתו ועיקר הוכחה בא מחמת שאמר בשביל ראוי לקרות צדיק גמור וכל זה בישראל אבל בעכו"ם כיון דהא דבעינן כתנאי ב"ג וב"ר הוא מכח שניתנה תורה לישראל וחידש הוא שחידשה תורה דבעינן כללי תנאים, ולעכ"ום שלא ניתנה תורה נשאר על סברא חיצונה דמכלל הן נשמע לאו שכן הדעת מכרעת ואף כשאמר בשביל הוי כאומר להדיא שאם לא יהי' כן יהיה בטל וכאילו אמר על מנת ובאם לא יתקיים התנאי בידו לחזור מדיבורו וא"כ ליכא הוכחה ולא שייך הוכיח תחילתו על סופו, לכן חטאת הוא להם אמנם בהאי דמס' אבות דאמר אל תהיו כעבדים המשמחין את הרב על מנת לקבל פרס דכיון שיהי' עושה על מנת הוי כאילו פירש להדיא בשעת מעשה שבאם לא יתקיים הפרס יהיה תוהא דהא לשון על מנת מורה להדיא על הלאו דהא אין צריך אפילו לכפול התנאי לכן אסור דהא חזינן בהדיא שתוהא אלא הוי כעבדים המשמשין את הרב שלא ע"מ לקבל פרס היינו אף אם יעשה המצוה אף להנאת עצמו גם כן דמותר כמ"ש רש"י בפסחים שם, בלבד שלא יהי' בגדר על מנת רק בגדר בשביל לקבל פרס, ולק"מ קו' תוספת ובזה מדוייק נמי לשון רש"י שכ' וז"ל אבל או"ה אינם נותנים אלא ע"מ כן ובאם לאו מתחרטים יע"ש והיינו כמ"ש ויש לכוין כן ג"כ בלשון תוספת שמ"ש היינו בכה"ג שאם לא תבוא כו' ר"ל כיון שאומר על מנת, ואם כן דברי תוספת מדויקים דהא עיקר חילוק בין ישראל לעכ"ום הוא כשאומר בשביל אבל כשאומר על מנת שוה לעכ"ום ואף שתוס' לית להו כלל של רמב"ם הנ"ל דסוברים אפילו מעכשיו ועל מנת צריך לכפול התנאי ושאר כללי תנאי עיין בית יוסף אבן העזר בסימן ל"ח וכן משמע בתוספת מסכת יו"ט הנ"ל, מכל מקום ידוע שהרבה בעלי תוספת היו וי"ל תוספת במסכת פסחים סוברים כרמב"ם בזה וא"ש ודוק ועוד הארכתי בדרוש ואין כאן מקומו:

כלל ה

יבואר דין הודאת בעל דין באיסורים ובו י"ח פרטים

פרט א

יבואר מאיזה טעם קיי"ל דאמרינן שויה אנפשי' חתיכה דאיסורא:

א יש לחקור במה דאית' במס' כתובות דף ט' ע"א ובדף כ"ב ע"א ודף כ"ג ע"ב ובמס' קידושין דף ס"ה ע"א להלכה פסוקה דאפילו בדבר המותר יכול לשוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא מאיזה טעם נאסר וראיתי שנחלקו בזה אבות העולם הרשב"א בתשובת הובא בבית יוסף אבן העזר בסימן מ"ח בסופו כתב וז"ל ואפילו יכחישנו העד שוויה קרובת' אנפשי' ח"דא והוא נאמן על עצמו יותר מק' עדים יע"ש וכ"כ בשלטי גבירים בכתובו' דף כ"ג ע"ב בשם ריא"ז והובא במשנה למלך בפ"ט מאישות הט"ו וכ"כ בש"ות חכם צבי סימן מ"ז שהוא מטעם נאמנות שאדם נאמן ע"ע יותר מק' עדים, ואולם בש"ות מוהר"ר יחיאל באסון זלה"ה סימן פ' כתב וז"ל ונראה בכל מקום שאמרו שוויי' אנפשי' ח"דא אפשר דמדין נדר איסור נגעו בו, ואע"פ שאינו ממש כנדר, דהא לא מצינו בהם התרת חכם, אולי החמירו בענינים אלו כמו בנזירת שמשון דליתא בשאלה, ואפשר לומר דאינו אלא מדין הודאת בעל דבר ואפילו לענין איסורא במה שנוגע לעצמו עכ"ל. וכמו כן ראיתי בספר שער המלך בפרק ט' מאישות הלכה ט"ז כתב בשם ספר משפטי צדק דחשיב כאלו אסרו ע"ע בנדר ואף דבעינן מתפיס בדבר הנדור ולא בדבר האסור היינו דוקא כשאסרו עליו דרך התפסה אבל יוכל לאוסרו ע"ע דרך קנס לומר פתי פת כותי' יע"ש ואולם מ"ש בס' שער המלך שכן הוא כוונת מוהר"י טראני בש"ות חלק א' סימן צ"ב שהיא מטעם נדר אשתמיטתי' מיני' דמר במכ"ת מ"ש מוהרי"ט בספר ב' חלק ג' סימן א' דף ל"ה וז"ל ולא תימא דהא דאמרינן שוויא אנפשי' ח"דא היינו שהיא מותרת לו אלא שדיבורו אוסרו כדין קונמת והי' יכול לשאול עליו דא"כ מאי קמקשי תוספת קידושין דף ס"ו ע"א בד"ה רבא דאיהו לא מיירי אלא לענין איסור ערוה ולא לענין נדר דאיתא בשאלה, כו' יע"ש ונראה דסובר כפוסקים הנ"ל מהוא מטעם נאמנות לחובתו כמו בממון דהודאת בע"ד לחובתו כמאה עדים, ובטור ח"מ בבית יוסף סימן כ"ט במה שכ' שם על דברי מרדכי לאו למימרא דבדיני נפשות הודאת בע"ד מילתא היא אלא לומר דאי לא הכחישתן הא שווי' נפשה ח"דא ובעי גט יע"ש משמע קצת דשווי' נפשי' ח"דא אינו מטעם הודאה. ויש לדחות, ועיין תוספת יבמות דף כ"ה ע"ב ד"ה לימא וראיתי לאחד קדוש מדבר והוא בש"ות נודע ביהודה מה"ב חלק אבן העזר סימן כ"ג שתמה על הרב השואל שחשב לומר שהוא מטעם נדר וחשבו כטועה ובעינינו ראינו שכן הוא דעת

גדולי חכמי ספרדים זלה"ה ומה שתמה שם וז"ל ואיזה נדר ואיזה לשון שבועה או קונם יש כאן או במה מתפיס ולדבריו אם יאמר אחד ביום שני בשבת שהיום שבת יהי' אסור במלאכה מטעם נדר ואם כדבריו איך אמר לי' ר' עקיבא לר' יהושע במס' ראש השנה דף כ"ה ע"א שילך אצל ר"ג ביו"הכ שחל להיות בחשבונו ולמה לא נימא דר"י שווי' אנפשי' ח"דא מטעם נדר א"ו כל זה שטות והוא מטעם דאדם נאמן ע"ע יע"ש לענ"ד לק"מ דהא דאמרינן שהוא מטעם נדר הוא כשיודע צד ההיתר ומ"מ אוסר ע"ע וכעין נידון דרשב"א בי"ד סימן א' בעדים מעידים ששחטה והוא מכחישם וכיוצא בזה אמרינן שכוונתו הי' לאסור ע"ע אף שיודע האמת כדברי העדים, משא"כ התם לא רצה ר' יהושע לאסור ע"ע המלאכה באותו יום כי אם מצד שהי חושב שבאמת הוא יום כיפורים ושלא יוכל ר"ג להורות להיפוך, ולכן באמת הי' מיצר וכאשר אמר לו ר' עקיבא שכל מה שעושה ר"ג כדין הוא עושה ע"פי דין תורה ועל פי דין אינו יו"הכ ממילא לא נאסר המלאכה עליו כי אדעתי' דהכא לא אסר ע"ע המלאכה והרי לא עדיף מנדר ממש היכא שתולה נדרו בדבר אי' במס' נדרים דף ס"ה ע"א בר"ן בשם ירושלמי דשרי אפילו בלא שאלת חכם וכיו"ב כ' בס' שער המלך בשם תשב"ץ היכי שאומרת נתקדשתי בפני פלוני ופלוני עדים והן מכחישין אותה דלא שווי' נפשי' ח"דא ותלתה האיסור באותן עדים וכיון דליכא עדים ליכא איסורא, וה"ה דהוי כתולה האיסור משום שחשב שהוא יו"הכ וכיון שעל פי דין אינו יום הכפורים שיפה כת ד"ג להורות להיפך לא חל האיסור עליו:

ש ומה שתמה איזה התפסה יש כאן, מבואר הישוב בס' משפט צדק הנ"ל:

אמנם יש לעיין מהא דאית' במס' קידושין דף ס"ג ע"ב דנחלקו רבא סובר דאב נאמן לאיסורא ולא לקטלה, רב אסי אמר סוקלין לכולה מילתא מהימנא רחמנא לאב, ואמר רב אסי ומדינא באומרת נתקדשתי אין סוקלין (אם זנתה אח"כ) ואמר רב אסי הני שמעתתא דידי מרפסין איגרא כו' ולא היא לאב הימנא רחמנא לדידה לא הימנא ופי' רש"י לאב הימנא הלכך סוקלין לדידה לא הימנא ואין סוקלין ולענין דיני נפשות לא קטלינן משום חששא ולענין איסורא טעמא אחרינא הוא משום דשוותי' לנפשי' חתיכה דאיסורא יע"ש משמע להדיא מלשון הש"ס ורש"י דאינו מטעם נאמנות, ואולם בלשון המ"ס י"ל הכוונה לאב הימנא רחמנא כאילו הי' עדים שנאמנים אפילו לגבי אחרים דהא בע"כ אינו מטעם נאמנות והודאת בע"ד דהא הוא מעיד לגבי בת ומ"מ האמינו תורה כאילו הי' עדים אבל היא אינה נאמנת מצד דהוי כעדים רק לגבי עצמה נאמנת לחובתה כעדים וכיון דאמרה תורה דהודאת בע"ד לא מהני לגבי עצמו לענין שיהי' נהרג ע"פי עצמו כי בד"נ ל"מ הודאת בע"ד לכן לא מהני אך לשון רש"י שכ' ולענין איסורה טעמא אחרינא הוא

לא מדוקדק כ"כ לפי דברינו, ואולי מ"ש הפוסקי' שהוא מטעם נאמנת הוא רק לרבא דקיי"ל כוותי' מכ"ש רמב"ם בפ' כ"א מא"ב הכ"ג ושוה הבת לאב שלא הימנא רחמנא רק לאיסורא, אבל לר"א הוא מטעם כדר וצריך עיון:

פרט ב

יבואר לשיטות רש"י שוויה נפשי' ח"דא הוא מטעם הודא' ולשיטת תוספת הטעם נדר:
ב גרסינן במס' יבמות דף קי"ח ע"ב האשה שהלכה היא ובעלה למדינת הים ובנה עמהם ובאה ואמרה מת בעלי ואח"כ מת בני נאמנת מת בכי ואח"כ בעלי א"נ וחוששין לדבריה וחולצת לא מתייבמת, פי' רש"י א"נ להתייבם לו וחושש לדברי' דאפקי' נפשה מחזקה ולא משתרי בלא חליצה דשות' אנפשה חתיכה דאיסורא מעלמא יע"ש:
ניתן לי בן במדינת הים ואמרה מת בני ואח"כ בעלי נאמנת מת בעלי ואח"כ בני א"נ וחוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת, בעי' מיני' רבא מר' נחמן המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו כיון דסני' לי' זכות הוא לה וזכין לאדם שלא בפניו, או דילמא כיון דזמנין דרחמא לי' חוב הוא לה ואין חבין לאדם שלא בפניו א"ל תנינ' חוששין לדברי' וחולצת ולא מתייבמת פי' רש"י מדקתני בתרוייהו חוששין ביצאה בחזקת היתר לשוק ובאה והחזיקה עצמה ליבם וקתני חוששין ולא אמרי' אוקמ' אחזקה ותנשא דהא ודאי משקרה ומשום דמרחמא ליה קאמרה אלמא לא מחזקינן לה באהבה, ומדקתני בחזקת יוצאה ליבם ובאה והחזיקה עצמה לשוק כגון ניתן לי בן ומת בעלי ואח"כ בני וקתני חוששין ולא תתייבם ולא אמרינן ודאי משקרת משום דסני' לי' קאמרה אלמא זימנין דלא סגי' לי' אלמא מספקא לן וגבי זכה גט נמי מספקא לן אי רחמא לי' וחוב הוא לה, או סני' לי' וזכות הוא לה ותחלוץ ולא תתייבם ע"ש, ובתוס' ד"ה א"ל תנינא וחוששין לדברי' כתבו וז"ל וא"ת הא דאינה מתייבמת משום דשווית' לנפשה ח"דא ויש לומר דדייק לי' מדקתני חולצת ומשמע שכן הדין מדלא קאמר מבקשין לחלוץ, א"נ משמע דחולצת אפילו נתנה אמתלא לדבריה עכ"ל:
ועיין במס' כתובות דף כ"ב ע"א, ולכאורה לא הבנתי קו' תוס' דאפילו אי נימא הא דאינה מתייבמת משום דשווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא כמ"ש רש"י מ"מ פשוט שפיר דבע"כ מספקא לן וזימנן דלא סני' ליבם, דאי ודאי סני' לי' אמאי בסיפא אסורה להתייבם, וא"י לחזור בלי אמתלא כמו דקיי"ל בכל מקום היכי דשווי' אנפשי' ח"דא כיון דהטעם דאמרינן בכל מקום שוויה כתבתי בפרט א' בשם רשב"א וסיעתו שהוא מטעם הודאת בע"ד שאדם נאמן ע"ע לחובתו יותר מעדים ומכ"ש נגד חזקה, וכעין הודאת בע"ד בממון, ודוקא לחובתו נאמן אבל א"נ לזכותו כי ודאי משקר ואי ודאי סני' ליבם אמירתה הוא

לזכותי' א"נ לאוסרה א"ע עליו, אע"כ זימנין דלא סני' לי' לכן אסורה להתייבם מטעם שווי' כו' כי מספקא לן אולי הודאתה הוא לחובתה דרחמי' לי' ומ"מ אסרה א"ע עלי', וכמו כן מוכח מרישא דאי וודאי מרחמא לי' אמאי לא תנשא לשוק מחמת חזקת היתר המסייע לה דלא הוי הודאה כיון שהוא לזכות אע"כ דזימנן דסני לי' וחיישינן דלמא סני לי' ומ"מ מודית לחובתה ולכן חוששין לדבריה ויש לכוין כן בלשון רש"י וכן מוכח מדברי רש"י במתני' וא"כ משווי' נפשי' ח"דא קפשיט ר' נחמן, ותו יש לתמוה על תי' ראשון של תוס', כי המעיין יראה שסמכו דבריהם רק אסיפא כמ"ש מה מהרש"א (ועיין במשנה למלך בפ"ט מהלכות גירושין הלכה א' בסופו והמעיין במהרש"א לק"מ קושי' מ"ל) א"כ האיך שייך לומר מבקשין לחלוץ הא כיון דשווי' אנפשי' ח"דא על היבם מחויב לחלוץ לה דאין מאכילין לאדם דבר האסור לו אטו מי אלים שיעבוד היבם עליה משעבוד הבעל על אשתו ואי' במס' נדרי' דף צ' ע"א למשנה ראשונה האומרת טמאה אני לך יוצאת ונטלת כתובתה פי' רש"י והר"ן בע"כ של בעל יע"ש משום שווי' נפשה ח"דא וה"ה כאן ואין לומר שכוונתם הוא כמו שאמרו במשנה אחרונה שא"נ מטעם שמא עיני' נותנת באחר עקרו דין תורה, וה"ה וכדי שלא תפקיע א"ע מיבם ותתן עיני' באחר, עקרו ד"ת ואין כופין לחלוץ רק מבקשין, דז"א דהנה תוספת הקשו שם על משנה אחרונה האיך יכול לעקר דין תורה שאסור עליו משום שווי' נפשיה ח"דא ותירצו כיון דיש לחוש שמא עיניה נתנה באחר יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בסברא גדולה כזאת ובר"ן מובא תי' זה ומסביר דגדר גדול גדרו טלא תתן עיניה באחר, ומה שהקשה הר"ן ע"ז שאין יכולין לעקור בקום ועשה, כבר ישבו תוס' בלשונם הצח במה שכתבו בסברא גדולה כזאת וכוונתם למ"ש ביבמות דף פ"ח ע"א ד"ה מתוך ודף פ"ט ע"ב ד"ה כיון, וגדר שגדרו חכמים בכל מקום לעקור דאורייתא הוא רק במילתא דשכיח, וכעין דאי' בהרבה דוכתי (עיין במס' יו"ט דף ג' ודף י"ט ע"א) במלתא דלא שכיח לא גזרו רבנן, ה"ה בתקנת חכמים לא תקנו במילתא דלא שכיח והתם הגדר הוא במילתא דשכיח דכל הנשים יכולין להפקיע א"ע מבעלה בטענת טמאה אני לך ויהיה גט מעושה שלא כדין משא"כ הכא ברוב נשים שהם עם בעליהם במדינה אחת לא מצית להפקיע א"ע מיבם ולומר ניתן לי בן כיון שמוחזקת באין לה בנים רק לעיתים רחוקים כשתלך עם בעלה למדינת הים, והוא מילתא דלא שכיח ולא שייך ע"ז גדר לעקור משום מילתא דלא שכיח דין תורה:

הן אמת שראיתי שמשנה למלך בפ"ד ממלוה ולוה הלכה י"ג שהביאו דע' הרד"כ בתשובה דוקא בגדרי' וסייגים לא גזרו במילת' דלא שכיח, אבל בשאין הענין משום גדר

רק שרצו לזכות את ישראל והוא תקנה תקנו, אף בלא שכיח, וכן משמע בפסקי מהרי"א סי' רס"ו, אבל המעיין שם היטב יראה שיש לחלק ותו הא מוהרי"ט הובא בס' שארית יהודא סי' כ"ה חולק ואפילו בתקנה לא תקנו היכא דלא שכיח, כמ"ש מ"למ בשמו וכן בתשו' מוהר"י ב"ל סי' ע"ו וחכם צבי סימן ס"א הוכיחו מב"מ דף ס"ט דאית' להדיא גבי משיכה בלא שכיח לא תקנו רבנן, וא"כ הכא אף שתקנה יהי' לטובת היבמים שלא יכולין להפקיע א"ע מ"מ לא שייך תקנה במילתא דלא שכיח, הגם דהר"ן כ' בשם אחרים תירץ אחר על קושי' תוס' הנ"ל דמדינא אין האשה נאמנת להפקיע א"ע מבעלה שהיא משועבדת לו רק משום דטמאה אני לך כיסופא לה תקנו במשנה ראשונה להאמינה דאי לאו דקושטא קאמרה לא הי' מזלזלת נפשה למימר הכי ומכי חזי רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהי' נותנת עיני' אוקמא אדינא יע"ש מ"מ תוס' דלית להו תי' הנ"ל בע"כ סוברים שמצי להפקיע א"ע משיעבוד הבעל, וה"ה משיעבוד שיש ליבם עליה, ותו לפי דעת כמה אחרונים דבארוסה מצי להפקיע א"ע משעבוד הארוס והשעבוד שיש ליבם עליה הוי רק כשעבוד ארוס וארוסה, וכן מצאתי שכ"כ בעל קצ"הח, וא"כ כמו למשנה ראשונה אף שמשועבדת לבעל מ"מ יכולה לכופו ולהפקיע משעבוד אף שהאיסור הוא רק משום לתא דידה מ"מ כיון שא"א לפלוג הענין חל האיסור על הבעל משום לפני עור ה"ה אף שמשועבדת ליבם מ"מ כיון שזקוקה לחלוץ או ליבם ולפי דבריה אסורה להתייבם כופין אותו לחלוץ וא"כ דברי תוספת תמוהין, לכן נראה מוכרח דס"ל כשיטת חכמי ספרדיים ז"ל שהבאתי בפרט א' דשווי' אנפשי' ח"דא הוא מטעם נדר ואף שאומר בודאי שקר והדבר מותר מ"מ אוסרה ע"ע וא"כ שפיר הקשו האיך פשוט דאיכא ספק אי רחמא אי סני' דילמא וודאי סני' ובודאי משקרת וא"נ מ"מ אסורה ליבם מטעם דהוי כמו נדר שנדרה הנאה מיבם, וע"ז שפיר תירצו דאי' במתני' בדף קי"א ע"ב בנודרת הנאה מיבמה לאחר מיתת בעלה מבקשין ממנו שיחלוץ לה ואי מטעם שווי' נפשה ח"דא שהוא מטעם נדר אמאי תני חולצת אע"כ שכן הדין, ואולם רש"י דנקיט הטעם משום שווי' אנפשי' י"ל דסובר כשיטת רשב"א וסיעתו שהוא מטעם הודאה. שוב ראיתי בספ' קרבן העדה בהלכה ט' שהביא דברי תוספת הנ"ל וכתב וז"ל ויש לתמוה הרבה חדא לפי' רש"י במתני' טעמא דחוששין לדברי' משום דשוי נפשה ח"דא א"כ מאי קמפריש בגמ' בד"ה וחוששין כו' ולא אמרינן אוקי אחזקה ותנשא כו' הא ודאי אסירה משום דשווי' נפשה ח"דא ומאי מהני חזקה לכך, גם מה שתירצו מדלא קתני מבקשין לחלוץ לא ידעתי למה מבקשין ודאי דכופין דהא איהו אינו יודע האמת ואינו ראוי ליבם למה לא נכפנו לחלוץ ולא דמי להאי דתנן לעיל בפרק ב"ש דהתם ברישא הוא מכחישה ואומר

שאין צריך חליצה ובסיפא היא הגורמת שאינה ראוי ליבם משא"כ כאן דאפשר שדברי' אמיתים יע"ש שהניח [בצ"ע ולפמ"ש לק"מ דרש"י סובר שהוא מטעם הודאה ושפיר פשיט ר"נ ותוספת סוברים שהוא מטעם נדר ושפיר תירצו אמנם אכתי דברי תוספת צריכין ביאור, לשיטתם דאינו מטעם שווי' נפשה חתיכה דאיסור', רק מן הדין נאמנת, אמאי תהי' נאמנת ע"פי דין מטעם עדות להפקיע את עצמה מחזקה כיון שהיתה עד עתה בחזקת זקוקה ליבם, הא קיי"ל אין עד אחד נאמן נגד החזקה בדבר שבערוה רק לענין מיתת בעלה נאמנת אבל א"נ להפקיע א"ע מיבם דאינה נאמנת לומר מתיבמי שתנשא כדאי' במתני' ויבמה לשוק הוי דבר שבערוה כמ"ש המרדכי בפ' מצות חליצה (ומה שדחה בתשו' נ"בי אבן העזר כתבתי בכלל ע"א) ואמאי נאמנת בסיפא להפקיע א"ע מיבם שלא יהי' מיבם אותה רק לחלוץ. ולכאורה י"ל דס"ל לתוס' דהא דאין עד אחד נאמן נגד חזקה בדבר שבערוה לכ"ע היינו היכא דעד רוצה להפקיע האיסור לגמרי כעין דאי' במתני' שאמרה מת יבמי שתנשא לשוק בלי שום חליצה כיון שאין לה יבם, משא"כ הכא כיון שנגד חזקת האיסור לשוק יש לה תקנה ע"י חליצה, א"כ לא מבעי' אי מצות חליצה קודמת נאמן ע"א וה"ה בע"ד דכל מקו' שע"א נאמן ה"ה בעל דבר, שמחויב לחלוץ לה ואפילו למ"ד מצות יבום קודמת כיון דגם בחליצה נפטרת מיבם ומותרת לשוק אין הענין והעדות נוגע רק למצוה בכה"ג נאמן עד או בע"ד היכי שאין לנו הוכחה שמשקרין כיון שאינו מעידים בדבר שבערוה, וא"כ לפי דברי תוספת דר' נחמן פושט מסיפא דניתן לי בן כמ"ש מוהרש"א א"ש ואומר דברישא שהיתה בחזקת היתר לשוק וע"י דיבורה אוסרת א"ע לשוק אינה מפקעת השיעבד שיש לכ"ע עליה ביון דהיא בעלת בחירה ואיזה שיעבוד יש לכ"ע עליה, רק דפשיט מסיפא דניתן לי בן שהיא בחזקה זקוקה ליבם א"כ למ"ד דמצות יבום קודמת מלבד דמפקעת א"ע ממצוה אף גם מפקעת א"ע משעבוד שהיה ליבם עליה מדעתה ואיכא חוב ליבם, ואם בודאי סני' ליבם אמאי נאמנת אע"כ דהוא דלמא אמרה אמת דמרחמא ליה ובכה"ג כשבא ע"א שבודאי אינו נוגע ואמר כן שניתן לה בן ומת הבעל ואח"כ הבן ג"כ הדין שחולצת ולא מתייבמת אף לפוסקים דאין ע"א נאמן ביבמה לשוק (עיין ש"ע אבן העזר סימן קנ"ח סעיף ג' וסימן קנ"ו ס"ח) כיון שאין הענין נוגע לאיסור דבר שבערוה דהא ע"י חליצה נפטרת מאיסור רק שהוא ענין הנוגע ליבם ועד דעלמא שאין לו חשש נגיעה נאמן, ולכן בדידה אף שהוא ספק דלמא משקרת דנוגעת בדבר מ"מ מספק חולצת ולא מתייבמת וחוששין לדברי' כיון שאין הענין נוגע לדבר שבערוה שוב נתתי אל לבי לעיין בהך דינא היכא שהיתה זקוקה ליבם ובא ע"א ואמר שניתן לה בן אף שאינו נאמן להתירה לשוק

אי נאמן לאוסרה על היבם ולהצריכה חליצה כיון דאינו מעיד על דבר שבערוה להתירה רק מעיד לחובת היבם, אם יש לדברינו סמך בפוסקים, וראיתי שמרן הב"ש בס' קנ"ח ס"ק ב' כת' כיו"ב בשם מו"ז הב"ח אם העד מעיד שניתן לה בן והיבם לפנינו יש להחמיר ולהצריכה חליצה, ותמה ע"ז הב"ש הא יש לחוש שמא דברי העד אמת ונמצא אתה מצריכה כרוז לכהונה, וקו' זו לק"מ על מתני' דידן דבע"כ בלא"ה מיירי הך בבא דניתן לי בן בגווני שלא יצטרך כרוז לכהונה כדאי' בדף קי"ט ע"ב וא"כ נכונים דברינו בכוונת התוספת אך אכתי אני חוכך בדין זה כיון שהעד מעיד לחובת היבם דהא זכות הוא ליבם שזוכה בה ובנכסי' כדאי' ביבמות דף מ' ע"א ובש"ע סימן קס"ג ואין ע"א קם לחובת אדם והוא בכלל לא יקום עד אחד באיש לכל עון:

ואולם בגוף דברי תוס' נראה לענ"ד דיש לפרש כוונה אחרת דבלא"ה א"ש לפמ"ש המשנה למלך בפ"ט הכ"א שכתב לפרש דברי ר"נ דפושט כיון דחזינן דברישא חוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת ואינה ניתרת לשוק אף שהיתה בחזקת היתר לשוק ובסיפא שהיתה בחזקת היתר ליבם חוששין לדבריה ואינה מתייבמת, ש"מ זימנין דרחמא לי' זימנין דסני' לי' ומש"ה ברישא אמרינן דלמא סני' לי' ואפ"ה אמרה מת בני ואח"כ מת בעלי ש"מ דקושטא קאמריה ובסיפא אמרינן דלמא מרחמי' לי' ואפ"ה אמרה מת בעלי ואח"כ מת בני ש"מ דקושטא קאמרה ומש"ה אינה מתייבמת יע"ש ואף שפי' כן בשיטת רש"י שפיר' דפשיטות הוא גם מרישא מ"מ יש לומר כ"כ לתוספת שפשיטות הוא מסיפא ג"כ הטעם שנאמנת כיון דיש הוכחה שאומרת האמת, וא"כ אף אי ע"א דעלמא אינו נאמן להפקיע זכות היבם, מ"מ היא נאמנת כיון דיש הוכחה שאומרת אמת וזהו כוונת תוספ' שכתבו שמשמע שכן הדין, ר"ל בנ"ד האשה נאמנת אף שאין ע"א נאמן בכה"ג מכל מקום הכא כשהיא אומרת כן יש הוכחה שאומרת אמת ואם הי' ודאי הוכחה הי' נאמנת להתיר לשוק בלא חליצה ועכשיו שיש לנו ספק אם איכא הוכחה דדלמא סני' ליבם וליכא הוכחה חוששין לדבריה וא"ש בפשיטות:

ג אמנם יש לחקור ומקודם נברר שני דינים:

דין א) יש לחקור לפי מה דאי' במס' יבמות דף מ' ע"א החולץ ליבמתו הרי הוא כאחד מן האחים לנחלה ואם יש אב נכסים של אב הכונס את יבמתו זכה בנכסים של אחיו וכן קיי"ל בש"ע סימן קס"ג ס"א וב' וא"כ יש כ"מ לעניין ממון דכשמייבם זוכה לבד כל הנכסים, א"כ היכא שהיא אינו רוצה להתייבם רק לחלוץ אי יכול היבם לעכב ולומר אני רוצה לייבם ולזכות בנכסי אחי בודאי למ"ד מצות חליצה קודמת פשוט שאפי' שניהם רוצין מוחין בידם, ואין לו זכות כלל בנכסים כדאי' בש"ע סימן קס"ה לשיטת ר"ת וסיעתו

רק למ"ד מצות יבום קודמת, או בידוע שנתכוונו לשם מצוה כדאי' שם סעיף א' בזה יש לדון אי יכול היבם לעכב והמעיין בפוסקים יראה שפשוט שיכול היבם לעכב ולומר אני רוצה להתיבם כדין ולזכות בנכסים כמו שמשמע להדיא מלשון רמ"א שכתב ואפי' קודם שחלץ אי תפס האב ואמר קים לי כמ"ד מצות חליצה קודמת ועל כרחן של אחין יצטרכו לחלוץ אין מוציאין נכסים מידו יע"ש הרי אם לא תפס יוכל היבם לעכב כיון דמצות יבום קודמת יש לו זכות בנכסים, ועיין ש"ות מוהרי"ק שורש ע"ג וב"ש שם ס"ק ב'. וראיתי בתרומת הדשן סימן ר"כ הובא בדרכי משה סימן קס"ג ס"ק ב' דמדינא דגמרא אע"פ שהו' חפץ ליבם והיא לא רצתה וחליץ לה לא זכה החולץ בנכסים יותר משאר אחין, וכן הובא בהגהות רמ"א שם סעיף ב' ועיינתי בגוף התשובה וכתב וז"ל לפי ההלכה חוץ מתקנת הקהלות מוכח מכמה דוכתי דהיכי דחלוץ לה גובה כתובה משלם מנכסי המת כשאר אלמנה ומותר יקח האב אם עודנו קיים שהוא קודם לכל יוצאי יריכו, ואי ליתא לאב חולקין כל האחים מותר נכסים בשוה ואין לחולץ זכות יותר בהן משאר אחיו הכי אית' בפ' החולץ ואפי' היכי דהוי בעי ליבומי אלא שהיבמה לא הי' חפיצה ומצידה לא נחסר אפ"ה לא שקיל מידי טפי מן האחין הכי משמע בפרק האשה שנפלו דף פ"א עמוד ב' מההוא דנפלה לי' יבמה מפומבדיתא וכדפירש"י התם עכ"ל ופשיט שראייתו הוא דאית' שם ההוא גברא דנפלה לי' יבמה בפומבדיתא בעי אחווא למיפסלא בגיטא מיני' (לזרוק לה גט ונאסרה על כל האחין) א"ל מאי דעתיך משום נכסי אנא בנכסי פליגנא לך, פי' רש"י משום נכסי קשה בעיניך שאכנסנה שלא אזכה בנכסי אח, כדתנן הכונס את יבמתו זכה בנכסי אחיו פליגנא לך כאלו אני חולץ לה ולא אטול אלא כמוך יע"ש הרי אף דהאי אח רצה לזרוק לה גט ואוסרה מלייבם ואם כן כוונתו הי' לאפקועי זכות ממון שהי' ליבם בנכסי' מ"מ הוצרך לפייסו דאי נימא היכי שהיבם רוצה לייבם, והמניעה בא מן האחים שפסלוהו יש לו זכות בנכסים כמקדם כיון שהם גרמהו למה פייסהו, וה"ה היכי שהיבמה מיאנה מלכנוס וחליץ לה לא שקיל טפי מן האחים, ואין להקשות אמאי לא חייב האח מטעם גרמי, ואף דדעת הראב"ד הובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק פ"א היכי דלהנאת עצמו קמכוין פטור מלשלם שלא כיון להזיק לכן יורש שמחל פטור הא רבו החולקים כמ"ש בש"ך שם דז"א דקיי"ל בחשן משפט סימן רצ"ב בש"ך ס"ק ט"ו במבטל כיסו של חבירו פטור ואם תבעו לדין וא"ל תן לי פקדוני כי יש לי ריוח ברור ומברר דבריו ומעכבו דמניעת ריוח לא הוי הפסד ועיין במשנה למלך בפרק שביעי ממלוה הי"א ומלשון הש"ס ביבמות דף מ' משמע שאין לו זכות בנכסים רק לאחר כניסה כדאי' שם הכונס את יבמתו זכה בנכסיו, ואי' הטעם יקום על שם אחיו אמר רחמנא והרי הוא קם וקודם שכנס לא

זכה וכ"כ ש"ות מוהרי"ק סימן ע"ב, דאשה הקנה לו מן השמים שיזכה בה ובנכסים הוי מניעות ריוח כשגורם לפסלו ועוד יש לחלק בכמה אופנין ופשוט דת"ד לא מיירי רק היכי שכבר חליץ לה ורוצה אח"כ לזכות בנכסי' אבל ודאי היכי שאינו רוצה לחלוץ כי אינו רוצה למחול הזכות בנכסים הדין עמו כיון דמצות יבום קודמת ויכול לומר אני רוצה ליבם ולזכות בנכסים ואם אין חפץ בי רק לחלוץ מ"מ לא אמחול הזכות בנכסי' וע"ז ליכא ראי' מהתם דהתם אי הוי פסול בגיטא לא הוי מצי שוב לכונסה וממילא לא זכה בנכסים דעיקר זכות חל לאחר כניסה וטעם גרמי פטור כנ"ל משא"כ כשהיבם רוצה לכונסה כדי שיזכה בנכסים והיא מעכבה בודאי יכול לומר אין רצוני למחול בזכות שיש לי מן הדין כיון שאין המניע' מצידי וגם אין המניעה משום חשש ספק איסור, וכמו דמוכח מפוסקי' הנ"ל ובע"כ הת"הד ורמ"א מיירי רק היכי שקודם החליצה לא הזכיר כלל שאינו מוחל הזכות בממון, וכאשר ראה שאינו רצונה ביבום חלץ לה, והוי כמחילה כיון שלא התנה מקודם לכן ומחילה אין צריך קנין דהא הנכסים לא הי' בחזקת היבם הנ"ל ואולם קשה לי ע"ז למה הוצרך הת"הד להביא ראי' מסוגי' דכתוב' הא פשוט בכל הש"ס ופוסקים דמחילה אין צריכה קנין כדאי' בתוס' סנהדרין דרין דף ו' ע"א ד"ה צריכה והלכה פסוקה בח"מ סי' י"ב ס"ח סי' רמ"א וצ"ע ועכ"פ פשוט שיבם יכול לעכב שלא ימחול זכות שלו בנכסים למ"ד יבום קודמת:

דין ב) יש לברר בכל מקום דאמרינן מספיקא חולצת ולא מתיבמת משמע מסתימת הש"ס ופוסקי' שלענין נכסי' הדין כמו בחולץ מדעתו ועיין בסימן קס"ה סעי' ד' ואינו נוטל רק כא' מן האחים ואם האב קיים יורש הכל, ולכאורה יש לחקור אמאי הא היבם יוכל לטעון ניהו לענין איסורא אזלינן לחומרא ואסורה להתייבם מספיקא מ"מ הא יש לי זכות מספיקא כי אולי ראוי לייבם ויהי' הדין כמו בספק ויבם ביבמות דף ל"ו ע"ב דחולקין כמ"ש תוספת דאפילו רבנן דסמכוס מודו כיון ששניהם שוין ואין שום אחד מוחזק יותר מחבירו, וה"ה יש לנו ספק בין יבם לאחיו או עם אב יהיה הדין כדין ממון המוטל בספק, ולשיטת רשב"ם בבבא בתרא דף קנ"ח עמוד ב' ד"ה אלו, היכי שאחד הוא וודאי יורש בחציו אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי ראוי לומר אם הסכסוך ביני ובין האחים יש לו דין אין ספק מוציא מידי וודאי, כי אפי' לדבריהם יש לו זכות בנכסי' כאחד מהם ונגד האב יש לו דין ספק וספק, ולתוס' שם ד"ה נפל וביבמות דף ל"ח ע"א ד"ה הוי דאין זו סברא כיון שהוא וודאי במקצת יהי' וודאי בכולה וכמ"ש ג"כ במס' ב"מ דף ב' ע"א ד"ה וזה בכל גווני הוי כספק וספק, כמו בספק ויבם ותו דיש לצדד ולומר לפי מה שראיתי בש"ות מוהר"א ששון סי' קצ"ה שכתב שנחלקו תוס' במס' יבמות עם הר"ן,

להר"ן כל זמן שלא מייבם ידו עם יד אחיו שווין ומיקרו כל אחד מוחזק על חלקו ועיקר חזקת היבם מתחיל לאחר יבום ולרש"י ותוס' משמע שיש ליבם יותר זכות כיון דעומד לינשא ואין יד שניהם שווין (ועיין ב"ש סי' ק"ס ועיין בפני יהושע בכתובו' שם בד"ה אע"ג שצידד לומר כן בכוונת רס"י דחשבינן ליבם כאילו הוא מוחזק ועומד, ועיין יבמות דף ל"ח ע"א וכבר קדמו מהר"אש בזה, ועיין תוס' דף ע"ח ע"א ד"ה סיפא בתירוצם וקצת צ"ע אי מצות יבום קודמת עומדת ליבום יותר שישראלי' הם בחזקת כשרות וזהירים במצות עיש"ה ואין כאן מקומו) וא"כ לשיטת תוס' ורש"י ראוי לומר אף משום ספק איסור דאו' חולצת ולא מתייבמת מ"מ לענין ממון אין מוציאין מיבם שהוא מוחזק, ואפי' אי נימא דגם לשיטת רש"י ותוס' היכי שהוא ספק לא מיקרי מוחזק כיון שהספק אי יכול לייבם נולד מיד כשמת א"כ מעולם לא הי' חל עליו שם מוחזק כי בחיי אחיו אף שהיה בחזקת עומדת ליבום כשימות מ"מ לענין נכסים לא הי' בחזקתו כי הי' ברשות אחיו והיה הרב' ספיקו' אולי יהי' לו בנים ואולי ימות היבם קוד' ותיכף כשמת נולד הספק ובכל מקום דמוקמינן על החזקה הכוונה דמוקמינן הספק שנולד אח"כ על חזקא קמיית', משא"כ הכא ודמי לספק ויבם דלא הוי היבם מוחזק כיון דבתוך ג' חדשים אסור לכונסה לא חל זכותו ומיד כשכנסה היה הספק בזכות ואפי כשיבם מוחזק ל"מ וכדאי' בסימן קס"ג ס"ג ואף כי המעיין בב"ש ס"ק י"ד יש קצת לדחות מ"מ הסברא מצד עצמו נכונה, מ"מ עכ"פ לכ"ע ראוי לומר שיהי' דין ממון המוטל בספק וחולקין, ואף לפוסקי' המובא בר"ן נדרים דף ז' עמוד א' בספק איסורא דאית בי ממונא שדינן בתר איסורא עיין ש"ך י"ד סימן רנ"ט סע"ק י"ד וסי' קע"ז ס"ק ס"ח, שאני התם שאי אפשר לחלק הענינים לצאת ידי איסור וידי ממון, משא"כ הכא אפשר לחלק הענינים לענין איסור תהי' חולצת ולענין ממון כדין ממון המוטל בספק וכיוצא בזה כתבתי לקמן בחלק ב' בכלל ע"א באיסורא דאית בי' ממונא:

ואולם לאחר עיון מצאתי הטעם מפורש בראשונים זלה"ה במה דקיי"ל בחולצת ולא מתייבמת שאין לחולץ זכות כלל בנכסי' וכמ"ש הנמוקי יוסף ביבמות דף מ' ע"א עלה דמתני' הכונס את יבמתו זכה בנכסי אחיו כתב וז"ל אפי' גרשה למחר כדאית' בגמרא יקום על שם אחיו אמר רחמנא והרי קם, ומיהו אמרו בירושלמי שאם היא אסורה לו שאינה רשאי לקיימה אפי' מדרבנן כגון ב' יבמות שעשה מאמר לזו וכנס לזו לא זכה בנכסים יע"ש וכ"כ בחידושי הרשב"א שם וז"ל ירושלמי למי הי' ב' יבמו' עשה מאמר לזו ובעל לזו בממ"נ אם במאמר יזכה אם בביא' יזכה אמר ר' יוסי מאחר שאין יכול לקיי' את אחד מהן לא זכה בנכסי אחיו ע"כ בירושלמי ולא אמרינן בכי הא הרי קם

ואינו דומה למשנתינו ששנינו הכונס את יבמתו זכה בנכסי אחיו כלומר אע"פי שגירשה מיד דשאני התם דהרי קם ואילו רצה לקיים יקיים אבל הכא דאינו רשאי לקיים לא יעי"ש והובא דבריו בבית יוסף אבן העזר סי' קס"ג בסופו בס' בדק הבית ורמ"א שם סעי' א' כתב בקצרה וז"ל ובלבד שהיתה ראוי לו ליבם ועיי"ש ואולם רבינו זלה"ה קיצר קצת דמלשון רשב"א ונ"י מבואר להדיא שעיקר הענין תלי' אם רשאי לקיימה אחר כך בשכנסה, ומשמע אם בדיעבד רשאי לקיימה אף שלכתחיל' אסורה ליבם, כי יש גווני אשר חכמים החמירו מצד חומרא בעלמא שתהיה חולצת ולא מתייבמת עיין מס' יבמות דף ל"א ע"ב בכה"ג היכי דרשאי לקיימה אח"כ יש לומר דזכה בנכסים, ומלשון מ"א משמע קצת כיון שאסורה לכתחילה ליבם לא זכה בנכסים, וראיתי בספר קרבן העדה שם בד"ה מאחר שכתב וז"ל וקשה כיון דמדאורייתא אין המאמר כלום למה לא יזכה בירושת אחיו, ודוחק לומר כיון דעבר אדרבנן נקנסי' וצ"ע עכ"ל ולענ"ד לק"מ דעיקר כוונת ר' יוסי כיון דמה דילפינן שזכה בנכסי' אחיו איתא בש"ס יקום על שם אחיו אמרה רחמנא והרי קם אמרה התורה היכי שראו לקיימה אפילו מדרבנן קרינין בי' קם וכל שאינו ראוי אף שאינו ראוי רק מדרבנן לא קם, וכיו"ב מצינו בדוכתי טובא כמ"ש משנה למלך בפ' ז' מהל' תרומות ה"א שמביא דמיון לזה גבי אונס ש"ם היה אסורה עליו מדרבנן שאינה נושאה משום דכתי' ולו תהי' לאשה אשה הראוי לו אפי' מדרבנן ועיין במס' סוכה דף כ"ג ע"א בעושה סוכתו ע"ג בהמה דר' יהודה פוסל אמר קרא חג הסוכות תעשה לך ז' ימים סוכה הראוי לשבעה שמי' סוכה שאינו ראוי לשבעה לא שמי' סוכה, ופי' רש"י ד"ה הראוי וז"ל והשתא דגזור רבנן שאין עולין נמצא שאינו ראוי ליום ראשון וע"ע במס' שבועות דף ל"א ע"א ותשוב' חכם צבי סימן ק"נ ובפ"א מהל' נערה ובתולה הלכה ה' בכסף משנה ובמשנה למלך שם, וע"ע במס' סוטה דף מ"ד ע"א בירא ורך לבב דסובר רב יוסי הגלילי אפילו מעבירה דרבנן יע"ש ויש עוד הרבה דמיונות בש"ס וה"ה אמרה תורה שבעינן שיהי' ראוי לקיימה גם מדרבנן וזה פשוט ולענ"ד יש לתמוה להיפוך על רשב"א ונ"י שהביאו ראיה מירושלמי דכן מוכח נמי בש"ס דידן דאם אינו ראוי אפי' מדרבנן אינו זוכה בנכסים כדמוכח בכתובת דף פ"א ע"ב דבעי אחווא למיפסלא בגיטא וכ' בס' שיטה מקובצת בשם רש"י במהדורא קמא ז"ל תרי אחי הוי דקיי"ל מצוה בגדול לייבם ואם קדם לו הקטן ליבום זכה כו' ואהכי בעי למיתב לה גיטא דאשה מתגרשת בעל כרחה למיפסלה קמי יבם כי היכי דנפל קמי תרווייהו נכסי אח בירושה וקיי"ל ביבמות אשר לא יבנה כיון שחלץ שוב לא יבנה וגט נמי פוסל ביבמה מדרבנן דאי' ביבמות מ"ט אמור רבנן גט ביבמה מהני אמרי גט להוציא וחליצה להוציא כי היכא

דגיטא ל"מ לפוסלה חליצה נמי ל"מ ואתי למבעל אחר חליצה יע"ש הרי אף שמן התורה ראוי ליבם מ"מ כיון שמדרבנן אסורה ליבם אינו זוכה בנכסים דאל"כ לא הי' פועל רמאי ברמאתו ומלשון הש"ס שהביא מוכח להדיא דאי הוי עשה כן היה מפסידו, ולפ"ז א"ש לכן בכל מקום דאמרינן בש"ס חולצת ולא מתייבמת לא זכה בנכסים מספק שיהי' כדין ממון המוטל בספק, דכיון שאינו ראוי לקיימה מצד ספק איסור לא זכה בנכסים, אך צ"ע טובא מהאי דספק ויבם ביבמות דף ל"ו ע"ב אמאי הוי ממון המוטל בספק דכיון שאינו רשאי לקיימו, ומצאתי בספר בית מאיר סוף סימן קס"ג שהרגיש בזה והנאני ותירץ וז"ל ואולי יש לומר דאינו דומה לענין ירושלמי או אפי' ליבם שני' דשם משעה ראשונה לא הי' ראוי' לקיים והיה מחוייב לגרשה מיד, משא"כ הכא ביבם תוך שלשה שפיר הי' ביאה דאפשר לקיים דהא מבואר בסי' קס"ד דאך מפרישין אותו ואם תפיל יחזיר ויקיים ומה שעתה הוא ספק מעוברת מראשון ומוכרח להוציא' מ"מ לטענתו שהיא מעוברת ממנו כבר זכה ע"י ביאה שהיה ראוי לקיימה אילו היו נולד לט' מה שנולד עתה לשבעה יע"ש והוא קצת דוחק וצ"ע:

ד ומעתה נבוא לנידון דידן, ואומר כיון דאית' במתני' סתם חולצת ולא מתייבמת משמע וודאי שאין החולץ זוכה בנכסים כמו בכל מקום דאי' במס' יבמות חולצת ולא מתייבמת שהפי' כן דאל"כ הוי לי' לפרש כיון שאשתני דינו והטעם נראה בין לרש"י שהטעם בסיפא משום שווי' נפשה חתיכה דאיסורא ובין לפי' תוס' שטעם דלמא מרחמא לי' ואפ"ה אמרה מת בעלי ואח"כ מת בני ש"מ דקושטא קאמרה ומחמת ספק הוכחה חולצת ולא מתייבמת לא יוכל היבם לטעון כיון שהית' בחזקת היתר ליבם רק אתה אסרת נפשך עלי מטעם שיכול האדם לאסור ע"ע דבר המותר מה לי באסורך להפסיד זכות שיש לי בנכסי' ובכתובתך וכמו כן לפי' תוס' דהא אפי' עד כשר כמו משה ואהרן שודאי אומרים אמת מ"מ לא קם בממון להפסיד לאחד אפי' בדבר שאין שניהם מוחזקים ומכ"ש אשה דזה אינה טענה כמש"ל כיון שסוף סוף ע"פי הדין אי אפשר לקיימה בין לפרש"י שהטעם משום שווי' נפשה ח"דא אם הי' מייבמה הי' מחוייב להוציאה כעין שכופין במשנה ראשונה לבעל לגרשה משום לתא דידה ובין לפי' תוספת שהוא ספק הוכחה לכן לא קרינן יקום על שם אחיו ולא זכה בנכסי' ומהאי טעמא אי' במתני' סתם חולצת ולא מתייבמת:

ה אמנם לפ"ז קשה, דהנה הרמב"ם כ' בפרק ט' מהלכות גירושין הלכה כ"א וז"ל בעל שאמר לאחר זכה בגט זה לאשתי כדי שלא תפול לפני יבם ונתן הגט לידו ומת הבעל קודם שיגיע הגט לידה ה"ז ספק מגורשת שרוב הנשים זכות הוא להן שלא יפלו לפני

יבם ולפיכך תהי' ספק מגורשת אע"ג שלא הגיע הגט לידה הואיל וזכה לה בה אחר עכ"ל דייק רבינו ז"ל שאצל רוב נשים הוא זכות ונראה שהוכיח כן מלשון רבא דאמר כיון דסניו לה כו' א"ד כיון דזימנין דמרחמא לי' ולא קאמר בחדא לישנא והו"ל לומר כיון דזימנין סני' לה משמע דמן הסתם וע"פ רוב סני' ליבם, ועיין במס' יבמות דף צ"ג ע"ב וצ"ד ע"א, ויש להתבונן לשיטת רש"י דהטעם במתני' משום שווי' נפשה חתיכה דאיסורא והו' מטעם הודאת בע"ד לחובתו שמועיל בכ"מ אמאי אמר בסיפא דניתן לי בן במדינת הים ומת בעלי ואח"כ מת בני דאינה נאמנת וחוששין לדבריה וחולצת ולא מתייבמת, הא היא הית' בחזקת עתידה ליבם כמ"ש רש"י במתני', ורוב נשים סני' ליבם אינה הוכחה שמשקרת שאומרת מחמת שנאה וא"כ לא שייך לומר שווי' נפשה ח"דא הא הטעם דיכול אדם לאסור ע"ע הוא מטעם הודאה לחובה הא ברוב נשים זכות הוא להם שלא יפלו לפני יבם והא אנן קיי"ל כחכמים דר' מאיר דאזלינן בתר רובא ואמאי לא מתייבמת הא אינה נאמנת כלל נגד חזקה שהיתה זקוקה ליבם, ושווי' נפשה ח"דא לא שייך כיון דאנו אומרין שהיא מן רוב נשים דסני' ליבם, ואפי' לר' מאיר כתבו תוספת בכמה דוכתי דחייש רק מדרבנן ודוקא היכי דשייך לומר סמוך מיעוטא לחזקה עיין בדף קי"ט ע"ב וצריך לומר בישוב קו' זו, שבודאי מן התורה רשאי להתייבם דמן הסתם היא בכלל רוב נשים ולא מהכי הודאתה כלל כי הוי הודאה לזכותה, רק חכמים החמירו משום חומר דבר שבערוה להצריכה חליצה כיון דאפשר בחליצה ועיין כעין זה בתוספת יבמות דף קי"ט ע"א בד"ה מחוורתא, בהא דסובר רשב"ג כל ששהה ל' יום באדם אינו נפל, הא לא שהה ספיקא הוי אע"ג דרוב אינם נפלים משום שלא יבוא להקל בערוה והצריכה חליצה במת תוך ל' יום ולא רצו לסמוך על הרוב להתירה לשוק בלא חליצה יע"ש וה"ה משום חומר כרת דאשת אח שלא במקום מצוה הוא בכרת החמירו שלא לייבם ולהצריך חליצה כיון דאפשר לתקן בקל אפי' היכא דאיכא רובא וחזקה החמירו ומצינו כיו"ב להמעיין בתוס' קידושין דף נ' ע"ב ד"ה ה"ג ואין לדחות דברינו ממ"ש בש"ות מוהר"א ששון סי' ריי"ד וז"ל ספק נפל אצלי במי שהי' מוכת שחין ועתה אומ' שנתרפא ואשתו אינו סומכת עליו ועיקר הספק הוא ממה דאי בחולין בפ"ק דאזלינן בתר חזקה מנגע ופי' תוס' אפי' להקל א"כ הכי נמי נימא הכא שלא יהי' נאמן לומר נרפא הנגע וכ"ת דוקא בשאר איסורין אמרינן הכי אבל באיסור ערוה יש להחמיר שלא יבוא להקל בערוה וכן נראה מדברי תוס' שם בחולין שכתבו בהאי דרשב"ג אע"ג דרוב אינם נפלים שמא יבוא להקל בערוה אלמא שלא רצו חכמים להסמיך על הרוב באיסור ערוה וכ"ש לענין חזקה דהא רובא וחזקה רובא עדיף י"ל דוקא בהך רובא לא רצו לסמוך

משום דשייך לעז דפיהק ומת אבל באידך רובא סמכי כדמוכח בפ' בתרא דיבמות דפריך הש"ס והרי קטן וקטנה דרובא דלית' קמן ואזלי בתר רובא כו' עד ורבנן זיל בתר רובא, הרי אפילו לענין איסור ערוה אזלי בתר רובא אלא דשאני הכא גבי נפלים דאיכא למיחש ללעז עכ"ל דז"א שאני התם ביבם כיון שאי אפשר בענין אחר דהא קטן אינו חולץ כמו שאמרו חכמים לר' מאיר יפה אמרת שאין חולצין איש כתוב בפרשה כו' והוי כא"א בענין אחר דשהויי מצוה לא משהינן כדאי' ביבמות דף ל"ט ע"ב וגם חכמים מודו היכי שיש לפנינו גדול ורוצה לחלוץ עדיף חליצת גדול דע"כ לא פליגי ר' יוחנן וריב"ל בביאת קטן וחליצת גדול אי ביאת קטן עדיפא, היינו שאינו קטן ממש כמ"ש רש"י שם ד"ה ביאה משא"כ היכא דאפשר בחליצה אף דמצות יבום קודם למצות חליצה כיון דחליצה הוא ג"כ מצוה ולא עקרינן המצוה לגמרי החמירו חכמים משום חומר דבר שבערוה שלא לפגוע באיסור תורה שלא לסמוך על רובא כיון דאפשר בחליצה וכן מצינו כיו"ב במס' יבמות דף למ"ד ע"ב במתני' וכולן כו' הרי אלו צרות חולצות ולא מתייבמות כיצד כו' ועיין ברש"י ובדף ל"א בגמרא ותוס' שם וברשב"א שם ד"ה ה"ג בסופו כ' וז"ל אלא ממתני' דודאי חולצת דקאמרינן בספק קידושין חומרא בעלמא הוא ואם תתייבם אין בכך כלום דומי' דספק גירושין קתני לה כו' אלא שהחמירו בהן חכמים משום שאם תתייבם אין בכך כלום ע"ש ועיין ב"ש סימן קע"ב סע"ק ה' וא"כ לפמ"ש בנ"ד נראה כיון דהוא רק חומרא בעלמא מה שאינו מייבמה אם עבר ויבמה לא תצא מיבם כיון דמדינא מותרת ליבם ולא החמירו רק לכתחילה וכיו"ב מצינו בתוספת כתובות דף נ"א ע"ב ד"ה אונס דמה שה שהחמירו רבנן אין מוציאין אותה מבעלה ולהוצי' אשה מבעל' אוקי אדאור' וכ"כ הפ"י סברא זו בדף ט' ע"א בד"ה לא צריכה, וה"ה לפי הנחה הנ"ל בסיפא שאמרה ניתן לי בן ומת בעלי ואחר כך מת בני שחולצת ולא מתייבמת מדרבנן מחמת חומרא אם עבר ויבמה אין מוציאין אותה דלהוציאה אשה מבעלה אוקי אדאור' וכב' בארנו שמוכח שבע"כ הא דאיתא בירושלמי כשאינו ראוי לייבם מחמת איסור אינו זוכה בנכסים היינו אם אין רשאי לקיימה אבל אם רשאי לקיימה אף שאסרה להנשא לכתחלה יש לו זכות בנכסים וכן מוכח ביבמו' דף ל"ז ובש"ע א"העז סימן קס"ג סעיף ג' כמ"ש בס' בית מאיר וא"כ קשה אמאי אי' במתני' בסיפא בסתם חולצת ולא מתייבמת ולא ביאר הדין בנכסים משמע שאין היבם זוכה בנכסים הא יש ליבם זכות מן התורה זכות בנכסים דהא יכול לקיימה אפי' מדרבנן אם עבר ויבמה, והדק"ל האיך מהני הודאתה לחוב ליבם, דאינה נאמנת נגדו ואין לומר משום שאינו ראוי ליבם הא מן התורה ראוי ליבם ויש לו זכות ממון מן התורה ואי משום שאינו ראוי מדרבנן הא מה שאמרה תור'

שאין לו זכות בנכסי' היינו אם אינו רשאי לקיימה אבל אם בדיעבד רשאי לקיימה יש לו זכות, ואולם המעיין ברש"י בד"ה חוששין יראה מדקדוק לשונו שסובר שיש ספק השקול אם רחמא ליבם אי סני' ולא אמרינן שרוב נשים סני' ליבם, וא"כ לק"מ קו' הנ"ל דבכה"ג מן התורה אסורה ליבם וממילא אין לו זכות בממון וכנ"ל וא"ש ודוק בכל זה זאת תורת העולה לרש"י הטעם דשוויה נפשיה ח"דא הוא מטעם הודאת בע"ד ולתוס' מטעם נדר, ומ"ש בפרט זה מה שנוגע לדין הוא רק לפלפולא בעלמא ולא להורות אף על סניף בעלמא כי ענינים אלו עמוקים ורחבים מני ים:

(הג"ה** ודע דהאי כללא ל"ד בכל המקומות דהא אית' בנדה דף ס"ו ברואה דם מחמת תשמיש צריכה גט ואסורה לבעלה כדאי' בסימן קפ"ז ולפמ"ש רשב"א הוא בב"י שם אסורה מטעם וסת ורק מדרבנן דקיי"ל וסתות דרבכנ וכ"כ בתשובת נ"בי חלק א' הרי אפילו באיסור דרבנן הוציאו מבעלה וכן יש להוכיח לשיטת רמב"ם דסד"א לחומרא רק מדרבנן ובכתוב' דף ט' ע"א סובר ר"א האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו בחד ספק ומבואר בש"מ שכופין לגרשה הרי אף באיסו' דרבנן הוציאו מבעלה מיהו יש לדחות ולחלק הענינים כמובן להמבין:)**

פרט ג

יבואר שיטת הר"אש במס' יבמות דף מ"ז ע"א בטעמא דשוי' נפשי' חתיכה דאיסורא: **כבר** נתבאר בפרט א' מה שנחלקו גדולי אחרונים זלה"ה בטעמא דהך מילתא, ובאמת לענ"ד דברי מוהר"י באסין ומשפטי צדק תמוהין דאיך אפשר לומר שהוא מטעם נדר הא לא הוציא בשפתיו בלשון נדר שאוסר על עצמו, רק שאומר שמצא פתח או שזינתה או שלא שחט הבהמה, אף שממילא נאסר עליו מ"מ בנדרים גלי תורה שצריך להוציא בשפתיו בלשון נדר, ואף דקיי"ל ידות נדרים הוא כנדרים, מ"מ בעינן שיהי' ידים מוכיחות קצת על הנדר כדאי' בטור ומחבר בי"ד סי' ר"ו סעי' א' האומר לחבירו מודרני אני ממך שאוכל לך כו' אסור, אבל אי אמר שאינו אוכל לך לבד בלא מודרני ממך לא הוי יד יע"ש, הרי אף שאמר שאינו אוכל ומוכח כוונתו מ"מ כיון שלא הוציא בלשון נדר לא מהני ומ"ש בס' שערי המלך בשם הרי"ק משום דהוי דרך קנס לא הבנתי כלל, הא גם בזה הוא מחלוקת הפוסקים כדאית' בסי' ר"ה סעי' ב' ולהר"אש לא מהני ואפי' לרשב"א דווקא כשאומר בדרך קנס אם אעשה כך ע"ש ואיזה קנס שייך הכא, ובאמת לפי דבריו לא הוי צריך לומר הטעם משום קנס, דהיכי שאומר שדבר זה אסר עליו הוי נדר כדאי' בטור ומחבר בסי' ר"ד סעי' א' ועיין בש"ך סימן ר"ה ס"ק ז' וס"ק ח' לכ"ע היכי שאמר ככר זה אסר עלי אוסר עליו דלשון איסור הוי נדר וכמשמעות הפסוק לאסור

איסר על נפשו ולא בעינן מתפיס בדבר הנדור, אך באמת נראה לי דלא הוי נדר כיון שלא הוציא בלשון נדר ומחשבתו לא מהני וא"כ אף מטעם קנס לא מהני דאפי' לרשב"א צריך שיאמר כן בשפתיו ולכן לענ"ד טעם זה צ"ע:

ומעתה נבוא לבאר לטעם זה שיטת רבינו הגדול הר"אש זלה"ה גרסינן במס' יבמות דף מ"ז ע"א ת"ר ושפטתם צדק וגו' מכאן אמר ר' יהודה גר שנתגייר בבית דין הרי זה גר ובינו לבין עצמו אינו גר, מעשה באחד שבא לפני ר' יהודה וא"ל נתגיירתי ביני לבין עצמי א"ל יש לך עדים א"ל לאו יש לך בנים א"ל הן, א"ל נאמן אתה לפסול עצמך ואין אתה נאמן לפסול את בניך, ואמר ר' נחמן בר יצחק הטעם דהכי קאמר לי' לדבריך כותי אתה, ואין עדות לכותי וכ' הר"אש ע"ז והכי הלכתא והא דקאמר שנאמן לפסול את עצמו לא לענין זה שאם בא על בת ישראל שפסלה דקיי"ל אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע, ועוד האיך קאמר ר' יהודה נאמן ע"ע ואינו נאמן על בניו אלמא אית לי ר' יהודה דפלגינן דיבורא דמהמנינן לי' לגבי נפשא ולא מהמנינן לי' לגבי בניו ולעיל דף כ"ה קאמר ר"י הרגתיו לא תנשא אשתו אלמא דלא פלגינן דיבורא, ועוד מילתא דתמי' דאיהו פסול ובניו כשרים הלכך אין עדות כלום ואפי' לענין עצמו ואם בא על בת ישראל לא פסלה אלא לענין זה מהני עדותו לעצמו דשויא לנפשו חתיכה דאיסורה ואסור בבת ישראל, ולענין שור ישראל שנגח לשור של עכ"ום וכיוצא בזה מצינן במס' קידושין דף ס"ה הוא אומר קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני הוא אסור בקרובתיה והיא מותרת בקרוביו ואע"פ שהוא אסור בקרובתיה אם בא עליהן לא פסלן ולא מיתסר בהן אלא משום דשוינהו לנפשי' ח"דא עכ"ל, ולכאורה צריך עיון להבין דבריו כיון דשוי' נפשי' ח"דא הוא מטעם נאמנות שנאמן לגבי עצמו יותר מק' עדים אמאי אינו נאמן לפוסלה אם בא על בת ישראל, ואי משום דפלגינן דיבוריה דאינו נאמן רק לגבי עצמו וא"נ לפוסלה וכ"כ באומר קדשתיך כו' אם בא עליהן לא פסלן הא הר"אש כתב כן אפי' לר' יהודה דלית לי' פלגינן דיבוריה וגם א"א לומר שסובר שהוא מטעם נדר, ומלבד דלא נזכר רמז בלשונו, אף לא שייך האי טעמא לענין שור של ישראל שנגח שורו, אטו מסיק אדעתי' ע"ז שיגח שורו לשורו שיהיה אוסר הממון עליו, וכיון שבאמת הוא ישראל שאינו נאמן אמאי פטור מלשלם ותו המעיין בלשונו לא משמע כלל שהוא מטעם נדר שוב ראיתי בתוספת מס' יבמות דף כ"ה ע"ב ד"ה לימא שכתבו ג"כ דטעמא דר' יהודה כסברת הר"אש רק שהוסיפו קצת ביאור וז"ל ומיהו יש לומר דהתם לאו מטעם עדות נאמן, אלא הא דפסלינן היינו לאוסרו בבת ישראל דשוי' אנפשי' ח"דא או אם נגח שור ישראל את שורו פטור מטעם הודאת בע"ד עכ"ל וגם דבריהם סתומין, ולכאורה עלה

בדעתי לומר בכוונתם, דהנה לעיל כלל א' פרט א' הבאתי בהא דקיי"ל בממון הודאת בע"ד לחובתו עדיף מעדים, דעת רש"י דאתיא מקרא כי הוא זה, ומשמע דנאמן על גוף המעשה שהודה ואף על למפרע, ודעת מוהר"י ב"ל בתשובה ובית שמואל בסימן ל"ח ס"ק ל"א נראה שאין נאמן על גוף המעשה, שכתב שם באם אמר הרי את מקודשת לי על מנת שיש לי ביד פלוני מנה לא מהני הודאת פלוני כי אע"פי דמהני הודאתו לחייב א"ע מכאן ולהבא מ"מ אין ידוע אם הי' לו אצלו בשעת הודאתו ע"ש, א"כ סובר דאינו נאמן על מעשה שהלואה הוא אמת רק שהוא מטעם חיוב מכאן ולהבא כיון דבידו, ונראה באיסורא היכי שמודה לחובתו לאסור דבר על עצמו הוא מעין הודאת בעל דין בממון, כי כמו התם הוא חוב והפסד לבע"ד ה"נ הוא חוב והפסד להמודה, והכל הוא משם אחד וא"כ לשיטת רש"י היכי דאוסר דבר על עצמו אמרינן שנאמן על גוף המעשה שהוא אמת כמו שאומר, אבל לשיטת מוהריב"ל וב"ש כמו היכי שהודה חייב מנה אף שאין עדים מכחישים אותו, כנידון הנ"ל, מ"מ כיון שאומר נגד חזקה דחזקה כל מה שיש תחת ידו הוא שלו אינו נאמן על גוף המעשה, ה"ה באיסורין היכי שרוצה לאסור ע"ע דבר המותר כיון שאומר נגד חזקת היתר אינו נאמן על גוף המעשה כגון אם אומר שנתגייר בינו לבין עצמו כיון שהי' בחזקת כשרות ואם אומר שקדשה, אומר נגד חזקת פנוי' וחזקת היתר רק על עצמו נאמן לאסור מטעם שבידו לאסור ע"ע בבת ישראל מכאן ולהבא וכן לענין שור כשנגח שור ישראל לשורו נאמן להפסיד כיון שבידו מכאן ולהבא להפסיד ממונו וכמו כן אם אמר קדשתיך אסור בקרובותי' מטע' שבידו לאסור ע"ע וא"כ כמו שכתב הב"ש בהודאת בע"ד בממון אף שיש לו מגו על להבא, מ"מ א"נ מהאי טעמא על גוף המעשה למפרע רק שחל החיוב מכאן ולהבא, ה"נ בהודאת בע"ד באיסורין אף מיש לו מגו דבידו לאסור ע"ע מכאן ולהבא, א"נ על גוף המעשה למפרע רק שחל האיסור עליו מכאן ולהבא, ולכן אם בא הגר על בת ישראל, או האומר קדשתיך על קרובי המקודשת לא פסלן כי א"נ על גוף המעשה:

ואולם אכתי צריכין אנו לבאר דברי הר"אש שיהי' מזוקקים, לפמ"ש בכלל א' פרט א' דסברת בית שמואל תלי' במחלוקת אמוראים במס' ב"ב דף קל"ד ע"ב אי פלגינן דיבורא בחד גופא כגון בעל שאמר גרשתי את אשתי דעיקר נאמנותו משום דבידו לגרשה ועל למפרע אינו בידו ועל ענין הנוגע למפרע אינו נאמן ועל ענין הנוגע להבא פליגי אי פלגינן דיבורא, וה"ה בהודאת בעל דין בממון כשהודה למפרע למ"ד פלגינן דיבורא מהני הודאתו על מכאן ולהבא, ולמ"ד לא פלגינן לא חל הודאתו אפי' על מכאן ולהבא יע"ש וא"כ ה"ה בשווי' נפשי' חתיכה דאיסור', כמו בנידון דר' יהודא שאומר שגייר בינו

לבין עצמו או שקידש אשה, שאינו נאמן על גוף המעשה למפרע רק שנאמן על להבא לאסור ע"ע מטעם פלגינן דיבורא ולמ"ד דלא אמרי' פלגינן דיבורא א"נ אפי' על להבא, ואכתי קשה קושי' הנ"ל על הר"אש לר' יהודא לשיטתו דל"ל פלגינן דיבורא אמאי נאמן לאסור ע"ע:

ברם כד דייקינן יש ליישב דברי ר"אש, דהנה לעיל הקשיתי לשטת ב"ש אמאי למאן דסובר דלא אמרי' פלגינן דיבורא מהני הודאת בע"ד בממון וא"י לחזור מהודאתו כשהודה למפרע הא כיון שא"נ על למפרע לא יהי' נאמן אף על להבא יע"ש שלא מצאתי ישוב וכעת נתתי אל לבי ומצאתי ישוב לזה, ואומר דבהודאת בע"ד בממון מהני החיוב מכאן ולהבא, אפי' למ"ד בעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע אינו נאמן על מכאן ולהב' דלא פלגינן דיבורא, והטעם דוקא התם בגירושין דבעינן שמעשה גירושין יהי' אמת שע"י זה מותרת לעלמא ואם אינו נאמן שגירש למפרע והשתא לא גירש דאיהו לא טען כמ"ש רשב"ם שם ד"ה אלא, ממילא אי אפשר להתירה לעלמא, וגם לא לפטרה מזנות דלהבא משא"כ בממון באמת א"נ על גוף המעשה כלל, מ"מ כיון שהודה בדבר שאינו חב לאחרינא חל החיוב עליו מכאן ולהבא כי מתחייב א"ע עכשיו בהודאתו ולכן אף דלא פלגינן דיבורא כי א"נ על גוף המעשה אפי' על להבא מ"מ ממילא חל החיוב דהא נתפס מתוך דבריו חיוב על להבא, ולפ"ז מובנים דברי הר"אש דה"ה בהודאת בע"ד באיסורא אמרי' שווי' נפשי' ח"דא בהודאתו לחובתו מחל עליו האיסור מכאן ולהבא והיינו לגבי עצמו היכי דאינו חב לאחרינא נאמן כמו בממון וא"כ על גוף המעשה כיון דלא פלגינן דיבורא לר' יהודא, ולכן דק הר"אש וכתב הלכך אין עדותו כלום ואפי' לענין עצמו ר"ל שאין עדותו אמת בגוף המעשה, רק שנתפס מתוך דבריו הודאה שמודה ע"ע הודאה לחובתו לאסור בבת ישראל מכאן ולהבא וכמו כן לענין שורו, אבל לא מצי לפוסלה כי אינו נאמן על גוף המעשה, וגם לא מהני הודאה לחוב לאחרינא רק כמו שהודאה לחובתו מהני ה"ה הודאה לחובתו מהני באיסור, ואינו מטעם נדר, רק מטעם הודאה וחיוב שרוצה לאסור ע"ע אותו הדבר לא יוכל לחזור אח"כ בלי אמתלא ולכן אף דסובר ר"י דלא פלגינן דיבורא היינו בהרגתיו שצריך אתה לפלוג הדבור שיהי' נאמן שנהרג אבל לא שהוא הרג, סובר או דנאמן לגמרי או דא"נ וכיון שמשים עצמו רשע א"נ כלל משא"כ הכא באמת אינו נאמן כלל כי גוף המעשה שאומר הוא שקר, רק כיון שמוכח מתוך דבריו שרוצה לאסור ע"ע אותו הדבר מכאן ולהבא ומן הדין יכול אדם לאסור ע"ע מכאן ולהבא כמו שיכול להפסיד ממונו וכמו שאמרה תורה בממון ה"ה באיסורא לחובתו, ואין להקשות לפמ"ש הב"ש בסימן קנ"ב ס"ק א' דרמב"ם וטור סוברים כמ"ד

פלגינן דיבורא אפי' בחד גופא ובעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע פ"ד וחוששין לדבריו אמאי קיי"ל כהר"אש כמ"ש הש"ך ביו"ד סימן רס"ח ס"ק ק"ב שאם בא על בת ישראל לא פסלה כיון דפ"ד נאמן להבא על גוף המעשה, דז"א דעיקר הטעם בגרשתי את אשתי דנאמן למ"ד פלגינן דיבורא על להבא, אף על גוף המעשה, כיון דיש לו מגו לפוטרה בגט, ודוקא בגירושין יש לו מגו אפי' לגבי אשתו, משא"כ הכא נגד בת ישראל אין לו מגו שאין יכול לפוסלה וכמו כן באומר קדשתיך לענין קרובותיה אין לו מגו שאין יכול לפוסלה ועיקר מגו הוא נגד עצמו שיכול לאסור ע"ע בקונם שלא ליקח בת ישראל וגם הבחירה בידו לכן לגבי עצמו קם הודאתו ולא לגבי אחרים, וכמו כן ל"ק לשיטת רש"י דהודאת בע"ד אתי' מכי הוא זה ונאמן על גוף המעשה שהלוה, וה"ה באיסורין נאמן על גוף המעשה, וראוי שיהי' נאמן לפוסלה אם בא הגר על בת ישראל וכ"כ אם אמר קדשתיך ובא על קרובתיה, והו"ל לפוסקים להזכיר דעת רש"י בזה, ומשמעות כל הפוסקים משמע דליכא חולק על הר"אש בזה דז"א דגם לשיטת רש"י א"ש דבממון לא מהני הודאת בע"ד לחוב לאחרינא דנגד אחרים הוא רק עד אחד ה"ה באיסורין ל"מ הודאתו לחוב לאחרים דנגדם הוא רק ע"א (וכ"ש בגר שאינו נאמן לגבי בת ישראל כמו דאמרי' שא"נ לגבי בנים כי לדבריו כותי הוא ואין עדות לכותי) לכן א"נ לפוסלה אם בא עליהם ואף שנאמן לחוב לקרובים אם אומר קדשתיך שאסורין עליו שאין להם חוב כיון שהוא בעל בחירה וכמ"ש בטעם הדבר באריכות בחלק ב' ועיין בחידושי רשב"א בקידושין דף ס"ה ע"ב אבל א"י לפוסלם אם בא עליהם כי נגדם הוא רק עד אחד ואינו יודע הוי כמו הכחשה כדאי' ביו"ד סי' קכ"ו וקמו הקרובים בחזקת היתר:

אמנם אכתי קמה על סברא הנ"ל בכוונת הר"אש, דלא דמי להודאת בעל דין בממון כיון דחובתו הוא זכות לחבירו כשנתפס מתוך דבריו הודאה לחוב זכה חבירו בהודאתו ואין יכול לחזור, משא"כ בהודאה באיסורין כיון דאפי' מוכח מכוונתו שרוצה לאסור על עצמו איזה דבר כשאינו אומר בלשון נדר לא מהני א"כ מאי מהני הודאתו, כיון שאינו נאמן לשיטת בית שמואל על גוף המעשה רק מצד שחזינן שרוצה לאסור על עצמו אותו הדבר הא לא אמר בלשון האוסר, ועל זה הי' חוקת התורה שבעינן שיאמר בלשון המועיל לאיסור והוא הי' אומר בלשון הודאה ועל זה א"נ על גוף המעשה רק שמוכח מתוך דבריו שרצונו לאסור ע"ע אותו דבר מכאן ולהבא וע"ז בעינן לשון המועיל, ואכתי דברי הר"אש מחוסרין הבנה, ועיין תוס' שם ד"ה נאמן וד"ה ואין:

ח ולולי דברי הר"אש הי' נלע"ד, דהנה ראיתי מלתא דתמי' הרמב"ם כ' בפי"ד מאיסורי ביאה הלכה ח' וז"ל הי' נשוי לישראלית או לגיורית ויש ל בנים ואמר נתגיירתי ביני לבין

עצמי נאמן לפסול את עצמו וא"נ לפסול את בניו וחוזר וטובל בב"ד עכ"ל וכ"כ בחידושי רשב"א בלשון זה, ועיין בה"המ שם, וגם הש"ע סימן רס"ח סעיף י"א כתב בלשון הלז, ומשמע שאין צריך להטיף דם ברית, וקשה לפמ"ש בש"ע סימן רס"ח סעי' ג' לרי"ף ורמב"ם אפי' בדיעבד שמל או טבל בפני שנים מעכב ואסור בישראלית וא"כ לפי דבריו שגייר בינו לבין עצמו, והיינו גם המילה יהי' צריך הטפת דם ברית ועיין בר"ן במס' קידושין דע"ח ע"ב וכמו כן קשה על הש"ע שלא כתב שצריך להטיף דם ברית, הא כתב שם בסעי' א' במל כשהוא עכו"ם צריך לחזור ולהטיף דם ברית ה"ה כשמל בינו לבין עצמו אף שמל לשם גירות כיון שלא מהני והי' צריך להטיף דם ברית, כי כן מורה לשונו בסעי' ג' שכתב לרי"ף ורמב"ם אפי' בדיעבד שמל או טבל בפני שנים מעכב, הן אמת שמה שהבין רבינו המחבר בכוונת הרמב"ם לא זכיתי להבין, כי מלשון רמב"ם בהלכה ו' שכתב צריך לטבול בפני ג' משמע שמילה אין צריך להיות בפני ג' ואף שכתב בהלכה י"ז ומל וטבל בפני ג' היינו לכתחילה אבל לא נזכר שמעכב בדיעבד, אך להבנת המחבר ברמב"ם קשה, ואולם לשון רי"ף ור"אש וטור הוא בסתם, דנאמן לפסול א"ע ושווי' נפשי' ח"דא ואסור בבת ישראל יש לפרש דבריהם שצריך הטפת דם ברית וטבילה, וגדולה מזו נראה אפי' לר' יהודא דסובר בדף מ"ו באומר מלתי ולא טבלתי אין צריך להטיף דם ברית היינו כיון שלפי דבריו הי' מל כדין, אבל הכא לפי דבריו מל שלא כדין, שהי' בינו לבין עצמו שלא בב"ד אפי' ר' יהודא מודה לכתחילה צריך מילה וטבילה כמ"ש בחי' רשב"א ובנ"ד לגבי עצמו הוי כלכתחילה, ומכ"ש לחכמים דקיי"ל כוותי' דצריך מילה וטבילה, וא"כ שיטת רמב"ם וש"ע תמוהין ועלה בדעתי לומר בכוונתם, דהנה בלא"ה קשה לשיטת ר' נחמן בר יצחק אמאי נאמן נגד עצמו מטעם שווי' נפשי' ח"דא ומשמע להדי' מלשון הר"אש שאין יכול אחר כך לחזור מדבריו בלי אמתלא כי כתב שאסור בבת ישראל ומדמה להאומר קדשתיך, דקיי"ל שאין יכול לחזור בלי אמתלא, וכן בכל מקום דשווי' נפשי' ח"דא א"י לחזור בלי אמתלא כדאי' בכתובות דף כ"ב ע"א וכן משמע מסתימת כל הפוסקים נימא גם לגבי עצמו לדבריך כותי אתה ואין נדר ואין עדות לכותי בין אי שווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם נאמנות או מטעם נדר כמו שא"נ לפסול את בניו אף שבעלמא האב נאמן לפסול את בניו כיון שלדבריו הוא כותי ה"ה לגבי עצמו לכן לולי דברי הר"אש ז"ל ה"ה יש לומר לפמ"ש המרדכי שם וז"ל נאמן אתה לפסול ע"ע וא"ת הא אדם קרוב אצל עצמו ויש לומר דהכא לא בעי לפסול א"ע אלא אדרבה הוא רוצה להתכשר ולהתגייר היטב יע"ש, ויש לומר הכוונה כיון שרוצה להתכשר ולגייר היטב הרשות בידו, כי מי ימחה בידו אם רוצה להיות חסיד לעשות לפנים משורת הדין, וא"כ

יש לומר דבר חדש דהנה איתי במס' קדושין דף פ"א דאין מלקין על היחוד דאשת איש שלא להוציא לעז על בנים, והרמב"ם כ' בפרק י"ב מאיסורי ביאה לכן אין טובלין בשבת משום דהוי דין ולא כתב הטעם משום דהוי כתיקון כתב בכסף משנה שסובר כיון שאדם נראה כמיקר אע"פ שתלמידי חכמים עומדין שם ומודיעין המצות מ"מ הוי כמיקר ולית לי' סברת תוס' בדף מ"ו ע"ב ד"ה תיקוני וא"כ יש לומר רמב"ם וש"ע סוברים שאסור להטיף דם ברית שנית כיון דלדבריו הוא כותי אינו יכול לשווי' נפשי' ח"דא רק להעדפה בעלמא יטביל בפני ג' כי בזה לא יוציאו הלעז על הבנים כיון שנראה כמיקר ואפשר שאין ב"ד מודיעין לו המצות כי אינו מעכב לכן דקו רמב"ם וש"ע וכתבו חוזר וטובל בב"ד ולא כתבו שיקבל מצות כי בטבילה לא יהי' ניכר לכל שהוא משום חשש נכרי, אבל אם יקבל מצות וכמו כן אם יטיף דם ברית בפני ג' יהי' קלא למילת' ויוציאו לעז על בנים שהם בני נכרים ומצינו שחשו על זה כנ"ל וכיון דמדינא לא מצי לאסור ע"ע כיון שלפי דבריו הוא כותי ואין עדות לכותי רק להעדפה בעלמא כיון שרוצה להכשיר מעשיו לא הותרה לו רק טבילה לבד שלא יהי' ניכר שעושה בשביל חשש גירות שנראה כמיקר, אבל אסור להטיף דם ברית כי אם יטיף בפני ג' יהי' קלא כדאי' בש"ס כל מלתא שנעשה באפי תלתא אית לי' קלא ויוציאו לעז על הבנים וא"ש והר"אש י"ל דסובר דוקא התם באשת איש שיוציאו לעז על בני' שהם ממזרין חששו ללעז, אבל הכא לדידן דקיי"ל נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר רק הוא פגום לכהונה כדאי' בא"העז סי' ד' סעיף ח"י לא חיישי' ללעז בזה ורמב"ם גם בכה"ג חש ללעז וא"ש אך לא מצאתי סעד מקמאי זלה"ה (וגם לפמ"ש תוס' ד"ה נאמן דר' יהודא סובר נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר הו"ל לר"אש לבאר לר' יהודא אין צריך להטיף דם ברית מחדש אפי' לגבי עצמו רק טבילה, מיהו יש לדחות זאת כמובן) ויהי' איך שיהי' מ"מ דברי הר"אש תמוהין:

ט ולאחר העיון מצאתי פרוש נכון בדברי הר"אש, דהנה אי עכ"ם בר עדות כשיש הוכחה שאומר אמת נחלקו קמאי זלה"ה בגיטין דף י' ע"ב במתני' כל שטרות העולין בערכאות של עכ"ם כשרין חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים וכתב בהגהות אשר"י וז"ל וא"ת משה ואהרן מאי טעמא לא מהימני דהא וודאי לא מרעי נפשייהו ויש לומר דנכרים עע"ז אינם פסולים מן התורה אלא מטעם כו' והני דידעי דלא מרעי נפשייהו מהימנא, מספר החכמה מורי רבינו יקיר הי' אומר דנכרים המוחזקים שאינם שקרנים כשרים לעדות כדאמר הכא אבל משה ואהרן פסולים מן התורה מטעם קורבא, ולא נהירא לי להכשיר נכרים לעדות כיון שאינו בכלל אחיך ולא עדיף מעבד והכא נראה שתקנת חכמים היא שתקנו בשטרות העולים בעש"כ שיהי' כשרין לפי שנכרים מקפידין מל

השטרות שבערכותיהם אם נפסלין יע"ש וכ"כ תוס' בדף ט' ע"ב ד"ה אע"פי שהוא רק תקנתא דרבנן בשטרות העומדים לראי' שיהי' כשר אבל מן התורה אפי' כשיש הוכחה שאומר אמת אינו נאמן להעיד שאינו בר עדות לפי שאינו אחיו יע"ש וכן הוא דעת רוב הפוסקים וכן יש להוכיח מסוגי' לפי דעת הר"אש וסיעתו שמשמע שהבינו בכוונת ר' יהודא שנאמן לפסול א"ע וצריך הטפת דם ברית וטבילה מחדש וכיון דהטפת דם הוא צער גדול ואטו בשופטני עסקינן שיצער א"ע על מגן מזה גופא איכ' הוכחה שאומר אמת ואינו משקר מ"מ א"נ נגד הבנים משום דאין עדות לכותי ובע"כ נגד הבנים גלי תורה דאינו נאמן לפסול הבנים רק מתורת עדות ואין עדות לכותי אף שאומר אמת מ"מ לא קם עכ"ום להעיד, וכשיטת רוב הפוסקים הנ"ל וזהו פשוט ומבואר דבממון בעינן כללי עדות ואף שיש הוכחה שאומר אמת מ"מ ל"מ כמ"ש בכלל ע"א בממון דע"א לא קם בממון אפי' אם הוא כמשה ואהרן, שבודאי אומרים אמת שחוקת התורה הי' דבעינן שני עדים וכן פסלה תורה קרובים כמשה ואהרן הרי דלא אזלינן בתר ידיעת האמת רק דבעינן כללי העדות שאמרה תורה, וכמו כן דבר שבערוה דילפינן מממון בגזירה שוה דדבר דבר לא מהני ידיעת האמת, רק בעינן כללי עדות ולפסול לבוא בקהל פסולי הגוף הוי דבר שבערוה, לא מבעי' לר' יהודא לפמ"ש תוס' ד"ה נאמן דסובר דאין קידושין תופסין בחייבי לאוין והולד ממזר כשנכרי ועבד בא על בת ישראל בודאי הוי דבר שבערוה ועיין במרדכי בפ' מצות חליצה סימן נ"ח אפי' יבמה לשוק הוי דבר שבערוה, רק אפי' לדידן דקיי"ל בסי' ד' סעיף ח"י בש"ע אב"העז דנכרי ועבד הבא על בת ישראל בין פנויה בין אשת איש הולד כשר ופגום לכהונה, מ"מ הוי דבר שבערוה כמ"ש תוס' רי"ד במס' קידושין דף ס"ו כשמעיד על אשה שנשבית או שהיא גדושה וחלוצה לפוסלה מן הכהונה כדבר שבערוה הוא כדמוכח שמעתין יע"ש הרי היכי שרוצה לפסול מן הכהונה הוי דבר שבערוה:

ולפ"ז אתי שפי' דקו' הש"ס הי' על ר' יהודא, ומי אמר ר' יהודא אבנים לא מהימן והתני' יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר ר' יהודא נאמן אדם לומר זה בני בכור וכשם שנאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בני ב"ג ובן חלוצה, וע"ז שפיר קאמר רנב"י ה"ק לי' לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי ודק בלשונו הצח ולא אמר אין נאמנות לכותי כמו שאמר לעיל מיני' לשון נאמן, רק הכוונה כך דהא דנאמן האב לומר על בנו שהוא בן גרושה אף דאין ע"א נאמן לומר על המוחזק שהוא כהן שהוא בן גרושה כמ"ש הפוסקים הובא בב"ש סימן ד' ס"ק י"ג וגם בע"כ גלי תורה שיהי' לאב דין שני עדים, כל זמן שאין עדים גמורים מכחישים אותו אף דבעלמא אב פסול לעדות מ"מ הכא יש לו תורת ב'

עדים אף שבא לפוסלו מכהונה שהוא כדבר שבערוה שבעינן כללי עדות גלי תורה שקם וכ"ז התם, אבל הכא שאומר שהוא נכרי אין נאמן לפסול הבנים כיון דלפי דבריו הוא נכרי א"נ לפסול הבנים דהוי דבר שבערוה, ואין עדות לכותי אף שנאמן שאומר אמת כיון דיש הוכחה לפנינו מ"מ נכרי פסול לעדות מצד גז"הכ שאינו אחיו במצות ופסולי הגוף והוי כדבר שבערוה ילפינן מג"ש דדבר דבר דבעינן כללי עדות ולפ"ז ממילא מיושב קושי' הנ"ל לכן לגבי עצמו נאמן לפסול ע"ע משום שווי' נפשי' חתיכא דאיסורא משום נאמנות שאדם נאמן על עצמו ולא אמרינן לדבריו כותי הוא ואין עדות לכותי כי נגד עצמו אין צריך כללי עדות שיהי' שני עדים כשרים, כי בממון לחובתו נאמן ע"ע כעדים, וכן באיסורא נאמן לחובתו כעדים, אף שהיכי שצריך כללי עדות קרוב פסול לעדות היינו נגד אחרים לא מהני ידיעת אמת ובעינן מגז"הכ כללי עדות אבל ענין הנוגע רק לעצמו לא צריך כללי עדות שיהי' לו שם עד רק בהוכחה ברורה שאומר אמת סגי לכן קרוב כשר והכא יש הוכחה שאומר אמת כיון שרוצה להתכשר ולגייר היטב ולהטיף דם ברית שהוא צערא דגופא בודאי אומר אמת ובכה"ג אף לדבריו שהוא כותי נאמן לגבי עצמו שאסור בבת ישראל ואין יכול לחזור מהודאתו בלי אמתלא מעלי' כמו בכל מקום דאמרי' שווי' נפשי' ח"דא שקם האיסור הבא מדיבורו, ולכן דייק רנב"י ואמר אין עדות לכותי ולא קאמר אין נאמנות לכותי כי באמת נאמן כיון שנאמן לגבי עצמו כמ"ש תוס' ור"אש רק שאין לו שם עד נגד הבנים שגלי התורה לפסול לבנים שהוא כדבר שבערוה בעי שיהי' שני עדים ואף שבישראל כשר גלי תורה שאב נאמן אף שהוא רק ע"א וקרוב, מ"מ היכי דגלי גלי היכי דלא גלי נשאר גז"הכ דבעי כללי עדות כשרוצה לפסול כמו בכל פסולי הגוף דבעי כל כללי עדות דילפינן דבר דבר מממון, ולפ"ז מובן היטב כונת הר"אש דשפיר יש לומר דסובר הודאת בע"ד בממון לחובתו נאמן אפי' על גוף המעשה ולמפרע שאומר אמת כמ"ש רש"י ורשב"א במס' קידושין דאתי' מכי הוא זה כיון דאינו חב לאחרינא רק לעצמו שאין צריך עדות כי נגד עצמו לא בעינן כללי עדות רק הוכחה שאומר אמת וידיעת האמת סגי והכא הוי ידיעת האמת כיון שמעיד לחובתו אין לך הוכחה אלימא יותר מזה, ולכן מהאי טעמא נאמן אפי' נגד עדים המכחישים אותו כי לפמ"ש רמב"ם בפרק ו' מהל' יסודי התורה הלכה ז' וז"ל אע"פי שנצטוונו לחתוך את הדין ע"פי שנים כשרים אע"פי שאפשר שהעידו בשקר הואיל וכשרים הם אצלנו מעמידין אותן על כשרותן ע"ש ועיין בפרק ח', א"כ עיקר נאמנות העדים מכח חזקות כשרות והוכחה עדיף אפי' מרובא כמו שהוכחתי בכללי רובא וחזקות, ומכ"ש דעדיף מחזקה, וכמו כן נאמן באיסורא לחובתו לשווי' נפשי' חתיכה דאיסור' ונאמן על גוף

המעשה כיון שלגבי עצמו אין צריך כללי עדות רק הוכחה וידיעה ברורה שאומר אמת סגי, אבל אם בא על בת ישראל לא פסלה שנגדה צריך עדות ובעינן כללי עדות וע"ז ל"מ עדותו כי אין לו שם עד מטעם שלדבריו הוא כותי וגם הוא ע"א ואין דבר שבערוה פחות משנים, וז"ש הר"אש הלכך אין עדותו כלום ואפי' לענין עצמו ואם בא על בת ישראל לא פסלה אלא לענין זה מהני עדותו לעצמו דשווי' נפשי' ח"דא יע"ש י"ל נגדה אף שהוא לענין עצמו מ"מ בעינן כללי עדות אבל מה שנוגע רק לעצמו מהכי מטעם שווי' נפשי' ח"דא דהוא מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וסגי בידיעת האמת, וא"כ אף ר' יהודא דסובר בהרגתיו לא תנשא אשתו דלא פלגינן דיבורא מודה הכא והטעם מובן דהתם צריך למפלג הדיבור שיהי' נאמן שנהרג אבל לא הרגו, וכמו בפלוני רבעני לרצונו, ועיין תוס' סנהדרין דף ט' ע"ב ד"ה ואין, סובר או דנאמן לגמרי או דאינו נאמן כלל וכיון שמשים עצמו רשע אינו נאמן כלל משא"כ הכא אנו אומרין שנאמן בכל העדות, כי לענין שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא להתכשר ולגייר היטב יכול לעשות א"ע אפי' רשע, ואף שנאמן לגבי עצמו מ"מ לא מהני עדותו לפסול את בניו ולפסול את בת ישראל אם בא עלי' כיון שנגדם דהוא חוב להם בעי כללי עדות דתורה אמרה היכי שמעיד לגבי אחרים ע"פי שנים עדים יקום דבר ובעינן כללי עדות דוקא ולא מהני ידיעת אמת דבכל מקום דבעי כללי עדות ל"מ ידיעת אמת כמו שפסלה תורה קרובים כמשה ואהרן ועד כשר כמשה, ובזה מובן היטב כונת תוס' ביבמות דף כ"ה ע"ב ד"ה לימא שכוונתם ג"כ לדעת הר"אש הנ"ל הגם שכתבתי בפרט הקדום שתוס' בדף קי"ח סוברים דשווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם נדר ל"ק כי ידוע שהרבה בעלי תוס' הי' ולענ"ד דברינו נכונים וקרובים, לאמת, העולה דתוס' ביבמות דף כ"ה והר"אש דף מ"ז סוברים דשווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם הודאת בע"ד, כשיטת רשב"א וסיעתו:

פרט ד

יבואר בענין כלל שוי' נפשי' ח"דא ביאור דברי רמב"ם וטור וש"ע א"העז סי' קנ"ב ליישב קושית אחרוני' זלה"ה:

י גרסינן במס' כתובות דף כ"ב ע"א האשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאוסר כו' ואם יש עדי' שהי' א"א והיא אומרת גרושה אני אינה נאמנת, אמרה נשבתי וטהורה אני נאמנת ואם יש עדים שנשאת אינה נאמנת ואם משנשאת באו עדים ה"ז לא תצא, ואי' בדף כ"ג ר' אושעיא מתני אריש וכ"ש אסיפא דבשבוי' הקילו, רבה בר אבין מתני לי' אסיפא לימא בדר' המנונא קמפלגי דאמר האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת חזקה אין האשה מעיזה פניה בפני בעלה, ומשני דכ"ע אית להו דרב

המנונא והכי קמפלגי מר סבר שלא בפניו מעיזה ומר סבר שלא בפניו אינה מעיזה ופסקו הפוסקי' כרבה בר אבין, ובריש אם אמרה אשת איש הייתי וגרושה אני ובאו עדים אפי' באו לאחר שנשאת תצא, וכ' הטור סימן קנ"ב וז"ל ואם יש עדים שהיתה אשת איש אינה נאמנת ואם נשאת תצא ואפי' נשאת קודם שבאו עדים שהעידו שהיא אשת איש אבל היא פסולה לכהונה על פיה לעולם ואם מת חולצת ולא מתייבמת שחוששין לדבריה עכ"ל וכן כתב הרמב"ם בפרק י"ב מהל' גירושין וש"ע שם סעיף ד' והטעם משום דשווי' נפשה חתיכא דאיסורה כמ"ש הרב המגיד, וכתב הב"ח בביאור דברי הטור וז"ל ומ"ש אבל פסולה לכהונה לעולם פי' זו שמעידין עליה שהיא אשת איש לפלוני דאינה נאמנת לומר גרושה אני מ"מ חוששין לחומרא ופסולה לכהונה על פיה לעולם פירש אף לאחר שמת פלוני דשווי' אנפשי' ח"דא ואזלינן כמי לחומרא שאם מת פלוני חולצת ולא מתייבמת דחיישינן שמא גרושה היא ואסורה להתייבם, ושמא אינה גרושה וזקוקה ליבם הלכך חולצת ואינו מתייבמת, וא"ת הלא בריש סימן זה כתב רבינו ושלא בפניו אינה נאמנת ואינה צריכה גט משני (כי ז"ל הטור שם ואם היא אומרת לו גרשתני והוא מכחישה נאמנת שאין האשה מעיזה פניה לומר לבעלה גרשתני, אבל שלא בפניו מעיזה ואינה נאמנת אפילו אם ניסת או נתקדשה וכשבא מכחישה החזיקה בדבריה ואומרת לו שגירשה א"נ שלהחזיק דבריה אומרת כן ואינה צריכה גט משני, כשמואל דסובר כן במס' גיטין דף פ"ט ע"א ואמאי תצא משני בלא גט ניחוש ג"כ לדבריה לחומרא להצריכה גט משני דהא שווי' נפשה ח"דא) ויש לומר דהתם שאני דאם הי' צריכה גט משני היתה נאסרת על בעלה הראשון משום מחזיר גרושתו ולאו כל כמיני' לאוסרה עצמה על בעלה כשבעל מכחישה אבל לפוסלה לכהונה וליבם חוששין לחומרא כיון שהכהן והיבם אינם יכולים להכחישה ולפי זה כשאמרה גרושה אני שלא בפניו ונתקדשה לאחר ואח"כ מת בעלה מקמי שהחזירה אינה מותרת לעלמא עד שתקבל הגט מאותו שנתקדשה לו דשווי' נפשי' ח"דא לגבי כ"ע דאינם יודעים להכחישה עכ"ל ובגוף התי' כבר שדי' נרגא הטורי זהב וכתב שתקפה עליו משנתו דהא בהדי' כתב הטור בריש סימן זה אפי' ניסת אין צריכה גט מב' דכבר נאסרה לראשון כיון שניסת מחמת בעילת איסור של שני הי' לנו לחוש לדבריה לחומרא להצריכה גט משני וכן הקשה הב"ש בס"ק י"ב ויש לדחות ועיין בטור סימן ס"א אך מסתימת לשון הטור לא משמע כן, ואולם מה שהוסיף הטו"ז להקפות על הב"ח דאם נאמר מחמת חתיכה דאיסור' מה לנו בעסק בעלה הראשון דהרבה מצינו תצא מזה ומזה וכל הדרכים בה יע"ש לק"מ דכעין סברא זו מצינו בר"ן נדרים דף צ"ב ע"ב במתני' דמדינא אין האשה נאמנת לומר טמאה אני

לך להפקיע א"ע מבעלה שהיא משועבדת לו יעיי"ש הרי דלא אמרי' שווי' נפשי' ח"דא להפקיע שיעבוד הבעל, ולא דמי לתצא מזה ומזה דלא בא מכח הודאתה אבל היכי שהחוב בא מהודאתה ל"מ לחוב לבעל ושווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם הודאת בעל דין לחוב לעצמו כנ"ל בפרטים הקודמים, ועיין מס' קידושין דף י"ב ע"א בהאי גברא דקידש באבנא דכוחלי דיתיב ר' חסדא וקא מעיין בה אי אית בי שו"פ אמרה ליה אימא והא האי יומא דקדשה הוי בי' ש שו"פ אמר לה לאו כל כמינך דאסרת לך אבתראי לאו היינו דיהודית דביתהו דר' חייא דהוית לה צער לידה אמרה לי' אמרה לי אם קיבל בי אביך קידושין כי זוטרת אמר לה לאו כל כמינך דאסרת לך עילאי וכתבו בתוס' רי"ד וז"ל לאו כ"כ פי' אע"ג דהיא מהימנא לשווי' נפשה ח"דא ותני' לקמן קדשתני והוא אומר לא קדמתיך הוא מותר בקרובות יה והיא אסורה בקרוביו, התם משום דלא אגידה גבייהו הלכך כי קא אסרה נפשה עלייהו מהימנא כיון דלא מפסדא לאחרינא אבל היכי דאגידא גבי' ומשועבדת ומטי איסורא לגבי' לא מהימנא עכ"ל והיינו כסברת הר"ן הנ"ל וכמ"ש בספר שערי המלך בפט"ו מאישות הלכה א', וא"כ מצינו סמוכין לדברי הב"ח בגוף הסברא ולכן דק הב"ש במה שהביא רק קו' ראשונה של טו"ז והשמיט קושי' ב' ואולם מ"מ קשה לב"ח במה שחידש לחלק בין היכי שמכחיש לכהן ויבם שמסופקים שהוא נגד דברי הר"ן שכ' באומרת טמאה אני לך מן הדין א"י לאוסרה להפקיע א"ע אף שבעל אינה מכחישה, וכמו כן לתוס' רי"ד והוי מצי לחלק על סגנון שמחלק בתוס' רי"ד שיש חילוק בין הפקעת שעבוד להפקעת זכות כי באומר קדשתיך אף שהי' לקרובים זכות מ"מ יכול להפקיע לכן מהאי טעמא א"י להפקיע משעבוד בעלה אבל נאמנת לפוסלה לכהונה וליבם, אך גם ע"ז יש לפקפק דהא היא משועבדת ליבם ג"כ דאגידא בי' ולשיטת העצמות יוסף שכתב בארוסה מצי להפקיע את עצמה יש ליישב ולקיים גוף החילוק, אך כבר שדא נרגא בתשובת מהרי"ט סימן צ"ב והעלו דארוסה ונשואה שווין וא"כ קשה על גוף החילוק של הב"ח אמאי נאמנת לפוסלה ולאוסרה על היבם כיון שמשועבדת ליבם ואף שיבם אינו יודע מ"מ א"י להפקיע משעבוד היבם כמו דסוברים הראשונים הנ"ל ובע"כ מחלק הב"ח מסברא דנפשי' בכוונת הטור שחולק בין היכי דמכחוש לא מצי להפקיע והיכי שמסופק יכולה להפקיע משעבוד וע"ז אין לו ראי' מראשונים הנ"ל, ושפיר השיגו הט"ז וב"ש על התירץ ועל גוף הדין ולפי דבריהם אף נתקדשה לאחר ומת הבעל לא צריכה גט דלא מצי לשווי' נפשי' חתיכה דאיסורא אף שלכ"ע איכא ספק ואינה משועבדת להם אבל עדיין צריך טעם והסברת הדברים להבין החילוק כי ק"ו הב"ח חזקה, וראיתי בב"ש שם ס"ק י"ב שכתב ליישב קושי' הל"ז וז"ל לכן נראה

דהיא אינה נאמנת בשום דבר אלא היא יכולה לעשות את נפשה חתיכה דאיסור' כגון הכא היא ח"דא לכהן וליבם אבל להצריכה גט אין שייך לומר חתיכה דאיסורא אלא אם היתה נאמנת היתה צריכה גט ובאמת היא אינה נאמנת עכ"ל ולא זכיתי להבין שיחתו, הא דעת הרבה פוסקים כמ"ש בפרט א' דשווי' נפשה ח"דא הוא מטעם נאמנות וגם אי אפשר לומר שסובר כהרי"ב שהיא מטעם נדר דאכתי קשה נימא שאוסרה א"ע לכ"ע בתורת נדר עד שתקבל גט מזה אף שהגט לא מעלה ומוריד שאינה נאמנת מ"מ אסרה א"ע אכ"ע עד שתעשה אותו מעשה מהני איסור אחר שתלתה בתנאי או איסור בתנאי דגירושין וצ"ע וראיתי בטורי זהב שכ' לתרץ קו' הנ"ל וז"ל כיון דעיקר טעם פסול לכהונה הוא מחמת דשווי' אנפשי' ח"דא כמ"ש ה"המ וכאן לענין היתר בלא גט מהשני אין שייך לומר שווי' אנפשה ח"דא דהא לפי דברי' מותרת היא לכל העולם אלא דאם יקדשנה אחר דתפסו הקידושין לפי דבריה ותאסר על אחרים זה לא עלתה על לבה לחשוב זה ולא שייך שווי' נפשי' ח"דא אלא אם יש איסור בשעת דיבורה מחמת דיבורה כגון לכהן וכן ליבם דעכ"פ אסורה לו באותו שעה ולא תהי' מותרת לעולם משא"כ באומרת גרושה אני דבאותו שעה מותרת לכל לפי דבריה וע"כ אין צריכה גנו משני עכ"ל ולא זכיתי להבין סברתו דהא כתב הטור כשאמרה שלא בפניו גרשני א"נ אפי' אם נשאת תצא בלא גט משני אע"ג דבא בעלה אחר הנשואין ואומרת בפניו גרשתני, וא"כ כל דיבורה הראשון דבעת שאמרה לא הי' מסקא אדעתה הא עכ"פ עכשיו שבא בעלה אחר נישואין ואומרת בפניו גרשתני א"כ היא בע"כ מסקא אדעתי' לפי דבריה שגירושין הי' כדין חל נשואי השני ואסורה לעלמא וא"כ הדק"ל נימא דשווי' נפשי' ח"דא להצריכה גט משני, וכפי הנראה הב"ש ברמיזות לשונו כיון לזה דלכן דק בלשונו כשהביא קו' הב"ח כתב הדין בשם טור בלשון הנ"ל ואח"כ כתב קושי' זו ונראה כוונתו לדחות תירוץ הטו"ז ומ"ש וכ"כ בט"ז אין כוונתו שתירץ כתירוצו רק כוונתו על הדין הנצמח מתירוצו שחולק על הב"ח הנ"ל ותו קשה להבין גוף הסברא שכ' הט"ז לפוסקים דשווי' ח"דא הוא מטעם נאמנות ובע"כ שנאמנת על גוף הענין ממילא בא האיסור מה בכך דלא מסקא אדעתי' ואולי הבין שהוא מטעם נדר דיכול לאסור ע"ע אף בדבר המותר ושפיר שייך לחלק דוקא היכי דמסקא אדעתא שייך לומר שאסרה ע"ע בתורת נדר אבל היכי דלא מסקא אדעתי' לא אסרה ע"ע וממילא לא נאסרה כיון שאינה נאמנת על גוף הענין וא"כ להפוס' שהוא מטעם נאמנות ליתא לחילוק הלז סוף דבר שקו' הב"ח על הטור הוא קושי' חמורה ולא מצאתי תירוץ מספיק:

יא ונלענ"ד לישב קושי' הב"ח לפמ"ש לעיל בפרט ג' דברי ב"ש בסימן ל"ח ס"ק ל"א באם אמר הרי את מקודשת לי ע"מ שיש לי מנה ביד פלוני לא מהני הודאת פלוני כי אעפ"י דמהני הודאתו לחייב א"ע מ"מ אין ידוע אם הי' לו אצלו בשעת הודאתו יע"ש א"כ סובר שאינו נאמן על מעשה הלואה שהוא אמת למפרע כמו שהוא אומר רק שהוא מטעם חיוב מכאן ולהבא, ושיטת רש"י דהודאת בע"ד אתי' מכי הוא זה ונאמן על גוף המעשה במה שהודה על למפרע שהאמת ככל דבריו ורציתי לומר לשיטת ב"ש לפוסקים דשווי' נפשי' חד"א הוא מטעם הודאה כיון שאומר נגד עדים או נגד חזקה, אינו נאמן על גוף מעשה שהוא אמת, רק שעל עצמו נאמן לאסור מטעם שהוא בידו ודחיתי לעיל דל"ד להודאת בע"ד בממון לחובתו כיון דחובתו הוא זכות לחבירו כשנתפס מתוך דבריו הודאה לחיוב ממילא מתחייב א"ע מהיום זכה חבירו בהודאתו שאין יכול לחזור וכמו במתחייב א"ע בדבר שאינו חייב לשיטת רשב"ם בפי"א ממלוה ובח"מ סימן מ' ס"א משא"כ בהודאה באיסורא אף שמוכח מכוונתו שרוצה לאסור ע"ע איזה דבר כשאינו אומר בלשון נדר לא מהני ומה מהני הודאתו כיון שאין נאמן על גוף המעשה רק מצד שחזינן שרוצה לאסור ע"ע אותו דבר הא לא אמר בלשון המועיל לאסור רק אמר בלשון הודאה מכח זה הוכרחתי לפרש פי' אחר בר"אש יבמות שם ואולם המעיין היטב במ"ש שם יראה לכן דחיתי טעם זה כי רציתי לפרש בכוונת הרא"ש שם דאזיל גם בשיטת ר' יהודא דלית לי' פלגינן דיבורא, ואולם אליבא דידן דקיי"ל פ"ד ובחד גופא פליגי ר' מאיר ור' זביד במס' ב"ב דף קל"ד בבעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע, אי פלגינן דיבורא ונאמן על מכאן ולהבא, שפיר יש לקיים סברא הלז כי לפמ"ש לעיל למ"ד דאינו נאמן על להבא דלא פלגינן דיבורא ועיקר הטעם דהתם כיון שבעינן שמעשה גירושין יהי' אמת כיון שעל ידי זה מותרת להבא כיון דא"נ על למפרע לא פלגינן דיבורא על להבא משא"כ בממון באמת א"נ על גוף המעשה להבא מ"מ כיון שהודה בדבר שאינו חב לאחרינא חל החיוב מכאן ולהבא כי מתחייב א"ע מעכשיו בהודאתו בתורת חיוב ולכן לכ"ע הודאת בע"ד כמאה עדים אף למ"ד דלא פ"ד וא"נ על להבא על גוף המעשה מ"מ ממילא חל החיוב מחדש דהא נתפס מתוך דבריו חיוב על להבא ואולם למ"ד פלגינן דיבורא ובע"כ נאמן על גוף הגירושין על מכאן ולהבא שאמת אומר שגירש כיון שהוא בידו שפי' יש לומר גם בהודאת בע"ד בממון שנאמן על גוף הלואה אם הי' נ"מ על ידי זה שיהי' נאמן על גוף הענין, והיינו שפלגינן דיבורא, ונ"מ אפי' להחולקים על רמב"ם וסוברים בחשן משפט סימן מ' שאין יכול להתחייב א"ע בחיוב חדש בדבר שאינו חייב כ"א בקנין ולא מהני אתם עידי מ"מ בהודאה שאנו אומרים שאומר אמת שלוה וחל הודאה על מכאן

ולהבא כיון שבידו ליתן ולהתחייב א"ע בקנין נאמן בגוף הלואה שאומר אמת על מכאן ולהבא כמו שנאמן שם על גוף הגירושין ומעתה לענין שווי' נפשי' ח"דא שהוא הודאה לחובתו באיסור תלי' במחלוקת הנ"ל היכי שמודה שאותו דבר אסר ע"ע מזמן עבר אשר נעשה ענין הנאסר עליו אי נימא דלא פלגינן דיבורא וכיון שא"נ על זמן העבר שאין לו מגו על העבר, א"נ על גוף המעשה שאמת הוא על להבא ממילא לא נאסר עליו משום דנתפס מתוך דבריו איסור חדש כיון שלא אמר בלשון נדר אופן המועיל לאסור איסר על נפשו אבל אי תימא פלגינן דיבורא ונאמן על גוף המעשה שחל מכאן ולהבא כיון שיש על להבא מגו כמ"ש רשב"ם בב"ב שם ד"ה איבעי' להו שפי' י"ל דשווי' אנפשי' ח"דא ונאמן בהודאתו על מכאן ולהבא מטעם מגו שבידו לאסור ע"ע אותו דבר בנדר ובקונם וא"כ יש לתרץ קו' הב"ח דהנה הב"ש בסי' קנ"ב סק"א כתב דרמב"ם וטור סוברים כמ"ד פלגינן דיבורא אפי' בחד גופא ולכן לשיטתייהו אזלי' וסברו כאן דאין צריכה גט מב' ואסורה לכהן מליבם, דהנה בלא"ה קשה אמאי אסורה ליבם הא כיון שמשועבדת ליבם איך יכולה להפקיע א"ע משעבוד כעין סברת הר"ן בנדרים דף צ' וכן מצאתי לבעל ק"הח שכתב כן בסוגי' דיבמות דף קי"ח ואולם נראה דעיקר סברת הר"ן הוא כעין דאי' במס' כתובות דף י"ט דהודאת בעל דין בממון לחובתו לא מהני היכא דהוא חב לאחרינא במשועבד להם מ"מ כתבו תוס' וכל הפוסקים היכי שיש לו מגו דבידו עוד לחוב לאחרים נאמן בהודאתו אפי' לחוב לאחרים וה"ה שווי' נפשי' ח"דא שהוא מטעם הודאת בע"ד לחובתו וא"נ לחוב לאחרים להפקיע השיעבוד מ"מ היכי עדיין בידו לחוב להם נאמן מטעם מגו, והנה במס' יבמות דף קי"א ע"ב אי' במתני' הנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה כופין אותו שיחלוץ לה לאחר מיתת בעלה מבקשין הימנו שיחליץ לה ואם נתכונה לכך אפי' בחיי בעלה מבקשין הימנו שיחלוץ לה וכן קיי"ל להלכה כדאי' בש"ע א"העז סימן קס"ה סעיף ב' ונראה לפמ"ש רמב"ם בפרק ב' מיבום הלכה ט"ו וש"ע הנ"ל שנתכונה בנדרה אפי' בחיי בעלה כדי שלא ייבם אותה מבקשין ממנו שיחליץ לה וכ' הב"ש בסק"ו ואם אינו רוצה דינה כמורדת כיון שהיא גרמה לאיסור עולם ע"ג שאין תקנה לדבר היינו היכי שכונתה הי' רק לפוטרה מיבם אבל אם נוכל לומר שכונתה הי' לאפרושי נפשה מאיסורא כיון שלפי דיבורה תעשה איסור ביבום אזי כופין אותו שיחלוץ לה אם נדרה הנאה מיבמה בחיי בעלה, וא"כ שפיר כתבו הרמב"ם וטור שחוששין לדבריה ופסלה לכהונה וחולצת ולא מתייבמת כי נאמנת במה שאמרה שהיא גרושה לאסור נפשה לכהן וליבם במגו שעדיין עוד בידה לאסור נפשה בקונם על כהן ויבם (בכהן בלא"ה ניחא דהיא בעל בחירה) וכיון שיש בידה לחוב ליבם נאמן בהודאתה לאפקועי משיעבודא,

כי עכשיו בחיי בעלה יכולה לאסור א"ע בנדר על יבמה כי בכה"ג שאמרה גרושה אני ולפי דעתי אני אסורה ליבם לאחר מיתת בעלי לכן אני מודר הנאה ממנו כדי לאפרושי מאיסורא ואין כוונתי לאפקועי נפשי מיבום אזי כופין שיחליץ לה משא"כ באומרת גרשני שלא בפניו א"נ לשווי' נפשי' ח"דא לכ"ע עד שתקבל גט משני כיון דעל גוף הענין א"נ למפרע רק על להבא מטעם מגו דבידה והכא אין לה מגו דבידה לאסור א"ע אכ"ע בתורת נדר עד שתקבל גט משני והיינו שתדור הנאה מכל יהודים לזמן עד שתקבל גט משני דהא כיון שאין יכולה לכוף להשני שיצטרך ליתן גט דבכל מקום דאמרי' שווי' נפשי' ח"דא מבקשין ממנו ליתן גט כדאי' במס' קידושין דף ס"ה ע"א ולית לה מגו דאולי לא ירצה השני ליתן גט שיתבייש (עיין ב"ש סימן מ"ח ס"ק ב' ותוס' ביבמות קי"ב ע"ב ד"ה לאחר) מליתן גט כמ"ש ב"ש ותהי אסורה לכ"ע וכעין שכתבו הפוסקים דלא אמרי' מגו דבי תרי דאולי אין שניהם מסכימים לדעת אחת וה"ה לכן מותרת לעלמא בלא גט, אבל לאסור נפשה ליבם יש לה מגו כיון דבכה"ג יהי' הדין שכופין אותו לחלוץ ואינה צריכה דעת יבם, ומכ"ש דא"ש לשיטת י"א המובא בב"ש סימן קס"ה סק"ו שאין לה דין מורדת כל שאין תקנה לאותו דבר שיש לו מגו מעלי' לפוסלה על יבם לאוסרה בתורת נדר או לומר אפי' בלא נדר שאין רצונה רק בחליצה כיון כותבין אגרת מרד על שומרת יבם רק אפי' למחבר וסיעתו שכותבין אגרת מרד על שומרת יבם כשאינה רוצה ביבם בלא טענה מספקת דהוי מקום לומר שאין לה מגו כי אין רצונה להפסיד ממון ולא דמי להודאת בע"ד בממון דנאמן לשיטת ב"ש מטעם מגו מ"מ י"ל כמש"ל דבכה"ג שאין כוונתה להפקיע מיבם רק לאפרושי נפשה מאיסורא לפי דמיונה אין כותבין אגרת מרד לכ"ע וא"ש ולק"מ קו' הב"ח ודוק:

פרט ה

יבואר שוי' נפשי' חתיכא דאיסורא לאפקועי שעבודא:

יב גרסינן בנדרים דף צ' בראשונה הי' אומרים שלש נשים יוצאת ונוטלת כתובתה האומרת טמאה אני לך כו' חזרו לומר שלא תהי' עיניה נותנת באחר כו' האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדבריה, והקשו בתוס' על משנה אחרונה הא שויתה נפשה חתיכא דאיסורא, ונאמרו ונשנו שם כמה תירוצים, ואולם הר"ן כ' בשם אחרים לתרץ וז"ל ואחרים תירצו דמשנה ראשונה לאו דינא קתני דמדינא ודאי אין האשה נאמנת לומר טמאה אני לך להפקיע עצמה מבעלה שהיא משועבדת לו אלא משום דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה מלתא תיקנו במשנה דליהמנוה דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוי מזלזלת נפשה למימר הכי ומכי חזו רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהי'

נותנת עיניה באחר אוקמא אדינא יע"ש והיש"ש במס' יבמות בפרק ב' סימן י"ח הסכים לתירץ זה, ולולי דבריו זלה"ה יש לתרץ קו' הראשונים הנ"ל לפי מאי דאי' בקדושין ד' ס"ה ע"ב דהא דאין דבר שבערוה פחות מב' ילפינן דבר דבר מממון וראוי לכל דבר ליליף מממון ולפמ"ש בפרט א' דהא דשווי' נפשה ח"דא לכמה פוסקים הוא מטעם הודאה כמו בממון דנאמן לחובתו יותר מעדים כמ"ש רש"י דאתי' בכי הוא זה ה"נ דאיסורין ובדבר שבערוה ואנן קיי"ל בממון שאין נאמן בהודאתו לחוב לאחרינא כדאי' בכתובו' דף י"ט במלוה שאומר שטר אמנה הוא זה אינו נאמן וכדאי' בחשן משפט סי' מ"ז מלבד הטעם דחיישינן לקנוניא אף גם הטעם דנגד אחרים הוא רק עד אחד והתורה אמרה שע"א לא קם בממון ה"נ לא מצי לשווי' נפשי' ח"דא היכי דהוא חב לאחרינא דוקא אם החוב נוגע רק לבעל דבר בעצמו נאמן והא דנאמנת למשנה ראשונה לומר טמאה אני לך אף שהוא חוב לבעלה יש לומר כעין שמצינו במס' גיטין דף נ"ד ע"ב מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד ספר תורה אף דהוי איסורא דאית בי' ממונא ובממון לא קם ע"א להפסיד חבירו, מ"מ כיון דיש הוכחה שאומר אמת כיון שהוא חוב לעצמו ג"כ אמרי' מתוך שנאמן לחוב לעצמו נאמן לחוב לאחרים ועיין טו"ז יו"ד סי' קכ"ז סע"ק ד' וא"כ ה"ה לענין הודאת בע"ד בממון אף דל"מ היכי דחב לאחרים משום דנגדם הוא רק עד אחד מ"מ אם יש הוכחה שאומר אמת כגון שהוא חב לעצמו בהודאתו נאמן לחוב לאחרים מטעם מתוך כו' הוי כאן סהדי שכן הוא ולכן מוכרח הבעל התרומות מובא בבית יוסף חושן משפט סימן מ"ז לומר הטעם שמלוה אינו נאמן לומר שטר אמנה אף שמודה לחובתו ג"כ שחובו יותר ממה שחייב המלוה למלוה שלו אשר נשתעבד מדר' נתן משום דחיישינן לקנוני' ולא הוי חוב לעצמו, אבל אם הי' ברור שאומר לחובתו ג"כ נאמן לאחרים משום הוכחה כיון שנאמן לחובתו ומטעם מתוך כו' כנ"ל ומהאי טעמא נאמנת במשנה ראשונה אפי' מדינא לומר טמאה אני לך משום שוי' נפשה ח"דא דהוא מטעם הודאת בע"ד אף שמגיע חוב לבעלה כיון שמודית לחובתה ג"כ כיון דלא חיישינן שמא עיניה נתנה באחר א"כ הוא חוב לה להוציא א"ע מבעלה האהוב לה מטב למיתב טן דו, משום הוכחה כזו נאמנת לחוב לבעלה ג"כ אבל במשנה אחרונה שראו חכמינו ז"ל שדרכן של נשים ליתן עיניהם באחר כמ"ש תוס' ביבמות דף ק"ד ובר"אש שם שרוב הנשים האומרת כן משקרות, א"כ לא הוי חוב לאשה דהיא חפיצה בכך ממילא אינה נאמנת לחוב לבעלה ולק"מ קו' הראשונים ואין לפרש כן בכוונת הר"ן בשם אחרים, כי לשונו לא משמע כן כי כתב דגם למשנה ראשונה הי' רק תקנת חכמים דליהמנוהו ולפמ"ש הוא מדינא, ובאמת בפשיטות קשה לי על הר"ן דהו"מ לומר בין למשנה ראשונה ובין למשנה אחרונה

הכל הוא דינא דמן הדין נאמנת למשנה ראשונה כיון דכסיפא לה מילתא איכא הוכחה שאומרת אמת והוכחה הוי כאנן סהדי ונאמנת להפקיע שעבוד הבעל דאנ"ס הוי כעדים שמועיל לאפקועי השעבוד וכי חזו במשנה אחרונה דיש לחוש שעיניה נתנה באחר ולא איכפת לה בכסיפא ליכא הוכחה דאומרת אמת ממילא אינה נאמנת מן הדין לחוב לבעלה לאפקועי משעבוד, ואמאי כתב דמשנה ראשונה הוא מתקנת חכמים ונלענ"ד בכונת הר"ן דהנה מלשון המתני' דסתים יוצאת ונוטלת כתובתה כו' משמע כמ"ש המפרש זלה"ה דיוצאת בעל כרחו של בעל, ועיין תוס' כתובות ר"פ המדיר, וכן משמע בר"אש ור"ן ד"ה נטולה אני שכתבו שכופין אותו להוציא, והכל בחדא מחתא נשנה, ויש לומר דסובר דדבר בערוה דמי לממון כיון דילפינן דבר מממון, ואין גזירה שוה למחצה, וכמו דקיי"ל בממון אף באומדנא דמוכח אין מוציאין ממון כדאי' בב"ב דף צ"ב ע"א דקיי"ל כרבנן דר' אחא בגמל האוחר כו' וכמ"ש רמב"ם בפרק ח' מנזקי ממון וטוש"ע ח"מ סימן ת"ח ה"ה באומדנא דמוכח אין מוציאין אשה מבעלה לכוף לגרשה, דתורה אמרה דבעינן עדים דווקא, וכן משמע להדי' ביבמות דף כ"ד ע"ב דאמרינן שם בית דין בעדים הוא דאפקי מורה להדי' דאין מוציאין אשה מבעלה בעל כרחו כי אם בעדים ממש, וראיה לזה דהא דעת כמה פוסקים דאין מוציאין אשה מבעלה אפי' בעידי כיעור וקולא דלא פסיק כדאי' בש"ע סימן י"א אף דאיכא הוכחה שזינתה מ"מ אין מוציאין אותה מבעלה בעל כרחו, לכן סובר אף דאיכא הוכחה שאומרת אמת משום כסיפא מ"מ מדינא אינה נאמנת לכופו לכן דייק דהוא רק תקנת חכמים וא"ש ולפ"ז יש לומר מה"ט נייד הר"ן מתירץ שלי אף דה"מ לתרץ כנ"ל (ואף דמשמע דר"ן לית לי' כמ"ש תוס' ביבמות ור"אש שרוב האומרות כן משקרות מ"מ הו"מ לומר דמשנה אחרונה סוברים כיון דיש לחוש שמשקרת לא הוי הוכחה ברורה להוציאה מבעלה בעל כרחו) דסובר כמ"ש מדינא אף שיש הוכחה שאומרת אמת כיון שאומרת לחובתה מ"מ אינה נאמנת דסובר גם בממון הוכחה הבא מעד לא מהני דהא ע"א לא קם בממון אפי' משה ואהרן אף דיש הוכחה ברורה שודאי אומרי' אמת מ"מ כתבתי בכלל ע"א בממון פרט א' שדעת רמב"ן ורא"ה שכל ע"א לא קם אפי' נביא שבישראל שהוא גז"הכ אף שאומר אמת לא יקום כמו קרובים, וא"כ מה יתן ומה יוסיף הוכחה זו מתוך שחב לעצמו אומר אמת כיון שהוא מטעם גז"הכ ואינו משום חשש שיקרא, ה"נ בדבר שבערוה לא קם ע"א אף שיש הוכחה לדיבורו שאומר אמת, ומכ"ש אשה שאינה בת עדות ושאני בהאי דספר תורה הנ"ל דהוא איסורא דאית בי' ממונא, והוכחתי בכללי ע"א דבכה"ג בנידון דס"ת אין לו דין ממון רק דין איסורא, ולא דמי למ"ש פוסקים דאיסורא דאית בי' ממונא יש לו דין

ממון לענין שאין ע"א קם, היינו כשמוציא ממון מרשות לרשות חבירו ע"ז הי' גז"הכ, כמו שהוכחתי שם מראשונים זלה"ה ובאיסורא מהני הוכחה שאומר אמת דבאיסור גרידא לא הי' החזקה דבעינן שני עדים דוקא רק כשמוכח שהענין אמת סגי, ועיין בטו"ז יו"ד סימן צ"ח סק"ב, וא"כ בע"כ א"א לומר מדינא נאמנת למשנה ראשונה רק משום תקנה, וכיון שבלא"ה מוכרחין אנו לומר שהוא משום תקנה בחר הר"ן טעם שלו הנזכר בש"ס דהוא טעמא אלימא לתקנה משום דכסיפא לה מילתא וא"ש ולענ"ד המעיין במקומות שרמזתי יראה שדברינו נכונים:

פרט 1

יבואר סוגי' דנדרים שם לשיטת הר"ן דלא אמרינן שוי' נפשי' ח"דא לאפוקי משעבודא: **יג** גרסינן שם בגמ' איבעי' להו אמרה לבעלה טמאה אני מהו שתאכל בתרומה, רב ששת אמר אוכלת שלא תוציא לעז על בניה רבא אמר אינה אוכלת אפשר דאכלה חולין, אמר רבא ומודה ר' ששת דאם נתארמלה שאינה אוכלת מידי הוא טעמא אלא משום שלא להוציא לעז על בניה נתארמלה או נתגרשה אמרי השתא הוא דאיתניסא ע"ש ורמב"ם בפרק ח' מהל' תרומות הלכה ט"ו פוסק כרבא, ולכאורה קשה לשיטת הר"ן הנ"ל שאינה יכולה לשווי' נפשה ח"דא לאפקועי משעבוד בעלה וכתבתי שם הטעם משום דלא מהני הודאתה לחובת הבעל, ואמאי מהני הודאתה לענין תרומה לחוב לבעלה כיון שמזונות על הבעל ותרומה בזול יותר מן החולין, הן אמת שראיתי בספר קרבן העדה שפירש בהא דאית' בירושלמי דאתא עובדי' קמאי ר' חנינא והותרה לאכול בתרומה כתב באמת האי טעמא דכיון דבעלה חייב במזונותיה לאו כל כמיני' לאסור עצמה בתרומה ונראה כוונתו לסברת הר"ן, אבל קשה לתלמוד בבלי דסובר רבא דאינה אוכלת וגם רב ששת מודה היכי שאין לה בנים דליכא לעז אסורה ואמאי נאמנת לחוב לבעלה, ועיין במס' כתובות דף נ"ח ע"א, ולכאורה יש לומר לפי מאי דסובר רב בכתובות דף נ"ח ע"ב דיכולה אשה לומר לבעלה איני ניזונית ואינה עושה וכן קיי"ל להלכה כמ"ש הרי"ף והרא"ש ורמב"ם בפרק י"ב מהל' אישות הל' ד' וטוש"ע אב"העז סימן ס"ט סעיף ד' דתיקנו מזונות תחת מעשה ידיה לכן כיון דהיא אסרה לגבי נפשה בתרומה ואפשר בתקנה לצאת ידי איסור לומר לבעלה איני ניזונית כו' ותאכל חולין ולא יהי' חוב לבעל כי על זה אינה משועבדת לו, ולא הוי הודאתה רק לחוב לעצמה אם אין מספיקין לה מעשה ידיה, ומש"ה משום לתא דאיסורה מוכרחת לומר איני ניזונית כו' ותהי' ניזונית בעצמה ממעשה ידי' ותאכל חולין, ולפ"ז י"ל הא דאי' בירושלמי רב אילא אומר אם היה כהן שאסורה לאכול בתרומה אתי עובדא קמאי רב חנינא חברין דרבנן והתירה לאכול בתרומה ולא נזכר אם טעם

הנזכר בתלמוד בבלי משום לעז יש לומר דנחלקו במה דנחלקו רב עם ר"ל בכתובות דף נ"ט רב אילא סובר שיכולה לומר איני ניזונית כו' כי אינה משועבדת לבעל במעשה ידיה לכן אסורה כנ"ל ור"ח סובר כר"ל שאין יכולה לומר איני ניזונית שיכול לכופה למעשה ידיה שמשועבדת לו לכן מותרת לאכול בתרומה דל"מ הודאתה לחוב לבעלה שיתן לה חולין ביוקר אבל תלמודא דידן סובר בכתובות דף ק"ז כרב דיכולה לומר איני ניזונית לכן לכ"ע אסורה בתרומה היכי דלא שייך חשש לעז, אבל כל זה הוא דרך פלפול ובאמת משמע להדי' מסתימת הש"ס שאפי' לא אמרה איני ניזונית כו' אסורה דכל כי האי הו"ל לפרושי וגם דוחק לומר כוונת הש"ס אינה אוכלת אם הבעל רוצה להאכילה חולין אבל אם מיחה אוכלת בתרומה דכל זה אינו במשמע, וכן רמב"ם הנ"ל כתב בסתם הגם דיש לומר דרמב"ם לית לי' תירץ הר"ן הנ"ל מ"מ ילמוד הסתום מן המפורש שגם הרמב"ם הבין הפירש בש"ס שאסורה לאכול בתרומה בע"כ דבעל וא"כ הדק"ל ונלענ"ד ליישב שיטת הר"ן דהנה רמב"ם בפרק י"ח מאיסורי ביאה הלכה י"ט כתב אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי אע"פי שהיא מותרת לבעלה כמו שבארנו הרי היא אסורה לכל כהן שבעולם אחר שימות בעלה שהרי הודה שהיא זונה ואסרה עצמה ונעשית כחתיכה האסורה, וכתב ע"ז הראב"ד אע"פי שאמר דבר חכמה אין שמועתו מכוונת שאם אמרה לאחר מיתת בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני בעלי למה אינה נאמנת והלא לא הודית על עצמה הודאה לאיסור ולא נתקבלה דבריה כלל, והרי אשה שאומרת אשת איש אני ואח"כ אמרה פנוי' אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת אף בזו אם היתה קטטה ביניהם אמתלא גדולה היא זו ונאמנת והרב המגיד כתב על דברי רמב"ם וז"ל בפירוש אמרו בנדרים האומרת טמאה אני לך אע"פי שאינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה אם נתארמלה או נתגרשה אסורה לאכול בתרומה לכ"ע וה"ה ודאי להינשא לכהן יע"ש, ועל מ"ש ראב"ד שמהני אמתלא כתב וז"ל ומ"ש הר"א זלה"ה שאם נתנה אמתלא לדבריה שאמרה כן כדי שיגרשנה בעלה שהיא נאמנת אפשר לומר שאין לסמוך על דבריה כיון שלא הי' הבעל מחויב להאמינה ולגרשה כנזכר למעלה אין דבריה כלום דאי לא גבי תרומה נמי הוי להו לאפלוגי ואע"ג דקושטא דמילתא דאנן לא מהמנינן לה ה"מ לגבי בעלה כדי שלא תהי' עיניה נותנת באחר ומפקעת עצמה מבעלה אבל לאחרים ודאי אסורה דומי' דתרומה יעיי"ש ועיין בב"ש סימן ו' סע"ק כ"ו ופשיט לשיטת הראב"ד ה"ה לענין תרומה אם אחר שהורו ב"ד שמותרת לבעלה ואינה נאמנת חזרה מדבריה ונותנת אמתלא לדבריה שאמרה כן כדי שיגרשנה בעלה מותרת בתרומה דהא ה"המ מדמה זה לזה דמה שאסורה לכהן ילפינן ממה דאי' בש"ס שאסורה בתרומה:

והנה ה"המ הקשה לשיטת הראב"ד הו"ל לש"ס לחלק בתרומה אם נותנת אמתלא לדבריה שנאמנת לחזור, ונראה לענ"ד ליישב קו' זו שבע"כ מיירי הסוגי' רק כשעומדת בדבריה הראשונים שהיא טמאה, ואומר דראב"ד ור"ן קיימא בחדא שיטה הר"א אית לי' תי' הר"ן בשם אחרים, דעל כל התי' קשה וכמ"ש ביש"ש שתירץ זה עיקר, והר"ן סובר בזה כראב"ד דאמתלא מהני ודלא כה"המ ובזה יהי' מיושב קו' הנ"ל על הר"ן, ונראה דהר"ן סובר דבע"כ בהא דפליגי רב ששת ורבא הוא רק בעומדת בדבורה לאחר שהורו ב"ד שמותרת לבעלה כמשנה אחרונה מ"מ אומרת שהיא טמאה ואינה אומרת אמתלא שמה שאמרה טמאה היא כי סברה שיגרשנה בעלה, דוקא בכה"ג אסורה לאכול בתרומה ונאמנת בהודאתה לחוב לבעלה שיתן לה חולין אף שהוא ביוקר דכמו שכ' הר"ן דהוכחה דכסיפא לה מלתא תיקנו במשנה ראשונה דליהמנוה דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוית מזלזלת נפשה למימר הכי הרי דהוכחה זו מהני לחוב בעלה ולהפקיע שעבודה, רק למשנה אחרונה חזו רבנן בתראי דליכא הוכחה שחשו שמא עיניה נתנה באחר והיה מוכרחין רבותינו ז"ל לאוקי אדינא לענין שמותרת לבעלה, היינו לענין היתר לבעלה לדור עמה, אבל לענין תרומה קם הוכחה זו דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוי עכשיו מזלזלת נפשה והיתה חוזרת מדבריה כיון שבידה ליתן אמתלא זו שכוונתה הי' שיגרשנה בעלה דליכא זילותא כל כך כמו היכי שעומדת בדבורה שטמאה היא ומהאי טעמא נאמנת לחוב לבעלה שמחויב להאכילה חולין ולענין היתר לבעלה הניחו על דין תורה שלא מהני אפי' הוכחה דכיסופא כמו שמבואר להמעיין בלשון הר"ן ולענין איסור תרומה הניחו על תקנתן כמשנה ראשונה, ובאמת באם חוזרת לאחר הוראת ב"ד שמותרת, אפי' שלא אמרה האמתלא מותרת לאכול בתרומה אף שלענין לינשא לכהן לאחר שימות בעלה בעינן אמתלא כנ"ל אבל לענין תרומה לא בעי אמתלא דהודאה ראשונה לא מהני לחוב לבעלה רק מחמת שעומדת בדיבורא איכא הוכחה, ואולם כיון שאמתלא זו הוא בכל הנשים וחכמים הורו לה שאינה נאמנת מטעם שמא עיניה נותנת באחר מן הסתם אם הי' חוזרת הי' נתנה אמתלא דאטו בשופטני עסקינן ובזה מדוייק לשין הש"ס דאי' אבעי' להו אמרה לבעלה טמאה אני לך מהו שתאכל בתרומה כו' דלכאורה הם דברים מיותרים מה דאי' אמרה לבעלה טמאה אני הא עלה דמתני' קאי והוי לי' לומר בקיצור מהו שתאכל בתרומה וממילא ידעינן דלא קאי רק אטמאה אני דבאינך הנזכרים במתני' לא שייך דין זה, וידוע שדבריהם הקדושים נאמרים בדקדוק גדול, ולפמ"ש ר"ל הכוונה כך לאחר שהורה בית דין שאינה נאמנת מ"מ אומרת טמאה אני לך כי עדיין עומדת בדבורה, וקא על משנה אחרונה שא"נ מ"מ עדיין אומרת טמאה אני לך ואיכא הוכחה

שאומרת אמת מחמת כיסופא אף דהוכחה לא מהני לענין בעלה ומותרת לדור עמה כמ"ש הר"ן דאוקמי אדינא, לענין תרומה פליגי רב ששת ורבא (ועמ"ש הר"אש במס' יבמות דף כ"א והאריכו בזה בש"ות פני יהושע חלק א"העז סימן א' ותשובת נודע ביהודא מהדורא בתרא חלק א"ה עז סימן י"ב ודברי הר"אש סתומים) ובזה יש ליישב דקדוק קל מה דאי' אמרה לבעלה תיבת לבעלה מיותר ובמתני' אי' האומרת טמאה אני לך, ונראה משום דלכאורה יש לומר הוכחה דכסיפא לה לא שייך אלא כשאומרת כן בפני בית דין שכסיפא לה לזלזל נפשה בפניהם, אבל אי אומרת כן רק לבעלה בינה לבין עצמה אולי לא כסיפא לה כ"כ בפני בעלה לזלזל א"ע ואולם הש"ס רצו להורות לן חידוש אפי' כשאמרה בינה לבין עצמה כסיפא לה, וז"ש אמרה לבעלה טמאה אני ר"ל אחר שהורו ב"ד שאינה נאמנת כדאי' במתני' אמרה אח"כ רק לבעלה ובא הבעל לשאול לבית דין אם נאמנת בהודאתה לחובתו שיתן לה חולין ביוקר וגם בכה"ג אף דליכא הוכחה כ"כ כמו אם הי' אומרת בפני ב"ד לאחר הוראתם שאינה נאמנת מ"מ סבר רבא דאינה אוכלת דזהו הוי ג"כ הוכחה דלא מזלזלת נפשה בעיני בעלה ואסורה רה ורב ששת סובר משום לעז מותרת, ואין להקשות לפי דברינו אמאי מותרת בתרומה לרב ששת כיון שעומדת בדיבורה שווי' נפשה ח"דא וכי משום לעז תאכל איסורא כיון דיש הוכחה שאומרת אמת אף אף לענין דבר שבערוה אמרה תורה דלא מהני הוכחה ולכן מותרת לבעלה כמ"ש בפרט הקוד' מ"מ לענין איסורא מהני הוכחה כמ"ש שם דז"א דיש לומר דסובר תרומה בזמן הזה דרבנן ועיין במס' יבמות דף פ"א ע"ב דכן סוברים רבנן דר' יוסי וכן פסק רמב"ם בפרק א' מתרומות הל' כ"ה ועיין בכ"מ שם ויש לומר משום חשש לעז על בנים הם אמרו להחמיר והם אמרו להקל וכעין זה אי' במס' יבמות דף כ"ז ע"ב כשיש עידי כיעור וקלא הקילו שאם הי' האיסור מן התורה אסורה אפי' ביש לה בנים ואפי' רב ששת שם בע"כ יש חלוק בין בנים לאין בנים כדאי' להדיא בבריית' הרי אפי' וודאי איסור אשר אסורה לבעל או לנטען לפי שיטת הפוסקי' מ"מ הקיל משום לעז, ובזה מיושב קו' תוס' שם על רבינו אלעזר ממיץ שתירץ דהיא אינה מוזהרת אמאי סובר ר"ש דאוכלת בתרומה משום לעז הא שווית' לנפשה ח"דא די"ל דסובר כמ"ש דתרומה בז"הז דרבנן ואף דאמרי' שווי' נפשי' ח"דא אפי' באיסור דרבנן כמ"ש בספר ש"ות שבות יעקב חלק אבן העזר סי' צ"ג שמוכח ממ"ש תוס' גיטין דף נ"ד ע"ב וכן מוכח להמעיין בכמה דוכתי בש"ס וכ"כ בהפלאה במס' קידושין דף ס"ה מ"מ התירו איסור דרבנן משום חשש לעז וכמו דמוכח סוגי' דיבמות דהתירו איסור דרבנן משום לעז וא"ש שיטתו וכמו כן יש לפרש דברי רב ששת לשיטת הר"ן ולפ"ז מיושב קושי' ה"המ במאי דלא קמחלק הש"ס דלפמ"ש מוכח

ממשמעות הלשון שמיירי שעומדת בדיבורה מדאי' האומרת לבעל טמאה אני לך ותו דאי הי' חוזרת לענין תרומה אפי' לולי אמתלא הי' נאמנת כי א"י להפקיע זכות הבעל כמ"ש הר"ן ובע"כ הש"ס מיירי רק בעומדת בדיבורא ולכן לא מחלק הש"ס בין היכי שאומרת אמתלא להיכי שאין אומרת אמתלא שלענין תרומה סגי בחזרה גרידא ול"ב אמתלא ואף לענין לישנא לכהונה בעינן אמתלא זהו ידעינן מסוגי' דכתובות דף כ"ב גבי אשת איש שיכולה לחזור ע"י אמתלא כמ"ש ראב"ד ואע"פי שאין ראי' לדברינו זכר לדבר מיהו איכא ממ"ש בש"ות מוהר"ם פאדווי הובא ברמ"א אבן העזר סי' קט"ז סעי' ו' אשה שאומרת לבעלה שזנתה אע"פי שא"נ אם עמד וגירשה אסור להחזירה ומבואר בחלקת מחוקק סע"ק כ"ח בעומדת בדיבורה לאחר שגירשה שאז לא שייך עיניה נתנה באחר דהא גירשה ומותרת לכל אדם אלא וודאי קושטא קאמרה ושווית' נפשה חתיכה דאיסורא לו יע"ש הרי כעין סברא זו כיון שעומדת בדיבורה מוכח שאומרת אמת וה"ה בנ"ד כיון שלאחר שהורו בית דין שאינה נאמנת ולא פעלה בדברי' מ"מ עומדת בדיבורה מוכח שאומרת אמת ומהני לרבא לענין שאסורה לאכול בתרומה דאי הי' רק משום עיניה נתנה באחר הי' עכשיו אומרת אמת כיון שלא פעלה בדיבורה למה הניחה לעצמה השם גנאי שוב ראיתי בש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק אבן העזר סימן ח' שכתב וז"ל ואפשר דה"ה מה שאמרו במס' נדרים דאינה אוכלת בתרומה היינו אם לא חזרה בה מיד שאמרו לה שאינה נאמנת לגבי בעלה אבל אם חזרה מיד ונתנה אמתלא שאמר כן בשביל שנאת בעלה מותרת גם לתרומה ומסופק בכוונת ה"הם ע"ש אבל לראב"ד פשיטא שמועיל ולפי דברינו בשיטת הר"ן חזרה לבד אפי' בלי אמתלא מהני בתרומה ועמ"ש בנ"בי בסימן י"א וא"ש שיטת הר"ן, ולא באתי ח"ו להורות ולחדש דין רק להצדיק את הצדיק דמעיקרא והוא רבינו הגדול הר"ן זלה"ה והמעיין יבחר:

יד וראיתי בספר בית מאיר בסי' קט"ו סעי' ו' שהביא דברי הר"ן בשם אחרים וכתב דבר חדש שאפילו לדברי הר"ן שאינה נאמנת להפקיע שעבודא דבעל עדיין צריכין אנו לדברי ר"אש שכתב בפ"ב דיבמות דף כ"ד ובתשובה ואל תתמה האיך מתירין אותה לבעלה הא שוויתא לנפשה ח"דא ואין מאכילין לאדם דבר האסור לו, לפי שראו חכמים קלקול הדורות שרוב נשים נותנים עיניהם באחר ורוב אומרות כן משקרות לכן נראה לחכמים להתירה, כי דברי הר"ן אינם מספיקים, אלא למה שהקשה כיון דמדינא למשנה ראשונה חייב להוציא משום לתא דידי' איסור זה להיכן הלך, וע"ז משני דמעיקר הדין לא הי' נאמנת להפקיע משעבודא לגבי דידי' אבל ודאי משום לתא דידה שאין מאכילין כו' פשיטא שלא מהני מהמשועבדת לו כדחזינן בנדרים דף ע"א דאף דמשועבד לתשמיש

שאמר קונם תשמישך עלי נאסר משום דשווי' נפשי' ח"דא, והוצרכנו לדברי הר"אש וכל זה דלא כיש"ש יבמות דף פ"ב סי' י"ח שכתב על דברי הר"אש והנה רצה לתרץ ולא תירץ דסוף סוף מניין לכו לחוש לעיניה נתנה באחר ולהתירה מכח ספק אלא נראה עיקר כר"ן וזה אינו כי דברי שניהם צריכין יחד והם דברים אחדים עשוי באמת וביושר וכן מבואר בדברי הר"אש בתשובה שהובא בב"י סי' מ"ו עכ"ד ולענ"ד במכ"ת האי פירושא ליתא, כי המעיין בלשון הר"ן לא משמע כלל שתירץ הלז יצטרך עוד לתירץ אחר, כי לא זכר כלל בר"ן דברי תוס' ור"ן דרוב נשים האומרות כן משקרות, ומ"ש הר"ן מתחילה לתרץ בשם מי שתירץ, אין לו ענין לסברת תוס' ור"אש ביבמות, שהם ז"ל כתבו שרוב האומרות כן משקרות, והוא זלה"ה כתב דגדר גדול גדרו שלא תתן עיניה באחר, ומובן ההפרש ואיך נימא שסמך הר"ן על תירץ שאין לו זכר כלל בכל דבריו, ותו דנראה שהבין שקו' הר"ן הי' משום לתא דבעל, המעיין בתוס' שם יראה שהקו' הוא משום לתא דידה כי שוויתה לנפשה חתיכה דאיסורא, כי הם מדמים להאומרת קדשתני, והר"ן אף שבקושי' לא כתב בלשון תוס' ממש מ"מ כוונתו משום לתא דידה כי קו' הוא קו' תוס' כי היש מי שתירץ הם דברי תוס' בנדרים, והדחק שדחקו להגאון זלה"ה כי סובר דשוויה נפשי' ח"דא הוא מטעם נדר והוי קשה לי' דלא הועיל הר"ן בתירוצו דל"מ שמשועבדת לו כנ"ל אבל נתבאר בפרט א' דעת גדולי הראשונים שאינו מטעם נדר רק מטעם נאמנות והודאה לחובתו וכיון שלא הוציא בלשון נדר, וכן מבואר להמעיין בלשון רמב"ם, בפרק י"ח מא"ב הלכה ט' וראב"ד שם שהוא מטעם הודאה ובנ"ד שאמרה טמאה אני לך ולא הוציא בלשון נדר שאמרה הנאת תשמישה עליה ואף אם הי' בלבה, ואפי' מוכח כן מתוך דבריה, מ"מ לא חל האיסור מטעם נדר כל זמן שלא הוציאה דיבורה בפירוש ולומר הנאת תשמישך עלי, רק הא דאמרינן בכ"מ שווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם הודאת בע"ד שנאמן לחובתו כמו בממון והיכי שהוא חוב לאחרינא א"נ בממון וה"ה בדבר שבערוה דאין דבר שבערוה פחות משנים וא"כ שפיר כ' הר"ן כיון שמשועבדת לבעלה והוא חוב לו ליכא איסורא כלל לגבי דידה דל"מ הודאתה כלל שלא האמינה תורה אותה בכה"ג כיון שאי אפשר לחלוק הענין, וכמש"ל באריכות דל"מ הוכחה לענין דבר שבערוה ומצד נדר ליכא כיון שלא אמרה בלשון נדר וא"כ לתירץ הלז אין אנו צריכין לתירץ אחר, וכן הבין היש"ש ובמכ"ת בחינם תמה עליו ומ"שכ ראי' מתשובת הר"אש כבר צווחו קמאי דקמאי לפרש דבריו ועיין בס' חלקת מחוקק סימן מ"ו סע"ק י"ז שפי' שהוא רק עצה טובה וזהו פשוט:

טו ודע דממתני' הלז יש לתמוה על מוהר"י טראני זלה"ה בס' ב' סי' א' שהבאתי בפרט א' שדחה דברי האומרים דשווי' נפשה ח"דא הוא מטעם נדר מכח דברי תוספת במס' קידושין דף ס"ו ד"ה אמר אביי דלפי שיטתו דלית לי' דברי הרי"ב שהבאתי שם שסובר שהחמירו כמו בנזירות שמשון דלית' בשאלה, הו"מ למידחי דבריהם ממתני דהאומרת טמאה אני לך דזהו פשוט כמש"ל דמ"ש הר"ן דלא מצי להפקיע א"ע מבעלה שהיא משועבדת לו אי אפשר לומר מטעם נדר דהא אי' במס' נדרים דפ"א האומרת הנאת תשמישך עלי יפר שאין מאכילין לאדם דבר האסור לו וכן קיי"ל בי"ד סימן רל"ד סעיף ס"ו א"כ חזינן שנדר חל להפקיע השעבוד וצריך הפרה כנ"ל וא"כ קמה בין למשנה ראשונה ובין למשנה אחרונה, דבמשנה ראשונה לא הוי דברים שבינו לבינה, כמ"ש הר"אש שם וז"ל נטולה אני מן היהודים שאסרה הנאת תשמיש של כל ישראל עליה ואע"ג דאי' בפ' המדיר היכי דנדרה איהי תצא שלא בכתובה דהיא נתנה אצבע בין שיניה, רש"י פי' ביבמות כיון שאסרה הנאה תשמיש של כל ישראל אנוסה היא כי קשה תשמיש לה וסברה משנה ראשונה דאפי' דברים שבינו לבינה לא הוי כיון דאפשר שיגרשנה יע"ש א"כ לא קשה אמאי באומרת טמאה אני לך אסורה מטעם נדר הא מצי להפר לה, דלמשנה ראשונה לא מצי להפר כיון דאפשר שיגרשנה אבל קשה כיון דלא אסרה הנאה של כל ישראל כי אם עליו ואי הוא מטעם נדר אמאי יש לה כתובה כי היא נתנה אצבע בין שיניה, ועל משנה אחרונה קשה כמו דס"ל בנטולה אני מן היהודים יפר דהוי דברים שבינו לבינה גם בטמאה אני לך כיון דשווי' נפשה ח"דא הוא מטעם נדר אפשר לה בהפרה כמו שאמר בנטולה מן יהודים ואמאי אימ' תביא ראי' לדבריה אע"כ דלא הוי מטעם נאמנות והודאה צ"ע על מוהרי"ט כי רב גוברי' שלא ירד לזה ותו קשה לדברי מוהרי"ט מהא דאי' בכתובות דף ט' האומר פתח פתוח נאמן לאוסרה עלי' משום שווי' נפשה ח"דא ומוקי באשת כהן או בפחותה מג' שנים ומקשה הש"ס מאי קמ"ל תנינא האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני היא מותרת בקרוביו והוא אסור בקרובתי' ע"ש דהנה תוס' ד"ה מי שהמקשן שהקשה אח"כ מי אמר ר"א הכי סובר דאין דבר שבערוה פחות משנים ואפי' ראה שזנתה רק שלא הי' עדים לא הי' נאסר עליו והקשה מהרש"א א"כ מאי פרט הש"ס לעיל מהאי דקדשתיך נימא דטובא קמ"ל דנאמן אפי' בלא עדים ותירץ דלא הוי לי' לומר נאמן לאוסרה עליו דהא דהאמינה ולא דמשקר שמעינן מהאי דקדשתיך דנאמן לומר שקידשה בעדים וה"נ ודאי נאמן דפ"פ כיון דקים לי' אלא דהוי אמרי' דאינה אסורה אף שודאי זינתה כדבריו משום אין דבר שבערוה והוי לי' למימר אסורה עליו דהוא עיקר חידושא ולא שייך לומר נאמן אלא מהא דלא משקר

במזיד או בטעות ומשני דנאמן דקים לי' ולא משקר בטעות משום דלא קים לי' יע"ש, ולפי דברי מוהרי"ט אכתי קשה מאי מקשה הש"ס מאי קמ"ל דילמא קמ"ל ר אליעזר בתיבת נאמן דשווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם נאמנות ולא מטעם נדר ונ"מ שאין לחזור בלי אמתלא כמ"ש בס' שיט' מקובצת שם וכדמוכח בכתובו' דף כ"ב ולא מצי להתיר דאי הוא מטע' נדר לשיט' מוהרי"ט יכול להתיר וממתני' דקידושין הוי אמרי' שהוא מטעם נדר, ואין לומר דא"כ הוי לי' לר' אלעזר לומר ולפרש כן על מתני' דקידושין שהוא מטע' נאמנו' ז"א כיון דבלא"ה הי' מוכרח לומר הדין שאסורה עליו להורות שנאסר' עליו אף בלא עדים אם האמ' שזנתה אגב גררא נקיט לשון קצרה תיבת נאמן להורות דשווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם נאמנות וכיו"ב אית' בש"ס בכ"ד וצ"ע ויש ליישב בדרך פלפול ואין כאן מקומו:

פרט ז

יבואר שתי' הר"ן בשם אחרים הנ"ל אינו עולה לשיטת ירושלמי:

טז כבר הבאתי לעיל בפר' ה' לשון הר"ן בנדרים שם מ"ש לתרץ ולכאור' נראה להוכיח דבע"כ לשיטת תלמוד ירושלמי נסתר תירוצו דאית' במסכת כתובות דף ט' עמוד א' האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו ואמאי ס"ס הוא, ומשני באשת כהן, או בפחות מבת ג' שנים, וכתבו בתוס' ד"ה ואבע"א, וא"ת נוקי בחזקת היתר לבעלה, וי"ל דאונסה קלא אית לי' כדאי' בירושלמי אנוסה יש לה קול והשתא דליכא קול הוי לי' רצון רובא ומיעוט אונס ורובא וחזקה רובא עדיף, וא"ת א"כ בספק ספיקא נמי תיאסר דספק אונס כמאן דליתא כו' ואמר ר"י דהאי רובא דברצון אינו רוב גמור אלא הוי מדרבנן והלכך במקום ס"ס שרי ובמקום חד ספיקא חשבי רבנן רצון לגבי אונס רובא ע"ש אמנם בירושלמי משמע דסובר דרובא דברצון הוי רוב גמור מן התורה דאונסא אית לי' קלא דאי' בירושלמי אמר ר' אילא בסם ר' אלעזר מצא פתח פתוח אסור לקיימה משום ספק סוטה וחש לומר שמא אנוסה היא קול יוצא לאנוסה ואפילו תחוש לה משום אנוסה לא ספק אחד ספק אנוסה ספק פתותה מדבר תורה להחמיר, אמר ר' יוסי ואילו תחוש לה משום אנוסה שתי ספיקות ספק פתותה ספק אנוסה ספק משנתארסה ספק עד שלא נתארסה שתי ספיקות מדברי תורה להקל, ופי' בקרבן העדה דמ"ש ואפי' תחוש הוא קו' למה לי טעמא משום קול יוצא לאנוסה הא אפי' חוששין לאנוסה ג"כ אסורה מטעם ספיקא דאורייתא ומשני ר' יוסי אילו לא הי' אומר הטעם דקול יוצא לאנוסה הי' מותרת מטעם ספק ספיקא ומוכרח לומר הטעם דקול יוצא לאנוסה כדי להורות אפי' היכי דיש ספק ספיקא אסורה ובע"כ האי רובא דברצון הוי רוב גמור כיון דלא מהני אפילו ס"ס

ובע"כ חולק עם תלמודא דידן, הגם שראיתי בס' הפלאה שכ' דברים נחמדים בחריפו' ליישב דברי ירושלמי שלא יהיה סתירה לתלמוד בבלי מ"מ המעיין לפי פשטות הענין נחלקו וכן מבואר בראשונים זלה"ה הפי' בס' קרבן העדה כמ"ש בס' שיטה מקובצ' ודברי הגאון זלה"ה נאמרו לפלפולא בעלמא ולהגדיל תורה, ולפ"ז יש להבין מ"ש הר"ן כיון דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה מילתא תיקנו במשנה ראשונה ליהמנוה' דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוי מזלזלת נפשה למימר הכי הא מתני' מיירי שאמר' נאנסתי כדאי' בגמ' א"כ נגד הוכחה דכסיפ' מילתא הוכח' שמשקרת דאם איתא דנאנסה הי' קלא למילתא ואם אתה אומר פלגינן דיבורא שזינתת אבל הי' ברצון אמאי אי' לה כתובתה ובע"כ שנאמנ' לגמרי ואמאי סליק הוכח' נגד הוכח' ואינה נאמנ' לאפקוע שעבודא דבעל, ואולם לתלמודא דידן כפי מ"ש תוס' א"ש כיון דרובא דברצון דאונסא אית לי קלא הוא רק מדרבנן ומדאוריי' ליכא הוכחה ובע"כ שאפי' אונסא לית לי' קלא יש לומר הוכחה דכיסופא הוי הוכח' מן התור' ועדיף מהוכח' הבא ע"י רובא שהוא הוכחה רק מדרבנן, אבל לפי דעת ירושלמי דגם רובא דיש להם קול באנוסה הוא רוב מן התורה וכן נראה דעת הר"אש שם בע"כ צ"ל לשיטתם ליתא לטעמא דהר"ן הנ"ל וקשה על הגאון בעל קרבן העדה שכתב דברי הר"ן בשיטת ירושלמי ולפמ"ש ליתא, ואולם לאחר העיון כראה לומר כשיטת ירושלמי כעין תירץ הר"ן בשם אחרים ולא לגמרי, לפי מה שכתבתי בכמה דוכתי בספר זה אף דקי"ל בכל מקום רובא וחזקה רובא עדיף מ"מ הוכחה עדיף אפי' מרובא דהוי בגדר אנן סהדי וראי' לזה מהאי דאי' ביבמות דף קט"ו בנמצא כלי וכתב עליו ק' קרבן ת' תרומה ר' יוסי אומר חולין משום שאני אומר אישתקד הי' מלא תרומה ופינן ומסיק דכ"ע חיישינן שמא פינן מר סבר אם איתא דפינן מיכפר ואידך אימא משתלי א"נ לפנחא שבקיא ורש"י כ' בד"ה אלו דאזלינן בתר רובא דילן ובע"כ סוברים רבנן דהוכחה דאם איתא דפנהו כו' עדיף מרובא ואפשר לה להסביר הדבר לפמ"ש בס' שיטה מקובצת במס' ב"מ דף ו' ע"ב על קושי' תוספת בד"ה קפץ דנימא כל דפריש מרובא קפריש כתב וז"ל כיון דחזינן אפי' היכא דיכול לעשורי ממ"נ פטור משום עשירי וודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק ואפילו כי אמרינן כל דפריש מרובא קפריש עשירי ספק מיקרי אלא שהתורה התירה ספק זה באיסורין כדכתיב אחרי רבים להטות ונהפוך האיסור להיתר על ידי ביטול ברוב אבל הכא לעולם לא נפיק מכלל ספק עשירי יע"ש שכ"כ בשם הר"אש וכיון שמצד סברי' רוב הוא בגדר ספק רק שהתורה השוה לוודאי והוא מצד גזרת הכתוב ויש לומר הוכחה ברורה עדיף מרובא ואפילו לשיטת התוס' שם שמשמע שם שלית להו סברא זו מ"מ י"ל דהוכחה הוי בגדר אנן סהדי כיון שדעתינו

מוכחת שכן הוא ע"פי מה שחקרו חכמינו זלה"ה ע"פי דעת בני אדם וכן יש להוכיח מהא דקיי"ל במס' ב"ב דף ה' כר"ל דמוציאין ממון ע"י חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וקשה קו' מוהרי"ט סי' כ"ג הא אין הולכין בממון אחר הרוב מכ"ש בתר חזקה דרובא עדיף מחזקה וצריך לומר כמו שתי' שם וכן אית' בש"ות מוהרי"ט סימן ע"ב דחזק' דאית' מכח סברא כיון דהשכל מחייב לחזקה הוי כגדר אנן סהדי ועדיף מרובא ורובא עדיף מחזקה רק בחזקה דלא אתי' מכח סברא, ובע"כ צריך ך לומר כמו שהוכחתי בכללי הוכחה אף דקיי"ל כרבנן דרב אחא בב"ב דף צ"ב דאין מוציאין ממון ע"י הוכחה מ"מ לאו כל הוכחות שווין כמ"ש הפוסקים ובהוכחה ברורה ואלימא דכ"ע מהני דהוי בגדר אנן סהדי והדבר נמסר לחכמים שהם חקרו בשכלם הקודש איזה הוכחה אלימא טובא שיהי' בגדר אנן סהדי ואיזה הוכחה דלא אלים כל כך אשר אין בכחה להוציא ממון מחזקתה וכמו כן בדבר שבערוה, הוכחה אלימא דהוא בגדר אנן סהדי מהני כיון דילפינן דבר דבר מממון וא"כ ה"ה יש לומר האי הוכחה שאומרת חמת כיון שכיסופו לה מילתא אלים טובא והוא בגדר אנן סהדי ועדיף ף מרובא דיש לאנוסה קול ושפיר י"ל אף דרוב הלז הוא דא" מ"מ הוכחה זו עדיף ואין לומר הא ר' יוסי סבר שם דהוי חולין משום דאזיל בתר רובא משמע דסובר הרובא עדיף מהוכחה ובנדרים דף פ"ב מוקי מתני' דהאומרת טמאה כו' כר' יוסי ועיין תוס' ד"ה יפר ז"א דשאני התם דסובר דהוכחה דהתם לא אלימא דאימא אשתלויי א"נ לפנחא ועיין בס' תבואת שור סימן א' ס"ק ע"ו שכתב שהכל הוא חד טעמא ובעלמא מודה דהוכח' עדיף מרובא אף שרוב הוא דאורייתא הוא כעין תירץ הר"ן ולא לגמרי כמ"ש בפרט ה' שר"ן סובר דהוכחה דכיסופא לא הוי הוכחה ברורה שיהיה בגדר א"ס אבל בגוף התירוץ יש לומר אפי' לשיטת ירושלמי על סגנון שתי' הר"ן בשם אחרי' וא"ש:

פרט ח

יבואר ע"פי כלל הנ"ל בשם ר"ן דל"א שווי' נפשי' חד"א לאפוקי שעבודא סוגי' דמס' קידושין דף י"ב ע"א:

יז גרסינן במס' קידושין דף י"ב ע"א ההוא גברא דקדיש באבנא דכוחלא יתיב ר' חסדא וקא משער לי' אי אית בי' שוה פרוטה אין ואי לא לא ופי' רש"י לפי שבא אחד וקידשה בפרוטה אח"כ וקצת גרסו אחיו וכ"כ תוס' ד"ה ר"ח) ואי לית בי' שו"פ לא והאמר שמואל חיישינן רב חסדא לא ס"ל לדשמואל אמרה לי' אימא והא האי יומא דקדשה בי' הוי שוה פרוטה אמר לה לאו כל כמינך דאסרת לך אבתרא לאו היינו דיהודית דביתהו דר' חייא דהוה לה צער לידה אמרה לי' אמרה לי אם קיבל ביך אבוך קידושין

כי זוטרת אמר להו לאו כל כמיניה דאימך דאסרת לך עלואי יע"ש וכתב בתוס' רי"ד וז"ל אמר לה לאו כ"כ דאוסרת לך עלואי פירש אע"ג דהיא מהימנא לשווי' נפשה חד"א ותנן לקמן דף ס"ה קדשתני והוא אומר לא קדשתיך הוא מותר בקרובותי' והיא אסורה בקרוביו התם משום דלא אגידא גבייהו הלכך כי קא אסרה נפשייהו עלייהו מהימנא כיון דמפסידא לאחרינא אבל הכא דאגיד' גבי' ומשעבדא לי' ומטי איסורה לגבי לא מהימנא והא דיהודית דמי להנך עובדי בשלהי נדרים דאמר ר' נחמן עיניה נתנה באחר ולא מהימנא עכ"ל ובביאור דבריו כ' בספר עצמות יוסף וש"ות מוהרי"ט ס' צ"ב ובס' שערי המלך בפ"ט מאישות הלכה א' שתוס' ר"יד אזיל בשיטת ריטב"א שכתב שם דהנך עובדי מיירי שהאשה הודית לדברי האם דאז שייך לומר שווי' נפשה ח"דא דאל"כ מאי שווי' נפשה ח"דא איכא וז"ל ריטב"א והא דאמרי' היינו דיהודית ולמ' אייתי לה מהא דתנן הוא אמר קדשתיך והיא אומרת לא קדשת אלא בתי שהוא מותר בקרובת בתו ובתו מותרת בקרוביו אלמא אין האם נאמנת לאסור בתה ולא קרובותיה על אחרים משום דשאני התם שאף הבת מודית לדברי האם ומש"ה איצטריך להאי דיהודית יע"ש ודבריהם מוכרחין ובמוהרי"ט שם הקשה על תוס' רי"ד וז"ל ואכתי קשה לי דאטו משום דאגידה בי' לא שווי' נפשה כו' הא אמרינן הנאת תשמישך עלי אסורה דאין מאכיליין לאדם דבר האסור לו, ועוד אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני דאי' בכתובות דף כ"ב אם לא נתנה אמתלא לדבריה לא מהימנא דשווי' לנפשה כו' אע"ג דנשואה ואגידה בי' הוא עכ"ל ובקו' ראשונה כתב בס' שערי המלך שדבריו תמוהין דלא דמי דהתם לאו משום המנותה אסורה עליו אלא משום נדרה וכל שבעל יודע שנדרה הנאת תשמישה עליה ולא היפר אסורה עליו משא"כ הכא דמאי דאמרינן שווי' נפשה ח"דא הוא משום נאמנות דאדם נאמן ע"ע יותר ממאה עדים ואיכא למימר כל דמשועבד לא מהימן לגבי' והעלה שמוהרי"ט סובר שהוא מטעם נדר וכבר כתבתי בפר' א' שדבריו תמוהין דמוהרי"ט סובר להדי' שאיני מטעם נדר ובישוב קו' ב' כתב בס' שע"המ דלא דמי כלל דהתם שאני דהתורה האמינה דנפקא מקרא וספרה לה כמ"ש תוס' ר"פ האשה וא"כ לא שייך טעם דמשועבד לי' כלל ולענ"ד כוונת מהרי"ט דקשה לי' הא גופא נילף מנדה דאמרי' שוויה נפשיה כו' אף לאפקועי משעבודא כמו התם שהתורה האמינתה ה"ה בכל מקום, ותו מה שנראה משע"המ שהבין מקרא דספרה לה ילפינן שהאמינה תורה אותה לומר טמאה אני כמו שנאמנת לומר טהורה אני ולא מוכרח כלל דיש לומר וספרה לה אתי' להורות שנאמנת לטהרה לבעלה ונאמנת בספירת שבעה נקיים דבזה מיירי קרא ומה שנאמנת לאסור א"ע על בעלה ולומר טמאה אני הוא מטעם שווי' כו'

כמו בכל מקום דאמרי' שווי' כו' וא"כ שפיר הקשה מוהרי"ט מיהו בלא"ה לא קשה מידי בפשיטות קו' מוהרי"ט דדוקא היכי שרוצה להפקיע משעבוד בעלה לעולם אינה נאמנת משא"כ שעבוד לזמן בכה"ג נאמנת כיון שדרכה ועלולה לראות דם לא שייך הפקעת שעבוד כי אדעתא דהכי נשאת לו שיהי' פורשת ממנו בעת ראית דם ולא חל השעבוד עלי' על זה ולא דמי להא דאמרה קיבל ביך אבוך קידושין, או באבנא דכוחלא שרצונה להפקיע השעבוד לגמרי לצאת ממנו וזהו ברור ובדברינו הנ"ל אי נימא כמו שהבין בס' שערי המלך שילפינן מספרה לה גם אהיכי דאמרה טמאה אני, וגם ע"פי חילוק הלז יש לישב בפשיטות קו' תוס' בגיטין דף ב' ע"ב ד"ה הרי שכתבו וא"ת אי עד אחד נאמן באיסורין אפי' היכי דאתחזק איסורא ולאו בידו אמאי איצטריך וספרה לעצמה יע"ש ובהנ"ל ניחא דאיצטריך וספרה לה שיהיה נאמנת לומר טמאה אני כי הקרא בזבה גדולה ואם תראה בתוך שבעה נקיים סותרת הספיר' ונתנה לה התורה נאמנות שבעינן שכל השבעה ימים יהיה נקיים ע"פי דיבורה ואם אמרה שראתה בתוך שבעה ימים סותרת הספירה כי היא יש לה נאמנות דסד"א דאינה נאמנות אפילו מטעם שווי' נפשיה כו' להפקיע משעבוד הבעל אפילו לזמן ולא תהי' נאמנת עד שתברר שנטמאה קמ"ל קרא דשעבוד לזמן לא הוי שעבוד כלל ונאמנת בכה"ג וא"ש ומיהו האמת כמש"ל ומ"מ לק"מ קו' מוהרי"ט כנ"ל פשוט והנה מוהרי"ט לשיטתו שדוחה תירץ תוס' רי"ד מישב קו' תוס' רי"ד הנ"ל אמאי לא אמרינן שווי' נפשה ח"דא כתב וז"ל אע"ג דמדינא היא נאמנת לשווי' כו' הא תנן בשילה נדרים במשנה אחרונה חזרו לומר שלא תהי' אשה עיניה נותנת באחר ע"ש ותמה על זה בספר שערי המלך האיך שייך בסוגי' האי טעמא דעיניה נתנה באחר דביהודית שאמרה שקיבל בה אבוהי קידושין ואינה יודעת למי נתקדשה וא"כ לפי דבריה יושבת עד שתלבין ראשה בכלל העיגון ואסורה לכל אדם ובעובדא דאבנא דכוחלי ג"כ לא שייך חששה דעיניה נותנת באחר כיון שאמה אומרת כן לא שייך לומר דאמה נותנת עיניה באחר דאין אדם חוטא ולא לו יע"ש ודבריו ברורין וראי' ברורה לזה דאם אינה חוטאת עבור הבת ממה דאי' בירושלמי הובא במס' יבמות ברי"ף דף כ"ה כולן מותרת לבניהן ולאחיהן שאין אדם מצוי לחטוא לא מפני בנו ולא מפני אחיו יע"ש וכ"כ אם עבור הבת ואולם תמהני מאז על עין העדה ובעל שערי המלך איך נעלם ממנו ממ"ש תוס' רי"ד שם שכתב כן להדיא דבהאי עובדא דיהודית דמי לתרי עובדא בשלהי נדרים דאמר ר' נחמן עיניה נתנה באחר יע"ש א"כ כתב להדיא טעם זה והוא זלה"ה הביא תחילת דברי תוס' רי"ד אמנם באמת דברי תוס' רי"ד צריכין ביאור דשפיר קאמר בס' שערי המלך, ותו קשה כיון שכתב בתוספת רי"ד הטעם דלאו כל כמיני' לאפקועי

שעבודא דבעל והאי טעמא שייך גם ביהודית למה כתב דברים מיותרים ותו' י"לד למה כתב דדמי להנך עובדא דאמר ר' נחמן יותר הוי לי' לומר דדמי למשנה אחרונה במס' נדרים דאי' להדי' האומרת טמאה אני לך תביא ראיה לדבריה שמא עיניה נתנה באחר: **יח** ויען כי נודע דרכן של רבותינו קדמאי זלה"ה לקצר מאז ודבריהם הקדושים מחזיקים הרבה והמה ככוכבים הנראים קטנים ומאירים מזהירים לעולם נתתי אל לבי לעיין ולהבין דבריהם העמוקים ורחבים מני ים ומקודם צריך אתה לידע שדעת תוס' רי"ד הוא כדעת הר"ן בשם אחרים בנדרים דף צ' הנזכר בפרטים הקודמים דלא אמרינן שווי' נפשי' ח"דא להפקיע השעבוד וכ"כ בס' שערי המלך, אך בס' הלז הוסיף הדברים אמר לדעתי הקלושה יש לפקפק והוא למותר. כי הוא זלה"ה כתב דס"ל לתוס' רי"ד כמ"ש הר"ן ואיכא למימר שפיר דלמשנה אחרונה כיון דהוצרכו לעקור חזקה הראשונה ברוב נשים משום טעמא דעיניה נתנה באחר נעקרה התקנה לגמרי ואפי' במקום דליכא למיחש לחששא דעיניה נתנה באחר אוקמא אדין תורה דאינה נאמנת להפקיע א"ע מבעלה, והיינו דהוצרך ר"ח להוכיח מהאי דיהודית ולא הוכיח ממתני' דנדרים דמהתם איכא למימר דדוקא היכי דאיכא למיחש לחששא דעיניה נתנה באחר הוא דאינה נאמנת אבל כל היכי דליכא למיחש להכי אע"ג דמדינא אינה נאמנת להפקיע א"ע משעבוד בעלה אפ"ה תקנה ראשונה לא זזה ממקומה ומטעמא דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוי מנוולה נפשה ולהכי מייתי מיהודית דאפי' היכא דליכא למיחש לחששא דעיניה נתנה באחר נעקרה התקנה ראשונה לגמרי ואוקי אדין תורה יע"ש, הבין דגם בעובדא באבנא דכוחלי שייך סברת הר"ן דכסיפא לה מילתא לנוול נפשה שנתקדשה שני פעמים ולדעתי יש לפקפק על זה כי לא מצינו סברת הר"ן דכיסופא לה מילתא כי אם גבי האומרת טמאה אני לך שהיא זנות משא"כ הכא בשלמא לדברי העצמות יוסף שפירש שנשאת לשני וסתם נישואין היינו בביאה וא"כ אי קידושי ראשון היה קידושי מעליא הוי ביאתה משני ביאת זנות איכא הוכחה דכיסופא לה מילתא אבל לפמ"ש רש"י שבא אחר וקידשה בפרוטה אחר כך וכן הבין במוהרי"ט סי' צ"ב שלא הי' רק קידושי גרידא בשעה שהיה מעיין ר' חסדא וסתם קידושין הוא בכסף כי רב מנגיד אמאן דמקדש בביאה א"כ ליכא הוכחה דכיסופא לה מילתא דאם קדושי הראשון הם קידושין לא עשתה כלום בקבלת כסף קידושין משני ומאי זילותא אית בזה, ואולם יש לומר בפשיטת כוונת תוספת רי"ד דמן הדין אינה נאמנת להפקיע משעבודא דבעל רק למשנה ראשונה היתה נאמנת לומר טמאה אני משום הוכחה דכיסופא לה מילתא, והכא ליכא הוכחה זו דאין לה כיסופא אם יהיה חלין קידושי ראשון ויתבטלו קידושי שני אזי אפי' למשנה ראשונה איכה

נאמנת אך לפי דעתינו קשה למה הביא ראי' מיהודית הו"ל להביא ראי' לסברא זו שאינה נאמנת להפקיע שעבודא דבעל ממתני' דנדרים הנ"ל דמכח דבע"כ אינה נאמנ' להפקיע שיעבוד' דבעל כמ"ש הר"ן דאל"כ קשה קו' הר"ן שם ומכח זה הוכרח בעל שער המלך לפרש כנ"ל ולפי דברינו קשה הקו' למה לא מביא ראי' ממתני' דנדרים:

יט ונלענ"ד ליישב דאית בירושלמי שם בנדרים אמר רב רב אילעי לא מסתברא אם היה חבר יחוש לעצמו, ופירש בספר קרבן העדה אף למשנה אחרונה שאינה נאמנת לומר טמאה אני שמא עיניה נתנה באחר מכל מקום אם בעלה הכהן הוא חבר יחוש לעצמו לגרשה כי אולי אומרת אמת, וכן ראיתי במרדכי קידושין בפרק האומר סימן תק"ל ז"ל ובירושלמי גרסינן עלה דהאי דאומרת טמאה אני לך אמר ר' אילא אם היה חבר יוציא יע"ש וכן מצאתי בהגהות מרדכי מס' יבמות בפ"ב סימן ק"א וז"ל עוד כתב סמ"ג גרסינן בירושלמי האומרת טמאה אני לך אם נתנה אמתלא נאמנת ואם לא נתנה א"נ אמר ר' אילא אם היה עבד (צ"ל חבר) יוציא ואם היה מאמינה חייב להוציאה עכ"ל הרי שפי' כמ"ש הק"ע רק שלא נזכר בירושלמי שלפנינו כלשונו, ויש להבין על שאר פוסקים ה"ה הרי"ף ור"אש ורמב"ם וטוש"ע שהשמיטו האי דינא דירושלמי דלמשנה אחרונה צריך חבר להוציא, ונראה שהי' להם הוכחה דתלמודא דידן לית להו האי דינא והלכה כתלמוד בבלי ואומר לפירש הר"ן במס' נדרים שם לכן אינה נאמנת למשנה אחרונה משום דאוקמא אדינא ד דאינה נאמנת להפקיע שעבידא דבעל ועל זה אמר ר' אילא שאם היה חבר יחיש לעצמו ולפמ"ש תוס' רי"ד טעמא דיהודית אף שהבת הי' מאמינה להאם ושייך שווי' נפשי' ח"דא משום דא"נ להפקיע א"ע שעבודא דבעל עליה וא"כ קשה כיון שר' חייא הי' וודאי חבר ואמאי לא חש לעצמו אע"כ דר' חייא חולק על זה וכיון שתלמודא דידן הביא דברי רבי חייא להלכה הלכה כוותי' וי"ל שפוסקים הנ"ל סוברים כר"ן ותוס' רי"ד ועוד יש להוכיח מנדרים דף צ' ע"ב בהני תרי עובדא דאתי לקמי' דר' נחמן אמר בעובדא קמיית' עיניה נתנה באחר ולית ממשא במילה ובעובדא שניה אמר לא תשגיחון בה נותנת עיניה באחר הואי מלבד דקשה דאמר שפת יתר במה שאמר ולית בה כו' ולא תשגיחון בה אף גם קשה כיון שעכ"פ חבר יחוש לעצמו ובע"כ משום שראוי לחוש לצאת ידי שמים, ואם אפילו אינו חבר רוצה לגרשה מצוה עביד ג"כ רק הם נקיטי בהווה שמן הסתם חבר יוציא ידי שמים והי' ראוי לדיין לומר ע"פי דין מותר אתה לדור עמה ואין בידינו לכופך לגרשה אעפ"כ אם רצית לצאת ידי שמים לחוש לדבריה ולגרשה עשית מצוה ולמה חיזק ר' נחמן את לבבו שלא ישגיח בה, מכל זה מוכח דאין צריך לחוש לעצמו אפי' לצאת ידי שמים, ובשגם לפמ"ש רשב"א ור"ן שם דבעובדא המובא

שם אח"כ בש"ס מה שהורה רבא הוא להורות שאפי' בעל נפש אין ראוי להחמיר לעצמו כדי לצאת ידי שמים משמע קצת שגם הני עובדא דר"נ כוונת הש"ס במה שמביא דברי ר"נ שאמר כלשון הנ"ל להורות שא"צ לחוש אפי' לצאת ידי שמים, וכן מצאתי בס' בית מאיר סימן מ"ז ס סעיף ח' שכתב מלשון הש"ס בנדרים, משמע שאפי' מצוה ליכא אך מ"ש שפוסקים לא הביאו האי דירושלמי במכ"ת אישתמיט מיני' לפי שעה דברי הסמ"ג והגהות מרדכי הנ"ל, ואולם האמת ששאר פוסקים השמיטו דין זה ויש לומר שהי' להם סמך מתלמודא דידן ולפ"ז מובן היטב דברי תוס' רי"ד שאין הכוונה בפשוטו שהביא בעובדא דיהודית איכא חששא דעיניה נתנה באחר, דהא קשה ע"ז קו' השער המלך רק לפי מאי דסובר הטעם דמשנה אחרונה דאינה נאמנת שע"י חששא דעיניה נתנה באחר אוקמא אדינא דאינה נאמנת להפקיע שיעבודא דבעל ומהאי טעמא לא האמין ר' חייא לאשתו כי אינה נאמנת להפקיע שעבודא והוי קשה לי' כיון שר' חייא הי' חבר ואית' בירושלמי שסובר ר' חייא שאם הי' חבר יחוש לעצמו ועכ"פ הי' לו לחוש לעצמו כמו למשנה אחרונה שאינה נאמנת ג"כ מהאי טעמא ומ"מ צריך חבר לחוש לעצמו ולא הוי קשה לי' על עובדא דר' חסדא כי אולי השני לא הי' חבר אבל על ר' חייא הוי קשה לי' ולכן כ' לתרץ דהאי עובדא דמי להנך עובדי דשלהי נדרים דאמר ר"נ עיניה נתנה באחר ולא מהימנא, ר"ל שאמר בלשון ברור כאלו הי' וודאי וחיזק את לבב הבעל ואם הי' חיוב לצאת ידי שמים לגרשה לא הי' לו לחזק את לבבו אע"כ שאפילו חבר לא צריך לחוש לעצמו לגרשה לצאת ידי שמים, ומהאי טעמא לא חש ר' חייא דסובר כוותי' ולכן לא הביא ראי' ממשנה אחרונה כי התם יש לומר שעכ"פ חבר ראו' לחוש לעצמו וא"ש דברי תוס' רי"ד ולפ"ז מיושב קו' הנ"ל אמאי לא הביא ר' חסדא ראי' ממשנה אחרונה, יש לומר שר' חסדא רצה ליישב במתק לשונו הקדוש שלא יקשה להשומעין את הפסק דין שלו, כי הי' אומר לאו כל כמינך דאסרת לך אבתראי ולא היה אומר לבתרא שראוי לצאת ידי שמים לגרשה, כי הדיין ראוי להדר ולהזהיר ולהורות את העולם שיצאו ידי שמים היכי שמחויב לצאת ידי שמים לכן הביא ראי' שבכה"ג אין צריך לצאת ידי שמים מיהודית דביתהו דר' חייא שבוודאי צדיק וקדוש כר' חייא הי' יוצא ידי שמים אע"כ שאין צריך לחוש לעצמו וא"ש ולפ"ז יש להוכיח כמ"ש בס' עצמות יוסף דעובדא הי' בנשואה מש"ה לא אמרינן שווי' נפשה ח"דא ותהי' אסורה לישב עם בעלה דכיון שע"ע היה בהיתר לאו כל כמיני' לחוב לבעלה יע"ש שמוכח שהבין שכבר הי' ניסת לשני בשעה שהאם היתי' אומרת שהי' שוה פרוטה ואולם מלשון רש"י ד"ה יתיב משמע קצת שהית' רק מקודשת לשני בשעה שאמרה האם, וכ"כ בשו"ת מוהר"י טראני חלק א' סימן

צ"ב בשם הגהות מרדכי, ולשיטתם קשה האיך מביא ר' חסדא ראי' מר' חייא שלא הי' חט לעצמו שאני התם ביון שהיה לה בנים ולא רצה לחוש כדי שלא להוציא לעז על בנים וכן איתא כיוצא בזה בטור שלחן ערוך אבן העזר סי' ק"נ ס"א וז"ל וכל גט] שאינו פסול אלא מדבריהם לא תנשא בו לכתחילה ואם ניסת אפילו לא נבעלה לא תצא והולד כשר וכותבין לה גט אחר והיא יושבת תחת בעלה ואם אי אפשר לכתוב לה גט והיה הבעל ותיק וגירשה מעצמו ה"ז משובח בד"א שאין לו בנים ממנה אבל אם יש לו בנים ממנה לא יוציא מפני שמוציא לעז על הבנים יע"ש ועיין ב"ש ס"ק ג' משא"כ הכא כיון שהי' רק קידושין גרידא לשני ראוי לחוש לעצמו מלהוציא ואכתי קשה שהי' לרב חסדא לומר לה להשני שיוצא י"ש ויגרשה, אע"כ שכבר הית' נשואה להשני בשעה שאמרה האם והיה לה בנים ומדמה שפיר להאי דרב חייא וא"ש ונכון היטב:

(הג"ה** ורע דסוגי' זו צריך קצת ביאור האיך מדמי ר' חסדא להאי דר' חייא שאני התם דיש הוכחה שאומרת שקר כיון דלא אמרה מקודם לכן ואם האם אמרה לה והיא לא אמרה עד שהית' לה צער לידה מ"מ יש הוכחה שהוא שקר מדלא אמרה לר' חייא בעצמה קודם וכדומה לזה איתא בגיטין דף כ"ד עמוד ב' היכי דאשכחא בזימנא קמיית' ולא אמר לי' ולבתר הכי אמר לי' אינו נאמן מכח הוכחה הלז משא"כ הכא שהאם, אמרה בשעה שבא ר' חסדא ומעיין וצריך לומר שבע"כ הי' המעשה אחר שנשאת נתברר שקיד' באבנ' דכוחלא ובאה אם ואמרה אז או לפירש מוהרי"ט שהי' רק קידושין יש לומר ג"כ שבאה אחר כך ולא באה בעת קידושי השני הוי כמו אשכחא ולא אמר ליה בזימנא קמיית' ודמי ממש להאי דיהודית כיון שלא אמרה קודם לכן ואפ"ל שכן הוא כוונת ר' חייא לאו כ"כ דאימך ר"ל כיון שלא אמרה מקודם לכן וה"ה ויש להאריך בזה ואין כאן מקומו:)**

פרט ט

יבואר לשיטת הר"ן ותוספת רי"ד דלא אמרינן שווי' נפשיה חתיכה דאיסורא לאפקועי שעבודא דבעל אם יש לחלק בין נשואה לארוסה:

יט בספר עצמות יוסף במס' קידושין דף י"ב ע"א כתב וז"ל וחדשתי חידוש מדעתי לענין הדין בהך דאמרינן לאו כ"כ כו' היינו דוקא משום שהיתה נשואה מש"ה לא אמרינן דשווי' נפשה חתיכה דאיסורא ותהיה אסורה לישב עם בעלה דמאחר שעד זמן זה בא בעלה בהיתר עליה לאו כל כמיני' לחוב לבעלה ולאסור עליה מה שכבר קדם שהי' בא עליה, אבל אם הית' מאורסת ואמרה שקיבלה קידושין מאחר כראה לי כיון דשווי' נפשה חתיכה דאיסורא מונעים הבעל מלבוא עליה יע"ש ובתשובת מוהרי"ט חלק א' סימן צ"ב השיג עליו מלשון תוס' רי"ד וגם הא דין דהאומרת טמאה אני לך שאינה נאמנת

למשנה אחרונה כמ"ש הר"ן משום דאוקמה אדינה שאין יכול לאסור על הבעל להפקיע שעבודו איירי אפי' בארוסה (ועיין כתובות דף ע' ע"ב ודוק) וראיתי בס' שערי המלך שכתב שתוס' ור"אש בנדרים שכתבו בתירץ קו' הנזכר לעיל על מתני' דנדרים דף צ' ע"ב תירוצים אחרים ולית להו תירץ הר"ן בשם אחרים בע"כ לא ס"ל גם כן כתוספת רי"ד הנזכר בפרט ח' ואפי' בנשואה המשועבדת אמרינן שוויה נפשה ח"דא ומדינא אסורה אלא משום טעמא דעיניה נתנה באחר התירוהו במשנה אחרונה א"כ קשה לדבריהם קו' תוספת רי"ד בקידושין דף י"ב דאמר לאו כל כמינך דאסרת עילואי ואמאי נימא שוויי נפשה ח"דא דבע"כ מיירי שהבת מאמינה להאם דאל"כ קשה קו' ריטב"א למה הביא ראיה מיהודית ולא הביא ממתני' דקידושין דף ס"ה שאין האם נאמנת לאסור הבת יע"ש מה שתירץ, ולענ"ד לק"מ בפשיטות דיש לומר דגם הפוסקים הנ"ל סוברים דבנשואה שהיא משועבדת לבעל לא מצי להפקיע שעבוד הבעל דמה שאפשר למעט מחלוקת בין הפוסקים ממעטינן רק הר"ן בשם אחרים בע"כ סוברים אפי' בארוסה שייך סברה זו מדלית להו תי' אחר על קושי' הראשונים שם רק תי' הלז ומתני' דהאומרת טמאה אני לך מיירי אפי' בארוסה אבל הפוסקים הנ"ל סוברים כמ"ש בס' עצמות יוסף הנ"ל לחלק בין ארוסה לנשואה דבארוסה לא חל השיעבוד עליו וכיו"ב אי' בכתובות דף ע' ע"ב לענין שעבוד שיש לאשה על בעלה שאינה בעודה ארוסה ה"ה להיפך הגם שבמוהרי"ט רי"ט השיג ע"ז שריא"ז ומרדכי לא ס"ל כן ואפי' בארוסה שייך סברא זו ובע"כ כוונתם אף שעדיין אינה משועבדת מ"מ כיון דסתם ארוסה עומדת לנשואין יש לו זכות בה, ובכה"ג אפי' בממון היכי דחב לאחרינא בדבר שהי' לו זכות לא מהני ה"ה הודאת בע"ד באיסורין לחובתו לא מהני לחוב לאחרינא בדבר מהי' להם זכות מ"מ יש לומר כן בדעת תוס' וסיעתם כמ"ש בס' העצמות יוסף ומשום דמתני' דנדרים האומרת טמאה אני לך מיירי בכל גווני ואפי' בארוסה מוכרחו לתרץ תירץ אחר, אבל בעובדא דאבנא דכוחלא יש לומר שפירשו הפוסקים הנ"ל שמיירי בנשואה לכן אינה נאמנת ולק"מ ובזה מוצל העצמות יוסף מהשגת שע"המ שכ' שנעלם ממנו מ"ש הר"אש במס' יבמות די"ל דקו' הר"אש הי' שמתני' מיירי בכל גווני, עי"ש ותבין, וזהו פשוט:

כ ובדרך פלפול עלה בדעתי להוכיח דרמב"ם ומחבר בע"כ לית להו תירץ הר"ן בשם אחרים הנ"ל דהנה בטור יו"ד ובש"ע סימן רל"ד ס"ה מבואר מחלוקת הרמב"ם ורמב"ן בהא דקיי"ל נערה המאורסה אביה ובעלה מפירין בשותפות ואין אחר יכול להפיר בלא חבירו, דעת הרמב"ם שצריך שישמעו שניהם ביום אחד, אבל אם שמע אחד היום והפר, ושמע השני ביום אחר אין יכול להפר בלא חבירו ודעת הרמב"ן שכל אחד מיפר ביום

שמעו אע"פי שלא שמעו ביום אחד וכ' בט"ז שם ו' ושפתי כהן סע"ק י"ג דדעת ש"ע כרמב"ם ועוד נחלקו הרמב"ם עם הפוסקים דעת רמב"ם דארוסה אין לה כתובה ודעת הר"אש וסיעתו דאית לה כתובה, ובש"ע אבן העזר סימן נ"ה סעיף ו' סתם המחבר כרמב"ם ורמ"א הביא דעת הר"אש, והנה זה פשוט לפי מה שכתבתי לעיל דעת הפוסקים דשווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם הודאת בע"ד לחובתו וכמו שמורה לשון רמב"ם פרק י"ח מאיסורי ביאה והא דכ' ר"ן ותוס' רי"ד שא"נ לאוסרה לבעלה לאפקועי שיעבודא משום דהוי חוב לבעל ל"מ הודאתה, מ"מ נראה ברור היכי שיש לה מגו שעדיין בידה להפקיע השיעבוד בלא"ה נאמנת גם בהודאתה לשווי' נפשה ח"דא דהא גם בממון מהני הודאת בע"ד לחוב לאחרים היכי דיש לו מגו כמ"ש תוס' וכל הראשונים בכתובת דף י"ט ע"א וכן רשב"א בקדושין דף ס"ה ע"א ד"ה אמר, ולפ"ז מוכח דבע"כ רמב"ם וש"ע לית להו תי' הר"ן בשם אחרים דאל"כ קפה אמאי א"נ במשנה אחרונה משום דאוקמא אדינא דאינה נאמנת להפקיע שעבוד בעלה, כיון דמתני' מיירי אפי' בארוסה כמ"ש מוהרי"ט הא עדיין בידה לחוב לארוס שתדור נדר מבעלה הנאת תשמיש כדאי' בדף פ"א ובש"ע סימן רל"ד סעיף ס"ז שאפי' בנשואה כשאמרה הנאת תשמישך עלי צריך הפרה והברירה בידה שלא תאמר הנדר לאב ולבעל ביום אחד וכיון שכל אחד צריך להפר ביום שמעו והפרת שניהם בעינן ביום אחד לא יוכלו להפר, ואי מיירי שמת האב משנתארסה או נתארסה ואין לה אב אי' בש"ע סי' רל"ד סעיף ט"ו ובסעיף ה' ובש"ך ס"ק י"ד דאין הארוס יכול להפר דלעולם אין הארוס מפיר אלא בשותפות, ואין לומר כיון דקיי"ל בש"ע שבסעיף כ"ח שיכולין להפר נדריה ואפי' שלא בפניה וכיון דקיי"ל דלא אמרינן מגו דבי תרי דאין דעת שניהם מסכימים לדעת אחת אין לה מגו דאינה בידה לבד לעשות נדר באופן שאין הארוס יכול להפר דאם יתוודע לארוס יודיע לאב באותו יום ויפר שלא בפניה וכ"כ להיפך, אם יודיע לאב תחילה, דז"א דהא האי דינא דאומרת טמאה אני לך מיירי בכל גווני אף כשאב אינו בביתו דדוחק לומר דהאי דינא באומרת טמאה אני לך בארוסה שאינה נאמנת מיירי דווקא כשהוא בעיר באותו יום שאומרת כן בב"ד וא"כ הברירה בידה עוד היום כשעומדת בפני ב"ד עם בעלה הארוס לאסור הנאת תשמיש עליה ויהי' אצל הבעל ביום שמעו והאב לא יוכל להתוודע עד אחר אותו יום ולא יהי' שמיעה ביום אחד וכל כי האי הו"ל לתלמודא לפרושי וא"ל לפי מה שמבואר בש"ע סימן רל"ד סק"ה דעת רמב"ם כמ"ש בטו"ז סק"ך דנפשטה האבעי' דרב"ח בנדרים דע"ג דיכול הבעל להפיר בלא שמיעה דהיינו שיאמר כל נדרים שנדרה אשתי יהי' מופרין וכ' רש"י ור"ן ה"ה ארוס וה"ה אביה ואף שמביא רמ"א דעת ר"אש

שא"י להפר עד שישמע מ"מ כתב אם הפיר ואח"כ שמע מהני ועיין בש"כ ס"ק מ"ג וא"כ לא הוי מגו דאינה תלה בדעתה לבד דצריך לזה גם דעת אדם אחר דבאיזה אופן שתעשה הנדר דהיינו אם בשעה שילך הבעל מביתו תדור הנדר בפני האב ויהי' ביום שמעו ולא יוכל אח"כ הבעל להפר, מ"מ כשלא תרצה אח"כ לדור עם הבעל תהי' מוכרחת לומר הנדר ואולי הפיר הבעל הנדרים בלי שמיעה דאפילו לר"אש חל הפרה למפרע ואם תדור נדר בפני הבעל ולא בפני האב אולי הפיר האב בלי שמיעה ואמר כל נדרים שנדרה בתי יהי' מופרין דמהני לרמב"ם דז"א דלרמב"ם אף דלא צריך לשמוע מ"מ בעינן שהפרת הבעל והאב יהי' ביום אחד וזהו לא שכיח שיזדמן שלא בכוונה, ויפירו ביום אחד דהא אין האב ובעל מפירין קודם שתידור וכדאי' בנדרים דף ע"ה ובש"ע סימן דל"ד סק"ח ובע"כ בעינן הפרה אחר שתידור וזהו נקל בידה לנדור באופן שלא ידע אחד ביום שמיעת אחר ולא יחול הפרה דלא שכיח כלל שיתרחש מעצמו שיפיר אחד בלא שמיעת הנדר באותו יום ששמע אחד וכל כה"ג הוי מגו מעליא דמגו הוא דאורייתא ולא מבטלינן מגו במילתא דלא שכיח כלל וראי' לזה היכי דביד אדם לעשות המגו ואף שעל צד הרחיק אפשר שיתבטל המגו ולא יהי' בידו מ"מ כיון דלא שכיח הוי מגו מעליא מהא דסובר ר' יוחנן בב"ב דף קל"ד בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן דבידו לגרשה ומאן דחולק משים הוכחה דל"ל קלא ולכן בזה בני נאמן אף שצריך עדים ולכמה פוסקים צריך ב"ד ומי יימר דמזדקק להו כדאי' בקדושין דף ס"ב גבי גר לענין דשלב"ל, ובע"כ כיון דשכיחי הדיוטות כדאי' בשבת דף מ"ו (עיין מ"ל בפ"ד מבכורת ורשב"א ביבמות דפ"ח) אף דאפשר שלא יתרחש מ"מ לא מבטלינן מגו משום חששא דלא שכיח דמן הסתם אדם סומך א"ע על מילתא דשכיחא וה"ה כיון דבידה להפקיע א"ע מבעלה הארוס במילתא דשכיחא לא מבטלינן המגו בשביל חששא דלא שכיחא דאל"כ על צד הרחוק ימצא מגו היכי דנימא דאסיק אדעתא אמילתא דלא שכיח וה והמעיין בכללי מגו ימצא ראיות לזה, וראיתי במרדכי במס' קדושין בפ' האומר סימן תק"ל בשם רבינו שמשון שהקשה כעין זה וז"ל אע"פי שיש לתמוה קצת למה אינה נאמנת לאסור א"ע במגו דאי בעי אסרה נפשה בנדר שהודר ברבים למ"ד דאין לו הפרה דמשמע אפילו לדבר מצוה דלא דמי לעל דעת רבים עכ"ל ולא כתב תירץ לזה, ולכאורה קו' זו קשה אפילו בנשואה, מיהו באמת לק"מ כיון דאי' במתני' דאשת כהן נוטלת כתובה ל"ל מגו דאי' בכתובות דף ע"ב ע"א דנחלקו באשה שנדרה בנזיר ושמע בעלה ולא הפיר לה ור"מ ור"י אומרים היא ניתנה אצבע כו' ואם אמר א"א באשה נדרנית תצא שלא בכתובה ר"י ור"א אומרים הוא נתן אצבע כו' ויוציא ויתן כתובה וע"כ לא פליגי אלא היכי שיכול להפר אבל אי א"י להפר בודאי נתנה

אצבע כו' וא"כ לית לה מגו דאי תאסור נפשה בנדר ברבים לית לה כתובה וצ"ל שקו' רבינו שמשון הוא רק בארוסה כיון דמתני' מיירי בכל גווני אף דמיירי בנשואה דאיתא שנוטלת כתובה מ"מ מיירי בארוסה ג"כ כמ"ש בשו"ת מוהרי"ט סימן צ"ב רק דמשנה ראשונה קמ"ל דאנוסה אית לה כתובה אף דאסורה לבעלה הכהן כדאי' בש"ס וא"כ שפיר הקשה די"ל דסובר דארוסה לית לה כתובה ואולם קו' הר"ש הוא רק למ"ד שאין לו הפרה אבל לדידן דקיי"ל דיש לו הפרה לק"מ אבל קושי' שלנו קשה אפילו להלכה כיון דהדין הנזכר במתני' הוא גם בארוסה שאין לה כתובה יש לה מגו מעליא, ולר"ן בשם אחרים לק"מ דאזיל לשיטתו דסובר ארוסה יש לה כתובה ואין לה מגו וא"כ רמב"ם ומחבר לשיטתייהו בב' דינים הנ"ל דס"ל דאין אב וארוס יכולין להפר כ"א ביום אחד וגם ס"ל ארוסה ל"ל כתובה בע"כ לית להו תירץ הר"ן בשם אחרים, אמנם יש לדחות די"ל בלא"ה ליכא מגו דהא בטמאה אני לך אי נאמנת כופין את הבעל לגרשה כמ"ש המפרש ובר"אש ור"ן ובנדר מתשמיש אף שאסורה על הארוס מ"מ כיון שהיא היתה הגורם א"י לכופו לגרשה וי"ל דלא ניחא לה לישב בכבלי העיגון וטב למיתב כו' מיהו קו' זו קשה גם על רבינו שמשון דאין התחלה לקושייתו דהא ל"ל מגו ונראה דענין זה תלי' בהאי כללא אי אמרינן מגו לחצי טענה לפי דעת רמב"ן בב"ב דף קל"ד מובא במ"ל בפ"ג מיבום ה"א ובכנ"הג בכ"מ ס"ק פ"א ובא"ות ס"ק ל"ב לא אמרינן היכי שאיכפת לי' בכל הטענה ועיין תוס' ב"ב דף ל"ג ע"ב ובמס' קדושין דף ס"ד ע"א בר"ן שם ואולם דעת כמה פוסקים נראה דאמרינן מגו לח"ט וכ"כ בס' הפלאה דמצינו בכמה דוכתי דאמרינן וא"כ הכא שאנו דנין על שני דברים דבאומרת טמאה אני לך כוונתה להפקיע שעבודא דבעל שלא יכול לכופה וגם כוונתה לכוף לגרשה ונגד הפקעת השעבוד יש לה מגו והוי מגו מעליא ושפיר הקשה ר"ש די"ל דסובר דאמרינן מגו לח"ט וא"כ לא מוכח דרמב"ם וש"ע חולקים על הר"ן בשם אחרים דאף אי ס"ל כוותי' מ"מ א"ש דל"ל מגו לאפקועי שעבודא דלא אמרינן מגו (מיהו בדעת רמב"ם כתבתי במ"א שהוכיח מוהרי"ט דסובר דאמרינן מגו לח"ט) כן נראה לומר בדרך פלפולא בעלמא כי יש לדחות ולומר שתיקנו בארוסה אטו נשואה משום לא פלוג ובזה נדחה גם קו' רבינו שמשון כמובן:

פרט י

יבואר דין אשה היושבת תחת כעלה אי נאמנת לומר נתקדשתי לפלוני מקודם כדי לאוסרה א"ע על בעלה וביאור דברי הר"אש ז"ל בזה:

כא בש"ות הר"אש כלל ל"ה הובא בב"י א"העז סימן מ"ו:

באריכות וכתב וז"ל ועל מה שאמר שאם היתה מודה (שנתקדשה לאחר מקודם) היינו אומרים שויתה לנפשה חתיכה דאיסורא ויוציאנה בלא כתובה יש לתמוה מדאיתא בפ"ק דקדושין יהודית דביתהו דר' חייא הו"ל צער לידה אמרה לי' אמרה לי אם קיבל ביך אביך קדושין כי זוטרת, א"ל לאו כל כמיני' דאמך דאסרת לך עילואי ואפשר שיש לחלק בין כשהיא עצמה מודה לכשאומרת כן בשם אחרים עכ"ל ותמה ע"ז רמ"א בדרכי משה ס"ק ד' וז"ל ולא נראה חילוק זה דא"כ כל אשה תאסר עצמה על בעלה בכה"ג ואפילו באשה שאמרה טמאה אני לך א"נ דחיישינן שמא עיניה נתנה באחר כ"ש אם אמרה שנתקדשה לאחר דא"נ אלא שאני הכא דהוי קצת קול מעיקרא כו' ותמהני על בית יוסף שהרי לקמן בסוף סימן מ"ח בהדיא שלא כדבריו יע"ש וכן כתוב להלכה בסימן מ"ו בהג"ה ס"ח ועיין בח"מח ס"ק י"ז וב"ש ס"ק כ"ב, ואולם מלבד זה הקשו בס' עצמות יוסף ומוהרי"ט על בית יוסף דבע"כ האי דיהודית מיירי שהיא מודית לדברי האם, דאל"כ אמאי לא מייתי ראי' ממתני' דהאומר כמו שהוכיח הריטב"א שם, ותירץ בס' שערי המלך, שב"י הבין דלא מיירי שמודית רק שאינו מכחשת לכן לא מייתי ראי' ממתני' הנ"ל דאיירי במכחשת, ולענ"ד קו' זו בלא"ה לא ק"מ על ב"י דשפיר י"ל שהבין כפשוטו שמיירי שמודית לדברי האם רק שבע"כ לא מיירי שאומרת שיודעת בודאי רק שמאמינה לדברי האם, וכעין דאיתא בקדושין דף ס"ו ע"א שמאמין לדברי העד וכ"כ בחידושי פני יהושע וכמו התם שא"ל העד אשתך זינתה ואמר רבא אי מיהמן לי' כבי תרי חייב להוציא ומבואר ברי"ף ור"אש שאינו מחויב להוציא בדיני אדם רק לצאת ידי שמים, ואף אמנם כשמאמין לדברי העד ג"כ שווי' נפשי' ח"דא מ"מ אין ב"ד כופין לגרשה, והטעם אף לפי מה שבארנו לעיל דשווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם הודאת בע"ד בממון שנאמן לחובתו כעדים ובממון היכי שמודה הב"ד כופין אותו, מ"מ כראה לומר דלא שייך אדם נאמן לחובתו כעדים רק היכי שאמר שראה בעיניו, אכל היכי שאומר שמאמין לעד שאומר אמת לא שייך לומר דה דאתו כעדים כיון שסוף סוף הודאתו בא רק מעד אחד, ואף שהעד מיהמן לי' כבי תרי, הא עד כשר אפי' דמיהמן כבי תרי לא קם להוציא ממון כמ"ש בחלק ב' בכלל ע"א בממון לשיטת רמב"ן וסיעתו דסתמא כתיב לא יקום עד אחד באיש אפילו עד כשר דקים לן בגווי' טובא שאומר אמת וה"ה דבר שבערוה דילפינן דבר דבר מממון לכן אינו חייב להוציא רק לצאת ידי שמים, וי"ל שזהו כוונת ב"י שאם היא אומרת כן בשם עצמה הוי הודאתה כעדים אבל כשאומרת כן בשם אחרים לא הוי הודאתה כעדים, ודוקא בבעל כשמאמין לדברי העד כיון שיכול לגרשה בע"כ מדינא חייב לציד"ש, אבל היא אינה יכולה להפקיע שעבודו כיון שאין הודאתה

לגבי נפשה כעדים דהא לא ראתה בעצמה דנימא לגבי נפשה הוי כעדים, כיון שאין האיסור לגבי בעל דהא לא שווי' נפשו ח"דא דהא אינו מאמין להאם כמו שאמר לה לאו כ"כ כו' ועיקר חתיכה דאיסורא הוא לגבי דידה וה"מ אם הי' ברור שכן הוא יכולה להפקיע א"ע משעבוד משא"כ בכה"ג וא"ש:

כב והנה בגוף קו' רמ"א על ב"י לא זכיתי להבין דאי' בסימן מ"ו ס"ה יצא עליה קול שהיא מקודשת לפלוני ובא אחר וקדשה בפנינו בודקין על קדושי הראשון שהם בקול אם באו עדים ברורים בראי' ברורה שהיא מקודשת לראשון אין קדושי השני כלום, ואי לאו מגרש ראשון שקדושיו בקול ונושא שני שקדושיו ודאי ואם גירש השני לא יכנס הראשון שמא יאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין אחר שנתארס לאחר עכ"ל ואנן קיי"ל במס' קדושין דף ס"ג ובכמה דוכתי דחזקה אין אדם חוטא ולא לו וא"כ לא דמי להאומרת טמאה אני לך דחששו שמא עיניה נתנה באחר, כיון דהוא דבר דשכיח וקרוב לעשות שתלוי רק בדעת האשה בלבד ובמילתא דשכיחא תיקנו, משא"כ הכא לא שייך הך חששא דתתן עיניה באחר ותאמר נתקדשתי לאחר מקודם לכן דהוא מילתא דלא שכיחא דבממ"נ אם תאמר סתם קדשתי לאחד וא"י למי תהי' אסירה לכל העולם ומה"ת תעשה כן שתהי' בכבלי העיגון, ובע"כ צריכה לומר נתקדשתי לפלוני וכיון שאותו פלוני לא יוכל להנשא אותה משום חשש שמא יאמרו מחזיר גרושתו מן האירוסין, מה"ת יהי' אותו פלוני חוטא שיודה שקידשה ויצטרך לגרשה ויאסור בקרובתיה אטו בשופטני עסקינן ובודאי יכחישה ויהי' הדין כמו האומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך דמבקשין ממנו ליתן גט כדאי' בקדושין דף ס"ה ע"א וב"ש בסימן מ"ח ס"ק ח' ואולי לא ירצה לגרשה ותהי' עגונה, ואין לומר דחיישינן שמא עיניה נתנה באחר ותשכור לאיש אחד שיודה לדבריה כדי לאוסרה על בעלה ובאמת יגרשה ויאסור בקרובתיה משום חימוד ממון דז"א דלא חיישינן כלל לחש ז דשכרוהו דאחזיקי אינשי ברשיעי להעיד שקר בפרט באיסור חמור שיוכל להצמיח על ידו גט מעושה שלא כדין לא מחזקינן דיש לכל ישראל חזקת כשרות והיא חזקה אלימא ואתי מכח רובא דרוב ב"י כשרים והוכחתי בחלק ב' בכלל ע"א בממון דאיכא חזקת כשרות אפי' במקום שיש חשש הרווחת ממון, ומ"ש רמב"ם בפרק י"ב מהלכות גירושין הטעם בעד אחד בקטטה שאינו נאמן להעיד שמת בעלה שמא שכרוהו כבר תמהו הראשונים ז"ל כמ"ש בכסף משכה דאם היא הוחזקה כל ישראל מי הוחזקה יע"ש הרי להדיא דלא שכיח אפילו בעד אחד שיאמר שקר עבור ממון היכי שיבוא איסור חמור על ידו וה"ה לא נחשד אדם מישראל לומר בפני בית דין שהוא קדשה כדי לכוף את הבעל לגרשה ויהי' גט מעושה שלא כדין ויעבור על לאו לא תענה וגו' שהוא איסור

דליתא בחזרה וכיון דהוא מילתא דלא שכיח לא תיקנו לעקור הדין דבכל תקנות שתקנו חכמינו ז"ל למגדר מילתא היינו היכי שראו שהי' ההכרח לגדור גדר משום שהי' שכיח הענין לפרוץ וא"כ שפיר כתב ב"י דאם מתרמי שאשה אומרת נתקדשתי לפני פלוני קודם לכן בפני עדים שהלכו למדינת הים ואותו פלוני מודה כיון דאיכא הוכחה שהענין אמת משום דאין אדם חוטא ולא לו כיון דאף אם יגרשה השני אסורה לו ג"כ ויצטרך לגרשה שפיר נאמנת לאוסרה על השני דלא שייך החשש שלא תהי' עיניה נתנה באחר בדבר כזו שאינה בידה כי אם על צד רחוק' כן נלענ"ד נכון ולאחר העיון מצאתי קצת מדברים אלו בספר בית מאיר שכתב על דרך זה ות"ל הוספתי בתוספת מרובה:

כג ולכאורה יש לומר דהנה בהא דאי' בש"ס במילתא דלא שכיח ל"ג רבנן אי אמרינן כן גבי תקנה ראיתי במשנה למלך בפ"ד ממלוה הי"ג מחלוקת שהביא דעת בע"הת דמעות מי שנשתטה יהבינן לי' באבק ריבות וכ' שיש לחלק אע"ג דטעמא דיתום שייך בשוטה מ"מ כיון דלא שכיח אפשר דלא תיקנו רבנן אבל דעת הרד"ך בתקנה תיקנו אף במילתא דלא שכיח אפילו היכי שהוא להתיר האיסור, וא"כ ליתא לתי' הלז להרד"ך (ודוחק לחלק בענין זה בין היכי דעקרו איסור דאורייתא להיכי דהתירו איסור דרבנן דלא מצינו חילוק בזה) ואולם המעיין שם יראה דל"ד דדוקא היכי דטעם תקנה שייך אף במילתא דשכיח יש לומר דתיקנו על כל צד, אבל היכי דלא שייך טעם תקנה רק במילתא דלא שכיח לא תיקנו כלל משום דבר שאינו מצוי והכא כיון דברוב נשים ליכא האי חששא דשמא עיניה נתנה באחר וליכא טעם לתקן תקנה לעקור איסור דאורייתא רק במיעוטא דמיעוטא איכא האי חששא שיאמרו נתקדשתי לפלוני ואותו פלוני יודה במתכוין ויגרשנה כדי שתוכל לקחת לאיש אחר אשר נתנה עיניה בו, בכה"ג לא עשו תקנה היכי דעיקר טעם של תקנה יהי' במילתא דלא שכיח דלא תיקנו או גזרו רק היכי דשייך טעם תקנה ברוב ולק"מ קו' רמ"א לכ"ע:

כד אמנם אכתי קשה דאי' בנדרים דף צ"א דסובר ר' המנונא האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה וכתב הר"אש שם דכן הלכה, וז"ל ועוד נראה לי טעם טוב דהלכתא כר"ה דאפילו למשנה אחרונה היא תובעת שיגרשנה בעלה וחיישינן שמא נתנה עיניה באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה בעלה אבל ודאי חזקה שלא תאמר אשה לבעלה גרשתני להפקיע עצמה בטענת שקר להיות באיסור אשת איש כל ימיה עכ"ל ובמס' גיטין דף פ"ח ע"ב איתא דאמר שמואל גט המעושה בישראל שלא כדין פסול ופוסל ומבואר בב"י וב"ש בסימן קל"ד ס"ק י' וי"ג דשלא כדין בישראל פסול מדאור' כמ"ש ברש"י ור"ן וטור, וכן אם אנסו עכ"ום אפילו בדין הגט

בטל אבל דעת רמב"ם בפ"ב מה"ג סוף הלכה כ', וכן משמע דעת מחבר דגט פסול רק מדרבנן, ועמ"ש בלחם משנה שם, וזה פשוט דלא שייך חששא דעיניה נתנה באחר רק היכי שבידה לכופו לגרשה ע"פי ב"ד כ"ש המפרש ור"אש ור"ן להמעיין בדבריהם לדינא דמשנה ראשנה דאי אין בידה לכופו רק להפקיע שעבודו לא תועיל בערמותה כיון שתהי' אסורה בכבלי העיגון, וא"כ אם באמת לא נטמאה ונותנת עיניה באחר נעשה גט מעושה בישראל שלא כדין ועשתה איסור דאורייתא וקיימא באיסור א"א והא איכא חזקה שלא תפקיע א"ע בטענת שקר להיות באיסור א"א כל ימיה, ולשיטת רמב"ם דהוא רק איסור דרבנן א"ש די"ל כמ"ש ה"המ בפ"א מאישות בשיטתו דבאיסור דרבנן לא אלים החזקת כשרות דלאו כ"ע זהירי, ור"אש לא כתב חזקה הנ"ל רק באיסור דאורייתא אבל לפוסקים הנ"ל דהוי איסור דאורייתא, ואם נתנה עיניה באחר ולא זינתה שמותרת לבעלה הגט שנעשה מעושה ע"י ב"ד הוי שלא כדין ופסול מן התורה ונעשה איסור דאורייתא על ידה (ועיין בב"ש סימן י"א ס"ק ד' שכתב במחלוקות הפוסקים בעידי כיעור לא שייך להחמיר דהוא צד קולא לכוף על הגט) וא"כ קשה לסברת הר"אש הנ"ל אמאי חשו חכמים לשמא תתן עיניה באחר, ודוחק לומר דסובר כרמב"ם כיון שהטור לא הביא דעתו בזה, ובע"כ צ"ל להר"אש דסובר דתיקנו אף משום מילתא דלא שכיח, ובאמת ברוב נשים שייך חזקה הנ"ל שהם בחזקת כשרות שלא יפקיע א"ע בטענת שקר ומה"ט באומרת לבעלה גרשתני נאמנת דמן הסתם היא בכלל רוב האומרים אמת אבל תקנה שייך אף היכי דלא שייך הטעם רק במילתא דלא שכיח מ"מ תיקנו לטובת הבעל אף משום מיעוטא דנשים החצופות וחשודות לעבור גם על איסור אשת איש לומר כן כדי לכוף לבעל לגרשה שלא כדין, ולפ"ז קשה קו' רמ"א על ר"אש לשיטתו דבע"כ סובר דתיקנו אף במילתא דל"ש ה"ה באומרת נתקדשתי לפלוני בע"כ חשו שמא עיניה נתנה באחר אף דהוא מילתא דלא שכיחא, מיהו באמת לק"מ דבלא"ה קשה לשיטת הר"אש במס' יבמות דכ"ד שכתב דלכן א"נ משום שרוב האומרות כן משקרות, וא"כ הבין שכ"כ נתקלקלו שהי' משקרת לומר טמאה אני לך כדי לכוף לבעלה לגרשה שלא כדין וא"כ נחשדו לעבור על איסור דאורייתא להיות באיסור א"א כל ימיה כנ"ל ואמאי סובר ר' המנונא דנאמנת למ"א לומר גרשתני משום חזקה שלא נחשדה להיות באיסור א"א הא גם בטמאה אני לך אף שמקבלת גט היא באיסור א"א דהוי גט מעושה ואפ"ה נחשדו, אע"כ צ"ל כוונת הר"אש דלא שייך חזקת כשרות רק היכי דידעה האיסור ואיסור א"א בלא גירושין כ"ע אפי' נשים גמירי דהוא דבר פשוט משא"כ מדרש חכמים דגט מעושה שלא כדין בטל לאו כ"ע גמירי אפי' באנשים עיין תוס' גיטין דף מ"ב ע"ב ד"ה הואיל

ובמס' קדושין דף י"ג ע"א פריך ר' אחאי אטו כולהו נשי דינא גמירי ועיין בהר"אש שם דף ע"ג ע"א וא"כ שפיר כתב הר"אש אף דלמשנה אחרונה היא חשודה בכך כי לפי דמיונה ליכא איסור בגירושין מ"מ לא חשודה לומר גרשתני היכי שלא קבלה גט דידעה חומר האיסור, וא"כ לק"מ קו' רמ"א דשפיר י"ל כנ"ל דל"ד לאומרת טמאה אני לך שחשו לחשש שמא תתן עיניה באחר דשייך חשש ברוב דיסברו שמותרת לבעלה ע"י גט זה משא"כ בנתקדשתי דלא שכיח כלל, ובזה י"ל לולי דברי רש"י ור"ן מה דאיתא חזרו לומר שלא תהי' אשה נותנת עיניה באחר ומקלקלת א"ע על בעלה שפירשו שקלקול קאי על אומרת נטולה אני מן היהודים יע"ש, ולפמ"ש י"ל דקאי גם על אומרת טמאה אני לך כיון דאם נותנת עיניה באחר הוי גט מעושה שלא כדין והיא באיסור דאורייתא באיסור אשת איש אצל בעלה השני וז"ש ומקלקלת א"ע על בעלה ר"ל על השני וא"ש:

כה ואכתי איכא למידק למה עקרו חכמים דין תורה של משנה ראשונה לגמרי כיון דבאמת לא נחשדו הנשים לעבור על איסור דאורייתא להיות באיסור אשת איש כל ימיה רק דחיישינן שהיא מוטעת בדין דלאו כולי נשי דינא גמירי הו"ל לתקן במשנה כשתאמר טמאה אני לך יאמרו לה ב"ד חומר האיסור כשמשקרת היא באיסור א"א כל ימיה אף לאחר הגט כי יהי' גט שלא כדין והו"ל לתקן שתהי' יכולה לחזור מדבריה הראשונים ואם תעמיד בדבריה הראשונים תהי' אסורה כי יש הוכחה שאומרת אמת מכח חזקה דלא תפקיע א"ע בטענת שקר להיות באיסור א"א כל ימיה ולמה עקרו דין תורה לגמרי אף בעומדת בדבריה הראשונים ולכאורה יש להביא ראי' למה שנחלקו האחרונים ז"ל א"א עביד אינש לאחזוקי דיבורא הראשון אף באיסור חמור ומקור הענין הוא בהא דאי' בקדושין דף ע"ג כ"ב דסובר רב דנאמן ליתן גט דאין אדם חוטא ולא לו וא"נ לכנוס וכתב הריטב"א אע"פי שהוא מתחילה לכונסה נתכוין וע"ד לכונסה אמר כן מ"מ כיון דמודיען לי' בתר הכי שאינו כונסה ועומד בדיבורו ונותן גט אלמלא דקושטא קאמר לא הי' מחזיק שקרא ליתן גט דשרי' לעלמא שלא כדין, ואולם בס' שערי המלך בפ"ט מאישות הלכה י"ב כתב שמוהריב"ל כתב בשם רמ"ה דאמרינן עביד אינש לאחזוקי דיבורו הראשון ולכן כשקבלו עדות שלא בפני בעל דין ל"מ כשיחזרו ויעידו בפני בע"ד וכוונת רב נאמן ליתן גט היינו כשאמר קדשתי ואתן לה גט ואינו נאמן לכנוס שאם אמר קדשתיה ואכניסנה א"נ אף ליתן גט דעביד לאחזוקי דיבורו, ועיין בח"מ סימן כ"ח סט"ו ובש"כ סימן ל"ג ס"ק ט' ועיין בטור סימן ל"ז ובשאר קמאי זלה"ה שסתמו בע"כ סוברים כריטב"א, ומסוגי' דידן מוכח כרמ"ה משום כיסופא מחזיק דיבורו לכן לא הי' יכולין לתקן תקנה הנ"ל דחיישינן שתחזיק בדבריה, ואולם אכתי קשה שר"אש כתב בסתם להאי דרב ואף דפוסק

כרב אסי מ"מ כיון שיש נ"מ לדינא אי עביד אינש לאחזוקי דיבורו אם הי' מפרש כרמ"ה הי' מבאר והד"ק הנ"ל לדוכתי' כיון דר"אש סובר דיש לאשה חזקת כשרות למה עקרו הדין תורה לגמרי במ"א הו"ל לתקן תקנה הנ"ל:

לכן נראה לענ"ד דהנה מבואר בראשונים ז"ל ולכמה תירוצים על קו' שהקשו היאך יכולין להפקיע האיסור, ואומר דאי נימא כתירץ שתירצו תוס' שמשמע שעפ"י דין תורה הי' נאמנת למשנה ראשונה כי יכולה להפקיע משעבודא דבעל ובמשנה אחרונה הוי תקנה הי' מקום לקו' הנ"ל דלמה עקרו דין תורה לגמרי דהא מדאורייתא נאמנת מטעם שווי' נפשה ח"דא בין בעומדת בדיבורה ובין בחוזרת מדבריה כ"ז שלא נתנה אמתלא כדאי' בכתובות דכ"ב ובמשנה אחרונה עקרו הד"ת לגמרי לא הי' להם לעקור ד"ת רק היכי שחוזרת מדבריה בלא אמתלא ולא היכי שעומדת בדבריה לאחר שמודיעין לה חומר האיסור כיון שע"פי ד"ת נאמנת ראוי לקיים הדין תורה בכל מה דאפשר כדאי' סברא כזו בהרבה דוכתי בש"ס ופוסקים, אבל לתירץ הר"ן בשם אחרים שע"פי דין תורה א"נ כלל אפילו בעומדת בדבריה ומשנה ראשונה הוא רק תקנה ל"ק קו' הנ"ל דכיון שראו שתקנת משנה ראשונה לא תהי' בכל הנשים כי באם תחזור מדבריה אף בלי אמתלא תהי' נאמנת לחזור לא רצו לעשות תקנה לחצאין ואוקמו הדבר על דין תורה דכל מה דאפשר לקיים הדין תורה מקיימינן, כאשר מובן לכל מי שיש בו שיקול הדעת בדרכי תורה וא"כ י"ל אף דהר"אש סובר במס' יבמות שם כתי' תוס' דרוב נשים משקרות, מ"מ י"ל דמודה לסברת הר"ן הנ"ל דלאו כ"כ לאפקועי שעבודא דבעל כי הדעת מכרעת לזה רק הי' מחלק כמ"ש בס' עצמות יוסף כנ"ל דלא שייך סברא הלז רק בנשואה ולא בארוסה והמשנה ראשונ' ואחרונ' איירי אף בארוס' כמ"ש מוהרי"ט לכן מוכרח לתרץ מפום דרוב אומרות כן משקרות אבל מודה בנשואה שייך סברת הר"ן דלא מצית לאפקועי השעבוד, ועשו תקנה משום לא פלוג בין בארוסה בין בנשואה א"נ למ"א כדרכם בכל תקנות לעשות לא פלוג וא"ש, ולפ"ז מוכח לשיטת הרא"ש כרמ"א דעכ"פ סובר דהיכי דהיא נשואה א"נ לומר נתקדשתי מקודם לכן לאחר להפקיע שעבודא דבעל, ובע"כ פי' בר"אש כמ"ש רמ"א או כח"מח וב"ש, ומ"מ לק"מ על בית יוסף כי הוא ז"ל בא ליישב תשובת ר"אש ובכמה דוכתי דבריו בתשובה סותר למ"ש בפסקיו, ואולי סובר בתשובה דאמרינן דעביד אינש לאחזוקי דיבורא ולק"מ קו' הנ"ל:

כו ובגוף קו' על הרא"ש נאמרו הרבה תי' עמ"ש הב"ש בס"ק כ"ב ולענ"ד ל"מ כן בלשון שאלה הנזכר שם דוק ותשכח, ומ"ש בס' עצמות יוסף בזה ק' ג"כ שמשמע שהי' נשואין יע"ש, ומוהרי"ט כתב בסימן צ"ב דרך נכון בכוונת הר"אש ובס' בית מאיר רצה לפרש

בכוונת הר"אש על דרך שעלה ע"ד מוהרי"ט ובמכ"ת אשתמיט מיני' מ"ש לדחות ותמי' על הב"ש שלא הביא דברי הרי"ט:

כז ולכאורה נראה להוכיח כרמ"א דאין אשה היושבת תחת בעלה נאמנת לומר נתקדשתי לפלוני לאוסרה על בעלה, דהנה כבר נתבאר קו' ראשונים, שם על משנה אחרונה כיון דשוי' נפשה ח"דא איסור שבה להיכן הלך ולענ"ד נראה לישב לפמ"ש לעיל דהא דקיי"ל בכל מקום שווי' נפשה ח"דא הוא כעין הודאת בע"ד בממון כמו שנאמן שם לחובתו, ה"ה נאמן לחובתו ובממון דעת רש"י בקדושין דף ס"ה שהוא מטעם גז"הכ דכי הוא זה, ובש"ות מוהריב"ל וב"ש סימן ל"ח ס"ק ל"א כתבו מטעם מגו שבידו לחייב א"ע מכאן ולהבא וה"ה באיסורא לכן נאמן לאסור על עצמו כיון שבידו לאסור ע"ע אותו הדבר בתורת קונם נאמן שגוף הענין שאומר הוא אמת מטעם כל שבידו נאמן, ולפ"ז י"ל הא דנאמנת למשנה ראשונה מטעם שווי' נפשה ח"דא אף שמפקעת א"ע משעבודא דבעל כמ"ש הר"ן והוכרח לומר דהוא משום הוכחה דכיסופא וכתבתי לעיל בפרט ז' מה שיש להקשות עליו לשיטת הירושלמי, ואולם לולי דבריו יש לומר כמו שמבאר לקמן דנאמנת מטעם מגו שבידו להפקיע א"ע משעבודא דבעל ובכה"ג גם בממון אי' בכתובות דף י"ט ע"א בתוס' ובכל הראשונים ז"ל ובחי' רשב"א בקדושין דף ס"ה ע"ב היכי שמודה לחוב לאחרים ובידו לחוב נאמן ה"ה בהודאה באיסור, ונראה לברר הדבר דאיתא שם במשנה אחרונה ונטולה אני מן היהודים יפר לחלקו וכתבו בתוס' וז"ל ותהי' נטולה מן היהודים לכשתתגרש ותנשא לאחרים דלא מהני הפרה רק לעצמו ואין לתמוה היאך חל נדרה על תשמיש יהודים אחרים בעודה אשת איש והא אין איסור חל על איסור ויש לומר דהוי איסור כולל מגו דאתחל בתשמיש בעל שהוא היתר חל נמי על אחרים יע"ש, וא"כ י"ל דמ"ר ומ"א מחולקים בזה גופא אי אמרינן איסור חל על איסור באיסור כולל דהוא פלוגתא בש"ס בכמה דוכתי, ואומר דטעמא דמשנה ראשונה דנאמנת לומר טמאה אני לך ושוי' נפשה ח"דא אף שבהודאתה הוא חוב לבעלה שמפקיע השעבוד משום דיש לה מגו דבידה לאסור א"ע מכאן ולהבא על בעלה שיהי' מוכרח לגרשה בע"כ דניהו דלית לה מגו לומר הנאת תשמישך עלי דבכה"ג אין לה כתובה דהיא נתנה אצבע בין שיניו כיון דאין יכול להיפר למשנה ראשונה כמ"ש ר"אש שם דלא הוי דברים שבינו לבינה ואין רצונה להפסיד כתובתה וגם אין לה מגו דשמים ביני לבינך אף דלא הוי מגו דהעזה כיון דהיינו באינו יורה כחץ ולא קים לי' ביורה כחץ מ"מ כיון דהך דינא דמתני' מיירי אפילו ביש לה בנים ממנו כדאי' שם דמה"ט סובר ר' ששת דמותרת לאכול בתרומה לא הוי מגו לומר שעכשיו אינו יורה כחץ כי מוכח מילתא דמשקרא כיון דע"ע הי' בחזקת

יורה כחץ הוי טענה דלא שכיח, ומבואר בש"ות תרומת הדשן דמגו דחינן בסברא כל דהוא כי לא ניחא לה לטעון טענה דלא שכיח כמ"ש הש"ך בשם תוס' והר"ש מקינון, אבל יש לומר למשנה ראשונה יש לה מגו כיון דנאמנת לומר נטולה אני מן היהודים וכתב הר"אש דס"ל דלא מצי להיפר דלא הוי דברים שבינו לבינה דאפשר שיגרשנה וכופין אותו להוציא וליתן כתובה דתשמיש קשה לה כיון דאנוסה היא לכן מהאי טעמא נאמנת לומר טמא' אני לך להפקיע שעבוד' דבעל משום מגו דבידה עוד להפקיע שעבודא דבעל דהיינו שתדור נדר ותאמר נטולה אני מן היהודים ויצטרך לגרשה וליתן לה כתובה לכן נאמנת מטעם שווי' נפשה ח"דא דהודאת בע"ד לחובתו מהני אף שמגיע חב לאחרים היכי שבידו, מיהו אנן קיי"ל דלא אמרינן מגו היכי שיצטרך לעבור עבירה ולהשים עצמו רשע כדאי' בסימן פ"ב בכללי מגו והכא אם תדור ותאמר נטולה אני מן היהודים תהי' אסורה לאחר שתתגרש זולת שתלך למקום שאין מכירין בה ובנדרה ותנשא ובכה"ג ליכא מגו היכי שתצטרך לעבור עבירה ואולם י"ל דמשנה ראשונה ס"ל דלא אמרינן איסור כולל שלא חל האיסור לגבי אחרים ממילא נאמנת, במגו דנטולה אני מן היהודים שיהי' מותרת לאחר שיגרשנה בעלה דאין איסור חל על איסור (ואין לומר דוקא היכי דל"ל הפרה על נטולה אני מן היהודים הוא דנוטלת כתובתה דהוי אנוסה אבל למאן דל"ל איסור כולל ולא חל האיסור על כל העולם לא הוי אנוסה דז"א להמעיין בתוס' שם שהקשו אח"כ על תירוצם שתירצו במתני' אתי' כר' יוסי כמו שיבואר לקמן בע"כ ל"ל סברא זו דאל"כ למה הקשו על ר' יוסי ממשנה אחרונה הו"ל להקשות נמי ממשנה ראשונה אמאי נוטלת כת כתובתה בנטולה אני מן היהודים הא לא הוי אנוסה), אבל משנה אחרונה י"ל דסוברת דאמרינן איסור כולל ול"ל מגו משני טעמים מצד דבעל יכול להיפר לה כשאומרת נטולה אני מן היהודים וגם כיון דבע"כ ס"ל דאמרינן איסור כולל תהי' אסורה אח"כ לאחרים, וכיון שאין בידה לאוסרה א"ע על בעלה א"נ מדינא לומר טמאה אני לך לאפקועי א"ע משעבודא דבעל, וממילא מוכח שאינה נאמנת לומר נתקדשתי מהאי טעמא שאין האשה נאמנת להפקיע שעבודא דבעל כיון דלמשנה אחרונה א"נ כלל דל"ל מגו דאל"כ אכתי קשה למשנה אחרונה היאך יכולין להפקיע איסורא כיון שעל פי דין נאמנת לומר טמאה אני לך במגו דנתקדשתי ועיין תוס' במס' כתובת דף ס"ג ע"ב שכתבו כיו"ב שתהי' נאמנת במגו דמאיס עלי וא"ש, אך לפי דברינו קשה קו' תוס' שהקשו על דבריהם הנ"ל שצ"ע למ"ד כולה פירקא ר' יוסי והא ר"י ל"ל איסור כולל והניחו בקו' והמעיין בדף פ"ב ע"א מוכח שם דסיפא דמתני' אתי' כר' יוסי הגם שקו' זו קשה בלא"ה ואין הקו' סובב על דברינו מ"מ כיון שאין לנו ישוב ברור א"א

לומר כתי' הנ"ל וגם כי יש לפקפק כמש"ל כמבואר להמעיין לכן א"א לומר תי' הנ"ל, ודברינו הנ"ל הם רק לפלפולא בעלמא מ"מ הדין הנצמח מתוך דברינו דהא דקיי"ל שווי' נפשי' ח"דא הוא מטעם מגו דבידו לאסור א"ע הדבר בקונם לכן נאמן על גוף הענין והיכי דאין לו מגו אינו נאמן יש לו פנים בהלכה ומוכח כמ"ש רמ"א שאינה נאמנת לאסור א"ע על בעלה ולומר נתקדשתי לפלוני כיין דקיי"ל כמשנה אחרונה אין לה מגו להפקיע א"ע משעבודא דבעל כנלע"ד:

(הג"ה** דע מ"ש הר"אש בד"ה היא גופא דטועה היא וסבורה שאין הבעל מרגיש ביורה כחץ לכאורה תמוה מסוגיא דמס' יבמות דף ס"ה ע"א וצריך עיון:)**

כח ומידי עיוני בזה נלענ"ד להוכיח כשיטת הפוס' החולקים על ס' עצמות יוסף דאפילו ארוסה א"נ לומר טמאה אני לך או שנתקדשה לאחר ולאו מטעמא דידהו באינה נאמנת להפקיע א"ע משעבודא דבעל, דבזה מסתברין דברי הע"ז דאכתי לא חל השעבוד עליה הגם שיש לדון ולומר כיון שעכ"פ הי' לו זכות עליה כי ארוסה עומדת לנשואין, עיין בתוס' כתובות דף ע"ח ע"א ד"ה סיפא, וא"נ לחוב לו כמו בממון שאינו נאמן בהודאתו לחוב לאחרינא כדאי' במס' כתובת דף י"ט שמלוה אינו נאמן לומר שטר אמנה הוא זה לחוב למלוה שלו, מ"מ יש לדחות ולומר שאני התם חיש למלוה הראשון עליו שעבוד נכסים והדבר צריך ראיה ברורה דאפילו היכי דליכא שעבוד רק זכות שאינו נאמן לחוב ואין כאן מקומו, אבל נראה לי כעת טעם אחר, דהנה לקמן הוכחתי דאנן סהדי עדיף מעדים המעידים לפנינו וראי' ממ"ש רמב"ם בפרק ז' מיסודי התורה ה"ז וז"ל כמו שנצטוונו לחתוך את הדין ע"פי שנים עדים כשרים ואע"פי שאפשר שהעידו בשקר הואיל וכשרים הם אצלינו מעמידין אותן על כשרותן יע"ש וכ"כ בפ"ח שם הלכה ב' וג' וא"כ עדים נאמנים רק מטעם חזקת כשרות וגזרה תורה שחזקה זו יועיל בדיני נפשות ובדיני ממונות והוכחתי בכמה דוכתי שהוכחה עדיף מחזקה דהוי כאן סהדי שכן הוא וכדמוכח ביבמות דף קט"ו ע"ב, ומכ"ש בדבר שחכמים חקרו בשכלם הקדוש שכן הוא טבע העולם הוי כדבר ברור שודאי אמת הן אם הכריעו ע"י דעת תורה, או על ידי טבע יע"ש לכן הודאת בעל דין בממון לחובתו עדיף מעדים ואין יכול לחזור ר מהודאתו כי אנן סהדי שאומר אמת דאטו בשופטני עסקינן שיפסיד רק לעצמו כיון שאינו חב לאחרינא לכן עדיף מעדים דאפשר שיאמרו שקר רק מכח חזקה והוכחה עדיף מחזקה, ומה"ט דעת רשב"א וסיעתו דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אפילו נגד עדים דמוכח שאומר אמת כיון שמפסיד לעצמו ואוסר לגבי נפשי' דבר המותר לכן נאמן על גוף המעשה יותר מעדים דהוכחה ברורה דהוא בגדר אנן סהדי עדיף מחזקה מיהו ה"מ

היכי דהוא ודאי הודאה לחוב משא"כ בנ"ד בזמן משנה אחרונה שכתבו תוס' ור"אש ביבמות דף כ"ה שנתקלקלו הדורות ורוב האומרות כן משקרו' ונותנות עיניהן באחר לא הוי הודאה לחוב, כיון דאנן סהדי שנותנות עיניהן באחר כמ"ש מוהרי"ט סימן צ"ב ליכא הוכחה כלל שאומרת אמת ממילא א"נ להפקיע א"ע מחזקת היתר ודוקא למשנה ראשונה שלא חששו שנתנה עיניה באחר שלא נתקלקלו הדורות הי' לה חוב במה שיצאה מרשות בעלה דטב למיתב טן דו, ואטו משום כתובתה תרצה להפסיד מזונות וכל חיובי בעלה עליה שבודאי חוב הוא לאשה שתתגרש כדאי' במס' גיטין דף י"א ע"ב ובמס' יבמות דף קי"ח ע"ב אבל למשנה אחרונה דאנן סהדי שנותנת עיניהן באחר ליכא הוכחה שאומרת אמת וכמו שא"נ בממון לזכותו ה"ה באיסורא שאיסור שאסרה א"ע על בעלה הוי זכותה כיון שנותנה עיניה באחר ול"ש כלל שוי' נפשה ח"דא שהוא בעלמא מטעם הודאה לחובתו ולפ"ז יצא לנו דין חדש אף לרשב"א דאמרינן שוי' נפשי' חד"א נגד עדים מ"מ לא אמרינן שווי' נפשי' ח"דא נגד א"ס דברור דהודאה הוא שקר כיון שאינו מטעם איסור גדר רק מטעם הודאה כיון שהוא לחובתו מוכח שאומר אמת דאטו בשופטני עסקינן שיפסיד עצמו על מגן כשיש הוכחה ואנן סהדי שעיניה נתנה באחר כמ"ש מוהרי"ט בש"ות הנ"ל א"כ לית לה פסידא כלל ולא הוי הודאה ונכונים דברי רמ"א וסיעתו לדינא אפילו בארוסה. ולפ"ז מובן היטב דברי הר"ן בנדרים שם שכתב וז"ל ואיכא למידק אמתני' כיון דמדינא האומרת טמאה אני לך מיתסרא אבעלה כמשנה ראשונה משום שלא תהי' עיניה נותנת באחר היאך יתירוהו וכי איסור שבה להיכן הלך יע"ש והבאתי בפרט ו' מה שדייק בס' בית מאיר במה שלא כתב בלשון תוס' שהוא מטעם שווי' נפשי' ח"דא ודחיתי פי' של הגאון ז"ל בכוונת הר"ן ומ"מ הדקדוק הוא דקדוק נכון ולפמ"ש א"ש דהנה לקמן הוכחתי דבע"כ הר"ן ל"ל דברי תוס' ורא"ש ביבמות הנ"ל שנתקלקלו הדורות ורובן משקרות ונותנות עיניהן באחר רק דאיכא למיחש לשמא תהי' עיניה נותנה באחר ע"ש היטב ותראה שכן הוא א"כ הודאתה הוא לחובתה שעל ידי זה אסורה לבעל וטב למיתב טן דו ובכלל ע"א בממון הבאתי מחלוקת הפוסקים דעת רמב"ם שמה שעד אחד לא קם בממון ובדבר שבערוה אינו משום דחיישינן דמשקר אפילו קושטא קאמר כמו משה או אהרן מ"מ לא קם מצד גז"הכ שלא אזלינן בתר ידיעת האמת רק בעינן כללי עדות ותשב"ץ סובר שהטעם הוא דלמא משקר היכי שיש הוכחה שאומר אמת נאמן בממון ובדבר שבערוה דלא בעינן רק ידיעת אמת ודבר שבערוה דמי לממון ומגז"ש ילפינן מדבר דבר ול"ב אפי' עד כשר רק הוכחה שה שהענין אמת אפי' עד פסיל וכן מטין דברי רמב"ם בפכ"ד מסנהדרין ה"א וא"כ י"ל שהר"ן לא הקשה כמו תוס'

שתהי' אסורה לבעלה מטעם שווי' נפשה ח"דא משום לתא דידה דאין מאכילין לאדם דבר האסור רק שהקשה שתהי' אסורה עליו מצד האיסור לגבי דידי' ג"כ דעיקר הטעם דבעלמא ל"מ בממון הודאת בע"ד לחוב לאחרים דנגדם הוא רק ע"א וה"ה הודאת בע"ד בדבר שבערוה לחוב לאחרים ל"מ דהוא רק ע"א דילפינן דבר דבר מכ"ש אשה שאינה בר עדות והי' סובר בקו' כתשב"ץ דעיקר הטעם משום חשש שקרא וכשיש הוכחה שהענין אמת סגי והכא כיון שהוי חובתה דאצל רוב נשים איכא חובה במה שיוצאין מבעליהן איכא הוכחה שאומרת אמת ונאמנת מן הדין לחוב לבעלה וממילא האיסור חל עליו וכי משום גדר שלא תהי' אשה נותנת עיניה באחר יתירהו איסור דאורייתא. ואולם הר"ן בתירוצו חידש לן כשיטת רמב"ן וכמ"ש בפרט ה' שהוא גז"הכ כשהוכחה בא מעד אחד אף שהענין אמת ל"מ ומכ"ש באשה לכן מדינא א"נ להפקיע שעבודא דבעל וכמ"ש שם באריכות ודוק בכל זה ואולם המעיין בר"ן במס' חולין דף צ"ו ע"א משמע דסובר כתשב"ץ וצ"ע ולא באתי להכריע בין ההרים הגדולים הב"י ורמ"א רק כתלמיד הנושא לפני רבותיו:

פרט יא

יבואר אי אמרינן שוי' נפשי' ח"דא היכי דלא ידע האיסור ולא אסיק אדעתא:

כט בש"ות צ"צ סימן כ"ד הורה להלכה בנידון שאירע בבתולה שנתעברה ואמרה שמפלוני פנוי נתעברה והוא הכחישה, ולא רצה לישאנה ואח"כ הודה ורצה לישאנה, ודן הגאון ז"ל שאסור לו לישאנה עד שתלד ותמתין כד"ח כיון שלפ"ד הראשונים היא מעוברת חבירו שוי' נפשי' ח"דא כל זמן עיבור והנקה ודמי להא דאי' בכתובת דכ"ג ע"א וביו"ד סימן קפ"ה, ובש"ות שב יעקב חלק א"העז סימן ג' הרב הגאון השואל ז"ל כתב וז"ל וקשה לי אדברי צ"צ היאך שייך לומר שווי' נפשי' ח"דא כיון שבאותו פעם שאמר שלא בא עליה לא הי' משווי' נפשי' לא איסור ולא היתר ול"ד לאשה שאמרה מקודשת אני לאחרים שאמרה כן הואיל שקפצה עליה ב"א לקדשה אמרה כן כדי לאוסרה על אחרים, או שוחט שאמר בשר זה טריפה כדי לאוסרה על אחרים שלא לקנות ולכך גם לעצמו אסור כיון שכיון בדיבורו לאסור לאחדים שווי' גם אנפשי' ח"דא אבל כאן שלא כיון מתחילה משום מינקת מנלן שלא יוכל אח"כ לחזור מדיבורו יע"ש, שנראה שכן דעתו שפי' כוונה אחרת בדבריו ונראה שסובר בכה"ג יכול לחזור בלא אמתלא, והגאון בע"המ שם לא השיג על דבריו ועיין ש"ות ח"צ סימן מ"ד ובגוף הסברא קדמוהו הטו"ז בא"העז סימן קנ"ב והבאתי לעיל בפרט ד' על קו' הב"ח שם כיון דעיקר טעם פיסול לכהונה מחמת שווי' כו' וכאן ל"ש לומר כן כיון דלפי דבריה מותרת לכל העולם אלא

דאם יקדשנה אחר זה לא עלתה על לבה לחשוב ול"ש שווי' כו' אלא אם יש איסור בשעת דיבורה מחמת דיבורה כגון ליבם דעל כל פנים אסורה באותו שעה ולא תהי' מותרת לעולם משא"כ בגרושה אני דבאותו שעה מותרת לכל לפי דבריה יע"ש ואולם הב"ח וב"ש תי' שם תי' אחרים ובקצה"ח סימן פ' ס"ק ב' השיג על דברי השב יעקב הנ"ל כיון דשווי' נפשי' חד"א הוא מטעם נאמנות והודאת בע"ד מה בכך דלא ידע מחיובו וכיו"ב השיג על כנ"הג שכתב כשטוען טענה שהוא סובר שפוטר א"ע אע"פי שהדין לחייב יכול לחזור ולטעון דלא הוי מחיוב לפטור כיון דאמרו סתם הודאת בע"ד כמאה עדים מה הפרש אם יודע מחיובו ובין אם א"י ובשלמא למוהריב"ל שהודאה הוא מטעם חיוב ומתנה כיון דא"י אם יתחייב לא הוי חיוב אבל לפוס' שהוא מטעם נאמנות שהתורה האמינהו לכל אדם בין בממון ובין באיסור מה בכך שלא ידע מחיוב או מאיסור וכן מוכח מהא דקיי"ל כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דלא ידע דיתחייב ואפ"ה מקבלין הודאתו דלא פרע יע"ש וכן הרגשתי בזה ג"כ בפרט ד'. ודבריו נכונים ואשתמיט מיני' דברי הטו"ז וכפי הנראה שס"ל שהוא מטעם נדר לכן בעינן שידע וכיון לאיסור וכ"נ דעת תוס' ביבמות דף קי"ח הגם שכתבתי לעיל לתמוה מ"מ אין לדחות דבריהם כי לכל קו' יש תירץ. אמנם לענ"ד דבריהם הנ"ל תמוהין מהא דאי' בכתובת דף ט"ז ע"ב בהנושא את אשה ולא מצא בתולים דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי במגו דאי בעי אומרת מ"ע אני דלא פסלה נפשה מכהונה וקאמרה נאנסתי דפסלה נפשה מכהונה וכתב בהמ"מ ובמשנה למלך בפ"יח מא"ב ה"ט שמכאן הוכיח הרמב"ם דינו דאשת ישראל שאמרה נאנסתי אסורה לכל כהן אחר מיתת בעלה משום דשווי' נפשה ח"דא ובע"כ מדאמרינן מגו אסקא אדעתא בשעת אמירתה לאסור עצמה לכהן אחר מיתת בעלה אף דיש כמה ספיקות אולי תמית היא קודם כמ"ש תוס' בכתובת דף פ"ג ע"ב דמיתה בנשים שכיח ואולי תנשא לישראל ומ"מ אמרינן שמסקא אדעתא ומה"ט הוי מגו ושווי' נפשה ח"דא ומכ"ש בכידון הכ"נ בצ"צ ושב יעקב שי"ל שמסיק אדעתא לאוסרה עליו כיון שכבר היא מעוברת ורצו לכופו לישאנה ומן הסתם כיון לאוסרה ע"ע כמו התם דאמרינן שמן הסתם הי' כוונתה בשעת אמירת נאנסתי לאסור עצמה לכהן או דל"ב כוונה לאיסור וכ"כ יש לתמוה על הטו"ז במ"ש דלענין היתר בלא גט משני ל"ש לומר שוי' כו' דהא לפ"ד מותרת לכל העולם אלא שאם יקדמנה אחר יתפסו הקדושין לפי דבריה תאסר על אחרים זה לא עלתה על לבה לחשוב דא"כ גם התם באשת ישראל נימא כיון שנאנסה ולא רצתה לאסור עצמה על בעלה כי אין הסכסוך רק בממון כי אף שחפיצה במאתים לא מוכח שאסקא אדעתא וכיונה לאסור א"ע כי אולי הי' כוונתה כדי שלא יהי' קל בעיניו להוציאה אם

יהי' לה כתובה מאתים, ואף אי נימא שמסקא אדעתא על מיתה וגירושין מ"מ כיון שאין כוונתה הי' אז לצאת ממנו ולא נתנה עיניה באחר אולי לא מסקא אדעתא למי תנשא אי לכהן אי לישראל אע"כ בכל גווני אמדינן שוי' נפשי' ח"דא לכן לענ"ד דבריהן תמוהין כי אין סמך בש"ס ואדרבא משמע להיפך ומ"מ לדינא צ"ע:

פרט יב

יבואר אי אמרינן שוי' נפשי' ח"דא היכי שבשעת הודאה לא הי' איסור מבורר ואח"כ בא האיסור:

בש"ות נודע ביהודא חלק אבן העזר במהדורא קמא סימן ט"ו כתב וז"ל ולדעתי אין כאן מקים להחמיר בעובדא דידי' ומעולם לא שווי' נפשי' ח"דא שהרי בעת מה שאמר ששאלוהו אם בא עליה והשיב שאין יודע משום דבר הרי יש לפרש שא"י אם היא הרה ואפילו אם אמר מפורש אז שלא בא עליה מ"מ כיון שלא נתברר הריונה אז לא שווי' אנפשי' ח"דא באותו שעה ואילו ידע אז שהיא הרה הי' מודה וע"כ לא מצינו בגמרא אלא האשה שאמרה אשת איש אני שאין יכולה אח"כ לומר פנוי' אני בלי אמתלא וכן האשה שאמרה טמאה אני שכל אלה בשעת דיבורם הראשון גמרו האיסור בדבר החותך אבל היכי דבדיבורו הראשון לא הי' האיסור מבורר באותו שעה מנלן לומר דשייך בזה שווי' נפשי' ח"דא ואף כי לא אמינא דבר זה בהחלט כי כשם שאין לנו ראי' לאיסור כך אין לנו ראי' להיתר. אמנם כדמות קצת סיוע אני אומר דמיון לזה דקיי"ל אינו טוען וחוזר וטוען מחיוב לפטור וכתב המ"ך בסימן פ' ס"ק ה' בשם מוהרש"ל שאם הי' טוען מתחילה טענה שהיו כנגדו נשבע ונוטל יכול לחזור ולטעון טענה שישבע ויפטור ולא מיקרי חוזר וטוען שעדיין לא נתחייב דמי יימר דמשתבע ויש לדחות דשם חזר בו קודם גמר חיובו שעדיין לא נשבע זה שכנגדו אבל כאן לא חזר בו עד שהוכר עוברה יע"ש וכן במהדורא בתרא חלק א"העז סימן ל"ח כתב ספק הלז דע"כ לא אמרינן באשה שאמרה א"א אכי שאין יכולה לחזור מדבריה ולומר פנוי' אני בלא אמתלא אלא דומי' דהתם שבדיבור הראשון שאמרה אשת איש אני גזרה האיסור על עצמה בבירור אבל היכי שגם בדיבור הראשון לא הי' אז האיסור מבורר מנלן דלא מצי לחזור בלי אמתלא יע"ש וזהו דלא כסברת הטו"ז בסי' קנ"ב וש"ות שב יעקב שהבאתי בפרט י"ג שהם ז"ל איירי בעת שהודו הי' האיסור בעולם ומבורר רק שיש לומר שלא כיון לאסור דלא מסקא אדעתי' והגאון ז"ל איירי בשעה שהודה הי' ספק אם יש כאן איסור והנה באמת מצד סברא בנידון דהגאון זלה"ה נראה דחשיב אמתלא מעליא כי לענין מאי הי' לו להודות כיון שהי' סובר שאינה מעוברת כי חציף מאן דמפרש חטאה כמ"ש בעצמו שם סברא הלז, אך מדברי הגאון

ז"ל נראה אפי' היכי דליכא אמתלא ונ"מ בעלמא היכי דאומר בלשון הודאה בדבר בזמן שהודה לא הי' האיסור מבורר לא שווי' נפשי' ח"דא ויכול לחזור בלי אמתלא, ולענ"ד יש לדון ולהתיישב בדבר זה כי לפי דבריו הנעימים שרוצה לדמות לדיני ממונות והגאון ז"ל בעצמו בספרו נ"בי בחלק ב' סי' כ"ג הבאתי בפרט א' כתב דשוויי' נפשי' ח"דא הוא מטעם הודאת בע"ד ודמי ממש להודאת בע"ד בממון, ולענ"ד גם בממון היכי שהודה על עצמו הודאה אף אם בזמן שהודה לא הי' החיוב מבורר חייב לשלם כשיבורר החיוב והטעם שמן הסתם אדם מדקדק בהודאתו לחבירו לחובתו אף מספיקא בהול על ממונו שלא יצמיח לו חוב אח"כ בהודאתו וראי' ודמיון לזה מערב דפשוט בש"ס ופוסקים היכי דהודה הערב שהי' ערב כדין הוי הודאה אף אם בעת שהודה לא הי' חיוב מבורר דקיי"ל אין נפרעין מערב תחילה וכשאין ללוה נכסים גובה ממנו וצריך הלוה לישבע שאין לו כדאי' בח"מ סימן קכ"ט סעיף ט' אטו נימא באם הודה הערב קודם שתבע ללוה בעת שהי' ללוה נכסים ואח"כ העני הלוה נימא שלא יהי' הודאה דכיון שהי' ספק אם יצטרך לשלם לא איכפת לי' בהודאתו דזהו ודאי אינו כי מלבד חידוש דין כזה הו"ל לפוסקים לבאר ואף גם ממשמעות לשון הרמב"ם בפרק כ"ו ממלוה וטוש"ע סימן קל"א ס"ב משמע להיפך שכתבו האומר לחבירו ערבת לי והוא אומר לא ערבתי כו' המע"ה או ישבע הנתבע שבועת היסת או שבועת התורה אם הודה במקצת ומשמע להדי' שאם יש עדים שהודה הערב הוי הודאה אף אם הודאה הי' בעת שלא הי' מבורר החיוב וה"ה לענין הודאה לאיסור היכי שהודה לחובתו אף בעת שלא הי' מבורר האיסור הוי הודאה וכן משמע מהא דאי' בכתובת דף ט"ו ע"ב האשה שנתארמלה או נתגרשה היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאה בהינומא כתובתה מאתים ומשמע מסתימת הש"ס ופוסקים שאם יש עדים שהודה הבעל בעודה תחתיו שהי' בתולה הוי הודאה ואמאי נימא כיון דלא נתנה כתובה לגבות מחיים ולא הי' חיוב ברור לא איכפת לי' בהודאתו וידעתי כי יש לחלק בחילוק דק אבל הוא דחוק וניהו דבנידון הנזכר בש"ות נ"בי בלא"ה יכול לחזור דזהו גופא הוי אמתלא מ"מ נ"מ בעלמא היכי דשווי' נפשי' ח"דא בזמן שאיסור לא הי' מבורר א"י לחזור לאחר שיבוא איסור אם אין לו אמתלא אבל אם חזר קידם שיבורר איסור לכאורה יש קצת ראי' ממוהרש"ל דכמו שהתם יכול לחזור בממון קודם גמר חיובו ה"ה ולולי דבריו זלה"ה יש לדחות דלא דמי דהתם לא הוי הודאה כלל לחיוב דיכול לטעון מחמת שידעתי בבירור שהאמת אתי ואין התובע יכול לישבע לשקר לא רציתי לישבע אפי' שבועת האמת לישבע ולפטור כי לדעת תוס' ורמב"ן הובא בס' המצות שאפי' שבועת אמת היא עבירה וחולקים על

רמב"ם בפי"א משבועת לכן עניתי ואמרתי טענה שיהי' שכנגדו נשבע ונוטל ועכשיו שנתיישבתי אולי ישבע לשקר אני חוזר וטוען טענה לישבע וליפטר והיינו דוקא התם שטען שסמך על זה בשעת הודאה שלא יוכל חבירו לישבע משא"כ היכי שמודה בשעה שלא הי' האיסור מבורר שלא יוכל לידע בבירור שלא יבוא האיסור ואיך סמך על זה מספיקא להודות לחובתו לאסור הדבר המותר עליו מספיקא כיון שיש ספק השקול אולי יבורר האיסור בע"כ מן הסתם גמר בלבו לאסור המותר עליו כשיבורר האיסור וכמו בהודאת בע"ד בממון שמשמע בכל גווני הוי הודאה וכיון שכבוד הגאון אור ישראל זצ"ל לא החליט הדבר ומסתפק בזה שומעין להחמיר ובכל גווני אמרינן שווי' נפשי' ח"דא:

פרט יג

יבואר היכי דאמרינן שוי' נפשי' ח"דא אי החיוב חל על הב"ד לאפרושי מאיסורא או רק לצאת ידי שמים:

לא הרמב"ם ז"ל בפכ"ד מאישות הלכה ט' כתב וז"ל מי שראה אשתו שזנתה או שאמרה לו אחת מקרובתיו או מקרובתיה שהוא מאמינם וסומכת דעתו עליהם שזינתה אשתו בין שהי' האומר איש בין שהי' האומר אשה הואיל וסמך דעתו לדבר זה שהוא אמת ה"ז חייב להוציא ואסור לו לבוא עליה ויתן כתובה ואם הודית ת לו שזינתה תצא בלא כתובה כו' אמרה לו אשתו שזינתה תחתי' ברצונה אין משגיחין לדבריה שמא עיניה נתנה באחר כו' ואם הי' מאמינה וסומך דעתו על דבריה ה"ז חייב להוציאה ואין ב"ד כופין את איש לגרש את אשתו בדבר מדברים אלו עד שיבואו ב' עדים ויעידו שזינתה אשתו זאת בפניהם ברצונה ואח"כ כופין אותו להוציאה עכ"ל וכתב ה"המ שנתבאר ממ"ש בהרי"ף ז"ל בקדושין דף ס"ו ע"א על מה דאמר רבא שם דאמר לסמי' אי מיהמן לך כבי תרי זיל אפקאי פי' בהלכות שם וז"ל וה"מ בדיני אדם לבל בבא לצאת ידי שמים אי מיהמן לי' כבי תרי חייב לאפוקה ויהיב לה כתובה ע"ש א"כ סוברים להדי' דהיכי דשווי' על נפשי' חד"א מ"מ אין כופין אותו הב"ד לגרשה רק כשהעידו העדים והובא דבריהם להלכה בטוש"ע א"העז סימן קט"ו סעיף ו' ולכאורה הדבר תמוה לפי זה שנתבאר דעת הרבה פוסקים דשווי' נפשי' חד"א הוא מטעם הודאת בע"ד לחובתו כעדים אמאי אין כופין אותו כמו עדים כיון דהתורה נתנה לו נאמנות הגע בעצמך אם ראובן מודה לשמעון בב"ד שחייב לו ממון בהודאה גמורה כופין אותו לשלם לו ה"ה לענין איסורא ומסוגי' דקדושין ליכא ראי' די"ל הפי' זיל אפקא שמחויב אתה בדיני אדם להוציאה, ומהא דאי' ביבמות דף כ"ד ע"ב ב"ד בעדים הוא דאפקא לא מוכח דיש לומר דהודאתו הוי כעדים הגע בעצמך האומר פתח פתוח מצאתי דקיי"ל בכתובת דף ט' ע"א דנאמן לאוסרה עליו

משמע מש"ס ופוסקים שב"ד כופין אותי לגרשה והא אי' ביבמות דב"ד בעדים הוא דאפקא בעכצ"ל כדאי' שם דפתח פתוח הוי כעדים והיינו דהודאתו הוי כעדים וא"כ ה"ה והש"ס לא ממעט דק אם לא הי' ידיעה ברורה. שוב ראיתי בשיטה מקובצת במס' כתובת שם בדף מ"ג ריש ע"ב בשם ריטב"א וז"ל הא דאמרינן נאמן לאוסרה עליו ולא קאמר נאמן לאוסרה על עצמו הא קמ"ל דכיון שטען כן בב"ד טענת בריא ב"ד אוסרין אותה עליו ואפקינן לי' מיני' ואין רשאי לקיימה והכי מוכח סוגי' דלקמן דפרכינן מר' אלעזר דאמר אין האשה נאסרת על בעלה כו' והיינו דההיא שנאסרת בב"ד דאילו לצאת ידי שמים בלא"ה נמי תצא דרוכל דבפ"ק דיבמות ובעוברת על דת משה ויהודית דמכלתין ואע"ג דאמרינן ביבמות ב"ד בעדים הוא דמפקא הא אמרינן דפ"פ כעדים דמי כל היכי דליכא אלא חדא ספיקא וזהו ברור עכ"ל. וכן לטעמא משום נדר ג"כ קשה שהחיוב מוטל על ב"ד להפרישו מאיסורא וקו' זו הי' אצלי מזמן כביר, ואח"כ יצא לאור העולם ספר בית מאיר וראיתי בסי' קט"ו כתב שגאון אחד בש"ות הרגיש בזה ואין אותו ספר תחת ידי וכפי הנראה אשתמיט להגאון המחבר זלה"ה שם דברי ריטב"א כי כתב בשם הגאון אמתי מו"ה יצחק זצ"ל אחיו של הגאון אמיתי בעל טורי זהב דאף בפתח פתוח אין ב"ד כופין וז"א כמ"ש ריטב"א ולאחר העיון ראיתי בחידושי ריטב"א במס' קידושין דף פ"א ע"א ד"ה אמר רבא שמשם יש ללמוד כמה חידושי דינים בענין הלז וז"ל וטעמא דמילתא משום דלעולם אין ב"ד מוציאין אשה מתחת בעלה עד דמודה בעל דאסורה לי' דהודאתו עדיפי מעדים אי נמי עד דאיכא עידי טומאה ממש כו' והא דאמרינן בשלהי נדרים כו' התם לאו דמפקי לי' בי דינא אלא דאילו בא לצאת ידי שמים ולבו נוקפו מפיק לה כדאי' בפרקא דלעיל אי מיהמן לך כבי תרי זיל אפקא שכל שלבו מאמין ע"פי עצמו או אפי' ע"פי עכ"ום שאסורה לו אשתו חייב להוציאה בבא לצאת ידי שמים ואם הודה בב"ד בכך מוציאין אותה ממנו ואפי' באומר פתח פתוח מצאתי נאמן כדאי' בפ"ק דכתובת כו' נמצאת אומר כי שלשה דינים בדבר דעל פי עצמו או על פי עד אחד שמאמין בו אסורה לו וחייב להוציאה בבא לצאת ידי שמים וב"ד מוציאין ממנו ג"כ על פיו כו' עכ"ל דוק היטב בדברי' הללו וצ"ע לדינא:

פרט יד

יבואר אי אמרינן שוי' נפשי' ח"דא היכי שעדים מכחישים אותו:

לב רבינו בית יוסף בטור יו"ד סימן א' כתב בשם רשב"א בתשובה וכן יסד בש"ע שם סעיף ב' להלכה דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אפילו נגד עדים כי איתא שם בשוחט בפני עדים בהמה לע"א וכשבא ישראל לקנותה אמר לא תקנה כי לא שחטתי' אינו נאמן ומיהו

לדידי' אסורה דהא שווי' לנפשי' חתיכא דאיסורא וכ"כ רמ"א בסי' קכ"ז ס"א בהגה, ומשנה למלך בפ"ט מאישות הלכה ט"ו כתב שלא מצא חולק על זה וראיתי בבית שמואל בסימן ל"ט ס"ק י"א שכתב לשיטת הטור שכל זמן שלא כנסה אלא קדשה סתם ונולד בה מומין לא בעי גיטא דאמרינן כאן נמצא וכאן הי' ולא שייך לומר שווי' נפשי' ח"דא כיון דאמרינן כ"נ וכ"ה מוכח מילתא דמשקר יע"ש ודבריו תמוהין דהא מוכח להדי' בש"ס בדוכתי טובא דנאמן אפי' נגד חזקה דהא נאמן לטעון פתח פתוח מצאתי אף שהי' בחזקת כשרות וחזקת היתר לבעלה וגם נאמן לומר קדשתיך אף שיש לקרובים חזקת היתר ודוחק לחלק בענין זה בין חזקה לחזקה ותו הא גדולה מזו דעת הפוסקים הנ"ל דאפי' נגד עדים אמרינן שווי' נפשי' ח"דא ומצאתי ראיתי בספר פני יהושע בקונטרס אחרון לכתובת סימן קע"ז שתמה כן ומה שדקדק מהטור כתב שמוכח להיפך מדכתב דאין לה כתובה ש"מ דגיטה בעי כמ"ש הב"ח יע"ש וגם הב"ש בעצמו כתב בסימן ז' סע"ק יו"ד ובסימן קנ"ו סע"ק ט"ז דאפי' נגד עדים נאמן ומה דקשה לשיטת רשב"א מסוגי' דקדושין דף ס"ה ע"א כבר מיישב הדבר בס' שערי המלך בפ"ט מאישות הלכה י"ו ובס' נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"העז סימן נ"ח והנה במשנה למלך בפ"ט מאישות הלכה ט"ו כתב ליישב פסקי מוהרא"י דלכאורה דבריו סותרים לדברי רשב"א וכתב דלא פליגי דמוהרא"י מיירי כשמקדש חזר בו ולא הי' אמתלא בחזרתו דקיי"ל כל היכי דשווי' נפשי' ח"דא וחזר בו ולא נתן אמתלא לדבריו אין בחזרתו כלום ועומד באיסורו אבל כל היכי דאיכא עדים שמכחישים אותו והוא חוזר בו מהני חזרתו אף שלא נתן אמתלא לדבריו אלא שאמר מה שאמר מתחילה שקר אמר בלתי שום טעם אבל אם עמד בדבריו הראשונים מודה מוהרא"י דלדידי' שווי' ח"דא אף שעדים מכחישים ורשב"א מודה למוהרא"י רא"י שיכול לחזור כיון דאיכא עדים המסייעים לחזרתו יע"ש ודבריו מחוסרין הבנה לפמש"ל בפרט א' הטעם דנאמן נגד עדים משום דאדם נאמן ע"ע יותר ממאה עדים ואמאי יכול לחזור בלי אמתלא והמשנה למלך בעצמו סותר משנתו שכתב בפ"ב מיבום הלכה י"ג דמשמע ממוהרא"י רא"י דכל נגד עדים לא נאמן אפי' לשווי' נפשי' ח"דא ודוחק לחלק דלא אמר אלא בחוזר דמאחר דלא נתן אמתלא הראוי בפני ב"ד על דיבור קמא מה לנו בחזרתו יע"ש ותו למשנה למלך הנ"ל אמאי לא ביארו הפוסקים בסימן א' שטבח יכול לחזור מדיבורו אפילו בלא אמתלא ויותר נלענ"ד כמ"ש בפ"ג מיבום דרשב"א ומוהרא"י נחלקו בגוף הדין ולמוהרא"י אינו נאמן נגד עדים ואל תתמה ע"ז שכבר כתב בס' שערי המלך בפ"ט מאישות הלכה י"ו שנראה מדברי המ"מ בפ"ט מאישות סוף הלכה ל"א שחולק על רשב"א ואולם להבין מחלוקתם נראה לפמ"ש לעיל

כלל א' פרט א' דעת רש"י בקדושין דס"ה ע"א ורשב"א שם דהא דקיי"ל הודאת בע"ד עדיף מעדים אתי' מכי הוא זה והיינו שנאמן על גוף הענין יותר מעדים וכפסולים שווינהו רחמנא, ולשיטת תשב"ץ ומוהריב"ל וב"ש סימן ל"ח ס"ק ל"א נראה דס"ל דעל גוף הענין אינו נאמן כי יותר מסתבר שעדים אומרים אמת מ"מ לגבי נפשו נאמן שמתחיל החיוב מיום שהודה כיון דבידו ליתן מתנה מהיום דהא אינו נאמן רק כשאינו חב לאחרים יע"ש והנה הב"ש כתב דבריו על הודאת בע"ד לחובתו אף שאין עדים מכחישים אותו רק שאומר נגד חזקת ממון כיון שיש חזקה דכל מה שתחת יד אדם הוא שלו ובארתי לעיל בפרט ד' שיש לומר ב' פירושים למ"ד במס' ב"ב דף קל"ד ע"ב בעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע נאמן מכאן ולהבא ופלגינן דיבורא ומתחיל הגט מכאן ולהבא דעל להבא יש לו מגו דבידו לגרשה ובע"כ דנאמן על גוף הגירושין מכאן ולהבא דהא בעינן מעשה המתיר ה"ה בהודאת בע"ד בממון לחובתו כשהודה למפרע נאמן מכאן ולהבא על גוף המעשה שאומר אמת כי יש לו מגו על מכאן ולהבא דבידו ליתן ואף דהוא נגד חזקה מ"מ אמרינן מגו כמו בבעל אף דהוא נגד חזקת אשת איש ובעכצ"ל כמ"ש הר"ן בקדושין דף ס"ד דמגו דבידו לעשות עדיף ממגו דאי בעי טעין ומהני אפי' נגד חזקה. ואולם למ"ד שם דלא פלגינן דיבורא היינו לענין גירושין דבעינן דוקא שמעשה המתיר יהי' אמת כי אם באמת לא עשה מעשה שכתב לה גט לא מותרת לעלמא אפי' מכאן ולהבא משא"כ בממון דיכול ליתן מתנה מהיום ולהתחייב א"ע בדבר שאינו חייב לכן אף שאינו נאמן על גוף מעשה להבא מ"מ כיון שהודה בדבר שאינו חייב לאחרינא חל החיוב מכאן ולהבא כי מתחייב א"ע עכשיו מתוך הודאתו כי נתפס מתוך דבריו הודאה לחיוב חדש על מכאן ולהבא ונותן מהיום מתנה ולכן מהני לכ"ע אף למ"ד דלא פלגינן דיבורא יע"ש היטב וא"כ י"ל דרשב"א ומוהרא"י רא"י תרווייהו סוברים הא דיכול לשווי' נפשי' ח"דא הוא ג"כ מטעם הודאת בע"ד לחובתו כמו בממון ורשב"א לשיטתו סובר שאפי' על גוף המעשה נאמן לחובתו יותר מעדים וא"כ באיסור נאמן לגבי נפשי' שגוף הענין אמת כמו שאומר ואם אומר דלא נשחטה ועדים אומרים שנשחטה נאמן הוא לגבי נפשי' שלא נשחטה יותר מעדים המכחישין אותו, וכן הוא בכ"מ היכי שאוסר ע"ע נגד עדים, לכן אין יכול לחזור בלי אמתלא, אבל מוהרא"י והמ"מ י"ל דס"ל היכי דשווי' נפשי' ח"דא בדבר שאין עדים מכחישין אותו אף שאותו ענין הי' עליו בחזקת היתר אם אוסר ע"ע דבר בסתם ולא אמר למפרע (כעין התם דאמר סתם גרשתי את אשתי) נאמן שגוף הענין אמת כמו שאמר במגו שבידו לאסור על עצמו בתורת נדר מכאן ולהבא ואף שהוא נגד חזקה כי מגו דבידו לעשות עדיף ואפי' אם אומר שהדבר נאסר למפרע יש לומר דסוברים

כמ"ד פלגינן דיבורא כמ"ש הב"ח בסימן קנ"ב סק"א שכן סוברים הרמב"ם וטור וא"כ נאמן על להבא שהדבר אסור מטעם מגו שבידו לאסור ע"ע נאמן שגוף הענין אמת כמו שאומר וממילא א"י לחזור בלי אמתלא משא"כ אם עדים מכחישי' אותו כיון שעל גוף הענין העדים נאמנים יותר דנגדם לא מהני מגו דנימא מכח מגו נאמן על גוף הענין יותר רק בממון סובר הב"ש שעכ"פ נתפס מתוך דבריו חיוב מהיום והוי כנתן לו מתנה שע"ז לא יכולין העדים למחות אותו, אבל באיסור לא שייך לומר שיהי' הענין נאסר מטעם שמוכח מדבריו שרוצה לאסור ע"ע מה בכך כיון שלא הוציא בלשון נדר ובלשון האוסר ואמר בלשון גרוע שאינו מועיל לא נאסר באותו הדבר כי כן חוקת התורה אף שנתפס מתוך דבריו שרוצה לאסור ע"ע אותו דבר כשאינו אומר בלשון כדר המועיל ע"פי ד"ת מותר באותו דבר לכן לא חל האיסור עליו ויוכל לחזור בלי אמתלא וא"ש ונכון להמעיין היטב, ולפ"ז לרשב"א אין יכול לחזור מהודאתו כ"א באמתלא ולמוהרא"י והמ"מ לא חל האיסור עליו כלל אף קודם שיחזור כיון שאומר נגד עדים וקצת ראי' לפירושנו בשיטת הפוסקים הנ"ל מהא דאי' בכתובת דף כ"ב ע"א האשה שאמרה אשת איש הייתי וחזרה ואמרה פנוי' אני נאמנת ומקשה הש"ס והא שויתא לנפשה חתיכה דאיסורא ומשני כגון שנתנה אמתלא לדבריה וקשה כיון שפי' הברייתא בגווני דלא נזכר בברייתא כי סתם חזרה משמע בלי אמתלא. והראי' כי בברייתא שמביא אח"כ אי' להדי' ואם נתנה אמתלא לדבריה כו' הוי מצי לוקמין כגון שיש עדים שיודעין שהיא פנוי' ויכולה לחזור אפי' בלי אמתלא כמ"ש מ"ל בפ"ט מאישות בכוונת מוהרא"י אע"כ כמ"ש:

ולפ"ז דברי ב"ש שתופס הטעם מטעם חיוב וסובר כרשב"א דאי' תמוהין:

לג ולכאורה יש להביא ראי' דתוס' חולקים על רשב"א דאי' במס' יבמות דף מ"ז ע"א ת"ר ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו מכאן אמר ר' יהודא גר שנתגייר בב"ד ה"ז גר בינו לבין עצמו איכו גר מעשה בא לפני ר' יהודא ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי א"ל ר' יהודא יש לך עדים א"ל לאו יש לך בנים א"ל הן א"ל נאמן אתה לפסול עצמך ואי אתה נאמן לפסול את בניך, ומי אמר ר' יהודא אבנים לא מהימן והתני' יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר ר"י נאמן אדם לומר זה בני בכור וכשם שנאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בני בן גדושה ובן חלוצה וחכ"א אינו נאמן אמר ר' נחמן בן יצחק ה"ק לי' לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי רבינא אמר ה"ק לי' יש לך בנים הן יש לך בני בנים הן א"ל נאמן אתה לפסול את בניך ואי אתה נאמן לפסול בני בניך וכתבו תוס' בד"ה יש לך עדים וז"ל פי' שנתגיירת בינך לבין עצמך וא"ת אי הא דבעינן שלשה היינו דוקא לכתחילה אבל דיעבד חד נמי כשר אם יש לו עדים לאו בינו לבין עצמו הוא עכ"ל

ולכאורה לק"מ קו' תוס' דהנה בהא דאינו נאמן לפסול הבנים לר' נחמן פירש"י וז"ל ואין עדות לכותי הואיל ובניך מוחזקין בכשרות אין אתה נאמן להעיד עליהן ולפוסלן יע"ש ועיין תוס' ד"ה במוחזק ובהר"אש ולא נתברר אופן חזקת כשרות שהי' להם אי ר"ל שהיו מוחזקים בכשרות שגייר א"ע כדין בפני ב"ד של שלשה או שהי' מוחזק לישראל גמור והוא אומר עכשיו שהוא גר ובחי' רשב"א כתב שהי' מוחזקין לישראלים יע"ש, וא"כ לשיטתו לק"מ כי יש לומר כוונת ר' יהודא במה שאמר יש לך עדים רצונו שהיית כותי וחזקה לישראל הי' בטעות כי עדים עדיפי מחזקה ממילא נאמן גם לפסול את הבנים שהם בחזקת כותים עד שיהי' ראי' שגייר א"ע בפני ב"ד כדין, כי אף דסובר ר"י אפי' במוחזק לכותי נאמן בחוץ לארץ לומר גר אני שאני הכא דאמר שגייר שלא בב"ד ובעכצ"ל דהוי דחיקא לתוס' לפרש כן כיון שלא נזכר בברייתא איך הי' החזקת כשרות ואם החזקת כשרות הי' שנתגייר כדין בב"ד של ג', ובע"כ מה שאמר ר' יהודא יש לך עדים היינו שנתגייר שלא בב"ד ושפיר הקשו ואולם אי נימא כרשב"א דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אפי' נגד עדים לק"מ קו' תוס' לפמ"ש בד"ה ואין, ובר"אש דעל עצמו נאמן משום שווי' נפשי' ח"דא ואף שכתבו כן לר' נחמן בן יצחק ממילא ה"ה לרבינא שנאמן ע"ע מטעם זה ולפ"ז אפי' יש עדים שהי' מגייר כדין בפני שלשה נאמן לגבי עצמו להכחיש את העדים שלא הי' מגייר כדין בפני ב"ד מטעם שווי' נפשי' ח"דא אבל נגד הבנים אף לרבינא דנאמן מתורת יכיר לפסול הבנים היינו אם אין עדים שהי' מגייר בב"ד אף שהי' להם חזקת כשרות מ"מ גלי תורה מטעם יכיר שיכול לארועי חזקת כשרות שלהם וכמו בבן גרושה ובן חלוצה אבל אם הי' עדים שגייר בב"ד אינו נאמן מתורת יכיר להכחיש לעדים שלא הי' מגייר בב"ד וראי' לזה ממ"ש בטור חושן משפט סימן רע"ה באם אמר על המוחזק לנו בבכור שאינו בכור נאמן פי' רשב"ם לאו בעדים מיירי שאם יש עליו עדים שהוא בכור אין האב נאמן להכחישם אלא בקול בעלמא ורמב"ן פי' דאיפכא מסתברא דאם הי' מוחזק ע"ז אביו שהי' רגיל לומר בוכרא הוא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל אם יש עדים שנולד קידם אחיו נאמן שהוא מעיד על זה שהוא בכור והאחר אימר שאינו בנו יע"ש משמע להדי' אפי' לרמב"ן דוקא כשאומר על אחר שאינו בנו שבזה אין יכולין העדים להכחישו הוא דנאמן אבל אם מכחיש לעדים להדי' שאומר שגם זה בנו שנולד אח"כ א"נ להכחישם, וכן מבואר להמעיין בסמ"ע בסי' רע"ח וכן הובא במשנה למלך בפרק א' מהלכות נחלות דעת כמה תשובות מגדולי ספרדיים זלה"ה שכתבו כן, וא"כ ה"ה אם הי' עדים שגייר בפני ב"ד כדין או בפניהם שכשר בדיעבד, והוא מכחישם נאמן לפסול ע"ע דעל עצמו נאמן יותר מעדים מטעם שווי' נפשי' ח"דא ואינו נאמן על

הבנים, וא"כ לרבינא לק"מ קו' תוס' דשפיר קאמר לי' יש לך עדים כי אם אין לך עדים נאמן לפסול אח בניך ג"כ בתורת יכיר אבל אי יש לך עדים אי אתה נאמן לפסול את בניך בתורת יכיר כי עדים אומרים שנתגייר כדין דהא בדיעבד מועיל אפילו בפני ב' אבל אתה אפילו אם יעידו עדים שגיירת בפני ב"ד נאמן אתה להכחישם שלא הי' בפני ב"ד ולא בפניהם מטעם שווי' נפשי' ח"דא אפי' נגד עדים ול"ק קו' תוס' רק לר' נחמן בר יצחק דסובר דאפי' אין לו עדים אין נאמן לפסול לבנים כי אם לעצמו לענין מאי שאל יש לך עדים כיון שלעולם נאמן לפסול א"ע ואינו נאמן לפסול בניו ואולם מסתימת דברי התוס' שכתבו קו' בסתם ולא דייקו בלשונם הקדוש כדרכם תמיד לדייק והוי להו לבאר שקו' הוא רק לר' נחמן ב"י משמע להדי' שקו' הוא גם לרבינא א"כ מוכח בע"כ ס"ל כה"המ ומוהרא"י הנ"ל דא"נ להכחיש העדים מיהו בלא"ה דבריהם צריכין ביאור שמחוסרים הבנה כי לכאורה יש סתירה בדברי ר' יהודא כי אמר גר שנתגייר בב"ד ה"ז גר משמע דוקא בפני שלשה שהם סתם ב"ד אבל אם מגייר בפני יחיד או בפני שנים לא הוי גר ואח"כ אמר בינו לבין עצמו אינו גר משמע אם אינו בינו לבין עצמו הוי גר ובע"כ צריך לומר שיש שלשה חילוקים בדבר אם גייר בפני ב"ד הוי גר גמור אפי' לכתחילה ואם גייר בפני שנים או בפני יחיד הוי גר בדיעבד ואם גייר בינו לבין עצמו לא הוי גר אפילו בדיעבד וא"כ ממילא ל"ק קו' תוס' כי באמת אמר לו ר' יהודא כן אם יש לך עדים אף דלכתחילה צריך שלשה מ"מ בדיעבד סגי בשנים או ביחיד (ועיין ש"ך יו"ד סימן רס"ח סע"ק יו"ד כיון שהי' מוחזק בכשרות אין צריך ראי' כי הוא נאמן ועדים היינו עדות המועיל אפי' ע"א כמ"ש הר"אש במס' ב"מ דף ב') וא"כ כשר אתה ובנים ואם אין לך עדים ונתגיירת בינך לבין עצמך נאמן אתה לפסול את עצמך ולא את בניך לר"נ ב"י כדאי' לי' ולרבינא כדאית לי ובעל כרחך נראה לפרש דבריהם מ"ש בסופו א"כ אם יש לו עדים לאו בינו לבין עצמו שכוונתם כך לענין מאי שאל לו ר' יהודא יש לך עדים כיון שאמר כן להדי' נתגיירתי ביני לבין עצמי מודה להדי' שלא הי' בפני עדים וקו' תוס' הוא רק על לשון ולא על הדין, וא"כ לא מוכח דתוס' חולקים על הרשב"א ואולם דחיקא לי לפרש כן כי לשון תוס' אינו סובל כן כי קו' זו אינו סובב במה דכשר בדיעבד חד כי אפילו אם בדיעבד פסול מ"מ שאל למותר כיון שאמר להדי' נתגיירתי ביני לבין עצמי ובע"כ תוס' קאי על הדין כפי הכוונה פשוטי' ומוכח דחולקי' על רשב"א ומיהו קשה להבין קו' הנ"ל ובע"כ צריכין אנו לומר אף שסתמו דבריהם בע"כ קושיתם הוא רק לר' נחמן בר יצחק כיון דעיקר נ"מ הוא רק לפסול את עצמו, וכיון דלר' יהודא סגי במילה או בטבילה כדאי' בדף מ"ז ע"ב ולענין טבילה הוי לכתחילה כיון דנהרא קמן

וליכא צערא כלל ליכא נ"מ כלל כי הבנים הם כשרים לעולם כי אפי' אם אין לו עדים אינו נאמן לפסול את הבנים ומכ"ש אם יש לו עדים שלא גייר בפני שלשה כיון שהי' בפניהם ונגד עצמו הוי לכתחילה כיון דאפשר בטבילה וליכא צערא צריך לכתחילה בפני שלשה אבל לרבינא לק"מ קו' תוס' דשפיר קאמר יש לך עדים יהי' הבנים כשרים דהוי נגדם כדיעבד דסגי אפי' ביחיד ואי אין לך עדים ונתגיירת בינך לבין עצמך לגמרי נאמן אתה לפסול את הבנים בתורת יכיר וכיון שבלא"ה בע"כ הקו' הוא רק לרנב"י לא מוכח דתוס' חולקים על רשב"א, מיהו לפ"ז גם לרנב"י לק"מ קו' תוס' כי לפמ"ש רשב"א שמוכח אפי' לר' יהודא צריך לכתחילה מילה וטבילה והא דסובר ר' יהודא בדף מ"ו ע"ב הרי שאמר מלתי ולא טבלתי מטבילין אותו ומה בכך כי אפי' אם לא הי' לשם מצות מילה סגי בטבילה היינו כיון שעכ"פ הוא אמר שהי' נימול כדין וכהלכה נגד זה מהימן כיון דבדיעבד סגי בטבילה, אבל הכא לפי דבריו שאמר שגייר בינו לבין עצמו המילה וטבילה כיון דלגבי עצמו נאמן לגמרי והוי כבא עכשיו מתחילה לגייר ואם הי' ברור שנימל שלא כדין שהי' בינו לבין עצמו הי' צריך לכתחילה הטפת דם ברית וטבילה וא"כ לגבי הטפת דם ברית דהוי צערא הוי כדיעבד ושפיר קאמר ר' יהודא אם יש לך עדים שגיירת בפניהם והוי בדיעבד, ואי אתה צריך הטפת דם ברית רק טבילה דנגד טבילה הוי לכתחילה ואם גיירת בינך לבין עצמך לפי דבריך אין אתה גר אפי' בדיעבד וצריך אתה לכתחילה להטיף דם ברית ולטבול בפני ב"ד ולק"מ קו' תוס' שוב ראיתי בביאורי מוהרש"ל על הסמ"ג בלא תעשה קי"ז שהביא לשון תוס' באופן אחר וז"ל נתגיירתי ביני לבין עצמי כלומר ולא גר כשר אני אלא נתגיירתי עצמי (חסר משם א"ל יש לך עדים) פי' תוס' שנתגייר בינו לבין עצמו ותימא אי הא דבעינן שלשה היינו דוקא לכתחילה אבל בדיעבד אפי' בחד סגי וא"כ מאחר שיש לו עדים לאו בינו לבין עצמו הוא כלומר מה שאלו ים לך עדים מאחר דקאמר בינו לבין עצמו בוודאי לא הי' שום אדם בעולם, ואי הא דבעינן שלשה אפילו בדיעבד, א"כ פשיטא דלא סגי בשני עדים ומה הי' שואל יש לך עדים הא לא סגי בב' וסתם עדים ב' עכ"ל ע"ש בדף ל"ג ע"א נראה שרצה לי ליישב קו' הנ"ל על פי' תוס' לכן פי' שהקו' הוא על הלשון לענין מה שאל יש לך עדים כיון שאמר להדי' שהי' בינו לבין עצמו וכן הי' במחשבה לפני והנאני שכוונתי לדעת הגדול בס"ד רק הי' דחיקא לי לפרש כן בכוונתם, ועתה שזכיתי לראות שכן הבין רבינו מוהרש"ל זלה"ה בודאי האמת אתו, וא"כ לא מוכח דתוס' חולקים על רשב"א:

פרט טו

יבואר היכי שאוסר על עצמו דבר שהוא שלו נגד עדים אי אותו דבר מותרת לאחרים:

לד שמעתי ספק מכבוד אאמ"ו הגאון המובהק המפורסם מוהר"ר אלעזר נרו יאיר וז"ל הנחמד ביו"ד סימן א' סעיף י"ב כתב רבינו המחבר בשם רשב"א השוחט בפני עדים בהמה לכותי וכשבא ישראל לקנות ממנה אמר לא תקנה ממנה כי לא שחטתיו אינו נאמן ומיהו לדידי' אסורה דהא שווי' נפשי' ח"דא ויש להסתפק אם אירע כן בבהמה שלו והוא אומר לא שחטתיו ועדים מעידים ששחטה אם מותרת לאחרים כגון שמת אי מותרת ליורשיו או אם בעל חוב גובה ממנו נימא כיון דבהמה הוא שלו נאמן על עצמו יותר ממאה עדים הרי בהמה זו אסורה לכל העולם או דלמא דבתחילת נאמנות שלו אינו נאמן רק לאוסרה על עצמו אבל לא לאוסרה על אחרים עכ"ל הזהב ודפח"ח וש"י וזאת אשר השבתי לכבוד אאמ"ו הגאון נר"י אמרתי אל לבי לברר ולפשוט הספק של כבוד אאמ"ו נר"י אם יסכים כבודו הרמה עמדי ובאתי לדון כתלמיד הדן לפני רבו, הנה בדברי כבוד אאמ"ו הגאון נר"י כראה שלא רצה לצייר הספק גם כשבהמתו ברשותו אם מותרת לאחרים משום דלא שכיח שיהי' מאכיל לאחרים כל זמן שחושב שהוא אסור, ולענ"ד יש לצייר הספק גם כשעדיין ברשותו, לפמ"ש המ"ל בפ"ב מיבום הלכה י"ג שנראה מדבריו שא"י לחזור מדיבורו הראשון שאסר ע"ע בלי אמתלא וכדאי' בכתובת דכ"ג וסותר את משנתו למ"ש בפ"ט מאישות ה"א וא"כ יצוייר הספק אם אח"כ חוזר מדיבורו ואומר שמותרת ורוצה למכור לאחרים ולהאכילם אף דלא מצי לחזור נגד העדים וקם באיסורא נגד עצמו ע"ז יצוייר הספק אם הנאמנות לאיסור הוא רק נגד עצמו ולא נגד עדים דהם יכולין לומר דסמכו אעדים או דהאיסור הוא גם על אחרים כיון דאדם נאמן על ממון שלו להפסיד יותר מעדים ולכאורה עלה בדעת לומר דלא חל האיסור נגד אחרים לפמ"ש בפרט א' שני טעמים א' מ"ש בתשו' הר"י באסין שמדין נדר איסור נגעו בו וחשוב כאילו אסרו ע"ע בנדר ואף דבעינן שיתפוס בדבר הנדור ולא בדבר האסור היינו דוקא כשאסרו עליו דרך התפסה אבל יוכל לאוסרו ע"ע דרך קנס לומר פתי פת כותי יע"ש ולטעם זה פשיטא שלא חל האיסור לגבי אחרים דלגבי אחרים אם רוצה לאסור עליהם דבר שהוא חלו בעינן שיתפוס בדבר הנדור, טעם ב' כתבתי שם שהוא מטעם הודאת בע"ד והיינו שהתורה אמרה שלגבי עצמו יהי' נאמן יותר מעדים וכעין הודאת בע"ד בממון נראה ג"כ דהיינו דוקא לגבי עצמו אבל לגבי אחרים אף שהוא בממונו אין לו רק שם עד אחד ויכולין לומר אנן אעדים סמכינן כי זהו שנאמן לגבי עצמו אינו בשביל שאמר כן על ממונו דהא בנידון דהרשב"א איירי בממון אחרים כי לא הי' הבהמה שייך לטבח, ואפ"ה נאסרה עליו ובע"כ הטעם משום שהענין נוגע לעצמו נאמן ואינו נאמן לגבי אחרים לכן גם בממונו היכי שהענין נוגע לאחרים אינו נאמן כיון שיש עדים המעידים להתיר

שבודאי הדעת מכרעת דעדים נאמנים יותר אף בממונו רק שלגבי נפשו האמינהו תורה וא"כ גם לטעם זה יש לצדד שבהמה מותרת לאחרים אמנם לאחר העיון ראיתי שהוא ספק עצום ורב, ולכאורה נראה לפמ"ש לעיל בפרטים הקודמים, י"ל ב' טעמים א' כמ"ש רש"י בקדושין דף ס"ה דהודאת בע"ד בממון אתי' מכי הוא זה מחמע שגז"הכ שנאמן על גוף המעשה שהלואה אמת כמו שאומר יותר מעדים, ולמוהריב"ל וב"ש אינו נאמן על גוף המעשה, וכתבתי בכלל א' שיש לצדד ולומר שנאמן מטעם מגו שבידו לחייב א"ע מכאן ולהבא ואפי' נגד עדים אפשר דאמרינן מגו דאי בעי עביד כיון שאין צריך דעת אחרים ול"ד למגו דאי בעי טעין שצריך דעת אחרים וה"ה באיסורין היכי שמודה לחובתו לאסור דבר ע"ע הוא מעין הודאת בע"ד בממון כי יש לו הפסד, ולרש"י נאמן על גוף המעשה וליב"ל וב"ש ג"כ י"ל אפי' כשאמר דבר זה אסור למפרע למ"ד בב"ב דף קל"ה דפלגינן דיבורא וכ' הב"ש בסימן קנ"ב סק"א דכן קיי"ל נאמן על גוף המעשה שחל מכאן ולהבא מטעם מגו דבידו לאסור ע"ע אותו דבר בנדר ובקונם, וא"כ נראה בנ"ד לטעם של הר"י באסין שהוא מטעם נדר א"י לאסור על אחרים כיון דלא התפיס בדבר הנדור אבל לטעם הודאה אסורה, בין לטעם רש"י כיון דנאמן על גוף המעשה שכך הי' חוקת התורה שמה שנוגע לעצמו נאמן יותר מעדים וכיון שמאמינים על גוף הדבר שאומר אמת שבהמה אסורה ממילא נאסרה לכל העולם (ואף דבממון היכי דהוא חב לאחרינא אינו נאמן היינו היכי שהי' לאחרים זכות ושעבוד כמו בשעבודא דר' נתן וכה"ג עיין במס' כתובת דף י"ט ע"א משא"כ הכא בבהמה שלו) וכך הי' החזקה שעל ממונו לחובתו נאמן יותר מעדים כי מה שאמרה תורה על פי שנים עדים יקום דבר אינו היכי שמודה בעצמו לחובתו להפסיד ממון ול"ד לנידון דרש"בא שאינו ממונו, וכן לטעם ב' נאמן ג"כ לאסור על אחרים אף שיש עדים המכחישים אותו כיון דבידו לאסור בהמתו על אחרים בקונם ורשב"א מיירי בבהמת אחרים שאין יכול לאסור דבר שאינו שלו על אחרים ואף שהי' לו מגו דהי' טעין שנפסלה בשחיטה מ"מ הוי רק טענה וצריך דעת ב"ד אם נאמן ואינו בידו לגמרי וגם י"ל דלא אסיק אדעתי' כמ"ש רש"י בכתובת דף י"ו ע"א לכן אף דקיי"ל דמהני מגו דאי בעי טעין מ"מ לא אלים להכחיש עדים אף דהוא טענה אלימא מטענה שטוען עכשיו משא"כ מגו דבידו לעשות לבד שאין צריך כלל דעת אחרים אפשר לומר דנאמן אפי' במקום עדים ואף לפי מה שכתבתי בכלל א' שמשמע דעת פוסקים דל"מ מגו דאי בעי עביד נגד עדים, מ"ז י"ל כמש"ל לכן נאמן לחובתו יותר מעדים דאנן סהדי שאומר אמת דאטו בשופטני עסקינן שיפסיד ממונו על מגן וכיון שנאמנות עדים הוא רק מכח חזקת כשרות כמ"ש רמב"ם בהלכות יסודי התורה עדיף

אנן סהדי, א"כ לטעם ב' שהוא מטעם הודאה י"ל שאסורה לכ"ע והדבר במחלוקת שנוי' אי נימא הטעם משום נדר כיון שלא התפיס בדבר הנדור לא חל לגבי אחרים ואי הוא מטעם הודאה חל האיסור לגבי אחרים:

לה אמנם לכאורה יש להביא ראי' שאין נאמן לאסור על אחרים אף בממונו מהא דאי' במס' גיטין דנ"ד ע"ב דאמר אביי כל שבידו נאמן וכתב הר"אש שם בסימן י"ג דין י"א שאינו נאמן מטעם מגו רק כיון שהוא ברשותו והרי הוא כשלו נאמן מצד שהוא בעליו ולרבא דקיי"ל כוותי' כתב בדין י"ב אף שעכשיו אינו ברשותו אי אמר לי' בזימנא קמייתא מיהמן והוי עדיין בעליו ומיהמן לאסור לכ"ע אף שבע"ד מכחישו יע"ש ועיין בש"ך יו"ד סימן קכ"ז סע"ק ג', ומכאן מוכח אף בממון שלו אינו נאמן לאסור על כ"ע כי אם נגד ע"א אבל לא נגד שני עדים, דאל"כ קשה אמאי כתבו רשב"א ומחבר שמותרת לאחרים הא אנן קיי"ל כרבא היכי שהוא בידו ואמר לי' בזימנא קמייתא נאמן כי עדיין יש לו שם בעלים כי מה לי שמסרו לעשות בטהרות או מסרו לו לשחוט וכיון דעדיין הוא שלו יהי' נאמן לאסרו אכ"ע ותו מדסתמו משמע דאיירי בכל גווני אף בגווני שעדיין הבהמה ברשות השוחט ודוחק לומר לפמ"ש הטור בסימן קכ"ז כיון שנתן בידו לשמור י"ל דוקא שומר הוי כבעלים כי אין סברא לחלק וגם בתוס' קדושין דס"ו לא משמע כן ותו השוחט יש לו דין שומר אע"כ נגד עדים אפי' בעלים ממש אין יכולים לאסור אכ"ע כי נגדם יש להם דין עד אחד היכי ששני עדים מכחישים אותו ולכן לא כתבו הר"אש וש"פ הדין היכי שהוא בידו שיכול לאסור אכ"ע אפי' נגד עדים ולא כתבו רק נגד עד אחד הגם שרשב"א מרא דהאי דינא סובר הטעם משום מגו כמ"ש בש"ך שם סק"א וי"ל דלית לי' סברא זו דהוי כבעלים משום שהוא בידו מ"מ מנלן לאפושי מחלוקות דא"כ הו"ל לרבינו המחבר וגדולי אחרונים לבאר חידוש דין זה שנחלקו בזה לכן מסתבר שס"ל לפוסקי' הנ"ל שאינו נאמן לאסור לאחרים מיהו יש לדחות אף דהוי כבעלים מ"מ בבעלים ממש כיון שמפסיד ממונו יש הוכחה שאומר אמת וכנ"ל ולא דמי להתם ויש לומר דנאמן בהודאתו עוד הי' אפשר לומר לפי מאי דאי' בקדושין דף ס"ה ע"ב בקדושין דהוי חב לאחרינא אף דאשה ברשות עצמה ואי אפשר לזכות בה כ"א מדעתה מ"מ הוי צד חיוב וא"כ י"ל אף שבהמה ברשות בעלים וא"א לזכות בה כ"א מדעתו מ"מ הוי צד חוב כשאוסרה על כ"ע וא"נ בהודאתו לחוב להם אבל המעיין בחי' רשב"א שם שמיישב הסוגי' בטוב טעם מוכח דבכה"ג לא הוי חב לאחרים כיון שלא הי' להם שום זכות ועיין בש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"העז סימן ס"ד והנה מלשון רמ"א ביו"ד סי' קכ"ז ס"א שכתב וכל מי שנאמן על הדבר כו' מ"מ לדידי' אסור דהא שווי' נפשי' ח"דא והוא מחשבת רשב"א

ושינה לשונו משמע להדי' אפי' בממון שלו ממש ג"כ מותרת לאחרים וכן מורה הלשון בכל מקום דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אף בממונו שהוא רק על עצמו ועוד עלה בדעתי להביא ראי' ממ"ש רמ"א ביו"ד סי' קכ"ז סעיף א' בשם הגהות אלפסי אחד שאומר לשני שותפים נתנסך יינכם ואחד שותק והשני מכחישו לזה ששותק אסר ולשני ולכל העולם מותר יע"ש והטעם השתיקה מבואר בפוסקי' דהוי הודאה ושווי' נפשי' ח"דא, ומשמע מלשונו שסתים שמותרין כל העולם אפילו ביינו ותיקשי על חלקו שמודה הוא נאמן כשני עדים וא"י העולם לסמוך על שותף המכחיש וכן משמע יותר להמעיין בש"ג בעצמו ושכל היין מותר לאחרים, ותו קשה כיון שעדיין לא חלקו נימא אין ברירה כי לא מבורר איזה חלקו כי משמע שמיירו אפי' בנסך ממש ובדאורייתא אין ברירה, ואפי' בסתם יינם הוי עיקר דאורייתא ותוס' כתבו במס' עירובין דף ל"ז ע"ב בעיקר בדאורייתא יש לו דין תורה ממש שאין ברירה והיאך מותרין העולם לשתות דלמא שותים יין של המודה מיהו קו' זו יש לדחות לפמ"ש תוס' במס' תמורה דף למ"ד ע"א ד"ה ואידך היכי שלאחר התערובת נולד איסור סמכינן אברירה, אך מלשון הפוסקים משמע שכל היין מותר לאחרים ומוכח כמ"ש ואולם באמת לא מוכח לפמ"ש הש"ך בס"ק יו"ד בשם תוס' דשתיקה לא הוי כהודאה ממש רק רגלים לדבר וסומך על העד וכן משמע לשון השלטי גבורים וכן מוכח מיני' ובי' דאי הוי הודאה ממש הרי הבע"ד ועד שני לגבי המכחיש שנים והי' אסור היין לכ"ע כי אין דבריו של אחד במקום שנים (ובפירוש שותק נחלקו הפוסקים כמבואר בש"ך סע"ק יו"ד והדברים ארוכים ולפי שאמר לו בפניך בע"כ מוכח מש"ג דלא הוי הודאה ממש) ולכן מותר לכל העולם ואכתי יש לומר היכי שמודה הבע"ד בהודאה גמורה שאסורה לכל העולם וכבר בררתי דלענ"ד י"ל לטעם הודאה חל האיסור לגבי אחרים, ואכתי צ"ע לדינא והמעיין יבחר ולא באתי להכריע להלכה כי אם לברר לפני כל יודעי דת ודין:

פרט טז

יבואר היכי דתולה האיסור בעדים ועדים מכחישין אותו:

לו במשנה למלך בפרק ט' מאישות הלכה ט"ו הביא דברי ש"ות מוהריב"ל זלה"ה שנסתפק באשה שאומרת נתקדשתי בפני פלוני ופלוני ובאו אותן עדים ואמרו שלא נתקדשה בפניהם אי אמרינן שווי' נפשי' ח"דא, ותמה המ"ל שהוא נגד דברי רשב"א המובא בפרט י"ד שסובר דאפילו נגד עדים אמרינן שווי' נפשי' ח"דא ובס' שערי המלך השיג על זה מכח דברי תשובת תשב"ץ חלק ב' סימן רע"ט שהשיב על אשה שאומרת נתקדשתי בפני פ' ופ' והעדים מכחישים אותה דהיא אינה אסורה בקרוביו דלא שווי'

נפשה ח"דא אלא באותן עדים והרי הם בעצמם מכחישים אותה וכוונתו דלא שייך בכה"ג שווי' נפשי' ח"דא כיון שתולה איסורה באותן עדים שהרי אין דבר שבערוה פחות משנים ואפילו שניהם מודים וכיון שהם מכחישים ממילא ליכא איסורא, משא"כ בנידון דרשב"א בהאי עובדא דטבח דליכא האי טעמא מודה דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אפילו נגד עדים וממילא אין מקום לקו' המ"ל עכ"ד ודבריו ברורין ולפ"ז גם בקדושין יצא לנו דין חדש היכי דשניהם מודים או אחד מהם שנתקדשה בפני עדים כגון בפני ראובן ושמעון, ואח"כ בא לוי ויהודה ומכחישים שבאותו זמן שהי' הם הי' ג"כ הם באותו מעמד ולא ראו הקדושין מ"מ שווי' נפשי' ח"דא ואסורין בקרובים כיון שלפי דבריהם הי' הקדושין בפני עדים אחרים משא"כ היכי שאמרו שקדושין הי' בפני עדים מיוחדין ואותן עדים מכחישים אזי לשיטת תשב"ץ ושערי המלך לא שייך שווי' נפשי' ח"דא בקדושין כיון שלא הי' בפני עדים דהא תולה איסורו באותן עדים ואי נימא שנאמן יותר מעדים לחובתו וכפסולים שווינהו רבנן לגבי דידי' ממילא לא הי' הקדושין בפני עדים כשרים לכן בממ"נ לא חלין הקדושין והמשנה למלך כתב שבס' מוהריב"ל הביא עצות מרחוק לפשוט דין זה מהא דאי' במס' שבועות דמ"א ע"ב כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, ואח"כ הביא מחלוקות של ראשונים זלה"ה בעד מפי עד והראשון מכחיש להעד השני ולדידי אין מכל אלו הראיות דמיון לנידון הרב זלה"ה יע"ש הגאון זלה"ה קיצר בהעתקתו וספר ריב"ל אינו תחת ידי, ואולם כפי הנראה לי כוונתו בראי' מכל האומר לא לויתי כו' כמו התם שבע"כ טעמא דפלגינן דיבורא דלוה ופלגינן דיבורא דעדים כי עדים אומרים לוה ופרעו ולוה אמר לא לויתי נאמן הלוה לחובתו שלא פרע והעדים נאמנים לחובתו שלוה דלחובתו נאמן יותר מעדים ולזכותו נאמנים העדים וה"ה שאשה אומרת נתקדשתי בפני פ' ופ' לאותו פלוני ורצונה להיות תחתיו שהוי זכות לה כי טב למיתב טן דו כדאי' במס' יבמות דקי"ח ע"ב ומחויב בשאר כסות ועונה וגם אומרת חובה לנפשה שאוסרה עצמה לכ"ע, ועדים מכחישים אותה לכן פלגינן דיבורא שנאמנת לחובתה שמקודשת לאותו פלוני דהיינו שנתקדשה בפני עדים אחרים ואינה נאמנת לגמרי כי עדים מכחישין אותה שלא נתקדשה בפניהם ומה שהעדים אומרים שלא הי קידושין כלל אפי' בפני עדים אחרים היא נאמנת לחובתה יותר ופלגינן דיבורא כאילו לא אמרה בפני פ' ופ' רק סתם שנתקדשה בפני עדים ולא הי' מיחדת אותן עדים שאז היתה אסורה ומה שהוסיפה ואמרה בפני אותן עדים אותו דיבור מסלקינן ופלגינן דיבור של האשה ודיבורא דעדים אמנם נראה ראי' דבכה"ג דעת הרבה פוסקים דלא אמרינן פלגינן דיבורא מהא דאי' בכתובת די"ח ע"ב אמר רב"ח ל"ש אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות אבל אנוסי'

מחמת ממון א"נ דאין אדם משים עצמו רשע והקשו בתוס' ד"ה ואין הא קסבר רבא דפלגינן דיבורא גבי פלוני רבעני לרצונו ופלוני בא על אשתי א"כ הכי נמי נימא נהמנו דאנוסים הי' אבל לא מחמת ממון אלא מחמת נפשות וכן הקשה בחי' רא"ה ותי' בתוס' שם תי' אחר, ואולם הר"אה ור"ן ונ"י במס' יבמות דכ"ה ביארו הדבר דבכה"ג דנימא דאמר אונס אחר שלא הוזכרהו כלל מעקר דיבורא ולא מפלג דיבורא, ועיין בנ"י שכתב שם דהכא שאומרין אנוסין היינו מחמת ממון הכל עדות אחד דמחמת ממון פירוש דאנוסי' היינו דאילו אנוסי' היינו פירוש בעי אי מחמת ממון או מחמ' נפשו' וכיון שכן לא פלגינן עדות אחד להיות גורעין ומוסיפין ודורשין יע"ש העולה שבעדות אחד אין מוסיפין לומר מה שלא אמר והאי דלא לויתי פלגינן הכוונה ולא מוסיפין רק כיון שלא לוה לא פרע' וא"כ הכא באומרת נתקדשתי לפני פ' ופ' הוי הכל עדות אחת כי קדושין בלא עדים לא חלין והוי רק פירוש לדבריה ואם הי' אומרת נתקדשתי סתם מבואר בש"ות הר"אש הובא בב"ש א"העז סימן מ"ז בסופו וחלקת מחוקק סימן מ"ח ס"ק א' וב"ש שם ובש"ות פני יהושע חלק א"העז סימן א' אם לא אמרה בפני שני עדים אין בדיבורה כלום דקדושין שלא בפני עדים לא חלין ולא נאסרה ויכולה לפרש דבריה שלא הי' בפני עדים ולא שווי' נפשה ח"דא א"כ מה שאמרה בפני עדים הוי פירוש לדבריה הגם שלא הי' צריכה ליחד עדים ואם הי' אומרת נתקדשתי בפני עדים היתה אסורה, מ"מ עכשיו שאמרה ויחדה אותן עדים ל"ש לומר פלגינן דיבורא כאילו הי' בפני עדים אחרים דזה הוי מיעקר דיבורא שהיא אמרה בפני אותן עדים ואנן נימא דהוי כאילו אמרה בפני עדים אחרים, וגם ל"ש לומר פ"ד דהוי כאילו אמר סתם שנתקדשה בפני עדים דלענין זה הוי חד ענין ובחד ענין לא פלגינן דיבורא כמבואר להמעיין היטב בגוף דברי רא"ה זלה"ה שם ולפ"ז נראה לפי מה דכתבו תוס' שם עוד תירוצים אחרים על קושי' הנ"ל ועיין במס' סנהדרין ד"י ע"ב בד"ה אין שלא הי' ברור להם תירץ זה אפשר לומר לאינך תירוצים שתירצו אמרינן פ"ד ויען כי פ"ד ארוכים והמה עניני' דקים כהררים התלוים בשערה לכן קצרתי כאן שאין כאן מקומו, ולא באתי רק לברר דברי מוהריב"ל ות"ח שאמר דבר הלכה אין מזניחין אותו והדבר צריך לפנים וצ"ע לדינא, ודע יש לחקור אם אחר שהכחישוה אותן עדים אמרה האשה שהי' בפני עדים אחרים רק הי' מילתא דלא רמי' עלי' מי נימא שמוחזקת בכפרנית ולא שווי' נפשה ח"דא ולכאורה נראה שתלי' במחלוקת במס' ב"ב דק"ע ע"א באומר לחבירו פרעתיך בפני פ' ופלוני שאמר מילתא יתירא שלא הי' צריך ליחדם ובאו והכחישהו אם מוחזק בכפרן והוא מחלוקת הראשונים זלה"ה להלכה בש"ע ח"מ סימן ע' סעיף א' וש"ך שם סע"ק ו' מאריך בזה וה"ה שמה שאמרה בפני פלוני ופלוני הוא

מילתא יתירי' י"ל דלא הוחזקה כפרנית דשווי' נפשה חתיכה דאיסורא וצ"ע היטב שם כי הוא ענין ארוך והמבין יבין:

פרט יז

יבואר שיש חילוק לדינא בין היכי דשוי' נפשי' ח"דא ועד אחד מכחישו לבין אם עדים מכחישין אותו:

לז בשלטי גבורים במס' כתובת דכ"ג ע"ב כתב וז"ל ואם השבויה עצמה אומרת שהיא טמאה נאמנת לאסור את עצמה לבעלה ואין ע"א נאמן להתירה לה, ונראה בעיני שאם הי' שני עדים מעידין עלה שהיא טהורה לא כל הימנה לאסור עצמה על בעלה כהן ואם היתה פנוי' נאמנת לאסור עצמה לבעלה לכהונה ואפילו במקום ב' עדים שאדם הבא לאסור ע"ע נאמן על עצמו יותר ממאה אנשים עכ"ל בשם הא"ז והובא בדרכי משה סימן ז' סע"ק זיי"ן ובהגהות רמ"א שם סעיף ה' בשם יש אומרים שאם היא אומרת נטמאתי נאמנת נגד עד אחד שאמר טהורה אבל לא נגד ב' עדים וכן הובא במשנה למלך בפ"ט מאישות הט"ו, וראיתי בח"מח שם סע"ק ז' שכתב ויש לדקדק דכל זמן שהיא תחת בעלה ויש לה עד אחד המתירה למה נאמנת לומר שהיא טמאה לו מ"ש מהאשה דעלמא האומרת טמאה אני לך דחי דחיישינן שמא עיניה נתנה באחר כדלקמן סימן קט"ו סעיף ו' ולפי המושכל שבוי' בעד אחד האומר שהיא טהורה עדיפא היא מאשה דעלמא האומרת שנאנסה כדלעיל סימן ו' סעיף י"ב או סבורה שבעלה הי' כהנהי עובדא דסוף נדרים ואפ"ה אמרינן שם שמא עיניה נתנה באחר מכ"ש שיש לחוש בעד המכחישה בפניה ואומר שטהורה היא ואף שיש לחלק בדוחק אין נראה כלל יע"ש וב"ש בס"ק י' כתב על דברי רמ"א וז"ל כ"כ בש"ג ולמד מברייתא אני טמאה וחברתי טהורה וע"א אומר אתה טהורה היא נאמנת ופי' הוא הברייתא אפי' בנשואה מיירי היינו בידוע שנשבית אז נאמנת לאוסרה על בעלה משום כיון דנישבת וקיי"ל כותי' פרוצים בעריות קרוב לודאי דנבעלה ולא גרע מרגלים לדבר כמ"ש בסי' קט"ו יע"ש כנראה שרצה ליישב במתק לשונו קו' ח"מח דברגלים לדבר מבואר בסימן קט"ו דנאמנת ולא חיישינן שעיניה נתנה באחר ואף שאין תלמיד קטן כמוני יוכל להכניס ראשו בין הרים הגדולים מ"מ תורה היא וללמוד אני צריך ולענ"ד דין זה צ"ע וכמו שהעיר הח"מח ומ"ש הב"ש דהכא הוי רגלים לדבר ע"י רוב כותי' פרוצים בעריות יש לדון בדבר לפמ"ש בתוס' כתובת דל"ו ע"ב בד"ה ואלו דמדאורייתא שבוי' לא הוי בחזקת בעולה כדאי' בכל דוכתי דבשבוי' הקילו והיינו משום דמנוולא נפשה לגבי שבאי כדאי' במס' קדושין די"ב ע"ב ועיין בתוס' ד"ה אם ונסתר הרגלים לדבר וממילא א"נ לומר טמאה אני לך שמא עיניה נתנה באחר

ול"ד למ"ש רמ"א בסימן קט"ו דהתם יש רגלים לדבר לולי דיבורה והכא נסתר על ידי חזקה דמנוולא נפשה, הגם שלכאורה נראה להמעיין ברש"י במס' כתובת דף י"ג ע"ב בד"ה לא שכתב וז"ל שנבעלה דכיון שנשבת לבין הנכרים והם פרוצים בעריות יע"ש כולנו עדים שנבעלה עכ"ל משמע שסובר שאיסור שבוי' לבעלה כהן הוא מדאורייי' ועיין במס' ב"ק דף קי"ג ע"ב ברש"י ד"ה והשיאה וד"ה בשבוי' ובקדושין דס"ו ע"א ובחי' פני יהושע שם, וקצת הי' מקים לומר כן לפמ"ש רמב"ם בפי"ח מא"ב הלכה י"ד וז"ל השבוי' שנפדית כו' אסורה לכהן מפני שהיא ספק זונה שמא נבעלה כו' ואם יש לה עד אחד שלא נתייחד עמה ה"ז כשירה לכהונה, ואפי' עבד כו' הרי אלו נאמנות הואיל ואסור כל הספיקות מדברי סופרים לפיכך הקילו בשבוי' עכ"ל ואזיל לשיטתו שסובר בפ"ט מטומאת מת כל הספיקות לחומרא מדרבנן וא"כ לרשב"א וסיעתו דכל הספיקות הם לחומרא מן התורה איסור שבויה לכהן הוא מדאורייי' אבל ז"א כמ"ש פר"ח בכללי ס"ס כלל א' דאפילו לרשב"א שבוי' שאני משום דמנוולה נפשה לגבי שבאי ורגלים לדברי' שלא נטמאה וכ"כ במשנה למלך בפ"חי מא"ב ה"א דאין מי שיכחיש דשבוי' מיתסר מדרבנן בלחוד ואע"פי שאמרו כל הספיקות לחומרא שאני הכא שלא נכנס בכלל ספק ומיישב סוגי' דב"ק ועיין בש"כ יו"ד סימן צ"ח סק"ב כן משמע דעת רוב פוסקים וראי' מרש"י הנ"ל יש לדחות ובספ"י כתב בכמה דוכתי ובקדושין דס"ו דרוב כותי' פרוצים בעריות לא הוי רוב גמור דתלי' במעשה ולא הוי רוב כדאי' בבכורת ד"כ ונסתר דברי ב"ש וכפי הנראה ר"ל כן הח"מח במ"ש ולפי המושכל כו' כנ"ל ור"ל כמ"ש שליכא רגלים לדבר לאסור דאף שרוב כותים כו' מ"מ הוכחה דמנוולה נפשה וחזקת היתר שהי' לבעלה עדיף ואדרבא רגלים לדבר שלא נטמאת כמ"ש בפר"ח וא"כ קמה קו' ח"מח כיון שיש ע"א המתירה שמותרת ע"פי הדין בין מדאורייי' ובין מדרבנן אמאי נאמנת ניחוש שמא עיניה נתנה באחר, שוב ראיתי בס' שערי המלך בפח"י מא"ב הכ"ד שהבין לדעת רש"י בפ' הגוזל איסור שבוי' לכהן הוא מדאורייי' ועמ"ש בש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"העז סימן ס"ז שהאריך בזה ולענ"ד לולי דבריהם נראה כמ"ש

לח ודע שלכאורה הי' נראה לקיים שיטת ש"ג ורמ"א להלכה ע"פי מה שגילה לן רז בס' פני יהושע בחי' לקדושין דס"ו שי"ל הא דאמרינן בעלמא בשבוי' הקילו ומשמע דליכא אלא חששא דרבנן היינו דוקא כשהיא אומרת ברי שלא נבעלה דאע"ג דקיי"ל רוב כותים פרוצים בעריות אפ"ה כיון דאיכא ברי דידה בהדי חזקת היתר עדיף מרובא ועוד דרוב כו' לאו רוב גמור דתלי' במעשה ומש"ה שרי' מן התורה וליכא אלא חששא דרבנן הם אמרו והם אמרו להקל דהכל נאמנים להעידה דמצרפין עדותן לבהדי ברי דידה וחזקת

היתר דידה ועוד איכא סברא דמנוולא נפשה לגבי שבאי משא"כ הכא בשמעתין שאמו של ינאי אינה לפנינו ולא ידעינן שאומרה ברי איכא למימר דהוי ספ' איסור דאורייתא דרובא פרוצים בעריות ורובא וחזקה רובא עדיף ואף את"ל דהוי רובא דתלי' במעשה אפ"ה הוי לי' מיהת פלגא ופלגא דאסור מדאורייתא עכ"ד, וא"כ לפי דבריו הא דע"א נאמן לומר בשבוי' שלא נטמאה משום שע"י ברי שלה ליכא אלא חשש דרבנן נאמן ע"א בדרבנן ובנ"ד כיון שהיא אומרת שנטמאה אף שיש לחוש שעיניה נתנה באחר עכ"פ ליכא ברי דידה המסייע אינו נאמן העד כלל נגד חשש איסור דאוריי' וקם דברי רמ"א וש"ג להלכה:

לט אמנם אכתי דין זה אפילו לדברי פני יהושע במחלוקת הראשונים ז"ל שנוי' דהא אף לפי דבריו הוי כפלגא ופלגא דאף דליכא ברי מ"מ ע"י הוכחה דמנוולה נפשה וחזקת היתר הוי כפלגא ופלגא והנה אנן קיי"ל ביבמות דפ"ח ע"א דעד אחד נאמן בספק השקול כגון בחתיכה ספק חלב ספק שומן דלא אתחזק איסורא אך בדבר שבערוה כתבתי בחלק ב' בכללי ע"א מחלוקת הפוסקים דעת קצת פוסקים דאשתני דבר שבערוה מאיסורא ואין ע"א נאמן אפילו בספק השקול כמו שאין ע"א נאמן בממון אפילו בספק השקול כגון שאין שניהם מוחזקים ודעת כמה פוסקים וכן דעת מוהרי"ק סימן ע"ב דנאמן בספק השקול כמו באיסורא, והמעיין במס' קדושין דס"ו ע"א מוכח כמ"ש תוס' רי"ד שם דהיכי דמעיד עד אחד על אשה שנשבית או שהיא גרושה וחלוצה לפוסלה מכהונה הוי בדבר שבערוה וה"ה כשמעיד ע"א בספק השקול להתירה לכהונה הוי דבר שבערוה כי דבר שבערוה הוי בין שמעיד לאוסרה כגון ע"א בקדושין ובין שמעיד להתירה כגון ע"א בגירושין וא"כ כשמעיד להתירה לבעלה כהן הוי דבר שבערוה כמו אם מעיד לפוסלה ולפוסקים שאין ע"א קם בדבר שבערוה בספק השקול שפיר י"ל כשיטת הש"ג ורמ"א שאין ע"א נאמן בנ"ד כיון דליכא ברי לאצטרופי אינו נאמן בספק השקול בס"דא אבל למוהרי"ק וסייעתו שע"א נאמן בספק השקול שפיר כתב הח"מח שראוי להורות שהיא מותרת כיון דדיבורה ל"מ דחיישינן שעיניה נתנה באחר והוי ספק השקול ונאמן ע"א להתירה לבעלה לכהן ואכתי קשה על רמ"א וב"ש שכתבו להלכה פסוקה דלכאורה במחלוקת הראשונים ז"ל שנוי' ועוד נלע"ד דיש לפקפק על האי פסקא שכתוב הפ"י די"ל אף לולי ברי דידה ג"כ מותרת מן התורה דהא דקיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף כתב בש"ות ריב"ש סימן שע"ט שהוא רק נגד חדא חזקה ולא נגד שני חזקות והכא איכא שני חזקות חזקת היתר לבעל' והא דמנוולה נפשה לגבי שבאי הוא ג"כ בגדר חזקה ובכה"ג י"ל דחזקות עדיף וא"כ אפי' לולי דיבורה מותרת מן התורה ממילא נאמן עד אחד לומר

שהיא טהורה אפי' להסוברים דאין ע"א נאמן בדבר שבערוה אף בספק השקול, ואולם אכתי יש מקום לקיים דין של ש"ג ורמ"א להלכה לפי מה שהוכיח בש"ות נ"בי חלק א"העז סימן מ"ג דרובא עדיף אף מב' חזקות וא"כ רוב כותי' פרוצים בעריות עדיף מב' חזקות וי"ל כיון דעדיף אפי' למוהרי"ק וסיעתו הנ"ל אין עד אחד נאמן להתירה היכי דליכא ברי דלא הוי ספק השקול ומ"ש הפ"י דהוי רובא דתלי' במעשה ול"ד לסברת תוס' ביבמות דקי"ט שכתבו דביאת אדם הוי דבר הבא ממילא היינו ביאת היתר ולא ביאת איסור מלבד שגוף הסברא צריך ראי' מש"ס ומקמאי ז"ל אף גם קשה לענ"ד לפמ"ש רשב"א בחולין דף ט' ע"ב דספק התלי' במעשה לא הוי ספק וא"כ סוטה שאמרה תורה דשותת אף דקינא לה ונסתרה ואיתרע חזקת היתר לו יהי' רגלים לדבר שזינתה הא עכ"פ לא הוי רק בגדר רוב דיותר נוטה שזינתה הא אפילו רובא דתלי' במעשה לא הוי רוב ובשגם לפי מאי דמשמע בש"ס דקינוי וסתירה משווי לספק דאיתרע חזקת היתר וכדאי' במס' נדה דף ג' ע"א מה סוטה ספק הוא ועשאהו כוודאי ועיין בתוס' ד"ב ע"א ד"ה והילל א"כ הוי ספק התלי' במעשה ובעכצ"ל דגזרה התורה אף דבר התלי' במעשה הוי ספק ואין חילוק וליל‍ף מיני' בכל מקום דלא מעלה ומוריד לענין רוב וספק אם תלי' במעשה לבין אם אינו תלי' במעשה אע"כ כמ"ש תוס' דביאת אדם לא הוי תלי' במעשה, וגם מרהיטת לשון פני יהושע מורה שלא כתב כן לחלוטין וכיון דהוי רוב גמור שפיר י"ל דאין עד אחד נאמן כיון דליכא ברי דידה וא"ש שיטת הש"ג ורמ"א מיהו גם בזה יש לעיין לפמ"ש הפ"י בחידושיו לקדושין דע"ג ונ"בי במהדורא קמא חלק א"העז סימן ס"ט דע"א נאמן נגד רוב דהוי כמברר המיעוט מתוך הרוב וה"ה יהי' נאמן שלא נטמאת דהוי רק כמברר המיעוט שאותו שבאי הי' ממיעוט שאינם פרוצים בעריות ואכתי דין של ש"ג ורמ"א צ"ע, מיהו דין זה ג"כ צ"ע כמ"ש בחלק ב' בכלל ע"א בדבר שבערוה שממשמעות הפוסקים משמע לשיטת הסוברים שאין ע"א נאמן נגד חזקה מכ"ש נגד רוב כיון דבכל מקום רובא וחזקה רובא עדיף ותו לפמ"ש ריטב"א ברישׁ חולין וכ"כ הפני יהושע בכתובת די"ג ע"ב דהאי רובא דפרוצים כו' הוי כל ועיין בתוס' שם דל"ל סברת ריטב"א לכן לדינא צ"ע ולא באתי להכריע רק לעורר לב המעיין על ככה:

פרט יח

יבואר היכי דאוסר הדבר ע"ע ואח"כ עבר ואכל בהתראה אם לוקין על איסורו שאסר הדבר ע"ע מלקות דאורייתא כמו אם העידו עדים שדבר זה אסור ועבר על עדותם:

מ רבינו הגדול הרמב"ם ז"ל בפרק א' מהלכות איסורי ביאה הלכה כ"ג כתב וז"ל האב שאמר בתי זו מקודשת היא לזה אע"פי שהוא נאמן ותנשא לו אם זינתה אינה נסקלת

על פיו עד שיהי' שני עדים שנתארסה בפניהם וכן האשה שאמרה מקודשת אני אינה נהרגת על פיה עד שיהי' שני עדים או תוחזק עכ"ל ומקורו מקדושין דף ס"ג ע"ב ומבואר שם אפילו רב אסי דסובר דאב נאמן אפי' לקטלא מודה דהיא שאמרה מקודשת אני כיון דא"נ רק מטעם שווי' נפשה ח"דא א"נ רק לאוסרה ע"ע אבל א"נ לקטלא כמ"ש רש"י בד"ה לדידה וה"ה היכי דשווי' נפשה ח"דא אינו לוקה דבכמי דוכתי מוכח דמלקות וקטלא יש להם דין אחד ואולם בפ"כ מא"ב הלכה י"ג כתב וז"ל מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני אינו נאמן ואין מעלין אותו לכהונה ע"פי עצמו כו', אבל אוסר עצמו בגרושה וזונה וחללה ואינו מטמא למתים ואם נשא או נטמא לוקה יע"ש הרי דסובר דהיכי דשווי' נפשי' ח"דא אם עבר לוקה על פיו וכבר הרגיש בזה המשנה למלך וכתב שדבריו צריך ביאור שסתם וכתב לוקה וע"כ בדהוחזק כבר מיירי וכ"ש הוא עצמו לעיל בהך מי שהוחזק בשאר בשר סוקלין ושורפין ע"ח אבל לא הוחזק כבר כתב הוא עצמו דאין אדם לוקה ומת ע"פי עצמו וכן צריך שתתחזק שלושים יום אבל פחות מיכן לא וכאן סתם הדברים ובודאי שסמך על מ"ש לעיל דאין לומר שיהי' לוקה על פיו אם לא הוחזק עכ"ל ובספר תב"ש בספרו בכור שור בקדושין דף פ' הבין כפשוטו בכוונת רמב"ם שאפי' על דיבור בלבד לוקה דבריו תמוהין וכן תמה עליו בעל קצ"הח ועמ"ש בס' סדרי טהרה ביו"ד סימן קפ"ה ס"ק א' וק"ק על הטוש"ע א"העז סימן ג' ס"א שסתמו וכתבו שלוקה ולא ביארו שאתחזק שלשים יום דבדבריהם א"א לומר כמ"ש המשנה למלך שסמכו עצמם כי הם ז"ל לא זכרו דין חזקה רק בסימן י"ט ועמ"ש בש"ות מוהר"י טראני בחלק א' סימן קמ"ז דקמ"ה ע"א וע"ע בתוס' רי"ד בקדושין דס"ג ע"ב ד"ה ור"ח ובב"ש בסימן י"ט סק"א, והדברים ארוכים ויבואר באי"ה בכללי חזקות ואין כאן מקומו:

כלל ו

יבואר היכי דשוי' נפשי' ח"דא דיכול לחזור מדיבורו בתכד"ד אף אם לא נתן אמתלא לדבריו דתכ"ד כ"ד ויבואר כמה ענינים בהך כללא ובו ג' פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' כתובת דכ"ב ע"א ת"ר האשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנוי' אני נאמנת והא שוויתה לנפשה ח"דא אמר רבה בר ר"ה כגון שנתנה אמתלא לדבריה תנ"ה כו', וכתב הר"אש שם וז"ל אמרה א"א אני וחזרה כו' א"נ אם אמדה אחר כד"ד אבל בתוך כדי דיבור יכולה לחזור דבריה הראשונים ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת

עכ"ל וכ"כ הר"ן והרי"ף אף שסתם בסתם לשון הברייתא מ"מ לשון חזרה ואמרה מוכח דהיינו לאחר כד"ד כמ"ש בשיטה מקובצת שם בד"ה והא בשם שיטה ישנה, דלכן לא מתרץ הש"ס שמיירי בתכ"ד משום דלא שייך לשון חזרה ואמרה, וכיון לזה ג"כ בספר לחם משנה בפרק י"ב מהלכות גירושין ה"א וכן משמע להדי' ברמב"ם בפ"ט מאישות הלכה ל"א וכן אי' בטוש"ע א"העז סימן מ"ז סעיף ד' ואולם ראוי לברר מה שנחלקו אבות העולם בהא טעמא דתכ"ד אי הוא מן התורה או רק מדרבנן הנה תוס' כתבו במס' ב"ב דקכ"ט ע"ב ד"ה והילכתא בשם ר"ת דלכך אמרינן תכ"ד כד"ד כדי שאילת תלמיד לרב שלו' עליך ר' לפי שכשאדם עושה סחורה עם חבירו ויראה רבו לא יתן לו שלום שאם יתן לו לא יכול לחזור ממקחו לכן תיקנו חכמים כשיעור זה יכול לחזור, וכיו"ב כתבו תוס' במס' ב"ק דע"ג ע"ב ד"ה כי וכ"כ רמב"ן במס' ב"ב שם בשם ר"ת וא"כ ס"ל שמן התורה אין יכול לחזור אפי' בתוך כד"ד, ואולם הר"ן בנדרים דפ"ז ובחידושו לרי"ף במס' שבועת דל"ב השיג על זה וכי ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה לעולם בקום ועשה בנדרים ולכן כתב הטעם מש"ה קיי"ל בכל מקום תכד"ד כד"ד לבד מקדושין וגירושין ועע"ז הטעם דבשאר מילי דלא חמירי כולי האי כשאדם עושה אותן לאו בגמר דעתו הוא עושה אלא דעתו שיכול לחזור בו תכ"ד אבל הני כיון דחמירי כולי האי אין אדם עושה אותן אלא בהסכמה גמורה ומש"ה חזרה אפי' תכ"ד ל"מ א"כ הבין שמן התורה הוי בכל התורה (חוץ מהני הנזכרים) תכ"ד כד"ד, וכפי הנראה אזלי לשיטתם דלפמ"ש תוס' ביבמות דפ"ח ע"א ד"ה מתוך ובדפ"ט ע"ב ד"ה כיון ובמס' ע"ז די"ג ע"א ד"ה אמר ובמס' נדרים ד"צ ע"ב והובא בבית יוסף בא"ח סימן תי"ח דיש כח ביד חכמים לעקור דברי תורה אפי' בקום ועשה בסברא גדולה, וי"ל שהם חשבו להאי טעמא הנ"ל לסברא גדולה, אבל הר"ן בחי' לנדרים שם במתני' משמע להדי' דלית לי' האי כללא לכן תמה על ר"ת ועמ"ש בש"ות מוהר"י טראני בספר ב' סימן כ"ג די"ט ע"א להשיג על סברת ר"ת ובב"י בא"העז סימן קל"ד הביא תשובת הר"ן שכ' וז"ל ועוד שקרוב אני לומר דאם איתא דלאחר כד"ד אין ביטולו מועיל אף תכד"ד א"י לבטל דהא אסקינא דתכד"ד כד"ד חוץ ממגדף וע"ז ומקדש ומגרש ואע"פי שרשב"ם פירש בפ' י"נ שאם קידש את האשה וחזר בו תכ"ד מקודשת ואינה מקודשת אין לשון הגמרא מוכיח כן ואף דברי הראשונים אינו כן שהרי הרמב"ם כתב בפרק ז' מאישות המקדש את האשה וחזר הוא או היא אע"פי שחזרו תוך כד"ד אין חזרתם כלום אלמא בין לקולא ובין לחומרא אמרינן דתכ"ד דקדושין וגירושין לאו כדיבור דמי עכ"ל והובא דבריו בקצרה בב"ש סימן ל"ח ס"ק נ"ו להלכה והבן:

(הג"ה** עיין בשו"ת הריב"ש הובא בב"ש סימן ל"ז ס"ק נ"א ובסימן מ"ט ס"ק נ"ב דהא דקיי"ל בקידושין דלא הוי כדיבור דוקא כשעושה מעשה שנותן כסף קדושין אבל עדים או אב או אשה עצמה שמעידין על הקדושין יכולין לחזור אפי' בתכ"ד ומ"ש הטו"ז בסימן ל"ז ס"ק י"ט תמוה מאד יע"ש ותשכח:)**

ב ועלה בדעתי להוכיח כשיטת הר"ן דאיתא בכתובת שם אמר ר' אסי מניין לפה שאסור כו' שנאמר את בתי וגו' לאיש אסרה הזה התירה ל"ל קרא סברא הוא כו' אלא כו' לכדרב דאמר מניין לאב שנאמן לאסור את בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה למה לי כו' הזה ולא ליבם וכתבו בתוס' ד"ה מניין כו' משמע שאינו נאמן להתיר את בתו כשאסרה אלא מחמת מגו ותימא דאם בא אחד ואמר קדשתי את בתי ולאחר שעה או למחר אומר לפלוני קדשתיה לא יהי' נאמן כיון דהשתא ליכא מגו ואומר ר"י דבעינן זה שאינו סותר דבריו, הראשונים ולא בא אלא לפרש דבריו מיהמן אע"ג דלא מגו והכא דריש מאת בתי הפה שאסר כו' כגון דקאי האיש שקידש לו קמ ואמר את בתי נתתי לאיש ושתק דמשמע ודאי שאינו מכיר שזה חתנו מדלא אמר את בתי נתתי לזה או לאיש הזה ביחד בלא הפסק מרובה הלכך לא יהי' נאמן אח"כ אלא תכ"ד דאיכא מגו עכ"ל ועיין בב"י בסי' קנ"ג והקשה מוהר"ם שיף מאי מקשה הש"ס הזה למה לי הא צריך הזה לגופא דאי לא הוי כתיב רק את בתי נתתי לאיש ולא אמר הזה לא הוי שייך למיקרי ולו תהי' לאשה דהא לא אמר הזה וכיון דאמר לאיש אסרה אכ"ע וצריך הזה לגופא להתירה לבעלה וביאור דבריו נראה דבודאי כשאומר לאיש ולא אמר הזה אף שלא שתיק הוי חזרה דדוקא לפי מה דרצה הש"ס לומר דאתיא לפה שאסר הפה שהתיר כתבו תוס' היכי דאמר, לאיש הזה ביחד בלא הפסק מרובה ליכא תורה דכך הוא סדר הלשון כיון דהוא הכל המשך אחת ולא מוכח דהוי חזרה רק על ידי שתיקה משא"כ אם לא הי' אומר הזה רק את בתי נתתי לאיש לאשה אף כשאינו שותק ואמר אח"כ כמו המבואר בלשון הכתוב מ"מ משמעות לשון לאיש משמע דלא הי' לזה העומד לפניו כיון שלא אמר הזה כלל, ועמ"ש אאמ"ו הגאון נרו בש"ות שמן רקח חלק ראשון סימן נ"ח ואולם לשיטת הר"ן הנ"ל לק"מ דהנה לשין הקרא הוא כך ואמר אבי הנער אל הזקנים את בתי נתתי לאיש הזה לאשה וישנאה והנה הוא שם עלילות דברים לאמר לא מצאתי לבתך בתולים וכבר נתבאר שאנן קיי"ל בכל מקום תכ"ד כדבור דמי אפילו בקדושין היכי שלא נעשה מעשה רק שהעידו העדים או אב או אשה יכולין לחזור ולשיטת הר"ן אפילו מן התורה הוי כדיבור ותוס' כתבו במס' ב"ק דע"ג ע"ב ד"ה כי וכן כתבו כל הפוסקים דתוך כ"ד הוי כדי שאילת תלמיד לרב כסוגי' דמס' מכות ולפי מה דאי' בב"ק שם הוא ארבעה תיבות

שלום עליך רבי ומרי וכן העתיק הכסף משנה בפרק ב' משבועת ובב"י בחושן משפט סימן ל"ח וא"כ שפיר פריך הזה למה לי דאף אי הוי נכתב בקרא את בתי נחתי לאיש לאשה דמשמע שנתנה לאחד מעלמא ולא לזה העומד לפניו מ"מ ממה שאמר אח"כ הוא שם מוכח מדבריו שקאי על האיש הזה שהוציא שם רע א"כ חזר מדיבור הראשון תוך כדי דיבור כי מן תיבות לאיש הזה עד הוא איכא שלש תיבות לאשה וישנאה והנה לא מוכח שקאי על אותו איש שעומד לפנינו, מ"מ ממה שאמר אח"כ הוא שם מוכח שקאי על זה ולא גרע הני שלש תיבות מהפסק בשתיקה שיכול לחזור תוך ארבעה תיבות ואפילו לפמ"ש בספר שיורי כנ"הג בא"ח סימן ר"ו בהגהות ב"י ס"ק ה' להוכיח דבע"כ תיבת מרי הוא ט"ס ושלש תיבות שלום עליך ר' הוא כדי דיבור מ"מ א"ש כי באמת נראה ממשמעות הלשון שאמר אח"כ דמה שאמר וישנאה קאי על האיש שאמר אח"כ והנה הוא שם עלילות דברים דבע"כ קאי על אותו שעומד לפנינו בב"ד א"כ אפי' תוך כדי דיבור קטן דהוא כדי שאילת הרב לתלמיד שלום עליך דהוא שני תיבות ליכא דאי הוי אמר את בתי נתתי לאיש לאשה וישנאה ליכא הפסק מן תיבת לאיש עד וישנאה רק תיבה אחת וממילא יכול לחזור ושפיר מקשה הש"ס הזה למה לי דבלא"ה מותרת לבעלה כיון שחוזר אח"כ ומוכח מתוך ך דבריו שקדשה לזה הבעל העומד לפניו בב"ד ואולם לשיטת ר"ת שמן התורה לא יכול לחזיר אפילו בתוך כדי דיבור ליתא להאי תירוצא דהא קאי על הקרא ונשמע כשיטת הר"ן:

ג מיהו הא ליתא דבלא"ה יש לישב קו' הנ"ל אפי' לשיטת ר"ת דהנה בטור א"העז סימן ל"ח הביא דעת הרמב"ם במעשה קודם לתנאי דתנאי בטיל ומעשה קיים היינו דוקא מעשה בפועל וכתב וז"ל ומלשון הרמב"ם יראה שאם השלים כל התנאי קודם שנתן לידה הקדושין דהוי תנאי שכתב אבל אם אמר הרי את מקודשת לי בדינר הזה ונתן הדינר לידה ואמר אם תתנו לי מנה הרי את מקודשת לי ואם לא תתני לי לא תהיה מקודשת הרי התנאי בטיל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואח"כ התנה אע"פי שהכל הי' בתכ"ד ה"ז מקודשת מיד ואינה צריכה ליתן לו כלום ולא נהירא דמילתא דפשיטא הוא שאם נתן בלא תנאי שהי' מקודשת בלא תנאי עכ"ל וכתב הב"י וטו"ז בכוונתו דאפי' בלא הטעם דהוי מעשה קודם לתנאי ג"כ הוי קדושין דאין אחר נתינה כלום דלגבי קדושין לא אמרינן תכ"ד כדיבור דמי וכתב בית יוסף לתרץ וז"ל ואין זה כלום כיון דגמר דברי הקדושין הוא התנאי שהרי הוא אומר הרי את מקודשת לי על תנאי זה אע"פי שנתן לה הקדושין קודם שמזכיר התנאי מ"מ כיון דדברים אחדים הם בלא הפסק ראש דבריו אסיפא סמיך והוי לן למימר דלא חלו הקדושין אלא על אותו תנאי אי לאו דגמרינן מתנאי

דב"ג וב"ר שצריך שיהי' תנאי קודם למעשה יע"ש ובטו"ז פקפק על חילוק הלז ואולם בספר הפלאה בקונטרס אחרון שם כתב שדברי ב"י נכונים שכ"כ רבינו ירוחם הובא בב"ש סימן ל"א ס"ק י"ג גבי התקדשי לי בתמרה בזו ובזו ובזו כו' היכי דמפסיק בין דיבור בזו ובזו אפילו תוך כדי דיבור חיישינן שמא חזר בו וצריך שיהי' בכל אחת שוה פרוטה הרי דכשאמר בדברים אחדים אפילו בקדושין הוי תוך כ"ד כדיבור ויכול לחזור ומ"ש בקדושין דתכד"ד לאו כד"ד היינו כשמפסיק מעט יע"ש, וא"כ סוברים הא דקיי"ל בקדושין תכ"ד לא הוי כדיבור דוקא כשמפסיק מעט אבל בדברים אחדים הוי כדיבור קאי כי ראש דבריו אסיפא קאי ויש לומר ה"ה לר"ת שסובר שמן התורה תוך כד"ד לאו כד"ד מ"מ כשאומר דברים אחדים לא הוי הפסק וא"כ הכא במוציא שם רע אף שלא הי' אומר הזה רק את בתי נתתי לאיש וישנאה וגומר ההמשך כיון שלא הי' הפסק בשתיקה ראש דבריו אסיפא קאי כיון שהוא הכל המשך אחת ול"ק קו' מוהר"ם שיף ועיין בתוס' במס' ב"ק דע"ג ע"ב ד"ה תרי ובספר פני יהושע ותראה שיש לפרש כוונה אחרת בדברי בית יוסף הנ"ל:

פרט ב

יבואר כמה ראיות לשיטת הר"ן דמן התורה הוי תכ"ד כד"ד:

ד לולי דבמי הראשונים זלה"ה יש להביא ראי' לשיטת הר"ן חדא מהא דאי' במס' שבועת דל"א ע"ב במתני' כפרו שניהם כאחת שניהן חייבין בזה אחר זה הראשון חייב והשני פטור ומקשה הש"ס בדף ל"ב ע"א כפרו שניהם כאחת שניהן חייבין והא א"א לצמצם אמר ר' חסדא הא מני ר' יוסי הגלילי דאמר אפשר לצמצם ר' יוחנן אמר אפי' תימא רבנן כגון שכפרו שניהם בתוך כ"ד ותכ"ד כד"ד א"ל ר"א לרבינא מכדי תכ"ד כמה הוי כדי שאילת תלמיד לרב כו' עד דאמרו שבועה שאין אנו יודעין לך עדות טובא הוי א"ל כ"א ואחד בתכ"ד של חבירו וקשה לשיטת ר"ת דמן התורה לא הוי תוך כדי דיבור כדיבור הא אי' בקרא בפ' ויקרא ונפש כו' ושמעה קול אלה והוא עד או ראה כו' אליו"ע ומכאן ילפינן שם דחייב קרבן שבועה ואי' במס' סוטה ד"ג ממשמע שנאמר לא יקום עד באיש א"י שהוא אחד מה ת"ל אחד זה בנה אב כ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים עד שיפרט לך הכתוב אחד וא"כ הכא דכתיב והוא עד משמע כשכפרו שניהם חייבין קרבן שבועה וקשה לר' יוחנן כיון דאי אפשר לצמצם ובע"כ השני כפר בתוך כד"ד ומן התורה תכ"ד הוי כשני דיבורים ויפטור השני וראיתי בתוס' שם בד"ה כל שהקשו שם וז"ל אבל קשה ד גבי שבועת העדות כתיב והוא עד ומחייבינן אפי' אחד כדתנן כפר אחד והודה אחד הכופר חייב וי"ל דשבועת העדות לא חייבה תורה אלא בטביעה כדילפינן התם מקרא

הלכך כל היכי דמפסידו ממון חייב דבהפסד ממון תלי' מילתא יע"ש היינו דאיירי קרא אפי' בעד אחד מ"מ איירי קרא גם בשני עדים היכי שכפרו שניהם כאחת שניהן חייבין כמשמעות בנין אב, ואולם ראיתי במס' נדרים בתוס' בדף פ"ז ע"ב ד"ה והילכתא שכתבו וז"ל והלכתא תכ"ד כד"ד פי' הר"א לא ידענא מניין לנו ופי' הוא דמדרבנן הוא כדי שישוב אדם וישאל בהפסד ממכרו ולא יפסיד וקשה דהא גבי דינים דאורייי' כגון גבי מנחת חיטין מן השעורין וגבי שבועת עדות אמרו לי' וצ"ל דהוי דאורייתא עכ"ל אולי כוונתם במ"ש וגבי שבועת עדות כו' לדברינו הנ"ל (ויש לפרש כוונה אחרת בדבריהם כמבואר להמעיין) ואף אם נדחוק ליישב ע"פי דברי תוס' הנ"ל דקרא מיירי בכפר אחד והודה אחד ומה דאי' במתניתן כפרו שניהן חייבין הוא מדרבנן שתקנו תוך כד"ד הוי כדיבור ומ"מ קשה לשיטה זו דהא באמת יש להבין אמאי חייב השני קרבן שבועה ניזול בתר דאורייתא ומן התורה לא הפסיד השני ממון דעיקר טעמא דשני חייב כתבו תוס' בדף ל"ב ע"ב ד"ה אבל משום דראשון נמי יכול לחזור ולהודות דבתוך כדי דיבור יכול לחזור ע"ש והא מן התורה לא הוי כדיבור וקשה לר' יוחנן דהלכה כוותי' כ"ש רמב"ם בפרק עשירי מהלכות שבועת ה"ג, וצ"ל כעין דאי' שם בדל"א עלה דמתני' שבועת העדות אינה נוהגת אלא בראוים להעיד רב פפא אמר לאפוקי מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא חזי ורבנן הוא דפסלוהו ואזיל בתר דאורייתא וכיון דמן התורה משחק בקוביא ראוי להעיד חייב קרבן שבועה וראב"י אמר לאפוקי משחק בקוביא דאזיל בתר דרבנן כיון דסוף סוף אי מסהיד לא מקבלינן לא קרינן בי' והוא עד כמ"ש רש"י ד"ה אבל וכותבו בתוס' ד"ה רבנן אליבא דרב פפא אע"ג דאמר בדף ל"ג הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב משום דרבנן אכשרהו ואזלינן בתר דרבנן בחר תרווייהו אזלינן לחייבו דהתם כיון דמדרבנן מועיל עדותו הרי יש כאן הפסד ממון בלא שהעיד והכא אע"ג דמדרבנן ל"מ עדותו כיון דמדאורייתא מהני מחייב יע"ש וא"כ א"ש דשפיר קאמר ר' יוחנן כיון דעכ"פ רבנן תיקנו דתוך כד"ד כדיבור דמי והי' יכול הראשון לחזור ולהודות והפסיד השני בכפירתו ממון מדרבנן אף דמן התורה לא הפסידו ממון מ"מ אזלינן בתר דרבנן ג"כ לחייב קרבן שבועה, אמנם אכתי יש להבין מהא דאי' שם בדף ל"ב ע"ב עלה דבבא כפר אחד והודה אחד הכופר חייב מקשה הש"ס השתא בזה אחר זה דתרווייהו קא כפרי אמרת הראשון חייב והשני פטור כפר אחד והודה אחד מבעיא ומשני לא צריכא כגון שכפרו שניהם וחזר אחד מהן והודה בתוך כ"ד וקמ"ל תוך כדי דיבור כדיבור דמי ופירש"י ויכול לחזור וכי איצטריך למיתני לאו לאשמעינן חיובא דכופר אלא לאשמעינן שהשני פטור יע"ש בשלמא לר' חסדא דמוקי לרישא כרי"הג סיפא איצטריך לאשמעינן

דתוך כדי דיבור כדיבור דמי אלא לר' יוחנן תרתי למה לי מהו דתימא ה"מ כפירה וכפירה אבל כפירה והודאה אימא לא קמ"ל פירש"י כפירה וכפירה כפר השני בתוך כד"ד של ראשון אשמעינן רישא דהוי חשוב כאחת לחיובי לשני ובסיפא אשמועינן כפר וחזר והודה בתוך כד"ד דיכול לחזור ולהודות בו ועדות האחרונה עדות יע"ש וכ"כ רמב"ם בפ"י משבועת הלכה י"ד כפרו שניהם כאחד וקדם אחד והודה בתוך כדי דיבור ה"ז פטור והעומד בכפירתו חייב שבועת העדות וא"כ קשה לרב פפא דאזיל בתר דאורייתא לענין חיוב קרבן טבועה ומן התורה לא הוי תוך כדי דיבור כד"ד אמאי פטור המודה כיון שכבר כפר ואין לומר דהסוגי' אזלא לראב"י דאזיל בתר דרבנן דהלכה כוותי' כמ"ש רמב"ם שם הלכה ג' ואפי' לענין לפטור מקרבן שבועה לכן פטור המודה כיון דמדרבנן תכ"ד כד"ד דא"כ הו"ל להש"ס להקשות על רב פפא ממתני' כמו שמקשה על ר' יוחנן ואולם לכאורה יש לתרץ דמיירי שהשני כפר בתוך כדי דיבור של כפירת הראשון ואח"כ הודה בתוך כדי דיבור של כפירתו לכן השני פטור בממ"נ אי אזלינן בתר דאורייתא דתוך כד"ד לא הוי כדיבור ממילא לא עשה הפסד ממון בכפירתו כיון שכבר כפר הראשון ואין יכול הראשון לחזור ולהודות ודות ואי אזלינן בתר דרבנן דתכ"ד הוי כדיבור מהני הודאת השני שחזר בתוך כ"ד לכפירתו לפטור את עצמו אבל ז"א חדא דהא התירץ הש"ס הוא ג"כ לר' חסדא דסובר אפשר לצמצם וע"ז משני הש"ס כגון שכפרו שניהם משמע אפי' אם הכפירה הי' בבת אחת ממש ותו אפילו לר' יוחנן לפי דברינו יש חילוק לדינא דוקא אם השני הודה בתוך כד"ד הוא דפטור אבל אם הראשון שכפר והודה אח"כ בתוך כדי דיבור של השני לפמ"ש תוס' בדל"ב ע"א ד"ה בתוך דכיון שהעיד זה תוך כ"ד של הראשון חשיב כאילו העידו שניהם בבת אחת בצמצום ויכול גם הראשון לחזור ולהודות תוך כדי דיבור של עדות השני כמו השני ואין להשני שהות לחזור יותר מלראשון יע"ש דבכה"ג לפי דברינו אי אזלינן בתר דאורייי' דתוך כד"ד לא הוי כדיבור שא"י לחזור ולהודות אז חייב הראשון קרבן שבועה אף כשחזר והודה בתוך כדי דיבור שלהשני דבכה"ג אין יכול הראשון לומר מה עשיתי לך כיון שכפר השני דהא הוא חייב על כפירתו בראשונה דאפילו כפרו תרווייהו בזה אתר זה הראשון חייב כיון דבשעה שהעיד עדיין לא כפר השני כמ"ש רש"י בד"ה השתא א"כ קשה על לשון הש"ס ורמב"ם דאיתא כגון שכפרו שניהם וחזר אחד מהן והודה כו' ולא קאמר וחזר השני והודה משמע אפי' חזר הראשון והודה בתוך כד"ד של עדות השני המודה פטור וע"ז קשה כיון דאזלינן בחיוב קרבן על דין תורה לדברי רב פפא ומן התורה לא הוי בתוך כדי דיבור כדיבור קם החיוב עליו מצד כפירתו שכפר הגם שי"ל שהש"ס משני כן לדידן דקיי"ל כראב"י אבל לרב פפא באמת

בעינן שכפר השני אבל זהו דוחק דא"כ הו"ל להש"ס לומר לבאר כן בשיטת רב פפא כיון דהוא נ"מ רבתי לדינא כדרכם בכולה תלמודא לבאר שיטת אמודאי קמאי היאך מפרשי מתני' אבל לשיטת הר"ן א"ש כיון דתוך כד"ד מהני מן התורה ומתוך דברינו מובן תי' הש"ס מה דתימא כפירה וכפירה כו' ולכאורה קשה מ"ש ובהנ"ל מובן דסד"א תכ"ד הוי כדיבור רק מדרבנן ומדאורייתא לא הוי כדיבור ולכן סד"א דוקא בכפירה וכפירה בתכ"ד חשוב כאחת לחייב להשני קרבן דלענין חיוב אזלינן בתר דרבנן כיון דעכ"פ מדרבנן הוי כדיבור כמו בעדות אשה כנ"ל אבל כפירה והודאה ר"ל לענין לפטור מקרבן שבועה סד"א ניזל בתר דאורייתא דלא הוי כדיבור ויהי' חייב כשכפר ראשון והודה בתוך כדי דיבורו של השני דבתר תרווייהו אזלינן מחיובו כמ"ש לרב פפא קמ"ל דלא דאיזה שהודה אפילו הודה ראשון שכפר פטור או דהלכה כראב"י דאזלינן בתר דרבנן או דתכ"ד הוי מן התורה כדיבור ובזה מיושב קו' מוהרש"א שהקשה אמאי הניח סברת המקשן דחיובא דכופר אתי לאשמעינן וכגון שהודו שניהן וחזר אחד מהן וכפר וקמ"ל דתכ"ד כד"ד די"ל דז"א רבותא דחייב הכופר אף אי אזלינן בתר דרבנן לכן קמ"ל דהמודה פטור דהוא רבותא ואולם עכ"פ מדלא ביאר הש"ס לשיטת רב פפא משמע כשיטת הר"ן:

ה

ה ועוד ילה"ר לשיטת הר"ן מהא דאי' במס' מכות ד"ו במתני' ע"פי שנים עדים או שלשה כו' מה שלשה מזימין את השנים אף שנים מזימין את שלשה מניין אפי' מאה ת"ל עדים ר' עקיבא אומר לא בא השלישי להקל עליו אלא להחמיר עליו ולעשות דינו כיוצא באילו וכתב הר"ן וז"ל אין יכול לומר כבר העידו שנים ונתקיים העדות בהם ושאפילו הוזם לא ישלם אלא אע"פי שלא הי' צריך אם העיד תוך כדי דיבור דינו להתחייב אם הוזם כיוצא באילו עכ"ל גילה לן רבינו ז"ל רז חדש היכי שהוזמו הנוספים על השנים לא נענשו רק כשהעידו תוך כדי דיבור, וכ"כ בס' לחם משנה בפ"כ מעדות הלכה ג' בכוונת רמב"ם דדוקא כשהעידו תכ"ד הוי כולם כעדות אחת אבל אח"כ אין נענשים אחרונים כיון שכבר חייב מיתה ע"פי ראשונים וגברא קטילא קטלי ולא הביא ראי' מהר"ן הלז וא"כ קשה היאך אפשר שאמרה תורה להיות עונש לשלישו כשהוזם דהא קשה קו' הש"ס בשבועת דל"א הא אי אפשר לצמצם ותי' הש"ס כרי"הג ליתא דמשמע בבכורת ד"ט דליכא תנא דסובר כר"י וגם סתם מתני' דשם לר' ירמיה הוא דלא כריה"ג דאביי אתותיב וכילה סתומאי אליבא דר' עקיבא ובע"כ כתירץ ר' יוחנן שהעידו בתוך כדי דיבור וכיון דמן

התורה לא הוי כדיבור והוי כאילו הי' שני דיבורים אמאי חייב השלישי כשהוזם מיהו קו' זו לא אלים כל כך די"ל דר"ת ל"ל פי' הלז שמבואר בר"ן שם עוד פירושם:

ו ועוד ילה"ר לשיטת הר"ן מהא דאי' במס' מכות דף ו' ע"א אמר רבא והוא שהעידו כולם בתוך כד"ד פירש"י התם קאמר רבא מתני' מאה כשנים אבל אם העידו שנים ולאחר זמן העידו אחרים הרי הן כשתי כיתות עדים לכל דבר עכ"ל וביאר בתוס' ד"ה אמר כוונתו הן לדין דאמר ר' שמעון במתני' דמקשינן שלשה לשנים מה שנים אין נהרגין עד שיהי' שניהם זוממין אף שלשה אין נהרגין עד שיהיו שלשתן זוממין והן לענין דאי' שם דמקשינן ג' לב' מה שנים נמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטילה אף שלשה כשנמצא א' מהן קרוב או פסול עדותן בטילה ולשיטת תוס' קאי רק על דין דעדים דאמר עד שיזומו כולם בעינן דוקא שיעידו תכד"ד דזה הוי עדות אחת אבל אם העידו מקצתן תכ"ד ומקצתן אחר כד"ד הוי שתי כיתות עדות ול"ב עד שיזומו כולם וקשה לר"ת היאך אפשר שקרא מיירי שהעידו כן בתוך כדי דיבור כיון דמן התורה לא הוי תוך כדי דיבור כדיבור והוי כשתי כיתות עדים וכיון דקיי"ל אי אפשר לצמצם היאך אפשר לוקים קרא דע"פי שנים עדים או שלשה ודוחק לומר דהכא גלי קרא דהוי כדיבור דא"כ מנלן דבעלמא הוא דרבנן דלמא ילפינן מכאן וצ"ע:

פרט ג

יבואר חילוקי דינים בענין האי כללא דתכ"ד כד"ד:

ז דע כי בענין האי כללא דתכ"ד מצינו כמה חילוקי דינים אמרתי לבררם:

דין א' דעת רמב"ם בפ"ז מערכין ותוס' במס' מנחות דף פ"א בהקדש אפי' תכ"ד א"י לחזור דאמידה לגבוה הוי כמסירה להדיוט, והש"ך בח"מ בסימן רנ"ה ס"ק ה' השיג ע"ז מב"ק דף ע"ג ע"ב ועמ"ש במשנה למלך בפרק ט"ו ממעשה קרבנות ה"א ובפ"י בחי' לב"ק שם לישב:

דין ב' מבואר בטח"מ סי' קצ"ה ובש"ע סעיף ו' וז' בכל קנינים בחזקה ומשיכה מסירה והגבהה ובכסף אין יכול לחזור לאחר כדי דיבור רק בתכד"ד ובקנין סודר יכול לחזור אפילו לאחר כד"ד כל זמן שעסוקין באותו ענין ועיין הטעם בסמ"ע ס"ק י"ז ובטורי זהב א"העז בסימן ל"ח כתב בנותן מתנה לחבירו ונותנה לו ואח"כ אמר איזה תנאי במתנה לא מהני אפי' אם הוא בתוך כדי דיבור ודבריו תמוהין כי אפי' בקנין משיכה יכול לחזור תוך כדי דיבור וכבר השיגו ע"ז בס' קצות החושן שם ס"ק ז' ובס' בית מאיר בא"העז שם ודבריהם ברורין, וכן ראיתי בס' הפלאה בקונטרס אחרון לקדושין סימן כ"ז ס' ג' שכתב

דלא מצינו בשום מקום במוכר או נותן לחבירו וקנה במשיכה או בקנין שיכול לחזור תוך כדי דיבור יע"ש ודבריו תמוהין כי מפורש בש"ע סי' הנ"ל להיפך:

דין ג', כתב בהגהות מרדכי במס' ב"ב סוף סימן תרס"ו וז"ל מאי קמ"ל תפוס לשון ראשון בפרק יש נוחלין אמרינן תכ"ד כדיבור ולא תפסי לשון אחרון כלאחר כדי דיבור ולא לשון ראשון בתוך כדי דיבור וא"כ במאי פליגי התנאים יש לומר הא דתוך כדי דיבור כדיבור דמי היינו כשאומר חוזרני בי אבל היכי שאומר שני דברים ביחד יש לנו לומר שיתקיימו שניהם ואם אין יכול לקיים שניהם יש ללכת אחר לשון ראשון או אחרון למר בדאית לי' ולמר בדאית לי' עכ"ל וכ"כ ברשב"ם במס' ב"ב דף קכ"ט ע"ב ד"ה והילכתא שצריך לומר בהדיא חוזרני בי בכה"ג יכול לחזור תוך כד"ד ועמ"ש לקמן שלכאורה לא משמע כן דעת הטור וגם בדעת שאר פוסקים אני מסופק אי סוברים דין הלז ועיין בפוסקים במס' כתובת דכ"ב ע"א וצ"ע, דין ד', איתא במס' ב"ב דף קכ"ז ע"ב אמר ר' יוחנן אמר בני וחזר אמר עבדי הוא אינו נאמן פי' רשב"ם שם אפי' בתוך כדי דיבור ובטוח"מ סימן רע"ט כתב וז"ל אמר בני וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן במה שאמר עבדי הוא אפי' בתכ"ד שאם הוא עבדו לא הי' קורהו בתחילה בני אפי' אינו משמשו אלא כבנו כך פי' רשב"ם ולי נראה דוקא לאחר כד"ד אבל חזר בו תוך כדי דיבור נאמן עכ"ל וכן בנ"י כתב בשם ריטב"א כרשב"ם וכתב ב"י וז"ל ואפשר ליתן טעם לדברי רשב"ם דכיון דאין דרך לקרות לעבדו בנו כיון שיצא מפיו לקרותו בנו אמרינן חזקה שאם הי' עבדו לא הי' קורהו כן וכי הדר בי' אפי' תוך כד"ד ואמר עבדי הוא אינו יכול להוציאו מחזקתו הראשונה יע"ש וכן בפרישה כ' טעם זה ובתוס' ביאר דכיון דחזקה דאין קורין לעבד בנו מאי שיצא מפיו שמחזיקו לבנו ודאי ושוב א"י להוציאו מחזקתו דאנן סהדי דלא עבד הוא והו"ל דומי' דקדושין וע"ז דאמרינן אפי' תכ"ד א"י לאזור והטור סובר מדלא פרטו אלא קדושין וע"ז ש"מ דבעלמא בכל מקום אמרינן תכ"ד כד"ד ועיין בסמ"ע סימן רע"ט ס"ק ו' וצ"ע בטעם הלז והב"ח כתב ליישב שיטת רשב"ם וז"ל ואין להקשות דהא בפרק י"נ פסקינן הילכתא תכ"ד כד"ד כבר פי' רשב"ם דהיינו דהדר בי' בהדיא ואמר חוזרני בי אבל כשאמר ב' דברים הסותרים זא"ז כגון מדה בחבל הן חסר הן יתיר כו' יש מהן תפוס לשון ראשון יע"ש וצ"ע וא"כ לפ"ז בע"כ סובר הטור שאפילו היכי שלא אמר להדיא חוזרני בי יכול לחזור תוך כדי דיבור ויש להאריך בכל זה ואין כאן מקומו:

כלל ז

בו יבואר היכי דשוי' נפשי' חתיכה דאיסורא דיכול לחזור אפי' לאחר כדי דיבור היכי שאומר אמתלא לדבריו הראשונים ואיזה אמתלא מועיל ובו י"א פרטים:

פרט א

יבואר מקורו וגם אם אמתלא מהני לאחר שלשים יום כיון שנתחזק הדבר:

א גרסינן במס' כתובת דף כ"ב ע"א ת"ר האשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנוי' אני נאמנת, והא שוית' לנפשה חתיכה דאיסורא אמר רבה בר"ר הונא כגון שנתנה אמתלא לדבריה תני' נמי הכי אמרה א"א אני כו' ומעשה נמי באשה אחת שהית' גדולה בנוי וקפצו עלי' בני אדם לקדשה ואמרה להם מקודשת אני מימים עמדה וקדשה את עצמה אמרו לה חכמים מה ראית לעשות כן אמרה להם בתחילה שבאו עלי אנשים שאינם מהוגנים אמרתי מקודשת אני עכשיו שבאו עלי אנשים מהוגנים עמדתי וקדשתי את עצמי וזו הלכה העלה רב אחא שר הבירה לפני חכמים באושא, ואמרן אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת, בעי מיניה שמואל מרב אמרה טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני מהו א"ל אף בזו אם נתנה אמתלא לדברי' נאמנת ונתבאר בכלל ו' פרט א' שאפי' לאחר כדי דיבור נאמנת כמ"ש הרי"ף ור"אש ורמב"ם בפ"ט מאישות הלכה ל"א וכן אי' בש"ע סימן מ"ז סעיף ד':

ויש לחקור לפי מאי דקיי"ל דבר דנתחזק לנו על ידי חזקה לא מהני אמתלא וכל דבר דאתחזק שלשים יום הוי חזקה וא"כ יש לדון היכי דאמרה אשת איש אני וכיו"ב דבר ששוי' נפשי' חתיכה דאיסורא והוחזק בדבר שלשים יום, אם מהני אמתלא כיון דלא אתחזק ע"י מעשה רק ע"י אמירה, ומצאתי ראיתי שנחלקו בזה גדולי אחרונים זלה"ה, מ"ו זקיני הגאון בעל מגיני שלמה ז"ל בש"ות פני יהושע חלק א"העז סימן א' כתב אפילו אם חזרה ואמרה לאחר שלשים יום שהיא פנוי' אם נתנה אמתלא נאמנת דלשון הש"ס ממעשה דאיתא לימים משמע אפילו לימים רבים וכן משמע מכל הפוסקים שהביאו האי דינא ולא אשתמיט חד מנייהו ולכתוב אם אמרה אשת איש אני ולאחר שלשים יום אמרה אמתלא לא מהני וכולם כתבו סתם משמע דמהני אפילו לאחר שנה והטעם דמה שהוחזקה על פי דיבורה לא הוי חזקה והא דאיתא במס' קידושין דף פ"א ע"א ובפוסקים דהוי חזקה בשלשים יום היינו כשראינו שנעשה מעשה שהתנהגו כדרך איש ואשתו, וכעין שכתב השלטי גבורים שם שחזקה הוא על פי מנהג והרגל שרואים אותם העולם שנוהגת בו כדרך הבן, וכן הנדה לובשת בגדי נדותה ונוהגת כדרך נדה ועל פי עצמה מוחזקת וכמו כן באיש ואשתו אבל בדיבורא בעלמא לא מיקרי חזקה ומהני אמתלא,

אבל המעיין בס' בית שמואל בסימן י"ט ס"ק ב' מ"ח בשם חלקת מחוקק וטורי זהב מבואר שאפילו באמירה בעלמא ל"מ אמתלא לאחר שלשים יום, ותמהני שלא הביא ש"ות פ"י הנ"ל שחולק ע"ז, ועיין בס' תבואות שור סימן א' ס"ק ע"ח וע"ט וראיתי בתוס' במס' קידושין דף ס"ג ע"ב שכתב על מה שאמר ר' חסדא אחד זה ואחד זה אין סוקלין וז"ל דוקא אם לא הוחזקה בעיר מקודשת אבל אם הוחזקה בעיר מקודשת בין על פי האב ובין על פיה סוקלין כדבעינן למימר בפרקא דלקמן הוחזקה נדה בשכנותיה בעלה לוקה עליה משום נדה ואמרינן נמי איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין זה ע"ז ונשרפין זה ע"ז והתם אין עדים בדבר אלא בדברי פיהם הוחזקו ומהימני אף לעונשין אלא ש"מ האי באיתחזק והאי בלא איתחזק ובירושלמי גרסינן התם תני איש ואשה שבאו ממדינת הים הוא אומר אשתי היא והיא אומרת בעלי הוא אין הורגין עליהם משום אשת איש הוחזקו הורגין עליהם עד כמה היא חזקה משום ר"י אמרו שלשים יום, אלמא בעדות פיהן אין הורגין אבל אם הוחזקו שלשים יום הורגין אע"פי שאותו חזקה לא היתה אלא על פיהן יע"ש לשונו קצת סתום, וממשמעות לשון משמע שאפילו כשלא נעשה שום מעשה רק כשהוחזק שלשים יום שאמרו העולם שהיא אשת איש הוי חזקה, וממילא ל"מ אמתלא בחזקה, ועיין מ"ש בזה בספר באר שבע בש"ות שבסוף הספר סימן ע"ה דף צ' וראיתי בש"ות הריב"א סימן תצ"ח ומרהיטת לשונו משמע כמ"ש פני יהושע שמהני אמתלא אפי' לאחר שלשים יום בהאי דאמרה אחת איש אני כיון שלא הי' רק אמירה בעלמא שכ' שם וז"ל ועוד שהרי האשה כו' ואם נתנה אמתלא כו' אע"ג דשוויתה לנפשה חתיכה דאיסורא כשאמרה מקודשת אני והוחזקה במוקדשת מחמת דיבורה לזמן מרובה עם כל זה נאמנת להתיר דבריה כל שנתנה אמתלא וטעם לדברי' על זה שאמרה כן מתחילה יע"ש, ולכאורה משמע בש"ע א"העז סימן ק"ך סעיף ג' כשיטת ח"מח וטו"ז וב"ש דאי' שם כל שהוחזקו שלשים יום בעיר אין חוששין ואף שהחזקה בא דק מפיהם שאמרו שכן הוא שמם ולא נעשה מעשה כלל ועיין בבית יוסף שם שכתב להדי' עוד איכא ג' למגמר מלישנא דרמב"ם דכי אמרינן כל שהוחזקו שמו שלשים יום בעיר אין חוששין לו היינו אפילו הוחזק על פי עצמו יע"ש ויש לדחות, וראיתי בספר סדרי טהרה להלכות נדה סימן קפ"ה שכתב להסתפק באשה שאמרה אשת איש אני ואח"כ אמרה פנוי' אני היכי דאתחזק ע"י אמירה דידה שלשים יום אי מהני אמתלא ומ"ש הפוסקים בא"העז סימן מ"ז דמהני אמתלא אפשר דכל זה כל זמן דלא אתחזקה ע"י אמירה דידה שלשים יום יע"ש שהניח בספק ותמהני שכבר קדמו בזה הפנ"י וב"ש הנ"ל וכפי הנראה בס' הנ"ל בתחילת דבריו הי' מעיין בס' פני יהושע ובגוף ראיות הפני

יהושע מסתימת הפוסקים לא מוכרח כי י"ל דסמכו על מ"ש דחזקה הוא בשלשים יום והוא כללא בכל מקום והם פירשו שם חזקה היינו אפילו לא נעשה מעשה רק שבא ע"י אמירה לכן סתמו כאן ומ"מ צ"ע לדינא ובאי"ה יבואר על נכון בכללי חזקות:

פרט ב

יבואר חקירת חכם משו"ת פני יהושע היכי שיש רגלים לדיבור הראשון אם מהני חזרה לאחר כדי דיבור ע"י אמתלא:

ב רבינו המובהק בעל מגיני שלמה זצ"ל בש"ות פני יהושע חקר חקירת חכם היכי דשווי' נפשי' חתיכה דאיסורא דקיי"ל דיכול לחזור מדיבורו הראשון אפי' לאחר כדי דיבור היכי שנותן אמתלא לדבריו היכי שיש רגלים לדבר לדיבור הראשון אי מהני אמתלא בכה"ג דיש לומר דוקא כעין נידון דכתובת דף כ"ב הנ"ל שהי' רק דיבורא בעלמא שאמרה מקודשת אני משא"כ בכה"ג כיון שיש רגלים לדבר וכתב שנחלקו בזה הראשונים זלה"ה, לדעת תוס' בכתובת דף ס"ג ע"ב משמע דלא מהני אמתלא, ולדעת הר"אש במס' יבמות דכ"ה ע"ב משמע דגם בכה"ג מהני אמתלא יע"ש בדרך פלפול ועלה בדעתי לומר בדרך פלפול לפרש סוגי' דכתובת שבעי שמואל מרב אמרה טמאה אני אי מהני אמתלא שהקשו הראשונים זלה"ה אמאי לא יועיל כאן אמתלא, ועיין בר"ן ובשיטה מקובצת ובמוהרש"א מ"ש בזה ולולי דבריהם יש לומר לפי מאי דאי' בנדה דף מ"ו לרב נחמן בן יצחק פליגי רב ושמואל רב סובר ווסתות דרבנן ושמואל סובר דאורייתא דחזקה אורח בזמנו בא, עיין תוס' ד"ה ור"נ וי"ל דאבעי' הי' שאמרה טמאה אני בעת ווסתה ואח"כ חזרה ונתנה אמתלא ואי ווסתות דאורייתא איכא רגלים דבר שאומרת אמת מכח חזקה דאורח בזמנו בא ל"מ אמתלא אבל אי ווסתות דרבנן ליכא רגלים לדבר כדמוכח במס' נידה שם ובש"ע סי' קפ"ד ס"ט דאם עבר ווסת טהורה ול"ח דילמא ארגשה ולאו אדעתי', לכן שמואל לשיטתו קבעי' לי' והשיב לי' רב אף בזו נאמנת באמתלא כי ליכא רגלים לדבר ולכן לא עביד שמואל עובדא, ולפי דברינו צ"ל דעובדא דשמואל היה כמ"ש בס' שיטה מקובצת שם בשם תשובת הגאונים ודלא כמ"ש תוס' שם ונתיישב מה שהקשה לי גדול אחד מיוחד שבדורנו:

ומה דאיתא לא עביד עובדא בנפשי' קושטא דמילתא נקיט מהעובדא היה באשתו ואם אירע לאחרים ג"כ לא הי' מיקל אמנם בגוף דבריו לא הבנתי לפי מה שאכתוב לקמן בפרט ג' בשם הרמב"ם בפ"ט מאישות הלכה למ"ד וש"ע סימן מ"ו סעיף ד' שבעינן אמתלא טענה הניכרת לב"ד שהוא כדאי לסמוך עליה והיאך יצוייר הדין שצייר הגאון הנ"ל דהא הוי שני הפכים בנושא אחד דכיון דיש רגלים לדבר לדיבור הראשון ליכא ראי'

לאמתלא דהא לא ניכר לב"ד שהאמת באמתלא. שוב ראיתי בספר הפלאה במס' כתובת דף ס"ג ע"ב ד"ה אבל שפי' כן בכוונת תוס' האי טעמא והגאון ז"ל לא הי' מעיין אז בש"ות פני יהושע הנ"ל וכמו כן בחידושי פני יהושע לא הי מעיין אז מ"ש זקינו הגאון זלה"ה כי מה שכתב להשיג על מוהרש"א ז"ל כבר קדמו בש"ות הנ"ל וא"כ מ"ש הפני יהושע בכוונת הר"אש שאפי' ברגלים לדבר נאמנת קשה לצייר ועיין בפרט הסמוך ותראה שיש מקום לישב דבריו:

פרט ג

יבואר אי בעינן אמתלא הניכר לבית דין שכן הוא:

ג הרמב"ם בפרק ט"ו מאישות הלכה למ"ד כתב וז"ל אמרה מקודשת אני ולאחר זמן עמדה וקידשה עצמה אם נתנה אמתלא לדבריה ואמרה מפני כך וכך אמרתי בתחילה שאני מקודשת וראינו בדבריה ממש הרי זה מותרת לשני, ואם לא נתנה אמתלא או שנתנה ואין זה ממש ה"ז אסורה עכ"ל וכתב הרב המגיד פי' אמתלא טענה הניכרת שהוא כדאי לסמוך עליה יע"ש וכן קיי"ל בש"ע א"העז סימן מ"ז סעיף ד':

ולכאורה משמע כן מלשון הש"ס דאי' וזו הלכה כו' ואמרו אם כו' שלא יוצדק הלשון אם הא כבר אמר ר' אחא לחכמים האמתלא, ולא הו"ל לומר רק ואמרו נאמנת ולכן דייק רש"י בלשונו הקדוש וכתב אם כו' הואיל ונתנה אמתלא לדבריה יע"ש אבל לרמב"ם וסיעתו א"ט שבעינן אמתלא הניכר לב"ד שיש ממש בדבריה וז"ש אם נתנה אמתלא ר"ל שיהי' ניכר לב"ד, וכן מצאתי בספר הפלאה שפירש כן, ולפ"ז משמע דרש"י חולק על רמב"ם, וי"ל שכן סובר הפני יהושע הנזכר בפרט ב' בדעת הרא"ש שסובר דלא בעינן אמתלא הניכר לב"ד, מיהו לא ראיתי כעת בפוסקים שיכתבו שרש"י ור"אש חולקים על רמב"ם בזה והא לפי דבריו שכתב שם דהלכה כר"אש, הא רוב פוסקים סוברים כרמב"ם דבעינן אמתלא הניכר לב"ד ואכתי דבריו צ"ע, ולפמ"ש לקמן יש מקום ליישב דבריו:

ודע דלכאורה הדיוקים ברמב"ם ובש"ע שם סותרים דהנה בעניני אמתלא יש למצוא ג' אופנים:

א) שיהי' ניכר לב"ד שיש בדבריה ממש כמ"ש הרמב"ם והמ"מ כעין מעשה שעמדו עלי' בני אדם שאינם הגונים לקדשה, משמע שהי' ידוע שהוא כן ואחר כך היו אנשים מהוגנים א"כ יש לב"ד ראי' לדבריה האחרונים ורבינו המחבר הוסיף על לשון הרמב"ם וכתב אמתלא הלז, וכ"כ בחידושי רא"ה וז"ל בדברים הנכרים אצלינו אמת אע"פי שאין ידועין לנו יע"ש וכ"כ הרבה ראשונים זלה"ה הובא בס' שיטה מקובצת:

ב) אמתלא שלא ניכר לנו שהוא אמת אך לא ניכר לנו שאין ממש באמתלא:

ג) שניכר לנו שאין בדבריה ממש ומריש דברי רמב"ם וש"ע משמע דבעינן דוקא שיהי' ניכר לנו שיש ממש באמתלא, וממ"ש בסיפא משמע דוקא כשניכר שאין ממש באמתלא הוא דל"מ אבל אם לא ניכר אף שאין לנו ראי' שאמתלא הוא אמת מהני וההכרח לדחוק בלשון הנזכר בסיפא דהמעיין בפוסקים ראשונים, וכן בש"ות אחרונים זלה"ה מוכח שהבינו שבעינן שיהי' טענה הניכרת לב"ד:

ד ולולי דבריהם זלה"ה הי' נראה לענ"ד לפרש כוונה אחרת ברמב"ם, דהנה לעיל בכלל ד' הבאתי מחלוקות הפוסקים, דעת הרמב"ם וש"ע א"העז סימן קט"ו דבכל מקום דאמרינן שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא אין הב"ד כופין לאפרושי מאיסורא רק שמחויב לצאת ידי שמים, ודעת הגאון מוהר"ר יצחק זצ"ל באומר פתח פתוח מצאתי, ובאומר לאשה קדשתיך וכיו"ב לא חל האיסור עליו רק לצאת ידי שמים, ודעת הריטב"א הובא בשיטה מקובצת במס' כתובת שם ובסוף קידושין דף פ"א דב"ד כופין לאפרושי מאיסורא, כיון דהוא מטעם הודאה לחובתו, והוי כאילו הי' עדים בדבר שהחיוב חל על ב"ד לאפרושי מאיסור וא"כ לשיטת הרמב"ם ה"ה באומרת אשת איש אני, ואחר כך אמרה פנוי' אני ונתקדשה לאחר בלי נתינת אמתלא אין ב"ד כופין אותה לצאת מהשני רק שמזהירים אותה שאינה יוצאה ידי שמים דהאיסור לא חל על הנושא דהא לכ"ע לא נאסרה רק מטעם שוי' נפשה ח"דא והאיסור הוא רק משום לתא דידה ואפילו אי נימא שהאיסור חל על הנושא אותה הוי ג"כ משום לתא דידה כדי שלא תהי' נכשלת באיסור מה שמחויבת לאפרושי מאיסורא כדי לצאת ידי שמים, וא"כ לפי זה קשה למה בעינן אמתלא שיהי' ניכר לב"ד שהאמת כדבריה האחרונים מה להם לב"ד בכך כיון שהיא אומרת שיודעת שיוצאת ידי שמים כפי האמתלא שאומרת לדבריה הראשונים היאך יכולין ב"ד להזהירה שמחויבת לצאת ידי שמים, כיון שאין ב"ד יודעין שהאמתלא הוא שקר, ובשלמא לשיטת ריטב"א ראוי שיהי' אמתלא ניכר לב"ד כיון מהחיוב על הב"ד מטעם דהודאתה הוי כעדים אבל לפוסקים הנ"ל שלא חל החיוב על הב"ד לכופה רק שמחויבת לצאת ידי שמים וכיון שהוא דבר המסור אל הלב הא היא אומרת שקים לה בבירור שהאמתלא שאומרת הוא אמת ובבירור יוצאת ידי שמים למה בעינן שיהי' ניכר לב"ד, לכן עלה בדעתי לומר כוונה אחרת ברמב"ם דהנה בפרק שמנה עשר מהלכות איסורי ביאה הלכה ט' כתב וז"ל אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי אע"פי שהיא מותרת לבעלה כמו שבארנו הרי היא אסורה לכל כהן שבעולם אחר שימות בעלה שהרי היא הודה שהיא זונה ואסרה עצמה ונעשית כחתיכה דאיסורא יע"ש, וכתב ע"ז הראב"ד אע"פי שאמר דבר חכמה אין שמועתו מכוונת שאם אמרה לאחר מיתת בעלה לא אמרתי אלא כדי שיגרשני

בעלי למה אינה נאמנת והלא לא הודית על עצמה הודאה לאיסור ולא נתקבלה דבריה כלל והרי אשה שאמרה אשת איש אני ואח"כ אמרה פנוי' אני ונתנה אמתלא לדברי' נאמנת אף בזו אם היתה קטטה ביניהם אמתלא גדולה היא זו ונאמנת, והרב המגיד כתב שם שמ"ש הר"א זלה"ה שאם נתנה אמתלא לדברי' שאמרה כדי שיגרשנה בעלה שהיא נאמנת אפשר לומר שאין לסמוך על דבריה דהא בעלה לא הי' מצווה לגרשה אפי' אם מאמין לדברי' ואפילו באשת כהן כיון שלא הי' הבעל מחויב להאמינה ולגרשה אין בדבריה כלום, ועיין מ"ש הב"ש בא"העז סימן ו' ס"ק ך"ו, והנה במעשה הנזכר בש"ס שקפצו עליה בני אדם שאינם מהוגנים יש לומר שהי' ניכר וידוע לנו שבאותו הזמן הי' אינם מהוגנים, ואח"כ הי' הגונים רק שלא היינו יודעין כוונתה אם אמרה כן בשביל זה ובירורה היא אמתלא ואולם יש אמתלא אשר לא ניכר לנו ראי' לדבריה' רק שלפי דבריה הוי אמתלא חשובה, והיינו כעין שכתב המגיד משנה הנ"ל דהיכי שנתנה אמתלא אשר גם לפי דבריה לא הי' בידה אמתלא זו לא מהכי כיון שגם לפי דבריה אין בה ממש, ולפי זה יש לומר כוונת הרמב"ם מ"ש וראינו בדבריה ממש, ר"ל שראינו לפי דברי' יש ממש באמתלא ולכן השמיט הרמב"ם המעשה שקפצו עלי' בני אדם, אף שדרכו בחיבורו להביא המעשה כמו שהוא, רק כתב אם נתנה אמתלא בדבריה כו' וראינו בדבריה ממש י"ל שרצה להורות אף שלא ניכר לנו ראי' לדברי האמתלא רק שעכ"פ לפי דבריה הוי אמתלא חשובה, והוכחת הרמב"ם מש"ס יבואר לקמן:

ה ונתתי אל לבי אם אפשר לכוין פירוש זה בשיטת שאר פוסקים זלה"ה, ונראה מ"ש ה"המ שם וז"ל פי' אמתלא טענה הניכרת שהיא שהיא כדאי לסמוך עליה עכ"ל ויש לכוין כדברינו לפי דבריה הוי אמתלא חשובה, וכעין מ"ש בפרק י"ח מא"ב וקצת ראי' לזה כיון שהוא ז"ל, פי' כן בתיבת אמתלא ואם כוונתו שבעינן שיהי' ניכר וראיה לב"ד שהאמת כמו אמתלא איך נרמז כן בלשון אמתלא שהוא טענה הניכרת לב"ד כייפי' אמתלא כתב רש"י שהוא משל וטעם למה אמרה מתחילה, ולא מורה פירושו שיהי' ניכר לב"ד, וכן מוכח להדי' להמעיין במס' גיטין דף פ"ח ע"ב ודף פ"ט ע"א וע"ב עיין שם ותראה שכן הוא אבראי שראיתי בש"ות תשב"ץ סימן מ"ח שכתב וז"ל ששאלת מהו לשון אמתלא שבהלכות אישות, לשון התלמוד הוא ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת פירושו ראי' ומשל וטענה שמראין שכן הוא האמת יע"ש לכאורה משמע שפי' כן בתיבה זו שפירושו כן ואולם דבריו תמוהין, ואפשר לדחוק בלשונו שי"ל לפי דבריה, כי לולי כן אי אפשר לפרש כן בתיבה זו אע"כ שה"המ פי' כדברינו שר"ל לפי דבריה הוי אמתלא ונרמז היטב בלשון אמתלא שפירושו טעם לדבריה הראשונים, וממילא מוכח שבעינן לפי דבריה

יהי' טעם מספיק, והטור בסימן מ"ז כתב ואם נתנה אמתלא לדבריה שאמרה כן תח לה כדי שלא יקפצו עלי' אנשים שאינם מהוגנים וכיו"ב נאמנות יע"ש שינה מלשון הש"ס דאי' מעשה וקפצו עלי' ב"א מורה שהענין הי' שכבר קפצו עלי' בני אדם שאינם מהוגנים ויש רגלים לדבר, אבל הוא ז"ל כתב כדאי משמע שעדיין לא הי' שבאו בני אדם שאינם הגונים וא"כ לא ניכר אמתלא לב"ד מ"מ הוי אמתלא כיון שעכ"פ לפי דבריה הוי אמתלא חשובה:

ובס' שיטה מקובצת שם כתב בשם רשב"א וז"ל כשנתנה אמתלא לדבריה כלומר טענה הנכרת שהיא כדאי לסמוך עלי' יע"ש י"ל ג"כ כוונתו שניכר שהיא כדאי לפי טענתה לסמוך עליו וכן ראיתי בש"ות מוהר"י טראני חלק א' סימן קמ"ז דף קמ"ה בתשובת גאוני חכמי צפת זלה"ה נראה להדי' מרהיטת לשונם כמו שכתבתי שיהי' אמתלא חשובה לפי דברי האומר אמתלא ואין צריך שיהי' רגלים לדבר לב"ד שאומר אמת, ואולם מלשון רבינו המחבר בש"ע שהוסיף שם וכתב וז"ל ואם נתנה אמתלא לדברי' שאמרה כן מתחילה כדי שלא יקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים וראינו בדבריה ממש יע"ש הוסיף על לשון הטור וכתב הני שלשה תיבות, וראינו בדבריה ממש, משמע שסובר דבעינן שיהי' אמתלא הניכר לב"ד, וכמו כן לשון רא"ה בחידושיו שכתב וז"ל ואם נתנה אמתלא לדבריה כלומר בדברים הנכרים אצלינו אמת אע"פי שאין ידועין לנו יע"ש משמע ג"כ כמ"ש מחבר שיהי' ניכר אצלינו דהיינו רגלים לדבר וכמו כן ראיתי בשיטה מקובצת שם, שכתב בשם תלמידי רבינו יונה וז"ל פי' אמתלא טענה שנראה אמת כענין מעשה שהביא בסמוך יע"ש מורה להדי' דבעינן שיהי' נראה לנו ראי' לאמתלא כעין מעשה הנ"ל שמשמע שהי' ידוע שהי' מתחילה אנשים שאינם מהוגנים ואח"כ הגונים כי ראיתי בש"ות הריב"ש סימן קצ"ג שכתב שם וז"ל ולא דמי להא דאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנוי' אני ונתנה אמתלא לדבריה בשביל בני אדם שאינן מהוגנין שהיא אמתלא ראוי שדרך אשה צנוע לומר כן להציל עצמה מרננת רשעים וגם אנחנו ידענו באמתלא ההוא שיש ממש בדבריה, דומי' דההוא עובדא שקפצו עליה בני אדם, דלשון אמתלא משמע טענה הניכרת שהיא כדאי לסמוך עליה וכ"כ הרמב"ם בפ"ט מאישות עכ"ל הרי להדי' שהבין כפשוטו, ולענ"ד צ"ע בזה:

ו ונראה לענ"ד להביא ראי' לדברינו דכבר כתבתי מה דקשה לפי כוונה פשוטי', בהאי מעשה דאי' שם אם נתנה אמתלא לדבריה שלשון אם, אינו מן המובן כיון שכבר אמר לחכמים שאמרה אמתלא, ותו הקשו ז"ל בכוונת שמואל ששאל מרב מה"ת לא יועיל אמתלא בנדה כמו בכל איסורין ונראה דהנה בהא דנאמנת אשה לומר טמאה אני לך,

ראיתי מחלוקות בין אחרונים זלה"ה בש"ות פני יהושע חלק א"העז סימן א' וכן בס' שערי המלך בפ"ט מאישות הלכה ט"ו ובספר הפלאה הבינו שהוא מטעם נאמנות עד אחד באיסורין שהתורה האמינה לאשה כדאי' וספרה לה לעצמה אבל המעיין בש"ות מוהר"י מטראני חלק א' סימן צ"ב מוכח שהבין שהוא מטעם שווי' נפשה חתיכה דאיסורא ולא אתי' מקרא דספרה לה דמיירי רק לענין טהרה שנאמנת על ספירת שבעה נקיים משום נאמנות עד אחד באיסורין, ולולי דמסתפינא יש לומר בדרך פלפול נ"מ לדינא (לא ח"ו להורות אף לסניף בעלמא) אי נימא שהוא מטעם נאמנות שהתורה האמינתו לאשה כשני עדים והחיוב חל על הב"ד כשאומרת טמאה אני לך לכופה שתפרוש מבעלה כמו אילו הי' עדים בדבר שנמסר לבית דין ממילא אחר כך כשחוזרת מדבריה בעינן אמתלא הניכר לבית דין ורגלים לדבר שהאמת כמו אמתלא דכיון שהדבר ברור שהענין אמת כאילו הי' עדים ממילא בעינן אמתלא ברורה, כי כמו שברור לנו האיסור על ידי הגדתה דהוי כעדים כמו כן בעינן שיהי' ברור לנו ההיתר והיינו שיהי' רגלים לדבר לדברי האמתלא אבל אי נימא שאינה נאמנת מטעם ע"א נאמן באיסורין כשני עדים רק מטעם שווי' נפשה חתיכה דאיסורא וכפי מ"ש לעיל דעת כמה פוסקים לא נמסר לבית דין רק להזהירה שתצא ידי שמים, שפיר יש לומר אף אם אומרת אמתלא שלא ניכר לבית דין ולבעל שיש ממש בדבריה רק שלא ניכר להיפך כיון שעכ"פ לפי דבריה הוי אמתלא חשובה סגי כיון שאומרת שקים לה לגבי נפשה שיוצאת ידי שמים סגי, ודוקא אם הנאמנות מצד הגדת ע"א באיסורין דהוי כאילו הי' עדים בדבר והוי דבר ברור בעינן אמתלא ברורה כיון שאיסור ברור בעינן דבר הסותר לאיסור היתר ברור והיינו אמתלא הניכר' לבית דין, אבל אם הוא מטעם שווי' נפשה חד"א שאינו דבר ברור שאומרת אמת כאילו הי' עדים דהא בעדים החיוב חל על הב"ד לכוף לאפרושי מאיסורא ובכה"ג חל האיסור רק לצאת ידי שמים אפ"ל דסגי באמתלא אשר לפי דבריה יוצאת ידי שמים:

אבראי לפמ"ש לעיל בכלל ה בכמה דוכתי הוכח' דהוי כאנן סהדי כיון שאסרה ע"ע דבר המותר אטו בשופטני עסקינין שיעשה אדם דבר לחובתו אך לשיטת רמב"ם וסיעתו שהחיוב הוא רק לצאת ידי שמים א"א לומר דהוי כאנן סהדי וכן מאחרונים זלה"ה לא משמע כדברינו שם וכן ראיתי בס' בית מאיר בסימן ו' שהבין כן דשווי' נפשה חתיכה דאיסורא לא הוי נאמנת וודאי יע"ש:

ולפ"ז נבוא לפרש הסוגי' ונראה במעשה דאשה אחת כו' הנאמר שם הי' אמתלא שהי' ניכר לב"ד שהאמת ורגלים לדבר לדברי האמתלא שאומרת שכן הי' כוונתו שהי' ידוע כן שהי' אינם מהוגנים ואולם ר' אחא העלה הלכה זו לפני חכמים לידע הלכה למעשה

גם בעלמא אם בעינן שיהי' ניכר לב"ד או אפי' בעלמא אף שאין לב"ד רגלים לדברי אמתלא רק לפי דבריה הוי אמתלא חשובה מהני וחכמים רצו להורות לו דין ולכן דייקו בלשונם הקדוש אם נתנה אמתלא לדבריה ר"ל אף שלא יהי' נזכר לב"ד רק שנתנה אמתלא לדבריה סגי כי לשון אמתלא אין פירושו שיהי' ניכר לב"ד רק כמ"ש רש"י שהוא משל וטעם למה שאמרה תחילה כמו שהוכחתי לעיל מסוגי' דגיטין דף פ"ט דאל"כ הו"ל לש"ס לומר אם נתנה אמתלא הניכר' לב"ד מהני אע"כ כמ"ש אף שלא ניכר לב"ד רק לדבריה ר"ל במה שהיא לבדה נתנה אמתלא סגי ולפ"ז מוכח להיפך ממה שכתבתי לעיל דשם כתבתי דרש"י סובר דלא בעינן אמתלא הניכר' לב"ד ורמב"ם סובר דבעינן ניכר' לב"ד, וכן מצאתי בס' הפלאה שכתב ראי' לשיטת רמב"ם מלשון אם נתנה והבין שהכוונה שיהיה לה ראי' קצת שדבריה אמת, ולענ"ד אין הלשון הש"ס משמע כן דהול"ל אם נתנה אמתלא הניכר' לב"ד רק יש לומר רמב"ם וסיעתו פי' אם כפשוטו ולא כמ"ש רש"י שהוא בלשון הואיל ואדרבא דייקו בלשונם הקדוש כיון דר' אחאי העלה הלכה זו לפני חכמים ואם הי' משיבים הואיל הי' נצמח לנו טעות בדין והיינו מפרשים בכוונתם דוקא אמתלא כזו שניכרת לנו נאמנת אבל אמתלא חשובה לפי דבריה רק שלא ניכר' לנו לא מהני לכן השיבו בלשון אם להורות כל שנתנה אמתלא היינו טעם לדבריה אף שלא ניכר' לנו נאמנת וא"כ רש"י שפירש האי אם פירושו הואיל מוכח להיפך דוקא אמתלא כזו שיהי' ניכר' לנו מהני ולפ"ז א"ש שיטת פני יהושע שהבאתי בפרט ב' שעולה בשיטת רמב"ם וסיעתו ועל זה שייך שפיר ספיקא דשמואל באומרת טמאה אם יכולה לחזור באמתלא והיינו שהי' לה אמתלא אשר לא ניכר' לנו והי' מסופק בהא דנאמנת לומר טמאה אני אם הוא מטעם נאמנות ע"א באיסורין ובעינן אמתלא הניכר לנו שהוא אמת ולא דמי לתשובת חכמים באושא דסגי באמתלא אף שאין ניכר לב"ד או שהוא מטעם שווי' נפשה ח"דא וסגי באמתלא אף שאין ניכר' לנו, ועיין בתוס' ד"ה ואפי' כי אמתלא שאמרה אשת שמואל שלא הי' בה חילא משמע אף שלא הי' ניכר' לנו שכן הוא רק היא ידעה בנפשה וי"ל כעין זה הי' אבעי' דשמואל וע"ז שפיר משיב אף בזו אם נתנה אמתלא לדבריה ר"ל שאין צריך שיהי' רגלים לדבר לאמתלא רק אם הוא אמתלא חשובה לפי דבריה סגי כי נאמנת אשה לטמאה א"ע לבעלה הוא רק מטעם שווי' נפשה ח"דא, כי אי אפשר לומר שהוא מטעם נאמנות ע"א כיון דקיי"ל במס' נדה דף ט"ו ע"א דכל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן ואין עד אחד נאמן נגד חזקה לשיטת כמה פוסקים בי"ד סי' קכ"ז והא דנאמנת בספירת שבעה נקיים כתבו תוס' בגיטין דף ב' ע"ב בד"ה עד אחד ובחידושי רשב"א ובמוהרש"א שם ובמוהרי"ק סימן ע"ב שאינו נגד חזקה ובע"כ

שהוא מטעם שווי' נפשה ח"דא וכיון שהוא לגבי נפשה מהני אפי' נגד חזקה, ולכן לא בעינן אמתלא שיהי' ניכר לב"ד ולבעל וא"ש:

ז ובדרך פלפול יש לומר דשמואל לשיטתו שפיר קמבעי' לרב דהנה אי' במס' נדה דף ט"ו ע"א דר' נחמן בר יצחק הבין דרב סובר ווסתות דרבנן ושמואל סבר ווסתות דאורייתא דאיכא חזקה אורח בזמנו בא ומבואר בתוס' ד"ה ור' נחמן דהלכה כר' נחמן בזה, וא"כ לכאורה קשה לשיטת הפוסקים דאין עד אחד נאמן נגד חזקה הא כמו דמוכח מקרא דוספרה לה דעד אחד נאמן באיסורין בספק השקול כמ"ש תוס' במס' גיטין שם מאותו קרא מוכח דנאמן אפילו נגד חזקה, דהא אפילו אם הגיע ווסתה אם אמרה שבדקה א"ע ומצאה טהורה נאמנת ואף דאיכא חזקה אורח בזמנו בא, ואם בא אין בידה עכשיו לטבול, וא"כ י"ל שמואל לשיטתו ע"כ סובר עד אחד נאמן נגד חזקה ממילא יש לומר הא דנאמנת לומר טמאה אני שלא בשעת ווסתה הוא מטעם נאמנות עד אחד אף שהוא נגד חזקה נאמנת כמו שנאמנת לומר טהורה אני בשעת ווסתה לכן מסופק אם מהני אמתלא כזו שלא ניכר' לנו שהאמתלא אמת, אבל רב לשיטתו סובר ווסתות דרבנן לא מוכח שע"א נאמן נגד חזקה כי מה דנאמנת לומר טהורה אני בעת ווסתה אינו נגד חזקה ונשאר על סברא חיצונה שאינ' נאמנת ובע"כ הא דנאמנת שלא בשעת ווסתה לומר טמאה אני הוא מטעם שווי' נפשה חתיכה דאיסורא וממילא מהני אמתלא אף שאינ' ניכר' לב"ד, אבל שוב ראיתי שז"א לפמ"ש רש"י בריש מס' גיטין וביבמות דפ"ח וביארו דעתו הר"ן ונ"י וכן קיי"ל בי"ד סי' קכ"ז סעיף ג' דהא דאין עד אחד נאמן נגד חזקה דוקא בשאתחזק איסורא בחדא חתיכה אבל בחתיכה ממני חתיכות נאמן אף דאיקבע איסורא נאמן לברר ה"ה היכי ששני חזקות סותרות זו את זו אף אי נימא דלא מסלקינן החזקות כמאן דליתנהו דמי ונשאר ספק השקול מ"מ נאמן ע"א לברר איזה חזקה אמת וכיון שיש לאשה חזקת טהרה י"ל לכן נאמנת בשעת ווסתה לברר איזה חזקה אמת אי חזקת טהרה או חזקה אורח בזמנו בא ומכ"ש אי נימא דמסלקינן החזקות נשאר ספק שקול דנאמן ע"א ולפ"ז מוכח כדברי תוס' במס' גיטין שם כפי הכוונה פשוטי' דנידה לא הוי דבר שבערוה דאי נימא כמ"ש בש"ות מעיל צדקה דנדה הוי דבר שבערוה קשה אמאי נאמנת למ"ד ווסתות דאורייתא אפי' כשהגיע זמן ווסתה לומר טהורה אני לפי מה שכתבתי בכלל ע"א בדבר שבערוה דעת כמה פוסקים מגדולי ראשונים זלה"ה שאין ע"א קם בדבר שבערוה אפי' בספק השקול כמו בממון דאין ע"א קם בממון אפילו בדבר שאין שניהם מוחזקים ודבר זה יבואר באי"ה בכללי עד אחד, מיהו בלאו דברינו הלז מ"מ יש לומר בפשיטות כש"ל שהי' מסופק מאיזה טעם נאמנת לומר טמאה אי מטעם שווי' נפשה

ח"דא או מטעם נאמנות, שוב ראיתי לבעל קצ"החּ ובס' חוות דעת שכתבו לפי דרכם פלפול בזה אי נאמנת האשה הוא מטעם שווי' כו' אף לא דרכם דרכי בפירוש הסוגי' כי הם כתבו פירוש אחר בסוגי' והמעיין יבין ההפרש, והנלענ"ד כתבתי:

ח מיהו כל זה כתבתי רק כנושא ונותן בהלכה כי ממשמעת לשון הפוסקים מורה שבעינן אמתלא הניכר' לב"ד שכן הוא, וגם בהאי כללא שכתבתי בשם הראשונים זלה"ה היכי דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אין הב"ד כופין רק לצאת ידי שמים אני חוכך מאד אם הוא בכל מקום כי מלשון הפוסקים בי"ד סימן א' ובכמה דוכתי לא משמע כן, וגם לפי הטעמים שכתבתי בכלל ה' משמע דהוי כעדים וכדבר ברור לכן דבר זה צ"ע גדול, ואולם קשה לי על מ"ש מחבר בי"ד סימן א' סעיף י"ג בטבח שעשה סימן בראש הכבש שהי' טריפה, ואומר שהי' טריפה ואח"כ אמר שכשר הי' ולא אמר כן אלא כדי שלא יקחו אותו וישאר לו ליקח כשר כיון שנתן אמתלא לדבריו נאמן דהו"ל לבאר כמ"ש בא"העז סימן מ"ז דבעינן אמתלא שיהי' ניכר לב"ד שאומר אמת, ואולי יש לומר דסובר המחבר דוקא בדבר שבערוה החמירו אבל קשה מנלן לומר כן ועיין בש"ך שם ס"ק ג' שכתב וז"ל כמו שנתבאר בא"העז סימן קנ"ג ועיין בחושן משפט סימן פ' עכ"ל, ובא"העז שם סעיף ו' אי' שם דין דאמתלא רק בדעת י"א ויותר הו"ל להביא מ"ש בסימן מ"ז, וכפי הנראה סמך המחבר על מ"ש בא"העז שבעינן רגלים לדבר לדברי האמתלא:

ט ודע דיש להסתפק לשיטת הרמב"ם וסיעתו כפי הבנת המפורשים ראשונים זלה"ה בדבריו דבעינן שיהי' אמתלא הניכר לב"ד היכי שאמרה אשת איש אני ואח"כ חזרה ואמרה פנוי' אני אי גם באשה שאמרה לבעלה טמאה אני ואח"כ אמרה טהורה אני בעינן אמתלא הניכר' לנו דהיינו ע"י עדים וכיו"ב, או דסגי כשניכר' לבעל כיון דהוא ענין הנוגע לעצמו סגי כשיוודע לו ראי' לדבריה ולכאורה משמע כן דרחוק למצוא באשה נדה אמתלא שיהי' ניכר וראי' לדבריה כי אם על פי הבעל שיודע וכן משמע מלשון רמ"א בי"ד סימן קפ"ה להמעיין. שם ולפי זה הי' אפשר לומר אפי' לפי מה שצדדתי לעיל דלא בעינן אמתלא הניכר' לב"ד וה"ה דלא בעינן אמתלא הניכר' לבעל היינו היכי שאין הבעל מאמין לדברי אשתו שאמרה טמאה אני לך ולא אסרה על עצמו משעה שאמרה לו דהאיסור דרמי' עלי' הוא רק משום דשווי' נפשה חתיכה דאיסורא אסור לבעל לשמש עמה כי לא הוי הפקעת שעבוד כיון שהוא רק לזמן סגי באמתלא שאינו ניכר' לנו ולבעל רק ניכר' לה כיון שלפי דבריה הוי אמתלא כיון שהאיסור הוא משום לתא דידה סגי כשהיא אומרת בברי שיודעת האמת שמותרת משא"כ היכי שהבעל מאמין לדבריה ואסרה על עצמו כשאמרה טמאה אני לך ע"י שפרסה נדה דבכה"ג שווי' נפשה חתיכה דאיסורא

כדמוכח במס' קדושין דף ס"ו ע"א דהיכי דמאמין להעד שווי' נפשיה ח"דא וה"ה וחל האיסור עליו מצד עצמו צריכה אח"כ לומר טענה ואמתלא שיהי' ניכר' גם לבעל כדי שיוכל לצאת ידי שמים, וי"ל שכן הי' המעשה בשמואל שהי' מאמין לאשתו ולכן לא עביד שמואל עובדא בנפשי' כיון שהאמינה מתחיל' חל האיסור עליו ובעינן אמתלא הניכר' לבעל וכפי מ"ש תוס' לא הי' ניכר' האמתלא לשמואל ולאחר העיון ראיתי בש"ות מוהרי"ט ספר ב' סימן א' בחלק א"העז דף ל"ד ע"ד בסופו ראי' לדברינו היכי שבעל מאמין לאשה אין יכול לסמוך על אמתלא שלה כי אם כשיש לו ראי' שהאמת כדבריה באמתלא שאומרת וצ"ע בכל זה לדינא כי ענינים אלו המה כהררי' התלוי' בשערה:

פרט ד

יבואר היכי דעשה מעשה המורה לאיסור ל"מ אמתלא לחזור:

י בטור יורה דיעה סימן קפ"ה כתב וז"ל כתב הרמב"ן הוחזקה נדה בשכונתיה ואח"כ אמרה טהורה אני אפי' נתנה אמתלא לדבריה כו' אינה נאמנת ע"כ ר"ל כיון שראינו לובשת בגדי נדותה הוי כאילו ראינו שראתה דאז אינה נאמנת לומר לא ראיתי ותימא הוא וכי עדיף הוחזקה נדה בשכנותיה מבשאומרת בפירוש טמאה אני שנאמנת שוב לומר טהורה אני ע"י אמתלא ע"ש וכתב בית יוסף שבעיקר קו' הטור כבר הרגיש רשב"א בתה"הא ותי' משום בושה או אונס מיקרי ואמרה טמאה אבי אבל לעשות מעשה כולי האי ללבוש בגדי נדות אינה לובשת וכן קיי"ל בש"ע יו"ד סימן קפ"ד ס"ג ועיין בטו"ז ס"ק ב' וש"ך ס"ק ה' א"כ מוכח היכי דנעשה מעשה ל"מ אמתלא ובש"ות מוהר"י מטראני ז"ל ספר ב' סימן א' דף ל"ה ע"א חלק א"העז הביא ראי' לסברא הלז מהא דתנן במס' כתובת דף ק"ט ע"א העורר על השדה והוא חתום עליו בעד דסוברים חכמים דאיבד את זכותו ובמס' ב"ב דף למ"ד ע"ב בההוא דא"ל אית לי סהדי דאתית אמלכי בך כו' אמרינן דמצי לומר השני נח לי והראשון קשה הימנו ומסיק אפילו תימא רבנן דיבורא עביד אינש דמיקרי ואמר מעשה לא עביד אע"ג דטעמא דשני נח לי טעמא רבה הוא והוי אמתלא, מ"מ מש"ה לא הוי לי' למיעבד מעשה ולמיחתם יע"ש ועיין מ"ש בש"ות נודע ביהודא חלק א"העז במהדורא קמא סימן י"א:

ולענ"ד יש להביא ראי' מסוגי' הש"ס במקומו לשיטת רשב"א ורמב"ן דהנה כתבתי בפרט ד' מה דקשה על לשון הש"ס שם במעשה שהי' ואמרו אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת שלשון אם אינו מדוייק דהא ר' אחא סיפר להם שאמרה האמתלא והו"ל לומר הואיל או שהו"ל לקצר בלשון ולומר נאמנת וגם אינו מדויק לשון לדבריה שהוא מיותר, ונראה דהנה אי' בש"ע א"העז סימן כ"א סעיף ב' לא תלכנה בנות ישראל פרועת ראש בשוק

אחד פנוי' ואחד אשת איש וכתב ב"ש בס"ק ה' היינו אלמנה או גרושה אבל בתולה מותר, וכן אי' בש"ע א"ח סימן ע"ה סעיף ב' בתולות שדרכן לילך פרועת ראש מותר ואף שמגן אברהם בס"ק ב' תמה ע"ז ממה דאי' בש"ע א"העז הנ"ל ולא ניחא לי' בחילוק שחילק הבית שמואל (ותמהני על הב"ש שלא הביא דבריו) וכתב היכי דסותרת קליעת שערן אסור אף בפנוי' מ"מ מודה היכי שאינה סותרת מותר ובאשת איש אסור ועיין ש"ות שבות יעקב חלק א' סימן ק"ג, והנה במה דאי' בש"ס שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנוי' אני בלשון פנוי' יש לפרש או שאמרה בתולה אני או שאמרה גרושה או אלמנה אני ובמתני' מאמרה אשת איש הייתי לשון הייתי מורה שאח"כ איננה יכולה לפורשה גרושה אבל היכי שאמרה אשת איש אני מורה שעדיין היא א"א כשאמרה אח"כ פנוי' אני בע"כ הוי חזרה ויש לומר ב' פירושים בחזרתה ובעינן אמתלא לדבריה הראשונים, ובזמן הש"ס הי' המנהג שבתולות הי' הולכים בפרועת ראש כדאי' בדף ט"ו ע"ב במס' כתובת, והי' ניכר בין בתולה לנשואה, ואפשר הי' עוד סימן במלבושים שהיו ניכר בין בתולה לא"א ומעתה אם עשתה מעשה והולכת כדרך הנשואה לא מהני אמתלא, ואולם ה"מ כשאמרה פנוי' אני שעדיין היא בתולה ל"מ אמתלא כיון שעשתה מעשה לכסות ראשה, אבל אם כוונתה במאמר פנוי' אני היינו אלמנה או גרושה והיא ג"כ הולכת בכיסוי ראש כנשואה לא הוי מעשה ונגד דיבורא בעלמא מהני אמתלא וכבר נתבאר במג"א וב"ש שלשון פנוי' כולל בתולה או אלמנה וגרושה, וא"כ א"ש כשאמרה פנוי' אני אינה נאמנת אי' אח"כ בברייתא אם נתנה אמתלא לדבריה לדבריה דייקא שהי' דיבור גרידא ולא מעשה מהני אמתלא וכן מובן לשון רבה בר ר' הונא כגון שנתנה אמתלא לדבריה דמיירי באופן שלא עשתה מעשה והי' רק דיבורא בעלמא ואח"כ הביא מעשה באשה כו' וזו הלכה וכו' ולא הי' יודעים חכמים אי הוי מעשה או דיבורא בעלמא ולכן אמרו אם נתנה אמתלא לדבריה דייקא ובזה מובן אח"כ דברי שמואל ששייל לרב באמרה טמאה אני לך אם יכולה לחזור ע"י אמתלא אבל לא הי' אומר לו אם לבשה בגדי נדות ג"כ לכן השיב אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת לדבריה דייקא ולא מעשה וא"ש ומדוייק היטב שוב מצאתי בספר שאלתות דרב אחאי גאון בשאילת שלום להרב הגאון אמיתי מוהר"ר ישעי' ברלין ז"ל בדף נ' ע"ב בס"ק ק"ח שכתב קצת כדברינו בדיוק לשון לדבריה והנאני שכוונתי לדעת הגדול, ודומה לסברא זו דלא מהני אמתלא היכי דעשה מעשה כתב בתשובת הר"אש כלל ס"ה הובא בש"ך ח"מ סימן פ"א ס"ק מ"ה שכתב כיון דאיכא כתב ידו לא אמרינן אדם עשוי שלא להשביע את בניו דלא אשכחן הכי אלא בדיבור בעלמא כגון מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני ושכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי,

אבל היכי שכתב ידו או אחד כתב והוא חתם בחתימת ידו ניכרת ומתקיימת כולי האי לא עביד שלא להשביע את בניו ובש"ך פי' אפי' שכת"י הוא תחת ידו ואף שטענת שלא להשביע הוא אמתלא משמע שנגד מעשה לא מהני אמתלא, מיהו יש לדחות בפשיטות להמעיין שם, ובש"ע חושן משפט סימן פ' סעיף ב' כתב יש אומרים שלאחר שכתב טענתו בשטר אין יכול לחזור ולטעון ואפי' בנותן אמתלא ולכאורה משמע שמיירי שהוא בעצמו כותב יש עושה מעשה לכן אין יכול לחזור כ"כ בסמ"ע ס"ק יו"ד דכל דכתב ודאי מידק דייק בטענתו אך הרמ"א כתב ויש אומרים דהב"ד יכתבו הטענות כדי שלא יוכל לחזור ולטעון, מורה אף שהוא בעצמו לא עשה מעשה רק שנעשה מעשה על ידו אין יכול לחזור אפי' ע"י אמתלא ואפשר מ"ש הש"ך בי"ד סימן א' סע"ק מ' לעיין מ"ש בח"מ סימן פ' כוונתו למה שמוכח משם דהיכי דעושה מעשה ל"מ אמתלא כי אח"כ רמז לעיין מ"ש בסי' קכ"ו ששם הקשה קו' זו מלבישת בגדי נדה שכתבו דל"מ אמתלא, ובישוב הקו' עיין בטו"ז וש"ך:

יא ואולם בטורי זהב סימן קפ"ה סק"ב כתב לתרץ קו' הטור באופן אחר בשם רבינו הגדול מהר"ל מפראג זצ"ל דלכן הוחזקה נדה בשכונתי' ל"מ אמתלא דלא כ"ע ידעי מן אמתלא משא"כ באומרת לבעלה טמאה אני לך אפשר שסמכה עצמה שתאמר אח"כ אמתלא וכתב בטו"ז על זה ולמדתי עוד מזה דאפילו באומרת יש חילוק דאם אמרה בפני רבים שהיא טמאה לא מהני אח"כ אמתלא ע"כ כתבו הפוסקים אמרה לבעלה טמאה אני דאין הדין כן אלא באמרה לבעלה לחוד ע"ש והתמי' מבוארת מסוגי' דכתובת שם דאיתי במעשה שקפצו עליה בני אדם לקדשה ואמרה מקודשת אני ולאח"כ חזרה מהני אמתלא אף שאמרה כן בפני רבים, וכבר קדמני בזה כבוד אאמ"ו הגאון כרו יאיר בש"ות שמן רקח ח"א סימן מ"ג, ובס' חוות דעת סימן קפ"ה סע"ק ה' ונראה לי להצדיק דברי הטו"ז דעיקר טעם של הטו"ז הוא דאיך סמכה על מה שאמרה בפני רבים כי מי יפרסם אח"כ האמתלא וכשיראו השכנים שאינה מחזקת עצמה בנדה עם בעלה ותשאר אצלם בחשדא ואף אי תאמר להם אולי לא יקובל האמתלא אצלם כי לא כל הדיעות שווית ותהי' מוחזקת אצלם לעבריינית ואנן סהדי שאין אדם חפץ להיות מוחזק ברשע אצל העולם דמהאי טעמא כתבו הראשונים זלה"ה שאין אומרים מגו היכי שיצטרך לטעון טענה שעבר עבירה, שאין אדם חפץ להשים עצמו רשע משא"כ באשה שאמרה מקודשת אני כיון שאם תרצה אח"כ להנשא תצטרך לבואה בפני ב"ד ומילתא דנעשה באפי תלתא אי' לי' קלא כדאי' בהרבה דוכתי וידעו כ"ע האמתלא וגם לא יחשדו העולם כיון שב"ד יאמינו לדברי האמתלא לא יהרהרו העולם אחר פסק דין היוצא מב"ד ובודאי יאמרו

שב"ד דקו היטב במה שהורו שמותרת סומכת האשה על זה שתוכל אח"כ להפקיע א"ע מחשדא ודוקא באשה נדה דאח"כ כשתרצה לומר טהורה אני לא באתה לב"ד ואף אם תבוא לחכם כיון דחכם אחד מורה בדיני נדה לא יתפרסם לכ"ע משא"כ בדבר שבערוה ועיין ברמ"א סימן י"ז סעיף ל"ט דצריך ב"ד (ועיין בח"מח סע"ק ע"ח וב"ש סע"ק קכ"ד) כיון שצריך שלשה מילתא שנעשה באפייהו אי' לי' קלא וכמו שהאיסור הי' מפורסם יתפרסם ההיתר וידעו שב"ד הורו להתיר סומכת על זה לאמור אף בפני רבים ומדוייק הש"ס אמרו לה חכמים מה ראית לעשות כן, מורה שהיו הרבה חכמים כי להתיר דבר שבערוה צריך ב"ד וא"ש כנלענ"ד ובגוף דברי הטור הנ"ל האריך מאד בספר באר שבע בש"ות שבסוף הספר דף צ' באריכות גדול ודבריו נכונים ועיין בס' סדרי טהרה ואין כאן מקומו:

פרט ה

יבואר דין אשה שאמרה בפני בית דין אשת איש אני אם יכולה לחזור לאחר כדי דיבור ע"י אמתלא וגם יבואר אב שאמר קדשתי את בתי אם יכול לחזור ע"י אמתלא:

יב בספר הפלאה בקונטרס אחרון לקדושין סימן מ"ז כתב וז"ל בסוגי' דכתובת איתא הטעם משום דשוויתה לנפשה חתיכה דאיסורא, משמע לכאורה דדוקא כשאמרה היא בעצמה נתקדשתי, אבל האב שאמר קדשתי את בתי דלא שייך שוי' נפשי' ח"דא יוכל לחזור בו אבל באמת ז"א דכל מקום שעד אחד נאמן אין יכול לחזור כדאי' ביו"ד סימן א' סעיף י"ג וכן משמע מהא דדריש שם מקרא את בתי נתתי לאיש אסרה הזה התירה דגבי אב בעינן נמי תוך כדי דיבור דוקא, ולכאורה הי' נראה דגבי אב כיון דהימנה רחמנא כמו עדים דינו כעדים שהעידו בבית דין שאינם יכולין לחזור ולהגיד אפילו כשנתנו אמתלא כדאיתא בח"מ סי' כ"ט, אך נראה העיקר בזה כמ"ש בחידושי בסוגי' שם דעיקר החילוק הוא אם העידו בב"ד בתורת עדות לא מהני אמתלא, והכא מיירי שלא העידו בב"ד בזה אין איסורא אלא משום שווי' נפשה ח"דא ולהכי מהני אמתלא וצ"ע בזה שלא חילקו הפוסקים עכ"ד, ובחידושיו לכתובת בקו' הש"ס שם והא שויתה נפשה ח"דא כתב דיש לדקדק דאפילו בלא הך סברא דשווי' נפשה כו' תיפוק לי' כיון דנאמנת לומר אשת איש אני הואיל ובידה לקדש את עצמה הוי לי' כעד אחד שאומר נתנסך יינך או טבח שאמר על בהמה שהיא טריפה דאינו נאמן שוב לחזור מדבריו ולומר שקר העדתי כדאי' ביו"ד סימן א' וסי' קכ"ז א"כ ה"נ כיון שאמרה אשת אים אני הרי היא כעד אחד ונאמן באיסורן היאך יכולה לחזור בה וצ"ל בדוחק דעדיפא מינ' קמקשה, מיהו צריך להבין למה מועיל כאן אמתלא, ובעדים קיי"ל בח"מ סימן כ"ט דאפילו נתנו אמתלא

וטעם לדבריהם אינם נאמנים לחזור וכן איתא לעיל בעדים שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות כו' משמע דאפילו נתנו אמתלא לדבריהם אין נאמנים אלא כשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר דנאמנים במגו דאי בעו שתקו וצריך לחלק בין כשהעידו לפני ב"ד אין יכולים לחזור אפי' באמתלא ובין עד אחד שאמר שלא בפני ב"ד אע"ג דנאמן יכול לחזור על פי אמתלא יע"ש:

ומכאן נתחדש דין הנ"ל היכי שאמרה אשה בפני ב"ד שהיא א"א כיון שיש לה שם עד שנאמנת מטעם שבידה לקדשה לא מהני אמתלא דבעד שהעיד לפני ב"ד אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אפילו ע"י אמתלא ולענ"ד נראה דאין לאשה הלז דין עד אחד כיון דקיי"ל אין דבר שבערוה פחות משנים ולדעת הר"ן במס' גיטין דף ס"ג ע"ב וסיעתו אפי' בדבר דלא אתחזק איסורא או התירא לא קם ואפי' לחולקים מודו שלא קם נגד חזקה אפי' למ"ד דקם באיסורין נגד חזקה, והכא אומרת האשה נגד חזקת פנוי' ול"ד לטבח ויין אף שבהמה יש לה חזקת היתר משנשחטה וכן היין וכמה פוסקים סוברים שאפילו באיסורין לא קם נגד חזקה הטעם משום דהוי בידו או שהיה בידו כדאי' בגיטין דף נ"ד ע"ב, ומבואר בש"ך בסי' קכ"ז סק"א שכתבו הראשונים זלה"ה הטעם לשיטת רש"י משום מגו ולהר"אש כיון שנתנו בידו לשמרו הוי כבעליו משא"כ הכא לא שייך הטעם דבעליו, וגם לא שייך טעמא דמגו דבידה לקדשה דלא דמי לבעל שאמר גרשתי את אשתי למ"ד במס' ב"ב דף קל"ד דנאמן משום דבידו לגרשה בעל כרחה ואף דצריך עדים כתבתי בכלל נאמנות בעל דבר כיון שאין צריך רק הדיוטות שכיחי ועיין במס' שבת דף מ"ו ע"ב ומה דהקשה משנה למלך בפ"ד מבכורות ה"א מסוגי' דמס' קידושין דף ס"ב ישבתי במקום אחר וע"ע במשנה למלך בפ"ג מיבום הלכה א' משא"כ הכא בקידושין כיון שצריכה דעת האיש לא הוי בידה כמ"ש בתוס' ישנים דף כ"ב שם בד"ה מניין וז"ל תימא מה צריך קרא דנאמן תיפוק לי' דנאמן הואיל ובידו לקדשה כדאי' ביש נוחלין בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה וי"ל דהכא אין בידו כל כך דשמא לא ימצא אדם שיקדשנה להכי איצטריך קרא יע"ש ועיין במס' קידושין דף פ"ד ע"א ובס' קרבן העדה שם ולכן אינה נאמנת מצד שעד אחד נאמן בדבר שבערוה היכי שהוא בידו רק מטעם שווי' נפשה ח"דא ושפיר מקשה הש"ס והא שווי' נפשה ח"דא ולק"מ בפשיטות קו' הגאון זלה"ה ואכתי הי' מקום לומר כיון דגלי תורה שאב נאמן לאסור את בתו כשאמר קדשתי לפלוני היכי שהיא עדיין קטנה או נערה שבידו לקדשה וילפינן מקרא דאת בתי נתתי לאיש כדאי' שם, יש לומר לכן אמרה תורה שנאמן כיון שבידו לקדשה ומ"מ לא קשה כקו' הש"ס שם למה לי קרא סברא הוא כמ"ש תוס' כיון שאין

הסברא פשוט כל כך כיון דיש מקום לומר דלא הוי בידו אולי לא ימצא מי שיקדשנה וכיו"ב כתבו תוס' במס' שבועות דף כ"ב ע"ב ד"ה אבע"א וקמ"ל הקר' דזה הוי בידו דמן הסתם ימצא בכל העולם אחד מי שיקדשנו' וכיון וכיון דדרשינן טעמא דקרא דגלי תורה דזה הוי בידו ה"ה באשה עצמה שאמר' נתקדשתי ג"כ נאמנת מתורת עדות דמיקרי דבר שבידה ואף דלא קיי"ל כר' שמעון דדריש טעמא דקרא י"ל בכה"ג דרשינן כיון שאין סותר משמעות הקרא וכמ"ש תוס' במס' סוטה דף י"ד ע"א בד"ה ברי כן הי' נראה ללמד זכות על הגאון זלה"ה שיהי' דבריו נכונים ואולם מלבד דנראה להמעיין במס' קדושין דף ס"ד שאב נאמן מצד גז"הכ ולא מטעם שבידו לקדשה אף גם מוכח להיפך שבע"כ כשאמרה בפני ב"ד נתקדשתי אין לה דין עד אחד רק מטעם שווי' נפשה ח"דא דאי' שם בדף ס"ג ע"ב אבעי' להו באב שאמר קדשתי את בתי מהו לסקול על ידו אם זינתה אח"כ רבא אמר אין סוקלין משום לקטלא לא הימנה רחמנא לאב ר' אסי אמר סוקלין לכולה מילתי' הימנה רחמנא לאב אמר רב אסי ומודינא שאם אומרת נתקדשתי אין סוקלין כו' לאב הימנה רחמנא לדידה לא הימנה וכתב רש"י בד"ה לדיד' ולענין איסורא טעמא אחרינא משום דשויתה לנפשה ח"דא יע"ש משמע להדי' אפי' באמרה בפני ב"ד נתקדשתי אינה נאמנת מצד עדות כמו אב דאל"כ הו"ל לפרש ולומר גווני שסוקלין ובע"כ משום דאין לה נאמנות כלל מטעם נאמנות עדות רק מטעם שווי' נפשה חתיכה דאיסורא, וחידוש הוא שחידשה תורה שיהי' האב נאמן ולא דרשינן טעמא דקרא ולכן סתמו הפוסקים כי אפי' אמרה בפני ב"ד א"א אני יכולה לחזור אפי' לאחר כדי דיבור כשיש לה אמתלא לדבריה, כן נלע"ד לולי דבריו ז"ל:

יג אמנם עדיין יש לנו לברר הדברים כי מ"מ דבר גדול דיבר שנ"מ טובא לדינא בעד דעלמא אי יכול לחזור ע"י אמתלא וגם ראוי לברר דין זה היכי שאב אומר קדשתי את בתי בפני ב"ד אי יכול לחזור כשנותן אמתלא לדבריו, ואולם כבר קדמו בזה בש"ות מוהריב"ל כלל ו' סימן מ"א שכתב וז"ל כתוב בתשובת חכמי פרובנצייי', במעשה שהי' על איש אחד שהוציא קול שקידש את בתו בעודה קטנה ונשבע שקדשה לפלוני בן פלוני ואח"כ עמדה זאת האשה ונשאת לאחר, וכשאלו לחכמי פרובנצייא וצרפית וקצת מהם הי' אומרים לחלק דוקא באשה אמרו אם נתנה אמתלא לדברי' נאמנת אבל לא באב משום דאי' בקידושין דף ס"ג ע"ב לאב הימנה רחמנא לדידה לא הימנה רחמנא וכיון דהאמינה רחמנא לאב בבתו כשני עדים לא מהני אמתלא לחזור כמו בעדים דאמרינן כיון שהגידו שוב אינם חוזרים ומגידים אפי' כשנותנים אמתלא רק היא שאינה נאמנת רק משום דשוי' נפשה ח"דא מהני אמתלא יע"ש:

ובע"כ מיירי שהוציא קול בב"ד דבחוץ לב"ד אפי' עדים חוזרים ומגידים:
יד ונתתי אל לבי לעיין בשיטת שאר פוסקים אי אית להו האי כללא שכיילו חכמי פרובנצייא, וראיתי שהדבר צריך עיון גדול לדינא כי רבו החולקים ע"ז רבינו בית יוסף ביו"ד סימן א' כתב בשם תשובת תשב"ץ וכן יסד להלכה שם סעיף י"ג וז"ל טבח שעשה סימן בראש הכבש השחוט שיהי' נראה שהוא טריפה וגם הי' אומר שהוא טריפה ואח"כ אמר שכשר הי' ולא אמר אלא כדי שלא יקחו אותו וישאר לו ליקח ממנו כשר כיון שנותן אמתלא לדבריו יע"ש:
ומבואר בבית יוסף שם שכתב הטעם כהאי דכתובות דכ"ב דקפצו עליה אנשים שאינם מהוגנים ואף שטורי זהב שם בס"ק כ"ג הניח דין זה בצ"ע הטעם משום דעשה מעשה, אבל אם הי' רק אמירה בעלמא מודו כ"ע דיכול לחזור ע"י אמתלא ועיין בש"ך סי' קכ"ז ס"ק י"ט ובסי' קפ"ה טו"ז ס"ק ב' וש"ך ס"ק ה' וגם משמע להדי' להמעיין שם לכל הפוסקים אפילו באמירה לבד בעי אמתלא רק דמחבר קמ"ל רבותא אפי' במעשה מהני אמתלא וכיון שסתמו דבריהם משמע דאיירי בכל גווני הן כשאומר חוץ לב"ד דע"א באיסורין היכי שנאמן אין צריך להעיד בפני ב"ד, והן אם אמר כן בפני ב"ד ג"כ יכול לחזור באמתלא ומוכח דחולקים על סברת הגאונים זלה"ה שסוברים דוקא היכי דהאיסור הוא משום שווי' נפשה ח"דא מהני חזרה ע"י אמתלא אבל היכי שנאמן מטעם נאמנות עד אחד כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אפי' ע"י אמתלא והא בהאי דטבח נאמן מטעם באמנות עד אחד באיסורין בדבר שהי' בידו ומ"מ יכול לחזור ע"י אמתלא:
טו אבראי לאחר העיון ראיתי שיש לעיין טובא בהאי דינא דטבח ונברר מקור הדברים בהאי כללא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, רבינו בית יוסף בטור חושן משפט סימן כ"ט הביא לשון תוספתא בסנהדרין וירושלמי בפרק ב' דכתובת וז"ל וכן העדים שהעידו בין לטמא ובין לטהר בין לרחק ובין לקרב בין לאיסור ובין להיתר בין לפטור ובין לחיוב עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו הרי אלו נאמנים משנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו אינם נאמנים עכ"ל וכן אי' בכמה דוכתי בש"ס כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכתב בטוש"ע שם סעיף א' אפילו כשנתנו אמתלא לדבריהם לא יכולין לחזור ולהגיד אחר כדי דיבור וראייתם מסוגי' דסנהדרין דרין דף מ"ד ע"ב ורבינו הטור כתב וז"ל אחר שנחקר עדותן בב"ד אין יכול העד לחזור בו ולומר דבר שסותר עדותו יע"ש וביאר הבית יוסף דלשון נחקר לאו דוקא כי בדיני ממונות דבטלו דרישה וחקירה העלה הר"ן בתשובה סימן ל"ד כיון שנגמר עדות בב"ד ואין צריכין עוד לדבריו אינו יכול לחזור ולהגיד דבר שסותר עדותו ולכן דק בשולחנו הטהור וכתב בסעיף א' אחר שהעיד העד

בב"ד אין יכול לחזור וכמ"ש בסמ"ע שם ס"ק א', והר"ן בתשובה סימן מ"ז כתב שם וז"ל תחילה אני דן על מה שאמר העד הראשון חוץ לב"ד מהיא זקוקה ליבם אם יש לסמוך עליו במה שהעיד בב"ד ששמע זה זמן רב שמת מי אמרינן כיון דבעדות אשה אין צריך שיעיד העד בב"ד וכי היכי דבעדות שנתקבל לפני ב"ד אמרינן כיון שהגיד שוב אינן חוזר ומגיד ה"נ בעדות זה כיון שהגיד חוץ לב"ד שוב אינו חוזר ומגיד אפי' בב"ד או דלמא אפ"ה כל שלא העיד בב"ד חוזר ומגיד בב"ד אע"פי שמכחיש דבריו הראשונים לפי שאין אדם מדקדק במה שאמר חוץ לב"ד ומסתברא דהכי הוא קושטא דמילתא שאפי' בעדות אשה אפי' שהגיד חוץ לב"ד חוזר ומגיד בב"ד אע"פי שמכחיש דבריו הראשונים ויש ראי' לזה מאותה ששנינו העדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לרחק בין לקרב בין לאיסור בין להיתר בין לזכות בין לחיוב אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו הרי אלו נאמנים אם משנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו אין נאמנים הרי שכללו כאן כל מיני עדיות אפילו אותן שאין צריכין שיהי' נעשין בפני ב"ד שהרי שנינו בין לאיסור בין להיתר, ואפ"ה אמרינן שאע"פי שהעידו בב"ד כל שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו היינו לפי שאין העדים מעידים עד שעת גמר עדותן בב"ד וזו ראי' שאין עליה תשובה עכ"ל והמעיין שם יראה מבורר דעתו אף באיסור והיתר וכיו"ב שאין צריך דרישה וחקירה מ"מ כל זמן שלא גמרו עדותן בב"ד יכולין לחזור ולהגיד אף כשאין נותנין אמתלא לדבריהם, ואולם היכי שהעידו בפני ב"ד דאין יכולין לחזור אפי' ע"י אמתלא משמע מפוסקים בח"מ סימן כ"ט לאו דוקא ב' עדים לממון ה"ה עד אחד שקם לשבועה כשגומר עדותו בב"ד אין יכול לחזור כדי דיבור אפילו על ידי אמתלא דעד אחד לשבועה הוי כמו שנים לממון וראיתי בספר כנסת הגדולה בחושן משפט בהגהות הטור בסימן כ"ט סע"ק ה' שכתב וז"ל אמר המאסף מסופק אני שהעד שהעיד בב"ד ועדיין לא העיד השני אם יכול לחזור דדילמא לא אמרינן דאין יכול אלא דוקא כשהעידו השנים אין יכול לחזור בו האחד, או דלמא אין יכול לחזור בו דכיון שהעיד הוא הרי נחקרה עדותו ואין יכול לחזור ולשון ירושלמי ותוספתא דתני בלשון רבים וכן עדים כו' וכן לשון הטור מוכח דבעינן שיעידו שניהם בב"ד אבל לשון רמב"ם בפ"ג מעדות ורבינו בית יוסף בספרו הקצר תפסו לשונם בלשון יחיד וכתבו אחר שנחקר העד ולדבריהם לשון עדים הנ"ל קאי אעדים דעלמא וכ"כ בסמ"ע בסוף סימן זה דעדות בעל פה אפילו אחד אין יכול לחזור יע"ש ונראה מרהיטת לשונו אפילו לפי מה שהי' מסופק היינו היכי שהי' ב' עדים לענין ממון יש לומר כל זמן שלא העיד השני ג"כ לא נגמר עדותו כיון שעד אחד לא קם לממון וכל אחד צריך לחבירו אבל בעד אחד לשבועה ובכל מקום

דמהני עדות עד אחד מיד אחר שנגמר עדותו בב"ד אין יכול לחזור ולהגיד אפי' כשנותן אמתלא אך ממ"ש בסוף להביא ראי' מסמ"ע משמע קצת שספיקו הי' אפי' בעד אחד לשבועה כי דברי הסמ"ע הם בסימן מ"ו סעיף ל"ח על מ"ש רמ"א בשם ריב"ש הא דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואינם יכולים לחזור דוקא שנים אבל עד אחד החתום בשטר יכול לחזור וכתב הסמ"ע בס"ק ק"ח וז"ל דאין ב"ד חוקרין על עד אחד ועיין לעיל בסי' כ"ט דבעדות על פה אין יכול לחזור ולהגיד עכ"ל, הרי דמיירי אפילו בעדות עד אחד דומי' דעדות בכתב משמע דספיקו הי' אפילו בעד אחד ואולם יש לדחות דכוונתו להביא ראי' דתיבת עדים הוא לאו דוקא ויהי' איך שיהי' עכ"פ לבתר דאבעי' הדר קפשיט לי' שאין יכול לחזור ולהגיד וכן מבואר להדי' בש"ך סימן מ"ו סע"ק קי"ט במה שתמה שם על רמ"א הנ"ל כיון דקיי"ל כרמב"ם דעד אחד בכתב זוקק לשבועה א"כ הו"ל כהעיד בעל פה והיאך יוכל לחזור יע"ש הרי להדי' דסובר דעד אחד בעל פה לענין שבועה כשגומר עדות בב"ד אין יכול לחזור ולהגיד כמו בשני עדים ולא מהני אפילו אמתלא כיון שלא חילקו הפוסקים שם בזה דוק ותשכח כדברי ומה שדייק הכנסת הגדולה מלשון עדים אינו דיוק כמ"ש הר"אש במס' ב"מ דף ג' ע"ב סימן ג' דאינו דיוק דפירושו עדות המועלת לו, ועיין בספר פלפלא חריפתא לבעל תוס' יו"ט שמביא ראי' לזה ממס' כריתות דף י"א ע"ב דאי' שם אמרו לו ופירושו עד אחד ובזה מובן כוונת בית יוסף בחושן משפט סימן ע"ה בבדק הבית במה שהשיג על הסמ"ג שמביא ראי' מירושלמי מלשון עדים וכתב ב"י דיש לדחות וכוונת להנ"ל:

העולה משמע מסתימת הש"ס ופוסקים וכ"כ להדי' בסמ"ע וש"ך דאפי' עד אחד כשהעיד בעל פה אין יכול לחזור ולהגיד כשהעיד בב"ד ואפי' ע"י אמתלא וא"כ קשה על האי פסקא דטבח הנזכר ביו"ד סימן א' במאי עסקינן אי אמר הטבח בפני ב"ד שהוא טריפה אמאי מהני אמתלא כנ"ל ואי אמר כן חוץ לב"ד למה לי אמתלא להימן אפילו בלא אמתלא להיות חוזר ומגיד כמ"ש בש"ות הר"ן הנ"ל אפי' היכי שאין צריך להעיד העד בב"ד מ"מ היכי שהגיד חוץ לב"ד יכול לחזור ולהגיד אפילו כשלא נתן אמתלא לדבריו ואין לומר דמיירי שאמר כן בב"ד רק לפמ"ש בפרט ג' דבעינן אמתלא הניכר לב"ד שיש ממש באמתלא כמ"ש הראשונים זלה"ה ועיין בסימן מ"ז סי' ד' ואפשר מ"ש הש"ך בס"ק מ' כמו שנתבאר בא"העז סימן קנ"ב כוונתו למש"ש בסעיף ו' דבעינן אמתלא הניכר לב"ד כמו התם ועמ"ש שם בס"ק ח':

ויש לומר אמתלא כהאי מהני לחזור ולהעיד אפילו כשהעיד בב"ד והא דכתב בטוש"ע ח"מ סימן כ"ט דלא מהני אמתלא מיירי היכי שלא ניכר לב"ד שיש ממש באמתלא אבל

זה אינו דהא מקור הדין כתב בבית יוסף שם דילפינן מהא דאיתא בסנהדרין דף מ"ד ע"ב אע"ג דיהבי טעמא למילתא כמעשה דבעי מיכסא, ומבואר ברש"י שם ד"ה דבעי' דקרובים של מכשפות שהרגם בנו של שמעון השטח העידו על בנו של שמעון שחייב מיתה ואח"כ חזרו ונתנו אמתלא לדבריהם שהי' מחמת שנאה, א"כ גם אמתלא זו הי' ניכר לב"ד שיש ממש כי אפילו באמתלא דאשת איש לא הוי הוכחה וידוע לב"ד שהאמת הוא כן רק שהי' נראה להם כמ"ש בחי' רא"ה להדי' שם, וכמו במעשה שעמדו עליה בני אדם שאינם הגונים כו' דהוי אמתלא שיש בה ממש מחמת שנראה לב"ד שכן הי' אף דלא מוכח בבירור שכוונתה הי' לזה מ"מ מהני וה"ה אמתלא כזו הוי אמתלא שיש בה ממש דנראין הדברים לב"ד שמחמת שנאה עשו כן כי הי' ידוע לב"ד שהרג לקרובים ואפ"ה ל"מ בעדים ודוקא היכי דמוכח שטעו העדים כמ"ש בטור ומחבר שם שמעיד לחובתו של המביא יכול לחזור ולהעיד דמסתמא אין אדם מביא עדים לחובתו אבל בלא"ה אף שניכר לבית דין שיש ממש באמתלא לא מהני היכי שאין לנו הוכחה ברורה שטעו והא מוכח בהאי דכתובת דף כ"ב באשה שאמרה א"א מהני אמתלא שנראה לב"ד שיש ממש אף שאין להם הוכחה ואמתלא דטבח כתב בתשב"ץ דדמי לאמתלא זו, וא"כ הדק"ל:

ולישב דעת המחבר וסיעתו נראה דבע"כ ס"ל דיש לחלק בין ע"א באיסורין לע"א בשבועה דשאני ע"א בשבועה דאי' בסנהדרין דף כ"ג דלענין שבועה מיהמן כבי תרי, ועיין הר"ן במס' שבועות דף מ"ה ע"ב שדחה ראיות הר"י מגא"ש דסובר דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה דאל"כ היאך עד אחד קם לשבועה והא איכא מגו דאי בעי אמר החזרתי, וכתב דליכא ראי' דעד אחד לשבועה כשנים לממון וכדאמרינן כל מקום דשנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה וכי היכי דלא אמרינן במקום עדים ה"נ לאפטורי משבועה וכיו"ב כתב הש"ך בחושן משפט סימן פ"ז סע"ק ט"ו למאן דאמר דעד המסייע אינו פוטר משבועה עד בתרא שרוצה לפטור נגד ע"א המחייב שבועה הוי כחד לגבי תרי ורחמנא הימנה להאי סהדא כתרי לחייב שבועה דאורייתא, לכן יש לו דין שני עדים שאין יכול לחזור ולהגיד אפילו באמתלא אבל בעד אחד באיסורין אף שנאמן לא הימנהו כבי תרי לכן יכול לחזור ולהגיד אפילו כשמעיד בב"ד כשאומר אמתלא, אף שדברי המחבר סתומין מ"מ ההכרח לומר שאיירי כשאומר הטבח בב"ד, וא"כ לפ"ז חולקים תשב"ץ ומחבר וסיעתו על מוהריב"ל הנ"ל שסובר שאב יש לו דין שני עדים שאין יכול לחזור ולהגיד ע"י אמתלא כיון שהעיד בב"ד:

טו אמנם אכתי קשה על מחבר וסיעתו, לפי מאי דאי' סם בש"ע סעיף י"ד בשוחט שהעיד עליו עד אחד ששחט שלא כהוגן והוא מכחיש עד אחד בהכחשה אינו כלום ושחיטה

השירה ומקורו ממוהרי"ק כמ"ש בטו"ז ס"ק כ"ח הטעם דכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כשנים וה"נ האמינה תורה להשוחט שיהי' כשנים אבל מוהרש"ל חולק ע"ז וסובר כריטב"א דדוקא בעדות אשה הוא כשנים אבל בשאר איסורין הו"ל כחד לגבי חד בהכחשה ובהמה בחזקת איסור עומדת על כן בהמה זו אסורה לכל וכן הובא בש"ך ס"ק מ"א, ועיין בנמוקי יוסף במס' יבמות דף פ"ח ע"א שמסביר לסברא זו וז"ל נראין הדברים כדברי ר"י זלה"ה שאמר דוקא בעדות דבר שבערוה דבעינן שנים והאמינהו לזה כשנים אבל באיסור בעלמא דסגי בחד כיון שלא האמינהו אלא כחד כי אתי אחרינא ואכחשה לי' הו"ל כחד לגבי חד עכ"ל ולעיל מיני' כתב בשם ריטב"א ששבח לרבו הרא"ה זלה"ה בתירוצו שתירץ על קו' ראשונים זלה"ה וסובר דעד אחד בעדות אשה נאמן מן התורה כמורה לשון עולא כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים כי הכתוב מסרו לחכמים בדבר שיהי' נראה להם אמת דהוי כאנן סהדי ולפי דברי ריטב"א יש לומר ה"ה לענין האי דינא בעד אחד שהעיד בב"ד אי חוזר ומגיד בב"ד כשנותן אמתלא לדברי הראשונים, יש לחלק בין עד אחד בדבר שבערוה כגון שהעיד שמת בעלה או כנידון דחכמי פרובנצייא דאב אומר על בתו שנתקדשה כיון דהוי דבר שבערוה ובעלמא קיי"ל אין ע"א נאמן בדבר שבערוה דילפינן דבר דבר ממון, וכאן נאמן עד אחד מן התורה ובע"כ האמינה תורה כשני עדים יש לו דין שני עדים והיכי שהעיד בב"ד שוב אינו חוזר ומגיד לאחר כדי דיבור אפילו ע"י אמתלא אבל עד אחד בשאר איסורין שנאמן רק כעד אחד אפילו כשהעיד בב"ד יכול לחזור ולהגיד ע"י אמתלא, דדוקא בב' עדים אמרינן כיון שהגידו שוב אינם חוזרים ומגידים שעל זה הי' החוקה כמ"ש לקמן מקרא אליו"ע, וכן בעד אחד לשבועה שנאמן מן התורה כשנים אבל לא בעד אחד באיסורין ואולם על רבינו המחבר קשה כיון דסובר אפילו בשאר איסורין נאמן העד כשנים ומבואר ביו"ד סימן ל"ט סעיף י"ד דה"ה להטריף נאמן הטבח כשנים דאיתא שם בבודק שהוציא ידו ואומר שהוא טריפה ואח"כ הכניס אחר ידו ולא מצא טריפות הראשון נאמן וכתב הטורי זהב בסע"ק י"ט הטעם דעד אחד נאמן באיסורין בדבר המסו' בידו ועיין בטו"ז ס"ק כ"ב וש"ך ס"ק מ"א דדברי האומר טריפה הוא כשנים וא"כ הדק"ל במ"ש בסעיף י"ג שהטבח יכול לחזור ע"י אמתלא בממ"נ אם העיד בב"ד כיון שנאמן כשנים אפי' אחר מכחישו אמאי מהני אמתלא כנ"ל ואי לא העיד בב"ד למה צריך ליתן אמתלא כמ"ש הר"ן היכי שמעיד חוץ לב"ד אפי' באיסורין יכול לחזור ולהגיד בב"ד לסתור דבריו הראשונים אפי' אם לא נתן אמתלא וצ"ע:

טז הן אמת בגוף הדין שהחליטו הסמ"ע וש"ך וכן משמע מסתימת הפוסקים דאפי' עד אחד לשבועה אין יכול לחזור ולהגיד אפילו באמתלא, לא זכיתי להבין דבריהם כי נראה שיכול לחזור ולהגיד אפילו בלא אמתלא דהא דאמרינן כיון שהגידו שוב אינן חוזרין ומגידין כתב רש"י במס' סנהדרין דף מ"ד ע"ב ד"ה כיון וז"ל כיון שהגיד כו' דבר המכחיש את הראשון דכתיב אם לא יגיד אהגדה קמייתא קפיד קרא ע"ש מוכח שם אפי' בלי אמתלא ילפינן כן מהאי קרא דרש"י פי' שם כן בקו' הש"ס שעדיין לא חידש דמיירי באמתלא וכן פי' רש"י בכתובת דף י"ח ע"ב ד"ה כיון שהגיד, ועיין במס' ב"ק דף נ"ו ע"א בתוס' ד"ה פשיטא ובמס' ב"ק שם אמרינן היודע עדות לחבירו ואינו מעיד פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ומקשה הש"ס במאי עסקינן אלימא בבי תרי פשיטא דאורייתא הוא דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו פירש"י ד"ה אם דאיירי בתרי דכל מקום שנאמר עד הרי כאן שנים עד שיפרוט לך הכתוב אחד יע"ש אלא לאו בחד ועיין בכסף משנה בפרק א' מעדות ה"א, וא"כ כיון דקרא דאם לא יגיד מיירי בשני עדים ומהתם ילפינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מנלן לחדש ולומר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אפי' בעד אחד בין בשבועה ובין בדבר שבערוה לשיטת הפוסקים היכי שהעיד בב"ד שאין יכול לחזור ולהגיד ומלשון הרמב"ם בפ"ג מעדות הלכה ח' לא מוכח כי מיירי בשני עדים ואף שנקיט לשון עד כמו שנקיט בפרק א' הלכה א' לשון עד ופרושו שנים כמ"ש בכ"מ שם, וראי' למה שכתב בין בדיני ממונות ובין בדיני נפשות וקמ"ל דכל שהעיד אפילו עד אחד אף שעדיין לא העיד השני אין יכול לחזור ולהגיד ועיין בסוף פרק שבעה עשר הלכה י"ז היכי שכתב הדין בעד אחד כתב בפירוש לשון עד אחד א"כ מלשון עד שכתב רמב"ם לא מוכח שפירושו דוקא עד אחד וי"ל גם המחבר בסי' כ"ט נמשך אחר לשון רמב"ם ולפ"ז מ"ש הסמ"ע וש"ך דעד אחד לשבועה אין יכול לחזור ומשמע להדי' אפילו באמתלא צ"ע מנלן ואף שכתבתי לעיל כיון דנאמן לשבועה כשנים מ"מ קשה להבין כיון דהאי קרא דאם לא יגיד כו' לא מיירי בעד אחד לשבועה כדאי' במס' ב"ק דף הנ"ל ומכאן ילפינן כיון שהגידו כו' וכיון דליכא לימוד על עד אחד דלמא הי' גז"הכ דוקא בשנים אמרינן כיון שהגידו שוב אינן חוזרין ומגידין אבל בע"א אף שנאמן כשנים מ"מ יכול לחזור ולהגיד וצ"ע ומ"מ לפי דבריהם צ"ע שיטת המחבר ביו"ד סימן א' הנ"ל:

יז לאחר שכתבתי כל זה ראיתי שהגאון בעל קצות החושן זלה"ה בספרו הביא דברי מוהריב"ל ולא נחית כלל לכל מה שכתבתי, וכתב שגם התוס' במס' יבמות דף קי"ח ע"ב ד"ה א"ל בתירץ ב' סוברים כשיטת מוהריב"ל דהיכי דעד אחד נאמן אינו חוזר ומגיד באיסורין אפילו באמתלא ואולם הביא דעת הר"ן בתשובה סימן מ"ז שכתב בפשיטות

דעד המעיד בב"ד באיסורין חוזר ומגיד ע"י אמתלא בע"כ סובר אפילו היכי דהימנה רחמנא מהני חזרה היכי שנותן אמתלא ודוקא בשני עדים לא מהני אמתלא וכן הוכיח ממ"ש רמ"א בא"העז סימן ד' סק"ט האב שאמר על בנו שהוא ממזר וחזר אח"כ ונתן אמתלא לדבריו למה אמר מתחילה כן נאמן ובע"כ חולק על חכמי פרובנצייא הנ"ל דאפילו היכי דהימנה רחמנא יכול לחזור ע"י אמתלא דהא האב נאמן מן התורה כשנים לומר על בנו שהוא ממזר ואפ"ה חוזר ומגיד ע"י אמתלא עכ"ד ואין לדחות ולומר דרמ"א מיירי שאומר כן חוץ לב"ד דא"כ למה בעי אמתלא כמ"ש הר"ן בסימן מ"ז דחוץ לב"ד יכול לחזור ולהגיד אפילו בלא אמתלא כמו שהוכיח בראיו' שאין עליה' תשוב' מתוספת' אע"כ אף כשהגיד בב"ד כשהוא עד אחד חוזר ומגיד באמתלא ולפ"ז י"ל דמחבר ביו"ד סימן ג' אזיל בשיטת רמ"א ומיירי שהעיד הטבח בב"ד ולכן בעי אמתלא דסגי באמתלא ואולם כל זה לא שוה לי כי מלבד מסתימת לשון מחבר משמע דמיירי בכל גווני אפי' אמר חוץ לב"ד ותו לשון המחבר סימן כ"ט סעיף א' מורה כמ"ש הסמ"ע בסימן מ"ו אפי' עד אחד לשבועה אין יכול לחזור ולהגיד אפי' באמתלא כי נקיט יחיד וסמ"ע שם דייק כן וא"כ דבריו צ"ע, העולה דהאי דינא שכתב בספר הפלאה כפשיטות דהאב האומר בפני ב"ד קדשתי את בתי אינו יכול לחזור ולהגיד ולסתור דבריו הראשונים לאחר כדי דיבור אפי' ע"י אמתלא במחלוקת הפוסקים שנוי' והדבר צריך תלמוד:

יח ואכתי צריך ביאור להבין שיטת מוהריב"ל וסיעתו שכתבו דהיכי שהעיד בב"ד אין יכול לחזור ולהגיד אפי' ע"י אמתלא אמאי אי' בכתובת דכ"ב ובפוסקים האשה שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' דנאמנת כשנתנה אמתלא לדבריה ומשמע להדי' בכל גווני אפילו אם אומרת כן בפני ב"ד כמ"ש לעיל בס"ק י"ג ואמאי ניהו שאין לה דין עד כמ"ש שם מ"מ מטעם שוי' נפשה ח"דא לפמ"ש בכלל ה' פרט א' דעת הרבה פוסקים דהוא מטעם נאמנות בע"ד לחובתו כעדים א"כ לגבי נפשה הוי כאילו הי' עדים ובעדים אמרינן כיון שהגידו שוב אינן חוזרין ומגידין אפילו ע"י אמתלא ולפמ"ש בפרט ו' בשיטת רא"ה א"ש די"ל דוקא כשמודה נגד בעל דבר ילפינן דבר דבר מממון, אבל כשאמרה מקודשת אני בסתם ולא יחדה לפלוני לא הוי הודאתה כעדים כי על זה לא הי' הגז"הכ אבל לא משמע כן מפוסקים וכפי הנראה סוברים בכל גווני היכי דשווי' נפשה חתיכה דאיסורא הוי הודאה, ותו הא רבו חולקים על רא"ה וסוברים אפי' באמרה שהיא מקודשת לפלוני יכולה לחזור ע"י אמתלא ודוחק לומר כיון דאינו בתורת עד לגבי אחרים רק לגבי עצמה מהני אמתלא, כי אין טעם וסברא לחלק בזה ונראה לענ"ד להבין דברי חכמים וחידותם ושפיר כתבו ואומר דהם זלה"ה סוברים כיון דהא דאמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר

ומגיד הוא גזירת הכתוב כמו דילפינן מקרא והוא עד וגו' אם לא יגיד ונשא עונו, מכאן ילפינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כנ"ל ויש לומר גזירת הכתוב הוא במי שיש עליו שם עד כשמעיד אין יכול לחזור ולהגיד בכל גווני אף ע"י אמתלא וה"ה אב על בתו אף שהוא קרוב מ"מ כיון דבתו לא הוי כגופו יש לו שם עד פסול בעלמא כשמעיד איזה דבר לזכותה או לחובתה וכיון שהכא האמינה תורה כשני עדים יש לו עליו שם עד ושייך כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דע"ז הי' גזירת הכתוב והוא עד וגו' אבל בעל דבר נגד עצמו אף שנאמן לגבי עצמו לחובתו אינו בתורת עדות כי עדות לא שייך רק כשמעיד לחבירו ואף דנאמן ואלים הנאמנות לחובתו יותר מעדים מ"מ אין לו עליו שם עד ולא הי' החוקה ע"ז דנימא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אף ע"י אמתלא ונשאר הדבר על סברא אף דשווי' נפשי' ח"דא יכול לחזור ע"י אמתלא דכן הסברא חיצונה מחייבת כשנותן אמתלא לדבריו הראשונים שנאמן לחזור אף כשהגיד בב"ד רק במי שיש לו שם עד הוא בכלל גז"הכ, וראי' לדברינו לחלק בין מי שיש לו שם עד לבעל דבר מבואר במס' מכות דף ו' ע"א בהר"אש סימן י"ד שכתב וז"ל והראב"ד זלה"ה כתב בתשובה שכל עדות שבטלה מקצתה מחמת קורבה בטלה כולה ולא פלגינן דיבורא כו' והא דאמרינן אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע היינו דוקא כשמעיד על עצמו שאין זה עדות אלא כמי שאינו דמי שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ודמי' להא דאמר במקיימי דבר הכתוב מדבר וכי היכי שאין ההורג פוסל שאר העדים מפני שאין אני קורא בו עדות שבטלה כו' ה"נ כשמעיד על עצמו ועל אחר בכלל אין אני קורא בו עדות כו' לפי שאין עליו שם עד כלל עכ"ל וה"ה ולפ"ז מובן היטב ראיותם מקדושין דף ס"ג דאמרינן לאב הימנה רחמנא לדידה לא הימנה דקשה כמ"ש בכלל ה' פרט א' הא שווי' נפשי' ח"דא הוא ג"כ מטעם נאמנות ובע"כ הכוונה דאב נאמן מצד עד שיש לו כח כאילו הי' שני עדים דבתו לא הוי כגופו כמו אשתו שכתב הר"אש שם דג"כ אין לו שם עד כשמעיד נגדה וכיון שיש לו שם עד ונאמן כאילו הי' שני עדים דהא בדבר שבערוה בעי' שנים מהאי טעמא סובר ר' אסי דנאמן אפילו לקטלא כי הוי כמו עדים שגלי תורה שקם לנפשות אבל היא אף דשווי' נפשה ח"דא מ"מ אין לה שם עד וחוקת התורה היו בדיני נפשות דבעינן עדים מי שיש לו שם עד וא"כ מכאן יליף מוהריב"ל וסיעתו אב שיש לו שם עד וגלי תורה שיהי' כחו כאילו הי' שני עדים דכיון דאין דבר שבערוה פחות משנים ואפ"ה נאמן בע"כ גלי תורה שיהי' כעדים לכן לא מצי לחזור אפילו ע"י אמתלא דכיון שהגיד וכו' דהוא בכלל גז"הכ מי שיש לו שם עד א"י לחזור ולהגיד, אבל היא שאין לה שם עד ממילא לא הי' החוקה דהוא עד כו' אם

לא יגיד כו' דמיני' ילפינן כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד דנגד עצמה אין לה שם עד ונשאר הדבר על סברא חיצונה דאמתלא מועיל והמעיין יראה שדברינו נכונים למי שיח לו שיקול הדעת ע"פי דרכי התורה ושפיר סתמו בש"ס ועוסקים דאפילו באמרה בפני ב"ד אשת איש אני יכולה לחזור כשנתנה אמתלא לדבריה הראשונים:

יט ודע שמה שכתבתי לעיל לכלל מוסכם בשם הר"ן בתשובה כשמעיד ע"א באיסורין חוץ לב"ד יכול לחזור ולהגיד אח"כ בב"ד אפי' אחר כדי דיבור בלי אמתלא לכאורה הריטב"א חולק ע"ז דאיתא בגיטין דף נ"ד ע"ב ת"ר הי' עושה עמי בטהרות וא"ל טהרות שעשית עמך נטמאו כו' נאמן, אבל א"ל טהרות שעשיתי עמך ביום פלוני נטמאו א"נ מ"ש רישא ומ"ש סיפא אמר אביי כל שבידו נאמן, רבא אמר כגון דאשכחא ולא אמר לי' ולבתר הכי אשכחא ואמר לי' וכתב הריטב"א במס' קידושין דף ס"ו ע"ב וז"ל ולא עוד אלא כיון דהחזיר לו טהרותיו ולא אמר לו כלום הרי הוא כאילו הודה לו באותו שעה שהן טהורות ושוב אינו חוזר ומגיד שהן טמאות והיינו טעמא דרבא דאוקי סיפא כגון דאשכחא ולא א"ל ולבתר הכי א"ל הלכך כל כה"ג דין האי שלא יהי' באמן עכ"ל וקשה כיון שאמר לו מעיקרא חוץ לב"ד דהא לא החזיר לו בפני ב"ד הא לא עדיף מאילו אמר להדי' שיכול לחזור ולהגיד בפני ב"ד והכא נמי יהי' נאמן לסתור דבריו הראשונים כשחוזר ומעיד בב"ד ודוחק לומר דמ"ש בסיפא אינו נאמן כיון שאחר כן חוזר ומגיד בפניו אבל אם מעיד אח"כ בב"ד נאמן אפי' בסיפא דכל כי האי הו"ל לפרושי ולחלק ותו נראה דהר"ן נקיט קושטא דמילתא כי בנידון שנשאל הי' המעשה שהגיד אח"כ בב"ד אבל באמת לפי טעמא שכתב שם אפי' חוץ לב"ד יכול לחזור ולהגיד כיון שלא הי' מדקדק בדבריו הראשונים במה שאמר חוץ לב"ד ומשמע דחולק הריטב"א על הר"ן ועלה בדעתי לחלק ולומר דלא פליגי דדוקא בנידון שנשאל הר"ן שמתחילה אמר לאיסור שהיא זקוקה ליבם ואח"כ העיד ששמע שעת זמן רב בע"ע אפילו לפי העדות שאמר מתחילה לא הי' היבם לפנינו ולא הי' אפשר לבוא מכשול על ידי עדותו כי הי' אסורה לעלמא עד שיבא היבם דיש לומר דאין אדם מדקדק דמה שאמר חוץ לב"ד ואולי לצעורי קא מכוין כדאי' בקדושין דס"ד כיון שאין עובר על לאו לא תענה וגו' משא"כ היכי שע"י שיעיד חוץ לב"ד יוכל לבוא מיד מכשול על ידו מן הסתם הוא בחזקת כשרות ומתיירא לעבור על איסור לפני עור ואינו אומר להקל כי אם כשיודע דבר ברור דחזקה אין אדם חוטא ולא לו ובכה"ג אינו חוזר ומגיד להחמיר כי יש הוכחה שהי' מדקדק מעיקרא אפילו באמירה חוץ לב"ד ולכן בהאי דטהרות כיון דאשכחא ולא א"ל הוי כאילו אמר לו שהם טהורות איכא הוכחה שבודאי הי' מדקדק היטב ואינו חוזר ומגיד ונראה שלזה

כיון הרשב"א בחידושיו שכתב שם וז"ל אבל כשמצאו ולא א"ל או בשעה שנתנן מידו לידו חזקה לא קלקל וכיחש לו שאילו כדבריו מתחילה הי' לו לומר לו יע"ש וכוונתו כמ"ש שהוא הוכחה שאומר שקר דאל"כ הי' לו לומר כן מתחילה כדי שביני ביני לא יבוא מכשול על ידו שיחזיק הטהרות בחזקת טהרות וא"כ ר"ן ורשב"א קיימא בחדא שיטה ולפ"ז יצא לנו דין מחודש היכי דטבח אמר חוץ לב"ד שהוא טריפה יכול אח"כ לחזור ולהגיד עכ"פ בב"ד לשיטת הר"ן אפילו בלא אמתלא כי יש לומר שלא הי' מדקדק מעיקרא היטב במה שאומר חוץ לב"ד ולצעורי קא מכוין אבל אם אמר חוץ לב"ד שהיא כשירה אין יכול לחזור ולהגיד שהוא טריפה כי מן הסתם הי' דק מעיקרא אם הוא בגווני שיוכל להצמיח מכשול אכילה קודם שחזר כגון שיצא מתחת ידו בוודאי בכה"ג הי' מדקדק מעיקרא אא"כ נתן אמתלא לדבריו ואולם אכתי קשה לחילוק הלז כי ראיות הר"ן בסימן מ"ז הוא מתוספתא דאי' עדים שהעידו בין לאיסור בין להיתר כו' משמע אף שהעיד מתחילה להתיר כשמעיד חוץ לב"ד יכול לחזור ולהגיד בב"ד ובע"כ דלית לי' חילוק הנ"ל ומשמע דחולק על פי' ריטב"א הנ"ל ובחלקת מחוקק סימן י"ז הביא דברי ש"ות הר"ן להלכה אף מהגדתו מועיל חוץ לב"ד יכול לומר אח"כ מבודין היינו ע"ש ס"ק י"ז ולא זכר כלל דעת ריטב"א שנראה שחולק וראיתי בס' כנסת הגדולה בחלק חושן משפט סימן כ"ט בהגהות ב"י ס"ק כ"ו מ"ש בשם רדב"ז מוכח להדי' שסובר בעד אחד באיסורין כשאומר חוץ לב"ד אין יכול לחזור ולהגיד ותמי' שלא הביא דברי הר"ן ואולי המחבר שפסק ביו"ד סימן א' בטבח שאין יכול לחזור רק באמתלא מיירי ג"כ כשאמר חוץ לב"ד כי מן הסתם לא אמר כן בפני ב"ד וסובר כריטב"א ורדב"ז וא"כ שפיר י"ל שמודה להריב"ל וסיעתו בעד אחד שמעיד בפני ב"ד אין יכול לחזור ולהגיד אפילו באמתלא וצע"ג לדינא ולא באתי ח"ו להורות אף לסניף בעלמא ולא כתבתי רק כתלמיד הנושא ונותן לפני רבותיו כי עניני' הללו המה עמוקים ורחבים מני ים והמעיין יבחר:

פרט ו

יבואר היכי דיחדה האשה ואמרה מקודשת אני לפלוני אם יכולה לחזור כשנתנה אמתלא לדבריה הראשונים:

כ רבינו הגדול הרא"ה זלה"ה כתב בחידושיו לכתובת דף כ"ב ע"א וז"ל ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת כו' ואפשר באומרת מקודשת אני לפלוני לא סמכינן באמתלא שכבר הודית לו ושוב לא כל הימנה לחוב לו עכ"ל ובר"ן כתב בשמו בלשון אחר וז"ל וכתב הרא"ה ז"ל דאי אמרה מקודשת אני לפלוני לא מהמנינן לה בשום מגו אלא א"כ הוא מודה בדבר שכיון שהודה שנתקדשה לו לאו כל כמיני' לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו

עכ"ל ויש כאן שינוי לשון כי רא"ה כתב בלשון אפשר ור"ן כתב בלשון ודאי וגם בר"ן כתב הלשון לא מהמנינן לה בשום מגו וכפי משמעות הלשון הוי לי' לומר שלא מהמנינן לה בשום אמתלא, וראיתי שכבר הרגיש בזה בש"ות נודע ביהודא חלק א"העז סימן ס': **ובש"ע** סימן מ"ז סעיף ד' כתב רמ"א ויש אומרים דכל זה מיירי באומרת נתקדשתי סתם אבל אמרה נתקדשתי לפלוני שוב אינה נאמנת לומר פנויה אני דלאו כל הימנה לחוב לו ולהפקיע עצמה ממנו עכ"ל וכתב בחלקת מחוקק בס"ק ד' דמפשט לשון רמ"א משמע אפי' תוך כדי דיבור אינה נאמנת וכן אפי' נתנה אמתלא אינה נאמנת וכ"כ הר"ן בשם רא"ה דלא מהמנינן לה בשום מגו כו' ולא ידעתי למה לא תהי' נאמנת תוך כדי דיבור דהא קיי"ל תוך כדי דיבור כד"ד, גם לאחר כדי דיבור אם נותנת אמתלא ומכחשת אותו בפניו למה אינה נאמנת במגו דגרשתני, וכתב הב"ש בס"ק ט' ליישב וז"ל ויותר מסתבר דאיירי אחר כדי דיבור בזה כתב הר"ן דאינה נאמנת אפילו נותנת אמתלא משום דר"ן לטעמי' דס"ל האומרת גרשתני אינה נאמנת לישא לאחר מש"ה אפילו מכחשת אותו אינה נאמנת להפקיע זכותו ואינה נאמנת במגו דלא הי' אומרת דהיא מקודשת כיון שהי' אחר כדי דיבור אז הוי מגו למפרע ומגו למפרע לא אמרינן ומגו גרשתני ג"כ לא אמרינן משום אפי' אומרת גרשתני אסורה לאחר עכ"ד וא"כ לפי דברי בית שמואל רבו החולקים על שיטת רא"ה כי לשיטת הפוסקים המובא בש"ע א"העז סימן י"ז ס"ב בהג"ה שנאמנת לגמרי כשאומרת גרשתני והיינו אפילו להנשא לכתחילה אית לה מגו מעליא וראיתי בספר בית מאיר שכתב שכדברי ב"ש מבואר ברא"ה שמיירי לאחר כדי דיבור רק על מה שתירץ על מגו דגרשתני קשה א"כ מה זה שמסיים הר"ן לא מהמנינן לה בשום מגו אם אין כאן מגו ותו' ברא"ה לא מצינו דאזיל בשיטת הפוס' שאינה נאמנת בגרשתני להנשא לאחר והר"ן עצמו לא כתב דיעה זו רק בלשון י"א לכן נראה מפני שלשון זה ליתא ברא"ה אפשר דט"ס הוא בר"ן וצ"ל לא מהמנינן לה בלא שום מגו עכ"ד וסוף דבריו תמוהין כי לא הואיל בהגהתו דהא לפי דבריו לעולם איכא בנ"ד מגו דגרשתני כיון דסובר דנאמנת בטענת גרשתני אפי' לכתחילה להנשא לאחר ואולי אייתי הרא"ה ור"ן שאמרה מקודשת אני לפלוני והי' שלא בפניו וכן משמע קצת לשון פלוני שאין לפנינו ואח"כ אמרה פנוי' אני ג"כ שלא בפניו דבכה"ג אין לה מגו דאשה שאומרת גרשתני שלא בפניו אינה נאמנת אבל כשאמרה כן בפניו פנוי' אני שיש לה מגו נאמנת ושפיר יש לקיים הגהתו, ואולם אין לנו לשבש ולהגיה מדעתינו כיון שב"י וכל אחרונים הביא לשון הלז וכפי הנראה מאחרונים זלה"ה הבינו שאומרת כן בפניו:

כא ובעיקר קו' ח"מח וב"ש הנ"ל לכאורה לק"מ בפשיטת דליכא מגו דגרשתני דלא ניחא לה למפסלה נפשה מכהונה והוי מגו לחצי טענה דלא אמרינן, והא דאי' במס' ב"ב דף קל"ד ע"ב אמר שמואל דנאמן לומר זה בני מפני שבידו לגרשה וכתבו התוס' בד"ה הואיל אע"ג דהאי מגו לא חשובה שאם הי' מגרשה הי' פסולה לכהן והשתא שאמר זה בני לא פסלה מ"מ חשוב מגו לפוטרה מן היבום, משמע דאמרינן מגו לחצי טענה, כבר כתב רמב"ן והובא במשנה למלך בפרק ג' מיבום הלכה א' משום דלא איכפת לי' לבעל אם אינה נשאת לכהן, אבל היא עצמה שחש' בתקנתה י"ל שמקפדת ע"ז שתהי' מותרת לכל העולם וכבר כתב תרומת הדשן דמגו דחינן בסברא כל דהו, וכיו"ב כתבו תוס' להדי' במס' כתובות דף ט' ע"ב בד"ה לא ובר"אש שם, וכן משמע בתוס' ב"ב דף ל"ג ע"ב ד"ה אי טעין דלא אמרינן מגו לחצי טענה ועיין בחידושי רמב"ן שם וכ"כ הר"ן במס' קידושין דף ס"ד ע"א וכיו"ב כתבו תוס' ישנים בכתובת דף כ"ב ע"ב ד"ה תרווייהו, אפי' מגו דאי בעי שתיק ל"מ לחצי טענה, ועיין בכנ"הג בכלל מ"ג ס"ק פ' ופ"א, ובא"ות שם ס"ק ל"א ול"ב מיהו בתוס' במס' יבמות דף קי"ו ע"ב בד"ה באותה משמע דסוברים דאמרינן מגו לחצי טענה, דהקשו על הא דאי' שם באותו ששה אמרו האשה שאמרה מת בעלי תנשא כתבו וז"ל משום דחזי דאיכא עגונה טפי אם לא הי' מאמינים אותה וא"ת אמאי לא מהמנינן לה מגו שהי' יכולה לומר גרשתני למאן דאמר דר' המנונא אף שלא בפניו יע"ש אף דבגרשתני פסלה נפשה מכהונה מוכח דסוברים דאמרינן מגו לחצי טענה, ובשו"ת מוהרי"ט ספר א' סימן ל"ג דף ח"י כתב בפשיטות מכמה ראיות, דלא אמרינן מגו לחצי טענה, ולכאורה מתוס' הלז מבואר להיפך, גם בספר הפלאה במס' קידושין כתב דהאי כללא לא ברור ומה שמחלק שם המעיין במוהרי"ט שם יראה שכבר קדמו בסברא זו ודחהו ועיין בס' שערי המלך בפרק כ"ב מהלכות מכירה הלכה כ"ט מ"ש בזה וא"כ לכאורה דין של ראי"ה תלי' בזה אי אמרינן מגו לחצי טענה ואי לא אמרינן מגו לחצי טענה שפיר כתב ראי"ה ובס' בית מאיר כתב דלא הוי מגו די"ל דלא ניחא לה דתתסר בקרוביו וג"כ נוגע לכלל זה א"א מגו לחצי טענה:

כב ועוד יש לישב קו' אחרונים ז"ל הנ"ל לפמ"ש בספר כנסת הגדולה בח"מ סימן פ"ב בכללי מגו סע"ק ע"ז שאין להאמין עם הארץ במגו דאי בעי אמר מילתא דלא ידע אפילו להרבה יודעין והרשד"ם, ומוהר"א ששון סי' כ"ה כתבו דמגו דאפשר לומר דהטוען לא הי' יודע שיזכה בדינו לא אמרינן, והוא ע"פי הכלל דלאו כ"ע דיני גמירי ובפרט בנשי כדאי' במס' קידושין דף י"ג ע"א ובתוס' במס' ב"מ דף ט"ו ע"ב ד"ה ונתן כתבו דלאו כ"ע בקיאין בהלכה ובמס' נדרים דף צ"א פליגי בזה ועכ"פ לא הוי פשוט לכל אי אשה נאמנת

לומר גרשתני, ולאו כ"ע גמירי מדרש חכמים כמ"ש תוס' בגיטין דף מ"ב ע"ב ד"ה הואיל ולכן ליכא מגו מיהו בהאי כללא האמת שכ"כ הר"אש במס' כתובות דף פ"ח ע"ב סוף סימן כ"ח מיהו מתוס' יבמות דף קי"ו מוכח להיפך וגם הש"ך בח"מ סימן ס"ו סעי"ק כ"ו השיג על הר"אש בזה דאשכחן כמה מגו שצריכין לימוד ועומק ולא אמרינן האי כללא דלאו כ"ע דינא גמירי בכל מקום ונראה לומר כעין שכתב הר"ן במס' כתובת דף יו"ד שמן הסתם קודם שבא לב"ד שייל הדין לבקי בהלכה, וכ"כ בש"ות מוהרי"ט בספר ב' סימן נ"ב דף ק"ו ע"ד דאע"ג דלא גמיר מן הסתם שואל לאחרים שירא פן יתחייב, וא"כ דין של דא"ה במחלוקת שנויה:

כג ועוד נלענ"ד בישוב קו' אחרונים הנ"ל דהנה אי' במס' ב"ב דף קל"ד ע"ב וקל"ה ע"א וכן קיי"ל בסימן קנ"ב ס"א דבעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן וחוששין לדבריו ותהי' ספק מגורשת והטעם דאינו ודאי גירושין מבואר ברשב"ם שם משום דאם איתא דגירשה קלא אית לי' ועיין בדף קל"ד ע"ב ברשב"ם ד"ה א"נ שכתב לכן א"נ במגו דבידו לגרשה משום דאם איתא דגרשה קלא אית לי' וכמגו במקום עדים דמי ובדף קל"ה ע"א ד"ה אנן כתב דרגלים לדבר שלא גירשה, שאם איתא דגירשה קלא אית לי' (ודברי רשב"ם צ"ע ואין כאן מקומו) וכ"כ ב"ש בסימן קנ"ב סק"א ובע"כ מ"ש רשב"ם עדים היינו אנן סהדי, וכיו"ב אי' במס' ב"מ דף פ"א ע"ב, והנה דעת תוס' במס' כתובת דף י"ח ע"ב בד"ה מחמת דלא אמרינן מגו היכי שיצטרך לטעון טענה דלא שכיח, וכן דעת הר"ש מקינון הובא בש"ך סימן פ"ג בכלל מגו ס"ק כ"ב וכן נראה דעת הר"אש במס' כתובת דף יו"ד ע"ב סימן א"י שכתב וז"ל ואין נאמנות במוכת עץ דמ"ע לא שכיח עכ"ל ותוס' שם בדף ט' ע"ב בד"ה לא, לא תירצו כן דאזלו לשיטתם בדף ט' ע"א ד"ה ואבע"א שכתבו לר"ג שכיח, ור"אש אזיל בשיטת הר"ן וסיעתו דגם לרבן גמליאל מוכת עץ לא שכיח והש"כ ז"ל הביא דעת פוסקים דאמרינן מגו אף בטענה דלא שכיח, וטעמא דהר"ש וסיעתו כמ"ש ז"ל שאף שהי' נאמן אותו טענה כשהי' טוען מ"מ לא ניחא לי' לטעון טענה שיהי' נראה שאומר שקר בוחר לעצמו טענה היותר שכיח, ומעתה נראה בנ"ד אשה האומרת גרשתני וליכא קלא הוי טענה דלא שכיח כיון שהוא נגד אנן סהדי דאכן סהדי גירושין יש לו קול לכן ניחא לה לטעון פנוי' אני ולומר אמתלא לדבריה הראשונים מלומר גרשתני וא"כ לפ"ז דין של רא"ה ז"ל במחלוקת הפוסקים שנוי' אי אמרינן מגו דלא שכיח ואולם לכאורה אפשר לומר דהנה כבר הרגיש הר"ן הובא בב"ש סימן קנ"ב ס"ק זיי"ן מהא דאי' בכתובת דף כ"ג דעבידי אינשי דמגרשי בצנעא ותי' כדי שלא להכחיש העדים האומרים דגירש אמרינן שמא גירש בצנעא יע"ש א"כ עכ"פ חזינן שעבידי אינשי שמגרשי בצנעא ג"כ וי"ל

דעיקר הטעם דרוב בני אדם מגרשין בפרהסיא כדי לפרסם להעולם שמותרת לעלמא כיון שהיתה בחזקת איסור אשת איש ימנעו מלהינשא היינו דווקא היכי שהיתה בחזקת א"א מהדרת האשה בכך שיהי' הגירושין בפרהסיא כדי שיהי' קול לגירושין אבל הכא שהי' עד עתה בחזקת פנוי' ולא הית' מוחזקת באיסור אשת איש אצל העולם יש לומר שגירשה בצנעא והוי מגו מעליא אפי' לפוסקים דלא אמרינן מגו דלא שכיח כי בכה"ג שכיח לגרש בצנעא ולפ"ז יצא לנו דין חדש לשיטת תשובת פני יהושע שבארתי בפרט א' שאפי' לאחר שלשים יום נאמנת לומר פנוי' אני כשנתנה אמתלא היינו דווקא היכי שאמרה סתם מקודשת אני שיש לה אמתלא בצירוף מגו אבל אם אמרה מקודשת אני לפלוני כיון דאמתלא לא מהני לאבד זכותו, מגו לית לה כיון דכבר איכא קלא שהיא אשת איש איכא הוכחה דלא הי' מגרשה דאם איתא דהי' מגרשה הית' מהדרת שיהי' בפרהסיא כדי שיהי' קלא והוי מגו דלא שכיח אבל כל זה לא נהירא לומר כן לא מבעי' לפוסקים דגט צריך ב"ד בודאי אית לי' קלא רק אפי' לחולקים מ"מ כיון דבעינן סופר ועדים מן הסתם מילתא דנעשה באפי תלתא אית לי' קול כדאי' בכמה דוכתי ואולם נראה הא דאמרינן מן סתם דבר הנעשה באפי תלתא אית לי' קול הכוונה ברוב פעמים מפקי אינהו קלא, מיהו לפעמים משכחת שגם תלתא אין מפרסמין דבר הנעשה בפניהם ולכן כדי שלא להכחיש את העדים האומרים דגירש אמרינן שהי' ממיעוט שמגרשין בצנעא ושני כיתות אומרים אמת כי היכי דלא תיהוי עדות מוכחשת דראוי לישב דבריהם אפי' על צד הרחוק כדאי' בח"מ סי' כ"ט ובכמה דוכתי אבל מגו לא הוי כי הטענה שתטעון תהי' נגד רוב וכמ"ש רשב"ם שהוא רגלים לדבר שלא גירשה דאם גירשה הי' קלא כיון שרוב פעמים דבר הנעשה באפי תלתא יש לו קול וכשטוענת נגד רוב הוי מילתא דלא שכיחא, ולא אמרינן מגו היכי שטענת שיטעון יהי' נגד רוב כי הוי טענה דלא שכיח ואין להקשו' להפוסקים מנדרים דף צ"א דאשה נאמנת לומר גרשתני מטעם חזקה אין אשה מעיזה פני' בפני בעלה הא אומרת נגד הרוב המגרשן אית לי' קלא וכיון דליכא קלא מוכח שהוא שקר ורובא עדיף מחזקה ותו דחזקת א"א מסייע שעדיין היא א"א י"ל כמ"ש מוהרי"ט ובתשובת מוהרי"ק סימן ע"ב דחזקה דאתיא מכח סברא מה שהשכל מחייב הוי כאן סהדי והדעת מכרעת שא"י להעיז ותו לפמ"ש הר"אש שם איכא עוד **(הג"ה ודע דראיתי בספר ראב"ן דף כ"ז ע"א שכתב וז"ל וטעמא מאי אמרו רבנן עדים לית לי' קלא ושטר אית לי' קלא דסתם עדים תרי ומילתא דמתעבדא באפי בי תרי אית בי' משום לישנא בישא אם מפקי לקלא וכעין דאמרינן בפרק חזקת הבתים דפליגי אמוראים אי מחאה בפני ג' אי בפני שלשה ואמרינן תלתא מפקי קלא תרי לא מפקי לקלא ושטר

מתעבד באפי תלתא סופר ועדים ולית בי' משום לישנא בישא אם מפקי לקלא יע"ש וזה' דלא כתוס' במס' ב"ב דף ל"ט ע"ב ד"ה ליתי דלפי דברי ראב"ן אם הי' מלוה בפני שלשה עדים גובה ממשעבדי ולא משמע כן מכל הפוסקי' וצ"ל לראב"ן דהוא משום לא פלוג, והוא דוחק וגם לפי דבריו אם העדים כותבין לשטר אינו גובה ממשעבדי והוא נגד סתימת הש"ס ופוסקים ויש לישב דבריו בדוחק וטעם לחלק בין מלוה בשטר למלוה בע"פ מבואר בפוסקי' ועיין בסמ"ע ח"מ סימן ל"ט סע"ק ב' מיהו מצאתי סמך לדבריו דלכן איכא קול לגירושין כיון דמן הסתם נעשה בפני שלשה:)** חזקה המסייע שלא תפקיע א"ע בטענת שקר להיות באיסור א"א כל ימי' ובלאו דברינו ההכרח לומר כן מ"מ מיגו ליכא דניחא לה למיטען פנוי' אני מלומר גרושה אני כי עכ"פ אצל העולם יהי' טענתה טענה דלא שכיח כיון דליכא קלא כי בסברא זו דחינן כמה מגות שאין רצון בע"ד לטעון טענה שלא יאמנו אצל העולם בוחרות לחזור מדבריה ולומר פנוי' אני בצירוף אמתלא שיש לה וא"ש ובזה נפשט מה שנסתפק באורים ותומים בסימן פ"ב בכללי מגו סע"ק ל"ה שם אי אמרינן מגו במקום רוב, ובהנ"ל מוכח דלא אמרינן דהא קיי"ל דאין הבעל נאמן לומר גרשתי את אשתי במגו דבידו לגרשה משום דאם איתא דגירשה אית לה קול וזהו הוי רק רובא שע"פי רוב אית לי' קול ולא מהני אפי' מגו דבידו לעשות דאלים טובא כמ"ש הר"ן במס' קידושין דף ס"ד ע"א מכ"ש מגו דאי בעי טעין היכי שטענה שטוען עכשיו הוא נגד רוב דלא אמרינן:

כד ודע בדברינו הלז יש ליישב קו' תוס' במס' ב"ב דף ל"ט ע"ב בהא דאי' שם מאן דאמר מחאה בפני שלשה סובר כרבה בר ר' הונא כל מילתא דמתאמרה באפי תלתא לי' בי' משום לישנא בישא, וכתבו תוס' בד"ה לית וז"ל דקלא אית לי' וסופר שידע אע"ג דמלוה על פה אפילו בכמה עדים אינו גובה מן הלקוחות וטעמא משום דלית לי' קלא כו' יע"ש ולפמ"ש א"ש דיש לחלק דבקרקע כיון דאזלינן בתר חזקת מרא קמא כדאי' במס' ב"מ דף ק"ב ע"ב ותוס' במס' כתובת דף כ' ע"א ד"ה ואוקי וכיון שאי אפשר להיות מערער על שדה שמוחזק אידך רק כשיש עדים להמערער שהי' שלו בוודאי וא"כ גוף הקרקע כל זמן שאין למחזיק שטר מכירה או הוכחה ברורה שקנאה נשארת הקרקע בחזקת המערער לכן הוי מחאה בפני שלשה מחאה כיון שעל פי רוב פעמים הנעשה בפני תלתא מפרסמים לקלא מסתמא גם הם עשו כרגילות ולכ"ע היכי דרוב מסייע להמוחזק הולכין בממון אחר רוב דע"כ לא פליגי רב ושמואל במס' ב"ק דף מ"ו ע"ב רק היכי שרוב בא להוציא ממון מחזקתו והכא הרוב מסייע להמוחזק שהוא המערער שיש לו חמ"ק דתפיסה ל"מ בקרקע ולכן מפיר יוכל המערער לטעון שהי' לך לזהור

בשטר כי מן הסתם עשו השלשה כרגילות משא"כ להוציא במלוה על פה מן הלקוחות כיון שעל קרקע זו אין המלוה מוחזק דהא קיי"ל כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה כדאי' בפסחים דף ל"א ואפי' לאביי כתבו תוס' במס' ב"ק דף ל"ג ע"ב ד"ה א"ב דוקא היכי שגבאו לבסוף ואף דאין יכול הלוה למכור כבר כתב רש"י שם בפסחים ד"ה כ"ע כיון שהם ממושכנים למלוה ואע"פי שהן שלו אינן ברשותו יע"ש היינו לענין שאין יכול למכור השעבוד שיש למלוה אבל מ"מ אי אפשר לומר דהוי המלוה מוחזק בנכסים דהא קיי"ל כב"ה שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וכתבו התוס' במס' סוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה לא כיון שצריך ב"ד מי יימר דיזדקקו ב"ד וכדאי' בקדושין דף ס"ב ע"ב ואף שכתב הש"כ בספר תקפו הכהן דבעל השטר חשוב מוחזק כבר השיגו האחרונים זלה"ה על האי כללא וכיון דאיכא ספק אם חל השעבוד דאם לא הי' קלא כבר אפקיעהו חכמים השעבוד משום פסידא דלקוחות ועל זה גופא אנו דנין אם איכא קלא למילתא או לאו ממילא אי אפשר להוציא מן הלקוחות כיון דקיי"ל כשמואל אין הולכין בממון אחר רוב להוציא ממון ממוחזק דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקת ממון כמ"ש תוס' בר"פ המניח ושפיר יכולין הלקוחות לומר אף שהי' הרבה עדים הי' ממיעוט אנשים שאין מוציאין קול ולא שמענו מהלואה ולק"מ קו' התוס' והתוס' דלא תי' י"ל דרצו לתרץ אפי' לרב שסובר הולכין בממון אחר רוב, או לפמ"ש תוס' בסנהדרין דף ג' ע"ב ד"ה ד"מ דברוב מעליא גם שמואל מודה, ומ"מ סברא זו ראוי לאומרו וא"כ דברינו הנ"ל נכונים דדין של רא"ה במחלוקת הפוסקים שנוי' אי אמרינן מגו היכי שהטענה שיטעון לא שכיח כן נלענ"ד:

פרט ז

יבואר שרבו החולקים על רא"ה וסוברים אפי' כשאמרה מקודשה אני לפלוני יכולה לחזור לאחר כד"ד כשנותנת אמתלא לדבריה ויסתעף עוד חידושי דיני' אם בממון יכול לחזור מהודאתו כשנותן אמתלא לדבריו הראשונים אף בשלא טען אמתלא דהשטאה או השבעה רק שאר אמתלאות:

כה בשו"ת מוהר"י ב"ל חלק א' כלל ששי סימן מ"א כתב וז"ל לפי שאני סובר דעת רא"ה זלה"ה המה דברי יחיד וכל הפוסקים אשר מעולם חולקים עליו ולא שנא דאמרה מקודשת סתם ולא שנא דאמרה מקודשת אני לפלוני אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת דאי הוי ס"ל כדברי רא"ה לא לישתמט חד מנייהו לכתוב זה חילוק דודאי חידוש כהאי צריך לאדועי, ולא הניחו הדברים להיותם ברורים כי אדרבא איפכא מסתברא דכיון דאלימא אמתלא לאפוקעי איסור דאשת איש איך נאמר דבשביל שאמרה לפלוני ויש

לו זכות לאותו פלוני באותה האשה דלא אלימא אמתלא לאפוקעי אותו זכות, והלא האומר על חפץ שהוא של פלוני יכול לחזור בו אף אנו נאמר בנ"ד דאם אמרה מקודשת אני לפלוני אע"פי שיש בדברים הללו איסורא וממונא אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת ואין אנו חוששין משום ממונא דלא גרע אמתלא מטענה שלא להשביע את עצמו כלל העולה מדברים אם הי' בא מעשה לידי באשה האומרת מקודשת אני לפלוני ואח"כ נתנה אמתלא לדבריה הייתי קרוב לומר שהיא נאמנת גם להאי דרא"ה לא הייתי חושש להחמיר אא"כ היתה אומרת מקודשת אני לפלוני בב"ד לפני המקדש בזה הייתי חושש להחמיר מקצת טעמים שיש בידי עכ"ל וראיתי בש"ות נודע ביהודא במהדורא קמא חלק א"ה עז סימן ס' שתמה ג"כ על רא"ה אטו המודה לחבירו ממון גמור מי לא יכול לחזור וליתן אמתלא והרי המודה לחבירו שחייב ממון יכול לטעון משטה אני או שלא להשביע כל אחד לפי ענינו כדאי' בח"מ סימן פ"א והרי כל זה אמתלא ומהני ליתן אמתלא לחוב לחבירו שכבר הודה לו זכות יע"ש שהאריך, וכן הקשה בס' בית מאיר וכבר קדמום בש"ות מוהר"י ב"ל ז"ל בקו' זו וכפי הנראה סובר עוה ר"י ב"ל כמו דמהני אמתלא דהשטאה או השבעה בממון ה"ה דמהני שאר אמתלאות בממון שיכול לחזור מהודאתו אבל כבד מבואר בש"ות אחרונים זלה"ה מחלוקת עצום בזה והובא בספר קצות החושן סימן פ' ס"ק א' ויעין כי הוא ענין הנוגע לכמה מקומות ההכרח להעתיק לשונם בתשובת מוהר"ש הלוי חלק א' סימן כ' האריך לברר בממון אם טען בב"ד ונתחייב אם יכול לחזור מטענתו הראשונה ע"י אמתלא כמו שאמרו לענין איסור באשה שאמרה א"א אני וחזרה ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת, ודעתו דמהני גבי ממון כמו גבי איסור דאם הקילו בערוה החמורה כ"ש בממון הקל ושכן פסק מוהרשד"ם ומוהר"א חסון נחלק עליו וז"ל הגע בעצמך שאדם הודה מעצמו הודאה באופן שאין יכול לומר לא משטה ולא השבעה הנאמר שיכול לחזור וליתן אמתלא ותא חזי דאפילו במקום איסורא כתב הר"ן בשם רא"ה דאם אמרה מקודשת אני לפלוני לא מהמנינן לה בשום אמתלא דכיון שהודית שנתקדשה לו לאו כל כמיני' לחוב ולהפקיע עצמה ממנו יע"ש, ומוהר"ש הלוי זלה"ה כתב וז"ל ונוראות נפלאתי לפי קוצר דעתי ותבונתי מדברי הרב שכתב דבממון לא מהני אמתלא וכי נעלם מעיני כבודו מ"ש הרמב"ם בפרק ז' מטוען וז"ל יש לטוען בבית דין לחזור ולטעון טענה אחרת להכחיש טענה הראשונה וסומכין טענתו אחרונה אע"פי שלא נתן אמתלא לטענתו הראשונה אבל מאחר שיבואו עדים ויכחישו כו' אינו יכול להשיאה לטענה אחרת אא"כ נתן אמתלא לטענה שסמך ויש במשמע כמו שהשיא בזאת טענה האחרת הרי בפירוש דבממונא איירי הרמב"ם וכתב דאמתלא מהני וע"ע בסימן

כ"ב שכתב דהא קיי"ל דנותן אמתלא לדבריו בכל מקום נאמן וכמ"ש הרמב"ם בהרבה מקומת ובפ"ז מטוען פירש הדבר כו' ואין זה צריך לפנים דהא קיי"ל במודה לחבירו מנה דיכול לומר שלא להשביע או השבעה וזה אמתלא גדולה ואפ"ה נאמן ולא עוד אלא אפילו הרא"ה שכתב גבי אשה שאמרה מקודשת אני לפלוני כו' אפשר לומר דאולי לחומר איסור אשת איש כתב כן אבל בממונא יודה דמהני דהרי האי עובדא דהוי קרו לי' קב רשו וקאמר התם דנאמן לומר שלא להשביע והרי התם יחד בפירוש לאנשים שהי' חייב ואמאי לא נאמר התם דאינו נאמן לחוב ולהפקיע ממון שכבר הודה עכ"ל וא"כ מוהריב"ל שתמה על רא"ה בע"כ סובר כמוהר"ש הלוי שבממון ל"ד טענת השטאה או השבעה אלא ה"ה כל אמתלא שבעולם שאומר הנתבע מהני וה"ה כי א"א לומר משום חומר א"א כנ"ל דאמאי לא החמירו כשאינו מיחד לפלוני שמהני אמתלא רק טעם הרא"ה כיון שהוא לחובתו ל"מ וריב"ל סובר דאפי' לחובתו מהני אמתלא אבל רא"ה י"ל דסובר כמוהר"ש הנ"ל דדוקא אמתלא דהשטאה או השבעה מהני והטעם כמ"ש בקצ"החה שם לפי שדרך כל העולם בו לומר על דרך השטאה או השבעה ודחה ראי' הנ"ל מרמב"ם יע"ש וא"כ שפיר כתב רא"ה לחלק בין מקודשת סתם דלא הוי רק איסורא אבל לפלוני דהוא חוב לאותו פלוני יש לו דין ממונא ובממון לא מהני אמתלא כלל:

אמנם לפ"ז לכאורה קשה שיטת רא"ה דהנה במס' קידושין דף ס"ה ע"ב מקשה רב אשי לרב כהנא דסובר המקדש בעד א' אין חוששין לקדושין כו' מאי דעתך דילפית דבר דבר מממון אי מה להלן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי אף כאן הודאת בע"ד ומשני התם לא קא חייבא לאחרינא הכא קא חייבא לאחרינא, וכבר בררנו בכלל ה' פרט א' דעת הרבה פוסקים דהא דשווי' נפשה ח"דא הוא מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים א"כ קשה בעין קושי' הש"ס אמאי איתא בברייתא באשה שאמרה אשת איש אני נאמנת אפילו אחר כדי דיבור לומר פנוי' אני אם נתנה אמתלא לדבריה היכי שלא אמרה לפלוני כיון דהוא רק איסורא מה בכך הא כיון דהוי דבר שבערוה להתיר אשה לעלמא נימא כמו בממון היכי שהודה לחובתו אף שיש לו אמתלא להודאתו לא מהני רק טענת השטאה והשבעה כנ"ל ה"ה בדבר שבערוה גרידא נימא ג"כ הודאתה לחובתה הוי כעדים ולא מהני אמתלא לחזור מהודאתו וצריך לומר דבכה"ג כשמודה בדבר שבערוה לחובתו ואינו מייחד לאיש המיוחד לא ילפינן מממון דהתם בע"כ מייחד הודאתו לאיש מיוחד דלא שייך הודאה בממון כשאינו אומר למי חייב:

כו ואולם לענ"ד שיטת רא"ה, ומוהר"א חסון תמוהין, דהנה לעיל בפרט ג' הבאתי דעת הרבה פוסקים ומכללן הרא"ה כפי מה שפירשו רבותינו האחרונים זלה"ה גם באיסורא

גרידא בעינן אמתלא הניכר לב"ד שרגלים לדבר אמתלא אמת והיינו כעין מעשה שקפצו עליה בני אדם לקדשה שהי' ידוע לנו שהיו מתחילה אנשים שאינם מהוגנים ואח"כ הי' מהוגנים דהוי רגלים לדבר, א"כ באמתלא כה"ג אמאי לא יועיל בממון לומר אמתלא זו לחזור מהודאתו כיון שהוא מוחזק בממון ויש רגלים לדבר שאמתלא אמת הא אפילו אם רוב מסייע להמוציא לא מהני להוציא ממון מחזקתו וכ"ש בשרגלים לדבר מסייע למוחזק בממון ובנידון דמהני באיסורא ראוי שיועיל בממון ולפענ"ד הוא קו' אם מהני אמתלא דהשטאה או השבעה אף שאין לנו רגלים לדבר באותו נידון שהי' כן כדמוכח במס' סנהדרין דף כ"ט ובחושן משפט סימן פ"א שסתמו דבריהם ולא אשתמיט לומר שיהי' לנו רגלים לדבר באותו איש שאומר דרך השטאה והשבעה אדרבא ממעשה בקב רשו מוכח מלשונו שרצה להשביע א"ע שאינו חייב רק להם, כי הי' קורין עליו קב רשו כמ"ש רש"י מלא קב שטרות יש עליו אמר מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני רק כיון שדרך העולה לומר כן תלינן בהאי גברא שאמר כן ג"כ מכ"ש כשיש רגלים לדבר באותו נידון שהאמת הוא כמו שאומר אאמתלא שראוי לומר שיהי' נאמן ומה שכתב הוכחה כיון שלא נזכר בש"ס ופוסקים רק אמתלא דהשטאה והשבעה משמע שאר אמתלאות ל"מ בממון לענ"ד ז"א הוכחה די"ל כל אמתלאות שבעולם דלא מהני רק כשיש רגלים לדבר בודאי מהני בממון כמו באיסורא בדבר שבערוה דדבר שבערו' וממון יש להם דין אחד לענין דבר שצריך ראי' כמו הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ה"ה בדבר שבערוה ה"ה לענין אמתלא יש להם דין אחד רק קמ"ל הש"ס לרבותא אפי' השטאה או השבעה דליכא רגלים לדבר באותו נידון שהודה על דרך זה מ"מ כיון שכן מנהג העולם הוי אמתלא בממון וא"כ מ"ש רא"ה באומרת מקודשת אני לפלוני לא מהני אמתלא בע"כ הפירוש אפי' כשיש רגלים לדבר קשה הא אפי' בממון בכה"ג שיש רגלים לדבר ראוי שיהי' מועיל אמתלא לסייע למוחזק ולפי פירושינו בפרט ג' בפירוש אמתלא א"ש אבל לפי הבנה הפשוטית כמו שהבינו רבותינו אחרונים זלה"ה קשה להבין שיטת דא"ה וסיעתו וראיתי בש"ות נודע ביהודא סימן ס' שכתב לפרש כוונת רא"ה ע"פי מ"ש החלקת מחוקק בסימן קי"א סע"ק כ"ב במאי שכתב המחבר באשה שהודית שזינתה ברצון אינה נאמנת לאוסרה על בעלה שמא עיניה נתנה באחר אבל אבדה כתובתה וכתב רמ"א ואם חזרה בה ונתנה אמתלא לדבריה למה אמרה בתחילה כן נאמנת והוא בשם הגהות מרדכי ובח"מח ס"ק כ"ב כתב וז"ל יש לדקדק אם מועיל אמתלא אף לאחר זמן, ולא ניחוש שמא למדהו לטעון אמתלא זו ואע"פי שאשה שאמרה א"א אני ואח"כ אמרה פנוי' אני נאמנת אפי' לאחר זמן כשנותנת אמתלא שאני איסורא מממון והודאת בעל דין כמאה עדים ומה מועיל אמתלא

להוציא ממון מבעלה עכ"ל וסובר רא"ה ג"כ כח"מח דלענין ממון לא מהני אמתלא וכי היכי דלא מהני לענין ממון ה"נ לא מהני לענין איסורא דבהדי ממון ודוקא באומרת אשת איש אני סתמא דליכא דררא דממונא בהדי איסורא כלל מהני ולפ"ז היינו דוקא במודה בב"ד או בעדים ואמרה אתם עידי דלא מהני בממון אמתלא, אבל במודה חוץ לב"ד ולא אמרה אתם עידי גם לענין זכות וחובה שבממון מהני אמתלא ולא קאי הרא"ה רק באתם עידי או באמרה בב"ד עכ"ד ולא הבנתי דבריו הנעימים הא החלקת מחוקק וב"ש ס"ק כ"ד כתבו להדי' דוקא לאחר שיצא מב"ד דיש לחוש שמא למדהו לטעון כן אבל כשהם בב"ד יכולה לחזור ע"י אמתלא כמו שמפורש ברמ"א הנ"ל והוא מהגהות מרדכי, ומשמעות לשון ח"מח וב"ש נראה להדי' שאינם חולקים על רמ"א רק שכתבו דין בפ"ע והא לרא"ה מבואר להדי' אפילו כשהם עדיין בב"ד אם הוא לאחר כדי דיבור א"י לחזור אפי' ע"י אמתלא ולשיטת ח"ממ אפי' תכ"ד, ואף אם נדחוק שהגאון זלה"ה הבין בכוונת ח"מח כיון שכתב שאני איסורא מממון והודאת בע"ד כו' משמע שחולק על רמ"א וסובר דאמתלא ל"מ בממון אפי' כשהם בב"ד אם הוא לאחר כד"ד דהודאה הוי כעדים, מ"מ אין דמיון להתם דהא ח"מח כתב הטעם מה מועיל אמתלא להוציא ממון מבעלה, והיינו דוקא כשבא להוציא ממון מחזקתה, אבל לסייע להמוחזק י"ל דמודה דמהני אמתלא והכא בנידון דרא"ה האמתלא הוא לסייע לחזקתה דתוקמי אחזקת פנוי' כמו שהיתה עד עתה והבעל רוצה להפקיע מחזקתה ע"י דיבורה שאמרה מתחילה מקודשת אני לפלוני שפיר י"ל דמהני אמתלא שאמרה אח"כ שתהי' פנוי' כמקדם ויותר הו"מ הגאון זלה"ה לומר בקיצור דרא"ה סובר דבממון ל"מ אמתלא רק השטאה והשבעה, אף שהוא לסייע לחזקה, ותו קשה לפי סברת הגאון זלה"ה שנראה שהבין דאמתלאות דעלמא עם אמתלא לה דהשטאה והשבעה שווין כמו שנראה בקו' שהקשה וע"ז תירץ הקו' עפ"י דברי ח"מח וכתב שרא"ה מיירי כשאמרה אתם עידי או בב"ד למה הביא כלל דברי ח"מם שאין ענין לנידון של רא"ה הא הו"מ לתרץ בקיצור שמיירי שאמרה אתם עידי או בב"ד דל"מ אמתלא בממון כדאי' בסימן פ"א ואולם באמת מסתימת לשון רא"ה משמע שמיירי בכל גווני אף שלא אמרה אתם עידי ולא בב"ד וכן משמעות כל אחרונים זלה"ה, שהביאו דבריו וא"כ הדרא קו' הנ"ל לדוכתי' אמאי ל"מ אמתלא שלה לסייע לחזקתה שאין יכול אותו פלוני להוציאה מחזקתה ולזכות בה וצ"ע:

פרט ח

יבואר בהן דינא דרא"ה זלה"ה כמה שסובר דל"מ אמתלא באיסורא דאית בי' ממונא מה שיש להקשות על זה וגם יבורר כלל חדש בענין אמתלאות:

כז אמר המחבר כדי לברר הדין הלז שחידש לן רא"ה על בריו, נתתי אל לבי להבין המקור הדין באמתלא דהשטאה או השבעה שמועיל בממון ומתוך כך יבורר נידון שלפנינו לכאורה יש לחקור על גוף הדין דקיי"ל בחושן משפט סימן פ"א במודה בפני עדים ולא אמר אתם עידי לא הוי הודאה משום טענת השטאה או השבעה הא קיי"ל במס' קדושין דף מ"ט ע"ב דדברים שבלב לא הוי דברים וא"כ מה בכך שנאמן ע"י אמתלא דהשטאה או השבעה שכן הי' בלבו בעת שהוציא בפיו הא הוי דברים שבלב וכיון שהודה הודה וכבר קדמני בזה הגאון ז"ל בספר אורים ותומים בסימן פ"א ס"ק ב' שכתב וז"ל ובתשובה הארכתי למה לא אמרינן כיון דבפיו מתחייב מה בכך דבלבו הי' להשטות הא קי"ל דדברים שבלב אינם דברים וצריך לומר כיון דרגילות להשטות לא הוי דברים שבלב דדברים שבלב הוי היכי דפה סותר הלב אבל כאן הכל שווין דגם בפיו הוא רק דרך שטות ושחוק ואין פיו סותר כוונת הלב כלל עכ"ד, ואכתי קשה אמאי מהני טענת השבעה הא סותר כוונת הלב למה שאומר בפיו, ונראה דהנה בתוס' במס' קידושין שם, ובהר"אש במס' כתובות דף צ"ז ע"א סימן ט' ביאר יותר. שיש שלמה ענינים:

א) היכי שאין הענין מוכח על דעתו אי לאו דאתני לא מועיל גילוי דעת עד שיתנה בפירוש וכיון דבעי תנאי בעי נמי תנאי כפול:

ב) יש דברים שאפילו גילוי דעת לא צריך משום דאיכא אומדנא דמוכח טובא דאפילו לא גילה דעתו בשעת מעשה לא הוי דברים שבלב משום דבלאו גילוי דעת אנן סהדי דלהכי אכוין:

ג) בזבין ולא אצטרכי זוזי והאי גברא דזבין נכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל אע"ג דגלי דעתי' מעיקרא וידוע לכל שלדעת כן הוא מוכר בעינן גילוי דעת בשעת מעשה דליכא אומדנא דמוכח כולי האי בלא גילוי דעת וכן הר"ן בכתובת דף ע"ט אזיל בשיטה זו לחלק בין אומדנא דמוכח טובא דהוי כאנן סהדי, ולאומדנא דמוכח סתם, שכתב שם וז"ל דאומדנא דמוכח כי הכא שאני דלאו דברים שבלב לבד הן אלא דברים שבלב כל אדם יע"ש וכ"כ הריטב"א במס' קדושין דף נ' ע"א בד"ה הא ואולם להבין ולידע מה הוי אומדנא דמוכח טובא הדבר צריך בחינה ונמסר לחכמים כמ"ש הפוסקים ובארתי בס"ד בכלל אומדנא, וא"כ יש לומר לפי דעת כמה פוסקים המובא בח"מ סימן פ"א סעיף ט"ז דטענה שלא להשביע הוא רק כשמודה מעצמו אבל אם תבעו והודה אין יכול לפטור בטענת שלא להשביע, ועיין בסמ"ע ס"ק מ"א וש"כ ס"ק מ"ב גדולה מזו דעת הרמב"ם דכל שהודה בפני התובע א"י לפטור בטענת שלא להשביע ויש לומר שחקרו חכמים בדעת בני אדם מכח השכל והדעת של תורה מכרעת דמאן דיזיף בצנעה יזיף כדאי'

בב"ב דף מ"ב ע"א לכן מלוה על פה אינו גובה מלקוחות מהאי טעמא כי היכי דלא ליתזלי נכסי פי' רשב"ם מבקש שלא לפרסם הדבר כדי שאם יבוא למכור קרקע לא יבינו העולם שהוא דחוק לפרוע מעות ולא יקחו ממנו ביוקר, וא"כ אנן סהדי שדרכי בני אדם אם באמת חייבים אינם רוצים לגלות ולפרסם מעצמם היכי שאין להם הכרח המכריח לכך וכיון שלא תבעו שום אדם רק מעצמו בא לפני עדים והודה שחייב מעות אנן סהדי שכוונתו הי' שלא להשביע ועיין במס' ב"ב דף ל"ט ע"ב בהא דפליגי ר' חייא בר אבא בשם ר' יוחנן מחאה בפני שנים ר' אבוהו אמר ר' יוחנן מחאה בפני שלש ומסקינן אבע"א דכולא עלמא מחאה שלא בפניו הוי מחאה והכא בהא קמפלגי מאן דאמר בפני ב' קסבר סהדותא בעינן ומאן דאמר בפני ג' קסבר גילוי מילתא בעינן וכתבו תוס' בד"ה סהדותא וז"ל ואי לאו משום סהדותא הוי סגי בחד דחברך חברא אית לי' ואע"פי שלשון הרע אינו נשמע היינו לפי שמעלימין אותו מבני אדם, ומ"ד בפני שלשה בעי גילוי מילתא כמו בלשון הרע יע"ש נשמע אפי' בשנים נתפרסם הדבר, והא דמלוה ע"פ בעדים אינו גובה מלקוחות הרי דליכא קלא, ז"א הא אפי' בהרבה עדים אינו גובה מלקוחות וכבר הקשו כן בתוס' שם בד"ה לית וכתבתי לעיל בפרט ו' לתרץ שאין יכול להוציא מלקוחות דיכולין לומר אנן לא שמענו דאף דברוב פעמים אית לי' קלא דבר הנעשה בפני שלשה מ"מ לפעמים אין לו קול וא"א להוציא מן המוחזק כמו כן יש לומר האי טעמא בשני עדים, וכיון שע"פי רוב מפרסמים העדים כמ"ש תוס' דאפי' בחד הוי סגי מכ"ש בשני עדים לא הי' לזה להודות בפני עדים שחייב ממון כיון שלא תבעו שום אדם לכן אמדו חכמים דעת בני אדם כשבא לפני עדים והודה מעצמו איכא אומדנא דמוכח טובא והוא בגדר אנן סהדי שאמר כן שלא להשביע ובכיון רצה שיפרסמו העדים שאינו עשיר לכן הוי אמתלא ולא הוי דברים שבלב כיון דהוא דברים שבלב כל האדם דאנן סהדי שכיון לכך ולא הי' חש לזה דלמא יאמרו כן להתובע ויתבע ממנו בב"ד כי הי' מוחזק הבע"ד אצלו לנאמן וכשר סלא יתבע אותו כיון שבאמת לא לוה לא יהי' גזלן דאחזוקי אינשי בגזלן ל"מ כי רוב ישראל הם כשרים וסמך על זה במה שהודה, ולפ"ז נראה לומר בממון דוקא אמתלא דלא מוכח לנו טובא שהאמת כמו האמתלא הוא דלא מהני כי אף שיש רגלים לדבר שכן הוא מ"מ כיון דלא הוי בגדר אנן סהדי הוי דברים שבלב ואינם דברים אבל אם יש לנו אומדנא דמוכח טובא ואנן סהדי שאמתלא אמת מהני אפי' בממון ומ"ש טענת שלא להשביע או שאר אמתלא ולא הי' צריך בש"ס להזכיר כי הוא מילתא דפשיטא בהרבה דוכתי דאנן סהדי מועיל רק דקמ"ל במס' סנהדרין דרין דכ"ט שם אפי' השבעה בנידון דקב רשו שהי' נראה מדבריו שכיון להחזיק עצמו עשיר כי הי' קורין עליו קב

רשו ואמר מאן מסיק בי אלא פלוני ופלוני וה"ה שאר אמתלאות וגם קמ"ל טענת משטה אף דל"מ באיסורין כדאי' ברמב"ם בפרק ד' מאיסורי ביאה הלכה י' שאם אמרה דרך שחוק אמרתי לך תחילה אינה נאמנת אפ"ה מהני בממון ומכ"ש אמתלא דמהני באיסורין שמהני בממון ומוכח כמוהרשד"ם ומוהר"ש הלוי הנ"ל בפרט הקדום והיינו באמתלא דמוכח טובא שכן הוא:

כח ומעתה נבוא לנידון דידן, בדין שחידש רא"ה זלה"ה היכי שאמרה מקודשת אני לפלוני כיון שיש בו דררא דממונא לאבד זכותו ל"מ אמתלא לולי דבריו זלה"ה יש לדון בדבר דבנ"ד סגי באמתלא היכי שיש לנו רגלים לדבר שאומרת אמת ואינו משקרת אף שלא מוכח טובא שיהי' בגדר אנן סהדי וכיון שבע"כ בעינן אמתלא שיהי' רגלים לדבר לב"ד שיש ממש כמ"ש בפרט ג' שכן הבינו האחרונים זלה"ה ראוי לומר שיועיל אף בענין הנוגע לממון והטעם דלא דמי לממון גרידא דבעינן אמתלא דמוכח טובא עד שיהי' בגדר אנן סהדי ומוכח לכל העולם כדי שלא יהי' דברים שבלב משא"כ הכא ראוי שיועיל רגלים לדבר שהענין אמת ואפי' דברים שבלב מהני וברורא דמילתא כך הוא, דהמעיין במס' קידושין דף נ' ע"א יראה דדברים שבלב לא הוי דברים רק היכי שהדיבור שהוציא עכשיו הסותר למחשבתו יוכל לפעול ענין שרוצה לעשות ואינו מגלה דבר הנעשה מקודם, כעין האי גברא דזבין לנכסי אדעתא למיסק לארעא דישראל ובעידנא דזבין לא אמר מידי דהדיבור שאמר שמכר סתם פועל וגורם למכירה וכמו כן מה שרוצה להביא ראי' מקרבן וגט, ג"כ הדיבור שאומר עכשיו' שמקריב קרבן ומגרש לרצונו פועל וגורם שיהי' המעשה נגמר, וכ"כ היכי שאמר לשליח הבא לי מן החלון אע"פי שאמר לא הי' בלבי אלא על זה ונאמן על כך כדאי' שם דהו"מ לומר נזכרתי מ"מ אזלינן בתר הדיבור שעושה עכשיו פעולה כי כן הוא חוקת התורה דבר אשר הדיבור לבד עושה עכשיו פעולה שרוצה לעשו' אף שמחשבתו סותר לא הוי דברי' שבלב דברים, וכיו"ב הוא בנדרים דף כ"ח היכי דלא מוכח דברים שבלב לא הוי דברים ועיין בפירש הר"אש במתני' בד"ה הרי משא"כ היכי שהדיבור שאומר עכשיו לא יוכל לפעול כלל רק שמגלה מילתא בעלמא בדיבורו מה שנעשה הי' מקודם ומחשבתו הי' בהיפך ואח"כ אמר לנו שכן הי' מחשבתו להיפך ויש לו אמתלא הרגלים לדבר שכן הוא עד שנראה לכו שאומר אמת שכן הי' כמו שהיה מחשבתו אפילו דברים שבלב הוי דברים כי מה בכך שהוציא בשפתיו מתחילה מ"מ כיון שאין הענין אמת כמו שהוציא ועל זה יש לו נאמנות מכח אמתלא לא מהני מה שהוציא בשפתיו, ואולם לפ"ז לק"מ קו' הא"ות הנ"ל בפשיטות דלכן מהני טענה השטאה או השבעה כיון שחקרו חכמים בדעת בני אדם שכן הוא ונאמן

הנתבע על זה שכן הי' בלבו וגם מצד שהוא מוחזק אפי' בספק אין מוציאין מיד המוחזק מכ"ש שיש רגלים לדבר מה בכך דהוי דברים שבלב הא מה שהודה לחבירו הוא רק גילוי מילתא שמגלה שנעשה מעשה הלואה ואם הלואה שקר לא יכול בדיבור לפעול כלל כיון שאומר רק שלוה והא ע"ז נאמן שהלואה הוא שקר כיון שנותן אמתלא ונאמן על גוף המעשה אפי' דברים שבלב הוי דברים בכה"ג ואין לו דמיון כלל לסוגי' דהתם, אך לאחר העיון קצת נראה שהגאון בעל א"ות זלה"ה דק שפיר דהנה בש"ע סימן פ"א סעיף א' איתא אמר לחבירו מנה לי בידך א"ל בפני עדים הן למחר אמר תנהו לי והשיב משטה הייתי בך צריך לישבע שהוא כדבריו שכוונתו להשטות וכתב בסמ"ע וש"ך סק"ב כלומר נשבע שאין חייב לו כלום ושכיון להשטות דפשיטא שצריך לישבע שאינו חייב לו כלום כשזה תובע שיש לו בידו דמה בכך דכיון להשטות מ"מ אם בלא"ה חייב לו פשיטא דצריך לשלם לו, והא דלא סגי בהך שבועה דאין חייב לו י"ל מסתמא ודאי חייב לו ואין אנו מאמינים לו שאין חייב לו, ותמה על זה בס' הנ"ל דאיך שייך דאין אנו מאמינין לו הלא ישבע דאינו חייב לו ואם אנו חושדין דישבע לשקר אף על זה ישבע לשקר ומה אולמא הך שבועה מהך שבועה ולכן תירץ על קו' הנ"ל לפמ"ש מחבר סימן מ' סעיף א' בשם רמב"ם דיכול לחייב א"ע באמירת אתם עידי אף דלא הי' חייב מעולם רק אמירת פיו מתחייב לכן ברור ה"ה בלי אמירת אתם עידי רק כשכוונתו הי' להתחייב ולא בדרך השטאה מתחייב דאמירת אתם עידי אינו מועיל לגוף החיוב רק שלא יוכל לומר משטה הייתי אבל אם באמת כוונתו לחייב בלא השטאה ה"ז מתחייב כאילו אמר אתם עידי ולכן שכ"מ מתחייב אע"פי שלא אמר אתם עידי מפני שאין אדם משטה בעת מיתה הרי דגוף התחייבות לא תלי' כלל באמירת אתם עידי רק לשלול טענת השטאה הא אם לא נתכוין להשטות מתחייב וא"כ א"ש דצריך לישבע בפרטות שכיון להשטות דאף דאינו חייב לו כלום אלא לא כיון להשטות מתחייב לו באמירת פיו עכשיו ואח"כ הביא סמוך לזה קו' הנ"ל כיון דבפיו מתחייב מה בכך דבלבו הי' להשטות הא הוי דברים שבלב ולפי דבריו שפיר דק בקושיתו דהא ע"י הודאתו שהוציא בשפתיו חל החיוב מעכשיו דהוי כמתחייב א"ע בדבר שאינו חייב ואינו מגלי מילתא הנעשה מקודם כי הדיבור לבד יכול לפעול דמי ממש לסוגי' דקידושין דבכה"ג לא הוי דברים שבלב דברים ובאמת לשיטת הרמב"ם ורשב"א המובא בש"ך סימן מ' ס"ק ב' שאין אדם מתחייב א"ע בדברים אפילו באתם עידי בלא קנין לק"מ קושי' דלא הוי דברים שבלב, הגם שגוף דבריו אינם מוכרחים אפי' לרמב"ם די"ל דרמ"בם מודה לשאר פוסקים היכי שרוצה להתחייב א"ע חיוב מחדש בעי קנין רק שסובר דאתם עידי הוי שמו קנין מ"מ סברא הלז מוכרח לחלק

בענין דברים שבלב שיש חילוק בין אם הדיבור גורם קיום הדבר או שהדיבור מגלה מילתא, שוב ראיתי בש"כ סימן פ"א סוף ס"ק ו' משמע כא"ות בזה יעוש"ה ולפ"ז ממילא נראה באשה שאמרה מקודשת אני לפלוני אף שיש דררא דממונא לאבד זכותו, מ"מ כיון שאומר אמתלא הניכר אצלינו לאמת כמ"ש רא"ה בעצמו ואע"פי שאין ידועין לנו ולא הוי אנן סהדי ואינו בגדר אומדנא דמוכח טובא מ"מ כיון שעכ"פ ניכר אצלינו שאומרת אמת ונאמנת שהיתה פנוי' כי חזקת פנוי' מסייע לה, מה בכך שהי' דברים שבלב הא הדיבור שאמרה מקודשת אני לפלוני אינו גורם קיום הדבר שיחולו הקדושין על דיבורה שאומרת כן רק שמגלי מילתא שנתקדשה מקדם בפני עדים וכיון שנאמנת על זה שמעשה שקר היאך נוכל לומר שתהי' אגודה אצל זה בלא קידושין מחדש, ולא יעלה על דעת משום זכותו נכוף אותו לקדש מחדש כי מלבד שלשונו לא משמע כן אף גם הוא נגד הסברא, וא"כ מ"ש האחרונים זלה"ה בכוונת רא"ה דסובר דלא מהני אמתלא בממון לכן לא מהני אמתלא באומרת מקודשת אני לפלוני כנ"ל לענ"ד לא דמי כלל דהתם יש לומר הטעם דלא מהני אמתלא בממון, כיון דהוי דברים שבלב היכי דלא מוכח טובא ובאמת במוכח טובא יש לומר דדמי להשבעה, משא"כ הכא לא איכפת לן אי לא מוכח טובא דכיון שעכ"פ מוכח שהענין שקר שלא נתקדשה כיון שיש אמתלא הניכר' אצלינו שאומרת אמת שמסייע לחזקת פנוי' ועוד נלע"ד דבלא"ה לק"מ קו' הא"ות דאי' במס' גיטין דף ל"ב ע"א במתני' השולח גט לאשתו והגיע בשליח כו' ואמר גט שנתתי לך בטל ה"ז בטל ואם משהגיע גט לידה שוב א"י לבטל ומקשה הש"ס פשיטא ומשני לא צריכא דמהדר עלה מעיקרא לבטל מהו דתימא אגלי מילתא למפרע דבטלי' קמ"ל וכתבו התוס' בד"ה מהו וז"ל וטעמא דמילתא דמשום שבאותו שעה שהוא רק לא נודעה דעתו לא לשליח ולא לאשה ולא לב"ד והוי לי' דברים שבלב ואינם דברים אע"ג שנאמן לומר כך הי' בלבי ואע"ג דבעלמא גבי ההוא גברא דזבין אדעתא למיסק לארעא דישראל בדין הוא דלא הוי דברים כיון שלא חשש לפרש רוצה הוא שיתקיים הדבר בכל ענין אבל כאן עשאו כל מה שהי' יכול לעשות מ"מ עשאו כדברים שבלב עכ"ל משמע להדי' בעלמא היכי שעושה כל מה שהי' יכול לעשות ולא הי' יכול לפרש הוי דברים שבלב דברים דעיקר הטעם כיון שלא חשש לפרש וא"כ פשוט דאמתלא דהשטאה או השבעה לא הוי דברים שבלב כיון שלא הי' יכול להוציא בשפתיו שעשה כן דרך השטאה או השבעה כיון שרצה להשטות ולהשביע וע"ז גופא הוי אמתלא ולא דמי כלל וז"ב ותמהני על הא"ות שלא נחית לזה וא"כ גם בממון לא הוי דברים שבלב והדק"ל על שיטת הרא"ה זלה"ה, ולכאורה נראה מוכרח בכוונת רא"ה כמ"ש בפרט ג' שלא בעינן אמתלא שיהי' ניכרת לב"ד שיהי' רגלים

לדבר רק כיון שלפי דבריה יש ממש באמתלא נאמנת כשאומרת מקודשת אני בסתם ולא אמרה לפלוני דלגבי נפשה נאמנת דסובר דהא דקיי"ל שווי' נפשה ח"דא לא חל החיוב על הב"ד לאפרושי מאיסורא רק שהאיסור חל על הבע"ד האוסר דבר המותר עליו לצאת ידי שמים וכיון שהיא אומרת שיוצאת ידי שמים בזה סגי הגם שדחוק קצת בלשונו, מ"מ ההכרח לומר כן וא"כ שפיר מחלק דהיכי דאמרה מקודשת אני לפלוני א"י לחזור באמתלא כזו והטעם די"ל דסובר דהודאת בע"ד לחובתו כדבר שבערוה דמי להודאת בע"ד לחובתו בממון כיון דילפינן דבר דבר ממון ואולם בעינן דומי' דממון דהודאה הוא לחבירו דחובתו הוא זכות לחבירו, בכה"ג גלי תורה דהודאתו עדיף מעדים כמ"ש רש"י דהוא מגזירת הכתוב דכי הוא זה סמכה תורה על מקצת הודאה וה"ה מכאן שהודאתו שוה לעדים ובעדים קיי"ל כיון שהגידו שוב אינן חוזרין ומגידין אפי' ע"י אמתלא כדאי' בח"מ סי' כ"ט, הגם שכתבתי בפרט ה' ס"ק י"ח לחלק בזה בשיטת ש"פ מ"מ י"ל רא"ה ל"ל חילוק הנזכר שם משא"כ היכי דשוי' נפשה חתיכה דאיסורא בסתם ואין בו זכות לחבירו לא הוי כעין הודאת בע"ד בממון לא הי' החזקה ע"ז שיהי' הודאתה כעדים ולכן היכי שאמרה סתם מקודשת אני נאמנת באמתלא אבל היכי שאמרה מקודשת אני לפלוני דהוי בגדר הודאה לא מהני אמתלא לאבד זכותו כיון דהוי כאילו הי' עדים בדבר שכן הוא בעינן אמתלא שיהי' מבורר לנו שכן הוא ואינה נאמנת בדיבורה לבד לגרוע הודאתה דהוי כעדים, ולפ"ז יצא לנו דין מחודש אפי' לרא"ה היכי שיש רגלים לדבר לאמתלא אפי' באומרת מקודשת אני לפלוני מהני אמתלא ולא משמע כן ואולם שוב ראיתי די"ל בפשיטות כיון דהיכי דאמרה מקודשת אני לפלוני הודאה לחובתה לזכות לפלוני הוי כעדים ובעדים קיי"ל כיון שהגידו שוב אינן חוזרין ומגידין אפי' באמתלא שנראה לב"ד שאומרין אמת כדמוכח במס' סנהדרין דמ"ד ע"ב כמש"ל בפרט ה' לכן סתם הרא"ה דבכל גווני ל"מ אמתלא ומ"מ צ"ע כיון שגדולי אחרונים זלה"ה לא הבינו כן בכוונת רא"ה כמ"ש בפרט ה':

פרט ט

יבואר היכי שאמרה אשה שהיא נשואה לפלוני אי יכולה לחזור אחר כדי דיבור כשנותנת אמתלא לדבריה הראשונים:

כט יש לחקור היכי שאמרה אשה שהיא נשואה לפלוני אי יכולה לחזור מדבריה כשנותנת אמתלא לדבריה דיש מקום לומר דבכה"ג אפי' לחולקים על רא"ה מודו, דרא"ה מיירי באומר' מקודש' אני לפלוני שמודית שהי' רק אירוסין אבל בנשואין יש לומר מטעם אחר לא מהני אמתלא די"ל אמתלא לא מהני נגד חזקה והיכי שאמרה סתם א"א

אני או אפילו אמרה לפלוני כיון שהי' רק קדושין גרידא לא זכה הבעל בנכסי אשה כלל אבל היכי מאמרה נשואה אני זכה הבעל בנכסי מלוג ובנכסי צאן ברזל שלה כדאי' בש"ס וברמב"ם בפרק י"ב מאישות ה"ג ובש"ע סימן ס"ט סעיף ג' וכל מה שתחת יד אשה הוא של בעל והוא מוחזק בכל נכסים וכיון שמיד כשהודית לו כל הנכסים שתחת ידה הם ברשות הבעל כי הודאתה לחובתה הוי כעדים ועיין במס' גיטין דף ע"ז ע"א דאמרינן חצירה מה שקנתה אשה קנתה בעלה, ול"ד למה דנחלקו בנדרים דף פ"ח ע"ב כמבואר שם לכל מעיין החילוק ומיקרי הבעל מוחזק בכל נכסיה בכל מקום שהם כי אפי' מטלטלים המניחים ברשותה כיון שגם רשותה הוא רשותו נקרא מוחזק יש לומר דלא מהני אמתלא להוציא ממון מחזקתו וכיון שלא מהני לענין ממון כמו כן לא מהני לענין איסורא כמ"ש בנ"בי סימן ס' כי סברא זו מוכרחין אנו לומר כן בלא"ה לשיטת רא"ה ודוקא באמרה מקודשת אני לפלוני שעל ידי דיבורה עדיין לא זכה הארוס בנכסיה לענין שיהי' מיד שלו ועדיין עומדים ברשותה עד שתנשא לו סוברים החולקים על רא"ה דמהני אמתלא לסייע למוחזק אבל היכי שאמרה נשואה אני לפלוני כיון דהודאת בעל דין לחובתה הוי כעדים ואם הי' עדים שהיא נשואה אזי הי' הבעל מיד זכה בעדותן בכל נכסי אמה בכל מקום שהם ברשות הבעל ה"ה ע"י הודאתה ל"מ אמתלא נגד המוחזק כי אלים חזקת ממון ולא דמי להסובר' דמהני כל אמתלאו' בממון כמש"ל בפרטים הקודמים דהתם אמתלאות הוא לסייע להמוחזק בממון ופלוגתייהו הוא רק בארוסה דלע"ע אין לבעל רק זכות שיהי' בנכסיה לאחר נשואין לא מבעי' לפי מה שכתבתי לעיל בפרט ג' בפירוש אמתלא של"ב ניכר לבד רק אפי' לפירש האחרונים זלה"ה שב"ד מבינים ומכירין שאמתלא אמת מ"מ כיון שאין ידוע לב"ד בתורת ודאי רק רגלים לדבריה י"ל דל"מ אמתלא להוציא ממון דהא אפילו רובא לא מהני להוציא ממון דהא קיי"ל אין הולכין בממון אחר רוב בממון שבא לידו מדעת הבעלים כמו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שכתבו תוס' במס' ב"ב דף ס"א ע"ב בד"ה אדעתא דאזלינן בתר המוחזק במעות עתה אעפ"י שמתחילה הי' של לוקח וה"ה אזלינן בתר המוחזק בממון עכשיו שהוא הבעל שעל ידי הודאתה הוא מוחזק כיון שמדעתה נתנה לו הנכסים ועיין בתוס' כתובת דף ט"ו ע"ב ד"ה להחזיר (זולת בקרקע אזלינן בתר חמ"ק) אמנם לכאורה יש סתירה לזה ממ"ש רמ"א בא"העז סי' קט"ו בשם הגהות מרדכי שכתב במס' קדושין בפ"ג וז"ל נשאלתי על אשת איש שאמרה נבעלתי ברצון וכתבו תוס' שאם רצה הבעל לקיימה ולומר אינה מאמינה הרשות בידו וראי' משלהי גדרים האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדבריה ואינה נאמנת אבל מספקא לן אי מצי לאפוקה בלא כתובה אי לא נראה

לפי משנה ראשונה נאמנת ומפקעת אע"ג שחזרו לומר תביא ראי' לדבריה ואינה נאמנת לא בשביל טובתה אמרו כן אלא בשביל טובת הבעל כדמפרש טעמא שלא תהא תולה עצמה באחר ומקלקלת את בעלה הלכך אם בפני עדים אמרה כו' יכול הבעל להוציאה בלא כתובה דכל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו ומיהו אם חזרה בה ונותנת אמתלא לדבריה נראה דנאמנת מידי דהוי אאשה שאמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנוי' אני טמאה אני וחזרה ואמרה טהורה אני נאמנת אם נתנה אמתלא לדבריה כדאי' בפ"ב דכתובת עכ"ל, הרי אף דקיי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי מ"מ מהני אמתלא להוציא ממון מחזקתו והן אמת שמדברי חלקת מחוקק שם ס"ק כ"ב משמע קצת שאמתלא ל"מ להוציא ממון רק לשונו מגומגם קצת כי לפי טעם זה אפילו כשהם עדיין בב"ד רק הוא לאחר כדי דיבור לא מהני אמתלא להוציא ממון ובע"כ חולק על הגהות מרדכי וכפי משמעת הלשון שכתב מתחילה מורה שמודה להמרדכי רק היכא דיצא מב"ד לא מהני אמתלא שמא למדהו לטעון שקר וכן משמע להדי' בדברי ב"ש ס"ק כ"ד בהעתקת דברי', וראיתי בספר הפלאה בסי' קט"ו שכתב שלדברי הח"מח אפי' לאחר כדי דיבור מיד שוב ל"מ אמתלא כל שאינה מפרשת דבריה הראשונים, ולענ"ד לשון ח"מח לא משמע כדבריו ועכ"פ מדברי מרדכי ורמ"א משמע להדי' שאמתלא מהני אפילו להוציא ממון מחזקתו מיהו מדברי מרדכי לא מוכח דמשמע בכמה דוכתי דסובר כב"ש דשטר העומד לגבות כגבוי דמי מיהו אנן קיי"ל כב"ה עיין ש"ך ח"מ סימן ט' סע"ק ד' ולא הו"ל לרמ"א לסתום כן ואולי יש לומר דס"ל כמ"ש הש"ך בס' תקפו כהן אף דלא קיי"ל כב"ה מ"מ הוי בעל השטר מוחזק דאל"כ היאך מייתי ראי' מאשה שאמרה אשת איש אני דהתם אמתלא הוא לסייע לחזקת פנוי', ואפשר דמדמי כיון שגם הכא יש לה סיוע חזקת כשרות שלא זינתה ואתי' גם מכח רובא וצ"ע לדינא:

ל ונ"מ בהאי ספיקא בהאי דאיתא ביו"ד סימן א' ס"ג בטבח שעשה סימן בראש הכבש השחוט שהוא טריפה ואח"כ אמר שכשר הי' ונתן אמתלא נאמן אפשר לומר היינו דווקא היכי שאומר שהי' טריפה כיון שנשחטה בחזקת היתר עומדת מהני אמתלא לסייע החזקה קמי קמייתא אבל אם אומר שנעשה איסור בשחיטה כיון דעומדת בחזקת איסור לענין זה עד שיודע במה נשחטה לא מהני אמתלא להוציא מחזקה אך לכאורה הא ליתא כיון דקיי"ל רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם והא שחוטה לפנינו בע"כ החשש שמא נעשה קלקול בשחיטה ומן הסתם מומחין אין עושין קלקול בשחיטה כיון שהם מומחים וע"ז איכא הרוב וסותר החזקה מיהו אכתי יש להסתפק לפמ"ש במשמרת הבית ד"ח ע ע"א דאיכא מיעוט מומחין ששוהין או דורסין כדרך המקרים או נפלה סכין מידו או

עף שאין ברית כרותה למומחין שלא ייעפו ולא יגעו ולא תשיגם סיבה בשחיטה ולפי דעת כמה פוסקים קיי"ל דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה לחומרא רק השוחט נאמן לומר ששחט כהוגן דאף דאמרינן סמוך מעוטא שאינם מומחין לחזקה מ"מ הוי כפלגא ופלגא שנאמן ע"א באיסורין כדאי' בריש גיטין ד"ב וא"כ יש לומר שאם אמר השוחט שלא שחטה כהוגן א"י לחזור אח"כ באמתלא ולומר שהי' כשירה כיון דעיקר אמתלא דמהני באיסורין ילפינן מאשה שאמרה אשת איש ואח"כ אמרה פנוי' אני והתם האמתלא מסייע לחזקת קמייתא שהיא היתה ע"ע בחזקת פנוי' אבל היכי שאין החזקה מסייע י"ל דל"מ אמתלא מיהו מוכח מסוגי' הש"ס שם דאי' בסתם אמרה טמאה אני ואח"כ אמרה טהורה אני ונתנה אמתלא לדבריה נאמנת משמע אפי' בשעת ווסתה נאמנת ולא קמחלק בין אי ווסתות דאורייתא ובין אי ווסתות דרבנן דלמ"ד ווסתות דאוריי' איכא חזקה אורח בזמנו בא הסותר חזקת טהרה ל"מ אמתלא מוכח דגם בספק השקול מהני אמתלא וא"כ בהאי דינא דש"ע הנ"ל לא נ"מ בספק הנ"ל דבכל גווני מהני אמתלא ותו מוכח כמ"ש ראשונים ז"ל דבשוחט איכא רובא דרובא דמומחין הם ול"א סמוך מיעוטא לחזקה דא"א לומר כתי' הנ"ל משום נאמנות השוחט דהא קיי"ל ביו"ד סימן א' ומקורו בחולין די"ב אפילו באבדו גדייו ותרנגוליו ונמצאו כשרין היכי שמצאן שחוטין אף שאין השוחט לפנינו להעיד אך נ"מ בספק הנ"ל בעלמא אי מהני אמתלא להוציא מחזקה כי באשה שאמרה טמאה אני ואח"כ אמרה טהורה אני דמהני אמתלא אפילו בשעת ווסתה למ"ד ווסתות דאורייתא אף דאיכא חזקה אורח בזמנו בא מ"מ איכא נגד זה חזקת טהרה של אשה אבל להוציא מחזקה ומכ"ש נגד חזקת ממון דאלים יש להסתפק ונ"מ באמה שאמרה נשואה אני לפלוני וצ"ע:

פרט י

יבואר לחולקים על רא"ה ז"ל היכי דבא אחד ואמר לאשה שנתקדשה לו והודית לדבריו אי יכולה לאחר כד"ד לחזור ע"י אמתלא:

לא יש לחקור לחולקים על רא"ה היכי דבא אחד לאשה ואמר שהיא אשתו שנתקדשה לו והודית לו אי יכולה לחזור אח"כ כשנותנת אמתלא כי מלשון הש"ס וש"ע הוא רק היכי שאשה מעצמה אמרה כן אבל אם הבעל תובעת אותה והיא הודית לו יש לומר דלא מהני אמתלא וכיו"ב הוא בש"ע ח"מ סימן פ"א דעת כמה פוסקים בתבעו והודה לא מהני טענת השבעה אף דהוא אמתלא ומצאתי שכבר עמד על המחקר בזה בש"ות מוהר"י מטראני ז"ל ספר ב' חלק א"העז סימן א' דף ל"ד ע"א שכתב שם וז"ל ועוד מסתברא שאין מקבלין אמתלא אלא כשהוא אומר ומודה מעצמו אבל היכי דהי' שם מי שמעיד והוא

מודה לדבריו אי לאו דידע רגלים לדבר לא הי' מודה לו ובהאי שאמרה אשת איש אני הי' שם עד אחד שהי' מעיד עליה או שאמר לה ולאו אשת איש את ואמרה הן לא מהני אמתלא דאין עשוי להודית בדבר שאינו אלא עשוי הוא להכחישו שכל שיודעת שיש מי שיעיד עליה לא יאמנו דברי אמתלא שלה וכן מצינו בהודאת ממון דכשאדם מודה בממון ואין איש תובעו מצי למימר אמתלא לדבריו שלא להשביע את עצמי הודיתי, אבל כשהלוה תובעו והודה לא מצי למימר הכי דאין אדם עשוי להודות בשום ענין בשיש תובעו עכ"ל, ומוכח דה"ה כשהבעל התחיל לתובעה שהיא אשתו ל"מ אמתלא לכ"ע, אבל א"א לומר דרא"ה מיירי בכה"ג כי הוא כתב דינו על הברייתא, ואולם לענ"ד ראיות מוהר"יט זלה"ה אינו ראי' דהתם הטעם היכי דתובעו לא שייך אמתלא והשבעה כמ"ש הש"ך בסימן פ"א ס"ק י"ב דסברא אלימתא הוא דהיאך יודה שלא להשביע שיסברו שאינו עשיר וזה שמודה בפניו יודע שאינו כדבריו הו"ל להודות לאיש אחר יע"ש אבל היכי דאמתלא שייך אפי' ע"י תביעה י"ל דמהני כמו בהשטאה דאי' בסימן פ"א ס"א דהוא ע"י תביעה משום דאמתלא שייך בזה כשם שהשטית בי לשאול ממני דבר שאין לך בידי כך ה השטתי להודות לך דבר שאינו בידי ה"ה באיסורין אף דהשטאה ל"מ באיסורין כמ"ש רמב"ם בפ"ד מאיסורי ביאה הלכה יו"ד מ"מ אם אמרה אמתלא דמהני באיסורין כשהודית מעצמה י"ל ה"ה דמועיל כשמודית על ידי תביעה אך לפ"ז החולקים על רמב"ם וסוברים דהודאה בפני התובע יכול לטעון השבעה וכשתבעו א"י לטעון השבעה בע"כ הטעם דבכה"ג ל"מ אמתלא משום דהוא ע"י תביעה דא"א לומר כמ"ש הש"ך דא"כ אפילו כשלא תבעו רק כשהי' בפניו לא הוי אמתלא אע"כ כיון שתבעו אין אדם עשוי להודות ומוכח כמוהרי"ט וא"כ ספק הנ"ל לכאורה במחלוקת שנוי' לשיטת רמב"ם לא מוכח ולהחולקים נפשט דל"מ אמתלא ואולם דעת כמה פוסקים כמ"ש בש"ך שם דעת בעל המאור דאפי' במודה ע"י תביעה יכול לטעון שלא להשביע ולפ"ד מוהרי"ט ה"ה באיסורין כיון שמדמה זה לזה ומ"מ צ"ע לדינא כי יש לדחות להמעיין היטב ודוק:

פרט יא

יבואר היכי שנתחזק הקול בב"ד שאשה הודית שנתקדשה ואח"כ אמרה אמתלא אי מבטלינן קלא:

לב יש לחקור היכי שנתחזק הקול בב"ד שאשה הודית שנתקדשה ואח"כ באתה לב"ד ונתנה אמתלא לדבריה אם נאמנת ולכאורה יש בענין זה שלשה דינים דין א) נראה כעין דאי' בגיטין דפ"ח ע"ב ודף פ"ט ע"א היכי דאתחזק קלא בב"ד ע"י עדים מפי עדים ששמעו מעידים שהלכו למדינת הים שאשה נתקדשה ועיין בר"אש ורשב"א ורמב"ם

וטוש"ע בסימן מ"ו בבית יוסף ובב"ח שהאריכו בפי' הקול שאמר רב שם עכ"פ סוף סוף בא הקול לב"ד ששמעו שעדים שהלכ' למדינת הים יודעי' שנתקדשה לפלוני ואם אח"כ חזרו אותן עדים ממדינת הים ואמרו להד"ם נחלקו רב ושמואל לרב מבטלין קול ושמואל סובר דלא מבטלין קלא, וכתב הר"אש דרבינו מאיר פוסק כרב דהלכה כרב באיסורי ור"ן וב"י כתבו בריף ורמב"ם דס"ל דהלכה כשמואל דלא מבטלין קלא משום חשדא ואולם אם יצא קול עם אמתלא לא הוי קול וא"כ ה"ה אם נתחזק הקול לב"ד ששה הודית שנתקדשה לפלוני כיון דהודאתה הוי כעדים ואז לא הי' אמתלא עם קול ואח"כ באתה לב"ד ונותנת אמתלא לדבריה נראה לומר דתלי' במחלוקת רב ושמואל אי מבטלין קלא דאף דנאמנת באומרת אמתלא שאומרת עכשיו שקול הי' שקר מ"מ לא עדיף מאילו באו אותן עדים ממדינת הים ואמרו ששקר ענו בשמם מ"מ לא מבטלינן לשמואל הקלא משום חשדא וה"ה א"כ בע"כ לשמואל הא דאי' בכתובת דף כ"ב וכן קיי"ל באשה שאמרה א"א אני ואח"כ אמרה פנוי' אני דנאמנת אח"כ באמתלא לבטל דבריה הראשונים היינו היכי שלא הי' קול מוחזק בב"ד ע"י עדים שיאמרו כן בפני ב"ד ששמעו קול הלז רק היא בעצמה אמרה כן בפני ב"ד ואמרה אמתלא אף שאין לה מגו שלא הית' אומרת כלל כיון שכבר הי' קול הוי מגו במקום קול כדאי' במס' ב"ב דף ל"ג ע"א בסוגי' דרבא בר שרשום כי מתיירא שיהי' הקול נתחזק בב"ד ויהי' אוסרין אותה להינשא מ"מ כיון שעדיין לא הוחזק הקול בב"ד מהני אמתלא נגד האיסור דשווי' נעשה ח"דא אבל אם הוחזק הקול בב"ד ואמרה אח"כ האמתלא בב"ד כיון שבשעה שהי' הקול יוצא שהודית שנתקדשה לא הי' אמתלא והודאתה הוי כעדים וכאילו אמרו בב"ד שמענו מעדים שנתקדשה, ל"מ אמתלא שאמרה עכשיו לבטל קלא לשמואל דאמתלא שאנו מאמינן לה עכשיו לא עדיף מאם באו עדים ממדינת הים ואמרו ששקר הי' מ"מ לא מבטלינן דין ב) אם יצא קול שהודית האשה ואח"כ יצא קול מאמתלא תלי' במחלוקת ר' יוחנן ורבה ב"ר הונא ר' יוחנן סובר דבעינן שאמתלא יהי' יוצא עם הקול מיד כגון נתקדשה פלוני בספק הוי אמתלא ולרבה ב"ר הונא אמתלא שאמרו אפי' מכאן ועד עשרה ימים אפי' לא יצא אמתלא עם הקול אלא לאחר זמן הוי אמתלא ואולם מבואר להמעיין בפ"ט מאישות ברמב"ם הלכה כ"ד ובר"ן ורשב"א ובלח"מ שם ובש"ע א"העז סימן מ"ו סעיף ג' דמחלק שבין רבה ב"ר הונא לר' יוחנן ור' זביד לרבה בר ר"ה מהני אפי' אם יצא קול מאמתלא לאחר זמן אף שלא נראה לב"ד שיש ממש באמתלא ולר' יוחנן ור' זביד וכן פסקו הפוסקים בעינן בכה"ג שיהי' נראה לב"ד שיש ממש באמתלא וה"ה דין ג) היכי שהי' קול מוחזק בב"ד שהודית האשה ואח"כ באתה האשה לב"ד

ואומרת אמתלא, דנאמנת לבטל הדיבור, רק משום קלא ולא מבטלינן קלא לשמואל, כדאי' בדין א' מ"מ היכי שיש מקום לפתח שנוכל ללמוד אמתלא לכ"ע מבטלינן קלא כי לא מבעי לפי' רש"י שם סובר כן ר' זביד להדי' במקום אמתלא חוששין לאמתלא פי' אפי' אין אמתלא רק מקום ופתח יש לדבר שנוכל ללמוד שם אמתלא חוששין שמא אמתלא פלונית יש בדבר ובטל הקול ואפי' לרי"ף ורמב"ם וסיעתו שפי' דברי ר' זביד באופן אחר מ"מ נלמד מהני עובדא דאתמר דאמרי אביי ורבא לכ"ע מבטלינן קלא כיון שיש מקום לומר שהי' קדושי קטן או פחות משוה פרוטה לא יחשדו העולם לב"ד וה"ה ועיין בח"מח סימן מ"ו סע"ק ט"ו וב"ש סע"ק י"ט כ"ז נראה לכאורה ולפ"ז נבוא לפרש בדרך פלפול הסוגי' דכתובת דף כ"ב ע"א שהבאתי בפרט א' וכתבתי לעיל שיש לדקדק במאמר חכמים לר' אחא אם נתנה אמתלא דלשון אם אינו מדוייק דכבר אמר ר' אחא לחכמים האמתלא שאמרה ורש"י ז"ל הרגיש בזה וכתב הואיל ולפי מה שאכתוב יהי' מדוייק וגם נראה להביא ראי' לרי"ף ורמב"ם דהלכת' כשמואל דלא מבטלינן קלא אף דהלכה כרב באיסורי דלשמואל יהי' מדויק הברייתא היטב, דהנה ראיתי ברשב"א במס' גיטין שם שהבין בהאי מעשה שקפצו עליה בני אדם הי' מקום ופתח שנוכל ללמוד אמתלא דכתב שם בד"ה האי לאחר שהביא פירוש רש"י ברב זביד כתב וקרוב לענין זה פי' רבינו חננאל דכל דבר שיש אמתלא שיצא הקול בעבורו, כמעשה דאשה שהית' נאה ביותר וקפצה עליה בני אדם לקדשה ואמרה א"א אני ולבסוף עמדה וקדשה עצמה ונתנה אמתלא לדבריה מפני שיצאה עליה בני אדם שאינם מהוגנים אמרה כן והשתא אותו קול דיצא עליה בשביל דבריה היא והיא נותנת אמתלא זו לדבריה עכשיו אע"פי שלא נשמעה האי אמתלא בהדי' אמתלא הוא עכ"ל ואולם הוא ז"ל אזיל בשיטת רש"י וכבר נתבאר שרי"ף ורמב"ם חולקי' על פי' רש"י מ"מ נ"מ מדבריו דאפי' לשמואל דלא מבטלינן קלא מ"מ הכא מבטלינן קלא כיון שהי' מקום ופתח שנוכל ללמוד אמתלא שהי' מחמת בני אדם שאינם מהוגנים אף אם לא יצא אח"כ קול מאמתלא רק שהיא באתה לב"ד ואמרה אמתלא לאחר שנתחזק הקול בב"ד שהודית שנתקדשה ולפ"ז י"ל במעשה הנ"ל מיירי שיצא קול בעיר שנתקדשה מחמת שקפצו עליה בני אדם ואתחזק הקול בב"ד כי לא נזכר במעשה שהיא אמרה מעצמה כן בפני ב"ד שעמדה כן שנתקדשה רק שחכמים אמרו לה מה ראית לעשות כן משמע שיודעים הי' החכמים מקול לולי דיבורה, כי אפי' אשה שאמרה כן מפי תרי הוי קלא לשיטת רמ"ה שהביא הטור בסי' מ"ו למ"ד דלא מבטלינן קלא כדאי' בגטין דפ"ט ע"א ואף גם י"ל שהי', הקול ע"י עדים כשרים שאמרו בב"ד ששמעו הודאתה וכן נראה מפי' רבינו חננאל שפי' כן בעובדא זו

וא"כ לכאורה קשה לשמואל דסובר דלא מבטלינן קלא מאי מהני דיבורה שנתנה אמתלא לדבריה הא כמו ביצא הקול שיש עדים במדינת הים ובאו אותן העדים ואמרו שלהד"ם לא מבטלינן קלא וה"ה דהודאתה הוי כעדים אף שבאתה עכשיו ואומרת אמתלא אשר נאמנת ע"י אמתלא זו מ"מ מאי מהני לבטל הקלא דאתחזק בב"ד הא התם ג"כ נאמנים העדים ומ"מ לא מבטלינן קלא כמבואר שם הטעם ומיהו בפי' רבינו חננאל משמע שהי' כראה לב"ד שיש מקום ופתח לאמתלא בכה"ג לכ"ע מבטלין קלא כיון שהיא נאמנת על אמתלא לבטל דיבור הראשון, אך לולי דברי רבינו חננאל ז"ל י"ל בדרך פלפול שבאמת לא הי' נראה לב"ד שיש מקום ופתח לאמתלא כי איתא וקפצו עליה בני אדם לקדשה ולא איתא בני אדם שאינם מהוגנים משמע שלא הי' ידוע שאינם מהוגנים רק היא אומרת שאינם מהוגנים לפניה (כי הפירוש שאינו הגון, אינו דוקא שהוא רשע רק שאינו הגון לינשא לה) ולא צריך שיהי' אמתלא הבראה לב"ד שיש ממש באמתלא לבטל הדיבור כמ"ש באריכות בפרט ג' בכוונת הרמב"ם וסיעתו בכוונת דבריהם במה שכתבו שיהי' ממש באמתלא יע"ש באריכות וא"כ יש לה להבין כיון שאין מקום ופתח לאמתלא אמאי מהני אמתלא לבטל הקול שנתחזק בב"ד, ואולם אם הי' הקול יוצא עם אמתלא דהיינו בשעה שהי' יוצא קול מהודאה הי' הקול יוצא עם אמתלא, מהני אמתלא אף שאמרה אמתלא לאחר כדי דיבור דלבטל הדיבור מהני אמתלא ולבטל הקול מהני מה שיצא הקול עם אמתלא שלה ביחד וכבר בררנו שנחלקו ר' יוחנן ורבה בר ר' הונא ולרבה בר ד"ה אמתלא שאמרו מכאן ועד עשרה ימים ולפי' רי"ף ורמב"ם סובר רבר"ה אף שלא נראה לב"ד שיש ממש באמתלא מהני לבטל אמתלא ומרא דשמעתא בכתובת דכ"ב הוא רבה בר"ה וא"כ לרבה לשיטתו מדוייק הפירוש בברייתא כי פי' כמ"ש שהי' מוחזק הקול בב"ד שהודית ולא הי' מקום ופתח לאמתלא ולכן כשהעלה רב אחא לחכמים אמרו אם נתנה אמתלא לדבריה ר"ל בשעה שיצא הקול כבר נתנה אמתלא והיינו קודם שאמרה בפני ב"ד אמתלא כבר הי' קול יוצא מאותו אמתלא שאמרה כן לפני העולם, אפילו לא הי' הקול ואמתלא ביחד רק שהי' יצא מעיקרא קול שהודית שנתקדשה ואח"כ הי' קול מאמתלא נאמנת בדיבורה שאמרה אמתלא דנגד הודאה מהני אמתלא וקול לא מהני כי הוי קול ושוברו עמו כיון שיצא אח"כ הקול עם אמתלא אבל אם לא נתנה אמתלא ר"ל אם קודם שבאתה לב"ד לא הי' נותנת אמתלא רק עכשיו לא מהני לבטל הקול כי אף שנאמנת לבטל הדיבור מ"מ לא מבטלינן קלא כשמואל ומדוייק הייטב לשון אם נתנה אמתלא כי לא הוי משתמע מדברי ר' אחא אם הי' כבר הקול יוצא מאמתלא לכן הוצרכו חכמים לבאר דמעשה הי' שעמדה ונתקדשה מ"מ מבואר בש"ות רמ"א סימן צ"א למ"ד

דלא מבטלינן קלא סובר ר"ת אפילו אם ניסת תצא ועיין בש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"העז סימן ס"ה, ולר' יוחנן ור' זביד יש לומר הפירוש אם נתנה אמתלא ר"ל אם בזמן שיצא הקול שנתקדשה כבר היתי נותנת אמתלא לדבריה בפני העולם באופן ששמיעת הקול קדושין ואמתלא שאמרה הי' בבת אחת נאמנת אף שאמרה אמתלא לאחר כדי דיבור לא אמרינן שווי' נפשה ח"דא דנגד זה מהני אמתלא ונגד קול הוי קול ושוברו עמו, ואולם לפום מאי דאי' בברייתא בגיטין דפ"ט ע"א שלא אמרה לפלוני אין חוששין לה ובברייתא הלז לפי דברי רא"ה המובא בסוף סימן מ"ו הבאתי בפרטים הקודמים בע"כ מיירי שלא אמרה לפלוני רק שאמרה בסתם א"א אני ואפי' להחולקים מ"מ הברייתא מיירי בכל גווני וכמורה הלשון אשת איש אכי ובע"כ לא הוי קלא מיהו הרשב"א חולק על גירסא זו ואפי' לגירסת רש"י וכן דעת רמב"ם וטוש"ע בסימן מ"ו כבר כתב הב"ח שם דוקא בקלא דעולא שהי' נרות דולקות כו' בעינן אמירה נתקדשה לפלוני אבל בקלא דר' אבא שיט עדים במדינת הים אפי' אם הי' הקול סתם נתקדשה הוי קול ועיין בח"מח שם סע"ק ה' וה"ה אם הקול הי' שהודית שנתקדשה דהודאתה הוי כעדים סגי אפי' בהודי סתם שנתקדשה ולא אמרה לפלוני נתחזק ג"כ הקול וא"כ א"ש דברינו הנ"ל ומוכח כשיטת הב"ח ודלא כחלקת מחוקק שמסופק בזה, מיהו כל זה לשמואל דסובר דלא מבטלינן קלא אבל לרב דמבטלין לקלא אזי אפילו אם לא הי' קול לאמתלא מהני אמתלא שאמרה עכשיו לבטל הקול כיון שקול הי' רק מדיבורה ונגד דיבורה מהני אמתלא וא"כ אינו מדוייק הלשון אם נתנה לכן הוכיחו הרי"ף ורמב"ם דהלכה כשמואל כי כן משמע לשון הברייתא כן נלענ"ד בדרך פלפול ולא כתבתיו רק בשביל חידושי דינים שיש ללמוד מתוך דברינו ולא באתי להורות רק כנושא ונותן לפני רבותיו:

כלל ח

יבואר אם נאמן להוציא ממון מחבירו בשטוען ברי וחבירו המוחזק בממון טוען שמא והיינו אינו יודע אם נתחייבתי לך ובו ד' פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' כתובת די"ב ע"ב אתמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע ר' הונא ור' יהודא אמרו חייב ר' נחמן ור' יוחנן אמרי פטור ר"ה ור"י אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף ר"נ ור"י אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מארי' וכן הוא במס' ב"ק דקי"ח ע"א ורש"י שם ובב"מ דצ"ז ודק"טז לא פירש כלום באיזה אופן מיירי פלוגתייהו אבל תוס' בב"ק ד"ה

והלה ובכתובת ד"ה מנה ובב"מ דצ"ז ע"ב ד"ה והלה כתבו דמיירי שטוען אינו יודע אם הלויתני אבל אם טוען איני יודע אם פרעתיך חייב לשלם וכ"כ כל הפוסקים:

ובטעמא דמילתא כתב בטורי זהב בח"מ סוף סימן ע"ה הטעם בא"י אם נתחייבתי לך דעכשיו נולד הספק מוקמינן בחזקתו שהי' מתחילה קודם הספק דלא הי' עליו שום חיוב משא"כ בא"י אם פרעתיך אם נוקי הממון בחזקת קמא קודם שנולד הספק אז הי' ודאי חייב לו ממילא נשאר החוב בתקפו יע"ש ור"ל דבכל מקום כשיש לנו ספק מוקמינן בחזקה קמייתא כמו שהי' קודם שנולד הספק כדאי' בחולין ד"ט ובאינו יודע אם נתחייבתי לך איכא חזקה קמייתא שהי' פטור ובאינו יודע אם פרעתיך איכא חזקה קמייתא שהי' חייב לשלם:

ויש לחקור מהא דקיי"ל במס' שבועת דמ"א ע"א כלישנא בתרא דרב אסי דמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים ואפי' ללישנא קמא דוקא היכי דהלוה בעדים דלא לדידי' הימנה אבל היכי דהודה בפני עדים נאמן לומר פרעתי ולא אמרינן שמחויב לשלם מטעם חזקת חיוב בשלמא היכי שהלוה שלא בעדים דנאמן לטעון פרעתי, היינו משום דיש לו מגו שהי' אומר לא לויתי דהוי מגו בעיקר חזקה דהא החזקת חיוב לא בא רק מפיו ושייך לומר הפה שאסר הוא הפה שהתיר כמ"ש בסמ"ע סימן ע' ס"ק ה' וש"ך סע"ק ז' כעין זה משא"כ היכי שהלואה הי' בפני עדים דאיכא ודאי חזקת חיוב שהי' מחויב לשלם אמאי נאמן הלוה נגד חזקת חיוב, אבל לק"מ דודאי חזקה לחוד לא מהני להוציא ממון דלא עדיף מרובא דלא מהני להוציא ממון רק בצירוף ברי מהני כדאי' במס' כתובת די"ג ע"ב הנושא את האשה ולא מצא לה בחולים היא אומרת משארסתני נאנסתי ונסתפחה שדהו והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך והי' מקחי מקח טעות ר"ג ור' אליעזר אומרים נאמנת ר' יהושע אומר לא מפיה אנו חיין ואי' שם בש"ס לאחר שהביא מחלוקת אמוראים הנ"ל אמר אביי לר' יוסף הא דר"ה ור"מ דשמואל הוא דתנן הי' מעוברת וא"ל מה טיבו של עובר זה מאיש פלוני ובהן ר"ג ור"א אומרים נאמנת ואמר ר"י אמר שמואל הלכה כר"ג וא"ל ר"ש ר"י לר"י שיננא אמרת לן משמי' דשמואל הלכה כר"ג אף בראשונה אע"ג דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מארי' אמר ר"ג ברי עדיף לימא ר"ה ור"י דאמרי כר"ג ור"נ ור"י כר"י אמר לך ר"ב אנא דאמרי אפי' כר"ג ע"ב ל"ק ר"ג התם אלא דאיכא מגו אבל הכי מאי מגו איכא א"נ ע"כ ל"ק ר"ג התם אלא דאמרינן אוקמי אחזקה אבל הכא מאי חזקה אית לי' להאי יע"ש נתבאר לתירץ בתרא היכי דאיכא ברי וחזקה מהני להוציא ממון מחזקתו דאי אפשר לפרש לתירץ בתרא דקאי גם אתירץ קמא כיון דאיכא מגו דהא תוס' כתבו בד"ה אלא דתירץ בתרא קאי

גם לר' יוחנן דליכא מגו בהאי דמוכת עץ רק חזקה וכמ"ש הר"ן לפרש דאוקמי אחזקה שבנות ישראל שאינן מזנות וגם הרי"ף לא הביא רק תי' בתרא מוכח להדי' שהבין מטעם ברי וחזקה מהני להוציא ממון אפילו ברי גרוע ושמא טוב כמ"ש תוס' בד"ה ר"ה שבעל אינו יודע אי נבעלה וה"ה מהאי טעמא באיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם כיון דיש ברי וחזקה משא"כ היכי שהלוה מכחיש איכא ברי וברי לא מהני חזקה לחוד לכן מלוה את חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדים ופשיטא דלא שייך מגו באומר א"י במגו שהי' מכחיש כמבואר בדוכתי טובא דלא שייך מגו כי אם היכי שטוען ברי במגו שהי' יכול לשקר משא"כ כשטוען א"י ל"ש מגו דהא באמת אנו מאמינין לו שא"י מ"מ חייב לשלם מטעם ברי וחזקה ועיקר מגו ל"מ רק להאמינו טענה שטוען עכשיו ולפ"ז מוכח דכל הפוסקי' סוברים דהלכה כתי' ב' הנ"ל ויש לתמוה על הב"ש בסימן ס"ח ס"ק כ"ב שכתב שרמב"ם וטור סברי טעם ראשון הנ"ל משום מגו וכ"כ הפני יהושע בחידושיו לכתובת בק"א סימן קע"ו שכן הוא שיטת רמב"ם שכיון דאיכא תרי שינויא אי טעמא דר"ג משום ברי ושמא בהדי חזקה או משום ברי ושמא בהדי מגו מספיקא לא מפקינן ממונא עד דאיכא כולהו למעליותא דהיינו ברי ושמא וחזקה ומגו יע"ש הא הרמב"ם פסק בפרק ח' מטוען ונטען הלכה ט' וטור בסימן ע"ה בא"י אם פרעתיך חייב לשלם ובע"כ הטעם משום ברי וחזקה ומוכח מכאן כמ"ש הפלאה בסימן ס"ח שדחה דברי הב"ש ואפשר לומר וליישב שיטת ב"ש די"ל דסובר בהבנת רמב"ם וטור כשיטת ראנ"ח וסיעתו המובא במשנה למלך בפרק ד' משאלה ופקדון ה"א שכתב דבא"י אם פרעתיך אינו חייב לשלם רק בברי טוב ושמא גרוע דהוי לי' למידע אם פרע אבל היכי דלא הו"ל למידע פטור מלשלם וי"ל כוונת ב"ש שרמב"ם וטור לית להו תירץ בתרא הנ"ל שמוכח שאפילו ברי גרוע ושמא טוב בצירוף חזקה מהני להוציא ממון אבל בברי טוב ושמא גרוע בצירוף חזקה לא מהני להוציא ממון כדמוכח מאינו יודע אם פרעתיך, אך מדברי פני יהושע משמע מדבריו להדי' בכל גווני לא מהני ברי וחזקה כי אם בצירוף מגו דבריו תמוהין, ולפ"ז נשמע הרי"ף שתופס תירץ בתרא הנ"ל א"כ בע"כ סובר דברי גרוע בצירוף חזקה מהני להוציא ממון נשמע שבע"כ חולק על ראנ"ח וסיעתו ובע"כ סובר דברי גרוע בצירוף חזקה מהני להוציא ממון, ובע"כ סובר באינו יודע אם פרעתיך אפילו היכי דברי גרוע ושמא טוב מ"מ כיון דהוי ברי בחיובא וספק בחזרה בצירוף חזקה קמייתא מועיל להוציא ממון וקשה על אחרונים זלה"ה שלא העירו בכל זה ולענ"ד פשוט דין של ראנ"ח תלי' בשני תירוצים הנ"ל:

(הג"ה** ודע דראיתי בספר כריתי ופליתי. בסימן נ' ס"ק א' דבר תמוה שכתב שם דרבה סובר כתי' בתרא דהטעם משום מגו, דהמעיין בתוס' בכתובת די"ב ע"א ד"ה אמר ובע"ב

ד"ה אלא מוכר דתי' זה לא אתי' לרב"ה ולר' יוחנן דבהאי דמ"ע ליכא מגו דוק ותשכח כדברי:)**

אמנם קשה דהנה תוס' בד"ה מנה כתבו וז"ל פירש אינו יודע אם הלויתני מעולם אבל הלויתני וא"י אם פרעתיך תנן בהדי' בהגוזל בתרא דחייב יע"ש ובע"כ שהבינו מאי דאי' במשנה שם בדקי"ח באומר לחברו גזלתיך הלויתני וא"י אם החזרתי לך חייב לשלם מיירי לר' נחמן ור' יוחנן בתובעו וטוען המלוה ברי וחייב בדיני אדם, ודוקא לר' הונא ור"י מוקי הש"ס שמיירי בלא תבעו וחייב לצאת ידי שמים וכ"כ בנמוקי יוסף שם להדי'. ונראה דר"נ ור"י הוכיחו דינם מלשון המשנה לפי פירושם מוכח ממתני' שיש חילוק בין א"י אם נתחייבתי לך לא"י אם פרעתיך, וא"כ קשה לס"ד דאביי דלא נחית לתירץ הש"ס דאינשי וכן לתירץ הראשון תיקשי לנפשי' אמאי חייב לשלם בא"י אם פרעתיך הא לר"נ ב"וש לא עדיף ובע"כ הטעם משום דאיכא גם חזקת חיוב ומוכח ברי בצירוף חזקה מועיל להוציא ממון ומאי קאמר דר"נ סובר כר' יהושע הא מצי לסבור אפי' כר"ג כי סברת התרצן מה שתירץ ע"כ לא קאמר רבן גמליאל אלא דאוקי אחזקה מוכח מדברי ר"נ גופא, ודוחק לומר דהו"מ לומר ולטעמיך וצריך לומר דמקשן הי' סובר דאינו חייב ב לשלם בא"י אם פרעתיך כי אם בברי טוב ושמא גרוע דהו"ל למידע אם פרע בצירוף חזקה חייב לשלם ובמתני' הברי גרוע ושמא טוב וחידש לו התרצן בתי' בתרא שאפי' ברי גרוע בצירוף חזקה מהני להוציא ממון, ועוד י"ל דיש חילוק בין חזקת חיוב אף שהוא חזקה קמייתא לחזקת קמייתא דבתולה דהתם בא"י אם פרעתיך לא איתרע החזקה דהא ליכא חזקה דהשתא המתנגד דהא הספק הוא אם פרע או לאו משא"כ הכא הרי בעולה לפניך וכמ"ש ג"כ בספר פני יהושע רק שחזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא וי"ל שמקשן הי' סובר שלא אלים ברי וחזקה קמייתא לדחות חזקת ממון של הבעל וחזקה דהשתא דהא חזקה דהשתא מסייע לבעל כיון שבעולה לפניך ראוי לומד שהי' בעולה מקודם לכן רק חזקה קמייתא מתנגדו וחידש לו התרצן שאפילו בכה"ג מהני וכל זה פשוט וברור:

פרט ב

יבואר ביאור סוגי' הש"ס הנ"ל ליישב קו' ב"ש בסי' ס"ח וגם יבואר אי בעל השטר הוי מוחזק:

ב בבית שמואל בא"העז סימן ס"ח סע"ק כ"ב כתב וז"ל ולכאורה קשי' בסוגי' זו מה מדמה דין זה לדין מנה לי בידך והלה אומר א"י דקיי"ל אוקי ממונא בחזקת מארי קמא דשם מיירי במלוה על פה וכאן יט בידה שטר כתובה ואי איירי במקום שאין כותבין כתובה א"כ הוי תנאי ב"ד ואפשר מיד שאמר לא מצאתי בתולים הוא נאמן מטעם

חזקה הנ"ל ואיתרע שטר כתובתה שלה ונעשה הלואה בעל פה יע"ש, וכל מעיין ישפוט בצדק שבמחילה מכבוד תורתו הקדושה דבריו אינם מן המובן ורחוקים וכאשר כתב בעצמו כמסתפק ולענ"ד לק"מ דהנה נראה דב"ש אזיל בשיטת הרמב"ן בתשובה בסימן ק' שכתב אע"ג דקיי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כדאי' בסוטה דכ"ה ע"א וברמב"ם בפ"ב מסוטה הלכה ז' מ"מ הוי הבעל השטר מוחזק, ואולם נראה דהיינו דוקא לענין טענת פרעון כיון שעכ"פ הי' מחויב בודאי לשלם הוי מוחזק ובזה איירי הרמב"ן שם שכתב וז"ל שטר שנמצא גרר בין שיטה לשיטה א"נ מאחריו חוששין שמא שובר הי' כתוב בו וגררו אם לאו תשובה נראה ודאי שאין חוששין אותו לכלום ולא מרעינין לשטרא בחשש כזה לפי שהשטר מוחזק ביד מלוה וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק בידו כדמשמע בהאי דשבועת דיינים גבי סטראי כו' אע"ג דקיי"ל מגו לאפוקי ממונא לא אמרינן וטעמא דמילתא משום דשטרא מוחזק וכאילו ממון הכתוב בו מוחזק הוא ואוקמי אממונא הוא כו' ולא כמו שגבתה ממש דליכא למימר דשבקי ב"ה ועביד כב"ש יע"ש והובא כן בש"כ בספר תקפו כהן סימן ק"ל להלכה דבעל השטר נקרא מוחזק כיון דאמרינן מגו היכי דיש לו שטר מסייע, ואולם י"ל דוקא לענין ספק פרעון וכן בהאי דסטראי כיון שטען שקיבל החוב על חוב אחר וקם השטר בחזקתו לפי דבריו הוי מוחזק כמ"ש בספר א"ות כי לכאורה סברת רמב"ן קשה להבין כיון דלא הוי כגבוי מדוע יהי' מוחזק ועיקר ראיות רמב"ן הוא מדין מגו להוציא שכתבו תוס' במס' ב"ב דל"ב ע"ב ד"ה והילכתא דאמרינן היכי דיש לו שטרא וע"ז כתב בכללי מגו סק"ח הטעם לפמ"ש הגהות מרדכי היכי דחזקה מסייע למגו אמרינן אף להוציא וכיון דחזקה שטרך בידי מה בעי מסייע למגו אמרינן אף להוציא יע"ש וזהו שייך דוקא נגד טענת פרעון שייך לומר דע"י חזקה זו מוכח שלא נפרע דהא הי' בידו לכפותו להחזיר לו השטר קודם שיפרע ואי שלא רצה להאמין לו הי' בידו לכפותו להשליש השטר וכן מוכרח לומר בלא"ה, משא"כ הכא שאין הסכסוך נוגע לענין פרעון שהסכסוך נוגע לענין זנות אימת הי' רק שממילא נ"מ לענין כתובה כיון דקיי"ל כב"ה לא הוי בעל השטר מוחזק כלל רק הבעל מוחזק בממון ובנכסיו דע"ז ליכא סייע חזקה שטרא כו' דמה בכך ששטרה בידה ליכא ראי' על טענתה ודמי ממש לאם טען המלוה ששטר הוא מזויף דצריך קיום עכ"פ מדרבנן ולא אמרינן שבעל השטר הוא מוחזק ויהי' נאמן שאינו מזויף ואפילו מן התורה שאין צריך קיום כבר כתב רש"י בגיטין ד"ג ע"א משום דלא חציף ף לזיופי ולא מטעם דנאמן בעל השטר שהוא מוחזק כיון שטוען הלוה שלא הי' חל החיוב מעולם וליכא חזקה שטרך כו' מסייע לי' דהא טוען שהוא מזויף ולא נתן לו השטר וה"ה כיון שעיקר כתובה שנתן לה אדעתא

שתהי' בתולה וכשיש ספק אם זינתה הוי ספק אי חל החיוב מעולם וחזקה שטרא כו' לא מהני דאטו נימא משום ששטרא בידה הי' הזנות לאחר מיכן כי אין שייכות זה עם זה וזהו פשוט וברור בעיני אחר זה ראיתי בחידושי פני יהושע שכיון מדעת עצמו לקו' הב"ש ותירץ וז"ל הא ליתא דודאי לא תקנו כתובה והוא נמי לא כתב לה אלא בתנאי שתמצא בתולה כמש"ל בד"י בשם רמב"ן וא"כ כשטוען שמא אינה בתולה איתרע לה שטר כתובתה והוי כא"י אם נתחייבתי לך עכ"ל אף שקיצר במובן מ"מ בכלל דבריו הם דברינו שוב ראיתי כן להדי' בתוס' במס' סוטה דכ"ה ע"ב ד"ה ב"ה וז"ל ופלוגתא דמתני' דהתם דהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים לא שייכא להכא דהתם אפילו ב"ש מודו דשמא אותו השטר מעולם לא עמד לגבות שהרי הבעל טוען מקחו הי' מקח טעות יע"ש וכיון שכתבו כן לב"ש ממילא נשמע לדידן דבעל השטר הוי מוחזק ג"כ י"ל כדבריהם ותמהני על הב"ש ופני יהושע שלא הביאו דברי התוס' הללו ובזה מיושב מה שי"לד למה הביא הש"ס מה שאמר אביי לר' יוסף הא דר"ה ור"י דשמואל הוא ואח"כ אמר לימא ר"ה ור"י דאמרי כר"ג הא בלא"ה הו"מ לומר כן וכן הרגישו המפורשים, לפמ"ש א"ש דבלא"ה הו"מ לומר כקושי' ב"ש שיש חילוק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ כי בעל השטר הוא מוחזק לכן הביאו מה שאמר אף בראשונה אע"ג דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מארי' דמוכח דבעל מיקרי מוחזק בממון ובע"כ מוכח כסברת תוס' הנ"ל דהוי כמלוה על פה ושפיר קאמר לימא ר"ה ור"י כר"ג ור"נ ור"י כר' יהושע וכל זה פשוט:

פרט ג

יבואר ביאור סוגי' הש"ס בכתובת דף י"ב ע"ב בדרך פלפול ויסתעף כמה חידושי דינים בעניני חזקות:

ג בפרט א הבאתי לשון הש"ס שם ולולי דברי הראשונים זלה"ה הי' נראה לפרש הסוגי' באופן אחר ויתיישב כמה קושי' בסוגין:

א) הקשה בספר פני יהושע לפמ"ש תוס' שם לר' יוחנן צריכין אנו לביא לתירץ בתרא וא"כ לר' נחמן ג"כ סגי בהאי שינויא ולמה תירץ כלל תירץ קמא:

ב) קשה לי דהנה רש"י ז"ל פי' וז"ל אוקמא אחזקה מספקא לן אשעת אירוסין אי בתולה הוי ונשתעבד לה מאתים אי בעולה הואי והעמד אשה על חזקתה ובתולה נולדה והך השתא הוא דאיתנסא אחר אירוסין יע"ש ובע"כ צ"ל אף דחזקה דה דהשתא מתנגד דהרי בעולה לפניך חזקה קמייתא שנולדה בתולה עדיף מחזקה דהשתא וכן הבין בספר פני יהושע, וכבר כתבתי לעיל חיש לעיין בהך כללא דמוכח מטור ומחבר בא"העז סימן ל"ז סעיף ו' דחזקה קמייתא וחזקה דהשתא שווים הם וא"כ לפי דבריהם קשה מאי

משני בתי' ב' דאוקמי אחזקה והיינו חזקת הגוף שנולד בתולה הא הרי בעולה לפניך המתנגד כיון דשוים הם לא נשאר רק ב"וש דלא עדיף ודוחק לומר שכתבו רק משום חומר קידושין:

ג) לכן נראה שיש לפרש פי' אחר דהנה רש"י גריס ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאוקמי אחזקה ורי"ף כתב וז"ל ע"כ ל"ק ר"ג התם אלא דאמרינן אוקי איתא אחזקתה יע"ש הוסיף תיבת איתתא והיינו כחי' רש"י וי"ל הטור ומחבר פירשו פי' אחר דלכאורה קשה לי בקו' הש"ס לימא ר"ה ור"י דאמרי כר"ג ור"נ ור"י דאמרי כר' יהושע דהנה לקמן בכלל ט"ו פרט א' הבאתי מחלוקת הפוסקים אי אזלינן בחזקה בתר שעה שנולד הספק או בתר שעה שנודע הספק וכן הוכחתי שכן דעת הטו"ז בח"מ סימן ע"ה במי שפרע סך מעות ואחר פרעון הראה ללוה מטבע מזויפת ואמר קבלתי ממך בפרעון חובי והשיב הלוה א"י אם הי' מטבע זו בתוך אותן מעות הלא כבר אני מסולק ממך בשעת פרעון בחזקת מעות טוב ועכשיו איני יודע וקצת חכמים אומרים דהוי איני יודע אם פרעתיך והוא זלה"ה פוסק דהוי איני יודע אם נתחייבתי לך כיון שכבר פרעו ונסתלק ממנו ועכשיו נולד הספק במטבע המזויפת נוקי הדבר כמו שהי' בחזקה עד עכשיו והוא בחזקת פרעון טוב דרוב מטבעות אינן מזויפות והוי עכשיו כתובע תביעה חדשה וזהו טוען איני יודע אם אני חייב לך שהוא פטור יע"ש ובע"כ סובר בחזקה אזלינן בתר שעה שנודע הספק דאי אזלינן בתר שעה שנולד הספק ולידת הספק הי' בשעה שקיבל המעות ואי נוקי הדבר כמו שהי' קודם שנולד הספק מחויב לשלם דהא הוי א"י אם פרעתיך, ונראה שזהו באמת דעת רשד"ם המובא בחושן משפט סימן רל"ב סע"ק ט"ו שכתב באמת בנידון דט"ז דהוי א"י אם פרעתיך, ומעתה נראה בנ"ד דהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים ומחולקים אימת נאנסה אי נימא דיש כתובה לארוסה ואפילו בלא כתב לה כמ"ש תוס' במס' ב"מ דט"ו ע"ב ד"ה מן ובמס' קדושין דס"ה ע"א ד"ה ואם או בכתב לה כתובה בעודה ארוסה דלכ"ע יש לה א"כ הספק אם הי' לה בתולים בשעה שאירסה אגלי' מילתא עכשיו כשנשאה שהספק הי' נולד תיכף כשאירסה אולי נאנסה קודם אבל ידיעת הספק לנו היא עכשיו כשנשאה ולא מצא בתולים ואי אזלינן בתר לידת הספק הוי איני יודע אם נתחייבתי לך לפי דברי הבעל כיון דבכל מקום אוקי מילתא אחזקה כמו שהי' קודם שנולד הספק וקודם לידת הספק הי' הבעל מוחזק בממון דקודם שנתארסה לא הי' עלי' שום חיוב כלל ודמי ממש למחלוקתם אבל אי אזלינן בתר שעה שנודע הספק לנו ובשיש ספק מוקמינן על חזקה שהי' קודם שנודע הספק, והא עכשיו בשעה שנשאה ולא מצא בתולים נודע הספק אימת הי' זנות אבל קודם לזה הית' בחזקת שלא זינתה כי רובם

אינם מזנים אפי' באונס דאונסא לא שכיח וקלא אית לי' וגם ברצין לא שכיח מכח חזקת כשרות והא קודם שנשאה היתי' בחזקת חיוב שמחויב לשלם לה הכתובה כשיגיע זמן פרעון וכשיש ספק מוקמינן על החזקה כמו שהי' קודם שנודע הספק ממילא מחויב לשלם כיון דיש כתובה לארוסה ואפי' בלא כתב ועכ"פ בכתב והוי ממש אינו יודע אם פרעתיך וא"כ לפמ"ש השי"ך ביו"ד סי' נו"ן סק"ג שהוא מחלוקת אמוראי' ביבמות דל"א רבה סובר דאזלינן בתר שעה שנודע הספק ואביי ורבא סוברים דאזלינן בתר שעה שנולד הספק עיי"ש היטב ותמצא כדברי ועיין ב"ש בסימן קי"ז ס"ק ט"ו ומשמע להדי' להמעיין שם אפי' היכי דאגלי מילתא עכשי' שבע"כ הי' הספק נולד מקודם כעין נידון דהכא דהא התם בע"כ הספק מחיים ואפ"ה סובר רבה דאזלינן בתר שעה שנודע הספק וה"ה אף דבע"כ הי' הספק נולד משעה שאירסה מ"מ תלי' ב במחלוקת הלז וגם בב"ש בסי' הנ"ל מדמה בסוגי' דמומין לענין חזקות לנידון דהתם וא"כ קשה מאי קאמר ר' נחמן ור' יוחנן כר' יהושע דלמא מוקי מתני' בכתב לה כתובה או דסברו דיש כתובה לארוסה וסוברים דאזלינן בתר שעה שנודע הספק והוי א"י אם פרעתיך ומצי סוברים אפי' כר"ג ובשלמא מאי דקאמר מר אביי לר' יוסף כו' אף בראשונה אע"ג דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מארי' ל"ק לפמ"ש השי"ך שם דבע"כ סובר אביי דאזלינן בתר שעה שנולד הספק והוי שפיר א"י אם נתחייבתי לך, אבל קשה מאי מקשה על ר"נ וד' יוחנן דלמא סברי כרבה דאזלינן בתר שעה שנודע הספק ולכאורה מוכח כשיטת ראנ"ח וסיעתו הנ"ל דהיכי דלא הוי לי' למידע אפילו בא"י אם פרעתיך פטור מלשלם והכא לא הו"ל לבעל למידע, אבל לחולקים קשה, ואין לומר דהוי דחיקא לש"ס לוקמי מתני' דאיירי דוקא בשכתב לה כתובה בעודה ארוסה דז"א כיון דסוגי' אזלא לר' יוחנן וגם מאי דאמרינן לימא ר"ה ור"י כו' ור"נ ור"י הם דברי אביי כמ"ש בחידושי מוהר"ם לובלין והא ר' יוחנן ואביי בע"כ סוברים יש כתובה לארוסה אפילו בלא כתב לה כדמוכח במס' ב"מ די"ז ע"ב ועיין תוס' בקידושין דס"ה ע"א וברשב"א וריטב"א שם, שוב ראיתי בחידושי מוהרי"ט בכתובת ד"ט ע"א וכ"כ במוהר"ם שיף סברא זו דאם יש כתובה לארוסה הוי אם פרעתיך, ולענ"ד תלי' במחלוקת הנ"ל ונלע"ד לישב קו' הנ"ל דבלא"ה י"לד למה הוצרך מתחילה לומר דר"ה ור' יהודא דשמואל הוא הא בלא"ה הו"מ להקשות אגוף פלוגתא דהוא כתנאי וכן הרגישו המפורסים וביותר קשה לפי דברי מוהר"ם שאביי גופא הוא האומר לכן נראה לדברינו אביי אזיל לשיטתו דסובר דאזלינן בתר שעה שנולד הספק לכן אף דסובר דיש כתובה לארוסה אפי' בלא כתב מ"מ הוי אינו יודע אם נתחייבתי לך, ואולם כיון שידע שרבה רבו סובר דאזלינן בתר שעה שנודע הספק, לא הו"מ להקשות על ר"נ ור"י

דלמא סברו כן והוי א"י אם פרעתיך לכן חיזק קושיתו והוכיח סברתו מכח שמוחל שבע"כ סובר שאזלינן בתר שעה שנולד הספק כיון דאמר אף בראשונה והיינו אף שיש חזקת ממון ואי אזלינן בתר שעה שנודע הספק ליכא חזקת ממון דעיקר חזקת ממון הוא מרא קמא והוא כמו חזקה קמייתא באיסורין וגם הוא תופס ולכן חזקת ממון עדיף מכל חזקות שבאיסורא דבאיסורא רובא וחזקה רובא עדיף ובממון חזקת ממון עדיף דהא קיי"ל כשמואל אין הולכין בממון אחר הרוב הטעם כמ"ש בכלל ע"א בממון בשם אאמ"ו הגאון נר"י דבחזקת ממון איכא חזקה קמייתא ונוסף לזה שהוא תופס ומוחזק בממון ובאיסורא ליכא רק חזקה, וא"כ בשלמא אי סובר שמואל דאזלינן בתר שעה שנולד הספק ואיכא חזקה קמייתא המסייע לי' וגם הוא תופס בממון מדוייק הלשון מאי דאמר אף בראשונה אע"ג דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מארי', דהא חזקת ממון אלים מרובא ואפ"ה עדיף הברי אבל אי יסבור דאזלינן בתר שנודע הספק וליכא לבעל חזקת מרא קמא בממון דהא חזקת מרא קמא הוא חזקה קמייתא וחזקה קמייתא מקודם מסייע להאשה מאי אף פשיטא דברי וחזקה עדיף מתופס ואדרבא בהאי דראהו מעוברת איכא חידוש יותר דאלים לי' ברי דמכשיר אפילו ברוב פסולין כדאי' בדף י"ג ע"ב ומהני ברי וחזקת כשרות נגד רוב (ולכמה פוסקים המובא בש"מ ל"ל לר"ג חזקה בודקת ומזנה) מכ"ש דמהני ברי וחזקה נגד תופס דרוב ודאי עדיף מתופס, אע"כ דסובר דאזלינן בתר שעה שנולד הספק ואיכא חזקת ממון מעליא המסייע לבעל ושפיר הוי רבותא אף בראשונה לשמואל לשיטתו דחזקת ממון אלים מרובא דהא אין הולכין בממון אחר רוב והוי סד"א אף דברי עדיף מרוב מ"מ לא מהני נגד חזקת ממון וקמ"ל אף בכה"ג וא"כ שפיר מקשה לימא ר"נ ור' יוחנן דאמרי כר' יהושע ג דבהנחה זו מוכח דהוי אינו יודע אם נתחייבתי לך ולפ"ז א"ש תירץ שמתרץ לו ר' יוסף ומדויק היטב הלשון אמר לך ר"נ רצונו שתירץ לו תירץ על תרי אנפי' דבודאי אי יסבור כרבה ויחלוק גם אשמואל בודאי לק"מ דהוי א"י אם פרעתיך כיון דאזלינן בתר שעה שנודע הספק חזקת קמייתא שהוא חזקת חיוב מסייע להאשה רק אפי' אי יסבור כשמואל ואביי דאזלינן בתר שעה שנולד הספק ג"כ לק"מ וז"ש אמר לך ר' נחמן ר"ל לך לשיטתך מאתה סובר דאזלינן בתר שעה שנולד הספק והוי הכא א"י אם נתחייבתי לך יש לתרץ משום מגו, אי נמי י"ל שיש לי תירץ אחר דאזלינן בתר שעה שנודע הספק והוי א"י אם פרעתיך וטעמא דחייב לשלם כתבתי בפרט א' משום חזקת חיוב כיון שחזקת קמייתא הי' שמחויב לשלם ובצירוף ברי מחייב ועומד כמ"ש שם וה"ה אוקי אחזקה כמו שהי' קודם שנודע הספק, וז"ש א"נ ע"כ לא קאמר ר"נ התם אלא דאוקמי אחזקה ר"ל חזקת חיוב כיון דיש כתובה לארוסה

אפי' בלא כתב לה וקודם שנודע הספק הי' בחזקתו לכן אוקי הספק אחזקה והוי כא"י אם פרעתיך שחייב לשלם מטעם חזקת חייב שמסייע למלוה וה"נ חזקת חיוב מסייע להאשה אבל הכא מאי חזקה אית לי' להאי לתובע כי בא"י אם נתחייבתי לך חזקה קמייתא מסייע ללוה ואי משום דשמואל אמר להיפך ר' נחמן חולק אשמואל ואין בזה קו' הילכתא אהילכתא דבזה לא קיי"ל כשמואל וא"כ א"ש שיטת טור ומחבר בסימן ל"ז דהם לא פירשו כפי' רש"י אוקי אחזקה ר"ל חזקה שנולדה בתולה כיון דאיכא חזקה דהשתא המתנגד שקולים הם רק פירושו כמ"ש מצד חזקת חיוב וא"ש:

אמנם קשה לפי דברינו דהנה הוכחתי בכלל ט"ו פרט א' דשמואל ור' נחמן פליגי ר' נחמן סובר בב"מ דק"ב דאזלינן בתר שעה שנולד הספק ושמואל סובר דאזלינן בתר שעה שנודע הספק וא"כ אף דהדברים נכונים בשיטת ר' נחמן ויש לומר בדרך פלפול דקו' הש"ס הי' לר' נחמן ולר' יוחנן ותירץ קמא הוא רק לר' נחמן ולא לר' יוחנן כמ"ש תוס' ותי' בתרא הוא רק לר' יוחנן ולא לד' נחמן אבל קשה מאי קאמר אף בראשונה אע"ג דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מארי' מאי אף הא ליכא חזקה כיון דאזלינן בתר שעה שנודע הספק וכנ"ל וצ"ע:

פרט ד

יבואר מחלוקת הפוסקים בכוונת ר' הונא ור' יהודא דסוברים בו"ש ברי עדיף אי בעינן ברי טוב ושמא גרוע, וגם יבואר חקירה בענין חזקת ממון אי הוא חזקה המכרעת כעין חזקה באיסורין או שמחמת שהוא תופס אי אפשר לעשות מעשה ושוא"ת עדיף:

ד התוס' במס' כתובת די"ב ע"ב ד"ה ר' הונא ובכ"מ כתבו דהא דסוברים ב"וש ברי עדיף היינו היכי דברי טוב ושמא גרוע דהוי לי' למידע אי חייב אי לא אבל היכי דלא הו"ל למידע מודו דלא מהני ברי להוציא ממון:

ואולם ראיתי בספר בעל התרומת בשער ל"ט חלק ג' אות ב' כתב וז"ל ואל תטעה במה שאמרו מקצת המחברים דלא אתמר הכי אלא במנה לי בידך דהוי לי' למידע דהא טעותא הוא דטעמא משום ברי ושמא ברי עדיף הוא לא משום פשיעותא וקנסא, והכי מוכח בפרק הבית והעליה דאפי' היכי דלא הו"ל למידע חייב ושייך נמי מחויב שבועה שא"י לישבע כו' עכ"ל בשם רבו הרמב"ן זלה"ה א"כ חולק על תוס' ולא זכיתי להבין דברי רמב"ן דהמעיין בתוס' יראה להדי' שגם כוונת תוס' אינו משום פשיעותא וקנסא רק כתבו להסביר הטעם וז"ל וי"ל דוקא גבי מלוה אית לי' לר' יהודא דברי עדיף דהוי ברי חשוב דאם לא הלוהו לא הי' מעיז פניו לומר מנה לי בידך שהרי הלוה יודע שלא הלוה ממנו ושמא של לוה גרוע שהי' לו לידע אם הלוה אם לא הלוה לכך חייב, אבל גבי שור שנגח

את הפרה דלא חשיב ברי של ניזק משום דיודע שמזיק אינו יודע לכך טוען ברי שיודע שלא יכחישנו המזיק ושמא של המזיק אינו גרוע כי אין לו לידע כו' יע"ש, הרי להדי' דס"ל דכח של ברי בעצם לא מהני כי אם היכי שנתבע הו"ל למידע ולא משום פשיעותא וקנסא וראי' לזה מהא דאי' שם בכתובת בהא דמקשה הש"ס לימא ר"נ ור' יוחנן כר' יהושע ומשני בתי' בתרא אי נמי ע"כ ל"ק ר"נ התם אלא דאמרינן אוקמא אחזקה אבל הכא מאי חזקה אית לי' להאי ופירש"י מאי חזקה אית לי' להאי תובע דנוקמי אחזקה לגבות הלכך זיל בתר חזקת ממון יע"ש וקשה לי דאי' במס' שבועת ד"מ ע"ב אמר ר' נחמן ומשביעין אותו שבועת היסת מאי טעמא חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, אדרבה חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ומשני אשתמוטי קא משתמיט סבר עד דהוי לי זוזי פרענא לי' וברירנו בכמה דוכתי שחזקה אין אדם תובע הוי חזקה אלימא גם מן התורה רק הא דלא מהני מן התורה משום דיש נגד זה חזקה קמייתא שפטור משבועה וכן לא מהני להוציא ממון משום דאיכא חזקת ממון המתנגדו, אבל עכ"פ חזי לאצטרופי לברי, וא"כ מאי משני דהתם ליכא חזקה הא כמו דחזקה קמייתא דבתולה נולדה לא מהני להוציא ממון דחזקת ממון בודאי עדיף מחז"ק כיון דאין הולכין בממון אחר רוב להוציא ממון מכ"ש שחזקה ל"מ להוציא ממון דהא רובא וחזקה רובא עדיף ואפ"ה בצירוף ברי מהני להוציא ממון וא"כ ה"ה בתבעו בברי יש לו חזקה המסייע לו חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו וללוה ליכא חזקה אין אדם מעיז דמלבד טעמא דאשתמוטי אף גם באינו יודע ליכא העזה ובשלמא הא ל"ק דיש לתובע חזקת כשרות שאינו חשוד על ממון חבירו ואחזוקי אינשי בגזלן ל"מ וללוה ליכא חזקה כיון שהוא בעצמו מסופק או אשתמיט דז"א די"ל דיש למלוה ספק מלוה ישינה עליו ומורה לעצמו היתר וכעין דאי' בב"מ ד"ה ע"א אבל קו' הנ"ל קשה ולשיטת תוס' א"ש דנראה לענ"ד פשוט בכוונת הש"ס בחזקה אין אדם תובע כו' הוא מצד שאין לאדם העזה לתבוע לחבירו דעל זה מדוייק לשון הש"ס אדרבא חזקה אין אדם מעיז דאי הפירוש מצד חזקת כשרות הו"ל לומר אדרבא שיש ללוה חזקת כשרות שאינו חשוד לכפור ממון חבירו, ותו דאם הי' מטעם חזקת כשרות הי' לו לומר כן או אחזוקי אינשי כגזלן לא מחזקינן כדאי' בכמה דוכתי ואפי' לפמ"ש רש"י בב"ק דק"ז ע"א היכי דלא עשה לו טובה מעיז אפילו היכי דחבירו מכיר בשקרו, בעכצ"ל היינו להציל עצמו שלא לשלם עושה מה שאפשר כי קשה גזל הנאכל, אבל אין לו העזה לתבוע מחבירו ולהוציא ממון כשעכיר בשקרו, וא"כ הברי וחזקה הוא הכל משם אחד דכחו של ברי הוא שאנן אמרינן שאומר אמת דלולי כן לא הי' מעיז פניו בדבר שחבירו מכיר בשקרו כמ"ש תוס' שם וגם החזקה שאין אדם תובע

הוא כן ושפיר מתרץ הש"ס אבל הכא מאי חזקה אית לי' להאי דבהנושא אשה איכא חזקה בפני עצמו ומעלת ברי בפ"ע משא"כ הכא הברי וחזקה הוא משם אחד וא"ש:

ה יש לחקור לשיטת רמב"ן מאי טעמא דר' הונא ור' יהודא דנאמן בברי גרוע להוציא ממון הא חזקת ממון הוא חזקה אלימא ובאמת קו' זו קשה גם לשיטת תוס' לפמ"ש במס' ב"ב שם דאביי סובר אפי' בברי גרוע ברי עדיף, ונראה לענ"ד ליישב ומקודם נברר מהות החזקת ממון מה טיבו של חזקה זו וראיתי שנחלקו בזה גדולי אחרונים זלה"ה דעת הטורי זהב בחושן משפט סוף סימן ע"ה מבואר להדי' שהוא מטעם חזקה קמייתא שמוקמינן על חזקתו כמו שהי' קודם שנולד הספק והוא כעין חזקה קמייתא באיסורין דילפינן בחולין ד"י ע"ב דמוקמינן על חזקה, וכן מצאתי להדי' בש"ות מוהר"י קולן זלה"ה סימן ע"ב שכתב וז"ל אבל במקום חזקת הגוף פשיטא דחזקת ממון מהני נגד חזקת הגוף כגון אוקי בחזקת בתולה שהרי נולדה בתולה ואע"ג דבעולה לפנינו אין לנו אלא מטעם דאין לנו לבדות הנולד והשתנות אלא משעת ראותינו, וכדילפינן בפ"ק דחולין ד"י מדכתיב ויצא כהן מן הבית כו' ומשום כך דין הוא דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מארי' כנגדה דכמו כן אין לנו לבדות ההשתנות ממון ביד בעליו כי אם כאשר יוכרח עכ"ל הרי להדי' שהבין שבממון יש חזקה קמייתא כמו באיסורא ואולם הש"כ ז"ל בחושן משפט סוף סימן צ"א ס"ק ל"ג כתב וז"ל ולענין דינו של סמ"ג בששניהם אדוקים בדינר או שהדינר מונח ברשות הרבים כו' צ"ע אי נימא גם בזה אוקמא אחזקת מרא קמא כו' ואף במונח הדינר ברשות הרבים צ"ע די"ל דוקא בפרה ושפחה וכה"ג י"ל מוקמינן לה בחזקת מרא קמא משום דכל היכי דאיתא ברשותא דמרא איתא אבל דינר כיון דמעות להוצאה ניתנה א"כ לא שייך לומר מרא קמא עכ"ל. נראה שבע"כ סובר הא דאזלינן בתר חזקת מרא קמא בממון כדאי' במס' ב"מ ד"ק ע"א אין הטעם דהוא כמו חזקה קמייתא באיסורין, וכמו באיסורא בשיש ספק מוקמינן על חזקה כמו שהי' קודם שנולד הספק כדאי' בחולין ד"י דלא ילפינן ממון מאיסורא דאל"כ מה לי מעות או שאר דברים דהא גם במעות שייך האי טעמא שיהי' כמו קודם שנולד הספק רק סובר הטעם כיון שהוא תפוס ועומד אין להוציא ממון ממנו כי אם בראי' ברורה ואינו חזקה המכרעת כמו חזקה באיסורא והא דמהני חזקת מרא קמא אף שלע"ע אינו תפוס משום דאמרינן כל היכי דאיתא ברשותא דמרא איתא והוי עדיין מוחזק ותפוס ולכן מחלק בין פרה ושפחה דשייך לומר כן ולא בדינר כיון שניתן להוצאה וכן משמע קצת בבעל התרומת בשער כ"ט חלק ב' שכתב וז"ל ולא דמי למנה לי בידך והלה אומר אינו יודע אם לויתי או לא כו' משום דהתם איכא ברי גבי תובע וחזקת ממונא גבי נתבע ואוקי ממונא בחזקת

מארי' טפי עדיף כי היכי דלא נפגע בספק גזילה ונעשה מעשה בידים עכ"ל והובא דבריו בש"ך סימן צ"א ס"ק י"ב משמע שהטעם כיון שתפוס ועומד אין לעשות מעשה ולהוציא כי אם בראי' ברורה והיינו שכן הוא חוקת התורה המוציא מחבירו עליו הראי' שאין לעשות מעשה ול ולהוציא ממון מדבר שחבירו מוחזק ותפוס כי אם בראי' ברורה, ועיין בש"ות תרומת הדשן סימן שמ"ט ועיין בספר עזרת נשים בסוף הספר בשאלה ב' ד"ס ע"א להגאון מוהר"ר יעקב כולי זלה"ה שכתב בשם תשובת מוהר"א ששון וס' לחם רב סברא זו בכוונת רשב"ם בב"ב דל"ב ע"ב שכתב בספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא בקרקע אף דבקרקע אזלינן בתר חזקת מרא קמא אפי' בספיקא דתרי ותרי, הטעם כשספק הוא בעיקר הדין אז אין מקום לשום חזקה בערך ב"ד דאלימי לאפקועי ממונא וכיון שהחזקות נתבטלו מסיבת ב"ד שב ואל תעשה שאני ולכן לא נוציא העומד בתוך קרקע ונשים בתוכה הראשון יע"ש א"כ מצינו סברא זו דשב ואל תעשה עדיף הגם שאין לו דמיון ממש לנידון דהתם מ"מ נשמע שיש סברא לומר דאין להוציא ולעשות מעשה מהתופס וי"ל שכן הוא סברת הש"ך ואולם בתוס' במס' ב"ב דס"א ע"ב ד"ה אדעתא כתבו שגם במעות שייך חזקת מרא קמא וכן מצאתי שהשיג עליו בעל קצות החושן והנאני ובע"כ ס"ל שהוא מטעם חזקה קמייתא כמ"ש במוהרי"ק וטו"ז שאי אפשר לומר מטעם כל היכי דאיתא ברשותא דמרא איתא כיון דמעות להוצאה ניתנה ואפי' הוא בעין לא שייך מרא קמא על אותו מעות ועיין במס' קידושין דמ"ז בגמ' וברש"י ד"ה אינה מקודשת והנ"מ לפי השיטת הללו לשיטת התוס' ומוהרי"ק וטו"ז המוחזק בממון בשיש סכסוך אי חייב לשלם יש לו חזקה מעלי' חזקה המכרעת שהוא שלו כמו שהי' קודם שנולד הספק והוא כמו חזקה קמייתא באיסורא שהוא חזקה מעלי' כיון שסוקלין ושורפין על חזקות בע"כ גלי תורה שיהי' כודאי וכראי' ברורה שכן הוא, וגם היכי שמוחזק עכשיו בממון יש לו מעלת התפיסה כיון שתפס שב ואל תעשה עדיף אבל לשיטת הש"ך אין להמוחזק בממון חזקה המכרעת דהיינו חזקת קמייתא רק מצד שהו' מוחזק ותפס בממון ואף שאין לו רק מעלת התפיסה מ"מ הדין תורה שאין להוציא ממון ממנו כי אם כשיהי' ראי' כדבריו, אולם באמת דברי הש"ך תמוהין דקשה אמאי קיי"ל ברי ושמא לאו עדיף מטעם חזקת ממון כיין דאין לו חזקה המכרעת כדבריו רק מעלת התפיסה בעלמא וכיון שזה טוען ברי ואידך שמא יש סברא המכרעת כדברי האומר ברי וכן מצאתי בש"ות שמן רקח ח"א שכתב כן כבוד אאמ"ו הגאון כר"י דלדחות חזקה בעינן ראי' ברורה או רובא אבל לדחות מעלת התפיסה שאין לו שום סברא שהוא שלו רק משום שתפוס ועומד ושב ואל תעשה עדיף סגי אפי' ראי' כל דהו דמעלה בעלמא נדחה בסברא כל דהו

יע"ש באריכות ואולם לטעמא דפוסקים הנ"ל שיש למוחזק בממון חזקה מעלי' א"ש מה דלא מהני ברי, מיהו אף דסברת הש"ך נדחה לפסק הלכה דקיי"ל כר' נחמן מ"מ י"ל סברתו אליבא דר' הונא ור"י דסוברים ברי ושמא ברי עדיף, ולפ"ז מיושב שיטת הרמב"ן הנ"ל דברי גרוע עכ"פ הוי כסברא כל דהו שדעת מכרעת שיותר אמת עם התובע מעם הנתבע כיון שחבירו מסופק וסוברים ר' הונא ור' יהודא שאין ללוה במעותיו רק מעלות התפיסה שתופס במעותיו כי גם החזקת מרא קמא דאי' בש"ס בכמה דוכתי לא מהני מטעם חזקת קמייתא רק דאמרינן כאילו הוי מונח ברשותא ודוקא בפרה ושפחה אבל במעות כשמונח בר"ה אין לו חמ"ק רק כשמעותיו תחת ידו הוי מוחזק וכיון שאין לו חזקה המכרעת כדבריו רק מעלת התופס מהני ברי אפי' ברי גרוע דנגד תופס שהוא רק מעלה בעלמא מהני סברא ואפי' ראי' כל דהו אבל ר"נ ור"י סוברים שיש חזקה מעליא שיש לו חזקת קמייתא כמו באיסורא לכן ל"מ אפי' ברי טוב דחזקה הוא כודאי באיסורא ובדיני נפשות דהא סוקלין ושורפין, לכן אי אפשר להוציא ממון כי אם בראי' ברורה ובעדים ולא בברי אפי' ברי טוב וא"ש, וראיתי בקצ"הח בסוף הספר כלל א' ס"ק ה' מפלפל בענין חזקת ממון ובמכת"ה אשתמיט מיני' לשון תוס' וטו"ז וש"ך הנ"ל:

ו ועוד יש לישב שיטת רמב"ן לפמ"ש בחלק ב' להקשות בשם הרב הגאון מוהר"י יחיאל באסין זלה"ה המובא בס' כנסת הגדולה בח"מ סי' כ"ה ובתומים שם מאי טעמא אמרינן קים לי בממון ולא באיסורא והרי בממון אם אין הלכה כן הוא גזל ביד המוחזק וגזל נמי איסורא ותירץ דבאיסור אפשר לצאת ידי איסור' אבל בממון אם ניתן לתובע הוי גזל בידו והקשה בס' א"ות שם אמאי ברי ושמא לא עדיף הא לנתבע שטוען שמא איכא ספק גזל ולתובע שטוען ברי לא שייך ספק איסורי וכתבתי לישב דקו' כנ"הג לא קשה רק בספיקא דדינא דליכא חזקה לשיטת כנ"הג אבל היכי דאיכא חזקה בלא"ה לק"מ כיון דאית ללוה חזקת ממון הוי כמו בספק איסורא דמועיל חזקה דחזקה משווי לודאי יע"ש, מיהו ה"מ אי אמרינן שבממון איכא חזקה קמייתא אבל אי אין לו רק מעלת התופס ודאי איכא אצל הנתבע ספק איסור וא"כ י"ל בזה פליגי ר"ה ור"י סוברים דלית ללוה חזקה קמייתא רק מעלת התפיסה ואיכא גבי' דלוה ספק איסור גזל לכן ברי עדיף דאצל מלוה ליכא ספק איסורא וכיון שהוא רק כדי לצאת ידי ספק איסורא שהוא בינו לבין קונו מהני אפי' ברי גרוע לשיטת הרמב"ן אליבא דר"ה ור"י ולתוס' אליבא דאביי וכמו בספק איסורא דמהני אפי' ברי גרוע אבל ר"נ ור"י סוברים שיש למוחזק בממון חזקה מעליא כמו כל חזקות והוי כודאי ול"מ ברי נגד חזקה והיינו דדייק הש"ס ואמר אוקי ממונא בחזקת מארי' שיש לו שם חזקה ולא הוי אצל הנתבע ספק איסור דחזקה הוא כודאי

וא"ש ולפ"ז יש לומר לשיט' תוס' וסיעתם שסוברים אפי' לר' הונא ור"י בעינן ברי טוב משום דאזלי לשיטתם דס"ל דליכא שום סברא לומר שלא יהי' בממון חזקת קמייתא כמו בא באיסורין והוי דחיקא להו לפרש בכוונת ר"ה ור"י, לכן נ"ל שבעינן בדי טוב והיינו מכח חזקה שאין אדם תובע אא"כ יש לו כנ"ל שמכח זה אלים לדידהו לדחות חזקת ממון:

ואולם איכא למידק לשיטת הרמב"ן הנ"ל אמאי לא קאמר הש"ס דבע"כ ר' הונא ור' יהודא לית להו לדשמואל דסובר בב"ב דצ"ב ובכ"מ דאין הולכין בממון אחר הרוב רק כרב דא"כ כיון דרוב לא מהני נגד חזקת ממון מכ"ש ברי דהא בכל מקום רוב אלים מברי וכמו שהוכיח הפני יהושע בחי' לכתובת דט"ז דהא לענין איסורא לא מהני ברי היכי דאתחזק איסורא ורובא מהני אפי' נגד חזקת איסורא דהא רובא וחזקה רובא עדיף וא"כ דכיון דברי מהני נגד חזקת ממון מכ"ש רוב ואף דעל ר' הונא לא קשה די"ל דסובר כרב רבו אבל קשה על ר' יהודא שהי' תלמידו דשמואל מיהו קו' זו יש לישב דרמב"ן לשיטתו זו ביבמות דפ"ח סובר דהלכה דע"א נאמן נגד חזקת איסור כיון שאומר ברי יע"ש ולא מוכח הוכחת הפ"י הנ"ל ועוד י"ל להמעיין בתוס' סנהדרין ד"ג ע"ב ד"ה ד"מ אבל קשה לפי מה דסברו רבנן דר' אחא בב"ב דצ"ג ע"א אפי' אומדנא דמוכח לא מהני להוציא ממון אף שיש לנו הוכחה כדבריו לא מהני נגד חזקת ממון ואיירי בכל גווני אף שאין המוחזק טוען כלל ואמאי מהני ברי גרוע שהוא רק סברא כל דהו הבא ע"י פיו אבל לשיטת תוס' א"ש דיש לומר כיון שטוען ברי היכי דהוי לי' למידע איכא חזקה שאין יכול להעיז ולתבעו כשאין לו עליו והוי חזקה דאיתא מכח סברא וכעין שכתב בתשובת מוהרי"ק סימן ע"ב דהשכל מחייב לחזקה זו וחזקה זו הוי כאנן סהדי ועדיף מרובא או מהוכחה לכן מהני אפילו להוציא ממון כעין חזקה אין אדם פורע תוך זמנו כיון דאתיא מכח סברא והדעת ור"נ ור"י י"ל דסברו מחמת חימוד ממון יכול להעיז ולא הוי חזקה דאתי' מכח סברא עיין היטב בש"ות מוהרי"ק ותוס' במס' כתובת דפ"ט ע"ב ד"ה מגו ודוק כי קצרתי וסמכתי על המעיין, ואולם לשיטת תוס' ג"כ קשה על אביי ויש לפלפל הרבה ואין כאן מקומו ולדינא אי' בש"ס וכן פסקו כל הפוסקים דהלכה כר"נ דב"וש לאו עדיף אפילו ברי טוב כדאי' בריי"ף ור"אש ורמב"ם בפ"א מטוען וטוש"ע ח"מ סימן ע"ה ס"ט:

ודע דהמעיין במס' ב"ק דמ"ו ע"ב בקו' רב אשי יש לדקדק על פסק הלכה הלז, ועיין מוהר"ם לובלין ופי' שם כעין זה ועיין בתוס' במס' שבועת דכ"ב ע"ב ד"ה ואבע"א ויש ליישב להמעיין היטב ועיין בס' שיטה מקובצת שם:

כלל ט

יבואר בהא דקיי"ל בברי ושמא דלאו עדיף ופטור בדיני אדם ומחויב לשלם לצאת ידי שמים אם מהני תפיסה בעדים ובו ג פרטים:

פרט א

יבואר מקורו וגם ביאור כוונת הש"ס דא"י פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים:

א גרסינן במס' ב"ק דקי"ח ע"א אמר ר' יוחנן האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע חייב בבא לצאת ידי שמים והעתיקו הרי"ף ור"אש וטוש"ע ח"מ סימן ע"ה ס"ט, ואולם רמב"ם בפרק א' מטוען הלכה ח' השמיט דין הלז ובהמ"מ שם וב"י הניחו בקו' ועמ"ש בשלטי גבורים במס' שבועות ד"מ ע"ב סוף ס"ק א' ובס' גידולי תרומה בשער ל"ט חלק א' אות ב', ויש לברר הפי' שמחויב בדיני שמים כי מצינו כעין זה בכמה דוכתי והתם נחלקו הפוסקים בכוונת דברי הש"ס אי גם נ"ד דמי להתם ואברר המקומות דמצינו שחייב לצאת ידי שמים:

א) במס' ב"ק דנ"ו ע"א חשב הרבה דברים שפטור מלשלם בדיני אדם וחייב בדיני שמים וחד מנהון היודע עדות לחבירו ואינו מעיד:

ב) במס' ב"מ דל"ז ע"א:

ג) במס' ב"מ דצ"א ע"א ברש"י ד"ה רבא ותוס' ד"ה בבא לצאת ידי שמים:

ודע במידי עיוני בפוסקים במה שאמר ר' יהושע הכובש עדותו ואינו מעיד שחייב בדיני שמים מצאתי שלשה שיטות:

א שיטת הרב המאירי זלה"ה הובא בס' אסיפת זקנים במס' ב"ק דנ"ו ע"א שהוא פסול לעדות עד שישלם וז"ל כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בהשבון הא לענין איסור אף שהוא פטור בו מדיני שמים איסור מיהו קעביד אלא שלענין השבה נאמרה ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישוב והדברים נראין שמאחר שהוא חייב להשיב תורת גזילה חלה עליו עד שישוב עכ"ל ולכאורה קשה האיך אפשר בכובש עדותו יהי' פסול לעדות דהנה בב"י בסי' כ"ח כתב וז"ל ויש לדקדק בדבריו אם זה כובש עדותו היאך הי' אפשר לדונו בדיני אדם, ויש לומר כגון שאחר שאמר בב"ד שאין יודע לו עדות ששוב אינו חוזר ומגיד חזר ואמר יודע אני ושוב אינו נאמן על העדות דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וא לו הי' מתחייב ממון הי' נאמן על עצמו כשאמר יודע הייתי העדות וכבשתיו עכ"ל וא"כ היאך אפשר לפסלו לעדות כשאומר אח"כ יודע אני הא אי' בסנהדרין ד"ט וכן קיי"ל בטוש"ע חושן משפט סימן ל"ד סעיף כ"ה דאין אדם נפסל לעדות על פי עצמו שחין אדם

משים עצמו רשע ואינו נאמן לומר שידע העדות וכבש ולכאורה י"ל דהרב המאירי לית לי' תירץ ב"י הנ"ל רק כעין תירץ הר"ן במס' שבועת בדמ"ה בהא דאי' במתני' שכנגדו חשוד על השב עה אחד שבועת העדות כו' ה"ז נשבע ונוטל, כתב בר"ן שם וז"ל הקשה רשב"א ז"ל שבועת העדות מאן מוכח דעבר עלה במזיד אפילו איכא עדים דקרובים ללוה או למלוה דמיתרו בי' דלמא אשתלי ולאו מזיד הוא ואי במודה שהזיד דידע ולא העיד אין אדם נאמן לשווי נפשה רשיעא והעלה בצ"ע ולדידי לא קשה דכל שהוא עדות קרוב כל כך דאי אפשר לתלות בו השכחה לא אמרינן דלמא אשתלי עכ"ל ועיין בח"מ ס סימן צ"ב סמ"ע סק"ב וש"ך ס"ק א' וא"כ שפיר משכחת שהי' עדים קרובים ללוה או למלוה שהי' בזמן שנעשה עדות בפני הני שנים והוא בזמן קרוב דלא שייך שכחה ולכן חייבין בדיני שמים ונפסלו לעדות עד שישובו אבל הוא קצת דחוק לומר שאיירי הרב המאירי דוקא בזמן קרוב מאד ויותר נראה לומר מ"ש פסול לעדות לאו דוקא שפסול בדיעבד רק כמ"ש בש"ע ח"מ סי' ל"ד סעיף כ"ה אף שאין אדם נפסל ע"פי עצמו מ"מ אין עושין אותו עד לכתחילה:

(הג"ה** דע דלא נתברר זמן המוגבל לזמן קרוב שיש לחוש לשכחה מצינו בש"ס דב"ק דקי"ג ע"א אבל לא אתי ביומא לא אימא אישתלו ולפי הנראה הוא ספק כמו דמשמע לשון רמב"ם בפכ"ה מסנהדרין הלכה יו"ד ובע"כ הגי' שם אימור עיין בטו"ז ז יו"ד סימן ש"ה ס"ק ב' ובס' שב שמעתתא שחיבר אאמ"ו הגאון נר"י בשער י"א סק"ז והטעם משום חזקת כשרות מסתמא ציית לב"ד לכן לא מנדין אותו ותלינן לשכחה אפי' בזמן קרוב מאוד, וא"כ י"ל ה"ה לענין עדים מוקימנן אותם על חזקת כשרות ותלינן לשכחה אפי' בזמן קרוב מאד, מיהו יש לדחות שאני התם דהוי מילתא דלא רמי' עלי' ובפרט לפמ"ש רמב"ם ששליח ב"ד אמרי להאשה לא נתנה על לבה לקיים דיבורו משא"כ בעדים מן הסתם נותנים אל לבם לזכור מה שראו בפיהם ובשגם לשיטת תוס' במס' כריתות די"ג בעינן שמיחד אותן לעדים ועיין ברמב"ם בפ"ה מעדות ובש"ע ח"מ סימן ל"ה סעיף א' ועיין בסנהדרין דל"ה ע"א ובכתובת ל"ג ע"א וע"ע בתבואת שור סימן א' סעיף ט"ו כיו"ב לענין דידי' ובסק"כ ובס"ק כ"ב שם וע"ע בש"ות עבודת הגרשוני סימן ב':)**

שיטה ב בס' כנסת הגדולה בחושן משפט סימן כ"ח בהגהותיו לטור ס"ק כ"ב כתב וז"ל כל מי שהוא חייב בדיני שמים אין כופין אותו לשלם כדי לצאת ידי שמים אמנם צריך להודיעו דרך תוכחה ומוסר ועצה טובה בינו לבינו שיצא ידי חובתו אם יקבל מוטב ובאם יאמר הדיין איך שרוצה להכריז עליו בבית הכנסת ע"י ש"ץ בלשון הזה שמעוני רבותי האי גברא פלוני חייב בדיני שמים מחמת שגרם הפסד לפלוני לכן צריך שיסור

מעליו חיוב זה ועונשו מדיני שמים וירצה לפלוני מחמת שגרם לו היזק כ"כ בשם תשובת מוהר"ם מינץ סימן ק' ועוד כתב שם מי שחייב בדיני שמים ולא פרעו מותר לקרותו רשע א"כ סובר מוהר"ם מינץ דמותר לכפותו בדברים:

שיטה ג מוהרש"ל בס' יש"ש הובא בש"ך סכ"ח ס"ק ב' כתב שאין לכפותו בדברים אפי' בלי כפיה ממש ולא הביא כלל שיטת הפוסקים הנ"ל, ולאחר העיון מצאתי דעת ראב"ן שנראה מתוכו כשיטת רש"ל דאי' שם בדף פ"ח ע"ב וז"ל ויודע עדות לחבירו ואינו מעיד לא מצי אמר מי יימר דכי אמינא ומסהידנא דמודה דלמא אשתבעי בשקרא ולהכי אפילו בדיני שמים לא ליחייב קמ"ל דחייב בדיני שמים אם אין כוונתו לכך וצריך לצאת ידי שמים אם לרעה נתכוין ולצאת את חבירו, כי יודע הקב"ה כוונתו לרעה או לטובה וכן בכל מקום שאמרו חייב בדיני שמים אם באו לב"ד צריכן להודיע אין אנו כופין אותך אבל צריך אתה לצאת ידי שמים כי דינו מסור לך כדי שיתן אל לבו וירצה את חבירו להוציא ידי שמים עכ"ל ומוכח דעתו כמ"ש רש"ל דאין כופין בדברים לקרותו רשע וכיו"ב כי אולי כוונתו לא הי' לדעה ולא עשה איסור כלל ובודאי גם מוהרש"ל מודה שב"ד מחויבין לומר הדין שמחויב לצאת ידי שמים כדי שידע הדין רק דסובר שאין לכפותו בדברים ולקרותו רשע ולהכריז עליו, ותמהני על מוהרש"ל וש"ך שלא הביאו דברי ראב"ן הלז לסייע:

ב ולכאורה יש לומר מוהרש"ל ומוהר"ם מינץ אזלו לשיטתייהו לפי מה שיבואר לקמן בפרט ב' דעת מוהרש"ל דהיכי דמחויב לשלם רק לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה וכיון שאין עליו שום זכות כלל לכן אין לדוחקו בדברים כיון דעכ"פ עושה שלא מדעתו רק ע"י הכרח וכמו בתפס כיון שהוא שלא מדעתו ובע"כ מפקינן מיני' ה"ה דאין לדוחקו בדברים ומכ"ש בקריאת שם רשע או לפסלו לעדות, אבל מוהר"ם מינץ אזיל לשיטתו שכתב כנ"הג ג בס"ק כ"ו בשמו דלצאת ידי שמים מהני תפיסה אף שהוא שלא מדעתו א"כ יש עליו זכות לכן ראוי לכפותו בדברים אף שבעל כרחך מוכרח לקיים לא גרע מתפיס וגוף תשובת מוהר"ם מינץ אינו תחת ידי לעיין בו רק מה שנראה מס' כנ"הג:

שיטה ד ועוד עלה בדעתי שמחלוקת מוהר"ם מינץ ומוהרש"ל תלי' במחלוקת קמאי ובתראי הובא בשו"ע ח"מ סימן י"ב סעיף ב' בהגהות רמ"א שכתב וז"ל ואין ב"ד יכולין לכוף לכנוס לפנים משורת הדין אע"פי שנראה להם שהוא מן הראוי ויש חולקין עכ"ל ועיין בב"ח וכיון שכתב רמ"א דעה קמייתא בסתם ודעה שני' בשם י"א משמע דסובר בדעה קמייתא כמ"ש בתשובת רמ"ע הובא בחלקת מחוקק בסימן א' ס"ק א' בשיטת המחבר וה"ה בשיטת רמ"א ועיין בש"ך יו"ד סימן רמ"ב בהנהגות א"וה ונראה דבר

שמחויב לשלם לצאת ידי שמים כיון שאין החיוב מן הדין הוי כמו לפנים משורת הדין כיון שאינו מן דין ב"ד, ומשמע לשיטת רמ"א שסובר שאין לכוף ה"ה ונראה לי מ"ש הש"ך בסימן כ"ח סק"ב וז"ל ועיין ב"ח סימן י"א ס"ד עכ"ל טעות הדפוס הוא וצ"ל סימן י"ב סעיף ז' דשם כתב הב"ח דהלכה דכופין וא"כ רמז לן הש"ך ברמיזותיו דברינו הלז:
אמנם המעיין במקור הדין אפשר לחלק דמקורו כובע בבית יוסף סימן י"ג שכתב וז"ל כתב רבינו ירוחם בשם הר"אש אין כופין על לפנים משורת הדין ופשוט הוא בעיני ותמהני על מ"ש המרדכי בפ"ב דמציעא דכייפינן למיעבד לפנים משורת הדין מהנך עובדי דמייתי ראי' מיני לא נזכר בהם כפי' עכ"ל ועיינתי במרדכי וראיתי כי מקורו על הא דאי' במס' ב"מ דכ"ד ע"ב ר' יהודא הוי שקיל ואזיל בתרא דמר שמואל בשוקא דבי דיומא א"ל מצוין כאן ארנקי מהו א"ל הרי הוא שלו בא ישראל ונתן בהם סימן מהו א"ל חייב להחזיר תרתי א"ל לפנים משורת הדין וכתב על זה המרדכי וז"ל ואשכחא נמי בפרק הגוזל בתרא חייב בבא לצאת ידי שמים וכיון דחזינן דהוי כייפי להני כדאי' בפרק האומנין גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות דתני ר' יוסף והודעת להם את הדרך וגו' וכן פסק ראב"ן ואבי עזרי דכייפינן להו לעשות לפנים משורת הדין עכ"ל ובאגודה כתב קצת בשינוי לשון וז"ל בא ישראל ונתן סימנים מהו א"ל חייב להחזיר לפנים משורת הדין וכן אנו נוהגי' להחזיר וכן פסק ראב"י וראב"ן דכייפינן להחזיר היכי דהמוצא עשיר עכ"ל ועיין בב"ח בסימן י"ג וע"ע בהגהות מיימוני' בפרק י"א מאבדה ס"ק ג' ומה שהביאו ראי' מב"מ דפ"ג ע"א היינו עובדא דרבה בב"ח תברו לי' הני שקולאי חביתא דחמרא שקיל לגלימייהו אתי א"ל רב הב להו גלימייהו א"ל דינא הכי א"ל אין למען תלך בדרך טובים ולולי דברי רבינו ב"י י"ל דלא פליגי הפוסקים לפמ"ש תוס' במס' כתובת ד"ע ע"א ד"ה יוציא א שיש ב' מיני כפיה או כופין בדברים או בע"כ ע"י שוטים וכמו כן בדיני ממונות דנחתינן לנכסים והיינו ע"י מעשה וא"כ יש לישב קו' ב"י מה שהקשה על המרדכי דלא נזכר בש"ס כפיה די"ל כוונת המרדכי ז"ל הוא רק כפיה בדברים אבל לירד לנכסי כמו בחיוב ממון שמגיע על פי דין שב"ד כופין ע"י מעשה שכופין עד שתצא נפשו לשלם החוב כדאי' בכתובת דפ"ו ע"א או שיורדין לנכסים בזה לא כייפינן על לפנים משורת הדין וראייתי מפרק האומנין הוא כך כיון דפסק לו רב לשלם הוי כפיה בדברים כיון שאמר לו שכך הדין ולכן פסק דמותר לכפותו בדברים וא"כ י"ל דלא נחלקו שמ"ש בשם רבינו ירוחם שאין לכוף לפנים משורת הדין היינו ע"י מעשה אבל בדברים בעלמא מודה דכופין שוב מצאתי בתומים סימן י"ב סע"ק ד' שכתב כן והנאני שכוונתי לדעת הגדול והביא ג"כ מ"ש תוס' בכתובת ד"נ ע"ח ד"ה

עשיתינהו שמבואר סמך וראי' לחילוק הלז ולכאורה פירוש הלז מוכרח בכוונת המרדכי ונראה שהמרדכי בעצמו מישב במתק לשונו הקדוש קו' ב"י הנ"ל כי לא נזכר בפי' לכן כתב וז"ל מצא כאן כו' חייב להחזיר וא"ל לפנים משורת הדין ואשכחנא בפרק הגוזל בתרא חייב בבא לצאת ידי שמים כו' יע"ש א"כ מדמה הך חייב להחזיר הנזכר בבבא מציעא שם להך חייב דנזכר בב"ק דקי"ח לענין לצאת ידי שמים ואי יסבור המרדכי מ"ש כופין על לפנים משורת הדין היינו ע"י מעשה שיורדין לנכסיו אם כן בע"כ הבין שגם מה דאי' בב"ק חייב לצאת ידי שמים היינו על מעשה שיורדין לנכסיו וזהו בודאי אינו דא"כ ליכא חילוק בין חיוב בדיני אדם לחיוב בד"ש, וכל הפוסקים מודו לזה היכי דחייב לשלם לצאת ידי משים אין כופין ע"י מעשה אע"כ מ"ש כופין לפנים משורת הדין היינו בדברים וגם בבא לצאת ידי שמים לשיטת המרדכי וסיעתו כופין בדברים ולפ"ז נשמע דמרדכי, וסיעתו סוברים כר"מ מינץ הנ"ל דהיכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים כופין בדברים ואולם שוב ראיתי שאינו מוכרח שסוברים כמום רא"ם מינץ דהא ראב"ן כתב בחי' להדי' בכובש עדותו אין כופין אותו בדברים וכאן כתב המרדכי בשמו דכייפינן על לפנים משורת הדין ולפמ"ש האגודה יש ליישב קצת אבל לפמ"ש מרדכי בשמו קשה ובע"כ מחלק בכובש עדותו הוא דבר המסור ללב וא"א לידע כוונתו אין לכופו בדברים אבל בעלמא היכי שחיוב ברור שמחויב לשלם לצאת ידי שמים כמו במנה לי בידך והלה אומר א"י נראה דסובר דכופין בדברים כמו שכופין על שאר לפנים משורת הדין בדברים ועוד יש לחלק דדוקא בהאי דב"ק דקי"ח הנ"ל דמשמע שהחיוב לצאת ידי שמים הוא מן התורה כיון שטוען בברי לכן כופין בדברים, אבל בעד אחד הכובש עדותו וכיו"ב בכל גרמא בנזקין שכתבו בש"ות שבות יעקב חלק א' סימן קמ"ו וא"ות בסי' כ"ח שהחיוב הוא רק מדרבנן לשלם לצאת ידי סמים אפשר דאין כופין אפי' בדברים מיהו מוהרש"ל דסובר אפי' בשני עדים הכובשין עדותן דחייבין מדאור' בדיני שמים משום אליו"ע ואפ"ה אין כופין אותם אפי' בדברים בע"כ חולק המרדכי וסיעתו עליו:

שוב עיינתי וראיתי שרבינו בית יוסף ורבינו רמ"א זלה"ה דקו היטב במ"ש דין הנ"ל בלשון מחלקות ובמכ"ת הגאון אמיתי בעל א"ות ז"ל שלגודל חריפתו הי' מהיר במלאכתו מלאכת השמים לדחות דבריהם, דהנה המעיין בלשון רמב"ם בפרק א' מאב דה הלכה ז' ובטוש"ע ח"מ סימן רנ"ז סעיף ה' בדין הנזכר בב"מ דכ"ד הנ"ל כתבו היכי שמצא במקום רוב נכרים אפי' ישראל נתן סימן אינו חייב להחזיר ורק טוב וישר מי שירצה לילך לעשות לפנים משורת הדין מחזיר אבידה א"כ חולקים בפי' חייב הנזכר שם על המרדכי וסיעתו הנ"ל משמע להדי' מלשונם דסוברים דאין כופין אפי' בדברים ועיין

בדרכי משה סימן רנ"ט ס"ק ב' שכתב כן להדיא וא"כ א וינא שגם הב"י ורמ"א הבינו הפי' במרדכי וסיעתו שמ"ש כופין היינו בדברים רק מ"מ רמב"ם וטור סוברים שאין כופין אפי' בדברים, וכן משמע בהר"אש שם שכתב וז"ל ולאו דכייפינן לי' דאין כופין על לפנים משורת הדין יע"ש ואם איתא דסובר שכופין בדברים הו"ל לפרש וא"כ א"ש מ"ש רמ"א בתי' י"ב מחלוקת אם כופין על לפנים משורת הדין וכתבתי לעיל השגה בשם א"ות שגם הר"אש מודה שכופין בדברים וכן סובר המרדכי לק"מ כלל כי גם רמ"א זלה"ה הבין בכוונת המרדכי שכופין רק בדברים וכמו שהוכחתי לעיל רק ברמב"ם וטור שכתבו טוב וישר בע"כ סוברים שאין כופין אפי' בדברים וכמו דמשמע נמי מלשון הר"אש וא"כ עכ"פ איכא מחלוקת בזה גופא אם כופין בדברים, וכן משמע להדי' להמעיין ברבינו ירוחם בספר משרים בנתיב עשרים חלק שני דף מ' ע"ד שכתב וז"ל שכל מקום שאנו אומרים הרי הוא שלו אם רצה לעשות לפנים משורת הדין עושה ומחזירו בסימנים לבעליו ואין כופין על לפנים משורת הדין עכ"ל הוסיף מעצמו מ"ש אם רצה כו' עושה כו' ולא כתב בלשון ר"אש רבו מחום דבלשון ר"אש יש לדחוקי ולפרש שר"ל שכופין בדברים לכן ביאר להדי' וכתב אם דצה דליכא אפי' כפיה בדברים וביאר כן בכוונת הר"אש והיינו דהביא הבית יוסף דין זה בשם רבינו ירוחם שכתב כן בשם ר"אש ולא הביא בשם הר"אש שכ"כ בפ"ב דב"מ כי אין דרכו לכתוב דין המפורש בר"אש בפסקי' בשם רבינו ירוחם שכתב בשמו משום דבר"אש יש לפרש כמ"ש בא"ות לכן הביא מ"ש בריו"ו שהבין דבע"כ אין כופין אפי' בדברים וזהו פשוט וברור בעיני בכוונת הב"י ורמ"א במ"ש בלשון מחלוקת:

ד ואפשר לומר אפי' הרי"ו בשם הר"אש זלה"ה שהבין שאין כופין על לפנים משורת הדין אפי' בדברים לא איירי בחיוב שמחויב לשלם לצאת ידי שמים רק בדבר אשר אפי' בדיני שמים פטור מלשלם רק הוא בגדר חסיד אם ישלם ואם לא ישלם לא עשה עבירה ולא נענש אבל היכי שיש עליו חיוב בדיני שמים ונענש בידי שמים אם לא ישלם אפשר לכ"ע כופין בדברים וכ"ע מודו בזה למוהר"ם מינץ וגם רבינו ירוחם בשם הר"אש מודה בכה"ג למרדכי היכי דאמר מנה לי בידך והלה אומר א"י דחייב לשלם לצאת ידי שמים היינו שכופין עכ"פ בדברים מיהו נראה להמעיין היטב במרדכי הנ"ל אי במנה לי בידך דחייב לציד"ש אם כופין בדברים תלי' במחלוקתם למרדכי וסיעתו שפירש לשון חייב שאמר שמואל במס' ב"מ דכ"ד חייב להחזיר פירושו חייב שכופין בדברים ה"ה מה שנזכר בב"ק דקי"ח ע"א במנה לי בידך והלה אומר א"י חייב בדיני שמים היינו שכופין בדברים ובע"כ סובר שיש לפרש כן בתיבת חייב וכמ"ש בעצמו הראי' מב"ק אבל

לרמב"ם וסיעתו שכתבו שם טוב וישר שיעשה כן ופי' בלשון חייב היינו למי שירצה לעשות על צד היותר טוב ה"ה מה דנזכר שם חייב ביד"ש וכן בכל מקום פירושו מי שיצרה לעשות אבל אין כופין בדברים ובפרט הלשון הש"ס בב"ק דאי' בדברי ר' יוחנן בבא לצאת ידי שמים משמע שבא לצאת מעצמו ולא שב"ד אומרין לו ולא א"י כדאי' בב"ק דנ"ו ובמחלוקת הפוסקים הנ"ל פסקו בטוש"ע סימן רנ"ט כרמב"ם וש"ך שם הביא בס"ק ג' דעת המרדכי ובסימן כ"ח הביא דעת מוהרש"ל ולענ"ד הם דיעות חלוקות כמובן וע"ש בהגהות רמ"א ס סימן שפ"ו סעיף ג' בסופו ויש מקום לישב דברי הש"ך עיין בב"ח סימן י"ב וצ"ע בכל זה לדינא:

פרט ב

יבואר בהאי דינא דברי ושמא אי מהני תפיסה אפי' בפני עדים וכן בכל מקום דחייב לשלם בבא לצאת ידי שמים:

ה נתתי אל לבי לעיין בהאי כללא היכי דמחייב לשלם לצאת ידי שמים אי מהני תפיסה, וראיתי מהוא מחלוקת בין אבות העולם, והמעיין היטב במס' ב"מ בש"ס וברש"י ובס' אסיפת זקנים שם ובאחרונים זלה"ה מצינו כמה שיטות בזו:

א) שיטת קצת הראשונים ז"ל וכן לחד לישנא דרש"י אפילו היכי דאמרינן קים לי' בדרבה מיני' לא מהני תפיסה ומכ"ש בעלמא היכי דחייב לשלם רק לצאת ידי שמים דלא מהני תפיסה בעדים:

ב) שיטת רש"י לחד פירושא וכן הוא דעת הגהות ר"אש שם בשם אור זרוע ובהגהות אשר"י במס' ב"ק בפרק שור שנגח דל"ט דבכל מקום דאמרינן קים לי' בדרבה מיני' חייב לשלם לצאת ידי שמים ומהני תפיסה אפי' בעדים כמבואר להמעיין:

ג) ואולם בהבנת דברי רבינו הגדול רש"י זלה"ה נחלקו הפוסקים דעת והרש"ל ביש"ש הובא בש"ך ח"מ סימן כ"ח ס"ק ב' דכל מקום דאמרינן חייב בדיני שמים אם תפוס מפקינן מיני' ואפי' לרשרן דוקא בקים לי' בדרבה מיני' דחייב הוא לשלם רק דלא קטלינן בתרי קטלא ועבדינן החומרא הסברא נותנת שאם תפס לא מפקינן מיני' דהא מ"מ חייב הוא, אבל היכי שגרמא בנזקין היא ואין בו חיוב מן הדין אלא לצאת ידי שמים פשיטא דאי תפס מפקינן מיני', וכן בש"ות הריב"ש בסימן שצ"ב כתב בשם רמב"ן דה"ה בברי ושמא דחייב לשלם לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה והובא דבריו בקיצר בש"כ סימן ע"ה ס"ק כ"ו וסי' ע"ו ס"ק י"ב להלכה מוסכמת בלי חולק:

ד) ואולם רבו החולקי' כי מוהר"ם מינץ סימן ק"י הובא בכנ"הג בסי' כ"ח בהגהות ב"י דמי שחייב בדיני שמים אם תפס שכנגדו מהני תפיסה וכפי הנראה הבין כן בכוונת

רש"י ולית לי' חילוק הנ"ל וכן נראה דעת ראב"ד הובא בטור יורה דעה סימן קס"א ורא"ה בס' החינוך סימן שמ"ג הובא במשנה למלך בפרק כ"א ממלוה הלכה א' דסוברים דמהני תפיסה אפילו בעדים, ומשמע להדי' אפי' היכי שאין החיוב לשלם לצאת ידי שמים רק מדרבנן וכמו באבק ריבית מהני תפיסה ה) בש"ות שבות יעקב חלק א' סימן קמ"ו וכן הסכים עמו הא"ות בסימן כ"ח היכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים מן התורה מהני תפיסה והיכי דחייב דק מדרבנן לא מהני תפיסה ו) בפירש רש"י הנ"ל בענין קים לי' בדרבא מיני' דעת מהרש"ל ז"ל דוקא היכי דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזמן הזה אבל היכי דעבדינן החומרא לא מהני תפיסה ואולם האורים ותומים שם בס"ק ד' אפי' היכי דעבדינן החומרא כגון בזמן הבית ובהתראה אפ"ה סובר רש"י דמהני תפיסה וכדמשמע בב"מ דצ"א יע"ש, ולכאורה מסתברין דברי התומים כיון דעיקר הטעם דאין לב"ד לעשות שתיהם ועבדינן החומרא וכיון דהוא תפוס ועומד אין הב"ד עושין כלל ועושה מעצמו מה שתפס בממון וראי' לזה מהא דאי' במס' ב"ק דט"ו ע"ב השתא דאמר' פלגא נזקא קנסא האי כלבא דאכל אימרי ושונרא דאכל תרנגולא משונה הוא ולא גבינן בבבל כו' ואי תפס לא מפקינן מיני' וכתבו בתוס' ד"ה ואי, אומר ר"ת דוקא אם תפס המזיק עצמו כו' אבל במידי אחרינא לא דאי בכל דבר שתפס לא מפקינן, יבוא לידי תקלה היום או למחר יתפוס כל אשר לו ולא נמצא ממנו דאין אנו דנין דיני קנסות וזה יפסיד יותר ממה שהזיק יע"ש וכתב על זה הר"אש וז"ל ולא יכולתי לעמוד על דבריו דאם לקח מותר מכדי נזקיו יכולין ב"ד לדון כדי שיחזיר לו המותר ולא מיקרי דיני קנסות בבבל שהרי כבר נפקע מנזקו בתקנת חכמים שאמרו לא מפקינן מיני' ואין אנו דנין אלא להחזיר המותר הלכך נראה בכל מקום דתפס לא מפקינן מיני' אם תפס יותר מכדי נזקו שמין לו ב"ד דמי נזקו ומוציאין מידו המותר יע"ש וכ"כ בטור ש"ע ח"מ סימן א' ובסמ"ע ס"ק י"ח מבואר להדי' דסובר הר"אש היכי דתפס אין ב"ד דנין על התפיסה שהוא בעצמו עשה לו דין מעצמו וה"ה בקים לי' בדרבה מיני' עיקר ההקפד הוא שגלי התורה שב"ד לא יעשה לו שתיהם וכשתפס אין הב"ד פוסקין לו חיוב ממון כן יש לומר בכוונת רש"י ז"ל, ואולם קשה לחלוק על רבינו מוהרש"ל ז"ל ועיין בש"ות חוות יאיר סימן מ"ד וראיתי בספר טורי אבן באבני שוהם במס' חגיגה דף מ' ע"ד שהשיג על רש"י ז"ל משני ראיות, ומה שהביא ראי' מסנהדרין דע"ב גם בס' אורים ותומים כתב כן ומיושב להמעיין בתוס' שם ומה שהביא ראי' מסנהדרין דפ"ז ג"כ לקמ"מ וכוונתי בזה לדברי בעל קצות החושן בסימן ת"י ס"ק ד' יע"ש ודברי רש"י ברורין וע"ע מ"ש בספר בית מאיר בסימן קע"ז בסופו שתמה על הש"ך שהעתיק להלכה האי דינא

דרמב"ן וריב"ש הנ"ל דבברי ושמא ל"מ תפיסה כי מפוסקים הנ"ל לא מוכח לענין פסק הלכה אליבא דידן יע"ש:

ו) ולענ"ד יש להביא ראי' מכמה פוסקים הראשונים ז"ל כרמב"ן ריב"ש דלא מהני תפיסה דהנה אי' במס' ב"ב דל"א ע"ב ההוא דאמר לחברי' מאי בעית בהאי ארעא א"ל מפלני' זבנתיו ואכלתי שני חזקה א"ל פלניא גזלנא היא אמר לי' והא אית לי סהדי דאנא אמלכי בך ואמרת לי זיל זבין אמר לי' השני נח לי והראשון קשה הימנו אמר רבא דינא קאמר לי' ועיין ברשב"ם שאין חזקתו חזקה אף שיש לו עידי חזקה איני מועיל דהוי חזקה שאין עמה טענה, וכן קיי"ל להלכה כמ"ש רמב"ם בפרק ט"ז מהלכות טוען ונטען הלכה ב' ובש"ע ח"מ סימן קמ"ו סעיף י"ז, ומשמע מסוגי' זו שנתן לו עצה על שאלתו אם השדה בטוח מהוא של המוכר ואמר לו שהוא של המוכר ואפ"ה יכול לומר השני נח לי כו' וכן נראה שהבין הסמ"ע שם ס"ק ל"ט שכתב מ"מ נראה דלאו שפיר עביד שנתן לו עצה לטובתו ומכשילו ומציל עצמו בממון של חבירו ועל כזה קראו חז"ל האי דכתב לפני עור לא תתן מכשול יע"ש ואם העצה הי' רק אם השדה טובה שמינה או רזה לא עשה איסור מה ששתק ולא אמר לו שאינה של מוכר אף שמנע טוב מבעלי' מ"מ אינו בכלל משגה עור בדרך ולפ"ע לא תתן מכשול כיון שלא עשה מעשה רק בשב ואל תעשה שמנע הטוב מרעהו הגם שיש לדחות מ"מ המעיין יראה כמ"ש ואולם ראיתי בש"ות מוהר"י מטראני סימן י"ח בחלק ח"מ כתב דעצה הי' אם השדה טובה שמינה אם רזה ובאורים ותומים שם סימן קמ"ו ס"ק י"ט הסכים עמו דאם העצה הי' השדה הוא של המוכר בטוח והוא אמר לו שהוא של מוכר ולקחה על פי דיבורו נראה דהוי כמראה דינר לחנוני ואמר לו עלה דידך קא סמכינא דחייב לשלם מטעם דינא דגרמי עכ"ד ומטותא מיני' דמר רב האי גאון זלה"ה במכ"ת הרמה לא הי' מעיין אז מ"ש המרדכי במס' ב"ק בפרק הגוזל סימן קי"ו שכתב וז"ל והא דמחייב ר' מאיר במראה דינר לשולחני דוקא דאי אפשר לאשתמוטי ועל כרחך יש לו ליקח ע"פי שולחני אבל מראה מקח לתגר או לקרובו כו' וכן האי דפרק חזקת והא אית לי סהדי דאמליכית בך ואמרת לי זיל זבין וא"ל השני נח לי פי' אע"פי שקרקע גזולה והכשילו בעצתו מ"מ פטור כולהו משום דאית לי' לאשתמוטי ולא לסמוך על דבריו עכ"ל הרי להדי' דלא כהבנתו ואף שהבין המרדכי ז"ל שנתן לו עצה שאינה הוגנת שהבטיח לו שהוא של המוכר מ"מ לא הוי בכלל גרמי ול"ד כלל למראה דינר לשולחני ונמצא רע, וכן משמע מלשון הסוגי' שהיה העצה אם השדה בטוח ואף לפי דברי התומים שלא נחית לחילוקו של המרדכי היינו באמר לי' חזי דעלך קא סמכינא והא לא משמע כלל שאמר לו כן כי לא נזכר כן בש"ס ולכן לא הוי בכלל

גרמי אמנם ברור שעכ"פ הוי בכלל גרמא בנזקין וחייב לצאת ידי שמים לשלם כמו בכל גרמא וא"כ אי נימא היכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים מועיל תפיסה קשה על רבא הא שהותפס ועומד בקרקע ולא דמי למ"ש הפוסקים בספיקא דדינא וכיו"ב בכל ספיקות לא מהני תפיסה בקרקע משום דקרקע בחזקת בעלים ראשונים עומדת ויסודם מדברי ר' נחמן במס' ב"מ דק"ב ע"ב ועיין במס' ב"ב דל"ב ע"ב ובש"ך בספר תקפו כהן סימן מ"ו היינו לענין ספק משא"כ לענין חיוב לצאת ידי שמים דבאמת חל עליו חיוב ממון לשלם לצאת ידי שמים רק שלא נמסר לב"ד שיעשו מעשה בידים לכוף להוציא ממון וא"כ הכא שזה מוחזק בקרקע וצריכין הב"ד לעשו' מעשה ולהוציאו וליתן הקרקע למערער נימא להיפך כיון שיש עליו חיוב בידי שמים וב"ד מחויבין להפריש לאדם מאיסור היאך יעשו מעשה להוציא מיד זה ולהכשילו בדבר עבירה באיסור שמחויב לשלם לצאת ידי שמים, ובשגם שיש קצת לצדד כמ"ש הש"ך בסי' ק"נ סק"ג כשאכל שלשה שנים יצאה מחזקת מרא קמא ומהני תפיסה אפי' בקרקע יע"ש ואפילו אי נימא לחלק לנידון דהתם כמבואר להמעיין היטב מ"מ סברא הנ"ל נכונה דלענין חיוב לצאת ידי שמים בתפוס שוה קרקע למטלטלים כיון שמערער צריך פסק ב"ד כנ"ל אע"כ כשיטת מוהרש"ל דה דהיכי דמחייב לשלם לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה בעל כרחו שכן הדין שמחויב מדעתו לשלם לצאת ידי שמים, אבל אם לא רצה ותפס לא מהני התפיסה, אמנם מלשון רמב"ם בפרק ט"ז מטוען הלכה ג' מורה כמו שהבין מוהרי"ט שכתב וז"ל בא שמעון למלוך בלוי וא"ל הריני קונה שדה פלוני מראובן ובעצתך אקנה אותה א"ל לוי לך וקנה אותה טובה היא יש ללוי לערער עליה ולא איבד זכותו יע"ש ובכה"ג לא הוי אפילו גרמא כשלא עמה מעשה וכמו בגרמי שחייב בדיני אדם בעינן שיעשה מעשה ואף הדיבור הוי כמעשה לענין זה כמ"ש הש"ך בסימן ל"ח ס"ק א' כמו בדן את הדין ומראה דינר לשולחני ואמר לי' שהוא טוב שלא הי' רק דיבור אבל אם לא עשה מעשה כלל אפילו דיבור ועל ידי שתיקתו בא לחבירו הפסד בכה"ג בודאי פטיר בגרמי בדיני אדם וה"ה בגרמא לענין חייב לשלם לצאת ידי שמים לז מצינו בש"ס ופוסקים רק כשעושה מעשה או דיבור אבל בישב ולא עשה מעשה או דיבור רק שממילא בא לחבירו היזק ע"י שמנע טוב ממנו לא הוי בכלל גרמא וכמו הכא כי מה שאמר לו טובה לא גרם לו הזיק בדיבורו לענין זה רק מה ששתק ולא אמר לו שמוכר הוא גזלן וזה הוי מניעת טובה דלא עשה מעשה ודיבור להיטב עמו יש לומר דפטור מלשלם אף לצאת ידי שמים דחיוב בדיני שמים דגרמאי הוא כמו חיוב בדיני אדם בגרמי לכן לא מהני תפיסה בכה"ג ונסתר ראי' הנ"ל אבל לשיטת המרדכי הנ"ל כפי שהבין הפירוש שהי' דיבור ועצה הי' שבטוח הוא ואינו

גזלן מוכח דסובר דהיכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה מיהו אכתי י"ל הא דחייב לשלם לצאת ידי שמים בגרמא היינו אם כוונתו הי' לגרום היזק לחבירו, אבל אם כוונתו הי' לטובתו ולא כיון להזיק לחבירו אפשר דפטור וכיו"ב דעת כמה פוסקים בחושן משפט סימן ס"ו ס"ק ג' בש"ך ס"ק פ"א לענין גרמי בחייב בדיני אדם אף שיש כל כללי גרמי שבריא הזיקא והיזק נעשה מיד מ"מ אם להנאת עצמו כיון פטור מלשלם בדיני אדם, וה"ה דיש לומר כן לענין גרמא בדיני שמים והכא להנאת עצמו כיון והגם שהש"ך בס"ק פ"ב שם הוכיח מפוסקים אפילו אם לא כיון להזיק רק להנאת עצמו כיון חייב בגרמי בדיני אדם וי"ל ה"ה בגרמא בדיני שמים מ"מ יש לומר פוסקים הללו פי' הסוגי' כרמב"ם ומוהרי"ט הנ"ל ומרדכי סובר כחולקים וא"כ לא מוכח כלל מסיגי' זו וצ"ע בזה דוק ותשכח:

ו אמנם נראה להוכיח מסוגי' אחרת כריב"ש דל"מ תפיסה דאית' במס' ב"ק דל"ה ע"א במתני' שור שהי' רודף אחר שור אחר והוזק זה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה המוציא מחבירו עליו הראי' ואמר רב חייא בר אבא זאת אומרת חולקין חביריו על סומכס דאמר ממון המוטל בספק חולקין, ואמר לי' ר' אבא אמר סומכס אפי' בברי וברי אמר לי' חין ומתני' מיירי בברי וברי ואולם רב פפא ואינך אמוראים סברו דמתני' מיירי בניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא, והנה במתני' לא מבורר אם הי' עידי רדיפה ולכאורה נראה למאן דסובר פלגא נזקא קנסא כיון דפשטות דמתני' משמע דאיירי בתם דומי דאינך בבא ובשגם לשיטת מוהרש"ל המובא בש"ך סימן ת' ס"ק א' שכתב במועד שרדף חייב לשלם כשניזק טוען ברי ומזיק שמא בע"כ מיירי רק בתם ממילא מיירי שיש עידי רדיפה דאל"כ קשה קושי' מוהרש"א בב"ק דמ"ו ע"א ובפני יהושע שם בסוגין מאי קמ"ל המע"ה כיון דמוחזק בממון הא בלא"ה פטור מטעם מודה בקנס וכפירה לא גרע מהודאה דהא יש לו מגו שהודה אע"כ דמיירי שיש עידי רדיפה וכסברות מוהרש"א שם כיון דאיכא סהדי שרדף אחריו והוא מודה לית לן למיתלי אלא בשור ולא בסלע יע"ש וגם מסתמא מיירי דומי' דאינך בבי דבע"כ מיירי שיש עדים כמ"ש הר"אש שם, אבל למ"ד פלגא נזקא ממונא שפיר י"ל דכולהו בבי מיירי בלא עדים מיהו לרב חייא בר אבא מוכח דבע"כ מיירי שיש עידי רדיפה דאל"כ קשה מאי קמ"ל מתני' פשיטה כיון שהוא מוחזק בממון וטוען ברי שהוא בסלע ויש לו מגו שהי' מכחיש הרדיפה דלא הי' שום ריעותא בודאי סומכס מודה המע"ה שהוא פשוט בכל הש"ס דע"כ לא פליג סומכס על חכמים רק כשנולד ספק לב"ד בלא טענותיהם כמ"ש תוס' שם דומי' דשור שנגח את הפרה ואינו ידוע מנגיחת הולד ועדים הי' בנגיחת הפרה אבל אם הספק נולד רק מפי

הצדדים בודאי אפי' לסומכס נאמן המוחזק כיון שטוען המזיק ברי ויש לו מגו כמ"ש תוס' שם ע"ב ד"ה זאת אע"כ מיירי שיש עידי רדיפה כיון דידוע ע"י עדותם שנולד ספק לב"ד בלא טענותיהם בשגם למאן דאמר פלגא נזקא ממונא סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימא וקמ"ל מתני' לאפוקי מסומכס אבל לרב פפא דאיירי מתני' בניזק אומר ברי ומזיק שמא שפיר י"ל לר' פפא דסובר שם בדט"ו ע"א פלגא נזקא ממונא מיירי מתני' אף שלא הי' עידי רדיפה וקמ"ל מתני' לאפוקי מסומכס דסד"א כיון שהורע כח דמוחזק כיון שטוען שמא וזהו פשוט להמעיין שם אמנם נראה אפי' לרב פפא אף שלא מוכרח מ"מ בע"כ מיירי מתני' אפי' כשיש עידי רדיפה כי סתמא קתני משמע שמיירי בכל גווני ותו הלשון שור שהי' רודף משמע שהי' ידוע מרדיפה, ותו כיון דלר' חייא בר אבא בע"כ מיירי שיש עידי רדיפה הו"ל לתלמודא, לומר דלרב פפא איירי מתני' שלא הי' עידי רדיפה אע"כ כיון דתני סתם משמע דמיירי בכל גווני אף שיש עידי רדיפה אמרינן המע"ה ומ"ש בש"ך ח"מ סימן פ"ח סע"ק ט"ז לא זכיתי להבין יע"ש והנה במס' ב"ב דצ"ג ע"א פליגי חכמים ור' אחא בגמל האוחר בין הגמלים או בשור שהי' רועה ונמצא שור הרוג בצידו סובר ר' אחא דמוציאין ממון מן המוחזק על ידי אומדנא דמוכח ולרבנן ל"מ להוציא ממון דאלים חזקת ממון והובא מחלוקתם בתוס' ב"ק דל"ו ע"א ד"ה ראוי ובמוהרש"א רש"א דמ"ו ע"א ואנן קיי"ל כחכמים, ובע"כ מתני' הנ"ל דאמרינן המע"ה אתיא רק כחכמים דלר' אחא קשה כיון דמיירי שיש עידי רדיפה ומיירי אפילו במועד כמ"ש בש"ך בסימן ת' ס"ק א' איכא הוכחה על ידי רדיפה שהוא נגח ותו אפי' בתם למ"ד פלגא נזקא ממונא דסתם שוורי' לאו בחזקת שימור קיימי איכא הוכחה כיון דעל הסלע ליכא עדים שנתחכך בסלע ועל רדיפת השור איכא עדים והוי כהוכחה, וכמ"ש בנמוקי יוסף שם וז"ל לא כי מצינו לשון כהאי והוי טענת שמא כו' הלכך מצי למימר דניזק טעון ברי ומזיק שמא ואפ"ה תנן המע"ה ושמעינן מתני' תרתי חדא דאפי' היכי שיש רגלים לדבר דהאי שור מזקי' מדקא חזי' דקא רדף בתרי' לא אמרינן איהו אזקי' אפילו ניזק ברי ומזיק שמא אלא אמרינן המע"ה ואידך גרמא בנזקין פטור דהא הכא דמודה נתבע דבסלע לקה מחמת האיך דהוי קא רדף בתרי' ואשתכח דאיהו קא גרים לי' למילקא בסלע ואפ"ה פטור וכ"כ רא"ה ז"ל עכ"ל אע"כ מתני' אתי' כחכמים וכבר כתבתי אפי' לרב פפא מיירי מתני' בכל גווני אף שהיה עידי רדיפה רק לא השגיחו ההיזק שהי' אח"כ בשעה שנעלמו מהם אי הי' ע"י שור, והמעיין היטב בלשון נ"י יראה מבואר דסובר אף שמזיק אומר שע"י רדיפת השור לקה בסלע לא אמרינן דלא הוי רדיפה הוכחה שהוזק ע"י השור דלמא ע"י רדיפה הוזק בסלע כיון שהוזק ע"י רדיפה רק דמ"מ

הוי רגלים לדבר דיותר מסתבר שהוזק ע"י השור שרודף כיון שבכיון רדף ועומד ליגח משנימא שהוזק והוכה בסלע וקמ"ל מתני' דרגלים לדבר ל"מ להוציא ממון וכרבנן דר' אחא וז"ב בכוונתו:

ז והנה אי' בכתובת דפ"ו אמר אמימר האי מאן דאיכא עליו כתובת אשה ובעל חוב ולית לי' רק חד ארעא לבעל חוב יהבינן לאשה לא יהיבנן יותר מה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להינשא וכתב בר"ן שם וז"ל ואם תאמר כיון שמן הדין דיחלוקו היאך גוזלין את האשה ונותנין לבעל חוב י"ל דבלוה ולוה אם קדם האחד וגבה מה שגבה גבה דבעל חוב מאוחר דוקא אמרו שלא גבה אבל בשווים מה שגבה גבה הלכך כיון שאילו קדם ובא בעל חוב לב"ד והגבוהו ראשון מה שגבה גבה מן הדין אנו מגבין לבעל חוב תחילה משום טעמא דיותר מה שהאיש רוצה לישא ולאחר גביתו זכה בהן מן הדין עכ"ל ועיין בהר"אש שם נשמע מדבריו כלל חדש היכי דבדיעבד מהני תפיסה אפילו סברא כל דהוא מועיל אשר ב"ד יזדקקו להוציא לכתחילה מן המוחזק וכיון דבדיעבד מועיל תפיסתו א"כ לא אלים כל כך חזקתו ונגד לכתחילה מהני סברא כל דהו כדי שב"ד יעשו מעשה לכתחילה ולא הוי עול כיון שאח"כ זוכה בו מן הדין וא"ל שאני התם שאין האשה מוחזק דעדיין אין הקרקע תחת ידה משא"כ היכי שאנו דנין להוציא מן המוחזק לא אמרינן סברא הנ"ל דז"א חדא לפמ"ש רמב"ן הובא בש"ך בס' תקפו כהן אף דלא קיי"ל כב"ש דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי מ"מ בעל השטר הוא מוחזק ע"י שעבוד הכתוב בו וא"כ השדה הי' בחזקת שניהם ותו כיון דעיקר טעמא דר"ן הוא כיון שאין להשני זכות גמור בדיעבד מהני הסברא כל דהו שיהי' הב"ד נותנין לכתחילה מסתבר דהאי טעמה שייך גם היכי שאנו דנין בסכסוך הנוגע למוחזק ויש להמוציא זכות בדבר שאם הי' הולך ותפס אפי' בעדים יועיל תפיסתו רק שאין לב"ד לעשות מעשה לכתחילה ראוי לומר היכי שיש למוציא ראי' לדבריו אפי' סברא כל דהו שיועיל הראי' וסברא כל דהו שיזדקקו הב"ד להוציא ממון מחזקתו ולא הוי עול כיון דחזקת ממון של המוחזק לא אלים דהא אם תפס מועיל תפיסתו, וא"כ דן מיני' מכ"ש באם שיש להמוציא הוכחה המסייע לדבריו אף דקיי"ל דל"מ להוציא ממון משום דאלים חזקת ממון מ"מ בכה"ג כיון שבלא"ה מהני תפיסתו מהני הוכחה דבכל מקים החזקת ממון אלים של"מ תפיסת התובע, ולפ"ז תיקשי לשיטת הרא"ה ונמוקי יוסף הנ"ל שהמזיק מודה פה שהי' גרמא בנזקין ובגרמא קיי"ל דחייב לשלם לצאת ידי שמים ואף די"ל דים לחלק בין גרמא דהוא עושה בעצמו הגורם לגרמא הבאה ע"י בהמתו דפטור מלשלם אפי' לצאת ידי שמים וכיו"ב כתב רמ"א בח"מ סימן שפ"ו סעיף א' אפי' לר' מאיר דדאין דינא דגרמי וחייב

בדיני אדם מ"מ גרמי הבא ע"י בהמתו פטור מלשלם בדיני אדם מ"מ הא כתב הש"ך שם ס"ק ה' בשם רמב"ן דגרמי שוה בבהמה כמו באדם מסתבר ה"ה גרמא דבהמתו חייב לשלם לצאת ידי שמים כמו בגרמא דאדם ובשגם לרב פפא דסובר פלגא ניזקא ממונא וסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימא אפי' בתם ומכ"ש במועד בודאי חייב לשלם לצאת ידי שמים בגרמא הבא ע"י בהמתו כמו בגרמא הבא ע"י עצמו כיון שלא שמר ותו בלא"ה כיון שניזק טוען ברי ומזיק שמא חייב המזיק לשלם לצאת ידי שמים כדאי' בב"ק דקי"ח וא"כ תיקשי לרב פפא דסובר פ"נ ממונא דסתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימא וכיון דמתני' סתמא קתני משמע דמיירי בכל גווני אף שהי' עידי רדיפה כנ"ל ואמאי אי' המע"ה הא לר"פ שאינם בחזקת שימור ע"י עידי רדיפה איכא הוכחה אפי' בתם כשרודף שהוא נגח ומכ"ש אי מתני' מיירי נמי במועד כמ"ש ש"כ סימן ת' סק"א וכמ"ש בנמוקי יוסף שיותר מסתבר שהוזק ע"י רדיפת משהוזק ע"י סלע ואף דקיי"ל כרבנן דאומדנא דמוכח לא מהני להוציא ממון היינו היכי דחזקת ממון אלים כל כך דלולי אומדנא דמוכח לא הי' מהני תפיסת הניזק משא"כ הכא אף לפי דברי המזיק בסלע לקה עכ"פ הי' גרמא בנזקין ולפוסקים הנ"ל לצאת ידי שמים מהני תפיסה ותו כיון דטוען ברי ומזיק שמא חייב ג"כ לשלם לציד"ש, ואם הלך הניזק ותפס מועיל תפיסתו א"כ יש לו זכות בשור זה בדיעבד ועיקר חזקת ממון של המזיק הוא רק על לכתחילה וראוי שמועיל הוכחה שיש לניזק דשורו נגחו כיון שיש עידי רדיפה דהוי עכ"פ כסברא כל דהו ולאחר גבייתו זכה מן הדין והא לר' אחא מהני האומדנא דמוכח להוציא ממון מחזקתו אף בדבר שאין לתובע שום זכות בממון אם לא הי' כדבריו עכ"פ ראוי לומר לחכמים שאומדנא דמוכח יועיל להוציא ממון בדבר דיש לניזק זכות בממון המזיק אף לפי דברי המזיק כיון דהוי גם לפי דבריו גרמא ואם תפס מועיל תפיסתו בע"כ הדין מכרעת כדברי הניזק ונגד לכתחילה ראוי שיועיל האומדנא דמוכח כעין סברא כל דהוא שכ' הר"ן הנ"ל שמה שמהני לגבות לכתחילה ומכ"ש אומדנא דמוכח דבודאי עדיף מסברא כל דהו אע"כ לצאת ידי שמים ל"מ תפיסה כמ"ש רמב"ן ורש"ל ולכן לא מהני הוכחה לרבנן כיון שאף בדיעבד לא מהני תפיסה אלים חזקת ממון וא"ש:

ח ועוד יש להביא ראי' מהא דאי' במס' ב"ב דל"ו ע"א הכי עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא אתי מרא דחושלא תפסינהו וקא טעין טובא אמר אבוהו דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהן דמגו דאי בעי אמר לקוחין הן בידי וביארו בנמוקי יוסף ור"ן במס' שבועת דמ"ו שמיירי שמרא דעיזא א"י וקשה למה לי טעמא דמגו הא אף דברי ושמא לאו עדיף מ"מ מחייב לשלם לצאת ידי שמים ואי מהני תפיסה הא הכא הוא תפוס ועומד בעיזים דמהני

תפיסה בפני עדים לשיטת פוסקים הנ"ל אע"כ כרמב"ן ורש"ל. מיהו שוב ראיתי דיש לדחות די"ל כמ"ש אאמ"ו הגאון המפורסם נר"י יאיר בש"ות שמן רקח חלק ראשון סימן מ"ה בשם אלוף נעורי כבוד גיסי הרב הגאון המפורשים מו"הרר ירמי' זצ"ל דיש לומר הא דחייב לצאת ידי שמים דוקא היכי דהוי לי' למידע אבל היכי דלא ה"ל למידע פטור אפי' לצאת ידי שמים דבנידון דמחייב ר' הונא ור' יהודא בדיני אדם לשיטת תוס' מחייב ר' נחמן ור' יוחנן בדיני שמים והכא לא הוי לי' למידע וא"כ לא מוכרח ועמ"ש בכלל הקדום פרט ד':

ט ומצאתי ראיתי שבע"כ הרמב"ן ז"ל סובר בגרמא בנזקין אף שמחויב לשלם לצאת ידי שמים ל"מ תפיסה דכתב בדפ"ח ע"ב הבאתי לשונו בפרט הקדום שפי' מה דאי' בב"ק דנ"ו ארבעה דברים העושה אותן פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים הכוונה שצריך לצאת ידי שמים אם לרעה נתכוין כו' אם לטובה כו' יע"ש וכיון שתלי' בכוונתו אם הי' לרעה או לטובה והוא דבר המסור אל לבו ואם לא כיון לרעה פטור אפי' בדיני שמים היאך יוכל שכנגדו לתפוס מספק כיון שטוען ברי שלא כיון לרעה והא קיי"ל כל תפיסה מספק לא מהני והכא הוי ספק אם כיון לרעה ובע"כ הכוונה בש"ס שהדבר מסור ללבו אבל א"י לתפוס מיהו אכתי י"ל דמודה בברי ושמא דחייב בדיני שמים שמים דמהני תפיסה ואין למדין זה מזה ועיין לקמן בכלל י"ג פרט ד' הוכחתי בדרך פלפול דר' נחמן סובר לצאת ידי שמים מועיל תפיסה:

ודע לענין הלכה כתב במחנה למלך בפרק כ"א ממלוה ולוה כיון שמספקא לן אי מי שמחויב בדיני שמים מהני תפיסה יוכל התופס לומר קים לי כמאן דאמר. אי תפיס לא מפקינן מיני' ועדיין צריך אני להתיישב בזה עכ"ל ועיין בכ"הג בח"מ סימן כ"ח סע"ק כ"ה ובכלל קים לי' סע"ק ל"ד ולכאורה נראה לפמ"ש בש"ות מוהר"י מטראני ספר א' סימן קנ"א היכי שיש מחלוקת בתפיסה עצמה אין יכול לומר קים לי וראייתו מהא דאי' בכתובת דפ"ד ע"ב גבי קריבתי' דר' יוחנן תפסה תורא משל יתמי ואמר לה ר' יוחנן שפיר תפסה ואח"כ אמר ר' יוחנן מה אעשה שכנגדי חולק עלי וקשה מה בכך כיון דאיכא מחלוקת יכולה לטעון קים לי א"ו כיון דמחלוקת בתפיסה עצמה אי יכול לתפוס א"י לומר קים לי יע"ש, וא"כ ה"ה כיון דהוא מחלוקת בתפיסה עצמה אי היכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים מהני תפיסה א"י לומר קים לי כמ"ד דמהני, ואולם הש"ך בתקפו כהן סימן ק"א וק"ב וכ"ג השיג על מוהרי"ט דגם בכה"ג יכול לומר קים לי וראיות מהרי"ט יש לדחות לפי מה דמוכח להמעיין בכנ"הג בכלל קים לי דבעד יורשים ונפרע שלא בפניו טוענין הב"ד קים לי אבל היכי דבעל דבר הוא בב"ד אין טוענין עבורו קים לי ומשמע שם

אפי' בעם הארץ והתם לא טענה היא קים לי מיהו דין זה לא מוכרח כ"כ ויש להאריך בהאי כללא טובא ואין כחן מקומו:

פרט ג

יבואר דין מחודש בהא דקיי"ל בברי ושמא דפטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים היכי שלוה פרעו בסתם ואח"כ אמר הלוה שטעה וקסבור שהוא חייב בדיני אדם אי הוי מחילה בטעות לשיטת פוסקים הסוברים היכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים לא מהני תפיסה:

י בש"ות בית יעקב סימן ס' פסק היכי דמלוה טוען ברי ולוה אמר אינו יודע אם נתחייבתי לך ופרעו בסתם ואח"כ אמר הלוה שטעה קסבר הי' שמחויב לשלם בדיני אדם ואילו הי' יודע דפטור בדיני אדם לא הי' נותן וכתב דהוי מחילה בטעות והביא ראי' מהא דאי' במס' סנהדרין דע"ב ע"א רבא איגנבי לי' דינרי במחתרת אהדרינהו לי' ולא קיבלו הואיל ונפיק מפומא דרב דבדמים קנינהו והקשו בתוס' בד"ה לא וז"ל תימא הא מחויב לצאת ידי שמים כדאמר בפרק הפועלים דצ"א גבי החוסם פרה ודש בה אתנן אסרה תורה ואפי' בא על אמו ויש לומר דכאן לא הי' רוצים להחזיר אלא א"כ יתחייבו בדיני אדם עכ"ל והבין בש"ות הנ"ל כוונתם דהוי בטעות שהי' סוברים בדין חייבים להחזיר יע"ש ובאמת כל מעיין ישפוט בצדק שלא מוכח כלל דיש לומר כוונת תוס' שאמרו להדי' שאין מחזירין לו כי אם כשהם מחויבים בדיני אדם וכן משמע בלשונם ולא מוכח היכי דנתן סתם אם יוכל אחר כך לומר שהי' בטעות, כיון דיש לומר סתם ישראל הוא מוחזק בכשרות ורוצה לצאת ידי שמים ולא הוי מחילה בטעות כי על ידי חזקת כשרות אמרינן שמעיקרא נתן לו לצאת ידי שמים ועכשיו חוזר בו, אמנם ניהו דליכא ראי' מהתם מ"מ הוא ספק רבתי לדינא בהא דקיי"ל דיש לישראל חזקת כשרות אם הוא רק מה שמחויב לעשות כפי דין אשר יורו המורים או שיש לו חזקת כשרות אף מה שאינו מחויב ע"פי ב"ד לעשות רק לצאת ידי שמים וראיתי בספר קצות החושן סימן ע"ה ס"ק ד' שהביא תשובת בית יעקב הנ"ל והשיג עליו בפירוש תוס' כמ"ש ובזה האמת אתו, ואולם הביא ראי' לסתור דינו ולבבי לא כן ידמה אמרתי לברר ראייתו ואת אשר השיגה ידי להשיב על דבריו, ראי' א' הוכיח היכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים ונתנו בסתם לא אמרינן דהוי מחילה בטעות מהא דאי' בכתובת דצ"א ע"ב ההוא גברא דהוי מסקי בי' מאה זוזי ושביק קטינא דארעא דהוי שווי' חמשין זוזי אתא בעל חוב וקטריף לי' אזיל יתמי יהבי לי' חמשין זוזי הדר קטריף לי' אתי לקמי' דאביי אמר להן מצוה על היתומין לפרוע חובת אביהן הני קמאי מצוה קעבידתו השתא בדין קטריף ולא אמרן

אלא דלא אמרו לי' הני חמשין זוזי דמי ארעא דקטינא אבל אמרו לי' הני חמשין זוזי דמי דארעא דקטינא סלוקי סלקוהו וכן פסקו הרי"ף ורמב"ם בפרק א' ממלוה ולוה וטוש"ע סימן ק"ז מבואר מזה היכי דנותן סתמא אע"פי שאינו חייב בדיני אדם אמרינן למצוה קעביד ה"ה אמרינן בסתמא למצוה קעביד לצאת ידי שמים ולא הוי בטעות עכ"ד ולענ"ד לא מוכח כלל לפמ"ש רמב"ם בפרק י"ח ממלוה הלכה יו"ד וז"ל מת ראובן והניח שדה אחת שוה מאה ובא שמעון וטרפה ונתנו לו יתומים מאה מן המטלטלין שהניח אביהם וסלקוהו ה"ז חוזר וטורף אותה בשאר חובו שמאה שנתנו לו מצוה עשו שמצוה על היתומים לפרוע חובת אביהם עכ"ל משמע להדי' מלשונו וכן הבין בספר הפלאה דוקא כשסלקו במטלטלין עצמן שירשו נראה שרצונם ליתן לו מה שירשו מאביהם אבל אם נתנו מעות משלהם אע"ג דהניח אביהם מטלטלין יכולין לומר שנתנו בעד קרקע יע"ש וא"כ לא מוכח אך מלשון כל הפוסקים משמע שאין חילוק ובכל גווני אמרינן שמן הסתם נתנו לשם מצוה יע"ש, מיהו לענ"ד בלא"ה לא מוכח כלל דשאני התם כיון דאתא בעל חוב וקטריף בע"כ נעשה טירפה על פי ב"ד שצריכין לכתוב שטר טירפא כדין וכהלכה שצריך שומא והכרזה וטירפה כדאי' בש"ע בסימן ק"ט ובכמה דוכתי וכיון דבאמת חייבין לו יותר מדמי קרקע אטו בשופטני עסקינן בודאי תבע הבעל חוב בתחילה בפעם הראשון ליתומים לפני ב"ד כל דמי החוב לגבות קרקע ומטלטלים שהניח אביהם ובודאי פסקו הב"ד כדין ואמרו שהשעבוד וכפיה הוא רק על קרקע ועל מטלטלין ומעות ליכא שעבוד רק מנוה עליהם שצריכין הב"ד לומר להם שהוא מצוה ואינם יוצאים ידי שמים עד שישלמו ועיין בים של שלמה בפרק הכונס סימן ו' שכתב שם וז"ל וכן מצאתי בספר צפנת פענח כל מקום שאמרו חייב בדיני שמים אם בא צריכין להודיע אין אנו יכולין לחייב אותך אבל צריך אתה לצאת ידי שמים כי דינך מסור לו כדי שיתן אל לבו וירצה את חבירו ויצא ידי שמים יע"ש וה"ה בכל מקום שמצוה חל לפרוע צריכין ב"ד לומר הדין ומעתה כיון שבע"כ אמרו כן הב"ד ליתומים בע"כ לא איירי הנידון שיתומים אמרו בפירוש שאין רצונם לקיים המצוה ממטלטלים רק לסלק ממקרקעי, דא"כ הוי כמו שאמרו להדי הני חמשין זוזי דמי ארעא ועדיף הוא כיון שביארו כוונתם אע"כ מיירי שלא גילו דעתם כלל ושתקו לכן שפיר קאמרינן דהשעבוד קם על קרקע דהוי אומדנא דמוכח כאילו ביארו להדי' כוונתם דהיכי דיש אומדנא דמוכח דברים שבלב דברים כמ"ש בתוס' בקידושין דמ"ט ע"ב ובכמה דוכתי, ומצינן בש"ס בדוכתי טובא דהיכי דהוי דבר אשר יכול להתנות ולפרש דבריו כי הוא דבר דאסיק אדעתא ולא התנה מוכח שהוא מרוצה ואינו משגיח על התנאי כדאי' במס' כתובת בתוס' ד"ג ע"א בש"ס

ובפוסקים גבי טענת אונס בגיטין דבאונס דשכיח לכ"ע אין טענת אונס מדבעי לאתנויי ולא אתני אחולי מחל ועיין בהר"אש בחולין דנ"א ע"א סימן ל"ד ומכ"ש בדבר אשר נזכר לפניו ושמע ולא התנה מוכח שלא איכפת לי' בתנאי וא"כ הכא כיון ששמעו מבית דין שאמרו שחל עליהם המצוה לפרוע ממעות וממטלטלין שהניח אביהם והם שתקו ולא אמרו כלום ונתנו המעות בסתם והוי להו להתנות שמסלקי' מקרקע כדי שלא יהי' לבעל חוב אח"כ שום טענה דאנן סהדי שלא ניחא לי' לאינש לירד בדינא ודיינא כדאי' בכמה דוכתי בפוסקים והוי להו לאסוקי דעתי' אולי יטעון הבעל חוב אח"כ שהמעות שמשלמין הוא עבור מצוה והשעבוד קרקע קם במקומו כיון שהוא דבר שיוכל לאסיק אדעתי' והם ש שתקו ונתנו סתם איכא הוכחה משתיקותם שהם מרוצים לשלם המטלטלים מצד מצוה ומחמת שרצו בקרקע אביהם ולא הי' להם עכשיו לסלק כל דמי החוב אשתמוטי קא משמטי נפשייהו וסילקו עכשיו המזומן ולכן שפיר קאמר אביי הני קמאי מצוה עבדיתו שיש הוכחה ברורה ממעשה שעשו ומשתיקתם כיון שידעו הדין שפריעת בעל חוב מצוה שבע"כ אמרו להם כן הב"ד והוי מצו להתנות שמסלקים בעד דמי קטינא ולא התנו מוכח שהם מרוצים לקיים המצוה משא"כ בנידון דש"ות בית יעקב שלא ידע כלל שמחויב לשלם לצאת ידי שמים שפיר יש לומר דהוי מחילה בטעות שיכול לטעון לא ידעתי כלל שאני פטור מלשלם בדיני אדם:

יא ועוד יש לדחות ראי' הנ"ל דאי' במס' סוטה דכ"ה ע"א ת"ש ואלו שב"ד מקנין לה מי שנתחרש בעלה כו' ואי אמרת בעל שמחל על קינויו קינוי מחל עבדינן מידי דאתי בעל ומחיל לה ומשני סתמא דמילתא אדם מסכים על דעת ב"ד ולמד מזה ראב"ן ז"ל הובא במרדכי במס' סנהדרין בסוף פרק קמא סימן תרפ"א באחד שנתחייב לחבירו שביעה ופייסו התובע למחול ואמר יהי' כדבריך ושוב תפס משכונו של זה ואמר דמחילתו אינה מחילה כי לא אמרתי מחול לך והשיב כיון שדעת הב"ד הי' שיגמור הדין בשעת המחילה ולא תקום צרה פעמים והסכים לדעתם מן הסתם והביא ראי' מסוגי' הנ"ל ופשוט הא דפריעת בעל חוב מצוה היינו שחייב לשלם לצאת ידי שמים ודמי לכל מקום דאמרינן חייב לשלם לצאת ידי שמים כמבואר במשנה למלך בפרק י"א ממלוה ה"ז ובפרק כ"א ממלוה וכבר בארנו שמוכח שב"ד מחויבין לומר הדין שמחויב לשלם לצאת ידי שמים דהא מוהר"של הנ"ל הביא בתשובה דעת גדול אחד היכי דחייב מדיני שמים אף שאין ב"ד כופין מ"מ כופין בדברים, והוא ז"ל השיג עליו כנ"ל מ"מ נראה דמודה שב"ד מחויבין לומר לו שאינו יוצא ידי שמים עד שישלם, רק שחולק על גדול הנ"ל שסובר שכופין בדברים ומשמע דסובר כמ"ש מוהר"ם מינץ הבאתי בפרט א' שמכריזין עליו בבית

הכנסת וגם מותר לקרותו רשע ע"ז אמר רש"ל שאין כופין בדברים וכן נראה כוונת הש"ך בסי' כ"ח סע"ק ב' ועיין בתוס' כתובת ד"נ ע"א ד"ה עשתינהו אבל מ"מ לכ"ע צריכין ב"ד לומר דעתם אף שאין בידינו לכופן ראוי לך שתשלם לצאת ידי שמים כיון שהוא מצוה לפרוע חובת אביהם בודאי מוטל על ב"ד לפייסם בדברים שיהי' מרוצים לקיים מצוה רק שאין כופין אותם בדברים ולדוחקם, וכיון שדעת ב"ד הוא בודאי שיתומים ישלמו חובת אביהם ממטלטלי' וממעות שהניח להם אביהם וכיון שב"ד בודאי עשו כדין וכהוגן ואמרו להם הדין כנ"ל ויתומים שתקו ולא אמרו כלל יש הוכחה דמסתמא מסכימים לדעת ב"ד ומה שנתנו רק חמשים זהובים ליכא הוכחה לסתור כיון שיש לומר שעשו כן שחפצים בקרקע ואשתמוטי קא משמטי נפשייהו וכלל מוסכם בש"ס ופוסקים בכמה דוכתי היכי שיש שני חזקות הסותרים זא"ז מיישבין החזקות כדי שלא יהי' סתירה ביניהם ומהאי טעמא אמרינן אשתמוטי לישב החזקות כמ"ש הפוסקים וה"ה היכי שיש שני הוכחות הסותרות זו את זו מיישבין דהוכחה וחזקה הוי כאן סהדי והיכי שיש אנן סהדי הסותרים זא"ז דינו כמו בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז שמיישבין דבריהם כדי שלא יהי' הכחשה וא"כ הכא כיון שיש לנו הוכחה ממעשה ששתקו מסתמא הסכימו על דעת ב"ד אף אי נימא שיש הוכחה להיפך מדלא נתנו כל דמי החוב מ"מ כיון שסותרין זא"ז מיישבין ההוכחות כדי שלא יהי' סתירה ביניהם ואמרינן שהוכחה שהסכימו לדעת ב"ד הוא אמת ומה שלא נתנו מעות כל דמי החוב מיד אשתמוטי קא משתמטו עד דיהי' להו זוזי דניחא להו בקרקע ועיין במס' שבועת ד"מ ע"ב שיש ראי' לסברא זו שמיישבין החזקות היכי דיש לנו לקיים החזקה ומכ"ש בהוכחות דעדיפי מחזקות וכיון שהוכחה ממעות ליכא דהא יש לנו טעם לבטל הוכחה ועל הוכחה ששתקו ולא אמרו כלל ליכא טעם קם הוכחה זו במקומו, משא"כ בנידון דש"ות בית יעקב שליכא הוכחה כלל אפשר לומר דהוי מחילה בטעות ולא מוכח כלל מסוגי':

יב ראי' ב הביא בספר הנ"ל מהא דאי' בב"מ דס"ג ע"א אמר ר' נחמן השתא דאמר רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרא פירי למימרא דסבר ר' נחמן מחילה בטעות לא הוי מחילה והאמר ר"נ המוכר פירות דקל לחבירו לא קנה ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' התם זביני הכא הלואה ופי' תוס' בשם ר"ת הכא הלואה דהלוה לא הקנה אלא בתורת מכר והמכר אינו כלום דאסמכתא לא קניא והוי מחילה בטעות והדרא פירי, אבל התם גבי פירות דקל לאו מחילה בטעות הוא דניהו דיכול לחזור אין לו לחזור בו כי היכי דליקום בהימנותא ולכן אית לן למימר דאפי' יודע שהי' יכול לחזור לא הי' חוזר יע"ש וא"כ השתא היכי דאינו אלא ליקום בהימנותא לא הוי מחילה בטעות דאמרינן

אפי' יודע שיכול לחזור לא הי' חוזר מכ"ש היכי דליקום בהימנותא קמי שמיא דודאי לא הי' מונע מלפרוע לצאת ידי שמים עכ"ד ולענ"ד לא מוכח דבלא"ה יש להבין כוונת ר"ת במ"ש שאין לו לחזור כי היכי דליקום בהימנותא היכן נזכר דבר זה מפורש שאין לו לחזור בדשלב"ל ועיין במס' ב"מ די"ד וט"ו וגם מדוע לא זכרו הפוסקים, ונראה בכוונתו דהנה רמב"ם כתב בפרק כ"ב ממכירה הלכה ג' וז"ל המוכר פירות דקל לחבירו יכול לחזור בו אף לאחר שבאו הפירות לעולם ואי שמיט הלוקח ואכל אין מוציאין מידו וכל החוזר בו משניהם אין חייב לקבל מי שפרע עכ"ל ובהלכה ה' כתב דדבר שאינו ברשותו הוי כדבר שלא בא לעולם ומשמע להדי' שאינו חייב לקבל מי שפרע כי דין אחד להם ואולם המעיין בס' שיטה מקובצת במס' ב"מ דמ"ד ע"א ובתשובת ר"י מיגא"ש מבואר שדעת השואל שם הוא כרמב"ם אבל ר"י מיגא"ש השיב במוכר דבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו אף שיכול לחזור חייב לקבל מי שפרע ועיין בש"ך ח"מ סימן ר"ט ס"ק י"ג וסמ"ע ס"ק כ"ג וקצ"הח שם ס"ק ט' ואי' שם בדמ"ח ע"ב דרבא סובר דמילט לייטינן לי' וכן קיי"ל בטוש"ע ח"מ סימן ר"ד סעיף ד' כיצד מקבל מי שפרע אוררין אותו ב"ד כו' וי"ל ר"ת סובר כר"י מיגא"ש וכוונתו כך כי עיקר מי שפרע הוא ממי שאינו עומד בדבורו שראוי לאדם ליקום בהמנותא ולעמוד בדיבורו וז"ש ניהו דיכול לחזור מ"מ אין לו לחזור כי היכי דליקום בהימנותא והיינו שאסור לחזור ואם חזר עובר על מי שפרע דטעם מי שפרע הוא בשביל שיקום בדיבורו לכך אית לן למימר דאפי' יודע שיכול לחזור לא הי' חוזר דאנן סהדי שאין אדם חפץ בלטותא דרבנן שחמור בעיני העולם ובזה יש להבין סמיכת לשון רמב"ם הנ"ל לאחר שכתב אם שמיט ואכיל אין מוציאין כתב וכל החוזר בו משניהם אין חייב לקבל מי שפרע כתב בכיון כי הוא ז"ל לית לי' פי' ר"ת הנ"ל רק כפי' אחר שפי' קמאי ז"ל שם בסברת ר' נחמן וכי היכי דלא נימא הטעם ואם שמיט ואזיל אין מוציאין משום דאנן סהדי שמחל ולא הי' בטעות מחמת עונש מי שפרע שחמור בעיניו כסברת ר"ת לכן כתב שאינו חייב לקבל מי שפרע וקמ"ל בזה לאפוקי מר"ת ואפי' היכי דליכא מי שפרע מ"מ הוי מחילה וא"כ נסתר ראי' קצ"הח מר"ת דיש לומר שאני התם מלבד שחייב בידי שמים לקיים המקח ולהחזיק בדיבורו אף גם יש לו עונש קללה בבית דין בפומבי זהו חמור בעיני העולם משא"כ בעלמא שפיר יש לומר אולי האי גברא לא הי' רוצה להפריז מעותי' לצא' יד"ש כיון שאין לו חיוב בידי אדם ולכאורה מוכרח לומר כן לדעת הפוסקים שהבאתי בכלל עד אחד בממון דלא אמרינן שיש לאדם חזקת כשרות בהפסד ממון מכיסו וא"כ ליכא למימר מחמת שמחויב לצא' יד"ש הי' נותן המעות אפי' הי' יודע כיון דליכא חזקת כשרות בהפסד ממון ובעכ"צל כמש"ל דיש חילוק דלטותא

דרבנן חמור יותר בעיני העולם ואולם ראייתו מריב"ש נכונה אך לא הי' צריך להביא ראי' משם שגם בהר"אש ב"מ שם מוכח בפשיטות דסובר היכי דליכא איסורא במחילה וידע דמחיל הוי מחילה אפי' בטעות ועיין ברש"י שם ובודאי לא הי' נעלם מעיני ש"ות בית יעקב שדבר פשוט לפוסקים דמחילה בטעות הוי מחילה שליתא לדינו רק דבריו הוא רק להסוברים דלא הוי מחילה ועיין בש"ך בסימן י"ז ס"ק ט' ולכן זה שהחליט בס' קצ"החח דלא כבית יעקב לענ"ד לא מוכרח, ואולם לרמב"ם וסיעתו הסוברים שאינו מקבל מי שפרע במוכר דבר שלא בא לעולם ואפ"ה הוי מחילה משמע כמ"ש קצ"החח וצ"ע לדינא:

כלל י

יבואר אי נאמן בברי להוציא ממון היכי שאין לו חזקת ממון מעליא שהוא בכל מקום חזקת קמייתא קודם שנולד הספק הי' מוחזק וגם עכשיו כשנחלקו הצדדים הנתבע תפוס ועומד ואולם היכי שיש לו חזקה דהשתא או להיפך לא נמצא מפורש בש"ס אי גם בכה"ג לא מהני ברי ויבואר בס"ד הוכחה מפוסקים זלה"ה להיכן דעתם נוטה ובו ב פרטים:

פרט א

יבואר אי ברי מהני נגד חזקת מרא קמא:

א יש לחקור בהא דקיי"ל בכתובת די"ג דברי ושמא לאו עדיף אי היינו דוקא נגד חזקת ממון שמוחזק עתה בממון כמו שבארנו בכמה דוכתי שיש לו מעלות התפיסה שמוחזק ותפיס בממונו וגם יש לו חזקה קמייתא כמ"ש הטו"ז בח"מ ס"סי ע"ה כמו חזקה קמייתא באיסורא דקודם שנולד הספק והסכסוך שבינם הי' בחזקת שהוא שלו אבל נגד חזקת מרא קמא לבד מהני וכעין דסוברים כמה פוסקים הובא בש"ך יו"ד סימן קכ"ז דעד אחד נאמן באיסורין נגד חזקה קמייתא ואפילו בעל דבר כשאומר ברי שהוא כשר ועיין יבמות דפ"ח ע"א בחידושי רמב"ן ורשב"א ובע"כ אלים כח ברי ה"ה חזקת מרא קמא בממון דומה לחזקה קמייתא באיסורא או דלמא לא ילפינן ממון מאיסורא דהא חזינן שאלים כח ממון מאיסורא דהא באיסורא נאמן עד אחד להתיר בספק השקול היכי דליכא חזקת איסור המתנגד ובממון לא קם עד אחד אפי' היכי דליכא חזקת ממון המתנגד כגון בדבר שמונח בר"ה ואפילו היכי ששניהם מסופקים כמ"ש בכלל ע"א בממון שכן דעת הפוסקים ובע"כ שחוקת התורה כך הוא שבממון בעי ראי' ברורה ודבר ברור בלי שום גמגום ופקפוק וכמ"ש מש"ות ת"הד סימן שמ"ט כעין זה אף שבאיסורא רובא עדיף מחזקה מ"מ בממון ל"מ רוב דהלכה הי' שהמע"ה ורובא לא מיקרי ראי' ועיין בתוס' במס' ב"מ דף כ' ע"ב וכיון דחזקה מתנגד להברי של התובע שיש לומר דלא מהני דהא

ליכא דבר ברור וראי' לבית דין שכן הוא כיון שיש התנגדות מחזקה לברי של תובע אין יכולין הב"ד ליתן ממון של המוחזק מכח חזקת מרא קמא ליתן לחבירו ונראה לענ"ד שדין הלז במחלוקת קמאי זלה"ה שנוי' דבמס' ב"ק דמ"ו ע"א פליגי סומכס ורבנן סומכס סובר ממון המוטל בספק חולקין וחכמים סוברים המע"ה ודעת רשב"ם הובא בתוס' במס' ב"מ ד"ק ע"א בד"ה האי דסומכס מורה היכי שהוא מוחזק גם עכשיו שהמע"ה ולא פליגי רק בעומדת באגם שיש לו רק חזקת מרא קמא אבל לדעת תוס' שם אפי' במוחזק ממש סובר סומכס דחולקין כיון דנולד לנו ספק בלא טענותיהם עיין תוס' במס' ב"ק דל"ה ע"ב בד"ה זאת ובב"ק שם אמר שמואל זו דברי סומכס אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המע"ה אפי' ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא א"כ לרשב"ם דפלוגתייהו בעומדת באגם ועל זה פליגי רבנן אפי' בברי ושמא מוכח דלדידן דקיי"ל כרבנן חזקת מרא קמא בממון אלים טובא דלא מהני ברי ואיכא ק"ו דהתם הספק נולד לבית דין בלא טענותיהם ואיתרע קצת חזקה דהא מהאי טעמא סובר סומכס חולקין ואפ"ה ל"מ ברי נגד חזקת מרא קמא מכ"ש בעלמא שלא נולד ספק לב"ד רק ע"י טענותיהם דלא אתרע החזקה כלל שלא נאמן בברי להוציא מחזקת מרא קמא אבל לתוס' דפלוגתייהו במוחזק גם עתה שפיר יש לומר דוקא בכה"ג סוברים רבנן המע"ה ול"מ ברי אבל כנגד חזקת מרא קמא לבד י"ל דברי עדיף וח"כ חקירה הנ"ל הוא רק לתוס' אבל לשיטת רשב"ם נפשט שבע"כ אפי' נגד חזקת מרא קמא לבד לא מהני ברי וראיתי בספ' קצות החושן כלל א' ס"ק ז' שהביא מחלוקת ראשונים זלה"ה בזה דעת הטור בסימן רכ"ג בהמחליף פרה בחמור דאפילו עומדת באגם והמוכר טוען שמא ולוקח ברי לא מהני ומוקמינן בחזקת מרא קמא וכיו"ב בסימן שצ"ט וכן הוא דעת רמב"ן בחידושיו במס' ב"ק דל"ד אבל דעת הראב"ד הובא בס' שיטה מקובצת בב"מ דף ק' בברי ושמא נגד חזקת מרא קמא ברי עדיף וא"כ הדבר שנוי' במחלוקת ראשונים זלה"ה:

ב לכאורה יש להביא ראי' לשיטת הסוברים דלא מהני ברי נגד חזקת מרא קמא דהנה איתא במס' ב"ב דל"ד ע"א הני עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא אתי מרי' דחושלא ותפסינהו והוי קא טעין טובא אמר אבוהו דשמואל יכול לטעון עד כדי דמיהן מגו דאי בעי אמר לקוחין הן בידי וכתב רשב"ם וז"ל ואין עדים מעידין מה אכלו אצלו מעט או הרבה וטוען בעל השדה כי הרבה אכלו יותר מכדי דמיהן של עיזים הללו יכול לטעון עד כדי דמיהן אבל בטפי מכדי דמיהן דליכא מגו לא מיהמן אלא בעדים עכ"ל והנמוקי יוסף כתב וז"ל יכול לטעון עד כדי דמיהן ויהי' נאמן בשבועה בנקיטת חפץ ואע"ג דאיכא מגו דמצי לומר לקוחין הן בידי מ"מ לאו מגו גמור הוא דהרי השתא שאמר דאכלי חושלא

אינו מעיז דאילו אמר לקוחין הם בידי הי' מעיז וממעיד לשאינו מעיז לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה וכ"כ בר"ן בשבועת דף מ"ו ותו' ב"ק דף ק"ז ע"ב ועיי' ש"ך בכ"מ סק"ו ובע"כ פירשו סוגי' הלז מן הסתם אין מריא דעיזי' יודע כמה אכלו ברשות אחר דמן הסתם לא הי' שם, ולפ"ז קשה לשיטת הראב"ד הנ"ל דברי עדיף מחזקת מרא קמא למה לי הטעם משום מגו הא בלא"ה ג"כ נאמן כיון שתפס בעיזים ולית לבעלים בעדים רק חזקת מרא קמא והם טוענים שמא עדיף ברי של התופס מיהו יש לומר כעין שכתבו תוס' בב"ק דמ"ו ע"א ובכמה דוכתי לר' הונא ולר' יהודא דברי עדיף מחזקת ממון בעינן דוקא ברי טוב ושמא גרוע ה"ה לשיטת ראב"ד דסובר לדידן דקיי"ל כד' נחמן דלא מהני ברי נגד חזקת ממון רק נגד חזקת מרא קמא מ"מ בעינן ברי טוב ושמא גרוע והכא ברי גרוע ושמא טוב דלא הו"ל למידע, וא"כ לפ"ז יש לומר רמב"ן הנ"ל דסובר דברי לא מהני נגד חזקת מרא קמא אזיל לשיטתו שכתבתי בשמו בכלל ח' פרט ז' שבע"הת בשער ל"ט כתב בשמו שאין חילוק בין ברי טוב לברי גרוע והי' לו הוכחה מסוגי' הש"ס הנ"ל דבע"כ לדידן דקיי"ל כר' נחמן לא מהני ברי נגד חזקת מרא קמא דאל"כ קשה על אבוהו דשמואל למה לי טעמא דמגו וא"ת הא אכתי קשה למה לי טעמא דמגו הא מוכח בכתובת די"ב ע"ב דברי גרוע וחזקה עדיף מחזקת ממון דהא בהאי דהנושא את האשה ולא מצא בתולים דהיא טוענת ברי משארסתני נאנסתי והבעל טוען טמא סוברים ר"ג ור"א דנאמנת ומקשה הש"ס על ר' נחמן דסובר ב"וש לאו עדיף ומשני כיון דאיכא חזקת הגוף המסייע לאשה שנולדה בתולה ראוי לומר שנעשה ההשתנות בזמן ה המאוחר לכן ברי וחזקה עדיף מחזקת ממון אף דברי גרוע כמ"ש תוס' שם דלא הו"ל לבעל לידע וגם איכא חזקה דהשתא דהרי בעולה לפניך המתנגד לחזקה קמייתא מ"מ ברי וחזקה קמייתא עדיף מחזקת ממון וחזקה דשעת מציאתן ותוס' כתבו במס' כתובת ד"כ ע"ב בד"ה ואוקי דוקא בקרקע אמרינן דאזלינן בתר חזקת קמייתא אבל במטלטלים אזלינן בתר המוחזק עכשיו כדאי' בב"מ ד"ק יע"ש א"כ כיון דאזלינן במטלטלים וכיו"ב בתר חזקה דהשתא וכיון שתפסו בעיזים אית לי' חזקה דהשתא בצירוף ברי ראוי שיהי' נאמן נגד חזקה קמייתא של בעל העיזים אף בברי גרוע ושמא טוב דזה אינו דהא דאזלינן במטלטלים בתר חזקה דהשתא היינו היכי דמדעת הבעלים בא לידו כעין האי דמחליף פרה בחמור לא אזלינן בתר מרא קמא אבל היכי דתפס שלא מדעת הבעלים קם החזקת מרא קמא בתקפו ואין לו רק דין תופס וגדולה מזו מוכח בתוס' אפילו היכי דתפס בהיתר יש לבעלים חזקת מרא קמא היכי שלא בא מדעת הבעלים כמ"ש במס' כתובת דט"ו ע"ב ד"ה להחזיר בהא דאי' שם מצא תינוק מושלך אם רוב ישראל להחזיר לו אבידתו

כתבו אפי' לשמואל דאמר אין הולכין בממון אחר הרוב היינו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שבהיתר בא המעות לידו ומדעת נתנם לו הלוקח אבל הכא מודו דאזלינן בתר רובא יע"ש וכ"כ במס' יומא דפ"ה ע"א ד"ה להחזיר ובע"כ כוונתם נגד תופס לבדו מהני רובא ולכן במוצא מציאה אף שתפס בהיתר והתורה התירה לו לקחת האבידה מ"מ כיון שבא לידו שלא מדעת הבעלים אין לו חזקת ממון מעליא שעיקר תוקף החזקת ממון הוא כשיש לו חזקה קמייתא בצירוף התופס והכא אין לו רק מעלות התופס וכשמדעת הבעלים בא לידו יש לו חזקת ממון ממש ול"מ רובא נגד חזקת ממון כשיש לו חזקת קמייתא ומעלת התפיסה וא"כ ה"ה אין למרי' דחושלא בעידים רק שם תופס ואין יכול לתפוס כי אם כשיש לו מגו אמנם באמת אפי' לשיטת הרמב"ן בבעל התרומת הנ"ל לא מוכח כלל דברי לא מהני נגד חזקת מרא קמא דהנה אי' במס' כתובת דצ"ח ע"א אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום דמאן שם לך דאי אפשר לתפוס דבד על שום חוב המגיע לו בלי דעת ב"ד וה"ה בכל ענינים ועיין במס' בבא מציעא ד"ו ע"א בהא דאמר אביי חיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו כתב בנמוקי יוסף שם וז"ל והא דאמרינן הכי דכשטוען כולה שלי משום מלוה ישינה לא חשיד אממונא לאו למימרא דמצי למיעבד הכי לעכובי נפשי' בחובו ושיהי' שלו דמאן שם לו כדאי' בפרק אלמנה ניזונת אלא דאיהו טעי ומורה היתר אבל מאן דאית לי' זוזי גבי חברי' ונקיט מיני' ממכון או פקדון אמר לה למילתא כצורתא בבית דין וטעין על הא פקדונא כל מאי דאית לי' גבי' מהימן בשבועה עד כדי דמיו, יע"ש ועיין בבעל המאור ורמב"ן שם ואי' במס' ב"מ דקי"ב ע"ב ביתומים אמרו אנו השבחנו ובעל חוב אומר אביכם השביח דסבר ר' חנינא למימר ארעא בחזקת יתמי קיימי ועל בעל חוב להביא ראי' אמר לי' ר' יוחנן דעל היתומים להביא ראי' דארעא כיון דעומד לגובינא כמאן דגבי דמי ועל המעות הבעל חוב מוחזק וראי' מאילן ובור ועיין בתוס' במס' סוטה דכ"ה ע"ב ולמד מכאן בשלטי גיבורים במס' שבועת בפרק כל הנשבעין דמ"ה ע"א ס"ק א' וז"ל תשובה כו' תדע דטלית שביד האומן לא בא ליד האומן מחמת שכרו הלכך אע"ג דאפשר למיתפס אאגרא מ"מ לא ע"ז בא לידו ואינו קנוי לו לכך והיינו דכל היכי שאמר גמרתיו שוב אינו שומר שכר אלא שומר חינם לפי שאין משכון בידו ולא קנוי לו ולפיכך כל שראה חייב הוא להחזיר ועל הקציצה או ישבע בעל הבית ופטור או יביא אומן ראי' ויטול שהרי הטלית עומד הוא להחזירו ודמי להאי דפרק לא יחפור ספק זה קודם קוצץ ואינו נותן דמים ומקשי' עלה מ"ש מבור דאמרינן לא יקצוץ ואמרינן כיון דודאי לאו למיקץ קאי ספיקו כמי לא אמרינן זיל קיץ הכא כיון דודאי למיקץ הוי אמרינן לי' זיל קיץ לי' משום דמצי אמר לי' אייתי ראי' ושקיל

אמרינן בפרק המקבל דכל דקאי למיקץ כקצוץ דמי אבל משכונו קנוי' הוא לו עד שיפרע לו מה שהלוהו ולא לחזרה קאי עד שיחזרנו עכ"ל יע"ש היטב וא"כ מוכרח הש"ס דב"ב לומר הטעם משום מגו דבכה"ג מצי תפיס עד כדי דמיו והטעם מבואר במלחמת בפ"ק דב"מ הנ"ל, אבל מטעם ברי לבד לא מהני כיון שאי אפשר למרי' לתפוס העיזי' גופייהו משום מאן שם לך ומוכרח להחזיר ואין לו תביעה רק על ממון דחושלי' ועל המעות הבעלים הם מוחזקים ממש כמו כל חזקת ממון שבעולם וכמו דמוכח מסוגי' דב"מ הנ"ל כעין זה וברי לא מהני נגד חזקת ממון דב"וש לא עדיף לכן מוכרח לומר הטעם מגו דאף למאן דסובר דלא אמרינן מגו להוציא מ"מ בצירוף ברי מהני כמ"ש הש"ך בסימן פ"ג בכללי מגו אות ט"ו וכתבו קמאי זלה"ה שמוכח מכתובת די"ג ע"ב מתי' ראשון דש"ס שם דנאמנת האשה לומר משארסתני נאנסתי כיון דיש לה מגו דמוכת עץ אף דברי הוי ברי גרוע דלא הוי לבעל למידע אפ"ה בצירוף מגו מהני להוציא ממון וה"ה ואכתי לא מוכח דברי לא מהני נגד חזקת מרא קמא דשפיר יש לומר דמהני רק שאני הכא שהוא נגד חזקת ממון ממש כיון שאין העיזים בתורת משכון בידו רק שתפס אם לא הי' לו מגו הי' מוכרח להחזיר ולא הי' לו עליו רק תביעת ממון ואפי' לפמ"ש הגהות מרדכי בריש ב"מ הובא בש"ך סי' ק"ו סק"ב לשיטתו דלא אמרינן מגו מממון לממון והוי קשה לי' מהנהו עיזי דנאמן במגו וכתב בשם ראבי"ה לתרץ דהני עיזי שאני דהא גופן פטמן מחושלי והי' העיזי כמו החושלי אבל בשאר ענינים אין יכול לעכב משל חבירו זה תחת זה ע"ש לאו משום דיכול לתפוס ולהחזיק בעיזים גופייהו רק על ידי זה יכול לטעון שמגיע לו ממון כי היכי דלא ליהוי מגו מממון לממון אבל ודאי אין יכול לתפוס בלא שומא דמאן שם לך וממילא צריך לטעמא דמגו דלולי זאת כיון שידוע שעיזים הי' שייך לבעלים מדלא אמר מגו שלא הי' שלך מעולם ועיקר תביעתו הוא רק על ממון ועל ממון הבעלים מוחזקים וזהו ברור וא"כ לא מוכח כלל:

ג ודע מידי עיוני בזה ראיתי בהגהות מרדכי במס' בבא מציעא בפרק קמא סימן תי"ח מפרש עובדא הנ"ל בברי וברי שכתב שם וז"ל ואין להקשות מהנהו עיזי דאכלו חושלא בפ' ח"ה ובמקבל דהתם בעל העיזי' הי' מודה דאכל קצת אבל אומר מעט והלה טוען טובא וכיון דבעל העז מודה יכול לטעון עד כדי דמיהן עכ"ל משמע להדי' שהבין שהי' הכחשה ביניהם ובעל העזי' טען שהי' מעט, ולכאורה יש להביא דאי' לפירושו דלשיטת פוסקים הנ"ל קשה לו מהא דאי' במס' בבא מציעא דקי"ו ע"א ההיא גברא דחבל סכינא דאשכבתא מחברי' אתי לקמי' דאביי א"ל זיל אהדרי דהוי לי' כלי שעושין בו אוכל נפש ותא קום בדינא עלה רבא אמר לא צריך למיקם בדינא עלה ויכול לטעון עד כדי

דמיהן ואביי לית לי' האי סברא מ"ש מהנהו עיזי דאכלו חושלי כו' דיכול לטעון עד כדי דמיהן יע"ש וקשה מאי' מקשה הש"ס דלמא איירי נידון דידהו שבעלים הי' מכחישין והוי ברי וברי וכיון דצריך לכ"ע להחזיר הסכינא דהוי דברים שעושין אוכל נפש כמ"ש בתשובת מיימוני דשייכי לספר המשפטים סימן א' וכ"א וסימן ל"ג דבין לאביי ובין לרבא צריך להחזיר רק דפליגי אם הפסיד המגו שלו יע"ש וא"כ יש לומר דסובר אביי כיון שצריך להחזיר לא מהני מגו להוציא ממון מחזקתו דהא על המעות שכנגדו מוחזק וכמ"ש סברא זו לעיל שמוכח מסוגי' דב"מ הנ"ל ולית לי' לאצטרופי למגו כיון דאיירי בברי וברי והא דסובר אבוהו דשמואל דנאמן לטעון עד כדי דמיהן ואמרינן מגו להוציא היינו בצירוף ברי מהני מגו כדאי' בכתובת די"ב משום דאיירי בברי ושמא ורבא סובר דאמרינן מגו להוציא ומשום שמוכרח להחזיר עכשיו לא אבד מגו שלו כמ"ש בתשובה הנ"ל וכן משמע בב"ב דל"ג ע"ב דאביי סובר דלא אמרינן מגו להוציא כי לפמ"ש תוס' בד"ה הילכתא סובר ר' אידי בר אבין דלא אמרינן מגו להוציא ובעובדא דערבא משמע להדי' דאביי סובר כוותי' אבל לשיטת הגהות מרדכי א"ש דהא גם בעובדא דאבוהו דשמואל מיירי בברי וברי, ואולם יש להבין לשיטת הגהות מרדכי אמאי באמת מהני מגו לבד כיון דהוא להוציא ממון וכן משמע להדי' ברמב"ם בפרק עשירי מהלכות טוען הלכה ג' שאפי' בברי וברי נאמן התופס במגו דלקוח ואולי יש לחלק דהא דלא אמרינן מגו להוציא ממון היינו אם גם לטענת מגו שהי' יכול לטעון הי' להוציא ממון מחזקתו כעין נידון דב"ב דל"ב שנאמן במגו דאי בעי אמר שטרא מעלי' שאף אם הי' טוען כן הי' שכנגדו מוחזק בממון ולא בא החזקת ממון מפיו, משא"כ בהאי דאבוהו דשמואל אם הי' טוען לקוחין הם בידי הי' הוא מוחזק לגמרי ולא הי' הבעל העיזים מוחזק כלל והוי כמגו בעיקר חזקה כיון שהחזקה בא רק מפיו שמודה שאינו שלו וכיו"ב מחלק הסמ"ע בסימן ע"א סק"ה וש"ך סק"ד במגו בעיקר עדים וה"ה לענין מגו להוציא דעיקר הטעם משום דאלים חזקת ממון היכי שיש לו מגו בעיקר חזקת ממון אמרינן ובזה מיושב קו' רמב"ן בחידושיו לב"ב שם מב"מ דק"י ע"א שנאמן במגו דלקוחה בידי אף דהוי מגו להוציא יע"ש דשאני התם דאי הוי טען לקוחה בידי הי' הוא מוחזק כיון שאכל שלשה שנים וחזקת שכנגדו בא רק מפיו שהודה ודוק כי קצרתי וצ"ע בכל זה היטב ואין כאן מקומו העולה דבדין זה נחלקו הפוסקים אי נאמן בברי נגד חזקת מרא קמא ומסוגי' הש"ס דב"ב לא מוכח כלל:

פרט ב

יבואר אי נאמן בברי נגד תופס שטוען שמא כיון שאין לו חזקה קמייתא רק מעלת התפיסה:

ד יש לחקור היכי שמוחזק בממון ואין לו חזקת מרא קמא רק שתופס בדבר אם בכה"ג קיי"ל דברי לא מהני להוציא מתופס שתופס בשמא ולכאורה יש להביא ראי' דבע"כ דעת הרמב"ן דברי לא מהני נגד תופס מהא דמבעי' לן בבבא מציעא דע"ו ע"א באמר לי' בעל בית בארבעה ואזיל איהו ואמר לי' בתלתא ואמר כמו שאמר בעל בית מאי אדיבורי' דידי' קא סמיך דאמר לי' מהימנת לן דהכי אמר בעל בית או דלמא אדיבורא רא דבעל הבית קא סמיך יע"ש וכתבתי בכללי עד אחד להקשות נימא חזקה אין אדם מוציא דבריו לבטלה דמוכח כוונת הפועל דסמך אדיבורא דבעל בית דאם כוונתו שהאמין לו דהכי אמר בעל הבית וסמיך אדיבורא דשליח הי' מדבר לבטלה שהוא שלא לצורך כיון דלא יהי' רק שלשה דינרים אבל אי אדיבורא דבעל בית קא סמיך לא הוציא דבריו לבטלה כי הוכרח לומר כן כדי שיהי' לו ארבעה דינרים, והבאתי ראיות מהרבה דוכתי דבכה"ג אפי' רבנן דר' מאיר בערכין ד"ה דסוברים אדם מוציא דבריו לבטלה מודה היכי שאמר לשון המשתמע לתרי אפי יש לפרש כוונתו באופן המועיל כדי שלא יהי' לבטלה, וכן מצאתי סברא כזו בס' שיטה מקובצת שם וכתבתי שם לתרץ דש"ס סובר דחזקה זו לא מהני נגד חזקת ממון יע"ש באריכות ואולם אכתי קמה מאי קמבעי' לן נשאל פי הפועל כוונתו אי יודה הא הודאה לחובתו הוי כעדים (ודוחק לומר דנ"מ היכי דחב לאחרינא כי האבעי' הוא בכל גווני) ואי יטעון ברי דאדיבורא דבעל בית קא סמיך ובעל הבית ושליח בע"כ יטענו שמא יהי' נאמן הפועל דאף דברי ושמא לאו עדיף הכא כחו של חזקת ממון איתרע על ידי חזקה אין אדם מוציא דבריו לבטלה דהא אצל חוקת ממון איכא חזקת מרא קמא ותופס ואף דלא מצי חזקה אין אדם מוציא דבריו לבטלה להוציא ממון. כיון דאיכא חזקת מרא קמא המתנגד דהוא ג"כ חזקה ונשאר לו ג"כ מעלת התפיסה עכ"פ מגרע כח חמ"ק דהא הוי חזקה לגבי חזקה ונשאר לבע"ב רק מעלת תופס ויועיל ברי נגד תופס אולם לשיטת תוס' בב"ק דמ"ו א"ש דלא מהני היכי דברי גרוע ושמא טוב וה"ה דברי גרוע ושמא טוב שא"א לבעל בית לידע כוונת הפועל אבל לרמב"ן הובא בבע"הת סימן ל"ט דל"ל חילוק הלז כמש"ל קשה, אע"כ דסובר דגם נגד תופס לא מהני ברי, שוב ראיתי בק"הח בקה"ס כתב ג"כ להסתפק בחזקת ממון לחוד בלא מרא קמא והמחזיק טוען שמא ואידך ברי אי גם בכה"ג אמרינן דחזקת ממון עדיף או לא וכתב שלא מצא ראי' אך דעתו נוטה דחזקת ממון עדיפה יע"ש וכבר נתבאר ראי' לזה, וכן משמע מס

מסתימת הש"ס ופוסקים דבכל גווני ל"מ ברי אף שאין לו חמ"ק רק כיון שתופס בהיתר מהני תפיסתו, ואולם ראיתי בספר פ"י בחידושיו לכתובת די"ב ע"א שנראה שסובר שברי עדיף מתופס ולענ"ד לא מוכרח ועיין מ"ש הפני יהושע בחידושיו לב"מ ד"ב ע"א ועמ"ש לקמן בכלל ט"ו פרט ד':

ה ולכאורה עלה בדעתי להוכיח דנאמן בברי נגד תופס מהא דאי' בכתובת די"ג ע"ב בתי' ראשון דר' נחמן סובר אפי' כר"ג וע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאיכא מגו אבל הכא מאי מגו איכא וכתב הגהות מרדכי בפ"ק דב"מ לאחר שהביא דברי ריב"א דלא אמרינן מגו להוציא כתב וז"ל ובמקום שיש חזקה או ברי עם המגו אמרינן אף להוציא כדאי' בכתובת גבי משארסתני נאנסתי דנאמן במגו אף להוציא מהאי טעמא יע"ש וכ"כ הר"ש מקינון הובא בש"כ סימן פ"ב בכללי מגו ס"ק ט"ו ומוכח אפי' בברי גרוע כמו שם דברי שלה גרוע דלא הו"ל לבעל למידע כמ"ש תוס' שם מ"מ מהני בהדי מגו להוציא ממון מחזקתו, ויש להבין מאיזה טעם יועיל ברי גרוע ומגו להוציא ממון דהא המוחזק בממון יש לו ג"כ תרתי חזקת קמייתא ומעלת התפיסה, ונראה דהנה בכללי מגו כתבתי שיש לומר אף דלא אמרינן מגו להוציא ממון היינו נגד חזקת ממון ממש שהי' לו חזקת מרא קמא וגם מוחזק עכשיו בממון, אבל אם הדבר שדנין עליו מונח בר ברשות הרבים וכיו"ב ויש לאחד חזקת מרא קמא עדיף מגו מחזקת מרא קמא, וכ"כ בק"הח בכ"מ סימן פ"ג ס"ק י"ג ונלע"ד להסביר הדבר דהנה ידוע דכח מגו אלים מן התורה לאו דוקא מגו דאי בעי שתיק כגון הפה שאסר כו' דאיתא בכתובת להדי' בדכ"ב ע"א שהוא מן התורה שמקשה למה לי קרא סברא הוא, אלא אפי' מגו דאי בעי טעין הוא מן התורה כמ"ש הר"אש בשבועות דף מ"ה ע"ב סימן ג' והרב המגיד בפ' ט"ו ממלוה ולוה ה"ב ד"ה אע"פי ומהני אפי' באיסורא כדאי' בכתובות די"ג ע"א ומוהרש"א ד"ט ע"ב בתוס' ד"ה לא שרצה לומר דלא מהני מגו באיסורא לבסוף חזר בעצמו ועיין בספ"י שם, ובע"כ הטעם דמגו הוא דבר שהשכל מחייב ומסכים לזה דמן הסתם אדם בוחר בטענה היותר טובה והוי קצת הוכחה שאמר אמת וכבר כתב במוהרי"ק סימן ע"ב ותשובת מוהרי"ט ספר ב' סימן כ"ז ובארתי בכמה דוכתי שחזקה קמייתא הוא חזקה דלא אתי' מכח סברא שאין השכל והדעת מחייב שיהי' כן רק שכן הי' החוקה כל זמן שלא ראינו השתנות מסתמא לא נעשה שינוי כמו בנגע, וה"ה חזקת ממון הוא מהאי טעמא שמסתמא לא נעשה שינוי ולא יצא מרשות בעלים יע"ש שכ"כ להדי' ואולם יש למוחזק בממון עוד מעלה כיון שהוא תופס וא"כ נראה לפמ"ש הם ז"ל דחזקה דא דאתיא מכח סברא עדיף מחזקה דלא אתיא מכח סברא יא לומר היינו טעמא דמגו עדיף מחזקת מרא קמא בממון כיון שהוא

כמו חזקה קמייתא באיסורא שאין הסברא מחייב ומגו הוא דבר דמסברה והשכל מחייב משא"כ נגד המוחזק עכשיו בממון ל"מ מגו דאף דסותר לחזקה נשאר מעלת התפיסה וא"כ לפ"ז א"ש תי' הש"ס הנ"ל דמגו סותר החזקת קמייתא שיש לבעל המוחזק בממון ולא נשאר רק מעלת התפיסה ועדיף ברי נגד תופס ומוכח שאפי' ברי גרוע מהני נגד תופס וכעין סברא זו לחלק בחזקת ממון שיש תרווייהו חזקה קמייתא ומעלת תפיסה מצאתי כן בש"ות ש"ר חלק א' שחיבר אאמ"ו הגאון נר"י וא"כ נפשט ספק הנ"ל, וראי' הנ"ל מסוגי' דב"מ יש לדחות לפמ"ש לעיל בכלל ג' פרט ד' דנגד ספק שיש לנו ל"מ ברי של בע"ד וצ"ע לדינא:

ו ודע דיש גווני שיש לומר דברי יועיל בממון, והיינו היכי שמוחזק בממון של אחד שאינו יודע למי שייך ובא אחד וטוען ברי יש לומר דברי עדיף כיון שעכ"פ אינו של המוחזק ועומד כעת כמ"ש בהפלאה בכתובת דף כ"ו ע"ב בכוונת תו' ד"ה ויצא וצ"ע לדינא:

כלל יא

יבואר אי נאמן בברי בצירוף מגו להוציא ממון מחבירו הטוען שמא ובו ב' פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' כתובת די"ג ע"ב הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי כו' והוא אומר לא כי כו' רבן גמליאל ור' אליעזר אומרים נאמנת ר' יהושע אומר לא מפיה אנו חיין כו' אתמר מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע ר' הונא ור' יהודא אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף ר' נחמן ור' יוחנן אמרי פטור אוקי ממונא בחזקת מארי א"ל אבא לר' יוסף הא דר"ה ור"י דשמואל הוא כו' לימא ר"ה ור"י כר"ג ור"נ ור"י כר"י, אמר לך ר' נחמן אנא דאמרי אפי' כר"ג ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאיכא מגו אבל הכא מאי מגו איכא אי נמי ע"כ לא קאמר ר"ג התם אלא דאוקי אחזקה אבל הכא מאי חזקה אית לי' להאי ובהגהות מרדכי בפ"ק דב"מ לאחר שהביא דברי ריב"א דסובר דלא אמרינן מגו להוציא כתב וז"ל ובמקום שיש חזקה או ברי עם המגו אמרינן אף להוציא כדאי' בכתובת גבי משארסתני נאנסתי דנאמן במגו אפילו להוציא מהאי טעמא עכ"ל וכ"כ הר"ש מקינון הובא בש"כ סימן פ"ג בכללי מגו ס"ק ט"ו, וא"כ נשמע דאפי' ברי גרוע בצירוף מגו מועיל להוציא ממון דהא הכא דברי שלה גרוע דלא הו"ל לבעל למידע כמ"ש תוס' בד"ה ר' הונא ועמ"ש בכלל יו"ד פרט ב', ויש להבין מנלן להוכיח האי דינא לדידן דלמא סובר התרצן כמ"ד דאמרינן מגו לחוד להוציא ממון, ונראה דסוברים

כמ"ש תוס' בד"ה ר' הונא דקו' הש"ס לימא קאמר אביי לר' יוסף ור' יוסף הוא דתירץ לו כמ"ש בחידושי מוהר"ם לובלין שם, וכתבתי לעיל שהוכרח להביא מקודם דברי שמואל דעל זה סובב הקו' ור' יוסף סובר להדי' במס' ב"ב דל"ב ע"ב דלא אמרינן מגו להוציא כמ"ש תוס' שם ד"ה אמאי, וא"כ דבריהם ברורין שבע"כ הטעם משום צירוף הברי מיהו לתוס' במס' ב"מ דף ב' ע"א ד"ה וזה בלא"ה ניחא דבמגו דאי בעי טעון לכ"ע לא אמרינן מגו להוציא אך בתוס' ב"מ דף קי"ו ע"א בד"ה ורבא, מוכח לרבה אמרינן מגו להוציא אפילו מגו דאי בעי טעין ועיין ג"כ א"ות בכללי מגו ס"ק י"א ונשמע מהגהות מרדכי הנ"ל דהני תרי תירוצים בש"ס הילכתא נינהו ואולם רבינו הגדול הרי"ף זלה"ה לא הביא בהלכותיו רק תירץ בתרא ולכאורה משמע דסובר דאין הלכה כתי' קמא והייני דסובר כפוסקים דמגו להוציא לא אמרינן, ועיין ן ברמב"ם בפ' י"ד ממלוה, וכן משמע להמעיין בס' כנסת הגדולה בסימן פ"ב בכללי מגו ס"ק נ' שלא מצא סוברים דאמרינן מגו להוציא רק הרמב"ן ורש"בא וריטב"א ולדעת כנ"הג גם הר"ן בכללם הגם להמעיין בפי' הרי"ף בעובדא הנזכר במס' ב"ב דל"ג ובחידושי רמב"ן שם לא מוכרח לומר דרי"ף סובר כן מ"מ כיון שתלמידו ר"י מיגא"ש סובר כן כמ"ש בנמוקי יוסף בשמו, וכן כתב רמב"ם בפרק יו"ד ממס' שביעית במשנה ה' בפירוש משניות שם מסתמא סובר ג"כ רי"ף רבם וכן קיבלו ממנו לכן סובר להלכה אפי' בצירוף ברי לא מהני מגו להוציא והיינו טעמא דהשמיט תי' ראשון וא"כ חולק על הגהות מרדכי והר"ש מקינון הנ"ל ולפ"ז קשה על הש"כ בכללי מגו שהשמיט דעת הרי"ף ז"ל מיהו י"ל כוונת הרי"ף בברי גרוע כמו התם בצירוף מגו ל"מ להוציא ממון אבל בברי טוב בצירוף מגו מודה לפוסקים הנ"ל דמהני להוציא ממון ואכתי מחולק עם פוסקים הנ"ל בברי גרוע שמוכח לדידהו אפי' בכה"ג מהני, ויותר יש לומר הטעם דהשמיט תי' ראשון כי בחידושי רא"ה במס' כתובת שם תמה על תי' הלז דליכא מגו וכתב דאיכא נוסחא דלא גרסי לי' וכן מצאתי בשיטה מקובצת בכתובת דט"ז ע"א שכתב כן להדי' בשם רמב"ן כדעת הרי"ף שלא הי' גורס התירץ קמא וא"כ י"ל דבעלמא מוד' הרי"ף היכי דאיכא מגו מעליא בצירוף ברי שמהני להוציא ממון ואפשר אפי' בברי גרוע ולכן לא כתב הש"כ שרי"ף חולק וראיתי בחידושי רמב"ן במס' ב"ב ד"ה אמאי שהקשה לסוברים דלא אמרינן מגו להוציא וז"ל מיהו קשה לי האי סוגי' דכתובת דט"ו דאמרינן נאמנת אשה לומר מוכת עץ אני וגובה מאתים משום מגו וא ואע"ג דר' יהושע בהאי מגו פליגי הא בעינן בגמ' מאי טעמא ומפרשינן משום טעמא אחרינא כדמפרשינן התם אלמא לכ"ע שמי' מגו ומפקינן מיני' ממונא יע"ש ולא הבנתי דבריו די"ל שאני התם כמ"ש הגהות מרדכי כיון דאיכא ברי בצירוף מגו דבעל

טוען שמא שהוא מוקדם והיא ברי, ותו למה הביא דוקא סוגי' זו ולא הביא סוגי' די"ב מיהו קושיא זו יש ליישב קצת אבל קו' הנ"ל קשה ונראה לענ"ד דבכיון כתב קו' מרפ"ב דכתובת שכוונתי לקושי' הב"ח הובא בש"ך בכללי מגו ס"ק א' דוק בש"ך שם ובתומים ס"ק י"א והיינו דלא הביא סוגי' הנזכר בדי"ג דידע דיש לדחות כמ"ש משום צירוף ברי אבל התם קשה מנלן להקשות דלמא היינו טעמא דר' יהושע, ותמהני על הב"ח וש"ך שלא הביאו דבריו ועיין בחידושי רא"ה בכתובת דט"ז ע"א, וראיתי בהגהות מימוני בפרק ט"ו מטוען ונטען ס"ק ט' שכתב וז"ל והא דאמר בכתובת דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי במגו דיכולה לומר מוכת עץ אני תחתיך והיינו מגו להוציא משום דהיא בחזקת בתולה וגם היא טוענת טענת ברי והבעל טוען שמא עכ"ל כתב לשון המשתמע לתרי אפי דיש לומר דסובר כהר"ש מקינון והגהות מרדכי שחדא מנייהו בהדי מגו מהני ומ"ש וגם היא כו' הוא וא"ו המחלקת ובלשון או, או שיש לומר דסובר כיון שיש ברי וחזקה בהדי מגו מהני להוציא ועיין בספר פני יהושע בקונטרס אחרון לכתובת סימן קע"ו שרצה לומר כן בשיטת רמב"ם כיון דאיכא תרי שינויא בגמרא אי טעמא דר"ג משום ברי ושמא בהדי חזקה או ברי ושמא בהדי מגו מספיקא לא מפקינן ממונא עד דאיכא כולהו למעליותא דהיינו ברי וחזקה ומגו וא"כ מ"ש וגם הוא וא"ו החיבור אך רבינו מוהרש"ל ז"ל בס' ים של שלמה במס' ב"ק בפרק הגוזל בתרא סימן למ"ד הביא הג"מיי הלז ופירש כוונתו שברי ומגו או ברי וחזקה מהני להוציא יע"ש ואולם תמהני למה הביא ראי' מהגהות מיימוני שאינו מוכרח כל כך, הו"ל להביא דברי הגהות מרדכי ור"אש שכ"כ להדי' וכ"כ להדי' רבינו הגדול מוהר"ם בר ברוך זלה"ה הביאו במרדכי במס' ב"מ בפרק המפקיד סימן רפ"ב בשאלה על ראובן שטען על שמעון השאלתיך ספר קדשים יע"ש, וכ"כ תמהני על הש"ך בסימן פ"ב בכללי מגו ס"ק א' וס"ק ט"ו שלא הביא ראי' ממוהר"ם הנ"ל, ואולי משום דשם יש לפרש ג"כ כוונתו בצירוף כולהי בהדדי יע"ש לכן הביא דברי הגהות מרדכי והר"ש שכ"כ להדי' וכל זה פשוט, ולדינא כתב הב"ש בסימן ס"ח ס"ק כ"ב שרי"ף הביא רק תי' בתרא משום חזקה, מיהו רמב"ם וטור וש"ג כתבו הטעם ראשון כדי לחוש לתי' ראשון וכוונתו מדלא הביאו דין דמוכת עץ אני תחתיך רק הביאו דין הנזכר במתני' ואולם בס' הפלאה דחה היטב דהא בסימן קי"ז פסקו להלכה כסתם מתני' דמומין בדע"ה כר"ג שם והתם ליכא מגו רק חזקה מבואר דטעמא דחזקה עיקר וכן מבואר דעת הרבה ראשונים זלה"ה בס' שיטה מקובצת דטעמא דחזקה עיקר וטעמא דמגו הוא רק סניף בעלמא ובקצת ספרים לא גרסו כלל וק"ק על הר"אש שבסוגין

לא הביא כלל הני תירוצים רק לעיל בד"ט ע"א סימן י"ח הביא תרווייהו ונראה מסוגי' דמומין בדע"ה יש להוכיח דעתו דטעמא משום חזקה, וצ"ע לדינא:

פרט ב

יבואר לפרש הסוגי' דמס' כתובת בדף י"ב ע"כ הנ"ל בהנך כ' תירוצים הנזכרים שם אי טעמא דנאמנות להוציא ממון משום ברי ומגו או משום ברי וחזקה בדרך פלפול לישב קו' המפורשי' ויבוארו כמה דינים וסברות:

ב בפרט א' הבאתי לשון הש"ס בכתובת, ולכאורה, הסוגי' מוקשה:

א) הקשה בס' פני יהושע כיון דלפמ"ש תוס' בד"ה אלא לר' יוחנן לא שייך רק תי' בתרא א"כ לר' נחמן נמי סגי בתי' בתרא:

ב) הקשה על תי' בתרא לפמ"ש רש"י דחזקה הוא שנולד בתולה והשתא הוא דאיתנסא אחר ארוסין הא איכא חזקה דהשתא דהרי היא בעולה לפניך וחזקת ממון המתנגד:

ג) הקשיתי לעיל בכלל ד' פרט ג' דמוכח מסוגי' דקדושין דע"ט ע"א וכן פסקו הטור ומחבר באבן העזר סימן ל"ז דחזקה קמייתא ושעת מציאתן שווי' ולולי דברי ראשונים זלה"ה יש לפרש הסוגי' באופן אחר דהנה איכא בכתובת דע"ה ע"ב אמר רבא רישא כאן נמצא וכאן הי' וכתבו התוס' בד"ה רישא כאן נמצא וכאן הי' ולא מצי למימר השתא העמד רשות אב על חזקתו דהא איתרע לי' שנמצא ברשותו, הלכך אזלינן בתר חזקת ממון והיא אומרת משארסתני נאנסתי התם נמצאת הריעותא ברשות הבעל שנשאה ולא מצא בתולים ולכך נאמנות לרבן גמליאל דלא איתרע חזקת רשות האב ואיירי בענין שיכול להיות שנאנסה תחת בעלה דאי בעינן שודאי לא נאנסה משנשאה אע"ג שנכנסה לרשות הבעל איתרע לי' חזקת רשות האב הואיל ודאי ברשות אביה נאנסה עכ"ל ולפ"ז בע"כ צ"ל מה דאמרה משארסתני נאנסתי הוא לאו דוקא רק שהיא טוענת משארסתני נאנסתי וכ"כ ה המפורשים והנה אי' במס' גיטין די"ז ע"א במתני' נכתב ביום ונחתם בלילה פסול ור' שמעון מכשיר ואי' בגמ' מפני מה תיקנו זמן בגיטין ר' יוחנן אמר משום בת אחותו וכתב הרמב"ם בפירוש המשניות שם וז"ל וד' שמעון מכשיר לפי שאין לזמן אצלינו בגט אשה תועלת מרובה לפי שעיקר אצלינו תיקון זמן בגיטין משום בת אחותו שמא תזנה תחתיו והיא אשת איש כו' לפיכך אין בין יום ולילה שיתחדש כמו זה ואין הלכה כר' שמעון עכ"ל וא"כ נתבאר לחכמים חיישינן לזנות אפילו בזמן מועט ולר' שמעון לא חיישינן, וראיתי בספר הפלאה בקונטרס אחרון לקידושין סימן ס"ח ס"ק י"ח שרמז ג"כ לפי' משניות הנ"ל וכ"כ בחידושיו בריש פ"ק דכתובת בפשיטות דלא חיישינן לזנות בזמן מועט ודבריו תמוהין דלא קיי"ל כר' שמעון, ועיין בש"ות הריב"ש סימן שפ"ה

ומשנה למלך בפרק כ"ד מיבום הלכה כ"ט. ולפ"ז נראה בנידון דמתני' כיון דמן הסתם נעשה כתקנת חכמים שנשאת ברביעי ונבעלת בליל חמישי, ממילא מה שטענה שזנתה תחת רשות הבעל והיינו לאחר נשואין הוי זמן מועט וכיון דלא חיישינן בע"כ משקרת ובע"כ הי' קודם נשואין ושייך כאן נמצא וכאן הי' קודם אירוסין שאיתרע חזקת רשות אב ואזלינן בתר חזקת ממון ובע"כ אליבא דר' שמעון הא דסובר ר"ג דנאמנת אף דאיתרע חזקה דבתולה נולדה ע"י חזקה דכ"נ וכ"ה, כיון שבע"כ הי' הזנות ברשות אב, הטעם כתי' ראשון דנאמנת אף דלא שכיח משום מגו בהדי ברי, אבל לחכמים דחיישינן לזנות אפי' בזמן מועט שפיר י"ל טעמא דר"ג דנאמנת לומר משכנסה נאנסה, משום דחזקה כאן נמצא הזנות ברשות הבעל לאחר נשואין כאן הי' לאחר נשואין ואין מחזקינן מרשות לרשות המסייע לה לאצטרופי לברי שלה ולפ"ז יש לומר דהש"ס רצה לוקמי מילתא דר"ג ור"א ככ"ע בין לחכמים ובין לר' שמעון ומה שאמר בתי' א' משום מגו הוא לר' שמעון, דלא שייך תי' ב', ותירץ ב' הוא לחכמים, ומה שאמר בתי' בתרא אוקי אחזקה י"ל לולי דברי רש"י ז"ל שרצה לומר חזקה כאן נמצא וכאן הי' וכיון שנמצא הזנות ברשות בעל לאחר שנשאה אמרינן כאן הי' ברשותו לאחר שנשאת ואין מחזיקין מרשותו לרשות אב והיינו כחכמים דחיישי לזנות בזמן מועט ובמוכת עץ איכא חזקה כמ"ש הר"ן דחזקת בנות ישראל שאינן מזנות ואף דלא שוה עם חזקה זו, ל"ק דהא גם לפירש"י ג"כ אינם שוה החזקות, אבל אי סברו כר' שמעון לא שייך תי' בתרא לכן אמר תי' קמא משום מגו דאף דלא חיישינן לזנות בזמן מועט היינו דלא שכיח ומ"מ אי טוענת כן נאמנת במגו דהא בכל מילתא דלא שכיח קיי"ל בכללי מגו אם טוען כן ויש לו מגו נאמן וה"ה וא"ש:

ג אמנם באמת הבנת המפורשים בכוונת תוס' הנ"ל לא נהירא לי כי דוחק לפרש כן בלשון המשנה דאי' להדי' משארסתני נאנסתי ויותר יש לומר כוונת תוס' אף שאומרת משארסתני נאנסתי והודית בעצמה שהי' הזנות בעודה ארוסה ואיתרע רשות האב דשייך לומר כאן נמצא הזנות וכאן הי' מ"מ נאמנת לגמרי במגו שהי' אומרת שזינתה לאחר נשואין והי' נאמנת שחזקה כאן נמצאת וכאן הי' מסייע לה, וכן מצאתי בספר הפלאה בחידושיו לכתובת דע"ה שפירש כן והנאני, ואף שכתב הר"ש מקינון הובא בש"ך בכללי מגו סעיף קטן כ"ב דלא אמרינן מגו היכי דטענה שיכול לטעון לא שכיח כי לא ניחא לי' למטען טענה דלא שכיחא, וכ"כ תוס' בכתובת דף י"ח עמוד ב', מ"מ לפמ"ש השפתי כהן שם רבו הסוברים דאמרינן מגו אף בטענה דלא שכיח, ותו י"ל דהסוגי' אתי' כחכמים דר' שמעון דכן קיי"ל להלכה דחיישינן לזנות אפי' בזמן מועט משום דשכיח, ועיין בריב"ש סימן שפ"ה ודלא כמשנה למלך בפ"ד מיבום שהשיג עליו וא"כ שפיר יש לה מגו מעלי'

שהי' אומרת שזינתה לאחר נשואין ואף שהי' זמן מועט שכיח, וא"כ לפ"ז יש ליישב ג"כ קושי' הנ"ל באופן אחר ואמינא כעין סגנון שכתב הפני יהושע לחדש פי' חדש בכוונת הש"ס שתי' קמא קאי על מתני' דמשארסתני נאנסתי ותי' בתרא משום חזקה קאי על מתני' דמוכת עץ דאיכא התם חזקה מעלי' שחזקת בנות ישראל אינן מזנות יע"ש כמו כן י"ל לפי פירושינו, ונראה ל מר כוונת התירץ ראשון שתירץ משום מגו, אין הכוונה דהי' טוענת מוכת עץ אני אף דנזכר כן בדט"ו מ"מ הכא לא נרמז מגו זו והש"ס לקמן רוצה לומר אף למאן דלית לי' כאן נמצא וכאן הי' אבל בכאן י"ל המגו שר"ל שהי' טוענת שזנתה משנשאת שהיתה נאמנת מטעם כאן נמצא וכאן הי' ותי' הלז משום מגו בפי' הנ"ל שאומרת שזינתה לאחר אירוסין ונאמנת במגו שזינתה לאחר נשואין קאי על מתני' דמשארסתני נאנסתי, ותירץ בתרא משום חזקה והיינו חזקת כשרות כמ"ש הר"ן קאי על מתני' דהיא אומרת מוכת עץ דחזקה זו לא איתרע, ומיושב מה שהקשו הראשונים זלה"ה הבאתי בפרט הקדום על תי' הש"ס משום מגו יע"ש וא"ש:

ד ואולם לכאורה קשה לשיטת תוס' בכתובת דע"ה הנ"ל כפי הבנת הפלאה שנאמנת לר"ג במגו שהי' אומרת שנאנסה לאחר שניסת מהא דאי' במס' שבועות דמ"א ע"ב, ההוא דאמר לחבריו הב לי מאה זוזי דאוזיפתך א"ל להד"מ אזיל אייתי סהדי דאוזפיה ופרעיה אמר אביי מאי נעבד איהו אמרו אוזפיה אינהו אמרו פרעיה, רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי פירש"י דכיון דלא לוה לפי דיבורו לא פרעו והרי יש עדים שלוה נאמנים הם על הלואה ואינם נאמנים על הפרעון דהודאת בעל דין כמאה עדים וכן קיי"ל בש"ע ח"מ סימן ע"ט ס"א כרבא, וברור דאביי ורבא אזלו לשיטתייהו, דבמס' גיטין ד"ח ע"ב פליגי אביי ורבא בכל נכסי קנוין לך סובר אביי דלא אמרינן פלגינן דיבורא מתוך שלא קנה נכסים לא קנה עצמו ורבא סובר פלגינן דיבורא ועצמו קנה נכסים לא קנה וה"ה לאביי נאמן לגמרי ולרבא פלגינן דיבורא שנאמן לחובתו שלא פרע יותר מעדים ואינו נאמן שלא לוה נגד עדים שאמרו לוה ובע"כ ר"ל פלגינן הכוונה שהכוונה מלא לוה הוא לא פרע, ואף דיש ללוה מגו שהי' שתיק ולא אמר כלום שהי' פטור ע"י עדים המסייעים או שהי' אומר פרע כמו שאומרים העדים מ"מ עכשיו שאמר שלא פרע וגם לא לוה וטענת לא לוה הוא נגד דברי העדים שאמרו לוה הוי מגו במקום עדים וא"כ קשה אמאי קיי"ל כר"ג שנאמנת לומר שנאנסה לאחר איר סין הא אנן קיי"ל כרבא דאמרינן חזקה כאן נמצא וכאן הי' וקיי"ל כרבא דפלגינן דיבורא, וגם קיי"ל דלא אמרינן מגו במקום חזקה, ובשגם היכי שהוא להוציא ממון הא לפי דבריה שאומרת עכשיו שנאנסה לאחר אירוסין נימא שהודאתה לחובתה יועיל כיון שמודית שלא זינתה אחר נשואין אבל אינה

נאמנת שזינתה בעודה ארוסה כיון דאיכא חזקה שכאן נמצא ברשות אב כאן הי' קודם אירוסין ואי משום שיש לה מגו סוף סוף עכשיו שהודית אמרה נגד חזקה דכאן נמצא וכ"ה וכמו דלא אמרינן מגו במקום עדים ה"ה דלא אמרינן מגו נגד חזקה וראוי לומר פלגינן דיבורא והיינו הכוונה, והמעיין היטב יראה שהדמיון לסוגי' דשבועות הנ"ל עולה על נכון ונראה ליישב דיש לחלק אף דלא אמרינן מגו במקום חזקה מ"מ אמרינן מגו בעיקר חזקה ולא דמי להאי דרבא הנ"ל דהתם הוי במקום עדים משא"כ הכא החזקה דכאן נמצא וכאן הי' בא רק מפיה שאומרת שזינתה בעודה ארוסה ויש לה מגו שהי' אומרת שזינתה אתר נשואין ולא הי' אומרת נגד החזקה דכ"נ וכ"ה אדרבא שהי' מסייע לה חזקה דכ"נ וכ"ה וראי' לדברינו מוכח בש"ע ח"מ סימן ע"א ס"א להמעיין בסמ"ע ס"ק ה' וש"ך ס"ק ד' דאמרינן מגו בעיקר אנן סהדי ועמ"ש בכלל ד' פרט ד', ולפי זה י"ל בדרך פלפול מה שמתרץ הש"ס ב' תירוצים משום דקו' הי' על ר' נחמן ועל ר' יוחנן וחדא תי' הוא לר"נ וחדא הוא לר"י דהנה תוס' כתבו דלר' יוחנן בהאי דמוכת עץ ליכא מגו ולפי דברינו הנ"ל לר' יוחנן גם בהאי מתני' דמשארסתני ליכא מגו לכן קאמר שני תירוצים דהנה בכתובת די"ט ע"א בהא דאמר ר' הונא אמר רב מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו כתב רש"י וז"ל אין המלוה צריך לקיימו בעדים החתומים בו שאין הלוה שוב נאמן לומר פרעתיו ולא אמרינן בהאי הפה שאסר הוא הפה שהתיר דכיון שאמר כשר הי' הרי הוחזק בשטר וכי אמר פרעתיו לא מיהמן שהרי ביד המלוה הוא עכ"ל ובע"כ מוכח דסובר דלא אמרינן מגו אפילו בעיקר חזקה דהא השטר לא נתקיים רק מפיו ואפ"ה לא נאמן ומאן דסובר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ולוה נאמן לומר פרעתי' במגו דמזויף ף בע"כ סובר דאמרינן מגו בעיקר חזקה ור"נ סובר שם צריך לקיימו ור' יוחנן סובר בב"ב דקנ"ד ע"ב דמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ועיין שם דקנ"ה ע"א ד"ה אלא וא"כ א"ש לר' נחמן לשיטתו דסובר דאמרינן מגו בעיקר חזקה מתרץ תירץ ראשון דאיכא מגו שהי' אומרת שנאנסה לאחר נשואין דאף לפי דבריה שאומרת עכשיו הוא נגד חזקה כ"נ וכ"ה אמרינן מגו כמו התם אף לפי טענת הלוה שטוען עכשיו שפרע הוא נגד חזקה דשטרך בידי מה בעי מ"מ נאמן אבל לר' יוחנן דלא אמרינן מגו בעיקר חזקה ליכא מגו אפי' במשנתינו דמשארסתני נאנסתי, לכן מתרץ משום חזקה, ואין להקשות על דברינו הא לפמ"ש מוהר"ם לובלין אביי הוא דמקשה והוא לית לי' במס' שבועות סברא דכל האומר לא לויתי כו', דז"א כיון דרב יוסף משני כן וי"ל הוא סובר כרבא, ותו דבריו אינם מוכרחין די"ל אביי קאמר רק הא דר"ה ור"י דשמואל ואח"כ מקשה סתמא דגמרא וא"ש מיהו יותר נראה בפשיטות כוונת תוס' בד' ע"ה ע"ב ד"ה רישא הנ"ל במ"ש

שאיירי בענין שיכול להיות שנאנסה תחת בעלה שכוונתם לדברי הר"אש שם שכתב וז"ל בוגרת כיון שיצאה מרשות אביה ואינה נקראת עוד על שם בית אביה כך לעומדת בבית אביה כאילו עומדת בבית אינש דעלמא וחשיבי כאילו נכנסה לרשות הבעל כו' וכן מוכח מן התוספת עכ"ל וי"ל שכן כוונת תוס' שמיירי בענין שיכול להיות שנאנסה תחת כו' והיינו דמיירי בבוגרת ושפיר אומרת משארסתני נאנסתי כי אף שהי' לאחר אירוסין אמרינן כאן נמצא וכאן הי' ברשות הבעל ואפשר מ"ש הר"אש שכן מוכח מתוס' כוונתו לדברי תוס' הנ"ל דהוי דחיקא לי' לפרש פירושים הנ"ל בכוונת תוס' לכן פירש כמ"ש:

כלל יב

יבואר אי נאמן בברי בצירוף חזקה או הוכחה להוציא ממון ובו ב' פרטים:

פרט א

יבואר מקורו וביאור שיטת רמב"ם וטוש"ע בזה:

א בכלל י"א הבאתי לשון הש"ס בכתובת די"ב בתי' בתרא אי נמי ע"כ לא קאמר ר"ג אלא דא דאמרינן אוקי אחזקה והבאתי שם דעת הרבה פוסקים הסוברים דכן הלכה ונשמע דאפי' ברי גרוע וחזק' מהכי להוציא ממון כמ"ש שם ואמרתי לברר מה שקשה לענ"ד על הרמב"ם וטור וש"ע וש"ך מסוגי' הלז דהנה אי' במס' בבא קמא דל"ה ע"א שור שהי' רודף אחר שור אחר והוזק זה אומר שורך הוזק וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה המע"ה, ואי' שם לרב פפא דאפילו ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא, וכן קיי"ל כמ"ש רמב"ם בפרק ט' מנזקי ממון הלכה ו' וטוש"ע ח"מ בסימן ת' ס"א וכתב הש"ך שם סק"א וז"ל משמע מדברי רמב"ם וטור דאפילו במועד דינא הכי ומוהרש"ל כתב בפרק הכונס סימן ל"ג דבמועד שרדף חייב בשניזק טוען ברי ומזיק שמא מאחר דר' הונא ור"י מחייבו בברי ושמא ואין דבריו נכונים אלא כיון דקיי"ל דלא כר' הונא ור' יהודא ומוקמינן ממון בחזקת מארי' א"כ בכל ענין המע"ה עכ"ל ולכאורה דברי הש"ך תמוהין והמעיין ברש"ל דבריו מוכרחין שכתב וז"ל ונראה דוקא בתם דלאו חזקתו ליגח כי סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימו הלכך ה המע"ה אבל במועד דחזקתו ליגח וגם רדף אחרי' וגם הניזק טוען ברי ומזיק שמא ליכא מאן דפליג דחייב דלא פטרינן לי' בהאי דהמוכר פירות דצ"ג בשור שהי' רועה על שפת הנהר ונמצא שור אצלו מת אף שזה השור מועד להזיק מ"מ פטרינן התם היינו טעמא משום דלא הי' צד ריעותא שמורה על הנגיחה אבל הכא דאיכא ריעותא דרדף אחרי' וגם מועד ליגח וגם התם ליכא טענת ברי אבל הכא דאיכ' טענת ברי לגבי שמא אי אפשר כל הטעמים אילו לא יועילו לחייב בפרט מאחר דר"ה ור"י מחייבים

בברי ושמא ולכן נראה אי איירי מתני' במועד א"כ לא איירי בניזק אומר ברי ומזיק שמא ואף דמדברי רמב"ם משמע זע דאפילו גבי מועד בניזק אומר ברי ומזיק שמא וגם רדף אחרי' המע"ה הנראה בעיני כתבתי שאי אפשר שכל אילו הטעמים לא יצטרפו להכריע הברי נגד השמא עכ"ל וברור שכוונתו הוא כך דאפושי פלוגתא לא מפשינן ור' נחמן ור' יוחנן מודו לר' הונא ור' יהודא היכי דאיכא ברי בצירוף הוכחה שמהני להוציא ממון כיון דלר"ה ור"י ברי לחוד מהני וכמו כן כיון דלר' אחא מהני הוכחה לחוד להוציא ממון עכ"פ לרבנן הוכחה בצירוף ברי נגד שמא מהני, ולכאורה יש להביא ראי' לזה מהא דאי' בתי' בתרא דברי וחזקה מהני להוציא ממון אף דהוא ברי גרוע כמ"פ תוס' ד"ה ר' הונא וה"ה ברי והוכחה דהוכחה בודאי לא גרע מחזקה דהא בחזקה ליכא למ"ד שיועיל לבדו להוציא ממון ואילו הוכחה סבר ר' אחא שמועיל לבדו להוציא ממון ואין לומר שאני חזקת הגוף דאלים משאר חזקות דז"א דהא הש"ך בח"מ סימן צ"א ס"ק י"ב לא נחית לזה ומדמה שאר חזקות לחזקה זו כמ"ש לקמן וכפי הנראה שם גם דעת רמב"ם כן וא"כ לא מבעי' אם הי' עידי רדיפה דאיכא הוכחה מעלי' ואינו בא מפיו רק אפי' אם לא ידענו מרדיפה רק מפיו שהודה מ"מ כיון שטוען שמא לא שייך מגו דאנו מאמינן לו שמסופק ומ"מ ברי בצירוף הוכחה עדיף מחזקת ממון כמו ברי וחזקת הגוף וא"כ שיטת רמב"ם וטוש"ע וש"ך תמוהין מסוגי' דכתובת די"ב מיהו בשיטת רמב"ם אפשר לומר כמ"ש פני יהושע בקונטרס אחרון לכתובת סימן קע"ו דרמב"ם מסופק בב' תירוצים הנזכר בש"ס אי טעמא דר"ג משום מגו או משום חזקה מספיקא לא מפקינן ממונא עד דאיכא כולהי למעליותא, ועיין בבית שמואל בסימן ס"ח ס"ק כ"ב, אך הש"ך בסימן צ"א ס"ק י"ג לא הבין כן ותפס להלכה תירץ בתרא קשה הילכתא אהילכתא, שוב ראיתי שגם לרמב"ם קשה כיון דפסק כמתני' דמומין בדע"ה והתם ליכא מגו רק משום ברי וחזקה כמ"ש בכלל הקדום פרט א', ולאחר עיון נלענ"ד ליישב שיטתם דהנה קמה לפמ"ש מוהרש"ל לחלק בין תם למועד דתם הוא בחזקת שימור דסתם שוורים הם בחזקת שימור הא זהו דוקא לר' הונא ברי' דר"י דסובר כן בב"ק דט"ו ע"א פלגא נזקא קנסא אבל לרב פפא דסובר פלגא נזקא ממונא סתם שוורים לאו בחזקת שימור קיימו ופירש"י שם שרגילין בנגיחה וצריכין שמירה ממילא כשרדף הוי ג"כ הוכחה שהזיקו והא שם בב"ק משמע להדי' לרב פפא מיירי בבא דרישא הנ"ל בניזק אומר ברי ומזיק שמא ואכתי קשה גם לשיטתו אמאי אי' במתני' המע"ה הא איכא ברי והוכחה, לכן כראה שמכח קו' הלז יש ראי' לשיטת רמב"ם וטוש"ע הנ"ל, וסוברים לחלק בין נידון הנ"ל בב"ק לנידון הנזכר בכתובת די"ב ע"ב בתי' בתרא דהנה במס' יבמות דקי"ד ע"ב קיי"ל דאשה שאמרה מת

בעלי במלחמה אינה נאמנת וכתב רמב"ם בפרק י"ב מהלכות גירושין הטעם שסומכת דעתה על דברים שרובים למיתה והאי חשש בדדמי מצינו בכמה דוכתי לאו דוקא התם במיתה כדאי' במס' שבועת דמ"ה ע"ב ועיין בש"ס ב"מ ד"ב ע"א וגדולה מזו צידד הפכי יהושע במס' קידושין דע"ג ע"ב ובכמה דוכתי לומר הא דאין עד אחד נאמן משום דלא דייק כל כך ואומר בדדמי ואע"פי שאין ראי' ברורה מסוגי' הנ"ל, מ"מ יש סמך להסביר סברא שאכתוב בשיטות הפוסקים הנ"ל ואומר דס"ל דהא דאי' בש"ס שם דברי וחזקה מהני נגד חזקת ממון היינו היכי שידוע בבירור שיש תרי נגד חזקת ממון וכן דייק הבעל התרומת בשער כ"ט חלק ב' הובא בש"ך סימן צ"א ס"ק י"ב שיש תרי אנפי, כמו התם שידוע שאומרת ברי שיש לה לידע דבאשה שנאנסה לא שייך כלל בדדמי שאין לה על מה לתלות הדמיון וידעה בודאי האמת לכן ברי בצירוף חזקה מהני נגד חזקת ממון שיש תרי אנפי משא"כ הכא במועד שרדף יש מקום לתלות מחמת שראה שרדף ורוב מועדים שרודפים הם בחזקת נגחנים סומך א"ע על הרוב כעין התם דאמרינן דאשה סומכת על רוב ה"נ מחמת הרוב אומר בדדמי וטוען ברי לכן ברי והוכחה ל"מ להוציא ממון דלא הוי רק חדא נגד חזקת ממון ואין בכחו להוציא ממון לדידן דקיי"ל כרבנן דר' אחא וכר' נחמן ור' יוחנן כיון דיש לומר דליכא רק הוכחה לבד ומהאי טעמא א"ש גם לרב פפא, וא"כ דברי רמב"ם וסיעתו נכונים כן נלענ"ד ודע דנראה מסוגי' דכתובת שם דאפילו כשיש חזקה דהשתא הנקרא שעת מציאתן מתנגד לחזקה קמייתא מ"מ ברי גרוע בצירוף חזקה קמייתא עדיף משעת מציאתן וחזקת ממון דהא שם לתי' בתרא איכא חזקה דהשתא דהרי בעילה לפניך כמ"ש בספ"י שם אפ"ה מהני להוציא ממון ואף שכתבתי בכלל הקדום לפרש הסוגי' באופן אחר הוא רק דרך פלפול אבל לקושטא דמילתא אין לנטות ימין ושמאל מפירש"י זלה"ה וא"כ הדין מוכרח ודבר זה יבואר אי"ה על נכון בכללי חזקות:

פרט ב

יבואר אי האי כללא דברי וחזקה מהני להוציא ממון אי הוא בכל החזקות או רק בחזקת הגוף:

ב יש לחקור בהא דאי' במס' כתובת די"ב שם בתי' בתרא וכן קיי"ל כמ"ש בכלל הקדום דברי וחזקת הגוף מהני להוציא ממין אי הוא כלל בכל מקום היכי דברי וחזקה מסייע זה לזה מהני להוציא ממון או דלמא דוקא בחזקת הגוף מהני ברי וטעמא דמילתא יש לומר לפמ"ש הש"ך בסי' פ"ב בכללי מגו ס"ק יו"ד בשם נמוקי יוסף שאין מדמין החזקות זו לזו ובשגם כי נראה שחזקת הגוף הוא חזקה אלימא ועיין תוס' בכתובת דע"ה ע"ב ד"ה אבל

שכתבו דחזקת פנוי' לא חשיבה כלל חזקת הגוף, וגדולה מזו נראה דעת רש"י שם בד"ה אתאן וכמ"ש להדי' בס' שיטה מקובצת שם בהבנת הסוגי' דשם שחזקת הגוף לבד בלא צירוף ברי מהני להוציא ממון ודלא כסוגי' דידן וכסוגי' בכתובת בדט"ז ע"א ועיין בתוס' כתובת דל"ו ע"א ד"ה החרשת בע"כ חזקה זו אלים אפי' מרובא דהא אין הולכין בממון אחר רוב לכן עכ"פ לסוגי' דידן בצירוף ברי מהני אבל בחזקה דעלמא יש לומר דל"מ להוציא ממון אפי' בצירוף ברי, ומצאתי ראיתי שיש לפשוט ממ"ש בעל התרומת בשער כ"ט חלק ב', שהשיב רבינו יוסף פלטי ז"ל דחנוני ופועל אינם חייבי' שבועה אלא היכי דתרווייהו קמן כפשטא דמתני' בשבועת דמ"ה ע"א הוא אומר נתתי והם אומרים לא נטלנו אבל היכי דחדא תבע קמן לבעל בית וליכא חברא דמכחיש לי' שקיל אפילו בלא שבועה ואפילו אי אתי חנוני ותובע לבעל בית וכתב הטעם וז"ל ולא דמי למנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם לויתי אם לאו דמשתבע היסת ומיפטר משום דהתם איכא ברי גבי תובע וחזקת דממונא בנתבע ואוקי ממונא בחזקת מארי טפי עדיף כי היכי דלא נפגע בספק גזילה ונעשה מעשה בידים אבל הכא גבי חנוני איכא תרי אנפי חזקה שליח עושה שליחותו וברי ומדחי חזקת ממון מקמי תרתי ומנלן דכל היכי דאיכא תרי אנפי כה"ג מדחי חזקת ממון מקמייהו, דתנן הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים כו' ר"ג אומר נאמנת והילכתא כוותי' וטעמא משום דאיכא חזקה דגופא בהדי ברי ושמא, א"נ איכא מגו בהדי ברי ושמא ומדחי חזקת ממון מקמי תרי אנפי ושקיל בלא שבועה ותנן נמי גבי מומין כה"ג ואי אמרת ניהו דאהני הני חזקה למיגבי ממונא חבל לענין שבועה לא סגי דלא משתבעי בין האשה ובין החנוני ליתא דנאמנות לגמרי משמע עכ"ל והובא כן להלכה בש"ך ח"מ סימן צ"א ס"ק י"ב א"כ למד מסוגי' זו בכל מקום היכי שיש ברי וחזקה מהני להוציא ממון ואולם צ"ע מנ"ל לרבינו ז"ל דין חדש כזה דברי בצירוף חזקה דרבנן מהני להוציא ממון מחזקתו, דהא חזקה שליח עושה שליחותו הוא רק חזקה דרבנן כדאי' במס' גיטין דס"ד ע"ב דלא מהני רק לחומרא ולא להקל וכיון דברי של חנוני גרוע כי יודע שאין בעל בית יודע וגם החזקה גרוע דהא לא מהני מן התורה דלמא בכה"ג ל"מ נגד חזקת ממון דהוא חזקה דאורייתא, ולאחר עיון ראיתי שהעיר קצת בזה בס' אורים ותומים שם ס"ק ג' ע"ש ותבין ההפרש ועוד יש לתמוה על הש"ך שלא הביא דברי תשובת מיימוני דשייכי לספר קנין סימן כ"ג שכתב וז"ל ולענין ממון לא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו יע"ש, וכ"כ להדי' בתשובת מוהר"ם בר ברוך סימן כ"ו והובא בספר קרבן העדה דירושלמי במס' קדושין בפרק ג' הלכה א' דלא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו אלא באיסורא שלא יהי' המשלח חוטא כי סומך עליו אבל לא בממון

כסברת תוס' בגיטין דס"ד ע"ב ד"ה ה"מ וכל זה הי' גם בהעלם עין במחילת כבוד תורתו של הגאון אמיתי ז"ל בעל או"ת שם דוק ותשכח כדברי וצ"ע ואין כאן מקומו:

כלל יג

יבואר היכי דטוען המלוה ברי ולוה שמא דהיינו שמסופק בפרעון ומודה שלוה אם נאמן המלוה להוציא ממון מחזקת הלוה כיון שטוען א"י אם פרעתיך ובו ששה פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' ב"ק דקי"ח ע"א האומר לחבירו גזלתיך הלותני הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך חייב לשלם אבל אם אמר לו א"י אם גזלתיך כו' פטור ר מלשלם ומייתי הש"ס מחלוקת אי ברי ושמא ברי עדיף ומקשה הש"ס תנן אבל אמר לו איני יודע אם הלותני פטור ה"ד אלימא דלא קא תבע לי' רישא נמי דלא קא תבע לי אמאי חייב אלא דקתבעי לי' וקתני סיפא פטור מלשלם ומשני לעולם דלא קא תבעי לי' ורישא בבא לצאת ידי שמים יע"ש וא"כ לא נתבאר היכי דקא תבע לי' ואמר איני יודע אם פרעתיך שחייב בדיני אדם, אך בנמוקי יוסף כתב שם דהך דיחוי הוא רק לר' הונא ור"י אבל לר' נחמן ור"י איירי מתני' בדתבע וברישא חייב לשלם כיון שטוען א"י אם פרעתיך ובסיפא פטור כיון שטוען א"י אם נתחייבתי לך ואיירי הכל בחיוב בדיני אדם, וכן הבין הרי"ף ז"ל שכתב שם ודוקא בדתבע לי' חברי' דכיון דברי לי' שגזל או שלוה ואסתפק לי' אם הח"ר או לא החזיר חייב דאין ספק מוציא מידי ודאי ועיין בתוס' שם ד"ה והלה, ובתוס' במס' כתובת די"ב ע"ב ד"ה מנה וכן פסקו כל הפוסקים כדאי' בח"מ סימן ע"ה סע"ט שחייב לשלם ואין התובע צריך לישבע אפילו היסת, זולת דעת שערי רב אלפס"י הובא בהגהות אשר"י בכתובת שם ובש"ך סימן ע"ה ס"ק ט' שכתב דהתובע צריך לישבע ולא קיי"ל כוותי' וראיתי בספר פני יהושע בחידושי לב"מ דקי"ב ע"א שכתב טעם חדש בהא דקיי"ל באיני יודע אם פרעתיך שחייב לשלם וז"ל וכבר הארכתי בחידושי לתת טעם לדבר דאע"ג דקיי"ל זה כלל גדול בדין המע"ה ואפילו בברי ושמא ואפ"ה לא שייך הך מילתא באיני יודע אם החזרתי לך אי משום דשעבודא דאורייתא וכיון שודאי הלוהו משתעבדין נכסי ולא מיקרי המוציא מחבירו או משום דעיקר טעמא דהמע"ה היינו משום דמוקמינן לגברא וממונא אחזקה דכל מה שיש ביד אדם הוא שלו משא"כ כשיודע בודאי שהלוהו אזדא לי' הך חזקה דאדרבה החזקה הוא שיש לו ממון אחרים בידו עכ"ד הנה מ"ש הטעם כיון דשעבודא דאורייתא לא מיקרי המוציא מחבירו, אבל אי שעבודא

דרבנן לא הי' מוחזק כן משמע במס' ב"ב דקע"ה ע"ב דמקשה על רבה דסובר שעבודא לאו דאורייתא מהא דאמר רבה גבה קרקע יש לו, פירש"י כמאן דמשעבד בחיי אבוהן וקרינן בי' בכל אשר ימצא לו אלמא דשעבודא דאורייתא עכ"ל מבואר דוקא אי אמרינן שעבודא דאורייתא הוי בכל אשר ימצא לו אבל אי שעבודא לאו דאורייתא רק מדרבנן לא עשאו חכמים כדאורייתא שיהי' נקרא מוחזק, והטעם מבואר בר"ן במס' כתובת דצ"א ובחידושי רמב"ן מס' ב"ב שם, כיון דשעבודא לאו דאורייתא הא דמחויב לשלם ונחתינן לנכסיו אינו מטעם שעבוד שחל על נכסים רק משום כפיה דכיון שמן הדין כופין אותו לקיים מצות פריעת בעל חוב כדאי' בכתובת דפ"ו ולמה יכופו אותו על ידי הכאה טפי עדיף הכפיה בהורדת הנכסים וכיון דאינו מטעם שעבוד נקרא מוציא ולכן מוכרח לומר הטעם כיון דשעבודא דאורייתא אבל לענ"ד אחרי מחילה מכ"ת דבריו בטעם זה תמוהין, חדא דהא תוס' כתבו במס' ב"ב דקע"ה ע"א ד"ה המלוה בתירץ בתרא דהא דשעבודא דאורייתא היינו על פי עדים אבל על פי עצמו לא ועיין בר"אש במס' שבועת דל"ז ע"ב סימן ב' בסופו, ואמאי קיי"ל בכל גווני א"י אם פרעתיך חייב לשלם אף כשמודה מעצמו ואפי' לחולקים קשה אטו רב ושמואל ורבא הסוברים שעבודא לאו דאורייתא לית להו דין דא"י אם פרעתיך דהוא מתני' דפרק הגוזל ואף אי נימא דהם מפרשים מתני' דשם בלא תבעו ובבא לצאת ידי שמים מ"מ קשה לפסק הלכה דכל הפוסקים הסכימו דאיני יודע אם פרעתיך חייב ובש"ך בסימן ל"ט סק"ב הביא דעת הרבה פוסקים הסוברים שעבודא לאו דאורייתא וכתב דהוא ספיקא דדינא ותו קשה לפמ"ש הש"ך בסימן קט"ז ס"ק ה' דלא שייך שעבודא דאורייתא רק היכי דשייך עבד לוה לאיש מלוה והא דין דאיני יודע אם החזרתי לך להבנת הרי"ף וסיעתו הנ"ל פירשו כן במתני' הנ"ל שמיירי בתבעו ולענין חיוב בדיני אדם והא איתא במתני' האומר לחבירו גזלתיך הלותני הפקדת אצלי וא"י אם החזרתי לך כו' חייב לשלם הרי אף היכי דלא שייך שעבודא דאורייתא חייב הגם שדברי הש"ך לא מוכרחין והמעיין בראשונים זלה"ה יראה דשייך שעבודא דאורייתא בכל מקום וגם הש"ך גופא לא עמד בשיטתו כי דבריו סותרים למ"ש בסימן ל"ט ס"ק מ"ט שכתב וז"ל ופשיטא דאין שייך לומר דוקא במלוה אמרינן שעבודא דאורייתא כדמוכח בכמה דוכתי בש"ס ופוסקים דלא דוקא מלוה אלא ה"ה בכל דבר שמחויב כגון בנזקין וכה"ג נשתעבדו לו נכסים מדאורייתא יע"ש, מ"מ קו' הנ"ל קמים הם לטעם א' וכבר נתבאר הטעם בריי"ף כנ"ל, וטעם ב' שכתב הפ"י נוטה לדברי טורי זהב בסוף סימן ע"ה כיון שהוא בחזקת חייב מוקמינן הדבר כמו שהי' מקודם וכל זה פשוט וברור:

פרט ב

יבואר אי חייב לשלם בא"י אם פרעתיך היכי דלא הוי לי' למידע:

ב בש"ות ראנ"ח סימן א' כתב הא דקיי"ל באינו יודע אם פרעתיך חייב לשלם היינו היכי דברי טוב ושמא גרוע דהוי לי' למידע אבל בשמא טוב דלא הוי לי' למידע אפילו כשהחיוב הוא ודאי והספק הוא בפטור או בפרעון פטור מלשלם, וכן הביא המשנה למלך בפרק ד' מהלכות שאלה ופקדון הלכה א' וכן נראה לענ"ד דעת השלטי גיבורים במס' ב"מ דקי"ו ע"ב שכתב סברת תוס' במס' בבא קמא דמ"ו דלא אמרינן ברי עדיף משמא היכי דלא הוי לי' למידע וכתב לבסוף ועל הדיין לחקור זאת כשבא מעשה לפניו וקשה הא קיי"ל כר' נחמן ור"י דאפי' בברי טוב ושמא גרוע אין מוציאין ממון, אע"כ שכתב כן שהיא נ"מ לדידן בא"י אם פרעתיך שבעינן ברי טוב ועיין בטו"ז בסוף סימן ע"ה בראיותו ממרדכי המובא ברמ"א סימן רל"ב סעיף י"ח ובש"ך שם ס"ק י"ג וס"ק ט"ו והבן, ואולם בספר אורים ותומים בסימן ע"ב ס"ק כ"ב הוכיח מדעת כמה פוסקים הראשונים זלה"ה דבכל גווני חייב לשלם, ממ"ש הנמוקי יוסף בפ' הגוזל דקי"ב ע"א בשם רא"ה ז"ל דמשעת פשיעה הגורמת לאונס מתחייב השואל ונ"מ לשואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה או לאו דכיון דקיי"ל שאינו חייב עליו עד שעת אונסין פטור שהרי זה כאומר איני יודע אם הלותני אם לאו אבל השואל את חמור לרכוב עליו ונתנה לשלוחו, והדבר ספק אם מתה בפשיעה או באונס חייב שהרי הוא פשע כשנתנה לשלוחו שהרי אין השואל רשאי להשאיל והוא מתחייב משעת פשיעה והרי זה כאומר הלותני ואינו יודע אם פרעתיך או לאו שהוא חייב וכן הובא בשמו בשלטי גבורים במס' ב"מ דצ"ז ע"ב וקשה למה כתב בבבא קמייתא הטעם כיון דאינו חייב עד שעת אונסין הא אפי' אי נימא דחל החיוב משעת משיכה, והוי א"י אם פרעתיך מ"מ פטור כיון דלא הוי לי' למידע מה קרה לחמור בדרך בשלוחו והוא אמר למשאיל שישאיל לשלוחו אע"כ דסובר בכל גווני חייב וכן משמע דעת הטור וש"ע בח"מ סימן ע"ב סעיף י"ד עכ"ד ובכלל ח' פרט א' כתבתי דיש להוכיח מסוגי' דכתובת ד"ב דלא כראנ"ח דאי' שם לר"ג נאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דאיכא חזקת הגוף בהדי ברי וברי שלה גרוע כמ"ש תוס' ולפמ"ש טו"ז בסוף סימן ע"ה הטעם שחייב לשלם בא"י אם פרעתיך דבא"י אם נתחייבתי לך כשנולד לנו עכשיו ספק מוקמינן בחזקת שהי' מתחילה קודם הספק דלא הי' עליו שום חיוב משא"כ בא"י אם פרעתיך מוקמינן הממון בחזקת קמא קודם שנולד הספק אז הי' ודאי חייב לו, וכיון דיש לו ברי וחזקת חיוב ראוי שיועיל אפי' ברי גרוע להוציא ממון וכבר כתבתי בכלל י"ב פרט ב' שבע"הת

למד מסוגי' דשם בכל מקום היכי דאיכא חזקה וברי מהני להוציא ממון, וצ"ל דראנ"ח וסיעתו אזלו בשיטת רמב"ם וטור וש"ג שהביא ב"ש בסימן ס"ח ס"ק כ"ב דס"ל להלכה כתי' א' או כמ"ש הפ"י בק"ע לכתובת סימן קע"ו דיש ספק אי הלכה כתירץ א' שם או כתירץ ב' ולא מפקינן ממון עד דאיכא כולהו למעליותא, והיינו כיון דברי דהתם גרוע לכן כתבו בא"י אם פרעתיך בעינן ברי טוב ואולם באמת דבריהם תמוהין ושפיר כתב בספר הפלאה בסימן ס"ח שבע"כ הלכה כתירץ בתרא דהא קיי"ל בש"ע א"העז סימן קי"ז כמתני' דמומין בכתובת דע"ה דברי בצירוף חזקה מהני להוציא ממון והתם ברי גרוע ושמא טוב שאין לו לבעל לידע אימת נולדו המומין, כמ"ש הפ"י במתני' שם וא"כ מוכח דלא כראנ"ח וסיעתו:

ג ועוד עלה בדעתי לומר טעם מספיק לשיטת הרא"ה וסיעתו ודלא כראנ"ח, דהנה לעיל בכלל ח' פרט ד' הבאתי מה שהקשה בס' כנ"הג בח"מ סי' כ"ה ס"ק זיי"ן בשם הגאון מו"ה יחיאל באסין ז"ל אמאי קיי"ל בספק ממון יכול המוחזק לומר קים לי ולא באיסור הא גזל נמי איסורא הוא, ותירץ בממון א"א לצאת ידי איסור שאם הדין כדברי האומרים להחזיק הוי גזל ביד המוציא לכן היכי דקם הממון קם והקשה בא"ות בקיצור תקפו כהן סי' קכ"ד אמאי קיי"ל ב"וש לא עדיף הא להטוען שמא איכא ספק איסור גזל ולשכנגדו ליכא ספק איסור דהא טוען ברי, וכתבתי לתרץ דבלא"ה יש להבין למה דייק בספיקא דדינא הא הו"מ להקשות גם בספיקא דמציאות שמלוה ולוה טוענים שמא דקיי"ל בסימן ע"ה דפטור מלשלם אפי' לצאת ידי שמים נימא דב"ד יכפהו לאפרושי מספק איסורא וגם ע"ז שייך תי' הגאון ז"ל כנ"ל וכתבתי שם לתרץ דהנה רבים מגדולי חכמי הזמן נרם יאיר הקשו על קו' הנ"ל הא גם בספק איסור מועיל חזקה ובממון איכא חזקת ממון ונראה דקו' חדא מתרצת בחברתה דבס' כנ"הג ביו"ד סימן י"ח כתב בספיקא דדינא לא מוקמינן על חזקה דבשביל חזקה לא ישתנה הדין, לכן לא הקשה בספיקא דמציאות כיון דאיכא חזקת ממון מהני כמו בחזקת איסור אבל במחלוקת רבוותא דעל ידי ספיקא נסתר חזקת ממון דגם באיסור ל"מ חזקה בספיקא דדינא ע"ז שפיר מקשה ומתרץ כנ"ל וממילא לק"מ קו' א"ות דבברי ושמא בלא"ה לק"מ כיון דיש ללוה חזקת ממון כדאי' בכתובת די"ב חזקה זו אלים טובא אפילו בספיקא דמציאת דהא אפילו באיסור לדעת כמה פוסקים הובא בש"ך יו"ד סימן קכ"ז עד אחד אינו נאמן להחמיר נגד חזקת היתר אף שאומר ברי וא"ש אמנם הא דאלים כח חזקת ממון בארתי בכמה דוכתי והבאתי דברי כבוד אאמ"ו הגאון נר"י מ"ש בש"ות שמן רקח דיש לבעלים חזקת מרא קמא כמו חזקה קמייתא באיסורא ונוסף לזה שהוא תופס במעותיו ותפיסה הוי' רק מעלה בעלמא

ולא חזקה ופשוט נגד לצאת ידי ספק איסור גזל לא מהני רק חזקה המכרעת ולא מעלה וא"כ י"ל לכן מחויב לשלם בטוען א"י אם פרעתיך דכיון שמסופק מחויבים ב"ד לכופו ולאפרושי מספק איסור גזל וליתן לתובע שהוא טוען ברי דלגבי' ליכא ספק איסור דאין ללוה חזקה שמסייע לו כיון שבודאי הי' מחויב מעיקרא חזקת חיוב מסייע למלוה כמ"ש טו"ז ואין ללוה רק מעלת התפיסה ומעלה לא מהני בספק איסור דאורייתא דרק חזקה מהני בספק איסורא ולפ"ז מסתבר אפילו ברי גרוע ושמא טוב ג"כ חייב לשלם דמה בכך ששמא טוב סוף סוף איכא גבי' ספק איסור גזל ואינו יוצא ידי שמים מצד ספק איסורא והמלוה כיון שטוען ברי אף שאנו אומרים שברי גרוע הוא מ"מ לגבי נפשי' לצאת ידי שמים נגד ספק איסורא אם יודע בעצמו שאמת אתו אינו עושה איסור, ובספק איסורא מהני אפי' ברי גרוע וא"כ מסתבר כפוסקים בא"י אם פרעתיך חייב לשלם אף שברי גרוע ושמא טוב כיון דלגבי הלוה הוי ספק איסורא והמלוה לגבי נפשו שהוא מדברים שבינו לבין קונו כיון שיודע שאמת אתו יוצא מידי ספק איסורא דבאיסורין נאמן אדם ע"ע אף שלגבי דידן הוא ברי גרוע אמנם בתוס' כתובת דע"ו נראה דסוברים אף שאין למוחזק חזקת מרא קמא רק שמוחזק בהיתר יש לו שם חזקה ונקרא בשם חזקה דהשתא, ותו לפמ"ש התומים שם בישוב קו' הנ"ל כך המצוה והלאו לא תגזול היינו גזל ודאי אבל גזל ספק אין כאן איסור דכך הלכה נאמרה המע"ה ומי שתפס יכול להחזיק ואין כאן ספק איסור גזל כי על תנאי זה נאמר הלאו וכעין דלא אסרה תורה ממזר ספק ומעשר ספק יע"ש והבאתי בחלק ב' ראי' לדבריו, א"כ אפילו היכי דלית לי' למוחזק חזקת מרא קמא רק שתופס בהיתר אף שתופס מספק כיון שתופס בהיתר והוא רק ספק גזל לא אסרה תורה בתופס בכה"ג וא"א לומר טעם הנ"ל ואולם מסוגי' דכתובת די"ב הנ"ל לכאורה מוכח כשיטת רא"ה וסיעתו דבכל גווני חייב לשלם אפילו בברי גרוע ושמא טוב:

ד שוב ראיתי שיש ליישב שיטת ראנ"ח וסיעתו דלא קשה מסוגי' דכתובת די"ב הנ"ל דיש לחלק דשאני חזקת חיוב שהוא חזקה קלישא דבע"כ הא דאינו יודע אם פרעתיך איירי כשכבר הגיע זמן פרעון דבתוך זמן אפילו כשטוען ברי אינו נאמן מטעם חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וכיון שכבר הגיע זמן החזקת חיוב עומד להשתנות שכל חוב עומד לפרעון כמ"ש הטור חושן משפט סימן ס"ה בשם תשובת הר"אש והובא בטו"ז יו"ד סימן שצ"ז ס"ק ב', ועיין רמב"ן בס' מלחמות במס' כתובת דט"ז ע"א, ויש לומר דסוברים דוקא חזקה אלימא כמו התם מהני להוציא ממון בצירוף ברי גרוע דהתם אמרינן שנעשה השינוי בזמן המאוחר ועד אותו זמן לא הי' עומד להשתנות ושעת מציאתן ל"מ כלל

לענין זמן הקודם אבל בחזקה העומד להשתנות ל"מ להוציא ממון כי אם בצירוף ברי טוב, ואכתי לא מוכרח מש"ס:

פרט ג

יבואר סוגי' דמס' כתובת דף י"ב לשיטת ראנ"ח וסייעת הסוברים דא"י אם פרעתיך פטור מלשלם בברי גרוע ושמא גרוע דלכאורה מוכח משם להיפך ויתבאר מתוך דברינו בס"ד ישוב וגם יבואר כמה ענינים בכללי ס"ס:

ה במס' כתובת די"ג ע"ב בתירוץ ראשון דמהדר הש"ס לוקמי מילתא דר' נחמן ור' יוחנן דאמרי ברי ושמא לא עדיף אפי' כר"ג דאמר בהנושא את האשה ולא מצא לה בתולים והיא טוענת ברי משארסתני נאנסתי והוא טוען שמא עד שלא ארסתיך נאנסת והי' מקחי מקח טעות דנאמנת להוציא ממון, משום דיש לה חזקה המסייע כתב רש"י וז"ל מספקא אשעת אירוסין אי בתולה הואי ונשתעבד לה למאתים אי בעולה הואי וה והעמד אשה על חזקתה ובתולה נולדה והך השתא הוא דאיתנסא לאחר אירוסין עכ"ל והקשה בחידושי מוהר"ם שיף ז"ל אדרבא כי נוקמי אחזקתה וזיכתה תחתיו לא יהי' לה כלום דספק אונס ספק רצון ורובא ברצון כיון דלית לה קול כמ"ש תוס' בכתובת ד"ט ע"א ד"ה ואבע"א ורובא עדיף מחזקת היתר ותירץ דלענין ממון כיון דאוקמא אחזקה ובשעת אירוסין בתולה הואי א"כ נשתעבד לה למאתים ונתחייב לה ודאי מאתים והוי כא"י אם פרעתיך לאפוקי מנה לי בידך כו' לא ס"ל ברי עדיף דא"י אם נתחייב לו מעולם, ואתי' ר' נחמן כר"ג משא"כ גבי אישור לעיל יע"ש:

וא"כ לפי דבריו מוכח להדי' כשיטת רא"ה וסיעתו דאפי' בברי גרוע כמו התם דלא הו"ל לבעל למידע אפ"ה חייב לשלם כיון דהוי א"י אם פרעתיך, ועמ"ש לעיל בכלל ח' פרט ג' מיהו לענ"ד בלא"ה לק"מ קו' מוהר"ם שיף כי על תירוצו יש לפקפק הגם דנראה כוונתו כיון דיש כתובה לארוסה תיכף משאירסה נתחייב לה כתובה לכן הוי א"י אם פרעתיך מ"מ סברא זו לא ברור כלל כמ"ש לעיל דהוא לא ה התחייב א"ע ליתן רק כשימצא לה בתולים ואדעתא דתהי' זונה לא חייב כלל והוי א"י אם נתחייבתי לך דאין החיוב ברור וכיו"ב בזה כתב הא"ות בסימן ע"ה ס"ק כ"ב כיון דלא ניתנה כחובה לגבות מחיים ולא ברור החיוב עד שימות בעל או עד שיתגרש אף דשעבוד חל מיד מ"מ לא מיקרי חייב עד עת הראוי לגבי' ולא שייך אין ספק מוציא מידי ודאי דגם החוב אינו ודאי וצ"ע בסברא זו לכן נלענ"ד דהנה תוס' בכתובת ד"ט ע"א ד"ה אי למיתב הוכיחו דמוציאין ממון על ידי ספק ספיקא וכתבו וז"ל ואין לומר דאפילו בספק ספיקא נפסדת כתובתה דהא לקמן די"ג גבי משארסתני נאנסתי והוא אומר לא כי אלא עד שלא ארסתיך

נאנסת והי' מקחי מקח טעות ואיכא מאן דמפרש לקמן מקח טעות ממאתים אבל מנה אית לה אלמא משום דבאותו מנה הוי ספק ספיקא לא מפסדה ספק קודם שנתארסה ספק אחר שנתארסה ואת"ל אחר שנתארסה אימור באונס הוה דאי אמרת אפילו בספק ספיקא מפסדת אמאי אית לה אפי' מנה עכ"ל והוכיחו מדברי תוס' הלז גדולי חכמי ספרדיים זלה"ה בש"ות שמוציאין ממון ע"י ספק ספיקא ואולם הש"ך ז"ל בספר תקפו כהן בסימן קי"ד כתב לדחות ראי' הלז וז"ל ומדברי תוס' פ"ק דכתובת אין ראי' כלל דהתם כיון שהוא רוצה להפסיד כתובתה מטעם דאומר שהיא אסורה לו א"כ פשיטא דבספק ספיקא כיון דמותרת לו דהא ספק ספיקא שרי בכל דוכתי וא"כ מותרת לו לגמרי א"כ היאך שייך לומר שתפסיד כתובתה ואדרבה יש לדקדק מתוס' להיפך מדכתבו ואין לומר דאפילו בס"ש מפסדת כתובתה שום דמוקמינן ממון אחזקתי' כו' אלמא טעמא דאקמינן ממון בחזקתי' מהני אפילו בס"ס אלא שמקשין על זה מהא דאי' לקמן גבי משארסתני נאנסתי דאית לה מנה כיון דהוא ס"ס והיינו מטעמא דפרישית כיון דהיא מותרת לו היתר גמור מטעם ספק ספיקא לא תפסיד כתובתה אבל בעלמא קיימא הך סברא דמוקמינן מיכן ממון אחזקתי' אע"ג דאיכא ספק ספיקא עכ"ד ועיין מ"ש בס' אורים ותומים בקיצור תקפו כהן ס"ק ק"ך. ודבר גדול דיבר שחידש לן בכוונת תוס' שרצונם לומר שאין לפסוק בבת אחת תרתי דסתרי, ונלענ"ד להביא ראי' לסברא זו דלכאורה קשה לי אמאי מחייב ר"ג ליתן לה מאתים בין לתי' קמא משום מגו בין לתי' בתרא משום חזקה הא במנה שני' איכא ספק ספיקא לסייע לבעל המוחזק בממון חדא דלמא הי' קודם אירוסין והי' מקחו מקח טעות ואת"ל לאחר אירוסין דלמא זינתה ברצון ולא מבעי' לתי' בתרא בודאי קשה אמאי מהני חזקת הגוף כיון דאיכא ספק ספיקא דסותר לחזקה ולא נשאר רק ברי ושמא כקושי' הש"ס (והיאך מהני ברי גרוע וחזקה נגד ס"ס וחזקת ממון וחזקה דהשתא דהרי בעולה לפניך) ואפי' לתי' קמייתא דהוא משום מגו מ"מ לפי דעת כמה פוסקים הסוברים דלא אמרינן מגו במקום רוב וה"ה במקום ספק ספיקא שהוא מטעם רוב ובשגם מגו זו דלא הוי מגו מעליא כמ"ש ראשונים זלה"ה שם ובין למ"ד כנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובה מנה ובין למ"ד אין לה כלום קשה כפי המובן ולאחר עיון ראיתי שהקשה כן ג"כ בספר הפלאה לתי' בתרא ולענ"ד קשה גם לתי' קמייתא ולפי סברת הש"ך א"ש דהנה תוס' בדף ט' ע"א בד"ה ואבע"א הקשו ונוקי אחזקת היתר לבעלה ותי' דאונסא אית לי' קלא כדאי' בירושלמי והשתא דליכא קלא הוי לי' רצון רובא ומיעוט אונס ורובא וחזקה רובא עדיף וא"ת א"כ בס"ס נמי תיאסר דספק אונס כמאן דליתא דמי ולא נשאר רק חד ספק ספק תחתיו ולא שייך לוקמי על חזקת

היתר ואומר ר"י דהאי רובא דברצון לא הוי רוב גמור אלא מדרבנן ובמקום ספק ספיקא שרי ובמקום חד ספיקא חשבי רבנן רצון לגבי אונס רובא, א"כ סוברים תוס' במקום ספק ספיקא קם הענין על דין תורה שמותרת כיון שיש לה חזקת היתר לבעלה ואמרינן שהי' באונס דמן התורה ליכא רובא דברצון וכבר הוכיח הפני יהושע שם בתוס' ד"ה לא צריכא דסוברים תוס' דלא אמרינן ספק ספיקא נגד חזקה וגדולה מזו כתבו האחרונים בכללי ס"ס דאפילו להאומרים דמהני ספק ספיקא נגד חזקה היינו דתרווייהו ספיקות סותרין לחזקה מצרפינן הספיקות שיהי' בגדר רובא ועדיף מחזקה אבל היכי דרק ספק אחד סותר לחזקה לא מהני לכ"ע כיון דחזקה הוא כוודאי וסותר הספק ולא נשאר רק ספק אחד וסד"א לחומרא וא"כ לפ"ז לק"מ ושפיר קאמר ר"ג דנאמנת ואית לה מאתים, ואי אפשר לומר שתאבד כתובתה מטעם ספק ספיקא דלמא הי' קודם אירוסין והי' מקח טעות, ואת"ל לאחר אירוסין דלמא זינתה ברצון דז"א כיון שבע"כ אתה מוכרח לדון גם לענין איסורא אם מותרת לבעלה וצריך אתה לדון ולומר שהיא מותרת מטעם ספק ספיקא דלמא הי' הזנות קודם שנתארסה ואת"ל לאחר שנתארסה דלמא הי' באונס וע"י ס"ס הלז באמת אתה מתירה לבעלה וקשה היאך אתה מתירה לבעלה הא היי ס"ס נגד רוב וצריך אתה לומר כמ"ש תוס' בס"ס אוקי אדאורייתא דליכא רוב ומוקמינן אותה בחזקת היתר וצדקת שהי' באונס (עיין בר"אש סימן י"ח) ממילא אי אתה יכול לומר לענין ממון ס"ס להיפך דלמא זינתה תחתיו ברצון, דהא הוי תרתי דסתרי כיון דלענין איסור אתה אומר דאוקי אדאוריתא ומן התורה יש לה חזקת היתר וחזקת כשרות שהי' באונס ממילא גם לענין ממון ליכא ספק שני דלמא הי' ברצון דאיכא חזקה שהי' באונס דבכה"ג לכ"ע לא מהני ספק ספיקא נגד חזקה כיון דאין תרווייהו ספיקות נגד חזקה ולא נשאר רק ספק ראשון דלמא הי' קודם אירוסין ומהני המגו או החזקת גוף והא דהוצרכו תוס' לומר הטעם דאית להימנה מטעם ספק ספיקא הא בלא"ה אין לחוש שהוא ברצון מטעם חזקת היתר י"ל כנ"ל דאם לא הי' ספק ספיקא הוי אמרינן שהוא ברצון מטעם רוב ועל ידי ס"ס איכא חזקת היתר וא"ש ולפ"ז ממילא מיושב קו' מוהר"ם שיף הנ"ל דלכאורה קשה על תי' בתרא בכתובת שם שמתרץ טעמא דר"ג משום דאוקמי אחזקה הא הוי ג"כ תרתי דסתרי כיון שאתה מתירה לבעלה משום ספק ספיקא ספק תחתיו ספק אינו תחתיו ואת"ל תחתיו ספק באונס ספק ברצון ותיקשי היאך אתה אומר ספק אינו תחתיו הא יש חזקת הגוף שהי' בתולה ובע"כ הי' תחתיו ובע"כ צריך אתה לומר שחזקה דהשתא דהרי בעולה לפניך וחזקת היתר לבעלה מתנגד שלא הי' תחתיו, וא"כ קשה איך אתה אומר לענין כתובה שיט לה כתובה מטעם אוקי אחזקתי' והשתא נבעלה

לאחר אירוסין הא הוי תרתי דסתרי, אמנם ז"א דודאי מותר לפסוק אפילו תרתי דסתרי כל חד וחד כדינו ממון כדינו ואיסור כדינו וכן מצינו בהרבה דוכתי והיינו היכי דלא ניכר העולם שהוא סותר דעיקר הטעם שאין לפסוק במילתא דתמי' אצל העולם וכדאי' במס' פסחים ד"י ביני שבילין ובכמה דוכתי שבהוראה אחת אין לפסוק מילתא דמחזי כשקרא וכתמי' אצל העולם, וכ"כ תוס' בנדה ד"ס ע"א וכן הוא בהגהות מרדכי בריש מס' ב"מ וא"כ סברת הש"ך נכונה שאם אתה תפסוק שמותרת לבעלה מטעם ס"ס ואין לה כתובה הוי כמילתא דתמי' הניכר לעולם משא"כ הכא כיון שבאמת יט לה כתובה ומותרת לבעלה ליכא מילתא דתמי' אצל העולם, וכיו"ב הוא במס' עירובין דע"ו ע"א הכי השתא התם ספק יממא ספק לילה לא מנכרא מילתא אבל הכא אי דלגבי האי בית לגבי האי בית כו' וכתב רש"י וז"ל לא מנכרא ולא הוי מילי דרבנן כחוכא, אבל הנך בתים כו' הוי מילי דרבנן כי חוכא יע"ש ועיין כיו"ב במשנה למלך בפרק ב' מהלכות חמץ ומצה הלכה י"א, וא"כ ממילא מיושב קו' מוהר"ם דאי אפשר לומר שלא יהי' לה כתובה מטעם רובא דברצון כיון דבמקום ספק ספיקא אוקי אדין תורה דליכא רובא ואדרבא מסייע לה שהי' באונס מכח חזקת היתר וחזקת כשרות ואתה מתירה לבעלה מטעם ס"ס ספק תחתיו ספק אינו תחתיו ואת"ל תחתיו דלמא הי' באונס ולא אמרינן שהי' ברצין משום רוב כיון דמן התודה יש לה חזקת היתר וליכא רובא דברצון ואיך תאמר לענין ממון סאין לה כתובה מטעם רובא דברצון הא הוי תרתי דסתרי שיהי' מותרת לבעלה ואין לה כתובה לכן לא רצו רבנן לעקור דין תורה כלל גם לענין ממון ואוקי אדאורייתא דאיכא חזקת היתר שהי' באונס ואית לה כתובה ודוק וא"כ כיון שנסתר הקו' לא מוכח כשיטת רא"ה ועדיין דין זה לא מוכרח משו"ס היכי דטוען ח"י אם פרעתיך בברי גרוע ושמא טוב דמוציאין ממון והוא ספק רבתי לדינא ועמ"ש בפרט הסמוך:

פרט ד

יבואר בהאי דינא דנחלקו הפוסקי' אי חייב בא"י אם פרעתיך בברי גרוע ושמא טוב יתברר היטב סוגי' דמס' שבועת דף מ"ה ע"ב:

ו גרסינן במס' שבועת דמ"ד ע"ב השכיר נשבע ונוטל ואיתמר עלה בדף מ"ה ע"א מ"ש שכיר דתיקנו לה רבנן דמשתבע ושקיל, ואמר ר' נחמן אמר שמואל תקנות קבועות שנו כאן עקרוהו רבנן שבועה מבעל בית ושדי' אשכיר משום כדי חייו משום כדי חייו דשכיר קנסינן לי' כו', אלא בעל בית טרוד בפועליו וליתב בלא שבועה כדי להפיס דעתו של בעל בית כו' אי הכי אפי' קצץ כמי אלמה תניא אומן אומר שתים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת המע"ה קציצה ודאי מידכר דכירי לי' והקשה בתוס' ד"ה וניתוב,

לא יהי' ברי של בעל בית כאינו יודע וה והניחא למ"ד ברי עדיף אלא למ"ד לאו עדיף אמאי ותירצו דהוי כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם ה החזרתי לך דחייב לכ"ע יע"ש וראיתי בספר פני יהושע בב"מ דקי"ג ששדא נרגא בסברת תוס' הנ"ל דהא דקיי"ל באיני יודע אם תרע פרעתיך חייב לשלם כתב הרי"ף משום דאין ספק מוציא מידי ודחי וטעם הדבר אע"ג דקיי"ל זה כלל גדול בדין המע"ה ואפילו בברי ושמא מ"מ לא שייך הא מילתא בא"י אם פרעתיך משום דעיקר טעמא דהמע"ה היינו משום דמוקמינן לגברא וממונא אחזקתי' דכל מה שיש ביד אדם הוא שלו משא"כ בידוע בודאי שהלוהו אזדא לי' הך חזקה ואדרבה חזקה שיש לו ממון אחרים בידו וא"כ לא שייך הך מילתא בנידון דפועלים כיון דשכירות אינו משתלמת אלא לבסוף והוא אומר שפרע מיד א"כ אית לן לאוקמי גברא וממונא אחזקתי' כיון דאכתי לא איתרע חזקה דידי' ולכן כתב שכוונת תוס' דמתקנות חכמים עשאו כאיני יודע אם פרעתיך יע"ש. והמעיין בתוס' לא משמע כן רק שנראה שסוברים שהוא מן הדין, וכן מבואר בתוס' בכתובת ד"פ ע"א ד"ה ישבע שכתבו וז"ל ואע"ג דשכיר למאי דחשיב לי' טרוד בפועליו מן הדין הי' לו ליטול בלא שבועה דהו"ל כאומר הלותני וא"י אם החזרתי לך דחייב ואינו נשבע אלא להפיס דעתו מ"מ אי לאו דאשמעינן לא היינו יודעין דחשיב כאינו יודע ואפילו בשבועה לא הי' נוטל יע"ש נראה שר"ל כי לולי כן לא היינו יודעין מסברא חיצונה דטירדות בעל בית משוי' שא"י והוי כמו לר' יהודא דלא הוי ודאי ששכח קמ"ל תנא סברתו דודאי שכח מחמת טרדת פועלים והוי א"י אם פרעתיך מן הדין הגם שהר"ן כתב שם דלא הוי כא"י אם פרעתיך ממש מ"מ המעיין בתוס' הנ"ל ובב"מ דקי"ב ע"א יראה שסוברים דהוי א"י אם פרעתיך ממש מן הדין ותו לפמ"ש הפני יהושע נראה אפילו אם אומר בעל בית להדי' שמסופק אם פרעו לא הוי בכלל א"י אם פרעתיך ולא משמע כן מפוסקים ועיין בטור סימן פ"ט שכתב אם טוען בעל בית ספק נוטל השכיר בלא שבועה וכתב הב"ח הטעם משום דהוי א"י אם פרעתיך ועיין בפרישה שם, ומשמע להדי' שהוא מדינא, לכן נלענ"ד כי לכאורה סברת פ"י הוא דלכן לא דמי לא"י אם פרעתיך דהתם איכא חזקת חיוב כיון דקיי"ל היכי שיש לב"ד ספק מוקמינן על חזקה קמייתא וכיון שהלוה מסופק ואיכא ספק לב"ד מוקמינן על חזקת קמייתא שהי' מחויב לשלם כמ"ש טו"ז בסוף סימן ע"ה משא"כ בשכירות פועלים כיון דשכירות רות אינו משתלמת אלא לבסוף והוא אומר שפרע מיד בהגעת הזמן בסופו ממילא מעולם לא הי' בחזקת חיוב, ותמהני מאד דהא תוס' כתבו במס' קדושין דמ"ח ע"א ד"ה דכ"ע, ובמס' ב"ק דצ"ט ע"ב ובמס' ע"א די"ט ע"ב, ובמס' ב"מ דפ"ה ע"א אף דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מ"מ ישנו לשכירות

מתחילה ועד סוף וכן קיי"ל ומשמע להדי' בתוס' שם דאפי' פועל שהוא שכיר יום ואינו קבלן ג"כ יש לו דין זה שכתבו ואין נפקותא רק לענין חזרה דהא דאמר רב פועל יכול לחזור כו' ע"ש והתם מיירי בשכיר יום וכן משמע להדי ברש"י בקדושין דמ"ח ע"ב ד"ה והכא באומן קונה שכתב כלומר שהכא לא התנה עמו להיות שכיר יום אלא קבלן עכ"ל משמע להדי' דאבע"א קמא שתירץ בישנו לשכירות מיירי אפי' בפועל שהוא שכיר יום, ופשוט דאין חילוק לענין זה בין אם מחזיק הפועל לכלי עד שישלם או שאינו תופס וכן משמע להדי' במס' ע"ח די"ט ע"ב וכן מובן מסברא ורש"י כתב בקדושין שם וז"ל דישנו לשכירות מתחילה ועד סוף כל פרוטה ופרוטה כשגמרה נתחייב בה בעל מלאכה לפועל בשכירות עשיות מלאכה יע"ש וא"כ שפיר כתבו תוס' דגם בפועל איכא חזקת חיוב כיון דאינו משלם השכירות אלא בסוף כל גמר מלאכה כולה והחיוב הי' על בעל בית מיד בכל פרוטה ופרוטה לשלם בתורת חוב והוי א"י אם פרעתיך כמו בלוה, ואי הוי אמרינן אין לשכירות אלא לבסוף שפיר הי' מקום לומר כמ"ש הפ"י כיון דחיוב חל עליו רק לבסוף והוא טוען שפרע אז אף דאמרינן שמסופק הוי א"י אם נתחייבתי לך אבל לפסק הלכה שם דקיי"ל כאבע"א במס' קידושין שם דכ"ע סוברים ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף דברי תוס' ברורין. ולפי זה נראה להביא ראי' לשיטת הרמב"ם שכתב בפרק שלישי מהלכות טוען דהא דשכיר נשבע ונוטל בעינן דוקא שכפירה יהי' שתי כסף וראב"ד השיג עליו דאפי' הי' שכרו פרוטה נשבע ונוטל וכ"כ בש"ע ח"מ סי' פ"ט סעיף ב' והקשה על רמב"ם זלה"ה מכלן לחדש דין מדעתו ולפמ"ש נ"ש ח"ש דמוכח דבע"כ עשאו חז"ל תקנה דשכיר שיהי' דינו כנשבע ונפטר מן התורה בעינן שתי כסף דאי נימא אפי' דכפירת פרוטה נשבע השכיר ונוטל קמה קושי תוס' הנ"ל מה מקשה הש"ס וניתב בלא שבועה הא הוי א"י אם נתחייבתי לך ומה שתי' תוס' דהוי א"י אם פרעתיך היינו היכי דהשכירות הוא כמה מעין אז יש לומר שבאמצע המלאכה הי' חל החיוב לשלם דבכל פרוטה שגמר נתחייב בפרוטה ואיכא חזקת חיוב משא"כ היכי שכל שכרו הוא פרוטה כיון שפחות מפרוטה לא הוי ממון לא חל עליו חיוב לשלם רק כשגמר כדי פרוטה דהא פחות מפרוטה ניתן למחילה ואין יוצא בדיינים שאין לו שם ממין וכמ"ש רש"י להדי' כנ"ל וכשחל החיוב כבר גמר המלאכה ובע"ב אמר שפרע מיד כשגמר המלאכה א"כ מעולם לא הי' חזקת חיוב כסברת פ"י הנ"ל וכיון שהיכי דכל שכרו פרוטה צריך לישבע עשאו חז"ל לא פלוג בתקנתם שכל שכיר ישבע כדרכם בכל המקומות לעשות לא פלוג בתקנה ומאי מקשה הש"ס אע"כ כשיטת רמב"ם דאם שכרו הוא פרוטה לא נשבע השכיר ונוטל שעשאו כשאר טוענים ושפיר הוי א"י אם פרעתיך

כיון דישנו לשכירות מתחילה ועד סוף דהא בכל פרוטה איכא חזקת חיוב ונשמע שגם תוס' סוברים כרמב"ם, וא"כ דברי תוס' ברורין:

ז אמנם נשמע מדברי תוס' הללו שבע"כ לית להו סברת ראנ"ח וסיעתו דהא הכא כיון שבעל בית טרוד בפועליו מחמת טרדתו אומר כן ואף דהוי כשמא מ"מ הטמא טוב דלא הו"ל למידע וברי של השכיר גרוע שיודע שטרוד בפועליו ואפ"ה סוגרים דחייב לשלם וכן מצאתי בא"ות סימן ע"ה ס"ק כ"ב, וא"כ לשיטת ראנ"ח וסיעתו הדרא קושי' תוס' בד"ה וליתוב הנ"ל לדוכתי' כיון דאי אפשר לומר כתירוצם, ונלע"ד ליישב הסוגי' על נכון לשיטת ראנ"ח וסיעתו, דהנה עוד הקשו בתוס' ד"ה אפילו קצץ נמי הא הו"ל כאינו יודע אם גזלתיך דפטרי ר"נ ור"י ותירצו דהתם לא מודה מידי אבל הכא שמודה במקצת הוי לי' כמנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים וחמשים לא ידענא דאמרינן התם מתוך שאינו יכול לישבע משלם וקשה הא מרא דשמעתי' הוא שמואל, ובדמ"ז ע"א אי' דלית לי' לשמואל האי דינא דמשאיל"מ, ותו קשה לפמ"ש תוס' במס' ב"ק דמ"ו ע"א ד"ה דאפילו דלא אמרינן משאיל"מ היכי דלא הוי לי' למידע והכא לא הו"ל למידע כיון שבעל בית טרוד. בפועליו ומה יעשה בעל בית אם מחמת טרדות אומר בדדמי דכיון דאכתי לא מטא חיובא לעבור על איסור בל תלין לא רמי' עלי' וידעתי כי יש ליישב אבל הוא בדוחק, עוד הקשה הר"ן שם בלשון הש"ס אי הכי אפי' קצץ נמי כו' שלשון אי הכי אינו מדוקדק לכן נראה לענ"ד בישוב הסוגי' ונקדים כללים ויסודת מגדולי הראשונים זלה"ה

כלל א

נחלקו רבותינו זלה"ה בכל מקום דקיי"ל פטור מלשלם בדיני אדם וחייב בדיני שמים אם מועיל תפיסה, דעת מוהרש"ל בפרק הכונס סימן ו' בכוונת רש"י במס' ב"מ דנ"א דלא מהני תפיסה רק בקים לי' בדרבה מיני' ואולם דעת ראב"ד הובא בטוי"ד סימן קס"א ורא"ה בס' החינוך סימן שמ"ג וכן הובא במשנה למלך בפרק כ"א ממלוה דעת תשובת מהר"ם מינץ שהבין כן ברש"י דבכל מקום היכי דחל חיוב עליו לשלם לצאת ידי שמים מהני תפיסה אפי' בפני עדים ועמ"ש לעיל בכלל ט' פרט ב' יע"ש ונראה להביא ראי' דבע"כ ר' נחמן סובר היכי דחייב לשלם כדי לצאת ידי שמים מועיל תפיסה, דהנה אי' במס' בבא מציעא דע"ה ע"ב במתני' שכר את החמור כו', וכל דבר שאבד וחזרו בהן מקום שאין שם אדם שוכר עליהן או מטען ואי' בדע"ח עד כמה שוכר עליהן אמר ר' נחמן עד כדי שכרן איתבי' רבא לר' נחמן עד ארבעים וחמשים זוז אמר לי' כי תניא ההוא כשבאתה חבילת לידו והנה רש"י פירש בד"ה כדי שכרן וז"ל אם עשו אצלו קצת מלאכה ולא קיבלו

כלום שוכר עליהן כל מה שהוא חייב לאחרים יוסיף ויגמרו ע"ש משמע להדי' דסובר אם לא התחילו במלאכה שאינו אוחז בשכרן אינו שוכר עליהם דאין צריכין לשלם מכיסם אבל הר"אש הוכיח בשם ראב"ד דאפילו לא התחילו במלאכה שוכר עליהן ומחויבים לשלם מכיסם ויש להבין לרש"י מדוע לא פירש כראב"ד כמשמעות לשון המשנה כמ"ש הר"אש דאיירי אפי' לא אתחילו במלאכה דסתמא קתני ונראה להוכיח כמ"ש מוהר"ם מינץ הנ"ל בהבנת דברי רש"י במס' ב"מ דצ"א דהנה בהא דאי' במתני' בסיפא דהוי דבר אבד שוכר עליהם צריך ביאור להבין הא ברישא שאם אינו דבר אבד אם חזרו הפועלים אין לו עליהם רק תערומת משום דלא הוי קנין רק קנין דברים בעלמא כמ"ש ברש"י בדע"ו ע"ב ד"ה אין ואמאי חייבין בסיפא מה בכך דהוי דבר אבד מ"מ אמאי נתחייבו לשלם בדיבורא בעלמא. ואולם הטעם מבואר דבדבר אבד נתחייבו מטעם גרמי דהוי ברי הזיקא והיזק נעשה מידי כמ"ש תוס' דע"ו ע"ב ד"ה אין ובהגהות אשר"י שם וזהו פשוט בש"ס בכמה דוכתי אפי' לרבנן דר' מאיר דלית להו דינא דגרמי היינו דפטור מלשלם אבל אסור דלא גרע מגרמא בנזקין דאי' במס' ב"ב דף כ"ב דאסור וחייב הגורם לשלם לצאת ידי שמים כמו לר"מ בגרמי בנזקין ומהני תפיסה לשיטת מוהר"ם מינץ דסובר בכל מקום שחייב לציד"ש מועיל תפיסה א"כ י"ל בפשיטות לכן לא רצה רש"י לפרש במתני' הפירוש כראב"ד משום דרצונו לאוקמי מתני' אפי' כרבנן דר"מ דמשמע להדי' דבהאי דינא דמתני' ליכא מחלוקת ואף דבעלמא אמרינן סתם מתני' ר' מאיר מ"מ היכי דאפשר לומר דאתי' כב"ע עדיף לכן מוכרח לפרש דאיירי שהתחילו במלאכה דבעל בית מוחזק ותפוס בשכרן וכיון דהיכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים מהני תפיסה, לכן נתחייבו הפועלים אפי' לחכמים וז"ש במתני' שוכר עליהן עד כדי דמיהן, וא"כ לפ"ז י"ל רש"י וראב"ד לא פליגי לדינא די"ל גם רש"י מודה לראב"ד לדידן דקיי"ל כר' מאיר דדאין דינא דגרמי ומחייב לשלם בדיני אדם באמת שוכר עליהן אף אם לא התחילו במלאכה שלא תפס הבעל בית משכרן מחויבין לשלם מכיסם והיינו טעמא דראב"ד רק רש"י רצה לפרש מתני' כב"ע, ולפ"ז מיושב קו' הגהות אשר"י שם שהקשה על ר' נחמן דדאין דינא דגרמי למה בעינן שבאתה חבילה לידו ובהנ"ל א"ש לפמ"ש בס' שיטה מקובצת שם דארבעים וחמשים זוז הוא לאו דוקא דה"ה יותר כל מה שהתפיס רק נקיט דרך גוזמא וא"כ י"ל אף דר' נחמן פוסק כן מ"מ כיון דלא נזכר במתני' שרבנן דר' מאיר חולקי' אף דסתם מתני' ר' מאיר מ"מ היכי דאפשר למעט במחלוקת עדיף ובשגם כי בברייתא מתני ג"כ האי דינא בסתמא משמע דאתי' כב"ע, לכן מוכרח לאוקמי כשבאתה חבילה לידו שוכר עד ארבעי' ונ' זוז ה"ה יותר דכיון דבעל בית תופס ועכ"פ נתחייבו הפועלים אפי'

לחכמים כדי לצאת ידי שמים דבגרמי לרבנן דמי כמו גרמא לר' מאיר ומהני תפיסה אבל באמת מודה ר' נחמן לר' מאיר אפי' לא באתה חבילה לידו חייבין הפועלים לשלם הכל מה שגרמו היזק בדיני אדם מטעם גרמי וא"ש כן נלע"ד לולי דברי ראשונים זלה"ה, וא"כ נשמע ד"ר נחמן סובר היכי דחייב לשלם כדי לצאת ידי שמים מהני תפיסה:

כלל ב

למדתי מדברי הר"ן ז"ל דאי' במס' כתובת דפ"ו ע"א האי מאן דאיכא עליה כתובת אשה ובעל חיב ולית לי' רק חד ארעא לבעל חוב יהבינן לאשה לא יהבינן יותר מה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להנשא וכתב בר"ן שם וז"ל וא"ת כיון שהדין נותן דיחלוקו היאך גוזלין את האשה ונותנין לבעל חוב יש לומר דלוה ולוה אם קדם האחר וגבה מה שגבה גבה, הלכך כיון שאילו קדם ובא בעל חוב לבית דין והגבהו ראשון מה שגבה גבה מן הדין אנו מגבין לבעל חוב תחילה משים טעמא דיותר מה שהאיש רוצה לישא כו' ולאחר גבייתו זכה בהן מן הדין עכ"ל נשמע אף בסברא כל דהו מהני להוציא ממון כמו התם שהי' בחזקת שניהם היכי דבדיעבד מועיל תפיסת אחד מהצדדים רק שלא מצי ב"ד להורת ליתן לו לכתחילה מהני אפי' סברא וטעמא כל דהו שיש לאחד מהם שיועיל שיעשה ב"ד מעשה להוציא מחבירו לכתחילה ולא הוי עול כיון שבדיעבד זכה בדבר שתפס מן הדין ועמ"ש לעיל כלל ט' פרט ב':

כלל ג

נראה לשיטת ראנ"ח וסיעתו דסוברים היכי שטוען אינו יודע אם פרעתיך בברי גרוע ושמא טוב פטור מלשלם היינו שאין ב"ד כופין אותו לשלם אבל מודו שעכ"פ חל עליו החיוב לשלם לצאת ידי שמים ונ"מ להסוברים שהיכי שחייב לצאת ידי שמים מועיל תפיסה ה"ה יכול התובע לתפוס והטע' לענ"ד פשוט ומוכרח דבודאי ברי גרוע שטוען לא גרע מאילו טוען שמא והיכי דשניהם מסופקים כגון שטוען הלוה א"י אם פרעתיך והמלוה מסופק אף דקיי"ל במלוה על פה פטור מלשלם כמ"ש הש"ך סי' ע"ה ס"ק ס"ה מ"מ כתב שם הש"ך בשם רשד"ם דמחויב לשלם לצאת ידי שמים, ומה שהש"ך מפקפק שם על האי דינא כבר הביא בתומים ס"ק י"ט ראי' לדברי רשד"ם מירושלמי מכ"ש בברי גרוע ושמא טוב דחל על הנתבע חיוב לשלם כדי לצאת ידי שמים היכי שטוען אינו יודע אם פרעתיך דהא לא גרע משניהם טוענים שמא כיון דעיקר טעמא דברי גרוע לא מהני דאנו אומרין דמחמת שיודע שהנתבע אין יכול לידע אומר כן מ"מ לא ברור לן שבודאי משקר אולי באמת יודע וא"כ לא גרע מאם הי' טוען שמא וזהו פשוט:

כלל ד

נראה לברר בהא דקיי"ל היכי שטוען ברי וחבירו טוען איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור בדיני אדם וחייב לשלם כדי לצאת ידי שמים אי היינו דוקא בברי טוב ושמא גרוע כעין דמחלקינן לר' הונא ור' יהודא לענין חיוב בדיני אדם ה"ה לדידן לענין חיוב לצאת ידי שמים, אבל בברי גרוע ושמא טוב פטור או דלמא בכל גווני חייב לשלם לצאת ידי שמים ולעיל בכלל ט' פרט ב' הבאתי מ"ש כבוד אאמ"ו הרב הגאון המפורסים מו"ה אלעזר נרו בספרו שמן רקח בשם כבוד גיסי הרב הגאון המפורסים אלוף נעורי מ"ו ירמי' זצ"ל שיש לחלק גם לענין חיוב לשלם לצאת ידי שמים לדידן דקיי"ל כר' נחמן בין ברי טוב ושמא גרוע לברי גרוע ושמא טוב, ולולי דמסתפינא הייתי אומר דלא מוכרח כלל וראי' לזה מש"ע ח"מ סימן ע"ה סעיף י"ח דאיתא שם אם טענו שניהם ספק כגון שטענו הלויתך ואינו יודע כמה, והשיב אמת שהלויתני ואינו יודע כמה אין הנתבע נשבע אפילו שבועת היסת ומשלם מה שברור לו ויוצא אף ידי שמים ויש אומרים כיון שזוכר שלוה אינו יוצא ידי שמים עד שיתפשר עם המלוה במה שיוכל יע"ש ואמאי לא ביאר בש"ע גם האי דינא היכי שטוען ברי גרוע ושכנגדו טוען שמא א"י אם נתחייבתי לך שפטור מלשלם לצאת ידי שמים אע"כ לענין לצאת ידי שמים לא שייך האי חילוק כיון שמ"מ טוען ספק ושכנגדו ברי אף שהוא ברי גרוע חייב לשלם והחילוק בין ברי טיב ושמא גרוע הוא רק לר"ה ור"י דב"וש ברי עדיף וחייב בדיני אדם או לדידן בא"י אם פרעתיך לשיטת ראנ"ח, אבל לענין חייב לצאת ידי שמים בכל גווני חייב וכן מוכח בש"ע סימן ע"ה סעיף ט' שכתב בסתם בברי ושמא שחייב לצאת יד"ש ולא כתב בברי גרוע שהוא פטור אע"כ אפי' לדיעה ראשונה הנ"ל בסעיף י"ח שפטור לשלם לצאת ידי שמים היינו כשברור שמלוה מסופק משא"כ כשטוען ברי גרוע כן נראה לענ"ד, ולפ"ז נ"מ בנידון דידן כשמחולקים בקציצה לפ"ד דש"ס דגם בקציצה בעל בית טרוד בפועליו ואינו יודע כמה קצץ ששכח כמו בפרעון שבודאי שכח נראה למ"ד דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם משום דלא הוי למידע ולא נוכל לכופו בדיני אדם שישלם שתים כמו שאמר שכיר כיון דמטעם מתוך פטור וגם מטעם ברי ושמא פטור לשלם בדיני אדם כיון דהוי אינו יודע אם נתחייבתי לך מ"מ עכ"פ מחייב הבע"ב לשלם לשכיר שתים כדי לצאת ידי שמים כדין ברי ושמא שחייב לשלם לציד"ש כנ"ל. ואף דברי של שכור גרוע ושמא של בע"ב טוב מ"מ בברי גרוע ושמא חל עליו החיוב לציד"ש כדמוכח בש"ע הנ"ל, וטעמא דמילתא נראה דברי של בע"ב אמרו חז"ל מחמת טירדת פועלים כאילו טוען ודאי שמא ומה שאומר ברי אומר בדדמי וברי של שכיר אף דהוי ברי גרוע מ"מ אינו טוען שמא ולית לן למיתלי טעם שיהי' מסופק וא"כ לפוסקים דהיכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים מהני

תפיסה ה"ה כשמחולקים בקציצה לס"ד דש"ס דבע"ב טרוד ומסופק ג"כ בקציצה וכאילו טוען א"י אם תפס השכיר שתים אפי' בעדים מהני תפיסתו דאפילו בברי גרוע ושמא טוב חל עליו החיוב לשלם לצאת ידי שמים:

ז ומעתה נבוא לפרש הסוגי' על נכון לשיטת ראנ"ח וסיעתו, דהנה הרי"ף כתב וז"ל אמר ר' נחמן תקנות קבועת שנו כאן עקרהו רבנן לשבועה מבעל בית משום דטריד בפועליו ושדיא אשכיר משום כדי חייו ופי' בר"ן שם כוונתו משום כדי חייו תיקנו שבועה על בעל בית וכיון שראו שעסקיו מרובים ואין יכול לישבע תיקנו שישבע שכיר ולולי דבריו ז"ל הייתי אומר דאין לשון רי"ף מורה כן דאם כדבריו הוי לי' לומר עקרוהו רבנן לשבועה מבעל בית שהי' עליו משום כדי חייו ושדי' אשכיר משום דבעל בית טרוד בפועליו וכפי מ"ש לשון הרי"ף משמע דסובר דגם למסקנא דמסיק בעל בית טרוד בפועליו נשאר גם טעמא דכדי חייו משום האי טעמא שדי' שבועה אשכיר לכן נראה לענ"ד לולי דבריהם זלה"ה יש לפרש הסוגי' ואומר כי המעיין בגמ' יראה שרצה מתחילה לפרש כוונת ר' נחמן משום כדי חייו דשכיר קנסו לבעל בית להפסיד ממונו שלא כדין וע"ז מקשה הש"ס וכי משום כדי חייו דשכיר יקנסו לבעל בית שלא כדין דהוי עול גמור, ואולם בזה סובר הש"ס לסברא פשוטה אם הי' שע"פי דין יכול השכיר לתפוס מבעל בית רק לכתחלה לא יוכל להוציא ממנו ע"פי דין אדם בזה ראוי לחוס על השכיר משום כדי חייו ולעשות לו תקנה להוציא מבעל בית ע"פי דין אדם שישבע ויטול כיון דבדיעבד זכה מן הדין לא הוי עול וכסברת הר"ן הנ"ל היכי דבדיעבד מהני תפיסה מהני סברא וטעמא כל דהו להוציא לכתחילה וה"ה משום כדי חייו וא"כ לאחר דמשני הש"ס בעל בית טרוד בפועליו מקשה הש"ס שפיר ניתוב בלא שבועה דכיון שטרוד הוי טענת בעל בית טענת שמא דודאי שכח כמ"ש תוס' כאילו טען אינו יודע אם פרעתיך ואף דלא הו"ל למידע ואיתרע טענת ברי של שכיר דיש לומר דלכן תובע שיודע שטרוד בפועליו ולא יהיו אצל בע"ב העזה כי יתלה בעצמו ששכח מחמת טירדה מ"מ לא גרע ברי גרוע של שכיר מאילו גם השכיר טוען שמא כיון שעכ"פ חיוב הוא ודאי ופרעון הוא ספק דהא עשאו מלאכה בעדים כמ"ש ה"המ בפ' א' משכירות הי"ו והוי כאילו טוען א"י אם פרעתיך וגם התובע מסופק דמחויב לשלם לצאת ידי שמים כנ"ל והיכי דחייב לציד"ש מועיל תפיסת השכיר וכיון דיש לנו טעמא דכדי חייו וגם למסקנא קם טעם זה ראוי ליתן לשכיר אפי' לכתחילה כעין סברא הנ"ל כיון שבדיעבד מועיל תפיסה כשיש סברא כל דהו המסייע לו מוציאין ב"ד מחבירו דלא הוי עול כיון דבדיעבד זכה בו מן הדין ור"נ בע"כ סובר במס' ב"מ כנ"ל דהיכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים מהני תפיסה ומרא דשמעתתא

הוא ר' נחמן וא"כ שפיר מקשה וניתוב לי' בלא שבועה ולפ"ז מובן ג"כ דברי תוס' במ"ש דהוי א"י אם פרעתיך אפי' לשיטת ראנ"ח דאף דהוי ברי גרוע מ"מ לא גרע משמא ושמא דחייב לשלם לצאת ידי שמים לשיטת רשד"ם המובא בש"ע סי' ע"ה ס"ק ס"ה, ומועיל תפיסה וראוי ליתן לו לכתחילה משום טעמא דכדי חייו ונשמע דתוס' סוברים דהיכי דחייב לציד"ש מועיל תפיסה וגם כשיטת רשד"ם היכי דשניהם מסופקים חייב לשלם לצאת ידי שמים ועל זה משני הש"ס כדי להפיס דעתו של בעל בית ונשמע שסובר הש"ס לולי טעם דהפסת דעת הי' נוטל השכיר אפילו בלא שבועה ובע"כ מטעם הנ"ל כיון דבדיעבד מהני תפיסה נותנין לו לכתחילה משום כדי חייו ובע"כ סובר היכי דחייב לשלם לצאת ידי שמים מהני תפיסה ושפיר מקשה אח"כ אי הכי אפי' קצץ נמי ומדוייק לשון אי הכי וגם לא קשה קו' תוס' דהוי א"י אם נתחייבתי לך ומה שתירצו תוס' כתבתי לעיל להקשות ולפמ"ש א"ש ומדוייק על נכון, ע"פי מ"ש לעיל בכלל ד' דברי גרוע ושמא טוב חייב לציד"ש ומועיל תפיסה לכן אחר שחידש ששבועה כדי להפיס ובלא"ה הי' נוטל אפי' בלא שבועה דהוי אינו יודע אם פרעתיך וקשה הא ברי מל שכיר גרוע ושמא של בע"ב טוב ופטור מדיני אדם בע"כ צריכין לומר הטעם כיון דלציד"ש מועיל תפיסה מהני טעם כדי חייו ליתן לכתחילה וסובר המקשין דגם בקציצה שייך כדי חייו ול"ל בזה סברת הר"ן כי סברא זו לא מוכרח כל כך כמבואר להמעיין וא"כ שפיר מקשה אפי' בקצץ אף דהוי א"י אם נתחייבתי לך דלא שייך משאיל"מ כיון דלא הו"ל למידע מ"מ כיון שמחויב לשלם לצאת ידי שמים כדין ב"וש אף בברי גרוע ושמא טוב מועיל תפיסת השכיר ראוי ליתן לו לכתחילה משום כדי חייו שישבע ויטול ולכן אמר אי הכי וא"ש ונכון בדרך פלפל ולק"מ על ראנ"ח וסיעתו:

פרט ה

יבואר ביאור סוגי' דמס' גיטין דע"ה לפי האי כללא שנחלקו הפוסקים בדין א"י אם פרעתיך וגם יבואר דעת כמה פוסקים החולקים על ראנ"ח וסוברים דנאמן התובע וחייב לשלם אפי' בברי גרוע:

ח גרסינן במס' גיטין דע"ח ע"א הי' עומדת ברשות הרבים וזרקו לה קרוב לה מגורשת קרוב לו אינה מגורשת מחצה על מחצה מגורשת ואינו מגורשת וכן לענין קדושין וכן לענין חוב א"ל בעל חובו זרוק לי חובי וזרקו לו קרוב להמלוה זכה המלוה קרוב ללוה הלוה חייב מחצה על מחצה יחלוקו ונחלקו בפירוש המשנה רב אמר קרוב לו בארבע אמות שלו קרוב לה בארבע אמות שלה מחצה על מחצה פירשו רבה ור' יוסף בשתי כיתי עדים אחת אומרת קרוב לו ואחת אומרת קרוב לה ור' יוחנן פירש אם הוא יכול לשמור

הגט ולא היא היינו קרוב לו ולהיפך הוי קרוב לה ומחצה על מחצה היינו כששניהם יכולין לשמרו או שניהם אין יכולין לשמרו ועוד אי' התם אמר ר' אסי אמר ר' יוחנן לגיטין א אמרו ולא לדבר אחר פי' רש"י כגון אם זרק לו חוב קרוב לו ואבד דגט הוא דבע"כ קנוי' לה הלכך לאלתר הוי גיטה אבל בעלמא לא יע"ש. ומקשה הש"ס וכן לענין החוב כו' ומשני הכא במאי עסקינן דאמר לי' זרוק לי חובי והפטר פירש"י וז"ל דהא פטרי אבל זרוק לי חובי סתמא זרוק ושמור קאמר יע"ש אי הכי מאי למימרא לא צריכא דא"ל זרוק לי חובי בתורת גיטין, ואכתי מאי למימרא מהו דתימא מצי אמר לי' משטה אני בך קמ"ל. ובתוס' ד"ה אי הכי הקשו לפום מאי דמוקי תלמידא למתני' באמר לו זרוק לי חובי והפטר מאי מקשה א"ה מאי למימרא עדיפא מיני' הוי לי' להקשות אמאי קרוב ללוה הלוה חייב כיון דאמר לו זרוק לי חובי והפטר ותי' וז"ל ויש לומר דמיירי מסתמא דמפרש לו שיזרוק לו למקום שיכול לשמרו הוא עכ"ל, משמע להדי' דהבינו דמיירי במפרש להדי' אבל בשלא פירש רק אמר סתם זרוק לי והפטר אפי' זרקו קרוב ללוה פטור הלוה אבל הרב המגיד בפרק ששה עשר מהלכות מלוה ולוה ה"א וב"י בסי' ק"ך כתבו בשם רשב"א דגם בסתמא אף שלא פירש להדי' שיזרוק למקום שיכול לשמרו מ"מ כיון שאמר זרוק לי כוונתו הי' ש שיזרוק לרשותו שיכול לשמרו ועיין במשנה למלך בפי"ו ממלוה ה"א וב"ח ופרישה בסי' ק"ך ובש"ך שם סק"ב ובלחם משנה שם שכולם הסכימו דרמב"ם סובר כתוס' וכן דעת טור ומחבר שם ס"א ובע"הת בשער נו"ן חלק א' ס"ק ג' ולענ"ד ברור שהטור הוציא דינו מבע"הת כי כתב ממש כלשונו ועיין בה"הם שם ולכאורה תי' תוס' קצת רחוק שמתני' יהי' מיירי שפירש להדי' זרוק לי חובי והפטר ופי' זרוק לרשות שאוכל לשמרו דהא סתמא קתני ולולי דבריהם ז"ל יש לתרץ קושי' תוס' באופן אחר דלכאורה קשה מאי מקשה הש"ס על ר' יוחנן ממתני' דזרוק לי חובי והוצרך הש"ס לתרץ דמיירי דא"ל גם והפטר או בתורת גיטין דלא נזכר כן במתני' דלמא מיירי ר' יוחנן כפשוטו שלא אמר המלוה שיזרוק לו החוב ומדעת עצמו זרק החוב וזהו גופא קמ"ל דבגט נתינה בע"כ הוו נתינה ובחוב לא מהני בע"כ אבל אם פי' להדי' שיזרוק לו החוב אפילו אם לא אמר והפטר ג"כ פטור אם זרקו קרוב למלוה דכוונתו זרוק לי היינו שאוכל לשמרו והיינו זרוק לי וראיתי בס' גידולי תרומה שער נו"ן ח"א ס"ק ב' הרגיש זה וכתב לחדש דין חדש וז"ל ושמא משום דקפיד לומר זרוק לי חובי ולא קאמר סתם משמע דכוונתו לומר זרוק באופן שתהי' הזריקה לי דהיינו שתגיע לידי דלכך מפרשינן לי' דזרוק ושמור קאמר עד שיגיע לידי וכשאמר והפטר שלא הי' צריך לכך אז מפרשינן דר"ל דהפטר מ"מ ע"י זריקותך קאמר ומילת לי לאו לעיכובא הוא

אלא שישתדל בכך ואין ה"נ דאם אומר זרוק חובי סתם ולא אמר לי נפטר בזריקת בכל מקום שיהי' וזכר לדבר לענין חילוק שאמרנו האי דסוף יש נוחלין גבי מתנה על מנת להחזיר והקדישו והחזירו דאמר ר' אשי חזינן אי אמר ע"מ שתחזרהו הא אהדרי' על מכת שתחזרהו לי הא לא חזי' לי' והכי נמי כשאינו אצלו הא לא חזי' לי' עכ"ל ודבריו תמוהין שכתב חידוש דין כזה היפך ממשמעות הש"ס ופוסקים שמשמע להדי' דאם לא אמר והפטר אף שאמר זרוק חובי סתם לא נפטר בזריקתו וחידוש כזה הו"ל לפרש וכן בס' כנסת הגדולה בהגהותיו על הטור בסי' ק"ך ס"ק א' כתב שדבריו לא נהירין ועיקר קושי' במחילה מכבודו הרמה לק"מ בפשיטות דהא אי' במתני' וכן לענין בעל חוב אמר לו בע"ח זרוק לי חובי מדנקיט אמר מוכח דאם לא אמר בסתמא הוא באחריות הלוה וא"כ מקשה בפשיטות בממ"נ במאי קמיירי ר' יוחנן אי מיירי בסתמא דלא פירש מאי קמ"ל ר' יוחנן הא מוכח כן ממתני' ובע"כ כוונת ר' יוחנן אפי' בדפריש המלוה וא"כ קשה עליו ממתני' דאי' להיפך אמנם קשה דהנה בתשובת מוהרש"ך חלק ב' סימן י"א כתב דהא דאמרינן דהלוה מעות מחבירו הן באחריות עד שיגיע ליד המלוה ואם זרוק בפניו ונאבדו חייב הלוה באחריותן היינו דוקא בהלואה מטעם עבד לוה לאיש מלוה, ועיין בש"ך בסימן ק"ך ס"ק א' שנראה שכיון לתשובה זו וא"כ היכי דלא שייך האי טעמא כגון בכתובה שכתבו תוס' במס' כתובת די"ו ע"ב ובס' שיטה מקובצת שם ד"ה כותבין שובר דלא שייך עבד לוה לאיש מלוה וכה"ג אז אם זרקן בפניו ונאבדו פטור מאחריות ואולם מסתימת הש"ס ופוסקים משמע להדי' דלא כרש"ך דבכל גווני הוא באחריות הנתבע עד שיגיע ליד שכנגדו ממש וכאשר השיג עליו במשנה למלך בפי"ו ממלוה ה"א וכתב שהפריז על המדה דאין לו ענין עבד לוה לאיש מלוה, וא"כ הד"ק הנ"ל לדוכתי' דלמא מיירי ר' יוחנן בסתמא כמ"ש הג"ת וקמ"ל דהוא באחריות החיוב עד שיגיע לידו ממש וא"ל מאי קמ"ל היינו מתני' דז"א דבמתני' אי' וכן לענין חוב א"ל בע"ח כו' זכה המלוה כו' הוי אמינא דוקא במלוה דשייך עבד לוה לאיש מלוה בעינן אמר אבל בכתובה וכה"ג דלא שייך עבד לוה אפי' לא אמר יכול לזרוק בעל כרחו בפניו קמ"ל ר' יוחנן אפי' היכי דלא שייך עבד לוה הוא באחריותו ולכן דייק ר' יוחנן ואמר ולא לדבר אחר ולא אמר ולא לענין חיב שרצה לשלול כל ענינים אפי' היכי דלא שייך עבד לוה, ונלענ"ד דלכן מוקי הש"ס מילתא דר יוחנן בגווני הנ"ל ולא מוקי בסתמא אבל בפי' זרוק לי חובי מהני דהש"ס סובר לסברה פשוטה דבעינן דוקא והפטר או בתורת גיטין וטעמא דמילתא נראה דהיכי דאמר זרוק לי חובי ולא קאמר והפטר עכ"פ לא יצאנו מידי ספק בכוונתו דאף אי נימא לפרש שר"ל זרוק לי ואשמרנו מ"מ יש לפרש כוונתו זרוק

ושמור קאמר כאשר כן הוא אליבא דאמת והוי קשה לתלמודא אמאי תני סתם במתני' קרוב למלוה נפטר הלוה ומשמע בכל גווני אף אי המלוה טוען ברי שכוונתו הי' זרוק ושמור וסתמא דמילתא כן הוא דאם מודה הודאת בע"ד כמאה עדים, ודוחק לומר דאיירי היכי דהודאתו לחוב לאחרינא דסתמא קתני וגם דוחק לומר שאיירי שאומר בעצמו שמסופק בכוונתו ועיין בתוס' במס' שבועת ד"ך ע"א ד"ה לישנא וכיון שלוה בע"כ אי אפשר לטעון ברי דהא לא יוכל לידע כוונתו הוי כמו אינו יודע אם פרעתיך כיון שקודם שנולד הספק הי' המעות באחריות הלוה גם עכשיו עומד באחריותו ואף דלא הו"ל לידע כוונתו מ"מ חייב הלוה משום דברי גרוע וחזקה קמייתא מהני להוציא ממון, לכן מוקי הש"ס כוונת מתני' שאמר כן להדי' זרוק חובי והפטר שמוכח מלשון והפטר שהוסיף שכוונתו הי' כשיהי' קרוב למלוה יפטור מחובו, משא"כ כשאומר זרוק לי חובי סתם כיון שיש עכ"פ ספק בכוונתו חייב לשלם אפי' בקרוב למלוה דיוכל המלוה לטעון כוונתו הי' זרוק ושמור, כיון דלולי דיבורו חייב הלוה לשלם ועיקר הפטור בא מדיבורו בעינן שלא יהי' ספק בכוונתו וכשיש ספק אוקמי הדבר בחזקת קמייתא דהיינו חזקת חיוב ואפשר לומר בדרך פלפול דאמר כן לר' יוחנן לשיטתו דסובר בכתובת די"ג דברי ושמא לאו עדיף כשטוען הלוה אינו יודע אם נתחייבתי לך וקשה קו' הש"ס ממתני' דסובר ר"ג דנאמנת וצריך לומר כתי' הש"ס שם שמתרץ ב' תירוצים תי' א' משום מגו תי' ב' משום דאיכא חזקה ולר' יוחנן בע"כ ליתא לתי' ראשון כמ"ש תוס' שם ד"ה אלא דבהאי דמוכת עץ ליכא מגו ובע"כ צריך לומר כתי' בתרא שם והנה ברי דהתם הוא ברי גרוע כמ"ש תוס' ד"ה ר' הונא וא"כ בע"כ סובר ר' יוחנן דברי גרוע בצירוף חזקה מהני להוציא ממון דהא קיי"ל כר"ג, וממילא ה"ה בא"י אם פרעתיך אף בברי גרוע ושמא טוב מ"מ בצירוף חזקת חיוב מהני להוציא ממון לכן מוכרח לומר דאמר והפטר ועמ"ש בפרט א' ובע"כ ליתא להאי חילוקא שכתבתי שם בסופו, ולפ"ז מיושב קו' תוס' הנ"ל מה שהקשה אמאי קרוב ללוה חייב הלוה כיון דאמר והפטר שיש לומר דהש"ס סובר דגם בלשון והפטר יש לנו ספק בכוונתו אי ר"ל שיזרקנו לרשותו לכך אמר לי וכפי' רשב"א וסיעתו, או כפי' תוס' באיזה מקום שירצה אפי' לרשות הלוה וכיון דהוא ספק בכוונתו הוי ספק בפרעון, דמחילה ופרעון יש להם דין אחד, וכשאמר והפטר הוא מטעם מחילה כמ"ש במשנה למלך לכן חייב לשלם בקרוב ללוה, דהוי כאינו יודע אם פרעתיך, ודוקא בקרוב למלוה דליכא ספק בלשונו פטור הלוה, ואין להקשות אמאי במחצה על מחצה יחלוקו נימא שישלם כל החוב דהוי ספק דפרעון לר' יוחנן דמיירי בשניהם יכולין לשמרו והיינו כל אחד לבדו או אין יכולין לשמרו רק בצירוף שניהם כמ"ש תוס' ד"ה שניהם הא יוכל

המלוה לטעון שכוונתו הי' שיהי' החוב מונח ברשותו שיוכל לשמור לבדו ולא שיהי' מונח ברשות שניהם דז"א ולק"מ דהא דיחלוקו כתב במוהרש"א רש"א ז"ל דלאו מטעם ספיקא הוא רק קושטא דמילתא כך הוא שכך הדין נוטה שיהי' ברשות שניהם וכוונתו כיון דאין לאחד זכות יותר מחבירו דהא שניהם שווים הוי לי' כאילו הי' מחצה ברשות המלוה ומחצה ברשות הלוה ולכן על מחצה פטור הלוה דהא טוען קיימתי דיבורך דהא זרקתי לרשותך דמה לך אם זרקתי רק לרשותך דהא גם עכשיו שזרקתי ברשות של שנינו אין לי רשות בחצי' דמחצה על פי דין הוא רק ברשותך דהא עיקר כוונת המלוה הי' שיהי' ברשותו לבד ומחצה הוא רק ברשותו ועל אידך חצי' שהוא ברשות הלוה באמת משלם מטעם ספיקא דאולי כוונתו הי' שלא יזרוק ברשות הלוה וא"ש ודוק ולפ"ז מוכח דלא כראנ"ח:

ט אמנם מדלא תירצו רבותינו בעלי תוס' ז"ל כן וגם מרמב"ם ובע"ת וטור ומחבר מוכח באמת להיפך מדברינו הנ"ל, דלפי דברינו ראוי להורות שבאם אמר זרוק לי חובי והפטר וזרקו קרוב ללוה חייב הלוה דיכול לומר כוונתי הי' שתזרקנו לרשותי והם ס"ל דפטור שהרי הרשהו בכך ומשמע מסתימת דבריהם שמיירי בכל גווני אפילו אם המלוה טוען ברי שכוונתך הי' שיזרקנו לרשותו והלוה טוען שמא מ"מ פטור מלשלם ולא אמרינן דהוי כאינו יודע אם פרעתיך דהא עכ"פ יש לנו ספק בכוונתו כיון שאמר זרוק לי דהא באמת דעת רשב"א להיפך א"א לומר שדעת הפוסקים הוא שאי אפשר לפרש כלל בכוונתו האי פירושא דהוא נגד הדעת דבודאי מסתבר שיש מקום לפרש כן בכוונתו דמה שאמר לי היינו שיהי' שייך לי שיהי' מונח ברשותו, ואפ"ה סוברים דפטור בע"כ סוברים כשיטת ראנ"ח וסיעתו בברי גרוע פטור מלשלם כשטוען א"י אם פרעתיך ובע"כ ס"ל דל"ד ל לסוגי' דכתובת די"ב כמ"ש בפרט א' בסופו והא דחייב לשלם כשאומר זרוק לי חובי היינו כמ"ש רש"י בד"ה והפטר דסתמא זרוק ושמור קאמר ר"ל דליכא ספק כלל בכוונתו ולכן דייק רש"י וכתב תיבת סתמא דאם הי' ספק נפטר הלוה ולפ"ז קשה על הטור ומחבר דסותרים א"ע דבטור וש"ע ח"מ סימן ע"ב סעיף י"ד כתבו אם הלוה תבעו ביתרון שהי' שוה המשכון יותר על דמי החוב ויש עדים לזה או שהמלוה מודה אלא שטוען שנאבד באונס ותובע דמי חובו ישבע המלוה שאינו ברשתו ושלא שלח בו יד ושנאבד באונס וגובה חובו מהלוה שהרי אין הלוה יודע כיצד נאבד והו"ל כהלותני ואיני יודע אם החזרתי לך ולא נזכר באחרונים ז"ל חולק על זה והוכיח מכאן האורים ותומים בסימן ע"ה ס"ק כ"ג שבע"כ חולקים על ראנ"ח וסיעתו דהא כאן לא הוי לי' ללוה לידע באיזה אופן נאבד המשכון ביד המלוה ומאי בעי גבי' דמלוה ומ"מ דימהו אותו הטוש"ע

לדין א"י אם פרעתיך ולא קאמרו הטעם דאין ענין הלואה למשכון דעל הלואה ישלם ועל המשכון הוי המלוה רק שומר וישבע שבועת השומרין רק קאמרו הטעם משום דהוי לי' א"י אם פרעתיך ש"מ דאף בפה"ג חייב לשלם ודבריו ברורין, וא"כ לפי דברינו הנ"ל תיקשי דסותרים הטוש"ע דמסוגי' הנ"ל מוכח דבע"כ סוברים כראנ"ח, ואין לומר כמו שאכתוב לקמן בשם רשב"א בחידושיו שם דהיכי דנולד ספק לפניך לא הוי בכלל א"י אם פרעתיך, והכא כיון שמלוה אמר זרוק חובי והפטר ולוה באמת פרע מזרק החוב והספק הוא בכוונתו ולכל העולם איכא האי ספק לא הוי בכלל א"י אם פרעתיך דז"א חדא דיש לחלק שאני נידון דרשב"א דאיירי בשני כיתי עדים אחת אומרת קרוב לו ואחת אומרת להיפך הוי ספק עצום לגרוע חזקת קמייתא ותו הא גם במלוה אל המשכון כיון שמסר לו המשכון והוא חסר לפנינו יש לפנינו ג"כ ספק ואפ"ה כתבו דהוי א"י אם פרעתיך לכן נראה טעמייהו דפוסקים הנ"ל דאף שיש ספק בכוונתו מ"מ יכול הלוה לומר למלוה את הוא דאפסדת אנפשך מה שלא פרשת לי כוונתך כי אני דמיתי שכוונתך הי' שאזרוק לכל מקום שיהי' כיון שאמרת לי זרוק לי חובי והפטר ויש לכוין כן בלשונם דוק ותשכח ולכן דוקא היכי שאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין פירש להדי' כוונתו, וכן היכי דאמר סתם זרוק לי חובי כיון שלא אמר והפטר הי' לו ללוה לדייק בלשונו ולשאול כוונתו דמן הסתם זרוק ושמור קאמר משא"כ היכי שאמר והפטר סמך הלוה על זה שכוונתו הי' בכל אופן ויוכל לטעון אני פרשתי כוונתך לכל מקום שאזרוק אפטור מחובי וקיימתי דיבורך ופשע המלוה ולא הלוה ואין לו ענין לדין אינו יודע אם פרעתיך דאף שיש לנו ספק בכוונתו מ"מ הלוה שהוא מוחזק בממון יכול לטעון שהוא הבין כוונתו על אופן זה, ורשב"א וה"המ לית להו סברא זו ואכתי צ"ע (וקצת י"ל דטעמייהו דטו"מ דעכ"פ הוי המלוה גרמא בנזקין אף שלא כיון להזיק דהא ע"י דיבורו נעשה היזק ללוה וחיוב לשלם לציד"ש וס"ל כפוסקים שהבאתי בפרט הקדום היכי דחייב לציד"ש מהכי תפיסה ואם שילם הלוה את חובו ואח"כ תפס ממלוה מכח גרמא מועיל לכן אינו מחויב לשלם כיון שתופס בממון ודוק וצ"ע בזה) ולכאורה מוכרחין אנו לפרש כן כוונת הפוסקים הנ"ל דאל"כ תיקשי קו' אחרת דהנה כוונת רשב"א במ"ש דחייב כשאומר זרוק לי חובי וה והפטר כשהוא קרוב ללוה נראה משום דדייקינין בתיבת לי שר"ל שיהי' ברשותי וכמ"ש רשב"א בחידושיו להדי' וז"ל הסמ"ע דאמר זרוק לי חובי והפטר קשה לי א"כ קרוב ללוה אמאי חייב ויש לומר דכי קאמר זרוק לי חובי והפטר זרוק לי בתוך רשותי קאמר וכיון שקרוב ללוה לא בא לתוך רשות המלוה עכ"ל והוכחתי בכמה דוכתי אף דקיי"ל כחכמים דר' מאיר בערכין ד"ה דאדם מוציא דבריו לבטלה דוקא כשאומר

להדי' לשון הסותר לפירושו כמו התם שאמר להדי' בלשון ערך לא מפרשינן כוונתו לשם דמים אבל היכי שאמר לשון המשתמע לתרי אפי אמרינן שמסתמא אמר באופן המועיל ולא הוציא דבריו לבטלה, וכן משמע להדי' במס' גיטין דל"ב ריש ע"ב, וא"כ כיון שאמר זרוק לי חובי והפטר ולא אמר זרוק חובי והפטר אמרינן דלא מוציא דבריו לבטלה במה שאמר לי וכוונתו הי' לי לרשותי, וא"כ קשה על תוס' ורמב"ם וטור ובע"הת ומחבר אמאי סוברים דפטור הלוה כשאמר זרוק לי חובי והפטר אפילו אם הוא רחוק ממלוה וקרוב ללוה ומשמע להדי' מסתימת דבריהם דמיירי בכל גווני אף כשמלוה אומר ברי הא בכתובת די"ב ע"ב מוכח דברי גרוע בצירוף חזקה מהני להוציא ממון מכ"ש חזקה דאין אדם מוציא דבריו לבטלה דהוא בגדר חזקה דאתיא מכח סברא דאלים משאר חזקות כמ"ש מהרי"ק בשורש ע"ב ומוהרי"ט בתשובה, וגם יש למלוה סיוע חזקה קמייתא שהי' בחזקת חיוב ותו די"ל דאיכא עוד חזקה המסייע לו דהוי כנעשה כאומר זרוק לי חובי לרשותי דאטו בשופטני עסקינין דשדי זוזי בכדי כמ"ש בס' קרבן עדה בביאורו לירושלמי בפרק הזורק ה"ג, ואמאי ל"מ כל הני חזקות להוציא ממון, אבל לפמ"ש א"ש דאף שיש לב"ד אלף חזקות והוכחות בכוונתו מ"מ כל שלא פירש להדי' יוכל הלוה לטעון אני לא דייקתי בלשוני וטעיתי בכוונתך כיון שאמרת לשון הסתום וצ"ע העולה מזה דשיטת טור ומחבר בסימן ע"ב סעיף י"ד מוכח שחולקים על ראנ"ח וכן נראה דעת סמ"ע וטו"ז וש"ך שם שלא השיגו על דין הלז ולפ"ז שיטת הש"ך בסי' רל"ב ס"ק י"ג וסקט"ו תמוה דבלא"ה הי' מקום לישב ע"פי דברי ראנ"ח אבל לפמ"ש בע"כ חולק הש"ך וצ"ע:

י ולכאורה יש להביא ראי' דלא כראנ"ח מהא דאי' בב"ק דקי"ב ע"א ת"ר הגוזל ומאכיל את בניו פטורין מלשלם הניח לפניהם גדולים חייבין לשלם קטנים פטורין מלשלם, ואם אמרו גדולים אין אנו יודעין חשבונות שחשב אבינו עמך פטורים, ומקשה הש"ס משום דאמרו אין אנו יודעים פטורים ופירש"י וז"ל בתמי' הואיל ויודעים שבגזילה באה לידו דברי ושמא הוא וברי עדיף עכ"ל והוצרך רבא לוקמי בברי שאמרו יודעין אנו חשבונות שחשב אבינו ובביאור דברי רש"י מבואר בפשיטות כוונתו דהוי א"י אם פרעתיך דהא ודאי בא הגזילה לידו, וכן מצאתי בספ"י דהא קיי"ל ב"וש לאו עדיף, וגם רבא איירי שם והוא סובר בב"ב דקל"ה ע"א דלאו עדיף אע"כ כמ"ש, וראיתי בשיטה מקובצת בחידושיו לב"ק שכתב בשם הר"אש להקשות על דש"י, וז"ל ולא נראה האי לישנא דמשמע דלא פריך אלא למ"ד ב"וש ברי עדיף יע"ש שדחה פירש"י ולכאורה דבריו תמוהין דכוונת רש"י בכה"ג כ"ע מודו דחיוב משום א"י אם פרעתיך והא הכא לא הו"ל למידע דיורשים

אין להם למידע במילי דאבוהו ואפ"ה סובר רש"י, דיש לו דין א"י אם פרעתיך ודלא כראנ"ח:

אמנם ז"א דהא בלא"ה קשה דמבואר בבעל התרומת שער ל"ח חלק ג' סעק"ד וטוש"ע בח"מ סימן ע"ה כשטוען יורש איני יודע אם פרעתיך פטור ובעכצ"ל דשאני התם כמ"ש בע"הת שם וז"ל ואע"ג דאמרינן שאם אמר הלוה א"י אם פרעתיך שהוא חייב מפני שאין ספק מוציא מידי ודאי ה"מ בלוה גופא דהו"ל למידק ומדלא דק ולא ידע אי פרע או לא איהו דאפסיד אנפשי', אבל יורש כיון שאנו טוענים לו ודלמא אי הוה אבוהן קיים הוי טעין פרעתי ומהמנינן לי' יורש משתבע שבועת היסת ונפטר שיורש לא פשע בדבר שא"י הפרעון הלכך נעמיד הלואה בחזקת דפרעיה דהא לפרעון קיימא ועביד אינש דפרעי' לאחר זמנו ובודאי דמי דפרעה הוי ואע"פי שיש חולקים בסברותינו כך נ"ל עכ"ל והיינו דוקא בפרעון דעביד דפרעי' משא"כ בגזילה כבר כתב הר"אש שם דגזלן אינו מצוי שיקנה הגזילה מן הנגזל וכיון שגזילה בעין היא בחזקתו, ולכן אין נאמנים היורשים דיש קצת רגלים לדבר המסייע לנגזל, וא"ש ולא מוכח מידי ואדרבה המעיין בלשון בע"ת משמע להדי' כראנ"ח דוקא היכי דהי' לו למידק אבל היכי דלא מצי למידק אפי' בלוה גופא פטור מלשלם, וכן ראיתי במשנה למלך בפ"ד מפקדון הלכה א' בהג"ה שהביא דברי בע"ת הלז שסובר כראנ"ח, וא"כ דין הלז במחלוקת קמאי שנוי' רא"ה ובע"ת נחלקו בזה, וק"ק שטור ומחבר בסימן ע"ה סט"ז נמשכו אחר סברת בעל התרומת ובסי' ע"ב ס"די כתבו להיפך וצ"ע לדינא:

פרט ו

יבואר היכי דמלוה ולוה מסופקים בפרעון אי חייב לשלם:

יא יש לברר היכי ששניהם מסופקים בפרעון אי חייב לשלם, הנה המעיין בריף והר"אש במס' ב"ק דקי"ח ע"א מבואר שם דוקא היכי דתבעו חבירו ור"אש ביאר דבריו שאמר מנה לי בידך והלה אומר א"י אם החזרתי לך חייב משמע בששניהם מסופקים פטור מלשלם בדיני אדם וכן נראה דעת רמב"ם בפ"א מהלכות טוען הלכה ט' וכ"כ בטור וש"ע ח"מ סימן ע"ה סעיף ט' ועיין בש"ך שם סע"ק ס"ה:

וכן משמע להדי' מש"ס בב"ק דקי"ח שם דקאמר היכי דמי אלימא דלא קא תבעי לי' רישא נמי דלא קא תבע לי' אמאי חייב יע"ש אף שיש לדחוק ולדחות מ"מ המעיין יראה מכן הוא:

אמנם בחידושי רשב"א במס' גיטין דע"ח ע"ב משמע להיפך דבהאי דאיתי במתני' שם מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת ומוקי רבה ור' יוסף שנחלקו בזה שני כיתות

עדים כתב שם וז"ל הקשה הר"ר אלחנן ז"ל א"כ הא דקתני לענין החוב מחצה על מחצה יחלוקו היינו נמי בשני כיתי עדים, ואמאי יחלוקו אדרבה הוי לן למימר אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' ותירצו בתוס' דהכא לתרווייהו אית להו חזקה למלוה איכא למימר אוקי אחזקתי' שהוא מחויב לו הלוה קודם שנולד ספק זה, וללוה איכא חזקה דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מארי' הלכך יחלוקו וא"ת הו"ל כמנה הלויתך ואיני יודע אם פרעתיך אם לאו דתנן בב"ק דקי"ח שהוא חייב יש לומר שאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל הכא הרי כולד ספק זה לפניך הלכך יחלוקו עכ"ל ואי נימא דסובר כפוסקים הנ"ל לא קשה מידי קושי' רשב"א מדין א"י אם פרעתיך דהכא איירי ששניהם טוענים ברי מלוה טוען ברי שהי' קרוב ללוה ולוה טוען ברי שהי' קרוב למלוה או ששניהם אינם טוענים ואין לו ענין לא"י אם פרעתיך דהוא בברי ושמא ואין לומר דקו' הרשב"א הוא כיון דתנן במתני' מסתמא מחצה על מחצה יחלוקו משמע דמיירי בכל גווני אפי' היכי דמלוה טוען ברי ולוה שמא דבכה"ג הוי א"י אם פרעתיך, דזה אינו דשאני התם דליכא הכחשת עדים אלים הברי בצירוף חזקת חיוב להוציא ממון כמש"ל בכמה דוכתי, משא"כ הכא דיש שתי כיתי עדים שמכחישין זו את זו מה מהני ברי, אטו מי עדיף ברי של המלוה כאילו הי' לו עוד עדים המסייעין לו שהי' קרוב ללוה והא תרי כמאה עדים וכיו"ב כתבו תוס' במס' בבא בתרה דל"א ע"ב ד"ה וזו דמגו לא יוכל לסיוע יותר משני עדים ותרי כמאה אע"כ דמשמע דסוברים אפילו היכי דליכא ברי המסייע למלוה חייב הלוה לשלם כדין א"י אם פרעתיך וחזקת חיוב לבד מהני וכבר העיר בזה בקיצור נמרץ הגאון מו"ה יעקב כולי זלה"ה בעל מגיה למשנה למלך בפרק ד' מהלכות שאלה ופקדון הלכה א' וכתב שבס' בני שמואל סימן ט"ז הוכיח משיטת רשב"א שסובר אפילו כששניהם מסופקים חייב לשלם, ואנן הסברנו בס"ד הראי' על נכונה, וכתב הרב ז"ל הנ"ל בשם הרב הגאון מו"הרר אפרים נבון וצ"ל לחלק דוקא במלוה דעל המלוה רמי' טפי לדקדק אם נפרע החוב או לא טפי מלוה כמו שנראה מטור חושן משפט סימן ע"ה סכ"ד הדין כששניהם מסופקים בפרעון פטור מלשלם משום דהו"ל למלוה למידק וכיון דלא דק איהו דאפסיד אנפשי' משא"כ בהאי דרשב"א דאין המלוה לדקדק דהא חזינן שאפילו עדי' מכחישי' זא"ז דשכיחי הטעות בכה"ג לכן אפילו בשניהם מסופקי' הוי לי' דין אינו יודע אם פרעתיך וכ"כ בא"ות בסימן ע"ה ס"ק י"ט:

יב ולכאורה אכתי קשה לפי דבריהם בכוונת רשב"א ז"ל בע"כ סובר דחזקת חיוב לבד אלים כחו להוציא ממון מדהוצרך רשב"א לתרץ כיון שנולד ספק לפניך אבל בלא"ה הי' הדין שחייב לשלם כל החוב והא קיי"ל במס' שבועת דמ"א ע"ב כמ"ד המלוה את

חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים כמו שפסקו כל הפוסקים ואפילו מאן דאמר דצריך לפורעו בעדים היינו משום דלא הימנוהו כדאי' שם, ועיין בר"ן שם שביאר הטעם אבל היכי דהודה בפני עדים לכ"ע נאמן לטעון פרעתי אף דאיכא חזקת חיוב דהא הי' חייב בודאי לשלם ובע"כ דחזקת חיוב לבד לא מהני להוציא ממון רק בצירוף ברי כעין סברת הש"ס בכתובת די"ב ע"ב בתירץ בתרא ודוחק לחלק בין שמא ושמא לברי וברי, ונראה לענ"ד בכוונת רשב"א דמחלק בין נידון דהתם לנידון דהכא דהיכי שמלוה ולוה מחולקים בפרעון כיון שכל חוב עומד לפרעון ובע"כ מיירי שכבר הגיע זמן פרעון דבתוך זמנו בודאי נאמן המלוה כדאי' בב"ב ד"ה ע"ב איתרע חזקת חיוב דעומד להשתנות כמ"ש בטור חושן משפט סימן ס"ה בשם תשובת הר"אש הביאו בקיצור בטו"ז יו"ד סימן שצ"ז ס"ק ב' וכיו"ב כתב בבעל התרומת בשער ל"ח, חלק ג' ס"ק ז' שכתב וז"ל הלכך נעמיד הלואה בחזקת דפרעי' דהא לפרעון קיימא ועביד אינש דפרעי' לאחר זמנו עכ"ל, ולכן נאמן הלוה כשטוען ברי כיון שהוא תפוס בממון דהא יש לו חזקה המסייע לו שמסתמא פרעי' ועדיף מחזקת חיוב כיון שתופס ג"כ והיכי דקם הממון תיקום כיון דיש לו מעלת התפיסה ג"כ אוקי חזקה נגד חזקה ונשאר תופס משא"כ הכא שאין הספק בפרעון רק במעשה אם הי' קרוב למלוה או ללוה על זה ליכא ללוה חזקה המסייע לו וחזקה קמייתא מסייע למלוה שעדיין חייב ולית לי' ללוה חזקת קמייתא כמו בעלמא בשאר חזקת ממון שיש לו חזקה קמייתא רק שהוא תופס ועדיף חזקת קמייתא של מלוה לולי טעמא שכתב רשב"א דהרי ספק לפניך שמרעי החזקה, והבן:

יג אבראי שקו' רשב"א הנ"ל הוא ג"כ בתוס' שלפנינו ולא נחתו לתי' הנ"ל דתוס' בד"ה מחצה על מחצה כתבו וז"ל מחצה על מחצה שניהם יחלוקו הכא לא שייך המע"ה דאין כאן ספק יע"ש, ובודאי לא נחתו לסברת רשב"א הנ"ל כמבואר להמעיין ובביאור דבריהם נתקשה המוהרש"א דלר' יוחנן דמוקי מתני' במע"מ בששניהם יכולין לשמרו ניחא דלאו משום ספיקא יחלוקו אלא דקושטא דמילתא הוא כן דברשות שניהם הוא, אבל לרבה ור' יוסף דמוקי בשתי כיתי ספק ממש הוא ונימא המע"ה, ומה שכ' לפרש דבריהם עפ"י שיטת המרדכי שחולק על פירש"י, שפירש שאבד החוב רק שהוא בעין והוא בת"ז יע"ש במכ"ת כל המעיין ושפט בצדק שלא משמע כן שדרכם של תוס' בכל מקום להביא פירש"י ולהשיב עליו ולפרש פי' אחר, וגוף הפי' לא נזכר כלל בתוס' וגם בספ"י כתב שדבריו דחוקים בכוונת תוס' ועיי"ש מה שמפרש, ואולם לענ"ד לא ירדתי לסוף דעת הגדולים ז"ל, וכוונת תוס' נראה פשוט, דהנה תוס' בד"ה והא הקשו אמאי מחצה על מחצה מגורשת ואינה מגורשת נימא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי איתתא בחזקת אשת

איש ולא תהי' מגורשת כלל, ותי' כיון דספיקא דרבנן הוא נתנו לה דין מגורשת ואינה מגורשת יע"ש וא"כ בגירושין כשהוא מחצה על מחצה כגון ששתי כיתי עדים מכחישים זו את זו לא מהני חזקת אשת איש והנה עיקר טעמא דחכמים דסוברים המע"ה משום חזקת ממון והיכי דליכא חזקת ממון מודו שחולקין וזהו פשוט אם התנה המלוה עם הלוה בפירוש כשמעות יהי' קרוב לי יהי' ההפסד לי וכשמעות יהי' קרוב לך יהי' ההפסד לך וכשיהי' מחצה על מחצה כגון ששתי כיתי עדים יהי' מכחישים זא"ז וכיו"ב נחלוק החוב בודאי הי' מחויב לקיים תנאי דכל תנאי שבממון קיים כמו שהתנה שיהי' דין חלוקה ולא דין המע"ה כיון דלולי דיבורו של מלוה אם זרק הלוה ונאבד הי' באחריות הלוה ואין אנו באין רק מצד דיבורו מחויבין לקיים ככל היוצא מדיבורו ומעתה לפי המסקנא דאיירי מתני' שהתנה שיזרוק חוב בתורת גיטין וגלי אדעתי' שיהי' כמו בגט וכמו בגט במחצה על מחצה הדין דמגורשת ואינה מגורשת ולא מהני החזקת אשת איש ה"נ התנה שלא יועיל חזקת ממון של הלוה רק שיהי' לו דין ספק בלי חזקת ממון שהדין הוא דיחלוקו וא"כ שפיר כתבו תוס' לא שייך הכא המע"ה דאין באן ספק ר"ל כיון שאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין רצה שיהי' לו דין גיטין ובע"כ מוכרח הלוה לקיים דיבורו כיון דלולי דיבורו הוא באחריות הלוה לגמרי ודיבורו הי' שבאם יהי' באופן שיהי' ספק יהי' הדין כמו בגט ג"כ דל"מ חזקה ה"ה ולא שייך המע"ה רק כשיש לנו ספק והכא אין לנו ספק כיון שכן התנה ואין לומר לתי' הש"ס שמתרץ מתחילה שאמר זרוק לי חובי והפטר קשה אמאי מחצה על מחצה יחלוקו נימא המוציא מחבירו עליו הראי' דז"א דלתי' זה כיון דהוא רק לר' יוחנן דהוא מוקי בשניהם יכולין לשמרו אין כאן ספק כמ"ש מוהרש"א ועיקר הקו' הוא לרבה ורב יוסף והם מוקי כפי האמת דמתני' מיירי שאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין ויש קצת רמז לזה מרשימת דברי תוס' כי נרשם מתחילה ד"ה א"ה מאי למימרא ואח"כ ד"ה מע"מ ובש"ס הובא מחצה על מחצה קודם אע"כ שכוונת תוס' הוא רק לתירץ הש"ס כשאומר זרוק לי חובי בתורת גיטין ולאחר העיון מצאתי ראי' לדברינו במשנה למלך בפ"ד משאלה ופקדון שרמז קצת לזה רק שלא פי' כן בתוס' וגם לא הסביר היטב ולפמ"ש א"ש כן נלע"ד ברור וא"כ לפ"ז לק"מ קושי' רשב"א ואין אנו צריכין לתירוצו ולענין דינא כל פוסקים הסכימו כששניהם טוענים ספק פטור מלשלם וכן נראה דעת מרדכי בפרק הזורק וגם דעת רשב"א נראה כן רק נראה דעתו היכי דלא הו"ל למלוה למידע חייב לשלם ובזה לא נראה כן דעת הפוסקים ושום פוסק לא חילק בכך וצ"ע בכל זה לדינא:

יד ואי חייב לשלם לצאת ידי שמים עיין רש"ך סימן ע"ה ס"ק ס"ה ובס' כנ"הג בסימן ע"ה ס"ק ע"ה ובא"ות ס"ק י"ט מ"ש בכוונת ירושלמי והעיקר כהגהתו וג"כ פני משה לא הגיה ופירש כפשוטו ודבריו תמוהין מאד בכוונת ר' ירמי' במה שמחייב לשלם בדיני אדם כיון שלוה שהוא מוחזק בממון טוען ברי ומלוה שמא וברור אפילו לצי"ש פטור דוק ותשכח כדברי, ואולם בש"ך ס"ק ס"א הביא לשון ירושלמי, וכיון שלא הכריע כרשד"ם נראה קצת שלא הגיה וצ"ע:

כלל יד

יבואר היכי שמלוה טוען ברי והלוה משיב אינו יודע אם פרעתיך ויש ספק לפנינו שראוי להסתפק כגון ששני כיתי עדים מכחישין זא"ז אם גם בכה"ג נאמן המלוה להוציא ממון מחזקתו כיון שיש ספק לפנינו ובו ד פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א במס' גיטין דע"ח ע"ב בהא דאי' במתני' דשם מחצה על מחצה מגורשת ואינו מגורשת ומוקי רבה ור"י שנחלקו בזה שתי כיתי עדים אחת אומרת קרוב לו ואחת אומרת קרוב לה כתב רשב"א שם וז"ל הקשה הר"ר אלחנן ז"ל א"כ הא דקתני לענין החוב מחצה על מחצה יחלוקו מיירי נמי בשני כיתי עדים ואמאי יחלוקו אדרבה הו"ל לן למימר אוקי תרי בהדי תרי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' ותירצו בתוס' דהכי לתרווייהו אית להו חזקה למלוה איכא למימר אוקי אחזקתי' שהי' מחויב לו הלוה קודם שנולד ספק זה וללוה איכא חזקה דאיכא למימר חוקי ממונא בחזקת מארי' הלכך יחלוקו וא"ת הו"ל כמנה הלויתיך ואיני יודע אם פרעתיך או לאו דנתן בב"ק דקי"ח שהוא חייב יש לומר שאני התם דליכא רגלים שפרעו אבל הכא הרי נולד ספק זה לפניך הלכך יחלוקו עכ"ל ויען כי רבינו הגדול זלה"ה גילה לן רז חדש בהך כללא דא"י אם פרעתיך, וקיצר מאד בהסברת הדברים, ולענ"ד הוא נ"מ טובא לדינא אם נבוא לעומק דבריו אמרתי להרחיב הדיבור בזה ולענ"ד יש לומר כמה טעמים בכוונתו אופן א) יש לומר בכוונתו, ונקדים יסוד מוסד שכתבתי בכמה דוכתי וביחוד בכללי חזקות אהא דקיי"ל בכל מקום היכי דיש ספק מוקמינן על חזקה אי בעינן שיהי' שייכות לחזקה עם הספק או אף שאין שייכות לחזקה עם הספק מוקמינן על חזקה, וכבר האירו עינינו בדבר זה גדולי האחרונים זלה"ה, המשנה למלך בפרק ו' מהלכות עדות הלכה ז' כתב דבעינן שיהי' לחזקה שייכות עם הספק, כמו רוב חזקות השנוים בתלמוד כגון ספק קטנה ספק גדולה

אמרינן אוקי אחזקתה וקטנה נולדה, וכן ספק בתולה או בעילה אוקי אחזקתה שלא נבעלה, ולא נעשה מעשה, משא"כ היכי שפעולה כבר נעשית אלא דאיכא ספק אי אותו אכילה אסורה או מותרת לזה לא מהני חזקות כשרות דאיך נימא משום חזקת כשרות שלו הי' אותו אכילה מותרת יע"ש וכיו"ב כתב בכנ"הג ביו"ד סימן י"ח ובתבואת שור סימן כ"ט בספיקא דדינא ל"מ חזקה כי בשביל חזקה לא ישתנה הדין, וכוונתם כיון דאין לחזקה שייכות עם ספק דאיך נימא משום החזקה הדין כך, ולפ"ז יש להסביר היטב סברת רשב"א ז"ל ואומר דסובר דהא דקיי"ל באינו יודע אם פרעתיך דחייב לשלם עיקר הטעם הוא כיון דיש ספק אם נעשה מעשה פרעון או לא מוקמינן בחזקת קמייתא שמסתמא עדיין לא נעשה מעשה וכעין זה כתב הר"ן בגיטין בדע"ד ע"א וכן קיי"ל בש"ע ח"מ סימן רמ"א סעיף יו"ד האומר לחבירו הריני נותן לך כך וכך על מנת שתעשה דבר פלוני על המקבל להביא ראי' שקיים תנאי, אבל אם אמר לו על מנת שלא תעשה על הנותן להביא ראי' שביטל התנאי, וכתב הסמ"ע בס"ק כ"ג הטעם דלעולם מוקמינן מסתמא שנשאר הדבר כמו שהי' מעיקרא מ"ה צריך להביא ראי' שנשתנה הדבר ולא קיים התנאי, וכ"כ הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ק"ז בשם ריטב"א וב"ש בסימן ל"ח ס"ק ע' (ועיין במוהרי"ט רי"ט בחידושיו לכתובת ד"י ע"א מ"ש שם על דברי הר"ן) וכעין זה אי' במס' בכורת ד"כ דאפילו רובא דתליא במעשה לא הוי רוב משום דמסתמא י"ל דלא נעשה מעשה וכן קיי"ל כמ"ש רשב"א ור"ן בחולין ד"י וכעין זה כתב רשב"א בחידושיו לחולין ד"ט ע"ב דספק התלי' במעשה לא הוי ספק דמסתמא לא נעשה התחדשות ושינוי ממה שהי' מקדם, ועיקר חזקה דילפינן במס' חולין ד"י ע"ב מנגע דלא חיישינן דילמא אדנפיק ואתא בצר לי' שיעורא הוא נמי מהאי טעמא דמסתמא לא נעשה שינוי והתחדשות ממה שהי' מקדם, וזהו בעצמו החילוק בהא דקיי"ל בא"י אם נתחייבתי לך דפטור מלשלם כיון דיש ספק אם נעשה מעשה והיינו אם לוה או לאו מסתמא לא נעשה מעשה והשתנות ממה שהי' מקדם, אבל בא"י אם פרעתיך כיון שלוה וספק אם נעשה מעשה שפרע אמרינן להיפך אוקי בחזקת קמייתא שעדיין לא נעשה מעשה ונשאר כמו שהי' מקדם ונקרא חזקה זו בשם חזקת חיוב והטעם כמ"ש וא"כ י"ל זהו דוקא בא"י אם פרעתיך דיש לחזקה שייכות וענין עם הספק דהספק הוא אם עשה מעשה ופרע ואוקמינן בחזקת קמייתא שלא פרע משא"כ בנידון דרשב"א שכבר פרע הלוה רק הספק הוא אם החוב הי' קרוב למלוה ונפטר או קרוב ללוה וחייב, וכי נימא משום חזקתו שהי' קרוב ללוה כי אין לחזקה שייכות עם הספק דעל זה לא הי' חזקה, וכיון דעכ"פ נעשה מעשה שפרע ליכא חזקה כלל, וא"כ י"ל שזהו כוונת רשב"א כיון שנולד ספק לפניך ונעשה מעשה

איתרע החזקת חיוב והא דאמרינן יחלוקו משום דגם החזקת ממון של הלוה איתרע דהא איכא עדים שאמרו שחייב שהי' קרוב ללוה וכיון דתרווייהו איתרע יחלוקו בממון דשניהם שווין:

ב ונראה להביא ראי' לסברא זו מתוס' במס' כתובת ד"ט ע"ב ד"ה אי שהוכיחו דמוציאין ממון ע"י ספק ספיקא, מהא דאי' בדי"ב הנושא את האשה ולא מצא לה בתולים היא אומרת משארסתני נאנסתי והוא אומר שמא עד שלא ארסתיך דנחלקו ר"ג סובר דנאמנת ור' יהושע סובר דאינה נאמנת וסובר ר' יוחנן דאפי' לר' יהושע נוטלת מנה דכנסה בחזקת בתולה ונמצאת בעולה כתובתה מנה, וקשה דלא ליתיב לה מידי דיטעון אולי זינתה תחתיו ברצון והפסידה כתובתה א"ו ע"י ס"ס מוציאין ממון והכא יש לה על אותו מנה ס"ס דילמא קודם שנתארסה ואת"ל אחר שנתארסה אימור באונס הוי, והקשה הא"ות בסימן ע"ה ס"ק כ"ב ובס' הפלאה מנלן להוכיח דין זה הא בזה קיי"ל ברי ושמא ברי עדיף ואף שהוא ספק אם זינתה ברצון דהוי לי' א"י אם פרעתיך דע"כ לא קאמר בגמרא טעמא דר"ג משום מגו או משום חזקה היינו משום דהוי לי' א"י אם הלויתני דהא לפי דבריו שנבעלה קודם לא נתחייב כלל אבל שתפסיד אולי זינתה תחתיו ברצון כיון דכבר יש לה כתובה משעת אירוסין כמ"ש תוס' בכתובת דמ"ד ע"א ד"ה והילכתא דקיי"ל יש כתובה לארוסה א"כ הוי לי' א"י אם פרעתיך דחייב, ובא"ות רצה להוכיח מזה דסוברים דגם בפרעון אי לא הו"ל למידע פטור יע"ש ובסברא הנ"ל א"ש דס"ל כסברת רשב"א הנ"ל וממילא הכא לא שייך כלל א"י אם פרעתיך, דעיקר הטעם משום דאיכא חזקת חיוב והיינו משום דמסתמא לא נעשה מעשה והשתנות משא"כ הכא שעיקר התחייבות הכתובה הוא אדעתא שיהי' ראוי לו וכשזינתה ברצון פטור דהוי כפרעון, וכיון שזינתה ונעשה מעשה, רק שהספק הוא אם הי' ברצון או באונס נגד זה ליכא חזקת חיוב דהא כבר יצאה מחזקה קמייתא דהא נעשה התחדשות ושינוי, ואין לחזקה שייכות עם הספק וכי משום שהי' מחויב לה כתובה נימא שמעשה הזנות הי' באונס ונדחה בזה גם דברי מוהר"ם שיף בכתובת די"ב ע"ב דוק ותשכח כדברי:

פרט ב

יבואר טעם ב' בכוונת רשב"א ז"ל שכתב דלא שייך דין דא"י אם פרעתיך היכי דיש ספק לפנינו:

ג נלענ"ד לומר אופן ב) בכוונת רשב"א ז"ל ולהסביר סברתו על פי הכלל שכתבתי בכמה דוכתי, ויסודו מראשונים זלה"ה היכי דאיתרע החזקה לפנינו ונעמה מעשה שראוי להסתפק עכ"פ החמירו חכמים שלא לסמוך על חזקה, וכמ"ש תוס' במס כתובת דכ"ג

ע"א ד"ה תרווייהו לכן בעד אחד אומר נתקדשה ועד אחד אומר לא נתקדשה לא תנשא לכתחילה ולא מוקמינן על חזקה כיון שאנו יודעין שזרק לה קידושין ומספקא לן אי קרוב לו או לה והכי ב' עדים חד אומר קרוב לו וחד אומר קרוב לה לית לן למימר אוקי על חזקה להתירה לכתחילה יע"ש ובע"כ כוונתם דלא מוקמינן על חזקה רק היכי שיש ספק אם נעשה מעשה אבל אם נעשה מעשה שראוי להסתפק איתרע חזקה ע"י מעשה שנעשה לפנינו והחמירו חכמים בכה"ג שלא לסמוך על חזקה כזו, וראיתי בס' פני יהושע בחידושיו לגיטין דכ"ח ע"א שהביא ראי' מתוס' דהיכי דאתרע החזקה ע"י מעשה לא מוקמינן על חזקה ונראה מדבריו שאפילו מן התורה ל"מ חזקה כזו ודבריו תמוהין דהא אי' להדי' שם בברייתא אם ניסת לא תצא ובע"כ מן התורה מהני אפי' חזקה כזו, אך ראיתי בחידושי מוהרי"ט בקדושין ד"ה גבי נתן הוא שהבין כפני יהושע ומיישב לשון תוס' בדוחק, וסעד מצאתי לגדולים הנ"ל ממ"ש המשנה למלך בפרק כ"ה מהלכות טומאת מת הלכה י"ד בשם ריטב"א דלא אמרינן אוקי מילתא אחזקה אלא בספק נגע ספק לא נגע ולא בודאי נגע יע"ש והיינו כסברא הלז בספק נגע דיש ספק אם נעשה מעשה אוקי אחזקתו, משא"כ בודאי נגע שנעשה מעשה איתרע חזקת טהרה שלו ומשמע אפילו מן התורה ל"מ חזקה כזו וע"ע בחידושי רשב"א במס' חולין דפ"ו שכתב ג"כ דאם ודאי נגע משווינן לי' אזלא חזקת עיסה, ועיין במס' קדושין ד"פ ע"א ברש"י ותוס' שם, ובד"נ ע"ב בסוגי' דמקדשי והדר מסבלי, שכ' רמב"ן במלחמות שם סברא זו וז"ל שאני שרצים כיון דנגעו אין חזקה של עסה כלים שהרי הודעה לפניך וע"ע בס' תורת הבית הארוך לרשב"א שער א' ד"ח מ"ש בשם רש"י ומ"ש הוא ז"ל שמורה ג"כ על כלל הלז, ועיין עוד במס' פסחים ד"ט ע"ב בתוס' ד"ה היינו מה שהקשו על רש"י בקושי' ב' דאיכא חזקת בדוק ותירץ בס' פני יהושע שם דאיתרע החזקה דהא נעשה מעשה דראינו שהכניסה לבית, ואולם המעיין ברש"י בחולין דפ"ו ע"א שפי' בהאי דתינוק שנמצא בצד עיסה שנגע בעיסה ואפ"ה סובר ר"מ דטהורה משום דאמרינין סמוך מיעוטא לחזקה בע"כ רש"י סובר אף היכי דאיתרע חזקה ונעשה מעשה אשר גורם להסתפק מ"מ הוי חזקה ושפיר מקשה תוס' לרש"י לשיטתו ועכ"פ לרוב הפוסקים ורשב"א מכללן היכי דאיתרע החזקה לא הוי חזקה ולפ"ז י"ל כוונת רשב"א במס' גיטין דע"ח הנ"ל דבעלמא בא"י אם פרעתיך מוקמינן על חזקת קמייתא והיינו חזקת חיוב משא"כ הכא שנולד ספק לפנינו דהא נעשה מעשה שראוי להסתפק שזרק החוב בפני עדים ואיכא ספק למי הי' קרוב אי למלוה אי ללוה איתרע חזקת קמייתא שהי' בחזקת חיוב והוי כעין ספק קרוב

לו או לה דאיתרע חזקת פנוי שהוא ג"כ חזקה קמייתא וה"ה וכמו כן איתרע החזקת ממון דהא יש עדים שהי' קרוב ללוה ולכן הדין דיחלוקו וא"ש:

פרט ג

יבואר לפמ"ש לעיל ב' טעמים בכוונת רשב"א במ"ש דהיכי דנולד ספק לא שייך האי דינא דא"י אם פרעתיך איכא נ"מ לדינא וגם יבואר שנשמע מדבריו שלשה דינים:

ד דע שמתוך דברי רשב"א ז"ל למדתי שלשה דינים דין א) היכא שיש הכחשה בין שתי כיתי עדים בפרעון הדין דיחלוקו. דין ב) יש לברר היכי דליכא הכחשה בין העדים רק שמלוה טוען ברי ולוה טוען א"י אם פרעתיך ויש ספק לפנינו כגון שהי' אומר לו זרוק לי חובי והפטר או זרוק לי חובי בתורת גיטין וזרקו לו ואבד ואמר המלוה שהי' קרוב ללוה וחייב עדיין לשלם והלוה אומר שא"י אם הי' קרוב לו או למלוה נראה לענ"ד דתלי' בב' טעמים הנזכרים בפרט א' וב', אי נימא כמ"ש בפרט ב' הטעם משום דנעשה מעשה לא אזלינן בתר חזקה קמייתא דאיתרע חזקה ע"י מעשה הכא לא איתרע החזקה דהא ליכא עדים המעידים על ספק ולא דמי להאי דעד אחד אומר נתקדשה ועד אחד אומר לא נתקדשה שכתבו תוס' הבאתי בפרט ב' דלא הוי חזקה דמיירי שידוע לנו שזרק קדושין ומספקא לן אי קרוב לו או לה ועדים מכחישים זא"ז ח"א קרוב לו וח"א קרוב לה כמו שנראה מלשון תוס' וכן הבין בס' ב"ש בסימן מ"ז ס"ק ו' וכן בכל המקומות דאמרינן דאיתרע החזקה איירי דידוע לנו שנעשה מעשה הגורם להסתפק, משא"כ הכא שאין אנו יודעין מזריקת החוב ומפרעון רק מפיהם והא לפי דברי המלוה שהי' קרוב ללוה לא אתרע חזקת חיוב דליכא ספק כלל לפי דבריו ממילא חייב הלוה לשלם כמו בכל א"י אם פרעתיך דהא יש למלוה ברי וחזקה ועדיף מחזקת ממון ולא דמי למחצה על מחצה דיחלוקו בשני כיתי עדים המכחישים זא"ז דאף אם המלוה טוען ברי ולוה שמא הדין יחלוקו דבכל גווני מיירי משום דברי של מלוה לא עדיף מאילו הי' לו עדים המסייע ותרי כמאה ול"מ מעלת ברי כמ"ש בכלל י"ג פרט ה' משא"כ היכי דליכא עדים המכחישים זא"ז קם ברי וחזקה נגד חזקת ממון כדאי' בכתובת די"ב ע"ב בתי' בתרא אבל אי נימא הטעם כמ"ש בפרט א' דבעינן שיהי' לחזקה שייכות עם הפסק פטור הלוה לשלם דהא ליכא חזקת חיוב המסייע למלוה כיון שכבר עשה מעשה שפרע והספק הוא לפי דברי הלוה אם הי' קרוב למלוה או ללוה אטו נימא בשביל חזקת חיוב שזריקת החוב הי' קרוב ללוה דאין שייכות לחזקה עם הספק וליכא רק ברי ושמא וקיי"ל כר"נ דלא מהני ברי להוציא דהא לא איתרע חזקת ממון של לוה דהא ליכא עדים המחייבין אותו, ואף דלא דמי לשאר חזקת ממון שיש ללוה גם חזקה קמייתא שקודם שנולד הספק הי' פטור

מ"מ יש לו חזקת ממון הנקרא בשם חזקה דהשתא שעכשיו מוחזק בממון דהוא ג"כ חזקה כדמוכח כח בתוס' כתובת דע"ו ע"ב ד"ה על, וכן מורה לשון רשב"א כנ"ל, וכ"כ בעל התרומות בשער כ"ט חלק ג' סימן ו' וז"ל ולא דמי למנה לי בידך והלה אומר א"י דמשתבע היסת ומיפטר משום דהתם איכא ברי גבי תובע וחזקה דממונא גבי נתבע ואוקי ממונא בחזקת מארי' טפי עדיף כי היכי דלא נפגע בספק גזילה ונעשה מעשה בידים עכ"ל מדלא כתב הטעם שיש לו חזקה קמייתא משמע שזהו גופא שתופס עכשיו בממון הוא חזקה, וכיון דליכא חזקת חיוב המסייע למלוה דהא אין לחזקה שייכות עם הספק פטור הלוה לשלם ומיני' דן לכל מקום דהוא כה"ג:

דין ג) נראה פשוט היכי דאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין או זרוק חובי והפטר לפוסקים דמדמי להו אהדדי, וזרק החוב בפני עדים והם מסופקים אם הי' קרוב למלוה או ללוה ומלוה טוען ברי שהי' קרוב ללוה וחל חיוב עליו עדיין לשלם, ולוה מסופק וטוען איני יודע כדברי העדים נראה אפי' לפוסקים שטעם היכי דנעשה המעשה לא אזלינן בתר חזקה משום דאיתרע החזקה פטור הלוה ג"כ מלשלם דהא ליכא חזקת חיוב המסייע למלוה דאיתרע שיש ספק לפנינו לולי דבריהם על ידי עדים, וחזקת ממון של הלוה מה שהוא מוחזק בממון לא איתרע דהא ליכא עדים המעידים שהם חייב לשלם רק שהם אומרים שיש ספק ובספק מוקמינן בתר חזקתו שמוחזק א"כ לא מרעי הם לחזקתו שכך הוא הדין גם לפי דבריהם כיון שיש ספק מוקמינן ממון על חזקתו שאין מוציאין ממון מספק אבל חזקה קמייתא שהי' מסייע למלוה איתרע על ידי עדים, ובשגם כי יש לדון ולומר כיון שיש ספק לעדים אינו נאמן לומר שברי לי מה שיש ספק אצלם ואף אי נימא דלא הוי הכחשה ממש מכל מקום פטור מטעם הנ"ל דלית לי' רק ברי ול"מ נגד חזקת ממון אף שאין ללוה חזקה קמייתא כנ"ל:

ה ומעתה נבוא לברר אם ב' דינים הראשונים הנ"ל מוסכמים להלכה בשיטת שאר פוסקים כעת נברר בדין א' הנ"ל נראה לענ"ד שרבו החולקים עליו דהנה המרדכי כתב שם בפ' הזורק סי' תל"ח וז"ל זרוק לי חובי וזרקו כו' מחצה על מחצה יחלוקו, מה שפירש"י וזרק ואבד החוב לא נראה לר"י דאמאי לא אמרינן המע"ה, ונראה כפירש ר"י שמלוה בעין כו' יע"ש ובע"כ קושי' המרדכי הוא לרבה ולר' יוסף כמ"ש מוהרש"א דלר' יוחנן בשניהם יכולים לשמרו כו' ליכא ספק, א"כ מוכח דסובר ר"י ומרדכי היכי שיש הכחשה בין עדים אי הפרעון חשוב פרעון אמרינן המוציא מחבירו עליו הראי' ולא אמרינין יחלוקו, וכפי מ"ש מוהרש"א גם תוס' בד"ה מחצה סוברים כמרדכי, ואף לפמ"ש בכלל י"ג פרט ה' כוונת תוס' ג"כ לא מוכח דסוברים כרשב"א דעיקר טעמייהו הוא משום

שכן התנה, אבל בעלמא היכי דלא תלי' בדיבורו כשיש ספק ע"י שמכחישין העדים זא"ז הדין דהמע"ה, וא"כ גם מרש"י לא מוכח דסובר כרשב"א די"ל הטעם דאמרינן המע"ה כיון שכן התנה שיהי' כמו בגיטין, וכן מצאתי בחידושי מוהר"ם שי"ף שכתב וז"ל, ותירץ רשב"א אין מחוור לי לדינא דסוף סוף כיון שיש ללוה ב' עדים על פרעון החוב מה לנו לעדים אחרים וודאות החיובא ואין לו דמיון לאיני יודע אם פרעתיך וק"ל עכ"ל דבריו ברורים ומכוונים ובאמת יש לתמוה על רשב"א ז"ל דהוא סותר א"ע דהנה הש"ך בח"מ סימן מ"ו ס"ק כ"א וסימן ע"א הוכיח מתשובת רשב"א שהביא בית יוסף בסימן כ"ט בשטר ששנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע אף ששטר הוא ביד מלוה הוי ספק פרוע ולא מגבינן בי' ולא קרעינן לי', ודלא כנראה מדברי סמ"ע בס"ק ד' שסובר דמוקמינן לשטר אחזקתי' ומגבינן בי' והא ודאי חזקת חיוב הבא מכח שטר אלים טפי מחזקת חיוב הבא מכח מלוה ע"פ וא"כ הכא בהך דינא דאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין, או שאמר זרוק לי חובי והפטר לפוסקים דיש להם דין אחד, אם הוא מחצה על מחצה כגון שמני כיתי עדים מכחישים זא"ז דכתב רשב"א ז"ל דהדין שיחלוקו ומשלם הלוה מחצה כשנאבד קשה טובא לפי דבריו ז"ל בעצמו בתשובה אמאי לא אמרינן המע"ה לא מבעי' לפמ"ש המשנה למלך בפרק י"ו ממלוה הלכה א' דמיירי מתני' רק במלוה ע"פ דאי אפשר לומר דמיירי במלוה בשטר דלפמ"ש ר"אש בפרק המקבל מדין מחילה נפטר ולשיטת רבינו ישעי' הובא בטור סי' י"ב צריך קנין במחילה כשתפס שטרא, והכא הי' רק דברים בעלמא, בודאי קשה הא לא עדיף חזקת חיוב במלוה ע"פ כשמודה שחייב מהיכי שמוציא שטר דאיכא חזקת חיוב אלימא ע"י חזקה שטרך בידי מה בעי, ואפ"ה לא גבינן ואמרינן המע"ה, רק אפי' לחולקים על רבינו ישעי' וסוברים דמחילה אין צריך קנין אפי' בתפס שטרא ומיירי מתני' גם בשטר מ"מ קשה אמאי יחלוקו הא כיון שזרק החוב ויש הכחשה בין עדים הוו ככת אומר פרע וכת אומר לא פרע ולא גבינן ולא קרעינן ומה מהני חזקת חיוב שמסייע למלוה הא גם בנידון דש"ות רשב"א איכא חזקת חיוב שמסייע למלוה ואפ"ה לא מצי לגבות ואפי' אם המלוה טוען ברי והלוה שמא ראוי שלא יועיל כמו נידון דרשב"א שם דמיירי בכל גווני והטעם דברי מל מלוה לא עדיף מאילו הי' לו עוד עדים המסייעין לו ותרי כמאה, ותו דהאי דינא דמחצה על מחצה יחלוקו איירי בכל גווני גם בברי וברי או בשמא ושמא ואינו דומה לא"י אם פרעתיך דהתם ליכא עדים המסייעין לחזקתו משא"כ הכא דאיכא עדים המרעים לחזקת חיוב וגם איכא ספק ריעותא לפנינו לגרוע החזקה כיון שזרק החוב בודאי וכפי הנראה טעמא דשו"ת רש"בא וש"ך הנ"ל לכן לא מהני החזקת חיוב כעין סברת תוס' במס' ב"ב דל"א ע"ב ד"ה וזו בשתי

כיתות עדים המכחישים זא"ז דלא נאמנים בתראי במגו דפסלו לקמאי בגזלנותא דמגו לא יוכל לסייע יותר משני עדים ותרי כמאה וה"ה כח חזקה לא עדיף מאילו הי' למלוה עוד עדים המסייעין לו ותרי כמאה והוי ספק, משא"כ חזקת ממון של לוה לא שייך לארועי מהאי טעמא דעיקר הטעם כמ"ש בעל התרומות בשער כ"ט ח"ג דאוקי' ממונא בחזקת מארי' כי היכי דלא נפנע בספק גזל ונעשה מעשה בידים עכ"ל והיינו כיון שהוא תפס שב ואל תעשה עדיף, אין אנו מרעין לשום כת מעדים, דמחמת שהוא ספק לנו איזה כת אומרים אמת הדין תורה היכי דקם קם, וכיון שחזקת ממון של לוה הוא רק מצד מעלת התפיסה לא שייך לומר סברא הנ"ל אטו עדיף המעלה מעדים ותרי כמאה, דז"א כיון שאין לו כת חזקה המכרעת כדברי כת אחת רק שאנו דנין פסק דין כיון שהם מכחישים זא"ז ואין אנו יודעים האמת עם מי והוא תפוס ועומד כך הדין תורה שאי אפשר לעשות מעשה ולהוציא דהא העדים שאומרים לא פרע אינם מכחישים לתופס דהא תפס בודאי ולא דמי לכח חזקת חיוב המסייע למלוה שעדים שאומרים פרע מתנגדים ומכחישים וסותרי' לחזקה שאומרים שכבר נפסק החזקה ואף דחזקה מכרעת כדברי כת אחת מ"מ אמרינן תרי כמאה דחזקה המכרעת לא עדיף מאילו הי' עוד עדים המסייעין לו ותרי כמאה, משא"כ נגד מעלת תפיסה כיון שסוף סוף תפס לפנינו ותפיסה אינו מכרעת ככת אחת מהני תפיסת הלוה מצד הדין תורה וכיון דליכא חזקת חיוב שנסתר ע"י עדים כיון דלא עדיף מעדים ותרי כמאה ממילא הדין שהמע"ה כיון שהלוה עכ"פ תפס בהיתר וברשות והבן, וא"כ דברי רשב"א סותרין זא"ז וקמה קושי' רשב"א במקומו אמאי הדין יחלוקו ולא אמרינן המע"ה לרבה ור"י וצ"ע:

ו ועוד קשה לי על רבינו הגדול רשב"א ז"ל מהא דאי' במס' כתובת די"ט ע"ב ת"ר שנים חתומין על השטר ומתו ובאו שנים ואמרו ידענו שכתב ידם הוא זה אבל אנוסים היו קטנים או פסולי עדות היו הרי אלו נאמנים ואם יש עדים שכתב ידם הוא זה או שכתב ידם יוצא ממקום אחר אין אלו נאמנים ומקשה הש"ס ומגבינן בי' כשטרא מעליא ואמאי תרי ותרי נינהו, ותירץ ר' נחמן אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מארי' פירש"י בחזקת הלוה ואם קרקע תעמוד בחזקת המוכר ודתני בברייתא אין נאמנים לא דליהוי שטרא מעליא למיגבי בי' אלא דלא קרעינן לי' ונ"מ דאי תפס מיני' לא מפקינן מיני' והקשו תוס' בד"ה ואוקי הא קיי"ל במס' ב"מ גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאין מידו אלמא תפיסה דלאחר ספיקא לאו כלום הוא, ותירצו דשאני גבי בכור שכהן תופס מספק שאינו יודע אם בכור הוא אבל הכא שטוען ברי מהני תפיסה, ועוד תירצו דהכא מיירי שתפס קודם שנולד הספק וביארו בתוס' במס' ב"מ ד"ו ע"ב ד"ה פוטר שתפס קודם

שבאו עדים לפסול השטר דהיינו קודם שנולד הספק, ומשמע דלא מחלקין בתירץ זה בין אם תופס טוען ברי לטוען שמא כיון שהוא קודם שנולד הספק ועיין ש"ות תרומת הדשן סימן שכ"א, הרי אף דיש ללוה חזקת ממון מעליא עם חזקת מרא קמא דהוא חזקה קמייתא דהא הלוה אמר שלא לוה כלל ושטר פסול ועדים מסייעין לו מ"מ כשתפס המלוה וטוען ברי מהני תפיסתו אף שגם הלוה טוען ברי וחזקת ממון אלים אפי' מרובא דהא אין הולכין בממון אחר רוב מ"מ כיון שיש שני כיתי עדים המכחישים זא"ז ויש ספק לפנינו מי שמוחזק זכה מכ"ש הכא במחצה על מחצה כגון ששני כיתי עדים מכחישים שראוי לומר היכי דלוה טוען ברי לי שהי' קרוב למלוה כיון שהוא תפוס ועומד בממונו שמועיל תפיסתו והא האי דינא דמע"מ יחלוקו מיירי בכל גווני ואפי' ברי וברי וא"כ קשה אמאי אמרינן יחלוקו אמאי לא מהני תפיסת הלוה אף נגד חזקת חיוב המסייע למלוה הא מועיל בכה"ג תפיסת המלוה נגד הלוה אף שיש ללוה חזקת ממון מעליא שהוא חזקה קמייתא כמו חזקת חיוב שהוא חזקה קמייתא ונוסף לזה שהוא מוחזק ותו אפילו בשמא ושמא ג"כ ראוי לומר המע"ה כיון שתפיסת הלוה שתפוס ועומד הוא קודם שנולד הספק מהני אפי' בשמא כנ"ל ואי משום דהתם אלים כח המלוה שיש לו שטר מ"מ עכ"פ במלוה ע"פ ראוי לומר שאלים כח הלוה שיועיל תפיסתו שתפס ועומד בהיתר נגד חזקת חיוב המסייע למלוה אף אם הי' בתקפו, ומכ"ש לפי מ"ש הוא ז"ל בעצמו דאיתרע חזקתו ותפיסתו לא איתרע דסוף סוף הוא תפוס לפנינו וכיון שיש לפנינו הכחשה תרי נגד תרי הוי ספק וכך הוא שורת הדין שאין מוציאין ממון מתופס בלא ראי' ולכן דבריו צע"ג וכפי הנראה הדין עם מוהר"ם שי"ף שרבו החולקים על רשב"א זלה"ה:

פרט ד

יבואר בדין ב' שכתבתי בשם רשב"א ז"ל היכי דליכא הכחשה בין העדים והמלוה טוען ברי ולוה טוען א"י אם פרעתיך ויש ספק לפנינו לטעם ראשון שכתבתי בפרט א' פטור הלוה מלשלם אי האי דינא מוסכם משאר גדולי הראשונים ז"ל:

ז נלענ"ד דהטור ומחבר ואחרונים ז"ל לית להו האי דינא דרשב"א כפי מ"ש לבאר בכוונתו בפרט א' ובע"כ סוברים בכל גווני חייב לשלם כשטוען א"י אם פרעתיך דהנה אי' בטור ומחבר בח"מ סימן ע"ב סעיף י"ד אם הלוה תבעו ביתרון שהי' שוה המשכון יותר על החוב ויש עדים לזה או שמלוה מודה אלא שטוען שנאבד באונס ותובע דמי חובו ישבע המלוה שאינו ברשותו ושלא שלח בו יד ושנאבד באונס וגובה חובו מהלוה שהרי אין הלוה יודע כיצד נאבד והוי לי' כהלותני וא"י אם החזרתי לך יע"ש ולא נזכר בסמ"ע וש"ך שם חילק ע"ז ואי נימא דס"ל דין הנ"ל קשה היאך מדמו לא"י אם פרעתיך

דיש מלוה חזקה המסייע לו והוא חזקה קמייתא שיש שייכות לחזקה עם הספק דאמרינן שלא פרע ולא נעשה השתנות משא"כ הכא אטו משום חזקת חיוב המסייע למלוה נימא שמעשה הי' שנאבד באונס הא אין לחזקה שייכות עם הספק ובע"כ מוכח דסוברים אף דאין שייכות לחזקה עם הספק מ"מ מוקימינן על חזקה ובאמת בכללי חזקות כתבתי דהאי פסקא דגדולי אחרונים ז"ל שהבאתי בפרט א' צע"ג דבכמה דוכתי בש"ס משמע דבכל גווני הוי חזקה וראי' אחת הבאתי מהא דאי' בכתובת די"ד ע"א דאי' שם העיד ר' יהושע ור' יהודא בן בתירא על אלמנת עיסה שהיא כשירה לכהונה פירש"י וז"ל על אלמנת עיסה שהיא באה מכח ספק חלל כדלקמן שנטמע בה ספק חלל כגון שזרק בעל אמו הראשון לה גט ספק קרוב לו או לה כו' והעיד ר"י על אלמנתו שהיא כשירה אלמא מוקמינן על חזקה ואמרינן אל תפסלינה לזו מספק שמא בעלה חלל הי' יע"ש והא התם אין לחזקה שייכות עם הספק אטו משום שיש לאשה חזקת כשרות נימא שהגט הי' קרוב לו ולא נתגרשה ולא הי' חלל כי אין ענין זה לזה וכיו"ב הוא בכמה דוכתי וא"כ לפ"ז סוברים דשייך דין א"י אם פרעתיך שחייב לשלם מטעם חזקת חיוב דמסייע למלוה אף היכי שאין שייכות לחזקה עם הספק:

ח וכן יש להוכיח דעת הנמוקי יוסף, דאי' במס' ב"מ דצ"ו ע"א במתני' השואל את הפרה שאלה חצי יום ושכרה חצי יום, שאלה היום ושכרה למחר, שכר אחת ושאל אחת ומתה המשאיל אומר שאולה מזה ביום שהית' שאולה מתה בשעה שהי' שאולה משה והלה אומר איני יודע חייב, ואי' שם בש"ס שמעת מיני' מנה לי בידך והלה אומר אינו יודע חייב נימא תיהוי תיובתא דר' נחמן דאמר פטור, וכתב בנמוקי יוסף וז"ל וא"ת היאך מקשה הא מתני' דמי' לא"י אם החזרתי לך דקיי"ל בב"ק דחייב לכ"ע, דהא ה"נ מודה ששאלה חצי יום וכן ששאלה היום אלא שאין יודע אי מתה לאחר עבור זמן שאלה ופטור או שמא כשמתה עדיין לא עבר זמן השאלה וחייב, א"כ מודה הוא שנעשה שואל עליה וכשאומר א"י אם עבר זמן שאלה כשמתה הוי כאומר א"י אם החזרתי לך אם לאו, ויש לומר שמסיפא דמתני' מקשה דשכר אחת ושאל אחת ומתה אחת וא"י איזה הוא נמצא שא"י אם נעשה שואל עליה אם לאו דהיינו הלה אומר א"י כו' א"נ מצינן למימר דמרישא קמקשה דשאלה חצי יום ושכרה חצי יום סתמא קתני ולא מכרעא מילתא שיהי' חצי יום ראשון בשאלה או היום הראשון וכיון שא"י אם מתה בזמן השאלה א"כ כשאמר א"י אינו מודה בשאלה כלל ושפיר פריך עכ"ל ואי סובר כסברא הנ"ל לא מקשה מידי דאף דאזיל בשיטת רמב"ם שנכסי' נתחייבו משעת משיכה לאונסים ואיכא חזקת חיוב דהיינו שהי' בחזקת חיוב אם יברר שיהי' בשעת שאלה או שיודה, מ"מ כיון שעבר זמן

השכירות ואיכא ספק לפנינו לא דמי לשאר א"י אם פרעתיך דיש לחזקות חיוב שייכות עם הספק שהספק הוא אם פרעו או לא והחזקה הי' שמעיקרא הי' ודאי מחויב עדיין עומד בחזקתו שלא פרע ולא נעשה מעשה משא"כ הכא אטו הי' החזקת חיוב שיהי' מתה בזמן שאלה ע"ז לא הי' החזקה ואין לחזקה שייכות עם הספק אטו נימא משום שנשתעבדו נכסים משעת משיכה לאונסים נימא שמתה בזמן שאלה דלמא מתה בזמן שכירה כי אין ענין זה לזה, אע"כ דלית להו סברת רשב"א הלז כפי ביאורי ע"פי שיטת אחרונים הנזכר בפרט א' ואכתי יש לומר דקושי' הוא כך ניהו דליכא חזקת חיוב עכ"פ לית לי' לשואל חזקת ממון מעליא כמו בחזקת ממון במנה לי בידך דהתם יש ללוה חזקה דהשתא שעכשיו מוחזק וגם חזקה קמייתא שקודם שבא הספק לפנינו הי' בחזקת פטור מלשלם כמ"ש טו"ז בסס"י ע"ה משא"כ הכא עכ"פ לית לשואל חזקה קמייתא דאף דאיתרע חזקת חיוב המסייע למשאיל אחר שבא ימי שכירות מ"מ לית לשואל חזקה קמייתא כיון שיש ספק דילמא מתה בשעה שהי' שאולה ולא דמי לשאר חזקת ממון ודלמא בכה"ג אית לי' לר' נחמן בדי עדיף דל"ד להתם, אך לשון נמוקי יוסף משמע להדי' שסובר שדמי ממש לדין א"י אם פרעתיך ובגוף דברי רשב"א ז"ל יותר כראה בעיני לפרש כוונתו כמ"ש בפרט ג' שכוונתו כיון דאית לפנינו ספק ע"י עדים איתרע חזקת חיוב ועמ"ש האורים ותומים בסימן ע"ה ס"ק י"ט לדחות דברי רשב"א מהלכה מטעם אחר ולאחר העיון ראיתי בספר קצות החושן סימן שמ"ד ס"ק ג' שהביא דברי רשב"א וכפי הנראה לא פירש דברי רשב"א כ"מש והמעיין יבין ולא נראה לענ"ד כלל דבריו, וגם מה שהבין בשיטת רשב"א שסובר היכי שיש ספק לפנינו וטוען א"י אם פרעתיך הדין יחלוקו במכ"ת לא עיין היטב דרשב"א לא כתב כן רק היכי שיש הכחשה בין שתי כתי עדים, והטעם כמש"ל בפרט ג' שכוונתו דוקא היכי דאיתרע החזקה שנעשה מעשה שראוי להסתפק והספק ידוע לנו ע"י עדים דאיתרע החזקה, משא"כ היכי שהספק בא מבעל דבר ושכנגדו טוען ברי וליכא ספק לפנינו ב"ד כמ"ש לעיל בפרט ג' ונדחין כל דבריו שם כי אין כלל לנידון דנמוקי יוסף דוק ותשכח כדברי, ולדינא צע"ג בכל זה:

ט ודע לפי פירושי בכוונת רשב"א שסובר הא דא"י אם פרעתיך פטור מלשלם דוקא כשספק הוא ע"י שנעשה מעשה לפנינו שידוע לנו שאיתרע החזקת חיוב אבל אם ליכא ריעותא ידוע לב"ד בחזקה אף שנולד ספק לב"ד בלא טענותיהם לא איתרע החזקת קמייתא שהי' מסייע למלוה ומחויב לשלם ודלא כהבנת אחרונים זלה"ה, נראה להוכיח שדעת ראב"ד ורשב"א כשיטת ראנ"ח וסיעתו המובא במשנה למלך בפ"ד משאלה ופקדון והבאתי דבריהם בכלל י"ג דהיכי דברי גרוע ושמא טוב פטור מלשלם אף כשטוען

א"י אם פרעתיך, דאי' במס' ב"ק דמ"ה ע"א ת"ר שור שהמית עד שלא נגמר דינו מכרו מכור הקדישו מוקדש כו' החזירו שומר לבעליו מוחזר משנגמר דינו מכרו אינו מכור כו' החזירו שומר לבעליו אינו מוחזר, ר' יעקב אומר אף משנגמר דינו החזיר שומר לבית בעלים מוחזר ומסיק רבה דכ"ע אומרין באיסורי הנאה הרי שלך לפניך אלא הכי פליגי רבנן סוברים אין גומרין דינו של שור אלא בפניו דאמר לי' אי אהדרת נהלי' הוי מעריקנא לאגמא ור' יעקב סבר גומרין דינו של שור שלא בפניו דא"ל סוף סוף מיגמר הוי גמירי לדינא, והקשה רש"י לר' יעקב נמי לימא לי' אי הוי אהדרת נהלי' הוי שחטינא לי' ע"ש מה שתירץ וכתב בספר אסיפת זקנים שם ליישב קושי' רמ"י הנ"ל וז"ל והמחוור שבכולן מה שפי' הראב"ד דהא דאמר הוי מעריקנא לאגמא כו' הכי קאמר שבקינא לי' דנהדר לאגמא שהוא מקום מרעיתו וכיון דלא אהדר אפסדתיה ואילו מעשה לא קטעין ונ"ל שחסר וצ"ל שיכול לומר לו) לא הברחתיו לאגם ולא שחטתיו, אלו דברי הרב ז"ל ויפה אמר שאילו טען מעשה חדש מאן לימא לך שהי' עושה כן עכ"ל בשם רשב"א זלה"ה ובע"כ כוונתו שמספק א"י יכול להוציא ממון מן השומר, וקשה כיון שבעלים טוענים ברי דהי' עושים כן ושומר אין יכול לטעון רק שמא, הוי א"י אם פרעתיך דהא השומר מחויב להחזיר לבעלים פרעון מבורר בבירור, כיון שמחויב בודאי, ולפי דברי הבעלים שטוענים ברי לא הי' פרעון, ולפי הבנת אחרונים הנ"ל ניחא די"ל רשב"א אזיל לשיטתו שכתב במס' גיטין דע"ח דהיכי דנולד ספק פרעון לב"ד לולי דברי בעל דבר הוי ספק מעליא ואיתרע חזקת חיוב המסייע לתובע ופטור הנתבע לגמרי, ודוקא היכי דהכחישו כיתות העדים זא"ז הדין דחולקין אבל היכא דליכא הכחשה פטור לגמרי ה"ה איכא לב"ד ספק אם הי' עושה מעשה חדש וגם לולי דבריו איכא ספק לב"ד אם אמת כדבריו ולא דמי לא"י אם פרעתיך דלולי דברי הלוה הוא בחזקת חיוב משא"כ הכא יש ספק לפנינו אך לפי פירושינו ברשב"א קשה, ובעכצ"ל דסוברים בא"י אם פרעתיך היכי דברי גרוע ושמא טוב דלא הוי לי' למידע פטור וה"נ א"י השומר לידע וא"ש:

אמנם לפ"ז קשה דהא מוכח מסוגין דבע"כ רבה סובר בברי גרוע בצירוף חזקת חיוב לא מהני להוציא ממון, דאל"כ קשה אמאי סובר ר' יעקב דפטור השומר מה בכך שמוחזק בממון מ"מ יתחייב כיון שבעלים טוענים בדי, וא"כ קשה קושי' הש"ס בכתובת די"ב ע"ב ממתני' דמשארסתני נאנסתי דסובר ר"ג דנאמנת להוציא ממון בברי גרוע כמ"ש תוס' שם ד"ה ר' הונא דכיון דרבה סובר בדי"ב ע"א כנסה בחזקת בתול' ונמצא בעולה כתובתה מנה כמ"ש תוס' שם ד"ה אמר ונסתר תי' ראשון שמתרץ שם משום מגו כמ"ש תוס' שם ד"ה אלא, ובע"כ צריך לומר לדידי' תי' בתרא ומוכח דברי גרוע וחזקה מהני

להוציא ממון וה"ה בא"י אם פרעתיך מהני ברי גרוע וחזקת חיוב להוציא ממון עמ"ש בכלל י"ג פרט ב' ובכאן נסתר מ"ש שם בס"ק ג' דוק שם ודוחק לומר דר' יעקב ור"ג נחלקו בזה ונראה להוכיח מכאן דרשב"א ל"ל סברת הש"ך בס' צ"א ס"ק י"ב שהבאתי בכלל י"ב פרט ב' בשם בע"ת שסובר בכל מקום שיש חזקה וברי מהני להוציא ממון, כמו התם די"ל שאני חזקת הגוף שהוא חזקה אלימא כמ"ש תוס' בכתובת דע"ה מהני אפי' בצירוף ברי גרוע ולא בשאר חזקות ובשגם כי הש"ך בסימן פ"ב כתב בשם נימוקי יוסף במס' כתובת די"ח שאין מדמין חזקות זו לזו וא"ש ועדיין צ"ע לדינא ויש לי הרבה הרהורי דברים בעניני' הללו, ואין רצוני להאריך יותר מדאי:

כלל טו

יבואר מחלוקת רשד"ם וטו"ז היכי שפרע בודאי החוב ואח"כ הראה המלוה ללוה מטבע מזויפת שקיבל ממנו והלוה משיב אינו יודע אם היה מטבע זו בתוך אותן המעות אם נאמן המלוה להוציא מלוה כיון שטוען ברי והלוה שמא אי יש לו דין א"י אם נתחייבתי לך או דין א"י אם פרעתיך וגם יבואר דין דספק פרעון קודם הלואה ובו ד פרטים:

פרט א

יבואר מחלוקת רשד"ם וטו"ז:

א בטורי זהב בח"מ סוף סימן ע"ה הביא ספק באחד שפרע לחבירו חובו במעות ואחר הפרעון הראה מלוה ללוה מטבע מזויפת וטוען שקיבל ממנו בתוך הפרעון, והלוה משיב א"י אם הי' מטבע זו בתוך אותן מעות, דעת רשד"ם בש"ות סימן פ' וכ"כ הש"ך בשמו בסימן רל"ב ס"ק ט"ו דהוי כטוען א"י אם פרעתיך דחייב לשלם, אבל דעת הטו"ז שם דהוי כטוען א"י אם נתחייבתי לך דעיקר טעמא דמחלקינן ביניהם כיון דעכשיו נולד הספק מוקמינן בחזקת שהי' קודם שנולד הספק ולכן פטור בא"י אם נתחייבתי לך דקודם שהי' הספק הי' בחזקת פטור, ובא"י אם פרעתיך קודם שנולד הספק הי' בחזקת חיוב, דהלואה הי' ודאי, וא"כ בנ"ד שפרע ונסתלק ממנו ועכשיו נודע הספק במטבע אוקי הדבר כמו שהי' עד עתה והוא בחזקת פרעון טוב דרוב מטבעות אינם מזויפים והוי כתובעו עכשיו תביעה חדשה וזה טוען א"י אם נתחייבתי לך עכ"ד, ולענ"ד תלי' במחלוקת קדומה דהנה בארתי בכללי חזקות, בכל מקום דאזלינן בתר חזקה היכי שיש לנו ספק מוקמינן הדבר על חזקה קמייתא כמו שהי' קודם הספק, אי אזלינן בתר שעה שנודע הספק לנו או בתר שעה שנולד הספק אף קודם שנודע לנו, ולוקים הדבר בחזקת שהי' קודם שנולד הספק נחלקו גדולי אחרונים זלה"ה, דעת רמ"א ביו"ד ס"נ דלא אמרינן

נשחטה הותרה אלא בדבר שנוכל לומר שנעשה ריעותא לאחר שחיטה דלא יצאה מחזקתה מחיים, אבל אם נולד הספק מחיים אזלינן בתר שעה שנולד הספק, ומוהר"ם לובלין מובא בש"ך שם סק"ג הוכיח מתוס' דאזלינן בתר שעה שנודע הספק וברתי שם שכן הוא פי' אמיתי בכוונתם ולענין חזקת ממון ואיסורא ילפינן מהדדי כדאי' בהרבה דוכתי ועיין בב"ש בסימן קי"ז סע"ק ט"ו שלמד ג"כ לנידון דידי', ומעתה נראה בנידון הלז דעכשיו נודע הספק לנו במטבע משעה שבא לב"ד לדון על הדבר, מ"מ לפי דברי הלוה שמסופק אגלאי מילתא למפרע שהי' נולד מיד בשעת פרעון אם הי' מטבע מזויפת רק שנודע לנו עכשיו לכן אי אזלינן בתר שעה שנולד הספק ליכא חזקת פרעון דהא מיד נולד הספק בפרעון וחייב לשלם דהוי כאינו יודע אם פרעתיך דהא קודם שנולד הספק הי' בחזקת חיוב אבל לשיטת מוהר"ם לובלין דאזלינן בתר שעה שנודע הספק מסתבר כמ"ש בטו"ז כיון דעכשיו נודע הספק ועד עתה הי' בחזקת פרעון טוב דכבד מסולק ממנו והוי כאיני יודע אם נתחייבתי לך דפטור מלשלם ולכאורה מוכח מש"ס דאזלינן בתר שעה שנולד הספק דאי' במס' ב"מ דק"ג ע"ב מעשה באחד ששכר מרחץ בשנים עשר זהובים לשנה בדינר זהב לחודש ובא מעשה לפני רשב"ג ור' יוסי ואמרו יחלוקו את חודש העבור ואמר שמואל בבא באמצע החודש אבל בא בתחילת החודש כולו למשכיר בא בסוף החודש כולו לשוכר ופירש"י באמצע החודש דכיון שיש ספק העמד ממון על חזקתו ומה שדר כבר לא מפקינן מיני' ומה שלא עבר מן החודש או יצא או יתן לו שכרו דהעמד קרקע בחזקת ב בעלים, אבל בתחילת חודש כולו למשכיר דהעמד קרקע בחזקת בעלים בסוף חודש כולו לשוכר העמד ממון על חזקתו יע"ש, ור' נחמן אמר קרקע בחזקת בעלים עומדת ופירש"י וז"ל ואפי' בא בסוף החודש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות שכר עכ"ל ועיין בתוס' ובשאר קמאי זלה"ה, ומשמע להדי' לשיטת רש"י שמואל סובר דאזלינן בתר שעה שנודע הספק והסכסוך בין הצדדים ואזלינן בתר המוחזק בעת ההיא, ור' נחמן סובר דאזלינן בתר שעה שנולד הספק, וכיון דקיי"ל כר' נחמן נראה בנ"ד חייב לשלם כשיטת רשד"ם וש"ך דהוי כא"י אם פרעתיך כיון דקודם שנולד הספק הי' בחזקת חיוב, אמנם לפמ"ש לעיל בכלל י"ד פרט א' וג' להסביר טעם ולחלק בין הנושאים, דלעולם אמרינן מסתמא לא נעשה מעש' והשתנות ממה שהי' מקדם, ועיקרו של חזקה הוא כן דאמרינן מן הסתם לא נעשה ה התחדשות והיכי שנעשה מעשה חדשה והשתנות ממה שהי' מקדם י"ל מב' טעמים לא אזלינן בתר חזקה חדא מטעם שכתבו הכנה"ג ומשנה למלך ותבואת שור דבעינן שיהי' שייכות לחזקה עם הספק, טעם ב' כמ"ש פוסקים ז"ל כיון

שאיתרע שנעשה מעשה הגורם להסתפק שיצא הדבר מחזקה קמייתא, אזי נראה בנ"ד אף אי אזלינן בתר שעה שנולד הספק פטור מלשלם כמ"ש טו"ז דלא שייך לומר לוקים בחזקת חיוב כיון שנעשה מעשה בפרעון ויהי' איך שיהי' נעשה שינוי והתחדשות ממה שהי' מקדם ועל ספק זה לא הי' למלוה חזקה המסייע לו שאותו מטבע הי' מזויפת, דאין לחזקה שהי' לו ע"ע שייכות עם הספק, וכמו כן לטעם ב' איתרע החזקה דהא פרע ורוב מטבעות אינן מזויפות א"כ יש ספק עצום לפנינו ע"י מעשה שנעשה דבר שראוי להסתפק איתרע חזקת חיוב שהי' מסייע למלוה עד עתה ולא נשאר למלוה רק טענת ברי ואף שאין ללוה חזקה קמייתא כמו בעלמא בכל חזקת ממון יש לו חזקת קמייתא כיון דאזלינן בתר שעה שנולד הספק מ"מ כבר נתבאר שאפי' נגד חזקה דהשתא שמוחזק עכשיו הלוה לא מהני ברי לחוד להוציא ממון ממנו, והא עכ"פ עכשיו מוחזק הלוה בממון וקם דינו של טו"ז ולא מטעמו, ועיין מ"ש בס' אורים ותומים בסימן ע"ה ס"ק כ"ב מה שדחה ראי' הטו"ז וכן קיימתי מסברא דנפשאי, וק"ק לפי דברי טו"ז דרוב מטבעות אינם מזויפים למה הוצרך לומר דהוי א"י אם נתחייבתי לך אפי' אי הוי א"י אם פרעתיך ג"כ פטור מלשלם כיון שרוב מסייע להלוה דהא דחייב לשלם היינו משום ברי וחזקת חיוב שמסייע למלוה עדיף מחזקת ממון שמוחזק עכשיו הלוה כעין סברת הש"ס בכתובת די"ג ע"ב אבל כשרוב מסייע ללוה א"י להוציא ממון מטעם ברי וחזקה נגד רוב וחזקת ממון וצ"ע, ועמ"ש בפרט ב':

פרט ב

יבואר הדין בספק פרעון קודם הלואה אי בכה"ג נאמן המלוה בברי שלו להוציא ממון מלוה שטוען שמא:

ב הש"ך בסימן ע"ה ס"ק כ"ז כתב דאפילו בספק פרעון קודם הלואה יש לו דין א"י אם פרעתיך וחייב לשלם כגון שהי' לו פקדון בידו ואחר שנאבד בפשיעה הלוה לו ונתחייב לשלם לו מאה זהובים והנפקד המלוה אומר יודע אני שלא הי' שוה רק חמשים זהובים והלוה המפקיד אומר שא"י כמה הי' שוה ואפשר שהי' שוה מאה זהובים ונמצא שמעולם לא נתחייבתי לך כלום לפי שמאה שהלויתני יצאו במאה של דמי הפקדון אפ"ה חייב לשלם לו חמשים דמ"מ הוי לי' החיוב ברי והפטור ספק ובכה"ג ברי ושמא ברי עדיף וכן משמע מסתימת דברי הפוסקים עכ"ד, ולכאורה קשה לשיטת הש"ך מהא דאיתא במס' ב"מ דע"ו ע"א דאבעי' להו אי אמר בעל בית לשלוחו שישכור לו פועל בארבעה זוזי, ואזל איהו ואמר בתלתא ואמר הפועל כמו דאמר בעל בית אי אדיבורא דידי' קא סמיך אי אדיבורא דבעל בית קא סמיך הפועל, והוא אבעי' דלא איפשטא,

וכתב הרי"ף ור"אש ושאר פוסקים כיון דלא איפשטא הו"ל חומרא לתובע וקולא לנתבע ולית לי' לפועל רק תלתא זוזי ומפסיד זוז, ואי' בש"ע ח"מ סימן של"ב סעיף ד' דאפילו אם המלאכה שוה ארבעה אין לו רק שלשה ששמע וקיבל וקשה לפי מה שהוכחתי בכלל י"ג פרט ד' מטור ומחבר וש"ע סימן ע"ב סי"ד דבע"כ סוברים אפילו היכי דברי גרוע ושמא טוב מ"מ חייב לשלם כשטוען א"י אם פרעתיך ודלא כשיטת ראנ"ח המובא במשנה למלך בפרק ד' משאלה ומסתמא טוען הפועל ברי דאדעתא דבעל בית קא סמיך דאל"כ מאי קמבעי' לי' פשיטא דהודאתו לחובתו הוי כמאה עדים, ודוחק לומר דנ"מ היכי דחב לאחרינא או ששכח כוונתו וגם הא הדין בכל גווני דלא חילקו בזה וכיון דמלאכה שוה ארבעה, החיוב הוא ודאי רק דאיכא ספק אולי סבר וקיבל על שלשה והוא בגדר מחילה, וכיון דחיוב הוא ודאי ומחילה הוא ספק ופועל טוען ברי דסמך אדעתא תא דבעל בית ובעל בית אינו טוען רק ספק נימא אין ספק מחילה מוציא מידי ודאי חיוב כיון שמלאכה בודאי שוה ארבעה, ואף דברי גרוע ושמא טוב כי אי אפשר לבעל בית לידע כוונת הפועל מ"מ קשה לשיטת הפוסקים הנ"ל בא"י אם פרעתיך חייב בכל גווני משום דחיוב הוא וודאי ופרעון הוא ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי מיהו לולי דברי הש"ך לק"מ דהכא כיון שהספק נולד מתחילה בעת ששכר השליח לפועלים ובאותו זמן לא הי' חל החיוב על בעל בית כי חיוב תשלומין אפילו לדידן דקיי"ל ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף כדאי' במס' קידושין דמ"ח ע"א וע"ב פירש"י שם ד"ה אלא כל פרוטה ופרוטה כשנגמרה נתחייב בה בעל מלאכה לפועל בשכירות עשיית מלאכה ע"ש והקציצה הי' קודם שהתחילו במלאכה, ולא דמי לא"י אם פרעתיך דהתם הטעם כמ"ש בטו"ז סוף סימן ע"ה דמוקמינן אחזקה כמו שהי' קודם שנולד הספק ובכל מקום החזקה הוא קודם ואח"כ בא הספק ומוקמינן הדבר אחזקה שהי' קודם שנולד הספק וכעין דאי' במס' חולין ד"ט ע"ב דילפינן מנגע דלא חיישינן דלמא אדנפיק ואתי בציר לה שיעורא דמוקמינן על חזקה כמו שהי' קודם וחזקה הוא קודם, ואח"כ בא הספק ולכן בא"י אם פרעתיך מוקמינן אחזקת קמייתא חזקת חיוב שהי' מחויב לשלם משא"כ הכא הספק הוא קודם שבא החזקת החיוב דהא הספק נולד תיכף בעת קציצה ועדיין לא הי' שום חיוב על בעל בית ובכה"ג לא שייך לוקמי על חזקה אבל לשיטת הש"ך שסובר אפילו בספק פרעון קודם הלואה אף דליכא חזקה קמייתא חזקת חיוב דהא הספק הוא קודם להלואה מ"מ כיון דחיוב הלואה הוא ודאי ופרעון הוא ספק אין ספק מוציא מידי ודאי ובע"כ סובר הטעם אף דליכא חזקה קמייתא מ"מ איכא חזקה דהשתא דהא עכ"פ לפנינו נראה שחיוב הלואה הוא ודאי ופרעון הוא ספק וקשה גם בפועל איכא ג"כ חיוב

ודאי שמלאכה שוה ד' ופרעון ומחילה הוא ספק וא"ל דסוברים כמ"ש רשב"א בגיטין דע"ח היכי דנולד ספק לפנינו בלא טענותיהם לא הוי בכלל א"י אם פרעתיך כיון דהוי ספק לב"ד ה"נ לולי טענתם יש ספק בלשון דהא ספק הוא לפנינו, דז"א חדא כמ"ש בכלל הקדום דוקא התם בהכחשת עדים דהוא ספק לפנינו ע"י עדים אלים הספק, ותו דמשמע דרבו החולקים כמ"ש שם, ונראה לחלק דנידון של ש"ך הספק הוא בדבר אחד והחיוב הוא בדבר אחר, כי הספק הוא בפקדון והחיוב הוא בהלואה, דעכ"פ חיוב זה הבא מכח הלואה הוא ודאי שמחויב לשלם, ושייך אין ספק מוציא מידי ודאי משא"כ הכא דהספק הוא בחיוב עצמו דאולי מחל הפועל מקודם וסבר וקיבל ולא הי' חל החיוב מעולם וא"כ החיוב הוא ג"כ בספק ודוק כי הוא חילוק נכון ועוד י"ל כמש"ל בכלל שתיקה בדבר שיש ספק לב"ד אין יכול לטעון ברי נגד ספק בדין ואולם היותר מחוור לתי' א' הנ"ל וא"ש:

פרט ג

יבואר ביאור דין הנ"ל וישוב קושי' הא"ות על הש"ך:

ג בספר אורים ותומים סימן ע"ה סק"ו הקשה על הש"ך בסי' ע"ה הנ"ל למה הוצרך לומר שכן משמע מסתימת הפוסקים, הא מוכח כן בגמ' דאי' במס' ב"מ ד"ו ע"א בהא דאי' במתני' שנים אוחזין כ"א אומר שכולה שלו שישבע אחד על חצי' ומקשה הש"ס נימא מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ומשני אביי דחיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו ע"ש ברש"י ולא פרשי אינשי מספק ממונא אבל פרשי מספק שבועה וקשה א"כ שהאמת כדבריו דיש לו על השני ספק מלוה א"כ מותר לו לתפוס בטלית ולהחזיק של חבירו בידו דהוי אינו יודע אם נתחייבתי לך ולמה ישבע הלא שורת הדין הוא דיש לו לתפוס ואם שקר הוא דאין לו עליו ספק מלוה ישינה א"כ נימא מגו דחשיד כו' וע"כ צ"ל כמ"ש הש"ך דאין יכול להחזיק של חבירו מחמת ספק מלוה ישינה ולכך רמו שבועה עלה כי היכי דנפרש עכ"ד, ושמעתי שרבים מחכמי דורינו המובהקים נרם יאיר תמהו על הא"ות דנעלם ממנו דהא אביי אמר כן והוא סובר גם באיני יודע אם נתחיבתי לך ברי עדיף כדאי' בב"ב דקל"ה ע"ב ועיין בתוס' שם ד"ה אביי ובכתובת די"ג ע"ב ד"ה ר' הונא שנראה שהבינו שאביי סובר כן לאמת אף שי"ל שאמר כן לדחות דברי רבא שם מ"מ תוס' לא ס"ל כן וא"כ נדחה ראיות התומים דלא מוכח לדידן דקיי"ל ברי ושמא לאו עדיף ולענ"ד אי משום הא לא ארי' ושפיר קאמר בזה, דהנה אביי לא מחלק בין ברי טוב ושמא גרוע לברי גרוע כמ"ש תוס' שם ואפי' בברי גרוע סובר ברי עדיף ובע"כ לית לי' שיהי' שום סברא לחלק, וא"כ ר' יהושע דסובר בכתובת די"ג ע"ב שאינה נאמנת

לומר משארסתני נאנסתי אף שאומרת ברי בצירוף חזקה, בע"כ סובר ב"וש לאו עדיף, וכן מוכח להדי' דאמר בש"ס שם לימא ר' הונא ור' יהודא כר"ג ור"נ ור"י כר' יהושע ומשני אמר לך ר"נ אנא דאמרי אפי' כר"ג כו' ול"ק נמי לר' הונא ור' יוחנן אנא דאמרי אפי' כר' יהושע אם הי' איזה סברא לחלק כדרכם בש"ס בכל המקומות אע"כ מוכח דר' יהושע בודאי סובר דלאו עדיף, וכיון דמתני' דשנים אוחזין הוא סתם מתני' וחזינן בדף ב' מהדר הש"ס לוקמי ככ"ע דאמר לימא מתני' דלא כבן ננס, ודלא כסומכס ומשני אף דאין הלכה כוותייהו מהדר הש"ס לפלפל אי אתי' ככ"ע א"כ אי נימא תי' אבייי לא אתי' רק אליבא דהילכתא לשיטתו דסובר ברי ושמא לאו עדיף הו"ל לש"ס לומר לימא מתני' דלא כר' יהושע ואף דהו"מ לחלק שאני האי דר' יהושע דהוא ברי גרוע משא"כ הכא דברי טוב חדא דלית לי' לאביי שום חילוק ותו עכ"פ הו"ל לש"ס להקשות ולתרץ כן דהא אין הסברא פשוטה כל כך דהא אביי לית לי' האי חילוק וגם המעיין בבע"הת יראה שלית לי' חילוק זה אפי' לר' הונא ור' יהודא וא"כ שפיר כתב הא"ות, ותו לפי מה שהוכיח הפני יהושע בכתובת די"ב ע"ב ובכמה דוכתי דמאן דסובר ברי ושמא ברי עדיף בע"כ סובר הולכין בממון אחר רוב דהא רוב עדיף מברי דלענין איסורא לא מהני ברי היכי דאתחזק איסורא כדאי' ביבמות דפ"ח ע"א ורובא ודאי מהני אפילו היכי דאתחזק איסורא דהא קיימא לן רובא וחזקה רובא עדיף וכיון דברי מהני נגד חזקת ממון מכ"ש דרוב מהני נגד חזקת ממון, וא"כ מאן דסבר אין הולכין בממון אחר רוב ולא מהני רוב נגד חזקת ממון מכ"ש דל"מ ברי נגד חזקת ממון דהא רוב עדיף מברי ובע"כ סובר ברי ושמא לאו עדיף וא"כ לפי מאי דאי' בב"ב דצ"ב ע"א וע"ב דבפלוגתא דרב ושמואל אי הולכין בממון אחר רוב פליגי תנאים ואיכא תנא דסובר אין הולכין בממון אחר רוב וכן הוא סתם מתני' דר"פ המוכר פירות בע"כ סובר ברי ושמא לאו עדיף והו"ל לש"ס להקשות כן על אביי דמתני' דאוחזין הוא כתנאי, כמו שמקשה בד"ב אע"כ כא"ות ולק"מ וזהו פשוט:

ד אמנם לענ"ד בלא"ה יש לדחות ראי' הא"ות מש"ס כי לא דמי כלל להתם, דהנה אי' במס' ב"מ דק"י יתומים אמרו אנו השבחנו ובעל חוב אומר אביכם השביח, על מי להב א ראי' וסובר ר' יוחנן על היתומים להביא ראי' מ"ט ארעא כיון דליגביינא קאי כמאן דגבי דמי ודלא כר"ח שהי' סובר לומר ארעא בחזקת יתמי קיימי ועל בעל חוב להביא ראי' ואמר אביי אף אנן נמי תנינא ספק זה קודם וספק זה קודם קיצץ ואינו נותן דמים אלמא כיון דלמיקץ קיימי אמרינן לי' אייתי ראי' ושקיל ה"נ האי שדה כיון דליגביינא קיימי כמאן דגבי' דמי ועל היתומים להביא ראי' ופירש"י כיון דבין יתומים השביח בין

אביהם השביחו דינו ליטול הקרקע עם השבח ואם יתומים השביחו מעלה להן השבח בדמים הלכך גבי ארעא עם השבח ממ"נ נמצא יתומים תובעין להוציא ממנו ועליהן הראי' יע"ש, וכן קיי"ל להלכה וא"כ מוכח אף דיתומים מוחזקים בקרקע על השבח מ"מ כיון דאין להם לתבוע השבח מקרקע רק ממעות של בעל חוב לא מהני חזקה נגד דמים דנגד המעות הוי שכנגדו מוחזק וכן הוא כלל בכל דוכתי, ועיין בשלטי גיבורים במס' שבועות דמ"ה ע"א ס"ק א' וכ"כ הב"י באורח חיים סקנ"ד בשם תשובת קדמון, בבני כרך שקנו ס"ת והתנו יחד שאם ילך אחד מן הכרך להתיישב במקום אחד שנשארים יתנו לו חלקו ועתה רצה אחד לצאת ושאל חלקו לפי מה שהוקרו הספרים מאשר בתחילה והנשארים אומרים שלא ליתן אלא כמו שנתנו תחילה, והעלה בתשובתו כיון שלא התנו אלא לחלק המבורר באותו שעה ולא יעשה שומא אחרת, ואם יהי' ראוי להסתפק בלשונם למה נתכוונו הייתי דן כמו כן דין זה כיון דבממ"נ הספר נשאר לנשארים אלא שצריכין דמים להחזיר שא"י כמה ומצי לומר ס"ת ממ"נ דידן ואי משום דמים אייתי ראי' ושקילי ודמי להאי דיתומים אמרו אנו השבחנו ולהאי דאילין דמדמי לאהדדי בב"מ דק"י יע"ש, וכן קיי"ל שם בש"ע סט"ו כמ"ש בטו"ז ס"ק י"ב ומגן אברהם ס"ק כ"ג והוא בתשו' מיימוני דשייכי לס' משפטים סי' י"ח ומה שנרשם במג"א שם סי' י"ג הוא טעות הדפוס וצ"ל י"ח, אף אמנם ששותפים הם בס"ת ואי' בב"ב דקי"ו ע"ב דשותפין לא קפדי אהדדי ואפילו אי מונח ברשות אחד מהם לא הוי אידך מוציא כמ"ש רש"י שם ד"ה לא דמפקיר כל חד רשותי' לגבי חברי' ואף אם הס"ת הוא ברשותם הוא ג"כ מוחזק על חלקו, ועיין תוס' במס' ב"ב ד"ב ע"א ד"ה לפיכך וגם הא הדין הוא בכל גווני אפי' אם הוא ברשותו או שהוא בבית הכנסת שכולם שווין, ואפ"ה לא מהני חזקת ס"ת נגד דמים דעל המעות הוא מוציא וה"ה בכל מקום כה"ג וא"כ לפ"ז לא מוכח דין של ש"ך בסוגי' לפמ"ש הנמוקי יוסף במס' ב"מ דהא דאמרינן דכשטוען כולה שלי משום מלוה ישינה לא חשיד אממונא לאו למימרא דמצי למיעבד הכי ולעכובי נפשי' בחובי' ושיהי' שלי דמאן שם לי' כדאי' בפרק אלמנה ניזונת דצ"ח אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום דא דאמרינן לה מאן שם לך אלא דאיהו טעי ומורה היתר ועיין בס' המאור ורמב"ן שם, וממילא לא דמי לנידון שכתב הש"ך דאירי במעות שהלוה הוא מוחזק ממש שיש לו חזקת ממון שפיר י"ל שלא מצי להוציא ממנו. משא"כ אביי דקאי על מתני' דשנים אוחזין בטלית דהוא בחפץ אף שתפס בטלית א"י לתפוס גוף הטלית על החוב ולהחזיק דמאן שם לי' והטלית הוא של אידך כמאן, דגבי' דמי ועיקר הספק הוא על ממון ועל הממון הוא שכנגדו מוחזק ול"מ תפיסת הטלית להיות מוחזק בממון, לכן משום ספק

מלוה ישינה א"י לתפוס משא"כ בנידון דש"ך דמיירי במעות שלוה מוחזק שפיר י"ל דפטור בספק פרעון קודם הלואה ול"מ ברי נגד מוחזק אף שטוען שמא כי התם הטוען שמא אינו מוחזק כלל לכן מוכרח הש"ך לומר דכן משמע מסתימת הש"ס ופוסקים וזהו ברור בעיני:

ה ולדינא בגוף דין שח שחידש הש"ך, לענ"ד צ"ע דנראה לפמ"ש לעיל בפרט א' מחלוקת אי אזלינן בתר שעה שנודע הספק או בתר שעה שנולד הספק הכא יהי' איך שיהי' ראוי לפוטרו מתשלומין לפמ"ש הטו"ז בסוף סימן ע"ה הטעם דחייב, לשלם כשטוען א"י אם פרעתיך כיון שקודם שנולד הספק הי בחזקת שמחויב לשלם החוב א"כ בנ"ד שספק פרעון מפקדון נולד ונודע קודם הלואה ליכא חזקת חיוב ולכ"ע פטור מלשלם כיון דליכא חזקת חיוב ואולי סובר הש"ך דאזלינן בתר שעה שנודע הספק לב"ד, דהיינו בשעה שבאו הב"ד לדון על הדבר ואף שספק נודע ונולד לבעל דין קודם הלואה מ"מ כיון שלא נודע לב"ד רק אחר הלואה קם בחזקת חיוב מ"מ לכאורה נראה לשיטת רמ"א וסיעתו שהבאתי בפרט א' וכן משמע במס' ב"מ דק"ב דבחזקה אזלינן בתר שעה שנולד הספק פטור מלשלם דמעולם לא התחיל החזקת חיוב ודוקא אי אזלינן בתר שעה שנודע הספק לב"ד שפיר י"ל כמ"ש הש"ך כיון דקודם לכן הי' בחזקת חיוב אבל לשיטת רמ"א כיון דלידת הספק הי' קודם שהלוה כי אחר שנאבד ממנו בפשיעה הלוה לו ליכא חזקת חיוב כלל וברי לחוד לא מהני להוציא ממון וקשה על הש"ך במה שסתם הדבר להלכה:

ו ולכאורה אמרתי לקיים דין של הש"ך להלכה אפילו לשיטת רמ"א דהנה כתבתי לעיל בכלל י"ג פרט ב' קושי' כנה"ג בשם הר"י באסין ז"ל אמאי ספק ממון לקולא הא הוי ספק איסורא דגזל כמו כל ספק איסור דאורייתא ותי' הרי"ב משום דא"א לצאת ידי ספק איסורא דאם יתנו להמוציא איכא גבי' ספק, והקשה א"ות אמאי ברי ושמא לאו עדיף הא לזה שטוען שמא איכא גבי ספק איסורא ולמלוה שטוען ברי ליכא ספק, וכתבתי לתרץ דגם אצל לוה שטוען שמא ליכא ספק איסורא מכח חזקה שמסייע לו שמהני אפי' באיסורין, וקושי' כנ"הג לא הי' כי אם בספיקא דדינא דליכא חזקה כמ"ש שם הטעם שבשביל חזקה לא ישתנה הדין יע"ש, וא"כ הכא בספק פרעון קודם הלואה מחויב לשלם בממ"נ אי אזלינן בתר עכשיו שנודע הספק לב"ד איכא חזקת חיוב המסייע למלוה דהא ע"ע הי' בחזקת חיוב, ואף אי אזלינן בתר שעה שנולד הספק מ"מ לית לי' ללוה חזקת ממון מעליא דאיתרע חזקתו דבעלמא המוחזק יש לו חזקת מרא קמא שהוא חזקה קמייתא כמו באיסורא שקודם שנולד הי' שלו וגם הוא תופס כמ"ש בכמה דוכתי אבל הכא אין לו חזקת מרא קמא דהא מיד שקיבל החוב לא הי' לו שעה אחת בבירור

שהממון הוא שלו בודאי כמו כל חז"ק, ובכה"ג לא מצינו דאזלינן בתר חזקה דחזקה אתי' מנגע כדאי' בחולין דף ט' והתם הי' בודאי פעם אחת הנגע בשלימות לכן ל"ח דלמא אדנפיק ואתא בצר שיעורא וקם כמו שהי' מקדם וכן בכל חזקות פעם אחת הי' ודאי ואח"כ נולד הספק אוקמינן על חזקתו שהי' מקודם דאותו ספק שאנו דנין עכשיו מתחילה לא הי' ספק, משא"כ הכא איתרע חזקת ממון שלו משעה שקיבל הלואה והוא עצמו מסופק כמה הי' שוה הפקדון לא נוכל לומר שיש לו חזקה בודאי שפטור מלשלם, ולא דמי לא"י אם נתחייבתי לך שהוא בחזקת שלא לוה ולא עשה מעשה כלל ועל זה יש לו חזקה קמייתא שמעיקרא לא לוה אמרינן שלא נעשה השתנות ממה שהי' ולא לוה ולא עשה מעשה, משא"כ הכא כיון שלוה ועשה מעשה יצא מחזקת קמייתא דהא כבר נעשה מעשה כמ"ש בכלל י"ד בפרט א' ולית לי' רק מעלת תפיסה דהא עכ"פ הוא תפוס ועומד ממילא מחויב לשלם מטעם ספק איסור דהא המלוה טוען ברי וליכא אצלו ספק איסור' ואצל הלוה איכא ספק איסורא כיון דלית לי' כח חזקה רק מעלת התפיסה שהוא מעלה בעלמא ל"מ להתיר ספק איסורא דרק חזקה מהני וכופין ב"ד לאפרושי מאיסורא ושפיר פסק הש"ך, אולם לפמ"ש הא"ות שם וכן הוכחתי במ"א דלא אסרה תורה ספק גזל, לכאורה דין של ש"ך ליתא לשיטת רמ"א דאזיל בתר לידת הספק דאף שלית ללוה חזקת ממון מ"מ אין למלוה חזקת חיוב כיון שהספק מתחיל משעה שקיבל הפקדון שהי' קודם הלואה וברי לחוד ל"מ נגד התופס בהיתר וקשה על הש"ך שכ"כ בפשיטות: ז ואולם באמת המעיין בלשון הש"ך ז"ל יראה דהוא דייק בלישנא ולא כתב הטעם כמ"ש טורי זהב דחייב לשלם בא"י אם פרעתיך מטעם חזקת חיוב והיינו חזקת קמייתא קודם שנולד הספק רק כתב הטעם כיון דודאי חייב לו וספק אם החזיר לו בכהאי גווני אמרינן ברי ושמא ברי עדיף ונראה דנמשך אחר לשון הרי"ף בב"ק דקי"ח שכתב הטעם משום דאין ספק מוציא מידי ודאי ומשמע דהבין אף היכי דליכא חזקה קמייתא מ"מ כיון שנראה לב"ד שהחיוב הוא ודאי איכא חזקת חיוב מצד חזקה דהשתא לכן כתב דאפילו בספק פרעון קודם הלואה דליכא חזקה קמייתא שהי' מחויב מ"מ חייב מטעם זה כיון דנראה לנו שהוא בודאי מחויב וספק אי שילם וא"כ לטו"ז שכתב משום חזקה קמייתא לא מוכרח הדין שחידש הש"ך בספק פרעון קודם הלואה כמש"ל דנראה לשיטת רמ"א פטור ואפי' לחולקים אי אזלינן בתר ידיעת ספק לבעל דין ג"כ פטור זולת אי נימא דאזלינן בחר ידיעת הספק לב"ד וצ"ע בזה, ובאמת דברי הש"ך צ"ע מנ"ל דאזלינן בתר חזקה כזו שהספק בא קודם החזקה הא חזקה ילפינן מנגע כדאי' בחולין ד"י והתם החזקה הוא קודם שבא הספק שבא הספק אח"כ כדאי' שם ולכאורה י"ל דהנה רשב"נ אמר

ר' יהונתן יליף מחזקה דנגע וראב"י יליף מהלכה כמ"ש תוס' שם די"א ע"א ד"ה מנא ועיין במוהרש"א שם וכפי הנראה מתוס' שם בתי' ראשון שם כל הסוגי' קאי לראב"י ומשמע דכן הלכה, וא"כ י"ל אי ילפינן מנגע בעינן דומי' דנגע שהספק בא אחר החזקה אבל אי ילפינן מהלכה י"ל דהלכ' הי' בכל גווני אף שהספק הוא קודם מהני החזקה, אך זהו דוחק בעיני כי מנלן לא לאפושי מחלוקת בין ראב"י ור' יהונתן ותו לרבינו חיים שם נראה דהלכה כר' יהונתן דהא תני' דלא כראב"י, ויותר נראה לומר כוונת הש"ך דאף דליכא חזקת חיוב המסייע למלוה דליכא חזקה הבאה אחר הספק מ"מ מודה ר' נחמן ור"י לר' הונא ור"י דבכה"ג ברי ושמא ברי עדיף דוקא בא"י אם נתחייבתי לך דיש ללוה חזקת ממון דלא איתרע חזקתו כלל דאמרינן שלא נעשה מעשה ולא לוה כלל, משא"כ הכא שכבר לוה איתרע חזקתו וכמ"ש בכלל ד' פרט א' וב' בין לשיטת הפוסקים היכי דאיתרע חזקה לא אזלינן בתר חזקה בין לשיטת הסוברים כמשנה למלך וסיעתו היכי שאין לחזקה שייכות עם הספק לא שייך חזקה ה"נ אטו משום חזקת ממון שלא לוה נימא שהפקדון הי' שוה מאה זהובים כמו שאומר כי אין שייכות זה עם זה ולית לי' רק מעלת התופס וא"כ אף דלית לי' למלוה חזקה המסייע לו מ"מ כיון שאין ללוה חזקה מסייע לו דבא"י אם נתחייבתי לך מלבד שתפס יש לו חזקה קמייתא שלא לוה ולא נעשה מעשה כמ"ש לעיל וכיון דלית לי' רק מעלת התופס בכה"ג מודה ר' נחמן לר"ה דברי עדיף ולכן כתב שכן משמע מסתימת הש"ס כי באמת לא דמי לא"י אם פרעתיך דהתם יש למלוה חזקה המסייע שלא פרע ולא נעשה מעשה חדשה והשתנות ממה שהי' מקדם משא"כ הכא דליכא למלוה חזקה מסייע מ"מ כיון שאין ללוה חזקה מעליא רק שתופס מהני ברי, ונפשט מה שנסתפק לעיל בכלל יו"ד פרט ב' אי ברי מהני נגד תופס ובק"הח בק"הס כתב שלא מצא ראי' ודעתו נוטה דחזקת ממון עדיפא ולפמ"ש מוכח להיפך ואף כי ש"ך קיצר במובן מ"מ י"ל כן לקיים סברתו, ואולם מ"מ צ"ע לדינא דכפי הנראה מתוס' בכתובת דע"ו ע"ב ד"ה על וחידושי רשב"א בגיטין דע"ח דאפילו היכי שאין למוחזק חזקת מרא קמא רק שתופס מדעת הבעלים יש לו שם חזקה יע"ש הגם שיש לומר כוונתו שמ"מ מהני ברי נגד חזקה כזו מ"מ צ"ע לדינא להוציא מן המוחזק כיון דלא מוכרח בש"ס וכבר דחינו ראיות הא"ות ומסתימת הש"ס ופוסקים לא מוכרח כל כך להוציא ממון וצע"ג:

פרט ד

יבואר בספק פרעון קודם הלואה לשיטת הש"ך שפוסק שחייב לשלם והיינו משום שמלוה טוען ברי שלא הי' פרעון היאך הדין אם גם המלוה מסופק:

ט הנה המעיין בלשון הש"ך שם יראה מבואר בספק פרעון קודם הלואה עיקר טעם דחייב לשלם משום דמלוה טוען ברי הא אם טוען שמא פטור מלשלם ואולם ראיתי בספר קצות החושן סימן ע"ה ס"ק ה' שיצא לדון בדבר חדש דאפילו אם המלוה ג"כ מסופק לשלם וכתב הטעם דזה הוי טענת יש לי בידך כנגדו דקיי"ל זה גובה וזה גובה ואינו טענה אלא במגו דפרעתי כמבואר בסימן כ"ד וכיון דלוה טוען שמא וליכא מגו צריך לשלם והמלוה שאומר על הפקדון איני יודע כמה שוה הוי לי' א"י אם נתחייבתי וא"כ המלוה דהוי לי' א"י אם נתחייבתי פטור אבל הלוה דהוא בחובו א"י אם החזרתי כיון דהמלוה טוען ברי שלא נפרע החוב חייב לשלם וזה ברור עכ"ד, ותמהני על הרב הגאון זלה"ה איך חשב לרבן של ישראל כטועה בדבר פשוט כזה ולענ"ד וג' הש"ך הנה מקור הדין הוא בב"ק דמ"ו ע"ב אמר ר' נחמן אין נזקקין אלא לתובע תחילה פירש"י כגון ראובן שתבע משמעון מנה שהלוהו ושמעון משיבו תפסת משלי החזר לי מה שתפסת או משכון הי' בידך ונפחת מדמיו שנשתמשת בו בתחילה נזקקין לטענת ראובן ואח"כ לטענות שמעון לדון על דבר התפיסה ומשכון וכ' תוס' בד"ה שאין דמיירי שיש לראובן שטר על המנה דאל"ה נאמן שמעון אפי' יש עדים לראובן דמלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים יע"ש והיינו שנאמן במגו דפרעתי וזהו דעת הטו' בסי' ק"ד והביאו רמ"א שם וביאר בסמ"ע סק"ג דדוקא היכי שתבעו בשטר שאין יכול לטעון פרעתי אינו נאמן לטעון יש לי בידך כנגדו אבל אי נאמן לטעון פרעתי נאמן לטעון יש לי בידך כנגדו במגו דפרעתי, ועיקר הטעם כיון שחיובו של תובע ברור דהא אין יכול לטעון פרעתי שאין יכול להכחישו וטענתו היא טענת מסופקת שתובע מכחישו גובין מתחילה חיוב הברור אפילו לדברי הנתבע וא"כ מיני' לאו דוקא משום טעמא דמגו ואפילו היכי דלית ללוה מגו רק שאין חיובו של תובע ברור אזי נזקקין גם לטענת הלוה ולא אמרינן זה גובה וזה גובה ולא דמי להא דאי' בכתובת דף ק"י ע"א שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה ר' נחמן אמר זה גובה וזה גובה רב ששת אמר הפוכי מטרתא למה לי דכ"ע עדיות ועדיות זבורית וזבורית ודאי הפוכי מטרתא כי פליגי דאית לי' לחד בינונית ולחד זיבורית ר"נ סבר זה גובה וזה גובה וכן קיי"ל בש"ע סי' פ"ה ס"ד דהתם כיון דטענת שניהם ברור אמרינן זה גובה וזה גובה כיון שיש נפקותא והיכי דליכא נ"מ על קרקע שאינם רוצים רק מעות כל אחד עומד בשלו משא"כ הכא לענין דין שהוא נ"מ על כל התביעה אנו דנין בבת אחת דלפי דברי הלוה לא חל החיוב כלל ולא שייך זה גובה וזה גובה רק היכי שכל אחד יש לו חיוב ברור ע"י שטר ואיכא נפקותא בענין קרקע או שיש לאחד חיוב ברור ולשני אין לו חיוב ברור דנין מתחילה להראשון ואח"כ להשני משא"כ היכי דאין טענת

שניהם ברור נזקקין בבת אחת גם לטענת הלוה וא"כ ממילא הדין אמת דאם המלוה טוען ג"כ ספק אם הפקדון הי' טוה מאה על ידי טענה זו שטוען המלוה משווי החיוב מהלואה ספק שיוכל לגבות חוב הלואה מדמי פקדון כיון דאין הסכסוך רק בדמים לא אמרינן זה גובה וזה גובה, דדוקא היכי דמלוה טוען ברי שלא הי' שוה רק חמשים וברור שמגיע לו חוב מנה הוי החיוב ברור כמ"ש הש"ך מטעם ברי ושמא אבל אם טוען המלוה ג"כ שמא דלמא הי' שוה מאה אזי גם לפי דבריו אם הי' שוה מאה נכנס דמי הלואה בדמי פקדון א"כ המלוה בעצמו מודה שיש לפי דבריו ספק בחיוב הלואה, ושאני התם בשטר שמלוה לפי דבריו מגיע לו חוב ברור דהא אינו מודה כלל לטענת הלוה ומכחישו ואומר לו שאין לו בידו כנגדו גם הלוה מוכרח להודות על השטר א"כ הוי חיוב של מלוה ברור וחיוב של לוה אינו ברור דהא המלוה מכחישו, אבל הכא גם חיוב שמגיע למלוה לפי דבריו שהוא ספק אם הי' שוה ק' ואם הי' שוה לא הי' חל חיוב הלואה מעולם, הוי כאילו לא הי' לו חיוב ברור דדנין גם על טענת הלוה, וזהו ברור מאד בעיני דוק ותשכח ושפתי כהן ישמרו דעת וגו':

כלל טז

יבואר אי בעל דבר נאמן במגו במקום אנן סהדי ובו ט פרטים:

פרט א

יבואר מקורו וגם שיש מגו במקום עדים ממש שמעידין להיפך רק שיש לו מגו שהי' טוען טענה שלא הי' מכחישם:

ויש מגו במקום אנן סהדי ואי עדים המעידים בב"ד עדיפי מאנן סהדי ונ"מ טובא בעלמא בעדים המכחישים לאנן סהדי אם נאמנים. ויבואר שיש ד' עניני אנן סהדי:

א) אנן סהדי שהענין הוא כמו המנהג:

ב) א"ס שהענין הוא כמו הטבע שהוטבע בעולם:

ג) א"ס שהענין הוא כאשר השכל אנושי מחייב:

ד) אנן סהדי שהענין הוא כמו שמורה על פי חוקת התורה:

א גרסינן במס' ב"ב דל"א ע"א זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתי' הוא והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר רבה מה לי לשקר איבעי א"ל מינך זבינתי' ואכלתי שני חזקה, א"ל אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן וכתב רשב"ם דהלכה כאביי שהרי רבה מודה לו ועיין בתוס' ד"ה אמר ומתוס' שם משמע דלא הדר עיין במוהר"שא. ואולם ר' חסדא שם בדל"ג סובר להדי' דאמרינן מגו במקום

עדים אך לפמ"ש בחידושי רמב"ן גם רב חסדא ורבה מודה דלא אמרינן מגו במקום עדים וקיי"ל דלא אמרינן מגו במקום עדים כדאי' בש"ע סימן קמ"ו סק"ד וכן פסקו כל הפוסקים ועיין בב"י ובי"ד סימן א' וטו"ז שם ס"ק כ"א וש"ך סע"ק ל"ט. וכן מצינו מגו במקום אנן סהדי דהיינו שאין לנו עדים שיעידו בפירוש בב"ד שכן הוא רק שגלוי ודבר הגלוי לכל הוי כאנן סהדי, עיין בש"ות תשב"ץ בחלק א' ענין ע"ו שהוכיח ממס' ב"מ ד"ג ע"א דאי' שם ביון דתפיס אנן סהדי מאי דתפס האי דידי' הוא שדבר הנראה לב"ד שכן הוא הוי כאנן סהדי וכאילו הי' עדים בדבר ודבר זה מפורש במס' ב"מ דפ"א ע"ב דאי' שם האי גברא דאוגיר לי' חמרא לחברי' וא"ל חזי לא תיזיל באורחא דנהר פקוד דאיכא מיא זיל באורחא דנרש דליכא מיא אזיל באורחא דנהר פקוד ומית חמרא כי אתי אמר אין באורחא דנהר פקוד אזיל ומיהו ליכא מיא אמר לי' רבא מה לי לשקר אי בעי אמר לי' אנא באורחא דנרש אזלי א"ל אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן וכתב רש"י וז"ל במקום עדים דאנן סהדי שאין אותו הדרך בלא מים ע"ש וכן פי' בנמוקי יוסף וש"ך בח"מ סי' נ"ח ס"ק כ"ט בשם פוסקים מבואר לפי דבריהם לא הי' עדים מעידים בב"ד שהי' שם מים רק שהי' גלוי כן לכל ודבר הגלוי לכל הוי כאנן סהדי וכן קיי"ל להלכה ועיין בתוס' כתובת דט"ו ע"ב ד"ה האשה ובר"ן שם ובמס' קידושין דע"ג ע"ב בתוס' בד"ה בד"א. ובש"ך ח"מ בסימן פ"א ס"ק ח' וס"ק ס"ח וס"ק ע"ו ועיין בתוס' במס' בכורות דל"ו ע"א ד"ה אמר רבא ובמס' כתובות דכ"ו ע"ב ואולם הרמב"ם כתב שם בפרק ד' משכירות הלכה ג' וז"ל מעשה הי' שהשכיר חמור לחבירו ואמר לו לא תלך בדרך נהר פקוד ומים מצויין שם, אלא בדרך נרש שאין בה מים הלך בדרך נהר פקוד ומית החמור, ולא הי' שם עדים שמעידים באיזה דרך הלך אלא הוא עצמו אמר בנהר פקוד הלכתי ולא הי' שם מים ומחמת עצמו מת ואמרו חכמים הואיל ויש עדים שמים בנהר פקוד מצויין חייב לשלם שהרי שינה על דעת בעלים ואין אומרים מה לי לשקר במקום עדים, עכ"ל משמע שמפרש שהי' עדים מעידים בב"ד שמים מצויין בנהר פקוד ואף שאין יודעים אם באותו זמן הי' מים מ"מ מסתמא לא נפסק כהר גם באותו זמן כיון שאין דרך אותו נהר לפסוק מימיו, ויש להבין מי דחקו לפרש שהי' שם עדים כיון שמשמעות הלשון משמע שלא הי' עדים באו לב"ד ונראה ליישב ונקדים חקירת כוללת בעניני עדים אי אנן סהדי עדיף מעדים או עדים עדיפי כוחייהו מאנן סהדי או דשווים הם ונ"מ טובא לדינא בעלמא, אי עדים מכחישים לדבר שהוחזק לנו ע"י אנן סהדי וגם נ"מ טובא לדינא בהאי עובדא גופא לפי פירש"י שאנן סהדי שאין אותו דרך בלא מים כי מעולם לא נפסק נהרא אפילו כשהי' חום בעולם אם באו עכשיו עדים המסייעין לו שלא הי' מים באותו זמן בנהר פקוד או

שמכחישים לגמרי שמעולם לא הי' מים אי אמרינן הני סהדי שקרא נינהו כיון שמעידים נגד דבר הגלוי לכל, ונראה לענ"ד בפשיטות בכה"ג אנן סהדי עדיפי מעדים וראי' לזה מהא דאי' במס' יבמות דפ"ח ע"א בהא דאי' במתני' האשה שהלך בעלה למדינת הים וניסת על פי עד אחד ואח"כ בא בעלה תצא מזה ומזה ואמר רב ל"ש אלא שניסת עפ"י ע"א אבל ניסת עפ"י שני עדים לא תצא, מחכו עלה במערבא אתי גברא וקאי ואת אמרת לא תצא וכתבו בתוס' בד"ה אתא וא"ת כיון דאיכא תרי דאמרו מת אפילו אי איכא מאה דאמרו שזהו מה בכך דתרי כמאה דמי, וי"ל לגבי דבר הנראה וידוע לכל לא הי' אומר רב אבל בשני עדים לא תצא יע"ש ועיין במס' ב"ק דע"ד ע"ב בהא דמקשה הש"ס תרי ותרי נינהו מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני, אמר אביי בבא הרוג ברגליו יע"ש הרי בדבר הגלוי לכל לא אמרינן תרי כמאה (ועיין תוס' במס' כתובת דכ"ב ע"א ד"ה תרי ותרי, ובש"ך בש"ע ח"מ סמ"ו סע"ק ס"ו וש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"העז סימן ס'. ובספר בית מאיר בקונטרס אחרון די"ג ע"א וע"ע בש"ך סמ"ו סע"ק י"ג ובספר א"ות שם סע"ק ו' ובטור א"העז סימן נ"ב מה שהשיג על בעל העיטור ודוק וע"ע בש"ות ריב"ש סימן רפ"ז בתשובה ארוכה, ובס' פני יהושע בחידושיו לגיטין ד"ג ע"א ד"ה כיון שכ' בשמו דאפילו לענין עדות דתרי ותרי יש להאמין לאותן העדים דאית בהו סברא דדייקא טפי יע"ש וצ"ע לפמ"ש תוס' ב"ב דל"א ע"ב ד"ה וזו לענין מגו וה"ה לענין חזקה, ויש ליישב ועיין ח"מ סי' כ"ג ס"א ואין ענין לנידון זה כמ"ש סמ"ע סק"ז וש"ך סק"ט ועיין בספר כנ"הג בהגהותיו לטור ס"ק ל"ו ול"ז) ואנן קיי"ל במס' שבועות דל"ד ע"א ובח"מ סימן למ"ד סעיף ד' ובסי"צ סעיף ט"ו דעדות בידיעה שלא בראי' הוי כעידי ראי' בדיני ממונות כר' יוסי הגלילי שאמר והוא עד או ראה או ידע בעדות המקוימת בידיעה שלא בראי' וראי הכתוב מדבר וא"כ ידיעה ברורה וראי' שווין א"כ נראה לומר דבר שאנן סהדי שהענין הוא כן על פי ידיעה והוכחה ברורה עדיף מעדים כיון דאנן סהדי שכן הוא הוי כגלוי וידוע לכל עדיף מעדים ולא אמרינן בכה"ג תרי כמאה וא"כ הי' נראה לכאורה בנ"ד אם נימא שאנן סהדי וגלוי שהי' מים בדרך נהר פקוד ע"י ידיעה ברורה דהוי כעידי ראי' כאילו הי' נראה לכל דעידי ידיעה ועידי ראי' שווין בדיני ממונות אף אם יש עדים שלא הי' סם מים אינם נאמנים דלא אמרינן בכה"ג תרי כמאה כמו התם בבא הרוג ברגליו ובבא הבעל לביתו לא אמרינן תרי כמאה אף דהתם הוא ע"פי ראי' שאנו רואין אותו והכא דאנן סהדי הוא עפ"י, ידיעה ברורה מ"מ הוי ידיעה בראי' הגע בעצמך אם הי' מכחישים זא"ז שני כיתי עדים עידי ידיעה עם עידי ראי' הדין הוא כמו שמכחישים זא"ז שני כיתות ושתיהם עידי ידיעה או שמכחישים זא"ז שני כיתות עידי

ראי' כיון שבדיני ממונות הוי עידי ידיעה כעידי ראי', ואנן סהדי הוי עידי ידיעה לכל העולם כיון שהענין מוכח לכל עדיף מעדים, והבן היטב ותשכח כדברי:

ב ועוד קאמינא לפמ"ש רמב"ם בפרק שביעי מהלכות יסודי התורה הלכה ז' בסופו וז"ל כמו שנצטוונו לחתוך את הדין ע"פ שני עדים כשרים אע"פי שאפשר שהעידו בשקר הואיל וכשרים הם אצלינו מעמידין אותן על כשרותן ע"ש וע"ע בפרק ח' שם הלכה ב' שכתב וז"ל כמו שנצטוונו לחתוך הדבר על פי שני עדים ואע"פי שאין אנו יודעין אם העידו אמת או שקר ע"ש א"כ מבואר נאמנות העדים לא הוי דבר ברור שאומרים אמת רק מכח חזקת כשרות שיש לכל אדם חזקה עצמיי שלא נולד בעל עבירה ועכ"פ לא הוי רק בגדר חזקה ולולי שכן הוא חוקת התורה שכח עדים יהי' אלים כל כך עד שאפי' תרי הוי כמאה היכי דאיכא הכחשה היינו אומרין מצד סברא שדומה לחזקות דאמרינן חדא חזקה במקום תרתי לאו כלום הוא כדאי' במס' כתובת דע"ו ע"א ובכמה דוכתי רק שכן הי' חוקת התורה שחזקה הבאה מכח עדים יהי' בגדר דבר ברור מאד עד שיהי' תרי כמאה וא"כ נראה לומר כיון שהוא חידוש הדרן לכללא דאית לן בתלמודא דבר שהוא חידושו אין לך בו אלא חידושו ושפיר י"ל שחוקת התורה לא הי' רק בעדים נגד עדים כיון דישנו במציאות שהמרובים יכולים לשקר כמו המעוטים, אבל באנן סהדי שהוא דבר הגלוי לכל העולם כיון שאי אפשר במציאות לומר שכולם משקרים דבר שרואין בעיניהם בראי' או בידיעה ברורה דהוי כראי' על זה לא הי' חוקת התורה ונשאר הדבר על סברא חיצונה דבכה"ג לא הוי תרי כמאה ועדיף אנן סהדי מעדים, כסברת תוס' הנ"ל:

ג ואולם דע כי עניני אנן סהדי הנזכרים בש"ס ופוסקים והמעיין היטב יראה שמצינו בד' ענינים:

א) אנן סהדי שהענין כמו המנהג:

ב) אנן סהדי שהענין הוא כמו הטבע שהוטבע בעולם:

ג) אנן סהדי שהענין הוא כאשר השכל אנושי מחייב:

ד) אנן סהדי שהענין כן כמו שמורה הדבר על פי חוקת התורה, ונראה לענ"ד הא דמשמע מש"ס ופוסקים דעדים דמעידין לפנינו בב"ד עדיפי מאנן סהדי היינו דוקא באנן סהדי שאין אנו עדים בדבר מחמת חוקת התורה שכן הוא ע"פי חוקת התורה או דעת השכל והחוש והטבעי רק מצד מנהג העולם דלא הוי דבר ברור כ"כ דמנהג עשוי' להשתנות כמ"ש כיו"ב הרמב"ן במלחמות במס' קידושין ד"נ ע"ב ובר"ן שם בסוגי' דסבלונת והובא בב"ש בסמ"ה סק"ב רוב שבא מצד מנהג לא נקרא רוב כי מנהג עשוי להשתנות ומהאי טעמא אפשר לצדד ולומר בהאי דאי' במתני' בכתובת ד"ט ע"ב אם יש עדים שיצאה

בהינומא וראשה פרוע כתובתה מאתים אם יש עדים המעידים ומכחישים ואומרים אעפ"י שיצאה בהינומא לא היתה בתולה לא דיינינן כדין תרי ותרי שיהי' לו דין ספק, ונ"מ אם תפסה אפי' בעדים מאתים זוז לא מבעי' למאן דאמר תרי ותרי ספיקא דאורייתא ומן התורה לא מהני החזקה. ואיתרע החזקה קמייתא שהי' לבעל דמהני תפיסה ואפילו למ"ד ת"ות ס"דר וחכמים החמירו שלא לסמוך על חזקה ובממין אוקי על דין תורה מ"מ מהני תפיסה לא מבעי' אם תפסה קודם שנולד הספק רק אפילו אם תפסה לאחר שנולד הספק מהני כיון שטוענת ברי כמ"ש הפוסקים בכללי תפיסה רק דאמרינן שהעדים המכחישים נאמנים יותר דמה שהעדים מעידין שיצאה בהינומא אין אומרים בבירור שהי' בתולה רק שכן הי' המנהג כמ"ש רש"י בד"ה אם, ומ"ש תוס' דהוי מגו במקום עדים היינו מגו במקום מנהג מדינה וכמ"ש ג"כ בספר הפלאה שם. ועיין בש"ך בסי' פ"ב בכללי מגו מה"ט נאמנים העדים שמעידים שיודעין בבירור שלא הי' בתולה כי אינם מכחישים לעדים רק למנהג וכיון שמנהג עשוי' להשתנות נאמנים לומר שנשתנה אז המנהג ואף שלא הי' בתולה היתה יוצאת כן ועיין מ"ש בש"ות מוהרי"ט בחלק א"העז סי' ק"ה ובא"ות בכללי מגו ס"ק צ"ב (וצ"ע בדין זה ולא כתבתי רק כנוש' ונותן כי יש לעיין בזה טובא ואין כאן מקומו) אבל באנן סהדי באופנים הנ"ל עדיפי מעדים, הגם דלא מצינו דעל ידי אנן סהדי הורגין, ועדים מהני אפילו בדיני נפשות, הטעם שכן הי' גזירות הכתוב בדיני נפשות בעינן דוקא עדים וכמו דמוכרחין אנו לומר כן לר' חסדא דסובר בב"ב דל"ג ע"ב לפי' רשב"ם דאמרינן מגו אפילו להכחיש עדים אף דעדים מהני בדיני נפשות ומגו ל"מ בדיני נפשות בע"כ סובר בדיני נפשות הוא גז"הכ ובדיני ממונות מוקמינן הדבר על סברא חיצונה וסברא חיצונה הוא דמגו הוי כהוכחה ברורה שבן הוא כיון דבידו לטעון טענה המעולה יותר ועדים אינם נאמנים רק מכח חזקת כשרות שאינם משקרין כמ"ש הרמב"ם ולפעמים משקרין והוכחה עדיף אפילו מרובא כמ"ש בכמה דוכתי שכן מוכח ממתני' המובא במס' יבמות דקט"ו ע"ב ומכ"ש דעדיף מחזקה, כמו כן י"ל באנן סהדי בדיני ממונות וכה"ג מוקמינן על סברא חיצונה דאנן סהדי עדיף מעדים ותו הלא דעת תוס' במס' שבועת דל"ב ע"א ד"ה דאי דכל אומדנא דאמרינן בדיני ממונות מהני אפילו בדיני נפשות יע"ש. וי"ל בדבר שברור מאד מהני אפילו לדיני נפשות ואף שמשמע דעת רמב"ם בעדות בידיעה שלא בראי' לא מהני בדיני נפשות, מ"מ בדיני ממונות כיון דמהני אנן סהדי י"ל דעדיף אפילו מעדים הגם דמלשון כה"ג בח"מ בכללי מגו סק"ך משמע דעדים עדיפי מאנן סהדי, יש לפרש כוונתו באופן אחד להמעיין בש"ך סי' פ"ב בכללי מגו ס"ק י"ב ועיין ש"ות מהר"י טראני ספר א' סימן ג' ותו אפי' בדיני נפשות מהני חזקה

כשבנה כרוך אחריה כדאי' בקידושין ד"פ ע"א ובע"כ הטעם דהוי כאנן סהדי שכן הוא כמ"ש מוהרי"ק הובא בב"ש ס"ט סק"א דבדיני נפשות בעינן ראי' עם חזקה כגון שנוהג עמה כאיש ואשתו ובנה כרוך אחריה הרי דבר שאנו חוקרין מכח אומדן דעת התורה מהני אפי' בדיני נפשות ובע"כ רמב"ם שכתב עדות בידיעה שלא בראי' לא מהני בדיני נפשות לאו כללא זו בכל מקום דהיכי דדבר ברור מאד על ידי ראי' ברורה מהני וא"כ שפיר י"ל כדברינו הנ"ל דאנן סהדי עדיף מעדים:

ד וראי' לדברינו מהא דאי' בכתובת דט"ז ע"א אי כל הנשאת בתולה יש לה קול כי אתי עדים מאי הוי וכתב רש"י כיון שחזקה יש קול הרבה הי' יודעים ואף דהוא רק חזקה בעלמא מ"מ כיון דחכמים חקרו על פי עוצם שכלם שכן הוא הוי בגדר אנן סהדי ודבר ברור לנו ששקר העידו וכן מוכח במס' בכורות דכ"ח ע"א אבעי' להו מפני המשתנין וכולהו אשתני, או דלמא איכא דמשתני ואיכא דלא משתני למאי נפקא מיני' לאכחושי סהדי אי אמרת כולהו משתני שקרי נינהי ואי אמרת איכא דמשתני ואיכא דלא משתני מהימני הרי דמוכח מה שחקרו חכמים בשכלם הקדוש שכן הוא שכולהו משתני לא מהימני עדים להכחיש וכן ראיתי בש"ות חכם צבי סי' ע"ז בסופו שמביא ראי' אם באו עדים והעידו נגד המסור בידינו ממהלך הטבעי אמרינן סהדי שקרא נינהו והטבע קיים, כדאי' במס' ר"ה בד"ך נולד קודם חצות בידוע שנראה סמוך לשקיעת החמה לא נולד קודם חצות בידוע שלא נראה סמוך לשקיעת החמה, אמר רב אשי נ"מ לאכחושי סהדי הרי היכי דהעידו עדים נגד המסור ביד חכמים ממהלך הטבעי אמרינן סהדי שקרי נינהו והטבע קיים אף דאפשר דהי' מעשה ניסים מ"מ אינם נאמנים בכה"ג היכי דע"פי הטבע והדעת מכרעת שהם משקרים, והתורה לא נתנה להם נאמנות רק אם אומרים דבר שאינו נגד החוש והטבע והשכל דליכא הוכחה שמשקרים, משא"כ בכה"ג שיש הוכחה שמשקרים, אף שיש להם חזקת כשרות מ"מ הוא רק בגדר חזקה ואנן סהדי שהענין בטבע או השכל או החוש עדיף דוק ותשכח כדברי:

ה ונלענ"ד להביא ראי' שכן הוא דעת רבינו הגדול רש"י זלה"ה דהנה אי' במס' חולין דצ"ח ע"ב בהא דאמר ר' יהושע בן לוי משום בר קפרא כל איסורין שבתורה בששים כתב רש"י וז"ל היכי דבדקינהו ולא יהיב טעמא כו' ולקמן בדצ"ט נמי אמרינן יש בהן בנותן טעם בין שיש בהן כו' ולא יהיב טעמא בעינן נמי ששים לבטולי כדלקמן דאמרינן אין בהן בנותן טעם בין שיש בהן להעלות במאה ואחד בין אין בהם להעלות במאה ואחד מותר דאמדינן אין בהם להעלות בק"א אלא בששים אלמא כי לא יהיב טעמא נמי בעינן ששים למר ומאה למר יע"ש, א"כ דעת רש"י אפילו אם טעם כהן ואמר שאין בו

טעם תרומה מ"מ בעינן ששים ומזה הוכיחו הפוסקים דעת רש"י דבאיסור והיתר במין בשאינו מינו בעינן ששים וקפילא וראשונים ז"ל חולקים ע"ז וסוברים דבחדא סגי ועיין תוס' שם דצ"ח ע"א ד"ה כל ודצ"ט ע"א ד"ה אלא, ויש לחקור לשיטת רש"י לפי מה שכתב במס' גיטין ד"ב ע"ב בהא דאמרינן עד אחד נאמן באיסורין ומקשה הש"ס אימור דאמרינן עד אחד נאמן באיסורין כגון חתיכה ספק של חלב ספק של שומן דלא אתחזק איסורא פי' רש"י דלא אתחזק איסורא דחלב בהך חתיכה איסורא גופא, והוכיח מכאן הנמוקי יוסף וכן קיי"ל ביו"ד סימן קכ"ז סעיף ג' בהג"ה בחתיכה משני חתיכות נאמן העד לברר איזה חתיכה אסור ואיזה חתיכה מותר והטעם אף דאיקבע איסורא איקבע נמי התירא וא"כ ה"ה כשאיסור נפל בהיתר אף שאיקבע איסורא איקבע נמי התירא וקשה אמאי אינו נאמן הכהן אפילו בפחות מששים כשאמר שאין בו טעם תרומה כדין עד אחד שנאמן באיסורא באיקבע התירא ואיסורא, ודוחק לומר כי כן הי' החוקה כי מנלן לתלמודא לומר כן הא קרא דזרוע בשילה י"ל שאיירי שאינו טועם, ואולם לשיטת רמ"א לק"מ, כי ז"ל רמ"א שם בסי' קכ"ז כל היכי דאתחזק דבד באיסור כגון טבל או חתיכת בשר שאינו מנוקרת אין העד נאמן עליו להתירו אא"כ הי' בידו לתקנו כו' יע"ש וכן הסכים הש"ך בספר נקודת הכסף דחתיכת בשר שאינה מנוקרת כיון שדבק בו הוי כחתיכה אחת ומיקרי אתחזק איסורא, וה"ה כשאיסור נפל ומעורב בהיתר כיון שאין נפרד כל חתיכה בפני עצמו הוי איתחזק איסורא אמנם בט"ז ס"ק וי"ו שם השיג ע"ז ודוקא בטבל וכיוצא בו שהי' אסור בודאי כולו לאכול קודם התיקון ולא הי' שום היתר התיקון בכל הכרי הזה אמרינן כיון דאתחזק איסורא אין עד אחד נאמן להוציאו מחזקתו להתירא, אבל בשר שאינו מנוקר כלל הא לא אתחזק הבשר לאיסור כלל אלא משום גידים וחלב שיש בו ואסור מחמת ספק ודמי למ"ש אח"כ דאם הי' שני חתיכות אחד של היתר ואחד של איסור ע"א נאמן לומר של היתר וזהו פשוט דאפילו איסור והיתר מחוברים יחד שייך דין זה והיינו ממש דין כבשר שאינו מנוקר דאסור מכח ספק שמא יפגע באיסור מה שהוא מותר אחר התיקון הי' מותר גם קודם התיקון אלא שלא הי' מבורר ואין שייך לומר דאתחזק איסורא, בודאי בהאי חתיכה יע"ש הרי דסובר כיון דבשר לא נתחזק לאיסור מצד עצמו רק מכח תערובת איסור שבו נאמן עד אחד לומר זה הוא ההיתר ואין בו איסור כיון שאיסור לא הי' ודאי וא"כ ה"ה כיון שאנו מסופקים אם נתן איסור בהיתר טעם לא נוכל לומר שנעשה כולו איסור, דהא כמו שאיקבע איסור איקבע נמי התירא וכיון שהיתר לא נאסר שיהי' נהפך לאיסור רק כשקיבל טעם דהוי כולו איסור דטעם כעיקר דאורייתא, אבל כשיש ספק אי אפשר להוציא מחזקה קמייתא

חזקת היתר דק בדבר ברור ואף שאי אפשר להוציא גם החזקת איסור כי אם בדבר ברור מ"מ הוי כחתיכה משני חתיכות דאף שמחובר ביחד הוי כשני חתיכות דנאמן עד אחד כיון שאין ההיתר נעשה איסור, ואולם על זה יש שתי תשובות חדא דהתם אינו סותר לחזקת איסור רק מברר איזה חתיכה אסורה ואיזה חתיכה מותרת, משא"כ הכא כשאומר שאין בו טעם איסור סותר לחזקת איסור ותו י"ל דהכא הוי אתחזק איסורא ולא איקבע התירא דחכמינו זלה"ה חקרו ע"פי עוצם בינתם ועומק שכלם הקדוש או ע"פי טבעי המאכלים דדרך איסור ליתן טעם ברור בהיתר עד ששים ולמעלה מס' סובר רש"י דהוא ספק ולית לי סברת תוס' שם דצ"ח ע"א בד"ה לחומרא דזמנין דפוסק בפחות משששים, ולכן אין העד נאמן נגד חזקה, כיון שחכמים חקרו מכח שכלם שכן הוא הוי בגדר אכן סהדי, ולכאורה זה מוכרח דרש"י סובר דלמטה משמים איכא חזקה שיש טעם האיסור בכל התערובת דאם הי' ספק ואינו נאמן מצד שסותר לחזקת איסור כנ"ל הא לרש"י גם כשיש ס' בעינן טעימה ובע"כ סובר דהוא רק ספק דאם הי' ודאי איסור אמאי נאמן הרי היכי דיש ספק אם יש בו טעם נאמן עד אחד אף שסותר לחזקת איסור שמתיר לאכול איסור המעורב ודוחק לומר בששים נוטה להתיר יותר מלאיסור כי בכה"ג הוא בגדר ספק הרגיל א"ו כמ"ש בלמטה ג"כ איכא חזקת איסור מחמת ודאי שבודאי נותן טעם שכך הוא חוקת התורה לכן אינו נאמן, ובששים כיון שיש ספק ואיקבע התירא ואיסורא נאמן העד אף שסותר לאחת הן אם סותר האיסור או אם סותר להיתר כיון שיש לו צד המסייע ולא דמי לאתחזק איסורא שליכא היתר כלל כיון שכל חתיכה אסורה ואם תאמר לפי מה שהוכחתי בכללי עד אחד אפילו לדעת ש"ות ריב"ש בסימן קפ"ב שהשיג על תשב"ץ חלק א' סימן ע"ה דסובר דעד אחד נאמן בממון במילתא דעבידא לאגלוי רק דאינו נאמן כדאי' בש"ע חושן משפט סוף סימן למ"ד וכמ"ש בספר כנסת הגדולה שם כוונתו, מ"מ כתבו גדולי אחרונים זלה"ה היכי דהוא ודאי עבידא לאגלויי וקל בידינו לברורי עד אחד נאמן מדאורייתא אפילו נגד חזקה דמתיירא לשקר וכדמוכח במס' גיטין די"ט ע"א בשטרי פרסאי ובחושן משפט סימן מ"ט וא"כ ה"ה הא בקל בידינו לברורי ולשאול פי כהנים אם יש בו טעם, והם יהי' נאמנים כי עדים נאמנים בכל מקום וא"כ ליהמן אפילו עד אחד כשאומר שאין בו טעם דמתיירא לשקר דז"א דחזקה בא דהוי כאנן סהדי שנותן טעם עדיף מחזקה דמילתא דע"לאג לא משקר דהא ישנו במציאות בני אדם שמשקרים אפי' בעבידא לאגלוי, אבל דבר שחכמים חקרו בעוצם בינתם שיש בו טעם הוי כאנן סהדי, ותו י"ל דהא דאמרינן במילתא דע"לאג לא משקרי היינו היכי שיתברר לכל העולם ששקר הגיד אשר לא יוכל למצוא טענה ואמתלא לדבר שהעיד

משא"כ הכא לפמ"ש קמאי זלה"ה לכן בעינן קפילא שיודע להבחין הטעם א"כ בעינן לזה הבחנה רבה אפי' אם, יכחישהו לא יהי' נתפס לשקרן כי יאמרו שלבו אנסו שחשב שאין בו טעם ויש לי ע"ז ראיות רבות כאשר יבואר בעז"הי בכללי עגונות אמנם קשה על גוף הברייתא אמאי איתא דבעינן דוקא ששים, ואם אין בו ששים אסור הא הוי מצי למיתני תקנתא דהא אפשר ע"פי שני כהנים דהא עדים נאמנים בכל מקים אטו מיירי הברייתא במקום שאין שם כהנים המבחינים הטעם ודוחק לומר דזהו פשיטא הא כמה פעמים קמ"ל במתני' ובברייתא הדין בשני עדים אע"כ לשיטת רש"י אפילו אם יאמרו שני כהנים הבקיאים בטעימה שאין בו טעם בפחות מששים אינם נאמנים, ואמרינן הני סהדי שקרא נינהו כיון דהוא נגד דברי חכמים מה שחקרו ע"פי חוקת התורה בעוצם בינתם או ע"פי טבעי מאכלים שנותן טעם בפחות מששים אינם נאמנים וכעין שכ' ח"צ שם בשם תשובת רשב"א בענין טריפה אינה חי' שנגד חקירת חכמים אינם נאמנים העדים והחולקים על רש"י סוברים, דפסיק הטעם בפחות מס' לכן נאמן אפי' ע"א אבל בעלמא י"ל דמודו לשיטת רש"י וכמש"ל דאנן סהדי באופנים הנ"ל עדיף מעדים ואין להקשות לפי דברינו הא קיי"ל עדים נאמנים נגד חזקת ממון לפי מה דאי' בש"ס דב"מ ד"ג ובתוס' ד"ב הוי בגזל אנן סהדי מה שמוחזק, דז"א דבע"כ לאו כל אנן סהדי שווין וחזקת ממון אינה חזקה המכרעת שכן הוא אבל דבר שחכמינו ז"ל חקרו מכח שכלם או מכח טבעי אלים טובא וי"ל דעדיף מעדים כן נלענ"ד:

ה ולפ"ז נבוא ליישב שיטת רמב"ם בפ"ה שפי' במס' ב"מ דפ"א שהי' עדים מעידין שהי' שם מים ולא פי' כרש"י הנ"ל ובהנ"ל א"ש דהנה ראשונים ז"ל הקשו והובא בס' שיטה מקובצת שם מ"ט דרבה דכח מגו יהי' עדיף מעדים ואולם י"ל לפי מאי דאי' במס' קידושין דס"ד ע"ב מוקי אביי מחלוקת ר' ור' נתן ר' סובר מה לי לשקר כעדים דמי ואתי עדים ועקרי חזקה ור' נתן סובר מה לי לשקר כחזקה דמי, ואף דרבא מעיקרא מוקי בגווני אחרינא י"ל במסקנא כששמע דברי אביי קיבל ממנו וגם לפמ"ש תוס' הגי' הוא רבה וכתב שם הר"ן דקיי"ל הלכה כר' מחבירו, ואע"ג ברפ"ק דב"ב ד"ה אבעי' לן אי אמרינן מגו אפילו במקום חזקה התם הוא דמגו שהי' יכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי אבל הכא מגו דבידו הוא וא"כ י"ל רבה ואביי תרווייהו סוברים דהלכה כר' רק נחלקו בזה רבה סובר הן מגו דאי בעי טעין, והן מגו דבידו על להבא הוי כעדים ואף דעדים מפורש בקרא ומגו לא מפורש מ"מ מוכח להמעיין במס' כתובת דכ"ב ע"א דמה דאתי' מסברא הוי מדאורייתא וסובר גם מגו דאי בעי טעין הוא מצד סברא והוא מן התורה וכמ"ש ר"אש בשבועת דמ"ו וכמה פוסקים ואלים כח המגו כעדים והוי כתרי

לגבי תרי וכיון שהשוכר הוא מוחזק בממון א"א להוציא ממנו מספיקא לכן סובר דנאמן דאזיל באורחא דנהר פקוד וליכא מיא אבל אביי סובר דוקא מגו דאי בעי עביד אלים כחו כמו עדים אבל מגו דאי בעי טעין לא מהני נגד עדים וא"כ י"ל מהאי טעמא מוכרח רמב"ם ז"ל לוקמי העובדא שהי' עדים ולא הי' ידוע לכל שיש שם מים דסובר דאם הי' בגווני שיש אנן סהדי שיש שם מים שהי' גלוי לכל תיקשי על רבה אמאי מהימן השוכר במגו דאף דמגו אלים כחו כעדים הא אנן סהדי עדיפי מעדים, ואפי' אם הי' עדים שלא הי' שם מים אמרינן הני סהדי שקרי נינהו כי בדבר הגלוי לכל לא אמרינן תרי כמאה אע"כ שאיירי בענין שלא הי' גלוי לכל רק שהיו עדים שיש שם מים וכיון דמגו הוי ג"כ כעדים סובר רבה דיש לו דין תרי לגבי תרי שמוקמינן הממון בחזקת השוכר ואביי סובר אפילו לר' דהלכה כוותי' מודה דמגו דאי בעי טעין הוי רק כחזקה ועדיפי עדים מחזקה וא"ש:

ו אמנם לדינא אין לסמוך על ראייתו מרמב"ם כי נודע דרכו של רבינו ז"ל למשוך אחר לשון הש"ס ואולי פירושו אנן סהדי וי"ל אנן סהדי כהאי שיש שם מים לא אלים כל כך כשאר אנן סהדי כי אף דאנן סהדי שמעולם הי' שם מים מ"מ ליכא אנן סהדי שבאותו זמן שהלך שם הי' מים הא ישנו במציאות בנהרות של עיתים רחוקים נפסק מימיו ובפרט בעת שיש חמימות בעולם, ואולי מזמן אשר נעלם מאתנו הידיעה נפסק מימיו ואין זה שינוי טבע כהני דלעיל וא"כ י"ל אם עדים ממש מכחישים ואומרים שלא הי' שם מים בעת שהלך נאמנים יותר וצ"ע וגם מה שכתבתי לעיל הוא רק כנושא ונותן בדבר הלכה להתלמד וצ"ע:

ודע לפי שיטת רשב"ם במס' ב"ב שם דר' חסדא סובר דאמרינן מגו במקום עדים קשה ממתני' דפאה פרק ח' משנה ג' דאיתא שם נאמנים על החיטים ואין נאמנים על הקמח ופת וכתב רבינו שמשון וז"ל נאמנים על החיטין לומר חיטין הללו מעשר עני שניתן לי אבל אין נאמנים לומר קמח ופת זה מעשר עני דניתן לו קמח ופת ואין להאמינ' במגו דאי בעי אמר חיטין ניתן לי ועשיתיו פת קמח דמשמע בירושלמי כי הוא נאמן דמאחר שאין דרך לחלקן כלל קמח ופת הוי כמו מגו במקום עדים עכ"ל, א"כ מוכח דלא אמרינן מגו במקום עדים וא"ל דסובר ר' חסדא דשאני הכא דהוי אנן סהדי ואנן סהדי עדיף מעדים דאנן סהדי שאין חולקין קמח ופת ומגו במקום אנן סהדי מודה דלא אמרינן כנ"ל דז"א דהתם לא הוי אנן סהדי רק מצד המנהג כי כן המנהג שאין חולקים קמח ופת ואנן סהדי שהוא מצד מנהג בודאי קלישא מעדים דמנהג עשוי' להשתנות כמש"ל בשם רמב"ן

ואפ"ה לא אמרינן מגו, מכ"ש מגו במקום עדים ממש ועיין בש"ך בסימן פ"ג בכללי מגו ס"ק ג', ויש ליישב:

פרט ב

יבואר פי' הראשונים בעובדא דנהר פקוד במה דנחלקו אי אמרינן מגו במקום עדים: ז בס' שיטה מקובצת שם הקשה בשם הראשונים זלה"ה מאי טעמא דרבה אמאי מהני מגו במקום עדים ומה שתרצתי לעיל בפרט א' לא ברור כל כך בעיני כי יש להקשות מנלן לרבה, דאף דסובר ר' בקדושין דס"ד דמגו הוי כעדים היינו נגד חזקה ולא נגד עדים ממש, כי אף דלרבה אלים כח המגו אפי' להוציא ממון כדאי' בב"ב דל"ב מ"מ כחן של עדים אלים אפי' בדיני נפשות ועד אחד בדיני נפשות אפי' יש לו מגו לא קם ואמאי יהי' אלים כח המגו בדיני ממונות ועיין במס' כריתות די"ג ע"א בסוגיא ובתוס' ד"ה או אפילו לחכמים דר' מאיר לא אמרינן מגו במקום עדים רק דמתרצינן דיבורא ועיין בכתובת דט"ז ע"א ברש"י שם דמגו דאי בעי טעין לא אלים כל כך יע"ש:

וראיתי כתוב שם בס' ש"מ הנ"ל שכתב בשם רבינו יהונתן רבינו משה הכהן וז"ל ומיהו ליכא מיא כלומר באותו זמן שעברתי שם נהרא דפסיק הוה והרבה ימים ושנים אין שם מים, אמר רבא עלינו להאמינו משום דאי בעי הוה יכול למימר באורחא דנרש אזלי שהרי אין עדים יכולים להכחישו ומיפטר דהא מתה מחמת מלאכה כיון שלא שינה בו, וא"ל אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן, כלומר שמירי שבאו עדים שבאותו יום הי' מים, וקמ"ל אביי כיון שיש עדים שבבוקר הי' שם מים לא אמרינן שמא בחצי יום שעבר זה לשם לא הי' שם מים ואין להאמינו על זה ורבא ס"ל כיון דנהרא דפסק הוה יש להאמינו מטעם מגו אע"פי ששינה ממה שציוה לו והילכתא כוותי' דאביי דמה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן עכ"ל רבינו יהונתן וכ"כ הרח"ק בשם מפורשים דהוי סהדא דבהאי יומא דמית בי' חמרא הוי בי' מיא הלכך לית לן להמיני' דבפלגא דיומא פסקי מיא יע"ש ונלענ"ד לפי דברי הראשונים הנ"ל נחלקו רבה ואביי במחלוקת קדומה, דאי' במס' ב"ב דצ"ב רב סובר הולכין בממון אחר רוב ושמואל סובר אין הולכין בממון אחר הרוב וכתב בש"ות תרומת הדשן סימן שי"ט וז"ל ונראה דהא דקיי"ל אין הולכין בממון אחר רוב היכי דאיכא חזקת ממון נגד הרוב אע"ג דבשאר דוכתי אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף דשאני חזקת ממון דאית בי' טעמא המע"ה, רובא לא מיקרי ראי' עכ"ל ובע"כ רב סובר דרוב הוא בגדר ראי' וכאנן סהדי דמי לכן מוציאין ממון ע"י רוב שהוא בכלל המע"ה דהוא ראי' וה"ה חזקה המכרעת מכח הדעת אלים לרב להוציא ממון דהוי כאנן סהדי וכראי' ולפמ"ש רש"י מה דאי' בגמרא עדים ר"ל אנן סהדי כמו כן

הפי' לרבינו יהונתן ולרמ"ך, ותרווייהו סברי מגו במקום עדים ממש לא אמרינן, ואולם בעובדא דידהו לא הי' רק עדים שבצפרא הי' מים ועל הזמן שהלך לא הי' עדים רק על פי רוב אם יש מים בצפרא גם בפניא יש שם מים ומכ"ש בפלגא דיומא רק המיעוט פעמים נפסק הנהר בפתע פתאום בבת אחת נכזבו מימיו ואינו הולך וחסר בהדרגה או יש לומר שהוא בגדר חזקה כמו שהי' מים בנהר בצפרא כמו כן הי' בעת שהלך ולא נשתנה הענין כמו בכל חזקות דומי' דנגע דאמרינן מסתמא לא חסר הנגע מכמו שהי' אפי' כשאיתרע לפניך כדאי' במס' חולין ד"י ע"ב בג"מ ובתוס' שם ועיין במס' נדה ד"ג ע"ב במקוה שנמדדה ונמצא חסר דמוכח ג"כ שיש לוקמי בחזקת שלא חסר המים מכמו שהי' וסובר רבה דרובא או חזקה לא הוי בגדר עדים ואנן סהדי ונאמן במגו נגד רוב או חזקה והא דקאמר הטעם משום מגו הא בלא"ה ג"כ לא מהני רוב להוציא ממון ואמאי ל"ק בפשיטות מטעם דאין הולכין בממון אחר רוב או בתר חזקה להוציא ממון ונ"מ אפי' היכי דליכא מגו כגון שהודה בפני עדים מעיקרא שהלך בנהר פקוד דהוי מגו למפרע דמגו לא הוי כי אם בב"ד בתוך כדי דיבור מ"מ נאמן שלח הי' שם מים באותו זמן כיון שהוא מוחזק בממון יש לומר לפמ"ש בכללי רובא הא דל"מ רוב בממון הטעם כמ"ש אא"מו הגאון בספרו שמן רקח כיון דמוחזק בממון יש לו חזקה קמייתא וגם מעלת תפיסה ואף שרוב דוחה לחזקה מ"מ נשאר בתפיסה שתפס כי א"א לעשות מעשה להוציא ממנו כיון שרוב לז הוי כראי' וכעדים וכתבתי שם בסם בעל התרומת דנ"מ באם זה שרוב מסייעו חזר ותפס משכנגדו אפי' בעדים מהני תפיסתו כי עכ"פ כח חזקה של שכנגדו נדחה מרוב דהא רובא וחזקה רובא עדיף באיסורין ה"ה בממון נגד חזקה לבד מהני ולא נשאר רק מעלת תפיסה וכשחזר ותפס יש לו אותו מעלה, לכן אמר הטעם משום מגו דהוא הוכחה להשוכר ונ"מ של"מ אפי' תפיסת המשכיר, וכיון שבאמת יש לו מגו קושטא דמילתא נקיט כיון דהוא נ"מ לדינא או י"ל שמעשה הי שמשכיר הי' תפס בממון ומגו עדיף מרובא, אבל אביי סובר דרובא או חזקה אלים אפילו להוציא ממון דהוי כעדים וכאנן סהדי והוי מגו במקום עדים כיון דרוב או חזקה הוי כעדים:. ואף דקיי"ל כשמואל וקיי"ל כאביי ל"ק הלכה אהלכה די"ל דסוברים כתוס' במס' סנהדרין ד"ג ע"ב ד"ה ד"מ ברוב מעלי' אפי' לשמואל מוציאין ממון ושאני רוב לרד"י דהוא רוב גרוע ולית להו סברת תוס' בב"ק דכ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל וא"ש, ודע המעיין בלשון רבינו יהונתן משמע שהבין שידוע ה' לעולם שדרך של הנהר לפסוק הרבה ימים בשנים, רק כיון שיש עדים שבצפרא הי' שם מים מלא על כל גדותיו לא שכיח שבפלגא יום נפסק כי אם הי' נפסק הדרן להיות הולך וחסר מקודם, וראיתי בש"ות הר"אש כלל שמנים

ושנים שכתב וז"ל ודמי' להאי דאי' בב"מ דפ"א ההיא גברא דאוגר לי' חמרא כו' אמר לו אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן והלכתא כאביי אלמא אע"ג דאיכא מגו לא מהימן משום דאנן סהדי דבכל עידן איכא מיא באורחא דנהר פקוד, ואע"ג דעדות ממש ליכא שהי' שם מים בשעה שהלך זה אלא שרוב פעמים מצוין שם מים הו"ל מגו במקום עדים עכ"ל והנאני שכוונתי לדעת הגדול בס"ד וא"כ דברינו הנ"ל מוכרחין ועיין באורים ותומים בכללי מגו ס"ק צ"ב שמפלפל אי אמרינן מגו במקום רוב ותמהני שלא הביא ראי' מש"ות הר"אש הנ"ל שסובר דבע"כ לא אמרינן מגו במקום רוב וק"ק לשיטת רבינו יהונתן כיון שנחתו לפרש טעמי' דמ"ד דסובר דאמרינן מגו במקום עדים אמאי לא פירשו נמי כוונת ר' חסדא שסובר להדי' בב"ב דל"ג ע"ב דנאמן במגו במקום עדים, ואפשר דפי' שם בכוונתו כמ"ש רמב"ן בחידושי ב"ב דמתרצינן דיבורא לרבה ולר' חסדא רק כאן בסוגי' לא ניחא להו לפרש כמו שפי' ריטב"א לקמן שכוונתו שמתרצינן דיבורא כי רחוק לפרש כן בלשונו, ולכן פי' כפי' הנ"ל:

פרט ג

יבואר פירש שפי' ריטב"א בעובדא דנהר פקוד הנ"ל ויבואר אם מתרצינן דיבורו כשיש לו מגו כדי שלא יהי' מוכחש מהם:

ח בס' שיטה מקובצת שם כתב בשם ריטב"א וז"ל אמר לי' אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן כלומר שאין אדם נאמן במגו במקום שיש עדים כנגד טענתו שהוא טוען והכא מגו במקום עדים הוא דאיהו אמר דלית תמן מיא ואנן סהדי שאין אותו מקום בלא מים, ותמיהא מילתא היאך אמר רבא שיהי' נאמן להכחיש עדים בטענת מגו, והנכון דודאי לעולם איכא מים התם וס"ד דרבה כיון דאית לי' מגו מתרצינן לישנא דהא דקאמר ליכא מיא, לאו דליכא מיא אלא שלא מת מחמת מיא וכמאן דליכא מיא דמי, ואביי אמר שאין לנו לתפוס אלא לשונו כפשוטו ודכוותי' ההוא דזה אומר של אבותי דפרק חזקת הבתים עכ"ל ועיין בחידושי רמב"ן במס' ב"ב דל"א ע"א, ועיין תוס' שם ד"ה מה, ובחלקו אי מתרצינן דבורא, ויש להבין בשיטת ריטב"א מי דחקו לפרש מחלוקתם בכה"ג דמה שאמר רבא שנאמן היינו שמתרצינן דיבורא שמה שאמר ליכא מיא שלא מת מחמת מיא הא הו"מ לפרש על סגנון שלו, באופן אחר ברווחא, דכבר הקדמנו בפרט ג' שטעמא דשמואל דסובר אין הולכין בממון אחר רוב או חזקה להוציא ממון מחזקתו, ולשיטת רוב פוסקים הסוברים כשיטת תוס' במס' ב"ק דכ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל שאפי' רוב מעליא לא מהני הטעם הוא כמ"ש ת"הד סימן שמ"ט, אף דבאיסורא רובא וחזקה רובא עדיף, בממון אמרה תורה המוציא מחבירו עליו הראי' ורובא לא מיקרי ראי', וכמו כן

חזקה לא הוי ראי' ברורה שכן הוא, וכמ"ש הפני יהושע במס' כתובת דכ"ג ע"ב ועיין בשיטה מקובצת במס' ב"מ ד"ו ע"ב, והמעיין במס' כתובת די"ז ע"א בתוס' ד"ה כיון, וברמב"ן בס' מלחמות ובבעל המאור ובפני יהושע שם, יראה שדעת הרבה ראשונים ז"ל דלא מהני אפילו רובא בצירוף חזקה להוציא ממון לשמואל דהא התם לפי ס"ד דש"ס שם איכא רוב מעליא דרוב נשים בתולות נישאות בצירוף חזקה קמייתא ואפ"ה כתבו תוס' דקושי' הש"ס הוא רק לרב ולא לשמואל, ומעתה נראה בנידון דידן שהשוכר מוחזק בממון אף אי נימא דיש רוב וחזקה המתנגד לחזקת ממון כיון שדרך של הנהר להיות מים תמיד מסתמא לא נפסק מימיו כרוב נהרות וגם חזקה שלא נחסר כיון שהי' פעם אחת במלואו כמו כל החזקות וכמו במקוה כמש"ל בפרט ב', מ"מ לא מהני להוציא ממון לדידן דקיי"ל כשמואל דלא מהני אפילו דובא בצירוף חזקה להוציא ממון דאלים טובא כח המוחזק בממון דתורה אמרה דבעינן עדים או ראי' ברורה ורובא וחזקה לא הוי ראי' ברורה ומכ"ש שיש לצדד ולומר כיון שיש מיעוט נהרות הפוסקים מימיו ונהרות הם קבוע כמ"ש בס' הכריתות להר"ש מקינון סימן קצ"ט ופרי חדש בסימן ק"י ס"ק ג' ומנחת יעקב כלל מ"ג אות ל"ט שנחל איתן הוי קבוע ועיין ברמב"ם בפרק ט' מהלכות רוצח ליכא רוב ולא נשאר רק חזקה עצמי וחזקה קמייתא מאותו נהר שלא נחסר מימיו וחזקה לבד לא מהני להוציא ממון לכ"ע דהא דאי' בכתובת די"ג דמוציאין ממון ע"י חזקת הגוף, רבו הסוברים דהלכה כתירוצים הנאמרים שם בצירוף מגו או בצירוף ברי ושמא, ותו דאלים חזקת הגוף כמ"ש תוס' בכתובת דע"ה ע"ב ואין מדמין חזקות זו לזו כמ"ש הש"ך בסימן פ"ב בשם נמוקי יוסף. וא"כ נראה לכאורה פשוט בעובדא דידן אם הי' טוען בפירוש שבאותו זמן שעבר לא הי' מים אבל מקודם לכן הי' מים או שלא ידע לא היינו מוציאין ממון מחזקתו דאף דאנן סהדי שאין אותו דרך בלא מים מ"מ אין אנו יודעין אם באותו שעה הי' מים, ואולם הוא אמר לשון המורה שלא הי' מים כלל מעולם באותו נהר ומכחיש לעדים דאנן סהדי שהי' שם מים כי אמר בסתם ומיהו ליכא מיא ולא אמר להדי' שלא הי' מים אז, ונחלקו בסברא הנ"ל שכתב ריטב"א רבא סובר כיון שיש לו מגו כדי שלא לארועי כחו מתרצינן לישנא כאילו אמר שעכשיו ליכא מים ולא מכחיש לעדים, וממילא אין מוציאין ממנו, אף שיש למשכיר חזקה או רובא המסייע. ואביי סובר דלא מתרצינן דיבורא ותפסינן הלשון כפשוטו שמורה מלשונו שלא הי' מים כי לא אמר שנפסק המים כי דרך אדם לפרש טענותיו ועיין בתוס' במס' שבועת דמ"א ע"ב ד"ה כל והוחזק כפרן ע"י עדים ולכאורה י"ל דריטב"א סובר כדעת תוס' בסנהדרין ד"ג ע"ב שהבאתי בפרט ג' ואולם עלה בדעתי לומר בכוונת ריטב"א שאי אפשר לפרש כן שיהי'

חייב לשלם מצד שאומר שלא הי' מים כלל מעולם באותו דרך דמצד טעם זה לא הוחזק כפרן, דהנה אי' במס' שבועת דמ"א ע"ב ההוא דאמר לחברי' הב לי מאה זוזי דמסקינא בך א"ל פרעתיך בפני פלוני ופלוני אתו פלוני ופלוני ואמרו לא הי' דברים מעולם סבר ר"ש למימר הוחזק כפרן, א"ל רבא כל מילתא דלא רמי' עלה דאינש לאו אדעתי' ופירש"י כיון שלא הי' לו לומר פרעתיך בפני עדים שלא אמר לו כן בשעת הלואה פרע לי בעדים הלכך לא שם לב לזכור אם בעדים אם שלא בעדים והקשו הראשונים ז"ל והובא גם בר"ן שם דהא בפ' גט פשוט דק"ע מוכח דכל שהעידו עדים שלא כדבריו הוחזק כפרן אע"ג דהוי מילתא דלא רמי' עלי' ותירץ הרשב"א ז"ל דכי אמרינן דצריך לברר כגון הבא לידון בשטר וחזקה ואמר שיש לו שטר וחזקה דסובר ר' נידון בשטר אף שחזקה לבד היתה מספקת ואמר מילתא יתירתא צריך לברר מילתא יתירתא (ורשב"ג סובר דאין צריך לברר) דכיון דחזקה מכח שטר קאתי שאם השטר פסול אף חזקתו בטילה לכן צריך לברר שיש לו שטר אבל בטענת פרעון שאמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני טענת פרעון איכה באה מכח עדים אלא מילתא יתירתא קאמר לכן אפי' באו עדים ואמרו לא הי' דברים מעולם נאמן לרבא ולא הוחזק כפרן וקיי"ל כוותי' דאפי' רבי מודה בהאי דינא עיי"ש ועיין בש"ך סימן ע' סק"ו וא"כ בנ"ד נראה אף אם הי' טוען בפירוש ששקר אומרים העולם ולא הי' מים כלל באותו דרך כיון דהוא מילתא יתירתא כי לפטור את עצמו סגי אם הי' טוען שבזמן שעבר לא הי' מים לא הוחזק כפרן, ויוכל אח"כ לטעון שלא הי' מים בעת שעבר כמו התם שיכול אח"כ לטעון פרעתיך שלא בעדים, עיין ברש"י במס' שביעת שם ברש"י שסביב הרי"ף:

וא"כ לפי גירסת ראשונים המובא בשיטה מקובצת שם הוא רבא ואח"כ הדר תיקשי על רבא למה לי' לטעמא דמגו לתרץ לשונו אפי' לולי טעמא דמגו ג"כ לא הוחזק כפרן אף כשהי' אומר להדי' שלא הי' שם מים כלל וגם תיקשי לפסק הלכה ואף דסובר רבא בשבועת חם דמ"ג ע"א קצותא דתרעא מידכר דכירי אינשי היינו השער הצריך לעסקי משא ומתן אבל לא רמי' עלה לידע אם יש מים באותו דרך ואף אם היה מים מחמת שלא ראה בעת שעבר סבר שמעולם לא הי' שם מים באותו דרך והוי מילתא יתירתא ואפי' אביי מודה לרבא בכה"ג לכן לא ניחא לריטב"א לפרש כמו שכתבתי:

מיהו אכתי הו"מ לפרש כנ"ל דהא דאיתא שם דלא הוחזק כפרן היינו אם אח"כ אמר פרעתיך שלא בעדים והי' מילתא דלא רמי' עלי מה שאמרתי פרעתיך בפניהם, אבל אם גם אח"כ אף שעדים לפנינו אומר פרעתיך רק בפניהם הוחזק כפרן, וכן משמע להדי' לשון רש"י והר"ן שם וא"כ הכא שאנן סהדי שהי' שם מים והוא אומר שליכא מיא אם

תפסינן דיבורו כפשוטו שלא הי' מים הוחזק כפרן כיון שכבר יש עדים ואם תרצינן דיבורו שנפסק המים לא הוחזק כפרן וסובר רבא ע"י מגו תרצינן דיבורא, ואביי סובר דלא תרצינן דיבורא מעצמינו ולפרש לשון הסתום כיון שאין טוען מעצמו וכעין סברת תוס' במס' שבועת דמ"א ע"ב ד"ה כל בתירץ בתרא מסתמא הטוען בבית דין דק ואין לנו לתרץ דבריו כשלא בירר מעצמו זכותו ותו אפסר לומר אף דהתם הוי מילתא דלא רמי' עלי' דאינש היינו דוקא בטענת פרעון בעדים הוא דבר הנוסף ולא הי' צריך כ"ל לומר, משא"כ הכא כיון שטענת מים הי' מוכרח לטעון עכ"פ כדי לפטור הוי מילתא המוטל ורמי' עליו לידע ולפרש היטב גוף טענתו כדי שיזכה בדין כי כל זכותו תלי' בזה וא"כ אפשר לומר אם הי' טוען בפירוש שלא הי' שם מים מעולם הוחזק כפרן ושאני התם שענינו עדים לא הי' צריך לטעון כלל וכן בשטר וחזקה לא הי' צריך לטעון שטר אבל הכא עכ"פ הי' צריך לטעון שליכא מים וכיון ששוכר יודע שהוחזק לכל שיש מים הי' לו לפרש היטב שעכשיו נפסק המים ולדייק היטב, מיהו י"ל הא דלא פירש כן ריטב"א דסובר דאף שאמר סתם ליכא מיא יש לפרש כוונתו מן הסתם אז לא הי' מים, ומ"מ נ"מ בדברינו הנ"ל היכי שטען להדי' להכחיש האנן סהדי שמעולם לא הי' מים אי הוחזק כפרן וצ"ע:

פרט ד

יבואר מה דקשה לפירש ריטב"א וגם הוכחה שבע"כ סובר שאין הבע"ד צריכין לברר טענותיהם:

ט יש לחקור לפי' ריטב"א הנ"ל מהא דאיתא במס' ב"ב דל"א ע"א לאחר שפסקוהו כאביי דלא אמדינן מגו במקום עדים ואינו נאמן לומר של אבותי הוא במגו דמינך זבינתי' ואכלתי שני חזקה, אם חזר וטען ואמר אין דאבהתך הוא וזבניתי' מינך והאי דאמרתי לך דאבהתי' הוא דסמוך עלי' כדאבהתי טוען וחוזר וטוען וסובר עולא דטוען וחוזר וטוען ופי' רשב"ם שיכול לתרץ דבריו הראשונים אע"פי שמכחישין קצת כיון דלא מכחיש לגמרי ונהרדעי סוברי' אין טוען וחוזר וטוען וקיי"ל כעולא דיכול לחזור ולטעון לתקן דבריו הראשונים אפילו בפירוש רחוק ואפי' לנהרדעי באם אומר אח"כ של אבותי שלקחו מאבותיך יכול לחזור ולטעון דאינו עוקר דבריו הראשונים כלל אלא מוסיף, וא"כ לפמ"ש רמב"ם ריש פרק א' מטוען ונטען הלכה א' וש"ע ח"מ ריש סימן ע"ה שב"ד אומרים לתובע ונתבע לברר דבריהם שלא יהי' לשון סתום וכשיכול לברר דבריו ואין אחד מצדדים רוצה לברר מפסיד כדאי' שם בשם ר"אש ומרדכי ועיין בדרכי משה שם ס"ק א', ולפמ"ש הרב המגיד שם הוא מדינא דגמרא כי כתב לזה סמך מגמרא

וא"כ אם אחר כך הי' טוען להדי' שמה שאמר מעיקרא שליכא מיא רצונו הי' שמת בלי מיא הי' נאמן לחזור ולטעון אף שהוא פירש רחוק וא"כ מה נחלקו אביי ורבא הוי להו לבית דין לשאול את פי השוכר כוונתו, אם רצונו מה שאמר ליכא מיא שמת בלי מיא ואם יפרש דבריו שמת בלי מיא אמאי אינו נאמן לאביי דדוחק לומר דאביי סובר כנהרדעי דקשה הילכתא אהילכתא דקיי"ל כאן כאביי וקיי"ל כעולא, ואם יאמר להדי' שלא הי' מיא לפי דבריו גם רבא מודה דאינו נאמן, וכמו כן קשה בסוגי' דמס' בבא בתרא הנ"ל דהוי להו לבית דין לשאול מיד מתחילה שיברר כוונתו, דהתם יש לפרש בלשונו של אבותי שלקחו מאבותיך, ובע"כ לרבה ור' חסדא מפרשינן כן בכוונתו לתרץ שלא לסתור המגו, וקשה במאי פליגי אמוראים שם הא בית דין מחויבים לברורי ולשאול כשיש לשון הסתום בנידון דידן ובנידון דהתם, ולכאורה אפשר לומר הא דצריכין לשאול אותו שיברר דבריו היינו כשאומר לשון הסתום המשתמע לתרי אפי אבל אם אמר לשון שנוטה לפירוש אחד, ויש פירוש אחד רחוק בכוונתו לא צריכין הבית דין לשאול פי' שיפרש כוונתו אף אם אחר כך הי' מפרש דבריו הראשונים אף פירוש רחוק הי' נאמן, מ"מ מסתמא אמרינן כוונתו לפירוש הקרוב והוי בירור בכוונתו ולא צריך בירור יותר ועיין תוס' ב"ב דל"א ע"א ד"ה מה, ואולם בזה נחלקו רבא סובר מחמת שיש לו מגו תפסינן פירוש רחוק כאילו הי' פירוש קרוב ג"כ כדי שלא לסתור המגו והוי כאילו אמר לשון הסתום המשתמע לתרי אפי וצריך באמת לברר הדבר ופעולת המגו אינו מועיל רק לענין זה שחל החיוב על הבית דין לשאלו שיברר להדי' כוונתו ואין יכולין לפסוק בלי בירור ואביי סובר דלא אלים כח מגו והוי כאילו כבר בירר טענתו ואין צריכין הבית דין לשאלו, אבל לא משמע כן בלשון הש"ס:

י ונראה להביא ראי' לשיטת מ"ו זקיני הב"ח זלה"ה שכתב בח"מ סימן ע"ה הובא בש"ך שם ס"ק ד' שאם התובע תבעו בסתם והוא משיב ג"כ בסתם אין בית דין נזקקין אלא אומרין לשניהם פירשו טענותיכם, ואם אינם מפורשים פוסקים הב"ד כאילו פירשו יע"ש, ומשמע אפילו אם התובע מברר טענתו מעצמו ואולם לא הפציר שהנתבע יברר טענתו אין ביד בית דין לכוף לברר ועיין בסמ"ע שם ס"ק ה' דכן משמע שם דוקא כשבע"ד ביקש כופין לברר וא"כ יש לומר דעובדא מיירי שהתובע לא ביקש מהנתבע לברר טענתו ובכה"ג פוסקין בסתם כאילו בירר ונחלקו אביי ורבא, רבא סובר על ידי מגו מתרצינן דבריו ואביי סובר דלא מתרצינן דבריו מדעת עצמינו ואולם יותר י"ל כפשיטות דריטב"א חולק על הרב המגיד הנ"ל וסובר כמ"ש במרדכי בפ"ק דב"מ סי' רכ"ב על הא דאמר אביי חיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו וז"ל מצאתי בשם ר"ת דמתוך סוגי'

זו משמע קצת שאין לברר הטענות מ"מ לאחר התלמוד ראו הגאונים שרבו הרמאים ותיקנו שצריך לברר עכ"ל וכ"כ הרא"ש במס' שבועת דמ"ב ע"א ובר"ן שם, וא"כ אביי לשיטתו שפיר קאמר וכן יש לומר דבזה סובר רבא כאביי דאין צריכין הב"ד לברורי ולשאול לו שיברר כוונתו היטב וסובר רבא דמתרצינן דיבורא מדעת עצמינו ואביי סובר דלא מתרצינן דיבורא וא"ש:

פרט ה

יבואר מה שיש לדקדק לפי' ריטב"א הנ"ל וגם יבואר סוגי' דמס' כריתות די"ב:

יא גרסינן במס' כריתות די"א ע"ב שנים אומרים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר' מאיר מחייב אמר ר' מאיר אם הביאו שנים לידי מיתה חמורה לא יביאו לידי קרבן הקל, אמרו לו מה אם ירצה לומר מזיד הייתי ופטור, וכתבו בתוספת ישינים וז"ל אם ירצה לומר מזיד הייתי כלומר דלא דמי לעדים המעידים על מיתה שהם גמרו הדברים בו שהתרו בו ועבר והזיד אבל הני אין גומרין עדותן שלא ידעו אם שוגג הוא עכ"ל וגרסינן עלה שם די"ב אבעי' להו מאי טעמא דרבנן משום דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש או דלמא משום מגו דאי בעי אמר מזיד הייתי ופטור כי אמר נמי לא אכלתי מהימן ופטור ומאי נ"מ למיפשט מיני' לטומאה דאי אמרת טעמייהו דרבנן משום נאמן כו' לא שנא טומאה חדשה ולא שנא טומאה ישינה, ואי טעמייהו משום מגו פטרו להו רבנן מטומאה ישינה משום מגו דאי בעי אמר טבלתי פטור כי אמר נמי לא נטמאתי פטור דאיכא למימר מאי לא נטמאתי דקאמר לא עמדתי בטומאה אלא טבלתי אבל טומאה חדשה מחייבי יע"ש דנפשט האבעי' משום מגו כמ"ש רש"י ורמב"ם בפ"ג משגגות הלכה א' וכתבו בתוס' בד"ה לא וז"ל ולר' מאיר אע"ג דמתרץ דיבורי' לא מהימן דהוי מה לי לשקר במקום עדים, והא דאמרינן בכמה דוכתי' לכ"ע מגו במקום עדים לא אמרינן היינו במקום שגמרו עדותן כדפרישית ובההיא דפרק חזקת הבתים זה אומר של אבותי כו' אמר רבא מה לי לשקר אי בעי אמר מינך זבינתי' כו' ואביי אמר במקום עדים לא אמרינן והתם מתרץ דיבורא דהא דאמר של אבותי דסמכינא עלה כדאבהתא, אלא התם הוי עדים גמורים, וכן בההיא דאמרינן כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואינו נאמן במקום עדים שאמרו שלוה, ואמאי הא קיי"ל המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו בעדים, וליהוי נאמן לומר לא לויתי כלומר לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי אלא התם עדים גמרו לעדותן, וריב"א אומר דלא מהמנינן לי' במקום עדים להפסיד חבירו אפילו במתרץ דיבורא אלא דוקא הכא לפוטרו מקרבן שלא יבוא חולין בעזרה ובהכי ניחא האי דחזקת הבתים עכ"ל ועיין בתוס' ד"ה דלמא שכתבו ג"כ לרבנן שהטעם משום

מגו מתרצינן דיבורא, ודבריהם מחוסרין הבנה במ"ש הלשון גמרו עדותם, שאם רצונם לומר כיון שלא גמרו עדותן לא מהני עדותן מצד חוקת התורה כי התורה אמרה דבר שלם ולא חצי דבר, והיינו שצריכין לומר דבר ברור וכיו"ב כתב בב"ש בסימן למ"ד בשם הג"א (והוא טעות הדפוס וצ"ל מרדכי) דאם העדים מסופקים אם הי' קרוב לו או לה לא חלין הקדושין כלל דהוי כאילו קידש בלא עדים ומבואר שם הטעם משום דתורה אמרה ע"פי שנים עדים יקום דבר גלי תורה שבעינן שיראה דבר ברור וכשרואין ספק הוי כלא ראו כלל, ולא מהני עדותן אפי' לשווי' ספק ועיין בחידושי פני יהושע במס' קדושין די"ב ע"ב בד"ה ולאו ובקונטרס אחרון לקדושין סימן ט' וכיון שלא יוכלו לומר דבר שלם ולגמור עדותן לא מהני דזה אינו דא"כ למה צריכין אנו לתרוצי דיבורא אפילו אם לא מתרצינן כלל וכוונתו לא אכל כלל ג"כ נאמן נגד עדים הפסולים מן התורה כיון שהם בעצמן אין יודעין כי אם בצירוף דיבורו, ובע"כ צריך לומר כיון דעדים ראו המעשה כל מה שהי' יכולין לראות סגי והוי דבר שלם, ודמי למ"ש תוס' במס' בבא קמא ד"ע ע"ב, דאטו יכולין לידע מחשבתו אי אכל שוגג או מזיד ועיין בתוס' ישנים שם ע"ב ד"ה דאי בעי אמר וא"כ כיון שיש להם שם עדים כשרים הדרא קושייתם לדוכתי' אמאי מתרצינן כאן דיבורו שלא יהי' מוכחש מעדים, ובמס' ב"ב גבי זה אומר של אבותי, ובלא לויתי לא מתרצינן דיבורו נגד עדים, ותו יש לדקדק על לשון תוס' ישנים שהקשו מהאי דלא לויתי הנזכר במס' ב"ב ד"ו שעדים אומרים שלוה ולא אמרו שפרע, ולא הקשו מהאי דשבועת דמ"א ע"ב שעדים אומרים לוה ופרע והלוה אומר לא לויתי דמחייב רבא לשלם, אמאי לא מתרצינן דיבורו שר"ל לא עמדתי בהלואתי, ועיין תוס' שם ד"ה כל שהקשו באמת כן ונלענ"ד ליישב כוונתם על נכון, דהנה אי' במס' בבא מציעא ד"ג ע"ב ר' חייא כ"ר מאיר ס"ל דאומר עדים מחייבין אותו קרבן מק"ו וכתב בשיטה מקובצת בשם מורו הרב ז"ל וז"ל ואכתי קשי' לן מנא ידע הני סהדי דאכל בשוגג, דבשלמא מזיד יכולין לדעת על ידי התראה אבל שוגג מנא ידעינן, וכי תימא כיון דאיהו אמר לא אכלתי ואינהו ידעי דאכיל ודאי שוגג הי' ליתא דא"כ עיקר ידיעתם על פי טענתו שאומר לא אכלתי ולא ע"פי עדותן וליכא למימר עדים נמי מחייבי קרבן, ויש לומר כגון דחזי סהדי דהוי מהדר למיכל התירא כגון שתי חתיכות אחת של חלב ואחת של שומן ושאל איזה מהם של שומן כדי שיאכל אותה ומיד לקח של חלב ואכלה וודאי שוגג הוא עכ"ל ואולם תוס' ישינים יש לומר דהוי דחיקא להו לוקים מתני' בכה"ג כיון שלא נזכר כן ולכן מתרצים קושי' הנ"ל באופן אחר ועיין בתוס' מס' ב"מ שם ד"ה מה, ובמס' כריתות ד"ה ומודים. ונלע"ד בכוונתם דפלוגתי' דר' מאיר וחכמים הוא כפשוטו אף בחתיכה אחת ר' מאיר סובר אם

עדים אומרים שאכל חלב אף שלא ידע אם הי' שוגג או מזיד מ"מ גמרו עדותן לגמרי, כיון דקיי"ל בכל מקום דמוקמינן לגברא בחזקת כשרות כסתם ישראל הוי כידוע שאכל בשוגג דבודאי לא אכל במזיד לעבור על איסור דאורייתא, ומהאי טעמא סובר ר' מאיר דלא מתרצינן אנן דיבורו כיון שעדים גמרו לעדותן אפילו בלא דיבורו כי אפי' אם לא הי' אמר לא אכלתי מיד כשהעידו שאכל חלב הסתם הוא שוגג ומחיוב קרבן, אף אמנם אם הי' אומר להדי' שאכל במזיד הי' נאמן לגבי עצמו אף נגד חזקת כשרות דאף לצד שצידד בעל האבעי' דלא אמרינן אדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש מ"מ נאמן על עצמו יותר מחזקה, וכמ"ש תוס' שם ד"ה או אף דאין נאמן להשים עצמו רשע לפסול לעצמו מ"מ נאמן להשים עצמו רשע לפטור מקרבן, מ"מ אם לא ביאר להדי' הוי הסתם שאכל בשוגג מכח חזקת כשרות, א"כ עכשיו שאמר לא אכלתי ויש לנו ספק בלשונו אם ר"ל לא אכלתי כלל אי ר"ל לא אכלתי שוגג אלא מזיד, מספיקא אין אנו יכולין לבטל הגדת עדים אשר הוא בבירור כי חיוב קרבן ע"י עדים הוא ודאי והפטור הבא על ידי אמירתו הוא ספק כי יש לנו ספק בכוונתו ואין ספק פטור מוציא מידי ודאי חיוב, ויש להסביר יותר, כיון דלאותו צד לא אמרינן שנאמן יותר מעדים א"כ בודאי לא עדיף אמירתו מאם הי' עדים המכחישים לעדים הראשונים והי' לכו ספק בכוונתם אם הם מכחישים לגמרי או לא או ספק אחר אשר נוכל לומר גם לפי דבריהם הדין עם הראשונים בודאי הדין דאין ספק מוציא מידי ודאי וקם עדות הראשונים וה"ה, כיון שעדים בודאי גמרו לעדותן, אבל חכמים יש לומר דסוברים אם העדים אומרים סתם אכלת חלב ואין יודעים אם הי' שוגג או מזיד והבעל דבר שכח לגמרי אין יכולין לחייבו קרבן חטאת מספק, אף שיש לו חזקת כשרות וטעמא דמילתא יש לומר, חדא יש לומר שפטור מטעם חזקת גברא שהי' בחזקת קמייתא שפטור מקרבן ואף אי נימא כיון דודאי אכל נעשה ריעותא כי נעשה מעשה שראוי להסתפק ואיתרע החזקה, וכמ"ש כיו"ב בתוס' כתובת דכ"ב ע"א ד"ה תרווייהו, ומשנה למלך בפ"ו מעדות ופ"י במס' גיטין דכ"ח ע"א ובחידושי מוהר"י טראני בפ"ק דקדושין ד"מ ע"ב והארכתי בהאי כללא בכמה דוכתי מ"מ יש לומר מטעם אחר אין ביד בית דין לכופו, דהנה הר"ן כתב במס' נדרים ד"ד ע"א בד"ה ולענין בספק צדקה והקדש דהוי ספק איסורא דאית בי' ממונא דעת הרמב"ן ורשב"א דשדינן בתר איסורא ואזלינן לחומרא ומוציאין מן המוחזק ודעת הר"ן והרבה פוסקים דאזלינן לקולא דשדינן בתר ממון ואין מוציאין ממון מחזקתו ועיין בש"ך יו"ד סימן קע"ו ס"ק ה' וסימן רנ"ט ס"ק י"ד וא"כ לדעת הר"ן אפשר לומר בספק אם חייב קרבן דהוי איסורא דאית בי' ממונא ואין מוציאין ממון מחזקתו ואין ממשכנין אותו על הקרבן ופטור ועיין תוס' שם

ד"ה או דלמא בסופו וא"כ הי' פטור מקרבן היכי שאין יודעים אם אכל בשוגג או במזיד דחזקת ממון עדיף מחזקת כשרות כמ"ש הרבה ראשונים זלה"ה במס' כתובת דכ"ב ע"א ור' מאיר י"ל דסובר דחזקת כשרות עדיף מחזקת ממון, או דסובר בספק איסורא דאית בי' ממונא שדינן בתר איסורא, אבל לחכמים י"ל כמ"ש ולא מצי עדים לחייבו קרבן רק כשאמרו בפירוש שידעו שהי' שוגג ובגווני שכתב בשיטה מקובצת שהי' לפניו שני חתיכות, ואולם מלשון מתני' משמע שלא איירי בהאי גוונא כי לא נזכר כן ובע"כ העדים לא גמרו עדותן ולא בא החיוב קרבן רק על ידי דיבורו שאמר לא אכלתי שבע"כ הי' שוגג וכמ"ש בספר שיטה מקובצת, ולכן בעינן שדיבורו יהי' ודאי שיאמר לא אכלתי שוגג ולא מזיד אבל כשיש ספק ונוכל לתרץ דיבורו שמה שאמר לא אכלתי היינו לא אכלתי שוגג רק מזיד ליכא חיוב כלל, ולכן מספיקא פטור מקרבן כיון דעיקר החיוב בא גם על ידי דיבורו ויש לנו ספק בכוונתו הוי ספק בחיובא משא"כ בזה אומר של אבותי החיוב בא מעדים לבד כי עדים לבד גמרו לעדותן ואין צריכין לדיבורו כלל כי אם לא אמר כלל או שאמר להדיא שלא הי' רק שני חזקה הי' העדים גומרין עדותן לחיובו דכיון דיש לזה עדים שהי' של אבותיו ולזה אין לו עדים רק שאכל שני חזקה הוי חזקה שאין עמה טענה א"כ העדים גומרים לולי דיבורו ובדיבורו יש ספק אם מכחיש לעדים אם אינו מכחיש וכיון דמשמעות הענין מורה להכחיש לא מתרצינן דיבורא לפטור א"ע ומ"ש תוס' בהאי דלא לויתי לא רצו להקשות מעובדא דאביי ורבא בשבועת דמ"א דעל זה לא תירצו כלום דהתם צריכין העדים ג"כ לדיבורו ולא גמרו עדותן לחייבו כי אמרו שלוה ופרע רק מסוגי' דשבועת שם בלא"ה לא הי' קשה להו די"ל דסוברים כמ"ש תוס' במס' שבועת ד"ה כל בשם ריב"א דהתם לא מצי לתרץ דיבורו כי אמר להד"ם ואולם כוונתם היכי דליכא עדים שפרעו רק אמרו שלוה והוא אומר לא לויתי ולא אמר להד"ם דבכה"ג אפי' אביי מודה כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ע"ז הוי קשה להו לתרץ דיבורא, וע"ז שפיר מתרצו דבכה"ג העדים ג"כ גמרו עדותן לבדם לולי דיבורו שאין צריכין לדיבורו שאומר עכשיו לא לויתי כי אם שתק או אמר איני יודע הי' צריך לשלם ע"י עדים כיון שחיוב הלואה הוא ודאי, א"כ החיוב בא מהם והם גמרו עדותן לכן כשיש לנו ספק בדיבורו במה שאמר לא לויתי לא מבטלינן הגדת עדים מספיקא כי החיוב הוא ודאי על ידי עדים ובדיבורו יש ספק, והמעיין היטב בתוס' יראה שדברינו מדוייקים היטב, ולפ"ז יצא לנו לשיטת תוס' אפילו לרבא אם אמר לא לויתי והעדים אומרים לוה ופרע מתרצינן דיבורו מה שאמר לא לויתי ר"ל לא עמדתי בהלואתו כיון שהעדים צריכין לדיבורו כי לולי דיבורו פטור מלשלם דהא הם אמרו לוה ופרע כנלע"ד בשיטת

תוס' ישינים ולפ"ז לפי' ריטב"א הנ"ל קשה הילכתא אהילכתא כיון דבע"כ מוכח מסוגי' דכריתות הנ"ל לרבנן דקיי"ל כוותי' מתרצינן דיבורא נגד העדים כדי שלא יהי' מוכחש מהם ואמאי קיי"ל בעובדא דנהר פקוד כאביי דלא מתרצינן דיבורא כמ"ש הריטב"א הנ"ל הא בנ"ד לא מצי עדים לחייב ממון רק בצירוף טענתו כמ"ש הש"ך בסימן פ"ב בכללי מגו ס"ק י"ב ובסימן נ"ח ס"ק כ"ט דהא לא ידעו עדים דאזיל באורחא דנהר פקוד רק דידעו דאיכא מיא וא"כ העדים לא גמרו עדותן וכיון שיש ספק בהודאתו אולי מה שאמר ליכא מיא ר"ל שלא מת מחמת מיא נתרץ דיבורו ולא יהי' שום חיוב כלל כיון שיש ספק בחיוב כמו התם על ידי מגו מתרצינן דיבורא ה"נ ע"י מגו שמצי אמר שהלך בנרש נתרץ דיבורא כיון שלא גמרו עדותן ואין לומר דלא דמי להתם דהתם על ידי מגו דיוכל לטעון אכלתי מזיד מתרצינן עכשיו דיבורו כאילו אמר כן משא"כ הכא שמגו הוא שהלך בנרש ומה שמתרצינן דיבורו הוא שלא מת מחמת מיא ז"א דהא גם הכא יש לו מגו כמו התם דהא גם עתה בידו לומר שלא מת מחמת מיא ויתרץ דבריו מה שאמר דליכא מיא שלא מת מחמת מי' ודמי ממש להתם כיון שיכול לומר אכלתי מזיד ומה שאמרתי לא אכלתי היינו לא שוגג מתרצינן אנו דיבורו כאילו אמר כן ה"נ נימא כן, ואולם לכאורה אפשר לומר ביה גופא פליגי אביי ורבא בפירושא דרבנן במס' כריתות רבא סובר כיון דנפשט האבעי' דטעמייהו דרבנן באכלת חלב משום דמתרצינן דיבורא ע"י מגו הכא נמי מתרצינן דיבורא על ידי מגו ואביי סובר כתי' ריב"א שם המובא בתוס' ישנים דדוקא בקרבן מתרצינן דיבורו כדי שלא יבוא חולין לעזרה ולא בממון, אמנם קשה על רבא למה הוצרך לומר מגו דאי בעי הוי טעין דעכשיו לית לי' מגו כיון שכבר טען שהלך באורחא דנהר פקוד רק שהי' יכול לטעון הא הו"ל מגו שעדיין בידו לטעון אף שכבר טען שהלך באורחא דנהר פקוד מ"מ יכול לטעון שלא מת מחמת מיא ומ"ש שליכא מיא כוונתו הי' לזה והי' מפרש דבריו הראשונים ומצד מגו זו מתרצינן דבריו כמו באכלתי חלב שהוא אומר לא אכל כיון דיכול לומר לא אכלתי רק מזיד ולתרץ דבריו גם אנן מתרצינן וה"ה, ומגו דבידו עכשיו עוד לעשות עדיף ממגו שהי' בידו לטעון, וכעין סברת הר"ן בקדושין בדס"ד ע"א, והו' ממש דומי' דסברת רבנן שם בכריתות ולמה בחר במגו דהוי מצי לטעון דאיקוש יותר הו"ל למינקט מגו דבידו עוד לטעון וא"כ לכאורה קשה לשיטת ריטב"א הנ"ל, כיון דרבא בע"כ מדמי האי מתרץ דיבורא למתרץ דיבורא דאתמר שם במס' כריתות לרבנן הו"ל למינקט מגו הלז וצ"ע:

פרט ו

יבואר פלפול לפי פירוש ריטב"א הנ"ל וגם יבואר איזה כללים חדשים:

יב כבר בארנו פי' ריטב"א בעובדא דנהר פקוד ומקודם שנבוא לבאר דבריו נבאר כללים אשר נתייסד ביסודות ברורות מש"ס ומראשונים זלה"ה:

כלל א

נראה לענ"ד מוכח בש"ס אם אדם אומר או טוען לשון הסתום המשתמע לתרי אפי ויש לפרש באופן המועיל לדיבורו או לטענתו איכא הוכחה דמן הסתם בוחר בטענה המועיל ואינו מוציא דבריו לבטלה ומפרשינן כאילו פירש להדי' דבריו ויש לי ע"ז הרבה ראיות חדא מהא דאי' במס' גיטין דף ל"ב ע"א אמר אביי בטל לשתי לשונות משמע דבטל ומשמע דליבטל גבי גט לישנא דמהני בי' קאמר גבי מתנה לישנא דמהני בי' קאמר וכ' רש"י סתמא דמילתא כי טעין מילתא דמהני בי' קטעין, וקשה הא ר' מאיר וחכמים פליגי במס' ערכין ד"ה במעריך פחות מבן חודש ר' מאיר אומר נותן דמים דאדם יודע שאין ערך בפחות מבן חודש ואין אדם מוציא דבריו לבטלה ונתן לשם דמים, וחכמים סוברים אדם מוציא דבריו לבטלה וקיי"ל כחכמים וקיי"ל כמתני' הנ"ל האומר גט שנתתי לך בטל הוא ה"ז בטל, נימא דהוציא דבריו לבטלה, אע"כ דוקא היכי שדיבור סותר לפירש שאנו רוצין לפרשו בדבריו כמו התם שאמר להדי' בלשון ערך לא אמרינן שאמר לשם דמים לבטל הדיבור אבל אם אמר לשון המשתמע לתרי אפי גם חכמים מודו שמן הסתם לא הוציא דבריו לבטלה ואמר באופן המועיל וכן מוכח להמעיין ברמב"ם בפרק ב' מהלכות נדרים ה"ח ובלחם משנה שם ד"ה ואם ובזה מובן לשון הרב המגיד בפרק עשירי מהלכות זכיה ומתנה הלכה א', ועיין בש"ע חושן משפט סימן רנ"ג סעיף י"ט וכן משמע להדי' בש"ות מוהרי"ק שורש צ"ד, וגדולה מזו אי' במס' מנחות דפ"א ע"ב אמר ר' הונא האומר הרי עלי לחמי תודה מביא תודה ולחמה מ"ט מידע ידיע דלחם בלא תודה לא אקריב והאי תודה ולחמה קאמר והאי דקאמר לחמי תודה סוף מילתא נקיט הרי דאפילו אם אמר לשון עקום מתקינן הלשון כדי שלא יהי' לבטלה והתם הוא הלכה פסוקה ומשמע דאתי' אפילו כחכמים ומכ"ש היכי דאמר לשון הסתום דיש לפרש כוונתו באופן המועיל, וכיו"ב מבואר בהר"אש במס' קדושין די"ג סי' כ' והא דאי' בנמוקי יוסף הובא בד"מ ובסמ"ע וש"ך סימן ע"ה ס"ק ה' דלא דייקינן בדבריו של אדם שיהי' כנגדו אם לא אמרן ממש ולעולם אמרינן דדרך שטות דיבור ללא צורך והוא בנ"י ד"ע כמו שהראה באורים סק"ה, היינו בנידון דהתם דאיכא הוכחה דדיבר דרך שטות דאי אפשר לומר שמכר כל השדות כיון שאמר שדי מכורה לך דוק ותשכח כדברי וכן נלענ"ד להוכיח מהא דאי' במס' שבועת דל"ט ע"ב שכתב הר"אש בשם הראב"ד ורמב"ן ז"ל דרב סובר בטוען לחבירו שתי כסף יש לי בידך מסתמא שוה קאמר וכל מה שיודה

לו חבירו הוי ממין הטענה דאף אי מודה דוקא הוי בכלל שוה וחייב לשלם ולישבע שבועה דאורייתא כדין מודה במקצת הטענה ושמואל סובר כשטוען סתם שתי כסף טוען דוקא וכשנתבע מודה במקצת דוקא בדבר אחר הוי הודאה שאינו ממין הטענה בטענו חיטי' והודה לו בשעורים שפטור משבועה ומתשלומין יע"ש שכתבו כן דממחלוקת רב ושמואל מה דפליגי שם נובע מחלוקת הלז וקיי"ל כרב כמ"ש כל הפוסקים וכדאי' בש"ע סימן פ"ח סעיף ט' ואולם בטעמא דרב נחלקו קמאי זלה"ה דעת רשב"א דוקא בהלואה כיון דאין יכול המלוה לתבעו מטבע טבוע ממש אלא פורע שווי' הלכך איכא למימר דתובע אינו תובע מן הסתם דוקא דק שוה ולכן כתב בנותן לעולם דוקא קאמר אבל הר"ן כתב שם וז"ל ולפי הטעם שהוא אומר דוקא בהלואה אמרינן שוה כו' נראה שהוא ז"ל סובר דתובע פקדון דינו כנותן דדוקא קאמר ואין זה נח לי משים דמתני' סתמא דמילתא קתני ולא משמע דבהלואה הוא ולא פקדון לפיכך אני אומר בין במלוה ובין בפקדון שוה קאמר, וטעמא דמילתא דמסתמא תובע באותו ענין אשר יתחייב בו הנתבע שבועה וכבר כתבתי למעלה דתובע שוה אפילו נתבע משיב דוקא חייב שבועה אלא תובע דוקא אע"פי שנתבע משיב שוה פטור ומש"ה אמרינן דתובע בין במלוה ובין בפקדון שוה קאמר כדי שיתחייב הנתבע באיזה דבד שיודה מה שאין לומר כן בנותן עכ"ל ועיין בסימן פ"ח סעיף יו"ד וכוונתו כמו שכתבתי כיון שטוען בבית דין לשון המשתמע לתרי אפי אמרינן מסתמא מה דמהני קטעין ואולם לא נתבאר לן טעמא דשמואל ולכאורה יש לומר כל אחד אזיל לשיטתי' רב דסובר הולכין בממון אחר רוב ה"ה חזקה אילימא מהני להוציא ממון היכי דחזקה אתיא מכח סברא דחזקת ממון אינו חזקה המכרעת מכח סברא ולשמואל לא מהני רובא או חזקה להוציא ממון וכשם שאין מוציאין ממון מספק כך אין מוציאין שבועה מספק כמ"ש הש"ך בספ"ז כי יש לו חזקת קמייתא שהי' פטור משבועה וזה הוי בגדר חזקה דמסתמא בוחר בטענה מעולה ולרב מהני להוציא ממון ושבועה ולשמואל לא מהני ולכן סובר דפטור משבועה ותשלומין כי אולי הוי הודאה שאינה ממין הטענה, אבל זה אינו דא"כ קשה הילכתא אהילכתא דאנן קיי"ל אין הולכין בממון אחר רוב כשמואל ולרוב פוסקים בכל מיני רובא וכאן קיי"ל כרב אע"כ דחזקה דהכא אלימא טובא דכ"ע מודו בכה"ג דמהני אפילו להוציא ממון כיון דהשכל מחייב להך הוי כאנן סהדי וכמ"ש מוהרי"ט סימן כ"ז ותשובת מוהרי"ק שורש ע"ב דחזקה דאתיא מכח סברא לכ"ע מהני אפילו להוציא ממון כיון דהשכל והדעת מכרעת הוי כאנן סהדי ולכן מוציאין ממון ע"י חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וחזקה זו אתיא מכח סברא

דבודאי בוחר אדם לזכותו בטענה היותר מועיל וא"כ יש להבין מאי טעמא דשמואל ונראה לענ"ד לישב ונקדים:

(הג"ה ודע שקש' לי לפי הכלל הלז מהא דאי' במס' נדרים דף מ"ח ע"ב בההוא דאמר דאי ליהוי בר ברך צורבא מדרבנן קני על מנת להקנות סובר ר' נחמן דקני ורב אשי סובר דלא קני וכתב הר"ן שם דפליגי כיון דאמר סתמא ר' נחמן סובר דהוי כאמר מעכשיו ולכי הוי דמי ור' אשי סובר דכיון שלא רצה להקנות אלא כי היכי דליקני' בר ברי' מסתמא לא נתכוין שיקנה אלא עד אותו שעה וההוא שעתא כלתה לו קניתו יע"ש. ואמאי לא נימא שמסתמא כוונתו לעשות באופן המועיל כעין סברת הר"אש במס' קדושין די"ג וכדמוכח בכמה דוכתי וצ"ע ויש להאריך בזה ואין כאן מקומו:)

כלל ב

מה שכתבתי בכללי חזקות יש לחקור בהא דאי' בכמה דוכתי בש"ס אדם יודע אי אמרינן סתם אדם יודע מדרש חכמים הנה דבר זה צ"ע בש"ס בכמה דוכתי, וכאן אבוא בקצרה, במס' גיטין דמ"ב ע"ב תוס' ד"ה הואיל לפמ"ש בשם ר"ת יש בזה מחלוקת אי אדם יודע מדרש חכמים, ועיין בתוס' במס' קדושין דכ"ד ע"ב ד"ה הואיל לפי' ריב"א שם לא מוכח, ועיין במס' יום טוב בדף י"ט ע"א ואולם במס' כתובת דע"ד ע"א איתא אמר ר' אלעזר המקדש במלוה בפחות משוה פרוטה ובעיל צריכה ממנו גט דאדם יודע שאין קדושין חלין במלוה ובפחות משוה פרוטה ובעיל מחדש לשם קדושין ור' אמי סובר דוקא דבר השכיחי בכל יומא כמו מקדש בפרוטה שהוא מעשים בכל יום כ"ע בקיאין אבל מקדש במלוה דהוא מדרש חכמים לאו כולי עלמא בקיאין, וא"כ לכאורה יש לומר בזה נחלקו רב ושמואל, כיון דהא דקיי"ל טענו חיטים והודה לו בשעורין פטור הוא רק מדרש חכמים כדאי' במס' ב"מ ד"ה ע"א מדכתיב כי הוא זה חד למודה במקצת הטענה וחד למודה ממין הטענה וסובר רב דבקיאין, ואמרינן שידע שאם מודה דבר שאינו ממין הטענה פטור ובודאי טען דוקא כדי שיתחייב לשלם ולישבע ואפשר לומר הטעם כמ"ש הר"ן בכתובת ד"י ע"א מסתמא מאן דאתי לבי דינא שאלי שאיל ברישא מאי דינא, ושמואל לית לי' האי סברא כמו שרבו החולקים שם בראשונים ז"ל ומן הסתם אין העולם בקיאין במדרש חכמים וליכא הוכחה שטען שוה כי אולי הי' סובר בטוען דוקא ומודה במקצת דוקא חייב ג"כ שבועה דאוריי' כר' גמליאל דלאו כ"ע בקיאין בהלכה, וכמ"ש תוס' במס' בבא מציעא דט"ו ע"ב ד"ה ונתן וא"ש. ואולם עדיין אני חוכך בתירץ זה וצריך אני להתלמד בדבר זה באי"ה במקום אחר וראיתי בר"ן במס' קדושין ד"נ ע"ב הקשה על ר' אליעזר ור' אמי הנ"ל מהא דאי' בקדושין שם במקדש בפחות משוה פרוטה

אע"פי ששלח לה סבלונות לאחר מיכן אינה מקודשת שמחמת קדושין הראשונים שלח ובכתובת איתא במקדש בפחות משוה פרוטה ובעל צריכ' ממנו גט, ותירץ וז"ל לא קשה מידי דיודע ואינו יודע לגבי ביאה דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות לא מחית נפשי' לספיקא ובעל לשם קדושין אבל גבי סבלונות שאין לו חשש בדבר סמך לשלחם על דעת קדושי ראשונים כשם שסמך עליהם בתחילה כשקידש בהם יע"ש א"כ מוכח דסובר במדרש חכמים סתם אדם הוא מסופק ומה שיש לעיין לפי דבריו מסוגי' הנ"ל אין כאן מקומו:

(הג"ה** ודע מהאי כללא צ"ע לכאורה להמעיין בתוס' ב"מ דט"ו ע"ב ד"ה ונתן ובמס' כתובת דנ"ח ע"ב בגמ' וברש"י ד"ה שמעינן וביבמות דצ"ג ע"א ור"מ כראב"י, ויש ליישב ועיין תשובת נודע ביהודה מהדורא בתרא חלק א"העז סימן ע"ג ועיין היטב בלשון רמב"ם בפרק ד' ממאכלות אסורת הלכה ד' שלכאורה כתב דבריו מיותרים ומובן ע"פי כלל דבדבר המפורש בקרא כ"ע גמירי ומה שהוא מדרש חכמים לא גמירי ושייך טעות. ועיין בחידושי רשב"א במס' שב' די"ח ע"ב במ"ש כ"ע לאו בית שמאי ידעי וב"ש במקום ב"ה, וכוונתם מדרש חכמים מקרא דכל אשר אמרתי ומ"ש במקום ב"ה כוונתו למ"ש תוס' במס' ב"מ הנ"ל, ותוס' שם דלא נחתו לזה דבריהם צ"ע וסותרים זא"ז וע"ע במס' ב"ק בדמ"ה ע"א תוס' ד"ה מכור ובשלטי גיבורים במס' בבא בתרא בפ' המוכר פירות דף ר"א ס"ק ב' ובשו"ת מוהר"י מטראני ספר ב' סימן כ"ב דק"נ ובש"ך ח"מ סי' ס"ו:)**

ג העולה מדברינו הנ"ל ג' כללים מיוסדים מש"ס ודקמאי ז"ל:

א) שאם אחד אומר לשון הסתום וכן אם טוען בבית דין לשון הסתום, אמרינן שמסתמא כוונתו באופן המועיל ובוחר בטענה היותר מעולה שיזכה בדין דכן קיי"ל כרב:

ב) במדרש חכמים אמרינן יודע ואינו יודע כיון דלא מפורש להדי' בקרא מעתה כבוא לפי' ריטב"א הנ"ל בפרט ג' בעובדא דנהר פקוד לפי פירושו במה שאמר שבאורחא דנהר פקוד ליכא מיא, שיש לפרש דבריו שר"ל שלא מת מחמת מיא ואינו מכחיש להעדים, וגם יש לומר כוונתו מה שאמר ליכא מיא היינו שלא הי' מים שם ומכחיש לאנן סהדי והנה פשוט שהדעת מכרעת אם הי' השוכר הלז בקי בהלכה דלא אמרינן מגו במקום עדים ויצא חייב בדין בודאי לא הי' מכחיש לעדים והי' בוחר בטענה היותר טובה או שהלך בנרש או שלא מת מחמת מיא, ואולם אנן מסופקים אולי אינו בקי במדרש חכמים והי' סובר דאמרינן מגו במקום עדים ומה שאמר ליכא מיא ר"ל שליכא בנהר ומכחיש לעדים כי חשב שיהי' נאמן במגו דהו"מ לומר שהלך בנרש אף נגד עדים דכיון שגלוי לכל שנגד עדים לא יהי' נאמן למה בוחר בטענה זו כיון שהו"מ לטעון טענה היותר

מועיל שלא יהי' מוכחש מעדים ובע"כ צריך לומר שחושב שהכל חד הוא ובאמת על פי דין ל"מ מגו נגד עדים וכ"כ בתומים סימן פ"ב בכללי מגו ס"ק י"ז דמסתמא יודע דעדים נאמנים יותר ממנו וא"כ לפי מאי שמוכרח סברת ר"ן דסתם אדם מסופק במדרש חכמים הדרא הוכחה הנ"ל לדוכתי' מסתמא לא מעיין נפשי' לספיקא ובוחר טענה ודאית שיועיל לזכות, ובודאי אם הי' אצלו ספק אם יהי' נאמן נגד עדים במגו הי' בוחר טענה ודאית או שהלך בנרש או שלא מת מחמת מיא וא"כ עתה שאומר לשון סתום המשתמע לתרי אפי קשה הא אביי סובר בגיטין דל"ב אם אמר לשון המשתמע לתרי אפי אמרינן שאמר באופן המועיל וכמו דסובר רב בטוען שתי כסף מסתמא שוה קאמר ומוציאין ממון ובע"כ הוא חזקה אלימא דאתיא מכח סברא, דמהני אפי' להוציא ממון ומכ"ש דמהני לפטור ממון ואמאי מחייב אביי להשוכר שישלם אף דמגו קלישא כיון דהוי במקום עדים דלהמגו נתרץ אנן דבריו שמ"ש ליכא מיא ר"ל שלא מת מחמת מיא אף שהוא פירוש רחוק כיון דיש הוכחה שמסתמא אדם בוחר טענה ודאית ולא טענת ספק ראוי לפרש אף פי' רחוק וכמו בלחמי תודה שמפרשינן אף פירוש רחוק מכח הוכחה שלא יהי' מוציא דבריו לבטלה ה"נ מכח הוכחה הלז נימא שכוונתו הי' שלא מת מחמת מיא וטוען כן שסבור שיאמנו דבריו מחמת מגו שהו"מ לטעון שהלך בנרש כי טענתו שטוען עכשיו ליכא נגד עדים ואמאי מוציאין ממון ממוחזק מספיקא, ולכאורה עלה בדעתי ליישב דהנה איתא במס' שבועת דמ"א ע"ב ההוא דאמר לחברי' הב לי מאה זוזי דאוזיפתך אמר לי' לא הי' דברים מעולם, אזיל אייתי סהדי דאוזפא ופרעי' אמר אביי מאי ניעבד אינהו אמרי אוזפי' ואינהו אמרי פרעי', רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי וכתבו תוס' בד"ה כל וז"ל ואם תאמר אמאי לא מתרצינן הכא דיבורא לא לויתי כלומר לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי כמו בפרק אמרו לו די"ג דמתרצינן דיבורא לא עמדתי בטומאתי אלא טבלתי, ואומר ריב"א דהכא לא קאמר לא לויתי אלא לא הי' דברים מעולם דלא שייך לתרוצי לישנא, אבל בפרק הכותב קשה דקאמר אבל אמרי יתמי אמר לנו אבינו לא לויתי נפרעין מהם שלא בשבועה דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, ויש לומר דהאב הוי מצי לטעון ולתרץ דבריו אבל ליתומים לא טענינן מילתא דלא שכיח, ועוד יש לחלק דהכא כשטוענין עליו בבית דין יש לו להשיב בענין שיפטור ואין לנו לתרץ דבריו עכ"ל:

ויש להבין לתי' בתרא שסוברים כיון שלא טען בפירוש לא טענינן עבורו לפרש כוונתו, דדרך העולם שהבעל דין מדקדק בטענותיו לברר דבריו ביותר שלא יטעו הבית דין בלשונו ויפסידו לו, א"כ אמאי קיי"ל כרב בשבועות דף ל"ט הנ"ל בטוען שתי כסף יש

לי בידך דמסתמא טוען שוה הא לא בירר טענתו ואין לנו לתרץ דבריו ואף אם תרצה לומר דרבא אזיל לשיטתו דמשמע דסובר כשמואל דאמר קרא כשמואל, וא"כ סובר באמת דלא מתרצינן לישנא כאילו בירר דבריו ותפסינן לספק ועיין בר"אש ובר"ן, מ"מ קשה הילכתא אהילכתא דקיי"ל כרב שם וקיי"ל כאן כרבא וגם זה גופא לא ברור דסובר כשמואל וכעין זה אי' בכמה דוכתי, ויותר נראה כוונת תוס' דוקא בשתי כסף שיש לפרש כוונתו בב' פנים שוה או דוקא ושניהם סובלים בלשון שתי כסף כי הלשון משתמע לתרי אפי בשוה, ואין אנו צריכין לתרץ דבריו מפרשינן כוונתו באופן המועיל משא"כ לפרש בכוונתו פירוש רחוק כמו התם לומר שרצה לומר לא עמדתי בהלואתו ולתרץ דבריו, לא מתרצינן בטענת בעל דבר כיון שלא הי' מפרש כהוגן וריב"א בע"כ סובר אפי' בטענת הבעל דין מתרצינן דבריו וא"כ יש לומר הריט"בא סובר כתי' ב' של תוס' הנ"ל ולכן סובר אביי וכן קיי"ל בעובדא דנהר פקוד, כיון דלא מהני מגו נגד עדים, לא מתרצינן דבריו בפירוש רחוק שרצה לומר ליכא מיא שלא מת מחמת מיא כי יותר מסתבר הפי' כפשוטו, מלא הי' שם מיא, דכיון שלא טען בפירוש אין לנו לתרץ דבריו כמו שלא מתרצינן באומר לא לויתי דאפילו אביי מודה דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי היכי דליכא עדים שפרע כמ"ש תוס' שם ד"ה כל וא"ש:

יד אמנם אכתי קשה דלא דמי להתם דהתם משמע שמעיקרא אמר להד"ם ולתי' בתרא של תוס' ה"ה לא לויתי טרם שידע מעדים שאמרו שלוה ופרע כי אם ידע מעדים שאמרו לוה ופרע אטו בשופטני עסקינן שיכחיש עדים המסייעין לו, א"כ לפי דמיונו אזי טעין לישנא דמהני לפטור את עצמו, כי מה לי טענת להד"ם מלא לויתי או פרעתי, אדרבא ללישנא בתרא דר' נחמן בשבועת דמ"א ע"ב כשטוען להד"ם או לא לויתי פטור מהיסת דליכא דרא דממונא וכשטוען פרעתי מחויב לישבע היסת ויותר מסתבר שכוונתו לא לויתי שלא לוה כלל מלומר לא עמדתי בהלואתי כי רצונו הי' לפטור משבועת היסת משא"כ הכא בעובדא דנהר פקוד כיון דאנן סהדי שאין אותו דרך בלא מים והוא גלוי לכל ושוכר בודאי ידע ג"כ בעת טענתו דידוע לכל העולם שאין אותו דרך בלא מים איכא הוכחה שבעת טענתו שטען כוונתו הי' ללישנא דמהני לזכותו ור"ל שלא מת מחמת מיא ואף שיש הוכחה להיפך כמ"ש תוס' מדלא פירש דבריו דדרך אדם לדקדק בטענותיו ואין לנו לתרץ דבריו בפירוש רחוק כיון שלא טען בפירש הא לעומת זה יש הוכחה מסתמא טען לישנא דמהני ובחר בטענה ודאי המועיל לזכותו, וא"כ אף אי סליק מגו מ"מ קשה על אביי אמאי מחייב את השוכר לשלם הא העדים מצד עצמן לא מצי לחייבו ממון, אף שיש עדים שבאותו דרך הי' מים רק בצירוף הודאתו והיינו אם יש לנו הודאה

ודאית שהודה בחיובו שלא הי' שם מים משא"כ הכא שיש לנו ספק בהודאתו דהא איכא הוכחה לגבי הוכחה האיך מוציאין ממון מחזקתו מספיקא כיון דהוא ספק הודאה, והא בכל מקום אלים טובא חזקת ממון שאין מוציאין ממון כי אם בראי' ברורה ולא מהני רובא וחזקה להוציא **(הג"ה ודע דלכאורה קשה על תוס' בד"ה כל, דלא דמי לסוגי' דכריתות די"ג אולי סברי אביי ורבא כלישנא בתרא דר' נחמן איכא הוכחה שמה שאמר לא לויתי היינו כפשוטו כדי לפטור מהיסת, כיון שלא ידע מעדים וכמו שמורה הלשון אמר להד"ם אזיל אייתי סהדי, משמע דמעיקרא אמר להד"ם ויותר משמע הענין הי' שהתובע, אזיל ואייתי סהדי להכחיש ללוה שאמר לא לויתי כי אפשר שידע הדין דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי או שחשב שלא ידעו מפרעון, ועיין בתוס' שם במס' שבועת דמ"א ע"א ד"ה מאן, ויש להאריך בזה ואין כאן מקומו:)** ממון והכא עכ"פ יש לנו ספק בהודאתו על ידי הוכחה שאדם בוחר בטענה ודאית לזכותו ולא בטענת ספק כי מדרש חכמים יודע ואינו יודע והא חזינן אפילו בפירוש רחוק מתרצינן דיבורא נגד העדים כמו בלא אכלתי שמתרצינן דיבורו שר"ל לא אכלתי שוגג אלא מזיד אף שהוא פירוש רחוק רק בדיני ממונות כתבו תוס' דלא מתרצינן דבריו משום הוכחה שלא פירש דבריו להדי' דדרך אדם לדקדק בטענתו לפני בית דין לטעון טענה ברורה, וכל זה ניחא התם בעובדא דאביי ורבא דליכא הוכחה המתנגדת דהא בעת שהי' טוען הי' לישנא דמהני טענת לא לויתי כמו טענת פרעתי משא"כ הכא בעובדא דנהר פקוד בעת שטען טענה זו אם נימא שכוונתו הי' כפשוטו שלא הי' מים בע"כ הי' אצלו ספק אם יזכה בדין דמדרש חכמים אי אמרינן מגו במקום עדים אי לא יודע ואינו יודע מסתמא בוחר טענה טובה שלא מת מחמת מיא דהוא טענה מעליא כמו אם הי' אומר שאזל בנרש, א"כ כיון שמסלקינן הוכחה נגד הוכחה ממילא ראוי לתרץ דיבורו כנ"ל והבן היטב וא"כ לשיטת ריטב"א בפירושו בעובדא דנהר פקוד הדרא קושי' הנ"ל לדוכתי':

טו ונראה לענ"ד ליישב שיטת ריטב"א דהנה בספר פני יהושע כתב במס' קדושין ד"נ ליישב קושי' הר"ן ממס' כתובת דע"ד ותוכן תירוצו ע"פי כלל שיסד דרוב בני אדם בקיאין במדרש חכמים ולית לי' האי כללא שכתב הר"ן דיודע ואינו יודע, וכן מוכח מהא דאיתא במס' גיטין דפ"ג ע"א ובמס' בבא מציעא דע"ו ע"ב ובטור אבן העזר סימן קמ"א בסופו אדם יודע שאין יוכל לעשות שליח לקבלה, אף דהוא רק מדרש חכמים ובע"כ הטעם כמ"ש פני יהושע ובארתי דבריו אף על פי דיש הרבה בני אדם אשר המה עמי הארצים, מ"מ דרכי בני אדם כשרוצים לעשות ענין גדול בדבר התלוי בדין ובהלכה, הולך אצל היודעים את התורה לשאול הדין וכן מצאתי בס' ש"ות מוהר"י טראני ספר ב' סימן נ"ב

דק"ו שכתב לדחות ראי' מוהריב"ל מטור חושן משפט סימן קמ"ט בשם הרב אברצלוני ז"ל דחזקה לא עשה אא"כ שאל להבקיאים בהלכה וכיו"ב כתב הר"ן במס' כתובת ד"י ע"א, ותמהני על מוהרי"ט שלא הביא ראי' לדבריו מהר"ן, ויש לומר דכן הוא שיטת ריטב"א, וגם יש לומר דסובר כתירץ בתרא שכתבו תוס' הנ"ל דאיכא הוכחה שמן הסתם כשטוען בפני בית דין מברר זכותו היטב ואינו טוען לשון המשתמע לתרי אפי שלא יטעו הבית דין בכוונתו לפרש פירוש הנוטה לחיוב ובפרטות אם משמעות הענין מורה לחיוב, ונקדים עוד כלל אחד שכתבתי בכללי רובא והוכחה שנראה לענ"ד דהוכחה שיש לבית דין עדיף מרובא ובדבר שאנו מסופקים אם הענין שאנו דנין עליו הוא מרוב או ממיעוט ויש הוכחה שהענין מן המיעוט הוכחה עדיף ואזלינן בתר מיעוט ומנא אמינא לה מהא דאיתא במס' מעשר שני בפרק ד' במתני' מצא כלי וכתב עליו ק' קרבן כו' תי"ו תרומה שבשעת סכנה הי' כותבין תי"ו תחת תרומה ר' יוסי אמר אפילו מצא חביות וכתב עליו תי"ו תרומה הרי אילו חולין שאני אומר אשתקד הי' מלא תרומה ופינה, ורש"י במס' יבמות דקט"ו ע"ב פי' בטעמא דר' יוסי הרי אלו חולין דאזלינן בתר רובא יע"ש ואיתא שם דפליגי מר סבר אם איתא דפנהו מכפר הוי כפר ואידך אימא אשתלוי אשתלי ובע"כ טעמא דת"ק אף דאיכא רובא, כיון דאיכא הוכחה המתנגד אם איתא דפנהו מכפר כפיר עדיף מרובא ואמרינן שהם ממיעוט תרומה ור' יוסי סובר הוכחה זו לא אלימא אולי אשתלי דשכחה שכיח וכדאי' במס' עירובין, וכיון שיש טעם לבטל ההוכחה ממילא כח הרובא במקומו עומד אבל בעלמא אם יש הוכחה ברורה לבטל הרוב וליכא אמתלא לבטל הוכחה עדיף כח הוכחה מכח הרוב דהוכחה הוא בגדר אנן סהדי, והארכתי שם בכלל זה, ומעתה בנידון דידן שטוען דליכא מיא ואנו מסופקים אי בקי במדרש חכמים כרוב בני אדם ששואלין הדין וכוונתו שמת שלא מחמת מיא ואינו מכחיש להעדים כי איכא הוכחה שמן הסתם בוחר לטובתו טענה טובה לזכותו כיון שבקי וידע הדין דלא אמרינן מגו במקום עדים או דלמא אינו בקי והוא ממיעוט וחשב שאמרינן מגו במקום עדים ומכחיש לעדים כי לפי דמיונו יצא זכאי, ואף כי יש מיעוט בני אדם המסופקים ג"כ מ"מ יש מיעוטא החוטבים דאמרינן מגו במקום עדים ועיין בתוס' במס' בבא מציעא דט"ו ע"ב בדבר דהוא מחלוקת יש לומר דסבר כאידך מ"ד, ואולם מגו משמע להדי' בש"ס במס' ב"מ דף ח' ע"א דמן הסתם ידע דאי' שם קמ"ל האי ארעומי קא מערים סבר אי אמינא כולה שלי בעינן אשתבועי אימא הכי דאהוי כמשיב אבידה ומיפטר יע"ש, ובע"כ אף דהוא מדרש חכמים מ"מ כיון דהשכל מחייב לזה ידעו אפי' אינם יודעים את התורה אם הם חכמים במילי דעלמא, ועיין בכתובת דע"ד ע"א כיו"ב לר' אמי אף דלא

ידע הדין שמקדש במלוה אינה מקודשת כיון דהוא מדרש חכמים מ"מ אמרינן דידע דמקדש בפחות משוה פרוטה אינה מקודשת כיון דפשוט לכל וא"כ אי נימא כן ליכא הוכחה שמסתמא בוחר בטענה היותר מועלת דהא אנן אמרינן לפי דמיונו יצא זכאי, ומעתה שפיר קאמר אביי שחייב השוכר לשלם, כיון דבאמת יש לנו הוכחה הטוען בבית דין מן הסתם טוען טענה מבוררת שלא יהי' לבית דין שום ספק בלשונו מכח הוכחה הלז אמרינן שבע"כ הוא ממיעוטא דבני אדם שאינו בקיאין בדין והי' חושב דאמרינן מגו במקום עדים וטעמא דמילתא דהא הוכחה עדיף מרובא, והא אית לן הוכחה שמסתמא מברר הטענה בפני ב"ד, וא"ל הא איכא הוכחה להיפך שמסתמא טוען טענה לזכותו דזה אינו דאנן אמרינן לפי דמיונו שחושב דאמרינן במגו במקום עדים טוען טענה לזכותו וגם טוען טענה מבוררת כי כן מורה פשטות הלשון שלא הי' שם מיא כלל, וכיון שאין הוכחה סותר להוכחה רק סותר לרוב שמוכח ע"י הוכחה שכתבו תוס' שמן הסתם מברר טענתו שבע"כ השוכר לא הי' מרוב הבקיאין כי אם הי' מבקיאין הי' אומר להדי' שלא מת מחמת מיא אבל יש שם מים, וכיון שלא אמר כן להדי' מוכח שהוא ממיעוט וחשב שיזכה ע"י מגו במקום עדים דהוכחה עדיף מרובא, וכיון שבאמת על פי דין תורה לא אמרינן מגו במקום עדים לכן מחויב לשלם וא"ש ובזה יש לומר בדרך פלפול וליישב קו' התוס' במס' בכורת דל"ו מה שכתבו דהגי' הוא רבה, ודוק היטב ואולם חלילה לפרש פי' אחר ממה שכתבו הראשונים זלה"ה:

פרט ז

יבואר לפי' ריטב"א בסוגי' דנהר פקוד אי מיירי פלוגתייהו שהוא בעצמו מתרץ אחר כך דברים הראשונים:

טז בתוס' במס' בבא מציעא ד"ג ע"ב ד"ה מה כתב וז"ל ולאידך לישנא טעמי' דנפשי' קאמר ואין לפרש ומה אם ירצה לומר מזיד הייתי שיהי' נאמן לומר לא אכלתי מגו דאי בעי אמר מזיד הייתי דהא מגו במקום עדים הוא אלא כלומר אף מה שאמר לא אכלתי יכול לתרץ דבריו ולומר לא אכלתי שוגג אלא מזיד ומיירי כשאמר לא אכלתי לא בדקו אותו איך הי' דעתו ולבסוף אמר שמזיד הי' וסברי רבנן דמה שאמר לא אכלתי כך הי' דעתו שלא אכל שוגג אלא מזיד ולר' מאיר אע"פי שלבסוף אמר מזיד הייתי אין בכך כלום דהכי אמר בתורת כהנים אם בתחילה אמר מזיד הייתי שומעין לו אם הי' דן עמו כל היום ובאחרונה אמר מזיד הייתי אין שומעין לו עכ"ל, משמע להדי' אפילו לרבנן לא מתרצינן דיבורא רק אם לבסוף הוא בעצמו מתרץ דבריו מהני ולפי זה קשה לפירוש ריטב"א הנ"ל במאי פליגי אביי ורבא בעובדא דנהר פקוד אי איירי שאחר כך הוא בעצמו

מתרץ דיבורו ואמר שמה שהי' אומר ליכא מיא כוונתו הי' שמת שלא מחמת מיא תיקשי על אביי הא קיי"ל בב"ב דל"א דטוען וחוזר וטוען היכי שפירש דבריו הראשונים אף שמכחיש קצת ואף אי נימא דאביי סובר כנהרדעי מ"מ קשה על פסק הלכה דקיי"ל כאביי וקיי"ל שם כעולא דיכול לחזור ולטעון ואי איירי שאינו מתרץ דבריו כי לא בדקהו בכוונתו, קשה על רבא מנלן דמתרצינן דיבורא דהא אפי' בהאי דאי' במס' כריתות די"ב לרבנן דמתרצינן דיבורא היינו כשהוא בעצמו מתרץ אחר כך דבריו משא"כ היכי דלא מתרץ אחר כך דבריו מנלן לפרש פירוש רחוק בלשונו, ואולם בתוס' ישנים במס' כריתות מוכח שהבינו דרבנן סוברים דמתרצינן דיבורו אף אם לא בדקנהו אחר כך והוא בעצמו לא מתרץ דבריו דמדהקשו על רבנן מהאי דב"ב בדל"א גבי זה אומר של אבותי דסובר אביי דלא אמרינן מגו במקום עדים ולא מתרצינן דיבורא יע"ש הא התם אכתי לא הי' מתרץ דיבורו בעת שפסק לו אביי הדין כי אחר כך הי' טוען אין דאבהתי הוא, וא"כ מאי מקשים הא בכה"ג גם רבנן מודו דלא מתרצינן דיבורא, אע"כ דסוברים לרבנן אפי' אם לא טען אחר כך מתרצינן דיבורא, ומהאי דתורת כהנים לא מוכח רק לר' מאיר לא מהני אפילו אם אומר אח"כ אבל לרבנן שפיר יש לומר שאין צריך הוא בעצמו לתרץ אח דבריו, וכן משמע בתוס' במס' כריתות שם בד"ה או, ומ"ש תוס' ישינים והא התם מתרץ דיבורא דהא דאמר של אבותי כו' כוונתו דהא חזינן דיכול אח"כ לתרץ דיבורו כדאי' שם ואמאי סובר אביי דלא אמרינן מגו במקום עדים ולא מתרצינן אנן דיבורו וכן מוכח בתוס' במס' שבועת דמ"א ע"ב בד"ה כל שהקשו אמאי לא מתרצינן הכא דיבורא לא לויתי כלומר לא עמדתי בהלואתי אלא פרעתי כמו בפרק אמרו לו לא נטמאתי דמתרצינן דיבורא לא עמדתי בטומאתי אלא טבלתי יע"ש וקשה הא לא נטמאתי מדמה הש"ס שם כמו שאמר לא אכלתי חלב וכמו שסוברים שם רבנן שצריך הוא בעצמו לתרץ דיבורו ה"ה ומה הקשו מסוגין דלמא איירי שהוא לא הי' מתרץ דיבורו דהא לא נזכר במעשה שאמר אח"כ לא עמדתי בהלואתי, ואולי אם באמת הי' מתרץ דיבורו גם לרבא הי' נאמן ואף אם נאמר שתוס' סברו שאחר כך הי' טוען פרעתי והי' מתרץ דיבורו תיקשי על תירוצם שתי' תוס' שם בתי' בתרא וז"ל ועוד יש לחלק דהכא כשטוענים עלי' בבית דין יש לו להשיב בענין שנפטר ואין לנו לתרץ דבריו יע"ש, הא קיי"ל במס' ב"ב שם בדל"א דטוען וחוזר וטוען ויכול לתרץ דיבור' הראשון אפי' בפירוש רחוק וקיי"ל כן וכאן קיי"ל כרבא ותיקשו הילכתא אהילכתא אע"כ סוברים תוס' דלרבנן מתרצינן אנן דיבורא אף אם לא טען ושפיר הקשו ותירצו וכן מוכח ברמב"ם בפרק ב' ובפרק י"א משגגות דאין צריך לטעון ולפרש דבריו רק אנו מתרצינן כוונתו ועיין בנמוקי יוסף בפרק חזקת הבתים

דל"א ובס' כנסת הגדולה בסימן פ"ב בכללי מגו ס"ק ס"ו ובאורים ותומים בכללי מגו ס"ק י"ז ובקצת דברים כוונתי ת"ל לדעתו הרחבה, וא"ש שיטת הריטב"א, ואכתי אפשר לומר אף דמתרצינן דיבורו הראשון, מ"מ צריך אחר כך לטעון טענה אחרת דהיינו בחלב צריך אח"כ לומר לא אכלתי שוגג ואף שהוא אינו מתרץ דיבורו שמה שאמר מתחילה לא אכלתי כוונתו הי' כן מתרצינן אנן דיבורא ומה שנחלקו תוס' במס' ב"מ עם תוס' במס' כריתות הנ"ל הוא רק לענין זה לפמ"ש תוס' במס' ב"מ צריך הוא בעצמו לפרש דבריו הראשונים ולתוס' במס' כריתות ותוס' ישני' ותוס' במס' שבועת אין צריך הוא בעצמו לתרץ דבריו הראשונים, ובלא לויתי אם היינו מתרצין דיבורא הי' צריך לטעון אח"כ פרעתי וא"כ שפיר י"ל בעובדא דנהר פקוד מיירי שטען אח"כ שלא מת מחמת מיא רק שלא הי' מפרש דבריו הראשונים וסובר רבא דמפרשינן דבריו הראשונים, ואביי סובר דלא מפרשינן דבריו הראשונים דלא דמי להאי דעולא בב"ב דל"א דהתם הוא בעצמו פרש אח"כ דבריו הראשונים וא"כ יש לומר אם לא טען אח"כ כלל גם רבא מודה דלא מתרצינן דיבורא, מיהו המעיין בתוס' ובדברי ריטב"א הנ"ל משמע להדי' לרבא אפילו אם לא טען אח"כ כלל מתרצינן ד דיבורא ואביי בע"כ מחלק דוקא בקרבן מתרצינן דיבורא אף אם לא טען אח"כ כלל ובדיני ממונות לא מתרצינן דיבורא רק כשהוא בעצמו מתרץ דיבורו אח"כ מודה דמהני לתקן דבריו הראשונים אפי' בפירוש רחוק כמו דקיי"ל במס' ב"ב דל"א שם דטוען וחוזר וטוען כשמתרץ דיבורו וא"ש הכל על נכון:

יז אמנם מרשב"ם במס' ב"ב דל"ג ע"ב משמע להדי' דהבין דר' חסדא סובר דאמרינן מגו במקום עדים אפי' אם לא מתרצינן דיבורא נאמן להכחישם כשיש לו מגו דפירש שם וז"ל האי אייתי סהדי דאבהתא הוא ומעולם לא מכרו לאבותיו של זה השני אמר ר' חסדא מה לו לשקר למה שיט לו עידי חזקה במה דטעין דשל אבותיו הוא אי בעי אמר להאי שיש לו עדי זכות אבות מינך זבנתי' ואכלתי שני חזקה הלכך מגו דמצי טעין הכי ויזכה בטענה זו והוא לא חשש לטעון כי טעין נמי של אבותיו אע"ג דמכחיש להו לעדים מיהמן עכ"ל ומשמע שם דר' חסדא לא הדר וקשה אמאי לא פירש דפליגי אם מתרצינן דבריו דגם הכא יכול לתרץ דבריו שסמך עלה כדאהבתי ותו מי דחקו לפרש שמעידים שמעולם לא מכרו לאבותיו של זה השני דלמא הפי' כעובדא דאי' בד' ל"א דבע"כ לא פירש כן דהא באמת איתא שם ומודי נהרדעי היכי דאמר של אבותי שלקחו מאבותיך דטוען וחוזר וטוען ובע"כ אין יכול להכחיש העדים ועיין בחידושי רמב"ן שם ודלמא גם הכא איירי כן וסובר ר"ח מתרצינן דיבורא מ"ש של אבותי היינו שלקחו מאבותיך

ולאביי ולרבא לא מתרצינן דיבורא וכמו שפי' ריטב"א, מיהו גם דברי רשב"ם בדף ל"א צ"ע ויש להאריך בזה הרבה:

יח ודע ברש"י במס' כריתות די"ג ע"א נראה דבר חדש בהא דאי' שם אמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר' מאיר מחייב וחכמים פוטרין, ואי' שם אבעי' להו מאי טעמייהו דרבנן אי משום דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים, או דלמא משום דאמרינן מגו דאי בעי אמר מזיד הייתי ופטור כי אמר נמי לא אכלתי מיהמן ופטור למאי נ"מ למיפשט מיני' לטומאה כו' אי אמרת טעמייהו דרבנן משום מגו פטרי לי' רבנן בטומאה ישינה מגו דאי בעי אמר טבלתי פטור כי אמר נמי לא נטמאתי פטור דאיכא למימר מאי לא נטמאתי דקאמר לא עמדתי בטומאתי אלא טבלתי, אבל טומאה חדשה מחייב דכי נמי אמר טבלתי מחייב דא"ל עדים השתא נטמאת ופירש"י בד"ה מגו וז"ל אם הי' רוצה לשקר יכול לומר מזיד הי' ומה שאמרתי לא אכלתי שוגג אלא מזיד עכ"ל, וכל המעיין ישפוט בצדק מדקדוק לשון נראה שלא נחית כלל לסברת תוס' שנתרץ אנן דיבורא שמה שאמר לא אכלתי כוונתו כן רק דאנן אמרינן שנאמן לגמרי אף שבאמת מכחיש לעדים כיון שיש לו מגו מיכול עדיין לומר מזיד הי' ואולם קשה על רש"י קו' תוס' שם הא קיי"ל בנהר פקוד דלא אמרינן מגו במקום עדים, ותו אף אי נימא דסובר דאמרינן מגו במקום עדים, מי דחקו להוציא מגו זו מכל מגות שבעולם שהוא על העבר, כגון מודה במקצת במגו דכופר הכל, הכוונה תמורת הטענה שמודה במקצת הי' יכול לטעון ולכפור הכל וכמו כן פרעתי במגו דמזויף וה"ה תמורת זה שטען לא אכלתי הי' יכול לטעון אכלתי במזיד ונראה שרש"י מוכרח לפרש מגו זו דאל"כ תיקשי הא גם בטומאה חדשה איכא מגו תמורת שאמר לא נטמאתי הי' יכול לומר נטמאתי ונכנסתי למקדש במזיד דפטור מקרבן עיין רש"י ד"ה טומאה, לכן הוכיח רש"י דגם בעל ה האבעי' מודה, מגו שהוא על טענה של עבר מה שהי' יכול לטעון ולעשות ואין יכול כעת אחר טענה ראשונה לטעון לכ"ע לא מהני מגו כזו נגד עדים, כמו בנהר פקוד, דתמורת הטענה שטען שהלך באורחא דנהר פקוד הי' יכול לטעון שהלך בנרש, אבל עכשיו לא מצי לטעון כן כיון שכבר אמר שהלך בנהר באורחא דנהר פקוד מגו כזו אף דלא הוי מגו למפרע כיון שהוא בתוך כדי דיבור כמ"ש פוסקים, מ"מ לא אלימא מגו הלז כיון שאין עכשיו בידו עוד לטעון כן אבל מגו שהי' בידו לטעון טענה המעולה ביותר אשר הי' בודאי נאמן, וגם עוד בידו עכשיו לטעון כן אף שכבר טען טענה ראשונה מגו כזו אלים אפילו מעדים דהוי כאנן סהדי שאומר אמת וא"ס אלים מעדים, כמ"ש בפרט א' ולכן הכא אף שכבר טען לא אכלתי יכול לטעון עוד לא אכלתי שוגג אלא מזיד סובר רש"י דאנן לא לא מתרצינן

דיבורא לפרש בכוונתו פי' רחוק ואולם אם בעצמו מתרץ דיבורא נאמן כיון שטוען ברי שכן הי' כוונתו אף שיותר נוטה כפי' הפשוטי מ"מ בדבר זה אדם נאמן על עצמו דהא לחד צד בעל האבעי' יש לומר שנאמן על עצמו בדבר שבינו לבין קונו אפי' להכחיש עדים עכ"פ נאמן על עצמי לפרש בכוונתו לכן מהאי טעמא נאמן עכשיו שאמר סתם לא אכלתי אנו מפרשינן כוונתו כפשוטי כיון שלא פירש בעצמו במגו שיכול עוד לתרץ דיבורו, וכיו"ב מצינו במס' ב"ב דף ל"א דאי טען נאמן ולא טענינן עבורו אך דשם אינו נאמן במגו כמו שאכתוב לקמן והכא נאמן במגו, וכמו כן בנטמאתי בטומאה ישינה שעדיין בידו לומר טבלתי ולתרץ דיבורו נאמן בלשונו הסתום אף אם נפרש כוונתו שלא נטמא כלל אבל בטומאה חדשה דעכשיו אינו בידו דהא כבר אמר לא נטמאתי רק הו"מ לטעון שלעבר ומגו כזו לא מהני נגד עדים וחילוק זה למדתי מדברי הר"ן בקדושין דס"ד ע"א שכתב וז"ל ולענין הלכה קיי"ל כד' דאמר נאמן לאסור דהא קיי"ל מה לי לשקר כעדים דמי רק דקיי"ל הלכה כר' מחבירו ואע"ג דבפ"ק דב"ב אבעי' לן אי אמרינן מגו אפי' במקום חזקה התם הוא מגו דיכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי, אבל הכא מגו דבידו לעשות הוא שהי' יכול לומר לעדים כתבו גט לאשתי יע"ש, ונראה כוונתו כמ"ש, הן אמת שיש לפרש כוונתו במגו דאי בעי טעין כיון שתלוי גם בדעת בית דין כפי שיפסקו המורים לא הוי מגו אלימא כי אינו בידו משא"כ מגו שבידו לעשות, מ"מ המעיין היטב יראה דהכוונה בר"ן כמו שכתבתי היכי שעוד בידו לעשות, או לדבר דבר ולטעון אלים יותר ממגו שהי' בידו, ואפילו ר' נתן דחולק שם שאני התם, אפי' אי נימא בגט אין צריך בית דין מ"מ צריך עדים וסופר ואינו תלוי בידו לבד, ועיין במס' קדושין דס"ב ע"ב כיו"ב בדבר התלוי ביד אחרים לא הוי בידו, אבל דבר התלוי בידו לבד אפשר לומר דהוי כאן סהדי שאומר אמת כיון שעדיין בידו לעשות ואנן סהדי עדיפי מעדים כי עדים אינם נאמנים רק מטעם חזקת כשרות כמ"ש בפרט א', ול"ק קושי' תוס' על רש"י דל"ד לעובדא דנהר פקוד, ואולם אכתי קשה חדא מסוגי' דב"ב דף ל"ב אמאי לא הימנה אביי לומר של אבותי במגו שעדיין בידו לתרץ דיבורא כמו שאמר אח"כ עולא שם, ותו קשה בעובדא דנהר פקוד אמאי לא הימנהו אביי במגו דבידו עוד לטעון ולפרש דבריו מה שאמר ליכא מיא ר"ל שלא מת מחמת מיא וכמ"ש ריטב"א דהא קיי"ל במס' ב"ב דף ל"א דיכול לחזור ולתרץ דבריו, לכן נראה לומר דאפילו מגו דבידו עוד לעשות או לטעון לא הוי כאן סהדי, וגרוע מעדים, רק נגד חזקה הוי כעדים לר' בקדושין שם, והאי דכריתות דאמרינן מגו לשיטת רש"י יש לומר בקרבן שאני כיון דלא נחשד לשקר ולמעט כפרה אפילו לצד שני דלא אמרינן אדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש, היינו

שאינו נאמן בדיבורו לבד מ"מ מצד מגו כזו נאמן יותר מעדים כיון דיש לו מגו לסייע חזי לאצטרופי משא"כ בממון ולא ילפינן ממון מקרבן, וכיו"ב מצאתי בתומים בכללי מגו סימן פ"ב ס"ק י"ז, וכיו"ב מוכרחין אנו לומר אף לפי' תוס' כי שם במס' כריתות אי' בסתמא דיכול לומר לא אכלתי שוגג אלא מזיד, או לא עמדתי בטומאתי אף לפי' תוס' דמתרצינן דיבורא ולפמ"ש תוס' במס' ב"מ היינו דצריך לטעון כן בעצמו ולתרץ דיבורו, הא במס' ב"ב פליגי שם בדף ל"א אי טוען וחוזר וטוען והכא ליכא פלוגתא, ומכ"ש דקשה לפי' תוס' במס' כריתות שמשמע דאנן מתרצינן דיבורא, אע"כ שאני ממון מקרבן כי בממון מורה לעצמו היתר כן נלענ"ד, ותו לא מידי כעת בהאי ענינא, ודע אי אמרינן מגו בעיקר אנן סהדי כתבתי לעיל בכלל ט"ז פרט א' יע"ש וע"ע בש"ך ח"מ סי' רכ"ז ס"ק ד, וברשב"ם במס' ב"ב ד"ע ע"א ד"ה ולטעמיך ודוק, וע"ע בתוס' במס' ב"ב דף ב' ע"א ד"ה לפיכך:

פרט ח

יבואר אי נאמן במגו שהי' מכחיש לעדים פסולים:

יט בספר כנסת הגדולה בח"מ ספ"ב בכללי מגו ס"ק ס"ז כתב וז"ל מגו במקום עדים פסולים לא אמרינן הר"אש ז"ל בתשובה כלל ט"ו ס"ח כו' וכתב מוהריב"ל בספר ג' דלדברי רב האי ורשב"ם ז"ל אין ללמוד כלל זה, ורשד"ם ז"ל כתב בסי' נ"א דרמב"ם ז"ל ושאר פוסקים ס"ל דאמרינן מגו במקום עדים פסולים יע"ש וגוף הענין מבואר בש"ות הר"אש, שמדמ' כמו דלא אמרינן מגו שהי' יכול להכחי' את הקול ה"נ לא אמרינן מגו שהי' מכחיש עדים פסולים, ומהאי טעמא כתבו אחרונים זלה"ה כיון דדעת כמה פוסקים מקמאי זלה"ה הסוברים שם בעובדא דרבא בר שרשום אם הי' נאמן לטעון לקוח במקום קלא הי' נאמן במגו דלקוח רק דס"ל דאפי' לקוח אינו נאמן להכחיש הקול ולית לי' מגו דלקוח, לא נשמע דין הנ"ל ושפיר י"ל אפי' בעדים פסולין נאמן אף במגו שהי' מכחישים ועיין בש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק ח"מ ס"י ואולם ע"ז שפיר כתב הא"ות בסימן ע"ב כללי מגו ס"ק י"ח כיון שהורה רבינו המחבר בסימן ק"נ מבלי חולק דאם טען לקוח במקום קלא נאמן אבל מגו דלקוח אינו נאמן כיון דהוא לאכחושי קלא מוכח דהלכה כהר"אש:

ולכאורה קשה לשיטת הר"אש מהא דאיתא במס' כתובת די"ג ע"א ראהו מדברת עם איש אחד ואמרו לה מה טיב' של איש זה איש פלוני וכהן הוא ר"ג ור"א אומרים נאמנת ר' יהושע אומר לא מפיה אנו חיין אלא הרי זו בחזקת בעולה לנתין וממזר עד שתביא ראי' לדבריה, היתה מעוברת ואמרו לה מה טיבו של עובר זה מאיש פלוני וכהן ר"ג

ור"א אומרים נאמנת ור' יהושע אומר לא מפיה אנו חיין כו' ונחלקו בגמ' מאי מדברת זעירי אמר נסתרה פירש"י אע"פי שלא ראהו שנבעלה נפסלה לכהונה לר' יהושע דמעלה עשו ביוחסין ר' אסי אמר נבעלה, פי' בתוס' ד"ה ר' אסי אבל נסתרה מודה ר' יהושע דנאמנת לומר לכשר נבעלתי במגו דאי בעי אומרת לא נבעלתי, ומקשה הש"ס בשלמא לזעירי היינו דקתני תרתי מעוברת ומדברת אלא לרב אסי תרתי ל"ל יע"ש שהוצרך לתרץ דסובר כמ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ויש להתבונן דלכאורה קשה בפשיטות לפי מאי דקיי"ל דאמרינן מגו דאי בעי הי' מכחיש את העד, היכי דלא הי' צריך לישבע אם הי' מכחישו דדוקא בנסכא דר' אבא לא אמרינן מגו כיון שהי' צריך שבועה ומ"ש הב"ש בסימן ס"ב ס"ק ו' כבר השיג עליו בש"ות חכם צבי סימן קט"ו, ובאיסור לא שייך שבועה וא"כ מה מקשה על רב אסי, דלמא קמ"ל רבותא ברישא דבסיפא דהי' מעוברת דאין לה מגו דכולנו עדים דנבעלה ואפ"ה סובר ר"ג דנאמנת מטעם ברי וברישא מיירי שראהו שנבעלה רק שראי' הי' ע"פי עד אחד וסד"א שתהי' נאמנת במגו קמ"ל רבותא אליבא דר' יהושע דאינה נאמנת במגו להכחיש את העד אף היכי שלא הי' צריך שבועה, ואנן באמת לא קיי"ל בזה כר' יהושע דהא בלא"ה לא נפסקה הלכה בזה כר' יהושע אבל היכי דיש לה מגו מעלי' מודה ר' יהושע דנאמנת במגו מיהו לזה יש שתי תשובת בדבר חדא דלא רצה לוקמי בכה"ג דלשון ראוה מדברת ואמרו לו כו' משמע שהי' שנים, הגם דאי' במס' כתובת די"ב אמרו אכלת חלב ומוקי הש"ס שם בעד אחד מ"מ כיון שיש לנו לתרץ בתי' רווחא עדיף כיון דמשמעות הלשון לא משמע כן ותו גם שם במס' כריתות יש לפרש שנים וכמ"ש רמ"א ביו"ד סי' קכ"ו דשני קרובים באיסורין הוי כעד אחד ונדחה בזה ראיות בעל תוס' יו"ט בספר פלפולא חריפתא במס' ב"מ בדף ב' ע"ב ותו י"ל דהוי דחיקא לי' לומר להמציא עוד מחלוקת דר' יהושע סובר דלא אמרינן מגו להכחיש את העד כיון דקיי"ל דאמרינן, אבל קשה לשיטת הר"אש הנ"ל דלמא מיירי רישא שראוה עדים פסולים קרובים ז"לז וכה"ג שנבעלה עם אחד וקמ"ל רבותא לר' יהושע דעד"א כמו שמודה ר' יהושע בראוה שנסתרה שנאמנת במגו דאי בעי אמרה לא נבעלתי ה"ה דאמרינן מגו להכחיש עדים פסולים ותהי' נאמנת לומר לכשר נבעלתי במגו שהי' מכחשת אותם שהיתה נאמנת להכחישם דפסולים אפילו מאה בעד אחד ועד אחד בהכחשה לאו כלום הוא קמ"ל דלא אמרינן מגו במקום עדים פסולים ואיכא רבותא לר' יהושע וסיפא בראוה מעוברת קמ"ל רבותא לר"ג אף דלית לה מגו מ"מ נאמנת מצד ברי שלה בצירוף חזקה בודקת ומזנה כמ"ש תוס' שם ונראה לענ"ד לישב שיטת הר"אש דהנה בש"ות פני משה כתב והביאו בא"ות שם דהר"אש לא כתב כלל הלז רק

בקרובים כיון שהם בעצמם אינם בחזקת משקרים כנודע רק גזירת המלך שלא להיות מוכשרים לעדים, א"כ מ"מ כל העולם יודעין כי דבריהם אמת לית לי' מגו דאין טוען ברצון להכחישם דהכל יאמרו שקר בפיו ואין העדים משקרים כמו דלא טוען ברצון להכחיש את הקול אבל בפסולים מחמת עבירה וכל דנפסלו מחמת חשש דמשקרין בזה אין שם על לב להכחישן כי בזה לא יהי' נחשד בעיני הבריות כמשקר כי אדרבא יתלו הקלקלה במקולקלי העדים הפסולין ולא דמי למגו להכחיש הקול שהוא מאומת בפי הבריות יע"ש וסברא נכונה הוא וא"כ עיקר הטעם שאינו רוצה שיהי' נחשב כשקרן וכרשע בפני הבריות, וזהו דוקא אם הטענה שטוען עכשיו לא נחשב לרשע אבל העולם אינו רוצה לטעון ולהכחיש העדים פסולין כי יהי' מוחזק לשקרן ולרשע אצל העולם דאף דעדים אינם נאמנים מטעם גזירת הכתוב עכ"פ כל העולם יודעין דעדים אומרים אמת משא"כ הכא שטוענת לכשר נבעלתי גם לפי דבריה עשתה איסור בזה שנבעלה בלי קדושין ולדעת רמב"ם בפ"א מאישות איכא איסור דאור' כמ"ש באחרונים בסי' כ"ו א"כ חזינן שחצופה כ"כ ומסוה של בושה ניטל מפני' ולא מקפדת במה שמוחזקת לעבריינת אצל העולם שפיר נאמנת לומר במגו שהי' מכחיש לעדים פסולים דאז לא הי' מוחזקת כ"כ לרשעת בפני העולם כיון דעכ"פ היא מכחשת לגמרי ומדאורייתא היא נאמנת והי' טענתה יותר טובה מטענתה שטוענת עכשיו ונסתר סברת הר"אש שאין רצונה לטעון שלא יהי' מוחזקת לשקרנית כי בטענה שטוענת עכשיו יותר מוחזקת לעבריינת ויש לה בושה יתירה וא"ש ועיין בש"ך חושן משפט סימן נ"ח ס"ק י"א ובתשובת מוהר"א ששון סימן ע"ד, ועיין ברא"ה במס' כתובת דכ"ב ע"ב ובא"ות שם ועיין בש"כ בכ"מ ס"ק ה':

פרט ט

יבואר כלל חדש בהא דסוברים הפוסקים דאינו נאמן במגו להוציא ממון מחזקתו:

כ מקור הדברים הוא במס' בבא בתרא בדף ל"ב ע"ב בעובדא דנחלקו רבה ור' יוסף לפי פי' תוס' בד"ה אמאי בשם ריב"ם סובר רבה דנאמן במגו להוציא ממון ורב יוסף סובר דאינו נאמן ועיין בחידושי רמב"ן שם שהשיג על פירש של ריב"ם ולפי דבריו לכ"ע אמרינן מגו להוציא, ועיין בתוס' במס' ב"מ ד"ב ע"א ד"ה וזה ובדף קי"ו ע"א ד"ה והא, והובא מחלוקת הפוסקים להלכה בסימן פ"ב סעיף י"ב בהגהות רמ"א, ועיין בש"ך בכללי מגו ס"ק א' ובס"ק ט"ו, ובס' כנסת הגדולה בכללי מגו ס"ק מ"ט וס"ק נ', ובא"ות ס"ק א' וב' שהאריכו בזה:

ויש לחקור לפי דעת הסוברים דר' יוסף סובר דלא אמרינן מגו להוציא ממון, קשה מהא דאי' במס' בבא בתרא דף קל"ד ע"ב בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן משום מגו דבידו

לגרשה, וכמו שפי' רשב"ם להדי' בד"ה אמר, וז"ל דמגו דאי בעי מגרש לה השתא בפנינו יע"ש וכן מבואר בהרבה ראשונים זלה"ה דאין לפרש הטעם כמ"ש הר"אש במס' גיטין דנ"ד ע"ב, בהא דמפרש אביי הטעם דנאמן לומר טהרות שעשיתי עמך נטמאו דכל שבידו נאמן, שפי' רש"י וסיעתו מטעם מגו והר"אש שם בכלל י"א כתב הטעם משום דהוי כבעליו כיון שנתן בידו לשמרו הוי כבעליו, וכמ"ש הש"ך ביו"ד סי' קכ"ז ע"ק ג', דאין ענין זה לזה דפשיטא דהכא לא שייך האי טעמא כמבואר לכל מעיין, ובשגם לפמ"ש הפ"י בחידושיו לגיטין שם להסביר הטעם דכיון שמסרוהו הבעלים הטהרות בידו וידע שיכול לטמא נתנו לו נאמנות שיהי' נאמן על הטהרות כמו שיאמר ויש לו דין שליש בודאי לא שייך האי טעמא לענין אשה וברור שהטעם הוא כפשוטו, וא"כ לפי מאי דאי' במס' גיטין דף פ"ט ע"א ובמס' סוטה דף ב' ע"ב ובדף ל"א ע"ב ובמס' קדושין דף ס"ה ע"ב דהא דקיי"ל אין דבר שבערוה פחות משנים אתי' בגזירת שוה דדבר דבר כתיב הכא כי מצא בה ערות דבר וכתב להלן ע"פי שני עדים יקום דבר, והיינו מממון כדאי' שם ועיין בחידושי פני יהושע במס' קדושין שם והלכה פסוקה הוא בש"ס דאין גזירה שוה למחצה כדאי' במס' זבחים דמ"ח ובמס' כריתות דכ"ב ובכמה דוכתי א"כ אמאי סובר ר' יוסף דנאמן הבעל במגו להוציא אשה מחזקת אשת איש בדבר שבערוה נימא כמו בממון אינו נאמן להוציא מחזקת ממון ה"נ בדבר שבערוה לא יהי' נאמן במגו להוציא מחזקת אשת איש מיהו לכאורה קשה קושי' כזו על מה שכתב רבינו בית יוסף בטור א"העז סימן י"א מחלוקת הפוסקים דעת המרדכי דעידי כיעור אע"פי שלא ראו בבת אחת אלא בזא"ז אע"גב דכיעור דחזי האי לא חזי האי מצטרפין כמו דקיי"ל בממון דהלואה אחר הלואה מצטרפי' אע"ג דאמנה דקמסהיד האי לא קא מסהיד האי מיהו תרווייהו אדבר מכוער קא מסהדי ואולם דעת הרי"ף בפרק מי שאחזו כדאי' בתוספתא ראוה שנים שנתייחדה עמו צריכה הימנו גט שנים אחד שחרית ואחד בין הערבים זה הי' מעשה ואמרו אין מצטרפין וכתב הר"ן אע"ג דלגבי ממון קיי"ל דמצטרפין לגבי אישות דשייך בדיני נפשות בבת אתת בעינן יע"ש ועיין בב"י בח"מ סימן למ"ד ובב"ש סי"א ס"ק י"ג ובסימן קל"ג ס"ק א', ואנן קיי"ל בעידי כיעור דמצטרפין אבל עכ"פ דעת הר"ן דאין מצטרפין וקשה דהא מוכח במס קידושין דס"ה דגזירה שוה דדבר דבר ילפינן מדיני ממונות ולא מדיני נפשות כמו שהוכיח בס' פ"י שם דע"פי שני עדים יקום דבר איירי רק בממון וא"כ ראוי לומר אין גזירה אוה למחצה, כמו בדיני ממונות מצטרפין העדים כשראו זה אחר זה ה"ה בדבר שבערוה והנה ראיתי בש"ות חוות יאיר סי' ר"ג שרצה לומר הא דקיי"ל אין גזירה שוה למחצה תלי' במחלוקת הש"ס בכמה דוכתי במס' יבמות דע"ח ע"ב וחולין

דף ק"ך בשבועת דל"א אי אמרינן דון מינה ומינה או דאמרינן דון מינה ואוקי באתרא ומה דקיי"ל אין גזירה שוה למחצה והיינו שאין אומרים ללמוד ממנו מקצת דינו ולא כולו, משום דקיי"ל דון מינה ומינה ואולם דבריו תמוהין כי המעיין בש"ס יראה שאין ענינים שוה, וכבר השיג עליו בס' באר יעקב דקל"ח ע"ד והפי' במחלוקת תנאים מבואר בס' קרבן אהרן ד"ט ע"ב ופירושו מוכרח עיין במס' יבמות דע"ח ע"ב ומעתה לפי פירושו אפי' למ"ד אוקי באתרא, מ"מ מודה שראוי לומר אין גזירה שוה למחצה דדוקא התם כיון שכבר מצינו בלמד תנאים הנהוגים בו כמו שמצינו בשבועת העדות במושבע מפי אחרים שבעי בב"ד גם לאחר הלימוד שמושבע מפי עצמו חיוב מ"מ נשאר בתנאי הנמצא בו, משא"כ הכא דלא מצינו כלל בדבר שבערוה שם תנאי לענין עדות ועיקרו דבעינן עדות ילפינן מדיני ממונות וראוי לומר שיהי' דינו כמו כל תנאים הנהוג בו כמו התם אפי' בזה אחר זה מצטרפין ה"ה בעידי כיעור ועיין במס' זבחים דמ"ח ע"א ברש"י ד"ה אין ותראה שכן הוא, וא"כ הדק"ל:

כא והנה בישוב קושי' הנ"ל על ר' יוסף עלה בדעתי לחלק חילוק חדש, דהנה הר"ן כתב במס' קדושין דס"ד ע"א וז"ל ולענין הלכה קיי"ל כר' דאמר נאמן לאסור דהא מה לי לשקר כעדים דמי, ואע"ג בב"ב ד"ה אבעי' לן א"א מגו אפי' במקום חזקה התם הוא משום מגו דיכול לטעון טענה אחרת דלא עדיף האי מגו כולי האי, אבל הכא מגו דבידו הוא שהיה יכול לומר לעדים כתבו גט לאשתו סמוך למיתתו כו' ומה לי לשקר דבידו כעדים דמי עכ"ל, וכתב בש"ות מוהר"א ששון סימן כ"ה בכוונת הר"ן וז"ל ואיכא למידק מאי אולמא דהאי מגו דיכול לגרשה ממגו דאי בעי יכול לטעון טענה אחרת וי"ל דמגו שהי' יכול לטעון טענה אחרת גרע משום דאפשר שהטוען לא הי' יודע שיזכה בטענה זו דלאו כ"ע דינא גמירי, משא"כ דיכול לגרשה שידוע לכל שגרושה מותרת לשוק, זאת ועוד דמגו שהי' יכול לטעון טענה אחרת גרוע מצד שאנו מאמינים אותו בטענה שאומר אע"פי שאין בו ממש מטעם שאם הי' רוצה לשקר הי' טוען טענה אחרת שהי' זוכה בו שאין לך גריעות גדול מזה דלמא לא רצה לשקר משא"כ בידו לגרשה, ועוד י"ל והוא הנכון לענ"ד דמגו דבידו לגרשה אלים טפי מפני שהוא דבר שבידו להוציא מחשבתו לפועל בלי ספק משא"כ ביכול לטעון טענה אחרת משום דאף אם יטעון כן עדיין צריך שיצא זכאי בדינו מב"ד עכ"ל, וא"כ י"ל הא דסובר ר' יוסף וכן סוברים כמה פוסקים דלא אמדינן בממון מגו להוציא היינו מגו דאי בעי טעין, אבל מגו דבידו לעשות הוי כאנן סהדי ומהני אפי' להוציא ממון ולכן סובר ר' יוסף דמהני גם בדבר שבערוה נאמן הבעל לומר גרשתי את אשתי דמגו כזו מהני גם בממון והא דאי' במס' גיטין דס"ד ע"א דאמר רבה שמודה ר'

הונא אי אמרה קמאי דידי לגירושין יהבי' ניהלי' מהימנא מגו דאי בעי אמרה לדידה יהבה ניהלי' הבעל והא התם הוי מגו דאי בעי טעין ומהני להוציא מחזקת אשת איש מלבד די"ל רבה לשיטתו דסובר דאמרינן מגו להוציא אף גם י"ל אפי' לפוסקים הסוברים דלא אמרינן מגו להוציא, והביאו האי דינא י"ל לפמ"ש הר"אש שם שהגט יוצא מתחת יד האשה כיון שיש לה שטר ג"כ בכה"ג מהני מגו דאפילו בממון כתבו תוס' במס' בבא בתרא דל"ב ע"ב בד"ה והלכתא ובש"ך ח"מ סי' פ"ג ס"ק כ"ט ובכ"מ סק"א דמהני מגו להוציא ממון היכי שיש לו שטר המסייע וה"ה בדבר שבערוה בכה"ג, וע"פי כלל זה יש לישב קושי' תוס' ישינים במס' כתובת דכ"ב ע"א בהא דאמר ר' הונא בשם רב מנין לאב שנאמן לאסור את בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש והקשו וז"ל תימא מה צריך קרא תיפוק לי' דנאמן הואיל ובידו לקדשה כדאמר בב"ב דקל"ד בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה יע"ש מה שתירצו ופשוט שבע"כ קושי' תוס' הוא רק לר' יוסף דעל רב לק"מ דלמא סובר רב כמ"ד בב"ב שם דאין נאמן לומר גרשתי משום דאי איתא דגירשה קלא אית לי' והיינו מילתא דמתעבד באפי תלתא אית לי' קלא כדאי' בפרק חזקת הבתים, וי"ל ה"ה בקדושין כיון שצריך שיהי' בפני עדים והאב והחתן איכא קלא והא דאי' בקדושין דכ"ג ע"א דעבידי אינשי דמקדמי בצנעא כבר כתב הר"ן והובא בב"ש סי' קנ"ב לישב דברי העדים אמרינן כן תדע דהא אי' שם גם בגירושין אע"כ דקו' תוס' הוא לר"י דבע"כ גם הוא סובר להאי דרב דילפינן מהך קרא דאת בתי שנאמן לאסור דהא האי קרא מיותר ולפ"ז יש ליישב קו' בפשיטות ע"פי כלל הנ"ל שר"י מחלק בין מגו דאי בעי טעין למגו דאי בעי עביד ואולם קשה מנלן לר' יוסף סברא זו דלמא אלים כ"כ חזקת ממון וחזקה בדבר שבערוה דלא מהני אפי' מגו דבידו ואולם י"ל דהוכחה שלו הי' מקרא הלז כיון שאמרה תורה שנאמן אב לאסור את בתו אף שהיא בחזקת היתר לעלמא ואין עד אפי' כשר נאמן בדבר שבערוה ובע"כ הטעם משום דבידו לקדשה, א"כ מוכח דמגו מועיל בדבר שבערוה להוציא מחזקת היתר משום דהוי מגו שבידו ומיני' ילפינן דמגו דבידו אלים ממגו דאי בעי טעין ומהני מהאי טעמא גם בבעל שאמר גרשתי את אשתי ומ"מ לא קשה ל"ל קרא סברא הוא שנאמן משום מגו לפמ"ש תוס' במס' שבועת דכ"ב ע"ב ד"ה אבע"א היכי שאין הסברא פשוטה כ"כ צריך קרא ועיין בס' באר שבע במס' הוריות ד"ו ע"ב ד"ה מ"ט והכא סד"א כיון דלא מהני מגו דאי בעי טעין להוציא דאלים חזקת ממון וה"ה מגו דאי בעי עביד ל"מ להוציא ממילא גם בדבר שבערוה ל"מ אף מגו דבידו קמ"ל קרא דמגו זו עדיף ממגו דאי בעי טעין, וא"כ ממילא לק"מ קו' תוס' דזהו גופא דסובר ר"י שבעל נאמן ילפינן מקרא הלז וא"ש וק"ל:

כב אמנם ראיתי בש"ך ח"מ סי' ס"ט סע"ק י"ז שבע"כ לית לי' חילוק הלז דהביא שם מחלוקת העיר שושן וסמ"ע במי שהוציא על חבירו חתימה חלק מבלי שום משמעות סובר הע"ש שאינו כלום ויכול החתום לטעון ממני נפל ומצאתו או פרעתיו במגו דלא לויתי עליו, וסמ"ע חולק דהא קיי"ל לנפילה לא חיישינן והסכים הש"ך לע"ש וכתב הטעם וז"ל וכן נלע"ד עיקר דבמה יתבע אותו הלא אין כתוב בו דבר ומשום מגו דאי בעי הוי כתוב עליה מאי דבעי אין לחייב החתום דהוי מגו להוציא ממון מהחתום יע"ש והביא ראי' לזה מכתובת דכ"א ובש"ות שבות יעקב חלק א' סקמ"ט דחה ראייתו והא התם הוי מגו דאי בעי עביד ואפ"ה סובר דלא מהני מגו להוציא ממון לכן נראה דבלא"ה קשה הא קיי"ל אין הולכין בממון אחר רובא ובדבר שבערוה אזלינן בתר רובא וכן מהני ס"ס בדבר שבערוה ובממון לדעת כמה פוסקים המובא בכ"הג ובכמה תשובות בתראי אין מוציאין ממון ע"י ס"ס ואף דמצינו שהחמירו בדבר שבערוה שלא לילך אחר הרוב הוא רק מדרבנן כמו שמצינו במים שאין להם סוף אע"כ צ"ל כמ"ש הפני יהושע בק"א לקדושין סימן א' דלא שייך לומר אין היקש למחצה אלא לענין דכל מה שכתב בפירוש בהדי' ילפינן לאידך מיני' משא"כ במידי דלא כתוב בהדי' אלא מסברא אתי' לן תו לא שייך למימר אין היקש למחצה אלא כל חד מוקמינן אסברא יע"ש וה"ה לענין גזירה שוה דגז"ש והיקש שווין הם כמ"ש תוס' במס' ברכות ד"נ ע"א ד"ה אלא, וא"כ כיון דהא דלא אמרינן מגו להוציא בממון וכן רוב לא אתי' מקרא רק מסברא לא ילפינן דבר שבערוה מיני' ובדבר שבערוה כיון דאית בי' איסורא ג"כ שדיא בתר איסורא דמהני מגו ורוב באיסורא וכל חד וחד מוקמינן אסברא ובממון הסברא נוטה שאלים חזקת ממון טובא יותר מחזקה בדבר שבערוה ולפ"ז י"ל אפי' מגו דאי בעי טעין אמרינן בדבר שבערוה ואפי' מגו דאי בעי עביד ל"מ להוציא ממון, ומ"מ צ"ע לדינא:

ועיין בענין אין היקש וגז"ש למחצה בס' פני משה בביאורו לירושלמי במס' ב"מ בפרק איזהו נשך הלכה א' ובצל"ח בחידושיו לפסחים דכ"ח ע"א ומ"ש אאמ"ו הגאון נרו בספר תורת חסד כלל ל"ז ובמס' חולין דכ"ז ע"ב ברש"י ד"ה איתקש ודוק:

כלל יז

יבואר אי בעל השטר נאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד להוציא ממון מלוה ובו ששה פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' גיטין דל"ז ע"ב אמר ר' יהודא אמר רב נחמן נאמן אדם לומר פרוזבול הי' לי ואבד מאי טעמא כיון דתיקנו רבנן פרוזבול לא שביק התירא ואכל איסורא כי אתי לקמי' דרב א"ל מידי פרוזבול הי' לך ואבד כגון זה פתח פיך לאלם הוא תנן וכן בעל חוב שמוציא שטר חובו ואין עמו פרוזבול הרי אלו לא יפרעו תנאי הוא דתני' המוציא שט"ח צריך שיהי' עמו פרוזבול וחכמים אומרים אינו צריך עכ"ל הש"ס ויש לחקור בהא דסובר רב דנאמן מטעם חזקה ל"ש התירא ואכל איסורא מהא דאי' במס' קידושין דס"ב ע"ב לכן האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר אינה מקודשת דהוי דבר שלא בא לעולם אף דהיכי דבידו לעשות לא הוי כמחוסר מעשה מ"מ הגירות אינו בידו כיון דצריך שלשה ומי יימר דיזדקקו לי' תלתא אף דסגי בהדיוטות עיין תוס' ד"ה גר, מ"מ לא מיקרי בידו וא"כ ה"ה כיון דצריך ב"ד מי יימר דמזדקקו לי' ב"ד, אבראי שראיתי בחידושי רשב"א ובר"ן בשמעתין שהוכיח דלא צריך בפרוזבול ב"ד מומחה וכתבו וז"ל ועוד שמעינן לי' מדר"י אמר רב דאמר לא שביק התירא ואכל איסורא דאם איתא מאן לימא דאזדקקו לי' ב"ד אלימתא יע"ש א"כ סובר דהיכי דאין צריך ב"ד מומחה לא שייך מי יימר וקשה מסוגי' דקדושין הנ"ל משמע אפי' היכי דסגי בהדיוטות שאינם סמוכים שייך מי יימר וכ"מ בחידושי רשב"א שם בד"ה כי מ"ש בשם רמב"ן והובא בב"י בסס"ז שכתב וז"ל השתא בפרוזבול נאמן דאיכא למיחש לא אזדקק לי' בי' דינא בהך טענה לא מהימן יע"ש, א"כ נראה שהעיר בזה שיש מקום לומר כן רק שמוכרח לבטל דעתו מפני דברי ר' יהודא בשם רב ואולם באמת קשה על רב גופא, ולכאורה עלה בדעתי ליישב דהנה לכאורה קשה בהא דאי' בב"ב דקל"ד ע"א בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה הא צריך לגרש בפני עדים ומי יימר דיזדקקו עדים כמו נידון הנ"ל בגר ואיכא ק"ו מגר אף דאיכא מצוה לגייר שראוי לומר שמן הסתם ימצא כשרים שיזדקקו לעשות מצוה רבה כזו מכ"ש לגרש את אשתו וצ"ל ע"פי הדחק דלא אמרינן מי יימר רק היכי שצריך שלשה אבל היכי דסגי בב' ל"ש מי יימר דשכיחי וסופר מסתמא ימצא בשכר ונשמע לפ"ז כפוסקים דגט אין צריך ב"ד וא"כ לפ"ז יש ליישב קו' הנ"ל די"ל ר' נחמן לשיטתו דסובר במס' גיטין דל"ג ע"א דסגי בפרוזבול בב' דיינים וחולק על ר' ששת דסובר דבעינן תלתא ושפיר הוי דבר שבידו, ואולם קשה על הטור בסי' ס"ז שכ' הב"י שסובר דהלכה כרב ששת וכן סובר בע"ת ואפ"ה סוברי' דנאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד וכן קשה על המחבר שם בסעיף י"ח וכ"א שצריך שלשה ובסעיף ל"ג פוסק כר' נחמן, ולאחד שיצא לאור עולם ספר שערי המלך ראיתי בפ"ג מיבום הלכה ה' הרגיש

בזה וכתב בשם ספר החידושין לחלק דבשנים לא שייך מי יימר אבל לענ"ד הוא דוחק, ותו אכתי קשה לפסק הלכה וכמש"ל:

(הג"ה** ודע אי צריך מן הדין בגט ב"ד של שלשה, מלשון רמ"א בא"העז בסדר הגט מ"ש בשם ריב"ש משמע קצת שאין צריך וכ"כ בחידושי מוהר"ם שי"ף במס' סנהדרין ד"ב ע"א אבל בתוס' במס' קידושין ד"ט ע"א ד"ה הא משמע דצריך ב"ד וכ"כ בס' אורים ותומים בח"מ ס"ט ס"ק ב' בשם תרגום יהונתן על התורה שכתב בפסוק וכתב לה ספר כריתות דכתב לה בתרע בי דינא ועיין בתשובת רבינו אלי' מזרחי סי' ל"ו מ"ש בשם האור זרוע ובש"ות נודע ביהודא מהדורא תניינא חלק אה"עז סימן קי"ד וצ"ע היטב בכל זה:)**

ב וראיתי בספר הפלאה בחידושיו לקדושין דס"ב שכתב לפרש בלשון הש"ס דהא דאמרינן מי יימר כו' דוקא היכי שצריך עדים מיוחדים לכך לא שכיח שימצא אותן עדים שיזדקקו, אבל היכי דסגי בתלתא דעלמא יהי' מי שיהי' לא אמרינן מי יימר דמסתמא ימצא אנשים בכל העולם שיזדקקו לזה ומיושבי' קו' הנ"ל ולכאורה נראה בסברא זו נחלקו רש"י ותוס' דאי' במס' גיטין די"ז ע"א דסובר ר' יוחנן דתיקנו זמן משום בת אחותו והקשה בתוס' אמאי לא אמר דתיקנו זמן משום מזונות שתוציא מבעל מזונות שלותה קודם זמן הכתוב בגט שלא יוכל לומר גרשתיך קודם לכן וכתבו וז"ל ועוד משום מזונות לא היינו צריכין לתקן זמן דאפילו אין בו זמן יכולה לבקש עידי מסירה שיעידו לפני ב"ד שהיום נתגרשה ויכתבו לה שטר אחר, ומיהו שמא לא יתרצו עידי מסירה לבוא עמה לב"ד עכ"ל וכתב במוהר"שא דמהאי דר"י בסמוך ליכא ראי' דגבי פירי בלא זמן נמי תביא גיטה שבידה לב"ד (דבגט לבד מגיע לה פירי) משא"כ הכא לגבי מזונות דלא סגי כשתביא גיטה לב"ד (דאכתי לא נדע מאימת נתגרשה דיאמר גרשתיך קודם לכן) אלא שצריכה להביא עידי מסירה ושמא לא יתרצו לבא עכ"ל וקשה דא"כ לגבי פירי ג"כ לא הוי בידה דמי יימר דיזדקקו לה ב"ד או עדים שיכתבו לה שנתגרשה מאותו יום כנ"ל א"ו כסברא הנ"ל לכן בפירי דאין צריך עידי מסירה רק ב"ד או עדים דעלמא יהי' מי שיהי' י' שכיחי אנשים מכל העולם אבל לענין מזונות שצריך עדים מיוחדים ע"ז דהיינו עידי מסירה שפיר יש לחוש דלמא לא יזדקקו אותן עדים, אמנם מלשון רש"י גבי ר"ל וגבי מה שפי' שם לר' יוחנן דיש לו עד שעת נתינה המעיין שם היטב משמע דסובר דאפי' בעדים דעלמא שאינם מיוחדים אמרינן מי יימר עיי"ש והבן וכן משמע להדי' בתוס' במס' סוטה דכ"ה ע"ב ד"ה לאו בהא דסובר ב"ה שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וז"ל הכא לא שייך כל הני פלוגתא כו' דהכא כ"ע מודו דאמרי לאו כגבוי דמי והעמד ממון בחזקת בעליו שהרי צריך דיינין ולא בידו הוא כדאמרינן גבי גר מי יימר דמזדקק לי' בי'

דינא יע"ש ועיין בא"ות סי' ס"ז סע"ק ב' וא"כ סוברים אפי' היכי שאין צריך מיוחדים לכך שייך מי יימר דיזדקקו לי' וא"כ הדרא קו' הנ"ל לדוכתי', ואולם כפי הנראה ההכרח לחלק בין האי דאי' בקדושין דס"ב לענין קנין דשלב"ל לעלמא די"ל באמת האי סברא מי יימר הוא חשש רחוק דיותר נוטה שיזדקקו ב"ד או עדים היכי שאין צריך להיות מי חדים, רק לענין קנין דשלב"ל לדידן דקיי"ל כחכמים לא מהני היכי דעבידי דאתי דהא אפי' לר"מ בעינן עבידי דאתי שפיר אמרינן משום מי יימר לא הוי דבר שבידו ממש משא"כ בעלמא בכל מקום אמרינן מן הסתם ימצא עדים או שלשה אנשים כיון שלא בעי מיוחדים, ויתיישבו קו' הנ"ל ואכתי צ"ע בזה כי מתוס' לא משמע כן:

פרט ב

יבואר ביאור דברי ר' נחמן אמאי מהני הך חזקה להוציא ממון:

ג יש לחקור בהאי פסקא דר' נחמן לפי מאי דקיי"ל דהלכה כשמואל במס' ב"ב דצ"ב ובכמה דוכתי דאין הולכין בממון אחר רוב להוציא ממון מחזקתו ולפמ"ש תוס' במס' ב"ק דכ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל ורוב הפוסקים דבכל מיני רובא ל"מ ודלא כתוס' במס' סנהדרין ד"ג ע"ב ד"ה דיני ממונות וב"ח בחושן משפט סי' רל"ב וכיון דקיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף מכ"ש שלא מהני חזקה להוציא ממון והא דאי' בכתובת די"ב ע"ב דמהני חזקת הגוף נגד חזקת ממון הטעם כדאי' שם בצירוף ברי או בצירוף מגו וא"כ קשה אמאי מהני חזקה דלא שביק התירא ואכל איסורא להוציא ממון הא לפמ"ש בת"הד סשמ"ט הטעם דלא מהני רובא להוציא ממון משום דהלכה הי' המוציא מחבירו עליו הראי' ורובא לא מיקרי ראי' ה"ה לענין חזקה שייך נמי האי טעמא דחזקה לא מקרי ראי' ברורה ואף אמנם דא"ש לרב לשיטתו מ"מ קשה להלכה (ואפשר לומר היינו טעמא דהרי"ף שחולק על האי דינא כדאי' בר"אש וטור משום דסובר דרב אזיל לשיטתו) וא"ל לפמ"ש הש"ך בס' תקפו כהן דבעל השטר הוי מוחזק בממון כיון דקיי"ל דאמרינן מגו להוציא היכי שהשטר מסייע ובע"כ הטעם משום דבעל השטר הוא מוחזק ז"א חדא לפמ"ש הא"ות בכללי מגו ס"ק ח' עיקר הטעם משום דחזקה שטרך בידי מה בעי מסייע ומגו בצירוף חזקה מהני להוציא ועיין מ"ש בקיצור ת"כ ס"ק ק"ל ובש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק ח"מ יע"ש וזה לא שייך לענין טענת פרוזבול הי' לי ואבד דאף שהשטר בידו מ"מ נפקע החוב כשאין לו פרוזבול א"כ אין חזקה זו מכרעת שיהי' כדבריו ועיין במרדכי בסוגין ותו הא האי דינא דר' נחמן הוא גם במלוה על פה כמ"ש רמב"ם בפ"ט מהלכות שמיטה הלכה כ"ד מיהו קו' זו לא ק"מ בפשיטות דבלא"ה קשה קו' זו במס' ב"ב ד"ה ע"ב דקיי"ל בח"מ סימן ע"ח דמוציאין ממון ע"י חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וקשה ג"כ

קו' הלז וצריך לומר כמ"ש מוהרי"ט בש"ות ומוהרי"ק בשורש ע"ב דחזקה דאתיא מכח סברא שה שהשכל מחייב להך חזקה הוי כאן סהדי שכן הוא שמועיל אפי' להוציא ממון דהוא ראי' ברורה וי"ל ה"ה חזקה לא שביק התירא ואכל איסורא הוי חזקה דאתי' מכח סברא דכן הדעת מכרעת שמן הסתם לא יעשה עבירה היכי שבידו לעשות בהיתר: ד אמנם קשה לי דהא פליגי תנאים בזה ובמס' חולין ד"ד ע"א מוכח דמהני חזקה זו דלא שביק התירא ואכל איסורא לכ"ע דהא אי' שם דמומר אוכל נבילות לתאבון ישראל בודק סכין ונותן לו משום דחזקה לא שביק התירא ואכל איסורא ומהני להפקיע חזקת איסור של ספק בשחיטה ועלה בדעתי לומר לפי מאי דאי' בדל"ו ע"א וע"ב מחלוקות ר' ורבנן ר' סובר שביעית בזמן הזה דרבנן ורבנן סוברים שביעית בזמן הזה הוא מן התורה ועיין ברש"י שם ד"ה רבא וכבר כתב הרב המגיד בפרק א' מאישות דליכא חזקת כשרות באיסור דרבנן דלא חמור אצל העולם דלאו כ"ע זהירי וא"כ י"ל בזה נחלקו התנאים ת"ק דסובר צריך שיהי' עמו פרוזבול סובר שביעית בזמן הזה דרבנן ויש לחוש דלא הי' נזהר כיון שאיסור הוא מדרבנן קיל בעיניו וחכמים דסוברים אינו צריך ונאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד סוברים דשביעית בזמן הזה דאורייתא ואמרינן מן הסתם הי' נזהר דבדאור' כ"ע זהירי, ולכן בהאי דמס' חולין דהוא איסור דאורייתא כ"ע מודו דמהני חזקה זו אבל באמת ז"א דהא רוב הפוסקים סוברים שביעית בז"הז דרבנן כדאי' בטור וש"ע סס"ז וסוברים הלכה כר' נחמן דנאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד ובע"כ צ"ל דסוברים דוקא היכי דשייך חשש יצרו תקפו משום הנאתו י"ל מאימת איסור דרבנן לא בהיל כ"כ אבל לענין לא שביק התירא ואכל איסורא אף באיסור דרבנן נזהר כיון דאפשר לעשות בהיתר או דסוברים שאני בנידון דה"המ שע"י חזקת כשרות שאנו דנין כבוא להקל באיסור דאורייי' כמבוא' להמעיין שם משא"כ הכא שגוף האיסור הוא דרבנן וא"כ קשה כנ"ל ואפשר לומר דת"ק סובר שאין למדין ממון מאיסור שאני חזקת איסור דלא אלים כ"כ דהא באיסורא רובא וחזקה רובא עדיף אבל בממון דלא מהני אפי' רוב להוציא ממון עיין תוס' במס' ב"מ ד"כ ע"א ד"ה איסורא ה"ה דלא מהני חזקה דלא שביק התירא כו' להוציא ממון כי בעל השטר לא חשיב כמוחזק כיון דקיי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי (ומה שחילקו האחרונים זלה"ה בזה כבר כתב בתומים שם מה שיש להקשות) ולית לי' הך סברא זו דחזקה דאתי' מכח סברא הוי כאן סהדי, או דסובר דכיון דצריך דעת ב"ד שייך מי יימר ולא דמי להאי דחולין דהוא בידו לגמרי ואין צריך דעת אחרים וחכמים סוברים דהוי כאן סהדי ולא אמרינן מי יימר כיון דסגי בכל ב"ד יהי' מי שיהי' וא"ש:

ה ואכתי איכא למידק כיון דקיי"ל הלכה כר' דשביעית בזמן הזה דרבנן למה הוצרך ר' נחמן לומר הטעם משום חזקה הא אפילו בספק אם לקח פרוזבול או לא כיון דמן התורה אין שביעית משמטת והוא רק איסור דרבנן וקיי"ל בכל מקום ספיקא דרבנן לקולא, ודוחק לומר דהוי ס"דר דאתחזק איסורא וגם יש לו עיקר בדאורייתא, ויותר נראה לענ"ד בישוב קו' זו חדא כעין שכתב המשנה למלך בפרק ד' מבכורת בהא דסבר ר' נחמן במס' עירובין דל"ו בדרבנן חזקה שליח עושה שליחותו הקשה ג"כ קו' זו ל"ל חזקה הא ס"דר לקולא ותירץ כיון דיש ספק אם נעשה מעשה המתיר אפי' בדרבנן ספיקא לחומרא וה"ה כיון דאיסור הוא לפנינו ויש ספק אם נעשה מעשה המתיר גם בדרבנן ספיקו לחומרא והוא כעין סברא שכתבתי בכמה דוכתי דספק התלוי במעשה לא הוי ספק דיותר י"ל דלא נעשה מעשה לכן מוכח לומר מטעם חזקה ועוד י"ל לפי מ"ש הב"י בח"מ סימן ס"ז בהא דנחלקו שתי לשונות במס' מכות ד"ב אליבא דשמואל כלישנא קמא סובר שמואל המלוה את חבירו לעשר שנים משמטת וללישנא בתרא אינו משמטת וסוברים ר"ת ורמב"ם ור"אש דהלכה כל"ב משום דשביעית בזמן הזה דרבנן וריב"א ורבינו אלי' פסקו כלישנא קמא והקשה ב"י על ר"ת ורמב"ם ור"אש וז"ל וא"ת הא בספיקא דממונא נקטינן קולא לנתבע והכא הוי איפכא קולא לתובע ויש לומר דטעמייהו משום דשמיטה איסורא הוא ומקלינין דלא תנהוג בי' כיון דרבנן הוא בזמן הזה וניהו דנ"מ לענין ממונא והוי חומרא לנתבע מ"מ כיון דבעיקרא לא אתי למיבעי אי מפקינין מהאי גברא אלא לענין איסורא אי נהג שביעית או לאו לקולא נקטינן כן נ"ל, וכתב במישרים נ"ד וריי"ף לא הביא אחד מלשונות נראה דפוסק כלישנא קמא דשביעי' משמטת דאיסורא הוא עכ"ל ואני כבר הוכחתי דאדרבא אי הוי איסור אזלינן לקולא דרבנן הוא אלא דס"ל כיון דנ"מ לענין ממונא ומספקא לן כהי לישנא מקלינן דכל ספק ממונא להוי חומרא לתובע וקולא לנתבע ורמב"ן וס' התרומת הסכימו להר"אש והכי נקטינן עכ"ל ומעתה לפ"ז בנ"ד לפי דברי ב"י כיון שכתב הטעם כיון דעיקר הספק בדין הוא לענין איסורא אבל לולי טעם זה סובר בספק איסורא דרבנן דאית בי' ממונא שדינן בתר ממון ואין מוציאין מן המוחזק ולא בתר איסורא וא"כ הכא דאנו דנין מיד לענין ממון כמו שדנין לענין איסור אזלינן בתר המוחזק לכן לולי הטעם דחזקה לא שביק התירא ואכל איסורא מטעם ספיקא דרבנן הי' פטור הלוה שהוא ומחזק בממון מלשלם לכן מוכרח לומר הטעם משום חזקה דלא שביק כו' וא"ש בפשיטות:

ו אמנם בגוף דברי הבית יוסף ראיתי בש"ות מוהר"י טראני ז"ל בספר ב' סימן נ' דף כ"ז לא ניחא לי' מ"ש ב"י בכוונת הר"אש וסיעתו וכתב טעם אחר בכוונתם כיון דשביעית

בזמן הזה מדרבנן ומן התורה מחויב לשלם את החוב נהי דאיסור שביעית דרבנן מפקיע חיוב דאורייתא בזמן שהוא ודאי אבל כשהוא ספק אינו מפקיע דלא אתי ספק דרבנן ומפקיע חיוב דאורייתא וכעין ספק בתקנה אוקמי אדינא יע"ש שמביא כמה ראיות לזה ונראה להביא ראי' ברורה לסברא הלז דספק בתקנה אוקמי אדינא אפי' להוציא מן המוחזק ממ"ש רמב"ם בפרק ד' מהלכות גזילה ואבידה הלכה ז' הי' שם שכירו ולקיטו של בעל הבית אינן נשבעין ונוטלין וכתב הרב המגיד שם וז"ל בעי' דלא אפשטא בגמ' דשבועת דמ"ז ע"א ולפיכך כתב אין אלו נשבעין ונוטלין ולא פסק שאם תפס הנגזל אין מוציאין מידו כדרכו ברוב תיקו האמורין בגמ' לפי שכל זה מן התקנה הוא ובמה שלא התקינו בפירוש אפי' אם תפס מוציאין מידו יע"ש הרי אף דלשיטת רמב"ם מהני תקיפה ולשיטתו תקיפה ותפיסה מדעת דהיינו ברשות שווי', מ"מ בספק בתקנה אוקמי אדינא וא"כ ה"ה בנידון הנזכר בב"י הנ"ל כיון דמן התורה שביעית בזמן הזה אינו משמט וחייב הלוה לשלם ואף דחכמים תיקנו שישמט מ"מ כשיש ספק בתקנה אוקמי אדינא דהיינו דין תורה וחזקת מרא קמא לית ללוה בממון כי הם של מלוה רק יש לו דין תופס ובכה"ג בספק תקנת חכמים אפי' תפס מוציאין מידו דלשיטת רמב"ם שוה תקיפה לתפיסה מדעת ועיין בהר"אש במס' בכורת די"ב סימן ט"ו בשם רמב"ן ומשנה למלך בפרק כ"א מהלכות מלוה ולוה בש"ע א"העז סימן קי"ח ס"ו וע"ע ברמב"ם בפרק ח' מהלכות עבדים הלכה ד' ובלחם משנה ובמוהרי"ט הנ"ל ולפי דבריו נסתר תי' הנ"ל דאכתי קשה למה קאמר ר' נחמן הטעם משום חזקה לא שביק התירא ואכל איסורא תיפוק לי' אפי' אם הוא רק ספק אם עשה פרוזבול או לא ג"כ נאמן המלוה ומחויב הלוה לשלם כיון דמן התורה חל החיוב על הלוה רק חכמים פטרוהו ולא פטרוהו רק היכי שבודאי לא לקח פרוזבול אבל כשיש ספק אולי לקח פרוזבול חל החיוב על הלוה בין מן התורה ובין מדרבנן דאי אזלינן בתר דין דאורייתא מחויב לשלם כיון דשביעית אין נוהגת בז"הז ואי אזלינן בתר דין דרבנן הא הם אמרו דספיקא דרבנן לקולא והיכי שיהי' ספק אם הי' איסור שביעית אוקמי אדין תורה ולכאורה לפי דבריו מוכרחין אנו לתרץ כתי' א' ע"פ הכלל שכתב המשנה למלך בפ"ד מבכורת וא"ש ולכאורה י"ל בגוף סברת מוהרי"ט הנ"ל יש לחלק בין מלוה בשטר למלוה ע"פ בפני עדים לפמ"ש רמב"ם בפ"ג מעדות הלכה ד' הובא בש"ך ח"מ סי' כ"ח ס"ק י"ד בש"ע שם סי"ד דעדות שבשטר הוא רק מדרבנן דמדאור' ל"מ משום מפיהם ולא מפי כתבם א"כ א"א לומר כשיש ספק אוקמי על דין תורה כיון שמן התורה פטור הלוה לגמרי ועיקר החיוב בא רק מדרבנן, וכיון שהם אמרו ששביעית משמטת שפיר י"ל כשיש ספק אם נפקע האיסור מהלואה הלז או לא אף שהוא ספקא

דרבנן מ"מ פטור הלוה מלשלם כיון שמוחזק בממון דהא יש לו חזקת ממון מעליותא כיון שמן התורה פטור מלשלם משא"כ במלוה ע"פ בפני עדים שמעידין מפיהם בפני ב"ד שפיר י"ל כסברא הנ"ל כשיש ספק אוקמי אדין תורה שמחויב לשלם ועיין לח"מ שם הלכה ד' ואין דבריו מוכרחין וע"ע בב"ש א"העז סי קמ"א סק"ע, ואין להקשות מה מקשה הש"ס על ר' נחמן ממתני' וכן בע"ח שמוציא שטר חוב הרי אלו לא יפרעו דלמא שאני שט"ח ורב מיירי במלוה ע"פ ז"א חדא דרב אמר סתם ותו דא"כ למה אמר הטעם משום חזקה הא בכה"ג אפי' מטעם ספק חייב לשלם וכיון שהוא מטעם חזקה אין לחלק בין מלוה ע"פ למלוה בשטר ולשיטת הלח"מ א"ש בפשיטות דהא אי' במתני' בסתם משמע אפי' כשעדים חיים דבכה"ג גם בשטר מהני מן התורה וכל זה פשוט ונכון:

פרט ג

יבואר דעת הפוסקים להלכה אי קיי"ל כר' נחמן דנאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד: ז כבר בארנו בפרט א' לשון הש"ס ולדינא מצינו בזה שלשה שיטות א) שיטת הריף ז"ל ובל העיטור מובא בטור סי' ס"ז שאין הלכה כר' נחמן אלא כסתם מתני' בכתובת דפ"ט שאינו נאמן, ואף שלא כתב הרי"ף כן להדי' למד הר"אש זלה"ה כיון שלא הביא שם במס' גיטין דברי ר' נחמן ומתני' דהוציא שט"ח כתב במקומו בפרק הכותב משמע כיון דמסתמא דמתני' כר' מאיר הלכה כוותי' יע"ש ועיין בספר גדולי תרומה בשער מ"ה סק"ב לפ"ד לא מוכרח דרי"ף חולק די"ל דסובר כרמב"ם, שיטה ב) שיטת הר"אש וטור וסיעתם שהלכה כר' נחמן שהוא נאמן ולא עוד אלא שפותחין לו שמא פרוזבול הי' לך ואבד ומבואר להדי' שהוא מטעם חזקה לא שביק התירא ואכל איסורא. ובש"ע שם סעיף ל"ג סתם כדיעה זו וכ' סמ"ע בס"ק נ"ה טעם זה יע"ש שיטה ג) הוא דעת רמב"ם מפ"ט משמיטה ויובל הלכה כ"ד שפוסק ג"כ דנאמן, אבל לא מטעם חזקה דלא שביק התירא ואכל איסורא שכתב שם וז"ל המוציא שט"ח אחר שביעית ואין עמו פרוזבול אבד חובו ואם אמר הי' לי ואבד נאמן שמזמן הסכנה ואילך בע"ח גובה שלא בפרוזבול ולא עוד אלא כשיביא בע"ח את שטרו או כשבא לתבוע במלוה ע"פ אומרים לנתבע שלם לו ואם טען הנתבע ואמר איה פרוזבל שלו אומרים לתובע הי' לך פרוזבול ואבד אם אמר הן נאמן ואם הודה שלא כתב פרוזבול אבד חובו יע"ש, הרי שלא כתב הטעם כמו שאמר ר' נחמן משום חזקה רק מן הסכנה ואילך וכמו שכתב בכ"מ שם דפי' בדברי רשב"ג בכתובת דפ"ט שאמר מן הסכנה ואילך בע"ח גובה שלא בפרוזבול ר"ל שכיון שגזרו על המצות הי' יראי' לשמור פרוזבול התקינו שיהי' המלוה נאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד ואע"פי שעברו הגזירה נאמן לומר כן שלא לחלק בין זמן לזמן ורשב"ג מפרט הוא

והלכה כמותו ואת"ל שהוא חולק הא קיי"ל בכל מקום ששנה ר"ש ב"ג במשנתינו הלכה כמותו יע"ש וזהו דלא כס' קרבן העדה בירושלמי שם ד"ה מתניי שהבין כשעברה סכנה אינו נאמן ובמכ"ת נעלם מעין העדה דברי הכ"מ וכן מורה לשון המתני' דאי' מן הסכנה ואילך וכן מבואר להדי' בס' שיטה מקובצת שם בשם תלמידי רבינו יונה ז"ל מיהו יש להבין הא רמב"ם כתב בהלכה כ"ו וז"ל טען הנתבע ואמר מלוה יש לו אצלי והתובע אמר לא כי אלא הקפת חנות הוא שאינה נשמטת שהרי לא זקפתיה מלוה ה"ז נאמן שהרי אם ירצה יאמר מלוה הי' ופרוזבול הי' לי ואבד שכיון שתיקנו חכמים פרוזבול חזקה הוא שאין אדם מניח דבר מותר ואוכל דבר איסור עכ"ל א"כ סובר חזקה שהמציא ר' נחמן ואמאי אינו נאמן קודם הסכנה מ"ש קודם גזירה מלאחר גזירה ונ"ל שסובר מטעם חזקה זו לבד אינו נאמן להוציא ממון מחזקתו לדידן דקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר רוב וגם קיי"ל כרבנן דר' אחא במס' ב"ב דצ"ג ע"א דלח מהני אפי' אומדנא דמוכח להוציא ממון כ"א באומדנא דמוכח טובא שיהי' בגדר אנן סהדי כמ"ש בכלל אומדנא דמוכח והדבר נמסר לחכמים הם שקלו בדעתם בשכלם הקדוש לידע איזה דבר הוי אומדנא דמוכח טובא שיהי' בגדר אנן סהדי לכן קודם סכנה אף שיש חזקה דלא שביק התירא ואכל איסורא מ"מ טענה זו דהי' לי פרוזבול ואבד ריע דמן הסתם אדם נזהר לשמרו דהא בכל מקום טענת נפילה הוי טענה גרועה ולא הוי ראי' ברורה להוציא ממון ואולם לאחר סכנה הי' יראי' לשמור פרוזבול הוי ט טענה מעליא במה שטען שאבד מהני חזקה זו להוציא ממון כמו חזקה אין אדם פורע תוך זמנו כיון דהוא חזקה דאיתא מכח סברא כמ"ש בפרט הקדום רק מחמת שטען פרוזבול היה לי ואבד מגרע בעצמו לחזקה זו כיון שהי' קודם סכנה שהי' יכול לשמרו וממילא לאחר סכנה שהוא טענה מעליותא נאמן דהוי כאנן סהדי שכן הוא, דמחמת שהי' מתייירא לא נזהר לשמרו מיהו קשה מאי מקשה הש"ס על ר' נחמן ממתני' דאי' וכן בע"ח שהוציא שט"ח ואין עמו פרוזבול הרי אלו לא יפרעו הא רב הי' לאחר הסכנה ובכה"ג נאמן כמו דסובר רשב"ג שם באותו מתני' ומצאתי ראיתי בס' גידולי תרומה בשער מ"ה סע"ק כ"ב שהרגיש בזה וז"ל ותימא בין יהי' רשב"ג מפרש בין יהי' חילק מאי פריך לרב ממתני' דהוציא שט"ח והוצרך לאוקמי כתנאי דברייתא הא רב אמר למילתא כרשב"ג דמן הסכנה ואילך הוא נאמן בלא פרוזבול אפי' אחר שעברה גזירה ורב לאו קודם גזירה מיירי יע"ש שהניח בקו' ולענ"ד לק"מ דא"כ למה אמר ר"נ ורב דין זה בשמם הוי להו לומר הלכה כרשב"ג דמתני' שמן הסכנה ואילך נאמן אע"כ דרב סובר דחזקה זו לבד מהני להוציא ממון אף קודם גזירה משום דרב אזיל לשיטתו דלדידי' קלישא חזקת ממון דהא סובר הולכין

בממון אחר רוב ה"ה דאזלינן בתר חזקה להוציא ממון שפיר מקשה ממתני' דמשמע קודם סכנה אינו נאמן ואמאי קאמר רב בסתם ומשני דהוא סובר כתנא דברייתא שהם חכמים דאומרים ג"כ בסתם ולא מחלקין בין קודם סכנה ובין לאחר סכנה משמע בכל גווני נאמן וראיתי בא"ות סס"ז סע"ק כ"ח שהקשה ג"כ קו' ג"ת הלז ותי' באופנים שונים ועל תירוצו יש לפקפק להמעיין היטב ולענ"ד נראה פשוט כמ"ש דלק"מ ולענין הלכה קיי"ל דנאמן:

פרט ד

יבואר מחלוקת הפוסקים אי נאמן המלוה בלא שבועה כיון דחזקה מסייע לו:

ח התוס' במס' גיטין סם בד"ה לא שביק התירא ואכל איסורא כתבו וז"ל אומר ר"ת דמהאי טעמא נאמן אפילו בלא שבועה עכ"ל ולכאורה משמע כדבריו מלשון נאמן שמשמע בדיבורו לבד וכמו שכתב בעל התרומת בשער כ"ט חלק ב' סק"ו וז"ל ואי אמרת ניהו דאהני האי חזקה למיגבי ממונא אבל לענין שבועה לא סגי דלא משתבע בין האשה בין חנוני, אמינא לך דליתא דנאמנות לגמרי משמע יע"ש הרי שכתב כן לפרש בדברי ר"ג דאמר בכתובת די"ג ע"ב נאמנות שר"ל לגמרי בלא שבועה מכ"ש שי"ל כן בכוונת ר' נחמן שדרך אמורא לפרש דבריו דאם איתא דצריך לישבע הי' לו לפרש ועיין במס' ב"מ דק"י ע"א ברש"י ד"ה שכירי ונראה מלשון ר"ת שכתב מהאי טעמא אפ"ל כמ"ש בפרט ג' דהוי קשה לי' למה קאמר טעמא דחזקה כיון דקיי"ל שביעית בז"הז דרבנן וכשיש ספק מוקמינן על דין תורה שמחויב לשלם כמש"ש ואי משום דהוי ספק אם נעשה מעשה המתיר י"ל דלית לי' האי כללא שכייל המשנה למלך בפ"ד מבכורת ועל קו' המ"ל שם שערי תירוצים לא ננעלו כמבואר שם, לכן קאמר שמוכרח לומר טעמא דחזקה כדי שיהי' נאמן בלא שבועה וראיתי שמו"ז הב"ח ז"ל כתב בסי' ס"ז וז"ל, נראה דס"ל כיון דסמכינן אהא דלא שביק התירא ואכל איסורא כו' ואוכלין משחיטת ישראל מומר לתאבון וכדרבא בריש חולין כ"ש דסמכינן אהא לגבי ממון ותו דמדפותחין לו מידי פרוזבול הי' לך ואבד. ואי איתא דצריך שבועה היאך פותחין לו בדבר שאפשר שהוא שקר אלא ודאי דנאמן בלא שבועה דמסתמא ודאי הו"ל פרוזבול ואבד דלא שביק התירא כו' ולהכי נמי פותחין לי והכי משמע במרדכי ותו מדמותיב מדתנן וכן בע"ח שהוציא שט"ח כו' ולא אשכח פירוקא אלא תנאי היא ולא פריקו דה"ק הרי אלו לא יפרעו אלא בשבועה יפרעו אלמא דלר' נחמן אפי' בלא שבועה גם הר"אש כתב בפסקיו כר"ת עכ"ל בראי' זו ממס' חולין זכיתי ג"כ כמ"ש בפרט ג' ודחיתי שם דליכא ראי', ולכאורה יש להבין לפי מאי דקיי"ל דלא סמכינן על חזקה היאך דאפשר לברור ומהאי

טעמא כתבתי בכמה דוכתי לכן סוברים הרבה מראשונים ז"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה כיון דקיי"ל דמגו דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא ורמב"ם כתב בפרק י"א מהלכות שבועת דשבועת אמת הוא מצוה שכתב שם הלכה א' וז"ל כשם ששבועת שוא ושקר בלא תעשה כך מצות עשה שישבע מי שנתחייב שבועה בב"ד בשם שנאמר בשמו תשבע זו מצות עשה שהשבועה בשמו הגדול והקדוש מדרכי העבודה הוא והדור וקדוש גדול הוא להשבע בשמו עכ"ל, וכמו שאין סומכין על חזקה באיסורא היכי דאפשר לברורי ה"ה דלא סמכינן על מגו היכי דאפשר לברורי וע"י שבועה אפשר לברר דמן הסתם ישבע האמת וכיון שמצוה לישבע לכן לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה וא"כ מהאי טעמא ניחא נמי דלא מהני חזקה לאפטורי משבועה כיון שאפשר לברורי ע"י שבועה לא סמכינן על חזקה מיהו לזה יש כמה תשובות בדבר חדא די"ל דר"ת סובר כמ"ש רמב"ן בס' המצות להשיג על רמב"ם וסובר דשבועת אמת בשבועת דיינים ליכא מצוה אדרבא איכא איסורא כמו שהאריך שם והוי כא"א לברורי והא דלא אמרינן מגו לאפ"מש אף אי יסבור ר"ת כן י"ל דלית לי' טעם הנ"ל רק כמ"ש הסמ"ע וש"ך בח"מ סי' רנ"ו, ולפ"ז אפשר לומר לכן רמב"ם בפ"ט משמיטה ויובל כתב נאמן לומר פרוזביל הי' לי ואבד ולא כתב שנאמן בלא שבועה דרמב"ם לשיטתי' בי מת צריך לישבע מיהו ז"א הכרח דדרכו למשוך אחר לשון הש"ס לא לחדש מעצמו כ"א במקומות מועטים ועוד י"ל דחזקה דאתיא מכח סברא הוי כאנן סהדי שכן הוא ועדיף משאר חזקות ואף בחזקה דלא אתיא מכח סברא צריך לברר כיון דלא אלים כל כך דאין הדבר ברור שכן הוא אבל בחזקה כזו דאלים טובא וכאנן סהדי שכן הוא, וכמו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו במס' ב"ב ד"ה ודעת בעל התרומת הובא בש"ך סע"ח סקט"ו שאין יכול להשביע היסת למלוה אחר פרעון מטעם חזקה זו וכן דעת רמ"א והיינו משום דחזקה זו הוי כאנן סהדי ועוד י"ל אפי' לרמב"ם ששבועת אמת הוא מצוה היינו בזמן שהי' נשבעין בשם, וא"כ לפי מ"ש הטור בספ"ז בשם רש"י ורמ"ה בדורותינו בטלו שביעת בשם משום חומר האיסור ותיקנו להשביע בארור וכן אי' בש"ע שם סי"ט י"ל דליכא מצוה ולא הוי אפשר לברורי וכיון דעכ"פ צריך למינקט ס"ת בידו אין ליתן שבועה היכי דיש חזקה המסייע, ויש להסתפק בכוונת ר"ת וסיעתו אי ר"ל שאין צריך המלוה לישבע קודם פרעון כמו בעלמא במלוה בשטר כשטוען הלוה אשתבע לי דלא פרעתיך וכיו"ב אבל לאחר פרעון יכול להשביע שישבע המלוה שבועת היסת שהי' לו פרוזבול, או שאין צריך לישבע אפי' לאחר פרעון ולכאורה נראה לפמ"ש לעיל דדמי לחזקה אין אדם פורע תוך זמנו, וכבר כתבתי לעיל דעת בע"הת ורמ"א שאין צריך לישבע אפי' לאחר פרעון וי"ל ה"ה,

ואולם הש"ך בסימן ע"ח סע"ק מ"ו חולק ע"ז והעלה דחזקה לא מהני לפטור מהיסת דאף דמשווי כאילו מלוה מוחזק בממון ודימה לחזקה בקרקע שלשה שנים מ"מ צריך היסת דחזקה ל"מ לפטור מהיסת וצריך לישבע לאחר פרעון וי"ל ה"ה צריך לישבע לאחר פרעון ואפשר כיון דהקילו בפרוזבול הרבה קולות יותר מבעלמא גם לענין זה הקילו שא"צ לישבע אפי' לאחר פרעון וכן משמע מסתימת דבריהם דכל כי האי הו"ל לפרושי ואפ"ל הטעם כיון דמן התורה החוב ברור אף שלא לקח פרוזבול וכשיש ספק אוקמי על דין תורה ועיין ב"ש סס"ח סעקכ"א ובסצ"ו סעק"ח שכתב בדעת כמה פוסקים דחזקה מהני לאפטורי אפילו משבועת היסת וצ"ע בזה:

ט שיטה ב) שיטת הרמ"ה, הובא בטור שכתב שהוא נאמן אבל צריך שבועה יע"ש ולא נתבאר אי קודם פרעון נשבע המלוה ונוטל או לאחר פרעון נשבע המלוה היסת, ואולם משמע שהוא קודם פרעון, וכן נראה מלשון בעל התרומת שהובא בב"י שם איכא מאן דאמר דבכל מקו' שנאמן התובע משתבע היסת ושקיל עכ"ל משמע קודם פרעון וראיתי בספר שיט' מקובצת במס' כתובת דפ"ט ע"א עלה דמתני' שם וכתב וז"ל וגבי פרוזבול לית הילכתא כהאי מתני' דבהדי' אוקימנא לה בפרק השולח ואפי' שלא בשעת הסכנה אם אמר פרוזבול הי' לי ואבד נאמן ואע"פי שאין לו עידי פרוזבול וכתב רמ"ה מסתברא דמחייב שבועה כעין דאורייתא עכ"ל, והיינו משום שנשבע ונוטל צריך לישבע כעין דאוריי' כמו בכל הנשבעין ונוטלין שנשבעין שבועת המשנה דהוי כעין דאורייתא, וההפרש בין שבועת המשנה להיסת מבואר בטוש"ע ח"מ ספ"ז, וכפי הנראה הוא אותו רמ"ה המובא בטור כאן, ומשמע אף אם לא טען הלוה אשתבע לי פוסקים הב"ד שבועה ול"ד למלוה בשטר שצריך הלוה לטעון כדאי' בסי' פ"ב סעיף ב', תדע דבע"כ הכא אלים דהא התם אם טען הלוה שמא לא משביעין למלוה כדאי' שם והכא לשיטת רמ"ה שכתב סתם משמע דמיירי בכל גווני אף שאין הלוה יודע אם לקח פרוזבול (ועיין בא"ות סס"ז ס"ק כ"ט) ובע"כ דהכא אלים טפי שאין יכול להוציא בלא שבועה דעל טענה זו אין השטר שבידו מסייע לו שנימא שעל ידי חזקה שטרך בידי מה בעי אומר אמת, וק"ק אמאי לא חשיב במס' שבועת דמ"ד ע"ב בהדי הני דנשבעין ונוטלין, ועיין בתוס' מס' כתובת ד"פ ע"א ד"ה ישבע ויש ליישב להמעיין היטב ודוק ולהלכה העלה הב"ח שאין צריך לישבע וק"ק שבש"ע בסס"ז סעיף ל"ג לא כתב להדי' שנאמן בלא שבועה:

(הג"ה** ודע לכאורה נראה לפמ"ש הש"ך בסי' צ"ה סע"ק י"ז וסי' ס"ו ס"ק קכ"ה וסע"ב ס"ק כ"ה בשם ריטב"א אפי' למ"ד דאמרינן מגו לאפטורי משבוע' היינו משבוע' חמור' אבל בשבועת היסת לא פלוג רבנן בתקנתם והסכים הש"ך וחולק על רבותיו של ריטב"א

וב"ח ולחם משנה שם ועיין בהגהות מרדכי השנויות במס' ב"מ ברפ"ק שמוכח שכן דעת ר"ת, י"ל ה"ה לענין חזקה לאפטורי משבועת היסת עשאו לא פלוג כמו במגו אף היכי דלא שייך טעמא דר"נ עשאו לא פלוג ה"ה וצ"ע ואין כאן מקומו:)**

פרט ה

יבואר אי נאמן לטעון פרוזבול הי' לי ואבד באתרא דלא נהיגי למיכתב פרוזבול:

י רבינו הגדול הטור בסימן ס"ז כתב וז"ל והרמ"ה כתב שהוא נאמן אבל צריך שבועה ואפי' בשבועה לא מיהמן אלא באתרא דנהיגי למיכתב פרוזבול אבל באתרא דלא נהיגי למיכתב פרוזבול לא מיהמן וא"א הר"אש זלה"ה הביא בפסקיו דברי ר"ת שכתב שנאמן בלא שבועה ולא חילק בו עכ"ל וכן הרמב"ם וש"ע כתבו סתם משמע שבכל מקום נאמן וק"ק לשיטת רמ"ה למה לר' נחמן לומר מטעם חזקה לא שביק התירא כו' אמאי לא קאמר הטעם בפשיטות כיון דמנהג הוא לכתוב פרוזבול מסתמא לא שינה ממנהג דבכל מקום אמרינן דמן הסתם אדם נוהג כמנהג המקום, מיהו קו' זו לא קשה כ"כ דעדיפא מיני' קאמר דלכן מסתמא עשה כמנהג כיון דבידו לעשות בהתירא, ואולם קשה לשיטת הר"אש וסיעתו אמאי יהי' נאמן לומר ששינה ממנהג היכי שאין נוהגין לכתוב פרוזבול מה בכך שיש לו חזקה לא שביק התירא ואכל איסורא הא הוי חדא נגד תרתי דיש ללוה חזקת ממון וגם חזקה שמן הסתם נהג א"ע כמנהג המקום שאין כותבין פרוזבול, ולכאורה עלה בדעתי לומר לפמ"ש ב"י בשם תשובת רמב"ן ורשב"א שאפי' עכשיו שאין העם מורגלים בפרוזבול ולא יודעין אותו נאמן לומר תנאי הי' בינינו שלא תשמט שביעית מהאי טעמא גופא דרב דלא שביק התירא וכו' וא"כ י"ל כוונת ר' נחמן שאמר בסתם דנאמן ולא מחלק בין אתרא דנהיגי לאתרא דלא נהיגי לכן נאמן אפי' באתרא דלא נהיגי משום שנאמן שעשה פרוזבול במגו שהי' אומר תנאי הי' בינינו שהי' נאמן מטעם חזקה דלא שביק כו', אבל ז"א דקשה על ר' נחמן לשיטתו דבע"כ סובר דלא אמרינן מגו במקום מנהג דאי' במס' ב"מ דף ק"י ע"א, אריס אומר למחצה ירדתי ובעל בית אומר לשליש הורדתיו מי נאמן ר' יהודא אומר בעל בית נאמן ר' נחמן אמר הכל כמנהג מדינה סבר מיני' לא פליגי הא באתרא דשקיל אריסא פלגא הא באתרא דשקיל אריסא תילתא אמר להו רב מרי ברי' דבת שמואל הכי אמר אביי אפי' באתרא דשקיל אריסא פלגא פליגי ר' יהודא אמר בעל בית נאמן דאי בעי אמר שכירי ולקיטי הוא א"כ בע"כ סובר ר' נחמן דלא אמרינן מגו במקום מנהג והיינו היכי שטענה שטוען עכשיו הוא נגד המנהג אינו נאמן במגו להכחיש המנהג ה"ה הטענה שטוען עכשיו שהי' לו פרוזבול הוא נגד מנהג ואמאי נאמן אפי' במגו והלכה כר' נחמן שם כמ"ש הרי"ף ור"אש וטוש"ע ח"מ סיש"ל

סעיף ה' והש"ך בסי' פ"ג בכללי מגו סק"ב להלכה פסוקה דלא אמרינן מגו במקום מנהג מדינה משום דלגבי מנהג הוי כמגו במקום עדים וא"כ התם אף דבעל בית הוא מוחזק מ"מ א"נ במגו לבטל המנהג מכ"ש הכא שזה יש לו מגו במקום מנהג בא להוציא ממון ועיין ש"ות מוהרי"ט חלק א"העז סי' כ"ה שהאריך הרבה בענין מנהג ועיין בא"ות בכללי מגו ס"ק צ"ב לפמ"ש שם בשם שיטה מקובצת ובשם רבינו יהונתן ז"ל דמפרש דלכך אינו נאמן לר"נ במגו דשכירי ולקיטי דאית לי' קלא י"ל דבעלמא במגו מעליא מהני אפי' במקום מנהג לק"מ קו' הנ"ל אבל לפי הבנת רוב ראשונים ואחרונים קשה וא"ל בודאי אם המנהג הוא שאין עושין שום היתר בהשמטת כספים גם הר"אש מודה שאינו נאמן כמו דמוכח להמעיין בטור ובב"י בשם תשובת רשב"א רק שמיירי שמנהג הוא לעשות היתר אבל לאו דוקא ע"י כתיבת פרוזבול רק בתנאי שלא נשמט שביעית וא"כ עכ"פ לענין זה הי' הוא בכלל מנהג שעשה היתר ואף שעכשיו אומר שלא עשה כמנהג רק עשה היתר אחר אשר אין המנהג כן מ"מ נאמן כיון שלענין זה אינו רוצה להפקיע א"ע ממנהג שעשה היתר דז"א דאכתי קשה נימא לענין מה שהודה לחובתו נאמן דעדיף הודאתו אפי' מעדים מכ"ש שנאמן לחובתו נגד מנהג ומה שאמר לזכותו א"נ כעין האי דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי במס' שבועת דמ"א ע"ב ובח"מ סע"ט ס"א ואפשר כיון דשביעית בזמן הזה דרבנן לכן מקילינן כמה קולות שלא מקילין בעלמא כמו דמבואר להמעיין בהראשונים זלה"ה ואכתי צ"ע:

פרט ו

יבואר חקירה בהא דקיי"ל דנאמן המלוה לומר פרוזבול הי' לי ואבד אי הוא דוקא כשלוה טוען שמא אבל בשלוה מכחישו שלא עשה היתר א"נ או דלמא לא שנא:

יא יש לחקור בהא דקיי"ל כר"נ דמלוה נאמן אי היינו דוקא כשטוען מלוה ברי ולוה שמא לכן סובר ר' נחמן אפי' במלוה ע"פ נאמן המלוה להוציא ממון אף דסובר ברי ושמא לאו עדיף משום דחזקת ממון עדיף כדאי' בכתובת די"ב ע"ב מ"מ בצירוף חזקה לא שביק התירא כו' עדיף מחזקת ממון כעין דאי' שם בתי' בתרא דברי בצירוף חזקת הגוף עדיף מחזקת ממון אפי' בברי גרוע ושמא טוב כמ"ש תוס' שם ועיין בש"ך סי' צ"א ס"ק י"ב בשם בע"הת שלמד מזה גם בעלמא היכי שיש ברי וחזקה מהני להוציא ממון כמו ברי בצירוף חזקה שליח עושה שליחתו אף שהוא רק חזקה דרבנן כדמוכח במס' עירובין דל"ב ע"א אבל היכי דהלוה טוען ג"כ ברי ל"מ חזקה דלא שביק כו' להוציא ממון או דלמא דהוי חזקה דאתיא מכח סברא כמו חזקה א"א פורע בתוך זמנו שמהני להוציא ממון אפי' בברי וברי ובשגם כיון דהפקעת חוב הוא רק מדרבנן הקילו כשיש למלוה

חזקה המסייע לדבריו דתיקום על דין דאורייתא, ולכאורה י"ל דנחלקו בזה אבות העולם דהנה הרמב"ם כתב בפ"ט משמיטה ויובל הלכה כ"ו וז"ל טען הנתבע ואמר מלוה יש לו אצלי והתובע אומר לא כי אלא הקפת חנות היא שאינה נשמטת שהרי לא זקפתי' מלוה ה"ז נאמן שהרי אם ירצה יאמר מלוה היתה ופרוזבול הי' לי ואבד שכיון שתיקנו חכמים פרוזבול חזקה הוא שאין אדם מניח דבר במותר ואוכל איסור עכ"ל משמע להדי' שסובר שטענה זו בעצמה אינה כדאי לה להאמינה כ"א בצירוף מגו וכן נמשך אחריו הטור וז"ל וכן אם אומר המלוה תנאי הי' בינינו שלא תשמטנו שביעית או הקפת חנות הי' או שאר דברים שאין השביעית משמטת נאמן במגו דאי בעי אמר פרוזבול הי' לי' ואבד יע"ש והיינו כדעת רמב"ם כמ"ש ב"י ולכן כתב במישרים בזמן הזה שאין אדם נאמן לומר פרוזבול הי' לי נראה דנאמן נתבע והמע"ה, וכן יסד המחבר להלכה בסעיף ל"ד ועיין בסמ"ע ס"ק נ"ה ונ"ז ובכנ"הג בהגהות הטור בס"ק מ"ו ומ"ז באריכות ואולם הב"י הביא שם דעת רמב"ן ורשב"א שאפי' את"ל בזמן הזה אין כותבין פרוזבול כשמואל דבעינן ב"ד דר"א ור' אסי מ"מ נאמן לומר ע"מ שלא תשמטני שביעית הלויתי אף שלוה מכחישו כי טענה זו בעצמה כדאי להאמינה כיון דאיכא תקנתא לא שביק התירא וכו' השתא בפרוזבול מיהמן אף דאיכא למיחש דלא אזדקק לי' בי' דינא בהך טענה לא מהימן ע"ש וא"כ י"ל רמב"ם וסיעתו סוברים שא"נ להוציא ממון כ"א בשיש לו ברי וחזקה או חזקה ומגו נגד חזקת ממון דהוי חדא במקום תרתי לכן א"נ לומר הקפת חנות הי' או שהתנה שלא תשמט שביעית כיון דלוה מכחישו והוי ברי וברי לא אלים חזקה לא שביק כו' להוציא ממון כ"א בצירוף מגו וכמ"ש ב"י בשם בע"הת דלא הוי מגו להוציא כיון דחזקה מסייע ובפרוזבול הי' לי ואבד בע"כ טוען הלוה שמא שא"י אולי עשה פרוזביל שלא בפניו שאין צריך שיהי' בפני הלוה אבל רמב"ן וסיעתו סוברים דחזקה דלא שביק התירא הוי כאן סהדי כיון דהוי חזקה דאתיא מכח סברא לכן מהני להוציא אפי' בברי וברי, אמנם ראיתי במרדכי במס' גיטין שם בסימן שע"ט שכתב וז"ל מעשה באחד שתבע ר' זקוקים והלה השיב איני חייב לך אלא ק' כי הלויתני ק' במאתים ריבית קצוצה והשיב השני חלילה לי אך שאלתני להלוות ק' זקוקים שהיית רוצים להלוותם במאתים ריוח לשנה והמותר יהי' שלך והלה משיב המעשה הי' כאשר טענתי ואם הרוחתי הרוחתי לעצמי ושלח הר"ר יחזקי' הדין לפני ר' יחיאל מפריש והשיב הלוה נאמן כמו שטען שהלוה בהיתר דקיי"ל אדם נאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד ופי' ר"ת דנאמן אף בלא שבועה דלא שביק וכו' והקשה לו הר"ר יחזקי' דלמא שאני פרוזבול משום דאידך ל"מ מכחיש לי' דמה יודע זה אם כתבו לו ב"ד לזה או לאו אבל בנידון זה הרי מכחישו ואומר

שבאיסור הלוהו והשיב רבינו יחיאל בע"כ גבי פרוזבול נמי מיירי במכחישו דהא סתמא קאמר תלמודא נאמן אדם לומר פרוזבול הי' לי ואבד וקיי"ל דלא כותבין פרוזבול אלא ב"ד גדול שבדור לדברי ר"ת או בדינא דר"א ור' אסי ובמקום שידוע שלא עמד זה במקום ב"ד דר"א ור' אשי או נשאלת מב"ד דר"א ור' אסי אי כתבו לו פרוזבול או לאו וא"כ היאך מצי למימר פרוזביל הי' לו אלא א"כ דאמר קבלתי עלי שלשה רועי בקר במקום ב"ד דר"א ור' אסי והלה מכחישו ואפ"ה קאמר דנאמן לומר הי' לי ואבד ואפילו בלא שבועה מטעם דלא שביק התירא כו' וכן פסק רבינו שמואל בר"ב וכ"פ הר"ם דנאמן בלא שבועה עכ"ל א"כ נשמע שנחלקו בזה הר"ר חזקי' עם רבינו יחיאל ולאחר העיון ראיתי בתומים סי' פ"ז ס"ק כ"ט שכתב מעין זה ות"ל כוונתי לדבריו שכתב כדברינו הנ"ל לכן סוברים הרמב"ם וסיעתו דבעינן בטענת תנאי או הקפת חנות טעמא דמגו כנ"ל והנאני שכוונתי לדעת הגדול ואולם תמהני על עין העדה אמאי לא הביא מחלוקת הר"ר חזקי' ורבינו יחיאל הנ"ל שוב ראיתי בב"י יו"ד סי' קס"ט שמפרש דברי ר"י דשטר או משכון בידו לפיכך נאמן המלוה אבל במלוה ע"פ א"נ להוציא אפי' בשבועה וש"ך שם סע"ק ע"ט השיג ע"ז ועיין רש"ך ס"ק פ"א וע"ע בש"ך יו"ד סי' קע"ז סע"ק כ"ז ואולי מה"ט לא הביא האו"ת דעת ר"י מפרישׁ, ועיין ביו"ד בש"ך סי' ק"ס ס"ק ל"ג:

כלל יח

בו יבואר דין נאמנות האב לומר על בנו שהוא בכור ובו תשעה פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' קדושין דף ע"ד ע"א אמר ר' נחמן שלשה נאמנים על הבכור אילו הן חיה אביו ואמו חי' לאלתר אמו כל שבעה אביו לעולם כדתניא יכיר יכירנו לאחרים, מכאן אמר ר' יהודא נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה וחכמים אומרים אינו נאמן, עכ"ל הש"ס ופי' רש"י בד"ה וחכמים וז"ל אבן גרושה ובן חלוצה היא דפליגי וע"ש, וכ"כ בדף ע"ח ע"ב ד"ה אינו נאמן בקצת שינוי לשון וז"ל אפסולא קיימי אבל לענין בכור לא פליגי יע"ש. ואולם בב"ב דף קכ"ו ע"ב מבואר שם להדיא דר' יהודא וחכמים פליגי גם בבכור וכמ"ש רשב"ם שם דר' יהודא סובר דנאמן אף כשאומר נגד חזקה כגון שהי' מוחזקין באחד שהוא בכור נאמן לומר שאחר הוא בכור וחכמים סוברים שאינו נאמן רק בצריך הכירא שבאו מחדש לכאן ואין מוחזקין בהם מי הוא הבכור ומי הוא הפשוט וכבר תמה על

זה בתוס' רי"ד שם וז"ל ואינו נראה לי דהא איתא בב"ב שלחו להו בני אקרא דאגמא לשמואל הי' מוחזקין בזה שהוא בכור ואמר אביו על אחר בכור הוא מהו שלח להו כותבין הרשאה זה לזה מספקא להו אי כר' יהודא אי כרבנן, ותו איתא ת"ר היו מוחזקין בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר שהוא בכור נאמן כר' יהודא שאינו בכור ואמר אביו שהוא בכור אינו נאמן כרבנן אלמא פליגי ר' יהודא ורבנן לגבי בכור לר' יהודא נאמן האב אפילו במקום שמכחיש החזקה ולרבנן אינו נאמן להכחיש החזקה ולא האמינה תורה אלא כשבאו ממדינת הים ולא החזקנו מי הוא הבכור שם נאמן האב יע"ש וכן הרי"ף במס' ב"ב שם פירש שנחלקו גם לענין בכור:

ואולם דברי רש"י סתומין כי יש לפרש כוונתו בב' אנפין:

א) יש לומר דהבין דר' יהודא מודה שאין האב נאמן בגד חזקה רק כשצריך הכירא האמינהו תורה ובכה"ג גם חכמים מודו, והא דנאמן לומר שהוא בן גרושה אף שמפקיע מחזקה יש לומר דסובר כפירוש רבינו אליה' המובא בתוס' ד"ה כשם דהתורה גלי כן מדכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר ואי' בדף ס"ח דשנואה בנשואיה כלומר שהיא בלאו וקאי יכיר אתרווייהו יכיר שהוא בכור ויכיר שהוא בן גרושה דשנואה בנשואיה ולענין בכור דלא גלי תורה נשאר על סברא חיצונה שאינו נאמן להפקיע מחזקה, אבל אי אפשר לומר דסובר כפירות א' של תוס' שם דמה דנאמן לומר זה בני בן גרושה נלמד מדנאמן לומר זה בני בכור אף בתינוק בין הבנים ואומר על הקטן שבבניו שהוא בכור ואפ"ה באמן אף שעל ידי זה שהוא מעיד שהוא בכור מחזיק לגדולים לממזרים דא"כ בע"כ פליגי רבנן גם ארישא כיון דרישא דזה בני בכור מיירי בתינוק בין הבנים, אע"כ דל"ל תירץ הלז, והנה בקדושין שם אמר ר' נחמן בן יצחק לרבא בשלמא לר' יהודא היינו דכתיב יכיר אלא לרבנן יכיר למה לי בשצריך הכירא למאי הילכתא לתת לו פי שנים פשיטא למה לי קרא מגו דאי בעי מיתבא לי במתנה מי לא יהבי לי' בנכסים שנפלו לאחר מיכן ולר' מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יכיר למה לי שנפלו לו כשהוא גוסס ורשב"ם פי' בב"ב שם בד"ה למאי וז"ל בשלמא לר' יהודא טובא אשמעינן דמהמנינן לי' לאב אפילו במקום חזקה דסד"א ניזל בתר חזקה וניתוב פי שנים למוחזק לנו דליכא למימר גבי אב מגו דאי בעי יהיב לי' מתנה פי שנים כי נמי אמר עליו שהוא בכור דהא קיי"ל מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן אלא לרבנן למאי הילכתא כתב רחמנא יכיר עכ"ל וכיו"ב כתב הרי"ף שם וא"כ לכאורה קשה לפי' רש"י לפן הלז דגם לר' יהודא אינו נאמן מתורת יכיר כשאומר נגד חזקה היאך פי' דברי ר' נחמן הנ"ל. וצריך לומר שר"ל לר' יהודא צריך יכיר להורות שנאמן להכיר על בן שנואה אף דלא צריך יכיר

על בכור דמסברא חיצונה ידעינן שנאמן מטעם מגו כיון שאינו אומר נגד חזקה, אך לפי זה לא יוצדק הלשון דאמר מכאן אמר ר' יהודא נאמן לומר זה בני בכור הא מה שנאמן על זה הוא מסברא חיצונה כיון דאית לי' מגו ועיקר יכיר קאי שנאמן לפסול, וצריכין אנו לדחוק ולומר בכוונת רש"י דסובר כשיטת רוב הפוסקים הסוברים כטור ח"מ סימן רע"ז דלר' יהודא נאמן ליטול פי שנים אף בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס מטעם יכיר ודלא כנמוקי יוסף (ועיין בסמ"ע שם ס"ק כ"ד ובס' שערי מלך בפרק ג' מנחלות הלכה י"ד מ"ש בשם פרישה וכנ"הג) ואף דלית ני' מגו א"כ שפיר מוכרח ללמוד מיכיר שנאמן בכה"ג ולס"ד דר' נחמן באמת הו"מ להקשות על ר' יהודא דלא יוצדק הלשון רק כיון דלא הוי קו' חזקה כל כך כיון דעכ"פ יכיר אינו מיותר לכן עדיפא מיני' מקשה לחכמים:

ב) יש לומר בכוונת רש"י דהבין אליבא דר' יהודא נאמן האב אפילו נגד חזקה לומר שאחר הוא בכור רק דגם חכמים מודו לר' יהודא בזה ולא פליגי רק בבן גרושה, ואין להקשות לפירוש זה קמה קו' תוס' ד"ה כשם מנלן לר' יהודא דנאמן לומר שהוא בן גרושה, ותירץ א' של תוס' בע"כ א"א לומר לפי' רש"י דא"כ בע"כ פליגי רבנן גם ארישא דז"א דיש לומר ג"כ דסובר כפירוש רבינו אליה, דיכיר קאי אתרווייהו אבכור שנאמן להפקיע החזקה ולא מיירי הקרא בתינוק בין הבנים, רק שהיו מוחזקין באחר שהוא בכור אבל אינו מופלג כל כך בשנים או בתאומים והיו מ מוחזק שאחד יצא ראשון נאמן על השני וגם יכיר אבן שנואה שנאמן להפקיע מחזקת כשרות וחכמים מודו ביכיר דבכור שנאמן נגד חזקה ופליגי ביכיר דבן שנואה שאינו נאמן להפקיע מחזקה וא"ל מה מקשה לרבנן יכיר למה לי הא צריך לאשמועינן שנאמן במגו נגד חזקה יש לומר דסובר כשיטת הר"ן בקדושין דף ס"ד ע"א דמגו דבידו לעשות עדיף ממגו דאי בעי טעין ומהני אפילו בגד חזקה מסברא חיצונה כיון שבידו לעשות וכמו מסברא חיצונה הוא במס' בבא בתרא דף קל"ד ע"ב דבעל שאמר גרשתי את אשתי דנאמן במגו דבידו לגרשה אף שאומר נגד חזקת אשת איש ואפילו מאן דחולק משום טעמא דאי איתא דגירשה קלא אית לי', ולכן בזה בני בכורי ג"כ הסברא חיצונה שנאמן במגו דאי בעי יהיב לי' במתנה אף שאומר נגד חזקה וכוונת רנב"י י"ל כך בשלמא לר' יהודא צריך יכיר שנאמן על בן שנואה, אבל לרבנן יכיר למה לי כיון שאינו נאמן לפסול רק לענין בכור פשיטא שנאמן אפילו נגד חזקה מטעם מגו, וכן מצאתי בקצות החושן שצידד לפרש כן ולפי זה ההכרח ג"כ לדחוק בדברי הברייתא דאי' מכאן אמר ר"י נאמן לומר זה בני בכור כמ"ש בפן א' ואולם באמת אי אפשר לפרש בכוונת רש"י כפן ב' דחכמים מודו לר' יהודא דנאמן בבכור נגד חזקה דתיקשי עליו גם מסוגי' דקדושין דאיתא שם אלא לרבנן יכיר למה לי

בשצריך הכירא הא אפילו כשאין צריך הכירא נאמן במגו ובע"כ צ"ל כפן א' ואולם קשה ע"ז מסוגי' דב"ב כמ"ש תוס' רי"ד וראיתי בחידושי מוהרי"ט שכתב ליישב קו' הלז וז"ל ושמא יש לומר דאף רש"י לא קאמר דאבן גרושה הוא דפליגי אלא לומר לענין בכורה יש ענין דמודו רבנן כגון בצריך הכירא אבל במוחזק הו"ל כבן גרושה דלא מצי מפיק לי' מחזקתי' יע"ש והוא דוחק בכוונת רש"י וכפי הנראה במוהרי"ט בדף ע"ח הדר בעצמו מפירוש זה:

ב ולכאורה עלה בדעתי לפרש דברי רש"י בקדושין דף ע"ח הנ"ל דסובר באמת כפירוש א' של תוס' דר' יהודא סובר דאף בתינוק בין הבנים נאמן האב ומכאן נלמד לבן גרושה, ומה דאיתא מכאן אמר ר' יהודא נאמן לומר זה בני בכורי, היינו כשאומר זה בני קטן בכור הן לענין בכורה שיטול פי שנים והן לענין שגדול הוא ממזר לכל דיניו שנאמן לגמרי ולא פלגינן דיבורא ועל זה כתב רש"י א"נ אפסולא קיימא אבל לענין בכור לא פליגי עכ"ל ור"ל שפלגינן דיבורא שנאמן על זה שקטן הוא בכור לענין ירושה שהוא בידו ואינו נאמן שהגדול הוא ממזר שאין לו מגו כיון שאינו בידו וכיו"ב איתא במס' כתובת דף כ"ד ע"ב דסובר ר' אם אמר זה בני נאמן להאכילו תרומה שהוא בידו ואיני נאמן להשיאו אשה שאינו בידו אף שכוונתו הי' על תרווייהו פלגינן דיבורא אפילו בחד גופא מכ"ש בתרי גופי כדאי' בב"ב דף קל"ד ע"ב, אך לפי דהקשה מאי מקשה רנב"י לרבנן יכיר למה לי הא טובא קמ"ל דפלגינן דיבורא אף כשאמר על תינוק בין הבנים שהוא בכור דסד"א כיון שאינו נאמן על הגדול לעשותו ממזר לא יהי' נאמן אף על הקטן לענין ירושה קמ"ל דנאמן מטעם פלגינן דיבורא דאפילו לרבא דסובר בסנהדרין דף ט' ע"א דפלגינן דיבורא מ"מ לאו סברא פשוטה כל כך דהא לר' יהודא במס' יבמות דף כ"ה ולר' יוסף לא פלגינן דיבורא ועיין תוס' במס' שבועת דף כ"ב ע"ב ד"ה אבע"א היכי שאין הסברא פשוטה כל כך לא שייך להקשות למה לי קרא סברא הוא וא"כ לפירוש הלז קשה על רש"י גם מס גי' דקדושין לכן פירוש זה ליתא ודברי רש"י תמוהין:

וראיתי בספרי בפ' כי תצא דאי' שם וז"ל כי את הבכור בן השנואה יכיר יכירנו לאחרים מלמד שנאמן לומר זה בני בכור, ר' יהודא אומר כשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור כך נאמן אדם לומר זה בני בן גרושה ובן חלוצה הוא וחכמים אומרים אינו נאמן עכ"ל משמע דעיקר הלימוד של יכיר קאי על בכור וכתי' א' של תוס' ומיני' ילפינן לבן גרושה ובן חלוצה, ואולם משמע שם דלא פליגי חכמים על רישא כמ"ש רש"י וקשה הא לתירץ א' של תוס' בע"כ פליגי חכמים גם ארישא, וצריך לומר הכוונה כך מתחילה פירש קרא בין לר' יהודה ובין לחכמים נאמן לומר זה בני בכור לר' יהודא אפילו בתינוק בין הבנים

ולחכמים כשאינו אומר נגד החזקה ואח"כ מבאר לר' יהודא ילפינן מזה גם לבן גרושה ובן חלוצה ולחכמים לא ילפינן כי יש חילוק והפרש בין ז"לז כמ"ש תוס':

פרט ב

יבואר ביאור דברי ר' יהודא ויבואר שיטת רמב"ן אם הוא מצוה להכיר בנו הבכור:

ג לכאורה קשה על גוף דברי ר' יהודא וחכמים דלכ"ע צריך תיבת יכיר על נאמנות האב הא צריך לגופא כדאיתא במס' בבא בתרא דף קמ"ב ע"ב מר ברי' דר' יוסף משמי' דרבא אמר בכור שנולד לאחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים מאי טעמא יכיר אמר רחמנא והא ליתא דיכיר, וכן קיי"ל כמ"ש הרי"ף בב"ב בפרק יש נוחלין וטוש"ע בסימן רע"ז ס"ג וברשב"ם בדף קכ"ד ע"ב ד"ה יכיר כתב וז"ל קרא יתירא היא עכ"ל הא לדברי רבא דהלכה כוותי' אינו מיותר וא"כ מנלן שנאמן רק שגז"הכ היא שיהי' הכרה בחייו שיהי' נולד בחייו ועיין תוס' שם ד"ה בכור, והנה איתא במס' בכורת דמ"ז ע"ב אמר רשב"ל פדחת פוטרת בכל מקום חוץ מן הנחלה מ"ט יכיר אמר רחמנא ור' יוחנן אמר אף לנחלה, וכתבו בתוס' בד"ה מ"ט וז"ל תימא בפרק עשרה יוחסין ובפ' יש נוחלין שדחק לרבנן דר' יהודא יכיר למה לי לימא דאיצטרך לכדדרשינן הכא דאפילו ר' יוחנן לא פליג דהא דקאמר אף לנחלה משום דקסבר דפדחת הוי נמי הכירא וגם דחק בי"נ לר' מאיר דאמר אדם מקנה דשלב"ל דאתי יכיר לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ויש לומר דהתם קשי' לי' לשון יכיר דמשמע שיש כח בהכרת האב עכ"ל ותירץ זה א"ש לקושייתם דאף דלר"ל בעינן היכר פנים ולר' יוחנן היכר פדחת וצריך למיכתב לשון הכרה מ"מ לא הי' צריך לכתוב לשון יכיר שיש כח בהכרת האב שהכרה זו לא תלי' באב, אבל אכתי קשה קו' הנ"ל דלמא צריך יכיר למעוטי בכור שנולד לאחר מיתת אביו דהכרה זו תלי' באב שבעינן שיכיר בחייו ויוצדק היטב לשון יכיר, ונראה בישוב קו' זו לפמ"ש רשב"ם שם כיון דנולד בחייו אפילו לא ראהו אביו ולא הכירו מימיו הואיל וראוי להכרה אין הכרה מעכבת כדר' זירא וכן קיי"ל וא"כ יש לומר דעיקר דרשת ר' יהודא וחכמים על לשון יכיר דניהו דבעינן שיהי' נולד בחייו אבל עכ"פ לא תלי' בהכרה דאב והו"ל לתורה להורות דין הלז בלשון אחר ומה שנכתב יכיר שמשמע שתלי' רק בהכרה דאב לשון זה מיותר ואתיא לדרשא וכעין תירץ תוס' הנ"ל, ובתוס' יו"ט במס' קדושין דף ע"ח ע"ב במתני' שם הביא לשון רשב"ם הנ"ל שכתב דיכיר קרא יתירא וכתב ע"ז וז"ל ונראה לי דר"ל דכולה קרא כי את הבכור בן השנואה יכיר יתירא הוא דסגי לכתוב לא יוכל לבכר את בן האהובה וגו' לתת לו וגו' והא דלא נקיט אלא יכיר משום דאלישנא דר' יהודא דנקיט יכיר קאי והיינו דדייק לכתוב קרא יתירא יע"ש וצ"ע:

ד וראיתי בהרמב"ן בספר המצות שכתב וז"ל והנראה שיש עוד בזה מצות עשה שאמר יתעלה כי את הבכור בן השנואה יכיר לתת לו פי שנים וגם זו מצוה שהוא חייב להכירו ולתת לו פי שנים והנה המעביר בכורה מן בנו הגדול עובר בעשה ולא תעשה כו' ולא תחשוב שיהי' זה לאו הבא מכלל עשה בלבד אבל הוא מצוה להנחיל לו וכן שיודיע אותנו מי הוא הבכור ויצווה עליו בבכורה ואמנם שתתקיים המצוה בשתיקתו אם נודע מבכורה עכ"ל ותמה בספר קצות החושן בסימן רפ"א ס"ק א' מה מקשה הש"ס לרבנן יכיר למה לי בצריך הכירא לא יהי' אלא אחר אילו בעי למיתבא לי' במתנה היא איצטרך למצוה דאם לא נודע לנו מי הוא הבכור שהוא יכיר ויודיע אותנו מי הוא הבכור שיצווה עליו בבכורה והניח בצ"ע ולכאורה עלה בדעתי לישב קו' הלז, דהנה רשב"ם פירש דקו' הש"ס לרבנן הוא מטעם מגו, ואולם בספר שערי המלך בפרק כ"ב ממכירה הלכה ט' תמה לשיטת הרמב"ן דלא אמרינן מגו לחצי טענה לא הוי מגו דאינו רוצה לתת במתנה כי לא יוכל ליתן נכסים שיפלו לאחר מיכן לכן אמר זה בני בכורי כדי שיהי' לו כל נכסיו וא"כ מאי מקשה הש"ס והוצרך לתרץ לא צריכא לנכסים שנפלו לו לאחר מיכן משמע לנכסים שיש לו עכשיו נאמן במגו ולא צריך קרא הא הוי מגו לחצי טענה וכתב לתרץ וז"ל ולכן נראה דס"ל לרמב"ן דמאי דפריך בשמעתין לא יהי' אלא אחר כו' לאו משום מגו דאי בעי יהיב לי' במתנה דהא ודאי לא חשיב מגו דהוי לחצי טענה אלא הכי קפריך כיון דזה קאמר זה בני בודאי כוונתו לזכות לו פי שנים בנכסיו וא"כ לו יהי' דשקורי קא משקר במה שאמר זה בני בכורי מ"מ הא איהו גלי דעתי' דרוצה לתת פי שנים במתנה מנכסיו וכן נראה שהבין ברשב"א, ומשני שפיר לא צריכא לנכסים שנפלו אח"כ דלנכסים שיש לו עכשיו לא צריך קרא שהרי נתנם לו במתנה יע"ש ועיין בספר א"ות בכללי מגו סימן פ"ב ס"ק ל"ב בסופו וזהו פשוט אפי' לרמב"ן הנ"ל עיקר מצוה הוא שיודיע אותנו מי הוא הבכור כדי שיהי' לו בתורת ירושה, דוקא אם האב נאמן על גוף הענין שהאמת הוא שהוא בכור כמו אילו עדים מעידין לפנינו שהוא הבכור, הוי מצוה שיודיע לנו מי הוא הבכור בכדי שלא להעביר נחלה חלק בכורת, אבל אי נימא שאין האב נאמן על גוף הענין שהוא בכור רק דהוי כמתנה שנותן לו בתורת מתנה חלק בכורה בודאי ליכא מצוה שיכיר לנו לידע מי הוא הבכור ואף אם אמר בע"כ מחויבין הבית דין לקיים דיבורו מחום דהוי כמתנה אבל עכ"פ אינו מצוה שיגיד לנו דאף אם לא יגיד ויקח החלק כפשוט ליכא עבירה בדבר כיון שאין אנו מעבירין חלק בכורה מבכור, וא"כ לרמב"ן לשיטתו כפי פירש שערי המלך ל"ק קו' קצ"הח ושפיר מקשה רנב"י בשלמא לר' יהודא כיון שנתנה תורה נאמנות לאב אף נגד חזקה, בע"כ גלי תורה שיהי' נאמן

כעדים ונאמן על גוף הענין שהוא בכור כאילו הי' לפנינו עדים, צריך יכיר להורות על זה חידוש שחידשה תורה שיהי' נאמן כעדים אף לעקור החזקה וממילא חל המצוה עליו להכיר כדי שלא להעביר חלק בכורה מבכור כיון שברור שאומר אמת שהוא בכור, אבל לרבנן יכיר למה לי דמסברא ידעינן שיוכל ליתן לו במתנה דהא בע"כ אף דכתיב יכיר לא נתנה תורה לאב נאמנות כעדים דהא אינו נאמן במקום חזקה ובע"כ רק משום דהוי כנותן לו במתנה על זה לא צריך קרא דמסברא ידעינן ואי להורות למצוה הא לרבנן אי אפשר לומר שרצה הקרא להורות למצוה דאטו מצוה הוא שיתן מתנה לבנו וכיון דאיירי בצריך הכירא שבאו ממרחקים ואין ידוע לנו מי הוא הבכור אי אפשר כלל לקיים המצוה להנחיל לבכור חלקו אף כשיאמר האב לכן לא שייך כלל לומר שהתורה יהי' מטיל על האב מצוה להכיר לבנו הבכור כיון דאף אם יהי' מכירו אינו נאמן על גוף הענין וא"כ דברי הרמב"ן נכונים דהוא ז"ל כתב הדין לפסק הלכה דקיי"ל כר' יהודא שנאמן על גוף הענין דהא נאמן אפילו נגד חזקה שפיר כתב דאיכא מצוה והש"ס שפיר מקשה לרבנן, ולפ"ז יש ליישב קו' הרמב"ן שם על רמב"ם ז"ל שהשמיט במנין המצות שהוא מצוה על האב להודיע לנו מי הוא הבכור דיש לומר הרמב"ם לשיטתו הי' לו הוכחה מסיגי' דבע"כ ליכא מצוה ורמב"ן לשיטתו שפיר כתב שהוא מצוה דהנה הרמב"ם בע"כ סובר דאמרינן מגו לחצי טענה כמו שהוכיח בש"ות מוהר"י טראני חלק א' סימן ק"ה ממ"ש בפרק ששה עשר מאישות הלכה כ"ו וכ"ז וז"ל האשה שאמרה לבעלה גרשתני נאמנת שאינה מעיזה פניה בפני בעלה לפיכך האשה שהוציאה שטר כתובתה ואין עמה גט ואמרה לבעלה גרשתני ואבד גיטי תן לי כתובתי והוא אומר לא גרשתיך חייב ליתן לה עיקר כתובה אבל אינו נותן לה התוספת עד שתביא ראי' שגירשה או שיצא גט עם הכתובה מתחת ידה אמר לה הבעל כך הי' גרשתי ונתתי לה כל כתובה עיקר ותוספת וכתבה לי שוברי ואבד שוברי מתוך שיכול לומר לא גרשתי ולא יתחייב בתוספת נאמן ומשביעה בנק"ח ונותן לה את העיקר ונשבע שבועת היסת על התוספת עכ"ל אף דהוי מגו לחצי טענה דהא אם יאמר לא גרשתיה לא יהי' נאמן על עיקר כתובה אולי בוחר בטענה שטוען עכשיו שנתן לה כל הכתובה אע"כ דסובר דאמרינן מגו לחצי טענה וא"כ הי' לרמב"ם הוכחה מסוגי' דבע"כ ליכא מצוה דאל"כ קשה מאי מקשה הש"ס למה לי קרא הא כיון שנאמן במגו אף שהוא לחצי טענה ובע"כ מחמת המגו נאמן על גוף הענין שהוא בכור שפיר יש לומר שאיצטרך קרא להורת לנו שהוא מצוה והרמב"ן אזיל לשיטתו דסובר בחי' לב"ב דף ל"ג וקל"ד דלא אמרינן מגו לחצי טענה שפיר פסק דהוא מצוה וא"ש:

ה אמנם באמת אכתי קמה קו' קצ"הח לשיטת הרמב"ן מאי מקשה הש"ס לרבנן, דלמא צריך יכיר לארויי על זה גופא בצריך הכירא נאמן האב בתורת עדות כאילו הי' עדים על גוף הענין שהוא בכור ואינו נאמן מטעם מתנה רק שנאמן על זה שהוא בכור ולכן חל המצוה עליו להכיר ואינו מטעם עד אחד דהא עד אחד ומכ"ש קרוב לא קם בממון אף בדבר שאין שניהם מוחזקים כמ"ש בכלל עד אחד בממון, ואי משום דאינו נאמן נגד חזקה לא מוכרע שלא נתנה תורה נאמנות על גוף הענין דהא שפיר יש לומר שכן הי' חוקת התורה היכי שיהי' חזקה המתנגד לדיבורו לא יהי' נאמן על גוף הענין והיכי שלא יהי' חזקה המתנגד לדיבורו יהי' נאמן על גוף הענין כאילו העידו עדים, הגע בעצמך דבע"כ גם לר' יהודא מוכרחין אנו לומר כן דאף שסובר ר' יהודא שנאמן אפילו נגד חזקה מ"מ אינו נאמן נגד עדים המכחישין אותו ולא משווי עדות האב אפילו ספק שיהי' כדין שתי כיתות עדים המכחישים זו את זו ע"כ צריכין אנו לומר שגז"הכ הי' שאם יעיד נגד חזקה יהי' אלים כחו כעדים שיכולין לסתור החזקה והיכי שיהי' עדים מכחישין אותו נשאר הסברא חיצונה שאינו נאמן כלל כיון שהוא ע"א וקרוב כמו כן יש לומר אליבא דרבנן והד"ק הנ"ל לדוכתי':

ו לכן נראה לענ"ד לישב קו' קצ"הח הנ"ל ונראה להביא ראי' לשיטת מוהריב"ל ז"ל דהנה בפרק ב' מנחלות הלכה י"ד במשנה למלך שם הביא מחלוקת גדולי אחרונים בהבנת דברי הרמב"ן ז"ל במ"ט הטור ח"מ בסימן רע"ד וז"ל וכן אם אמר לנו על המוחזק לנו בבכור שאינו בכור נאמן פירש רשב"ם לאו בעדים מיידי שאם יש עדים עליו שהוא בכור אין נאמן האב להכחישם אלא בקול בעלמא ורמב"ן פירש דאיפכא מסתברא דאי הוי מוחזק לן על ידי אביו שהוא רגיל לומר בוכרא הוא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל אי איכא עדים שנולד קודם לאחיו נאמן שהוא מעיד על זה שהוא בכור והאחד אומר שאינו בנו עכ"ל וכתב שם במשנה למלך שדעת רשד"ם בהבנת דברי רמב"ן דוקא כשאינו מכחיש להעדים בפירש דאפשר דהגדול אינו בנו אבל אם מכחיש לעדים בפירוש פשיטא דלא מהימן ואפילו דאית לי' מגו ומוהריב"ל ומשפטי שמואל חולקים וסוברים דאף שמודה שהם בניו נאמן על האחד שהוא בכור נגד העדים וגוף ספרים הללו אינם תחת ידי ונחקרה נא מתחילה להבין סברת מוהריב"ל ומשפטי שמואל, ונלע"ד דהנה בממון מצינו הודאת בעל דין עדיף מעדים כיון שהוא לחובתו נאמן ויש לומר דסוברים היכי שאומר לחובת בנו נאמן ג"כ יותר מעדים דהוי כעצמו מטעם שאכתוב לקמן ואע"פי שאין ראי' לדבר זכר לדבר מיהו איכא ממ"ש בתשובת רשד"ם הובא בהגהות משנה למלך בפרק ט"ו מאישות הלכה ט"ו באב שקיבל קדושין בעד בתו ואמר

שהמקדש הי' גדול דאע"פי שעדים מעידין שהי' קטן צריכה גט דלדידה שוי' נפשה חתיכה דאיסורא ונאמן יותר מעדים כדאיתא כיו"ב ביו"ד סימן א' בשם רשב"א והאי דאמרינן בכל מקום בש"ס האי כללא דשווי' נפשה חתיכה דאיסורא הוא מטעם הודאת בעל דין לחובתו כמו בממון כמ"ש לעיל בכלל ה' ובע"כ צריכין אנו לומר כוונת הרשד"ם כיון שהתורה נתנה נאמנות לאב שנאמן על בתו לומר שהיא מקודשת כדאי' בקדושין דס"ד ע"א וברמב"ם בפ"ט מאישות הלכה יו"ד הוי בעל דבר וכעין סברת הבית שמואל בסימן מ"ב ס"ק ח' שכתב דאם העד קרוב לראובן ורחוק לבתו אם אביה מקבל קדושין פסול לעדות כי הוא עיקר בעל דבר וכן הוכחתי בכלל נאמנות האב נגד בתו ולכן נאמן לחובתה יותר מעדים וה"ה מה שנתנה תורה נאמנות לאב לחובת בנו אף שעדים מעידים עליו שהוא בכור משום דהוי כחובת עצמו שנאמן יותר מעדים, והנה לעיל בכלל א' הבאתי דעת רש"י וסיעתו בהודאת בע"ד לחובתו שנאמן על גוף הענין שאומר אמת ואף על למפרע אף שאינו בידו ואינו מטעם מגו שבידו ליתן מתנות כי על למפרע אינו בידו רק מטעם גז"הכ דאתי' מכי הוא זה כמ"ש רש"י בקדושין דף ס"ה ע"ב וא"כ לטעם זה נאמן האב לומר שהוא בכור אפילו נגד עדים אף היכי ושאין לו מגו דהתורה אמרה שבנו יהי' כעצמו ואולם יש לומר עוד כוונה אחרת בדברי מוהריב"ל וסיעתו לפמ"ש בכלל א' שסובר הטעם דהודאת בעל דין לחובתו מהני מטעם מגו שבידו ליתן מתנה כמו כן יש לומר מהאי טעמא נאמן האב אפילו נגד עדים מטעם מגו ובירורא דמילתא כך הוא, דהנה הרמב"ם כתב בפרק שביעי מהלכות יסודי התורה הלכה ז' שמה שעדים נאמנים הוא מטעם חזקת כשרות וז"ל כמו שנצטוונו לחתוך את הדין על פי עדים כשרים אע"פי שאפשר שהעידו בשקר הואיל וכשרים הם אצלינו מעמידין אותן על כשרותן יע"ש וכבר בארנו דחזקה לא שביק התירא ואכל איסורא ואין אדם חוטא ולא לו אלים טובא שהוא אפילו באדם שאין לו חזקת כשרות כדאיתא במס' חולין ד"ד ע"א במומר אוכל נבילות לתאבון ישראל בודק סכין ונותן לו דחזקה לא שביק התירא ואכל איסורא אף שאין לו חזקת כשרות אלים מחזקת איסור, וכן אי' בגיטין דל"ז ע"ב דסובר ר' נחמן דנאמן לומר פרוזבול הי' לי ואבד מטעם חזקה לא שביק התירא ואכל איסורא ומהני אפילו להוציא ממון מחזקתו דהתם לא מיקרי בעל השטר מוחזק לפמ"ש התומים בכללי מגו ס"ק ח' ובסי' כ"ה בכללי קים לי ס"ק ק"ל דעיקר הטעם דבעל השטר נקרא מוחזק אף דקיי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי משום דחזקה דשטרא בידי מה בעי מסייע לי' לכן אמרינן מגו להוציא היכי ששטרא מסייע וא"כ לענין טענת פרוזבול הי' לי ואבד לא מהני האי טעמא דשטרך כו' שיהי' נקרא מוחזק כמובן, וא"כ קשה היאך

מהני חזקה זו נגד חזקת ממון הא קיי"ל אין הולכין בממון אחר רוב ורובא וחזקה רובא עדיף וכיון דרובא לא מהני להוציא ממון מכ"ש חזקה ואף דמרא דשמעתתא הוא רב דסובר הולכין בממון אחר רוב מ"מ קשה הא גם ר' נחמן דקיי"ל כוותי' בדיני קאמר כן וכן קיי"ל וקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחד רוב ושיטת הרבה פוסקים החולקים על תוס' בסנהדרין ד"ג ע"ב ד"ה דינו ממונת וס"ל אפי' ברובא אלימא ל"מ להוציא ממון, וצ"ל כמ"ש לעיל בכמה דוכתי בהאי כללא שכיילו מוהרי"ק בתשובה ומוהרי"ט בש"ות דחזקה דאתיא מכח סברא כיון דהדעת והשכל מסכמת לזה הוי כאנן סהדי שכן הוא שמהני אפי' להוציא ממון וחזקה זו אתיא מכח סברא דאטו בשופטני עסקינן שיעשה עבירה על מגן בדבר שאין לו הנאה לכן אלימא חזקה דלא שביק התירא ואכל איסורא מחזקת ממון ואין לדחות ראי' זו ולומר דשאני התם דליכא חזקת ממון אלימא דעיקר חזקת ממון בכל מקום הוא חזקת מרא קמא דהוא חזקה קמייתא בצירוף חזקה דהשתא מה שמוחזק עכשיו בממון והתם אדרבא חזקה קמייתא מסייע למלוה דהא בודאי חייב לו והספק הוא אם הי' לו פרוזבול ועדיין חייב לו או לא כתב לו פרוזבול ונפקע מחיוב וליכא רק חזקה דהשתא המסייע ללוה לכן מהני החזקה דלא שביק התירא כו' להוציא ממון דזה אינו דהא בהאי דמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן בב"ק דמ"ו דקיי"ל כשמואל שיכול לומר לשחיטה מכרתי לך כיון שנקיט המוכר המעות הוי הלוקח מוציא מחבירו ועליו הראי' ולא מהני רובא המסייע ללוקח להוציא ממון ויש ללוקח חזקה קמייתא בממון ואין לו למוכר רק חזקה דהשתא עיין תוס' במס' ב"ב דס"א ע"ב ד"ה אדעתא ואפ"ה ל"מ רוב להוציא מחזקה דהשתא וה"ה וא"כ קם ראי' הנ"ל דאלים חזקה לא שביק התירא כו' משאר חזקות דלא אתיא מכח סברא כיון שמהני אפילו נגד חזקת ממון, ולפ"ז יש לקרב אל הסברא בכוונת מוהריב"ל לכן נאמן האב בבנו הבכור יותר מעדים היכי שיש לו מגו שבידו ליתן עוד הנכסים לבנו הבכור לפמ"ש הרמב"ן בספר המצות וז"ל מצוה י"ג שנמנענו בהנחלנו הבנים מהעביר הבכורה מן הבן הגדול אל יתר אחיו אבל ננחיל אותו פי שנים כמשפט הבכורה והוא אומרו יתעלה לא יוכל לבכר את בן האהובה על פני בן השנואה כי את הבכור בן השנואה יכיר ובגמ' בפרק יש נוחלין דק"ל אמרו לא יוכל לבכר מה ת"ל לפי שנאמר והי' ביום הנח לו את בניו נתנה תורה רשות להנחיל לכל מי שירצה יכול אף זה כן ת"ל לא יוכל לבכר ואל יתחייב שלא יהי' זה מניעה אלא דין מדיני ממונת הוא שלמדנו הכתוב שאין האב יכול להעביר הירושה ממנו ועל כרחו ירש פי שנים אבל באמת מניעה הוא שאם אמר האב במותו איש פלוני בני בכורי לא ירש פי שנים או שאמר יקח הבכור כפשוט בשוה עובר בלאו זה ומפני

מניעה שמנעתו מעשות כן דנין בו כמתנה על מה שכתוב בתורה שלא יתקיים דברו ומ"מ עבר על הורמנא דמלכא ולשון הספרי לא יוכל לבכר מלמד שאינו רשאי לבכר יכול לא יבכר ואם ביכר יהי' מבוכר ת"ל לא יוכל לבכר הא אם ביכר אינו מבוכר כי כשלא אמר הכתוב לא יבכר ואמר לא יוכל לבכר ללמוד שאינו ראוי ושא"י לדבר כן וכן בכל המקומות שבא בהן בתורה לא יוכל לעשות כולם לשון מניעה ואיסור הן ואונקלס תרגם בכולם לית לך רשו וכן בזו והוא בלשון לא יעשה כן והנראה שיש בזה עוד מצוה שאמר יתעלה כי את הבכור בן השנואה יכיר לתת לו פי שנים וגם מצוה שחייב להכירו ולתת לו פי שנים והנה המעביר בכורה מן הגדול עובר בעשה ולא תעשה ושתיהן שכחן הרב ז"ל כו' עכ"ל ולכן לפי דברי הרמב"ן זלה"ה כשמעביר בכורה מבנו הגדול עובר על עשה ול"ת כשאומר האב זה בני בכורי אנן סהדי שאומר אמת מטעם חזקה לא שביק התירא שבידו ליתן מתנה ואכל איסורא כיון שעובר עבירה ולכן סובר מוהריב"ל בשיטת הרמב"ן שנאמן האב לומר זה בני בכורי אפי' נגד עדים לפמ"ש לעיל בכלל ט"ז פרט א' לצדד דאנן סהדי עדיף מעדים דעדים אין להם נאמנות רק מכח חזקת כשרות כמש"ל ואנן סהדי הוי כגלוי לכל שכן הוא שכולנו עדים בדבר והדבר הגלוי לכל לא אמרינן תרי כמאה כמ"ש תוס' ביבמות דפ"ח ע"א ואף דאנן סהדי הוא רק ע"פי ידיעה כי לא ראינו שכן הוא מ"מ מהני בדיני ממונות עידי ידיעה כדאי' בח"מ סימן למ"ד וסימן צ' מיהו לטעם זה אינו נאמן האב להכחיש את העדים רק כשיש לו מגו שבידו עוד ליתן מתנה לבנו דמגו זו עדיף מכל מגות כיון שבידו לעשות הוא בגדר חזקה לא שביק התירא ואכל איסורא דהוי כאנן סהדי שכן הוא שכך הוא דעת התורה שחקרו דעת בני אדם שבודאי אומרים אמת בדבר שיוכל לעשות בהיתר ועדות עדים אינו ודאי שאומרים אמת שיוכל להיות שהעידו שקר מחמת ששכרוהו אחד מבעלי דינים להעיד אף שהוא חשש רחוק בשני בני אדם כמ"ש רא"ה בספר החינוך מ"מ לא הוי בגדר ודאי רק שהתורה אמרה שיהי' נאמנים משום חזקת כשרות כמ"ש רמב"ם אבל היכי שאנן סהדי מכחיש לעדים אלים הא"ס ויש לומר היינו טעמא דר' יהודא שסובר שנאמן האב בתורת יכיר להכחיש עדים ואף דר' יהודא לא דריש טעמא דקרא כבר כתבו תוס' במס' סוטה דף י"ד ע"א ד"ה כדי היכי שאין הטעם סותר משמעות הקרא דרשינן יע"ש היטב ולפ"ז יש לומר לשיטת הרמב"ן הנ"ל דסובר היכי שיש חזקה לכ"ע אינו נאמן משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ולא נחלקו ר' יהודא וחכמים רק היכי שהעדים מכחישים להאב מובן היטב מחלוקתם די"ל ר' יהודא סובר דקרא דלא יוכל לבכר בא להורות שהוא לאו לכן נאמן אפילו נגד עדים, ומדוייק היטב לישנא דקרא לא יוכל לבכר וגו' כי את הבכור בן

השנואה יכיר ר"נ שתלי' זה בזה על ידי שאמרה תודה שעובר בלאו דלא יוכל לבכר לכן נאמן להכיר שהוא בכור מטעם חזקה לא שביק ה התירא ואכל איסורא, אבל חכמים סוברים שאינו אזהרה וכשיטת הרמב"ם רק הוא דין מדיני ממונות וכיון שליכא איסורא אם מעביר נחלה ממילא אינו נאמן נגד עדים, וא"כ מיושב היטב קו' קצות החושן הנ"ל דשפיר פריך הש"ס לרבנן יכיר למה לי דאי אפשר לומר שיכיר אתי להורות שהוא מצוה להכיר ובע"כ כשמעביר נחלה מבטל מצות עשה אכתי איכא חזקה לא שביק התירא ואכל איסורא ואמאי אינו נאמן נגד עדים אע"כ לרבנן ליכא מצוה רק הוא דין ומ"ש הרמ"בן שהוא מצוה הוא רק לשיטת ר' יהודא כמו שפירש ר' יהודא שהפירוש לא יוכל לבכר הוא אזהרה כמו כן יכיר הוא מצוה אבל לרבנן אי אפשר לומר שהוא מצוה ואולם לפ"ז בע"כ הרמב"ן סובר כשיטת נמוקי יוסף שכתב שם וז"ל אמר המחבר השתא דקיי"ל כר' יהודא לא קיי"ל האי דרשא דרבנן דיכיר הלכך בכור אינו נוטל פי שנים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס עכ"ל וכתב בפרישה ובכנ"הג כוונתו הובא דבריהם בס' שערי המלך בפ"ג מנחלות הלכה י"ד שר"ל בבכור שאין אנו יודעין שהוא בכור אינו נוטל בנכסים הללו ע"פי אב כיון דלר' יהודא איצטריך יכיר דנאמן במגו נגד חזקה א"כ מנלן לומר היכי דליכא מגו שיהי נאמן ומ"ש בנכסים שנפלו כשהוא גוסס הוא לאו דוקא אלא אפילו בנכסים שנפלו לו לאחר מיכן אינו יורש כיון דליכא מגו ה"ה לרמב"ן לר' יהודא אינו נאמן נגד עדים על נכסים שנפלו לאחר מיכן כיון דלית לי' מגו דהיא חזקה לא שביק התירא כו' ואף שיש לו חזקת כשרות מסתמא לא יעבור עבירה הא יש לעדים ג"כ חזקת כשרות שאינם מעידים פקר ואולם היכי שאין העדים מכחישים אותו נאמן מטעם חזקת כשרות כמו שנאמן לרבנן אפילו בנכסים שנפלו לו לאחר מיכן אף לפי מה שכתבתי דלית להו לרבנן דאיכא איסור לעקור הירושה מבכור מ"מ האמינה תורה להאב מכ"ש לר' יהודא שיש לו חזקת כשרות רק עיקר דברי נמוקי יוסף הם היכי שאומר נגד חזקה לשיטת רשב"ם או נגד עדים לשיטת הרמב"ן וא"ש:

ז אמנם לכאורה נסתר תירץ הנ"ל לשיטת הרמב"ן דסובר דלא אמרינן מגו לחצי טענה אי אפשר לומר טעם שכתבתי לעיל דלכן נאמן נגד עדים משום דבידו ליתן מתנה דהא אין בידו ליתן לו נכסים הבאים לאחר מיכן ובע"כ הטעם שנאמן אפי' נגד עדים כמ"ש לעיל משום דהתורה האמינהו לחובת בנו כמו שנאמן לחובתו יותר מעדים אף שאין לו מגו כיון שנאמן בהודאתו אף על למפרע כמ"ש בכלל א' פרט א' ונסתר תי' הלז וקמה קו' קצות החושן ואולם לאחר העיון נראה לקיים תירץ הלז ומקודם נברר דדברי בעל שערי המלך הנ"ל בפירוש הש"ס תמוהין חדא דאם הכוונה בקו' הש"ס לרבנן משום

מתנה אמאי אינו נאמן האב אפי' נגד חזקה או עדים דמה בכך שעדים אומרים אמת הא בלשון מתנה יוכל להעביר מבכור עיין בחושן משפט סימן רפ"א סעיף ז' ותו דא"כ לר' יהודא קשה למה לי יכיר פשיטא כשהוא נותן במתנה שהוא באמן אף נגד עדים דהא אינו סותר עדותן ותו קשה דאם הוא בתורת מתנה בעי קנין והא דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי הוא רק מדרבנן שלא תטרוף דעתו עליו אבל מן התורה בעי קנין והא התורה רצה להורות לן שיהי' נאמן בדיבורו לומר זה בני בכורי לכן שותא דמרן לא זכיתי להבין, ע"כ נלע"ד העיקר בכוונת הש"ס שגם רמב"ן סובר שקו' הש"ס הוא מטעם מגו ומה שהקשה הגאון בעל שערי המלך זלה"ה הא הוי מגו לחצי טענה נלענ"ד לחלק חילוק נכון דהנה עיקר דין של מגו לחצי טענה דלא אמרינן מקור מקומו נובע ממ"ש רמב"ן במס' ב"ב דל"ג ע"ב בהא דאמר ר' זביד אם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן דהקשו הראשונים זלה"ה אמאי סובר ר' נחמן שם היכי שלא אמר לפירות ירדתי וטען שקרקע הוא שלו ואייתי סהדי דאכל תרתי שנין הדרא ארעא והדרא פירי יהי' נאמן במגו דאי בעי אמר לפירות ירדתי וע"ז תירצו תוס' ורמב"ן שם דלא הוי מגו שהרי בא לזכות גם בקרקע והוי מגו לחצי טענה דלא אמרינן יע"ש א"כ יש לומר דוקא בנידון דהתם דחזינן בטענתו שטוען עכשיו שרוצה לזכות גם בקרקע הוי מגו לחצי טענה משא"כ הכא יש לומר דלא אסיק אדעתא כלל שיפלו לו נכסים לאחר מיכן וכל מגמתו הוא רק על נכסים שיש לו עכשיו רוצה ליתן לבנו הבכור כי הנכסים שיבואו לאחר מיכן הוא ספק ולא אסיק אדעתי' ושפיר הוי מגו לכולה טענה כי לפי מחשבתו שרוצה עכשיו להטיב עם בנו יש לו מגו בשלימות, וראי' לזה מהא דאיתא בב"ב דקכ"ח ע"ב שלח לי' ר' אבא לר' יוסף בר חמא האומר תטול אשתי כאחד מן הבנים נוטלת כאחד מן הבנים אמר רבא ובנכסים של עכשיו פי' רשב"ם וז"ל שאם נתרבו הנכסים בשעת חלוקה אין נוטלת כי אם אותן שהי' בשעת אמירה דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפי' לר' מאיר דאמר אדם מקנה הני מילי במפרש אבל בסתם אין אדם מעלה על דעתו דבר הראוי לו להקנות אלא לדבר שהוא מוחזק בו הלכך הך אשה ידה על תחתונה דמסתמא לא נתן לה אלא נכסים שהי' לו באותו שעה עכ"ל ומוכח להמעיין ברשב"ם דאפילו בנכסים דעבידי דאתי לא אסיק אדעתי' דהא לר"מ בעינן עבידי דאתי וה"ה לענין נ"ד יש לומר מן הסתם לא עלה על דעת על נכסים שיבואו לו לאחר מיכן ומשום חשש הלז לא הי' מקפיד מליתן מתנה והוי מגו לכולה טענה ושפיר פירוש רשב"ם הטעם משום מגו וי"ל דכן פי' רמב"ן וא"כ קם תירץ הנ"ל על קו' קצות החושן וא"ש:

ח הן אמת דאכתי יש לעיין בחילוק הלז דיש לומר דלא דמי להאי דר' אבא לפמ"ש בש"ות תרומת הדשן והובא בש"ך סימן פ"ב בכללי מגו דמגו דחינן בסברא כל דהו וא"כ יש לומר דוקא בהאי דתטול אשתי כו' כיון דמן הסתם הנכסים בחזקת היורשים והיא באה להוציאם מחזקתם אי אפשר להוציא רק בראי' ברורה ואף אם נוטה יותר שיוסיק אדעתא על נכסים שעבידי דאתי מ"מ לא עדיף מרוב דקיי"ל אין הולכין בממון אחר רוב דכח חזקת ממון אלים טובא לכן ידה על תחתונה משא"כ לענין מגו בעינן שיהי' מגו ברור והיכי שיש ספק אולי ליכא מגו ל"מ ואכתי הדרא קו' שערי המלך לדוכתי' מאי מקשה הש"ס אילו בעי למיתבי' פי שנים מי לא יהבי' לי' הא הוי מגו לחצי טענה דאולי רצה ליתן גם הנכסים שיפלו אח"כ דאסיק אדעתא והמעיין ברש"י קדושין דע"ה ע"ב ד"ה לאחר מיכן שכתב וז"ל לאחר שאמר לפנינו בכור הוא נעלו לו והוא רוצה לילך לדרך רחוקה ומעיד עליו שאם יפלו נכסים של אב או אחד ממורישיו לפניו בחייו יטול בהן חלק בכורה דלהכי אי לאו דאשמעינן קרא ליכא מגו דאי בעי למיתבנהו דהשתא לא מצי יהיב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והשתא שקיל להו בתורת ירושה יע"ש הא אפי' לנכסים שיש לו עכשיו צריך קרא דמצד מגו אינו נאמן דאולי רוצה ליתן לו אף נכסים שיפלו לו לאחר מיכן וא"כ אפילו לא נפלו נכסים לאחר מיכן ג"כ לא הוי מגו כי בטעה שאמר זה בני בכורי חשב אולי יפול נכסים לאחר מיכן ורצה לזכותו בדיבורו והוי מגו לחצי טענה ומלשון הש"ס שנפלו משמע שבאמת נפלו לו נכסים הא לטעם מגו לחצי טענה לא אמרינן אפי' אם לא כפלו לו נכסים אחר מיכן ליכא מגו כיון שיש לומר שסבר שיפלו לו נכסים אח"כ, ונראה לענ"ד לומר לפמ"ש הר"ן בקדושין דס"ד ע"א דמגו דאי במי עביד עדיף ממגו דאי בעי טעין יש לומר אף במגו דאי בעי טעין סובר רשב"ם ורמב"ן דלא אמרינן מגו לחצי טענה מ"מ מגו דאי בעי עביד עדיף ומהני אפי' לחצי טענה ואף אי נימא דאין חילוק בזה היכי שידעינן בבירור בטענה שטוען עכשיו חפץ בתרווייהו מ"מ בנידון דידן שיש ספק אי אסיק אדעתי' על נכסים שיבואו לאחר מיכן הוי מגו והא דכתב ת"הד דמגו דחינן בסברא כל דהוא יש לומר דוקא מגו דאי בעי טעין ולא מגו דאי בעי עביד וא"ש:

ט ודע מתוך דברינו הנ"ל יש מקום לישב דברי רבינו מוהרש"א ז"ל בסוגין התמוה לעין כל הרואה, דהנה תוס' בד"ה בנכסים כתבו וז"ל בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס הכא נמי הו"מ לשנוי בנכסים דלא עבידי דאתי אלא דחדא מתרי טעמי נקיט עכ"ל וכתב מוהרש"א שם בביאור דברי תוס' וז"ל דבפירות דקל דעבידי דאתי אית לי' לר' מאיר דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם אבל במידי דלא עבידי דאתי מודה בי' ר' מאיר ולקמן

בפי' רשב"ם עוד דלית לי' לר' מאיר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא במפרש ע"ש הכי נמי הוי מצי לשנויי הכי דמיירי בסתמא עכ"ל ודבריו תמוהין מאד דהא אכתי אית לי' מגו דהי' נותן מתנה על נכסים שיבואו ויהי' מפרש להדיא וכבר נתפרסם דבריו לתמי' גדולה ויען כי מזרעא דרבינו הגדול מרא דכולא תלמודא קאתינ' אמרתי להפך בזכותו וחס לרבינו זלה"ה שיטעה בדבר פשוט כזה ובאמת דבריו ראוין למי שאמרן וקיצר כמו בן כדרכו הטוב דבלא"ה יש לדקדק על סידור לשונו שמסדר קו' על הש"ס עם מה שמבאר הפירוש בכוונת תוס' הגם שיש לומר כוונתו בפשיטות כי כעין שכתבו תוס' דהו"מ לומר בנכסים כו' כתב הוא ז"ל ג"כ הו"מ לומר על אופן אחר אבל יותר נראה ליישב כל דבריו שיהי' מדוייקים כל דבריו, דהנה המעיין בלשון רש"י בקדושין הנ"ל יראה מבואר מדקדוק לשונו הקדוש שמפרש בלשון הש"ס בנכסים שנפלו לאחר מיכן היינו שהי' אומר האב להדיא שזה בני בכורי יטול פי שנים בנכסים שיפלו לאחר מיכן ולכאורה צריך ביאור אמאי לא פירש כפשוטו שלא הי' מפרש לשון זה רק שאמר סתם זה בני בכורי וצריך הקרא שיטול פי שנים בנכסים שיפלו לאחר מיכן וכן משמע קצת לשון רשב"ם בב"ב ד"ה לא צריכא הגם שיש לדחוק גם בלשון רש"י שם על דרך זה אבל המעיין יראה שהוא דוחק ונראה דרש"י סובר דמגו לא שייך רק היכי דיש לומר דהי' מסיק אדעתא על ענין אשר אנו דנין שיהי' נאמן במגו שעל זה שייך שפיר לומר כיון שמסיק אדעתא על זה נאמן על ענין זה במגו שהי' עביד או טעין דבר היותר מועיל לאותו ענין, משא"כ היכי שיש לומר שלא אסיק אדעתא על זה וא"כ היכי שלא הי' מפרש על נכסיו שיפלו לאחר מיכן לפמ"ש רשב"ם בב"ב הנ"ל דמן הסתם לא אסיק אדעתא על דבר הבא לאחר מיכן איך שייך לומר שיהי' נאמן על נכסים אלו אם נפלו שיטול פי שנים באמירות זה בני בכורי במגו שהי' נותן לו במתנה אותן נכסים דאכן אמרינן שכוונתו בזה בני בכורי לא הי' רק על נכסים שהי' לו אז בעת אמירה ועל זה הי' מסיק אדעתא אבל לא אסיק אדעתא שיפלו לו נכסים ואף אם הי' נותן לו במתנה לא הי' נותן לו אותן נכסים וא"כ לטעמא דמגו ראוי שלא יטול אלו נכסים דאפילו למ"ד דאמרינן מגו לחצי טענה היינו על אותו חצי טענה שיש לו מגו אבל על אותו חצי טענה שאין לו מגו בודאי אינו נאמן כמו שהוכיח בספר שערי המלך בפרק כ"ב ממכירה ממ"ש בש"ג בשם ריא"ז בב"ב דף קל"ד באומר זה בני דאינו נאמן לפוטרו מיבום אלא לישראל דאיכא מגו אבל לכהן דליכא מגו א"נ וכן מוכח בקדושין דף ס"ד ע"א, ומצאתי סעד וסמך לסברא זו ממ"ש בש"ות ריב"ש סימן מ"ז וביאר היטב כוונתו בספר קצות החושן סימן רפ"א ס"ק ד' לכן כשאומר האב דרך שיחה זה בני אינו נאמן אף שהי' לו מגו דאי בעי הוי

יהיב לי' במתנה כיון שאמר כן דרך שיחה בעלמא ולא עלתה על לבו שירשנו זה על פי דיבורו לא שייך מגו דאי בעי יהיב לי' כל נכסיו כיון שלא עלתה על דעתו שיירשנו זה דמגו ליתא כי אם דכוונה שכיון להוריש אותו בנכסיו דאם אין בדעתו להיות יורש בנכסיו לא שייך מגו דאי בעי יהיב לי' כל נכסיו כיון דלא בעי למיתב כלל י"ע"ש וה"ה יש לומר כסברא זו, ומעתה מוכרח רש"י לפרש בכוונת התרצן שהי' מפרש להדי' שאם יפלו נכסים לאחר מיכן יטול פי שנים דאל"כ קשה מאי מקשה הש"ס אח"כ ולר' מאיר ד מר אדם מקנה דשלב"ל יהי' נאמן במגו הא גם לר' מאיר ליכא מגו כיון דלא מסיק אדעתא לכן פי' שמיירי במפרש ואסיק אדעתא ושייך מגו וה"ה היכי שאין לו עכשיו נכסים כלל ואמר זה בני בכורי הוי כמפרש דבע"כ כוונתו הי' לנכסים שיפלו לאחר מיכן אך לא ניחא לרש"י לפרש בגברא ערטלאי וחדא מתרתי נקיט והיינו הך ויש לכוין כן גם בלשון רשב"ם שאינו חולק על זקינו ור"ל שמיירי שאין לו נכסים כלל בשעת אמירה, וא"כ לפ"ז בע"כ עיקר קו' הש"ס על ר' מאיר הוא רק כיון דמיירי במפרש דאית לי' מגו וכבר כתבנו לעיל קו' שערי המלך מה מקשה הש"ס על רבנן והוצרך לוקמי בנכסים שנפלו לו לאחר מיכן הא אפילו לא נפלו לו נכסים לאחר מיכן ג"כ אין לו מגו לחצי טענה כי אולי רוצה לזכות לבנו גם נכסים שיבואו לו לאחר מיכן כי חשב אולי יפלו וכתבתי לתרץ משום דלא אסיק אדעתא על זה ואולם מוהרש"א ז"ל סובר לחלק דלא שייך דלא אסיק אדעתא רק על נכסים דלא עבידי דאתי אבל על נכסים דעבידי דאתי מן הסתם אסיק אדעתא כיון שיותר נוטה שיבואו ואף דאיתא בעובדא דר' אבא שאינה נוטלת הטעם כמש"ל משום דיורשים מוחזקים אבל מגו אפילו מגו דבידו לעשות דחינן בסברא כל דהו כי רבו החולקים על סברת הר"ן וגם תוס' לית להו סברתו וא"כ הוי מגו לחצי טענה ולפ"ז שפיר מקשה לפמ"ש תוס' בד"ה בנכסים בע"כ מיירי הסוגי' רק בנכסים דעבידי דאתי הדק"ל על הש"ס למה הוצרך לוקמי על קו' הש"ס לרבנן בנכסים שנפלו לו לאחר מיכן והיינו במפרש הא הו"מ לוקמי בסתמא וכמו הס"ד והיינו שצריך קרא לאשמעינן שנאמן על נכסים שיש לו אז ואף אם לא נפלו לו נכסים לאחר מיכן לולי קרא הו' אמרינן דאינו נאמן במגו משום דהוי מגו לחצי טענה דחשב אולי יפלו לו נכסים ולא יכול ליתן דאין אדם מקנה דשלב"ל ואי משום דלא מסיק אדעתא על אילו נכסים, דכיון דעבידי דאתי בודאי הי' מסיק אדעתא על זה ושפיר הוי מגו לחצי טענה הגם שעל תירץ זה שייך ג"כ קו' הש"ס ולר' מאיר כו' מ"מ לא הי' צריך הש"ס לומר בנכסים שנפלו דנוכל לטעות בדין דאמרינן מגו לחצי טענה ומובן היטב המשך לשין מוהרש"א ודוק:

(הג"ה ודע דמשמע מלשון תוספת דקושייתם הוא רק על התרצין דהו"מ לוקמי בגווני דלא עבידי דאתי ולכאורה עדיפא הו"ל לאקשויי מה מקשה הש"ס ולר' מאיר דאמר אדם מקנה דשלב"ל, הא מה שמתרץ בנכסים שנפלו לו היינו שאם יפלו לו נכסים מאב או משאר מורישים והיינו מה שאירש מאבא או משאר מורישים מכור או נתון לך והוא ג"כ לא עבידי דאתי דאולי לא ירש, דז"א דמוכח להמעיין בב"מ דף ט"ו ע"א בתוס' ד"ה מה ובכתובת דף צ"א ע"ב ד"ה דזבנא ובפני יהושע שם דמה שאירש מאבא מכור לך מהני לר"מ דהוי עבידי דאתי ובגוף החילוקים בין עבידי דאתי ללא עבידי דאתי עיין בתוס' ב"ב דף ע"ט ע"ב ד"ה אימור ובחידושי רמב"ן שם ובמרדכי במס' ב"מ ובהגהותיו ובח"מ סימן רי"א סעיף א' בסמ"ע וש"ך ומוהרי"ט בחידושיו לכתובת דצ"א ואין כאן מקומו:)

פרט ג

יבואר ביאור סוגי' דמס' ב"ב וקדושין ליישב כמה קו':

י הר"ן במס' קידושין שם כתב וז"ל כתב הרמב"ן בתשובה דמהא שמעינן שאדם יכול לתת במתנה או לחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב שלא כדברי הר הרמב"ם ז"ל שכתב בפרק י"א ממכירה שהמתחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב כו' לא נשתעבדו שזהו כמו מתנה ואין כאן דבר ידוע ומצוי שיתן לו במתנה ושמעתתי' מוכח דאילו בעי ליתן לי' במתנה קני כל נכסי שנפלו לו קודם גסיסה ואע"ג דלא ידע מאי נפיל לי' (ה"ג מאי אעל לי') ומאי קני ולא איצטרך קרא דיכיר אלא בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ומדר' מאיר נשמע לרבנן בדבר שבא לעולם וחיוב דבר שאינו קצוב עכ"ל וכ"כ בבע"הת שער ס"ד ועיין בח"מ סימן ס' סעיף ב' ובס' גידולי תרומה דחה ראי' זו כי היכי דלא תיקשי לרמב"ם דלר' מאיר דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ה"ה דבר שאינו קצוב משא"כ לדידן דקיי"ל כחכמים, ומ"ט באורים ותומים בסי' ס' ס"ק ה' לפקפק על דבריו מיושב היטב בס' שערי המלך בפרק י"א ממכירה הלכה י"ו ובקצ"הח סימן ס' ס"ק ב', ולענ"ד לק"מ על רמב"ם מסוגי' הלז דהנה המעיין באחרונים זלה"ה יראה שכתבו לפרש בכוונת הרמב"ם דסובר דאין יכול להתחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב משום דהוי אסמכתא וכן מבואר להדי' במשנה למלך בפרק י"א ממכירה הלכה ג' ועיין בשערי המלך שם והב"ח כתב בחושן משפט סימן ד"ז דמן התורה אסמכתא קניא רק מדרבנן אסמכתא לא קנה, ומה שהשיג עליו הש"ך בסימן ר"ז ס"ק י"ח אינו השגה שמצינו דעת קדמון שסובר כן ה"ה המרדכי בפ' שור שנגח ד' וה' סוף סימן מ"ו כתב כן בשם רבינו נתנאל מקינון וכ"כ בס' קצ"הח ס"ק א' וח"כ לפ"ז הא דסובר רמב"ם שאין יכול להתחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב הוא רק מדרבנן שתיקנו דאסמכתא לא קניא אבל מן התורה יכול להשתעבד בדבר

שאינו קצוב וא"כ שפיר מקשה הש"ס על ר' מאיר יכיר למה לי דהא מן התורה יכול להשתעבד א"ע אף בדבר שאינו קצוב ולק"מ על הרמב"ם:

יא וראיתי בס' שערי המלך בפרק ג' ממכירה הלכה ח' שהקשה לדעת התוס' בב"ק די"ג ע"א ד"ה אנא דקנין אגב הוא מדרבנן וכן דעת כמה פוסקים מאי מקשה הש"ס כנ"ל עד שהוצרך לשנויי בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס הא הוי מצי לשנויי דאיצטריך, יכיר להיכי שהי' לו מעות בעין במדינת הים דלא מצי לאקנויי אלא בקנין אגב דאי בחליפין אין מטבע נקנה בחליפין, ולא יכול להקנות בשטר דאין מטלטלין נקנים בשטר ובמשיכה לא מצי דליתנהו גבי' ובקנין אגב לא מצי להקנות דהוא רק קנין דרבנן אע"כ מוכח דקנין אגב הוא קנין מדאורייתא עכ"ד, ולע"ד לק"מ ותמהני על עין העדה איך נעלם מכבוד תורתו סוגי' ערוכה במס' ב"ב דף קמ"ט ע"א באיסור גיורא דהוי לי' תליסר אלפי זוזי בי' רבא רב מרי' ברי' הורתו שלא בקדושה ולידתו בקדושה הואי ובי רב הואי אמר רבא היאך ניקנינהו ר' מרי להני זוזי כו' מתקיף לה רב איקא ברי' דר' אמי אמאי ולודו איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו ולקנינהו באודייתא, וכן קיי"ל דקנין אודייתא הוי קנין כמ"ש רמב"ם בפ"ט מזכי' הלכה ט' ובש"ע סימן רנ"ו סעיף ג' וס"ג ועיין בנמוקי יוסף שם שכתב וז"ל אמר המחבר מהא דלודי איסור כתוב חכמי פרובינצייא וריטב"א בשם רבותיו דכל שמתחייב את עצמו בלשון הודאה מהני אע"פי דידעינן דלא הוי מחויב לי' מעיקרא הוא מחייב עכ"ל ומשמע להדיא אפילו בבריא ועיין בכסף משנה בפרק י"א ממכירה הלכה ט"ו על מ"ש הרמב"ם המתחייב א"ע לאחר בלא תנאי כלל אע"פי שלא הי' חייב לו כלום ה"ז חייב שדבר זה מתנה הוא ואינו אסמכתא כתב שנלמד מאודייתא דאיסור יע"ש, א"כ דאודייתא הוא אפי' בבריא, הן אמת שראיתי בתשב"ץ חלק א' סימן קנ"ג שכתב שאין פקדון ולא מלוה נקנה בהודאה אלא בשכיב מרע משום דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין ולא בבריא שאם הי' יכול להקנות בהודאה אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות וכ"כ בעל העיטור ז"ל וכן הוא דעת רמב"ם שהוא פסק האי דאיסור בפ"ט מזכי' ואילו בהלכות מכירה פ"ו כתב שהמטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא אגב קרקע וכתב עוד שם שחוב אינו נקנה אלא במעמד שלשתן ואלו הי' שהודאה מועיל בבריא אמאי לא תני תקנתא דאודייתא דהוא הילכתא בטעמא א"ו שהוא מסכים למ"ש בעל העיטור דלא מהני אלא בשכ"מ ולא בבריא עכ"ל וע"ע בחלק ג' סימן שכ"ה, אולם הש"ך בסימן ס' ס"ק ל"א כתב דכל הפוסקים חולקים וסוברים דהאי קנין אודייתא מהני אפילו בבריא, וא"כ לק"מ קו' שערי המלך הנ"ל דשפיר מקשה הש"ס יכיר למה לי דאפילו במעות יש לו מגו שהי' מקנה בקנין אודייתא, הגם לפמ"ש תוס' במס' בבא

קמא דף ק"ד ע"ב ד"ה אגב בסופו מוכח דסוברים דקנין אודייתא הוא רק קנין דרבנן ולא מהני באיסורא אכתי קמה קו' הנ"ל דהא הכא קאי על קרא מ"מ לק"מ קו' לפמ"ש תוס' במס' ב"מ דף מ"ו ע"א ד"ה ונקנהו דמשמע להדיא דס"ל שהוא קנין מן התורה ועיי' ביו"ד סימן קס"ח בטו"ז ס"ק י"ד וע"ע בתוס' ב"ב דף מ"ד ע"ב ד"ה דלא ובחידושי רמב"ן שם וא"כ לק"מ דיש לומר תוס' בב"ק דף י"ב דסוברים קנין אגב הוא מדרבנן סוברים כתוס' בב"מ דקנין אודייתא הוא דרבנן ותוס' בב"ק דף ק"ד דסוברים קנין אודייתא הוא דרבנן סוברים כפוסקים דקנין אגב הוא דאורייתא דידוע שהרבה בעלי תוס' היו, ואולם לכאורה אכתי קמה קו' הנ"ל לפי מה שכתב בספר הנ"ל בפרק כ"ג ממכירה הלכה ה' קו' עצומה לשיטת רשב"א שסובר לר' מאיר דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כל שאמר מעכשיו אפילו חזר בו או שמת המזכה קודם שבא לעולם אפ"ה משבא לעולם קנה דדבר שלא בא למולם לר' מאיר כדבר שבא לעולם לרבנן ובדבר שבא לעולם לרבנן פשיטא דכל שאמר מעכשיו ולאחר שלשים יום אפילו מת קודם שלשים יום הקנאתו הקנאה א"כ מאי משני הש"ס בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ופירש רש"י ורשב"ם דאפי' לר' מאיר דוקא בנכסים שנפלו לו בשעה שיש בו כח ליתנו לאחרים, הא לרשב"א כל שאמר מעכשיו אפילו מת המזכה קודם שבא לעולם הקנאתו הקנאה ומכ"ש בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס וליכא למימר דסוגי' מיירי שלא אמר מעכשיו דאכתי קשה למה לי קרא הא מסברא ידעינן שנאמן לומר זה בני בכורי במגו דאי בעי יהיב לי' במתנה מעכשיו ולכשיבואו לעולם ותירץ דמאי דמקשה הש"ס דיהי' נאמן במגו דאי בעי יהיב לי' במתנה בע"כ הפירוש לכשיבואו לעולם קאמר דאי במגו דאי בעי יהיב לי' במתנה מעכשיו ולכשיבואו לעולם אין זה מגו דכיון דאין יכול לחזור בו קודם שבאו לעולם יש לומר דאולי אינו רוצה לתת במתנה לשום אדם בחייו שמא יצטרך לו או ישתנה דעתו ויהי' צועק ואנו נענה יע"ש וא"כ נסתר דברינו הנ"ל דאם יתן בתורת הודאה יהי' שייך לבנו מעכשיו כיון שמודה שהם שלו ואולי אינו רוצה ליתן לו מעכשיו, אך גם זה לק"מ דשפיר יש לו מגו מעליא שיכול לומר הריני מודה שמעות שיש לי במד"ה, שייכים לבני ואולם הוא נתנם לי במתנה שיהי' שלי כל ימי חיי (ונעשה ע"פי קנין כשהייתי אתו שם וכן יש כמה גווני) והתנה עמי בתנאי שאחרי יהי' לעצמו וכעין דאיתא במס' ב"ב דף קל"ו ע"ב שיוכל אדם ליתן במתנה לומר נכסי לך ואחריך לפלוני כמו כן יוכל לומר נכסי לך ואחריך לעצמו וא"כ ה"ה יוכל האב לומר שהבן אמר לי נכסי לך ואחריך לעצמי וא"ש ולק"מ:

יב וראיתי בס' שערי מלך בפ"ג מנחלות הלכה י"ד שהקשה קו' חמורה בשם ס' בתי כהונה ומה שתי' דיש לו מגו בקני ע"מ להקנות קשה לפמ"ש בעצמו בפרק כ"ב ממכירה למעיין בר"ן ובר"אש ובח"מ סימן קצ"ה ס"א דבעינן מעכשיו, והבן ויש לישב קצת להמעיין בשע"המ שם ועמ"ש הא"ות בסי' ס"א סק"א והמחוור כמו שתירץ הפני יהושע בק"א לקידושין סימן נ"ד:

פרט ד

יבואר פסק הלכה במחלוקת רבי יהודה וחכמים וביאור סוגי' דב"ב דף קכ"ו ע"ב:

יג הפוסקים הראשונים ז"ל ואחרונים זלה"ה הסכימו דהלכה כר' יהודא, וכבר נתבאר בפרט א' סוגי' דב"ב דף קכ"ו ששמואל הי' מסופק אי הלכה כר' יהודא אי כרבנן ולכאורה קשה על הש"ס שמבאר כן בכוונת שמואל מנלן לומר שהי' מסופק בהלכה, דלמא סובר הלכה כרבנן רק שהי' מסופק בכוונתם אי פליגי רק בבן גרושה כמ"ש רש"י בקדושין דף ע"ד וע"ח הבאתי בפרט א' אבל בבכור מודו לר' יהודא שהאב נאמן נגד חזקה, או דפליגי גם בבכור שאין האב נאמן נגד חזקה, ואין לומר לפמ"ש בתוס' שם בד"ה כך לתירץ ראשון משום דר' יהודא סובר דנאמן לומר על תינוק בין הבנים שהוא בכור ומשווי לגדול ממזר מוכח שנאמן לומר שהוא בן גרושה א"כ על ידי שנאמן לגבי בכור להכחיש החזקה מוכח שנאמן ג"כ לומר שהוא בן גרושה להכחיש החזקת כשרות וממילא מוכח שבע"כ לחכמים אינו נאמן האב בבכור להכחיש החזקה דאל"כ הי' נאמן לומר שהוא בן גרושה דזה אינו דלמא סובר שמואל דחכמים לא פליגי רק על תינוק בין הבנים כיון שעל ידי אמירתו נפסל הבן אבל היכי שלא נפסל הבן שאינו תינוק בין הבנים רק נ"מ באמירתו לענין ממון כעין שכתב רשב"ם דהוי קרי לי' בוכרא ואין ידוע מספר שנותיו נאמן נגד חזקה וסברא זו מוכרחין אנו לומר בכוונת רש"י ג"כ, ותו לפמ"ש תוס' בשם בה"ג דהלכה כר' יהודא דנאמן לפסול בנו כש?פוסל על ידי הכרת בכורה אבל אין הלכה כר' יהודא שיהי' נאמן לומר זה בן גרושה ואף שהתוס' דחו מהלכה היינו שמוכח בש"ס דהלכה כר' יהודא בכל גווני אבל עכ"פ יש סברא לחלק בזה א"כ דלמא הי' שמואל מסופק בכוונת חכמים אולי מודו שנאמן האב בבכור אפילו להכחיש החזקה ולא פליגי רק לענין בן גרושה ר' יהודא סובר כמו שנאמן לפסול על ידי הכרת בכורה ה"ה נאמן לפסול כשאומר שהוא בן גרושה וחכמים סוברים דוקא על ידי הכרת בכורה נאמן אבל שלא על ידי הכרת בכורה אינו נאמן ולכן סוברים במס' קדושין דף ע"ח שאינו נאמן לומר זה בני ממזר או דלמא חכמים פליגי אף לענין בכור שאינו נאמן להכחיש החזקה וקרא מיירי בצריך הכירא, ואולם קו' הלז לכאורה לק"מ בפשיטות לפי

מאי דאיתא שם בברייתא הי' מוחזקין בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר שהוא בכור נאמן הי' מוחזקין בו שאינו בכור ואמר אביו בכור הוא אינו נאמן רישא ר' יהודה וסיפא רבנן א"כ מוכח דבע"כ פליגי אם נאמן להכחיש החזקה דדוחק לומר דאתי כתנאים אחרים אשר לא נזכרו כלל אם נחלקו מיהו אכתי קשה מנלן לש"ס דרישא ר' יהודא וסיפא רבנן דלמא אתי' כרבנן לגמרי דבלא"ה יש לדקדק למה איתא ברישא הי' מוחזקין בו שהוא בכור ובסיפא איתא הי' מוחזקין בו שאינו בכור, וראיתי בספר שיטה מקובצת בשם תוספת הר"אש ז"ל שהרגיש בזה וכתב לתרץ וז"ל ברישא רבותא קמ"ל דנאמן לר' יהודה אע"פי שמבטל שני חזקות שהי' מוחזקין בו שהוא בכור ומוחזקים באחר שאינו בכור ובסיפא רבותא קמ"ל היו מוחזקים בו שאינו בכור ואמר אביו בכור הוא אינו נאמן לרבנן אע"פי שאינו מבטל אלא חזקה אחת דשמא אין אחד מהם בכור יע"ש אבל קשה הא איכא למימר דכולה רבנן ומדוייק הלשון היטב דיש לומר דחכמים מודו שנאמן להכחיש החזקה רק בתינוק בין הבנים אינו נאמן לומר שהתינוק הוא בכור כיון שעל ידי זה משווי לגדול ממזר ולכן ברישא נאמן דאיירי שלפי ראות פניהם בקומה אי אפשר לידע מי הוא הבכור או שנולדו תאומים רק שהיו מוחזקים שאחד בכור נאמן להכחיש החזקה אבל בסיפא קאמר במכווין לשון זה היו מוחזקין בו שאינו בכור כי נראה לעין כל ההפרש בקומה בינו לבין אחיו הגדולים כי הי' תינוק בין הבנים ולכן אינו נאמן אפילו לענין בכור כיון שרוצה לעשות לבניו הגדולים ממזרים אינו נאמן אף שבא על ידי הכרת הבכורה וממילא יש לומר דשמואל הי' מסופק בזה גופא אי רישא ר' יהודא וסיפא רבנן ובאמת חכמים פליגי גם ברישא וכמ"ש תוס' והר"אש או שהפירוש בברייתא כמ"ש ומודים חכמים שנאמן האב להכחיש החזקה (ונידון דשמואל לא הי' בתינוק בין הבנים) וגם קשה על הש"ס מנלן לומר דרישא ר' יהודא וסיפא רבנן ולכאורה עלה בדעתי ליישב קו' הנ"ל דהש"ס סובר דבע"כ אי אפשר לפרש כן דאי נימא שחכמים סוברים שנאמן לענין ממון אף להכחיש החזקה רק שאינו נאמן לפסול הבנים כמ"ש תוס' כיון שהוא רע לולד עיין בתוס' קדושין דף ע"ד ע"א ד"ה כשם ובחידושי מוהרי"ט שם תיקשי דראוי לומר פלגינן דיבורא כמ"ש בפרט א' שאף שאינו נאמן לשווי' לגדול לממזר לפסלו יהי' נאמן לענין ממון שהקטן יטול חלק בכורה דהא קיי"ל כרבא בסנהדרין דף ט' ע"ב דפלגינן דיבורא ולכן סתמא דגמרא דסוברים כרבא מוכרח לומר דר' יהודא וחכמים פליגי וחכמים בע"כ סוברים שאינו נאמן להכחיש החזקה אבל אכתי קשה מנלן דשמואל הי' מסופק אי הלכה כר' יהודא אי כחכמים דלמא סובר הלכה כחכמים ומסופק בכוונת חכמים כמ"ש רק דסובר כר' יוסף שם דלא פלגינן דבורא אך יש

לומר דמהאי טעמא נייד לומר ששמואל הי' מסופ' בכוונת חכמים כיון דהלכה פסוקה דהלכה דפלגינן דיבורא ומה גם חכמים דר' יהודא במס' יבמות דף כ"ה גבי הרגתיו סוברים דפלגינן דיבורא, אמנם אכתי קשה דהנה בפירוש פלגינן דיבורא מצינו מחלוקת בין אבות העולם התוס' במס' סנהדרין בד"ה ואין כתבו דרבא סובר באומר פלוני רבעו לרצונו פלגינן דיבורא שרבע אבל לא שרבעו וכן בהרגתיו נאמן שנהרג אבל לא הרגו ועיין בתוס' במס' כתובת דף י"ח ע"ב ד"ה ואין וא"ב יש לומר דלא פלגינן דיבורא רק היכי שאפשר לחלק הענינים אבל היכי שאי אפשר לחלק הענינים כגון הכא כשאומר על תינוק בין הבנים שהוא בכור ובע"כ משווי' לגדול שהוא ממזר אי נימא שנאמן לענין ממון שהשני נוטל חלק בכורה ואינו נאמן לפסול לגדול שהוא ממזר הוי תרתי דסתרי יש לומר לכ"ע לא פלגינן דיבורא ואם כן לפי זה קמה קו' הנ"ל דאף דהלכה בעלמא פלגינן דיבורא מ"מ שפיר סברו חכמים שאינו נאמן אף על חלק בכורה ואולם רש"י זלה"ה כתב שם וז"ל רבא אמר אין אדם נפסל לעדות בהודאת פיו דאדם קרוב אצל עצמו הלכך אין אדם יכול להשים עצמו רשע כלומר על עדות עצמו אינו נעשה רשע שהרי תורה פסלה קרוב לעדות ונהרג הרובע דפלגינן דיבורא ומהמנינן לי' לגבי חברי' ולא מהמנינן לי' לגבי דידי' לפסול לעדות עכ"ל משמע להדיא אף שנאמן בכל דבריו מ"מ לגבי עצמו לא נפסל וכמ"ש כבוד אאמ"ו הגאון נרו בש"ות שמן רקח חלק ב' סימן מ"ו בכוונתו שר"ל שאין הכוונה דפלגינן גוף הדברים דנימא דהוי כאילו אמר פלוני רבע לאחר אלא באמת מאמינים לכל דבריו שפלוני רבעו לרצונו ואפ"ה אין נעשה רשע דגז"הכ הוא דהא דקרוב פסול לעדות אינו משום משקר דאף משה ואהרן פסולים מחק המלך כדאי' בב"ב דף קנ"ט והוי פלגינן דיבורא לענין תועלת דלגבי חברי' אנו מאמינין לכל עדותו ומהני העדות ולגבי נפשו לא מהני דאף דמעשה אמת אפ"ה לא נעשה רשע ע"פי הודאת עצמו וכן מוכח בפירוש משניות לרמב"ם בסוף נדרים יע"ש וא"כ לפ"ז אמרינן פלגינן דבורא אף היכי דהוא תרתי דסתרי ועיין בש"ות נודע ביהודה מהדורא קמא חלק א"העז סימן ע"ב וא"כ לשיטת רש"י א"ש דבע"כ מוכרח הש"ס לומר דחכמים פליגי על ר' יהודא וסוברים שאינו נאמן להכחיש החזקה דאל"כ קשה כיון דאמרינן פלגינן דיבורא לענין תועלת אמאי אינו נאמן לענין ירושת בנו הבכור אבל לשיטת תוס' דלא אמרינן פלגינן דיבורא לענין תועלת הדק"ל מנלן לש"ס דחכמים פליגי דלמא מודו כנ"ל משום דסוברים דבכה"ג לא אמרינן פלגינן דיבורא כיון דהוי תרתי דסתרי דהא הכא אי אפשר לחלוק הדיבור ודלמא שמואל סובר ג"כ כחכמים רק שמסופק בכוונתם כנ"ל:

ד שוב ראיתי בחידושי רא"ה לכתובת דף י"ח ע"ב בד"ה אלא שביאר למ"ד בב"ב דף קל"ד דלא פלגינן דיבורא בחד גופא אין הכוונה בין שני גופים לגוף אחד אלא הכי קאמר התם שני גופין שהם שני עדות שמעידין על אשתו ועל אותו פלוני הכא חד גופא שהוא חד עדות וכתב לאותו מ"ד בחד עדות לא אמרינן פלגינן דיבורא ועיין בתוס' סנהדרין וכתובת הנ"ל וכפי הנראה מדבריו הכי קיי"ל דקיי"ל שם בכתובת כרבא ודלא כב"ש בסימן קנ"ב ס"ק א' וא"כ ה"ה כשאומר זה בני בכורי הוי חד עדות ולא פלגינן דיבורא ועיין ביבמות דף כ"ה ע"א בנמוקי יוסף שכתב כסברת רא"ה וז"ל וא"ת מ"ש מהאי דאיתא בכתובת דאין נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון הוי לן לומר נפלוג דיבורייהו שהם נאמנים במה שאומרים אנוסים היינו ואין נאמנים במה שאומרים מחמת ממון ונימא דאנוסים היו מחמת נפשות ויש לומר שאני הכא דכשאמר הרגתי וכן כשאמר פלוני רבעני לרצוני שתי עדות הם שאפשר לזה בלא זה וכיון שכן פלגינן דיבורא ואע"פי שהכל בעדות אחת מהמנינן לי' שמת פלוני אבל אין מאמינן אותו שהרגו הוא וכן אנו אומרים כשאומר פלוני רבעו לרצונו אבל כשאומרים אנוסים היינו מחמת ממון הכל עדות אחד דמחמת ממון פירוש דאנוסים היינו דאילו אנוסים היינו פירוש בעי אי מחמת ממון אי מחמת נפשות וכיון שכן לא פלגינן עדות אחד לב' להיות גורעין ומוסיפין ודורשין עכ"ל וה"ה אין לומר כוונתו מה שאומר זה בני בכורי לענין שיטול בתורת מתנה כבכור כי אין להוסיף בלשון מה מלא אמר ואף אם כוונתו כן הא במתנה בעי קנין ובריית מיירי בכל גווני אף בבריא וכיון שהוא הכל עדות אחת לא חייך פלגינן דיבורא הדק"ל דשפיר מצי אתיא הברייתא כחכמים וככ"ע אפילו למ"ד בעלמא פ"ד מודה הכא דלא פ"ד:

טו אבראי דיש להבין דלכאורה משמע דבסברא הלז נחלקו תנאים דאיתא במס' כתובת דף כ"ה ע"ב הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה דברי ר' אמר לו ר' חייא אם אתה מאמינו להאכילו בתרומה תאמינו להשיאו אשה ואי אתה מאמינו להשיאו אשה לא תאמינו לאכול בתרומה א"ל אני מאמינו להאכילו בתרומה שבידו להאכילו תרומה ואינו מאמינו להשיאו אשה שאין בידו להשיאו אשה א"כ לר' אפילו בחד עדות ובחד גופא פלגינן דיבורא שנאמן על תרומה וא"נ להשיאו אשה וכמו כן יש לומר ה"ה כשאמר על תינוק בין הבנים זה בני בכורי נאמן על זה שיטול פי שנים ואינו נאמן לשווי' לגדולים ממזרים ואף שהוא רק חד עדות כי אי אפשר לזה בלא זה לפי עדותו שמעיד עכשיו מ"מ פלגינן דיבורא ואולם קשה על סוגי' דכתובת הנ"ל מסברת הפוסקים הנ"ל שסוברים להלכה בחד עדות לא אמרינן פלגינן דיבורא, ולכאורה עלה בדעתי לומר בישוב הסוגי' כי היכי דלא תיקשי למ"ד בב"ב דף קל"ד ע"ב

דלא פלגינן דיבורא בחד גופא דיש לחלק ולומר דלא דמי זה לזה דשאני התם דאמר גרשתי את אשתי למפרע וכתב רשב"ם הטעם בד"ה או כיון דלא מהמנינן לי' בגירושין למפרע משום דאין בידו לעשות וליכא מגו נמצא שלא גירש את אשתו למפרע והשתא נמי לא גירש דאיהו לא טעין אלא גירושין למפרע אכן טענינן לי' בתמי' הלכך כל היכי דאמר גרשתי את אשתי אתמול לא מהמנינן לי' כלל דמגו דלא מה מהמנינן לי' לגבי למפרע לא מיהמן להבא דלא פלגינן דיבורא יע"ש משא"כ הכא לפי מה שפירש בחידושי רא"ה שם שמיירי שלא ידעינן שהי' בנו לכן נאמן לענין תרומה שאם הי' רוצה לא הי' מעיד שהוא בנו והי' מעיד עליו שהוא כהן ונאמן ולכן גם השתא נאמן במגו ויש לומר דאנו תפסינן טענה שטוען עכשיו מה שנאמן במגו כאילו הי' טוען באמת כטענת מגו כיון שלענין תרומה יש לו מגו הוי כאילו אמר שאינו בנו והוא כהן אבל באמת זה אינו דאף שנאמן במגו מ"מ לא תפסינן דיבורא כאילו הי' טוען טענת המגו רק שנאמן על אותו טענה שטוען עכשיו במגו ומה גם להמעיין בתוס' שם ד"ה שבידו ובחידושי רא"ה מבואר שתוס' לא פירש מטעם מגו זו שהי' מעיד רק שפירשו שבידו להאכילו בתרומה כפשוטו וא"כ הדק"ל וצ"ע לחלק הענינים דלכאורה הך מילתא דנחלקו בב"ב דף קל"ד ע"ב נחלקו ר' ור' חייא ויעין כי עניני פ"ד ארוכים ואין כאן מקומו אמרתי לקצר ויבואר בס"ד במקומו:

פרט ה

יבואר ביאור דברי שמואל בב"ב שם שהי' מסופק אי הלכה כר"י אי כחכמים ופסק שכותבין הרשאה זה לזה:

טז יש לחקור בהאי פסקא דפסק שמואל שם דכותבין הרשאה זה לזה ובע"כ פסק שיש לו דין ממון המוטל בספק וחולקין וכעין האי דר' ינאי בהוכרו ולבסוף נתערבו דכותבין הרשאה זה לזה דפירושו דחולקין בין שניהם עיין בח"מ סימן דע"ז סמ"ע ס"ק כ' וקשה אמאי כיון דקודם שאמר האב שזה הוא בכור הי' האחר בחזקת שהוא בכור על ידי חזקה דהא אלים כח החזקה ולולי דיבורו אם הי' מת האב הי' יורש חלק בכורה על ידי חזקה הלז עיין ברמב"ם בפ"ב מנחלות הלכה ז' ובש"ע סימן ר"פ סעיף א' וסימן רפ"ד סעיף א' ועתה שאמר האב על אחר שהוא בכור ונולד לנו ספק בדין אם הוא נאמן נגד חזקה או לא ראוי לומר כמו בכל הספיקות כשיש ספק מוקמינן על החזקה שהי' מקודם שנולד הספק ויטול ה המוחזק לבכור פי שנים ולשיטת כנסת הגדולה ביו"ד סימן י"ח וסיעתו שכתבו בספיקא דדינא לא מוקמינן על חזקה דבשביל חזקה לא ישתנה הדין א"ש אך כתבתי בכמה דוכתי שאין דבריו מוכרחין משרבו החולקים ואפילו לפי שיטתו נראה דלא שייך

האי כללא בממון כי אפילו באיסורא נראה שהוא רק חומרא דרבנן שלא לסמוך על חזקה כזו כיון שאין שייכות לחזקה עם הספק ולא שייך להחמיר בממון כי מן התורה הוי חזקה וכיו"ב כתב מוהרש"א בכתובת דף כ"ו ע"ב ד"ה אנן לענין תרי ותרי יע"ש ולכאורה יש לומר דזהו לא מיקרי חזקה לענין שיזכה בספיקו כיון דכל זמן שהי' אביו חי לא הוי הנכסים בחזקתו ולא היינו דנין כלל מי יטול חלק בכורה ולא באנו לדון על הספק כי אם לאחר מיתת אביו באו הבית דין להסתפק מי יזכה בחלק בכור ובאותו זמן כבר הי' האב אמר שזהו בכורי א"כ מעולם לא הי' לבכור חזקה בנכסים דבחיי אביו הי' האב מוחזק ולאחר מיתתו כבר הי' הספק לפנינו בדין כמאן קיי"ל אבל זה אינו דאיתא במס' ב"ב דף קנ"ט ע"ב במתני' נפל הבית עליו ועל אמו אלו ואלו מודים שיחלוקו אמר ר' עקיבא מודה אני בזה שהנכסים בחזקתן ואי' בש"ס בחזקת מי ר' אילא אמר בחזקת יורשי האב פי' דש"י הואיל והוחזקה נחלה לאותו שבט שכל ימי חיי האשה לאחר שמת בעלה הי' כל ממונה בחזקתה והרי היא משבט אביה ואפילו כתובתה ותוס' שגבתה מבעלה משבאה לידה הרי הן בחזקת שבט אביה שהיא מתייחסת אחר שבט אביה עכ"ל ר' זירא אמר בחזקת יורשי הבן פי' רשב"ם וז"ל דמשמת הבעל הי' הבן ראוי ליורשה קודם לכל קרוביה מצד האב יע"ש הרי לר' זירא מה שהי' ראוי ליורשה אף בעודה בחיי נקרא בשם חזקה ואף דר' זירא הדר אח"כ היינו משום דסובר חזקת השבט עדיף אבל לא מטעם הנ"ל כיון שלא חל החזקה וא"כ ה"ה בחיי האב קודם דאמר זה בני בכורי הי' החלק בכורה בחזקת אותו בן שהוחזק לבכור שבאם ימות האב ירש אותו ועתה שנולד הספק ראוי לוקים בחזקת קמייתא (והא ודאי מה שיורשים מוחזקים בנכסים לא מיקרי חזקה כיון דעכ"פ אינו שלהם וסופם להחזיר עכ"פ כשיכתבו הרשאה זה לזה והוי כאילו לא הי' שום אחד מהם מיחזק) מיהו אפשר לחלק דהתם בנפל הבית כו' בעת שהי' האם ובנה בחיים הי' חזקת הבן בתקפו שאם תמות האם יהי' יורשה ולא הי' שום ספק בחזקה והספק בא לאחר מיתת שניהם ראוי לוקים על חזקה קמייתא משא"כ הכא גם בחיי האב מיד כשאמר זה בני בכורי הי' לנו ספק בדין אם נאמן ואיתרע החזקה על ידי הספק בדין לכן אח"כ כשמת האב לא מהני החזקה, אבל הוא סברא דחוקה דמה בכך שהספק נולד בחיי האב מ"מ ראוי לומד מיד כשנולד הספק אם האב נאמן שמוקמינן בחזקת הבן אשר מוחזק לבכור, ועיין במס' ב"מ דף ק"ב ע"ב במעשה באחד ששכר מרחץ מחבירו בשנים עשר זהובים לשנה מדינר זהב לחודש ובא מעשה לפני רשב"ג ור' יוסי ואמרו יחלוקו את חודש העיבור ואמר שמואל בבא באמצע החודש אבל בא בתחילת החודש כולה למשכיר בא בסוף החודש כולה לשוכר ופי' רש"י וז"ל מתני' דתני יחלוקו בבא לבית דין

באמצע החודש ואמר לו צא מביתי או תן לי שכר חודש וכי מספקא לן איזה לשון נתפס אמרינן העמד ממון על חזקתו ומה שדר כבר לא מפקינן מיני' ודלמא לשון אחרון אית לן למיתפס ומה שלא עבר מן החודש או יצא או יתן לו שכרו העמד קרקע על חזקתה חזקת בעלמא אבל בא בתחילת חודש כולו למשכיר העמד קרקע בחזקת בעליה, בסוף חודש כולו לשוכר העמד ממון על חזקתו עכ"ל ור' נחמן אומר קרקע בחזקת בעליה עומדת ופי' רש"י ואפילו בא בסוף החודש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחילת החודש נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר ע"ש ועיין בד"ה אע"ג ועיין כעין זה בבית שמואל א"העז סימן קי"ז ס"ק ט"ו א"כ נחלקו לשמואל אזלינן בחזקה בתר שעה שנודע הספק לבית דין ולר' נחמן אזלינן בתר שעה שנולד הספק וא"כ הכא כיון שהספק אי האב נאמן נגד חזקה לא נודע לבית דין מאמירתו רק אחר מיתתו וכיון דהספק לא מתחיל רק משעה שנודע לבית דין וקודם לכן אף לאחר מיתתו הי' בחזקת הבן המוחזק לבכור ואף אם נודע לבית דין הספק בחיי האב ג"כ ראוי לומר כיון שיש להם ספק אוקי הדבר על חזקה קמייתא בחזקת בן המוחזק לבכור שאם ימות האב יטול פי שנים כפי חזקתו דהא מוכח בב"ב שם דחזקה כזו הוי חזקה ודוחק לומר דשמואל חולק בזה על סוגי' דב"ב הנ"ל ולכאורה יש ליישב לשיטת רשב"ם דאיתא במס' ב"ב דף ל"ב ע"ב הילכתא כוותי' דרבה בארעא היכי דקיימא ארעא תיקום וכתבו בתוס' ד"ה והילכתא וז"ל ורבינו שמואל פירש דמספקא לן כמאן הילכתא וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דהא דלא אוקמא בחזקת מרא קמא בנכסי דבר שטיא דאיתא בכתובת דף כ' אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא התם הוי תרי ותרי וכמאן דליתנהו דמי ואוקים ארעא בחזקת מרא קמא אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן התם לא שייך כולי האי למימר אוקי אחזקת מרא קמא ונוציא מיד המוחזק ודוחק הוא יע"ש, ובמשנה למלך בפרק ז' משכירות ה"ב ועזרת נשים בסוף הספר דף כ"ח ע"ב הביאו דעת הרבה פוסקים מקמאי זלה"ה הסוברים כרשב"ם וחזקת מרא קמא בקרקע הוא כעין חזקה קמייתא וכמו התם בספיקא דדינא לא מהני חזקה קמייתא ה"ה בספיקא דדינא לא מהני חזקה קמייתא של זה הבכור המוחזק, אבל אכתי קשה לשיטת תוס' ותו התם עכ"פ יש חזקה דהשתא לכן כתבו דלא שייך כולי האי למימר אוקי אחזקת מרא קמא ונוציא מיד המוחזק משא"כ הכא שאין שום אחד מהם מוחזק כי חזקת הבנים בודאי לא הוי חזקה ואין לומר דמיירי שאותו הבן שאמר עליו אביו שהוא בכור הוא מוחזק דא"כ קשה למה אמר שיכתבו הרשאה כיון שאינם מוחזקים בנכסיו רק הוא לבדו אין להוציא ממנו כל בספיקא דדינא:

יז לכן נראה לענ"ד לומר דשמואל סובר דלא שייך לומר כשיש ספק אוקי מילתא על חזקת קמייתא רק היכי שאין הספק עוקר החזקה מעיקרא כמו בנגע דיש ספק אי חסר הנגע שמעיקרא הי' בודאי נגע וכמו כן בספק אשת איש וספק פנויה שמעיקרא הי' בודאי שאף לפי הספק שנולד לנו עכשיו אי אפשר לעקור החזקה למפרע משא"כ היכי שיש לנו ספק אולי הי' החזקה לגמרי בטעות שמעולם לא הי' חזקה לאמת דק שהי' בטעות כיון שעל זה גופא אנו דנין אם החזקה הי' טוב או לא והספק הוא בחזקה ל"מ החזקה ולכן הכא אם האב נאמן לומר זה בני בכורי בע"כ החזקה שאחר הי' בכור הי' בטעות ואי אינו נאמן קם החזקה והוא מסופק בהלכה אי כר' יהודא אי כחכמים הוי ספק בגוף החזקה שהי' להבן המוחזק בבכור ולא דמי להאי דבא באמצע חודש דהתם אף לפי הספק איכא חזקת ממון דאי אפשר לסתור החזקה על ידי ספק וכ"כ בהאי דב"ב דף ל"ב וכמו כן בהאי דנפל הבית עליו ועל אמו עכ"פ בעת שהי' הבן ואם בחיים היתה החזקה בתקפו משא"כ הכא שעיקר החזקה שהי' לבכור אינו מחמת שמוחזק בממון רק שהי' לו חזקה שהי' מוחזק אצל העולם לבכור ועתה נולד לנו הספק אולי הי' עד עתה בטעות ואע"פי שאין ראי' לדבר זכר לדבר מיהו איכא שכיו"ב כתב רבינו הגדול מוהר"ם מרוטנבורג הובא בתשובת מיימוני דשייכי להלכות אישות סימן ג' במעשה ששליח טעה ורצה לקדש אשה למשלח ואמר לי וטוען שטעה כתב וז"ל ועד אחד נאמן באיסורא היכי דלא אתחזק איסורא ואע"ג דאתחזק לן בי' איסורא כל כמה דלא אמר דאטעי' לדיבורא הא לא מיקרי אתחזק איסורא אלא היכי דאף לפי דברי העד הבא להתיר האיסור מכאן ולהבא מודה הוא דמעיקרא אסור הי' כגון ההוא דריש פרק קמא גבי בפני נכתב ובפני נחתם דאתחזק איסורא דאשת איש אף לפי דברי השליח יע"ש והובא כמי בהגהות מרדכי במס' קדושין בפרק האומר, אך עדיין אנו חוכך בסברא זו מהא דאיתא במס' כתובת דף כ"ד ובקדושין דף ס"ט ע"ב אמר ר' יוסי גדולה חזקה שנאמר ומבני הכהנים כו' בקשו כתבם המתייחסם ולא נמצאו כו' ואמר להם הרי אתם בחזקתם במה הייתם אוכלים בגולה בקדשי הגבול אף כאן נמי בקדשי הגבול פירש"י בכתובת שם שאין בית דין יכולין להוציא הדבר מחזקתו ועיין בד"ה מקדש שכתב ג"כ משום דהוחזקו בה אף דעכשיו כולד הספק וריעותא בדבר כמ"ש תוס' בד"ה שאני דאיתרע החזקה שלא מצאו כתבם א"כ נולד לנו ספק אולי החזקה הוא בטעות מ"מ מוקמינן על חזקה הרי אף היכי שיש ספק אולי הי' בטעות מ"מ מהני חזקה ואפשר לחלק ע"פי מ"ש בתבואת שור סימן י"ח סע"ק כ"ט הטעם שאי אפשר לשנות דבר שנוהגין בו היתר לנהוג בו איסור כי אם בראי' ברורה ומדמה לזה כיו"ב איתא בקדושין דף ע"א כאן להשיאו

אשה כאן להוציא אשה מידו הרי דבר שהוא ביד אדם בחזקת היתר אע"ג דלית לי' חזקה ברורה מתחילתו אין מוציאין ומפקיעין היתרו כי אם בראיה ברורה כמו שאין מוציאין ממון מיד המוחזק בו יע"ש הטעם שכבר זכה בהיתר זה על ידי שנהג ועשה מעשה לכן אלים החזקה משא"כ הכא שעדיין לא זכה הבכור בחלק בכורה על ידי שהי' מוחזק אצל העולם לבכור כי לא הי' לו שום זכות כי התם כבר נהג בהיתר ועדיין צ"ע בסברא זו כי לא מוכרח כל כך, ועיין בתוס' גיטין דף ב' ע"ב בד"ה ואם שכתבו וז"ל אבל אי ליכא לוה קמן והמלוה מצא עידי קיום מחזירין לו ואי הדר אתי לוה וטען מזויף הוא נראה דתו לא מיהמן כיון דהוחזק בהיתר עכ"ל אף אם הי' בא הלוה מקודם והי' טוען מזויף לא הי' גובה כמ"ש תוס' שם מ"מ עכשיו אינו נאמן ולא אמרינן שאגלי מילתא למפרע שחזקה הי' בטעות וצ"ע ואין כאן מקומו ובאי"ה יבואר היטב בכללי חזקות ולהלכה קיי"ל כר' יהודא דנאמן נגד חזקה:

פרט ו

יבואר לדידן דקיי"ל כר"י דנאמן נגד חזקה דעת הפוסקים בזה אי נאמן האב היכי שהחזיקו בעצמו בדיבורו מעיקרא אי נימא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד:

יח הרמב"ן זלה"ה בחדושיו בב"ב כתב וז"ל הי' מוחזקין בו שהוא בכור פי' הרב רבינו שמואל זלה"ה בקלא בעלמא כעין שאמרנו למעלה דהוי קרי לי' אבוהו בוכרא אבל אי איכא עדים שנולד קודם אחיו ואמר דלאו בוכרא היא אינו נאמן ואדרבא איפכא משמע דאי הוי רגיל אבוהו דאמר בוכרא הוא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל אי איכא עדים שנולד קודם לאחיו נאמן שהוא מעיד על עצמו שהוא בוכרא והשאר אינו שלו דלר"י נאמן אדם לומר זה בני ממזר עכ"ל והובא דבריו בטור חושן משפט סימן רע"ז ובש"ע שם סעיף י"ב כתב רמ"א בפשיטות כרמב"ן וז"ל מיהו אם אמר פעם אחת על אחד שהוא בכור לא יוכל אח"כ לומר על אחר שהוא בכור יע"ש והשמיט דעת רשב"ם ולכאורה תמוה, אבראי לענ"ד יש לעיין דהנה בדף קכ"ה ע"ב איתא אמר ר' יוסף אמר איש פלוני בני בכורי הוא נוטל פי שנים כו' ההוא דאתי לקמי' דרבה בר בר חנן א"ל מוחזקני בזה שהוא בכור א"ל מנא ידעת דהוי קרי לי' אבוהו בוכרא סכלא דלמא בוכרא דאימא הוא כמו ההוא דאתי לקמי' דר' חנינא א"ל מוחזקני בזה שהוא בכור א"ל מנא ידעת א"ל דכי אתי לגבי דאבוהו א"ל זילו לגבי שכחת ברי דבוכרא הוא ומס דוקא כו' מכל זה מוכח אף שלא העיד האב בפני בית דין ואמר כן חוץ לב"ד מהני, ויש להבין מנלן להש"ס כן דלמא מה שהאמינה תודה להאב הוא רק כמו בעדים שאם אמרו חוץ לבית דין לא הוי עדות דבעינן שנחקרה עדותן בבית דין כדאי' בחושן משפט סימן כ"ט ומנלן

שאלים כח האב יותר מעדים, ואפשר לומר דתלמודא דייק כן מלישנא דקרא בדברים כ"א דאי' והיה ביום הנחילו וגו' לא יוכל לבכר כו' כי את הבכור בן השנואה יכיר, א"כ קאי על עת שמנחיל את בניו ומשמע אפי' כשאינו אומר בבית דין דאטו הדרך להנחיל את בניו בפני בית דין דוקא ומשמע מלשון הכתוב כשיכיר באותו זמן מי הוא הבכור נאמן כאילו העיד בפני בית דין, ועוד יש לומר דמזה גופא ממה שהאמין תורה לאב מוכח שאין צריך להעיד בפני בית דין דהנה אנן קיי"ל באיסורין כיון שעד אחד ואפילו בעל דבר וקרוב נאמן אין צריכין להעיד בבית דין ובממון ובדיני נפשות דבעינן עדים כשרים דוקא בעינן שיהי' נחקרה עדותן בבית דין וכיון דאשתני דין בכור שאפילו אב שהוא קרוב ועד אחד נאמן ממילא אין לו דין עדים שיהי' צריך לכללי עדות דמה שצריך שיעידו בפני בית דין הוא אחד מכללי עדות היכי שצריך עדים כשרים, אך יש לעיין מנלן להש"ס שבכל גווני נתנה התורה לאב נאמנות כיון דבאמת חידוש הוא שחידשה תורה שיהי' נאמן האב להכיר ואשתני דין בכור מכל דיני ממונות ראוי למעט החידוש כמו שהוא כלל מוסכם בכל דוכתי אולי לא האמינה תורה רק כשאומר בזמן שבא לדון על הירושה כמו דאיתא בקרא והי' ביום הנחילו יכיר וגו' שמן הסתם באותו זמן דק היטב שלא להעביר נחלה מבנו הבכור ובפרטות לשיטת הרמב"ן המובא בפרט ב' שהוא לאו אבל כשאומר דרך שיחה בעלמא בזמן שלא רמי' עליו להוריש אולי לא דק היטב בלשונו כי לא הי' רמי' עליו לדייק היטב, ולאחר העיון ראיתי בש"ות הריב"ש בסימן מ"ז במ"ש הרמב"ם בפרק רביעי מהלכות נחלות האומר זה בני או זה אחי או זה אחי אבי או שאר היורשים אע"פי שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו ירשנו בין כשאמר כשהוא בריא בין כשאמר והוא שכ"מ כתב וז"ל עדיין יש להסתפק בנידון זה כי אפשר לומר שהמשנה וגם הרב ז"ל לא מיירי רק במי שאומר עליו שהוא קרובו בעת שהוא ראוי ליורשו כגון שהוא אחי אביו ובעת דיבורו אין לו קרוב יותר ממנו שאז הוא כאילו אמר עליו שהוא ראוי ליורשו אבל בנפתלי זה שאמר על ראובן זה שהוא קרובו בעת שהי' לו בנים ראוי לירש או קרובים אחרים קודמין לו בירושה אפשר שלא היתה כוונתו על דעת שירשנו ומילי דכדי ניהו דלא סליק אדעתא שימותו בניו בחייו או שאר קרוביו הקודמין לו ויבוא זה לירש ומילתא דלא רמי' עלה דאינש אמר ולאו אדעתא דומי' מאי דאי' ביבמות בפ' בית שמאי גבי נטולה אני מן היהודים לגבי יבם דלא מסקא אדעתא דמת בעל ונפלה קמי' יבם וכן נראה מלשון הרמב"ם שאמר או שאר היורשין אותו נראה שם עתה ראוי לירש אותו לא במי שבשעת דיבורו אינו ראוי ליורשו עכ"ל ובתשובת תשב"ץ חלק א' סימן נ"ח השיב על זה וז"ל ועוד שאם מפני טעם זה הוא

נאמן בעל הנכסים לא הי' הדין להאמינו אלא כשאומר כן במתכוין לנחלה אבל במתכוין לדבר אחר לא הי' מן הדין להאמינו כמו שאינו באמן בשעה שאינו ראוי ליורשו והא נמי ליתא שהרי ר' חנינא החזיק להאי בכור דאמר זילי לגבי שכחת ברי דהוא בוכרא אע"פי שלא הי' מתכוין בזה לנחלה כלל נאמן וה"ה בנידון זה אע"פי שהי' לו בנים באותו זמן נאמן להחזיקו בקרוב עכ"ל א"כ כבר האירו עינינו בסברא הנ"ל, ואולם יש להבין על הש"ס גופא דלמא באמת אינו נאמן רק ביום הנחילו את בניו שאז בודאי רמי' עליו, ומצינו שכתב בנמוקי יוסף במס' ב"ב דף ע' הובא בדרכי משה ובסמ"ע ח"מ סי' ע"ה ס"ק ב' דלא דייקינן בדבריו של אדם שיהי' כנגדו אם לא אמרן ממש ולעולם אמרינן דדרך שטות הוא דיבר ללא צורך ומ"ש הש"ך בס"ק ה' שלא מצא בני' כבר מצא בתומים שם והראה מקומו, א"כ חזינן שלא דייקינן בדברי אדם, ואולם מצינו בערכין דף ה' פלוגתא דר' מאיר וחכמים ר' מאיר סובר אין אדם מוציא דבריו לבטלה והוכחתי בכמה דוכתי היכי שאמר לשון המשתמע לתרי אפי מסתמא לא הוציא דבריו לבטלה ומודו חכמים לר"מ דלא אמרינן שדיבר לבטלה אף בשלא אמר רק דרך שיחה בעלמא שלא בפני בית דין והמעיין היטב בנ"י יראה שיש לחלק הענינים דלא דמי להתם וא"כ ה"ה כיון שאומר שהוא בכור מסתמא דיבר לצורך ולא הוציא דבריו לבטלה וגם לא אמרינן שהי' בדרך שחוק והשטאה שמן הסתם אין אדם משטה ומשחק דהא טענת השטאה היא טענה גרועה כדאי' בח"מ סימן פ"א והנה הרמב"ם בפרק ב' מנחלות הלכה י' כתב וז"ל העידו העדים שהם שמעו אביו של זה אומר דברים כך וכך שהרי אותן הדברים יוודע מכללן שזה בנו בכורו הרי זה נוטל פי שנים אע"פי שלא אמר האב בפירוש זה בני בכורי יע"ש שינה מלשון הש"ס שלא נטעה דוקא כשאומר לעשות רפואה וגמירי שהוא כן לא אמר בדרך השטאה ושחוק אבל כשאמר בלשון אחר אולי כיון לשחוק בעלמא לכן כתב בסתם ובכל גווני אמרינן שבוודאי אמר להודאה גמורה והטור בסימן רע"ז אף ששינה קצת לשון זה מ"מ איתא בתחילה בסתם כשאמר פלוני בני בכור הוא נוטל פי שנים משמע אף שאמר בדרך שיחה ולא בתורת הודאה וכאשר מורה לשון ר' יוסף ובע"כ הטעם כמ"מ שמן הסתם אין אדם מוציא דבריו לבטלה:

יט ובעיקר קו' הרמב"ן נראה לומר דסובר כמ"ש הר"ן בתשובה סימן מ"ז וז"ל תחלה אני דן על זה שאמר העד הראשון בתחילה חוץ לבית דין שהיתה זקוקה ליבם אם יש לסמוך עליו במה שהעיד בבית דין ששמע זה זמן רב שמת מי אמרינן כיון דבעדות האשה אין צריך שיעיד העדות בבית דין וכי היכי דבעדות שנתקבל לפני בית דין אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד או דלמא אפילו הכי כל שלא העיד חוזר ומגיד בבית דין

אע"פי שמכחיש דבריו הראשונים לפי שאין אדם מדקדק במה שאומר חוץ לבית דין ומסתברא דהכי הוא קושטא דמילתא שאפי' בעדות אשה אע"פי שהגיד חוץ לבית דין חוזר ומגיד בבית דין אע"פי שמכחיש דבריו הראשונים ויש ראי' לזה מאותה ששנינו העדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לאיסור כו' אם עד שלא נחקרה עדותן בבית דין אמרו מבודין היינו הרי אלו נאמנים אם משנחקרה עדותן בבית דין אמרו מבודין היינו אין אלו נאמנים הרי שכללו כאן כל מיני עדות אף אותן שאין צריכין שיהי' נעשה בפני בית דין שהרי שנינו בין לאיסור בין להיתר ואפ"ה אמרינן דאע"פי שהעידו בב"ד כל שלא נחקרה עדותן בבית דין יכולין לומר מבודין אנו לפי שאין העדים מעידין עד שעת גמר עדותן בבית דין וזו ראי' שאין עליה תשובה עכ"ל והובא בקצרה דבריו בחלקת מחוקק סימן י"ז ס"ק י"ז הרי דס"ל דלא אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד רק כשהעידו מתחילה בבית דין אבל כשהעידו מתחילה חוץ לבית דין אף שמועיל עדותו כל זמן שלא חזר מ"מ יכול אח"כ לחזור ולהגיד בבית דין ויש לומר ה"ה אף שהאמינה תורה לאב אף כשאומר חוץ לבית דין כל זמן שלא חזר מדיבורו מ"מ יכול אח"כ לחזור ולהגיד ולכן נאמן עכשיו לומר זה בכורי אף שהוחזק מתחילה האחר ע"י אביו, ואולם לפ"ז צריך עכשיו להעיד בפני בית דין כעין נידון דהתם וצ"ע:

ף

כ ודע בגוף דברי הרמב"ן הנ"ל לכאורה יש לחקור במ"ש באב שייך לומר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, הא עיקר דין הלז אי' בכתובת דף י"ח ע"ב אמר רבא כל כמיני' כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד פי' רש"י וז"ל דגבי עדות חדא הגדה כתיב אם לא יגיד כו' יע"ש וא"כ הוא גזירת הכתוב ואולי דוקא בעדים דבעי הגדה בפני בית דין גלי התורה כיון שהגיד שוב אינם חוזרים ומגידים משא"כ היכי שאין צריך להעיד בפני בית דין לא גלי התורה, ונראה לענ"ד בכוונת רמב"ן ז"ל דסובר היכי שרצה לחזור ולהגיד בלי אמתלא הסברא מחייבת שאין יכול לחזור ולהגיד ואין צריך לזה קרא דמן הסתם כיון שנאמן על מה מאמר בתחילה חוץ לבית דין אין יכול לחזור ולהגיד ולית לי' שיטת הר"ן הנ"ל ועיקר גזירת הכתוב מלא יגיד הוא לפי מה דקיי"ל בסנהדרין דף מ"ד ע"ב ובטור ש"ע ח"מ סי' כ"ט ס"א שאין יכולין לחזור ולהגיד אף כשנותנים אמתלא לדבריו הראשונים דבכה"ג בעלמא היכי שאמר חוץ לבית דין במקום שמועיל דיבורו יכול לחזור ולהגיד ע"פי אמתלא כדאי' בכתובת דף כ"ג ע"ב האשה שאמרה אשת איש אני ואח"כ אמרה פנויה אני אינה נאמנת ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת מ"מ בעדים הוא גזירת הכתוב שלא מהני אמתלא (ועיין ברש"י סנהדרין דרין שם ד"ה כיון שכ' וז"ל כיון שהגיד

דבר המכחיש את הראשון דכתיב אם לא יגיד אהגדה קמייתא קא קפיד קרא יע"ש) ולכן בכתובת דף י"ח ע"ב שרצה רמי בר חמא לומר בעדים שכתב ידן יוצא ממקום אחר נאמנים לומר על שטר שלהם שאנוסים היו מחמת נפשות מקשה רבא כיון שהגיד כו' ופירש"י חדא הגדה כתיב כו' התם הוי ג"כ אמתלא לדבריהם הראשונים שאמרו שהיו אנוסים מחמת נפשות לכן מוכרח ללמוד מקרא אבל היכי שלא אמרו אמתלא הסברא מחייבת כיון שהגידו דבר א' א"י לאחר כדי דיבור לסתור דברים הראשונים הגם שמרש"י בסנהדרין ל"מ כן מ"מ י"ל כן בשיטת הרמב"ן וא"כ שפיר הקשה הרמב"ן דהא הכא בע"כ האב שאמר זה בני בכורי לא נתן אמתלא לדבריו הראשונים במה שהי' מחזיק מעיקרא שאחר הוא בכור דאם נתן אמתלא לדבריו הראשונים לא הי' מסתפק שמואל דבודאי נאמן כדאי' שם הי' עובר על בית מכס ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן אף שאמר מעיקרא בני הוא והאב נאמן כיון שיש לו אמתלא שרצה להעביר המכס וה"ה שאר אמתלאות הנראין לבית דין שאומר אמת רק שמיירי שאין נותן אמתלא לדבריו הראשונים לכן חולק הרמב"ן דבכה"ג מסברא נראה אף שאמר מתחילה חוץ לבית דין אין יכול לחזור ולהגיד בלי אמתלא דכיון שנתנה התורה נאמנות לאב אפילו באמירה חוץ לב"ד בע"כ משום דאמרינן דדק היטב לכן לא יוכל לסתור דבריו הראשונים ולפ"ז חולק הרמב"ן על תשובת הר"ן הנ"ל:

כא ואולם לפי זה קשה טובא חדא למה הכריע רמ"א בחושן משפט שם כרמב"ן כיון דר"ן חולק וכפי הנראה לא נמצא שום חולק על דין הנ"ל בסימן מ"ז ותו קשה דאם הרמב"ן חולק על הר"ן קשה עליו מתוספתא הנ"ל שכתב שהוא ראי' שאין עליה תשובה דמוכח כשהעיד חוץ לבית דין אף שנאמן יכול לחזור ולהגיד בבית דין ולכאורה אפשר לומר שגם הרמב"ן מודה היכי שאמר אח"כ בבית דין זה בכורי וסותר דבריו הראשונים שנאמן שמן הסתם מה שאמר עכשיו בבית דין דק היטב רק השיג על רשב"ם דהא האי דינא דשמואל איירי בכל גווני אף שאמר עכשיו חוץ לבית דין כיון דלא נזכר שאמר עכשיו בפני בית דין, אך כל זה רחוק דלא משמע כן בלשונו, ותו דהו"ל לפוסקים בטור וש"ע לחלק חילוק זה ומלשונם משמע להדיא שאין יכול אח"כ לומר על אחר שהוא בכור אף שהעיד עכשיו בפני בית דין, ועלה בדעתי לומר דבר חדש דהא דסובר הרמב"ן כיון שהגיד כו' היינו כעין נידון דשלחו להו אבוהו דשמואל שהי' מוחזקין בזה שהוא בכור ופי' רשב"ם דהוי קרי לי' בוכרא יע"ש ומשמע מלשון הש"ס שהוחזק על ידי דיבורו זמן רב שהוא בכור ומצינו חזקה הבאה על ידי דיבור כשהוחזק שלשים יום הוי חזקה כמ"ש תוס' רי"ד במס' קדושין דף פ"ג ע"ב בהא דאיתא שם אבעי' להו מהו לסקול על

ידו אמר ד' חסדא אחד זה ואחד זה אין סוקלין כתב וז"ל פירש דוקא אם לא הוחזקו בעיר מקודשת אבל אם הוחזקו בעיר מקודשת בין עפ"י אב בין על פיה סוקלין כדבעינן למימר בפרקא לקמן הוחזקה נדה בשכינותה בעלה לוקה עליה משום נדה ואיתא נמי איש ואשה תינוק ותינוקת שהגדילו בתוך הבית נסקלין ונשרפין זה על זה והתם אין עדים בדבר אלא בדברי פיהם הוחזקו ומיהמני אף לעונשים אלא לאו ש"מ האי באחזיק והאי בלא אחזיק ובירושלמי גרסינן איש ואשה שבאו ממד"הי הוא אומר אשתי היא והיא אומרת בעלי הוא אין הורגין עליהן משום אשת איש הוחזקו הורגין עליהם עד כמה הוא חזקה משום ר"י אמרו שלשים יום אלמא בעדות פיהם אין הורגין אבל אם הוחזקו שלשים יום הורגין אע"פי שאותו החזקה לא היתה אלא על פיהם עכ"ל ומצינו בחזקה לא יוכל אח"כ לחזור ולסתור החזקה שבא מפיו אפילו ע"י אמתלא כדאי' בטור יו"ד סימן קפ"ה בשם רמב"ן בהא דקיי"ל אם אמרה טמאה אני ואח"כ אמרה טהורה אני אם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת אבל אם הוחזקה נדה בשכינותיה ואח"כ אמרה טהורה אני אפילו נותנת אמתלא לדבריה שלא לבשה הבגדים אלא שלא תטרדנה ל"מ וכן קיי"ל בש"ע שם סעיף ג' ומה שהקשה הטור אטו מי עדיף חזקה מאמירה ותי' ב"י בשם רשב"א דמעשה לא עבדו כתב בספר באר שבע בסימן ע"ה ובסדרי טהרה שם סק"א שדברי הטור בלא"ה תמוהין דודאי חילוק גדול יש שהרי ע"פי חזקה סוקלין ושורפין אף שלא נתחזק אלא על פיהם כמ"ש רמב"ם בפ"א מא"ב דין כ"א באיש ואשה שבאו ממד"הי ואילו אשה שאמרה מקודשת אכי אינה נהרגת על פיה וע"כ הוחזקה נדה בשכינותיה עדיף מאמירה דע"י אמירה דידה אין עונשין עונש הגוף ועל ידי חזקה שהוחזקה אצל השכנים מלקין אותה וז"ש הרמב"ן דבודאי משווינן לה כיון דמלקין על ידי חזקה ומש"ה אע"ג באמירה דידה מהני אמתלא מ"מ היכי דאתחזק על ידי דיבורה אצל השכנים ל"מ אמתלא יע"ש וא"כ יש לומר לכן השיג הרמב"ן על רשב"ם דכיון דאיתא בש"ס היו מוחזקין בזה שהוא בכור וסתם חזקה הוא שלשים יום אף שלא הוחזק רק על ידי דיבורו של אב הוי חזקה ולכן כיון שהגיד האב פעם אחת ונתחזק על פיו אין יכול לחזור ולהגיד אפילו באמתלא דאי אפשר לבטל החזקה, אבל אם הי' רק אמירה גרידא ולא אתחזק שלשים יום יכול אח"כ לחזור ולהגיד אפילו בלא אמתלא כשמעיד עכשיו בבית דין כסברת הר"ן בתשובה הנ"ל, ויש לכוין כן בלשון הטור שכתב וז"ל ורמב"ן פירש דאיפכא מסתברא דאי הוי מוחזק לן על ידי אביו שהי' רגיל לומר בוכרא הוא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד יע"ש כתב לשון דאי הוי מוחזק יש לומר כוונתו כמ"ש, ואולם קשה על רמ"א בסעיף י"ב מכתב וז"ל מיהו אם אמר פעם אחת על אחד שהוא בכור לא יכול אח"כ לומר על אחר

שהוא בכור יע"ש וכ"כ בשם רמב"ן ומלשון זה משמע להדי' אפי' כשלא אתחזק על ידי אמירתו ותיקשי מנלן לרמ"א האי דינא דיש לומר בכה"ג גם רמב"ן מודה לרשב"ם דיכול לחזור ולהגיד בבית דין אפילו בלא אמתלא, ודוחק לומר דקאי על חזקה הנזכר בדברי המחבר דלא משמע כן מסתימת לשונו וחידוש דין בזה הוי לי' לפרש, הן אמת שדין זה שכייל תוס' רי"ד חזקה שבא על ידי אמירה הוי חזקה לענ"ד לא מוסכם, דראיתי בשלטי גבורים שסביב הרי"ף בקדושין דף פ' ע"א שכתב בשם ריא"ז וז"ל וחזקה הוא על פי המנהג והרגל שרואין אותה העולם שנוהגת בו כדרך הבן וכן הנדה לובשת בגדי נדותה ונוהגת כדרך נדה ועל פי עצמה מוחזקת בכך אבל אם לא הוחזקה על פי מנהג אין עונשין אותה על פי עצמה וכמה היא החזקה שלשים יום כמו שמבואר בתלמוד ארץ ישראל וכיו"ב אמרו במי שמחזיק שמו בעיר שלשים יום עכ"ל וא"כ סובר דווקא היכי שיש ראי' לחזקה שנהגו מנהג וענין המורה לזה אבל אם אתחזק דבר שלשים יום וליכא ראי' לחזקה לא הוי חזקה ואפשר שגם כוונת תוס' רי"ד כן רק שר"ל אף שחזקה לא בא דק מפיהם, וא"כ בנ"ד אף שאתחזק אצל העולם שהוא בכור על ידי דיבורו של אב מ"מ אין לו שם חזקה כיון שלא עשה מעשה שהוא ראי' על אמירה זו שהוא בכור, ואולם בתשובת מוהרי"ק שורש פ"ז הובא בב"ש סימן י"ט ס"ק א' כתב לחלק לענין מלקות אזלינן בתר חזקה בלא ראי' אבל לענין דיני נפשות בעינן ראי' עם חזקה כגון שנוהג עמה כאיש עם אשתו ובנה כרוך אחריה ע"ש, וא"כ כיון שלענין מלקות הוי חזקה אף שליכא מעשה המוכיח ה"ה יש לומר לכן אינו נאמן אח"כ האב להכחיש החזקה שבא על ידי דיבורו כיון שהוחזק שלשים יום אף שליכא מעשה המוכיח ומה גם כי הב"ש השיג על מוהרי"ק וסובר שאפי' בדיני נפשות ל"ב מעשה המוכיח, שכתב שלא משמע כן מרמב"ם וטור וכוונתו על דין הנזכר בש"ע שם סעיף ג' שמקורו מרמב"ם וטור דאי' בסתם איש ואשה ובאו ממדינת הים היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהי' אשתו הורגין עליה ומדלא כתבו שעשו מעשה המוכיח שנוהג עמה כאיש ואשתו מוכח שחזקה לבד מהני גם לדיני נפשות ומה דלא כתב שכן משמע ממחבר משום שרצה להשיג על מוהר"י קולין ז"ל שהי' קודם בזמן לרבינו ב"י לכן השיג עליו מגאונים שקדמוהו ועיין בש"ות פני יהושע חלק א"העז סימן א' שרצה לומר בחזקה גמורה מהני אמתלא ודבריו תמוהין ואין כאן מקומו, העולה אי נימא דרמב"ן סובר דחזקה הוי אפי' היכי דליכא מעשה המוכיח דבריו נכונים ולק"מ אך דברי רמ"א תמוהין:

כב ויותר נלע"ד בכוונת הרמב"ן דהנה ראיתי בספר שיטה מקובצת שם בב"ב דף קכ"ו ע"ב בשם רשב"א בד"ה הי' משמשו כעבד, וז"ל וכן כשהחזיק אחד מבניו בבכורו וחזי ואמר אינו בכור הרי הוא כאילו אמר על מי שהוא בכור ודאי לא יטול ואפילו היו מוחזקים בו שהוא בכור לא הי' נאמן לומר על אחר שהוא בכור אפילו לר' יהודא אלא משום דכתיב יכיר שהתורה נתנה בידו הבחנה וכן באומר ממזר ודוקא למי שלא הוחזק על ידי הודאתו אבל לאחר הודאתו שוב אינו נאמן דלא נתנה תורה הבחנה אחר הבחנה יע"ש וכן משמע לשון ה"הם בפרק ב' מנחלות הלכה י"ד שכ' דכיון שהכיר שוב אינו חוזר ומכיר יע"ש ולפ"ז דבריו ברורין בפשיטות אפילו כשלא נתחזק שלשים יום על ידי דיבורו כיון שאמר פעם אחת שוב אין יכול לחזור ולהגיד ומשמע מדבריהם הטעם כיון שזהו גופא חידוש מה שנאמן ואין לך בו אלא חידושו רק פעם ראשון אבל בפעם שני' שוב אינו נאמן שלא נתנה תורה הבחנה אחר הבחנה ואפשר שהוא בכלל גז"הכ כי את הבכור בן השנואה יכיר היינו שיכיר אותו פעם אחת ולא פעמים שיהי' הבחנה אחר הבחנה וא"ש לשון רמ"א דבכל גווני אין יכול לחזור ולהגיד ולולי דברי רמב"ן יש לומר בכוונת רשב"ם, דהנה גי' הספרים שלפנינו הוא ההוא דאתי לקמי' דרבב"ח א"ל מוחזקני בזה מהוא בכור א"ל מנא ידעת דהוי קרי לי' אבוהו בוכרא כו' ואולם בתשב"ץ ח"א סימן נ"ח כתב וז"ל ואני אומר כל ששמענו אותו קורא קרוב אפילו דרך שיחה בעלמא מחזקינן להאי קרוב בנכסים ואפילו מפני קריאת אחרים שקורין אותו קרוב לפלוני וכ"ש קריאתו של בעל הנכסים כדאי' בפ' י"נ גבי ההוא גברי דאתי לקמי' רבב"ח א"ל מוחזק אני בזה שהוא בכור א"ל מנא ידעת דהוי קרו לי' בוכרא כו' ואמרינן נמי גבי קריאת הקרוב בעצמו ההוא דאתי לקמי' דר' חנינא כו' עכ"ל וי"ל שכן הי' גי' רשב"ם וא"כ לק"מ קו' רמב"ן די"ל דרשב"ם מודה היכי שאמר האב בעצמו א"י לחזור האמת שרמב"ן הביא לשון רשב"ם שכתב וז"ל כעין שאמרנו למעלה דהוי קרו לי' אבוהו בוכרא יע"ש אבל בלשון רשב"ם שלפנינו לא נזכר תיבת אבוהו רק דהוי קרו לי' בוכרא וי"ל שקאי על כל העולם וא"כ לדינא י"ל דלא פליגי ואפשר היינו טעמא דרמ"א דהשמיט דעת רשב"ם כיון דיש לומד דלא פליגי:

כג ודע לפי דברינו איכא למידק בהא דמקשה הש"ס לרבנן יכיר למה לי בצריך הכירא למאי הילכתא למיתבא לי' פי שנים לא יהי' אלא אחר אילו בעי למיתבא לי' במתנה מי לא יהבי לי', דהנה קיי"ל במס' סנהדרין דף כ"ט ובטוש"ע חושן משפט סימן פ"א סעיף א' במודה לחבירו בפני עדים שחייב לו מנה יכול לטעון אח"כ משטה הייתי בך ודעת הר"אש וטור הובא בש"ע שם סעיף ה' דלא יכול לטעון רק כשתבעו והודה דאז יכול

לומר כשם שהשטית בתביעתך כך השטיתי בך אבל מודה מעצמו אין יכול לטעון והש"ך שם בס"ק י"ב הביא דעת רמב"ם וסיעתו שאפילו בהודה מעצמו יכול לטעון משטה, א"כ לולי קרא דיכיר הוי אמרינן מן הסברא חיצונה אף אם אמר בפני עדים זה בני בכורי יכול אח"כ לחזור ולהגיד ולומר שמה שאמר בתחילה הי' רק בדרך השטאה וכשיחה בעלמא ולא הודה בהודאה גמורה אף שהודה מעצמו ולא שייך להאמינו במגו כי במגו לא שייך רק היכי שרוצה שיהי' בכור ויטול פי שנים רק שחיישינן אולי משקר שייך לומר שנאמן שאומר אמת במגו משא"כ היכי שטוען שלא רצה כלל ליתן לו רק שאמר בדרך השטאה לכן קמ"ל קרא דיכיר מיד כשהכירו בפני עדים אין יכול אח"כ לחזור ולהגיד ולסתור דבריו הראשונים והוא גז"הכ בבכור שלא יכול לחזור ולהגיד כמו שאנו מוכרחין לומר לדעת הר"ן בסי' מ"ז שאשתני דין בכור משאר עדות באיסורין דקיי"ל שיכול לחזור ולהגיד היכי שאומר חוץ לב"ד ומועיל עדותו אם לא חזר יכול אח"כ לחזור ולהגיד בפני ב"ד מ"מ בבכור לא יכול האב לחזור ולהגיד והיינו מקרא דיכיר, מיהו יש לומר כיון דאי' שם דסובר ר' יוחנן בהי' עובר על בית המכס ואמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן משום שיש לו אמתלא שרצה לעבור המכס הרי שיכול לחזור ולהגיד ע"י אמתלא והשטאה הוי ג"כ אמתלא כמ"ש מרדכי בפ' ז"ב וא"כ באמת גם עכשיו שנכתב קרא דיכיר בע"כ הדין אם חזר אח"כ ואמר שהי' בדרך השטאה מה שאמר מעיקרא לפני עדים יכול לחזור ולהגיד ומ"ש רמב"ן וסיעתו שאין יכול לחזור ולהגיד היינו כשלא טען אמתלא דהשטאה (או דס"ל כפוסקים שא"י לטעון השטאה כשלא תבעו ומן הסתם אין דרך הבן בחיי אביו שיאמר לאביו שיכירו אם הוא בכור) אבל כשטוען אמתלא זו באמת יכול לחזור ולהגיד כי מ"ש אמתלא זו מאמתלא הנ"ל כיון שחשיב אמתלא לענין ממון שיכול לחזור מיהו אכתי קשה על הש"ס גופא מנלן להקשות על רבנן יכיר למה לי דלמא סוברים רבנן שיכיר רצה להורות לן שאין יכול לחזור ולהגיד אפילו על ידי אמתלא ובאמת בעובר על בית המכס אינו נאמן והטעם שיש לומר שגלי תורה שיהי' דין אב כמו עדים דקיי"ל בסנהדרין דף מ"ד ובח"מ סימן כ"ט ס"א שאין יכול לחזור ולהגיד אף כשנותנים אמתלא לדבריהם, (ותו דיש לחלק בין אמתלא המוכיח כגון אמתלא דמכס דבכה"ג אפילו בעדים מהני אמתלא המוכיח כדאי' בח"מ היכי שמוכח שטעו נאמנים ה"ה היכי שמוכח שאמתלא שאומרים הוא אמת) ואפשר לומר לרבנן כיון שאין האב נאמן להכחיש החזקה בע"כ לא רצתה התורה שיהי' לו דין כעדים, ואכתי אינו מספיק דאולי לענין זה גלי תורה שיהי' לו דין עדים שאין יכול לחזור ולהגיד וצ"ע:

פרט ז

יבואר אם האב נאמן להכחיש את העדים לדידן דקיי"ל כר"י:

כד הטור בסימן רע"ו כתב בשם רמב"ן אם איכא עדים שנולד קודם לאחיו נאמן שהוא מעיד על זה שהוא בכור והאחר אומר שאינו בנו ועיין ברמב"ם בפ"ב מנחלות הלכה י"ד ובהמ"מ שם, ובש"ע סימן רע"ז סעיף י"ב כ' בלשון רמב"ם וביאר בסמ"ע ס"ק כ"ד כוונתו כרמב"ן, ומבואר במשנה למלך אם מחלוקת אחרונים זלה"ה דעת ש"ות רשד"ם ופני משה דמיירי הרמב"ן שאינו מכחיש להעדים בפירוש דאפשר דהגדול אינו בנו, אבל אם מכחיש לעדים בפירוש פשיטא דלא מהימן אע"ג דאית לי' מגו ומוהריב"ל ומשפטי שמואל חולקים וסוברים דאף דמודה שהם בניו נאמן על האחד שהוא בכור נגד עדים והניח דין זה בצ"ע וגוף הספרים אינו ת"י, ויש להסתפק בכוונת מוהריב"ל ומשפטי שמואל אם ס"ל דהאב נאמן נגד עדים אע"ג דלית לי' מגו דהתורה נתנה להאב נאמנות יותר מעדים כמ"ש בפרט ב' או שאינו נאמן רק מטעם מגו, והא פשיטא דלית לי' מגו דהוי אמר על הגדול שאינו בנו דנאמן לומר זה בני ממזר, חדא דקיי"ל מגו במקום עדים לא אמרינן, ואף אם נאמר דהתורה נתנה לאב נאמנות שיהי' נאמן במגו נגד העדים, מ"מ ליכא מגו דאולי אינו רוצה לפסול את בנו מלבוא בקהל, ואינו רוצה רק להעביר הנחלה, רק המגו הוא שבידו ליתן נכסים במתנה וגם מ"ש בשם רשד"ם ופני משה אע"ג דאית לי' מגו כוונתם ג"כ כמ"ש וא"כ למוהריב"ל ומשפטי שמואל אינו נאמן להכחיש את העדים רק בנכסיו שיש לו עכשיו אבל בנכסים שנפלו לו לאחר מיכן אינו נאמן, ולשיטת נמוקי יוסף שיבואר לקמן א"ש בפשיטות שסובר לר' יהודא אין נאמן כלל בנכסים שנפלו לאחר מיכן להכחיש החזקה מכ"ש שא"נ נגד עדים רק אפ אפילו להחולקים שנאמן יש לומר דוקא נגד חזקה אבל נגד עדים אינו נאמן בנכסים שנפלו לאחר מיכן, והא דנאמן במגו זו אף דקיי"ל דלא אמרינן מגו במקום עדים י"ל דס"ל דוקא מגו דאי בעי טעין דלא אלים כל כך אבל מגו דאי בעי עביד מהני אפילו נגד עדים וכיו"ב מחלק הר"ן בקדושין דף ס"ד ע"א לענין מגו במקום חזקה, ולכאורה קשה למוהריב"ל ומשפטי שמואל אמאי קאמר הש"ס בב"ב דף קכ"ו ע"ב ששמואל הי' מסופק אי הלכה כר' יהודא אי כרבנן דהוא קצת רחוק כיון דכ"ע סוברים כר"י הו"ל לומר דסובר כר' יהודא רק שהיו מסופק בכוונת ר' יהודא אי סובר דוקא נגד חזקה על ידי קול או בעדים שנולד ראשון נאמן היכי שאין מכחיש לעדים בפירוש אבל במכחיש לעדים בפירוש אינו נאמן ונדון דידי' הי' שהי' מכחיש לעדים בפירוש, או דלמא אפילו במכחיש לעדים בפירוש סובר דנאמן אבל הא לק"מ כיון דאי' בלשון שאלה הי' מוחזקין בו שהוא בכור ואמר אביו על אחר בכור משמע

שאינו מכחיש להם בפירוש דאל"כ הי' להם להזכיר בשאלה שאמר על אחר בכור הוא וגדולים הם בניו ג"כ, וא"ל דלמא גם חכמים מודים שנאמן נגד חזקה ומחולקים רק היכי שמכחיש לעדים ומאי מקשה רבא דז"א כמ"ש בפרט א' שמוכח מברייתא שם שבע"כ נחלקו דדוחק לומר דאתיא לגמרי כחכמים ורישא איירי במוחזק על ידי קול, או שאין מכחיש לעדים בפירוש וסיפא במכחיש לעדים בפירוש דלא משמע כן הלשון בברייתא שם כמבואר לכל מעיין, ואולם הא קשה לשיטתם דמנלן לחדש דין זה בכוונת ר' יהודא כיון דסברא חיצונה הוא שלא יהי' האב נאמן כיון שהוא קרוב ופסול אפי' לחוב רק הוא חידוש שחידשה לן התורה מה"ת נימא להרבות החידוש ולומר שכוונת התורה הי' שהוא נאמן אפילו להכחיש את העדים בפירוש, ואין לומר דליכא חידוש כיון דיש לו מגו דאי בעי עביד גם בעלמא נאמן אפילו להכחיש את העדים בכה"ג א"כ קשה מאי קאמר ר' נחמן בן יצחק לרבא בשלמא לר' יהודא היינו דכתב יכיר הא גם לדידי' מיותר כיון דסברא הוא, וצריך לומר לשיטת רמב"ן כפי פירוש מוהריב"ל ומשפטי שמואל אין הפי' בכוונת רנב"י כרשב"ם רק שר"ל לר' יהודא כיון דנאמן לפסול את הבן ולומר שהוא בן שנואה צריך יכיר על זה, והא דאיתא בברייתא יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר ר' יהודא נאמן לומר זה בני בכור לא תיקשו לשיטתם הא מסברא חיצונה ידעינן שנאמן במגו די"ל כפירש התוס' שם בתירץ א' דנאמן לומר על תינוק בין הבנים שהוא בכור ולשווי לגדול ממזר וע"ז צריך קרא, מיהו לפ"ז מוכח שבע"כ רבו החולקים על מוהריב"ל ומשפטי שמואל דהנה הרמב"ם בפ"ד מנחלות הלכה ב' כתב וז"ל היינו מוחזקין בזה שהוא אחיו או בן דודו ואמר אינו אחי ואינו בן דודי אינו נאמן אבל נאמן הוא על מי שהוחזק שהוא בנו לומר אינו בנו ולאו יירשנו, וכתב ה"המ שם הטעם וז"ל וזה מבואר אפילו לר' יהודא דאמר יכיר יכירנו לאחרים לא אמר אלא בבנו אבל בשאר קרובים לא אמר דקרא בבן כתיב וזה ברור עכ"ל וכן פסק הטוש"ע בסימן רע"ט סעיף ב' באין חולק, וכתב הסמ"ע בס"ק ג' וז"ל אינו נאמן דוקא בבנו מצינו שהאמינתו תורה במאי דכתב יכיר אבל אחיו ושאר קרוביו לא מצינו שהאמינו ואין נאמן במגו דהוי יהיב נכסיו לאחר דמגו זה הוי כמגו במקום חזקה יע"ש א"כ מצד הסברא אפילו מגו דאי בעי עביד במקום חזקה ל"מ מכ"ש מגו דאי בעי עביד במקום עדים ובע"כ אי נימא דנאמן בבכור להכחיש את העדים היינו מקרא דיכיר שגלי התורה והדק"ל מנלן שר"י סובר שנאמן בתורת יכיר אפילו להכחיש את העדים במגו כיון דמצד הסברא ל"מ מגו ראוי למעט החידוש וגם קשה על ר' יהודא גופא כיון דלא מוכח מקרא דהא צריך הקרא לגופא שנאמן נגד חזקה או בתינוק בן הבנים מה"ת נימא להרבות החידוש אע"כ רמב"ם וטוש"ע לית להו כריב"ל

ומשפטי שמואל כן נלע"ד אך יש לקיים דבריהם ע"פי מ"ש לעיל בפרט ב' נגד בנו כיון שהאמינתו תורה הוי כגופו וכמו שנאמן לחובתו יותר מעדים ה"ה נגד בנו ואף כשאין לו מגו נאמן ונאמן אפילו בנכסים שנפלו לו לאחר מיכן משא"כ נגד קרובו אינו נאמן לחובת קרובו וא"ש ואכתי צ"ע לדינא:

פרט ח

יבואר לדידן דקיי"ל כר' יהודה דאב נאמן נגד חזקה אי נאמן על נכסים שנפלו לו אח"כ כיון שאין לו מגו ואומר נגד חזקה:

כה הטור חושן משפט סימן רע"ז כתב וז"ל ואביו לעולם אפילו אמר על מי שלא הוחזק שבנו הוא, זה הוא בכורי נאמן ונוטל פי שנים, אפילו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס עכ"ל והבית יוסף הביא לשון הש"ס דאי' בדף קכ"ו ע"ב לרבנן צריך יכיר על כה"ג וסיים כיון דלרבנן מהני אפילו לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס מכ"ש דמהני לר' יהודא יע"ש ולכאורה דבריו תמוהין דהיאך מייתי ראי' מרבנן דהם סוברים דנאמן בצריך הכירא ואינו אומר נגד חזקה לכן נאמן אפילו בנכסים שנפלו לו לאחר מיכן אף שאין לו מגו משא"כ לר' יהודא שנאמן אפילו נגד חזקה מנלן שנאמן בכה"ג דלמא דוקא על נכסים שיש לו עכשיו בשעת אמירה נאמן נגד חזקה כיון שיש לו מגו גלי תורה בקרא דיכיר שיהי' האב נאמן במגו נגד חזקה אף דבעלמא אינו נאמן ומנלן שנאמן אפילו כשאין לו מגו לגרוע החזקה, ועלה בדעתי לומר דמודה הבית יוסף אם אומר נגד חזקה לשיטת הטור סובר ר' יהודא שאין נאמן על נכסים שיפלו לו אח"כ ולאו דוקא כשהוא גוסס רק אפילו נפלו לאחר אמירתו א"נ רק שנאמן לומר זה בני בכור כשאינו סותר החזקה אפילו על נכסים שיפלו אח"כ, דהוי ממש כמו לרבנן ומ"ש שהוא כ"ש ר"ל כיון דלרבנן לא אלים נאמנות האב לגרוע החזקה אף שיש לו מגו מ"מ נאמן כשאינו סותר החזקה אף שאין לו מגו מכ"ש לר' יהודא שאלים נאמנות היכי שיש לו מגו לגרוע החזקה דבודאי אלים נאמנות כשאין סותר החזקה אף היכי שאין לו מגו, ויש לומר דדייק הבית יוסף כן בלשון הטור מדכתב האי דינא כאן ולא כתב אח"כ כשהביא מחלוקת רשב"ם ורמב"ן כשאומר נגד חזקה משמע דבכה"ג אינו נאמן ושאני הכא שאינו אומר נגד חזקה דאף שלא הוחזק שבנו הי' לא הוי חזקה מעליא, כמ"ש הנמוקי יוסף במס' בבא בתרא דף קל"ד ע"א הובא בבית שמואל סימן קנ"ב ס"ק יו"ד לכן האומר זה בני נאמן לפטור את אשתו מן היבום אע"ג דהוחזק באחין משום דנאמן במגו דיכול ליתן גט אע"ג דקיי"ל בעלמא דלא אמרינן מגו במקום חזקה כאן לא הוי נגד חזקה דהא לענין בנים אין לו חזקה דהא יכול להיות דיש לו אחין ויש לו בנים ואיירי כאן דלא הוי לו חזקה דאין לו בנים

אלא לא הי' מוחזק דיש לו בבנים וכשאינו מוחזק בבנים לא דמי לחזקה דאין לו בנים א"כ במוחזק דאין לו בנים אינו נאמן במגו דהוי נגד חזקה יע"ש ולכן דק הטור בלשונו הקדוש וכתב שלא הוחזק שבנו הוא, היינו שלא הי' מוחזק בבנו לכן נאמן לומר שהוא בנו ובכורו אף שאין לו מגו, אבל אם הי' מוחזק שזה אינו בנו ואומר שהוא בנו ובכורו י"ל דמודה דא"נ בנכסים שנפלו אח"כ משום דאף דלר' יהודא גלי תורה שנאמן אפילו נגד חזקה מעליא כמ"ש לקמן היינו דוקא כשיש לו מגו הגם שמני' לא מוכח רק היכי דיש מגו הסותר לחזקה כזו אלים כח המגו, מ"מ יש לומר דהטור סובר דליכא חזקה כלל מה דאתיא מכח העדר ידיעה ולענין זה ג"כ נאמן האב, ולכאורה מוכרח לפרש כן כוונת הב"י דהא סמוך ונראה הביא דברי הנ"י שכתב וז"ל כתב הנ"י השתא דקיי"ל כר' יהודא לא קיי"ל האי דרשא דרבנן דיכיר הלכך בכור אינו נוטל פי שנים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס אבל בחלק הפשיטות יטול בנכסים שגמלו לו כשהוא גוסס כדאמרינן הגוסס נוחל ומנחיל והפשיטות מדין ירושה זכה בי' יע"ש ובביאור דבריו כתבו הפרישה וכנ"הג הובא בס' שערי המלך בפ"ג מנחלות הלכה י"ד שר"ל שהבכור שאין אנו יודעין שהוא בכור אלא על פי אביו אינו נוטל פי שנים בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס כיון דלר' יהודא איצטריך יכיר דנאמן הכא במגו במקום חזקה מנלן לומר שיהי' נאמן היכי דליכא מגו ומ"ש שנפלו לו כשהוא גוסס לאו דוקא אלא אפילו בנכסים שנפלו לאחר מיכן נמי אינו יורש כיון דליכא מגו אלא משום דגבי חלק פשיטות בעי למיכתב אפילו בכה"ג יורש נקיט נמי כן בחלק בכורה ותמה על הטור שלא פסק כן יע"ש, וא"כ קשה היאך כתב הב"י מיד לאחר שכתב בביאור דברי הטור דמהני לר' יהודא מכ"ש דברי נמוקי יוסף ולא כתב בלשון מחלוקת אע"כ שהבין שלא נחלקו דמ"ש הנ"י שא"נ לר"י בנכסים שנפלו לאחר מיכן היינו כשאומר נגד חזקה כיון דל"ל מגו ובכה"ג גם הטור מודה רק דמיירי היכי שאינו אומר נגד חזקה לכן נאמן אפילו בנכסים שנפלו לאחר מיכן כמו שנאמן לרבנן דלא כס' כנ"הג שהבין שהטור מחולק עם הנ"י, ויען כי ספר כנ"הג אינו ת"י, לא אוכל לידע בבירור כוונתו, ואפשר לומר דכנ"הג הבין בכוונת נ"י דוקא לרבנן מוכרחין אנו לומר מגלי תורה שנאמן בדיבורו לבד אף כשאין לו מגו ונשתנה דינו מקרוב דעלמא שבכל מקום אין קרוב נאמן אפילו לחובה אבל לר' יהודא מנלן לומר דנשתנה דינו מבכל מקום, כיון דיש לומר שלא נתנה תורה להאב נאמנות בדיבורו לבד רק משום שיש לו מגו רק שגלי תודה שאלים המגו של האב כל כך שמהני אפילו לסתור החזקה ולענין זה הי' גז"הכ אבל היכי שאין לו מגו אף שאינו אומר נגד חזקה נשאר הדבר על סברא החיצונה שאינו נאמן בדיבורו כיון שהוא קרוב כמו בכל מקום ולכן

אינו באמן בנכסים שיפלו אח"כ אף בצריך הכירא שאינו אומר נגד חזקה כיון שאין לו מגו ולפ"ז שפיר כתב דהטור חולק דהא בטור מבואר שנאמן לר' יהודא כשלא הוחזק בבנו לומר שהוא בכורו על נכסים שיפלו אח"כ, ועיין בסמ"ע סימן רע"ז ס"ק כ"ד וראיתי בדרישה סימן רע"ז שתמה על הב"י במה מכתב דברי נמוקי יוסף בסתם כאילו לא הי' חולק ולפמ"ש א"ש. ורמב"ם בפ"ב מנחלות ה"יד ובש"ע סימן רע"ז סי"ב סתמו דבריהם אך הסמ"ע בס"ק כ"ד כתב וז"ל ובטור כתב דנאמן עליו ויטול פי שנים אפילו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס והמחבר השמיטו ומור"ם כתבו בריש סימן רע"ט לענין חלק פשיטות וה"ה לענין חלק בכורה עכ"ל והמעיין שם יראה שקאי על מ"ש מחבר האומר זה בני וזה אחי אע"פי שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו ה"ז נאמן וירשנו וע"ז כתב רמ"א שנאמן אפילו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס ויש לומר ג"כ הטעם כיון שאינו סותר החזקה ממש וכסברת נמוקי יוסף וב"ש הנ"ל כשאינו מוחזק בכך לא הוי חזקה מעליא אבל במוחזקין שאינו קרוביו אינו נאמן עכ"פ בנכסים שיפלו אח"כ וצ"ע בכל זה ואולם ראיתי בס' שערי המלך שהקשה על הפרישה וכנ"הג בהבנתם בדברי הנמוקי יוסף, דהיאך אפשר לומר דסובר הנ"י דלר' יהודא כיון דאיצטריך יכיר דנאמן האב במגו נגד חזקה ואינו נאמן נגד חזקה היכי דליכא מגו הא ר' יהודא סובר דנאמן האב לומר זה בני בן גרושה הרי אפילו לפוסלו סובר דנאמן אע"ג דליכא מגו ומכ"ש דנאמן ליורשו אע"ג דליכא מגו, ומכח זה דחה פירושם, ולענ"ד לק"מ דלעיל מיני' הביא הנמוקי יוסף פירוש רבינו אלי' דדרשינן יכיר שהוא בן שנואה ור' יהודא אזיל לשיטתו דסובר בסנהדרין דף כ"א ע"א וב"מ דף קט"ו ע"א דלא דרשינן טעמא דקרא וי"ל שסובר שהוא גז"הכ שנאמן לפסול אף כשאין לו מגו אבל לענין ירושת בנו הבכור אינו נאמן היכי שאין לו מגו הגם שתוס' שם בד"ה כך כתבו בקושייתם וז"ל תימא לפי שנאמן לבכר יהי' נאמן גם לפסול ולומר שהוא בן גרושה יע"ש ובמס' קדושין דף ע"ד ע"א ד"ה כשם כתבו וז"ל בשלמא זה בני בכור דין הוא שיהי' נאמן עליו משום דהוי טוב לולד שעל ידי כן יטול פי שנים אבל לפוסלו אמאי נאמן עכ"ל אולם הנמוקי יוסף כשהביא קו' הלז כתב בשינוי הלשון וז"ל וא"ת מה"ת שיהי' נאמן לענין בן גרושה וחלוצה דקרא דיכיר לא מיירי בהו עכ"ל וסובר דליכא סברא יותר שיהי' נאמן בבכור וכמו שהרגיש בזה בחידושי מוהרי"ט בקדושין שם דטובה זו רעה הוא אצל אחיו וכיון דנאמן לאפוקי ממונא נאמן לענין איסורא רק קו' נמוקי יוסף הוא כיון דהוא חידוש שחידשה התורה שיהי' האב נאמן כיון שהוא קרוב ובכל מקום איכו נאמן עד אחד מכ"ש קרוב בממון ובדבר שבערוה דגז"הכ הוא דבעינן שנים דוקא רק הוא חידוש ומחידוש לא ילפינן ואין

לך בו אלא חידושו אולי הי' גז"הכ רק לענין ירושה כיון דקא מיירי בהכי ולכן מוכרח לתרץ כרבינו אלי' שגלי התורה שיהי' נאמן לפסול אפילו כשאין לו מגו ואולם לענין ירושה כיון שאין לנו ראי' מן התורה ראוי למעט החזקה מה דאפשר ולא ילפינן ממה שנאמן בבן גרושה שהוא גז"הכ כיון דלא דרשינן טעמא דקרא, ואף שמשמע בתוס' במס' סוטה דף י"ד ע"א ד"ה כדי לייגעה היכי דקרא סתמא כתיב ואין הטעם מוציא ממשמעות הקרא דרשינן ומשמע כמו שכתבתי בכמה דוכתי דס"ל אפילו היכי דאיכא נ"מ לענין דינא מ"מ י"ל הנ"י חולק בזה על תוס' רק היכי דליכא נ"מ לדינא ולפרושי טעמא דקרא מפרשינן כמ"ש תוס' במס' גיטין דף מ"ט ע"ב ד"ה ור' שמעון ועוד עלה בדעתי לומר אפילו אי נימא לדרוש טעמא דקרא יש לומר דקרא בבן גרושה האמינה תורה לאב אף שאין לו מגו דאיכא הוכחה שאומר אמת דמן הסתם אינו רוצה לחוב לבנו אטו בשופטני עסקינן שיהי' מוציא לעז על בניו לפוסלו א"ו שאומר אמת ומחמת יראת שמים אומר האמת כמו שהוא אבל כשאומר על בנו שהוא בכור שיטול פי שנים ואינו בכור היכי שאין לו מגו כגון בנכסים שנפלו לאחר מיכן אולי מחמת אהבתו שרצה שיזכה גם בנכסים הללו אומר כן כי יש לומר דסובר כרמב"ם דלא יוכל לבכר אינו מניעה רק הוא דין וחולק על הרמב"ן בס' המצות שהבאתי בפרט ב', אך לפי זה כשאמר על תינוק בין הבנים שהוא בכור כיון שעל ידי זה משווי לבנו גדול ממזר ראוי שיהי' נאמן אפילו על נכסים שנפלו אחר כך כיון שיש הוכחה שאומר אמת שאם הי' שקר לא הי' פוסלו ומסתימת דברי הנמוקי יוסף משמע בכל גווני אינו נאמן לכן העיקר כמש"ל שסובר שהוא גז"הכ ואין ללמוד זה מזה והיכי דגלי גלי והיכי דלא גלי לא גלי וכיון שהוא חידוש ראוי למעט החידוש בכל מה דאפשר כמו שהוא כלל בש"ס בהרבה דוכתי וכל זה פשוט וברור:

פרט ט

יבואר אי נאמן לומר זה בני בכורי כשאינו מוחזק לנו שהוא בנו:

כו רשב"ם במס' ב"ב דף קל"ד ע"ב ד"ה ליורשו ותוס' ד"ה ליורשו כתבו דוקא בידוע שהוא בנו נאמן לומר שהוא בכור בתורת יכיר אפילו לנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס אבל היכי דלא ידעינן אם הוא בנו אינו נאמן בתורת יכיר רק משום מגו לנכסים שיש לו אז ואינו נאמן על נכסים הבאים לאחר מיכן ואולם הרמב"ם בפרק ב' מנחלות הלכה י"ד כתב וז"ל אביו לעולם אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל הוא בני ובכורי הוא נאמן עכ"ל וכ"כ הטור והוסיף בלשונו שנוטל פי שנים אפילו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס א"כ חולקי' על רשב"ם ותוס' וסוברים. אפי' כשאין ידוע שהוא בנו נאמן

בתורת יכיר וראיתי בה"המ שם שכתב וז"ל ושם נתבאר דקיי"ל כר' יהודא אפילו שלא הוחזק בבנו קאמר כדמוכח התם ובדוכתי אחרינא ע"ש ודבריו סתומין וביותר תמוהין דברי לחם משנה שם שכתב לתמוה על רמב"ם שכתב על מי שלא הוחזק בבנו כלל דבגמרא אי' דאפילו מוחזק לנו שאינו בנו נאמן ולמה כתב הרמב"ם שלא הוחזק דמשמע אי הוחזק שאינו בנו לא יע"ש כי צ"ע, היאך מוכח בש"ס כן, ובבית יוסף כתב שם וז"ל ונראה שכתב כן מדתנן בהאי פרקא בב"ב דף קל"ד האומר זה בני נאמן ומשמע לרבינו דכיון שהוא נאמן לומר שהוא בנו ה"ה שנאמן שהוא בכורו לר' יהודא דקיי"ל כוותי' עכ"ל לא מצא רבינו מקור לדין זה רק מהאי מתני' ולענ"ד צ"ע דלכאורה לא מוכח די"ל כפירוש רשב"ם ותוס' שאינו נאמן רק מטעם מגו על נכסים שיש לו אז ולא על נכסים שיפלו אח"כ וה"ה כשאינו מוחזק בבנו נאמן לומר זה בני בכורי על נכסים שיש לו אז מטעם מגו אבל מנלן שנאמן בתורת יכיר אפי' לנכסים שיפלו אח"כ שאין לו מגו דהא מקרא לא מוכח די"ל דאיירי דידעינן שהוא בנו כמ"ש רשב"ם ותוס' וא"כ דברי רמב"ם וטוש"ע תמוהין כי מנלן לחדש דין זה ובב"ח בסימן רע"ט כתב לכן השמיט הטור דעת רשב"ם ותוס' דפירשו דידעינן שהוא בנו שס"ל דפירש זה דחוי דסתמא תנן יכיר יכירנו לאחרים דמשמע להדיא אפילו לא ידעינן שהוא בנו, ולא הבנתי דבריו הקדושים הא הקרא מיירי בידוע שהיו לו שני בנים אחד בכור ואחד פשוט ונתנה תורה נאמנות להכיר מי הוא הבכור כמו שמורה פשטא דקרא כי יהי' לאיש כו' ומנלן לומר דמשמע להדי' אפילו לא ידעינן שהוא בנו ולכאורה יש להביא ראי' אפילו באינו ידוע שהוא בנו נאמן לומר שהוא בנו מהא דאיתא בכתובת דף י"ג ע"ב ההוא ארוס וארוסתו דאתו לקמי דרב יוסף היא אמרה מיני' והוא אמר אין מינאי אמר ר' יוסף למאי ניחוש חדא דהא קא מודה עיין בתוס' ד"ה ההוא ומבואר בתוס' ד"ה חדא שהיא לענין להכשיר הולד ובע"כ הטעם דנאמן כמ"ש בנמוקי יוסף ביבמות דף ע"ה דהיכי שהבעל טוען ברי שהולד ממנו אף שהיא מכחשתו נאמן דכיון שהאמינתו תורה לפסול מקרא דיכיר מכ"ש שנאמן להכשירו יע"ש הרי אף שאין ידוע לנו שהוא בנו נאמן לומר שהוא בנו שיהי' כשר ה"ה שנאמן על מי שאינו ידוע שהוא בכור שיטול חלק בכורה דבש"ס משמע שדמי זה לזה מיהו יש לדחות להמעיין היטב, ועיין עוד בשיטה מקובצת במס' כתובת דף כ"ד ע"ב בד"ה א"ל ר' חי"א בשם ריטב"א והבן:

כז ודע בגוף דברי רמב"ם הנ"ל במ"ש שנאמן לומר על מי שלא הוחזק בנו כלל הוא בני ובכורי שתמה הלחם משנה אמאי לא כתב רבותא יתירה אפילו מוחזק לכו שאינו בנו נאמן ראיתי בסמ"ע סימן רע"ז ס"ק כ"ד שמיישב וז"ל ודקדקו הטור ומחבר וכתבו על

מי שלא הוחזק בבנו כו' ולא כתבו על מי שהוחזק לנו שאינו בנו דס"ל דבכה"ג אינו נאמן דחזקה זו בממ"נ על ידי מי באה אם על יד אביו שהי' רגיל לומר אינו בנו תו אינו נאמן לומר שהוא בנו כמ"ש מור"ם בשם רמב"ן אחר כך ואם ע"י עדים שמעידים שנולד מאמה אחרת או מאשתו מאיש אחר ודאי אינו נאמן להכחיש העדים ומ"ש הטור ומחבר אחר זה דכשאמר על המוחזק לנו בבכור שאינו בכור נאמן שם אתי שפיר דמיירי שאין עדים מעידים שהוא בנו הבכור אלא מעידים שנולד מאשתו בראשונה ומל ידי זה הוחזק בבכור והאב אומר על השני שנולד אחריו שהוא בכור והראשון נפסל ממילא דמדהשני בכור ש"מ דהראשון הוא ממזר והתורה האמינתו על זה והיינו דוקא ע"י עדים אבל לא כשהוחזק לנו שהוא בכור על ידי עצמו כמ"ש מור"ם בהג"ה עכ"ל (ובע"כ סובר כשיטת רשד"ם המובא במ"ל בפ"ב מנחלות ודלא כמוהריב"ל) ולכאורה דבריו תמוהין הא משכחת בפשיטות גווני שיהי' נאמן אפילו כשהוחזק שאינו בנו כדאי' במס' קדושין דף פ' מעשה באשה אחת שבאתה לירושלים ותינוק מורכב על כתיפה והגדילתו ובא עליה והביאום לבית דין וסקלום לא מפני שבנה ודאי אלא מפני שכרוך אחריה ומבואר ברמב"ם בפרק א' מאיסורי ביאה הלכה כ' וז"ל מי שהוחזק בשאר בשר דנין על פי חזקה אע"פי שאין שם דאי' ברורה שזה קרוב מלקין וסוקלין על חזקה כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו או אמו ובא עליה בעדים ה"ז לוקה או נסקל כו' איש ואשה שבאו ממדינת הים הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקה בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עליה עכ"ל וכן אי' בש"ע א"העז סימן י"ט ס"א וב' ואם כן משכחת בפשיטות שמוחזק שאינו בנו רק בן של אחר כגון שאיש ואשה דרו באותו עיר שלשים יום או יותר עם ולד הכרוך אחריהם והוחזקו על ידי זה שהוא בנם כיון שהיא מוחזקת לאשתו והבנים כרוכין אחריה בודאי הם בני' כדאי' בקדושין דף ע"ט ע"ב שמביא ראי' על האשה ואין צריך להביא ראי' על הבנים שכרוכין אחריה וכן קיי"ל כמ"ש רמב"ם בפ"כ מאיסורי ביאה הלכה ז' ובטור סימן ג', ועתה בא זה ואמר זה הוא בני ובכורי ואינו בנו של זה האיש אף שהי' כרוך אחר אשתו וא"כ מעיד נגד חזקה, ואפ"ה נאמן כמו שנאמן על המוחזק לכו שהוא בכור על ידי עדים והוא אומר שאינו בכור נאמן דאנו אומרין שכוונתו לומר שראשון אינו בנו שהוא ממזר אף שהי' עד עתה מוחזק לנו בחזקת כשר ובחזקת בנו מ"מ האמינה תורה להאב להפקיע מחזקת כשרות ה"נ נאמן להפקיע החזקה ולהורישו בתורת בכור ואכתי קמה קו' הלח"מ אמאי לא כתבו רמב"ם וטוש"ע אפילו במוחזק שאינו בנו נאמן לומר שהוא בנו ובכור, ונלענ"ד בשיטת הרמב"ם וסיעתו דהנה ידוע דחזקות שמצינו בש"ס הוא על ב' אופנים אופן א' היכי

דנתחזקה לנו על ידי ידיעה ברור' כגון שראינו איזה דבר שנחזק לנו שכן הוא ואחר כך נולד לנו ספק אם עדיין הדבר עומד בחזקתו הראשונה אמרינן שמעמידן הדבר על חזקת קמייתא כגון חזקת אשת איש דהוא חזקה דאתי' מכח ידיעה ברורה דהא ידוע לנו על ידי ראי' שאנו רואים או יודעים שפעם אחת היתה ודאי אשת איש וכיו"ב חזקת פנוי' שפעם אחת היתה בודאי פנוי' וכן חזקת חי' אופן ב' הוא חזקה דאתיא מכח העדר ידיעה דאנו מוקמינן על חזקה מחמת שלא ראינו השתנות וכדי לברר הדבר אציג כאן מ"ש בש"ות מוהרי"ט ספר א' סימן ל"ז דף יו"ד ע"ד וז"ל וא"ת לדבריך אי סמכינן אחזקה אמאי מקיפין כיון שאין ההיקף ראי' ובלא כן נתלה שלאחר שחיטה נקב דמוקמינן לה אחזקה קמייתא וכי תימא חזקה קמייתא איתרע שהרי נקובה לפנינו ונאמר כשם שהיא נקובה עכשיו כן הי' מקודם הא ליתא דבריש נדה מוכח דלעולם אזלינן בתר חזקה קמייתא אם לא היכי דאיכא תרתי לרעותא כו' זו שאלה היא אבל יש לומר שאין חזקה זו כשאר חזקות כגון מקוה הי' שלם וטפי עדיף לומר כשם שהי' מתחילה שלם כך הי' ע"ע והשתא הוא דחסר הלכך בעי נמי אידך ריעותא דהעמד טמא על חזקתו אבל הכא הא דאמרינן בבהמה לאחר שנשחטה בחזקת היתר עומדת היינו משום דלא ראינו בה ריעותא ואחזוקי איסורא לא מחזקינן א"נ דרוב בהמות הם שלימות השתא דהיא נקובה לפנינו הא איתרע לה חזקתה ונאמר כמו שהיא נקובה מעכשיו כמו כן הי' מקודם לכן עכ"ל נתבאר דחזקה דבהמה שנשחטה בחזקת היתר עומדת אתיא מכח העדר ידיעה מחמת שלא ראינו ריעותא אנו אומרין דלא מחזקינן איסורא ונקרא בשם חזקה וכן איתא בפוסקים בדוכתי טובא אחזוקי איסורא לא מחזקינן עיין בטורי זהב יורה דיעה סימן ל"א ס"ק ד' וכמו כן כתב בטו"ז בא"ח סימן ח' ס"ק ח' וז"ל ואין לומר הא אין סומכין על חזקה כל שיש לברורי ולבדוק כמ"ש ביו"ד סימן א' יש לומר דהכא שאני דכבר בדק הטלית רק חיישינן לקלקול ע"כ שפיר סמכינן על חזקה עכ"ל וכוונתו מבואר לעין כל דיש חילוק בין חזקה דאתיא מכח ידיעה ברורה דהא בדק הטלית סמכינן עליו אף שיש לברורי בקל ויכול הוא בעצמו לסמוך ע"ז משא"כ ברוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם אין אנו יכולין לאכול משחיטתו כל זמן שלא בדקנהו כיון דהוא רק מחמת דלא ראינו ריעותא בהאי גברא אמרינן מסתמא הוא מומחה כמו רובא דעלמא המצוין לא אלים כל כך לכן צריך לברורי היכי דאפשר לברר הרי דלדינא מצינו חילוק בין חזקות לשיטת מוהרי"ט אף דקיי"ל בכל מקום חזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא בחזקה דאתי' מכח העדר ידיעה לא עדיף ולטו"ד אף דקיי"ל בכל מקום בחזקה צריך לברורי היכי דאפשר היינו בחזקה דאתיא מכח העדר ידיעה אבל בחזקה דאתי' מכח ידיעה ברורה אין צריך

לברורי, מעתה נראה לומר אף דליכא חזקה המתנגד לחזקה דאתי' מכח העדר ידיעה או היכי דאי אפשר לברורי שסומכין על חזקה דאתיא מכח העדר ידיעה מ"מ הדעת מכרעת דאיקלש חזקה דאתיא מכח העדר ידיעה לחזקה דאתיא מכח ידיעה ברורה וכן בארתי בכללי חזקות ובכלל ע"א בממון שאפילו בחזקה דאתיא מכח ידיעה ברורה יש חילוק כי יש חזקה הפוסקת ויש חזקה שאינה פוסקת כי חזקת אשת איש וחזקת פנוי' וחזקת כשרות שלא נולדה זונה הוי חזקה הפוסקת דהא לא נודע לו בבירור שגם עתה הענין כן כי עכשיו נולד ספק רק מוקמינן הספק שיש לנו עכשיו על חזקה שהי' מקודם ודאי, וחזקה שאינה פוסקת עדיף כמו חזקה דכרוכין וכיו"ב שגם עכשיו יש לנו ראי' ברורה שהדעת מכרעת שכן הוא וסעד לזה מבואר בתשובת תרומת הדשן סימן ד"ז בשם או"ז הגדול ולכן מהני חזקה כזו אפי' בדיני נפשות וכיו"ב כתב בתשובת מוהרי"ק סימן ע"ב ומוהרי"ט סימן כ"ז דחזקה דאתיא מכח סברא אלים טובא מחזקה קמייתא כיון שגם עכשיו הדעת מכרעת שכן הוא ולפ"ז יבוא הכל על נכון ואומר דרמב"ם סובר כיון דסברא חיצונה הוא שאין האב נאמן כיון שהוא קרוב רק הוא גז"הכ שהאמינתו תורה ראוי לומר אין לך אלא חידושו ולמעט החזקה בכל מה דאפשר ואין לך אלא מה שמצינו בפירוש וזה מצינו שר' יהודא סובר שנאמן נגד חזקה ואולם לא מצינו רק בחזקה הפוסקת, והיינו אם מוחזק לנו שהוא בכורו ואומר על אחר שהוא בכור אף שעדים מעידים שנולד בראשון נאמן הוא שיהי' הראשון ממזר אף שהי' בחזקת שאינו ממזר מ"מ לא הי' בידיעה ברורה שאינו ממזר דאטו סהדי בכפא תלי' שיהי' משגיחים על האשה שאינה מזנית תחת בעלה רק כיון שלא ראינו ריעותא בה והי' לה חזקת קמייתא שלא נולדה זונה ועכשיו החזקה הוא חזקה הפוסקת כי אולי זינתה לכן נאמן וכן נאמן על מי שאינו מוחזק שהוא בנו דהוי חזקה דאתיא מכח העדר ידיעה משא"כ היכי שמוחזק לנו שאינו בנו כגון שהי' כרוך אחר אב ואם המוחזק לנו כיון דאותו חזקה הוא חזקה שאינו פוסקת שגם עכשיו נודע לנו על ידי ידיעה ברורה שכן הוא דעת של תורה כיון שכרוך אחריהם הוא בחזקת בנם בודאי חזקה זו בע"כ אלים כעדים דהא סוקלין ושורפין על חזקה זו ובדיני נפשות בעי עדים ובע"כ שאלים כח חזקה זו כעדים דהוי אנן סהדי שכן הוא וכמו שאינו נאמן לשיטת סמ"ע וסיעתו להכחיש העדים כמו כן אינו נאמן להכחיש החזקה הלז, ושפיר דקו הרמב"ם וטוש"ע בלשונם הקדוש, ולפ"ז יש להבין היטב כוונת המגיד משנה הנ"ל במ"ש דר' יהודא אע"פי שלא הוחזק בבנו קאמר כדמוכח התם ובדוכתי אחרינא כוונתו כמו שמוכח שר' יהודא בע"כ סובר שנאמן אפילו נגד חזקה שהי' פעם אחת בידיעה ברורה דהא נאמן לומר על המוחזק לנו שהוא בכור שאחר הוא בכור ובע"כ

משווי לראשון ממזר אף שהי' להאם חזקת כשרות וחזקת כשרות שלה מהני לולד כי קיי"ל במס' כתובת דף י"ד כמאן דמכשיר בה מכשיר בבתה וחזקת כשרות שלא הי' פעם אחת על ידי ידיעה ברורה דהא לא נולדה זונה כדאית' בכתובת דף י"ב ע"ב ברש"י ד"ה אוקמא מ"מ כיון שאחר כך לית לן ידיעה ברורה שעכשיו יש לנו ספק נאמן לגרוע החזקה מכ"ש דנאמן נגד חזקה דאתיא מכח העדר ידיעה אשר מעולם לא הי' לנו ידיעה ברורה שכן הוא וכשאומר על מי שלא הוחזק בבנו כלל החזקה שאינו בנו אתיא מכח העדר ידיעה כיון שלא ראינו שנהג עמו כאב עם בנו מסתמא אינו בנו חזקה זו קלישא וא"ש ולק"מ קו' הלח"מ ואף כי המ"מ והסמ"ע קיצרו במובן נודע דרכם לקצר וסמכו על המעיין היטב כי כל רז לא אניס להם והי' הכל פשוט לפניהם, ודוק ותראה שדברינו נכונים בס"ד ואף אם לא כוונתי האמת בכוונתם מ"מ הדברים מצד עצמן נכונים וראוי' לאומרם, ודברי סמ"ע ברורין ותורת אמת היתה בפיו:

כח ואי נאמן האב להכיר לבנו הבכור לאחר מיתתו עיין משנה למלך בפ"ב מנחלות הי"ד שדעת מוהרי"ט שא"נ וכתב שמוהרי"ק חולק ועיין רמ"א סימן רע"ז סי"ג ועיין בשערי המלך בפ"ב מנחלות ה"ד ובפכ"ב ממכירה ה"י ובגוף ראיות מוהרי"ט יש לדחות לשיטת רש"י בגיטין דף ל"א דסתם ר"נ הוא ר"נ ב"י ועיין תוס' ד"ה אנא ור"נ סובר בב"ב דף קמ"ב המזכה לעובר לכשתלד קנה וכעין זה כ' בשע"המ ועיין בא"ות סימן ס"א סק"א כ"ח בענין אי האב נאמן בתוך שבעה ימי לידה עיין רש"י קדושין דף ע"ד ע"א ד"ה אמו ולחם משנה בפי"ד מנחלות הי"ד ובטוש"ע סימן רע"ז סי"ב וסמ"ע סקכ"ב ובפרישה ובטורי זהב א"העז סימן ל"ד ס"ק כ' ודוק שם ותשכח:

כלל יט

יבואר דין נאמנות האב על בתו לומר שנתקדשה ובו ד' פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' כתובת דף כ"ב ע"א האשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת שהפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' אמר ר' אסי מניין להפה שאסר כו' מן התורה שנאמ' את בתי נתתי לאיש הזה לאיש אסירה הזה התירה ל"ל קרא סברא הוא הוא אסרה והוא שרי לה אלא כי איצטריך קרא לכדר' הונא אמר רב דאמר מניין לאב שנאמן לאסור את בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה למה לי מבעי' לי' לכדתני' דתני ר' יונה את בתי נתתי לאיש הזה ולא ליבם וכתבו בתוס' מניין להפה וז"ל משמע שאין נאמן

להתיר את בתו כשאסרה אלא מחמת מגו ותימא דאם בא אחד ואמר אני קדשתי את בתי ולאחר מעה או למחר אומר לפלוני קדשתיה לא יהי' נאמן כיון דהשתא ליכא מגו ואומר ר"י דבעינן זה שאינו סותר דבריו הראשונים ולא בא אלא לפרש דבריו הראשונים מיהמן אע"ג דליכא מגו והכא דריש מאת בתי הפה שאסר הוא הפה שהתיר כגון דקאי האיש שקידש לו קמי' ואמר את בתי נתתי לאיש ושתיק דמשמע ודאי שאינו מכיר שזה חתנו מדלא אמר את בתי נתתי לזה או לאיש הזה ביחד בלא הפסק מרובה הלכך לא יהי' נאמן אח"כ אלא תוך כד"ד דאיכא מגו עכ"ל ועיין בב"י בא"העז בסימן קנ"ב, וכדי לברר הסוגי' היטב ההכרח לברר הפירוש במתני' ומתוך כך ממילא יבורר בס"ד הפי' בדברי ר' אסי על נכון, דהנה בנידון דמתני' שם האשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני מצינו שלשה שיטות:

שיטה א הטור באבן העזר סימן קנ"ב כתב בשם רבינו יונה לא היתה בחזקת אשת איש ובאה לפנינו ואמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת דוקא בתוך כדי דיבור אבל לאחר כדי דיבור לא מהימנא אלא א"כ נתנה אמתלא לדבריה:

שיטה ב כתב בשם רבינו מאיר הלוי שאין צריך שתאמר תוך כדי דיבור אלא צריך שתאמר כן קודם שיסתלקו מאותו ענין כל זמן שיתעסקו בו בתוך כדי דיבור של דיבור אחרון:

שיטה ג הטור כתב על דבריהם וז"ל ונראה לי שאין צריך לא לזה ולא לזה כיון שאינה עוקרת דבריה הראשונים אלא מוסיפת לומר נתגרשה וכיון שלא ידענו שהיתה אשת איש אלא על פיה נאמנת יע"ש ועיין ברמב"ם בפרק י"ב מהלכות גירושין הלכה א' ובמגיד משנה שם ובש"ע שם סעיף ו' וב"ש ס"ק יו"ד ובהרב המגיד כתב שהקשו הראשונים זלה"ה לשיטת רבינו יונה למה לי הפה שאסר כו' דכיון שתוך כדי דיבור הוא לא יהי' אלא חזרה הא יכולה לחזור ותירץ דאיצטרך דסד"א כיון שעומדת בדיבורא אלא שמתירה עצמה מצד אחר אפילו תוך כדי דיבור לאו כל כמיני' ולהכי איצטריך הפה שאסר הפה שהתיר וכ"כ בשיטה מקובצת בשם רשב"א ונראה מה דהוכרח רמ"ה לחלק חילוק חדש יש לומר בפשיטות דהוי קשה לי' קושי' הנ"ל כיון שהוא תכ"ד למה לי מגו דפה שאסר כו' ולא הי' ניחא לי' בתירץ הנ"ל לכן סובר דמגו מהני כל זמן שעסוקין באותו ענין לא הוי מגו למפרע ובכה"ג מיירי מתני' דמצד תוך כדי דיבור לא הי' נאמנת כי חזרה בתוך כדי דיבור דמהני היינו תוך כדי דיבור לאמירה וכדאי' בטור חושן משפט סו סימן קצ"ד והוא מש"ס ב"ב דף קי"ד ע"ב דבקנין סודר יכולין לחזור כל זמן שעסוקין באותו ענין אבל בשאר ענינים אין בהם חזרה אחר כדי דיבור וה"ה בכל מקום חוץ מהני

הנזכרים שם יע"ש וכיון שהוא לאחר כדי דיבור מאמירה שאמרה אשת איש הייתי אינה יכולה לחזור ולכן איתא במתני' הטעם משום הפה שאסר וכו' דמהני כל זמן שעסוקין באותו ענין ורבינו יונה וסיעתו סוברים דאפילו מגו לא הוי רק בתוך כדי דיבור ולאחר כדי דיבור אף ש עסוקין באותו ענין הוי מגו למפרע לכן מוכרחים לחלק כמ"ש רשב"א והמ"מ, שוב ראיתי בספר כנסת הגדולה בחושן משפט סימן פ"ב בכללי מגו ס"ק קס"ב בשם ספר בני שמואל שכתב וז"ל ובמגו דלאחר כדי דיבור לדעת תוס' והרמב"ן והר"ר יונה והר"ן והרב המגיד ורבינו יחיאל לא אמרינן והרמ"ה ז"ל סובר דאפילו לאחר כדי דיבור אמרינן מגו כל זמן שהם עסוקין באותו ענין תוך כדי דיבור מאותו ענין עכ"ל אבל בספר אורים ותומים שם בכללי מגו ס"ק ק"י השיג עליו במה שהבין לרמ"ה מהני כל זמן שעסוקין באותו ענין דגם הרמ"ה מודה דמגו לא מהני כ"א בתכ"ד רק בנידון הנ"ל דמפרשת דבריה סובר כל זמן שעוסקת באותו ענין יכולה לפרש ואח"כ אילו היתה כוונתה מתחילה לכך הי' אומרת וע"כ חזרה יש בדבר אבל כשאינו מפרש דבריו לכ"ע הוי מגו למפרע מיד לאחר כד"ד כיון דאז א"א לחזור וכ"כ בס"ק ק"ג וגם במ"ש כנ"הג דר"ן סובר כרבינו יונה ראיתי ברמ"א בספר דרכי משה בא"העז סימן קנ"ב סק"ד שכתב דמדברי הר"ן בפ' האומר משמע כדברי רמ"ה, ולכאורה קשה לשיטת רבינו יונה ותוס' דקיימו בחדא שיטה כמ"ש בס' כנ"הג (ועיין בב"י סימן קנ"ב) דטעמא דמתני' משום מגו ודוקא בתוך כדי דיבור ועלה דמתני' קאי דברי ר' אסי לפי מה שכתבנו דברי תוס' בד"ה מנין דדריש מאת בתי הפה שאסר הוא הפה שהתיר כגון דקאי האיש שקידש לו קמי' ואמר את בתי נתתי לאיש ושתק דמשמע ודאי שאינו מכיר שזה חתנו מדלא פירש ואומר את בתי נתתי לזה או לאיש הזה ביחד בלא הפסק מרובה הלכך לא יהי' נאמן אח"כ אלא תכ"ד דאיכא מגו ועיין ב"ש בסימן ל"ז ס"ק מ"ג וברמ"א סעיף כ' הא לפמ"ש הרשב"א והמ"מ אין יכול לחזור בתוך כדי דיבור רק כשסותר דבריו הראשונים ולא היכי שעומד בדיבורו רק שמתיר עצמו מצד אחד אינו נאמן כי אם מטעם הפה שאסר הוא הפה שהתיר כדאי' במתני' וכיון דר' אסי בע"כ קאי על הפה שאסר כו' הנזכר במתני' כדמוכח מסידור הש"ס היאך מוכח מאת בתי כו' כיון דהתם ג"כ בע"כ מיירי רק בתוך כדי דיבור דאפילו מגו לא מהני רק בתוך כדי דיבור דלמא הטעם דנאמן משום חזרה דהכא הוי חזרה ממש דמתחילה הי' אומר שאינו מכירו ואח"כ בתוך כדי דיבור אמר שזה חתנו משא"כ במתני' דלא שייך חזרה כיון שמתירה עצמה מצד אחר לא מהני מגו אפילו בתוך כדי דיבור מיהו קו' זו יש לישב דהנה דעת תוס' במס' ב"ב דף קכ"ט ע"ב ד"ה והלכתא ובמס' ב"ק דף ע"ג ע"ב ד"ה כי ורמב"ן במס' ב"ב שם, שהוא רק תקנתא

דחכמים אבל מן התורה בכל מקום אין יכול לחזור אפילו בתוך כדי דיבור ועיין ב"י בא"העז סימן קל"ד בסופו וב"ש בסימן ל"ו ס"ק נ"ו וח"מח ס"ק מ"ה ויש לומר דכן דעת רבינו יונה ג"כ וא"כ שפיר הוכיח ר' אסי מקרא דבע"כ הוא מטעם מגו דהא מן התורה אין לחזור אפילו בתכד"ד, אמנם קשה לפמ"ש בכנ"הג שגם הר"ן סובר כרבינו יונה והר"ן כתב להדי' במס' נדרים דף פ"ז ע"א דמן התורה הוא תוך כדי דיבור כדיבור דמי וא"כ הדק"ל ונשמע מכאן כשיטת רמ"א שהר"ן בע"כ סובר כרמ"ה ואין לומר הא לשיטתו ג"כ קשה היאך מוכח שנאמן בדינא דמתני' מטעם מגו דהא במתני' לא שייך חזרה דאין יכול לחזור כשעסוקין באותו ענין ובע"כ אינה נאמנת רק מטעם מגו דהפה שאסר וכו' הא באת בתי כו' הוי חזרה בתוך כדי דיבור דיכול לחזור מן התורה, די"ל דס"ל להר"ן כעין תירץ התוס' דהוכחת ר' אסי הוא דעל זה לא צריך קרא באם אמר תוך כדי דיבור תיבת הזה כיון דמדאורייתא הוי כדי דיבור בכל מקום פשיטא דיכול לחזור אע"כ דקמ"ל הקרא אף אם אמר תיבת הזה בעוד עסוקין באותו ענין יכול לחזור ובע"כ והוא מטעם מגו שעל זה צריך קרא וכמו לפירוש התוס' מהכרח ומיתורא דקרא מוקמינן ומפרשינן לקרא בזה האופן ששותק וסותר דבריו ומיהמן בתוך כדי דיבור במגו כמ"ש מוהר"ם שיף אף שלא נזכר בקרא שהפסיק על ידי שתיקה כמו כן יש לומר לשיטת הר"ן מהכרח ומיתורא דקרא מוקמינן לקרא בזה האומן שהי' מפסיק עד תוך כדי דיבור מעסקו באותו ענין אמר הזה מ"מ נאמן במגו, וכסברת כנ"הג בהבנת רמ"ה הנ"ל, ואולם לכאורה גם לרמ"א קשה דלמא איירי קרא בתוך כדי דיבור ומצד חזרה, וא"ל דזהו פשיטא הא יש לומר דהא דקיי"ל בכל התורה תוך כדי דיבור כדיבור דמי ילפינן מהאי קרא דהא לאו מילתא פשיטא הוא דבמס' ב"ק דף ע"ג אי' לאביי דסובר למפרע הוא נפסל פליגי רבנן ורב יוסי לרבנן תוך כדי דיבור לא הוי כדיבור ולרב יוסי הוי כדיבור ואף דאנן קיי"ל דהוי כדיבור כמ"ש תוספת שם ד"ה כי דסמכינן על סוגי' דנזיר דף כ' עכ"פ לאו מילתא דפשיטא הוא כיון דאיכא תנא דסובר דלא הוי כדיבור וקמ"ל קרא דהוי כדיבור אבל במתני' דליכא חזרה רק מטעם מגו מנלן לרב אסי דאמרינן הפה שאסר כו', ותו קשה לשיטת רמ"א בהבנת הר"ן כפי מה שכתבתי ליישב מה מקשה הש"ס למה לי קרא סברא הוא דלמא זהו גופא קמ"ל קרא דלא נימא כיון שהוא אחר כדי דיבור מאמירה שאמר את בתי וגו' לא הוי מגו משום מגו למפרע קמ"ל קרא דכל זמן שעסוקין באותו ענין הוי מגו כמ"ש בספר כנסת הגדולה הנ"ל ועיין תוס' במס' שבועת דף כ"ג ע"ב ד"ה אבע"א ובס' באר שבע במס' הוריות דף ו' ע"ג דיש דברים שאין הסברא פשוטה כל כך וצריך הקרא להשמיענו וה"ה כיון שהוא לאחר כדי דיבור אין הסברא פשוטה שיועיל המגו,

וא"כ קחה שיטת הר"ן וצריך לומר בדוחק דהר"ן לית לי' תירץ ראשון של תוס' רק כתי' השני שתירצו דאיכא למימר דאפילו בכה"ג מיהמן בלא מגו וקרא יתירא קדריש דאם אין ענין כאן דאפילו לאחר זמן נאמן דסברא הוא שיהי' נאמן לפרש למי נתנה אע"פי שלא פירש מח מתחילה שלא הי' חושש לפרש תנהו ענין להיכי דאינו נאמן לאחר זמן שיהי' נאמן בתוך כדי דיבור במגו והיינו כמ"ש מוהר"ם שיף שבע"כ קאי לענין אחר לגמרי ולא ענין הך נידון דבת וא"כ שפיר הוכיח, ובש"ע סימן ל"ו סעיף ב' הביא דעת תוס' בשם י"א ולכאורה הר"ן וסיעתו הסוברים תוך כדי דיבור הוי מן התורה כדיבור בע"כ ס"ל כתי' ב' שתי' בתוס' וצ"ע לדינא:

ב ומעתה נברר שיטת הטור וסיעתו הנה זה פשוט דבע"כ הטור מפרש לשון הפה שאסר הוא הפה שהתיר הנזכר במתני' אינו מטעם מגו רק כמ"ש בספר הפלאה דכיון דלא נאסרה רק על פה נאמנת לפרש דבריה הראשונים אפילו לאחר כדי דיבור ותוס' וסיעתם הבינו הפירש כפשוטו שהוא מטעם מגו ואולם יש להתבונן לשיטת הטור היאך מייתי ר' אסי ראי' מקרא דאת בתי דלמא מיירי הקרא בתוך כדי דיבור כמ"ש תוס' בד"ה מניין וכבר הרגיש בזה בספר הפלאה, וראיתי שכתב לתרץ דלכאורה קשה דהא משמע דקרא מיירי דאיכא עדים על הקדושין דהא מיירי במוציא שם רע ע"פ עדים שמעידים שזינתה כדאי' בכתובת דף מ"ו ע"ב ועיין ברמב"ם בפ"ב מהלכות נערה בתולה הלכה ו' וע"כ שהתרו בה מדחייבת סקילה וא"כ איך שייך לומר הפה שאסר, ותו דהא ר' אסי בעצמו סובר בקדושין דף ס"ג ע"ב דנאמן האב אף לסקול דאכולה מילתא קאי וקשה דהא אי אפשר לסקול בלא התראה והיאך התרו בה העדים כיון שלא ידעו מן הקדושין וע"כ צריך לומר דעדים אומרים ששמעו מפי האב שנתקדשה לאיש וע"פי דבריו התרו בה וכשבא האב לבית דין ואמר האיש הזה הרי דמוכח מקרא דנאמן האב אפילו לאחר כדי דיבור כמ"ש הטור שהדי כבר אמר לפני העדים שקידשה אפ"ה קמ"ל קרא דנאמן עתה לפרש דבריו עכ"ד ובמחילות כבוד תורתו הקדושה תי' זה ליתא לענ"ד דמה שהקשה דליכא מגו כיון דבע"כ יש עדים על הקדושין לק"מ אבעית אימא דמיירי שפיר דעדים מעידים שידעו שנתקדשה לפלוני ואולם כיון שאב נאמן לאסור את בתו כי גם רב אסי סובר כרב דילפינן מאת בתי נתתי לאיש דיכול לאסרה כמו שאמר לאיש אסרה רק דהוסיף דילפינן מהזה הפה שאסר כו' כמ"ש רש"י בד"ה הזה, ומה דלא קאמר רב אסי מניין לאב שיכול לאסור וגם הפה שאסר הפה שהתיר כי זהו כבר אמר רב רבו ולא בא לחדש רק מה שהוסיף מדעתו לומר דילפינן מתיבת הזה הפה שאסר כו' ואגב רמז בלשונו דין הקדוש של רב דבו במה שאמר לאיש אסרה, ולפמ"ש לקמן דעת הרבה פוסקים, הא

דאב נאמן לאסור את בתו הוא מטעם דבתו הוא ברשותו וכמו שאדם נאמן על עצמו לאסור ע"ע ויכול לשווי' נפשי' חתיכה דאיסורא ה"ה יכול לאסור על בתו ומבואר ביו"ד סימן א' סעיף י"ב דאמרינן שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא אפילו נגד עדים שאדם נאמן לחובת עצמו יותר ממאה עדים, א"כ שפיר קאמר לאיש אסרה כמ"ש רש"י שאסרה לכל העולם דלא ידעינן למאן וכי אמר הזה התירה לו, ור"ל כי כשאמר לאיש אף שעדים מעידים שראו שנתקדשה לזה או שידעו מ"מ נאמן להכחישם ולאוסרה על בעלה כי נאמן לחובתה יותר מעדים ועל ידי שאמר הזה התירה לו מטעם שאמר הפה שאסר הוא הפה שהתיר כי אם הי' שותק ולא אמר לאיש רק את בתי נתתי להזה הי' מותרת לו או שלא הי' אומר כלל את בתי נתתי וגו' כיון שידעינן מעדים שנתקדשה לזה לא הי' לו רק לומר לבית דין ששקר ענה הבעל בבתו במה ששם עלה עלילות דברים, ואפילו לדברי ר' אסי דהאב נאמן לקטלא ובע"כ ליכא עדים שידעו מקדושין רק העדים העידו שש ששמעו מפי האב, מ"מ הוי מגו מעליא בתוך כדי דיבור ונסתר ראייתו להטור דאי אפשר לומר שהוכחת ר' אסי הוא שנאמן אפי' לאחר כדי דיבור לפרש דבריו כמו הכא דמנלן שמיירי שהעדים מעידין ששמעו מפי האב שנתקדשה לאיש ולא פירש למי דלמא מיירי שהעדים מעידים ששמעו מפי האב שנתקדשה לפלוני הלז המוציא עליה שם רע ועתה בבוא האב לפני בית דין אומר את בתי נתתי לאיש הזה שעל זה יש לו מגו דהוי שתיק ולא הוי אמר רק כמו שאמר בפני עדים או שהי' שותק לגמרי ומגו זו הוא בתוך כדי דיבור שאנו דנין על דבריו שאומר עכשיו דהוא זלה"ה הבין שהי' אמר בפני עדים שקידשה לאיש וא"כ בע"כ הוי המגו שלא הי' אומר כן לעדים ולכן כתב דהוי לאחר כדי דיבור אבל לפמ"ש לא יזיק כלל מה שאמר אז לפני עדים כיון שאמר להם שקידשה לזה ועיקר האיסור בא מה שאמר עכשיו בפני ב"ד לאיש ועל זה בא ההיתר ממה שאמר אח"כ הזה וא"כ ליכא ראי' להטור וזהו פשוט, ולפ"ז נפשט ספק שנסתפק בספר חלקת מחוקק דהנה אנן קיי"ל כמ"ש הר"ן בכתובת דף ע"ב בשם רמב"ן והובא בש"ע א"העז סימן י"ז סעיף ח' בעד מפי עד אם בא הראשון וכפר אין השני שאומר משמו נאמן, ולכן אם העיד עד מפי עד שאמר שמת הבעל ואח"כ בא הראשון ואמר שלא אמר מת נאמן להכחישו וכתב בחלקת מחוקק בס"ק י"ז היכי שהעידו שני עדים מפי עד אחד אין יכול להכחישם אך יש להסתפק אם יכול עד הראשון לומר שקר הגדתי לך וכה"ג כתב הר"ן בתשובה אף שהגדתו מועיל חוץ לבית דין מ"מ אם אמר אח"כ מבודה הייתי נאמן וכתב כן בלשון ספק, אבל הבית שמואל בס"ק כ"ג כתב כן בלשון ודאי שנאמן לומר ששקר הגיד כיון שהגדה ראשונה הי' חוץ לבית דין וברור אף שח"מח וב"ש נקטו הדין

בלשון שאומר כן לעד אחד מ"מ הדין כן אפילו בשנים מפי עד אחד שיכול הראשון לומר שקר הגדתי לכם כיון דהי' חוץ לבית דין דמ"ש זיל בתר טעמא ולא דקו כ"כ בלשונם ומסוגי' זו מוכח דיכול לומר שקר הגדתי לכם כב"ש ודלא כח"מח שנסתפק בזה דאל"כ תיקשי מנלן לר' אסי להוכיח מטעם הפה שאסר הפה שהתיר נאמן האב להתיר דלמא קם דיבורו שאמר מעיקרא בפני עדים כי הם נאמנים שאמר להם מעיקרא שנתקדשה לפלוני הלז דשני עדים מפי אחד אין יכול להכחישם לכן אין יכול עכשיו לחזור מדיבורו הראשון ולאוסרה במה שאמר עכשיו בפני בית דין את בתי נתתי להאיש, אע"כ כב"ש כיון דהגדה הראשונים שאמר בפני עדים חוץ לבית דין הי' יכול לחזור ובע"כ מטעם מגו נאמן לומר הזה דמגו זו הוי בתוך כדי דיבור כיון דגם בפני עדים הי' אומר קדשתי את בתי לאיש הזה וקצת יש להביא ראי' דבע"כ העדים מעידים כן דאיתא במס' פסחים דף ס"ב ע"ב על הא דאיתא שם השוחט את הפסח על החמץ עובר בלא תעשה אמר ר' שמעון בן לקיש לעולם אינו חייב עד שיהי' החמץ לשוחט או לזורק או לאחד מבני החבורה ועד שיהי' עמו בעזרה ר' יוחנן אמר אע"פי שאין עמו בעזרה ורצה הש"ס לומר דפליגי בהתראת ספק אי שמי' התראה, וכתב רש"י בד"ה התראה וז"ל דמלקות ליתא אלא בהתראה וכי מתרינן לי' לא תשחוט על החמץ אי חזינן חמץ גבי' ומתרי' בי' הוי התראה ודאי ואי לא התראת ספק ואפי' אי אשתכח דהוי לי' בביתי' כיון דאנן לא ידעינן ולאו התראה הוא ור' יוחנן סבר התראת ספק שמי' התראה ואי אשתכח דהוי לי' מחייב עכ"ל ותוס' כתבו בד"ה התראה וז"ל מתוך פי' הקונטרס משמע דלא הוי התראה משום דלא ידעינן לאו התראה הוא ולא נהירא לר"י דמה לנו אם ספק למתרה אלא שיהי' ודאי למותרה דלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד ולשון הקונטרס נמי יש ליישב דה"ק כיון דאנן לא הוי ידעינן לאו התראה שיכול המותרה להכחישנו ולומד שוגג הייתי יע"ש ולפי פשטות לשון רש"י משמע דבעינן שידעו המתרים שעושה ודאי איסור בע"כ מיירי הכא שהעדים מעידים שאב אמר להם שקידשה לאיש המיוחד שפירש להם שם האיש דאי לא פירש למי הוי התראת ספק דאולי נתקדשה להבועל הלז דבכל גווני מיירי קרא דמוציא שם רע אף כשמביא עדים שזינתה אף לאחד שהי' הקדושין חלין ואטו מי אמר ר' אסי דינו רק למ"ד ה התראת ספק שמי' התראה ואפילו לפי הבנת התוס' יכול המותרה דהיינו הנערה להכחישם ולומר שוגג הייתי כי הייתי סבר שאבי קדשני להזה דאטו צריכא הבת להיות במעמד אביה כשקידשה אע"כ כמ"ש שעדים אמרו ששמעו מהאב שקידשה לזה האיש וכן הי' התראה וא"ש בפשיטות:

ג ועוד נלענ"ד אפילו למ"ד התראת ספק שמי' התראה מ"מ בכה"ג היכי שהעדי' מעידים ששמעו מפי האב שנתקדש' לאחד ואח"כ ראו שזינתה עם אחד והגידו כן לבית דין, אם בשעת ראי' והגדה לא נתברר להם שאותו איש שזינתה עמו לא הי' בעלה אשר נתקדשה על ידי אב אף שאח"כ נתברר יש לצדד ולומר דל"מ עדותן ומנא אמינא לה ממ"ש מרן הבית שמואל בסימן למ"ד ס"ק ט' בשם הגהות אשר"י דהא דקיי"ל בספק קרוב לו או לה הוי ספק קדושין דוקא בשני כיתי עדים המחולקים אם הי' קרוב לו או לה אבל אם הי' רק כת אחת שנסתפקו אם הי' קרוב לה ליכא אפילו ספק קדושין דהוי כמקדש בלא עדים, ואף דבהגהות אשר"י לא נמצא כן מ"מ מבואר כן במרדכי ובארתי במקום אחר טעמא כמו דאיתא במס' ב"ק דף ע' דתורה אמרה ע"פי שני עדים יקום דבר ולא חצי דבר ה"נ בעינן שעדים יהי' יודעים דבר ברור ולא ספק ועיין בפני יהושע בקונטרס אחרון לקדושין סימן ט' והארכתי בזה בכלל עדים שכן דעת כמה פוסקים דבעינן שעדים יהי' יודעין דבר ברור הגם שיש לצדד ולומר אף אם בשעת ראיית העדות לא ראו דבר ברור אם בשעה שהעידו בפני בית דין העידו דבר ברור סגי כיון דעיקר הלימוד הוא מגז"הכ דעל פי שני עדים יקום דבר והיינו דבר שלם שהוא דבר ברור ותוס' כתבו במס' מכות דף ו' ע"א ד"ה שמואל על מה שאמר רבא יקום דבר במקיימי הדבר הכתוב מדבר פירשו הם זלה"ה כלומר כשבאין לקיים הדבר בבית דין יע"ש א"כ עיקר הקפד הוא בשעה שמעידין בבית דין יהי' מעידין דבר ברור שהוא דבר שלם, ובשנים אומרים אחת בגבה ושנים אומרי א"ב או בשנים אומרים שראו קדושין ספק קרוב לה גם בשעת העדאת עדות בבית דין לא העידו דבר ברור אבל בעלמא אם בשעת הגדה הוא דבר ברור יש לומר דמהני אף אי בשעת ראיית המעשה לא ראו דבר ברור מ"מ נראה היכי דגם בשעת הגדה לא הי' דבר ברור ואח"כ נתברר שהי' למפרע כדבריהם לא מהני עדותם כיון דהוא גזירת הכתוב שבשעת הגדה יהי' דבר ברור להם וא"כ הכא לפי המבואר בקרא בפ' כי תצא שבעל בא מתחילה ואמר שלא מצאתי בתולים ומביא עדים שזינתה כדאי' בגמ' דף מ"ו וברמב"ם בפ"ג מנערה בתולה הלכה ו' ואח"כ בא אבי' ואמר אל הזקנים את בתי וגו' וא"כ אי איירי שמעידים שזינתה לא שמעו מאב רק שנתקדשה לאחד ולא פירש למי לא ראו בשעת ראיית המעשה דבר ברור שזינתה כי אולי באמת נתקדשה לזה הבועל וגם בשעת הגדה לא העידו דבר ברור וא"כ לא מביא אם האב אינו מביא אח"כ עדים זוממין שמזימין לעידי הבעל דמשמע להדי' מקרא ומש"ס דבכה"ג נסקלת וכמ"ש רמב"ם שם דקשה כיון שגם עכשיו ליכא דבר ברור אולי באמת נתקדשה לזה ועיין כיו"ב בריטב"א במס' קדושין דף ס"ג ע"ב בהא דאיתא שם מהו לסקול על ידו כתב וז"ל פירוש כשאמר

האב קדשתיה לפלוני ובא אחר עליה דאילו כשאמר האב אינו יודע מנא ידעינן מאן בעלה אא"כ נאמר שה שהאב אמר בריא לי שאין זה בעלה יע"ש ועיין בבעל המאור שם ואפילו כפי דאיתא בקרא שמביא אב עידי זוממין ואמר את בתי נתתי לאיש הזה ואם אח"כ מביא הבעל עידי זוממין המזימין לעידי אב נסקלת כמ"ש רמב"ם שם דבכה"ג מיירי קרא ג"כ קשה אף שעכשיו כבר נתברר שזינתה כיון שאמר האב את בתי נתתי לאיש הזה מ"מ בשעת העדאת עדים הראשונים שהביא הבעל לא הי' דבר ברור להם לא הוי עדות כלל ותו אמאי אם מביא האב עידי זוממין לעידי הבעל נסקלו העידי בעל הא אין עדים זוממין נהרגין עד שיגמרו את הדין והא לא הי' אפשר לגמור הדין לבת כי אילי היא מקודשת להבועל כיון שלא ידעו אז למי נתקדשה דשה אע"כ כמ"ש דאיירי שעדים מעידין ששמעו מפי האב שקדשה לפלוני א"כ ראו דבר ברור והעידו דבר ברור כנלע"ד, לכן דברי הפלאה בהבנת הטור לא נראה כלל:

ד ומחוורתא בבאור דברי הטור כמ"ש בספר הפלאה בתירץ ראשון דהי' קשה לו קו' תוס' בד"ה מניין ולהכי ס"ל כעין תירץ תוס' דמיתורא דקרא שמעינן דתוך כדי דיבור פשיטא דהא קיי"ל בכל התורה תכ"ד כד"ד ונאמן אפי' לחזור מדבריו ולומר שקר העדתי, ומכ"ש לפרש דבריו אלא מיתורא דקרא שמעינן אפילו לאחר כדי דיבור נאמן לפרש דבריו וה"ה בדינא דמתני' ואפ"ה מקשה הש"ס דגם זה סברא הוא הוא אסרה והוא שרי לה כיון שלא נאסר רק על פיו נאמן לפרש דבריו עכ"ד, ואולם במה שכתב דקו' הש"ס למה לי קרא סברא היא שיהי' נאמן אפילו לאחר כדי דיבור איזה סברא הוא, ונלענ"ד לפרש בענין אחר דהנה אמרתי סברא אחת וכוונתי בזה לדברי הפלאה דהוא זלה"ה כתב בבאור דברי תוס' שכתבו בפשיטות דאם בא אחד ואמר קדשתי את בתי ולמחר אומר לפלוני קדשתיה נאמן אע"ג דהשתא ליכא מגו הוא מטעם נאמנת עד אחד באיסורין דכל מקום שעד אחד נאמן ה"ה בעל דבר וקרוב והר"ן כתב במס' קדושין דף ס"ג ע"ב היכי שאומר קדשתי ואין יודע למי קדשתיה ובא אחד ואמר אני קדשתי דסובר ר' אסי דנאמן אף לכנוס אע"ג דאין דבר שבערוה פחות משנים היינו להוציאה מחזקתה אבל זה שמעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נאמן ולמה יגרע אב משאר עד אחד ואין לומר כיון דאמר סתם בתחילה גרע טפי דהו"ל כחוזר ומגיד דהא כתב הטור בסימן כ"ט דעדים שאמרו תנאי היו דברינו נאמנים אפילו כתב ידם יוצא ממקום אחר שאין להם מגו נאמנים לפרש דבריהם ואין זה חוזר ומגיד ה"נ לא הוי רק לפרש דבריו עכ"ד פח"ח, ואולם לכאורה יש לעיין בזה האמת דאי' במס' יבמות דף פ"ח ע"ב בפשיטות בחתיכה ספק חלב ספק שומן ואתי עד אחד ואמר ברי לי דשומן הוא דמיהמן וכן קיי"ל

ביו"ד סי' קכ"ז דאפילו בעל דבר ונוגע נאמן באיסורין בספק השקול, ואולם בארנו בכלל עד אחד בדבר שבערוה מחלוקת הראשונים זלה"ה דעת כמה פוסקים ובכללם מוהרי"ק סימן ע"ב דדבר שבערוה דמי לאיסורין דהיכי דליכא חזקה רק ספק השקול נאמן ע"א וכן משמע לכאורה דעת הר"ן הנ"ל ואולם דעת כמה פוסקים דדבר שבערוה שוה בזה לממון כמו בממון לא קם עד אחד אפילו היכי שאין שניהם מוחזקים כגון שמונח החפץ ברשות הרבים ה"ה בדבר שבערוה בספק השקול לא קם עד אחד כי ילפינן דבר דבר מממון ומ"ש מוהרי"ק סימן הנ"ל דע"א קם לממון היכי שאינו מעיד נגד חזקה דבריו תמוהין ועמ"ש הר"ן במס' גיטין דף ס"ד ע"א וא"כ בשלמא לפוסקים דעד אחד קם בדבר שבערוה בספק השקול שפיר יש לומר מצד הסברא היכי שאומר האב את בתי נתתי לאיש נאמן לומר אח"כ הזה אפילו לאחר כדי דיבור אף של"ל מגו דהוי מגו למפרע או אפילו אם לא היינו אומרין הפה שאסר הפה שהתיר מ"מ נאמן כיון שלולי דברי האב הי' בחזקת פנוי' והי' בחזקת היתר לכ"ע וגם הי' מותרת לזה האיש ואיסורו לכ"ע בא רק מפיו ואח"כ התירה לא אתחזק האשה לאיסור כלל כיון שכל החזקת איסור בא רק מפיו ונאמן לפרש דבריו הראשונים שכוונתו הי' כך ממילא לא הי' בחזקת איסור כלל כיון שאנו מאמינן אותו שכן הי' כוונתו מתחילה בשעה שאמר את בתי נתתי לאיש ואין לומר כיון שעכ"פ לאחר שאמר את בתי נתתי לאיש הוחזקה הבת בחזקת איסור לכ"ע על ידי דיבורו כיון שעל זה נאמן מן התורה לאסור בתו כשני עדים וכבר כתב תוס' רי"ד בקדושין דף ס"ג ע"ב אף דקיי"ל כר' חסדא דאין סוקלין ע"פי האב דוקא אם לא הוחזקה בעיר מקודשת אבל אם הוחזקה בעיר מקודשת (לפלוני) בין ע"פי אב בין על פיה סוקלין יע"ש א"כ חזקה ע"פי אב הוי חזקה אף דמשמע להדי' דחזקה הוי שלשים יום כמ"ש בא"העז סימן י"ט ס"א מ"מ כיון שנאמן אפילו לאחר כדי דיבור ואפי' למחר ה"ה דנאמן האב אפילו לאחר שלשים יום וראי' לזה ממ"ש רמב"ם וש"ע א"העז בסימן ל"ז סעיף כ' האב שאמר קדשתי את בתי וא"י למי אסורה לכל העולם עד שיאמר נודע לי למי קדשתיה ואפילו לא נודע לו עד שבגרה וב"ש בס"ק מ"ג הביא ע"ז דברי תוס' הנ"ל דנאמן לומר אחר כדי דיבור קדשתיה לפלוני משום דאינו סותר דבריו הראשונים רק מפרש דבריו משמע להדיא אפי' לאחר שלשים יום באומר להדיא א"י למי דיכול לפרש אחר שבגרה לפרש דבריו ה"ה באומר סתם קדשתי את בתי ולא ביאר למי נאמן לאחר שלשים יום לפרש דבריו ולומר לפלוני הזה א"כ אומר נגד חזקת איסור מ"מ נראה בנידון דידן נאמן לפמ"ש בש"ות מיימוני דשייכי להלכות אישות סימן ג' בשם רבינו הגדול מוהר"ם בר ברוך זלה"ה ובהגהות מרדכי במס' קדושין בפ' האומר סימן תקמ"ח

בשליח שקידש את האשה וכשהי' לו לומר בשעת קידושין הרי את מקודשת למשלח אמר הרי את מקודשת לי נאמן השליח לומר שטעה דעד אחד נאמן באיסורין היכי דלא אתחזק איסורא ואע"ג דאתחזק לן בי' איסורא כל היכי דלא אמר דאטעי' לדיבורא הא לא מיקרי אתחזק איסורא אלא היכי דאף לדברי העד הבא להתיר האיסור מכאן ולהבא מודה הוא דמעיקרא הי' אסור כגון דהאי דרפ"ק דגיטין גבי בפני נכתב ובפני נחתם דאתחזק איסורא דאשת איש אף לדברי השליח יע"ש א"כ היכי דעד עוקר חזקה לגמרי ואומר שהי' בטעות נאמן וה"ה כיון שהוחזקה הבת לאיסור לכל העולם על ידי דיבורו של אב שאמר את בתי נתתי לאיש, והבינו השומעים שאין יודע למי הוא ועתה פירש דבריו הראשונים שכוונתו הי' לזה ועוקר החזקה לגמרי בכה"ג נאמן עד אחד אבל להפוסקים הסוברים דאין עד אחד נאמן בדבר שבערוה אפילו בספק השקול הי' אפשר לומר מצד הסברא אין האב נאמן אח"כ לפרש דבריו ולומר הזה, ואכתי הי' מקום לומר אפי' לשיטה זו נאמן דיש לומר לכ"ע נאמן עד אחד בדבר שבערוה היכי דחזקה מסייע לו והפוסקים הנ"ל לא נחלקו רק בספק השקול והכא חזקת היתר מסייע להאב כי האשה היתה בחזקת פנוי' והיתה מותרת לכ"ע וגם לבעל הזה א"כ חזקת היתר הלז מסייע לדברי האב לדיבורו שאמר אח"כ שקידשה לאיש הזה, אבל באמת גם דין זה תלי' במחלוקת הפוסקים דהנה דעת ה הרמב"ן בס' מלחמות בפ"ק דב"מ נראה דסובר בממון היכי דקיי"ל מתוך שאין יכול לישבע משלם עד המסייע פוטר מתשלומין ואולם הש"ך בסימן ע"ב הוכיח מהר"אש שם דאין עד אחד קם לממון אפילו לפטור מתשלומין וא"כ לשיטת הר"אש דבממון לא קם אפילו לסייע להמוחזק בממון אף שיש לו חזקת ממון המסייע לדברי העד ודבר דבר ילפינן מממון ואין גז"ש למחצה ראוי לומר שגם בדבר שבערוה לא קם עד אחד אפילו לסייע להמוחזק אבל לדעת רמב"ן דקם עד אחד לסייע להמוחזק ה"ה בדבר שבערוה וכן מצאתי שכ"כ בעל קצ"הח והנאני, אמנם לכאורה כל זה ליתא דהא לולי דיבורו של האב היתה הבת בחזקת איסור לאיש הלז בלא קדושין כי אף שהיתה בחזקת פנויה היינו כשיהי' מקדשה כדין ועל ידי דיבורו של האב שאמר שקידשה לזה האיש מותרת לו בלא קדושין מחדש וח"כ אומר נגד חזקה, ואולם נראה להביא ראי' לשיטת הראב"ד וסיעתו דהנה אי' ברמ"א א"העז סי' כ"ו ס"א דעת הראב"ד וסיעתו דאם מייחד אליו אשה וטובלת אליו אפילו בלא קידושין מותרת והיא פלגש האמורה בתורה, וי"א שאסור ולוקין ע"ז משום לא תהי' קדישה ועיין ב"ש ס"ק ב' מה שתמה על זה והוכיח דאפילו איסור לא מפורש ואין לומר איך ס"ד דליכא איסור בפלגש הא קיי"ל כלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה ופלגש הוא בלא ברכה וקדושין כבר

תירץ בתשובת הרמב"ן סימן רפ"ד דוקא כשרוצה לישא אשה שתהי' קנוי' לו לכל דבר ותהי' אסורה לכל אדם אזי אמרה תורה שיקדש אותה ויכניס אותה לחופה ויברך ז' ברכות אבל פלגש אין צריך ברכה וקדושין יע"ש וא"כ לשיטת הראב"ד ראוי לומר מצד סברא היכי שאמר האב מתחילה סתם קדשתי את בתי ולאחר זמן אמר לפלוגי נאמן להתירה לאותו איש ולא צריך הזה להתירה והטעם שנאמן מצד שנאמן עד אחד בכה"ג כי אינו אומר נגד חזקה בדיבור הלז שאומר עכשיו ועל דיבור ראשון האמינהו תורה כשני עדים ובדיבור אחרון לא גרע מע"א דהא במה שאמר שקדשה לזה האיש וכל כוונתו הי' שיהי' מיוחדת לו מכאן ולהבא ולאיצטרך לקדשה מחדש ועל זה הי' בחזקת היתר כי גם קודם דיבור הראשון כשהיתה בחזקת פנוי' הי' בחזקת היתר לזה כשירצה ליחדה בלא קדושין תהי' מותרת לו א"כ אינו אומר נגד חזקה בדיבורו האחרון כי מה שנצמח מדיבורו שאיסורו לכל העולם איסור זה לכל העולם בא מדיבורו הראשון במה שאמר את בתי נתתי לאיש האמינהו תורה כשני עדים לאפקועי מחזקה א"כ עוקר דיבורו האחרון לא בא רק להפקיע מחזקת איסור שאסרה לכל העולם אף לאותו פלוני ע"ז נאמן לפרש דבריו הראשונים בכוונתו ובמה שנאמן בדיבור האחרון להתירה לזה האיש בלא קדושין על זה לא היה בחזקת איסור וא"כ אף אי לא גלי קרא בתיבת הזה להורות שנאמן אחר כך לפרש דבריו ידעינן מצד סברא שנאמן האב אח"כ מצד נאמנות ע"א דלא גרע האב משאר ע"א וא"כ לפ"ז יש לומר לשיטת הטור כפי מה שפי' הפלאה שכוונת ר' אסי להורות שנאמן אפילו לאחר כדי דיבור לפרש דבריו ושפיר מקשה למה לי קרא סברא הוא הוא אסרה והוא שרי לה ר"ל שהיא היתה בחזקת היתר לכ"ע לולי דיבורו והאיסור בא רק מפיו ליכא חזקה כי עד אחד נאמן לעקור חזקה לגמרי כמש"ל ונאמן מצד נאמנות ע"א באיסורין בספק השקול ומכ"ש שיש חזקת היתר המסייע לדיבורו האחרון כי לולי דיבורו הראשון הי' בחזקת היתר לבעל זה אפילו בלא קדושין כשיהי' מיוחדת לו ואולם להטור לשיטתו דס"ל בסימן כ"ו כרמב"ם ליתא לדברינו הנ"ל רק דברינו נכונים להסוברים כטור בסימן קנ"ב דנאמנת אפילו לאחר כדי דיבור יש לומר דהם סוברים בזה כראב"ד ומפורשים הסוגי' כמ"ש ודוק בסברא הנ"ל ותראה כי נכון, ואולם כבר כתבנו דעת החולקים ופירשו דברי ר' אסי כפשוטו שהוא מטעם מגו ועיין תוס' בב"ק דף ע"ב ע"ב ד"ה אין בסופו:

ה ואכתי איכא למידק בדברי ר' אסי במאי דקאמר מנין להפה שאסר וכו' דכבר כתבנו דר' אסי סובר בקדושין שם דאב נאמן אפילו לקטלא, וא"כ בע"כ לא מיירי שהעדים שהביא הבעל שזינתה ידעו מקדושין שהם ראו שנתקדשה דא"כ מנלן שאב נאמן אפילו

לקטלא דלמא לא האמינהו תורה לקטלא כי הקדושין הי' בעדים ומצד נאמנות העדים הוא, וגם לא מוכח שנאמן לאוסרה, ובעכצ"ל כמש"ל בשם ספר הפלאה דקרא דמוציא שם רע איירי שעדים שהביא הבעל על הזנות אמרו ששמעו מפי האב שנתקדשה וכפי מה שכתבתי לעיל בע"כ מיירי שאמרו ששמעו ממנו שנתקדשה לפלוני, וא"כ קשה בממ"נ לפי מאי דקיי"ל בדיני ממונת ובדיני נפשות אינו נאמן עד מפי עד ועדים מפי עדים, ועיין במס' שבת דף קמ"ה ע"ב אין עד מפי עד כשר אלא לעדות אשה בלבד ועיין במס סנהדרין דף כ"ט ע"א במתני' איש פלוני אמר לי שהוא חייב לו לא אמר כלום, ומוכח שם להדי' אפילו עדים מפי עדים ומכ"ש בדיני נפשות ועידי קדושין דמי' לדיני נפשות כמבואר בהר"אש במס' מכות דף ו' ובשאר פוסקים א"כ אפילו האב דנאמן כשני עדים מ"מ ל"מ דאפילו עדים ששמעו מפי העדים שאמרו בפניהם שהי' בשעת קדושין שקידש אב ל"מ כיון שהעדים ראשונים העידו חוץ לבית דין רק בפני עדים לא הוי עדות כלל ולא מהני עדותן אשר הגידו השנים ששמעו מפיהם דכל זמן שלא נחקרה עדות העדים בבית דין לא הוי עדות וה"ה האב שנתנה תורה נאמנות כעדים כשאומר את בתי נתתי לאיש הזה היינו בפני בית דין כמו דאיירי הקרא שאמר כן לפני הזקנים ובע"כ מיירי שאמרו העדים שמענו מפני האב שאמר בפני בית דין שקידש את בתו לאיש הזה דבכה"ג לא הוי עדים מפי עדים דכיון שנתנה תורה נאמנות לאב כשני עדים הוי כאילו אמרו שמענו בבית דין שעדים העידו בפניהם שנתקדשה דאפילו בדיני נפשות מועיל כשאמרו דאינו עדות שנחקרה עדותן בבית דין כדאי' במס' מכות דף ז' ע"א כל מקום שיעידו שתים ויאמרו מעידין אנו באיש פלוני שנגמר דינו בבית דין של פלוני פ' ופלוני עדיו ה"ז יהרג וכן קיי"ל כמ"ש רמב"ם בפרק י"ג מסנהדרין הלכה ז' וכיון דפרשה דמוציא שם רע אי איירי שבע"כ מתחילה הביא הבעל עדים שזינתה ושהיא הי מקודשת ע"פי דיבורו של האב שאמר כן בפני בית דין ואח"כ בא האב ואמר את בתי וגו' ומביא עדים זוממין כמ"ש רמב"ם בפ"ג מבתולה וא"כ היאך שייך לומר לאיש אסרה כו' דמשמע דלולי דיבורו שאמר הזה הי' אסורה לכל העולם ואפילו לאותו הבעל הא העדים שהעידו שכבר אמר האב בפני בית דין שקידשה לזה והם נאמנים על זה שאב אמר כן בפניהם וכיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד ואיך יכול עכשיו לחזור ולומר שקידשה לאיש שאין יודע למאן וא"כ מנלן משום דאמר הזה התירה ומטעם הפה שאסר כו' דלמא הוא מטעם שאין יכול לחזור ולומר ממה שכבר הגיד, ולכאורה יש לומר דהנה אי' במס' כתובת דף ע"ב ע"א במתני' אלו יוצאת שלא בכתובה העוברת על דת משה מאבילתו שאינו מעושר ומשמשתו נדה ומקשה הש"ס מאכילתו היכי דמי אי דידע נפרש אי דלא ידע מנא ידע

ומשני לא צריכא דאמרה לי' פלוני כהן תיקן לי את הכרי ואזיל שיילי ומשתכח שקרא וכמו כן במשמשתו נדה דאמרה לי' פלוני חכם טיהר לי את הדם ואזל שיילי ואשתכח שקרא וכתב הר"ן שם וז"ל ודאמרינן כגון דאמרה פלוני כהן תיקן לי את הכרי ופלוני חכם טיהר לי את הדם כדאמר הכי בעדים דאותו פ' תיקן לי את הכרי כדשיילהו בעדים ורשב"א ג"כ כתב שע"פי כהן וחכם בלבד אינה מפסדת כתובתה דעד אחד הוא אלא דוקא בשאמרה איש פלוני תיקן וטיהר ביום פלוני ואתי עדים ואמרו עמנו הי' במקום פלוני או לא זזה ידו מתוך ידינו ולא תיקן אבל ע"פי הכחשת הכהן עצמו אינה מפסדת כתובתה ובירושלמי נמי מפרש הכא דגרסינן התם וכולהן בעדים כו' אבל מדברי הרמב"ן זלה"ה נראה שכהן וחכם נאמן שכך כתב וכן הדין בכל עד מפי עד אם בא עד הראשון וכפר אין השני האומר משמו נאמן כו' ואפשר דמאי דאי' בירושלמי וכולהן בעדים לא קאי אמאי דאמר כהן יע"ש ובהר"אש שם תפס בשיטת ירושלמי כדיעה ראשונה ואולם במס' שבועת דף ל"ב ע"ב מביא בשם רמב"ן הנ"ל להלכה ותמה ע"ז הבית יוסף ביו"ד סי' קפ"ה ותירץ דהר"אש מחלק לענין הפסד ממון אין הראשון נאמן להפקיע הממון אבל לענין איסור הראשון נאמן וכן קיי"ל ביו"ד שם סעיף ו' ועיין טו"ז שם ס"ק ד' וס"ק ו' ובב"ש אב"העז סימן קט"ו ס"ק ד' שכ' להדיא דלא נחלק הר"אש עם הרמב"ן לענין איסור רק לענין זה דהרמב"ן סובר אפי' לענין ממון נאמן הראשון יותר ולהר"אש דוקא באיסור וכן קיי"ל בש"ע א"העז סימן י"ז סעיף ח' כמ"ש הח"מח ס"ק י"ז וב"ש ס"ק כ"ג וא"כ יש לומר ר' אסי סובר כיון שעדים העידו ששמעו מפי האב שאמר בפני בית דין הראשון שקידשה לזה האיש העומד לפנינו אשר הוציא שם רע א"צ אומרים ששמעו מפיו הוי העדים כעדים מפי עד, אף שיש להם נאמנות כיון שהעידו שנחקרה עדותו בבית דין מ"מ לא שמעו רק מפיו נאמן האב עכשיו בבית דין ולהכחישם שלא אמר להם כן, ואף שכתב החלקת מחוקק בסימן י"ז ס"ק י"ז כשהעידו שני עדים מעי עד אחד אינו נאמן להכחישם היינו בעד דעלמא שהוא רק אחד אבל באב שהאמינהו תורה כשני עדים דהא אנן קיימינן לשיטת ר' אסי דנאמן אפי' לקטלא וגם אפי' בדבר שבערוה לא קם ע"א הוי כעדים מפי עדים שעדים הראשונים יכולים להכחישם ולומר שלא אמרו להם כן דמה לי עד מפי עד או עדים מפי עדים ודוקא עדים מפי ע"א אינו נאמן ושפיר הוכיח ר' אסי דע"כ מטעם הפה שאסר כו' דאל"כ כיון שאומר האב את בתי נתתי לאיש אף שלא אמר בפירוש שמכחיש להעדים ושלא הגיד כן בפני בית דין הראשון מ"מ ממילא הוי כמכחיש הגם שיש לומר אולי כוונתו הוא להחזיר מדיבורו הראשון ואין לחזור כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דדוקא כשאומר חוץ לבית דין בפני עדים יכול

אח"כ לומר בב"ד שקר הגדתי לכם ואני חוזר מדיבורי הראשון כמ"ש בחלקת מחוקק שם משא"כ כשאומר בפעם הראשון בפני ב"ד מ"מ כיון שיש ספק בכוונתו אולי במה שאמר להאיש כוונתו להכחיש העדים ממילא אסורה מספיקא לכל העולם כדין ספיקא דאורייתא ולכן אינו נאמן להתירה רק מטעם שאמר אח"כ הזה בתוך כדי דיבור ושייך הפה שאסר הפה שהתיר וא"ש, אך כל זה לא נראה לי חדא דלכאורה נראה דוקא אם עדים אומרים ששמעו מפי עדים עדותם בפניהם חוץ לבית דין כמו באיסורין שאין צריך ב"ד יכולים הראשונים להכחישו אבל אם העידו שנחקרה עדות הראשונים בב"ד ושב"ד פסקו כן אין יכולין הראשונים להכחישם דאל"כ קשה היאך אמרה התורה להרוג את הרוצח ע"פי עדים המעידים מפי הראשונים אולי יבואו אח"כ הראשונים ויכחישו להם ולא הוי מדותם דבר ברור ודוחק לומר דאיכא חזקה דמסתמא לא יכחישו להם דהיאך נזכר חזקה זו בש"ס שיהי' אלים כ"כ שיהי' הורגין על חזקה זו כי דוקא בחזקה אלימא טובא הורגין ויש להאריך בזה הרבה, ותו קשה לשיטת הרמב"ם דספיקא קא דאורייתא מן התורה לקולא אמאי נאסרה ע"פי דיבורו של אב כשאומר את בתי נתתי לאיש כיון דלא ביאר כוונתו אולי כוונתו הי' לחזור מדיבורו הראשון שאמר בפני בית דין הראשון ולא להכחישם וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואזלינן מן התורה לקולא הגם שיש לומר לפמ"ש מוהרי"ט בש"ות ופר"ח בכללי ס"ס דאמוראי דנחלקו בכריתות דף י"ז אי חתיכה אחת משתי חתיכות שכינו או מג' חתיכות נחלקו בזה אי ס"דא מן התורה לחומרא או מן התורה לקולא ויש לומר רב אסי לשיטתו דסובר שם חתיכה אחת שנינו ובע"כ סובר ס"דא מן התורה לחומרא שפיר הוכיח דבע"כ מטעם הפה שאסר כו' מותרת לבעלה מ"מ קשה דהא אפילו רשב"א מודה היכי שיש חזקה להקל מהני מן התורה דחזקה מהני בין להקל בין להחמיר כדאי' בחולין ד"י ולפמ"ש לעיל בשיטת הפוסקים דמיוחדת לאיש אחד מותרת הי' בחזקת היתר לאיש הלז כיון שהי' ע"ע בחזקת פנוי' וממילא מותרת אף אם לא אמר הזה כיון שיש לנו ספק בכוונתו אולי רוצה לחזור ואין יכול לחזור מטעם כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ותו דאף דאב לרב אסי דנאמן לקטלא מ"מ יש לומר דעדים נאמנים יותר ותו אף אי נימא דאלים כחו כעדים מ"מ קשה לשיטת הש"ג בשם ריא"ז ביבמות בפ' האמה שהלכה מכתב שם וז"ל ואפי' אמר לה ע"א הולכת לב"ד ומתרת עצמה ע"פי אותו שה שהעיד לה ואע"פי שהעד כופר אח"כ עדותו לב"ד ואומר שא"י לה עדות יע"ש והובא דבריו בב"ש סימן י"ז ס"ק כ"ג א"כ סובר בעד מפי עד נאמן השני יותר מן הראשון א"כ ה"ה נאמנים העדים ששמעו מפי האב אף אם האב מכחישם ולפמ"ש לקמן דיש לומר דאב נאמן לאסור את בתו מטעם דהוא בעל

דבר ושווי' נפשי' חתיכה דאיסורא דנאמן יותר מעדים יש לומר אף דבעלמא אינו נאמן הראשון להכחיש הכא נאמן האב להכחישם מטעם שנאמן לאסור את בתו יותר מעדים וכמ"ש שם בשם רשד"ם אבל לר' אסי לשיטתו דסובר דנאמן לקטלא בע"כ סובר דנאמן האב מטעם שנתנה תורה לאב כח כאילו הי' שני עדים כמש"ש דאל"כ לא הי' נאמן לקטלא כמו שאמר שם ר' אסי בהיא עצמה שאומרת נתקדשתי וזינתה שאין סוקלין אותה וכיון שהוא מטעם עדים הדק"ל, לכן נלע"ד בפשיטות דהנה תוס' בתירץ ב' כתבו בשם ר"י דר' אסי קרא יתירא קדריש באם אין ענין כאן תנהו לענין היכי דאינו נאמן לאחר זמן שיהי' נאמן תכ"ד במגו, וכתב במוהר"ם שיף שצריכין לוקמי לענין אחר לגמרי ולא לענין נידון דבת, ומעתה יש לומר אפי' לפירוש ראשון של תוס' דהוי דחיקא להו לומר שר' אסי מוקים לה לקרא לענין אחר לגמרי מ"מ לענין זה סובר ר' אסי דאם אין ענין הך דאת בתו וגו' לענין מוציא שם רע דאיירי הפרשה שמיותר לגמרי, כיון שבע"כ יש עדים שקדשה והיינו שהם יודעין מקדושין כיון שכבר העידו שזינתה ואי אפשר לגמור הדין רק כשידעו מקדושין וגם אי אפשר לומר דמיירי ששמעו מפי אב שהעיד בב"ד דא"כ הזה למה לי דבלא"ה אין יכול האב לאסור את בתו כנ"ל אע"כ דהפסוק רצה להורות בעלמא היכי דליכא עדים ואומר האב את בתי נתתי לאיש הזה דמותרת מטעם הפה שאסר הוא הפה שהתיר ומה דסובר ר' אסי דאתי' לקטלא הימנה היינו מצד הסברא דלכולה מילתא הימנה רחמנא לאב כיון שנאמן לאפקועי מחזקת פנוי' אף שאין ע"א קם בדבר שבערוה בע"כ אלים כחו כאילו הי' שני עדים ממילא שנאמן לכל מילי כעדים וא"כ ממילא מיושב קו' הפלאה הנ"ל שהקשה דהיאך שייך הפה שאסר וכו' כיון שיש עדים דהוכחת ר' אסי הוא דבע"כ מוכח מיתורא דקרא דקאי בנידון דבת היכי דליכא עדים, וא"כ נסתרו כל דבריו בזה כנלע"ד פשוט וברור:

פרט ב

יבואר לדינא היכי שהחתן עומד לפניו ואמר קדשתי את בתי לאיש ושתק ואח"כ אמר הזה אם נאמן:

ו בפרט א' הבאתי דברי תוס' בכתובת שם לתי' ראשון היכי דקאי האיש שקידש לו קמי' וקאמר את בתי נתתי לאיש ושתק אינו נאמן לאחר כדי דיבור לומר הזה אלא בתכ"ד דאיכא מגו, ובתי' ב' משמע דסובר ר"י דאפי' בכה"ג מיהמן בלא מגו ונאמן אחר כדי דיבור דסברא שיהי' נאמן לפרש למי נתנה אע"פי שמתחילה לא הי' חושש לפרש, ובש"ע א"העז סימן ל"ז סעיף כ' כתב המחבר האב שאמר קדשתי את בתי ואינו יודע למי אסורה לכל העולם עד שיאמר נודע לי למי קדשתיה ואפילו לא נודע לו עד שבגרה כתב

רמ"א ויש אומרים דאם החתן עומד לפניו תחילה ולא הכירו ואח"כ אמר שמכירו אינו נאמן וכתב החלקת מחוקק בס"ק ל"ח וב"ש ס"ק מ"ד אפילו לא אמר בהדי' שמכירו רק שאמר קדשתי את בתי ושתק ואחר כדי דיבור אמר לאיש הזה כיון דלא אמר מיד תוך כדי דיבור משמע ודאי שאינו מכיר חתנו אבל תוך כד"ד הוי כאילו מסיים דבריו, ומה שכתב רמ"א בשם י"א כי לתי' בתרא של תוס' נאמן וכתב בחלקת מחוקק שם בכוונת רמ"א דבע"כ מיירי שבאו שנים וכל אחד אמר אני קדשתי והאב אימר שמכירו לאחד הוא דאינו נאמן אבל אם ליכא אלא אחד האומר קדשתי מה בכך דאביה אינו נאמן הא איתא בסמוך האומר אני קדשתיה נאמן אפי' אם אביה אינו מכירו והב"ש כ' דיש לומר דרמ"א איירי שהחתן עומד לפניו אלא אמר אני קדשתיה אז אינו נאמן לומר אח"כ אני קדשתי אלא דלא תימא דאב נאמן לומר אני מכירו, קמ"ל כיון שהוא לאחר כדי דיבור אינו נאמן וראיתי בס' הפלאה בחידושיו דס"ג ע"ב שתמה על הב"ש הא מקור הדין של הרמ"א נובע מתוס' ותוס' ז"ל פי כן בקרא דמוציא שם רע דבע"כ איירי שקאי האיש שקידש לו קמי' ואמר את בתי נתתי לאיש ושתיק לכן א"נ אלא בתכ"ד דאיכא מגו, והא האי קרא דמוציא שם רע משמע להדיא דאיירי שבא הבעל מתחילה לפני ב"ד להוציא שם רע א"כ כבר אמר הבעל שקידשה וא"כ הדק"ל אמאי אינו נאמן האב אחר כדי דיבור לומר הזה מה בכך דהוא אינו נאמן הא הבעל נאמן כיין שאמר כן מתחילה, ודחה דברי הב"ש. ולענ"ד לק"מ דהוא זלה"ה הבין בכוונת התוס' דמוכח דקרא דאת בתי קאי על ענין הנזכר בפרשה וכבר הוכחתי לעיל בפרט א' בסופו שבע"כ מוכח דר' אסי סובר דההוכחה דהפה שאסר וכו' הוא באם אין ענין האי דאת בתי נתתי כו' לענין הנזכר בפרשה דהיינו בהוצאת שם רע בע"כ קאי אנידון דעלמא היכי שלא הוציא הבעל שם רע ולא הי' עדים שקדשה נאמן האב לומר את בתי נתתי לאיש הזה מטעם הפה שאסר הוא הפה שהתיר, ולענ"ד נראה מלבד שכתבתי שם הוכחה יש להוכיח מגוף דבריהם בפשיטות, דנראה בנידון הנזכר בפרשה כיון שבע"כ העדים מעידים מתחילה שידעו שנתקדשו לפלוני אפילו לפי הבנת הפלאה שכתבתי בפרט א' שהבין שאמרו ששמעו מפי אב כיון שבע"כ אילו עדים באו לבית דין קודם שבא האב ואמר את בתי וגו' דכן מיירי קרא שהביא הבעל אותם נראה פשוט לדינא אף כשאמר את בתי נתתי לאיש ושתיק ואחר כדי דיבור אמר הזה גם כן נאמן דלא שייך סברת תוס' דמשמע ודאי שאינו מכיר את חתנו מדלא אמר הזה דיש לומר לכן לא ביאר בפני ב"ד כוונתו כיין שידע שבית דין כבר ידעו למי נתקדשה כי כבר שמעו מפי עדים וסמך על דבריהם ולא חש לפרש יותר ולהוציא דבריו לבטלה בדבר שפתים אך למותר כיון שכבר ידעו הבית דין ומה

שהוצרך לומר את בתי נתתי לאיש הי' מוכרח לענין שצריך דהנה במס' כתובת דמ"ו ע"א נחלקו ר' אליעזר בן יעקב עם רבנן רבנן סוברים דהוצאת שם רע הוי אף כשלא בעל רק כשיביא הבעל עדים שזינתה תחתיו ומאי דאיתא לא מצאתי לבתך בתולים היינו כשרי בחולים עדים שיזימו או יכחישו את אלו ויכשירו את בתך לבתולים, ומאי דכתיב ובא אליה ואקרב אליה היינו שבא עליה בעלילות ואקרב אליה בדברים ור' אליעזר בן יעקב סובר לא נאמרה פרשה מוציא שם רע רק כשבעל והכל הוא כפשוטו ואנן קיי"ל כראב"י כמ"ש רמב"ם בפרק ג' מנערה בתולה ה"ו וכתב כ"א הטעם שמשנת ראב"י קב ונקי ועוד דפשוטי הכתובים כותי' אתי' ועיין בכ"מ שם הלכה י"ג והבן וכתב בספר פני יהושע בד"ה כיצד וז"ל צ"ע כיון דלרבנן ובא אליה ואקרב אליה היינו בדברים א"כ אפילו הביא עדים בעודה ארוסה שזינתה נמי ללקי ולישלם קנס ולא אשתמיט שום תנא ואמורא לומר דשייך מוציא שם רע מן האירוסין, ונראה לי דטעמא בהא מדכתיב את בתי נתתי לאיש הזה והאי נתתי היינו חופה כמו שאפרש לקמן בדף הסמוך עכ"ל ובדף מ"ז ע"א בהא דאיתא שם בש"ס הא דזכי לי' לאב למימסרי לחופה פירש"י כדכתיב את בתי נתתי כל נתינות שבה במשמע כתב שם בס' פני יהושע טעם אחר דעיקר נתתי לא שייך אלא בחופה שהאב מוסרה לבעל משא"כ בקבלת קדושין לא שייך לשון נתתי, ואדרבא כתיב יקח ולא כתיב כי תקח והא דאי' לעיל השתא אביה מקבל קדושין דכתיב את בתי נתתי היינו משום דממילא ידעינן כיון דאמסירתה לחופה א"כ ע"כ תחילת קדושין הי' ג"כ על ידו מדאמר לאיש הזה משמע שהיא אסרה לכל והתירה לזה דמהכא ילפינן להפה שאסר הוא הפה שהיתר יע"ש וא"כ הי' מוכרח האב לומר את בתי נתתי לאיש דכיון שהוא רוצה שכ"ד יענשו את הבעל על שהוציא שם רע ואם הי' ארוסה פטיר מקנס ומלקות מוכרח לומר את בתי נתתי לאיש מהוא מסירה לחופה דהעדים שהביא הבעל גל שזינתה אין צריכין לידע רק מקדושין ועל זה באמת העידו אבל לא ידעו מחופה ואף אם ידעו לא הי' מוכרחין להגיד בפני ב"ד כי ליכא נ"מ לעדותן כפי מחשבתם שהי' לעונשה מיתה אפילו זינתה תחתיו בעודה ארוסה ג"כ הדין כן ומוכרחין הב"ד עכשיו לידע שהי' נשואין מוכרח האב לומר את בתי נתתי לאיש דהכתוב בא להורות לן דין זה אבל מה שלא ביאר לאיש הזה כי סמך על זה שבית דין כבר ידעו וא"כ אמאי אתי קרא להורות שדוקא תוך כדי דיבור נאמן אבל לאחר כדי דיבור אינו נאמן משמע אפילו אם האב ביאר ואומר אמתלא זו שלכן לא הוציא דבריו כי סמך על העדים ג"כ אינו נאמן ואמאי הא הוי אמתלא אלימא, ואין לומר דסוברים תוס' כמו שאכתוב לקמן בשם תשובת מוהריב"ל כיון דאב נאמן כעדים אין יכול לחזור ולהגיד אפילו באמתלא תלא כדאי' בחושן משפט

סימן כ"ט ס"א דז"א הא איתא שם אם אינו סותר עיקר דבריו הראשונים כגון שדבריו סתומים וסובלים ביאור אחד משני ענינים משמעות אחת קרוב ואחת רחוק כל שאנו יכולין לכוין דברי העד שלא יהי' עדותו מוכחשת יש לנו לכוין דבריו יע"ש ומכ"ש כשיש אמתלא וא"כ הכא אף שמשמעות קרוב הוא לאיש סתם כיון ששתיק מ"מ יש משמעות ג"כ שרצה לומר להזה העומד לפנינו רק שסמך על העדים אף אי נימא דהוי משמעות רחוק מפרשינן דבריו שלא יהי' מוכחשין ותו לפמש"ש לכמה פוסקים גם באב מהני אמתלא אע"כ כמ"ש בכוונת התוס' שרב אסי ר"ל שקרא דאת בתי מיירי דלא הי' עדים מעיקרא ובאם אין ענין וכנ"ל, ואין לדחות כיון דלראב"י שם אין חיוב במוציא שם רע כי אם כשבעל ובא עליה ואקרב אליה כפשוטו א"כ אי אפשר לומר שסמך על העדים כי כבר ידעו הבית דין מה ששמעו מהעדים ולא רצה להוציא שפת יתר בבית דין דלענין מאי קאמר את בתי נתתי הא כבר ידעו בית דין מפי הבעל שאמר כן לפני בית דין דז"א דאיתא בשיטה מקובצת בכתובת שם כמו שאכתוב לקמן בע"כ סוגי' דרב אסי אזלא לרבנן דראב"י מדהביא דברי ר' יונה דצריך הזה ולא ליבם ולראב"י לא צריכנא לקרא הלז ומן הסתם גם תחילת דברי ר' אסי קאי לרבנן, ויש להסביר דברינו הנ"ל דהא פליגי ר' מאיר ורבנן אי אדם מוציא דבריו לבטלה כדאי' בערכין דף ה' ואף דאנן קיי"ל כחכמים הוכחתי בכמה דוכתי דוקא היכי שמוכח שהוציא דבריו לבטלה כמו התם שאמר לשון ערך לא מתקנינן דיבורו שיהי' כאילו אמר דמים אבל מן הסתם ראוי לומר שלא הוציא לבטלה (ומה דאי' בנ"י הובא בד"מ ובש"ך סימן ע"ה ס"ק ה' והוא בנ"י דף ע' כמ"ש בא"ות דלא דייקינן בדבריו של אדם ודיבר דרך שטות ללא צורך, כתבתי דאין ענין לכאן כמבואר להמעיין היטב) ומסתמא דק היטב מה שאמר בבית דין שלא יוציא שפת יחר וים לומר כדברינו הנ"ל שלכן לא אמר לאיש הזה כי סמך על זה שכבר ידעו בית דין מהעדים וא"ש דברי הב"ש ודוק:

ז ודע מידי עיוני בזה קשה לי בסוגין דהנה שם מקשה הש"ס הזה למה לי ופירש"י כיון דלאו להפה שאסר מבעי' לי' ומשני לכדתני ר' יונה את בתי נתתי לאיש הזה ולא ליבם, ובמס' כתובת דף מ"ו ע"א איתא בעי ר' אשי הוציא שם רע על הנשואין הראשונים מהו על נשואי אחיו מהו פשוט מיהו חדא דתני ר' יונה את בתי נתתי לאיש הזה ולא ליבם ואח"כ מביא שם מחלוקת ראב"י ורבנן הנ"ל, וכתב בספר שיטה מקובצת בשם ריטב"א בד"ה הוציא וז"ל ויש מקשינן על נשואי אחיו מאי קמבעי' לן דהא לא קרינן בי' ואקרב עליה ויש אומרים דבעיין למ"ד ואקרב אליה בדברים והא דתני ר' יונה את בתי נתתי לאיש ש הזה ולא ליבם אליבא דידי' הוא ודלא כראב"י ע"ש וע"ש כיו"ב בשם רמב"ן

רק יש קצת שינוי וא"כ כיון דלראב"י לא צריך קרא דהזה למעוטי יבם דבלא"ה ידעינן המיעוט דהא לא קרינן ואקרב אליה קמה לדידי' קו' הש"ס בסוגין הזה למה לי כיון דלא צריך להפה שאסר כו' דהוא סברא חיצונה ובשגם דאנן קיי"ל כראב"י וצ"ע וקצת יש ליישב בזה סוגי' דקדושין דף ס"ד ע"א דמוקי רב אשי להפה שאסר כו' והעיר בזה פני יהושע ולפמ"ש יש לומר דשם קאי אליבא דהילכתא דקיי"ל כראב"י בע"כ צריך לומר דסובר דאתי' להפה שאסר כו' ובע"כ סובר אף דהוא סברא אבל אינו פשוט כ"כ ובכה"ג צריך קרא להשמיעו עיין בתוס' שבועת דף כ"ג ע"ב ד"ה אבע"א ובס' באר שבע במס' הורית ד"ו ע"ב ד"ה מ"ט בזה מחולקים הסוגי' כי סוגי' דכתובת סוברת דהוי סברא פשוטה ואכתי צ"ע בכל זה:

פרט ג

יבואר היכי שאמר האב קדשתי את בתי וא"י למי ואח"כ אמר שנודע לו שלפלוני קידשה אם נאמן:

ח רבינו הגדול הרמב"ם כתב בפרק ט' מאישות הלכה יו"ד וז"ל נאמן האב לומר על בתו קודם שתבגור שהיא מקודשת ואוסרה על הכל, ובהלכה י"א כתב האב שאמר קדשתי את בתי ואין יודע למי קדשתיה ה"ז אסורה לעולם על כל אדם עד שיאמר האב נודע לי שלפלוני קדשתיה ותהי' צריכה ממנו גט בלבד אע"פי שנודע לו אחר שבגרה עכ"ל וכתב הרב המגיד על דין ב' וז"ל בקדושין דף ס"ג מתבאר במשנה ובגמרא שהיא אסורה ומ"ש רבינו שאם אמר האב נודע לי שלפלוני קדשתי' שאינה צריכה גט אלא ממנו הוא מדין הפה שאסר הוא התה שהתיר ובסמוך יתבאר שאפילו אחר נאמן להתירה לעצמו כ"ש האב נאמן ואפילו אחר שבגרה עכ"ל א"כ כתב ה"המ שני טעמים ונ"מ כתב בס' לחם משנה שם וז"ל ועוד אהני לן טעמא בתרא שאפילו נודע לנו שהיא מקודשת מפי עדים אבל לא ידענו למי נאמן האב לומר לפלוני קדשתיה דמטעמא קמא לא נאמן דאין כאן עה שאסר כו' דבפי עדים הוחזקה מקודשת אבל מטעמא בתרא דלא גרע מאחר נאמן יע"ש וטו"ז בא"העז סימן ל"ז ס"ק נמשכו אחר דברי רמב"ם הנ"ל ורבינו בית יוסף הביא דברי המ"מ והביא טעם ב' והשמיט טעם א' יש לומר דהוי קשה לי' קו' לח"מ וטעם א' הנ"ל תלי' במחלוקת אי מהני מגו לפרש דבריו אפילו לאחר כדי דיבור כמ"ש המ"מ בפרק י"ב מהלכות גירושין כמ"ש בפרט א' לכן בחר בטעם זה, וראיתי בספר עצי ארזים בסימן ל"ז ס"ק נ"ד שכתב לדחות טעם ב' הנ"ל דבאחר איתא הטעם דלא חציף לומר בפני האב שקיבל קדושין אני הוא דמירתת דלמא מכחיש לי' ומש"ה בעינן שיאמר בפני האב ובאב משמע שנאמן אפילו אינו בפנינו ולא שייך טעם זה עכ"ד ובמכ"ת הרמה

לענ"ד כוונה אחרת הוא בדברי המ"מ כנודע למי שדרכו לעיין בספרו שדרכו לקצר מאד בלשונו הקדוש כדרך הקדמונים זלה"ה, דהנה עיקר טעמא דמירתת הוא חזקה דלא חציף להעיז נגד חבירו בדבר שחבירו מכיר בשקרו כעין חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו שכתבו תוס' במס' כתובת דף י"ח ע"א ד"ה חזקה שהוא מהאי טעמא, ומצינו בש"ס דחזקה אין אדם חוטא ולא לו הוא חזקה אלימא ומוכח שם בש"ס דחזקה זו אלים טפי מחזקה דמירתת וראי' לזה דהא רב סובר שם דנאמן ליתן גט דחזקה אין אדם חוטא ולא לו ואינו נאמן לכנוס דאימא יצרו תקפו ולא אמרינן דמירתת רק אנן קיי"ל כר' אסי וכמ"ש רמב"ם שם אח"כ דנאמן לכנוס משום דמירתת ואף שיש ספק אולי לא יכחיש לי' האב דלמא סומך ע"ז ששכח לגמרי מ"מ מועיל ומכ"ש חזקה דאין אדם חוטא ולא לו דמהני לרב אסי כיון שהמני אפילו לרב ולכן כתב ה"המ כיון דחזינן שחזקה דמירתת מהני באחר לאפקועי מאיסורא דאשת איש להתירה כי לולי הראי' ממ"ס הייתי אומר אולי חכמים החמירו שלא לסמוך על חזקה להקל בדבר שבערוה (ועיין בפר"ח בכללי ס"ס ובפני יהושע במס' כתובת דף ט' ע"א ותראה שיש סברא לומר כן) לכן מוכרח להביא ראי' דמהני מכ"ש שאב נאמן אפילו אחרי שבגרה להתירה דיש חזקה אין אדם חוטא אפי' עבור בתו וראי' לזה מהא דאי' בירושלמי הובא בהרי"ף במס' יבמות דף כ"ה ע"ב וכולן מותרת לבניהן ולאחיהן שאין אדם מצוי לחטוא לא מפני בנו ולא מפני אחיו יע"ש וה"ה עבור בתו ולאחר העיון מצאתי להדיא בס' ריטב"א במס' קדושין שם שכתב וז"ל והילכתא כר' אסי דתניא כוותי' ומסתברא דה"ה אם חזר האב ואמר נזכרתי שקדשתיה לפלוני שהוא נאמן אף לכנוס דהא ליכא טעמא דיצרו תקפו ואיכא טעמא דאין אדם חוטא ולא לו ומקלקל לבתו עכ"ל וא"כ ברור שהמ"מ כיון לזה כיון שאפילו אחר נאמן להתירה לעצמו מטעם חזקה דמירתת שלא יצטרך להעיז א"כ חזקה מהני להקל בדבר שבערוה מכ"ש שאב נאמן אפילו אחר שבגרה לומר נזכרתי מטעם חזקה אין אדם חוטא ולא לו דמוכח בש"ס שם דחזקה זו עדיפא דכן סובר רב וא"ש ולק"מ וזהו ברור בעיני:

ט דע דלכאורה נראה דעת הרמב"ם היכי שאמר האב נזכרתי שקדשתיה לפלוני ואפילו אם אותו פלוני מכחישו האב נאמן יותר ומבקשין ממנו ליתן גט ומותרת בכך לעלמא והטעם כיון שיש לאב חזקה אין אדם חוטא ולא לו המסייע לו ואצל אותו פלוני ליכא חזקה דיש לומר לצעורי קא מכוין כיון שלא נצמח עבירה על ידי דיבורו וסברא זו דלצעורי קא מכוין מצינו בפוסקים שכתבו דאין עד אחד נאמן להחמיר נגד חזקת היתר וכתב בספר פני יהושע בקדושין דף ס"ה הטעם אולי לצעורי קא מכוין וכן משמע במס'

קדושין דס"ד ע"א שיש לומר דמכוין לצעורי וא"כ לא מבעי' היכי שאמר האב קודם שבגרה נזכרתי אף שהוא לאחר כדי דיבור כיון דאב נאמן כשני עדים דהתורה נתנה לו נאמנות כעדים כמ"ש ריטב"א במס' קדושין דף ס"ד בד"ה נשבית דאין עד אחד נאמן להכחישו רק אפילו אם אמר האב כן לאחר שבגרה דבכה"ג אין לו רק דין עד אחד מ"מ כיון שיש לו חזקה המסייע אין אדם חוטא ולא לו ולמקדש ליכא חזקה זו דאולי לצעורי קאמכוין אלים כח האב ולכאורה מוכרח לפרש כן דאי נימא שרמב"ם מיירי היכי שהאחד מודה למה לי נאמנות האב תיפוק לי' שאותו אחר נאמן כמ"ש אח"כ בהלכה י"ב דהא קיי"ל כר' אסי דנאמן אף לכנוס, ואולם יש לדחות דשאני התם דשייך לומר דמירתת פן יכחישנו האב משא"כ הכא כיון שהאב אמר מתחילה שנודע לי שלפלוני קדשתיה לא שייך דמירתת בפני האב כיון דידע שמסייע לו יש לחוש דיצרו תקפו, וכיו"ב אי' במס' גיטין דף ס"ד ע"א באשה שאמרה לבעלה גרשתני דנאמנת משום דאין אשה מעיזה פניה בפני בעלה היכי דמסייע לה הבעל מעיזה וכדאי' בא"העז סימן טו"ב ס"ב ובב"ש סק"ב לכן מוכרח הרמב"ם לומר דהאב מצד עצמו נאמן שוב ראיתי סברא זו בספר הפלאה בקונטרס אחרון סימן ל"ז והנאני ואמנם יש להוכיח דין הנ"ל מלשון הרמב"ם במ"ש עד שיאמר האב נודע לי שלפלוני קדשתיה ותהי' צריכה ממנו גט בלבד, שהם דברים מיותרים וידוע שרבינו הגדול דק בלשונו הקדוש כי באמת לטעמים הנ"ל מותר אף לכונסה כמ"ש ריטב"א להדיא משום דחזקה אין אדם חוטא ומקלקל לבתו מהני אף למקדש היכי שמודה או שאומר שמסופק ובאמת בטור ומחבר אף שכתבו לשון רמב"ם הנ"ל השמיטו דברים הללו אבל לפמ"ש א"ט ודק רבינו זלה"ה היטב בלשונו הקדוש כי נ"מ טובא לדינא אפילו אם אותו פלוני מכחיש לאב שאין יכול לכונסה אף שחוזר אח"כ מדבריו בלי אמתלא כמו דקיי"ל ביו"ד סימן א' דאמרינן שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא אף נגד עדים וכיון שהוא אומר שלא קידשה אסור לכונסה משום שהיא אשת איש ע"פי דיבורו של האב שהאמינה תודה כשני עדים ומה שהאב אומר שהוא קידשה מכחישו ויכול לאסור עליו אפילו נגד עדים ואין יכול לחזור מדבריו בלי אמתלא כמו דקיי"ל להלכה כל מקום היכי דאדם אוסר על עצמו דבר המותר שאין יכול לחזור מ"מ מהני נאמנות האב לענין שהיא מותרת לכל אם נתרצה ליתן גט להתירה לעלמא ומבקשין ממנו ליתן גט להתירה לעלמא כעין דאיתא בקדושין דף ס"ה ע"א וברמב"ם שם הלכה ו' וא"כ חידוש גדול קמ"ל הרמב"ם במה שהוסיף בדברים הללו כי נ"מ אפילו אם אותו פלוני מכחישו נאמן האב אפילו אחר שבגרה אף שאז אין לו דין שני עדים מ"מ נאמן

להפקיע איסורא מבתו והוא חידוש דין וא"כ יש לתמוה על הטוש"ע שהשמיטו דברים הנ"ל כי נ"מ רבתי לדינא וצ"ע לדינא בזה:

י ויש לחקור בהאי דינא דרמב"ם וטוש"ע הנ"ל דאיתא במס' נזיר דף נ"ז ע"א עלה דמתני' שני נזירים שאמר להם אחד ראיתי אחד מכם שנטמא ואין יודע איזה מכם מגלחין ומביאין קרבן טומאה וקרבן טהרה ומקשה הש"ס שני נזירין והאי דקאי גבייהו הוי לי' תלתא הוי לי' ספק טומאה בר"הר דספיקו טהור ואמר רבה בר רב הונא באומר ראיתי טומאה שנזרקה ביניכם אמר ר' אשי דיקא נמי דקתני ואינו יודע איזה מכם וכתבו תוס' בד"ה דקתני איני יודע וז"ל דמשמע שלא נודע לו מעולם משום דלא הוי בהם מדלא קתני שכחתי יע"ש וע"כ נשמע שס"ל שלשון אינו יודע משמע שלא נודע לו מעולם, ולפ"ז יש לעיין שמסתימת דברי רמב"ם וש"ע משמע כשאמר נודע לי שלפלוני קדשתיה נאמן אף שאותו פלוני אינו בפנינו ולא ראה אותו משעה שאמר איני יודע מ"מ נאמן אמאי כיון שאמר מעיקרא אינו יודע למי קדשתיה משמע שלא נודע לו מעולם דהיינו אפילו בשעת קדושין לא נודע לו למי שלא ידע אותו בשמו רק שראה אותו דאם הי' מכירו בשמו רק ששכח הוי לי' לומר שכחתי כמ"ש תוס' הנ"ל וא"כ היאך נאמן לומר לפלוני קדשתיה כיון שלא ראה אותו עכשיו להכירו בטביעת עין ובשלמא אהא דאי' בקדושין דס"ג ע"ב במתני' קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתיה דסובר רב דנאמן לכנוס משום דמירתת שלא יכירנו האב לק"מ דאף שאומר אינו יודע דמשמע שלא הכירו מעולם מ"מ כיון שבעינן שיאמר כן בפני האב כדאי' בש"ע שם סעיף כ"א מתיירא אף שלא הי' מכירו בשמו מ"מ יהי' מכירו בטביעת עין כיון שכבר ראה אותו אבל בדין זה שכתבו רמב"ם וטוש"ע בסתם כשאומר נודע לי למי קדשתיה נאמן ולא מחלקין בין אם אומר כן בפניו או לא קשה מסוגי' דנזיר הנ"ל ואולם ראיתי בספר תבואת שור במס' יבמות דף כ"ג ע"ב בספרו בכור שור דף קי"ז שתמה תמיה גדולה מהא דאי' שם במתני' מי שקידש אחת משתי אחיות ואין יודע איזה מהם קידש נותן גט לזו וגט לזו ומקשה הש"ס ש"מ קדושין שאין מסורין לביאה הוי קדושין הכא במאי עסקינן כשהוכרו ולבסוף נתערבו דיקא נמי דקתני ואינו יודע ולא קתני ואינו ידוע ש"מ פירש"י אינו יודע משמע השתא אינו יודע אינו ידוע משמע שלא נודע הדבר מעולם יע"ש והקשה מסוגי' דנזיר הנ"ל שכתבו תוס' שאינו יודע משמע שלא נודע לו מעולם מדלא קתני שכחתי יע"ש שהניח בקו' וא"כ לפי סוגי' דיבמות א"ש דברי רמב"ם וטוש"ע כיון שאמר האב אינו יודע למי קדשתיה ולא אמר ואינו ידוע משמע שהכירו מתחילה ואח"כ מכח לכן נאמן אח"כ לומר שזהו שקידשה, ובתוס' שם ד"ה דייקא כתבו וז"ל וא"ת א"כ תיקשי לאביי דאמר בקדושין דהוי

קדושין ויש לומר דאינו יודע משמע הכי ומשמע הכי עכ"ל וכיון דקיי"ל בזה כאביי דהוי מיע"ל קג"ם א"ש דברי פוסקים הנ"ל כיון דמשמע הכי ומשמע הכי ממילא נאמן על זה גופא לומר שמה שהי' אומר בתחילה אינו יודע היינו שהי' מכירו מתחילה רק השתא אינו יודע ויוכל לומר נזכרתי. ועוד יש לומר דרמב"ם וטוש"ע ס"ל כפירש"י במס' נזיר יע"ש ועוד דרמב"ם וש"ע דייקו בלשונם הצח וכתבו עד שיאמר נודע לי למי קדשתיה ולא כתבו כמ"ש ריטב"א נזכרתי יש לומר כוונתם ששמע מפי אחרים שהי' בעת קדושין למי קידשה כי בע"כ קידשה בפני עדים ובכה"ג אף לסוגי' דנזיר לפירוש תוס' שאינו יודע משמע שלא הכירו מעולם מ"מ נאמן עכשיו לומר שנתוודע לו מפי אחרים (עיין סמ"ע סימן כ"ט סק"ח וטו"ז שם) יוצא לנו מתוך דברינו דין חדש היכי שאומר אינו ידוע לי למי קדשתיה משמע שלא נודע לו מעולם אפי' בשעת קדושין לא ידע אותו בשם רק מראה אותו יש לומר שאין נאמן לומר אח"כ נזכרתי רק כשאומר כן בפני אותו פלוני דיוכל לומר שאני מכירו אותו בטביעת עין משא"כ שלא בפניו אף דמשמע מרמב"ם וטוש"ע שיכול לומר נזכרתי אפילו שלא בפניו היינו כשאומר אינו יודע וצע"ג לדינא:

פרט ד

יבואר היכי שאמר האב על בתו בוגרת קדשתיה כשהיתה קטנה או נערה אי נאמן היכי שאמר לה בזימנא קמייתא:

יא התוס' ישנים במס' כתובת דף כ"ג ע"א בד"ה מנין כתבו וז"ל ומיהו אם אמר על בתו קדשתיה כשהיתה נערה או קטנה נראה דאינו נאמן דהשתא אין בידו כלל דאע"ג דלקמן בפרק נערה דף מ"ו כו' לפי המסקנא לא נאמר כן עכ"ל וראיתי בספר קרבן העדה במס' קדושין דף ס"ד ע"א בהא דאיתא במתני' קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא גדולה אינו באמן ר"ל כיון שאמר משגדלה ובקטנותה לא אמר אינו נאמן לפוסלה מן הכהונה, בד"ה והרי תמה עליהם תמי' גדולה מאי נראה דקאמר הא משנה ערוכה הוא כאן דאינו נאמן ובבבלי מפורש הטעם משום שאינו בידו והניח בקושי' ודוחק לומר דכוונתם דבמתני' לא מיירי רק לענין לפוסלה מן הכהונה ותוס' ר"ל אפילו לענין קדושין דמאי שנא כמו דשם הטעם דא"נ משום דאינו בידו דהא אם אמר קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא קטנה נאמן ודין אחד להם וכמו דמוכח בש"ס קדושין שם להמעיין שם הגם דיש לומר דכוונתם לומר דלא תיקשי מסוגי' דפרק נערה מ"מ לשון נראה אינו מדוייק כל כך ועלה בדעתי לומר שכוונת התוס' להורות לן דין חדש דהנה איתא במס' גיטין דף נ"ג ע"ב ת"ר הי' עושה עמו בטהרות ואמר לי' טהרות שעשיתי עמך נטמאו אבל אמר לי' טהרות שעשיתי עמך ביום פלוני נטמאו אינו נאמן מ"ש רישא

ומ"ש סיפא כו' רבא אמר כגון דאשכחא ולא א"ל ולא מידי ולבתר הכי אשכחא ואמר לי' ופירש"י אע"פי שאין בידו נאמן וסיפא כגון דאשכחא מקמי' האידנא ולא אמר לי' והשתא אמר לי' וכתבו בתוס' ובר"אש ובמס' קדושין דף ס"ה ע"ב ד"ה נטמא דדוקא היכי שהי' בידו מתחילה נאמן אי אמר לי' בזימנא קמייתא וכן קיי"ל כרבא כדאיתא ביו"ד סי' קכ"ז ולפ"ז לכאורה קשה אמאי אינו נאמן האב לומר על בתו כשהיא עכשיו בוגרת קדשתיה כשהי' קטנה או נערה וכן אינו נאמן לומר קדשתיה וגרשתיה אז נימא כמו שעד אחד באיסורין אף שאינו נאמן נגד חזקה מ"מ נאמן כשהי' בידו אף שעכשיו אינו בידו ה"ה אב אטו מי גרע האב מעד דעלמא ולכאורה הי' נראה לומר דיש חילוק דוקא אם כבר בגרה ועבר זמן רב ולא הודיע לבית דין יש הוכחה שמשקר דהוי כאשכחא ולא אמר לי' בזימנא קמייתא דהוי לומר לה בפני בית דין בשעה שיוצאה הבת מרשותו כמו התם שהי' לו להשומר לומר להבעלים בשעה שיצאו הטהרות מרשותו אבל אם באמת בזימנא קמייתא כש מצאה אמר לה בפני בית דין שקידשה כשהי' קטנה נאמן הן לענין קדושין והן לענין לפוסלה מכהונה ומה דאי' בקדושין שם במתני' והרי היא גדולה ר"ל שכבר היא גדולה ולא אמר לה עד עכשיו וכסברא זו מצאתי בש"ות הריב"ש סימן קצ"ג שכתב וז"ל וא"ת מ"מ נאמינהו שנתרצה מיד ששמע הנשואין ומיד הוי כמקודשת דהוי לי' כאב שאמר קדשתי את בתי ואין מחאתו שאחר כן כלום הוא לא היא דמ"מ כיון שלא אמר כן קודם המחאה הנה כשמחה ושלח המחאה לחבורת המקום שהוא דר שם חתנו שהוא כמו בית דין א"כ הודה שמעולם לא נתרצה בקדושין וא"כ אינו נאמן לומר אח"כ היפך דבריו כדאי' בפרק הנזקין דאסיק רבא דסיפא מיירי כגון דאשכחא ולא אמר לי' ולא מידי ולבתר הכי אשכחא ואמר לי' דאם איתא דקושטא הוא מעיקרא כי אשכחא הוי אמר לי' כ"ש דמעיקרא אמר היפך זה ואע"ג דרחמנא הימנה מ"מ איכא למימר אם איתא דקושטא קאמר לא הוי לי' לומר מעיקרא הפך האמת יע"ש שיש קצת סמך לסברא הלז שיש לומר כן אפי' בנאמנות האב אמנם באמת נראה דבכל גווני אינו נאמן האב כשיצאה מרשותו אפילו אם אמר לה בזימנא קמייתא והטעם נראה דלא דמי דבר שבערוה לאיסורין ודוקא באיסורין נאמן עד אחד כשהי' בידו אבל בדבר שבערוה אינו נאמן רק היכי שבידו עכשיו ולא מהני מה שהי' בידו כדמוכח מהא דאי' בב"ב דף קל"ד המובא בתוס' כאן היכי שאמר גרשתי את אשתי סתם נאמן על להבא דבידו לגרשה אבל אם אמר גרשתי את אשתי למפרע אינו נאמן להחזיקה בחזקת מגורשת למפרע נימא ג"כ כיון שהי' בידו פעם לגרשה יהי' נאמן אע"כ בדבר שבערוה ל"מ מה שהי' בידו והטעם כיון דילפינן דבר מממון ובממון קיי"ל דלא מהני מגו למפרע דהא

דנאמן היכי שהוא עתה בידו סובר רש"י ור"ת וסיעתו כמ"ש הש"ך בסי' קכ"ז סק"א משום מגו והא מגו למפרע לא אמרינן ואפי' לר"אש שכתב הטעם דהוי כבעליו זהו לא שייך בממון דבעלים אינם נאמנים לזכותו ולכן מהאי טעמא גם בקדושין לא נאמן האב לומר על בתו בוגרת כשהי' נערה או קטנה קדשתיה או קדשתיה וגרשתיה אף שאמר כן בפעם הראשון כשמצאה ומה דאי' במתני' והרי היא גדולה בכל גווני מיירי ויש לומר היינו דחידשו תוס' ישנים וכתבו ונראה דאינו נאמן כו' רצונם לומר אפי' אמר בזימנא קמייתא דבאיסורין נאמן כיון שהי' בידו הכא אינו נאמן כיון דהוי דבר שבערוה וראייתם הוא מיני' ובי' כיון שקו' התוס' שם הי' שיהי' דומה לבעל שאמר גרשתי את אשתי והתם אין נאמן למפרע ובע"כ משום דהוי דבר שבערוה ל"מ מה שהי' בידו וה"ה בקדושין ל"מ מה שהי' בידו וכיון דלא מפורש כן במתני' דמס' קדושין שם כן דהתם י"ל הכוונה שלא אמר לה בזימנא קמייתא כנ"ל לכן כתבו שנראה להם כן ולק"מ קו' הקרבן העדה ולאחר העיון ראיתי בספר הפלאה במס' קדושין דף ס"ה ע"ב בתוס' ד"ה נטמאו שכתב ג"כ אמאי אינו נאמן כיון שהי' בידו ורצה לתרץ מצד הסברא בלי ראי' כיון שהוא דבר שבערוה אינו נאמן ואח"כ נייד מזה ורצה לומר שבאמת אם אמר האב בפעם ראשון נאמן והבין בכוונת תוס' ישנים להיפך וכ"כ בחידושיו לקדושין בקונטרס אחרון סימן ל"ז סעיף כ"ו שיש לומר דהא דאין אב נאמן משבגרה דמיירי שכבר בגרה ולא אמר שנתקדשה דהוי כמו אשכחא בפעם ראשון אבל אם אמר מיד כשבגרה כיון שהי' מתחילה בידו נאמן גם בזה והיינו דאמר והרי היא גדולה מכבר ולא אמר עד עתה יע"ש והנאני שכוונתי בגוף הענין לדבריו הנעימים אבל לדינא נראה לענ"ד כוונת תוס' להיפך וכן משמע מסתימת הפוסקים דלא אשתמיט חד מנייהו לכתוב חידוש דין כזה וראי' לזה מבעל שאמר גרשתי את אשתי דאין נאמן למפרע וגם הא ילפינן דבר דבר מממון ובממון ל"מ מגו למפרע ותו דמוכח כן מכח קו' קרבן העדה כמ"ש, וכפי הנראה גם להגאון זצ"ל הי' הדבר בספק כי בחידושיו בפנים רצה מתחילה לומר דל"מ בדבר שבערוה רק שלא הביא ראי' לזה לכן חזר אח"כ ובקונטרס אחרון הניח בצ"ע ואחרי שזכינו להביא ראי' ראוי להורות כן וכן מורה לשון המחבר בסימן ל"ז סעיף כ"ו שכתב אם אחר שבגרה אמר קדשתיה וגרשתיה כשהי' קטנה אינו נאמן וכתב בחלקת מחוקק בס"ק מ"ד נראה דמכ"ש אם אמר קדשתיה בלבד כשהי' קטנה דאינו נאמן לאוסרה על כל העולם מאחר שעכשיו היא גדולה יע"ש ולא חילקו היכי דאמר בזימנא קמייתא נאמן דחידוש גדול כזה דרך הפוסקים לפרשו ולא לסותמו כי היכי דלא נטעה בדין אע"כ כמ"ש ומצאתי ראיתי שגם בעל קצ"הח כתב

בספרו דמוכח מב"ב דף קל"ד דבדבר שבערוה ל"מ מה שהי' בידו, ואולם לחומר הנושא חלילה לסמוך על דברינו אף לסניף בעלמא וצ"ע מאד לדינא:

כלל כ

בו יבואר היכי דשני כיתי עדים מכחישים זו את זו אם קיבל האב קדושין עבור בתו והאב מסייע לבת שקדשה אם נאמן האב ובו ב פרטים:

פרט א

יבואר מקורו וביאור דברי הריב"ש בתשובה:

א הריב"ש בש"ות סימן תע"ט כתב וז"ל על אודת קידושי קטנה שנתנה באשכנז והעדים המעידים זה אומר בכה וזה אומר בכה כתב בסוף התשובה וז"ל אלא שעדיין הוא בספק מפני כת האחרת האומרת שאביה קיבל קדושין גמורים והוי לי' כשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה ואיכא פלוגתא בין רבוותא זלה"ה אי קיי"ל תרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן איתתא אחזקה ולדברי כולם מחמירינן בה מדרבנן אף אם אינה כספק הגמור ולא קיימא באשם תלוי ועוד חזרתי ועיינתי בעדות בעל דבר וראיתי עדות אבי הכלה האומר שאתן נתן לה טבעת ואמר לו הרי בתך מקודשת לי וכיון שהוא אומר כן אין ספק שהוא נאמן לאוסרה כיון שהיא קטנה דרחמנא הימנה מדכתיב את בתי נתתי כו' כדאיתא בפרק האומר בקדושין וא"עפי שאינו נאמן למכות ולעונשין ואין סוקלין על ידו כמסקנא דהתם אבל לאוסרה רחמנא הימנה כל זה כתבתי להגדיל תורה ולהאדירה אבל כבר כתבתי למעלה שנראה לי ברור שאף לדברי כת שני' קדושין לדעת הוי ומקודשת עכ"ל נשמע דסובר היכי דשני כיתות עדים מכחישים זא"ז אם קיבל האב קדושין נאמן האב לאסור את בתו להיות מסייע לכת האומרת שקיבל קדושין, וראיתי במשנה למלך בפרק' תשיעי מהלכות אישות הלכה יו"ד שהביא לשון ריב"ש הל"ז וכתב על דבריו בז"הל ואיכא לעיוני בהאי דינא עכ"ל לא ביאר רבינו המובהק זלה"ה כוונתו, ואולם בפשיטות מובן כוונתו דהא נאמנות האב לא אלים מאילו הי' שני עדים המעידים כן וכיון ששני עדים מכחישים הא קיי"ל בהכחשה תרי כמאה ואכתי הוי לי' כשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה ובאמת דברי ריב"ש זלה"ה לכאורה תמוהין ונתתי אל לבי לעיין היטב בכוונתו וראיתי שדבר גדול דיבר הנביא ונראה לענ"ד דאזיל בשיטת תשובת רשד"ם באבן העזר סימן ט' המובא בהגהות משנה למלך שם הלכה ט"ו שילמד ממ"ש רשב"א המובא ביו"ד סימן א' בטבח שאמר על בהמה אחת שלא שחטה ובאו עדים ואמרו שהוא שחטה והוא עומד בדיבורו ואמר שלא

שחטה דלכ"ע מותרת הבהמה דהא איכא עדים ששחטה אבל לדידי' אסורה דהא שווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא ונאמן יותר מעדים דה"ה באב שקיבל קדושין בעד בתו ואמר שהמקדש הי' גדול דאע"פי שהעדים מעידים שהי' קטן צריכה גט דלדידה שווי' נפשה חתיכה דאיסורא ותמה שם על כנ"הג ביו"ד סימן קכ"ז במה שתמה על רשד"ם כי לפי דברי רשב"א לק"מ, למדנו מדבריו דבר חדש דהא דהאמינה תורה להאב שיהי' נאמן לומר שקיבל קדושין אינו מטעם נאמנות שיש נאמנות כאילו הי' עדים בדבר רק מטעם כיון שנתנה תורה כח ויד לאב לקבל קדושין עבור בתו והיא אין לה יד לקבל קדושין יכול לשווי' נפשה חתיכה דאיסורא וכמו דאמרינן בכל מקום שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא אפילו נגד עדים משום דאדם נאמן לחובתו על עצמו יותר מעדים ה"ה האב לענין קבלת קדושין עבור בתו מיקרי האב בעל דבר ונאמן אפילו אם העדים מכחישים אותו ומכ"ש אם העדים מסייעים אותו ומצאתי סמוכין לזה מבית שמואל בסימן מ"ב ס"ק ח' בסופו שכתב דאם העד רחוק לבת המתקדשת וקרוב לאב אם אביה מקבל קדושין פסול לעדות כי האב הוא עיקר בעל דבר יע"ש שוב ראיתי בספר פרי מגדים ביו"ד סימן א' בשפתי דעת ס"ק ל"ט שהביא דברי רשד"ם הלז ומה שהקשה עלי' בס' כנ"הג בהגהות בית יוסף ס"ק פ"ב בשלמא לאסור המותר יש כח בידו משא"כ לעשות מקטן גדול ושכ"כ בספר משפטי צדק וכתב ע"ז בס' הנ"ל להצדיק דברי רשד"ם דהטעם דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים והתורה האמינה לאב בעד בתו יע"ש ותמהני היאך נעלם מעינא פקיחא שכבר הרגיש בזה בהג"ה במשנה למלך ודבריו שם הובא בס' הלז לעיל מזה:

ב ואולם לכאורה קשה על ריב"ש כיון שכל מה שכתב שם לא כתב רק להגדיל תורה ולהאדירה, כי בנידון דידי' לא הי' הכחשה הוי לי' לאשמעינן חידוש יותר מזה שאפילו אם ליכא עדים המסייעים לאב נאמן להכחישם, מיהו באמת גם בזה דק הריב"ש היטב דהנה במשנה למלך שם הביא ספק שנסתפק מוהריב"ל באשה שאומרת שנתקדשה בפני פלוני ופלוני ואמרו שלא נתקדשה בפניהם א"א דלדידה שווי' נפשה חתיכה דאיסורא ותמה המשנה למלך שהדין פשוט ממ"ש רשב"א הנ"ל בדין טבח דאמרינן שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא אפילו נגד עדים ובס' שערי המלך שם הלכה י"ו כתב דשפיר כתב מוהריב"ל ואין לו דמיון לנידון דטבח וכמ"ש בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן רע"ט באשה שאמרה נתקדשתי בפני פלוני ופלוני והעדים מכחישים אותה דהיא אינה אסורה בקרוביו דלא שווי' נפשה חתיכה דאיסורא אלא באותן עדים והם מכחישים אותה וכוונתו כיון דאין דבר שבערוה פחות משנים אפילו בשניהם מודים והיא תולה איסורא באותן עדים והם מכחישים ליכא איסורא אף לפי דבריה שמאמינים אותה שהי'

קדושין ודוקא כשאמר קדשתי בפני עדים שהלכו למדינת הים נאמן משום לדבריו הי' עדים משא"כ בהאי דטבח דליכא האי טעמא דאין צריך על גוף המעשה עדים מידה דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אפילו נגד עדים ודבריו ברורים, וא"כ אם לא הי' לאב עדים המסייעין לו רק הי' עדים המכחישים שלא קיבל קדושין כיון שלא הי' שום עדים על הקדושין רק אותן עדים שאב אומר שהם הי' שם וראו הקבלת קדושין והם מכחישים אותו א"כ תולה איסורו באותן עדים לא שייך ליהמן מטעם שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא כמ"ש תשב"ץ כיון דבעינן עידי קדושין לכן מוכרח לומר כיון שאיכא עדים המסייעין לאב ממילא הוי קדושין בפני עדים כשרים לפי דברי האב ושפיר נאמן האב כיון שאין תולה איסורו באותן עדים המכחישים אותו רק בעדים המסייעין לו, מיהו אכתי הו"מ לכתוב חידוש יותר להגדיל תודה היכי שאומר האב שקיבל קדושין בפני עדים שהלכו למדינת הים אשר הי' ג"כ בעת קבלת הקדושין עם עדים שהם לפנינו ועדים שהם לפנינו מכחישין אותו דבכה"ג ג"כ נאמן האב כיון שלפי דבריו הי' שם עדים זולתם ואינו תולה הקדושין באותן עדים ואולי כיון שלא הביא רק אגב גררא לא רצה להאריך ולברר בל הדינים כי ממילא מובן להמבין כיון דהטעם הוא משום שווי' נפשה חתיכה דאיסורא והוא כלל מוסכם אפי' נגד עדים נשמע מצד סברא דבכה"ג נאמן ועיקר כוונתו הי' רק לחדש דבר חדש דהא דהאמינה תורה להאב אינו מטעם כאילו הי' עדים רק מטעם שאדם נאמן על עצמו ושווי' נפשה חתיכה דאיסורא:

ג ובזה מובן היטב לשונו הקדוש והצח כי לכאורה דבריו מיותרין במ"ש ואע"פי שאינו נאמן למכות ועונשין כו' אבל לאוסרה רחמנא הימנה יע"ש וידוע שריב"ש הי' מכת קמאי זלה"ה שהי' מדייקים היטב בלשונם הצח, וכד דייקינן דבר גדול דיבר, דאיתא במס' קדושין דף ס"ג ע"ב אבעיא להו מהו לסקול על על ידו (פירש"י כלומר על פיו אם אמר קדשתי את בתי ועידי קדושין אינם באין לפנינו וזינתה מהו להחזיק על פיו כדין נערה מאורסה ולסוקלה) רבא אמר אין סוקלין כי הימנא רחמנא לאב לאיסורא לקטלא לא הימנה רב אסי אמר סוקלין לכולה מילתא הימנה רחמנא לאב אמר רב אסי ומודינא באומרת נתקדשתי שאין סוקלין ואמר ר' אסי הני שמעתתא דידי מרפסן איגרא השתא כו' ולא היא לאב הימנה רחמנה לדידה לא הימנה ופירש"י וז"ל לדידה לא הימנה ואין סוקלין ולענין דיני נפשות לא קטלינן משום חששא ולענין איסורא טעמא אחרינא הוא דשויתה לנפשה ח"דא עכ"ל ובארתי בכלל הקדום הכוונה אף לפמ"ש הראשונים זלה"ה דשווי' נפשי' חתיכה דאיסורא הוא מטעם נאמנות שאדם נאמן על עצמו מ"מ אינו מטעם נאמנות העדים שנאמנות העדים הוא דבר ברור ומהני אפי' לדיני נפשות

והבין הריב"ש דמחלוקת רבא ור' אסי הוא מטעם נאמנות האב לרבא לא האמינה תורה להאב שיהי' אלים כחו כאילו הי' עדים רק מטעם שווי' נפשה חתיכה דאיסורא ולכן אינו נאמן לקטלא ולר' אסי שנאמן אפילו לקטלא סובר שהאמינה תורה כאילו הי' עדים וא"כ כיון שקיי"ל כרבא שאינו נאמן לקטלא רק לאוסרה בע"כ הוא מטעם שווי' נפשה חתיכה דאיסורא ושפיר הביא ריב"ש ז"ל ראי' שנאמן אפילו נגד עדים ולא הוי כדין תרי ותרי כמאה כי נאמן ע"ע יותר ממאה עדים ודבריו מדוקדקים מאד להמעיין ולכן התפאר א"ע בזה שכתב להגדיל תורה ולהאדירה ודפח"ח וש"י:

ד ואולם לעומת זה מצאנו חולקים דעת הריטב"א מבואר אפילו לרבא דקיי"ל כוותי' דאין סוקלין הטעם דנאמן דלענין איסורא הוי בעדים ולענין דיני נפשות לא האמינה תורה להאב דבמס' קדושין דף ס"ד ע"א כתב וז"ל נשבית ופדיתה אינו נאמן לפוסלה מן הכהונה ופרישנא טעמא דבנשואין הימנה רחמנא בשבוי' לא הימנה רחמנא וכ"ת ליהמן לפוסלה לכהונה מגו דאי בעי שקדשה והשיאה בביאה לממזר ופסולי כהונה ואיכא למימר דכיון שהאמינה תורה לאב לומר קדשתי את בתי הו"ל כעדים ואין עד נאמן מדין מגו כדכתיבנא באידך פרקא מיהו אע"ג דהוי כעדים אין סוקלין על ידו שאין עונשין אלא בב' עדים ממש אבל גבי איסורא דנפשה נאמן כב' עדים שאין דבר שבערוה פחות משנים עכ"ל, וכן מודה דעת חכמי פרובנצייא המובא בתשובת מוהר"י בן לב כלל מ"א שכתב וז"ל כתב בתשובת חכמי פרובנצייא במעשה שהי' בימיהם על איש אחד שהוציא קול שקידש את בתו בעודה קטנה ונשבע שקדשה לפלוני בן פלוני ואח"כ עמדה זאת האשה ונשאת לאחר והגיע הדברים לכל חכמי פרובנצייא וצרפת וקצת מהם אומרים שהי' מחלקין דוקא באשה אמרו בכתובת דף כ"ג ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת אבל לא באב ומשום דאי' בפ' האומר לאב הימנה רחמנא לדידה לא הימנה רחמנא והאב הימנה רחמנא כשני עדים בבתו ומש"ה ל"מ אמתלא יע"ש והיינו דוקא היא דאינה נאמנת רק מטעם שווי' נפשה חתיכה דאיסורא יכולה לחזור על ידי אמתלא אבל רב דהימנה רחמנא כאילו הי' עדים אין יכול לחזור ולהגיד אף שנותן אמתלא ובע"כ דסוברים אף דהלכה כרבא מ"מ בזה אינו מחולק עם ר' אסי ולכ"ע נאמן כעדים רק לרב אסי נאמן אפילו לקטלא ולרבא אינו נאמן רק לאיסורא כמ"ש ריטב"א וא"כ דין של הריב"ש במחלוקת שנוי' ותמהני על הריב"ש שלא הביא דעת החולקים בזה ועמ"ש בפרט ב':

פרט ב

יבואר בדרך חידוד ראי' לשיטת ריב"ש ממס' כתובת דף כ"ב ע"א:

ה נראה לענ"ד להביא ראי' לשיטת הריב"ש דאי' בכתובת שם אמר ר' אסי מניין להפה שאסר הוא הפה שהתיר מן התורה כו' יע"ש כמו שהבאתי לשון הש"ס בכלל י"ט פרט א' ובסוגין קשה כמה קושי':

א) התמיה מבוארת לעין כל וכן הרגיש בס' הפלאה כי האי קרא איירי במוציא שם רע ומבואר בכתובת דף מ"ו וברמב"ם בפרק ג' מנערה בתולה הלכה ו' כיצד הוצאת שם רע שיבוא לבית דין ויאמר נערה זו בעלתי ולא מצאתי בתולים וכשבקשתי על הדבר נודע לי שזינתה תחתי אחר שארסתיה ואילו הן עידי שזינתה בפניהם ובית דין שומעין דברי העדים וחוקרין עדותן אם נמצא הדבר אמת נסקלת ואם הביא האב עדים והוזמו העדים שהביא הבעל ונמצא שהעידו שקר יסקלו וילקה הוא ונותן מאה סלעים ועל זה נאמר ואלה בתולי בתי אילו עדים שיזימו לעידי הבעל חזר הבעל והביא עדים אחרים והזימו עידי האב הרי הנערה ועדי אביה נסקלין ועל זה נאמר ואם אמת הי' הדבר הזה מפי שמועה למדו שפרשה זו יש בה עדים וזוממין וזוממי זוממין עכ"ל וכיון דאיכא עדים שזינתה בע"כ ידעו העדים שהי' מקודשת דהא נסקלת אם האמת כעדים ואי אפשר לסקול בלי התראה וא"כ לא בא האיסור מפי האב רק מכח דברי העדים והוסיף בס' הפלאה לומר בשלמא לר' אסי דסובר דנאמן האב לסקול יש לומר דהעדים בעצמן אינם יודעין מקדושין אלא ששמעו מפי האב שאומר להם שקידשה אבל למאי דקיי"ל כרבא דאינו נאמן לסקול ובע"כ דהם בעצמם יודעין, וראיתי שכתב לתרץ וז"ל ונראה דאכתי מוכח מהא דכתיב בקרא דאם נמצא ששקר הי' נותן מאה כסף והיינו ע"י הזמה א"כ כיון שהוזמו העדים שוב אין עדים על הקדושין דקיי"ל דעד זומם למפרע הוא נפסל והיו פסולין בשעה שהעידו על הקדושין ואפ"ה האב נאמן לאסור עכ"ל וכ"כ בחידושיו לקידושין דס"ג ע"ב ולכאורה דבריו מחוסרין הבנה לפמ"ש רש"י במס' ב"ק דף ע"ב ד"ה למפרע וז"ל העיד בניסן והוזם על עדות זו באייר כל עדות שהעיד בינתיים פסיל דמשעה שהעיד עדות זו נפסל יע"ש וכ"כ כל המפורשים וא"כ אכתי קשה מנלן דאב נאמן דלמא העדים העידו מתחילה על הקדושין ואח"כ העידו שזינתה בפניהם ע"פי התראה כי כן הוא סתמא דמילתא דהעידו כסדר כיון שאשה זו הי' בחזקת פנוי' מוכרחין מתחילה להעיד אשה זו שנתקדשה בפנינו זינתה דאם יאמרו מתחילה שזינתה לא יפעלו בעדותם וא"כ אע"פי שהוזמו על הזנות ונפסלו למפרע משעה שהעידו על הזנות העידות שהעידו על הקדושין קיימת דלא נפסלו למפרע רק משעה שהעידו עדות אשר הוזמו אח"כ על אותו עדות (ומ"ש שם בחידושיו לקדושין גם אליבא דרבא יש לומר כוונתו לאיכא דאמרי במס' ב"ק שם דרבא ג"כ סובר כאביי רק משום פסידא דלקוחות) וכדי דלא יהי' ח"ו

כטועה בדבר פשוט אמרתי להצדיק את הצדיק וקיצר קצת במובן וכוונתו להא דאי' שם לימא כתנאי היו שנים מעידין אותו שגנב כו' אמרי אי תכ"ד כד"ד לכ"ע למפרע הוא נפסל אלא הכא בתכד"ד פליגי רבנן סברי תכ"ד לאו כד"ד פירש"י והוי להו שני עדיות ומשום חדא לא אתכחש אידך דמשעת דיבור אחרון נפסלו ולא משעת דיבור הראשון יע"ש ור' יוסי סובר תכ"ד כד"ד ועיין ש"ות מוהרי"ט ח"א סימן קל"ח וא"כ י"ל דראיות רב הוא כיון דעיקר כוונת העדים בביאתם לבית דין אינם להעיד על הקדושין רק על הזנות מסתמא אומרים הכל בבת אחת אשה זו שנתקדשה בפנינו זינתה וגם הא קרא סתמא כתיב ומשמע דאיירי בכל גווני אף שהעידו בבת אחת כאורחא דמילתא וכיון שהעידו בבת אחת אף אם הי' מפסיקין מעט שהוא תוך כדי דיבור מ"מ כיון דקיי"ל כאביי וגם קיי"ל דתכ"ד כד"ד כמ"ש כל הפוסקים כשהוזמו על הזנות נפסלו גם על הקדושין כיון דתכ"ד הוי כד"ד אע"כ דאב נאמן על הקדושין, מיהו מ"מ דבריו לא מוכרחין כלל דאולי איירי קרא שהפסיקו בין עדותם שהעידו על הקדושין ועדותם על הזנות יותר מכדי דיבור ותו לשיטת תוס' בב"ק דף ע"ג ע"ב ד"ה כי ובכמה דוכתי מן התורה תכ"ד לאו כד"ד כשהפסיקו מעט הוי כשני דיבורים וא"כ הקו' הנ"ל במ"ע ועמ"ש כלל י"ט פרט א' בישוב קו' זו:

ב) קשה קו' תוס' ישנים ד"ה מניין וז"ל מניין לאב שנאמן לאסור תימא מה צריך קרא תיפוק לי' דנאמן הואיל ובידו לקדשה כדאמר בב"ב דף קל"ד ע"ב בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה וי"ל דהכא אין בידו כל כך דשמא לא ימצא אדם שיקדשנה יע"ש הגם דלכאורה תי' תוס' מבואר במס' קדושין דס"ד ע"א המעיין בפני יהושע שם מיושב ולפי דבריו סברת תוס' לא הוברר כ"כ דאטו לא ימצא בכל העולם מי שיקדשנה ועמ"ש בספר הפלאה וא"כ קמה קו' תוס' ישנים וראיתי בס' שיטה מקובצת בד"ה למה שהקשה ג"כ קו' הלז וכתב בשם ריטב"א לתרץ קו' תי' וז"ל והנכון דהכא כולה מילתא חדא דקרא אש אשמעינן שבידו לקדשה ומינה שיהי' נאמן לאוסרה עכ"ל וכ"כ בספ"י שם וכתב שמ"ש רש"י כדאי' בפרק נערה אעיקרא דמילתא קאי שהאב זכאי בקדושי בתו ובידו לקדשה למי שירצה וילפינן נמי מהאי קרא גופא דאת בתי נתתי יע"ש ולא זכיתי להבין דבריהם כי המעיין בכתובת דף מ"ו ע"ב מבואר שעלה על דעת הש"ס לומר דמקרא דאת בתי נתתי לאיש מוכח שהאב זכאי בקדושי בתו דהשתא אביה מקבל קדושין איהי שקלא כספא אבל למסקנא דיציאה דכוותי' ממעט סובר רב גופא כדאי' בקדושין דף ג' ע"א ר' יהודא בשם רב דילפינן מאין כסף לאדון זו אבל יש כסף לאדון אחר ומנו אב דכסף קדושין של אב כמ"ש תוס' ד"ה יציאה דכיון דשמעינן מהאי

קרא דכספא דאבוהו סברא דאיהו מקבל קדושין דהשתא אביה שקיל כסף קדושין ואיהי תקדש נפשה ובע"כ את בתי נתתי לא אתי כלל להורות שבידו לקדשה רק על נאמנות שנאמן לאסור את בתו כמ"ש שם בתוס' ד"ה ואימא דלפי מסקנא לא אתי אלא להכא ולהכי נראה פשוט מ"ש רש"י כדאי' בפ' נערה היינו משם ילפינן מקרא דאין כסף שבידו לקדשה ומיותר מ"ש את בתי כ"א להורות שנאמן לאוסרה על הכל ושפיר הקשו בתוס' כיון דרב גופא יליף מאין כסף שבידו לקדשה למה לי קרא דאת בתי להורות שנאמן כיון דמוכח מקרא שבידו לקדשה כנלענ"ד פשוט בכוונתם וא"כ קמה קו' תוס' ישנים:

ג) יש להבין דמתחילה אמר ר' אסי מניין להפה שאסר כו' לאיש אסרה הזה התירה א"כ היכי שאומר קדשתי את בתי לפלוני נקרא היתר שהתירה לזה ואיסור הוי היכי שאומר את בתי נתתי לאיש דלא ידעינן למאן כמ"ש רש"י ובדברי רב שאמר מניין לאב שנאמן לאסור את בתו פירש"י שאם אמר קדשתי לפלוני שהוא נאמן לאוסרה על הכל א"כ תפס לשון איסור אף שאמר לפלוני ועמ"ש הפני יהושע שיש לפרש פירוש אחר כמו דמשמע בקדושין דף ס"ד ולמה בחר רש"י לפרש פי' זה:

ד) רש"י בד"ה את בתי נתתי כתב וז"ל אלמא בדידה תלי' נתינה והימנה קרא למימר הכי ע"ש לכאורה הם דברים מיותרים מה שכתב אלמא כו' וגם הפשט מובן ממילא, ונלענ"ד ליישב דהנה איתא במס' מכות ד"ו ע"א במתני' אם נמצא אחד מעדים קרוב או פסול עדותן בטילה אפי' מאה ואמר ר' יוסי בד"א בדיני נפשות אבל בדיני ממונת תתקיים העדות בשאר ר' אומר אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות אימתי בזמן שהתרו בהן אבל בזמן שלא התרו בהן מה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג הנפש ואיתא בגמ' על דברי ר' דאמר מה יעשו כו' היכי אמרינן להו (לפירש"י לקרוב ופסול למבדקינהו אם מתחילה לעדות נתכוונו ועיין תוס' ד"ה לאסהודי וש"ך סימן ל"ו ס"ק ה') אמר רבא הכי אמרינן להו למיחזי אתיתו או לאסהודי ודי אתיתו אי אמרי לאסהודי אתו נמצא אחד קא"פ עדותן בטילה אי אמרי למיחזי מה יעשו שני אחין שראו באחד שהרג את הנפט אמר ר' יהודא א"ש הלכה כר' יוסי ור' נחמן אמר הלכה כר' ועיין בתוס' במס' ב"ב דף מ"א ע"ב ד"ה נחלקה ולהלכה קיי"ל כר' דבעינן כוונה לעדות וגם אפי' בדיני ממונות כשנמצא קא"פ עדותן בטילה ודלא כר' יוסי לפי הבנת רש"י בד"ה הרוג שחולק גם בזה שאפי' נתכוין הקרוב או פסול לראות בטל העדות ולפמ"ש ריטב"א בשם תוס' למסקנא גם לר' יוסי מודה בזה לר' יע"ש ואולם בפי' דברי ד' מצינו בהראשונים זלה"ה כמה שיטות שיטה א' שיטת רש"י ורשב"ם במס' ב"ב דף קי"ג ע"א הובא בריטב"א במס' מכות שם וז"ל פירש"י לאסהודי אתיתון בשעת מעשה וכי אמרי דלאסהודי נתכוונו

בשעת ראי' הוי להו עדים מחמת אותו כוונה בלבד ואע"פי שלא באו לבית דין להעיד וכן כתב רשב"ם בב"ב שם דמפסלו כשרים כאילו העידו וכ"ש אי אתו מעיקרא למיחזי והשתא אתו לבית דין להעיד והעידו יע"ש וכ"ד רמב"ם וש"ע בסימן ל"ו שהביא שם בס"א דיעה זו וכן העלה הש"ך שם בס"ק ח' להלכה דבכיון להעיד לחוד סגי אפילו אם לא העידו אח"כ כלל ולכאורה יש להבין לשיטת רש"י אמאי אמר רבא והוא שהעידו כולם בתוך כדי דיבור וכתב רש"י בד"ה והוא שאם העידו שנים ולאחר זמן העידו אחרים הרי הם כשתי כיתות לכל דבר ודייקו תוס' בד"ה אמר שכוונתו אפי' בנמצא קרוב או פסול כשהעיד ל לאחר כד"ד לא בטיל העדות של הכשרים אטו גרע מלא העידו כלל כיון שעכ"פ כיוונו בשעת מעשה להעיד הוי צירוף משעת ראי' שיהי' בטל כל העדות כמ"ש תוס' סברא זו בשם המשי"ח יע"ש אבל ז"א חדא דיש לומר הפי' ברש"י כמ"ש ש"ך בסימן ל"ו ס"ק ו', ועוד יש לומר כוונת רש"י היכי דאתו מעיקרא למיחזי והשתא אתו לבית דין להעיד או לר' יוסי לשיטת רש"י דלא בעינן כוונה לראות אם העידו כאחת לא חשיב צירוף לבטל כל העדות רק כשהעידו תוך כדי דיבור וזהו דעת רמ"ה המובא בטור ר שם ובש"ך סק"ו דה"ה איפכא כשהעיד עמהן תוך כדי דיבור ואע"פי שמתחילה לא בא אלא לראות ואפילו לא ראו כאחת עדותן בטילה, דהא עיקר בשעת הגדה קאי, שיטה ב' שיטת תוס' בד"ה שמואל והרא"ש מובא בש"ע שם בשם י"א שאפילו כיון לראות כדי להעיד אינו פוסל אא"כ בא לבית דין והעיד דתרתי בעינן כיון לראות כדי להעיד ובא לב"ד והעיד וראייתם דאל"כ קשה לשמואל דסובר הלכה כר' יוסי אפילו בבא לראות פוסל היאך מצינו ידינו ורגלינו כשנותנין גט לאשה שישנו במעמד הקרובים שהי' לנו לומר דעדות הכשרים בטלים דהוי דומי' דדיני נפשות דשרינן אשת איש שיש בה מיתת בית דין וגם לר' נמי קשה שלפעמים יתכוין אחד מן הקרובים להעיד והרא"ש דייק והוסיף איך תמצא קדושין וגיטין כו' וכוונתם כמ"ש הש"ך בס"ק י"ז אם יאמרו שכיונו להעיד אטו נפסלינהו ומכח זה הוכיחו דבעינן תרווייהו כוונה להעיד ושיעידו בב"ד ובישוב קו' זו על רש"י כתב הש"ך בס"ק ח' דרש"י וסיעתם סוברים דמסתמא לא חיישינן שכיוונו להעיד והא דאי' בש"ס היכי אמרינן להו היינו כשבאין מעצמן אח"כ להעיד אבל כל זמן שלא באו לב"ד מסתמא הקרובים לא כוונו להעיד והתם מפני שבאו לבית דין צריכין לשאול יע"ש שיטה ג' שיטת ריטב"א בשם רבו זלה"ה דהנה משיטת פוסקים הנ"ל משמע להדי' דעידי קדושין יש להם דין אחד כמו בדיני נפשות דשיילינן אי למיחזי אתו אי לאסהודי דבעינן כוונת' בשעת מעשה שיהי' מתכוונים להעיד אבל מתורתו של ריטב"א למדנו בשם רבו דבר חדש שכתב במס' קדושין דף מ"ג ע"א ד"ה

אתמר וז"ל מיהו כל היכי שיש באותו מעמד כשרים ופסולין או קרובים צריך לייחד עדי הקדושין דאי לא כיון דאיכא עד פסול ביניהם עדות כולם בטלה ואע"ג דאמרינן (צ"ל דאמרי) למיחזי אתינא וכי אמרינן התם דאמרינן למחזי אתיתון אי לאסהודי אתיתון ואי אמרי למיחזי אתינון תתקיים העדות בשאר היינו בדיני ממונות ובדיני נפשות שאין העדות מתקיימת עד שבאין לבית דין ושעת ראי' לא חשיבה עדות אבל הכא בקדושין אין העדות באה לאמת הדבר בלבד אלא אפילו ידעינן דהכא הוא קושטא דמילתא שקדשה אינה מקדשת בלא עדות ואין לקדושין קיום בלא עדות וגזירות הכתוב הוא וכיון דכן שעת מעשה הוא שעת עדותן וכיון דאיכא צירוף פסולי עדות עמהן עדות כולן בטילין דומי' דבעלמא כשיש צירוף פסילי עדות כשבאין לב"ד להעיד שעדות כולן בטילה וכי אמרינן למחזי אתיתון או לאסהודי ודי אתיתון היינו היכי דאתי למחזי בשעת מעשה כן הורה רבינו נרו הלכה למעשה אבל אין זה דעת המפורשים זלה"ה וראוי להחמיר עכ"ל והמעיין שם מבואר דעתו להדי' אף דלא העיד הקרוב או פסול אח"כ בב"ד וגם לא כיון בשעת ראיה להעיד כי אם לראות הוי צירוף לבטל כל העדות כי הראי' הוא שעת עדות כיון דאין הקדושין חלין בלא עדים ושאני דיני נפשות אף דבעינן עדים היינו משום דחיישינן אולי הענין הוא שקר והעדים באו לאמת שהענין הוא אמת ואם הי' באפשרי שיהי' בירור אחר שהענין אמת יש לו דין כאילו הי' עדים משא"כ בקדושין אף אם הי' ברור שקדשה לא חלין בלא עדים לכן הוי שעת מעשה שעת עדותן ובכה"ג מודה ר' לר' יוסי דאפילו בכיון לראות ולא העידו אח"כ כשהי' ביחד בשעת ראי' בטל כל העדות ועיין בס' קצ"הח סימן ל"ו ס"ק א' ובש"ך ח"מ סימן ל"ד ס"ק ג', שיטה ד' ראיתי בס' כנסת הגדולה בח"מ בסימן ל"ו ס"ק ד' בהגהות ב"י כתב וז"ל כתב מוהר"א זלה"ה בתשובה כו' דהיינו כשבעל דבר זימנם להעיד אז בדיני ממונת והעיד בב"ד עדותן בטילה למר כדאית לי' ולמר כדאית לי' ובדיני גיטין וקדושין אפילו לא העידו בבית דין עדותן בטילה אבל אם לא זימנם בעל דבר להעיד אע"פי שנתכוונו להעיד אין עדותן בטילה ויראה שסברא זו היא סברת הרמב"ן ור"ן בפ' י"נ שהוזכרו בדברי רבינו המחבר בסימן ז' ולא הובא דיעה זו בב"י ולא באחרונים זלה"ה ואחר הוצעת הדברים הנ"ל נבוא לנ"ד דלכאורה קשה מקרא דאת בתי כו' כיון דלכ"ע בדיני נפשית כשנמצא קרוב או פסול עדותן בטילה דקדושין דמי לדיני נפשות הא כיון שהאב הי' שם במעמד הקדושין והעיד בפני ב"ד כי אמר כן לפני הזקנים כדאי' בקרא יתבטל גם עדות הקדושין שהביא הבעל ואפילו אם אמת הדבר שזינתה וחייבת מיתה הא ליכא עדים על קדושין ואם שקר הדבר איתא בקרא הלז תהי' לאשה ואין צריך לקדשה מחדש הא ליכא עידי קדושין,

שוב ראיתי בריטב"א במס' מכות בד"ה למחזי בקו' על רש"י שכתב וז"ל ועוד דא"כ היינו צריכין לסיים עדים בשעת קדושין שאל"כ ויש שם קרוב אולי נתכוין להיות עד ופוסל את העדים והוי לי' מקדש בעדים פסולים או כמקדש בלא עדים שאין קדושיו כלום ואנן קיי"ל בהדי' דבקדושין לא צריך לומר אתם עידי ולא שני לן בין במקדש ביחידים או ברבים בפני אביה או קרובים ואע"פי שנהגו בקצת מקומות לסיים עדים בקדושין לא משורת הדין התלמוד עושין כן אלא לפי שחשו לפירש"י זלה"ה יע"ש דק רבינו זלה"ה וכתב היכי דמקדש בפני אביה ולפי דבריו הו"ל להקשות על רש"י זלה"ה מגופא דקרא, ואולם לכאורה לק"מ לשלשה שיטות הנ"ל כי לשיטת רש"י ורשב"ם דבעינן כוונה להעיד יש לומר דהאב אמר שכיון למיחזי ונאמן בכך כמ"ש רש"י דקרוב נאמן וא"כ מצד ראי' ליכא צירוף ומצד שהעיד האב בבית דין ליכא צירוף כיון דבעינן תוך כדי דיבור והכא הי' הפסיק מרובה כי מתחילה הביא הבעל עדים לבית דין והעידו שנתקדשה וזינתה ואח"כ בא האב ואומר את בתי נתתי וגו' ומביא עדים זוממין וא"כ הי' הפסק מרובה כי אין עדים המוזמין נהרגין עד שיגמר את הדין וכיון שאם אומר האב אמת חייבין סקילה בע"כ הי' מתחילה גמר דין של הבת ע"פ דברי עידי הבעל ואח"כ בא האב ואומר את בתי וגו' ואלה בתולי בתי כמפורש בקרא והיינו עדים המזימן וא"כ הי' הפסק מרובה ממילא ליכא צירוף משעת הגדה ועל ראי' יש לומר שבאמת אמר שכיון לראות, וכמו כן ל"ק לשיטת תוס' וסיעתם דבעינן כיון להעיד ומכ"ש לשיטת מוהר"א הלוי דבעינן זימנם להעיד ואולם לשיטת ריטב"א בשם רבו דבקדושין אפי' לא כיון רק לראות ולא העיד אח"כ בטל עדותן הדק"ל, ונראה לענ"ד ליישב קו' הלז דאי' שם אמר רב פפא לאביי אלא מעתה הרוג יציל כשהרגו מאחוריו נרבע יציל כשרבעו מאחוריו הורג ורובע יצילו אישתק כי אתי לקמי' דרבא א"ל יקום דבר במקיימי הדבר הכתוב מדבר ונאמרו ונשנו בזה שלשה פירושים פי' א' כתב רש"י זלה"ה וז"ל יקום דבר כתיב בהאי קרא שעשאן לכולן כשנים דהיינו העדים ולא בעושי הדבר יע"ש ב' כתבו תוס' בד"ה שמואל וז"ל ואומר ר"י דודאי מתחילה הי' סבר הש"ס לר' יוסי כי נמי אינן באין להעיד בב"ד עדותן בטילה ומשני במקיימי הדבר הכתוב מדבר כלומר כשבאין לקיים הדבר בבית דין אמר ר' יוסי נמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה יע"ש ג' כתב ברא"ש בשם הראב"ד בסימן י"ד דבעל דבר אין לו שם עד כלל ובמקיימי הדבר הכתוב מדבר ומטעם זה כתב הריב"ש בסימן קצ"ה והובא ברמ"א סימן ל"ו סעיף א' בשטר שנחתם עלי' בעל דבר בעצמו כשר באחרים וכתב שם הטעם וז"ל אבל בעל דבר עצמו לא שייך בו תורת עד כיון שהוא בעל דין ולכן לא יצטרף כלל עם האחרים דה"נ אמרינן בפ"ק דמכות במקיימי הדבר

הכתוב מדבר כלומר באותן שאפשר להיות עדים אם הם פסולין פוסלין אחרים בצירופן אבל הבעל דבר עצמו לא חל עליו שום עדות כלל כדי שיצטרף עם אחרים ולפוסלן בצירופן כל שיש עדות שלם בלעדיו עושין על פיהם עכ"ל והובא בקצרה בש"ך שם סע"ק ט"ו ואולם לפי' התוס' כתב בא"ות שם ס"ק ה' דכיון שעיקר הטעם שאינו בא לבית דין להעיד משמע אפילו בבע"ד אם בא לב"ד והעיד פוסל הצירוף רק הריב"ש סובר כשיטת ש"פ הנ"ל, וא"כ לק"מ קו' הנ"ל דהא לשיטת תוס' בלא"ה לק"מ כנ"ל ול"ק כ"א לשיטת ריטב"א בשם רבו ויש לומר דפירש במקיימי הדבר כפירש"י או כפי' ראב"ד וריב"ש והמעיין בריטב"א דמכות דף ז' ע"א ד"ה אליעאי שהביא דברי ראב"ד שפי' כן משמע דסובר כן וא"כ יש לומר כיון שהתורה נתנה כח לאב שיהי' מקבל קדושין מיקרי בעל דבר כמ"ש בפרט א' בשם תשובת ריב"ש ורשד"ם וכן משמע בב"ש סימן מ"ג ס"ק ח' בסופו שכתב דאם העד רחוק לבת המתקדשת וקרוב לאב אם אביה מקבל הקדושין פסול לעדות כי האב הוא עיקר בעל דבר יע"ש והוא בכלל עושי דבר ויקום דבר כתיב ולא בעושי הדבר ולכן לא בטל עדות של המעידים על הקדושין ומה שהקשה הריטב"א במקדש בפני אביה יש לומר כוונתו היכי שהיא בוגרת שמקבלת הקדושין בעצמה רק מן הסתם האב עומד תחת החופה בכה"ג לא הוי האב בעל דבר כיון שאינו מקבל הקדושין אבל מקרא דאת בתי וגו' לק"מ כיון שהיא מקבל קדושין הוא בע"ד ובכלל עושי הדבר הוי וא"ש:

ו ולפ"ז יש ליישב היטב הסוגי' ונראה דרש"י סובר כשיטת הריט"בא בשם רבו בעידי קדושין אפילו לא כיון להעיד בטל הצירוף כי סובר מה דאי' שם דשיילינן להעדים הוא רק בדיני ממונות ובדיני נפשות, ולפ"ז שפיר הוכיח דבע"כ נאמן לאסור את בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש ותיקשי אמאי אמרה תורה שהיא מקודשת אי נימא שנאמנות האב אינו כמו שאדם נאמן על עצמו רק שהוא נאמן כמו עדים (כמו שכתבתי לעיל בפרט א' בשם כמה פוסקים) והיינו שעל אמירה זו שאמר נתתי הוא כעדים אבל לענין גוף הקדושין הוא קרוב ולא חל הקדושין אם הי' בפניו בצירוף עד אחד ותיקשי יבטל הקדושין כיון שהי' שם בצירוף הכשרים יבטל כל העדות ובשלמא המקדש לא מצי לבטל כי הוא בעל דבר אבל אי נימא שאב אינו בגדר בעל דבר רק שאלים כחו כמו עדים לענין אמירה שנאמן קשה היאך אפשר שיחולו הקדושין כיון דהוי קרוב ובטלה כל העדות אף שלא כיון להעיד אע"כ שנאמן לאסור את בתו מצד שווי' נפשה חתיכה דאיסורא כמ"ש בפרט א' בשם ריב"ש ורשד"ם שהוא בעל דבר כמו שאדם נאמן לאסור ע"ע דבר המותר ה"נ נאמן לאוסרה והוא בכלל עושי הדבר ולא מבטל צירוף של הכשרים

כמ"ש רש"י זלה"ה בלשונו הקדוש את בתי נתתי אלמא בדידי' תלי' מילתא והימנה קרא למימר הכי ר"ל כיון דתלי' בדידי' לא מיקרי הבת בעל דבר רק האב לכן הימנה קרא למימר הכי מצד שנאמן אדם על עצמו וא"כ לק"מ קו' הפלאה דאף שיש עדים על הקדושין מ"מ מוכח שאב נאמן לאסור דאם לא הי' נאמן לאסור ליכא עידי קדושין ודוק היטב:

ז ולפ"ז מיושב נמי קו' תוס' ישנים הנ"ל דלולי קרא דאח בתי הוי אמרינן כיון דאינו נאמן רק מצד מגו אם יש עדים מכחישים אותו אינו נאמן דהוי מגו במקום עדים כמו בבעל שאמר גרשתי את אחתי דפשיטא דאם בירר הבעל הזמן ואמר שגירשה באותו זמן ועדים מכחישים שאינו נאמן וה"ה לכן קמ"ל קרא שהוא נאמן מטעם שהוא בעל דבר ואדם נאמן לחובת עצמו יותר מעדים לשווי' נפשו ח"דא וכמו באשה שאמרה נתקדשתי בפני עדים שהם לפנינו ובפני עדים שהלכו במדינת הים ועדים שהם לפנינו מכחישין אותה כיון שהיא תלתה הקדושין בעדים שאינם לפנינו נאמנת כמ"ש בפרט א' ה"ה האב בכה"ג נאמן דכל כחה שיש לה כשהיא בוגרת יש לאב בעודה נערה, וג"כ נ"מ באם שני כיתות עדים מכחישים זא"ז כנידון הריב"ש שהבאתי בפרט א' כגון שנים אומרים קידש האב לבתו ושבים מכחישים והאב מסייע שקידשה דמצד מגו דבידה לקדשה יש להם דין תרי ותרי כמ"ש תוס' במס' ב"ב דף ל"א ע"ב ד"ה וזו דלכן אינם נאמנים בתראי במגו דפסלי לקמאי בגזלנותא דמגו לא עדיף מעדים ותרי כמאה והוי ספק מקודשת אבל מצד שנאמן לאוסרה כמו שווי' נפשה חתיכה דאיסורא הוי בעל דבר ונאמן יותר מעדים כמש"ל ושפיר הוצרך קרא דאת בתי וא"ש:

ח ובזה מיושב דקדוק ג' מה דאין נאמן לאסור דנראה לפי מה שבארתי הטעם משום שווי' נפשי' חד"א איכא נ"מ לדינא דהנה היכי דאשה שווי' נפשה ח"דא שאומרת קדשתני והוא אימר לא קדשתיך דהוא מותר בקרובתיה והיא אסורה בקרוביו ומבקשין ממנו ליתן לה גט כדאי' בקדושין דף ס"ה ע"א ובא"העז סימן מ"ט אף אם הבעל רוצה לדור עמה אח"כ בלא קדושין מחדש אסורה עליו דהא הודה דלא קידשה ואולם היכי שהוא מודה לדבריה שקידשה אי' בש"ע סימן י"ט ס"א באיש ואשה שבאו ממדינת הים היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עליה משמע להדיא דרשאי לדור עמה בלא קדושין מחדש ונאמנים על עצמם שקידשם, וא"כ נראה פשוט דאב בבתו נערה או קטנה היכי שאמר קדשתי לפלוני ואותו פלוני מודה דאב הוי כמו האשה ונאמנים על עצמם ואין צריכין קדושין מחדש ואולם היכי שאותו פלוני מכחיש לאב או שיש עדים המכחישים כיון שאין נאמן האב רק מטעם שווי' נפשה

חתיכה דאיסורא והוא מטעם נאמנות שאדם נאמן על עצמו לחובתו כמו בממון שאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים לחובתו להפסיד ממון ה"ה באיסורין ולא מהני רק להחמיר ע"ע ולא להקל כיון דאין נאמנות האב כאילו הי' עדים בדבר כי היכי דנימא שאין אותו פלוני נאמן להכחישו רק מטעם נאמנות שאדם נאמן לאסור את בתו ממילא אסורה אפילו למקדש ומבקשין ממנו ליתן גט והדין באב שאומר קדשתי את בתי לפלוני ואותו פלוני מכחיש כמו בוגרת שאומרת נתקדשתי לפלוני והוא מכחישה דשווי' נפשה ח"דא ומבקשין ממנו ליתן גט וכ"כ ה"ה אם עדים מכחישים לאב וכנידון הנ"ל, ולכן דייק רב מניין לאב שנאמן לאסור את בתו דאי הוי אמר נאמן להתיר הוי אמרינן שנאמן כמו עדים ואפילו אם אותו פלוני מכחישו נאמן האב והוי כעדים מעידים שקדשה שמחויב לכונסה או לפוטרה בגט להתירה ובאמת נאמנות האב הוא רק לאסור את בתו כי הוא מטעם שווי' נפשה ח"דא שהוא מטעם נאמנות שאדם נאמן ע"ע א"כ נאמן רק לחובת בתו דהיינו לאסור ולא להקל לזכותה להתירה ולכן דייק רש"י בלשונו הצח שאם אמר קדשתיה לפלוני שהוא נאמן לאוסרה על הכל ר"ל אפילו על אותו פלוני אסורה היכי דמכחיש שנאמר את בתי נתתי וגו' ובע"כ שאב נאמן רק מצד שהוא בעל דבר ואדם נאמן ע"ע לחובתו יותר מעדים דאי נימא שנאמן מטעם כאילו הי' עדים שאלים כחו והבת היא בעל דבר קשה לבטל כל העדות במוציא שם רע כי על גוף הקידושין פסול להעיד הוי כנמצא קרוב או פסול שבטילה כל העדות אע"כ שהוא בעל דבר ובמקיימי הדבר ולא בעושי הדבר ובע"כ נאמנות הוא רק מטעם שווי' נפשי' ח"דא כמו בעל דבר שיכול לאסור ע"ע לחובתו לכן אינו נאמן רק להחמיר ולא להקל ואף דמהני להקל במוציא שם רע שאין צריכין קדושין מחדש היינו משום שיש עדים בלא"ה וגם הבעל מודה אבל עכ"פ נשמע מקרא זה שהאב הוא בעל דבר וא"א שיהי' נאמן מצד כאילו הי' עדים רק מטעם שאדם נאמן לאסור את בתו ונ"מ בעלמא הכי דליכא עדים והבעל מכחיש ואין להקשות על דברינו הלז הא ר' אסי איירי בהך סוגי' והוא סובר בקדושין דף ס"ג דאב נאמן אפילו לקטלא ומשמע דהוא מטעם כאילו הי' עדים כמ"ש בפרט א' וגם לר' אסי אין אנו צריכין לאוקמי קרא דמוציא שם דע שעדים שהעידו על זנות יודעין מקדושין שראו שקדשה כי אפילו אם העידו ששמעו מפי האב שקדשה סגי כמ"ש בספר הפלאה כיון שאב נאמן אפי' לקטלא וא"כ בטלו דברינו הנ"ל דזה אינו דקו' הס"ס למה לי קרא סברא הוא הוא סתמא דגמרא שסידרו רבינא ור' אשי והם סוברים דהלכה כר' חסדא ורבא דאין האב נאמן לקטלא ובע"כ מיירי שהעדים יודעים שקדשה ונכונים דברינו ודוק:

ט ובזה יש ליישב קו' מוהר"ם שי"ף שהבאתי לעיל דמאי מקשה הש"ס הזה למה לי דהא צריך הזה לגופי' דאי לא הוי כתיב רק את בתי נתתי לאיש ולא אמר הזה לא הוי שייך למיקרי ולו תהי' לאשה דהא לא אמר הזה וכיון דאמר לאיש אסרה אכ"ע וצריך הזה לגופא להתירה יע"ש ומה שתרצתי שם שהאב חזר בתוך כדי דיבור שדיתי נרגא לשיטת הפוסקים שמן התורה תוך כדי דיבור לא הוי כדיבור ואין יכול לחזור אפי' תכ"ד כמו לאחר כד"ד ובהנ"ל מיושב היטב דהנה המשנה למלך בפ"טו מאימות הט"ו הביא דעת רש"בא דאמרינן שווי' נפשה חתיכה דאיסורא אפילו נגד עדים המכחישים אותו כי לחובתו נאמן יותר מעדים ומוהרא"י בכתביו סימן רכ"ו משמע דחולק על זה שכתב וז"ל אין כאן בית מיחוש לפי העדות אשר ראיתי דאתכחש האי גברא בעדים דלא נתן לאבי הנערה הקדושין והצעיף כי אם דרך שליחות ופקדון מ"מ אי לאו דאתכחש אחזרתו לא סמכינן כיון דגברא שווי' לי' חתיכה דאיסורא לאסור בקרובתיה ולכאורה נראה שדברי מוהרא"י חולקין על סברת רשב"א אך כד מעיינינן נראה דלא פליגי דמוהרא"י מיירי כשמקדש חזר בו ולא הי' אמתלא בחזרתו דקיי"ל כל היכי דשווי' נפשי' חד"א וחזר בו ולא נתן אמתלא לדבריו אין בחזרתו כלום ועדיין באיסורו עומד אבל כל היכי דאיכא עדים המכחישים אותו והוא חזר בו ס"ל למוהרא"י דחזרתו חזרה אף אם לא נתן אמתלא לדבריו אלא שמה שאמר מתחילה שקר ענה בלתי שום טעם אבל לעולם שאם עומד בדיבורו הראשון אף מוהרי"א מודה דלדידי' שווי' נפשי' ח"דא אף דאיכא עדים המכחישים אותו וכסברת רשב"א ורשב"א נמי מודה דאם חזר בו אף שלא נתן אמתלא לדבריו דמהני חזרתו כיון דאיכא עדים המסייעין לחזרתו ע"כ (ואולם בפ"ג מיבום דין ג' לא ניחא לי' בהאי חילוקא) העולה היכי דשווי' נפשי' חד"א בתוך כדי דיבור יכול לחזור אף כשלא נתן אמתלא ולאחר כד"ד בעינן אמתלא כדאי' בא"העז סימן מ"ו סעיף ד' והיכי שיש עדים המכחישים אותו ואומרים שהדבר מותר והוא אוסר ע"ע יכול לחזור אף לאחר כד"ד אף שלא נתן אמתלא לדבריו לפ"ז לק"מ קו' מוהר"ם שי"ף דשפיר מקשה הש"ס הזה למה לי כיון דקיי"ל כרבא בקדושין דס"ג שאין האב נאמן לקטלא ובע"כ האי קרא דמוציא שם רע לא איירי שעדים שהביא הבעל על זנות מעידים ששמעו מפי האב שנתקדשה דא"כ אמאי אם אמת הי' מדבר חייבת סקילה כי אין האב נאמן לקטלא ובע"כ מיירי שה עדים בעצמן מעידין שידעו שנתקדשה לפלוני כמ"ש בכלל הקדום פרט א' וא"נ אף כשאומר את בתי נתתי לאיש דמשמע לאיש אחד מדלא פירש למי אף דנאמן האב לאוסרה מטעם שווי' נפשה ח"דא ואסרה לכל העולם אפילו נגד עדים המכחישים אותו כי הם העידו שקידשה לזה מ"מ כיון שמהדברים שאמר

אח"כ הנה שם עלילות דברים לומר לא מצאתי לבתך וגו' מוכח שכוונתו על זה העומד לפנינו אשר הוציא שם רע וא"כ חזר מדבריו הראשונים ואף שמן התורה תכ"ד לא הוי כדיבור ומה שאמר תיבת לאשה המפסיק הוי כשני דיבורים מ"מ יכול לחזור מדבריו הראשונים אפילו בלא אמתלא כיון שיש עדים המסייעין לחזרה דהא מעידים שקדשה לפלוני הלז וכיון שנאמנות האב הוא רק מטעם שווי' נפשי' ח"דא יכול לחזור כי אם הי' אלים כחו כמו עדים המעידים קיי"ל בח"מ סק"ט דעדים אין יכולין לחזור אחר כד"ד אפי' נותנים אמתלא לדבריהם מכ"ש הכא שלא נתן אמתלא לדבריו אבל כיון שמוכח מדברי רב כנ"ל שהוא רק מטעם שווי' נפשה ח"דא למה לי הזה לכתוב רק את בתי נתתי לאיש ושנאה וגו' וכמ"ש לעיל, ותבין היטב ואין לומר כיון שאומר האב אח"כ ואלה בתולי בתי היינו עדים שמזימין לעידי הבעל כמ"ש רמב"ם בפ"ג מנערה בתולה הנ"ל וכיון דקיי"ל עד זומם למפרע הוא נפסל ומן הסתם אף שהעידו עידי הבעל על הקדושין והזנות אומרים מתחילה על הקדושין ואח"כ על הזנות כסדר המדברים מ"מ כיון שמן הסתם הי' אומרים בהמשך אחת כיון שכל כוונתם להעיד על הזנות וכיון שהי' הכל בדיבור אחת נפסלו גם על הקדושין וליכא עדים על הקדושין ובכה"ג אין יכול האב לחזור דע"כ לא קאמרו הפוסקים הכל רק היכי דאיכא עדים כשרים ה המסייעים לחזרתו משא"כ בכה"ג ואכתי הדק"ל דזה אינו דאף שאמרו הכל בהמשך אחת כיון דמן התורה אפי' הפסק מיעוט הוי הפסק דהא מן התורה תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי אי אפשר לצמצם שלא יהי' הפסק מועט בין העדאתם לקדושין והעדאתם על הזנות ולא נפסלו רק על עדות שנית שהעידו ולא על קדושין וכשרים לענין זה ושפיר יכול האב לחזור שיש לו עדים המסייעין לחזרתו ולק"מ ודוק היטב, ואולם יש לפקפק בסברא הנ"ל היכי שעדים אומרים שנתקדשה לפלוני והאב אומר שנתקדשה לאיש אחד שא"י למי ואינו אותו פלוני שכתבתי שנאמן יותר מעדים כי התורה האמינה לאב יותר דיש לומר כמו שהשבני ע"ז ידידי וחביבי הרבני החריף ובקי האברך מו"הרר אהרן נ"י מק"ק יאניקוי בן של אותו צדיק הרב המאור הגדול החריף ובקי המפורסם מוהר"ר מרדכי בער זצ"ל כיון שעדים אומרים שכבר נתקדשה לזה ואיננה תחת רשותו נאמנים הם, כי יש לומר התורה לא נתנה לו נאמנות רק כל זמן שהוא תחת רשותו ורוצה להפקיע אותה בדיבורו משא"כ בכה"ג וצ"ע בסברא זו, מ"מ דברינו הם דברי טעם בדרך פלפולא בעלמא ובשגם כ' סברא זו לא מוכרח כל כך כמבואר להמעיין היטב:

י ובדברינו הנ"ל יש ליישב היטב דברי תוס' במס' קדושין שם דהנה כבר הבאתי לשון הש"ס דרבא אמר אין סוקלין כי הימנה רחמנא לאב לאיסורא לקטלא לא הימנה וכתבו

תוס' בד"ה לקטלא ואם תאמר הא כתב באותו פרשה דאמר את בתי נתתי לאיש הזה וסקלוהו אלמא לקטלא נמי הימנה רחמנא וצריך לומר דסקלוהו מיירי היכי דאיכא עדים מיהו לאיסורא הימנה רחמנא כדכתיב את בתי נתתי לאיש הזה עכ"ל ורב אסי אמר סוקלין לכולה מילתא הימנה רחמנא לאב ולכאורה בפשיטות נראה כוונת תוס' לרבא הא דאיתא בקרא ואם אמת הי' הדבר הזה לא נמצאו בתולים לנער' וסקלוהו והיינו שהביא הבעל עידי זוממין שמזימין לעידי האב מיירי דאיכא עידי הקדושין ורישא דקרא ואמר אבי הנערה את בתי וגו' דמיירי שהביא האב עדים שמזימין לעידי הבעל לא הי' עידי קדושין רק מפיו אנו חיין, והדוחק מבואר וגם מ"ש תוס' מיהו לאיסורא כו' מיותר אבל לפמ"ש לעיל כל דבריהם מדויקים דבאמת כל הקרא מיירי לרבא שיש עידי קדושין והיינו עדים שמביא הבעל על זנות העידו על הקדושין רק תוס' סוברים כאן כשיטת הריט"בא בשם רבו הנ"ל דבעידי קדושין אפילו אתו לראות יש להם צירוף אם נמצא אעת ראי' קרוב או פסול עדותן בטילה אף שלא משמע כן בתוס' במס' מכות ובכמה דוכתי ידוע שהרבה בעלי תוס' הי' ומה שאמר רבא שם אי למיחזי אתו הוא רק בדיני ממונות ובדיני נפשות וא"כ רבא לשיטתו דאמר שם במס' מכות במקיימי הדבר וביארו הראשונים זלה"ה ולא בעושי דבר שבעל דבר אינו בגדר עד ויש לומר דתוס' כאן סוברים פירוש זה וא"כ שפיר מוכח דלאיסורא הימנא רחמנא מצד נאמנות הבע"ד לחובתו כנ"ל דאל"כ אמאי א"י וסקלוהו הא האב הי' שם בשעת קדושין ונגד גוף הקדושין פסול להעיד והוי נמצא קרוב או פסול עדותן בטילה אע"כ דהוא בעל דבר כדכתיב את בתי נתתי והוא בכלל עושי דבר ומקיים העדות בכשרים וממילא מוכח שנאמן מכח שאדם נאמן ע"ע לאסור וא"כ מזה גופא שמיירי דאיכא עדים מוכח שאב נאמן לאסור ולכן כתבו תוס' מיהו לאיסורא כו' ר"ל כי מזה מוכח וממילא מהאי טעמא אינו נאמן לקטלא כיון דאינו נאמן רק מטעם שווי' נפשי' ח"דא ומדוייק היטב דבריהם הקדושים ור' אסי סובר לכולה מילתא הימנא רחמנא לאב בע"כ סובר דהעדים שהביא הבעל על הזנות אמרו ששמעו מפי האב שמקודשת כמ"ש בספר הפלאה ומ"מ הוכיח שפיר הפה שאסר כמ"ש לעיל בכלל י"ט פרט א' ס"ק ב' דלא הוי מגו למפרע ע"ש ותבין ודוק:

יא ודע דלכאורה קשה לשיטת הריב"ש שהוכחתי לעיל דסובר דמה שנאמן האב מטעם שווי' נפשה ח"דא וכן דעת רשד"ם אמאי אי' במס' קדושין דף ס"ד ע"א שאינו נאמן לומר שנישבית בתו לפוסלה מכהונה ותרומה כיון דשווי' נפשה ח"דא יהי' נאמן גם לזה כמש"ל דעיקר הוכחת ר' הונא שהאב נקרא בעל דבר ולהסוברים שנאמן מטעם כאילו הי' עדים כמ"ש ריטב"א א"ש דיש לומר כעין שכתב הר"ן שם לענין מגו שהקשו אמאי

אינו נאמן במגו דאי בעי אומר קדשתיה וגרשתיה דמהימן ופסלה מכהונה ותי' בשם אחרים כיון שמה שהאמינה תורה לאב חידוש הוא שהרי לא הי' ראוי להיות נאמן יותר מעד דעלמא דיניו שנאמן באותו טענה אבל אין אומרים מגו מחמת דאין לך בו אלא חידושו בלבד, יש לומר ה"ה חידוש לא הי' רק בנשואה ולא בשבוי' אבל לטעם שווי' נפשה ח"דא לא הוי חידוש ואולי יש לומר דס"ל דזהו גופא במה דאמרינן, שהאב יהי' נקרא בעל דבר הוא חידוש כי מסברא נראה אף שהוא מקבל קדושין מ"מ כיון שהיא מתקדשת לא הוי האב בעל דבר ולא יכול לאוסרה כי רק בעל דבר בעצמו יכול לאוסרה עליו דבר המותר מטעם שווי' נפשי' ח"דא ושפיר אמרינן כסבר' הר"ן אין לך בו אלא חידושו בנשואין ולא בשבוי' וא"ש ולק"מ כנלענ"ד:

כלל כא

יבואר נאמנות האב בבתו קטנה או נערה היכי שאמר קדשתיה ולאחר כד"ד אומר גרשתיה או שאמר קדושי ראשון הוי בפסולי עדות דאורייתא אי נאמן להתירה להנשא וגם אם נאמן לפסול בתו מלינשא לכהן ובו ה' פרטים:

פרט א

יבואר דין א' הנ"ל היכי שאמר שקדשה ואח"כ קידשה לאחר ואמר שקדושי ראשון הוי כפסולי עדות דאוריית' אם נאמן כיון שהוא לאחר כד"ד:

א רבינו הגדול המחבר בש"ע א"העז סי' ל"ד סעיף כ"ד כתב בשם תשובת רשב"א וז"ל אב שאמר שקידש את בתו ואח"כ קדשה לאחר ואמר קידושי ראשון הי' בפסולי עדות דאורייתא ואינו כלום נאמן עכ"ל וכתב ע"ז רמ"א וז"ל ולי נראה דוקא תוך כדי דיבור כמו שנתבאר בסעיף כ"ה והיינו מה דאיתא שם לאחר כדי דיבור מאמירת האב שאמר קדשתיה אינו נאמן לומר גרשתיה, וכתב הבית שמואל בס"ק נ"א ונ"ב הטעם משום דאינו מפרש דבריו הראשונים רק שסותר דבריו הראשונים לכן אינו נאמן לאחר כדי דיבור דהוי מגו למפרע, והמעיין בבית יוסף מבואר שהבין לרשב"א אפילו אחר כדי דיבור נאמן לומר גרשתיה, ואולם בש"ע סכ"ה הביא דעת הסוברים שבעינן תכ"ד לכן מוכרח רמ"א לפרש גם בהאי דינא כן רק הטורי זהב הובא בב"ש ס"ק נ"ב כתב ליישב דברי המחבר דבנ"ד נאמן אפילו לאחר כד"ד משום דהוי כמו אמתלא למה שאמר קדשתי את בתי היינו שהי' הקדושין לפני עדים פסולים אבל קדשתי' וגרשתיה לא הוי אמתלא דהא מעשה קדושין קיימים אלא אומר גרשתיה יע"ש, ונלענ"ד צ"ע לדינא בהאי פסקא דרשב"א הנ"ל, דהנה אי' בסימן מ"ח האומר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני

הוא אסור בקרובתיה וכתב בחלקת מחוקק ס"ק א' בטור כתב קדשתיך בפני פלוני ופלוני משמע אם אמר סתם קדשתיך יכול לפרש דבריו שלא בעדים וכ"כ הר"אש בתשובה על פלגש של ראובן שאמרה קדשני ראובן אין בדיבורה כלום עד שתאמר קדשני ראובן בפני עדים והובא בב"י סימן ט"ו ובש"ע שה סעיף למ"ד ויש להסתפק כי אולי דוקא בפלגש פסק כן אבל איש ומכ"ש תלמיד חכם היודע שאין קדושין בלא עדים אם אמר סתם קדשתיך מסתמא כדין קדושין קאמר אינו נאמן לומר אח"כ שהי' בלא עדים יע"ש שהניח בצ"ע, וא"כ ה"ה יש להסתפק בכוונת רשב"א וסיעתו, דיש לומר הא דנאמן לומר אמתלא הלז היינו היכי שאומר לאחר שאמר בפני בית דין שקידשה נתוודע לו שהי' פסולי עדות דאורייתא בכה"ג הוי אמתלא אלימא אבל אם אמר שמה שאמר בתחילה קדשתי את בתי הי' כוונתו בפני פסולי עדות דאוריית' יש לומר באיש ומכ"ש תלמיד חכם היודע שאין קדושין חלין בפני פסולי עדות דאורייתא אינו נאמן דמסתמא כוונתו הי' כעין קדושין גמורין, ועיין בא"הע סימן מ"ז סעיף ד' דבעינן אמתלא שנראה לבית דין שיש ממש באמתלא, ומכ"ש דלא מהני אמתלא גרועה ואינו נאמן במגו דיש לומר דהוי כמגו במקום אנן סהדי דקיי"ל בכמה דוכתי דלא אמרינן דאנן סהדי שידע, ובאמת המעיין בלשון רשב"א ומחבר שסתמו דבריהם משמע שנאמן לפרש דבריו שכוונתו מתחילה באמירתו שאמר בפני ב"ד קדשתי את בתי היינו בפני פסולי עדות דאורייתא מיהו הב"ש שם בס"ק א' השמיט דברי הח"מח וכתב שמטור משמע שאם אמר סתם קדשתיך יכול לפרש דבריו שקידש בלא עדים ולא מחלק בין ת"ח לאינש דעלמא, אך אין לדחות דברי הח"מח כנודע כמה רב גוברי', ואולם מה שנסתפק הח"מח אפילו בסתם איש כראה מדברי מוהר"יט בספר ב' סימן נ"ב בחלק חושן משפט דף ק"ו ע"ב דלאו כ"ע גמירי שכתב וז"ל ותדע אפילו להקל בערוה החמורה אמרינן מיטעי טעי ולאו כ"ע דינא גמירי כדאיתא בקדושין גבי שתיקה דלאחר מתן מעות דלא כלום הוא והא דלא שדתינה משום דלא גמירא דינא כו' ובהאיש מקדש קטן שקידש אע"פי ששלח סבלונות לאחר מכן לא אמרינן אדם יודע שאין קידושי קטן כלום ודוקא בדבר הברור וידוע לכל כהא דאיתא שם אדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו כו' שהרי דרשו אמור לחכמה אחותי כו' כשם שברור לך שאסורה יע"ש, ועיין בתוס' במס' גיטין דף מ"ג ע"ב ד"ה הואיל דמוכח דלאו כ"ע בקיאין במדרש חכמים, ועיין כיו"ב במס' ביצה דף י"ט ע"א, (ועיין בש"ך חושן משפט סימן ס"ו ס"ק נ"ו) וא"כ לולי דבריהם יש לומר בסתם איש נאמן לפרש דבריו שלא ידע מקדושין צריכין להיות בעדים וגם בפני כשרים כי לאו כ"ע בקיאין במדרש חכמים שצריך להיות בפני עדים וכשרים, ומי פסול מן התירה,

אבל בתלמיד חכם מסתבר כח"מח שאינו נאמן לומר אמתלא כזו שהוא אמתלא גרועה דהא בעינן אמתלא שיהי' נראה לבית דין שיש ממש בדבר וצ"ע במה שסתמו אחרונים ז"ל בזה:

ב ועוד יש לעיין בהאי פסקא דרשב"א לפי הבנת טו"ז דהוי אמתלא כיון שאב נאמן על קדושין כשני עדים כמו שכתבתי בכלל י"ט בפרט א' בשם ריטב"א וחכמי פרובנצייא ואנן קיימא לן בחושן משפט סימן כ"ט ס"א עדים המעידים בבית דין אין יכולין לחזור ולהגיד אפילו כשנותנים אמתלא לדבריהם הראשונים ואמאי נאמן האב לחזור ולהגיד על ידי אמתלא, ואפשר לומר כוונת רש"בא וסיעתו לפי מה דאיתא שם דאם אינו סותר דבריו הראשונים כגון שדבריו סתומים וסובלים ביאור אחד משני ענינים משמעות אחד קרוב ואחד רחוק כל שאנו יכולין לכוין דברי העד כדי שלא תהי' עדותו מכחשת יש לכוין דבריו, וא"כ היכי שאמר האב שכוונתו הי' במה שאמר שקדש את בתו היינו בפני פסולי עדות דאורייתא אף שלשון קדושין מן הסתם יותר משמע כדין, והוא ביאור קרוב וביאור שמבאר בעצמו הוא ביאור רחוק מ"מ כיון שדבריו סתומים וסובלים ב' ענינים יכול לפרש דבריו, וא"כ לא מבעי' אם האב אומר שכן הי' כוונתו בודאי נאמן ואפילו אם בעצמו מודה שכוונתו הי' מתחילה לקדושין גמורים רק שאח"כ נודע לו שהי' בפני פסולי עדות דאורייתא נאמן במגו שהי' אומר שכן הי' כוונתו מתחילה, ובב"ש ס"ק נ"ב שהבין בכוונת רמ"א כיון שאינו פירש לדבריו אינו נאמן אלא תוך כדי דיבור ואח"כ הביא דברי טו"ז דהוי אמתלא משמע קצת שהבין שאמתלא הלז לא הוי פירוש לדבריו הראשונים, והנה לעיל בכללים הקודמים הבאתי דעת תשובת מוהרי"בל בכלל ס"א שסובר דבאב ל"מ אמתלא, ומצאתי ראיתי שבעל קצות החושן הוכיח מכאן דבע"כ המחבר סובר דמהני אמתלא ולפמ"ש יש לדחות די"נ שאני הכא אמתלא כזו מהני אפילו בעדים:

אמנם לכאורה דין הלז תלי' במה שיש לברר דין חדש, דהנה אנן קיי"ל בדיני נפשות ובדיני ממונות לא הוי עדות רק כשמעיד בבית דין ובעד אחד באיסורין היכי דנאמן אין צריך להעיד בבית דין דהא נאמנות ע"א באיסורין בספק השקול אתי' מוספרה לה או ממעשים בכל יום, והתם ליכא בית דין ואולם בדבר שבערוה כמו הכא דאב נאמן יש לחקור מי נימא דדמי לאיסורין ואין צריך להגיד בפני בית דין או דלמא דדמי לד"מ ונפשות דדבר שבערוה דמי להם ובעינן אמירת האב בפני ב"ד ומסברא נראה כיון דנאמנות האב אתי' מקרא דאת בתי נתתי לאיש הזה שאיירי באמר כן לפני הזקנים שהם הבית דין נראה דלא נתנה תורה נאמנות לאב רק כשמעיד בב"ד, ותו כיון דמסברא

נראה דאינו נאמן כמ"ש הר"ן בדף ס"ד והוא חידוש יש לומר כעין סברת הר"ן שם אין לך בו אלא חידושו שיאמר בפני ב"ד דוקא וא"כ יש לתמוה על הפוסקים שה שהשמיטו חידוש דין הלז, ואפשר לומר לפמ"ש בכלל י"ח פרט א' הא דילפינן שאב נאמן לאסור את בתו הוא באם אין ענין דבע"כ האי קרא דאת בתי רצה להורות דבעלמא נאמן ולא קאי אפרשה דמוציא שם רע יש לומר הא דכתיב שאמר לעני הזקנים היינו על מה דאיתא אח"כ ששם לה עלילות דברים כי לקנס צריך בית דין, אבל לגוף נאמנות האב נאמן אפילו כשאומר חוץ לב"ד לכן השמיטו הפוסקים וסתמו דבריהם, ומעתה בנ"ד נראה אי נימא דאין צריך ב"ד אזי פשוט היכי שהגיד האב בפני עדים יכול לחזור ולהגיד באמתלא דלפמ"ש הר"ן הובא בסימן י"ז בח"מח ס"ק י"ז אף שהגדתו מועיל חוץ לבית דין באיסורא לומר שמת בעלה מ"מ אם אומר אח"כ מבודה הייתי נאמן אפי' בלא אמתלא מכ"ש ע"י אמתלא דהא דקיי"ל כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כתב רש"י בסנהדרין דף מ"ה ע"א ד"ה כיון משום דכתיב אם לא יגיד ונשא עונו ואהגדה קמייתא קפיד קרא, ומשם נראה דילפינן דאין יכול לחזור אפילו באמתלא היכי שאינו סובל בדבריו הראשונים, וכ"כ בסמ"ע ס"ק ב' וקרא מיירי בב"ד משא"כ כשאומר חוץ לב"ד אבל אי נימא דאין האב נאמן רק כשאומר בפני בית דין יש לומר דדינו כדין עדים וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אפילו באמתלא, ולפ"ז הי' מקום לומר דרשב"א אינו מחולק עם חכמי פרובינצייא המובא בש"ות מוהרי"בל הנ"ל וכ"ע סוברים דאמירתו מהני כשאומר חוץ לב"ד ומכ"ש כשאומר בפני בית דין רק דחכמי פרובינצייא מיירי כשהעיד בפני ב"ד לכן ל"מ אמתלא ורש"בא מיירי שאמר חוץ לבית דין ובאמת יכול לחזור אפילו בלא אמתלא רק שמעשה כן הי' כי השיב כן להשואל והשאלה הי' כן אך לפי זה קשה על מרן מחבר שהעתיק כן להלכה בממ"נ היאך מיירי אם אמר האב בפני בית דין אמאי מועיל אמתלא, ואי אמר חוץ לבית דין למה לי אמתלא כמ"ש הר"ן, ועלה בדעתי לומר דהנה נודע החילוק שבין דיני ממונות ודיני נפשות לאיסורין, דבד"מ ובד"נ לא סגי בהוכחה שהענין אמת רק שבעי עדות דוקא ובעינן כללי עדות ועדות לא הוי רק כשהעיד בפני בית דין יש לו שם עד אבל חוץ לבית דין לא הוי עדות, ובאיסורין היכי דעד אחד נאמן בספק השקול דלא בעי בית דין משום דגלי תורה שאין צריך עדות רק הוכחה, כי אם הי' צריך שיהי' בגדר עדות הוי בעינן כללי עדות כמו בד"מ ובד"נ שלא יהי' קרוב ושאר כללי עדות, וכיון שאין לו שם עד אזי אפילו כשהעיד בבית דין לא קרינן בי' כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דתורה לא אמרה כן רק במי שיש לו עליו שם עד כמו דמורה לישנא דקרא להמעיין, משא"כ היכי שאין לו עליו שם עד ואף דעכ"פ מן הסברא ראוי לומר כיון

שאומר כן בפני בית דין שאין יכול לחזור מדבריו הראשונים בלי אמתלא דמן הסתם מה שאומר בפני בית דין דק היטב כמו דאיתא סברא זו בכמה דוכתי בפוסקים, אבל עכ"פ יכול לחזור מדבריו ע"י אמתלא וא"כ יש לומר שרשב"א סובר כיון שהאמינה תורה לאב בקדושי בתו אף שהוא קרוב ועד אחד לא קם בדבר שבערוה דילפינן דבר דבר מממון הרי דגלי תורה דלא בעינן כללי עדות רק הוכחה שמן הסתם אומר האב אמת לא הי' חוקת התורה אצלו לומר כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אפילו ע"י אמתלא דהחוקה לא הי' רק היכי שיש לו שם עד אבל האב אף שנאמן כשני עדים מ"מ אין לו שם עד וא"ש דברי רש"בא שסובר שאין צריך לומר בפני בית דין ואף כשאומר בפני בית דין אין לו שם עד ונכונים דברי המחבר, ואולם שוב ראיתי דזה אינו דבב"י ח"מ סימן כ"ט הביא לשון ירושלמי ותוספתא דאי' וכן העדים שהעידו בין לאיסור ובין להיתר עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבודין היינו נאמנים משמע להדי' שאף באיסור שאין צריך בית דין מ"מ היכי שמעידין בבית דין יש לו דין עדות ואמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והיינו אפילו ע"י אמתלא כיון שהוא בכלל עדות ועיין ש"ות הר"ן סימן ל"ד שמוכח להדי' שסובר אף שאין צריך באיסורין להעיד בבית דין מ"מ היכי שהעיד בב"ד שוב אינו חוזר ומגיד אפילו בלא אמתלא והיכי שלא אמר בפני בית דין כתב בסימן מ"ז שיכול לחזור ולהגיד בבית דין א"כ לית לי' סברא הנ"ל וצ"ע ועמש"ל בכלל אמתלא באריכות ובגוף הספק הנ"ל אי נאמן האב כשאומר חוץ לבית דין ראיתי בהפלאה שהעיר קצת, ולענ"ד נראה לפמ"ש בכלל י"ח וי"ט כריב"ש דהא דהאב נאמן הוא מטעם שווי' נפשה ח"דא ואינו מטעם עדות אין צריך להעיד בפני ב"ד כי בכל מקום דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אין צריך ב"ד וכדאי' ביו"ד סימן א' סי"ב השוחט בפני עדים בהמה לעכו"ם וכשבא ישראל לקנותה ממנה אמר לא תקנה ממנה כי לא שחטתי' נאמן לגבי נפשו לאוסרה ע"ע, ודוחק לומר דהכא באב הי' חוקת התורה שלא יוכל לאוסרה רק כשאומר כן בפני בית דין דמה"ת נימא להרבות בחוקת כיון דהוא מטעם שווי' נפשה ח"דא ופשוט דיכול לחזור ע"י אמתלא כי בכל מקום בכה"ג יכול לחזור ע"י אמתלא כדאי' בכתובת דף כ"ב ובסימן מ"ז אבל אי נימא כמ"ש בכלל י"ט פרט א' בשם ריטב"א וסיעתו שהוא מטעם עדות שנאמן כעדים יש לומר דבעי בפני בית דין כמו בכל עדים וצ"ע כיון שלא חילקו הפוסקים בזה, ועיין בסימן י"ז בחלקת מחקק ס"ק ע"ח וב"ש ס"ק קכ"ד, ובפני יהושע במס' גיטין דף כ"ט באיסורין אף היכי דבעינן שנים מהני חוץ לבית ודין יע"ש וצ"ע בכל זה היטב ואין כאן מקומו:

פרט ב

יבואר דין נאמנות האב לפוסלה לבתו קטנה או נערה מכהונה כגון שאמר קדשתיה וגרשתיה:

ג גרסינן במס' קדושין דף ס"ד קדשתיה וגרשתיה כשה כשהיא קטנה והרי היא קטנה נאמן קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא גדולה אינו נאמן ומסיק ר' אשי הטעם דרחמנא הימנה כרב דאמר מניין לאב שנאמן לאסור את בתו מן התורה שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה לאיש אסרה הזה התירה בנשואין הימנה רחמנא לאב, ובפני יהושע בכתובת דכ"ב הבין הפירוש בדברי רב שר"ל מניין שאב נאמן לאוסרה היינו דנאמן לומר קדשתיה וגרשתיה אע"ג דאין בידו לגרשה ויליף לה מדכתיב את בתי נתתי לאיש דמשמע אפילו אם אמר קדשתיה ואין יודע למי קדשתיה דנאמן אע"ג דדבר זה אין בידו ומשמע דהבין דעל גוף גירושין הימנה רחמנא לאב כמו שנאמן על הקדושין, וכן כראה שהבין בחלקת מחוקק סימן ל"ז ס"ק מ"ה ודבריהם תמוהין להמעיין בקמאי זלה"ה שהר"ן כתב שם וז"ל וכי אמרינן דקדשתיה וגרשתיה נאמן דוקא בתכ"ד אבל היכי שהוחזקה אשת איש על פיו אינו נאמן לומר לאחר זמן גרשתיה דלא הימנה רחמנא בגירושין עכ"ל וכ"כ הריט"בא ובש"ע סימן ל"ז סעיף כ"ה, וכבר תמה ע"ז בס' הפלאה ובס' בית מאיר ומה דנאמן לומר תכ"ד גרשתיה לפוסלה מכהונה הטעם מבואר שם וקצת צ"ע בזה:

ודע דדעת הר"ן וריטב"א הובא בש"ע שם, וכתב הב"ש בס"ק מ"א הטעם משום כשאומר קדשתיה ואח"כ אומר גרשתיה אינו מפרש דבריו אלא אומר מילתא אחריתי ואינו נאמן אלא מחמת מגו ומש"ה אינו נאמן אלא תכ"ד דאז שייך לומר מגו דלא אמר כלום אבל לאחר כד"ד לא אמרינן מגו דלא הי' אומר כלום משום דהוי מגו למפרע דלא אמרינן, ועיין בבית יוסף מ"ש שבתשובת רשב"א לא משמע הכי ובסעיף כ"ז ובב"ח ס"ק נ"ב וקיצר בדברי טו"ז דעדיין קשה לפי דבריו יהי' נאמן לומר גרשתיה אפילו לאחר כדי דיבור במגו דאי בעי הי' אומר שקדושין הי' בפני פסולי עדות דאורייתא והטו"ז בס"ק כ"ב מיישב דכל שהוחזקה באשת איש אפילו על פיו לא אתי מגו אח"כ וארעי לחזקה דהוי כמגו במקום עדים ובכמה דוכתי בחושן משפט לא אמרינן מגו במקום חזקה אלימתא, ולענ"ד דבריו צ"ע חדא לפי מה דמשמע בתוס' כתובת דף י"ט ע"א ד"ה חזקה מדמינן חזקות זו לזו ובב"ב דף ה' אבעי' דלא איפשטא אי אמרינן מגו במקום חזקה ואמאי אינו נאמן כלל ומשמע דהוי ודאי אשת איש ואם קידשה אתר לא חלין הקדושין והוא חומרא דאתי לידי קולא נימא דאולי האב נאמן לומר גרשתיה במגו שהי' אומר שקדשה בפני

פסולי עדות ותהי' צריכה גט משני כדין ספק אשת איש דצריכה גט משניהם כדאי' בסימן י"ז סעיף א', ואפי' לפמ"ש נמוקי יוסף הובא בש"ך סימן פ"ג ס"ק ג' דלאו כל חזקות שוות ובמקום חזקה אלימתא לא אמרינן מגו מ"מ כבר הוכיח בש"ות מוהרי"ק סימן ע"ב ותשובת מוהר"י טראני שיש חילוק בין חזקות בין חזקה דאתיא מכח סברא דאלים מחזקה דלא אתיא מכח סברא וחזקה קמייתא כמו חזקת אשת איש לא אלים כל כך אפילו כשהוחזקה מפי עדים דלא אתיא מכח סברא דהא יכול להיות שגירשה אח"כ רק דאנן אמרינן מסתמא לא נעשה שינוי ממה שהי' מקדם, והוי חזקה דלא אתיא מכח סברא כיון שיש לנו עכשיו ספק, ועיין בתרומת הדשן סימן ר"ז בשם או"ז הגדול מכ"ש היכי שהוחזקה רק על פיו, ולפמ"ש בכנ"הג בכללי מגו ס"ק קי"א דיש לומר דלא מבעי' לן מי אמרינן מגו במקום חזקה רק בדבר שבממון אבל בדבר איסור פשיטא דלא אמרינן מגו במקום חזקה א"ש, אך בתוס' שם ד"ה מי מוכח דלא ס"ל כן כמ"ש בכנ"הג, ותו קשה לטו"ז לדעת הפוסקים הסוברים דרבה בב"ב דף ל"א ור' חסדא בדף ל"ג ס"ל דאמרינן מגו במקום עדים ומכ"ש דאמרינן מגו במקום חזקת אשת איש ואפילו החולקים שפירשו כוונה אחרת שם כמבואר בראשונים ז"ל מ"מ רבה דסובר בב"ב דף ל"ב ע"ב דאמרינן מגו להוציא ממון מחזקתו אף דחזקת ממון אלים טובא ה"ה דסובר דאמרינן מגו נגד חזקת אשת איש דחזקת א"א לא אלים מחזקת ממון, ועיין תוס' ב"מ דף כ' ע"ב ד"ה איסורא וא"כ אמאי איתא במתני' קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה נאמן דמשמע מהלשון שאומר כן בבת אחת וכמ"ש באמת הר"ן והריטב"א הו"ל למיתני רבותא אפילו אמר מתחילה קדשתיה שהוחזקה אשת איש על פיו נאמן אח"כ לומר גרשתיה משום מגו שהי' אומר שקדשה בפני פסולי דאורייתא ואי משום דהוי מגו במקום חזקה הא לדידהו אלים המגו אפי' נגד עדים ונגד חזקת ממון ה"ה נגד חזקת אשת איש לכן דברי טו"ז צ"ע, וגם יש לעיין בגוף דברי בית שמואל הנ"ל שכתב דלכן נאמן בתוך כדי דיבור לומר גרשתיה דיש לו מגו דלא אמר כלום הא הוי מגו לחצי טענה וכמ"ש הר"ן הובא בב"ש סימן ז' ס"ק ט"ו ובתוס' ישנים במס' כתובת דף כ"ב ע"ב ד"ה תרווייהו דכיון שהוא רוצה לפוסלה מן הכהונה אם לא הי' אומר קדשתיה היתה מותרת אף לכהן ונשמע בפוסקים דאמרינן מגו לחצי טענה וצ"ע:

ד ולכאורה קשה על גוף הדין הלז אמאי נאמן לומר קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא קטנה כנ"ל לפי מאי דקיי"ל במס' ב"ב דף קל"ה ע"ב למסקנא דבעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן משום דאם איתא דגירשה קלא אית לי' וכן קיי"ל בסימן קנ"ב ס"א ואמאי נאמן האב ומותרת לכ"ע נימא כיון שתורה נתנה נאמנות לאב על הקדושין

הוי כאילו הי' עדים שקדשה ועל הגירושין לא נתנה תורה נאמנות לאב רק מטעם מגו כנ"ל הוי מגו במקום הוכחה דאם איתא דגירשה הי' לו קול, ולשיטת חלקת מחוקק ופי' הנ"ל שהבינו דעל גוף גירושין נאמן האב כשני עדים לק"מ דנגד עדים לא אמרינן הך הוכחה דאם איתא כדמוכח בכתובת דף כ"ב ע"א כמ"ש הב"ש בסימן קנ"ב סק"ו בשם הר"ן ואמרינן שגירשה בצנעא, אבל לפוסקים הנ"ל קשה, ונלענ"ד לפמ"ש הר"ן ובש"ע דאינו נאמן רק בתוך כדי דיבור שיש לו מגו דאי בעי שתיק כמ"ש הב"ש ומצינו בכללי מגו דמגו דאי בעי שתיק עדיף ממגו דאי בעי טעין, וכמו כן עדיף ממגו דאי בעי עביד דהתם צריך עכ"פ מעשה, וי"ל כיון דמצינו שר' יוסף סובר שם דאפילו מגו דאי בעי עביד עדיף מהוכחה דאם איתא דגירשה קלא איתי לי' ובע"כ דלא הוי הוכחה אלימא ומ"ש רשב"ם שם דהוי כעדים בע"כ לאו דוקא כמו שמוכח למעיין היטב ברשב"ם שם, וא"כ י"ל אפושי פלוגתא ל"מ אפי' לחולקים על ר' יוסף וכן קיי"ל דלא הוי מגו נגד הוכחה הלז, היינו משום דצריך עכ"פ לעשות מעשה גירושין ואינו תלוי בידו לבד כיון דצריך לכמה פוסקים בית דין ועכ"פ צריך עדים וסופר ולא הוי מגו מעליא דמי יימר דיזדקקו ועיין כיו"ב במס' קדושין דף ס"ב ע"ב (ועיין במס' שבת דף מ"ו ע"ב ומשנה למלך בפ"ד מבכורת ה"א) אבל מגו דאי בעי שתיק כמו הכא שבידו לשתוק שהי' מותרת לכ"ע מגו זו אלים טובא ועדיף מהוכחה דאם איתא דגירשה קלא איתי לי' שמוכח שאומר אמת מה שאומר שגירשה וממילא אסורה לכהן ומותרת לישראלים, שוב ראיתי מכבוד ש"ב הרב הגאון הגדול המפורסים מו"ה אלעזר זצ"ל בספרו הנחמד אור חדש האריך בקו' זו בדברי טעם והנאני ולענ"ד נראה דל"ק וכמ"ש:

פרט ג

יבואר אם האב נאמן לומר שבתו הי' שבויה כדי לפוסלה מכהונה:

ה גרסינן במס' קדושין שם במתני' קדשתי את בתי קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא קטנה נאמן, קדשתיה וגרשתיה כשהיא קטנה והרי היא גדולה אינו נאמן נשבית ופדיתה בין שהיא קטנה ובין שהיא גדולה אינו נאמן ומקשה הש"ס מ"ש רישא ומ"ש סיפא, רישא בידו הרי בידו לה להשיאה לחלל דקא פסלה מן הכהונה הא ל"ק כר' דוסתאי כו' אמר רב אשי ותסברא רישא משום דבידו ניהו דבידו לקדשה בידו לגרשה ועוד אילו אמר האי דלא ניחא לי' בגווי' מי מצי מקדש ניהלי' בעל כרחי', אלא אמר רב אשי רישא רחמנה הימנה כדרב כו' בנשואין הימנה רחמנא בשבוי' לא הימנה עכ"ל, ותמי' מבוארת לעין כל לפמ"ש רש"י בד"ה רישא שבעודה קטנה בידו לקדשה ולחזור ולקבל גט ממנו הלכך מה לו לשקר אי בעי פסיל לה, היאך הי' עולה על דעת הש"ס

לומר שזה הי' נקרא בידו דתמי' ר' אשי מבוארת, ובחידושי רשב"א כתב ליישב הקו' וז"ל רישא בידו אע"ג דאין בידו לקדשה מ"מ בידו לפוסלה מכהן דאי בעי מקדשה לישראל והרי היא אסורה לעלמא ואי גירשה הרי היא אסורה לכהן מאי אמרת דלמא מת הבעל ושרי' לכהן כולי האי לא חיישינן לבטל המנותא דאב עכ"ל ולא הבנתי דמאי מגו איכא הא בעינן שיהי' הטענות שווי' כנודע בכללי מגו וכמ"ש לקמן והכא אינם שווי' דלמא אין רצינו לקדשה ולאוסרה אכ"ע רק שרצונו לפוסלה מכהונה ואם יקדשנה לישראל אולי לא יגרשנה, ולולי דברי הראשונים זלה"ה נלענ"ד ליישב הסוגי' שלא יהי' כ"כ מוקשה ע"פי יסודות חזקות וברורים מקמאי ובתראי זלה"ה, דהנה אנן קיי"ל דמגו דבי תרי לא אמרינן משום דאין אחד יודע מה שבלב חבירו לטעון, ועיין בש"ך בכ"מ סק"ך ובכנ"הג ס"ק צ"ט, ואולם ראיתי דין מחודש בס' כנ"הג ס"ק ק"ב בשם תשובת מוהר"י אדרבי וז"ל אע"ג דמגו דבי תרי לא אמרינן ה"מ בדבר שהי' להם לטעון כבר לשעבר אבל כשיש גם עתה בידם לעשותם אמרינן מגו בשני עדים עכ"ל, נראה שהוא כעין חילוק שמחלק הר"ן בקידושין דף ס"ד דמגו דבידו לעשות עדיף ממגו דאי בעי טעין ומהני אפילו נגד חזקה ה"ה לענין מגו דבי תרי וכן ראיתי בא"ות בכ"מ שם ס"ק נ"ג שכתב להסביר הדבר דבשלמא מגו דאי בעי טעין כגון עדים שאמרו אנוסים היינו שיהי' נאמנים במגו שיכולין לשקר ולומר פרוע הוא דכיון דפרוע הוא שקר אילי לא יסכימו על שקר הלז, משא"כ בדבר שיוכל לעשות באמת מסתמא יסכימו דאמת יש לו מוסכם וכתב שהסברא מוסכם לדין הלז רק שחוכך דמתוס' ישנים ורשב"א לא משמע כן, ובגוף החילוק ראיתי בש"ות מוהר"א ששון שכתב ג"כ לחלק כטעם הנ"ל, ולענ"ד מסוגין יש לה"ר לדברי מוהר"י אדרבי, ומקודם נברר סברת הש"ס ואח"כ דברי ר' אשי, ונראה לפי סברתו מובן היטב דברי הש"ס בפשיטות דהמעיין בסוגי' יראה שמוכרחין אנו לומר שבע"כ לא ידע הש"ס דברי רב שהתורה האמינה לאב כשני עדים רק דהוי סובר דלא עדיף מעד דעלמא שלא קם בדבר שבערוה ובע"כ סובר הא דנאמן האב לומר קדשתי את בתי לפלוני משום מגו דבידו לקדשה (עיין תוס' ישנים בכתובת דף כ"ב ע"א) כיון דמוכח מקרא דאין כסף לאדון זה אבל יש כסף לאדון אחר ומאי ניהו אב שיכול לקדשה כדאי' בכתובת דף מ"ו ע"א ממילא מוכח מצד סברא שאב נאמן כמו בעל שאמר גרשתי את אשתי דנאמן כמ"ש תוס' שם ומהאי קרא דאת בתי לא מוכח כיון דמיירי במוציא שם רע בע"כ יש עדים על הקדושין כמ"ש בכלל י"ח פרט א' ולא הוי סובר כמ"ש שם דמוכח מאם אין ענין דאינו מיותר לפמ"ש בספר פני יהושע במס' כתובת דף מ"ו כמו שכתבתי שם לרבנן דסברי דמוציא שם רע חייב אפילו כשלא בעל מה דאיתא את בתי נתתי להורות שמסרה

לחופה שאינו חייב קנס רק במוציא שם רע לאחר נשואין, ואולם הי' סובר התרצן לפי טעם זה אינו נאמן האב לומר קדשתי את בתי לפלוני רק כשאותו פלוני מודה לדברי האב דהוי דבר שבידו, ולא הוי מגו דבי תרי כיון דלא הוי מגו דאי בעי טעין רק מגו דאי בעי עביד ועל האמת יסכימו יחד האב ואותו פלוני כנ"ל, ואולם אותו פלוני לבד אינו נאמן כי אולי לא ירצה האב, וכ"כ אב לבד אינו נאמן דאינו בידו אולי לא ירצה אותו פלוני אבל כשאותו פלוני מודה נאמן האב אף שאין לו עידי קדושין מטעם מגו ולא הוי מגו דבי תרי ומהאי טעמא נאמן לומר קדשתיה וגרשתיה דמוקי למתני' ג"כ בכה"ג שאמר שקידשה וגירשה מאותו פלוני ואותו פלוני מודה לדבריו לכן שפיר נאמן משום מגו דבידו לפוסלה מן הכהונה לקדשה לאותו פלוני ואותו פלוני יגרשנה בעל כרחה דמדינא דש"ס יכול לגרשה בע"כ כיון דעכשיו רוצה אותו פלוני לפוסלה מכהונה סובר התרצין דהוי דבר שבידו דמסתמא יסכימו לעשות מעשה קדושין וגירושין כדי לפוסלה, ואולם ר' אשי נייד מתירץ זה מכח ב' סברות דהנה תוס' כתבו בערכין דף כ"ג ע"א בד"ה בשאלה דדיבורא קיל לי' ממעשה דקנוניא דשבועה דבר שהוא קל עביד ולא ישאל על הקדשו אבל גבי גירושין כי האי לגרש את אשתו כדי להחזירה לא עביד כיון דמצי שאיל על הקדשו, א"כ מוכח דמעשה גירושין קשה לאדם לעשות היכי דמצי לפעול אותו דבר על ידי דיבורא עדיף לי' דיבורא ועיין בש"ך ח"מ סימן רנ"ה ס"ק ו', ולכאורה לא משמע כן מתשובת מוהר"י אדרבי הנ"ל דלשיטת תוס' לא הוי מגו דבידו לעשות מגו טוב כי דיבורא קיל לי' משיעשה מעשה, ויש להאריך בזה ואין כאן מקומו, אך נראה ברור אפילו אי נימא דלא כסברת תוס' היינו בדבר שבממון שדרך אדם להטריח א"ע ולהרויח כנידון דמיירי מוהר"י אדרבי יש לומר אפילו מעשה עביד ואדרבה מגו דבידו לעשות עדיף טפי כיון שיכול לעשות בלי מוחה ומעכב כמ"ש בש"ות מוהר"א ששון סימן כ"ה ובכה"ג מיירי שם שטענתם על עסקי ממון משא"כ היכי ששנים מעידים בעניני איסורא ואיכא גווני שיש לחוש שכוונתם לצעורי לא שייך לומר שיהי' נאמנים במגו שבידם לעשות כי אולי דיבורא לא איכפת להו למימר אבל אין רצונם לעשות מעשה ולהטריח א"ע בדבר שלא יהי' להם הרווחת ממון רק לצעורי לחברי' ועביד אינש דמיקרי ואמר ולא לעשות מעשה ואין צריך דאי' לזה, ועוד נקדים מ"ש הב"ש בסימן קי"ט סק"ט בכוונת הטור שכתב הא דסוברים ב"ה דמותר לגרשה משום דבר היינו בזיוג שני אבל בזיוג ראשין מודו דאסור לגרשה משום דבר ומוטל על ב"ד לכופו יע"ש שלפי דבריו אפי' בזיוג שני אסור מן התורה לגרשה כשלא מצא בה ערות ולא דבר נראה בנ"ד לית לאב מגו שהי' בידו למוסרה לפלוני המודה שקדשה ואותי פ' יגרשנה בע"כ כי לא מבעי' לפוסקים דגט

צריך ב"ד ליכא מגו כי אולי לא יהי' לו עדים שמצא בה דבר כיון שב"ד כופין אפי' בזיוג שני שלא יגרשנה ומכ"ש שלא יזדקקו, ואפילו לפוסקים שא"צ ב"ד עכ"פ צריך עדים וסופר ומי יימר שיהי' לו עדים שיסייעו לו לעבור עבירה ועיין תוס' במס' שבת דף מ"ו ע"ב שמוכח סברא זו, ותו דלא הוי מגו אולי אותו פ' לא ירצה לעשות איסור דאורייתא לגרשה בע"כ ואף דמשמע מקו' הש"ס והרי בידו להשיאה לממזר דהוי מגו בכה"ג מ"מ י"ל רב אשי לית לי' סברא זו, ותו כיון דצריך דעת אחרים לא שכיח שיסכימו רבים לעשות עבירה, רק ראיתי במשנה למלך בהגהות בפי"ט מה"ג ה"א שכתב בשם תשובת מוהר"ם דהאי דלא יגרש אדם את אשתו הוא רק עצה טובה, ודחה מסוגי' דגיטין ד"צ מרב פפא ואביי שמוכח דאיכא איסור דאורייתא לגרשה בע"כ, וי"ל שנחלקו בזה התרצן סבר דהוי רק עצה טובה לכן מתרץ דהוי בידו ורב אשי סובר דאיכא איסור דאורייתא וא"כ שפיר קאמר רב אשי ב' קושי' חדא ניהו דבידו לקדשה בידו לגרשה כי אולי אותו פלוני שאומר עכשיו שקדשה וגירשה לפוסלה מכהונה לא ירצה לקדשה ולגרשה כי עכשיו אינו עושה עבירה רק שמצערה ורוצה לפוסלה מכהונה, אבל לא יסכים עמו לעשות עבירה דאורייתא לגרשה בע"כ דאולי לא ימצא בה דבר שפשעה כנגדו וגם הא צריך עידי גירושין או ב"ד, ועוד אילו אמר האי דלא ניחא לי' בגווי' מי מצא מקדש לה ר"ל כסברא הנ"ל דלא הוי מגו כלל דהא דאמרינן מגו דבי תרי היכי שבידם לעשות היינו משום הרווחת ממון שדרך אדם לטרוח משא"כ הכא אילו דיבורא אמר אבל מה"ת יעשה מעשה על מגן כדי לצערה בדבר שלא יהי' לו הרווחה כיון שאין רצון פלוני לקדשה ואין לומר לדברינו הנ"ל מאי מקשה הש"ס והרי בידו להשיאה לחלל כי אולי לא ירצה לקחתה כיון שגם התרצן סובר דלא הוי מגו כי אם מחמת שאותו פלוני מודה דז"א די"ל שהמקשן הי' סובר כיון שישנו הרבה חללים בעולם (ומ"ש רש"י חדא לאו דוקא, ועיין ברמב"ם בפי"ט מא"ב הלכה ג') מסתמא ימצא מי שיקדשנה כמ"ש הפני יהושע ג"כ כיו"ב ודוקא היכי שרוצה שאיש ידוע יקחנה לא שייך מגו רק כשהודה סובר התרצן כיון שאותו פלוני מודה לאב שגירשה מסתמא יסכים לדברי אב לקיים דבריו הוי מגו וע"ז חולק רב אמי וא"ש:

ו אמנם יש להבין לפי דברי התרצן דלא ידע מדברי רב קשה ממתני' דאי' שם קדשתי את בתי וא"י למי קדשתי ובא אחד ואמר אני קדשתי נאמן אבל בלא"ה אסורה לכ"ע ע"פי דברי האב הא בכה"ג לית לי' לאב מגו דאם יקדשנה עכשי' בע"כ יהי' בפני עדים וידעו העדים למי ורצון האב לאוסרה אכ"ע וכמ"ש בספ"י ואמאי נאמן, וקו' הלז אין לו ענין לפירושנו דגם לשיטת רש"י ורשב"א קשה דמשמע להדי' מש"ס דעדיין לא ידע מדברי

רב שסובר דנאמן מן התורה אע"ג שאין בידו רק דנאמן משום מגו דבידו, וא"ל לשיטתם שגם התרצן ידע מדברי רב רק דסובר דוקא בנשואין הימנה רחמנא היכי שאומר קדשתי נאמן אפילו היכי דלית לי' מגו כגון שאמר א"י למי קדשתיה, אבל מה שאומר קדשתיה וגרשתיה לפוסלה מכהונה לא הימנה התורה כעדים רק שנאמן מטעם מגו וחידש לו רב אשי שכל מה שנוגע לענין נשואין הימנה תורה אפי' לענין גירושין דז"א כמש"ל בפרט הקדום שגם אליבא דאמת א"נ בגירושין רק מכח נאמנתו לענין נשואין ואי הוי ידע התרצן דברי רב לא הוי קשה לי' מגירושין אע"כ דלא ידע וא"כ הדק"ל, ונלענ"ד דהנה אנן קיי"ל דאין דבר שבערוה פחות משנים דילפינן דבר דבר מממון מכ"ש שבע"ד א"נ ואפ"ה אי' בב"ב דף קל"ד דסובר ר' יוסף בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן משום דבידו לגרשה וכתבתי בכמה דוכתי הטעם דגם בממון מהני מגו כזו אשר בידו לעשות דהוי כאנן סהדי שאומר אמת דחזקה ל"ש התירא כו' דמה"ת יעשה עבירה חמורה ויכשיל לאשתו באיסור חמור כיון שבידו לעשות בהיתר וחזקה הלז הוי כא"ס ומאן דחולק שם משום הוכחה דקלא מתנגד, א"כ מוכח דמגו אלימא מהני לאפקועי מחזקה בדבר שבערוה ונראה דה"ה הוכחה אלימא מהני לאפקועי מחזקה בדבר שבערוה אף דקיי"ל כחכמים בב"ב דף צ"ב דלא אזלינן בתר אומדנא דמוכח להוציא ממון. וה"ה בדבר שבערוה כי אין גז"ש למחצה מ"מ הוכחתי בכמה דוכתי דלאו כל הוכחות שווין ובהוכחה אלימא טובא מהני להוציא ממון דהוי כאנן סהדי שענין אמת והדבר נמסר לחכמים בעוצם בינתם להבין איזה הוכחה אלימא טובא שיהי' בגדר אנן סהדי, ולפ"ז י"ל שתרצן סובר הא דנאמן לומר קדשתי לבתי הוא מטעם מגו או הוכחה המסייע שאומר אמת והיכי שאומר קדשתיה לפלוני יש לו מגו דבידו לקדשה כנ"ל, ואם אמר אין יודע למי קדשתיה איכא הוכחה אלימא שאומר אמת והוא בגדר אנן סהדי כי מלבד דא"ס שאין אדם חפץ לעגן את בתו שתהי' בכבלי עיגון כל ימיה כי אולי לא יבוא אחד שיאמר אני קדשתיה (ובשגם כי אם אנו חושדין למשקר אולי לא ימצא מי שישקר כי על שקר לא שכיח הסכמה) אף אם חפץ לצערה מ"מ אנן סהדי שאין דעת בני אדם לעשות חוב גדול כזה לבתו שחובת בתו היא חובתו וכעין דאמרינן הודאת בע"ד לחובתו עדיף מעדים שאנן סהדי שאומר אמת אף גם הא מפסיד לעצמו הזכות שהי' לו בבתו שיכול לקדשה בכסף זהו גופא הוי הוכחה שאומר אמת והוכחה אלימא כזו מהני אפילו להוציא ממון ה"ה בדבר שבערוה, הגם דבמס' קדושין בדף ס"ד ע"א בתירץ אביי ברש"י ד"ה שאני משמע להדיא דחיישינן אף באשתו שכיון לצעורי אף דהוי כגופו כדאי' במס' סנהדרין דרין דף יו"ד ע"א אף שעל ידי זה תתעגן כל ימיה, יש לומר דתרצן דהכא ל"ל סברת אביי

ובלא"ה נדחה דברי התרצן כאן ועוד י"ל להמעיין, משא"כ כשאומר גרשתיה אף שיש ג"כ הוכחה כי מסתמא אוהב את בתו ואין רצונו לצערה מ"מ ליכא הוכחה אלימא כל כך כי אולי לא חפץ לתת בתו לכהן ולא איכפת לי' אם תקח לישראל, דאטו כולהי נשי עומדים לינשא לכהן ועיין בחידושי רמב"ן בב"ב דף קל"ד ע"ב תראה ראי' לסברא זו ולא מהני הוכחה כזו לאפקועי מחזקת היתר בדבר שבערוה דבעינן הוכחה אלימא טובא שיהי' בגדר אנן סהדי והכא י"ל אולי צער כזה לא איכפת לי' ומ"מ נאמן בצירוף טעם מגו כמש"ל בכוונת התרצן, אבל בשבוי' כיון דליכא הוכחה אלימא דאולי רוצה לפוסלה מכהונה ותרומה כיון שמותרת לישראל וגם ל"ל מגו אינו נאמן, העולה דעיקר סברת התרצן אף דאמרינן אולי לצעורא קא מכווין אבל אין רצונו לעגנה כל ימי חיי' לולי שהאמת אתו שמתיירא מעבירה ולכן בנשבית ופדיתה אף שהוא פגם לבתו כמ"ש הר"ן מ"מ לא הוי הוכחה אלימא לאפקועי מחזקת היתר לכהונה דהוי ג"כ דבר שבערוה כמ"ש תוס' רי"ד בקדושין דף ס"ו ע"א כדמוכח בש"ס שם אבל גרשתי כיון שיש לו מגו דבידו לעשות ובצירוף הוכחה שמן הסתם אינו רוצה בחובת בתו לפוסלה מן הכהונה נאמן וא"ש וקצרתי קצת והמעיין היטב בש"ס ובכל המקומות שרמזתי יראה שכללים הנ"ל יש להם יסודות חזקות בש"ס ובקמאי זלה"ה ולא באתי רק ליישב הסוגי' שלא יהי' מוקשה כל כך והמעיין יבחר:

ז ועוד י"ל הסוגי' להמעיין היטב במס' יבמות דף ל"ז ע"ב רו בענין מאן הוי ליומא, ורמב"ם בפכ"א מא"ב הלכה כ"ח ובא"העז סימן קי"ט ס"א ובסימן ב' בב"ש ס"ק כ"ב ומובן ור"א י"ל דסובר כתי' ב' שם אף ק"ק על פסק הלכה שם, כיון שרב אשי ל"ל כן אף שכן סובר התרצן כאן וי"ל וע"ע במשנה למלך בפרק י"ח מא"ב ה"א ובשע"המ שם הכ"ד:

פרט ד

יבואר ביאור דברי קמאי ז"ל בסוגי' הנ"ל:

ה הר"ן ז"ל הקשה אמאי א"נ האב לומר נשבית ופדיתה לפוסלה מן הכהונה במגו שהי' אומר קדשתיה וגרשתיה ותירץ דהוי מגו לחצי טענה יע"ש ובביאור דבריו בכל המשך לשונו שם כ' בחידושי מוהרי"ט כוונתו היטב, ובספ"י הבין כפשוטו לכן כתב שהוא דוחק והובא דבריו בב"ש סימן ז' ס"ק ט"ו ומשמע לשיטת אחרים שם אמרינן מגו לחצי טענה וכן הבין בס' שערי המלך בפרק י"ח מא"ב הלכה כ"ד ומה שחידש בס' הפלאה בהך כללא דהיכי שיכול לטעון תרוייהו הוי מגו, וכ"כ בא"ות בכ"מ ס"ק ל"ב כבר דחה זה מוהרי"ט בתשובה בספר א' סימן ל"ג דף י"ח ע"א ומיהו קו' א"ות והפלאה צריך ישוב ומה שהקשה מקדושין דף ע"ח ע"א עיין בספר שערי המלך בפכ"ב ממכירה הט"ו מ"ש

שם פלפול ארוך וע"ע בש"ות מוהרי"ט חלק א' סימן ק"ה דף ע"א ע"ב וראיתי בספ"י שכתב לתרץ קו' הר"ן דלא הוי מגו כי אם יאמר קדשתיה וגרשתיה ע"כ צריך שיאמר שגירשה בפני עדים שהלכו למד"הי וליכא מגו דלא שכיח כי יאמרו העולם הרוצה לשקר ירחיק עדותו, וכבר קדמו בחידושי מוהרי"ט שם שתירץ כן ומביא ראי' שכיו"ב תי' הר"אש בפ' כל הנשבעין גבי אל תפרעני אלא בעדים, ובספ"י תמה על הר"ן שהוא ז"ל בעצמו כתב בסוגי' דפ"פ דלכן לא מהימן במגו דמוכת עץ כיון דלא שכיח לא ניחא לי' למיטען כן ולמה לי' לאהדורי בתר טעמא אחרינא ועיין בש"ך בכ"מ ס"ק כ"ג ונ"ל ליישב כוונת הר"ן קצת בדרך פלפול, דהנה המשנה למלך בפ"ט מאישות הט"ו כתב שמוהריב"ל מסופק באשה שאמרה נתקדשה בפני פלוני ופלוני ובאו הם ואמרו שלא נתקדשה בפניהם אי אמרינן דשוי' נפשה ח"דא וכתב שם המ"ל שהדבר פשוט ממה דאי' ביו"ד סימן א' גבי טבח דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא אפילו נגד עדים ומבואר שם שרשד"ם למד דה"ה באב המקבל קדושין בעד בתו ואמר שמקדש הי' גדול אע"פי שעדים מעידים שהי' קטן צריכה גט כי סובר שנאמנות האב בבתו הוא מטעם שווי' נפשה ח"דא וממילא לשיטת המשנה למלך ה"ה כשאמר האב קדשתי לבתי או קדשתיה וגרשתיה בפני פלוני ופלוני ובאו הם והכחישהו מ"מ אסורה מטעם שוי' נפשה ח"דא (ועיין בס' שע"המ שם) ובמס' קדושין דף ס"ה פליגי אי המקדש בע"א חוששין לקדושין וסוברים רוב פוסקים וכן הר"ן דל"ח זולת הסמ"ג ורא"ם הובא דעתם בש"ע סימן מ"ב סעיף ה' שחשו לדברי רב פפא וכתב בטורי זהב סימן קל"ג מובא בב"ש ס"ק א' ה"ה גט בפני עד אחד הוי גט, וא"כ יש לומר לפמ"ש תוס' במס' ב"ב דף ל"ד ע"ב ד"ה הוי בנסכא דר' אבא דאם לא הי' העד מחייבו שבועה הי' נאמן במגו דאי בעי אמר לא חטפתי שיכול להעיז פניו ולהכחיש את העד בלא שבועה, רק משום דמחייבו שבועה א"נ במגו ומ"ש הב"ש בסימן מ"ב סק"ו עמ"ש בחכם צבי סימן קט"ו וא"כ יש לומר הא דמוכרח הר"ן וסיעתו לתרץ תי' ולא תירצו כפשוטו כמ"ש מוהרי"ט ופ"י י"ל דהוי קשה להו לתי' הלז עדיין קשה לרב פפא דסובר המקדש בע"א חוששין לקדושין וה"ה המגרש בעד אחד איך יתרץ מתני' אמאי א"נ לומר נשביתה ופדיתה במגו שהי' אומר קדשתי' וגרשתיה בפני ע"א שהי' נאמן אף כשאותו עד לפנינו ומכחישו כיון דנאמן מטעם שווי' נפשה ח"דא אפי' נגד עדים ומכ"ש נגד ע"א ונגד ע"א להכחישו היכי שאין צריך שבועה שייך מגו, וניהו דא"נ במגו שהי' אומר קדשתיה וגרשתיה בפני עדים דאף שהי' נאמן מטעם שווי' נפשה ח"דא מ"מ לא הוי מגו די"ל דאין רצונו להכחיש שני עדים וכעין שכתב הר"אש הובא בש"ך ובכ"הג בכ"מ ס"ק ס"ז דלא אמרינן מגו דהי' מכחיש עדים פסולים אף שהי'

נאמן לא ניחא לי' להכחישם וי"ל ה"ה אבל נגד עד אחד אמרינן מגו וא"כ לר"פ נסתר תי' מוהרי"ט ופ"י במה שתירצו כי יאמרו העולם הרוצה לשקר ירחיק עדותו דהא יש לו מגו שהי' אומר קדשתיה וגרשתיה בפני העד שהוא בפנינו דלשיטת מ"ל בכה"ג אף שמכחישו נאמן האב ולכן מוכרחו לתרץ תירץ מספיק לכ"ע ואף שקיצרו במובן נודע דרכן של ראשונים לקצר כדרכם הטוב כנלענ"ד

פרט ה

יבואר אם נאמן האב לומר שבתו קטנה או נערה נבעלת בעילת איסור לפוסלה מכהונה ותרומה:

ט רבינו הגדול רמ"א בא"העז בסימן ו' ס"ח לאחר שכ' בש"ע שא"נ האב לומר שנשבית בתו כתב וה"ה אם אומר שנבעלה בעילת איסור ונרשם מקורו ממ"מ בשם רשב"א וכן מבואר בר"ן שכ' וא"ת להימנה כי אמרה נשבתה במגו שהי' אומר קדשתי בביאה לפוסלה כו' לאו קו' הוא דקדושי ביאת איסור לא אשכחן דהימנה והכי מוכח בירושלמי קדשתיה לאחד מן הפסולין לה נאמן הבעלתיה לאחד מן הפסולין לה א"נ יע"ש, ואולם ראיתי בריטב"א שכתב וז"ל וכי תימא ליהמן לפסלה לכהונה מגו דאי בעי אמר שקדשה והשיאה בביאה לממזר ופסולי כהונה יע"ש שמוכרח שסובר שנאמן לומר שקדשה והשיאה בביא' לפסולים וחולק עליהם ובע"כ מפרש לשון ירושלמי כמ"ש בס' הפלאה הבעלתיה בזנות דהוי דומי' דשבוי' אבל נאמן לומר שקדשה בביאה או השיאה בביאה לפסול לה, הגם כפי שמעתיק הפני יהושע דברי ריטב"א לא מוכח, אבל בלשון ריטב"א שלפנינו הוא כמ"ש, וכן בלשון רמב"ם בפרק י"ח מא"ב הכ"ד שכ' וז"ל נשבית ופדיתה כו' א"נ שלא האמינה תורה אלא לאוסרה משום אישות כו' אבל לא לפוסלה משום זנות יע"ש משמע דוקא זנות אבל אם אמר שהשיאה לפסול לה כיון שהוא דרך נשואין דכל נתינות במשמע מלשון את בתי נתתי וכן משמע מדהשמיט דברי ירושלמי הנ"ל שדרכו בכל מקום להביא דין מחודש הנזכר שם אע"כ שפי' כן בכוונתו לכן כלל כן במתק לשונו הקדוש וא"כ יש לתמוה על רמ"א שהשמיט דעתם, ואולי מ"ש רמ"א כנ"ל כוונתו שנבעלה בזנות לפסול לה דכ"ע מודו, אבל אם אומר שהשיאה לפסול לה נאמן מיהו לשונו סתום וגם מה שנרשם מקורו מה"המ ליתא ותו דעכ"פ הו"ל מחלוקת הפוסקים הנ"ל וצ"ע, ובביאור דברי הר"ן מבואר היטב בחידושי מוהר"י טראני ז"ל שם יע"ש והגאון בעל פני יהושע ז"ל לא ראה דברי מוהרי"ט והקשה ג"כ קו' מאי מקשה הש"ס והרי בידו להשיאה לממזר דלמא לא זכי לי' רחמנא בקדושי היתר ותירוצו תמוה כמ"ש בס' הפלאה, והנה מוהרי"ט ז"ל תי' על קו' הר"ן שליכא מגו שאין אומרין מגו

אלא כשטענות שווי' דלא בעי לארועי נפשי' שעשה איסור בידים אבל בעי לארועי בתו לומר שהיא פגומה שנשבית, ולכאורה קשה דא"כ מאי מקשה הש"ס והרי בידו להשיאה לממזר הא לא הוי מגו דקא מרעי נפשי' שעושה עצמו רשע ומצאתי בס' שערי המלך בפי"ח מא"ב הכ"ד שהרגיש בזה ותירץ ושמא מגו דבידו אלים טפי ומהני אפי' במקום שמשים עצמו רשע דומה למ"ש הר"ן ז"ל במגו דבידו אלים טפי ואפי' במקום חזקה וכ"כ בפכ"ב ממכירה בסופו, ולענ"ד יש להביא קצת סמך לחילוק הלז מהא דאי' בכתובת אמר ר' יהודא אמר רב האומר שטר אמנה הוא זה א"נ ומוקי הש"ס כגון דאמר מלוה וכגון שחב לאחרים, והקשה בתוס' להימן במגו דמחיל ונאמרו שם הרבה תירוצים ותמה פני יהושע מה בכך דאית לי' מגו מ"מ א"נ לומר שטר אמנה כיון שמשים עצמו רשע לעבור על לאו דאל תשכון באהלך עולה עיין בכנ"הג סי' פ"ג ולא העלה ארוכה ולסברת הר"ן שמחלק דמגו דאי בעי עביד עדיף לק"מ די"ל דס"ל לתוס' כיון דאי בעי עביד מהני אפי' במקום שמשים עצמו רשע אף דלא אמרינן מגו דאי בעי טעין הגם שאין לו דמיון כל כך לנידון דהכא דהתם הוא הטענה שטוען עכשיו משווי עצמו רשע והכא אם יעשה במגו יהי' רשע, מ"מ יש להביא סמוכין לסברא הנ"ל שמוכח שעכ"פ מגו דאי בעי עביד עדיף, ממגו דאי בעי טעין כעין שמביא השערי המלך ראי' מר"ן שכתב שהיכי שטענה שטוען עכשיו הוא נגד חזקה נאמן במגו דבידו לעשות ע"ז מביא סמך כיון דמגו דבידו עדיף י"ל שמהני מגו כזו אף בענין היכי שאם יעשה כמגו יהי' רשע וא"כ שפיר יש להביא סמוכין מתוס' הנ"ל, וזהו פשוט ולדינא צ"ע:

כלל כב

בו יבואר דין אי נאמנת אשה לומר לבעלה טמאה אני לך ובו ג פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' נדרים דף צ' ע"ב בראשונה היו אומרים שלש נשים יוצאות כו' האומרת טמאה אני לך כו' חזרו שלא תהי' האשה עיני' נותנת באחר ומקלקלת על בעלה האומרת טמאה אני לך תביא דאי' לדבריה כו', והקשו בתוס' על משנה אחרונה כיון דשוויתי' לנפשה ח"דא כדאי' בקדושין דס"ה אמאי א"נ, ונאמרו ונשנו כמה תירוצים:

א) תירצו רבינו אלעזר ממיץ דלא מצינו זונה שהיא אסורה לינשא לכהן דהוא מוזהר עליה אבל היא אינה מוזהרת עליו הלכך גם לדברי' אינה אסורה, והקשה ע"ז ב' קושיות חדא דאי' ביבמות דפ"ד כל היכי דאיהו מוזהר היא מוזהרת ותו דאי' בגמ' דאוכלת

בתרומה כדי שלא להוציא לעז על בניה הא לגבי' תרומה שויתי' נפשה ח"דא, ובישוב קו' א' עמ"ש בש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"העז סימן ע':

ב) תירצו כיון דיש לחוש שמא נתנה עיניה באחר יט כח ביד חכמים לעקור דבר מכל וכל בסברא גדולה כזאת, מיהו נראה לי אף למשנה אחרונה אם אומרת אשה טמאה אני לך ואמר הבעל שמאמינה דאסורה לו דאיהו שווי' לנפשי' חתיכה דאיסורא ואפילו אם תחזור האשה ותאמר באונס הי' יע"ש, וכיו"ב כתבו תוס' יבמות דף פ"ח ע"א ד"ה מתוך ובדפ"ט ע"ב ד"ה כיון ובמס' נזיר דף מ"ג ע"ב ד"ה והא והובא בב"י באורח חיים סי' תי"ח, ונ"מ לדינא לתי' הרא"ם באשת ישראל שאמרה שזינתה ברצון דהאיסור הוא גם עליה אפי' למשנה אחרונה אסורה אבל לתוס' שעקרו חכמים האיסור אינה נאמנת ולכן כתבו אח"כ ומיהו כו' אפי' אם תחזור כו' שמיירי באשת ישראל, וא"כ רמב"ם בפכ"ד מאישות הלכה י"ח וטוש"ע א"העז סימן קט"ו ס"ו שכתבו אפי' באשת ישראל אינה נאמנת בע"כ לית להו תי' רא"ם, ויש לתמוה על רבינו בית יוסף זלה"ה שכתב שם על דין הנזכר בטור אשת ישראל שא"נ לומר שזינתה ברצון שהוא משנה בסוף נדרים, הא ממתני' לא מוכח די"ל דוקא באשת כהן דאיירי מתני' אינה נאמנת כמ"ש הרא"ם שוב דאיתי בס' שערי המלך בפ"ט מאישות שתמה עליו על סגנון זה מכח דברי תוס' בכתובת דף ס"ג ע"ב, ועיין שו"ת חכם צבי סימן ק"נ:

ב הר"ן שם הקשה ג"כ קו' הנ"ל והביא שלשה תירוצים, תירץ א' הוא כעין תי' תוס' ומה שדחה כיון שהוא בקום ועשה, נתיישב להמעיין במקומות הנ"ל, תירץ ב', כתב וז"ל ולדידי לק"מ דכי היכי דאמרינן בכמה דוכתי כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקדושין מיני' ה"נ הכא כל שאמרה לבעלה טמאה אני אפקעינהו רבנן לקדושין מעיקרא ונמצא בשעה שנאנסה פנוי' היתה ומש"ה שרי נמי לבעלה ואוכלת בתרומה כדאי' בגמרא, אלא שלפי זה נצטרך לומר דכי אמרינן הכא דוקא באומרת טמאה אני לך שנאנסתי ולכשר נבעלתי אבל באומרת טמאה אני לך שנאנסתי מנתין או ממזר אינה מותרת לבעלה ואינו במשמע עכ"ל ולכאורה דבריו תמוהין מ"ש דמהאי טעמא אוכלת בתרומה דהא להדי' אי' שם להיפך אבעי' להו אמרה לבעלה טמאה אני מהו שתאכל בתרומה רב ששת אומר אוכלת שלא תוציא לעז על בניה, רבא אמר אינה אוכלת אפשר דאכלה בחולין אמר רבא ומודה רב ששת שאם נתארמלה שאינה אוכלת מידי הוא טעמא אלא משום שלא תוציא לעז נתארמלה ונתגרשה אמרי השתא הוא דאיתניסא יע"ש הרי דרבא סובר דאינה אוכלת ואפי לרב ששת הוא משום לעז בנים והיכי דלית לה בנים או נתארמלה אינה אוכלת ולטעם דאפקעינהו רבנן לקדושין יהי'

מותרת לאכול בתרומה ואף אי נימא כוונת הר"ן להביא ראי' מרב ששת כעין שכתבו תוס' הנ"ל ור"ל אם הי' שווי' נפשי' ח"דא היאך משום הוצאת לעז נתיר האיסור אע"כ דאפקעינהו רבנן לקדושין מ"מ קשה על רבא אמאי אסורה לאכול בתרומה כיון דליכא איסור ע"י הפקעת קדושין, ואפשר לומר כוונתו דהי' מדייק בלשון רבא דאמר אינה אוכלת ולא אמר אסורה שהי' מקצר בלשון הבין שר"ל שמן הדין מותרת לאכול בתרומה רק שאבעי' הוא אם רשאי להחמיר על עצמה שלא לאכול בתרומה ולרב ששת אפי' אם רוצה הבעל להאכילה חולין אין לו לעשות שלא להוציא לעז על בני' וע"ז קאמר רבא אינה אוכלת אפשר דאכלה בחולין והיינו אף שהוא מותר מ"מ הואיל ואפשר בתקנתא לא ספינן לה כמ"ש המפרש זלה"ה ומשום מהיות טוב וגו', אבל היכי שאין רצונם להחמיר מותרת לאכול בתרומה וז"ש הר"ן אוכלת נמי בתרומה כדאי' בגמ' ר"ל לשון הנ"ל ומ"ש הר"ן אח"כ ד"ה שלא דכיון דחזי דאסרינן לי' למיכל בתרומה, וגם בפי' אפשר דאכלה חולין לא פי' כהמפרש היינו משום דהר"ן דחה אח"כ הטעם דאפקעינהו כו' ופי' כתי' אחדים שם לכן פירש כפשוטו אבל לפי תירוצו שתירץ מעיקרא יש לומר שפי' כן, כן נראה ליישב לפי חומר הקושי':

ג אמנם קשה עוד בדברי הר"ן הנ"ל מהא דאי' בדף צ"א ע"א ההוא איתתא דכל יומא דתשמיש מקדמי' ומשא ידא לגברא יומא חד אתי לי' מיא לממשא אמר לה הדא מילתא לא הוית האידנא אמרה לי' א"כ חד מן נכרים אהולי דהוי הכא האידנא כו' אמר ר' נחמן עיניה נתנה באחר ולית בה ממשא במילה, האי איתתא דלא הוי בדיחא דעתא בההוא גברא א"ל האידנא מ"ש אמרה לי' מעולם כו' א"ל לא הוי מילתא האידנא א"ל א"כ הלן נכרים נפטוי' הוי הכא האידנא כו' א"ל ר"נ לא תשגיחון בה נותנת עיניה באחר הואי, ומבואר בר"אש ור"ן שהני עובדי הי' באשת כהן דבאשת ישראל הוי אנוסה כיון דסבורה שהי' בעלה ולמה לר"נ לומר הטעם נתנה עיניה באחר וא"כ קשה לתי' הר"ן הלז אמאי א"נ הא בכה"ג אפי' למשנה אחרונה נאמנת כיון שלפי דבריה נבעלה לכותי שפוסלה לאשה פנוי' מכהונה אפי' דאפקיעהו רבנן לקדושין ג"כ אסורה כמו באמרה שנבעלה לנתין ולשאר פסולים ולמה דחה הר"ן תי' מכח שאינו במשמע עדיפא מיני' הו"ל להקשות מכח סוגי' הלז וראיתי שקדמני בזה בס' עצי ארזים ודחה דברי הר"ן, ולאחר העיון ראיתי שדברי רבינו ז"ל נכונים, ואם ראשונים כמלאכים כו' וחלילה לומר שיהי' ח"ו בהעלם עין ממרא דכולה תלמודא סוגי' ערוכה במקומו:

ד ומקודם נקדים לברר כוונת תוס' ור"אש במס' יבמות דף כ"ה ע"א ד"ה אמר ר' בסופו וז"ל ואין לתמוה אמאי שרי' והא שויתה לנפשה חתיכה דאיסורא דלפי שראו חכמים

שנתקלקלו הנשים ליתן עיניהן באחר ורוב האומרות כן משקרות לכך נראה להם להתירן יע"ש וכתב ע"ז בס' יש"ש סימן י"ח וז"ל והנה הר"אש רצה לתרץ ולא תירץ דסוף סוף מנין לנו שעיניה נתנה באחר ולהתירה מכח ספק אלא נראה עיקר כמו שפי' הר"ן בנדרים בשם אחרים יע"ש, ולכאורה דבריו תמוהין דמאי ספק איכא כיון דרוב האומרות כן משקרות ורובא מהני בכל מקום דהוי כודאי אפי' בדיני נפשות ובדבר שבערוה זולת בקצת דוכתי, ולפום רהיטא יש לפרש כוונתו לפמ"ש בכלל ה' פרט א' בשם רוב פוסקים ראשונים זלה"ה דהא דאמרינן שווי' נפשי חתיכה דאיסורא הוא במקום הודאת בעל דין לח בתו הוא יותר מעדים וכ"ש שעדיף מרוב וכיון דעכשיו בתירץ זה לית לי' להר"ן תירץ שתירצו אחרים ויכולה בהודאתה להפקיע השעבוד ואפי' אם הי' עדים לפנינו והי' אומרים שאומרת שקר שלא זינתה הודאתה לחובתה עדיף מעדים ומכ"ש דעדיף מרוב וכיון שישנו מיעוט נשים שאינן משקרין ואין נותני' עיניהן באחר והיא עומדת בדיבורה ואומרת שהיא ממיעוט ואסורה לבעלה היאך מאכילין לה דבר האסור והיאך נוכל להתירה כיון דל"ל לר"ן ופוסקים הנ"ל תי' אחרים, לכן מוכרח לתירץ אחרים אבל כד דייקינן הא ליתא דבנ"ד אם הי' עדים שאומרת שקר היתה מותרת, דהא דאמרינן שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא אפילו נגד עדים המכחישים אותו הוא כעין הודאה בממון שנאמן לחובתו אפילו נגד עדים, וה"ה לאסור על עצמו דבר המותר כיון שהוא ודאי חוב לעצמו לפי הודאתו אף שעדים או רוב או חזקה מכחישים הענין ומעשה שדנין ע"ז בכה"ג נאמן בע"ד יותר כעין נידון דטבח שאומר שנשחטה הבהמה שלא כהוגן שאסורה אף שעדים מכחישים אותו כדאי' ביו"ד סימן א' נאמן להפסיד ממונו לגבי עצמו כיון שבודאי הוא חובתו וכן הוא בכל מקום דאמרינן שווי' נפשי' ח"דא נגד עדים בכה"ג משא"כ הכא לפי דברי עדים או רוב האומרים שעיניה נתנה באחר ליכא חוב כלל בהודאתה ל"ש לומר שווי' נפשה ח"דא מצד הודאת בע"ד לחובתה שע"י רוב דאמרינן שהיא בכלל רוב נשים שנתנו עיניהן באחר ליכא חוב כלל בהודאתה ממילא לא הוי הודאה ול"ש כלל שווי' נפשה ח"דא וזהו ברור בעיני ולק"מ קו' יש"ש, וראיתי בש"ות מוהר"י מטראני חלק א' סי' צ"ב שכתב בישוב קו' הראשונים הנ"ל וז"ל ולענ"ד משמע לי דכל שאין איסורא אלא מחמת הודאתה בלבד במילתא כל דהוא שרינן לה תדע דאי אמרה אשת איש אני וחזרה ואמרה פנוי' אינה נאמנת ואם נתנה אמתלא לדבריה נאמנת כדאי' בכתובת דכ"ג, וזו הואיל וראו חכמים ודנו דעתן של נשים שאומרות כן כדי לקלקל עצמן על בעליהן היינו אמתלא לדבריה דאנן סהדי שלא אמרה כן אלא לאסור עצמה על בעלה הלכך אין הוכחה מדבריה דכמאן דליתנהו דמי עכ"ל ובע"כ כוונתו אף דל"ד

לא"א אני דהתם בעינן שתחזור ותאמר אמתלא, היינו משום דלא הוי אנן סהדי משא"כ אמתלא דהכי אלימא דהוי בגדר אנן סהדי אף שעומדת בדיבורה א"י לאסור עצמה על בעלה כי הודאתה לאו הודאה היא ומובן היטב עפ"י הנ"ל ולענ"ד זהו כוונת תוס' ור"אש: ה והנה המעיין היטב בלשון הר"ן זלה"ה יראה שהבין החשש במתני' שאין הכוונה שהוא בגדר רוב כמ"ש תוס' ומכ"ש בגדר אנן סהדי שמשקרת ונותנה עיניה באחר וכמ"ש הר"ן בסופו וז"ל דאיכא למיחש לשמא תהא נותנת עיניה באחר כו' ותו אי הר"ן הי' סובר בזה כתוס' ור"אש לא הי' מתחיל להקשות וכי איסור שבה להיכן הלך כי ליכא איסור כלל כיון דהוא מטעם הודאה ומה דמועיל הודאה הוא מטעם הוכחה שאומר אמת כיון שהוא חוב לעצמו וכיון דאמרינן דודאי נתנה עיניה באחר לא הוי הודאה לחוב כלל ול"מ הודאה כנ"ל ונראה דהר"ן הי' מדייק בלשון המתני' דאיתא חזרו לומר שלא תהא אשה עיניה נותנת באחר דלפי דברי תוס' ור"אש ומכ"ש למוהרי"ט לא יצדק הלשון שלא תהי' דלשיטתם הי' שינוי בין זמן משנה ראשונה לבין זמן משכה אחרונה דבזמן מ"ר לא היו הנשים נותנות עיניהן באחר ובזמן משנה אחרונה היו נותנות עיניהן באחר הוי לי' להזכיר כן בפירוש כי בכל מקום הנזכר בש"ס משנה ראשונה ומשנה אחרונה והי' שינוי בין הזמני' איתא כן כדאי' במס' יבמות דף ל"ט ע"ב ובכורות דף י"ג ע"ב בראשונה שהי' מתכוונים לשם מצוה מצות יבום קודם ועכשיו שאין מתכוונים לשם מצוה אמרו מצות חליצה קודם וכן הוא בכמה דוכתי אלא ודאי דלא נתקלקלו הדורות רק שמשנה ראשונה ומשנה אחרונה נחלקו בדין אי ראוי להחמיר משום חשש שלא תהי' אשה עיניה נותנת באחר, או לא באופן שבין למ"ר ובין למ"א לא הי' בגדר רוב רק דהוא ספק השקול דאל"כ הו"ל לומר כיון שראו שנשים נותנות עיניהן באחר חזרו לומר שאינה נאמנת, והיינו דדייק הר"ן בלשונו הקדוש בקו' וכי משום שלא תהא נותנת עיניה באחר יתירוהו, ר"ל כיון שעכשיו אין לנו בירור שאותו אשה עיניה נתנה באחר, דאי הוי אמדינן שראו חכמים שרוב נשים נותנות עיניהן באחר כמ"ש תוס' שרוב האומרות כן משקרות א"כ היא ודאי בכלל רוב לא הי' קשה מידי כי ליכא איסור כלל דלא הוי הודאה לאיסור רק מלשון מתני' משמע שאינו ודאי שנותנה עיניה באחר שפיר הקשה וכי משום שלא תהא נותנת עיניה באחר יתירהו איסור, ולפ"ז יש לומר דהוי קשה להר"ן על לשון ר' נחמן דאמר בלשון חותך בעובדא קמייתא עיניה נותנה באחר ולית ממשא במילה וכן אמר בעובדא שני' לא תשגיחון בה נותנת עיניה באחר הואי, הו"ל לומר בלשון ספק דלמא נותנת עיניה באחר, היאך ידע שבודאי נתנה עיניה באחר, ותו קשה למה כפל במלות שונות עיניה כו' ולית ממשא כו' וכ"כ בעובדא ב' לא תשגיחון בה

נותנת כו' דהוא אריכות דברים, לכן הבין הר"ן דבודאי היכי דיש לבית דין הוכחה באשה זו שאנו דנין עליה שנותנת עיניה באחר כגון שהי' לה קטטה עם בעלה וכיו"ב ועכשיו אמרה טמאה אני לך, אפי' אשת כהן שאמרה נאנסתי לנתין או לכותי שפוסלים אשה בביאתם אף כשזינתה בפניו, מ"מ מותרת לבעלה דבכה"ג אין אנו צריכין לומר הטעם משום אפקעינהו רבנן לקדושין דבלא"ה לא הוי הודאה כלל כיון דשוי' נפשי' חתיכה דאיסורא הוא מטעם הודאה לחוב וכשיש לנו הוכחה באשה שנותנת עיניה באחר לא הוי הודאה כלל דבודאי משקרת עכשיו והא לתוס' אפי' כשאין רגלים לדבר באשה זו שאומרת עכשיו טמאה אני נותנת עיניה באחר רק כיון שרוב נשים נותנות עיניהן באחר אמרינן שהיא בכלל רוב מכ"ש כשיש לנו הוכחה מאשה זו וכבר כתבנו שגם הר"ן מודה לסברת תוס' אם הי' באמת רוב נשים שנותנות עיניהן באחר לא הוי הודאה כלל ולא נאסרה כיון שעיקר טעמא דאמרינן שווי' נעשי' ח"דא משום שאדם נאמן ע"ע לחובתו, והיכי שנותנת עיניה באחר הוי הודאה לזכותה ומסתמא היא בכלל דוב רק הר"ן דייק מלשון מתני' שבע"כ בזמן משנה אחרונה לא נתקלקל הדור כל כך כנ"ל, אבל אם באמת יתקלקל הדור כל כך, ומכ"ש כשיש לנו הוכחה באשה זו דלא שווי' נפשה ח"דא דלא הוי הודאה כלל, ואפי' באמרה נאנסתי לנתין וכותי א"נ דאין אנו צריכין בכה"ג לטעם דאפקעינהו רבנן לקדושין מיני' ולפ"ז לק"מ קושי' עצי ארזים הנ"ל דבהני עובדא דר' נחמן י"ל בזמנו שהי' אחר חכמי משנה נתקלקל הדור יותר שרוב האומדות כן הי' נותנות עיניהן באחר ומן הסתם היא בכלל רוב או שהי' לו הוכחה מאשה זו שכבר נתנה עיניה באחר שהי' לה קטט עם בעלה מקודם לכן, וא"כ א"ש דר' נחמן עצמו מברר הטעם, עיניה נתנה באחר ר"ל אשה זו כבר נתנה עיניה באחר ולית בה ממשא במילה, ר"ל דלא הוי הודאה כלל ולא שייך שווי' נפשה ח"דא שהוא מטעם הודאה ולכן אף דאמרה נאנסתי לכותי א"נ וכן אמר בעובדא שני' לא תשגיחון בה ר"ל בדבריה שאומרת עכשיו והטעם נותנת עיניה באחר הואי ר"ל אשה זו כבר נתנה עיניה באחר כי הי' לה קטט עם בעלה לכן לא הוי הודאה כלל לאסור ע"ע ולא שייך שווי' נפשה ח"דא אף כשאמרה נאנסתי לכותי דלא שייך הטעם דאפקעינהו רבנן לקדושין, והמעיין היטב בלשון הש"ס ובלשון הר"ן יראה שדברינו קרובים לאמת, ובזה מיושב מה שיש לדקדק קצת על ר' נחמן שהורה לאיסור דלמא דוקא במתני' שבאה במכוין לב"ד לאסור עצמה על בעלה יש לחוש שנתנה עיניה באחר משא"כ בעובדא הנ"ל דנתפסת מתוך דבריה דהיא סבורה שהי' בעלה רק דיש לחוש דערומי קא מערימה כעין שכתבו בש"ות אחרונים להשיג על ש"ות חוות יאיר סימן ע"ב שכתב באומרת דרך וידוי נאמנת דלא חיישינן שמא נתנה

עיניה באחר והשיגו דיש לחוש דלמא ערומי קא מערימה, מ"מ לא הי' לר' נחמן ראי' ממתני' ומנלן להתיר אשה בסברא בעלמא ועכ"פ הי' לומר שראוי לחוש לצאת ידי שמים ולגרשה ולמה אמר בלשון חותך וברור ובהנ"ל א"ש שהי' רגלים לדבר באשה זו שדרכה בכך כנלענ"ד להצדיק את הצדיק דמעיקרא רבינו הגדול הר"ן זצ"ל:

פרט ב

יבואר למשנה אחרונה שא"נ אם צריך החבר לחוש לצאת ידי שמים ולגרשה כי אולי אומרת אמת ויבואר ביאור דברי ירושלמי שם:

ו בתלמוד ירושלמי במס' נדרים עלה דמתני' הנ"ל איתא בז"הל הא לא הביאה ראי' לדבריה פשיטא שהיא מותרת לביתה פירש בקרבן העדה דסד"א אם אינה מביאה ראי' לדבריה לביתה מיהו איסורא קמ"ל דאפי' לביתה מותרת דמדינא אינה נאמנת להפקיע עצמה מבעלה שמשועבדת לו ומשום דכיסופא לה מילתא האמינהו והשתא אוקי אדינא ומותרת לביתה אם לא הביאה ראי' לדבריה יע"ש אמר ר' אילא לא מסתברא אם הי' חבר יחוש לעצמו ואם הי' כהן שהוא אסורה ליכול בתרומה ופירש בס' הנ"ל לא מסתברא בתמי' וכי לא מסתבר לומר שאם הי' בעלה חבר שיחמיר על עצמו אע"פי שלא הביאה ראי' ואם הי' בעלה כהן שאסורה לאכול בתרומה דשווי' אנפשה ח"דא יע"ש אתי עובדא קומי ר' חנינא חברין דרבנן והתירה ליכול בתרומה פירש שם שמעשה בא לפני ר' חנינא באשת כהן שאמרה טמאה אני והתירה ליכל בתרומה כיון דבעלה חייב במזונתיה לאו כל כמיני' לאסור עצמה בתרומה יע"ש. ויש לדקדק לפי פי' קרבן העדה כמה קו', א', מאי קאמר פשיטא כו' דסד"א שיהי' אסורה לביתה קשה א"כ לענין מאי איתא במשנה אחרונה תביא ראי' לדבריה ובדוחק יש לומר כוונתו דסד"א החילוק שבין משנה ראשונה למשנה אחרונה למשנה ראשונה כופין אותו לגרשה ולמשנה אחרונה אין כופין לגרשה אבל אסורה לכן קמ"ל שמותרת והמעיין במס' קדושין במרדכי בפרק האומר סימן תק"ל יראה שיש מקום לומר כן שכתב שם וז"ל כמדומה לי ששמעתי מרבותי מפורשים האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדבריה ואינה אסורה עליו וא"כ כופין אותה ומשמשתו כמורדת יע"ש משמע שהי' מקום לומר שאסורה רק שאין כופין אותו לגרשה כי הוא יכול לומר שאינה מאמינה וגם אין כופין אותה כיון ששוי' נפשה חתיכה דאיסורא לכן הוצרך לומר שמותרת לביתה ואולם לפי דברינו יתיישב הלשון היטב ברווחא:

ב', מה שפי' בדברי ר' אילא מה שאמר לא מסתבר הוא בלשון בתמי' דוחק בפירוש הלשון כמובן:

ג' קשה לפי פירושו למה השמיטו הרי"ף ורמב"ם וטוש"ע האי דינא שאם הי' חבר יחוש לעצמו בפרט הרמב"ם שדרכו להביא כל הדינים דאי' בירושלמי, ועוד יובן מה שיהי' מיושב המשך הלשון לפי דברינו שנכתוב בס"ד, ונלענ"ד לפרש פירוש אחר בדרך פלפול להגדיל תורה ולהאדירה, דהנה אי' בש"ע בסי' קי"ט ס"א דאסור לגרש אשתו ראשונה אלא א"כ מצא בה ערות או דבר, וכתב הב"ש בס"ק ב' שאם לא מצא בה לא ערוה ולא דבר כייפינן שאל יגרש שלא יעבור על התורה דכתיב כי מצא בה עדות דבר ובדעת הטור כתב דמשמע דסובר דב"ש וב"ה דסוף גיטין לא פליגי רק בזיוג שני בכה"ג סוברים ב"ה דמותר לגרש משום דבר אבל בזיוג ראשון מודים ב"ה דאסור לגרשה משום דבר וקרא ערות דבר אייריי בזיוג שני אז מותר לגרשה משום ערוה או משום דבר לפי זה מוטל על הב"ד לכופו לכתחילה שאל יגרש אשתו ראשונה משום דבר יע"ש א"כ לדעת הטור אפילו בזיוג שני סוברים ב"ה דאסור לגרשה רק כשפשעה כנגדו או משום ערוה או משום דבר והיינו שיש עדים על ערוה או על דבר, ויש להסתפק היכי דאמרה טמאה אני לך למשנה אחרונה דאינה נאמנת ומותרת לו אי הבעל רוצה לגרשה אי חל עליו האיסור דאל יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערוה או דבר כיון שאינה נאמנת שהי' בה ערוה וליכא עדים והספק הוא לשיטת הפוסקים בזיוג ראשון ולטור אפילו בזיוג שני מי נימא כיון דמדינא אינה נאמנת לומר טמאה אני לך א"כ לא מצא בה ערוה דהא בעינן עדים על ערוה וכיון שהיא אינה נאמנת לא מצא בה ערוה וכיון שאין לו עדים על דבר שפשעה כנגדו אסור לגרשה למר כדאית לי' ולמר כדאית לי ולכאורה אין כאן מקום ספק כיון דהיא מרוצה לקבל גט דהא אומרת טמאה אני לך מותר לגרשה כדאי' בהגהות רמ"א שם בסימן קי"ט על מ"ש המחבר שם כנ"ל כתב וז"ל אבל בלא"ה אמרינן כל המגרש אשתו ראשונה כו' ודוקא בימיהם שהי' מגרשין בע"כ אבל אם גירשה מדעתה מותר עכ"ל וא"כ ה"ה כיון דהוי מדעתה מותר לגרשה, ואולם אחר העיון הספק במקומו עומד דהנה המעיין בחלקת מחוקק שם סע"ק ב' יראה שהבין שאפילו לא פשעה נגדו דהיינו פלא מצא דבר מותר מדעתה וכ"כ להדי' בספר פני יהושע בחידושיו לגיטין דף צ' ע"א במתני' ולולי דבריהם זלה"ה יש לדון בדבר, דהנה מקור הדין נובע מאגודה כמ"ש הבית יוסף וז"ל כתב באגודה בגיטין דף צ' בש"א לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר ובה"א אפי' הקדיחתו תבשילו והיכי דלא מצא בה לא ערוה ולא דבר לא יגרש יושבת תחתיו ומשמשתו ובלבו לגרשה עובר על לא תחרוש כו' כשם שדיעות במאכל כך דיעות בנשים כו' רוחצת במקום שבני אדם רוחצים ואינו חוששת מצוה לגרש כל המגרש אשתו ראשונה מזבח מוריד עליו דמעות נראה דהיינו בימיהם שמגרש בע"כ

עכ"ל הרי שכתב דין זה על כל המגרש כו' ולא כתב כן על גוף המתני' והפסיק בין הפרקים בדינים אחרים וגם הב"י ורמ"א לא כתבו כן רק על דין דר' אליעזר דאמר כל המגרש כו' לכן נראה ב"ש וב"ה דפליגי בקרא פליגי בכל גווני אפילו כשנותן גט מדעתה גזירות הכתוב הוא שבעינן ערות דבר ואין לנו לדרוש טעם דקרא דהא קיי"ל כר' יהודא במס' ב"מ דף קי"ח דלא דרשינן טעמא דקרא היכי שעל ידי הטעם יצמיח דין חדש והכא על ידי טעם זה יצמיח דין חדש כי נימא שקרא לא הזהיר מלגרש בלא ערות דבר כי אם בעל כרחה אבל מדעתה מותר וקרא סתמא כתיב בלשון הכולל (ועיין בתוס' במס' סוטה דף י"ד ע"א ד"ה כדי ובמס' גיטין דף מ"ט ע"ב ד"ה ור' שמעון ודוק) רק לענין דינא דר' אלעזר דאמר כל המגרש מזבח כו' שכתבו הב"ח וב"ש ס"ק ב' אע"ג דמותר לגרשה משום דבר מ"מ כיון שמזבח מוריד עליו דמעות אין ראוי למהר, א"כ אפילו כשיש דבר אין למהר לגרשה ע"ז כתבו אגודה וב"י ורמ"א היכי שמגרשה מדעתה כיון שבאמת מצא עליה דבר והיא מרוצה לגרשה לא חיישינן לזה שמזבח מוריד דמעות דעיקר הטעם כיון שהיא אשת נעורים אין ראוי לבגוד בה כמו שמביא שם קרא ואמרתם וגו' ובין אשת נעוריך אשר בגדת בה וגו' וכשהוא בעל כרחה בוגד בה משא"כ כשהיא מרוצה מרצונה הטוב אינו בוגד בה ובכה"ג היכי דמפורש הטעם להדי' בקרא דרשינן אבל היכי שלא פשעה כנגדו דאתי' מקרא הנכתב בתורה כי מצא בה ערות דבר דסתמא כתיב אין לדרוש טעמא דקרא לדידן דלא קיי"ל כר' שמעון ואפי' מדעתה היכי שאין לו עדים שמצא בה דבר אסור לגרשה כן נלענ"ד וא"כ הספק הנ"ל במקומו עומד, ולכאורה אפשר לומד לטעם שכתב הר"ן שם בשם אחרים דלא מצית להפקיע שעבודא דבעל והיכי שבעל מוחל השעבוד ממילא קם הנאמנות שלה דהוא כעדים דשווי' נפשה חתיכה דאיסורא הוא מטעם נאמנות שאדם נאמן ע"ע לחובתו כעדים וא"כ מצא בה ערוה וכמו בממון היכי שמודה לבע"ד שכנגדו דמהני וה"ה היכי שהבעל מוחל השעבוד אף שאינו מאמין לה הוי מחילה וממילא נאמנת כאילו הי' עדים על דבר ערוה כמו שבררתי בכלל שווי' נפשי' ח"דא שהוא מטעם הודאת בע"ד כמאה עדים לשיטת הדבה פוסקים, אבל זה אינו דדוקא למשנה ראשונה דלא חיישינן שנתנה עיניה באחר הוי הודאתה כיון שמודה לחובתה כמאה עדים שכן הוא כלל בכל מקום היכי דהודה לחובתו הוי כעדים משא"כ למשנה אחרונה דאמרינן שעיניה נתנה באחר הוי הודאתה לזכותה לא הוי כעדים וכיון שאין הבעל מאמין לה רק שמוחל השעבוד ע"ז נשאר הספק איך יכול למחול השעבוד שלה ולגרשה כיון דאמרינן דעיניה נתנה באחר לא מצא בה ערוה ואיכא איסור דאורייתא כמ"ש ב"ש שם סק"ב ומשנה למלך בפ"י מגירושין הלכה כ"א:

ז ואולם נראה לפמ"ש שם סק"ב לרש"י פליגי ב"ש וב"ה בזיוג ראשון וסוברים ב"ה אפי' בזיוג ראשון מותר לגרשה משום דבר אבל שנוי הוא למקום ואפשר אף לדעת הטור פליגי בזיוג ראשון ולב"ה מותר לגרש זיוג ראשון משום דבר אלא הואיל ומזבח מוריד עליו דמעות ראוי שלא יגרש משום דבר אבל אם רצה לגרש לא כייפינן לי' יע"ש א"כ הכא מותר לגרשה אפילו למשנה אחרונה גם בזיוג ראשון כיון דמשום דבר אפילו הקדיחתו תבשילו יכול לגרשה כיון שפשעה כנגדו והכא אי נימא ע"י שאמרה טמאה אני לך אסורה לאכול בתרומה כפי כוונה פשוטית וכיון שתרומה הוא בזול יותר מחולין וחיוב מזונות הוא על הבעל בזה גופא פשעה נגדו והוי כאילו מצא בה דבר כי אין לך עדים ברורים כמו בנ"ד דאנן סהדי שמצא בה ערוה או דבר דבממ"נ אם אומרת שזינתה מצא בה ערוה ואם אומרת שקר ומותרת בתרומה ועל כל זה אסרה עצמה פשעה כנגדו ולא גרע מפשיעה דהקדיחתו תבשילו אבל אי נימא שמותרת לאכול בתרומה א"כ לא פשעה נגדו אזי אסור לגרש זיוג ראשון למשנה אחרונה, וא"כ לפ"ז הי' מקום לפרש כוונת ירושלמי דספק הנ"ל הי' מסופקים חכמי התלמוד בכוונת משנה אחרונה אי הכוונה רק שמותרת לביתה והיינו שאין יכולה לכוף לבעל לגרשה אבל אם רוצה לצאת ידי שמים יכול לגרשה ואין לו עון אפילו בזיוג ראשון או שאין יכול לגרשה, וגם היו מסופקים אי הכוונה שמותרת לביתה אבל אסורה בתרומה או דלגמרי מותרת לכן כללו במחק לשונם הקדום שני דברים יחד כנודע דרך ירושלמי למינקט לשון קצר מאד הכולל הרבה, וז"ש הא לא הביאה ראי' לדבריה פשיטא שהיא מותרת לביתה ר"ל זהו פשוט לביתה דוקא ולתרומה יש להסתפק וגם דייקו בתיבת מותרת אבל איכא ספק אם רשאי לגרשה ואין בו עון או שאסור לגרשה משום איסור לא יגרש כו' כנ"ל והוא אבעי' דלמא רק מותרת אבל יכול לצאת ידי שמים לגרשה או שמחויב לדור עמה כדרך איש עם אשתו שאז הי' שייך לשון חיוב שמחויב לנהוג עמה כדרך איש עם אשתו שלא ימנע ממנה שכ"ו ולכן אמר פשיטא ממתני' רק שהיא מותרת אבל ע"ז יש ספק לדינא, ועל זה אמר ר' אילא לא מסתברא שאם הי' חבר יחוש ואם הי' כהן אסורה לאכול בתרומה ר"ל תשובה על ספק שלו, והפירוש כפשוטו ואינו בלשון בתמי' רק שר"ל לא מסתבר לומר שאם הי' חבר יחוש והיא תהי' אסורה לאכול בתרומה כי באמת אין צריך לחוש לגרשה וגם מותרת בתרומה ומה שאמר אח"כ אתי עובדא קומי ר' חנינא והתירה ליכול בתרומה הוא הכל המשך אחד ונמשך למעלה והוא מדברי ר' אילא שמביא ראי' לדבריו שכן הורה ר' חנינא וז"ש אתי עובדא קומי ר"ח והתירה ליכול בתרומה וכיון שמותרת בתרומה לא מצא בה דבר כי לא פשעה נגדו ממילא אסור לגרשה בזיוג ראשון ומחמת מגירושין תלי'

באכילת תרומה שאם אסורה בתרומה מותר לגרשה בזיוג ראשון לכן כלל שני דברים ביחד באופן שהכל הוא המשך אחת מדברי ר' אילא ואינו מחולק כלל עם ר' חנינא ודלא כבעל קרבן העדה:

ח אמנם לפי דברינו קשה אף שמותרת לאכול בתרומה ג"כ ראוי לומר שמותר לגרשה אפילו בזיוג ראשון כיון דחזינן שהתורה אמרה אפילו קפידא כל דהוא שהקניטתו בהקדחת תבשילו מותר לגרשה מכ"ש הכא שאומרת טמאה אני ולפי טעמא דמשנה אחרונה דחיישינן שעיניה נתנה באחר אין לך הקנטה גדולה מזו שאשה תעיז פניה לומר כן בפני בית דין ותתן עיניה באחר וא"כ בממ"נ מותר לגרשה אם אומרת אמת מצא בה ערוה ואם אומרת שקר ונתנה עיניה באחר מצא בה דבר כי פשעה נגדו וב"ד עדים על זה שמצא בה ערוה או דבר וא"כ לכאורה אין כאן מקום ספק ונסתר פי' הנ"ל בירושלמי ואולם אכתי יש לקיים דברינו לפי' בית שמואל בשיטת הטור באופן ראשון דב"ש וב"ה פליגי בזיוג שני בזה סוברים ב"ה דמותר לגרשה משום דבר אבל בזיוג ראשון מודו ב"ה דאסור לגרשה משום דבר ומוטל על בית דין לכופו לכתחילה שאל יגרש אשתו ראשונה משום דבר א"כ יש להסתפק בזיוג ראשון למשנה אחרונה דאמרינן דעיניה נתנה באחר אם יכול לגרשה כיון דבעינן עדים שמצא בה ערות והיא אינה נאמנת ונראה למיפשט ספק זה ממ"ש תוס' במס' סוטה דף ג' ע"א בד"ה ר' ישמעאל בשם ירושלמי וז"ל אתי' דר' אלעזר כב"ש דב"ש אומרים לא יגרש אדם אא"כ מצא בה ערות דבר מצא בה דברים מכוערים לגרשה אין יכול שלא מצא בה ערוה לקיימה אינה יכול שמצא בה דברים מכוערים לפום כן היא אמרת חובה והא תני' משום ב"ש אין לי אלא היוצאת משום ערוה מניין היוצאת משום ראשה פרועה וצדדים מפורמין וזרעותיה חלוצת ת"ל כי מצא בה ערות דבר אמר ר' מנא כאן בעדים וכאן שלא בעדים עכ"ל וא"כ שיש לו עדים על דבר מכוער יכול לגרשה משום ערוה אף דלא הוי ודאי ערוה כיון שלא ברור שזינתה רק שכיון שיש חשש שזינתה מותר לגרשה כי בודאי דברים מכוערים בעצמותן לא הוי ערוה וכמו דמוכח להמעיין במס' כתובת דף ע"ג ע"א בש"ס ופוסקים שם בעיקר החשש הוא שיש לחוש שזינתה או שתזנה כיון שעשתה פריצות הרי היכי דיש עדים על הפריצות ויש לחוש שמא זינתה או שמא תזנה יכול לגרשה וכמ"ש ב"ש להדי' בסימן קט"ו סק"א בעשתה דבר פריצות עיקר החשש שמא תזנה תחתיו יע"ש, וא"כ בנ"ד י"ל דתלי' בג' תירוצים של תוס' דהנה תוס' כתבו במס' נדרים שם כמ"ש בפרט א' דכיון שיש לחוש שמא עיניה נתנה באחר יש כח ביד חכמים לעקור דבריה מכל וכל בסברא גדולה כזאת משמע דלא חקרו חכמים שרוב האומרות כן משקרות ונותנות עיניהן באחר

והאשה הלז הוא בכללן רק שחשו שמא עיניה נתנה באחר וכן מורה לשון הר"ן שם בתירץ ראשון שכתב דגדר גדול גדרו בדבר שלא תתן עיניה באחר להפקיע עצמה מיד בעלה, והיינו אם תהי' נאמנת אזי יתפרצו לומר כן אבל לא ברור שרוב האומרות כן משקרות ואולם התוס' ור"אש ביבמות דף כ"ה כתבו שראו חכמים שנתקלקלו הנשים ליתן עיניהם באחר ורוב האומרות כן משקרות לכן כראה להם להתירן וא"כ בכל אשה האומרות כן אמרינן שהיא בכלל רוב המשקרות דבכל מקום אזלינן בתר רובא, ויש הפרש גדול בין הטעמים לתירץ תוס' בנדרים הוא רק חשש בעלמא וכן מורה לשון הר"ן שכתב מני חזו רבנן בתראי דאיכא למיחש לשמא תהי' נותנת עיניה באחר אוקמי אדינא ומשמע דאדרבה ראוי לומר מחמת שכסיפא לה מילתא לומר כן בודאי אומרת אמת רק כיון שמדינא אינה נאמנת להפקיע שעבודא דבעל אף שיט הוכחה דכיסופא ותקנת חכמים הי' במשנה ראשונה להאמינה כמו שמורה לשון הר"ן ובמשנה אחרונה שראו שיש לחוש שמא עיניה נתנה באחר אוקמא אדינא, ולתי' תוס' ור"אש ביבמות אמרינן שבודאי אומרת שקר וא"כ נראה לתוס' בנדרים ור"ן שם דהדעת מכרעת שאומרת אמת יכול לגרשה דהוי כאילו הי' עדים שראו בה דבר מכוער דמותר לגרשה משום ערוה שמא תזנה ה"ה אנן סהדי כשאומרת טמאה אני לך שאומרת אמת ויותר נוטה שהאמת אתה והוא רק ספק דלמא נתנה עיניה באחר ומשום ספק התירוה חכמים מטעמים הנ"ל שפיר יכול לגרשה אפילו בזיוג ראשון משום ערוה דאנן סהדי הוי בכל מקום כאילו הוי עדים דהא ילפינן דבר דבר מממון ואנן סהדי מהני להוציא ממון וה"ה הוכחה הנ"ל הוי כאנן סהדי משא"כ לתוס' ור"אש ביבמות דרוב האומרות כן משקרות והיא מן הסתם בכלל רובא אין יכול לגרשה בזיוג ראשון כיון שאין לו ראי' שמצא בה ערוה דהודאתה לא מהני למשנה אחרונה:

ט ומעתה נבוא לכוונת ירושלמי ואומר הפי' בירושלמי כמש"ל שהי' מסופק למשנה אחרונה אם מותר לגרשה בזיוג ראשון כיון שלא מצא בה ערוה רק דבר וכשיטת הטור הנ"ל וע"ז פשיט ר' אילא היטב ואומר שתלי' בזה אי נימא שמותרת בתרומה אף שאפשר בחולין ולא יהי' לעז כמ"ש הר"ן בע"כ דליכא איסור כלל משום דחכמים חקרו שרוב האומרות כן משקרות ממילא אסור לגרשה דהא לא מצא בה ערוה אבל אי נימא שאסורה בתרומה יש לצדד לכאן ולכאן דיש לומר כיון שאסרוה בתרומה מוכח שחשו חכמים לחשש איסור אולי אומרת אמת ומותר לגרשה ויש לומר משום דאפשר בחולין אסרוה חכמים אבל לא רצו להתיר איסור דאורייתא דאסור לגרש כי אם מצא בה ערוה וע"ז אמר ר' אילא לא מסתברא שאם הי' חבר יחוש ואם הי' כהן אסורה למיכל בתרומה כו'

מעשה כו' והתירוה ר' חנינא למיכל בתרומה כנ"ל שהכל הוא המשך אחד כמו שכתבתי לעיל וכיון שמותרת אפילו בתרומה אף שאפשר בחולין מוכח שהטעם במשנה אחרונה משום דרוב האומרות כן משקרות ממילא אסור לגרשה בזיוג ראשון כיון שלא מצא בה ערוה לכן א"צ החבר לחוש לעצמו וא"ש ויש ראי' לטור בסימן קי"ט וכפי' א' של הב"ש, מיהו שוב ראיתי דאינו מוכרח דיש לפרש פי' הלז בירושלמי אף לפירוש ב' שפי' ב"ש בכוונת הטור וכן סובר רש"י דכיון דעכ"פ שנוי הוא למקום לגרש זיוג ראשון משום דבר וא"כ הכא אף שמצא בה דבר כי פשעה כנגדו כמש"ל בממ"נ אם אומרת אמת מצא בה ערוה אי אמרה שקר ונתנה עיניה באחר זהו גופא הוי פשיעה שנתנה עיניה באחר ורצתה לכופו לגרשה וגרע מהקדיחתו יחתו תבשילו מ"מ כיון שאין ראוי לגרשה משום דבר בזיוג ראשון כיון שמזבח מוריד עליו דמעות רק משום ערוה מצוה לגרשה שפיר שייל ונסתפק אם ראוי לחוש לעצמו והשיב ר' אילא כנ"ל ואין זה דוחק לומר שאיירי בזיוג ראשון כנודע לבקי בירושלמי שדרכו לקצר מאד, ולפ"ז יש ליישב לכן השמיטו הפוסקים הדין שאם הי' חבר יחוש לעצמו כי לפי פירושינו באמת אי' בירושלמי להיפך ולכן סתמו הפוסקים ואפילו בחבר מותרת ואין לומר הא אי' בירושלמי שתלי' אי מותרת בתרומה ובתלמוד בבלי אי' שאסורה בתרומה וכן קיי"ל דז"א כמש"ל שצד זה לא מוכרח מאף דאינה אוכלת בתרומה משום דאפשר בחולין מ"מ משום חשש זה אין להתירו לעבור על איסור דאורייתא כי מצא בה ערות דבר כמ"ש ב"ש ומשנה למלך שהוא איסור ולא עצה טובה ובעינן עדים, ואולם אכתי י"לד על הפוסקים דהוי להו לבאר בזיווג שני אם הוא חבר יחוש לעצמו, ועוד הי' מקום לומר אפי' לפירוש קרבן עדה שירושלמי סובר שאם הי' חבר יחוש לעצמו יש לומר דסובר כמ"ש מוהר"ם לובלין וסיעתו הובא במשנה למלך בפ"י מהלכות גירושין הלכה כ"א שהאי דלא יגרש אא"כ מצא בה ערות דבר הוא רק עצה טובה אבל לפי מה שהוכיח שם מבבלי בגיטין דף צ' ע"א ומה שאמר רב פפא לאביי שם מוכח שהוא איסור דאורייתא גם חבר לא יחוש לעצמו בזיוג ראשון אך גם לפי זה קשה על פוסקים דעכ"פ הו"ל לבאר בזיוג שני שראוי לחבר לחוש לעצמו הגם שבגוף דברי ירושלמי יש לפרש כדברינו מ"מ הדקדוק על הפוסקים שהשמיטו לא מיושב כל כך. ועוד עלה בדעתי לומר בכוונת הירושלמי לפי פירושינו לכן מדמה לתרומה דס"ל כמו שסובר ר' ששת בבבלי שאוכלת בתרומה משום שלא יוציא לעז על בנים מה"ט ראוי שלא יחוש לעצמו שאם יגרשנה יהי' הוצאת לעז על הבנים וכיו"ב איתא ביבמות דף כ"ד ע"ב בעידי כיעור וקלא פסיק שאין מוציאין מבעלה ביש לה בנים משום הוצאת לעז ואף דהתם הוא בעל כרחו מ"מ יש לומר הכא כיון שאין לנו חשש ברור ראוי לחוש על הוצאת

לעז ואף מדעתו לא יגרשנה כי חששו חז"ל על הוצאת לעז לתקנת הבנים, ואפילו רבא מודה כי בתרומה ליכא לעז שאמרו תרומה הוא דלית לה כמ"ש הר"ן משא"כ בכה"ג ומכ"ש לרב ששת ומה"ט אין חילוק בין זיוג ראשון לזיוג שני, וא"כ א"ש שר' אילא קאמר שאין צריך לחוש לעצמו על דרך שפירשתי למעלה והראי' כיון שהתיר ר' חנינא לאכול בתרומה משום שלא להוציא לעז על בנים מכ"ש שאין צריך לחוש לעצמו ומ"ש לא מסתברא אינו בלשון תמי' רק בניחותא כנ"ל ולכן השמיטו כי אפילו בזיוג שני אין צריך לחוש לעצמו ביש לו בנים ומה שלא ביארו באין לו בנים שראוי לחוש לעצמו יש ליישב בשיטת רמב"ם זלה"ה ברוב פעמים מה דאתי מדיוקא ואינו מפורש להדי' בבבלי וביר‌ושלמי השמיטו כנלענ"ד, מיהו כל זה הוא להגדיל תורה ולקושטא דמילתא ראיתי בהגהות מרדכי ביבמות בפ"ב סימן ק"א ובמרדכי קדושין בפ' האומר סי' תק"ל שהבינו הפי' בירושלמי כמ"ש קרבן העדה, ומה שהשמיטו שאר פוסקים כתבתי לעיל בכלל ה' פרט ח' ישוב נכון לזה דוק ותשכח כדברי:

פרט ג

יבואר ביאור משנה אחרונה וקצת פלפול אי תקנו תקנה אף במילתא דלא שכיח:

י יש לחקור בהך דינא דמשנה אחרונה הנ"ל ומקודם נברר מחלוקת אחרונים זלה"ה בהא דאי' בש"ס בכמה דוכתי בגזירות חכמים במילתא דלא שכיח לא גזרו בו רבנן אי שייך גם בתקנת חכמים לומר במילתא דלא שכיח לא תיקנו חכמים ומבואר במשנה למלך בפרק ד' ממלוה ולוה הלכה י"ג מחלוקת בזה דעת רד"ך ומוהרא"י סימן רכ"ב דוקא בגדרים וסייגים די לנו במה שהחמירו וגדרו במילתא דשכיח אבל בלא שכיח לא גזרו דליכא למיטעי משום אקראי בעלמא אבל כשאין הענין משום גדר אלא מילתא באפי נפשי' שרצו לזכות את ישראל פשיטא שעל כל צד זכיה ותועלת תיקנו אבל דעת מוהר"י טיטצאק הובא בספר שארית יהודה סי' כ"ה דאף בתקנות איכא למימר מילתא דשכיח תיקנו ומילתא דלא שכיח לא תיקנו ולפ"ז יש לעיין בהך דינא דמשנה אחרונה דהנה רש"י ביבמות ור"ן בנדרים פירשו בז"ה שלא תהא אשה עיניה נותנת באחר ומקלקלת עצמה על בעלה דשמא תלך למקום שאין מכירין בה ובנדרה ותנשא יע"ש וא"כ האי חששא דשמא עיניה נותנת באחר דשייך בטמאה אני לך הוא תקנה לזכות הבעל נראה לכאורה לרד"ך תיקנו אף בלא שכיח, אבל בנטולה אני מן היהודים דחשש הוא שמא תלך למקום שאין מכורין בה ובנדרה ותנשא שהוא רק גדר לא גזרו במילתא דלא שכיח, ואולם כבר הוכיחו מתשובת מוהריב"ל חלק א' סימן ע"ו ותשובת חכם צבי סימן ס"א מסוגי' דבבא מציעא דף מ"ט דאפילו בתקנה אמרינן במילתא דלא שכיחא לא תקנו רבנן

ולפ"ז לכאורה קשה על משנה אחרונה מהא דאי' בש"ע יו"ד סימן רל"ד סעיף כ"ג דעת המחבר בעל שקיים נדרי אשתו והלכה לפני שלשה הדיוטות והתירו לה מותר וכתב רמ"א וי"א דאין לחכם או שלשה הדיוטות להתיר אחר הקיום של הבעל וכתב רמ"א דהעיקר כסברא ראשונה ואנן קיי"ל במס' חולין דף ג' ובמס' גיטין דף ל"ז ע"ב דחזקה לא שביק התירא ואכל איסורא וא"כ אמאי חשו חכמים בנטולה אני מן היהודים שמא תלך למקום שאין מכירין בה ובנדרה ותנשא מה"ת תעבור עבירה דאורייתא בחנם כיון דבידה לילך לפני שלשה הדיוטות או חכם ותאמר הנדר ותתחרט על מה שאסרה א"ע על כל העולם כי אף שלא תתחרט על בעלה מ"מ יועיל חרטה על השאר ולא תעבור והוי מילתא דלא שכיחא שתעבור עבירה אשר בידה לעשות בהיתר ומה שהוא נגד חזקה הוי מילתא דלא שכיח וכמ"ש הש"ך בח"מ:

והא בררנו שלא גדרו גדר על מילתא דלא שכיח בשלמא לפוסקים דלא מהני התרה אחר הקמה דבעל שפיר חיישו חכמים במשנה אחרונה כיון דלמשנה ראשונה לא מצי הבעל להיפר כמ"ש הר"אש שם דאפילו דברים שבינו לבינה לא הוי דאפשר שיגרשנה יע"ש אולי לבעל לגודל הקפידו על מה שיכופו לגרשה יקיים הנדר כדי שלא תמצא היתר לאיסורה ולא תוכל לינשא ועל ידי זה תביא לידי קלקול שתלך למקום שאין מכירין, אבל לשיטת המחבר וסיעתו קמה ואין לומר כדאי' במס' קדושין דף ס"ג מי יימר שתמצא שלשה ז"א כדאי' בשבת דף מ"ו דשכיחי הדיוטות להתיר נדר (וכבר הרגיש המשנה למלך בפ"ד מבכורת בסתירת הסוגי' ומיישבו בס' שע"המ וכן מבואר ברשב"א ביבמות דף פ"ח דבנדרים שכיח הדיוטות) וכיון שחל הנדר דהא אין יכולה להינשא לשום אדם שבעולם יכולין להתיר, ואולם לרב אסי דסובר בנדרים דף ס"א ע"ב דאין פותחין בחרטה וביארו הר"אש והר"ן שאמר שהוא מתחרט מעצמו ואין לו פתח שיאמר אדעתא דהכי לא נדרתי יש לחוש שמא לא תהי' לה פתח ולא יכולין ב"ד להתירה ועיין במס' יבמות דכ"ה ע"ב במתני' ברש"י שכתב שלא מצא פתח לחרטה ועיין ת"הד סימן רע"ט אבל לדידן דקיי"ל כרבא בדף ס"ג דפותחין בחרטה כדאי' בסי' רכ"ח ס"ז ומ"ש רמ"א דנהגו להחמיר לעשות מן החרטה פתח הוא חומרא בעלמא וגם הא בודאי בידה לעשות עיין ש"ך סק"ג וכיון שבאמת תרצה אח"כ להינשא יהי' לה חרטה והיאך גדרו גדר במילתא דלא שכיחא, אבל באמת הא לק"מ לפי מאי דקיי"ל וכן משמעות כל הפוסקים דבעינן חרטה דמעיקרא וכ"כ הר"אש והטור שיזהר הנודר שלא יאמר שמתחרט מעיקרא אא"כ הי' ברור שהי' רוצה מלא יהי' נדר מעולם שאל"כ אין התרה התרה והוא באיסור נדר כל ימיו וא"כ יש לומר בנטולה אני מן היהודים חשו לתרווייהו שמא עיניה נתנה באחר ומקלקלתו א"ע

על בעלה כי על ידי זה שנתנה עיניה באחר הי' ניחא לה בנדר כדי שיכולה לכוף לבעל לגרשה ויהי' לה כתובה דבנטולה אני מן היהודים למשנה ראשונה מגיע לה כתובה דהוי אנוסה וא"כ הי' ניחא לה בנדר ולא יהי' לה חרטה דמעיקרא ולא יוכל החכם להתיר ואי לאו חששא דמקלקלת א"ע ותעבוד על הנדר לא הוי חיישינן שמא עיניה נתנה באחר כיון שאינה יכולה להינשא לשום אדם שבעולם ובצירוף תרווייהו חשו חכמים (ובעל יוכל להיפר אפי' בלא חרטה עיין ש"ך יו"ד סימן רכ"ח ס"ק ע"ו) אבל אי קשה הא קשה כיון דהאי איתתא לא נחשדה לעבור על איסור אשת איש דאל"כ כמו דחיישינן שתלך למקום שאין מכירין בה ובנדרה ותנשא בידה תלך למקום שאין מכירין ותאמר אשת איש הייתי וגרושה אני, שנאמנת כדאי' בכתובת דף כ"ב ע"א ואי דמתיירא שיתברר אח"כ שהי' אשת איש ותצא מ"מ למ"ד בכתובת דף כ"ג דאם משנשאת באו עדים לא תצא אפי בגרושה ומתני' דידן הוא לכ"ע ובעכצ"ל דלא חשידה בהכי וכיו"ב כ' הר"אש בנדרים דף צ"א וז"ל ועוד נ"ל טעם טוב דהילכתא כר' המנונא דאפי' למשנה אחרונה הי' תובעת שיגרשנה בעלה וחיישינן שמא נתנה עיניה באחר ותנשא לו אחר שיגרשנה בעלה אבל ודאי חזקה שלא תאמר אשה לבעלה גרשתני להפקיע עצמה בטענת שקר להיות באיסור א"א כל ימיה יע"ש ובע"כ טעמו כי באיסור חמור מחמת חומר האיסור יראה לעבור אבל על איסור נדר שהוא לאו בעלמא חשידא לעבור וא"כ לפי מאי דקיי"ל דע"א נאמן באיסורין וכל מקום שע"א נאמן ה"ה בעל דבר ואשה ממעשים בכל יום כמ"ש בכלל ע"א נאמן באיסורין ודברי ב"ש בסי' ד' ס"ק ס' תמוה ועיין בפ"י במס' קדושין דע"ב ע"ב, ואפי' באיסור לאו נאמנת האשה מטעם שכל ישראל הם בחזקת כשרות ואף נשים בכלל ובעכצ"ל מ"ש הרמב"ם בפ"ג מיבום הלכה י"א וז"ל אע"פי שאשה נאמנת לומר מת בעלי ותנשא או תתייבם אין היבמה נאמנת לומר מת יבמי שתנשא לזר הואיל והוא איסור לאו שמא יהי' קל בעינה יע"ש הובא בב"ש סימן קנ"ח סק"א היינו כיון שהיא הי' בחזקת זקוקה ליבם לא אלים כל כך החזקת כשרות של איסור לאו לדחות חזקה אבל בספק איסור היכי דליכא חזקה המתנגד קם חזקת כשרות אפי' על איסור קל ואף בבע"ד וא"כ האי חששא שמא תעבור על איסור נדר הוא מילתא דלא שכיח כיון שהוא נגד חזקת כשרות וכבר מבואר דנגד חזקה הוי מילתא דלא שכיח וחזקת כשרות הוא חזקה אלימא חזקה דאתיא מרובא דרוב ב"י כשרים וכל דפריש מרובא קפריש כמ"ש בפ"י בגיטין די"ז וא"כ הדק"ל אמאי תיקנו חכמים במשנה אחרונה הא חשש וגדר שתלך למקום שאין מכירין בה ובנדרה ותנשא לא שכיח ברוב נשים רק במיעוט ולא עשו תקנה וגדר במילתא דלא שכיח ובשלמא בטמאה אני לך י"ל כמ"ש תוס' ור"אש ביבמות דף כ"ה

דרוב האומרות כן משקרות אבל בנטולה מן היהודים, ונראה לחלק לפמ"ש הר"אש שם נחלקו משנה ראשונה עם משנה אחרונה בדין למשנה ראשונה בנטולה אני מן היהודים לא הוי דברים שבינו לבינה ואין יכול להיפר כיון דאפשר שיגרשנה ולמשנה אחרונה הוי דברים שבינו לבינה, וא"כ י"ל הא דלא גזרו או תיקנו משום מילתא דלא שכיחא היינו היכי שהי' מוכרחין לעקור דבר תורה או לעשות דבר שיש בו טורח משא"כ התקנה בנטולה מן היהודים שיפיר לחלקו יוכל לעשות בנקל וליכא הפסד ועקירה ד"ת בדבר שפיר חשו אף למילתא דלא שכיח כיון דבגוף הדין סוברים משנה אחרונה דתשמיש הוי דבר שבינו לבינה ויוכל להיפר חששו גם לחשש זה כיון דאפשר לתקן בלי עקירת דבר תורה ובנקל אף לחוש לחששא דלא שכיח חיישי ותיקנו וא"ש ולק"מ כן נלענ"ד ויש להאריך בזה הרבה ואין כאן מקומו:

כלל כג

בו יבואר דין נאמנות חיה לענין יוחסין ובו ד' פרטים:

פרט א

יבואר מקורו ואם נאמנות מן התורה או רק מדרבנן:

א גרסינן במס' קדושין דף ע"ב ת"ר נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי וזה נתין וזה ממזר פירש"י נשים שילדו בבית אחת אשת כהן ולוי ונתין וממזר וכן קיי"ל כמ"ש רי"ף ור"אש ורמב"ם בפרק ט"ו מאיסורי ביאה הלכה ל"ג ובטוש"ע א"העז סימן ד' סעיף ל"ב ויש לחקור אי הא דנאמנת חיה הוא מן התורה או מדרבנן, וראיתי שנחלקו בזה אבות העולם הר"ן כתב שם וז"ל ולאו מדינא אלא דהימנהו רבנן לפי שעל פי הרוב אי אפשר בענין אחר יע"ש והובא דבריו להלכה בבית שמואל סימן ד' ס"ק ס', ומשנה למלך שם הלכה י"א וכן כתב הטו"ז שם ס"ק כ' בפשיטות ולענ"ד הר"אש בתשובת כלל נ"ב הובא בב"י א"העז סימן קנ"ו חולק וסובר דנאמנת מן התורה דז"ל הא דמספקא לך אם האשה נאמנת על עצמה לומר אילו חדשי העיבור שילדה אחר מות בעלה כשלא שהה שלשים יום שלא תצטרך חליצה לא ידענא במה נסתפקתם למה תהי' נאמנת אפילו לאחר איתתא לא מהימנא כ"ש לעצמה להתיר יבמה לשוק ולא מצינו נאמנות לאשה אלא ההוא דעשרה יוחסין דקאמר התם שלשה נאמנים על הבכור חיה אביו ואמו והתם גופא לא אמרינן הכי אלא משום דגלי קרא יכיר יכירנו לאחרים ובשביל שהאמינה תורה לאביו ואע"פי שהוא קרוב ויחיד וטעמא שאין אחר יכול להכירו עכ"ל ומשמע להדי' מלשונו כיון שנתנה תורה נאמנות לאב ה"ה אם וחיה נאמנים מן התורה על הבכור,

והמעיין בטו"ז שם ובב"ש ס"ק ס' נראה לענין גוף הנאמנות מדמו נאמנות חיה לענין יוחסין לנאמנות חיה לענין בכור ותו דהא דבר שבערוה וממון דומים ז"לז וכמו שהתם נאמנות חיה מן התורה ה"ה לענין יוחסין נאמנות מן התורה ואף שיש חילוק לענין זמן הכירות הבכור לזמן הכירות היינו מטעם שכתבו שם, כמ"ש בפרט ב' ומיהו יש לדחות ראי' הלז מהר"אש כמבואר להמעיין, וראיתי באגודה שם שכתב וז"ל שלשה נאמנים על הבכור אילו הן חיה כו' שמעתי פוסקים מכאן שמאמינים לאדם דבר שהוא עסוק בה ולא אחר כי האי דחיה נאמנת ונפקי מיני' לחירופין וענינים הנעשים בבית הכנסת של הנשים דסמכינן אנשים להעיד עכ"ל לשונו סתום ולא נתבאר אם הוא מדאורייתא או מדרבנן ובש"ות תרומת הדשן סימן שנ"ג כתב דאחד מן הגדולים פסק דנאמנת אשה להעיד לאלמנה אילו בגדים לבשה בחיי הבעל משום דאין אנשים רגילין להסתכל בבגדי הנשים והביא ראי' מדאמרינן שלשה נאמנים על הבכור חיה וכו' יע"ש וגם לשונו סתום קצת ועיין בס' כנסת הגדולה בח"מ סימן ל"ה בהגהות בית יוסף סק"ח וי"ז, ודברי רמ"א שם בסי"ד לא הבנתי שכתב שם וז"ל אילו פסולים להעיד אפי' במקום דלא שכיחי אנשים כשרים להעיד וכל זה מדינא אבל יש אומרים דתקנת קדמונים הוא במקום שאין אנשים רגילים להיות כגון בב"הכ של נשים או בשאר דבר אקראי שאשה רגילה ולא אנשים כגון לומר שבגדים אלו לבשה פלונית והן שלה שאין אנשים רגילים לדקדק בזה נאמנת עכ"ל מבואר שהבין שאינו אפילו מדין חכמים מחכמי הש"ס זלה"ה רק מתקנת הקדמונים, והמעיין באגודה ות"הד לא משמע כן, ותו דהא משמע להדיא דמהאי טעמא נאמנת חיה לפי שאין אנשים רגילים להיות אצל לידה ואולי מחלק דוקא היכי שאי אפשר לידע בשום אופן על ידי אנשים כמו בלידה שאין דרך עדים כשרים להיות שם בכה"ג נאמנת עכ"פ מדרבנן אבל היכי שאפשר שיהיה שם עדים כשרים רק דלא שכיח לא עקרו דין תורה והוא רק תקנת קדמונים, אך לשון אגודה ותרומת הדשן לא משמע כן, ולולי דבריהם הי' נראה לומר כעין שכתב הרמב"ן בחידושיו לגיטין דף ב' ע"ב ד"ה עד אחד וז"ל ע"א נאמן באיסורין וי"מ משום דכתיב וספרה לה לעצמה וק"ל התם אתחזק איסורא כו' וניגמר מיני' דע"א נאמן באיסורין אפי' א"א אלא שאני התם מתוך שנאמנת ע"ע נאמנת נמי לבעלה אבל שאר עדות מנלן א"נ שאני התם אי אפשר שתביא עדים לפסיקת זיבתה ונדתה ולספירתה ולטבילתה לפיכך האמינה תורה ואין למדין ממנה לשאר עדיות כלל שאין דנין אפשר משאי אפשר עכ"ל וא"כ סובר רמב"ן שמה"ט האמינה תורה לאשה בנדה כיון שאי אפשר בענין אחר כמו כן י"ל מה"ט נאמנת חיה בלידה הן לענין יוחסין והן לענין בכור כיון דאי אפשר בעדים כשרים, ובירושלמי

קדושין שם הלכה ב' אי' וז"ל ר' בא בשם ר' חסדא שלשה הן שנאמנת על אתר חיה כו' חיה ותקח המילדת ותקשור על ידו שני לומר זה יצא ראשונה כו' יע"ש משמע שהוא דאורייתא ואפשר שהוא רק אסמכתא בעלמא ועיין בש"ות שב יעקב חלק א"העז סימן ג' ובא"ות סימן ל"ה ס"ק ט' העולה שלענ"ד צ"ע אי נאמנת מן התורה או רק מדרבנן ותמהני על ב"ש ומ"ל שתפסו בפשיטות שהוא רק מדרבנן:

ב והנה הב"ש בס"ק י"ז תמה על הר"ן שכתב שאינה נאמנת רק מדרבנן הא קיי"ל דבר שאין לו חזקת איסור וחזקת היתר נאמן עד אחד כמ"ש ביו"ד סי' קכ"ז וה"ה לענין יוחסין אמאי א"נ מן התורה לומר זה נתין וזה לוי וזה ממזר וכתב לתרץ וז"ל ואפשר דס"ל אשה שאני ואינה נאמנת אפילו בדבר שאין לו חזקה אלא במילתא דע"לג ואיני יודע מנ"ל עכ"ל, ולכאורה דברי ב"ש תמוהין דלא דמי להתם דהוא רק מילי דאיסורא אבל הכא לענין לפסול לבוא בקהל יש לומר שהוא בכלל לא יקום עד אחד באיש ואפילו שאינו אומר נגד חזקה ג"כ לא קם אפי' ע"א כשר כמו בממון שכתבתי בכלל ע"א בממון שרבו הסוברים שלא קם עד אחד אפילו שאין שניהם מוחזקים ותו המעיין במס' קדושין דף כ"ו ע"א ובתוס' דיו"ד שם מבואר לפסול לאשה מלינשא לכהן הוי דבר שבערוה ובעי שנים ור"ן סובר במס' גיטין דף ס"ג ע"א דאין דבר שבערוה פחות משנים אפילו בלא אתחזק איסורא (ועיין בר"ן במס' קדושין דף ס"ג ע"ב ובחולין דף צ"ו ע"א ודוק) וכיון דהר"ן בע"כ סובר משום האי טעמא שאין אנשים רגילים לידע אינה נאמנת מן התורה ולא יליף מנדה ועיקר קו' הב"ש הי' כיון דהוא ספק השקול ע"ז שפיר יש לומר כמ"ש, מיהו בלא"ה דברי הר"ן סותרים זא"ז דלעיל מיני' כתב בד"ה אבא שאול שאין האם נאמנת לפסול את בנה שהוא ממזר כתב וז"ל ואע"ג דחיה נאמנת כדאי' בגמרא שאני התם לפי שהוחזק כאן ממזר דאיירי בארבע נשים שילדו בבית אחת אשת כהן ולוי ונתין וממזר וגילוי מילתא בעלמא הוא דמגלי עכ"ל משמע דסובר דנאמנת מן התורה וכאן כתב שנאמנות חיה הוא מדרבנן לפי שאי אפשר בענין אחר ולפי דבריו הו"מ לתרץ בפשיטות דאם א"נ לפסול את בנה ולומר שהוא ממזר דשאני חיה שהמנוה רבנן לפי שעל רוב אי אפשר בענין אחר אבל הכא אוקמא אדינא שאין אשה נאמנת להעיד, ומצאתי ראיתי שכבר הרגיש בזה הפני יהושע ולכן יצא לחלוק על הב"ש וסובר בכוונת הר"ן שסובר שמן התורה נאמנת חיה כי ע"א נאמן בספק השקול רק משום מעלת יוחסין החמירו שלא להאמין עד אחד וכיון שאי אפשר בענין אחר אוקמי מל דין תורה שחיה נאמנת יע"ש ואולם לכאורה גם דבריו תמוהין דהיאך אפ"ל שמן התורה נאמן ע"א הא בדבר שבערוה אפילו בספק השקול לא קם עד אחד, ואפשר לומר לכן דק הר"ן בלשונו הקדוש וכתב

דהוי רק גילוי מילתא דדמי להא דאי' ביבמות דף ל"ט דקיי"ל דאפי' עד אחד או קרוב או אשה נאמנים לומר אחוה דמיתנא הוא כדי שיחלוץ לה אף דהוי דבר שבערוה כיון דהוא רק גילוי מילתא בעלמא וכן קיי"ל בא"העז סימן קנ"ז ס"ב ועיין ברי"ף שם, מה"ט סובר הר"ן נאמנת חיה לומר זה ממזר דהוא רק גילוי מילתא בעלמא וקם ע"א אפילו בדבר שבערוה, מיהו בפי' גילוי מילתא כתבתי בכללי ע"א אריכות בזה מה שנחלקו הפוסקים ותו ק"ק לפ"ז למ"ד התם בעדים תיקשי לי' מברייתא דהכא דמוכח דבדבר שבערוה נאמן עד אחד ואפילו אשה כיון דהוא גילוי מילתא בעלמא ויש ליישב להמעיין היטב:

פרט ב

יבואר אי נאמנת רק לאלתר או שנאמנת אפי' לאחר זמן:

הב"ש בסימן ד' ס"ק ט' כתב וז"ל ועיין בש"ס ובחושן משפט סימן רע"ו לענין הבכור נאמנת החי' לומר זה יצא ראשון וכתב בפרישה שם איירי במכחישה משו"ה בעינן דהעידה לאלתר (היינו אב או אם מכחישה) וכאן ל"ב לאלתר וטו"ז חולק עליו וכתב שם, כאן לא איירי במכחישה כי במכחישה אפי' אב או אם אינה נאמנת ומחלק בין הכירות לענין בכור ובין הכירות דכאן עכ"ל וקיצר הב"ש בטעם הדבר ועיינתי בטו"ז שם ס"ק כ' וראיתי שכתב שם הטעם וז"ל ונראה לי לתת טעם לדבריהם דלענין בכורה דאמה אחת ילדה תאומים ורגיל להיות דמיון בצורתם וצריך הבחנה גדולה להבחין ביניהם ע"כ לא האמינו לחיה אלא לאלתר אבל אח"כ לא דאפשר לטעות בקל משא"כ כאן בתערובת שתי נשים או מארבעה בודאי במעט הבחנה יש היכר ע"כ האמינו לחיה עד עולם כל שאין ערער עכ"ל וכן בש"ות חכם צבי סימן ל"א הביא דברי הפרישה והשיג עליו וכפי הנראה לא ראה מ"ש בטורי זהב ואולם בטעם הדבר לחלק כתב טעם אחר וז"ל והנראה לי נכון דשאני בין נאמנות היוחסין לנאמנות הבכור דבבכור כיון דליכא נפקותא אלא לענין פי שנים לא דייקא החיה כולי האי כיון דשניהם בניו ולכן לא האמינהו אלא לאלתר ממש אבל בכהן לוי דנפקא מיני' טובא לענין כיבוד אב ואם ומקללם ומכה אותם ולענין רוב העריות מלבד ענין היוחסין ודאי דייקא החיה טובא ולכך נאמנת אפי' לאחר זמן עכ"ל והוא חילוק נכון, ואולם תמהני על הגאונים הנ"ל אמאי לא השיגו על הפרישה מלשון רש"י במס' קדושין דף ע"ד ע"ב ד"ה נאמנים בהא דאמר ד' חסדא שלשה נאמנים לאלתר אסופי חיה לענין בכור כו' כ' וז"ל נאמנים לאלתר ולא לאחר זמן אבל כל שאר הנאמנים נאמנים אפילו לאחר זמן עכ"ל מבואר להדי' לענין יוחסין נאמנים אפי' לאחר זמן וכ"כ להדי' בחידושי ריטב"א וז"ל ודוקא בהא לא הימנהו רבנן כל זמן שיצא מן הבית דכיון שנתעלם כל כך מעינה לא סמכו עלי' שתדע להכיר איזה יצא ראשון לבכורה

אבל לומר שאינו נתין וכיו"ב נאמנת כל זמן שלא קרא עליו ערער כדתני' בסמוך דלא פליגי תנאים כלל עכ"ל והיינו כטעם שכתב הטו"ז רק שקיצר בלשון שוב ראיתי בס' בית מאיר שג"כ הביא דברי ריטב"א הלז וזהו ברור:

פרט ג

יבואר היכי שקרא עלי' ערער אין החיה נאמנת וביאור שיטת רמב"ם בזה:

ד שם במס' קדושין על האי דינא הנזכר בפרט א' נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי וזה נתין וזה ממזר איתא אח"כ בד"א שלא קרא עליו שם ערער אבל קרא עליה ערער אינה נאמנת פירש"י וז"ל נשים שילדו בבית אחד אשת כהן ולוי ונתין וממזר שלא קרא כו' שלא יצא מערער על הולד לומר זה בנה של אשת ממזר יע"ש ומקשה הש"ס ערער דמאי אלימא ערער חד והאמר ר' יוחנן אין ערער פחות משנים אלא ערער תרי ואבע"א לעולם ערער חד וכי אמר ר' יוחנן אין כו' ה"מ היכי דאיכא חזקת כשרות אבל היכי דליכא חזקת כשרות חד נמי מהימן ופירש"י שלא נודע לבריות מי הוא הכשר ולא יצא אחד מהם ידי ספק כתב הר"ן וז"ל נאמנת החיה וכו' ארבעה נשים שילדו בבית אחת כו' ולאו מדינא אלא הימנהו מדרבנן לפי שעל הרוב אי אפשר בענין אחר שלא קרא עליו שלא יצא מערער על הולד לומר זה בנה של אשת ממזר אבל הכא דליכא חזקת כשרות שלא הוחזק אלא בעדות אשה זו ואע"ג דהמנוהו רבנן ואמרו דכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים היינו כשדבר בענין שראוי להאמין עד אחד במילתא דעבידא לאגלוי אבל הכא אין החיה נאמנת אלא מפני שעל הרוב אי אפשר בלאו הכי הלכך כל היכי שבא עד אחד והכחישה אפילו לאחר שהעידה אינה נאמנת עכ"ל ואולם בפירש קרא עלי' ערער חד לא אתפרש מי הוא המערער, ויש לפרש בד' גווני:

א) שמערער הי' האב:

ב) שמערע' הי' האם:

ג) שמערער הי' עד אחד כשר:

ד) שמערער הי' עד פסול כמו אשה וכיו"ב ומעתה נבוא לברר הדינים כסדר הנה כפי משמעות לשון הש"ס דאיתא היכי דליכא חזקת כשרות חד נמי מיהמן מוכח כפירש"י שחיה הי' אומרת להכשיר הולד והערעור הוא שהוא בנה של אשת ממזר וא"כ בכה"ג פשוט אם האב מערער כיון שנאמן מן התורה לומר זה בני ממזר ונאמנות החיה הוא רק מדרבנן שבודאי יכול לערער והוי ממזר ודאי על פי האב ומותר בממזרת כיון שנאמנות החי' לשיטת הר"ן הוא רק מדרבנן, והאב נאמן מן התורה לא מבעי' לשיטת הרמב"ם המובא בב"ש ס"ק ק"ט דסובר בסימן י"ז סל"ח באשה שהעידה על איש אחד שמת ואח"כ

הכחישה עד כשר דתצא ה"ה והוא כ"ש מהתם דהתם לדעת הרבה אחרונים ז"ל סובר הרמב"ם דע"א בעדות אשה אפי' עד כשר נאמן רק מדרבנן מ"מ יכול להכחיש האשה מכ"ש הכא שהאשה נאמנת רק מדרבנן והאב נאמן מן התורה ואפילו לשיטת תשב"ץ וש"ות מוהרי"ק שכתבו שרמב"ם סובר שעד כשר נאמן מן התורה מ"מ עכ"פ יש להם דמיון זה לזה (מיהו יש לדחות שאני התם כיון דיש גם חזקת אשת איש המסייע לעד כשר ועיין בזה) ואפילו לחולקים שאין יכול להכחישה י"ל שאני התם כיון שנאמנות עד כשר הוא ג"כ מדרבנן משא"כ האב שנאמן מן התורה לא מבעי' לר' יהודא דקיי"ל כוותיה ואפי' לרבנן דס"ל בדף ע"ח שאינו נאמן לומר זה בני גמור מודו הכא כיון שהוחזק ממזר בבית זה יכול האב לומר זהו בנו של ממזר והאחר הוא בני שהוא רק גילוי מילתא בעלמא ואינו מפקיע מחזקה והחי' אפי' בגילוי מילתא לשיטת ב"ש א"נ רק מדרבנן:

בדין ב' היכי שהאם מערערת ואומרת שאינה בנה רק הוא בן של ממזר, אף דקיי"ל שאין אם נאמנת לפסול את הולד שאני הכא דהוא רק גילוי מילתא בעלמא וכמו שנאמנת החי' כ"כ נאמנת האם וכדמוכח להדי' מלשון הר"ן בד"ה אבא שאול, מיהו בכה"ג הוי הולד ספק ממזר כמו שהי' מקודם הכחשה דהא אין להאם נאמנות יותר מחי':

בדין ג' היכי שעד כשר מכחיש לחי' בכה"ג י"ל כיון שעד כשר נאמן מן התורה לפי הבנת ב"ש בכוונת הר"ן ואשה נאמנת רק מדרבנן הוי הולד ודאי ממזר על פי עד כשר המכחישה די"ל דלא האמינהו לחי' היכי שיש עד כשר המועיל עדותו מן התורה ועיין בב"ש בס"ק ס"ב שמוכח שסובר היכי שבא עד כשר נדחה עדות החי':

בדין ד' היכי שאשה או פסול מכחשת לחי' נראה דהוי ספק ממזר כיון שנאמנות שניהם שווים וכ"ז פשוט לשיטת ב"ש:

ה וראיתי בב"ש ס"ק ס' שכתב שהר"ן בע"כ סובר כתוס' דכל מקום שהאמינה תורה לעד אחד הרי הוא כשנים אפילו לא פסקו הבית דין על פיו ובמכ"ת דבריו תמוהין מאד ותמהני היאך נעלם מעין העדה מ"ש הר"ן בריש פ"ק דב"מ דף ב' שכתב הנמוקי יוסף בשם רנב"ר דוקא כשהורו בית דין על עדותו של ראשון ואינו מחוסר מעשה בכה"ג הוי הראשון כשנים אבל כשמחוסר מעשה לא הוי הראשון כשנים ועכ"פ בעינן פסק בית דין והא הוא ז"ל מיירי שם בעד אחד לשבועה שנאמן מן התורה ואפ"ה לא הוי כשנים עד שיורו בית דין ובאמת בלאו דברי ב"ש ג"כ דברי הר"ן סותרים זא"ז וצ"ע:

ו והנה הרמב"ם ז"ל בפט"ו מא"ב הלכה ל"ב כתב וז"ל נאמנת חי' לומר זה הבן כהן הוא או לוי או נתין או ממזר מפני שלא הוחזק ואין אנו יודעין יחוסין בד"א בשהוחזק' נאמנת ולא ערער עליה אדם, אבל אם ערער עליה אפילו אחד ואמר בשקר מעידה אינה

נאמנת והרי הבן בחזקת כשר ואין לו יחוס עכ"ל ומחבר בסימן ד' סל"ה נמשך אחר לשון רמב"ם רק ששינה קצת כמבואר להמעיין אבל מ"ש בסופו והרי הבן בחזקת כו' כתב כלשונו ממש ודברים הללו אין להם ביאור וכתב הב"ש בס"ק ס"ב כוונתו דהנה הרמב"ם שינה מלשון שאר פוסקים דהרי"ף גרס שקרא עליו ערער דהיינו על הולד, ורמב"ם כתב קרא עליה ערער דהיינו על חיה ור"ל על עדות שלה ולפעמים הוא לטובת הולד שחי' אומרת שהוא ממזר והוא מערער עליה שזה כשר הוא לכן כתב הרמב"ם בכה"ג היכי שהעד מעיד שהוא כשר ומערער על עדותה אזי הולד כשר ע"פי עדותו אע"ג בחדר זה יש ג"כ ממזר מ"מ כל ולד מהם אין לו חזקת פסול וע"א נאמן להכשירו ואז נדחה עדות החי' כו' ומ"ש ואין לו יחוס היינו דעד זה אין יודע יחוסו אלא מעיד דולד זה לאו ממזר הוא או י"ל לענין יחוס כהונה אין עד אחד נאמן אלא להכשירו לבוא בקהל ישראל נאמן משום דספק ממזר כשר מדאורייתא עכ"ל ולענ"ד פי' זה ברמב"ם רחוק לאומרו דלפי דבריו בע"כ סובר רמב"ם לחלק בין עד כשר לאמה בנאמנות בספק השקול כמ"ש בס"ק ס' בכוונת הר"ן, ועל דברי הר"ן כתב שא"י מנלן דין זה דבאמת בכל מקום שע"א נאמן ה"ה אשה וכעת בא להוסיף גם בדעת רמב"ם ומ"ש ראי' מרמב"ם כוונתו למ"ש בס"ק ס' דסובר אשה שהעידה על איש אחד שמת ואח"כ הכחישה עד כשר תצא יש לומר שאני התם כיון שיש לעד כשר סיוע חזקת אשת איש וחזקת חי של הבעל, ולולי דבריו יש לומר דרמב"ם סובר דנאמנות אשה עם עד כשר שווין ומ"ש הרי הבן בחזקת כשר טעם אחר יש בדבר דהנה בחלקת מחוקק בס"ק ל"ג הקשה עוד וז"ל יש לדקדק מאחר שדר בבית ממזר א"כ הו"ל קבוע ולמה לא יהי' הדין כעיר שרובה ישראל דפסק לעיל בסעיף ל"ג דהוי ספק עכ"ום לענין יוחסין ויהי' ג"כ ספק ממזר לענין יוחסין עכ"ל ולענ"ד לק"מ דהנה תוס' כתבו במס' נזיר דף י"ב ע"א ובגיטין דס"ג ע"א דקבוע דאורייתא לא הוי רק היכי שאיסור ניכר לעצמו והיתר ניכר לעצמו אבל היכי שלא ניכר ליכא קבוע רק שקנסו שם יע"ש וי"ל דכן דעת רמב"ם וא"כ לא דמי להתם באסופי שנמצא בעיר שרובה ישראל דהוי ספק עכ"ום לענין יוחסין כיון שאו"ה כל אחד ניכר לעצמו יש לו דין קבוע משא"כ הכא שבע"כ איירי שנתערבו ואין ניכר מי הוא הממזר ומי הוא הכשר וכיון שיש כאן ארבעה נשים אשת כהן ולוי וממזר ונתין איכא נגד ממזר רובא ויש לכל ולד שאנו דנין עליו חזקה דאתי' מכח רובא דפריש מרובא הכשרים ומ"מ נאמנת החי' דע"א נאמן נגד רוב כמ"ש פני יהושע בקדושין דס"ג ע"ב (אך צ"ע כי בחידו' לכתובת כתב להיפך), וא"כ שפיר כתב הרמב"ם שאם ערער עליה אחד ואמר בשקר העידה ומיירי בכל גווני בין היכי שחי' אמרה שזהו בנה של הכשר ויחדה שמו

והמערער אומר שהוא בן ממזר מ"מ נשאר הבן בחזקת כשרות דאמרינן שפריש מרוב כשרים, ומה דאמרינן שאינה נאמנת היינו לענין שווין לו יחוס כי לא נתייחס אחר אותו אב שאמרה החי' שלענין זה אינה נאמנת דהא עד אחד מכחישה רק שאנן אמרינן סליק עדותן כמאן דליתנהו דמי הוא ג"כ כשר מכח רובא ומכ"ש היכי שהחי' אמרה שהולד הוא בנה של אשת ממזר והמערער אומר שהוא בן כשר נשאר בחזקת כשר ומ"מ אין לו יחוס דאפילו כשאומר המערער שיודע יחוסו ג"כ אינו נאמן דאשה יש לה נאמנות כמו העד כשר לכן נשאר כשר כאילו לא העידו כלל שהי' בחזקת כשר ואין לו יחוס וא"כ אין אנו צריכין לומר כפי' ב"ש דרמב"ם לא מיירי בכל גווני וגם שהעד אין יודע יחוסו ולפמ"ש א"ש על נכון ולפ"ז צ"ל הא דאיתא בש"ס היכי דלית לי' חזקת כשרות ע"א נאמן לא לפסלו רק שאין לו יחוס, ואפשר שר"ל לענין יחוס כהונה כמ"ש ב"ש בפי' ב' דלענין זה ליכא רובא דרובא אינם כהנים, וכ"כ לענין לוי איכא רובא שאינם לויים ולענין זה אין החיה נאמנת כשאומרת שזה כהן וזה לוי כשמערער, אבל לענין שכשר לבוא בקהל אף כשמערער ומסלקין עדותן נשארו הוולדות בחזקת כשרות ואין להקשות לפי דברינו למה לי נאמנות החי' (היכי דליכא ערעור) בלא"ה כשרים לבוא בקהל משום דכל דפריש מרובא קפריש דז"א דבאמת הנאמנות של חי' אינו פועל רק לידע אחר מי מתייחסין אחר אבותיהם וגם לידע מי כהן ומי לוי שעל זה ליכא חזקה דאתיא מכח רובא וא"ש, ולאחר עיון ראיתי בס' הפלאה שכתב מעין זה והנאני שכוונתי לדעת הגדול והמעיין יבין ההפרש מה שהוספתי בתוספת מרובה:

ז אמנם בגוף האי כללא שכיילו לן רבותינו ז"ל דלא הוי קבוע היכי שאין איסור ניכר קשה מתלמוד ירושלמי דמשמע להדי' במס' שבת בפרק כלל גדול להיפך דאי' שם גדול שנישבה בין הגוים רב ושמואל, חד אמר מונה ששה ועושה שבת וח"א עושה שבת ומונה ששה כו' ויחיש לכל הימים כהדא קידש אשה בעולם ר' יוחנן אמר חושש לכל הנשים כו' תמן יש לו תקנה יכול הוא לישא גיורת יכול הוא לישא משוחררת כו' עכ"ל ולפי דברי תוס' לא דמי זה לזה דהא רוב ימים ימי חול ולא הוי קבוע דאינם ניכרים לו ושאני התם דהוא רק קנסא בעלמא ועיין במגן אברהם בסימן שמ"ד סק"א שוב ראיתי בספר פרי מגדים שם ס"ק א' וב' ונראה שיש ליישב ואין כאן מקומו:

פרט ד

יבואר היכי שהוחזקה חיה כפרנית בדבר אחד אם נאמנת על ולד אחר:

ח בש"ות חכם צבי סימן ל"א ראיתי דבר חדש הנוגע לנ"ד וגוף הענין שנידון שנשאל עליו הגאון זלה"ה הי' באחד שרצה לגרש את אשתו והוחזק לשקרן בשם אביו אם נאמן

במה שאמר שהוא לוי מי נימא כיון שהוחזק כפרן בדבר אחד הוחזק כפרן גם לדבר אחר וכתב על זה וז"ל וכבר הי' אפשר לומר דזה תלי' בשינוי הגירסאות והפירוש בקרא עליו ערער דרש"י גרס קרא עליו ערער ופי' עליו קאי על הולד ולפי זה הי' אפשר לומר דוקא על ולד זה שהוכחשה אינה נאמנת אבל בולד אחר נאמנת, אבל בדברי הרמב"ם דגרס קרא עליה ערער ופירש דקאי על החי' אפשר לומר דאינה נאמנת לעולם אפילו על ולד אחר אלא שהרב המגיד השווה בין הפירושים ולפי דבריו יש לומר דבחי' נמי נאמנת על הולד אחר וא"כ בנ"ד כיון דלא הוחזק כפרן בענין הלוי' והו"ל כמוחזק כפרן לממון זה דלא הוחזק כפרן לממון אחר עכ"ל ולכאורה דבר גדול דיבר הגאון ז"ל בחקירה הלז, ולכאורה י"ל אף לדברי המ"מ שנאמנת על ולד אחר מ"מ באותו עדות שהוחזקה כפרנית על ולד א' הוחזקה ג"כ על השני כגון בנ"ד שאמרה זה כהן וזה לוי וזה נתין וזה ממזר והוכחשה באחת מולדות אף שלא הוכחשה באחרים אינה נאמנת כיון שהוא באותו עדות, מיהו לשיטת הח"צ שמדמה לדין הוחזק כפרן לממון זה שלא הוחזק כפרן לממון אחר מוכח אפילו בחד ענין לא הוחזק כפרן כדאי' בח"מ סימן ע"ט בש"ך ס"ק ט"ו אפי' כפר במאה והוחזק כפרן בחמשים נשבע בחמשים אחרים הרי אפי' בחד ענין לא הוחזק כפרן לממון אחר, ובספר הפלאה ראיתי שכתב להיפך היכי שעדים או עד אחד כשר מכחישה באחד מולדות שוב אינה נאמנת על הולדות אחרים שבאותו עדות ולא הביא דברי החכם צבי, ולפ"ד הח"צ נראה אינה מוחזקת כפרנית בשאר הוולדים מיהו לדינא צ"ע דמסתברין דברי הפלאה ושיטת הח"צ תמוהין בעיני במה שמדמה הוחזק כפרן של עדות להוחזק כפרן של בעל דין הגם שקיי"ל בח"מ סימן ע"ה ס"ה טענו מנה לי בידך ואמר להד"ם ועדים מעידים שהלוהו וחזר ואמר פרעתיך הוחזק כפרן לאותו ממון וחייב לשלם כו' ודוקא לאותו ממון הוחזק כפרן אבל לא לממון אחר ונאמן עליו בשבועתו כשאר כל אדם יע"ש וכיו"ב אי' בסימן פ"ז סעיף ה' הטעם הוא משום דבמלוה אינו מוחזק לרשע די"ל אשתמוטי קמשתמיט דלית לי' לכן קיי"ל הכופר במלוה כשר לעדות מה"ט אף שמוחזק כפרן מ"מ אינו מוחזק לרשע משא"כ בעדות כשמעיד שקר הוא רשע פשוט עד המוכחש משני עדים כשרים וכיו"ב שפסול לכל עדות שבעולם וי"ל ה"ה בחיה היכי שהכחישו שני עדים או עד כשר לשיטת ב"ש שעד כשר נאמן מן התורה והיא רק מדרבנן נאמן העד יותר מחי' יש לומר שהוכחשה לכל הולדות במס' ב"ב דף ל"א ע"א לא פליגי רק בתרי לגבי תרי ועיין בח"מ סימן ל"א ס"א דקיי"ל זו באה בפני עצמה ומעידה אבל באחד המוכחש משנים או אשה מעד כשר אתכחש לכל העדות, מיהו יש לחלק דהנה יש להסתפק בלאו דלא תענה ברעך עד שקר, מי שאין לו נאמנות

מן התורה להעיד רק שחכמים האמינהו שיהי' לו שם עד אם עבר על לאו הלז ומי נימא כיון שאין לו מן התורה שם עד אולי לא אמרה תורה רק מי שיש לו שם עד מן התורה, או דלמא כיון שעכ"פ נתנו חכמים נאמנות הוא בכלל לאו הלז דכוונת התורה הוא מי שיהי' לו שם עד אפי' מדרבנן לא יגיד בפני ב"ד שקר, ובאמת מצינו לזה הרבה דמיונות שהתורה אמרה על דין דרבנן כמ"ש המשנה למלך בפרק שביעי מהלכות תרומת הלכה א' כמו באונס ומפתה שאם הי' אסורה עליו אפי' מדרבנן אינה נושאה דכתיב ולו תהי' לאשה אשה הראוי לו ועיין בכסף משנה בפ"א מנערה בתולה הלכה ה' ומשנה למלך בפ"ג מהלכות עבדים דין א', ועיין כיו"ב במס' סוכה דף כ"ג ע"א ובש"ות חכם צבי סימן ק"נ וע"ע במס' סוטה דף מ"ד ע"א וע"ב מחלוקת ר' יוסי עם ר' יוסי הגלילי דמיון לזה, וכיו"ב בכמה דוכתי ולאחר העיון קצת מוכח ממקומו שגם בכה"ג יש לו שם עד מן התורה ממה דאי' במס' שבועת דל"ב ע"ב הכל מודים בעד מיתה כשכובש עדותו חייב קרבן שבועה, וכבר כתבו תוס' בדף ל"א ע"א ד"ה ורבנן שנאמן רק מדרבנן וכן דעת רוב פוסקים ראשונים זולת בדעת רמב"ם נסתפקו והא עיקר חיוב קרבן שבועה אי' בדף ל"ב ע"א דאמר אביי מהא דאי' ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה, הוא עד וגו' אליו"ע ואמאי חייב העד קרבן שבועה הא עד מיתה א"נ מן התורה ואין לו מן התורה שם עד בעכצ"ל דגלי התורה מי שיש לו שם עד אפי' רק מדרבנן אם כבש עדותו חייב קרבן שבועה ה"ה לענין לאו דלא תענה וגו' גלי תורה מי שיש לו שם עד אפי' דק מדרבנן כשיהי' משקר בבית דין עובד על לאו זה, ולפ"ז נראה בנ"ד אי נימא דיש לנאמנות הלז כדין נאמנות עד אחד באיסורין שאין צריך להעיד בב"ד כמ"ש בכמה דוכתי דלפמ"ש רש"י ביבמות דפ"ח אתיא ממעשים בכל יום שאין לך אדם מתאכסין אצל חבירו ולפמ"ש תוס' אתי' מוספרה לה והתם אינה אומרת בב"ד אזי נראה היכי שהוחזקה כפרנית באמירתה חוץ לב"ד לא הוחזקה כפרנית להעיד בפני ב"ד דהא אם מעידה בפני ב"ד שקר תעבור על לאו לא תענה וגו' ונאמנת על ולד אחר להעיד בפני ב"ד, אבל אי נימא דנאמנות שלה הוא כדין עדות עד אחד בדבר שבערוה היכי שנאמן העד, נראה שצריכה להעיד בפני ב"ד כמו בע"א בממון בגווני דקם כגון במשאיל"מ או בע"א לשבועה שצריך ב"ד ועיין בסימן י"ז בח"מח ס"ק ע"ח וב"ש ס"ק כ"ד וכיון שעברה על לאו לא תענה וגו' דלפמ"ש אף שנאמנות חי' הוא רק מדרבנן כמ"ש הב"ש בשיטת הר"ן מ"מ כשמעידה שקר עוברת על לאו לא תענה מוחזקת כפרנית לולד אחר דדמי ממש לעד בדיני ממונות כשמעיד בב"ד והוחזק כפרן שמוחזק כפרן לכל העדות כיון שכבר עבד על לאו לא תענה ואין

דמיון עדות לדין בעל דבר שמוחזק כפרן לממון זה ולא לממון אחר כמ"ש הטעם כנלענ"ד ברור, והמעיין יבחר ומ"מ צ"ע לדינא:

כלל כד

בו יבואר דין נאמנות פנויה לענין יוחסין ובו י"ב פרטים:

פרט א

יבואר מקורו:

א גרסינן במס' כתובת דף י"ג ע"א ראוה מדברת עם אחד ואמרו לה מה טיבו של איש זה איש פלוני וכהן הוא ר' גמליאל ור' אליעזר אומרים נאמנת ר' יהושע אומר לא מפיה אנו חיין אלא ה"ז בחזקת בעולה לנתין וממזר עד שתביא ראי' לדבריה הי' מעוברת כו' ר"ג ור"א כו' ר"י אומר כו' עד שתביא ראי' לדבריה, ומבואר שם דמוכח מברייתא סיוע לר' יהושע בן לוי לדברי המכשיר מכשיר אפי' ברוב פסולים לדברי אפוסל פוסל אפי' ברוב כשרים, ואולם בטעמא דהך מילתא מ"ט דר"ג דמכשיר אפי' ברוב פסולין מ"ש משבוי' שאין נאמנת לכהונה כיון שרוב נכרים פרוצים בעריות כבר האירו בזה עינינו הראשונים זלה"ה ונאמר ונשנו בזה כמה שיטות:

שיטה א שיטת רבותינו בעלי תוס' בד"ה השבתנו משום דחזקה אשה מזנה בודקת ומזנה, והא דאי' בדף ט"ו ע"א בלשון בתמי' הוא רק לר' יהושע, ועיין בחלקת מחוקק סימן ד' סע"ק כ"ח שבע"כ יש חסרון בדבריו וצ"ל דהוא רק לר' יהושע ולא לר"ג, וכן בש"ות הר"אש כלל פ"ב כו' חזקה זו אך לשונו שם צ"ע קצת שכתב וז"ל ואיפסקא הילכתא כר"ג כו' ואם אמרה לכשר נבעלתי נאמנת ואפי' רוב פסולין אצלה שאני התם כדמפרש טעמא בפ"ק דכתובת דף י"ד דאשה מזנה בודקת ומזנה יע"ש הא הש"ס קאמר כן לר' יהושע בלשון בתמי' ומ"ש תוס' לר"ג לא נזכר בש"ס, וכן בש"ות תרומת הדשן סימן שנ"ב כתב טעם זה ובתוס' דף י"ד ע"ב ד"ה כמאן כתבו דלא מכשיר ר"ג ברוב פסולין אלא כשטוענת ברי ואית לה מגו דלא נבעלתי או בלא מגו היכי דאיכא למימר בודקת ומזנה, כגון שנבעלה ברצון, ור' יהושע אליבא דזעירי לא חשיב למגו כמ"ש בד"ה השבתנו משום דאין אפטרופס לעדיות יראה לומר לא נבעלתי, וכיו"ב דעת הר"ש מקינון הובא בש"ך סימן פ"ב דלא אמרינן מגו בטענה דלא שכיח ובודקת ומזנה לית לי' לר' יהושע, ומבואר להדי' בתוס' וסיעתו לר"ג ברי לבד זולת מיגו או בודקת ומזנה לא מהני כמו בשבועה שאינה נאמנת לומר טהורה אני כיון שרוב נכרים פרוצים בעריות ה"ה בכה"ג א"נ נגד רוב פסולין, ואולם יש לחקור אכתי קשה מאי טעמא דר"ג מה בכך שיש

לה ברי וחזקה הא גם בשבוי' טוענת ברי וחזקת היתר מסייע' לה דאפ"ה רובא עדיף ובעכצ"ל כיון דיש לאשה חזקת כשרות לכהונה ג"כ כדאי' שם אמר רבה מ"ט דר' אליעזר בשלמא איהי אית לה חזקה דכשרות, ועיין בדף י"ד ע"ב רש"י ד"ה אפי' שכ' וז"ל דהעמד אשה על חזקתה ע"ש, לכן ברי בצירוף שני חזקות, דהיינו חזקת כשרות ובודקת ומזנה עדיף מרוב פסולין משא"כ בשבוי דליכא רק ברי וחזקה עדיף הרוב ולפ"ז קשה לש"ות הריב"ש בסימן שע"ט שכתב שם וז"ל והני תלת דר' אלעזר בן פרטא שנותנין להם חומרי חיים וחומרי מתים נמי אם נשאת תצא ואע"פי שרובן לאבד דכיון שאפשר בהן הצלה אין הולכין בהן אחר הרוב אלא אחר החזקה ואע"ג דרובא וחזקה רובא עדיף הכא איכא תרי חזקי חזקת האיש שהוא קיים וחזקת האשה שהיא בחזקת אשת איש עכ"ל ועיין בספר פני יהושע בקונטרס אחרון לכתובת סימן מ"ו, ובש"ס משמע להדי' דוקא כשטוענת ברי הוא דנאמנת כדאי' בדף י"ד ע"א הלכך לר"ג אלים לי' ברי ולפי דבריו אפי' היכי דליכא ברי כיון שיש לה שני חזקות חזקת כשרות וחזקה בודקת ומזנה עדיף מרובא, וניהו דיש לומר היכי שחי' אינה יודעת ממי איכא ריעותא בחזקה דבודקת שמן הסתם בשעת בעילה לא היתה בודקת דאם הי' בודקת הי' רמי' עליה לזכור כיון שהכשר נשואין שלה לכהן תלי' בזה ודוקא כשאומרת ברי איכא הך חזקה, מ"מ קשה אמאי כשמתה ואנו דנין על הולד או באלמת ל"מ החזקות, כמבואר ברמב"ם בפט"ו מא"ב הלכה י"ב וז"ל פנוי' שנתעברה בזנות אמרו לה מהו העובר זה אם אמרה בן כשר הוא ולכשר נבעלתי ה"ז נאמנת והבן כשר ואע"פי שרוב העיר שזינתה בה פסולין ואם לא נבדקה אם עד שמתה או שהיתה חרשת או אלמת או שוטה ה"ז הילוד ספק ממזר יע"ש וכן קיי"ל בטוש"ע א"העז סימן ד' סעיף כ"ו ואנן קיי"ל כר' יוחנן דחזקת האם מהני לבת ואית לולד שני חזקות נגד רובא שעדיפי מרובא ולמה לן צירוף הברי, אך ראיתי בש"ות נודע ביהודא מהדורא קמא חלק א"העז סימן מ"ג שהוכיח דרובא עדיף מב' חזקות, ולכאורה מכאן מוכח כשיטתו מיהו הראי' שרצה הנ"בי להוכיח דינו דחה בהג"ה ולענ"ד יש להביא ראי' דעדיף מהא דאי' במס' נדה דף כ"ט אמר ר' יהושע בן לוי עברה בנהר והפילה מביאה קרבן ונאכל הלך אחר דוב נשים ורוב נשים ולד מעלי' ילדו, ומבואר בש"ות מוהרי"ק שורש קמ"ג שיש לאשה שני חזקות חזקה שפטורה מן הקרבן, וגם לולד יש חזקה שהוא נפל בחזקת שלא נתרקמו אבריו יע"ש כי חזקת פטורה מן הקרבן הוא חזקה אלימא כמו כל חזקה קמייתא, והובא דבריו בס' בדק הבית לבית יוסף בטוי"ד סימן ש"ה ובחכם צבי סימן ק"ד ותשובת נ"בי חלק יו"ד סימן צ"ז ובמה"ב חלק יו"ד סימן קפ"ח יע"ש ואנן קיי"ל כר' יוחנן דמאן דמכשיר בה מכשיר בבתה דחזקת של אם מהני לבת

וה"ה חזקת הבן או הבת מהני לאם ועיין תוס' קדושין דף ס"ו ע"א ד"ה מאי, ותו לפמ"ש תוס' כתובת דף כ"ו ע"ב ד"ה אנן דאפי' מאן דפוסל הוא רק משום מעלה דזנות והובא דבריהם בפרי חדש בכללי ס"ס ס"ק א', וגם בלא"ה י"ל דהכא כ"ע מודו כמבואר להמעיין הרי אף נגד ב' חזקות עדיף רובא, ועוד יש להביא ראי' מהא דאי' בכתובת דף נ"ז ע"ב אמר עולא דבר תורה ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה שנאמר כו' והאי נמי קנין כספו ומה טעם אמרו אינה אוכלת שמא ימזוג כו' ר"ש בר' יהודא אמר משום סמפון, ומבואר להדי' לר"ש הוא ג"כ רק מדרבנן ומדאורייתא אוכלת מטעם קנין כספו וכן אי' ברש"י ובע"כ הטעם משום דמן התורה אזלינן בתר רובא ורוב נשים אין להם מומין כי רק מומין הפוסלין בכהנים פוסלים בנשים וזהו לא שכיח ועיין בחידושי פני יהושע בסוגי' דמומין דף ע"ה רק חכמים החמירו ואפשר הטעם לשיטת ר"ת במס' בכורת ד"ך ע"ב דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר מדרבנן והכא איכא חזקת קמייתא שמעיקרא לא היתה אוכלת בתרומה גם עכשיו עומדת בחזקה זו ועיין במשנה למלך בפרק שביעי מהלכות תרומות הלכה י"ז שכתב חזקה זו וגם יש חזקת פנוי' ובכה"ג אפשר אפי' לחולקים על ר"ת מודו דאמרינן בב' חזקות סמוך מיעוטא לחזקות להחמיר מדרבנן אבל מן התורה אוכלת בתרומה אפי' תרומה דאורייתא מטעם רובא אף דאיכא שני חזקות המתנגדות חזקת קמייתא שאינה אוכלת בתרומה וחזקת פנוי' אפ"ה רובא עדיף משתי חזקות ועיין תוס' כתובת דף ע"ה ד"ה וחכמים מיהו ראי' זו יש לדחות די"ל חזקת פנוי' קלישא כיון דעשוי' להשתנות כמ"ש רמב"ן ברפ"ב דכתובת דף ט"ז ע"א, אבל ראי' א' נכונה, והארכתי בכלל זה בכללי רובא וחזקות וראיתי בפרי מגדים בסי' ק"י בשפתי דעת בכללי ס"ס במחודשים סק"ב שמסופק אי רובא וב' חזקות איזה מהן עדיף, ותמהני שלא הביא דברי הריב"ש הנ"ל:

ב ודע דראיתי בתוס' מס' גיטין דף פ"ט ע"א ד"ה בעולה בשם רבינו יצחק שכתבו וז"ל ורבינו יצחק אומר דסתם בעילה זנות שאין ידוע ממי פסולה לכהונה והרי היא בחזקת בעולה לנתין ולממזר עד שתביא ראי' לדבריה כדאי' בפ"ק דכתובת דף י"ד דאין אשה בודקת ומזנה ואפי' לרבן גמליאל דאמר נאמנת היינו היכי דאמרה לכשר נבעלתי אבל היכי דאמרה לא נבעלתי או אינה יודעת ממי אפילו ר"ג מודה עכ"ל ומרהיטת לשונם משמע קצת שגם ר"ג לית לי' הך חזקה דבודקת ומזנה ורק מטעם ברי נאמנת ותקשי ע"ז קו' תוס' בכתובת שם מ"ש משבוי' שאינה נאמנת אף שאמרה ג"כ ברי שהיא טהורה ודוחק לומר דנחתו לשיטת נמוקי יוסף ופ"י שאביא לקמן והמעיין בתוס' כתובת דף י"ג ע"ב ד"ה מסייע דלית לי' סברתם ולכאורה י"ל דסובר רבינו יצחק דהיכי שא"י ממי ליכא

חזקה דבודקת ומזנה, ולפ"ז כשמתה או באלמת חולק על רמב"ם וטוש"ע והוא דוחק, ואולי סובר דרובא עדיף מב' חזקות לכן בעינן גם ברי אך כיון שלא נזכר כלל בדברי ר"ג חזקה זו משמע דרבינו יצחק חולק בזה על תוס' כתובת ובע"כ סובר כשיטת הנ"י ופ"י שאביא לקמן בס"ד וע"ע בתוס' במס' יבמות דף פ"ח ע"א ד"ה רישא:

פרט ב

יבואר ביאור שיטת תוס' בענין הך חזקה דבודקת ומזנה:

ג בספר פני יהושע מקשה לשיטת תוס' לטעם הנ"ל הא היכי דהיא אנוסה לא שייך בודקת ומזנה, כמ"ש תוס' בד"ה כמאן אכתי קשה אמאי נאמנת לר"ג בסיפא בראוה מעוברת אף ברוב פסולין, הא אית לן למימר דאוקמא למעוברת בחזקת כשרות שלא זינתה ברצון רק שנאנסה ותו לא שייך בודקת ומזנה ודמי לשבוי' שאינה נאמנת בברי נגד רובא ובריש בראוה שנבעלה יש לומר שראו שהי' ברצון משא"כ בסיפא והניח בקו' ובע"כ כוונתו אף שכתבו תוס' בדף ט' ע"א ד"ה ואבע"א דרובא הוא ברצון מ"מ הוי רק רוב מדרבנן כמ"ש תוס' שם, והיאך מהני חזקה דבודקת ומזנה להקל באיסור דאורייתא ברוב פסולין דרוב פסולין הוא רוב דאורייתא וחזקה דבודקת ומזנה בכה"ג הוי רק חזקה מדרבנן כיון שבא מכח רוב דרבנן, ונלענ"ד ליישב ונקדים סוגי' דכתובת דף ט' ע"א אמר ר' אליעזר האומר פתח פתוח מצאתי נאמן לאוסרה עליו ומקשה הס"ס אמאי ספק ספיקא הוא ספק תחתיו ספק אינו תחתיו, ואת"ל תחתיו ספק באונס ספק ברצון, ומשני בתי' בתרא כגון שקיבל אביה קדושין בפחותה משלשה שנים, וכתבו תוס' ד"ה אבע"א וז"ל וא"ת נוקי בחזקת היתר לבעלה, ויש לומר דאונסא קלא אית לי' כדאי' בירושלמי, והשתא דליכא קלא הו"ל רצון רובא ומיעוט אונס ורובא וחזקה רובא עדיף, וא"ת א"כ בס"ס נמי תיאסר דספק אונס כמאן דליתא דמי דלא נשאר אלא חד ספק ספק תחתיו ובהא לא שייך לוקמי בחזקת היתר ואומר ר"י דהאי רובא דברצון אינו רוב גמור אלא הוי מדרבנן והלכך במקום ס"ס שרי, ובמקום חד ספיקא חשבי רבנן רצון לגבי אונס רובא יע"ש אמנם בירושלמי מבואר להדי' דס"ל דרובא דברצון הוי רוב גמור מן התורה דאונסא אית לי' קלא, דאי' שם אמר ר' אילא בשם ר' אליעזר מצא פתח פתוח אסור לקיימא משום ספק סוטה, וחש לומר שמא אנוסה הוא קול יוצא לאנוסה, ואפי' תחוש לה משום אונסה לא ספק אחד ספק אנוסה ספק פתותה ודבר תורה להחמיר, אמר ר' יוסי ואילו תחוש לה משום אנוסה שתי ספיקות ספק אנוסה ספק פתותה ספק משנתארסה ספ' עד שלא נתארסה שתי ספיקות מדברי תורה להקל ופי' הראשונים זלה"ה הובא בשיטה מקובצת שם ונמשך אחריהם בספר קרבן העדה, דמ"ש ואפי' תחוש הוא קו' למה לי

טעמא משום קול יוצא לאנוסה הא אפילו חומשין לאנוסה ג"כ אסורה מטעם ספיקא דאורייתא, ומשני ר' יוסי אילו לא הי' אומר הטעם משום דקול יוצא לאנוסה הי' מותרת מטעם ס"ס ומוכרח לומר הטעם דקול יוצא לאנוסה כדי להורות אפילו היכי דיש ספק ספיקא אסורה, ובע"כ סובר רובא דברצון הוי רוב גמור מן התורה כיון דלא מהני אפי' ספק ספיקא וחולק עם תלמודא דידן הגם שראיתי בס' הפלאה שכתב דברים נחמדים בחריפות ליישב שיהי' עולה בקנה אחד, אבל הוא דרך פלפול ובפשטות נראה כמ"ש הראשונים זלה"ה, ואולם לענ"ד יש ליישב קו' תוס' הנ"ל על ר' אליעזר ואפשר לכוין כן בכוונת התוס' בתירוצם, ומתוך כך נולד לנו דבר חדש בהאי רובא דאונסא אית לי' קול דהנה כד הוינא טלי' הקשיתי לשאול בהא דמקשה הש"ס על ר"א ואמאי ס"ס הוא כו', הא קיי"ל בכתובת דף ע"ה ע"ב דאמרינן חזקה כאן נמצא וכאן הי' א"כ מן הסתם הי' תחתיו כי אין מחזיקין מרשות לרשות ודלמא איירי ביש שהות אחר החופה, ולאחר העיון מצאתי ראיתי שהרגיש בזה בס' הפלאה בחידושיו לכתובת דף ב' ע"א תוס' ד"ה שאם ורצה לומר שקו' הש"ס הוא לר' אליעזר לשיטתו דמשמע דלית לי' חזקה זו דמשני תברא יע"ש, ולענ"ד אכתי קשה כי חזקה זו משמע בהרבה דוכתי בש"ס דהוי חזקה, והא דנייד מתי' רבא יש לומר מכח קו' אביי שם דבתי' רבא שם בענין חזקות נתקשו תוס' בדף ע"ו ע"א בד"ה וחדא, וראי' לזה דהא רב אשי תירץ ג"כ תירץ אחר, ואם איתא דר' אשי חולק על רבא אמאי קיי"ל להלכה דאמרינן הך חזקה כדאי' בא"ח סי' תס"ו הא קיי"ל כרב אשי דבתרא הוא, וכבר העיר בזה הנמוקי יוסף במס' יבמות דף קי"ו וז"ל וא"ת היאך פסקינן הכא כרבא מטעם כאן נמצא וכאן הי' והא בפ' המדיר שהוא עיקר טעמא דרבא לא פסקינן כוותי' אלא כרב אשי דלית לי' דרבא ויש לומר דלגבי ממונא הוא דלא אמרינן הכי הא לגבי אשה משום עגונה אמרינן וכדאמרינן להוציא ממון מחזקתו לא אמרינן כאן נמצא וכאן הי' וגבי שטרי נאנו בר חבי שיש רגלים לדבר לומר כאן נמצא וכאן הי' אמרינן ואין כל המקומות וכל הדברים שוו' בענין זה יע"ש ואף שכתב משום עגונא קושטא דמילתא נקיט ה"ה בעלמא היכי שאינו להוציא ממון מחזקתו אמרינן כאן נמצא וכאן הי' כמו דקיי"ל בכל מקום וא"כ הכא בפ"פ דהוי מילי דאיסורא הד"ק הנ"ל לדוכתי' ועלה בדעתי להביא ראי' לשיטת רשב"א המובא ברמ"א ביו"ד סי' ק"י סעיף ט' בהג"ה דאמרינן ספק ספיקא אפילו נגד חזקת איסור ודלא כאו"ה ועיין בטו"ז סע"ק ט"ו וש"ך סע"ק כ"ז והטעם דס"ס הוא מטעם רוב דספק אחד משווי פלגא ופלגא ואידך גורם שיהי' רוב ורובא עדיף מחזקה, ועיין בס' פרי חדש שם, ושפיר מקשה הש"ס, ואולם אכתי הקו' במ"ע, דהנה ראיתי בס' פרי מגדים בשפתי דעת כללי ס"ס ס"ק כ"ח

שכתב סברה נכונה להמבין דהא דס"ס עדיף מחזקה זה היינו היכי ששני ספיקות הם נגד חזקה שייך לומר שמצרפין הספיקות שיהי' בגדר רובא לסתור החזקה כיון ששני הספיקות סותרין החזקה, אבל אם רק ספק אחד סותר החזקה המשל ששחט בסכין והלך כל הסכין ושחט רק רוב משוער דליכא אלא חדא ספיקא שמא במשהו לאחר הרוב ואח"כ נתערב ולא נודע בהא אפשר לכ"ע דספיקא כמאן דליתא דמי דנגד ספק אחד סותר החזקה והחזקה הוא בכל מקום בודאי ודוקא כששני ספיקות הם נגד חזקה שייך לומר שגורם שיהי' בגדר רוב עכ"ד פח"ח, ובכללי ס"ס יבואר בעזה"י דין זה באריכות, וא"כ ה"נ חזקה דכאן נמצא וכ"ה שהי' תחתיו סותר רק ספק אחד ועל ספק ב' שמא הי' באונס שמא ברצון ליכא סתירה ולא שייך לצרף הספיקות שיהי' בגדר רובא לסתור החזקה דנגד ספק אחד עדיף החזקה ולא נשאר רק ספק באונס ספק ברצון והדק"ל:

לכן נראה לענ"ד דיש להבין כוונת הירושלמי מ"ש דאונסא אית לי' קלא התינח אם ידוע שהזנות הי' כאן במקום שטענו וליכא קלא מוכח שהי' ברצון מדלית לי' קלא הא אינו ידוע כלל מקום הזנות ואולי במקום הזנות באמת איכא קלא שהי' באונס או דנבעלה בשדה דליכא קלא עיין ברמב"ם בפ"א מנערה בתולה ה"א ואחר שכתבתי קונטרס הלז שמעתי מגדול אחד המיוחד בדורינו שהכוונה שדרכה לספר את המאורע בפני קרובתיה מנייהו נפקא קלא ובעיני סברא זו לא הובררה דמה"ת תספר מילתא דכסופא לה כמ"ש הר"ן במס' גדרים ד"צ ע"ב וגם דוחק משום זה יהי' רובא) וצריך לומר כיון דקיי"ל כאן נמצא וכאן הי' וכתב הב"ש סימן ו' סע"ק ל"ד וז"ל ומשמע מכל הפוסקים כשהי' במקום זה ונתעברה ואיכא במקום זה תרי רובא לא חיישינן שמא הי' הזנות במקום אחר אשר אין שם תרי רובא אלא אמרינן כאן נמצא וכאן הי' הזנות יע"ש א"כ כמו דאמרינן כ"נ וכ"ה לענין רשויות, כמו כן לענין מקום דשם חזקה חד הוא ושפיר כתב הירושלמי כיון דבע"כ הזנות הי' במקום הנשואין וליכא קלא מוכח שהי' ברצון ועל ידי זה בא רובא דברצון, באופן דעיקר רובא דברצון בא על ידי חזקה דכאן נמצא וכאן הי' כיון דהזנות הי' כאן אם הי' באונס אית לי' קלא וא"כ לק"מ קו' הפלאה דשפיר מקשה הש"ס ואמאי ס"ס היא ואף דאיכא חזקה דכאן נמצא וכאן הי' מ"מ עדיף ס"ס שהוא מטעם רובא דעדיף מחזקה, דמצרפינן הספיקות דחזקה זו סותר לשני ספיקות דנגד ספק תחתיו איכא חזקה כאן נמצא וכ"ה שבע"כ הי' תחתיו, ונגד ספק באונס ספק ברצון איכא חזקה כ"נ וכ"ה בזנות ובע"כ הי' ברצון מדלית לי' קלא ואף שנגד ספק תחתיו חזקה כ"נ וכ"ה הוא על הרשות ונגד ספק אונס החזקה הוא על מקום מ"מ שם חזקה כ"נ וכ"ה חד הוא לומר שהי' ברשות זה וגם שהי' ברצון כי הכל הוא מענין חזקה כ"נ וכ"ה לומר שאין

מחזיקין מרשות לרשות וממקום למקום וכמו דמוכח להמעיין בש"ס ופוסקים בעניני חזקות וכיון ששני ספיקות סותרים לחזקה הוי בגדר רובא דעדיף מחזקה דהספיקות חזי לאצטרופי לסתור החזקה כיון שיש שייכות זה לזה וא"ש וא"כ מיושב ג"כ קו' תוס' הנ"ל על תלמודא דידן דשפיר יש לחלק בין ספק אחד לשני ספיקות דבספק אחד הוי רובא דברצון רוב גמור כיון דאמרינן חזקה כאן נמצא וכאן הי' מוכח שהי' ברצון מדלית לי' קול כיון שהי' הזנות כאן, משא"כ בספק ספיקא דליכא חזקה דכאן נמצא וכ"ה כיון שהספיקות תרווייהו סותרים לחזקה דס"ס עדיף מחזקה היכי ששני ספיקות סותרים לחזקה ממילא ליכא רובא דברצון דהא כיון דלא אמרינן כאן נמצא וכ"ה דנסתר ע"י ס"ס ליכא הוכחה שהי' ברצון מדלית לי' קלא דאולי הי' הזנות במקום אחר ואפשר הי' לכוון כן בלשון תוס' אך מ"ש שרובא דברצון הוא רוב מדרבנן הוא למותר ומ"מ הדברים מצד עצמן נכונים, ולפ"ז מיושב קו' פ"י הנ"ל על תוס' ד"ה השבתנו די"ל תוס' כאן סוברים דרוב דברצון הוי רוב גמור מן התורה ואף שלעיל בדף ט' לא כתבו כן ידוע שהרבה בעלי תוס' היו (ותוס' שם בדף ט' אית להו טעמים אחרים שיבוארו לקמן לר"ג) וא"כ שפיר כתבו דגם בראוה מעוברת איכא חזקה דבודקת ומזנית דאנן קיי"ל כאן נמצא וכאן הי' כמ"ש הב"ש בסי' ו' סע"ק ל"ד הנ"ל היכי שנתעברה בעיר אמרינן כאן הי' הזנות בעיר שנמצאת מעוברת וכיון דליכא קלא מוכח שהי' ברצון וכיון שהוא ברצון שייך בודקת ומזנית לכן אפי' ברוב פסולין מכשיר ר"ג וא"ש:

פרט ג

יבואר ביאור סוגי' הש"ס דכתו' די"ג ע"א לפי דברי תוס' דאיכא חזקה דבודקת ומזנה ולפי דברינו הנ"ל:

ד לכאורה קשה לפי דברינו הנ"ל בהא דאי' שם בש"ס מאי מדברת זעירי אמר נסתרה רב אסי אמר נבעלה, ומקשה הש"ס בשלמא לזעירי היינו דקתני תרתי מדברת ומעוברת, אלא לרב אסי תרתי למה לי, ומשני חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בבתה הניחא למ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה, אלא למ"ד לדברי המכשיר בה פוסל בבתה מאי איכא למימר, ומשני ר' אסי סובר כמאן דאמר לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה יע"ש ולפי דברינו קשה מאי מקשה הא הו"מ לומר בפשיטות אפי' לרב אסי תני מדברת שראוהו שנבעלה ברצון להודיעך כחו דר' יהושע אפי' בכה"ג דיש לומר בודקת ומזנה מ"מ א"נ דלית לי' חזקה זו, ובסיפא בראוה מעוברת להודיעך כחו דר"ג אפי' בכה"ג שייך חזקה בודקת ומזנית דסד"א דלא אמרינן כאן נמצא וב"ה ואולי הי' באונס ולא שייך בודקת קמ"ל דאמרינן כ"נ וכ"ה וכאן נמצאת מעוברת וכאן הי' הזנות בעיר וכיון

דליכא קלא מסתמא הי' ברצון ושייך בודקת ומזנה לכן נאמנת שנבעלה לכשר אף ברוב פסולין, מיהו קו' זו גם לולי דברינו הנאמרים בפרט ב' קשה דהנה הרמב"ם בפרק א' מנערה בתולה הלכה א' כתב וז"ל כל הנבעלת בשדה הוי בחזקת אנוסה ודנין אותה בדין אנוסה עד שיעידו עדים שברצון נבעלה וכל הנבעלת בעיר ה"ז בחזקת מפותה מפני שלא צעקה עד שיביאו עדים שהיא אנוסה כגון ששלף חרבו, וראב"ד השיג ע"ז וז"ל חזקה זו מה תועלת יש בה כו' ואם לענין ג' דברים אם יש טענה ביניהם זה כלל גדול בדין המע"ה יע"ש ותי' בכ"מ בשם מגדול עוז שנ"מ שראו עדים מרחוק שוכב עמה ולא ידעו אם באונס אם ברצון ואם הי' בעיר חזקה שהיא מפותה ובשדה חזקה שהיא אנוסה וא"כ לרמב"ם קשה ג"כ קו' הנ"ל די"ל רישא רבותא לר' יהושע אף שבודאי הי' ברצון כיון שהי' בעיר מסתמא הי' ברצון וי"ל בודקת ומזנה ל"מ, וסיפא רבותא לר"ג אף שלא ראוה שנבעלה ויש לחוש שמא נבעלה בשדה באונס קמ"ל כ"נ וכ"ה הזנות בעיר וכיון שהי' בעיר וליכא קלא מוכח שהי' ברצון ושייך בודקת ומזנה, והנה לכאורה קשה לרמב"ם ג"כ מהא דמקשה הש"ס שם לרב אסי דאמר נבעלה מברייתא דראוה שנכנסה עם אחד לסתר או לחורבה (פירש"י סתמא לבעילה שהוא מקום לזנות) ואמרו לה מה טיבו של איש הוא כהן ונחלקו התנאים אי נאמנת ואי היינו נבעלה תרתי למה לי ומשני חדא חורבה דמתא וחדא לחורבה דדברא פירש"י חורבה דמתא סתם בעילתה מאחד מבני העיר ואיכא למימר בעיר שרובא ישראל כשרים קאמר, חורבה דדברא ספק אחד מסוף העולם בא לכאן ורוב עולם נכרים הפוסלים לאשה בביאה יע"ש וקמ"ל אפי' ברוב פסולין ותיקשי הא משמע בברייתא לא אמרו העדים שראוה שנבעלה ברצון רק ראו שנכנס לשם וכיון דהוי מקום לזנות הוי כראו כמו דמשמע מלשון רש"י ועכ"פ לא ראו הבעילה א"כ קשה לרב אסי כיון דליכא מגו דהוי כראו דנבעלה אמאי נאמנת בחורבה דדברא שנבעלה לכשר הא רוב פסולין אצלה ואי משום חזקה בודקת ומזנה הא כיון שהי' בשדה היא בחזקת אנוסה ולא שייך בודקת ומזנה ובשלמא במתני' א"ש דאף ברוב פסולין נאמנת דברישא י"ל שראוה שנבעלה ברצון ובסיפא ראוה מעוברת אף שלא ידעינן באיזה מקום הי' הבעילה מ"מ אמרינן כ"נ וכ"ה זנות וכיון שנמצאת בעיר מעוברת בודאי הי' הבעילה בעיר והי' ברצון כיון שהי' בעיר ואיכא חזקה דבודקת ומזנה אפי' אי איירי בעיר שרוב פסולין אבל בברייתא הלז קשה אבל ז"א דאף שפירש"י לחורבה סתמא דמילתא שהוא מקום לזנות מ"מ לרב אשי דלית לי' מעלה עשו ביוחסין ושוה לאשת איש והתם קיי"ל דאין אוסרין על היחוד אפי' ביחוד חורבה שהוא מקום לזנות עד שראו הבעילה דסתמא אי' בש"ס ופוסקים או בק"וס ובע"כ מ"ש דש"י כן דהוי קשה

לי' למה לא פי' להדי' שראו שנבעלה לכן פירש שנקיט לישנא מעליא כיון דאותו מקום הוא לבעלה הוי כמפורש בברייתא שראו שנבעלה וא"כ שפיר י"ל אפי' בחורבה דדברא מיירי שעמדו בקרוב וראו שהי' ברצון ואיכא חזקה דבודקת ומזנה כיון שהי' ברצון אבל קושי' הנ"ל קשה על הרמב"ם, ואין לומר דכוונת הש"ס בקו' הנ"ל לפי מאי דאי' בקדושין דע"ד ע"א דמקשה הש"ס על רבינו הקדוש אמאי לא נזכר גם דברי אבא שאול במתני' שסובר כר"ג ומשני חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בבתה ומקשה הניחא למ"ד לדברי המכשיר בה פוסל בבתה אלא למ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה אבא שאול מאי אתי לאשמועינן, ומשני דאבא שאול עדיפא מדר"ג דאי מהתם הו"א דרוב כשרין אצלה קמש"ל א"ש אפי' ברוב פסולין, ומבואר בתוס' שם ד"ה אי וכאן בד"ה מכשיר משום דמתני' דידן לא אשמעינן ר"ג מידי אפי' ברוב פסולין וא"כ לפי דברינו אי נימא דקמ"ל ר"ג דחזקה בודקת ומזנה מהני נגד רוב פסולין, תיקשי קו' הש"ס הנ"ל דז"א דהא עיקר קו' הש"ס כאן על רב אסי הוא לדברי המכשיר בה פוסל בבתה וא"כ שפיר י"ל כתי' הש"ס שם מעיקרא דקמ"ל לאבא שאול אפי' בבת, ונראה לענ"ד ליישב דהנה לקמן אי' אמר ר' יוחנן לדברי המכשיר בה מכשיר אפי' בבתה ר' אלעזר אומר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה אמר רבה מ"ט דר"א בשלמא איהי אית לה חזקה דכשרות בתה לית לה חזקת כשרות, ובביאור הדברים יבואר באי"ה לקמן בפרט ו' יע"ש, ואולם קשה ניהו דלית לה חזקת כשרות מ"מ הא איכא חזקה דבודקת ומזנה אמאי לא מהני לבת דנסתר הטעם שכתבתי שם דלא דמי כלל לחזקת כשרות דחזקה זו הוא חזקה שאינה פוסקת שגם עכשיו יש לנו חזקה זו והוא בהוכחה שאומרת אמת ומ"ש היא או הבת, לכן נראה דמכאן מוכח דלית לי' לר' אליעזר חזקה כ"נ וכ"ה ולכן נייד במס' כתובת דף ע"ה מתי' רבא וגם לפי דברי הב"ש בסי' ו' תלי' במחלוקת חזקי' ור' יוחנן בנדה שם ומאן דסובר מחזיקין איסור ממקום למקום לית לי' חזקה כאן נמצא וכ"ה ואף שראהו כאן מעוברת חיישינן שזנות הי' במקום אחר ושפיר יש לומר שהי' במקום אחר והי' אונס דסברא הנ"ל מוכרע מצד הסברא דלא שייך לומר שאונסא אית לי' קלא כ"א היכי שאמרינן שהי' כאן (ואף לפי דברינו כעת בלא"ה לק"מ קו' הפלאה בפרט ב' מ"מ סברא זו הלז נכונה מצד עצמה) והיכי דיש לחוש שהי' במקום אחר שפיר יש לומר שהי' באונס וממילא ליכא חזקה דבודקת ומזנה, ולא נשאר רק חזקת כשרות ול"מ לבת, ואין להקשות לפ"ז קשה על ר' אלעזר קו' תוס' בד"ה השבתנו, אמאי נאמנת אפי' ברוב פסולין הא דמי לשבוי' כיון דלית לי' חזקה שבודקת ומזנה, ז"א די"ל אליבא דר"א כסברת נ"י ופ"י שאביא לקמן בפרט ה' דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקת היתר והוי פלגא ופלגא מהני ברי דידה ושאני

שבוי' דרובם ככולם פרוצים בעריות דלא שייך סמוך כו' ותוס' שכתבו חזקה דבודקת ומזנה הוא אליבא דר' יוחנן דקי"ל כוותי' אין אנו אחראין לומר דר"ג ור"א סוברי' סמוך מיעוטא לחזקה כר' מאיר כיון דיש לומר דסוברים אפי' כחכמים דר' מאיר דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ואף דר"ג משמע דסובר בחולין דף ו' ע"א כר' מאיר כמ"ש בפ"י מ"מ ניחא להו לומר הטעם גם לדידן דקיי"ל כר"ג וקיי"ל כחכמים דר' מאיר דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה לקולא ותיקשי הלכתא אהלכתא ההכרח לומר הטעם דבודקת ומזנית ובאמת י"ל מה"ט מהני גם לבת ולפ"ז דמוכח דר"א לית לי' כ"נ וכ"ה דאי יסבור כ"נ וכ"ה תיקשי אמאי לא מכשיר ר"ג גם הבת דהא יש הוכחה שהי' ברצון מדליכא קול שפיר מקשה הש"ס בכתובת דף ט' ע"א לר"א לשיטתו ולק"מ קו' הפלאה הנזכר בפרט ב' וא"כ לפ"ז מיושב ג"כ קו' הנ"ל דשפיר מקשה הש"ס על רב אסי דמאן דסובר פוסל בבתה בע"כ לית לי' חזקה כ"נ וכ"ה ועיקר קו' הש"ס הוא רק אי יסבור כר"א כנ"ל וא"ש:

ה אמנם לפי זה קשה לשיטת תוס' הנ"ל לר' יוחנן לפמ"ש הב"ש בסי' ו' דילפינן איסור מטומאה לענין זה ומאן דסובר מחזיקין טומאה ממקום למקום בע"כ לית לי' חזקה כ"נ וכ"ה ומחזיקין זנות ממקום למקום ור' יוחנן סובר בנדה דף ד' דמחזיקין טומאה ממקום למקום, וא"כ קשה לשיטתו קו' התוס' אמאי בראוה מעוברת סובר ד"ג דנאמנת אפי' ברוב פסולין מ"ש משבוי' דהא ליכא חזקה דבודקת ומזנה כיון שלא ראוה מקום הבעילה יש לחוש אולי הי' הזנות במקום אחר ושם נאנסה ולכן ליכא כאן קול שהי' באונס, ובאונס לא שייך בודקת ומזנה, וכיון דרוב פסולין הוא ודאי וחזקה דבודקת הוא ספק אם יש לפנינו חזקה אין ספק מוציא מידי וודאי, ואין לומר דס"ל לתוס' כמ"ש הב"ש בסימן ז' ס"ק ל"ט בשיטת הר"ן והמ"מ דאינה נאמנת ברוב פסולין רק כשיש ספק אם אזלה לבועל אבל אי ברור דהלך הבועל אצלה ואיכא רוב פסולים אינה נאמנת כמו כן יש לומר בשיטת תוס' שאף שלא נחתו לסברת הפוסקים הנ"ל מ"מ בדין זה יש לומר דסוברים כוותייהו, וא"ש דברי ר"ג אף לר' יוחנן לשיטתו דאפי' בראוה מעוברת כיון שעדי' לא ראו הביאה רק שהיא מעוברת לפנינו ויש ספק אם הי' רוב דלמא אזלא לבועל והוי קבוע וכמו דחזקה בודקת ומזנה הוא ספק איכא ספק גם ברוב ולכן מהני ברי שלה ול"ד לשבוי' דהתם בודאי אומרת נגד רוב דלא שייך התם קבוע לענין רוב נכרים פרוצים בעדיות ומיעוטא שאינם פרוצים לא ניכר מי הוא פרוץ מי אינו פרוץ ובכה"ג ל"ש קבוע כמ"ש תוס' בנזיר דף י"ב וכן מצאתי סברא זו בס' בית מאיר דשם לא הוי קבוע, דזה אינו דא"כ למה לתוס' לחדש הך חזקה דבודק' ומזנה לר"ג שהוא נגד סתימת הש"ס הא הו"מ לומר בפשיטות דל"ד לשבוי' דאומרת בודאי נגד רוב ל"מ ברי בצירוף חזקת היתר שלה

דרובא עדיף משא"כ הכא אף דרוב פסולין אצלה מ"מ איכא ספק דלמא אזלה לגבי' דהכא הוי קבוע דאו' דאו"ה ניכר לעצמו ואיכא ספק אם יש כאן רוב פסולין וחזקת היתר שלה הוא ודאי אמרינן ודאי חזקה עדיף מספק רוב אע"כ דלא נחתו לסברת ב"ש והבינו אפי' כשברור שרוב פסולין אצלה שהלך הבועל לגבה מ"מ נאמנת לכן הוכרחו לחדש לר"ג חזקה דבודקת ומזנה וא"כ קשה קו' הנ"ל לר' יוחנן לשיטתו קמה קו' תוס' בד"ה השבתנו מ"ש משבוי':

ולולי דברי תוס' נלענ"ד ליישב קו' תוספת דהנה יש לברר אי אמרינן מגו במקום רוב, וראיתי בתוס' כתובת דף י"ו ע"א בד"ה כיון בהא דמקשה הש"ס כיון דרוב נשים בתולות נישאות כי לא אתי עדים מאי הוי כתבו לרב פריך דאית לי' הולכין בממון אחר רוב והקשה בחידושי פני יהושע דלרב ודאי לק"מ דהא רב אית לי' דבמעשה ב"ד יכול לטעון פרעתי כמ"ש תוס' בדף פ"ט בד"ה הוציאה וא"כ א"ש דאי ליכא עידי הינומא הבעל נאמן דאלמנה היתה במגו דאי בעי הוי מצי למיטען פרעתי כמ"ש תוס' בד"ה דאי וכתב ליישב בדוחק דפריך למאן דאית לי' כרב בחדא ופליג עלה בחדא יע"ש, ואולם אי נימא דלא אמרינן מגו במקום רוב קושי' הש"ס בפשיטות לרב גופא שוב ראיתי בתוס' ב"ב דף צ"ב ע"ב ד"ה ואמאי שהקשו קו' פ"י בהא דמקשה שם ג"כ קו' זו לרב הקשו נימא דנאמן במגו דאי בעי אמר פרעתי וע"כ בדליכא כתובה איירי דאי איכא כתובה ניחזי מאי דכתב בה ותי' דאליבא דרב קיימי דאמר בכתובת דפ"ט גט גובה עיקר כתובה גובה תוספת יע"ש, נשמע דתוס' סוברים דאמרינן מגו במקום רוב, מיהו יש לדחות דשאני התם דיש להמוחזק מגו מהני אפי' במקום רוב דמגו בצירוף חזקת ממון עדיף מרוב דהא לשמואל אפי' רוב לבד ל"מ להוציא ממון מחזקתו אבל בעלמא היכי דמגו סותר לרוב י"ל דלא מהני דרוב אלים טפי ממגו ועיין ב"ב דף ו' ע"א וכתובת די"ט ע"א בתוס' שם מיהו למ"ד דמגו מהני להוציא ממון כדאי' בב"ב דף ל"ב ורוב ל"מ להוציא ממון משמע דמגו עדיף מרוב אבל לרוב הפוסקי' דלא אמרינן מגו להוציא לא מוכח, ואדרבא משמע דרוב עדיף כיון דרוב עדיף מחזקה ובכמה דוכתי' לא אמרינן מגו במקום חזקה מכ"ש דלא אמרינן מגו במקום רוב, וכן משמע בש"ות הר"אש כלל פ"ב שהביא עובדא דנהר פקוד בב"מ דף פ"א וכתב וי"ל והלכה כאביי אע"ג דאיכא מגו לא מיהמן משום דאנן סהדי דבכל עידן איכא מיא באורחא דנהר פקוד ואע"ג דעדות ממש ליכא שהי' שם מים בשעה שהלך זה אלא שרוב פעמים מצוי שם מים הוי מגו במקום עדים וראיתי בס' א"ות בכללי מגו סימן פ"ב ס"ק ל"ה ששקיל וטרי בהך דינא אי אמדינן מגו במקום רוב והביא ג"כ דברי תוס' בב"ב

יע"ש שלא החליט וכבר כתבתי הנלענ"ד וגם לא הביא דברי ש"ות הר"אש הנ"ל ובאמת אין לפשוט ממה דקיי"ל דלא אמרינן מגו במקום חזקה דלאו כל חזקות שווין ויש חזקות דעדיפא מרובא דמהני אפי' להוציא ממון כמו חזקה דאתיא מכח סברא ורובא ל"מ להוציא ממון לכן דין הלז לא ברור אי אמרינן מגו במקום רוב מיהו נראה אף אי נימא דלא אמרינן מגו במקום רוב מ"מ יש לומר דאמרינן מגו בעיקר רוב דהיינו היכי שרוב בא רק מפיו ולולי דיבורו הי' לנו ספק אם יש רוב ואותו אדם שאומר שהוא רוב המגרע כחו יש לו מגו בעיקר רוב מהני המגו וראיה לזה דהא רוב לא עדיף מעדים, ולפמ"ש הסמ"ע בחושן משפט סימן ע"א סע"ק ה' וש"ך שם סע"ק ד' אף דלא אמרינן מגו במקום עדים מ"מ אמרינן מגו בעיקר עדים היכי שאנן סהדי בא רק מפיו יע"ש היטב וה"ה לענין רוב וא"כ לק"מ קו' תוס' די"ל דהכא איירי אף שרוב פסולין מ"מ איכא ספק אם הלך הבועל אצלה או להיפך כמ"ש הב"ש בסי' ד' סע"ק ל"ט לכן אף שאומרת שהלך הבועל אצלה וכיון שרוב פסולין אצלה אמרינן כל דפריש מרובא פריש מ"מ נאמנת שלכשר נבעלה וממיעוט פריש הבועל דכיון דיש לה מגו בעיקר רוב דהו"מ לומר שהלכה לגבי בועל דהוי קבוע ומגו מהני לר"ג כמ"ש תוס' בדף י"ד ע"ב ד"ה כמאן ולא הוי מגו במקום רוב דלולי דבורה איכא ספק מי אזל בא הרוב רק מפיה נאמנת במגו, משא"כ בשבוי דאיכא ודאי רוב ולית לה מגו לכן אינה נאמנת בברי נגד ודאי רוב ולפ"ז יש ליישב גם שיטת תוס' הא שכתבו הטעם משום חזקה דבודקת ומזנה היינו לדידן דקיי"ל דאמרינן כ"נ וכ"ה כמ"ש הב"ש ניחא להו לומר אפי' בראוה שנבעלה והלך הבועל אצלה דאיכא ודאי רוב ולית לה מגו, מ"מ נאמנת כי מסתימת לשון ריב"ל שאמר מאן דמכשיר מכשיר אפי' ברוב פסולין משמע אפי' כשברור שאומרת נגד רוב בין בראוה מעוברת ובין בראוה שנבעלה והלך הבועל אצלה לכן כתבו הטעם משום בודקת ומזנה אבל עכ"פ לק"מ לר' יוחנן דר"י י"ל דסובר שר"ג לא מכשיר ברוב פסולין רק כשיש לו מגו בעיקר רוב וא"ש:
ו ואכתי איכא למידק לשיטת תוס' דנתבאר מדבריהם להלכה סוברים דר"ג מכשיר אפי' כשודאי רוב פסולין אצלה שהלך הבועל אצלה מ"מ נאמנת א"כ מאי מקשה הש"ס לרב אסי תרתי למה לי אי יסבור כמאן דסובר דר"ג דמכשיר בה פוסל בבתה, הא יש לומר דקמ"ל רבותא בתרווייהו בבי ואומר דרצה להורות לן דר"ג מכשיר ברוב פסולין אף כשודאי הלך הבועל אצלה מ"מ נאמנת משום חזקה בודקת ומזנה ומסיפא דראוה מעוברת לא נשמע דסד"א דוקא התם שאין עדי' יודעין מבעילה אף שמיירי בכל גווני אפי' כשרוב העיר שהיא דרה שם הם פסולין ומסתמא כאן נמצאת מעוברת כאן הי' הזנות כמ"ש הב"ש ותו אפי' אי לא אמרינן כ"נ וכ"ה איכא ג"כ רוב פסולין דרובא דעלמא

הם נכרים מ"מ כיון שא"י מי הלך אצל מי ליכא רק ספק רוב י"ל בכה"ג סובר ר"ג דנאמנת בכל גווני לא מבעי' אי אומרת שאזלה לגבי דבועל דהוי קבוע בודאי נאמנת כיון דאיכא ספק השקול מהני ברי שלה כדין ספק איסורין שבעל דבר נאמן דהא לפי דבריה ליכא רוב פסולין, וגם לולי דבריה איכא ספק ברוב ומכ"ש שחזקת היתר מסייע לה דעדיף מעלמא רק אפי' אי טוענת שהלך הבועל לגבה רק שפריש ממיעוט כשרים מ"מ נאמנת במגו משום דהוי מגו בעיקר רוב אבל היכי שידוע שהלך הבועל לגבה ואיכא רוב פסולים סד"א דמודה רבן גמליאל שאינה נאמנת כיון דלית לה מגו דלא אמרינן חזקה בודקת ומזנה קמ"ל רישא אף שראוה שנבעלה ושהלך הבועל אצלה מ"מ נאמנת לר"ג משום חזקה בודקת ומזנה, וע"כ רישא רבותא לר"ג וסיפא רבותא לר' יהושע אף דאית לה מגו אינה נאמנת הגם אליבא דרב אסי אית לי' לר' יהושע מגו דהא בנסתרה מודה ר' יהושע דנאמנת לומר לכשר נבעלתי במגו דלא נבעלתי, היינו ברוב כשרים דהיכי דליכא מגו פוסל ר' יהושע אפי' ברוב כשרים כמו דאמר ריב"ל והיכי דאית לה מגו מודה דלא עשו מעלה ביוחסין היכי דאית לה מגו לאצטרופי, כעין דאי' בדף ט"ו דלא עשו מעלה ביוחסין בתרי רובי אבל היכי שרוב פסולין אללה והיא אומרת לכשר נבעלתי אף שיש לה מגו דלא נבעלתי סובר ר' יהושע דאינה נאמנת משום דהוי מגו במקום רוב מה"ט סובר בסיפא אף שיט לה מגו שהי' קבוע אינה נאמנת כיון שטענה שטוענת עכשיו הוא נגד רוב לא אמרינן אפי' מגו בעיקר רוב (והמעיין היטב במס' כתובת דף י"ט ע"א בגמ' וברש"י ד"ה אין יראה דהא כללא אי אמרינן מגו בעיקר אנן סהדי לא מוכרח ולכאורה לרש"י שם הוא מחלוקת תנאים) וא"ל דא"כ קמה קו' הש"ס בקידושין דף ע"ד על ר' למה לא סתים דברי אבא שאול במתני' דידן כיון דגם ר"ג מכשיר אפי' בודאי רוב פסולין דז"א כיון דסובר כמאן דסובר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה בלא"ה ניחא כדאי' שם דקמ"ל אבא שאול להכשיר הבת מיהו י"ל דלא ניחא לש"ס לומר לאפושי מחלוקת בין ר"ג לר' יהושע שיסבור ר"י דלא אמרינן מגו בעיקר רוב כיון דאפשר לומר דרב אסי סובר כר' יוחנן דמאן דמכשיר בה מכשיר בבתה כיון דהלכה כוותי' הא עדיפא לש"ס לתרץ:

פרט ד

יבואר ביאור דברי תוס' וסיעתם בהך חזקה דבודקת:

ז יש לחקור בכוונת רבותינו בעלי תוס' במה שכיילו לן לר"ג איכא חזקה דבודקת ומזנה, לכאורה הוא נגד הסברא והשכל כיון דאיסורין שווין אם נבעלה לכשר או נבעלה לפסול, רק שבאם תינשא לכהן א"כ מנלן דבעת הזנות הי' מסיקא אדעתא לינשא לכהן דלמא יצרה תקפה לבעול לפסול, והי' דעתה להנשא לישראל ועכשיו נשתנה דעתה, ומנלן

דאמרינן הוכיח סופה ע"ת, עיין בחולין דף ל"ט, ומלשון תוס' משמע להדי' שבעת הזנות בודקת ומזנה והא נגד הסברא ולכאורה יש לומר כוונת תוס' והנה הראשונים נחלקו עם הרמב"ם זלה"ה רמב"ם בפ"ט מא"ב הלכה א' כתב וז"ל אחד ממזר שנשא ישראלית או ישראל שנשא ממזרת כיון שבעלו אחר בקידושין לוקין קידש ולא בעל אינו לוקה בעל ולא קידש אינן לוקין משום ממזרת שאין לך בכל חייבי לאוין מי שילקה על בעילה בלא קדושין אלא כה"ג באלמנה עכ"ל וכתב ה"המ שם וז"ל ומ"מ רבינו בעל ולא קידש אינו לוקה משום ממזרת ר"ל שאינו לוקה משום ממזרת אבל לוקה משום פנוי' וכמ"ש בפ"א מאישות שהבועל אשה שלא לשם קדושין לוקה מן התורה מפני שבעל קדישה, אבל משום לאו דממזרת אינה לוקה שאין לך בכל חייבי לאוין מי שילקה על בעילה בלא קדושין אלא כה"ג באלמנה ועיין בכ"מ שכתב בשם הר"א בנו של רמב"ם שביאה בקהל הנאמר בחייבי לאוין לא הוי אלא בקדושין וזנות לא מיקרי ביאה בקהל, ואולם ראב"ד וחכמי לונוויל חולקים ע"ז כמ"ש בהמ"מ שם וז"ל אבל ממזר דדבר ידוע שעל הקדושין אינו לוקה שהרי אין כתוב בהן לאו בקיחה ועל ביאה בלא קדושין לוקה כמו שהכתוב מפורש צווח לא יבוא שהוא הבעילה ומפורש בפרק אלו נערות דאקשינן בהדי' אי ר' יצחק קשי' ממזרת וה"ה לעמוני ומואבי ופצוע דכא ושאר כל חייבי לאוין וכיוצא בהן יע"ש, עוד נחלקו רמב"ם עם ראב"ד דעת רמב"ם כמבואר בה"המ הנ"ל ובמ"ש בפ"א מאישות ה"ד בבא על פנוי' בדרך זנות אפי' באקראי בעלמא עובר על לאו דאוריי' לא תהי' קדישה, וראב"ד השיג ע"ז שאין קדישה אלא המזומנת ומופקרת לכל אדם ועיין בטור א"העז סי' כ"ו ומבואר בחלקת מחוקק שם סע"ק א' שאפי' לדברי ראב"ד אסורה ביאת פנוי' מיהו מדרבנן דהא אפילו יחוד פנוי' גזרו בב"ד של דוד יע"ש ולפ"ז יש לומר דתוס' סוברים לגמרי כראב"ד בביאת פנוי' לכשר מישראל לא עבדה רק על איסור דרבנן, ובביאת פנוי' לפסול לקהל אפי' בלא קדושין עברה על איסור דאורייתא דהא אם היתה בהתראה לוקה ושפיר כתבו אשה מזנית בודקת ומזנה שלא לבעול לפסול כ"א לכשר והטעם כיון דיש לכל ישראל חזקת כשרות וה"ה לאשה כדאי' בכמה דוכתי' ואיסור דאורייתא חמור לאינשי ואיסור דרבנן לאו כ"ע זהירי כדאי' בה"המ בפ"א מאישות ה"ד ולכן אמרינן שמן הסתם הי' בודקת ומזנה ליבעל לכשר והוי רק איסור דרבנן ולא לבעול לפסול דאיכא איסור דאורייתא, אבל ז"א לפמ"ש תוס' במס' יבמות דף ט"ו ע"ב ד"ה קסברי שהקשו למ"ד עכ"ם ועבד הבא על ב"י הולד ממזר בשלמא מעבד הוא ממזר דבעבד איכא לאו אלא עכ"ם אמאי הוי ממזר ב"ד של שם גזרו ומדאורייתא היתר הוא ותי' אע"ג דביאת היתר הוא בצינעא מ"מ כיון דלא תפסי בה קדושין הוי ממזר כמו בעבד

יע"ש ואמאי מכשיר ר"ג אפי ברוב פסולין שהם עכ"ום כמו בחורבה דדברא הא בזה לא שייך בודקת ומזנה משום איסור דאורייתא דהא גם ביאת עכ"ום שפוסלה מכהונה הוי ביאת היתר מדאורייתא בצנעא, ועיין מס' קדושין דף ע"ה ע"ב ד"ה ור' ישמעאל, ואולם ראיתי לבעל קצות החושן בס' אבני מלואים סימן ט"ז סק"א שכתב להוכיח מסוגי' דע"ז דף ל"ו ע"ב דעכ"ום הבא על בת ישראל אפי' בצנעא הוי איסור דאורייתא, ומ"ש תוס' בקדושין דף ע"ה ד"ה ור"י דבתך לא תקח לבנו הוא אזהרה לתפיסת קדושין י"ל כמ"ש תוס' בע"ז שם ד"ה לא תתחתן דהוא אזהרה לביאה וכ"כ בסימן ז' סע"ק ג' שפיר יש לומר כדברינו הנ"ל בכוונת תוס' ואכתי יש קצת לפקפק בתי' זה כעין שכתב הר"אש בקדושין דף ע"ג ע"א סימן ז' אטו נשי דיני גמירי ועיין בקדושין דף י"ג ע"א וה"נ אטו דינא גמירי לידע שעם ישראל כשר הוא רק איסור דרבנן ועם פסולי קהל הוי איסור דאורייתא דין שנחלקו עמודי העולם, ועיין תוס' ב"מ דף ט"ז ע"ב ד"ה ונתן מיהו בש"ך חושן משפט סימן ס"ו סע"ק כ"ו השיג על הר"אש בפ' הכותב שכתב כיו"ב לענין מגו דלאו כ"ע דיני גמירי וז"ל מ"ש לאו כ"ע גמירי הוא נגד הסברא דהא אשכחן כמה מגות חמורות יותר מזה שצריכין לימוד ועומק גדול בים התלמוד שהאשה נאמנת באותן מגות וכל הש"ס ופוסקים מלאי' מזה בכמה מקומות ולא אמרינן שמא אינה יודעת הדין ואם מצינו לפעמים בש"ס אטו כולהו נשי דינא גמירי היינו דוקא במקומות שאמרו הם ושם יש טעם בדבר משא"כ בשאר דוכתי דאל"כ בטלת רוב וכמעט כל המגות שבש"ס יע"ש ולפי דברי הש"ך מ"ש הרשד"ם סי' כ"ב ומוהר"א ששון סי' כ"ה הובא בכנ"הג בכללי מגו סימן פ"ב סע"ק ע"ז שאין להאמין עם הארץ במגו דטען טענה דאפשר דהוא לא ידע הדין, נדחה מהלכה כי הם נמשכו אחר דברי הר"אש בפ' הכותב כמ"ש בתומים שם סע"ק כ"ח:

וקצת יש להביא ראי' לשיטת הש"ך מהא דאי' במס' בכורת דף ל"א ע"א ורואה את קדשי' אם יש לו שלמים בתוך ביתו ונפל בו מום יראה אם קבוע הוא ויפדה ויוציא לחולין ואי' הטעם בגמ' משום דאי בעי מיתשל עלה ופירש"י וז"ל ואינו נחשד לומר על מום עובר שהוא מים קבוע דמה לו לשקר הא אם הי' רוצה להוציאן לחולין יכול הוא לעשות בהיתר ולשאול לחכם ולפתוח בחרטה דהקדש בטעות ולומר בטעות הקדשתיו יע"ש וקשה הא בזה פליגי ב"ש וב"ה במס' ב"ב דף ק"ך ע"ב בס"א הקדש טעות הקדש ובה"א אינו הקדש ועיין במס' נזיר דף למ"ד ובמס' ערכין ואף דקיי"ל כב"ה מ"מ כתבו תוס' ב"מ דף ט"ז ע"ב ד"ה ונתן דלאו כ"ע גמירי הלכה היכי שהוא מחלוקת, וא"כ לשיטת הר"אש וסיעתם קשה דלא הוי מגו דלמא לא ידע הדין דהקדש טעות לא הוי הקדש והא

דמום ניתר פשוט לכל בני אדם וכ"ע גמירי אע"כ דבכל גווני אמרינן מגו ולפ"ז שפיר יש לקיים סברת תוס' דבודקת ומזנה אי נימא דביאת עכ"ום בצינעא אסור מן התורה וכ"כ ביאת פסולי קהל משא"כ ביאת כשר, ואולם לרמב"ם דביאת פנוי' לכשר אסור מדאורייתא משום לאו דקדישה ולא נוסיף איסור דאורייתא בפסולי קהל בביאה בלא קדושין א"א לומר טעם דבודקת ומזנה לר"ג:

ח אמנם אכתי קשה לשיטת תוס' אפי' אי יסברו כשיטת ראב"ד וגם שביאת נכרי בצינעא אסור מן התורה לפמ"ש הר"אש בתשובה כלל ב' הובא בב"י א"העז סימן ו' בסופו, בכהן שבא על פנוי' דמסתמא לא טבלה דבושה לטבול והיא בחזקת נדה וכ"כ בש"ע א"העז סי' כ"ו סעיף י"ו בהג"ה וא"כ כיון דהיא חשודה על איסור כרת שהוא חמור לשמים ולבריות חשודה נמי על איסור קל ביאה לפסולי קהל שהוא איסור לאו ועיין ביו"ד סי' קי"ט סעיף ה' החשוד על איסור חמור חמוד על הקל ממנו ועיין בב"י שם וש"ך ס"ק י"ג, אם שניהם ממין איסור אחר מוכח בהגהות רמ"א יו"ד סימן ב' דאפילו בפעם אחת הוי חשוד ותו דהכא כראה אפי' אי נימא בעלמא החשוד על איסור חמור לא חשוד על איסור קל, שאני התם שיש לנו ספק אם עשה עוד איסור אחר לא חיישינן דעביד עוד איסור, משא"כ באותו ענין שנחשד לעבור על איסור בודאי לא נשמר מאיסור אחר הנצמח מאיסור הלז וכיון דהיא עשתה איסור שזינתה בנדתה לא נזהרה באיסור זנות לפסולי קהל, ולכאורה מצאתי סתירה לכלל זה ממ"ש הרמב"ם בפרק ב' מהלכות תמורה הלכה ב' וז"ל דאם הי' שלשה בהמות קדשים מונחי' לפניו ואחת מהן בעלת מום שעומדת לפדיון וב' בהמות חולין ואמר הרי אלו תחת אלו שאינו לוקה אלא שתים והבהמה שלישית בעלת מום חולין תלינן לשם חילול קאמר ולא לשם תמורה כיון שיש לפניו דרך היתד והוא החילול, ודרך האיסור והוא התמורה חזקה שאינו מניח ההיתר ועושה איסור עכ"ל, והוא מש"ס דתמורה דף כ"ז ע"א, הרי אף מזה לא נשמר מאיסור מ"מ כל שיש לתלות שלא עביד איסור מוסיף תלינן ה"ה יש לומר דלא עברה איסור מוסיף לזנות עם פסולי קהל ותלינן שבדקה וזינתה עם כשרים אבל ז"א מתרי טעמא חדא שכבר הרגיש בזה המשנה למלך בפרק עשירי מהלכות גירושין הלכה י"ח על מ"ש רמב"ם בנתייחד עמה בפני עדים אם היתה מגורשת מן הנשואין דחיישינן הן הן עידי יחוד והן הן עידי ביאה, כתב שם בשם רדב"ז דאם פרסה נדה ונתייחד עמה בפני עדים לא חיישינן לה דמסתמא לא עבר על איסור כרת ואפי' ראינו שנבעלה לא חיישינן שמא לשם קידושין בעל דהא לא שייך לומר אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות דמאן דעבר על איסור כרת לא חש לבעילת זנות ונראה לפרש דבריו דלא דמי למ"ש רמב"ם מהלכות תמורה כו' דהתם משום שעשה

שני איסורין לא חיישינן שעשה שלשה כיון שהם חלוקים אבל הכא שהוא בדבר אחד שבאותו ביאה עבר איסור נדה באותו דבר עצמו בודאי לא נזהר מאיסור אחד הבא מחמת אותו ביאה שהוא בעילת זנות יע"ש, וא"כ ה"ה באותו ביאה לא היתה מדקדקת אם הוא מפסולי קהל ותו דאם הי' לפניה ב' דרכים דרך שנוכל למעט האיסור ודרך להרבות באיסור, כנידון דרמב"ם הי' אפשר לומר דלא שבקה איסור קל ועביד איסור חמור משא"כ הכא אולי לא הי' מצוי לה רק הפסול ויצרה תקפה ונבעלה, ובשגם למ"ד בירושלמי הזנות רצה אחר הפסולין, וא"א לומר שיהי' נאמנת עכשיו מצד דיבורה הא מוכח דברי לבד ל"מ נגד רוב פסולין כמו בשבויה רק עיקר הטעם דבודקת ומזנה בעת הזנות וקמה קו' הנ"ל וצ"ע:

פרט ה

יבואר שיטת ריטב"א וסיעתו בטעמא דר"ג דסובר דנאמנת אפילו ברוב פסולין:

ט בס' שיטה מקובצת במס' כתובות שם ד"ה הלכך כתב בשם ריטב"א וז"ל לאו משום בריא לחוד אלא משום חזקה דגופא מסייע לה כדאי' לעיל יע"ש, וכן במס' יבמות דף ס"ט כתב הנמוקי יוסף בשם ריטב"א וז"ל היא אומרת שהוא פסול והבעל שותק אין הולד ממזר ודאי על פיה שלא האמינתו תורה לפסול אלא להכשיר דמסייע לי' חזקה דגופא יע"ש, וכ"כ עוד שם בסופו וז"ל ואין הנאמנות שלא באדם מסוים יותר מאחר אלא הנאמנות הוא שנבעלה לכשר לה משום חזקה דגופא כדאי' התם עכ"ל, לא ניכר כלל הטעם דבודקת ומזנה וכן נלענ"ד כוונת רבינו הגדול רש"י זלה"ה דהנה בדף י"ד ע"ב בהא דאי' מם אמר ר' יוסי מעשה בתינוקת שירדה למלאות מים מן העין ונאנסה, אמר ר' יוחנן בן כורי אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה ה"ז תנשא לכהונה וא"ל רבא לר' נחמן ריב"נ דאמר כמאן אי כר"ג אפי' ברוב פסולין נמי מכשיר כתב רש"י וז"ל דאית לי' העמד אשה על חזקתה יע"ש הגם דרש"י נקט רק הטעם משום חזקה ולפמ"ש הר"ן שם מן הסתם אינה יודעת מ"מ רש"י בע"כ סובר דמיירי שטוענת ברי ועיין תוס' ד"ה כמאן וכסף משנה בפי"ח מא"ב הלכה י"ג וב"י בס"ס ו' דא"א לומר מטעם חזקה לבד מכשיר ר"ג נגד רוב פסולין דהא רובא וחזקה רובא עדיף, ותו הא סוגי' דש"ס בדף י"ד ע"א מוכח דהוא מטעם ברי ג"כ כדאי' שם להדי' וכבר העיר בזה בחידושי פני יהושע, רק קצת דבריו תמוהין לכן אמרתי להעתיק לשונו, וז"ל משמע מלשון רש"י אפילו כשאינה טוענת ברי אפ"ה אוקמא אחזקת היתר אע"ג דבר"פ האשה שנתארמלה משמע מפירש"י דמשני הש"ס דר"ג לא אזיל בתר חזקה אלא היכי דאיכא נמי ברי ושמא אפשר דרש"י סובר דהיינו דוקא לענין ממון דכלל גדול בדין המע"ה אבל באיסורין חזקת היתר לחוד מהני,

אלא דא"א לומר כן דמכשיר ר"ג ברוב פסולין משום חזקת היתר לחוד דהא פשיטא בכולה תלמודא דרובא וחזקה רובא עדיף, מיהו בהא מצינן כמי לומר משום דאי' בפ"ק דחולין דר"ג כר"מ ס"ל דלא אזיל בתר רובא ואפ"ה אזיל בתר חזקה כדמוכח בעירובין דף ל"ד אלא דאכתי קשה דלעיל רמינן דר"ג באלמנת עיסה, ומשני הש"ס דלר"ג אלים לי' ברי אלמא דלר"ג חזקת היתר לחוד לא מהני, אלא בהדי ברי ושמא, ועוד דאכתי מנלן לתלמודא הא מילתא דהא בכולה משניות דר"ג משום ברי האמינה כדקתני נאמנת ור"י מהדר לא מפיה אנו חיין לכך נראה דרש"י חדא מנייהו נקיט משום דפשיטא לר"ג לא מטעם ברי ושמא לחוד מכשיר ברוב פסולין אלא משום דאיכא חזקה בהדי' כמבואר בהר"אש בסוגי' דפ"פ בשיטת רבינו יונה, עכ"ל והנה מ"ש אליבא דר"מ אף שלא אזיל בתר רובא אפ"ה אזיל בתר חזקה כבר קדמהו בהגהות מרדכי במס' חולין בפרק הזרוע סימן תשל"ז להקשות כן על ר' מאיר, אף דבריו כאן תמוהין דהא אפי' ר' מאיר מודה ברובא דאיתא קמן כדאי' בחולין דף י"א ע"א והא משמע בש"ס דמכשיר מטעם חזקה אפי' ברוב העיר פסולין אף דהוי רובא דאיתא קמן דרובא דעלמא הוי רובא דליתא קמן אבל רוב העיר הוי רובא דאיתא קמן, ומה שהקשה מלשון נאמנת כיו"ב הקשה הרמב"ן בס' מלחמות לשיטת המאור ואי משום הא לא ארי' די"ל לרבותא דר"י נקטא שאפי' כשטוענת ברי א"נ, אך המעיין בסוגי' בדף י"ד ע"א מוכח להדי' דר"ג לא מכשיר רק כשטוענת ברי, ומה שלא פי' רש"י כן י"ל כמ"ש בס' שיטה מקובצת בדף ע"ג ע"א ד"ה אמר דמתני' מיירי בטוענת אף שהיתה תינוקת היתה בר דעת והא דלא איתא להדי' שאמרה לכשר נבעלתי דלא הוצרך לכך דהא על פלוגתא דר"ג ור' יהושע מייתי לי' דאיירי בהכי דמעשה לסייע מייתי בכל תנא וע"ע מ"ש בד"ה נ"מ בשם ר"י מגאש לכן לא הוצרך לפרש, ואולם חזקת כשרות הוצרך רש"י לפרש דסד"א דטעמא דר"ג דמכשיר בראוה שנבעלה או בראוה מעוברת משום חזקת אשה בודקת ומזנה מסייע ג"כ, אבל משום חזקת כשרות לא מכשיר והכא ליכא חזקה דבודקת ומזנה כיון דנאנסה קמ"ל דמכשיר משום חזקת כשרות של אשה בצירוף ברי מהני, ומה"ט רש"י בכולה סוגי' לא ביאר כלל לר"ג משום חזקה בודקת ומזנה ועיין ברש"י דף י"ג ע"ב ד"ה השבתנו ובשיטה מקובצת שם משמע להדי' כמ"ש דרש"י לית לי' חזקה דבודקת ומזנה לר"ג דמודה בזה לר"י כדאי' בדף י"ד:

אבראי צריך להבין לשיטת רש"י וריטב"א ונ"י קמה קו' תוס' בד"ה השבתנו מ"ש משבוי' דאינה נאמנת לומר שלא נבעלת אף שטוענת ברי וחזקת היתר לכהונה מסייע לה משום שאומרת נגד רוב דרוב נכרים פרוצין בעריות, ובע"כ רוב עדיף מחזקה וברי והכא

מהני ברי וחזקת היתר נגד רוב פסולין וראיתי בס' פ"י שכתב לתרץ דשאני שבוי' דרוב גוי' פרוצים בעריות הו"ל רובא דרובא כמ"ש תוס' ור"אש זלה"ה לענין רוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם ובריש גיטין גבי ספרי דדייני מיגמר גמירי דלמיעוטא דמיעוטא לא חייש ר"מ וה"נ אפשר דסתם עכ"ום פרוצים בעריות ומיעוטא דמיעוטא לא פרצי וכן נראה להדי' מלשון רש"י בד"ה יש עדים שכתב כולנו עדים שנבעלה, אלא מה שהאמינו עד אחד היינו משום שהעיד מלא נתייחד עם השבאי, משא"כ במעוברת אע"ג דאיכא רוב פסולין מ"מ מצרפין מיעוט לחזקת היתר דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה לר"ג והוי פלגא ופלגא ממילא מהני ברי שלה כמו בכל האיסורין בספק חלב ספק שומן קיי"ל דעד אחד שאפילו בעל דבר נאמן והכא הוי ספק השקול עכ"ד, ולדבריו ניחא הא דאי' בדף י"ד ע"א הלכך לר"ג אלים לי' ברי, ולא קאמר נמי משום חזקה כיון דאמרינן סמוך מיעוטא דכשרים לחזקה והוי פלגא ופלגא עיקר ההכשר בא משום שרי, ובגוף דבריו שכתב דבשבוי' לא שייך לומר סמוך מיעוטא לחזקה כיון דהוי מיעוטא דמיעוטא דלא אמרינן סמוך כו' כבר נחלקו קמאי זלה"ה הובא במרדכי בפ' הזרוע סימן תשל"ז רבינו משולם סובר דאפי' בחד ענין הוי מיעוטא דמיעוטא, ואולם רבינו ברוך חולק ע"ז וז"ל ומ"ט אדוני דאנן סהדי דמיעוטא דמיעוטא הוא אין נראה לי דא"כ קטן וקטנה נמי נימא הכי, אלא ודאי לא הוי מיעוטא דמיעוטא אלא בתרי עניני דומי' דגבינת בית אונייקי דפ' אין מעמידין כיון דאיכא רוב עגלים שאין נשחטין לע"ז ואיכא נמי שאר בהמות כו' דשאר בהמות לגמרי אין נשחטין לע"ז כי אם עגלים לחוד אבל אם הי' נשחטים שאר בהמות לע"ז אפי' אחד מני אלף לא הוי לי' אלא חד מיעוט והוי לן למיחש שמא הך קיבה מאותו מיעוט עכ"ל וא"כ לדבריו גם בהך דשבוי' שייך לומר סמוך מיעוטא לחזקה מיהו מתוס' במס' גיטין דף ב' ע"ב ובכמה דוכתי וכן בשאר פוסקים מוכח דסוברים כשיטת רבינו משולם דאפי' בחד ענין היכי דהוי רובא דרובא לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דהוי מיעוטא דמיעוטא, ותו יש לומר כמ"ש בת' בית מאיר סימן ד' שמצא בריטב"א במס' חולין בפ"ק ד"ה להאי לישנא כתב וז"ל ויש מתרצים דרוב מצויין לאו דוקא רוב אלא כמו כל, ובהאי דאמרינן בפ' בתולה נשאת רוב עכ"ום פרוצים בעריות דבעי למימר כל יע"ש, וא"ש בפשיטות:

אמנם יש להסתפק לשיטה זו בכוונת ר"ג אי נימא משום דאזיל לשיטתו דמשמע דסובר בפ"ק דחולין דף ו' כר' מאיר דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה והוי פלגא כמ"ש תוס' בד"ה מסייע, ומהני ברי שלה בספק השקול, אבל לדידן דקיי"ל כחכמים דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה באיסור דאורייתא רק דרובא עדיף מחזקה לא מהני ברי וחזקה

נגד רובא א"ד אפי' לדידן ברי וחזקה עדיף מרובא דהלכה דרובא עדיף מחזקה לא הי' אלא בשמא ושמא אבל חזקה בצירוף ברי עדיף מרובא, ולכאורה צד זה מוכח דא"כ תיקשי הילכתא אהלכתא דהא קיי"ל כאן כד"ג וקיי"ל כחכמים דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה, ולאחר העיון ראיתי שבדין זה כבר נחלקו אבות העולם מקור הענין נובע מר"אש בכתובת דף ט' ע"א סימן י"ח (ורמז לן הפני יהושע קצת בזה) שהביא בשם רבינו יונה הא דסובר ר' אלעזר דבטוען פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו באשת ישראל כשקידשה אביה פחותה מבת שלשה שנים ויום אחד דהוי רק חד ספיקא ספק אונס ספק ברצון וסד"א לחומרא היינו במכחשתו ואומרת שבתולה היתה או בשותקת, אבל אם אמרה אמת שפתחה פתוח ונאנסה תחתיו באשת ישראל נאמנת ומותרת לו מפני שהיא טוענת טענת ברי והוא טוען טענת שמא שא"י אם באונס אם ברצון וברי ושמא ברי עדיף ומתחילה דחה דבריו אף דיש חזקה אוקי איתתא בחזקת היתר וצדקת ונאנסה המסייע לברי, מ"מ כיון דאיכא כנגד ברי רובא דברצון דאונס לא שכיח ויש קול לאונס ורובא עדיף מחזקה הלכך לא סמכינן אברי דידה ואסורה, ולבסוף כתב לקיים דבריו וז"ל ומיהו נראה לי לקיים דבריהם מהא דהי' מעוברת לקמן דף י"ג דאלים לי' לר"ג ברי ומכשיר העובר ואע"ג דלית לי' חזקת כשרות ואפי' ברוב פסולין יע"ש משמע לשיטת רבינו יונה הטעם דברי וחזקה עדיף מרובא, ומ"ש הר"אש שמכשיר העובר אע"ג דלית לי' חזקת כשרות כוונתו אף שלית לי' מצד עצמו מ"מ מהני חזקת האם לבת מכ"ש היכי שיש לה חזקה, ועיין בה"המ בפי"ח מאיסורי ביאה הלכה יו"ד שכתב שרמב"ם חולק על רבינו יונה דלא מהני ברי שלה ועיין בטוש"ע א"העז סימן ס"ח סעיף ז' בהגהות רמ"א ובב"ש סע"ק ט"ו, ולחולקים על רבינו יונה מוכח דסוברים דברי וחזקה לא מהני נגד רובא דברצון, ואכתי י"ל אפי' לרבינו יונה לא מוכח בעלמא, שאני התם די"ל דסובר כתוס' בד"ה ואבע"א דרובא דברצון הוי רק רוב דרבנן ולבן אלים חזקה וברי לדחות אבל ברוב דאורייתא י"ל דמודה דרוב עדיף מחזקה וברי והחולקים סוברים דהוי רוב דאורייתא דלא כתוס' ומיישבים קו' באופן אחר וכמש"ל בפרט ב' וקצת יש להוכיח דרוב עדיף מחזקה וברי לפוסקים הסוברים ביו"ד סי' קכ"ז דעד אחד אינו נאמן נגד חזקה אף שטוען ברי בע"כ חזקה עדיף וכפמ"ש בפרט א' רובא עדיף ממני חזקות ה"ה מחזקה וברי, ובעכצ"ל דר"ג אזיל לשיטתו וקשה לדידן, מיהו ריטב"א לשיטתו דסובר בקדושין דף ס"ה ע"א דע"א נאמן נגד חזקת איסור, ומשמע משום שאומר ברי, עיין יבמות דפ"ח ע"א שפיר י"ל דחזקה וברי עדיף מרובא, או דסובר כמ"מ ריב"ש בסי' שע"ט דב' חזקות עדיפי מרובא:

יא ובדעת רבינו הגדול הר"אש זלה"ה כפי הנראה מפסקי' בסוגין דף י"ג וי"ד לא הזכיר כלל חזקה דבודקת ומזנה אליבא דר"ג ויותר משמע כן ממש בדף ט' ע"א סימן י"ח לקיים דברי תלמידי רבינו יונה מדאלים לר"ג ברי דמכשיר העובר ואע"ג דלית לי' חזקת כשרות ואי איתא דאית לי' חזקה בודקת ומזכה ליכא ראי' מהתם, מיהו יש לדחות די"ל דסובר לר' יוחנן ג"כ ל"מ חזקת האם שהיא חזקת כשרות לבת רק מטעם חזקה בודקת ומזנה מהני להכשיר הבת, ומביא ראי' כמו שברי בצירוף חזקה דבודקת ומזנה מהני לדחות הרוב ה"ה ברי וחזקת היתר מהני לדחות דובא דברצון (ועיין במוהרש"א בדף י"ג ע"ב בתוס' ד"ה מסייע ובדף ט"ו ע"א בד"ה וליוחסין) וצ"ע בזה דלא משמע כן ובש"ות הר"אש כלל פ"ב כתב וז"ל ואפסקא הלכתא כר"ג ואפי' בתה כשירה ואי אמרה לכשר נבעלתי נאמנת ואפי' רוב פסולין שאני התם דאיכא טעמא דאשה בודקת ומזנה אי נמי משום דאמרינן אוקי איתתא אחזקתה והיא בחזקת כשרות עד יום הזה ולא תוציאנה מחזקת, כשרות ואומרת לכשר נבעלתי יע"ש משמע להמעיין לפמ"ש אי נמי אין אנו צריכין לטעמא דבודקת ומזנה וסובר ברי וחזקת כשרות לבד מהני ובעכצ"ל כי היכי דלא תיקשי משבוי' התירץ כמ"ש לעיל בשם פני יהושע וקם בשיטה חדא עם רש"י וריטב"א ונ"י, מיהו עכ"פ נשמע לה להמעיין ברש"י ותוס' ור"אש בכתובת דף ט' הנ"ל וריטב"א ונ"י אפי' בודאי רוב פסולין כגון דידעינן בבירור שהלך הבועל אצלה מ"מ מכשיר ר"ג מטעמים הנ"ל, ודלא כשיטת המ"מ שיבואר לקמן, דאל"כ לא הי' מתחיל קו' תוס' ד"ה השבתנו דשאני שבוי' דבודאי רוב מתנגד לברי וכן משמע להדי' בחי' רשב"א במס' קדושין דף ע"ג ע"ב ד"ה כל שנאסף אפילו בודאי רוב פסולין נאמנת לר"ג:

(הג"ה** ודע שכתבו תוס' בבכורת דף כ' ע"ב וחולין דף פ"ו ע"א דר"מ סובר סמוך מיעוטא לחזקה אפי' מדאורייתא ובתוס' יבמות דף קי"ט עמוד א' דברי המתחיל מחוורתא משמע דלא פסיקא להו כ"כ ולדידן נחלקו קמאי זלה"ה ודעת ר"ת בבכורת שם ד"ה חלב דחיישינן למיעוטא היכי דאיכא חזקה בהדי' להחמיר, ומשמע בפשיטות שהוא רק חומרא דרבנן, וכן הבין הפני יהושע בק"א לכתובת סי' מ"ז ד"ה הלכך ובפרי מגדים בשפתי דעת סימן ק"י סעיף קטן י"ד ובכללי ס"ס אות כ"ז ואולם ראיתי בפ"י במסכת גיטין דף כ"ה ע"ב בתוס' ד"ה מוחל ובספר אשל אברהם להגאון אמיתי מו"ה אברהם ברודא זצ"ל בחידושיו לחולין דף י"א סימן ד' שהבינו דהלכה הוא דאמרינן סמוך מיעוטה לחזקה להחמיר מן התורה ודבריהם תמוהין, ואולם יש להבין דהנה ביבמות דף קי"ז ע"ב אי' שם בעי מיניה רבא מרב נחמן המזכה גט לאשתו במקום יבם מהו כיון דסני' לה זכות הוא לה וזכין לאדם שלא בפניו או דלמא כיון דזימנין דרחמא ליה חוב הוא לה

ואין חבין לאדם שלא בפניו יע"ש הפשיטות ועיין בש"ות שבות יעקב חלק א' סימן ק"כ והרמב"ם כתב בפ"ט מה"ג הלכה כ"א וז"ל בעל שאמר לאחר זכה בגט זה לאשתי כדי שלא תפול לפני יבם ונתן הגט לידו ומת הבעל קודם שיגיע הגט לידה ה"ז ספק מגורשת שרוב נשים זכות הוא להן שלא יפלו לפני יבם ולפיכך תהי' ספק מגורשת אע"ג שלא הגיע גט לידה הואיל וזכה לה בה אחר עכ"ל דייק רבינו זלה"ה שאצל רוב נשים הוא זכות ונראה שהוכיח כן מלשון רבא דאמר כיון דסני' לה כו' א"ד כיון דזימנין דרחמא לי' ולא קאמר בחדא לשון והול"ל כיון דזמנין דסני' לה משמע דמן הסתם וע"פי רוב סני' ליבם ועיין ביבמות דצ"ג ע"ב וצ"ד ע"א, ולכאורה קשה כיון שברוב נשים הוא זכות לה מאי קמבעי' לן כיון דקיי"ל כחכמים דרבי מאיר דלא חיישינן למיעוטא א"כ תהי' ודאי מגורשת ובעכצ"ל לפום מאי דאיתא בדף קי"ט עמוד א' בתירץ רבא דלכן בהאשה שהלך בעלה וצרתה למד"הי ובאו ואמרו לה מת בעלך לא תנשא ולא תתייבם אף דרוב נשים מתעברות ויולדת משום כיון דחזקה ליבום ורובא לשוק סמוך מיעוט דמפלת לחזקה והוי פלגא ופלגא, ורמב"ם פוסק בפ"ג מיבום הלכה ו' כהך מתני' ובע"כ סובר כמ"ש יש"ש שדעתו לפרש דאתי' מתני' אפילו כרבנן דר"מ כיון שהיתה בחזקת איסור לשוק אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר ולכן חולצת ול"מ, ואולם קשה לפמ"ש רמב"ם בפרק עשירי מהלכות גירושין הלכה ג' כל מקום שכתב בחיבורו ה"ז ספק גירושין או ספק מגורשת לא תנשא ואם תנשא תצא והוי הולד ספק ממזר מפני שהוא ספק ערוה יע"ש וא"כ הכא במזכה גט לאשתו במקום, יבום ומת אם יבמה היבם הוי ולד ספק ממז' וספק ממזר מותר מן התור' כדאי' בקידושין בדף ע"ג ונ"מ טובא בין ממזר ודאי לממזר ספק כמ"ש רמב"ם בפרק ט"ו מא"ב, ואי הוי אמרינן שמן התורה מגורשת גמורה כי אזלינן בתר רובא שהוא זכות להם אם יבמה היבם אח"כ תצא והולד ממזר ודאי ובמסכת נדה דף י"ח ובקידושין)**

פרט 1

יבואר פירוש, החזקת כשרות שיש לפנוי' הנ"ל דמה"ט נאמנת לר"ג לשיטת הפוסקים הנ"ל בפרט ה':

יב יש לברר בהא דאמר רבה שם בדף י"ג מ"ט דר"א בשלמא איהו אית לה חזקה דכשרות כו' מה טיבו של חזקה, דע כי מצינו עניני חזקות בכמה גווני, ונרחיב קצת הדיבור בזה, ומתוך כך נבוא לבירורא דהך מילתא בכידון דידן:

ענין **א**) מצינו חזקה שנקראת בשם חזקה קמייתא כמו דאמרינן העמד אשה על חזקתה שהיתה פנוי' או בחזקת אשת איש כמו שהי' מקודם, והעמד טמא או טהור על חזקתו,

אב לכולן אי' במס' חולין דף יו"ד ע"ב דאתי' מנגע דלא אמרינן אדנפיק ואתא בצר לי' שיעורא והיינו דאמרינן מסתמא לא נעשה שינוי והתחדשות ממה שהי' מקודם, וכעין זה הוי ספק התלי' במעשה דלא הוי ספק והיינו דאמרינן מסתמא לא נעשה חדש ולא נשתנה הענין ממה שהי' ועיין בחידושי רשב"א במס' חולין דף ט' ע"ב ובש"ע ח"מ סימן רמ"א סמ"ע סע"ק כ"ג שכתב הטעם באם אמר על מנת שתעשה דבר פלוני צריך להביא ראי' שקיים תנאי כי לעולם מוקמינן מסתמא שנשאר הדבר כמו שהי' מעיקרא ודלא כש"ות מוהרי"ט ספר א' סימן קנ"ב שכתב טעם אחר:

ענין **ב**) חזקה דהשתא שגם עכשיו בשעה שבאנו לדון על הדבר הוא חזקה המוכחת שכן הוא כי בענין א' הנ"ל נולד לנו ספק בדבר ומוקמינן על חזקה כמו שהי' קודם שנולד הספק, משא"כ חזקה זו שגם עכשיו יש לנו ראי' מכרעת שכן הוא כמו חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וחזקה אין אשה מעיזה פני' בפני בעלה ורבים כאילו:

ענין **ג**) חזקת הגוף המעיין בתוס' כתובת דף ע"ה ע"ב ד"ה אבל הוא חזקה אלימא, ולשיטת ר"ת שם ובד"ה ספק אלימא טפי מחזקת פנוי' יע"ש כמ"ש רשב"א שם דחזקת פנוי' לא חשיבי חזקה לגבי חזקת הגוף, וכן מבואר שם בד"ה ספק אע"פי שיש כנגדו חזקת קמייתא דהיינו העמד טמא על חזקתו, מ"מ עדיף חזקת הגוף, ואפי' ר' יהושע מודה לר"ג ולא מחולק עם ר"ג רק היכי דאיכא חזקת ממון המתנגד ועיין במס' נדה דף י"ט ע"א תוס' ד"ה ר' יהושע ובמוהרש"א שם, ואולם בזה איכא ספק לדינא בכוונת ר"ג אי סובר רק בצירוף ברי עדיף חזקת הגוף מחזקת ממון, אבל חזקת הגוף לבד ל"מ א"ד דאפי' לחודא מהני להוציא ממון, והמעיין ברש"י בכתובת דף ל"ו ע"א ובתוס' בד"ה החרשת מבואר דעת רש"י לר"ג בחזקת הגוף לבד מוציאין ממון אף שלית לי' ברי לאצטרופי, ומבואר בפני יהושע בקונטרס אחרון לכתובת סי' צ"ד שבעכצ"ל לרש"י הא דאי' בדף ט"ז דלר"ג חזקת הגוף לחוד ל"מ להוציא ממון היינו בברי וברי שהמוחזק טוען ברי אבל בשמא ושמא מהני' כמו בבריא ושמא שהמוחזק טוען שמא והמוציא ברי מהני בהדי חזקת הגוף, ה"ה בשמא ושמא מהני חזקת הגוף לר"ג אפי' נגד חזקת ממון, הגם שכתב אח"כ לדחות זה מ"מ בדף ע"ה ע"ב בקונטרס אחרון סימן קע"ו כתב שיש בזה ספק גדול לדינא, אם מוציאין ממון מחזקתו ע"י חזקת הגוף לבד כי מכמה פוסקים מחמע שצריך צירוף לחזקה טענת ברי להוציא ממון והמוחזק יטעון שמא, ועיין משנה למלך בפרק י"א מאישות הלכה ח', ומה שהקשה הפני יהושע הא קיי"ל בב"ב דף צ"ב אין הולכין בממון אחר רוב מכ"ש של"מ חזקה להוציא ממון דהא רובא וחזקה רובא עדיף, ומכח זה העלה כוונה אחרת ברש"י וכתב הטעם של"מ להוציא ממון דניהו

דחזקה או רובא קרובין לוודאי אפ"ה ודאי גמור לא מהני ואין אדם יכול להחזיק בממון חבירו ולהוציא בממון דאיכא צד ספק והיינו דאמרינן כלל גדול בדין המע"ה יע"ש, אם אמנם שכבר קדמוהו בסברא זו בש"ות תרומת הדשן סימן שמ"ט שכתב וז"ל ונראה הא דקיי"ל אין הולכין בממון אחר רוב היכי דאיכא חזקת ממון נגד רוב אע"ג דבשאר דוכתי אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף שאני חזקת ממון דאית בי' טעמא המע"ה ורובא לא מיקרי ראי' עכ"ל מ"מ לא מוכרח על קו' זו די"ל דרש"י סובר כתוס' במס' סנהדרין דף ג' ע"ב ד"ה ד"מ דוקא ברובא דלרדי' שהוא רוב גרוע ל"מ בד"מ, אבל ברוב מעלי' מהני להוציא ממון ולית לי' סברת תוס' בב"ק דף כ"ג ע"ב ד"ה קמ"ל וכ"כ ב"ח בסי' רל"ב להלכה הגם שכתבתי בכמה דוכתי שרוב פוסקים לית להו כלל זה, מ"מ לק"מ על רש"י, ומ"ש שאינו ודאי קשה לפמ"ש תוס' שם דרובא מועיל בדיני נפשות וכן סוקלין ושורפין על חזקות בע"כ גלי תורה שיהי' לו דין ודאי, ואין מקום לדבריו כי אם לשיטת תרומת הדשן בסימן ר"ז בשם או"ז הגדול דחזקה הפוסקת ל"מ בדיני נפשות אבל בתוס' כתובת דף כ"ג ע"ב מבואר אפי' חזקה הפוסקת מהני לדיני נפשות בע"כ גלי התורה שיהי' כודאי, ואולם בטעם הדבר מדוע יהי' אלים חזקת הגוף יותר מחזקת פנוי' שהוא חזקה קמייתא, או משאר חזקה קמייתא כמו העמד טמא על חזקתו עדיין לא ירדנו להבין הדבר על בריו ועמ"ש הפני יהושע בחי' לכתובת שם, בביאור הדבר דחזקת פנוי' ל"מ חזקה, ומשמעות לשון תוס' לא משמע כדבריו, וחזקת הגוף הוא כמו חזקה שלא זינתה שנולדה כן כמ"ש רש"י בדף י"ג ע"ב ד"ה אוקמא וכמו כן חזקת הגוף שנולדה בלא מומין כמ"ש בכתובת דף ע"ה ע"ב ד"ה מני, וגם העמד הגוף בחזקת שלא הי' נגע, ולכאורה היא כמו כל חזקה קמייתא והאמת שיש ליישב אבל דבר זה צריך ביאור רחב ואין כאן מקומו כי אם בכללי חזקות:

ענין ד) מצינו בש"ס חזקה דאתי' מכח רובא כמו בהמה שנשחטה חטה בחזקת היתר עומדת הוא חזקה דאתי' מכח רובא דרוב בהמות כשרים, וכיו"ב הרבה חזקות:

ענין ה) חזקת כשרות על אדם שמן הסתם לא עבר עבירה וחזקה זו מלבד שיש לו חזקה עצמית שלא נולד בעל עבירה אף גם אתי' מכח רובא דבני ישראל הם כשרים וכל דפריש מרובא קפריש כמ"ש בספ"י בגיטין די"ז ובתשובת נ"בי חלק א"העז סימן ס"ט יע"ש ומ"ש בספ"י דליכא חזקה עצמית דבריו תמוהין:

ענין ו) חזקה דאתי' מכח העדר ידיעה דהוי ג"כ חזקה, אף דלא דמי לחזקת א"א וחזקת פנוי' וחזקת נגע שפעם אחת הי' בודאי כן ועכשיו ספק וחזקה זו אף שלא ראינו כלל

פעם אחת שהי' ודאי מ"מ לא מחזקינן ריעותא כיון דלא ראינו ריעותא בדבר עיין ש"ות מוהרי"ט ספר א' סימן ל"ז מ"ש בזה:

ענין ז) חזקה העשוי' להשתנות כמו חזקת חי בגיטין דף כ"ח, וחזקת פנוי' ועיין רמב"ן בס' המלחמות בכתובת דף ט"ז ע"א ובבעל המאור ובחי' פ"י שם ובש"ות מוהרי"ט ספר א' סימן מ"א ובפני יהושע בק"א לקדושין סימן צ"ד מ"ש שם בזה:

ענין ח) מצינו דבר שלא הי' מעולם ודאי מ"מ אי אפשר לשנות דבר שנוהג בו היתר לנהוג איסור כי אם בראי' ברורה, וראי' לזה מהא דאי' במס' כתובת דף כ"ד ע"ב אמר ר' יוסי הרי אתם בחזקתכם במה הייתם אוכלים בגולה בקדשי הגבול פירש"י גדולה חזקה שאין ב"ד יכולין להוציא דבר מחזקתו ע"ש והוכיח מכאן התבואת שור בסימן י"ח סע"ק כ"ט שאפי' בדבר שלא הי' מעולם ודאי, מ"מ אי אפשר לשנות דבר שנוהג בו היתר לנהוג בו איסור כי אם בראי' ברורה והי' מהני להם החזקה לפלגא שלא אסרום בתרומה מעני שהי' מותר להם ואסרו להם קדשים שעדיין לא נהגו היתר אע"ג דהא בהא תלי' ותרומה לזר חמירה כקודש מ"מ מאי דאחזיק אחזיק וה"נ אי' במס' קדושין דף ע"א כאן להשיאו אשה כאן להוציא אשה מידו, אלמא דבר שביד האדם בחזקת היתר אע"ג דלית לי' חזקה ברורה מתחילתו אין מוציאין ומפקיעין התירו כי אם בראי' ברורה כמו שאין מוציאין ממון מיד המוחזק בו יע"ש, וכיו"ב מצאתי בחי' ריטב"א במס' קדושין דף ס"ו ע"א ד"ה ה"ד וז"ל ואחרים תירצו דודאי תרי ותרי ספיקא דאורייתא, ולא אמרינן אוקי איתתא אחזקה או גברא בחזקתו או בחזקת אבהתא לגמרי לסמוך בדבר לעשות מעשה לכתחילה אלא דשבקינן לי' אמאי דאתחזק עד השתא ואי הוי אכיל אפי' בתרומה דאורייי' לא מחתינן לי' מיני' אבל אין משיאין בתו ואלמנתו לכהונה לכתחילה וה"ה נמי שאין מניחין אותו להקריב ע"ג המזבח שכיון שיש בו פיסול דהיאך אין מניחין בתו להנשא לכהונה וכשמניחין אותו להקריב קרבן א"כ מסקי לי' ליוחסין כו' יע"ש ועיין ש"ות ראנ"ח סימן מ"א הרי דהוי חזקה דבר **(הג"ה דף פ' פליגי ר"מ וחכמים בתינוק שנמצא בצד עיסה וסוברים חכמים דרובא וחזקה רובא עדיף וכן פסק רמב"ם בפרק ט"ז מאבות הטומאת הלכה ג', ובעכצ"ל הא דסובר כמתניתן דיבמות הנ"ל דאזיל בשיטת ר"ת בבכורת ד"כ הנ"ל דאפילו לחכמים דר"מ אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה להחמיר מדרבנן וכיון דמן התורה רובא עדיף מחזקה ומגורשת מן התורה דאמרינן שהיא מרוב נשים שהוי זכות להם ואם ניסת ליבם תצא והולד הוי ודאי ממזר מן התורה כי לא אמרו חכמים סמוך מיעוטא לחזקה רק להחמיר לא להקל וקשה והוי לרמב"ם לדייק בלשונו כי יש נ"מ רבתי לדינא ולמה כתב דהוי ספק מגורשת וצ"ע שוב ראיתי בש"ות הריב"ש

סימן תק"ט שיש להוכיח מדבריו כהבנת פי' אשל אברהם הנ"ל עיין שם היטב, ואולם מדברי רש"י שם בדברי המתחיל וחוששין יראה מדקדוק לשונו שיש ספק השקול אי רחמא ליבם, אי סני' לי' ולא אמרינן שרוב נשים סנין ליבם ויש להאריך בכ"ז ואין כאן מקומו:)** שנוהג בו היתר וזכה בו מניחין אותו בזכותו ובחזקתו:

ענין **ט**) חזקת ממון בממון והם שני ענינים מי שיש לו חזקת מרא קמא וגם עכשיו הוא מוחזק שזה יש לו חזקה מעליא:

ענין **י**) מי שהי' חזקת מרא קמא בממון ועכשיו שניהם מוחזקים:

ענין **יא**) מי שמוחזק עכשיו בממון וחבירו הי' לו חזקת מרא קמא ועיין בתוס' כתובת דף כ' ע"א ד"ה ואוקי ההפרש שבין קרקע למטלטלים:

ענין **יב**) חזקה כאן נמצא וכאן הי' ומקורו בכתובת דף ע"ה ע"ב ובא"ח סי' תס"ו ובכמה דוכתי בש"ע ח"מ ובא"העז:

ענין **יג**) חזקה קמייתא וחזקה דהשתא מתנגד עיין פ"י גיטין דף י"ז ובש"ות מוהרי"ט ספר א' סימן מ"א יע"ש ובס' שערי המלך בפ"ב מאישות הלכה י"ד:

ענין **יד**) חזקה דאיתרע אי הוי חזקה, הוא מחלוקת בין אבות העולם, מקור הענין בקצרה נובע מכתובת דכ"א ע"א דכתבו תוס' בד"ה תרווייהו לכן בע"א אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה לא מוקמינן על חזקה לכתחילה ולא תנשא לכתחילה רק אם ניסת לא תצא הטעם דמיירי שאנו יודעין שזרק לה קדושין ומספקא לן אי קרוב לו או לה והני ב' סהדי ח"א קרוב לו וח"א קרוב לה כיון דודאי דזרק לה הקדושין לית לן למימר אוקי אחזקה להתירה לכתחילה ע"ש ועיין ב"ש סימן מ"ז סע"ק ו' וביאור הדברים בפשיטות מבואר דוקא אי יש לנו ספק אם נעשה מעשה כלל כמו בהאי דנגע אף דמיירי גם ביש ריעותא לפניך, מ"מ כיון שאנו דנין על זמן הקודם שהי' ריעותא אמרינן באותו זמן לא נעשה שום ריעותא והשתא הוא דאיתרע משא"כ בנ"ד שנעשה מעשה שגורם להסתפק ואנו דנין על אותו מעשה לכן איתרע החזקה ע"י המעשה ומשמע מדאורייתא הוי חזקה רק חכמים החמירו כדמשמע מלשון הברייתא ואם ניסת לא תצא, ואם הי' מן התורה אפי' בדיעבד תצא ובספ"י בחי' לגיטין דף כ"ח ע"א הבין שמן התורה לא מהני אפילו חזקה כזו, ודבריו תמוהין מתוס' הנ"ל כי כן מוכח מברייתא, שוב ראיתי בחי' מוהרי"ט בחידושיו לקדושין בפ"ק דף ו' ע"א שהבין כן ופי' בכוונת תוס' שכוונתם לומר מן התורה לכתחילה אוקי אחזקה אלא שאם נשאת לא תצא שאין בכך להוציא מתחת בעלה כ"א בדאתחזק איסורא והכא ניהו דאיתרע חזקת היתר עכ"פ לא אתחזק איסורא יע"ש הגם שפי' בתוס' דחוק כי משמע להדי' שקאי רק על דין דרבנן מ"מ ת"ח שאמר דבר הלכה

אין מניחין אותו כי מצאתי לי סמך מכמה פוסקים (ומה דקשה היאך שייך על דאורייתא לכתחילה ודיעבד לק"מ להמעיין בספר שב שמעתתא שחיבר אאמ"ו הגאון נרו בשער ט' ס"ק י"ג שהביא כמה גוונין) דעת הריטב"א הובא במשנה למלך בפרק כ"ה מטומאת מת הלכה י' דלא אמרינן אוקי מילתא אחזקה אלא בספק נגע ספק לא נגע אבל בודאי נגע לא, והיינו כסברא הנ"ל כיון שנעשה מעשה שראוי להסתפק נפקא מחזקה ומשמעות לשונו מורה שאפילו מן התורה לא הוי חזקה, ועיין ברש"י במס' קדושין דף פ' ע"א בתינוק שנמצא בצד העיסה פירש"י שמיירי שבודאי נגע העיסה דק שמחלוקת ר"מ ורבנן אם התינוק טמא מחמת רוב תינוקת מטפחי' באשפה וסובר ר"מ דאמרינן סמוך מיעוטא דאין מטפחין לחזקת עיסה, כתב רשב"א בחולין דף פ"ו תמי' על רש"י וז"ל ועוד שאם ודאי נגע משווינן לי' אזדא חזקת עיסה יע"ש והוא ג"כ על דרך זה דוקא ספק אם נגע או לא מקמינן על חזקה אבל בודאי נגע אף שיש ספק אם התינוק טמא מ"מ איתרע החזקה כיון דאיכא ריעותא בגוף הדבר שאנו דנין שנעשה מעשה שראוי להסתפק והארכתי בזה בס"ד בכללי חזקות:

ענין **טו**) מעין סברא הנזכר מקודם, מצאתי ראיתי בחי' רשב"א במס' חולין בפ' אלו טריפות דף מ"ו ע"ב ד"ה הני שכתב וז"ל ונראה לפי טעם זה דסירכא תלוי מותרת דהא איכא למיתלי דמחמת משקין שהיא שואבת היא פולטת ליחה עבה ומדבקת ונמשכה כחוט, ואע"ג דאיכא למימר דסירכא נמי מחמת נקב כו' ואפשר לומר דאפי' בדיקה אינה צריכה ואינו דומה לספק דרוסה ולישב לה קוץ בושט דהתם אתיילד בה ריעותא בבהמה כלומר שהוחל בה מעשה המטריף אלא שאנו מסופקים בגמר המעשה שהרי אמרינן לקמן על ארי' ביניהון וציפורן בגבו של אחד מהן דרגלים לדבר שדרסן כיון דאיהו שתק ואינהו מקרקרן או ישב לה ציפורן בגבה אלא שאנו מסופקים אם דורסן דריסה האוסרת אם לאו, וכן בישב לה קוץ בושט שאנו מסופקים אם גמר הקוץ ונקב ויצא לחוץ אם לאו וכיון שכן מספק צריכה בדיקה אבל בזו שאין כאן שום הוכחת איסור ולא התתלתו שהרי סירכא זו יש לתלות בליחה הבאה שלא מחמת נקב כלל אף בדיקה אין צריך עכ"ל וכ"כ בס' תורת הבית הארוך דף ל"ה ע"א ועיין בפרי חדש ביו"ד סימן כ"ט ס"ק א' כעין סברא זו כיון שהוחל מעשה המטריף לא מוקמינן על חזקה:

ענין **ט"ז**) חזקה שאינה מבוררת כתבו תוס' בחולין דף י"א דלא הוי חזקה:

ענין **טו"ב**) נחלקו האחרונים דעת כנ"הג ביו"ד סימן י"ח ותבואת שור סי' כ"ט בספיקא דדינא לא מוקמינן על חזקה כי בשביל חזקה לא ישתנה הדין כיון שאין שייכות לחזקה עם הספק ואני הוכחתי מכמה פוסקים דלית להו סברא זו, וכעין סברא זו צידד המשנה

למלך בפרק ו' מהלכות עדות, אפי' בספיקא דמציאת היכי שאין שייכות לחזקה עם הספק לא הוי חזקה והדברים הללו צע"ג לדינא כי המה כהררים התלוי' בשערה ולא כתבתי פה רק רמיזות בעלמא יותן לחכם ויחכם עוד, ומעתה נבוא לנ"ד מה דאי' בש"ס דאוקי איתתא בחזקת כשרות אי אפשר לומר חזקת צדקת דהא עכ"פ עשתה עבירה שזינתה ברצון וגם אי אפשר לומר שהוא חזקת הגוף, דלא דמי כלל להאי חזקת הגוף דאי' בדף י"ב ע"ב בהנושא אשה ולא מצא לה בתולים דהיא אומרת משארסתני נאנסתי והוא אומר מקודם לכן דסובר ר"ג דנאמנת ונתבאר שם הטעם דאוקמא אחזקה ופירש"י מספקא לן אשעת אירוסין אי בתולה הוית ונשתעבד לה מאתים אי בעולה הוה והעמד אשה על חזקתה ובתולה נולדה והך השתא הוא דאיתנסא אחר אירוסין יע"ש דהתם על שעת חלות ספק דהוא שעת אירוסין אמרינן שלא נעשה מעשה זנות וריעותא בגוף ומאחרינן הריעותא בגוף ואף שיש ריעותא לפניך אמרינן השתא הוא דאיתרע ונשתנה הענין כמו בכל חזקה וחזקה דהשתא וכמו כן הוא חזקת הגוף דמומין בכתובת דף ע"ה ע"ב כמ"ש רש"י שם ד"ה מני, משא"כ הכא בשעה שאנו באין לדין על הספק כבר נעשה מעשה הזנות רק הספק הוא אם נבעלה לכשר או לפסול ע"ז לא הי' לה חזקה מקודם וכיון שנעשה מעשה שראוי להסתפק יצאה מחזקה קמייתא כעין שכתבתי בענין י"ד, לכן נלענ"ד דחזקה זו הוא כעין חזקה שכתבתי לעיל בענין ח' דבר שהי' ביד אדם זכות ומוחזק בדבר אין להוציא אותו מחזקתו כי אם בראי' ברורה ולא בריעותא בעלמא והכא כיון שאשה הלז הי' בחזקת היתר וכשרות לכהונה שהי' לה זכות לישא לכהן אין להוציאה מחזקה זו כ"א בדבר ברור ולא בספק וריעותא בעלמא, ולכן אף שבודאי זינתה מ"מ כיון שיש ספק אם נבעלה מכשר או לפסול ונגד ספק זה עדיין יש לה חזקת היתר וכשרות לכהונה דהא אין לנו דבר בדור וידיעה ברורה שבודאי יצאה מחזקת כשרות לכהונה, וכמו התם בכתובת דכ"ד אף שנעשה ריעותא ברור שלא מצאו כתבם כמ"ש תוס' ד"ה שאני מ"מ אין מוציאין אותם מדבר שהחזיקו היתר כיון שאין לנו ראי' ברורה לסתור וה"ה והכא עדיף דהתם הי' פעם אחת בודאי מותרת לכהן רק עכשיו כולד ספק ובזה ינוח לן להבין דברי ר' אלעזר שאמר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה ואמר רבה הטעם בשלמא איהי אית לה חזקת כשרות בתה לית לה חזקת כשדות ויש להתבונן כיון דקיי"ל בכל מקום דחזקה הוא כעדים וסוקלין ושורפין על החזקות, כדאי בקדושין דף פ' ע"א גבי חזקה דכרוכין וכיון שמהני אפי' לדיני נפשות בע"כ הוי כעדים, ואם הי' לאשה עדים הי' מהני גם להכשיר הבת ואמאי ל"מ החזקה ונראה כמ"ש בכמה דוכתי בשם מוהרי"ק סימן ע"ב ותשו' מוהרי"ט שיש ב' מיני חזקות לענין חזקה דאתי' מכח סברא

יע"ש ה"נ יש לומר שיש ב' מיני חזקות יש חזקה שעכשיו יש לנו הוכחה שכן הוא וכמ"ש בענין ג' כמו חזקה דכרוכין וכיו"ב שגם עכשיו יש לנו חזקה זו שאנו רואין בעינינו שכן הוא, ויש חזקה שעכשיו לית לן הוכחה שכן הוא כי נולד לנו ספק במעשה רק מסתמא לא נפיק הדבר מחזקה קמייתא כעין דאי' בחולין ד"י ע"א מנא הא מילתא דאמרי רבנן אוקי מילתא אחזקה דוק בלשונם אוקי מילתא ולא קאמר בקיצור דאזלינן בתר חזקה משום דבאמת יש לנו ספק כעין נידון דהתם שפירש"י במקומות הרבה סמכו על חזקות לאיסור ולהיתר כהאי דלעיל יע"ש ר"ל ספק בשחיטה וכיו"ב דמוקמינן אחזקה וז"ש אוקי מילתא אחזקה ר"ל מילתא דמספקא לן מוקמינן על חזקה קמייתא ומייתי ראי' מנגע דגם עכשיו איכא ריעותא וספק בדבר אם נחסר הנגע ומוקמינן על חז"ק והארכתי בזה בכלל ע"א בממון וחזקה כזו לא אלים כל כך כיון דעכשיו נפסק החזקה ואיכא ספק לפנינו רק שאין בנו כח להוציא מחזקה קמייתא כיון דליכא דבר ברור המתנגד משא"כ חזקה דכרוכין וכיו"ב שגם עכשיו יש לנו הוכחה שהוא כן הוי כודאי', ומצאתי סיוע לזה בש"ות תרומת הדשן סימן ר"ז בשם או"ז הגדול שאין סוקלין ושורפין על חזקות רק בחזקה שאינה פוסקת יע"ש מכ"ש הכא בחזקה זו דע"י מעשה הזנות איתרע חזקתה דהא נולד ספק לפנינו לית לה עכשיו חזקה רק כיון דליכא דבר ברור המתנגד שנבעלה להפסול לה אין בנו כח להוציאה מחזקת קמייתא שהי' בחזקת היתר וכשרות לכהונה ושפיר קאמר ר' אלעזר כיון דעכ"פ איכא ספק וריעותא לפנינו לית לנו דבר ברור שהיא מותרת לכהונה לא מהני רק נגדה שאין מוציאין אותה מחזקתה אשר זכתה לנהוג היתר, ולא מהני לבת שאין לה חזקת כשרות לא מכניסין אותה להיתר כיון שיש לנו עכשיו ספק וזהו מדוקדק מאד להמעיין בלשון רש"י זלה"ה שכתב וז"ל אית לה חזקת כשרות ויש לומד אשה זו בחזקת כשרות ומספק אתה בא לפוסלה אל תפסלו מספק עכ"ל והיינו כמ"ש ור"ל במה שאמר אל תפסלנו מספק שאין לעשות מעשה לכתחילה להוציאה מדבר שכבר הוחזקה להיתר כיון דלית לן ריעותא גמורה לפנינו דהספיקות הם שקולים, וראיתי בש"מ בדף ס"ד ע"ב שהאריך בכוונת רש"י ודבריו מחוסרין הבנה ולענ"ד נראה ברור כמ"ש דוק ותשכח כדברי, ואולם ראיתי בתוס' כתובת דף ע"ה ע"ב ד"ה טמא שכתבו דהכא איכא חזקת הגוף ולכאורה צ"ע וכמו כן מ"ש בש"מ בשם ריטב"א בד"ה הלכך ונ"י ביבמות דף ס"ט שם חזקת הגוף בע"כ הוא לאו דוקא:

יג ולכאורה עלה בדעתי לומר דיש לאשה זו חזקה דאתי' מכח רובא כיון שרוב בנות ישראל כשרות לכהונה מסתמא היא בכלל רובא אבל באמת ז"א לפמ"ש בכלל רובא דהיכי דאנו מסופקים על ענין אם הוא מרוב או ממיעוט ואיכא ריעותא באותו דבר

שאנו דנין ואותו ריעותא אינו אצל רוב יצא הענין מכלל רובא כדמוכח ברפ"ג דכתובת די"ו גבי רוב נשים בתולות נישאת יש להם קול וזו הואיל ואין לה קול איתרע לה רובא וכמו שהאריכו הפוסקים אחרונים זלה"ה בזה, ועיין במס' נדה דף כ"ט ע"א ובשו"ת הריב"ש סימן תע"ד וא"כ ה"ה כיון דאתיילד בה ריעותא שזינתה ורוב נשים הכשרים לכהונה אין להם אותו ריעותא יצאה מכלל רוב ולא דמי למ"ש הר"ש הובא בתוס' חולין דף י"א ע"א ד"ה אתי' ובר"אש ורשב"א ור"ן להתיר הגבינות מבהמה שנמצאת טריפה אף דלית לה חזקה עצמית רק חזקה דאתי' מכח רובא אף דטריפות נעשה מחיים ואתיילד ריעותא מ"מ לא אמרינן דיצאה מכלל רוב דז"א דהתם כיון דיש לומר השתא הוא דאיתרע שפיר אמרינן כן מחמת רוב בהמות כשרות שגם הבהמה זו הי' בכלל רוב ובשעה שנעשה הגבינות הי' כשירה וא"כ באותו זמן לא הי' ריעותא כלל בבהמה רק אח"כ נעשה הריעותא מחיים ואזלינן בתר שעה שנולד הספק ולא בתר שעה שנודע הספק שעכשיו איכא ריעותא וכמו בחזקה דאזלינן בתר חזקה קמייתא ולא בתר חזקה דהשתא אף דיש ריעותא לפניך ה"נ ברוב אמרינן השתא הוא דאיתרע ויצאה מכלל רובא ואז לא הי' ריעותא משא"כ בעלמא מודה הר"ש אם ברור בשעה שנולד הספק איכא ריעותא בנידון אשר אותו ריעותא אינו גבי רוב אמרינן שיצא מכלל רוב ולא שדינן בתר רובא וכן משמע בכמה דוכתי לכן העיקר כמ"ש שיש לה חזקת כשרות לכהונה ע"י שהי' מוחזקת בהיתר וכנ"ל:

יד אמנם קשה לי בהא דמוכח בש"ס דכתובת דף י"ד ע"א דהיכי דאין האשה טוענת ברי סובר ר"ג דפסולה לכהונה ולכאורה הי' נראה מצד חזקת כשרות לבד אין פוסלין אותה לכהונה אפי' ברוב פסולין, והטעם לפמ"ש לעיל בשם ש"ות תרומת הדשן סימן שמ"ט שכתב לכן קיי"ל כשמואל אין הולכין בממון אחר רוב להוציא ממון מחזקתו משום דחוקת התורה הוא המוציא מחבירו עליו הראי' ורובא לא מיקרי ראי', כיון דחוקה הי' דבעינן שני עדים דוקא וא"כ לפ"ז נראה הא דקיי"ל רובא וחזקה רובא עדיף היינו באיסור גרידא שאנו דנין על דבר אם מותר או אסור כיון דעיקרו אתי' מפרה אדומה כמ"ש תוס' בחולין דף י"א ע"א ד"ה מנאי בשם רבינו חיים זלה"ה דאף שאנו דנין על אדם מ"מ הוא רק שם איסורא משא"כ היכי שאנו דנין על אדם לעונשו עונש הגוף או עונש ממון כיון שהקפידה תורה שלא לענש שום עונש כי אם בשני עדים דוקא ולא קם עד אחד ה"ה דלא מהני רובא להוציא מחזקתו אם זכה באיזה דבר שהוא בכלל עונש ואי' בספרי דברים י"ט וז"ל לא יקום ע"א באיש אין לי אלא לדיני נפשות לדיני ממונות מנין ת"ל לכל עון כו' להעלות לכהונה ולהוריד מן הכהונה מנין ת"ל לכל עון כו' יע"ש וא"כ היכי שהאשה

הי' בחזקת כשרות לכהונה ובא עד אחד ואמר שזינתה לא קם מצד גז"הכ שהוא בכלל לא יקום ע"א באיש לכל עונש כי מלבד שתיבת עון פירושו לכל עונש כמ"ש רא"ם שם ונכלל בזה שלא קם ע"א בשום עונש שרוצה להעניש והיכי שבא לפוסלה מן הכהונה הוא ג"כ עונש שרוצה לענשה ולהפסידה אותו זכות אף גם מ"ש כשבא להעיד על זכר להוריד מן הכהונה שלא קם ה"ה כשמעיד על האשה (ותיבת באיש לא דיבר הכתוב רק בהווה כי ע"א לא קם להוציא ממון אף מאשה ובע"כ דיבר הכתוב בהווה) ואף אי נימא דגבי אשה לא הוי בכלל עונש דעדיין לא זכתה בכהן כיון דהוא בעל בחירה ואינו בגדר חוב וכיו"ב כתב רשב"א בחי' לקדושין דף ס"ה ע"ב ותשובת נ"בי חלק א"העז סימן ס"ד מ"מ הוי בכלל דבר שבערוה שאינו פחות משנים דהוא בגז"ש דדבר דבר וא"נ עד אחד, ומ"ש רמב"ם בפט"ז מסנהדרין דרין הלכה ו' דע"א נאמן לומר גרושה או זונה אשה זו כבר הרגישו בזה בספר פני יהושע בק"א לקדושין דף ס"ג ע"ב סי' צ"א ומיישב היטב ועיין בס' שערי המלך שם מ"ש בזה וא"כ ה"ה שראוי לומר שלא מהני רוב להוציא מחזקת כשרות לכהונה כיון דרוב לא הוי ראי' ברורה, וא"כ קשה לדברי ת"הד הנ"ל למה אמר ר"ג דנאמנת משום שאמרה ברי ובאלמת וכיו"ב מודה לר' יהושע שאסורה לכהונה ואמאי כיון שגלי תורה דבעינן דוקא עדים ורובא לא מיקרי עדים וראי' ברורה ועיין במס' ב"ב דצ"ב וצ"ג דסובר רשב"ג אין הולכין בממון אחר רוב ודוחק לומר דר"ג אביו חולק ובשגם דכן קיי"ל ועיין תוס' ב"ק דף כ"ג ע"ב ד"ה אפי' ברוב מעליא ל"מ להוציא ממון ובע"כ הטעם כמ"ש ת"הד ונראה לענ"ד בישוב קו' זו, אף דבכל מקום אין מוציאין אדם מחזקתו כי אם בשני עדים שאני יוחסין וכן מוכח להדי' להמעיין בתוס' במס' יבמות דף ס"ח ע"א ד"ה רישא שגם ר"ג מודה היכי שאינה טוענת ברי החמירו חכמים ביוחסין שלא לסמוך על חזקה, ולכאורה הדבר מוכרח דאל"כ קשה אמאי שבוי' אסורה לכהן מה בכך שנשבית ורוב נכרים פרוצים בעריות הא האשה הי' בחזקת היתר לכהונה ואתה רוצה לפוסלה גלי תורה שבעינן עדים וראי' ברורה ורוב לא מיקרי ראי' בשלמא לריטב"א ופני יהושע שכתבו שרובא דרובא פרוצים א"פ אף לתוס' שלא נחתו לזה קשה, אע"כ שמן התורה באמת מהני החזקה רק הוא חומרא דרבנן שאסורה לכהן, וכן מצאתי בתוס' כתובת דל"ו ע"ב ד"ה אולי שכ"כ להדי' ואפשר הטעם משום חומרא דיוחסין, מיהו קשה כיון דהוא רק משום חומרא דיוחסין הא כתבו תוס' ביבמו' שם שראוי משום יוחסי' דלא להחמיר לתרומה אף שאסורה לכהן, ואמאי קיי"ל שבוי אסורה בתרומה כמ"ש רמב"ם פ"ל מתרומת הי"א והוא משנה בפ"ג דעדיות, ואפ"ל כיון דאיתרע חזקתה שנעשה מעשה שראוי להסתפק החמירו חכמים, ואולם מסוגי' זו משמע קצת דשבוי'

אסורה דאורייתא דאמר ר"ג כולנו עדים וקמה קו' הנ"ל אמאי אסורה מדאורייתא הא מן התורה אפי' חזקה דאיתרע הוי חזקה כמש"ל בשם תוס' כתובת דף כ"ג ע"א ואף שרוב מגרע מ"מ אין הולכין אחר רוב ושאני איסורא מדבר שבערוה דילפינן מממון דבעינן עדים ורובא לא מיקרי ראי', מיהו צ"ע בזה שבכמה דוכתי משמע דגם בדבר שבערוה מהני רובא ואמאי הא ילפינן מגז"ש דדבר ואין ג"ט למחצה וצ"ע ואין כאן מקומו:

(הג"ה** ודע דלכאורה קשה לדברי ת"הד אמאי מהני רובא בדיני נפשות כדאי' בסנהדרין דף ס"ט ועיין תוס' סנהדרין דף ג' ע"ב מיהו יש ליישב ע"פי הכלל שכתבתי במקום אחר וכוונתי לבעל קצ"הח וכיו"ב כ' בס' הפלאה היכי שרוב נתחזק לכו מקודם שבאנו לדון על הוצאת ממון ונפשות הוי כודאי ומביא הקצ"הח בכללי ספיקות ראי' ממה שכתב רמב"ם בפט"ז מסנהדרין איסור עצמו בע"א יוחזק, והא דסוקלין ושורפין על חזקות י"ל שאני חזקת דכרוכין כיון דהדעת מכרעת שכן הוא הוי כאן סהדי כעין סברת מוהרי"ק בסי' ע"ב דחזקה דאתי' מכח סברא עדיף מרובא והוי כעדים:)**

פרט ז

יבואר שיטת הר"ן והרב המגיד בטעמא דר"ג דנאמנת אפילו ברוב פסולין. וגם אי נאמנת לפסול את הולד:

טז שיטת המ"מ בפרק ט"ו מאיסורי ביאה הלכה י"ג הוא שיטה חדשה דעל מה שכתב רמב"ם שם שאינה נאמנת לומר לפלוני הממזר נבעלתי לפסול הולד, כתב הטעם וז"ל מפני שאין האשה נאמנת בפסול אלא האב בלבד ואע"פי שנאמנת להכשיר והי' נראה שכ"ש לפסול לא היא דלהכשיר דבר תורה אין אנו צריכין לה דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר וספק ממזר מותר מן התורה היתר גמור לבוא בקהל אלא דרבנן גזרו עליהן והאמינהו בשל דבריהם, אבל לפסול כיון דמדאורייתא מותר לבוא בקהל ואסור בממזרת ודאית ואם הי' מאמינין אותה ומתירין אותו בממזרת ודאית הי' מקילין בשל תורה ולא נתנה תורה נאמנות אלא לאב בלבד ואפילו לאב בחלקו אלא דקיי"ל כר' יהודא דאמר יכיר יכירנו לאחרים כן נראה לי טעם הענין, ואע"פי שחיה נאמנת כל שלא קרא עלי' ערער שאני הכא שאין אדם מע"ר ועוד שהיא קרובה לו וזהו שבגמרא לא אמרו בודקין את אמו אם אמרה לפסול נבעלתי או לכשר נאמנת ולא הזכירו אלא האומרת לכשר נבעלתי עכ"ל, ועמ"ש הר"ן בקדושין דף ע"ד כתב ג"כ טעם זה, שלכן נאמנת להכשיר הולד משום דמדאוריי' שתוקי כשר רק שמחלק חילוק אחר בינה לחיה יע"ש, והובא בקצור דבריו במשנה למלך שם הי"א, והב"ש בסימן ד' ס"ק ל"ט כתב וז"ל, ומבואר בש"ס אפי' רוב פסולים נאמנת היא להכשיר הולד ולכאורה קשה למה היא נאמנת להכשיר

ברוב פסולין דהא הטעם הוא משום דבלא דיבורה הי' ספק ממזר וכשר מדאורייתא מ"ה נאמנת להכשיר וטעם זה לא שייך ברוב פסולין דהא ברוב פסולין אזלינן אחר הרוב והוא ממזר ודאי ועיין בסוגי' דע"ג שם מבואר דוקא ברוב כשרים או מחצה על מחצה אז מדאורייתא כשר הולד וי"ל אפי' איכא רוב פסולים מ"מ אכתי ספק ממזר הוא בלא דיבורה משום דיש לומר היא אזלה להבועל והוי קבוע וכמע"מ דמי, ואם ידעינן בודאי דאזל הבועל אצלה ואיכא רוב פסולין יש לומר דאינה נאמנת ואע"ג דכתב הטור ס"ס ו' דאמרינן מסתמא הלך הבועל אצלה שם אמרינן לקולא כן אבל כאן לא אמרינן בודאי הלך הבועל אצלה והוא ממזר ודאי ואינו אלא ספק לכן היא נאמנת אפי' ברוב פסולין עכ"ל, מ"ש הגאון זלה"ה ברוב פסולין הוי ממזר ודאי כדבריו מבואר להדי' בחידושי רשב"א שם בקדושין, וז"ל מכלל שמועה זו נראה שלא אמדו ממזר ודאי אסרה תורה ולא ספק ממזר אלא כשמחצה ע"מ מיהו כשרין אצלה אבל היכי דרוב פסולין אצלה כממזר ודאי משווי לה, אא"כ בדקו את אמו ואמרה לכשר ודאי לא נבעלתי כר"ג ור"א וא"ש עכ"ל מיהו בזה חולק רשב"א על המ"מ שמדבריו מבואר אפי' כשודאי רוב פסולין אצלה כגון שידוע שהלך הבועל אצלה נאמנת האם להכשיר הולד ונראה לפי שיטתו ה"ה כשיש חזקה לאיסור הוי ודאי ממזר מן התורה ולא הוי ספק ממזר רק בספק השקול, וכן נראה להדי' מתוס' כתובת דף כ"ו ע"ב ד"ה אנן וגדולה מזו דעת המשנה למלך בפט"ו מא"ב הי"א היכי דאיקבע איסורא כגון שנתערב חד בחד ממזר בכשר מן התורה לחומרא ומכ"ש בדאתחזק איסורא, דהא באיקבע איסורא חייב רק אשם תלוי ובדאתחזק חייב חטאת דהוי ודאי כמ"ש תוס' כתובת דכ"ב ע"ב ד"ה הבא וכיון דמצינו בכמה דוכתי דחזקה ורובא הוי כודאי ה"ה הוי ממזר ודאי כשיש רוב לאיסור או חזקת איסור כמ"ש בית שמואל, ואולם ראיתי בפרי חדש סי' ק"י בכללי ס"ס כלל א' בשיטת רמב"ם תורה חדשה דאפי' היכי שיט חזקת איסור כגון ספק ממזר הבא מאשת איש שנתגרשה ספק גירושין דאית לה חזקת איסור דבעלמא כה"ג אסור והכי שרי' רחמנא יע"ש ובספר פ"י בחי' לקדושין רצה לומר שאפי' ברוב פסולין מיקרי ספק ממזר אע"ג דבכל התורה אזלינן בתר רובא אשתני דין ממזר יע"ש, ואין דבריהם מוכרחין כלל, ומה שהביאו ראי' מרמב"ם שכתב בפט"ו מא"ב הלכה ו' וז"ל שלשה ממזרים הם ממזר ודאי וממזר ספק וממזר מד"ס איזהו ממזר ודאי זהו שבא מן הערוה ודאית וממזר ספק זה שבא מן ספק ערוה כגון דבא על אשה שנתקדשה ספק קדושין או נתגרשה ספק גירושין יע"ש וקשה הא בספק קדושין איכא חזקת פנוי' ולא הוי ממזר כלל ובספק גירושין איכא חזקת א"א והוי ממזר ודאי, ומכח זה הוכיחו דין הלז דבממזר גלי התורה שלא

לילך בתר חזקה לענ"ד לא מוכרח כלל ולכאורה י"ל דרמב"ם סובר כפוסקים תרי ותרי ספיקא דאורייתא ומן התורה ל"מ חזקה עיין ריטב"א בקדושין דס"ו ע"א ובתוס' שם א"כ משכחת בפשיטות ספק ממזר היכי דליכא חזקה אך הוא שנוי' דחיקא כי נראה שרמב"ם סובר כרוב הפוסקי' ת"ות מדרבנן ומן התורה מהני חזקה, ועיין בה"המ בפרק כ' מא"ב הלכה י"ו ואולם יותר כראה לפמ"ש לעיל בפרט ו' הרבה פוסקים בחזקה דאיתרע שנעשה מעשה שראוי לה להסתפק כגון שני עדים אומדים קרוב לו וב' אומרים קרוב לה וכיו"ב לא הוי חזקה אפי' מן התורה ועיין תוס' כתובת דכ"ג ע"א ד"ה תרווייהו ובפ"י בגיטין דק"ח ובחידושי מוהרי"ט ברפ"ק דקדושין ובמקומות שרמזתי שם וי"ל דכן דעת רמב"ם וא"כ משכחת בפשיטות בספ' קדושין ובספ' גירושין ספק ממזר היכי דליכא חזקה כמבואר (ועמ"ש פ"י בחי' לכתובת דף ט"ו ע"ב ד"ה מדאוריי' ודבריו שם צ"ע) וא"כ דברי ב"ש נכונים בשיטת רוב פוסקים היכי שרוב פסולין הוי ממזר ודאי מן התורה:

טז אמנם תירוצו צריך קצת ביאור דלפי דבריו קמה קו' הש"ס בדף י"ג ע"ב בהא דמקשה אדר' יהושע דמדמי לשבוי' ותיפוק לי' דהתם רוב פסולין אצלה והכא רוב כשדים אצלה ומסיק הש"ס דמסייע לריב"ל דאמר מאן דמכשיר מכשיר אפי' ברוב פסולין אצלה וכיון דמספקא לן דלמא אזלה איהו לבועל ליכא ודאי רוב פסולין משא"כ בשבוי' איכא ודאי רוב פסולין ואכתי קשה היאך מדמי לשבוי', ונראה כוונתו דמיירי הסוגי' שמודית שבועל הלך אצלה רק שפירש ממיעוט כשרים ומ"מ סובר ר"ג דנאמנת כיון שלולי דיבורה איכא ספק קבוע והוי ספק ממזר שמותר מן התורה והרוב בא רק מהודאה נאמנת במגו דהוי מגו בעיקר הרוב כעין סברת הסמ"ע וש"ך בח"מ סי' ע"א דאמרינן מגו בעיקר נאמנות והוכיחו האחרונים זלה"ה דאמרינן מגו בעיקר אנן סהדי או בעיקר חזקה ה"נ יש לה מגו בעיקר הרוב וא"כ שפיר קאמר הש"ס מסייע לריב"ל דהתם קאי לדברי ר' יהושע ולפמ"ש תוס' סובר ר' יהושע דאין להאמינה אפי' במגו דלא נבעלתי לפי שיראה לומר לא נבעלתי ושפיר מביא ר' יהושע ראי' משבוי' על רוב פסולין היכי שהיא מודית שרוב פסולין אצלה אין להאמינה במגו דהוא סובר דמוכח דברי שלה לא מהני כמו בשבוי' כי אם מצד מגו והכא לית לה מגו דאם הי' אומרת שהלכה לבועל והי' קבוע ג"כ לא הי' נאמנת מצד דיבורה רק מצד מגו שהי' אומרת לא נבעלתי וכיון שהיא בחזקת בעולה כמו בשבוי' יראה לומר לא נבעלתי, והב"ש שפיר כתב לדידן דקיי"ל כר"ג וזהו פשוט, ולאחר העיון ראיתי שבעל קצ"החן נתקשה בזה והמעיין יראה כמ"ש אף שב"ש קיצר במובן כדרכו הטוב:

יז ועדיין דברי המ"מ צריכין ביאור וכבר קדמני בזה בס' בית מאיר לפי שיטת מ"מ דל"מ ברי דידה אלא היכי דבלא עדותה מותר מן התורה הניחא בממזר דהתורה התירה, אבל באשה עצמה לכהן מאי איכא למימר וא"ל דרמב"ם לטעמי' אזיל דסובר כל איסור ד"ת ספיקו לקולא מן התורה דא"כ קשה על המ"מ מיני' ובי' מה קאמר אבל לפסול א"נ להתירו בממזרת מפני ספק איסור תורה מה בכך אף אי לית ליה לדרשא דקהל ודאי כל הספיקות ד"ת שרי' וע"כ כמסקנת פר"ח יו"ד סי' ק"י דהיכי דאתחזק איסורא כ"ע מודו ד"ת לחומרא וסובר דאיסורי ספק ביאה מדאתחזק פסולים וכשרים הוי הספק ד"ת להחמיר זולת ממזר דהתורה התירה, ובאמת דטעם הרמב"ם אינו דיליף כל הספיקות מן ממזר אף דברשב"א הביאו שם ראי' בשם רמב"ם ור"ן בספ"ק דקדושין מביאה בשם רמב"ן וא"כ הדק"ל באשה עצמה לכהן מאי איכא למימר אמאי נאמנת לשיטת המ"מ, והוא באמת קו' חמורה ומה שתירץ בס' הנ"ל דבאשה עצמה סובר ה"המ דג"כ בלא עדותה שרי' מן התורה אפי' ברוב פסולין דכיון דיש ספק אם אזלה לגבי' והוי קבוע והוי ספק השקול מהני מן התורה חזקת היתר שלה רק חכמים החמירו שלא לסמוך על חזקה ביוחסין לכן מהני ברי שלה ובשתוקי דחזקת היתר דאם אינו מועיל להבת אפי' למאן דמכשיר בבתה מוכרח ה"המ לומר הטעם כיון דהתורה התירה ספק ממזר ונשאר רק ג"כ איסור דרבנן מהני עדותה להפקיע מאיסורא דרבנן יע"ש, לענ"ד אכתי לא הועיל הגאון זלה"ה אמאי מאן דמכשיר מכשיר בבתה אפי' לכהונה, ואם נקבה היא תנשא לכהן כיון דחזקת היתר דאם ל"מ לבת רק שהאם נאמנת לגבי ולד להתיר בקהל ישראל משום דהספק ממזר התירה התורה אבל לענין לינשא לכהן דספק אם כשדה לכהן או לא לא התירה התורה ולולי עדות האם הי' הבת אסורה לינשא לכהן כדין סד"א לחומרא מן התורה לכ"ע כנ"ל אמאי מהני נאמנות האם להתיר ספק איסור דאורייתא ולולי דבריו י"ל דחזקת האם מהני לבת למאן דמכשיר בבתה או דברי שלה מהני להתיר ספק איסור דאיסור דאורייתא ואפי' ברוב פסולין כמ"ש בשיטת שאר פוסקים בפרטים הקודמי' אבל לשיטת ה"המ קשה ועלה בדעתי ליישב שיטת המ"מ דהנה עוד הקשה הב"ש שם קו' חמורה וז"ל מיהו קשה לשיטת הר"ן והמגיד הנ"ל למה היא נאמנת להכשיר הולד וא"נ לומר ממזר הוא דהא כשם שנאמנת להכשיר משום דבלא דיבורה הוא ספק ממזר וכשר מדאורייתא לבוא בקהל לכן נאמנת להכשירו כן הוא בלא דיבורה ספק ממזר ומדאוריי' יכול לישא ממזרת דהא בספק קהל יבוא א"כ למה אינה נאמנת לעשות ממזר ודאי לישא ממזרת ומ"ש להכשירו ומ"ש לפסלו יע"ש שעיקר הקושי' הוא לרמב"ם והניח בצע"ג, ונראה דהנה במס' קדושין דף ע"ג ע"א בהאי דאמר רבא דבר תורה שתוקי כשר

מ"ט רוב כשרים אצלה ומיעוט פסולה אצלה ואי אזלא אינהו לגבה כל דפריש מרובא קפריש מאי אמרת דלמא אזלא איהי לגבייהו והו"ל קבוע התורה אמרה ממזר ודאי הא ספק ממזר יבוא, וכתב ריטב"א וז"ל תימא למה לי קרא הא איכא תרי ספיקי ספק אזלא אינהו לגבייהו דהוי מע"מ והוי ספיקא ואידך דלמא אזלא אינהו לגבייהו ואיכא רוב כשרים וכל ס"ס לקולא אפי' באיסור דאורייתא, ואיכא למימר דאין ה"נ ותלמודא רבותא נקיט אפי' חזינן דאזלא איהו לגבייהו דליכא אלא חד ספק אפ"ה הולד כשר ע"ש ועיין בחידושי רשב"א ובמרדכי המובא בש"ות מוהרי"ט ספר ב' בסי' ב' יע"ש והנה הרמב"ם כתב בפט"ו מא"ב ה"ג עכ"ום ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר וכתב ה"המ שם שיש מי שכתב שאם ילדה בת שהיא פסולה לכהונה ורמב"ן מסופק בזה ועיין ב"ש סימן ד' סע"ק ב' שכתב שמלשון רמב"ם משמע דסובר דכשרה לכהונה ועיין סע"ק ג' וכיון דרובא דעלמא הם כשרים לולי דיבורה היכי דחזינן שפנוי' ילדה ולד ואין אנו יודעין ממי אף שלגבי דידה הוי רוב פסולין, כי נכרי ועבד הבאים על בת ישראל פוסלין אותה בביאתה מכהונה כדאי' בש"ס דיבמות דמ"ה והובא ברש"י ד"ה דדברא, מ"מ נגד הולד הוי רוב כשרים (ועיין בריטב"א קדושין דף ס"ח ע"ב בסופו ומה שרצה לומר מתחילה כבר דחה בס' שערי המלך בפרק ט"ו מהלכות א"ב הלכה ג' יע"ש) שמותרת לכהן מיהו לכאורה זה אינו כיון שיש לנו ספק מי הלך למי הוי ספק אם רוב כשרים לגבי ולד דלמא הלכה לבועל והוי קבוע וכמע"מ ודלמא נבעלה לפסול לה, ואולם לדברי ריטב"א הנ"ל דחשיב בכה"ג לס"ס שמותר אפי' מן התורה כיון שרוב כשרים לולד אף שהוא ספק דלמא אזלא לבועל והוי קבוע מ"מ הוי ס"ס כעין שכתב ריטב"א חדא דלמא הלך הבועל אצלה ופריש מרוב כשרים ואת"ל שהלכה היא להם והוי קבוע דלמא מ"מ נבעלה להמכשיר את הולד וס"ס הוא מטעם רוב והולד כשר מן התורה לבוא בקהל ואפי' בקהל כהונה וא"כ דבריו נכונים דלכן נאמנת להכשיר הולד דגם לולי דיבורה הולד כשר אפי' לכהונה כיון דרוב כשרים אצלה ומה דסובר ר"ג דהולד שתוקי אפי' ברוב כשרים אצלה היכי שלא טענה ברי כמ"ש רמב"ן להשיג על בעל המאור בס' המלחמות שם יעש"ה זהו רק חומרא דרבנן שהחמירו לר"ג ג"כ ביוחסין לענין זה דבעינן דוקא ברי, וכמו שדייק בדף י"ד הלכך לר"ג אלים לי' ברי וכ"מ בתוס' יבמות דס"ח ע"א בד"ה רישא לכן מהני ברי שלה נגד חשש דרבנן, אבל א"נ לפוסלו לולד כיון דרובא דעלמא הם נכרים ונכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר ולולי דיבורה הולד ישראל גמור ואסור בממזרת כי לא שייך ספק קהל רק בספק השקול אבל ברוב הוי כודאי כמש"ל בשם רשב"א והיא ע"י עדותה רצונה להפקיע איסור דאורייתא לכן אינה נאמנת וא"ש, ואולם לפ"ז אינו מדויק קצת לשון

ה"המ במ"ש לעיל מיני' דלהכשיר ד"ת אין אנו צריכין לעדותה דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר וספק ממזר מותר מן התורה לבוא בקהל דהו"ל לומר דהוא ודאי כשר לבוא בקהל כיון דרובא נכרים הוי ס"ס והוא מטעם רוב וצ"ל עדיפא מיני' קאמר שאפי' ספק ממזר מותר מן התורה מכ"ש ס"ס, ואולם לפ"ז קמה קושי' ב"ש אמאי נאמנת להכשיר הולד ברוב פסולין נגד הולד ותי' הב"ש הנ"ל ליתא כיון דסובר כסברת ריטב"א הנ"ל איכא ס"ס להחמיר לולי דיבורה שאסור הולד לבוא בקהל ישראל דלמא הלך הבועל לגבה ופריש מרוב פסולין ואת"ל דאזלא איהי לגבי' דבועל אכתי הוי מע"מ ואולי נבעלה לפסול לה וכיון שס"ס הוא מטעם רוב הוי רוב פסולין לולי דיבורה דהוי ממזר ודאי מן התורה, ובשלמא לולי דברינו הנ"ל הוי אמינא דה"המ לית לי' סברת ריטב"א הנ"ל אבל לפי דברינו קשה, מיהו נלענ"ד ליישב קושי' הלז דבלא"ה קשה על ריטב"א הנ"ל הא הוי ס"ס משם אחד דל"מ ולא הוי ס"ס כמ"ש תוס' כתובת דף ט' ע"א וכבר הרגיש בזה בחי' פ"י שם (ועיין מ"ש בחי' מוהרי"ט ובש"ות ספר ב' סי' א' מה שדחה מי שרצה לתרץ הקו', ולענ"ד כוונת המדחה לדברינו ועיין בחידושי רשב"א ובספ"י שם ואפשר דמן התורה אפי' משם אחד הוי ס"ס ושפיר הקשה על דין תורה, ועיין בפ"מ ביו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס ס"ק י"א שמסופק בזה) ונראה לפוסקים כריב"ל ביבמות דמ"ה ע"א בנכרי ועבד הבא על בת ישראל דהולד כשר ופגום לכהונה, הוי ספק אחד מתיר יותר מחבירו דהספק ראשון שמא הלך הבועל אצלה ופריש מרובא כיון שרובא דעלמא הם נכרים הולד אף שכשר בקהל ישראל מ"מ פגים לכהונה ובספק ב' דלמא הלכה לגבה והוי קבוע הספק הוא דלמא נבעלה לישראל כשר וכשרה לכהונה, משא"כ ברוב פסולין הס"ס להחמיר אין ספק אחד מחמיר יותר מחבירו והוי הכל משם אחד ואפי' לשיטת רמב"ם שסובר כנ"ל דנכרי ועבד הבא על ב"י הולד כשר אפי' לכהונה, מ"מ ברוב כשרין הס"ס לקולא ספק אחד מתיר יותר מחבירו דספק ראשון דלמא כבעלה לרוב ופריש מרוב נכרים אף שהולד כשר בקהל מ"מ היא נפסלה מכהונה ובספק ב' דלמא נבעלה לישראל כשר גם היא כשירה לכהונה, משא"כ הס"ס להחמיר ברוב פסולין הוי הכל משם אחד וא"ש אך קחה להמ"מ לשיטתו דכתב כן בשיטת רמב"ם ורמב"ם לשיטתו בפ"ג מא"ב ה"ב בע"כ סובר אפי' ס"ס משם אחד הוי ס"ס כמ"ש בס' מנחת יעקב וצ"ע ובגוף קו' ב"ש על ה"המ שהניח בצ"ע הסכימו שלשה גדולים לדיעה אחת ה"ה בס' שערי המלך וס' הפלאה וס' בית מאיר שהי' להמ"מ גירסת ריטב"א שם במס' קדושין דע"ג דלא גריס לדרשא דספק קהל יבוא יעש"ה ועדיין צ"ע בכ"ז:

פרט ח

יבואר דברי המ"מ הנ"ל במ"ש הטעם לחלק בין חיה שנאמנת לפסול את הולד ובין האם שא"נ:

יח כבר נתבאר בפרט ז' לשון המ"מ שאין האם נאמנת לומר בנה הנולד לה בזנות הוא ממזר, וכתב וז"ל ואע"ג שחיה נאמנת עלי' כל זמן שלא קרי עלי' ערער שאני הכא שאין אדם משים עצמו רשע ועוד שהיא קרובה לו יע"ש ולא ירדתי לסוף דעת הגדול לרמב"ם לשיטתו דכתב בפט"ו מא"ב ה"ב וז"ל אחד ממזר שנשא ישראלית או ישראל שנשא ממזרת כיון שבעל אחר קדושין לוקה קידש ולא בעל אינו לוקה בעל ולא קידש אינן לוקין משום ממזרת שאין לך בכל חייבי לאוין מי שלוקה על בעילה בלא קדושין אלא כה"ג באלמנה יע"ש וכתב ה"המ ע"ז וז"ל ומ"ש רבינו בעל ולא קידש אינו לוקה משום ממזרת ר"ל אינו לוקה משום ממזרת אבל לוקה משום פנוי' וכפי מ"ש בפ"א מאישות שהבועל אשה שלא לשם קידושין לוקה מן התורה מפני שבעל קדימה אבל משום לאו דממזרת אינה לוקה, מיהו נתבאר שם שראב"ד וחכמי לונוויל ורמב"ן השיגו ע"ז וז"ל רמב"ן שם אבל ממזר הדבר ידוע על הקדושין אינו לוקה שהרי אין כתוב בהן לאו בקיחה ועל ביאה בלא קדושין לוקה כיון שהכתוב מפורש וצווח לא יבוא שהוא הבעילה יע"ש וא"כ לדברי רמב"ם היאך שייך הטעם שא"א מע"ר הא גם לדבריה שנבעלה לממזר לא עשתה עבירה חמורה יותר מאם נבעלה לכשר כיון דלשיטתו ליכא לאו דממזר בבעילה בלא קדושין וכמו שעברה על לאו לא תהי' קדשה בבעילתה לכשר כ"כ עבירה כשנבעלה לממזר ובשלמא לשיטת רמב"ן וסיעתו הנ"ל א"ש דהיכי דנבעלה לממזר עברה גם על לאו דלא יבוא ממזר שהוא הבעילה, אבל המ"מ כתב כן בשיטת רמב"ם תמוה מאד והי' קשה לי קושי' זו ימים טובא וכעת מצאתי ראיתי שגם בעל קצ"הח הרגיש בזה והניח בקו', ונראה לומר בכוונת ה"המ לרמב"ם בודאי מן התורה ליכא איסור בביאה לממזר בלא קדושין יותר מאם נבעלה לכשר, מ"מ מדרבנן אסור כדי שלא להרבות ממזרים בישראל, וראי' לזה ממ"ט בש"ע סימן ד' גר ועבד משוחרר מותר בממזרת כו' והולד ממזר כתב הב"ש בסע"ק ל"ה היינו מצד ממזרת אין איסור אבל מ"מ אסור להרבות ממזרים כי הבנים הם ממזרים ע"ש ומשמע שהוא רק איסור דרבנן דמן התורה מותר לגר לישא ממזרת אף שבניו הם ממזרים, ועיין תוס' מס' גיטין דמ"א ע"א ד"ה לישא שכתבו בשם ר"ת כיו"ב ואולם לפ"ז נשמע דבע"כ סובר רמב"ם דאין אדם משים עצמו רשע אפי' באיסור דרבנן ודבר זה במחלוקת שנוי' בין קמאי זלה"ה כמבואר בחידושי רשב"א בכתובת דף י"ח ע"ב ד"ה אלמא כ' וז"ל פירש"י פסולין היינו משחק בקובי' וא"ל לרבנן אמאי מהימנא

הא אין אדם משים עצמו רשע לפיכך נראה לשון אחר שפי' קרובים כו' ולרש"י י"ל כיון דאיסורא דרבנן הוא משום דאין עוסק בישובו של עולם מיהמן עכ"ל א"כ סובר רש"י שבאיסור דרבנן משים עצמו רשע והחולקי' סוברים אפי' בדרבנן אין אדם נאמן להשים עצמו רשע, ועיין בתומים בכללי מגו סימן פ"ב סע"ק ק"ה שכיון מדעתו לדברי רשב"א הנ"ל ובתשובת נודע ביהודא מהדורא בתרא חלק א"העז סימן קנ"ו כתב וז"ל ולפי שאין היתר זה ברור דאולי לא שייך אין אדם מע"ר אלא בדבר שהתורה קראתו רשע דהיינו שנתחייב מיתה או מלקות שהוא נקרא רשע למות ובין הכות הרשע או מעיד עדות שקר שפסול לעדות ולשבועה בזה אמרינן אין אדם מע"ר אבל באומר שהכשיל אחרים אינו נפסל לעדות ואינו מתחייב מלקות ומיתה לא שייך אין אדם מע"ר עכ"ל וכבר נתבאר שפוס' החולקים על רש"י בע"כ סוברים אפי' באיסור דרבנן אין אדם משים עצמו רשע, וזהו דעת רא"ה ורשב"א וריטב"א ור"ן שחולקים שם על רש"י כמ"ש בתוס' שם, וי"ל שכן הוא דעת ה"המ כאן וא"ש ואולם מ"ש הטעם שהיא קרובה צ"ע הא באיסורין אין חילוק בין קרוב ובעל דבר לעד דעלמא, וע"א נאמן באיסורין אתי' מוספרה לה בנדה או ממעשים בכל יום כדאי' ביבמות דף פ"ח בפוסקים והתם אפי' בע"ד נאמן ואי דסובר דהוי דבר שבערוה או כיון שהוא לפסול מלבוא בקהל לא קם קרוב הא בכה"ג אפי' ע"א כשר אינו נאמן וצ"ע בזה:

יט אמנם הר"ן בקדושין דף ע"ד כתב כדבריו בשינוי טעם וז"ל וכתב רמב"ם ז"ל שאע"פי שהיא נאמנת להכשיר א"נ לפסול ולומר ממזר הוא ומשמע טעמא דלהכשיר היינו טעמא דמיהמנא משום דמדאורייי' נמי כשר דד"ת שתוקי כשר, אבל לפסלו ולהתירו בממזרת לא כדאשכחן בבכור דהימנה רחמנא מדכתיב יכיר, אבל לדידה לא הימנה ואע"ג דחיה נאמנת כדאי' בגמ' שאני התם לפי שהוחזק כאן ממזר דאיירי בארבע נשים שילדו בבית אחת אשת כהן ולוי ונתין וממזר וגילוי מילתא בעלמא הוא דמגלי והיינו דבגמ' לא אמרינן בודקין את אמו אם אמרה לכשר נבעלתי או לפסול נבעלתי אלא אמרינן בלחוד דאי אמרה לכשר נבעלתי מיהמנא עכ"ל הובא דבריו שם בקוצר במשנה למלך הי"א א"כ כתב טעם אחר לחלק בין חיה להאם ונייד מטעמא דהמ"מ וק"ק דהו"ל לומר הטעם דא"א מע"ר דאף דאזיל בשיטת רמב"ם הא לפמ"ש סובר אפי' באיסור דרבנן א"נ להע"ר:

מיהו בלא"ה דברי הר"ן תמוהין דקשה לשיטתו קו' הב"ש בסי' ד' ס"ק ל"ט למה א"נ לפוסלו דהא מדאורייתא בספק קהל יבוא ומה שכתבתי לעיל בפרט הקדום בשם הגאונים דסובר כריטב"א ליתא לשיטתו, דהנה הריטב"א כתב במס' קדושין דף ע"ג וז"ל

אמר רבא ד"ת שתוקי כשר עד ממזר ודאי יבוא הוא דלא יבוא הא ספק ממזר יבוא, ראיתי מקשים דרבא אדרבא בפ' החולץ דף ל"ז ע"א בספק בן ט' לראשון דפליגי אביי ורבא דאביי סבר הלכה כשמואל דאמר הלכה כמתני' דשרי ודאין בספיקן ורבא אמר הלכה כרב דפסיק הלכה כר' אליעזר דאמר ודאי בספיקן אסור ונ"ל דלא קשי' דההיא פלוגתא הוא לאסור שתוקי בממזרת ורבא סבר דאסור דכיון דהוא ספק כישראל חשבינן לי' אבל להתיר שתוקי בישראל סבירא לי' דשרי דכישראל חשבינן לי' דהך רישא דספק ממזר יבוא איתי לי' דרבא, אבל שיבוא ממזר בקהל ספק לית לי' וכישראל גמור עביד לי' לכל מילי ואי הוי קשי' הוי אמינא דהכי רבה גרסינן אלא שאין אנו צריכין לכך יע"ש ומבואר בס' הפלאה בחי' לקדושין דף ע"ד במתני' שבע"כ לא גריס בדברי רבא בדף ע"ג בקהל ודאי הוא דלא יבוא הא בספק קהל יבוא והא דלא רצה לפרש טעמא דר' אליעזר בדף ע"ד דאמר ודאי בספיקן אסור שהוא מדרבנן במו שתוקי בישראל וכמ"ש הר"ן שם וז"ל ר' אליעזר ורבנן בהא פליגו דרבנן סברי כיון דשתוקי ואסופי מדינא שרי ולא עשו אלא משום מעלה כי עביד מעלה בכשרין כלומר למפסלינהו בישראל אבל זה בזה מותרין ר' אליעזר סבר דאפי' בהני עביד מעלה וקיי"ל כוותי' יע"ש, ושפיר י"ל שמן התורה מותר לבוא בקהל בספק ולק"מ קו' הנ"ל היינו משום דסובר ריטב"א שהוא דוחק לומר טעמא דר' אלעזר משום מעלה אף דשתוקי בישראל אסור מדרבנן משום מעלה ביוחסין דוקא גבי מיוחסי' שייך מעלה אבל בפסולים לא שייך לעשות מעלה אע"כ מדאורייתא אסורין וכ"כ בספר שערי המלך בפ"ט מטומאת מת הלכה י"ב וא"כ להר"ן לשיטתו דסובר להדי' דטעמא דר"א הוא משום מעלה וכ"כ לעיל מיני' בדע"ג להדי' וז"ל וממזר בשתוקי נמי מדאורייתא שרי דהא ר' יוסי דקיי"ל כוותי' דריש בגמ' לעיל בקהל ודאי הוא דלא יבוא הא בקהל ספק יבוא ולא מיתסר אלא משום מעלה יע"ש וא"כ לשיטתו קשה קו' הב"ש במ"ט הטעם לרמב"ם דהא אין חילוק בין להכשיר ובין לפסול הולד, ולכאורה אין פותר אותו לישבו ועמ"ש הפ"י בקדושין דע"ד ע"א בפסקא דאבא שאול ודבריו צ"ע:

ודע שהשלטי גבורים בסוף פ"ק דכתובת כתב בשם ריא"ז בס"ק ב' שחולק על רמב"ם וז"ל ואיני רואה שיטת התלמוד כדבריו אלא כשם שהיא נאמנת לומר לכשר נבעלתי ולהחזיקו כשר בודאי כך היא נאמנת לומר לממזר נבעלתי ולהחזיקו ממזר ולהתירו בממזרת הואיל והדבר ידוע שבזנות נתעברה נאמנת לומר שזינתה עם פסולין יע"ש והובא דבריו בקוצר בב"ש סימן ד' ס"ק ל"ט אך שכתב שהמגיד ור"ן ורוב פוסקי' חולקים וסוברים כרמב"ם וכן הש"ע בסימן ד' סעיף כ"ו ובח"מח בס"ק כ"א כתב טעם חדש משום

דאומרת נגד חזקה דאשה מזנית בודקת ומזנית עם כשר ולא עם ממזר, ונשמע דהר"ן והמ"מ לית להו חזקה דבודקת ומזנה לר"ג כמו לר"י וכנ"ל:

פרט ט

יבואר מחלוקת ר' יוחנן ור' אלעזר בכתובות שם אי מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה באיזה סברא נחלקו:

כ גרסינן בכתובת שם אמר ר' יוחנן לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה, לדברי הפוסל בה פוסל בבתה ר' אליעזר אומר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה מ"ט אמר רבה מאי טעמא דר' אלעזר בשלמא איהי אית לה חזקת כשרות בתה לית לה חזקת דכשרות, ועמ"ש לעיל בפרט ו' מ"ש לפרש בכוונת רש"י ולכאורה קשה לר"א דאמר סתם דפוסל בבתה ומשמע אפי' ברוב כשרין ואמאי ניהו דלית לה חזקת עצמית יועיל לה הרובא ואולם ראיתי בש"ות מוהר"ם פאדווי זצ"ל בסימן ל"ג שכתב וז"ל אפשר ששם הרוב הוא לפסול דהא אמר שם ר' יהושע בן לוי לדברי המכשיר מכשיר אפי' ברוב פסולין א"כ מה שאומר שם לדברי המכשיר בה פוסל בבתה נוכל לומר דקאי ארוב פסולין דמכשיר ר"ג יע"ש, ובש"ות נודע ביהודא מהדורא בתרא חלק א"העז סימן ז' שכתב וז"ל ונראה דהא דאמר ר"א המכשיר בה פוסל בבתה לא מיירי ברוב כשרים אלא במחצה ע"מ וא"כ לדידה מהני החזקה ולגבי ולד כיון דליכא רובא כשרים ליכא לא רובא ולא חזקה ולהכי פוסל בבתה יע"ש ויש להביא סיוע לדברי מוהר"ם פאדוי כיון דאי' ביבמות דף מ"ה ע"א דר' יוחנן ור' אלעזר סברי כותי ועבד הבא על בת ישראל הולד ממזר ורובא דעלמא הם נכרים, ולפמ"ש הב"ש בסימן ו' בסופו משמע דר' יוחנן בפ"ק ל"ל חזקה כאן נמצא וכ"ה וכ"כ ר"א במס' כתובת דף ע"ה ע"ב דמשני תברא ולא כתי' רבא משמע קצת דל"ל חזקה זו ולכן בנמצאת מעוברת בעיר שרובא כשרים לא אמרינן כ"נ הזנות וכאן הי' דיש לחוש שנבעלה בשדה שרובא פסולין כמ"ש רש"י שם בד"ה דדברא וגם נגד הולד הוי רוב פסולין, ואף שלגבי דידה מהני הברי נגד רוב פסולין משום שיש לה חזקת היתר כמש"ל בשם ריטב"א ופ"י אבל לגבי הולד ל"מ נגד רוב פסולין כיון דחזקת האם ל"מ לבת, ומשמע דר' יוחנן סובר חזקת האם מהני להבת וכמ"ש תוס' קדושין דס"ו ע"א ד"ה מאי ועיין תוס' כתובת דכ"ו ע"ב ד"ה אנן ופר"ח יו"ד כללי ס"ס כלל א' ונ"בי מהדורא קמא חלק יו"ד סימן ו ועיין במס' כתובת ד"ו ע"א בתירוץ ר' אשי ברש"י ד"ה ר' אשי ובתוס' ד"ה רישא בסופו שכתבו דסובר דל"מ חזקת האשה לגבי אב, משמע קצת דסובר ר' אשי כר' אלעזר ור"ן ורא"ה ורשב"א וש"פ המובא בש"מ שם חולקי' על זה ופי' פירוט

אחר, ועמ"ש בפני יהושע שם בתוס' ליישב קו' זו משום דדוחק לומר דסובר כר"א דהא קיי"ל כאן כר' יוחנן וקיי"ל כר' אשי דבתרא הוא:

כא ודע דבהבנת דברי ר' יוחנן ראיתי מחלוקת בין אבות העולם דבמס' קדושין דס"ו ע"א בהא דאמר אביי בעובדא דינאי המלך שיבוקש הדבר ולא נמצא, היכי דמי אלימא דבי תרי אמרי אשתבאי ובי תרי אמרי לא אשתבאי מאי חזית דסמכ' אהני סמוך אהני כתב רש"י ד"ה סמוך וז"ל סמוך אהני דאמרי אשתבאי והיאך קאמר ולא מצאו ואי אמרת אוקי תרי לבהדי תרי ואוקי איתתא אחזקה ה"מ אי היא קמן והיתה באה לב"ד להתירה, אבל בנה זה הנידון אין לו חזקה דכשרות שהרי מעידים על תחילת לידתו בפסול יע"ש ותוס' בד"ה מאי, הקשו ע"ז דמ"מ תיהני לי' חזקה דאימי' שהי' בחזקת כשרות דהא דאמרינן בפ"ק דכתובת די"ג לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ודחו מכח זה פירש"י והמעיין ברש"י יראה מבואר כוונתו לחלק דהיכי שהאם לפנינו ובאנו לדון ולפסוק על האם מהני חזקת האם לבת ושאני התם בעובדא דינאי המלך שלא באנו לדון על האם מה היא שכבר מתה ואיננה בעולם ולא באנו לדון רק על הבן ל"מ חזקת האם, ותוס' סוברים גם בכה"ג מהני חזקת האם לבת אף שאין אנו דנין על האם וכ"כ להדי' בחי' פני יהושע במס' כתובת דע"ו ע"א בתוס' ד"ה רישא, ואולם צריך ביאור כוונת רש"י מ"ש אם באנו לדון גם על האם או לא ולכאורה אפשר לומר הטעם דלא עבדינן תרתי דסתרי בהוראה אחת וכיון שאנו דנין על האם ועל הולד אם כשרים לכהונה ואתה אומר שהאם כשירה לכהונה משום חזקת כשרות שלה אנו אומרים שנבעלה לכשר ממילא גם הבת כשירה, ועיין במס' טהרות פרק ה' מ"א ובכתובת דכ"ז ע"א כיו"ב בשני שבילין א' טמא ואחד טהור והלך באחד מהן ועשה טהרות ובא חבירו והלך בשני ועשה טהרות ר' יהודא אומר אם נשאלו זה בפני עצמו וזה בפ"ע טהורות שניהם כאחת טמאות ר' יוסי אומד בין כך ובין כך טמאין ואמר ר' יוחנן בבת אחת ד"ה טמאין בזה אחר זה ד"ה טהורין לא נחלקו אלא בבא לשאול עליו ועל חבירו מר מדמי לבת אחת ומר מדמי לזה אחר זה, פירש"י דהיאך נימא להם טהורים אתם כיון דחד מנייהו ודאי בטמא אזיל יע"ש וקיי"ל כר' יוסי כמ"ש רש"י שם ד"ה רבא וברמב"ם בפי"א מהלכות אבות הטומאת ה"ב דאפי' בא לשאול עליו ועל חבירו טמאין שא"א להורות בהוראה אחת תרתי דסתרי, וי"ל ה"ה כשבאה האם לשאול עליה ועל העובר הוי כבת אחת ואפ"ל לומר לפמ"ש תוס' שם ד"ה בבא לשאול דאפי' ר' יהודא מודה שם כיון שידוע לכל שהרבה כהנות הי' שם הוי כאילו בא לשאול על כולם בבת אחת ה"נ כיון שידוע לנו שהיא מעוברת הוי כבאו בבת אחת וכן אי' בכמה דוכתי דאין לעשות במילתא דתמי' בעיני העולם עיין כיו"ב במס' גיטין

דף י"ח ע"א יאמרו שתי נשים בחצר אחת זו אסורה וזו מותרת ופירש"י שיהי' מילתא דתמי' אצל העולם וע"ע במס' עירובין דף ע"ז ע"א הכי השתא התם ספק יממא וספק לילה לא מנכרי מילתא אבל הכא אי דלגבי דהאי בית לגבי דהאי בית אי לגבי דהאי בית שער לגבי דהאי נמי בית שער ופירש"י בספק יממא לא מינכרא מילתא ולא הוי מילי דרבנן כי חוכא וטלולא אבל גבי בתים הא קיימו קמן ואי משווינן הכא הכי והכא הכי הוי מילי דרבנן כי חוכא וטלולא ולא ניתן פה לצדוקים לרדות עכ"ל, וע"ע כיו"ב בספר משנה למלך בפרק ב' מהלכות חמץ ומצה הלכה י"א בביאור דברי הש"ס בכתובת דף כ"ו ע"א ועיין כיו"ב בהגהות מרדכי השניות במס' ב"מ בפרק א' בהא דסוברים חכמים במס' שבועות דף מ"ה ע"א בחנוני ע"פ דשניהם נשבעין ונוטלין מבעל הבית כתב וז"ל ותמי' אני הואיל ואיכא ודאי שבועת שוא היאך משבעינן לי' ובפ"ק דפסחים גבי שני שבילין בבת אחת ד"ה טמאין אלמא אע"ג דחד מנייהו ודאי טהור הואיל ובאין לשאול בבת אחת מטמאין תרווייהו אע"ג דלכל אחד יש חזקת טהרה ה"נ הואיל בודאי חד נשבע לשקר הי' לנו לפסול שניהם ואין לחלק שאני דהכא שכל אחד אומר ברי לי התם נמי איכא חזקת טהרה וטמאים ונראה בעיני דהכא נמי אין להשביע שניהם בבת אחת כי אם בזה אחר זה כמו התם בשני שבילין בזה אחר זה טהורים ובן ננס סובר דהתם טהורים דאוקי כל חד אחזקתי' אבל בשבועה משום חילול השם א"נ אפי' בזא"ז מדרבנן וגובין בלא שבועה הואיל ומדאורייתא יכולין לישבע עכ"ל, ועיין בש"ע חושן משפט סימן צ"א שהובא דעתו להלכה שם בס"א בהגהות רמ"א ובאמת אכתי קשה להבין הטעם, מה בכך דנשבעין זא"ז מ"מ הואיל בבת אחת באו לב"ד ובהוראה אחת דנין הב"ד ששניהם נשבעין א"כ הוי מילתא דתמי' אצל העולם כמו התם בשני שבילין דעיקר הטעם הואיל בהוראה אחת ועיין בסמ"ע שם ס"ק ו' וש"ך סק"ט ואפשר לומר דעל הפסק לא הוי כחוכא וכתמי' אצל העולם דיאמרו שב"ד מאיימין עליהם כדי שיפרשו ע"י שבועה דמאן דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא ועיקר החשש הוא שיהי' כתמי' וכחוכא כשנשבעין בבת אחת לכן נשבעין זא"ז ועוד י"ל כיון דמן התורה אפי' בבת אחת טהורין כמ"ש תוס' במס' פסחים ד"י ע"א א"כ מדאורייתא עבדינן תרתי דסתרי ולא איכפת לן אי מחזי כמילתא דתמי' אצל העולם רק חכמים חשו לזילותא והחמירו מדרבנן, אבל לא רצו להקל במקום הפקעת ממון דאיכא חשש איסור גזל ועדיין צ"ע בזה ועמ"ש הפרי חדש בכללי ס"ס כלל א' ובס"ק ג' כתב שם במידי דרבנן דקיי"ל ספיקא דרבנן לקולא אף דאיכא תרתי דסתרן לתרי גברי שפיר דמי וה"מ היכי דלא מוכחא מילתא כגון ספק יממא ספק לילה אבל במידי דאיתא קמן מיחזי מילי דרבנן כי חוכא וטלולא ולא שרינן

יע"ש, מיהו אכתי קשה כיון דמוכח דמן התורה עבדינן אפי' תרתי דסתרי כמ"ש תוס' בפסחים כנ"ל רק חכמים החמירו ואמאי ניקיל כאן לר' יוחנן להכשיר הבת כיון שדנין גם על האם כיון דלשיטת רש"י מצד הדין סובר ר' יוחנן דלא מהני חזקת האם לבת ואם אין אנו דנין על האם רק על הבת הי' אסורה לכהונה רק מחמת שאנו דנין גם על האם הוי כמילתא דתמי' הא מן התורה אף דהוא תרתי דסתרי עבדינן היכי שיש חזקה עבדינן האי כדיני' והאי כדיני' לאם שיש לה חזקות כשרות עומדת בכשרותה ולהבת שאין לה חזקת כשרות לא מכשירינן להנשא לכהונה ואמאי הקילו חכמים כאן נגד ד"ת וע"ז לא מצינו דמיון מסוגי' הנ"ל ותו בהאי כללא יש לעיין דבכמה דוכתי עבדינן תרתי דסתרי, ועיין במס' יבמות דקי"ז ע"א דוק שם ותשכח וע"ע בתוס' שם דקי"ח ע"א ד"ה בת, ובש"ות תרומת הדשן בפסקיו סימן רכ"א, ועיין במשנה למלך בפי"ט מאבות הטומאת ה"ב וצ"ע:

כב ולענ"ד נראה ליישב קו' תוס' במס' קדושין שם בשיטת רש"י ויהי' מיושב כמי קו' תוס' בד"ה השבתנו על ר"ג אמאי מכשיר אפי' ברוב פסולין הא דמי לשבוי' דהנה בלא"ה יש להבין במה נחלקו ר' יוחנן ור"ל, ועוד קצת קשה אמאי אי' בדף י"ד ע"א הלכך לר"ג אלים לי' ברי ול"ק חזקה ונקדים מתחילה לפרש לשון ירושלמי בהלכה ה' וז"ל מאי כדון משום עדות שהאשה כשירה לה, הוון בעי מימר מה פליגין ר' יהושע ואילין רבנן במקום שרוב פסולין אבל במקום שרוב כשרים אף ר' יהושע מודה אתא ר' יעקב בר אחא בשם ר' יוחנן ור' אילא בשם ר' אלעזר אפי' במקום שרוב כשרים הוא המחלוקת סבר ר' יהושע הזנות רצה אחר הפסולין, אמר ר' זעירא מתניתא אמרה אפי' כשרין מזנין דתני אפי' חסיד שבחסידים אין ממנין אותו אפטרופס על עריות, עכ"ל ופי' בס' קרבן העדה וז"ל מאי כדין מ"ט דר"ג ור"א שהיא נאמנת, משום עדות שהאשה כשירה לה דעל היוחסין אף הנשים נאמנות הלכך אף היא עצמה נאמנת הוי כעין מימר סברוהו לומר מה פליגין כי פליגי ר"ג ור"י במקום שרוב פסולין וקסברי ר"ג ור"א העמד אשה על חזקתה ור"י סובר כיון דאיכא רובא נגד חזקה א"נ, אפי' במקום שרוב כשרים נמי פליגי דקסבר ר' יהושע הפסולים רצים אחר הזנות מתניתא ברייתא פליג על ר"י ואומרת דבזנות תלינן בכשרים כמו בפסולים עכ"ל, ועיין בביאורו בד"ה מתניתא ומשמעות לשון ירושלמי משמע לכאורה דר' יוחנן סובר דר' יהושע סובר כן דזנות רצה אחר הפסולין ולא ר"ג והפני יהושע כתב שזהו דוחק דיחלקו בסברת הפוכות לר"ג בודקת ומזנה עם הכשרים ולר"י להיפך, ונראה לומר אליבא דר' יוחנן גם ר"ג מודה בזה דיש לומר דזינתה עם פסולין ומ"מ נאמנת, והטעם הוא רק מטעם עדות כמו שמורה לשון ברייתא זו עדות

שהאשה כשירה לה כי עד אחד נאמן באיסורין ואפי' בעל דבר ונוגע כמ"ש בפ"י, ומה דאינה נאמנת בשבוי' כיון שאומרת נגד רוב דרוב נכרים פרוצים בעריות דאפי' עד כשר אינו נאמן נגד רוב כשיטת פוסקים ביו"ד סי' קכ"ז (ומ"ש פ"י בקדושין דמ"ג דבריו סותרים למ"ש בחידושיו לכתובת דכ"ג ע"ב ובק"א סימן פ"ב כמ"ש בכלל ע"א), משא"כ הכא סובר ר"ג אף ברוב פסולין כיון שאיכא ספק אם אזלה לגבי' הבועל והוי קבוע וכמ"ש ב"ש בסימן ד' ס"ק ל"ט בשיטת המ"מ ור"ן, כמו כן יש לומר בשיטת רש"י א"כ איכא ספק אם איכא רוב המתנגד לדבריה נאמנת ע"ז האשה מתורת עדות דאזלה לגבי דבועל והוי קבוע וכמע"מ ואף דהוי איקבע איסורא ג"כ נאמן עד אחד כמ"ש רש"י במס' גיטין ויבמות דפ"ח ע"א ובנמוקי יוסף ביו"ד סי' קכ"ז סעיף ג' בב"ח נאמן ע"א לברר ה"ה נאמנת דהוי איקבע איסורא מחצה כשרים ומחצה פסולין נאמנת לברר למי נבעלה ואף אי אמרה שהלך הבועל לגבה מ"מ נאמנת במגו בעיקר הרוב כמש"ל בכמה דוכתי אבל יש לומר דמודה ר"ג דליכא חזקה חזקת כשרות, דאיתרע חזקתה כיון שנעשה מעשה שראוי להסתפק דהא בודאי זינתה והזנות רצה אחר הפסולין אז איתרע חזקתה חזקת כשרות, דנגד חזקת כשרות שלה שראוי לומר שזינתה עם הכשרים איכא חזקה המתנגד דזנות רצה אחר הפסולין, רק כיון שהוא ספק השקול דבין ברוב כשרים ובין ברוב פסולין כיון שיש לנו ספק מי אזל למי הוי ספק רוב בכה"ג נאמן עד אחד ולכן הירושלמי שרצה לומר אח"כ האי חזקה שזנות רצה אחר הפסולין קאמר מעיקרא הטעם משום עדות שהאשה כשירה לה ר"ל שדייק מלשון הברייתא דא"י זו עדות שהאשה כשירה לה משמע שהוא רק מטעם עדות, אמנם דבר זה אם ע"א נאמן בדבר שבערוה בספק השקול כמו באיסורין שנאמן ע"א בספק השקול, בראתי בכללי ע"א שהוא מחלוקת קמאי זלה"ה דעת הרבה פוסקים כמו בממון אין ע"א קם להוציא ממון אפי' בדבר שאין שניהם מוחזקים כגון שהחפץ שדנין עליו מונח ברשות הרבים ה"ה בדבר שבערוה ודעת כמה פוסקים שנאמן בספק השקול, וכי היכי דלא תיקשי הא ילפינן בג"ש דדבר דבר מממון שבעינן שני עדים ואין גז"ש למחצה בעכצ"ל לשיטתם גם בממון קם עד אחד בכה"ג וכמו דמשמע להדיא בר"ן במס' חולין] בפ' ג"ה דף צ"ז ע"א ד"ה אמר רבא וז"ל וה"ה דבמציאה נמי נאמן אדם לומר אלו כליו של פלוני דכיון דלית לי' הנאה מיני' לא חיישינן דמשקר עכ"ל ובע"כ הטעם משום שאינו אומר נגד חזקת ממון דהמוציא מציאה אינו מוחזק וא"כ הכא כיון שאנו דנין על האשה והולד אם כשירה לכהונה הוי דבר שבערוה, כדמוכח להמעיין במס' קדושין דס"ו ע"א ובתוס' רי"ד שם אזי לפוסקים דבדבר שבערוה לא קם ע"א בספק השקול בע"כ נאמנות האשה אינו מטעם עדות לבד

כי אם מטעם צירוף החזקה חזקת כשרות ובע"כ סובר ר"ג דלא בר' יהושע ואין הזנות רצה אחר פסולין והספק הוא ספק השקול ומהני חזקה בצירוף ברי אבל אי נימא דע"א נאמן בספק השקול שפיר י"ל דר"ג מודה בזה לר' יהושע דזנות רצה אחר הפסולין ולית לה חזקה כי נגד חזקת כשרות איכא חזקה שפסולה לכהונה רק מטעם נאמנות ע"א בספק השקול בדבר שבערוה נאמנת כמו שע"א נאמן באיסורין ולפ"ז י"ל דבזה נחלקו ר' יוחנן ור"א ואומר דגם ר' יוחנן סבר דחזקת כשרות דאם לא מהני לבת כמש"ל בפרט ו' הטעם רק דסובר דטעמי' דר"ג דנאמנת מטעם עד אחד באיסורין ואפי' בדבר שבערוה לכן מהני להכשיר הבת מצד העדאת עד אחד אף שבת אין כמו כל עד דנאמן באיסורין שנאמן אף שבעל דבר מסופק, אבל ר' אלעזר י"ל דסובר בדבר שבערוה לא קם ע"א אפי' בספק השקול, ובע"כ הא דמכשיר ר"ג הוא בצירוף החזקה וחולק על ר' יהושע דסובר הזנות רצה אחר הפסולין לכן ל"מ חזקת האם לבת, וא"כ לק"מ קושי' תוס' בקדושין דס"ו דלפמ"ש גם לר' יוחנן ל"מ חזקת האם לבת וא"ש, ואולם מלשון ירושלמי נראה דר' יעקב בר אחא בשם ר' יוחנן ור' אילא בשם ר' אלעזר סוברים דבר אחד, ולפמ"ש בע"כ הם חלוקים בטעמים ותו להמעיין ברש"י דף י"ד ע"ב ד"ה אפי' שכתב וז"ל אפי' ברוב פסולין במי מכשיר דאית לי' העמד אשה על חזקתה יע"ש מוכח דגם לר' יוחנן הטעם משום חזקה דדוחק לומר דרש"י כתב רק לר' אלעזר דהא קיי"ל כר' יוחנן, מ"מ הדברים מצד עצמן נכונים ויש לומר כן לולי דברי הראשונים זלה"ה, שוב ראיתי בחי' פני יהושע בכתובת דכ"ו ע"ב בתוס' ד"ה אנן שכתב בכוונת רש"י לאו משום דחזקת האם לחוד מהני לבת אלא דטענת ברי של האם מהני לבתה דע"א נאמן באיסורין אפי' קרוב יע"ש ותמהני שלא נחית לזה שהוא מחלוקת הפוסקים בדבר שבערוה מיהו בלא"ה לק"מ קו' תוס' שם בקדושין על רש"י בפשיטות די"ל רש"י סבר טעמא דר"י משום חזקה בודקת ומזנה מיקל ר"ג והוא חזקה המכרעת שכן הוא כמש"ל בפרט ג' ובפרט ו' לכן מהני גם לבת ור' אלעזר בע"כ סבר בכוונת ר"ג דל"ל חזקה זו כמש"ש ול"ד לחזקת כשרות שאינה חזקה המכרעת שכן הוא רק מחמת ספק אין מוציאין מחזקתו בדבר שהוחזק בה כמש"ש באריכות לכן ל"מ לבת וכ"כ בינאי ל"מ חזקת האם לבן, ודוק אך כפי הנראה לית לי' לרש"י חזקה דבודקת ומזנה ועדין צ"ע:

כג עוד לפי דברינו הנ"ל אין אנו אחראין לדברי מוהר"ם פאדווי הנ"ל שר"א מיירי ברוב פסולין דלכאורה הוא דוחק כיון דסתמא קאמר רק די"ל דמיירי אפי' ברוב כשרים מ"מ פוסל בבתה והטעם כיון דלולי דבריה איכא ספק אם הלך הבועל אצלה או להיפך והוי ספק ברוב דלמא ליכא רוב ולגבי עצמה נאמנת בצירוף חזקה, משא"כ לגבי בת דל"מ

חזקת כשרות דידה לבת ועדותה לבד לא מהני כנ"ל, וא"ל לפמ"ש לעיל בפרט ד' בשם ריטב"א קדושין דע"ג דהיכי דרוב כשרים הוי ס"ס להקל חדא דלמא פריש מרובא ואת"ל דהלכה היא לגבי' דבועל דלמא נבעלה לכשרים, וא"כ כיון דס"ס מהני מטעם רוב, אכתי איכא רוב כשרים אף בספק אי הלך הבועל לגבה דז"א דהתם קאי לרבא דסובר נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר בקהל ישראל לא הוי ס"ס משם אחד ד"מ אחד מתיר יותר מחבירו כמ"ש שם אבל לר' אלעזר לשיטתו דסובר במס' יבמות דמה דהולד ממזר, בע"כ א"א להסתפק כי אם שנבעלה לישראל כשר והוי משם אחד דבע"כ סובר ר' אלעזר לשיטתו בדף ט' ע"א דלא אמרינן כמ"ש שם בכתובת ד"ה ואבע"א, מיהו לפמ"ש תוס' ביבמות דט"ז ע"ב בד"ה קסבר לתי' בתרא דאפי' למ"ד דכותי הבא על בת ישראל הוי הולד ממזר הוא רק מדרבנן מוכרח לומר כמ"ש מוהר"ם פאדווי שמיירי ר"א ברוב פסולין דברוב כשרים הוי ס"ס להכשיר וספק אחד מתיר יותר מחבירו הספק הראשון דלמא הלכה לגבי' דבועל ונבעלה לפסולים היינו לכותי שהולד ממזר מדרבנן ולא ממזר דאורייתא, וספק ב' הוא דלמא אינו ממזר אפי' מדרבנן דלמא כבעלה לישראל כשר והיינו שפריש מרוב ישראלים הכשרים והספק ב' הוא ספיקא דרבנן ולקולא, אך תוס' כתבו שם דתי' ראשון הוא עיקר דהוי ממזר דאורייתא וא"כ שפיר י"ל כדברינו הנ"ל:

פרט י

יבואר מה דקשה לשיטת רמב"ם בסוגי' הלז על טעמא דר"ג דסובר דנאמנת:

כד קשה לי לשיטת רמב"ם שכתב בפרק י"ג מהלכות גירושין הלכה ב' וז"ל וכן אם הי' מלחמה בעולם ובאה ואמרה מת בעלי במלחמה אינה נאמנת ואע"פי שהיה שלום בינו לבינה שמא תסמוך דעתה על דברים שרובם למיתה ותאמר מת כגון שנהרגו הראשונים והאחרונים שהי' בעלה באמצע ושהרי היא אומרת מאחר שנהרגו אלו ואלו נהרג הוא בכללן לפיכך אינה נאמנת ואפילו אמרה שמת במלחמה וקברתיו יע"ש, ועיין במס' יבמות דף קי"ד ע"ב, ומבואר שם בה"המ דרשב"א חולק על זה דהיכי שאמרה קברתיו נאמנת דלעולם לא חיישינן דמשקרת אלא דאמרה בדדמי, ועיין בכ"מ שכתב תשובה ארוכה, ומבואר בב"ש סימן י"ז סע"ק קמ"ו ב' טעמים חדא אע"ג בקברתיו לא שייך בדדמי מ"מ חיישינן דמשקרא דאין דרך להמתין במלחמה ולקבור אותו מש"ה חיישינן טפי דמשקרת:

טעם ב' מחמת שנתחזק בלבה שמא משקרת ואומרת קברתיו כדי שיאמנו דבריה, כמ"ש בכ"מ שם בשם רא"ם, עש"ה והמעיין בלשון רמב"ם שכתב שמא תסמוך דעתה על דברים שרובים למיתה משמע להדי' דבספק השקול לא הי' אומרת כן להפקיע מאיסור דיש

לה חזקת כשרות או שהיתה יראה לשקר, רק מחמת שרובים למיתה סומכת על רוב, ובעכצ"ל כוונתו אף דבאמת לא נחשב האי רובא על פי דין תורה דאל"כ בלאו דלדיבורה תהי' מותרת מטעם רוב רק כיון שלפי דמיונה חושבת שהיא מותרת ע"פי רוב אומרת בדדמי וסומכת על רוב וא"כ קשה אמאי נאמנת לר"ג ברוב כשרים אצלה לפמ"ש הב"ש בסימן ד' סע"ק ל"ט בשיטת רמב"ם מיירי שאין אנו יודעין לולי דיבורה מי הלך למי נימא אולי אומרת בדדמי שלא הי' מדייקת רק כיון שבאמת מצד סברא אפי' קבוע הוי רוב, רק קבוע הוא חידוש שחידשה תורה שיהי' הדין כמע"מ אולי סומכת א"ע על רוב כשרים ובאמת אינה רוב כי אולי אזלה לגבי דבועל והוי קבוע וכמע"מ וכמו התם אף שעל פי דין תורה ל"מ האי רובא מ"מ כיון שלפי דמיונה איכא רוב סומכת על הרוב ואטו כולהו נשי דינא גמירי שידעו דין קבוע דהוי כמע"מ וכדאי' כיו"ב במס' קדושין דף י"ג ע"א ובהר"אש שם דע"ג ע"א סימן ז' ועיין בחידושי פני יהושע במס' קדושין דע"ג ע"ב ד"ה ת"ר שצידד לומר דהא דאין עד אחד נאמן בממון ובדבר שבערוה לאו משום דמשקר אלא משום דלא דייק כל כך ואמר בדדמי יע"ש ואף שאין דבר לתלות הדמיון מכ"ש הכא שיש לתלות הדמיון שסמכה על רוב כשרים, וכיון דמוכח שם בכתובת בדף י"ד ע"א דעיקר טעמא דר"ג משום ברי דחזקה לבד ל"מ אפי' ברוב כשרים כמ"ש רמב"ן בספר מלחמות שם בהרבה ראיות וכן מוכח להמעיין ברמב"ם והא ברי שלה אינו ודאי די"ל שאמרה בדדמי, מיהו היכי שהיא אומרת שהלך הבועל אצלה ופריש מרוב כשרים א"ש דבכה"ג נאמנת אפי' לרמב"ם דלא הי' משקרת דהא על זה לא שייך בדדמי, לא מבעי' לטעם ראשון הנ"ל בב"ש רק אפילו לטעם ב' דשאני התם מחמת שנתאמת בלבה שמת רצונה לאמת דבריה שקברה, משא"כ הכא לענין מאי משקרת ואמרה שהלך הבועל אצלה בע"כ שידעת הדין דקבוע הוי כמע"מ או ששמעה מיודעים ובודאי לא הי' עוברת על איסור כיון שכבר ידעה הדין תורה, ול"ד להתם די"ל מחמת שראתה בעינה שמת שרובים למיתה חושבת שבודאי מת ומותרת ע"פי הדין רק לאמת דבריה ביותר אמרה קברתיו, אבל קשה הא באמת מבואר בש"ס לר"ג נאמנת בכל גווני ברוב כשרים אף כשאומרת שהיא הלכה לבועל והא בכה"ג יש לחוש אולי אומרת בדדמי שסומכת על רוב שאינה יודעת הדין דקבוע דהוי כמע"מ דלאו כל נשי דיני גמירי ובאמת איכא קבוע וכיון דליכא טעמא דברי היאך מתירין אותה מכח חזקה לבד דהא לר"ג עיקר הטעם דאלים לה ברי וכמ"ש בפרט הקודם שהוא מטעם העדאת ע"א ואין להאמינה במגו דהוי אומרת שהלך הבועל אצלה שהי' נאמנת דהא קיי"ל דלא אמרינן מגו בדדמי כמ"ש תוס' ביבמות דקי"ד ע"ב ובשבועת דמ"ה ע"ב ותו לפי דמיונה שלא ידעה הדין חושבת שגם

בכה"ג איכא רוב ומ"ש תוס' אשה מזנית בודקת ומזנית חדא דהרבה פוסקים חולקי' ולית להו טעם זה כמש"ל והאי דינא דאשה שאמרה מת בעלי במלחמה א"נ שאמרה בדדמי סוברים כ"ע ותו הא י"ל כיון שרוב כשרים אצלה גם בשעת זנות לא הי' בודקת וסמכה שמן הרוב הוא ולכאורה עלה בדעתי לומר לפי מה דמשמע להדי' בתוס' יבמות דף ס"ח ע"א ד"ה רישא הא דבעינן לר"ג ברי ברוב כשרים הוא רק מדרבנן משום מעלה ביוחסין ומן התורה בלא"ה כשרה כיון דיש לה חזקת כשרות ואפי' היכי דהוא ספק מי הלך למי והוי ספק רוב כשרים מ"מ מהני חזקה מן התורה וכיון דעכשיו אומרת ברי אף שיש להסתפק דלמא אמרה בדדמי נאמנת ומותרת לכהן דהוי רק כספיקא דרבנן דמן התורה בלא"ה מותרת, אבל ז"א חדא דתוס' אזלו לשיטתייהו דכפי הנראה מדבריהם בכתובת דכ"ג ע"א ד"ה תרווייהו אפי' היכי דאיתרע החזקה שנעשה מעשה מראוי להסתפק הוי חזקה מן התורה לכן אף דבנ"ד דאיתרע חזקתה דהא זינתה ויש לנו ספק אם נבעלה לכשר או לפסול הוי חזקה, אבל כפי מ"ש לעיל בפרט ז' דנראה דרמב"ם סובר שמן התורה לא הוי חזקה בכה"ג נראה היכי דלא טענה ברי והוא ספק שקול אסורה מדאורייתא ועמ"ש בפרט ט' ותו לפמ"ש הר"אש ביבמות דקט"ו איכא חזקה דאמרה בדדמי, מיהו לזה אפ"ל שאני התם כיון שראתה בעינה שרובים למיתה אומרת בודאי בדדמי והכא איכא רק חשש מיהו באמת בלא"ה לא הוי בכה"ג ס"דר דדמי לסברת או"ה המובא בפוסקים ביו"ד סי' ק"י דהיכי דאסרו חכמים מחמת חשש איסור דאורייתא שיש בנופו ספיקא לחומרא ולכאורה יש לומר לפמ"ש הרמב"ן במס' יבמות בס' המלחמות דלכן בב' עדים ל"ח דאמרו בדדמי כיון דנאמנים מדאורייתא לא דייקינן בפר סהדותי' ומבואר בתשובת הב"ח ובתשובת נ"בי דחשש בדדמי הוא רק מדרבנן ולא חשו רק באשת המת ובעד אחד שהעידו שמת הבעל דנאמנות שלהם הוא רק מדרבנן אתו דרבנן ומפקעי דרבנן אבל בב' עדים דנאמנות מן התורה לא חיישינן לחשש דרבנן, א"ש לפמ"ש לעיל בפרט ט' די"ל היכי דלא אתחזק איסורא דע"א או בע"ד באמנים בדבר שבערוה מן התורה ול"ח דאמרה בדדמי, מיהו אכתי קשה לפמ"ש בחי' לא"העז סימן י"ז רי"ל דוקא התם חשש בדדמי הוא מדרבנן לפמ"ש רמב"ם שמא תסמוך דעתה על דברים שרובים למיתה דאף אי אומרת בדדמי מ"מ מן התורה רובא וחזקה רובא עדיף אפי' מחזקת א"א לדעת נ"בי שהבאתי בפרט א' עדיף משני חזקות חזקת א"א וח"ח רק חכמים החמירו לחוש ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כעין דעת ר"ת במס' בכורת ד"כ ע"ב ובדבר שבערוה י"ל כ"ע מודו לר"ת לכן הוי החשש בדדמי מדרבנן משא"כ הכא אי תסמוך על רוב כשרין וכיון דבאמת ע"פי דין תורה הוי קבוע ולא הוי רוב מן התורה

ממילא החשש בדדמי הוא מן התורה והדק"ל, ונראה להוכיח מכאן שיטת הש"ך בח"מ סי' ס"ז סע"ק נ"ו דלאו בכל מקום אמרינן האי כללא דלאו כ"ע דיני גמירי כי אמרינן מגות אפי' בדברים שצריך לימוד ועיון יע"ש ועמ"ש בפרט ד' ויש להאריך בדרך פלפול ואין כאן מקומו:

פרט יא

יבואר לר"ג דקיי"ל כוותי' דנאמנת לומר לכשר נבעלתי אי בעינן דוקא שתפרוט שם האיש או אפי' אמרה סתם לכשר נבעלתי נאמנת:

כה יש לחקור, בהא דאי' בכתובת די"ג ע"א במתני' שאמרה איש פלוני וכהן הוא הוא דוקא שפרטה שם האיש בכה"ג סובר ר"ג דנאמנת או דהוא לאו דוקא, וראיתי ברמב"ם בפט"ו מא"ב הלכה י"א שהשמיט לשון זה וז"ל פנויה שנתעברה בזנות אמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה אם אמרה בן כשר הוא ולישראל נבעלתי ה"ז נאמנת והבן כשר ואע"פי שרוב העיר שזינתה בה פסולין יע"ש וכ"כ בפרק י"ח מא"ב הי"ג וז"ל פנוי' שראוה שנבעלה לאחד והלך לו, ואמרו לה מי הוא זה שבא עלייך ואמרה אדם כשר ה"ז נאמנת ולא עוד אלא אפילו ראוה מעוברת ואמרי לה ממי נתעברת ואמרה מאדם כשר ה"ז נאמנת ותהי' מותרת לכהן עכ"ל וכ"כ הטור וז"ל פנוי' שראוה שנבעלה והלך הבועל או אם באה לפנינו מעוברת ואומרת שלכשר נבעלה נאמנת והיא ובתה כשרה לכהונה עכ"ל וכ"כ בש"ע סי' ו' סעיף י"ז, וא"כ סוברים אף שלא פרטה שם האיש, ג"כ נאמנת ובע"כ לשון המתני' בזה לאו דוקא או דקמ"ל רבותא אליבא דר' יהושע אף בכה"ג א"נ כי בלא"ה בעכצ"ל דלאו דוקא נקיט התנא שכהן הוא כמ"ש ברש"י די"ב ע"ב ד"ה וכהן הוא כלומר מיוחס הוא, אמנם ראיתי בש"ות ריב"ש סימן רל"א שהרגיש בזה וכתב וז"ל והאי דנקיט איש פ' וכהן אורחא דמילתא נקיט שדרך האשה לידע למי נבעלה וכשבאתה להכשיר את עצמה אומרת לפלוני לכשר נבעלתי ולא לומר לכשר נבעלתי ואינה יודעת מי הוא, ועוד דאשמעינן רבותא דאפי' אומרת איש פלוני אינה נאמנת לר' יהושע, ועוד הי' אפשר לומר דלר"ג אינה נאמנת אם לא באומרת איש פלוני ואע"פי שאומרת לכשר נבעלתי דאפשר שהיא סבורה שהוא כשר ואינו, דמאין היא יודעת בכשרות האנשים ונשים לאו דינא גמירי, אבל במיחדת לאיש פלוני ואנחנו ידענו בכשרות האיש ההוא אז נאמנת להחזיקה בכשרותה ומאי דאי' בפ' עשרה יוחסין מאי בדוקי אלימא שבודקין את אמו ואי אמרה לכשר נבעלתי נאמנת כמאן כר"ג ה"ה (צ"ל היינו דוקא) שאמרה איש פלוני וידוע לנו שהוא כשר אלא שאין צריך לדחוק בזה עכ"ל ועיין בסימן מ"א הובא דבריו ג"כ בס' שיטה מקובצת בקוצר, ואפשר לומר טעם אחר

לפמ"ש תוס' בד"ה השבתנו דטעמא דר"ג משום דאשה מזנה ובודקת ומזנה, כשאומרת לכשר נבעלתי ואינה יודעת למי איכא ריעותא שמוכח שלא בדקהו כיון שאינה יודעת למי נבעלה י"ל שלא בדקה ג"כ אם הוא כשר, אך מפוסקים הנ"ל מבואר להדי' אפי' אומרת סתם לכשר נבעלתי נאמנת כי סברא זו לא מוכרח כל כך כמבואר להמעיין, וריב"ש ג"כ כתב רק בלשון ספק, ולכן לא נזכר תי' הלז באחרונים זלה"ה, וק"ק בהא דאי' בקדושין דע"ד ע"א אבא שאול הי' קורא לשתוקי בדוקי ומקשה הש"ס מאי בדוקי אלימא שבודקין את אמו ואומרת לכשר נבעלתי נאמנת תנינא חדא זימנא הי' מעוברת כו' דלמא ממתני' סד"א דוקא כשפרטה שם האיש קמ"ל א"ש סתם בדוקי כל שבודקת ואומרת לכשר נבעלתי נאמנת ויש לדחות:

כו ולולי דבריהם זלה"ה יש ליישב בדרך פלפול קו' הריב"ש הנ"ל על לשון מתני' דהנה אי במס' קדושין דע"ו ע"א הנושא אשה כהנת צריך לבדוק אחריה כו' ואמר ר' יהודא אמר רב זו דברי ר' מאיר אבל חכמים אומרים כל המשפחות בחזקת כשרות עומדות ומבואר בטור א"העז סימן ב' מחלוקת הפוסקים דעת רפ"י ורמ"ה הא דאמרינן דכל המשפחות בחזקת כשרות הן עומדות היינו מאן דאית לי' חזקת כשרות אין צריך לבדוק אחריו אבל מאן דלית לי' חזקת כשרות כגון שאין משפחתו ידועה צריך ראי' ליוחסין ואין עד אחד נאמן, אע"פי דלא הוזהרו כשרות מלינשא לפסולים ה"מ פסולי כהונה אבל פסולי קהל אם בא לישא ישראלית לא שבקינן עד דמייתי ראי' שמא עבד הוא, ומבואר בב"ש שם סע"ק ג' דה"ה שמא ממזר הוא וכ"כ ה"המ בפרק כ' מא"ב ה"ה כתי' ראשון, ועיין במס' כתובת דף כ"ד ע"א ד"ה אבל וברש"י בדכ"ה ע"ב ד"ה להשיאו ואולם הטור שם כתב דלישנא דכל המשפחות בחזקת כשרות אין משמע כדבריו דאיירי במאן דאית לי' חזקה וכן דעת הרבה פוסקים שאפי' מי שאין משפחתו ידועה לנו לא חיישינן שמא ממזר או עבד הוא, וכתב הב"ש בסימן ג' סע"ק ז' בשיטת רמ"ה כשאין משפחתו ידועה לנו כשבא לישא אשה ישראלית דחיישינן שמא ממזר הוא כיון שאין לו חזקת כשרות אמאי סובר שאין עד אחד נאמן להעיד עליו שהוא כשר אע"ג דקיי"ל כל דבר שאינו בחזקת כשרות ולא בחזקת איסור נאמן ע"א כמ"ש ביו"ד סי' קכ"ז גם קיי"ל ספק ממזר מדאוריי' כשר לבוא בקהל צ"ל מפני מעלת יוחסין אינו נאמן יע"ש ובש"ס שם מקשה לרב פפא לזעירי דאמר מאי מדברת נסתרה ואמר ר' יהושע דלא מיהמנא האמר רב אין אוסרין על היחוד ומשני מעלה עשו ביוחסין, משמע לר"ג לא עשו מעלה ביוחסין ושוה לשאר איסורין ויש לומר דסובר ר"ג דע"א נאמן ליוחסין כשאינו סותר החזקה כמו בכל איסורין, ואולם בדף י"ד ע"ב בהא דסובר ר"י בן נורי אם רוב אנשי העיר משיאין לכהונה

ה"ז תנשא, ומקשה הש"ס דאמר כמאן ומשני מעלה עשו ביוחסין ולפי' תוס' בד"ה כמאן ורמב"ן וסיעתם ר"ל דאתי' כר"ג בעכצ"ל כמ"ש רמב"ן שם אף דר"ג לא עביד מעלה ביוחסין היינו כשטענה ברי, אבל כשלא טענה עביד מעלה ביוחסין דבעי תרי רובי, א"כ סובר ר"ג ג"כ חומרא ביוחסין משאר איסורין ואפ"ל גם לדידי' אין ע"א נאמן ביוחסין בספק השקול וי"ל היינו טעמא דרמ"ה ואולם בטור אף שהביא דעת רש"י שאינו בחזקת כשרות כשאין ידוע לנו מ"מ האי דינא דאין ע"א נאמן לא נזכר בשם רש"י ואפשר לומר רש"י לשיטתו דסובר לקמן בדף י"ד דתי' הש"ס שם הוא דר"י ב"נ סובר כר' יהושע וכן פי' בעל המאור ז"ל וא"כ נשאר הדבר על סברא חיצונה דר"ג לא עביד מעלה ביוחסין וממילא יוחסין שוה לשאר איסורין שע"א נאמן, ואנן קיי"ל בכל מקום שע"א נאמן ה"ה בעל דבר ואשה בין לפמ"ש רש"י במס' יבמות דפ"ח ע"א ד"ה ואמר דאתי' ממעשים בכל יום ובין לפי' תוס' ד"ה ברי דאתי' מנדה דרחמנא אמר וספרה לה ומ"ש הב"ש בסימן ד' סע"ק ק"ט לחלק בין איש לאשה דאשה אינה נאמנת אפי' בדבר שאין לו חזקה אלא במילתא דע"לג יע"ש שהבין כן בכוונת הר"ן, דבריו תמוהין כמ"ש הפני יהושע במס' קדושין דע"ג ע"ב ופי' כוונת אחרת בהר"ן והב"ש בעצמו כתב שאין יודע מנלן האי דינא כי באמת בכל מקום אין חילוק בין איש לאשה ובין קרוב ורחוק שאפי' בע"א נאמן, וא"כ לפ"ז י"ל שלשון המתני' מדויק, דבלא"ה יש להבין על לשון מה טיבו של איש זה ולפי רמב"ם וטור הכוונה שהלך לו ולולי דבריהם יש לומר שאותו פלוני הוא לפנינו והוא ישראל רק שאין משפחתו ידועה לנו לכן אף שברור שנבעלה לזה כי העדים ראהו והוא ישראל מ"מ אין לו חזקת כשרות כיון שאין ידוע לנו ומדוייק הלשון מה טיבו של איש זה שלא הכירו אותו אם הוא כשר והיא אומרת שאיש פלוני וכהן מסוים בשמו והוא כשר שהיא מכיר אותו שהוא כשר וכיון שכל מקום שע"א נאמן ה"ה אשה בעל דבר לכן ר"ג לשיטתו לשיטת רש"י דלית לי' מעלה ביוחסין סובר דנאמנת ר"ל על זה שהוא כשר ואינו מפסולי קהל כיון שהוא ספק השקול נאמן ע"א ר' יהושע לשיטתו דסובר דעשו מעלה ביוחסין לכן אמר לא מפיה אנו חיין אלא ה"ז בחזקת בעולה לנתין וממזר כי יש לחוש כיון שאין משפחתו ידועה לנו אולי הוא מפסולי קהל כי היא א"נ אף שבעלמא ע"א נאמן באיסורין בספק השקול מעלה עשו ביוחסין שאין ע"א נאמן עד שתביא ראי' לדברי' ר"ל שני עדים שאותו פלוני הוא כשר או שיעידו שמכירין למשפחתו ויש לו חזקת משפחה ע"י עדים א"כ לפ"ז נקט התנא רבותא לא מבעי' כשאמרה סתם לכשר נבעלתי דנאמנת לר"ג כי י"ל כוונתה להמוחזק לנו בכשר שנודעה משפחתו רק אפי' בכה"ג שאין משפחתו ידועה לנו ג"כ נאמנת שהוא כשר וא"ש:

ולכאורה קשה לפי דברינו שמיירי מתני' שאותו איש הוא לפנינו והוא ישראל ואין אנו מכירין אותו, מהא דאי' שם שסובר ריב"ל לדברי המכשיר מכשיר אפי' ברוב פסולין לדברי הפוסל פוסל אפי' ברוב כשרים ופשוט שבע"כ לשיטת רמ"ה וסיעתו שלא נקרא כשר בקהל רק כשמכירין את משפחתו שמוחזק לנו בכשרות, בע"כ הפירוש רוב כשרים, היינו שרוב מוחזקים לנו בכשרות שמשפחתם ידועה לנו שכשרים לבוא בקהל שאם אין משפחתם ידוע לנו אין להם חזקת כשרות ולפי משמעות לשון הש"ס בדף ט"ו דמוקי מתני' דשם בקרונת של ציפורי היה מעשה דהיינו ביום השוק אשר רוב כשרים עוברים שם משמע דמתני' דראוה מדברת לא מיירי ביום השוק רק או שרוב העיר אשר אשה שם הם כשרים, או רוב העיר הם פסולין ואין אנו דנין רק על אחד מאנשי אותו העיר וא"כ כשאותו איש הוא לפנינו ואין אנו מכירין אותו בע"כ אינו מאנשי העיר והוא מעלמא והיאך שייך רוב כשרים או רוב פסולין כי מה מהני לענין זה רוב העיר כיון שבע"כ אותו האיש אינו מאנשי העיר וכיון דליכא עוברים ושבים דהא לא איירי ביום השוק איך שייך לומר מאן דמכשיר אפי' ברוב פסולין, וכן להיפך, דא"ל כיון שרובא דעלמא הם כותי' שייך לומר דפריש מרוב פסולין, דז"א דהא מכירין אותו לישראל ואף שאין רובא דעלמא ישראלים בחזקת כשרות משפחה כיון שאין משפחתם ידועה לנו מ"מ לא שייך לומר דפריש מרוב פסולין (ותו דלענין רובא דעלמא ישראל לא שייך לומר דבעינן שיכירם שיהי' להם חזקת כשרות דמ"מ ידוע שרוב ישראלים כשרים לבוא בקהל, מיהו לפ"ז קשה לרמ"ה אף שאין מכירין אותו הא יש לו חזקה דאתי' מכח רובא דפריש מרוב ישראל הכשרים לבוא בקהל, ואין כאן מקומו) בשלמא לפירוש רמב"ם וטוש"ע שמיירי שאותו איש הלך ואנו מסופקים מי הוא אם הוא מרוב או ממיעוט א"ש דברי ריב"ל, אבל לפירושנו קשה אי אף נימא שהוא מאותו העיר רק שאין משפחתו ידועה לנו א"כ עכ"פ אין להסתפק אם הוא מרוב כיון שרוב כשרים או רוב פיסולין נכרים לנו אלו ניכרים לנו שכשרים בודאי ואלו ניכרים לנו שפסולים בודאי ולזה האיש יש לנו ספק במשפחתו ומה יועיל או יזיק הרוב כשרים או רוב פסולין לנידון זה שאנו דנין כיון שזה ידוע לנו מי הוא אבל באמת לק"מ לפמ"ש תוס' בד"ה מכשיר דממתני' באמת לא מוכח דר"ג מכשיר אפי' ברוב פסולין רק הוכיח כן מברייתא דמכשיר אפי' ברוב פסולין ומה שר' יהושע פוסל אפי' ברוב כשרים י"ל דהוכיח כן מברייתא דנכנסה לסתר או לחורבה כדאי' שם והתם באמת מיירי שאין האיש ניכר לנו אבל לשון מתני' דאיתא איש פלוני' י"ל פלוני הידוע ולא מהני לענין ספק זה שום רוב והוא באמת ספק השקול כנ"ל ולפ"ז י"ל מש"ה מוכרחין הרמב"ם וטוש"ע למיתני שהלך כיון שרצו להורות דין דרוב כשרים

או פסולים שבע"כ לא שייך רק כשאין ידוע לנו מי הוא וראיתי בספר הפלאה שכתב כאן דרך אחר בדרך פלפול יע"ש והנלענ"ד כתבתי:

כז אמנם לכאורה קשה לפי דברינו מהא דאי' שם מאי מדברת זעירי אמר נסתרה ר' אסי אמר נבעלה ומקשה הש"ס בשלמא לזעירי היינו דקתני תרתי מדברת ומעוברת אלא לד' אסי תרתי למה לי ומשני חדא להכשיר בה וחדא להכשיר בבתה ומקשה הניחא למ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה אלא למ"ד פוסל בבתה מא"ל פירש"י תרתי להכשיר בה למה לי כיון דמדברת בראוה שנבעלה יע"ש דלמא קמ"ל חדא להודיעך כחו דר"ג וחדא להודיעך כחו דר"י דברישא בראוה שנבעלה עם אותו האיש ליכא דק חדא ספיקא אולי אותו איש הוא מפסולי קהל שהוא נתין וממזר ובסיפא שלא ראוה שנבעלה עם איש מיוחד רק שכריסי' בין שיני' והיא אומרת שהוא מאיש פלוני וכהן יט ס"ס לגמרי חדא דלמא אמרה שקר לגמרי ונבעלה לאחד מפסולי קהל ולא לאותו איש, ואת"ל שנבעלה מאותו איש מ"מ אולי הוא גופא פסול כיון שאין משפחתו ידוע לנו ובכה"ג הוי ס"ס אפי' לפוסקים המבואר ביו"ד סי' קי"ו דס"ס משם אחד לא הוי ס"ס מ"מ היכי דספק אחד מתיר יותר מחברו הוי ס"ס להקל ה"ה להחמיר היכי שספק אחד מחמיר יותר מחבירו הוי ס"ס והכא מחמיר לענין אותו פלוני אם כשר או לא ועיין בש"ך בכללי ס"ס דין י"ב ובנ"בי בחלק יו"ד הלכות נדה סימן מ"א וקמ"ל בסיפא רבותא לר"ג שאפי' בכה"ג נאמנת לגמרי שלא נבעלה רק מזה ושה א כשר וברישא רבותא לר"י אפילו בחדא ספיקא אסורא ואינה נאמנת כלל דאף דלרב אסי לא סבר ר' יהושע דמעלה עשו ביוחסין לענין נסתרה מ"מ בע"כ סובר ר' יהושע דאשתני דין יוחסין משאר איסורין דאינה נאמנת בברי כדאי' בדף י"ד ע"א הלכך לר"ג אלים לי' ברי דאפי' בחד ספיקא נמי מכשיר כו' ולר' יהושע אלים לי' חד ספיקא דאפי' בבדי נמי פסול, ולכאורה יש ליישב דהנה הרמב"ם בפרק ט"ו מא"ב הלכה י"ב כתב וז"ל פנוי' שנתעברה בזנות ואמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה אם אמרה בן כשר הוא לישראל נבעלתי ה"ז נאמנת והבן כשר ואע"פי שרוב העיר שזנתה בה פסולין ואם לא נבדקה אמו עד שמתה או שהיתה חרשת או אלמת או שאמרה לפלוני הממזר נבעלתי או לפלוני הנתין אפילו אותו פלוני מודה שהוא ממנו ה"ז הולד ספק ממזר כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר וזהו נקרא שתוקי שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו עכ"ל וכן אי' בש"ע א"העז סימן ד' סכ"ו (ועיין בספ"י שמביא דבריהם לנידון שחידש הוא זלה"ה) ועיין בחלקת מחוקק ס"ק כ"ה וא"כ לר' יהושע כיון שאינה נאמנת ממילא גם ברישא כשראוה שנבעלה איכא ס"ס להחמיר חדא דלמא אמרה שקר שאותו פלוני הוא כשר ואת"ל שאמרה אמת שהוא כשר

דלמא כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחרים הפסולים לבוא בקהל ושפיר מקשה תרתי למה לי דליכא רבותא ברישא לר' יהושע ואולם במס' יבמות דף ס"ט ע"א נחלקו בבא על ארוסתו בבית חמיו סובר רב הולד ממזר ושמואל סובר הולד שתוקי ואיכא שם ב' אוקימתות לל"ק סובר רבא דוקא בדדיימא מעלמא אבל לא דיימא מעלמא בתר דידי' שדינן לי' ואביי סובר אע"ג דלא דיימא מעלמא אמרינן דאפקרא נפשה לגבי ארוס אפקרא נפשי' לגבי עלמא א"כ מחמיר אביי אף שארוס בודאי בא עליה ואחרים הוא ספק אמרינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחרים ולילישנא בתרא בבא עליה כ"ע לא פליגי כיון דלא דיימא מעלמא דאין הולד ממזר כיון שארוס הוא ודאי ואחרים הוא ספק לא אמרינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר דק בדיימא מיני' ודיימא מעלמא לרבא היכי דדיימא מיני' היינו שבא עליה בודאי כמ"ש תוס' ד"ה אבל אע"ג דדיימא מעלמא בתר דידי' שדינן לי' ואביי סובר דגם בכה"ג פליגי ומוכח שם בפוסקים ובתוס' במס' כתובת דף י"ד ע"א בתוס' ישני' ד"ה חדא שהוא אפי' לר' יהושע ועיין במס' קדושין דע"ג ובחלקת מחוקק סימן ד' ס"ק כ"ה מבואר שה"ה לענין פנוי' שזינתה עם אחד ולא דיימא מעלמא תלי' במחלוקת הלז אי חיישינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר כיון שזה ודאי בא עליה וא"כ הדק"ל מנלן להקשות לרב אסי דלמא סובר רב אסי כלישנא בתרא שם דהיכי שודאי בא עליה ולא דיימא מעלמא לא אמרינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר וא"כ ברישא הוי רק חד ספק כיון דבודאי זינתה עם זה ל"ח שזינתה עם אחר דמה"ת נימא שאפקרא נפשי' לגבי אחרים ג"כ כיון דלא דיימא מעלמא ובסיפא איכא ס"ס מעלי' חדא דלמא זינתה עם אחר שהוא פסול ולא עם אותו איש ואת"ל שזינתה עם אותו פלוני דלמא גם הוא פסול והדק"ל, מיהו יש לומר דהש"ס רוצה לוקמא מילתא דר' אסי אף כאביי לל"ק דאף בלא דיימא מעלמא וארוס ודאי בא עלי' אמרינן מדאפקרא נפשה לגבי האי אפקרא נמי לאחרינא לכן עדיפא מיני' קמשני דסובר כמאן דמכשיר בבתה, אמנם לאחר העיון ז"א דנראה אף לל"ק התם סובר אביי כיון שפנוי' נתעברה ממנו וילדה, ואי' ביבמות דף ל"ד ע"א אין אשה מתעברת בביאה ראשונה ובע"כ הי' שם עוד ביאה, יש לחוש כשם שזינתה בודאי עם זה כך זינתה ביאה שני' עם אחר דהא ארוס הוא רק ודאי בביאה אחת (ועיין משלה למלך בפט"ו מאישות הלכה ד' מ"ש בשם הר"ן בפ"ק דקדושין ותשובת נ"בי חלק א"העז סכ"ב) ואף דאי' ביבמות דף ל"ד ע"ב דאפי' בביאה ראשונה נתעברה היכי שמיעכה באצבע ועיין תוס' יבמות דע"ו ע"א ד"ה שלא מ"מ לא שכיח שתעשה כן היכי שנעשה עבירה ע"י ביאה רצונה שלא תתעבר דהא קיי"ל ביבמות דל"ה ע"א דאשה מזנית מתהפכת ומזנית שלא תתעבר מכ"ש שלא תעשה

במתכוין שתתעבר אם לא שיצרה תקפה מחמת ביאה וא"כ יש הוכחה שהי' כאן עוד ביאה חוץ מאותו ביאה שבא עליה הארוס שפיר קאמר אביי אף שבא עליה הארוס מ"מ לא הי' ידוע לנו רק מביאה אחת ובע"כ הי' כאן עוד ביאה ועל אותו ביאה יש לומר כשם שהפקירה נפשה לגבי ארוס כך הפקירה נמי לגבי אחרים אבל במתני' ברישא בראוה שנבעלה כיון שיט לומר שלא נבעלה עוד לאחר דאף שעשתה פעם אחת עבירה מה"ת נימא שעשתה עוד פעם גם אביי מודה דל"ח כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר, וא"כ ליכא ברישא ס"ס להחמיר והדק"ל וצ"ע:

מיהו להלכה סוברים רוב פוסקים שאפי' אומרת סתם לכשר נבעלתי ולא פירש שם האיש סובר ר"ג דנאמנת וריב"ש כתב רק לתי' א' בדרך ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי דרוב הפוסקים זלה"ה ועמ"ש בפרט הסמוך:

פרט יב

יבואר ראי' לסברא הנ"ל הנזכר בפרט י"א דל"ח כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר בראוה שנבעלה כי אם כשנתעברה:

כח נלענ"ד להביא ראי' לסברא הנ"ל דבע"כ גם לפי הכוונה הפשטית לא חיישינן כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר היכי שראוה שנבעלה דהנה כבר הבאתי קו' הש"ס שם לרב אסי תרתי למה לי יע"ש וקשה לפי מה דאי' ביבמות דס"ט ע"א לל"ק סובר אביי אפילו בא עליה בודאי ולא דיימא מעלמא כל שלא נבדקת האם לדידן דקי"ל כר"ג אמרינן מדאפקרא נפשה לגבי ארוס אפקרה נמי לגבי אחרים אף שארוס הוא היתר מכ"ש בפנוי הבא על הפנויה דלהאי איסורא ולהאי איסורא כדאי' שם וא"כ מנלן להקשות דלמא סובר ר' אסי כאביי בזה ואיכא ברישא רבותא לר' יהושע די"ל דמיירי שזהו איש שאמרה עליו שנבעלה הוא לפנינו ומכירין בו שהוא כשר ומלשון דאיתא מה טיבו של איש זה לא מוכרח דאף שאין העדים מכירין אותו י"ל דאנשי העיר מכירין אותו ובלא"ה ג"כ לא מוכרח כמבואר להמעיין, א"כ האי גברא בודאי בא עליה דהא ראוה שנבעלה, ואם גם אחרים באו עליה הוא ספק כיון דלא דיימא מעלמא מ"מ סובר ר' יהושע דאינה נאמנת דחיישינן כשם שאפקרה נפשה לזה הכשר אפקרה לגבי פסולין ג"כ דהא כבר יצאתה מחזקת כשרות ור"ג סובר דנאמנת לגמרי לכל דבריה אם טוענה שלא זינתה עם אחרים ואף אם שותקת בזה לא חיישינן לחשש הלז דמה"ת נימא שזינתה עוד הפעם ואולם בסיפא שראוה מעוברת א"כ לא ראוה שנבעלה לאיש ידוע וכשאמרה שהוא מאיש פ' וכשר הספיקות שקולין דכמו שיש לומר שנבעלה לזה שאמרה עלי' כ"כ י"ל שנבעלה לפסול ואפ"ה סובר ר"ג דנאמנת דאלים ברי אפי' בכה"ג ואיכא רבותא לר"ג

מיהו לכאורה הא ליתא דבע"כ מוכח הפי' במתני' שאין אנו מכירין אותו פלוני דאל"כ קשה היאך קאמר ר' יהושע עד שתביא ראי' לדבריה הא אי אפשר לה להביא ראי' על זה דאטו סהדי בכפא תלי' שלא זזו ידם מתוך ידה וראו מלא הי' מזנה עם אחרים אע"כ דלא חייש ר' יהושע שמא זינתה עם אחרים היכי שבודאי בא עלי' ואין צריכה להביא ראי' רק שזינתה עם כשר ותו לא חיישינן מדאפקרא נפשה לגבי זה אפקרה נפשה לגבי אחרים וכיו"ב מצאתי בחי' פני יהושע והנאני שכוונתי לדעת הגדול ואין להקשות על אביי שם הא מוכח מלשון מתני' דבע"כ ר"י סובר דלא חיישינן שמא זינתה עם אחרים דז"א דיש לומר שאביי סובר אף דר' יהושע פוסל אפי' ברוב כשרים היינו לענין היכי שאנו מסופקים למי נבעלה לא מהני רוב כשרים אבל כשידוע שבודאי נבעלה לכשר לא חיישינן שמא זינתה עם אחרים ג"כ אשר הם פסולין כיון שיש רוב כשרים וכ"כ הב"ש בסימן ד' ס"ק מ' וז"ל גם נ"ל היכי דידוע דזינתה עם כשר ויש כאן רוב כשרים לא חיישינן שמא זינתה עם אחר אפי' לדעת רמב"ם אע"ג בעלמא ס"ל דבעינן תרי רובי, מ"מ בכה"ג אין צריך תרי רובי וכ"כ בסי' ו' ס"ק ל"א והטעם פשוט כמ"ש הפני יהושע דהוי ס"ס דלמא לא נבעלה כלל לאחרים ואת"ל נבעלה דלמא לכשר נבעלה, ושפיר קאמר ר' יהושע צריך להביא ראי' לדבריה שנבעלה לכשר ממילא לא חיישינן שנבעלה גם לאחרים ולא דמי לארוס וארוסה דחייש אביי דהתם רוב פסולין אצלה משא"כ הכא דהוי ס"ס אפי' ר' יהושע מודה דמהני כדאי' בדף י"ד ע"א וא"כ א"א לומר דמתני' מיירי שמכירין לאותו פלוני שהוא כשר דא"כ קשה אמאי צריך ראי' לדבריה הא אותו ראי' שיש לה להביא כבר הביאה כיון דידוע שנבעלה לזה לא חיישינן שנבעלה לאחר דהוי ס"ס ואי מיירי ברוב פסולין דיש לחוש שזינתה עם אחרים לא מהני ראי' שלה כיון דיש? לחוש שזינתה גם עם אחרים:

אמנם אכתי קשה דהנה במשניות שבספרי הרי"ף ושעם הרע"ב ותיו"ט איתא במתני' ראוה מדברת עם אדם בשוק ויש לחקור היכי שראוה שנבעלה בשוק ורוב העיר עם רוב השוק הם סותרים זו את זו היכי ליידיני דיינא להאי דינא והנה הבית שמואל בסימן ו' ס"ק ל"א מדמה עניני' אלו לשחיטה שכתב שם וז"ל כשיש לישראל שכונה אפי' דרך עכ"ום מ"מ מסתמא בשכונה רוב ישראל שכיח כמ"ש ביו"ד סימן א' ובתרומת הדשן סימן רנ"ט יע"ש ואי' ביו"ד סימן א' סעיף ד' אם אבדו גדיי' ותרנגולים ומצאו שחוטים במקום שרוב ישראל מצויים שרי וכ' הש"ך בס"ק י"ח ואם עכ"ום וישראל מצויים שווים אזלינן בתר רוב השוק שנמצא שם ואם שווי' בשוק אזלינן בתר רוב העיר יע"ש ועיין בפר"ח שם סע"ק י' ובסי' כ"ג וא"כ רוב השוק עדיף מרוב העיר וה"ה אף אם רוב העיר

סותר לרוב השוק אשר נבעלה שם האשה אזלינן בתר רוב השוק שמסתמא לאנשים המצויים שם נבעלה, וא"כ יש לומר הפי' במתני' כמש"ל שידוע שנבעלה לזה שהוא מיוחס רק דיש ספק אולי נבעלה גם לאחר ואיירי הרישא שרוב העיר פסולין ור"ג מכשיר אפי' ברוב פסולין לכן נאמנת על זה שלא נבעלה גם לאחד מן רוב פסולין ור' יהושע סובר דאינה נאמנת דחיישינן שמא זינתה גם לאחד מן רוב פסולין עד שתביא ראי' לדבריה וכוונתו שזהו פשוט ברוב העיר כשרים יש לומר שידוע לב"ד שרוב העיר הם כשרים שדרים שם ישראלים כשרים ולא פסולי קהל כי ממזרים ונתינים אית להו קלא אבל מן הסתם אין יודעים הב"ד שרוב השוק הם כשרים אטו הם הולכים בשווקים וברחובות לידע אם באותו זמן שנבעלה היתה רוב כשרים או פסולים וצריכה ע"ז גופא להביא ראי' שרוב השוק הי' כשרים ושפיר קאמר ה"ז בחזקת בעולה לנתין וממזר כיון שרוב העיר הם פסולים עד שתביא ראי' שרוב השוק הי' כשרים אז תהי' כשירה לכהונה דל"ח שמא זינתה גם עם מיעוט פסולין דהוי ס"ס כיון שנבעלה לזה הכשר בודאי ולאחרים הוא ספק איכא ס"ס דמודה ר' יהושע כנ"ל, וסיפא בראוה מעוברת מיירי ברוב העיר כשרים ואפ"ה פוסל ר' יהושע כיון שמיעוט פסולין ואין אנו יודעים למי נבעלה לכן צריכה להביא ראי' שנבעלה לכשר שבעיר כמו שהיא אומרת שנבעלה לאחד מאנשי העיר ואז אין צריך לחוש שמא נבעלה גם לפסולין כיון שרוב כשרים מסייע לה איכא ס"ס דלמא לא נבעלה עוד לשום אדם רק לזה ואת"ל נבעלה דלמא לכשרים, ואיכא רבותא ברישא ובסיפא ברישא רבותא לר"ג שמכשיר אפי' ברוב פסולין ולא חיישינן שזינתה גם עמהם, וגם רבותא לר' יהושע אף שודאי נבעלה לזה הכשר חיישינן שזינתה גם עם אחרים, ובסיפא רבותא לר' יהושע אף שרוב העיר כשרים מ"מ אינה נאמנת ולכאורה יש ליישב לפי מאי דאי' בקדושין דף ע"ד ע"א אבא שאול הי' קורא לשתוקי בדוקי ומקשה הש"ס מאי בדוקי אלימא שבודקין את אמו כו' הא תנינא חדא זימנא הית' מעוברת כו' ופירש"י הו"ל למיתני וכן הי' אבא שאול אומר כדבריו ומשני חדא להכשיר בה וחדא להכשיר, בבתה, ושוב מקשה הניחא למ"ד לדברי המכשיר בה פוסל בבתה אלא למ"ד לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה אבא שאול מאי אתי לאשמעינן ומשני א"מ עדיפא מר"ג דאי מהתם הו"א דרוב כשרין אצלה אבל הכא דרוב פסולין אצלה אימא לא צריכא, ועיין בתוס' שם ובכתובת ד"ה מכשיר, דממתני' דידן לא משמע דמיירי ברוב פסולין, ולפי דברינו דברישא ישא מיירי ברוב פסולין א"כ נשמע ממתני' דידן דר"ג מכשיר אפי' ברוב פסולין קשה דהו"ל לר' לומר וכן הי' א"ש אומר כדבריו אבל ז"א חדא די"ל כתי' הש"ס שסובר ר' אסי לדברי המכשיר בה פוסל בבתה וקמ"ל אבא שאול להכשיר הבת

דדוקא לפי האמת שמתרץ הש"ס דמיתורא דמתני' מוכח דסובר ר' אסי מאן דמכשיר בה מכשיר בבתה אבל לפי דברינו דיש לתרץ בלא"ה המתני' שפיר י"ל דסובר כמאן דאמר לדברי המכשיר בה פוסל בבתה, ותו הא גם לפי דברינו לא מוכח ממתני' דר"ג מכשיר ברוב פסולין, ושאני מתני' דידן דמיירי שידוע שזינתה עם כשר דהא אותו פלוני הוא לפנינו לכן ל"ח שמא זינתה גם עם אחרים אף שרוב פסולין אצלה דמה"ת ניחוש שזינתה גם עם אחר עוד הפעם, אבל היכי שאין מכירין את הבועל למי נבעלה אם הוא כשר אפשר דסובר ר"ג דאינה נאמנת לומר שנבעלה למיעוט כשרים קמ"ל אבא שאול שאפי' אם אין מכירין אותו הבועל נאמנת דהא לא מיירי שראוה שנבעלה רק ע"י הולד אנו יודעין שזינתה מ"מ נאמנת לומר לכשר נבעלתי וא"ל למה אי' בסיפא ראוה מעוברת ליתני ראוה שנבעלה עם אחד ואין אנו מכירין אותו דז"א די"ל דנקיט משום לישנא מעלי' כמ"ש תוס' בד"ה לדברי לכן נלענ"ד להביא ראי' לסברא הנ"ל בפרט הקדום דהיכי דראוה שנבעלה ולא ראוה מעוברת ל"ח כשם שהפקירה עצמה לזה כך הפקירה לאחר ואפי' אביי בל"ק דיבמות שם מודה כאן ולק"מ קו' הנ"ל כמבואר להמעיין:

כט ועוד ראי' לדברינו הנ"ל דאל"כ קשה בפשיטות על סוגי' דיבמות הנ"ל אמאי חייש אביי אפי' כשבא עלי' הארוס בודאי מדאפקרה נפשה לגבי ארוס אפקרה נמי לגבי אחרינא הא קיי"ל במס' בכורת ד"ך ע"א דרובא דתלי' במעשה לא הוי רובא והיינו דמן הסתם יש לומר דלא נעשה מעשה ושינוי ממה שהי' מקודם, וה"ה ספק התלי' במעשה בע"כ סובר אביי דלא הוי ספק כמ"ש רשב"א בחידושיו לחולין דף ז' ע"ב בדברי אביי שם דלא חייש חמא במקום נקב יע"ש הגם שכתבו תוס' שם ד"ה רבינא דתשמיש דאדם לא חשוב תלי' במעשה כמו תשמיש דבהמה כבר הוכיח הפני יהושע בחידושיו בכמה דוכתי דביאת זנות חשוב תלי' במעשה יע"ש וא"כ מה"ת ניחוש שנעשה עוד פעם מעשה זנות כיון שלא ראינו בבירור ותו אף כשזינתה פעם אחת או בבא עליה הארוס שעשתה ג"כ איסור דרבנן כמו שאכתוב לקמן בס"ד מ"מ לא יצאה מחזקת כשרות לגמרי שנימא שהוחזקה שתזנה עוד הפעם דאל"כ קשה מהא דאמר שמואל במס' סוטה דף כ"ו ע"א ישא אדם דומה היאך רשאי לישא אותה נימא כיון שחשודה לזנות תחת בעלה הראשון תהי חשודה נמי לזנות תחת בעלה השני ואף לר' יוחנן דאמר שם ישא אדם בת דומה ואל ישא דומה משום שזו עומדת בחזקת כשרות וזו אינה בחזקת כשרות ופירש"י וז"ל שמזנה תחתיו ונאסרת עליו והוא אינו רואה ואינה מגרשה ובא עליה באיסור יע"ש וכן קיי"ל בש"ע סימן ד' סעיף ט"ו היינו שלכתחילה אין לישא אותה כיון דאפשר באחר וכדאי' שם וישראל אם רוצה להתרחק מן הכיעור, אבל בודאי מדין מותר לישראל לישא

אפי' אשת איש שזינתה תחת בעלה מותר אחר לישא אותה (ומה דקשה ע"ז ממ"ש תוס' גיטין די"ז ע"ב ד"ה זנות דטפי יש לחוש שמא תזנה יש ליישב ואין כאן מקומו) והא דאי' בגיטין דף כ' ע"ב דקרא כי מצא בה ערות דבר וגו' ושלחה מביתו זה הוציא רשעה מתוך ביתו וזה הכניס רשעה יע"ש מבואר דליכא איסור גמור רק שראוי לפנים משורת הדין שלא להכניס רשעה לתוך ביתו כענין קדושים תהי' שציוה הכתוב להתקדש במותר לו הרי אף כשעשתה ודאי איסור ל"ח שמא תזנה וא"כ קשה על אביי אמאי חייש שזינתה עוד הפעם, אע"כ כמ"ש דכיון שנתעברה ואין אשה מתעברת מביאה ראשונה ובע"כ הי' שם עוד ביאה דלא שכיח שתמעך באצבע כשהוא בדרך זנות אבל בראוה שנבעלה מודה אביי דל"ח שמא זינתה גם עם אחרים וא"ש:

ל אמנם ראי' הנ"ל באות כ"ח יש לדחות דיש ליישב בלא"ה קושי' הנזכר שם על סוגי' הש"ס במה דמקשה על רב אסי תרתי למה לי דבלא"ה לק"מ וכמו שאבאר דהנה אנן קיי"ל בכל מקום דחזקה קמייתא עדיף מחזקה דהשתא ואף כשאיתרע לפניך אמרינן השתא הוא דאיתרע ועיין בש"ך יו"ד סימן א' סע"ק ח' בשם תוספתא מי שהמיר אינו חשיד למפרע שאם שחט ונקר חלב ואח"כ המיר באותו יום הכל כשר יע"ש וא"כ אף ברישא לרב אסי שראוה שנבעלה לא איתרע החזקת כשרות שהיתה לה עד אותו זמן שהי' בחזקת כשרות שלא זינתה כי אפי' זנות פנוי' איכא איסור ועיין יבמות דס"ט ע"ב ברש"י ד"ה ה"ז ובע"כ אי נימא לחוש כמו שזינתה עם זה שראוה העדים כן זינתה עם אחרים היינו שיש לחוש אולי אחר שזינתה עם זה שראוה העדים זינתה גם עם א' מפסולי הקהל וא"כ י"ל לפי מאי דאי' במס' גיטין די"ז ע"א נכתב ביום ונחתם בלילה פסול ור' שמעון מכשיר וכתב הרמב"ם בפי' המשניות וז"ל ר' שמעון מכשיר לפי שאין לזמן אצלינו בגט אשה תועלת מרובה לפי שעיקר אצלינו תיקון זמן בגיטין הוא רק משום בת אחותו שמא תזנה תחתיו והיא אשת איש וזה יכתוב גט בלא זמן קבוע ויתן לה ותאמר לעדים שהעידו על הזנות כבר אני גרושה הייתי בזה הזמן וזה הגט בידי לפיכך אין בין היום והלילה שיתחדש כמו זה ואין הלכה כר' שמעון יע"ש וא"כ לר' שמעון ל"ח לזנות בזמן מועט, ולחכמים בע"כ חיישינן אפי' לזמן מועט ועיין בש"ות ריב"ש סימן שפ"ה הובא במשנה למלך בפ"ז מיבום שכתב דאין לחלק בזנות דזמן מרובה לזמן מועט, והיינו לדידן דלא קיי"ל כר' שמעון, וא"כ שפיר הוכיח הש"ס דבע"כ מתני' מיירי שאין ידוע אותו פלוני שנבעלה אם הוא כשר ואנו דנין על אותו פלוני גופא כפשוטו דאי נימא דמיירי שידוע שהי' כשר רק דחייש ר' יהושע אולי זינתה גם עם פסולים קשה על ר' יהושע דאמר הדין בסתם בכל גווני אינה נאמנת להינשא לכהן משמע אפי' אם

מיד לאחר שראוה שזינתה לזה אסורה לארס לכהן וקשה אמאי אסורה הא על קודם שראוה העדי' ליכא חשש זנות כיון דיש לה חזקת קמייתא שראוי לומר השתא הוא דאיתרע ובע"כ אתה חושש אולי זינתה בזמן מועט כזה לאחר שראו העדים שנבעלה, ואמאי חיישינן לא מבעי' לר' שמעון דל"ח לזנות בזמן מועט רק אפי' לרבנן מ"מ היאך נקיט הדין בכל גווני הא יש גווני שמותרת לכהן היכי שלא זזו העדים ידם מתוך ידם משעה שראיה שנבעלה עד שבאו לב"ד שהעידו על אותו זנות אז שפיר מותרת לקדש לכהן מיד דהא בודאי ל"ש למיחש שמא תזנה לאחר קדושין כיון שיצאה מחזקת כשרות דא"כ גם לישראל תהי' אסורה להנשא משום חשש איסור אשת איש אע"כ אף שחשודה בעודה פנוי' לא נחשדה לעבור על איסור חמור שתזנה באיסור אשת איש ועיין במס' סוטה דכ"ז ע"א ול"ד להאי דיבמות דס"ט בהבא על ארוסתו כו' דהתם הי' זמן מבעילה עד שילדה דמזמן שנבעלה יצאה מחזקת כשרות דעכ"פ לגבי ארוס עשתה ג"כ עבירה כמ"ש רמב"ם בפרק עשירי מהלכות אישות ה"א ועיין ב"ש סימן ס"ו סק"ב ובעכצ"ל הא דאי' ביבמות שם הכא דלהאי איסורא כו' הוא לאו דוקא דהא עכ"פ אסורה מדרבנן רק איסור פנוי' הוא מן התורה לשיטת רמב"ם ונגד איסור דאורייתא הוי איסור דרבנן קל דבאיסור דרבנן לאו כ"ע זהירי, הגם שמלשון רש"י משמע שם דגם איסור פנוי הוא מדרבנן כמו דגזרו על יחוד פנוי' מ"מ רבו הפוסקים דהוא איסור דאורייתא ועיין בש"ע סי' כ"ו ואין כאן מקומו וא"כ נסתר ראי' הנ"ל אך ראי' שכתבתי בס"ק כ"ט נכונה דלא אמרינן האי חששא כשם שזינתה עם זה כך זינתה עם אחר רק כשנתעברה כן נלענ"ד, ולהלכה עיין בש"ע א"העז סימן ו' ובאחרונים שם ודברינו נאמרים רק לפלפולא בעלמא כתלמיד הנושא והנותן לפני רבותיו והמעיין יבחר:

אמר המחבר

יען כי ערבים עלי דברי כבוד המנוח ה"ה הרב הגאון המפורסים לשבח בתורתו ובצדקתו מוהר"ר מרדכי בער זצ"ל מק"ק יאניקוי ע"כ אמרתי לבוא עם הספר ולדפוס חידושי תורה שחידש הרב הנ"ל להשיב להשואל כענין למען שיהי' שפתותיו של אותו צדיק דובבות בקבר ותנוח נפשו בג"ע העליון וחידושי תורה הנאמרים כאן נמסר לידי מבנו ידידי ה"ה הרב החריף ובקי התמים במעשים טובים מוהר"ר אהרן בר"י:

שאלה בענין עגונה דאיתתא וז"ל הג"ע במותב תלתא בי דינא כחדא הווינא ואתו קדמנא כ"ה יוזל ב"ה בונם והעיד בת"ע בז"הל ביום ו' י"ט א"ר איזט צו מיר גיקומן גיסי הבחור אהרן מילידי ק"ק יעניקויא אונד האט מיך גפראגט איזט ר' יונתן ניכט היר גוועזן האב איך איהם גפראגט וועלכר ר' יונתן הט ער משיב גוועזן ר' יהונתן ליפט האב איך גזאגט

ער איז ניכט היר גווען האט גיסי הנ"ל צו מיר גזאגט איך ווייס ניכט וויא עס איזט מיט איהם געגאנגען ווארום ער איז נאך ניכט דא ער איז געסטרין גווען אין מערכיטץ איך בין מיט איהם געגאנגן האב וואלין לכאן גיהן האב איך מיך אום געקערט איבר דען וועטר אונד ער האט גזאגט ער מוס נאך בלילה זיין אין טעלטש אונד ער איז נור גאנגן אין בלוסע שטיוול אהנע שטרימפף ואח"כ ביום ו' א"ר האט מן לטעלטש גבראכט איין יהודי ער איזט גפראכן ווארדן סמוך לטעלטש בערך חצי שעה מן העיר האב איך איהם גאר ניכט דער קאנט וויילן דיא צורה איזט שון משונה גווען אונד אויך האב איך איהן שון כמה שנים ניט גזעהן נאר איך האב מיר תכף משער גווען דאס דז איזט דער ר' יונתן ואח"כ בשעת הטהרה איזט מיר דיא צורה בקאנט גווען אונד דיא גרעס פון איהם איז מיר ג"כ בעקאנט גווען דיא שערות פאן ראש זיין שווארץ גווען אונד לאנג, דיא שערות פון זקן זענין גווען געלבליך אונד אביסל גרויא אונד דאס האב איך אויך גזעהן דאז ער איז גאנגען אין שטיוול אונד האט קיינע שטרימפף אן גהאבט וגם האב איך אצלו גפונדען איין אגרת וואס ער האט גשריבן לאשתו מ' ליפט אין דען בריף איז גשטאנדן דאז ער האט ביום כתיבת אגרת גקויפט איין פינגרל של זהב אונד איך האב גהערט פון ר' משה מערכיטץ דאז ר' יונתן הנ"ל האט זיך זיין געלד גצעלט ביום ה' י"ח אדר אצל המ"צ דשם אונד האט בייא זיך גהאבט איין טבעת של זהב וגם האב איך גהערט מאחד מארחי ופרחי ער האט זיך גטראפן בק"ק שאפי ביום ד' י"ז א"ר מיט איין אורח האב איך איהם וועלין פר קויפן קופפערני קנעפף והשיב לי ער וויל זיך ניכט מטפל זיין ער האט גקויפט איין גולדן פינגרל וגם האט מיד האורח הנ"ל גזאגט דאס ער האט דעם אורח בשאפי גזעהן פרריכטן דיא בתי שוקים וואס מן האט אצלו גפונדין כ"ז העיד ה' יוזל הנ"ל בפניני ב"ד הח"מ בת"ע בעונש הנ"ל וקבלנו עדותו כדין וכדת ולראי' באנו ע"הח:

תשובה עם היות כי ידעתי גם ידעתי את מך ערכי ובצירוף טרדותי הי' מן הראוי להיות נחבא אל הכלים, ולהניח הדבר הזה אל הגדולים אשר בארץ אך באשר שדבר זה אירע בעירי רואה אני את עצמי כמחויב בדבר לכתוב הנלענ"ד בדרך מו"מ אבל לא להלכה ולמעשה עד אשר יורה המורים הגדולים ואם ייטיבו דברי בעיניהם ויסכימו אז מטינא שיבא מכשורא ואם לאו כל דברי בטלים וזה החלי בעזה"י צורי וגואלי:

א מצד הג"ע אכתי אין כאן שום טביעת עין או סימן לא בגופו ולא בכלים רק המכתב שנמצא אצלו מיועד לאשתו ע"ד הטבעת שקנה ע"ז ודאי קשה לסמוך אפי' לפוס' דלא חיישינן לשאלה וכ"ש ל ידן ואין להאריך בזה כיון דבאמת יש לנו היותר מרווח מה שלא נזכר בג"ע דהיינו שכ"ה יוזל הנ"ל שלח כבר תיכף אחר מציאת המת ליד אנשים

דפה כתבי מליצה שמצא אצל המת ההוא ואחד מהם מה שאני מסרתי ליד ר' יונתן בעל האשה ליפט ועוד שאר כתבים מאיזה רבנים אשר אנו מכירים כתב ידם, והנה הבגדים שהי' לבוש ועוד איזה ספרים וכתונת ובתי שוקים שנמצא באמתחתו עדיין לא נשלח לכאן אך האשה ליפט אומרה כאשר שמעה מר' יוזל מה שהי' לבוש בלתי ספק אצלה שהוא הוא ועוד רבים יכירו את הבגדים היטב, לכן הריני כותב על תנאי הזה באת"ל כאשר יראו הבגדים יכירו אותם בטביעת עין, הנה דעת הגאון מוהר"ל מפראג הובא בב"ש סימן י"ז ס"ק ס"ט דאי סימנין דרבנן לא חיישינן לשאלה לכן פסק דאם יש סימן בגופו וטביעת עין בכלים מותרת בממ"נ, ודעת הב"י בתשובה שהובא בב"ש שם להיפך למ"ד סימנין דרבנן חיישינן לשאלה אפילו בכלים דלא מושלי אינשי כמו דלא סמכינן על סימנים אמצעים כמו כן לא סמכינן על ט"ע דכלים וחיישינן לשאלה אע"ג דלא שכיח, והב"ש מכריע בסתם כלים חיישינן לשאלה דהוי כסימן אמצעי אבל בכלים דלא מושלי אינשי לא חיישינן, ונראה למוהר"ל מפראג ז"ל יש להתיר איתתא דא ואומר לפי דעתי מה שהי' הולך לבוש השטיוועל על רגלו בלא בתי שוקיים לא גרע מסימן אמצעי דודאי אחד מאלף אנשים לא נמצא שיהי' בזמן הקור הולך בלא בתי שוקיים, ואף אם נמצא כן יהי' מחמת עניות וההכרח אבל בנ"ד שהי' נמצא באמתחת המת שני זוגים בתי שוקים אפ"ה לא לבשם בעת שהי' הקור כל כך גדול ודאי הוא מילתא דלא שכיח כלל וכיון שידענו בר' יונתן שמשעת נסיעתו ממערכיטץ אף שהי' לו טבעת של זהב ומעות ולא הי' עני כל כך ואפ"ה הלך בלא בתי שוקיים ודאי נימא שזהו אשר נמצא מת ולא נחוש שהי' עוד אחד כך משונה ממנהג העולם, ולפענ"ד לא גרע מסימן אמצעי ובצירוף הט"ע בבגדים האשה מותרת בממ"נ לפי דעת מוהרי"ל כנלענ"ד אם יראה בעיני החכמים ובאם לאו בטלה דעתי, אבל לשיטת ב"ש אפי' סימן בגופו וט"ע בכלים לא מהני:

ב אמנם לכאורה י"ל להיפך לפ"ד הב"ש אפי' אם זה שלא הי' לו בתי שוקיים ברגליו לא הוי כסימן אמצעי מ"מ מותרת האשה ולפ"ד מוהר"ל אדרבה הענין חמור יותר דאינה מותרת כי אם באופן שנחזיק המניעת בתי שוקים לסימן בנ"ל דהנה קיי"ל בסימן י"ז סי"ז אם יצאו עשרה בני אדם כאחד ממקום למקום והם אסורים בקולר או נושאים גמלים והסיח עכ"ום מל"ת ואמרו שעשרה אנשים שיצאו ממקום פ' לפלוני והם נושאים גמלים כך וכך מתו כולם משיאין נשותיהם יע"ש בח"מח וב"ש, והנה בגמ' הגירסא על ס' ב"א שהיו מהלכים בדרך ביתר דמשמע שדי אם אומר שמתו בדרך ההולך לביתר ועיין נ"בי סימן ל"ו ובודאי נראה דמנין לא עדיף מסימן אמצעי, דהא בפ"ב דב"מ דכ"ג ע"א מספקא לי' אי הוי סימן כלל א"כ אף דהדר פשטה מ"מ לא עדיף מסימן אמצעי, ולפ"ז אם איכא

סימן אמצעי בגוף וסימן מקום ג"כ מהני כמו מנין ומקום, והנה לשיטת ב"ש נראה כיון דהר"ן ונ"י סברי דבין אי ס"דא ובין אי ס"דר ל"ח לשאלה משום דלמסקנא דמוקי לה בסומקי וחיורי ל"ח ופוס' הסוברים דחיישינן לשאלה כ' הב"ש משום דס"ל דאי סימנין דרבנן ממילא חיישינן לשאלה ובסברא הלז נחלקו הפוס' הללו עם הר"ן ונמ"י, א"כ בודאי ראוי לאמר דעכ"פ אי סימנין דאורייתא כל הפוסקים מודים דל"ח לשאלה דמה"ת נרבה מחלוקת, וכיון שהוא כן דהטעם דמחמרינן דיש ט"ע בכלים הוא משום דהוי רק כסימן אמצעי א"כ אם יש סימן מקום וט"ע בכלים מהני אלא דלשיטת הרמב"ם צריך עוד לזה כעין סימן דנושאים גמלים כמבואר שם דלדידי' מקום ומנין לחוד לא מהני בנ"ד שהי' המת נמצא בין מערכיטץ לטעלטש הוי סימן מקום וט"ע בכלים הוי כסימן אמצעי בגוף ומה טלא לבוש בתי שוקיים עכ"פ לא גרע מנושאים גמלים א"כ האשה מותרת אפי' לשיטת רמב"ם, אך כ"ז הוא לשיטת ב"ש, אבל למוהר"ל ז"ל דטעמייהו דפוס' דחיישו לשאלה משום ספיקא דסימנין דאורייתא א"כ תו ליכא למילף ט"ע בכלים ומקום ממנין ומקום דדוקא מנין ומקום מותר בממ"נ אי סימנים דאורייתא די במנין לחוד ואי סי' ל"ד עכ"פ בצירוף מקום מהני אבל בט"ע בכלים ומקום דלמא אמרינן סימנים דאורייתא וא"כ חוששין לשאלה וגרע ממנין לכן אין כאן היתר אם מניעת בתי שוקיים לא הוי כסימן אמצעי וכנ"ל:

ג אמנם אחר העיון ראיתי דז"א שהרי לא נזכר בג"ע שהמת נמצא על הדרך שבין מערכיטץ לטעלטש, ובאמת לפי הסברא נראה דלא נמצא כלל על דרך הכבושה לרבים מדלא במצא עד יום ד' למיתתו א"כ ודאי שע"י השלג הי' תועה מן הדרך הטוב ושוב לא הי' יכול להגיע להעיר, ולפ"ז לא מבעי' לגי' הרי"ף ורמב"ם שהביא אמ"ו הגאון ז"ל בנ"בי סימן ל"ו אלא אפי' לגירסתינו בש"ס אין כאן סימן מקום דכמו שהי' יכול לתעות מן הדרך אשר בין מערכיטץ לטעלטש כ"כ יכול להיות שהאיש הזה הלך בדרך אחר ותעה מן הדרך עד שבא לכאן ומת ולילך בזה אחר הקורבא שהדרך שבין מערכיטץ לטעלטש הוא קרוב יותר אל המת מהדרכים אחרים זהו לא שמענו ועיין תשובת ע"הג סוף סימן ע"ב הדרן למילתא קמייתא דאין כאן אלא לשיטת מוהר"ל ובצירוף דמניעת בתי שוקיים הוי סימן:

ד וראיתי בנ"בי סי' ל"ב הביא ראיות למוהר"ל ושכן דעת הרמב"ם ז"ל מדשינה בפי"ד מאבידה מלשון הש"ס ונקיט חמור להחזיר בסימני מרדעת ולא נקיט אוכף וע"כ שר"ל דאפי' במרדעת דלא שייך דמסקב לחמרא אפ"ה ל"ח לשאלה והיינו משום דפסק סימנין דרבנן יע"ש ואנכי תלמידו ומימיו שתיתי ולא זכיתי להבין ואחר המחילה כראוי לא די

שליכא ראי' אדרבא מוכח להיפך ממוהר"ל דהנה הקשיתי בדברי ב"ש הנ"ל שהחליט שתוס' סובר כר"ן ונ"י דל"ח לשאלה דמנלן כן דהא י"ל דאף הם סוברים דא"א סימנין דרבנן ממילא חיישינן לשאלה והא דכתבו ביבמות דק"ך בד"ה כליו דלמסקנא א"ש דל"ח לשאלה היינו כיון דאי סימנים דאוריי' ל"ח לשאלה שוב א"ש מתני' דהתם דקתני אם מצא פירות בכלי לא יחזור דאף דאי סימנים דרבנן חוששין לשאלה היינו מטעם משום חששא זו הוי כלים כסימן אמצעי וכמ"ש ב"ש הרי בהדי' אי' בב"מ דכ"ז ע"ב דגבי אבידה תיקנו חכמים למיהדר בסימנים וא"כ ממילא נמי דל"ח לשאלה דהא בהא תלי' לשיטתו ולק"מ ממתני' דהתם ועיקר קושי' תוס' מתחילה הי' רק למאי דאמרינן דאפי' אי' סי' דאורייתא חיישינן לשאלה וא"כ שפיר קשה אהתם דהא אי סימנים דאורייתא לא מצינו שום תקנה בזה שלא נחוש לשאלה גבי אבידה אבל למסקנא א"ש דאפי' אי סימנים דרבנן וממילא חוששין לשאלה מ"מ גבי אבידה אין חוששין כמו שסומכין נמי אסי' וק"ל ומה שיש ליישב שיטת ב"ש אין כאן מקומו ולא הבאתי רק כדי להבין דברי הרמב"ם ז"ל, ואומר דשפיר י"ל דסובר כב"ש דאי סימנין דרבנן ממילא חיישינן לשאלה אלא דגבי אבידה שאני דהרי בהדי' נקיט בדבריו חמור בסימני מרדעת ולא נקיט בעידי מרדעת כדאי' בש"ס אי אמרינן סי' ל"ד ובעכצ"ל דנקיט הדין אחרי התקנה דכיון שתקנו להחזיר אבידה בסימנים ממילא מהדרינן ג"כ חמור בסימני מרדעת ולפ"ז א"ש דנקיט נמי מרדעת דכיון דמהדרינן בסימני' ממילא דל"ח נמי לשאלה דהא בהא תלי' אבל לעולם בעדות אשה דלא סמכינן אסימנים חיישינן כמי לשאלה ובזה א"ש הא דנקיט הש"ס אוכף ולא נקיט מרדעת כמו שהקשה בנ"בי שם, ומה שתירץ שם דהא דנקיט במימרא דרבא אוכף היינו דוקא להך לישנא דסובר סימני' דאורייתא תמוה שהרי אמר ג"כ עידי אוכף למ"ד סימני' ל"ד והו"ל למינקט ג"כ עידי מרדעת אבל לפמ"ש א"ש דש"ס קאי אקרא ואי סימני' דרבנן מוקמינן לקרא בעידי אוכף ולא בסימנים ממילא וצריך למינקט דוקא אוכף אבל במרדעת חיישינן לשאלה כיון דלא סמכינן אסימנים חיישינן נמי לשאלה אבל הרמב"ם איירי כמו שהוא אחר התקנה לכן נקיט סימנים ולא נקיט עדים ממילא דגם בסימני מרדעת מהדרינן כנ"ל, והנה עדיין קשה לפמ"ש מוכח בין אי ס"דא או ס"דר חיישינן לשאלה דאל"כ קשה למה נקיט אוכף ולא נקיט מרדעת וא"כ קשה מנלן לרמב"ם באבידה ל"ח לשאלה דאף שתיקנו להחזיר בסימנים מנלן לדמות חשש שאלה להאי דמהדרינן בסימנים כיון דבאמת אפי' אי סימנים דאורייתא ג"כ חיישינן לשאלה א"כ חזינן דלא תלי' הא בהא ונראה דרמב"ם סובר כמ"ש תוס' ד"ה כליו בתירץ ראשון דממתני' דאם מצא פירות בכלי יחזור מוכח שחכמים תיקנו גבי אבידה דלא

נחוש לשאלה ודוק ולפמ"ש מוכח דרמב"ם בע"כ ס"ל כב"ש ולא מטעמו דהוא סובר מסברא ידעינן חוששין לשאלה אי סימנים ל"ד ולרמב"ם שגילה דעתו שיש לחלק בין אוכף למרדעת מוכח כן מש"ס מדנקט אוכף ולפ"ז יפה כתב הבית יוסף דרמב"ם סובר דחיישינן לשאלה ודלא כש"ך בסי' ס"ה ס"ק כ"ו, וא"כ בנ"ד גם אם נימא דמניעת בתי שוקיים הוי סימן קשה להקל ולסמוך על מוהר"ל כיון שמוכח דרמב"ם לא ס"ל כוותי' וידעתי שעדיין שערי ההיתר לא ננעלו והאריכו בזה חכם צבי ואמ"ו ז"ל אך כל זה שייך אם מניעת בתי שוקיים הוי כסימן אמצעי ובאמת קשה לי לסמוך על זה לבד לכן אסורה נא וארא אם יש מקום למצוא היתר בנ"ד אף בלי שום סימן בגופו:

ה הנה אמ"ו בסי' ל"ב הביא דעת מוהרי"ט ומוהר"ם פאדוי שאם מכירין כל הבגדים ל"ח לשאלה שישאר ערטלאי, וכתב שאף כנ"הג שחולק עליהם י"ל שמודה היכי שהוא לבוש כל הבגדים מכף רגל ועד ראשו כמו שיצא מביתו ועדיף מכלים דלא מושלי אינשי שאי' בש"ס לפ"ז אם יכירו בנ"ד כל בגדים תהי' מותרת למוהר"ל ולב"ש אך לשיטת ב"י דמחמיר אפי' בכלים דלא מושלי אינשי מוכח בנ"בי שם דאין לסמוך אפי' על הכרת כל הבגדים (אף בלי חשש גניבה שיבואר לקמן) אמנם ראיתי בש"ות ב"ח סי' פ"ו שכתב בהדי' דלא כפוס' הנ"ל ואפי' אם מכירין כל הבגדים שעליו מ"מ חיישינן לשאלה או שהחליפן בשל חבירו ולא הוי ככלים דלא מושלי אינשי איברא בנ"ד יש עוד קולא וגדולה היא והיינו ע"י שטרי קיבוץ שנמצאים אצלו, דכתבים אלו הוי ככלים דלא מושלי אינשי כיון שהוא צריך להם ולחוש דלמא נתעשר עד שלא הי' צריך להם שנתנם לאחר, הוי מילתא דלא שכיח יותר מכלים דלא מושלי אינשי ול"ד למ"ש ע"הג סימן ע"ג וז"ל מצד הדין אין כתב קיבוץ שנמצא אתו ראי' על שמו כי אפשר אדם אחר ששמו משה נתן לו כתב קיבוץ זה משום איזה טעם יע"ש דשם לא הי' מכירין כלל את האיש שנותן לו הכתב ההוא ובכ"הג בודאי יש לחוש הרבה ויש כמה גווני שיכול לבוא לידי אחר, אבל בנ"ד שאנו מסרנו הכתבים ליד ר' יונתן ועל דעת זה הלך מביתו לסבב על פתחי נדיבים, בודאי לפי הסברא ל"ש כאן חשש שאלה, שוב מצאתי כן בהדי' בנ"בי סימן מ"א ולפ"ז יש להתירה בנ"ד היתר גמור. למוהר"ל ר"ל וב"ש:

ו אך לפום רהיטא אמרתי דעדיין יש לשדות נרגא דהנה אמ"ו בסימן ל"ב כתב דאף דבכל בגדיו ל"ח לשאלה מ"מ לפמ"ש ח"מח בס"ק מ"ב ל"ד שאלה ה"ה מכירה ואבידה ממילא יש לחוש נמי לגניבה דמה לי גניבה ומה לי אבידה ולכן אין ראי' מכל בגדים דסתם גנב לא משייר מידי יע"ש והנה אף שבזה יש מקום לפלפל ולחלק בין אבידה לגניבה מטעם חזקת כשרות אך באמת מצאתי בח"מח ס"ק נ"ה בתשובה שם שהחמיר אע"פי

שהכירו כל הבגדים ומצאו גם הפסק דין שלקח כתוב וחתום ביום שלפניו ומשמע בהדי' דהטעם הוא משום חשש גניבה, אמנם אמ"ו ז"ל הקשה שם על ח"מח דבש"ס מוכח להדי' דל"ח לגניבה ואבידה דהקשו מהא דמצאו קשור בארנקי וכיס ואי ס"ד חיישינן לשאלה כי מצאו קשור ניחוש לשאלה ומשני כיס וטבעת לא מושלי ואכתי קשה כי מצאו קשור מאי הוי ניחוש לגניבה ואבידה דלזה ל"מ מה דלא מסמני, א"ו דל"ח לגניבה ואבידה, ותירץ דח"מח כ"כ לשיטת ב"י דלא אמרי בגמר' דכלים אלו ל"ח לשאלה אלא אי ס"דא אבל אי' סי' דרבנן ואז בעינן סימן ביותר אז ל"מ כלים אלו דאף דלא מושלי אינשי היינו לא שכיח שמשאיל אותם ולפעמים משאיל אותו ולפ"ז אף דבאמת גניבה ואבידה ל"ש ול"ח לי' משום דלאו שכיח היינו אי סי' דאורייתא אבל אי סימנין דרבנן אז חיישינן אף לגניבה ואבידה דאף דל"ש מ"מ לפעמים מזדמן גניבה ואבידה יע"ש וא"כ לפ"ז לשיטת מוהר"ל וב"ש דלא ס"ל כב"י ליכא בנ"ד שום חשש דלדידהו בודאי ל"ח לגניבה ואבידה כמו שהוכיח אמ"ו ז"ל בראי' ברורה מש"ס הנ"ל וכבר קדמו בזה בש"ות צמח צדק בסימן ק"ו:

ז **אמנם** אכתי יש לחוש בנ"ד די"ל כאן כ"ע מודים דחיישינן לגניבה ול"ש כאן לומר דמשום דגניבה ל"ש ל"ח לי' שהרי העיד העד שביום ה' י"ח א"ר סיפר ר' יונתן מעות אצל מ"צ דמערכיטץ וראה אצלו טבעת של זהב א"כ ידענו שהי' לו מעות וטבעת של זהב והרי אצל המת שנמצא סמוך לטעלטש לא נמצא כלל מעות וטבעת וא"כ אף אם נימא שמת הזה הי' ר' יונתן בעכצ"ל שנגנב ממנו מעות וטבעת, וכיון דעכ"פ הי' כאן גניבה שוב יש לחוש לאידך צד דהיינו שנגנב מר' יונתן הבגדים וכתבים והמת הנמצא הי' הגנב שגנבום, ואולם זה אינו דשפיר יש להתירה מטעם דגניבה לא שכיח אי משום דמן הסתם כל אדם משמר חפצו מגנבה ואי משום דמוקמינן למת שהי' עכ"פ יהודי בחז"כ שלא הי' גנב וא"כ ע"כ שמת הזה הוא ר' יונתן ומה שלא נמצא אצלו טבעת ומעות יש לתלות בדבר אחר המצוי טובא דהיינו כיון שבע"כ הי' שוכב מת ח' ימים על פני האדמה במקום הפקר וקרוב לודאי שעבר איש וראהו ולוקח המעות וטבעת ול"ש כאן חזקת כשרות דאפשר שהי' חשוד, וגם אפשר דאין ע"ז שם גניבה כלל וק"ל וא"ל אם איתא שלקחו ממנו המעות וטבעת כשהי' שוכב מת הו"ל ליקח גם ספרים ושאר חפצים, דזה אינו דגם זה הוא דבר המצוי בכעין זה שיריאי' ליקח דבר הנראה שיש בו סימן לכן לקח רק מה שהי' יכול ליתן לכיסו מבלי שיורגש, באופן למוהר"ל וב"ש ההיתר במ"ע ואין כאן חשש איסור רק לשיטת הרב"י שהוא ג"כ שיטת הריטב"א ז"ל:

ח והנה באמת דברי ב"י תמוהין ואעתיק לשון אמ"ו ז"ל בסימן ל"ב וז"ל הנה הב"ש כתב מיהו הסוגי' אינו מיושב להרב"י ושמתי עיוני לראות כוונתו עמדתי על כוונתו והוא תשובה רבה דהרי שם אבעי' לן אי' סי' דאורייתא אי דרבנן וקאמר ת"ש חמור בסי' אוכף אימא בעידי אוכף ואי כשיטת הרב"י דאי סימנים דרבנן אפילו בכלים דלא מושלי אינשי חיישינן לשאלה דעכ"פ לא מיקרי מובהק ביותר דזימנין דמשאיל, א"כ אף דנימא בעידי אוכף אכתי מוכח דסי' דאורייתא דאי דרבנן מאי מהני עידי אוכף להחזיר החמור ניחוש לשאלה מאי אמרת לא שאילי אינשי אוכף הא אם סי' דרבנן ל"מ זה ומזה גופא דמחזירין חמור בעידי אוכף ול"ח לשאלה מוכח להרב"י דסי' דאורייתא ובראשית מחשבה אמרתי קצר משכל לתרץ קושי' זו עכ"ל ושוב כתב מה שתירץ בלימוד ישיבה דרך פלפול כאשר כתב הוא ז"ל בעצמו ומלבד כל זה, הנה עיקר תירוצו דלפי האמת מה דאי' בברייתא חמור בעידי אוכף לא קאי אקרא רק הילכתא פסיקתא היא ובאמת הוא רק תקנתא דרבנן ומתורץ הקו' דשפיר משני הש"ס לא בעידי אוכף, מ"מ קשה על הב"י מקרא גופא כדאמר רבא דקרא דכתיב חמור אתי להורות דמהדרינן בעידי אוכף א"כ מוכח דעכ"פ באוכף ל"ח לשאלה וראיתי בסי' ל"ז הקשה באמת קו' זו באופן הלז מקרא גופא ותי' דסברת ב"ש מ"ש אפי' בכלים דלא מושלי אינשי הוא חומרא דרבנן יע"ש ולענ"ד דבריו תמוהין כיון דבש"ס מפורש דילפינן מקרא דל"ח לשאלה בכלים דלא מושלי אינשי מנלן לרשב"א ולב"י לבדות מדעתם דחכמים החמירו לחוש לשאלה מה שלא נזכר בש"ס והיאך שייך לומר חששא דרבנן כיון שלא מצינו שגזרו על זה בשום מקום וק"ל, עוד האריך שם בסימן ל"ב להביא ראיות נגד הבית יוסף וסיים לבסוף וז"ל וכיון שכבר עלתה שיטת הרב"י בתיובתא וכיון שכבר כתבתי שכל הבגדים מכף רגלו ועד קדקדו מיקרי כלים דלא מושלי אינשי ולגניבה הוכחתי דל"ח א"כ איתתא זו שריא, יע"ש לפ"ז יש לנו עמוד גדול להשען עליו אך בנידון דידי' הי' שם עוד צדדים להתיר אבל על בגדים כבר כתב בסימן ל"ז שמעולם לא התיר עליהם לחוד:

ט אמנם באשר שכל הסמיכות של אמ"ו ז"ל הוא מכח הקו' שהזכיר שם ואני כאשר הכינותי אל לבי אולי אוכל ליישב שיטת ריטב"א וב"י וז"ל יגעתי מצאתי בעז"הי דרך נכון ליישב דבריהם א"כ עדיין צריכין להתיישב בנ"ד ולהביאו אל כור הבחינה כאשר יבואר לקמן ועתה אברר הנלע"ד בכוונת ריטב"א וב"י דהנה מוהר"ל הביא ראי' לדבריו מדאי' במתני' אע"פי שיש סימנים בגופו ובכליו ואמאי לא נקיט רבותא דאפי' אם יש לו ט"ע בכליו לא מהני אע"כ דטביעת עין באמת מהני משום דל"ח לשאלה והב"ש דחה דבריו די"ל דמתני' מיירי אפי' בכלים דלא מושלי אינשי לכך מהני ט"ע אבל לשיטת ב"י

דס"ל למ"ד סי' דרבנן אפי' בכלים דל"מ אינשי חיישינן לשאלה הדק"ל למה לא נקיט במתני' דאפי' ט"ע ל"מ בכלים משום חשש שאלה יע"ש בס"ק ס"ט ונלע"ד לתרץ דהנה הב"ש בס"ק ע"ג כתב בשם המ"ב דשני סמנים אמצעים מצטרפין דע"י צירוף נעשה סימן מובהק ומוהרא"י שה שהביא רמ"א שם דלא מצטרפין מיירי בסימנים גרועים כסומקי וחיורי, וכ"כ טו"ז אלא שח"מח חולק עליו ובח"מח ס"ק נ"ה ראיתי שחוכך לסמוך ע"ז למעשה משום דמ"ב הביא ראי' מתשובת רא"ם ולא מוכח משם לכן קשה להקל מסברא יע"ש באמת יש לי לדבר בענין הלז אלא שאין ענין לכאן, ועכ"פ נוכל לומר שריטב"א וב"י ס"ל כן ששני סימנים אמצעים מצטרפין ולפ"ז ממילא י"ל אם יש סימן בגוף וט"ע בכליו אע"פי שב"י כתב דאפי' בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה היינו משום דאף דלא שכיח מ"מ לפעמים מזדמן ועל ידי זה הוי הסימן הזה שהאיש הזה הוא לבוש בכלים שאין מכירין רק בסימן אמצעי ולא סמכינן עליו כמ"ש בשם ב"ש אבל אם יש ג"כ סימן בגוף א"כ יש כאן שני סימנים אמצעים מצטרפין דתרי מילתא דלא שכיח גבי הדדי ל"ח, ולפ"ז י"ל דב"י פי' במתני' דאי' אע"פי שיש סימנים בגופו ובכליו אין הכוונה בגופו או בכלים ויהי' זה וא"ו מחלקת דא"כ הו"ל למיתני איפכא אע"פי שיש סימן בכליו ובגופו ואז הוי לא זו אף זו משא"כ עתה דאי' בגופו ברישא הוי זו ואצ"ל זו דאם בגופו ל"מ סימן כ"ט בכלים (ואף דתוס' כתבו ברפ"ב דקדושין בשני תיבות לא שייך לומר לא זו אף זו היינו איפכא דל"ש למיתני דבר מיותר משום לא זו אף זו אבל עכ"פ הוא עדיף מזו ואצ"ל זו) אע"כ דהפיר' הוא אע"פי שיש סי' בגופו ובכליו כלומר סימן בגופו וסי' בכליו והשתא באמת בודאי אילו הי' ט"ע בכלים הי' מהני כמ"ש בסמוך דהוי כשני סימנים אמצעים אבל כשיש רק סימן בכלי קמ"ל מתני' דלא הוי אפילו כסימן אמצעי משום דהשתא יש כאן שני ספיקות האחד שמא גם כלי אחר יש לו סימן הלז כמו שאנו חוששין בכל סימן אמצעי ואין זה כלי של האיש אשר אנו סבורים כלל ואת"ל שזה הכלי הוא שלו דלמא אעפ"כ אין זה ההרוג אותו איש רק שהי' לו ממנו הכלי הלז בשאלה ולכך ל"מ אפי' בצירוף סימן הגוף וא"ש ומתורץ קו' הגאון מוהר"ל זלה"ה והנה בב"מ שם אי' למ"ד סימנין דרבנן קרא דשמלה אתי להורות מה שמלה יש לו תובעין אף כל דבר שיש לו תובעין חייב להכריז לאפוקי בדבר שמייאש, ופי' תוס' דסתם שמלה יש לו סימן ומכח זה לא מייאש דע"י סימן יכול לחקור ויבואו עדים יע"ש ולפ"ז עכצ"ל דשור ושה הכתוב בקרא ג"כ אחרי שיש לו סימן לכן חייב להכריז ועוד יותר משמע בש"ס שם דמן הסתם בהמה יש לה סימן שהרי פריך אהא דאמר מה דאבידה לד"ה קשי' ודלמא לסי' הוא דאתא כו' א"כ בעכצ"ל דש"ס סובר כמו דסתם שמלה יש לו סימן כ"כ סתם

בהמה יש לה סימן והנה בשמלה קאמר קרא דחייב להחזיר משום דיש לו סימן כמ"ש תוס' אבל אעפ"כ אין מחזירין אותו ע"י זה הסימן רק צריכין עדים ובחמור קמ"ל דאע"ג דאין לו עדים על החמור ואף שמן הסתם יש לו סימן מ"מ הא אמרינן דאין מחזירין ע"י הסימן מ"מ אם יש לו עדים על האוכף מחזירין כלענ"ד לפרש הסוגי' להרב"י, ומעתה דעת לנבון נקל דשפיר פסק דלמ"ד סי' ל"ד אפילו בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה משום דע"י חשש שאלה הוא הכלי כסימן אמצעי והא דמהדרינן החמור בעידי אוכף משום דסתם חמור יש לו סימן והוי כשני סימנים אמצעים דמהני וכמו שכתבנו במתני' דאם יש ט"ע בכלים וסימן בגופו מעידין עליו והנה מרבינן מקרא דוקא מה דמסתבר טפי דהיינו עידי אוכף ועוד דומי' דשמלה דע"כ איירי בעדים, אבל ע"י סימני אוכף לא מהדרינן אע"פי שיש סימן גם בגוף החמור וכמ"ש במתני' דיבמות כיון דאיכא שתי חששות תו לא הוי כסימן אמצעי כנ"ל וכ"ז א"א סימנים לאו דאורייתא אבל אי סימנים דאורייתא ילפינן משמלה שמחזירין ע"י סימן ומחמור ילפינן דאף אם אין בחמור סימן מהדרינן ע"י סימני אוכף ואין להקשות לפי הסברא שכתבנו לחלק בין חשש אחד לב' חששות א"ע מכלן למילף דמהדרינן בסימני אוכף דלמא הקרא אתי במסתבר טפי דהיינו דוקא בעידי אוכף דאיכא רק חשש שאלה לחוד הוא דלא חיישינן אבל בסימני אוכף דאיכא שתי חששות מנלן למילף דז"א דמרבינן דומי' דשמלה דאיירי ע"י סימנים א"כ דומי' דהכא אמרינן בחמור כיון דקרא לא מיירי בעדים ועוד יותר נראה דס"ל לרבא דאי סימנים דאורייתא לא צריך כלל קרא אעידי אוכף דאשאלה לחוד ודאי ל"ח דודאי ע"י חששא זו לא גרע מסימן אמצעי ובע"כ קרא אתי אסימני אוכף דאפי' בשתי חששות ל"ח וזה בעצמו נלענ"ד קמ"ל רבא במתק לשונו דהנה כבר דקדק אמ"ו הגאון ז"ל בתשובה בהא דאי' שם אמר רבא כו' צריכא דאי כתב רחמנא שמלה כו' דלכאורה תמוה מאי ארי' זה במה דכתב שמלה הי' הטעות הזה וכו' הכי הול"ל כולהו צריכי שמלה לדרשא דמתני' חמור לסי' אוכף וכדאמר בשור ושה שה לגיזתו ושור לגיזת זנבו כו' יע"ש בש"ות שהאריך והוכיח מזה דלא כב"י אך לפי מ"ש נראה דרבא רצה לאשמועינן חילוק הנ"ל בין חששא אחת לשתי חששות לכן מפרש היאך היינו טועים אי הוי כתב שמלה ולא חמור דהיינו אי סימנים לאו דאורייתא אז היינו אומרים דוקא בעידי גופא אבל לא בעידי אוכף (וכבר כתבתי דכל הקרא איירי ביש סימן בגופו כאשר הוא הסתם ואין לכפול הדברים), אבל אי סימנים דאורייתא היינו טועים כך דדוקא בסימנים גופו אבל לא בסימני אוכף ובודאי עידי אוכף שפיר היינו יודעין מכח סברא כיון דסימני' דאורייתא וכמ"ש בסמוך אבל סימני אוכף לא היינו יודעין משום דאיכא שתי חששות וממילא

נשמע מזה דלמ"ד סימנים דרבנן דמוקמינן קרא אעידי אוכף א"כ אמרינן דוקא עידי אוכף ולא סימני אוכף כנ"ל, ובזה מדוקדק היטב לשון רבא כי לפי הפשטות קשה טובא למה אמר אבל עידי אוכף וסי' אוכף לא בשלמא מה דאמר ה"א ה"מ בעדים דגופה וסימנים דגופה היינו משום דמספקא לי' אי סימנים דאורייתא או לא ואי סימנים לאו דאורייתא ה"א עדים דגופה ואי סימנים דאוריתא ה"א סימנים דגופה אבל הא דנקיט אבל חמור בעדים דאוכף וסי' דאוכף אימא לא, מצריכין אנו לפרש ג"כ דאי סי' לאו דאורייתא היינו אומרין בעידי אוכף ל"מ ואי סימנים דאורייתא היינו אומרים בסימני אוכף מהדרינן וזה שקר שהרי אפי' אי סימני' דאורייתא אפ"ה היינו אומרים בעידי אוכף לא מהדרינן אבל לפמ"ש א"ש ולפ"ז תבין מ"ש ת"ש חמור בסימני אוכף דכיון דקתני סימני אוכף ע"כ סימני' דאורייתא דאין לומר סימני' דרבנן והא דמהדרינן בסימני' אוכף היינו כשיש סימן גם בחמור דז"א דמנלן למילף זה מקרא דלמא מקרא מרבינן רק עידי אוכף וע"ז מתרץ הש"ס באמת אימא עידי אוכף, (ומה שהקשו מפורשים למה לא תירץ בסימנים מובהקים ביותר עיין בפ"י ובלא"ה לק"מ דקרא ודאי ליכא למוקמי בהכי דסתם שמלה יש לו סימן אמצעי ולא מובהק ביותר כדמוכח שם א"כ אי סי' דאורייתא מהדרינן ע"י סימני' ואי סימנים לאו דאורייתא מהדרינן ע"י עדים ודומי' דהכי מיירי חמור וק"ל) ולקמן כאשר אמר למ"ד סימנים דאורייתא הא דקתני אע"פי שיש סימנים בכלים אין מעידין עליו הוא מטעם שאלה והיינו דבשתי חששות אין סומכין כנ"ל, (וא"ש הא דלא נקיט במתני' ט"ע אפי' למ"ד סימנים דאורייתא דלפי מאי דמסיק רבא בחולין דט"ע עדיף מסימנים הרי עכ"פ הוי רבותא טפי) שפיר פריך מחמור בסי' אוכף דמהדרינן אפי' בשתי חששות דבשלמא אי סי' דרבנן מוקמינן לה בעידי אוכף ואיירי בסתם חמור שיש לו סימן בגופו ומהדרינן ע"י צירוף כנ"ל אבל אי סימנים דאוריי' ע"כ אייר דליכא סימן בגוף החמור ומהדרינן ע"י סימן אוכף לחוד שפיר פריך ודוק דבזה מיושבים כל הקושיו' שהקשה אדמ"ו זלה"ה ומעתה קשה עלינו לסמוך על ט"ע דכלים לחוד כיון שהעליתי ארוכה ת"ל לדברי ריטב"א וב"י ז"ל והח"מח מחמיר ג"כ כדבריהם ואמ"ו ז"ל העיד בסימן ל"ז שמעולם לא התיר ע"פי כלים לחוד אלא דאח"כ כתב שם וז"ל והנה עכ"פ כיון שיצא לנו שאפי' המחמיר בזה שהוא הרב ב"י הוא חומרא דרבנן אבל חשש דאורייתא ליכא א"כ ראוי לחפש כל הקולות יע"ש וא"כ לדידן שכתבנו דהרב"י מדאורייתא קאמר הרי אנו כמצווים ממנו שלא לסמוך על הקולא שסיים שם יע"ש:

י ונלע"ד למצוא היתר אפי' לבית יוסף דכבר נתבאר מ"ש אמ"ו ז"ל דמוכח מש"ס דל"ח לגניבה ואבידה אלא דח"מח חשש לגניבה למאי דפסקינן סי' ל"ד דאז חיישינן אפי'

למילתא דל"ש ולכן לא סמכינן אסי' א"כ ה"ה דחיישינן לגניבה אף דלא שכיח וה והנלע"ד דיש לחלק בין עובדא דח"מח לנ"ד די"ל כאן אף הח"מח מודה דל"ח לגניבה דיש הוכחה שלא הי' כאן גניבה דאם איתא שאיש אחר גנב מר' יונתן את כל בגדיו ולבשם כולם הנה זה ודאי הגנב לא הי' איש ערטלאי וערום מכל (כי אין דרך בני אדם לילך כך) ועכ"פ הי' לו איזה בגד ומכנסיים קודם הגניבה וצ"ל שאחר גניבה חלץ אותם ולבש בגדי ר' יונתן שגנב וא"כ הי' ראוי למצוא אצלו בגדים שחלץ והרי מצאו אצל המת האמתחת עם הספרים ובתי שוקיים וכתונת ולמה לא מצאו ג"כ שם בגד מה שע"כ הי' לבוש בו הגנב קודם גניבתו ובפרט שבין הגניבה למיתה ע"כ לא הי' אלא זמן מועט שהרי ידענו שביום א' כ"א לאייר בשנה זו פסק הקור והי' האויר חום ואין לחוש שמיום א' והלאה מת האיש ההוא שנמצא דכיון שלא הי' בו שום פצע וחבורה בודאי תלינן במצוי שמת מחמת הקור וא"כ ע"כ לכל המאוחר הי' זה בעש"ק י"ט א"ר שבשבת אין דרכן של ישראל להיות בדרך וכיון שביום ה' י"ח א"ר הי' ר' יונתן במערכיטץ ומסתמא הראה שם הכתבים שנמצא אח"כ באמתחת המת אלא שעל זה צריכין אנו לחקור אם ראו אותם במערכיטץ א"כ אילו נגנבו ממנו הבגדים והכתבים ע"כ הי' זה בלילה נגהי יום ו' וא"כ ביום שלאחריו כשמת בדרך סמוך לטעלטש הי' ראוי למצוא אצלו הבגדים שהי' לבוש קודם הגניבה והיינו צריכין לומר ע"כ שהגנב ההוא מכר או דשאל אותן הבגדים שהי' לו קודם לכן אבל למה נחוש לתרי חששות בהדדי והרי כבר כתבנו לשיטת הרב"י דע"כ ס"ל דתרי סימנים אמצעין מצטרפין משום דל"ח לתרי' מילתא דל"ט גבי אהדדי וא"כ ה"נ כיון דהא דחיישינן לשאלה או מכירה או גניבה הוא רק משום דע"י חששא זו הוי הכלים רק כסימן אמצעי דלא סמכינן עלי' אע"ג דל"ש ה"נ אע"ג דשאלה ל"ש מ"מ חיישינן וכ"ז אם הי' רק החשש לשאלה או לגניבה אבל לחוש לשתי גניבות בנידון אחד באנשים מתחלפים או לגניבה ועוד גם שאלה או מכירה וכיו"ב בודאי ל"ח דהוי תרי מילתא דלא שכיחי בשלמא בעובדא דח"מח שם הי' מוציאין אותו מן המים ספיר יש לחוש שהוא גנב כל הבגדים ולבשם ובגדים שחלץ נשארו במים וכן בעובדא של הגאון אמ"ו ז"ל הי' נמצא הרוג רק בבגדים שהי' לבוש ומסתמא כל מה שהי' אתו לקחו הרוצחים, אבל בנ"ד שהי' מת מחמת הקור מה"ת לחוש כ"כ ואף שאחר שמת ע"כ נגנב ממנו המעות וטבעת הרי כתבנו שזהו דבר המצוי שאיש שעבר עליו וראהו הי' נוטל ממנו מה שהי' יכול ליתן לתוך כיסו, אבל דבר הנראה ויש בו סימן הרי חזינן שלא הי' רוצה ליטול דאל"כ הי' נוטל את הכתונת ובתי שוקיים באופן שנ"ל דכאן לא שייך בבגדים חשש גניבה אלא דעדיין חשש שאלה או החליפה שייך דלא עדיף מכלים דלא מושלי דחיישינן לשיטת

הרב"י, והנה בכתבי מליצה שנמצא נ"ל איפכא דודאי חשש שאלת לא שייך שם כלל דאף אם נימא שזה ר' יונתן נעשה עשיר מ"מ ליכא למיחש שנתן כתבים לאחר שהרי בתשובת צ"צ סי' ק"ו הובא בק"ע כתב באחד שהי' אצלו סידור תפלה בשאלה ואח"כ מצאו לאחד מת עם זה הסידור והתיר את אשתו דכאן לא שייך חשש שאלה משום דאין שואל רשאי להשאיל יע"ש והיינו ודאי משום דמוקמינן לי' אחזקת כשרות ול"ח שעשה שלא כדין ול"ד לגניבה שחשש בח"מח ול"א לאוקמי בחזקתו שלא הי' גנב דז"א דהאי חזקה איתרע טובי דהא ידענו עכ"פ שיש בעולם כמה גנבים (עיין סוף פ"ק דביצה) וא"כ שפיר חיישינן דלמא המת הזה הוא אחד מהם שהרי אין אנו מכירין אותו אבל בעובדא של הצ"צ שהי' מכירין את האיש שהי' אצלו הסידור בשאלה ודאי מוקמינן לי' אחזקתי' שלא עשה שלא כדין ולפ"ז י"ל גם בנ"ד כיון שר' יונתן הי' אצלינו בחזקת כשרות מה"ת ניחוש שנתן הכתבים אפי' אם נעשה עשיר ועבר על לפ"ע ויגרום שיקבוץ מעות ברמאות אשר ע"ה נ"ל דל"ש בכתבים כאלו שום חשש שאלה או נתינה בכוונה אף חשש גניבה או אבידה שייך כאן וא"כ חשש בכתבים הוא ממש איפכא מחשש בבגדים דבבגדים שהי' לבוש לא שייך גניבה ולא אבידה שלא מדעת ובכתבים שייך ושאלה או החליפה ל"ש בכתבים אבל בבגדים שייך ולפ"ז י"ל לפענ"ד בנ"ד אם יכירו כל בגדים וכתבים כבר הכרנו שהם של ר' יונתן וא"כ אם אנו רוצים לחוש שהמת הנמצא אינו ר' יונתן ע"כ צריכין אנו לומר שהי' כאן שני דברים הפכים שכתבים באו ליד איש הזה ע"י גניבה או אבידה והבגדים בא לידו ע"י שאלה או החליפה והרי כבר כתבנו לשיטת ב"י ע"כ ס"ל דשני סימנים אמצעין מצטרפין דתרי מילתא דלא שכיח לא אמרינן ולמה נחוש כאן לשתי חששות מתחלפות אשר כל אחד בפ"ע הוא מילתא דל"ש שהרי אי סימנים דאורייתא ל"ח בשום גווני לא לשאלה ולא לגניבה ואבידה משום דל"ש כמ"ש הב"ש בטעמא דבית יוסף:

יא ועוד נלענ"ד סניף גדול להתירה מעיגון ותהי' לענ"ד מותרת אף אם לא יכירו כל הבגדים מהא דאי' בכתובת דף למ"ד הכל בידי שמים חוץ מצנים ופחים כו' וכתב תוס' והא דאמרינן לעולם אל יעמוד אדם במקום סכנה אלמא יכול לשמור עצמו מן הפורעניות כו' התם מן הפשיעה יכול לשמור עצמו אבל כשמביאין עליו מן השמים באונס א"א לו ליזהר אבל צינים פחים לעולם אל יביא עליו באונס אם רוצה ליזהר עכ"ל והנה לכאורה לפ"ז אדם שמת מחמת הקור ע"כ נאמר עליו שהוא עצמו פשע במיתתו אמנם בתשובת צ"צ סימן צ"ג שכתב וז"ל בכה"ג כשאדם יוצא לדרך בעוד שאין הקיר גדול כל כך ואין הרוח סוער כ"כ ואח"כ כשהוא ע"פ השדה נתחזק הרוח ונתגבר הקור עד כי תועה מן

הדרך ובא לידי סכנה ודאי דאין זה בידי אדם אלא בידי שמים ולא אמרינן שצנים ופחים בידי אדם אלא כש כשהוא רואה שכבר הרוח סוער והקור גדול והוא אינו משים על לבו ונשאר בבית התם הוא דאמרינן דאין זה בידי שמים אלא בידי אדם יע"ש עוד כתב שם בריש התשובה וז"ל כיון שאז עדיין לא הי' הרוח סוער לא הי' סכנה לצאת לאדם שהוא מלובש כראוי והא קא חזינן שאין אדם נמנע מלילך לדרך שהוא צריך אפי' בזמן שהקור גדול אלא שצריך שיהי' מלובש כראוי ע"כ חזינן דאינו נקרא פושע אלא אם הלך בעת שהרוח סוער או אם אינו מלובש כראוי, והנה בנ"ד המת הזה שנמצא באמת נוכל לומר עליו שלא הי' מיתתו בידי"ש רק שהוא הי' פושע בעצמו ולא מבעיא אם אנו מכירין בגדיו שהם של ר' יונתן א"כ אף אם המת אינו ר' יונתן ע"כ שבא הבגדים והכתבים לידו אחר שהלך ר' יונתן ממערכיטץ שהרי שם הי' לו לר' יונתן עדיין הכתבים (וכבר כתבתי לעיל שנחקור עוד יע"ש) והנה כשהלך ר' יונתן ממערכיטץ כבר הי' הרוח סוער כן משמע לי הלשון שאמר הבחור אהרן ולפ"ז אם שוב אח"כ באו הבגדים והכתבים ליד אחר ודאי לא הי' זה ע"פ השדה במקום הפקר רק באיזה בית וכשיצא האיש ההוא שב אח"כ מן הבית ההוא הרי כבר פשע שהלך מן הבית בעת שהרוח סוער, אלא דבלא"ה הרי כאן לא הי' מלובש כראוי שהרי לא הי' בתי שוקים ברגליו א"כ וודאי שכבר עבר על מ"ש לעולם אל ילך אדם במקום סכנה, והנה לענין זה ודאי דכל ישראל בחזקת כשרות הם שאינם עוברים על דבר זה ואינו דומה לגניבה כמש"ל אבל ר' יונתן חזינן שעבר ופשע בדבר הזה שהי' הולך בעת שהי' רוח סוער ולא הי' מלובש כראוי וא"כ הרי יש לנו חזקה טיבה שהמת הנמצא הוא ר' יונתן שאל"כ אנו צריכין להוציא ישראל אחד מחזקתו ולומר שפשע כנ"ל אלא דכנגד חזקה זו יש לאידך גיסא חזקת אשת איש אבל עכ"פ כיון שיש חזקה נגד חזקה שוב לא אתחזק איסורא ולפי מה שהכריע הפרי חדש בכללי ס"ס היכי דליכא חזק"א אמרינן ס"דא לחומרא הוא רק חומרא דרבנן א"כ גם הכא הוי רק איסור דרבנן וכבר הכריע אמ"ו הגאון בסימן מ"ג דאם יש רק איסור דרבנן תו לא חיישינן לשאלה וא"כ אף כאן אף אם לא יכירו הבגדים הרי עכ"פ מצאו הכתבים ואם לא חיישינן לשאלה הרי היא מותרת לכן מכל אלו הטעמים נלענ"ד שיש להתיר האשה באופן שיסכימו עמי הרבנים כנ"ל, הכ"ד הבע"ח הק' מרדכי בער:

דרושים

דרוש שדרשתי בב"הכנ הקדושה הנקרא אנ"ש בעיר מלאה חכמים וסופרים ק"ק פראג המעוטרה יע"א: א במס' בבא מציעא דף פ"ג ע"א רבה בר בר חנא תברו לי' הני שקולאי חביתא דחמרא שקיל לגלימייהו אתו אמרו לרב א"ל הב להו גלימייהו, א"ל דינא הכי

א"ל אין למען תלך בדרך טובים יהיב להו גלימייהו א"ל עניי אנן וטרחינן כולה יומא וכפינין ולית לן מידי א"ל זיל הב להו אגרייהו א"ל דינא הכי א"ל אין וארחות צדיקים תשמור פירש"י בדרך טובים לפנים משורת הדין, וקשה בסוגין:

א) הקשו תוס' בדף כ"ד ע"ב ד"ה לפנים דבעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי בדף למ"ד ע"ב הביא קרא (בשמות י"ח) והודעת וגו' אשר יעשון זו לפנים משורת הדין, וכ"כ בבבא קמא דף צ"ט ע"ב בעובדא דר' חייא ומדוע הביא כאן קרא דדברי קבלה ושביק קרא דדברי תורה:

ב) קשה לי למה לא הביא ראי' דצריך לילך לפנים משורת הדין מקרא דאי' (דברים ו') ועשית הישר והטוב ופירש"י זו פשרה לפנים משורת הדין ובע"כ מ"ש רש"י פשרה הוא לאו דוקא כי ילפינן מהאי קרא דינא דבר מצרא כדאי' במס' ב"מ דק"ח וכמו כן ילפינן דשומא הדרא כדאי' בדף ל"ה ע"א. וא"ל מהאי קרא לא מוכח שמחויב לעשות לפנים משורת הדין היכי שיש לו הפסד ממון כי בשומא הדרא לית לי' פסידא וגם במקום פסידא ליכא דינא דבר מצרא, א"כ גם מקרא הלז לא מוכח דאולי אמר למען תלך בדרך טובים כשלא יהי' לו פסידא:

ג) קשה לי לפירש"י ותוס' כי תיבת טוב מצינו הרבה פעמים בתנ"ך על דרך צדיקים שהוא דרך טוב, והוא דרך הממוצע ועיין ברמב"ם בפרק א' מדיעות הלכה ה' שכתב וז"ל ומצווים אנו ללכת בדרכים אלו הבינונים והם הדרכים הטובים והישרים כו' יע"ש:

ד) הקשה בספר בינה לעיתים בדרוש י"ב כי כפי הנראה מפשוטו כי כשאמר גם בחלוקה שני' זיל הב להו היינו מעין הראשונה לפנים משורת הדין וקשה בשלמא מעיקרא דמייתי למען תלך בדרך הטובים ניחא כפירש"י לפנים משורת הדין כי דרך טוב יתפרש כן כמו ועשית הישר והטוב, אבל מאידך דמייתי ואורחת צדיקים תשמור הא צדיק לאו חסיד הוא דליעבד לפנים משורת הדין דצדיק משמע שאינו עושה רק דבר המצודק יע"ש ולפמ"ש גם מקרא קמא לא מוכח כמ"ש באות ג' דמועשית הישר והטוב לא מוכח כיון שנכתב ביחד עם תיבת הישר כמובן:

ה) הקשה הבינה לעיתים דרבה שאיל לרב דינא הכי לומר האם הוא מדין גמור יתחייב בכך והשיב אין דמשמע דהוא דין ומייתי קרא דלפנים משורת הדין ראוי לעשות כן אלמא לאו דינא הוא וא"כ איך קאמר אין והו"ל לומר בהאי לישנא לא ומיהו למען תלך בדרך טובים, ותירץ ואפשר לומר כי כיון ששלמה המלך מזהיר ויעץ לעשות לפנים משורת הדין וכשבא להזהיר על כך ואמר למען תלך בדרך טובים ואורחת צדיקים תשמור כלומר עשה אתה מה שהוא דרך טובים וצדיקים משמע שעשיית לפנים משורת

הדין אצל צדיקים וטובים הוא דרכם ואורחותם בדבר הנוהג נמצא א"כ שמה שנקרא לפנים משורת הדין הוא לגבי שאר העם שאילו לגבי טובים וצדיקים הוא דרכם ומנהגם וחוזר אצלם כדין גמור וע"כ אמר רב לרבה בב"ח שהי' אדם חשוב אין דינא הכי לגבך שאתה מחויב לעשות לפנים משורת הדין כיון שעל כיו"ב אמר שלמה היות דרך צדיקים וטובים עכ"ד פח"ח ודבריו ברורים כי מצינו כמה דברים אצל אדם חשוב שצריך לדקדק ביותר כמ"ש רמב"ם בפ"ה מיסודי התורה הלכה י"א וז"ל ויש דברים אחרים שהן בכלל חילול השם והוא שיעשה אותן אדם גדול בתורה ומפורסם בחסידות דברים שהבריות מרננים אחריהן בשבילם ואע"פי שאינן עבירות ה"ז חילול השם כו' הכל לפי גדלו של חכם צריך שידקדק על עצמו ויעשה לפנים משורת הדין יע"ש ומקורו ממס' יומא דפ"ו ע"א ואז"ל במס' ב"מ דף ל"ג בקרא (ישעי' נ"ח) הגד לעמי פשעם עמי אלו ת"ח ששגגות נעשה להם כזדונות וא"כ אצל רבה בב"ח הוי דין גמור והי' ח"ו חילול השם אם לא שילם להם, ולפי דברי ב"ל י"ל מ"ש בדף למ"ד ע"ב לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה שלא קאי וגל הבעלי דינים רק על הדיינים שהם בעצמם לא עשאו לפנים משור' הדין והלכו ע"פי דין ולאנשי' חשובי' ורשומי' חיוב לילך לפנים משורת הדין ומדוייק היטב מ"ש ר' יוחנן שם אלא על שדנו בה דין תורה ר"ל הדיינים כשהי' להם דין עם אחד לא רצו לילך לפנים משורת הדין ואצלם הי' דין גמור ואולם יש לתרץ קו' ב"ל הנ"ל באופן אחר:

ו) הקשה רמ"א ז"ל על גוף הקרא כי לפמ"ש רש"י ותוס' מ"ש למען תלך בדרך טובים היינו לפנים משורת הדין ואיך כנוסף על זה אמר ואורחת צדיקים תשמור שהם עושים רק הצדק בלבד ואיך אחר החסידות יסוגו אחור אל הצדקות ואדם ראוי שיהי' הולך ממדריגה למדריגה ולא יורד:

ז) הקשה רמ"א הנ"ל על סוגי' הנ"ל הלא יותר חסידות הי' מה שהי' נותן להם השכר ואיך יחס החסידות יתירי' על פסוק ואורחת צדיקים תשמור שהם עושים רק הצדקה בלבד:

ח) יש לדקדק על צדיק כרבה בב"ח היאך עשה דין לנפשו ולא הלך לבית דין שהם יפסקו הדין:

ב ונלענ"ד ליישב היטב ולולי דברי הראשונים ז"ל יש לפרש פי' אחר בסוגי' ונקדים מחלוקת הפוסקים בהא דאי במס' ב"מ ד"ו ע"ב בספק בכור מחלוקת ר' המנונא סובר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו ורבה סובר מוציאין מידו וכ' תוס' בד"ה פוטר דכן הלכה ול"מ תפיסה בספיקא דמציאות נגד הבעלים שהי' להם חזקת מרא קמא וכמ"ש הר"אש ואולם רמב"ם בפי"א מביכורים פסק דאין מוציאין ומחבר בש"ע יו"ד סימן שט"ו

הביא דעתו להלכה והשמיט דעת החולקים ורמ"א הביא גם דעתם ותמה הש"ך בס' ת"כ סימן א' וב' על המחבר אמאי לא הביא דעת החולקים שהם רובא דמנכר וכתב שהי' בהעלם מעין העדה דעתם, ולענ"ד לק"מ ותמהני על תמיהתו כי לפמ"ש הש"ך בעצמו בספרו ת"כ באריכות להוכיח היכי שיש מחלוקת בתפיסה עצמו אי יכול לתפוס ודעת מוהרי"ט בתשובה שאין יכול לתפוס והוא ז"ל הוכיח דיכול לתפוס ויוכל לטעון קים לי דמהני תפיסה וא"כ ניצל רבינו בית יוסף מהשגתו כי ראה וידע מחלוקת רוב הפוסקים עם הרמב"ם אי הכהן יכול לתפוס ממילא כשתפס מועיל תפיסתו כי יכול לטעון קים לי דמועיל תפיסה כרמב"ם דאתי' יחיד נגד רבים יכול לטעון קים לי רק במקום שיחיד חולק נגד כל חכמי ישראל א"י לטעון קים לי והכא כתב בש"ך ז"ל בעצמו שסמ"ג ורשב"א סוברים כרמב"ם לכן מיסתם סתים המחבר ז"ל כרמב"ם כי ליכא נ"מ בדעת החולקים כיון שעכ"פ תפס הכהן וביותר תמהני כי הש"ך עצמו מביא מ"ש רשב"א סי' שי"ג שכתב לתרץ דלכן פסק הרמב"ם דת"כ אין מוציאין מידו משום דפליגי אמוראים הנ"ל ויכול התופס לומר קים לי כר' המנונא ומזה הוכיח בספרו (עיין בא"ות בכללי תפיסה ס"ק צ"ז) דתפיסה מועיל אף כשיש מחלוקת בתפיסה עצמו, ועמ"ש הש"ך בס"ק ק"א וק"ב וק"ג ובתומים שם, וא"כ תי' הנ"ל מספיק לתרץ שיטת המחבר, ואדרבה יש לתמוה על רמ"א שהביא דעת החולקים הא ליכא נ"מ כיון שכהן תופס אמאי אין יכול לטעון קים לי, ואפשר לומר דנחלקו מה שנחלקו אחרונים גדולי חכמי ספרדיים ז"ל בש"ות, אי בעל דבר צריך למיטען קים לי שדעת קצת גדולים ז"ל שרק עבור יתומים ולקוחות טוענים הב"ד ולא עבור בעל דבר ודעת קצת גדולים שגם בעד בעל דבר טוענים הב"ד קים לי אף אם הוא לא טען טענינן עבורו וי"ל שמרן המחבר סובר דטוענים עבורו לכן לא הביא דעת החולקים כי ליכא נ"מ לדינא אף אם לא נדע דעת החולקים, אבל רמ"א י"ל דסובר שאין הב"ד טוענים א"כ נ"מ שכיון שרוב החולקים ל"מ תפיסת הכהן אם אין טוען קים לי אף לשון רמ"א שכתב וז"ל וי"א דמוציאין אותו מיד כהן וכן הילכתא עכ"ל אינו מדוקדק לפי זה היאך כתב שכן הלכה שמוציאין הא אי תפס וטוען קים לי אין מוציאין מידו וי"ל דבריו בדוחק (ועיין בכנ"הג בכללי קים לי ס"ק י"ח וכדומה שבספר ברכי יוסף מפלפל בזה אי טוענין קים לי ואין ספרו תחת ידי כי ראיתי רק לפי שעה בהעברה בעלמא), ולכאורה אכתי יש לעיין דהנה בספר כנסת הגדולה בח"מ סימן כ"ה ס"ק ל"ג כתב וז"ל מי שתפס וזכה כבר מכח קים לי ואח"כ תפס האחר ורוצה לזכות מכח קים לי לא אמרינן קם דינא ואין האחר יכול לתפוס ואם תפס מפקינן מיני' אלא אם חזר ותפס לא מפקינן מוהר"ם מטראני אבל הר"ש יונה בתשובה כתב דמפקינן מיני',

ואפשר דלא פליגי דמוהר"ם מיירי בשזכה האחר בטענת קים לי בתפיסה שתפס ולא הי' תופס מעיקרא אבל מי שזכה בטענת קים לי להיות תפוס מעיקרא בנידון הר"ש יונה ז"ל מוציאין עכ"ל, וא"כ לפי דברי כנ"הג היכי שכהן תפס כיון שאין לכהן חזקת מרא קמא רק שהוא תופס עכשיו אם חזרו הבעלים ותפסו הבכור וטוענים קים לי' כמ"ד תקפו כהן מוציאין מידו מהני תפיסה, ואכתי קשה הו"ל למחבר להביא דעת החולקים הסוברים שמוציאין מידו כי נ"מ אם חזרו הבעלים ותפסו ועכ"פ קשה למה סתם שתקפו כהן אין מוציאין מידו הו"ל לבאר שמחמת ספק בהלכה הדין כן כי יש נ"מ היכי שחזרו הבעלים ותפסו ומשמע לכאורה דסובר קם דינא. ואפ"ל שאין צריך לכתוב דין זה כיון שעיקר הטעם דתקפו כהן א"מ מידו משום דהו"ל ישראל מוציא ועלין הראי' ממילא ידעינן מסברא כיון דמהני תפיסתו אף שאין לו חזקת מרא קמא מכ"ש שמהני תפיסת ישראל שיש לו חזקת מרא קמא (ולפ"ז בע"כ ל"ל סברת רשב"א בתשובה רק כר"אש ודוק) ובגוף הדין לכאורה י"ל שתלי' במחלוקת הפוסקים בסימן קל"ט סעיף מ' בח"מ במחבר וש"ע סק"ב היכי שקיי"ל כל דאלים גבר אם חזר השני ותקפה אם זכה לדעת מחבר היכי שגבר אם בא אחר כך חבירו וגברה לא מהני, ודעת תוס' בב"מ דף ו' ע"א ד"ה והא דאם חזר וגברה ידו ותקפה זכה ואפ"ל שאני התם שאין שום אחד מהם מוחזק משא"כ הכא שבעלים הי' מוחזקים כיון שהי' להם חזקת מרא קמא יש לומר שמהני תפיסתם לכ"ע. מיהו לפמ"ש הר"אש מובא בסמ"ע שם ס"ק ד' הטעם דלא רצו חז"ל לתקן דבר שיהי' כל ימים במריבה ובמחלוקת היום יגבר זה ולמחר יגבר זה י"ל ה"ה כשתפס כהן לא מהני אח"כ תפיסת הבעלים וא"ש שיטת המחבר ומ"מ צ"ע לדינא כי יש להאריך בזה ואין כאן מקומו ועכ"פ לק"מ על מחבר:

ג והנה רוב הפוסקים השיגו על רמב"ם מנ"ל לפסוק כן ולענ"ד יש להביא ראי' לשיטתו מסתמא דגמרא שס"ל כן דאי' במס' קדושין דף ע"ד ע"ב נאמן הדיין לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי בד"א בזמן שבע"ד עומדין לפניו אבל אם אין בע"ד עומדים לפניו אינו נאמן כו' ונהדר ונדיינהו בשודא דדייני וקשה לפי מה שנתבאר מחלוקת אמוראי' הנ"ל ולר' המנונא תפיסה מועיל מספק אף להוציא מחזקת מרא קמא, ולרבה ל"מ וכן מורה סוגי' הש"ס שם, וכתב הר"אש בפ"ב בב"ק סימן י"ח דתפיסה לא מהני בספיקא דדינא כמו בבכור דל"מ תפיסה, ובש"כ בספר תקפו כהן סימן ה' כתב לדעת רמב"ם דת"כ אין מוציאין ה"ה בספיקא דדינא מהני תפיסה, והנה כתבו תוס' במס' ב"מ דף ו' ובכמה דוכתי אפי' למ"ד דמוציאין מידו ותפיסה ל"מ ה"מ כשתפס אחר שנולד הספק אבל קודם שנולד הספק מועיל וכתב הש"כ בס' תקפו כהן בסימן פ"ה ופ"ו דבתיקו הוי כל

תפיסה שבעולם לאחר הספק דהספק נולד בשעת חתימת הש"ס משא"כ במחלוקת רבוותא לא מתחיל לידת הספק רק משעה שב"ד שדנין על הענין הניחו הדבר בספק כיון שעדיין יכול להכריע כאחד מהם לא מיקרי נולד ספק כי אם לאחר פסק דין שהניח הדין בספק יע"ש שהאריך במחלוקת רבוותא יכול הדיין להכריע כאחד מהם ואם א"י להכריע הדין שהמע"ה ואם תפס קודם שפסק הדין מהני תפיסה כי הוי קודם שנולד הספק אבל אם תפס ממוחזק לאחר שפסק הדיין הדין שהמוציא מחבירו עליו הראי' ל"מ תפיסתו אי תפיסה לא מהני בספיקא דדינא כמו בספק בכור וזהו פשוט אף שש"ך מיירי במחלוקת רבוותא שאחר חכמי הש"ס ז"ל ה"ה במחלוקת תנאים ואמוראים כיון שדיין יכול להכריע כאחד דהא אפי' אמורא מצי להכריע כתנא לא מתחיל לידת הספק כ"א משעה שהניח הדיין את הדין בספיקא שלא ידע להכריע, וא"כ מאי מקשה הש"ס וליהדר ולדייני' ומוקי בגווני דשודא כיון שנחית לוקמי בגווני הו"ל לוקמי בגווני אחרינא כגון שדן דין שהי' אצל הדיין ספיקא דדינא שלא הי' יודע להכריע בין מחלוקת תנאי' או אמוראים או שמעצמו הי' מסופק בדין אי דמי לדין אחר כי שכיחי ספיקות בעניני דיני ממונת ופסק כדין המע"ה והי' מזכה למוחזק ואחר שפסק הלך זה שיצא חייב בדינו ותפס ממוחזק ומכחיש לדיין ואומר שהי' מזכהו בדין כי הייתי מכריע הדין לחייב להמוחזק וציות ליתן לי ודיין אומר שתפסו בעל כרחך, ומעתה אם האמת כדברי הדיין שהי' חייב בדינו אזי מוכרח להחזיר כי תפיסה לא מהני לאחר שנולד הספק דהא לע"ע שכבר הניח הדיין בספיקא דדינא הוי לאחר שנולד הספק רק הוא מכחיש לדיין שהי' מזכהו לכן כ"ז שבע"ד עומדים לפניו נאמן הדיין כשני עדים ומחויב לה להחזיר ואם אין עומדים לפניו אינו רק כע"א ומחויב התופס לישבע ש"דא להכחישו וממילא לק"מ קו' הש"ס ונהדר ונידייני' כי אם יהי' דין חדש אזי יזכה בדין כי יהי' תפיסתו קודם שנולד הספק דהא עיקר הספק מתחיל משעה שדיין הניח הדין בספק כשדן על הענין וא"כ אי אפשר למיהדר ולדון, ואולם אי נימא ת"כ אין מוציאין מידו ומהני תפיסה בספיקא דדינא אף בתפס לאחר שנולד הספק א"א לוקמי בגווני הלז דהא אף אם אמת כדיין שהי' מזכה למוחזק מחמת ספק מהני תפיסת השני אף שהוא לאחר שנולד הספק אבל אי נימא דת"כ מוציאין מידו ול"מ היכי שתפס אחר שנולד הספק רק היכי שתפס קודם שנולד הספק קמה קו' הנ"ל וא"כ לא מבעי' לפירש"י שם דקו' הוא מס מסיפא דברייתא בודאי קשה כנ"ל אלא אפי' לפמ"ש ריטב"א והובא בש"ך סי' כ"ג סק"א דקו' הש"ס וליחזי זכותי' הוא מרישא דברייתא למה לן נאמנתו ומשמע דקו' ונהדר ונידייני' הוא ג"כ על רישא, ג"כ קשה הא שפיר משכחת תפיסה כשהי' עומדין לפני הדיין תפס השני מראשון

לפי דברי דיין וניהו אי מיירי שהחפץ שהי' דנין עליו לא הי' תחת יד אחד מהם כשהם בב"ד אי אפשר למצוא גווני הנ"ל לפמ"ש הש"כ בת"כ סי' קכ"ו שא"י לתפוס ע"י שליח דהוי בגדר תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים מ"מ קשה מנ"ל להקשות דלמא מיירי שהדבר שדנין עליו הי' ביד אחד מהם לפני דיין ותפס השני בעצמו, אע"כ דסתם נ"מ סובר דת"כ אין מוציאין מידו וא"א לוקמי וכנ"ל. ולפ"ז מיושב קו' האורים ותומים בסימן כ"ה סק"ה בסופו לרב דסובר בכתובת דף צ"ד ע"ב חלוקה עדיפא ול"ל שודא קמה קו' הש"ס וליהדר ולדייני' דאף בפעם שני' יפסוק חלוקה ובהנ"ל א"ש די"ל דרב סובר ת"כ מוציאין מידו ותפיסה ל"מ בספיקא דדינא רק כשתפס קודם שנולד הספק ובלא"ה לק"מ קו' הש"ס ואולם הרמב"ם סמך על סתם גמרא וא"ש. ואולם כ"ז הוא דרך פלפול ובלא"ה קשה לפמ"ש בהגהות אשר"י במס' סנהדרין דף ל"א דכל היכי דפליגי יחיד ורבים ולא אתמר דלית הילכתא כדברי המרובים ואתמר הלכה כיחיד לא מהדרינן עובדא בדיעבד יע"ש וא"כ הוי לוקמי בגווני שהי' דן במחלוקת שהי' בין יחיד ורבים ואתמר הלכתא כיחיד ודיין טען שפסק כרבים דלא מהדרינן עובדא בדיעבד והבע"ד טוען שפסק כיחיד ולכן א"א למיהדר ולדייני' מלכתחילה יפסקו כיחיד כיון שהלכה כיחיד וצ"ל כמ"ש תוס' בכמה דוכתי דדרך הש"ס לנקוט גווני הפשוט וה"ה דמצי למינקט גווני אחריני ולא מוכרח, ובלא"ה יש לדחות ודברי אלה הם רק לפלפולא בעלמא:

ד אמנם יש להביא ראי' מהא דאי' במס' כריתות דף כ"ג ע"א אמר ר' יוחנן שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו, ופירש"י דהפקר הוא משנגמר דינו אמר רבא מסתברא טעמא דר' יוחנן כגון דאמר נרבע שורו ופירש"י הטעם דמסתמא אפקרי' מיני' דסבר עידי אמת הן הלכך הפקר הוא וכן קיי"ל להלכה כמ"ש רמב"ם בפרק א' מנזקי ממון הלכה י"ג ועיין בהר"אש במס' ב"ק דף קי"ו ע"א ובמרדכי בפ' הגוזל בתרא סימן קס"ט וש"ות מוהרי"ק שורש ג', ואולם בירושלמי במס' סנהדרין בפרק ו' ה"ב ובב"ק בפ' שור שנגח הלכה ח' נחלקו בזה ר' יוחנן ור"ל וסובר ר"ל דהוי הפקר בטעות, ועיין בס' מראה פנים ויש להבין באיזה סברא פליגי ר' יוחנן ור"ל דבע"כ וודאי מודה ר' יוחנן דהפקר בטעות לא הוי הפקר דהוא הלכה פשוטה בש"ס וכן מבואר בתוס' במס' גיטין דף מ"ז ע"א ד"ה אדעתא שכן סובר ר' יוחנן, ועיין בתוס' במס' ב"מ דף ס"ו ע"ב ד"ה התם ובע"כ פליגי בזה גופא אי הוי בטעות ויש לחקור מאי טעמייהו, ולכאורה י"ל דנחלקו בסברא אי אדם מייאש ממונו בספק השקול, היכי שמסופק אי יהי' לו זכות אי מפקיר מספיקא לר' יוחנן סובר מספיקא מפקיר דחושש אולי עידי אמת הן, ור"ל סובר שאינו מפקיר מספיקא והוי הפקר בטעות, ולכאורה יש לה"ר לזה מהא דאי' במס' ב"מ דף כ"ג

ע"א בהא דאי' במתני' כריכות ברשות הרבים הרי אלו שלו אמר רבה אפי' בדבר שיש בו סימן קסבר סימן העשוי לדרוס לא הוי סימן פירש"י שאין בעליו סומכין עליו לתת סימן מימר אמר נשחת הסימן בדריסת הרגלים, ורבא מוקי דדבר שאין בו סימן אבל בדבר שיש בו סימן חייב להכריז דסימן העשוי לדרוס הוי סימן יע"ש ובע"כ מחלוקתם לרבה אפי' מספיקא מייאש ועיין רש"י בב"מ שם דכ"א ע"א ד"ה מעות דיאוש הוא מטעם הפקר (ואף לתוס' ב"ק דף ס"ו ע"א ד"ה כיון מ"מ טעם אחד הוא כמו שאין מייאש ממון מספיקא ה"ה אינו מפקיר ממון מספיקא) ורבא בע"כ סובר מספיקא אינו מייאש ממונו וי"ל דנחלקו בזה ר' יוחנן ור"ל, אף ז"א דא"כ רבא דסובר דהוי סימן בע"כ סובר מספיקא אינו מייאש והכא סובר כר' יוחנן דמפקיר מספיקא ותו דבע"כ גם במחלוקת הנ"ל אי אפשר לפרושי כפשוטו דאי' במס' מכשירין בפרק ג' מצא בה מציאה אם רוב נכרים אינו חייב להכריז ואם רוב ישראל צריך להכריז מע"מ צריך להכריז, ומבואר ברמב"ם בפרק א' מהלכות אבידה הלכה ז' שאפילו בא ישראל ונתן סימן אינו חייב להכריז ברוב נכרים שמייאש מפני שהוא אומר עכ"ום מצאה יע"ש וכ"כ תוס' במס' ב"מ דף כ"ד ע"א ד"ה כי וכן מוכח כדבריהם דאי אפשר לומר הטעם דתלינן שנפל מרוב נכרים הא קיי"ל דלא סמכינן על רובא היכי דאפשר לברורי, ועיין בתוס' ב"מ דכ"ג ע"א ד"ה והא כל מה דאפשר לתקן ולהשיב ממון לבעלים ע"י הכרזה מתקנינן, וא"כ אמאי לא יכריז אולי נפל מישראל ויתן בו סימן וכמו דקיי"ל באיסורא ברוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם דלא סמכינן היכי דאפשר לברורי (ולפמ"ש מגן אברהם בסימן תל"ז סק"ד א"ש אך דבריו סותרים למ"ש בסימן ח' ס"ק י"א וטו"ז ביו"ד סימן ל"ט סק"ו וכבר העיר מזה בש"ות נודע ביהודה חלק יו"ד סימן נ"ה) ולענין זה חמור ממין מאיסורא כי באיסורא רובא וחזקה רובא עדיף ובממון לא מהני רוב נגד חזקת ממון ועיין תוס' במס' ב"מ דף כ' ע"ב אע"כ כתוס' ורמב"ם ולא הוי אפשר לברורי דאפי' נפל מישראל מייאש ובע"כ במחצה על מחצה דחייב להכריז משום דאינו מייאש מספיקא וא"כ קשה על רבה דסובר סימן העשוי' לדרוס לא הוי סימן (ומ"ש הפני יהושע במס' ב"מ שם לפרש מתני' הלז אף שהוא דבר נחמד מ"מ נראה שכתב רק לפלפולא בעלמא ולא משמע כן בש"ס ובפוסקים להמעיין בדבריהם) ובע"כ צריכין אנו לדחוק דפליגי אי רוב נוטה שידרוס רבה סובר דמייאש מחמת שרוב נוטה שיפסיד ממון כי הוא שכיח שידרוס ומיד דשכיח הוי בגדר רובא ובכה"ג מוכח ממתני' דמכשירין דמייאש ורבא סובר דלא שכיח ומספיקא אינו מייאש ועיין בתוס' במס' ב"מ דף כ"א ע"א ד"ה אלו וא"כ בנ"ד במחלוקת ר' יוחנן ור"ל ליתא לדברינו הנ"ל ודוחק לומר דפליגי אם יותר נוטה שלא יוזמו עדים דכ"ז הוא דוחק

להמעיין היטב, לכן נראה דרמב"ם סובר דר' יוחנן ור"ל בירושלמי הנ"ל פליגי במחלוקת שנחלקו אמוראים בב"מ דף ו' אי תקפו כהן מוציאין, והיינו אי תפיסה מספיקא מהני נגד חזקת מרא קמא וא"כ י"ל דתרווייהו סוברים דיש לנו ספק בכוונת בעל השור אם הי' מפקיר או לא דיש לומר אולי מספיקא דסובר עידי אמת הן הפקיר או דחושב אולי מ"מ ימצא עידי הזמה אף שלא ידע בבירור שאומרים שקר מ"מ כיון שהוא ספק אצלו לא הי' מפקיר וזהו גופא הוא לנו ספק אם הפקיר והוי ספק הפקר וקיי"ל כשיש ספק אם הפקיר או לא קם הדבר בחזקת מרא קמא ואולם אם תפס תלי' במחלוקת הנ"ל אי תפיסה מהני נגד חזקת מרא קמא כמו בתקפו כהן ויש לומר דר' יוחנן סובר כר' המנונא דתקפו כהן אין מוציאין מידו דתפיסה מהני נגד חמ"ק לכן סובר כל המחזיק בו זכה, כיון שתפס עכשיו מהני תפיסתו מספיקא ור"ל י"ל דסובר כרבה דתפיסה מספק לא מהני נגד חזקת מרא קמא וכיון שהחזיק מספק לא מהני תפיסתו וא"כ רמב"ם שפיר פוסק כר' יוחנן דקיי"ל הלכה כר' יוחנן בר מתלת וכמ"ש רבא במס' יבמות דף ל"ו ואין להקשות על דברינו לפמ"ש פני יהושע במס' כתובת דף י"ב שברי מהני נגד תופס דאף דקיי"ל כר' נחמן ור' יוחנן דלא מהני ברי משום דאיכא חזקת ממון המתנגד אבל היכי דליכא חזקת ממון רק מעלת התפיסה לבד מהני ברי וא"כ אמאי לא מהני טענת ברי של בעל השור היכי שיאמר שלא הי' מייאש ובשגם כי אפשר לברורי ולשאול את פיו בממ"נ אם יודה שהפקיר פשיטא דמהני הודאתו לחובתו (ודוחק לומר דנ"מ היכי דחב לאחרינא) ומ"ט דר"ל, ואם יטעון בברי שלא הפקיר וכיון שאין המחזיק יכול לידע כוונתו ובע"כ טוען שמא והמחזיק אין לו דק מעלת התפיסה אמאי סובר ר' יוחנן דמהני תפיסתו הא בכה"ג ראוי לומר ברי ושמא ברי עדיף, ודוחק לומר דמיירי ששכח מה הי' בדעתו ועיין בתוס' במס' שבועת דף כ' ע"א ד"ה לישנא, דמסתימת לשון הש"ס לא משמע כן דכל כי האי הו"ל לפרושי שדרך אמוראים לפרושי ולא לסתומי, דז"א חדא לפמ"ש תוס' בכמה דוכתי בברי גרוע ושמא טוב לא מהכי אפי' לר' הונא ור"י וה"ה לר' יוחנן נגד תופס בעינן ברי טוב, ואפי' לשיטת הרמב"ן בבע"הת שלית לי' האי חילוקא ועיין בתוס' במס' ב"ב דף קל"ה ע"א ד"ה אביי מ"מ י"ל כמו שהוכחתי בחיבורי בכלל ג' פרט ד' דהא דסוברים ר"ה ור"י דבר' עדיף משמא נגד חזקת ממון ולר' נחמן ור' יוחנן נגד תופס שתפס מספק היינו היכי שאין לב"ד ספק בלא טענותיהם ועיקר הספק בא לב"ד ע"פי טענותיהם כספיקא דמציאות אבל היכי שיש לב"ד ספק מחמת דעת תורה אלים הספק ולא יוכל לטעון ברי נגד ספק שהוא מכח הדין שראוי להסתפק ספק כזה, וא"כ הכא שרז"ל נסתפקו בכוונתו אין יכול לטעון ברי נגד ספק חכמים כיון שיש לנו

ספק בכוונתו בע"כ חקרו חכמים ע"פי דעת תורה בדעת בני אדם שיש מקום להסתפק והבאתי ראי' לזה, וא"כ נכונים דברינו הנ"ל שיש להביא ראי' לשיטת רמב"ם דהלכה דתפיסה מספיקא מהני נגד חזקת מרא קמא וכמ"ד ת"כ אין מוציאין מידו, והא דאי' בירושלמי במס' בבא קמא עבד היוצא ליהרג ונמצאו עדיו זוממין ר' יוחנן אמר זכה עצמו ר"ל אמר יאוש טעות הוא (ובמס' סנהדרין הגי' והקדישו בעליו וצ"ע ולכאורה הגי' דמס' ב"ק הוא עיקר) י"ל ג"כ כמ"ש הטעם ר' יוחנן סובר מספיקא מהני תפיסה ועבד מוחזק בעצמו כמ"ש תוס' במס' גיטין דף י"ט ע"א ד"ה מפני והר"אש במס' בבא קמא דף ט"ו ע"ב סימן כ', ועיין בש"ות מוהרי"ק שורש צ"ד שכתב להדי' דאפי' עבד כנעני מוחזק בעצמו ואף שמוהרי"ק תמוה בזה, וכבר הערתי ע"ז בקיצור בכלל א' פרט ה' היינו במ"ש להלכה פסוקה אפי' לרוב פוסקים דס"ל תפיסה ל"מ נגד חזקת מרא קמא אבל לשיטת רמב"ם דסובר תפיסה מהני שפיר י"ל דסובר ר' יוחנן כיון שעכ"פ מוחזק במלאכה לא יכול הראשון לכופו להשתעבד מה שנוגע לממון, וראיתי בקצ"הח סימן רמ"א סק"ג ובסימן פ"ח ס"ק ט' שהשיג על מוהרי"ק כעין סברא שכתבתי בספרי כלל ה', אך נראה מדבריו לכ"ע לא מהני תפיסת העבד במה שמוחזק במלאכה היכי שיש ספיקא כיון דהוי ספק בתפיסה עצמו אם התפיסה תפיסה כמ"ש מוהרי"ט בחלק ח"מ סימן קנ"א, ותמהני הא הש"ך בס' תקפו כהן סימן ק"א וק"ב וק"ג השיג על מוהרי"ט והוכיח דאפי' בכה"ג מהני תפיסה לפוסקים דמהני תפיסה בספיקא, ואולם לפי דברינו ההכרח לומר הא דסובר ד' יוחנן דזכה עצמו היינו לענין ממון שאין יכול להשתעבד למלאכה אבל לענין איסורא כיון שיש לנו ספק אם הפקר והוא הי' בחזקת עבד א"י לישא בת חורין וצריך גט שחרור וקצת מורה הלשון ר' שאמר זכה עצמו כיון שלענין זה הוא מוחזק ולענין איסורא צריך גט שחרור, וזהו דלא כהבנת בעל פני משה בספרו מראה הפנים שהבין שם לר' יוחנן א"צ אפי' גט שחרור מיהו הרמב"ם לא הביא כלל דין העבד וכבר הרגיש בזה בעל פני משה שם ויש לעיין הרבה בדבריו ואין כאן מקומו:

ה ומעתה נבאר לרוב הפוסקים הסוברים דהלכה דתקפו כהן מוציאין מידו ולא מהני תפיסה בספיקא דמציאת בגד חזקת מדא קמא אי מהני תפיסה בספיקא דדינא, הר"אש במס' בבא קמא בפ"ב כתב דלא מהני תפיסה דדמי לספק בכור, ואולם הש"ך בספרו תקפו כהן סימן ה' ובכמה דוכתי שם כתב אפי' לשיטתם מהני תפיסה דל"ד לספק בכור דאין לכהן זכות בו דיכול ליתן לכהן אחר ואפי' אי איירי במכירי כהונה מ"מ אין להם חיוב עליו משא"כ בשאר דברא דממונא דיש עליו טענה בבירור ותקפו אין מוציאין מידו ולכן רמ"א ז"ל שלא הכריע אי תפיסה מהני בספיקא דדינא גבי בכור הכריע דמוציאין

מידו, ובסימן פ"ח כתב לכן במחלוקת רבוותא מהני תפיסה משום דאי עביד הדיין כחד מנייהו קם הדין אף דלכתחילה לא מצי הדיין לעשות כן מ"מ יכול לומר עבידנא דין לנפשי דהדין עמי ואני הוא הדיין ועושה דין לעצמי דהא פליגי בפ' המניח אי מצי למיעבד דינא לנפשו היכי דליכא פסידא ולכ"ע במקום פסידא יכול למיעבד והכא הוי במקום פסידא דכשלא יתפוס ויבוא לב"ד לא יכול הדיין להגבותו לכתחילה לכן אפי' ברבים לגבי יחיד ואפי' תפיסה שלא ברשות ואחר שנולד הספק וטוען שמא אף שיט כל הני מילי לגריעותא יכול לתפוס ומביא ראי' מבעל התרומת שער י"ד ס"ב ומכ"ש היכי שיש מחלוקת רבוותא אם הבעל דבר הוא צורבא מדרבנן דיכול לתפוס וכדאי' במס' מועד קטן דף י"ז ע"א אמר רב יוסף צורבא מדרבנן עביד דינא לנפשי' במילתא דפסיקא לי' וכתב רש"י וז"ל דאמר לי' את מחייבת לי הכי והכי ועל מילתא דפסיקא לי' פי' שודאי הוא לו ולא ספק וע"ש, והנה הר"אש השיג על פי' זה וז"ל במילתא דפסיקא לי' שברור לו הדין ידון ומוציא מבעל חובו בעל כרחו ויכול לנדות על דינו וקשה הדבר לפרש כך אם הדין ברור לו אינו ברור לאחרים ואיכא חילול השם בדבר ועוד היכי שהדבר ברור אין אדם דן דינו של קרובו וכ"ש של עצמו ור"ת פירש כגון הקורא לחבירו עבד וכיו"ב משמע דלענין נידוי קאמר דוקא ולא לענין ממון מיהו קשה לי מ"ש במילתא דפסיקא בדבר גדול כזו בכל ענין ביזוי שיבזה אדם ת"ח יכול לנדות לעצמו וי"ל דמילתא דפסיקא דאמרינן עביד אינש דינא לנפשי' היינו שהוא מנודה לכל ישראל כאלו נדהו ב"ד עכ"ל (ועיין בש"ות הר"אש כלל כ"ו הובא בתומים סימן ד' ס"ק ג' שהביא פי' רש"י ומשמע שהסכים לפירושו וצ"ע) ונלע"ד ליישב קו' הר"אש דהנה הש"ך בסימן ז' כתב הטעם להסוברים בבכור ל"מ תפיסה ובספיקא דדינא כגון באבעי' דלא אפשטא שנשאר בתיקו דיכול לתפוס כי בספק בכור אינו דבר תלוי בחכמה ובסברא וא"א להתברר הספק אבל בספק תיקו דהוא דבר התלוי בסברא ולולי דהעמידו חז"ל בתיקו הי' אפשר לה להכריע בסברא יכול המוחזק לומר קים לי כהך סברא, ובסימן ע"ז וע"ח העלה במחלוקת שנחלקו הרי"ף וסיעתו עם הר"אש וסיעתו אי תפיסה מהני בספיקא דדינא קשה לפסוק במחלוקת הלז שיועיל תפיסה רק אם הוא תלמיד חכם ואומר אני תופס ויש לי לברר לפשוט הספק מן המשנה וגמרא ודיינים רואים שדבריו דברי טעם יכול להחזיק מה שתפס ובתומים בכללי קים לי ס"ק ז' השיג על זה דמי יכול עכשיו להכריע הספק שנשאר בש"ס בתיקו, ועכ"פ מודה שהדין הנשאר בתיקו בזמן חכמי הש"ס אם א' מחכמים הגדולים הי' בע"ד יכול לתפוס בספיקא דדינא ולטעון קים לי כהאי סברא ומכ"ש במחלוקת רבוותא שכתב הש"ך בסי' ע"ט ופ' ופ"א שעדיף מאבעי' דלא אפשטא דהוי כטוען ברי דטוען אני סומך

על הנך רבוותא דמזכים אותי, ואולם במחלוקת רבוותא אפילו עם הארץ יכול לתפוס דהוי כטוען ברי ע"פי עדים אבל בספיקא דדינא שאין לו מסייע בעינן תלמיד חכם, וא"כ לק"מ דהר"אש ז"ל הבין בכוונת רש"י שהי' הכחשה בממון לכן הקשה קו' הנ"ל אבל יש לומר כוונתו שלא הי' סכסוך והכחשה שמודים זה לזה רק מהי' ספיקא דדינא כגון תיקו ואבעי' דלא איפשטא שאין עם הארץ יכול לתפוס דרש"י סובר דהלכה כמ"ד תקפו כהן מוציאין מידו וכשיטת הר"אש כמו דל"מ תפיסה בספק בכור ה"ה בספיקא דדינא אך היכ' דטוען ברי אפי' בספיקא דמציאות מהני תפיסה כמ"ש תוס' במס כתובת דף כ' ע"א ד"ה ואוקי, וה"ה בספיקא דדינא, ואולם עם הארץ בספיקא דדינא כה"ג אין יכול לטעון ברי (ודוקא במחלוקת רבוותא יכול לטעון ברי ע"פי רבוותא המסייעין לו) אבל תלמיד חכם יכול לטעון ברי שהדין עמו וז"ש במילתא דפסיקא לי' היינו שברור לכו הדין מצד חכמתו שיכול להכריע הספק ומחויב לברר הדין בפני בית דין שמברר הספק ע"פי דין תורה רק שיכול למיעבד דין לנפשו ולתפוס אף שלא ברשות ב"ד ומהני תפיסתו כיון שיברר בפני בית דין שהדין עמו ולק"מ קו' הר"אש דליכא חילול השם כיון שמברר הדין והנ"מ אף שיש לבית דין ספיקא דדינא מ"מ היכי שהוא ת"ח ומברר בפני בית דין ראייתו מהני תפיסתו והיינו ממש דברי הש"ך וזהו פשוט ונכון, העולה מזה להרבה פוס' במחלוקת רבוותא יכול לתפוס וא"צ להמתין לבוא לדין דכשימתין עד שיבוא לדין תורה יפסיד כיון שכנגדו מוחזק יפסוק הדיין שהמע"ה לכן מותר למיעבד דינא לנפשו כדי שיהי' תפוס כי לשיטתם בספיקא דדינא מהני תפיסה ועיין במס' כתובת דף ס"ד ע"א דאיתא שם השתא דלא אתמר הילכתא לא הכי ולא הכי אם תפסה לא מפקינן מיני' מוכח שאפילו במחלוקת תנאים ואמוראים הדין כן וכמ"ש הראשונים זלה"ה:

(הג"ה** עיין בתוספת במס' ב"ב דף קכ"ג ע"ב ד"ה הכא כתבו שמכירי כהונה חשיב מוחזק מחמת איסור מתנה מועטת ויכול לחזור ועי' בתוס' ב"מ דף ה' ע"א סוף ד"ה והא, ולכאורה צ"ע שדבריהם סותרין ויש ליישב להמעיין היטב שוב ראיתי בקצ"הח סימן רע"ח ס"ק ט"ו שהרגיש בזה, ולפי דברי מוהרי"ל סי' ע"ד המובא שם אין יכול לחזור וצ"ע עוד בדברי תוס' בב"ב ד"ה הכא להמעיין במס' בבא מציעא דף מ"ט ע"א ובתוס' ד"ה ר' יוחנן ובמס' גיטין דף למ"ד ע"א בתי' רב, ויש ליישב ע"פי הדחק דוק ותשכח:)**

ד ואולם יש לחקור אפילו לפוסקים דמהני תפיסה בספיקא דדינא או במחלוקת רבוותא אי דוקא כשיש לו תביעה על גוף החפץ אי אפי' היכי שאין לו תביעה על גוף החפץ רק רק על דמי החפץ, וראיתי שכבר נחלקו בזה אבות העולם, מוהרש"ל במס' בבא קמא בפר' ב' סי' ה' כתב אף להסוברים דמהני תפיסה בס"ד ובמחלוקת רבוותא שיכול לומר

קים לי היינו דוקא שתופס גוף החפץ שטוענים עליו וכן הדין בנדונית חתנים דמהני תפיסה במחלוקת רש"י ור"ת היינו דווקא בגוף הדבר שטוענים עליו אבל לתפוס משל חבירו דבר הו"ל כגזלן ומתחילה נזקקין לו להחזיר גזילתו ואחר כך ידין עמו ולא מהני תפיסתו וכ"כ מוהרי"ק סי' קס"א והש"ך בספר תקפו כהן מסימן ק"ח עד סימן קי"ג השיג ע"ז וסובר שמהני תפיסה אף שאין לו טענה על גוף החפץ שתפס והנה לשון המרדכי בפ' המניח שהביא הפוסקים הנ"ל מורה כמוהרי"ק ורש"ל שכתב בסי' למ"ד וז"ל קיי"ל כר' נחמן דאמר עביד אינש דינא לנפשי' פסק רבינו מאיר דהני מילי בחפץ המבורר שהוא שלו ומחזיק בו ומסרב להחזיר כו' וראי' בפ"ק דברכות דאמר בתר גנבא גנוב וטעמא טעים והקשה רבינו קלונמיס הלא מן הדין לקח דקיי"ל עביד אינש דינא לנפשיה ויש לומר דהיינו אותו דבר עצמו שנחלק לו לאריס מותר לו לקחנה בכל מקום שיכול להשיגה דומי' דבן בג בג דאמר שלו הוא נוטל אבל הכא לקח זמורות אחרות שלא גנב לו אריס עכ"ל ועיקר הטעם בספיקא דדינו בתיקו או באבעי' דלא איפשטא או במחלוקת רבוותא דמהני תפיסה משום דעביד אינש דינא לנפשי' כמ"ש הש"ך בסי' פ"ט והביא ראי' מבעל התרומות שער י"ד שהוכיח מהא דאי' בפ' כל הנשבעין גבי פלוגתא דרב ושמואל סוברים מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אין יורשיו נשבעין ונוטלין דאין אדם מוריש שבוע' לבניו ור' אלעזר סובר דיורשים נשבעין ונוטלין ואיתא בש"ס דעביד כרב ושמואל עביד דעביד כר"א עביד וכתבו כל הפוסקים דלכתחילה עבדינן כרב ושמואל וכתב בעל התרומות ומסתברא דאי קדמי יתמי מלוה לתפוס מנכסי דיתמי לוה אע"ג דמית לוה בחיי מלוה כיון דתפיס לא מפקינן דהא כיון דאסיקנא דדיינא דעביד כרב אלעזר עביד ולא מהדרינן עובדא וקיי"ל בעלמא עביד אינש דינא לנפשי' והו"ל כמאן דאזיל לב"ד ודנו לו כר' אלעזר כיון דתפיס תפיס ומכאן הוכיח הש"ך שאפילו ברבים לגבי יחיד (כמו התם דרב ושמואל הם רבים לגבי ר' אלעזר) אף דלכתחילה כרב ושמואל אפ"ה מהני תפיסה מספק דהא יתמי מלוה אינם טוענים ברי והוא שלא ברשות ולאחר שנולד הספק, ואם כיון שעיקר הטעם משום עביד אינש דינא לנפשי' ראוי להיות כמו התם בעביד דינא לנפשי' שבעינן שיתפוס אותו חפץ שדנין עליו כמ"ש המרדכי משא"כ היכי שמחויב להחזיר אותו חפץ לא מהני תפיסה דלא מיקרי מוחזק ובאמת האורים ותומים בכללי קים לי ס"ק ק"ח כתב כרש"ל ז"ל ומסתברא דברי רש"ל כי חפץ שטוען ואין לו טענה בגוף החפץ כי כל היכי דאיתא ברשותא דמרי' איתא וכיון דמודה שהוא של חבירו רק תפסו למשכון הרי חבירו יכול להקדישו ואין זה בגדר גזל ולא נתייאשו הבעלים דהרי דהמודה לו בו ואין לי עליו רק תפיסה א"כ הרי חבירו יכול

להקדישה וכל היכי דאיתא ברשותי' דחבירו קאי ואינו נקרא תפיסה כלל זולת כטוען על גוף החפץ ה"ז עביד אינש דינא לנפשי' עכ"ל והדברים נכונים, ונראה להביא ראי' לסברא זו היכי שמוכרח להחזיר אותו דבר שטוען עליו רק שיש לו תביעה על ממון שדנין עליו לא הוי מוחזק במה שתפס הדבר כדי לתבוע הממון מהא דאיתא במס' ב"מ דף ק"י ע"א יתומים אמרו אנו השבחנו ובעל חוב אמר אביכם השביח על מי להביא ראי' סבר ר' חנינא למימר ארעא בחזקת יתמי קיימי ועל בע"ח להביא ראי וא"ל ההיא סבא הכי אמר רב יוחנן על היתומים להביא ראי' מ"ט האי ארעא כיון דלגוביינא קיימי כמאן דגבי' דמי ועל היתומין להביא ראי' וכתב רש"י כיון דבין היתומים השביחו ובין אביהם השביח דינו ליטול קרקע עם השבח ואם היתומים השביחו מעלה להן השבח בדמים הלכך גבי ארעא עם השבח בממ"נ נמצא היתומים תובעין להוציא ממנו ועליהם ראי' יע"ש ולמד מזה בתשובת מיימוני דשייכי לס' משפטים סימן י"ב הובא במג"א סי' קנ"ד ס"ק כ"ג לענין ס"ת ועיין בשלטי גבורים בפ' הנשבעין (בדפי הספר שי"ב) שלמד מזה היכי שהדבר שתפס עומד להחזיר אין לו תפיסה על הממון שרוצה לתבוע כי על הממון הוא שכנגדו מוחזק וכן כתבתי בכלל ט"ו פרט ג' וזהו יותר מעטרים שנה שאמרתי בפני כבוד א"א מ"ו הגאון נר"ו ובפני גדולי חכמי פולין שקשה לי ע"ז מהא דמקשה הש"ס בבא מציעא דף כ"א ע"ב על אביי דאמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ממתני' דפירות מפוזרין הרי אלו שלו והא לא ידע דנפל מיני' דלכאורה יש להבין מנ"ל להקשות דלמא לא אירי אביי רק בודאי יאוש שלא מדעת כמ"ש רמב"ם בפרק י"ד מהלכות אבידה הלכה ד' שעדיין אומרים הבעלים שמא נתתי לפלוני או במגדול הוא מונח או שמא טעיתי בחשבון וכיוצא באלו הדברים אין זה יאוש משא"כ במתני' הוי ספק יאוש שלא מדעת אולי היה יאוש מדעת והוי של מוציא כיון שתפס ואולם כבר הרגיש בזה הרב המגיד שם בהלכה ה' וז"ל ודע שנראה מן הסוגי' שכל דבר שיש לחוש אם ידעו בעלים בנפילתו אם לאו אסור מספק לפי ששם אמרו גבי מעות מפוזרין הרי אלו שלו ומקשינן עלה דאביי ופרקינן אדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה אלמא מספיקא בדבר שאין לתלות אסור דאל"כ מאי קשי' ומאי פירוקא זה נ"ל וכל הסוגי' מוכחת כך עכ"ל ואולם צריך להבין על הש"ס גופא מנלן להקשות ובע"כ צ"ל לפמ"ש תוספת במסכת כתובות דף ט"ו ע"ב ד"ה להחזיר ובמס' יומא דף פ"ה ע"א ד"ה להחזיר ובס' שיטה מקובצת בשם הראשונים ז"ל דמוציא מציאה לא הוי מוחזק שאין לו חזקת מרא קמא כי לא היה מארי דממונא רק יש לו שם תופס ותפיסה מספק לא מהני נגד חזקת מרא קמא לדידן דקיי"ל תקפו כהן מוציאין מידו ותפיסת המוציא הוא מספק שאין יודע אם היה יאוש

מדעת ולבעלים יש להם חזקת מרא קמא ול"ד למ"ש הרמב"ן הובא בר"אש במס' בכורת דף י"ב ע"א סימן ט"ו דתפיסה ברשות מהני שאני הכא אף שתפס בהיתר שמותר ליקח המציאה מכל מקום אין לו דין תפיסה ברשות כמ"ש בש"ות תרומת הדשן סי' שכ"א דבעינן שבעלים התפיסו מדעתם לאותו שהוא מוחזק והתפיסו לו אדעתא דהכי שיהיה שלו ועיין בש"ך בסי' נ"ז ונ"ח ובתומים בכללי תפיסה לכן ל"מ תפיסתו נגד חזקת מרא קמא שהיה לבעלים בחפץ שתפס המוציא מציאה מספיקא והא דלא מוקי הש"ס דאביי סוב' דתקפו כהן אין מוציאין מידו ותפיסה מספק מהני נגד חזקת מרא קמא יש לומר כיון דרבה רבו סבר דמוציאין מסתמא סובר כוותי' ואולם קשה לפמ"ש תוס' במס' ב"ק ד"ה הכי נמי וז"ל אע"ג שאין יאוש מועיל באבידה בתר דאתי לידי' מ"מ בעי למילף שפיר דיאוש קני בגזל בתר דאת' לידי' דבמציאה נמי ניהו שלא היה קונה לענין זה שלא יצטרך להשיב ולהפטר לגמרי הואיל וכבר נתחייב בהשבה מכל מקום היה קינה לענין זה שלא יתחייב לשלם כי אם דמים כמו לגבי גזל יע"ש וא"כ קשה דלמא סובר אביי כרבה דיאוש כדי קונה בגזל על גוף החפץ וא"צ לשלם כי אם דמים וה"ה אף בודאי ישל"מ דלא הוי יאוש א"צ לשלם כי אם דמים ועכשיו שהוא ספק ישל"מ הוי המוצא מוחזק בממון שעל הממון יש לו חזמ"ק וקשה קו' הנ"ל מאי מקשה מפירות מפוזרין דלהכי הוא שלו כיון דהוי ספק ישל"מ והפירות הם בודאי של המוציא ואין הספק רק בממון וע"ז יש לו חזקת ממון מעליא, וצ"ל דהקו' הוא לאביי לשיטתו דמשמע דמתני' מיירי בכל גווני אף שהאובד טוען ברי ובב"ב דף קל"ה סובר אביי אפי' ברי גרוע עדיף משמא אפי' בחזקת ממון מעליא ועוד הארכתי בזה בדרך פלפול ואין כאן מקומו:

(הג"ה** עיין מ"ש בשאלות ותשובת נודע ביהודה חלק אבן העזר סי' ל"א בהג"ה ומ"ש באמ"ו הגאון נר"ו, בשו"ת שמן רקח חלק א' סי' נ"ה בסופו ובצל"ח בחי' לכתובות דף י"ט ע"ב ד"ה איסורא, ובש"ות ת"ה סי' שי"ד ודוק מיהו דברי תרומת הדשן תמוהין מאד כמ"ש בחלק ב':)**

ה ונלע"ד לבאר על פי כלל הנ"ל סוגי' דברכות דאיתא שם רב הונא תקיפו לי' ארבעה מאה דני דחמרא על לגבי' ר' יהודא ורבנן כו' ואמרו לי' ליעיין מר במילי א"ל מי חשידנא בעינייכו א"ל מי חשיד קב"ה דעביד דינא בלא דינא אמר להו אי איכא מאן דשמיע עלי מילתא לימא אמרו לי' הכי שמע לן דלא יהיב מר שיבישא לאריסא אמר להו מי קא שביק לי מידי הא קא גניב לי' כולי' פירש"י וז"ל מי שביק לי מידי מיני' וכי אינו חשוד בעיניכם שהוא גנב לי הרבה יותר מחלקו עכ"ל אמרו לי' היינו דאמרי אינשי בתר גנבא

גנוב וטעמא טעים פירש"י הגונב מן הגנב אף הוא טועם טעם הגניבה עכ"ל אמר להו קבילנא דיהבנא לי' יע"ש ויש לדקדק:

א) בלשון רש"י בד"ה מי שביק שפירש דברים מיותרים למה לן אם הוא חשוד בעיניהם הא אף אי לא היה אריס חשוד בעיניהם הי' גם כן התירץ כהוגן:

ב) למה אמרו בלשון מליצה היינו דאמרו אינשי כו' ולא קאמרו בפשיטות שאסור לעשות דבר זה:

ג) קשה מדוע יהיה באמת אסור לעשות כן כיון שבאמת הי' גנב אמאי לא יהיה רשאי להחזיק, ולכאורה עלה בדעתי דהנה איתא במס' סנהדרי' דף כ"ו ע"ב אמר רב נחמן גנב ניסן וגנב תשרי לא שמי' גנב וה"מ באריס ודבר מועט ובדבר שנגמר מלאכתו פירש"י דטרח בי' ומורה התירא ליטול דבר מועט יותר על חלקו מפני טורח ודבר שנגמרה מלאכתו דמשווי' נפשי' כפועל וסבר דלא קפיד ועיין בר"אש ובטור שלחן ערוך חשן משפט סימן ל"ד סט"ו ורי"ף ורמב"ם גורסים בדב' שלא נגמרה מלאכתו וז"ל רמב"ם בפ"י מעדו' הלכה ה' אריס שלקח דבר מועט מן הפירות שבכרו ביומי ניסן ויומי תשרי קודם שנגמר מלאכתן אע"פי שלקח שלא מדעת בעל השדה אינו גנב וכשר לעדות שאין בעל השדה מקפיד עליו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ומשמע מלשונו שאין הטעם משום מורה התירא רק שבאמת אין בעל הבית מקפיד עליו ומוחל לו, והטעם כיון שעוסק במלאכתו באותו זמן מוחל לו ואחר כך אינו מוחל לו, והכסף משנה הבין דכוונתו גם כן משום מורה התירא, ולולי דבריו ז"ל י"ל כמה שכתבתי ונ"מ לדינא לשיטת רש"י וסיעתו אף דאינו נפסל לעדות ואין לו שם גנב אבל מכל מקום צריך לשלם לבע"הב דהא לא מחיל ומקפיד על הדב' אבל לרמב"ם דאמרי' שמוחל לו פטור מלשלם לבע"הב והא דלא ביארו משום דלא איירי לענין תשלומים רק לענין אי כשר לעדות דבזה מיירי הסוגי' ואין דרכו לכתוב מדעתו דבר שאינו מפורש במ"ס ואם כן היה מקום קצת ליישב סוגי' הלז (הגם שלפי דברי רש"י שכתב שהוא גנב לי הרבה לא יתיישב מ"מ לולי דבריו י"ל שהי' רק דבר מועט יותר מחלקו רק לשון הש"ס לא משמע כן מיהו גם לדבריו הוא ל"ד) ואולם זה אינו ובע"כ מוכח כפי' הכסף משנה דאל"כ תיקשי הא לא עדיף מאם היה מייאש שפירוש להגניבה ולכמה פוסקים ומכללן רש"י הוא מטעם הפקר, וקצת משמע בב"מ דף כ"ג ע"ב שהוא מטעם מחילה ואפ"ה אף למ"ד יאוש כדי קנה היינו לענין שאין צריך להחזיר גוף החפץ אבל צריך לשלם הדמים כדאי' בב"ק דס"ו ברש"י ובכל הפוסקי' ודוקא היכי דאיכא שינוי רשות ועיין בח"מ סימן שנ"ג סעיף ג' לדעת כמה פוסקים אפי' כשיש שנוי רשות צריך להחזיר הדמים ומכ"ש ביאוש לחוד אף למ"ד דקנה ועיין בבבא

קמא דף קי"ד ע"א לכן נראה לענ"ד בביאור הסוגי' דאי' בב"ק דף ס"ח ע"א דסובר ר' אלעזר סתם גניבה יאוש בעלים וכן קיי"ל בש"ע ח"מ סימן שס"ח ס"ב ובב"ק דף ס"ו סובר רבה יאוש לחודא קונה ואין צריך להחזיר גוף הגניבה וגזילה ולר' יוסף לא קנה אפי' מדרבנן כתב רש"י שם והוא עצמו ישלם והיינו גוף הדבר וכבר כתבנו מ"ש מרדכי בפ' המניח וז"ל וראי' מפ"ק דברכות בתר גנבא גנוב וטעמא טעים הקשה הר"ן הלא מן הדין לקח דקיי"ל עביד אינש דינא לנפשי' וי"ל דהיינו דוקא אותו דבר עצמו שלקח לו האריס מותר לו ליקחנ' בכל מקו' שיוכל להשיגו דומיא דבן בג בג דאמ' שלו הוא נוטל אבל הכא לקח זמורת אחרים שלא גנב לו האריס יע"ש ועיין במוהרי"ק שרש קס"א שמפלפל אולי הפירוש בש"ס שלקח ר' הונא הזמורות שלקח לו האריס ועיין במוהרש"ל בפ"ב דב"ק סי' ה' ולפמ"ש יש לומר שלקח אותן זמורו' שגנב ויובן היטב הפי' בסוגי' ונקדים ג' הקדמות ידועים:

א) האריך הי"ש שם בראיות ברורות דהא דיכול למיעבד דינא לנפשי' היינו כשברור לכל העולם או יש עדים כדבריו או שיש לו מגו, אבל בלא"ה בודאי אין יכול לתפוס דלא שבקית חי לכל ברי' מי שירצה יתפוס ויטעון שמגיע לו וחולק על מוהרי"ק ז"ל:

ב) מבואר במס' ב"ב דף ל"ג ע"א בסוגי' דרבא בר שרשום כתבו תוס' בד"ה לקוחה דלא אמרינן מגו שיכול לטעון טענה להכחיש את הקול אף דאם הי' טוען הי' נאמן מ"מ ליכא מגו דאינו רוצה להעיז פניו ועיין בכנ"הג בחשן משפט סי' פ"ב בכללי מגו ס"ק פ"ד ובתומים שם שכתבו כן במוחלט לדעת רוב הפוסקים (ועיין נ"בי מהדורא קמא חלק חשן משפט סי' ל'):

ג) במסכ' סוכה ד"ל ע"א מבואר ברש"י שם ב' לשונות לל"ק סובר ר' הונא יאוש גרידא לא קנה ולליטנא בתרא סובר דקני ונראה להוכיח מסוגי' דסובר יאוש כדי לא קני ובזה נבוא לבאר הסוגי' ואומר לולי דברי המרדכי ז"ל שמיירי שבאמת לקח ר"ה אותן זמורות שגנב האריס ובזה קיימינן בשיטת מרדכי דלא מצי למיעבד דינא לנפשי' רק היכי שרוצה לתפוס אותו דבר שיהיה שלו דומי' דבן בג בג, ולפי זה אי נימא סתם גניבה יאוש בעלים ויאוש כדי קנה אין יכול למיעבד דינא לנפשי' לתפו' מגנב כיון שהי' מייאש ואין לו עליו רק תביעת דמים ואף כשתופס גוף הגניבה הוי כתופס דבר אחר דהא צריך להחזיר גוף הגניבה אבל אי ס"ל יאוש כדי לא קנה הגנב גוף הגניבה יכול לתפוס אותו דבר וא"כ לפי זה א"ש דרב הונה היה תופס אותן זמורות כי סובר יאוש כדי לא קנה וא"כ יוכל להחזיק בגוף הזמורות ושפיר מצי למיעבד דינא לנפשו ואין צריך לילך לבית דין ואולם כבר נתבאר דעת רש"ל אף שיכול לתפוס גוף הדבר שרוצה להחזיק היינו היכי שיש לו עדים

או שהיה לו מגו ויש לומר דר' הונא הי' לו ב' טעמים שיוכל לתפוס כי היה לו מגו שהיה אומר שנתן שיבושא לאריסא וגם היה ידוע לרבנן שאריסא גנב ואולם רבנן סוברים יאוש כדי קנה וא"כ מדויק היטב שרבנן אמרו שמיע ל ולא יהיב מר שיבושא לאריסא וא"כ אף לדבריך שיאוש כדי לא קני מ"מ אין יכול לתפוס אף גוף הדבר שדנין עליו רק כשיש לך ראי' שכדבריך כן הוא או מגו והא לית לך מגו כיון שיש קול שאין אתה נותן ואין לך מגו להכחיש הקול וז"ש שמיע לן ואמר להו מי קא שביק לי מידי הא קא גניב לי' כולי', וע"ז קא דייק רש"י בלשונו הקדוש וכי אינו חשוד בעיניכם שהוא גנב לי הרבה יותר מחלקו ור"ל כיון שאתם יודעים הוי כדבר ברור שאתם עדים ורשאי למיעבד דינא לנפשי אף שאין לי מגו כי יש לי עדים וכיון שאני תופס גוף הזמורות יכול אני למיעבד דינא לנפשי כי יאוש כדי לא קנה ואולם הם סוברים יאוש כדי קנה וכיון דסתם גניבה יאוש בעלים בע"כ אין לו תפיס' על הזמורות כי הזמורות בעצמן שייכים לאריס לכן אף שהיה לו עדים א"י למיעבד דינו לנפשי' כסברת מרדכי ולכן אמרו לו היינו דאמרי אינשי בתר גנבי גנוב וטעמא טעים ר"ל שגם אתה טועם טעם גניבה ובנ"ד שייך מאמר אינשי שגם הגונב מן הגנב עושה עבירה כי גנב קונה החפץ ואין צריך להחזיר רק דמים וכי אחר גנב החפץ עושה עבירה וא"כ אין לך רשות לתפוס גוף חפץ ממילא לא מצית למיעבד דינא לנפשך כמ"ש מרדכי הנ"ל וקיבל עליו דיהיב ר"ל הזמורות גופייהו כיון שקנה הגנב ביאוש וא"ש:

ו ומעתה נבוא לבאר עובדא דרבה בב"ח, הנה רש"י פי' שתברו בפשיעה, ואולם הרי"ף פי' שלא תברו בפשיעה ובנמוקי יוסף הביא ב' פירושים וכן במוהרש"א רש"א בחידושי אגדות דלאו בפשיעה הוי תברו לחביות ע"ש, ונלע"ד לבאר הסוגי' על פי פי' רי"ף ומוהרש"א ובסגנון אחר דהנה במתני שם מבואר המעביר חביות ממקום למקום ושברה בין שומר חנם ובין שומר שכר ישבע ר' אליעזר אומר זה וזה ישבע ותמה אני אם יכולין זה וזה לישבע ופירש"י כלומר אף אני שמעתי מרבותי כר' מאיר אבל תמה אני ע"ש, ובברייתא נחלקו ר' מאיר ור' יהודא וסובר ר' יהודא דאמר שומר שכר משלם, וכתבו רי"ף והר"אש וז"ל וליתא לדר' יהודא דאמר נושא שכר משלם דקיי"ל סתם במתני' ומחלוקת בברייתא הלכה כסתם מתני' יע"ש וכ"כ כל הפוסקים, ואי' במס' יבמות דף מ"ג ע"ב מסתמיך ואזיל ר' אבוהו כו' א"ל סתמא במתני' ומחלוקת בברייתא מאי א"ל הלכה כסתם, וכתב בחידושי רשב"א במס' בבא קמא דף ק"ב הובא בספר שב שמעתתא שחיבר כבוד אאמ"ו הגאון נר"ו בשער ז' אות ח' וז"ל הא דאמרינן בפ' החולץ סתם במתני' ומחלוקת בברייתא הלכה כסתם מתני' האי כללא ר' אבוהו בלחוד הוא דכייל

ואמוראי אחרינא לית להו הכי וצידד שם לומר דגם בכה"ג הוי כסתם ואח"כ מחלוקת כי הברייתות נישנת בסוף אחר סידור משניות יע"ש ובמס' עירובין דף מ"ו ע"ב סובר ר' יוחנן ר' מאיר ור' יהודא הלכה כר' יהודא ומעתה יש לומר דגם רבה בב"ח סובר כר' יוחנן רבו כדאי' בכמה דוכתי אמר רבה בב"ח אמר ר' יוחנן עיין במס' ב"מ בדף ל"ח ע"ב ובכמה דוכתי ובכה"ג מבואר בספרי הכללים שמוכח שהי' רבו ור' יוחנן אמר במס' יבמות ובכמה דוכתי דהלכה כסתם מתני' ואולם בסתם מתני' ואח"כ מחלוקת במתני' אין הלכה כמתני' כדאי' שם וי"ל בסתם מתני' ומחלוקת בברייתא הי' רבה בב"ח מסופק אי האי כללא עדיף מכללא דר' מאיר ור' יהודא הלכה כר"י והי' אצלו ספיקא דדינא וסובר בספיקא דדינא מהני תפיסה וא"כ לולי דברי רש"י ז"ל שפירש שהי' שלא במקום מדרון ובפשיעה י"ל כפי' ריף ומוהרש"א שלא פשעו ושברו במקום מדרון ולא הי' בדובלא ורבה בב"ח הודה להם שלא פשעו או שהי' עדים שלא פשעו ולכן לא רצה שישבעו ולק"מ קו' הריף על הי"א המובא שם ואולם לר' יהודא אף שלא פשעו מ"מ שומר שכר משלם ורבה בב"ח הי' מסופק אי הלכה כר' מאיר בסתם משנה או כר' יהודא לכן עשה חכמה נפלאה דכבר נתבאר סוגי' דב"ק דף כ"ז ע"ב ההוא גרגותא דבי תרי דכל יומא הוי דלי חד מנייהו אתי חדא קא דלי ביומא דלאו דילי' א"ל יומא דידי הוא לא אשגח בי' מקיל פנדא דמרא ומחי' א"ל מאה פנדי בפנדי למחי' אפי' למ"ד לא עביד אינש דינא לנפשי' במקום פסידא עביד אינש דינא לנפשי' דאתמר ר' יהודא אמר לא עביד אינש דינא לנפשי' ר' נחמן אמר עביד אינש דינא לנפשי' במקום פסידא כ"ע לא פליגי דעביד אינש דינא לנפשי' כי פליגי היכי דליכא פס פסידא ר' יהודא אמר לא עביד כיון דליכא פסידא ליזל קמי' דיינא ר"נ אמר עביד כיון דבדין עביד לא טרח, ונתבאר ברש"י שמקום פסידא היינו אדאזיל לבי' דינא יפסיד יע"ש ונתבאר לעיל בשם בע"הת וש"ך הא דיכול לתפוס בספיקא דדינא משום דעביד אינש דינא לנפשי' וא"כ י"ל או דרבה בב"ח סובר כר' יהודא דלא עביד אינש דינא לנפשי' כי אם במקום פסידא שסובר כמ"ד דתקפו כהן מוציאין מידו דתפיסה לא מהני בספיקא דמציאות אות ולפמ"ש הר"אש במס' ב"ק כנ"ל ה"ה בספיקא דדינא לא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק וקודם שנולד הספק מהני תפיסה וכבר נתבאר בשם הש"ך שכתב בספר תקפו כהן שלידת הספק אינו מזמן שנחלקו רבוותא או בזמן שנולד הספק בין חכמים רק מזמן שהדיינים היושבים במשפט הניחו הדין אשר מעשה בא לפניהם בספק וח"כ הי' פסידא כי אם הי' בא לב"ד והי' פוסקים המוציא מחבירו עליו הראי' והדין עם שקולאי שהם מוחזקין בממון ואין מוציאין ממין מספיקא לא הי' יכול לתפוס אחר כך כי יהי'

תפיסה לאחר שנולד הספק כיון שכבר הניחו בית דין אותו נידון שבאו לפניהם בספיקא דדינא לכן התחכם ותפס קודם שבאו לבית דין לדון ויהי' תפיסה קודם שנולד הספק שמועיל ע"פי דין תורה ובמקום פסידא יכול למיעבד דינא לנפשי' למיתפס כי בכה"ג יהי' פסידא כי כשיבואו לב"ד לא יוכל לתפוס מהם, או דיש לומר דרבה בב"ח סובר כר' המנונא דת"כ אין מוציאין מידו ותפיסה לאחר שנולד הספק מהני בספיקא דמציאות וה"ה בספיקא דדינא כמ"ש הר"אש וא"כ הי' יכול לתפוס גם לאחר שבא לבית דין ולא הי' במקום פסידא רק דסובר כר' נחמן דיכול למיעבד דינא לנפשי' אף במקום דלית לי' פסידא וא"כ הי' לו טעם מספיק מה שתפס משום ספיקא דדינא, ועוד יש לומר אף אי נימא דליכא ספיקא דדינא וברור הלכה כסתם מתני' מ"מ יכול לתפוס כי מה דהלכה כסתם כתבו תוס' במס' ביצה דף ג' ע"ב ד"ה גבי דסתם הוי כרבים וגם ר' אלעזר שאמר שמעתי מרבותי הוי רבים וא"כ רבים מסייעין לר' מאיר ולפטור את השקולאי מ"מ לפי דעת הפוסקים המובא בש"ך בספר תקפו כהן סימן קכ"ד יכול לטעון קים לי כמיעוט הפוסקים אפי' רבים חולקים וטעמא משום דאין הולכין בממון אחר הרוב ואין חילוק בין מוחזק ועומד או תפוס השתא וכמ"ש בתומים שם בכללי קים לי בשם הראשונים זלה"ה וא"כ ה"ה יכול רבה בב"ח לומר קים לי כר' יהודא דחייב לשלם כי פשוט אפי' במחלוקת תנאי' ואמוראי' כן כדמוכח בכתובת דף ס"ד ע"א וכמו שהביא בע"הת ראי' ממס' שבועת ומה דקשה ע"ז מאחרי רבים להטות הכתוב בדיינים (עיין בתוס' ב"ק דף כ"ז ע"ב ד"ה קמ"ל) כבר כתב בא"ות בכלל קים לי ס"ק קכ"ד ליישב דכי אמרינן ליליך בתר רוב היינו כשדנין על המעשה על נידון אזי מחויבין אנחנו לעשות כפי התורה אשר יורהו הרוב בכל דברים בדברי איסור בדברי ריבות ד"מ וד"נ אבל אם דנו בדינים שלא למעשה הבא לפניהם רק קבעו הלכה לדורות לא שייך אחרי רבים ורשות ביד ב"ד לחלוק ולקבוע הלכה כמיעוט נגד הרוב כפי שיקול דעתם וסברתם כדתנן במס' עדיות ולמה נשנו דברי יחיד בין מרובים לבטלה שאם יבוא ב"ד אחריהם ויסמוך עליהם ופי' ראב"ד ורמב"ם בהלכות ממרים דיש רשות ביד בית דין לקבוע הלכה אפילו כיחיד במקום רבים וא"כ כשטוען קים לי דאמרינן הטעם דעביד אינש דינא לנפשי' אף הוא יכול לומר קים לי כיחיד כמו שב"ד הי' רשות בידם להורות כיחיד אף אני כמוהם ועביד דינא לנפשי יע"ש וממילא שפיר יכול רבה בב"ח למיתפס הגלימא ולומר קים לי כיחיד אף שהי' רבים חולקין כי אין הולכין בממון אחר רוב ובשגם צורבא מדרבנן יכול בודאי למיעבד דינא לנפשי' כנ"ל, ואולם לרב לשיטתו דסובר בב"ק דף מ"ז דהולכין בממון אחר רוב לא מצי למיתפס נגד רובא דרבוותא ומצד ספיקא לא מהני תפיסה כי רב סובר דלא הוי

ספק כי ברור להלכה דסתם במתני' ומחלוקת בברייתא הלכה כסתם מתני' וא"כ א"ש דרבה בב"ח תפס בדין וכנ"ל וכשבא לרב ופסק שיחזיר הגלימא ושאל לו אם הדין כך והשיב אין למען תלך בדרך טובים ר"ל שע"פי דין אתה מחויב להחזיר שדרך טוב הוא מידת צדיקים שהולכים רק על פי דין והי' מסופק רבה בכוונת רב כי אולי רב מסופק ג"כ אי הלכה כר' מאיר או כר' יהודא רק הכא כיון שלא תפס הדבר שדנין עליו רק הגלימא וגוף הגלימא אין יכול לתפוס דמאן שם לי' ועיין בנמוקי יוסף במס' ב"מ ד"ה ע"א שא"י לתפוס להחזיק בעד חוב רק מעות יכול לתפוס ולהחזיק וכיון שאין לו תפיסה בגוף החפץ שיהי' שלו לגמרי ל"מ תפיסה כסברת מוהרש"ל וסיעתו הנ"ל וא"ל למען תלך בדרך טובים ר"ל בדרך בית דין שהוא דרך טובים וע"פי דין פטורים מלשלם כי אף דאיכא ספיקא דדינא מ"מ ל"מ תפיסה שלך בכה"ג כי החפץ צריך אתה להחזיר ואין אנו דנין רק על הממון וע"ז הם מוחזקים ואם הייתי תופס מעות הי' מועיל התפיסה וז"ש הב להו גלימייהו ר"ל כיון שהוא שלהם בודאי אף לפי דבריך לא מהני תפיסה או דיש לומר כוונתו כפשוטו שהוא סובר דברור דהלכה כר' מאיר ולא הוי ספיקא דדינא כמ"ש הפוסקים כיון שסתם במתני' ומחלוקת בברייתא הלכה כמתני' ומוכרח אתה לילך בדרך טובים שהוא פסק בית דין ומנד קים לי כמיעוט לא מהני כי הולכין בממון אחר רוב כל זה הי' מסופק רבה בב"ח בכוונת רב לכן התחכם לתפוס דמי שכירות כי פשוט ומבואר בב"מ דף נ"ח ובר"אש שם (עיין בח"מ סימן ס"ו ס"ג וסימן ש"א ס"ג וסי' ש"ה ש"ך סק"ג ומ הר"א ששון סימן ע"ג) כששמר כראוי שמגיע לשומר שכר היכי שפטור מן הדין לשלם את אשר נפסד לכן רצה לתפוס מספק השכירות מטעמים הנ"ל כי אולי הלכה כר' יהודא או מטעם קים לי וע"ז לא שייך סברת מוהרש"ל כי הוי התפיסה בדבר עצמו שדנין ומועיל התפיסה כיון שהוא מעות כי תביעתו הוא מעות ותפיסה הוא מעות יכול לתפוס על ההפסד והוי תפיסה קודם שנולד הספק כי תפוס ועומד במעותיו מעיקרא וע"ז השיב לו רב הב להו אגרייהו ושאל לו דינא הכי א"ל אין אורחת צדיקים תשמור ר"ל דהלכה כר' מאיר דרבים מסייעים לו דליכא ספק רק דין ברור וי"ל בדרך מליצה (על דרך שפי' מוהרש"א ז"ל לפי דרכו שהי' מליצת דברים כמו כן יש לומר לפי דרבינו) דלפמ"ש תוס' במס' ביצה הנ"ל דסתם מתני' הוי כרבים והכא הוא סתם מתני' וגם ר' אלעזר שאמר שמעתי מרבותי לכן א"ל ואורחת צדיקים תשמור ר"ל מה שאמרו הרבה צדיקים שהם ר' מאיר וסיעתו ואין הלכה כצדיק אחד שהוא ר' יהודא רק כרבים שהם הרבה צדיקים ומחויב אתה מן הדין לשלם כי ליכא ספיקא דברור דהלכה כוותי' ומטעם קים לי ל"מ דהולכין בממון אחר רוב ול"מ תפיסה שלך ויש לדייק עוד כי רב אמר לי'

הב להו אגרייהו משמע שמגיע להם שכירות ע"פי דין כי אם הי' בתורת ויתור ומתנה לא שייך אגרייהו וע"ז שאל לו רבה האף שתוכל לומר שאלך לפנים מש"הד ליתן להם בתורת מתנה כיון שהם עניים אבל לא בתורת שכירות לכן אמר לו דינא הכי והשיב אין וממילא לק"מ קו' תוס' הנ"ל שלכן לא הביא מקרא הנאמר בתורה ואת המעשה אשר יעשון כי התם מיירי לפנים מש"הד ולפי דברינו קרא דלמען תלך מיירי ע"פי דין ומיושבים כל קו' הנ"ל דוק ותשכח כי נכון בעזה"י להמבין:

דרוש שדרשתי בבית הכנסת החדשה בעיר ואם בישראל ק"ק פראג יע"א: **א במס**' בבא מציעא ד"ל ע"ב ר' ישמעאל ב"ר יוסי הוי קאזיל באורחא פגע בי' האי גברא דהוי דרי פתכא דאופי אותבינהו וקא מיתפח א"ל דלי לי אמר לי, כמה שווין אמר לי' פלגא דזוזי יהיב לי' פלגא דזוזי ואפקרי' (פי' תוס' שלא יכשלו בני אדם באיסור לא תגזול) הדר זכה בהו הדר יהיב לי פלגא דזוזי ואפקרא חזי דהוי קא בעי למיהדר ולמיזכה בהו אמר לי' לכ"ע אפקרינהו ולך לא אפקרינהו ומי הוי הפקר בכה"ג והתנן בית שמאי אומרים הפקר לעניים הפקר ובית הילל אומרים אינו הפקר עד שיהי' לעניים ולעשירים כשמיטה אלא ר' ישמעאל בר' יוסי לכ"ע אפקרינהו ומילתא בעלמא הוא דאוקמא, והוא ר' ישמעאל בר' יוסי זקן ואינו לפי כבודו הוה ר' ישמעאל בר' יוסי לפנים משורת הדין הוא דעביד (דאי' בשמות י"ח במאמר יתרו למשה והזהרתה אתהם את החוקים ואת התורות והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון) דתני רב יוסף והודעת להם זה בית חייהם (פירש"י ללמוד בהם אומנת והתפרנס בו את הדרך זו גמילת חסדים אשר ילכו זה ביקור חולים בה זו קבורה ואת המעשה זה הדין אשר יעשו זו לפנים משורת הדין עכ"ל הסוגי' וי"לד בסוגין טובא:

א) קשה שמעיקרא הקשה מי הוי הפקר ואח"כ מקשה והא ר' ישמעאל זקן ואינו לפי כבודו ולכאורה הו"ל להקשות מעיקרא והא ר"י זקן כו' ואח"כ מי הוו הפקר כי ר' ישמעאל עשה כאן ב' ענינים שנתן מעות והפקיר שני פעמים והו"ל להקשות מעיקרא והא ר"י זקן וכו' שהוא קו' על מעשה ראשונה שנתן מעות ואח"כ הו"ל להקשות מי הוי הפקר שהוא על דיבור שאמר אח"כ לכ"ע אפקרינהו ולא לך:

ב) יש לדקדק על המקשן שמקשה והא ר' ישמעאל זקן כו' הכי נעלם ממנו דבר פשוט כזה שצדיק כר' ישמעאל עשה לפנים משורת הדין ובשגם דכבר איתא כן לעיל בדף כ"ד ע"ב כיו"ב שצריך ת"ח לעשות לפנים משורת הדין בעובדא דר' יהודא דאזיל בתרא דמר שמואל יע"ש וכן עשה אבוהו דשמואל:

ג) יש לדקדק למה מאריך התרצן בלשון ר' ישמעאל בר' יוסי כו' הא מיני' קעסיק והו"ל לקצר ולומר לפנים משו"הד הוא עביד כי ידוע שכל דבריהם הקדושים נאמרים בדקדוק וברוח הקודש:

ד) דעת רמב"ם הובא בבית יוסף יורה דיעה סי' רכ"ח לפי הבנת הבית יוסף במה שכתב בפרק עשירי מהלכות שבועת הא דשלשה הדיוטות מתירין את הנדר לא מבעי' סלא בעינן מומחים רק אפי' הדיוטות לגמרי יכולין להתיר ודעת הר"אש והטור שבעינן שיהי' עכ"פ גמירי וסבירי ויודעין לפתוח לו פתח אף שלא בעינן שיהי' מומחים אבל הדיוטות לגמרי לא יכולין להתיר הנדר יע"ש היטב ותמצא כדברי ונלענ"ד להוכיח בדרך פלפול דבע"כ רבותינו בעלי התוס' סוברים כשיטת הר"אש:

ב ונלענ"ד ליישב כ"ז ומקודם נקדים מחלוקת בין קמאי זלה"ה דאי' בב"מ ד"ל ע"ב אבעי' להו זקן ואינו לפי כבודו שדרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר מהו מי אמרינן השבה מעלי' בעינן וכיון דלאו דרכו להחזיר בעיר לא ליחייב או דלמא בשדה מיהו הוא דאחייב לה וכיון דאחייב לה בשדה אחייב לי' בעיר תיקו וכתב הר"אש שם וז"ל וראיתי גדולים שפסקו כיון דלא אזלינן לחומרא ומחייב להחזיר בשדה וכיון דאחייב חייב אף בעיר ויראה לי כיון שפטרתו התורה את הזקן שאין לו לזלזל בכבודו איסור הוא לגבי' דידי' שיזלזל לכבוד התורה במקום שאין חייב ומשום ספק ממון חבירו אם הוא מחויב בו לא יזלזל בספק איסור והחכם שבא לעשות לפנים משורת הדין יוותר ממונו כמו שעשה ר' ישמעאל בר' יוסי אבל אין לו רשות לזלזל בכבודו עכ"ל ואולם הרמב"ם בפי"א מהלכות גזילה ואבידה הלכה י"ג הובא בטור ח"מ סימן רס"ג ובש"ע שם סעיף ב' כתבו שמחויב להחזיר בעיר אף שאין דרכו בכך ולכאורה נראה דפליגי בהא דקיי"ל בקדושין דף ל"ב ע"א הרב שמחל על כבודו כבודו מחל אם יכול למחול על בזיון לר"אש אין יכול למחול על בזיון רק על העדר כבוד ולרמב"ם וסיעתו יכול למחול אפי' על בזיון ואולם ראיתי בש"ות הריב"ש בסימן ר"ח שכתב בשם ראב"ד הובא בכסף משכה בפרק ז' מהלכות תלמוד תורה הלכה י"ג שאין יכול למחול על בזיון ואסור למחול בזיון התורה כמו דאי' התם שיכול האב למחול על כבודו שבודאי א"י למחול שיאמר לו דברי חירופין והיינו דאי' בפ"ב דיומא שצריך שיהי' נוקם ונוטר כנחש יע"ש וראיתי ברמב"ם בפ' כ"ו מסנהדרין הלכה ו' שכ' אע"פי שיש לדיין או לנשיא למחול על כבודו א"י למחול על קללתו יע"ש ונשיא וחכם שווין כדאי' שם א"כ מפורש כראב"ד ועיין בכ"מ שם ותמהני על ריב"ש שלא הביא ראי' מרמב"ם, ואפ"ל שמכאן לא מוכח די"ל דוקא קללתו וכמ"ש כסף משנה הטעם כיון שהתורה חייבתו מלקות חטא למקום וא"י

למחלו אבל שאר בזיון יכול למחול על כבודו וחולק על ראב"ד הנ"ל ויותר נראה לומר שרמב"ם ג"כ מודה לראב"ד שאין יכול למחול על בזיון ושאני אבידה כמ"ש בית יוסף בח"מ סימן רס"ג שחולק בזה על הר"אש וסובר דלא הוי בזיון התורה אדרבא הוי כבוד שמים שאין דרכו כך בטלו והוא מטפל בשל חבירו לפנים משורת הדין יע"ש א"כ דוקא בזיון גרידא א"י למחול אבל בזיון שבא מבזיון מצוה שמציל לחבירו הפסד ממון וכיו"ב שגמל חסד עם חבירו בגופו אף שיש לו בזיון סובר הרמב"ם שמותר ולר"אש אף שמגיע מבזיון מצוה אסור (ובמס' יומא דכ"ב אמר רב מפני מה נענש שאול משום שמחל על כבודו ואמר ר' יוחנן כל ת"ח שאינו נוקם ונוטר כנחש אינו ת"ח וקשה כיון שיש לו דין ת"ח יכול למחול על כבודו ואמאי נענש אע"כ שאין יכול למחול על בזיונו ואולי הוא בכלל דברי ראב"ד הנ"ל ואולם קשה למה אמר הטעם משום ת"ח ולא אמר הטעם משום מלך שמלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול ומצאתי בס' תאוה לעינים להגאון אלגאזי זצ"ל שהניח בקו') וראיתי בס' טורי אבן להגאון בעל שאגת ארי' במס' מגילה דף כ"ח ע"א שמפלפל אי יכול החכם למחול על כבודו בדרך בזיון והביא דברי ריב"ש הנ"ל ולא הביא שם מחלוקת רמב"ם ור"אש והביא כמה ראיות שאין יכול למחול על בזיון:

ראי'

א) מהא דאי' במס' שבועת ד"ל ע"ב ר' יימר הוי ידע לי' סהדותא למר זוטרא אתא לקמי' דאמימר אותבינהו לכולהו אמר לי' רב אשי והאמר עולא בעדים דברי הכל בעמידה א"ל האי עשה והאי עשה עשה דכבוד התורה עדיף פירש"י עשה את ד' אלהיך תירא לרבות תלמידי חכמים ואמאי הו"ל למחול על כבודו כדי לקיים עשה דועמדו שני האנשים ועוד אי ס"ד דיכול למחול על כבודו במקום בזיון איני בדין דעשה של כבוד התורה תדחה לעשה אחרת כדאי' בכתובת דף מ' גבי אנוסה דתנן אם נמצא בה דבר ערוה כו' אינו רשאי לקיימה שנאמר ולו תהי' לאשה אשה הראוי לו ומקשה הש"ס וניתי עשה ונדחה לא תעשה ומשני דוקא במילה בצרעת אבל הכא אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל ופי' תוס' וכיון דאי אמרה ל"ב ליתא לעשה אפילו אי אמרה בעינא לא חשיבה לעשה לדחות דלא דמי למילה בצרעת הרי היכי דאפשר לבטל העשה ע"י מחילה אפי' לא מחל לא אלים למידחי לא תעשה ה"נ אע"ג דעשה דכבוד התורה אלים משאר עשה אי נימא דיכול למחול ול אפי' במקום בזיון לא הי' דוחה לעשה אחרת א"ו במקום בזיון לא מצי למחול והא בזיון הוא לעמוד בפני ב"ד עכ"ד, ובמכ"ת אשתמיט מיני' לפי שעה דעת רמב"ם וסיעתו שבע"כ סובר שחכם יכול למחול על כבודו ולהעיד בפני ב"ד אף שהוא בזיון כיון שמגיע מבזיון מצוה לקיים מצות עשה דועמדו וכשבא מבזיון מצוה

מותר כדמוכח לעיל ול"ד לש"ות ריב"ש שהי' רק בזיון גרידא וכן מוכח ממ"ש רמב"ם בפרק א' מעדות ה"ג וז"ל כהן גדול אינו חייב להעיד אלא עדות שהוא למלך ישראל בלבד הולך לב"ד הגדול ומעיד בה אבל בשאר העדיות פטור יע"ש משמע אם רצה למחול על כבודו יכול להעיד דלא קאמר אסור וחכם וכהן יש להם דין אחד כמ"ש מרדכי במס' גיטין סימן ת"א בשם מוהר"ם (ועיין בשבועת ד"ל ע"ב בצורבא מדרבנן דידע בסהדותא וזילא בי' מילתא למיזל לב"ד דזוטר מיני' לא ליזול, נראה שתלי' במחלוקת הנ"ל ועיין ברמב"ם בפ"א מעדות הלכה ב' שכתב ויש לו להמנע הלשון סתום קצת ובטור ח"מ סימן כ"ח כתב אינו חייב ללילך ובש"ע שם סעיף ה' כתב אינו חייב ללילך וכמדומה שבספר תורת חיים בשבועת שם העיר בזה ואין ספרו תחת ידי שוב ראיתי בש"ות חוות יאיר סימן ר"ה שמפלפל בזה) וא"כ קמה קו' הטורי אבן לשיטת רמב"ם וסיעתו:

ג ולענ"ד לק"מ דלא דמי כלל להאי דכתובת דהנה ידוע שיש ב' מיני מצות עשה:

א' מצות עשה שמוטל על אדם לעשות אותו מצוה ולהדר אחריה:

ב' מ"ע כמו טלית שלא חל עליו חיוב מן התורה לקנות טלית כדי שיתחייב בציצית ואפי' למ"ד במס' מנחות ד"מ כלי קופסא חייב בציצית מ"מ אינו מחויב לקנות טלית בת ד' כנפות רק אם קנאו חייב בציצית וכדאי' בטא"ח סימן כ"ד ויש להסתפק בהא דקיי"ל הרב יכול למחול על כבודו במצות קימה הכתוב בתורה כדאי' בקדושין דל"א ע"ב ואין התלמיד מחויב לעשות רק הידור אפי' בשעה שמחל כדאי' שם בעובדא דרבא וכן פסק רמב"ם בפ"ה מתלמוד תורה הי"א ובש"ע סימן רמ"ב סל"ב אם התלמוד רוצה לכבדו במצות קימה כדין הכתוב בתורה אם עושה מצוה בזה מי נימא שמה שאמרה תורה לקום מפניו לכבדו היינו כשאינו מוחל אבל כשמוחל על כבודו ליכא מצוה כלל או דלמא שמ"מ איכא מצוה כשעושה קימה והפירוש של הידור היינו שהידור חל עליו המצוה לעשות כמו אם לא הי' מוחל על כבודו שהי' מחויב בקימה ה"נ מחויב עכ"פ להדרו ולכבדו אבל במצות קימה אינו מחויב לקום מפני שהתורה אמדה משום כבוד החכם אבל מ"מ אם עושה המצוה קימה כדין עושה מצוה ולא הוי קימה של רשות ומצד הסברא נראה אף שמחל על כבודו עושה מצוה כי דוחק לומר שהתורה צוה לכבד לרב מפני שרוצה בכבוד ואם אינו רוצה בכבוד ליכא מצוה כלל וקצת ראי' לזה דאל"כ אמאי איתא הרב שמחל על כבודו כבודו מחול ומשמע שיכול למחול על כבודו והיינו שמותר למחול על כבודו הא מונע את התלמיד מלעשות מצוה ואם כי ארז"ל במס' כתובת דף צ"ו ע"א המונע את התלמיד מלשמשו מונע ממנו חסד מכ"ש כשמונע ממנו מצות עשה דאורייתא לקום בפניו אע"כ אף שמחל על כבודו היינו שלא חל על התלמיד חיוב לעשות

אם יש לתלמיד טירחא לכבד את רב כדין תורה יוכל למנוע א"ע והוי כמו מצות עשה של טלית שאינו מחויב להדר אבל מ"מ אם התלמיד עושה מצות עשה הכתוב בתורה ומשמשו עכ"פ עושה מצוה ולאחר העיון מצאתי בש"ות רדב"ז סימן תקכ"ד ח"א שכתב וז"ל ששאלת ממני בהא דקיי"ל האב שמחל כבודו כבודו מחול אם נפטר הבן ממצות כיבוד אב לגמרי ואם מכבד אותו הוי כמכבד אינש דעלמא או לא:

תשובה, מן העונש נפטר אבל מצוה איכא וכן ראיתי בשם רא"ה ז"ל בפ' אילו מציאות דתני' מניין שאם א"ל אביו היטמא או אל תחזור לא ישמע לו שנאמר איש אביו ואמו תיראו ואת שבתותי תשמרו כו' כלכם חייבין בכבודי טעמא דכתב רחמנא כו' הא לא"ה צייית לי' אמאי האי עשה והאי עשה ולא תעשה ולא אתי עשה ודחי לא תעשה ועשה והקשו עלה היאך אפשר לומר סד"א דאתי כיבוד אב ודחי אפילו לאו גרידא הא אי אמר לי' אביו לא בעינא מי איתא לעשה כלל כדאי' בפ' אלו נערות דעשה דלו תהי' לאשה לא דחי ללאו דממזרת משום דאי אמרה לא בעינא ליתא לעשה כלל ותירצו דהתם אי אמר לא בעינא בשביל זה לא ביטל עשה עולמית ואפשר שיתקיים תדיר בשאר דברים ותי' זה לא מחוור בעיני רא"ה ז"ל דאם מחל האב בכל הדברים ובכל הזמנים ליתא לעשה כלל ולכן תירץ הרא"ה ז"ל דאפילו כי אמר האב לא בעינא שייך לעשה דמ"מ מצוה הוא בכל דבר אפילו אם אמר האב לא בעינא הרי לך בהדי' לפי תירץ זה נכון דאפי' אמר האב לא בעינא עדיין מצוה איכא ולא תועיל מחילה אלא לפטור מעונש אבל מצוה הוא עכ"ל וה"ה לענין חכם שמחל על כבודו שדומה לאב ועיין בס' שיטה מקובצת במס' בבא מציעא שם שהביא ג"כ תי' הנ"ל (ועיין בתשובת רשב"א סימן י"ח ובס' קצ"הח סימן צ"ג נראה במכ"ת אשתמיט ממנו כל זה) ובמס' כתובת ד"מ ע"א כתב בשיטה מקובצת בשם רמב"ן ורא"ה וריטב"א שהקשו על סוגי' הש"ס הנ"ל וז"ל וא"ת והא סדין בציצית דאי פטר נפשי' בטלית של צמר או בטלית שאינו בת ציצית ואפ"ה דחה ציצית לא תעשה דכלאים שאני התם ניהו נמי דאפשר למיפטר נפשי' במידי אחרת אבל לעולם איתא לעשה דהא אי בעי לובש טלית של פשתן לא סגי לי' דהשתא איתא לעשה אבל הכא ליכא מצוה כלל דאיסתלקא לגמרי כי אמרה לא בעינא ובכי הא ודאי לא אתי עשה ודחי לא תעשה יע"ש, א"כ לק"מ קו' טורי אבן הנ"ל דלא דמי להאי דכתובת הנ"ל דהא הכא אף אי העד ובעל דבר יהי' מוחלים על כבוד התורה מ"מ אם רוצה שכנגדו לכבדו ולקיים המצוה חל עליו העשה ועשה מצוה והא אמימר הי' רוצה לקיים המצוה ודמי ממש לטלית בת ד' כנפות שאף שמצי ליקח טלית אחר מ"מ כשעושה בטלית של חיובא עושה מצוה לכן עשה דכיבוד התורה עדיף כיון דאמימר הי' רוצה לכבדם ולהושיבם חל העשה עליו ואף

אם ימחול התלמיד חכם על כבודו מ"מ לא מצי למחול שלא יעשה מצוה וכמו בכיבוד אב לולי דגלי תורה הי' עשה דוחה כנ"ל וה"ה אף אי ימחול מ"מ כשתלמיד רוצה לכבדו עושה מצוה והכא אמימר הי' רוצה לכבדו לקיים עשה דכבוד התורה ואף כשימחול יהי' עטה דכבוד התורה עדיף מעשה דועמדו כשרוצה לקיים העשה דכבוד התורה דהא לא נפטר רק מעונש אבל מצוה איכא לעולם וא"כ ל"מ מחילה כיון דאין יכול למחול גוף המצוה ולא דמי להאי דכתובת דהתם אי אמרה לא בעינא ליתא לעשה כלל (ועיין בכתובת שם בתוס' ד"ה מי וברש"י) ואף אם לקחה אינו עושה מצוה, וממילא מיושב גם קו' א' הנ"ל דגם אם הי' מוחל ע"כ איכא מצות עשה על אמימר שלא מהני מחילה רק על עונש ושוב מצאתי בשאלתות דרב אחאי גאון דף ל"א ריש ע"ב סייעתא לדברינו ועיין בס' שאילת שלום דף ל"ג ע"ב ס"ק ק"י בסופו ותבין והנאני ולק"מ על הרמב"ם דסובר כפוסקים הנ"ל וזהו ברור, ועוד יש ליישב קו' ב' הנ"ל ע"פי מ"ש הסמ"ע סימן י"ז ס"ק ה' וסק"ו ובתומים ס"ק א' דעשה דועמדו בדיינים ובעדים הוא אסמכתא בעלמא טמן התורה אין צריך לעמוד וכן מצאתי כיו"ב בר"אש במס' ברכות דף י"ו ע"ב וברבינו יונה שמצינו לפעמים בש"ס דנקרא בשם עשה והוא רק עשה דרבנן כדאי' במס' זבחים רפ"ג טבול יום הנכנס למחנה לוי' עובר בעשה ובהדי' מוכח דלית בי' אלא איסור דרבנן וז"ש האי עשה והאי עשה דכבוד התורה עדיף שהוא עשה דאורייתא ול"ד להאי דכתובת דהתם עשה ולא תעשה הוא דאורייתא משא"כ הכא דעשה דועמדו הוא רק מדרבנן אלים עשה דכבוד התורה שהוא דאורייתא אף שיכול לעקור עשה בכבוד התורה מ"מ כל כמה דלא עקר עדיף מעשה דרבנן:

ראי'

ב) כתב בס' טורי אבן ממס' סנהדרין דף פ"ד ע"ב רב לא שקיל לברי' למישקל סילויא דלמא חביל לי' והו"ל שגגת איסור חנק וקשה הא יכול למחול על צערו כדאי' בב"ק דף צ"ג אע"כ שאין אב יכול למחול על צער וה"ה על בזיון וחכם יש לו דין אחד עם אב, לק"מ על רמב"ם הנ"ל דגם רמב"ם מודה שאין יכול למחול על בזיון היכי דלא מגיע מבזיון מצוה ושאני כהן גדול בעדות וזקן ואינו לפי כבודו באבידה שמגיע ע"י מחילתו מצוה יכול למחול וכ"ז ברור וכיון שנסתר ראיות הטורי אבן קם דין של רבינו הגדול הרמב"ם ז"ל בתקפו:

ד ונראה להביא ראי' לשיטת רמב"ם בזקן שאינו לפי כבודו יכול למחול על בזיונו היכי שמגיע מבזיונו מצוה דלכאורה קשה על הש"ס שמתרץ ר' ישמעאל לפנים משורת הדין הוא דעביד דאכתי קשה על צדיק כמותו שעשה כל מעשיו לשם שמים דהנה יש לחקור

אם מותר לגרום הפסד לחבירו במניעת ריוח דמהא דקיי"ל במס' ב"ב דף כ"ב ע"ב גרמא בנזקין אסור לא מוכח דהתם הוא הפסד מכיסו ומהא דכתבו הפוסקים בשם ירושלמי הובא בנמוקי יוסף במס' ב"מ בפ' המקבל המבטל כיסו של חבירו פטור ועיין שייך ח"מ סימן רצ"ב ס"ק ט"ו ומשנה למלך בפ"ז ממלוה הלכה י"א ומשמע דאסיר לא מוכח דהתם הוי מניעה בשל חבירו אבל בדבר שלא זכה חבירו כלל אב מותר לגרום הפסד מניעת ריוח וליתן להשני ולכאורה תלי' במחלוקת אמוראי' במס' ב"מ דף יו"ד ע"א דסובר ר' חסדא ור' נחמן המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו משום דהוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים ובע"כ מוכח שמניעת ריוח הוי הפסד ומיקרי חב כי ע"ע הי' לכל ישראל זכות בדבר ועתה מונע זכות ודעת תוס' שם והרבה פוסקים דאפי' בעשאו שליח לא קנה וכתב בספר פני יהושע בכתובת דף פ"ה הטעם משום דאין שליח לדבר עבירה (ובתוס' במס' ב"מ דף יו"ד ע"ב מבואר שמעשה בטיל ועיין ש"ות נודע ביהודא בחלק א"העז פלפול ארוך בזה) מוכח שאסור לגרום לחבירו מניעת ריוח אף בדבר שלא זכה בו עדיין וא"כ אכתי קשה על ר' ישמעאל ניהו דפעם ראשון שנתן לו דמי עצים עשה לפנים משורת הדין מ"מ בפעם שני' דמוקי השו"ס שבע"כ הפקיר לכל ובמילתא בעלמא הוא דאוקמי קשה על צדיק כמותו הא על ידי זה שאמר שלא הפקיר נגדו לא זכה זה ובאמת בלבו הי' להפקיר לכל והי' לזה ג"כ זכות וגרם לו היזק מניעת ריוח ע"י דיבורו יותר הי' לו לומר בפה מלא שהפקיר לכל גם נגדו ולא יסייעו במשא דהא מדינא פטור לסייעו כיון שהוא זקן ואינו לפי כבודו והי' יוצא ידי שמים נגדו ועכשיו ע"י דיבורו שאמר לו לפנים שלא הפקיר נגדו עשה לו חוב כיון שבאמת מדינא אית לי' זכות דהא הפקיר לכל וכיון דדיבור הוי כמעשה כמ"ש תוס' במס' ב"ק דף ק' יותר הוי לי' לומר אמת שהפקיר לכל ולא יסייע לו בהגבהת עצים ויהי' בשב וא"ת מאשר עשה שהוציא בשפתיו וגרם היזק לחבירו שאיכא קצת איסור דרבנן. ותו קשה על צדיק כמותו היאך הוציא מפיו דבר שלא הי' בלבו כיון שלא הי' לו הכרח לקיום מצוה, ולכאורה לק"מ כמו שהשיב לי על זה חד מלומדי תורה כי רפ"י שסביב הרי"ף פירש וז"ל לכ"ע אפקרי' אחר כך שלא יכשלו בעוברי דרכים הלוקחים אותו עכ"ל והבין הפי' שאפקרי' שהפקר לכ"ע לא יחול כי אם אחר כך דהיינו כשילכו משם וכוונתו כל זמן שהוא שם יהי' שייך לר' ישמעאל וכשילכו משם יחול ההפקר אבל באמת אי אפשר לפרש כן בכוונת רש"י דהנה הגי' שלנו בש"ס הוא הדר יהיב לי' פלגא דזוזי ואפקרי' חזי' דהוי קא בעי למיהדר ולמיזכה בהו א"ל לכ"ע אפקרינהו ולך לא אפקרינהו ורמב"ם כתב בפרק ב' מנדרים הלכה י"ד דהפקר אע"פי שאינו נדר הרי הוא כנדר שאסור לחזור בו וכן קיי"ל בטוש"ע

ח"מ סימן רע"ג סעיף ב' ועיין בבית יוסף באורח חיים סימן תל"ד וא"כ יש להבין על המקשן דמקשה מי הוי הפקר כה"ג כיון דאינו לכל כמו שאמרו ב"ה אמאי לא מקשה אפי לב"ש הא אסור לחזור בו דמה לי אם חזר לגמרי או חזר ממקצת דהא מעיקרא הפקר לכל ואח"כ הפקר לכ"ע ולא לו הא הוי כנדר ואף דאי' ביו"ד סימן י"ד סעיף ג' דבנדרים תוך כדי דיבור כדיבור דמי הא סתמא קתני ומשמע שהי' לאחר כדי דיבור מהפקר ראשון ועכ"פ הו"ל לש"ס להקשות ולברר הפירוש שהי' תוך כדי דיבור וצ"ל דלא רצה להקשות על ר' ישמעאל מדבר שאינו מפורש רק מסברא דאולי סובר דהפקר אינו כנדר כי לא מפורש כן במתני' רק שב"י כתב שכן משמע בגמרא בפ"ק דנדרים לכן פריך ממתני' המפורשת ולתי' הש"ס בלא"ה לק"מ כפי כוונה פשוטה אבל באמת סובר הש"ס לסברא פשוטה כרמב"ם דהפקר הוי כנדר, וא"כ אי נימא הפי' בש"ס ר"י בר"י לכ"ע אפקרינהו במילתא בעלמא הוא דאוקמי כפי המפרש ברש"י שסביב הרי"ף שהי' מפקיר שהפקר לא יחול עכשיו כי אם לאחר זמן דהיינו בשעה שילכו משם תיקשי גם אליבא דאמת הא הפקר הוי כמו נדר שאסור לחזור בו וסתמא קתני משמע אפי' לאחר כדי דיבור דאל"כ הו"ל לתרצן לתרץ כן דמיירי בתוך כדי דיבור, ולא מבעי' לשיטת תשובת חוות יאור בסימן מ"ח שכתב דהא דקיי"ל דהפקר תוך שלשה ימים יכול לחזור הוא רק בקרקע אבל במטלטלים אין יכול לחזור מיד וכן משמע לשון רמב"ם בפרק ב' מנדרים הלכה י"ז בודאי קשה רק אפי' לפמ"ש הסמ"ע בסי' רע"ב (כאשר השיג עליו בעל קצ"הח) שאפילו במטלטלים יכול לחזור תוך שלשה ימים מ"מ משמע להדי' מלשון רמב"ם וטוש"ע שם וכמ"ש להדי' בדרישה ופרישה שאסור לחזור אפילו מיד כמו בנדר רק שיכול לחזור דלא הוי כקנין ואם חזר מועיל החזרה אבל עבר על האיסור וא"כ היאך חזר ר' ישמעאל שהפקר הראשון הי' לגמרי שיחול מיד והי' יכולין לזכות אם הי' שם אנשים אחרים באותו זמן כי הפקיר לכולם דהא הי' זוכה מתחילה ואם איתא שלא הפקיר לגמרי הי' לו לומר שאין רשאי לזכות כי לא הפקיר רק על לאחר זמן וכן כשחזר והפקירה משמע להדי' שהי' ג"כ לגמרי והפקר ב' הי' שוה להפקר ראשון מדלא ביאר שהי' שונה ואח"כ הי' חזרה שהפקר לא יחול עכשיו כי אם לאחר זמן לכן נראה שהפי' ברש"י שסביב הרי"ף מ"ש לכ"ע אפקרי' אח"כ ר"ל שגם בפעם שני' שאמר לכ"ע אפקרינהו ולך לא אפקרינהו הפקיר באמת בלבו לכ"ע כדי שיחול ההפקר ובמילתא בעלמא הוא דאוקמי וא"כ הקו' הנ"ל במ"ע, ואולם לפי לשון הרי"ף שכתב הגי' כך וז"ל אותבינהו וקא מיתפח א"ל דלי לי א"ל כמה שווין פלגא דזוזי יהיב לי' פלגא דזוזי ואפקרינהו הדר זכי בהו א"ל דלי לי יהיב לי' פלגא דזוזי אחרינא דכיון דקא חזי דקא בעי למיזכי בהו א"ל לכ"ע

מופקר ולדידך לא מופקר ואע"ג דלא הוי הפקר כה"ג ר"י בר"י במילתא בעלמא הוא דאוקמה אבל איהו לכ"ע אפקרי' עכ"ל א"כ לא גרס הרי"ף בפעם שני' ואפקרי' וי"ל שמה שאמר לכ"ע אפקרינהו ולדידך לא מופקר, לא אמר רק דברים בעלמא ובאמת לא הי' עכשיו מפקיר כלל ורצה לדחות לבעל העצים שילך ואח"כ כשהלך לך משם בעל העצים הי' מפקיר לכ"ע כי לא הוי חזרה דהא לא הפקיר מתחילה בסתם ומה שאמר לכ"ע אפקרינהו ולא לך הי' רק דברים בעלמא כדי שילך וא"כ הפקיר באמת כדין לכ"ע ולק"מ קו' הנ"ל דכל זמן שהי' של ר' ישמעאל הי' יכול לומר דברים בעלמא לדחותו כדי שילך משם אבל לגי' שלנו בש"ס שגרסו ואפקרי' א"א לפרש כן והדק"ל שוב ראיתי בספר פלפלא חריפתא לבעל תוס' י"ט שכוונתי בכמה דברים לדעת הגדול והנאני:

ה ונלענ"ד בדרך פלפול ליישב קו' הנ"ל דאיתא במס' פסחים דף נ' ע"ב בני ביישן נהגו דלא הוי אזלי מצור לצידן במעלי שבתא אתו בנייהו לקמי' דר' יוחנן אמרו לי' אבתהון אפשר להו אנן לא אפשר לן אמר להו כבר קיבלו אבותיכם עלייהון שנאמר (משלי י"א) שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך (פירש"י יום השוק של צידון בערב שבת והם מחמירין על עצמן שלא להבטל מצורכי שבת) וראיתי בפרי חדש בא"ח סי' תצ"ז בכללי מנהג איסור שכתב וז"ל מי שנהג אביו איזה דבר משום סייג או החסידות ע"ד משל שקיבל עליו להתענות ב' וה' כל ימיו וכיו"ב דבר ברור הוא שאין הבן אחריו מחויב לנהוג אותו חומרא אא"כ עשאו פעם אחת בחיי אביו או אחר מיתתו דהשתא הוי קבלה על עצמו הא לא"ה פשיטא דלא שייך בזה שמע בני מוסר אביך וראי' לזה הביא בס' משא המלך מהא דאיתא בפ' כל הבשר אנא בהא מילתא כחלא בר חמרא לגבי אבא דאילו אבא כי הוי אכל בשרא האידנא לא אכיל גבינה עד השתא ואילו אנא בהא סעודתא לא אכילנא באחריתא אכילתא הרי דקרי לנפשי' כן מצד דלא הוי מקיים האי חסידותא אבל מעיקר הדין לא מחייב ולכן אין הבן מחויב לעשות סייגים וגדרים של אביו והאי דבני ביישן שאני התם דהוא שם המקום לפיכך כל בני העיר חייבים לעשות ע"פי סייגים וגדרים שעשו אבותיהם וכמ"ש ריב"ש סימן שצ"ט יכולין הציבור לעשות תקנה עליהם ועל זרעם כמו שעשה בפלגש בגבעה וכ"כ רמב"ן שכך הדין בכל קבלת הרבים שחלה עליהם ועל זרעם כדאשכחן בקבלת התורה ואפי' בדברים שלא קיבלו בני העיר עליהם בהסכמה אלא שנהגו כן מעצמם לעשות גדר וסייג לתורה חל החיוב על בנו לנהוג אחריו וכן מורה הראי' ממשלי שאמר שמע בני כו' שהוא לשון יחיד ומה שהביא ראי' ממר עוקבא בחולין הנ"ל יש לדחות לפמ"ש פר"ח שם מחלוקת הפוסקים מקום שנהגו איסור בדבר אחד משום סייג ופרישות ונמשך הדבר לבנים כפי

הדין אי מצי להתיר בשלשה או ביחיד מומחה דעת מוהרי"ק ורשד"ם שמה שאמרו שיש היתר ע"י שאלה לחכם או לג' הדיוטות היינו בדבר שאסרו בני מקום עליהם מעצמם בדבר חדש שלא נהגו אבותיהם אבל דבר שנהגו אבותיהם לא אפשר להתיר וממילא אי נימא אפילו ביחיד שנהג דינו כמו ברבים אין יכול בנו להתיר ודעת כמה פוסקים שם שיכולין בנים להתיר מנהג אביהם וא"כ י"ל שמר עוקבא התיר לעצמו על ידי חכם או ג' הדיוטות מנהג אביו ושפיר יש לומר היכי שלא התיר אפי' יחוד שנהג בפרישות איזה דבר מחויב בנו לנהוג אחריו ע"פי דין ודלא כס' משא מלך שוב ראיתי בש"ות חוות יאיר סימן קכ"ו שמפלפל ג"כ בהך דינא יע"ש, ואולם יש להביא ראי' ברורה לדברי משא מלך מהא דאי' במס' שבת דף נ"ה ע"א אמר ר"ש בר נחמני אמר ר' יונתן כל האומר בני שמואל חטאו אינו אלא טועה שנאמר (שמואל א' י"ח) ויהי כאשר זקן שמואל ובניו לא הלכו בדרכיו בדרכיו לא הלכו מחטא נמי לא חטאו אלא מה אני מקיים ויטו אחרי הבצע שלא עשאו כמעשה אביהם שהי' שמואל הצדיק מחזיר בכל מקומות ישראל ודן אותם בעריהם שנאמר (שם ז') והלך מידי שנה בשנה וסבב בית אל וגו' ושפט את ישראל וגו' והם לא עשאו כן אלא ישבו בעריהן כדי להרבות שכר לחזניהן ולסופריהן בע"כ צ"ל הכוונה לדבריו כמ"ש רמ"א ז"ל שהש"ית דקדק עמהם כאילו לקחו שוחד והטו משפט והבין הב"ח בסימן ט' שמן הדין מחויב הדיין לחזור בעיירות לשפוט את ישראל שכתב שם שהאידנא אין חייב הדיין לחזור בעיירות כיון שישראל מעוטים בעיירות ואיכא נמי סכנת דרכים, ואולם בס' כנסת הגדולה בסימן ט' בהגהות ב"י ס"ק ב' השיג ע"ז דאף בזמן שהי' ישראל שרוי' על אדמתן מכלן שיש חיוב לחזור בעיירות מאחר שלא מצינו כן לכל הדיינים ושופטים רק שמואל הנביא ולפנים משורת הדין הוא דעביד והכתוב שמגנה ע"ז לבני שמואל לפי סברת ר"ח בן נחמני הוא מפני שלא הלכו בדרכי אביהם שהי' עושה לפנים מן השורה והם הי' עושי' חוץ מן המורה שלא הלכו בדרכי אביו כדי להרבות שכר לסופריהם ואין הכא נמי שאם לא הי' עושים כן מפני שלא הי' רוצים לטרוח ולא להרבות שכר לסופריהם לא הי' הכתוב מגנה אותן יע"ש וכן כתב בס' דרישה ולפ"ז מוכח כדברי משא מלך, דהנה ר' יונתן לא מחשיב להם לחטא רק מה שעשו להגדיל שכר לחזניהם וזהו חטא לכל הדיינים ואפילו מי שיושב ודן בביתו כמ"ש רמב"ם והובא בטור סימן ט' דיין שיושב ומגדל שכר לחזניהם וסופריהם ה"ז בכלל הנוטים אחר הבצע וכך עשו בני שמואל ועיין בדרישה אבל החטא שלא החזירו ולדון בעיירות כמו שעשה אביהם לא הי' נחשב להם בכלל החטא וכמ"ש בכנ"הג שאם לא הי' להרבות שכר רק שלא ירצו להטריח לא חטאו כיון שאין הדיין מחויב מן הדין לסבב בעיירות הא לגבייהו

אף ששאר דיינים אינם מחויבים מ"מ הם מחויבים כיון שאביהם נהג כן לסבב ולעשות לפנים משורת הדין חל ג"כ על הבנים מצד קבלת האב ושוב הוי לגבייהו דין והוי חטא על מה שלא עשו ולמה חשב חטא משכר סופריהם הי' להם חטא מצד שלא סבבו אע"כ כס' משא מלך שיש חילוק בין קבלת יחיד לרבים (ודוחק לומר דלא רצה לחשוב חטא הלז כי אולי התירו הא לא נזכר כן בכתוב והי' לו לומר בפשיטות). ולולי דברי ר' יונתן בפשטא דקרא יש להביא ראי' דאפילו יחיד מחויב לנהוג כאביו ויומתק פי' הכתוב דאי' שם ויהי כאשר זקן שמואל וישם את בניו שופטים לישראל ויהי שם בנו הבכור יואל ושם משנהו אביה שופטים בבאר שבע ולא הלכו בניו בדרכיו ויטו אחר הבצע כו' ויש לומר שהכתוב סיפר לנו גודל צדקת שמואל שהי' צדיק ודיין לשם שמים כי דרך האב ששמח שבנו עולה לגדולה ואם יוכל לפעול בחייו שבניו יהי' בחייו שופטים ומנהיגים בישראל מן הסתם כוונתו כדי שיהי' להם פרנסה וכבוד ושם טוב בעולם וכיו"ב מפניות החיצונות אבל שמואל הצדיק כל מגמתו הי' לטובת ישראל כדי שיהי' להם שופטים הגונים והקפיד על טרחת עם ישראל וכיון שהי' זקן ולא הי' יכול לסבב את ישראל בעריהם הי' חש ושקד בתקנת ישראל והתחכם לשם שמים ועשה לשופטים את בניו כי סובר להלכה שמה שאב עושה סייג לפנים משורת הדין מחויב הבן לילך ג"כ באותו מנהג לכן מהאי טעמא עשה לבניו שופטים ולא מינה לשופטים לשאר חכמי הדור אף שהי' ראוים לא היתה מחמת קרבת האב לבניו רק לטובת ישראל כיון שמן הדין אין הדיין מחויב לסבב בעיירות ואם יעשה שופטים אחרים אולי לא ירצו לעשות לפנים משורת הדין כי לאו כ"ע עושים לפנים משורת הדין לכן מינה לבניו כדי שיהי' מחויבים לנהוג כן, וכל מגמתו הי' לטובת ישראל ולא להנאתו ונודע מ"ש רמ"א ז"ל לפרש מה שאי' בקרא שופטים בבאר שבע ר"ל שלא הלכו לסבב רק ישבו בקבע בבאר שבע ועוד כתב שם לפי' ר' יונתן ושאר חכמי הש"ס ז"ל אף שלא נטו אחר בצע מ"מ עבירה שעשו נחשב להם כאילו הטו אחר בצע והטו משפט כך דקדק הש"ית עמהם וכמו כן יש לומר לפי דרכינו מה שלא הלכו בדרכי אביהם לסבב מעיר לעיר כיון שהי' מחויבים לעשות מצד קבלת האב שנמשך לבן דקדק הש"ית עמהם כאילו קבלו שחד ויטו משפט, וידוע שיש לפרש למ"ד בשביל כמ"ש רש"י בפ' פנחס תחת אשר קינא לאלהיו ר"ל בשביל ועיין בס' העקרים בהקדמה ובזה מובן הכתוב ויהי כאשר זקן שמואל ר"ל שלא הי' בכחו להטריח ולסבב בעיירות וישם את בניו שופטים לישראל ר"ל מה שעשה לבניו שופטים לא הי' כדי להיטב עמהם כמשפט האב עם הבן רק הי' בשביל ישראל לטובתם כדי להקל מעליהם הטירחא לבוא בעיר הדיין ועשה את בניו כדי שיתנהגו כמותו ויהי' כו'

שופטים בבאר שבע ר"ל שלא עשו כן רק ישבו שם ולא הלכו בדרכיו שהוא הלך וסיבב כמ"ש רמ"א ויטו אחרי הבצע כו' ר"ל חטא זה כיון שהי' מחויבים לעשות ע"פי הדין כי מה שאב עושה לפנים משורת הדין חל על הבן מן הדין לכן נחשב להם כאילו חטאו בבצע ובשוחד וא"ש אמנם כיון שרבותינו בעלי התלמוד זצ"ל לא פירשו כן מוכח כס' משא מלך וכן יש להוכיח מסוגין דב"מ דאל"כ קשה מאי מקשה המ"ס והא ר' ישמעאל זקן ואינו לפי כבודו הוה דלמא מיירי שאביו ר' יוסי הצדיק הי' נוהג בפרישות הלז כאשר הי' רואה שאחד טען משא אף שלא הי' כבודו לסייע הי' מסייע ועשה לפנים משורת הדין לכן חל על בנו מצד הדין וא"א לכוין כן בתי' הש"ס דהו"ל לומר ר' יוסי הי' עביד לפנים משורת הדין ובשלמא לשיטת הר"אש שאין יכול החכם למחול על כבודו א"ש כי לא הי' רשאי ר' יוסי למחול על כבודו ולסייע אף שמגיע מבזיון מצוה אבל לשיטת רמב"ם שיכול למחול על כבודו כשמגיע מבזיון מצוה קשה כנ"ל אע"כ מוכח כספר משא מלך וא"ש:

ו ולפ"ז נבוא אל הענין ליישב קו' הנ"ל דהנה אי' ביו"ד סימן רי"ד ס"א דברים המותרים והיודעים בו שהם מותרים נהגו בו איסור (מחמת סייג ופרישות כמ"ש ש"ך) הרי הוא כאילו קבלו עליהם בנדר ואסור להתירם בהם הלכך מי שרגיל להתענות תענית שלפני ר"ה ושבין ר"ה ליו"הכ ומי שרגיל שלא לאכול בשר שלא לשתות יין מר"ח אב או מי"ז בתמוז ורוצה לחזור בו מחמת שאינו בריא צריך שלשה שיתירו לו ואם בשעה שהתחיל לנהוג כן היו דעתו לנהוג כן לעולם ונהג כן אפי' בפעם אחת צריך התרה יע"ש ולפ"ז נראה לענ"ד לומר שמה שמקשה הש"ס והא ר' ישמעאל בר"י זקן ואינו לפי כבודו אין הקו' כפשוטו שעל זה ידע שרצה לעשות לפנים משורת הדין ולוותר ממון ולכן לא הקשה מעיקרא כמו שהעדתי בקו' א' רק לאחר דמשני הש"ס מילתא בעלמא הוא דאוקמי הקשה באמת כקו' שלי הנ"ל כיון שהיה זקן ואינו לפי כבודו למה גרם הפסד מניעת ריוח ולאו משנת חסידים הוא כיון שמדינא פטור לסייע כיון שהוא זקן הי' יכול לומר האמת שהפקר לכ"ע ולא יסייע לו כי במה שאמר בפעם שני' שלא היו לכ"ע עשה לו היזק במניעת ריוח יותר טוב הי' שישתוק ולא יסייע לו יותר וא"כ הקו' הוא רק על פעם ב' למה אמר לכ"ע אפקרינהו ולא לך ומיושב ב' קו' הנ"ל וע"ז משני ר' ישמעאל בר"י לפנים משורת הדין הוא דעביד כי כבר נתבאר שאדם שנוהג א"ע הרבה פעמים ולכל הפחות שלשה פעמים בדבר שהוא פרישות הוי נדר ואם דעתו לנהוג כן לעולם אפי' בפעם אחת הוי נדר וצריך התרה ור"י בר"י הצדיק כבר הנהיג א"ע בהרבה פעמים שהי' טוען למי שנושא משא אף שהי' זקן ואינו לפי כבודו החמיר ע"ע לפנים משורת הדין א"כ

הי' עליו כנדר רק עכשיו תש כחו ולא הי' יכול לסייע והי' צריך התרה לכן הוכרח לומר כן ופשוט הא דאסור לגרום הפסד מניעת ריוח לאחד אף בדבר מלא הי' שלו מעולם כמו במציאה היינו אם לא יצמיח לו טובה כמו במגביה מציאה לחבירו שאסור לגרום הפסד לאחד וליתן לאחר אבל אי בעצמו מגביה מציאה קנה אף שמפסיד לחבירו וא"כ אי נימא שמיירי בגווני שלא היה יכול ר' ישמעאל לעשות רק באופן שיהי' מטעה אותו כי אם לא יאמר כן יהי' לו הפסד ממון ומכ"ש בבריאת גופו פשיטא דליכא איסור במה שהי' גורם מניעת ריוח לבעל העצים וז"ש לפנים משורת הדין הוא דעביד ר"ל שהוא ר' ישמעאל בר' יוסי אשר דרכו כל ימיו לעשות לפנים משורת הדין ובענינים כאילו לא הי' חס על כבודו ומחל על בזיונו לדבר מצוה לכן הי' מוכרח לומר כן ונשמע מזה כדעת רמב"ם שזקן ואינו לפ"כ יכול למחול ע"כ לבזות א"ע כיון שמגיע מבזיון מצוה דאי כר"אש היאך הי' ר' ישמעאל נהג כן וא"ש, ואולם אכתי קשה דהנה תוס' בד"ה אפקרי' כתבו וז"ל וא"ת האמר בנדרים דמ"ה אין הפקר אלא בשלשה ויש לומר דהדא נמי הוי שלמה יע"ש וא"כ אכתי קשה קי' הש"ס למה אמר לכ"ע אפקרינהו ולא לך הי' לו להתיר נדר אע"כ דס"ל לתוס' כר"אש דבהתרת נדרים בעינן עכ"פ גמירי וסבירי וי"ל שהם היו הדיוטות לגמרי שלענין הפקר עיקר הטעם כדי שיהי' א' זיכה ושני עדים מהני אפי' הדיוטות אבל לא מצי להתיר וא"ש מיהו ראי' זו יש לדחות כמבואר להמעיין ואולם שאר דברינו נכונים ומה שהביא ראי' מרב יוסף שאמר אשר יעשון זו לפנים משורת הדין, הכוונה שמשמע אפי' זקן ואינו לפי כבודו יכול לעשות לפנים משורת הדין וכשיטת רמב"ם ואפי' בענין טירחא ולא דוקא בוויתר ממון כי הפסוק מיירי הכל בטירחת הגוף וא"ש ודוק ולק"מ כל הקו' הנ"ל כן נלענ"ד נכון בדרך פלפול בס"ד:

ז **ומעתה** נבוא לברר דברי מוסר שלמד ר' יוסף שאדם מחויב לעשות לפנים משורת הדין ואמר והודעת להם זו בית חייהם כו' ולכאורה אינו מרומז בקרא ונראה לברר הדבר שמרומז בקרא, הנה מוהרש"א כתב וז"ל הדרך זו גמילת חסדים בה"א הידיעה הוא הדרך הידוע דרך ד' להלוך אחר מידותיו כמ"ש בפ"ק דסוטה כו' ואמר ילכו זו ביקור חולים דבהליכתו שם לחוד בלי מעשה מקיימה כדמסיק בבן גילו, ואמר בה זו קבורה כי המתעסק במצות קבורת מת אין תכלית עשיתה רק בה כי אינו מצפה לתשלום גמול והוא חסד של אמת משא"כ בשאר גמילת חסדים ואמר את המעשה זו הדין כי הנעשה ע"פי הדין הוא המעשה הראוי לעשות ואמר אשר יעשון הוא ענין נוסף נאמר לבעלי דינים שכל אחד מהם יתרצה לפנים משורת הדין שהדבר תלוי בהם דהדיין לא יעטה לפנים משורת הדין בעל כרחם עכ"ד, ונראה לענ"ד מה שפירש ר' יוסף כן דהוי

קחה לי' שמעיקרא אמר והזהרתה אתהם את החוקים ואת התורות ואח"כ אמר והודע' להם למה אמר כאן בלשון והזהרתה ואח"כ בלשון והודעת שלא אמר הכל בלשון אחד ובפסוק ט"ז כאשר אמר משה רבינו ליתרו אי' כי יהי' להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו והודעתי להם את חוקי האלקים ואת תורתיו אמר משה רבינו בחוקים לשון והודעת והדבר צריך ביאור, ותו הוי קשה לר' יוסף דמיותר לגמרי תיבת והודעת דסגי לומר והזהרתה את החוקים ואת התורות ואת הדרך וגו' לכן מכח זה הוכיח ר' יוסף שפסוק מדבר בשני עניני מצות מצות החוקים שבין אדם למקום אשר אין לשכל מבוא ומצות גמילת חסדים שהם ממצות השכליות אשר לצורך קיבוץ ותיקון מדיני שראוי כל אחד לעזור לחבירו וכמו שהאריך בזה בס' העקרים ואי' במס' אבות הוי זהיר במצוה קלה כבחמורה וכתבו מפורשים דמצוה ששכל מחייב נקל לאדם לעשותו אחר שהשכל מסכים אבל דבר שאין השכל מחייב קשה לאדם לעשות ונקרא חמורה ואמרתי לברר הדבר דהנה ארז"ל במס' יומא דף ס"ד ע"ב ת"ר את משפטי תעשו (ויקרא י"ח) שאלמלא לא נכתב דין הוא שיכתבו אילו הן ע"א וג"ע ושפיכת דמים וגזל וברכת השם את חקותי תשמרו דברים שהשטן משיב עליהם ואילו הן אכילת חזיר ולבישת שעטנז וחמא תאמר מעשה תוהו הם ת"ל אני ד' חקקתיו ואין לך רשות להרהר עליהן פירש"י משפטי משמעות דברים ישרים והדין נותן לעשותו חוק משמע שאינו אלא גזירת המלך השטן ויצ"הר משיב עליהם תשובה לומר שהתורה אינו אמת כי מה תועלת בכל אלה לכך נכתב בהם חוק אני ה' גזרתי עליכם ר"ל אני ה' אחקותי דמנייהו סליק את חקותי תלמדו אני ה' חקקתי גזרתי עכ"ל ולולי דבריו יש לומר דקאי על תרווייהו דבאמת יש ראי' ברורה על החוקים שיש להם טעם אך הטעם נעלם מאתנו כי נחזי אכן בנוהג שבעולם אם אנו רואין איש מפורסם בחכמות שאומר או מחבר איזה ספר שרוב דבריו הם בהשכל ובדעת ומובן היטב לכל בעלי מדע המיעוט נגרר אחר הרוב אף כשאומר או כותב דבר שלא נודע הטעם ההכרח לתלות החסרון בהשומע ובהמעיין ולא בהאומר והמחבר וכמו כן כיון שמצות השכליות שנודע לבו טעמים והחוקים הכל נאמר מהש"ית מוכח שהכל הוא בהשכל ובטעם רק שנעלם מאתנו כיון שהכל יצא מפי אל יתברך שמו וז"ש שמא תאמר מעשה תוהו ר"ל שהם דברים של תוהו דרש"י פירש בפסוק והארץ היתה תוהו ובוהו לשון תמה ושממון שאדם תוהא ומשתמם על בוהו שבה יע"ש וכשנאמר דבר בלי טעם דרך בני אדם לתמוה לכן קאמר שהם מעשה תוהו ר"ל שבמצות החוקים יש דברים שאדם תוהה עליהם ואין להם טעם לכן אמר אני ד' גזרתי עליכם מצות שכליות וחוקת וכמו שיש טעם למצות שכליות שגלוי לך ג"כ יש טעמים לחוקים רק הטעם נעלם, או

יש לומ' בפשיטות בבחינה שאם חכם מפורסם אומר דבר שנעלם הטעם הדרך לתלות חסרון בהמעיין מכ"ש דבר הנאמר מפי הש"ית מראוי לתלות החסרון בהמעיין שמחמת דקות הענין המושג ועומקו ומחמת קוצר שכל האנושי מלהשיג כמו שכתב הרמב"ם בח"א מספרו מורה נבוכים פרק ל"א כי לשכל האנושי השגות בכחו ובטבעו שישיגם ויש ענינים אין בטבעו שישיגם בשום פנים ולא בסיבה וארז"ל במס' אבות לפום צערא אגרא ומעתה הי' מקום לצדיק לבחור לעשות מצות שטעמם נעלם כדי שיהי' לו שכר יותר כיון דרשאי לעבוד על מנת לקבל פרס כמ"ש בספר מדרש שמואל שמה שארז"ל אל תהיו כעבדים המשמשין ע"מ לקבל פרס היינו מצד חסידות אבל מצד הדין יכול לעבוד ע"מ לקבל פרס כדאי במס' פסחים בסלע זו לצדקה ע"מ שיחי' בני או שיזכה לחיי העו"הב ה"ז צדיק גמור וא"כ יהי' נזהר רק בחמורות ולא בקלות ואולם כתבו המפורשים ז"ל שגם במצות שכליות יש ליצר הרע להתנגד שיעשה המצוה מצד השכל וכן במצות הטבעיות שיעשה מצד שטבעו מסייע לזה ולא מצד פקודתו יתברך כי בכל ענינים היצר הרע מתנגד שלא לעשות לשם שמים ואולם אדם צריך לכבוש ליצרו ע"ז ולעשות לש"ש ויש לו ג"כ צער בכבישת היצר הרע וא"כ גם במצות השכליות יהי' לו שכר לפום צערא וז"ש הוי זהיר במצוה קלה היינו מצוה שקלה בעיניך לעשות כמו במצות חקות שהיא חמורה שאי אתה יודע מתן שכרן של מצות כי גם במצוה קלה יוכל להיות שיהי' כמו כן שכר כמו בחמורה כיון שצריך לכבוש היצ"הר, וידוע שמשה רבינו ע"ה ידע טעמי המצות ולפניו לא הי' חוקה כי שכלו הי' זך ונקי והי' לו התפשטיות הגשמיות והבין דברים העומדים ברומו של עולם ומפורשים פירשו והזהרתה שהוא מלשון והמשכילים יזהירו (דניאל י"ב ג') שיברר וילבן להם את החוקות והתורות, וא"כ א"ש כי מאה רבינו ע"ה שהי' אוהב ישראל והי' דן אותם לכף זכות אמר בסתם והודעתי את חוקי וגו' ואת תורתיו ר"ל לא אגיד ואברר להם הטעם של מצוה רק בדרך חוק כי המה כל כך צדיקים ותמימים שאפילו אם לא אברר להם הטעם ממצות החוקים רק הודעה שאודיע להם מ"מ ישראל קדושים הם מאמינים בני מאמינים ישמעו לדברי הנאמרים לי מהש"ית כדי שיהי' להם שכר ביתר שאת ואולם יתרו אמר למשה כיון שהם עם וכדאי' בפסוק ט' ולפמ"ש רש"י הי' הענין לאחר מתן תורה ולאחר מעבדו את העגל שנכנס יצ"הר בקרבם ונקרא בשם עם לכן אמר למשה אם לא תקרב להם את החוקות בדברי הטעם שיהי' קרובים להבין דהיינו שמחויב אתה לברר וללבן הטעם שיבינו כי זולת זה לא ישמעו לך אבל דברים שהשכל מחייב כגון מצות גמילת חסדים אין אתה צריך לברר הטעם רק להודיע להם ובהודעה בעלמא סגי שמעצמן יבינו כיון שהשכל מחייב וז"ש והזהרתה

אתהם את החוקים ר"ל שיברר וילבן להם את החוקים שיהי' מזהיר להם ושידעו טעם הדבר אבל גמילת חסדים וכיו"ב אינך צריך רק להודיע להם וז"ש והודעת להם את הדרך אשר ילכו בה כי מעצמם יבינו הטעם ומכח זה הוכיח ר' יוסף שמ"ש והודעת וגו' מיירי במצות גמילת חסדים וא"ש:

ח אמנם לולי פירש"י ז"ל יש לפרש דברי ר' יוסף דהנה בפירוש זה בית חייהם פירש"י ללמוד להן אומנת להתפרנס ובמס' ב"ק דף ק' ע"א פירש ללמוד תורה וכבר הרגישו המפורשים בזה ותו קשה לפי מ"ש שם שקאי על תלמוד תורה הא כבר אמר ברישא דקרא חוקת ותורת כמ"ש רש"י כאן וכתב במוהרש"א ליישב קו' הלז וז"ל בית חייהם ללמוד אומנת שא"ל יתרו למשה אחר שהזהיר אותם ברישא אחוקת ותורות אמר והודעת להם תודיע להם דבר הצריך להם ולגופם דהיינו מחייתם ואומנתם דכל התורה שאין עמה מלאכה סופה בטילה אבל בפ' הגוזל פירש"י דוהודעת להם קאי כמי את"ת וזו היא בית חייהם על שם כי היא חייך וגומר ואפשר שהוא דבר נוסף ארישא דקרא זו בית חייהם משמע דהיינו לקבוע להם מדרשות לתלמוד תורה עכ"ל, ולולי דבריו יש לומר דהנה אי' במס' פיאה דברים שאדם אוכל פירותיהן בעו"הז והק"ק לעו"הב כיבוד אב ואם וגמילות חסדים וכתב הרמב"ם המצות נחלקים לשני חלקים האחד המצות המיוחדים לאדם בנפשו במה שיש בינו ובין הקב"ה וחלק שני מצות התלוים בתועלת בני אדם קצתם לקצתם וכשיעשה מצות המיוחדת לנפשו יחשב לו לצדקה שיגמלהו בעו"הב ובמצות התועלת בני אדם ג"כ יחשב לו לצדקה בעו"הב וימצא טובה בעו"הז בעבור שנהג מנהג טוב בעיני בני אדם כי כשינהג מנהג זה ינהגו אחרים כמנהגו יע"ש ולפ"ז י"ל מ"ש ברות ב' י"א ויען בועז ויאמר לה הגד הגד לי כל אשר עשית את חמותך וגו' ותעזבי אביך וגו' ותלכי אל עם אשר לא ידעת וגו' ישלם ד' פעלך ומשכורתך שלימה מעם ד' אלהי ישראל אשר באת לחסות תחת כנפיו ויש לדקדק לשון שלימה מיותר וגם אינו מן המובן וגם לענין מאי אמר אלהי ישראל ונראה דהנה נודע מחלוקת הרמב"ם ורמב"ן הובא בבעל העקרים דעת רמב"ם דשכר רוחניי לעתיד יהי' רק לנפש ולא לגוף ודעת רמב"ן כיון שגם הגוף עשה המצוה והוא הפועל ראוי שיהי' שכר שלם לגוף ונפש שיהי' השכר רוחני לעתיד בגוף ונפש וא"כ לרמב"ם אין המכר שלם לגוף ולנפש והוא רק חצי שכר ואולם העושה מצות שבין אדם לחבירו שמגיע לו שכר בעולם הזה והוא הנאת הגוף יש לו שכר שלם כמו הפעולה שהיתה שלימה בגוף ונפש שעבד ועשה המצוה בגוף ונפש וכ"כ יהי' השכר שלם לגוף ונפש והנה רות עשתה מצות גמילת חסד עם חמותה כי הראה אהבה לחמותה אף בעת שנפרד הקרבות שמת אישה וגם

עשתה מצות שבינה לבין המקום כי גיירה א"ע א"כ ראוי שיהי' לה שכר שלם לגוף ונפש והיינו שכר בעולם הזה לגוף ושכר בעו"הב לנפשה וז"ש הוגד וגו' אשר עשית עם חמותך א"כ עשית מצות שבין אדם לחבירו, ותלכי אל עם וגו' דהם ממצות שבין אדם למקום לכן ראוי שישלם ד' פעלך ותהי משכורתך שלימה מעם ד' אלהי ישראל ר"ל אף שעתה נכנסת תחת רמות אלהי ישראל שדרכו ליילך עם ישראל בעולם הזה במידת הדין כמורה שם אלהי כי לא נברא עולם הזה רק לאחאב בן עמרי ועו"הב לר' חנינא ולא מגיע לישראל שכר עו"הז וא"כ ראוי שלא יהי' לך שכר שלם לגוף ולנפש כי בישראל עיקר שכר הוא לנפש מ"מ אתה יהי' לך שכר שלם לגוף ונפשך שיהי' לך עו"הז ועו"הב מצד מצות שבין אדם לחבירו יהי' לך פירות בעולם הזה והק"ק לעו"הב כי גם בישראל הדין כן ונוסיף לך שעשית מצות לשמים ג"כ וניחם אותה ודיבר על לבה שלא תצער א"ע במה שהי' לה מזונות בצער שהוכרחה ללקט שבלים לכן ניחם אותה שיהי' לה שכר שלם ויהי' לה מזונת בהרוחה וא"ש. ואיתא במס' יומא דף ע' ע"א בפסוק כי אורך ימים ושנות חיים ושלום יוסיפו לך וכי יש שנים שאינם של חיים אמר ר' אלעזר אלו שנותיו של אדם שמתהפכים מרעה לטובה (ועיין בס' חוות יאיר חדש דף ס"ה ע"א דבד נחמד בשם הגאון חכם צבי ז"ל) העולה דטובת עולם הזה מכונה בשם חיים וכבר בארנו שעל ידי מצות שבין אדם לחבירו יש לו שכר בעולם הזה שאוכל הפירות וגם כתבנו בשם מוהרש"א מ"ש והודעת להם הכוונה מה שצריך לגופם וידוע שהגוף חפץ בעולם הזה וא"כ א"ש דברי ר' יוסף אחר שאמר והזהרתה אתהם את החוקות ואת התורות ר"ל שעל זה לא מגיע להם שכר עולם הזה כי שכר מצוה בהאי עלמא ליכא על זה צריך אזהרה גדולה שישמעו לך כי רבו עמי הארצים שלא איכפת להו כל כך בחיי העולם הבא והודעת להם ר"ל תודיע להם דבר הצריך לגופם ע"ז אין צריך אזהרה שמעצמם יעשו אם תודיע להם שיהי' להם על ידי זה טובת עולם הזה (ודוקא דבר שעל ידי מצוה אדם זוכה לשכר עולם הבא צריך אזהרה) וע"ז אמר ר' יוסף זו בית חייהם ר"ל שיהי' להם טוב עולם הזה שנקרא בשם חיים כי עני חשוב כמת וטוב בעולם הזה הוא חיים ועל ידי מצות שבין אדם לחבירו יש לו גם פירות בעו"הז והוא הדרך הישר אשר ילכו בה כדרשת ר' יוסף שיעשו מצות שבין אדם לחבירו וגם יעשון הבעלי דברים לפנים משורת הדין כמ"ש מוהרש"א בגלל זה יאכלו פירותיהן בעולם הזה והקרן קיימת לעולם הבא ואם כן תודיע להם דבר הצריך להם וא"ש ויה"ר שנזכה לעשות מצוה שנאכל הפירות בעולם הזה והקרן קיימת לעולם הבא ונזכה לביאת גואל צדק במהרה בימינו אמן:

דרוש שדרשתי בעיר ואם בישראל ק"ק פראג בבית הכנסת הקדושה הנקרא ב"הכ מייזיל: א במסכת גיטין דף ס"ב, עמוד א' רב הונא ורב חסדא הוי יתבי חליף ואזיל גניבא א"ל חד לחברי' ניקום מקמי' דבר אוריין הוא אמר לו ומקמי פלגאה ניקום אדהכי אתא איהו לגבייהו אמר להו שלמא עלייכי מלכי שלמא עלייכי מלכי אמרו ליה מנלן דרבנן איקרי מלכים אמר להו דכתיב (משלי ח') בי מלכים ימלוכו וגומר אמרו לי' ומנלן דכפלינן שלמא למלכי אמר להו דאמר ר' יהודה אמר רב מניין שכופלין שלום למלך שנאמר (דברי הימים א' י"ג) ורוח לבשה את עמשי ראש השלישים וגו' אמרו לי' ליטעום מר מידי אמר להו הכי אמר רב יהודה אמר רב אסור לו לאדם שיטעום כלום עד שיתן מאכל לבהמתו שנאמר (דברים י"ד) ונתתי עשב בשדך לבהמתך והדר ואכלת ושבעת עכ"ל ויש לדקדק בסוגין:

א) על גניבא כיון שבודאי הבין שלא קמו בפניו כי קימה צריך להיות מלא קומתו כדאי' ביו"ד סי' רמ"ד ולמה עזב דרכו שהי' קנטרן ומחל להם וחלק להם כבוד לומר להם שהם מלכי רבנן:

ב) קשה על ר' הונא ור' חסדא שמעיקרא היה מבזים אותו ולא קמו בפניו ואח"כ אמרו לו בכבוד ליטעום מר מידי כדמוכח במס' ברכות דף כ"ז ע"ב דאיתא שם דר' ירמיה בר חבא היה תלמיד חבר של רב שא"ל מי בדלת ולא אמר מי בדיל מר א"כ מוכח שלשון מר הוא חלוקת כבוד (ועיין ביו"ד סימן רמ"ב בטורי זהב ס"ק י"ד):

ג) שאמרו לו ליטעום אטו לא ידעו דין שאמר רב שאסור ליטעום כי הם הי' תלמידי דרב ובוודאי ידעו אותו דין גם כן:

ונראה ליישב ומקודם נבאר ליישב מה שיש לדקדק במקראי קודש בד"ה א' י"ב דאי' שם בפסוק ט"ז וי"ז ויבוא מן בני בנימין וגומר ויען ויאמר אם לשלום וגומר ואם לרמותנו וגו' ורוח וגו' לך דוד ועמך בן ישי שלום שלום לך ושלום לעוזריך כי עזרך אלהיך ויקבלם דוד ויתנם בראשי הגדוד:

א) ויש לדקדק כיון שדוד היה מסופק אם הם אוהבים היאך האמין להם בדברים הנ"ל אולי יש רמאות בדבר איזה דבר היה נראה לו מתוך דבריהם שהם לו לאוהבים:

ב) ים לדקדק לענין מאי אמר לו כפל דברים שהוא דוד ובן ישי:

ג) יש לדקדק לענין מאי אמר ועמך בן ישי תיבת עמך מיותר הו"ל לקצר לך דוד בן ישי:

ד) מ"ש כי עזרך כו' אינו מן המובן ונראה שנתנו לו חידודי דברים כי באותו שעה הי' במצור ובמצוק ולא הי' לו עדיין עזר ונראה ליישב ונקדים מקראי קדש (בשמואל א' כ') אי' ויהי ממחרת החודש וגו' ויאמר שאול וגו' מדוע לא בא בן ישי גם תמול וגו' ויען

יהונתן וגו' נשאל דוד מעמדי וגו' ויאמר לו בן נעות המרדות וגו' כי כל הימים אשר בן ישי חי על האדמה לא תיכון אתה ומלכותך וגו' ויש לדקדק:

א) מדוע קצף כל כך שאול על יהונתן בנו כי איזו חטא הי' בתשובתיו שהשיב לו כי אולי הי' באמת כן:

ב) יש לדקדק מדוע קרא שאול לדוד בשם בן ישי ויהונתן קרא לו בשמו וברד"ק מצאתי הטעם על שאול שדרך השונא שאינו מזכיר בשמו, ולולי דבריו יש לומר באופן אחר ויתיישב על נכון בעז"ה:

ב ונקדים עוד לבאר מקראי קודש (בשמואל א' י"ח) איתא ויהי' כאשר זקן שמואל וישם את בניו שופטים לישראל ויהי שם בנו הבכור יואל ושם משנהו אביה שופטים בבאר שבע ויש לדקדק מדוע סיפר כאן שמם הי' לו להזכיר שמם מקודם לכן איזה שייכות יש זה עם זה ונראה ליישב על נכון שהסדר יהי' מדויק ומקודם נבאר לפרש סוגי' הש"ס בחולין דף מ"ג ע"ב דאית' שם אתמר תורבץ הושט רב אמר במשהו ושמואל אמר ברובא כו' האי תורא דהוי לבני מר עוקבא דאתחיל בי' שחיטה בתורבץ הושט וגמר בושט אמר רבא רמינא עליו חומרא דרב וחומרא דשמואל וטריפנא כו' אגלגל מילתא ומטא לקמי' דר' אבא א"ל תורא בין לרב ובין לשמואל שרי זילו אמרו לי' לברי' דרב יוסף בר חמא דלישלם דמי תורא למרי' ופירש"י רבא ברי' דר' יוסף בר חמא הוא רבא דכולה תלמודא יע"ש כל הסוגי' ויש להבין לשון חכמים וחידותם מדוע בלשון ברי' דר' יוסף ולא אמר בשמו דהוא רבא:

ונראה ליישב דהנה רש"י ותוס' פירשו שהי' טועה בדבר משנה ואולם הרשב"א בחידושיו כתב וז"ל לפמ"ש רבינו אלפסי בענין טעה בדבר משנה ושיקול הדעת צריכין אנו לפרש דרבא טעה בשיקול הדעת הוי דהוא היה סובר דלא סתרי אהדדי כדאמר רב טבית כולה כרב עבדו אלא לפי דברי מי שאמר דסתרי אה אהדדי רמינן עלה חומרי דרב וחומרי דשמואל אבל לדידי' לא סתרין אהדדי סבירא לי' ומש"ה הוי חשיב לי' לר' אבא טועה בשיקול הדעת דכללי דרב יהודה הוי סבירא לי' ולפיכך מחייבו לשלם אבל אם הי' טועה בדבר משנה אפילו הי' נשא ונתן ביד לא היה משלם וכן צריכין אנו לומר לדברי רבינו זלה"ה דלא קיבלו בעלי השור לרבא להורות להם ומעצמם טרפה להם דאי קיבלהו עליהם לא הי' משלם ואפילו נשא ונתן ביד דמומחה לרבים הוה דודאי רבא אין לנו גדול ומומחה ממנו עכ"ל ואי' במס' סנהדרין דרין דף ה' ע"א אמר רב האי מאן דבעי למידן דינא ואי טעי ליפטר לישקול רשותא מריש גלותא ומבואר ברמב"ם בפר' ששי מסנהדרין ה"ב דדין זה שייך בטעה בשיקול הדעת שכ' שם וז"ל טעה בשיקול הדעת כו'

אם הי' דיין זה מומח' ונטל רשות מראש גלות' או שלא הי' נוטל רשות אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן הואיל והוא מומחה חוזר הדין ואם אי אפשר לחזו' פטור מלשלם אחד הנוטל רשות מראש גלות או הנוטל רשות מב"ד של ישראל בא"י אבל לא בחו"ל כו' היה הטועה מומחה ולא נטל רשות ולא קיבלו אותו בע"ד עליהם או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו בע"ד עליהם לדין כדין וטעה בש"ה אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשה וישלם מביתו ואם לא נ"ונ ביד יחזור הדין ואם אי אפשר להחזיר ישלם מביתו עכ"ל ועיין בש"ע ח"מ סי' כ"ה ס"ב וג' וראיתי בערוך אות א' דף ב' ע"ג ד"ה אבייי שכתב וז"ל ואבייי ורבא שכתב הרי אנו מפורשין לך דאבייי נחמני שמו כו' ורבה ורבא אבה ואבא שמותיהן כאשר הוא ברור דאמר רב נחמן דציית לי' לאבא וזה הרי"ש שבראש המילה סימן הוא לרב ולישנא קלילא עכ"ל נשמע דרבא הי' שמו אבא וריי"ש הוא לסימן על שם רב ולפי זה יש לומר או שריי"ש הי' סימן על שם רבי או על שם רב וידוע ההפרש שבין רב לרבי כמ"ש הערוך שם כל רב מבבל וכל ר' מארץ ישראל וכן פירש"י בכתובת דף מ"ג ע"ב ד"ה אמר ר' זירא וז"ל אמר רבי זירא וא"ל רב זירא הא ר' זירא הוא רב זירא אלא בבבל מקמי' דליסלק לארעא דישראל לקמי' דר' יוחנן ואין סמיכ' בבבל הוי קרי לי' רב זירא ובהא שמעתתא איכא למ"ד מקמי' דסמכוהו אמרה ואיכא למ"ד בתר דסמכוהו אמרה עכ"ל (ועיין בשאלות ותשובת שבות יעקב חלק א' סי' קל"ד שמפלפל אם ר' הונא הי' מוסמך בארץ ישראל וכתב שלא הי' מוסמך ועיין בר"ן במסכת נדרים דף ח' ע"ב ד"ה ושמתא שכתב כן להדיא דלא היה סמוך וא"כ בשם רבא אם הי' שמו רבי אבא היה סמוך בארץ ישראל כמו ר' זירא תלמידו או שהי' סמוך בבבל והיה שמו רב כי רב הוא סמיכה בבבל וכבר מבואר בשאלות ותשובת ריב"ש סימן רע"א שכתב וז"ל שהסמיכה הוא כמו נטילת רשות לדון בכפיה ואי טעי ליפטר לינקט רשותא מריש גלותא וזהו נוהג אפילו בחוץ לארץ שהרי ריש גלותא בבבל הי' ואע"פי שאין סמיכה בחוץ לארץ לא היה זה סמיכה ומאן דנקיט רשותא אינו דן דיני קנסות ואם היה סמוך היה דן דיני קנסות אפילו בחו"ל כדאית' בפרק ק' דסנהדרין עכ"ל ואם כן עיקר הפרש הוא רק לענין דיני קנסות אבל יכול לקבל סמיכה בחוץ לארץ מריש גלותא לדון ויש לומר דרבא הי' שמו רב אבא והי' מוסמך לדון בחוץ לארץ כל הדינים חוץ מדיני קנסות כי ריש גלותא היה בזמן רבא כדאי' במס' ברכות דף מ"ב ע"א, ואי' במס' תענית דף ג' ע"א זימנין דקרי' לי' בשמי' רב יהושע בן בתירא וזימנין דקרי לי' בשמי' דאבא הוא דלסמכוהו והא לבתר דסמכוהו פירש"י מקמי דסמכוהו לא הוי חשוב וקרי ליה משמי' דאבוהו ועיין בהגהות מיימוני בפרק חמישי מהלכות תלמוד תורה ס"ק ז' וא"כ ברבא קודם דסמכוהו הוי נקרא

בשם אביו ברי' דרב יוסף בר חמא ולאחר דסמכוהו היה נקרא בשם רבא שמורה רב אבא או ר' אבא כי ריי"ש הוא סימן ועכ"פ יהיה איך שיהיה כיון שנתמנה לראש כדאי' במס' ברכות דף ס"ב ע"א רבא מקמי דהוה רישא כו' בתר דמלך עבדא לי' כוותא יע"ש א"כ נשיאות שלו מכונה בשם מלוכה ראוי לקרות בשמו כי עיקר הטעם בגמרא הנ"ל מקודם שנעשה מוסמך דהיינו ראש אינו חשוב לקרוא בשמו ואח"כ חשוב שיהיה נקרא בשמו לבד באדם מפורסם שאין קורין אותו בשם אביו שהוא מפורסם מצד עצמו ולענין זה אין חילוק בין מוסמך בארץ ישראל או מוסמך בחוץ לארץ מריש גלותא לדון כל הדינים חוץ מדיני קנסות וא"כ א"ש דבאמת הי' דבא מומחה ואם הי' א' מב' ענינים או שקבלוהו עליהם או שהי' סמוך ונטל רשות מריש גלותא הי' פטור מלשלם אך באותו זמן עדיין לא הי' מוסמך וגם לא קבלוהו עלייהו כמ"ש רשב"א לכן חייבהו לשלם ור' אבא רצה לרמוז טעם זה ולכן קראו בשמי' דאבוהו שעדיין לא הי' מוסמך דקודם שהוסמך היה נקרא בשם אביו ולכן חייב לשלם וז"ש זילו ואמרו לברי' דרב יוסף בר חמא דלשלם כו' ומה דאי' אח"כ אמר מר ברי' דרבינא מותיבנא כלפי סנא דרבא וקרא לי' בשמי' היה לאחר זמן כי היה בימי רבינא ורב אשי מסדרי הש"ס שהי' בנו של רבינא ובאותו זמן כבר מת רבא וקרא על שמו שהי' לו אח"כ שהיה מוסמך וכן מסדר הש"ס אבל בימי רבי אבא יש לומר שלא הי' עדיין מוסמך וא"ש ונכון:

ג העולה שקודם שאדם נסמך לראש ואינו בחשיבות נקרא בשם אביו ואח"כ בשמו ושמעתי אומרים בשם דרשנים בפירוש הכתוב (בתהלים מ"ט) קראו בשמותם עלי אדמות ואדם ביקר בל יליין נמשל כבהמות נדמו כי יש בני אדם שמפורסמים בעולם מחמת גודל עשירות שהוא מנהיג ופרנס המדינה ומושל על אדמה ואין לו שם מצד עצמו וזה דומה כמו בהמה אם היא בריאה ושמינה אין לה חשיבות מצד עצמה כי אם הוא בארץ שמינה היא שמינה ואם היא בארץ כחושה היא כחושה וז"ש קראו בשמותם עלי אדמות ר"ל שמושלים עלי האדמה ואדם ביקר בל יליין שהוא מצד עצמו אין לו יקר נמשל כבהמות נדמו כנ"ל והטעם שקודם שנסמך לא נקרא בשמו כיון שאינו ראוי להיות מוסמך אין לו חשיבות מצד עצמו ואם אביו הוא מפורסם חשיבות שלו מצד אביו ונקרא בשם אביו ולאחר שנסמך ונעשה ראש מצד עצמו אזי החשיבות שלו על שמו כי יש בני אדם שחשובים בעולם מצד שהם ממשפחה מיוחסת שבישראל ובזה מובן מקראי קדש (בשמואל א' ח') ואומר כי בתחילה קודם שנעשו שופטים וגדולים בארץ לא הי' מפורסמים בשמם כי לא היה להם חשיבות מצד עצמם והיה נקראים בשמי' דאביהם שהמה בני שמואל שהיה מפורסם בעולם אבל אח"כ כשנעשו שופטים נתגדלו

ונקראים בשמם וז"ש וישם את בניו שופטים לישראל ויהי שם בני הבכור יואל ושם משנהו אביה שופטים בבאר שבע ר"ל כיון שנעשו שופטים והוא סמכהו כי האב יכול להסמיך את בנו לכן קנו שם ונעשה חשובים בעולם והי' להם לכבוד ולתפאר' שלא הי' צריכין לקרותם בשמי' דאביהם כי אדם רשום וחשוב בעולם נקרא בשמו וגדול מרבן שמו וא"ש ומובן היטב:

ד ובזה מובן הא דאי' בפ' שלח ויהס כלב את העם וגומר כתב רש"י וז"ל השתיק את כולם אל משה לשמוע מה שידבר במשה צווח ואמר וכי זו בלבד עשה לנו בן עמרם השומע היה סובר שבא לספר בגנותו ומתוך שהיה בלבם על משה בשביל דברי המרגלים שתקו כולם לשמוע גנותו ואמר הלא קרע לנו את הים יע"ש כי השונאי' לא היה קוראי' לו בשמו כראוי לקרוא לאדם מפורסם בעולם שגדול מרבן שמו רק בשם אביו שהוא בן עמדם המפורסם ואוהביו היה קוראי' אותו בשמו והוא בכיון רצה להשתיקם וקרא בשמי' דאבי' וע"י זה היה סוברים שבא לספר בגנותו וכוונתו היה לשם שמים:

ה ובזה יובן מקראי קודש (בשמואל א') דהנה ארז"ל במס' מגילה דף י"ד ע"א בדרשת רז"ל בפסוק (בשמואל א' כ"ה) במעשה דאביגיל מן ההר מבעי' לי אמר רבה בר שמואל על עסקי דם הבא מן הסתרים נטלתה דם והראתה לו אמר לה וכי מראין דם בלילה אמרה לי וכי דנין דיני נפשות בלילה אמר לה מורד במלכות הוא ולא צריך למידייני' אמרה לו עדיין שאול קיים ולא יצא טבעך בעולם וכתב בספר פרשת דרכים בדף מ"א שמחלוקת דוד עם שונאיו הי' דוד סבר כיון שנמשח משמואל הנביא למלוכה ע"פי פקודתו יתברך יש לו דין מלך אף ששאול חי ושונאי' סוברים שאין לו דין מלך כל זמן ששאל חי וא"כ א"ש דנראה כמו קודם שנסמוך נקרא בשם אב כמו כן קודם שנסמך למלך כיון שאינו אדם דשום נקרא בשמי' דאבוהו המפורסים בעולם ולכן בכיוון שאול וכל שונאי דוד קראו לדוד בן ישי כי סוברים שמשיחת שמואל אינו עולה כל זמן ששאול חי והוא רק בן ישי הצדיק ולא חשוב מצד עצמו ולכן אמר מדוע לא בא בן ישי גם תמול גם היום, ואולם יהונתן אוהבו לדוד כנפשו סבר שמשעה שנמשח משמואל יש לדוד דין מלך וראי לקרוא בשמו ולכן אמר נשאל דוד מעמדי כי הוא מלך וראוי להיות חשוב מפורסים מצד עצמו ולכן קצף עליו שאול ואמר לו בן נעות המרדות כו' כי לא תיכון אתה ומלכותך כיון שאתה מוחל על המלוכה אתה עושה רעה לעצמך כיון שאתה מודה לו שהוא מלך וא"ש:

ו ובזה יובן מקראי קודש בד"ה הנ"ל, דהנה בלשון עם מצינו מחלוקת בין ראשונים זלה"ה דאיתא במס' אבות יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ ומבואר בתוס' ישנים דף פ"ה ד"ה

תשובה בעי יו"הכ ובהגהות מימוני בפרק שלשה מהלכות תלמוד תורה ס"ק ב' שפירשו דרך ארץ עיקר כדאי' בפ' החולץ מדקתני יחלוקו יורשי הבעל עם יורשי האב מ"מ יורשי האב עיקר, ותוספת בשם רבינו אלחנן חולק ע"ז דאדרבה תורה עיקר ודרך ארץ טפל, א"כ ס"ל דלשון עם מורה טפל שהוא טפל לדבר הנכתב אחר כך ומעתה יראה אדם שאין לו חשיבות מצד עצמו רק מצד שבח אביו אזי שבח אביו עיקר אבל אם יש לו יחוס מצד עצמו וגם מצד אביו אזי בודאי הוא לכבוד ולתפארת כשמיחסו אחר אביו אבל זאת הוא כבודו כשאומרין עליו שעיקר חשיבתו הוא מצד עצמו ואף גם הוא בנו של אותו צדיק ונודע מעלת ישי שהיה מצדיקים שמתו בעטיו של נחש לכן קודם שנתגדל שמו של דוד היה קוראין לו בשמי' דאביו ואחר כך היה עמשי אומר לו בדרך כבוד שיש לו שני מעלות מצד עצמו ומצד אביו אבל עיקר החשיבות מצד עצמו וחשיבות מצד שהוא בן ישי הוא רק טפל לגבי חשיבות מצד עצמו כיון שהוא מלך ישראל ובספר דעת קדושים כתב לכן כופלין בשלום המלך כי אין מלך בלא עם ויועצי מלוכה כי אי אפשר למשוך הנהגות המדינה כי אם ע"י יועצי ושרי המלוכה ועבד מלך מלך לכן כופלין בשלומו היינו שראוי לבקש בשלומו ובשלום יועציו וכמ"ש רז"ל הוי מתפלל בשלומו של מלכות ולכן כופלין בשלום מהאי טעמא ולפי זה א"ש כי עמשי רצה להורות לו שיש לו דין מלך משעה שנמשח משמואל מפקודת השם יתברך כבר נעשה מלך בעזר השם יתברך ונעשה לו אז העזר לכן התחכם ואמר ב' דברים בגודל חכמתו שיבין שמודה לו א' שאמר לו בשם דוד ב' מה שכפלו לו בשלום וכיון שאין כופלין לשלום רק למלך מחמת כי אין מלך בלא עם וראוי לכפול שלום לו וליועציו ולעבדיו מזה מוכח שהוא מלך וז"ש לך דוד ועמך בן ישי כי הורה לו שהוא חשוב מצד עצמו ומה שהוא בן ישי הוא נוסף על מעלתו אבל הוא טפל כי מעלתו מצד עצמו הוא עיקר וז"ש לך דוד ר"ל אתה בעצמך מפורסם בשם כי אתה הוא מלך ועמך הוא בן ישי ר"ל עמך הוא טפל שלום לך ושלום לעוזריך ק"ל שראוי לכפול לך שלום כיון שאתה הוא מלך וראוי לכפול שלום למלך כי עזרך ד' אלהיך ר"ל שכבר עזרך שתהיה מלך ע"י משיחת שמואל הנביא שהיה ברצון השם יתברך מאותו שעה יש לך דין מלך וא"כ הודו לו על המלוכה ולכן ויקבלם דוד ויתנם בראשי גדוד כי הבין שכוונתם אמת בלי רמי' כי דיבר בחכמה נפלאה וא"ש:

ז ולפי זה נבוא לבאר סוגי' דגיטין ונקדים איזה הקדמות ידועים:

הקדמה א איתא במס' סנהדרין דף ק"י ע"א אמר ר' חסדא כל החולק על רבו כאילו חולק על השכינה וכתב רמב"ם בפרק ה' מת"ת הלכה ב' איזהו חולק על רבו זה שקובע לו מדרש ויושב ודורש ומלמד שלא ברשות רבו ורבו קיים ואע"פ שרבו במדינה אחרת

ואסור לו לאדם להורות הלכה בפני רבו לעולם וכל המורה הלכה בפני רבו חייב מיתה והובא כן בש"ע יו"ד סימן רמ"ב ס"ג וכ' הש"ך בס"ק ב' שמדברי כסף משנה נראה דהיינו דוקא כשקבע עצמו להורות הוראת אבל מדברי הב"ח אינו נראה כן שכתב דר"ל כיון שהוא קובע לו מדרש הרי הוא חולק על שררתו של רבו ותדע אפי' לבדוק סכין של שחיטה שאינו שום הוראה כלל אסור משום כבודו של רבו וא"כ לדברי הב"ח ללמוד תורה עם תלמידים בישיבה אף בלא הוראה אסור כל זמן שרבו קיים:

הקדמה ב במס' עירובין דף ס"ב ע"ב אמר ר' יוסף אפילו ביעותא בכותחא בעי מיני' מרב חסדא כל שני דר' הונא ולא אורי ור' חסדא אורי בכפרי בשני דר' הונא פירש"י שם מקום ולא היה מקומו של ר' הונא ומקומו בפומדיתא ושתיהן בבבל וכתבו תוס' ד"ה ר' חסדא וז"ל כדמפרש רש"י שלא היה מקומו של ר"ה וצריך לומר דתלמיד חבר דר' הונא הוי אבל תלמיד גמור א"י להורות אפילו שלא במקום רבו ואפילו יותר משלשה פרסאות יע"ש העולה דתלמיד גמור א"י להורות ולקבוע מדרש אפילו שלא במקום רבו אבל תלמיד חבר אין יכול להורות או. לקבוע מדרש במקומו ושלא בפניו מותר:

הקדמה ג בטעם שאסור לאכול קודם שמאכיל לבהמה יש לומר ב' טעמים א' כמ"ש בספר נזר הקודש בב"ר פרשה ל"ג דף קנ"ט ע"ב על הא דדרשו בפסוק אדם ובהמה תושיע ד' אדם בזכות בהמה כשדור חייבים אינם ראוים שיהי' מטר בעולם ובא המטר בזכות הבהמה ולכן מהאי טעמא אסור לאדם שיאכל עד שיתן לפני בהמתו באשר ע"פי רוב הדור רובו חייב ואינו מתקיים אלא בזכו' הבהמ' לפיכך ראוי להקדים הבהמ' לאדם במזון בהיותו ניזון בעבורה, טעם ב' יש לומר כמ"ש רמב"ם בפרק ט' מהלכות עבדים הלכה ח' וז"ל מקדימין מזון בהמה ועבדים לסעודת עצמן הרי הוא אומר כעיני עבדים אל יד אדוניהם כעיני שפחה אל יד גבירתה עכ"ל והנ"מ לטעם של נז"הק יש חילוק רשע הנידון בזכות בהמה אסור להקדים אבל צדיק שניזון בזכותו מותר לאכול קודם שאין לו לחלוק כבוד לבהמה אבל לרמב"ם שהוא משום רחמנות אפי' צדיק מחויב ליתן לבהמה קודם:

הקדמה ד לפמ"ש בשם ס' דעת קדושים לכן כופלין בשלום מלך משום יועציו ועבדיו כ"כ הת"ח שנקרא מלך כי כמו שמלך מושיע לעם תשועת הגוף שעל ידו יש להם קיומם בארץ ולוחם להם מלחמותיהם ונותן להם מזון ומחי' ע"י שמנהיג המדינ' כ"כ ת"ח שתופס ישיבה ומרביץ תורה ברבים ומלמד תורה לתלמידים מושיע נפשות ישראל לעבודתו יתב"ש וכיון שא"א להיות מלך כי אם ע"י תלמידים וכמ"ש רבינו ז"ל ומתלמידי יותר מכולם לכן כופלין שלום לתלמידים חכמים ותלמידיו ומובן, ולפ"ז יש לומר שגניבא

הי' חכם גדול כאשר ראה שלא קמו מפניו והי' קשה לו היאך יעברו חכמים וצדיקים כמותם על מצות עשה הכתוב בתורה שמחויב לקום מפני ת"ח והבין שהורו דין חדש שמפני ת"ח פלגאי אין לקום וכיון שזה הוי הוראה שבפני פלגאי מבטלינן מצות קימה הבין שבע"כ ר' חסדא לא הורה דין הלז כי אפי' תלמיד חבר אסור להורות הלכה בפני רבו והבין שבע"כ ר' הונא אמר דין הלז וי"ל שהבין שאמרו חד לחברי' ודיברו זה עם זה ומכח חכמתו הבין שמדברים בענין זה והבין שבע"כ האומר נקום הי' ר' חסדא כי מבואר בתוס' במס' עירובין שם וכן קיי"ל להלכה בדבר הפשוט לכל כגון נותן טעם לפגם לא הוי הוראה ומותר לתלמיד להורות ומכ"ש דבר המפורש בתורה לקום מפני ת"ח דלא הוי הוראה ודין דבפני פלגאי אין לקום מיקרי הוראה ובע"כ האומר היה ר' הונא א"כ הבין בשכלו שמן הסתם רב חסדא רצה לחלוק כבוד לגניבא לקום מפניו כי לא הוי הוראה והאומר שלא לקום הוא ר' הונא לכן רצה לחלוק כבוד לר' חסדא ולצערו לרב הונא בדברים על שהורה הלכה נגדו ורצה לעשות קטונריא ומחלוקת בין ר' הונא ור' חסדא כיון דר' חסדא לא היה תלמיד מובהק רק תלמיד חבר דר' הונא רצה לרמוז לו שגם הוא ת"ח כרב הונא וראוי לו לקבוע ישיבה ג"כ בעיר ר' הונא ולכן כפל בדברים ואמר שלמא עליכו מלכי ומטעם שכופלין בשלום משום כמו שכופלין בשלום מלך עבור יועציו כ"כ בשלום ת"ח עבור תלמידיו ובכיון אמר בלשון רבים עליכו ר"ל שגם רב חסדא ראוי להיות מלך כמו ר' הונא וראוי לכפול לו שלום שראוי ללמוד עם ישיבה כמו ר' הונא כי רצה לחלוק כבוד לר' חסדא ולצער לר' הונא לכן בכיון אמר שראוי לקרות לר' חסדא מלך כמו ר"ה שגם הוא ראוי להיות תופס ישיבה וראוי לכפול לו שלום, וכאשר אמר להם הדין בשם רב דכפלינן שלום יש להמשיך הענין בדרך מליצה דארז"ל אם ראית תלמיד חכם שעבר עביר' ביום אל תהרהר אחריו בלילה שמא עשה תשובה שמא ס"ד אלא ודאי עשה תשובה ורז"ל דייקו בלשונם תלמיד חכם והיינו למדן מופלג וארז"ל איזה ת"ח זהו שהוא יודע ואפי' במס' כלה, ולכן דעת כמה פוסקים שאין לנו ת"ח בזמן הזה אבל אם הוא בר אורין ואינו ת"ח גמור נסתר חזקה זו כי אולי ח"ו אין בו יראת שמים וכמו שדרשו רז"ל חבל על דלית לי דרתא ותרעא לדרתא עביד רק אם הוא ת"ח שלמד הרבה וכיון שאז"ל לאוקמי גירסא סייעתא דשמיא וכיון דמן השמים עזרו לו שיהי' תלמיד חכם בודאי אית בי' יראת שמים רק מחמת תאות היצר הרע כי אין צדיק בארץ אשר יעשה טוב ולא יחטא ושפיר אמרינן שמן הסתם המאור שבו התורה החזירו למוטב ובודאי עשה תשובה, והנה רש"י פירוש בר אורין בן תורה משמע שלא ידעו שהוא ת"ח גמור כי אפילו בזמן הש"ס לא היה בנמצאים ושכיחים שיהי' לו דין

ת"ח כנ"ל והיה סוברים שהוא בר אורין ולא חכם גמור וכאשר שמעו שחולק עם מר עוקבא בפירש"י שציערו לא רצו לחלוק כבוד לעמוד מפניו כי חשבו אולי ח"ו אין לו יראה וכאשר ראו שהוא תלמיד חכם גמור שאמר להם דין חדש בשם רב שכופלין שלום וכפי' הנ"ל הבינו מעלתו שהוא ת"ח גמור ולמד הרבה וחזקה שעשה תשובה על מה שחטא נגד מר עוקבא כמו שארז"ל אם ראית ת"ח כו' לכן רצו שוב לעשות לו כבוד וחשבו לעשות לו כבוד והידור ע"י טעימה שעל ידי זה יבין שגדלה מעלתו אצלם וכנגד מה שפגמו בכבודו שלא קמו בפניו רצו עכשיו לכבדו כי כבר נתבאר ב' טעמים הנ"ל ולטעם נז"הק צדיק מותר לאכול קודם שמאכיל לבהמה ולרמב"ם אסור ולפי זה יובן כי הם רצו עכשיו לתקן מה שפגמו בכבודו וסברו שאין לו יראת שמים לכן לא קמו בפניו וכאשר ראו שהוא תלמיד חכם ואי' בגמ' אם ראית ת"ח משמע דוקא ת"ח לכן חשבו שבודאי עשה תשובה והוא צדיק ומש"ה א"ל ליטעם מר מידי ר"ל קודם לבהמה דאתה ניזון בזכותך לכן אמרו לו בלשון מר בדרך הכבוד כי סברו הטעם שכ' הנז"הק וע"ז השיב להם תשובה נצחת שמוכח שאפי' צדיק גמור אסור לאכול קודם והטעם כמ"ש רמב"ם והראי' שרב הוכיח כן מקרא דכתיב ונתתי עשב והדר ואכלת ושבעת ומקראות הללו איירי בצדיק כי איתא שם והיה אם שמוע תשמעו כו' ומוכח אפי' צדיק גמור אסור לו לאכול קודם שמאכיל לבהמה וא"ש ודוק נשמע כמה הקפידו בכבוד תלמיד חכם וכל דבריהם הי' לש"ש כ"ז נלענ"ד ואם שגיתי ה' הטוב יכפר ממעל ויצילני משגיאות ויראני בתורתו הקדושה נפלאות אמן:

דרוש אשר אמרתי בק"ק קעלליין במדינת פיהם בערב ראש חדש מרחשון ה' תקע"ד לבריאת עולם, בפני

כבוד אלופים המסובלים במצות ובמעשים טובים גומלי חסדים התורנים והרבנים המופלאים ומופלגים

בתורה וביראת ה' נגידים מפורסמים חברה קדישא נרם יאיר כאור הבהיר יצו ה' הברכה עליהם ברכה

משולשת הכתובה בתורת ה' אמן: א במסכת ברכות דף ל"ו ע"א רב חנינא בר פפא רמי כתיב ולקחתו דגני בעתו וגומר (הושע ב') וכתיב ואספת דגנך וגומר לא קשי' כאן בזמן שישראל עושים רצונו של מקום כאן בזמן שישראל אין עושים רצונו של מקום פירש"י וכשעושים רצונו הדגן שלהם (ובזה מיירי קרא ואספת דגנך) וכשאין עושים רצונו של מקום נוטלו ומראה להם שהוא מלו יע"ש ת"ר ואספת דגנך, מה תלמוד לומר לפי שנאמר לא ימוש ספר התורה הזה מפיך יכול דברים ככתבן ת"ל ואספת דגנך הנהג

בהם מנהג דרך ארץ (פירש"י דברים ככתבן שלא יעסוק בדרך ארץ, הנהג בהם עם דברי תורה דרך ארץ, שאם מביא לידי צורך הבריות סופך לבטל מדברי תורה יע"ש) דברי ר' ישמעאל ר' שמעון בן יוחי אומר אפשר אדם חורש בשעת חרישה כו' תורה מה תהא עלי', אלא בזמן שישראל עושים רצונו של מקום מלאכתן נעשות ע"י אחרים שנאמר (ישעיה ס"א) ועמדו זרים ורעו צאנכם וגומר, ובזמן שאין ישראל עושים רצונו של מקום מלאכתן נעשות ע"י עצמן שנאמר ואספת דגנך כו', אמר אביי הרבה עשו כר' ישמעאל ועלתה בידן כר' שמעון בן יוחי ולא עלתה בידן א"ל רבא לרבנן במטותא מנייכו ביומא דניסן ויומא דתשרי לא תתחזי קמאי כי היכי דלא תטרדו במזונייכי כולה שתא עכ"ל הש"ס ויש לדקדק בסוגי' הש"ס הנ"ל טובא:

א) הקשה בתוס' על ר' חנינא בר פפא שמוקי קרא דואספת דגנך בעושים רצונו של מקום הא ר' שמעון בן יוחי מוקי להאי קרא באין עושים רצונו של מקום:

ב) יש לדקדק למה מאריך הלשון ואמר כאן בעושים רצונו של מקום, ולא קאמר בקיצור כאן בצדיקים כאן ברשעי' או בבינונים, והאמת שלשון עושים רצונו של מקום ואין עושים רצונו של מקום מורגל בש"ס, ואולם באמת במקומות הללו ג"כ צריך התבוננות להבין דברי חכמינו ז"ל:

ג) יש לדקדק לפי פי' רש"י קרא דואספת דגנך לר' חנינא מיירי כשעושים רצונו של מקום וקרא דולקחתי דגני מיירי באין עושים רצונו של מקום, וכיון דהתחיל בקרא דולקחתי דגני הוי לי' לומר כאן באין עושים רצונו של מקום, בזה מיירי קרא דולקחתי דגני כאן בזמן שישראל עושים רצונו של מקום בזה מיירי קרא דואספת דגנך, דכן דרך הש"ס לתרץ ברישא מאי דהתחיל להקשות, וכיוצא בזה הקשה תוס' במס' קדושין דף מ"ח ע"ב בד"ה הא במיא:

ד) הקשה מורי דודי זקיני מוהרש"א ז"ל על ר' שמעון בן יוחאי דמוקי קרא דואספת דגנך באין עושים רצונו של מקום הא מפורש בקרא להדי' בעושים רצונו של מקום כי אמר והיה אם שמוע כו' לאהבה כו' ואספת דגנך, ובאין עושים רצונו של מקום מפורש אח"כ השמרו לכם וגומר:

ה) קשה לי דהנה במס' מנחות דף צ"ט ע"ב איתא אמר ר' יוחנן משים ר' שמעון בן יוחאי אפילו לא קרא אדם אלא קריאת שמע שחרית וערבית, קיים לא ימוש ספר התורה הזה מפיך ודבר זה אסור לאומרו בפני עם הארץ ורבא אמר מצוה לאומרו בפני עם הארץ שאל בן דמא בן אחותו של ר' ישמעאל את ר' ישמעאל כגון אני שלמדתי תורה כולה מהו ללמוד חכמת יונית קרא עליו מקרא זה לא ימוש ספר התורה הזה מפיך והגית בו יומם

ולילה צא בדוק שעה שאינו לא מן היום ולא מן הלילה ולמוד בה חכמת יונית (ופירש"י דבר שלא יהי' בעולם ופליגא הא דר' ישמעאל דסובר חובה ללמוד כל היום ודלא כר' שמעון בן יוחאי ע"ש) ולכאורה דבריהם סותרין זה את זה לסוגי' דברכות הנ"ל כי בסוגי' דברכות הנ"ל אמר ר' שמעון בן יוחאי תורה מאי תהא עלי' הא לדידי' אפשר לקיים מצות לא ימוש בק"ש שחרית וערבית ור' ישמעאל אמר בסוגי' דברכות הנ"ל הנהג בהם מנהג דרך ארץ הא לדידי' לא קיים מצות לא ימוש כ"א כשלומד בכל יום ולילה וכנ"ל וידענא שיש לדחוק וליישב אבל בעינא לומר תי' מרווח בס"ד (ואולם בש"ך יו"ד סימן רמ"ו ס"ק א' הגי' ר' שמעון בן יהוצדק וכפי נראה הי' ר"ת רשב"י וא"ש) שוב נדפס ספר סדר משנה להגאון המפורסים מו"ה וואלף באסקוויץ זצ"ל שהרגיש ג"כ בזה והנאני:

ו) הקשה ריא"ף בספר עין יעקב על ר' ישמעאל דאמר ואספת דגנך מה ת"ל כו' הא צריך לכתוב לגופי' כי אינו מיותר ע"ש:

ז) יש לדקדק מ"ש ר' ישמעאל אפשר אדם חורש כו' תיבת אדם מיותר וגם למה תוארו בשם אדם ולא בשם ישראל כמ"ש אח"כ:

ח) יש לדקדק דהנה לענין תשובה משמע מרמב"ם ז"ל בפ"ה מהלכות תשובה הלכה ב' שעיקר הוא עזיבת חטא ווידוי דברים וסגופים הוא טפל, וכן משמע במס' קדושין דף מ"ט ע"ב על מנת שאני צדיק אפי' רשע גמור מקודשת שמא הרהר תשובה בדעתו יע"ש ומצאתי ראי' זו בתשובת שמן הרוקח ח"ב סימן י' שכ"כ אא"מ הגאון כרו ודחה ראי' זו מהא דאיתא בתענית דף ח' ע"ב בימי ר' זירא גזר גזירה וגזר דלא למיתב תעניתא אמר ר' זירא נקבלון עליכון ולכי בטל הגזירה ליתיבו א"ל מנלך הא א"ל דכתיב ויאמר אלי אל תירא דניאל כי מן היום כו' אשר נתת לבך להבין כו' נשמעו דבריך אם כן גם כאן י"ל שמא הרהר תשובה בדעתו וקיבל עליו לסגוף א"ע ע"ש דפח"ח וכן משמע לשון הר"אש ז"ל שכתב במס' קדושין שם וז"ל שמא הרהר תשובה בלבו לעשות תשובה ע"ש, והיינו כמ"ש אאמ"ו הגאון נרו אמכם בהנ"בי חלק א"ח סימן ל"ה הוכיח דאין הסגופים מעיקרי התשובה, דאם לא כן אמאי לא מהני תשובה לחייבי מיתת ב"ד (ע"ש ברמב"ם בפרק ד' מהלכות עכ"ום הלכה ו' ובראב"ד שם ובמגדול עוז שם ודוק, וגם הספר נזר הקודש כתב ג"כ כעין דברי נודע ביהודא בפרשה ט' סימן ו' דף ע"ד שכתוב וז"ל ואינו דומה ליוצא ליהרג בב"ד שאין תשובה מועלת דבדין אדם לא ידעינן אם הוא תשובה שלימה או תשובה של רמי' ואינו נפטר מספק עכ"ל) ובע"כ משום דא"כ בטלת כל מיתות ב"ד דכ"א יאמר חטאתי והנני שב ואי נימא בעיקר תשובה הוא תשובת המשקל אם כן וודאי שנאמר למשה מסיני משקל תשובת כל עון לפי ערכו, ואם כן אכתי קשה למה לא

יועיל תשובה להציל ממיתת ב"ד דנחזי אנן אם סיגף את עצמו לפי משקלו יפטור א"ע כי בסגופים לא שייך רמי', ומי שלא עשה כמשקל חטאו יומת בב"ד, אלא ע"כ עיקר תשובה הוא עזיבת חטא וידוי דברים וע"ש פח"ח ובתשובת מהר"י מטראני ח"ב סימן ח' כתב דיסורים וסגופים המה עיקרים לתשובה ע"ש, ואולם משמעות לשון רמב"ם מורה כתשובת נודע ביהודא וא"כ קשה לפי פירש"י אליבא דר' חנינא בר פפא דהנה בהושע ב' איתא ורדפה את מאהביה ולא תשיג אותם כו' ואמרה אלכה ואשובה אל אישי הראשון כי טוב לי אז מעתה לכן אשוב ולקחתי דגני בעתו וגומר והצלתי צמרי ופשתי לכסות ערותה ועתה אגלה את נבלתה לעין כל כיון שעושים תשובה בווידוי דברים שאמרה אלכה ואשובה אל אשי הראשון אף שלא נזכר שעשו סיגופים מכל מקום כיון שעיקר תשובה הוא ווידוי דברים אפילו הוא תשובה מיראה מדוע לא ירחם עליהם ותו כפי הנראה היינו תשובה מאהבה כי שם אח"כ איתא והיה ביום ההוא תקראו אישי ולא תקראי לי עוד בעלי ופירש"י תעבדוני מאהבה ולא מיראה אישי לשון אישות וחיבת נעורים ע"ש והא ג"כ נזכר לשון אישי אלכה ואשובה אל אישי הראשון א"כ קשה מדוע ילקח הדגן מישראל והנה חוץ לדרכינו אמרתי ליישב, קצת קושית הנזכרים לעיל על מימרא דר' חנינא בר פפא, והוא קושית א' ב' ג' ד' ו' ט':

ואומר הנה רבינו הקדוש בספר חובת הלבבות כתב כלל חדש כי יש מצות נגלות הנראים, כשאדם עושה המצוה מה שעשה בפה כשלומד תורה ומוציא משפה לחוץ, וכמתפלל בפיו וכיוצא בזה הרבה ענינים שתלוים במעשה שעושה צדקה ותלוי' בדבור, ויש מצות נסתרות התלוים במחשבה כמו חובת לבבות לאהוב לאל ואהבת רעים והש"י משלם מדה כנגד מדה על מצות התלוים במחשבת משלם שכר נעלם והיינו שכר עולם הבא שהוא נעלם מעין כל חי וכמו שאמר הכתוב עין לא ראתה וגומר, ועל מצות התלוים במעשה ודיבור שהם מצות נגלות ג"כ השכר נגלה בעולם הזה לכן על מחשבה טובה השכר בעולם הבא ועל דיבור ומעשה טובה השכר בעולם הזה והוא מדה כנגד מדה, ע"ש וע"פי כלל זה יובן מ"ש ביהושע א' לא ימוש ספר התורה זה מפיך והגית בו יומם ולילה כו' ואז תצליח את דרכיך ואז תשכיל יש לכאורה כפל במילת תצליח תשכיל ובהנזכר לעיל אתי שפיר כי רבינו משה אלשיך ז"ל כתב כמה פעמים בספרו שעולם הזה מכונה בשם דרך שהוא דרך לבוא לתכלית אמיתי לשכר עולם הבא, וידוע שעיקר עולם הבא מה שמגלין לאדם רזי תורה אשר לא הי' בכחו להשיג כשהי' בחיים חייתו מחמת חומר שהוא מסך מבדיל בין אדם לקונו לחזות בנועם ד' וכמו שאמרו חכמינו ז"ל עתידין צדיקים יושבין ועטרותיהן בראשיהן כו' ולא קאמר על ראשיהן, כתב בספר בינה

לעתים דעטרותיהן הוא בראשיהן מה שמשיגין בשכל שבראשיהן רזי תורה שמשכיל בתורה מה שלא היה יכול להשכיל בעולם הזה מחמת החומר יע"ש, וזה שאמר לא ימוש ספר תורה מפיך, דהיינו מצוה נגלה והגית כו' דהיינו בלב כמ"ש רש"י וא"כ תעשה מצוה נגלה ונסתר ויהי' לך שכר עולם הזה ועולם הבא מדה כנגד מדה כי אז תצליח את דרכיך דהיינו בעולם הזה שכר נגלה עבור נגלה, ואז תשכיל דהיינו לעולם הבא תשכיל בתורה ותשיג רזי תורה עבור הגיון בלב ויהי' לך שכר נעלם בעולם הבא, ובזה מובן מ"ש בפרשת ואתחנן כבד את אביך ואת אמך כאשר צוך ד' אלהיך למען יאריכון ימיך ולמען ייטב לך על האדמה אשר ד' אלהיך נותן לך ע"ש והרגישו המפורשים א' הפי' כאשר צוך, ועיין רש"י שפי' אף על כיבוד אב ואם נצטווה במרה, ב' לענין מה כפל השכר אריכות ימים והטבה ונראה דהנה איתא במס' קדושין דל"ו ע"א תני אבימי ברי' דר' אבוהו, יש מאכל לאביו פסיוני וטורדו מן העולם, ועיין רש"י שפי' עוף חשוב ושמן מין שליו שהי' במדבר ונענש שמראה לו צרות עין על סעודתו ויש מטחינו בריחיים ומביאו לחיי עולם הבא, וכתב רש"י שמכבדו בדברים טובים וניחומים והמלאכה מטיל עליו בלשון רכה ומראה לו צורך שעה שאינה יכולה להתפרנס אלא ביגיעה זו ע"ט א"כ מצינו שכיבוד אב ואם בעינן שיהי' במחשבה טובה ובלב טוב ואם עושה ע"י ההכרח ולבו בל עמו לאו למצות כיבוד יחשב ואיתא במס' קידושין ד"ל ע"ב ת"ר נאמר כבד את אביך ואת אמך ונאמר כבד ד' מהונך (משלי ג') השווה הכתיב כיבוד אב ואם לכיבוד המקום יע"ש ויש לומר שכמו שחיוב כיבוד המקום הוא בלב שלם וברוח נדיבה כי אם עושה מצוה שלא לשמה ומחשבתו לא טובה לא למצוה יחשב א"כ כיבוד המקום הוא במחשבה טובה כמו כן יהי' כיבוד אב ואם במחשבה טובה וישמח בכיבוד אב ואם ולא יהי' כעמל בעיניו, ואם כן אם עושה מצות כיבוד במחשבה טובה יש לו שכר מעשה ומחשבה טובה ומגיע לו שכר עולם הזה ועולם הבא, מדה כנגד מדה וככלל של חובת הלבבות הנ"ל וידוע שיש כ"ף הדמיון, והנה באריכות ימים דרשו רבותינו ז"ל בקידושין דל"ט ע"ב לעולם שכולו ארוך והיינו עולם הבא, ואומר אף לתנא דחולק שם על ר' יעקב וסובר שכר מצוה בהאי עלמא נמי איכא מכל מקום יש לומר שפי' בזה למען יאריכון ימיך כר' יעקב שקאי על עולם הבא רק שסובר כמו שכתוב חובת הלבבות העושה מצוה במחשבה ומעשה יש לו עולם הזה ועולם הבא מדה כנגד מדה וזה שאמר כבד את אביך ואת אמך כאשר צוך ד' אלהיך רוצה לומר כמו אם צוך ד' בכבודו ובעצמו לעשות איזה דבר בודאי היית עושה בחשקות ובמחשבה טובה עבודתו יתברך אם הי' לך זכי' שהוא בעצמו יצוך דבר עבודתו כמו כן באותו מחשבה טובה תכבדם שהוקש כבודם לכבוד

המקום וכמו שכבוד המקום הוא עבדות במעשה ומחשבה טובה כ"כ כיבוד אב ואם יהי' המעשה והמחשבה טובה וכ"ף של כאשר הוא כ"ף הדמיון והבן ואם כן תעשה מצוה במעשה והמחשבה ויהי' לך שכר מדה כנגד מדה שכר עולם הבא שכר נעלם נגד המחשבה למען יאריכון ימיך היינו לעולם שכולו ארוך כדרשת חכמינו ז"ל ונגד מעשה כיבוד יהי' לך שכר נגלה וז"ש ולמען ייטב לך על האדמה אשר ד' אלהיך נותן לך והיינו שכר עולם הזה שיהי' לך טובת ארץ ישראל וא"ש:

ועל פי זה יש לפרש הסוגי' ונקדים לפרש קרא דהושע ב' ורדפה וגומר לכן אשיב ולקחתי דגני בעתו ונראה לולי דברי רש"י ז"ל יש לפרש להיפך שהוא שכר טוב ולא עונש דהנה כבר כתבתי לישנא דקרא שאמר אלכה ואשובה אל אישי הראשון לשון אישי עבודה מאהבה כי עיקר תשובה היינו ווידוי דברים ויומתק יותר לישנא דקרא על פי דברי בינה לעתים שפי' במאמר רבותינו ז"ל במס' יומא דס"ו ע"ב גדולה תשובה שמארכת ימיו ושנותיו של אדם שנאמר חיה יחיה דהנה ד' מאריך אף לרשע וממתין שישוב, כי הבחירה חפשית אם כן סובל מרשעים החטאים ופשעים עבור התשובה, ובע"כ גדלה לפניו מעלת התשובה כיון שמארכת ימיו ושניו של אדם רשע ומאריך אף ואינו משלם רעתו וזה שאמר גדולה תשובה רצה לומר מעלת התשובה כיון שמארכת ימיו וסובל הרשעות של רשע עבור תוחלת התשובה יע"ש וידוע אף שבחירי חפשית על כל זה ידיעתו הוא ידיעה קדומה בלתי תכלית ולאין קץ וסוף, ומעתה מובן הפי' בקרא ואמרה אלכה ואשובה אל אישי הראשון כי טוב לי אז מעתה רצה לומר שיחזור בתשובה מאהבה כמורה שם אישי פי' שיאמרו שישובו אל אישי הראשון לעבוד מאהבה כי אני מודה מה שיהי' לטובת עולם הזה בהיותי ברשעתי לא הי' על פי מקרה מחמת מאהביי וטבעיי כמו שדמיתי תחלה כי עכשיו אני רודף את מאהביי ואין לי טובה מהם וכמו שאמר לעיל מיני' ורדפה את מאהבי' ולא תשיג אותם כו' רק אני מכיר שהי' בהשגחה הטובה אף שהייתי רשע ורק רע כל היום על כל זה לא הי' מעניש אותי והניח לי לחיות א"ע מחמת שידיעתו קדומה והי' צופה ומביט שאחזור בתשובה עתה לכן הניח לי ברשעתי כדי שלא ידיח ממנו נידח ואחזור בתשובה, וידוע שיש מ' הסיבה ואינו מ' נוספת וזה שאמר כי טוב לי אז מעתה פי' מה שהי' לי טובת עולם הזה בהיותי ברשעתי לא הי' מחמת מאהביי רק בהשגחת הבורא מעתה מסיבת העת הזאת שצפה שאחזור בתשובה לכן האריך אף שלא הרע לי ואם כן היינו תשובה מאהבה והנה אמרו חכמינו ז"ל במס' יומא דפ"ו ע"ב בתשובה מאהבה שזדונות נעשה לו כזכיות ע"ש ועבירות שעשה מתחילה ע"י מעשה נהפך לזכיות כאילו עשה מצות וא"כ אם

רשע עושה עבירות במעשה ומחשבה ואח"כ עושה תשובה מאהבה שנהפך לזכיות וכאילו עשה מצות המעשה ובמחשבה מגיע לו שכר עולם הזה ועולם הבא, כמ"ש חובת הלבבות הנ"ל עבור מעשה שכר נגלה בעולם הזה ועבור המחשבה שכר נעלם בעולם הבא, והנה עיקר עולם הזה הוא רק מנוחת הנפש שאין לו טרדות המונע כי אף אם הוא עשיר גדול ואין לו מנוחת הנפש בעשירות אין לו תענוגי עולם הזה וכמ"ש חובת הלבבות שחכם אחד ביקש הצלוני מפיזור נפש ואם כן אף אם יש לו שדות וכרמים אם מוכרח בעצמו לעשות מלאכתו לחרוש ולזרוע אין לו עולם הזה אבל אם מלאכתו נעשית ע"י אחרים יש לו עולם הזה ולפי זה יש לפרש הפסוקים בהושע על נכון, כי יש לדקדק מ"ש ולקחתי דגני בעתו מה שאמר בעתו אינו מן המובן ומיותר ולפי מה שכתבתי אתי שפיר כי הוצעת הפסוקים כך הוא ורדפה את מאהבי' ולא תשיג אותם וגומר ואמרה אלכה ואשובה אל אשי הראשון כי טוב לי אז מעתה והיא לא ידעה כי אנוכי נתתי לה הדגן והתירוש והיצהר וכסף הרביתי לה וזהב עשו לבעל לכן אשוב ולקחתי דגני בעתו ותירושי במועדו והצלתי צמרי ופשתי לכסות את ערותה ועתה אגלה את נבלתה לעיני מאהביה כו' והכוונה כך כי מבשר שישראל ישובו ברבות הזמן תשובה מאהבה ויהפך הזדונות לזכיות והעברות שעשו בעודם רשעים הי' במעשה ובמחשבה וכמ"ש לעיל זנתה אמם כו' וכיון שע"י תשובה מאהבה נהפך לזכיות הוי כעשו מצות במעשה ובמחשבה טובה, ומגיע להם שכר עולם הזה ועולם הבא, נגד מצוה נגלה שכר נגלה בעולם הזה, ונגד מצוה נסתר במחשבה מגיע שכר עולם הבא שכר נעלם, ועיקר עולם הזה היינו מנוחת הנפש כשמלאכתן נעשית ע"י אחרים ואם הי' ד' נתן שדות וכרמים לישראל הי' מוכרחים לעמל ולהשגיח בעצמם ולא הי' להם מנוחת הנפש לכן מבשר כאשר יהי' נגמור הכל עד דמידגן אצל עכ"ום יקח הדגן והשפע ויתן לישראל והיינו מנוחת הנפש שלא צריך לחרוש ולקצור וזה שאמר כיון שישובו מאהבה שיאמרו אלכה ואשובה אל אישי הראשון כי טוב לי אז מעתה וכפי' הנ"ל והיא לא ידעה רצה לומר עכשיו עדיין אינם מכירים שאנכי נתתי לה הדגן רק הם סוברים שהוא מאוהבי' בי' ועל פי טבע אבל אח"כ יכירו שהי' הכל בהשגחה כדי שישובו וכיון שהי' תשובה מאהבה לכן אשוב ר"ל אשוב למידתי כי דרכי להטיב תמיד לישראל רק כשהי' רשעים אף שהיה להם דגן וטובת עולם הזה הי' ע"י עמל ויגיעה ועתה אשוב למידתי להיטיב לישראל שיהי' להם מנוחת הנפש ולקחתי דגני בעתו רוצה לומר דגני אשר נתתי לע"א אקח מהם ליתן לישראל בעתו פי' בעת גמר בישולו שיגמר לגמרי עד דמידגן ונעשה דגן אקח מהם ולא יצטרך ישראל לטרוח ולאסוף אל ביתו רק בעתו כשיהי' נגמר לגמרי אצל ע"א והוא

יגע וחרש ואסף בעמרים עד שנעשה דגן אקח מהם ליתן לישראל כי זהו מלאכתן נעשית על ידי אחרים כי יהי' להם עולם הזה ג"כ שהוא מנוחת הנפש מצד תשובה מאהבה שיהפך זדונות לזכיות מגיע עולם הזה ג"כ וכ"כ התירוש במועדו וכו' ועתה אגלה את נבלתה כו' ר"ל עתה שעדיין לא שבו בתשובה אגלה כו' ואתי שפיר כי נכון הוא בס"ד, ולפ"ז מיושב קושית ז' קושית מוהר"שא על ר' שמעון בן יוחי האיך מוקי לקרא דואספת דגנך כשאין עושים רצונו של מקום הא כתיב להדי' והי' אם שמוע כו' כי יש לומר הפי' בר' שמעון בן יוחי כך הוא בי בלאו הכי, י"לדק במ"ש באות ב' למה אמר עושים רצונו של מקום, ונראה כי בעל חובת הלבבות כתב בהקדמה וז"ל וידעתי דעת ברורה כי חובת האיברים לא תשלמנה כ"א ברצון הלב וחפץ הנפש לעשותם ותאות לבנו לפעול אותם ואם יעלה במחשבותינו שאין לבותינו חייבים לבחור בעבודת השם, ולחפץ בה יסתלק מעל אברינו חיוב מצות שאנו חייבים בהם מפני שאין מעשה נשלם מבלי חפץ הנפש בו יע"ש למדנו שלא יתכן לקרות מעשה בלי רצון הנפש כי עיקר העושה הוא הצורה והשכל ואם נעשה בלי מחשבה טובה אזי הוא רק פועל גופני ולא פועל נפשי ועיקר אדם הוא הצורה כנודע וכמ"ש רמב"ם כמה פעמים וא"כ א"א לקרות מעשה אשר יעשה האדם שיהי' הוא בעל מעשה כ"א כשעושה ברצון השכל וא"כ מובן מ"ש רשב"י בזמן שישראל עושים רצונו של מקום רוצה לומר הרצון של מקום עושים במעשה ועיקר עושה הוא במחשבה טובה ג"כ לכן מגיע להם שכר ע"הז ולא ינכה להם השכר בעולם הבא כי מגיע להם עולם הזה ועולם הבא עבור המחשבה והמעשה ועיקר עולם הזה הוא מנוחת הנפש לכן מלאכתן נעשית ע"י אחרים שנאמר ועמדו זרים ורעו צאנכם כי מגיע להם שכר עולם הזה בעבור המעשה שהוא נגלה מדה כנגד מדה שיהי' להם עולם הזה מנוחת הנפש, ובזה מיירי קרא דועמדו זרים שקאי על לעתיד לבוא שיהי' צדיקים במעשה ובמחשבה, וכמ"ש לעיל מיני' בישעי' ס' וס"א ועמך כולם צדיקים לעולם ירשו ארץ וגומר וסתם צדיק היינו במעשה ובמחשבה ובזמן שאין ישראל עושים רצונו של מקום ר"ל שהם צדיקים במצות הנסתרים מה שתלוי במחשבה בלב כמו אהבת אל ואהבת רעים שהוא אהבה בלב אבל מצות הנגלות שתלוי במעשה אין עושים רצונו של מקום א"כ לא מגיע להם שכר נגלה רק שכר נסתר לכן לא יהי' להם שכר בעולם הזה ולכן מלאכתן נעשית ע"י עצמן שנאמר ואספת דגנך כי כן מיירי קרא שאין עושים רצונו של מקום ע"י מעשה רק ע"י מחשבה וכמ"ש והי' אם שמוע תשמעו וכו' ושמיעה היינו בלב וכן ולעבדו בכל לבבכם פירש"י עבודה שבלב היינו תפלה ע"ש א"כ אין לו רק שכר מחשבה והוא בעולם הבא ולא מגיע לו עולם הזה לכן כתוב ואספת דגנך שיהי' לו טרדות

המונעים שמוכרח לאסוף בעצמו ואין לו מנוחת הנפש כיון שלא עשו מצוה נגלה אין לו שכר נגלה ואתי שפיר ולק"מ קושיית מוהרש"א הנ"ל ומעתה מיושב ההמשך אליבא דר' חנינא בר פפא ואומר לפי מ"ש הפי' ולקחתי דגני בעתו הכוונה שלוקח הדגן בעתו מע"א ונותן לישראל א"כ מיושב הנ"ל כי יש לדקדק עוד לפי' רש"י שעיקר קושי' שהתם לוקח מישראל וכאן נותן לישראל א"כ מה שאמר ר' חנינא כתוב ולקחתי דגני בעתו וגומר תיבת בעתו הוא מיותר כי מזה לא קשה מידי, ולפי מ"ש לא קשה מידי כי גם ר"ח בפירושו הבין בקושי' שהפי' דולקחתי דגני בעתו היינו שלוקח הדגן כשנגמר ונותן לישראל ואין לו טירחא ומלאכתן נעשית על ידי אחרים, ולכן הקשה ורמי כתיב ולקחתי דגני בעתו וגומר אם כן מלאכתן נעשית על ידי אחרים ויש להם עולם הזה שהוא מנוחת הנפש וכתיב ואספת דגנך שמוכרח לעמול בעצמו ואין לו עולם הזה ועל זה משני לא קשי' כאן בזמן שישראל עושים רצונו של מקום ר"ל קרא דדגני בעתו מיירי שעושים רצונו של מקום ע"י מעשה וכמ"ש לעיל כיון שחזרו בתשובה מאהבה ונהפך הזדונות לזכיות ועבירות הי' עם מעשה ומחשבה לכן מגיע להם שכר עולם הזה ועולם הבא נגד מעשה ומחשבה וכיון שעושים רצ כו של מקום רצה לומר ע"י מעשה והוא מצוה נגלה מגיע להם שכר נגלה שמלאכתן נעשית ע"י אחרים כאן רצה לומר קרא, דואספת דגנך מיירי שאין עושים רצונו של מקום כדמוקי לי' ר' שמעון בן יוחי רק במחשבה הם צדיקים וכנ"ל לכן אין לו שכר מעשה ומחויב לעמול ולאסוף התבואה ואין לו עו"הז והיינו ממש דברי ר' שמעון בן יוחי רק רשב"י מחלק כן נגד קרא דועמדו זרים, ור' חנינא בר פפא מחלק כן בין קרא דדגני לקרא דואספת דגנך וא"כ ממילא מיושב קושי' התוס' שהוא קו' א' כי לפי מ"ש מוקי ר' חנינא בר פפא כרשב"י קרא דואספת דגנך באין עושים רצונו של מקום וגם קו' ב' מיושב שמוכרח להאריך בלשון וכ"כ קושיא ג' כי באמת כאן עושים רצונו של מקום קאי למאי דהתחיל וכ"כ קושיא ד' מיושב כי קרא דוהי' אם שמוע אייריר רק בצדיקים במחשבה ולא המעשה וכ"כ מיושב קושי' ט' כי באמת הפי' להיפך שמועיל תשובה ודוק היטב כי נכון בסייעתא דשמיא:

ואולם להמשך דרכינו נאמר באופן אחר ליישב קושי' ד' ה' ו' ז' ח' ההמשך מר' ישמעאל ור' שמעון בן יוחי:

ב יש לפרש סוגי' דברכות הנ"ל וישבנו כל הקושית הנ"ל ונקדים כמה מאמרים אשר נתיישבו בעזה"י על פי דרכינו:

מאמר א) במס' כתובת דף ח' ע"ב אי' שם ר"ח בר אבא מקריבני' דר"ל הוי שכיב לי' ינוקא יומא קמא לא אזיל גבי' למחר דברי' יהודא ב"נ כו' וא"ל קום אימא מילתא כנגד

מנחמי אבלים פתח ואמר אחינו גומלי חסדים בני גמ"ח המחזיקים בבריתו של אברהם אבינו שנאמר כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו ואת ביתו וגו' אחינו בעל הגמול ישלם לכם גמולכם ב"א משלם הגמול יע"ש ויש להבין כוונת הברכה לענין מאי הביא קרא הלז:

מאמר ב) מיכה ו' במה אקדם כו' הגיד לך אדם מה טוב ומה ד' דורש ממך כי אם עשות משפט ואהבת חסד והצנע לכת עם אלהיך עיין ברש"י שם וי"לדק למה פרט דוקא מצות שבין אדם לחבירו:

מאמר ג) מאמר רז"ל לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה והקשו ראשונים זלה"ה הכי משום שקיימו מצות דין תורה היה עונש שנחרבה ירושלים עבור זה:

מאמר ד) שאמר שמעון הצדיק במס' אבות על שלשה דברים, העולם עומד על התורה ועל העבודה וגמילות חסדים ומשנה בפ"א דפיאה איתא אלו דברים שאדם אוכל פירותיהן בעולם הזה והקרן קיימת לעולם הבא כיבוד אב ואם גמילות חסדים והבאת שלום בין אדם לחבירו ותלמוד תורה כנגד כולם וכתב הרמב"ם הטעם כי ע"י תלמוד תורה יזכה אדם לכל זה שהתלמוד מביא לידי מעשה, ואולם קשה קושית רמב"ם למה במצות הללו יהי' השכר גדול כל כך יע"ש מ"ש בזה:

מאמר ה) זכרי' ח' כי כה אמר וגומר כן שבתי זממתי בימים האלה להיטיב את ירושלים ואת בית יהודה אל תיראו אלה הדברים אשר תעשו דברו אמת איש את רעהו אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם ואיש את רעת רעהו אל תחשבו בלבבכם ושבועת שקר אל תאהבו כי את כל אלה אשר שנאתי נאם ד' עכ"ל וי"לד למה פרט דוקא מצות שבין אדם לחבירו עי"ז יהי' הטבה לירושלים ולא חשיב מצות שבין אדם למקום ותו מ"ש כי את כל אלה אינו מן המובן והוא מיותר:

מאמר ו) איתא שם כה אמר ד' צום הרביעי וצום החמישי וצום השביעי וצום העשירי יהי' לבית יהודה לששון לשמחה ולמועדים טובים, והאמת והשלום אהבו ע"ש והקשה רמ"א למה פרט אמת ושלום יותר מכל המצות ע"ש:

מאמר ז) בפ"ג בעוקצין משנה י"א איתא אמר ריב"ל עתיד הקב"ה להנחיל לכל צדיק וצדיק ש"י עולמת שנאמר להנחיל אהבי יש ואוצרותיהם אמלא אמר ר' שמעון בן חלפתא לא מצא הקב"ה כלי מחזיק ברכה לישראל אלא השלום שנאמר ד' עוז לעמו יתן ד' יברך את עמו בשלום ויט לדקדק ולהבין הסמיכות וחיבור שמאמרים הללו אין להם חיבור

זע"ז וכבר הרגישו ראשונים זלה"ה ותו למה דוקא שלום הוא כלי מחזיק ברכה לישראל ולא שארי מצות:

מאמר ח) בתהילים סי' ל"ד אמר דוד המלך ע"ה מי האיש החפץ חיים אוהב ימים לראות טוב נצור לשונך מרע ושפתים מדבר מרמה סור מרע ועשה טוב בקש שלום ורדפהו וי"לדק למה כפל במילת שונות חיים ימים ולמה אמר דוקא מצות שבין אדם לחבירו:

מאמר ט) במס' כתובת דע"ג תניא היה ר' מאיר אומר מאי דכתיב טוב ללכת אל בית האבל מלכת לבית המשתה באשר הוא סוף כל אדם והחי יתן אל לבו מאי והחי יתן אל לבו דברים של מיתה דספוד יספדוני' דקבר יקברוני וגומר ע"ש וי"לד כי התחיל מאי דכתיב משמע שרוצה לפרש בקרא ולא פירש כלל על פסוק טוב ללכת אל וגומר כי אם על קרא והחי יתן אל לבו ואולם בקצת ספרים הגירסא כך תניא הי' ר' מאיר אומר טוב ללכת אל בית האבל כו' ויש להבין מאי קמ"ל ר' מאיר קרא שאמר שלמה המלך ע"ה ובגוף הקרא י"לדק דהנה מוהרש"א ז"ל כתב דמ"ש ללכת אל בית המשתה היינו רשות אבל של מצוה כגון של חתן וכלה הא אמר בפ' האשה שנתארמלה מעבירין את המת מלפני חתן וכלה ע"מ וא"כ קמה מאי קמ"ל שלמה המלך ע"ה פשיטא דעדיף ללכת אל בית האבל כדי שעל ידו יזכיר יום המיתה ובא לידו הכנעה לשבור טבעו ותאות הגשמיות המונעים לעבודת הבורא וכמ"ש רבינו ז"ל לעולם ירגיז אדם יצר טוב על יצר הרע כשיזכור לו יום המיתה ויותר יש התפעלות כשרואה בעיניו משיליך לשמחה של רשות שממשיך לעצמו תאות הגופני לגורם רעה לעצמו בשמחה של רשות וכל מה שכתבתי בכלי יקר בפרשת משפטים בפסוק ועבדתם את ד' אלהיכם ובירך את לחמך ואת מימך ולכן אמר בעבודה של רבים וסיים לשון יחיד לחמך ולא אמר לחמכם כי בעבודת ד' יותר טוב כשעושים המצוה ברבים מאם יחיד עושת מצוה בפ"ע אבל בעניני אכילה יותר טוב כשאוכל פת לבדו יע"ש וכבר נודע מ"ש רמב"ם במורה נבוכים שלא שייך לומר זה טוב מזה כי אם שהם עכ"פ בסוג אחד והכא אינו בסוג אחד אם כן מאי קאמר טוב ללכת אל בית אבל מלכת אל בית משתה שמשמע שללכת אל בית משתה ג"כ טוב רק שזה טוב יותר הא ללכת אל בית משתה של רשות אינו טוב רק רע ולעבירה יחשב וללכת אל בית אבל הוא מצוה ונראה לענ"ד ליישב בעז"ה המאמרים הנ"ל על פי יסוד אחד, דהנה בפרק ב' דאבות אי' הוי זהיר במצוה קלה כבחמורה שאין אתה יודע מתן שכרן של מצות והקשו ראשונים זלה"ה כי משמע ששכר מצוה קלה וחמורה שוין והוא סתירה למאמר התנא בן הא הא שאמר לפום צערא אגרא ואיתא במס' יומא דף כ"ו ע"ב ת"ר את משפטי תעשו דברים שאלמלא שלא נכתבו דין הוא שיכתבו ואילו

הן ע"ז ג"ע ושפיכת דמים וגזל וברכת השם את חוקתי תשמרו דברים שהשטן מטיב עליהן ואילו הן אכילת חזיר ולבישת שעטנז ע"ש א"כ מסתבר יותר צער בעושה מצות חקים מהעושה מצות שכליות כי למשל אם אדם האוהב לחבירו אהבת נפש אוהב נאמן אומר לחבירו אוהבו לעשות איזה משא ומתן ואינו מקרבו אל השכל ההרווחה אף ששומע לו מחמת שבטוח באהבתו על כל זה אינו עושה בחשקת גדול כשהולך לסחור אבל כשמקרבו המשא ומתן אל השכל עושה ברצון הטוב ואף כשהולך לסחור הולך בחשקת, ואם כן דבר שהוא נגד השכל אין אדם עושה ברצון וא"כ לכאורה גמילות חסדים לקבור מתים וכיוצא בזה מצות השכליות קל לאדם לעשות כיון שהשכל מסכים אבל מצות חקים כיון שהוא נגד השכל קשה לאדם לעשותו וכיון שלפום צערא אגרא ראוי שיהי' השכר יותר על החקים מעל השכליות ומרבינו הקדוש משמע שכל מצות שכרן שוה וגם אמאי יהי' השכר כל כך על מצות שכליות כמו כיבוד אב ואם וכיוצא בזה שהשכר הוא שאוכל פירות בעולם הזה והקרן קיימת לעולם הבא הא הם מצות קלות שמה שהשכל מסכים קל לאדם לעשות והוא קושי' ראשונים בתוספת ביאור, ואולם מצינו תירוץ על זה על פי יסוד מקמאי זלה"ה דהנה ר' חנניא בן עקשיא אמר רצה הקב"ה לזכות את ישראל לפיכך הרבה להם תורה ומצות ופי' הברטנורא הרבה מצות כגון פרשת שקצים ורמשים כדי להרבות שכר עליהם כשהן בדלים אע"פי שבלאו הכי אין אוכלין אותם שנפשו של אדם קצה בהם ע"ש וביארו זלה"ה כי יש ב' מיני מצות שלא היה התורה צריכה לצוות עליהן כי אדם מעצמו נזהר מעשותו כגון שקצים ורמשים וכיוצא בזה שמצד טבע האנושית יקוץ בהם ולא יאכלם כי יתעבם מצד עצמם על כל זה גזרה תורה להזהיר עליהן למען ימנע מהם מפני צווי יתברך ולא מהכרח הטבע המואס בהם וכמ"ש רז"ל אל יאמר אדם אי אפשי בבשר חזיר רק יאמר אפשי ואפשי בו ומה אעשה שאבי שבשמים גזר עלי', מין ב' הוא מצות השכליות כעין גזל וחימוד ממון שהשכל מחייב מפני תיקון קיבוץ המדינה להזהר בהם, וזהו כלל מעלת המדות אשר טעמיהם מפורסמים בטענת של שכליות שלימות המדות ובא עליהם הגזירה אלקית למען נשתעבדו שכלינו לבלתי עשותם וקיימם מפני ההכרח הטענות והשכל אלא מפני שכך גזרה הסכמת הבורא יתברך וכבר האריך בזה בספר בינה לעתים בדרוש ל"ט ועל פי זה פרשתי במ"ש בתהלים סימ' פ"ב אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט, עד מתי תשפטו עול ופני רשעים תשאו סלה וגמור ויש לדקדק מ"ש בקרב אלהים אינו מן המובן:

ונראה דהנה בס' העקרים מאמר א' בפרק ה' ובפרק ז' כתב שמין האדם משונה משאר מיני בעלי חיים כי שאר מיני בעלי חיים אין הקבוץ הכרחי להם אבל מין אדם שלדקותו ומזגו שיתפעל מקור וחום יצטרך למלבושים ולמזונות מתוקן יפה למזגו שצריך לזה התחברות שא' יתפור וא' יארוג וכיוצא בזה כי א"א לאדם אחד לעשות הכל לכל הקיבוץ הכרחי וצריך שיהי' להם דת לשמור ולהסיר העול שלא יתקוטטו בהתחברים יחד בעניני משא ומתן וא"כ הד"ת לדון דין אמת הוא דבר הכרחי להם צורך קיבוץ המדינה והוא הכרח להיות אדם מצד שהוא אדם יע"ש ובספר העקידה פרשת משפטים הקשה לשאול על מה שהפליגו חכמינו ז"ל במס' שבת כל דיין שדן דין אמת לאמתו כאלו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית איך יהי' נמשך שלימות הנפש מדיני שור ובור כיון שאפילו נושאים אינם שלימות רק הוא טוב המדומה, אף שהם מועילין השתדלות משפטיו לישוב המדינה מכל מקום מעלת הדברים כפי הנושא כמו מי שמלאכתו בחומר אינו חשוב כמו מי שמלאכתו בכסף וזהב א"כ יתחייב מזה שחלק המשפטים שכולם עסוקים בדברים החומרים של עולם השפל יהיה פחותים משאר חלקי התורה במעשה בראשית ובחכמת אלהות לפי שהנושא אשר בו תחקור מהאל יתברך גבוה מכל גבוה ומדוע השוה חכמינו ז"ל שיוכל אדם לקנות שלימות לנפשו כשעוסק בחלק המשפטים כעוסק במעשה בראשית וכעוסק בחכמת אלהות, ותירץ בספר יד יוסף לכן אמרו כל הדן דין אמת לאמתו תיבת לאמתו הוא מיותר, אולם ר"ל ודאי אם אין כוונת דיין רק לתיקון קיבוץ המדיני שלא יהיה עול אף שדן דין אמת אינו קונה שלימות לנפשו אבל אם עשה משפט אמת ומחשבתו מצד המצוה יתברך מחמת שצוה לשפוט אמת קונה שלימות לנפשו וזה שאמרו רז"ל לאמתו למי שנתן בהם אמתות היינו לשם המצוה יתברך הרי זה כאילו עסק במעשה בראשית ונעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית, ר"ל כאילו עסק בנסתרות שבמעשה בראשית שבעסקו בהם נעשה שותף להקדוש ברוך הוא אם כן לא קשה מידי קושית בעל העקידה, כי אף שנושאם פחות מכל מקום יש להם מעלה גדולה מצד המצווה יתברך כי מי שצוה שאר חלקות התורה צוה נמי משפטים והכוונה אינה משתנה לעולם כי מעשה המצות יש בו ב' בחינות א' מעשה המצוה ב' הכונה לשם שמים, והשלימת לנפש אינו מצד המעשה כי אמרו רבינו ז"ל גדולה עבירה לשמה ממצוה שלא לשמה הרי אף שנושא פחות מכל מקום קונה שלימות לנפשו אם כוונתו לש"ש ה"ה הדיין אם דן לש"ש מצד פקודת יתברך קונה שלימות לנפשו ע"כ דבריו ודפח"ח, וזה שאמר אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט פירש בקרב הדיינים כמ"ש רש"י שדיין נקרא אלקים ישפוט בכוונת הדיין אם כוונתו בדין רק לתקן קיבוץ

המדיני או כונתו כדי לקיים פקודת הבורא יתברך, לכן מה שהוא בקרבם ר"ל בכוונתם ישפוט בעצמו כי המחשבה לא נגלה רק לה' ועל זה אמר אח"כ עד מתי תשפטו עול שאתם אף שתשפטו אמת הוא רק מצד שהוא עול ר"ל להסיר עול להרחיק המגונה לתקן קיבוץ המדיני אבל לא לסיבת פקודת ד' שצוה לשפוט דין אמת וראי' לזה פני רשעים תשאו סלה כי לולי הדינים בעול אם רשעים עוברים עבירה שבין אדם למקום אתם נושאים להם פנים ואין אתם מוכיחם ואם הי' המשפט שלכם לש"ש לא הי' לכם לישא פנים כי הוא מצות עשה להוכיח אלא ודאי שאין אתם דנין דין אמת לאמתו מצד המצווה רק מסיבת תיקון קיבוץ המדיני לכן בשאר דברים שאין תועלת לתיקון קיבוץ המדיני אתם נושאים להם פנים לכן ד' דן בקרב הדיינים והבן:

אם כן לפי זה מיושב קושית הראשונים הנ"ל כי גם על מצות טבעיות ושכליות צריך כבישת הנובע ויצרו הרע ויש לו ג"כ צער כי יצרו מסיתו לעשות המצוה מצד טבעו ושכלו והוא צריך לכבוש הטבע והשכל ולעשות רק למען פקודת הבורא ואם כן יש לו צער מזה גופא שמוכרח לכבוש טבעו ושכלו' כמו בחוקים ולכן השכר שוה:

ג ועל פי זה יובן מאמר רז"ל במס' סוטה בפרק א' אמר ר' חמא מאי דכתיב אחר ד' תלכו וכי אפשר לילך אחר השכינה כו' אלא הלך אחר מידותיו של הקדוש ברוך הוא מה הוא מלביש ערומים כו' אף אתה הלבש ערומים הקב"ה בקר חולים אף אתה בקר חולים הקב"ה קבר מתים כו' אף אתה קבור מתים הקב"ה ניחם אבלים כו' אף אתה תנחם אבלים ע"ש ויש להבין שמאריך בלשון מה הוא ולא קאמר בקיצר הלך אחר מידותיו של הקב"ה שמלביש ערומים כו' ונראה דהנה בס' עקידה בפרשת בראשית שער שמיני פרק החיבור כתב קצת הקדמונים חשבו שאהבה תתהווה מצד ההפכת הנמצא בטבע הנאהבים, אמנם השנאה תתהוה בין הדומים, אמנם ארסטו סתר דבריהם וחתך הדין שעל דרך אמת אהבה יתהווה משווי והדמיון אשר בין האוהבם כי הדומה ירצה בטבעו הדומה לו ולא לחנם הלך זרזיר אצל עורב אלא מפני שהוא מינו ומתדמה לו ובעל העקידה הביא ראי' לזה שאין אהבה אלא בדומה מטבע המציאות וגם מתורת אלהינו, מטבע מה שנראה בחוש שכל עוד שנתדמה הנאהבים בענינים רבים לפיהן תרבה אהבה ותחזיק מידת החסד ורחמניו' ביניהם ולפי מיעוט הדמות שביניהם נתינת אהבה יע"ש שהאריך להביא ראי' גם מתורה, אם כן אהבת ד' אלינו כיון שאינו לנו מצד הדמיון ולא מצד התנגדיות אינו אהבה טבעיות ואהבת שכליות רק אהבת רצון ואהבת חסד שחפץ להשפיע מטובו וזה שאמר המשורר לעושה נפלאות גדולות לבדו כי לעולם חסדו ויובן על פי מ"ש הבינה לעתים חלק א' דרוש למ"ד באריכות ותוכן דבריו כי הפועל

פעולה, הנה בתחילה היה הפעולה אצלו בכח ואחר כך הוציאה לפועל א"כ נתוסיף שלימות לפועל בהוצאות הפעולה משהיה בכח, אמנם אצלו יתברך הפעולה והכח הכל אחד ונקרא עושה נפלאות גם כשפעולה בכח באופן שהנבראים לא הוסיפו שלימות בגדולתו ואינו צריך לנבראים, ואולם מדרכי השלום להשפיע מטובו לזולתו ברא עולם מצד החסד אם שאין צריך לכך יע"ש פח"ח וזה שאמר לעושה נפלאות גדולות לבדו פי' אפילו אם הוא לבדו נקרא עושה נפלאות, ולא נוסיף שלימות בגדולתו, רק מה שהראה נפלאותיו לכלל העולם וברא עולם הוא מחמת שהוא חסיד ומתחסד להשפיע לזולתו וזה שאמר כי לעולם פי' מה שהראה נפלאותיו לכללות העולם לכל הנמצאים הוא חסדו ואתי שפיר, ובזה מובן מאמר רז"ל במס' סוט' דהנה אית' במס' יבמו' דף ע"ט ע"א ג' סימני' בישראל ביישנים רחמנים גומלי חסדים כל שיש בו סימני' הללו ראוי להדבק באומה זו יע"ש, ומעתה אומר מי שעוש' מצות גמילת חסדים כגון ביקור חולים וניחם אבילים וקבורת מתים מצד הטבע התקוע בזרע ישראל לרח' על חבירו לא הוי כעובד ה' כי עושה דבר לטובתו כי הוא נחת לטבעו כי מי שהוא בעצם בעל רחמי' כשיוכל לעשו' דבר רחמניו' סיוע לטבעו מקבל נחת רוח מזה בשעת מצוה שמבקור חולים וכיו"ב ובשעה שעושה טובה לחבירו עושה טובה גם כן לעצמו והוי כעבודה בשיתוף שעושה בדבר אחד שני דברים שהוא לטובתו ולטובת אחרי' ומכ"ש בשכוונתו לקבל פרס שהוי ג"כ עבודה בשיתוף וכן אם עושה מצות הללו מצד ששכלו מחייב לעשות לא הוי עובד ה' כנ"ל מה שאם כן כשעושה מצות גמילות חסדים רק לש"ש והוא במחשבתו כאילו הוא חק ואינו עושה כלל בגינו א"כ אינו עושה רק מצות גמילות חסד עם חבירו ובשעה שמבקר חולי וכיוצא בזה אינו עושה כלל שום דבר לטובתו רק לטובת חבירו ואינו רק מבקר חולה ועושה חסד, ואם כן במצות שהטבע והשכל מסכים לגמול חסד כנ"ל מצד הטבע אבות ירשו בנים, וגם טבע בני אדם שהם מסוג אחד וממין אחד להיות אהבה כי אהבה הוא בדומים מכל מקום לא יעשה רק לשם שמים כאילו היה חקה ונגד הטבע כנ"ל ובזה ראוי להדרך במידתו יתברך שהוא גומל חסד עם בני אדם ואהבתו לבני אדם אינו מצד הטבע כי אין אהב' אלא בדומים כנ"ל וכמו כן מצד השכל אינו ראוי שירחם על אדם הראשון אחר שעשה עבירה, וכמ"ש רז"ל כי התשובה שמועיל הוא רק בגדר חוק שאין לו טעם ועל כל זה עשה לו כתנות עור, וכמו כן בקור חולים וקבורת מתים וניחם אבילים שה' בעצמו עשה אינו על צד הטבע והשכל כי אינו מסכים שה' בעצמו יטפל ולא מגיע לו שום שלימות מזה רק כן היה רצונו להשפיע מטובו על צד החסד כמו כן בני אדם ראוי שלא לעשות מצות הללו על צד הפני' לא לבד למען לקבל פרס ואף גם

לא יעשה למען הטבע והשכל דאם עושה כן בשעה שגומל חסד יש לו מחשבה אחרת לטובתו ועושה בגינו גם כן והוי כאילו עשה עוד דבר באותו זמן לטובתו, ואולם ראוי שלא יעשה רק בקור חולים הלבשת ערומים כו' שלא יעשה כלל בגינו דק להשלים רצון הבורא כאילו הי' חקה ולא לקבלת פרס, וזה שאמר מה הוא מלביש ערומים כו' ר"ל כוונתו לא הי' למענו רק להלביש ערומים ולא עשה רק דבר זה כי לא הי' צריך להשלים שלימות וגם לא לעשות כביכול נחת רוח כי אין אהבה אלא בדומים ועשה רק מצוה זו כמו כן אתה לא תעשה בגינך כלל כי אם לשם מצוה זו והבן, שוב נדפס ספר סדר משנה וכתב על סגנון זה והנאני:

ד ובזה יובן מאמר הכתוב בפרשת וירא וה' אמר המכסה אני מאברהם אשר אני עושה ואברהם היה גדול וגו', כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו ואת ביתו אחריו ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט למען הביא ה' על אברהם את אשר דבר עליו והדקדוקים מובנים עיין במפורשים:

ונראה לפרש דהנה איתא בתהילים ולך ה' החסד כי אתה תשלם לאיש כמעשהו והקשו ז"ל מה הוא החסד אם משלם כמעשיו ונראה דהנה יש ב' מיני עבדים העובדים למלך אדיר יש עבד שאינו אוהב לאדון דק עבור פרס וכשעובד עבדות עושה בעצבות גדול ויש לו צער מעבדות ועמל בעיניו וכשבא זמן שנח מעבדות הוא לו לנחת רוח ולמשיבת נפש ואינו מצפה הזמן של עבדות ואולם עבד המעולה האוהב למלך מאד ובוחן מעלות המלך ונחשב לו לכבוד במה שמלך מצוה לו לעשות שירות כי עבד מלך מלך ויש לו נחת רוח מעבדות ועושה העבדות בשמחה ובעת שנח מעבדות מצפה על הזמן שיוכל לעשות נחת רוח למלך כי העבדות קל בעיניו לעשותו א"כ יש לחקור כשיבואו על שכרם למי ראוי שכר יותר על פי הדין כי יש צד לומר לעבד המעולה שעובד מאהבה:

ואולם יש לומר להיפך כי עבד הראשון שעשה העבדות בעצבות הי' לו עבודה קשה בעבדות ולפום צערא אגרא מגיע לו שכר על פי הדין אבל עבד השני שעשה העבדות לטובתו לנייח נפשו כי הוא לו לכבוד שמשרת מלך כבר קיבל שכרו בעת עבודתו והשכר הבא לו אח"כ הוא מצד החסד ומעתה יש לומר כמו כן לענין עבודת הבורא כי יש כשעובד על מנת לקבל פרס ואי' במס' אבות אל תהיו כעבדים המשמשין את הרב על מנת לקבל פרס והקשו הראשונים ז"ל הא איתא בפרק קמא בפסחים האומר סלע זו לצדקה ע"מ שיחי' בני הרי זה צדיק גמור אם כן מותר לעבוד על מנת לקבל פרס ותירצו בתוספת בפסחים כשאינו תוהא על הראשונות מותר לעבוד על מנת לקבל פרס, ובספר מדרש שמואל תירצו שאם עושה על מנת לקבל פרס הוא צדיק וכשעושה ע"מ שלא

לקבל פרס הוא בגדר חסיד ובפרקי דאבות מיירי במילי דחסידי וא"כ כשעושה רק על מנת לקבל פרס העבדות הוא עמל בעיניו ויש לו טירחא וצער ועצבות מגיע שכר על פי דין אמנם יש כת חסידים שעובדים שלא על מנת לקבל פרס שיש להם נחת רוח ממצוה בעצמה במה שזכה להיות עבד ה' וכמו שמצינו בגמ' דברכות ד"ט שסמך גאולה לתפילה ולא פסק חוכא מפומא כולי יומא וכעין שפי' רמ"א בפסוק כי טוב חסדך מחיים שפתי ישבחנוך כי לכאורה בכלל החסדים שעשה הבורא אתנו עד שאין קץ וסוף לטובת כפי הנראה חסד הגדולה שבכולן הוא החיים שנתן לנו אבל באמת החסד הגדול שבכולן הוא במה שבחר בנו לעבדי ה' במה שזכינו להתפלל ולהודות לפניו ולשבחו זהו חסד גדול וכבוד גדול לנו שזכינו להודות להלל שבח לפניו וכמ"ש רבינו יונה במס' ברכו' מודים אנחנו לך על שאנו מודים לך ר"ל על שזכינו להודות לך יע"ש וידוע שיש מ' הנוספת וזה שאמר כי טוב חסדך מחיים ר"ל יותר מן החיים שפתי ישבחונך ר"ל זה שיש לו זכות לשבחך דפח"ח יע"ש, ואם כן לאיש אשר אלה לו השכר שבא לו אח"כ הוא בתורת חסד ורחמים כי כבר הי' לו קבלת שכר בעת עבדות שהי' לו נחת רוח מעבדות וידוע שחסיד אמיתי נקרא איש וכמ"ש הכלי יקר בפרשת בראשית כי שם איש מורה על משפיע כי פי' במאמר רז"ל אין איש אלא הקב"ה שנאמר ד' איש מלחמה כי כל עולמות נבראו בדוגמת זכר ונקבה זכר הוא משפיע ונקיבה מקבל השפע וכל העולמות משפיעים זה לזה ומקבלים זה מזה ואולם הש"ית הוא רק משפיע, ואינו מקבל השפע כי עולם חסד יבנה שאין צריך כלל לשלמותו תועלת מעולם אם כן הוי רק איש ומובן הפי' וידוע מאמר רז"ל שצדיק נקרא בשמו של הקב"ה וא"כ החסיד אמיתי שמשפיע בחסדו כמורה שם חסיד ונקרא איש כי גם הוא משפיע לעולם ואינו מקבל שפע וכמ"ש רז"ל כל העולם ניזון בשביל חנינא בני וחנינא בני די לו בקב חרובין שהוא לא הי' מקבל שפע רק משפיעו, וזה שאמר בפרשת בהעלותך והאיש משה ענו מאד מכל אדם אשר על פני האדמה, והקשו רז"ל תיבת איש מיותר ולפ"ז אתי שפיר כי הנה הנהוג שבעולם מי שהוא משפיע לזולתו ומפרנסו מתגאה עליו כיון שנצרך לו, וסיפר הכתוב צדקתו וחסידתו אף שהיה איש משפיע שהיה מפרנס לכל ישראל בזכותו על כל זה היה עניו מאד מכל אדם אשר על פני האדמה אף שהם הי' רק על פני האדמה ולא הי' בשמים כי משה עלה למרום והוא הי' משפיע על כל זה הי' ענו וזה שאמר והאיש משה אף שהי' משפיע לכל עולם על כל זה היה ענו מאד הפך הנהוג שעשיר מתגאה על עני המקבל ממנו וא"ש העולה שחסיד מכונה בשם איש בשמו של הק"בה וכבר בארנו שלחסיד מגיע השכר אח"כ רק על צד החסד ורחמים, ולא על צד הדין כי כבר קיבל שכרו בעת

שעבד שהי' לו נחת רוח מעבדות וזה שאמר ולך ה' החסד כי אתה תשלם לאיש כמעשהו אם אתה משלם לחסיד כמעשהו הטוב הוא רק על צד החסד ורחמים אבל לצדיק מגיע לו שכר על פי הדין כי העבדות הי' לו לצער ולא הי' לו שכר ונחת רוח בעת שעבד ומגיע שכר העבדות אח"כ והבן, וזה שאמר דוד המלך ע"ה בתמני' אפי תהלים קי"ט ראה כי פקודיך אהבתי ה' כחסדך חייני סלה ר"ל כיון שאני אוהב הפקודים בעצמם לא מצד הפרס לכן ה' שהוא הוי' שמורה על רחמים כחסדיך חייני היינו ר"ל על צד החסד ורחמי' חיינו כי לא מגיע לי חיות ע"פי הדין שכבר הי' לי שכר מעבדו' רק השכר מגיע לי על צד חסד ורחמי' והבן ואח"כ מצאתי שפי' כן הפסוק ראה כו' בס' הפלאה:

ובזה יובן מאמר הכתוב הנ"ל דהנה אמרו רז"ל במסכ' ברכות דף כ' אמר רב פפא לאביי מאי שכא קמאי דמתרחיש להו ניסא מאי שנא אנן דלא מתרחיש לן ניסא אמר לי' קמאי הוי מסרי נפשייהו על קידוש השם מתרחיש להו ניסא אנן לא מסרינן נפשייהו על קידוש השם, והטעם פשוט כי נס הוא חוץ לטבע וה' משלם מדה כנגד מדה אם הוא צדיק חוץ לטבע מגיע לו שכר חוץ לטבע והיינו נס לכן כשמסרו נפשם מגיע להם נס אבל אנן דלא מסרינן נפשייהו לא מגיע לנו שכר חוץ לטבע רק על פי טבע כי במדה שאדם מודד מודדין לו, ובזה מיושב מה דיש להבין כי ביהושע איתא שמלחמת ירחו הי' מלחמה שלא כדרך הטבע שלא היה תחבולות שונות בכלי זיין ובאורב כ"א בשופרות כדאי' שם ויהיה בפעם השביעית תקעו הכהנים בשופרות ואמר יהושע אל העם הרעו כו' כי ה' נתן לכם את העיר והי' העיר חרם וכל אשר בה יע"ש, ובמלחמת העי איתא בסי' ח' שהי' על פי דרך הטבע על ידי אדם כדאי' שם שה' אמר ועשית לעי ולמלכה כאשר עשית לירחו ולמלכה רק שללה ובהמתה תבוזו לכם שים לך ארב לעיר מאחריה יע"ש והדבר פלא ובהנ"ל מובן כי אי אפשר לעשות כס כי אם מי שהוא הצדיק חוץ לטבע כנ"ל ולהבין מי יקרא צדיק ע"פי טבע ומי נקרא צדיק חוץ לטבע נראה ע"פי מה דאי' בפסחים ד"ח האומר סלע זו לצדקה בשביל שיחי' בני הרי זה צדיק גמור וכתב רש"י וז"ל ולא אמרינן שלא לשמה עשה אלא קיים מצות בורא שצוה לעשות צדקה ומתכוין אף להנאת עצמו שיחי' בנו יע"ש א"כ מוכח שמותר לעשות מצוה לשם שמים ולהשתתף גם הנאת עצמו וכתב מוהרש"א שם דלאו דוקא במצות צדקה אלא הוא הדין בכל המצות כדמוכח בגמרא שם א"כ נראה מי שעובד ה' לש"ש ומכוין להנאת עצמו ג"כ הוי צדיק על פי טבע שכן הטבע מחייב שהאדם אוהב את עצמו ומגיע לו שכר מאת ה' ע"פי הטבע אבל אם אדם אוהב את ה' רק לש"ש ולא להנאתו כלל הוא צדיק חוץ לטבע ומגיע לו שכר ניסי שהוא חוץ לטבע והנה במלחמת ז' אומות מקרא מלא דבר הכתוב לא תחי' כל נשמה

א"כ מחויבים היו לקיים מצות הבורא ללחום לש"ש עבור פקודתו וכיון שלא נאסר להם השלל כדאי' ביהושע ד' ויאמר ה' אל יהושע קום לך למה זה אתה נופל על פניך פירש"י לך בשבילך זאת להם לא אמרתי לך להקדיש שלל העיר יע"ש א"כ הי' מותר להם ללחום מלחמת ה' לש"ש ולהנאתם ג"כ כדי ליהנות מהשלל ואולם בזה האופן היה צדיקים ע"פי דרך הטבע ולא היה ראוים לנס שיכבשו אותם בשופרות רק ע"י תחבולות שונות ע"י אורב ותכסיסי מלחמה ואולם יהושע רצה להתחזק אמונת השגחה בלב ישראל שיראו עין בעין שה' משגיח עליהם איוה נפשו שיצליחו במלחמה ע"פי נס בלי שום תערובת הטבע כי ע"י נס נראה השגחה עין בעין ואי אפשר כלל לתלות בטבע לכן רצה שיכבשו המלחמה לא בכלי זיין ובאורב כ"א בשופרות שהוא נס חוץ לטבע, ויען כי אין ה' עושה נס כי אם לצדיק שהוא חוץ לטבע לכן התחכם יהושע שיקדישו השלל ולא יהנו וכוונתם לא יהי' רק לשם שמים לקיים פקודת הבורא שציוה לא תחי' כל נשמה ויהי' צדיקים חוץ לטבע ויהי' ראוים לנס שיצליחו במלחמה ע"י שופרות שהוא דבר נסיי ובזה מובן היטב כי ביריחו קודם שמעל עכן אמר יהושע אל העם הרעו כי ה' נתן לכם את העיר ר"ל השם הוי' המשדד את הטבע יעשה לכם נס מפורסם שע"י תרועתכם בשופר יתן לכם את העיר, ואולם כיון שאין ה' עושה נס כי אם לצדיקים שהם חוץ לטבע לכן אני מגיד לכם והי' העיר חרם וכל אשר בה כו' וכיון שע"פי הדין היה מותר לכם ללחום מלחמת ה' לש"ש ולהנאתכם להנות מהשלל ואתם לא תעשו רק לש"ש ותהיה צדיקים חוץ לטבע ותהיה אתם ראוים לנס לכבוש העיר בשופרות, אמנם אח"כ כשמעל עכן בחרם הותר להם הרצועה מהשלל כי התאוה גובר ומוטב שיהי' שוגגים כו' לכן במלחמת העי איתא ועשית לעי ולמלכה כאשר עשית ליריחו ולמלכה רק שללה ובהמתה תבזו לכם שים לך ארב להעיר מאחריה רצה לומר כיון שנעשו ע"פי הטבע להנאתכם ג"כ ליהנות מהשלל אף שמותר לעשות מצוה לש"ש ולהצרף הנאתו ג"כ כדמוכח מסלע זו לצדקה בשביל שיחי' בני שמותר כנ"ל מ"מ כיון שלא תהיה צדיקים רק על פי הטבע אין אתם ראוים לנס לכבוש ע"י שופרות כ"א ע"י אורב שהוא ע"פי דרך הטבע וזה שאמר כיון שהשלל ובהמה תבזו לכם שים לך ארב לעיר מאחריה כי מוכרחים לכך והבן היטב:

ומעתה נבוא לפרש כתובים הנ"ל ומקודם נפרש קרא כי ידעתיו ואח"כ נפרש קרא המכסה אני מאברהם וגו', וממילא יובן להמעיין אח"כ ההמשך מכתובים כסדר אם ידקדק היטב מה שמבואר למעלה בל יפול דבר, דהנה ארז"ל במס' יבמות אין השכינה שורה אלא על משפחה מיוחסת שבישראל שנאמר להיות לך לאלהים ולזרעיך אחריך זרע המיוחס אחריך אם כן נשמע תיבת אחריך פירושו זרע המיוחס אחר אבות שיהי'

בו מעשה אבותיו וכמו כן יש לפרש בתיבת אחריו זרע המיוחס אחריו, וכבר בארנו שטבע אבות ירשו בנים ומדת אברהם הי' לגמול חסד עם כל באי עולם, וכמ"ש ויטע אשל בבאר שבע ודרשו רז"ל נוטרקין אש"ל אכילה שתי' לוי' וכמ"ש תתן אמת ליעקב חסד לאברהם ונשאר הטבע אצל בניו אחריו שיהי' גומלי חסדים עד שארז"ל כל מי שאינו גומל חסדים ורחמן אינו מזרעו וסיפר הכתוב להפליג גודל צדקתו שהזהיר לבניו אחריו ר"ל המיוחסים אחריו במידותיו הנעימים אף שדרכם להיות עושים צדקה ומשפט שהוא גמילת חסדים מצד טבע רחמניות ומצד מצות שכליות עכ"ז הזהיר אותם שלא יעשו למען טבעם ושכלם רק שישמרו דרך ה' כמו שדרכו לעשות צדקה בעולם לא מצד תועלתו וטובתו כנ"ל כמו כן הם לא יעשו מצות גמילת חסדים מצד תועלת להם ליתן להם נייחא לטבעם, כי מי שהוא בעל רחמן כשעושה רחמניות מקבל נחת רוח מזה ועושה גם לטובתו או שעושה למען לקבל פרס רק שלא יהיה בעיניו שום פנייי' ומחשבה זרה רק למען פקודת הבורא, כמו שה' אינו עושה צדקה ומשפט לטובתו כי אם לטובת הבריות כמו כן ראוי להשיב גמולו לעשות צדקה ומשפט רק עבור רצון הבורא וא"כ נכלל בזה מ"ש דרך ה' שלא יעשו המצות דק כדרך ה' עם הבריות כמו כן אתם תעשו והבן, וזה שאמר כי ידעתיו ר"ל חיבה כמ"ש רש"י למען אשר יצוה את בניו ואת ביתו אחריו רצה לומר זרע המיוחס אחריו במדתו הטובה שהם בעצמן רחמנים וגומלי חסדים בטבע כי טבע אבות ירשו בנים ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט ר"ל שישמרו דרך ה' בענין צדקה ומשפט כמו שה' עושה צדקה ומשפט לא לתועלתו שאין צריך להנאתו כי כמו שהיה קודם בריאת העולם כן הוא לנצח נצחים וליכא שינוי לומר קודם שנעשה אותו מעשה לא הי' לו קורת רוח זו מה שיש לו עכשיו לאחר שנעשה המעשה כי ליכא שינוי כי אין צריך לתועלת זולתו כמו כן אתם לא תעשו להנאתכם מצד טבעכם להיות גומלי חסדים רק למען דרך ה' אף שזרעו מיוחס אחריו בטבע לגמול חסד מזהיר לבניו שישמרו דרך ה' לכן אני אוהב אותו ואתי שפיר, או יאמר קצת בבחינה אחרת מ"ש ושמרו דרך ה' וגומר כך אמר אברהם לבניו יעשו צדקה ומשפט מצד שהוא דרך ה' לא למען לקבל פרס ותועלת רק למען שהוא דרכו ויהי' לכם לנחת רוח ממצוה, ויומתק יותר ע"פי מ"ש לעיל כי עבד השלם ממתין ומצפה מתי יבוא הזמן שאוכל לעשות עבדות המלך, וכמו כן העובד לה' מאהבה מצפה מתי יבא לידו עבדות הבורא ודרכיו הנעימים להדמות למדותיו כי חפץ בעבדות ולא בשכר וידוע שתיבת שמר יש לפרש לשון מצפה כמש"ה ואביו שמר את הדבר וזה שאמר ידעתיו כי יאמר לבניו אף שהם בלא"ה צדיקים במדותיהם ולא הי' צריך לצוות להם שיעשו צדקה ומשפט עם הבריות על כל זה מצוה

להם שיהי' עבודתם משום אהבת הבורא לבד ולא מיבעיא בשעה שיבוא המצוה וצדקה להם יעשו לש"ש רק שיצפה מתי יבא לידי דרך ה' לעשות צדקה ומשפט כדי לעשות פקודתו וזה שאמר ושמרו דרך ה' ר"ל שמצווה להם שיצפה על עת שיוכלו לילך בדרך ה' לעשות צדקה ומשפט למען הביא ה' על אברהם את אשר דיבר עליו ר"ל כך אמר אברהם לבניו אתם תעשו המצות הבורא בצדקה ומשפט מצד אהבה ולא מצד אהבה ולא מצד תועלת הפרס ופנייי' שבעולם רק מצד דרכו ויהיה לכם נחת רוח מהמצוה, א"כ השכר שיהי' לכם על בית אברהם אח"כ לא יהיה מצד הדין כי כבר הי' להם שכר בעת העבדות רק השכר יהיה על צד הרחמים וכמ"ש לעיל באריכות בפסוק ולך ה' החסד וגומר, וידוע שהשם הוי' מורה רחמים וזה שאמר למען הביא ה' על אברהם ר"ל על בית אברהם כמ"ש ז"ל לא יהי' מצד הדין רק מצד הרחמים כמורה שם הוי' וזה שאמר הביא ה' על אברהם אשר דבר עליו ר"ל השכר אשר דבר עליו לא יהיה מצד הדין רק מצד הרחמים כי השכר קבלתם בעת העבדות כי העבדות יהיה מאהבה וכמ"ש ושמרו דרך וגו' כנ"ל והבן היטב ובזה יובן ההמשך מ"ש לעיל מיני' המכסה אני מאברהם וגומר עד פסוק כי ידעתיו וגומר הנה כבר בארנו מי שהוא צדיק חוץ לטבע מגיע לו שכר חוץ לטבע והנה נבואת הנביא הוא על פי ניסי שהוא דבר חוץ לטבע כי ידבר אלהים את האדם וחי ובשגם אם הנבואה שלא ע"י אמצעי אולם אם אדם הוא צדיק חוץ לטבע ואינו עושה מצות לטובתו רק למען הבורא מגיע לו שכר חוץ לטבע וראוי לנבואה אף שהוא ניסי והנה אברהם הי' צדיק חוץ לטבע מלבד שמסר נפשו על קדושת השם אף גם ממה שהזהיר לבניו שלא יעשו למענם רק למען אהבת הבורא מזה מוכח גודל צדקתו חוץ לטבע ויש לקרב אל השכל שטבע בני אדם לאהוב בניו כגופו וג"כ טבע בני אדם לעשות נייחי לנפשו וכיון שביארנו לעיל שמותר לעבוד עבודה בשיתוף דהיינו לש"ש ולקבלת פרס ולהנאתו ועל כל זה הזהיר אברהם לבניו האהובים לו כגופו שלא יעשה המצות צדקה ומשפט להנאתם כלל ולא לשם פני' שבעולם לעשות נייחי לטבעם כי אם לשם שמים א"כ אהבתו לה' נראה לעין כל שהוא חוץ לטבע מגיע לו ע"פי דין שכר חוץ לטבע שישפע עליו שפע נבואה אף שהוא ניסי כי במדה שאדם מודד מודדין לו וזה שאמר המכסה אני מאברהם את אשר אני עושה ר"ל אני בעצמי אגיד לו מה שאני עושה אף שהנבואה הוא דבר נס והוא חוץ לטבע ובשגם נבואה שלא ע"י אמצעי מ"מ לא אכסה כי מגיע לו שכר מדה כנגד מדה כמו שהוא צדיק חוץ לטבע לכן אטיב עמו בשפע נפשיי שיזכה לנבואה וגם ראוי לטובת גופני שיהי' לגוי עצום, ומפרש אח"כ כי ידעתיו למען אשר יצוה וגו' ושמר וגו' ור"ל הטעם שאני מראה להם חיבה יתירה שזכה

לנבואה כי אהבתו ג"כ חוץ לטבע שמזהיר לבניו שלא יעשו עבור טבעם רק למען אהבת אותי וכמ"ש לעיל באריכות פירושא דהאי קרא ולכן כתיב אח"כ ויאמר ה' צעקת סדום וגומר שזכה לנבואה בלי אמצעי והבן היטב וזה שאמר הספדן במס' כתובת אחינו בני ישראל גומלי חסדים בני גומלי חסדים ר"ל אף שהם בני גומלי חסדים ויש להם טבע להיות גומלי חסדים כי טבע אבות ירשו בנים ועל כל זה המחזיקים בבריתו של אברהם אבינו שנאמר כי ידעתיו למען וגו' ר"ל בבריתו שצוה לבניו כמ"ש לעיל בפירושו דקרא שלא יעשו מצד הטבע רק מצד פקודת ה' לכן בעל הגמול ישלם גמולכם, ר"ל כמו שאתם עושים ם עבדות שלכם חוץ לטבע כי אף אם הייתם עובדים עבודה בשיתוף לשם שמים להנאתכם לעשות נחת רוח לטבעיכם הייתם ג"כ צדיקים כנ"ל כמו בסלע זו לצדקה על מנת שיחי' בני ואתם שומרים ומחזיקים בבריתו של א"א לעשות רק לשם שמים לכן ישלם לכם גמולכם שיהי' לכם שכר גדול חוץ לטבע מדה כנגד מדה והבן היטב מאמר א' ודוק בכל הקדמות הנ"ל לבל יפול דבר כי נכון הוא בס"ד:

ה ומעתה נבוא לבאר מאמר ב' במיכה ו' דיש לחקור בעשיית המצות יש ב' פנים:

א' לעשות מצוה בסתר:

ב' לעשות מצוה בגלוי בפני הבריות, ויש להבין איזה צד עדיף וסברא חיצונה הוא שעדיף לעשות מצוה בסתר כי מצוה בגלוי יוכל היצר הרע להסית לעשות מצוה שלא לשמה משום יוהרא להתכבד בעיני הבריות משא"כ מצוה בסתר, אמנם יש צד לומר שעדיף לעשות מצוה בגלוי ויוגדל שכרו יותר דהנה הבעל העקידה כתב בפ' וירא מי שמתענה לש"ש אין חידוש כל כך כמי שאוכל ואין כוונתו בהנאת אכילה רק לש"ש לבריאת גופו כדי שיוכל לעסוק בתורה ולעבוד לה' והטעם כי בטבע האוכל ליהנות ממאכלו וזהו משבר תאוותיו היפך הטבע, אבל המתענה לש"ש אינו היפך טבעו כי אדרבא המתענה שלא לש"ש הוא שטות רב דירית תרתי גיהנם יע"ש פח"ח והוא ע"פי הכלל של רז"ל לפום צערא אגרא כיון שצריך לכבוש הטבע וא"כ אם עושה מצוה בהסתר לא מצי יצ"הר להסית הוא צדיק ע"פי טבע אבל אם עושה מצוה בפרהסיא ויצ"הר מסיתו לעשות לשם יוהרא והוא כובש טבעו כעושה בצנעא שכרו יותר והוי כאוכל לש"ש כיון שכובש טבעו ומ"ש בפ' נח נח איש צדיק תמים הי' בדרתיו כי כבר הארכתי בכמה דרושים העושה מצוה לשמה כיון שעושה במחשבה טובה העושה היא הגוף וגם הצורה הנשמה אלקות כי הפועל גופני עשה הגוף והמחשבה לשמה לרצון עושה נשמה א"כ הוא צדיק תמים שגוף ונשמה הם צדיקים אבל אם מצוה שלא לשמה העושה הוא רק הגוף ולא הנשמה כי מחשבתו הי' שלא לשמה וז"ש בפ' שופטים תמים תהי' עם ה' אלקיך ר"ל שיהי' צדיק

תמים שיעשה המצוה בגוף ונשמה שיהי' לשמה במחשבה טובה וזכה והנה הכתוב בא להפליג מעלת נח ואמר אף כשהי' בתוך בני אדם ובתוך דרתיו ועשה מצוה לא התפעל מזה כלום שיעשה לשם יוהרא בפני הבריות רק לשם שמים כי גופו ונשמתו הי' צדיקים ששניהם עשו המצוה וזה שאמר איש צדיק תמים הי' בדרתיו. ר"ל אף כשהי' בתוך דרותיו בהרבה בני אדם לא התפעל כלום ועשה המעשה רק לשם שמים לכן הי' צדיק תמים והבן, או יאמר שהי' תמים הן כשהי' בדרותיו והן כשהי' את אלקים התהלך נח ר"ל כשהי' בינו לבין עצמו רק עם אלקים בביתו לבד הי' צדיק תמים כי לפעמים בני אדם הם צדיקים בפני הבריות ובינם לבין עצמם הם פחותים כמ"ש ר' יוחנן בן זכאי הלואי שיהי' מורא שמים עליכם כמורא בשר ודם ואולם כח הי' צדיק בין כשהי' בתוך דרותיו בפני הבריות עשה המצוה לשם שמים לבד והן כשהי' רק עם אלקים וא"ש. ובזה יש לפרש בפרשת פנחס דאי' שם וידבר ה' אל משה לאמר פנחס בן אלעזר בן אהרן הכהן השיב את חמתי מעל בני ישראל בקנאי את קנאתי בתוכם כי הנה פנחס עשה המצוה בפרהסיא והי' קצת מרננים שעשה לשם יוהרא להתגדל כבודו ואולם ה' בוחן לבבות ידע כוונתו שהי' לשמו ולכן צוה ה' למשה לגלות לעולם שלא ירננו עליו כי מחשבתו הי' לטובה וידוע לאמר הוא לזולתו וזהו שאמר וידבר ה' אל משה לאמר ר"ל שיגלה לזולתו ויפרסם צדקת פנחס שמיוחס אחר אביו וראוי להיות בן אלעזר בן אהרן הכהן כי השיב את חמתי מעל בני ישראל בקנאו את קנאתי בתוכם ר"ל אף שעמד בתוך בני ישראל בפרהסיא לא עשה מצוה רק לש"ש לקנאו את קנאתי לכן תגלה כן לעולם שלא יוציאו לעז על אותו צדיק שרצה להתגדל כי הי' מקנא קנאתי בתוכם והבן. ובזה מובן מאמר הנ"ל דהנה ר' יאשיהו סובר במס' ב"מ דצ"ד ע"ב היכי דכתיב בתורה שני תיבות ואחד מתיבה הוא עם וא"ו בתחילת אות הוא החיבור וכמ"ש אביו ואמו קלל אין לי אביו ואמו אמו בלא אביו מניין ת"ל אביו קלל אמו קילל יע"ש, וא"כ י"ל מ"ש והצנע הוא חיבור למ"ש לעיל מיני' ואומר כי לעיל מיני' חשב הטובות שעשה ה' לישראל שהעלה אותם מארץ מצרים ואמר במה אקדם כו' ופי' רד"ק שהוא מענה על השאלה שאין חפץ בעולת כ"א בעשות הטוב תמורת הטוב שהטיב עמהם יע"ש ועל זה יש לומר שאמר שה' מבקש ממך כמו שהוא עושה עמך ניסי חוץ לטבע ראוי שעבדות שלך יהי' חוץ לטבע שתכבוש הטבע והיינו בעשות משפט וחסד שהוא מילי דפרהסיא כי אי אפשר לעשות משפט וחסד עם בני אדם בצנעא כי הם ידעו מזה ועל כל זה והצנע לכת עם אלקיך דברים הללו יהי' אצלך כאילו עשית בהצנע לכת ואות ו' של והצנע הוא חיבור למעלה כנ"ל דוא"ו הוא החיבור ר"ל בכל אלו תהי' הצנע לכת שתעשה לש"ש כמו אם הי' אפשר לעשות

בצנעא הייתי עושה לשם שמים כ"כ אף שבע"כ אתה עושה בפרהסיא לא תעשה בשביל כבוד המדומה שתתכבד בעיני הבריות שאתה עושה להם טובות רק לשם שמים ואם כן תהי' צדקות שלך בכבישת הטבע ותהי' צדיק חוץ לטבע ותשיב לה' גמולו נגד טובתו עמך חוץ לטבע במה שהוציאך ממצרים שלא הי' ע"פי דרך הטבע שתוכל לילך ממצרים כי המזל הי' גורם ששום עבד לא יוכל לילך ממצרים ועל כל זה הוציאך ראוי אתה להשיב לו גמול מדה כנגד מדה וא"ש או יאמר כי ידוע שהמחשבה הוא נעלם ועיקר העושה כשעושה ברצון ובמחשבה וכמ"ש חכמינו ז"ל כנ"ל עושה בשוגג לא הוי מעשה, וזה שאמר והצנע מה שנעלם ר"ל היא המחשבה לכת עם ה' אלקיך ר"ל במחשבתך יהי' ללכת עם ד' שתעשה המשפט וחסד רק למען שמו מחמת שפקד לעשות משפט וחסד אתה שומר פקודתו ותכבוש יצרך וטבעך וא"ש מאמר ה' היוצא לנו מזה במצות שאדם עושה בפרהסיא כעין גמילת חסדים לא יעשה כדי להתגדל בעיני הבריות רק יעשה לשם שמים ויהי' שכרו יותר כי צריך לכבוש טבעו וגם לא יעשה למען טבעית:

ו ובזה מובן מאמר ג' דהנ' נראה לומר הא דאיתא שאסור לעשות מצד טבעו ושכלו חפץ במצוה ויש לו הנאה מזה היינו אם עושה רק עבור זה אבל אם עושה מצוה עבור פקודת הבורא וגם עבור טבעו ושכלו חפצים במצוה מותר וראי' לזה מהא דאי' במס' פסחים ד"ח ע"א האומר סלע זו לצדקה בשביל שיחי' בני ה"ז צדיק גמור ופירש"י ולא אמרינן שלא לשמה הוא עושה אלא קיים מצות בוראו שצווהו לעשות צדקה ומתכוין אף להנאת עצמו שיזכה לעולם הבא או שיחי' בני ומוכח שם דלאו דוקא בצדקה אלא ה"ה בכל המצות כמ"ש מוהרש"א וא"כ מותר לעשות מצוה לשם שמים ולהנאת עצמו ג"כ מחמת שחפץ בו טבעו ושכלו מסכים לזה ומעתה מי שעושה מצות טבעיות ושכליות רק לשם שמים הוא בגדר חסיד שעושה לפני' משורת הדין ואי' בב"ק דף ח' ע"ב בהידור מצוה עד שליש מכאן ואילך משל הקב"ה פירש"י ותוס' מה שעושה יותר מחיוב אוכל פירותיהן בעולם הזה והקרן קיימת לעולם הבא א"כ מצוה שאדם עושה לפנים משורת הדין יש לו עו"הז ועו"הב, והטעם פשוט כי הש"ית משלם מדה כנגד מדה וכמו שהוא עושה לפנים משורת הדין כמו כן השכר לפנים משורת הדין ולכן אף כי שכר מצוה בהאי עלמא ליכא מ"מ בחסיד מגיע לו עולם הזה ועו"הב ובזה מובן מאמר ח' כי באמת שכר מצוה בהאי עלמא ליכא ולא נברא ע"הז רק לאח אב בן עמרי וא"כ יש להבין מדוע כשהיינו בירושלים הי' לנו עולם הזה אף שיהי' לכל ישראל עולם הבא הא שכר מצוה בהאי עלמא ליכא ובע"כ משום שעשו לפנים משורת הדין מגיע שכר עו"הז ועו"הב וכנ"ל וז"ש רז"ל במס' ברכות ד"ך ע"ב אמרו מ"הש לפני הקב"ה רבש"ע כתוב בתורתיך אשר לא

ישא פנים ואתה נושא פנים לישראל אמר להם וכי לא אשא פנים לישראל שכתבתי להם בתירה ואכלת ושבעת וברכת והם מדקדקים על עצמם עד כזית ועד כביצה ר"ל כי טענת מלאכים הי' כיון שהם צדיקים כמורה שם ישראל לא מגיע להם עו"הז כי שכר מצוה בהאי עלמא ליכא, ואולם אם הי' תחת המזל יש לומר שיש להם עו"הז מצד המזל ועולם הבא משכר מצוה אבל כיון שישראל אינם תחת המזל וכמשרז"ל במס' שבת אין מזל לישראל ר"ל שהמזל מתנגד לישראל כמו שכתבו המפורשים רק שהם תחת ממשלתו יתברך לכן טענו המלאכים שה' נושא להם פנים כשיהי' להם עו"הז ועו"הב ועל זה השיב להם הש"ית כיון שהם מדקדקים ועושים לפנים משורת הדין מגיע להם נשיאת פנים אפילו בעולם הזה וז"ש לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה ר"ל כיון שלא עשו לפנים משורת הדין לא מגיע להם שכר העו"הז עבור המצוה רק בעו"הב ומצד המזל לא מגיע להם עולם הזה כי אין מזל לישראל לכן חרבה ירושלים כדי שיהי' בגלות ולא יהי' עולם הזה וא"ש:

ז ומעתה נבאר יתר המאמרים כי יש לחקור כי היאך משכחת שאדם יהי' בגדר עושה לפנים משורת הדין כיון שצריך לקיים כל התרי"ג מצות ואם קיים כולם הוא צדיק וא"כ קשה להיות צדיק מכ"ש חסיד ואולם מצינו מחלוקית אמוראים אם התורה אלהות ניתנה שלימות בכללה או בחלקיה כי במס' סנהדרין דף קי"א נחלקו בזה דאיתא שם בישעי' ה' לכן הרחיבה שאול נפשה ופערה פיה לבלי חוק אמר רשב"ל למי שמשייר אפילו חוק מן התורה ור' יוחנן אמר למי שלא קיים אפילו חק אחד מן התורה, ובעל העקרים במאמר ג' פרק כ"ט החזיק בדעת ר' יוחנן שלא ציוה לנו כל המצות רק לטובתינו כמו כפילות החושים שבעין אחד ובאוזן אחד יכול לראות ולשמוע רק כדי שבנקל יוכל לראות ולשמוע כמו כן יש הרבה מצות כדי שיוכל לעשות בקלות איזה מצות שיזדמן לו כי אם הי' מעט אולי לא הי' מזדמן לו אותו מצות עשה יע"ש דפח"ח ולדבריו בקל יוכל להמציא חסיד אם עושה הרבה מצות כמובן וגם י"ל אפילו במצוה אחת לדברי העקרים יוכל להיות בגדר חסיד כגון במצות שבין אדם לחבירו בכיבוד אב ואם וגמילות חסדים והבאת שלום בין אדם לחבירו שיוכל לעשות מצד טבעית ושכלו שהם מצות טבעיות לכבד אב ואם ולגמול חסד והבאת שלום הוא מצות שכליות שעל ידי זה יהי' תיקון מדיני לעולם ע"י שלום כנ"ל וכבר כתבנו באות ו' שיכול לעשות מצות הללו לשם שמים מצד המצוה ולצרף הנאתו ג"כ עבור טבעו ושכלו שיתענג בזה והוא בגדר צדיק כמו בסלע זו לצדקה ואם עושה רק לשם שמים מחמת פקודתו הוא בגדר חסיד ומגיע לו שכר העולם הזה ועולם הבא כנ"ל באות ו' ראי' מסוגי' דב"ק שחסיד אמיתי מגיע לו עו"הז ועו"הב

ובזה יובן מ"ש בפ' ואתחנן כבד את אביך וגו' כאשר צוך ה' אלהיך למען יאריכון ימיך ולמען ייטב לך על האדמה וגו' שהערתי לעיל באות א' לדקדק בכפילות אריכות ימים והטבה וגם בהבנת המילות כאשר ציוך עיין ברש"י ובהנ"ל א"ש כי מצות כיבוד אב ואם הוא מצוה טבעית ושכלית שמחויב לכבדם וא"כ אם מקיים מצות כיבוד לשם שמים וגם מצד טבעו ושכלו הוא בגדר צדיק ואם עושה רק לשם שמים כאילו הי' פקודה וחוקה ואינו עושה עבור טבעו ושכלו הוא בגדר חסיד ומגיע לו שכר עו"הז ועו"הב, וארז"ל בפ"ק דקדושין מ"ש למען יאריכון ימיך היינו לעולם שכולו ארוך והוא בעו"הב וז"ש כבד כו' אף שהם מצות שכליות וטבעיות תעשה כאשר ציוך ה' אלקיך כאילו הי' חוקה וציוה בלי טעם ושכלי שהייתי עושה רק לשם שמים כמו כן אתה תעשה רק לשם שמים וא"כ תהי' בגדר חסיד כי אף אם אתה היית מקיים כיבוד אב בשביל פקודתו ובשביל טבעך ושכלך שמסכים לזה היתי צדיק ועתה שאתה תכבד רק כאשר הי' חוקה וציוי תהי' חסיד ומגיע לך שכר עו"הז ועו"הב וז"ש למען יאריכון ימיך היינו לעולם שכולו ארוך והוא עו"הב ולמען ייטב לך על האדמה היינו עו"הז והוא הטבה וא"ש ובזה מובן:

מאמר ד לכן אי' במס' פיאה במצות שבין אדם לחבירו אוכל פירותיהן בעו"הז והק"ן לעו"הב אם עושה מצוה לשם שמים ולא מצד הטבע והשכל אף שיכול לעשות המצוה גם מצד השכל והטבע על כל זה עושה רק לשם שמים לכן מגיע לו עו"הז ועו"הב ובזה מובן מאמר ה' בזכרי' ח' כי כן אמר שבתי וזממתי להטיב את ירושלים ואת בית יהודה ר"ל שיהי' לישראל טובת עו"הז ואם יהי' נכיון לעולם הבא לא יהי' הטבה לכן אמר אל תיראו ר"ל שעל ידי זה יהי' לכם נכיון בעו"הב ויפה שעה אחת קורת רוח בעו"הב מכל עו"הז כי לא ינכה ויהי' לכם עו"הז ועו"הב ושמא תאמר הלא אין דרכי לוותר רק לשלם שכר כגמול (כמ"ש ארז"ל כל האומר הקב"ה וותרן כו' ואולם לפמ"ש המג"א יש לדחות) ועל זה אמר אלה הדברים אשר תעשו כו' אמת ומשפט כו' ושבועת שקר אל תאהבו כי את כל אלה אשר שנאתי נאום ה' ר"ל מצות שבין אדם לחבירו תעשו רק מצד שכל אלה שנאתי ואני דברתי שלא תעשו ולא מצד טבעיכם לאהוב את הבריות או לתקן קיבוץ המדיני שאף לא תעשו בשיתוף שתהי' עבודתכם עבור פקודתי ולהנאתכם כי אז תהי' בגדר צדיקים ולא יגיע לכם עו"הז רק תעשו מצד ששנאתי שאני שונא למי שאינו אוהב את הבריות ועושה עבירות שבין אדם לחבירו ותהי' בגדר חסידים כי תעשו לפנים משורת הדין ויגיע לכם מכר לפנים משורת הדין עו"הז ועו"הב ולכן יהי' הטובה לירושלים ולבית יהודה כי יהי' לכם עולם הזה ולא יהי' לכם נכיון לעולם הבא והבן:

אמנם לרשב"ל שס"ל שאי אפשר לקיים שלימות לנפשו כי אם שמקיים כל התרי"ג מצות וכן הסכימו חכמי אמת קשה להבין איך יצוייר שם חסיד וא"כ תיקשי אחרי שנהוג שמלך בוחר לעמו היותר קרובים לו חלק מובחר וה' הבדיל אותנו מכל עמים ובחר לנו לעבדים ונתן לנו תרי"ג מצות שקשה לקיים כולם ולאו"ה נתן ז' מצות ואם או"ה עושין ז' מצית באופן היותר מועיל מגיע להם עו"הז ועו"הב כי חסידי או"ה יש להם חלק לעו"הב ולישראל עמי מצוייר באופן רחוק שיהי' להם עו"הז ועו"הב כיון שצריכין לקיים כל התרי"ג מצות כדי שיהי' צדיק ואפילו צדיק קשה להיות ומכ"ש חסיד ונראה בישוב קו' זו ע"פי דברי אמ"ו הגאון נרו בספרו סמא דחיא דרוש ח' בשם כבוד דודי הרב הגדול החסיד אמיתי מו"הרר אברהם זצ"ל לפרט במשארז"ל במס' שבת דל"א ההוא דאתי לקמי' דהילל א"ל גיירני ע"מ שתלמדני כל התורה על רגל אחד א"ל מה דעלך סני לחברך לא תעביד ואידך זיל גמור עכ"ל וקשה להבין מה שביקש על רגל אחד וגם מה שאמר לו הלל ואידך זיל גמור קשה ותי' דהנה כבר כתבו בספרי חכמי אמת אחרי שכל אדם נברא כדי לקיים כל התורה כולה וכמעט הוא מהנמנע לאדם אחד לקיים כולה ויש לזה שלשה תקנות:

א' ע"י שלום ואהבה הוי כל ישראל כגוף אחד ממש וערבין זה בזה ומקיימין בערבובי' כל המצות והוי כאלו קיים כל אחד בפני עצמו כי המה כאחד:

ב' ע"י תורה דארז"ל העוסק בפרשת עולה כאילו הקריב עולה וכן כל המצות יוכל לקיים ע"י עסק התורה כשעוסק בהלכה של אותו מצוה וכשלומד כל התורה הוי כאילו קיים המצות:

ג' ע"י גלגול כנודע הן כל אלה יפעל אל פעמים ושלש עם גבר ואם הי' בגלגול ראשון ישראל ולא יהי' לו מצות כהונה אזי בגלגול שני יהי' כהן ומגולגל כמה פעמים עד שמקיים כל המצות וזה שאמר הגר למדני כל התורה על רגל אחד ר"ל שיוכל לקיים כל התורה בפעם אחת שלא יצטרך לסבול צער וא"ל ואהבת לרעיך כמוך שיהי' אהבה בינו לבין ישראל הרי חזי לאצטרופי ולחשוב כגוף אחד בקיום המצות ואידך זיל גמור ר"ל עוד אני אומר לך שתעסוק בתורה וע"י תורה תוכל לקיים המצות יע"ש דפח"ח וא"כ לפ"ז לק"מ קו' הנ"ל כי משכחת לאדם שיהי' לו שם חסיד כי אם יש לו אהבת ריעים ואם אוהב לכל ישראל ובודאי כל ישראל בכללית קיימו תרי"ג מצות כמה פעמים וכיון שאדם לא מחויב רק פעם אחת לקיים כל התרי"ג מצות והוא קיים כמה פעמים דהא הוי כעשה וא"כ הוא בגדר חסיד ומגיע לו שכר עולם הזה גם כן:

ג' יש תקנה על ידי תורה מי שלומד תורה לשם שמים ללמוד ולשמור ולעשות שלא להתגדל בעיני הבריות ובתלמוד בבלי וירושלמי מבוארין כל המצות וכשעוסק פעם אחת הוי כאילו קיים כולן וכשלומד עוד הפעם הוי כאילו קיים ב' פעמים תרי"ג מצות ומה שמקיים שני פעמים הוא לפנים משורת הדין כי אינו מחויב רק פעם אחת לקיים המצות הוא בגדר חסיד ומגיע לו עו"הז ועולם הבא וא"ש ובזה מובן מאמר ו' בזכרי' ח' צום הרביעי וגו' יהיה לששון ולשמחה והאמת והשלום אהבו כי באמת אי' בנדרים דף פ"א דלכן נחרבה הארץ ישראל וב"המק מפני שעזבוהו התורה וידוע שתורה נקראת אמת וכמ"ש אמת קנה ואל תמכור ולכן נקראת אמת כי כל השכל של אדם עלול לטעות ושגיאות אבל שכל אלהות הוא אמת וזה שאמר שיהי' לששון ולשמחה שיהי' להם עולם הזה ולא ינוכה להם לעו"הב כי אם הי' נכיון לא הוי שמחה בעו"הז כי יפה שעה אחת קורת רוח בעו"הב מכל חיי' העו"הז רק באופן שאמת ושלם אהבו ר"ל על ידי תורה ושלום יהי' בגדר חסידים שעושים לפנים משורת הדין ומגיע להם שכר עולם הזה ג"כ כנ"ל וא"ש:

ח ובזה מובן מאמר ז' סמיכות המשניות דר"ש בן חלפתא לריב"ל דהנה מ"ש תוי"ט ש"י עולמות ע"ד מדרש נקבה תסובב גבר ישראל בעולם הזה כנקבה היורשת עישור נכסים בלבד שהכותים ע' אומות וירשו רק שבעה אבל לע"ל ירשו כולם ולעומת זה אמר ג"כ מספר ש"י כשנחלו הארץ כבשו ל"א מלכים ולע"ל יכבשו כמספר עשרה פעמים ל"א כי בעו"הז נטלו רק עישור נכסים יהי' כמספר י"ש ועתה מדוקדק הלשון דבשכר משמע דמיירי ואינו נחלה אבל אי אירי בכיבוש ארצות הוי נחלה שכן הוא ירושה מאבותינו וע"ז נאמר נחלה בלי מצרים יע"ש וא"כ מיירי בעו"הז לימות המשיח ואי' בש"ס אין בין עולם הזה לימות המשיח אלא שעבוד בלבד ועיקר עולם הבא הוא לעתיד בעולם התחי' כמ"ש הראשונים זלה"ה וא"כ יש להבין לפי מה שארז"ל שכר מצוה בהאי עלמא ליכא מדוע נזכה כולנו לימות המשיח להרחבה גדולה שיהי' לנו עו"הז ודוחק לומר מ"ש בהאי עלמא היינו קודם לכן כי לא משמע כן בקדושין דל"ט ובהנ"ל א"ש כי אי' במדרש דרבנן אמרו גדול השלום שכשמלך המשיח יבוא אינו פותחו אלא בשלום שנאמר ישעי' נ"ג מה נאוו על ההרים רגלי מבשר משמיעי שלום וכן אז"ל במס' קדושין אין אלי' בא לרחק ולקרב רק לעשות שלום בעולם ויש להבין מדוע דוקא שלום ובהנ"ל א"ש כי בימי המשיח שיהי' לישראל עוה"ז וע"פי דין לא מגיע לישראל עו"הז כי אם לשרידים שהם חסידים וגם אין מזל לישראל ממזל מתנגד לישראל ולא מגיע להם הרווחה ע"פי מזל ומי יוכל להיות לפנים משורת הדין ואף שאפשר ע"י עסק התורה כמ"ש באות

ו' לא רבים יחכמו ואי אפשר כי אם ע"י שלום הוי כ"א מישראל כאילו קיים תרי"ג מצות כמה פעמים ומגיע לו שכר לפנים משורת הדין עו"הז ועו"הב ולכן בביאת המשיח מוכרח להיות שלום ולכן פתח בשלום ובזה מובן הסמיכות כי לאחר שאמר ריב"ל שיהי' לישראל נחלה בימי משיח כפי' תיו"ט הוי קשה לר' שמעון הא לא מגיע להם ע"פי דין עולם הזה וכל האומר הקב"ה ותרן כו', וא"כ יהי' להם נכיון לעתיד בעו"הב ויפה שעה אחת קורת רוח בעו"הב מכל חיי העו"הז וא"כ לא לטובה יחשב להם מה שיהי' להם נחלה בלא מצרים ש"י עולמות בימות המשיח, והנה אם הי' מזל לישראל לא הי' להם נכיון השכר כי הי' מגיע להם העולם הזה מצד המזל ועו"הב יהי' להם תמורת המצות אבל הא אין מזל לישראל ע"ז אמר ר' שמעון לא מצא הקב"ה כלי מחזיק ברכה לישראל כיון שאינם תחת המזל אלא השלום שע"י שלום יהי' מחזיק ברכה בעולם הזה כי לא יהי' נצמח להן קללה בעולם הבא כיון שכל אחד יהי' בגדר חסיד שנאמר ה' עוז לעמו יתן ר"ל התורה שנקרא עוז שכלל בו תרי"ג מצות נתן לעמו ישראל שהם תחת רשותו ולאו"ה שהם תחת השרים ומזלות אין להם רק ז' וגם חסידי או"ה יש להם חלק לעו"הב ודרך העולם שהמלך בוחר לעמו חלק היפה והכא אתגורי מיתגר שאו"ה כיון שהם תחת המזל יש להם עו"הז מצד המזל ועו"הב מצד הז' מצות וישראל שאינם תחת המזל לא יהי' להם עו"הז כי שכר מצוה בהאי עלמא ליכא ואולם אם לא הי' משועבדים לקיים כל התרי"ג מצות רק במצוה אחת כדעת ר' יוחנן הי' אפשר בקל שיהי' לו שם חסיד כשעושה יותר מחיוב כנ"ל באות ו' אבל כיון שמוכרחין לקיים כל התורה דסובר כהנ"ל א"כ קשה להיות אפי' צדיק ומכ"ש חסיד א"כ יש לישראל ריעותא בקבלת התורה ולכן ה' יברך את עמו בשלום ר"ל מצד השלום יהי' להם ברכה שיהי' להם עו"הז ועו"הב וא"כ מחזיק ברכה להם וטובה גדולה הוא להם כיון שהם עמו ראוי שיהי' להם שלום כמ"ש רז"ל לכן כתיב בעשו נפשות וביעקב נפש אחד כיון שעובדים בית יעקב לאל אחד יש להם נפש אחד חלק ממעל משתוקק להיות שלום כדרך הטבע ולכן בצדיקים יש להם שלום כיון שהם נפש אחד דרך הטבע משתוקק כל אחד לחבירו כמו אהבת אחים ונקל להם השלום וא"כ לא מזיק התורה כולה לשכר ואדרבא הוא לטובתם במה שיש להם זכי' לעבודת הבורא בהרבה מצות וא"כ שפיר יש סמיכות המאמרים זה לזה כי ימות המשיח יהי' לישראל עולם הזה נחלה בלי מצרים ש"י עולמות לכן מוכרח להיות שלום והבן, ובזה מובן מאמר ו' ח' מי האיש החפץ חיים ר"ל חיי עו"הב אוהב ימים לראות טוב ר"ל עו"הז שיהי' לו טוב בעו"הז התקנה נצור לשונך מרע וגו' בקש שלום ורדפהו ר"ל עי"ז יהי' לכם עו"הז ועו"הב כי ע"י אחדות הוי כאילו קיים כמה פעמים

תרי"ג מצות ותהי' בגדר חסיד ומגיע לו שכר עו"הז ועו"הב כנ"ל ומה שאמר ורדפהו י"ל ע"פי דרך הלצה כי בנהוג שבעולם שיש מסיתים למחלוקת וע"ז אמר למסיתים אותך תרדוף השלום מהם שלא תהי' אצלם בכנופי' אחת וז"ש בקש שלום לאנשי ריבך ורדפהו ר"ל השלום מעם אנשים המסיתים אותך למחלוקת לא תהי' אתם בכנופי', ולכן נשתבח מאד בכל ק"ק שיש להם חברא לעסוק במצות כמו חברא קדישא ושאר חברות כי ע"י התחברות במצות יש להם שלום וכינוס לצדיקים נאה להם ונאה לעולם ואולם עיקר במצות הללו לעשות לשם שמים ולא לשם יוהרא או מצד הטבע והשכל כנ"ל ומשבח אני להחברות אשר המה פ"ק יצ"ו שהכל בנוי על האמת והיושר אשרי אנשים המחזיקים בהם כי נצמח מזה הרבה מידות טובות ובראשם החברה קדישא כנודע מעלתה שהוא חסד של אמת:

ט ובזה מובן מאמר ט' מאמר י' טוב ללכת וגו' דהנה אי' במס' ברכות דמ"ג דרש בר קפרא איזה פרשה קטנה שכל גופי תורה תלוי בה (משלי ג') בכל דרכך דעהו והוא יישר אורחתיך, אמר רבא אפילו לדבר עבירה פירש"י אפי' לדבר עבירה דעהו תן לב אם היא לצורך מצוה כגון אלי' בהר הכרמל לעבוד עליה יע"ש וכמ"ש רז"ל במס' סוטה גדולה עבירה לשמה ממצוה שלא לשמה העולה אפילו בעניני עולם הזה כאכילה ושתי' ושינה אם עושה לשמה כדי שיהי' לו כח לעבוד את הבורא כי א"א לעבוד כשהוא חולה הוי כעושה מצוה לשמה כי הכל הולך אחר המחשבה וכיון שהכל הולך אחר מחשבה טובה יש לחקור ולמצוא גווני שלפעמים אף שהולך לבית המשתה של נשואין יש לו אותו שכר מצוה כמו שהולך לבית האבל, ויוכל להיות שיהי' לו שכר יותר אם המחשבה טובה דהנה המצוה ללכת אל בית האבל מלבד מצות גמילות חסדים לנחם חבירו אף גם שלוקח מוסר לעצמו על ידי שרואה בעיניו יום המיתה וחוש ראי' פועל יותר ונרשם על לוח לבו ומצינו לרז"ל להכניע ליצר הרע על ידי שיזכיר לו יום המיתה ועיין ברמ"א ז"ל בפסוק ויצו דוד את שלמה בנו לאמר אנכי הולך בדרך כל הארץ כי תיבת לאמר אינו מן המובן ופי' הוא ז"ל שר"ל שדוד צוה לשלמה שיאמר תמיד אנכי הולך בדרך כל הארץ דהיינו הזכרת יום המיתה ועל ידי זה וחזקת והיית לאיש ר"ל צדיק שנקרא איש יע"ש פח"ח אותו מוסר יוכל ליקח גם כשהולך לשמחת נשואין כמשרז"ל במס' עירובין בפ"ה א"ל שמואל לרב יהודא חטוף ואכול חטוף ושתי דעלמא דאזלינן מיני' לבי הילולא דמי היום ישנו ולמחר אינו וא"כ יוכל לקנות אותו מוסר שע"י הליכת לבית אבל גם מהליכות לבית נשואין והוי כהולך לבית אבל אם זוכר ע"י הילולא יום המיתה כי ימי שבעת ימי המשתה כמו כן ימי שנותינו הם רק שבעה עשיריות והיום יבנו ולמחר

איננו, וגם יוכל ליקח מוסר ולזכור יום המיתה כי תועלת הנשואין הוא שיהי' קיום במין שארבעה חשובים כמתים וחד מנהון מי שאין לו בנים ועל ידי זה שיש לו בנים נתקיים מינו וא"כ זוכרים יום המיתה מהליכתו לנשואין, וכן מצאתי כיו"ב ברמ"א אך הוא בדרך אחרת והמעיין שם יבין ההפרש וא"כ כיון שאז"ל בכל דרכך דעהו אפי' עבירה לשמה הוי מצוה לכן אף שהא כל והשותה בעת המשתה אם בעת השמחה זוכר כוונת הנשואין הוין כהולך לבית האבל כי גמילות חסד ישנו ג"כ בבית הנשואין הכנסת הכלה והזכרת יום המיתה להכניע יצרו הרע יוכל ג"כ בהליכתו לבית המשתה וא"כ י"ל לפי מה שאז"ל לפום צערא אגרא אדם הכובש טבעו שכרו יותר ממי שאינו כובש טבעו כמו האוכל לשם שמים עדיף ממתענה לשם שמים א"כ אם הולך לבית האבל ונותן אל לבו יום המיתה ומכניע יצרו כיון שאין צריך לכבוש טבעו כי טבעו מסייע לזה כיון שמתו מוטל לפניו הוי רק כמתענה לשם שמים אבל אם הולך לשמחת נשואין מסית הטבע לשמוח ולאכול בשמחה של הילולא והוא כובש טבעו שכרו יותר מאם הלך לבית האבל והוי כאוכל לשם שמים ועכ"פ הוי כהולך לבית האבל כיון שמחשבתו לבית אבל כי גם אם הולך לשם ואינו מעורר א"ע ל"מ ואי' במס' יבמות אמר ר' אלעזר כל מי שאין לו אשה אינו אדם שנאמר זכר ונקבה בראם ויקרא את שמם אדם, וא"כ כשאין לו אשה הוא דק פלג גופא ועיין ברמ"א שפי' במאמר שהע"ה סוף דבר הכל נשמע את אלקי' ירא ואת מצותיו שמור כי זה כל אדם, ר"ל כי רמ"ח איברים רוחני' יש להם חיות מרמ"ח מצות ושס"ה גידין משס"ה ל"ת וכל אבר יש לו חיות ממצוה השייכות לאותו אבר ושם אדם הוא חשיבות גדול וצדיק חי בכל איברים הוי אדם שלום ורשע שפוגם אותו אבר שפוגם הוי כמת ואינו אדם וז"ש שישמור כל המצות עשה והל"ת כי זה כל אדם ר"ל אדם שלום יע"ש ונשמע שמ"ש כל אדם ר"ל אדם שלום, ולפ"ז מובן מ"ש שהע"ה טוב ללכת אל בית האבל פי' אם הליכה יהי' מלכת אל בית המשתה והמ"ם של מלכת הוא מ' הסיבה ר"ל כשנמשך הליכת בית אבל מהליכתו אל בית המשתה של נשואין דהיינו אף שהולך לבית המשתה הולך לבית האבל שזוכר יום המיתה והוי כהולך לבית החבל באשר הוא סוף כל אדם כי עד עתה לא הי' כל אדם שהי' פלג גופא ועתה נעשה אדם שלום וגדלה מעלת נשואין כל כך כי מצות פ"ו אלים כל כך כדי שיהי' קיום במין ונשואין הוא סוף שיהי' בגדר כל אדם שיהי' אדם שלם וחי יתן אל לבו ר"ל השכל נקרא לב כמ"ש רמב"ם בס' מורה נבוכים לכן יתן אל לבו תועלת נשואין מדוע גדלה מעלתו כל כך שלא נקרא כל אדם עד נשואין ובע"כ כדי שקיים פרי' ורבי' ולא יהי' מת כי מי שאין לו בנים הוא כמת וא"כ מהליכתו לנשואין נזכר מיום המיתה אף שאין נראה בעיניו כמו מי שהולך

לבית אבל מ"מ מי שהוא בעל שכל יבין המיתה ג"כ מהליכתו לנשואין וא"כ הוא טובה גדולה כשהולך לבית המשתה של נשואין ולכוונה הלז שהוא כהולך לבית אבל ויומתק יותר מ"ש טוב כי י"ל ר"מ סובר כר' יוחנן לעיל באות ו' במצוה אחת אם עושה בשלימות קונה שלימות לנפשו ויש לו עו"הב וא"כ אם עושה מצוה אחת בשלימות לפנים משורת הדין הוא בגדר חסיד כי אפי' במצוה אחת אם עושה אותו מצוה על צד היותר מועיל מה שאינו מחויב הוי בגדר חסיד וכעין שארז"ל בב"ק דף ט' בה בהידור מצוה עד שליש והוי צדיק כשמהדר בשליש וכשמהדר יותר משליש יש לו שם חסיד שהוא לפנים משורת הדין ומגיע לו עו"הז ועו"הב והנה י"ל שר"מ סובר כמ"ש לקמן המקיים בכל דרכך דעהו הוא בגדר חסיד וא"כ אף שציוה התורה לילך לשמחת נשואין והוא מצוה לשמוח חתן וכלה ולאכול ולשתות אם אוכל ושותה אף להנאתו ג"כ מקיים מצוה כי רק אז"ל כל הנהנה מס מסעודת חתן ואינו משמחו עובר בה' קולת אבל אם משמחו אף שנהנה איכא מצוה ואולם איש כזה שהולך לבית המשתה וכוונתו לעורר את עצמו מיום המיתה ואינו נהנה מאכילה ושתי' רק כאוכל ומתו מוטל לפניו הוא בגדר חסיד שעושה לפנים משורת הדין ומגיע לו שכר עולם הזה ועולם הבא, אבל חם הולך לבית האבל וזוכר יום המיתה לא הוי רק בגדר צדיק כי כן הוא המצוה לילך לבית אבל כדי שיהי' זוכר יום המיתה וא"כ יפה כח הליכה לבית המשתה אם כוונתו כהליכה לבית האבל וז"ש טוב ללכת כו' מלכת אל בית המשתה אם מגיע הליכתו אל בית האבל מן הליכתו לבית המשתה שכוונתו כאילו הולך לבית אבל טובה לפניו שמגיע לו שכר עולם הזה ג"כ כמשפט המגיע לעושה מצוה לפנים משורת הדין שאוכל פירותיהן בעו"הז והק"ק לעו"הב כדאי' בב"ק דף ט' כנ"ל וא"ש ודוק:

ובזה מובן כוונת מאמר א' כי באמת ר' מאיר לא הי' מפרש הפסוק כלל רק הש"ס מפרש מ"ש והחי וגו' אמנם רצה להורות לנו מוסר נחמד מעלת וצדקת של ר' מאיר שראוי לאדם השלם שיהי' זוכר לעולם יום המיתה ומקרא זה נשמע חידוש שאפילו אם הולך לבית המשתה ויהי' זוכר יום המיתה יהי' חשוב כאילו הולך לבית האבל וראוי לבעל הנפש שיהי' שגור בפיו פסוק זה, וכעין שפי' רמ"א במאמר דהע"ה לאמר אנכי הולך בדרך כל הארץ כנ"ל שר"ל שיאמר בכל עת כן דהיינו הזכרת יום המיתה וז"ש תני הי' ר"מ אומר ר"ל לעולם הי' שגור בפיו פסוק זה טוב ללכת כו' פי' שהליכת בית האבל יהי' מלכת לבית המשתה והיינו שיהי' לעולם זוכר יום המיתה ולכן לעולם הי' אומר פסוק זה והוי כמזכיר הדבר שלא תשכח יום המיתה לכן הי' זוכר תמיד פסוק הלז ומה דאמר אח"כ מאי והחי יתן וגו' הוא מאמר סתמא דגמרא וא"ש ומיושבים בס"ד כל המאמרים הנ"ל:

י ובזה נבוא לישב סוגי' דברכות הנ"ל על נכון ונקדים לפרש מאמר במס' ברכות בפרק הרואה ר' יוסי הגלילי אומר צדיקים יצר טוב שופטין כו' רשעים יצר הרע שופטין כו' בינונים זה וזה שופטין כו' אמר רבא כגון אנו בינונים א"ל אביי לא שביק מר חיי לכל בריה, ויש להבין דברי ר' יוסי מה קמ"ל וגם צריך ביאור מה שאמר לא שביק מר חיי לכל בריה, ונראה דהנה כבר כתבתי דברי בר קפרא שעיקר לקיים בכל דרכך דעהו וכתבו ז"ל אפילו בעניני גשמיי כאכילה ושתי' אם עושה לשם שמים כדי שיהי' בריא אולם לעבוד וללמוד הוי כלומד וכמו שפי' הראשונים ז"ל אשרי מי שבא לכאן ותלמודו בידו ר"ל מה שעשה והי' עמל בידו הי' תלמודו שהוא למד שהכל הולך בתר כוונה ושכרו רב כמ"ש בעל עקידה מעלת האוכל לשם שמים אמנם יש להסתפק אם על פי דין מחויב אדם לקיים בכל דרכך דעהו שכל ענינים אפי' גשמיים כאכילה ושתיה ושינה יהי' כוונתו רק לשם שמים ולא להנאתו או שהוא רק לפנים משורת הדין כדאי' בתורה ועשית הישר והטוב פירש"י ישר לפנים משו"הד א"כ נכתב בתורה דבר שהוא לפנים משורת הדין לכן גם שלמה המלך ע"ה אמר כן שיעשה לפנים משורת הדין אבל אדם שעושה ענינים רוחניים לשם שמים אף שעניני גשמיים עושה רק להנאתו הוי צדיק ונ"מ טובא אם מגיע לו שכר עו"הז ועולם הבא כי לפמש"ל בכלל ב' חסיד מגיע לו שכר עולם הזה גם כן והנה ברמב"ם במו"נ בחלק ג' בפרק נ"ג להמעיין היטב יראה שהוא רק לפנים משורת הדין כי קשה לאדם לעשות כן ואין הקב"ה בא בטרוני' עם הבריות ולילי דבריו הקדושים הייתי אומר שהיא מחלוקת רשב"י ור' ישמעאל במס' מנחות דהנה כבר הקדמנו באות א' סוגי' דמנחות לר' ישמעאל לא קיים לא ימוש כ"א כשלומד יומם ולילה ולרשב"י קיים מצות לא ימוש בק"ש ש"וע וע"ש ונראה בכוונת ר' ישמעאל שאי אפשר כפשוטו שמחייב ללמוד יומם ולילה בכל יגיעו כדי לקיים מצות לא ימוש שזהו בלתי אפשר כי מוכרח לעסוק בדרך ארץ כמ"ש ר' ישמעאל בעצמו במס' ברכות הנ"ל ואספת דגנך הנהג בהן מנהג דרך ארץ אעכנ"ל דסובר דמחויב ע"פי הדין לקיים בכל דרכך דעהו וזהו הוי כלומד וא"כ בשעה שחורש ועושה מלאכתו בע"כ יהי' מחשבתו לחם חמים כדי שיהי' לו הכנה לקנות שלימות לנפשו כי בלתי אפשרי ללמוד ולעשות מצות כשאין לו פרנסה וא"כ איש אשר אלה לו בשעה שמופנה ממלאכתו תורתו אומנתו אף שע שעוסק במלאכתו לפרנסתו כיון שכוונתו לש"ש קיים מצות לא ימוש ורשב"י בע"כ סובר דבכל דרכך דעהו הוי רק לפנים משורת הדין דאם הי' דין שמחויב לעשות הרי מקיים מצות לא ימוש כל יום כי בכל עניני עו"הז צריך לעשות לשם שמים אלא ודאי כנ"ל וא"כ לרשב"י כשמקיים בכל דרכך דעהו הוי חסיד שמגיע לו עו"הז ולר' ישמעאל אף שמקיים בכל דרכך דעהו

הוי רק צדיק ולא מגיע לו שכר עולם הזה כי שכר מצוה בהאי עלמא ליכא כנלענ"ד דפליגי בזה:

ובזה מובן סוגי' דפרק הרואה כי ר' יוסי סובר כר' ישמעאל שכל דרכך דעהו הוא דין וז"ש צדיקים יצר טוב שופטין ר"ל בכל עת אפילו עניני גשמיים עושים לשם שמים שמקיימין בכל דרכך דעהו רשעים יצר הרע שופטין ר"ל אפילו עניני רוחניים כלימוד ותפילה וצדקה עושים שלא לשמה ובינונים זה וזה שופטין ר"ל בשעה שלומד ועוסק בעניני רוחנים עושה לשם שמים ושופט יצר טוב ובעניני גשמיי עושה להנאתו ושופט יצר הרע וסובר כר' ישמעאל שכל דרכך דעהו הוא דין וחיוב ורבא שהי' עניו לא הי' מתפאר במעלתו ואמר כגון אנו בינונים שלא הי' מקיים בכל דרכך דעהו רק עניני רוחניים עשה לשמה ועניני גשמיים להנאתו וע"ז אמר אבייי לא שביק מר חיי לכל בריה כי לולי דבריך הייתי אומר שאין הלכה כר' ישמעאל וכר' יוסי רק כרשב"י שהמקיים בכל דרכך דעהו הוי חסיד ומגיע לו חיי העו"הז ג"כ כנ"ל אבל לדבריך שבע"כ אתה סובר הלכה כר' ישמעאל וכר' יוסי שהמקיים בכל דרכך דעהו הוי צדיק ולא מגיע לו חיי העולם הזה (שיהי' חיים כדאי' בש"ס שמי שיש לו הצלחה וברכה יש לו חיים) כי אם מי שהוא חסיד חוץ לטבע וזהו קשה מאד להשיג חי העו"הז ע"פי דין שלא יהי' לו נכיון בעולם הבא כי אפילו המקיים בכל דרכך דעהו הוא רק צדיק והבן:

יא ומעתה נבוא לבאר סוגי' דברכות הנ"ל דאי' שם דף ל"ה ר' לוי רמי כתיב לה' הארץ ומלואה וכתיב השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם ומשני ל"ק כאן קודם ברכה כאן לאחר ברכה ובע"כ הטעם כיון שמקיום מצות ה' בברכה קונה הארץ וא"כ נראה לאו דוקא ברכה ה"ה אם מקיים מצוה אחרת בארץ לאחר עשיית מצוה נתן לבני אדם וא"כ אדם כשחורש וזורע וקוצר לשם שמים מקיים בכל דרכיך דעהו שכוונתו כדי שעל ידי זה לא יהי' מונע לקנות שלימות לנפשו אם כן עושה במלאכתו מצוה קנה ארץ, ומיקרי הארץ של אדם והוי הדגן של אדם החורש והזורע כמובן, וכבר ביארנו באות א' שעיקר, עו"הז הוא מנוחת הנפש שאין לו טרדות שמלאכתן נעשה ע"י אחרים, אבל אם מוכרח בעצמו לטפל במלאכתו אף שהוא עתיר נכסין אין לו עו"הז כי אין לו מנוחת הנפש והארכנו בזה באות א', ומעתה מובן סוגי' דברכות ואומר ר' ישמעאל ורשב"י אזיל כ"א לשיטתו במנחות הנ"ל כי לפמ"ש סובר ר' ישמעאל המקיים בכל דרכיך דעהו הוי צדיק ולא מגיע לו שכר עו"הז ולר' שמעון בן יוחאי המקיים בכל דרכיך דעהו הוי חסיד ומגיע לו שכר עו"הז ג"כ שיהי' מלאכתו נעשית ע"י אחרים ולפי זה יש לפרש הסוגי' כך ת"ר ואספת דגנך מה ת"ל ר"ל דגנך שהו"ל דגן כיון דהוא קודם ברכה הארץ

של הקב"ה כיון דאכתי לא קיים מצות ברכה (וכמדומה שכן פי' בריא"ף יע"ש וכעת אינו ת"י) ועל זה אמר לפי שנאמר לא ימוש ס"ת הזה מפיך יכול דברים ככתבן שילמוד בכל עת ת"ל ואספת דגנך הנהג בהן מנהג דרך ארץ ר"ל בשעה שנוהג מנהג דרך ארץ יהי' נוהג בהן עבור תורה ויקיים בכל דרכיך דעהו ועי"ז מקיים לא ימוש והוי דגנך כי כמו שאמר שלאחר ברכה הארץ שייך לבן אדם ה"ה לאחר שמקיים המצוה בכל דרכך דעהו ומקיים לא ימוש ע"י מלאכתו אף קודם ברכה הארץ של אדם והוי דגנך. ועל כל זה ואספת ר"ל שיהי' לך עמל שלא יהי' לך עו"הז וקמ"ל קרא אף שתהי' דגנך שתקיים בכל דרכך דעהו לא תחשוב בלבך שע"י זה יש לך שם חסיד ומגיע לך שכר עו"הז שיהי' מלאכתך נעשית ע"י אחרים ולא תצטרך לאסוף בעצמך ויהי' אסיפה נעשית ע"י אחרים רק שמכל מקום צריך אתה לאסוף כי ר' ישמעאל לשיטתו שע"פי דין מחויב לקיים בכל דרכיך דעהו והוא רק צדיק ולא מגיע שכר עו"הז לכן אין לו מנוחת הנפש ומוכרח לאסוף ולטפל בעצמו, ומה שאמר הנהג בהן יוצדק היטב כמ"ש רש"י וז"ל הנהג בהם עם דברי תורה עכ"ל רצה לומר עם דברי תורה יהי' דרך ארץ ועל זה אמר רשב"י וכי אפשר אדם חורש בשעת חרישה כו' ר"ל האדם יש לו טבע בשר ודם כמורה שם אדם וכמו שדרשו דורשי רשומות שהוא נוטריקון אש דם מים וא"כ טבעו נוטה לחומריית הכי אפשר שיכול כל כך לשבור טבעו החומריית שיהי' כל כך קדוש שכל עניניו יהי' לשם שמים כיון שה' רצה לזכות כל ישראל ולטובתם בראם ולשיטתם אחד מאלף שיהי' לו טובה בבריאת שיהי' לו טוב עו"הז ועו"הב כי מי יוכל להיות חסיד כי המקיים בכל דרכך דעהו הוא צדיק וא"כ קשה ג"כ שיהי' שם צדיק שיהי' לו עו"הב כי מי יוכל מבני אדם שטבעו בשר ודם כל כך לשבר טבעו בשעה שחורש וזורע וקוצר ועושה כל עניני גשמי יהי' כוונתו לש"ש לקיים בכל דרכך דעהו זהו א"א למין אדם וזה שאמר תורה מה תהא עלי' כי אי אפשר לקיים תורה בשעה שחורש ועושה כל מלאכה ואין הקב"ה בא בטרוניא עם הבריות כי לא מיבעיא שקשה להשיג שכר ע"הז כי אפילו שכר עו"הב קשה להשיג כי מי יוכל לקיים בכל דרכך דעהו שיהי' צדיק כי לפי דבריך כשמקיים בכל דרכיך הוא רק צדיק, אלא ודאי ע"פי דין אינו מחויב לקיים בכל דרכך דעהו ואפילו אם חורש וזורע כנהוג שלא לשם שמים רק עניני רוחניים עושה לשם שמים הוא צדיק, וזה נקל לאדם לעשות שעניני רוחניים יעשה לשם שמים ועניני גשמיים להנאתו ואם מקיים בכל דרכך דעהו הוא בגדר חסיד שעושה לפנים משורת הדין כי רשב"י אזיל לשיטתו במנחות שסובר שמקיים לא ימוש בקריאת שמע שחרית וערבית, ובע"כ סובר כשמקיים בכל דרכך הוא חסיד וכנ"ל אלא בזמן שישראל עושים רצונו של מקום רצה

לומר אפילו בעניני גשמיים עושים רק רצונו דהיינו שמקיים בכל דרכך דעהו שגם עניני אכילה ושתי' ושינה הוא לשם שמים והוא רצונו של מקום מלאכתן נעשית ע"י אחרים כי הם חסידים לפנים משורת הדין ומגיע להם עו"הז מנוחת הנפש לכן נעשה ע"י אחדים כי ע"י בכל דרכך דעהו הוא חסיד, ובזמן שישראל אין עושים רצונו של מקום ר"ל שיש להם שם ישראל שמורה על צדיק כנודע ואינם עושים וא"כ בע"כ בעניני רוחניים הם צדיקים ויש להם שם ישראל ובעניני גשמיים אין עושים רצונו של מקום ואינם מקיימים בכל דרכך דעהו ואינם חסידים לכן מלאכתן נעשית ע"י עצמן שנאמר ואספת וגומר כי אין להם עו"הז שהוא מנוחת הנפש משא"כ כשעושים רצונו של מקום הוי חסידים ומגיע להם עו"הז ג"כ ואתי שפיר והבן, ואין להקשות לרשב"י למה קאמר דגנך הא הוא דגן ה' כיון שאינו מקיים בכל דרכך דעהו די"ל דהנה רמ"א פי' בפסוק ויאמרו איש אל אחיו מן הוא כי לא ידעו מה הוא כי המן הוא לחם מן השמים לחם רוחניי שהי' דקה מן הדקה ולא הי' מבוא להתפרנס החומר בלחם דקה כזו וזו הי' תמיהתם מן הוא שהוא רק הכנת מזון כי הוא קדושה והכנה למזון כי המזון צריך להיות בקדושה אבל מה יושיעני לפרנס החומר יע"ש ופרשתי שם על זה השיב משה הוא הלחם אשר נתן ד' לכם לאכלה כי באמת על פי דין מאכל רוחניי כזה לא הוי מזון לאיש גשמיי כי אם לאיש רוחניי אשר הוא במדריגה גדולה שכל ענינו הוא לשם שמים רק שה' הרחמים נתן לכם מתנה שיהי' לכם לאכילה שיתפרנס החומר בזה ולכן אמר הוי' שמורה על רחמים והארכתי בזה מאד העולה שיש מזון גשמיי ומזון רוחניי ואומר מזון רוחניי מגיע לאדם שמקיים בכל דרכך דעהו שגם אכילה ושתיה לשם שמים אם כל אכילתו רוחניי שאינו אוכל לתאותו רק לשם שמים מגיע לו מזון רוחניי כיון שכל ענינו רוחניי אפי' בעניני גשמיי אבל מי שאינו מקיים בכל דרכך דעהו ובשעה שאוכל אוכל להנאתו לפרנס חומר אין לו מזון לחומר ממזון רוחניי ומובן, ומזון רוחניי יש לכנות בשם דגן ה' אבל מזון גשמי' מכונה בשם דגנך ר"ל מאכל היאות לך לטבעך לאכול מאכיל גשמיי וא"כ לרשב"י מדוייק היטב וכיון שבע"כ קרא דואספת מיירי שאינו מקיים בכל דרכך דאם הי' מקיים בכל דרכך לא הי' טירחא לאסוף והי' מלאכתו נעשית ע"י אחרים לכן מגיע לו רק מזון גשמיי ולכן אמר דגנך היאות לך לטבעך כיון שאתה אוכל רק להנאת חומרך יאות לך מאכל גשמי והבן היטב ודוק:

ובזה מיושב קו' המהרש"א שהקשה על רשב"י הא קרא והי' אם שמוע מיירי בעושים רצונו של מקום דהנה עוד הקשה המהרש"א מדוע בפרשה ראשונה כתיב בכל מאודך ובפרשה שני' לא כתיב ובכל מאדכם, ונראה כי קושי' חדא מתרצת בחברתה ואומר כי

בפרשה ראשונה מיירי שמקיים בכל דרכך דעהו ואפי' בעסקי ממון עושה לשם שמים וכמו שפרשתי בפסוק אשרי איש ירא ה' במצותיו חפץ מאוד דהנה מאוד הוא ממון וכמ"ש בכל מאודך ויש יראים שרוצים להשיג ממון ולא להשיג עניני גשמי למלאות תאוותם כי אם כדי לקנות שלימות לנפשם שלא יהי' להם מונע לעבודת הבורא וב' פירשו בשביל כמ"ש רש"י ז"ל בראשית בשביל ראשית ישראל שנקרא ראשית, וזה שאמר אשרי אם הוא במדרגה זו אם בשביל מצותיו שלה' חפץ מאוד רצה לומר הממון אינו רוצה לתועלתו רק כדי לקיים מצות הבורא והבן, ואולם בפרשת והי' אם שמוע הכוונה כך והי אם שמוע תשמעו אל מצותי כו' ר"ל אם תהי' במדרגה כזו בשעה שתשמע עניני רוחני תעשה לשם שמים לאהבה את ה' לעבדו בכל לבבכם תעשו ג"כ לש"ש לעבדו אבל בעניני גשמי להנאתכם והיינו דלא קאמר ובכל מאדכם וכמ"ש בפ' שמע כי אמר ואהבת כו' ובכל מאודך הכוונה בשעה שאתה עוסק אפילו בעניני גשמי תעשה רק לש"ש עבור אהבתך רק לה' שכוונתך תהי' לאסוף ממון כדי לקיים מצות צדקה וכיו"ב (ואף שכל דרכך דעהו הוא לך לענים משורת הדין מכ"מ מצוה לעשות וכמ"ש ועשית הישר והטוב) אבל בפרשה שני' לא אמר בכל מאדכם כי אינו מקיים בכל דרכך לכן אמר ואספת דגנך שמלאכתך נעשה ע"י עצמך כיון שאין אתה חסיד ולא מגיע לך שכר עו"הז ומוכרח אתה לעמול בעצמך, אבל קרא דועמדו זרים כו' בע"כ מיירי שמקיימים בכל דרכך כי לעיל מיני' כתיב ועמך כולם צדיקים וגומר כי יש להבין איך אפשר שיהי' כולם צדיקים כי צדיק היינו שמקיים כל המצות ובקיום מצות הוא ת"ת והא א"א לקיים מצוה זו ובע"כ ר"ל אם ע"ה עושה עניני גשמי ועו"הז לש"ש כדי שיחזיק בניו לת"ת ולהחזיק ידי ת"ח הוי כלומר בעצמו וקיים מצות ת"ת וא"כ מיירי שמקיים בכל דרכך דעהו, לכן מגיע לו שכרו שאחרים ירעו צאנם מיש להם עו"הז ג"כ והבן ולא קשה קושי' מוהרש"א ובזה יובן מה שאמר רבא לרבנן במטותא מינייכו לא תתחזו קמאי ביומא ניסן וביומא תשרי, כי אזיל לשיטתו כנ"ל כגון אנו בינונים ובע"כ סובר אפילו המקיים בכל דרכך דעהו הוי רק צדיק ואין לו עו"הז ע"פי דין וצריכין לעמול ולטרוח בעצמו ולכן אמר להן שיטרחו ויעמלו בכבודן ובעצמן כי לא יהי' מלאכתן נעשית ע"י אחרים והבן, ודוק היטב ולא קשה מידי כל הקושיות דוק ותשכח ואם שגיתי ה' הטוב יכפר ממעל וה' יסיר לב אבן מקרבינו ויערה עלינו רוח טהרה, וישלח עזרתו מקודש שנזכה כולנו לעבדו בלבב שלם ונזכה שיבוא גואל צדק במהרה בימינו אמן:

דרוש ליום א' דימי סליחות תקפ"א לפ"ק, אשר דרשתי בב"הכנ במקהלות עם פק"ק קאללין יע"א: יחזקאל הנביא אמר (ל"ג ז') ואתה בן אדם צופה נתתיך לבית ישראל וגו' ואתה נפשך הצלת עכ"ל הנביא, ויש לדקדק:

א) מה שאמר ואתה בן אדם הוא למותר, הגם שכן דרך להזכיר כן ביחזקאל מ"מ היכא דאפשר ליתן טעם לזה ראוי ליתן, ובסימן ב' א' כתב רש"י שלכן קראו כך שלא יתגאה ויחשוב א"ע כאחד המלאכים לפי שראה המראה הגדולה הזאת:

ב) מה שאמר, ושמעתם מפי דבר, אינו מן המובן, ובסימן ג' הביא ג"כ כעין מקראות הנאמרי' כאן, ופירשו המפרשים ז"ל שהוא דבר פורעניות, וקשה הא אח"כ מפרש להדי' באמרי לרשע מות תמות:

ג) מה שאמר והזהרת אותם ממנו, אינו מן המובן, ורד"ק בסימן ג' פי' שקאי אלעיל מיני' כמו הצופה שמזהיר את העם בבוא עליהם האויב כן נתתיך כשתשמע ממני דבר פורעניות שתזהיר אותם בשמי בדברים ששמעת ממני, וקשה שהוא מיותר כיון שאמר שהוא כצופה ממילא מובן זאת:

ד) תיבת רשע השניה מיותרת, ובסימן ג' לא נזכרת:

ה) מ"ש מות תמות למה הכפיל המיתה, ועיין מ"ש הבינה לעתים בדרוש וי"ו בביאור הפסוקים:

ונלע"ד ליישב הכל על מכונו בס"ד, ונקדים לפרש מקראי קודש בישעי' ל"ח, א' בימים ההם חלה חזקי' וכו' צו לביתך וכו' ויתפלל אל ה' וכו' זכר נא את אשר התהלכתי לפניך באמת ובלב שלם, והטוב בעינך עשיתי, עכ"ל הפסוקים ואיתא במסכת ברכות (דף י' ע"א), שאמר ליה, חזקי' מת אתה בעו"הז ולא תחי' לעו"הב, א"ל מאי כולי האי, א"ל משום דלא עסקת בפ"ו, א"ל משום דחזאי ברו"הק דנפקא מיני בנין דלא מעלי, א"ל בהדי כבשא דרחמנא למה לך מה דמיפקדת מיבעי לך למיעבד וכו', א"ל השתא הב לי ברתך וכו', א"ל כבר נגזרה עליך גזירה, א"ל בן אמוץ כלה נבואתך וצא, מקובלני מבית אבי אבא, אפי' חרב חדה מונחת על צוארי של אדם, אל ימנע עצמו מן הרחמים, עכ"ל הגמ', ופי' רש"י, דוד שראה המלאך וחרבו שלופה בידו ולא מנע א"ע מרחמים עכ"ל, וכבר דקדקו המפרשים במה שאמר לו כלה נבואתך, ועיין מ"ש בס' צל"ח דבר נחמד ונעים, ונראה לפרש תפלת חזקי' מה שהתפלל שיזכור ה' האמת שעשה, שלכאורה הוא חידוש גדול על צדיק כזה שלא בא לבקש במתנת חנם, ובאמת ארזק"ל שם התולה בזכות עצמו תולין לו בזכות אחרים, ולמדוהו מחזקי' כאן, וה"ה דהיו יכולים להוכיח כן מפסוקים הנאמרים כאן במקומו, שאמר השי"ת אל ישעי' כה אמר ה' אלהי דוד אביך שמעתי את

תפילתך וגו', משמע מחמת שהוא אלהי דוד שמע תפילתו, רק כאן הוא רק רמז בעלמא ושם מפורש:

ב ונראה לברר הפסוק היטב, דהנה המהרש"א הקשה, דאכתי קשה וכי משום שלא עסק בפ"ו יהי' העונש שלא יחי' לעו"הב ותירץ ע"פי דאיתא בב"ב דוד שנאמר בו שכיבה לפי שהניח בן כמותו, יואב שלא הניח בן כמותו, נאמר בו מיתה, וז"ש ולא תחי' לעו"הב כיון שלא הניח בן כלל שיהי' במותו, ע"ש, ואכתי קשה אמאי יהי' בעונש ביטול מצות עשה שימות בעו"הז, הא איתא בר"ה דף ט"ז בצדיק שרובו זכיותיו נכתב ונחתם לחיים, וחזקי' הי' צדיק גמור, ובשגם כי אי' במנחות דף מ"א ע"א מלאכא אשכחי' לרב קטינא, א"ל קטינא קטינא סדינא בקייטא וכו' ציצית של תכלת מה תהא עלה, (ומה שאמר כפל שם קטינא, י"ל ע"פי מה דארז"ל בבראשית רבה בפ' נח, כל מי שנכפל שמו יש לו בעולם הזה ובעולם הבא, ופי' בס' נזר הקודש דף קמ"ג שקאי על מדריגת רוחם ונפשם שגם בעו"הז בהיותם בחיים הם כסולם מוצב ארצה וראשו מגיע השמימה, שנאצל להם רוח קדוש למטה בעו"הז, וכן בזה נתייחד למדריגת רו"הק למעלה בעו"הב והוא חלקם בב' העולמות יחד, והרוח התחתון יונק מן שרשו למעלה הוא רוח עליון שהוא נשגב ונעלה מאוד, וז"ש מי שנכפל שמו יש לו בעו"הז ובעו"הב, כלומר שזכה לב' רוחות טהורות, א' למטה בעו"הז וא' למעלה בעו"הב, ולכן נכפל שמם, ולאו כל צדיקים זוכים אלא יחידי סגולה יע"ש, ולכן אמר המלאך כיון שנכפל שמך שאתה צדיק גמור. ובלתי ראוי לך לבטל מצות ציצית אף שהיא רק חובת מנא כמ"ש לקמן, וא"ש), א"ל ענשיתו אעשה, א"ל בזמן דאיכא עידן ריתחא ענשינן ע"ש, וראיתי במפרשים שאצל מלך לא שייך עידן ריתחא כדאי' במס' ראש השנה דף ט"ו ע"א ובמס' ע"ז (דף ב'), ע"ב דמלך נכנס תחילה לדין מקמי דליפוש חרון אף, וא"כ למה נענש בביטול מצות עשה שביטל מפ"ו, כיון דלא הוי עידן ריתחא, ואולם לפימ"ש תוס' דדוקא על מצות ציצית לא נענש רק בעידן ריתחא, ובביאור הדבר עיין בס' בינה לעיתים בדרוש י"ב, ואדרבא כתבו ז"ל העונש בביטול מ"ע חמור טפי, דהא עשה דוחה ל"ת, מ"מ קשה כיון שעכ"פ הי' רובו זכיות אמאי יהי' הגזר דין שימות בעולם הזה:

והנה לפמ"ש תוס' במס' ר"ה ד"ה ונחתמין, עיקר גזר דין הוא לחיי עולם הבא, ולפעמים צדיקים גמורים נחתמים למיתה בעו"הז כדאי' בקידושין דל"ט, מי שזכיותיו מרובים וכו' ועיי"ש, וא"כ לפמ"ש מוהר"שא דמ"ש ולא תחי' לא קאי על עונש עו"הב שפיר י"ל העונש שימות בעו"הז הוא אפי' בצדיק גמור כדי להרבות זכיותו לעו"הב, ועוד נראה לומר בטעמא דמילתא לפמ"ש מו"ז בס' תורת חיים במס' ב"ק דף נ' ע"א לפרש טעם מה

שארז"ל שהקב"ה מדקדק עם סביביו אפי' כחוט השערה, לפי שהקב"ה דן את הצדיקים במידת הדין בלבד כיון שיכולין לעמוד בדין, ושורת הדין אינו מוותר, אפי' על חטא כל דהו העונש חמור, ולכן נענשו משה ואהרן נדב ואביהו על חטא קטן, וכשדן את רשעים משתף ומקדים מידת רחמים למ"הד, ולפ"ז ניח' הא דאי' במדרש, הביאו רש"י בפ' בראשית, שבתחילה עלה במחשבה לבראו במ"הד, וראה שאין העולם מתקיים, והקדים מדת הרחמים ושתפה למד"הד, וקשה מה מהקמ"ל קרא מה שעלה במחשבה, ובהנ"ל אתי שפיר דמחשבתו קיימת אצל צדיקים, וז"ש במס' מנחות בפ' הקומץ, שתוק, כך עלה במחשבה לפני, ר"ל שצדיק כר' עקיבא יהי' נידון ע"פי שורת הדין כמו שעלה במחשבה, והבן, עכ"ד פח"ח, ולפ"ז א"ש כיון שחזקי' הי' צדיק גמור נידון ע"פי שורת הדין כמו שעלה במחשבה, וע"פי הדין מתחייב אפי' על חטא קל עונש כמו המורד במלך ב"ו מכ"ש וק"ו באלפי הבדלות המורד במלך מלכי המלכים, ולפ"ז מה שאמר ישעי' כבר נגזרה עליך גזירה (שתמות, כמ"ש רש"י), ר"ל כיון שאתה צדיק גמור כבר משעת בריאה נגזרה שצדיק כמותך יהי' נידון במד"הד הקשה, ומעתה מובן מה שנחלקו ישעי' וחזקי', דהנה אי' במס' יומא דף פ"ו אדם עובר עבירה פעם ראשונה ושניה ושלישית מוחלין לו, רביעית אין מוחלין לו ובודאי הכוונה בלא תשובה דתשובה מכפרת על כל עבירות, ועיין בס' עשרה מאמרות מאמר א' פרק ד' ובפרק עשירי, וידוע דמה שהתשובה מועלת הוא רק רחמים וחסד כמ"ש בעל העיקרים במאמר ד' בפרק כ"ח וכ"כ שאר מפרשי' ז"ל, ולכן הבין ישעי' כיון שצדיק נידון ע"פי דין כשעובר חטא קל, לא מועיל תשובה כיון שגוף תשובה הוא רחמים, ולכן הוכיח חזקי' מדהמע"ה שהי' צדיק גמור ונידון ע"פי שורת הדין, מ"מ הועילה תשובתו ולא מנע א"ע מן הרחמים, אע"כ צ"ל דמה שעלה במחשבה שצדיקים ידונו במד"הד וכן נתקיימה המחשבה אצלם, דוקא לענין זה היכא דלא עשו תשובה ותפלה דבשאר כל אדם הש"ית מוחל עבירות הראשונים כנ"ל ולצדיק לא נמחלו, אבל תשובה מהני אפי' לצדיק גמור, שלא יהי' לו עונש בעו"הז וזהו שאמר, כך מקובלני מבית אבי אבא וכו', ובזה יש להבין מ"ש אפי' חרב וכו' של אדם, שמדוייק היטב לפמ"ש בס' של"ה דף ר"כ שגוף נקרא בשר אדם והאדם הוא הפנימיות מצד הנשמה נקרא אדם, (ועיין במס' סוטה דף ה' ע"א), והצדיק הגמור נקרא אדם, לכן ארז"ל אתם קרואים אדם, מצד הנשמה שהיא חלק ממעל, ומ"ש אפי' חרב מונחת על צוארו של אדם שהוא צדיק גמור, שעמו הולך הש"ית במד"הד, אפ"ה אל ימנע א"ע מן הרחמים, ויוכל לבקש מהש"ית שילך עמו ברחמים ויקבל תשובתו, ולפ"ז מדוייק מ"ש ויתפלל אל ה' והכוונה שהתפלל שיתנהג עמו, אף שהוא צדיק גמור, ברחמים

כהוראת שם הוי' ב"ה שמורה רחמים, ויט לומר עוד מחזקי' הוכיח מתוך דברי ישעי' בנבואתו שאמר לו, שבע"כ כוונתו שיבקש רחמים, דהנה אי' באיוב ל"ו כ"ב הן אל ישגיב בכוחו, ומי כמוהו מורה, וביארו המפרשים שדרך הש"ית כשרוצה לבטל הגזירה ולקבל תשובה, מודיע ומפרסם גזירותיו כדי שיתייראו מזה ויעשו תשובה, ועיין בצל"ח שכתב באריכות שחזקי' הבין כן שלכן צוה השם י"ת להודיע לו הגזירה, וי"ל שהוכיח כן מדאמר לו כה אמר ה', שהי' לו לומר שם אלקים, כיון שהוא לגבי' דין גמור שלא יחי' בעו"הז וימות בעו"הב ואע"כ הבין מזה שזהו גופא הוא רחמים במה שצוה להודיע לו הגזירה כדי שיבקש רחמים ויעשה תשובה ויקח אשה, ומדוייק שפיר מ"ש כה אמר ה', וא"ש:

ג ומעתה נבוא לבאר תפלת חזקי', דיש להבין איזה חטא הי' לחזקי' מה שלא עסק בפ"ו, כיון שהי' טועה בדבר מצוה באשר שכוונתו היתה לשם שמים, שחזה בר"הק שיהיו לו בנין דלא מעלי, והוא סבר שמצות פ"ו הוא רק כדי שיהיו לו בנים הגונים, ונראה בהקדים לזה לבאר מה דאי' ביהושע א' י"ג, רק חזק ואמץ וגו' ככל התורה אשר צוך משה עבדי וגו' והגית בו יומם ולילה וגו' למען תשמור וגו' כי אז תצליח את דרכיך עכ"ל הפסוק, ויש להבין מ"ש חזק ואמץ מאוד, ונראה כי ידוע מאי דארז"ל כל הגדול מחבירו יצרו גדול ממנו, וקשה לכבוש יצר הרע הוא חכם להרע ויודע להסית לכל אחד כפי טבעו שיודע ומכיר טבעי בני אדם, ולהמון עם נקל לו להסית, שבטוח בהם שישמעו לדבריו אפי' בעבירה חמורה, ואולם לצדיק גדול צריך להתחכם מאוד שילכד ברשתו, וארז"ל במס' יומא דף ס"ז ע"ב דברים שהשטן משיב עליהם הוא על החוקים, וביאר רש"י שמסית שאינם אמתיים כי מה תועלת בם יעיי"ש, וכל זה הוא להמון עם אבל לצדיק גמור לא יוכל להסית על אופן זה רק על אופן אחר בחכמה עמוקה, ולומר האמת שהם דברי אדון כל העולמים ואולם כיון שצוה לנו הש"ית לעסוק בדברי תורה והכוונה כמ"ש בטו"ז א"ח סימן מ"ז שהעיקר הוא העיון ולהבין הטעם כי לא ניתנה התורה דק להבין הדבר על בוריו וכמו שמצינו לראשונים ז"ל שנתנו טעם למצות החוקים, כמו כן אתה לא נופל מהם כי הרשות נתונה לכל כקטן כגדול ותוכל ליתן טעם על החוקים, וע"י זה יוכל לפתות אותו כיון שטעם הלז לא שייך בכל גווני יוכל אתה לעבור עבירה, כיון שבנידון הלז לא שייך טעם זה ובדבר כזה יוכל היצ"הר לפתות אפי' את צדיק גדול ולכן אז"ל במס' סנהדרין דף כ"א ע"ב מפני מה לא נתגלו טעמי התורה, שהרי שתי מקראות נתגלו טעמן ונכשל בהן גדול העולם יעיי"ש, וא"כ נגד פיתוי יצ"הר צריך אדם להיות חזק ואמיץ באמונה לומר שאנו מחוייבין לשמוע החוקה כאשר צונו משה עבד ה' בתורת

חוקה, אין לי לסור ממנו ימין ושמאל כי אולי יש טעמים אחרים הנעלמים ממני, כי אינני חכם כל כך להבין דברים העומדים ברומא של עולם, ומ"ש הראשונים ז"ל טעמי מצוה לא היתה כוונתם שיש רק הטעם אשר אמרו הם, רק כוונתם היתה לקרב הענין אל שכל האנושי, וגם הם הודו שיש עוד הרבה טעמים הנעלמים משכל האנושי, וילאה השכל האנושי להבין דבר שהוא למעלה מהשכל האנושי והנה רש"י פירש והגית והתבוננת בו כל הגיון שבתורה בלב, וידוע מה שפי' הבינה לעתים בשמואל, א' י"ח בפסוק ויהי דוד לכל דרכיו, משכיל וה' עמו, וירא שאול אשר הוא משכיל מאוד ויגר מפניו, כי אף שהי' שאול בחיר ה' כבן שנה שלא טעם טעם חטא, מ"מ היה נמשך הרבה אחר שכלו מה שיורהו משפט שכלו, ולכן נפל בטעות שלשה פעמים, ותמיד התנצל בשכלו כי בתחילה כשלא המתין על שמואל ע"ה התנצל כי ראיתי כי נפץ העם וגו' ופני ה' לא חליתי וגו' וכן בענין עמלק שפט היות דבר נרצה לפני ה' ליקח ממיטב הצאן להקריב, אף שבא הציווי בסתמא ובהחלט שלא לחמול, וחשב להתנהג במדת רחמניות עם אגג, אבל דוד ע"ה מדה אחרת היתה בו, כי עם היות שהי' לו שכל ישר, יודע דעה והי' לו מקום להתנהג ע"פי שכלו, מ"מ הי' נכנע, והשתעבד לבלתי נטות ימין ושמאל, וז"ש ויהי דוד לכל דרכיו משכיל, כלומר הן אמת שהי' בעל שכל והבחנה ויודע מצד עצמו שיעור מה שהי' מספיק לכל דרכיו, אך הוא לא כן עשה, וה' עמו, דתמיד הי' רוצה שיהי' הוא יתברך דבק עמו, ומסכים לחלוטין לכל אשר יעשה ולא באופן אחר, ובחילוף זה ראה שאול ע"ה בעצמו כי לא היתה בו מדה זו ואדרבא הוא משכיל מאוד, עושה כל דבריו כפי מה שישכיל, ובזה לא השתעבד בציווי הבורא יתברך, לכן נתיירא מדוד כי ראה מעלה יתירה בו, יע"ש דפח"ח, וא"כ הי' עונש שהעביר המלוכה משאול, הטעם על זה, יען כי בני המדינה נמשכו אחרי מלכם, כענין מושל מקשיב וגו', ואף שהי' שאול צדיק גמור שלא טעם טעם חטא מ"מ כיון שהלך אחר שכלו יש לחוש, אולי אנשי מדינה ילמדו ממנו ג"כ לילך אחר שכל האנושי, ובזה נבין המקראות הנ"ל שלכן אמר כן הש"ית ליהושע בשעה שנתמנה לראש על ישראל, שידיעתו קדומה אצלו יתברך שידע ששאול הצדיק יהי' נענש בהעברת המלוכה ממנו במה שהלך אחר שכלו, ולכן הזהירו ג"כ ואמר לו רק חזק ואמץ לשמור לעשות ככל התורה אשר צוך משה עבדי לא תסור ימין ושמאל, ר"ל שיהי' אצלך חוקה כאילו לא ידעת שום טעם ואל תלך אחר שכלך, למען תשכיל בכל אשר תלך, כי השכל האנושי בטבעו א"א שישיג האמת בכל דרכיו וטועה בשכלי (כמו שהאריך בזה בס' העיקרים במאמר א' פרק ח'), ולפעמים שכלו גורם לרעתו, אבל ההולך בדרכי התורה בודאי הולך בדרך אמת וא"א להיות תועה, ומצליח בכל דרכיו,

ומבואר הכוונה אח"כ לכן אני מזהירך על זה, כיון שמצוה היא להתבונן בדברי תורה וכמ"ש לא ימוש ס"ת הזה מפיך והגית בו יומם ולילה, דהיינו שיתבונן בטעמי המצות ויוכל להיות שע"י זה תהי' נפתה ליצ"הר לשמוע במה שיסית אותך לומר שכוונת האמת בטעם שנפל בגורלך, לכן אני מזהירך שאל תסור ימין ושמאל מדברי משה עבדי, למען תשמור לעשות ככל הכתוב מוסב על קרא שלמעלה, כי ע"י שתחזיק ותאמץ ללחום נגד יצ"הר שזאת היא מלחמה כבידה, ותאמר לו, אני מחוייב לשמור ככתוב בתורת משה כאילו הי' באמת חוקה בלי טעם (אף שבאמת שיש טעמים לכל המצות, רק נעלמים הם מעיני בשר, כי האדם המורכב מחומר בל יוכל להשיג דבר שהוא למעלה מהשכל) ע"י זה תשמור לעשות ככל הכתוב בו, ותתקיים מלכותך, יען שלא תשפוט אחר שכלך, וא"ש ומדוייק על נכון:

ובזה נבין היטב החטא שחטא חזקי' כיון שכתוב בתורה, שמצות עשה היא לקיים פ"ו, אבל לא נתבאר היטב הטעם כדי שיהי' לאדם בנים צדיקים, וחזקי' שפט בשכלו שהטעם הוא בשביל זה כדי שיהיו לו בנים עוסקים בתורה ובמצות לכן נגזרה עליו גזירה זו, כי אין לאדם לילך אחר שכלו ולומר שכיוון האמת בטעם שנתחדש אצלו כדי שעל ידי זה יסור מלקיים מצות עשה, כי אולי יש טעם אחר הנעלם מאתו, וז"ש ישעי', בהדי' כבשי דרחמנא למה לך, ר"ל סתרים דקב"ה, כי טעמי המצות נעלמים ונסתרים, במאי דמפקדית אבעי לך למיעבד ר"ל בתורת חוקה, כי אולי יש טעם אחר הנעלם ממך, ובזה מובן היטב תפלת חזקי' דידוע שתורה נקראת אמת, כמ"ש אמת קנה ואל תמכור, וידוע כמה הפליג חזקי' להעמיד דגל תורה שבדקו מדן ועד באר שבע, וכולם היו בקיאין בדינים, והלך בדרכי התורה שנקראת אמת, רק עתה בפעם הראשון נעשה לו מכשול ששפט אחר שכלו, וטעה בטעמי המצות, וכבר ביארנו שהש"ית מוחל לעון ראשון מצד מדות הרחמים, רק עם צדיק גמור הולך ע"פי הדין אינו מוחל לו עבירה ראשונה, ולכן ביקש מהש"ית בתפלתו, שיהי' נידון כמו שאר בני אדם שהולך עמהם ע"צ הרחמים, וז"ש ויתפלל אל ה', ר"ל הוי' שמורה רחמים, ואמר להש"ית, הן אמת שחטאתי עכשיו לפניך, ואולם לע"ע זכר נא את אשר התהלכתי לפניך באמת, ר"ל רק ע"פי התורה שנקראת אמת, והטוב בעיניך עשיתי אף שלפי שכלי לא הי' מובן, והייתי נוטה לילך בדרך אחר, מ"מ לא הרהרתי ועשיתי בלב שלם מה שהוא טוב בעיניך, ולא הלכתי אחר שכלי, רק עתה חטאתי בזה לכן אנו מביש שתלך עמי ע"צ רחמים כי דרך הרחמים למחול עבירה ראשונה וז"ש אנא ה' כפירוש רש"י, ואולם הי' לו לחזקי' לתלות בזכות אבי אביו דוד המלך ע"ה שהיתה לו מדה זו שלא הלך אחר שכלו דק ככתוב בתורת משה, והי' לו

לבקש שיכופר על הפגם שחטא ולא תלה רק בנפשו, לכן תלה לו הכתוב בזכות דוד, וז"ש הש"ית אנכי אלהי דוד אביך שמעתי תפלתך מצד דוד שאנכי הייתי לו לאלוה ששמר דרכי כפי שצויתי לו ולא סר מפקודתי ולא הלך אחר שכלו, נשמעה תפלתך כי זכותו שהי' הולך ככתוב בתורת משה מכפרת על העבירה שעשית שהלכת אחר שכלך, ואני מוסיף על ימיך וגו' וא"ש והבן:

ד ועוד יש לומר באופן אחר כוונת תפלת חזקי', דהנה ראיתי בס' קול יעקב דף ה', שמפרש מאמר ירמי' ל"א כ' הבן יקיר לי אפרים, אם ילד שעשועים כי מדי דברי בו זכור אזכרנו עוד, על כן המו מעי לו, רחם ארחמנו נאם ד' עכ"ל הפסוק, ואיתא במדרש אפי' בשעה שאני כועס עניו איני יכול להתאפק מלרחמו, והכוונה לפי הכלל שהש"ית מדקדק עם הצדיק שיעשה לפנים משורת הדין ועון קטן נחשב לו לעון גדול, כמשז"ל לאו משנת חסידים, וכמ"ש הרמב"ם בפ"ה מהלכות יסודי התורה ה"א, יש דברים שהם בכלל חילול השם והוא שיעשה אותן גדול ומפורס' בחסידות דברי' שהבריות מרננין אחריו בשבילם, ואפי שאינן עבירות, ה"ז בכלל חילול השם יעיי"ש, כי מדת הדין מקטרגת לומר מי שהוא מלא בתורה ובחכמה יעשה זאת, וכ"כ להפוך מנינו ששוקלין הזכיות של רשעים לפי רשעתם, כמ"ש רז"ל במס' חולין דף צ"ב על אומות הקדמונים שאין כותבין כתובה לזכרים ואין שוקלין בשר המת במקולין, ונחשב להם לשבח אשר בלי ספק לא נמצאה זכות כזאת בעם ישראל, אך לפי רשעתם גם זאת לזכות שחשב להם ודומה לילד שעשועים, שכמו מי שיש לו ילד קטן בחיק אביו, הפושט ידו לאחוז בזקן אביו ותולש שערו, ואביו מחשב לו זאת לחכמה לפי ערכו, ואולם הצדיקים דומים לבן יקיר וחשוב מאוד במעלות ומדות, והוא חכם גדול, שמדרך האב לענוש אותו אף על עבירה קלה כי לאו משנת חסידים הוא, וע"י זה הש"ית מרחם כיון שמד"הד מוכרחת לספר מעלותיו, מתעוררת הרחמנות וז"ש הבן יקיר לי אפרים, ר"ל שישראלים הם בדמיון בן יקיר ולא כילד שעשועים וה"א הבן היא תמי' מתקיימת, ואם הוא לשון תמי' כלומר וכי בדמיון ילד שעשועים, לא, ולכן כי מדי דברי בי דהיינו אפי' בשעה שקטרגה מד"הד על ישראל כאחר תורה לשון דבור שהוא קשה וכמ"ש המדרש, זכור אזכרנו עוד, מאחר שהכעס אין לחול כי אם אחר סיפור מעלותיו ושבחיו, לכן המו מעי לו ורחם ארחמנו עכ"ד פח"ח, ולפ"ז מובן היטב ענין ענשו, דיש להקשות על מה ענשו גדול, הלא לא טעה רק בדבר מצוה, אולם מחמת שהי' חזקי' צדיק גדול מפורסם בחסידות, לא נשא אשה, הי' העולם מרננין אחריו, הגם שהוא ידע הטעם שחזה ברו"הק שיהי' לו בנין דלא מעלי, אבל הי' עניו גדול ולא פירסם לכל העולם מדרגתו שמשתמש ברו"הק והי' חילול השם בדבר,

ואי' במס' יומא דף פ"ו ע"א בחילול השם אין יו"הכ ויסורין מכפרין לגמרי דק מיתה ממרקת וכן פסק הרמב"ם בהלכות תשובה, ולכן הי' העונש מיתה בעולם הזה, מ"ש ולא תחי' בעו"הב הוא כפי' מוהרש"א ובע"כ היתה מד"הד מקטרגת והרבתה לספר בשבחיו ומעלותיו של חזקי' כיון שהוא חסיד גדול מנעוריו ראוי לענוש אותו על חטא כזה עונש חמור, וכבר נתבאר שבכה"ג תתעורר מדת הרחמים לרחם כיון שמזכירים השבחים והמעלות של הצדיק, וידוע שתיבת נא יש לפרש בלשון עכשיו, וז"ש חזקי' בתפלתו מכח קטרוג מד"הד ראוי לרחם עלי, ואמר זכר נא, ר"ל עכשיו, את אשר התהלכתי לפניך באמת כיון שהקיטרוג הוא בסיפור השבחים והמעלות שהיו בי שהלכתי כל ימי בדרכי אמת כפי התורה ולא אחר שכלי כנ"ל בפי' ראשון, לכן ראוי לרחם עלי ולהזכיר זאת לטובה, כמו שדרכך להתנהג כן אפי' בצדיק גמור כשם שמד"הד מקטרגת ומזכרת השבחים כדי שיחול הקטרוג, גם אתה תפוס נא הקטרוג להפוך ורחם עלי ע"י זה, וא"ש ומובן היטב:

ה וכיון שזכינו לזה נבוא עתה לבאר מ"ש כלה נבואתך וצא דהנה בעל העיקרים במאמר ג' פ' י"ב כתב וז"ל עיקר מציאת הנבואה במין האדם אינו להגיד העתידות ולסדר עניני פרטי האישים וכו', אבל כדי להגיע אומה בכללה או המין אל השלימות האנושי, וכמ"ש ז"ל במס' ברכות דף ל"ב ע"א שאמר הש"ית למשה רבינו ע"ה רד מגדולתך כלום נתתי לך גדולה אלא בשביל ישראל, עכשיו שישראל חטאו וכו' עכ"ל הנה ביארו בפירוש שהגיע מרע"ה אל מדריגה זאת כדי שיקבלו התורה יעיי"ש, ויש להבין הניחא נבואת משה רבינו, אבל נבואת שאר נביאים למה היתה, שכבר אז"ל במס' מגילה, שאין נביא רשאי לחדש מצוה רק ככתוב בתורת משה, ואולם מבואר מפסוק יחזקאל ל"ג הנ"ל שהנביא הוא כמו צופה, שכשיראה דבר פורעניות הנגזר למעלה על ישראל, יגיד להם ויזהירם שיחזרו בתשובה, אבל לא היתה הנבואה לטובת הנביא שידע מה למעלה ורזי עולמות, כי מצד שהוא בן אדם, אינו ראוי לכבוד זה, וכמו שטענו המלאכים, מה לילוד אשה בינינו, שאינו ראוי שיהי' לו מהלכים בין העומדים רק לטובת ישראל שיודיע להם שיוכלו לחזור בתשובה ועל ידי זה שהוא נביא מוחזק לישראל ישמעו לדבריו ויאמינו לשליחותו, ואולם אי נימא כשנגזרה גזירה, א"א לבטל הגזירה ע"י תשובה, אזי לא הועיל הנביא בנבואתו במה שהודיע נבואתו, אע"כ שאף כשנגזרה גזירה לא ננעלו שערי רחמים, ותשובה מועלת אפי' לאחר גזר דין, ועיין בפ"ק דר"ה, וכיון שהשיב לו ישעי' כבר נגזרה עליך גזירה, ותשובה אינה מועלת במה שאתה חפץ כעת לקיים מצות פ"ו, השיב לו חזקי' כהוגן, כלה נבואתך וצא, ר"ל למהי לן נבואתך, כי מין תועלת בנבואה

כזאת, שלא ניתנה הנבואה לטובתך רק לטובת הכלל כדי שיקבלו בני אדם מוסר ע"י דבריך ויחזירו בתשובה, ואתה מונע ממני התשובה, וכך מקובלני וכו' שאל ימנע אדם א"ע מן הרחמים, וא"ש ומדוייק היטב:

ו ולפ"ז יובנו היטב מקראי קודש ביחזקאל הנ"ל דידוע ששימוש הלמ"ד הוא לשון בשביל כמ"ש רש"י בפנחס בפסוק תחת אשר קינא לאלהיו, ר"ל בשביל אלהיו, ובס' העקרים בהקדמה בשרשים ס"ק א', והנה בל"הק דבר שהוא בשלימות נקרא בשם דבר, כמ"ש ז"ל בדרשא דקרא ע"פי נים עדים יקום דבר, דבר ולא חצי דבר, וא"כ ענין המוחלט נקרא בשם דבר, ועתה כה דבר השי"ת ליחזקאל, ואתה בן אדם צופה נתתיך לבית ישראל, ר"ל שאל תחשוב שנבואתך הוא לטובתך ולהנאתך שתדע מה למעלה, כי מצידך כיון שאתה בן אדם אינך כדאי לכבוד הזה, רק אתה הוא כצופה שהוא לטובת העם להזהירם, כ"כ אתה הוא נביא בשביל בית ישראל לטובתם לטובת הכלל, ויוסף ד' עוד לדבר אליו, ושמעתי מפי דבר, ר"ל אם תשמע ממנו גזירה שהוא דבר שלם והוא דבר מוחלט, אולי תחשוב שהגזירה הנגזרת ממנו על הרשע, בלתי תופר לעולם, ובודאי ימות, ואין מזור למכאובו, וע"י כן תחפוץ אתה לאמור לו כמו שראית בנבואתך מבלתי להזהיר אותו מעצמך שיחזור בתשובה, כי אם תעשה כן בל תהי' תועלת לישראל במה שאתה צופה, ואדרבא תהי' לרעתם, שאם תראה בנבואתך שאני גוזר על הרשע שימות בעו"הז ובעו"הב ותאמר לו כן, ובודאי אותו פלוני, יאמין לנבואתך כיון שאתה נביא מוחזק תתן יד לפושע שימות ברשעו, כי יחשוב הרשע כיון שבל תועיל לי התשובה, ולא יהי' לי עו"הב, מוטב שיהי' לי עכ"פ עו"הז, וכעין שארז"ל במס' חגיגה כיון ששמע מאחורי הפרגוד שובו בנים שובבים חוץ מאחר, הלך אחר אחרי תאוות לבי (יעמ"ש בעל העקרים במאמר ד' פרק כ"ו בסופו בפסוק כי עמך הסליחה וגו'), וה"ה כיון שכל כוונתי היתה שתהי' נביא לטובת ישראל הלא תהי' לרעתם שתמנע מהם דרכי התשובה כשתאמר להם הגזירה שגזרתי מיתה כפולה, רק אתה מוכרח להיות צופה שמזהיר מעצמו, כ"כ גם אתה מוכרח להזהיר מעצמך, ותאמר להם, אמת שמעתי הגזירה אבל אין לך דבר שעומד בפני התשובה, והגזר דין יוכל להקרע, (וכמ"ש ז"ל שכן אי' באיוב שכן דרך השי"ת שגוזר גזירה ומכווין להודיע לחוטא, כדי שישוב בתשובה), וז"ש הכתוב, ושמעת מפי דבר ר"ל גזירה כנ"ל והזהרת אותם ממנו באמרי לרשע רשע מות תמות, ר"ל כשתשמע מפי דבר גזירה, ואתה תזהיר אותם ממני מה שאני אמרתי לך שימות, ב' מיתות בעו"הז ובעו"הב, ולא דברת להזהיר רשע מדרכו, ר"ל מעצמך לא דברת, להזהירו שישוב אולי יבטל הש"ית הגזירה, שזהו מה שלא שמעת בנבואה, רק שתאמר מה ששמעת ממנו,

ע"י זה אתה תהי' נותן יד לרשע שימות ברשעו, ונפשו תפול לבאר שחת, וז"ש הוא רשע בעונו ימות, ר"ל שימות ברשעו כעין שהי' באחר, ודמו מידך אבקש מדה כנגד מדה שעל ידך נאבדה נפשו ולשוא היית נביא, וכל כוונתו בנבואתך לא היתה לטובתך רק טובת ישראל, ואתה כי הזהרת רשע מדרכו לשוב ממנה, ר"ל אם תזהירו מעצמך מלבד הנבואה ששמעת ממני מה שאתה מחוייב לאמור ושלא לכבוש הנבואה מ"מ תזהירו מעצמך אף אם לא ישוב עכ"פ לא יוסיף עון על עונו, ואתה את נפשך הצלת, וא"ש ונכון:

ז באופן אחר יש ליישב ההמשך, דהנה הרמב"ם בפ"א מתשובה הלכה ג' כתב וז"ל ואפשר שיחטא אדם חטא גדול או חטאים רבים עד שיתן הדין לפני דיין האמת שיהי' הפרעון מזה החוט' על החטאים אלו שעשה מדעתו ומרצונו שמונעין ממנו התשובה ואין מניחין לו רשות לשוב מרשעו כדי שימות ויאבד בחטאו שעשה, עיי"ש שמביא ראי' על זה ובע"כ מחלק הרמב"ם, אף דאי' במס' ר"ה דף י"ח דגזר דין נקרע ע"י תשובה ותפלה, אבל לגזירה זו שימות ברשעו ולא יהי' לו עו"הב שמונעים ממנו דרכי תשובה לא נקרע, ואפשר לומר מלבד הכוונה הפשוטית כרמב"ם יש לומר עוד דבר אחר במה שהוא סבה לאדם שאי אפשר לשוב דהנה לכאורה קשה מאי דארז"ל רשעים מלאים חרטה בכל יום, ולעומת זה אז"ל רשעים אפי' בפתחו של גיהנם אין חוזרין, ודבריהם סותרין זא"ז, ונראה הכוונה דידוע מה שכתבו ז"ל כשאדם חוטא בחטאים גדולים ונתמלאה סאתו בורחת ממנו הצורה האלהית והוא רשע גמור, כי אין לו הנשמה הקדושה, וכמרז"ל רשעים בחייהם קרויים מתים, וכל זמן שיש באדם הנשמה הקדושה אף שלפעמים חוטא מצד טבע יצר הרע ומצד חומר הבהמיי שמתאוה הרשע מ"מ אח"כ מתחרט, כי הצורה האלהית אשר בו מחזירתו למוטב, ואין אדם עובר עבירה אא"כ נכנס בו רוח שטות, אבל כשהולכת ממנו אותה קדושה, אין לו דבר שיפתהו לעבודתו יתברך, כיון שנפש הבהמיי שבו מתאוה לרע וכן היצר הרע, ואין לו נשמה קדושה שהיא חלק ממעל שיסייע לו לטוב, וזהו בכלל מניעת הרשע מדרכי תשובה ע"י שנאבדה ממנו אותה המתנה ההגונה שהיתה בו יותר משיש לכל מיני בעלי חיים, ועתה ע"י גרמתו נאבדה ממנו, ולכן הרשע הזה אפי' בפתחו של גיהנם אינו חוזר:

ואנכי הבינותי ע"י זה מה דאיתא בפרשת וילך, הנך שוכב וגו' והסתרתי פני מהם וגו' ואמר ביום ההוא הלא על כי אין אלהי בקרבי וגו' ואנכי הסתר אסתיר פני ביום ההוא וגו' עכ"ל הפסוק, דהנה ראיתי בס' יד יוסף בדף ה' ע"ב שפירש בהא דאי' במדרש וישלח ר' מאיר אומר מי גדול השומר או הנשמר מן מה דכתיב כי מלאכיו יצוה לך לשמרך, הוי אומר הנשמר גדול מן השומר, והכוונה דהנה הפלסופין אומרים, שנפש האדם נאצלת

משכל הפועל וכשנפרדת מן הגוף נדבקת עם השכל הפועל, ואיננה למעלה מיסוד המלאכים, אמנם חכמי האמת ובתוכם הרמב"ן ז"ל כתבו שנפש האדם חלק למעלה מן המלאכים מתחת כסא הכבוד, כדכתיב ויפח באפיו נשמת חיים, ומי שנופחה, מרוח שבתוכו נופח, באופן שנשמת אדם חלק אלוה ממעל, וז"ש מי גדול השומר שהוא המלאך מהנשמר שהוא האדם, ר"ל מי מדריגת נפשו גדולה, והשיב הנשמה שהיא הנשמר, מדכתיב כי מלאכיו יצוה לך לשמרך, ובאים מלאכים אצל צדיקים ורואים אותם, ואם היתה נפש הצדיק מיסוד המלאכים, כשהיתה רואה את המלאך, היתה נפרדת מן הגוף ונדבקת בשרשו שזהו הטעם כי לא יראני האדם וחי שנפש האדם חלק אלוה ממעל ומתדבקת בשרשה, ואי היתה הנפש ממדריגת המלאך וניצוץ ממנו, תיכף כשהיתה רואה שרשה ומקורה היתה נפרדת ומתדבקת בשרשה, וזהו סברת מנוח באמרו, מות נמות, כי אלקים ראינו, וזהו כוונת יעקב באמרו, ויקרא שם המקום פניאל, כי ראיתי אלקים פנים אל פנים ותנצל נפשי, אם היתה נפשי משורש המלאכים היתה נפשי מתדבקה בשרשה ונפרדת מן הגוף, והשיג עכשיו אמתת דרוש זה שפניו וצלמו הוא צלם אלהים ממש ולא מצלם מלאכים, ולכן אמר יען ראיתי מלאכים פא"פ ותנצל נפשי, ואם היתה נפשי משורש המלאכים היתה מתדבקת בשרשה ונפרדת מהגוף, ועם כ"ז ותנצל נפשי, וזה מופת חותך מהיא למעלה מהמלאכים, ופני אל ממש, עכ"ד פח"ח, העולה מדבריו שהנשמה נקראת פני אל, וז"ש כשיעבדו ע"ז ימנע מהם דרכי התשובה, דהיינו שיסתיר פניו מהם והוא הנשמה אשר נתן לנו הנקראת פני אל, כי היא חלק אלוה ממעל, וממילא יחטא, וז"ש ועזבתים והסתרתי פני מהם, ואמר ביום ההוא על כי אין אלוה בקרבי, ר"ל החלק האלהי ממעל איננו בקרבי לכן מצאנו הרעות האלה, וידאוג על אבידת מתנה הגונה שהיתה לו, ומ"מ לא יועיל וז"ש ואנכי הסתר אסתיר פני ביום ההוא, ר"ל אף שירצה שהש"ית יחזיר לו אותה מתנה לא יועיל, ויסתיר הש"ית פניו מחמת כי פנה אל אלהים אחרים, זהו עונש שלהם שמנע מהם דרכי התשובה, והגזירה הוא שיסתיר הפנים מהם והבן וא"ש:

ובאמת יש לחקור כיון דמצות עשה היא בתורה למי שרואה דבר עבירה שיוכיח, וכמ"ש בפ' קדושים הוכח תוכיח וגו' והוא על כל אדם מישראל וממילא חל על הנביא, ואם הנביא שמע שנגזר למעלה שאדם רשע הלז ימות ברשעו ושימנעו ממנו דרכי התשובה, אם מחוייב לקיים מצות עשה דתוכחה, מי נימא כיון שעיקר טעם התוכחה כדי שיחזיר למוטב וכיון דנביא זה יודע בנבואתו, שהגזירה היא שימות ברשעו ולמנוע ממנו דרכי התשובה, פטור ממצוה הזאת, או דלמא שאין לנביא לילך אחר נבואתו לפטור את

עצמו ממצות עשה הכתובה בתורה, ומחוייב לקיים המצוה כאלו לא הי' נביא, וקצת ראייה יש להמעיין בס' מוהר"ב בן חביב ז"ל במס' יומא דף ע"ה ע"א שאין לנביא לילך בתר נבואתו לענין דבר הנוגע לדין, ויש להאריך בזה ואין כאן מקומו, ולפ"ז יש לומר שכן הוא כוונת הכתוב, אף שהנביא ישמע גזירה שימות אדם פלוני ברשעו, מ"מ אין לנביא לומר כן לרשע זה שנגזרה עליו הגזירה שימות ברשעו, ואם עושה כן אף שאינו גורם למותו בעו"הב כי בלא"ה הי' מוכרח שימות ברשעו, מ"מ עושה חטא ועון, כי הוא מחוייב לעשות את שלו להוכיחו שישובו כי הוא כמו צופה, וז"ש והזהרת אותם ממני באמרי לרשע רשע מות תמות, ר"ל כמו שפירשתי באופן א' דבאמת תאמר לרשע, מה שגזרתי עליו שימות ברשעו, וז"ש רשע מות תמות, ר"ל שימות ברשעו, ונכפל במיתה דהיינו בעו"הז ובעו"הב, ולא דברת להזהיר רשע מדרכו. הוא רשע בעונו ימות, ר"ל אף שבוודאי ימות ברשעו מצד הגזירה, מ"מ דמו מידך אבקש, כי אתה לא קיימת מצות תוכחה, אבל אם הזהרת רשע לשוב מדרכו, אף שלא ישוב מדרכו מחמת שמנעתי ממנו דרכי התשובה הוא בעונו ימות ואתה נפשך הצלת כי עשית את שלך להוכיחו כמאמר הכתוב הוכח תוכיח, ולא תאמר כיון שאתה נביא וידעת שלא תועיל תוכחה, פטור אתה מלהוכיח, רק אתה מחוייב להוכיחו, וא"ש, ואם שגיתי בדרושי' ה' הטוב יכפר ממעל, ואולם כן היא דעת הרמב"ם ורבו החולקים וכמ"ש בס' מוהר"י מטראני ז"ל שאין לך דבר שעומד בפני תשובה, ובעבירות החמורות מועילה התשובה, ויה"ר שנזכה לשוב בלב שלם, ונזכה לגאולה שלימה במהרה בימינו אמן:

דרוש בשמואל א' קפיטל י"ז פסוק נ"ה עד קפיטל י"ח פסוק ה': **א וכראות** שאול את דוד וגו' ויאמר אבנר חי נפשך וגו' ויהי' ככלותו לדבר וגו' ויקחהו שאול וגו' ויתפשט וגו' וי"לד טובא

א) למה שאל אל אבנר דוקא בעת שיצא לקראת פלשתי ולא שאל לו קודם לכן:

ב) הקשו רז"ל ביבמו' דע"ו ע"ב ודף ע"ט ע"א והובא ברש"י וכי לא ידע והלא כתיב ויאהבהו מאד ויהי לו נושא כליו, ואף שדבריהם בודאי אמת מ"מ דברי תורה נדרשים בכמה פנים:

ג) י"לד למה שאל המלך אל אבנר ולא לשאר אנשים:

ד) למה תארו עכשיו בשם שר הצבא מאי נ"מ לשאלה זו אם הוא שר:

ה) מה שאמר בן מי זה הנער אבנר תיבת אבנר מיותר:

ו) למה קראו כאן בשם נער ואח"כ בשם העלם:

ז) מ"ש ויהי ככלותו לדבר אל שאול ונפש יהונתן וגו' אין לו סמיכות זה לזה כי משמעות הלשין מורה שמתחילה לא הי' לו אהבה אליו כ"כ רק עכשיו ע"י כלותו לדבר נקשרה אהבתו אליו והדבר יפלא מדוע יוסיף עכשיו אהבה:

ח) לענין מאי אמר שאהבו כנפשו:

ט) מדוע לא הניחו שאול לשוב אל בית אביו הגם שיש לומר כפשוטו כי חפץ באהבתו הלא גם מתחילה הי' לו לאוהב ועל כל זה הניחו ו לשוב ובאמת יש ליישב מ"מ ניחא לן לומר תירץ מרווח ליישב הענין

י) לענין מאי סיפר לנו שיהונתן נתן לדוד בגדים והחרב אף שרצה להורות לנו גודל צדקתו ואהבתו הא כבר מבואר שאהבו כנפשו, ונראה ליישב ומקודם נפרש מקראי קודש בסיפור המעשה מה דאי' בפסוק מ"ה מ"ו מ"ז, ויאמר דוד אל הפלשתי אתה בא אלי וגו' היום הזה וגו' וידעו כל הקהל וגו' ויש לדקדק:

א) לענין מאי אמר מני פעמים וידעו:

ב) כי מעיקרא אמר כל הארץ ואח"כ אמר כל הקהל:

ג) כי מעיקרא אמר שם אלהים ואח"כ אמר שם הוי' ב' פעמים:

ד) יש להבין על אדונינו חסיד דוד המלך עליו השלום שהלך בסכנה עצומה כזה אמאי לא התפלל להש"ית כי לא מצינו מבואר במקראות הללו שהי' מתפלל להש"ית שיושיע אותו רק הלך בחוזק ובאמוץ הלב:

ב ונקדים לפרש מקראי קודש במלכים א' י"ו וי"ז ויעש אחאב וגו' באבירם בכורו יסדה וגו' ויאמר אליהו מתושבי גלעד אל אחאב חי ה' אלהי ישראל אשר עמדתי לפניו אם יהי' השנים האלה טל ומטר כי אם לפי דברי ויש לדקדק טובא:

א) לענין מאי נשבע הא בלא שבועה ג"כ הי' רואה אחאב שנתקיים גזירתו:

ב) מה שאמר אשר עמדתי לפניו הוא למותר כי לענין מאי הוצרך להזכיר כן ורד"ק פי' וז"ל שאני רגיל לעמוד לפניו בתפילה וכן אל המקום אשר עמד שם וגו' יע"ש וקשה לענין מאי מספר כאן שבחו שהי' מתפלל לפניו:

ג) לענין מאי נשבע שלא יהי' מטר כי אם לפי דברי שהוא לכאורה ללא צורך כיון שרצונו הי' להראות שנבואת משה יתקיים ואף אם לא יתלה בדעתו ג"כ יראה שיתקיים נבואת משה:

ונראה לענ"ד ליישב דהנה בבעל העקרים במאמר ד' בפרק כ"ב האריך מאד ותמצית דבריו שיש כת צדיקים שאינם יכולים לפעול מהש"ית רק ע"י תפילה ויש כת צדיקים שעניני עולם נמסר בידם מבלי שיצטרכו להתפלל להש"ית שיעשה הדבר שמבקשים

רק עוז וממשלה בידם לפקוד מעצמם על כל המעשים, וכן אי' להדי' במדרש רבה בפ' בשלח פ' כ"א וז"ל ד"א מה תצעק אלי הה"ד ותגזור אומר ויקום לך אמר ר' לוי כשם שהקב"ה מצווה למשה ומדבר עמו כך הי' משה מצווה כביכול לפני הקב"ה כו' יע"ש (ועמ"ש בעל העקידה בשער ג' מאמר ו' דף ט' ע"ג בסופו, ובשער ל"ח בפ' בא דף י"ג ובפ' נח שער שלשה עשר דף כ"ח ע"א ובפ' חוקת שער שמונים דף קי"א ע"ג) וע"פי זה כתב בעל עקידה בפ' בלק בשער פ"ב בפסוק משה ואהרן בכהניו ושמואל בקוראי שמו ר"ל משה ואהרן בכהניו שהם בכלל שרים המושלים מדעתם בדברים ידועים שאין צריכין ליקח רשות ממלך ושמואל הוא מכת הקוראים אל ד' והוא יענם יע"ש, ואי' בסנהדרין והובא ברש"י שם למה סמכו כי הלכו לנחם את חיאל אמר אחאב לאליהו אפשר שקללת תלמיד נתקיימו וקללת משה רבינו לא נתקיימו שנאמר וסרתם וגו' וחרה וגו' ועצר את השמים וכל ישראל עובדים עכ"ום ואין גשמים נעצרים מיד ויאמר אליהו יע"ש ולפ"ז י"ל ואומר אחאב הי' חכם להרע ולהסית לבני אדם ואמר לחיאל כי אף שנוכל להאמין שיש לאל יד הנביא לפעול היינו ע"י תפילה אבל לא יוכל מעצמו לפקוד פקודה ואינו משלים עצת עבדיו וז"ש אפשר שקללת תלמיד נתקיימה וקללת משה כו' ר"ל כיון שהי' מעצמם על צד קללה ולא בקשו ע"ז בתפילה, והי' כפר כדרכו והי' אומר שמה שנענשו בני חיאל הוא על צד המקרה כמ"ש בס' אברבנאל בביאור הדבר, ואולם אלי' הנביא רצה לקנא קנאת ה' ולהשריש האמונה שיש יכולת ביד הצדיקים לשדד הטבע מעצמם כי הוא יסוד הגדול (כמ"ש העקרים לפרש שחטא מי מריבה הי' במה שלא דיברו בדרך פקודה יע"ש) לכן אמר לאחאב שיברר לו בראיות ברורות שיש יכולת בידו מעצמו לגזור אומר וה' יקום דבריו אף בלא תפילה וא"כ ממילא ראוי להאמין שעונש של חיאל הי' מצד קללת יהושע ואולם אחאב הי' רשע ואם לא הי' נשבע לו אף שלא הי' בא הגשם כפי דיבורו של אליהו הי' אחאב מכחם הענין ועדיין הי' אומר לאחר שהלך אלי' ממנו הלך לבקש והתפלל להש"ית בתפילות וצומות עד שהשלים רצונו ועדיין לא ידעו העולם שהש"ית מקים דבר עבדו לכן אמר אליהו בפני חיאל ונשבע ע"ז בשמו הקדוש שלא יתפלל ויבקש מהש"ית שלא יהי' גשם רק שבדיבורו בלבד יפעל מהש"ית שיעשה רצונו שמקים דבר עבדו, ונוסח אמירתו הי' כך אני אביא לך ראי' ברורה שהש"ית מקים דבר ועצת יהושע אף שאמר כן מעצמו נתקיים ובני חיאל נענשו מחמת קללתו ואני אברר לך בראי' ממני אף שאני אינני מוחזק לנביא להיות מכת הכהנים המושלם כמו יהושע המוחזק בכך רק שאני מוחזק מכת הקוראים שמו שדרכי תמיד להתפלל לפניו והש"ית ממלא משאלותי ולא הורגלתי בכך שהש"ית ימלא משאלותי בלי תפלה ואעפ"כ אני אראה לך שאגזור

ואומר בדבור בעלמא שהמטר יהי' לפי דברי וישלים רצוני ואני נשבע בשמו הקדוש שלא אתפלל ע"ז ומעתה יש לך להבין מכ"ש יהושע שהי' מוחזק לנביא מכת הכהנים כי כבר עשה ענינים כאלה מדעת עצמו שאמר לעיני כל שמש בגבעון דום והשלים הש"ית רצונו מכ"ש שהש"ית השלים רצונו בענין יריחו וקללת חיאל הי' מחמתו ואינו מקרה וז"ש חי ה' אלהי ישראל אפר עמדתי לפניו ר"ל אף שדרכי להתפלל לפניו כמ"ש רד"ק אם יהי' השנים האלה טל ומטר כי אם לפי דברי ר"ל בענין טל ומטר לא אתפלל רק לפי דברי, כפקודתי כביכול כדי להראות שרצון יראיו יעשה בלי תפלה ולכן נשבע לו כדי שלא יאמר אחאב אולי התפלל בינו לבין עצמו ונשבע שלא יתפלל ויבקש רק בדבור לבד יקום ה' דברו וכן הי' באמת כי מה שאמר הש"ית לאליהו בקאפיטל ח' לך הראה אל אחאב ואתנה מטר על האדמה פי' אברבנאל וז"ל אתה נשבעת על עצירת גשמים ועברו שלט שנים והי' לך לבקש ממני לרחם את האדמה כי בעבור השוטים אינו ראוי שתחרב הארץ וכיון שאתה לא תתעורר אני מעיר אותך שתראה אל אחאב באופן שיחלה פניך ואתה תתפלל כדי שיבוא מטר על ידך לפי שאני רוצה לתת מטר בארץ ומפני כב דך לא ארצה לתתו כי אם על ידך יע"ש ומה דאי' בסי' י"ח פ"ב ויגהר פניו ארצה וישם פניו בין ברכיו אינו מוכרח לומר שהתפלל על גשמים כמו שפירש"י ולולי דבריו ז"ל יש לומר שעשה כן דרך כבוד במה שגחין לארעא אבל יוכל להיות שהי' על דרך ותגזור אומר ויקם כמו שעשה חוני המעגל וא"כ הראה לאחאב שע"י דיבורו לבד שלא יהי' גשם יקום דברו וכוונתו הי' להראות לו שהשלים הש"ית דבר יהושע אף שהי' מעצמו וא"ש ונכון. העולה מזה כלל א' שיש כת צדיקים שאין צריכין להתפלל רק הש"ית משלים דבריהם ועצתם:

ג כלל ב' כתב הר"ן בדרוש ח' שרצון השם יתברך לקיים מנהגו של עולם בכל מה דאפשר ולפעמים כשיצטרך לחדש נס נפלא יערב בו דבר טבעי שיהי' למשענת הנס עם היות הדבר הטבעיי ההוא לא יספיק לפעול הנס ההוא אבל ישען בו לבד וזה הי' ענין מטה שעשה בו משה את כל האותות וענין אלישע שאמר מה יש לך בבית יע"ש וע"פי זה כתב אאמ"ו הגאון נר"י בספר יבין שמועה בדף ט' ע"א פ' ויצא בהא דאיתא שם ויקח לו מקל לבנה לח ולוז וגו' שע"ז הדרך עשה יעקב שבוודאי אין בטבע המקלות הללו לפעול מחשבותיו דא"כ הי' מעשי צדיק ברמי' ח"ו אבל עשה הצדיק כן כדי שעל ידי זה ימלא הש"ית חפצו קצת קרוב אל הטבע. ולפ"ז נבוא אל הענין במעשה דגלית המעיין היטב יראה גודל צדקת דוד המלך ע"ה גודל יראתו ואומץ לבבו ביראתו יתברך ובבטחון חזק

ואמיץ ורצה להתקדש שמו ברבים באופן היותר טוב והיותר מועיל למען ידעו כי יש אלהים בארץ:

א) כי מצינו משאול רצה ללבשו כלי מלחמה כדאי' בפסוק ל"ח וילבש שאול את מדיו ונתן כובע נחושת על ראשו כו' ויאמר דוד אל שאול לא אוכל ללכת באלה כי לא נסיתי פירש"י אין שבחו של נס בכך ויש לומר שהי' מחולקים בסברא הלז כי שאול רצה לסמוך הנס על משענת הטבע כדי שלא יהי' נס לגמרי ואולם דוד חשב כיון שהענין הוא בפני פלשתים שאינם מאמינים בחוץ לטבע אם ילך בכלי מלחמתו אזי יתלו הענין בטבע ולא יתקדש שמו לכן הלך בלא כלי מלחמה כדי שידעו גם הפלשתים שיש כח לשנות הטבע אפי' בלא חרב וחנית:

ב) לא מצינו שדוד התפלל להש"ית רק אמר בדרך פקודה שבודאי יצילהו ע"ד כת כהנים וכמו דאי' בסי' י"ז ד' אמר הצלני מיד ארי ומיד דוב הוא יצילני מיד הפלשתי זה ולא אמר כלל בדרך בקשה ותפלה א"כ הי' במעשה זו מכת הכהנים ולא מכת הקוראי שמו וכל כוונתו לא הי' ח"ו להגדיל שמו שידעו מעלתו שהש"ית משלים עצתו ותלה הענין בישראל כמ"ש כי חרף מערכת אלהים חיים לכך בטחונו הי' חזק שישלים עצתו וא"כ דוד קידש שמו בשני ענינים א' במה שלא לקח כלי זיין שידעו כולם שנעשה נס חוץ לטבע וגם לא ביקש בתפילה ובבקשה כדי שיראו כולם מעלת ישראל עם קרובו שיש כח בידם לשנות הטבע והם מושלים על הטבע וידוע שתיבת הוי' מורה שמשדד הטבע, וז"ש דוד הע"ה לפלשתי היום הזה יסגירך ה' בידי ר"ל הוי' המשדד הטבע בודאי יתן אותך בידי לבד ולא על פי כלי זיין ואני אומר כן בדרך פקודה כביכול שיתן בידי וכענין ותגזור אומר ויקם (ואז"ל מי מושל בי כביכול צדיק מושל בי) ונתתי וגו' וידעו כל הארץ כי יש אלקים לישראל ר"ל שאלקים הוא לישראל או לצדיק שנקרא ישראל או לכללות ישראל ושומע לדברי ישראל לזה אני אומר בדרך פקודה ולא בדרך תפלה כדי לקדש שמו הגדול והנורא להראות חיבתו לישראל עד שמסר הממשלה ויכולת לצדיק לגזור ולאמר מעצמו כחפצו ורצונו וידעו כל הקהל הזה ר"ל אפי' הפלשתים כי כולם הי' בקהל אחת בשעת מלחמה כי לא בחרב וחנית יושיע ה' ר"ל שלא יאמרו שאין יכולת הש"ית ח"ו לעזור רק ע"פי משען הטבע בחר ובחנית ואם הי' בפני המאמינים הייתי לוקח הכלי זיין להיות משען רק כיון שהוא בפני כל הקהל אי אפשר לשעון על הטבע כדי שידעו כי לה' המלחמה ר"ל הו' המשדד הטבע בלי שום משען ונעשה הכל ע"פי נס ונתן אתכם בידינו ר"ל בידינו לבד בלי שום כלי זיין נכבוש אותם וא"ש ומובן היטב:

ד ולפ"ז נבוא אל הענין במקראי קודש שהתחלנו דהנה רד"ק פי' בשם אביו ז"ל כאשר ראה שאול את דוד יוצא לקראת פלשתי בלא פחד שאל לאבנר מי זה הנער כלומר התדע אם ישי אביו הי' גבור חיל שנבטח על גבורתו כי אם הוא גבור בן גבור יוסיף אומץ ואבנר לא ידע כי ישי הי זקן בא בימים יע"ש ולענ"ד יש לפרש כאשר ראה שאול גודל צדקת דוד ובטחונו בהש"ית שלא פחד ושם נפשו בכפו כי הי' בטוח בהש"ית שיצילהו וגם התעוררות לא הי' בא מפאת המלך שיצוהו לילך וללחום כי אז לא הי' חידוש כיון שהי' מוכרח רק הוא מעצמו התעורר לקנא קנאת הש"ית כדי שידעו העולם שיש ה' בישראל והראה אומץ לבו בגבורתו ללחום אמר שאול בלבו שבודאי קנה שלימות זו מרב מובהק ששלם במעלות ומידות השכליות כי תלמיד קונה שלימות מרבו כי כמו שצריך ללמוד מרב במושכלות כמו כן צריך תלמיד ללמוד מרב מידות טובות באמונה ודיעות וידוע שתלמידים נקראים בנים כדאי' בכמה דוכתי ורב הוא אב כמ"ש אלישע אבי אבי רכב ישראל, ויען כי אבנר הי' צדיק מפורסם ואיש מלחמה שר צבא והי' לו לב אמיץ ללחום כיון שהי' ראש מסתמא הי' לו לב אמיץ יותר משאר אנשי המלחמה כי זהו עיקר במלחמה והי' מפורסם לשאול כי הוא הי' ראש הצבא חשב שאול שבודאי באותן ימים שהי' דוד יוצא ונכנס בבית המלך משעה שלקחו מאביו ואבנר הי' יוצא ונכנס בבית המלך כדרך שר צבא למד דוד שלימות הלז מאבנר וידוע שמשרת נקרא נער כמו שנקרא יהושע נער מטעם זה והמשמש לרב מובהק לומד ממנו הרבה כמ"ש ז"ל גדולה שימושה כו' וז"ש ובראות שאול את דוד יוצא לקראת פלשתי ר"ל שהוא התחיל מעצמו להיות יוצא שהתעוררות בא רק ממנו שלא הי' ע"פי פקודת המלך שילך רק הוא התחיל כדאי' שם (ועיין סוטה דף מ"א ע"ב במוהרש"א שם ותבין היטב מה שיש לה להסביר הדבר) וגם יש לומר כי כפי הנכתב בפסוק מ"ח וימהר דוד וירץ המערכה לקראת הפלשתי א"כ הלך בזריזות ולא הי' לו פחד וגם נכלל בזה כשראה ענין הליכה לקראת פלשתי שלא לקח עמו שום כלי זיין והפלשתי הלך במגן וברומח והי' דוד בחזקת סכנה יותר מפלשתי ועכ"ז הלך והי' לו לב אמיץ שלא רצה להמתין רק רץ לקראתו, אמר אל אבנר שר הצבא באשר הי' ראש הצבא מסתמא הי הוא הגדול שבהם ומפורסם שבכל אנשי מלחמה שיש לו לב אמיץ ולב ארי' שאינו מתפחד מפני כל ובוטח בהש"ית וידו רב לו יותר ללחום מלחמות משאר אנשי מלחמה וחשב שאול שמן הסתם דוד הי' משרתו וקיבל ממנו האומץ לבב ביראת הש"ית ללחום מלחמות ה' לכן תארו בשם שר צבא וזה שאמר בצחות לשונו בן מי זה ר"ל של מי הוא תלמיד זה אצל מי למד ענין נפלא כזה כי התלמיד נקרא בן, הנער אבנר ר"ל אם היא משרת של אבנר אם למד

ממנו התנהגותיו הנפלאים כי גדולה שימושה יותר מלימודה וז"ש הנער אבנר, ואולם אבנר השיב בצדקתו וענותנותו חי נפשך המלך אם ידעתי, ר"ל איך אוכל להיות רבו אני נשבע בך אם אנכי יודע להיות מלומד במלחמה ולהיות לי לב אמיץ כמו שיש לו שאין לי לב אמיץ ללחום עם פלשתי כזה בלי כלי זיין ובלי תפלה להש"ית רק בבטחון ובזריזות ולא יוכל להיות תלמידי שוה לי בלב אמיץ כמו שיש לו ומסיבה זו לא רציתי לילך במלחמה עם הפלשתי וא"כ נעלם ממני ממי למד הגבורה ואמיצת לב כזאת וע"ז אמר לו המלך שאל אתה בן מי העלם ר"ל מי הוא רבו כי רצה להכיר את רבו ואפשר שרצה להושיבו בראש ויוכל להיות שלא ידע שאול כי יש לישי אביו לב אמיץ כזאת, ואח"כ כשבא לפני שאול ואמר לו בן מי אתה הנער ר"ל אצל מי שמשת שתלמיד נקרא כן והשיב בן עבדך ישי ר"ל שלמדתי מאבי שהי' עבדך ואולם עכשיו הוא יושב בבית לחם שהוא זקן וא"י ללחום מלחמתך אבל למדתי ממנו והבן, ומעתה יובן מ"ש אח"כ ויהי ככלותו לדבר כו' כי יהונתן הי' חכם ונבון וע"ע אף שראה שסיכן נפשו ללחום מלחמת ה' ועשה מצוה להסיר חרפה מעל ישראל אולי הי' כוונתו ע"מ לקבל פרס כי אמרו לו שאיש אשר יכנו המלך יעשרנו עושר גדול ואת בתו יתן לו כדאי' בסי' י"ז פסוק כ"ה ואולי עשה כן לטובתו ודרך בני אדם שמסתכנים נפשם עבור כבוד המדומה ולהיות שר גדול ובפרט חתן המלך ולא מוכח שהוא צדיק גמור, ואולם כאשר ראה יהונתן שבא לאביו והי' מהראוי שאביו אמר לו שיקיים הבטחתו ויתן לו הבת והעשירות ולא אמר לו כלל שים רמיזה מזה ואעפ"כ לא מלאו לבו לבקש ממלך שיקיים הבטחתו ולא הזכיר שום רמז למלך מזה וכאשר באמת איתא בקאפיטל י"ח פסוק י"ז כש כשרצה ליתן לו מירב אמר מי אנכי ומי חיי ובפסוק כ"ג כשדיברו לו עבדי המלך שיקח למיכל אמר דוד הנקלה בעינכם התחתן במלך ואנכי איש רש ונקלה והתחתן עבוד מאה ערלות פלשתים אבל לא מלאו לבו לבקש שכר מהבטחת המלך עבור גלית הפלשתי מוכח שעשה ענין דגלית פלשתי לשם שמים לגמרי לכן לא דיבר למלך ולא ביקש ממנו לקיים הבטחתו שלא רצה לקבל פרס כי עטה רק לשם שמים עבור שחרף המערכת אלקים שם נפשו בכפו וא"כ הי' צדיק גמור שהוכיח סופו על תחלתו שעשה לשם שמים לכן אהב יונתן את דוד כנפשו, כמו שאדם אוהב את נפשו מחמת שהיא חלק אלוה ממעל, כמו כן אהב את דוד עבור צדקתו וז"ש ויהי ככלותו לדבר אל שאול וראה יהונתן שלא ביקש עשירות וגם את בתו לכן נקשרה נפשו בנפשו, וא"ש והבן היטב:

ה ואולם נשמע מפסוק זה שרק יונתן לבדו אהב אותו ולא שאול, וכן מוכח דאל"כ הי' לו לשאול לקיים הבטחתו מוכח שהיה לו טינא בלב וכמו שפירש"י בסימן י"ז פסוק

מ"ח כשראה שאול שבגדיו הם מכוונים למידתו הכניס עין הרע יע"ש ולפ"ז י"ל לולי דמסתפינא אף שהיה שאול צדיק גדול כבן שנה שלא טעם טעם חטא מ"מ בדבר זה ראינו בפסוקים שאח"כ שרצה שדוד יהי' נלכד. וא"כ י"ל שכוונתו במה שלא נתנו לשוב בית אביו לא הי' מחמת אהבתו (שאם הי' אהבה גמורה הי' לו לקיים הבטחתו וגם כפי הנראה נכנס עין הרע בלבו) רק כיון שראה שאול שדוד התחיל להיות גבור חיל אבל עדיין היה רך בשנים ולא למד כל טכסיסי מלחמה וכאשר שמע שאביו איש מלחמה שלמד התנהגות אצלו חשב כשישב לבית אביו ילמד כל טכסיסי מלחמה ויהי' מלך בישראל ולכן אמר ויקחהו שאול ביום ההוא ולא נתנו לשוב לבית אביו מטעם הזה כדי שלא ילמד ממנו כל טכסיסי מלחמה ולא יהי' מלומד במלחמה להנקם כאשר באמת רצה לבסוף שיהי' יד פלשתים בו וא"כ נדרש סמוכין כי על ידי זה שאמר שיונתן אהבו ולא שאול לכן לא רצה שילך לבית אביו רק שיהי' אצלו ויוכל להנקם ממנו כשלא יהי' מלומד כ"כ אם ילחום כדאית' בסימן י"ח פסוק י"ז וא"ש:

השמטה

ובזה מובן מ"ש אח"כ ויתפשט כו' ועד חרבו וכו' דהראה גודל צדקתו וחכמתו ואהבתו לדוד אהבה עצמיות ונראה שהבין שדוד יצליח ויעלה מעלה והבין שיש לאביו טינא בלבו ורצה להסיר הקנאה ממנו דמצינו בדואג שבמכוין שיבח לדוד כדי שיכנס עין הרע עליו כדאי' בסי' ט"ז הנה ראיתי בן לישי ויודע נגן כו' וכמ"ש רש"י לכן התחכם יונתן להסיר הקנאה מדוד וחשב שאם דוד ילך בלי שום כלי זיין ויצליח על ידי זה יתגדל שמו ביותר ויקנא אביו שהי' צריך לכלי זיין וכיון שהבין יונתן שכוונת אביו שלא ילך לבית אביו כדי שלא ילמוד כל טכסיסי מלחמה א"כ הרגיש שיש לאביו קנאה עליו וגם במה שלא קיים הבטחתו לכן בכיון נתן לו כלי זיין כדי שאף אם יצליח במלחמה יתלו הסיבה בכלי זיין ולא יתקנא שאול כל כך כי גם הוא הי' לו כח ללחום ע"פי כלי זיין א"כ בזה הראה גודל צדקתו וחכמתו ואהבתו לדוד והבן ומיושב כל הקו' בס"ד ודוק:

בכלל א פרט א מה שכתבתי להוכיח דהודאה גז"הכ מדין מודה במקצת הראני אחד מלומדים שכוונתי בזה לספר קצ"החח בסימן ל"ד, ובספרי חסר מסי' ל"ד וסי' פ"ח:

שם בפרט ז מ"ש לתרץ קו' הגאון מפייאסק זצ"ל השיב חתני הרב המאו"הג ידיו רב לו בפלפול וסברא מוהר"ר ליב נ"י אב"ד דק"ק ביאה מדברי תוס' במכות דף ו' ע"ב בד"ה בזמן דוק ותשכח, ולענ"ד לק"מ דשם איירי בדיני נפשות שהמתרה מצרפן ובשגם כי רש"י ורע"ב לא כתבו לענין קא"פ, ואולם לרמ"ה בטור קשה אך הש"כ בסימן ל"ו ס"ק

ו' תמה עליו והוכיח דבעינן שיראו כולם כאחד כמ"ש הטור בסימן ל"ח ומשמע להדיא דלא סגי במקצתן ובע"כ מחלקים כנ"ל דהמתרה מצרפין:

בכלל ג פרט ה הוכחתי דר"ן ומוהרא"י סוברים דבממון ל"מ ס"ס והקשה חתני הרב הנ"ל מהא דאי' שם הקדישה בלא תקפה מהו הא התם הוא לענין איסור אי חל הקדש הא הוי ס"ס, ולענ"ד לק"מ כיון דעיקרו הוא ממון דאנו מוכרחין לדון אם הודה ויכול להקדיש או לא הודה ונגד ממון ל"מ ס"ס ולא אזלינן בתר הנגרר ושאני איסורא גרידא ובלא"ה ספק הקדש יש לו דין ספק ממונא לענין שלא להוציא מן המוחזק עיין ש"כ יו"ד סימן רנ"ח ס"ק י"ד וי"ל ה"ה לענין ספק ספיקא:

בכלל ה פרט ב מה שכתבתי דלמשנה ראשונה נאמנת משום שווי' נפשה ח"דא וכן הבין בס' שערי המלך, הקשה גדול אחד מיוחד בדורינו אמאי נאמנת ליטול כתובה, השבתיו פשוט לענ"ד לפי מה דמוכח במס' גיטין י"א שחוב הוי לאשה שתצא מבעלה אף כשניתן לה הכתובה וכיון דמשנה ראשונה לא חששו שעיניה נתנה באחר הוי הודאה לחובתה לכן לתוס' וסיעתם מדינא נאמנת דשווי' נפשה כו' הוא מטעם הודאה ואף שמפקעת א"ע משעבודא דבעל דל"ל סברת הר"ן ואף שחוב לבעל כי מתוך שנאמן לחובתה כו' כי בממון הטעם דחיישינן לקנוניא כמ"ש בית יוסף בסימן מ"ז בשם בע"הת וליכא חובתו:

שם במה שכתבתי בדרך פלפול באומרת מת בעלי ואח"כ הבן אם נתייבמה י"ל דאין מוציאין מהיבם ודמי למ"ש תוס' בכתו' דנ"א ופי', והשיב גדול מפורסם נ"י דלא נשמע רק דאין חכמים מחמירין להוציא אשה מבעלה משא"כ כשאיסור בחומרא הי' כבר קודם כניסה והוא עשה שלא כהוגן ועבר וכנסה, והשבתיו המעיין בדברי יראה שעיקר כוונתי להביא ראי' מרשב"א ביבמות דף ל"א ומה שכתבתי מתוס' ופי' הוא רק לסניף לכן כתבתי כיו"ב שאינו דמיון גמור ואולם באמת מצינו מילי דרבנן אף היכי שעבר על דרבנן שאין קונסין אותו להוציא עיין בחלקת מחוקק סימן י"ז ס"ק ס"ג וב"ש ס"ק ק"ד והמעיין בגוף תשובת מוהר"ם המובא במרדכי יראה שטעם הנזכר שם לא שייך ועיין ביבמות דף ל"ו ע"ב:

שם בפרט ג מה שכתבתי בכוונת ב"ש שאינו נאמן על גוף המעשה למפרע וכן הבין בהפלאה, כתב לי גדול מפורסם הנ"ל והודאת בע"ד לגבי עצמו מועיל למפרע ושאני בדין דבית שמואל דשם תלי' בזה קיום קדושין ולגבי אחרים אין מועיל הודאת בעל דין דאף שמחייבין את המודה לשלם מ"מ כיון שיכול להיות שאין האמת כדברי המודה לא הי' למקדש אצלו מעות בעד הקדושין ולא חלין הקדושין עכ"ל השבתיו סברא הלז לא הי' נעלם ממני ואולם דרכי בחיבורי לכתוב הענין כסדר ואח"כ לרמוז למקורו וכבר

כתבתי בכלל א' באריכות היכי שבגוף הענין ליכא עדות לא לאחרינא והוא רק הודאה לגבי עצמו רק שנגרר ממילא על ידי זה בענין אחר עדות לאחרינא י"ל דלא אזלינן בתר הנגרר רק בתר עיקר הענין וה"ה כיון שבענין ממון שהודה הוא רק חוב לעצמו וע"ז האמינהו תורה למפרע הוי הודאה לענין קדושין אף שנגרר מזה:

שם מה שהקשתי על הדין ביו"ד בסימן רס"ח כשאומר שנתגייר בינו לבין עצמו יצטרך להטיף דם ברית כתב הגאון אמיתי מיוחד בדורינו נ"י לתרץ דאפשר הי' כוונתו רק שטבל בלא ב"ד ועדים דמל ולא טבל אינו גר וכיון שלא נשמע מדבריו שגם מילה היתה שלא בעדים ל"ש שווי' נפשי ח'דא. השבתיו דאכתי קשה כיון שאומר סתם נתגיירתי ביני לבין עצמי ועכ"פ נכלל בלשון זה גם שמילה הי' בינו לבין עצמו הגם שיש לפרש רק על הטבילה מ"מ מספיקא מחויבין הב"ד לשאול שיברר כוונתו דבכל מקום היכי דאפשר לברורי על ידי שאלה מבררינן ואמאי מקלינן כל כך ובשגם כי הדין נובע מר' יהודה וכשם ששאל לו ר' יהודא שאלות דשם הי' לו לשאול שיברר כוונתו:

שם כתב הגאון נ"י שעדיין קשה אף לתי' שלי הנזכר שם ממה דאי' בסימן רס"ח סעיף יו"ד אין משיאין אותם עד שיביאו עדים או עד שיטבלו בפנינו הואיל והוחזקו קשה למה לא נבעי הטפת דם ברית השבתיו משם לק"מ כיון שנהגו בדרכי ישראל הרי הם בחזקת גירי צדק כי אלים כח החזקה ומחמת חומרא בעלמא לענין יוחסין עשו מעלה שלכתחילה אין משיאין אותם עד שיטבלו כיון דליכא צערא ולא החמירו להטיף דם שהוא צערא ובמקום צערא מוקמינן על דין תורה כדאי' בכמה דוכתי אבל בדין הנזכר בסעיף י"א שפיר הקשיתי כיון דשווי' נפשי' ח"דא הוא מדין תורה:

שם בפרט ד' בפלפול הב"ח על דברי הטור כתבתי אמאי נאמנת לאסרה ליבם הא מפקעת משעבודא השיג הגאון נ"י שאני הכא שאומרת שנתגרשה מאישה ולא הוחל עליה מעולם שתהי' זקוקה ליבם ול"ד לראיות שהבאתי, והשבתי כי דברים הללו כתבתי שם כן בעצמי בכוונת הב"ח שיש חילוק בין הפקעת שעבוד מבעלה להפקעת מיבם רק הפקפוק שלי שיש לדמות לארוסה ולכן לא כתבתי בלשון קו' כי יש לחלק דהזכות של ארוס אלים יותר לכן דקדקתי בלשוני וכתבתי יש לפקפק וכוונתי כי י"ל הטעם של"מ הודאה לאפקועי מארוס אף שאינה משועבדת לו מ"מ יש לי עכ"פ זכות והודאה ל"מ בכה"ג לחוב לאחרינא ואותו זרות יש ג"כ ליבם כיון שהיתה בחזקת זקוקה ליבם עכ"פ הי' לו זכות באשה לכשימות אחיו מהי' זקוקה ליבם וא"כ שפיר יש לפקפק:

בכלל שביעי פרט ד מה שכתבתי הדמיון למ"ש הש"ך בשם תשו' הרא"ש כוונתי על גוף הדין שכתב רשב"א דנגד מעשה ל"מ אמתלא ועל הדין בשינוי מלבושים כתב לי

גדול המיוחד הלז, דלפי זה כל נקבה ישראלית ההולכת בכיסוי ראש מוחזקת על ידי זה שכבר נשאת לאיש וכיון שאי' אם שנתגרשה או נתארמלה א"א להתירה דהוי כבאו עדים שהיתה א"א ואף שלא אמרה כלל שהיא א"א כבר הוחזקה, השבתיו לק"מ דהא אנוסה ומפותה הולכין בכיסוי ראש כמ"ש בשבות יעקב סימן ק"נ א"כ לא היתה מוחזקת לא"א כי מה לי חזקת כשרות וחז"ק שלא זינתה או חזקת פנוי':

בפרט ה מה שכתבתי דבאשה שאומרת נתקדשתי לא שייך הטעם דבעליו, כתבתי בקיצור וכוונתי כי מה שבעלים נאמנים על שלהם נגד חזקת היתר הוא מטעם נאמנות והיינו מטעם שווי' נפשי' ח"דא ושומר כיון שבידו הוי כבעלים כמ"ש בפ"י בגיטין דנ"ד דהוי כשליש כיון שנמסר לו שיכול לעשות כמו שירצה המנהו וכן משמע במרדכי וא"כ באשה ל"ש שתהי' נאמנת מצד נאמנות עד אחד דעיקר הטעם משום שווי' נפשי' כו' שעל זה סובב דברי שם לדחות דברי הפלאה:

שם מה שהקשתי על האי דינא דטבח בממ"נ היכי איירי כמש"ש כתב לי הגאון נר"י די"ל אף לדעת הר"ן דעד המעיד שלא בב"ד יכול לחזור אף בלי אמתלא שאני טבח שהדבר מסור בידו ולהודאתו עיי' טו"ז סימן ל"ט ס"ק י"ט ודינו כבעלים בשלהם, השבתי דאכתי קשה לפמ"ש מוהרי"ק סימן ע"ב דמעלה שבידו לא מהני רק לגרוע כח החזקה ונשאר עדותו ונאמן מטעם שעד אחד נאמן בספק השקול ואכתי שייך סברת הר"ן אך יש לקיים סברת מכ"ת הגאון נ"י כפי משמעות לשון הר"ן בגיטין דל"ל סברא זו ועכ"פ צדקו דברי בשיטת מוהרי"ק:

שם מה שכתבתי להביא ראי' מ מדברי ראב"ד לענין עדות שבטלה מקצתו, כוונתי ממ"ש שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול ודמי להא דאמר במקיימי הדבר הכתוב מדבר יע"ש וקו' הש"ס הי' שהורג ורובע יצילו שיהי' לו שם עד פסול ומשני שאין לו אפילו שם עד פסול כיון דהוא בעל דבר ולרבא מתורץ גם קו' הש"ס הרוג יציל מבואר אף שבודאי נאמן דהא הרוג לפנינו מ"מ לא נקרא עד פסול ומחמת שקצרתי שם השיג עלי אותו גדול נ"י:

שם בפרט ו במה שכתבתי שא"נ במגו משום שאין רצונה לפסול נפשה מכהונה השיג על זה הגאון נ"י דא"כ הי' לו לרמ"א לבאר דאם היא אשורה בלא"ה לכהונה כגון שנתגרשה וכדומה נאמנת עכ"ל, בזה אני מודה לדבריו שיש ק"ק על רמ"א בזה:

שם בפרט ח בפלפול על דברי הא"ות כתב הגאון נ"י דאין התחלה לקו' דאין אדם מתחייב ע"פי דיבורו רק מדין הודאה וכשטוען דרך השטאה או השבעה לא הי' על דבריו שיצאו מפי' שם הודאה וכן כוונת הא"ות והאריך קצת בזה, השבתי שלכן הוכרחתי

למ"ש שה כי המעיין בחלקת מחוקק מ"ב ס"ק מ"ד וב"ש בס"ק ה' מוכח שגם בכה"ג הוי דברים שבלב דהא סברא זו שייך גם בקדושין, ובע"כ לית להו לחילוק הלז, עוד ממה הגאון נ"י על סברתי שכתבתי דהוי אומדנא דמוכח כדי שלא יזלו נכסי דהא בהודאת שכיב מרע ג"נ אמרינן שלא להשביע ומה אומדנא יש בו דלמא הודה כדי שידעו בניו לשלם גם זילא נכסי ל"ש בשכ"מ, השבתיו דגם התם יש הוכחה לענין מאי אמר כן לעדים כי מן הסתם אמדו חכמים שמצפה לרחמי הש"ית כי אפי' ח"ב כו' ולמה פירסם שהוא בע"ח ויזלו נכסי' אם יעמוד מחליו ואי דחש שמא ימות הו"ל להודיע כן ליורשיו ואי משום שמא לא יקיימי צוואתו ז"א מלבד שיש לישראל חזקת כשרות אפילו בהפסד ממון אף גם לא הועיל דאטו סהדי בכפא כו' דאכתי הברירה בידם לומר שפרעו אח"כ ודוחק לומר דחושב שלא יוכלו להעיז דהא דקיי"ל דאמרינן מגו דהעזה ומי שנחשד על ממון מעיז ג"כ. עוד כתב דליכא אומדנא דמוכח כיון דאמדינן סתם דעת אדם המקבל הלואה בעל פה בפני עדים שאין רצונו לפרסם הדבר כדי שלא יזלו נכסי' הוי על העדים כלישנא בישא אם מפרסמין הדבר ומשום שהי' בטוח בהם שוה הודאתו בפניהם כהלואה בפניהם עכ"ד, השבתיו דעיקר כוונתי שכן הוא אומדנא דחכמים על פי דין תורה שאין דרך להודות בפני עדים כשלא תבעו שום אדם ולפרסם שהוא בעל חוב אטו משום זה ידעו הדיוטות גם כן אומדנא זו אולי סוברים שהוא סהדותא ואינו לישנא בישא וכמ"ש תוס' שם ודוקא לשין הרע הברור להם מעלימין ושאני הלואה בפני שנים שיכולין הלקוחות לומר אנו לא שמענו כיון שלפעמים ליכא קול כמש"ש כיון שהם מוחזקין אין מוציאין ממוחזק ומה שלוה בפניהם הי' מוכרח כי המלוה לא רצה להלות בינו לבין עצמו משא"כ בהודאה מי הכריחו להודות בפני עדים אולי יפרסמו הודאתו כי לא יחקרו אחר אומדנא שדנו חכמים דלאו כ"ע ידעו דעת תורה כדאיתא בכמה דוכתי, עוד כתב הרב הגאון נ"י דמאי דאיתא מאן דיזיף בצנעא יזיף היינו כשאנו דנין על דרך כלל סתם בני אדם, אבל כשדנין על איש פרטי שהודה שחייב לחבירו ליכא אומדנא דאפשר להיות שאין צריך למכור נכסיו לצורך פרעון אותו חוב ואין לו לחוש על זילי נכסים, והשבתיו דאומדנא הוא כך שאין רצונו לפרסם כי מי יודע מה ילד יום כי שכיחי עולים ויורדים ויצטרך למכור מנכסיו ובאמת לאו דוקא לצורך אותו חוב ורשב"ם נקיט קושטא דמילתא בפשיטות, ותו נראה דלאו דוקא זילי נכסי רק שאין רצון אדם מי שבאמת נצרך ללות שידעו העולם שהוא חייב כי יוחלש הנאמנות שלו אצל אחרים ומי שהוא באמת עשיר ומתיירא מעין הרע דרכו שלא להשביע א"ע והש"ס חדא נקיט כי היכי דלא ליתזלי נכסי וכל זה נראה בחוש והדעת אנושיי מסכים לזה:

בכלל יז פרט ג הבאתי קו' הב"ח דבמס' גיטין פליגי אי מהני חזקה דלא שביק התירא כו' ובחולין דף ד' מוכח דמהני לכ"ע כתב לי כבוד ש"ב ומחו' הרב הגאון הגדול המפורסם מוהר"ר ברוך פרענקיל נ"י אב"ד ור"מ בק"ק לייפניק וז"ל לק"מ דלענין איסור נאמן עד אחד היכי דבידו ואף אם הוא פסול לעדות נאמן בשאר איסורין שאינו חשוד להם ע"כ במומר אוכל נבילות לתיאבון שאינו חשוד שישחוט בסכין שאינו יפה אם יש מחת ידו סכין יפה והוי לזה ככל עד אחד שנאמן באיסורין ומה שאמרו לא שביק התירא הכוונה שלא נחשד רק לתיאבון ולא למישבק התירא ובפרוזביל הכוונה לשון דרך חזקה באנן סהדי דלא שביק התירא כו' וסובר ת"ק שאינו חזקה להוציא עליה עכ"ל, השבתיו באמת דברי פי חכם חן ודבריו ברורין ואמיתים, וכדי להצדיק דברי מו"ז הב"ח ז"ל אמרתי ליישב בדרך פלפולי דהנה פשוט דע"א הנאמן באיסורין בעינן שיהי' מוחזק בכשרות כדאי' ביו"ד סימן קי"ט ובמג"א סימן ל"ט ס"ק י"ג, ומהות החזקת כשרות צידד הפני יהושע במס' גיטין דף י"ז שהוא חזקה דאתיא מכח רובא דפריש מרוב הכשרים ולפ"ז, ראוי לומר היכי דאיתרע אפילו בעבירה קטנה יצא מכלל רובא וכמו דאית' בכמה דוכתי היכי דאיתרע ואותו ריעותא אינו אצל רובא, וגם הפי' נחית לזה וא"כ תיקשי אמאי קיי"ל החשוד לדבר קל אינו חשוב לדבר חמור ובעכ"צל שיש גם חזקה עצמיי שלא נולד בעל עבירה ועבירה שלא ראינו שעשה הוא כחזקה קמייתא ואולם משמע דפליגי בסברא הלז תנאים ור' מאיר דסובר החשוד לדבר קל חשוד לדבר חמור בע"כ סובר דלית לי' רק חזקה דאתיא מכח רובא וכיון דאיתרע יצא מכלל רובא וא"כ קמה קו' הב"ח כיון דסתם מתני' ר' מאיר וסתם מתני' בכתובת בעל חוב שהוציא שט"ח כו' לא יפרעו ול"ל חזקה לא שביק התירא כו' ואמאי אי במס' חולין לכ"ע אפילו לר' מאיר נאמן המומר דהא אי אפשר לומר שהוא מטעם נאמנות עד אחד באיסורין דאיתרע גבי' החזקת כשרות כיון שאכל לתיאבון ורובא הכשרים נזהרים בזה וא"ש. ומה שהי' לו עוד פלפולים עם כבוד ש"ב הגאון אמיתי נ"י הוכרחתי להשמיט מחמת הוצאת הדפוס ואולי אזכה לדפוס בחלק ב' באי"ה:

שם בפרט ו כתב לי הגאון המיוחד שבדורינו וז"ל מה שמקשה דבמקום שאין נוהגים לכתוב פרוזביל אמאי נאמן לומר שעשה פרוזביל ליהוי כמגו על שינוי המנהג אין לדמות מנהג איסור למנהג רשות אם כל בני העיר נכשלים בשמטה יצא הוא מכללם וכל אדם נידון לעצמו בחזקת כשרות עכ"ד, השבתי אין כאן השגה כלל לפמ"ש הה"מ בפ"א מאישות דחזקת כשרות ליכא באיסור דרבנן דלאו כ"ע זהירי וכיון דשביעית בז"הז דרבנן היאך יועיל להוציא ממון שאלים טובא, אפילו מחזקת כשרות באיסור דאורייתא

לכמה פוסקים ובשגם כי ריעותא לפנינו שאין לו פרוזביל שדרך לשמור כמ"ש מכ"ת ג"כ אמאי לא נימא כיון דבאתרא דידי' קיל לי' האיסור נהג כוותי' והוא מרובא דעיר ויעיין בב"י בסי' ס"ז בשם תשובת קמאי זלה"ה שמבואר להדי' שתלי' ברגילות אם העולם רגילין בפרוזביל, וכן משמע להדי' כיו"ב להמעיין בב"י ביו"ד סימן קי"ט בסופו ובב"ח שם בתחילת סימן מ"ט בשם רשב"א, וקצת סמך להמעיין בבכורת דף למ"ד שתלי' באתרא במקום שהדבר חמור להם מסתמא היחיד נגרר בתרייהו ונזהר, וי"ל ה"ה במקום שמקילין יש לחוש שלמד היחיד ממעשיהם ובשגם באיסור דרבנן דקיל אצל העולם, וכ"ז פשוט וברור בעיני:

נשלם חלק הראשון, בעזרת אשר לא ינום ולא יישן
תושלבע