שו״ת · אחרונים

תשובות רבי עקיבא איגר החדשות

רבי עקיבא איגר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

תשובות רבי עקיבא איגר החדשות

רבי עקיבא איגר

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/תשובות-רבי-עקיבא-איגר-החדשות/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

סימן א 5
סימן ב 5
סימן ג 6
סימן ד 10
סימן ה 12
סימן ו 15
סימן ז 17
סימן ח 17
סימן ט 20
סימן י 21
סימן יא 22
סימן יב 25
סימן יג 28
סימן יד 30
סימן טו 31
סימן טז 31
סימן יז 34
סימן יח 35
סימן יט 37
סימן כ 38
סימן כא 38
סימן כב 43
סימן כג 44
סימן כד 46
סימן כה 48
סימן כו 48
סימן כז 49
סימן כח 50
סימן כט 50
סימן ל 51
סימן לא 54
סימן לב 68
סימן לג 71
סימן לד 73
סימן לה 74
סימן לו 75
סימן לז 77
סימן לח 78
סימן לט 79
סימן מ 80
סימן מא 85
סימן מב 89
סימן מג 90
סימן מד 91
סימן מה 91
סימן מו 97
סימן מז 97
סימן מח 102
סימן מט 105
סימן נ 108
סימן נא 113
סימן נב 122
סימן נג 124
סימן נד 132
סימן נה 133
סימן נו 135
סימן נז 138
סימן נח 143
סימן נט 150
סימן ס 151
סימן סא 152
סימן סב 153

סימן סג 155
סימן סד 158
סימן סה 159
סימן סו 161
סימן סז 164
סימן סח 167
סימן סט 169
סימן ע 170
סימן עא 172
סימן עב 173
סימן עג 174
סימן עד 176
סימן עה 177
סימן עו 179
סימן עז 181
סימן עח 183
סימן עט 184
סימן פ 186
סימן פא 188
סימן פב 190
סימן פג 191
סימן פד 194
סימן פה 194
סימן פו 195
סימן פז 195
סימן פח 196
סימן פט 196
סימן צ 196
סימן צא 198
סימן צב 198
סימן צג 199
סימן צד 199
סימן צה 199

סימן א

לגאון אחד

ע"ד הקושי' בשם **הרב מוהר"ש שובן נ"י** שהקשה לו באשה שנדרה בה"ש לא יהא כח להבעל להפר דשמא בזו הרגע נעשה לילה ואינו יום שמעו נ"ל דמ"מ כיון דלא הי' אפשר לו להפר מקודם ממיל' יכול להפר אף דאינו ביום שמעו. אמנם מ"מ עכ"פ יהא הדין באם שתק הבעל שיעור כ"ד א"י להפר אח"כ דשמא אחר שתיקתו כ"ד נעשה לילה ובעידנא דשתק עדיין היה יום והי' יכול להפר ביום שמעו וכיון דלא היפר אז שוב א"י להפר וחד מחבריי' רצה לומר דיכול להפר מטעם ס"ס ס' דשמא עדיין יום הוא ואת"ל לילה שמא גם בשעת הנדר היה לילה, ולכאורה יש לפקפק להפוסקי' דס"ס לא מהני בדשיל"מ וכיון דנדרים הוי דשיל"מ לא מהני הפרת בעל' וצריכ' התרת חכם, ולשיטת מהרש"ל בהגעלת כלי' דכל מידי דבעי טרחה לא הוי דשיל"מ ושאני נדרי' כיון דמצוה לאתשולי ובוודאי יעשה כן הוי כמו אתי' ממיל' א"כ י"ל דווקא היכא דהנדר בוודאי קיים כדינו והספיקו' הם מצד אחר וכמו ביטול ברוב בזה שייך דשיל"מ כיון דבוודאי סופו למתשל על נדרו ממיל' יהי' המאכל מותר בלא ביטול אבל בנ"ד דהספיקו' אם הנדר בטל ע"י ההפרה י"ל דסמכי' על הס"ס בכדי שלא תצטרך הטורח להתרת חכם.

אולם לדעת הט"ז והש"ך דאף בטרחה מקרי דבר שיל"מ ושאני תרומה דהוי ס"ס אם ימצא פתח לנדרו כמ"ש הט"ז סימן שכ"ג או כמ"ש הנקה"כ שם דבתרומה אין נשאלין אלא מדוחק א"כ הכא בנ"ד מקרי דשל"מ דבידה להתיר ע"י חכם וי"ל דלא מהני הס"ס, גם להמהרש"ל נ"ל דהוי של"מ כיון דמצד עצמותו עומד הנדר להתיר ע"י חכם אלו לא ירצה הבעל להפר ומה שחלקו דע"ז גופא אנו דנין להקל בס"ס שלא תצטרך להתרת חכם נ"ל דז"א דא"כ בנודר מככר זו ונתערב נימא דבטל ושוב לא יהא מצוה לאתשולי אע"כ כיון דאם נידון דלא בטל בודאי יחזור למישאל עליה דמצוה לאתשולי ומש"ה מקרי דשיל"מ ולא בטל וה"נ בנ"ד דאם נידון שלא לסמוך על הספיקות ממילא הא קיימא לאתשולי הוי דשיל"מ אולם כבר כתבתי בסי'.. דהיתר שע"י הפרת הבעל לא מקרי שיל"מ ע"י התרת חכם כיון דהבעל יכול להפר בע"כ ואין בכוחו להכריחה לשאול לחכם כנלע"ד:

סימן ב

לעיר מיידלבורג.

להתו' המופלג מו"ה מאיר שו"ב נ"י.

על שאלתו בס"ת שנמצ' בו כמה טעיו' ע"י מעלתו וע"י המלמדו שהיו שם מלפני', יפה דן ויפה הורה שהוא דין פשוט וערוכה לכל יודע ספר בש"ע סי' רע"ט דס"ת דאתחזק בטעות צריך שיגיהנה כולה, ואם אין לעירו ס"ת אחרת בזה יש לדון ולצדד כיון דבלא"ה ס"ל להרבה פוסקים בא"ח סי' קמ"ג ס"ד דבשעת הדחק קורין בס"ת החסר ואף דמסקנת המג"א שם סק"ח כדעת היש פוסלי' שהוא דעת הרשב"א סי' תפ"ז בתשובה מ"מ מדברי מהר"ם לובלין בשו"ת סימן פ"ד שהעתיקו המג"א שם משמע בדבר שהוא חובת היום מוציאי' וגם יש לצרף לומר דהרשב"א כ"כ רק לשיטתו דס"ל בשו"ת סי' ר"ל דאם באמצע הקריאה נמצא בו פסול צריך לחזור ולקרות מחדש דקריא' בס"ת פסול לא מקרי קריאה כלל ע"ש, מ"ה פסק גם כן דגם בשעת הדחק אין קורין, אבל למנהגינו כפסק המחבר דגומרי הקריא' בס"ת כשר והטעם כמ"ש הב"י יו"ד סי' רע"ט דסומכי' על דעת הרמב"ם בשו"ת שמברכי' על ס"ת פסול, ועיין בכ"מ רפ"י מהלכו' ס"ת דמ"ש הרמב"ם שם דאין קורין בס"ת החסר ע"כ מיירי רק בדאפשר כי היכא דלא יסתרו דבריו שבחבורו עם דבריו שבתשוב' וא"כ אף דבוודאי ס"ת פסול אין לזוז מדברי המג"א דאין להוציאו לכתחלה מ"מ בכה"ג דהוי ספק פסול יש לצדד להקל, אף דאי אפשר לדונו בס"ס דהס"ת כשר וס' דגם בפסול קורין כדמשמע בש"ך יו"ד סי' פ"ד סקל"ב באתחזק לא מקרי ספק, מ"מ יש לחלק דדווקא בתולעים דמגופם קרבי מ"ה באתחזק הוי בכלל וודאי דעוד רבו, אבל בטעיו' ס"ת אף דוודאי אין הסופר בקי מ"מ אפשר דאין בו יותר טעיות ממה שנמצא דהא מ"מ בוודאי יודע הרבה לכתוב בהכשר אלא דמשום חסרון ידיעתו כותב לפעמים בטעיות, וכעין זה חילק בט"ז יו"ד סי' פ"ד לחלק בשם הרש"ל, ועיין מג"א סי' תס"ז סקי"ב ואף דעכל"ל דהכא גרע קצת ממידי דאתי מעלמא דאל"כ תקשי להט"ז דס"ל באתי מעלמא לא מקרי חזקה מהך דינא דש"ע בס"ת שאתחזק בטעיות מ"מ י"ל דלא אלים כ"כ לאתחזק מגופו ממש כמו בתולעים ויש לדונו אפשר בס"ס מ"מ גם בזה לא מלאתי לבי לסמוך על דעתי להקל וצריך התיישבות גדול עכ"פ שלא בשעת הדחק ואף בשעת הדחק לקרות בו דבר שאינו חובת היום כמו במנחה בשבת, ובשבת ויו"ט להוסיף על מנין הקרואים בוודאי אין להוצי' ובשעת הדחק בדבר שהוא חובת היום אין ולאו ורפיא בידי:

סימן ג

לק"ק קאליש.

לגיסי ידידי הרב החרוץ מו"ה שמעון סג"ל נ"י.

ע"ד שאלתך ישראל שהלוה לעכו"ם על משכנות כלי כסף והי' בהם צורים בדמות פסילים בולטים כדרך שאר כלי נכרי' והמלו' פסל מיד הצורו' וענין המשכן הי' באופן זה שהנכרי כתב לו שטר מכירה שמכר הכסף לחלוטי' ואולם בתנאי אם תוך ד' שבועות יחזיר לו מעותיו מחוייב הוא להחזיר לו הכסף ובנתיים שמע המלוה קצת מוציאי' קול שהמה פסילים הנעבדים ואולם העכו"ם הלוה אומר לפ"ת שלאו נעבד הוא וגם מיד כששמע המלוה את זה קראו לעכו"ם א' ובטלו.

מ"ש לדון לאסור מטעם רוצה בקיומו וכתבת דלא מקרי רב"ק אלא היכי דניחא לי' שלא תשבר אבל אם לא אכפת לי' בשבירתו אף דניחא לי' שלא יגנוב ויאבד לא מקרי רב"ק והא דפריך הש"ס ע"ז ס"ד והא ניחא ליה שלא יגנובו ולא יאבדו, מ"מ למסקנא דמסיק שאני ירושת הגר וכו' י"ל דרב"ק לא מקרי אלא היכי דניחא ליה שלא ישבר עכ"ל, אינו נוח לי כלל דאיך תלי זה במסקנ' לומר דדחינן סבר' המקשן והא אדרבא מכח קושי' זו הוצרך לחדש כיון דירושת הגר דרבנן מעיקרא אוקמי לי' ברשות' ומה דהבאת ראיה מההי' דלוקח גרוטאות דבעי דווקא משיכה ומעות והא כיון דנכרי בחדא מקני אם כן רוצה בקיומו דאם יאבד יפסיד מעותו עכ"ל, אין שחר לדברים אלו דאם בחדא מקני ממילא מדינא אסור להחזיר דהוי כמוכר לו ע"ז אלא דמכל מקום שרי כדמסקי' בסוגיין דהוי מקח טעות וא"כ ממילא אינו רוצה בקיומו דאם יאבד לא יפסיד מעותיו דהא הוי מק"ט וברשותא דנכרי קאי ושלו נאבד, תו הבאת ראי' מדכ' הרא"ש דאם הי' לו ערב בעד העכו"ם מותר דלא הוי רב"ק, ומבי' ראי' מההי' דאמרי' בע"ז ס"ד ע"א דע"ז המתחלק' לפי שבריה' וכו' הרי אף דפרכינן עלה דההי' שינוי' אפ"ה הביאו הרא"ש לראי' ומשום דלמסקנ' הכי, ג"ז אינו דהרא"ש מביא זה לראי' דנקטי' מינה לדמיון דביש לו ערב דמותר דע"כ לא פרכי' עלה אלא דביין מא"ל ושניחא לי' שלא יאבד משא"כ בערב דל"ש זה קיימא הסברא להתיר, ואינו עולה על הדעת כלל לדחות למסקנא סברת המקשן דניחא לי' שלא. יגנובו, ובאמת הי' מקום אתי לומר דפרכת הש"ס והא ניחא לי' שלא יגנובו קאי רק על שינוי' דחרס הדרייני אבל לא אההי' דע"ז המתחלקת לפי שבריה והיינו די"ל דעיקר הסברא באם שיפקע האיסור ממנו ואעפ"כ לא יפסיד מעותיו משא"כ בחרס הדריינו דל"ש בי' ביטול ולעולם לא פקע איסורו מיני' בזה פרכי' והא ניחא לי' שלא יגנובו וא"כ בנ"ד לא מקרי רב"ק אמנם אעפ"כ קשה עלי לחדש דבר זה דא"כ יהי' הדין באומר המתין עד שאמכור ע"ז ואביא לך דבע"ז שהשברי' שווי' את מעותו יהי' דמיו מותרי' וכל כי האי הו"ל להפוסקי' לבאר.

ואולם באמת בנ"ד אין צורך לכל זה דנ"ל דאיסור רוצה בקיומו לאיסור דמיו היינו רק היכי דעל ידי קיומו בא לו דמיו כההי' דהמתין לי עד שאמכור ובזה הוי כדמי ע"ז של ישראל וכאלו הוא החליפם כיון דעד אותו מעשה ניחא ליה בקיומו, אבל פשיטא ופשיטא דמ"מ אף שעבר הישראל על האיסור רב"ק מ"מ לא מקרי ע"ז של ישראל לענין דלא תהני לי' ביטול וא"כ ממילא אחר הביטול כמו בנ"ד דפקע שם ע"ז מיני' ממילא מותרים לישראל ליהנות מהם דמה בכך דמתחלה הי' רוצה בקיומו הא עתה נעקר שם ע"ז ממנו ופשוט.

אולם מה שיש לדון בנ"ד אם מהני ביטול העכו"ם וכיון דלא בא העכו"ם ופדאו תוך ל' הוי למפרע של ישראל אף שכתבת בשם הש"ג (פ"ד דע"ז) דכ"ז שיש רשות לעכו"ם לפדות האליל מהני הביטול ע"י גוי מ"מ אחרי שראייתו נעלם מאתנו בוודאי קשה לסמוך ע"ז כי בפשטא דמלתא מורה בהיפוך דמה בכך דיש ביד עכו"ם לפדותו וכי הואיל דבידו לפדותו הוי רק דעכו"ם ולא דישראל וסברת הואיל מועיל רק שיהי' ג"כ של זה להחמיר כמו בחמץ וגם שם ל"א מגו דבידו לפדותו דהוי מחוסר ממונא כמ"ש הראשוני' שם, וכיון דקיי"ל בישראל שהלוה לעכ"ם על חמצו ואמר אם לא אפדנו יהיה מעכשיו שלך דא"ב דלמפרע מקרי חמצו ש"י א"כ ה"נ למפרע מקרי ע"ז דישראל, הן אמת שרצית להביא ראי' להש"ג מהר"ן בסוגיין דהא דקתני במתני' משכנה היינו שא"ל אם לא הבאתי לך עד יום פלוני ה"ה שלך והגיע זמן ולא פדאו דהו"ל כמכיר' ע"ש, והנה ע"כ ל"ל דהביטול הוא מיד בעידן דמשכון לי' מדלא חש בעצמו שמא יגיע הזמן ולא ימצא לו מעות לפדותו ויתיכנו הצורף דא"כ למאי הלכתא כתב הר"ן דהגיע זמן ולא פדאו הא מקודם הוי הביטול ומותר אע"כ דהביטול מתחיל רק באותו שעה שמניחו להשתקע וכיון שכן יקשה לכאורה לפ"ז במשכנה וא"ל אם לא אביא מעותיך לזמן פלוני יהא שלך מעכשיו יהי' מגרע גרע דהא בעידן דמשכני' לא הוי ביטול דעדיין מצפה שיביאו לו מעותיו ומקודם הזמן א"א להצורף להתיכו ואח"כ כשהגיע הזמן ולא פדאו לא מהני הביטול דהא הוי למפרע ע"ז של ישראל אע"כ כדעת הש"ג הנ"ל דכ"ז שביד העכו"ם לפדותו מקרי ע"ז של עכו"ם לענין ביטול וא"כ בשעה שמניחו להשתקע מהני הביטול, אמנם אעפ"כ משום קושי' אין לנו לחדש דין זה מה דלא מסתבר לענ"ד, ואולי הר"ן מיירי בלא מעכשיו, ומה שנ"ל לדון להתיר בנ"ד דהא הוי גם כן מקח טעות ולא נקנה למפרע לישראל ומדינ' מהני הביטול אלא דמ"מ מדרבנן אסור דמחזי כשל ישראל כההיא דגרוטאות, וא"כ י"ל דהוי ספק דרבנן ספק כדעת הפוסקי' דמכרה ומשכנה לישראל שאינו צורף הוי ג"כ ביטול והא דבגרוטאות קיי"ל לאסור היינו דהתם דגם

לגבי נכרי הוי בטעות וליכא ביטול כדמסקינן בסוגיין. משא"כ בנ"ד דגבי נכרי ליכא טעות ורק לגבי הישראל וכיון דמדאורייתא בוודאי לא הוי ע"ז ש"י וממילא הו"ל ספיקא דרבנן גם הוי כעין ס"ס ס' שמא באמת אינם נעבדים וס' דשכר' או משכנ' הוי ביטול, ובוודאי אם אפשר להשתדל שהעכו"ם יפדנו תוך ד' שבועות בוודאי דהוי למפרע ע"ז של עכו"ם ומשום רוצה בקיומו לא נאסר כיון דכבר נתבטל ע"י עכו"ם האחר וכנ"ל, אבל אם א"א להשתדל כן והוא הפסד מרובה נ"ל לדון להקל באופן אם יסכים בזה **ידידי הגאב"ד במקומך**.

והנה חד מחברייא השיב לי דבלא"ה יש לדון דהוי ספק דרבנן למ"ש הב"י רס"י קמ"ו בשם הסמ"ק דע"ז של גוי שבא ליד הישראל מה"ת יש לה ביטול ע"ש ודבריו נכוני' אולם דברי הסמ"ק אלו לאו דכ"ע נינהו דהרמב"ן לא ס"ל הכי, וראי' לזה ממ"ש הר"ן בשמו פ"ד דע"ז וסובר הרמב"ן ז"ל דכל כה"ג בבטולי בעלמא סגי להו אע"ג דע"ז ש"נ שבאה ליד ישראל אין לו ביטול וכו' והזקיקו לומר כן וכו' ומלשון זה משמע דהרמב"ן בא לחלוק שלא נדמהו לע"ז ש"נ שבא לישראל ואם איתא דהרמב"ן ס"ל כהסמ"ק ותקשי על ראיית הרמב"ן דדלמ' באמת כי הדדי נינהו ומדרבנן אין לו ביטול, ומ"מ דיוקא דהש"ס שפיר מדיוקא דקרא ואשריהם דהא מה"ת סגי לי' בביטול ולומר דראיית הרמב"ן הכי דמדייקי' בסוגי' מכדי ירושה הוא להם וא"א דש"ש, ולכאורה לשיטת הסמ"ק לו יהא דא"א דש"ש הא מ"מ מה"ת סגי בביטול כיון דלא עבדה ישראל מעולם אע"כ דבעי לאסוקי הראי' אף לר"י דס"ל דע"ז ש"י אסור מיד ולדידי' לא בעי' עבודת ישראל ובאמת ע"ז ש"נ שבא לישראל לדידי' מדאורייתא אין לה ביטול, ולזה שפיר יקשה דלמא אסרום במעשה אע"כ כיון דבעי' מעש' מקרי ברשות עכו"ם לאסר' לעולם קיימ' ברשותי' עד שיחזור ויקח ממנו הישראל וה"נ ממילא לדידן אפי' מדרבנן שרי, מ"מ נ"ל דוחק להעמיס כן בכוונ' הרמב"ן גם נ"ל דע"כ לא שרי הסמ"ק אלא בע"ז ש"נ שבא לישראל אבל באם הוא ש"י ואח"כ עבד' נכרי בענין דיכול לאסרה מדאוריי' אין לה ביטול דכל שבשעת עבודת' היא ברשות ישראל מקרי ע"ז של ישראל, וראי' לזה ממסקנא דסוגיין דמסקי' דשליחות עביד והיינו דנ"ל לא דהכוונה דמדין שליחות אתינן עלה דהוי כעבד' ישראל דהא קיי"ל אין שליחות לעכו"ם ומדאורייתא אף לחומר' אין שליחו' אלא דעיקר הסבר' דכל דניח' ליה לישראל אין רשות ישראל מעכבת על העכו"ם לאסרו ובכה"ג אדם אוסר דש"ש כיון דניחא להו לבעלים בהכי וא"כ להסמ"ק למסקנ' וקשה על רע"ק מה בכך דשליחותי' עביד הא לא עבדה ישראל ומן התורה בביטול סגי להו אלא ע"כ ברור בכה"ג כל שבשעת עבודתה

היא של ישראל מה"ת אין לה ביטול וא"כ אין ראי' דהסוגי' בעי למידק אף לר' ישמעאל ואם כן ראיי' הנ"ל מהרמב"ן קמה וגם נצבה.

סימן ד

לק"ק צעמפלבורג

לידידי הרב וכו' מו"ה **זאב וואלף** נ"י

על שאלתו בשור שהיה חולה איזה ימים קודם שחיטתו שהי' עצור להטיל מים ואחר השחיט' נבדקה השלחופית על ידי המורה ולא מצא בו נקב והכשירו ונתברר הדבר שבשעת פתיחת הבטן היה הגוף מלא מים וגם מרא' השלחופית הי' ברוב מרא' דם ובסופו כולה דם וכשמערו השלחופית הי' בתוכו כמו חצי רביעית דם וגם מקצת אוכלי בשר הבהמ' ההיא אמרו שכמעט לא יכלו לאכלו שהי' בו טעם וריח מי השתין.

הנה בדין ניקב השלחופית כ' בהגהת ש"ע סימן מ"ה דנהגו לטרוף, אך בנ"ד דהמורה אמר שבדקו ולא הי' בו נקב אף דהשלחופית הי' לקוי שהי' רובו מראה דם והיה מקום לדונו בנתמסמס דדייניגן אותו כחסר שמא הוא כשיעור הרופא גררו אותו כמבואר בש"ע סי' מ"ג לענין טחול ובסי' מ"ח וסי' נ', מ"מ כיון דהוא רק מספק דאין אנו בקיאי' בשיעור רופא גררו וכיון דעיקר הדין דניקב השלחופי' הוא פלוגתא דרבוואת' אם טריפה או לא יש לדונו בס"ס ואף דהוי ספק חסרון ידיעה מ"מ כבר פסק בהגהת ש"ע סימן ק"י להקל בהפ"מ, ומה דדחה רומעלכ"ת נ"י דהכא רבו האוסרי' עד שכמעט בטלה דעת המתירי' ולא נחשב לספק כיון דהרמ"א מחליט דטריפה וודאי, והט"ז מדשתק אודיי אודי והפר"ח כתב מפורש כדעת הי"א וכן האחרונים כולם עכ"ד, אין בזה ממש דהיכן מצינו דהחליט הרמ"א דטריפה וודאי הא י"ל דחושש רק לדעת המטריפי' ודן אותו בס' טריפות ואדרבא ממ"ש הרמ"א והכי נהוג משמע דאינו מחליט כן לעיקר הדין וגם זה אפשר דמס' נהגו כן, ומה זו שתיקה של הט"ז לחשבו כוודאי זהו גם כן דמודה דראוי לכל מורה לפסוק לאיסור כיון דהוי פלוגתא דרבוואת', גם הפר"ח לא בירר דבריו לדינא דרך הכרע' רק בביאור דעת הי"א דרך פשט וגם התב"ש אף דכ' על הרמ"א דגם במקום דליכא מנהג ידוע יש להטריף דאיסור זה תלוי באשלי רברבי משמע ג"כ דרק מס' אסרי לי' והיכי דידוע דנוהגי להקל שבקי' להו באופן דפשוט דכל מה שהאחרוני' פוסקים לאיסור בדבר הזה וסוגי' דעלמא כוותיהו היינו הכל משום ספק איסור וכיון דהרמב"ן והטור והמחבר סתמו כן לדיעה א' דמשמע דס"ל הכי לעיקר והרי"ף ושארי הראשונים דשתקי' משמע דס"ל דכשר בוודאי לא מקרי רק ספיקא איסור' ובהצטרף ספק הוי ס"ס.

אולם מטעם אחר הי' מקום לפקפק בהיתר זה די"ל דמה דמיקל הרמ"א סי' ק"י בס"ס בחסרון ידיעה היינו דווקא כההיא דהתם בנשמט הגף זה חסרון ידיעה דאין אנו בקיאין לבדוק הריאה בנפיח' כראוי דאולי לא נפחו כראוי מ"ה כיון דמדינ' בס"ס ל"צ כלל לברורי מש"ה אינו מזיק חסרון ידיעה דלא גרע מלא נבדק' הריא' כלל, משא"כ בנ"ד דהשלחופי' הי' ביד המורה וראה אותה לקוי ואולי אם היינו בקיאי' היינו רואים לעין דהוא כשיעור רופא גרוו י"ל דא"א לעשות מזה ס"ס, אולם מדברי הש"ך סי' נ"ג סקט"ו שכ' מדברי מהרא"י בהגהת ש"ד סי' פ"ה דבנשבר הגף גם ספיקו דנשבר אחר השחיטה הוי ס' חסרון ידיעה דבקי יכול להבחין אם נעש' מחיי' או אח"כ ואעפ"כ כ' שם להקל בהפ"מ מזה יש ראי' ברורה לנ"ד, ומלבד זה בנ"ד ראי' לסמוך על המור' דראה ומשמש בשלחופית בוודאי מדלא חש לנתמסמס מסתמא הי' ידוע וברור לו שלא היה שום מיחוש הרקבה והשחתה בגוף העור רק שינוי מראה דאינו בכלל ספק מסמוס כמ"ש הש"ך סי' מ"ג סק"ד.

אולם בהצטרפות ריעותא בנ"ד דהבטן הבהמה היה מלא מים אשר כבר טרחו האחרונים למצוא כחו דהתירא דלא ניחוש דבאו דרך ושט, ומסקנת התב"ש סי' נ' דבעי בדיקה בכל האברים הפנימים ובלא"ה אף דיעבד אסור בהפ"מ וק"ו בנ"ד דהי' ריעותא בשלחופית וניכר דהמים אלו יש בהם ריח מ"ר בוודאי תולין הקלל' במקולקל דבאו משלחופי' אולם מה דכ' מעכ"ת בשם ידידי הגאב"ד ש"ל נ"י דיצא לדון בדבר חדש דיש לתלו' אולי נעתק שלחופי' ממקום חבורו ולשם נכנסו המים לגוף והשלחופית לא ניקב כלל ובכה"ג י"ל דמודים תוס' דכשר כמו בנדלדל הושט וא"כ הוי ס"ס ס' ניקב וס' דניקב כשר עכ"ד, ולדבריו י"ל דנ"ד עדיף מבעלמא דאף לדעת התב"ש הנ"ל דבלא בדיקת אברי' טריפה מ"מ הכא דיש להם ריח מ"ר תולין במצוי דמשלחופית באו לגוף והוי ס"ס, אולם ז"א דכבר כתב מעכ"ת לדחות דברי הגאון הנ"ל די"ל דהכא אף להראב"ן טריפה כיון דחזינן דנכנסו לחלל הגוף כדמשמע לישנא דהראב"ן, אך בזה נ"ל שלא להסכי' עם מעכ"ת חדא, דהרי גם הראב"ן כתב ואין להם כח לחזור להגוף משמע דס"ל דאין באפשרו' כלל לבוא משלחופי' להגוף וא"כ שפיר הוי ס"ס כהראב"ן ובוודאי לא באו משלחופית להגוף, וס' שמא נעתק רק מקצתו ומשם להגוף וגם לתוס' כשר. דאינו בכלל ניקבו הדקין, וא"כ כ"ז דלא לשויי' ריעותא מ' השלחופית, אבל לומר דנ"ד עדיף דל"ח לנקובת הושט דרגליי' לדבר דמשלחופית באו והוי ס"ס וכנ"ל, ז"א דאיך נאמר ס' כהראב"ן, הא לראב"ן אינו במציאות שיבואו לשם משלחופית ושוב יש חשש דבאו דרך ושט.

אולם בעיקר יסוד הגאון נ"י לדונו בס' דנעתק ממקומו במיעוטו לא ידעתי מניין לן דעי"ז יכולים המים לכנס משלחופית לגוף וחקרתי אצל רופא מומחה ישראל ובירר לי הענין כי השלחופית הוא כיס שלם מלמעלה ומכל צד רק למטה יש בו נקב קטן משם יוצאים המים להגיד וענין ביאת המי' להשלחופית כי הלב נותן חיות לשאר אברים ומחלק תמצית המאכלי' והמשקים לשאר אברים דרך גידים ולזה שופך הלב תמצית המשקי' להכליות ומהם באי' לשלחופית דרך גיד שמצד ימין וכן משמאל שיוצאים מהכליות להשלחופית ובהגיע הגיד להשלחופית נעש' דק מאוד ושופך מים להשלחופית דרך נקב קטן דק וקלוש למאד שאין ניכר לחוש הראו' מ' דקותו וג"ז הנקב קטן אינו מפולש להדיא כי השלחופית יש לו איזה עורות זה אצל זה והם מנוקבים זה שלא כנגד זה והמים מתאספים דרך הנקבים להשלחופית ואף אם יהי' השלחופית ניטל לגמרי אינם חוזרת להגוף אם לא שניקב השלחופית למעלה אז יכולים המי' לחזור להגוף דרך אותו נקב עכ"ד הרופא, ודבריו מוסכמי' כמעט כלשון הראב"ן רק במה דנשמע מדברי הראב"ן דאין להם כח בשום פנים לחזור להגוף בזה סותרי' דבריו לדברי הרופא הנ"ל וכדברי הרופא מבואר בשו"ת ב"ח סי' קנ"ז דאפשר שיבואו להגוף דרך נקב השלחופית עכ"פ כפי הנראה דע"י ההעתקת השלחופית מהגוף אינו חוזרים להגוף ואין כאן ס"ס, ולזה נ"ל לדינא כיון להתב"ש בדלא"ה בכל מים שבגוף טריפה אף בהפ"מ בלי בדיקת איברים הפנימית והכא בנ"ד דאיכא ג"כ ריעותא דניכר דהם מ"ר ואיכא ריעותא דניקב השלחופית לזה נ"ל דגם בהפ"מ טריפ' כנלע"ד:

סימן ה

עובדא בא לפני בעצם ירך העוף שנשבר וחזר ונקשר שאשיי' סמוך לראש העצם. נראה לענ"ד להקל בהפ"מ ומניעת שיו"ט, ע' ביו"ד סי' נ"ה סק"ו, ואף די"ל דע"כ לא היקל הש"ך אלא ברוא' שלא נתעכלו אלא דאין אנו בקיאי' אבל בנ"ד דכבר נאכל הבשר שסביביו ואולי אלו הי' קמן היינו רואים דנתאכלו ניבי', מ"מ נ"ל דמשמעות בעל מנח"י כלל פ"ז סט"ו דמפרש לדברי הרמ"א, דמ"ש וטוב להחמיר במקום שאין הפ"מ קאי רק אנשבר, ומשמעו' דקאי אעיקר דינא דהחומרא שהמציא האו"ה לאסור בנשבר בזה סמכינן בהפ"מ להקל, וכיון דאינך פוסקי' לא הביאוהו וא"כ בכל ענין יש להקל, וכיון דאפשר דגם הש"ך יסבור כן יש לסמוך להקל בהפ"מ ובפרט דעיקר דינו דהרמ"א תמוה לי דמה בכך דא"נ הא עיכול בלא נשמט כשר ומניין לנו להוסיף על טריפו' ולומר דנשבר ועיכול טריפה כמו נשמט ועיכול, גם בנ"ד הי' עוד סניף להתיר דהי' ס' במקום השבר

אם הוא סמוך לראש המחובר בגוף או לראש המחובר לשוק, ושאלתי לכמה נשים ולא הי' יודעים בדבר, וא"כ הוי כמו ס"ס ס' רחוק מהגוף, ספק לא א"נ, ואף במקום חסרון ידיעה כבר כ' בהג"ה סס"י ק"י בנשבר הגף להקל בהפ"מ בס"ס, וביותר כיון דכבר נאכל הבשר י"ל דלא מקרי חסרון ידיעה עיין תפל"מ סי' ק"ץ שכתב בההי' דמקדיר ומגליד אף דנאבד אסור כיון דמיד נאסר כשהיה קמן מחמת חסרון ידיעה ע"ש, והיינו דווקא כי התם דכבר קם דינא לאיסור קודם שנאבד אבל הכא דלא נתברר השאל' עד אם כלו לאכול הבשר ואז לא הוי חסרון ידיעה ושפיר יש להקל מכח ס"ס, מכל הלין סמכתי להקל בהפ"מ ואחרי ראותי חד מחבריי' מפקפק עמי לאסור בארתי לו יותר בארוכה טעמי ונמוקי שסמכתי להתיר.

הנה בהג"ה סס"י ק"י כ' להקל בס"ס בנשבר הגף במקום הפ"מ ולזה הסכים גם בפר"ח שם בכלל ס"ס דין י"ז וגם בסי' נ"ג סק"י ובסימן נ"ה סק"ט ע"ש, ולענ"ד הי' נראה דבר חדש דע"כ לא היקל בהג"ה אלא למה שנראה בדברי הד"מ סס"י נ"ג דחסרון הידיעה הוא בס' נקיבת הריאה בזה שייך ס' הד"מ שם כיון דס"ס א"צ לברר אינו מזיק חסרון הידיעה אבל למ"ש מהרא"י בש"ד דגם הך ס' אם נשבר קודם שחיט' יוכל להתברר לבקיאים, בכה"ג אף בהפ"מ אין להקל, דאולי אם היינו בקיאי' היינו רואים לפנינו עכשיו שנשבר קודם השחיט', אך צריך אנכי לבטל דעתי נגד הפר"ח סי' ק"י בכללי ס"ס דין י' ונגד הש"ך סס"י נ"ג דכ' ומכ"ש דכאן הוי ב' ספיקות הרי אף בכי האי גוונא היקל בהפ"מ, וגם שלא במקום הפ"מ לא עשה הק"ו רק מכח דהוי בב' ספיקות חסרון ידיעה אבל לא מסברא הנ"ל ובטלה דעתי נגדם, והנה אף אם ננקוט לסבר' הנ"ל מ"מ יש לדון להקל בנשבר בהפ"מ בס"ס הנ"ל אף דנימא ג"כ אולי לבקי ניכר להדיא דאיעכול, דזהו דווקא אם נודע השבר בעודו דבוק לעוף, אבל בנ"ד שבא לפנינו השאלה עד אם כלו לאכול אבשר ל"ש זה ואף למ"ש התפל"מ סימן ק"ץ שאני התם דכבר נאסר קודם שנאבד וקם דינא אבל בנ"ד שפיר י"ל להקל מס"ס, ומ"ש רופמכ"ת והעתיק דברי הפמ"ג דנזהר בקושייתי הנ"ל וכ' וז"ל ואף דכתב הרב דעיכל לחודי' בלא נשמט אינו מטריף מ"מ סמוך לגוף חשיב כאלו הוא שמיט כמו בגף כמלא קשר הוי כשמוט הו"ה כאן עכ"ל, באמת גם זה עלה בדעתי תחלת השקפה ודחיתי דהא דבגף נשבר הוי כשמוט היינו דיש בו חשש כמו חששא דשמוט דהוא שמא ניקבא הריאה ה"נ חיישינן בנשבר אך לא דנשבר יש בו דין שמוט, ותדע דהרי כ' האחרוני' דאם רואה בשעת מעשה דנשבר הגף וחתכנו לגמרי וכן בכנפיי' מקושרי' שאינם מנדנדי' כשר בנשבר הרי דאין בו ענין שמוטה בעצמותו

אלא דחשש ניקבה הריאה יש בו וכיון שכן בנשבר הירך דאין בו רק חשש איעכול ניבי' הקושי' במק"ע הא איעכול בלא שמוטה כשר.

ומ"ש מעכ"ת אף אם נידון להקל בבהמה מ"מ בעוף אין להקל, כיון דר"ח וסייעתו סברי דשמוטה בלא עיכול ג"כ טריפה בעוף והביא דברי ביה לחם יהודא, באמת הס' ההוא לא היה תחת ידי לעיין בו, אולם אומר אני לחולשת שכלי אם הי' בא לפני מעשה בס' שמוטה קודם שחיטה בעוף הי' נרא' להקל בהפ"מ דהרוב פוסקי' ממש חולקי' על ר"ח ואף אם נימא דמ"מ לא הוי ס"ס להקל דמיד דאמרי' את"ל קודם שחיטה תו ל"ל ס' לא אעכול דהוי ס"ס להחמיר ס' איעכול וס' טריפה אף בלא עיכול, נ"ל דגם זה אינו דהרי הב"י קבע בשולחנו הטהור להלכה בין בבהמ' ובין בעוף להקל בשמוט' בלא עיכול ולא נזכר חולק לא בש"ע ולא בהג"ה והרי דאין חוששין לה לספיקא דאורייתא א"כ לא נחשוב זה לספיקא, והנה אם נידון להחמיר היה מקום בזה האופן דנאמר דבאמת אנן חיישינן לדעת ר"ח וסייתו, ומה דלא הביא בהג"ה חילוק היינו כיון דבלא"ה טריפה מכח אין אנו בקיאין אין נ"מ בזה, א"כ ממיל' יצטרך לומר כפי' המנח"י דדברי הרמ"א קאי לנשבר דאל"כ הא נ"מ בהפ"מ, עכ"פ בנשבר מבואר דעת הרמ"א להקל בהפ"מ אף בעוף דקאי אדברי המחבר שכתב בין בבהמה בין בעוף, והנה אדרבא ממקום שבאתי יש ראיה לדברי דאם נאמר דהרמ"א חושש לדעת ר"ח בעוף אף בהפ"מ וע"כ הדברי הרמ"א וטוב להחמיר קאי רק אנשבר וכנ"ל, ממילא ע"כ מה דמיקל הרמ"א בנשבר לאו משום בקיאות דלא אעכול ניבי' דהא אף בעוף אף בלא עיכול טריפה וע"כ דמטעם דל"ח כלל לעיכול בנשבר א"כ ממילא אף בנאבד כשר, ואף אם נימא דמיירי דווקא ברואים דלא אעכול ומשום דנשבר ליכא חשש שמוט' רק חשש דאיעכול מש"ה אף בעוף מותר דבלא שמוט' אף בעוף כשר א"כ ממילא קיימי' דנשבר אין בו חשש שמוטה א"כ ממילא יש לדון להקל בנאבד בהפ"מ כיון דעיכול בלא שמוטה כשר באופן כמו דמיקל בהג"ה בעוף בנשבר לפחות ה"נ יש לדון להקל אף בנאבד דאם נחמיר מחששא דר"ח וסייעתו זהו שייך אף בלא נאבד, והאמת יורה דרכו דדעת ש"ע והרמ"א והאחרונים שלא לחוש לדעת ר"ח וסייעתו בפרט לפי' הש"ך דהרמ"א קאי אף בנשמט להקל בהפ"מ וכיון דקאי גם אעוף הרי בפשיטו' דס"ל דאין לחלק בין עוף לבהמה, וזהו דעת כל האחרונים ומי ישמע להחמיר בהפ"מ לדעת הבית לחם יהודא ומ"ש עוד דהך ס"ס באיזה צד נשבר אינו ס"ס מעליא גם אנכי לא סמכתי ע"ז כי בקל יוכל להתברר ולא הי' זה רק לסניף בעלמא ועיקר ההיתר דאם נחוש לשבורה מ' חשש דשמוטה הוה ס"ס ספק לא נשמט וספק לא אעכול ואם נימא דנשבר יש בו רק א"נ, ממיל' לדינ' הדין להקל בהפ"מ כמו עיכול

בלא נשמט, ולומר דשבר הוא בכלל שמוטה מה"ת לומר כן דמשבר הגף אין ראי' דהתם עיקר הטריפות מחשש ניקבה הריאה ואף דממ"ש לעיל מהא דכשר בנשבר הגף בחותכו מיד אין ראי' להקל להוכיח דנשבר אין בכלל שמשוטה די"ל דשאני התם דהשמוטה בעצמו גם כן אינו טריפה רק מחשש נקבות הריאה ומשום הכי בנשבר היכא דליכא למיחוש אין בכלל זה אבל הכא דשמוטת ירך בעצמותו טריפה וה"נ נשבר בסמוך דינו כשמוטה מ"מ תיתי לי דאין ראיה מהגף ואין ראיה מהגף לא להקל ולא להחמיר אם כן אף אם נאמר בכוונת האו"ה דס"ל מסברא כן דנשבר בכלל שמוט ודינו כשמוטה מקום מכל כיון דהרמ"א מיקל דלא מצינו כן באידך פוסקים א"כ ה"נ י"ל דדעת הרמ"א להקל בהפ"מ בנשבר מהך טעמא גופא דהוא חומר' להמצא דבר חדש דנשבר דינו כשמוט, גם כיון דאידך פוסקים לא הביאו כן ולא ברור כ"כ הך מלת' דדינו כשמוט ממש אם כן הוי כמו ס"ס ספק נשבר אינו כשמוט וס' לא א"נ, וביותר נ"ל דאם נימא דנשבר סמוך לגוף הוא בכלל שמוטה א"כ הטריפות מצד עצמו מכח השבר והעיכול אם כן בזה יהא מהני בנקשר ויחדיו ידבקו, אלו היה מטרפא בשבר זו לא היה חוזר ונקשר ועד כאן לא כתב הש"ך סי' נ"ה סק"ה לסטריף בשאשיי' אלא למה דס"ל דהטריפות הוא רק מצד עיכול לחודי' בזה דומה לנשבר במקום צומת הגידי' אבל אם נידון לחוש דנשבר הוי כשמוט א"כ גם השבורה בעצמה בכלל הטריפות יש להתיר מכח דיחדיו ידובקו, זולת דניחוש דמכח שנשבר חיישינן שנשמט, מלבד דדבר זה רחוק גם כבר כתבנו דהוי ס"ס ספק לא נשמט וס' לא איעכול, גם נ"ל דזהו בוודאי נסתר מנשבר הגף דלא מצינו מאן דמחמיר דשמטה אלא מחשש שמא תדחוק בשבר לגופה ותינקב הריאה דהא מה"ט כשר בחותך עד מקום השבר וכנ"ל, לזה נ"ל לדון להקל בנ"ד בהפ"מ ואף בנאבד יש להקל כנלע"ד:

סימן ו

לק"ק זלאטווע.

מה דהקשה רפ"מ בב"מ כ"ד ע"ב ופירש"י ד"ה אימא מישראל נפל לפיכך חייב להכריז ולא אמרינן ינוח כדאמרינן לעיל בר"נ לרבנן עכ"ל דמאי בעי רש"י בזה הא השתא קיימינן דהלכה כרשב"א לפחות בר"נ ולדידי' הוי שלו לגמרי עכ"ל.

לכאורה תמוה וגם אנכי עמדתי בזה ועוד תמהתי ממה דאמרינן ש"מ אין הלכ' כרשב"א אפילו בר"כ א"כ ע"כ מדקאמר זיל אכרוז היינו דלרבנן חייב אפי' להכריז וע"כ מתני' דמכשירי' מיירי בטמון או דרשב"א מיירי רק בר"נ א"כ מניין לנו לומר דלפום דחיית הש"ס נשתנה הדין דלרבנן אינו חייב להכריז רק יניח.

ונ"ל בהקדם דברי תוס' ד"ה כי קאמר רשב"א בר"נ וא"ת מת צריך לטעם מפני שהבעלים מתייאשים ות"ל דיש לתלו' דמנכרי נפל, וי"ל דאצטריך דאפי' יודע וודאי דמישראל נפל וכו' ולכאור' דבריהם תמוהים מאוד מדהקשו בפשיטו' דת"ל דתלינן דמנכרי נפל ע"כ דפסיקא להו לדינא כך דבכה"ג יש לילך בתר רוב כמו בכל דוכתא ואף בממון כיון דליכא חזקת ממון נגדו וכמ"ש תוס' ב"ב כ"ג ע"ב ד"ה חוץ לנ' אמה, ומעתה לפ"ז הלא כמו כן יקשה באיבעי דהש"ס מי פליגי רבנן עלי' אפילו בר"נ הא האיך אפשר דיהא פליגי וס"ל דלא מייאשי' הא מ"מ נתלי דמנכרי נפל ונצטרך ג"כ לומר דהאיבעי היכי דידוע דמישראל נפל דדלמ' ס"ל לרבנן דלא הוי יאוש דהבעלי' סוברים דדלמא המוצ' יהא ישראל ואף דהדין דהמוצ' יהא תולה דמנכרי נפל מ"מ סברי הבעלים שיחקרו מי המוצא ויבררו בסימן דמהם נפל וכמו דצ"ל לפי שינוי' דהש"ס דלרבנן הדין דיניח וא"ל להכריז ע"כ הסברא הא דאינו מתייאש דסומך שיחקור להמוצא אף שלא יכריזו, ובהיות שכן תמוה לכאורה דמאי דייק הש"ס ממתני' דמכשירי' דמודו רבנן בר"נ דלמא טעמא דמתני' דתלינן דמנכרי נפל אבל היכא דידוע דמישראל נפל דמזה מיירי האיבעי י"ל דפליגי אפי' בר"נ וכמו כן קשה לרבנן אמאי יניח ולא יכריז כיון דידעי' דמישראל נפל וס"ל לרבנן דלא הוי יאוש בעלי' א"כ אמאי לא יצטרך להכריז אע"כ דרבנן מיירי דלא ידעי' ממי נפל ולגבי הכרזה סמכי' דמנכרי נפל הרי מבורר דלרבנן לא תלינן בר"נ דמנכרי נפל וע"כ הטעם דתקנתא דרבנן היא דלא למיזל בזה בתר רוב וכמ"ש תוס' ב"ב שם אם כן כיון דמוכח כן בבירור לרבנן מאין פסיקא להו להקשות לרשב"א דת"ל דתלינן דמנכרי נפל דלמא גם רשב"א ס"ל בזה כרבנן דלולי סברת יאוש לא היינו תולים דמנכרי נפל כמו לרבנן והוא לכאורה תמוה עצומה ובהכרח לדחוק דס"ל לתוס' דתליא זה בזה דלבנן דמחמרי לענין יאוש דאף דהוי ר"נ לא מייאשי הבעלים לתלות שימצא אותו נכרי מחמרי ג"כ דאנן לא תלינן דמנכרי נפל אבל רשב"א דמיקל לענין יאוש דהבעלים מייאשים ומימר אמר דא' מן הרוב ימצאנו ה"נ יש להקל שהמוצא יתלה דמנכרי נפל ועדיין צלע"ג.

ומעתה נ"ל לומר דרש"י ס"ל לקושטא דמלתא כדברינו דאם לרבנן לא תלינן דמנכרי נפל ה"נ לרשב"א דלענין זה לא פליגי דפלוגתייהו רק לענין יאוש ולזה היה קשה לרש"י כיון דהש"ס בעי לדחות דהלכה כרשב"א בר"נ דמשמע דפלוגתיי' בר"נ וממילא מוכח מרבנן דלא תלינן בר"נ דמנכרי נפל וה"נ ס"ל לרשב"א אלא דס"ל דזכה בו מדין יאוש בעלים א"כ למאי צ"ל ישראל סכרו ליה הא בישראל סכרו לחוד סגי דמשום זה לא הוי יאוש ולזה נזהר רש"י לתרץ זה באופן זה דהש"ס בעי לומר אף להך אוקימתא דגם לרבנן

אין צריך להכריז דלענין חיוב הכרזה סומכינן לתלות דמנכרי נפל מ"ה הוצרך למנקט ישראל סכרו לה דבלא"ה לא הי' חייב להכריז רק יניח כנלע"ד ברור בעז"ה:

סימן ז

עוד לו.

מה דהקשה רומע"ל בדברי תוס' קידושין נ"ה ע"ב ד"ה מ"ש ודלמא וכו' הא סמיכא לא מעכבא וכו' הא בחגיגה דף ד' ע"א ד"ה אלא טומטם וכו' כתבו תוס' דלכתחילה אין לנו לתקן קרבן כדי לבטלו מסמיכה והביא ראיה מסוגי' מפורשת פסחים פ"ט גבי ה' שנתערב עורות פסחיהן וכו' וכ"כ תוס' ג"כ בשבת פ' ר"א דמילה זהו תורף קושייתו.

כבר שמעתי להקשות כן והשבתי בזה"ל בפשוטו י"ל דתוס' קידושין אזלי בשטתייהו בפסחי' שם ד"ה הנ"מ דיעבד וכו' דמבואר דס"ל דווקא כיון דרובים עושים שלא כהוגן מש"ה אין מביאים קרבן ע"ש, משמע דב"ב שנתערבו עורות פסחיהן באמת היו מביאים קרבן ומתני' דסמיכה לא מעכבא וע"כ תוס' בחגיגה ובשבת חולקים על דבריהם שם בפסחים וא"כ י"ל דתוס' בקידושין אזלי לשיטתייהו שבפסחים, אולם שינוי' דחיקה לא משנינן. ונ"ל יותר מרווח דדברי תוס' לא סתרי כלל אהדדי די"ל דס"ל בהחלט כדבריהם בפסחים דדווקא בעושין רובן שלא כהוגן וההיא דחגיגה הנ"ל היינו כיון דאנו באין לתקן רק הספק של זכר ובזה אם באתי לדון אם זכר הוא ממילא חייב בסמיכה והוי כמו ממ"נ דאם נקבה הוא אין צריך לקרבן ואם זכר הוא אתה מבטלו מסמיכה, ובזה הביאו ראיה מפסחים דמוכח עכ"פ דמקרי שלא כהוגן אם מבטלו מסמיכ' ממיל' בטומטם אין לחייבו קרבן מספק דבמקום שבאת לתקן דהיינו שהוא זכר אתה מקלקלו ומבטלו מסמיכה אבל בה' שנתערב עורות פסחיהן שפיר ס"ל גם בחגיג' דמייתי קרבן דאם נתחייב בפסח אנו מתקנין אותו בלי שום דבר שלא כהוגן וא"כ דבריהם בקידושין עולי' כהוגן כנלע"ד:

סימן ח

לק"ק קראטשין.

לכבוד אחי הרב הגדול מו"ה **בונם** נ"י.

ע"ד קושית אחי נ"י בטוחו"מ סי' ל"ח במ"ש דאין העדים זוממין משלמין עפ"י עצמן דהוי קנס דלמאי נ"מ כ"כ הא בלא"ה אין דנין בבבל מלתא דלא שכיח וגם לענין תפיס' ליכא נ"מ לדעת הרמ"א דהודאה בקנס בזה"ז הוי כהודה חוץ לב"ד ומתחייב ע"פ הודאתו לחוד בלא עדי' עכ"ד, לא ידעתי אמאי פשיט' לך דזהו מקרי ל"ש הא באמת קיימ"ל בהוזמו

וכבר נעשה ממון עפ"י עדותן דחייבין מדינא דגרמי ודנין גם בזה"ז כדאיתא בהגהת ש"ע סי' א' וא"כ כמו כן ראוי לחייב אף בלא נעשה מעשה זולת מטעם דקנסא הוא.

אך מ"מ ראוי להקשות דת"ל דלית ביה חסרון כיס וכיון דלא נעשה מעשה על פיהם וא"כ אין דנין בזה"ז כדאיתא בש"ע דבעי' דווקא מלתא דשכיחא ואית ביה ח"כ גם יש לעיין במ"ש הטור דאומרי' הוזמנו ונתחייבם בב"ד דחייבים והאיך משכח' דנתחייבו הא, אין דנין בזה"ז כיון דקנס' הוא. אמנם באמת כפי הנרא' עיקרא דברי הטור בסי' זה להודיע אימתי מקרי הזמה וחייבים עכ"פ מטעם קנס ומהני תפיסה ואימתי הוי הכחשה ופטורים ואגב זה ביאר הטור פרטי הדינים אף דאין נ"מ לדינא בכל פרט ופרט, הגע עצמך במ"ש הטור שם דאין לוקין אא"כ העידו שהוא בן גרושה וגם הא דעדים זוממין א"צ התראה הא אין נ"מ בזה בזה"ז לענין מלקות ולומר דנ"מ לענין אם קרעו שיראים באותו שעה דאם חייבי' מלקו' פטורי' מממון דאינו לוקה ומשלם ז"א דהא קיי"ל כר"י דחייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין ובזה"ז כלא אתרו ביה אע"כ כמ"ש.

מ"ש לסתור דברי הפ"י במ"ש טעם להשמטת הטור הא דעד זומם משלם לפי חלקו דלמסקנא דמיירי בהוזמנו וחוייבנו וזהו ל"ש האידנא לא מגבי' קנס בבבל יפה כתבת לדחותו דהא הטור מבי' הדין דחוייבנו בב"ד.

מ"ש כבודך להקשו' דמאי פריך הש"ס כמאן כרע"ק הא משכחת דהוזמו שניהם אח"כ ודהך דמוד' מפטר מטעם מודה בקנס, והב' משלם חלקו עכ"ד, נראה דליתא לקושייתך די"ל דהסוגיא קאי להלכתא דמסקינן בב"ק ע"ה דמודה ר"מ היכי דלא מחייב מידי בהודאתו דחייב בבאו עדים אח"כ, אולם לשטת הישו"ש סי' כ"ו דהוא רק גבי הודאה דטביחה אבל בשאר הודאות בכ"ע פטור ע"ש יפה קושייתך, ונרא' דיש לומר דבזה אין שום חידוש כיון דעדות הא' לא נתבטל מכח הודאתו דכיון שהגיד א"כ ההזמה חל בכולו על שניהם אלא דזה נפטר לשלם מכח הודאתו ממילא הב' מחייב, דבשלמא לפי הס"ד דהש"ס דמיירי בעדות שקר העדתי דנתבטל עדותו לגבי עצמו ול"ש עליו שם ההזמה כיון דמעצמו חזר קמ"ל דמ"מ חל ההזמה על הב' אבל למאי דפריך הש"ס כל כמיני' וכו' היינו כיון שהגיד ולא נתבטל עדותו ושייך ההזמה על שניהם, א"כ אף דהא' נפטר מכח הודאתו, מ"מ פשיטא דהב' חייב.

ובגוף הדין אנכי מסתפק בעדים שאומרי' הוזמנו בב"ד ובאו אח"כ עדי' והזימום אם נפטרי למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים דפטור והיינו דבאמת באומר עדות שקר העדנו ועדיין לא נעשה מעשה לית בי' שום חיוב דהתורה לא חייבא אלא בהזמה א"כ מכח עדות שקר לחוד ליכא חיוב רק בגוונא דהזמה אם כן י"ל אף שאומרים הוזמנו לא

מהני למפטרי' מלשלם על ההזמה שאחר כך, דהך ההזמה שהוא לפנינו ע"ז לא הודו ואין אנו דנין על אותה הזמה שהוא רק על הזמה שעכשיו, דדווקא באומר גנבתי ובאו עדים, דמה שאומרים העדים שגנב זהו בעצמו כבר הודה, וה"נ אם עדים מעידים שהוזמו בב"ד פלוני דאנו באי' לחייב על ההזמה דכבר וע"ז כבר הודה, אבל הכא שמעידים עתה העדים עמנו הייתם הך גופ' אין בכלל הודאתו דאף דעדות דעמנו היית' היינו ששקר העידו וזהו כבר הוד' מעצמו, הא משום עדות שקר לא חייבא התורה ממון רק בהודאת עדות דעמנו הייתם כמ"ש המהרש"א, ולגבי ההזמה הזה לא מקרי כבר הודה דאנו אין מחייבים אותו מכח קבלת עדות ההזמה מכבר רק מכח ההזמ' של עכשיו וצ"ע לדינא.

מ"ש אחי הרב נ"י על דברי האו"ת סס"י כ"ט בישובו על הטור דקשה הא למסקנא מיירי באומרי' הוזמנו וחייבנו דיודע שחבירו שקר העיד ואף עפ"כ אינו חייב בכולו מדינא דגרמי, טעית בזה לענ"ד דהא למסקנא י"ל דמיירי בלא נעשה מעשה עפ"י דבריהם וליכא דינא דגרמי לחייב מדין מזיק רק מדין הזמה שהתור' חייבתו ובזה אין א' חייב בשביל חבירו ופשוט, וממילא מופרכי' כל דבריך בישוב דברי הטור דמוכח דמיירי בנתבע טוען שמא למסקנ' מדלא חייב הא' על כולו דליתא כמ"ש.

ובעיקר דברי האו"ת לא הי' נלע"ד דבריו במ"ש כיון דהעד הב' מסייע וא"צ לשלם, וידידי אחי נ"י הוסיף לומר אף באין מסייעו יהא פטורים דאולי מ"מ הדין עם התובע ולדעתי כ"ז אינו, דכל שמדינא הב"ד פוטרין אותו הוא בחזקת פטור, וממיל' דנים להעדים כדין מזיקים דדווקא בההי' דסי' ק"ח בהג"ה בהעידו לגוי דהתם טוען לא עשיתי דבר דאמת העדתי, אבל בהעידו שקר אלא דבאת לומר שמא מ"מ הדין עם המלו' זה לא מהני לפטרם כיון דבלא עדותם יצא הלוה זכאי בב"ד, הגע עצמך בתובע לחבירו חפץ זה שלי הוא וזה כופר ובא א' מהשוק ושברו והתובע אומר שהוא מוחל לו דמי החפץ היעל' על הדעת לפטור זה מדין מזיק שמא החפץ היה להתובע ואף אם התובע בעצמו שברו באמת חייב דמ"מ כיון דעפ"י הדין זכה זה והחפץ בחזקתו ממיל' הוי זה מזיק ה"נ העדי' הוי מזיקי' ממש, גם ביסוד הדין שכ' האו"ת דאם זה מוד' דשניהם שקר העידו מחייב לשלם כולו ומדמה להההיא דסי' ת"י גם אנכי כוונתי לזה בתשובתי סימן... אמנם שם כתבתי לדעת הטור סי' ת"י דדווקא אם הב' פטור מדינא בזה הא' חייב בכולו אבל אם גם הב' חייב אלא דאין לו לשלם פטור וה"נ זה שמודה פטור כיון דבאמת גם הב' מעיד שקר ונתחייב ג"כ אלא דא"א להוציא ממנו כיון דעומד בעדותו הוי רק כמו אין לו לשלם ומה"ט גם באומר הא' עדות שקר העדתי ואינו יודע אם חבירו העיד אמת אינו חייב רק בחלקו

דעל חלק חבירו פטור ממ"נ או דאמת העיד וליכא חיוב כלל או דגם חבירו חייב מדינא וכנ"ל א"כ בלא"ה מופרכים כל דברי האו"ת בפרט הזה כנלע"ד:

סימן ט

עוד לו.

מה דהקשה אחי הרב נ"י במה דמשמע בדברי שו"ת הרא"ש שבב"י אה"ע סס"י ל"ח דבחוץ מפלוני יכול לבטל ולהתירה גם לפלוני בדיבור בעלמ' והוא נגד מתני' ערוכה במקומה כיצד יעשה יטלנו ממנ' ויחזור ויתננו לה, גם אם בחוץ מהני ביטול השיור בדיבור בעלמא אף דהוי שב וא"ת וגם לצעור' מכוין א"כ ה"ה בתנאי כה"ג ויקשה מזה על הב"ש סי' קמ"ג סט"ז, לפום רהיטא יפה תמה אחי נ"י, אולם נ"ל דבזה עדיף יותר לר"א מלרבנן דדווקא לרבנן דבחוץ לפלוני אינה מגורשת כלל א"כ בשעת נתינת הגט לא חלו הגירושין ולא הי' נתינ' הגט שום פעול' להתירה א"כ בזה לא מהני מה שאומר אח"כ אף לפלוני דא"כ כל מעש' הגירושין נעשי' בדיבור בעלמא בלא נתינה משא"כ לר"א דבעידן הנתינת גט הותר' לכ"ע לבר מפלוני בזה יכול להוסיף אח"כ בדיבור לבטל השיור ששייר לפלוני וממילא מותרת גם לזה ע"י הנתינה ראשונה כיון דביטול השיור וא"כ י"ל למה דהי' ס"ל להרא"ש לפרש דהאיבעי חזר ואמר אף לראובן ושמעון מיירי שאמר כן אחר שמסר הגט לידה היינו מפרשים באמת דהאיבעי קאי רק לר"א ולמד הרא"ש מזה דמדר"א בחוץ נשמע לדידן בתנאי דג"כ חלו הגירושין עכ"פ באם יתקיים התנאי דיכול ג"כ לבטל התנאי בדיבור בעלמ' משא"כ לרבנן דבשעת נתינה לא התחיל שום גירושין מש"ה בעינן שיטלנו ממנה, ובזה מיושב גם כן מה דכתב הרא"ש בשו"ת אח"כ דע"כ האיבעי מיירי באמר כן קודם שמסר הגט לידי' מדאמרי' מאי דשרא אסור ואם איתא דכבר מסר לידה הגט איך יכול לאסור מה שכבר הותרה, ולכאורה יקשה הא י"ל דהאיבעי קאי לרבנן דעדיין לא הותר' ושפיר אמרינן מאי דשרי אסור היינו מה שהי' רוצה להתיר מתחלה, ולפי הנ"ל ניחא דדברי הרא"ש בדרך ממ"נ דאם האבעיא לרבנן פשיטא ופשיטא דמיירי קודם מסירת הגט כדקתני להדיא במתניתן כיצד יעשה וכו' אלא דאף אם תפרש דהאיבעי' לר"א ג"כ מוכח דמיירי קודם המסיר' מדאמרי' מאי דשרי ולר"א דכבר הותרה איך יכול לאסרה.

גם מה דהקשה אחי הרב נ"י על הב"ש בסימן קמ"ג, נ"ל דהא כל עיקר סברת הב"ש דבתנאי דשוא"ת כיון דמותרת מיד להנשא ונגמרו כל הגרושין מש"ה א"י להוסיף, וא"כ י"ל דווק' היכי דנגמרו לגמרי הגרושין והותרה לכל בזה הוי נתפרדה החבילה ובעלה

כאחר דמי, משא"כ בחוץ דעכ"פ עדיין אגוד' ביה דמכחו אסור' לפלוני שפיר יכול להתירה לפלוני ודמי לתנאי דקום ועשה באופן דלא התחיל עדיין הגרושין בשעת נתינה גרע מתנאי ולר"א הוי כתנאי דקום ועשה דבדיבור בעלמא מהני כנלע"ד:

סימן י

עוד לו.

מה שכתב רומעכ"ת ש"ב נ"י לדון למעשה בדינא דבעה"ת שער כ"ג ביורש אחי אביו אם צריך לשלם חוב אביו דדווקא גבי יורש אבי אביו אמרי' מכח אבוה דאבא קאתינא ואין לך בו אלא חדושו דבעלמא ל"א הכי לענ"ד דין זה תלוי במחלוקת הב"י והד"מ סי' רנ"ג דדעת הב"י שם דירושת אחיו הוא בלא משמוש ודעת הרמ"א שם סק"ז דמדין משמוש הוא דאביו יורש בקבר ומוריש לבנו, דלדעת הד"מ כיון דתחילה יורש אביו בקבר ממילא כשזה בא לירש את אחי אביו הוי כבא לירש את אבי אביו שירש בקבר את בנו, ותו אמרי' בי' מכח אד"א קאתינא, וכבר כתבתי מזה בתשו' אחת בארוכה.

ומה דהשיב רומעכ"ת נ"י ע"ז, וז"ל דא"כ דבעה"ת יסבור דלאו מדין משמוש א"כ פשיטא דאין צריך לשלם חוב אביו ולמאי הוצרך לדון מדין אין לך בו אלא חדושו, תו כתב מעכ"ת נ"י דלפ"ז יהיה הדין דביורש אחיו צריך לשלם חוב אביו דהא מדין משמוש ירש האב בקבר מה דלא מצינו חידוש דין זה בפוסקים וביורש אחי אביו יהא הדין דא"צ לשלם חוב אביו וזהו נגד הסברא מבחוץ עכ"ד, ולזה דעת מעכ"ת נ"י דגם הבעה"ת ס' דמדין משמוש ואעפ"כ אמרי' אין לך בו אלא חדושו דדווקא ביורש אבי אביו ממש אבל לא היכי דבא לאבי אביו בדרך משמוש ע"כ.

לענ"ד באמת אף אם ירושת אח לאו מדין משמוש, יש לדון דא"צ לשלם חוב אביו היכי דיורש את אחי אביו דהרי מבואר בסוגיין דאף במכר חלק בכור' מה שאירש מאבא בנו מוציא מיד הלקוחות דאף דל"ש בי' מכח אבא דאבא קאתינא, מ"מ אמרי' דבמקום אביו קאי לירש דתחת אבותיך, וא"כ י"ל ה"נ מיד שמת אביו קם הוא במקום אביו לירש את אחיו וא"צ לשלם חובו, ולזה הוצרך הבעה"ת לדון דלא אמרי' הכי רק באבו' דאבא ולא במקום אחר, א"כ להסוברי' דמדין משמוש הוא, י"ל דהוי ממש בכלל יורש אביו ול"ש לומר אין לך בו אלא חדושו דהיא היא. ולזה גם מה שסתר מעכ"ת נ"י דלדבריי' יהא הדין דביורש אחיו צריך לשלם חוב אביו וביורש אחי אביו א"צ לשלם, אני אומר כך, דלהסוברי' מדין משמוש בוודאי הדין דביורש אחי אביו א"צ לשלם חוב אביו, ואם נימא דממילא מהראוי לומר דבמכ"ש ביורש אחיו דא"צ לשלם, באמת יהא מוכח דגם ביורש

אחיו א"צ לשלם חוב אביו ומטעם דבמקום אבא קאתינ', ומוכח דאמרי' הכי בכל מילי, והבעה"ת דס"ל דאין לך בו אלא חדושו ס"ל דלאו מדין משמוש הוא, מש"ה אפשר לומר דביורש אחי אביו צריך לשלם, וביורש אחיו א"צ לשלם, ואדרבא ממקום שבא רומעכ"ת נ"י יש ראי' לדידי דהרי באמת יקשה להבעה"ת דס"ל דבעלמ' ל"א הכי, א"כ יהא הדין דביורש אחיו צריך לשלם חוב אביו וחידוש כזה לא הוי שתקי הפוסקים מלהזכירו, אבל לפי דברי ניחא, דלבעה"ת באמת לאו מדין משמוש הוא, וממילא הדין דביורש אחיו דא"צ לשלם חוב אביו, ולהסוברים דמדין משמוש הוא ס"ל דגם בעלמא אמרינן מכח אבא קאתינא, ועומד במקום אביו לירש את אחיו, וא"כ לכ"ע ביורש אחיו א"צ לשלם חוב אביו וביורש אחי אביו לבעה"ת צריך לשלם חוב אביו, ולהסוברים דמדין משמוש הוא (וכן דעת הרמב"ן בפי' לתורה] אין צריך לשלם חוב אביו כנלע"ד.

ודע דלכאורה דברי הב"י סתורים דמדבריו בסימן רנ"ג הנ"ל מבואר דס"ל דירושת אח לאו מדין משמוש ע"י אביו הוא, ואלו בסס"י רע"ז סכ"ד במ"ש בתחלה בכוונת הרמב"ם דהכי קאמר אם מת ראובן בלא בנים ובלא אחים ויורשוה בני אחיו אם היה אחד מאחיו בכור בנו נוטל חלק בכורתו לפי שאלו יורשי' את ראובן מכח אבי אביהם ע"ש, הרי דס"ל דהירושת ממשמת לאביו, וממנו לבנו. וצ"ל דס"ל להב"י לחלק דאם אחיו קיים הוא יורש בעצמותו, אבל אם גם אחיו מת בזה כי היכי דאם אביו ואחיו קיימין האב קודם לנחלה, ה"נ באם שניהם אינם קיימין האב קודם, וזהו כמו שכתבתי כבר פעם אחת בשם **ידידי הרב הגדול המנוח מו"ה יעקב כ"ץ זצ"ל** ע"ש.

ולכאורה הי' נראה ראי' ממ"ש הרי"ף בפרק יש נוחלין דף רט"ז ע"א וז"ל פירש שכיבא חדא מבנתי' בחיי האב עכ"ל, משמע דאלו מתה אחרי מיתת האב אינה גובה כתובתה דאידך ברתא יורש אחותה, א"כ משמע דיורש אחיו א"צ לשלם חוב אביו אי משום דירושה זו לאו מדין משמוש הוא אי משום דגם בזה במקום אביו קאתינא וכנ"ל, אמנם באמת אין מזה ראי', דיש לומר דשאני בכתובה דאף אם האב יורש בקבר מ"מ הו"ל ראוי' דאינה גובה כתובתה ממנו, ועיין:

סימן יא

עוד לו.

ואשר הקשה לי ש"ב רופמעכ"ת הגאון נ"י וז"ל שבועות י"ז ע"ב תוס' ד"ה אבל חייבי' על עשה וכו' עשה דנדה לא תעביד הוא, משמע מדבריהם דחייבי' קרבן על עשה כזו והוא תמוה וכי חייבי' ב' קרבנות על עשה ועל ל"ת, כמו שדייק הר"ן והרשב"א וביבמות

ט' ע"א תוס' ד"ה מה ע"א וכו' ומיהו לרבי דגמר גז"ש מעלי' וודאי דאינו חייב על כל שאין ל"ת, וכ"כ תוס' יומא דף פ"ה על פורק עול ומפיר ברית, ובדף י"ח ע"ב כתב תוס' בד"ה לא תעשה דכל קושית הש"ס מנ"ל דאין חטאת עד שיהי' בו לאו, ואפשר לדחוק דתוס' דף י"ח אליבא דר"י ובדף י"ז אליבא דחכמי', עכ"ז תמוה שגם אליבא דחכמים לא מצינו, אמנם תוס' זבחים ק"ו ד"ה אזהרה מניין וכו' וא"ל דסוגיא דידן כרבינא ומצי למימר אליבא דקרבן בעי אזהרה וכו' קשיא דרבא אדרבא עכ"ל, וקשיא לי מאוד לפ"ז ר' דס"ל קרבן בעי אזהרה וכי יסבור דלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד לוקין, ויותר מזה יקשה על הרמב"ם דבהלכות יבום וחליצה מביא לימוד דר' ולקח ולקחה ולא גז"ש דעלי'], וצ"ל כתי' הש"ס דעליה מבעי לי' לגז"ש דחטאת, ונכון הוא בשיטתי' דפסק מגדף היינו מברך השם ופסק כחכמים דרע"ק בריש כריתות דמגדף ומברך השם פטור מקרבן שאין בו מעשה ואם כן לא יוכל לפסוק כרבנן דעלי' לאסור צרות דא"כ צ"ל הקישא דריב"ל, וזהו ל"ש לפי ההלכה דהא א"א לומר הוקשה כה"ת למגדף מה מגדף שיש בו מעשה וחייבי' עליו קרבן דהא מגדף אין בו קרבן, לזה לקח לו הרמב"ם לפסוק כר' לאיסור ערוה מולקח וגז"ש לחטאת, א"כ צריך שיהי' לאו כמו באחות אשה כמ"ש תוס' וא"כ צריך אזהרה לקרבן וקושי' הש"ס במכות במק"ע דלמא בעי אזהרה לקרבן, ויהי' מוכרח מזה דלאו שניתן לאזהרות מיתות ב"ד לוקין עליו, והוא לא פסק כן, ע"כ לשון ש"ב נ"י.

מ"ש רומע"ל ואפשר לדחוק דכוונת תוס' דף י"ח אליבא דר', ודף י"ז אליבא דחכמים ועכ"ז תמוה דגם אליבא דחכמים לא מצינו כן עכ"ל, בוודאי מ"ש אליבא דחכמים לא מצינו כן אין כוונתו דלחכמים בעי דווק' לאו מפורש דהא לקושטא דמלתא כ' תוס' דלחכמים לא בעי לאו רק שיהא המצוה בענין שוא"ת כמו בע"ז וה"נ בנדה כן הוא דמצוה שלא יפרוש בהנאה מרובה כסברת תוס', אלא דנראה בוודאי כוונתו דמר דאליבא דחכמים לא מצינו כן לחייב ב' קרבנות על עשה ועל הל"ת. אמנם לענ"ד כוונת תוס' כמ"ש הר"ן לדייק דמדקתני על עשה ועל ל"ת שבנדה, ולא קתני על עשה ול"ת משמע כל חד מלתא באפי נפשי' על עשה היינו על הפריש' ועל ל"ת היינו בבא על הנדה, אלא דהר"ן שם כ' דמ"מ גם בפרישה עיקר החיוב על ל"ת המעורב בו וזהו לא ניחא להו לתוס' דעל עשה דמשמע דעשה לחוד הי' ג"כ גורם קרבן, וכדנתחבט הר"ן גם כן בלישנא דמתני' ע"ש, לזה פירשו דעל עשה לחוד אם הוא בענין שוא"ת יש לחייבו קרבן לרבנן דר' דלא בעי לאו ממש, והש"ס דפריך ל"ת מנ"ל, היינו כיון דמסתמ' גם רבי לא פליג על דינא דמתניתן דחייב קרבן ומקשי אליבי' מנ"ל הל"ת, אבל בוודאי גם לרבנן אינו חייב ב' קרבנות ועל ל"ת היינו בבא על הנדה.

ומה שתמה כבודו דלרבי דבעי אזהרה תקשי קושי' הש"ס במכות מה בין לאו שניתן לאזהרת קרבן או לאזהרת מיתות ב"ד, נ"ל במה דנדייק בלישנא דתוס' יבמות שכ' דלרבנן לא בעי לאו מדאמרינן במכות הני קום ועשה נינהו ולא ממעט משום דלית בהו לאו עכ"ל, ולא נקטו בפשיטות דהא אמרינן במכות דלא בעי אזהרה לקרבן, וביותר ביומא דף פ"ה שכתב להדיא ואי בעי' לאו לענין חטאת נימא מה ע"ז וכו' משמע דהי' באפשר לומר הכי, והרי זה נגד המכוון דבא לומר שם דקרבן לא בעי אזהרה ולזה נראה דהענין כך הוא, דהרי במה דאמרינן לאו שניתן לאזהרת מיתות ב"ד אין לוקין עליו פשיטא אינו מ' הוכחה כיון דלא מצינו עבירה שיש עליו עונש מיתה בלא לאו, דדלמא הלאוין משום מלקות אבל היה אפשר לענוש מיתה בלא אזהרה, אלא דכך מקובל להם לחז"ל דא"א לענוש אא"כ הזהיר, ובש"ס דפריך ודלמא אזהרה בעי קרבן דהא פסח ומילה, היינו דבא להוכיח דע"כ גם עונש קרבן בעי אזהרה דאל"כ מנא ידעינן דפסח ומילה פטורין מקרבן, וע"ז משני התם לאו ה"ט וכו' היינו לדחות הוכחה זו, אף דג"כ ליכא הוכחה בהיפוך דקרבן לא בעי אזהרה מ"מ כך שפט' דעת רבותינו ז"ל העמוקים מני ים או שבא להם בקבלה דא"א לענוש מיתה בלא אזהרה, אבל אפשר לענוש קרבן בלא אזהרה, מעתה נ"ל אף לר' דיליף בגז"ש דעליה ובעי' לאו אעפ"כ קיימא הסברא דעונש קרבן אפשר לענוש בלא אזהרה אלא כיון דבאמת דמשפט הכתוב באחותו ושבת לחייב קרבן וכדומה, ובפורק עול וכדומה לפטרו מקרבן מאיזה טעם שיהי' ובכדי שנדע אנחנו באיזה עבירה חייב בקרבן ובאיזה פטור ולא יצטרך הכתוב לפרט בכל פרט ופרט נמסר לנו הגז"ש דעלי' עלי' ואתנח בן סימנא להודיע המקומות דבמקום שיש בו כרת ולאו בעי' קרבן ולא דהסיבה של קרבן הוא הלאו אלא כיון דבאמת בהנך שיש קרבן אית בהו לאו ובאינך דפטור מקרבן לית בהו לאו, ומשום הכי נודע לן המקומות חיוב ופטור ע"י גז"ש, וא"כ גם לרבי לא מקרי לאו שניתן לאזהרת קרבן דהא לא מוכרח להזהיר בלאו בשביל הקרבן דאף בלא אזהרת הלאו הי' באפשר להכתוב לפרש בו להדיא חיוב הקרבן. וכיון דהלאו אינו הכרח לגוף חיוב הקרבן רק שנדע הסימן לא מקרי אזהרת קרבן דהא הי' באפשר לפרש בו קרבן בלא הלאו, משא"כ גבי מיתות ב"ד דלא בא העונש אא"כ הזהיר זהו נקרא ניתן לאזהרת מיתת ב"ד, וא"כ שפיר כתב תוס' דאם איתא דלרבנן בעינן לאו הו"ל דומי' דע"ז דבעי לאו, ואעפ"כ לא הוי מקרי אזהרת קרבן, אלא דההיקש הוא רק כמו סימן לידע מקומות החיוב, אבל אין קרבן בעי אזהר' לצורך עונשו, ופירכת הש"ס ודלמא אזהרה בעי קרבן דהא פסח ומילה אינו לר' דלר' הטעם בפסח ומילה מכח הילפותא עלי' עלי' דהודיע לנו התורה דבהנך דלא נאמר בהו לאו אינם חייבים בקרבן

אבל אין הטעם משום דבלא אזהרה א"א לענוש קרבן אלא דהתורה לא רצה לחייב קרבן בפסח ומילה והודיע לנו זה ע"י הסימן דאחות אשה, אלא דפירכת הש"ס הא לרבנן אין ראי' דבעי לאו דהא בהקישא דריב"ל לא נזכר לאו, וע"כ הא דפסח ומילה פטור הוא מסברא דא"א לענוש קרבן בלא אזהרה ומשני דהטעם דלית בי' מעשה, ולרבינא דמשני במכות משום כדי רשעתו י"ל דקיימי' כהוכחת המקשן דכיון דלרבנן ליכא לימוד דבעינן לאו ע"כ מוכח מפסח ומילה דעונש קרבן א"א בלא אזהרה, והן הן דברי תוס' בזבחים וביבמות ויומא דזה עצמו הוכיחו מדלא משני לרבנן דטעמא דפסח ומילה דלית בי' לאו היינו לא דבעי' אזהרה אלא דבהקישא גלי קרא דליכא כרת בלא לאו דומיא דע"ז והוי כמו לרבי אע"כ דמכח הקישא דריב"ל לא נלמד דבעי' לאו כיון דלא מפורש בקרא הלאו וליכא טעמא בפסח ומילה אלא אי דאין קרבן בלא אזהרה אי דאין בהם מעשה, והנה עדיין יקשה דברי תוס' שבועות ומיושבים דברי הרמב"ם, ובאמת כבוד אא"ז הגאון זצ"ל בספרו משנת דרע"ק לא כ"כ, מ"מ לע"ד כמ"ש.

ובההיא עניינא תמוה לי בסוגיא דשבת קנ"ד ע"א אר"י המחמר וכו' והרי דסוגיא דסנהדרין ס"ה מבואר דר"י ס"ל דאפי' לרבנן דרע"ק מעשה זוטא מהני, ואף עקימת שפתיו היכי דבדיבורו עביד מעשה, והיינו הנהיגה בקול לענין כלאים כדמדמי הש"ס התם, וא"כ במחמר דג"כ הנהיגה בקול לכאורה הוי מעשה לענין חטאת, וצ"ע:

סימן יב

עובדא בא לידי באשה ובעלה תבעו לראובן שהשכינו אצלו מקום בעד ק' ר"ט בקנין או"ב ורוצי' לפדות המשכון וראובן טוען אמת בתחלה במשכנתא בא לידו אך לאחר זה כשבא זמן הפרעון קנה המקום ההוא ע"י חליפי' שהחליף ונתן לר"מ מקום אחר בעד מה ששוה המקום הנ"ל יותר מדמי המשכונא, ומבי' ראיה לדבריו שבפנקס הקהל דפה אשר בו נרשמי' כל המקומות שבהכנ"ס שמות בעליהם עפ"י נומרא נמצא כתוב ר"מ החליף מקומו נומרא פלוני לראובן נומרא פלוני בקנין לויט שטר חליפי' שבידו וחתום תחתיו פלוני ש"ץ ונאמן פה, והאשה הנ"ל טוענת דאף אם האמת שבעלה החליף היא לא ידעה מזה ולא קנו מידה, ורוצית לבטל מעשה בעלה תיכף ומיד עפ"י שטר שבידה בלשון הזה מודה אני ח"מ וכו' איך שאני חייב לאשתי מ' חיי' סך ג' מאות ר"ט ומחוייב אני לשלם חוב הנ"ל אחרי מותי במעות מזומני', ומעתה נתתי לאשתי הנ"ל את מקומות שלי לבהכנ"ס נומרא פלוני כמבואר בפנקס הקהל לתורת משכון לבטחון כתובת' ומהיום ואילך עומדי' המקומות בחזקתה ואין לי ולא לי"א -- מזוגתי הראשונה שום זכיי' בהו

למכרם או בהלוואה או ליתן במתנה רק הכל יהא נדרש לטובת וליפוי בעהש"ת -- וכו' ה"ק מאיר, ולמטה חתמו ב' עדים, וראובן טוען שאין בזכרותו מה שנעשה זה ימי' רבים משך ח"י שנים, אך מסתמא הי' בקנין או"ב כנהוג, ובוודאי הי' מפורש כן בשטר החליפי' שנשרף בעת שריפת העיר פה בעו"ה זה שמנה שנים, וגם הש"ץ ונאמן החתום בפנקס הקהל אומר דמסתמא הי' קנין ממנה כדרכו שלא ליכתוב שטר מכירה בענין אחר ואך להעיד בבירור ענין המעשה אין בזכרות.

נראה בפשוטו אף דראובן נאמן נגד ר"מ בטענ' לקוח ע"י שני חזקה כיון דליכא עדים דבמשכנתא בא לידו מ"מ לגבי דידה לא הוי חזקה ראי' שקנו מידה דהא היא א"י לתבוע בחיי בעלה, וא"כ בעת שתבוא זמן גביית כתובתה יכולה לגבות מהמקום הנ"ל אם לא ימצאו לה נכסי בעלה לפרוע מהן, ועל ראובן לברר שקנו מידה, וחד מחברייא רצה לומר דדמי לטוען א"י אם נתחייבתי דשמא מעולם לא נתחייבת לנגדך לגבות ממנו כי מחלת לגבי בעלך זכותיך מהמקום הנ"ל ע"י קנין, ואף דאם הי' שטר החליפי' בפנינו, ולא הי' נזכר קנין ממנה לא הי' הלוקח נאמן. היינו מטעם דאיכא רעותא מדלא נזכר קנין ממנה אבל בנידון דידן דנשרף השטר דליכא רעותא זכה הלוקח עכ"ד, ולענ"ד לא נראה כן, כיון דשעבודה דדה כבר רמי' על הנכסים הוה כמו ספק מחילה דא"נ ואף בטוען ברי א"נ לומר דנסתלק שעבודה דבשטר.

וה"ה ידידי הגאון וכו' הירש נ"י אבד"ק האמבורג צידד לומר דאף לדברי דהוי כמו ספק פרעון מ"מ הא כתב בתשובת חינוך ב"י סי' ק"ז בדיני דהט"ז סי' ע"ה במטבע מזוייפת, כיון דלא הו"ל למידע ולהעלות בלבו שיש מטבע מזוייף בתוכו פטור עיי"ש, וה"נ בנ"ד דמצוי לשכוח הקנין ממנה כיון דאפשר דלא יבוא לידי חיוב עליו דהרי וודאי יכול לסלקה בזוזי ומ"מ חזר ודן לדינא כדעתי מטעם דשטרך בידו מאי בעי דא"א דקני מידה הו"ל להחזיר שטר משכונה שבידה כיון דבלא"ה יש לה שטר כתובה על שטר שרש החוב עכ"ד, ולענ"ד הקלושה אין צורך לכל זה דדווקא לענין טענת פרעון החוב עומד לפרעון וטענ' הפטור הוא שקיים המוטל עליו לפרוע חובו בזה צריכי' לדונו מדין א"י אם פרעתיך ולמקצת הפוסקים בעינן דווקא היכי דהו"ל למידע כדעת החינוך ב"י הנ"ל ע' די מה' שאלה ופקדון וכן בשניהם טוענים ספק להרבה פוסקים פטור, משא"כ בנ"ד דוודאי לא נפרעה אלא דהלוקח בא בטענת שהיא מחלה זכותה, כיון דבא רק ע"י כח מתנה ומחילה עליו לברר, דהרי אפילו במחל בפנינו יד הלוה על התחתונה כדאיתא בש"ע סס"י ס"ה, ועיין ש"ך סי' מ"ב סקח"י מכ"ש בנ"ד דליכא כלל ענין מחילה בפנינו

ואף בטוען הלוקח ברי א"נ, דמחילה בעצמותו הוי טענה גרוע' וא"נ רק במגו כמ"ש הש"ך סי' ע"ה סקכ"ב, כנלע"ד ברור בעה"י.

עוד טען ראובן היות שר"מ חזר להחליף המקום שבא לו ממנו ללוי על מקומו ואולי יתברר שבחליפי' ההיא הי' בקנין או"ב, וזה ראיה שנתרצתה גם לחליפי' הראשונים נראה דלית ביה מששא בטענתו דהא אף בלא קנין ממנה נתקיים החליפי' של בעלה עם ראובן, אלא דבשעת זמן גבייתה תוכל לטרוף ממנו, וכיון שעכ"פ נתקיים החליפי' שפיר עשתה בקנין בחליפי' של בעלה עם לוי שלא תטרוף ממנו דבלא קנין ממנה היתה יכולה לטרוף משניהם מראובן ומלוי דהיינו בתחלה תגבה מהמקום שביד בעלה עתה שקבל בחליפי' מלוי, ומה שיגיע עוד לתשלום כתובתה תטרוף מלוי והמותר תטרוף מראובן, ואין ראובן ולוי יכולים לחזור עלי' מדין לוה, ולוה וקנה דיחלוקו דהא כיון שגבתה מקודם עפ"י ב"ד זכתה דבלוה ולוה וקנה קיי"ל דמי שקדם וגבה גבה, וכמו שכתבתי בתשובה אחת כבר, ועוד נ"ל אף אם נידון דמכח הקנין שלה בחליפי' של בעלה עם לוי מוכחה דנתרצתה לחליפי' של בעלה עם ראובן מכל מקום לא עדיף מריצוי בפירוש אחר מכירת בעלה דלא מהני מדין נ"ר עשיתי לבעלי ובעי' דווקא קנין ממנה קודם ולזה ליכא הוכחה מכח הקנין שלה בחליפי' עם לוי.

אולם כ"ז לטרוף אחר מיתת בעלה, אבל לבטל המכר מיד נ"ל דא"א לה להוציא מהלוקח, עיין בב"ש סי' צ' ס"ק מ"ז דבנצ"ב שמכר בעלה מחלוקת הפוסקים אם בטל המכר מיד, וגם אף לפסק הש"ע שם דהמכר בטל מיד והיינו כברייתא יבמות פרק אלמנה מ"מ אין ללמוד מזה בנ"ד שמכר השדה שמשועבד לה לנצ"ב אף דבברייתא שם קתני או שהכניס לה שום משלו, מ"מ הא כ' הרמב"ן במלחמות ובחידושיו די"ל דהיינו שהכניסה לו ממון בנדוני' ושמו שדה שלו וכ' לה אותו שדה שיהי' לה במקום השום וקבל אחריות עליו עיי"ש, אף דבחי' הרמב"ן פ"ג דב"ב לא משמע כן, מ"מ כיון דבלא"ה בנצ"ב להרבה פוסקים אין המכר בטל מיד, אם כן עכ"פ בכה"ג מידי ספיקא לא נפקא, ובספיקא כהאי נראה דהלוקח מוחזק, אף דהספק אם המכיר' בטל למפרע מיד, דהרי הרי"ף כ' ביבמות עלה דההוא ברייתא דמכרו שניהם דלא אפשיטא שפיר דנעביד בה מעשה, הרי דמספיקא לא נפקינן מלוקח, וכן מבואר מדברי הרמב"ן שם במ"ש על הירושלמי כיון דאנן לא קים לן פסקו דבני מערבא המכר קיים, ועל הבע"ח להביא ראיה עיי"ש, ואף דהבעל הבטיח אותה בשטר שאין לו זכייה בהם למכרם, ואף שרציתי לצדד דהכוונה שנתן לה המקומות בדרך מתנה במעכשיו בתנאי באם ימכרם יהי' למפרע שלה שתתבטל המכיר', מ"מ י"ל דאין לנו לפרש השטר מה דלא נזכר בו,

ולזה לפי שעה זכה הלוקח, ואחרי מיתת בעלה, כיון דהסכים עמי הגאון נ"י הנ"ל עבידנ' בה עובדא דיכולה לגבות מהלוקח, כנלע"ד:

סימן יג

לק"ק מעזיחאד

לכבוד ידידי הרב המה"ג אב"ד ור"מ מו"ה יצחק איצק **נ"י**.

ע"ד בתולה מק"ק סלאשע שהיתה משודכת לא' מעירו ונפטר והלך לעולמו וחיים שבק לנו ולכ"י, והניח יורשי' קטנים והב"ד אבוהון דיתמי תובעי' שתתן לחזרה המתנות שקבלה ממנו ב' טבעו' זהב וכדומה, ואף שהיא טוענת שקיבל מידה בהלוואה ד' ר"ט מ"מ אינה נאמנת בזה בשום ענין לגבי ית"ק, עכ"ד.

יש לדון בזה טובא דנאמנת בשבועה לטעון עד כדי דמיהן, אף דמסתמא לית לה מגו דלהד"ם כדרך בנות ישראל להראות את כבודה כזה וכזה ניתן לי מהחתן, וגם מגו דהחזרתי להיתומים ליכא כיון שהם קטנים כמ"ש במהרימ"ט ח"א סי' ל"ג מ"מ יש לה מגו דנאנסו, אף דבנאנס' בחיי החתן נראה דחייבת לשלם מדאמרינן ב"ב קמ"ו כיון דאלו מגנב' וכו' ומשמע אף באנוס מדבעי' לומר מהאי טעמא דקם ברשותה גם לענין שבח. (וחידוש בעיני שלא נזכר מזה הדין בראשוני' ובאחרוני', כי מסברין הי' מקום לדון דפטורה, כיון דלא בא לידה בתורת שמירה רק בתורת מתנה והוי כמו לוקח לל' יום בש"ע חוה"מ סס"י שמ"ו, ועיין בהרא"ש פ"ג דסוכה גבי מתנה ע"מ להחזיר) מ"מ נ"ל דאם נאנסו בידה אחר מיתת המשודך דפטורה, דמיד שמת אין לה רשות להשתמש בהם וקיימן ברשות יורשים, והוי כמו שואל לזמן וכלתה הזמן וא"כ נאמנת בשבועה במגו. דנאנסה, ואף לגבי ית"ק אמרי' מגו כמסקנת הש"ך סימן ק"ן דלא כהרמב"ן עיי"ש.

שוב טענה הבתול' הנ"ל שאמרו לה ב' עדי' מק"ק מעזיחאד שהחתן הנ"ל הגיד לפניהם קודם מיתתו שקיבל ממנה ד' ר"ט בזה נ"ל דאין מוציאי' מידה אף בלא שבועה אף דאין מקבלי' עדים בפני ית"ק, מ"מ הא לכמה פוסקי' בעידי צוואו' מקבלין כדאית' בש"ע סס"י ק"י בהגה. ועיין בכה"ג דמספק יכולי' היורשים לומר ק"ל דאין מקבלי', וא"כ בנ"ד דהיא מוחזקת יכולה לומר ק"ל דמקבלי', וביותר דהרשד"ם ח"א בתשובה סי' קצ"ז כ' דאין היורשי' יכולי' לומר ק"ל, דדווקא היכא דיכולי' לומר ק"ל שלא יגבו מאתנו כלל משא"כ בעידי צוואה דעכ"פ כשיגדלו יגבו מהן אלא דהחשש שמא א"י לגבות מהם עכשיו דכשיגדלו יבררו לבטל העדות והוי חשש רחוק וא"י לומר ק"ל, גם הא במהרי"ט

חו"מ סי' ז' כתב דבשטר ואיכא עדים שהודה בכה"ג מקבלים בפני ית"ק כיון דעיקר הגבייי' מכח השטר.

(א"א ב"ה שמעתי מפי אאמ"ו נ"י דמקהי בה אקהיית' על דברי מהרי"ט ממ"ש הרמב"ן פ"ג דב"ב בסוגי' דרבה בר שרשום שהקשה דאמאי לא אמר הדרנ' ארע' ליתמי אמור רבנן אין נזקקין לנכסי ית"ק, ונדחק לתרץ דלזה לא הי' חושש דהי' רוצה להמתין עד שיגדלו אם יגבה בלא שבועה, ועלה כתב אמאי לא אתי מיד לבי דינא ויתבע את היתומים ונאמן עד כדי דמיו במגו דלקוח ותירץ נהי דאיכא מגו כיון דהם קטנים אין נזקקין להם דלא יהי' שמביא עדי' כלום מקבלי' אותן עיי"ש, משמע דלמד דין מגו מדין עדים דכי היכי דאין נזקקין לקבל עדות על ית"ק ה"נ אין נזקקין לקבל המגו, ואם נימא כדברי המהרי"ט א"כ הוה להרמב"ן בזה לתרץ קושייתו הראשונ' דלא הו"מ למימר אמור רבנן אין נזקקין לנכסי ית"ק דלגבי האי חשש דצררי דמקבלי' עדות הי' מקבלי' גם המגו והי' יכול לתבוע דמיו בב"ד ונאמן במגו כיון דהעיקר הגבייי' מכח השטר, ומזה מוכח לכאור' ג"כ דס"ל להרמב"ן דאפי' לפטור אין מקבלי' עדי' בפני ית"ק או עכ"פ בטוען כדי דמיו דהוי קצת נוטל מ"מ אין מקבלי' דהרי הרמב"ן אמר דבכה"ג אין מקבלים המגו ומדמה זה לקבלת עדות).

ואם כן כפימ"ש בנ"ד דעכ"פ נאמנת בשבועה במגו דנאנסה בכה"ג מקבלים העדים לפטרה משבועה דהרי בשטר אין כחו יפה כ"כ, דהא א"י לגבות כלל מית"ק אפי' בשבועה כ"ש בנ"ד דמכח המגו יכולה עכ"פ לגבות בשבועה, א"כ בכה"ג וודאי מקבלים, אמנם באמת זהו ליתא, דאף דהיכא דנאמנת במגו דלהד"ם אלא דצריכה שבועה כיון דאינו טוענת בגופו והוי בכלל נוטל, בזה שפיר יש ללמוד דמקבלים עדים בפני ית"ק לפטור משבועה, בנ"ד במגו דנאנסה כיון דכל כמה דלא נשבע' ליכא מגו דהא בנאנס' תצטרך לישבע, וא"כ בכה"ג אם נימא דמקבלים העדי' ולא תצטרך לשבע, א"כ עיקר גבייתה ע"י העדים דהא כיון דלא נשבעת אין כאן מגו ואיננו, ואינו דומה לשטר דאף בלא העדים השטר בתוקפו אלא דאיכ' חשש צררי', משא"כ בנ"ד אף דעדיפא כחה משטר דיכול לגבות ע"י שבועה, מ"מ בלא שבועה גרע כחה דאין כאן מגו כלל, ועיין הגהת ש"ע סי' פ"ז ס"ו גבי עד המסיוע ובש"ך שם וצע"ג בזה, גם כיון דהוא מוחזקת יש לדון דמקבלים עדים כדפסקי' בש"ע סימן ק"ח דמקבלים עדים שלא בפני בע"ד לפטור, ועיין ש"ך שם דמשמע דהו"ה בית"ק, וא"כ ה"נ אף דאם היא' באה לגבות אין מקבלים העדים, מ"מ לענין זה מהני הקבלת עדות שלא להוציא ממנה המתנות כנלע"ד:

סימן יד

עוד לו.

וע"ד קושיתו בנזיר ה' ומגלה אחד ליב"ח, הא רבי סבר ערכין ל"א דבבע"ח תליא בשס"ה ימים, יפה הקשה, וביותר למה דמבואר פ"ק דר"ה דרבי ס"ל דבכל מקום חשבינן שס"ה ימים לשנה, וא"כ למה נשתנה דין זה דגלוח דנזיר עולם, ולי קשה ג"כ בלא"ה אף לפי ההלכתא למ"ש הגה"מ פ"א מהלכות גרושין לדייק לענין מינקת חבירו, מדנקט הש"ס לישנא דיב"ח דמשמע דתליא רק בחדשי' ואין העיבור בכלל, וכמ"ש המהר"ם בהלכות שמחות לענין אבילות יב"ח, והכי קיימ"ל, כמ"ש יו"ד סימן שצ"א סק"ב, ועיין בב"ש אה"ע סי' י"ג סקכ"ב. וא"כ ה"נ לענין גלוח יש לדייק מלשון לשנים עשר חדש דאין העיבור בכלל ואמאי הא ילפינן מבע"ח והתם נתעברה למוכר ואין סברא לומר כיון דתלי' בכבידות השערות אין מקום לחלק בין שנה מעוברת לשנה סתם דהא ביותר מזה מחלקי' לענין ביאת קטנה פחות מבת ג' כמ"ש הה"מ פ"ב מהל' אישות ע"ש, וגם קשה דנימא דבעי' דווקא מעל"ע כמו בבע"ח וכ"ז צ"ע.

ובסוגי' דנזיר הנ"ל נתקשתי בפרכת הש"ס ואימ' שנתיי' דכתיב ויהי מקץ שנתיים ימים, דהא קיימ"ל בכל דוכתא דתפסת מרובה לא תפסת, הן אמת למ"ש תוס' יומא ע"ב ע"א דדווקא היכא דאין לו קצבה אמרינן הכי, א"כ הכא ניחא דיש ליתן גבול וקצבה שנתים, אולם באמת כבר דחו זה תוס' בעצמם בסוגי' דסוכה ג' ע"ב גם הביאו שם ראי' מסוגי' דר"ה גבי תשלומין כל שבעה דאמרי' ג"כ תפסת מרובה אף דיש לו קצבה, ומה שתירצו בזה ביומא שם היינו דהוי ספק שמא אין לו תשלומי' רק ז', יש לעיין בו דמכל מקום נימא דבספיקא אם לא חג בג' ימי החג של שבועות יצטרך להביא בח' מספיקא ולהתנות בנדבה, ויש ליישב זה עפ"י דברי תוס' חגיגה ד' ע"א ד"ה ואימא טומטם ע"ש עכ"פ הראי' מסוגי' דסוכה הנ"ל שריר' וקיימא דאף ביש לו קצבה אמרינן תפסת מרובה לא תפסת, וצ"ל דפרכת הש"ס רק לר' לשיטתי' כיון דס"ל ימים תהי' גאולתו היינו ב' ימים א"כ לא הוי הג"ש כ"כ בדיוק מש"ה יותר יש ללמוד מקרא דמקץ שנתיי' ימים ומשני הש"ס דמ"מ עדיף ללמוד ימים סתם מימי' סתם, ובזה מיושב הא דלא פריך הש"ס גם בכתובות נ"ז ע"ב ואימא שנתיים ימים, ולהנ"ל ניחא דהכא לא פריך רק לר' לשיטתי'.

ואעורר לידידי רומע"ל מה דאנכי עומד כעת בסוגי' דיבמות כ"ט ע"ב אלא הא דקתני בש"א אשתו עמו והלה תצא משום אחות אשה, הא מסוגיא דלעיל ח' ע"ב מבואר במה דאמרינן שם לצרור מפיק ר' לכדר"ש דמאן דלא דריש לצרור לצרת ערוה ע"כ מוקי קרא לצרור לכדר"ש, ואם כן לב"ש דס' לעיל י"ג ע"ב דצרת ערוה מתייבמות ע"כ דמוקי לצרור

לכדר"ש, ובה הסברתי לי קושית תוס' שם ד"ה מ"ט דב"ש דקושיתם ביד חזקה כיון דלפי אמת ג"כ ע"כ מוקי ב"ש קרא דלצרור לכדר"ש, א"כ מאי פריך מ"ט דב"ש, וכיון שכן מאי פריך הש"ס הא לב"ש לשיטתי' בוודאי ניחא הא דתצא הלזו משום אחות אשה דהא גם בלא המאמר היו שתיהן פטורות מחליצה והמאמר לא פעל רק להתירה לזו אבל השניי' ממילא מפטרא מקרא דלצרור, וצלע"ג.

עוד קשה לי לדעת התוי"ט פ"ק דשקלים דקטני' דמתני' היינו פחות מי"ג שנים א"כ הא דקתני התם ואעפ"י שאמרו נשים ועבדים וקטנים פטורים אם שקלו מקבלי' מהם, היאך נקבל מקטן שאין מתנתו מתנה מדאורייתא ולא שייך ביה שימסור לציבור יפה יפה, ואולי יש לדחוק דמירי בהגיע לעונת נדרים דהקדשו הקדש:

סימן טו

עוד לו.

ועל קושי' רומע"ל בנדה ע' דפריך הש"ס האיכ' אשם, הא בנזיר כ"ט ילפינן חטאת מאשם וע"כ אשם בא מספק, לענ"ד אין בזה סרך קושיא דהתם בנזיר ילפינן כשם דהיכי דוודאי שלו חייב חטאת חייב על ספיקו של חטאת ג"כ קרבן, הו"ה לענין חטאת עוף, אבל היכי דוודאי שלו חייב באשם אין מביא ספיקו קרבן ופשוט, וע' בפ"י הרע"ב סוף תמורה שכתב הטעם דמש"ה מביא חטאת עוף על הספק, דכיון דאין למזבח אלא דמה ולא הקטרת אימורים לית ביה משום חולין בעזרה עיי"ש, והוא תימה בעיני דהרי פשוט בכל דוכתא בש"ס דאף בשחיטה לחוד הוי איסור חב"ע, ואולי דכוונתו בס' כה"ג מקילים, וא"י למה לי להרע"ב ליתן טעם ולא כפשוטו דגזה"כ הוא.

ובהיא עניני תמוה לי סוגי' דגיטין כ"ח ע"ב אבל חטאת העוף הוא מספק לא ליעול חולין לעזרה, ולא הבנתי דמאי שיאטי' דחב"ע הכא, הלא חטאת העוף קדוש בוודאי, והס' הוא משום איסור שמתו בעלים, וצ"ע ואם נדחוק דהש"ס לאו דווקא נקט, ע"כ מיושב קושית תוס' שהקשו הא חטאת העוף בא מספק, דע"כ לא שמעינן מקרא דעל ס' חיוב מביא ולית ביה משום חב"ע דהתורה חייב על ספיקו קרבן כמו על וודאי, משא"כ היכי דהספק שמא יש חשש פסול בקרבן פשיטא דאינו מביא כמו אם חטאת העוף הוא ספק טריפה וה"נ דמתו בעליה הוי כמו ס' פסול בקרבן, וצלע"ג:

סימן טז

לק"ק ברלין

לכבוד ידידי ש"ב הרב הגאון המפורסים מו"ה **מאיר ווייל** נ"י.

מה/// דתמה רומפמכ"ת במ"ש הרמב"ם פי"ב מהלכות אישות ובהל' נחלות דא"י להתנות ולעקור ירושה דלחקת משפט כתיב, אם כן כי פרכי' ב"ב קכ"ו לימא מתני' דלא כר"י וכו' הו"ל לשנויי שאני הכא דלחקת משפט כתיב.

גם אנכי עמדתי בזה זה ימים רבים, אבל לדידי לא הי' כ"כ תמיה מתקיימת כי בלא"ה סוגיא זו תמוה לכל השיטות דדייקו ממימרא דר"כ נחלה הבאה לאדם ממקום אחר וכו' דמשמע דנחלה הבא לו מעצמותו כגון נחלת אב לבן א"י להתנות ולומר שלא אירש וחתרו למצוא טעם לזה דדעת הרז"ה כיון דהוא מידי דממילא, ולדעת הר"ח כיון דעדיין אין לו כלום בנכסים לא מהני סילוק, ודעת הרמב"ן וסייעתו כיון דראוי ליורשו בכל שעה הרי הוא כאלו זכה בהן דלא מהני סילוק בעלמ' בלא קנין, ולכולהו שיטות הנ"ל יקשה סוגי' הנ"ל הכא לא קמחיל הא באמת אפי' מחל לא מהני והרמב"ן במלחמות הקש' כן על הרז"ה דלשני במידי דאתי ממילא שאני (וזהו ממש כעין קושייתי על הרמב"ן) ולדעת הר"ח והרמב"ן מתיישב קצת דזהו באמת דמשני הש"ס דא"א לו לעקור שום דבר בלתי מחילת הזוכה, ומש"ה בכסות ועונה יכול להתנות דהיא מחלה, משא"כ בירושה דא"א להבן למחול, אי מטעם דאין לו עדיין זכייה בהם, אי מטעם דזכה בהם כבר מש"ה אין ביד האב לעקור ממנו הירושה, ומ"מ כפי הגירסא הכא לא ידע קמחל בוודאי קשה, ובאמת ביסוד הקושי' נרא' דהרגיש בזה הה"מ בהל' אישות שכתב ואל יקשה בעיניך מה שאמרו ע"נ דהטעם דלא ידע ומחל דוודאי דאפי' ידע ומחל אין בדבריו כלום. וכ"כ קצת המפרשים עכ"ל.

ונראה די"ל דהתרצן משני לפי דעתו דהמקשן דמ"מ לא מהני כשלא מחל הבן, אבל לקושטא דמלתא דאפי' ידע לא מהני כדמוכח מכח מימרא דרב כהנא הנ"ל, והטעם או מדרשה דלחקת משפט או מאינך טעמים הנ"ל, גם הנ"י כתב דלא מצי מחיל במה דלא בא לידו של בן ואפילו הוי מצי מחיל וודאי לן דלא מחיל, והיינו ג"כ דהתרצין משני לרווחא דמלתא, דאף אם היה הדין דמהני מחל, מ"מ הכא לא מחל, ואדרבה לשיטת הרמב"ם מתיישב קצת יותר, כיון דהמקשן דמדמי לההי' דר"י ע"כ דלא ס"ל דרשא דלחקת משפט, לזה משני לו כפי דעתו וטעמו כדמצינו כן כמה פעמים, משא"כ להרמב"ן והר"ח כיון דהתרצין בא לחדש דבעי' דווק' מחילתו של הזוכה אמאי נקט דלא ידע ומחיל והו"ל למנקט האמת דהכא ל"ש כלל ענין מחילה.

ובעיקר הקושי' על הרמב"ם שמתי עיוני קצת ע"ז, ונ"ל ליישב עפימ"ש השיטה מקובצת בשם הרשב"א וז"ל הא דאמר רב עשו חז"ל חיזוק כשל תורה, תמו' לי דא"כ בפירות

אמאי תנאו קיים, ואין לומר דירושה שכיח ועבדו רבנן חיזוק דהא ליתא וכו' ונ"ל דירושה דאיתא בדאורייתא תנאו בטל אף בשל דבריהם, אבל פירו' דלא אשכחן כוותי' בדאוריי' אף הם לא עשו חיזוק בשל דבריהם, אבל למה דאמרינן לעיל דעשו חז"ל חיזוק לדבריהם יותר משל תורה לא ניחא לי בזה, ואפשר דהו"ה דהו"מ לאקשויי הכי אלא דעדיפא מיני' אקשי לי' עכ"ל, ותירץ זה של הרשב"א לחלק בין שרש דאורייתא כתבו ג"כ בתוס' ב"ב מ"ט ואולם מתורתו דהרשב"א הנ"ל למדנו דתירץ זה אינו מספיק רק למסקנא דעשו חיזוק כש"ת בזה מהני שרש דאורייתא קרוב יותר לשל תורה, אבל לפי הס"ד דבדאורייתא תנאו קיים אלא דעשו חיזוק יותר משל תורה, בזה ל"ש לומר דהוא דווקא ביש לו שרש דאורייתא, דהא אדרבא מה דהוי של תורה יותר גורם שיהי' תנאו קיים, והוצרך הרשב"א לשינויי' דעדיפא מיני' פריך.

והנה בלח"מ ביאר לנכון דהרמב"ם ע"כ ס"ל דירושה מקרי ידע ומחיל, ואם כן בהכרח דקושית הש"ס מאונאה קאי לאביי דלא מחלק בין ידע ומחיל, ומש"ה שפיר משני הש"ס דעשו חיזוק כש"ת ובשל תורה בטל מטעם דרב ס"ל כר"מ, והא דבפירות לא עשו חיזוק, היינו כיון דאין לו שרש דאורייתא, אולם עדיין יקשה לרבה דמסיק בב"מ דרב ס"ל כר"י ושאני אונאה דלא ידע ומחיל, א"כ יקשה מ"ט דרב דס"ל הכי דהלכה כרשב"ג דל"ל לרבה קיימי' לפי הס"ד דעשו חיזוק יותר מש"ת דהקושיא מאונאה ליתא לרבה דשאני אונאה דלא ידע ומחיל, ז"א דהא בלא"ה א"א לומר כדס"ד דעשו חיזוק יותר מש"ת, א"כ אמאי בפירות לא עשו חיזוק, והכריח הרמב"ם מזה דלרבה דקיי"ל כוותי', ע"כ ס"ל דטעמ' דרב בירוש' מקרא דלחקת משפט, וא"כ י"ל דסוגי' דב"ב אזלא לאביי דלדידי' אין הכרח כלל לדרשא דלחקת משפט, דהא לדידי' טעמא דרב כפשטא כיון דס"ל כר"מ, ואדרבא הא כיון דס' רב כר"מ, ממילא ליתא לדרשא דלחקת משפט דהא ל"צ קרא לזה דבלא"ה בכל מקום תנאו בטל וכיון דרב בעצמו בוודאי ל"ס לדרשא דלחקת משפט, א"כ מה"ת לומר כן לדידן. מש"ה שפיר פריך לימא מתני' דלא כר"י, אבל לדידן דקיימ"ל כרבה מוכרח דטעמא מקרא דלחקת משפט כנלע"ד.

ובדרך פלפולי בעלמא אמרתי ליישב בזה קושי' הל"מ העצומה במה דפסק רבינו כריב"ב דיחזור לבני משפחתה דעשו חיזוק כש"ת, א"כ אמאי אמרינן בסוגיי' דלטעם דריב"ב קאמר וליה לא ס"ל, והיינו די"ל דבעיקר קושי' הרשב"א הנ"ל דמ"ש מפירות, יש לומר דבאמת מיירי הכא רב דווקא בירושת נצ"ב דלכולהו אתנהו והוי שכיח משא"כ בפירות, אמנם כ"ז לאביי דטעמא דרב דבשל תורה תנאי בטל דס' כר"מ, משא"כ לרבה אליבא דרב דבשל תורה תנאי בטל מטעם דלחקת משפט כתיב וכנ"ל, ממיל' ליכא לקושי'

דפירות, דהא בפירות אף בדאורייתא תנאי קיים, ושפיר י"ל דאף בירושת נכסי מלוג עשו חיזוק ולפ"ז י"ל דבסוגי' דפריך מאונאה דע"כ דקאי לאביי וכנ"ל, ולדידי' מוכח דרק בנכסי צאן ברזל עשו חיזוק, ומש"ה שפיר פריך מריב"ב דסתמא קתני היורש את אשתו דאף נ"מ בכלל, אבל לדידן דקיי"ל כרבה דשפיר י"ל דאף בנ"מ עשו חיזוק י"ל גם בההיא דריב"ב הטעם משום חיזוק וק"ל.

ובההיא ענייגא תמהני דעכ"פ לפי המבואר בסוגי' דב"ב א"א לו לעקור להתנות נגד התורה אלא ע"י דידע ומחל ממאי דאית' במתני' דפיאה ספ"ו אם אמר הריני קוצר ע"מ מה שאני שוכח אני אטול יש לו שכחה, וכ' הרמב"ם העיקר שבידינו דכל המתנה עמשכ"ב תנאו בטל אלא בדבר שבממון עכ"ל, והרי בפיאה דל"ש ידע ומחיל בכה"ג גם בממון לא מהני וצ"ע.

ואדכרנא מלתא שהייתי מסתפק לטעם הרמב"ן וסייעתו דלא מהני מחילת הבן דכבר זכה זכיי' מרובה דא"א לו לסלק בלא קנין, לפ"ז בראובן בן יעקב שמחל לא' שהי' בע"ח של אביו אם נימא דמהני מחילתו דל"ש טעמא הנ"ל דאף אחר שזכה ממש דהיינו אחר מיתת אביו מהני מחילה בעלמא בלא קנין, אמנם לקושטא דמלתא נ"ל דמ"מ לא מהני דמחילה בחוב הוי כמו קנין בדבר שבעין דבמה שכבר מוחזק זה בממונא במחילה בעלמא זוכה בו כמו קנין אבל כל שלא זכה לגמרי בחוב כמו דא"י להקנות דהוי כמו דשלב"ל ולאו בר הקנאה ה"נ לאו בר מחילה הוא, וגם לענין זה למחול לאחר גם להרמב"ן הוי כמי שלא זכה בה כלל ואין לו שייכות כלל למחול רק לענין לסלק מהירוש' דיזכה בו שאר אחיו ולענין הך זכיי' יש לו שייכות, בזה צריכא לטעמא דהרמב"ן דזכה כ"כ דלא מהני סילוק בעלמ' ודוק:

סימן יז

תו כתב מעכ"ת נ"י דמסתפק בכללא דלקולא ולחומרא לחומרא מקשי' אם הוא בדרך ספק דמחמרי' מספק דשמא ההיקש לחומרא או שהוא מדה בתורה עכ"ד, הלא מפורש כתבו תוס' ריש בב"ק ג' ע"א ד"ה דומיא דרגל דאף בממון אמרי' לחומרא מקשינן דמדה הוא בתורה בין באיסור בין בממון עיי"ש דמפקינן ממונא בזה, הרי דמדה הוא. גם מוכח כן בתוס' פסחים מ"ג ע"ב ד"ה סד"א וכו' דהקשו דתיפוק לי' לחומרא מקשינן, ואם נימא דמספק הוא לא הי' מקשים מידי, דהא מספק אם אכלו חמץ במזיד לא היינו מלקי' אותם ובשוגג לא הי' מביאי' חטאת מספק, ולזה אצטריך כל דנדע דההיקש הוא בוודאי

לחומרא, אע"כ דמדה הוא, והגאון בעל פורת יוסף בספרו משבצות זהב בפתיחה אות ט' כתב בפשיטות דמספיקא הוא ובמחכ"ת העיקר כמ"ש דמדה הוא.

ומ"ש רומעלכ"ת להוכיח דמספק הוא בדרך פלפול עפ"י דברי תוס' קדושין דף כ"ט שכתבו דמילה שלא בזמנה למ"ד דנוהג בלילה הוי מעשלהז"ג, והקשו המפרשים הא מ"מ אינו דוחה שבת, ולזה כתב מעכ"ת נ"י דהיקשא דזכור ושמור הוי ספיקא דאפשר דההיקש בהיפך כל שאינה בזכירה אינה בשמירה אלא דמחמרינן אנן מספק ואם כן ממילא לענין מילה היינו מחמרי' בהיפוך דדלמא נשים אינם במצות שבת והו' שלהז"ג עכ"ד, שגג בזה דהא מתני' ערוכה שבת ס"ב ע"א ואם יצתה חייבת חטאת, ואם מספק היאך מביאי' קרבן מספק, אע"כ או דבאמת מוכח מזה דלחומרא מקשינן הוא מדה, או אף אם אינם בשמירה, היינו בלאו אבל מ"מ בעונש כרת ובחטאת ישנם דכרת וחטאת לא בעי אזהרה כדאית' פ"ק דמכות י"ג ע"ב, א"כ עכ"פ נסתר דברי מעכ"ת נ"י בישוב קושית המפרשים הנ"ל. ובעיקר קושי' זו ידידי נ"י אף דהקושי' דשים בה הכל בכל עת שאני שומע שאומרים כן בשם המפרשים, אני מתפלא דלדעתי אין כאן התחלת סרך קושיא, דדווקא היכי דהמניעה דאין הזמן מוכשר להמצוה כמו לילה זהו מקרי ז"ג, משא"כ שבת דאין המניעה דאין עתה זמן המצוה, דוודאי אם כבר עבר ומל בשבת אין חסרון בהכשר המצוה כלל דנעשה כהוגן לגמרי, ולמ"ד ימול ארמאי בוודאי יכול למול בשבת, אלא דמשום איסור שבת שא"א לו לחלל שבת, ממילא א"א לקיים עתה המצוה, זה לא מקרי זמן גרמא, דעכ"פ אין שום זמן שיהא אינו ראוי להמצוה בעצמותה, ופשוט וברור:

סימן יח

תו כתב מעכ"ת נ"י בישוב קושית הלח"מ פ"ח מהל' נזקי ממון דכיון דמפסיד גם כן לעצמו לא קנסוה, אף דמעכ"ת כתב כך בשם התומי' בסי' קי"ז, מ"מ אינו מובן לענ"ד, דאם שור שוה ק' הזיק לשור שוה ר' דכל השור המזיק מגיע להניזק בעד פלגי דידי' בזה במה שמפחיתו בשחיטה אינו מזיק לעצמו, ובאמת בדרך חידוד יש לחזק בזה דברי התומים הנ"ל, דלכאורה דבריו אינם מספיקי' דלסברתו יקשה בהיפוך, מנ"ל להש"ס למידק דהמזיק שעבודו פטור הא י"ל דבעלמא חייב ושאני בזה כיון דלעצמו מפסיד לא קנסוה ולזה י"ל דהברייתא אתי' כר"י כדקתני אם מכרו מכור, ולדידי' אף שהוזל הבהמה, מ"מ כל מה דאפשר לגבות מגופו גובי' כדאיתא בב"ק ל"ד דלרע"ק כיחש כשעת העמדה בדין, אבל לר"י אין ההפסד להניזק כפי ערך, א"כ לא משכחת שיהא

הפחת שחיטה לניזק אלא שהמזיק הי' כולו שוה רק כדמי חצי נזקו או בפחות, וע"י פחת השחיטה מפסיד הניזוק דמשתלם בפחות וא"כ ליכא פסידא למזיק ומוכח שפיר דמזיק שעבודו פטור, (דדוחק לאוקמי דקודם שחיטה היה שוה מעט יותר מפלגא נזקו ואחרי הפחת שוה בפחות מפלגא נזקו דשניהם מפסידים) אבל לדידן דקיי"ל כרע"ק שפיר משכחת הדין אף אם שור המזיק שוה הרבה יותר מפלגא נזקו דע"י פחת שחיטה מפסיד הניזוק כפי ערכו דשלו הוזל ושפיר אמרי' ספק הנ"ל דמפסיד לעצמו, וכ"ז בדרך פלפול. אבל לקושט' דמלתא לא נ"ל דברי התומים דמלבד דיש לגמגם על דברינו הנ"ל, דהא להרמב"ם הברייתא אתי' כרע"ק דמכרו מכור לדידי' עיין בהה"מ קשה ג"כ דמ"מ אמאי לא נקט הרמב"ם דמשלם פחת השחיטה היכי דהמזיק כולו לא היה שוה יותר מפלגא נזקו דבזה אינו מפסיד לעצמו, גם בעיקר הסברא של התומי' יש לפקפק הרבה דהרי באמת יש לעיין בסברת תוס' בב"ק דף ק' דכיון דמפסיד לעצמו ל"ש שלא יהא, דהא לכאורה נסתר זה מסוגי' דחולין דף מ' דמוקי מנסך באית ליה שותפות בגווי', ועיין תוס' שם אף דהוי מערב, מ"מ אשמעינן דל"א קלב"מ והרי למאי דקיי"ל כר"י דהיזק שא"נ ל"ש היזק והכל מקנסא שלא יהא והא במנסך דמיירי בשותפות ל"ש שלא יהא וכו', ובשלמא על דברי הפ"י בב"ק דף צ"ח בתוס' ד"ה הא קמ"ל שכתב ג"כ גבי העושה מלאכה בפרת חטאת כיון דלא משכחת אלא בשותפות ל"ש חששא דשלא יהא דמפסיד ג"כ לעצמו, לק"מ מסוגי' דמנסך הנ"ל, די"ל דבמנסך כיון דמחייב על חלק חבירו מדין מערב, וזהו שייך בלא שותפות, מש"ה אף דעתה עירבו ע"י שותפות לא פליג רבנן בתקנתם, משא"כ בפרת חטאת דלא משכחת לה אלא ע"י שותפות, בזה לא קנסו, אבל על דברי תוס' הנ"ל במסכך גפנו דמחייב על שמערב גפן בתבואת חבירו דזהו משכחת בלא שותפו' דמערב גפן חבירו בתבואת חבירו, כמ"ש הר"ש בכלאי' בשם הירושלמי דגם בכה"ג נאסרו וא"כ אף דעתה עירב גפן שלו, מ"מ נימא דלא פלוג ובכל ענין קנסו כמו במנסך, וצ"ל דדווקא במנסך דהחיוב על חלק חבירו הוא מצד שמערב יין נסך בתוכו וענין התערוב' אינו גורם ההפסד לעצמו רק מעשה הניסוך גורם ההפסד בשלו ומה שמחייב ע"י שמכחו מתערב יינו האסור בשל חבירו בזה אינו מפסיד לעצמו, משא"כ במסכך גפנו דהתערובת עצמו זה בזה הוא הגורם ומפסיד את שלו, ולפ"ז בפחת שחיטה יש לדון לכאן ולכאן, ואין להאריך.

תו הקשה מעכ"ת נ"י דלמאי דקיי"ל כרע"ק בלא"ה יקשה דהוי מזיק ממש, יפה כתב, וגם אנכי הרגשתי בזה, ובגליון הש"ך שלי סי' ת"ז ס"ב כתבתי דהרמב"ן במלחמות רפ"ד כתב דלרע"ק הוי מזיק ממש ולא מזיק שעבודו, משכ"כ רומעכ"ת נ"י דלדידן דקיי"ל

כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב א"צ לשלם לו פחת השחיטה דשמא גם הוא הי' לשחיטה בעי לה, זה אינו דוודאי כל המשנה ועושה מעשה בממון חבירו כל מה שנפחת ממה שהיה ראוי למכור צריך לשלם לו ושמין הכל על דמי מכירה, וגדולה מזו כ' המ"ל פט"ז ה"ז מהל' מעה"ק דצריך לשלם לו דמי אתרוג מובחר דיכול הנגזל לומר אנא זבינא בדמים יקרים עיי"ש:

סימן יט

תו כתב רומעלכ"ת נ"י לתמוה במ"ש הה"מ פכ"ג מהל' מכירה דבמוכר עבדו לקנס הוי ב' מי יימר דדלמא מודה ומפטר, הא הרמב"ם פסק פ"ג מהלכות גניבה דהיכי דאינו מתחייב עצמו בהודאתו בקרן חייב בבאו עדים אח"כ, לפום רהיטא רציתי לומר דהה"מ ס"ל כדעת רש"ל פ"ז דבב"ק בייש"ש דדווקא בקנס דטביחה איתא להאי כללא, אבל לא בקנסות דעלמא, והוכיח כן מסוגיא דמשביע עידי קנס שהוקשה ג"כ להמ"ל עיי"ש, אבל הדרנא בי דהה"מ עצמו כתב פ"ט מהלכות נזקי ממון דבכל קנסות הדין כן. ויעיין בלח"מ פ"א ה"ח מהלכות נ"מ דהקשה דהשמיט הרמב"ם אוקימת' ויקשה פירכת הש"ס לימא אי מהדרנא מודינא ומפטר עיי"ש. ובמחכ"ת הא פרכת הש"ס רק למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור כמ"ש תוס' ולדידן דקיי"ל דבאו עדים אח"כ בכה"ג דליכא חיוב קרן בהודאתו חייב ליכא לטענה דמודינ' ומפטר, ובכדי שלא להניח דברי הה"מ בתמיי' מתקיימת, נ"ל עפי"מ דכ' הראב"ד בס' הזכות סימן ק"ו להסתפק בתופס קנס שלא בעדים ואח"כ הודה אם המגו כעדים דמי או לא והרמב"ן הכריח דמהני המגו כיון דאין הב"ד פוסקי' על הודאתו רק על נאמנתו של זה במגו לא הוי בכלל פרט למרשיע את עצמו, וכתב עוד וגדולה מזו אמרו דאם מודה מחמת בעתות' דעדים לא הוי מודה בקנס כ"ש הכא דמודה רק להנאתו כיון דתפס זה שלא בעדים עיי"ש, ונ"מ בין ב' הסברות, דלסברא א' אף בהודה ואח"כ תפס שלא בעדים, היכי דהדין דבאו עדים אחר כך חייב ה"נ בתופס במגו דאח"כ, אבל לסברא ב' לא מהני תפיסתו רק בתופס קודם שהודה, וא"כ י"ל דהה"מ ס"ל דמגו לא הוי כעדים, ומ"מ תפיסתו מקודם ההודא' מהני מסברא ב' הנ"ל דמודה מ' בעתותא. וא"כ י"ל דאם א"א לזכות רק ע"י עדים מקרי ג"כ בכלל מי יימר דדלמא לא יבואו עדים, ובפרט בקנס דבעינן דרישה וחקירה מי יימר דיכוונו עדותם אלא דהיכי דאיכא הרבה צדדים לזכות דהיינו ע"י עדים וע"י תפיסתו בלא עדים מדין מגו זהו מקרי עבידא דאתי משה"ה אמרינן דלמא קדים ומודה ומפטר לענין זה דתפיסתו שלא בעדים אח"כ לא מהני וא"א לזכות אלא ע"י עדים ומי יימר דיבואו עדים.

סימן כ

תו כתב רומעכ"ת נ"י למ"ש הרמ"א סי' ר"ט דמקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם דמי לקני את וחמור, אם כן מאי הקשו תוס' בסוגיא דשבח דלפשוט שמואל דדאקני משתעבד, הא יש לומר שמואל ס"ל כמ"ד קני את וחמור קני כולה, וה"נ בשבחה כיון דמשעבד לו ג"כ הקרקע דבא לעולם משתעבד ג"כ השבח, גם אנכי עמדתי ביסוד הדבר דשבח הוי כמו את וחמור, אבל לא לעשות מזה קושיא על תוס', דהרי במה דפשיט הש"ס ב"ב דברייא דשבח היינו עפ"י דמוקמי' בב"מ תריץ בבע"ח וכמו שכתב הרשב"ם שם, וכמבואר ג"כ בתוס' בב"מ, וא"כ הפשיטות רק אליבא דשמואל דס"ל שבח אין לו ומצרכינן לומר תריץ בבע"ח, ואם איתא דשמואל ס"ל כמ"ד קני את וחמור קנה כולה ליכא למפשט כלל מברייתא דשבח, ולדידן דקיי"ל דקנה פלגא הא לדידן לא מצרכינן כלל לומר תריץ בבע"ח, אע"כ דהש"ס בעי לאסוקי דשמואל סבר ג"כ קנה פלגא ולהכי דחי ה"מ ר"מ היא, ולזה שפיר הקשו דמ"מ אם בעית לאסוקי דשמואל סבירא לי' קנה פלגא לפשוט מדשמואל גופא כנלע"ד:

סימן כא

לק"ק נאשעלסק

לכבוד ידידי הרב הגאון המפורסים אב"ד ור"מ מוהר"ר **זלמן** נ"י.

ע"ד הענין שנשאל למעכ"ת נ"י בשטרי ממרמי הנהוג בין הסוחרים שנאבד מתחת יד המלוה, והלוה מודה בחיובו, אלא דירא לנפשו שמא איזה אחר ימצא השטר חוב ויגבה ממנו, ולא מהני לזה תקנתא דשובר כיון דלא נזכר שם המלוה בשטר, אם מפסיד המלוה חיובו הברור מחשש פסידא דהלוה.

הנה בפשיטו נראה דהאלימו חז"ל כח הלוה דמחשש פסידא דיליה מפסידין המלוה, דהרי למ"ד אין כותבין שובר מפסידין להמלו' חובו מחשש פסיד' דהלוה, וא"כ יש לומר דעד כאן לא פליג ר' יוסי וס"ל דכותבין שובר וקיי"ל הכי, היינו משום דאיכא תקנה בשובר ומחייבין להלוה לשמור שוברו מטעמא דעבד לוה לאיש מלוה, אבל היכי דליכא תקנה בשובר כמו בנ"ד לכ"ע מפסידין להמלוה, ואף היכי דאיכא עדים דנאבד באונס גמור בענין דלא שייך לומר דהמלוה איהו דאפסיד אנפשי', דהכי משמע ברפ"ב דכתובו' דאמרי' מעיקרא מאי איבדה, איבדה באור, ופרכי' עלה היינו נשרפה ולא מוקמינן באיבדה כמשמע' ובאונס, וכמו כן במסקנא דאמרינן איבדה, כתובתה כי הטמינה בפנינו דמי ולא יהבינן לה עד דמייתי עדים דנשרפה משמע דבעינן דווקא

עידי שריפה אבל לא מהני עידי אבידה באונס דכל שהשטר בעולם לא יהבינן לה, וכן לפי"מ דפירש הרא"ה דלא בעי עידי שריפה אלא דמהימנא במגו דלא כתב לי משמע ג"כ דווקא בטוענת נשרפה, אבל בטוענת נאבד ממני באונס אף דמהימנא במגו, מ"מ לא יהבי' לה גם מדפרכי' בתר הכי וניחוש דלמא מפקא עידי הנימא בהאי ב"ד וגביא והדרא ומפקא עידי הינימא בב"ד אחר וגביא, ועיין בהרא"ה דמפרש דפרכת הש"ס לר"פ בין אמתני' בין אמתניתא הרי דגם אמתני' דמיירי במקום שא"כ כתובה, דוודאי לא שייך לומר דאפסדא אנפשיה, מ"מ פרכינן דליחוש לפסידה דהבעל ונפסיד אותה ובפני יהושע כתב בפשיטו' דפירכת הש"ס קאי באמת רק על הברייתא דתמה אמאי לא פריך כן אמתני' ואם נימא דהיכי דל"ש איהו דאספדי' אנפשיה לא מפסידין להמלוה וחששא פסידא דהלוה, בפשוטו א"ש דבמתני' דמיירי במקום שאין כותבין ליכא למפרך כלל, משא"כ ברייתא דקתני דאבדה כי הטמינה דמי, וע"כ דהיינו היכי דלא נזהר בשמירתו ודומי' דהכי נשרפה אף דהי' מכח מיעוט זהירתו מ"מ מגבי' לה ועלה פריך דניחוש דגבי' בב"ד אחר בעידי הנימא, (ובאמת בלא"ה י"ל בפשוטו במתני' דמעיקרא כי אחייב לה כתובה ע"כ נתחייב ע"ד לקבל שובר דאם לא כן לעולם לא משכחת דיצטרך לפרוע, משא"כ בברייתא דמיירי בכתב לה בזה פרכינן דניחוש דילמא מפקא עידי הנימא, והוא לא נתחייב לה ע"ד לקבל שובר דהא כשהתחייב לה כתב לה כתובה והיה דעתו לשלם אם תחזור לו הכתובה, ופשוט), ועלה משנינן במקום דלא אפשר וודאי כ"ש, והיינו במקום שא"כ או דנשרפה, אבל באיבדה כתובתה דהכתובה בעולם והוי אפשר אף היכי דלא שייך איהו דאפסיד אנפשי' לא יהבינן לה, והא וודאי ליכא למימר דתלי' הכל אם איהו דאפסיד אנפשיה, וכל היכי דלא נזהר כראוי ולאו איהו גרם לה מקרי לא אפשר, וכל היכי דלא נזהר בשמירת השטר מקרי אפשר כיון דהיה אפשר שיזהר בשטרו ויגבה חובו. דז"א דאם נימא הכי, ע"כ הא דקתני איבדה כי הטמינה דמי היינו שלא באונס אם כן דומיא דהכי נשרפה היינו שלא באונס, ואמאי מגבי' הא זהו מקרי בכלל אפשר אלא ע"כ דאנו דנין על של עכשיו דעתה דנשרפה מקרי לא אפשר, וא"כ הא דאיבדה מקרי אפשר היינו משום דהשטר בעולם, אם כן ממילא אף דאיבדה באונס מפסידין ליה דכל דאפשר לא יהיבי' ליה כדמשמע מרהיטא דפירכת הש"ס הנ"ל, ואף אם נדחוק דגם איבדה באונס מקרי לא אפשר, הא אמרינן רק במקום דלא אפשר וודאי כ"ש, והיינו דסמכינן אתקנתא דשובר אבל במקום דליכא תקנה בשובר אף במקום דל"א מפסידי' להמלוה.

והנה מעכ"ת נ"י הביא דברי תשובת צ"צ דהעיד השואל דמנהג בתי דינים בשטרי ממרמי דנאבד מהמלוה דמכריזין כל מי שיש לו שטר בחתימת פלוני יביא שט"ח לבית דין תוך ל' יום, ואם לא יביא יאבד זכותו, והצ"צ הוסיף דצריך המלוה ליתן להלוה שטר פוצוי דאולי יבוא אחר ויטעון שהיה בארץ רחוק ולא שמע הכרוז, ומעכ"ת נ"י דשטרי פוצוי לא מהני כדמוכח בסוגי' דב"ב קס"ט דאמרי' ביני וביני שמיט ואכיל פירי, לענ"ד דבלא"ה יש לתמוה איך מדמינן התם דיני דשטרי מקח וממכר למאי דקי"ל כ"ש הא יש לומר דשני ושני, דדווקא באבד שטרו כיון דעכ"פ הלוה חייב להמלוה לא מפקעי' להמלוה חיובו, ונשאר החיוב על הלוה לשלם ולשמור שוברו, וכן בהא דפרע מקצת חובו לא מגרעינן כח המלוה להחליף שטרו ומחייבינן להלוה לשמור שוברו מה שאין כן ליתן להלוקח זכיות לכתוב לו שטר מקח, י"ל דיכול המוכר לעכב בטענה כל דהוא דחושש שיאבד שוברו, ומחשש הזה מוחה מלכתוב להמוכר שטר מקח, ולזה הי' נראה דלשיטת תוס' בב"מ דאף אם הלה מודה דהשטר בידו, מכל מקום מחייבינן ללוה ליקח שובר, ואם כן י"ל דמדמי' לה דאם תקנתא דשובר אלים כ"כ דאף דהשטר בידו לא מאחרינן הפרעון בשביל כך, ה"נ הי' לנו ליפות כחו דהמוכר לכתוב לו זכותו וליתן להלוקח שובר ואם כן י"ל דהא דאמרינן ביני וביני שמיט ואכיל, והיינו רק לענין זה דיוכל למחות מלכתוב לו שטר מחדש, אבל להפקיע להמלוה חיובו בשביל כך לא מפקעי', ואולם לאינך פוסקים דקיי"ל הכי בש"ע דאם השטר בידו דאין כותבין שובר ליתא לדברינו אמנם בלא"ה י"ל. דהא דאמרי' שמיט ואכיל היינו דלא יהא אפשר לברר אח"כ כמה אכיל וכמה הפסיד.

גם יש לומר דווקא התם דהחשש שהוא בעצמו יגבה שנית, בזה לא סגי פיצוי דאינו בדין שהוא יגבה מעותיו שלא כדין אדעתא דיהי' בע"ח להחזיר לו, אבל בדינא דצ"צ דהחשש שימצא אחר ויגבה ממנו, בזה אף אם נידון אותו כדין מזיק כיון דמקבל עלי' לפצות אותו מהיזקו לא מקרי מזיק. והנה מעכ"ת נ"י רצונו לחלק ביסוד הדין דהא דמפלגי אם כותבין שובר או לא היינו היכי דהחשש שהוא בעצמו יגבה פעמיים דיפסיד בידים להלוה, אבל היכי דהחשש שמא ימצא אחר דמדינא אפילו גרמי לא הוי לא חיישינן לה ולא מפסידין לזה חובו. ולכאורה רציתי להביא סייעתא לדבריו ממ"ש הרא"ה רפ"ב דכתובות להקשות דמאי מהני תקנתא דשובר ניחוש שמא מכר שטר חובו לאחר, ותירץ דמ"מ יספיק השובר, דהא חזר ומחלו מחל, וע"ז הקשה דאם כן יהיה מכאן סייעתא לשמואל דחזר ומחלו מחל, ותירץ דאפשר לדחות דמיירי דיש עדים דנאבד ממנו ע"ש.

ולכאורה עדיין קשה הא רבא הוא דאמר בפ"ק דמציעא ש"מ איתא לדשמואל וכו' והא רבא לשיטתי' דס"ל בב"ב קע"ג דאותיות נקנות במסירה אין צריך להביא ראיה, בלא"ה הוי ליה לאתויי סייעתא דשמואל מכח קושית הרא"ה הנ"ל דאף דאיכא עדים דנאבד, מ"מ היכי דאשתהי איזה ימים בין אבידת השטר להפרעון ניחוש שמא מצא אחר השטר חוב ויעמיד לו עדים שראה השטר בידו ביום פלוני ויטעון לקוח בידי ויהי' זמן המקח קודם לזמן השובר, אע"כ דמחשש שמא ימצא אחר ויגבה בו ל"ח, אמנם יש לדחות די"ל דעידי האביד' יכתבו לו העדות שנאבד ממונו השטר וממילא לא יהא זה נאמן לטעון לקוח דדווקא מסתמא ס"ל לרבא דל"ח לנפילה אבל היכי דידוע דנפל ממנו אין תפסתו מוכחת עליו לטעון לקוח (ובכה"ג נראה לי גם בעלמא היכי דבאו עדים דחפץ זה שביד שמעון הי' לראובן ונאבד ממנו דאין שמעון נאמן לטעון לקוח דאין תפיסתו מוכחת עליו דשמא מצא החפץ והיה כמו דברים העשוי' להשאיל ולהשכיר) ועוד יש לדחות בכמה אופנים.

והנה מעכ"ת נ"י הביא ראי' לחילוקו, דלכאורה יקשה מ"ש אבד שטרו מאבד משכונו דהיכי דאינו חייב מדין שומר אף בפשע וכגון דהי' שמיר' בבעלים דהדין דגובה חובו אף דנפסד הלוה, אלא ע"כ דהחילוק דבמשכון מסתמא הוא לא ימצאנו דאזלינן בתר רובא, והחשש רק שמא ימצא אחר ולא יהא הוא המפסיד בידים, משא"כ באבד שטרו חיישי' דמי שימצאנו יחזירנו להמלוה דלאו כולה עלמא דינא גמירי לענ"ד חילוק זה אינו מספיק דהא בפשע במשכון והוי שמירה בבעלים כל ענייני פשיעה בכלל אף היכי דטוען לא ידענא היכי אותביני', ובזה שפיר יש לחוש שהוא יהא נזכר מקום הצנעתו וימצאנו, גם יש לעיין מהא דכתב תוס' פ"ק דגיטין דבישראל שאמר לישראל מנה לי בידך תנהו לפלוני נכרי במ"ג דיכול לחזור בו דבגוי לא תקנו מעמד ג', ומ"מ היכי דאינו יכול להשמט מנכרי נותן לנכרי ומפטר, ועיין בהרא"ז שם דכתב הטעם כיון דידוע לו שכן דנים העכו"ם איהו דאפסיד אנפשי', וכן העתיק הסמ"ע, מלשון זה נראה בעליל דלאו מדין מזיק ממש אייתי' לדונו כמסר דלא היה כוונתו להזיק, אלא דמ"מ כיון דבגרמתו נפסד הלוה אמרינן איהו דאפסיד אנפשי' ובזה הקשה הא איהו אינו מפסידו ומזיקו בידים אלא דגרם דהנכרי יגבה ממנו ומפסידי' אותו מחובו, ומ"ש מאבד המשכון דבוודאי נפסד הלוה נימא ג"כ דהמלוה אפסיד אנפשי', א"ו נראה ברור דהחילוק הוא כך, דבמשכון פסידא דהלוה שנאבד משכונו הוא ענין בפני עצמו ואינו נוגע לפרעון החוב, והוי כמו פקדון בעלמא שנתן הלוה למלוה ופשע המלוה דפשיטא דמשום זה לא נפסיד המלוה את חובו, משא"כ באמר תן לנכרי במ"ג דצריך לפרוע לנכרי, בזה

אמרינן דאין צריך לפרוע להמלוה דכל דאינו נפטר בפרעון להמלוה ויצטרך לפרוע עוד פעם בין לו בין לאחר לא מחייבינן להלוה לפרוע לו ומש"ה גם באבד שטרו מפסידים להמלוה כיון דפרעון זה עדיין לא אפטר מחיובו דאפשר יצטרך לפרוע שנית, וכיון שכן אין הכרח לחילוק מעכ"ת נ"י דיש לומר אף היכי דההחשש שאחר יגבה ממנו אינו חייב לפרוע כמו במעמד ג'.

אמנם נ"ל להוכיח דיש יסוד חילוק כחילוק של מעכ"ת נ"י והיינו דיש להקשות לכאורה בהיפוך דמדברי הרא"ז גיטין הנ"ל מבואר דאלו לא ידע המלוה שיגבו ממנו בדיני עכו"ם לא היינו פוטר להלוה מלשלם לו אף דיפסיד ויצטרך לשלם לעכו"ם, והרי ממה דפרכינן בכתובות דדילמא מפקא עידי הנומא בב"ד אחרינא וגביא דכתבנו לפי דברי הרא"ה דהפרכא גם אמתני' מבואר דגם במקום שא"כ דלא פשעה כלל וכלל אפילו הכי מפסידי' לה מחשש פסידא דהבעל, ובזה אנו צריכים לחילוקו של מעכ"ת דדווקא בההיא דמעמד ג' דהוא אינו מפסיד בידים אלא דהחשש שהעכו"ם יגבה ממנו, בזה לא מפקעינן להמלוה חיובו היכא דל"ש איהו דאפסיד אנפשי', משא"כ בכתובה דהחשש שמא יגבה הוא שנית, בזה גרע כיון דהחשש שהוא בעצמו יפסידנו בידים, וכיון דמוכרחים לחילוק זה ממילא יש לומר הכי לדיני דהיכי דהחשש רק שיגבה אחר מגבי להמלוה באבד שטרו, דאף דחזינן בדינא דמעמד ג' הנ"ל דהיכי דשייך איהו דאפסידה אנפשי' מפסדי' להמלוה חובו, י"ל דדווקא התם דהפסידה דהלוה ברור, אבל באבד דהוי רק חשש בעלמא, י"ל דלא מפסדי' להמלוה בכה"ג, ואף אם נדמהו, עכ"פ היכי דנאבד באונס דל"ש איהו דאפסיד אנפשי' בזה לא מפסדי' היכי דההחשש רק שיגבה אחר דדמי לדינא דמעמד ג' הנ"ל היכי דלא ידע הדין דבדיני עכו"ם מגבינן ממנו, גם יש ללמוד כן מעדותו של השואל צ"צ במנהג בתי דינים דמגבינן על ידי הכרזה, ומה שהכריח הצ"צ ליתן שטר פיצוי, וזהו ל"ש בנ"ד כמ"ש מעכ"ת נ"י לנכון דבממרמי שלנו שכותבין סך מעות בריש מגלתא ואחר כך ברחוק ממנו חותם את שמו, דבזה המוצא יכול לחתוך הסך ולכתוב סך כמה דבעי' ואין קצבה לדבר, מ"מ בוודאי תקנתא דפיצוי לא אלים כ"כ דהיכי דרואים שהמלוה הזה הוא איש עני ואין לו אחיזת קרקעות, ותיכף כשישלם לו בעודו בכפו יבלענה מה"ת נחייב להלוה להאמין להמלוה ע"י שטר פיצוי שלו. אלא וודאי דהצ"צ נקט לה זה בדרך כל מה דאפשר לתקוני לתקנת הלוה להצילו מפסידו עבדינן אבל לא שיהי' עיכב בדבר ואם כן נראה דהדין עם מעלכ"ת נ"י דאם הלוה מאמין להמלוה שלא מכר השטר חוב, ושנאבד ממנו באונס בענין דל"ש איהו דאפסיד אנפשי' דצריך לשלם

לו ומכריזים שכל מי שיש לו שטר חוב בחתימת ידו שיביא זכותו תוך ל' יום ובאם לאו יאבד זכותו, כנלע"ד:

סימן כב

בש"ע חוה"מ סי' כ"ט ס"ב העדים שאמרו עדות שקר העדנו נאמני' לגבי עצמן וכו', נלע"ד באם אין להא' לשלם תלי' בפלוגתת הפוסקי' בסוגי' דבב"ק פ"ה דף נ"ג בשור הדיוט ושור פסולי המוקדשין שנגחו דקיי"ל דשור הדיוט משלם מכלל דהאי נקרא כולי' מזיק והאי נקרא כולי' מזיק וכל היני דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי דקיי"ל כר' נתן עיי"ש, ודעת הרמ"א הובא בטור סי' ת"י דהו"ה אם שניהם בני חיובא אלא שהא' ירד מנכסיו חייב האידך לשלם כולו, וה"נ כן הוא דכל א' נקרא מזיק, ואין לחלק דהתם כל אחד י"ל עליו שהוא הזיק דבנגיחתו מזיק בלא סיועת חבירו ועליו שם נוגח, אבל הכא שא"א שהאחד יזיק בעדותו, דבעדות ע"א אין בו ממש ונקרא כל א' חצי מזיק, דהא בפ"ק דבב"ק דף י"ג מבואר דבשור שלמים לר' נתן גובה מבשר נגד אימורים, אף דפשיטא דלא שייך לומר דהשור בלא אימורים הוי נוגח, ואף דמבואר שם דאפשר דלר"נ פטור דדווקא בשור שדחף לבור מחייב דא"ל תורא אשכחית גבי', מ"מ למה שהעלה תוס' בפ"ה דהעיקר להלכה כלישנא קמא דהש"ס דטעמא דר' נתן דכל אחד נקרא מזיק כולו ממילא באמת מחייב באימורי' עיי"ש וה"נ כן בנ"ד.

אמנם בהרמב"ם פ"ח מהלכות נזקי ממון פסק דאין משלם בבשר נגד אימוריהם מבואר דס"ל להלכה כלישנא ב' דטעמיה דר"נ דתוראי אשכחית גבך וכן נקט הטעם בפי"ב מהלכות נזקי ממון גבי שור ובור, ואף דפסק בשור הדיוט ושור פה"מ דנגחו דצריך כל אחד לשלם, צ"ל דס"ל להרמב"ם כמ"ש בייש"ש דדווקא בשנים שנגחו יש לקרוא לכל א' שם מזיק, אבל בשור ובור דכל אחד מזיק בענין אחר דזה דוחפו וזה מזיקו בהבל, ופשיטא דזה בלא זה לא הי' ניזק ונקרא כל אחד חצי מזיק ולא מחייב לר"נ אלא מטעם תורא אית לי' גבך ומשום הכי באימורי' פטור דהתם נמי שלא הי' אפשר ליגח בלא האימורי' נקרא כל אחד חצי מזיק,. כל זה העלה בייש"ש, וראיה לדבריו משטת הרמב"ם שכתבנו שעולה פסקיו יפה לשטת הייש"ש (וחידוש שלא הרגישו בזה נושאי כליו), ואם כן אפשר לומר בנ"ד גם כן פטור דלא אפשר לקרוא על ע"א שם מזיק ונקרא היזק מכח שניהם והוי כל אחד חצי מזיק ופטור גם לדעת הטור בסי' ת"י שחולק על הרמ"פ וס"ל דדווקא אם אחד פטור מדינא הוא דמשתלם מהב', אבל אם שניהם מחוייבים אלא דלא' לית לי' לשלם פטור הב' עיי"ש, ממילא בנ"ד פטור, ומספק לא מפקי' ממונא.

עוד נראה אף אם הודה על עצמו ששקר העיד ואינו יודע בעדות הב' אם אמת אתו או לא, והעד הא' עומד בדבריו שהאמת העיד, מ"מ פטור הא', אף אם נימא דנ"ד דומי' לשניהם שנגחו לשטת תוס' שזכרנו, ואם כן הי' אפשר לחייב הב' כיון דעומד בדבריו נקרא מדינא פטור וצריך הוא לשלם הכל, מ"מ יכול לטעון כיון דעד אחד הוא שמא גם הוא העיד שקר ובר חיובא הוא, ואין עליו לשלם רק פלגא, ואף דעכשיו אין הב' משלם מכל מקום בר חיובא מקרי רק אין לו לשלם. וביותר נראה דממנ"פ אין צריך לשלם רק פלגא דיאמר להלוה ממנ"פ אם אמת כדברי הב' שההלואה אמת ממילא אין עלי שם מזיק דהא לא אפסדתיך מידי ואם שקר ענה גם הוא ממילא מקרי מזיק ובר חיובא, ואף שכופר ואומר אמת העדתי בר חיובא מקרי רק אין לו לשלם, כנלע"ד.

והנה בנידון כזה בנכרי וישראל שאחזו בסכין ושחטו בהמת אחרים לדעת המחבר ביו"ד סימן ב' דשחיטתם פסולה, נראה דצריך כ"א לשלם מחצה, ואם אין להישראל לשלם אין צריך הגוי לשלם רק מחצה דשניהם בני חיובא, ולא שייך לומר כיון דשחיטת ישראל מותרת לא מקרי מזיק רק הנכרי דמ"מ כל שכח הנכרי מעורב בשחיטה אין עליו שם שחיטה והוי מעשה הישראל ג"כ נחירה בעלמא ועל שניהם שם מזיק. אמנם באחד של ישראל והא' מומר לאכול נבילות לתאבון, והב' לא ידע מזה שהוא מומר אם מברר שלא ידע מזה דממילא הוא פטור מדינא צריך המומר לשלם הכל ודומה ממש לשניהם שנגחו וכנ"ל, אבל אם אינו מברר אפשר לומר אף שהוא פטור, מ"מ יכול המומר לומר שמא ידע מזה, וגם הוא בר חיובא, אף שאמר שלא ידע ופטור, מ"מ בר חיובי מקרי רק אין לו לשלם, ובזה צל"ע אם זה נקרא אין לו, וגם לדעת המהריב"ל דבס"ס מוציאין ממון חייב לשלם: ספק שמא לא ידע ופטור מדינא וממילא משתלם כולי מהאי, ספק שמא כשטת הרמ"ה דאף דשניהם בר חיובא אם אינו יכול להשתלם מהאי משתלם מהאי וצ"ע:

סימן כג

סימן ס"ה ס"ב וכן יורשי הנפקד לא יחזירו שום שטר שנמצא ברשות אביהם אא"כ יודעי' מה טיבו, נלע"ד לדינא באם הוא שטר שכתב בו הנפק וגם הוא ת"ז דיחזיר למלוה כיון דמכח הנפק ידעינן שלוה בו ממילא גובה בו דבוודאי לא נפרע דקיימא החזקה דאין אדם פורע תוך זמנו ואף דלקמן ס"ו במצא שטר חוב בשוק אף בתוך זמנו לא יחזיר, היינו באתרע בנפילה, אבל הכא דלא אתרע וכמ"ש הרא"ז דהכא ל"ח לקנוני' דלא איתרע ואף להחולקים יש לומר דס"ל דאף בלא ריעותא אינו נאמן לחוב לאחרים בהודאתו, אבל מ"מ לא מקרי ריעותא, וא"כ ממילא גובה בחזקה דאין אדם פורע תוך

זמנו, ואף לשמואל דסבר במצא שטר הקנאה דיחזיר דא"א דפרע מקרע הוי קרע וגם ס"ל דלא אמרינן עדים בחתימה זכין לו, וע"כ הא דקתני במתני' דא"י מה טיבו יהא מוכח לאו מחשש שמא כתב ללות ולא לוה, דהא ליכא ריעותא ומה"ת ניחוש דאקרי וכתב אע"כ דיהא מוכח מחשש פרעון דביד שליש יותר חשש פרעון מלגבי נפילה, היינו לענין חזקה דשטרך בידי מאי בעי ס"ל לשמואל דהוא חזקה מעלי' ולא ולא מהני בזה ריעותא דנפילה, ובזה יותר החשש גבי שליש דליכא כ"כ חזקה דשטרך בידי מאי בעי כיון דמונח ביד שליש, אבל לענין חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו בוודאי לא אמרינן אלא מכח ריעות' וזה ל"ש ביד שליש דליכא ריעותא וגם י"ל לשמואל דהשליש בעצמו שאמר א"י באמת הוי ריעותא גדול, וגם כיון דמהמני הוי דיבורו שאומר א"י כמו דמלו' בעצמו אומר א"י, ובנמצא ביד יורשים של שליש ואמרו א"י מה טיבו, באמת י"ל דלשמואל יחזיר דל"ח לפרעון מק"ו דנפל, וא"כ אף לדידן דביורשי שליש א"כ לא יחזיר, מ"מ בתוך זמנו כיון דליכא ריעותא יחזיר, וביותר י"ל אף בלא הנפק אם הוא ת"ז לשטת הפוסקים דלא אמרינן עדים בחתימה זכין לו גם כן יחזיר למלוה דשמא כתב לא חיישינן כיון דלא אתרע לא חיישינן לאקרי וכתב ולפרעון ג"כ לא חיישינן כיון דהוא ת"ז כנלע"ד לדינא.

ובזה מיושב קושית הרשב"א בשו"ת הובא בש"ך מסוגי' דסנהדרין ל"א דל"ל למגו דאי בעי קלתה תיפוק ליה אף דלא מאמין לדברים דפרוע הלא מ"מ לא גרע מאלו אמר א"י מה טיבו דהשטר פסול, ולפי הנ"ל י"ל דהי' תוך זמנו ובלאו נאמניתו דשליש הי' הדין כמו ביורשי שליש דבתוך זמנו יחזיר למלוה וכנ"ל, וחד מחברייא השיב לי מדפריך רבא לר"נ כמאן כרבא דסבר אותיו' נקנו' במסירה ורבא לשיטתי' דסבר דאדם פורע תוך זמנו לא צריך למגו, ואפשר לומר דרבא לדבריו דר"נ קאמר לדידך דמשמע דס"ל דאין אדם פורע תוך זמנו ונאמנת רק מדין מגו (מדקאמר הימנה ר"נ משמע מדין נאמנות ולא מדין דא"י מה טיבו) כמאן כר' נחמן וכו' גם י"ל דאף דסבר רבא אדם פורע תוך זמנו, היינו במלוה על פה, אבל בשטר כיון דבאמת קשי' א"א דפרעינן מקרע הוי קרע אף דאמרינן אשתמוטי קמשתמט מיני' דעבד לוה לאיש מלוה היינו אם הגיע זמן פרעון, אבל לפרוע תוך זמנו דאינו מחוייב עדיין לפרוע ועושה רק כי היכי דלא לטרדן, בזה וודאי אינו פורע עד שיטול שטרו: ואף דבשליש לא שייך כ"כ שטרך בידי כמ"ש לעיל לשמואל, מ"מ שייך קצת שטרך בידי מאי בעי, דהא באמת לדעת הרשב"א ביורשי שליש וא"י מה טיבו יחזיר למלוה, וע"כ דמסתמ' השטר בתקפו ולא פרע, א"כ יש לומר אף להרא"ש אם הוא ת"ז אף לרבא השטר בתקפו ולא מרעי' לי' לשטר' לומר שפרעו כיון שעדיין אינו עומד לפרעון וק"ל.

שוב ראיתי חובה לעצמי מהא דמבואר בסעיף ה' דשטר נדוניא האשה שנמצא ביד יורשי ראובן דלא יחזיר, אף דנדוניא הוא תוך זמנו בחיי בעלה, ועיין ש"ך ס"ק ט' דאף בכתובה לא יחזיר, אלא אם כן שהמנהג להחמיר ע"ש ומדמה ממש לנפל, מכל זה מבואר דאף בתוך זמנו לא יחזיר, אמנם עיקר הסברא תמוה לי מה"ת ניחוש לפרעון דלשטרא הכא הא הוי ת"ז וגם ריעותא ליכא, ועיין באו"ת דנקט ג"כ בפשטא דמלתא דביורשי שליש ליכא ריעותא ולכ"ע ל"ח לקנוניא עיי"ש, וכיון דליכא ריעותא מה"ת ניחוש לפרעון ת"ז וצ"ע:

סימן כד

סי' ע"ב סח"י בהג"ה ואפי' אמר בשעה שראו עדי' שחייב לו כך וכך כמו שטוען עכשיו בב"ד לא מהימן: והוא משו"ת הרא"ז, וכ"ה בש"ע לקמן סימן קל"ג ס"ג, ועיין בהרא"ש הטעם כי הכל תלוי בשבועתו שהב"ד יפסקו לו שחייב כדי דמיו וישבע וכיון שראוה בידו לא יכול לשבע וצריך להחזירו, ומזה דקדק הש"ך בס"ק צ"ג דדווקא בטוען שחייב לו אבל אם כשהראתה לפני עדים טוען דלקוח אף שהוא מדברים העשויי' להשאיל ולהשכיר דנאמן במגו כיון שאין צריך שבועה, ואם אח"כ עמד בטענתו כשתובעו בב"ד נאמן, ולא הוי ראה דמיד שטען בפני עדים לקוח היה נאמן בטענתו במגו עיין שם. ועיין באו"ת שהשיגו דמשמעות בשו"ת מיימוני דאף טענת לקוח א"נ גם אם איתא דעיקר הטעם מ' השבועה יהי' מוכח הך שבועה דטוען כדי דמיו מסוגי' דאי חכים משוי לי' ראה דממנו הוציא הרא"ז דינו, אלא ע"כ דשבועה דנקט הרא"ז ל"ד אלא כל שמודה חוץ להב"ד שהוא של חבירו נאמן לחובתו שהי' של חבירו, ולא מהימן בטענתו לזכותו שהוא לקוח, וממילא הוי ראה עיין שם, ועל יסוד זה בנה דבריו בסימן קמ"ו בההיא סוגיא דחזקת דף ל"א את לאו קמודית דאם מכר לו בעדים ושמעו מפלוני זבינתי' שוב א"נ במגו דהוי עידי אבהת' להמערער עיי"ש, ולענ"ד נראה להכריע, והיינו דוודאי בחפצים שאין ידוע כלל שהי' מעולם להמערער, ואף אלו ראהו עדים היה נאמן לומר שלי הי' מעולם ולא מזיק ראה לחוד אלא מ' שאמר בפניהם זה היה של פלוני ומכרו לי בזה כיון שעיקר חובתו מחמת טענתו אמרינן הפה שאסור כיון שטוען מיד לקוח לא מקרי כלל הודאתו, דמה לי אם טוען שלי מעולם או שאמר לקוח, כיון שאומר שהוא שלו לא הוי כלל הודאה, משא"כ היכי שידוע לעדים שרואי' אותו שהי' של המערער ומיד שראו החפץ מחויב להחזיר מדינא כדין שיהי' להמערער והוא עשוי' להשאיל, א"נ לומר לקוח אלא דנאמין לו במגו שלא הי' מראה לעדים, בזה שפיר י"ל דלא משגחי' כלל בטענתו

שהוא חוץ לב"ד, וממילא הוי ראה כמו בראו פתאום, וא"ש ההיא דאת לאו קמודית דמה שאמר מפלוני זבינתא לא הוי הודאה, כיון שפיו הוא המחייבו ואיהו טען לקוח נאמן גם ההיא בשו"ת הרא"ז בדקדוק נקט מ' חיוב שבועה היינו לחייב אותו אף בענין שהי' יכול לטעון שלי הי' מעולם דראה לחוד אינו מזיק רק מ' טענתו, בזה הי' ראוי להאמין לו שמגיע לו עד כדי דמיו, מש"ה הוצרך לטעמא דחומר שבועה, וא"ש גם בההיא דאם חכים משוי ליה ראה, אף אם נימא כשטת האומרים דטוען עד כדי דמיו א"צ שבועה דהתם דמיירי באומן, ומיירי גם כן דהעדים יודעים שהי' של המערער בזה כיון שא"צ לחיוב הודאתו לא מהמנינין לי' בטענתו והכל עולה לנכון.

ומזה נראה לכאורה לעיקר כדעת הש"ך סימן קל"ג סק"ה דאפי' אין עדים שנמסר לידו בפקדון לא מהימן דאף למ"ש היכי דהחיוב תליא בהודאתו אמרינן הפה שאסור מ"מ כיון שצריך שבוע' אז אינו נאמן. ולכאורה מ"מ י"ל כדעת הסמ"ע, והיינו הרא"ז לשטתי' דנראה מדבריו פרק הכותב בסוגיא דאתתא דאפקידו גבה מלוגמא דשטרא שכ' שם דבעינן עידי ראה וגם עדים שמסרו לידה בפקדון דעידי ראה לחוד לא מהני, אף דאין לה מגו דלקוח דבעי כתיבה ומסירה, מ"מ נאמנת לומר מחיים תפיסנ' במגו שבא לידי בתורת משכון עיי"ש, משמע דהך גופא שבא לידי' בתורת משכון נאמן בטענת לקוח א"כ הכא אלו לא ידעי' שנמסרו לידו בפקדון היה נאמן אף דחוץ לב"ד ל"ש מגו והוי ראה, מ"מ נאמן משום תפיסתו כמו שהי' נאמן לומר לקוח וא"צ כלל למגו, ומ"מ אין צורך לדברי הסמ"ע די"ל דמיירי דמודה שבא לידו בפקדון אלא שאח"כ הלוה עליו דא"נ אלא במגו בתורת מקח או בתורת משכון בא לידי, וצריך שבועה ואינו נאמן חוץ לב"ד והוי עדים שבא לידו בפקדון כנלע"ד. ובעיקר סברא זו דנאמן מחמת תפסתו לומר שבא לידו במשכון מדברי הראשוני' הרי"ף והרא"ה והר"ן שם נראה דלא ס"ל כן דכולם כתבו דמיירי בעידי ראה ולא בעינן עידי פקדון וכ"כ באו"ת שכתב דכולם חלקו בזה על הרא"ז, ודוחה לדינא דעת הרא"ז שהוא יחידאי בדבר, ולענ"ד אין זה הכרח דאפשר לומר דבמשכון דעלמא שיש לו קנין בגופו נאמן מ' תפיסתו והוי כטוען לקוח, משא"כ במלוגא דשטרא דאין קנין מחמת משכון דבשטרות אין קנין בלא כתיבה ומסירה אלא שהמשכון הוא שאינה מחויבת להחזיר השטרות עד שיפרע, וכיון שאין לה קנין בגוף המשכון א"נ מחמת התפיסה לטעון ממשכון דהוי רק כטוען על דמיו ולא על גופו גם יש לי לומר דס"ל דאין התפיסה ראי' אלא שמושכן בידו, ואינו יודעים לכ"מ נאמן המלוה עד כדי דמיו אף דהיכי דליכא מגו, היינו גם כן מטעם דבע"ח קונה משכון וכמ"ש הש"ך סי' ע"ב סק"ד וזהו ל"ש בשטרות דאין קנין בגופם למשכון, ולדעת הרא"ז צ"ל כיון דידעינן

שמגיע לה כך וכך וגם ידעינן מ' תפיסתה שבא לידה למשכון, ממילא נאמנת שממושכן על כל חובה וצ"ע לדינא:

סימן כה

סימן קכ"ג סי"א בהג"ה יוכל אדם להרשות ללוה לדון אם ערב קבלן שלו בסמ"ע והש"ך העלו דאם אין להלוה לשלם דמותר להעיד לחייב הערב דליכא חשש נגיעה חדא דשמא יתעשר לא חיישינן, ועוד דאין לו ריווח בזה דהא יתחייב לשלם להערב, ונלע"ד דמ"מ עדים קרובים ללוה אינם יכולי' להעיד על החוב שלא נפרע אעפ"י שאין ללוה לשלם, אף דלא חש לשמא יתעשר, היינו בשביל זה לא מקרי נוגע ומש"ה יוכל הלוה להעיד דכיון דליכא נגיעה ממילא כשר להעיד, משא"כ העדים הקרובים דפסולים מטעם גזה"כ ולגבי לוה לא נתקיים עדותן, ואם באמת יתעשר היום או למחר אין לנו לחייבו עפ"י עדות זו שהעדו הקרובי' ממילא פסולים גם לגבי ערב דהוי עדות שבטלה מקצתה, ומשום הך סברא דלא חיישי' שמא יתעשר לא מהני לומר דלא הוי עדות לגבי לוה, דמ"מ נקרי עדות שבטלה דאין לנו לפסוק על פי עדותן וליתן להמלוה פס"ד שמחוייב הלוה לשלם לענין אם יתעשר, כך נ"ל בפשיטות בלי פקפוק. ובש"ך שם תמוה לי שכתב בפשיטות דלא הוי הלוה נוגע דהא יצטרך לשלם להערב ול"א השני נוח לי וכו' דל"א כן אלא אם הוא בא להוציא, אבל לא אם הוא מוחזק ורוצים להוציא ממנו, וכתב שכן פשוט הרבה פעמי' בסי' ל"ז ואנכי לא ידעתי המקום שמצא הש"ך כן, הלא ראי' מבוררת להיפך בסי' ס"ו סכ"ב ראובן הי' לו שטר על שמעון ונתנו ללוי בכתיבה ומסירה והי' שמעון א' מעידי המתנה וכו' לפי ששמעון נוגע בעדות שרוצה להעיד כדי שיפטר מבעל דינו שהשני נוח לו וכו' עיי"ש, הרי להדיא אף בכה"ג אמרינן שהשני נוח לי, גם בבעה"ת שער.. כתב בההיא דעדים השוכרים דדרו בה תלת שנין דאמרינן דנקוטי אתר ביתא בידייהו ואמרי למאן ניסבא היינו דווקא דמזומן בידם לשלם, אבל בלאו הכי לא דהוי נוגעים דהשני נוח לו וכו' הרי דאף בכה"ג אמרינן השני נוח לו וצ"ע:

סימן כו

סימן קמ"ג ס"ב אין כל הדברים הללו אמורים כשהדבר ידוע וכו' אבל אם אין ידוע אין שומעין לו, נלע"ד באם ב' עדים מעידים שאכל ג' שנים אלא שאחד מהם אומר שהמחזיק הי' במדינה אחרת דעלתה לו החזקה, דתרווייהו באכילה קמסהדי ויש לנו עדים שאכל ג' שנים ועל המערער לברר שהי' במדינה אחרת ואין לו רק עד א', וגם אין

להאמין להעד במגו שלא הי' מעיד על האכילה, וכיוצא בזה הקשו תוס' כתובות כ"ב. ע"א תוס' ישנים ד"ה תרווייהו וכו' עיי"ש, מ"מ הכא לא הוי מגו דאם נאמין לו להוציא הקרקע מיד המחזיק מרוויח הוא בעדותו לחייב להמחזיק פירות שאכל שיהי' ב' עדים על האכילה וצריך לשלם דהדרא ארעא והדרא פירי וליכא מגו וממילא ליכא אלא חד סהדא להמערער וקמה לה חזקת אכילתו עפ"י ב' עדים דאין מכחישי' זא"ז, דהעד הב' א"י אם המערער הי' במדינה או לא, אך לענין אם ע"א מעיד שאכל ששה שנים רצופים באתרא דמוברי דלא הוי חזקה לדעת הטור והב' מעיד שאכל אג"ה ומשנים בד"ו ולא ידע כלל בזה נראה דל"א דיש לנו עדים על אכילתו אג"ה והוי חזקה כיון דהוא באתרא דמוברי, ומה שמעיד הע"א על אכילת בד"ו דמבטלת לחזקה הוי רק ע"א, דמ"מ הוי רק ע"א על החזקה, דמה שמעיד על אכילת ששה שנים לא מקרי אכילה כלל דאינו כדרך שמחזיקים, והוי כאינו מעידי' כלל על אכילה, ודווקא בנדון הנ"ל, דהאכילה הי' כדרך החזקה, רק כיון שמערער אינו במדינה אין עליו חיוב מחאה, והוא מלתא אחריתי, למה דקיימי' השתא בדעת הרא"ש דהוא על המערער לברר בזה ס"ל כנ"ל, משא"כ הכא דהחסרון שאינו מחזיק כדמחזיק אינשי ולא מקרי אכילת פירות, ואין לנו ב' עדים על אכילת פירות כנלע"ד, וצ"ע לדינא:

סימן כז

סי' קמ"ו ס"ב אפי' מיחה בפני המחזיק וכו' ויש מי שחולק, והוא דעת הרא"ש דהשיג על הרמב"ן דאינו נאמן במגו דמ"מ הו"ל לאזהורי בשטרא עיי"ש, ולא זכיתי להבין כוונת הרא"ש דמה מהני שיש לו ריעותא דשטר, הא מ"מ הוי מגו והא פשיטא דל"ל דהריעות' דשטרא הוי כמו אנן סהדי ולא מהני מגו דהא בכתובות מבואר דנאמן לטעון לקוח במגו דלא הי' דברים מעולם, והכי פסקי' בסי' קמ"ט ואף דבדרישה שם לפי מסקנתו בדברי הרא"ש ההיא דכתובות מיירי דטוען שהי' לו שני חזקה, ומש"ה לא נזהר בשטרא, אלא שאין לו עידי חזקה בזה נאמן במגו, אבל אם טוען שלא החזיק באמת אינו נאמן מ' רעותא דשטרא עיי"ש, מ"מ מסתימת כל הפוסקים לא משמע כן וכן בהרי"ף בסוגיא דשכוני גוואי כ' בהדיא אף בטוען דלא החזיק נאמן במגו ולא מצינו מי שחולק בזה, וגם אין לומר כיון דמיחי' הי' לו יותר לזהר בשטרו, דהא מצי טען שאבד השטר קודם המחילה, ועיין סמ"ע דנדחק דגם הרמב"ן לא קאמר מדין מגו כאלו סברת הרא"ש פשוטה, ואנכי בער ולא אבין כוונתם, וצ"ע:

סימן כח

סי' הנ"ל סי"ד הביא זה המחזיק בסמ"ע סקל"ד כ' מחלוקת תוס' והרא"ש באמר מתחלה מפלוני זבינתי דזבנא מינך, ואח"כ אמר קמי דידי זבנא דלשיטת הרא"ש נאמן לפרש כן דיבורו כל שלא אמר מתחלה דאמר לי דזבנא מינך ולדעת תוס' אינו נאמן דהוי מגו למפרע ובש"ך סק"י חולק ע"ז וס"ל דגם תוס' מיירי דווקא שאמר מתחלה דא"ל דזבנא מינך אלא דקצרו בלשונם ותוכן דבריו דהיכי דמפרש דבריו דזה הי' כוונת דבריו ובאותו פעם הי' לו מגו: תו לא הוי מגו למפרע עיי"ש, ובאמת פשטא דמלתא נראה כהסמ"ע דא"א דתוס' מיירי באמר דא"ל דזבנא, דבזה א"צ לטעמא דהוי מגו למפרע דפשיטא דא"נ, כיון דכבר הודה שאין ידוע לו אלא מפיו של מוכר ואינו טוען וחוזר וטוען, והראי' דהרא"ש לא הזכיר כלל הך מלתא דמגו למפרע, ואעפ"כ כ' בפשיטות דאם אמר מתחלה דא"ל א"נ אח"כ לומר קמא דידי זבנא, א"ו דתוס' מיירי אף באמר מתחלה סתם דזבנא ממך אף דמפרש דבריו דכוונתו הי' קמא דידי זבנא, מ"מ הוי מגו למפרע, דאנן מהימנינן לי' דיבורו דזבנא מינך, ובאותו פעם לא הי' רוצה לטעון שקר, ומה דמפרש עכשיו קמי דידי אפשר דהוא שקר דעכשיו אין לו מגו, אלא שצריך ביאור דלכאורה ק' לפ"ז ההיא דלקמן סעיף כ"ד בטוען מתחלה של אבותי דיכול אח"כ לפרש דבריו של אבותי שלקחוה מאבתיך, והוא סוגי' ערוכה ולא הוי מגו למפרע, אמנם נ"ל לחלק, דדווקא היכי דיכולים אנו לומר דדיבורו הראשון אמת, ומה דמוסיף עכשיו הוא שקר, בזה שייך לומר דמגו למפרע ל"א, דבטענתו הראשון לא רצה לטעון שקר, ועכשיו דראה שלא זכה בטענתו מוסיף על דבריו בשקר, משא"כ בההיא דשל אבותי דהי' לו מגו דמינך זבנתי ואכלתי שני חזקה, אלא כיון שאין אנו יכולים להאמין לו דהוי מגו במקום עדים, בזה מפרש אח"כ שלקחוה מאבותיך ולכך מתחלה נאמן כדי לקיים המגו שהי' לו אז, דאם איתא דלא כיון לזה מתחלה, אלא דעכשיו הוא מוסיף כן, ע"כ דטענתו הראשון הוא שקר שהוכחש בעדי' והי' לו לטעון מינך זבנתי', וכיון דמכח המגו נראה דטענתו אמת אלא דהוכחש בעדים נאמן לקיי' טענתו ולתרץ דיבורו והמגו במקומו עומד, כנלע"ד:

סימן כט

סי' הנ"ל סעיף הנ"ל או שאמר לו בפני לקחה ממך ואח"כ מכרה לי מעמידים אותה בידו דהרי יש לו טענה עם חזקתו ולא רצה לטעון ממך לקחתי דהרי יש לו שני חזקה, בסוגיין איתא אי א"ל קמא דידי זבנה ממך מהימן במגו דא"ל מינך זבנתי, וקשה לי דלמ"ל כלל המגו הא כיון דיש לו חזקה ג' שנים וגם טענה דקמי דידי הוי חזקה שיש עמו טענה

ומה לי שנאמן מכח החזקה לטעון מינך זבנתי או דנאמן מכח החזקה מדלא מיחה נאמן בטענתו שכדין החזיק ומכורה בידו מ' מקמא דידי זבנא. ולזה נ"ל דבאמת לא מדין מגו הוא וכוונת הש"ס כמו בטוען מינך זבנתי' דנאמן ה"נ נאמן קמא דידי ומהני כיון דהוי חזקה שיש עמה טענה, וכן יל"ד בלשון הרמב"ם שם, ובזה מיושב מה דלכאורה קשה מה מגו הוא, הא כיון דיודע שלקח מפלוני ומתיירא שמא באמת יהי' לפלוני שמכר לו שטר מכירה מזה המערער, ואם יטעון מינך זבנתי', יהא הפלוני נאמן שמכר לו קודם ולא תהני חזקה דמכירה בשטר אין לך מחאה גדולה מזו ויהי' לו דין המבואר בסי' זה סי"ט: ולמ"ש ניחא דאין צריך כלל להמגו ונ"מ לדינא דאם איכא עדים פסולים דלא זזה ידם מתוך ידו ויודעים דלאו ממנו קא מזבין, דאם מדין מגו אינו נאמן דל"א מגו היכי שהי' צריך להכחיש עדים פסולים כמ"ש הרא"ש בשו"ת, ואלו למ"ש נאמן מ' החזקה והוי חזקה שיש עמה טענה במה דטוען קמי דידי זבנה, כנלע"ד.

סימן ל

לק"ק ליסא

לכבוד מהור"ר הרב הגדול המפורסים מו"ה **ליב** נר"י.

מה דהקשה מעלת כ"ת נ"י בדברי תוס' יבמות ס"ח ע"א דנקטי לחזקת קטנות לחזקה מעליא דמה יענו לסוגיא דנדה מ"ח דתוך הפרק לר"י אין נשים נאמנות דקטנה היא שתמאן הא יש לה חזקת קטנות ובדרבנן נשים ליהמני עכ"ד.

כבודו נ"י קיצר במקום שהי' לו להאריך, וסמך על המעיין דכך מבואר בחדושי הרמב"ן והר"ן דסוגיין דווקא בבעל אבל בלא בעל מהימני בדרבנן, ולמדו זה מההיא דפ"ק דפסחים דהמנוה רבנן בדרבנן, אולם באמת א"א למרמי גברא אגברא הא המרדכי כתב להדיא דסוגיין בלא בעל, הרי דס"ל דאף בדרבנן לא מהימני, וה"ט דבדבר שבערוה החמירו טפי, וכן נראה בדעת הה"מ פ"ב מהלכת אישות ה"כ שכתב ופסק רבינו הלכה כמותו וכו'. נראה ביאור בדריו דמ"ש רבינו שומעים לה אם הביאה אם לא הביאה, הנאמנות ללא הביאה, ע"כ לענין דתהי' ממאנת אם לאחר הפרק לא הביאה והיינו בלא בעל דלא חיישינן לנשרו, ועלה כ' הה"מ דטעמא דרבינו דפסק כת"ק משמע דנאמנת אפי' להקל ופליג בזה עם ר"י, ומ"ש הה"מ וכפסק זה נראה מן ההלכות, היינו ממ"ש הרי"ף הלכך הלכה דכל הנבדקות נבדקות עפ"י נשים בין למיאון בין לחליצה וכו' משמע דס"ל להרי"ף דת"ק הוא דס"ל הכי דנאמנת גם למיאון, ואף דמבואר בדברי הרי"ף דנאמנות לחליצה הוא מטעם דחזקה דרבא מסייע לי', היינו דבחליצה דהוי דאורייתא

בעי' דמסייע חזקה דרבא, אבל למיאון דבלא"ה לא משכחת לה רק בלא בעל, דהא בבעל אף אם נבדקו עפ"י ב' אנשים חיישינן לנשרו, ובדרבנן מהימני אף נגד חזקה דרבא. ומ"ש הה"מ וכן הסכימו הרמב"ן והרשב"א, היינו דהם הסכימו כן להלכה, דנאמנות להקל בלא בעל למיאון, אלא דהם סוברים דהסוגיא מיירי בבעל ובלא בעל לכ"ע מהימני, א"כ משמע להדיא מדברי הה"מ דס"ל דסוגיין בלא בעל, ואעפ"כ ס"ל לר"י דלא מהימני, וא"כ י"ל דגם תוס' ס"ל הכי, והר"ן והרמב"ן דס"ל דבדרבנן מהימני ס"ל דחזקות קטנות לא מקרי חזקה כ"כ דעלולה להשתנות מגופא וכמ"ש בזה המהרי"ט ח"א סי' מ"א להקשות על שיטת תוס' עיי"ש, ואף דמדברי תוס' בסוגיין נראה ג"כ דסוגיא מיירי בבעל ממ"ש בד"ה אב"א ר"י וכו' דאפי' למ"ד חוששין שמא נשרו היינו דווקא לאחר הפרק וכו' ולא כתבו בקיצור דבלא בעל לא חיישינן לנשרו כדאיתא לעיל דף מ"ו, וכן ראיתי שהוכרח כן בתשו' מהראנ"ח ח"א סי' ק"ו, והוא כ' דיש לדחות דס"ל דמ"ד חיישינן שמא נשרו ס"ל הכי אף בלא בעל, אלא דרב דימי מנהרדעי ס"ל מהכרעה דנפשי' לחלק בין בעל ללא בעל, אבל לענ"ד נראה הכרח יותר דאם נימא דמוקי לסוגיא בלא בעל, היכי מסקי דאפי' בסתמא ואף באמרת קטנה היא לא ממאני, הא כ' תוס' לעיל מ"ו ד"ה קטנה דבתוך הפרק מסתמא ממאנין, אע"כ דמוקי לסוגיא בבעל, וכיון דהוי חשש דאורייתא לא ממאנין בסתמא. [ועדיין יש לעיין על קושייתם הא בפשוטו י"ל דהכי קאמר ונאמנת לומר גדולה היא שלא תמאן היינו היכי דבעינן בירור לאיסורא כגון בלא בעל נאמני' לאיסור, אבל אין נאמני' לומר קטנה היא שתמאן היינו היכי דבעינן בירור להקל כגון בעל אין נאמנית להקל, וסוגיא מרווחת בלי גמגום,] ומ"ש בדיבור הקודם דליכא לפרושי שומא נינהו ותמאן דהא קתני בסיפא ואין נאמנת וכו', והר"ז מיירי ע"כ בלא בעל דבבעל אף אם נאמין להם דשומא נינהו ניחש דהביאה עוד שערות ונשרו, והב"ש נדחק בזה, יפה כתב מהראנ"ח דמ"מ הי' אפשר לפרש דנ"מ דאי משתכחי תוך הפרק, דהא תוך הפרק לא חיישינן לנשרו, מש"ה הוצרכו להוכיח מסיפא דאין נאמנית עכ"פ משמע דתוס' מוקי לסוגיין בבעל, מ"מ י"ל דתוס' ס"ל ביבמות כשיטת המרדכי דאף בדרבנן לא מהימני, אולם יש לעיין להר"ן והרמב"ן דס"ל דבדרבנן מהמני הא גם בבעל לגבי החשש דאורייתא הוי חזקת פנויי' דלא הביאה סימנים ולא תפסו בה קדושין ושוב הוי דרבנן. ונ"ל דבלא"ה יש לעיין הא ממ"ש הר"ן גיטין ס"פ התקבל בההיא דצא וקדש לי אשה דאפי' באות כל הקרובות לפנינו ומעידים שלא נתקדשו לא מהימני להתירם, והא התם הוי רק דרבנן מקנסא בעלמא כמ"ש הר"ן שם, ואעפ"כ לא מהימני נשים הרי דבערוה אף בדרבנן לא מהמני, ולזה צ"ל לחלק דדווקא הכא בלא בעל דהחשש רק בדרבנן בזה

מהימני, אבל בצא וקדש דההחשש בדאורייתא אלא דמדאורייתא תולין להקל, בזה כיון דאמרו חז"ל שלא לתלות להקל הוי החשש בדאורייתא ולא מהימני נשים, א"כ ה"נ בבעל אף דאיכא חזקת פנויי' ומדאורייתא תולין להקל, מ"מ כיון דחשו חז"ל שלא לתלות להקל הוי החשש בדאורייתא ולא מהימני, וכעין זה כתבתי בתשו' אחת לענין מסל"ת עיין שם, ועדיין קשה לי למ"ש הר"ן פ"ג דקדושין במתני' דהאומר קדשתי את בתי וכו' דהא דאין דבר שבערוה פחות מב' היינו רק באתחזק איסורא, ודבר זה תלוי במחלוקת הראשונים ריש גיטין בפירוש הסוגיא דשם הוי דבר שבערוה עיי"ש, [ודברי הר"ן אלו סותרים לדברי הר"ן ס"פ התקבל הנ"ל שכתב להדיא דאף בלא אתחזק איסורא אמרינן אין דבר שבערוה וכו' עיי"ש וצ"ע,] א"כ כיון דהכא בלא בעל נשים מהימני, גם בבעל הא לגבי חשש קדושין דבעלה לא אתחזק איסורא, ואדרבא הוי חזקת פנויי' ומדינא נשים מהימני כמו דמהימן ע"א היכי דלא אתחזק איסורא, ואולי נדחוק דהר"ן דקדושין ס"ל כהמרדכי וגם בלא בעל לא מהימני, ולגבי קדושין דרבנן הוי חזקת איסורא וגרע מן דאורייתא בלא אתחזק והר"ן בחידושי' שכתב דבלא בעל מהימני אזיל בשיטתו בגיטין הנ"ל דאף בלא אתחזק אמרינן אין דבר שבערוה פחות מב' ודוחק.

והנכון לענ"ד דכמו דחזינן בבדיקת חמץ אלו הי' דאורייתא אף דבעלמא בדבר שבידו מהימני, כיון דאיכא טורח לא מהימני וחיישינן דלא בדקו יפה כמ"ש תוס' פ"ק דפסחים, ה"נ בבדיקת שערות אף דמדינא מהימני, כיון דהוי טורח לבדוק בכל הגוף לדעת הרבה פוסקים חיישינן שלא בדקו יפה, ובפי' רש"י בסוגיין ד"ה אב"א ר"י וכו' ואי לא בדקי שפיר אתי למימר אקטנה גדולה היא וכו' ולא ידעתי מה בעי רש"י בזה, הא בפשוטו בדאורייתא לא מהימני מגזה"כ דאין דבר שבערוה וכו', עכ"פ בהיפוך להעיד דקטנה היא בזה צריך טורח ובדיקה גדולה לא מהימני אלא בלא בעל דבדרבנן מהימני ודמי ממש לבדיקת חמץ כנלע"ד נכון.

אולם עדיין תמהני היאך מפשט פשיטא להו להר"ן והרמב"ן דבלא בעל כיון דהוי דרבנן מהימני, ונוטה לזה דעת הרי"ף והרמב"ם כמ"ש הה"מ וכנ"ל, הא חליצת קטנה דהוי רק דרבנן להרי"ף והרמב"ם ואעפ"כ לא מהימני לאחר הפרק לולי חזקה דרבא אף דפשיטא דליכא חזקת קטנות, כיון דבאותו שעה ראויי' להביא ודמי להיא דקדושין ביומא דמשלים שית ואעפ"כ לא מהני לולי חזקה דרבא, ואמאי במיאון מהימני אף דמנגד לחזקה דרבא, והרי בשניהם הוי דרבנן ואתחזק איסורא, ובמיאון גרע דמתנגד לחזקה דרבא וצע"ג:

סימן לא

עובדא בא לידי פ"ק פ"ל [-פרידלנד] באלמנה שהיתה יושבת בבית בעלה ימים הרבה אח"ז כאשר עסקנ' לטובת יתומים קטנים שהם בני בניו של בעלה הנ"ל ונתגלגל הדבר שחקרנו אם יש ליורשי' חלק ונחלה בבית הנ"ל בכח אביהם הבכור לאביו, ושאלנו להאלמנה מה טיבה בבית הנ"ל, ואמרה בעלי נתן לי הכל במתנה, והראתה לנו שטר מתנה במתנת שכ"מ ועמדנו על החקירה ונודע לנו שבעלה עמד מאותו חולי שנתיים ימים והלך בשוק בלא משענתו וממילא השטר מתנה חספא בעלמא, שוב טענה. האלמנה שרוצית לבנות הבית בפרעון כתובתה שהכניסה לבעלה סך ש"ן ר"ט מלבד הוספת שליש, ואומרת שהשטר כתובתה נשרף במשריפת קהלתינו, וכעת אין בידה שום בירור לא בעדים ולא בשטר, ולא בתנאים ראשונים רק הדבר מפורסם פה שאביה הי' עשיר בשעת נשואיה לבעלה והוא היה נכבד ואמיד בנכסין בשעת הקישור עמה אשר מסתמא לא הי' נושאה בלא כסף, והיה מוכרח לאביה ליתן לה נדן כזה.

הדבר פשוט כיון שאין לה שום בירור בעולם, בוודאי לא יושיענו כל אומדנות שבעולם, להוציא מיתמי. אף דהב"ש סי' ק' לא כתב לגבות רק ע"י תנאים ראשונים, וגם בזה הדבר קשה למאד, דכמה פעמים אין מקיימין ההתחייבות ומגרעין להחתן סך מה, וגם אם היתה מבוררת בעדים יש לדון הרבה, כיון דאין שטר כתובה בידה במה תגבה הוי רק כמו מלוה על פה, וכמו שהעיד הרמב"ן סי' הנ"ל דאפי' ת"כ אין גובין בלא שטר כתובה, אולם לאשר הח"מ כתב עליו דהכל לפי ראות עיני הדיין דעכשיו בזמנינו אין דרך לסלק כתובה שלא בפני ב"ד עיי"ש, בוודאי ראוי לסמוך עליו בשעת הדחק, אבל לא בנ"ד דאין כאן עדים רק אומדנא בעלמא, וגם אין האלמנה יכולה לתבוע מזונות דאף דבנ"ד ליכא ריעותא דכתובה, מ"מ אם היורשים נותנים לה עיקר כתובה דאורייתא שוב אין מזונות דטענינן ליתמי דלא הי' מגיע לה כלל ביותר, וגם להפוסקים דנדוניא אינה בכלל כתובה אינה אוכלת בשביל מניעת הפרעון הנדוניא, לזה נלע"ד אין להאלמנה שום זכות בבית ההוא רק לגבות ממנה עיקר כתובה בשבועה, והמותר הכל להיורשים כנלע"ד:

השיב לי ע"ז ידידי הגאון מ' מאיר נ"י אב"ד דק"ק שאטלנד.

אמרותיו הטהורים הגיעוני ושמח לבי לקראתם כמוצא שלל רב, וע"ד חוב האלמנה ויורשים, פשיטא דיפה דן שאין לה נאמנות להוציא יותר מהכתובה הנהוגה בכל הנשים תחת החופה, כי מגו אין לה כדאיתא בחוה"מ סי' קמ"ט ועיין תי' מהראששו"ן סי' ל"ד, ואפי' אם הי' לה מגו הוי מגו להוציא ומגו למפרע והוא ברור ופשוט, אמנם אם יהי' לה כמה הכניסה, בזה כתב רומכ"ת נ"י אכן אף אם תברר וכו' לפי עדות הרמ"א וכו'

אך לאשר הח"מ כתב ולי נראה שאין לדון לפי ראות עיני הדיין וכו' ודרש רופ"מ נ"י להודיעהו מנהג ההוראה בזה, אף ממני נעלם זה, אמנם בלי ספק בעל הח"מ רב גדול ומובהק הי' וכדאי לסמוך עליו, אך מה דנראה דרומעכ"ת נ"י מדמה נדוניא לתוספת בזה יש לספק, די"ל ע"כ לא הכריע הח"מ שיוכל הדיין לשפוט למראה עיניו אלא בתוספת שמנהג כולם בשוה דיש בה נמי מחלוקת עפ"י הדין מכת הסוברים שהוא בכלל שטוען אחר מעב"ד, משא"כ נדוניא דלכ"ע וודאי אינו בכלל זה, י"ל לא ניתן להורות למראה עיני ב"ד, ובפרט שמפורש בטור נדוניא ותוספת אינו גובה אפי' יש עדים כמה הי', אמנם עיקר ההיא דינא דהטור אף דהב"י כתב עליו דפשוט הוא דהוי מלוה על פה, לענ"ד אי מש"ה עדיין אינו פשוט כי מה בכך דהוא מלוה ע"פ, הא אף מלוה ע"פ תוך זמנו קיי"ל דגובים מיתמי בלא שבועה, וכן קשה על הרמב"ם שהמציא וכתב אפי' עיקר כתובה ותבעה ביום מיתת בעלה וכן הגרושה אפי' עיקר כתובה אין לה עד שתוציא כתובתה מנ"ל הא כי מן הסוגיא לא נתבאר זה, כי מה דאיתא בסוגיא אלמנה מן הארוסין במה גביא י"ל כפי' רש"י ז"ל שהיורשים יטענו פרעון דהיינו אחר הזמן, אבל שיהי' הבעל יוכל לטעון פרעתי בשעת הגרושין וכן אנו בעד היורשים מנ"ל, וא"ל דרמב"ם מיישב בפשוט עפי"מ שכתבו תוס' הטעם דלהכי אין אלמנה נפרעת אלא בשבועה כיון דתנאי ב"ד הוא יש לחוש אפי' ת"ז והו"ה לענין זה דכתובה דתנאי ב"ד הוי כשאר חוב דאחר זמן, ומ"ש תו דאפילו במקום שא"כ דווקא כתובה אבל תוס' אין לה בכ"מ אלא בראי' ברורה, אף דתוס' לא הוי תנאי ב"ד, היינו משום דשמא מעולם לא הוסיף וביש עדים כמה הכניסה אפשר דבאמת ס"ל דיש לה, ומה שהטור הוסיף דאפי' ביש עדים לא גביא, י"ל דחייש לתירץ הריצב"א שבהרא"ש ריש ב"ב דאפי' בכתובה נמי ל"ח לצררי ת"ז אלא דאורחא הוא להתפיס צררי סמוך למותו, ונשמע מיני' דסמוך למיתה נקרא זמנו, וזה שייך אף במה שהכניסה אפילו בעדים, וזה נראה באמת כוונת הח"מ ז"ל בסי' קל"ו דכתב שאנן טוענים ליורשים שמא פרע לך קודם מיתה, אבל לענ"ד זהו ליתא, א' דאלו זה כוונת הטור הי' לו לבאר דבמת פתאום שפיר גביא עכ"פ מה דהכניסה בעדים, ותו שלא מסתבר כלל דאיכא למילף חידוש דין זה להפסידה כתובתה מכח הנהו טעמי' הנאמרים לענין להצריכם שבועה, כי יש לומר להצריכה שבועה עילה מצאו לתקנת יתומים מטעמי' הנ"ל אבל להפסידה לגמרי מכח זה מנ"ל, ותדע שהרי הרמב"ן תירץ לשיטת הרי"ף דדברי ר"י הטוען אחר מעב"ד אינו מועיל אלא למקום שא"כ וכתב ולא שייך למימר מה הועילו חכמים בתקנתן דמצית לאתרוי' ביה בשעת הגרושין אל תפרעיני אלא בפני פו"מ, וקשה מה בכך הא מ"מ לא הועילו דיטעון בשעת גרושין פרעתיך כבר, א"ו דבזה בוודאי

אינו נאמן דהוי ת"ז אף לענין כתובה דהוי תנאי ב"ד, ועדיין י"ל כחששת הריצב"א דגבי אלמנה יש חשש סמוך למיתה שהוא בזמנו, אבל גם זה אינו דהרי א"כ עדיין קשה מה הועילו גבי אלמנה דמיד שימות תמיד יטענו הב"ד שמא סמוך למיתה אתפסה צררי, א"ו כסברתי דלהפסד כתובתה לגמרי אין טעמים הללו מספיקים וחשוב שפיר ת"ז, נמצא דשפיר הועילו דמיד שימות וישארו יורשים גדולים תתרה בהם כמו לבעלה, וטעם הרמב"ם וכן הטור הוא פשוט וברור דבמקום שכותבין כתובה משום הריעותא דלית לה שטרא נאמן אף תוך זמנו ליטעון פרעתי כדאיתא בחוה"מ סימן ל"ט ומ"א, וממילא דהוא הדין דטענינן ליתמי וכדאיתא שם בסי' ע"א בסופו בשם בעה"ת שכל היכא שהאב הי' נאמן תוך זמנו אף אנן טענינן בעד יתמי משא"כ בסוגי' דאיירי במקום שאין כותבין הוכרח רש"י לפרש אלמנא מן האירוסין במאי גביא לטעון יורש וכו' אבל אנן וודאי לא טענינן, וכן הרא"ש כתב שפיר דבריו על מקום שא"כ דליכא ריעותא פשיטא דתוך זמנו אין חשש לענין להפסיד ממון, וממילא הוא הדין במה שהכניסה אף בעדים ואף במת פתאום כיון דלמה שהכניסה תמיד בלי ספק בכל המקומות שטרא הו"ל כדאיתא במ"ל, ומכיון דלית לה שטרא טענינן אף תוך זמנו אף בעד יתמי, וא"כ דזה טעם הטור בנ"ד שהי' שריפה בעיר נ"ל דלא חשוב ריעותא אף דאיתא בח"מ וב"ש דאנן טענינן ליורשים אפי' בוודאי נשרפה שכתב לה אחרת היינו בכתובה דאורייתא, ומטעם שכתב תוס' כתובות ט"ז ע"ב דאסור לשהות בלא כתובה משא"כ למנהגינו שעל כתובה הנקראת תחת החופה הם סומכים ושטר תוספת כתובה אף דדרכו לכתוב בכל מקום, מ"מ היכי דנשרפה וודאי נ"ל דלא חשוב ריעותא לו עד דנימא מכח זה דפרע תוך זמנו, ממילא הוא הדין בהי' שריפה בעיר דלא חשוב ריעותא כדאיתא בהח"מ סוף סי' מ"א בשם מהרי"ק לענין לכתוב לו אחר, והוא הדין לענין זה דלא נחשב ריעותא לענין פרעון תוך זמנו ומכ"ש לדידן שממש אף מיעוט שאינו מצוי ליכא להתפיס צררי או פרעון סמוך למיתה, יראה לי ברור דאם יש לה עדים כמה הכניסה נפרעת בשבועה כאלו כתובתה בידה, אמנם על פי תנאים ראשונים בלא עדים בוודאי צ"ע כאשר הנחתי בצ"ע בספרי, אך שם כתבתי מכח הריעותא דלית לה כתובה כנהוג אף טענת פרעון טענה היא' משא"כ בנדון דידן דלענ"ד טענת פרעון בוודאי אין לטעון משום דהוי תוך זמנו וריעותא דחסרון שטר ליתא לגבה ולא נשאר לטעון רק דלמא לא קיים האב מה שהתחייב, י"ל דבכעין זה דליכא ריעותא חסרון שטר אף דאמת אם טען הבעל בגרושין דלא הכניסה לו פשיטא דנאמן אבל לטעון בספק בעד היורשים, י"ל דזהו ג"כ בכלל מלתא דל"ש היא כי באמת בוודאי לא שכיח כלל לפי העדות שהי' האב איש אמוד שהחתן יתפייס ליקח אשה חנם

אין כסף ולכל הפחות אלו הרמב"ם לא סתם אותם כדאיתא בחוה"מ סי' ט"ו בשמו שלא להוציא מיתומים אלא בראי' ברורה היתה דעת סומכת להוציא עכ"פ שני חלקים כי יותר משליש אין דרך עולם כלל ליפחת מהתנאים, אבל מפני הנ"ל בוודאי טוב לפשר כדמסיק הרמב"ם שם:

ממני ידידו אוה"נ

ה"ק **מאיר פוזנר**.

דברי הגאון נר"י שנית

אף שבלי ספק אצלי שכבר בא לכבודו דמר מכתבי שבוע העבר, עכ"ז בשביל דבר שנתחדש לי מה שיש עוד לעיין בעסק המשפט, גם נפשי תאב לישא וליתן עם כבודו הגדולה, לזה הנני מניף ידי שנית ואומר דנלענ"ד שיש מקום לזכות האשה לגבות הבית אף מבלעדי תנאים ראשונים, והיינו לצורך שעבוד מזונותי' לעתיד עכ"פ אף אם נימא דלשעבר מחלה הואיל ולא תבעה יותר מג' שנים, ואי משום דאנן נוהגים כאנשי יהודא שאם רצו היורשים מסלקי' לה המגיע לה ופוטרינן אותה, תינח אלו לא הי' הכחישה משא"כ בנדון דידן דהיא טוענת אם אתם רוצים לפטריני תנו לי. המגיע לי שהכנסתי סך הרבה והן אומרים שמא לא הכנסת ואין לך אלא כתובה שבכל הנשים בשוה, הא קיי"ל אם היתומים אומרים פרענו הנכסים בחזקתה ואין עליה אלא היסת משום דהיתומים חשובים כבאים להוציא, וכמו דטוען לחבירו מנה לי בידך והלא כופר הכל, וא"כ מש"ה כי טענו פרוע אינם נאמנים, ומ"ש כי טענו פרוע או טענים טענה אחרת להוציא ואדרבא שם טוענים ברי והכא שמא, וכ"ת א"כ מה הועילו חכמים בתקנתן מנהג אנשי יהודא, תמיד תטמין כתובתה וכשירצו היורשים לפוטרה תטעון הכנסתי כמה, ז"א, לא מבעי להרמב"ם הא פוסק באין כתובה בידה אף מזונות לית לה ואפי' להחולקים היינו כתובה, אבל למה שהכניסה כבר פעלו דלכל הדיעות אפי' יש לה עדים כמה הכניסה שאינה גובה וטענינן פרוע מחמת הריעותא דלית לה שטר כראוי לכל הנשים במה שהכניסה ומכ"ש דמ' הריעותא זו לא מהמנינן לה במה שטוענה, הא למה זה דומה למי שהשכינו בעדים והעדים אינם יודעים בכמה נתמשכן דמסיק הש"ך בחוה"מ סי' ע"ב ס"ק ק"ד דהמלוה נאמן בלא מגו, [וכדבריו מבואר לע"ד בהריטב"א שבב"י אה"ע סי' צ"ג שכתב ומורי הרב בשם רבו ז"ל אומר דכיון דהנכסים בחזקת אלמנה עומדים, הרי הוא כאלו יש בידה משכון ונשבעת ונפטרת חשיבין ואין עליה אלא היסת, הרי שלא אמר שהוא בחזקתה יותר ממשכון כדרך הפרישה בדעת הר"ם בב"ש אלא כמו משכון, הרי מבואר דס"ל גבי משכון נאמן בלא מגו] ואלו העדים אומרים שנתמשכון ע"י שטר שחתמנו

להמלוה אלא ששכחנו כמה הי' הא וודאי מסתבר לענ"ד דכ"ע מודים להרמב"ן דנאמן המלוה, והו"ה לענין מה שהכניסה כל שטרה בידה מלבד טענת פרוע אף לא מהמנינן לה מעיקרא, משא"כ בנדון דידן דהי' שריפה בעיר, דלענ"ד לא חשוב ריעותא חסרון השטר כיון דקיי"ל נכסים בחזקתה ומיתומים באים להוציא היא נאמנת במה דטוענת, וכל כמה דלא מסלקינן לה מה שטוענת תגבה הבית במזונותי' כדפסק הש"ך לגבי משכון, ואפי' להאו"ת החולק עליו, מ"מ לפסק הר"ם והש"ע הכא בהיסת וכדפירש הפרישה שהיא מוחזקת יותר וודאי דכ"ע מודים, אמנם כל זה לשיטת הב"ש סי' צ"ג סקכ"א וכ"ב וברס"י צ"ה דכללא כייל דלכל ענייני ספיקות הנכסים בחזקתה, אמנם למה דהארכתי אני סעיף י"ט לבאר שאין זה עולה אלא למה שתופס הרא"ש לעיקר, אך טעם הא' שבתוס' דלהכי הנכסים בחזקתה משום דמוכרת שלא בב"ד, משא"כ לטעם הב' שכתבו א"נ מזונות שאני דכתובה מיד שנפרעה נסתלקה, אבל מזונות לעולם יש לה עד שתתבע כתובה, וכבר כתבתי שם דלענ"ד זה לא שייך אלא לענין טענת פרעון, ומשום דאף אם נאמין להיתומים בפרעון, אכתי נשארו הנכסים בשעבודה לעתיד, מה שאין כן בטענה שלפי דברי היתומים נפטרו ממזונות מכל וכל מה עסק בזה לומר הנכסים בחזקתה, ומכ"ש למה דנסתפקתי רס"י צ"ה דלהך תירוץ התוס' אפשר דכל עיקר הדין דהנכסים בחזקתה אינו אלא לאנשי גליל, וכן למשמעות פירש הר"ן דהטעם הוא אך משום דהוי טוען אחר מעב"ד פשיטא דאי אפשר להשתמש בזה אלא בטענת פרעון כדחזינן גבי כתובה דאף שהוא מעשה ב"ד קיי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי, והנה כבר הארכתי נמי סעיף הנ"ל להוכיח שהר"ם והש"ע גם כן תופסים האי טעמא לעיקר, לכן לדינא בעניותינו צ"ע, וקשה להוציא מהיתומים בלא שום שטר, אך באם יהיה לה תנאים ראשונים נלע"ד אם כבוד רומעכ"ת נ"י יסכים עמי ודיש לסמוך על דעת הרא"ש בזה ובלא תנאים ראשונים כדי לפשר.

הכ"ד אהובו בלב ונפש הד"ש

מאיר פוזנר.

וזה תשובתי

מ"ש ידידי רומעכ"ת נ"י דרק עילה מצאו לענין שבועה, אבל לעיקרא דמלתא הוי תוך זמנו ממש, זה אינו מכמה טעמים, הא' דהא בהרא"ש פ"ק דבתרא מבואר דס"ל דגם לנדוניא צריכה שבועה ממ"ש שם על תירץ הריצב"א דלפום הך תירוצא מיושב ההיא דנפל הבית למ"ד בחזקת יורשי אשה ולא אמרינן אין אדם מורישׁ שבועה לבניו, דמיירי במת פתאום עיי"ש, וההיא דחזקת יורשי אשה מיירי בנצ"ב, הרי ס"ל להרא"ז דבנצ"ב

צריכה שבועה, [וקצת קשה לי לישנא דהרא"ש במ"ש דלפ"ז ניחא הא הך דחזקת יורשי אשה דמיירי בנדוניא, לתירץ קמא ניחא ביותר דטעם השבועה כיון דתנאי ב"ד מתפיס צררי ממילא בנדוניא לא צריך שבועה] וכ"כ הה"מ להדיא בפשיעות דנדוניא שאינו בעין צריכה שבועה, וכ"כ הב"ש רס"י צ"ו, ומעתה אם נימא כדברי רופמכ"ת דלא הוי זמנו ממש א"כ תיקשי מנ"ל זה בפשיטות דנדוניא צריכה שבועה מה דלא אשכחן כן מפורש רק בכתובה ואיך נלמוד מסברא נדוניא מכתובה דלמא רק בכתובה משום דאלים יותר חששא דצררי דהוי תנאי בית דין, כמו דמצינו כן לענין בנותיו, ונהי דלהך תירוצא ס"ל מסברא דאלו הי' תוך זמנו ממש לא מהני תנאי ב"ד לחוש לצררי, או דהוכיח כן מכח הקושיא דנפל הבית מ"מ כיון דבאמת לא הוי זמנו ממש ורק בדרך עילה עשאו כזמנו לענין שבועה, ממילא פשיטא די"ל דווקא בכתובה מצאו עילה זו בצירוף חששא דתנאי ב"ד אבל לא בנדוניא, אע"כ ברור דס"ל דשעת מיתה הוי זמנו ממש. ב' ממ"ש הרא"ה ר"פ אעפ"י לדחות שיטת המתרצים דאם לא הי' ת"כ ככתובה לא הי' צריך שבועה דהוי תוך זמנו, דהא שעת מיתה זמנו הוא כדמוכח פ' השולח עיי"ש, כוונתו מבואר ממאי דפרכינן שם מאי אריא אלמנה אפילו בעל חוב נמי וכקושית תוס' שם, ואם נימא כדברי מעכ"ת נ"י עדיין אינו מיושב הוכחה זו דמאי פריך הש"ס, הא מ"מ אלמנה יותר רבותא מב"ח כיון דלא הוי זמנו ממש. שלישית העולה על כולה דלע"ד מפורש להדיא בטור שכתב במקום שאין כותבין גובינן כתובה בתנאי ב"ד, אבל תוספת ונדוניא אינה גובה אפי' יש עדים כמה הכניסה, אבל במקום שכותבין אינה גובה כתובה, הרי דת"כ ונדוניא אינה גובה אפי' יש עדים ובוודאי דאפילו וודאי לא כתב לה, דאם דווקא בכתב לה ואיכא ריעותא דכתובה, א"כ דינו ממש כמו כתובה, ודוחק לומר דכוונת הטור דנדוניא חיישינן שמא כ' לה, וגם מדכתב בכתובה דגובה בתנאי ב"ד, משמע דבלא תנאי ב"ד אף בליכא ריעותא אין גובי' ומשמע להדיא אפילו אם היתומים מודים שהם לא פרעו טענינן להו דפרע אבוהון, אע"כ דהוי זמנו ממש, ומ"ש רומעכ"ת נ"י דבנדוניא י"ל דלא מסר הח"מ לראיית עיני הב"ד, לענ"ד כיון דגם בנדוניא יש לנו סניף דלהרבה פוסקים ס"ל דנדוניא שאינו בעין הוי בכלל תוספת כתובה ממש, עיין ב"ש סימן צ"ג סקכ"ג וגם להסוברים דהוי תוך זמנו ממש, ממילא במקום דליכא ריעותא כגון ע"י שריפת העיר כדכתב מעכ"ת נ"י יש לסמוך על ראיית עיני ב"ד.

גם יש לדון עוד לחלק בין שבועה לגוף הפרעון בענין חששא דצררי כדעת מעכ"ת נ"י ולאו מטעמי' והיינו כפי"מ דנקטו הפוסקים דצררי היינו משכון, א"כ לכאורה לו יהא דידענו דאתפסה משכון הא נאמנת לומר נאנסו בשבועה ולגבות חובה, ואם כן נאמנת

בשבועה במגו דאתפסני צררי ונאנסה ורק שבועה בעי דבלאו הכי לא הוי מגו. ומ"ש מעכ"ת נ"י לזכות האלמנה להחזיק בבית לפרעון מזונות דכפי טענתה דלא נסתלק לה כל המגיע לה מגיע לה מזונות, ולענ"ד הא להפוסקים דנדוניא אינו בכלל כתובה אין מגיע לה מזונות בשביל נדוניא. הכ"ד ידידו וכו':

תשובה שנית בענין הנ"ל להגאון הנ"ל נ"י.

ובתוך דברי יבואו דבריו אחת לאחת

מ"ש כבודו נ"י לסתור דברי שכתבתי דלענין חשש צררי שהוא משכון כמו שפי' רש"י ערכין כ"ב, א"כ נאמנת לגבות בשבועה במגו דנאנסה וז"ל דמר, מ"ש כבודו נ"י נראה שדימה הענין למה דאיתא בח"מ סי' ע"ב סי"ד, וזה אינו כי שם הטעם דהוי כנתחייבתי וא"י אם פרעתיך, והכא וודאי כמו שטענינן בשמא צררי אתפסיך אף שהיא מכחשת בברי מכ"ש אם תודה שקבלה אלא שתאמר שנאבד באונס דלא מהמנינן לה וטענינן לה דלא נאבד ממנה והטעם דלא חשיב לגבי יתמי א"י אם פרעתיך עיין בספרי סי' קע"ח סט"ו עכ"ל, לענ"ד זהו דבר חדש לומר דבטוען א"י אם פרעתיך ומת או במלוה על המשכון ומת דא"י לגבות בשבועת נאנסה דהדבר פשוט דגם לגבי היתומים הוי א"י אם פרעתיך, דאף דהם לא נתחייבו מעולם, מ"מ אנו דנין על הנכסים שירשו דוודאי נשתעבדו לזה והספק אם נסתלק השעובד, ומה שהוכיח רומעכ"ת נ"י בספרו מהא דטענינן ליתמי פרוע, הדבר פשוט דהטעם דאנן טענינן להו דאלו הי' אבוהון קיים הי' טוען בברי פרעתיך, והוי כאלו עומד וטוען בברי בפנינו וכמ"ש ג"כ מעכ"ת נ"י בעצמו שם, ובאמת לא ידעתי למה יסתפק בזה מעכ"ת נ"י וידמה זה לרמז הוכחה, הא להדיא אמרינן הכי רפ"ב דכתובות לענין א"ל נשאתיך דבברי וברי מודה ר"נ וע"כ בנתאלמנה הטעם דהוי ברי וברי כמ"ש שם הרא"ש להדיא, וכיון שכן תו אין מקום להקושיא מעכ"ת נ"י דבשלמא גוף התפסת צררי חיישינן דזהו הי' אפשר לאבוהון לטעון בברי מש"ה טענינן אנן, אבל אם טוענת נאנסו דבזה אלו אבוהון קיים לא הי' יכול להכחישו בברי דמהיכן יהי' יודע אם נאנס לזה והי' בכלל א"י בכלל פרעתיך, מש"ה גם לגבי יתומים נאמנת.

ומ"ש מעכ"ת נ"י עוד בספרו להוכיח כן ממה דלא הקשו תוס' סוטה כ"ו דהוי א"י אם פרעתיך, יש לומר בפשוטו דהוי דכיון דהטעם א"י אם פרעתיך משום חזקת חיוב אסקו אדעתייהו דרגליים לדבר דקינוי וסתירה מגרע להחזקה כמו דמגרע לחזקת היתר, מש"ה הקשו דמ"מ נימא דברי עדיף, והגע עצמך לדברי מעכ"ת נ"י לס"ד דהש"ס במשארסתני נאנסתי דר"י ס"ל דברי ושמא ברי עדיף אף בברי גרוע ושמא טוב, א"כ לא נטעון ליתמי

פרוע וגם כל מי שטוען מנה לי ביד אביכם יגבה מדין ברי ושמא, אע"כ ברור ופשוט דטענת יתמי כברי דמי.

ומזה הטעם באמת קשה לי על תוס' והרא"ש דהוכיח דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו משלם היכי דלא הו"ל למידע מהא דיורשים פטורים, הא בפשיטו י"ל דשאני יורשים דאמרינן דאביהם הי' טוען ברי ונשבע ובש"ך סי' ע"ב ס"ק נ"א כתב באמת הכי לשיטת הרמב"ם, ולשיטת תוס' והרא"ש דלא תירצו הכי נצטרך באמת לומר דהא דביתומים שאומרים א"י אם פרע אבינו דפטורים היינו ג"כ דבא"י אם פרעתיך אינו חייב אלא היכי דהו"ל למידע וכמ"ש הרנ"ח בתשו' ח"ב סי' ועיין במ"ל בהל' שאלה ופקדון פ"ד ה"א. לפ"ז יקשה כנ"ל לס"ד דכתובות ד"ל ד"ה ור"י ברי ושמא ברי עדיף אפילו ברי גרוע ושמא טוב, א"כ כל אחד יוציא מיתומים בטענת ברי דאביכם חייב לי וצע"ג, ואולי אפשר למאי דס"ל לס"ד בכתובות דאף בלא הו"ל למידע אמרינן ברי ושמא ברי עדיף היינו היכי דאיכא ספק לפנינו כמו במשארסתני נאנסתי דידעינן דנשא אותה ונתחייב בכתובה אלא דנמצאת בעולה והוי ספק אימת נבעלה, בזה ס"ל לדמות כמו דס"ל לר"ה בא"י אם נתחייבתי דחייב, והיינו דמכח דהו"ל למידע אתרע טענתי' ונעשה כמו ספק מעליא לפנינו דראוי לספק הרבה דהדין עם התובע, ה"נ בעלמא היכא דיש ספק מעליא כגון במשארסתני נאנסתי בההיא דשור שנגח דהקשו תוס' מיני' אמרינן ג"כ ברי עדיף, אבל במנה לי ביד אביכם אין כאן דבר המוליד ספק בפנינו כיון דהשמא טוב דהיתומים לא הו"ל למידע גם להס"ד לא אמרינן ברי עדיף, ויש דמייתי ראי' לזה למה דעמדתי מכבר לדון דנראה מדברי הרמב"ן שמשיטה מקובצת פ"ק דבב"מ בסוגיא דתקפו כהן דבמנה לי בידך והלה אומר אינו יודע למה דס"ל דבכל ספיקות לא מהני תפיסת ברי גם בזה לא מהני תפיסה ורציתי ללמוד מזה דלענין פוסקי' דמהני תפיסת ברי, ה"נ במנה לי בידך והלה אומר אינו יודע מהני תפיסה, ומצאתי אחר כך שכוונתי בזה לדעת ידידי הגאב"ד בספרו בית מאיר סימן קע"ז, אך כל זה היכי דהו"ל למידע אבל בלא הו"ל למידע לא כדמוכח בההיא דעדי דאכלי חולשא דרק' מדין מגו נאמן ולא מדין דתפיסת ברי, והיינו ע"כ כנ"ל דבה"ל למידע מולד לנו ספק בדבר, אבל בלא הו"ל למידע לא נקרא עליו שם ספק, ודוק היטב. ואולם עכ"ז עדיין קשה לי דהא מוכח דתוס' בעצמם ס"ל דיתומים מקרי טענת ברי, ממה דכתב בב"מ קט"ז ע"א ד"ה והא רבא וכו' דהוי מגו להוציא, והרי היכא דהוי ברי ושמא אפילו לא הו"ל למידע אמרי' מגו להוציא, כמ"ש תוס' בסוגיא דמשארסהני נאנסתי אע"כ דהתם עדיף דטענינן ללוקח דהמוכר הי' טוען ברי, וא"כ אזדא ראייתם לענין מחוייב שבועה ואי"ל מההיא דיתומים וצ"ע.

אולם עיקר הוכחת מעכ"ת נ"י בספרו מכח קושייתו הגדולה אשר הייתי בר מזלו בזה בע"ה דאמאי אמרינן בה' נשים ששונאת אותה שמעידין שנטמאה דנאמנים לאסרה ולא להפסידה כתובתה, הא כיון דאינה שותה ולא נתברר טהרתה ממילא לית לה כתובה כמו במתו בעליהן עד שלא שתו, ולזה הכריע מעכ"ת נ"י דמיני' דידי' נגבית מדין אינו יודע אם פרעו, רק במתו בעליהן לגבי יתומים הוי אינו יודע אם נתחייבת, והדבר קשה מאוד בעיני להוליד מזה דין חדש כזה, ובפרט דההיפוך מבואר בבעה"ת כמו שהביא מעכ"ת נ"י בעצמו. ולענ"ד אם נדוק כן מכח קושי' זו די לנו דנידוק כההיא דהתם דבחיי הבעל לא נגמר החיוב דלא הי' עליו עדיין שם ספק בפרעון דהי' עומד להתברר ע"י השקאה, משום הכי כשמתו בעליהן ובאותו שעה נסתלק הבירור הוי כהתחלת חיוב וס' בחיובא, אבל אם הי' החיוב מבורר בחייו כגון שטען אינו יודע אם פרעו או בב' נשים שהעידו ואח"כ מתו בעליהן וכמו כן במלוה על המשכון דבכל רגע ורגע הי' ביד המלוה לגבות חוב בשבועת נאנסה וחל הספק הראשון בחייו י"ל דגובינן מיתומין, וגם זה צ"ע גם בלאו הכי דינא דה' נשים דנוטלת כתובתה תמוה לי מאוד דנ"ל כיון דמדינא דאורייתא עד א' נאמן, וכן הנך נשים נאמנות שנטמאת ולעשותה כוודאי טומאה ללקות עליה משום סוטה, א"כ גם לענין ממון נאמנים מדאורייתא, אף דאין עד אחד קם לממון, מ"מ היכא דקם לדבר שבערוה ולמלקות, ה"נ נאמן לממון, (ועיין פ"י קדושין ס"ג באיבעי דמהו לסקול על ידו ובקונטרס אחרון שם) ובפרט להחזיק ממון, ואם כן אף דחז"ל חששו דמשום שנאה העידו, מ"מ היאך נוכל בחששא זו להפסיד ולהוציא ממון מהבעל היכי דמה"ת פטור.

וראיתי להרב המגיה להמ"ל פ"א מהלכות סוטה שכתב דבה' נשים שהעידו דנטמאה אין בעלה לוקה עליה, והביא ראיה מהא דה' נשים שמעידו מת בעלה אינם נאמנים אפילו להחמיר עיי"ש. ולענ"ד אינו במשמע, דפשטא דמלתא דלענין איסור הנך ה' נשים כמו כל עד אחד דעלמא, וההיא דמת בעלה אינו ראיה דשאני במת בעלה כיון דבלאו הכי מדין תורה אין עד אחד נאמן, ועיקר הנאמנות רק מדרבנן, ובסברת דעתם הרחבה למסמך דלא משקרי בצירף דייקא, וכיון דהם ראו דבה' נשים מהחששא דמשקרי אוקמי אדין תורה, וממילא א"נ אפילו להחמיר. משא"כ בסוטה דמדינא נאמנת ולגבי איסור קם אדאורייתא ובעלה לוקה עליה, וכיון דלכאורה ברור דמדינא דאורייתא עד אחד בסוטה נאמן להפסיד כתובתה וה"נ הנך ה' נשים, ואעפ"כ הפקיעו חז"ל שלא להאמינם לענין כתובה, ע"כ דחז"ל לא רצו להפסיד אותה ע"י הנך נשים ששונאים אותה וכעין גדר הוא שלא יהא יכולת להנך נשים לנקום נקמתם ממנה בדרך שנאה ורק לענין איסור

לא רצו להפקיע דין דאורייתא ובממון מדין הפקר ב"ד הוא, וא"כ אזדא לה גם כן קושי' הנ"ל דאף דכל היכי דאינה שותה אינו מתחייב בכתובה מטעם ספק, מ"מ כיון דבלאו עדותן דהנך ה' נשים היתה יכולה לברר דבריה ולשתות ואם תפסיד כתובתה עתה אהני מעשייהו להפסיד הממון, לזה התקינו חז"ל שלא יחרוק רמיה צידו שלא לגרע לה כלום ע"י עדותן.

שוב ראיתי בירושלמי פ' מי שקינא הלכה ב' ר' בון בר' חייא בעי חמותה שאמרה אני ראיתי שנטמאת ובא עד אחד ואמר נטמאת מה בא להעיד אם להשקותה כבר נראה שלא לשתות לא בא אלא להפסידה מכתובתה שאין מפסידים ממון עפ"י עד אחד, וביארו הק"ע והפ"מ דהא דעל ידי עד אחד מפסדת כתובתה היינו בדרך גררא מתוך דמהמנינן לי' לענין איסור מהמנינן ליה ג"כ לענין ממון, מה שאין כן אם כבר העידה חמותה שזינתה ואחר כך בא עד אחד והעיד ג"כ דנטמאת, דבזה לענין איסור אין צריך לעדותו ולא בא מתחלתו רק לענין ממון אינו נאמן, הרי דמדינא אין עד אחד בסוטה נאמן לענין ממון, ובזה בוודאי תקשי מ"ש דעד א' אומר נטמאת מההיא דמתו בעליהן דחזינן כיון דאינה שותה הפסידה כתובתה, ה"נ בעד אחד אומר נטמאת כיון דאינו שותה ממילא הפסידה ולמ"ל טעמא דנאמן העד בגררא גם לממון וגם בנידון הירושלמי בחמותה שאמרה נטמאת ועד אחד ג"כ אומר דנטמאת תקשי הא אף בלא נאמנת העד תפסיד כיון דאינה שותה ובזה לא שייך לדחוק דמדין הפקר ב"ד הוא כדי שלא יהנו מעשיהם משום שנאה דהא בזה מבלעדם היתה מפסדת ע"י עדות העד, אולם אעפ"כ אף דהדבר צ"ע כעת, מ"מ לא נוכל להוליד מזה דין חדש דגבי יתומים הוי ספק בחיוב נגד דעת בהע"ת המפורש.

תו כתב מעכ"ת נ"י דמכח קושיתי על הרא"ש פ"ק דב"ב דגם לתירוץ הראשון ניחא ההיא דהנכסים בחזקת יורשי האשה באמת מוכרח דלא כהמ"ל והב"ש ודעתי, אלא דלכל תירוצים גם בנדוני' צריכה שבועה, וז"ל כי לענ"ד אחרי שכל הנשים יש לה נצ"ב, א"כ מה דתנן במתני' אין אלמנה נפרעת מנכסי יתומים אלא בשבועה, לשון זה אינו סובל בשום אופן אלא בכל מיני פרעון אפילו צ"ב שאינו בעין כדכתב הה"מ דאל"ה עכ"פ הי' לו למתני אין אלמנה נפרעת כתובתה, ואלו לא הי' דברי הרמ"א בשו"ת סי' צ"ג שדחק בפירש לשון הרמב"ם פט"ו מהלכות אישות כדי שיסבור נמי דלא כעיטור, אלא דאף נדוניא נמי אינה נגבית מחיים, היו דברי הה"מ בפשוטו דאינה אלא כשאר מלוה, ואולם אף למה שדחק הרמ"א הנ"ל יראה לי, מ"מ אף לפי' התוס' אף נדוניא אינה גובה אלא בשבועה דלזה מודה בבירור לשון המשנה זולת בנצ"ב בעין דזה לא פרעון אלא חזרה

מקרי והיינו משום דהעיקר מה דנדוניא אינה נגבית מחיים, נראה לי עפי"מ דהביא שם הרמ"א הנ"ל תשו' הרשב"א שכתב ועוד מספר כתובה נלמוד שכוללן נדוניא עם הכתובה ואין מחלק בזמן הפרעון וזה נ"ל ברור עכ"ל וא"כ דזה עיקר הטעם דנדוניא הוי תוך זמנו, ממילא שוב כשמצאו העילה לחוש לגוף הכתובה לפרעון יהי' לאיזה טעם שיהי' אף הנדוניא בכלל, ותה"ל כבר הערותי בזה סימן צ' עכ"ל.

לענ"ד דקדוק קלוש הוא מאוד במתני' ולדון מזה דגם לנדוניא צריכה שבועה, ובפרט כיון דבאמת אף אם הי' תני לישנא דאין אלמנה נפרעת כתובתה עדיין לא הי' ממועט להדיא נדוני' מכלל זה, דבכמה דברים נדוניא בכלל לשון כתובה כמו עוברת ע"ד וכדומה משום הכי קיצר התנא בלישנא אין אלמנה נפרעת דסתם פרעון היינו כתובה דישנו לכל הנשים לא נפקדה אחת מהנה, וסמך גם כן על מה דמסיים התקין ר"ג הזקן וכו' וגובה כתובתה דידעינן דמיירי בכתובה, ומ"ש רומפמכ"ת כיון דכל עיקר דנדוניא הוי ת"ז דלא ניתנה לגבות מחיים למידין רק מדכוללים נדוניא וכתובה יחד וכו' אינו מוכרח דהרשב"א כתב זה בדרך הכרח מדחזינן דכוללים אותם יחד ואין מחלקין ביניהם בזמן פרעון מכח זה מוכרח לנו דכל מכניסי נדוניא דעתייהו לגבות כשתצא ממנו אבל לא דמשום זה נולד הדין דלא ניתן לגבות מחיים ואדרבא אפשר בהיפוך דכיון דלא נתנה לגבות מחיים משום הכי כוללם ביחד, והגם מה בכך דהוא מכח דכוללם יחד סוף סוף י"ל כיון דעכ"פ לא ניתנה לגבות מחיים ממילא הוי תוך זמנו גם לענין שבועה ואין דיניהם שווים, דה"נ כמה חלוקים ביניהם לענין מת בעלי דס"ל להרבה פוסקי' דאינו גובה נדוניא. ולא אמרינן גם כן כיון דמה דא"י לגבות אותם אף כשבעלה חי הוא רק מדכוללם יחד עם הכתובה וכיון דעכ"פ גובית הכתובה, ממילא גובית גם נדוניא, הרי דאין זה הכרח ברור לדמותם לכל מילי.

תו כתב רומעכ"ת וז"ל ומה דהוכיח מעלתו מדעת הרא"ה דס"ל מטעם הריצב"א חשיב ממש כמו אחר זמנו, אמת שממנו מוכח הכי בבירור דאלת"ה אלא משום צירוף שלא תתבזה אשתו בב"ד הדר לא משני מידי דפשיטא דצריך התנא לאשמעינן דמש"ה חשיב אלמנה הגיע זמן, א"ו סובר בפשוט דמפני שהוא סמוך למיתה חשוב כהגיע זמן כאחר מיתה, משא"כ בשאר בע"ח תוך זמנו אחר מיתה הוא ת"ז וסברא זו דחויי' היא מפומא דכולהו רבנן שהרי לשון הרא"ש והריצב"א תי' דבכתובה נמי לא חיישינן לצררי תוך זמנו, אלא ש"מ סמוך למיתתן דאורחי' להתפיסם צררי כדי שלא תתבזה אלמנתו, הרי אך משום דלא תתבזה הוי אורחי' ולהכי לא חשוב תוך זמנו, הרי להדיא דלא כהרא"ה וכו', לענ"ד רבותא למיחשב גברי, נגד זה יש לנו דעת הרא"ה וגם לישנא דהה"מ שכתב

בלשונו פט"ז מה"א וז"ל ודע דבנכסי צ"ב וכתיבה שוים בזה דהרי אין כאן קל בכתובות מבשארי חובות עכ"ל, משמע דבא לומר דאין כאן דין חדש בכתובה לומר בו מקולי כתובה שני כאן ודווקא בכתובה, אבל לא בצ"ב דבאמת אין כאן קולא יותר משאר חוב דכל בע"ח צריך לישבע, הרי דמדינא הוא כמו שאר ב"ח, דאלו לדברי רומעכ"ת הוא רק בדרך עילה, א"כ א"א ללמוד זה משאר חובות רק מדקדוק לישנא דמתניתן ומדכוללים עם הכתובה כדכתב רופ"מ נ"י ואין להעמיס כן בכוונת הה"מ, כיון דעכ"פ להרא"ה והה"מ דינו כמו אחר זמנו ממש, וה"נ י"ל לדעת הרא"ש דמכח דאורחא הוא להתפיס צררי סמוך למיתה משום לא תתבזה שוב אזדא ממנו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, ומנ"ל לומר דרק דרך עילה הוא. ואף הרמ"ה שבהרא"ז ר"פ אעפ"י יכול לסבור כן אלא דמ"מ צריכים לומר דתוספת כתובה ככתובה דהרי פשיטא אלו הי' הבעל חייב לה ממקום אחר לא היינו אומרינן דמתפיסה תוך זמנו סמוך למיתתו משום שלא תתבזה, אלא דבפרעון כתובה שיש לכל הנשים, ואדעתא דהכי נישאת לו מתחלה בזה דעת האדם שתגבה אותו בלא בזיון מש"ה צ"ל דתוספת כתובה ככתובה, אבל מ"מ י"ל דמה"ט בכתובה לית ביה כלל חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וקשה להוציא ממון בבירור נגד דעת הרא"ה והה"מ ובפרט דבוודאי לדעת המ"ל והב"ש דס"ל לטעמא דתוס' גובית נדוניא בלא שבועה ולא דקדקו לישנא דמתניתן כדכתב רומעכ"ת נ"י, ומ"מ ס"ל בפשיטות דלהרא"ז והריצב"א גם נדוניא צריכה שבועה, הרי דס"ל ג"כ דמהך טעמא דלא תתבזה נסתלק לגמרי החזקה ולא בדרך עילה בעלמא.

תו כתב רומכ"ת וז"ל ומ"ש תו מעלתו גם לדעתי א"א לכוון כן בדברי הטור שכתב וכו' דמשמע להדיא אף שהעדים אומרים וכו' דומיא דכתובה, דאלו בכתב לה גם כתובה אינה גובה, מלבד שמיד בתר הכי כתב הטור בשם אחיו דבמקום שאין כותבין אף בכתב לה גובה היא ואף גם לענ"ד איפכא מבואר מדמסיים אא"כ כתובתה בידה ואי בידוע דלא כתב לה מאין יהי' לה כתובה, ותו איך ישמיט הטור עיקר חידוש כזה, גם א"י איך שייך בפשוט עדים על מניעה שלא כתב לה אטו עדים הללו המעידים על מה שהכניסה בכיפי תלוי לה, לכן נ"ל ברור כמו שכתבתי ות"ל מצאתי כעת במ"ל פח"י מה"א ביאר דעת הר"ם להדיא אך מחמת ריעותא חסרוך השטר עכ"ל.

ולענ"ד אדרבא מלשון הטור אא"כ כתובתה בידה משמע דבשום פעם אינה גובה אא"כ כתובתה בידה אף בעידי שריפה וכדומה אינה גובה וזהו עיקר החילוק בין כתובה לנדוניא דלהדיא משמע מלשון הטור דמחלק בין כתובה שהוא תנאי ב"ד לתוספת כתובה ונדוניא, וזהו רק בליכא ריעותא, דהא במקום שכותבין אף בכתובה אינו גובה

במקום ריעותא, הרי דאף בליכא ריעותא בעינן דווקא לסברא דתנאי ב"ד דכמאן דנקיטי שטרא בידה, אבל בלא"ה טענינן פרוע ומ"ש רומעכ"ת נ"י דאיך שייך על מניעה עדים, אטו עדים בכיפה תלוי מלבד דעכ"פ נ"מ בכתב לה ואיכא עידי שריפה, גם בפשוטו נ"ל דבמעידים דבשעה שמכרה מיחה בעדים שלא יכתבו לה בוודאי ליכא ריעותא דחסרון השטר כיון דידוע דמיחה הבעל מלכתוב ואפשר גם אם רק מעידים העדים שלא הי' עדים אומרים בשעה שהכניסה לו הנדוניא רק הם והם לא כתבו ג"כ לא הוי ריעותא ול"ח שמא צוה אח"כ לעדים אחרים לכתוב ולעשות מזה ריעותא עכ"פ במיחה בוודאי לא הוי ריעותא. גם מ"ש מעכ"ת נ"י דלדברי לא הו"ל להטור להשמיט עיקר חידוש כזה, אני אומר בהיפוך דלדברי רומע"ל לא הו"ל להטור להשמיט עיקר חידוש דין דבמקום דליכא ריעותא גובית נדוניא ות"כ, אבל לדידי י"ל דהטור כללו בלשונו אא"כ כתובתה בידה דמשמע דבענין אחר לא, כנלע"ד ברור בדעת הטור.

תו כתב רומעכ"ת נ"י על דברי במ"ש דאין לה מזונות בשביל נדוניא להפוסקים דנדוניא אינה בכלל כתובה, וז"ל נראה דסובר מר כי היכי דפליגי לענין תובעת כתובתה שהפסידה מזונות אם המזונות נתלים בנדוניא, הו"ה דפליגי לענין מנהג יהודא שלדעת הש"ע אם רוצים לפוטרה מכתובה בלא נדוניא נפטרו ממזונותיה, ולבבי לא כן ידמה, לא מבעי' למה שכתבתי דאף להרא"ש נכללת בלשון כתובה במה דתלי בלשון ופשיטא דמספר כתובה נלמוד שכתובין עד שירצו היורשים ליתן לך כתובתך דוודאי אף הנדוניא בכלל, אלא אפילו הר"ם לדעתי מודה בזה, דהרי מוכח דאיך ס"ד שיהי' אפשרות להיתומים לומר הא לך הכתובה ואנחנו פטורים מן המזונות תאמר היא מה שקיבלתי על הנדוניא והכתובה עדיין חוב שהרי הברירה ביד המלוה, וגם מסתבר שאם יהא נתלה אך בהכתובה, א"כ מדה"ד לוקה המה יחזיקו בנדוניא והיא תיזון עצמה, ומכ"ש לדידן דפסקינן כא"ג ואך מכח תקנה אתינן עלה פשיטא דאי אפשר לתקן תקנה גרוע כזה ובלי שום ספק אצלי שעד שתסלק כל המגיע לה יש לה מזונות עכ"ל רופ"מ נ"י.

ולענ"ד י"ל בהיפוך, דאף לדעת הסוברים דבלשון בני אדם גם נדוניא בכלל כתובה, י"ל דווקא לענין מוכרת או מוחלת, אבל בלישנא דעד שיתנו לך כתובתך דהוא לישנא דחז"ל מתנאי ב"ד והם תקנו בלשון של חז"ל דמצינו כמה פעמים דנדוניא אינו בכלל לישנא דכתובה כההיא דשהתה בבית אביה כ"ה שנים, ובההיא דבכורות ולא האשה בכתובתה, [ובאמת איני מבין כראוי דברי הר"ן בזה דכתב וראיות הרמב"ן אינם מספיקים אלא לומר דנדוניא בכל לשון כתוב' לפיכך מוכרת או מוחלת כתובה הפסידה גם נדונייתה, ואיני מבין כיון דקיימינו עכשיו דלשאר דינים אין נדוניא בכלל א"כ

בדינא דשהתה בבית אביה כ"ה שנים, וכן בדין דשבח ולא האשה בכתובה אין נדוניא בכלל לישנא דכתובה, הרי דמצינו בלישנא דחז"ל בפעמים נדוניא בכלל לשון כתובה ולפעמים אינו מכלל, א"כ מניין לנו להכריע לישנא דבני אדם] גם מה שכתב רומעכ"ת נ"י דא"כ מדה"ד לוקה וכו' לא ידעתי מה בכך ודאין לה משכון זה על הנדוניא הלא מ"מ היא בעלת חוב על הנדוניא כמו שאר בע"ח, וכי בשביל שלא כללו חז"ל נדוניא בכלל כפיי' זו דעד שירצו ליתן כתובתך לקתה מדה"ד דמה בכך הא י"ל דנדוניא הוי כמו שאר חוב ואינו נוגע כלל לכתובה ועיקר תקנת חז"ל הי' רק לענין כתובה, גם מ"ש רומעכ"ת נ"י ובפרט למה דקיי"ל כאנשי גליל וכו', לא נראה לי כן דאם נחליט דלדינא דהש"ס גם לאנשי יהודא הי' תלי רק בכתובה ולא בנדוניא במה דאמת אינו במשמע דיש חילוק בזה בין אנשי גליל לאנשי יהודא, אם כן בוודאי אפשר לומר דעכשיו מצד מנהג קבלו עליהם לעשות כמו אנשי יהודא, ומה"ת לחלק ביניהם, לזה נ"ל ברור כדכתבתי דלהפוסקים דענין תובעת כתובתה אין תולה כלל בנדוניא, הכי נמי בנותנין לה היורשים כתובתה.

ומ"ש כבודו נ"י דאיך אפשר להיתומים לומר הילך כתובתך הא יכולה לומר מה שקבלתי הוא על הנדוניא, באמת אפשר לומר כן לדינא דמהאי טעמא א"א לסלק לה כתובה ותוספת ולהפסיד מזונותיה, והיינו כל זה היכי דיכולה לגבות גם נדונייתה אבל בנידון דידן דאינה יכולה לגבות נדונייתה, רק שכבוד רמעכ"ת נ"י בא לדון דלגבי מזונות היא מוחזקת ויכולה לומר שעדיין לא נסתלקת לגמרי, בזה אם נידון כדעתי דא"י לאכול בשביל מזונות יאמרו היתומים הלא מה שקבלת ביחד א"א לך להחזיק בשביל נדוניא, דהא אין מגיע לך נדוניא וצריך אתה להחזיק הכל בשביל כתובה ותוספת וממילא אף אם באמת מגיע לך נדוניא שוב אין לך מזונות כנלע"ד.

ואודיע לכבודו נ"י את אשר נתחדש לי כעת בדברי תוס' יבמות קי"ח ע"א ד"ה בת ישראל לכהן וכו' מידי דהוי ב' שבילין וכו' ומיהו איכא הכא חדא דאיסורא וכו' וכה"ג לא ילפינן מסוטה, ופשטא מחוסר הבנה, דגם בב' שבילין איכא חדא דאיסורא ואעפ"כ מקילים, ולזה נראה לי ברור להגיה ולמחוק תיבת ומיהו, וצ"ל ואע"ג דאיכא הכא חדא דאיסורא, וכוונתם דיש ראיה מב' שבילין דאף דחד חזקה ממ"נ נסתרה, מ"מ לגבי כל חדא באפי נפשי' אזלינן בתר חזקה, וכדי דלא נימא דשאני ב' שבילין דלאו מדין חזקה אתינן עלה רק מדין ספק טומאה ברה"ר דגזרת הכתוב דטהור, וכזה הקשה ממש הש"ך בנקודת הכסף יו"ד סי' ק"ץ על הטו"ז עיי"ש, לזה כתבו דבכה"ג לא ילפינן מסוטה, והיינו כמ"ש תוס' חולין כיון דחדא מינייהו בוודאי טמא אינו דומה לסוטה ועיקר ההיתר דב' שבילין

רק משום דכל חד וחד מוקמינן בחזקתו ואע"ג דבממ"נ א' נטמא א"כ הו"ה הכא כנ"ל ברור.

ובהאי עניינא ראיתי במ"ל פי"ב ה"א מהלכות גרושין ד"ה ואני מסתפק וכו' דמסתפק שם בהא דאמרינן יבמות קי"ז ע"ב דלמא ש"ה דרגיש צערא אם זהו דווקא בצירוף דחוששת לעתיד ואנו חוששי' דבאמת לא מת לא בעלה ולא חמיה אבל בידוע בעדים שמת בעלה נאמנת, או דרגיש צערא היינו דשנאה ישינה הוא מהצער שעבר ולעולם שונאת אותה ולעני"ד מלישנא דרש"י קי"ח ע"א במתני' ואע"ג דפקע צד כלתה וכו' מ"מ הא אמרינן לעיל לאו בעלה מת וכו', משמע להדיא דגם למסקנא צריך לזה, וכן יש לדייק מדברי תוס' קי"ט ע"ב ד"ה מ"ט דר"א וכו' דהקשו דמ"מ לפלגו גבי ההיא שמת בעלי וכו' ע"ש, ואם נימא דמכח צער הקודם מכוונת לקלקלה, א"כ לא הקשו מידי דמה בכך דנישאת מ"מ אנו מאמינים באמת שמת בעלה, ומ"מ אינה נאמנת על חמותה, וא"כ מה שאנו מתירים אותה לינשא אין זה מתנגד לגבי איסור חמותה, אע"כ דאם באמת היינו ידעינן דמת בעלה היתה נאמנת על חמותה, גם יש לדייק כן מדברי הש"ס מכח צריכותא בדף קי"ח ע"א דלפי דברי המ"ל הו"ל להש"ס לאצרוכי בפשיטות ובהיפוך דבסיפא רבותא יותר לרע"ק דאף אם באמת מת בעלה א"נ על חמותה, וא"כ במה דמתירין אותה לינשא אין זה סתירה לאיסור חמותה, אע"כ דבמת בעלה באמת נאמנת על חמות' אף דעדיין אינו מתיישב כל צרכו דמ"מ הו"ל צריכותא גדולה דעכ"פ בסיפא ליכא תרתי דסתרי אהדדי דעכ"פ אפשר דמת בעלה ולא מת חמיה, מ"מ אינו קושיא כ"כ, אבל להמ"ל בוודאי יגדל התמיה, אע"כ ברור דרגיש צערא הוא רק משום להבא כנלע"ד:

סימן לב

לכבוד ידידי הרב המאה"ג אב"ד ור"מ מו"ה **יאקב** נ"י

ע"ד שאלת ידידי רומעכ"ת בראובן שירד למקום חמיו בבית הכנסת בתורת משכנתא בנכייתא על סך שלשים ר"ט לשלם לו אחר ג' שנים, ולאחר שנים הרבה מת חמיו, וראובן עודנו יושב ומחזיק במקום ההוא ושטר משכנתא אינו בידו וגם מודה שכבר נפרע לו החוב ההוא, אך טוען שזה חמשה שנים הלוה הוא לחמיו סך חמישים ר"ט והשכין לו השטר מכירה שלו על המקום הנ"ל כאשר הראה ראובן בפני הב"ד השטר מכירה בידו וטוען דברשותו להחזיק במקום עד שיופרע לו סך חמישים ר"ט.

לכאורה פשוט אף שכפי טענתו יש לו זכות להחזיק במקום ההוא עד שיופרע, ועדיף מההיא אתתא דאפקידו גבה מלוגמא דשטרא והביאה עדים דתפסה מחיים דמ"מ יכולה

לתפסה ולעכבם בידה עד שתתפרע אבל לא לגבותם, וכקיי"ל בש"ע חוה"מ סימן ס"ד, דהתם במה זכתה לגבותם, הא שטרות אין נקנים אלא בכתיבה ומסירה, משא"כ הכא כפי טענתו בשעת הלואה, נשתעבד לו המקום להחזיק בו עד שיופרע וזכה בו בקנין כסף וחזקה, אך כל זה אם בירר דבריו בעדים, אבל בלא עדים אף לשיטת תוס' והרא"ש והרא"ה בדעת הרי"ף דבלא עדי ראה נאמנת דתפסינהו מחיים במגו דהחזרתי, מ"מ זהו בוודאי רק לתפיסות השטרות בתורת משכון שלא למסרם ליד הבעלים עד שיפרעו לו, אבל להחזיק במקום לענין זה אין לו מגו, ואף לדעת הרא"ש שם דבלא עידי פקדון יכולה לומר בתורת משכון בא לידי והוא טענה מעליא בעצמותו בלא מגו דתפסינהו מוכחת עליו, מ"מ נראה לי דדווקא בההיא דכתובות דמיירי ע"כ דידוע כמה חייב לה [דהא באמת הי' עידי פקדון וראה ומה מהני תפיסה מחיים, היכי דלית לה עדים שחייב לה כך וכך], בזה אמרינן כיון דתפיסה מוכחת עליו שבא לידה בתורת משכון מסתמא הושכן בידה על כל החוב, משא"כ בנידון דידן דאינו יודע כמה חייב לה בוודאי אינה מוכחת רק על הפחות כמו שוה פרוטה, דהרי אפילו ידוע בעדים שמושכן לה למשכון אין המלוה נאמן שמגיע לו כך וכך לדעת הרמב"ן בהגהת ש"ע חוה"מ סי' ע"ב סי"ח, ואף לדעת הרשב"א שם דהמלוה נאמן, וא"כ י"ל דהכי נמי אם נתפוס כדעת התפיסה המוכחת כעדים דמי ונאמן המלוה בלי שיעור החוב, מ"מ י"ל בנדון דידן אין התפיסה מוכחת רק על השטר, אבל תפיסת המקום אינה מוכחת דהא ירד בתורת משכונה, וא"כ אין נאמן רק על חוב כשיעור שיווי השטר ואם כן אם הבעלים רוצים להניח לו השטר בידו במה נאמינהו לכמה הושכן לו, ואף לשיטת הפוסקים שהביא בתומים סי' ס"ו סי"ד דגם בשטרי ראי' נקנים בכתיבה ומסירה, מ"מ הא כבר הכריע הרמ"א לעיקר להלכה שם סי"א דגם לגבי המלוה אינו נאמן לומר שטר הי' לי ואבד וביותר נראה לי דאף לשיטת הרמב"ם דנאמן לגבי המלוה לומר שטר הי' לי ואבד מ"מ נראה לי דווקא בשטר חוב דכמה שגובה מן הלוה אינו כמוציא ממש מן המלוה, אבל הכא לזכות בקרקע הי' שקנוי לזה מכבר י"ל כי היכי דבשטר חוב אינו נאמן לגבי הלוה שטר הי' לי ואבד ה"נ בשטר מכר אין נאמן לגבי בעל השטר כנלע"ד.

אולם ידידי חביבי הגאב"ד ק"ק ווילעהן נ"י יצא לדון בדבר חדש דלפום שיטות הפוסקים דבשטרי ראי' נקנים בכתיבה ומסירה כיון דכותבין עתה ולכל הבאים מכחו נקנים במסירה לחוד בלא כתיבה עכ"ד, כוונת הרב נ"י דמשום הכי ממילא נאמן לומר שטר הי' לי ואבד, כמו למ"ד אותיות נקנית במסירה דקיי"ל כרבא דאין צריך להביא ראי' וממילא בנ"ד נאמן לו שהלוה לו חמשים במגו דקנה ממנו השטר מכירה שבידו על המקום

שמוחזק בו. אולם לענ"ד הי' נראה דדווקא בכותב לו משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך, דבזה הוא עצמו שעבד נפשי' לכל באי כחו של המלוה והם גובים השעבוד מיד הלוה ולא מן המלוה, והכא נמי אם הי' כותב לו שמוכר הקרקע לו ולכל באי כחו, מה שא"כ כפי נוסחתינו הכהוג שכותבין רק בתחלה וכתבו בכל לשון של זכות, ואף חתמו ותנו ליד פלוני להיות בידו וביד י"א ולכל הבאים מכחו לעדות ולזכות, וגם בסופו כותבין ומעתה הבית הנ"ל עם כל זכיותיו יהי' לפלוני ולב"כ לצ"ע וכו' אבל כשכותבין איך אמת שמכרנו לפלוני, לא כותבין ולכל ב"כ, אם כן מבואר שהמכירה הי' רק לו לבדו, ומה שכותבין בתחלה ואף חתמו היינו שיהי' הכתיבה לזכות לו וכן לי"א וכן להבאים מכחו ר"ל הקונים ממנו כדין מכירות שטרות בכתיבה ומסירה או לאינך פוסקים דאין שטרי ראי' נקנים בכתיבה ומסירה, מ"מ אם קונים הקרקע גופא כדינו יהי' לכולם ראיית הזכות שפלוני קנה הקרקע וממילא זכו מכחו יורשיו ובאי' מכחו, ואף דפשיטא דזכותו קיים גם להם, מ"מ הוא שופרא דשטרא כמו שכותבין וליורשיו אחריו דפשיטא דיורשיו יורשין כל זכות וכותבין מילתא יתירא ליפוי השטר, וכן מה שכותבין בסוף ומעתה הבית הנ"ל יהי' לפלוני ולב"כ היינו ג"כ דהבית הוא לפלוני לכל עניינים להורישו ולמכרו כחפצו, אבל לא שהמכירה הי' מיד המוכר הראשון לב"כ של הלוקח דבמה שכותבין הבית יהיה לפלוני אין לשון מכירה אלא דת"ל אחרי שנמכר הבית לפלוני כדינו הבית יהי' לפלוני ולי"א ולב"כ היינו שהוא שלו לכל עניינים לזכות מכחו לי"א ולב"כ, ואם כן הבאי כחו זוכים רק מכח הקונה הראשון ובעי כתיבה ומסירה, כך הי' נראה לענ"ד.

גם מ"ש חביבי הרב נ"י דעיקרא דדינא אם בא לידו בתורת משכונה והחזיק ג"ש אח"ז הפרעון וטוען שעדיין לא נפרע לו חובו ואבד השטר משכונא דמהני החזקה ולומר שלא נפרע אם החוב ידוע בעדים דכיון דלא מיחה בסתמא עדיין לא נפרע דלולי כן למה לא לא סילק אותו מקרקעו עכ"ל, ולענ"ד מדין חזקה לא מצינו רק בתורת מקח, אבל לא בתורת שעבוד דלא שייך בזה תלת שני מזדהר, דהא מ"מ צריך לזהיר בשטרו לברר כמה הלוה לו, וגם לא שייך לומר מדלא מיחה דדלמא פרע לו זה חצי שנה ושוב החזיק רק חצי שנה בלא מחאה.

ואולם באמת לא ידענא למאי צריך הרב נ"י מדין חזקה הא בפשוטו בכל משכנתא אף בלא שטר נאמן בשבועה שלא נפרע כיון דהשכין לו על החוב הו"ל כהתפיסו עד שיפרענו, וכל זמן שהמשכון תפיס בידו נאמן לומר שלא נפרע, ועיין בהריב"ש סי' ע"ח שכתב במשכנתא גובה אפי' מיתמי בלא שבועה כמו ביחד לו ארעא וכו' אף דהרמב"ם פי"ג מהלכות מלוה כתב מפני שנפרע לו ממה שתחת ידו והי' יכול לומר לקוח הוא בידי

דזהו שייך רק במטלטלים, וזהו לפי שלא ידענו בכמה ממושכן לו, אבל בנדון זה שיש בידו שטר משכנתא לעולם נאמן בלא שבועה עכ"ל, משמע דהשטר בעינן רק לראיה כמה מגיע לו אבל אם ידוע כן בעדים גובה בלא"ה בלא שבועה מהמשכנתא שבידו, ובש"ך סימן ק"ח סקכ"ה חולק ודעתו שצריך שבועה, אבל עכ"פ משמע דבשבועה גובה בלא שטר וכיון שכן לכאורה בנ"ד הי' נאמן לשבע שעדיין לא נפרע דמי המשכנתא הראשונה, וממילא נאמן לומר שממושכן לו על השנויי' במגו שהי' אומר שלא נפרע לו דמי המשכנתא הראשונה ונאמן רק לגבות שלשים ר"ט כשיעור משכנתא הראשון אם יש לו עדים על דמי משכנתא הראשונה, אולם לפום רהיטא נבוך אנכי דאולי דווקא אם המשכנתא נעשה בלא שטר, אבל כל שהי' לו שטר הוי ריעותא ואינו נאמן כמו דאינו נאמן לענין ת"ז, גם אם הקול דנפרע שטר המשכנתא של שלשלים ר"ט הוא קלא ממש לא הוי מגו כדאמרינן גבי רבה בר שרשום, כן נלע"ד בעזה"י:

סימן לג

ע"ד הענין דנשאלתי וז"ל, ראובן שמכר לשמעון סחורה משי בעד שלשים ר"ט, וחזר שמעון ומכרם לגוי בסך הנ"ל, אח"ז בא שמעון ואמר שנתברר דהסחורות לא הי' שוה כ"כ והי' בו שיעור אונאה ומבקש שיחזיר לו ראובן אונאתו, וראובן טוען כיון שלא הפסדת כלום במקחך שמכרת להגוי בסך כזה אין לך עלי כלום, ושמעון טוען מה לך במה שחזרתי והטעיתי לגוי ומזלי גרם והטעות שלי, גם טוען ראובן שיחזיר לו סחורתו ויחזיר לו אונאתו.

הדברים סתומים אם הי' בו שיעור אונאה דהיינו שתות בצמצום, או שהי' יותר משתות גם אם הי' הסחורה דבר קצוב בשוק שער מקחו או לא, ונראה בפשיטות דאם לא הי' בו אלא שיעור אונאה בצמצום הדין עם שמעון דהא אם הסחורה הי' עדיין ביד שמעון הי' יכול לתבוע אונאה ולקיים המקח א"כ במה שמכרו להנכרי ביוקר הריווח לעצמו ודידי' מכר, אמנם אם הי' שיעור יותר משתות דבטל המקח נראה דהדין עם ראובן, אף בענין דא"י לטעון החזר לי סחורתי כגון דראובן יודע שדרך שמעון למכרו לאחרים והוי כמו המוכר פירות שזרען ולא צמחן, וכן המוכר שור לחבירו ונמצא טריפה בהגליד פי המכה דאף דא"י להחזיר המקח כיון שעומד לעשות כן ההפסד על המוכר, ונראה דהו"ה בביטול מקח מ' השומא יתר משתות הדין כן דחד טעמא איתי להו, מ"מ כיון דשמעון מכרן בסך זה להנכרי יכול ראובן לומר דאם אתה תובע אונתך, אני אבטל המקח והמעות שנתן לך הנכרי בעד הסחורה הוא שלי דברשותי הי' הסחורה למפרע,

ודומה לזה דאמרינן ב"ב פ"ד אר"ח מכר לו שוה ה' בו' והוקר המקח לוקח יכול לחזור בו ולא המוכר דאמר לי' אלו לא אוניתן וכו' ועיין בהרא"ש שם בשם הר"ר יונה דמ"מ אין הלוקח יכול לתבוע אונאתו ולקיים המקח, ואף דהטור בסי' רכ"ז כתב דיכול לתבוע אונאתו וכ"ה בש"ע סעיף י"ב, ובב"י הקשה דהא בדברי הרא"ש משמע שהסכים לרבינו יונה ונדחק בזה. לענ"ד אין בזה סרך קושי' דהא מבואר בלשון רבינו יונה דהטעם כיון דהלוקח הי' יכול לחזור ממקחו לא נתקיים המקח עד עתה, ואין המתאנה יכול לתבוע אונאתו עיי"ש, והיינו דווקא לר"ח דס"ל דיד המתאנה על העליונה רצה תובע אונאתו רצה מבטל מקחו, אבל למה דקיי"ל דבשתות א"י לבטל המקח מיד נתקיים המקח ויכול לתבוע אונתו, ושפיר סתם הטור וש"ע [ומה דהעתיק הרא"ש לר"י אף דאין נ"מ לדידן, צ"ל דכתב כן דנ"מ להיכי דהתנה הלוקח בפי' דיהי' ידו על העליונה]. אמנם כ"ז בשיעור אונאה דנתקיים המקח מיד, אבל בביטול מקח והוקר אף דהלוקח יכול לחזור ולא המוכר מ"מ א"י לתבוע אונאתו, דכיון דתובע אונאתו לא נתקיים המקח וברשות מוכר אייקר, וה"נ בנדון דידן, דמה שנתן הנכרי יותר משיווי המקח הוי כאלו הוקר וא"י הלוקח לתבוע אונאתו. עוד נראה ראי' לזה מההיא דש"ע סי' רל"ד דהשוחט פרה ומכרה ונודע שהי' טריפה אם מכר הלוקח בשר זה לנכרי יחשוב עם הטבח וכו' משמע דיחשוב שיעור הדמים שלקח מהנכרי, וכ"כ בסמ"ע סק"ג ובתיו"ט ספ"ה דבכורות, הרי דאינו יכול לומר מזלא דידי גרם, והיינו גם כן מטעם הנ"ל דכיון דהמקח בטל ברשותו אייקר וכנ"ל, כ"ז נ"ל פשוט לדינא.

אולם מה דצריך לעיין אם הי' הסחורות בשעה שמכר לנכרי בשער קצוב דבזה י"ל דהדין עם שמעון דיכול לומר דהמקח בטל למפרע וכיון דהשכר קצוב מה שנתן הנכרי יותר הוי כמו מתנה ואינו דמי החפץ ושלו הוא. ויש לברר דין זה מההיא דפי"א דכתובות הוסיפו לו אחת יתירה הכל לשליח דר"י רי"א חולקים, והנה לדעת רש"י הטעם דמתנה הוא ואינו יודע למי נתנה אם ניתנה לשליח או לבעל הבית עיי"ש, ודעת הרי"ף והרא"ש והעיטור דהואיל ובאת' הנאה לשליח ע"י בעה"ב חולקים עיי"ש, והנה בנ"ד אפשר לומר דלסברת רש"י הכא הכל לשליח, דדווקא היכי שהוא שליח אחר יש לספק שמא נתן למשלח כיון דהוא רק שליח בעלמא וידו כיד הבעל הבית למו"מ זה, אבל היכי שאינו שליחו אלא דראובן מוכר חפץ שמעון שלא מדעתו אפשר לומר דבוודאי נקנה היתרון לזה שמוכר לו, ואפשר לומר דאין חילוק בזה דלא תליא כלל במשלח אלא דהספק אם מקנה היתרון לבעל הסחורה וניתן המתנה בתורת תשלומין, או דנתנה להשליח שהוא אוהב לאיש הזה, וזה מסתבר יותר, עכ"פ לדעת הרי"ף וסייעתו בוודאי הכא חולקים

כיון דהסחורה היתה למפרע סחורת ראובן הוי מגיע לשמעון הנאה ע"י בעל הסחורה, וא"כ הי' נראה בנ"ד דאם שמעון תובע אונאתו צריך ראובן להחזיר לו חצי היתרון, כגון שהסחורות הי' שוה כ' מחזיר לו ראובן ה', וגם נראה דא"י ראובן לומר ק"ל כדעת רש"י הנ"ל דהוי ספק למי נתנה, ושמא נתנה לבעל המעות, וא"י שמעון להוציא מספק, ז"א דא"כ בהיפוך גם כן אמאי חולקים יהי' השליח מוחזק בספק שמא נתנה להשליח, אע"כ דבהני ספיקות לא תליא במוחזק והדין דיחלוקו, ודומה לזה כתב תוס' ב"ב ס"ב ע"ב ד"ה אתמר וכו', אולם י"ל דיכול המוחזק לומר קי"ל כדעת רבינו תם דס"ל דדווקא שנתן לו דרך הוספה אבל בטעה וחשב ששוה הכל כך אף בדבר שיש לו קצבה הכל לבעל המעות עיי"ש, ואף דקיי"ל בש"ע כדעת רבינו יונה דבכל ענין חולקים, י"ל דדווקא בשליח מוחזק, אבל בנ"ד דהמוכר מוחזק, יכול ראובן לומר ק"ל כדעת רבינו תם, והכל לבעל הסחורה וא"צ לחזור לו כלום, וצ"ע לדינא כיון דלא הוזכר דעת ר"ת בש"ע והאחרונים לא העתיקוהו ולא זכרו לענין אם תפס הבה"ב כולו. גם י"ל דלדעת רש"י דהספק אם נתנה לבעה"ב או לשליח י"ל דבנ"ד הכל לשמעון והיינו אף דנימא דנתנה לבעל הסחורה י"ל דווקא בישראל שקנה משליח או מכר לו, אבל בנכרי לו יהא דנתן חפץ לראובן שיתנהו לשמעון ג"כ יכול לזכות לעצמו כמ"ש הרשב"א בשו"ת, והוא כהגהת ש"ע סי' קצ"ד ס"ב בהג"ה והכי נמי כן כיון דמותר מהקצבה הוי מתנה בעלמא מיד נסתלק הנכרי וזכה השליח מן ההפקר, ואם כן לענין החצי שהני הוי כמו ס"ס, ספק דלדעת רש"י הכל לשמעון ולדעת הרי"ף עכ"פ החצי לשמעון, ולדעת מהריב"ש והרבה תשובות ספרדיים דיכול להוציא ממון בס"ס מכ"ש בנ"ד דרוב הפוסקים דלא כרבינו תם, ולא נזכר כלל בש"ע, י"ל דאינו יכול לומר קי"ל כר"ת וצריך ראובן להחזיר חצי העודף משיווי המקח, ולדינא צ"ע:

סימן לד

טור חוה"מ סי' ר' וכתב עוד הר"ר יונה דכי אמרינן כשמדד לו סאה אחרונה דקנה כל הכור, היינו דווקא שמדד לו כל סאה וסאה, ונשאר כולם בתוך הכלי עד אם כלה למדוד כל הכור אבל אם מדד כל סאה וסאה ונתנה על גבי סימטא כיון דלא קנה בשעת מדידה גם לבסוף לא קנה, ואין נראה לא"א כיון שגמר כל מדידת כל הכור אגלאי מלתא דקנה כל סאה וסאה למפרע עכ"ל, ונראה לי ראי' לדעת הרר"י מסוגיא דע"ז ע"א ע"ב סוף סוף כי מטא לאוירא דמנא קניא יין נסך לא הוי עד דמטא לארעיתא דמנא וכו', והרי התם הוי גם כן כמו כור ב"ל, דהא כל מעט ומעט שמגיע לאויר המנא הוא רק קצת מהמדה, וא"כ

מאי פריך הש"ס הא לא נגמר הקנין עד שגמר לו המדה ואז כבר הוא בשולי הכלי ונעשה יין נסך, אע"כ כשגמר המדה למפרע קנה כל מעט כשהי' באויר הכלי וכדעת הרר"י הנ"ל, ודוחק לומר דהש"ס פריך שיתן להם עצה שיאמרו בפירוש שיקנה כל מעט ומעט כשיגיע לאויר הכלי דאם באנו להקשות כזה עדיין יקשה למה דקאמר שם שמעת מיני' כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה, הא מ"מ יכול ליתן עצה לומר יקנה כליך דמהני אף בכליו ש"ל בר"מ כמבואר פ' הספינה אע"כ כשיטת הרב רבינו יונה, אך לכאורה עדיין קשה אף לשיטת הרר"י דלמפרע קונה, מ"מ אסור לעשות כן ביין נסך דלא גרע מאיסור דרוצה בקיומו דהא כשהוא באמצע המדידה רוצה הישראל בקיומו של היין שנעשה יין נסך בכלי דאם ישפוך היין ממילא יחזור הגוי במקח ויהי' ההפסד לישראל והוי רוצה בקיומו' ואפשר לדחוק דפרכת הש"ס באמת רק על לשון דקאמר וכי שקלית דמי יין נסך שקליתו וע"ז פריך דלא הוי דמי יין נסך רק איסור אחר דרוצה בקיומו וצ"ע.

אח"כ מצאתי בהרשב"א בתההא' הובא בב"י יו"ד סי' קל"ב שכתב ליישב קושית תוס' דמה מהני הקדים לו מעות כיון דאם משוכה בנכרי קונה אין מעות קונה, דנתן לו ע"ד להוציאם ולקנותם מעכשיו על מנת שיתן לו היין לבסוף, וחזר והקשה ע"ז דמ"מ לתסר לעשות כן משום רב"ק דהא הגוי יכול לחזור עד שימדוד סאה אחרונה כמו בכור ב"ל והוכיח מזה דבהקדים לו מעות א"י לחזור ממה שמדד לו עיי"ש, ולזה בוודאי יקשה כדברינו דמ"מ מאי פריך הש"ס כי מטא לאוירא דמנא קניא הא בלא קדים לו מעות יכול לחזור עד מנה אחרונה והוי רוצה בקיומו ועיין, והארכתי בזה במקום אחר:

סימן לה

בש"ע חוה"מ סי' הנ"ל ס"ג לפיכך אין כליו ש"א קוני' לו ברה"ר ולא ברשות המוכר ובסעיף ה' שם כשם שאין כליו של לוקח קונין לו ברשות המוכר כך כליו של מוכר אין קוני' לו ברשות לוקח, נראה לענ"ד דמ"מ כליו של לוקח שנתן תוך כלי של מוכר ועומד בחצירו של לוקח דבכה"ג קני, לא מבעי לדעת הרז"ה וסייעתו דחד תלי באידך, או דאזלינן בתר רשות דהכלי בטל לגבי הרשות, או דאזלינן בתר כלי, ומזה כתב במוכר א' שמכר ללוקח שני דברים, הא' הקנה אותו ע"י כליו של מוכר ברשות לוקח, והא' הקנה אותו ע"י כליו של לוקח ברשות מוכר דבממ"נ קנה חד מינייהו, א"כ ה"נ בנ"ד קנה ממ"נ דאם אזלינן בתר כלי הרי מדד לו בכליו של לוקח, ואם אזלינן בתר רשות הרי עומד ברשות לוקח, אלא אפי' למה דקיי"ל דתרווייהו איתנהו דבזה ובזה לא קנה, מ"מ בכה"ג קנה כיון דהוי כליו של לוקח ורשותו של לוקח אינו מזיק במה דמפסיק כליו דהמוכר

כך נראה לי בפשוטו. אכן ראיתי להב"ש אה"ע סי' קל"ט סקי"ג שכתב דגם בכה"ג לא קנה ונראה דראייתו אינו מוכרעת דמה שהוכיח שם משינויי' דהש"ס גיטין ע"ט בקופה שאין לה שוליים דע"כ מיירי דקאי ברשות לוקח דאי בסימטא הא קיי"ל כליו של לוקח בסימטא לא קנה, אע"כ דמיירי ברשות לוקח, ואפילו הכי ביש לה שוליים לא קנה עיי"ש. ובמחכ"ת אינו דהא דכליו של לוקח בסימטא לא קנה, היינו כמ"ש הרא"ש פ' הספינה דכל כמה דלא מדד אין דעתו דליקני ליה כליו כיון דמחוסרים מדידה אלא לדעת שימדדם ואח"כ ימשכם, ואם אמר לי' זיל קני באמת מהני אפי' לא מדד עיי"ש, א"כ בגט דלא שייך חסרון מדידה פשיטא דהוי כזיל קני דמהני כליו של לוקח בסימטא, וא"כ י"ל דהסוגי' מיירי בעומד בסימטא גם אם יהיבנא לי' להב"ש דהסוגיא מיירי ברשות לוקח כדמשמע מלשון הר"ן דהביא הב"ש שם, מ"מ נראה לי דשאני התם כיון דחצירו קנוי לו לפירות ויש לו רשות להניח שם חפציו אלא דאמרי' גיטה וחצירה באים כאחד, אבל עכ"פ בשעה שזרק הגט יש לו רשות להניח שם חפציו, א"כ י"ל דבטל כלי דידה לגבי כלי דידיה דאין לה רשות להניחו בכלי דידיה והכלי שלו אינו בטל לגבי רשותה דהא יש לו רשות להניחן בחצירה והוי לענין זה חצירה כמו בסימטא וכלי של לוקח מונח בכלי של מוכר דלא קנה אבל בעלמא י"ל דבכה"ג קנה, דאם אתה אומר דבטל כלי דלוקח לגבי כלי דהמוכר מכח הקפידה דאין לו רשות להלוקח להניח כליו בתוך כלי דהמוכר מה"ט בטל ג"כ כלי של מוכר לגבי חצירו של לוקח וכיון דנפל היסוד נפל הבנין והדרן לדינא דמסברא בכה"ג קנה כנלע"ד:

סימן לו

עובדא בא לפני בשלשה אחים גדולים דנגשו לפני, אחד נשוי וב' פנויים, ובאו לחלוק נחלת אביהם שיש להם בתפיסת הבית, בית אחד שבו ב' חדרים, מקומות בבית הכנסת ודעתם מוסכם שלא להכריז להסב נחלתם לאחרים ורוצים לחלוק על פי הגורל, והתני ביניהם שמי שיעלה לגורלו המקום שבבהכנ"ס צריכים השני אחים ליתן לו העדפה שלשים ר"ט כי לדעתם שווים החדרים בסך זה יותר, וכן עשו והטילו גורל, וקיימו וקבלו משפט החלוקה בגורל ובק"ס:

נ"ל כיון שהאחד מהם נשוי ולא הי' בקנין או"ב יכולים היורשים הפנויי' לבוא לפסידא דהיינו כשיגיע זמן טרפה של אשה זו ליטול כתובתה תבוא לטרוף מהחלקים שזכו אחי בעלה שליש מהן לגביית כתובתה, דמיד שמת אביהם היו כולם שותפים הן בחדרים הן במקומות שבבהכנ"ס והחלוקה הי' רק כמו חליפים זה שליש שלו שבחדרים נגד

חלקם במקומות, וא"כ היא תטרוף תחלה חלק בעלה, היינו החלק שעלה לגורלו, וחוזרת וטורפת מהחדרים שעלו לגורל אחי בעלה שליש מהם מדין לוקח שעבודה, ואף דיחזרו אחר כך האחים לטרוף מחלק בעלה מדין אחריות, מ"מ שניהם יחד יטרפו רק חלק שליש מהחלק הבעל והיינו דבחלק בעלה פתיך בי' חד שליש שהוא חלקו מדין יורש דבזה היא קודמת מדין בעל חוב, רק על שני שלישים שבעלה הוי כלוקח הוי היא לגביית כתובתה והם לגביית אחריות כדין לוה ולוה וקנה דיחלוקו.

וביותר כיון דהיא תלך תחלה לגבות חלק בעלה ואח"כ כשתטרוף מאחי בעלה, והם ירצו לחזור ולגבות האחריות הוי היא כמו קדם וגבה, דבלוה ולוה וקנה קיי"ל דמה שגבה גבה כדאיתא בטור ש"ע סי' ק"ד, ובפרט למ"ש הצ"צ בשו"ת סי' ד' דבחליפין לא אמרינן אחריות ט"ס, אם כן לא יוכלו האחים לחזור עליה מדין אחריות, ובאמת ראי' הצ"צ אינו מוכרעת, די"ל דשאני בעל חוב דאביהם שנטל חלקו של אחד מהם דהספק שיטול מזה כמו מזה דהבריר בידו משום הכי סברי וקבלי מההיא הנאה וכו', משא"כ בנידון דידי' דהבעל חוב של המחליף טורף ל"ש לומר בההיא הנאה וכו' אולי יודע בנפשו שאינו חב לאחרים וליכא ספק פסידה במה שנתן הוא לחבירו, וא"כ דינו של הצמח צדק צ"ע. אמנם עכ"פ הדבר ברור לענ"ד דלא יטלו לאחריות רק שליש כנ"ל, וודאי אם הי' החלקים שווים, י"ל אף דקיי"ל אין ברירה, מ"מ אינה יכולה להוציא ולטרוף מספק דשמא זכו בחלק ירושתם, ובפרט דקיי"ל אין ברירה רק לחומרא, והיינו דמספקינן לדינא כמאן קיימ"ל כמ"ש הר"ן פ"ג דגיטין.

גם י"ל דתיכף משעת שמת אביהם זכותם בזה לחלוק וכל אחד מוכרח לעשות חליפין עם השני, א"כ מעולם לא חל עליו שעבוד כתובה ובעל חוב של אחד מהם, דאין לו זכות יותר מבעל חוב שמוכרח להחליף ולברר חלק השני ומה"ט י"ל גם באין בו דין חלוקה להדין דגוד או אגוד מה שזכה אין בעל חוב של השני יכול לטרוף דמיד זכותם היה לזכות ע"י גוד או אגוד, ושהשני מוכרח להקנותו בגוד או אגוד ואין שעבוד וטרפה של השני חל עליו, אבל בנ"ד בחלקים שאינם שווים דוודאי אין ברירה כמו בגדיים וטלאים יכולה לטרוף מאחי בעלה השליש מחלקם כנלע"ד.

ובתשובת עבודת הגרשוני סי' ק"ז כתב כדברי הצמח צדק הנ"ל דבהחלופו הקרקעות יכול הבעל חוב לטרוף שניהם, וגם לא אמרינן ביה אחריות ט"ס, והביא ראיה מדברי רשב"ם ב"ב מ"ג ע"א שכתב דהוי נוגעין בעדותן כ"ז שלא חלקו, וע"כ משום דבחלקו אף אם המערער יטול חלקו של א' מהם הוא לבדו יפסיד, ולענ"ד גם ראי' זו אינו, דהתם מיירי במכיר בה שהיא חלקו ומודים להדדי שקנו וחלקו בדינא, והמערער הזה טורפו

שלא כדין וכבאו אנסים דמי בזה בוודאי בחלקו אינו חייב באחריותו ופשוט, ובעיקר הדין דהצ"צ הנ"ל יש לפקפק כדכתב בשו"ת שבות יעקב חלק א' סי' קנ"ג, די"ל דאין הבעל חוב יכול לטרוף שניהם כיון דלא הפסיד לבע"ח דבר בקנייתו דהכניס קרקע אחרת לשעבודו ע"ש, ולדינא צ"ע:

סימן לז

לק"ק פילא

לידידי חתני הרב המאה"ג חריף ובקי אב"ד ור"מ מו"ה **אברהם משה** נ"י.

ע"ד הענין בשנים שנשתתפו, וכל אחד משך מעות של חבירו, ועתה רוצה אחד מהם לחזור ואמר שאין רצונו לטרוח ולעסוק בשותפות.

הנה מפשטא דדינא בש"ע רס"י קע"ו דבמשכו או הגביהו דא"י לחזור, י"ל דהיינו לענין דכל אחד זכה במעותיו של חבירו להשתכר בפירותיו ויכול לומר אני אעסוק להרוויח במעות אבל שיכריח לחבירו על מעשה ההתעסקות אינו מוכרח דלענין זה במה נשתעבד גופו, ומ"ש חתני הרב נ"י דע"י שיתוף המעות שעבדו גופם זה לזה כדין שכיר, וכמו שכתב הבית יוסף בשם הריב"ש לענין התחילו במלאכתן עכ"ד, זה אינו דהא אדרבא הריב"ש כתב דיכול לחזור כדין פועל, אלא דאם לא חזר והרוויח, הריווח לאמצע, ומה"ט גם מה דהקשה חתני על מה שכתב הב"י לתמוה דמ"ל להטור דבהתחילו בעסק משא ומתן דאינו יכול לחזור, דהא י"ל דהוי שיעבוד הגוף כמו דינא דהריב"ש, לא קשה מידי דמ"מ תקשי מ"ש הטור דאינו יכול לחזור דלו יהא דהוי שיעבוד הגוף, מ"מ כיון דלא נשתעבד גופו בקנין יכול לחזור כמו פועל, גם הא הטור הביא בסמוך לו מחלוקת הרמב"ם והראב"ד באומנין שנשתתפו דלהרמב"ם אף שלא חזר והרוויח אין הריווח לאמצע ולא מדמי לפועל, ובדינא דמקודם בהתחילו בעסק השותפות סתם הטור דמשמע דלכ"ע הכי הוא, ושפיר הקשה הב"י.

אולם לענין דינא מדברי הסמ"ע סקמ"ד מבואר דלהרמב"ם והש"ע דבהגבילו זמן לשותפות אינו יכול לחזור תוך הזמן וצריכים לעסוק בשותפות, דמחלק שם בין מקבל עסקא מחבירו דשם פועל עליו ובין שותפים, כיון דכל אחד צריך לעסוק אין שם פועל עיין שם, ומ"מ גוף הדבר קשה דבמה נשתעבד גופו להכריחו בעסק ואולי כיון דהעסק השותפות זכו בו ונשתעבדו המעות זה לזה, ממילא שעבוד הגוף גריר בתרייהו, ודווקא באומנין שנשתתפו דאין שום דבר לחול עליו הקנין רק על ההתעסקות וטורח הגוף בזה ס"ל להרמב"ם דלא מהני, אבל בנשתתפו במעות ופירות כיון דקנין חל על המעות

והפירות חל ג"כ על הגוף, וכעין זה מחלק המהר"א ששון בתשובה סי' קי"ג, אלא דלפ"ז לא הי' צריך הסמ"ע לחילוקו בין מקבל עסק לשותפים, דהא בלאו הכי יש חילוק דבמקבל עסק אין עליו רק טורח גופו, מה שאין כן בשותפים שנשתתפו במעותיהם, וכמו שמחלק, באמת המהר"א ששון מהאי טעמא, גם יסוד הסברא צ"ע דבמה גריר שעבוד הגוף בתר שעבוד נכסיו.

ולדינא אף דפשטא דהש"ע מורה דאינו יכול לחזור תוך הזמן וצריכי' לעסוק בשותפות מ"מ הא הטור כתב בדעת רבינו ישעי' דשותפים יכולים לחזור תוך הזמן, וכן דעת הנמוקי יוסף פ' המקבל דף קכ"ח ע"ב, וס"ל כיון דחוזר משעבוד הגוף בטל ממילא שעבוד נכסים, וא"כ כיון דיכולים לחזור תוך הזמן, ה"נ דיכולים לחזור קודם ההתחלת העסק, וא"כ לכאורה הדין דאינו יכול לכופו לעסוק בשותפות דיכול לומר ק"ל כהנמוקי יוסף ורבינו ישעי' אבל אם שכנגדו מוחזק במעות שותפות, יכול לומר קי"ל כהרמב"ם וסייעתו לענין דמחזיק במעות להשתכר ולהרוויח באמצע כנלע"ד:

סימן לח

עוד לו.

מ"ש חתני דנראה לך עיקר לדינא באם ראובן התחיל לבייש שמעון ביוש קטן, וחזר שמעון וחרפו בביוש גדול דחייב גם השני כמו דהדין בחבלה דאם הי' יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה דחייב וכתבת וז"ל ובאמת דינא דהרמ"א צ"ע קצת דהרי המחבר נתן טעם דווקא משום דיש רשות לשני לחבול כדי להציל עצמו, וזהו לכאורה ל"ש בגידופים, ואולי יש לדחוק בזה, אבל אם המתחיל התחיל בביוש קטן והוא השיב לו ביוש גדול אז בוודאי חייב גם השני עכ"ד. נפלאתי על דבריך דכפי הבנתך בכוונת הרמ"א דלא השיב לו ביוש גדול ביותר ממה שביישו המתחיל, אם כן מה זה הקשית דבנחבל דהטעם רק דעשה כדי להנצל עצמו דל"ש כן בגדופים, דהא האי טעמא צריך רק לפטור השני היכי דחבל יותר ממה דחבל בו חבירו דפטור ואין צריך לשלם ביותר הנזק משום דעשה כן להציל עצמו כיון דלא הי' אפשר לו להציל בחבלה מועטת, אבל היכי דהחבלות כי הדדי אין צריך לטעם זה, דאף אם הי' יכול להציל עצמו בלי חבלה מ"מ כיון דהמתחיל מחוייב גם לו, ממילא עולה זה בזה ופטור השני והו"ה בגדופים אם הם שווים.

גם מ"ש היכי דהשיב לו ביוש גדול ביותר דחייב גם השני משמע דדעתך דשניהם חייבים קנס, וזה אינו דהא כשיעור הביוש של המתחיל עולה זה בזה, דכל אחד חייב לחבירו,

והשני משלם במותר הביוש, אבל קנס מאן דכר שמיה דהב"ד מנדין עד שפייס את חבירו, והיכי דכל אחד מחוייב לחבירו עולה זה בזה.
אבל באמת ביסוד הדין שכתבת בפשיטות כיון דביוש לו ביותר חייב הב', נפלאתי שלא עיינת כראוי, דהא מבואר ברמ"א סימן תכ"א דמה דנחבל משלם במותר לא דמקרי מזיד, דמ"מ עשה רק דכי ייחם לבבו, אלא דהוא בכלל שוגג ואדם מועד לעולם, ובאמת פטור מבושת כדין ביישו בשוגג ומשום הכי בגדופים דליכא רק בושת פטור הב' בבל ענין כיון דעשה משום דחם לבבו לא מקרי מכווין לבייש) וא"כ לדינא הב' פטור והא' חייב.
ובדברי הגהת אשרי שבש"ך סי' רכ"ח, אנכי עמדתי על זה מדברי המ"ל פט"ו ה"ג מהלכות מכירה שכתב במום במקח דכתב הה"מ בשם יש מי שכתב דהיכי דיכול לנסות לאלתר ולא ניסה אמרינן דמחל כמו ביכול להראות לתגר, ע"ז כתב המ"ל דמסתבר דבלא נתן מעות לא הוי מחילה די"ל דלא הקפיד לנסותו כיון דעדיין מוחזק במעותיו עיין שם:
ואנכי עשיתי סמוכים לזה מדברי תוס' כתובות נ"ח ע"א ד"ה קלא וכו' בשם רבינו אליהו עיי"ש. וא"כ לכאורה גם באונאה דינא הכי והוא ספק גדול לדינא לענ"ד:

סימן לט

עובדא בא לידי באלמנה א' שהשכירה לאלמנה אחרת לדור עמה ביחד בחדרה משך שנה א' בסך שבעה ר"ט והקדימה ליתן לה על שכרה שלשה ר"ט וחצי, ואחרי ג' שבועות שדרה שם נפטרא האלמנה השוכרת ובאה בתה היורשת וטבעה ממשכרת להחזיר לה שכרה, והאלמנה המשכרת תובעת מהיורש להשלים לה שכרה סך ז' ר"ט כי איננה מוצאה להשכיר לאחר.
הנה הדין פשוט בש"ע חוה"מ סימן של"ד ס"א בהג"ה דבמת השוכר אין צריך לשלם לו רק מה שדר בו ואם קיבל כל השכירות אין צריך להחזיר עיי"ש, וא"כ לכאורה פשוט דבנ"ד כל אחד מחזיק מה שבידו ואף דהש"ך מסיק שם דצריך להחזיר כפי הנאת פועל בטל, מ"מ הכא דמנכה השוכר סך ג' ר"ט וחצי, זהו מספיק לשיעור כפועל בטל בשופי, וחד מחברייא פקפק עמי די"ל כיון דהמותר סך ג' ר"ט וחצי פטורה מדינא לשלם מדין טענת אונס, אם כן אנו דנין רק על מה שקבלה ג' ר"ט וחצי ודנין כאלו שכרה לחצי שנה ג' ר"ט וחצי ומחשבין כפועל בטל על ערך חצי שנה וצריך להחזיר כשיעור הזה ולדידי' הי' נראה כיון דמ"מ הי' השכירות בכולל על שנה, אנו דנין דלגבי מה שמקדים השכירות הוי כאלו סבור וקיבל שלא יהי' לו שום טענת אונס וכאלו באמת החזרה לא הי' מחמת אונס דהי' צריך לשלם הכל חוץ מכשיעור פועל בטל אם כן בוודאי מספיק לחשוב כפ"ב

ממה שנשאר ביד השוכר, ובאמת לדינא אין נ"מ כ"כ כיון דהרמ"א לא הכריע להלכה בין דעת המהר"ם ב"ב לדעת הרשב"א, וא"כ יכול לומר המשכיר ק"ל כהרשב"א דמדינא צריך לשלם הכל ואני מנכה לך כפועל בטל ממה שנשאר בידך, אולם למסקנת הש"ך להכריע כדעת הב"ח דהעיקר כהמהר"ם ב"ב עיי"ש בזה הספק כנ"ל וצ"ע לדינא.

עוד טענה הבת היורשת שרצונה לדור שם במקום אמה להשלים דמי השכירות ונסתפקתי לדינא לפי"מ דמסיק הסמ"ע סימן שי"ז סק"ה דבמשכיר לחבירו דירה בביתו אינו יכול השוכר להשכיר לאחר דיכול לומר אותך אני יכול לקבל, אבל אחר א"י לקבל עיי"ש, א"כ א"ל דמהאי טעמא יכול המשכיר לומר להיורש אותך א"י לקבל, וכמו כן בעלמא אם בני ביתו של היורש מרובים, י"ל דאינו זוכה לדור שם כמו דשוכר אינו יכול להשכיר למי שבני ביתו מרובים כדאיתא בש"ע שם רס"י הנ"ל, או דנימא אף דאינו יכול להשכיר, מ"מ ירושה דממילא עדיף וברא כרעי' דאבוה, ואין להביא ראי' מההיא דהניח להם אביהם פרה שאולה דמשתמשים בה כל ימי שאלתה אף דאביהם לא הי' לו רשות להשאיל דאין השואל רשאי להשאיל, די"ל דבאמת גם בהשאיל אביהם לאחר לא הי' הבעלים יכולים להוציא מידו, די"ל דאין השואל רשאי להשאיל היינו רק לכתחילה בעלמא, [ועדיין לא מצאתי דין זה דהפוסקים כתבו דאין השואל היינו לכתחילה, אבל מ"מ דיעבד לא לא מקרי פושע לומר אין רצוני, ולא ביארו באם השאיל לאחר והבעלים באים להוציא מידו ולעכבו מלהשתמש אם זהו בכלל לכתחילה או דיעבד] מה שאין כן הכא דאף דיעבד אם השוכר השכיר למי שבני ביתו מרובים יכולים הבעלים לעכב ולמחות בשוכר ההוא כדמשמע להדי' מדברי הגהת ש"ע סי' שס"ג סעיף י' י"ל גם היורש אינו זוכה בזה ועיין בתשו' הרשב"א הובא בב"י סי' שמ"ב וצ"ע לדינא:

סימן מ

ע"ד ענין בראובן שבא לירש את בן בתו שמת אחר אמו בחיי אבי אמו, השטר חצי זכר שהי' לבתו מאביה, עפ"י פסק הרמ"א באה"ע סי' צ' ומקור הדין נובע מפסקי מהרי"וו שהביא ראי' משכ"מ שהודה בפ' מי שמת והיינו כי היכי דקיי"ל התם דאם עמד אינו חוזר, הרי דבהודאה לא אזלינן בתר אומדנא, וה"נ לא אזלינן בתר אומדנא דלא נתן בכה"ג שיבוז לזרים חלו.

ואולם הגאון מהר"י מילר זצ"ל הובאו דבריו בתשובת שב יעקב סי' כ"ו בא לחלוק על פסק הרמ"א וכתב דדברי מהרי"וו רק באב שכתב שטר הודאה לבתו מסך קצוב בזה אמרינן מדאמר בלשון הודאה ולא אמר בלשון מתנה שתטול בתו בירושתו סך כך וכך,

אלא וודאי דהודאתו אמת וקושטא קאמר, אבל בשטר חוב ח"ז שלנו דאינו בסך קצוב דא"א אלא בדרך הודאה בכדי שלא יהא בכלל הקנאה בדבר שלא בא לעולם י"ל דאמרינן אומדנא, ובאמת לענ"ד לכאורה יש לסתור חילוק זה, דהא היסוד ראיית מהרי"וו מסוגיא דשכ"מ שהודה והתם באיסור גיורא דלא הי' אפשר בלשון מתנה כיון דאינו בירושה, ואעפ"כ לא אמרינן בהודאה אומדנא, אמנם באמת י"ל דדווקא באומדנא דהתם דנימא דכוונתו ליתן במתנה לאחר מיתה ונידון דבגר לא מהני וכמו כן באחר אם עמד חוזר, בזה שפיר אמרינן דאם איתא דדעתו בדרך מתנה לאחר מיתה הו"ל ליתן בלשון מתנה לאחר מיתה, דהא גם עתה דעתו בכזה ואין הפרש ביניהם, אבל בשטר חוב ח"ז דהודאתו מהני יותר לענין דבר שלא בא לעולם, בזה שפיר י"ל דקיימא האומדנא שלא נתן אלא בכדי שתהנה זרעו.

והנה שלשה אבירי הרועים הגאונים ה"ה הכנ"י והשבות יעקב והשב יעקב הסכימו להלכה ולמעשה כדעת הרמ"א הנ"ל, ובנתיבותיהם הלכו הגאון בס' כתובה נ"ע וידידי הגאון בית מאיר נ"י.

וה"ה ידיד הגאון מוהר"ז נ"י אבד"ק נאשעלסק עמד ביסוד הסוגיא דשכ"מ שהודה והעמיד דבריו להקשות על פי' התוס' דמנ"ל למיפשט מההיא דאיסור גיורא הא מה דאמר רבא אי בחליפין היינו שיתן מקצת נכסיי א"כ דלמא מה דאמרי' נפק אודיתא היינו שהודה במקצת נכסיי וה"ה ש"ב הגאון מו"ה מאיר וויל נ"י רצה לתרץ דמה דאמר אי בחליפין היינו בכול', ואעפ"כ מהני בגר דבקנין דאורייתא דקנה מיד, אלא דמ' אומדנא אמרינן דאם עמד חוזר, וכדאיתא בחוה"מ סימן קכ"ה ובסמ"ע סי' ר"ן ובכה"ג י"ל דגם בגר קנה, כיון דהקנין מדינא עכ"ד, ולענ"ד ליתא דהתם בסימן קכ"ה הוא רק בזיכה הנכסים מיד ומסרן להזוכה ליקחם לביתו, או שזיכה אותם ע"י אחר, בזה אמרינן דהקנה לו מיד ובתנאי אם ימות, וכל זמן שלא עמד אינו יכול לחזור, ובכה"ג באמת גם לענ"ד מהני בגר, אבל בקנין דעלמא ואף בקנין משיכה אם לא מסרם לו להוליכם לביתו רק לעשות משיכה בעלמא בתורת קנין, הא מדינא הקנין מגרע דאין קנין לאח"מ אלא דבמיפה כחו מהני דקנה עכ"פ מכח דיבורו מתקנת חז"ל, ובכה"ג אף בלא עמד יכול לחזור וכמבואר בסמ"ע סי' ר"ן סקי"ג וא"כ בכה"ג נראה דבגר לא מהני כיון דקנה רק מתקנת חז"ל.

ומה שתירץ הרב מוהר"ז נ"י דס"ל לתוס' דבאמת גם בפקדון אמרינן שלא להשביע, וכמ"ש בהגהת אשרי בשיטת תוס' והוכחת הש"ס דאם איתא דההודאה הי' במקצת נימא דשלא להשביע את עצמו אמר כן, אלא ע"כ דמיירי בכול' דבזה דל"ש שלא להשביע

את עצמו אלא שלא להשביע את בניו דלא שייך באיסור גיורא דהא הקנה אותם לבנו [וכאשר הקשו מכח זה לפי' רשב"ם] משום הכי מהני ושפיר הוכיחו דמיירי בכולה עכ"ד, ואין זה מספיק דממ"נ אם נידון דבמקצת אמרינן שלא להשביע את עצמו, ממילא גם בכולה נימא שלא להשביע את עצמו דמה הפרש יש בין קצתו לכולו, דהא עיקר סברא, דבכול' אמרינן חזקה לא שבק אינש נפשי' אלא וודאי נתן משום מיתה, מה שאין כן הכא דבאמת דנין דלא נתכוין להודות כי אם שלא להשביע אם כן גם בכולה נימא כן. ולומר באמת שלא כדברי הרב נ"י דגם בכולה לא הי' מהני א"ג ומיירי באמת רק בהודה משום מיתה דהיינו שמזכיר מיתה, לא מסתבר, וגם כיון דנצטרך לומר דמה דאמרינן נפיק אודיית' היינו בהוספת דבר שמזכיר מיתה נימא דמיירי באתם עידי, אלא וודאי נראה בפשוטו דכל חולה שמושכב על מיטתו אין עושה עניינים שאינם לו לתועלת אלא א"כ שיבריא, וכההיא דאמרינן סוף ב"ב דשכיב מרע שהודה דאין אדם משטה בשעת מיתה, ומשמע מסתימת כל הפוסקים דאף במקצת הכי הוא, כיון דמושכב על מטתו הוא בכלל עומד למות ואין חותר לעשות תועלת לימי בריאתו, הכי נמי לענין שלא להשביע כנלע"ד.

ונ"ל ליישב עפי"מ דמבואר בסוגי' דב"ב קמ"ח דשכיב מרע שנתן נכסים לפלוני ופלוני אף שלפי הנגלה לנו הם כל נכסיו מ"מ אם עומד א"ח והיינו בקנין דחיישינן שמא יש לו נכסים במדה"י, אלא א"כ דנתן בלשון כל נכסיי או דמוחזק לן בבירור דלית ליה נכסים, ולדעת רשב"ם הובא בטור בעינן דווקא מוחזק בעדים ולדעת ר"י מהני מוחזק גמור, ועיין תשובת הרשב"א הובא בב"י סי' רנ"ג שכ' הטעם כיון דעשה מלתא יתירתא דהקנה לו מזה מוכחים דיש לו עוד נכסים והוי במקצת והוצרך להקנותן עיי"ש.

ולפ"ז הי' נ"ל דבהקדיש כהאי גוונא אף דאמירה לגבוה כקנין בהדיוט דמי, מ"מ לענין זה אינו כקנין, כיון דמ"מ אין כאן מילתא יתירתא, (זולת שנאמר דהוי ס"ס, ספק שיש לו נכסים במדה"י, וס' דבהקדש גמר ומקדיש ואינו חוזר), וא"כ י"ל דוודאי איסור גיורא מסתמא לא הי' יותר מהמעות שביד בי רבא או שכבר נתן השאר למרי בריה, ולפי המדומה לפנינו הנך מעות שביד רבא הי' כל נכסיו, אבל לא הי' מוחזק בבירור שכן, ולזה אמר רבא אי בחליפין, ויהי' הדין דמהני מדין מתנת בריא דאנן נידון דיש לו נכסים במדה"י, דאם איתא דאין לו נכסים ודעתו רק על דעת מתנה לאחר מיתה אין עדיפות בזה הקנין יותר מאמירה בעלמא והי' הקנין אך למותר, אבל מדמהני אודיית' שפיר מוכח דהודא' שכיב מרע אם עמד חוזר דלגבי הודאה דהוי רק בדיבור בעלמא לא מוכחי' דיש לו נכסים במדה"י והוי כהודאת שכיב מרע בכולה, ולפ"ז נסתר השגת הגאון מוהר"י

מילר על הרמ"א עפ"י סברתו דסברת מוהרי"ו דמדהודה ולא נתן בלשון מתנה מוכחי' דהודאתו אמת, דלפי הנ"ל מוכח דלא משוינן להודאה למלתא יתירא, דאל"כ מנ"ל להש"ס למיפשט דלמא הא דמהני הודאתו משום דדיינינן שיש לו נכסים במדה"י כמו בקנין, אלא ע"כ דלא אמרינן הכי כיון דסוף סוף לא הי' רק דיבור בעלמא אין הפרש בין מודה לנותן, וע"כ הטעם בפשוטו דבלי הוכחה מחזיקים הודאתו לקושטא דמלתא.

אמנם באמת אין זה מספיק ליישב דברי הרא"ש שכתב ג"כ כפירש תוס' דהאיבעיא אם הודאת שכיב מרע עמד חוזר, והרי הרא"ש ס"ל בההיא חיישינן שמא יש לו נכסים במדה"י משום דבספק אומדנא לא מבטלים למתנתו עיי"ש, אם כן ליתא לדברינו הנ"ל.

ומה שתירץ הרב מוהר"ז נ"י כבר כתבנו מה שלענ"ד אין קיום לדבריו וביותר דאם נימא בכוונת תוס' כפי דברי הרב דבמקצת הי' שייך שלא להשביע את עצמו, א"כ פשיטא ופשיטא דאין מקום לקושייתם על הרשב"ם, דהא י"ל להרשב"ם דבאמת מיירי במקצת דאי בכולה הוי רק כמתנת שכיב מרע דלא מהני בגר, (כמו דלדעתי זהו הספק האיבעיא, ה"נ י"ל להרשב"ם דבוודאי כן הוא, ומוכח דמיירי במקצת ושייך שפיר גבי א"ג שלא להשביע את עצמו, והן אמת שהרב מוהר"ז נ"י כתב כן בישוב קושית תוס' על הרשב"ם אבל אם נניח שכך כוונת תוס' בתירוצם כפי דברי הרב נ"י פשיטא דאין זה בדרך תירוץ על קושייתם אלא דאין מקום והתחלה לקושייתם, ובאמת אי משום הא הי' אפשר דעל תוס' יש לפרש כפי דברי הנ"ל, ודברי הרא"ש אפשר דמתפרשים כפי דבר מוהר"ז נ"י והרא"ש באמת לא נטה משיטת רשב"ם משום הך קושי' דתוס' אלא מכח קושייתם הראשונה דאין סברא לחלק בין מלוה לפקדון. אמנם לקושטא דמלתא לא נראים לי דברי מוהר"ז נ"י דלענין השבעה אין חילוק בין מקצת לכולו וכמו שכתבתי לעיל, ובעיקר הקושי' צ"ל דאף מה דאמר רבא אי בחליפין היינו שרבא רצה לתקן בכל אופנים אף אם ירצה ליתן במקצת, אבל לקושטא דמלתא ההיא דנפק אודייתא, היינו בכולה וידעו זה חכמי הש"ס שכן הי' דנתן בכולו והוא פשוט ומצינו כזה כמה פעמים דפרכת הש"ס ממה שידעו דהאמורא מיירי בהכי, עיין ברשב"ם פסחים ק"א ע"ב ד"ה לקבע' קמא הדר ובשבת קנ"ז ע"ב בתוס' ד"ה ותרגמא זעירי ודחק ר"י לתרץ דהכי קיי"ל להש"ס שלא פירש זעירי כן אלא משום דבעי לאוקמי כר"ש, ובמנחות ה' ע"א בתוס' ד"ה מ"ט דר"י וכו' דשמא קבלה הי' בידו טעם זה, ובחולין נ"ד ע"א בתוס' ד"ה וחזיי' לדר"מ, דקים ליה למסדר ש"ס דפליגי בדר"מ ובשבועות מ"ז ע"א תוס' ד"ה הלכתא מאי דהא פריך לקמן אם איתא אלמא מספקא ליה והאר"נ ידע הש"ס דכי אמר אם איתא כבר עבד עובדא.

והנה הרב מוהר"ז נ"י רצה לדון להוכיח דדעת הרשב"ם דבהודאה אמרינן גם כן אומדנא, והיינו מתוך קושיית תוס' העצומה דבא"ג לא שייך שלא להשביע, אע"כ דמיירי במקצת והוכחת הש"ס הי' דאי בכולה הוי האומדנא דנתן משום מיתה ולא מהני בגר וה"ה הרב מוהר"ם נ"י כתב דמוהר"ז נ"י סותר לדברי עצמו דדלמא הוכחת הש"ס הי' מדאמר רבא אי בחליפין מוכח דמיירי בבריא ושפיר מוכח דבפקדון לא אמרינן שלא להשביע, ולחנם השיב עליו דהרי חזינן דרבא אמר ג"כ אי במתנה והיינו בשכיב מרע, אלא וודאי דמיירי בשכיב מרע אלא דרבא צידד לכל הצדדים אי בחליפין וירצה ליתן במקצת, ואחר כך אמר אי במתנה ויתן בכולו, או דקאמר אי בחליפין ויתן כשהוא בריא, אי במתנה ויתן כשהוא שכיב מרע וא"כ שפיר יקשה על פשיטות הש"ס דלמא הא דקאמר ולודי היינו כשהוא שכיב מרע ובכולה דל"ש שלא להשביע אע"כ דבכולו באמת עמד חוזר ובגר לא מהני.

אמנם באמת יפלא בעיני על הרב מוהרר"ז נ"י איך בנה דייק לסייעת דעת הרשב"ם דבהודאה אמרינן אומדנא, הא גם הנ"י פירש כשיטת הרשב"ם באיבעי דהש"ס אם אמרינן בפקדון שלא להשביע ואעפ"כ כתב להדיא דאם עמד אינו חוזר, וכל מה שנתרץ בדעת הנ"י על קושי' תוס' נתרץ ג"כ בדעת הרשב"ם.

ונראה כוונת הרב נ"י עפ"י יסודו שבנה דאם אמרינן הודאה דמחזקינן לדבריו באמת ממילא בטלה כל כח שטר חוב חצי זכר שלנו דידוע שהודאתו אינו באמת, ולזה כוונת הרב להרבות דיעות לבטל כח האב בנ"ד, ומסייע לזה דעת הרשב"ם, והיינו דמכח קושית תוס' מוכח דס"ל כדעת הנ"י דהודאתו לאו מדין קנין הוא, והוכחת הש"ס שפיר דהתם בא"ג גם כן אומדנא לפנינו דלא הודה באמת, אלא דעשה כן בכדי להקנותו למריה ברי' להוציאו מיד רבא ואעפ"כ מהני דכל שהודה בפנינו בפקדון לא טענינן שום אמתלא, וה"נ לא טענינן שלא להשביע, וממילא אין כח לאב בשטר חוב חצי זכר כפי המנהג שלנו דבוודאי אין הודאתו באמת, ואם דעת הרשב"ם דבהודאה מהני מדין קנין, ממילא ליתא להך תירוצא דמה בכך דעשה א"ג להקנות לבנו, הא באמת קנה בזה, וע"כ לומר על קושי' תוס' דמיירי במקצת דאי בכולה הדין דעמד חוזר, אם כן מוכח דבהודאה אמרינן אומדנא, ובין כך ובין כך לשיטת הרשב"ם בטל כח האב לזכות בשטר חוב חצי זכר.

ואולם באמת קשה לומר קים לי בדרך הוכחה מדעת הפוסק היכי דאין מפורש כן בבירור דאולי יש תירוץ אחר על הקושיא, ובפרט בקושית תוס' זו אשר הרב מוהר"ז נ"י עשה זה לקושיא עצומה, ואנכי לא ידעתי עד מה, דהא מצינו בסוגי' דב"ב גבי שכיב מרע שהקדיש כל נכסים דאמרינן שלא להשביע את עצמו ויעיין בסמ"ע סי' רנ"ה,

והנראה שביאור הדברים אף דהקדיש נכסיו בין כך וב"כ לא יהי' הנכסים לבניו ול"ש שלא להשביע מ"מ אמרינן שלא להשביע את עצמו שלא יראו עליו שהי' עשיר בחייו והתרושש עצמו ע"ש. ובהכרח צ"ל בההיא דסנהדרין כ"ט גבי עכברא דשכיב אדינרא דר' ישמעאל סבור דאינו חושש על אחר מותו ור"ח דאמר שלא להשביע את בניו, בכלל הזה ג"כ שלא להשביע את עצמו שלא יאמרו שהתרושש עצמו בחנם, וא"כ אין התחלה לקושית תוס' דבא"ג גם כן שייך שלא להשביע את עצמו ועיין בש"ך סימן פ"א ס"ק ל"ד שנזהר מזה ונדחק בכוונת קושית תוס' עיי"ש, עכ"פ אין לעשות מזה קושיא על הרשב"ם ולמידק מיני' שחולק על תוס' בדין אומדנא והודאה, והרב מוהר"ז נ"י סיבב דבריו ביסוד דבשטר חצי זכר שלנו בידוע דאין הודאתו באמת לא מהני כלל להסוברים דהודאה מדין הודאת בעל דין, והמנהג שלנו ע"כ כדעת חכמי פריבונצא דהודאה מטעם קנין הוא, באמת מדעת תוס' בב"מ בסוגיא דמטבע נ"ח דהקשו דליקני ליה באודייתא מבואר דס"ל דהודאה הוי קנין להיות מעותיו ממש לפדות בהם מעשר שני, ובדברי תוס' ב"ק ק"ד דתירצו באמת דלא הוי מעותיו מדאורייתא לפדות בהם, דבריהם סתומים אם כוונתם דלא הוי קנין אלא דהב"ד מזכין אותו עפ"י הודאת בעל דין, או דכוונתם דהוי כקנין דרבנן ולא מהני בדאורייתא, ולפ"ז נצטרך לומר מהא דפרכינן ולקנינהו אג"ק, דקנין אג"ק דאורייתא, ואף דתוס' בב"ק דף י"ב ס"ל דהוי רק דרבנן, מ"מ מצינו בהיפך בדברי תוס' קדושין דף ד' במה דכתב דיש למפרך דמה לקרקע שקונין אגבו מטלטלין, הרי דס"ל דהוי דאורייתא, גם מדברי תוס' ב"ב במה דהקשו דלימא דאיתא בבריא דדרך הודאתו משמע דס"ל דהוי קנין דאל"כ דקמי שמי' לא קנה אותם אלא דאנן פוסקים עפ"י הודאתם מה"ת להו להקשות למינקט זה בכלל איתא בבריא אע"כ דס"ל דהוי קנין:

סימן מא

לק"ק ווילעהן

לכבוד ידידי הרב המאה"ג החריף ובקי המפורסים אב"ד ור"מ מהור"ר **יאקאב** נ"י.

מ"ש רומעכ"ת לדון בשותפים דאם שניהם הי' מתעסקים ונשאו ונתנו ביחד במעות השותפות שאירע בו ההפסד, בזה מפשט פשיטא ליה לרומכ"ת דאף לדעת הרמ"ה צריך לשלם מביתו, כיון דיד שניהם שוים בעסק ההוא נקנה להם הסחורה ביחד ואף שלזה הי' מעותיו בפחות, מ"מ הוי כהלוה לו חבירו המותר עכ"ד. לענ"ד לא נראה כן דלפ"ז גם אם הי' זה שמעותיו מעט משולח לקנות הסחורה במעות השותפות מיד זכה בחצי הסחורה ויצטרך לשלם ההפסד מביתו ולא משכחת לה לדינא דהרמ"ה רק כי היכי שזה

שמעותיו מרובים קנה לבדו הסחורה, וזה בוודאי אינו במשמע גם לפ"ז אף בקנה זה לבדו נימא דעשה קנין בסחורה לטובת השותפות שיזכה גם חבירו בחצי הסחורה יותר מחלק מעותיו דבוודאי אם הי' מתכוון לכך הי' קנין מעליא וזכה חבירו בחציו כדאיתא בש"ע סוה"מ סימן קפ"ג ס"ד, גם מדנדחקו כל האחרונים בסתירת דברי הרמב"ם שבש"ע סי' צ"ג לדברי הרמ"ה בסימן קע"ו ולא תירצו בפשטו דבסי' צ"ג מיירי בקני הסחורה ביחד אלא וודאי דבכל ענין להרמ"ה אין צריך לשלם לו מביתו דאין דעתם שיקנה הסחורה רק לפי ערך מעותיו והריווח וההפסד יהי' לאמצע, ולא שיהי' אחד בעל חוב לחבירו על הסחורה שהוא יותר מכנגד מעותיו, גם משטחיות דברי הש"ע סימן קע"ו ס"ה השותפים שהטילו וכו' יש מי שאומר וכו' משמע להדיא דאף דקני ביחד הסחורה הדין כן.

תו כתב חביבי רומעכ"ת נ"י להסביר מחלוקת הרמ"ה והרמב"ם בדין זה אם צריך שישלם השותף מביתו דתליא במחלוקת הפוסקים ה"ה הנ"י והרמב"ם בשותף אם נוטל הוצאה יתירה על השבח לא הועיל כלום בזה, דהא פשיטא בשותפים והסכימו מפורש לנוטעה, ונוטעה א' מהם בזהו בוודאי הוי יורד מדעתו ממש ונוטל אף ההוצאה יתירה, ואלו לדינא דהרמ"ה בשותפים שהטילו לכיס אף שהסכימו יחד בעסק פלוני והי' בו הפסד אין צריך לשלם מביתו.

תו כתב רומעכ"ת נ"י בישוב קושית השב יעקב להרמב"ם דשותף משלם ההפסד מביתו, ומ"מ צריך שיברר בעדים ואינו נאמן בשבועה אמאי יורד ברשות נאמן ליטול בשבועה, וכתב מעכ"ת נ"י דיורד ברשות נוטל רק מהשדה דהוי מוחזק קצת והביא חילו מדברי הרמב"ן הובא בהר"ן פ"ז דשבועות דלהכי לא חשוב במתני' דנשבעים ונוטלים גם ההיא דמכיר כליו וספריו דלא דמי להנך דלא שקיל אלא ממה שברשותו, וכן מוציא הוצאות ממה שהשביח בלבד הוא נוטל עכ"ל, בוודאי אפשר לכוון דברי הרמב"ן בפשוטו דלא חשיב במתני' רק היכי דנוטל כל תביעתו, משא"כ במוציא הוצאות דאינו נוטל אלא ממה שהשביח בלבד ולא יותר אך גם לפי הבנת מעכ"ת נ"י בהרמב"ן דלא מקרי נוטל כיון דנוטל רק ממה שמוחזק בו פשיטא דאין לדמות גוף הקרקע לשבח, דלגבי שיעור שבח הוי כנוטל ממה שהוא נותן להבעלים דמידו בא להם השבח והוא נוטל מזה והוי כעין מכירה בעלמא, דהא הבעלים אינם מוכרחים ליטול השבח, דהא יכולים לומר טול עציך ואבניך, אלא דדייקינן דהיורד התחייב עצמו באם יתרצו הבעלים שיזכה להם חצירם אם יחזירו לו מה שהוציא נגד השבח, ואם נידון דלא יהא נאמן ויפסיד ההוצאה אדעתא דהכי לא הקנה להם וגם הבעלים במה דגלו דעתם דניחא להם לזכות בשבחה

הוי כאלו קבלו עליהם להחזיר ההוצאה והוי כמו הימני', משא"כ בהוצאה היותר על השבח ונוטל מגוף הקרקע של בעלים הוי מוציא ממש. ואני תמה על כבודו הגדולה אם רצונו לדמות מה שנוטל מהקרקע לנוטל מהשבח למאי הוצרך ללמוד מהרמב"ן הנ"ל, הלא בלא"ה השיב יעקב בעצמו מוכח דמודה לזה דהרי לפי תירוצו דשותף כיון דהוי כיורד ברשות הוי כיודע שישביח אותו וכאלו צוהו והמני' עיי"ש. ולכאורה עדיין יקשה ביורד שלא ברשות דנאמן ג"כ בשבועה כמה הוציא, הא בזה הו"ל לאסוקי דעתי' אלא ע"כ דלגבי הוצאה שכנגד השבח הוי כנוטל משלו ולא מקרי מוציא, ועיקר קושי' הש"י הי' רק ביורד ברשות לגבי ההוצאה יתירה על השבח, וא"כ ליכא ראי' למעכ"ת נ"י מדברי הרמב"ן הנ"ל.

ובדברי השב יעקב הנ"ל דאינו נאמן בשבועה להוציא היכי דלא הו"ל לאסוקי דעתיה ולהתנות נתיישב לי דברי הרמב"ם פ"ג דשכירות והש"ע סימן ש"ג ס"ט רועה שטען הצלתי ע"י רועים בשכר נשבע ונוטל מה שטען שאינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיהן ויכול הי' לומר נטרפה וישבע בנק"ח עכ"ל, והה"מ כתב על זה זה הכלל לכל המוציאים ברשות שהן נשבעים ונוטלין וכמו מוציא הוצאות על נכסי אשתו עיי"ש, ותמוה לי דאם כן אמאי צריך הרמב"ם לומר ויכול הי' לומר נטרפה דמשמע דמדין מגו אתינן עלה, אבל באיכא עידי ראה אינו נאמן, ולדברי הה"מ בכל ענין יהא נאמן. ולזה נ"ל די"ל דבאמת רק מדין מגו נאמן: אבל בלאו הכי אינו נאמן בשבועה להוציא כיון דלא הו"ל לבעלים לאסוקי דעתי' ולהתנות שלא יהא נאמן. ובאמת אפשר אם ידוע שהציל בלא מגו נאמן לשבע כמה הוציא דכיון דאם לא הי' מציל הי' נאבד הבהמה הוי כל הבהמה כמו שבחא דאף יורד שלא ברשות נאמן על ההוצאה כשיעור שבח, והרמב"ם מיירי אפשר דהך גופא אינו ידוע אם הציל כמו שדקדק רועה שטען הצלתי, ואולם כפימ"ש י"ל דדווקא בשבח ממש דהוי כנותן לו משלו, משום הכי לא מקרי מוציא, משא"כ הכא ברועה שהציל דנוטל מגוף הבהמה י"ל דמקרי מוציא ממש וצ"ע לדינא.

אולם בעיקר הדין שכתב ידידי רומעכ"ת נ"י דמודה הרמ"ה בהתנה בפירוש לשלם מביתו, גם לדעתי הדבר פשוט דנתחייב באמירה בעלמא, דהוי כקנה הסחורה לשניהם ונתחייב לשותפו במותר המעות וכ"כ להדיא לדינא בתשובת מהר"ם מטארני סימן כ"ד, ומזה נסתר גם מ"ש מעכ"ת נ"י בתחילת דבריו להוכיח דבעסקו יחד מודה הרמ"ה מדברי שב יעקב הנ"ל דדן אם נאמן בשבועה להוציא ולא הזכיר כלום מדברי הרמ"ה דאין צריך לשלם ההפסד מביתו דשאני התם דלא היה לאחד מהם כלל מעות בעסק ואם כן במה שהתנה לשלם ההפסד, הוי כהתנה במפורש לשלם מביתו מ"ה שקיל וטריא על

הנאמנות בשבועה, די"ל דהתנאי הי' רק אם יברר בעדים, וביותר מזה כתב הפני יהושע בשו"ת סימן ג' דדינא דהרמ"ה רק בשניהם שהטילו לכיס דנשתתפו רק במעות ההם, אבל אם אחד נתן כל המעות ולא הב' הוי כהלוה לחבירו החצי ע"ש, וא"כ דברי השב יעקב נכונים במה דפשיטא לי' בנידון דידן דצריך לשלם ההפסד מביתו, ואין ראי' כלל לדינו של מעכ"ת נ"י.

מ"ש מ"ש מעכ"ת נ"י לתמוה בדברי הרא"ש בכתובות סימן ט' במ"ש וכן אם הוציא ולא אכל וניחא ליה למשקל הוצאה שיעור שבח דשומעים לו דלא תקנו להיות כמוציא על נכסי אחר אלא ליפות כחו ולא לגרע כחו עכ"ל, ותמה מעכ"ת דהרי כתב מקודם דאפילו באכל קמעא שמין לו כאריס ואיך כתב הרא"ש בלא אכל דנותנים לו רק הוצאה עכ"ד, בוודאי כל העובר ישתומם ולא יפול עליו שם קושיא רק מחוסר הבנה, ואולם לא אמנע למלאות רצון רומעכ"ת להודיעהו מה דנראה לי בזה על דברי הרא"ש דנלע"ד לדינא בבעל שגירש את אשתו והוציא ולא אכל דאין האשה יכולה לומר טול עציך ואבניך כמו לשאר יורד שלא ברשות ויש ללמוד זה מדברי הנימוקי יוסף פ"ק דמציעא בסוגי' דשבח בשם הרמב"ן דלא מצי הבעל חוב לומר ללוקח טול עציך ואבניך דכיון שהי' סבור שהוא שלו אף עפ"י דנמצאת שאינו שלו משום הכי באומר טול עציך ואבניך אין שומעין לו עיי"ש. וא"כ יש לומר דהכי נמי הבעל שהי' הקרקע בחזקת שלו וידו עדיפא מידה אינו יכולה לומר טול עציך ובניך, והא דהבעל אינו נוטל כאריס והלוקח נוטל כאריס, היינו דבבעל דפירות שלו משום הכי לגבי דידה מקרי שדה שאין עשויי' ליטע, אבל התם בבעל חוב שגובה באפותיקו מלוקח דמחזיר כל הפירות לבעל חוב הוי לגביה שדה העשויי' ליטע (ובש"ע סימן קט"ו ס"ב בהגה רק שנותן ללוקח הוצאותיו ולא נזכר כלום ליטול כאריס ובאמת מלישנא דהרמב"ן בנמוקי יוסף הנ"ל וביותר מבואר כן בשיטה מקובצת בשמו משמע להדי' דנוטל כאריס) ולפ"ז י"ל דמה שכתב הרא"ש דאם אכל ולא הוציא דיכול לומר ניחא לי למשקל הוצאה, היינו דאין האשה יכולה לומר טול עציך ואבניך, דבפשוטו הי' מקום לומר דלכל דבר כמוציא על נכסי אחר דמי דיכולה לומר טול עציך ואבניך, ומטעם כיון דבכל רגע בידה למאן לא מקרי כל כך שנוטע בשביל עצמו והוי כיורד שלא ברשות בנכסי אחר דמי (דהרא"ש שם לא העתיק כמוציא על נכסי אחר ברשות כדתב הרי"ף) ולזה חידש הרא"ש דמ"מ לא לגרוע כחו אמרו דכמוציא על נכסי אחר דלא לגרוע כחו אמרו כן, וזהו דווקא בהוציא ולא אכל, וגם רוצה למשקל רק הוצאה דבזה דיכול לגבות מדין בעל לא גרעינן כחו לומר דכאחר דמי, אבל באכל קמעא או דרוצה ליטול גם שבח כאריס בשדה העשויי' ליטע בזה דמדין בעל אינו גובה רק מדין

מוציא על נכסי אחר בוודאי יכולה לומר לו טול עציך ואבניך כדס"ל להרא"ש לשיטתי' דגם בשדה העשויי' ליטע יכול לומר טול עציך ואבניך דאין הבעל יכול לרכוב אתרי רכשי רק ליטול מדין בעל או מדין מוציא על נכסי אחר, כך הי' נראה לענ"ד הקלושה להבין בדברי הרא"ש.

[**א"א ב"ה** שמעתי מאמ"ו נ"י בהני עניינא במה דהקשה הטו"ז סימן ק"ג ס"ח ד"ה נשבע ונוטל עיי"ש דנדחק, ואמר אמ"ו נ"י די"ל אף אם יהבינא ליה להטו"ז דאינו נוטל תחלה ההוצאה ואח"כ השבח אלא דההוצאה נכלל בשבח שנוטל, מ"מ נראה פשוט דאם ההוצאה כשיעור חצי שבח או יותר דיכול לומר איני נוטל שליש שבח ואני רוצה רק בהוצאה, משבחי ובכה"ג דרוצה ליטול יותר מן שליש שבח כדין אריס צריך לישבע על ההוצאה]:

סימן מב

עוד לו.

וע"ד ספיקו באחד המחזיק במקום בית הכנסת בעזרת נשים מנחלת אביו בירושת אביו נגד יתומים קטנים בני אחיו של המחזיק יותר מג' שנים רק על פי הדין אין מחזיקין בנכסי קטן, ומה גם שהוא שותף בקרקע בוודאי לא מהני חזקת ג' שנים, רק כיון דלא ידעינן על ידי עדים כשרים שהיה של אבותיו דנאמן דלקוח מאחיו במגו דלא היתה של אבותיו, אך עדות נשים יש שהמקום של אבותיו ותלוי באשלי רברבי תה"ד והייש"ש פ"ק דבב"ק סימן מ"א אם נשים נאמנות בעדות כזה עכ"ל רומ"פ.

נראה לענ"ד אף אם אין נשים נאמנות היינו באם הי' טוען שאינו של אבותיו מעולם, אבל כיון שהודה ואנו באנו להאמינו במגו בזה כיון דנשים מעידים שהיה של אבותיו תו לא הוה מגו דאינו רוצה להכחיש עדות הנשים, כמ"ש להדיא הרא"ש בתשובה כלל ס"ו סימן ח' הובא בש"ך חוה"מ סימן נ"ח סקי"א, ולמד כן הרא"ש מסוגיא דרבה בר שרשום פ"ג דב"ב, ואף דמהריב"ל בתשובה ספר ג' סימן ע"ט כתב דלרבינו האי ורשב"ם בסוגיא הנ"ל אין ראיה והכרח לדינא דהרא"ש הנ"ל. מ"מ הרי הוקבע להלכה בש"ע סי' ק"ן ס"ה כשיטת התוס' דאף ביצא הקול אחר החזקה דהיה נאמן לטעון לקוח, מ"מ לא מהימן דמשכונה בידו במגו דלקוח, וכן פסק בהגהת ש"ע סימן ע"ב סי"ח דלא אמרינן מגו דהי' מכחיש הקול, וא"כ ממילא דלא אמרינן דהי' מכחיש עדים פסולים כדדימה הרא"ש להדיא, גם בתשובת מהר"י טראני ח"א סימן קי"ב כתב דרבינו האי והרשב"ם

מודים גם כן לעיקר הדין לתוס' דלא אמרינן מגו דהי' מהכחיש להקול, לזה נלע"ד בנ"ד ליכא מגו ובטלה חזקתו כנלע"ד:

סימן מג

עוד לו.

מה שהתעורר רומעכ"ת נ"י דבמשביע עד קרוב בעדות אשה לבעלה ואף דקרוב ואשה נאמן דמת בעלה וגובית כתובתה, מ"מ אינו חייב קרבן שבועה כיון דבעצמותו אינו מהכשירים להעיד ולא קרינן בי' והוא עד ודווקא בעד אחד כשר אמרינן הכי בעדי מיתה עכ"ד.

כוונתי לדעתו הרמה זה ימים רבים בע"ה, ומאותה הוכחה עצמה שהוכיח רומעכ"ת נ"י מדסתם במתני' בכשירים ולא מפסולים וכו' דמשמע דא"א לאשכוחי בי' חיוב קרבן שבועה, והוספתי דמ"מ יקשה עדיין בסוגיא ר"פ בתרא דיומא דמשני התם אההיא דמשחק בקוביא ש"ה דאמר קרא אם לא יגיד וכו' ובזה ישאר הקושיא הא משכחת שבועת העדות במשחק בקוביא במעיד בעדות אשה דמדאורייתא חזי לעדות דעלמא וקרינן בי' והוא עד, וגם אם הי' מגיד הי' מועיל. והארכתי בזה בדרך פלפול הגה עיין בשו"ת רע"א בכתבים סימן קע"ט] וכעת אקצר כי טרידנא טובא בשבוע זו, גם אחר חצות היום לחזור עם ידידי חבירי הבחורים חלק גדול ממס' כתובות שלמדנו בע"ה בזה הקיץ שיעורן כסדרן, ומהאי טעמא אי אפשר למלאות רצון רופמכ"ה להשיבו בסוגיא דחגיגה דטופלין בהמה לבהמה.

ומ"ש רומעכ"ת נ"י ליישב ביסוד דבר זה קושית התומים סימן פ"ב בכללי המגו על מה שכתב הרא"ש בתשובה דמגו דהיה מכחיש עדים פסולים לא אמרינן, ואם כן משכחת שבועת העדות בפסולים כגון שטען טענה דנאמן רק במגו ואם היה עדים פסולים מעידין לא הי' נאמן במגו דבכה"ג ג"כ יש בו שבועת העדות כדאמרינן הכ"מ בנסכא דר"א עיי"ש. ולזה כתב ידידי הרב הגאון נ"י דמ"מ עדים הפסולים לכל עדיות אף דבהגדתם הי' מועיל, מ"מ אינו בכלל והוא עד.

ידידי נ"י במחכ"ת של התומים אף אם יהבינן דקרוב בעדות אשה חייב קרבן שבועה, מ"מ אינו מן הדומה, דדווקא בנסכא דר"א דעדות העד שחטף הוי שם עדות, אלא דהי' פטור מקרבן שבועה מטעם דהוי גורם לממון דאולי הי' נשבע להכחישו, ומש"ה כל שידענו בבירור שלא יהא מכחישו בשבועה כגון שכבר טען דידי חטף ממילא עדות העד שחטף הוי עדות מעליא, דכל שאינו מכחיש להעד בשבועה הוא כשנים, וזהו

בעצמו סברת נסכא דר"א, ומה שמתחייב זה לשלם הוא על פי עדותו של זה, ומה לי שיש ב' עדים דחטף דחייבינן קרבן שבועה, ומה לי בעד אחד היכא דידעינן שאינו יכול להכחישו בשבועה, וכן בקרוב בעדות אשה דהימניהו רבנן בעדותו ושם עדות עליו, משא"כ בעדות פסולים במקום מגו דאין שום ענין עדות בדיבורם ולא מהימני כלל בעדותו רק שהם סיבה לבטל המגו, בזה פשיטא דאין כאן ענין להתחייב משום שבועת העדות כנלע"ד ברור:

סימן מד

בריש פרק כיצד מברכין כתב הרר"י בשם ר' אחאי משבחא דאין צריך פדיון אלא כרם רבעי דקיי"ל כל המיקל בארץ הלכה כמותו בחוצה לארץ, וכתב בשם מורו לדחות זה, והביא מסוגיא דקדושין ר"נ ורב ענן הוי אזלי באורחא וכו' ולא קיי"ל כרב יאשי' דאמר עד שיזרע חיטין ושעורין וחרצן במפולת יד, ואמאי צריך לומר דקיי"ל כר"י ולא אמר בקיצור דכל המיקל בארץ וכו', אלא ע"כ דאין הכלל זה אמורה בכל מקום, רק גבי מעשר וערלה לבד ע"ש. ונפלאתי על פה קדוש יאמר זה, דלפי ראיה זו ממילא מוכח דגם לענין כלאים לא אמרינן כל המיקל וכו' והרי סוגיא מפורשת שבת קל"ט ע"א ולשלח להו כרם דתניא קישות רט"א אינו כלאים בכרם וקיי"ל כל המיקל וכו' הרי להדי' דגם בכלאים אמרינן כל המיקל וכו' ועיקר ראיית הרר"י ממילא מיושב למ"ש תוס' בשבת שם דדווקא לענין אם הוי מין איסור בזה קיי"ל בח"ל כהמיקל אבל בדבר דתלי בענין הזריעה לא עיי"ש וצע"ג.

ודע דמה דפסקינן בש"ע יו"ד סימן רצ"ד ס"ו ויכול לפדות את כולם בשוה פרוטה, והוא מדברי תוס' ר"פ כיצד מברכין שכתב וכרם רבעי בזמן הזה מחללין אותו על שוה פרוטה. ולענ"ד תמוה, כיון דקיי"ל ברבעי צריך להוסיף חומש דילפינן קדש קדש ממעשר, והיינו ככל מילי כמו פדיית מעשר שני, וכמ"ש הרמב"ם, א"כ כמו במעשר שני אין מחללין כי אם על כסף שיש עליו צורה דווקא, ולא על שוה כסף הכי נמי בכרם רבעי, ואם כן איך נקטו תוס' וש"ע לישנא בשוה פרוטה ולכאורה בעינן דווקא פרוטה ממש כנלענ"ד:

סימן מה

לק"ק ווילעהן

לכבוד ידידי חביבי הרב המאוה"ג חריף ובקי האב"ד ור"מ מו"ה **יאקאב** נ"י.

ע"ד הערתו למעשה בנידון שבא לפניו ביבמה

שנפלה לפני ב' יבמים הגדול נשוי והקטן ממנו פנוי שכתב הב"ש סס"י קס"א דבכה"ג חליצת קטן עדיפא דיש חסרון בחוק חליצת הגדול כיון דאינה עולה לו ליבום משום חרם דרגמ"ה, וכבוד ידידי מעכ"ת נ"י פקפק בזה, דהרי לכמה פוסקים לא תיקן רגמ"ה במקום יבום, וכמו שגמגם בספר בית מאיר מהאי טעמא בסימן קס"ה על דעת הי"א בהג"ה והוא דעת הסמ"ק דבנשוי כופינן לחלוץ עכדה"ק.

הנה בפשוטו אם באנו לדמות לסי' קס"ה בלא"ה יפלא על הב"ש, הלא מסקנת הרמ"א שם דהמנהג דאין כופין כלל לחלוץ אף בנשוי, וע"כ הא דבאמת אין כופין, ומ"ש מנדרה הנאה מיבמה בחיי בעלה, היינו ע"כ מטעם שכתב רבינו ברוך והובא במרדכי פרק החולץ דשמא כיון דממילא נפלה משמי' לא מקרי ב' נשים עיי"ש, והיינו ג"כ דאולי בזה לא גזר הרגמ"ה, כיון דממילא נפלה לו משמיה, ואם כן איך הכריע הב"ש דבכה"ג חליצת קטן עדיפא. אלא וודאי הדבר ברור דגם הב"ש ראה וידע די"ל דבכה"ג לא תיקן רגמ"ה, וכמו שמבואר הדיעות מפורש בזה בש"ע סימן א' ס"י, וגם אפשר דלא היתה חרם דרגמ"ה רק עד סוף אלף החמישי אלא דזהו רק לענין כפיה לחלוץ דיש חששא דהוי חליצה מעושית דפסול בדיעבד בזה מחמרינן בסימן קס"ה דאין כופין דשמא ביבמה לא תיקן רגמ"ה, והוי חליצה מעושית שלא כדין, משא"כ לענין חליצת קטן דממ"נ אם הגדול הנשוי רוצה ליבם בוודאי אין כופין להקטן לחלוץ דזהו בכלל דינא דסקס"ה דבמקום יבום אין אנו כופין לחלוץ, ואם הגדול רוצה בחליצה דווקא, והקטן אינו רוצה לחלוץ, גם בזה אין כוונת הב"ש דכופין להקטן ואדרבא משמעות לשונו שכתב בכה"ג חליצת קטן עדיפא משמע דהכא דין חליצת קטן כמו בעלמא חליצת גדול, וכי היכי דבעלמא אם הקטן רוצה לחלוץ אין כופין לגדול, הכי נמי אם הגדול רוצה לחלוץ אין כופין להקטן, א"ו דעיקר כוונת הב"ש רק בשניהם רוצים לחלוץ דהב"ד בוחרין יותר בחליצת הקטן. ובזה יפה כתב הב"ש כיון דעכ"פ חליצת הקטן בוודאי כשר, כמו שכתב בד"מ סימן קס"א בשם מהרא"י רק דמצו' בגדול וגם זה רק משום ספיקא דפלוגתא דר"י וריב"ל כמ"ש הב"י בסימן קס"א, בזה כיון דאנחנו מסופקים שמא כהפוסקים דהחרם דרגמ"ה גם ביבמה והוי ספק בגוף חליצת הגדול בוודאי יותר ראוי לבחור בקטן דאין בגוף החליצה שום נדנוד פסול, ואף אם נפרש דכוונת הב"ש גם בשניהם אינם רוצים לא ליבם ולא לחלוץ דכופין להקטן כמו בעלמא להגדול, מ"מ נ"ל דיש לדון לדינא דהגמרא בחליצה דעלמא היכא דב' אינם רוצים לא ביבום ולא בחליצה אף דלכתחילה כופין הב"ד להגדול משום דמצוה בו, מ"מ אם כפו הב"ד להקטן אין זה בכלל חליצה מעושית דכל שאין לפנינו מי שרוצה ליבם או לחלוץ לא מקרי מעושית דזקוקה הוא לכולם,

וראיה לזה דהרי חזינן בתלה קטן לגדול עד שיבוא ממדה"י דאין חוששין לו דשהוי מצוה לא משהינן, מנשמע דאם הי' הגדול כאן הי' גם כן היתר לכפיית קטן, רק דיותר הי' כופין להגדול שהוא מצוה מן המובחר ושייך בי' לומר דבמקום שיהוי מצוה לא משהינן ול"ח למצוה מן המובחר, וא"כ הכי נמי י"ל בנשוי גדול דכופין להקטן דאין בחליצתו נדנוד פסול, ומ"מ לא אוכל לסמוך בפרט הזה דאם כפו הב"ד להקטן דחליצתו כשירה בדיעבד כיון דלא מצאתי מזה דבר בראשונים או באחרונים, עכ"פ בשניהם רוצים לחלוץ לכאורה סברת הב"ש נכונה דהב"ד בוחרים בקטן.

ובאמת לענ"ד הי' נראה דדברי הב"ש מרפסים איגרא דמהיכא תיתא לומר דמשום חרם דרגמ"ה יהא נקרא אינו עולה ליבום, הא בוודאי אם עבר ונשאה בוודאי קיים מצות יבום ולא פגע באיסור אשת אחיו רק עבר על איסור שבועה, א"כ דמי ממש לנודרת הנאה מיבמה בחיי בעלה. שוב ראיתי להב"ש סי' קס"ה סק"ד דמחלק קצת כאן בין נדר לחרם דרגמ"ה, דנדר אפשר להתיר על ידי חכם, משא"כ חרם דרגמ"ה, ולא ידעתי מי הכריחו בזה, דבפשוטו הטעם בנודרת דמשום איסור השבועה לא מקרי אינו עולה ליבום כיון דבעצמותו היבום כהוגן רק אריא דשבועה רבע עלה, וכעין זה ממש כתב תוס' ריש יבמות ד"ה ואחות אשתו דאף אם בשעת נפילתה ליבום היתה נדה, מ"מ מותרת ליבום כשתטהר דנדה ג"כ בת יבום היא, דאם עבר ובעלה קנאה ע"ש, והרא"ש שם כתב גם כן דנדה עולה לחליצה, ומה"ט מקרי עולה ליבום כיון דבדיעבד קנאה ורק ארי' דנדה רבע עליה, א"כ ה"נ לענין נודרת וחרם דרגמ"ה, וגם אין לפקפק ולומר אף דבאמת לא מקרי בכלל אינו עולה ליבום לדונה כערוה וחליצתה כשירה וכן אחר שמתה אשתו יכול ליבם אותה דלא מקרי יבמה שנאסרה, מ"מ הוי חליצה גרועה כיון דאינה יכולה להתיבם וצריכה חיזור לכמה פוסקים, ובאמת נימא דגם בנודרת הנאה מיבמה דאם יש עוד אחד חליצתו של זה לא מהני לגבי זיקת האח השני דהוי חליצה גרועה, מ"מ הא כתב תוס' יבמות כ"ו ע"ב ד"ה וחליצה פסולה וכו' דדווקא היכא דקלשה זיקה כמו אחות זקוקה מקרי חלוצה גרועה, משא"כ במחזיר גרושתו עיי"ש, ולהדיא כתב בפסקי מהרא"י ס"ס רס"ג לחלוק בין אינו יכול ליבם משום חרם דרגמ"ה דאינו נדנוד בגוף היבום ובין דינו דאבא שאול דהוי פסול בגוף היבום ע"ש, הרי להדיא דאין נדנוד פסול בגוף היבום משום חרם דרגמ"ה, ואם כן לכאורה הוי בכלל עולה ליבום ולא מקרי חליצה גרועה, גם ראיה לזה ממה שכתב בש"ע בהג"ה סימן קנ"ט סעיף ה' דאם היתה לו משודכת כבר דמותר לכונסה במקום זיקת יבמתו אליו, ואם נימא כהב"ש היה ראוי להחמיר דלא לכנסה שלא יגרום אח"כ שיהי' חליצה גרועה משום שאינו עולה ליבום, דאף דבשעת

נפילה היתה עולה ליבום. מכל מקום אם נדון דמשום חרם דרגמ"ה מקרי א"ע ליבום, גם בשעת היבום תליא בזה כמו בשומרת יבם שקידש אחיו את אחותה דפקע זיקה וכן בעשה בה מאמר או נתן לה גט.

אך עכ"ז מי אנכי ומה כחי לדחות דברי הב"ש, ובוודאי גם דעתו רק שיש קצת פקפוק בחליצת נשוי דהרי לא מצינו להב"ש דיאמר דבדיעבד אם חלוץ הנשוי לא מהני לדעת הב"ש סימן ק"ע סקי"ד בשיטת הרא"ש, אלא וודאי דמעיקר הדין עולה ליבום רק כיון דיש קצת פקפוק בחליצת הגדול הנשוי, יותר טוב להבית דין לבחור בקטן, והיינו אם שניהם רוצים בחליצה, אבל אם הגדול רוצה והקטן אינו רוצה, אין כופין להקטן, ואם שניהם אין רוצים לא ליבם ולא לחלוץ, בזה צריך עיון לדינא כמשכ"ל.

ועל הנוגע לענין ממון אשר המנהג תמיד לפשר בין החולץ ובין שאר האחים ובין החליצה כי לא ברירי לן תקנת הקהלות אם היו שיחלוקו הוא והיא בשיעור כתובתה, וזה החצי שהיא מפסדת מכח החליצה נוטל החולץ והמותר חולקים האחים כולם בשוה, וזה דעת התה"ד סימן ר"ך, או כמנהג דבני ריינס דבנכסים מרובים נוטלת החצי עד שנתקבלה שיעור כתובתה וזה דעת הרא"ש בש"ע סס"י קס"ה, (ובאמת קשה לי לכאורה על הגהת ש"ע הנ"ל שכתב שם וכל זה מדינא אבל הקהילות וכו' ומה שנתן הוא במתנת שכיב מרע אין מנכין לה מחלקה, דלכאורה זהו לא שייך למנהג בני ריינס כמו שהוכרח בתה"ד סימן ר"ך, ובגוף דברי המרדכי במ"ש דבמתנת שכיב מרע אין מנכין לה מחלקה, הי' נ"ל לפרש דכוונתו עד"מ שהי' העזבון ת' ר"ט וכמו כן כתובתה ת' ר"ט ובעלה נתן במתנת שכיב מרע ק' ר"ט דלא יוכל החלוץ לומר כיון דתגבה ק' ר"ט ממתנת שכיב מרע. אתן לך עוד ק' ר"ט ויש לך חצי כתובתך לפי הדין של מנהג תה"ד, דלעולם אינה נוטלת יותר מחצי כתובתה, אלא הדין כיון דאין להחולץ שום זכות במתנת שכיב מרע, משום הכי במה שגבתה אותן הק' אין מנכין לה והו' כאלו כתובתה ש' ונוטלת מהעזבון ק"ן, ומרווחת ע"י מתנת שכיב מרע חמישי' והיינו דאין מנקין לה מחלקה לחשוב לה לקבלה לחצי כתובתה, כך הי' נ"ל לולי דהתה"ד שם לא פירש כן ע"ש). ולדעת המנהג של בני ריינוס נסתפק המהר"ם לובלין בשו"ת האיך חולק החולץ עם האחים אשר בנידון דידן נ"מ בזה מאוד, דהעזבון הוא ש' ר"ט וכתובתה עם תוס' שליש קכ"ט כיון דלולי החליצה שהיתה נוטלת כל הכתובה הי' נשאר להעזבון אחר גביית כתובתה ותוס' שליש ס"ך קי"א ר"ט ובזה הספק של המהר"ם לובלין אם באותם קי"א ר"ט חולקים האחים בשוה ואין להחולץ קדימה רק ל"ט ר"ט מה שנשאר עתה יותר בעזבון על ידי החליצה או דכנגד מה שנוטלת היא נוטל החולץ ג"כ, אם כן בנ"ד נוטלת היא ק"ן ונוטל הוא ג"כ

ק"ן ואין לשאר האחים כלום. והנה בנידון דידן שהקטן נתן שטר חליצה לחלוץ בחנם, בזה מתעורר בספר בית מאיר די"ל דכתב כן לנגד חלקו לוותר נגדה, אבל לא לוותר גם נגד האחים והיינו לפי אותו הצד של מהר"ם לובלין דנוטל החלוץ כפי מה שנוטלת היא, א"כ בנ"ד אם תחלוץ מהקטן תקח היא כל כתובתה ואותן קי"א ר"ט המותר יטול אותם החולץ ובכל אלו אין לעמוד על יסודם, כי בנוי רק על התקנה וכגון זה בוודאי מצוה לפשר.

אולם כבוד ידידי נ"י יצא לדון בדבר חדש דתקנות הקהילות הי' רק כשהגדול חולץ כיון דעלי' רמיא מדנא ליבם ולזכות בנכסי המת, משום הכי אף בנתרצה לחלוץ התקינו להפסיד קצת משאר יורשים ולא הוי כל כך כעובר לדברי תורה אבל בנ"ד דהגדול רוצה לחלוץ רק דנדחה מפני חרם דרגמ"ה, לפי סברת הב"ש בזה הממון בחזקתו קאי עכד"ק. ולבבי לא כן ידמה, דמכל מקום בעיקר התקנה היכי דהגדול חולץ דמדין תורה כל שלא יבום אף דאנוס משום חששא דאבא שאול דמכוון לנוי, מ"מ לא זכה בממון כמו שהוכיח בפסקי מהרא"י סי' קס"ג ואם נידון דתקנות הקהלות הי' קרוב לד"ת, היינו שעשאו לחליצתו כאלו יבם אותה, ממילא ה"נ בקטן דכמו אם הי' מיבם הי' זוכה בנכסים אף במקום דהגדול הי' אנוס מלייבם, ה"נ זוכה הקטן בחליצתו, ואף דמהרא"י שם בפסקיו מסיים וההיא דא"ז מתקנת ר"ג צריכה לחלוץ, דהתם אין הרחקת היבום מצד היבם רק דאנוס משום תקנות רגמ"ה, אבל היכא דאיכא דרא דאיסורא בצד היבום גופיה מדמינן לההיא דאשה שנפלו וכו' עיי"ש עכ"ל, והך דינא דא"ז היינו מה שהובא בתה"ד סימן ר"ך בשמו שכתב דמעכשיו שגזר הגאון על ב' נשים והיבם הי' מייבם ברצון ואונס בתקנתא דרבנן אין לה כתובה אפי' חלצה עיי"ש, הרי דס"ל לחלק בין אונס דאבא שאול דהוי פסול בגוף היבום, בין אונס דחרם רגמ"ה, ואם כן ה"נ לענין חליצה אם נניח כסברת מעכ"ת נ"י דהתקנה הי' רק דהחליצה יהי' במקום היבום, ואם כן י"ל כיון דהגדול רוצה לחלוץ רק דאנוס בתקנתא דרגמ"ה זוכה בנכסים ואינו מפסיד ע"י חליצת הקטן, אך מ"מ הלא התה"ד בסי' ר"ך כתב דדינא דא"ז רק היכי דהיא גם כן מרוצית ביבום, אבל היכי דאינה רוצית שאין בידו לייבם רק לחלוץ או לעגנה, בזה הדין דאם חלץ יש לה כתובה עיי"ש, א"כ בנ"ד דהיא בוודאי שרצונה דוקא בחליצת קטן בזה אף בלא חרם דרגמ"ה לא היינו יכולים לכופה לחלוץ בגדול רק לדונה כמורדת ועכ"פ לא הי' הגדול זוכה בנכסים וממילא הקטן על חליצתו זוכה בתקנות הקהילות, ובלא"ה קשה עלי לומר דהתקנה הי' דהחליצה יהיה כמו יבום, וכי מ"ש מכ"ת נ"י דהתקנה הי' שהחלוץ יקח הכל, זהו לא מצינו כלל, ולכל היותר זכות החולץ רק כעין הפשר של מהר"ם לובלין

הנ"ל, והיינו רק כדי שלא לעגן ויתרצה לחלוץ וא"כ היכי דרצונינו דהקטן יחלוץ הפיוס של תקנת הקהילות לגבי הקטן.

ומה שפקפק ידידי מעכ"ת נ"י כיון שהב"ד לקחו כל העזבון תחת ידם והי' כעין חליצה מעושית דמשום אונס דממון דאין נותנין להם כלום עד לאחר החליצה צריך לחלוץ, אינו נראה לענ"ד דהא לתקנת בני ריינוס בכל פעם כן הוא דהבית דין מחזיקים בממון עד שיראו מי החולץ שיקח כנגד הכתובה לפי סברת המהר"ם לובלין הנ"ל, והטעם דלא הוי מעושית דאין אנו אומרים שאין נותנים לו חלק ירושתו עד שיחלוץ אלא שאנו אומרים שממתיני' שמא יחלוץ אחיך ויזכה הוא בכולו מצד התקנה שנתנו לו בעד שכרו.

ומעתה בנידון דידן שהדין שהב"ד בוחרים בקטן וממילא נוטלת היא כתובתה, והחולץ הפנוי צריך לפשר עם הנשוי וכנ"ל, אולם אם יש ערמומית בלבם אשר אם יטעון הקטן שאינו רוצה ביבום ובחליצה בזה בוודאי קשה למאוד דבזה יהי' הדין דהגדול חולץ כמו שביארנו בזה בע"ה דהב"ש מודה בזה ואז תפסידה היא חצי כתובתה, דהא וודאי אין לומר דבנ"ד אף בגדול רוצה והקטן אינו רוצה כופין להקטן מכח שטר חליצה שהתחייב עצמו לחלוץ בחנם, דכבר כתבו האחרונים דמשום השטר אין לכוף על החליצה רק דתועלת השטר חליצה באם אינו רוצה לא ביבום ולא בחליצה דבלא"ה הדין דכופין אותו לחלוץ, בזה נוטלת כתובתה מכח השט"ח ואם כן זהו רק היכי דבלא השט"ח ג"כ הדין נותן לכופו לחלוץ אבל בנ"ד באם הגדול רוצה והקטן אינו רוצה אין אנו יכולים לכוף הקטן לחלוץ ואף אם ב' אינו רוצים לחלוץ, י"ל דכפינן בגדול הנשוי וכמש"ל וממילא תפסיד חצי כתובתה, ובאמת בלא"ה בכל שטרי חליצה דידן לא נוכל להפקיע ערמותו של ערום דאם ירצה יטעון הריני רוצה ביבום, ואין בידינו לכופו רק לעשות הרחקות שלא לישא וליתן וכדומה, וגם זה שלא לומר בפירוש שעושים זה כדי שיחלוץ, וממילא נפל פיתא בבירא עתה שאין בידינו תקיפא דאם נעשה לו הרחקות יקבל בערכאות למה זה רחקו ממנו, ונהי' כאלם לא יפתח פיו מבלי אפשרות לומר כדי שיחלוץ דאם כן הוי חששא דחליצה מעושית ואין תועלת בשטר חוב דידן רק: להולך לתומו ולא יערים לטעון רצוני לייבם, ופה תקנתי מכבר שטר חליצה יהי' נכתב כעין שטר חצי זכר בהתחייב כך וכך, ואם יחלוץ יהא מחול למפרע, וכ"כ בשו"ת שב יעקב], וגם בנ"ד אם לא יערימו ויתרצו שניהם לחלוץ הב"ד בוחרים בקטן והיא נוטלת כתובתה, ועל המותר יתפשר הנשוי עם הפנוי, ואם יטענו שאינם רוצים לחלוץ, או שהגדול יאמר שרוצה בחליצה והקטן לא ירצה האלמנה בידיהם כחומר ביד ביד היוצר ותפסיד חצי כתובתה כנלע"ד בעהי"ת:

סימן מו

עוד לו.

מה דבדק לן מר בסוגיא דפסחים ע"ח דפריך הש"ס א"ה למאי הלכתא אין הציץ מרצה על האכילות הא יש נ"מ באם נשאר מקצת מן הבשר או מן שיורי מנחה בטהור דאז אם אמרינן הציץ מרצה מותר לאכול הטהור וכו' וכן מבואר בסוגיא דמנחות ט"ו גבי נטמא אחד מן החלות וכו' וכ"פ הרמב"ם פ"ה הט"ז מהלכות תמידין ומוספין עכ"ד.

לענ"ד זהו וודאי אי אפשר לאמרו לדינא דבנשתייר בשר הזבח בטהרה דיהא אסור באכילה דא"כ איך ס' ר"י דאם נשתייר קצת מן הבשר דיזרוק הדם הא כיון דא"א לאכלו הוי כנאבד כולו, וקושי' זו הקשה תוס' מנחות ט' ע"ב ד"ה אותן שיריים וכו', ומתירוצם שם נלמד דבאמת אין הדין כן בזבחים רק במנחות דילפינן מקרא והנותרת מן המנחה ולא הנותרת מן הנותרת, וכן בלחם הפנים מהאי טעמא בנפרמה מקצתה כולם אסורים כמש"כ רש"י דף ח' ע"א, ומשום הכי גם בנטמא מקצתם אם אין הציץ מרצה על האכילות גם השיריים אסורים, ואף דבמתני' קתני גם כן אחד מן הסדרים, צ"ל דגם שתי לחם דינם כמנחה, אבל עכ"פ לענ"ד בזבחים בוודאי אין השיריים נאסרים, גם בהרמב"ם לא נזכר זה בזבחים וכיון שכן ממילא אין קושית מעכ"ת נ"י חזקה כ"כ דהרי הש"ס בעי לאשכוחי הנפקותא גם בזבחים מדלא קאמר נ"מ לענין לחם כמ"ש תוס' שם ובזבחים ליתא להנ"מ של מעכ"ת נ"י.

סימן מז

עוד לו.

ואשר דרש ממני כבוד ידידי רופמכ"ת לחוות לו דעת על הוויכוח שיש למכ"ת עם ידיד נפשי הרב הגאון מוהר"ם אבדק"ק שאטלנד בעסק עובדא שבא לפני ידידי מעכ"פ וזו תוארה.

ראובן התקשר בתו להשיאה לשמעון, ומיד סילק הנדן ליד החתן כאשר התנו ביניהם, ושוב חזר ונתן החתן לראובן מחותנו מקצתו בהלוואה להעלות רווחים עצ"ה עסקא כנהוג ואחרי הימים מתה הכלה המשודכת, ובא ראובן לתבוע להחתן להחזיר לו מעותיו, והחתן רוצה להעלות בחשבון הרווחים שמגיע לו לראובן מעסק הנ"ל, וראובן צועק ככרוכיא איך ביכולתך לעשות סחורה במעות דידי דכיון דנתבטל הקישור מעיקרא מעות דידי הם והכל ברשותי הן ופירותיהן.

והנה דעת ידידי הרב נ"י לזכות לשמעון דמיד שנתן המעות ליד שמעון קמו ליה ברשותי' ממש ואף דנתבטל הקישור אין צריך להחזיר רק הקרן ולא הפירות שהרוויח על ידיהם כמו כל מקח טעות דעלמא דהדבר ברור דאין המוכר מחזיר מה דהרוויח במעותיו של זה, ודווקא הלוקח המחזיר הקרקע צריך להחזיר גם הפירות כדאיתא בחוה"מ סימן רל"ב סט"ו וכיון שכן כי היכי דמה שהרוויח החתן הן בעצמו הוי גירא דיליה ע"י אחרים הרווח שלו. הכי נמי בנידון דידן מה שהרוויחו ע"י עיסקא שמסר לראובן עצמו דסוף סוף כבר זכה בהם בפירותיהם. ואין לראובן זכייה בהם עכ"ד.

אכן ידידי הגאון מוהר"ם נ"י הנ"ל מקהו ביה קיוהא ותוכן דבריו, אף דבאמת הדין ברור דמה שהרוויח החתן הן על ידי עצמו הן ע"י עסקא ע"י אחרים הרווח שלו, וכן במקח טעות דעלמא, מ"מ בנ"ד דהעסק ביד הבעל דין עצמו גרע טפי, דהא כל זכיית החתן בפירות ההם ע"י שכל עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון, דמשום פלגא המלוה משעבד עצמו להתעסק בחצי פקדון לטובת הנותן ומפני שהוא ריבית דרבנן צריך היתר כידוע, וכיון שכן כיון דנתבטלו השידוכי' הא אגלאי מלתא למפרע שבדין תורה באו לידו ומעות דידיה הוא דקיבל, דהיינו מה שהי' מחוייב לפרוע לו אלו הי' ידוע זה שתמות המשודכת נמצא מה שראובן משעבד עצמו להתעסק בחצי פקדון לצורך החתן טעות דמעיקרא הוא, ומעולם לא זכה במחצית השכר שהרוויח אבי הכלה, כדקיי"ל קנין בטעות חוזר, ובפרט על ידי אומדנא דמוכח כזה דבוודאי אלו ידע שתמות בתו לא הי' משעבד עצמו להתעסק לטובת החתן, כיון דמעות דידיה הוא ולחזרה קאי, ודומה לאומדנא דעלמא הנזכרים בש"ס וזכרן הרא"ש בשו"ת כלל ל"ד סי' א' והוסיף מוהר"ם נ"י בביאור דבריו דבאמת אלו נשתתף עמו בשותפות ממש להפסד ולשכר חלק כחלק בזה הי' החתן זוכה בפירות שהרוויח, די"ל דליכא אומדנא דמוכח לברור, דאולי אף אם היה ידוע לו שתמות בתו ויגיעו לו מעות אלו לחזרה, מ"מ הי' משתתף עמו כדי שיהי' לו חבר להפסד, משא"כ בענין עסקא הנהוג בינינו עפ"י הותר המהר"ם דאפי' בשבועה אינו נאמן על ההפסד אא"כ בבירור בעדים דהוא מלתא דל"ש כלל, אך הוא משעבד עצמו בחצי הריווח בעד פלגא דמלוה ובעד פלגא רווח הפקדון משוה עצמו בסך ידוע הוי אומדנא דמוכח, ודומה ממש לאומדנא בש"ס גבי סבלונות הדרי דאמודי' להחתן דלא נתן אלא ע"מ שתכנס בתו לחופה ה"נ בנ"ד אמרינן שלא נתן המעות בהלואה להחתן אלא ע"מ שתכנס לחופה, ועתה שמתה המשודכ' שנתגל' שמעולם בא המעות בטעות ליד החתן ולא היה בהלואה בידו, אלא הי' של אבי הכלה לחזרה ומשום הכי אף אם כבר באו הרווחים מאבי הכלה

ליד החתן, יש לדון שמחוייב להחזיר עפ"י אומדנא דמוכח הנ"ל ק"ו בנידון דידן דעדיין לא באו לידו עכ"ד הגאון נ"י הנ"ל.

ואם אמנם לא נופל ממני מך ערכי, ומי אנכי לשום ראשי בין האריות האלו אשר מקולם אֶחת, אכן למלאות רצון ידידי רמכ"ת אשר ברוב ענוותנותו חקר לשמוע דעתי הקלושה לזה אען ואומר. הנה בפשטא דמלתא בוודאי הדין שוה ומשפט אחד לכולם דכמו אם יהי' החתן מרוויח ע"י עצמו או בעסקא ע"י אחרים הריווח שלו כאשר הסכימו הרבנים הנ"ל, וכאשר גם לעיני העוורות הי' הדבר זה לפשיטות גמור דאף אם נדון דלמפרע המעות שביד החתן הי' רק בפקדון. הא גם בפקדון אפילו היכי דאין לו רשות להשתמש בהם, פסקינן בש"ע סימן רצ"ב בהג"ה דאין צריך ליתן הריווח. לבעל המעות, אא"כ גילה דעתו דמתעסק לטובת הבעלים עיי"ש, וק"ו בנ"ד דהי' לו רשות להשתמש בהם וכהלואה ממש דמי, וכ"כ בפשיטות בשו"ת הר"ם אלשיך סימן ל"ג. ואולם מ"ש שם דל"א הדרי ארעא והדרא פירי אלא במאי דמעיקרא הי' בטעות כמו שקונה באסמכתא או דנמצא מום במקח, אבל בכה"ג דמדעת שניהם קיבל המעות אלא שאחר כך נולד ביטול השידוכין וודאי דפירי דשמעון הוא עכ"ל, הוא תמוה לענ"ד דבלאו הכי לא אמרינן הדרא ארעא והדרא פירי אלא במקרקע אבל לא בהרוויח במעות, אם כן ה"ה בנ"ד שהרוויח ע"י ראובן עצמו מ"מ כבר זכה החתן בהרווח שלו. ומה דטוען הרב מוהר"מ נ"י לדון באומדנא, זה אינו דהרי הדבר ברור במלוה שבא לפרוע ללוה לא נכנסו המעות לרשות הלוה, אלא אם כן עושה בהם קנין, דכל כמה דלא זכה בקנין אינם שלו וגדולה מזו כתב בשיטה מקובצת בב"מ ע"א ע"ב שכתב בשם הרשב"א דלוה שאמר למלוה גוי הניחם עג"ק והפטר דלאחר שהניחם עג"ק יכול אחר לזכות בהם מדין הפקר, דהמלוה סילק ידו מהם, וזה לא זכה בהם ע"ש. [ובזה אמרתי בחידושי לגיטין דף ע"ח ע"ב ר"י אמר קרוב לה שנינו אפילו ק' אמה וכו' ה"ד מחצה על מחצה, וכו' ולכאורה יש לדקדק דדלמא גם לר"י מפרשינן במחצה ע"מ בב' כיתי עדים עסקינן דאחת אומרת קרוב לו, וא"א קרוב לה כדמפרשינן מעיקרא לענין ד' אמות, ואמרתי בהקדם דברי תוס' שם ד"ה מע"מ הכא לא שייך לומר וכו' ויעויין במהרש"א שם וביאור דבריו דלאוקימתא דרבה ור"י אף אם נפרש דאמר זרק לי בתורת גיטין, מ"מ יקשה דהממע"ה דאף דהגיטין יהי' הדין דהיא ספק מגורשת מ"מ כיון דאלו באמת הי' קרוב למלוה הי' נפטר מחובו ואנן לא ידענא היכן הי' ממילא יהי' הדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה דבשלמא לפי האוקימתא דמע"מ היינו ב' יכולים לשמרו, בזה שפיר דבאותו מקום דהדין בגירושין דהיא מגורשת וא"מ ולא דהוי ספק אלא דכך הוא מעיקר הדין כיון דשניהם יכולים לשומרו יד שניהם שום

בו והיא קצת מגורשת, גם בחוב הדין דיחלוקו ולא מטעם ספק אלא דכך קיבל עליו במה דאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין אם יזרוק במקום ששניהם יכולים לשמרו שיהי' חצי פרוע, משא"כ אם בב' כיתי עדים עסקינן המוציא מחבירו עליו הראיה, ולזה בא כ"כ חזקת מר"ק, וכמ"ש בחידושי הרשב"א גיטין ס"ג ע"ב ד"ה אמר ר' אבא עיי"ש, ומה דלא ניחא לתוספות לומר כן גם לאוקימתא דקרוב לה אפילו ק' אמה דהא דיחלוקו היינו לענין שבא לחזור לזכות במעותיו, היינו דלכאורה אף בוודאי קרוב למלוה יכול לזכות בו דבמה זוכה המלוה דהא לא זרק לתוך ד' אמות שלו, ומה דאמר זרוק לי חובי בתורת גיטין זהו אינו מועיל שיקנה המלוה דאף שאומר הלוה שרוצה להקניתו בזה מ"מ לא זכה בלא קנין כראוי אלא דמהני רק לפטור הלוה ע"י דיבורו דהמלוה דמחילה א"צ קנין וא"כ ע"כ דיחלוקו, היינו לענין חיוב אחריות בנאבד משום הכי הוכרחו לתרץ דהטעם דאין כאן ספק אלא דמעיקר הדין כך הוא וכנ"ל, כנלע"ד ביאור כוונת המהרש"א, ולפ"ז ניחא דלר"י דמפרש ק' אמה וע"כ מתני' דיחלוקו ולא מיירי לענין חזרה אלא לענין חיוב אחריות ולזה פריך היכי דמי מע"מ דהא א"א לפרש דמיירי ב"ב כיתי עדים דא"כ יקשה אמאי מוציאים החצי מספק, ולזה משני דמיירי בב' יכולים לשמרו דברה"ג לא משום ספק].

ומעתה נ"ל דלא שייך אומדנא, דאלו ידע הי' מקבלם לחזרה דמעות דידיה, דדווקא היכי דבא להקנות דבר לחבירו אמרינן דאומדין דעתיה דאדעתיה דהכי לא אקני ליה, אבל בנדון דידן הוא בהיפוך דכל כמה דאינו מתכוין לזכות בתורת חזרה הוי ברשות החתן דאף דמעיקרא לא נתן המעות להחתן אדעתי' דהכי, מ"מ מיד שהוציאם דלא הדרא בעיני נעשו מעותיו של החתן ממש, ואם כן כיון דראובן לא נתכוין לחזרה, ממילא נתקיים המעות ברשות החתן לפלגא פקדון. ממילא הסחורה שקנה ראובן ולא נתכוין לזכות בעצמו נקנה החצי לשמעון וממילא הריווח שלו, וכיון דמלתא דממילא הוא ואין צריך להקנאתו ל"ש ביה אומדנא, דמכח אומדנא לא נעשה דבר חדש לומר דהוי כזכה בהם, וחילוק כזה באומדנא מצאתי בעז"ה בשו"ת מעיל צדקה סימן נ"ג, ואף דהרב מוהר"ם נ"י הנ"ל כפל ושלש דלא נשתעבד זה להתעסק לטובת החתן אדעת' דהכי שתמות בתו, ירצה דעתו דהוי כמו התחייבות להתעסק בעבורו, ולענ"ד אינו דמה צריך התחייבות בזה דכל שלא זכה בהם ונתקיימו המעות ברשות החתן בפלגא דפקדון ממילא נקנה לו הסחורה חציו, ודי לנו לדון מכח האומדנא שישימו ב"ד שכר טרחתו כמו שליח דעלמא שמקבל עליו שלא יהא נאמן להפסד בשבועה, דמה שימחול על טרחונו זהו לא אדעתי' שתמות בתו. אבל לדון דכל הפירות הוא לראובן, זהו לא מסתבר לע"ד, ואם נימא דדעת

הרב נ"י דעוקר השליחות מעיקרא ולא זכה בהם בסחורה ע"ד החתן דאמדינן דעתי' דאדעתא דהכי שתמות בתו לא נעשה שליח. גם זה אינו דלא מבעי במה שדעת הרב נ"י דאף בבאו כבר הרווחים ליד החתן דצריך להחזיר דבזה אף אם נדון דבטל השליחות מעיקרא, הא מ"מ גם הוא לא נתכוין לזכות לעצמו והי' הפקר, וזכה החתן בהם כשבאו לידו מדין הפקר, אלא אף בנ"ד דלא בא ליד החתן מ"מ א"א לדון כן דלענ"ד אין צורך בזה לשם שליחות למה דקיי"ל כר"י בב"ק דף ק"ב ע"ב ולא קיימ"ל כחוכא דבני מערבא דמי הודיעו לבעל החיטים וכו' והיינו כאתקפתא דרב ושמואל א"ה חיטין וחיטין נמי וכו' והיינו כפירש הרשב"א שם דחיטין בלא שליחות זכה הבעל המעות, ואם כן הכי נמי בנ"ד דכיון דראבן המקבל לא נתכוין לזכות בהם נעשים בידו חציו בפקדון מהנותן והסחורה שנקנה בהם חציו להנותן, וממילא הריווח שלו אלא דנתפשרו שיחזור המקבל ויזכה בריווח בעד דבר ידוע, וא"כ ל"ש בזה אומדנא כיון דלא בעי הקנאה בזה.

ועוד אני אומר מעיקרא דדינא דמ"ש הרב מוהר"ם נ"י דראובן לא מסר בהלואה להחתן אלא על דעת שתכניס לחופה, וכיון דנתבטל אגלאי מלתא דבטל הלוואה ומעות דידיה נינהו ועומד לחזרה, לענ"ד אינו דהא אף אם הי' ידוע לראובן שתמות מ"מ לא היה לא שום זכות להוציא משמעון בלתי בירור להב"ד שתמות וא"כ מיד שנתנם לו להשתמש וידע שלא יוכל להחזיר ממנו עד שעה שיתברר ביטול השידוך, א"כ גם זה בכלל הלואה שמלוה לו מעות אלו ונותן לו רשות להשתמש עד שעה שיתברר ביטול הקישור, והאומדנא הוא רק שלא נתנם לו לחלוטין אלא ע"ד שתנשא בתו אבל מ"מ פשיטא דלא תעקר שם הלואה דהא ידע דבשום פעם לא יחזירם לו עד שיתברר הטעות, והריווח שיעלה בנתים יהי' לראובן. א"כ גמר והלוה לו עד שעת הזמן ההיא, ואם כן באותו שעה שחזר החתן ומסרם לראובן הי' כמו תוך זמנו והזכות כולו להחתן כמעות דידיה ממש, ולא שייך לומר אדעתא דהכי לא נשתעבד ראובן להתעסק בשבילו, דהא באמת הי' המעות החתן כמו הלואה בתוך זמנו, גם בעיקר אומדנא זו יש לפקפק הרבה דהא עכ"פ לא הי' אפשר לראובן לתבוע המעות מהחתן בעת ההיא, והי' הרשות ביד החתן לעשות בהם כחפצו אם כן נהנה ראובן במה דנתן לו החתן המעות וחציו בהלואה, אם כן יש לומר דגמר ושעבד נפשו להתעסק לטובתו אף אלו הי' יודע שתמות בתו, דהא מ"מ מקבל טובה ממנו במה שנותן לו המעות בזמן שא"א לו לכופו וא"א לו לברר, וגם כיון דהחתן לא בוודאי נתנם לו בתורת ספק זה דיהי' העסק מתלי תלי דמה לו בזה הא יכול לעשות בהם כחפצו מבלי מוחה, ואם כן אלו התנה החתן בפירוש שישתעבד עצמו בכל אופן אם תמות הי' ראובן עושה כן דהרי הוא כבוש תחת יד החתן מבלי

מוחה לעשות כחפצו, וא"כ לא שייך בזה אומדנא, ודמי לסברת תוס' כתובות מ"ו ד"ה שלא כתב וכו' עיי"ש, ועיין במ"ל פ"ו מהלכות זכייה ומתנה, ואף דלענין תוס' כתובה פסקינן כראב"ע דלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה, היינו דהוי אומדנא גדולה דלא היה מכניס עצמו לספק וגם היא לא הי' מונעת מלהכניס לה לספק, דמה ריעותא יש לה בזה. משא"כ בנ"ד הוא בהיפוך דהחתן בוודאי לא הי' מכניס א"ע לספק כיון דהמעות בידו ויכול להתעסק בהם כחפצו עם אחרים, וראובן המקבל לא מגרע כחו דמה לו אם החתן נותן עסקיו לאחרים והוא מקבל עסק מאחרים או שמקבל מהחתן עצמו, בוודאי אלו התנו כן הי' מכניס לספק א"כ תו ליכא אומדנא, ואף דיש לחלק קצת, מ"מ לענ"ד די בראשונות מב' טעמים שזכרנו הא' דל"ש אומדנא כיון דל"ב הקנאה ומהאי טעמא הי' הדין אף במחוייב גמור כגון שהזיק לחבירו, וזה לא ידע והמזיק מסר. מעות לניזק בתורת עסקא דהדין דזכה בריווח, דאף דאלו הי' יודע שהזיק לו הי' מקבל זה בתורת פרעון מ"מ לא שייך אומדנא דכ"כ דלא נתכוין לזכות בתורת פרעון מעות חבירו הוא ומדינא זכה ברווח כנ"ל. הב' דהמעות ביד החתן מקרי הלואה לזמן עד שעה שיתברר דבטל השידוך, דהא ידוע דבשום פעם לא יוכל להחזיר מקודם הוי כהלוה לו עד זמן ההוא ולא הי' חיוב פרעון באותו שעה שמסר לראובן והוי מעותיו של חתן ממש כנלע"ד.

סימן מח

בענין הנ"ל

לאחי הרב המאור הגאון מו"ה **בונם** נ"י אב"ד ק"ק **ראגזני**.

מה שרצה אחי נ"י לפקפק על מה שהוסכם אצל הגאון מוהר"ם נ"י הנ"ל ואצל דעתי הקלושה דמה שהרוויח החתן בוודאי אין צריך להחזיר, ואתה באת לספק די"ל דהוי אומדנא דנתנו ליד החתן לעסוק בשליחתו ולהעלות פירות בשליחתו בכדי שיהי' בשעת נשיאון נדן מרובה ואלו נאנס מיד החתן אם מתה הכלה לא הי' הב"ד יכולים להוציא מידו הוי רק כפקדון אצלו ע"כ דבריך. לא נראה לענ"ד דמה אומדנא היא זו, די"ל דכיון דהתחייב עצמו לתת לו סך נדן, מקדים לו הפרעון ובשביל זה נוטל החתן בפחות, כי נחשב בעיניו לטובה שמקדים לו מעותיו וכעין מרבין על השכר אבל מ"מ הוי סילוק ופרעון גמור והאחריות על החתן וגם הרי לא התנה עמו לכמה יעלו פירות ושיצטרך לעשות כתובה לבתו לפי שיעלה הסך בעת ההיא הרי דאינו מחשיב לו הפירות לסך הנדן וגם אם יאנסו ביד החתן קודם נשואין לא יהי' לו עוד תביעה לומר אני הייתי שלוחך וברשותך נאנסו ותן לי מחדש סך נדן, א"ו דזאת הנתינה הי' סילוק ופרעון אלא שהקדים

לו מעותיו, זולת אפשר אם בתחילה הקפיד החתן על סך מסוי' יותר מזה ואבי הכלה העריך לו החשבון ע"י שיסלק לו עתה כך וכך ויעלה פירות כך וכך עד הנשואין וגם נתחייב לעשות כתובה כסך ההוא ע"י צירוף הפירות לקרן בזה יש לדון כדבריך. וגם זה צ"ע לדינא.

ומ"ש אחי נ"י בכוונת הש"ע בהג"ה סימן רצ"ב דבאומר לו הוצאת בעסק וכו' ומקורו במרדכי פ' הגוזל קמא דהטעם דהא דמבטל כיסו לא הוי כריבית אף שלוקח חייב באונסין משום דהמפקיד לא ניחא ליה בהמתנת מעות וטוען שנפסד מה שהי' מרוויח ואמרינן אלו תבעו שיקבל עליו אחריות הי' מקבל עליו, משא"כ כשלא רצה לקבל הוי בכלל ריבית, כיון דאם הי' מתעסק בעצמו אולי הי' מפסיד עכ"ד. לא נראה לי כלל דעיקר טעם דמבטל כיסו לא הוי ריבית זהו באמת כדבריך, כיון דלא ניחא לי' בהמתנת מעות אבל לא תליא באם הי' אפשר שמפסיד דאף אם בוודאי הי' מפסיד והי' רוצה להשליחו לים לית כאן דררא דריבית, דהתורה לא אסרה ריבית רק אם ברצונו ובהיתר יניח מעותיו בידו, בזה אינו רשאי לוקח שכר מעותיו, אבל אם צועק ככרוכיא ואינו רוצה כלל שיהי' מעותיו בידו לא שייך כלל שכר המתנת מעות דהוי רק כגוזל לחבירו דפשיטא שיכול ליתן לו יותר מדמי הגזילה אלא דבלא טענה דרוצה להרוויח בעצמו אף דלא הי' חשש ריבית, מ"מ במה נתחייב זה לשלם לו, משום הכי צריך לבוא בטענה שרוצה להרוויח והוי זה כגורם היזק ומדין מזיק, ואם נידון דאין ההיזק ברור דשמא הי' מפסיד, אם כן אף בלא אמר לו שיקבל עליו אחריות העסק יהא פטור דמה בכך שיאמר זה הייתי רוצה לקבל אחריות, סוף סוף לא הוי ברי הזיקא, דאם הי' מחזיר לו מעותיו והי' עוסק בעצמו שמא הי' נפסד, ומה שכתב דמבטל כיסו הוא רק כעין קנס ובענין זה לא קנסו אם אמר לו שיקבל עליו אחריות העסק גם זה רחוק ודחוק.

ומה דנ"ל בכוונת המרדכי כך הוא, למה דמבואר דעת הרמב"ם פ"ז מהלכות מכירה הי"ב בשליח שקנה עצמו במעות המשלח, אעפ"י שזקפן עליו במלוה המקח של משלח, ולמד זה מדברי הירושלמי פ' א"נ שהובא במרדכי שם הנותן מעות לחבירו ליקח לו פירות למחצית שכר ואמר לא לקחתי אין לו עליו אלא תרעומות, ואם ידוע שלקח הר"ז מוציא ממנו, וכמבואר בהה"מ שם הלכה יו"ד, אך כל זה בלא שינה משליחתו, אבל בשינה הוא לעצמו כמבואר בסוגיא דבב"ק פ"ט גבי ליקח לו חטין ולקח שעורין דלר"מ דהוי גזלן הותירו לעצמו וה"נ לדידן אם זקפן עליו במלוה ולקחם לעצמו, וכמ"ש להדיא הסמ"ע סימן קפ"ג סק"ו, וע"כ הסברא דמטעם לבטל כיסו לחוד אין צריך לשלם, דהרי בוודאי אם היו המעות בטילים אצלו ולא הרוויח לכ"ע פטור, דלא גרע מגזלן ממש

דמשלם רק כשעת הגזילה, ולא מה שהי' יכול להרוויח, אלא דהיכא דהרוויח בהם בזה דנו חז"ל או מדינא או מקנסא היכי דיכולין לומר דבמעשה זו נעשה רצון הבעלים בלי שינוי הוי כאלו עסק לטובת בעלים וכיד בעלים דמי וכאלו לא יצאה המעות מעולם מרשותם, ומה דקנה בדידהו קנה ושלהם הרוויח כמו בשליח לקנות חיטים וקנה חטים לעצמו לדעת הרמב"ם אף דפשיטא דבשביל קבלת השליחות לחוד הי' בידו לחזור בו, דכל שליח יכול לחזור משליחתו: אלא ע"כ כיון דבאמת לא נשתנה דעת בעלים, וגם הם היו רוצים ליקח חטין לא יצא מעולם המעות מרשותם בקניית חטים זו אלא אם כן שינה וקנה בהם שעורים דאולי אין רצון בעלים בשעורים ול"ש לומר דנקנה להם השעורים, וה"נ י"ל סברת המרדכי בפקדון דעלמא, וא"ל תן פקדוני וארוויח בהם ולא אמר לרוויח בדבר ידוע אלא סתם להרוויח דכל מה שעסק זה במעות זהו בעצמו היו הבעלים גם כן רוצים בו וכאלו נעשה הדבר בשליחותם דמי, והותירו הותירו להם, וכן אמר תן לי פקדוני להלוות אותם, וזה הלוה אותן גם כן בענין שלא נשתנה רצון בעלים, בזה מחייב לתת בו מה שהרוויח, וא"כ כוונת המרדכי בוודאי אף באומר לו הוצאתים בעסק קבל עליך לשכר ולהפסד פשיטא דיכול לומר איני רוצה בזה, ויכול להכריחו לשלם לו, אלא דמ"מ אם אמר לו כן ולא רצה לקבל ההפסד אם עיכב אותם בחזקה אין צריך לשלם לו אח"כ מה שהרוויח כיון דאמר לו כן, וזה לא רצה בעסק זה הוי כשינה השליח שליחתו וכגזלן ממש ואין צריך לשלם לו לבטל כיסו, ובאמת אם אמר תן לי פקדוני שאני צריך ליקח חטים להרוויח בו, וזה עסק לעצמו בשעורים דא"צ לשלם לו.

ומה דכתב המרדכי שזה אמר אני רוצה להלוותן, וזה אומר הלוותיו או עכבת"י כדי להרוויח בו, י"ל דעכבת"י מיירי באומר סתם תן פקדוני להרוויח בו, דכל מה שעסק זה להרוויח, י"ל דהבעלים רוצים בזה ואין כאן שינה, או דמה שאומר אני רוצה להלוותן היינו בתורת עסקא. דג"כ רצוני רק לעסוק בשותפות לשכר ולשותפות. ובזה אם עיכב אותם אם הרוויח צריך לשלם לו חצי הריווח דאמרינן דנעשה שליחתו והוא בעצמו קיבל אותם בת"ע דאין חילוק לבעלים אם נותנם לאחרים בעסקא או שמעכב אותם הוא בעסקא. ואמרינן דאולי היה הבעלים רוצים לקבל ההפסד ולא נשתנה כלל רצון הבעלים.

ובזה נ"ל דמיושב מ"ש הרמ"א בהגהת ש"ע יו"ד סימן קס"ט סי"ג אבל אם נתן לו מעות להלוות לעכו"ם בריבית ואחר כך אמר הלוקח לא הלוותי לעכו"ם אלא לקחתי לצורך עצמי הלוקח נאמן, ולא כתב דאם הרוויח בהם דצריך לשלם לבעלים מדין מבטל כיסו וכדפסק בחוה"מ סימן רצ"ב, ולפי הנ"ל ניחא דדווקא בההיא דסימן רצ"ב דאמר סתם אני ארוויח בו, אבל ביו"ד דאמר להלוותן לעכו"ם, א"כ אין רצוני כלל בענין עסק בסחורה

דיש בו יוקרא וזולא אלא בהלואה לעכו"ם, משום הכי אף שהרוויח בהם פטור דלא נעשה ענין רצון בעלים כנלע"ד:

סימן מט

עוד לאחי הרב הנ"ל.

מה שתמהת על הפ"י בסוגיא דתרי ותרי שכתב דרמב"י מדיני קאמר דבעי נשאת תחלה דהוי חזקת היתר, דא"כ לא הקשו תוס' כלום ב"ב דמאי אר"י ניסת אפילו התירוה נמי הוי זילותא דב"ד, הא מ"מ בהיתרוה מדינא אסור עכ"ד. נראה לי דתוס' ב"ב אזלא כשיטת הר"י בר ברוך, דמיד שבאו עדים המתירים תחלה אתחזק להתירא, וע"כ לרמב"י בבאו עדים המתירים תחלה דתצא הוא רק חומרא ושפיר הקשו תוס'. אולם זה אינו דהא כל עיקרא וטרחתו של הפ"י להשוות סוגיא דיבמות דמבואר דרמב"י מדאורייתא אוסר בלא נשאת תחלה לסוגיא דב"ב דתליא בזילותא דבי' דינא. ואם כן לכאורה לשיטת הר"י בר ברוך אין מקום לדבריו דהא גם בלא נשאת תחלה מדאורייתא מותרת, ואי דכוונת הש"ס ביבמות בב' כיתי עדים באו בבת אחת, הא לשיטת הר"י בר ברוך גם לרבנן דרמב"י תצאם בכה"ג, דלא ס"ל לסברת דייקא, ואם כן אם באנו לקיים דברי הפ"י גם לשיטת הר"י בר ברוך, ע"כ צריך לומר דבהך סברא גופא פליגי רמב"י ורבנן, דרבנן ס"ל דע"י עדים המתירים תחלה אתחזק להיתירא ורמב"י סבר דלא אתחזקה להיתירא רק על נשאת תחלה, וא"כ לא הקשו תוס' כלום, ודוחק לומר דתוס' ב"ב ס"ל ב' הסברות, דלרבנן דייקא מגרע לחזקת אשת איש, וגם סברת הר"י בר ברוך דע"י עדים אתחזקה להתירא וביבמות מיירי בבאו ב' כיתי עדים בב"א, וא"כ יפה הקשה אחי נ"י.

ואולם באמת יש לקיים דברי הפ"י ובאופן אחר, ולא נצטרך ג"כ לדוחקא דהפ"י דס"ל לסוגיא דב"ב מסברא דאף בחזקת היתר ע"י דנשאת ראוי לאסור מדרבנן לולי טעמא דזילותא דב"ד, ולמסקנא בטעמא דאתחזק היתירא דנשאת לחוד סגי, היינו דבלאו הכי קשה על הפ"י דמ"מ למ"ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא, א"כ בלאו הכי ליכא חזקת איסור מה חילוק יש בין באו עדים תחלה לנשאת תחלה, הא ליכא חזקת היתר, דתרי ותרי מסלקים כל החזקות ודוחק לומר דבר חדש דרז"ל החמירו בתרי ותרי נילך בתר החזקות. ולזה נלעכ"ד דסוגיא דיבמות אזלי להלכתא דקיימ"ל תרי ותרי ספיקא דרבנן, ושפיר אמרינן דלרמב"י מדאורייתא בעינן נשאת תחלה שיהי' חזקת היתר, אבל סוגיא דב"ב אזלי למ"ד תרי ותרי ספיקא דאורייתא, וע"כ הא דבאו עדים תחלה דתצא משום דחז"ל

החמירו אף בספק דשקיל ואמרה ברי לי, א"כ הא דנשאת תחלה ל"ת ע"כ משום זילותא דב"ד, ולמסקנה דב"ב דלא חיישינן לזילותא דב"ד, ובאמת הוא כהלכתא דתרי ותרי ספיקא דרבנן וקיימינן דרמב"י מדינא קאמר וכסוגיא דיבמות, וא"כ שפיר הקשו תוס' ועולים לנכון ב' הסוגיות וק"ל.

אולם ביסוד דברי הפ"י דתוס' מודה להר"י ב"ב דנשאת הוי חזקת היתר, היטב סתר אחי הרב נ"י דבריו ממה דהקשו ביבמות דהתם מיירי דנתייבמה, ובלא"ה נסתרו דברי פ"י ממה דהקשו ב"ב דבנשאת ואחר כך באו עדים דליכא דייקא דבבאו עדים ליכא חומר אמאי לא תצא, ולא ניחא להו דבניסת ליכא חזקת איסור אלא ע"כ דס"ל דגם בזה נשאר החזקה בתוקפו. ובדברי תוס' אלו אינינו יורד לעומקן, במ"ש בכתובות כ"ו וז"ל ועוד כיון דתרי ותרי הוי ספיקא דרבנן יש לאסרה כדאמרינן גבי ינאי וכו'. ולא זכיתי להבין דמה עדיפות קושי' יש בזה מכח תרי ותרי ספק דרבנן, וע"כ דכוונתו דלמ"ד תרי ותרי ספק דאורייתא דמסלקינן כל החזקות, מוקמי סוגיא דיבמות באומר ברי לי וכמ"ש תוס' יבמות, אבל למ"ד תרי ותרי ספק דרבנן דבמקום חזקת היתר מה"ת מותר מטעם חזקה אלא דחז"ל החמירו דלא לסמוך על החזקה ממילא היכא דאיכא חזקת איסור מה"ת אסור וודאי מטעם חזקה ולא מהני ברי, והא זהו עצמו קושייתם הראשונה ומה הוסיפו להקשות בועוד וצ"ע, ובזה תמוהים ג"כ דברי המהרש"א גיטין ד"ט ע"א ד"ה סמוך אהני עפמ"ש וכו' אי דנוקת אחזקת אשת איש. ואינו מובן לי דמשמע אם תרי ותרי ספק דאורייתא בלאו הכי פרכינן שפיר שהוי ספק דאוריית' אלא כיון דתו"ת ספק דרבנן ליכא קושיא רק מכח חזקת אשת איש וזה תמוה דתרי ותרי ספק דרבנן הוא היינו במקום חזקת היתר אבל בליכא חזקת היתר פשיטא דהוי ספק דאורייתא ול"צ לבוא מדין דאוקמינן בחזקת אשת איש.

ומ"ש אחי הרב נ"י על קושית הב"מ סימן קנ"ב די"ל דאב נאמן להכשיר לבנו כיון דהאמניתו התורה לפסלו ק"ו להכשירו. לענ"ד זה אינו דלא עדיפא נאמנות האב מעדות של שנים ומ"מ הב' עדים הב'. עדים שאומרים לא מת הוי כתרי לגבי העדים ולגבי האב דתרי כמאה.

אולם דבריך היו מספיקים ליישב במה שעמדתי לחקור על דברי תוס' גיטין י"ט ע"א שכ' דהאידנא כותבין זמן בגט שלא יחפה על בניה ממזרים, וכ"כ הרא"ש שם, ולכאורה מ"מ בגט שאין בו זמן הבנים ספק ממזרים, ואינו דומה לראוה מדברת דנאמנות להכשיר בתה, דהתם הספק גם על האם ואנו דנין להכשירה משום החזקה וממילא וממילא כשר הוולד (ואף דהתוס' ס"ל גם בינאי להקל מדינא אף דהתם מתה האם, צ"ל כיון דעל אותה

שעה שאומרים העדים דנשבית היה מקום הספק גם עליה והי' דינה להתירה וממילא גם ינאי מתכשר) אבל הכא דאין דנין כלל על האם דבלא"ה גרושה ופסולה לכהונה, ואם היא בת ישראל דליכא נ"מ לענין תרומת בית אביה ליכא נ"מ לגבי דידה כלל, ואולי י"ל דאנו דנין עליה אם היא מותרת לחזור לבעלה, והוי חזקה דהתירא, ואף דלא צריך לחזקה דכיון דהיא והוא אומרים ברי גם בספק השקול נאמנים, כיון דעכ"פ מסייע לה החזקה דהיתר לבעלה מהני גם לוולד, אך עדיין אני נבוך בזה, אם נקרא חזקה לדון על איש פרטי שמותרת להנשא לו דלא מצינו רק חזקת כשרות לכהונה, או לבעלה שנשואה לו, או ליבמה דעומדת ליפול לפניו, אבל באינה נשואה ואינה זקוקה לו, ואינה עומדת להנשא דווקא לזה אפשר דלא הוי חזקה, (אכן באמת כפי דברי הרמב"ם וכמו דפסקינן בש"ע אה"ע סימן ד' סכ"ט דאשת איש שזינתה ואמרה מנכרי נתעברתי דנאמנת להכשיר הולד, אף דהתם אין דנין עליה דהיא וודאי נתחללה לכהונה, וכבר הארכתי בזה בע"ה בתשובה אחרת), ובזה עולה יפה דברי מעכ"ת אחי הרב נ"י דהאב נאמן להכשיר לבנו דאחר הגרושין זנתה. אולם מ"מ בעיקרא דמלתא לא נ"ל, דהנאמנות לאב הוא רק אם בנו או לאו, אבל הכא דאנו דנין על מי שזינה עמה והוליד ממנה הבן אם הי' זה קודם גרושין מבעלה או לאחר גרושין מבעלה בזה אין נאמן האב לומר איך הולידו.

ומה שכתב אחי נ"י להוכיח דתוס' ס"ל גם כן כשיטת הרשב"א דאף בחזקת איסור מהני הברי, וקושייתם רק דהולד יהי' ממזר ממ"ש תוס' כתובות פ"ה דפירכת הש"ס וכי לא מודה וכו' היינו דאם הודאה לחוד לא מהני גם טעמא דר"ג לא מהני וקשה דמידי אריא, דדלמא הודאה לחוד לא מהני דר"פ אצלה, אבל כיון דהלכה כר"ג רק לכתחילה לא עבדינן בה עובדא לא גרע מספק השקול דמהני הברי עכ"ד, באמת עכ"ז אינו מספיק דזהו הי' ניחא אם היה התוס' מפרשים דפירכת הש"ס דהודאה לחוד וודאי מספיקו וע"כ כל חד וחד טעמא באפיה נפשיה הוא, אבל מדכתב תוס' דאם הודאה לחוד לא מהני, משמע דהוי ספק דאפשר דהודאה לא מהני א"כ עדיין יקשה איך מדמי ספק לרוב. ובאמת עיקר קושייתך הי' מקום לומר כפשוטו דגם לר"י מדינא מהני הברי וחזקת כשרות, רק מטעם יוחסין החמירו, ומ"ה ס"ל להש"ס מסברא דאם טעמא דהודאה לחוד לא מהני, אף דהוי רק חומרת יוחסין גם טעמא דר"ג לא מהני, אך עכ"ז עדיין קשה היאך מדמי הש"ס דבר שיש בו חומרא דלכתחילה לא תעביד עובדא למלתא דאסור מדינא ועכ"פ מדרבנן אף דיעבד, ולזה נ"ל ברור בכוונת תוס' דהש"ס ס"ל דלכתחילה. עבדינן לגמרי כר' יהושע, ואם לר"י לא מהני ההודאה, גם אנן עבדינן כוותיה לכתחילה, ואזדא

לה הקושי' של אחי נ"י מההיא דתרי ותרי דהתם הוי ספק לפנינו, אבל הכא לכתחילה מורין כר"י בכל מה דמחמיר ר"י וק"ל.

ומ"ש אחי נ"י להוכיח עוד זה דהא בההיא דדפנו ליכא סברא דדייקא ואף לרבנן תתסר מדינא, ומה שתירץ אא"ז הגאון זצ"ל בספרו משנת דר' עקיבא דבעדים ג"כ דייקא, הא התם אקרא קאי ולדינא דאורייתא ליכא דייקא בעדים עכ"ד, גם בדבריך אינו מיושב דעכ"פ מכח קושית תוס' כפי פירושך דיהי' הוולד ממזר מוכח סברת תירוצם דדייקא מוגרעת לחזקת אשת איש, א"כ ממילא כי היכא דלרמב"י מדאורייתא אסורה היכי דליכא חזקת היתר בבאו עדים ואחר כך נשאת ולא מהני הברי דידה משום חזקת איסור כיון דרמב"י בוודאי סבר כן, ומהיכן פשיטא להש"ס דלרבנן מהני הברי נגד חזקת איסור כיון דרמב"י בוודאי לא סבר כן. גם מה שתמה אחי הרב נ"י על הפ"י דדייק מסוגיא דיבמות דלרמב"י תצא מדאורייתא, אם כן תקשי גם לרבנן ליתסר דבדינא דאורייתא ליכא דייקא, אע"כ דקרא אסמכתא בעלמא הוא וסוגיא דיבמות אזלי רק לדינא לבתר תקנת חז"ל, מלבד דלפי דרכו של הפ"י בלאו הכי נסתלק קושית אא"ז הגאון זצ"ל כיון דס"ל דנשאת תחלה הוי חזקת היתר, ה"נ לרבנן כן, ומש"ה לדידהו לדינא דאורייתא בכל גוונא לא תצא דבאו עדים תחילה שייך דייקא ובנשאת תחלה הוי חזקת היתר. גם יש לומר על קושייתך על הני אריוותא הפ"י ואא"ז זצ"ל דתרווייהו איתנהו דוודאי הדרשה היא דרשה גמורה רק דלא ניחא להש"ס לומר דהברייתא נקט מלתא דלא קאי הדין כן אחרי תקנת חז"ל, משום הכי מוקי להברייתא כרמב"י. אולם במה דהקשה אא"ז הגאון זצ"ל דלרבנן למ"ל קרא דוקדשתו והאריך דהנך רבנן ס"ל דליכא דייקא בעדים, בזה נכונים דברי אחי נ"י דבלא"ה י"ל לדינא דאורייתא ליכא דייקא.

ובההיא ענינא נתקשיתי במה דמשני הש"ס ביבמות בבאו עדים ואחר כך נשאת ורמב"י היא, דמאי ארי' כהן אפי' ישראל נמי דהא הוי ספק איסור זונה להבועל.

סימן נ

עוד לאחי הרב הנ"ל.

ואשר שאלתני בענין קביעות המקוה מחדש ולהעמיד שם יורה להחם המים ולשפכם להמקוה ועד הנה נשי העיר היו טובלים במים קרים.

הנה לא נעלם ממך דברי הש"ע יו"ד סס"י ר"א (סעיף עה) שכתב המחבר יש מי שאוסר להטיל יורה מלאה מים חמים לתוך המקוה לחממו וכו' והרמ"א כתב על זה ויש מקילין ומתירין להטיל חמין לתוך המקוה כדי לחממו, ומ"מ יש להחמיר אם לא

במקום שנהגו להקל אז אין למחות בידם עכ"ל. והנה לכאורה הי' מקום לומר דהמחבר לא אסר רק לשפוך חמין מרובין לחממן ממש, אבל לעשותן פושרין בעלמא י"ל דשרי. אמנם המעיין במקור הדין במרדכי פ"ב דשבועות שכתב ואת אשר השיב הר"ש להר"י אחיו אמרו לי שהיית רוצה להתיר למלא מקוה מים חמין ולחברו אל הנהר כשפופרת הנוד, ודבר זה יש לאסור משום גזירת מרחצאות וכו' ואני שמעתי וכו' שהי' מקוה אחד שהיו הנשים מחממין יורה ומטילין לתוך הצונן לחממו בימי החורף ואסר להם ר"ת וכו' ובסוף פ"ק דתענית (יג.) נמי אמרינן אלימא בחמין טבילה בחמין מי איכא שאובין נינהו פי' דכשאובין חשיבי וכו' ואע"ג דתנן פ"ג דיומא דאם הכה"ג איסטניס מחממין לו חמין ומטילים לתוך הצונן כדי שתפיג צנתן, י"ל דכמה דברים התירו במקדש ואסרו בגבולין מדרבנן כדאשכחן גבי עששית לפי הגירסא אבל הכא צירוף דרבנן ואין שבות במקדש וכל הנך וכו' עכ"ל בקיצור. הרי מבואר דאפילו בהפגת צונן אסור בגבולין.

אמנם באמת תמוה לי על המרדכי דמנ"ל להמציא חומרא זו ונצטרך לדחוק בההיא דיומא, הלא עיקר ראיה לאסור מספ"ק דתענית הנ"ל ואמאי לא נחלק בריווח דדווקא בחמין שייך לומר דכשאובין חשבינן דדומה למרחצאות ויביאו לטבול גם במרחצאות, אבל לפשר בעלמא י"ל דשרי, וכהאי גוונא מצינו לענין נטילת ידים לחלק בין חמין שהיד סו"ב לאיס"ב בחולין ק"ה ע"ב, ואף אי נימא דס"ל כיון דלא שכיח לטבול במים שהיס"ב, עיין טו"ז או"ח סי' ק"ס סק"ז, א"כ לא שייך למגזר גזירה במרחצאות במלתא דל"ש, וגם מסתמא הרוחצים במרחץ לא רחצו במים שהיס"ב, ואם כן בוודאי גם בפושרין שייך גזירת מרחצאות, או י"ל דהיה קשה להו דמנ"ל להש"ס ספ"ק דתענית להוכיח דצונן אסור בט"ב דלמא מיירי בפושרין, אלא ע"כ דטבילה בפושרין ליכא, מ"מ עדיין קשה לי דלמא דווקא בפושרין דניכר כח החימום במים ויש שם חמין עליהם ודומה למרחצאות, אבל בהפגת צונן בעלמא דאין שם חמין עליהם, י"ל דבכלל צונן הוא. ול"ש גזירת מרחצאות, דהרי כיוצא בזה מצינו דרז"ל אסרו רחיצת חמין בשבת משום גזירה דמרחצאות ואף לפשר אסור כדאיתא בש"ע או"ח סי' שכ"ו ס"ד, ואלו בהפגת צונן בלבד בעלמא לא מצינו דאסור, ולהדיא כתב החכם צבי בשו"ת סי' י"א דנשים הטובלות בשבת וטבלו בהפגת צונן בלבד עד שלא יקרא עליהם שם חמין עיי"ש (דלענין רחיצת כל גופו אין חילוק בין הוחמו מע"ש להוחמו בשבת), ואם כן סוגיא דיומא כפשטיה, וכמו כן קשה לי על המתירים ה"ה הראב"י והריב"א שהובא בהג' מרדכי וראייתם מההיא דעבדי חסרת, ומאי ראי' דלמא היתה צריכה לחמם להפגת צונן בלבד, ובזה יחדיו יהיו תמים סוגיא דתענית עם סוגיא דיומא ודנדה, ואולי דמפשט פשיטא להו דלא נתנו חכמים

דבריהם לשיעורין לחלק ולהבחין בין הפגת צונן לפושרים דשיעורם שוה ובאמת גם ברחיצת חמין בשבת אף בהפגת צונן אסור, ודלא כשו"ת החכ"צ הנ"ל [ומ"מ לפ"ז קשה דמאי הוצרך המרדכי להביא ראיה דבמקדש הקילו מההיא דעששית, ולא הוכיח בקיצור ממתני' דמחמין לו חמין, הא מ"מ ליתסר משום שבות דרחיצת חמין ביום הכפורים, ואולי י"ל דהך שבות דיומא קא גרם, בזה י"ל דאין יוה"כ בכלל הגזירה כיון דיום אסור ברחיצת תענוג הוא ל"ש כלל גזירת מרחצאות, אבל לענין טבילת חמין דלאו יומא קגרים גם ביה"כ הו"ל לאסור] וצ"ע.

ובעיקר הדין נ"ל דמדברי תוס' תענית שם (יג.) ד"ה טבילה בחמין וכו' משמע דמפרשי דפירכת הש"ס שאובין נינהו, היינו שאובין ממש ולא משום גזירת מרחצאות ודבריהם מפורשים יותר בתמורה די"ב ד"ה ואין המים וכו' אף דלכאורה ממ"ש תוס' שם בשם הר"י שהקשה דלטעמך עדיין קשה הא משכחת בהמשיך חמין מיעוטין לתוך מי גשמים או ע"י עששית של ברזל, ולא כתבו איך יתרץ ר"י באמת לקושיא זו על סתמא דהש"ס, והי' נראה מזה דהר"י רוצה להכריח, מכח קושיא זו דפירכת הש"ס שאובין נינהו היינו משום גזירת מרחצאות, ואסרו רז"ל כל טבילת חמין. אמנם נ"ל כיון דמוכח דתוס' ס"ל דשאובין נינהו היינו שאובין ממש אינו במשמע דהר"י רוצה לחלוק בעיקר הפשט דהו"ל לכתוב כן ולא ברמז בעלמא, אלא משמע כאלו הר"י בא לומר דבלא"ה צריך לדחוק דאין מדרך לעשות חמין ע"י המשכה מדלא משכחת בהמשכת מיעוט חמין וכדומה, או דבלא"ה משני הש"ס שפיר וחדא מינייהו נקט: אבל בעיקר פירש הסוגיא גם הר"י ס"ל דרק מדין שאובין פסול, ואם כן מותר לשפוך חמין לתוך מקוה שלימה דליכא איסורא דשאובין.

ובאמת חשבתי לומר דגם תוס' ס"ל לדינא בזה כהמרדכי דאסור לשפוך חמין לתוך מקוה שלימה, והיינו כיון דמים הנשפכים הם פסולים לטבול דשאובין נינהו אף שנתנם למקוה שלימה מ"מ כיון דפסולתם ניקר בכל המים מחזי כאלו טבילתו בהם ונקרא שם שאובין על כולו, וגזרו חז"ל אטו שאובין (ושאני במילא בכתף ונתן כל היום למקוה שלימה דכשר דאין פעולתן ניכר במי המקוה) ולזה הוכיח רק דאם שאובין שהמשיכה כולה כשר אף בהמשיך מים לתכשר כיון דאין כאן פסול בשאובין כלל, וגם הר"י בא להקשות רק על דרך זה דמשכחת בהמשיך מיעוט חמין לתוך מי גשמים רבים דבכה"ג דהמיעוט מצורף להשלים שיעור מקוה א"כ גם החמין בעצמם כשירים וכאלו אין כאן שאובין כלל, וכן ע"י עששית, והי' מרווח בזה מה דקשה לי הא דלא הקשה ר"י בלא"ה דמשכחת בנתן חמים לתוך מקוה שלימה, באופן דס"ל להתוס' כהמרדכי בחדא דהיכי

דהחמין הם שאובין פסול כולה, ופליגי בחדא דע"י עששית או בהמשכת חמין חמין מיעוטין למרובין מי גשמים דכשר. אמנם דחיקא לי להוציא דבר חדש, ופשטא דברי התוס' מורין דרק משום שאובין ממש פסול ולא גזרו כלל בחמין.

וראה מפורש יותר בתוס' נדה ס"ו ע"ב ד"ה אם סמוך וכו' מיהו לפיר"ת אין ראיה שפיר עבדא חסרא להחם חמין להטיל לתוך המקוה הצוננים עכ"ל. וזה סותר לכאורה לפיסקא דר"ת שהובא במרדכי לאסור בזה, אמנם במרדכי הביא ג"כ הך מלתא ואיתא שם מיהו לפי' רבינו חננאל וא"כ י"ל דט"ס בתוס' וצ"ל ר"ח, גם יש שינוי לשון בהרא"ש ובמרדכי שכתבו וז"ל להחם חמין להטילם במקוה אם יראה מן הצינה עכ"ל. א"כ י"ל דרק בהפגת צונן בלבד שרי ור"ת אפשר דלא אסר בעובדא דידיה רק לעשות פושרין וכמו דחלקנו לעיל אלא דהמרדכי לנפשיה סובר דאף בהפגת צונן אסור להר"ת.

גם נראה לכאורה להסתייע להתיר, דלגירסת רש"י ביומא דל"ד ע"ב ואין שבות במקדש אלא דבצירוף דרבנן דשא"מ מותר, וא"כ ע"כ מדלא משני בקיצור דאין שבות במקדש, ע"כ משום דס"ל להש"ס דלא היה הכרח כ"כ דשלא לצורך לא התירו שבות כמ"ש הכ"מ סוף הלכות בית הבחירה (פ"ח הי"ב), וא"כ ממילא מדהתירו הטבילה ע"י הטלת מים חמין ע"כ הוי טבילה מעליא, וגם אין לומר דלעולם דלא הוי טבילה מעליא רק במקדש הקילו, והא דלא משני הש"ס לענין צירוף כן כיון דבלאו הכי הוי שבות משום ריעותא דטביל' דהגם ע"י עששיות אסור בגבולין להמרדכי משום גזירת מרחצאות, אם כן הוי כמו ב' שבותים דגם במקדש אסור כמ"ש הר"ע ברטנורא פ"ג משנה ג' דעירובין לענין בה"ש, דדווקא התם הב' שבותים דשבת נינהו, אבל הכא אין ענייניים שווים ול"ש אהדדי ולגבי כל אחד הוי רק שבות א' ומה"ט ל"ד גם כן מ"ש תוס' נדה ס"ז ע"ב ד"ה משום וכו' דב' ריעותא בטבילה לא מקלינן, דהא ריעותא דמלאכת צירוף ל"ש כלל לענין הטבילה, וגם א"ל דמש"ה לא קאמר הש"ס ורש"י דצירוף מותר משום דאין שבות במקדש כיון דיש כאן עוד שבות דשבת מחמת רחיצת חמין ביוה"כ והוי ב' שבותים דשבת, דז"א דדברי הרע"ב הנ"ל תמוהים ולא מצינו חבר לדברי הרע"ב בזה.

[א"א ב"ה ראיתי במשניות א"א המחבר שכתב בגליון דברי הרע"ב הנ"ל וז"ל תמוה לי הא באילן למטה מי' ג"כ ב' שבותים דמפיק מכרמלית לרה"ר וגם משתמש באילן, אח"כ מצאתי בתשו' שער אפרים סי' כ"ו שתמה כן, ועיין בחידושי אבן העוזר שכתב ליישב כיון דאין ב' שבותים באים כאחד דבשעה שמשתמש באילן עדיין לא הוציא לרה"ר ואח"כ כשמוציא לרה"ר שוב אינו משתמש באילן בזה מקרי חד שבות עכ"ל אמ"ו

נ"י. מזה תבין דהכא דשבות דצירוף ושבות דרחיצת חמין דלא הויין ביחד מקרי רק חד שבות].

עוד הי' נראה להוכיח גם להתוס' דלא כשיטת המרדכי, דמ"ש המרדכי דהקילו במקדש דאין שבות במקדש לכאורה ליתא למ"ש תוס' בשבת מ"ב ד"ה (גחלת) [אפילו] וכו' וכיון דבשבת אסור וכו' כ"ש בעלמא, וכתב המהרש"א שם אע"ג דאין שבות במקדש היינו לענין איסור דשבת, אבל בשאר אסורין אין חילוק בין מקדש לגבולין עיי"ש. וא"כ ע"כ כה"ג הוי טבילה מעליא גם בגבולין. וגם א"ל דזה יצא מן הכלל כיון דהעבודה אינה כשירה אלא בכהן גדול וכפרת יוה"כ חלוי בו התירו טבילה כזאת שלא יחלוש דאם כן למאי נקט הש"ס גבי צירוף הטעם משום דאין שבות במקדש דמשמע דרק מהאי טעמא התירו ולא משום הכרח אחר, וא"כ לענין טבילת חמין דל"ש כן לסברת המהרש"א ע"כ דגם בגבולין שרי.

אמנם נראה דאין ראי' לזה לא לשיטת רש"י ולא לשיטת תוס' והיינו די"ל דבוודאי הי' הכרח גדול משום חששא דחולשא דכה"ג והוצרכו להתיר טבילת חמין כה"ג, רק לענין מלאכת צירוף הי' ראוי לאסור כיון דאפשר בתקנתא דמתני' לשפוך חמין כיון דגם ע"י עששית יש בו משום טבילת חמין חהמרדכי, וא"כ יותר ראוי להתיר דדווקא בשפיכת המין דנרוויח בזה שבות דמלאכת צירוף, ולזה קאמר לטעם או דאין שבות במקדש ומותר בלא הכרח גדול או דהוי דשא"מ דמותר במלאכת דרבנן, וא"כ אינו מוכח מידי להתיר.

ואדרבא יותר יש להביא ראיה מסוגיא זו לאסור, כי באמת קשה לכאורה להכ"מ הנ"ל דהיכי דאפשר בענין אחר לא התירו שבות במקדש, א"כ אמאי התירו צירוף עששית לגירסת תוס' דאין שבות במקדש, הא אפשר ע"י מים חמין, וכן מצאתי אח"ז שתמה המ"ל סוף הל' בית הבחירה (שם פ"ח הי"ב), ומזה הי' לכאורה ראי' לחלק דלהטיל חמין למקוה אסור מדרבנן כיון דשם שאובין עליו אבל ע"י עששית מותר, וא"כ אין חילוק בין תקנתא דעששית לתקנתא דמים חמין דבין ובין כך איכא שבות, דבמים חמין איכא ריעותא ובעששית יש ריעותא דמלאכת צירוף. אולם לסברת המהרש"א הנ"ל קשה בהיפוך דנתיר דווקא ע"י עששיות דאין שבות במקדש אבל לא בחמין דלענין ריעותא דטבילה מקדש וגבולין שווים וע"כ או דבשניהם יש ריעותא דטבילה או דבשניהם ליכא ריעותא דטבילה ונסתר סברת הכ"מ הנ"ל. אח"כ מצאתי בירושלמי פ"ג דיומא שהקשה על ר"י דעששיות וז"ל ויחם חמין (דלמה נתיר שבות דצירוף הלא אפשר בחמין), ומשני טעם דהדין תניין שלא יהא אומרים ראינו כה"ג ביוה"כ במים שאובין, וכתב הקרבן עדה דמזה סייעתא גדולה לר"ת דאסור ליתן מים חמין למקוה לטבול בהן והניח בצ"ע ע"ש.

וחידוש שלא הערה דגם דעת המרדכי נסתר לכאורה במאי דמשמע דליכא שום טבילה בחמין אף ע"י עששית דמשום גזירת מרחצאות נגע בה, ואין היתר רק בחמי טבריא, א"כ דגם בעששית הוי ריעותא דטבילה בחמין, עדיין קשה למה נתיר בחנם שבות דצירוף וכנ"ל. אמנם לענ"ד אין ראיא כלל מהירושלמי דמשמע דלאו משום טעמא דגזירת מרחצאות קאמר, אלא דכאשר יראו השופכים חמין יסברו דטובל בשאובין, וא"כ קשה מ"ש משופך צוננים בעלמא למקוה שלימה, אע"כ דדווקא בהנך טבילת דכה"ג חשו לה כיון דהנך משום חומר דקדושת יום הכפורים הוא, יאמרו דהוא רק לטהרה יתירה ומהני בשאובין אבל בעלמא י"ל דלא חשו דמעשים בכל יום דשאובין פסול למקוה.

עכ"פ אחרי דבררנו דעת תוס' ספ"ק דתענית ובתמורה ס"ל דליכא איסור בחמין היכא דלא הוויין שאובין, וכ"כ תוס' והרא"ש מפורש בשם הר"ח. וגם ההגהת מרדכי כ"כ בשם הראב"י והריב"א כדאי הנך פוסקים לסמוך עלייהו, דהרי בוודאי מדינא עיקר כהנך פוסקים מדלא מחינן להנוהגין כן ונתפשט זה למנהג פשוט, אם כן בוודאי י"ל דדברי הרמ"א בעצמו הוא רק בדרך חומרא בעלמא. וגם אפשר דלהפג צינון בעלמא מודה הרמ"א דמותר לכתחילה, אבל בכה"ג במקום דחק דאיכא למיחש משום צנועות דימסרו עצמן בשעת הקרירות גדולות ויוכלו לבוא לסכנה, וקצתם יבטלו טבילת מצוה בוודאי אין להחמיר, דהרי לענין טבילה ביום ח' דאסור מדינא משום סרך בתה אעפ"כ הקילו חז"ל מפני צינה או פחד גנבים, ק"ו בכה"ג דמעיקר הדין שרי דהרי לא מחינן להנוהגין כן, וכמדומני נתפשט ההיתר בכל גלילות פולין, א"כ ראוי לסמוך במלתא דרבנן בשעת הדחק, ובפרט להפיג צינתן בעלמא עד שלא יקרא עליו שם חמין בוודאי נ"ל להתיר. וחד מחברייא הוסיף ליתן טעם לשבח די"ל במקוה שע"י מי הגשמים בזה שייך גזירת שאובין, משא"כ במעיין דמדינא אף במעיין כ"ש יכול לרבות עליו שאובין בזה לא גזרו. ובזה יש ליתן טעם דלא גזרו כן במקדש גבי טבלת כה"ג כיון דהי' שם מעיין כדאיתא יומא דף ל"א עכ"ד. והנה אף שהחילוק בעצמותו נכון בסברא, מ"מ מדטרח המרדכי למצוא טעם ההיתר על טבילת כה"ג דל"ג שבות במקדש משמע דס"ל דגם במעיין אסור. וגם ממ"ש המרדכי שם ואל תשיבני מחמי טבריא שיש הפרש וכו' וכתב עוד שם הא דתני בתוספתא שפשוף או שטבל בחמין דיש לדחוק ולאוקמי בחמי טבריא, משמע דליכא גוונא להיתירא אלא בחמי טבריא אבל לא במעיין דומיא דחמי טבריא:

סימן נא

לק"ק ליסא.

לידידי הרב המאה"ג מו"ה **מענדל** נ"י אבד"ק **לעסלא**.

ע"ד הענין באשה ששהתה תחת בעלה ג' שנים ואחר כך טענה שאין לו גבורת אנשים ושעדיין היא בתולה ובאה בטענה בעי' חוטרא לי'. הנה הבנתי ממכתבו שאין מבוקש לדון עכשיו בדין כפיי' על הגט כי באמת הדין ערוך לפנינו בש"ע אה"ע סימן קנ"ד דמסקנת הרמ"א דבאומדנא שהדין עמה כופין אותו להוציא, ואף בשוטים היכי דבאה בטענה, ובוודאי גם על זה פקחתם עיניכם היות שפרסמה דברים תחילה שלא בפני ב"ד ושלא בפני בעלה, ובזה כתב הד"מ סימן י"ז וסי' קנ"ד בשם הריב"ש דשוב אינה נאמנת לומר כן בפני בעלה דאזדא חזקה דאין אשה מעיזה, כיון כיון דכבר התחילה לטעון כן שלא בפניו, והובא בב"ש סימן י"ז. אולם הש"ך בספרו ג"א דחה זה בב' ידים. אולם עיקר מבוקשת ידידי נ"י ואריכות מכתבו לדון אם הבעל חייב במזונותיה עד שעת הגירושין הן במודה לדבריה הן בהכחישה.

פתח דבריו יאיר דלמ"ש תוס' ס"פ הבע"י דבטוענת אין לו גבורת אנשים אין לה תוס' כתובה כיון דליכא חובת ביאה, הוי כנכנסה לחופה ופרסה נדה דאיבעיא דלא איפשטא היא ע"ש, א"כ ממילא תליא במחלוקת הרמב"ם והרא"ש בחופת נדה אם היא כאשתו ממש והוסיף ידידי נ"י דאף למ"ש הרמ"א דחופת חולנית סכנת מות לא הוי חופה ליורשה גם להרא"ש, מ"מ הכא עדיף דדעתו לבעול אותה כשיתרפה, ובפרט דגם בחולנית סתם הח"מ לדברי הרמ"א דרוב חולים לחיים ע"כ דבריו. אי משום הא לא אריה די"ל לאידך גיסא דאף להח"מ דווקא בחולנית דהוא ענין טבעי ורוב חולים לחיים ושולח גט והוא חולה נותנים לה בחזקת שהוא קיים, אבל בנ"ד דהוא ענין השתנות אף דידוע לנו דקצתם נתרפאו, מ"מ מאן מפיס דרפואתו שכיח ורובם מתרפאים. אולם לפי הראיה הב' של הח"מ נגד הרמ"א מההיא דיש חופה לפסולות, מזה ממילא מוכח דאף היכי דלעולם לא תהי' ראוי לביאה הוי חופה וה"נ בנ"ד, הגם דראיה זו יש לדחותה בקל דכמו דיתרץ הרמב"ם ההיא דיש חופה לפסולות וע"כ כמ"ש הלח"מ כיון דברצונו לבוא עליה באיסור מקרי חזיא לביאה מיד הכי נמי י"ל לדעת הרמ"א אליבא דהרא"ש, הרי מ"מ זכינו לדון דעכ"פ לעת הר"ן שהביא ראיה נגד הרמב"ם מההיא דיש חופה לפסולות מוכח דע"כ ס"ל דאף היכי דלעולם לא חזיא לביאה מקרי חופה מעליא. וגם מדברי תוס' הנ"ל שדימו אין לו גבורת אנשים לחופת נדה, ומשמע דאם תפסה תוספת כתובה לא מפקינן מינה משמע דלא גרע מחופת נדה, וא"כ ממילא להרא"ש היא כאשתו לכל דבר. וגם בלאו הכי דברי הרמ"א מוקשים דהרי אחרי שיישב הרא"ש לדברי הרמב"ם דהא דמשמע דהאיבעיא רק לענין תוספת כתובה היינו בפרסה נדה, אח"כ חזר והקשה דמ"מ

כיון דעכ"פ הסוגיא לא מיירי מזה מנ"ל להרמב"ם להוליד דין חדש דחופת נדה לא הוי חופה, א"כ לדברי הרמ"א תיקשי כן להרא"ש לנפשיה כיון דעכ"פ הסוגיא לא מיירי מזה מנ"ל להמציא דין חדש דבלא חזיא לביאה כלל לא הוי חופה, גם בעיקר יסודו של הרמ"א בדברי תשובת הרא"ש כבר העלה בשו"ת חכם צבי מרגניתא טבא בסימן קכ"ד א"כ בוודאי יש לסמוך לענ"ד דלהרא"ש בכל ענין הוי חופה מעליא.

אולם מ"ש ידידי נ"י דגם להרמב"ם בנידון דידן חייב במזונות אף דהוי כארוסה, מ"מ הא אגידה ביה מחמתיה, ודימה זה לארוסה מגורשת ואינה מגורשת דחייב במזונות לשיטת רש"י כתובות צ"ז, לענ"ד אינו דומה התם דנתחייב במזונות כיון דמוטל עליו לכנסה כשהגיע זמן וחשבוהו רבנן כאשתו דבידו לכונסה ומש"ה בגירושין כזה דלא נפסק אגדה ממנו לגמרי לא פסק החיוב מזונות ממנו, משא"כ בנ"ד דאין עליו חיוב לכונסה דמה יעשה ומשמים עכבוהו, י"ל דמשום מניעת הגירושין לחוד לא מחייב במזונות היכא דליכא צירוף מניעת כניסותו אותה לאשה.

ובאמת בלאו הכא נ"ל לדון ולחייב בנ"ד הבעל במזונות כיון דאנן כותבין ואנא אפלח ואוקיר ואיזן וכו' הרי דנשתעבד לה לחיוב מזונות וסביר וקיבל, ועיין בהגהת ש"ע אה"ע סי' צ"ג סכ"א דמשמע דהקנין שעושין קודם וסמוך לחופה קאי על המזונות בחייו ושאני דינא דתוס' כתובה דאף דהתחייב עצמו י"ל דאמדינן דעתיה דלא גמר והקנה רק אדעתא דחיבה אחר שיתרפא כיון דבלאו הכי עכשיו אינו מתחיל שום חיוב עד שתתאלמן, אבל לענין חיוב מזונות דמתחיל מיד הרי דסביר וקיבל ליזון אותה אף קודם חיבת ביאה, ואף דהרמב"ם ס"ל דא"י לחייב עצמו בקנין בדבר שאינו קצוב מ"מ הא רובם ככולם חלקו עליו בזה.

אמנם נראה דזהו ליתא די"ל דלא ידע בנפשי' שאין לו גבורת אנשים ומש"ה נתחייב עצמו במזונות ע"ד תיקון חז"ל, ואף דמעכ"ת כתב דמסתמא ידע בנפשי' והביא ראיה מתוס' יבמות ס"ט הבע"י דאין לפטרו מדין תוספת כתובה באומדנא דאדעתא למשקל ולמיפק לא אקני לה לידה דנשאת לו רק אדעתא דאישות.

לענ"ד כוונת תוס' כיון דידוע לו דנישאת רק ע"ד אישות הוי כנתחייב לנהוג לה אישות ובאם לאו ראוי' לה להיות נפקעת ממנו, א"כ משום הכי לא מקרי מפקעת עצמה לומר לגביה אדעתא למשקל ולמיפק, דכל שא"א לו לנהוג לה אישות כראוי ראוי לה להפקיע עצמה ממנו.

ומ"ש ידידי נ"י לפום דרכו דידע איהו בנפשיה להפליא על תוס' שכתב דאין לה תוספת כתובה דדמי' לחופת נדה הא אדרבא דמי לח"נ והכיר בה בתחלה שהיא נדה שיש לה

ת"כ כמ"ש החכ"צ דלא גרע מאלמנה לכהן גדול דיש לה תוספת כתובה ואף אם לא ידע בתחלה במומו, מ"מ י"ל דאח"כ כשנתגלה לו מומו ונתייחד עמו קנתה, ודומיא למ"ש הר"ן ס"פ אלמנה ניזונית באיילונית ולא הכיר בה עכ"ד.

נפלאתי על ידידי נ"י דאיך שייך לערוך בזה מערכות קושיא על דברי תוס' הא אדרבא מסתימת רוב הפוסקים משמע דס"ל אף בהכיר בה שהיא נדה לא קנתה. וראיית החכם צבי אינה מכרעת לענ"ד מלבד דס"ל די"ל כיון דדעתו לבוא עליה באיסור מקרי חזיא לביאה כסברת הלח"מ הנ"ל, גם יש לומר דערבך ערבא צריך, דלמא באמת אלמנא לכה"ג לית לה תוספת כתובה אא"כ אחר שבא עליה. אולם לכאורה יועיל לנו דמיון של מעכ"ת נ"י אם נדון כסברתי הנ"ל לענין חיוב מזונות דאף דדחינו הדבר דבשעה שנתחייב לא ידע בנפשי' דאין לו גבורת אנשים, בזה יש לדון כסברת ידידי הרב נ"י כיון דאחר שנתגלה לו מומו חזר וזן אותה הרי סבר וקיבל. אמנם לענ"ד לענין זה לא דמי להההיא דהר"ן דעיקר סברת הר"ן כיון שידע אחר כך שהיא איילנות ואינו מקפיד א"כ נתקיים המקח והיא כאשתו לכל דבר וחייב בכתובה, משא"כ בנ"ד דגם עתה א"א להיות כאשתו אם נדון כדעת הרמב"ם דחופה דל"ח לביאה הוי כארוסה, א"כ ממילא אין לה חיוב מזונות עליה א"כ מה בכך דזן אותה, וכי בשביל זה יתחייב לזון אותה לעולם, וכי אם זן ארוסתו שעה אחת חייב לזונה לעולם, והרי מצד הקנין כבר כתבנו דהי' רק כפי תקנת חז"ל כיון דלא ידע ממומיה וא"כ בטלה לו חיוב מזונות ממנו, גם בלא"ה אינו נוח לי סברתי הנ"ל ואף בהכיר מומו מתחלה ושעבד נפשיה בקנין ואנא אפלח, מ"מ לגבי זה בוודאי האומדנא נכונה דלא נתחייב רק לכל זמן שתהיה יושבת תחתיו ומשמשתו, אבל לא בבאה להפקיע ממנו.

גם מה דפשיטא ליה לידידי נ"י דלהרא"ש היא כאשתו לכל דבר וחייב לזונה, יש לגמגם ביה טובא, דיש לומר כיון דא"א לו לבוא עליה אין בו דין חופה כלל כמו דאמרינן ביבמות מודה רב בקטנה כיון דלית לה ביאה לית לה חופה ושאני בההיא דחולנית סכנת מות, מ"מ אלו בא עליה ביאתה ביאה אלא דאינה עומדת לביאה, בזה הוי כמו חופות פסולות אבל הכא דאין באפשרות לבוא עליה וביאתו אינו ביאה י"ל דדמי לקטנה, האמנם דיש לחלק דהכא רק משום חלישות כח הוי ואולי אי מבדרי לי' סמא יהי' עכשיו מיד חזיא לביאה, משא"כ בקטנה דא"א בשום פעם קודם זמנה, מ"מ הדבר צריך ראיה, ומדברי תוס' יבמות דף ע"ב ע"א ד"ה מבחוץ וכו' אין ראיה לזה דהתם סמי' בידינו לקורעו ולשוויי' לבר ביאה, וכעין זה מחלק הש"ס ר"פ מי שאחזו לענין קורדייקוס ואין לי ראי' זולת

ממשמעות דברי תוס' ספהבע"י דמשמע דאין לו גבורת אנשים דמי ממש לחופת נדה ורק מספיקא לית לה תוספת כתובה אבל לא דמגרע גרע וכנ"ל ועדיין צ"ע.

גם יש לי פקפוק גדול לומר דמשעה שתבעו לגרש והדין באמת דכופין אותו אין לה עוד מזונות כיון דבעמוד והוציא קאי ויש לדמותו קצת לאלמנה לכה"ג ביבמות פ"ה ע"א דמבואר שם אף דבלותה ואכלה מבעי' בש"ס אם יש לה מזונות, מ"מ בלא לוותה ותובעת להבא, אין הב"ד פוסקים לה כיון דבעמוד והוצא, ואף די"ל דדווקא היכי דבעמוד והוציא קאי מצד איסור משא"כ בנ"ד, מ"מ גם בהיפוך אין ראיה דאולי כל שהדבר עומד להתגרש שוב אין הב"ד פוסקים לה מזונות כיון שהב"ד רוצים לכופו לגרש אין שייכות לחיוב מזונות.

והנה באם נדון דבנ"ד יש לה מזונות, בזה יצא ידידי רופ"מ לדון במכחישה גם כן יש לה מזונות, הנה בכל דברי ידידי נ"י לא מצאתי יסוד מוסד לזה, זולת סברתו האחרונה ונדבר מזה, כי מ"ש מעכ"ת בכוונת הר"ן בטעם אחד שכתב דגרשתני יש לה כתובה ומדמי לה למתני' היינו דכוונת הר"ן משום חזקה דאינה מעיזה פנים אלים להוציא ממון דקדוק קלוש למאוד, דלא מצינו כלל דאסבר לה הר"ן בב' טעמים אלא שהביא ב' ראיות, ובתחלה בא רק לברר הדין דעכ"פ מדמה לה הש"ס למתני' מוכח דיש לה כתובה יהיה מאיזה טעם שיהיה, ואח"כ כתב ראיה שנית דהא במת בעלי נוטלת כתובה משום מדרש כתובה, וא"כ ממילא יש לומר דטעמא דגירשתני דיש לה כתובה הוא רק משום מדרש כתובה, דהרי מנ"ל להמציא דבר חדש דהחזקה אלים להוציא ממון הא יש לומר דטעמא דמתניתן משום מדרש כתובה, גם בהר"ן פ"ב דכתובות כתב להדיא דבגירשתני יש לה כתובה משום מדרש כתובה.

תו כתב ידידי נ"י להוכיח כן והקשה מזה על הרא"ש דס"ל דגירשתני כיון דמכחישה בברי אין לה כתובה מסוגיא דילן למאי דאמר רב משרשי' השמים ביני לבינך דמ"ר קשיא לרבא, דהרי דלא הי' ס"ל טעמא דכסופא והי' ס"ל דטעמא דמתני' משום חזקה דאינה מעיזה, וממילא ע"כ מיירי במכחישה בברי דאל"כ ליכא העזה, הרי דמוכח דאעפ"כ יש לה כתובה, לכאורה קושיא אלימתא הוא להרא"ש, ונלע"ד דלר' משרשיא י"ל דאוקי מתני' בטוענת אין לו גבורת אנשים, ונאמנית על הכתובה במגו דהי' טוענת דאינו יורה כחץ דאז לא הי' הכחשה בברי, ומ"מ היתה נאמנת מטעמא דכסופא. וגם ר"מ ס"ל לטעמא דכסופא, אלא דמ"מ הוכיח דמ"ר קשיא לרבא, דלרבא דחזקה דאינה מעיזה לא מהני רק חזקה דכסופא א"כ, אלים טענית דכסופה מטענת העזה, ממילא ליכא מגו דלא היתה טוענת כן משום כסופא, אע"כ דגם טענת העזה אלים כ"כ וכי היכא

דמעיזה ה"נ לא היתה חוששת לכסופא, וממילא גם לענין כתובה נאמנת במגו ולא הוי מגו להוציא כיון דמסייע לה שטרא.

אמנם נראה דליתא די"ל דלא הוי מגו דהא אם תטעון שאי"כ אולי יבדוק עצמו באשה אחרת ויוליד ממנה בנים ותתבדה ותוחז, אבל בטענת א"ל ג"א לא תהי' כמשקרת דיכולה לומר דאצלה א"ל גבורת אנשים כדאיתא בהגהת ש"ע שם סימן קנ"ד [ואפשר דגם בטענת אי"כ לא מהני מה שיבדוק עצמו רק להפקיע כתובתה דניכר דהמניעה ממנה דלא זכתה להבנות ממנו. אבל מ"מ לא תהיה כמוחזקת לכפרנית ואצלה איו"כ, דאף דמ"מ טענת אי"כ גרוע דעכ"פ אם יבדוק את עצמו תפסיד כתובתה, מ"מ י"ל דבאמת לס"ד דרב משרשיא גם בטענת אין לו גבורת אנשים ובדק עצמו א"ל כתובת דאינה נאמנית יותר ממה שנאמנית בטענת אי"כ, ועדיין יש לפקפק דבאמת נבוך אנכי לדינא למאי דקיי"ל בשהתה עמו י"ש ולא ילדה וטוענת דאי"כ נאמנת גם למ"א, דמ"מ י"ל דבשהתה יותר מי' שנים אינה נאמנת דהא סברה וקבלה, אף דהאחרונים סתמו ולא פירשו כן מ"מ נלע"ד דמפורש כן בתוס' יבמות ס"ד ע"א ד"ה יוצא וכו' ובכתובות ר"פ המדיר במ"ש דהא דלא חשיב במתני' שכופין להוציא גם י' שנים ולא ילדה ובא בטענה, דא"כ לא הוי מצי למיתניה עלה בין שהי' לה עד שלא נישאת וכו' וכן מפורש עוד בתוס' יבמות ס"ה ע"א ד"ה שביני לבינה וכו' ומה שלא אמרה מיד משום דעד י"ש לא היו חוששין לדבריהם ולא הי' מאמינים להם, משמע דבלא"ה אמרינן סברה וקבלה כיון דלא אמרה כן מיד עכ"ל, וכל זה בטוענת אי"כ אבל בטוענת א"ל גבורת אנשים נראה דל"ש לומר כן דמחלה לו שלא יהא לה אישות לגמרי ובוודאי גרע מהמומין הגדולים דלא מהני בהו סברה וקבלה. ומעתה הרי לר' משרשי' דמוקי למתני, בטוענת א"ל גבורת אנשים ממילא משמע אף בשהתה תחתיו הרבה ולא טענה, ובזה לית מגו דאי"כ דבשהתה תחתיו אמרינן סברה וקבלה. ואולי יש לדחוק דבאמת לס"ד דר' משרשי' מיירי מתני' בטענה א"ל גבורת אנשים ג"כ רק בטוענת מיד, ואעפ"כ כתבתי כן מחמת חידוש הדין שנולד לנו לענין סברה וקבלה.

ונ"ל ליישב קושייתם על הרא"ש במה דנדייק לישנא דהש"ס דבנדרים אמרו ה"נ היא גופא קא אמרה נהי דבביאה ידע בי"כ מי ידע, ואלו ביבמות אמרו היא קים לה בי"כ והוא לא קים לו, ולזה נלע"ד דבאמת אפשר דהוא ידע גם כן ומרגיש בוודאי האמת אתו דהוא י"כ, אלא דמ"מ לא נחשב להב"ד להכחשת ברי על טענתה כיון דאפשר דטוען כן משום דלא קים ליה בגווי' כ"כ וטוען כן משום אומדנא דידיה, וכעין מה דאמרינן לענין פ"פ מצאתי א"כ י"ל דדווקא לענין דיהי' נקרא הכחשת ברי בזה טענינן אולי לא קים

לי' כ"כ בגווי' אבל מ"מ עדיין שייך גבה חזקה דאינה מעיזה, דאם ידעה דמשקרה לא היתה מעיזה כיון דיודעת שהאמת שהוא י"כ מסתמא גם הוא יודע האמת בבירור ואיך נאמר דיכולה להעיז ולסמוך דהבעל יתלה בעצמו דלא קים ליה בגווי', ולזה מוכח הש"ס בנדרים להסביר הדבר היא גופא אמרה נהי דבביאה ידע ירצה שהיא סוברת דהוא לא ידע כלל ענין י"כ.

ומה מתקו שפת אמת דברי הרא"ש בנדרים שכ' וז"ל וטועה היא וסבורה היא שאין הבעל מרגיש בי"כ, ולכאורה תמוה מה טעות הוא, הא באמת לא ק"ל כדאמרינן בנדרים, אלא וודאי כדברינו דמסברת לא קים ליה לחוד, מ"מ הי' מקרי העזה אלא דהיא טוענת שאינו מרגיש כלל בי"כ, ומעתה י"ל דר"מ הי' סבור כפשטא דהוא לא ק"ל בי"כ, אבל לא דהיא טוענת שאינו מרגיש כלל וא"כ הוי העזה מש"ה נאמנת ומ"מ לא הוי הכחשת ברי די"ל דלא קים ליה בגווי'.

ומ"ש ידידי נ"י בסוף דבריו העולה מזה דלא מבעיא להפוסקים דס"ל דבגירשתני נוטלת כתובתה, ולזה הסכים הש"ך בספרו ג"א דבוודאי בנידון דידן נאמנית לענין מזונות אף במכחישה עכ"ד. זה אינו דהא רוב הפוסקים ס"ל דגובית כתובתה רק מטעם מדרש כתובה ולא תוספת כתובה א"כ מוכח בהיפוך דחזקה דאינה מעיזה לא אלים להוציא ממון.

ובאמת לקושטא דמלתא בער אנכי ולא אבין דעת רבותינו הקדושים ובראשם הר"ן שכתב תחלה דבגרשתני נאמנת ליטול כתובה משום מדרש כתובה, ואח"כ כתב דלפ"ז בטוענת אין לו גבורת אנשים גם כן נוטלת כתובה, ותמוה לי דבשלמא בגירשתני וכן במת בעלה שייך סברת מדרש כתובה דכיון דמאמיני' לדבריה שנתגרשה או נתארמלה ומתירין לה להנשא, וממילא הוי זמן גביית כתובה, אבל בטענת אין לו גבורת אנשים הא בלאו סברת מדרש כתובה, הא פשיטא דאחר שנתגרשה לפנינו תהיה גרושה בוודאי, אלא דטענת הבעל דבגירושין כזה ע"י הפקעתה ממנו בטענת שקר לא נתחייב לה כתובה, א"כ מה יועיל לזה מדרש כתובה. ואם נדון דאף במפקעת עצמו שלא כדין יש לה כתובה מדינא כדחזיא במורדת דלא קנסוה רק לפחות לה כתובה ועיין תוס' ר"ע אעפ"י ד"ה ועוברת ע"ד שכתב דקנסא היא, משמע דמדינא אף דמעשיה גרמו לה אית לה כתובה, [וצ"ל בנודרת היכי דהיא נתנה אצבע בין שיניה ג"כ רק משום קנסא] וא"כ י"ל דלענין זה מהני חזקה דאינה מעיזה שלא נתחזקה לעיני ב"ד לדונה כמורדת ואין קונסין אותה, א"כ בלא ספק מדרש כתובה גם כן יש לה כתובה כיון דבוודאי היא גרושה בפנינו ומותרת לעלמא וא"כ שייטי' דמדרש כתובה לא ידענו להסביר גבי השמים ביני לבינך.

תו כתב ידידי נ"י עפ"י הקדמת המהרי"ק דגם רבא דס"ל דגרשתני אינו נאמנת, מ"מ בטוענת אין לו גבורת אנשים נאמנת אפי' למ"א, דבמקום העזה וכיסופא מודה דנאמנת, א"כ ה"נ יש לומר בכה"ג נאמנת להוציא ממון, אולם אינו מוכרח, דיש לומר דסברת מהרי"ק כי היכא דחזינן דרב המנונא למד דמ"א מודה במקום חזקה דאינה מעיזה, והיינו די"ל במקצת סניף מודה המ"א למ"ר וכעין אפושי פלגותא לא מפשינן. הכא נמי הוא הדין לרבא דס"ל דעיקר דנאמנת למ"ר הוא משום כסופא דעדיף מחזקה דהעזה מ"מ מודה המ"א היכי דיש עם הכסופא גם חזקה דהעזה דנאמנת, או דאנן אמרינן כיון דלרב המנונא נאמנת משום העזה לחוד ה"נ לרבא עכ"פ הוי צירף לטעמא דכסופא, וא"כ כל זה היכי דמפורש דלחד תנא או לחד אמוראי מהימן י"ל דאידך מודה ליה בכה"ג עכ"פ, אבל לענין כתובה י"ל דלכ"ע לא מהני טעמא דאינה מעיזה וא"כ אף בצירוף כסופא י"ל דלא מהני.

אולם יש להסתייע לידידי רומפמכ"ת בדבר זה, דלכאורה יש לעיין איך למד רבא גרשתני מן טמאה אני לך למ"ר דלמא שאני התם דליכא חזקת אשת איש כנ"ל דהא עכשיו אין דנין אותה לפנויי' אלא דמכריחים אותו לגרש, ואף דבריש גיטין אמרינן לענין בפ"נ דמקרי אתחזק איסורא, אף דג"כ דנין רק אם ראוי' להתגרש בגט זה, מ"מ אחר שתתגרש שוב י"ל דחזקת אשת איש מורה דהגט לא נכתב לשמה ואינה מגורשת, משא"כ הכא דעכ"פ אחר שתתגרש בפנינו בוודאי תהי' גרושה גמורה לפנינו, [ואולי י"ל דאם באמת שקר בפיה מקרי גט מעושה שלא כדין ובטלו הגרושין ועיין] משא"כ בגרשתני דהוי חזקת אשת איש כנגדה, וצ"ל דמ"מ בטא"ל הוי גם חזקת היתר שאינה טמאה לו אך עדיין יש לעיין דלמא טא"ל מהני חזקה דלא עבידי לבזויי נפשה לסלק חזקת ההיתר ובאמת מכ"ש דחזקה דאינה מעיזה מהני אף למ"א לסלק החזקה, אבל מ"מ י"ל דבטא"ל מאחר דנסתלק חזקה דהיתר שוב נאמנת בברי כדין ע"א, ואף בדבר שבערוה היכי דליכא חזקה נסתפקו תוס' יבמות פ"ח עיי"ש, משא"כ בגרשתני דהבעל מכחישה בברי והוי עד אחד בהכחשה, ובאמת בלא"ה קשה לי למ"ש הרא"ש ספ"ק דכתובות בסוגיא דארוס וארוסתו דאם הארוס מכחישה גם ר"ג מודה דהולד פסול דהוי ברי וברי הרי דגם לענין איסור משגחי' בברי דידיה א"כ בוודאי יש לתמוה דלמא חזקה דכסופא או העזה מהני רק שלא במקום הכחשת ברי ודומה ממש לראו' מעוברת דברי וחזקה מהני, ומ"מ לא אמרינן היכי דהוי הכחשת ברי ואם כן ה"נ בגרשתני דהוי הכחשת ברי י"ל דא"נ. והוא לכאורה פליאה עצומה.

ולזה נלע"ד בהכרח קושיא זו לומר דבטא"ל איכא תרתי חזקה דהיתר ורוב שלא נטמאו, וכיון דחזקה דכסופא מהני נגד רוב וחזקה, ה"נ לכ"ש דמהני נגד חזקה וברי בגרשתני דחזקה ורוב עדיף מברי וחזקה, כמ"ש הרז"ה רפ"ב דכתובות גבי רוב נשים בתולת נישאת כיון דלר"ג במשארסתני נאנסתי מהני ברי וחזקה להוציא ממון, ה"נ מהני חזקה ורוב אף בברי וברי ע"ש. ומעתה שפיר יש לומר דבטוענת אין לו גבורת אנשים נאמנת להוציא ממון חיוב מזונות אף דלית ביה משום מדרש כתובה והיינו כיון דחזינן דבטא"ל דברי וחזקה דכסופא מהני לסלק רוב וחזקה, ה"נ באין לו גבורת אנשים נסתלק משום חזקה דכסופא הרוב וחזקה דממונא. ואי דהוי תלתא להבעל חזקה דממונא ורוב וברי, הא מ"מ כיון דיש לה ג"כ חזקה דהעזה וכל חד וחד לחודיה יכול לסלק רוב וחזקה ממילא במכ"ש דתרווייהו בהדדי יכולים לסלק רוב וחזקה וברי ודוק.

ומ"ש ידידי נ"י בסוף דבריו די"ל דאף אם שקר בפיה ומפקעת עצמה שלא כדין מ"מ מדינא יש לה מזונות עד הגרושין, אלא דבמורדת קנסוה רבנן, ומש"ה עכ"פ אלים להב"ד טענתה ע"י חזקה דהעזה דאינה מעיזה לאמתלא טובה שלא לשווייה כמורדת ושלא לקנסה, וממילא יש לה מזונות, מסתברים דבריו אולם מ"ש ידידי נ"י עוד דנאמנת במגו דאי"כ דאז לא הי' מכחישה בברי ואף דלמ"א אינה נאמנת, מ"מ לענין מזונות כמ"ש הרמב"ם דאין דנין אותה למורדת. זה אינו דדווקא לעשותה כמורדת לפחתה מכתובתה לא משווינן לה, אבל מ"מ לית לה מזונות ג"כ מחששא דעיניה נתנה באחר דאם נתחייב לבעל לזונה תעגן אותו כי יודעת שיהיה קשה לו לזונה ויצטרך לגרשי' ולנקטי' בכובסא. ובזה מיושב מה דקשה לכאורה הא בנטולה אני מן היהודים למ"ר בוודאי אינה יכולה לכופו לגרש דהא ליכא טענה דבעי חוטרא לידה דהא אסורא וקיימא לכ"ע, וכיון שכן איך שייך עיניה נתנה באחר כמ"ש התוס' בסוגיא דמאיס עלי, ולפי הנ"ל ניחא דאם נאמינה דתשמיש קשה עליה יצטרך לזונה ושפיר שייך עיניה נתנה באחר וכנ"ל.

ואזכיר לרופ"מ נ"י מה דקשה לי בההי' ענייננא בסוגיא דנדרים פ"ב ע"א וא"א עינוי נפש ואמאי תהי' נטולה מן היהודים, הא באמת מעיקר הדין למ"ר אנן דנין דתשמיש קשה אלא דמ"א התקינו דלגבי בעל חיישינן דעיניה נתנה באחר אבל איך נוכל לעשות זה לעינוי נפש, הא לגבי אחרים אוקמי אדינא ואמרינן דאמרת כן בשביל שהתשמיש קשה לה וכיון דתשמיש קשה לה פשיטא דלא הוי עינוי נפש וצע"ג.

והתוס' יו"ט נזהר בזה וכתב דלמ"א לא אמרינן דהתשמיש קשה לה אלא דעושית כן להקל עצמה על בעלה, אבל עדיין לא נח דעתי בזה, אף דחיישינן דזה דלא נכוף לבעלה לגרש, היינו הכל לגבי בעלה, אבל לגבי אחרים חיישינן שמא באמת קשה להם.

גם יש לעיין במ"ש התויו"ט סוף נדרים בקושייתו דאמאי אסורה לאחרים בנטולה אני מן היהודים הא אין אחע"א, ותירץ דהוי איסור מוסיף, דמגו דמיסתרא על בעלה מיסתרא ג"כ על אחרים ע"ש. ותמה מזה על תוס' דנקטו זה רק לכולל, ותמהו דהא כולי פרקי ר"י, ור"י לית ליה כולל ודבריו תמוהים דהא נטולה אני ע"כ מיירי באומרת תשמיש שלעולם עלי קונס, דאל"כ הא משעבד לבעלה ואינו חל, וע"כ דאסרה עליה תשמיש וא"כ לא מקרי היא חתיכת האיסור לדון בה דין מוסיף. ואולי יש לומר דמיירי באוסרת תשמישה על כל העולם, והא דחל על בעלה, היינו כיון דאנו דנין דהתשמיש קשה לה תו לא משעבדה ליה, ואף דלמ"א אמרינן דעיניה נתנה באחר ובערמה אומרת כן היינו דחיישינן להכי אבל לא לדונו כוודאי להקל שלא תצרך הפרה, ואולם התויו"ט מדויל ידים למש"ל בשמו דהא דתשמיש הוי עינוי נפש משום דלמ"א אמרינן דאין התשמיש קשה לה, א"כ ליתא לדברינו דבאסרה תשמישה על העולם לא לבעי הפרה דהא משועבדת ליה כיון דדייניגן לוודאי דתשמיש קשה לה, אע"כ באסרה תשמיש עולם עליה וא"כ לא הוי מוסיף ודוק.

ואולם באמת לא ידענא התחלה לקושית התוס' יו"ט הא בכל מקום דאין אחע"א קיי"ל דהאיסור מתלי תלי וקאי, וכשיפקע איסור הראשון חל השני, והכי נמי אחר שנתגרשה ופקע איסור אשת איש חל איסור הנדר ופשוט.

אחר זמן רב בא לידי ספר שער המלך ומצאתי שהערה ממש זה פי"ז מהלכות א"ב עיי"ש. [**א"א ב"ה** ראיתי בס' שער המלך שתירץ דבשבועות ונדרים כיון דאינו יכול לחול בשעה שיצא מפיו תו לא חייל ולא אמרינן ביה מתלי תלי וקאי, וכבר עמד בזה א"א הרב נ"י במכתבו בגליון ש"ך סימן רל"ח ע"ש].

סימן נב

עוד לו.

וע"ד ספיקתו דמר במה דפסקינן בש"ע אה"ע סי' צ"ט בהג"ה דא"י לסלקה מבגדים במעות אלא היא נוטלת בשויין, אם נימא כן גם בתכשיטין כלי כסף וכלי זהב דיש לדייק מלישנא דהריב"ש שכתב דבזה לכ"ע שמין בגרושה, דמלישנא דשמין משמע דאינו יכול לסלקה מהם, וכדדייק כן הח"מ סק"ד ממשמעות לישנא דהטור לענין בגדי שבת ויום טוב עכ"ד.

מסתברא דיכולים לסלקה מהם דהריטב"א דייק לה להך דינא דא"י לסלקה מבגדים מלישנא דהש"ס דקאמר בגדי אלמנה שמין וכו' דמלישנא דשמין משמע שהיא מחזקת

אותם וא"כ אין לך בו אלא חדושו, דהיינו בגדי חול להרמב"ם, וכמו כן להרא"ש והטור דס"ל דגם בבגדי שבת בגרושה אין שמין, דגם בהם אמרינן כי אקני לה אדעתי' למוקי' קמי', הרי דסוגיא דבגדי אלמנה מיירי בבגדי שבת, אם כן ממילא מלישנא דשמין משמע דגם בבגדי שבת שמין ומחזקת אותם, וזהו כוונת הח"מ במה דכתב וכן הוא משמעות לשון הטור, היינו כיון דהטור כתב ל"ש בגדי חול ל"ש בגדי שבת, משמע דחד דינא אית להו דסוגיין מיירי בכל בגדים, וא"כ ממילא דיוקו של הריטב"א הנ"ל שייך גם כן אבגדי שבת דמיניה מיירי הסוגיא לדעת הטור, אבל להרמב"ם באמת בבגדי שבת מסלקין לה מהם, כיון דהסוגיין לא מיירי מזה, ועיין בספר כתובה להגאון פפד"מ נ"י שנקט ליסוד פשוט דלס"ד דמקשן דפריך לרב מההיא דאין להקדש בכסות אשתו, ע"כ דס"ל להמקשן דמסלקין אותה, דאל"כ לא פריך מידי דמש"ה אין להקדש בהם כיון דהם קנויים לה ויכולה ליתן דמיהם ע"ש. הרי דס"ל דהיכי דיכולה ליתן דמיהם אין ההקדש חל, אם כן להרמב"ם דמשמע דבכסות אשתו חל ההקדש בבגדי שבת כמו דס"ל להרמב"ם דבע"ח גובה מהם, וכדמשמע להדיא מלישנא דהרב המגיד פ"א מהלכות מלוה במ"ש וראיתי מי שכתב וכו' ואם הקדשו והעריך וכו' משמע להדיא דלהרמב"ם יש להקדש בבגדי שבת אם כן מוכח דמסלקי לה מהם, דאל"כ איך חל ההקדש, ואף דיש לפקפק על דברי הגאון נ"י די"ל דאין קנוים לה אלא אם כן תתן דמיהם וכל זה שאינה ניתנת דמיהם, צריכה להחזירם אם כן עדיין מקרי על כל פנים לענין זה נכסי הבעל דקנויים לו לדמיהם דויש לו זכות בהם לדמיהם ואם כן חל ההקדיש כמו במקדיש שור לדמיו (וה"ה חביבי המל"ח הבח' החתן החריף ושנין כ"ה אברהם משה נ"י רצה לדון דיש להבעל בהם קנין שיעבוד על דמיהם, ולא גרע מקנין שעבוד' במשכון וחל ההקדש), אך מ"מ לענ"ד דברי הגאון נ"י נכונים דאף דחל ההקדש עליהם היינו במקדישם במפורש, אבל במקדיש נכסיו סתם אין זה בכלל נכסיו כיון שאין הגוף שלו רק לדמיו עיין בר"ן ר"פ השותפין שנדרו, עכ"פ דעת הגאון נ"י בהחלט דזה תליא בזה דהיכא דיכולה ליתן דמיהם בוודאי לא חל ההקדש, א"כ בהכרח דלהרמב"ם בבגדי שבת מסלקים להם מהם, ואף דהמחבר פוסק ג"כ כהרמב"ם דבגרושה שמין לה בגדי שבת, ורמ"א מדשתק אודויי אודי ליה ואעפ"כ פסק דאינו יכול לסלקה מבגדים, ומשמע להדיא דקאי גם אבגדי שבת וכמ"ש הח"מ ג"כ נלע"ד דדעת הרמ"א דהוי ספיקא דדינא ומשום הכי בבגדי שבת שמין בגרושה דהיתומים הוי מוחזקי' בכתובה ומספק מנכין לה, ובלא"ה צ"ל כן, דהרי הרמ"א בחוה"מ סי' צ"ט כתב ויש חולקים והיינו דבעל חוב אינו נוטל בבגדי שבת, וא"כ אמאי סתם הכא כדעת המחבר דבגרושה שמין אותם, אע"כ דמספק הח"מ דשמין לה, ובאמת אם

שווין יותר מהכתובה המותר היא שלה דמספק אין מוציאין ממנה, ודברי הב"ש סק"ד ע"כ היינו רק באלמנה, וכיון שכן שפיר כתב הרמ"א דאינו יכול לסלקה מבגדים אפילו מבגדי שבת, דלענין זה היא מוחזקת ויכולה לומר ק"ל כהרא"ש והטור דגם בבגדי שבת אין מסלקין אותה, אבל להרמב"ם באמת מסלקין לה מבגדי שבת, וא"כ ממילא הו"ה מתכשיטי כסף וזהב להטור והרא"ש, דתכשיטי כסף וזהב להטור והרא"ש הוי כמו בגדי שבת להרמב"ם כנלע"ד.

תו נסתפק מעכ"ת נ"י להרי"ף דס"ל דבגרושה אין שמין, מ"מ י"ל דלאחר מיתתה או מיתתו מחזרת אותם, כיון דהשתא בלא"ה היא מופקעת ממנו בידי שמים, הוא באמת ספק עצום, וקצת נ"ל ראיה לזה ממ"ש הר"ן בשם הגאונים במתנת קרקע הוי שלה לגמרי ואין שמין לה אלמניתה, מההיא דאמרינן לחד מ"ד דבנותן מתנה לאשתו קנתה ואין הבעל אוכל פירות, וא"א דכשתתאלמן או תתגרש צריכה להחזיר למאי הלכתא קנתה לה עיי"ש, וזהו הלכה פסוקה מבלי חולק. ולכאורה יקשה הא לשיטת הרי"ף אזדא לראי' זו דהא י"ל דנ"מ דקנתה לענין הגרושין (בשלמא הא וודאי לא קשה דלהריטב"א נ"מ דיכולה ליתן הדמים, דזה אינו דדווקא בבגדים שייך דאין דעתו שיפשיטוה ערומה, אבל בקרקע אם נימא דלא קנתה לגמרי צריכה להחזיר גוף הקרקע), א"ו מוכח דגם להרי"ף בגרושה אחר שמת הוא או היא חוזרים הבגדים, וא"כ שפיר מוכח דגם להרי"ף דלענין מאי קנתה הא גם אחר הגרושין אין יכולה לכלות הקרקע או למכרה כיון דעומד לחזור בוודאי או לכשימות או לכשתמות, ואי משום אכילת פירות לאחר הגרושין זהו אינו במשמע דלישנא דקנתה והבעל אוכל פירות משמע דקנתה לא מיירי מאכילת פירות רק מקנין הגוף דקנתה והבעל אוכל פירות, גם אפשר דזה לא מסתבר לדון דנתן לה מתנה אכילת פירות לאחר גרושין דמה"ת נימא דיתן לה ענין זכיות דווקא לשעה דתיפוק מיניה, אע"כ דבמתנת קרקע אקני לה לגמרי והוי כמתנה גמורה מעכשיו, והוי ממש כמו קרקע שלה אלא שההבעל אוכל פירות מדין נכסי מלוג, ולאחר הגירושין ממילא גם הפירות שלה וא"כ גם להרי"ף אתי' שפיר ראיית הר"ן אך מ"מ אין כדאי להוציא מתוך זה הכרעה לדין וצ"ע לדינא:

סימן נג

עוד לו.

ואשר כתב ידידי הרב נ"י בש"ע יו"ד סי' ק"ה, הנה אעתיק לו מה דכתבתי כבר על הש"ך יו"ד סי' הנ"ל סקח"י, וזה לשונו שם, מה דהעלה הש"ך דחתיכה שנמלחה והודחה

כדינה שבלעה דם ממקום אחר אינו אוסר חתיכות אחרות במליחה וצלייי' דאין דבר בלוע יוצא מחתיכה לחתיכה בלא רוטב, אבל חתיכה שלא נמלחה ויש בו דם של עצמו פשוט הוא בש"ס ופוסקים דאוסר במליחה וצלייי' עכ"ד הש"ך. נראה פשוט דהחילוק דבחתיכה שלא נמלחה כיון דטבע המלח להוציא דם של עצמו ממילא חוזר ונבלע באחרות, משא"כ בנמלחה והודחה ובלע דם ממקום אחר דאין המלח מוציא דם ממקום אחר משום הכי אינו אוסר לאחירות, וכן ראיתי שכתב הפמ"ג. אולם לכאורה קשה הא דעת המחבר לעיל סימן ע' להלכה דבדיעבד אם נתן חתיכה שנמלחה והודח כדינה אצל חתיכה המליחה להוציא מדמה דיש תקנה למליח גם חתיכה זו דהמלח מוציא גם דם שממקום אחר אלא דהרמ"א כתב להחמיר דאינו יוצא במליחה, אלא בגררא דאיידי דפליט דם דידיה והיינו רק לחומרא, אבל בנדון הש"ך ניזול בתר אפכא להחמיר, דאלי טבע המלח להפליט דם ממ"א, וממילא נבלע בחתיכות אחירות, ודוחק לומר דכוונת הש"ך דהחתיכות אחירות מותרת בדרך ממ"נ, דלדעת המחבר הנ"ל המלח מוציא גם מהחתיכות אחרות הדם שנבלע בהם, ולדעת הרמ"א הנ"ל לא יצא הדם מהחתיכה הראשונה, ומ"מ לולי הסברא דאין דבר הבלוע יוצא מחתיכה לחתיכה לא הי' אפשר להתירו ממ"נ, דאף לדעת הרמ"א דאין לו תקנה במליחה היינו דדם שממקום אחר דינו כבליעת ציר טריפה וכדומה, ואף דפליט ע"י מליחה מ"מ לאו וודאי הוא דיוצא הכל במליחה, וא"כ הי' החתיכות אחירות אסורות משא"כ למאי דקיי"ל דאין בלוע יוצא מחתיכה לחתיכה, בזה דן הש"ך ממ"נ דלדעת הרמ"א דם שממ"א דומה ממש לבליעת שאר דבר כחוש דאינו יוצא כלל ביבש, וכל זה דוחק, דא"כ יהיו דברי הש"ך רק אם חתיכות אחירות הם בשר חי שיצאו מידי דמם משא"כ בירק וכדומה, וגם אם הם חתיכות בשר נצטרך למלחם ולהשהותם כשיעור מליחה. וכ"ז אינו במשמע מסתימת דברי הש"ך, וגם דוחק לומר דמיירי בבלע דם בעין ממקום אחר, דקיי"ל לעיל סי' ע' דאין לו תקנה במליחה, וס"ל להש"ך דאף להקל אמרינן דאינו יוצא כלל על ידי מליחה, דא"כ הו"ל להש"ך למיפלג ולמתני בדידיה דאם בלע דם פליטה דאסור.

ולזה נ"ל דהעיקר דס"ל להש"ך, כיון דדם שמלחו מדרבנן סמכינן לקולא להקל לעיקר כדעת הפוסקים דמלח אינו מפליט דם שממקום אחר, ומ"מ בעיקר דינו של הש"ך לא נ"ל להלכה כיון דדעת רוב האחרונים דלא אמרינן דעל ידי הדחה נסתמו נקבי הפליטה ויש לו תקנה במליחה דאיידי דיפליט ציר דידיה, א"כ ממילא מכ"ש דאמרינן כן להחמיר דיוצא מחתיכה איידי דפליט ציר דידיה ונאסרו האחרות, ואולם בשהה במלחו כ"ד שעות והודח דפלט כל צירו בזה יש לקיים דינא דהש"ך ומטעמא דאמרן.

ויצא לנו מזה לדינא אם חתיכה שנמלחה והודחה שבלע דם פליטה מהחתיכה טריפה כחושה, בזה חתיכה זו חוזר ואוסר אחירות במליחה וצלייה דבזה הוי ספק דאורייתא. וחיישינן לדעת הפוסקים דמלח מוציא דם שממקום אחר ומוציא ונבלע באחרות, ואולם אם החתיכות אחרות הוא בשר טפל, אף דכבר נמלחו והודחו, מ"מ יש להם תקנה במליחה בדרך ממנ"פ דאף בבלע דם טריפה אין לו תקנה משום דלחלוחית וציר טריפה אין היתר במליחה, מ"מ הכא הציר טריפה אינו יוצא מחתיכה הראשונה דדבר בלוע אינו יוצא מחתיכה לחתיכה ביבש ואינו יוצא רק הדם טריפה שנבלע בחתיכה ראשונה, ונבלע באחרות, אם כן ממילא יש תקנה לאחרות על ידי מליחה, ואף דיש לגמגם בזה ולומר דחתיכה ראשונה נעשה נבילה, והחתיכות האחרות בלעו גם ציר של חתיכה הראשונה דנעשה נבילה, ול"ש בזה אין הנאסר דהא גם האיסור הלך עמו דהיינו דם הטריפה שיצא ממנו. וממילא אין תקנה במליחה להאחרות דהא בלעו גם ציר של חתיכה ראשנה שנעשה נבילה מ"מ י"ל כיון דע"י מליחה יוצא כל הדם מהחתיכות אחירות ונשאר בתוכם רק הציר של החתיכה ראשנה הוי כידוע שנפרד האיסור, וממילא חזר להתירו, כפי הסכמת האחרונים בחתיכת בב"ח דאינו אוסר להאחירות, כיון דהחלב אינו יוצא עמו, וביותר כיון דקיי"ל חנ"נ הוא רק דרבנן, ובפרט במליחה דעת הש"ך כ"ה להקל בהפסד מרובה דלא אמרינן נ"נ, אם כן ממילא יש לסמוך על דעת הרמ"א דמלח אינו מפליט דם שממקום אחר כענין מה שכתבנו, דהש"ך סומך על זה לענין דם שמלחו ה"נ יש לסמוך לענין חומרות חענ"נ.

ובעיקר דברי הש"ך והסכמת האחרונים מפורש כן בהיפוך בחידושי רשב"א בסוגיא דטפת חלב, שהקשה על כלל היסוד דאין דבר הבלוע יוצא מחתיכה לחתיכה ביבש מהא דאמרינן מולייתא שרי, דכבולעו כך פולטו, אלמא דפולט ביבש, וכתב עלה האא"כ נאמר דדם נקל לפלוט דאינו מסתרך בחתיכה, ומ"מ נצטרך לומר לפירוש זה דחתיכה שנאסרה משום בליעת דם אוסר חתיכות אחירות אפילו ביבש וצ"ע עכ"ל, הרי מפורש דס"ל דדם יוצא מחתיכה ביבש.

ואולם אינני עומד על עומק כוונת הרשב"א בזה, דאיך תליא קושייתו במה דאין בלוע יוצא מחתיכה לחתיכה ביבש הא בלאו הכי אף אם יוצא ביבש, הא מ"מ אין הגעלה באוכלין ע"י מליחה וצלייה, והרי אם הסמידא בלע דם מעלמא פשיטא דאין לו תקנה בצלייה, דאפי' חתיכה שיצא מידי דמה וצירה שבלע דם קיי"ל דאין לו תקנה בצלייה, ואם כן אם עושה מולייתא בסמידא שרי, ואמאי ליחוש דלמא לא יצא דמי' הצליי' אלא ע"כ צריך לומר דקים להו לחז"ל דטבע האש כשמוצי' הדם מחתיכה מוציאו לגמרי לחוץ

אף שהולך דרך הסמידא, ואינו מניחו לבלעו בסמידא רק שמשיכו לגמרי לחוץ וא"כ אזדא לה קושית הרשב"א, ושפיר י"ל דגם דם שנבלע אינו יוצא ביבש רק דמולייתא שרי משום דבשעה שהאש מוציאו מן החתיכה דם של עצמו מוציאו לגמרי לחוץ ואינו נבלע כלל באחרות וכמ"ש הרשב"א עצמו בחידושיו פכ"ב דף קי"ב ע"ב ד"ה דגים ועופות. וצל"ע.

ובעיקר דינא דמולייתא בסוגיא דפסחים ר"פ כ"צ תמוה לי אהא דאמרינן שם לימא מסייע ליה נותן את כרעיו ובני מעיו לתוכו, הא באמת חזינן לדינא דחתיכה שלא נמלחה שברע דם ממקום אחר יש לו תקנה במליחה וצליי' ע"י איידי דיפלוט דם דידיה ואם אחר שנמלח והודח בלע דם ממקום אחר אין לו תקנה במליחה וצלייה, א"כ מנ"ל ממתני' סברא חדשה דכבכ"פ ולהתיר מזה מולייתא היכי דהחיצון כבר נמלח והודח, או דסמידא ל"ש איידי דיפלוט, דלמא טעמא דמתניתן דנותן כרעיו דאיידי דיפלוט דם דידיה, דהא באמת היכי דיש בו דם של עצמו, אף היכא דל"ש כבכ"פ מ"מ שרי משום איידי דיפלוט וצל"ע.

גם קשה לי לפי מסקנת הש"ך סי' ע"ז במולייתא דאם הפנימי אין לו דם של עצמו אסור דבלע מהחיצון דלא אמרינן בכה"ג נורא מישב שייב א"כ האיך מצינו ידינו ורגלינו בהא דאמרינן בסוגיא דכחל לא קרעו אינו עובר עליו ומותר, ולפירש"י בצלי אף בלא קריעה כלל, וכן פסקו כל הפוסקים, הא מ"מ ליתסר דבלע חלב שבתוכו דם מהכחל וצ"ע ועיין מ"ש הר"ן פכ"ב גבי בי דוגי. ועדיין צריכין למודעי במאי דקיי"ל דבלוע מכלי יוצא ביבש, ומ"מ אף דבב' מיני מאכל קיי"ל דאוסר בצלי כדי נטילה, אבל בפליטה מכלי אוסר רק כדי קליפה, ואולם אם הבליעה דבר שמן בזה דעת הש"ך סימן ק"ה סקכ"ג דאוסר בכולו, ודעת הפר"ח שם דבלוע בכלי אין חילוק בין כחוש לשמן עיי"ש. וכן דעת המג"א סי' תנ"א סקל"ז, וקצת ראיה יש ממה דלמד הרשב"א הדין דבלוע יוצא מכלי מהא דדגים שעלו בקערה של בשר, ולכאורה יקשה דלמא מיירי התם דבשלו בקערה בשר שמן, אלא ע"כ דבבלע בכלי אין חילוק ויש לדחות.

והנה לכאורה נראה ראי' ברורה מדברי התוס' חולין צ"ז ע"ב ד"ה קולף דלאחר שכתבו דבצלי אוסר כדי נטילה, כתבו עלה והא דאמרינן לעיל פ"ק דלמ"ד בית השחיטה רותח קולף שאני התם דשמנונית שעל הסכין דבר מיעוט הוא ודמי למה דאמרינן סיכה משהו עבדיי לה עיין שם. ולכאורה עדיין יקשה הא יאסר מהשמנונית הבלוע שבסכין, אלא ע"כ דגם זה דבר מיעוט ואינו אוסר רק כ"ק, ומה דלא הקשו מהבליע, י"ל דזהו פשיטא להו דהוי רק דבר מיעוט, כך הי' נראה לאורה.

אולם אחר העיון נ"ל דאין ראי' מזה דבלאו הכי צריך להבין כוונת תוס' דתלי קושייתם ביסוד דבריהם דבצלי אוסר כדי נטילה, הלא בלאו הכי יקשה ודהא על סכין של עכו"ם גם שומן ובצלי בשומן אוסר עד ס' וכמו דהקשה באמת בחי' הרשב"א שם, ותירץ שם דאין רותח בה"ש אלים כ"כ ודמי רק לחם לתוך צונן דאדמיקר לי' בלע וכו' ע"ש, א"כ גם קושייתם ליתא דאף דבעלמא בעי כדי נטילה, מ"מ חום דבה"ש לא אלים כ"כ וסגי בקליפה, ולומר דס"ל כתירץ הג' של הרשב"א שם דבסתמא יש בבהמה ס' ומ"מ בעי קליפה, דלא גרע מאיסור שאינו מפעפע דבעי קליפה, וראי' מנטף מרוטבו על החרס ע"ש. ולזה ס"ל בקושייתם דאם באינו מפעפע בעי נטילה ממילא במפעפע אף דאיכא ס' לבעי נטילה, דלא גרע מאינו מפעפע הוא דחוק, דלא מצינו חידוש דין זה בתוס' דבשומן בעי ס' ונטילה, [א"א בהגאון המחבר שמעתי מפי אאמ"ו נ"י יותר דמפורש כמעט בהיפוך בתוס' בסוגי' שם ד"ה שאני חלב דמפעפע במ"ש, והא דאמרינן נטף מרוטבו על החרס וחזר אליו יטול את מקומו ותו לא, היינו דרוטב אינו מפעפע כ"כ, ומדלא ניחא להו בפשוטו דמיירי ביש ס' מוכח דס"ל דבשמן מפעפע ואיכא ס' לא בעי נטילה. ואזכיר מה דשמעתי מפי הקדוש אאמ"ו נ"י לתמוה בדברי תוס' אלו דלפי תירוצם דאינו מפעפע דהוא ציר בעלמא ולא שומן דמ"מ יקשה דמאי קמ"ל שמואל דבנצלה קולף ואוכל הא פשיטא דמוכח כן ממתני' דנטף מרוטבו דצלי כחוש אינו אוסר בכולו, וכן קשה על המקשן דבעי לאכוחי מדר"ה והי' ס"ל דגם בכחוש אוסר בצלי בכולו, איך יפרנס מתני' דנטף מרוטבו, ואם נדחוק דעיקר חדושא דשמואל דאפי' שומן הגיד דהוי שמן קצת אינו אוסר בצלי, ולזה פריך מדר"ה בגדי שצלאו בחלבו דמוכח דשמן אוסר, וא"כ גם שומן הגיד לתסר, ומשני דשאני חלב דמפעפע, היינו דהוי שמן גמור: משא"כ בשומן הגיד דמ"מ יקשה לפמ"ש תוס' אח"כ בשם הריב"ם דשומן אינו אוסר יותר מגיד ממש, וא"כ ע"כ דהמקשן בא להוכיח דאפי' גיד יאסר בצלי, ויקשה ממתני' דנטף מרוטבו ע"כ שמעתי, ועל קושי' תוס' ד"ה אבל נצלה קולף ואוכל, וא"ת מאי קמ"ל דא"כ למה לי נתבשל וכו' חשבתי לענ"ד לתרץ למ"ש הרמב"ן דבמליחה אין שום חילוק בין כחוש לשמן, ודוקא בצלי הדין דשמן מפעפע ולמ"ש תוס' לקמן בשם רבינו מאיר דבשומן הגיד להכי לא מתסרה במתני' כשנצלה, דגיד גופא לא נאסר גם בו לא החמירו בזה יש ליישב קושי' תוס' דבודאי לא צריך למימר דבנצלה קולף ואוכל דזה ידעינן בלא"ה וכקושי' תוס' רק דאי לא אמר שמואל דבצלי קולף הו"א דאף בצלי אסור משום שומן, משא"כ במליחה דאינו אוסר בשומן לשטת הרמב"ן הנ"ל, ולכן אמר שמואל ל"ש וכו' אבל נצלה קולף דהיכי דבגיד גופא אינו אוסר גם בשמנו אינו אוסר וכשטת רבינו מאיר

הנ"ל וק"ל.] וגם דברי הרשב"א בעצמו לכאורה קשי' דהא מהראי' דנטף מרוטבו על החרס משמע דבעי ס' ונטילה, וא"כ איך הונח לו להרשב"א בתירוצו דיש ס' בבהמה, הא מ"מ בעי ג"כ נטילה כדפסק הרשב"א באמת בתהה"א אף דבכחוש סגי בצלי בקליפה לדעתי, מ"מ בשמן בעי ס' ונטילה וראי' מנטף מרוטבו על החרס עיי"ש, וא"כ עדיין יקשה בשוחט לבעי נטילה וצ"ע על הרשב"א זולת שנאמר דהי' ס"ל לתוס' כתירוץ הב' דהרשב"א שם דשמנונית שעל הסכין אינו שמן כ"כ שמפעפע, ודי אם לדונו ככחוש עיי"ש, והיינו לשיטתי' דבכחוש בצלי סגי בקליפה, ומשום הכי הקשו לפי יסודם דאף בכחוש בעי נטילה.

אמנם נראה בפשוטו יותר דבל"ז ליכא קושי' דלבעי ס' די"ל דמסתמא יש ס' בבהמה, ומ"מ בעי קליפה דשמא גם כחוש טח על פניו דאוסר כד"ק, לזה הקשו רק עפ"י יסודם דגם בכחוש בעי נטילה, א"כ נחוש לכחוש שעל הסכין דאוסר כדי נטילה, ולפ"ז אין ראי' להמג"א והפר"ח הנ"ל דשפיר י"ל דבלוע שמן בכלי אוסר עד כולו, ומ"מ שפיר תירצו דשומן שעל הסכין הוא דבר מועט דמשום הבלע סגי בקליפה בממנ"פ דהבליע בשמן שמן בטל בס' בכל הבהמה (ואף דרב ס' דמין במינו לא בטל, צל"ע דאמרינן סלק, והדם שבבהמה מבטל אותו כמו שצל"ע לתירץ הנ' דהרשב"א הנ"ל והארכת' בזה במקום אחר בע"ה), והבלע כחוש שבסכין בלא"ה אינו אוסר רק כדי קליפה, וצ"ע לדינא.

אולם עדיין יש לעיין אף לשטת המג"א והפר"ח הנ"ל, הא כ' בטור סי' צ"ד וז"ל כ' הר"ר פרץ יש רוצים להתיר בשר רותח שחתכו בסכין חולבת ע"י קליפה כדאמרינן גבי בית השחיטה רותח וסגי בקליפה, ולא דמי להתם דהתם אין כל הבהמה רותחת אלא מקום בית השחיטה לבד, אבל חתיכה שכולה רותחת, כשחותכין אותה בסכין חולבת ותפשט בכולה וכולה אסורה אם אין בה ס' נגד כל הסכין, אבל אם אינו ב"י, או אינן יודעין אם הוא ב"י או לא, מסתמא אב"י דסתם כלים אב"י, אבל קליפה בעי עכ"ל, וביאר בש"ך הטעם דאגב דוחקא דסכינא מתפשט הבלוע בכולה ובעי ס' אבל באב"י דמהני קליפה משום דהבעין משהו בעלמא הוא ואינו אוסר רק כדי קליפה, ומשמע דאף בבלע כחוש ואף דהש"ך כ' עוד א"נ דסכין בלוע נמי משמנונית חמאה, א"נ שהבשר שמן ומדין הפטום הוא מ"מ להפ"ח ומג"א אף אם הבלע שמנונית חמאה, הא בבלע כלי אין חילוק בין כחוש לשמן, וגם מדין פטום נראה דל"ש דעיקר סברת פיטום דבתחלה מפטם ומשוי להכחוש שמן. אבל היכא דלא נתפטם מעיקרא כגון דנפל לח כחוש על צלי שמן לא נאסר רק כדי נטילה כמ"ש הפמ"ג סי' ק"ה בש"ך סקי"ד, וא"כ בבלע דאין שייך בו דין שמן לדעת המג"א ל"ש כלל סברת פיטום, אע"כ דאף בבלע כחוש ברותח ודוחקא אוסר

בכולו, ומסתימת דברי הטור וב"י משמע דלא מצינו חולק בזה על הר"פ, והרי לכאורה מדברי תוס' הנ"ל דכ' דהבעין שעל הסכין הוא משהו בעלמא, ואינו נבלע רק כדי קליפה. מ"מ יקשה הא הבלוע מתפשט הרבה ע"י דוחקא ורותח, דהא ע"כ ס"ל דבהמה רותח יותר מכ"ק דלא כהר"פ בזה מדלא תירצו בלא"ה דמש"ה סגי בקליפה משום דיותר מזה אין בה"ש רותח.

ונלע"ד דצריך לבאר דברי הר"פ מה דדחה הראי' מבה"ש הא בלא"ה כיון דבאמת מיקל בסתם סכין, משום דסתם סכין אב"י, וגם ע"כ ס"ל דסתם סכין שמנונית טח על פניו, וס"ל ג"כ ע"כ דהשמנונית בעין אינה נפגמת מדס"ל דבסתם סכין בעינן עכ"פ קליפה משום הבעין, א"כ ממילא ניחא ההי' דהשוחט, די"ל דמיירי ג"כ בסתם סכין דמהני קליפה לגבי הבעין במועט ולזה צ"ל דמ"מ הי' קשה למה דמבעי' בש"ס ע"ז גבי עכברא בשכרא אם סבר רב נטל"פ אסור ויקשה אם רב סבר נטל"פ אסור אמאי אמר רב קולף ואף דלכאורה בלא"ה הראי' מבה"ש רק ללישנא דבה"ש רותח, אבל ללישנא דדוחקא ממילא ליכא ראי' מבה"ש דאינו רותח, וא"כ י"ל דשפיר מבעי' להש"ס דדלמא כלישנא דדוחקא ושפיר מצי סבר רב נטל"פ אסור, וללישנא דבה"ש רותח באמת י"ל דנפשוט דרב סבר נטל"פ מותר, י"ל דהר"פ ס"ל כמ"ש תוס' פסחים דף ל' דמדברי רב דהתם בקדירות בפסח מוכח דעכ"פ בבלע שאב"י בודאי ס"ל לרב דאסור כיון דמתחלתו הי' מושבח מש"ה הוצרך לסברתו דאין כל הבהמה רותח ולפ"ז י"ל דתוס' שפיר ס"ל כהר"פ, ומ"מ תירצו שפיר דהבעין הוי דבר מועט דאזלי לשיטתייהו דפ"ק דחולין, דפגם דאב"י שוה לשאר פגם ושפיר י"ל דללישנא דבה"ש רותח דודאי מפליט הבלע באמת מיירי רב בסתם סכין והאיסור רק משום הבעין, כמ"ש תוס' בע"ז לחד תירוצא, והא דס"ל דנעצה לא מהני, היינו לענין לשחוט בו לכתחילה דגם נטל"פ אסור, אבל השוחט בסכין של עכו"ם דמיירי בדיעבד אין הבלע אוסר דהוא אב"י, ומה דמספקא לי' להש"ס דרב ס"ל נטל"פ אסור, היינו ללישנא דדוחקא, ולהך לישנא אינו מפליט הבלע כדס"ל להדיא הרשב"א פ"ק דחולין ובת"ה הא דתליא בב' לשונות הנ"ל דללישנא דדוחקא אינו מפליט הבלע.

אולם מ"מ מדברי הרא"ש פ"ק דחולין וכן בע"ז תירץ רק דמיירי בידוע שהוא ב"י, או דמיירי לכתחילה ע"מ לקלוף, ובזה יקשה אם ס"ל כהר"פ למה סגי בקליפה, הא דוחקא ורותח מבליע בכולו, דהא דס"ל כדדחי הר"פ דאין כל הבהמה רותת, או דנימא דאין בה"ש רותח כ"כ דהרי גם הרא"ש כ' פג"ה כדברי התוס' דמש"ה לא בעי נטילה משום

דמה שעל הסכין הוא דבר מועט הרי דבלא"ה הי' נבלע ומתפשט יותר א"כ מוכח דגם הבלע הוי דבר מועט ואינו מתפשט רק כדי קליפה ודלא כהר"פ.

זולת דנימא דמש"ה סובר דיש בבהמה ס' ומה דצריך קליפה היינו דטיחה דע"ג סכין הוא מועט ואינו מתפשט יותר מהקליפה, ומה דכ' הרא"ש דמש"ה ל"צ נטילה משום דמה שעל הסכין דבר מועט דמשמע דבלא"ה צריך נטילה והא אדרבא בהיפוך דאם לא הי' דבר מועט לא הי' צריך לכלום דמכח דוחקא ורותח מתפשט בכולו ואיכא ס' היינו דהרא"ש ס"ל דנשאר רושם בממקומו מה דנבלע בלא ההתפשטות דדוחקא ואלו לא הי' דבר מועט הי' צריך ס' ונטילה וס"ל באמת להרא"ש כהרשב"א גם בשמן או כיון דההתפשטות יותר מכדי נטילה הוא רק ע"י דוחקא ועד כדי נטילה מתפשט ממילא בלי דוחקא מזה אמרי' דמה שנבלע בלאו דוחקא עומד במקומו ודוק ואולם באמת יסוד דברי הש"ך אינם מובנים לי כראוי במה דס"ל דבסכין שאב"י מהני קליפה נגד טיחה שעל הסכין בליכא ס' דקליפה משהו עבדי לי' ואינו מתפשט יותר הא כיון דהבלע שתוך הסכין מתפשט בכולו ע"י רותח ודוחקא ולא מגרע דבר מועט דמה"ט אסור בסכין ב"י א"כ ממילא באב"י מתפשט הבלע בכולו אלא דאינו אוסר דהוי נטל"פ אבל מ"מ פגימת אינו מעכב מלהתפשט בכולו וא"כ איך שייך לומר דהטיחה שעל הסכין הוא מועט מ"מ הא הבלע והטיחה יחד הוי מרובה ומתפשט בכולו וממילא הטיחה אוסר כיון דאינו פגום וליכא ס' נגדו וכי שייך לעשות מדור לכל א' בפני עצמו לבלע לחוד ולהטיחה לחוד הא מ"מ בהצטרפות יחד מתפשט הכל בכולו דאלו גם הטיחה הי' נבלע בסכין הי' מתפשט בכולו עם האי דבלע וא"כ בשביל שאינו בלוע ומונח ע"ג סכין עדיף דאינו מתפשט. ולזה נראה לכאורה עיקר כהט"ז בכוונת הר"פ דבאמת צריך ס' נגד הטיחה אלא דמ"מ צריך קליפה דנשאר הרושם במקומו, ודברי הש"ך צלע"ג.

גם מדברי הרשב"א בחידושיו מה שתירץ בתירוצו הב' דמש"ה אין השמנונית שעל הסכין אוסר בכולו משום דעל הסכין אינו שמן כ"כ, ודי לדונו בכחוש ע"ש, הרי דס"ל דכל הבהמה רותח, אלא משום דהוי כחוש אינו מתפשט כדי קליפה, הרי מבואר להדיא דאפי' במקום דוחקא ורותח אינו מתפשט יותר מכדי קליפה א"כ מוכח דהרשב"א והרא"ש מחולקים בזה עם הר"פ, ובלא"ה נ"ל דמפורש בדברי הרשב"א בחי' גבי צנון בחתכו בסכין של בשר, במ"ש שם דחורפי' דצנון ממשיך יותר מרתיחה, מבואר להדיא כל דלא כהר"פ, אלא דברתיחה אף בצירוף דוחקא אינו מתפשט בכולו אח"כ מצאתי בהפר"ח במקומו בסי' צ"ד כ' דמדברי הרשב"א אלו מבואר דלא כהר"פ.

ודע שאנכי אקיים בעצמי ולא הביישן למד, ואודה ולא אבוש כי נעלם ממני הפשט הפשוט בדברי תוס' שרגל רבים דשים בה בחולין צ"ז ע"ב ד"ה קולף שכתבו וז"ל ולקמן בכ"ה דאמר רבא ההיא בר גוזלא וכו' ולא הבנתי הא גם התם הוי חם לתוך צונן דודאי סגי בקליפה וצריך לעיין גדול. עד כאן העתקתי לידידי רופ"מ הרשום אצלי הנראה לע"ד, ובזה תנוח דעתי משום טרדות עבוה"ק אסיים הכ"ד:

סימן נד

בהרמב"ם ספי"ד מהלכות פרה דבילה של תרומה וכו' וכתב הכ"מ שם וא"ת נטמאו המים ויחזרו ויטמאו את הדבילה עיין שם, והובאו דבריו כהווייתן בתוי"ט. ואנכי בער ולא אדע, הא סוף סוף המי חטאת בעצמותם מטמאים אדם וכלים ואוכלים, וא"כ יטמאו המי חטאת להדבילה, והו"ל תרומה טמאה ומחוללת ועומדת, וליכא למימר דמיירי בדבילה דלא אתכשר ובהך נפילה למי חטאת לא נתכשרו דלא ניחא ליה בנפילה זו, דא"כ גם הכ"מ לא הקשה כלום מהא דיטמאו המים ויחזרו ויטמאו להדבילה, וגם מעיקרא דדינא פרכא דהרי מבואר בהרמב"ם פ"ב הי"ג מהלכות טומאת אוכלין דמשקין טמאים שנפלו על האוכלין נטמאו אף על פי דנפלו שלא לרצון, דהטומאה וההכשר באים כא' והוא משנה מפורשת ריש מכשירין.

וחשבתי לומר למה דמבואר פ"ק דפסחים ט"ז ע"א למ"ד טומאת משקין לטמא עצמן דאורייתא ליכא אלא חד קרא להכשר מוקמינן לה למחוברין, ותלושין לא מכשרו מדאורייתא עיי"ש, אם כן הכא במי חטאת דבעי נתמלאו בכלי הוי תלושין ולא מכשרו מדאורייתא ואם כן כמו דמתרץ הכ"מ לקושייתו כיון דלא הוי רק טומאה דרבנן לא מקרי מחוללת ועומדת, א"כ הכי נמי י"ל כן על קושייתו כיון דההכשר תלושין הוי רק דרבנן לא מקרי מחוללת ועומדת, והי' ניחא טפי דמרא דהא שמעתתא דכהן טמא' שאכל תרומה טמאה דאינו במיתה הוא שמואל, ואזל לשיטתי' דסבר בפסחים שם דטומאת עצמן יש להם מדאורייתא, ואם כן לא מייתרה קרא להכשר תלושין, ומיירי מתני' בדבילה שלא הוכשרה.

אמנם כל זה אינו מעלה ארוכה בשיטת הרמב"ם דמבואר בדבריו פ"ב מהלכת טומאת אוכלין דתלושין מכשרי מדאורייתא, (דס"ל תלושין ומחוברין מחד קרא נפקא כמ"ש הפ"י שם בפסחים) והא דמשקי בי' מטבחיים אין מכשירין, היינו דהלכתא גמירי לה, וכמ"ש להדיא פ"י מהלכות טומאת אוכלין, א"ב דתלושין מכשרי מדאורייתא, הדרא קושייתינו לדוכתא דיטמאו מי החטאת לדבילה, זולת שנאמר דבר חדש דהך מלתא

דטומאה וההכשר באים כאחד הוא רק דרבנן, ומטעמא שכתב הר"ש ריש מכשירין דמשום טומאתן חשיבי, אבל מדאורייתא לא הוי מכשירין, ואם כן לא הוי מחוללת ועומדת, ואמנם מלשון הרמב"ם לא משמע כן וצלע"ג:

סימן נה

לק"ק ליסא.

לכבוד מר חותני הרב המאוה"ג מו"ה **פייבלמן סג"ל** אב"ד ק"ק **סאמטר**.

ע"ד שאלתו בנידון מנורה שהדליקו עליו בבית התפלות שלהם, ולקחו ישראל ונתנו במתנה לבית הכנסת. היטב דיבר מעכ"ת נ"י שדין זה מפורש יוצא מהט"ז או"ח סימן קנ"ד ס"ח לאסור אף דבא"ר שם צידד להקל, מ"מ לא שבקינן פשוט ותירץ דהט"ז מפני ספיקו של הא"ר, וביותר שסברת הא"ר מספיק אם נניח בהחלט דהמנורה מותרת להדיוט אבל באמת גם לתשמיש הדיוט טובא יש לעיין בי' כמו שנבאר בע"ה.

הנה הט"ז סיים שם בדבריו ואפילו בביתו, נראה כוונתו דדווקא בנרות שכבו כתב בהג"ה אעפ"י שמותרים להדיוט דהכיבוי הוי ביטול, אבל במנורה ליכא ביטול ואסור אף להדיוט ומ"מ מה דנראה מהט"ז דפשיטא ליה כן דלהדיוט אסור, לענ"ד אינו כן דלאו מלתא דפשיטא הוא. דתליא באשלי רברבי, דהנה התוס' בע"ז נ' ע"ב במחתה שמקטרין בו לע"ז מקרי תשמישי לע"ז ואסור אף במכירה לישראל כמו בע"ז עצמה, דקיי"ל כרבנן דמכרה או משכנה לישראל לא הוי ביטול ה"ה במשמשין, וכתבו שכן כתב הרשב"ם בשם רש"י, וכ"כ הרא"ש שם. אולם הר"ן ר"פ ר' ישמעאל כתב בנרות שעוה שמכרם הנכרי לישראל הוי ביטול מכח המכירה דאע"ג דבע"ז עצמה אמרינן לקמן בפרקין דאפילו מכרה או משכנה אפילו לצורף ישראל אסור והתם משום דמימר אמר איידי דדמיה יקרין מזבין לנכרי ופלח לה, אבל נרות אין דמיהם יקרין, וכן הדין בכל משמשין שאינם מכרים וכו' ע"ש וכ"כ הטור בשם הר"ר יונה ביו"ד סימן קל"ט הנרות שמכרו לישראל דמכירתו הוי ביטול, וא"כ נ"ד הוי ספיקא דרבוואתא.

והנה לכאורה יש מקום לומר דבנ"ד לכולי עלמא אסור, והיינו די"ל דהא דמיקל הר"ן ורבינו יונה במשמשין שמכרם לישראל, הטעם כיון דרבי מתיר בע"ז עצמה במכרה או משכנה, יש לנו לומר דלא פליגי רבנן עלי' רק בע"ז עצמה אבל במשמשין מודים דלמעט בפלוגתא עדיף, וא"כ י"ל דאין לנו להתיר במשמשין רק במה שמתיר בע"ז עצמה, והיינו במכרה לצורף ישראל דווקא לדעת הרמב"ם והר"ן דלצורף דווקא מתיר רבי' אבל במכרה לאינו צורף דאסור גם לרבי, י"ל דאסור גם כן במשמשין, ואם כן י"ל דדווקא

בנרות שעומדין להדליקם וכ"ע לגבי נרות כצורף דמי בזה מקילין דהמכירה הוי ביטול, אבל במנורה דעומד בקיומו ומכרה לאינו צורף, יש לומר דלכ"ע לא הוי ביטול. אמנם באמת מלישנא דהר"ן שכתב וכן הדין בכל משמשין שאינן ניכרים משמע דבכל ענין אף במנורה וכדומה ואף מכרה לאינו צורף הוי ביטול, ונ"ל דהר"ן ס"ל דהך מלתא גופא דמודה רבי במכרה לאינו צורף דלא בטל הוא ג"כ דווקא בע"ז עצמה, ומשום כיון דלאו צורף הוא ולא יתכנו החפץ, וכיון דע"ז הוא בוודאי לא יחזיקנו לעצמו וימכרנו לנכרי ופלח לה, אבל במשמשים שאינם ניכרים יחזיק לעצמו, ואף אם הנכרי הודיע לישראל הלוקח שהוא של ע"ז, מ"מ כשיחזור וימסרנו לנכרי, לא יודיע הישראל כן לנכרי דמה תועלת לו בהודעה זו, כיון דהנכרי לא יאמין לו כן ולא יתן לו יותר, גם כיון דאין ניכר בעצמו ואין ניכר בו צורת ע"ז, אף שמודיע שהוא של ע"ז אפשר שיחזיק הישראל לעצמו וכיון שאינו חושש לזה המוכר הוי ביטול אף דאינו צורף ונשאר בקיומו מ"מ כיון דלא פלח לה עוד הוי ביטול כדמשמע בע"ז מ"ג ע"א ובדף נ"ג ע"ב באופן דלהר"ן ורבינו יונה בנ"ד המנורה מותר להדיוט, ולאינך שיטות הנ"ל אסורה.

והנה בש"ע יו"ד סימן קמ"ו בהג"ה ס"ח ומשמשי ע"ז אם מכרם או משכנם בפשטא נראה דהרמ"א הכריע כדעת הר"ן ורבינו יונה להקל. אמנם נראה דרך אחרת בכוונת הרמ"א, דבפשוטו יש לתמוה הלא בסימן קל"ט סעיף ב' הביא המחבר ב' דיעות הנ"ל במחתה שמכרה לישראל ולא הגיה הרמ"א שם כלום ואיך יסתום כאן להקל, ודוחק לומר דבסימן קל"ט סמך הרמ"א אההיא דסימן קמ"ו דאפכא מסתברא, דשם בסימן קל"ט הוא עיקרא דדינא זה דמשמשים שמכרם ושם הו"ל להרמ"א להכריע דעתו, לזה נ"ל דאין דעת הרמ"א להכריע בבירור כדעת הר"ן, רק הכא בסימן קמ"ו שכתב המחבר ויש מתירין במכרה לצורף ישראל, ע"ז קאי דברי הג"ה ומשמשים שמכרם או משכנם כוונתו במכרם לצורף ישראל, בזה יש לסמוך להקל, אף דבהג"ה לא זכר כלום מצורף, מ"מ הרי לא התנה ג"כ מכרם לישראל, ואלו הר"ן ורבנו יונה לא הקילו רק במכרם לישראל אבל לא לנכרי ע"כ כיון דקאי המחבר דמיירי במכרו לישראל לא הוצרך להזכירו, הכא נמי י"ל דמיירי בצורף דקאי אדברי המחבר דמיירי בצורף ולא הוצרך להזכירו שנית (ומה דהזכיר הרמ"א מכרו או משכנו, ולא כתבו בקיצור ומשמשים כה"ג בטל משום דבעי לחדש דמשכנו דינו כמוכרו), ואף שכתבתי דדעת הר"ן עצמו להקל במשמשים אף במכרם לאינו צורף כמש"ל, וכן נראה להדיא מדברי המחבר סימן קל"ט סי"ב, דאפילו במחתה מיקל הר"ן אף שלא לצורף, מ"מ הרמ"א אינו רוצה להכריע להקל רק במכרו לצורף ישראל, דיש לנו ב' סברות להתיר דדעת הרמב"ם דאף בע"ז עצמה מכרה

לצורך בטלה, וגם דעת הר"ן ורבינו יונה דבמשמשין אף מכרה לאינו צורך בטילה מש"ה במשמשין שמכרה לצורך סמכינן על הצטרפות שיטות אלו להקל.

ובאמת כן נוטה הדין דהוי ס"ס פלוגתא דרבוואתא דהוי ס"ס מעליא, ואף דהוי חזקת איסור, מ"מ בס"ס דרבוואתא מהני אף בחזקת איסור דמשום החזקה לא ישתנה הדין, כמ"ש בכנה"ג יו"ד, ואף דלדעת המהריב"ל בשו"ת ח"ג סימן מ"א ס"ס דרבוואתא לא מקרי ס"ס דהוי משם אחד, מ"מ מצינו כמה אחרונים החולקים עליו, עיין בשו"ת שער אפרים סימן ע"ט. וגם בדברי המריב"ל עצמו סותר עצמו בכלל זה וכמו דהארכתי במקום אחר, והשתא אתי שפיר דבסימן קל"ט דלא נזכר כלום מצורף לא הכריע הרמ"א להקל, כנ"ל ברור בכוונת הרמ"א דלא בא להכריע להקל במשמשין שמכרם רק במכרם לצורף דווקא. נמצא בנ"ד במנורה שמכרה שלא לצורף, הדבר קשה להתיר אף להדיוט כיון דלדעת רש"י והרשב"ם ותוס' והרא"ש לא הוי ביטול ואסור מדאורייתא, ואיך נסמוך להקל בדאורייתא על שיטת הר"ן ורבינו יונה במקום שהגאונים הנ"ל חולקים עליהם, ואדרבא לצורך הדיוט חמור מלצורך בית הכנסת דלצורך בהכ"נ יש לומר דאין כאן חשש דאורייתא דמה שמשתמשין בו להדליק נרות לצורך התפלה, י"ל דהוא בכלל מצות לאו להנות ניתנו, ואף דנעבד אסור לגבוה, י"ל דדווקא לצורך הקרבה אבל לצורך מצוה י"ל דאסור רק דרבנן כיון דמאיס, ואלו לצורך הדיוט הוא דאורייתא דלדעת הרבה פוסקים דמכירה לא הוי ביטול אסור מדאורייתא, ע"כ נלע"ד דאין תקנה למנורה זו וטעונה גניזה כנלע"ד:

סימן נו

עוד לו.

וע"ד סכין הנמצא ברחוב ואינו יודע ממי נפלה, אם מישראל או מעכו"ם מהו להשתמש בו ואם נתלה דמישראל נפל יש היתר להחזיקו לבשר כיון דכל אנשי העיר דרכן לחרוץ סכין חלב לסימן שהן של חלב.

מלתא דא כבר אמורה בתשובת חו"י סי' רכ"ח שכתב להחמיר היכי דשם רוב העוברים גויים ואינו שרי אלא היכי דידוע שרוב העוברים ישראלים הם אכן בשו"ת שבות יעקב ח"א סימן מ"ז הפריז על המדה כתב להקל אף ברוב נכרי בלא ליבון והגעלה, ומדמי לה להיא דש"ע סימן קכ"ב לבנתן כלי לאומן גוי דאם לקחו ממנו לאחר זמן דמותר מטעם ס"ס ספק לא השתמש בו נכרי, ספק לא השתמש בו תוך מעת לעת זה או נשתמש בו בדבר הפגום, וכיון שאפילו היכי הסכין הי' ביד נכרי שרינן מטעם ס"ס, מכ"ש

בנמצא דהוי ספק אם נגע בו גוי מעולם ע"ש. ואיני רואה ראייתו לראיה נכונה דכיון דרוב העוברים נכרים הוי כמו וודאי נפל מנכרי וכיון דבסכין ישן הוי וודאי נשתמש בו נכרי וליכא אלא ספק שמא נשתמש בו תוך מעת לעת או בדבר הפגום והוי כמו סכין נכרי דעלמא דאסור להשתמש בו, דכיון דרוב העוברים נכרים מקרי סכין נכרי וכאלו ראינו דמנכרי נפל, ואינו דומה כלל לדינא דהש"ע הנ"ל דהתם כיון דרק אצלו לפי שעה הוי ספק שלא נשתמש בו, וק"ו פריכא הוא. ויותר מזה אף במחצה על מחצה נכרים וישראלים נ"ל לאסור דכיון דחכמים אסרו לשאינו בן יומו, ואם כן הוי הך בליעה שבכלי ספק בליעתו בישול ישראל, ספק של נכרים, והוי הך בליעה ספק טריפה דאסור אף שאינו בן יומו, והוי כמו בשלו ספק טריפה בכלי דאסור אף אחר מעת לעת כמ"ש המהריב"ל ושאני בההיא דסימן קכ"ב דהבליעה משל ישראל, ואנו מסופקים בו אם נתוסף בו גם בליעת איסור והס' אם נכנס בו בליעה כלל מאותו שעה שמוסרו לאומן והוי כמו ספק נתערב טריפה ברובא דכשרות דהוי ספק דרבנן, והכא נמי כן אף דאינו בן יומו אסור מדרבנן, הוי ספק דרבנן, וכן מצאתי להדיא במנח"י כלל נ"ט אות ו, אבל בנ"ד אם נמצא סכין ספק ישראל וספק עכו"ם דכל הבליעה מסכין זה הוי בליעה ספק טריפה ולא מהני במה דהוי אינו בן יומו דהוי כתרנגולת ספק טריפה שנתערב במינו דבעי ס' ולא הוי ספק דרבנן כמ"ש הש"ך סימן ק"י. עכ"פ היכי דהוי רוב נכרים הדבר ברור דליכא ס"ס כלל, וכמ"ש תוס' בסוגיא דפ"פ דרוב דאורייתא לא מחשב לספק להצטרף לס"ס, וכ"כ תוס' ב"ב נ"ה ע"ב ד"ה ר"א מטהר וכו' ע"ש, וכ"כ הש"ך יו"ד סימן קכ"ט סקכ"ח, וע"כ נראה לי לדינא כמ"ש החו"י, ואינו מותר אלא ברוב עוברים ישראלים, ואם הם שווים אזלינן בתר רוב השוק, ואם שווים בשוק אזלינן בתר רוב העיר וכמ"ש הש"ך יו"ד סימן א' סקי"ז. והיכי דהוי רוב ישראל נ"ל דמותר אף בסכין דאפשר בהגעלה ולא מתקלקל בכך, ול"א דהוי דבר שיש לו מתירין ולא ניזל בתר רוב לקצת שיטת הפוסקים, ועיין מג"א סימן תקי"ג ס"ק י"ג דהוי טרחא והוצאות ולא הוי יש לו מתירין כדאיתא ביו"ד סימן ק"ב ס"ג בכלי איסור שנתערב בכלי היתר. גם נ"ל שאין צריך להשהותו מעת לעת משעה שמצאו אף דזה מוציאו מחשש דאורייתא, ולדין דאורייתא הוי דבר שיש לו מתירין, וכמ"ש הש"ך שם סק"ח דבתערובת כלי איסור צריך להשהות מעת לעת, מ"מ דברי הש"ך אינם מוכרחים למ"ש הר"ן פ"ב דפסחים דכיון דדבר שיש לו מתירין דרבנן, היכי דמדרבנן לא יהי' לו היתר לא מקרי יש לו מתירין עיי"ש, והכא נמי כן, אף לדעת הרמב"ן שם דלא ס"ל כן מ"מ י"ל דכלי לא הוי ישל"מ במה שיכול להשהותו עד למחר דל"ש לומר עד שתשמש באיסור דיכול להשתמש בו היום ומחר, עיין פ"י ריש ביצה

לענין טלטול מוקצה ביש לו מתירין, ומהך דינא גופא דש"ע סימן קכ"ב הנ"ל מוכח דלא כהש"ך, מדהתיר הג"ה להשתמש בו מכח ס"ס ולא הצריך להשהותו הכלי מעת לעת למ"ש המחבר ריש סימן ק"ב להחמיר בס"ס ביש לו מתירין כמ"ש, אע"כ דזה לא מקרי ישל"מ דלא כהש"ך, זולת נאמר שסמך בזה על שיטת הפוסקים דס"ס שריא בישל"מ, ממילא גם בנ"ד יש לסמוך על הפוסקים דסמכינן ארוב בישל"מ.

גם כיון דלהר"ן לא הוי דבר שיש לו מתירין, יש לסמוך עכ"פ היכי דהוי רוב דלהרבה פוסקים אזלינן בתר רוב גם בישל"מ, וכבר הבאתי ראי' ברורה להנך פוסקים מסוגיא דביצה לימא מסייע לדר"ח רוב וקרוב וכו' ועיין במהרמ"ש דדלמא כי הדדי נינהו ואסור מספק כיון דהוי דבר שיש לו מתירין, ותירץ דבלא ר"ח קרוב עדיף וכמ"ש תוס' ב"ב דף כ"ג ע"ב ד"ה רוב ואם נאמר דבאמת לא מהני רוב לענין ישל"מ, א"כ מכ"ש דקרוב לא מהני אם כן מאי סייעתא הוא לדר"ח דלמא קרוב עדיף מרוב, אלא דלא סמכינן עלה מטעם יש לו מתירין, אלא ע"כ דרוב מהני לענין יל"מ, גם י"ל כיון דהוי לסכין חזקת היתר כשהיתה חדשה הוי רובא וחזקה, די"ל דמהני לכ"ע בישל"מ, ומ"מ יש לדון דלא מהני חזקת היתר דהכף לגבי הבלוע הכף עדיין מותר אלא דהבלוע הוא האיסור ובזה לא היה מעולם חזקה והדברים עתיקים.

ובזה רצה חד מחברייא ליישב קושית המ"ל בפ"ז הלכות מעילה מהא דמצא מעות בהר הבית דאזלינן בתר רוב חולין אף דהוי דבר שיש לו מתירין ע"ש, והיינו ג"כ כיון דחזקת היתר מסייע להרוב, מכל זה נ"ל דברוב ישראל א"צ הכשר. אולם במחצה על מחצה נלענ"ד דאסור מדינא כמ"ש דהוי כמו בשלו ספק טריפה בקדירה דאסור אף שאינו בן יומו, ונ"ל עוד אף בנמצא סכין קרוב לבית ישראל דאסור, והיינו דבאמת תמוה לי על שלא הזכירו בש"ע סימן ק"י באם ה' חניות מוכרים בשר שחוטה וה' בשר נבילה דניזל בתר קרוב, וכן בש"ך סימן א' סקי"ז דביאר כל פרטי דינים וסיים דאם הכל מחצה על מחצה אסור, והשמיט היתירא דנמצא קרוב לבית ישראל, ולזה לולי דמסתפינא הייתי אומר דבר חדש דלא אזלינן בתר קורבא אלא כשיש שם ב' חניות אחד איסור ואחד היתר, וזה דומה לב' שובכין והיונים שבתוכם שווים, או לעגלה ערופה בב' עיירות דשווין, אבל בהרבה חניות אף דחצי' בשר שחוטה, מ"מ אין בזה מעלת קורבא דהא לענין אם נידון שנפל מהקורבא הוי לגבה רוב שנפל משאר החניות ובוודאי לא מקרוב נפל ואם אנו דנין להחזיר המציאה לבעל החניות הקרוב היינו אומרים דלאו מיניה נפל דהוי רוב וקרוב, אם כן אף בענין איסור אין צריך לדון אלא על היתירו ואיסורו מ"מ נסתלק בזה מעלת קורבא כיון דאינו יכול לומר דבוודאי מהך חנות הקרובה נפל. ומה דהקשה תוס'

ב"ב דתפשוט לדר"ח ממתני' דט' חניות דסתמא קתני אף בנמצא סמוך להחניות נבילה, היינו דבלאו דר"ח דקורבא עדיף מרוב שפיר יכולים לדון דבוודאי מהך חנות נפל ולענין אבידה מחזירין אותה לבעל החנות הזה, וממ"ש הכו"פ סי' ק"י לדון בלקח מט' חניות ונמצא עומד קרוב להנבילה אם אסור בוודאי משום קורבא או דקבוע עדיף גם מקורבא ע"ש, אין זה סתירה לדברינו דהתם דלקח מקבוע דכמחצה על מחצה דמי שפיר יש לדון דלקח בוודאי מאותו החנות דאין הרוב מנגדת משום הקביעות, אבל בנמצא ס"ל כנ"ל, כך הי' נ"ל, וא"כ בנ"ד קיימינן להלכה כדעת החו"י אלא ברוב עוברים ישראלים, וכל זה שאין רושם בסכין אבל ביש בו רושם כמו חריצים שעושין לסימן סכין חלב זהו סימן שמישראל נפל כמ"ש החו"י שם. ונראה דהדין עמו אף ברוב עוברים נכרים ולא חיישינן למכירה מישראל לנכרי, די"ל כאן נמצא ולא חיישינן למכירה כמבואר בסוגיא דסימנים דאורייתא דלא חששו למכירה רק לשאלה, והכי נמי בסכין לא שייך שאלה דמהיכי תיתי ישאיל סכינו לנכרי. גם אם הי' חיישינן למכירה, מ"מ כיון דבוודאי היה מתחלה של ישראל הוי ספק אם ניתוסף בו בליעת עכו"ם דשמא לקחו העכו"ם זה יום או יומיים ועדיין לא נשתמש בו וספק השתמש בו דבר פגום, ודומה ממש להההיא דסימן קכ"ב הנ"ל, ובזה עולה יפה דמיונו של השבות יעקב כנלע"ד.

שוב נתיישבתי דיש להקל במחצה ע"מ ישראלים ונכרים דס"ס, ספק דישראל ואת"ל דנכרי שמא הוא אינו בן יומו ואינו דומה לספק טריפה ונעשה הכלי אב"י דהיינו דנין על הספק לחומרא והוי וודאי טריפה דאסור באינו בן יומו אבל בנ"ד נהי דמדין ספק דרבנן לא מצינו למיתי עלה דכשמצאו הבלוע שבו אסור מספק דאורייתא ולא מהני להשהותו מעת לעת, מ"מ מותר מטעם ס"ס כנ"ל דהוי כנולד ב' ספיקות ביחד דהא מקודם דנאבד הסכין לא נולד ספק דהיינו יודעים דישראל הוא ואחר שנאבד נולדו ב' ספיקות יחד, וע"ש בתשובת סי' רנד:

סימן נז

עובדא בא לידי פה ק' פרידלנד עמד השואל ושאל שלאחר שבישל דגים במחבת גדולה ומליאה ונתן הדגים בקערה ע"י כף אחת אחת, אחר כך עירה הרוטב בפעם אחת מהמחבת לקערה, ואחר כך כשנשתהו הדגים בקערה ונצטננו נאכלו הדגים, ונמצא בחתיכה האחרונה מונח בתוכו חתיכת דג טמא, דהיינו רצועה דקה וארוכה קצת כעין סרטין שקורין קרעפס, ובלכתו לשאול ממני ארכס ממנו חתיכת האיסור ואינו בפנינו לשערו אם יש בו ס' והשואל אמר שכפי אומד דעתו קצת הי' בו ס' אך אינו בבירור אצלו.

הנה החתיכת הדג נ"ל דבוודאי אסורה, אף כפי הסכמת האחרונים בסימן צ"ח דבאיסור דרבנן אף מבשא"מ אם נאבד האיסור תולין דהיה ששים כנגדו, מ"מ הכא הוי איסור דאורייתא כפי הסכמת הש"ך סימן ק"ז והמנ"י כלל כ' סק"ד דציר דגים טמאים ע"י בישל הוי דאורייתא והוי אינו מינו נגד דגים טמאים, ואין להתיר מטעם ס"ס ספק הי' כחוש ולא נאסר רק כדי נטילה, ספק שהי' ס' נגדו ואף דאין אנו בקיאן בין כחוש לשמן, ואין עושין מזה ס"ס דהוי חסרון ידיעה י"ל דזהו רק אם הוא בפנינו ומשום חסרון בקיאתינו מספקין במלתא, משא"כ כשנאבד דאף אם היינו בקיאים לא היינו יכולים לעמוד על הבירור שפיר הוי ס"ס, דהא מ"מ י"ל בהיפוך כיון דאפילו הי' בפנינו לא הי' אפשר לדונו בדין כחוש לא יועיל במה דאינו בפנינו. ובדבר זה נסתפק בפרי מגדים סימן נ"ג בש"ך סקט"ו, ובתפארת למשה סימן ק"ץ סט"ו כתב לאסור עיי"ש, גם הלא אף בכחוש עכ"פ בעי כדי נטילה דהוא עובי רוחב אצבע דזהו לא שייך לעשות בחתיכת דג דממילא יופסד הכל. ולפ"ז י"ל ביותר אף באיסור דרבנן יש לאסור דהוי ס"ס להחמיר ספק דהוי כחוש ואינו מועיל ספק דאינו מתפשט יותר מכדי נטילה ואת"ל דהיה שמן שמא לא הי' ס'.

והנה בדין הכף בזה שפיר הי' מקום להקל בלא הגעלה ע"י ס"ס הנ"ל ספק כחוש וספק ס' דבזה אף דעובי תחתית הדג שהאיסור מונח עליו אינו כדי נטילה, ואם כן אף בכחוש מתפשט האיסור לכף, הא קיי"ל דכחוש בלוע אינו יוצא מחתיכה בלא רוטב, וממילא אין הנאסר יכול לאסור ואף דהאיסור הוא עדיין לפנינו מ"מ לענין בליעת הכף דרך התפשטות הטעם מהאיסור דרך החתיכות הדג מקרי בלוע, וביותר מזה כתב המג"א רס"י תמ"ז במצות המשוחים בשומן ומקצתה נתחמצה ונגעה מצה אחרת בצד שלא נתחמצה לא נאסרה דהבלוע של החימוץ באותו מצה גופא ממקום למקום הוי בלוע) ואף דהחק יעקב חולק, היינו באותו חתיכה עצמו לא מקרי בלועה.

ובאמת דברי המג"א תמוהים אצלי למאוד, אם היתה כולה חמוצה היינו צריכים ס' נגד כולה ולא אמרינן שתסגי, ס' נגד מקום שנגע דהרי הטעם שמחוץ למקום נגיעתה כשמתפשט ממקום למקום ובא לשפת המצה זו נעשה בלוע הרי דהטעם דכולה מתפשט באחרת א"כ מה לי דכולה חמוצה או רק מקצתה, וכי כיפי תלוי לה לחמוצה. לזה נראה ברור כדעת הח"י, אך זהו רק באותו חתיכה, אבל מחתיכה לחתיכה אף בעוד שהאיסור מונח עליו מקרי בלוע, כמו שהעלה בשו"ת משאת בנימן סימן כ"ט (ובדבר הת"ח כלל כ"ט שכתב כן בלב הדבוק בעוף יש לעיין כיון דדבוק בו הוי לכאורה כחתיכה אחת ועיין). וגם מה דגמגמנו דהוי חסרון ידיעה לא שייך לגבי הכף דהא לגבי דבר בלוע סמכינן על בקיאתינו כמ"ש הש"ך סי' ק"ה אולם באמת כמעט מבואר להדיא בהגהת

ש"ע סימן ק"ה ס"ט גבי חלב כחוש המונח על החתיכה הנוגעת בחתיכות אחרות אוסרינן כולן ולא מתירים מטעם בלוע ועיין בפמ"ג דהניח שם בצ"ע.

גם השואל אמר שקרוב לוודאי שבכל פעם כשלקח חתיכת דג עם הכף, שאם ג"כ מעט רוטב, וא"כ גם בכחוש נאסר הכף כך"ר כמ"ש הטו"ז ס"י צ"ב, ואף אם לא הגיע הרוטב למעלה כ"כ עד אמצע של חתיכת הדג מקום שהאיסור מונח, הא מ"מ קיי"ל כר"י כדמשמע בסי' צ"ב, וכן עיקר להלכה דמקצתה תוך הרוטב בלע בכולה גם אף בלא רוטב הא קיי"ל כהרשב"א בדבר שמן בצלי בעי ס' וגם נטילה וא"כ הוי רק חד ס' שמא הי' שמן, ובזה אף אם הי' ס' מ"מ הא בעי נטילה, וכיון דחלק עובי חתיכת הדג לא היה בו כדי נטילה ממילא נכנס גם להכף דהא דבר שמן בלוע יוצא בלא רוטב, זולת שנאמר דהוי ס"ס בכה"ג ספק שהיה כחוש בלא מעט רוטב בכף דאז לא יוצא הבלוע להכף, ואת"ל שהי' שמן דלמא היה ס' וגם מעט רוטב ולא בעי נטילה, אך ז"א דמיד שאתה אומר שהי' שמן הוי ס"ס להחמיר, ספק דלא הוי רוטב, ואף אם יש ס' בעי כדי נטילה, ואת"ל שהי' רוטב דלמא לא היה בו ס' וכמ"ש תוס' כעין זה פ"ק דכתובות בסוגיא דפ"פ. ולזה נ"ל דהכף צריך הגעלה ואף דמ"מ יש לדון כיון דהך מלתא גופא דבשמן בעינן ס' ונטילה לאו מוסכם הוא דהרא"ה חולק עליו א"כ י"ל שפיר דהוי ס"ס אך עכ"פ כיון דאמיד ומוחש להשואל דהי' מעט רוטב בכף ממילא הוי רק חד ספק והכף בעי הגעלה.

אולם בדינא דהמחבת נ"ל לדון טובא דלא בעי הגעלה דהרי הרוטב בוודאי הי' ס' נגד טעם האיסור והחשש רק דלאחר שהי' חתיכת הדג עם האיסור שבתוכו מונח על הכף, כיון דחתיכה ענ"נ ונאסר הדג ובלע הכף ממנו וכשהחזירו להרוטב נאסר הרוטב דאין בו ס' וכיון דחענ"נ הוא דרבנן והוי ספק שמא הי' בו ס' הוי ספק דרבנן, ואף דלאו בירור גמור הוא דהי' מעט רוטב בכף וא"כ הוי ס"ס להחמיר ספק שמא לא הי' בו רוטב ואף אם הי' בו ס' נאסר כדי נטילה, וספק שלא הי' בו ס' מ"מ יש כאן ב' ספיקות ג"כ ספק שהי' כחוש בלא רוטב ולא בלע כלל הכף מהאיסור ואין הנאסר וכו' גם הך דינא גופא דבשמן אף היכי דיש ס' בעי נטילה הוי רק חומרא בעלמא כמ"ש האחרונים, בוודאי יש לצרף בזה דעת האומרים דבמקצת חתיכה לא אמרנן חענ"נ עיין ש"ך סימן צ"ו בענין. דליכא גוונא דאיסורא בנ"ד אא"כ לא הי' בו ס' והי' שמן או מעט רוטב דאם היה בו ס' בממנ"פ דבכחוש אין בלוע יוצא בלא רוטב, ואם הי' מעט רוטב הי' בטל בס' ואם הי' שמן בלא רוטב דנאסר כדי נטילה מ"מ לא אמרינן לגבי חענ"נ, וכיון שכן דאם הי' בו ס' בוודאי שרי ממילא לענין חתיכה עצמה נ"נ הוי ספק דרבנן.

הן אמת שראיתי להפמ"ג בסימן צ"ח בטו"ז סק"ג דנסתפק בנשפך במבשא"מ ואח"כ הוסיפו בו מים עד דעכשיו בוודאי איכא ס' והספק רק אם אז לא הי' בו ס' ונעשה נבילה, די"ל דאסור כיון דכבר היה בכלל ספיקו דאורייתא, ודמי לספק טריפה שבשלו בכלי ונעשה אינו בן יומו עיי"ש.

אולם לדידי נראה דאין לדמותו כלל דדווקא התם דייניין על האיסור גופא דמה שאסור בעצמותו משום ספק דאורייתא אף דנעשה אח"כ ספק דרבנן מ"מ עומד באיסורו דהיינו הבלע של ספק טריפה אף דנפגם מ"מ עומד באיסורו, וכמו כן בס' איסור שנתערב והוא דבר חשוב אמרינן דכיון דהספק בעצמותו לחומרא עומד באיסורו ולא נתבטל כיון דהוא דבר חשוב, משא"כ גבי נשפך דמיד כשנשפך ואסרנו המאכל היינו מספק שמא מעורב בו טעם איסור, אבל מ"מ לא נתחדש ולא נולד איסור חדש לומר דטעם ההיתר נהפך לאיסור כדין חתיכה עצמה נעשה נבילה, דלגבי הטעם של ההיתר אמרנו דלא נאסר מעולם דהוי ספק דרבנן, וא"כ כשהוסיפו אח"כ עד ס' מותר דטעם התיתר לא נאסר מעולם ולא בעי ביטל, ובענין זה לא מקרי תרתי דסתרי דכך משפט תורתינו הקדושה דבמילי דאורייתא ספיקו לחומרא ובדרבנן ספיקו להקל, ואולם מדברי הש"ך סימן פ"ד סק"ל משמע כדעת הפמ"ג דהרי בחורו נקוב לחוץ אסור רק מספיקא דשמא פירש, ואעפ"כ דעת הש"ך לדון בו דחתיכה עצמה נעשה נבילה.

ובזה מיושב היטב דברי הת"ח. כלל נ"א שכתב שם דאף לטעם הר"ב, מ"מ יש להקל אף בעירו הרוטב להקערה אח"כ דהוי ספק דרבנן כמו בנשפך, ותמהו כל האחרונים הט"ז והש"ך והמנ"י דהא ביצת אפרוח ודג טמא הוי מבשא"מ, ואף דהדגים טהורים שבמחבת שנאסרו הוי מב"מ עם הדגים שבקערה, מ"מ כיון דנאסרו מספק בעי ביטול כמו וודאי איסור דבלח בלח בעינן ס'.

ולענ"ד נראה דהרי לרבינו אפרים דלא אמרינן חתיכה עצמה נעשה נבילה אם חתיכת היתר בלע כזית חלב ובשלו עם חתיכות אחרות ובכולם ס' נגד כזית האיסור אף דחתיכה עצמה אסורה דאין הגעלה באוכלין וכדאיתא בש"ע רס"י ק"ו מ"מ אם אינו מכירו בטל ברוב כיון דפליטת טעמו אינו אוסר הוי כמו יבש ביבש כמ"ש הראשוני' בפשט דברי הש"ס פ' גיד הנשה שנתבשל עם הגידים דפרכי' ויבטל ברובה, וכיון שכן אף לדידן דקיי"ל כר"ת, מ"מ אנן אמרינן דהמעט דגים שנשארו במחבת ונאסרו מספק שמא הי' אז שם דג טמא ולא היה בו ס' אף דנאסרו לאכלו דשמא אוכלים טעם דג טמא שמעורב בהם, מ"מ גוף טעם ההיתר לא נעשה נבילה, וכשעירו אח"כ הרוטב והדגים להקערה ועכשיו יש ס' בכולם נגד טעם האיסור מותר הכל דהא הפליטה טעם ההיתר של המעט

דגים ההמה אין אוסר רק אם יבוא אליהו ויברר אותם נאסר אותם מחששא דמעורב בהם טעם איסור ואין הגעלה באוכלין וממילא הוי כמו יבש ביבש כנ"ל ברור ונכון בעה"י.
וכיון שכן בנ"ד נמי טעם הדג לא נעשה נבילה ולא נאסר הרוטב ולא בעי במחבת הגעלה.
אך לאשר ידעתי מך ערכי מבלי לסמוך על דעתי הקלושה והוריתי להגעיל גם המחבת, אולם אם יזדמן לזה במחבת חרס דעתי נוטה להקל להשהותה מעל"ע וד' יניחני בדרך אמת:
במקור נדפסו שתי תשובות נז וזו התשובה השנייה
תשובה נז
בש"ע חוה"מ סימן רס"ח ס"ב בהג"ה ב' שבאו כאחד לתוך ד' אמות או שעומדים ונפלה המציאה לתוך ד' אמותיהן קנו שניהם עכ"ל, מלשון זה משמע להדיא דבעומדים שם קודם נפילת המציאה אף שאחד בא לשם קודם לחבירו, מ"מ קנו שניהם דבשעת נפילת המציאה לשם שניהם עומדים שם. ותמוה לי דהא בגיטין ע"ח ע"א דפריך הש"ס וליחזי הי מינייהו קדים וכו' הרי מבואר דאם קדמה היא לתוך ד' אמות אלו קודם להבעל, ואח"כ בא הבעל לשם וזרק לה הגט קנתה היא דכבר זכתה בד"א אלו לקנות על ידן הגט שיתן לה אף דבשעת נתינת הגט גם הבעל הוא בתוך ד' אמות) א"כ הכא נמי בבאו שניהם זה אחר זה ואח"כ נפל המציאה לשם מהראוי שיזכה הא' דכבר זכה בד' אמות אלו לענין מה שנפל לתוכו. ולענ"ד דין זה ברור כמ"ש דזכה האחד ובהכרח שבקינן לדברי הגהת ש"ע הנ"ל דדחיק ומוקי לנפשי' דאו שעומדים היינו דבאו לשם בבת אחת וצל"ע.
ונסתפקתי להסוברים דגם במתנה ד' אמות קונים אם ראובן בא תחילה לתוך הד' אמות ואח"כ בא לוי לשם, ושמעון נתן ללוי מתנה וזרקו לתוך ד' אמות אלו, אם נימא דלוי לא קנה, כיון דראובן בא לשם תחלה ד' אמות אלו נעשו שלו וכמש"ל, או דנימא דלענין זכיית זה החפץ דא"א לראובן שיקנה דתלוי בדעת הנותן לא מקרי הד' אמות שלו וזכי' ללוי בכל מה דא"א שיזכו הד' אמות לראובן זוכים ללוי, והנה מדברי הב"ש באה"ע סימן קל"ט סכ"ג במ"ש שם בדברי הרמב"ם דאיירי דאין לה שם ד' אמות כגון דבא אחר לשם תחלה וכו' הרי דס"ל בפשיטות דאף מי שאין לו שייכות בזכייה זו מ"מ כבר הד"א הם שלו שלא יקנה בהם זה האחר.
אמנם דברי הב"ש תמוהים לכאורה מסוגיא דגיטין הנ"ל דפריך והא אי אפשר לצמצם, ולדברי הב"ש משכחת לה ברווחא דתחלה הי' אחר בתוך הד' אמות, ובעודו שם באו הבעל והאשה זה אחר זה לתוך ד' אמות אלו דכ"ז שהראשון עומד לשם הד"א שלו ולא ניקני להבעל והאשה, ואח"כ הלך הראשון משם דבאותו שעה שהולך משם הבעל

והאשה זוכים כאחד בד"א אלו אלא ע"כ דלענין הגט אין נפקותא בזכיית אותו האיש דאין לו שייכות בו וצל"ע לדינא ומה דיש לעיין בהג"ה זו דהא אי אפשר לצמצם, עיין בספר בית מאיר סימן קל"ט דהתעורר מזה.

סימן נח

לק"ק פראנקפורט

לכבוד ידידי חביבי הרב הגאון המפורסים מו"ה **יהודא ליב** נ"י אב"ד ור"מ דק"ק הנ"ל.

ע"ד עובדא דאתי לידי' צוואת שכיב מרע שנכתב שיותן מהיום ולאחר מיתה מדמי הבית שלו לכל אחד מבנותיו הפנוייות ס"ך ש"ן ר"ט ושכר דירה מכל החדרים שבבית וינתן להם לצורך פרנסתן ובסוף הצוואה כתוב וקנינא וכו' ואח"כ נפטר אחד מבנותיו הפנוייות וציותה שחלקה בדמי הבית שזכתה עפ"י צוואת אביה יוחלק בין אחתיה הפנוייות.

הנה בפשיטות הדבר כמ"ש מעכ"ת נ"י דמהיום ולאחר מיתה צריך קנין כדאיתא בש"ע סימן ר"ן ס"ט. ומה שתמה מעכ"ת נ"י על שלא הובא שם דעת הנ"י דף רכ"ט ע"א דס"ל דגם בקנין אם עמד חוזר, גם אנכי הרגשתי בזה ובש"ע שלי כתבתי על הגליון ועיין בנ"י דף רכ"ח סוף ע"א ודף רכ"ט תחלת ע"א. וצ"ע.

('**א**"**א** שמעתי מאאמ"ו נ"י דנראה דגם דעת תוס' בגיטין ט' ע"א ד"ה וא"ח וכו' דתירצו דמיירי דמהיום, מבואר דס"ל כדעת הנ"י דאף במהיום אם עמד חוזר].

ומ"ש מעכ"ת נ"י במ"ש הנ"י במימרא דאביי ומודה רשב"ג באם נתנם במתנת שכיב מרע דלא עשה ולא כלום דכבר קדמו אחריך דמיירי במתנת שכיב מרע מהיום ולאחר מיתה, והא כיון דהקנין נגמר מחיים הוא קדם לאחריך. זה זמן רב עמדתי על זה ותמהתי ביותר דמלישנא דהרשב"ם והנ"י שכתבו וז"ל אם נתנם האחד במתנת ברי כדרך מתנת שכיב מרע דהיינו מהיום ולאחר מיתה או במתנת שכיב מרע מבואר דמפרשי דמיירי בברי שנתן מהיום ולאחר מיתה אלא כיון דנתן כדרך מתנת שכיב מרע (כדאיתא בברייתא קל"ה ע"ב איזה מתנת בריא שהוא כמתנת שכיב מרע כל שכתב מהיום ולאחר מיתה) קרי לה אביי מתנת שכיב מרע, ובזה בוודאי יקשה הא קנה מחיים וקדם לאחריך, ובזה נסתר ג"כ במה דרצה מעכ"ת נ"י לתרץ דהנ"י ס"ל דגם בלא עמד חוזר דכללא הוא כל שעמד חוזר חוזר במתנתו, דהנה מלבד דמבואר בהיפך בנ"י דף רכ"ח ע"ד בסופו, גם הא הנ"י מפרש לה בברי שנתן לה מהיום ולאחר מיתה, ובזה בוודאי אינו יכול לחזור כדקתני מתני' האב אינו יכול למכור, ומעכ"ת נ"י כתב בלשונו דהנ"י מפרשם כפירש

רשב"ם דמיירי במתנת שכ"מ מהיום ולאחר מיתה, ומלשון הרשב"ם והנ"י נראה בעליל דמפרשי בברי שנתן מהיום ולאחר מיתה, וכבר רציתי לדחוק דמה דאמר אביי וכבר קדמו אחריך היינו לענין הפירות דלא קנה עד אחר מיתה, אבל באמת כבר כתבתי בסימן נ"ג דלענ"ד קנה הכל מיד, אלא דהנותן שייר לעצמו הקרקע לפירות שיגדלו בחייו וממילא הפירות דלאחר מיתה הם ללוקח כיון דלא שיירם הנותן לעצמו. ומ"ש מעכ"ת נ"י תוך חצאי עגולה דלהרמב"ם דס"ל במהיום ולאחר מיתה עמד אינו חוזר הטעם דמ"ש ולא"מ ר"ל לעולם. לא ידעתי מה צריך לזה דהטעם בפשוטו דכל שאומר מהיום הוי כברי שנתן מהיום ולאחר מיתה דמפרשי גופא מהיום ופירי לא"מ כדאיתא ב"ב קל"ו ע"א, עכ"פ הדין ברור דמהיום לא"מ צריך קנין, ולזה צריכין אנו לדון בנוסח השטר.

ונ"ל לדון טובא בלשון יותן מדמי הבית דהוי בכלל דבר שלא בא לעולם כיון שדמי הבית עדיין לא בא ליד הנותן, וביותר דאף לר"מ דס"ל אדם מקנה וכו' לא מהני דדווקא היכי דהקנין מצי לחול לכשיבוא לעולם כגון פירות דקל דקנין כסף חל לכשיבוא לעולם וה"נ אם מקנה דמי הבית בקנין אג"ק, אבל במתנה בקנין סתם א"א לחול כשיבוא לעולם דאין מטבע נקנה בחליפין, גם כיון דכשבאו המעות לעולם כבר מת הנותן בהא מודה ר"מ כדאיתא ב"ב קכ"ז ע"ב בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס. ונלע"ד דזה תלוי באשלי רברבי, דהנה איתא בגיטין ס"ו ע"א דמי חמרא לא קאמר, והקשו שם בתוס', דהא זו הוי דבר שלא בא לעולם, ותירץ דמפרשי חמרא לדמיו, אי נמי דמיירי בנמכר קצת יין, ולכאורה נראה בב' אופנים דהנך תרוצים פליגי לדינא, האופן הא' דלכאורה יש לעיין בתירוצם הא' דמ"ש פירות דקל דלא מפרשי דקל לפירותיו, ומ"ש דמי חמרא דמפרשי חמרי לדמי, ואפשר לומר כמ"ש הכ"מ פכ"ג ה"ט, מהלכות מכירה לחלק בין פירות דקל לפירות שובך דבשובך דהשובך טפל לפירותיו מפרשים דשובך לפירות קאמר, אבל בפירות דקל דפירות טפילים לדקל לא מפרשים דדקל לפירותיו קאמר ע"ש, א"כ י"ל דדיוקא דסיפא הוא העיקר דדווקא בפירות דקל שהם טפלי' להדקל משום הכי לא מפרשים דקל לפירותיו, אבל בדמי חמרא דדמים חשובים כמו חמרא ואין אחד טפל לחבירו מפרשים דחמרא לדמי, וא"כ יש לומר דבזה פליגי ב' תירוצים בתוס' דבתירץ הב' ס"ל דלא מפרשים חמרא לדמיו, והראי' שמביאים בתי' הא' מערוכין, אינה ראי' גמורה (כמו דנקטו בלשונם דמשמע בערוכין) דבאמת י"ל דמה דאמרינן התם דמי שור זה עלי עולה היינו דמחייב עצמו ליתן דמי שיווי השור כמו דמי פלוני עלי וכנראה דס"ל הכי בתוס' ערוכין שם ד"ה אר"ח -- האופן הב' עפ"י סוגיא דגיטין מ"ב ע"ב עבד שמכרו רבו לקנס מהו ובתוס' שם נקטו ב' סברות דבעבד אין הקנס יוצא מגופו וגם לא עבידי

דאתי, וכנראה דמספקי להו בפי' האיבעי די"ל דהחילוק דבדקל לפרותיו הפרות יוצאים מגוף הדקל משא"כ בעבד לקנס ומה דקאמרינן משום יימר, היינו לר"מ דמהני אפי' דבר שלא בא לעולם ממש, אבל לרבנן בלא"ה לא מהני דעבד לקנס לא עדיף יותר מפירות דקל כיון דאין הקנס יוצא מגופו, או דהחילוק דגם בדקל לפירותיו בעינן עבידי דאתי, וא"כ מה דאמרינן מי יימר זהו צריך גם לרבנן לחלק בין דקל לפירותיו לעבד לקנס ועיין בחידושי הרשב"א שם דכ' בשם הרמב"ן דהחילוק דבעינן שהפירות יוצאין מגופו. (ומה דקשה מסוגיא דכתובות דנ"ח יוקדשו ידי לעושיהן עיין מ"ש בחלק א' סי' קמ"א.) ואח"כ כתב בשם תוס' דהטעם דהוי ב' מי יימר, ועיין בהה"מ שכתב הטעם דהוי ב' מי יימר ואם כן לכאורה חמרא לדמיו תליא בזה דלהה"מ דמי חמרא לדמיו לדקל לפירות כיון דעבידי דאתי ולהרמב"ן דמי חמרא לדמיו לעבד לקנס והוי ספק איבעיא כיון דאין הדמים יוצאים מגוף החמרא. ובמ"ל פכ"ב מהלכות מכירה הביא חבילות תשובות במעות לפירות אי מהני, ולא זכיתי לספרים ההם, זולת לתשובת מהר"ם אלשיך ראיתי שכתב בפשיטות דלא מהני וכתב לחלק בין דקל לפירותיו, דבמעות לפירותיהם אי אפשר לבוא לפירות כאחד בהסתלקות הקרן מרשותו על ידי מכירה עיין שם ופלא בעיני שלא הביא דברי הראשונים דהרי דעת הה"מ מבואר דלא סבירא ליה לחילוק זה, וגם להרמב"ן הוי רק בכלל ספק איבעיא ומטעם אחר כיון דא"י מגופו, אבל לא דוודאי לא מהני,, וא"כ י"ל דבזה פליגי הני ב' תירוצים בתוס' דלתירץ הב' ס"ל דחמרא לדמיו לא מהני דהוא ספק איבעיא וכדעת הרמב"ן הנ"ל, ולפ"ז בנ"ד בדמי בית הוי ספיקא דדינא, דלתירץ ב' בתוס' לא מהני אי מטעם דלא מפרשינן בית לדמיו, ואי מטעם דגם בפירש בית לדמיו ג"כ לא מהני, והי' הדין לכאורה דאוקמינן בחזקת נחלה ובטלה המתנה.

אמנם לכאורה נראה דדעת רוב הפוסקים להלכה דדמי בית מהני, דממאי דפירש רש"י והר"ן בההיא דדמי חמרא לק' דליזבין חמרא וליתוב מדמיו, מבואר דס"ל דלא כתירץ ב' דתוס' הנ"ל דאף דעדיין לא נמכר היין, מ"מ צריך למיזבן היין וליתן דמיו, ואין לדחוק דמה דאמרינן דמי חמרא לק' היינו לרווחא דמלתא דאפילו ספק לא הוי דאלו אמר דמי חמרא הי' עכ"פ ספק כמו בעבד לקנס, דז"א דהא בגיטין מ"ג ע"א איתא אר"א ת"ש הרי דר' אבא פשיט דעבד לקנס לא מהני, ואלו בסוגין אמרינן אליבא דר"א דהכי קשיא ליה דמי חמרא ל"ק, וא"כ יקשה דהא לר"א לשיטתיה דפשיטא ליה דעבד לקנס לא מהני גם דמי חמרא לא מהני, אלא ע"כ דס"ל דאינו דומה לעבד לקנס, גם בהרמב"ם פי"א מהלכות זכייה הכ"ב, מבואר דדמי יין מהני, והכי מבואר מפסקי הטור וש"ע סימן רנ"ג ס"ג דבאומר דמי חמרא ונמכר היין ונאבד מקצת דמים ההפסד לפי חשבון מבואר דס"ל

דמהני, והכי מבואר מדברי הרמ"א סימן ר"ט ס"ד האומר שיקנה דמי היין לכשימכר היין הוי דבר שלא בא לעולם ומקורו במרדכי שהביא ג"כ ב' תירוצים דתוס' וקבע הרמ"א להלכה לעיקר כתירץ הא' דדווקא לכשימכר הוי דבר שלא בא לעולם, משמע דבדמי יין סתם לא הוי דבר שלא בא לעולם, ומדסתמו כן להלכה ולא הביא שום חולק וגם האחרונים שמו יד לפה ולא כתבו דיש בזה ספיקא דדינא משמע דלכ"ע מהני, וע"כ צריך לומר דאף להרמב"ן הנ"ל מ"מ בדמי חמרא כיון דהוא חליפי היין ותמורתו הוי קצת כיוצא מגופו, וכעין מש"כ הרשב"א גיטין ליישב ההיא דתוספתא באויר חורבה כיון דהוא חלק מחורבה הוי כיוצא מגופו, וכעין סברת הש"מ הנ"ל דנראה כאלו יוצא מגופו, ה"נ י"ל בדמי חמרא כיון דהוא חליפי היין נראה כאלו יוצא מגופו: ושאני קנס דמעלמא בא ואינו תשלומי העבד, ואף דעיקר קושית הרשב"א מהתוספתא דהוא במונח דא"י לשייר עצמו אויר אלא א"כ ע"י חורבא לאוירא: זה אינו מוסכם דהרשב"א עצמו בתשובה שהובא בבית יוסף סימן רי"ד כתב דיכול לשייר לעצמו אויר לחוד, וכן מבואר מדברי הר"ן שהביא הב"י סימן רנ"ג דכתב דלר"פ דס"ל הואיל ויורש יורשה ה"נ אויר כיון דיורש יכול ליתן במתנת שכ"מ ע"כ הא דמשכחת דמורש אויר לחוד היינו שלא הי' למוריש רק אויר ע"י שיור שמכר בית לאחר ושייר לעצמו אויר הרי דס"ל דיכול לשייר עצמו אויר, מ"מ בלא הוכחה י"ל מסברא דדמי חמרא הוי כיוצא מגופו, וגם הא דמפרשינן דחמרא לדמיו י"ל אף להראב"ד דס"ל בפירות שובך דלא מפרשינן שובך לפירות מ"מ מודה בדמי חמרא כיון דהוא חליפי היין שייך יותר לומר דחמרא לדמיו קאמר, ובפרט דמשמע בסי' רי"ג דקיימ"ל באמת בפירות שובך דמפרשים שובך לפירות והכי נמי בדמי חמרא, ולכאורה באמת מההיא דפירות שובך דהוא מתני' פ"ה דב"ב ק' לכאורה להרמב"ן הנ"ל הא אין הפירות יוצאין משובך עצמו, וצ"ל כמ"ש התוי"ט דמיירי מתני' דאין באין לחזור מהמקח, א"כ ממילא לדינא דקיי"ל בסי' רי"ג דלא הוי דבר שלא בא לעולם, וא"י לחזור מבואר דלא קיי"ל כהרמב"ן הנ"ל, ואולי י"ל דהוי כעין ס"ס, ספק דאינו דומה לעבד לקנס וכדעת הה"מ, וס' דעבד לקנס גופו מהני. עכ"פ כיון דסתימת פסקי הש"ע מורים דבפירות שובך ודמי חמרא מהני, והכי מבואר נמי מדברי רש"ל שהובא בטו"ז יו"ד סימן רט"ו סק"ד, כסף זה להרווחים מדמיו לא הוי דבר שלא בא לעולם מי אנכי נבער מדעת לגבר חיילים להוליד דפירות שובך ודמי חמרא הוי ספיקא דרבוואתא ועיין מ"ש מזה בתשובה סי' פ"ג.

ובההיא ענינא קשה לי במ"ש תוס' ריש פרק המפקיד דגם המקשן ס"ל דמקני הפרה לכפילא, ופריך בדרך ותפשוט איבעיא דעבד לקנס דמהני, ובחידושי רשב"א גיטין

מבואר יותר הא דלא משני דאקני פרה לכפילה, ובזה לא הי' קשה גיזותי' ולדותיה נמי (ונ"ל ביאור דבריו דבזה לא קשה מאי פסקי די"ל דדווקא כפל דהריווח בא מכח הגניבה משום הכי כיון דנפסד על ידו ומשלם לו הגניבה מקנה לו הריווח שבא מכח הגניבה אבל לא שארי שבחי' דאינם באים מכח הגניבה). היינו משום דלא תפשוט איבעי דעבד לקנס לפ"ז קשה לי מסוגיא דהמפקיד ל"ה ע"א דפשיט יוקרא ממתני' דשלם ולא רצה לשבע והיינו משום, דיוקרא הוי שבחה דמעלמא, הא להך צד דעבד לקנס מהני י"ל בפשוטו דמקנה לו פרה לכפילא, וממילא י"ל דשאר שבחיה דמעלמא לא מקני ליה, וא"כ יהא הדין דיוקרא הוי ספיקא דתלי באבעי דעבד לקנס, ומספק לא זכה השומר וצלע"ג. [**א"א** ב"ה קושיא זו כבר אמורה בסי' ל"ג].

גם יש לדון בלשון יותן כמ"ש מעכ"ת נ"י דהוי קנין אתן ומכ"ת נ"י הביא דבתשו' נודע ביהודא חח"מ סי' כ"ה כ' בשם חתנו הגאון מוהרר"י זצ"ל דבתנו גם להרמב"ן דס"ל דיטול יחזיק מהני, תנו לא מהני דבאתן גם הרמב"ן מודה. ולענ"ד דברי הגאון זצ"ל מוקשים למאוד דהא הרמב"ן למד דיטול מהני בברי מדמהני בשכיב מרע, דמה דלא מהני בברי משום קנין דברים גם בשכיב מרע לא מהני דשכיב מרע שאמר אתן לא מהני, עיין בלשון הב"י בשם הרמב"ן, וא"כ כיון דמצינו דשכיב מרע מהני תנו כדאיתא בכל דוכתא גבי שכיב מרע תנו מוכח דגם בברי מהני בקנין דהכוונה דיזכה בקנין זה ותנו לו את שלו, ובהכרח דשאני אתן דהוי רק כמו הבטחה, וכמו שרצה באמת הגאון מוהר"י ז"ל לחלק מסברא אלא דדחה ממה דכ' הח"מ באה"ע רס"י ק"ט בשם הב"ח דתנו הוי קנין דברים. ולענ"ד דברי הב"ח לאינך שיטות הר"י מיג"ש וסייעתו דס"ל דיטול לא מהני בברי דלשון להבא הכי נמי תנו לשון להבא הוא, ולדינא מכח ספיקא דרבוואתא יפה פסק הב"ח דלא מהני, אבל להרמב"ן בוודאי מוכח דתנו מהני.

ולפ"ז היה נ"ל דבנ"ד ממנ"פ מהני, דלשיטת הר"י מג"ש וסייעתו הא ס"ל דשכ"מ עדיף דמייפי' אמירתו באומר יטול יחזיק, ולהרמב"ן הא מוכח דאף בברי מהני תנו, ומעכ"ת נ"י כתב דדינא דידן תלוי, במחלוקת הפוסקים דלהר"י מיג"ש דמייפינן אמירתו ה"נ בתנו, אבל להרמב"ן דלא מייפינן אמירתו לא מהני תנו. ולענ"ד לרמב"ן באמת מוכח דגם בברי מהני תנו וכנ"ל, ועכ"פ כפי מה דנקט מעכ"ת נ"י דנ"ד לענין אמירתו יש לו דין שכיב מרע א"כ כיון דפשוט בכל דוכתא דתנו מהני בשכיב מרע ה"נ בנ"ד ולא תליא בספיקא דרבוואתא.

אמנם נ"ל בהיפוך דנ"ד להר"י מיג"ש וסייעתו לא מהני ולהרמב"ן מהני, דבאמת מסתפק אנכי להר"י מיג"ש דיטול לא מהני בברי ובשכיב מרע מהני, אם הוא דווקא היכי

דהשכיב מרע נותן בדין מתנת שכיב מרע כגון במחלק כל נכסיו או במקצת ומצוה מחמת מיתה, אבל בנותן מקצת סתם ובקנין ואמר יטול אם נימא כיון דמתנתו מדין מתנת ברי מהני צריך שיהי' אמירתו כאמירת ברי ולא מהני יטול, או דמ"מ כיון שהוא שכיב מרע מייפי' אמירתו.

ונ"ל ראיה מדברי הש"ך סס"י רמ"ח דהקשה הא כיון דשייר ה' זהובים הוי מתנת שכ"מ במקצת' ולכאורה לא קשה מידי די"ל כפשוטו דשטחיות דברי המחבר הכי המקנה נכסיו וכו' אג"ק אם מתנת שכ"מ היתה, ר"ל דהמקנה הוא שכ"מ ונתן אגב קרקע דאף דהוא במקצת ובעי קנין, מ"מ הא אגב מהני כמו כו"מ כדכתב המחבר סי' ס"ו ס"כ לענין זה דינו כשכ"מ דא"צ שיאמר קני לך וכל שעבודי כמו שכ"מ דעלמא, אלא ע"כ דפשיטא ליה להש"ך דכל דמתנתו כדרך מתנת ברי אין מייפי' לאמירתו ודינו כבריא לכל דבר.

אמנם נ"ל ללמוד בהיפוך מדברי הריב"ש סימן שמ"ו בשם הרשב"א דההיא דספ"ק דגיטין הולך מנה לפלוני אף דעמד אינו יכול לחזור דנתן רק במקצת ובלא חילק נכסיו ומ"מ כיון דהוא שכ"מ ואלו הי' רצה ליתן במתנת שכ"מ דכתיבה וכמסירה דמי, מש"ה אף בנתן במקצת מ"מ הולך דידיה כזכי דמי. הרי מצינו אף דנותן במתנת ברי מ"מ לאמירתו הוא בכלל שכ"מ, ומ"מ אין מזה סתירה לדברי הש"ך הנ"ל דהרי בלא"ה צריך להבין דהא הרשב"א ס"ל דבשכ"מ שנתן שטר חוב צריך שיאמר קני לך וכל שעבודי דאית ביה דלא מייפינן לאמירתו, ולמד זה מהא דשכיב מרע שאמר ידור בבית פלוני דלא מהני, וא"כ היאך כתב הריב"ש בשמו דהולך דידיה כזכי, וע"כ דצריך לחלק דדווקא להוסיף במתנה כגון ידור בבית דנוסיף דנותן לו גוף הבית לדירה והרשב"א דימה לזה נותן שטר חוב דנוסיף שנותן לו שעבודים דאית ביה בזה לא מייפינן אמירתו, אבל בהולך מנה דבאותו מנה עצמו שנותן מייפי' לאמירתו במזכה לו מיד, ואין אנו מוסיפין דבר אחר, אם כן י"ל דס"ל להש"ך דהכי נמי אף דס"ל דבנותן שכ"מ שטר חוב א"צ שיאמר קנה לך איהו, מ"מ בנותן כדרך מתנת ברי אין מוסיפין במתנתו ושאני בהולך שאין מוסיפין שום דבר, וא"כ באומר יטול י"ל דמודה הש"ך דאף בנותן כדרך מתנת ברי, מ"מ מייפינן הלישנא דבאותו דבר שנותן לו אף דמשמעותו להבא מ"מ מייפינן דמקנה לו מיד וכמו בהולך, וא"כ ה"נ בנ"ד בתנו אף דנתן במהיום דהוי כמתנת בריא, מ"מ לענין האמירה דינו כשכ"מ דתנו מהני.

אמנם באמת דחוק לכוון כן בכוונת הש"ך, דמאן מפיס ליה לחלק בכך ולעשות מזה קושיא, ובפרט די"ל דהנך שיטות דס"ל דנותן שטר חוב א"צ שיאמר קני לך וכו' ס"ל דלא מקרי הוספה דהשעבוד הוא בכלל השטר חוב כמ"ש הה"מ לחלק לדידהו בין ידור

בבית לנותן שטר חוב, וא"כ שוב דמי להולך, גם אף דמדברי הריב"ש בשם הרשב"א הנ"ל מבואר דס"ל דאף בנותן בדרך מתנת ברי הולך כזכי מ"מ הא כתב שם בשם הר"ן דס"ל דע"כ הסוגיא מיירי במחלק נכסיו או במצוה מחמת מיתה, דאל"כ כיון דנותן בדרך מתנת ברי הוי כבריא והולך דידיה לאו כזכי, עיין ש"ך סס"י קכ"ה. וא"כ לכאורה בנ"ד תליא באשלי רברבי, דלהרמב"ן הוכחנו דתנו מהני אף בברי, אבל לשיטת הר"י מיג"ש וסעייתו, י"ל דתנו הוי כיטול, וכיון דנותן במהיום דהוי כמתנה ברי דינו כברי לכל דבר וכדס"ל להר"ן.

אמנם באמת הא כתב הטור סימן רמ"ה בשם הרמ"ה דבאומר אתננו לך מעכשיו קנה כיון דאמר מעכשיו, אינו מקנה לו קנין דברים וה"נ בנ"ד דאמר מהיום דהוי כמעכשיו מהני קנין אתן ואין לחלק ולומר דדווקא היכי דמעכשיו מיותר הוא דהא סתם קנין כמעכשיו הוא משום הכי מפרשים דבא לייפות ולבאר דנותן ממש ולא ק"ד בעלמא משא"כ בנ"ד דאין מעכשיו מיותר, דהא כיון דאמר ולאחר מיתה צריך שיאמר גם מהיום, מ"מ מלישנא דהרמ"ה משמע לאו משום יתור הוא אלא דעכשיו ל"ש לגבי קנין דברים. גם הא הטור כתב ברס"י ר"ו דבאומר לכשאמכור שדה זו במנה אמכרנו לך מעכשיו קנה, ועיין בב"י דצ"ל מעכשיו, דאל"כ הוי קנין דברים, ובסמ"ע כתב דבלאו מעכשיו הדרה סודרה למרי, כי היכי דבמקנה בסודר לאחר ל' יום דלא מהני ולא אמרינן דסתם קנין כמעכשיו, והוי מעכשיו ולאחר ל' יום, דכיון דאומר לאחר ל' אין סתמו כמעכשיו, ה"נ כיון דאומר לכשאמכרנו אין סתמו כמעכשיו, ולכאורה לקושטא דמלתא תרווייהו אתנהו דבלא מעכשיו הוי קנין דברים וגם הדרא סודרא למרא, וכיון שכן הא התם אין מעכשיו מיותר, דהא סתמו אינו במשמע מעכשיו, כיון דאומר לכשאמכרנו ואעפ"כ מהני להוציא מידי קנין דברים, וה"נ בנ"ד.

אמנם לענ"ד יש לדון בנ"ד כיון דאומר ושכר דירה ינתן לפנויות דזה הוי כמו דבר שלא בא לעולם, וגם מטבע אינו נקנה בחליפים וגם בשעה שבא לעולם כבר מת הנותן דאף דכתבנו דבדמי הבית הוי כבית לדמיו, מ"מ בשכר דירה דהוא טפל לבית הוי ממש כמו פירות דקל ואף דהרמ"א ברס"י ריב"ב כתב בשם תשו' הרמב"ן דבכותב שידור פלוני בביתו ואח"כ נכתב וקנינא וכו' אמרינן דהקנה גוף הבית לדור, דקנין ענין חזק הוא והרמב"ן דימה זה לההיא דר"פ הכותב דבאומר דו"ד אין לי מהני קנוי מידו מ"מ נ"ל מדלא מצינו בשום מקום דבנותן לו פירות דקל וקנו מידו דאמרינן דמכח הקנין הקנה לו הדקל לפירות, והרמ"א ג"כ לא כתב כך בסי' ר"ט גבי דבר שלא בא לעולם, מזה נראה דדווקא בנותן דבר שאין בו ממש כגון דו"ד, וכן בדירת בית בזה אמרינן דכיון דעל דבר

שאין בו ממש ל"ש ענין קנין בוודאי הקנה לו גופו של דבר, אבל בפירות דקל דיש בו ממש ושייך בו קנין אלא דהדין דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בזה לא מהני הקנין והכי נמי בנ"ד בשכר דירה, גם דברי הרמב"ן בעצמם אינם ברורים דמדברי הב"י סימן קצ"ה מחודש יו"ד שכתב על דברי רב האי ורי"ו והגמ' שלא כדברי הרשב"א שכתבתי בסי' רנ"ג והרמב"ן שאכתוב סוף סי' זה עכ"ל, מבואר דהב"י ס"ל דרב האי ורי"ו והגמ' לא ס"ל להיא דהרמב"ן הנ"ל, והיינו ע"כ משום דס"ל להב"י דמדסתמו וכתבו דקנין לא מהני לאויר משמע דס"ל דאפילו קנין בסוף לא מהני וכן בב"י סימן רכ"ג מחודש ו' כתב על הרשב"א בתשובה דחולק עליו רבינו האי ע"ש. ועיין במהרי"ל ח"ב בסימן שכתב אההיא דהרמב"ן אני סבור דכל שאר הפוסקים חולקים דכל כי האי הוי צריך לאדועי ע"ש, ועיין בתשובת הר"ם אלשיך סימן פ"ז בשו"ת פרח מטה אהרן ח"א סי' י"ג וכיון דהקנה הכל בענין א' הדרן למחלוקת דרבוואתא במקנה לו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם ביחד דלא קנה כלום, ועיין מרדכי פ' מי שמת, והובא בהגהת ש"ע סי' ר"ג, ובסמ"ע שם כתב דהנך פוסקים ס"ל דקני את וחמור לא קנה כלל, ובמהרי"ט חח"מ סימן נ"ב כתב לדחות הך שיטה להלכה רווחת דקני את וחמור קנה מחצה.

ואולם באמת בהג"ה במרדכי שם דהך שיטה ס"ל ג"כ דקנה מחצה, אלא דס"ל לחלק דבנותן לשנים ואחד לא קנה, קנה השני חלקו אבל בנותן ב' דברים לאחד ולא קנה קצת לא קנה כלל, וא"כ בנ"ד הוי ספיקא דדינא, ואוקמינן בחזקת נחלה ובטלה המתנה כנלע"ד בעה"י:

סימן נט

בש"ע אה"ע סימן ד' סק"ט בהג"ה הא דאב נאמן על בנו היינו במי שהוא בחזקת אביו כגון באשתו נשואה, אבל פנוייה שאומרת זהו בן פלוני, והוא אומר שממזר נתעברה, אינו נאמן לפסלו והיא נאמנת עליו להכשירו עכ"ל. מקורו בתה"ד סי' רס"ז וז"ל משום דר"י דנאמן על בן בין הבנים נמי לא מהימן, דנראה דההי' דהמנותא ליתא אלא בבן שנולד מאשתו בההיא האמינתא התורה שיכיר וכו' לאחרים הוא ומאשתו נולד, ומסתמא הוא דלשדיי' אבתרי' וכשהוא אומר דלאו מיניה הוא וממזר הוא נאמן, אבל בנ"ד דלית ליה לא נשואין ולא קדושין בהך אתתא היאך תיסק אדעתיה דלהאמין במידי הואיל והוא אמר דלאו מיניה הוא וכו' מבואר שורש החילוק היכי דמסתמא הוא בחזקת בנו נאמן לומר שמפלוני הוא, אבל היכי דאינו בחזקת בנו רק שהיא אמרה שהוא מיני' נאמן הוא לומר שאינו בנו אבל לא דמפלוני הוא ולא זכיתי להבין דאף בנשואה היכן

מצינו דנאמן לומר דמפלוני הוא והתורה לא האמינתו רק לומר בני זה בן גרושה הוא דמחזיקו לבנו או לומר אינו בנו, אבל לומר אינו בנו ומפלוני הוא, זהו לא מצינו, ומה בכך דלפנינו הי' בחזקת בנו הא כיון דמאמינים ליה שאינו בנו, א"כ שוב אינו נאמן דמפלוני הוא, ונימא לדבריך לאו אביו אתה ואינך נאמן עליו וצע"ג.

[**א"א ב"ה** עיין סימן – מה שהעלה אחי הרב החריף מו"ה שלמה נ"י דבר יקר בכוונת הנ"י פ"ד דיבמות עפ"י דברי אאמ"ו נ"י הנ"ל.]

סימן ס

לק"ק טיצק

להרב המאה"ג מו"ה **ראובן סג"ל** נ"י.

על דבר שאלתו בדו"ד שבין יורשי ראובן ובין שמעון חתנו בעסק צוואת ראובן שאמר תנו מנה לפלונית בתי וכוס כסף פלוני, והיה מצוה מחמת מיתה ואח"כ נפטרה בת ראובן ושמעון בא לגבות זה ולירש את אשתו.

הנה מקור דין זה באה"ע בב"ש סי' צ' ססקי"ג שהביא בשם תשו' מהר"ם אשכנזי שכתב דבכה"ג הבעל יורשה ולא הוי ראוי, ועיין בגוף התשובה ההיא דפסק כן בנתן מנה ע"ש. אולם מדברי תה"ד סימן ש"ן מבואר להדיא דכל זמן שלא גבתה הוי ראוי ואין הבעל יורשה, ובשו"ת שב יעקב הכריע כתה"ד בחאה"ע סס"י ך, דבנתן מעות שאינו דבר מיוחד הוי מחוסר גוביינא ומקרי ראוי, אם כן בנ"ד בוודאי אין זכות להבעל להוציא המנה נגד דעת התה"ד והשב יעקב. אולם לענין הכוס של כסף דהוא דבר מיוחד בזה בוודאי לא הוי ראוי וכמו שהעלה הש"ך חו"מ סימן רנ"א דאף במטלטלי דמתנת שכיב מרע אם קדמו היורשים ומכרו מפקינן מהלקוחות ע"ש.

אמנם לא נתברר בשאלתו אם נפטרה הבת אשת שמעון קודם שמת אביה או אח"כ דנראה ברור דאם מתה קודם בוודאי אין הבעל יורש דבזה שהי' רשות ביד אביה למכרו ולחזור מהמתנה ממילא הוי ראוי. וביותר נ"ל דאף אם זרע קיימא להבת גם כן אינו יכול ליירש דמתנת שכיב מרע אינה קונה רק אחר מיתה ובאותה שעה אין המקבל בעולם. ואף דבספ"ק דגיטין מבואר דבשכיב מרע שאמר הולך מנה לפלוני ומת המקבל בחיי נותן דיתנו ליורשי מקבל, עיין בהר"ן שם דבאמת הניח בתימא דהא מתנת שכיב מרע אינה קונה עד אחר מיתה ואם עמד בטילה וגם יכול לחזור בו. ודעת הרמ"א הובא בטוח"מ סימן קכ"ה דבהולך באמת אינו יכול לחזור אלא אם כן עמד כיון שהוציא המעות מרשותו, ועיין בש"ך שם סק"ל, וא"כ במתנת שכיב מרע דעלמא דיכול לחזור

במת מקבל בחיי נותן לא קנה, ומכל שכן בנ"ד לגבי בעל בוודאי הוי ראוי, אך אם מתה הבת אחר מות אביה נראה לענ"ד דהבעל זכה לירש הכוס כסף אבל לא המנה ואם יש לה ז"ק הם יורשים המנה כנלע"ד.

סימן סא

עוד לו.

ועל קושייתו בטור או"ח סימן תצ"ח עגל שנולד ביו"ט מותר לשחטו אם האם עומדת לאכילה, אבל אם עומדת לגדל וולדות אסור, והקשה רומפמכ"ת הא לכאורה בפשטא דסוגיא דאמרינן לרב וכי מה בין זה לעגל וכו' משמע דרק לרב צריכין לטעמא דמוכן אגב אמו אבל למאן דמתיר באפרוח אין צריך כלל להאי טעמא, וא"כ לפי מה דהביא הטור סימן תקי"ג אפרוח שנולד ביו"ט דיש מתירים והגאונים אוסרים עיי"ש, הו"ל להטור כאן להביא ג"כ דעת המתירים בעגל שנולד והאם עומדת לגדל, דהא המתירים באפרוח דל"צ לטעמא דמוכן אגב אמו גם בעומדת לגדל מותר ולא הו"ל להטור לסתום כאן בהחלט דעומדת לגדל אסור עכ"ד.

בקושיא זו כוון רפ"מ לדעת הגדול בספר שער המלך שהקשה כן יעיי"ש, ולי נראה לתרץ בהקדם דברי תוס' בסוגיין דהא דפרכינן וכי מה בין זה לעגל שנולד מן הטריפה ולא משני דהוי מוכן להושיט ידו למעי בהמה לשחוט, היינו משום דרבי אושעי' מספקא בחולין אם אמרינן ד' סמנים אכשר רחמנא או לא, ועוד תירצו לכתחילה בוודאי אין לשוחטו במעי אמו דלא גרע משוחט בלילה ע"ש ולכאורה בלא קושייתם ג"כ צריכים לתירוצם מכח קושיא אחרת והיינו דלכאורה יקשה הא באמת גם לר"י יקשה מעגל דהא הך סברא דמתיר עצמו בשחיטה ל"ש רק באפרוח דהלידה גורם דהסימנים ראויים לשחיטה, משום הכי גורם ג"כ היתר מוקצה, משא"כ בעגל שנולד היאך שייך מתיר עצמו בשחיטה הא גם קודם הלידה היה סמנים שלו ראוי לשחיטה ע"י הושטת ידו למעי אמו. ולזה בהכרח צ"ל ג"כ כתירוצם דתוס' דקאי לאותו צד דלא אמרינן ד' סמנים אכשר ביה רחמנא, ושייך שפיר לומר לר"י דמתיר עצמו בשחיטה דע"י הלידה הוכשרו הסימנים שלו לשחיטה.

ולפ"ז צ"ל דלאידך תירוצא דתוס' דקאי אף לאותו צד דד' סימנים אכשר רחמנא, אלא דלא הוי מוכן דלכתחילה אסור לשחוט במעי בהמה, אם כן מדלא מקשה גם לר"י בהכרח צ"ל דגם בזה שייך מתיר עצמו לשחיטה דבא לו ההיתר לכתחילה לשחטו. אולם באמת זהו דוחק מאוד לדונו בשביל כך דמתיר עצמו בשחיטה כיון דלא היה מקודם שום מניעה

בסימנים דידיה שהי' ראויים לשחיטה אלא דלילה מעכב עליו. ולזה נראה דהטור ס"ל לקושטא דמלתא דבהכרח לומר כתירוצם הא' והיינו על קושייתינו מדלא מקשה גם לר"י ע"כ דקאי לאותו צד דלא אמרינן ד' סימנים אכשר רחמנא. ואולם בהא ס"ל מסברא כתוס' בתירוצם הב' דבין כך ובין כך לא הוי מוכן כיון דלכתחילה אינו יכול לשוחטו במעי בהמה. ולפ"ז מיושב דברי הטור דהא דמשמע מסוגיין דלר"י ליכא למפרך מעגל היינו דבעי למפרך מכל הצדדים אף אם לא אמרינן דד' סימנים אכשר רחמנא דבזה לר"י ליכא קושייא דשייך סימנים מתיר עצמו בשחיטה משא"כ לדינא דפסקינן דאיבעיא דלא אפשיטיה אי ד' סימנים אכשר רחמנא או לא, ממילא גם לר"י צריכין לטעמא דמוכן אגב אמו, דהא ליכא היתירא דמתיר עצמו דד' סימנים אכשר רחמנא והיה לו היתר בשחיטה קודם הלידה ואי דממנ"פ מותר דלאותו צד דד' סימנים אכשר הוי מוכן, זה אינו דהא מ"מ לא הוי מוכן כיון דלכתחילה א"י לשחטו במעי אמו דהוי כמו לילה.

וביותר נראה בדרך מרווח יותר, דהטור ס"ל לגמרי כתירוצם א' דתוס' הנ"ל ומש"ה לא הוי מצי הש"ס למפרך לר"י, דלר"י ממנ"פ מותר דאם אמרינן ד' סימנים אכשר הוי מוכן דאיבעי היה להושיט למעי אמו ולשחטו. ואם לא אמרינן ד' סימני' אכשר רחמנא ממילא שייך היתירא דמתיר עצמו בשחיטה ומ"מ לדידן דמספקא לן אם ד' סימנים אכשר רחמנא או לא ממילא יש לאסור בעגל שנולד דלא שייך היתירא דמתיר עצמו, דדלמא קמי שמיא גליא דד' סימנים אכשר רחמנא ומ"מ לא הוי מוכן דהא אף דקמי שמיא גליא דד' סימנים אכשר הא אנן מספקינן א"א לנו לשחוט במעי אמו וממילא לא היה מוכן לכך וצריכין להיתירא דמוכן אגב אמו לכלבים ובעומדת לגדל אסור וק"ל:

סימן סב

עוד לו.

וכעת אודיע לרופמכ"ת מה דנתקשה לי היום בדברי תוס' חולין י"ד ע"א ד"ה ונסבין חבריא וכו' והא דאמרינן פכ"ה גבי ר"ש דמלח גרמא גרמא וכו' התם פריש לגמרי לחוץ מהאי גיסא, וכ"כ תוס' פסחים ע"ד ע"א, וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל ב' סי' י"ז, ואנכי בער ולא אבין דבריהם הקדושים דמה הוצרכו לזה הא מדאסיר ר"ש למלוח גרמא גרמא ע"כ דס"ל דדם שנבלע בו ממקום אחר, אינו יוצא ע"י מליחה, ועלה אמרינן אפי' חדא נמי פריש מהאי גיסא ובלע מהאי גיסא, והיינו דגם כן נימא דאין יוצא ע"י מליחה כיון דנבלע ממק"א, וכיון שכן אף דפירש ממקום למקום לא מקרי פירש, מ"מ כיון דאינו יוצא ע"י

מליחה מ"מ יאסר אח"כ כשיתבשל דע"י בישול יצא לחוץ וכדין כל בשר שנתבשל בלא מליחה וצלע"ג.

ובדרך פלפול הי' נראה לי ליישב דקושייתם דמאי פריך הש"ס דחדא נמי דלמא ס"ל לר"ש דהוי ספק אי דם ממקום אחר יוצא ע"י מליחה, ומ"מ לא שרי מטעם ספק דרבנן דדם שמלחו אינו אלא דרבנן, דכיון דמיד שנבלע בו הדם נאסר לאכלו כך, אלא דהספק אם יצא אח"כ ע"י מליחה, והוי כמו אתחזק איסורא דלא אמרינן ספק דרבנן לקולא, וזהו רק בב' חתיכות דאם פירש האי ובלע האי הוי דם שפירש, ומיד שבלע האי אסורה לאכלה כך בזה אמרינן מס' דשמא לא הותר ע"י מליחה, משא"כ בחד חתיכה דאף דפריש מהאי גיסא ובלע האי גיסא הוי דם שפירש ממקום למקום דעדיין היתר, ובשעה שמבשלים אח"כ דאז ראוי להתחיל האיסור חל הספק שמא יצא על ידי מליחה ולא נאסר לעולם והוי ספק דרבנן ולקולא ולזה תירצו דפריש לגמרי לחוץ ואסור ג"כ מיד באומצא, ומ"מ רחוק הוא בעיני לאמתתן וצ"ע.

ועיין בהרא"ש פרק כ"ה סימן מ"ט בנמלח בכלי שא"מ ומקצתה תוך הציר דאסר הר"ף לכל החתיכה דאמרינן דפירש הדם ממקום למקום. ומקרי דם אברים שפירש, והרא"ש השיב עליו דמי הוא הנביא שהגיד דפירש ממקום למקום ואינו יוצא לגמרי מ"ש. והפר"ח רס"י ס"ז הקשה הא בלא"ה ס"ל להרא"ש בפסקיו פ"ק דחולין ובתשו' כלל ב' דפירש ממקום למקום לא מקרי פירש, ונדחק הפר"ח דהרא"ש לדבריו דהר"ף קאמר. ולענ"ד א"צ לזה, דהרי למה דאסר הר"ף החתיכה נשמע ב' דברים הא' דמה שפירש ממקום למקום על ידי חוזק המליחה אינו יוצא עוד ע"י מליחה, וגם מדאסר לאכלו אפילו צלי נשמע דס"ל דדם איברים שפירש במה דפירש ממקום למקום. והרא"ש בתשובה שם השיג עליו בתרתי, וז"ל לא מסתבר למימר שמקצת החתיכה המונחת בציר מונעת העליון שמחוץ לציר לפלוט ואף אם היה מונע לפלוט הוי דם איברים שלא פירש, וא"ת כשיבשלהו יפלוט, מ"מ יהא מותר בצלי עיי"ש, הרי להדיא דאם נניח להר"ף סברתו דדם נבלע ממקום למקום היה מודה לו הרא"ש דאסור עכ"פ לבשלו, וא"כ משום הכי הוצרך בפסקיו לבא בטענה דמי הנביא שהגיד וכו' כדי להתירו אף בבישול, דבזה לא יספיק ההיתר דפירש ממקום למקום לא מקרי פירש, דמ"מ יאסר בבישול דיפרוש ע"י בישול, ומה שלא חלק הרא"ש ג"כ על גוף יסוד דפירש ממקום למקום לא מקרי פירש, היינו דסמך אדבריו שכ"כ בפ"ק דחולין, כנלע"ד ברור לפשוט:

סימן סג

וכעת אודיע לכבודו מה דנשאלתי אתמול מבחור אחד בן כ"ג שנים דמרגיש בעצמו ביצה א' של שמאל מעוכה ונשפך כקיתון ממש, ואין ידוע לו אם נולד כך, או שבא לו ע"י דחיפת אדם. וכדומה ויש לי לדון דספק פצועה דכה מותר לבוא בקהל כמו דדרשינן ממזר וודאי וכו' ה"נ יש לומר פצוע דקה וודאי, ואף דחכמים אסרו ממזר ספק, היינו מטעם מעלת יוחסין, משא"כ בפצוע דקה דאינו מוליד, ויש לומר כיון דאין זה פגם ופסול יחוס רק דמגזרת הכתוב אסור לבוא בקהל, לא שייך גביה מעלת יוחסין.

עוד יש מקום לדון לשיטת תוס' דסוברים דבבהמה שנמצא טריפה דהגבינות שלה אסורה דלא שייך לומר אוקמה אחזקה כיון דלא נתברר בשעתה דאינה טריפה, א"כ יש לומר בנידון דידן דליכא חזקה מבוררת שלא נולד פציעה דקה, ממילא י"ל בהיפך דדנין אותו כשעת מציאתן כיון דעכשיו פ"ד כך הוא מעולם אף דכתב תוס' דכל הטמאים כשעת מציאתן הוא רק לקדשים ולחומרא, היינו היכי דהיה חזקה בהיפוך, אבל הכא די"ל דמעולם היה כך דנין שפיר אותו כהשתא ומחזקינן דנולד פ"ד. אולם למה דקיי"ל יו"ד סימן פ"א כשיטת הרשב"א בגבינות דחזקה דאתי מכח רובא הוי חזקה, א"כ ה"נ הוי חזקה שלא נולד פצועה דקה מכח הרוב דלא הוויין פ"ד וצ"ע לדינא.

ובדברינו יש להמתיק היטב סברת תוס' יבמות פ' ע"ב ד"ה עד שיהא בכולן אע"ג דאמרן לעיל דבעי שיהא לקוי ממעי אמו וכו' מ"מ כיון שניכר מיד וכו' והיינו דלפי הסברא הנ"ל דהיכי דיש לומר דמעולם היה כך הוי חזקה דכשעת מציאתו כן היה ממעי אמו, וביותר דיש להסביר דזהו בעצמו ענין חזקת הגוף, כיון דדנין דיש לגוף חזקה דאיננו נופל בו שום שינוי, א"כ אם תאמר שלא היה לקוי במעי אמו, תצטרך לומר דמה שאנו רואים אותו עתה לקוי, היינו שנשתנה אח"כ וזה נגד החזקה משום הכי מחזקינן שמעולם כך היה, אך לכאורה למה צריך ראיה שהוא סריס ממעי אמו, הא בלא"ה יש לדונו כך מכח חזקה כיון דהשתא הוא סריס כן היה ממעי אמו, ולזה נ"ל דהוי חזקה בהיפוך דבשעה שנולד היה בחזקת הרוב שאינם סריסים, והוי חזקה דאתיא מכח רובא ואמרינן השתא הוא דיצא מהרוב וכל זה כשלא נולד בו ממעי אמו שום סימן סריס, אבל כל שיש לו סימן א' א"כ עכ"פ יצא מהרוב, דאותן שיש להם איזה סימן מסימני סריס, אין הרוב בחזקת מתוקנים כמ"ש תוס' שם להדיא, א"כ תו אזלינן בתר חזקה דהשתא דמעולם היה כן, אף דלשיטת תוס' הנ"ל דחזקה דאתיא מכח רובא לא הוי חזקה, א"א לכוון כן בדבריהם מ"מ לשיטת הרשב"א מסתברים הדברים כנלע"ד.

ובענין זה נ"ל לבאר דברי תוס' יבמות שם במ"ש וא"ת קטן וקטנה וכו' לר"ה דאמר דאמר עד שיהא בכולן, עיין מהרש"א והדוחק גדול למאוד, ומה דהביא ראיה מדברי תוס' שאחר זה דג"כ לאו דווקא נקטו דס"ד עד שיהא בכולן, אינו דומה דהתם עכ"פ עיקר קושיתם רק מכח היסוד דבעי עד שיהא בכולן, ורק לשונם למ"ד הוא קצת שלא בדקדוק, דבאמת לכ"ע סברי דבעינן עד שיהא בכולן אבל לומר דכל יסודם דעד שיהא בכולן אינו צריך לקושייתם, זה כמעט א"א לאמרו.

ונ"ל בכוונת דבריהם, דהרי בלאו הכי צריך להבין דאיך היה ס"ד לתוס' בקושייתם דבלא בירור שהוא לקוי במעי אמו יהא רשאי לייבם, הא פשיטא דבנולדו לו עתה סימני סריס דמידי ספיקא לא נפקא דשמא הוא סריס ממעי אמו, ובוודאי הא דקאמר הש"ס מנא ידעינן וצריכים שאינו עושה כיפה, היינו להקל לפוטר בלא חליצה בזה בעינן ברור שהוא סריס במעי אמו, אבל להתיר לו לייבם אותה פשיטא דאף מספק אסור לייבם. ואף אם נימא דאפילו להקל לא מחזיקינן ליה לסריס ממעי אמו, משום דבשעה שנולד היה בכלל רובא בעלמא דאינם סריסים והוי חזקה דאתיא מכח רובא ואמרינן השתא הוא דיצא מחזקה וכדעת הרשב"א גבי גבינות מ"מ הא בוודאי לר"מ דחייש למיעוטא אף דלא אתילד שום ריעותא וחייש למיעוט שמא הוא סרוס ובעי בירור שאינו סריס ע"י ב' שערות. קודם כ' שנים, א"כ פשיטא דאם נולדו סמני סריס והוא בן כ' ולא הביא ב' שערות דמחזקינן ליה לסריס, דא"א לו להתיר לייבם אותה דבוודאי הוי ספק שמא הוא סריס ממעי אמו דאף דבשעת לידה לא היה בו ריעותא, הא עכ"פ לא נתברר ההיפוך וממילא הוי חששא בעצמותו שמא הוא ממיעוט הסריסים, והוא לכאורה תמיה עצומה.

גם יש לעיין בתירוצים שכתבו וכן פירש רשב"ם פ' יוצא דופן וכו' דמאי ראיה מדברי רשב"ם אלו דמחזקינן ליה לס' סריס ממעי אמו.

ולזה חלקי אמרה נפשי דתוס' בקושייתם היה ס"ל דכמו דסימני סריס דהיינו אינו מעלה כיפה, ואין מימיו מעלה רתיחות, והוא בן כ' ולא הביא ב' שערות מחזקינן ליה לסריס, ה"נ בהיפוך, אם יש לו סימן בהיפוך כגון שמעלה כיפה וכדומה הוי בירור דבשעה זו אינו סריס דכל שלא נשתנה באיברי הזרע על ידי פצוע וכדומה לא הוי סריס רק ביש לו טבע כל סימנים הנזכרים אבל כל שיש לו סימן בהיפוך הוי בירור דעתה אינו סריס, ואף אם למחר ישתנו ויולדו לו כל הסימנים שלא יעלה כיפה וכדומה, מ"מ בוודאי לא היה סריס עתה בשעה שמעלה כיפה, וההיא דעברו רוב שנותיו ולא הביא ב"ש דמחזקינן ליה לגדול אף דמעלה כיפה ואינך דברים היה ס"ל באמת דלא הוי סריס רק כיון דעד סוף שנותיו לא הביא ב' שערות בודאי טבעו לכך, ולא קטנותו גרמה לזה דלא מסתבר שיהא

קטן כל כך ומחזקינן ליה לגדול ולא לסריס, ולזה הקשו שפיר דאם עתה מעלה כיפה אף אם למחר יוולדו לו כל סימני סריס דהיינו דלא יהא מעלה כיפה וכדומה או שיהא בן ל"ה שנים ולא יבא ב' שערות, מ"מ עתה בודאי לאו סריס הוא כיון דמעלה כיפה, ומשום הכי לאו הו"מ להקשות לר' יוחנן דס"ל דאפילו באחד מהן דלדידיה כיון דאף בשעה שהוא מעלה כיפה, אפשר שיהא מוחזק לסריס ע"י סימן אחר, א"כ פשיטא דאם למחר יהא נולד לו סימן מה שלא היה אפשר להתברר עתה כמו אין לו זקן. אף דעתה לא אתרע כלל מכל מקום באפשרות הוא דהוא סריס למפרע והי' בכחו וטבעו שלא להעלות זקן, אבל לר"ה דבעינן עד שיהא בכולם היה ס"ל דבבירור שאין לו אחד מהם, הוא בירור שאינו סריס, ומ"מ בלא הקדמת היסוד דבעינן שיהא לקוי ממעי אמו לא הוי מצי להקשות כיון דעתה מעלה כיפה, ואינו סריס תתייבם, ומה בכך דהיה אפשר לומר כיון דבלאו הכי אם מייבם בעודו קטן לא קנאה ולא מפטרה לעלמא ביבום זו ועיקר הזיקה לו להתייבם אותה כשיגדל, ורק כיון דזקוקה לו לייבמה לכשיגדל גם עתה מותר בה ולא מקרי א"א שלא במקום מצוה כמ"ש תוס' יבמות רפ"ד ד"ה תיגלי מלתא וכו' א"כ י"ל דאם נולדו בו סימני סריס קודם שיגדל אף למפרע קודם שנעשה סריס אסורה לו כיון דאינה עומדת להתייבם לו לכשיגדל הוי כמו אינה זקוקה לו, ולזה הקדימו דכל שאינו לקוי ממעי אמו היינו אף אם נסתרס קודם שהגדיל מותר לייבמה כשיגדיל דמ"מ מקרי היה לו שעת הכושר, ולזה שפיר הקשו.

ולזה חידשו בתירוצם דאף אם בבירור אין לו סימני סריס אפשר לו להיות סריס זולת ע"י ב' שערות קודם שעברו רוב שנותיו, בזה השערות מבררים שאינו סריס אא"כ שיש בו כל הסימנים דמוכח מלתא דהם שומא בעלמא וא"כ אם נולדו בו אחר כך סימני סריס והוא בן כ' ולא הביא ב' שערות דבזה מחזקינן ליה עכ"פ מהשתא לוודאי סריס והשערות שלאחר כ' שנים בוודאי הם שומא. אם כן אותן שערות לא הוי בירור שאינו סריס, וממילא הוי ספק דשמא הוא סריס ממעי אמו דאף שהי' מעלה כיפה מ"מ אפשר דהוא סריס דאף אם לא היה נולד בו אחר כך ריעותא דאינו מעלה כיפה היינו מחזקינן אותו לאינו סריס בוודאי היינו דאז היינו דנין להשערות לבירור שאינו סריס ולתלות שאר סימני סריס במקרה בעלמא. אבל כל שנשתנה ונולדו בו כל הסימנים דבזה בוודאי הוא סריס והשערות בוודאי הם שומא, ממילא הוי ספק סריס למפרע, ולזה מביאו ראיה מפירש הרשב"ם פ' יוצא דופן דס"ל דבעברו רוב שנותיו ולא הביא ב' שערות דהוי סריס הרי אף דבבירור אין לו סימני סריס מ"מ אפשר שיהיה סריס בלא הסימנים אלא דבהביא ב' שערות קודם שעברו רוב שנותיו אזי השערות בירור דאינו סריס כל שאין הוכחה

גדולה שהם שומא על ידי כל הסימנים. ובאמת לפי תירוצם יש לומר דמה דחייש ר"מ שמא ימצא סריס היינו בפשוטו דשמא יעברו רוב שנותיו ולא יביא ב' שערות דבזה בלא שום סימן הוי סריס, ואדרבא אפשר דזהו הוי חששא יותר דאפשר שלא ישתנה בשום סימן ואף על פי כן יהא סריס, אבל לחוש שיהא נולדו בו כל הסימנים, דהיינו אף שעתה מעלה כיפה מ"מ אולי ישתנה ולא יעלה כיפה דזהו הוי כמו נגד חזקת הגוף דלא ישתנה והוי רובא וחזקה דגם לר"מ לא חייש למיעוטא כדאיתא רפ"ג דע"ז, אבל בקושייתם היה סבורים דגם בזה אין חשש דכל שבבירור אין לו סימנים סריס הוי לפי שעה בוודאי אינו סריס דא"א להיות סריס בלא הסימנים ובעברו רוב שנותיו ולא הביא ב' שערות גם כן לא הוי סריס רק גדול והקשו שפיר כנלע"ד בעהי"ת:

סימן סד

עוד לו.

וכעת אודיע לרומעכ"ת מה דצריך לעיין בהרמב"ם פ"ג מהלכות גרושין ה"ו כתב אמר לסופר כתוב גט לפלונית ויהיה עמי לכאנשאנה אגרשנה בו ונכתב וגירשה בו אינו גט מפני שלא היתה בת גרושין ממנו כשנכתב גט זה ונמצא שנכתב שלא לשם גרושין וכו' והוא מסוגיא דיבמות נ"ב, ותמוה לי מסוגיא דגיטין דף מ' ע"א דא"ל צאי בו והתקדשי בו וכו' והא בשעה שכתב שטר ארוסין זו לא היתה בת תפסת קדושין דאלו נתן לה פרוטה וא"ל התקדשי בו לאחר שאשתחרר לך לא היתה מקודשת דמעיקרא בהמה והשתא דעת אחרת כדאיתא פ"ג דקדושין דף ס"ב ע"ב, ואם כן נכתוב שטר ארוסין זה בשעה דלא היתה ראוי להתקדש והוי נכתב שלא לשמה דלא מהני, ואף דמקדשה ומשחררה בשטר זו, מ"מ לגבי הקדושין לא מקרי כתיבה לשמה, והרי אם כתב שטר שחרור וקודם שמסר לה השטר שחרור כתב לה ג"כ שטר קדושין לא היתה ראוי להתקדש אם כן אף במשחררה באותו שטר, הכי נמי לא יהא מהני דמה בכך דידוע דבשעת חלות השטר זה דהיינו כשימסרנה לידה תהא בת תפיסת קדושין דאז יחול השחרור, הא מ"מ בשעת הכתיבה עדיין לאו בת קידושין היא ואף דיש לומר דר"מ לטעמיה דס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם וגם קודם שחרור היא ראוי להתקדש על ידי שיאמר לה התקדשי לי לכשאשתחררך וכמו שכתב תוס' יבמות שם להדיא, מ"מ מאי דוחקא דהש"ס למצוא פלוגתא חדשה ר"מ סבר יש בלשון הזה לשון שחרור ורבנן סברי אין בלשון הזה לשון שחרור, לימא דתרווייהו ס"ל יש בלשון הזה לשון שחרור ור"מ לטעמיה דסבר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והוי כתיבה לשמה ורבנן לטעמייהו דסבירא להו אין אדם

מקנה דבר שלא בא לעולם והוי כתיבה שלא לשמה וצע"ג. ובהכרח לדחוק דאף דהאמת דאם כתב שטר שחרור וקודם שמסר לה שטר שחרור כתב לה שטר קדושין מקרי שלא לשמה היינו דאפשר שימסר לה השטר קדושין בלי השטר שחרור ואין השחרור תלוי בקדושין אלו אבל היכי דשטר קדושין זה בעצמו יהיה השחרור מקרי כתיבה לשמה כיון דעתיד שיבוא תרווייהו בהדדי השחרור וחלות הקדושין ועדיין צריך עיון. וגם קשה לי בעיקר פירכת הש"ס מהברייתא הא יש לומר דבהניח לו תפלין וכדומה לא עדיף יותר מהודאה בפנינו דשחררו דמהני משום דבידו לשחררו (ואף דקיי"ל ב"ב דף קל"ה ע"א בגט זיל חוש לה מ"מ י"ל בשחרור לא החמירו) ואם כן דילמא מיירי דכתב שטר קדושין ולאחר זמן מסר לה השטר וכיון דעיקר הראיה מנתינת הקדושין הוי כהודה בשעת נתינת השטר קדושין לידה דשחררה משום הכי אינה מקודשת דלו יהא דהודה עתה זה בפנינו הא אינו נאמן למפרע רק על להבא וממילא השטר קדושין שנכתב מקודם הוי כתיבת שלא לשמה דאף למ"ד בגרשתי אשתי למפרע דנאמן על להבא דפלגינן דיבורא מ"מ הכא אם ניפלוג דיבורי' דשחררו עתה ממילא היה כתיבת השטר קדושין קודם השחרור והוי שלא לשמה ור"מ לטעמיה דס"ל דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם והוי כתיבה לשמה וכנ"ל וצ"ע.

והנה לכאורה יש להקשות למ"ש הרי"ף פ"ק דגיטין בהא דאמרינן בדף ט' ע"א ההיא משום דלאו כרות גיטא הוא, היינו כיון דנכתב בשטר זכותו של הרב במה דכתב חוץ מקרקע פלוני לא מקרי כריתות ומבאר שם דלפ"ז גם בפרוש עצמך ונכסיי' קנויים לך חוץ מקרקע פלוני לא מהני, אם כן איך אמרינן בסוגיא דגיטין הנ"ל דיש בלשון הזה לשון שחרור, הא מ"מ כיון שנכתב בו זכותו דהאדון הר"א מקודשת לי לא הוי גט שחרור דבעינן ג"כ כריתות כמו בגט אשה, ונראה לי דדוקא התם דזכות דהרב דהיינו חוץ מקרקע פלוני לענין זה הוי שטרא דהרב דהוי כאלו העבד חזר והקנה לו קרקע פלוני דהיה השטר שייך להרב, ואם כן יש חלק להרב בשטר זה, אבל בשטר קדושין דהמקדש נותן לה שטר, ואם כן לכל מילי הוא שטר דידה הן לשחרר הן לקדושין ואין לו שייכות בשטר ההוא שפיר מקרי כריתות כנלע"ד:

סימן סה

נסתפקתי בהא דקיי"ל בש"ע חוה"מ סי' ע"ה ס"ד אבל אם תבעו חפצים וכו' ועדים מעידים שראו בידו כשנתבע וכו' אם זהו דווקא שראו אותו בידו אז כשנתבע וכפר אבל עתה בשעת העדות אין החפצים בעין אבל אם העדים מעידים שגם עתה הם בעין

הוי הילך כי היכי דבהודאת פיו מקרי הילך אף שאינו מחזיר לו מיד או די"ל דדווקא בהודאת פיו דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא למכרו ולהקדישו כמ"ש תוס' והראשונים דהבעלים יכולים להקדיש פקדון שביד אחרים כדמוכח מסוגיא דב"ב גבי קרי מה שאין כן בהודאת עדים כיון דהוא כופר אין הבעלים יכולים להקדיש כמו נגזל דאינו יכול להקדיש לפי שאינו ברשותו, וכמ"ש תוס' להדיא פ"ק דב"מ בסוגיא דתקפו כהן ואף דהעדים מעידים עליו ויכול להוציאו בדיינים ע"י עדות זו, מ"מ אינם יכולים להקדיש כמבואר פ"ק דבב"מ גבי מסותא דבגזל מטלטלים אף דיכול להוציאו בדיינים א"י להקדישו, הרי חזינן דמקרי אינו ברשות בעלים וא"כ י"ל דלא מקרי הילך כיון דאינו ברשותיה דמרא.

ודרך פלפול אמרתי עפמ"ש תוס' שבועות דף מ"ו ע"א ד"ה דטענו כלים וכו' ור"י אומר דאינו ראיה דאיכא לאוקמי כגון שהחזיר לו כבר, ולכאורה דברי תוס' אלו תמוהים הא' דמאי נקטו קושייתם מדקאמר ר"י עד שיהא מקצת הודאה ולא הקשו בפשוטו גם על הת"ק דלמאי צריך תקנת נגזל הא בלאו הכי כיון דהוי הודאת עדים דר"ח ומחויב שבועה דאורייתא והוא דהוא גזלן וחשיד על השבועה כבר קם הדין דשכנגדו נשבע ונוטל. הב' במה שתירצו כגון שהחזיר לו כבר א"כ יקשה דמאי אריא עד שיהי' שם מקצת הודאה כיצד וכו' ולא נטלתי אלא א' דזהו ע"כ מיירי בלא החזיר אותו הכלי דמודה שנטל דאם לא כן לא הוי מודה במקצת, ואם כן גם באמר לא נטלתי כלום הוי מודה במקצת ע"י הודאת עדים והוי ליה לר"י לומר בקיצור כיצד כגון שעדיין לא החזיר.

ונלע"ד דהנה בר"ן הובא שיטות הפוסקים דבהנך דאמר ר"י עד שיהיה מקצת הודאה אף דאומר הילך מ"מ כיון דהוי כעין מודה במקצת תקנו חכמים דנשבע ונוטל. והנה אף דמדברי תוס' לעיל ד"ה לא קצצתי לך אלא אחת מבואר דאם אמר שכבר פרע אותו אחת שקצץ דלא מקרי הודאה במקצת, מ"מ יש לומר דזהו דווקא באם כבר החזיר לו דלא מקרי עליו שם הודאה, אבל בלא החזיר אלא דמכח ההילך דנין דכמאן דנקיט בגווי' דמי בזה מקרי עכ"פ כעין הודאה, ולזה יש לומר דתוס' בקושייתם לא רצו להקשות על הת"ק דמאי צריך תקנת נגזל הא גם בעלמא במודה במקצת חשוד שכנגדו נשבע ונוטל די"ל כגון דהכלים בעין גם על ידי הודאת עדים מקרי הילך ואם כן אין כאן חיוב שבועה, ולזה הקשו על ר"י דאמר עד שיהיה שם מקצת הודאה והיינו ע"כ כעין מודה במקצת, אף דאמר הילך דאל"כ תקשי על ר"י דבמודה במקצת למאי צריך תקנת שכיר הא בלאו הכי כיון דהוא חשוד כנגדו נשבע ונוטל, אלא ע"כ דהתקנה באומר הילך דהוי כעין הודאה במקצת ולזה קשה הא בלאו הכי מכח הודאת עדים אף דמקרי הילך מ"מ הוי כעין הודאה

מכח הודאת פיו, ומה לי דהוי כעין הודאה מכח הודאת פיו, ומה לי דהוי כעין הודאה מכח הודאת עדים, ועל זה תירצו דמיירי לאפוקי החזיר לו כבר והיינו דבאמת עתה נקטינן הסברא דע"י העדאת עדים לא מקרי הילך, כיון דאינו ברשותיה דמריה למכרו ולהקדישו, והא דצריך תקנת נגזל לת"ק היינו דהחזיר ממש, ועלה פליג ר"י דבאחזיר ליכא תקנה כיון דלא הודה במקצת ולא משכחת התקנה רק באומר לא נטלתי אלא א' ולא החזיר, דמדינא פטור כיון דמשעה דמודה נעשה פקדון והוא ברשותיה דמרא הוי הילך ומ"מ כיון דהוי כעין הודאת תקנו דנשבע ונוטל, אבל אלו טעין לא נטלתי כלום. לא משכחת התקנה דבממ"נ אם לא החזיר מקודם לא צריך לתקנה, דהא בלאו הכי הוי מודה במקצת חשוד דלא הוי הילך כיון דכפריה וליתא ברשותא דמרא להקדישו, ואם החזיר מקודם לא מקרי כעין הודאה מקצת וליכא תקנה, והוא נכון בדרך פלפול אבל לדינא הוא ספק גדול לענ"ד וצ"ע:

סימן סו

בש"ע חוה"מ סימן ל' סי"א העיד עד אחד בבית דין והעיד הב' בבית דין ובואו בית דין אצל בית דין ויצטרפו עדותן, מזה נראה לענ"ד דאם העיד עד אחד בבית דין של ג' ואחר כך נסתלק אחד מהבית דין ונצטרף עמהם אחר והעיד העד בפניהם דאה חזר ונצטרף עמהם אותו הדיין שנסתלק מתחילה דיכולים יחד לדון על פי עדות ההוא דאף בפניו לא נתקבל רק עד אחד וכן בפני הדיין הנצטרף אח"כ לא נתקבל רק עד אחד מ"מ כמו דפסקינן שיבואו בית דין אצל ב"ד ויצרפו עדותן אף דבפני כל אחד לא נתקבל רק עד אחד, מ"מ בצירוף יכולים לדון, ה"נ כין דהב' דיינים הנשארים כשמצטרפים עם הדיינין שנסתלק הוי בית דין מעליא לגבי עדות האחד, וכן כשמצרפין עם הדיין השלישי שנצטרף אחר כך הוי בית דין מעליא לגבי עדות הב' א"כ יכולים לדון ביחד על העדות ההוא, ודמי ממש לדינא דש"ע הנ"ל, ואף דלענ"ד אין צורך ראיה דנראה דאין שום סברא לחלק בין נדון דש"ע לנדון זה, מ"מ לרווחא דמלתא נראה ראיה ברורה לזה מדברי הר"ן פ"ב דכתובות דעד נעשה דיין דכתב שם בשם הרשב"א בהא דאמרינן שם ב' דיינים מכירים חתימת עדים ואחד אינו מכיר עד שלא חתמו מעידים לפניו וחותם אף דבעי ג' לקבלת עדות כיון דקיום שטרות דרבנן אפילו השנים בשעה שמעידים נעשים דיינים ומצטרפין עם הג' לקבל עדות עצמן ואחר כך כתב דפירכת הש"ס גבי קידוש החדש ליתבו בדוכתייהו ולקדשי וז"ל לאו למימרא שלא יצטרכו לצרף עמהם אחר דע"כ צריכי להכי דלא צריכי לדון על פי עדותן שקבלו בלילה, ואי אפשר אלא הכי מוכחה

דא"א ליקום חד ויושיבו אחד מחבריהם אצל הב' ויעיד אחד בפניהם ואחר כך ישב זה ויקום חבירו ויעיד כן והכי אמרינן בירושלמי לותיב חד ולוקים חד עכ"ל. ודברי הר"ן אלו סתומין וחתומים וצריכים ביאור, דאף דזה אמת דע"כ אין פירכת הש"ס דליתבו בדוכתייהו ולקדשי על פי ראייתן בלא הגדה אבל מ"מ למאי צריך לצרף עמהם אחר הא אפשר שיעידו ב' בפני הג' דהוי הגדה מעליא אף דלכ"ע בעינן ג' הא בשעה שמעידים הם עצמון נעשו דיינים, וכדכתב הר"ן בעצמו בשם הרשב"א גבי קיום שטרות. ודוחק לומר דאף אם עד נעשה דיין מ"מ הך מלתא דבשעה שמעיד נעשה עד ודיין בבת אחת, זהו הוי קולא גדולה, והוא בודאי רק בקיום שטרות דרבנן, אבל בדאורייתא ליכא ס"ד למימר הכי, הא בוודאי דחיקא טובא, הא כיון דלס"ד דמי קיום שטרות לעדות דעלמא, משמע דלכל מילי דמי ליה ומה דכתב הרשב"א בלישנא כיון דקיום שטרות דרבנן נקט האמת דהא דעד נעשה דיין הוא רק בקיום שטרות דרבנן, וכוונת הרשב"א רק כיון דמכח קיום שטרות דרבנן הדין דעד נעשה דיין ממילא בשעה שמעיד הוי עד ודיין בבת אחת. אבל באמת לס"ד דהש"ס גם בקידוש החדש כן וכמו שמצאתי לקושטא דמילתא שכך כתב הרשב"א במיוחסת להרמב"ן סי' קי"ב דליתיב בדוכתייהו ולקדש, היינו בלא צירוף רק דליקום חד ויעיד בפני ב' האחרים וליתיב ויעיד הב' ושזה גם כן פירוש הירושלמי ע"ש. **ונלע"ד** כוונת הר"ן דהא דאמרינן דבשעה שמעיד הוי עד ודיין בבת אחת היינו לענין זה שיהיה קבועת עדות בשלשה ומקיימין עדותן בפני דיין השלישי לדון על פיהם דמקרי עדות בפני ב"ד, אבל מ"מ שיהיה עדים עצמם דיינים אח"כ לדון ע"פ הגדת עצמן זהו לא מסתבר שיהיה מקרי עדות לגבי נפשיה וכל שא"י לדון על ידיעתו בלא הגדתו ג"כ אינו יכול לדון בשביל מה שהגיד ג"כ הדבר בפיו, דמה יוסיף תת כחו לגבי עצעו במה דהשמיע לאזניו מה שמוציא מפיו הלא כבר ראה וידע זה קודם שהגיד בפיו ולא שייך למקרי לגבי נפשיה שהעיד לפני עצמו לדון עליו, ומה דמעידים בפניו וחותם היינו דהוא חותם על ידי קבלת עדות שלהם בב"ד של שלשה והם חותמים מכח הכרתם לחתימת העדים. וסברא זו מוכרחת לכאורה להדיא בסוגיא במה דאמרינן ודלמא לעולם אימא לך דיינים המכירים חתימת העדים צריכים להעיד, ושאני הכי דמקיימי הגדה בחד לכאורה יפלה דלמה לו דמקיימי הגדה בחד דמשמע דבהגדה כל דהוא הקילו, וגם מה התחלת ראיה יש להוכיח דדיינים המכירים אין צריך להעיד הא כיון דעד נעשה דיין, א"כ במה שמעידים לפני הג' נעשו אז עדים ודיינים כסברת הרשב"א והוי הגדה בפני כולהו אע"כ מוכח כנ"ל דמה דהם חתומים לא הוי דיינים על פי הגדתן דלגבי עצמו לא מקרי הגדתו עדות לדון עליו אלא שמקיימין מכח הכרתם ומשום הכי אמר ש"מ דדיינים המכירים אין

צריך להעיד, והש"ס דחי דלמא בעי' דלקיים עכ"פ הגדה בפני חד ואזי יכולים האחרים לחתום עפ"י הכרתן. ועיין ברמב"ן במלחמות דכתב באמת הא דאמרינן דמקיימא הגדה בחד, היינו דמכח זה הוי הגדה לפני כולם כיון דגם הב' שמעו דברי עצמם עיין שם, מ"מ כיון דאתקפתא דר"א הוי רק דרך דיחוי אבל קיי"ל לעיקר כמו הש"מ דדיינים המכירים א"צ להעיד ומוכח ע"כ הא דבאמת הוי הוכחה ולא אמרינן כדדחי ר"א היינו דלא מקרי הגדה לגבי עצמן במה ששמעו דברי עצמן. וא"כ נכונים דברי הר"ן דגבי קידוש בלא צירוף אחר, אף דכל אחד מעיד בפני ג' והוי הגדה מעליא לגבי הג', אבל מ"מ במה דהם נעשים אח"כ דיינים לקידוש החדש יצטרכו לדון על פי ראייתם בלילה דלגבי נפשן לא מקרי הגדתן עדות לדון עליו כנלע"ד בכוונת הר"ן בעהי"ת.

והא דלא כ' הר"ן דפירכת הש"ס דליתיב בדוכתייהו ולקדשי היינו דלא צריך כלל לצרף להושיב הם אחר אלא דהנך תלתא יעידו כל אחד ואחד בפני ב' חביריו יהי' הגדה בפני כל אחד ואחד על פי שנים שהעידו לפניו, היינו דהא דאמרינן דעד נעשה דיין דבשעה שמעיד הוא עד ודיין לקבל העדות היינו היכי דשם דיין על כולם לדון על אותו דבר כההיא דקיום שטרות דכשמעידים בפניו ומקרי הגדה לפני הג' ממילא הם ג' לדון על הקיום דהא הב' שהעידו הם דיינים משום הכרתם אבל הכא בקדוש החדש דבשעה שמעיד הא' הוא בעצמו עדיין אינו דיין לדון על קידוש החדש דהא עדיין לא היה הגדה בפניו דעל ידיעתו אינו יכול לדון כי דראה בלילה משו"ה לא מקרי קבלת עדות דג' כיון דהג' אין כולם דיינים בדבר לדון על זה וכיון דלגבי מקצת לא מקרי עדיין הגדה אין חשובים ב"ד לקבלת העדות משום הכי כתב הר"ן דיושיבו א' מעלמא ויעיד אחד מהם בפני ג' וכן יעיד אח"כ הב' ודוק.

אולם יש לעיין מה הועיל הר"ן לתירוצו דמצטרפינן עמהם אחר מ"מ מאותן ב' המעידים כ"א מהם כשהעיד בפני ג' לא מקרי עדות לגבי נפשיה ומה שדן אח"כ הוי רק דן עפ"י ע"א במה שהעיד חברו לפניו או על פי ראייתו בלילה וזה אי אפשר, וזהו בלאו הכי קשה יהי' הפירוש בהר"ן איך שיהי' אם כדברינו הנ"ל או מטעם דבעינן קביעות עדות בפני ג' ולגבי דאורייתא בוודאי לא אמרינן דהוי עד ודיין בבת אחת, עכ"פ כיון דבשעה שמעיד לא היה דיין ממילא אינו יכול לדון על עדות דידיה אם כן מה בכך דמצטרפינן עמהם אחר מ"מ הא בפניו לא נתקבל רק עדות חברו והוי דן על פי עד אחד, אע"כ מוכח כדברינו דבכה"ג יכולים לצרף הארבעה דיינים ביחד לדון על פי עדות זה דהב' דיינים עם זה הוי בית דין מעליא לענין עדות של זה וכן הוויין ב"ד עם זה ע"פ עדותו עד זה ודוק היטב

סימן סז

לק"ק ראוויטש.

לידידי חביבי הרב המובהק החריף ובקי מו"ה **ישראל וורעשנא** נ"י.

מכתבו היקר לנכון הגיעני, ואם אמנם טרידנא היום טובא במכתבים שונים להשיב מיד דברים ההכרחים ולריבוי הכתיבה כמעט נלאיתי נשוא הקולמס אעפ"כ לא אמנע למלאות רצון ידידי רומכ"ת למהר ולהשיבו מיד על שאלותיו, וזה לשון רופ"מ ראובן היה לו בית פתוח לרחוב וחצר אחורי הבית בשטח אחת ובית קטן בחצר הנקרא הינטער הויז, ומכר ראובן בית הקטן ליהודא בכל יפוי כח כנהוג וכתב לו בזה הלשון ולבנות עליו מתהום ארעא עד רום רקיע וגם שלש אמות בצד הבית הקטן סמוך למיצר לוי ואותן ג' אמות פנוים עד הנה בלא בנין ונתן גם ליהודא זכות דריסת הרגל לרחוב דרך הבית הגדול הפתוח לרחוב וגם קיבל ראובן המוכר על עצמו שלא לבנות בחצר שום בנין להשתמש בו שום תשמיש רק חדר קטן להניח בו עצים ולא להשתמש שם תשמיש אחר בחדר ההוא, ועתה בא הודא לבנות על בית הקטן בית החורף ולפתוח בו חלון לחצר ולהגביה גגו ולהרחיבו על ג' אמות שבצידו שהיה פנויים עד הנה. והמוכר מוחה בו בג' טעמים, הא' שלא יפתח חלון לחצר השותפים, הב' שע"י שיבנה למעלה בית החורף ירבו נכנסים ויוצאים בחצרו ואף דרך ביתו לרחוב, הג' שעל ידי הרחבת הבנין הגג על ג"א יתרבו הנוטפים מגגו לחצירו. והלוקח טוען כיון דאין רשות להמוכר לבנות שום בנין בחצר להשתמש בו רק חדר לעצים לא שייך בו היזק ראי' וגם החצר אינו ראוי לשום תשמיש השייך בו היזק ראי' כי הוא סתום וא"א לילך ממנו לרה"ר, ועוד טוען כי המוכר מכר לו בעין יפה ולישנא יתירה לטפויי את' על פי המבואר בחוה"מ סימן קנ"ד סכ"ח אם מוכר בעין יפה מוכר נזקין. ובסימן רי"ד וכיון שכן ממילא רשאי לפתוח חלון בבנין החדש שעל גבי בית קטן וגם הנטפים הנוספים עתה רשאים, וראובן המוכר אומר רק בגוף הדבר שמוכר לו אמרינן מוכר בעין יפה מוכר כגון בית לפתוח בו חלון, אבל האויר שהוא רק הנטפל למכירה לא אמרינן ביה בעין יפה מוכר, ע"כ לשון ידידי נ"י.

הנה טענת הלוקח דמוכר בעין יפה מוכר ומוכר לו נזקין בוודאי אין לדמותו לדינא דסי' קנ"ד סכ"ח במוכר חצר ושייר בית לעצמו דיכול הלוקח לבנות סמוך לחלונות ולהאפיל עליו, דהתם במה שמאפיל לא מקרי מזיק לגוף הבית אלא דבעל חלונות רוצה להנות ולזכות באויר שבחצר, ומשום הכי יכול הלוקח למנוע האויר, וכמו בשייר בור ודות דצריך ליקח לו דרך, ה"נ צריך לקנות לו אויר מחצירו של לוקח. אולם יש לדמותו לדינא דהגהת הש"ע שם והוא מדברי הרי"ו שהובא בב"י דבמוכר בית ושייר חצר לעצמו דאין

בעל החצר בונה כותל תוך ד' אמות עיי"ש. ממילא מבואר דהלוקח אין צריך לסתום החלון ויכול להזיק לו, אך בזה תברא בצדו דכתב הרמ"א שם ויש חולקים שהוא דעת הנ"י פ"ב דב"ב, וא"כ הוי ספיקא דדינא ואין מניחים לו לפתוח ודמי למ"ש הב"י בסימן הנ"ל דף קמ"א ריש ע"ב בשם תשו' רשב"א (והוא בחלק ג' סימן קס"ב) בההיא פלוגתא דהפוסקים אם מהני קנין דהיזק ראיה דהדין אם פתח כבר אין צריך לסתום מספק אבל לכתחילה אין מניחים לפתוח ע"ש. והיינו כיון דההיזק בא בוודאי ובא רק מדין קנין מחבירו וכמ"ש המהריב"ל ח"א סימן פ"ד ופ"ה, אם כן הכי נמי בספיקא דמוכר נזקין.

ובאמת אין מהצורך לדמות ספק זה לספיקו של הרשב"א דבלאו הכי אם נחליט כשיטת הרי"ו דמוכר נזקיו, לשיטת הרמב"ן דקנין ומחילה לא מהני להיזק ראיה דיכול לומר סבור הייתי לקבל, ה"נ נלע"ד מה בכך דמוכר בעין יפה לו יהא דמכר לו כן בפירוש, הא ג"כ לא מהני דיכול לומר סבור הייתי לקבל, אלא דבזה כל שמוחה המוכר יכול לחזור מהמקח דאדעתא לא קנה שלא לפתוח החלון, אבל מ"מ אינו יכול לכופו להמוכר לקבל נזקיו ולסובלם, ואם כן ממילא נידון דידן הוי ממש דינא דהרשב"א הנ"ל דבספק זה אם מהני קנין להיזק ראי' אין מניחים לו לפתוח לכתחילה, ומ"ש בהגהת ש"ע סימן קנ"ד ס"ז גבי חזקה דחלון מאחר שכבר החזיק אעפ"י שרבינו חולקים וס"ל דלא מהני חזקה להיזק ראיה, י"ל דזהו ג"כ מאחר שכבר פתח והוא כמו מוחזק.

וכ"ז אם נניח דנידון דידן הוי כמו דינא דמהרי"ו והנ"י דמוכר נזקיו, אבל באמת בעיקרא דמלתא לא מסתבר לענ"ד דנ"ל ברור דדברי הרי"ו וסייעתו הוא רק במוכר בית ובו חלון פתוח בזה אמרינן דמוכר בעין יפה שלא יצטרך לשנות הבנין אבל לפתוח חלון מחדש לא, הגע עצמך במוכר חצר לחבירו יהא הלוקח יכול לעשות שם כל הנזקין לסמוך גפת וכדומה, והרי להדיא מבואר בתוס' ב"ב י"ח ע"ב בסוגיא דחרדל ד"ה ואי לא סמיך וכו' דמכר חצר וכבר סמך המוכר החרדל ובא הלוקח לעשות שם דבורים, דאם דבורים מזיקים להחרדל, צריך הלוקח להרחיק כל ההרחקה כיון דהמוכר סמיך בהיתר, הרי דהלוקח אינו יכול לעשות מעשה נזק, ועיין הרמב"ן במלחמות דכתב וז"ל ואפשר שאפילו במוכר חצי שדהו ובו משרה ושייר ירק לפניו נמי דינא הכי דצריך להרחיק המשרה ולסתום החלון, וא"כ בוודאי י"ל דהרבינו יונה לא קאמר אלא דאין צריך לשנות הבנין ולסתום החלון, אבל לא שיעשה מעשה מחדש ולפתוח החלון, כיון דמפורש כן בתוס' אין לנו לעשות פלוגתא רחוקה.

ויש להקשות בדברי הנ"י דבפרק לא יחפור כתב בפשיטות דנזקיו לא מכר לו וצריך לסתום החלון ואלו בפ"ק בסוגיא דאחין שחלקו אין להם דרך זה על זה כ' דאם נתן

קרקע לשניים ונתן לא' קודם שיתן השאר לחבירו קיי"ל דנותן בעין יפה נותן ולראשון נתן שישתמש בו כענין שהיה נותן משתמש בחלונות וכו' הרי דס"ל דאין צריך לסתום החלון, וא"כ דברי הנמוקי לכאורה סותרים אהדדי. ואולי י"ל דבפ"ק מיירי בפתוח לקרקע חורבא דלית ביה היזק ראיה, ואף אם יבנה אח"כ א"צ לסתום כמ"ש הנ"י בפרק לא יחפור כיון דבשעה שבא לידו אין ההיזק מוכן ובכה"ג נתן לו בעין יפה דאין זה יכול לבנות ולהאפיל עליו, ומה דדייק הרמ"א מדברי הרי"ו הנ"ל דס"ל דמוכר נזקיו אף דכתב ג"כ רק כדברי הנמוקי יוסף אלו היינו כיון דנקט בלישנא אין בעל החצר משמע דמיירי בסתם חצר דיש בו היזק ראיה ודוחק. וגם עדיין לא יתכן במ"ש הנ"י באחים שחלקו דא"י לכופו לסתום החלון אעפ"י שיש בו היזק ראיה ובזה בוודאי יקשה דמ"ש מלוקח ועיין, ומכל הלין טעמא כיון דלענ"ד דרוב הפוסקים ס"ל דאינו מוכר נזקיו דהיינו דעת הנ"י והרא"ש שכתבו באחים שחלקו דצניך לסתום החלון, והרמב"ן מסתפק בזה ודעת תוס' הנ"ל בפשוטו דאינו מוכר נזקיו, ובפרט דיש לומר דלעשות מעשה לפתוח חלון כ"ע מודו וכנ"ל ומצטרף לזה דעת הרמב"ן דאפי' קנין בפירוש להיזק ראיה לא מהני. מכל הלין נלע"ד דעכ"פ מוחים בו שלא לפתוח חלון.

ומה שטוען עוד הלוקח כיון דאין המוכר רשאי לבנות בחצר רק חדר לעצים לא שייך בו היזק ראיה, אין זה טענה כלל דמה בכך דאין יכול לבנות, מ"מ יכול להשתמש בו תשמיש צנוע כיון דסתום מכל צד וכל החצירות הנזכרים בש"ע משמע דבגוף החצר הוי ההיזק בלא הבנין רק בחורבא שהוא מקום דדשים בו רבים ואינו משומר דאין משתמשים בו כלל בזה ליכא היזק ראיה ומה שטוען דהחצר אינו ראוי לתשמיש כיון שהוא סתום וא"א לילך ממנו לר"הר, מה בכך סוף סוף יכול להשתמש בו איזה סחורה כיון דיכול ליכנס משם לביתו ואדרבה כיון שהוא סתום הוא צנוע יותר להשתמש בו, וגם אם יהיבנא ליה הא יכול לומר היום או למחר אפתח פתח מהחצר לרה"ר.

גם הטענה הב' שטוען המוכר שמרבה לו נכנסים הדין עמו, והוא טענה מעלייתא, כדאיתא ב"ב דף נ"ט, ואף לדעת הרמב"ם והרשב"א והש"ע רס"י קנ"ד דפותח לתוך ביתו יכול לבנות בנין חדש עליי' על גביו או חדר מלפנים, נ"ל דזהו רק מטעם שכתבו הם דמסתמא לא ישכיר לאדם חדר מבפנים לחדרו או עליי' פתוח לביתו שיעבור אדם עליו, אבל מה שעושים ע"ג בנין והוא עובד במדרגה משם לחצר דרך בית שער של בעל התחתון אינו בכלל זה דזהו דרך הנהוג להשכיר לאחרים ולא שייך סברא הנ"ל אלא בפותח ממש לחדרו שיצטרך לעבור דרך חדרו ממש והוא פשוט לענ"ד.

גם הטענה הג' של המוכר דמרבה לו שופכים פשיטא דהוי טענה מעלייתא כפי ראות עיני הבית דין אם מרבה הנוטפים, ומה שטוען הלוקח דלישני יתירה שכתב ולבנות עליו לטפוי אתי להתיר לו אלה קשה עלי לדון בזה הא כבר כתב הרשב"א הובא בבית יוסף חוה"מ סס"י ס"א דאין כח בידינו לדון דמיונות בלישנא יתירא אלא מקום שלא אמרו לא אמרו עיי"ש. ומצאתי זה בשו"ת תולדת אדם להרשב"א סימן ר"ע דהאריך בזה, ומסיק דאין לנו לחדש רק במקום שאמרו חז"ל, ומזכיר שם כל המקומות בש"ס דאמרו כן ושאין להוסיף עליו עיי"ש. ועיין במהרוב"ל ח"א סי' ק"ד ובח"ב סימן י"ד, ובפרט בנ"ד די"ל דהוצרך להזכירו דאם היה כותב לו רק עומקא ורומו היה חושש אולי הב"ד יפסקו כהרמ"ה שבטור רס"י קנ"ד דאינו יכול להוסיף אף לאוצר בעלמא דהחצר לא נשתעבד לכניסה לבנין חדש משום הכי כתב ולבנות עליו היינו לעצמו לבנות בנין לאוצר או לאחרים בענין שיצטרכו לילך דרך חדרו ממש כשיטת הרמב"ם הנ"ל, אבל מניין לנו שנותן לו רשות כל כך להרבות דיורים, ולזה נלע"ד דטענות המוכר ברורים וחזקים מכל צד.

סימן סח

עוד לו.

וע"ד הענין חלב שזב תחת קדירת בישול בשר עוף ולא נודע אם היה בו ס' נגד החלב ובתוך מעת לעת מבישול זה מקודם בשלו בקדירה ההיא בשר בהמה.

הנה הדבר פשוט אף דמצד בישול עוף היה הדין להקל בספק ס' כדין נשפך דהוי ספיקא דרבנן כדעת הש"ך סימן צ"ח והסכימו עמו הפר"ח והמנ"י ופשיטא דאין צריך לחוש ולהחמיר בדרבנן לדעת הט"ז נגד כל הנך האחרונים, מ"מ משום בלועת בשר בהמה שבדופני הקדירה הוי ספק דאורייתא ואסור מספק. ומ"ש מעכ"ת דלא הוי נותן טעם בר נותן טעם דלאחר שנכנס פליטת החלב לתוך האוכל שבקדירה אז נכנס ג"כ פליטת בשר שבדופן הקדירה ודומה להודחו קדירות בסימן צ"ה ידידי נ"י לא היה צריך לזה דאף למחבר שם דמיקל בהודחו, היינו דא"א שיבלע כלי מכלי אלא באמצעות ומיד כשנפלט למים הוו נותן טעם בר נותן טעם, אבל נ"ד כשהחלב נכנס לבלוע שבדופן הקדירה נעשה נבילה ואח"כ נפלט האיסור להאוכל ופשוט.

ומ"ש רומעכ"ת לצדד לדעת האומרים דבשר בהמה ועוף שווים בטעמן א"כ בנ"ד ליכא דרא דאורייתא דד"ת נתבטל בשר בהמה שבדופן הקדירה ברוב בשר עוף, והוי כמו כולו בשר עוף. וצידד מעלתו לומר דמ"מ להר"ן נדרים נ"ב מבואר דהיתר בהיתר לא

בטל אף במינו ושאינו מינו כמ"ש בכוונת הרי"ף בההיא דפת שאפאה עם הצלי. א"כ בנ"ד לא בטל כמו דנסתפק בזה הפמ"ג בהקדמתו בחלב שחוטה דנתערב עם חלב חי ברוב ואח"כ בשלו בו בשר, וחוזר וניער מכ"ת להתיר דעכ"פ אנן קיי"ל בזה עכ"פ דלא כהר"ן דהיכי דהוי מין בשאינו מינו בוודאי קיי"ל אף היתר בהיתר גמור בטל כדמוכח בסימן צ"ט בחלב שנתערב במים וא"כ בנ"ד ד"ת שרי והוי ספק דרבנן עכ"ד. אומר אני דאף להר"ן ליכא חשש דאורייתא להמדקדק בדבריו שם במ"ש וז"ל הלכך דבר שהוא ניתר עכשיו ראוי יותר דלא יתבטל אע"ג דהוי מין בשאינו מינו ממה שראוי שלא יתבטל דבר שהוא אסור עכשיו ועתיד להיות ניתר לאחר זמן גבי מין במינו משמע להדיא כיון דהחמירו חכמים בדבר שהוא מותר לאחר זמן שלא יתבטל במינו, ממילא בכלל זה החומרא דהיתר גמור שלא יתבטל במין ושאינו מינו דלרבנן עדיף יותר שיווי דהיתר משיווי העצם, אבל ד"ת בטל אלא אם כן שניהם ניתר עכשיו והוי מין במינו והרי מבואר אמרו בההיא מים ומלח הוי דבר שיש לו מתירין וכו' משמע להדיא דהוא בכלל חומרא דרבנן בישל"מ ובוודאי שכן הוא דאל"כ יהיה הדין דהיתר בהיתר במין שאינו מינו לרבנן לא בטל ולר"י בטל דהוא אזיל בתר העצם, ויהיה זה פלוגתא חדשה ולא מצינו דרבנן מחמרי יותר במין במינו מר"י, ובפרט מסוף דברי הר"ן במ"ש ועוד אפילו לא בעית למידק כולי האי זיל בתר טעמא וכו' מבואר להדיא דהוא רק דרבנן וא"כ בנ"ד ליכא חשש דאורייתא. אך מ"מ משום זה לחוד יש לפקפק למ"ש האו"ה דחתיכת בשר בהמה וחתיכת בשר עוף מקרי שוה בשמיה דשניהם בשר מקרי כמו חלא דחמרא ודשכרא, א"כ בנ"ד הוי מב"מ והיתר בהיתר.

אמנם לעיקר נ"ל להקל אף במין במינו והיתר בהיתר, כי מסתימת כל הפוסקים משמע דלא משכחת דבר שלא יהא בטל ד"ת, וגם הר"ן בעצמו בשו"ת סימן נ"ז ונ"ט כתב ואם נתערב חמץ במצה קודם שש שעות דבטל דהיתר בהיתר בטל והביא ראיה ממתניתן דכלאים צמר גמלים וצמר רחלים שטרפן זה בזה עיי"ש. הרי אף במין במינו היקל כאשר באמת מהראיה זו מוכח דאף במין במינו בטל למה דקיי"ל כרבא צמר גמלים וצמר רחלים הוי מין במינו דכולהו צמר אקרי, ועיין פר"ח או"ח סימן תמ"ד ס"ג שדחה לדברי הר"ן דצמר רחלים מקרי איסור לענין שלא לחברו בפשתן משא"כ חמץ קודם זמנו עיי"ש. עכ"פ לדבריו גם בשר מקרי איסור שלא לחברו בחלב הרי דהר"ן בעצמו לא ס"ל לעיקר להלכתא כדבריו בנדרים וכיון דבמה דס"ל להר"ן נדרים דאף בשר מקרי היתר דלא בטל אף באינו מינו בזה בוודאי לא קיי"ל כהר"ן כדמוכח בההיא דסי' צ"ט וכמ"ש (לדעת הר"ן בשיטת הרי"ף צ"ע דצמר גמלים הנ"ל) ממילא הדרינן לעיקר

להראיה דצמר גמלים דמיניה מוכח דאף מין במינו והיתר בהיתר בטל וביותר דמסתימת שאר הפוסקים ודברי הר"ן מפורשים בשו"ת מידי ספיקא לא נפקא, ואם כן בנידון דידן יש להקל דלדין דאורייתא הוי ס"ס ספק דמין במינו בטל ונתבטל בשר בהמה בעוף וספק דיש ס' נגד החלב ולגבי דרבנן שרי מחד ספיקא וכיוצא בזה כתב הש"ך יו"ד סימן ס"ו סק"י. אולם עם כל זה נ"ל להחמיר בנ"ד דהא הבלוע שבקדירה לא נתבטל דעומד במקומו ולא נהפך לבשר עוף וא"כ כשהחלב נכנס לתוכו החלב והבלוע שבדופן יחד נעשה בב"ח וכשמתערב אח"כ בבשר עוף אסור מדאורייתא מכח טעם החלב שבתוכו דאסור דאורייתא.

ומ"ש רומעכ"ת שצוה להשליך האוכל לא היה צריך לזה דהא קיי"ל בשאר אסורים חוץ מיין נסך דאף לח בלח ימכור כולו לנכרים חוץ מדמי איסור שבו וא"כ בנ"ד מותר למכרו לנכרי דאינו נותן יותר בשביל הבלוע בשר בהמה בחלב כנלע"ד:

סימן סט

בש"ע חווה"מ סימן קי"ז ס"א בהגה עשה שדהו אפותיקו מפורש שא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו ונמצא השדה לא היתה שלו י"א דגובת משאר נכסים נראה להביא ראיה לאינך שיטות הפוסקים דאף בכה"ג אינו גובה מסוגיא דכתובות ס"פ מי שהי' נשוי אבעיא להו אשתדוף בנ"ח וכו' ואם איתא מקמא מיהו תגבה, ולכאורה תמוה דלמא מיירי דהשדה הב' הי' אפותיקו מפורש דבכה"ג לכ"ע באשתדוף אינו גובה וביותר דהרי בלאו הכי קשה למה דדייק הש"ס ר"פ ממתני' דינא דבעל חוב מאוחר שקדם וגבה אם גובה או לא והרי ממתני' דכתבה ראשונה ללוקח לכאורה מוכח להדיא דקדם וגבה לא גבה מדיכולה הראשנה לטרוף משני' ובהכרח לומר דיש לומר מתני' מיירי באפותיקו מפורש וכמ"ש הרא"ה עיי"ש אלא ע"כ מוכח מזה דבאפותיקו מפורש אף בנמצא גזולה אינו גובה משאר נכסים ולהכי א"א לאוקמא באפותיקו מפורש מדקתני לראשון ולא חתמה לו מה לו לחתום או לא הא בלאו הכי לו יהי' אפשרות בשום אופן לגבות מהראשון כיון דהב' הוא אפותיקו מפורש אלא ע"כ דמיירי בלא אפותיקו, ואף למה דס"ד עכשיו דאשתדוף לא גבי ממשעבדי, מ"מ מהני חתימתה לענין אם ימצא הב' גזולה דבזו בוודאי יוכל לגבות מהא אבל באפותיקו מפורש דגם בכה"ג אינו גובה לא שייך כלל ולא חתמה לראשון כנלע"ד.

סימן ע

ע"ד שאלתו בראובן שנתן חפצו לשמעון לשם קנין כשהוא ישן או בחצירו של שמעון כשהוא ישן וכן במציאה כהאי גוונא אם קנה שמעון או לא.

גרסינן בגיטין ע"ח נתן בידה והיא ישינה ניעורה קוראה והרי היא גיטה אינו גט עד שיאמר לא הא גיטיך עיי"ש מבואר דבעודה ישינה לא מתגרשה, וטעמא דמלתא כתב הרא"ש שם דישינה לית בא דעת כלל, וביארו הרשב"א והר"ן דאף דבגט לא בעינן דעתא דידה מ"מ אין שמור בידה ובעינן עכ"פ שיהא הגט במקום המשתמר ומדמו לה לשוטה שאינו יכול לגרשה כדאיתא פרק חרש וכיון דבגט דהוא בע"כ אפילו הכי לא מקרי יד לקנות הגט בשעה שהיא ישינה אי מטעם דאין בה דעת אי מטעם דאינו משתמר בידה, ק"ו לענין מתנה ומציאה דא"י לזכות לו בע"כ לכ"ש דישן לא קנה אע"ג דלענין חצר עדיף מציאה ומתנה מבגט, היינו דחצירה מטעם שליחות אתרבאי בזה במציאה ומתנה דהוי זכות זכין לאדם, משא"כ בגט דחוב הוא לה ואין חבין לא נעשה חצירה שלוחה משא"כ כשנתן בידה ממש בוודאי הסברא נותן יותר שיהא עדיפות לקנות הגט דבע"כ משארי דברי' שאינן בע"כ וכיון דישינה לית לה יד לקנות הגט ק"ו לקנות מתנה ומציאה לא מבעי לשיטת רש"י כתובות ל"א דמבואר שם דלענין ממון אינו קונה במה שבידו רק מדין הגבהה או משיכה, עיין במגיני שלמה ופ"י שם דפשיטא דלא שייך כן בישן, אלא אפילו לדעת תוס' שם ד"ה דאיבעי גחין וכו' דזהו גופא הוי קנין במה שהוא בידו מ"מ בישן לא מהני כיון דאפילו בגט לא מהני, אך כל זה בנתן בידו ממש, אבל בנתן לחצירו של שמעון נ"ל דמהני דחצרו כשלוחו במידי דזכות אע"ג שהוא ישן ואין לו יד לא אמרינן כיון דבטל יד הבעלים באותה שעה ממילא בטל יד שלוחו ואי אפשר לחצר להיות שלוחו לקנות כמו במת המשלח דבטלה השליחות דבישן לא מקרי בטל כח המשלח כיון דממילא יהי' לו יד כשיקוץ ולא מחסר מעשה, וכ"כ הר"ן פרק הזורק בעשאה שליח לקבלה שנתן בעל הגט לשליח קבלה בשעה שהוא ישינה דמתגרשת ועיין בבית יוסף סימן קל"ח שכתב דאף לטעם הרא"ש הנ"ל דלית לה יד דלא מקרי בת דעת מ"מ בנתנו לשלוחה מהני, וכתב הטעם דאל"כ לא היה לנו להכשיר למסור הגט לשליח קבלה, אא"כ נדע שהיא נעורה בשעת קבלת הגט עיי"ש. ולענ"ד ראיה מפורשת מסוגיא ערוכה גיטין ע' ע"ב כתב גט לאשתו ואחזו קורדייקוס וכו' במאי קמפלגי ר"ל מדמי לה לישן ור"י סבר ישן לאו מחוסר מעשה וכו' הרי להדיא דבשעה הבעל בשעה שעושה שלוחו שליחתו מהני דלא בטל כח המשלח כיון דלא מחוסר מעשה הוא. ומעצמו יהיה לו יד כשינעור משינתו, והכ"נ בשליח קבלה שלה עכ"פ מפורש בהר"ן ובב"י דמוסרים גט

לשליח קבלה שלה בשעה שישינה וכן בנ"ד לענין חצירו בשעה שהוא ישן דקנה דחצירו כשלוחו. ונ"ל לדינא בגט באמרה תזכה לי חצירי ונתן הגט לחצירה בשעה שהיא ישינה דמגורשת כמו בנתן לשליח קבלה שלה וכדדייק לישנא דהר"ן שם דאחר שכ' הדין הנ"ל בנתן לשליח כשהיא ישינה דמגורשת היום וז"ל מיהו בחצירה כיון דבעינן שהיא עומדת בצד חצירה, כל שהיא ישינה אינה מתגרשת על ידי חצירה עכ"ל משמע דווקא דבגוונא דבעינן שהיא עומדת מצד חצירה דבזה חצירה מדין ידה אתרבאי בזה בעינן שלא תהא ישינה דכיון דבישינה לית לה יד לא שייך דחצירה יהא ידה אבל הכי דלא בעינן עומדת בצד חצירה כגון שאמרה תזכה לי חצרי דקנה חצירי מדין שליחות כמ"ש הר"ן ר"פ הזורק גם בישינה מתגרשת כ"ז נ"ל בפשיטות.

אולם מה דאיכא לעיונא במציאה שנפל לחצירו בשעה שהוא ישן אם קנה, דלכאורה למ"ש הנ"י פ"ק צידמא בשם הר"ן דחצר במציאה לא מדין שליחות זכה דהא הוה תופס לבעל חוב דלא שייך בגווי' מגו דאיבעי זכי לנפשיה אלא דזכה מדין יד דאף שאינו עומד בצידו שכל מה דמשתמר בדבר שזכות הוא לו מקרי ידו שגם מה שבא לידו כי ניחא ליה דליקני הוא נתנו בחצר המשתמר והוי ידו אריכתא ע"ש, א"כ דמדין ידו הוא י"ל דכשנפל המציאה לחצירו אם בעל החצר ישן דלית ליה יד לא קנה חצירו.

אמנם נ"ל לדינא דגם במציאה זכה לו ודהרי בלאו הכי דעת הראב"ד הובא בהרשב"א דגם בגט אם נתנו לחצירה כשהיא ישינה מגרשת. והרשב"א כתב דאפשר לצדד כדבריו דלא דמי לשוטה דאין לה חצר כיון דאין לה יד, דהתם אין לה יד כלל אבל ישינה אע"ג דהשתא אין לה יד מ"מ ראוי להיות לה יד דלאו מחוסרת מעשה הלכך אפילו השתא יש לה חצר כיון דהיא משתמרת ע"ש. וכן הה"מ העתיק בשם הרשב"א שהוא צריך עיון לדינא וא"כ לדעת הראב"ד פשיטא דזוכה במציאתה, ואף להחולקים דס"ל דבגט לא מגרשא הא רוב הפוסקים סבירא להו דבמציאה ג"כ חצירו קונה מדין שליחות, וכן דעת תוס' פ"ק דמציאה ולדידהו גם בישן קנה כמש"ל ובפרט שדברי הנ"י בשם הר"ן הנ"ל תמוהים לי מאד כאשר הבאתי בתשובה אחת דהא להדיא אמרינן פ"ק דמציעה דלא ילפינן קטן מקטנה דגבי איש לא אתרבי כלל חצר משום יד א"כ איך אפשר דבמציעה קונה רק משום יד וצע"ג.

וא"כ לדברי רוב פוסקים נראה דבר"ד זכה במציאה ולו יהא אלא ספק קנה מספיקא, וכמו שכתב הרא"ש דמציעא דכל שזכה מספק במציאה נעשה הוא מרא קמא ולא מהני בתפס אחר מידו ע"ש. ה"נ כנלע"ד.

(הגה, חסר כאן סיום התשובה.)

סימן עא

ש"ע א"ח סי' ע"ו ס"ג לקדיש ולקדושה ולברכו מפסיק, במג"א סק"ה וז"ל דאם פוסק לשאול מפני כבוד בשר ודם ק"ו מפני כבוד השכינה, ומה"ט נ"ל אם שמע קול רעמים יפסיק ויברך עכ"ל, ולענ"ד יש לפקפק בזה טובא עיי' תוס' די"ג כתבו וז"ל שואל מפני היראה ר"מ ור"י הלכה כר"י דאפי' באמצע משיב מפני הכבוד, א"כ נראה דמותר לענות קדיש וקדושה באמצע ק"ש דאין לך מפני הכבוד גדול מזה וכו' עיי"ש מבואר מדבריהם דלר"מ דאינו משיב מפני הכבוד אסור להפסיק ולענות קדושה רק לר"י דמשיב מפה"כ ואף דאינו שואל מפה"כ צ"ל דס"ל דקדושה הוי כמשיב כיון דכל הצבור עוסקים בקדושה כמו שדקדקו בלשונם דאין לך מפה"כ גדול מזה, דמשמע דמדמו זה למשיב דמותר מפה"כ, וא"כ כ"ז בקדיש וקדושה דהצבור עונים רשאי לענות עמהם דהוי כמשיב אבל בשמע קול רעמים דכל הצבור עוסקי' בק"ש אפשר דאין להם לפסוק וא"כ הי' נראה לחלק אם שמעו קול רעמים ובין הפרקים דשואל מפה"כ ב"ו, ק"ו דפסיק לברך על הרעמים, אבל באמצע לא.

אמנם נראה דהדין עם המג"א די"ל דתוס' קאי בשיטת רש"י דמפני היראה היינו דירא שלא יהרגני והוי פיקוח נפש מש"ה אין לדמות קדושה וקדיש למפני היראה ואסור לר"מ אבל למה דקי"ל בש"ע דמפני היראה היינו אביו או רבו שצריך לירא ממני א"כ גם באמצע רשאי להפסיק ולברך על הרעמים אף דהוי כשואל מ"מ הוי כשואל מפני היראה, וזהו דקדק המג"א בלשנו דאם פוסק לשאול מפני כבוד ב"ו, היינו מפני אדם נכבד דצריך לירא ממנו, וע' תב"ש וא"ר דפקפקו על המג"א הנ"ל, (הגה עיין בהגהות רע"א על או"ח) ובעיקר הדין דמפסיק לקדיש ולקדושה ולברכו, הנה בתוס' לא נזכר רק לקדיש ולקדושה, והרא"ש והטור כתבו סתם לברכו מפסיק, ובב"י וד"מ כתבו דמפסיק ואומר ברוך ד' המבורך ל"ו, ולענ"ד מדברי רבינו יונה יש ללמוד דמפסיק ואומר ברוך ד' המבורך ולא יותר שהרי כ' וז"ל ולברכו נמי כיון שהיא הפסקה מועטת לענות ברוך ד' המבורך מותר דאין בו כדי שאילת תלמיד לרב דתכ"ד כדיבור דמי עכ"ל והיינו דשאילת תלמיד לרב הוא ד' תיבות שלום עליך רבי ומורי והוא מפסיק רק בג' תיבות ברוך ד' המבורך והוי תכ"ד, הרי להדיא דס"ל לרבינו יונה דאינו אומר ג"כ לעולם ועד וכיון דכל הראשונים סתמו דלברכו מפסיק ולא כתבו איך ומה, ובתוס' לא נזכר כלל ומפסיק לברכו ע"כ נראה דראוי לחוש לדעת רבינו יונה ובפרט דעיקר הדין תמוה דמנ"ל דלברכו מפסיק דהא דמפסיקי' מפני היראה או מפני הכבוד אין ראי' דהא גם בק"ש עוסק בשבחו של מקום, עיקר הלימוד הוא מדפליגי בתפלה אם אפסיקי' לקדיש וקדושה,

ובדרך דאף דקי"ל דאין מפסיקי' מ"מ כיון דלחד מ"ד מפסיקי' ראוי לומר דע"כ לא פליג אידך מ"ד רק בתפלה אבל בק"ש מודה דמפסיק וכמ"ש הרא"ש. והררי"ו, וכ"כ בתב"ש דעיקר הלימוד מההי' דתפלה, וכיון שכן אין הכרח דמפסיקי' לברכו דע"כ לא מבעי לן אלא אם מפסיקי' לקדיש ולקדושה בתפלה אבל לברכו לא מצינן דמבעי לן, וא"כ י"ל דגם בק"ש אין מפסיקי' לברכו, ונ"ל דמה"ט אף שכ' הרר"י להוכיח דמפסיקין לקדיש וקדושה מההי' דתפלה הנ"ל אעפ"כ כ' אח"כ דגם לברכו מפסיקי' דהוי הפסק מועט וכמו שהעתקת למעלה לשונו הזהב, והא לקדיש וקדושה דלא הוי הפסק מועט ואפ"ה מפסיקי' ואמאי צריך למיתי עלה בברכו משום דהוי הפסק מועט ולזה נ"ל דכיון דליכא על ברכו ראי' מתפלה מש"ה הוכיח למיתי עלה מסברא כיון דלא הוי רק הפסק מועט ולדינא צ"ע.

גם בעיקר דברי רבינו יונה אחרי שבררנו דבריו דאין להוכיח לענין ברכו מתפלה ורק מסברא אתי' עלה כיון דהוי הפסק מועט, איך יליף דמפסיקי' בק"ש לקדושה הא בסוגי' ברפ"ג מבואר דלא אבעי לן רק לקדיש אבל לקדושה לא מבעי לן, ואדרבא מסוגי' דהתם משמע דלקדושה בודאי אין מפסיקי' ממה דפליגי שם אם רשאי להתחיל להתפלל אם א"י להגיע עם הש"ץ לקדושה ותלי שם בפלוגת' אם יחיד אומר קדושה, משמע להדי' דלכ"ע אסור להפסיק בתפלה לקדושה ולא איבעי לן רק לקדיש דחמיר מקדושה וכיון שכן מנין לנו דמפסיקין בק"ש לקדושה, ואף דהרר"י והרא"ש העתיקום דפליגי בר"פ מ"ש אם מפסיקי' בתפלה לקדיש וקדושה, בעונותי לא זכיתי להבין דבריהם הקדושי' בזה דהא אדרבא שם משמע דהאיבעי רק לקדיש ולא לקדושה וצ"ע:

סימן עב

שבת קל"ב ע"א תוס' ד"ה מה צרעת וכו' אכתי נימא קבורת מת מצוה תוכיח דעדיפ' ממילה, תמוה לי מאוד דאיך שייך לומר מזה תוכיח אטו יש לן קרא דקבורת מ"מ אינה דוחה שבת והרי בסנהדרין פרכי' דידח' שבת דדוח' עבודה שדוחה שבת, ומשני רציח' תוכיח, ובתוס' שם הקשו דמ"מ נילף כך מדדחי מילה שדוח' שבת ומתרצי דמ"מ שייך רציח' תוכיח דדוח' דבר שדוחה שבת והיא עצמה אינו דוח' שבת, וא"כ אם נימא דהכא רציח' לא הוי תוכיח דמילה עדיפא שדוחה צרעת הדוחה עבוד' שדוח' שבת, באמת גם קבורת מת מצוה לדחי שבת מה"ט דהא רציחה לא הוי תוכיח וא"כ מילה וקבורת מצוה תרווייהו לדחי שבת ובאופן זה הו"ל למנקט קושייתם בדרך סתירה דע"כ אין זה סברא אם דוח' עוד מדרגה דכיון דמצינו רציח' דדוח' עובד' שדוח' שבת והיא גופ' אינה דוח'

שבת ה"נ י"ל מילה אע"ג דדוח' צרעת שדוח' עבוד' הדוח' שבת, דאל"כ דיש בזה עדיפות יקשה דנימא באמת לקושט' דדינה דקבורת מת מצוה דידח' שבת דהא ל"ש רציחה תוכיח, דמת מצוה עדיפא דדוחה מילה דדוחה צרעת שדוח' עבוד' שדוחה שבת, אבל לישנא דתוס' דקבורת מ"מ יוכיח תמוה מאד וצע"ג, גם אם ננקוט הקושי' כפי' הנ"ל יש לתרץ די"ל דהא דאין קבורת מ"מ דוח' היינו כפי המסקנא דאו אינו דגברא לא חזי א"כ ליכ' ק"ו דדוחה מילה דדוחה צרעת שדוחה עבוד' דהא מה דצרעת דוחה עבודה לא משום חומרא רק דגברא לא חזי וליכ' ק"ו רק ממה דדוחה מילה דדוחה שבת ולגבי זה שפיר אמרי' רציח' תוכיח, אבל לפי התחלת הברייתי' שהיינו דנין זה לק"ו דצרעת דדוחה עבודה באמת היינו דנין דגם קבורת מ"מ דוחה שבת, ולרב ספרא דלא ס"ל טעמא דגברא לא חזי, לדידי' באמת מוכח מדקי"ל דקבורת מ"מ לא דחי שבת ולא ילפי' מדדחי מילה דדוחה צרעת דדחי עבודה דדחי שבת, ע"כ מוכח דגם בזה שייך רציח' תוכיח דסוף סוף מצינו שדוחה דבר שדוחה שבת והיא גופא אינה דוחה דאין לומר הטעם דאמר' מילה שלא בזמנה יוכיח דדחי צרעת דדוחה עבודה דדוחה שבת ואעפ"כ היא גופ' אינה דוחה שבת דעדיין נימא קבורת מ"מ דדוחה מילה בזמנו דדוחה צרעת דדוחה עבודה שדוחה שבת אע"כ דאין חילוק בזה, ולרב ספרא באמת מפרשי' הך או אינו דקתני היינו דאמרי' רציח' תוכיח וכמ"ש מהר"ם לובלין אבל רבא י"ל דל"ש בזה רציחה תוכיח כיון דיש במילה עדיפה דדוחה צרעת דדוחה עבודה דדחי שבת והא דקבורת מ"מ אינו דוחה היינו מכח האו אינו דטעמ' דצרעת דגברא ל"ח והוא נכון מאד בעזה"י.

ומזה קשה לי על הרשב"א בחי' דלרב ספרא דאין הטעם משום דגברא ל"ח ע"כ דס"ל כר"א דמכשירי' דחי שבת דלמילה עצמו ל"צ קרא דאתי מק"ו, והא דמילה שלא בזמנו אינו דוחה שבת מק"ו היינו מקרא דלבדו יעשה ולא מילה שלא בזמנו, וצ"ל הא דל"צ קרא לבזמנו אף דמילה של"ב הוא יוכיח היינו די"ל דהתם הטעם דאפשר להמתין כיון דממילא הוא של"ב, ואך מ"מ קשה דהא ליכא ק"ו דנימא רציחה תוכיח, ואי דס"ל להרשב"א לסברא לחלוטי' כמו האי תימא דתוס' דמילה עדיפא שדוחה צרעת שדוחה עבודה דדחי שבת, א"כ לדינא יהי' באמת קבורת מ"מ דוחה שבת דהא רציח' לא הוי תוכיח, ואי דמ"מ לגבי קבורת מ"מ אמרי' מילה של"ב, הא קבורת מ"מ עדיפא שדוחה צרעת שדוחה עבודה דדחי שבת וצע"ג

סימן עג

לכבוד ידידי הרב המאה"ג אב"ד ק"ק **גרילן** יע"א.

הנה בענין ספיקתו בנידון שבעירו באשה שזה איזה פעמי' בימי הקיץ הי' שוטה דהיינו שלא ישכון בביתה ומבזבז באכילה ושתייה ומקשטית עצמה ומכניסה לביתה נכרי' ועניני כיעור ואחר עבור הימים היא יודעת שעשתה שלא כהוגן ומתביישה והיא כבודה בת המלך פנימה אם היא בת גירושי' בימי חלימתה.

הנה בעניותי הי' נראה כיון דעכ"פ אחר הגירושין אין עוד חשש דיכולי' לסמוך על שיטת תוס' והרא"ש והתוס' בגירסת הירושלמי כמו שהוא לפנינו דבמה שהטעם משום גזירה עבר וגירשה מגורשת ושכן העלו גדולי פוסקי' אחרוני' להלכה בת' מהרח"ש סי' ל"ג ובגט פשוט סקל"ב, ולגבי לכתחיל' בדרבנן אף דיפה כ' מעכ"ת נ"י דבנ"ד אין שייכות לדברי הגאון רבינו שמח' דבעי סימני שטות הנזכרים בחגיגה פ"א כיון דחזיא דנגררת ומפקרת עצמה, מ"מ אינך דברי מהר"ש ב"ר אברהם דבאין לה וסת לכך אין לחוש שתחזור לשטותה מחמת תרי זימני, זהו שייך גם בנ"ד דאין התחלת שטותה בזמן אחד ולא הוי שם וסת עליה כמ"ש הרמ"א להלכה יו"ד סי' קפ"ט וכמ"ש כ"ז ידידי מעכ"ת נ"י ומה שחזר ודחה גם את זה מטעם הנ"ל כיון דחזינן דנגררת. לענ"ד הא גרירה זו ג"כ מצד חלאת גופה שאינה שלימה בשכלה ותגבורת התאוה יחד משולבות ושייך גם בזה ענין וסת ובעוד שלא נקבע לא חיישינן שיארע לה עוד ולזה ראוי לצרף לענ"ד דעת המבי"ט בת' ח"ב סי' ק' דלא מקרי עתי' שוטה לענין זה רק היכי דביום א' נשתנית מחלימותה לשטותה אבל לא כשהיא חלומה זמן קצוב ימים הרבה והובא בכנה"ג וכעת ראיתי שהביאנו ג"כ בגט פשוט סקל"ח ולא השיגיהו.

ובנ"ד יש עוד צירוף כ"ש דענין גרירא דבש"ס ובירושלמי היינו דמשום שטותה ניחה להתפתות ויגררו בנ"א אחרים לפתותה וכלישנא דאמרינן אינה יכולה לשמור עצמה דמשמע דאם יגררו אחריו לא תשמור עצמה מהם, דבזה אם יהי' לה בעל ישמור אותה או דמשום חומר איסור אשת איש מופרשים ומובדלים ממנה, משא"כ בכל דהיא מחזרת עצמה לגרר אנשים אחריה לצודם בערמה י"ל דבכה"ג אין מזור לה ע"י בעלה דגם הוא אינו יכול לשמר אותה כיון דהיא סוררת ברחובות ובשווקים ובבתי אחרים וגם לא יחדלו משום חומר איסור א"א כיון דהיא מחזרת עצמה הם כאנוסים וכעין מ"ש תוס' רפ"ק דשבת ד"ד ד"ה וכי אומרי', ובפרט בנ"ד דמגררת אחריה נכרים וראוי לחוש בהיפוך שתכשל באיסור אשת איש ח"ו וטוב יותר לשוי' פנויי' וחלילה לסמוך ע"ז רק בדרך צירוף כ"ש.

והנה לצרף לזה ג"כ להתירה חרם דרגמ"ה ע"י ק' רבנים כי ההתרה לחוד יש לחוש דשמא בנ"ד ראוי' לגרשה והיא גם כן מרוצית לקבלת גט ואין טעם להתיר החרם, אבל

עכ"פ לעשות שניהם ביחד ליתן גט לידה ולהתיר ע"י ק' רבנים. יש בזה בממ"נ אם נקראת עתים שוטה ואינה ראוי לגרשה קיימא התרת חרם במקומה. אך ראיתי שכ' הגאון מו"ה שמחה זצ"ל בתשו' רש"ל סי' ס"ה וז"ל, אמנם לענ"ד באם נידון בנ"ד בכלל עתים שוטה ואסור לגרשה מה יושיעינן לשרי ההתרת ק' רבנים דסוף סוף לא פקע האיסור דמעשה גרושין דעי"ז יש גרירה עכ"ל, ודברי הגאון הנ"ל נראה לענ"ד למה שמבואר שם בדבריו דהוא נקט בגירסת הירושלמי בהיפך דלטעם גרירא אפי' דיעבד אסור, ואידך מ"ד ס"ל דטעמא דמתני' רק מכח הלימוד דמשלחה וחוזרת והיינו רק בא"י לשמור גיטה אבל ביכולה לשמור גיטה ואינה יכולה לשמור עצמה ורק עתים חלומה שרי לכתחילה לגרש דלא ס"ל כלל טעמא דגרירא, ועל זה כתב כדי ר' אילא ור' זעירא דבירושלמי לסמוך עליהן בשעת הדחק ואם יש גמגומים בדבר יסכימו רבותינו עם התרת החרם וכו', ולזה נראה כוונתו דלגבי איסור דמעשה גרושין סמכינן על אינך אמוראי בירושלמי דהיינו ר' אילא ור' זעירא דלית להו טעמא דגרירא אלא דחושש לאידך מ"ד דאולי אין הגט גט והוא באיסור כל ימיו בחרם דרגמ"ה בזה חשש להחמיר ומצא תקנה לזה להתיר החרם דרגמ"ה, אבל אנן לדידן דקיי"ל כדעת כל הפוסקים דהעיקר כר' יצחק בסוגיא דחיישינן לגרירה (ולענין דיעבד בלא"ה יש להקל וכנ"ל) לא יועיל לנו היתר דק' רבנים, ודעתי הקלושה להקל בנ"ד ובתנאי אם יסכים מעכ"ת נ"י ועוד רב מובהק אם בהתרת גירושין לחוד אם בצירוף ע"י ק' רבנים:

סימן עד

לכבוד הרב המופלג מו"ה **משה** נ"י אב"ד דק"ק **זיידנפעט**.

מ"ש מעכ"ת לתרץ דבריו דדמי עבד כפי שהוא שוה הוי קרן ולא הוי קנה רק המותר מדמיו שכן הוא מפורש בירושלמי ספ"ה דשבועות. אני אומר דממקום שהביא שם מבואר ההיפוך, דז"ל הירושלמי שם וספ"ג דכתובות בעי מהו לשלם דמי עבד מפ"ע כל שלשים הוי קנס או יתר מדמיו קנס, תמן תנינן המית שורך עבדי משביעך אני ואמר אמן פטור, אמר ר' חגי קומי ר"י תפתר במוכה שחין, א"ל ומה דבתרי (היינו אימא סיפא) המית שורך בני וכו' חייב ואי במוכה שחין ליפטר א"ר חגי קומי דר"י תפתר כמאן דאמר ונתן פדיון נפשו דמי מזיק ואין דמי מזיק כולו קנס עכ"ל, הרי דמסיק הירושלמי דע"כ סבר דמי נזק ולא מיירי במוכה שחין ונפשט האיבעי דכולי ל' קנס, ואף די"ל דרך אחר על פשיטות הירושלמי להסוברים דבתובעו דמי קרקע הוי קרקע, וא"כ י"ל הא דבעבד פטור משום דדמי עבד הוי דמי קרקע והמותר מדמי עבד הוי קנס, מ"מ כיון דהירושלמי

ס"ל כן לראיה ולדינא דכוליה קנס אין בידנו לחלוק, וגם הא לרב פפי משמיה דרבא דאמר ספ"ה דשבועות דף ל"ד אימא סיפא וכו' לאו לאתויי גנבת עבד, הרי דס"ל להוכיח דס"ל למתני' דמשביע ע"ק חייב ולדידיה קם ראית הירושלמי דכוליה ל' קנס, וגם מסקי' שם בשבועות מהא ליכא למשמע מיניה הרי דאינו הכרח דאפשר דמתני' סבירא ליה דמשביע ע"ק חייב וממילא מוכח דכולי ל' קנס. גם נ"ל למה דאמרינן גיטין מ"ב ע"ב מכר עבדו לקנס מהו וכו' מי איכא עבד דליכא ש"פ ומשני בטריפה הרי דלבד זה גם עבד דמוכה שחין אם אינו טריפה שוה עכ"פ פרוט' דיכול למכרו לקנס וא"כ לית' לדחיית רב חגי בירושלמי ומוכח דכולי ל' קנס.

גם נראה לענ"ד ראיה ברורה מסוגיא דבב"ק דמ"ג סוף ע"א אידי ואידי דמי' מיהו בע"ח דמשלם על פי עצמו וכו' הרי מדבאנו ליתן טעם דפטור בהמית שור עבדו מדמי עבד ע"כ דאינו במוכה שחין ודפטור אפילו מדמי עבד, הרי מבואר להדיא דכולי' קנס, וזהו ראיה שאין עליה תשובה. ובההיא ענינא ראית בפני משה על ירושלמי ספ"ג דכתובות דס"ל פירושי דירושלמי אי דמי מזיק כולי' קנסא היינו אם דמי מזיק ע"כ כיפרא כפרה והוי קנס. ועשה מזה קושיא על הרמב"ם דפסק כופרה כפרה ואף עפ"כ פסק דמשלם כופר עפ"י עצמו. ולענ"ד בפשוטו דכוונת הירושלמי דאם דמי מזיק אם כן אם הניזק אינו שוה כ"כ משלם יותר ממה שהזיק והוי קנס אבל למ"ד דמי ניזק אף דהוי כפרה מ"מ לא הוי קנס וכסוגיא דידן בב"ק מ"א ע"ב דמשני קסבר ר"א כופרה כפרה ואפי' בתם לא הוי קנס וק"ו במועד עיי"ש וא"כ פסקי הרמב"ם אלים יפה לדינא. ועיין בתוס' ספ"ג דכתובות (מא.) ד"ה זה הכלל דכתבו בפשיטות דאפי' למ"ד דמי מזיק שמשלם יותר ממה שהזיק לא הוי קנס כיון דבא לכפר על עצמו ותמהני איך כתבו כן בפשיטות נגד דברי הירושלמי הנ"ל וצריך עיון:

סימן עה

להרב מפילענע.

נידון הסכסוך שבין הרבני מו"ה אברהם נ"י ובין הפו"מ נ"י הנה מה שטען הפו"מ שחלילה לשמוע לדברי הרבנית ולחשוד שבעלה הגאון זצ"ל יחזיק המקומות על חוב ארבעה ר"ט, ועוד יתר ראיות המוכיחות, אינו מספיק דלו יהא דהוי כמו אנן סהדי ממש ולדונו למגו במק"ע הא הש"ך החליט בסי' ס"ו סקל"ה דכל טענות שטוען המוכר לפטור את הלוה א"צ לבוא עלה מדין מגו אלא דבעצמותו הוי מחילה, ואם כן בנ"ד נמי טענות הרבנית הוי מחילה למוהר"א נ"י ואף בנ"ד דהוא משכנת קרקע והחזיק בה, מ"מ הא

כתב הנ"י ב"ב ובדף הספר הוא רכ"ו ע"א דעת היש חולקים דמצי מחיל ובש"ע סי' ס"ו ס"ל הובאה ב' דיעות בזה, ואנכי מצאתי להר"ן בחידושי גיטין דל"ז שכתב להדי' דיכול למחול ומבואר שם דאף במשכנתא דאינו יכול לסלקו (והתומים ס"ק נ"ה כתב בפשיטות דבאינו יכול לסלקו לכ"ע לא מצי מחיל ולא ראה דברי הר"ן הנ"ל). אמנם נראה דבנ"ד דהרבנית אינה היורשת לבעלה אלא דנחלט לה השטר חוב (אותו הלשון נזכר במכתב הרבנית ת') והיינו בפשוטו דנחלט לה לגביית כתובתה וא"כ היא עצמה הוי קונה שטר חוב ומכרו לאחר דאין הראשון יכול למחול כדאיתא להדיא בש"ע סימן ס"ו סל"א, אלא דאולי ההחלט הוא ע"י שבעלה נתן לה השטר חוב במתנת שכיב מרע ובזה אני מסתפק הרבה במקבלת שטר חוב במתנת שכיב מרע ומכרו אם אינו יכול למחול. ואופן ספיקתי למה דאמרינן ב"ב דקמ"ז ע"ב ומודה ר"נ דאם נתנו במתנה דאינו יכול למחול וכו' עשאוהו כשל תורה. ויעויין בתוס' כתובות דפ"ה ע"ב ד"ה המוכר וכו' התם הכי פירושא אא"ב דאורייתא וכו', ולכאורה עדיין קשה בהא דמשני עשאוהו כשל תורה הא גם מכירת שטרות הוא של תורה ואפילו הכי אינו יכול למחול, וצ"ל דהכי אמרינן דהך אסמכתא מקרא והעברתם נחלתו עשאוהו לדרש גמור כשל תורה והיינו דעשאוהו ליורש וכ"כ להדיא הר"ן פ"ט דכתובות.

ולפ"ז צ"ל דעשאוהו ליורש גם לשעבוד הגוף דאם לא כן עדיין יקשה אמאי אין היורש דהנותן יכול למחול שעב' דהגוף וממילא לפקע החוב אלא ע"כ דעשאוהו ליורש גם לשעבוד הגוף (ולכאורה קשה התינח לר"פ ב"ב שם דהואיל ויורש יורשו, אבל לשינוי דרב אחא שם דעשאוהו כיורש רק במה דאיתא בבריא ואם כן איך יזכה בשעבוד הגוף הא ליתא בבריא ויעויין בב"י סימן רנ"ג בשם הר"ן לענין אויר דפסק להעיקר כרב אחא, וצ"ל דגם בזה שייך שינוי דר"א דאיתא בברי במעמד ג' דחז"ל עשאו דין מעמד ג' שיזכה גם בשעבוד הגוף ויהי' מוכח באמת דבמעמד ג' אינו יכול למחול) אח"כ ראיתי בש"ך סימן רנ"ג סק"ל שכתב במלות קצרות כדברי הנ"ל דעשאו כשל תורה היינו דעשאוהו כיורש, וכיון שכן יש מקום גדול לומר דמקבל שטר חוב במתנת שכיב מרע ומכרו דיכול למחול כיון דהוא הבע"ד וזכה בשעבוד הגוף והוי כיורש דעלמא שמכרו דיכול למחול, וחידוש שלא מצאתי הערה מזה וצ"ע לדינא.

אמנם בנ"ד לא צריך לזה דהא לא נכתב שם המלוה הראשון רק סתם לבעל השטר. ובזה כתב הש"ך בפשיטות סק"י דאינו יכול למחלו ומהאי טעמא בנ"ד מהני מסירה לחוד בלא כתיבה ואין בכח הרבנית לבטל מעשה אם לא ע"י בירורי דברים שכפי מכתבה אפשר שיבוא לידי בירור, ובזה בודאי יהי' ידוע אם האמת כן שנתן לבעלה הגאון זצ"ל

הדירה ההוא לשכר בעד החזקת קא יטען, ולזה ע"י החשבונות בפנקאות הקהל יבורר אם לא פרעו שכירות בשנים ההם יותר מאשר פרעו מקודם יניכר שלא פרעו השכירות ומחוייב' לשלם לר"א דמי השכירות דכ"ז שלא ניכרי' זה נגד זה שכר דירה נגד פרעון שטר חוב נשאר זה חייב וזה חייב כמ"ש הש"ך סי' ס"ו סק"א אלא דמחוייב' לשלם השכר דירה למוהר"א נ"י כנע"ד בעהי"ת:

סימן עו

לבני הרבני מו"ה **וואלף** נ"י.

אשר כתבת במה דשקיל וטרי הר"ש פ"ב דטב"י אם לוקין על טעם כעקר כיון דלמידין שאר איסורי בק"ו מנזיר יש לומר דאין מזהירין מן הדין, וכתבת להוכיח מדאמרינן דנזיר וחטאת הויין ב' כתובים הא מצריך קרא בחטאת למלקין עלה, ידידי בני הא המקשן פריך על ר' יוחנן דלגמר בכל התורה כולה מנזיר והיינו למלקות דלאיסור בלא"ה הא ס"ל דחצי שיעור אסור מן התורה, הרי דפרכינן דגמר מנזיר למלקות ועלה שפיר משני דהוי ב' כתובים. וא"כ הקושיא סובב באמת על המקשן עצמו דמאי פריך דנגמר מנזיר ולמלקות הא אין מזהירין מן הדין, וזהו באמת ראית הר"ש אשר מזה החליט באמת אם ילפינן טעם כעיקר ממשרת וק"ו בשאר אסורי דלק' עלה דהוי רק גילוי מלתא בעלמא ורק אם ילפינן מגעולי נכרי' הוי רק עשה.

אמנם לדידי קשה אף על מסקנת הר"ש דאם ילפינן טעם כעיקר מגעולי נכרי הוי רק עשה אם כן איך אמרינן דר' עקיבא מוקי למשרת להיתר מצטרף לאיסור דטעם כעיקר יליף מג"כ, הא ג"כ ודאי דלא מייתר דצריכה לכתוב דיני הגעלה (ולישנא דתוס' באמת צ"ע) אלא דמשרת הוא דאייתר דילפינן מגעולי נכרי ומזה הוכיח ר"ע דמשרת אתיא להיתר מצטרף לאיסור. ולהר"ש הנ"ל יקשה דדלמא משרת לטעם כעיקר ולמלקות דאלו מגעולי נכרי הוי רק עשה וצ"ע.

ובדברי רש"י פסחים שהבאת, זכור אני שעמדתי דמדכתב רש"י דאלו פשט היין בכל הפת לא הוי פליגי רבנן הרי דס"ל לרש"י דטעם כעיקר ההיתר נהפך לאיסור דאף שאין בו כזית טעם מ"מ גוף ההיתר נעשה איסור כיון דטעם איסור בתוכו ואפי' אם כל הבלע האיסור הוי רק חצי זית מ"מ כיון דאוכל כזית פת שבלוע בו חצי זית יין חייב דההיתר נהיפך לאיסור. ותמוה לי מסוגיא דחולין דף צ"ח ע"א האי פלגא דזיתא דתרבא וכו' לא תזלזל בשיעורא דרבנן, הא לפי החשש דיש בו טעם חלב הוא איסור דאורייתא דהוי כזית איסור ע"י שנהפך ההיתר לאיסור והוי הספק בדאורייתא וצ"ע. ובסוגיא זו דחולין

יש עוד תמיה על הר"ש בטבול יום דכ' להוכיח מסוגיא זו מדאמרינן ועוד האמרי' חצי שיעור אסור מה"ת דאף בתערובת חצי שיעור אסור מן התורה. וזה תמוה למה דאמר תחילה לא תזלזל בשיעור דרבנן והיינו דמר בר רב אשי רצה להקל כיון דחצי שיעור מותר מן, התורה והוי בדרבנן וא"כ אמאי נקט דווקא בפלגא דזיתא הא גם בזיתא כיון דמעורב בתלתי' זתים ממילא כשיאכל כזית לא יאכל כזית איסור ותמיד יאכל רק חצי שיעור דהיינו פחות מכזית תוך שיעור אכילת פרס דכל שאינו אוכל כזית בכדי אכילת פרס הוי רק כאוכל חצי שיעור, וא"כ לעולם לא יצטרך ששים דבתלתי' סגי דיהא שיעור דרבנן דבלאו הביטול הוי ג"כ רק חצי שיעור, בשלמא בפשטא דסוגיא בלא דברי הר"ש י"ל דאנו דנין על תחלת הנפילה דאם בתחילתו הוי חצי שיעור דלא היה כאן מעולם שיעור דאורייתא זהו הוי כמו שח"ש דרבנן אבל במה שנעשה ח"ש על ידי התערובת חמור יותר, אבל לפי זה אזדא ראיית הר"ש דשפיר י"ל דחצי שיעור על ידי תערובת ליכא איסור דאורייתא והא דאמרינן והאר"י חצי שיעור אסור מן התורה היינו כיון דבעידן דנפל היה איסור דאורייתא חמיר יותר כמו בנפל זית דמחמרת מה"ט וכנ"ל וצע"ג.

ואודיעך עוד מה שאמרתי בדרך פלפול בישוב קושית העולם בענין זה בסוגיא דנזיר א"ר אבוה אר"א כל משקים שבתורה אין היתר מצטרף לאיסור וכו' משקין אין מידי אחרינא לא, דלדידיה ישאר קושית הש"ס דנילף בק"ו לכל התורה כולה מנזיר, ובזה לא שייך לומר דנזיר וחטאת הוי ב"כ דהאי יקדש דמיירי באוכל ליכא למילף מנזיר כיון דבנזיר עצמו אין מצטרף לאיסור רק במשקים וצריך קרא בחטאת דבקדשים אפי' באוכלים המל"א ולעולם נילף בכל התורה מנזיר דבמשקים המל"א וזהו תמי' רבה. ואמרתי על פי קושיית הר"ש במס' טבול יום דמאי פרכינן דנילף מנזיר הא לענין איסור ממילא אסור דחצי שיעור אסור מן התורה ולמלקות הא אין מזהירין מן הדין. והנה למ"ש הה"מ בהל' מא"ס דהיכי דהאיסור ידעינן בלאו הק"ו בזה מכח הק"ו מזהירין כיון דהק"ו איצטרך רק למלקות, שפיר פרכינן כיון דחצי שיעור אסור מה"ת ול"צ לזה הק"ו בזה נילף מק"ו למלקות.

והנה י"ל דבר חדש דאף אם באוכלים אפילו בתערובת חצי שיעור אסור מן התורה מ"מ במשקים אינו כן, היינו דהא הטעם דחצי שיעור אסור מן התורה משום דחזי לאצטרופי שיאכל עוד חצי שיעור ויהי' צירוף למה שיאכל עתה, וזהו שייך רק באוכלים דמשערים כזית בכדי אכילת פרס אם כן אם יאכל תוך שיעור פרס יצורף להשלים השיעור למה שאוכל עתה אבל במשקים בתערובת לשיטת הרמב"ם דבמשקים משערים רביעית בכדי רביעית עיין ש"ע או"ח סי' תרי"ב ס"י א"כ לא שייך חזי לאיצטרופי דמה ששותה עתה

חצי רביעית בתערובת, אם ישתה מיד עוד חצי רביעית הא עם השתייה ראשונה היה רביעית בכדי יותר מרביעית דהא בשתיה ראשונה דשתה ג"כ ההיתר הוי יחד יותר מרביעית, אם כן מה"ט רק בשותה בעין חצי שיעור אסור מן התורה דחזי לאצטרופי לשתות מיד עוד חצי שיעור להשלים אבל כל שהוא בתערובת א"א לעולם שע"י הצירוף יהי' שיעור דהיינו רביעית בכדי רביעית. לפ"ז י"ל דר' אבוהו אר"א דמיירי במשקין הכי קאמר דבכל איסורים אין היתר מצטרף לאיסור, היינו למלקות דלאיסור באמת ילפינן בק"ו מנזיר אבל למלקות לא כיון דצריך הק"ו לאיסור ממילא אין מזהירין מן הדין ודוק:

סימן עז

להרב המופלג חרוץ ושנון מו"ה **איצק** נ"י אבדק"ק **צערק**.

מכ"ק הגיעני אתמול, וע"ד השוחט שאומר עתה שכמה פעמים מצא פגימות בסכין לאחר השחיטה והכשיר משום אימת אדונו, דכתב מעכ"ת נ"י אם יש לדון זה לאמתלא והוי כאמר לו כן בפעם הראשון כשמצאו. לענ"ד בפשוטו אף אמתלא טובה לא מהני דעיקר היסוד דהך דינא מבואר בתוס' והרא"ש דמדינא ע"א דעלמא אינו נאמן אלא א"כ אמר ליה בפניך נעשה כן והוא שותק, אלא דבנתנו לידו לשמרו והי' בידו פעם אחת להפסידו כמו ניסוך וטומאה שכן נעשה השומר כמו בעלים ולא נסתלק שם בעלים ממנו עד שהחזיר הדבר לבעליו בעצמו או ע"י אחר ומצא להבעלים ולא א"ל ולא מידי, והיינו דבעלים עשאוהו אותו לבעלים עד שיוחזר להם מידו בתורת מתוקן דהיינו ע"י שאינו אומר להם בפעם הראשון דהוי כאומר להם במפורש דמתוקן ואז פקע שם בעלים ממנו והוא כעד אחד, דעלמא, ואם כן מה לנו באמתלא סוף סוף כיון שהחזיר בשתיקה פקע שם בעלים ממנו, ואף דבנ"ד בשחיטה כתב הט"ז סס"י א' סקכ"ג בשם הריטב"א דאם עד אחד אמר ששחט שלא כהוגן דאסור דלא אמרינן בזה דעד הראשון הוי כב' ע"ש, מ"מ באמת במהרי"ק מבואר עוד טעם דמיד שנשחט הבהמה הוי בחזקת שחוטה כדינו וא"צ מדין עדות וכמו במומר ששחט ושוב אין עד אחד נאמן. ולענ"ד ראי' לזה מסוגיא דגיטין פ"ה והוא בש"ע יו"ד סי' רפ"א באומר הסופר אזכרות לא כתבתי לשמן דאם לא אמר לו בפעם ראשון אינו נאמן, ולתוס' והרא"ש דהטעם דהוי כעד אחד דעלמא, ואמאי לא נימא דעד אחד דעלמא ג"כ מהימן לומר שלא נכתב לשמה להכחישו להסופר כמו שנאמן עד אחד להכחיש את השוחט שלא שחט כהוגן להט"ז הנ"ל, א"ו ראיה ברורה מכאן דאינו נאמן, ונ"ד הוי ממש כס"ת.

ואף להרשב"א דעד אחד דעלמא נאמן אלא דפועל גרע טפי דעליו מוטל יותר להודיעו בפעם ראשון שמצאו, מ"מ זהו שייך ג"כ בנ"ד דאטו משום יראת אדונו לא הי' מוטל עליו להודיע וכיון דלא היה העיד בשעה שהי' מוטל עליו להודיע שוב א"כ.

אחת היא שיש לדון דהא חזינן באומר שכל הס"ת לא כתב לשמה דנאמן דכיון דמפסיד שכרו נאמן והכי פסקינן בסי' קכ"ד, מ"מ הכא במה שמפסיד שכירות מחדש וכפי הנראה נחלשו רעיוניו עד שאדונו סילק אותן ואף דהוא אומר דזה החטא הי' בלבו ודואג ומחמת זה נחלש, מ"מ אין ההפסד שירותו ע"י עדות זו דווקא, וההפסד דכלים אינו ברור דצריך לשלם כיון דלא הי' כוונתו להזיק, עיין בחה"מ סי' כ"ה ועכ"פ אין דין פשוט וגלוי לכל, ואולי לא ידע דצריך לשלם, ובפרט יש בנ"ד עוד צד להקל להתיר הכלים דמסתמא הם אינן בן יומו מעת בישול משחיטתו, דהנה בט"ז סימן א' סק"ו כתב דבשוחט ששכח הלכות שחיטה שהעלה דדמי לנמצא סכין פגום דבלא שיבר בה עצמות אסורה. ובזה כ' דהכלים אסורים ולא מחזקינן להו בחזקתייהו ומדמי למקוה שנמצא חסר דלא מהני חזקת טהרות. ואני בחידושי כתבתי על זה דאינו מוכרח דהרי חזינן לדר"ח דמיקל בלא שיבר עצמות דתליא דבעצם המפרקת ופגמה וע"כ דלא דמי למקוה וכמ"ש תוס' בטעמא לחלק, א"כ י"ל אף דההלכה כר"ח בלא שיבר מ"מ יש לומר דלא דמי לגמרי למקוה מכח חילוקים דכתבו תוס' אלא דמ"מ קיי"ל דהשחיטה אסורה ומאן יימר לן דאין למידים זה ממקוה וא"כ י"ל דהוי רק ספק דאף דבמקוה טמא אפילו ברה"ר דמכח תרתי לריעותא הוי כוודאי, מכל מקום יש לומר דבסכין אינו כן דהוי רק ספק וכמו דמחלק ר' חסדא דסכין עדיף ומותר הכי נמי יש לומר דסכין עדיף והוי רק ספק. ויש להמתיק עוד לתירוצם האחרון דתוס' דהחילוק לר"ח דסכין הוי ס"ס ספק במפרקת וספק שלא שחט במקום הפגום, א"כ דגם אנן ס"ל דהוי ס"ס אלא דלא מהני כיון דהוי חזקת אינו זבוח, והרי מבואר בש"ך סי' ק"י דג' ספיקות מהני באתחזק איסורא דספק ראשון הוי כוודאי מכח החזקה ושוב מהני ס"ס, ממילא בב' ספיקות הספק הראשון מקרי וודאי והשני הוי חד ספק ואסור מספק ולא דמקרי וודאי איסור. וא"כ אזדא ראיית הט"ז ממקוה דהתם דמקרי וודאי לא מהני חזקת טהרות אבל בסכין דהוי ספק מהני חזקה דכלים. אבל באמת מסברא הדין עם הט"ז דמה חזקה יש לכלים אנן אומרים רק דהבלוע שבתוכו אסור ועצמות הכלי הא עדיין מותר דהכלי אינו נאסר רק דהבלוע שבו אסור והבלוע לא היה לו חזקת היתר, אבל מ"מ יצא לנו מזה דין חדש דיש להקל בכלים שאינן בן יומו כיון דהוי רק ספק הוי ספק דרבנן, ואף דהש"ך כתב בשם מהריב"ל דבבשלו ספק טריפות הכלים אסורים אף שאינם בן יומו כיון דהגוף ספק בדאורייתא הוי כמו בשלו

ודאי טריפות מ"מ בלא נודע הספק עד אחר שנעשו אינו בן יומו ואתיילד הספק בדרבנן יש לדון להקל בהפסד מרובה ולדמות למ"ש בקיצור ס"ס אות א' אלא דיש לחלק דזהו רק בלא נודע כלל דהיינו דאח"כ נמצא ספק טריפות שלא היה ידוע מקומם כלל אבל בנ"ד דנודע הספק אם כשמצא השוחט הפגומה בסכין. ונהי דהלוקחים לא ידעו מ"מ מקרי נודע וקם דיני דספק דאורייתא אסור ונעשה הבהמה כוודאי איסור והכלים אסורים ואך בנ"ד דמדינא אינו נאמן וכנ"ל יש לסמוך להקל בהפסד מרובה להתיר הכלים שאינן בן יומו שאין להם תקנה בהגעלה, ומה שאפשר בהגעלה יגעילו, כנ"ל:

סימן עח

בר"ן פרק השוכר את הפועל פ"ה דע"ז בסוגיא דקמא קמא בטל בדף שס"ו ע"א בצד שני משמע דס"ל דכי בעי רבין אר"י קיתון של מים דווקא בחביות דנפיש עמודה, קשה לי הא מ"מ כיון דע"כ ס"ל לר"ד ולרי"צ אר"י דיין ביין מתבטל בששים אלא דחומרא דיי"נ בהיתרא לגוי אסורה, ולהר"ן החומרה דבזה דהאיסור במקומו אסור במשהו ולהרמב"ן מיירי בלא נפל ההיתר בבת אחת והחומרא דיי"נ דנימא גם בהיתר קמא קמא בטל וכמו דהאריך הר"ן מקודם וא"כ הא דבחביות דנפיש עמודה אסור לרי"צ היינו דליכא ס' נגד היין שבחביות ולא אמרינן ביה דמ"מ קמא קמא בטל דכיון דנפיש עמודיה דסופו לירד הוי מיד כמעורב, וא"כ עדיין קשה על ההיא דסלק דלמה לא נצטרף גם היין דהא יין מבטל ביין בס' ואף דלשיטת הר"ן דהיכי דהאיסור במקומו הוא במשהו, י"ל דהא דאיסור לתוך היתר אינו במשהו היכי דמיד שנפל לגו היתר בטל, אבל אם בשעת נפילה לא היה בו ס' ולא נתבטל והוי זה מקומו של היין באיסור משום הכי אח"כ כשנפל קיתון של מים אין מצטרף היין עם המים לבטלו כיון דהיין האסור במקומו אינו מתבטל במינו, והסברא נכונה. מ"מ הא הרמב"ם פסק דבעינן תחלה וכיון דבשעה שנפל היין האיסור לתוכו ויש שם ס' עם המים לבטל, וא"צ לומר סלק היין וכו' דגם היין מצרף לבטל ואלו הי' ביין בלא המים ס' היה בטל בו.

ולומר דכוונת הר"ן דהרמב"ם יסבור כהראב"ד שהביא הר"ן מקודם דר"ד ורי"צ מיירי במקטף קטופי דלא יהי' דין ניצוק והא דחביות נפיש עמודיה אסור היינו דהקלוח הראשון אוסר אעפ"י שאין בו כדי נתינת טעם דכיון דבעצמו חשוב אינו מתבטל ברבוי יין שבבור עיי"ש, והיינו דמחלקים דדבר מועט בטל בס' אבל דבר חשוב אינו בטל בס' ביין ביין (וזהו כעין שיטת תוס' דס"ל דקמא קמא בטל היינו בענין שלבסוף יש ביין היתר ס', ואם כן מוכח דאלו נפל ביחד לא היה מועיל ס' אלא דקמא קמא דהיה בבור

מועט בטל בס'), וא"כ שפיר י"ל דרבנן מיירי בחביות דנפל שיעור חשוב ולא מהני יין לבטלו, (ובאמת קשה על הראב"ד ותוס' דדחו לדרי"צ מקמי דרבינא הא י"ל דרבינא מיירי בנפל יין שיעור חשוב ובב"א דאינו מתבטל בס' מלבד דזהו דוחק כיון דהר"ן דחה וכתב עלה דהראב"ד דלא נתחוורו דבריו נלע"ד עוד דע"כ הרמב"ם לא ס"ל בזה כהראב"ד ממה דפסק ביין במים באיסור לגו היתרא בצרצור קמא קמא בטל אבל לא בחביות, ולהראב"ד האיך מצינו החילוק לענין קמא קמא בטל דבצרצור לא הוי כמעורב מיד ובחביות הוי כמעורב מיד הא סברת רי"צ כיון דהוי קלוח חשוב אינו מתבטל בס' וקלוח קמא אוסר אבל ביין במים דמתבטל גם שיעור חשוב בס' י"ל דגם בחביות אמרינן קמא קמא בטל וצע"ג.

עוד תמוה לי בדברי הר"ן שם ע"ב צד א' אבל אפשר שיאמר הראב"ד שיאמר לפי הגמרא שלנו כן ותמהני דהא הראב"ד כתב דהדין מפורש במשנה דהערלה, דערלה מעלה את הערלה ויקשה על הירושלמי ממתני' זו וצע"ג:

סימן עט

הרב מו"ה מניס נ"י.

מכ"ק הגיעני, ולדינא הנה הרמ"א סימן א' ס"י כתב מי שנשתמדת אשתו מזכה לה גט ע"י אחר ונושא אחרת, והיינו דאף דבאשת מומר נחלקו גדולי הראשונים אם מקרי זכות לה דיני דלא הוי זכות דטב למיתב טן דו מ"מ בהיא מומרת דבטלה צוותה דבעל דהא אסורה לו מחשש דזינתה לכ"ע מקרי זכות, וא"כ הוא הדין נמי במשוקעת בין הנכרים אף שבעניינים אחרים נוהגת בדת ישראל מ"מ זכות הוא לה. אולם הב"ש סימן ק"מ סק"ג יצא לחלק בין מומרת לזינתה והעלה כן מתוך קושייתו דהא הרמ"א כתב שם ויש מחמירים ואנכי איני כדאי, מ"מ אני אומר באימה וביראה שכבודו הגדולה מונח במקומו, ובכאן לא נהירי' דבריו דהב"ש ס"ל לדמות בפשיטות היתר דידיה לישא ב' נשים להיתר דידה להנשא בגט זה.

והנה האמת שכן הוא במהרי"ק שרש קמ"א דאחרי שעמד לחששא דשיטת הרי"ף דבזכי נהי דאינו יכול הבעל לחזור מ"מ לא הוי גיטא עד דמטי לידה, כתב ולא נתיישב לי המנהג ההוא (היינו ששאל השואל בנשתמדת ורוצה ליקח אחרת בזיכוי לה גט ע"י אחר) דהא פשיטא דלדברי הרי"ף אם נאמר דיש לחוש לתקנת הגאון שלא לישא ב' נשים, גם בזכיית הגט ע"י אחר לא נתקן האיסור דסוף סוף עדיין היא אשת איש עד שהגיע לידה עכ"ל, הרי דמדמי זה לזה. אבל מ"מ נלע"ד דהרמ"א ס"ל לחלק די"ל כיון

דעכ"פ אינו יכול לחזור ולכופה להיות תחתיו הוי כנתגרשה במקצת ולית ביה משום חרם דרגמ"ה, או כיון דמדינא אין צריך כלל להגט וכמ"ש גם המהרי"ק שם דמסברא היכא דאסורה לו לא מקרי נושא ב' נשים וכדס"ל כן להדיא לעיקר דינא, כמ"ש בסימן א' דבמקום שאין מנהג אין להחמיר ומותר לישא אחרת בלא גירושי הראשונה, אלא דבני איסטרייך החמירו על עצמם, א"כ אין מחוייבים לגבב חומרות ולחוש גם בזה לשיטת הרי"ף הנ"ל, ובשגם דאינו מפורש כן בהרי"ף דלא כתב כן אלא בתנו דהוי כזכי אבל במפרש זכי י"ל דמגורשת מיד, ותמוה לי על הר"ן שהקשה על הרי"ף מכמה מקומות דמשמע דזכי מגורשת מיד ומהיכן ראה הר"ן דהרי"ף לא ס"ל כן בזכי, והרי הרמב"ם בפ"ו מהלכות עבדים חילק כן להדיא בין תן לזכי ולמה לא רצה הר"ן לומר דהרמב"ם הלך בשיטת הרי"ף רבו, וכן ראיתי בתשו' הרא"ם סימן ס"ז ס"ז שכ"כ בדעת הרי"ף אלא דהמהרי"ק למד דהרי"ף ס"ל הכי ג"כ בזכי כיון דהרי"ף כתב ומשכחת זכייה כה"ג וכו' גרסינן ביבמות המזכה גט לאשתו במקום קטטה וכו' מדהביא הרי"ף המימרות הללו שם משמע דבא לארויי דגם בהמזכה האיבעי רק במטא לידה והוא חזר מקודם, וזהו רק דקדוק קלוש מאוד, אלא דלכתחילה בוודאי חלילה לנו להקל נגד המהרי"ק, ובפרט שבתשו' הר"ן סימן מ"ז כתב במפורש בשם רבינו פרץ דבזכי בעינן מטא לידה, אבל מ"מ לענין היתירא דידיה דהוי רק לחומרא בעלמא מה"ת לחוש כ"כ והכי דייקא לי לישנא דמהרא"י בפסקיו סימן מ"ד וז"ל מי שנתנו גט לאשתו משומדת כשרוצה לישא אחרת כמנהג איסטרייך לפי דעתי המנהג שאין צריך גט אחר אם חוזרת לדת ישראל עכ"ל, משמע דזהו וודאי המנהג נכון להתירו לישא אשה אחרת, דהוסיף לפי דעתו לדון מסברא דמהני ג"כ לדידה שלא להצטרך לגט אחר.

ולענ"ד אחריו יאיר נתיב הרמ"א לשונו הזהב בסימן ק"מ ואם אשתו מומרת וזיכה לה גט ע"י אחר כמו שנתבאר לעיל סימן א' אף עפ"י שחזרה בה אין צריך גט אחר, משמע דזהו כבר נתבאר בסימן א' דמהני דיכול לישא אחרת והוסיף עוד כאן דאעפ"י שחזרה א"צ גט אחר וע"ז כתב ויש חולקים בזה, היינו בזה חוששין להחמיר שלא להתירה בגט זה, אבל על המנהג להתירו לישא אחרת ניחא ליה להרמ"א בלי פקפוק ומיושב קושית הב"ש.

הדרינן לדינא דאפילו בזינתה מותר על ידי זיכוי הגט להנשא אחרת, ובפרט בנ"ד דאמרה מה לי בדייני ישראל הוי ממש ככופרת בדת ישראל ח"ו, אבל א"צ לזה וכמש"ל. ואף דבאם מוחית במפורש י"ל דאינו יכול לזכות לה על ידי אחר, כי אף שהרא"ם בתשו' סימן ס"ז כתב דגם בצווחת שאינה רוצה בגירושין, מ"מ האמת שזכות הוא לה משום תיקון הנפש, מ"מ כבר סתר לנכון הרד"ך בתשובה בית ט' חדר י"ב, מ"מ בנ"ד באמירתא

מה לי בדייני ישראל י"ל דאינה רוצה בטורח ובבזיון לעמוד לפני דיני ישראל, אבל בגוף הגירושין שע"י זכיית אחר אינה מוחית, ואפשר אם היה שואלין אותה אם מתרצית בזה היתה מסכמת ומה גם י"ל דחכמי איסטרייך דנהגו לזכות לה גט ס"ל גם כן דמעיקר הדין הדעת נוטה דבכה"ג לא גזר רגמ"ה אלא משום חששא פקפוק בעלמא נהגו להחמיר ובדרך מהיות טוב אל תקרא רע כיון דס"ל דמהני הזכוי, ואפשר היכי דמוחית במפורש כיון דאי אפשר בתקנתא דזכוי מודו דאוקמא אדינא להתירו לישא אחרת, ועכ"פ כיון דהרמ"א כתב דבמקום דאין מנהג אין להחמיר ולגבי זה במוחית במפורש אפשר דליכא מנהג מבורר להחמיר די"ל דהמנהג ג"כ רק לרווחא דמילתא אבל לא היכי דלא אפשר בכך, לזה בנ"ד אם מבורר שמופקרת לנכרים לזנות דיש להתיר לו לישא אחרת עליה ע"י זיכוי הגט לה, ומ"מ טוב לענ"ד שלאחר הזיכוי יחזור ויקח הגט מיד הזוכה וימסור לו שנית לשוייי להולכה בכל עת ומקום שימצא אותה כנלע"ד בעהי"ת:

סימן פ

שלום וברכה וכ"ט לכבוד ידידי ש"ב הרב הגאון הגדול האמיתי נ"י פ"ה ע"ה המפורסים מו"ה **מאיר** נ"י.

תמול הגיעני מכתב קדשו ע"י בנו הרבני מו"ה ח"פ נ"י בעצמו. מצוה רבה עשה בזה להשיב רוחי מגודל דאגתי ועצבוני שהי' לי על שלילות מכתבו ממנו זה כמה, ישלם ה' פעלו ומשכורתו יהיה שלימה משמים.

מ"ש ידידי נ"י על דברי תוס' קדושין ל"ד דדווקא במצות עשה דקום ועשה נשים פטורות כמו בתפלין אבל במצות דשב ואל תעשה דהיינו עשה דשבתון. הדבר יקר ומסתבר ואך עומד לנגדי ההיא דסוכה כ"ח ל"נ אלא לתוספת עיני סד"א הואיל ומיעט רחמנא מעונש ואזהרה וכו' ובפשיטו אינו מובן דמה בכך וכי בשביל זה יפטרו נשים והסברתי לי תמיד כיון דהוי רק עשה סד"א דלפטירי כמו כל מצות עשה שהזמן גרמא (והאריכות לשון הואיל ומיעט רחמנא היינו דלא נימא כיון דהוא הוספה ביום הכפורים וכיון דמצות עינוי ביוה"כ יתחייב ג"כ בהוספה, לז"א כיון דנשתנה דיני מעונש ואזהרה, הוא כמו ענין בפני עצמו וכשאר עשה שהזמן גרמא). אם כן חזינן דאפי' בעשה דשב ואל תעשה פטירי זולת דנימא אפשר דמסברא אין חילוק רק דבתר דגלי קרא דהאזרח לא אמרינן דגזה"כ הוא אלא דהקרא אורי לן דעשה כה"ג דהוא בשב ואל תעשה חייבין. וחידש בעיני על הגאון פרי מגדים דבספר משבצות זהב סי' תר"ח סק"א הקשו דלפטרו נשים מתוס' יוה"כ דהוי מצות עשה שהזמן גרמא ונדחק בזה, ולא זכר את סוגיא ערוכה הנ"ל.

ומ"ש כבודו נ"י להוכיח דאל"כ לא יהיה נשים מצויים בשביתת בהמה ויקשה מסוגיא דע"ז משום שאלה ושכירות. ולענ"ד הא בר"ן שבת פרק כל כתבי דמ"ז סוף ע"ב שבכל מעשה שבת איש ואשה שוים כדילפינן מזכור ושמור וכל חיובי דשבת בכללי, והובא בקיצור במג"א סימן רצ"א.

מ"ש ידידי נ"י בשם הגאון נודע ביהוד' בסוף ספרו בישוב דברי הריב"א, אם כי שדבריו נכונים, אבל עמדתי במה דמספק שם אם הוא מה"ת שיהא בשב ואל תעשה, ומה ספק בזה הא פרכינן בסוף חולין מאי אולמא האי עשה, ואם מה"ת רשאי לבחור באיזה שירצה צריך קרא דשלח תשלח שצריך דווקא לשלח ולא לקיים עשה דטהרות מצורע. ובאמת בלאו הכי גם אם נידון דסברא דאורייתא הוא עדיין אינו מובן לי היטב פירכת הש"ס הנ"ל דהא ב' עשייה הוי בשב ואל תעשה דבמה שנוטל האם לטהרת מצורע הנטילא גופא ליכא איסור היכא דליכא לאו דלא תיקח כגון בנטילה ע"מ לשלחו אלא דבמה שלוקחים לטהרת מצורע אינו מקיים מצות שלוח ואם מקיים מצות שלוח אינו מקיים טהרת מצורע ושניהם בשוא"ת ובידו לבחור איזה שירצה ואצטריך קרא דשלח תשלח שמחוייב בדוקא לשלח וצ"ע.

ואולם לענ"ד קשה על הגאון נ"ב וביאור דבריו שם הא דבאלמנה מן הנשואין אף אם בעלו ל"ק הא מדאורייתא הוי יבום דהעשה דוחה לא תעשה ולגבי העשה כיון דקיים העשה האחרת ואפשר דלכתחילה מותר מה"ת אם נימא דאף בעשה לעבור בקום ועשה לא אמרינן מאי אולמא היינו דילפינן מקרא דיבמתו ע"ש. א"כ קשה בהא דפרכי' בב"מ ל"ב ע"א הא לאו הכי הו"א ציית ליה הא אין עשה דוחה ל"ת ועשה הא מה"ת דחי לעשה ול"ת דהעשה דוחה ל"ת ולגבי העשה הברירה בידו, בלא זה לא קשה להריב"א דמאי פריך הש"ס הא איצטריך קרא בעבר לוקה דבכה"ג אמרה תורה שתתעלם ואזדה העשה לגמרי, אבל בלאו הכי לא הי' לוקה על הלאו, בזה י"ל דהפירכא בההיא דאל תחזיר דבלא"ה לא לקי דהוי לאו שאין בו מעשה וגם אם הפירכא על הטמא, מ"מ י"ל דהוא גופא קשיא אמאי נקט הברייתא לדרשא דקרא בכה"ג לאמור לו אביו לעבור על עשה ול"ת דהנ"מ לענין דיעבד ללקות, לנקוט בפשוטו שאמר לו אביו לעבור על לאו גרידא דס"ד דלכתחלה ישמע א"ו דגם באמר לו הטמא ס"ד דלכתחילה ישמע לו וכלשון הברייתא יכול ישמע לו, גם י"ל לפי מה שהקשה בהגהת מיי' פ"ו מהלכות ממרים דלמ"ל קרא הא כיון דאביו ציוה לעבוד מה"ת הוי אביו רשע וליכא עשה דכיבוד אב, ותירוצו סתום, ולענ"ד הי' נראה דאם מדינא עשה דכ"א דוחה ומה שעושה עושה בהיתר, א"כ ציוה לו אביו דבר המותר דזהו מעיקרה הדין דכיבוד דוחה ללא תעשה, ולזה פריך הא הוי עשה

ולא תעשה ויש בזה דבר עברה והוי אביו רשע וממילא בדעבד לוקה דלא נדחה הלאו כלל, אבל לשיטת הגאון נ"ב יקשה דהא ס"ד דהבריה בידו ומותר לעשות כן, ומ"ה מוכח לענ"ד דנדחו בזה דברי הגאון וק"ל:

סימן פא

לבן אחי הרבני החרוץ מו"ה **משה אהרן** נ"י.

ע"ד סך ר"ן שקיבל עליו במפורש כל האחריות המעות בהליכה לפ"פ. הנה אם הי' זה בדרך הלואה בהיתר שימוש מעות בהליכה, מ"מ י"ל דכשנותן המעות בפ"פ בעד הסחורה דקונה להמשלח מקרי פרעון כיון דנותן ע"פ דעת המלוה ואח"כ הוי דרך מקח וממכר דהמשלח זוכה על ידו בסחורה וחוזר ומוכר לו לכך וכך. ולכאורה יש לדון דהא היסוד בסוגיא דבב"ק ק"ב ע"ב לפ"מ דקיי"ל דלא כחוכא דמערבא ומטעם דא"ה אפי' חטים וחטים נמי אע"כ דהמוכר מקנה לבעל המעות עיי"ש היטב, ומה"ט כתב הרי"ו והביאו הב"ח סימן קפ"ג דאם קנה במעותיו ומכוין לזכות לחברו דלא קנה. א"כ בנ"ד נמי נהי דהוי כפרעון חוב דלא גרע מזרוק לים והפטר מ"מ לא נעשו מעותיו של המלוה דבמה זכה בהם, ע' בשיטה מקובצת בב"מ בדף ע"א ע"ב שהביא דעת גדולי פוסקים דבאמר זרוק לרה"ר והפטר דמצי אחר לזכות בהם דהוי כהפקר דלא נעשו מעותיו דהמלוה, וא"כ בנ"ד לא מקרי מעות המשלח ואינו בעל המעות, מ"מ זה נסתר מההיא דבב"מ דע"ג ע"א ד"ה והחמרים מעלי' במקום היוקר כבמקום הזול ועיין בתוס' שם דכיון דאין האחריות התבואה על החמרים נקנה התבואה להמשלם במקום הזול, ומלישנא דתוס' שם והחמרים היה משתכרים במעות ההליכה מבואר דהחמרים היו עוסקים במעות לצורכם בהליכה ובוודאי כן הוא בפשוטו דאם לא לאיזה תועלת עשו כן החמרים, הרי דמ"מ זוכה המשלח את התבואה וע"כ אי משום דברבית הקילו דקנין קצת מותר אי דמ"מ לענין דעת המקנה מקרי זה בעל המעות כיון דמ"מ הגיע לו המעות שנפרע בזה המשלח ומכחו הגיע לו המעות.

ואולם מטעם אחר יש לדון דבשלמא אם לא נעשה לוה רק מקניית הסחורות ואילך דהוי לוה על דמי הפרעון בזה באם לא אמר אם מעכשיו וגם אין שומם ידוע דנין דהוי דמי מקח ולא מקרי דרך רבית דאינו משלם לו רק מה שנתחייב בתחילת הלואה אבל אם נעשה לוה בתחלת קבלת הסך ר"ן ולבסוף מחזיר לו יותר אף דנדון דבעת קניית הסחורת פרע חוב ההוא והתחיל אח"כ חוב אחר דמי פרעון הסחורה מ"מ כיון דלא היה זמן בנכסים דתיכף כשפרע החוב חלה החוב של דמי סחורות ניכר כאלו הלואה אחת ופורע

יותר מה שקיבל, אך מ"מ נראה דבנ"ד לא הי' דרך הלואה כלל והי' רק שליחות לקנות סחורה אלא דקיבל אחריות על המעות להיות כשואל ואין לו היתר שימוש בהם, אף דעתה הוי כ"ע כשלחני מ"מ על זמן מועט שימסרם בפ"פ להסוחרים ולקנות לו אסור להשתמש במעות לעצמו וכמ"ש הב"י יו"ד סי' קס"ט ד"ה ומדברי הרמ"ה וכו' אלא דזהו אלים וקוץ בה דהא שם כיון דקיבל עליו אחריות יותר מדיני מותר להשתמש בהם, ועיין בחות דעת סימן קס"ט סקל"א דפקפק בזה וכתב בפשיטות דאף להב"י אם אמר במפורש שלא ישתמש בהם דלא נעשה לוה, ובנ"ד דפירש באחריות להיות כשואל, מלישנא להיות כשואל מדוקדק שלא ישתמש בהם שיהי' רק כשואל ולא כלוה. ולענ"ד טוב לפרש להדיא שאינו רשאי להוציא המעות בהליכה, ואף דתוס' בב"מ כ"ט ע"א כתב בהא דאמרינן הוי שואל היינו לוה, מ"מ בלשון בנ"א ומיתורא דלישנא מדלא כתב סתם דמקבל כל האחריות או דמלוה לו המעות. נראה דהמכוון דאין לו רשות להוציא דאולי לא יהי' אח"כ בידו מזומן לקנות סחורה ולפ"ז לא צריך גם לדבריו הראשונים דכיון דלא נעשה לוה מקרי המשלח בעל המעות וזכה הסחורה, ומה שפקפק רחימי הרב מו"ה זעליג נ"י דלא שייך לומר דימכר השליח עבורו בסחורה ואח"כ יזכה לעצמו דדמי' לסימן קפ"ה ס"ב, ז"א דהתם הוא שליח לדבר זה למכור והוא רוצה למכור לעצמו בזה אמרינן כיון דהוא שלוחו למכור הוא כבעלים ואינו יכול להקנות לעצמו כיון דבאותו שעה הוא כבעלים ושם בעלים עליו אבל בנ"ד השליחות הן לזכות לו בסחורה ולאחר שעשה כן פקע השליחות ממנו, ומה שזוכה הוא אח"כ בסחורה לעצמו לא בדרך שליחות מהמשלח למכור ורק דהמשלח בעצמו אמר לו כן מכבר שמוכר לו הסחורה ויעשה קנין לזכות בה.

ואולם מטעם אחר יש לדון דהוי כמוכר לו דבר שלב"ל וכאומר הסחורה שאקנה יהא מכור לך. ובאמת הייתי נבוך די"ל דזהו דווקא כשעושה הקנין עתה על דבר שלא בא לעולם אבל באומר לכשאקחנה תעשה בו קנין ותזכה אז ועשה אח"כ קנין י"ל דמהני דהאמירה היה רק גלוי דעת ורשות שיעשה אז קנין ויזכה בו ובאותו שעה הוא בא לעולם. אך לכאורה דברי הטור חוה"מ סי' רמ"ג סט"ו והרמ"ה כתב דאפ"ה יכול לחזור בו עיי"ש. משמע שגם כה"ג לא מהני אבל לפי דברי הדרישה שם אין סתירה משם לסברתינו הנ"ל, וגם אם נידון לדבר שלא בא לעולם מ"מ אחר שנודע להמשלח בבוא השליח מהיריד ונתרצה בזה יקנה הסחורה להשליח.

סימן פב

להרב מו"ה **אהרן** נ"י ראב"ד **זלאטווי**.

אשר שכתב ידידי נ"י לדון באשה שאמרה מת בעלי והלכה והיתה לאיש אחר ואחר כך שבעלה הראשון חי די"ל דאין השני יכול לישא אחרת בלא שילחה אותה בגט דכמו דהיא צריכה גט ממנו דשמא יאמרו גירש האחד ונשא הב' ואשת איש יוצאת בלא גט ה"נ מה"ט הוא אסור לישא אחרת בלא גט דיאמרו שנשא את זאת בגט פטורי ועובר על חרם דרגמ"ה.

לענ"ד נראה להקל דבאמת גם לענין הצרכת גט אני נבוך דהא מבואר ביבמות דף פ"ט דמדינא אין לחוש דיתלו לומר דקדושי טעות הי' אלא כיון דעבדא איסורי קנסוה רבנן לחוש לזה, וא"כ י"ל דהיכי דאתמר אתמר בנשאת עפ"י עדות אבל לא באמרה מת בעלי ונשאת, והיינו למ"ש תוס' יבמות מ"ט ע"ב ד"ה סוטה נמי לחלק לענין דהולד ממזר דדווקא במת בעלה קנסוה כי היכי דתידוק אבל זינתה לא קנסוה, והיינו דזהו מצוי שתסמוך על העד ולא תדקדק משום הכי החמירו טפי, וא"כ י"ל ה"נ לענין הצרכת גט משני דבאמרה מת בעלי ושיקרה ונישאת דהיא מזידה להנשא באיסור והוי כזינתה במזיד ולא קנסוה, אבל חלילה לי להחליט כן רק בדרך הערה וספק לדינא, גם י"ל דדווקא לדידה דעבדה איסורא קנסוה, אבל לדידיה לא קנסוה, וי"ל באמת לדינא דהוא מותר בקרובותיה ולגבי דידיה לא חיישינן שיאמרו שנשא אותה ע"י גט מהראשון והם קרובות אשתו, ואף דלבתר הגירושין יאסר בקרובותיה דמחזי כנושא קרובות גרושתו כדמוכח בקדושין דס"ה ע"א במה דאמרינן אלא כופין אמאי אמר לא ניחא לי דאתסר בקרובותיה מ"מ לא מפסיד מידי במה דאוסרים אותה בלא גט מיניה, דהא י"ל דא"י לכופו להוציא ויכול לעגנה כיון דהיא פשעה בעצמה, ע' בתשובה שנדפס בסוף ס' המג"א על התוספתא שדן בזינתא תחת בעלה אם כופינן אותו לגרש והכי עדיף דאינו בעלה, ועיין בתשובת מהריב"ל ח"א סוף כלל ג' דמסתפק בההיא דינא דש"ע סימן מ"ו ס"ה ואם לאו מגרש הא' אם בדרך כפייה או רק אם רוצה כיון דהיא נתנה אצבע בין שינהי, ועיין בתשו' לחם רב סימן י"ט, ובתשו' רש"ך ח"א סס"י ר"ח כתבו בפשיטות דאין כופין, א"כ ליכא קנס גבי בעל, ובנדון דידן אין לקונסו מלישא אחרת ויכול לומר לא אגרשנה וליכא מראית עין, גם הא לאחר הגרושין פסקה המראית עין דמותר באחרת וקודם הגירושין י"ל דלגבי דידיה לא קנסו ליחוש שיאמרו גירש זה ולדון דלאחר שיגרש אותה יהיה המראית עין על העבר שעבר קודם הגירושין על חרם דרגמ"ה מנין לנו לחוש כולי האי. גם יש לחלק דלענין גירושי' לפי מה שיאמרו שנשא על ידי גט מהראשון ליכא צד היתר אבל הכא

אף בנשא ע"י גט יש בו צד היתר כגון שאין בו חרם דרגמ"ה במורדת לכמה פוסקים וכדומה ויכולים לתלות בזה, וגם יש דעת הסוברים דחרם דרגמ"ה לא הי' אלא עד סוף החמישי, מכל הלין נלע"ד להקל.

סימן פג

לחתני הרב המאה"ג מו"ה **יעקב משה** אב"ד ור"מ דק"ק **פילא**.

על עסק הריב שבין השותפים בוודאי כפי החלטת הש"ך סימן צ"א ה"נ בנ"ד תליא באם שניהם רגילים לדייק היטב ישבע הנתבע שבועת מודה במקצת, ואם שניהם אינם רגילים לדייק הוי רק כטענת שמא ואין על הנתבע שבועת מודה במקצת, ואם התובע דייק והנתבע לא דייק הוי כנ' ידענו ונ' לא ידענא משואי"ל. ונ"ל אף בנתבע ג"כ דייק יש לדון טובא דהא עיקר דיוקא מהרא"ש מלישנא דמתני' חנווני על פנקסי כיצד לא שיאמר וכו' דלמא התחיל בלשון חנווני ע"פ והוצרך לבאר לא שיאמר וכו' ויטעון ע"פ אלא שיאמר במפורש נתתי, א"ו דגם באומר נתתי על ידי פנקסי נשבע ונוטל ובא מתני' לומר לא שיאמר ר"ל דלגבי איש אחרינא הוי ג"כ בירור ע"י פנקסו שכתוב בו שפלוני חייב לו אלא דווקא בחנווני דהוי רגליים לדבר כיון שציוה לו הבעה"ב ליתן והוא כתב בפנקסו שנתן יכול לישבע שנתן, ומזה למדנו שאדם רגיל לכתוב כל עניניו בפנקסו בדיוק היטב דהוי טענת ברי על פי פנקסו עיי"ש, ואם כן י"ל דהראי' רק בדמיון הוי ע"פ דמסתמא לא עשה מעשה לכתוב מה שאינו אבל בהיפך לדון עפ"י פנקסו במה דלא כתוב י"ל דדלמא שכח מלכתוב ואינו דומה שב ואל תעשה לקום ועשה, והרא"ש בעצמו סוף כלל ק"ג כתב דאין להוציא מיתומים בטענת פנקס דשמא נתפרע ולא נמחק, והביא ראיה מירושלמי שהו בתוס' יבמות דקט"ו ע"ב ד"ה אימר אשתלויי.

והב"י סימן ק"ו מחו"מ ד' כתב זה בשם הרשב"א בתשו' דחיישינן שמא פרע ולא מחק הכתב וכתב הב"י עלה ועיין בתשובת הרא"ש בסי' צ"א, כנראה דרמז דנראה קצת סתירה על דברי הרשב"א מתשובת הרא"ש שבסימן צ"א דיכול לטעון עפ"י פנקס או דצריך לחלק דשם ליכא חשש פרעון וכמ"ש הש"ך סס"י ק"ו. ופלא בעיני דהא הרא"ש בעצמו בסוף סק"ג כתב ג"כ כדברי הרשב"א אלא דבתשובת הרא"ש סק"ג סי' ב' ששאל השואל בתרתי, הא' שנמצא כתוב בפנקסו שהשכין לו הנכרי ע"פ ט"ו ר"ט והנכרי אומר שהי' על י' ר"ט אם יכול לישבע, הב' שהנכרי תובע משכון א' ורוצה לפרוע כך וכך והוא אומר שלא מצא בפנקסו הלואה על משכון זה, אם יכול לישבע שלא הלוה, והרא"ש השיב דאדם שכותב בפנקסו בדקדוק יכול לישבע עי"פ ומוכח כן מהדא דחנווני על

פנקסו, ותשובת שאלה שנייה יוצאה מכלל תשובה זו מדין א' לשניהם עכ"ל הרי מבואר דגם יכול לטעון עפ"י פנקסו במה דאינו כתוב בפנקסו, ותיכף אח"ז כתב הרא"ש תשובה הנ"ל דאין להוציא מיתומים בטענת פנקס דשמא נתפרע ולא נמחק. ולכאורה הם דברים סתורים דכמו דחיישינן לדשכח מלמחוק הכי נמי נימא דשכח מלכתוב ההלואה, ובהכרח צריכים לחלק דבסימן ב' מיירי במי שדרכו שלא לשהות זמן מה ודייק לכתוב תיכף ומיד את כל המאורע, ובאידך תשובה מיירי שדרכו לשהות מעט, וזהו לכאורה ראי' ברורה לדברי הש"ך שבסס"י צ"א בשם מהריב"ל.

והנה באמת דברי הרא"ש הנ"ל דחיישינן דתפרע ולא נמחק דהביא ראי' לזה מהירושלמי לכאורה קשה דהא מרא בשמעתתא בההיא דינא בירושלמי הוא ר' יוסי דלמא רק ר"י לשיטתיה דסבר במתני' דפ"ד במעשר שני והוא ביבמות שם דחיישינן שמא פינן ואשתלויי אשתלי למחוק. אבל למאי דפסקינן כת"ק כמ"ש הרמב"ם פ"ו דמעשרות דהוא מעשר שני והיינו דאמרינן ביבמות אם איתא דפינן מיכפר הוי כפר הרי דלא חיישינן דשכח למחוק, ואולי יש לומר דמשמע להרא"ש דדינא דירושלמי כיון דלא מצינו חולק משמע דהוי לכ"ע, והיינו דלהוציא מיתומים חיישינן דשכח למחוק אבל במתני' דמ"ש דהוי ספק איסור חיישינן לחומרא. (ועדיין אינו מיושב לי כ"כ דהרי בסוגיא דיבמות שם פרכינן ומי חיישינן שמא פינן והתנן וכו' ומאי פרכינן דלמא לחומרא חיישינן שמא פינן אבל בשומשמי' אין מוציאין מספק אע"כ דס"ל להש"ס דממתני' משמע דהוא וודאי תרומה ומעשר שני ובאם קידש בזה אשה אינה מקודשת למ"ד מ"ש ממון גבוה, א"כ יקשה טפי הא מה על הרא"ש דכ' דחיישינן דאשתלי.) ועכ"פ אף אם נידון בכוונת דמשוינן ליה לספק אה אמרינן אשתלוי אשתלי אינו מספיק בזה בתורת דברי הרא"ש הנ"ל דכיון דחיישינן לדונו בספק שכח שלא להוציא מיתומים איך הותר לו לישבע וצריכים אנו לחילוק הנ"ל בין אם דרכו לכתוב מיד ובין אם דרכו לשהות קצת, ואף דלפ"ז י"ל דגם באם אין דרכו לכתוב מיד לא הוי כנ' ידענא, ואין לדון אותו למשואי"ל דלהוציא ממוחזק הוא דחיישינן אבל לא שלא להחזיק מ"מ י"ל כיון דבגדר ספק הוא וממילא א"י לישבע וחייב לשלם, ואך כ"ז מספיק ליישב סתירת הרא"ש, אבל מ"מ לא ידענא מנ"ל להרא"ש ללמוד זה מחנווני על פנקסו, דדלמא דווקא לדון במה דכתב ע"פ אבל לא לדון במה דאינו כתוב ודלמא אף בדרכו לכתוב מיד דלמא אזדמן לו איזה אונס ולא הי' לו אפשרות לכתוב מיד וכדאמרינן רפ"ב דכתובות.

וחפשתי ומצאתי בעזה"י להמהריב"ל שתמה על הרא"ש, ואחר כך כ' דאף להרא"ש בוודאי רק בדרכו לכתוב מיד, והרי לדעתו לספק לדינא אף בדרכו לכתוב מיד, ומ"מ

לדינא פשיטא דא"א לסתור דברי הרא"ש מכח קושי' ואף אם מקרי ספיקא דדינא י"ל דאין זה בכלל משואי"ל כיון דזהו ספיקא דרבוואתי אם יכול לשבע ואף דאנן מורין לו מספק דאינו רשאי לשבע מ"מ א"צ לשלם דשמא הדין דרשאי לשבע וא"כ לדינא אפשר דפטור בלא שבועה וצריך לישבע שעכ"פ א"י בהיפוך שחייב לו. מ"ש חתני הרב דאף באינו רגיל דהוא בכלל משואי"ל י"ל יכול להשביע להתובע בגלגול, בוודאי בפשוט וכך הוא אבל באמת לבי מהסס בכל פעם ששגור בפי כל כששותפים באים לחלוק שכל אחד יכול להשביע לחבירו שבועת שותפים, והרי דעת ר"ש והרמ"ה דבשבועת שותפות בעינן הודאה במקצת ובסמ"ע סי' צ"ג סק"ז כתב דגם דעת המחבר כמ"ש בסימן ר"ץ, ובסמ"ע שם סק"ב כתב דהמחבר אזיל לטעמיה דס"ל דבשבועת שמא הללו, א"צ להיות יודה במקצת, וזה תמוה הא אדרבה דעת המחבר דצריך להיות מודה במקצת כמ"ש הסמ"ע עצמו סק"ז ג"כ י"ל דיכול לומר קים לי דצריך הודאה, וכן מצאתי בכנה"ג סימן צ"ג בב"י אות כ' אבל הרשב"א סימן ק"נ ומהר"א ששון סימן קי"ד והראב"ד ז"ל בתשובת כ"י ומשפט צדק ח"א סימן ע"ג כתבו דיכול המוחזק לומר קים לי כרש"י ואין משביעין אותו בלא הודאה עכ"ל, ואף דבכנה"ג שם כתב בשם הרדב"ז ח"א סימן ר"ב דאף לרש"י מ"מ לבתר דתקן היסת בכופר הכל גם בשותף אף דליכא הודאה צריך לישבע היסת אף דטענו שמא עיי"ש, וכ"כ סימן צ"ג בפירוש דברי רבינו ישעי' שבטור ומדמי ליה לתיבה פרוצה, וכן מוכח לענ"ד לכאורה מדברי הגהת ש"ע סימן פ"ז סי"א מיהו התובע יכול לומר איני חפץ ממך רק שבועת היסת ולא שבועת שותפים, ולכאורה דבשלמא בעלמא דגם בלאו שבועת המשנה מחוייב עכ"פ היסת שייך לומר כן דל שבועת המשנה השבע לי היסת אבל הכא דבלאו שבועת שותפים דמתניתן אין עליו היסת כלל דטענת שמא א"כ כיון דאינו חפץ בשבועת השותפים אפילו היסת ליכא אע"כ דהכלל הוא דחז"ל תקנו דבשותפים הטענת שמא אלים כמו ברי וממילא יש עליו חיוב היסת כמו בעלמא, וא"כ בכופר הכל חייב עכ"פ היסת דזהו ממילא נכלל בתקנה דהוי כטענת ברי, אולם עכ"ז תמהו דהא מפורש בהיפוך בש"ע סי' ר"ץ סי"ט שכתב שם אבל אם לא הי' טענה או כפירה והודאה השיעור הזה אם טוענים אותו וודאי חייב לישבע היסת, הרי גם להיסת בעינן שיטעון וודאי אבל בשמא א"י להשביע רק בשיעור ב' כסף ואיכא כפירה והודאה וצ"ע לדינא.

מ"ש חתני דאם מכר בהקפה אחר המחאתו אם צריך לשלם מה שהי' מרוויחים אם הי' מוכרים אז שלא בהקפה, לענ"ד פשוט דלא תליא במה שהיה יכולים להרוויח אלא דתלי בשיווי הסחורה דזה שמוכר בהקפה שלא כדת הוי כמזיק ושורף הסחורה דאין

משערין מה שהי' יכול להרוויח אלא במה דשוה בשוק בשעת השריפה ואם קנו בשעת הזול ונתיקר דידוע הרווח נלע"ד שצריך לשלם דהוי כמזיק בשעת היוקר ופשוט:

סימן פד

בר"ן ריש קדושין מיהו איכא למ"ד אע"ג דשוה כסף ככסף לענין קדושין הנ"מ מטלטלי אבל מקרקעות וכו' אע"ג דאפשר לדחות ראיה זו וכו' וקשה לי למה כתב הר"ן בדרך אפשר לדחות הא סברא זו מוכרחת מהאי בעי עצמו שטר ארוסין שכתב שלא לשמה הוי' ליציאה בעינן א"ד אתקש הויות להדדי דמה בכך דלא אתקש כל הויות ליציאה וליכא לימוד כסף מיציאה, מ"מ למה נסתיר מכח היקישא דהויות היקישא דיציאה והיתר נלמוד תחלה הויה דשטר מיציאה ואח"כ הויה דכסף דבעינן לשמה מכח דאתקש הויות להדדי ומתקיים שפיר ב' ההקשים, גם קשה כן למסקנא דפשיט הויה ליציאה מקשינן, מ"מ נילף דהויה דכסף בעינן לשמה מהיקשא דהויות להדדי, אלא ע"כ מוכח דל"ש כלל לדון בכסף דבעי' לשמה דאין הקדושין מכח הטבוע אלא מפני שויו, ואדרבה לכאורה ראיה לשיטה זו מהך סוגי' דהא חזינן דראוי להקיש הויות להדדי לענין לשמה אלא דאמרינן דהיקישא דהויה ליציאה עדיף, ולדון אח"כ כסף דבעינן לשמה א"א וכנ"ל, וא"כ לענין מחובר דשייך בכסף אף אם לא מקשינן הויה דכסף ליציאה מ"מ כיון דלמדנו הויה דשטר מיציאה דפסול במחובר יש ללמוד אח"כ כסף משטר בהיקישא דהויות להדדי גם ק' לי על הר"ן דמדמי מחובר לענין שלא לשמ' א"כ לפי הצד דלא בעינן כתיבה לשמ' משום דאיתקש הויות להדדי ה"נ כשר שטר במחובר כיון דהויה דכסף לא אתקש ליציאה וכשר במחובר שוב מקשינן שטר לכסף וא"כ הו"ל לפשוט האיבעי מברייתא דגיטין דג' דברים שוו גיטין לשחרורי עבדים, ופרכינן שם והאיכא מחובר וליכא תירוץ רק מה דמסקינן דאיתא בקדושין הרי דמקשינן הויה ליציאה ולא הויות להדדי אבל להנך שיטות ניחא דלענין מחובר ליכא איבעי דמקיימינן תרווייהו דבתחילה ילפינן שטר מיציאה וג"כ כסף משטר, והאיבעי רק לענין שלא לשמה דלא שייך בכסף ולא הו"מ למפשט מברייתא דגיטין הנ"ל מדלא חשיב שלא לשמה דדלמא כרבה והוי בכלל מוליך ומביא עיי"ש וא"כ יש ראיה גדולה להנך שיטות:

סימן פה

נדרים ע"ח ע"א בר"ן ד"ה כשם שארוסה וכו' ומסתפקא לי כיון דיבם לא מצי מיפר, אם במקום יבם מן הארוסין אי מצי מיפר או לא, ובש"ע פסק בפשיטות דמיפר, ולא זכיתי

להבין הא לפ"מ דצריך לומר בסוגיין דמאי יפר דקאמר ר"א היינו בשותפות האב בוודאי מוכח הא דאר"ק לא יפר היינו אפי' בשותפות האב ואפילו למה דמסקינן דיפר דקאמר ר"א היינו היבם גרידא מ"מ הא הר"ן כתב בסוגיין דאיך אפשר לומר דיפר לחודי' קאמר איך אמר ר"א ק"ו ומה אשה שקנה הוא לעצמו מיפר הא האי ק"ו לא סגי אלא להפר בשותפות ותירץ דר"א אמר כן לדבריו דעכ"פ יהי' הדין הק"ו דיכול להפר בשותפות ואודי לי מיהת דיפר בשותפות ור"ע השיב דמגרע גרע יבם מארוס, א"כ מוכח ג"כ דר"ע דאמר לא יפר היינו אפילו בשותפות וכ"כ הר"ן בפשיטות במתני' דר"ע אמר לא יפר דגרע ליה יבם מארוס ואפי' בשותפות לא מצי מיפר וזהו ע"כ הכל ביבם מן הארוסין דלאחר נשואין הא פקע כח האב ואין שייך הפרה בשותפות וא"כ איך אפשר להסתפק דאב לחודיה מצי מיפר הא אמרינן דהיבם אפילו בשותפות האב אינו מיפר וצע"ג:

סימן פו

תמורה כ"ט ע"א תוס' בד"ה מנה"מ תימא מה"ת וכו' לא זכיתי לעמוד בסוד קדושים דוודאי בפשוטו הוא אסור להדיוט כמו בכל נעבד ומה"ת לומר דבע"ח שאני דלא נעשה נעבד ורק מדאיצטריך קרא לגבוה מוכח דלהדיוט שרי אבל בלא ראי' מה"ת להמציא דבע"ח יצא מכלל שארי דברים, ומה דשקיל וטרי בסוגי' דלעיל להביא ראיה מקרא דנעבד אסור לגבוה היינו כיון דהאמת דינא דלהדיוט שרי מש"ה צריך ראי' דלגבוה אסירי ומזה גופא ידעינן דלהדיוט שרי וצע"ג:

סימן פז

ואזכיר לידידי נ"י מה שאני עומד כעת בערובין ג' ע"א גבי סוכה נמי בהיכירא פליגי אפלוגי בתרתי למה לי, וקשה לי הא ברישׁ סוכה אמרינן כולהו כרבה ל"א ההוא ידיעה לדורות הוא כתיב, וא"כ לרבה דס"ל דילפינן מהא מ"מ צריכה למתני תרתי דאי קתני מבוי הוי אמינא דסוכה לא בעי הכירא דלמען ידעו לדורות כתיב ואי תני סוכה הו"א דגם ר"י ס"ל היכי דצריך היכירא לא מהני למעלה מ"כ דלא שלטא ביה עינא אלא דטעמא דר"י בסוכה דס"ל למען ידעו לדורות הוא דכתיב וצ"ע:

סימן פח

שבת ע"א ע"ב תוס' ד"ה אשם וודאי וכו' עיין במהרש"א דמ"ד דבעי ידיעה היינו רבנן דהתם דפוטרים מאשם תלוי, והוא תמוה דמהיכן נשמע דס"ל דבעי ידיעה הא טעמייהו בפשוטו דלא חייבם תורה על אשם מעילות אשם תלוי.
ולענ"ד דנשמע דר' יוסי ס"ל דבעי ידיעה בהא בכריתות ז' ע"ב ומי אית ליה לר"י תנאי וכו' מודה ר"י במחוסרי כפרה דהתם דבהא בעי ידיעה הרי דטעמא דר"י דאין ב' מביאין חטאת א' משום דבעי ידיעה, והרי ר"י ס"ל במתני' דשם דכ"ג ע"א דאין ב' מביאין אשם א' א"כ מוכח דס"ל דאשם בעי ידיעה (ומה דלא פרכינן התם בכריתות מרישא דר"י אמר אין ב' מביאין אשם א' צ"ל דניחא ליה למפרך יותר חטאת חטאת) ואם כן הא דאמרי' בסוגיא מ"ד בעי ידיעה היינו ר"י והוא נכון וברור מאד בעהי"ת:

סימן פט

תמורה י"ט ע"ב אלא היינו טעמא דר"ש במחוסר זמן דיליף לה מבכור וקשה לי הא בזבחים קי"ד ע"ב דברי ר"ש גם בתורים שלא הגיע זמנם וכיון דגם זה ילפינן מבכור גם אשם נילף ומה הפרש בין זה לזה ובפרט דלכאורה עיקר פרכת הש"ס מזה דבאידך דינא דר"ש באו"ב פשיטא דליכא קושיא דבאותו ואת בנו הקדישו חל מקודם ששחט האם והי' חזי לגופי' וכן במח"ז דח' ימים משכחת לה בולד קדשים דההקדש חל ושחטו תוך ח' ימים עכ"פ יהי' איך שיהי' נשאר הקושיא דמ"ש מתורים:

סימן צ

לכבוד אחי ידידי הגאון המפורסם מו"ה **בונם** נ"י.
מ"ש אחי הגנ"י על מה שהעלו מדברי הרמב"ם פ"ז דעולות דס"ל דסי' דאורייתא, די"ל דהא הרמב"ם נקט ואבד זכרו וי"ל דמשום הכי מדאורייתא סמכינן אסימנים, לענ"ד פשוט דהרמב"ם נקט אבד זכרו היינו במים שאל"ס וכדומה בגוב אריות וכל אינך דמעידים רק על דברים שחזקתן למיתה אבל אינו ברור כ"כ דמת בזה צריך דאבד זכרו וכדדייק הרמב"ם בלשונו הזהב אם העידו העדים בדברים שחזקתן למיתה, וכ"כ הרמב"ם פי"ג מהלכות נחלות דבמים שאל"ס דל"ת זהו במעיד שאבד זכרו אבל בההיא דנהרג ואין מכירים אותו בטבע על זה לא קאי ואבד זכרו.
מ"ש אחי הגנ"י על דברי הפ"י שהקשה דבאבידה ינתן למי שתבעו מכח ברי ושמא, דל"ש כן אלא בשמא דבע"ד, יפה כתבת וגם אנכי כוונתי לכך זה ימים רבים, ואך יש

לדקדק מפסקא דהרמ"א סימן רכ"ב מכרתי שדי וא"י למי ובא אחד ואמר אני לקחתי דנאמן הא זהו דמי למציאה דמיד שאמר מכרתי אינו הבע"ד וכמאן דנקט אבידה בידו וכי היכא דהתם נאמן לומר אני גם באבידה יהיה נאמן, אך י"ל דהתם משום דמרתת שמא יכירנו וכההיא קדשתי את בתי וא"י למי ובא אחד ואמר אני אבל באבידה לא שייך כן דהמוצא א"י להכחישו ואך מלשון הגהת מיימנ' פ"ט דאישות וז"ל ונראה לדינא דמהימן דהואיל דהמוכר מודה שאינו שלו מצי אמר לו לאו את מודה דלאו דילך הוא זיל לעלמא וכו' דמשמע דבלאו טעמא דמרתת אתי עלה ואעפ"כ יש לומר משום הכרח דקיצור לשון הוא והטעם משום צירוף סברא דמרתת.

ובענין זה קשה לי בכתובות כ"ב ע"א ד"ה מנין להפה שאסור וכו' הא מ"מ גם לאחר כ"ד דליכא הפה שאסר להימין מדין עדות שאומר לזה כמו דאחר נאמן לומר אני ה"נ להימין האב לברר ומצאתי כן מפורש בהה"מ פ"ט דאישות הי"א, ובזה אינו מספיק תירוצם דתוס' דשם דקאי האיש המקדש קמי' וכו' דזהו מספיק רק שאינו דרך פירוש שמיד נתכוין לזה, אבל מ"מ להני דבריו שאומר לזה מדין עדות, ונדחקתי דהתורה אשמעינן דאף אם זה מכחישו ואומר לא קדשת אותה לי דמצד עדות הוי הכחשה ובזה צריכים לטעמא דהפה שאסר דאי באינו מכחיש למ"ל קרא דסברא פשוטה היא להאמינו בכך וקושי' תוס' עולה יפה דאף בכה"ג כיון דעושה פירוש לדבריו א"כ מעולם לא אמר דקדשה רק לזה וממילא מותרת לאחר אם ימות זה, ועדיין צ"ע.

ודברי תוס' אלו קשים לי דדייקא בלשונם מדלא אמר ביחד וכו' בלא הפסק מרובה הא מ"מ אם באמת לא הפסיק ואמר כן תכ"ד הזה אזדא כהוכחה זו ושפיר יש להאמינו מדין פירוש לדבריו ומהיכן מוכח דאמרינן הפה שאסור.

מה שהקשה אחי הגנ"י על הא דנקטו האחרונים דב' סימנים אמצעיים הוי סימן מובהק והא משמלה ילפינן סימנים דאורייתא ודילמא מיירי ביש בה ב' סימנים ארכה ורחבה, לענ"ד י"ל דהנך פוסקים סברי דיאוש נפקא לן מאשר תאבד וכמ"ש תוס' בשם ירושלמי וע"כ קרא דשמלה אתי לארוי דסימנים דאורייתא ומיירי ע"כ אפילו בחד סימן דאי בב' סימנים דהוי מובהק דכעדים דמי לא צריך קרא לרבויי, ואם ס"ל דסימנים דרבנן וסימנים כדי נסבה ס"ל באמת דקרא אתי לדין יאוש דקני ואף דעדיין יש לפקפק נהי דלפי הצד דסימנים דאורייתא י"ל דב' סימנים הוי מילתא דפשיטא ול"צ קרא להכי מ"מ למה דחקינן לומר דלמ"ד סימנים דרבנן דסימנן כדי נסבה דלמא להך צד דסימנים דרבנן ס"ל דקרא אתי לב' סימנים מ"מ י"ל דס"ל להש"ס בפשיטות בב' סימנים דהוי מובהק ולא צריך קרא גם י"ל כך ומה דהקשו האחרונים בהא דאמרינן את"ל הא פשיטא ליה

משום דאיכא למימר כדשנינן הא מ"מ פשט לי מתכריך של שטרות, ולזה י"ל דבאמת בהא מספקינן דדלמא תכריך ליכא ראיה דדילמא ב' סימנים דאורייתא וכיון שכן י"ל דלפי הצד דסימנים דאורייתא באמת אמרינן דב' סימנים הוי גם כן רק סימן אמצאי ולא מובהק ומה דאנן מתירים בב' סימנים היינו משום דממתני' דמצא תכריך מוכח אי דסימני' דאורייתא אי דב' סימנים הוי מובהק.

מה שתמה אחי הגנ"י על הנ"י יבמות מ"ט ע"ב ד"ה סימן מובהק, לענ"ד פשוט דצריך להיות פסיק ב' נקידות בין גבי גט ובין מצא קשור ובתחילה כ' לדינא דמעידים בסימן מובהק אפילו בדאורייתא כדאמרינן גבי גט היינו מההיא דנקב יש בצד אות פלוני ואח"כ ציין בפ"ע על הגמרא מצאו קשור וי"ל דלהך תנא אית ליה סימנים דאורייתא וממתניתן ליכא סתירה דמיירי בארוך וגוץ, וביותר נלע"ד דבא לומר אהא דכתב דסימן מובהק מהני דמהני בין בגופו בין בכליו.

סימן צא

ואזכיר מה דתמוה לי עתה הא בכריתות י"ד ע"ב תד"ה ואחות אשתו וכו' וא"ת ובגמ' נמי דקאמר מודה ר"י באיסור מוסיף וכו' תמוה לי הא אשת אחיו לא משכחת אלא דנשאה בדרך יבום דאל"כ אסורה לאביו משום אשת אחיו וכדאיתא בסוגיא וביבום ליכא קדושין כלל רק בביאה משעה שראוי לביאה וא"כ תיכף שנראית לביאה חלו כל האיסורים ולא חלה אח"כ כשייבם אותה אביו איסור אשת אב אא"כ מדין מוסיף וצע"ג.

הב' כריתות י"ח ע"א דתניא השוחט אשם תלוי בחוץ תמוה לי הא ר"מ מחייב חטאת, וכן איתא בכ"מ וע"כ משום דוודאי הקדש הוא כ"ז שלא נדע וא"כ איך שייך ענין נקבע איסורא דזהו רק בספיקות לענין אשם תלוי, וצ"ע.

סימן צב

בב"ק צ' ע"א וכי קדמו ד"נ מאי הוי להדר ולדייניה, קשה לי הא מבואר בפ"ק י"ג ע"ב דנגח ואח"כ הקדיש דפטור דבעינן דיהי' מיתה והעמדה בדין שוים כ"א, והרא"ש שם כתב דרבנן מודו לענין נזיקין א"כ כשדנו ד"נ ונאסר השור הוי הפקר וכדאיתא בכריתות כ"ד ע"א וא"א. למיהזר ולדייני' גם קשה לי מסוגיא דבב"ק ל"ג ע"ב מכרו מכור לרדי' נימא דמכור לגמרי דהא מלישנא דרש"י י"ג ע"ב משמע דבעינן בעלים אחד, ובזה י"ל דרש"י ס"ל דרבנן פליגי על ר"י אפילו בנזקין, ולהרא"ש הנ"ל י"ל דס"ל כהרשב"א

דממעטים רק הקדיש והפקיר דלית ליה בעלים כלל אבל לא ממעטים מכרו דלא בעינן דווקא חד בעלי' אבל הראשונה ק' וצ"ע.
ובההיא ענינא ראיתי שבהגהת ש"ע חוה"מ סימן שס"ג ס"ח ואם שכר הגזלן לאחר ובב"י הקשה מסברא, ולענ"ד מצינו חולק על הרמ"ה דעת הרשב"א בחי' לבב"ק דל"ג ע"ב ד"ה למה מכור דהקשה דגם לר"ע יהי' דמי רדי' למזיק דהוי כגזלו הרי דס"ל דאפילו בהשכירו לאחר הדין כן ועיין:

סימן צג

נדה ה' ע"ב תד"ה כשחברותי' נושאות וכו' ועוד שם תוס' ד"ה ספק טומאה וכו' וא"ת מאי קמ"ל ר"י וכו' וקשה לי דלמה נקטו קושייתם על ר"י ובדרך מאי קמ"ל ולא הקשו ביותר על זעירי דמוקי דווקא חברותי' נושאת אותה אבל בלא"ה לא יקשה מהנך משניות, וביותר תמוה לי דזה יקשה אף לפי תירוצם, דמצינן לומר דהעיסה והמשקים בידי אדם, מ"מ יקשה לזעירה לפי תירוצם הב' ד"ה כשחברותי' דזהו מהני רק כיון דהספק גם על חברותי', וא"כ התם בעיס' ומשקים דלא שייך כן לא מהני במה שהם ביד האדם, ולתירוצם הא' דהטעם משום דנידה המטמאה יש בה דעת לשאל ניחא דגם בהנך משניות הכי הוא אבל לתירוצם הב' יקשה וצע"ג:

סימן צד

נדרים ל"ה ע"ב שהרי אדם מביא קרבן וכו' ע' בר"ן, וקשה לי הא אלו הי' באפשרי דקטנה ילדה היינו מוקי שיביא קרבן עבורה, ואף דקטנה נשואה יצאה מרשות אבי' וכמו דאמרי' בזב על בניו הקטנים אף דבן אינו ברשות אביו או דמיירי בזינתה א"כ ה"נ כי מוקמי בשוטה אפשר לאוקמי בבתו גדולה ושוטה שאביה יביא קרבן ואפי' בעודה ברשות אביה משכחת לה שהיא נערה ואף דאין בין נערה לבוגרת רק ו' חדשים מ"מ משכחת בהפילה וצ"ע:

סימן צה

עוד שם דף ל"ו ע"א ותני עלה אלא שפיגולן פיגול עיין בר"ן והרא"ש דנדחקו במה דלא פרכינן ממתניתן לחודי, ותמהני הא בפשוטו דממתני' יש לומר דבאמת אין פיגולו פיגול דלתקוני שדרתיך, אבל מ"מ כיון שהקרבן לא נעשה בהכשר דעבודה במחשבת פיגול לא הוי עבודה והוי הקרבן פסול, וגדולה מזה כתב הר"ן בחולין ספ"ב דבשוחט בהמת

חבירו לע"ז למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו מ"מ אסורה באכילה דמ"מ השחיטה לא הוי שחיטה להתירו, עכ"פ בקדשים דבעינן הקרבה בודאי הקרבן פסול, מש"ה חייבים לשלם, לזה צריך למפרך מברייתא דקתני אלא שפיגולן פיגול דמשמע דהוי פיגול ממש לחייב עליו כרת וצ"ע: