

שלום לכבוד אהו' ידידי הרב הה"ג כ"ש מוהר"ר נפתלי הירץ נ"י לנצח.

אחד"ש הגיעני מכתב כ"ת אומר מעין המאורע בקהלתו באיש אחד שהי' מתגורר שם בערך י"ב שנה ונשתדך עם בתולה אחת והוגד לכ"ת שזה האיש הגיד לפני כמה אנשים שיש לו אשה ובת אחת והחזיק בדבריו זמן רב ועתה בא האיש לכ"ת והגיד לפניו ששקר ענה ומעולם לא הי' לו אשה רק מחמת הבושה שכבר בא בימים בן שלשים שנה ועדיין הוא פנוי ומחמת כן אמר שיש לו אשה, וכתב כ"ת ביש לדון באמתלא זו כי להסיר מסוה הבושה הי' די לו שיאמר שהוא אלמן וגם הוסיף לומר שיש לו בת אחת הימנה שהוא ללא צורך.

וכסברא זו כתב בשו"ת נ"ב טעם לדברי הרא"ה באומרת נתקדשתי לפלוני כו'. ושוב כתב לצדד לפי מה שכתב בשער המלך להסתפק בהא דאמרינן שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא אם הוא מטעם הודאת בע"ד לא הי' מועיל אלא בב"ד כמו מודה במקצת דהא רש"י בקידושין דף ס"ה כתב דמכי הוא זה ילפינן הודאת בע"ד וע"כ משום נדר והיינו שיכול לקנוס עצמו בחומרות יתירות וכאן לא שייך זה דהא יש בדבר משום ביטול פ"ו ובוודאי לא אמרו חכמים שיקנוס עצמו כו' ע"כ תורף דברי מכ"ת בקצרה.

והנה מ"ש דמשום הודאת בע"ד אינו מועיל אלא בב"ד אני תמה דהא עיקר הודאת בע"ד לענין ממון מועיל אף שלא בב"ד היכא דליכא טענת השטאה או השבעה ועיקר החילוק שם בין הודאה בב"ד או לא לענין דלא מצי טעין משטה ע"ש בסימן פ"ו ובש"ך שם באורך. והך טעמא שכתב בשער המלך בשם המ"צ לפי שיכול לקנוס עצמו הוא תימא בעיני דא"כ אף היכא ששנה את הידוע וגלוי לכל כגון האומר על אשתו שהוא אחותו וגלוי לכל שהוא שקר נמי נימא דהוי קונס את עצמו ומעשה דאברהם ויצחק יוכיח.

ולכאורה הי' אפשר לומר דכיון דאין אדם מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר על אשתו שתהא לו כאחותו שהיא אסורה. אבל כשיש לו אמתלא כיון שאין דבריו לבטלה שהרי הי' לו צורך בדבר להגיד כן לא אמרינן נעשה כאומר כו'.

ובמעשה דאברהם ויצחק הי' אמתלא טובה כמו שאמר כי אמרתי רק אין יראת אלקים כו'. ועיין בשו"ת אא"ז רמ"א סימן ב"ת ולפ"ז הדבר תלוי בפלוגתא דאין אדם מוציא דבריו לבטלה ואין זה במשמע.

והדבר פשוט היכא שהוא שקר מוחלט לגמרי שאין איסור חל עליו משום שקונס עצמו רק היכא שיש עכ"פ מקום ספק בדבר אז אמרינן שוי' נפשיה ח"ד. ואף שיש עדים נגדו אמרינן אדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים והיינו היכא שאפשר.

להיות שהעדים משקרים והוא אומר אמת. הגע עצמך הי' מונח לפניו בשר בהמה כשרה ואמר שזה בשר חזיר נימא שיאסר עליו שזה קונס עצמו ואוסר עליו כבשר חזיר וכל כיוצא בזה הא ודאי ליתא.

והרשב"א בתשובה שהביא במ"צ והריב"ש שהביא ב"י בס"י ר"ה מיירי בקונס עצמו להדיא אם אעשה כך יהי' פתי פת כותי כו' והוא לשון חכמים שידוע הכוונה שמתפיס בדברים אלו. וע"ז כתב הריב"ש שהוא על עצמו כב"ד ויכול לקנוס עצמו באותן חומרות

אבל אין זה ענין להא דשווי' נפשי' ח"ד דמיירי דוקא היכא שעכ"פ יוכל להיות שהאמת אתו וע"כ דמטעם שהוא נאמן על עצמו אתינן עלה.

ויותר תימא על המ"צ שכתב על תשובת הרשב"א שהביא ביו"ד סי' א' במי שאמר לא שחטתי דהרשב"א לטעמי' דס"ל שיכול לקנוס עצמו כו' ובאמת נהפוך הוא דהרשב"א כתב להדיא דיחיד א יכול לקנוס עצמו אא"כ מתפיס בדבר הנדור או בדבר האסור ולע"ה כדי שלא יקל ראשו ע"ש. ומ"ש מכ"ת דכאן אין יכול לקנוס עצמו משום ביטול פ"ו סברתו נכונה לענ"ד ואפשר שזה דעת התוס' רי"ד.

והר"ן בתירוץ האחרון בנדרים שהביא בשער המלך שם שכתבו דכיון דאגידא בי' ומשעבדא לי' לא אמרינן שוי' נפשי' ח"ד והיינו משום דכל כה"ג לאו כל כמיניה לקנוס עצמו להיות חב לאחרים וצ"ע על שער המלך שם שכתב על מהרי"ט שהקשה על התוס' רי"ד וכתב שכפי הנראה שדעתו שהוא משום נדר כו'.

ומש"ה קשיא לי' למהרי"ט שפיר מהנאת תשמישך כו' ולפענ"ד דאי ס"ל כמ"צ דהטעם משום דיכול לקנוס עצמו אדרבה דברי התוס' רי"ד עולים יפה. וגם כי דעת מהרי"ט להדיא בחלק אה"ע דע"כ אינו מטעם נדר דאל"כ מאי הקשו התוספות לרבא בקידושין דף ס"ו דהא רבא מדין ערוה מיירי ולא מדין נדר דאיתא בשאלה ע"ש.

וכן מוכח מהתוס' והפוסקים שפלפלו בהך דאומרת טמאה אני לך נימא שויה נפשיה ח"ד ואי מתורת נדר נגעו בה א"כ לענין זה מועיל הפרת הבעל ומטעם נאמנות לא מועיל ולא מהימנא שלא תהא נותנת עיני' כו' ונלענ"ד ברור דטעמא דמלתא משום דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים וכן מבואר בש"ג פ"ב דכתובות בשם ריא"ז ואם השבויה עצמה אומרת שהיא טמאה כו' דאדם נאמן על עצמו כו' ע"ש והביאו במשנה למלך פ"ט מהלכות אישות וכתב מזה ראייה להרשב"א ע"ש וכ"כ בקצה"ח סי' ל"ד ע"ש: אמנם כן נלענ"ד לצדד בזה להקל לפי מ"ש המשנה למלך שם להוכיח ממ"ש מהרא"י בכתביו סי' רכ"ח דכל היכא דעדים מכחישינן אותו והוא חזר מדבריו חזרתו חזרה אף אם לא נתן אמתלא לדבריו אלא שאמר בתחלה שקר ענה בלי שום טעם.

וכתב דאף הרשב"א וריא"ז שכתבו דעדים המכחישים לא מהני במקום דשויה נפשיה ח"ד יודו לזה כיון דאיכא עדים המסייעים לחזרתו שפיר מועיל חזרתו ולכאורה הך מילתא טעמא בעי כיון דאי ליכא עדים אנו תופשינן דבריו הראשונים לעיקר וחזרתו אינו מועלת א"כ אף עדים לא יועילו כיון שהוא נאמן על עצמו בדבריו הראשונים יותר מעדים והכי קי"לן בסי' ע"ט באומר לא לויתי ובאו עדים שלוחה ופרע לא מהני אף שאומר נזכרתי שלויתי ופרעתי.

ע"ש בש"ך בשם הנ"י והריב"ש והיינו לפי שאנו סומכין על דבריו הראשונים שאמר לא לויתי שהוא כאומר לא פרעתי ואף שחוזר אח"כ ואיכא עדים דמסייעים ליה לא מהני, ולכן נלענ"ד לחלק דוודאי לענין ממון דקיי"לן דהודאת בע"ד כמאה עדים וילפינן לה מדכתיב כי הוא זה וכיון שכבר נתחייב לחבירו שוב חזרתו כמאן דליתא דמי.

והכי קיי"לן בסי' פ' דמחויב לפטור אינו חוזר וטוען טענה הסותרת לטענה הראשונה והחוב מחמת טענה הראשונה הוא ברור ומועיל יותר מעדים משא"כ לענין איסור לא

שייך הודאת בע"ד רק שהוא נאמן על עצמו ואין אנו תופשין הדבר בבירור שהוא כך רק שאנו מאמינין למה שהוא העיד על עצמו.

ואם חוזר בו ואומר שלא כך היה אלא בענין אחר ג"כ יש להאמינו על עצמו ומה"ת נאמין לקול האות הראשון ולא לקול האחרון והדבר שקול אצלנו ואסרינן ליה מספקא ולכן בממון שעל הודאתו לחיוב נאמן מטעם הודאת בע"ד ועל אמירתו לפטור אין לסמוך כלל והילכך אף עדים לא מהני. משא"כ בהא דשויה נפשיה ח"ד אם חוזר בו אין אנו אוסרין עליו בתורת וודאי ותופשין דבריו הראשונים עיקר אלא מתורת ספק דשמא דבריו הראשונים עיקר ומה שחוזר בו שקורי קא משקר ולכן אי איכא עדים המסייעים לחזרתו שפיר מהני להוציא אותנו מידי ספק זה.

ולפ"ז נראה בנידון דידן שהאיסור הוא משום תקנת רגמ"ה ומבואר בד"מ סימן א' שאחר אלף החמישי אינו אלא מנהג שנהגו להחמיר וכל ספק ופלוגתא אזלינן לקולא והביאו הב"ש ע"ש וא"כ לפי מ"ש דהא דשו"י נפשי' ח"ד כשחוזר בו אין איסור רק מחמת ספק איסורא לחומרא ובכה"ג שאינו אלא מנהג יש להקל בספיקו.

וגם יש לצדד ולומר דהך אמתלא אינה גרועה דמה שלא אמר שהוא אלמן ג"כ מדאגה מדבר שיפצרו בו לקחת אשה ולקיים מצות פ"ו ושבת ולכך אמר שיש לו אשה ובת וכל כמה דאגידא ב' לא מצי למינסב אחריתי. וגם קשים גירושין מחמת שכבר יש לו בת עמה ואפילו תימא שלא הי' צריך לומר שיש לו בת מ"מ בשביל שאמר מילתא יתירתא לאחזוקי שיקרא לא נגרע כח האמתלא ומ"ש מכ"ת בשם הגאון נ"ב ז"ל עיינתי שם שכתב ז"ל ואמתלא זו מהני לענין שצריכה לומר א"א אני אבל אכתי לא היתה צריכה לומר שנתקדשה לפלוני וא"כ נגד זכותו שהודית לית לה אמתלא לכן לא מהני אמתל' שלה גם נגד האיסור כו' משמע שלא בא לגרוע כח האמתלא בשביל שאמרה שפת יתר שנתקדשה לפלוני רק משום שנגד זכותו אין לה אמתלא וממילא בטלה גם האמתלא שכנגד האיסור.

וזה מוכרח בדברי הרא"ה שכתב הטעם שכבר הודית לו ולא כל כמינה לחוב לו אלמא דאי לאו האי טעמא שפיר הוה מועיל האמתלא. וע"כ לא כתבו הפוסקים לבטל האמתלא אלא בלבשה בגדי נידה וכיוצא דעבד' מעשה אבל דיבורא מקרי ואמר כדי לאחזוקי שיקרא.

ועיין מ"ש אא"ז בת"ש סי' א' ס"ק ע"ו שהביא שם בשם נימוקי מהר"מ מריזבורק באחד שאמר על בתו שהיא ממזרת וגרשה מביתו בטענה זו ואח"כ החזירה באמתלא דנאמן והרי התם נמי לא הי' צריך למיעבד מילתא יתירתא שגרשה מביתו. אך אפשר לומר דהתם אמר אמתלא גם על מעשה גירושין וכן משמע בדברי אא"ז הת"ש שם שכתב דאפילו מעשה עבדי לכוונת איזה ערמה היכא שצריך למעשה וע"ז הביא דברי מהר"מ הנ"ל.

אך לענ"ד סתימת לשונו משמע שלא נתן אמתלא על המעשה וא"כ המעשה מילתא יתירתא הוא ואפ"ה מהני. ואע"ג דבעלמא היכא דעביד מעשה לא מהני אמתלא יש לומר דדווקא היכא שהמעשה הוא מורה מעצמו על ענין זה שאמר כגון לבישת בגדי נידותה

שהוא סימן טומאה בלא אמירה כלל וכגון טבח שעשה סימן כו' שדרך לעשות סימן כזה שהוא מורה שנטרפה בהמה זו.

אבל היכא שהמעשה מצד עצמו אין בו הוראה על ענין זה כגון התם דאטו בשביל שגרשה מביתו נאמר שזה מורה שהיא ממזרת וכו' עיקר הדבר בשביל אמירתו שאמר שהיא ממזרת וכל שנותן אמתלא על אמירתו אנו תולין לומר שמה שגרשה מביתו עבד לאחזוקי דבוריה. וה"נ בנ"ד מה שהוסיף לומר שיש לו בת אין מגרע כח האמתלא על אמירתו שהי' לו אשה ומה שאמר שיש לו בת משום זה הדיבור לבד אין כאן שויה אנפשיה ח"ד וא"צ אמתלא ע"ז משא"כ בההיא דהרא"ה שגם על התוס' שהוסיפה לומר לפלוני צריך אמתלא כיון שהי' לזכות אותו פלוני.

אך שלפענ"ד מה שדקדק הגאון בנ"ב על דברי הרא"ה דהא גם בממון יכול לטעון השטאה או השבעה שזהו ג"כ אמתלא אע"פ שחב לחברו כו' א"ש בפשיטות דהתם אין זה סתירה לדבריו הראשונים כלל דבשעת הודאה גופא לא היינו תופשין זה לדבר ברור כיון שהיה מקום לתלות שהוא אומר כן דרך השטאה או השבעה.

ואע"ג דמשטה אי לא טעין לא טענינן לי' היינו משום ריעותא שהלה תובעו הרי הודית בפני עדים והוא אינו משיב משטה הי' לכך לא טענינן לי'. אבל הא ודאי משטה אין הספק מחמת טענתו דוקא דבלא טענתו יש ספק לב"ד וגם ליורשים טענינן משטה ע"ש והיינו משום שכך דרך העולם להודות לפעמים דרך השטאה או השבעה.

משא"כ באומרת נתקדשה דמהיכי תיתי יעלה על הדעת שאומרת כן מחמת איזה אמתלא ואנו מחזיקים הדבר מיד לודאי שזכה אותו פלוני במקחו שוב אין מועיל אמתלא שלה להוציא מידו. וכן בממון כה"ג כל שלא היה מקום לאמתלא בשעת הודאה עצמה רק שאומר אמתלא מצד אחר אע"פ שהוא אמתלא טובה לא מהני דהאמתלא לא מהני רק להחזיק זכותו ולא להוציא מזכות חברו וכל שהודה בסתם ולא הי' מקום לחוש לאמתלא הוי כאילו כבר זכה חבירו והוא רוצה להוציא מידו ע"י האמתלא שאומר ולא כל כמיניה שוב מצאתי בקצה"ח סי' פ' שהביא שם תשו' מהר"ש הלוי שמדמה טענת השטאה להך דהרא"ה ובעל קצה"ח ני' כתב לחלק ביניהם על הדרך שכתבתי.

ומ"ש הוא מבואר יותר: והנה מכ"ת חוכך להחמיר בזה מטעם דכל שהוחזק למ"ד יום לא מהני אמתלא כמ"ש הב"ש בסי' י"ט ומלקין ושורפין על החזקה. ולכאורה נראה לענ"ד לצדד להקל עפ"י מ"ש רמ"א בתשובה סי' ב' דהך דמלקין וסוקלין על החזקה מיירי שהוחזקו בכך מפי אחרים.

אבל כשהחזקו על פיו כגון בנידות לא מיקרי חזקה (ומ"ש שם בתשובת רמ"א ואין לחלק ולומר דלעולם גבי נידה כו' הוא ט"ס וצ"ל ואפשר לחלק ולומר כמבואר למעיין שם דמסקנתו הוי הכי) וכתב ראי' ממ"ש בכתובות מעשה באשה אחת שהיתה גדולה בנוי כו' לימים עמדה וקדשה עצמה כו' דלשון זה משמע אע"פ שהוחזקה למקודשת ימים רבים מהני אמתלא.

וגם הביא ראי' מיצחק אבינו בשנותו את טעמו לפני אבימלך כו' ע"ש. והרי ביצחק כתיב ויהי כי ארכו לו שם הימים וישקף אבימלך כו' ע"ש הרי דאף אחר למ"ד יום מהני

אמתלא ואע"ג דמה שמפרש דמיירי בקידושין שהוחזקו מפי אחרים לא משמע הכי מדברי הרמב"ם והש"ע מ"מ י"ל דהתם מיירי שהוחזקו עפ"י המנהג וההרגל שרואים אותה העולם שנוהגת בו דרך כן.

וכן מבואר באורך בשו"ת פני יהושוע בחלק אה"ע סי' א' שכתב ג"כ דלימים עמדה וקדשה לימים רבים משמע. ומפרש ג"כ דהרמב"ם מיירי בכה"ג.

וע"ש שכתב דגם דברי הב"ח יש לפרש דעכ"פ בעינן חזקה עפ"י המנהג ע"ש ועיין במהרי"ק סי' פ"ז שכתב ג"כ דבעינן חזקה שינהגו כאיש ואשתו אלא דמחלק בין מיתה למלקות ובתשובה א' הארכתי בזה ומ"מ איהו מיירי שם שהיינו מוחזקים בה שהיא ארוסתו של פלוני ולא מפי עצמה לבד. ולכך ס"ל דלמלקות סגי בחזקה זו משא"כ היכא שלא הוחזק רק מפי עצמו וודאי דבעינן שינהגו מנהג אישות אף לענין מלקות אבל בדבורא לבד לא מיקרי חזקה וא"כ כיון שדינו של הב"ש אינו מוחלט במנהג וכה"ג דהכא יש להקל: ועוד נלפענ"ד כי מקום יש לסלק שני החששות.

היינו החשש חזרה בלא אמתלא וחשש חזקה. ומתחלה אבאר מה שיש לדון בענין זה דחרגמ"ה.

לפי מ"ש הב"ש בס' ט"ו. וכ"כ בריש סימן קנ"ח דע"א אינו נאמן לומר לאחד שמתה אשתו כיון דאיתחזק איסורא עד אחד לא מהימן.

וא"כ איך מצאנו ידיו ורגליו במעשים בכל יום שאחד נוסע עם אשתו למרחקים ואם בגפו יבא ויאמר שמתה אשתו ושאין לו אשה אחרת ואין פוצה פה ומצפצף לעכב על ידו עד כי יתברר הדבר ויבואו עדים שהאמת אתו דהא כל היכא דאיתחזק איסורא בע"ד לא מהימן להתיר כ"א היכא שבידו לתקנו כמבואר בפוסקים.

ונלפענ"ד דהיינו טעמא משום דע"כ לא כתבו הפוסקים דאיתחזק איסורא בע"ד לא מהימן כ"א היכא שבידו לתקנו אלא לגבי דאחרים דהוי לגבייהו כע"א דעלמא שאינו נאמן נגד החזקה וגרע מיניה שהוא נוגע. משא"כ לגבי דנפשיה כיון שהוא טוען שידוע שנעשה מעשה שנסתלקה החזקה שפיר הוא יכול להתירו לעצמו ואין מעכבין על ידו.

וזה מבואר ג"כ ממ"ש הפ"י בסוגיא דשנים אומרים מת בשם הרשב"א וא"ז מהרש"א ז"ל דברי מהני נגד החזקה. ולפ"ז א"ש לפי מ"ש בשם תשובות הלכות קטנות ששתי נשים אשכנזיות מותרות להנשא לאיש אחד ספדדי שחרגמ"ה לא היה על האשה רק על האיש.

והשתא א"ש דבע"א שפיר כתב הב"ש דאינו נאמן נגד החזקה כיון שהוא אינו יודע רק ע"פי העד משא"כ היכא דאיהו גופא יודע לגבי דנפשיה מהני ברי דידיה נגד החזקה ועל האשה אין כאן עון אשר חטא כלל דאפילו אם שקורי משקר הא בדידה לא גזור כלל. ובאמת גם בדינא דהב"ש צ"ע די"ל דשפיר מהימן ע"א משום דהוה מילתא דעבידא לגלויי ומהרמב"ם משמע דאף בעדות אשה עיקר הטעם משום דהוה מילתא דעבידא לגלויי.

ומה שהוצרכנו לומר מתוך חומר לפי שהאמינו אפי' עד מפי עד ואפילו עבד כו' ואף דבשו"ת נ"ב שדא ביה נרגא מיבמות דף מ"ו באחד שאמר נתגיירתי כו' ומחלק בין היכא דאיתחזק איסורא היינו דוקא התם לפי שהוא נוגע. ואמנם גם בזה יש לדחות ראיית הגאון ז"ל דהתם כיון שאין מאמינים לו שנתגייר ממילא הוא עכו"ם ועכו"ם אין נאמן אף במילתא דעבידא לגלויי והארכתי בזה במקום אחר.

וע"ש בנ"ב שהביא מבכור ומקה"ח דמהימן משום מילתא דעל"ג דבבכור הוה מילתא דרבנן ובקה"ח לא איתחזק איסורא וא"כ נראה דלענין חרגמ"ה דעתה אינו רק מנהג ולא עדיף ממילתא דרבנן ושפיר מהימן ע"א משום מילתא דעבידא לגלויי ואף לפי מ"ש הגאון בנ"ב לצרף שני הטעמים דמשום דאשה דייקא מיקרי מילתא דעל"ג.

משא"כ היכא דלא שייך דייקא לא מיקרי מילתא דעל"ג שאינו עתיד להתגלות בוודאי ע"ש. מ"מ נראה דאף הוא מודה דבאשה שפיר הוה מילתא דעל"ג אף דלא שייך דייקא משום דמ"מ איהו מירתת לפי שאשה דרכה לחזור על בעל נעוריה והוא מעוררות לויתן ועינה ולבה כל הימים על שארה כסותה ועונתה מבעל נעוריה ומתיירא פן תחזור אחריי ותגלה חרפתו בקהל רב.

ודוקא לענין להתיר א"א לעלמא הוצרכנו לומר מתוך חומר כו' וגם כי יש דעת הסוברים דמילתא דעל"ג מהני בכל גווני. וא"כ שפיר עד אחד נאמן.

וכמדומה שאינו נוהגין עתה לדקדק בזה כלל, כי מי שבא אליו כתב מאוהבו ממרחקים שמתה אשתו נושא אשה על פיו ואין מדקדקין אחריו למחות בידו כלל. ועכ"פ אמת נכון שהמנהג להשיא לאיש שאומר שמתה אשתו או גרשה ואין בודקין אחריו.

ובאמת לפי הנ"ל שכתבתי צ"ע באומר גירשתי למה יהיה נאמן טרם חקור דבר דהא לא על"ג שהרי יכול להכחיש. ודוקא באשה אמרינן חזקה אינה מעיזה אבל הוא באשתו מעיז ומעיז ואפשר שגם בזה י"ל שתוכל לברר שהיתה במקום פלוני מאז ועד עתה והגירושין צריכה להיות בב"ד ויתבדה ויאחז וצ"ע.

ולפי טעם זה משום מילתא דעל"ג עדיין צ"ע אף אם נאמר שמחמת זה ע"א נאמן מ"מ אפשר שהוא אינו נאמן כיון שהוא נוגע בדבר וכדאמרינן בקידושין נאמן ליתן גט ואין נאמן לכנוס וא"כ ה"נ י"ל אף אם לגבי דנפשיה מהימן מטעם שאומר ברי לי מ"מ אינו נאמן לגבי דידיה דגרע מעד דעלמא.

ומ"מ י"ל דשפיר אתתא שרי' על פיו דכיון שהוא עצמו עושה מעשה לא חשדינן ליה שיעבור על חרגמ"ה ומוקמינן ליה בחזקת כשרות ובכה"ג מעיקרא לא הטיל רגמ"ה חרם עליו כיון שבתום לבבה ובנקיון כפה נשאת לו שסומכת על דבריו שהוא פנוי ומהימן לה כבי תרי כי יש בזה משום תקנת עגונות כשיזדמן לה בעל הגון לה שתהיה חוששת שמא יש לו אשה במדינה אחרת ובדברא לא שכיחא לחפש ולחקור דרכים וא"ל דאף אם לא הודע אליו מ"מ יש עלי' עונש שוגג או מוטעה מידי דהוה אוכל חלב בשוגג דז"א דהכא מעיקרא לא גזור רגמ"ה על השוגג וממילא שאין איסור בדבר כלל.

ומכ"ש לפי מה שדחיתי ראיית הגאון מהך דעכו"ם שאמר נתגיירתי ממילא דאף נוגע מהימן במילתא דעל"ג כמ"ש שם מהא דאמרינן שאני התם דהא שמואל וב"ד קיים ע"ש

ובב"ש ר"ס קנ"ח נראה שראייתו ממ"ש הרמב"ם שאין האיש נאמן לומר מת אחי ואייבם כו' ולפי מ"ש יש לדחות וצ"ע: ומעתה נשובה ונחקורה בנ"ד הנה כבר כתבתי דאומר ברי לי מהני נגד החזקה.

וכן מבואר בשו"ת רמ"א שכתב מדאמרינן בעלה לוקה עליה ולא אמרינן היא לוקה מכלל דהיא אינה לוקה לפי שהוא אומרת ברי לי שטהורה אני ואף בלא אמתלא מהימנא לגביה דנפשה מ"מ נלע"נד דדוקא היכא שבשעה שהתרו בה לא קבלה עליה התראה ואמרה כי טהורה היא משא"כ אם קבלה התראה והתירה עצמה למיתה תו לא מהימנא אח"כ וכמ"ש הפ"י שם בכתובו' ובק"א שם ע"ש.

ולפ"ז א"ש בפשיטות הא דמלקין ושורפין על החזקה דהתם הא קמן שהיתרו בהם וקיבלו התראה ובכה"ג חזקה אלימתא הוא ותו לא מהני חזרה דידהו אלא שיש לעיין בזה דא"כ איך כתבו הרמב"ן והרשב"א להוכיח דבלבשה בגדי נדה אין מועיל אמתלא מדלקי עלה דהא י"ל דשאני התם שהתירו עצמם למלקות ולא אמרו אמתלא.

אך לענ"ד אדרבה מזה נראה שגם הם מפרשים כמ"ש הרמ"א דהוא לוקה אבל היא אינה לוקה והיינו שהוא לא קבלה ההתראה ולפ"ז מדייקים שפיר דאם איתא דבאמתלא שרי ליה לבא עליה א"כ איך לקי עלה הא אפשר שהוא תאמר אמתלא אע"כ דבלבישת בגדי נדה לא מהני אמתלא לגביה דידיה ולגבי דידה מהני שפיר חזרתה אף בלא אמתלא דהא בלבישת בגדי נדה אין אמתלא מועלת וא"כ נראה דבלא אמתלא ובאמתלא שוים הם.

וא"כ בנ"ד נמי לגביה דנפשיה מהימן אף שאין לו אמתלא. ומכ"ש שבאמת אומר אמתלא אלא שהוא אמתלא גרוע ולא גרע מלבשה בגדי נדה דהיא אינה לוקה אפילו תימא עכ"פ בעינן אמתלא מ"מ הרי לגבי מעשה דלבישת בגדי נידה האמתלא גרועה ומהני ע"י ברי דידה וא"כ ה"נ מהני ברי דידיה.

אלא שיש לדחות לפי מ"ש הרמ"א שם דאפשר דלא מיבעיא קאמר דלא מיבעיא הוא דלוקה כו' וכ"כ אא"ז ז"ל בבכ"ש דהוא אף באמירה לוקה ע"ש (ודבריו צ"ע בזה עיין בשו"ת פ"י ובמקום אחר הארכתיו) ואף דהפ"י בשם הרשב"א ומהרש"א כתב דברי מהני נגד חזקה היינו בגוונא דהתם שאין כאן סתירה לדבריו הראשונים רק מחמת שהיינו מוחזקין בה שהיא א"א נאמנת לגבי נפשה לומר ברי לי שמת משא"כ היכא שבאה לחזור ולומר מבדה הייתי אף לגבי דנפשה לא מהימנא בלא אמתלא ולפי"ז אין ראי' מהא דנהגינן להתיר כשאומר מתה אשתי אע"ג דאיתחזק איסורא לפי שאין כאן סתירה לדבריו הראשונים משא"כ היכא שבא לסתור דבריו לא מהני כ"א באמתלא טובה ואף היכא דלא איתחזק איסורא כ"א על פיו שייך שוי' אנפשי' ח"ד אף שלא הוחזק שלשים יום כמבואר בסוגיא דפ"פ ודוכתי טובא.

וכן מוכח בהך דכתובות דע"כ בלא הוחזק מיירי דאי בהוחזק אף אמתלא לא מהני להב"ש אך עדיין יש פתחון פה לומר דהתם בסוגיא דפ"פ מיירי שעדיין עומד בדיבורו ולא חזר בו כלל. ובהך דחזר ואמרה פנוי' אני שפיר בעינן אמתלא דאל"כ אף דהוי מהימנא בחזרתה לגבי דנפשה מ"מ כיון שבאמירתה מקודשת אני שוי' ח"ד שוב האיש אסור לישא אותה דאנן לא מהימנינן לה על חזרתה בלא אמתלא.

וא"כ בנ"ד שלגבי דנפשי' מהני חזרתו ולגבי דידה לא גזור רגמ"ה שפיר שרי לאינסובי:
ולפי מ"ש מצאתי טעם נכון למ"ש לעיל בשם המ"ל דהיכא דאיכא עדים מועיל החזרה
וכתבתי לעיל דהך מילתא טעמא בעי ולפמ"ש הטעם ברור דבנידון דהרשב"א דמיירי
לגבי דנפשי' שהוא מותר לאכול מבהמה זו ואין הענין נוגע לאחרים כלל בלא"ה מותר
ע"י חזרתו וא"צ לעדים כלל דלגבי נפשי' מועיל ברי שלו.

ובנידון מהרא"י והש"ג נמי אתי שפיר דלגבי אחרים אעדים סמכינן ולגבי דידי' שרי
כיון דאיהו גופי' הדר בי'. וקצת יש ליתן תבלין לדבר זה מדאמרינן בכריתות ד' י"ג
אמרו לו נטמאת כו' אמר רב יוסף לא אמרה ר"י אלא בינו לבין עצמו ולעצמו.

ופרש"י לא אמר ר"י שהוא טהור ונאמן לאכול טהרות אלא בינו לבין עצמו אבל לפני
אחרים לא יאכל דלמא אתי לזלזולי בטהרות ולעצמו נאמן לאכול טהרות שהוא נוגע
בהם דאדם נאמן על עצמו אבל לאחרים לא יאכיל. וא"כ אפילו תימא דדבורו הראשון
כאלו היו עדים בדבר מ"מ כיון דהיא עתה מכחיש נאמן על עצמו כמו דמהימן התם
לאכול הטהרות שהוא נוגע בהם ואף שלא היתרו לו כ"א בינו לבין עצמו היינו כיון
שיש עדים נגדו ואתי לזלזולי בטהרות כמ"ש רש"י משא"כ בזה שמעיקרא לא נאסר
רק ע"פ דבורי' וגם אפשר דחמירא להו זילזולא דטהרות טפי דאל"כ הא קיי"לן כל
מקום שאסרו חכמים מפני מראית עין כו'.

ומצאתי בדברי אא"ז בבכ"ש ביבמות שמסתפק בעדים שהעידו על דבר שהוא אסור
ואחד יודע שהוא מותר. וכתב שזה תלוי בפלוגתת הראב"ד והרמב"ם וכתב טעם
הרמב"ם משום כל מקום שאסרו חכמים כו' (וצ"ע שלא הביא בזה משו"ת הרמ"א סי'
ב') וכעת אין הפנאי עמדי לעמוד על דבריו.

ועכ"פ יש סיוע גדול מזה לנידון שלפנינו שנאמן להתיר עצמו כל שהוא יודע שהאמת
אתו. אמנם אפילו אם נאמר דכל דשו' נפשי' ח"ד לא מצי הדר בי' אפילו לגבי דנפשי'.

מ"מ יש כאן צד היתר אחרי שהדבר מבואר שמאמינין למי שאומר שמתה אשתו לישא
אחרת וכן משמע להדיא בשו"ת צ"צ ועבודת הגרשוני שהוא עצמו נאמן בענין זה. וא"כ
אית ליה מיגו דאי בעי הוה אמר שמתה אשתו והי' נאמן בכך השתא נמי שחוזר בו נאמן
במיגו.

אך לפ"ז צ"ע בהא דכתובות דהוצרך לשנויי כגון שנתנה אמתלא לדבריה אלמא דבלא
אמתלא לא מהימנא אע"ג דאית לה מיגו דאי בעי הוה אמרה מת בעלה ואפשר לומר
דאין זה מגו דבשלמא לפי טענתה דהשתא אם יבוא אחד ויאמר שהוא בעלה בידה
להכחישה ולומר לא נתקדשתי לך מעולם ומהימנא משא"כ אם תטעון מת בעלי הוא
יראה מדאגה מדבר פן יבוא הבעל וכחשה בפני' יענה.

וא"ל דאף בזה תוכל להכחישו ולומר שאינו בעלה שא"ל חזקה אינה מעיזה דא"כ איך
אומרת השתא פנוי' אני מ"מ אין כאן מיגו דנהי דלא מהימן לגבי דנפשי' לומר שהוא
בעלה מ"מ נאמן לומר שלא מת בעלה של אשה זו כלל. ופלגינן דיבורי' לענין זה וא"כ
אם יבוא אחד ויאמר שהוא בעלה יהי' נחשב כעד אחד שלא מת בעלה והיא מוכחשת
במה שאומרת מת ולא יועיל עדותה שמת כלל.

כמבואר באה"ע באשה שאומרת מת בעלי וע"א אומר לא מת ולכך ניחא לה לומר שאינה א"א כלל שאז אף אם יבוא אחד ויאמר אני בעלך אינו נאמן כשהוא מכחישתו אלא שלפ"ז הדבר תלוי בפלוגתת הריב"ש והמרדכי בהך דלדידי אוזיף בריביתא. ובתשובה אחרת הארכתי בדברי הש"ך והאו"ת שם ולקצר אני צריך.

והנה בנימוקי יוסף כתב וז"ל ומיהו הבעל אינו נאמן להעיד על עצמו ולומר אני הוא. ועיין בח"מ סי' ע"א שכתב דקאי על זה שבא ואומר אני הוא בעלה הראשון ע"ש וצ"ל דס"ל דהיכא שהוא נוגע לא פלגינן דיבורא.

אך לכאור' צ"ע כיון שכבר נישאת א"כ תצא מזה ומזה ואין כאן צד נגיעה שהיא אסור' לחזור לו ומ"מ אפשר שיש כאן צד נגיעה שלפי דבריו הנכסי' שהי' נמצא תחת ידה שלו הם. וע"ש ברי"ו שהטעם משום נוגע ואמנם רמ"א מפרש דברי הנ"י בענין אחר דקאי על בעל השני ולדברי י"ל דבעל ראשון שפיר מהימן או משום דגם בנוגע אמרינן פלגינן דיבור' או כיון שנישאת לא חשבינן נוגע.

אמנם בהך דאמרה מקודשת אני אם נימא דבנוגע לא פלגינן דיבורא שפיר מיחשב מיגו דאי בעי אמרה מת בעלי ואם יבא הוא יכולה מכחשתו שלא זהו בעלה דממ"נ אם יבא קודם שתנשא הרי הוא נוגע ולא פלגינן דיבורא. ואם יבא אחר שתנשא שאז לא מיחשב נוגע מ"מ אפילו אם נפלג דיבורא הוי כאשה שאמרה מת בעלי ונשאת ואח"כ בא עד כשר דל"ת דאף הרמב"ם שסובר אם נישאת תצא היינו שבא העד קודם שנישאת ע"ש ואמנם כן י"ל דבכה"ג שאומרת שנתקדשה ואינה אומרת למי נתקדשה אפשר לומר דלא מהימנא כלל לומר מת בעלי דהא לא שייך בזה מתוך חומר כו' כיון שיכולה מכחשתו ולומר שלאחר נתקדשה ולכולי האי לא חיישא שיבוא הבעל ויכרר בעדי קידושין וגם שמא יודעת בעצמה שכבר מתו עדי קידושין וא"א לברר.

וא"ל שלא תוכל להעיד דז"א דלאחר קידושין או נישואין לאחר שפיר מעיזה ומעיזה. וא"ל דמעיקרא מירתתא לומר מת בעלי שמא יבוא ולא תוכל להעיד.

דז"א כמו באומרת גרשתי דאמרינן שלא בפניו מעיזה ואינה חוששת שאם יבא לא תוכל להעיד גם י"ל דע"כ לא אמרינן אינה מעיזה אלא לענין גירושין. אבל לומר לו שאינה בעלה לא הוי העזה כולי האי דהרי אפשר דבאמת אינה מכרת אותו וכדאמרינן בב"מ בעובדא דמרי בר איסק א"ל לא ידענא לך א"ל שפיר קאמר לך דתניא ויכר יוסף כו' ע"ש וצ"ע.

ועוד י"ל הא דלא משני בכתובות שנאמנת במיגו דמת בעלי משום דמשמע ליה להמקשן לשון וחזרה ואמרה כו' דמיירי שלא הי' שהייה הרבה בין אמירתה א"א אני לחזרתה רק שהי' אחר כ"ד ולכך אין לה מיגו דמת בעלי דמאין יתוודע לה בעת ההוא שמת בעלה. ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה כיון דמשמע ליה לשון וחזרה היינו לאחר זמן א"כ אפילו זמן רב במשמע וא"כ מאי משני כגון שנתנה אמתלא דהא לאחר למ"ד יום לא מהני אמתלא לדעת הב"ש.

ועכ"פ הו"ל למימר כגון שחזרה בתוך למ"ד ונתנה אמתלא. אך לפי מ"ש א"ש דעיקר קושית המקשן הוא משום דמשמע ליה דחזרה היינו באותו מעמד דאל"כ בלא"ה לא

פריך מידי דהא יש לומר דנאמנת במיגו דמת בעלי ולכך משני בפשיטות כגון שנתנה אמתלא ואין להאריך: ובענין זה אי מועיל מיגו במקום דשוי' נפשה ח"ד הארכתי הרבה בתשוי' א' ושם הבאתי דברי הש"ך בסי' פ"ב בשם הר"ש מקינון במ"ש מיגו לא מהני רק תכ"ד שמבואר שם דס"ל דמיגו מהני במקום דשוי' נפשה ח"ד.

וגם הבאתי דברי מחו' הגאון החסיד בספר כתובה ובספר המקנה הל' קידושין סי' מ"ז וגם הבאתי שם דברי הנ"י בב"ב פרק י"נ גבי אמר זה בני וחזר ואמר זה עבדי ודברי הרמב"ן במלחמות בקידושין במי שאמר בשעת מיתתו יש לי אחי' כו' והרחבתי הדיבור בכל זה והעליתי שם דהיכא שהדבור אינו רק לחובה או לתועלת עצמו יכול לחזור בו מחובה לזכות היכא דאית ליה מיגו וכגון ההיא שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני דהא אין כאן גדר עדות כלל רק בע"ד ובכה"ג שאינו בגדר עדות ואית ליה מיגו טוען וחוזר וטוען.

אבל היכא שהדבור נוגע לאחרים בין מדברים הנוגעים בממון בין מדברים הנוגעים באיסור כגון בהוא דאמר יש לי בנים והיה נאמן ע"ז שוב אינו נאמן לסתור דבריו הראשונים. וכן ההוא דב"ב אמר זה בני כו' אף דאית ליה מיגו כיון שהוא לחוב לאחריו אין המיגו מועיל לחזור מדבריו הראשונים.

ועדים שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות שאני דאין זה הכחשה לדבריהם הראשונים אלא שנותנים אמתלא לדבריהם למה חתמו בראשונה ונאמנים הם במיגו על האמתלא שלהם. ועוד הארכתי שם בדברי הר"ן בתשובה סי' מ"ז ושם ביארתי כי לכאורה דברי הר"ש מקינון הם תמוהים דדוקא באמרה גרושה אני שייך מיגו ולא בחזרה ואמרה פנוי' אני וכתבתי שם ישוב הדברים ומחמת הנחיצה לא העתקתי רק איך שיהי' למדנו מדברי הר"ש מקינון והש"ך דמהני מיגו אף היכא דשוי' נפשה ח"ד וכן נראה לכאורה דמה בכך דמעיקרא שוי' נפשה ח"ד הא בנותנת אמתלא ג"כ עתה היא באה לעקור דבריה הראשונים שעשתה נפשה ח"ד ולא עלה על לבינו שום ספק בדבר ואפ"ה מהני עקירה דידה ונאמנות בכך לתפוש לשון אחרון לפי שהי' אומרה דברים של טעם שהי' מגלה לנו שלא אסרה איסר על נפשה רק שפתי' נעות לחפאות דברים אשר לא כן לפי שהשעה צריכה לכך.

וא"כ היכא שיש לה מיגו שהיתה טוענת טענה שנאמנת בה והוא ששקר דברה מתחילה יש לנו להאמינה מחמת המיגו. אע"פ שאין כאן אמתלא מ"מ מחמת המיגו אמרינן דמסתמא הי' לה איזה טעם כמוס עמה שהוצרכה לומר שקר זה אע"פ שאין הטעם מבואר בפנינו מ"מ המיגו שיש לה הוי כרגלים לדבר שהאמת אתה בזה וא"כ מיגו ואמתלא שוים דבתרווייהו לא איכפת לן במה דשויה נפשה ח"ד ומכ"ש לפי מה שכתבתי מדברי המשנה למלך פ"ט דאישות דהיכא דעדים מסייעו לחזרה מהני.

ואע"ג דבקידושין ד' ס"ד פליגו רבי ורבנן אי מה לי לשקר כעדים דמי אי כחזקה דמי ואף מאן דס"ל דכחזקה דמי היינו דוקא משום שהוא דבר שבידו למפטר' בגיטא כמ"ש הר"ן שם דמהאי טעמא הלכה כר' אע"ג דלא אפשריטא האיבעיא אי אמרינן מיגו במקום חזקה מ"מ י"ל דעכ"פ לא גרע מחזקה ודוקא לגבי חזקה אמרינן דלא עקרה חזקה.

אבל עכ"פ לענין זה מהני שיהא מסייעו בחזרתו להאמינו בזה דהא בעלמא מהימנין ליה במיגו כמו דמהימן בעדים דא"ל דכיון שאדם נאמן על עצמו יותר מעדים גם מיגו לא מהני דהוי כמיגו במקום עדים דא"כ גם עדים לא הוי מהני לחזרה אלא ודאי דז"א דמ"מ איכא למיתלי דבריו הראשונים שאמר כן מחמת איזה האמתלא שאינה גלויה לנו (ואף לפי מה שכתבתי לעיל בטעם דמהני עדים לחזרה היה אפשר לחלק אך אין נלענ"ד לחלק ביניהם ומסתברא דלענין זה מיגו כעדים דמי) ועיין שיטה מקובצת לב"ב פרק י"ג דאהך קושיא שכתב הנ"י דהא אית ליה מיגו דאי בעי יהיב לכולי נכסי' מתרץ בע"א ממ"ש הנ"י וא"כ משמע מדבריו דמהימן במיגו לחזור מהודאתו.

וכבר כתבתי דאף הנ"י לא קאמר אלא התם לפי שדברו מחייב ומזכה לאחריני וזה נלענ"ד ג"כ בפירוש דברי הר"ן בכתובו שאם אמרה נתקדשתי לפלוני לא מהימנא בשום מיגו דלא כל הימנה לחוב לו והיינו דכיון שהדבר נוגע לאחרים לא מהני מיגו לחזור מהודאתו אף בדברי הרא"ה ליתא הלשון שכתב הר"ן בשום מיגו רק כתב דלא מהני אמתלא וכבר עמדו בזה האחרונים ועיין בח"מ וב"ש שכתבו שיש בזה מיגו דגרשתי ובאמת י"ל דגרשתי אינה מיגו דהא פסלה נפשה מכהונה ויש פלפול בזה ולקצר אני צריך וכ"ז אפילו במיגו לחזור מהודאתו בלא אמתלא כלל משא"כ בזה שעכ"פ אומר אמתלא אלא שאנו מגמגמים אם כה"ג מיקרי אמתלא טובה שתהא יכולה לחזור מחמתה לבד מ"מ בזה כ"ע מודו דהמיגו מסייעו להחזיק כח האמתלא ומה שאמר מלתא יתירתא אינו אלא להחזיק דבריו.

ומכ"ש לפי מש"ל לצדד דאפשר שהוא אמתלא טובה א"כ לית לן להחמיר כולי האי ולפי מה שבררנו שיש כאן מיגו א"כ אין להחמיר ג"כ בשביל שהוחזק למ"ד יום דהא אף היכא דאיכא חזקת א"א גמור' אמרינן מיגו וכמ"ש בנ"ב סימן. ומוכח הכי מגיטין ד' ס"ד אי אמרה קמאי דידי לגירושין כו' (וביבמות אמרינן מיגו טובא לגבי חזקת א"א אלא דשם י"ל דחזקה דדייקא מרע לחזקה דא"א ואף שבאו"ת בכללי מיגו העתיק דלא אמרינן מיגו במקום חזקת א"א ועיינתי בכה"ג וראיתי שכתב וז"ל מיגו להוציא מחזקת א"א בעדות ברורה לא אמרינן מהריב"ל ורבינו ב"י באה"ע סי' קנ"ו לדעת הרשב"ם ורבינו ירוחם ומדבריו שם מוכח דלדעת הרמב"ם אין ללמוד זה עכ"ל) וכוונתו מבוארת למ"ש שם דדוקא במוחזק באחים אז מהימן יש לו בנים אבל אם ידוע בעדים שיש לו אחים וא"כ היא בחזקה ליבום עפ"י עדות ברורה לא אמרינן מיגו ועיין בב"י סי' קנ"ז בשם רי"ו ונראה שכוונתם בזה ליישב הא דהקשו הפוסקים שם דהאיך אמרינן כאן מיגו ובעלמא מספקא לן אי אמרינן מיגו במקום חזקה.

ולזה באו לתרץ דהכא שמה שהוחזקה ליבום אינו מצד שהיה מתחלה עדות ברורה רק מעיקרא בחזקה אתינן עלה שפיר מהימנה במיגו ועכ"פ מבואר מזה דכל שאין החזקה מחמת עדות ברורה שפיר אמרינן מיגו. וא"כ פשיטא בנ"ד שהחזיקה בזה אינו צד עדות ברורה דאמרינן מיגו ואפילו למאן דפסיק התם כר"נ וס"ל דלא אמרינן מיגו דעקרה חזקה לגמרי כגון דמוחזק באחי ואומר אין לי אחים ומדמי ג"כ חזקה זו לשאר חזקות דמספקא לן אי אמרינן מיגו כמבואר בדברי הרא"ש בקידושין מ"מ מודה בזה כיון שאינה חזקה רק שנצמח מפיו לבד ועל ידי אמירתו לבד הוחזק שפיר מהני מיגו לכ"ע.

ובאמת דברי הרא"ש בזה ושאר מפורשים שכתבו לדמות הך דקידושין להך דב"ב צ"ע שהרי י"ל דשאני התם דחזקה מצד סברא הוא דחזקה אין אדם פורע וכיון דמגו נמי מצד סברא הוא דמה לו לשקר אמרינן מאי אולמי האי סברא מהאי סברא משא"כ חזקה דמעיקרא דהיינו שאין לב"ד הנולד וההשתנות כההואדויצא הכהן כו' אפשר דשפיר מהני מיגו דסברא הוא שכך אירע הענין במקרה שנשתנה.

וכה"ג חילק מהרי"ק ומהרי"ט בתשובה לענין הא דאמרינן בעלמא לאוקומי חזקה נגד חזקה. ואמנם נראה כוונת הרא"ש בזה דס"ל דהתם שהיה מוחזק באחים והוא אומר אין לי אחים ואנו רוצים להאמינו ע"ז במיגו כמיגו במקום חזקה מצד סברא דמי דבשלמא אם היה אומר שיש לו אחים ומתו או יש לו בנים אין זה רק כסותר החזקה דמעיקרא שהיתה מוחזקת ליבום אבל כשהוא מוחזק באחים והיינו שהוחזק כן זמן רב וע"י המנהג ההרגל ועתה הוא אומר שאין לו ובא לעקור דבר זה שהיינו מוחזקין בו מצד אומדן הדעת גם זה חזקה מצד סברא הוא ולא מהימן במיגו ועיין בדברי אא"ז בבכ"ש בקידושין שהשיג על הב"ש שהקשה על ראי' הרמב"ם ממכה אביו ואמו והוא מהירושלמי דא"כ הוה ליה למילף בש"ס דידן דאזלינן בתר חזקה וע"ז כתב שאין הנידון דומה דהתם הדבר ידוע בבירור וספק שמא נשתנה אח"כ אבל בההוא דמלקין כו' הוא דבר שאין ידוע בבירור אלא מחמת אומדנא מחזיקין שהוא כך ע"ש ונראה שר"ל די"ל חזקה זו שהוא מצד סברא ואומדנא עדיף.

ולפ"ז גם בנ"ד דהוחזק זמן רב וחזקה דמחמת אומדנא הוא ולא נימא בו מיגו לדעת הרא"ש אבל כבר כתבנו דחזקה דהכא שאינה רק מפיו לכך גרע טפי וכמ"ש הרא"ש בתשובה וכן משמע חילוק זה במהרי"ק ועיין בספר קרן אור שהביא שם תשובת אא"ז הגאון בעל ת"ש ותשובת הגאון בעל פ"י ז"ל בענין מיגו במקום חזקה ומצאתי שם בדברי הגאון בעל פ"י שכתב שם ג"כ חילוק זה דהיכא דאין החזקה רק מפני עצמו שפיר אמרינן מגו במקום חזקה ושמתתי ועכ"פ אין לדמות הך החזקה לחזקה דאין אדם פורע שהוא חזקה אלימתא שמוציאין ממון על פיו משא"כ כאן דאפילו תימא דספקא אי חזקה כי האי עדיפא או מיגו ספיקא לקולא.

וגם דעת כמה פוסקי' דהאי בעיא נפשטה בדוכתא אחריתי דאמרינן מיגו במקום חזקה ועוד נלענ"ד דע"כ לא מספקא לן אלא היכא דאע"ג דנימא מיגו מ"מ החזקה בדוכתא קיימא כגון ההוא דאין אדם פורע שהרי אי אפשר לומר דחזקה זו מעיקרא טעותא הוי וכן בההוא דקידושין אע"ג דמחמת המיגו אמרינן דחזקה דאחים מעיקרא בטעות הוי מ"מ אדרבה גרע טפי שבאנו לסתור במיגו זו ולעקור החזקה לגמרי וכמ"ש הרא"ש שם משא"כ בנ"ד שזה באמת אומר אמתלא אלא שאנו מפקפקים באמתלא זו החזק הוא הרפה וע"י המיגו אנו מחזקים האמתלא לומר שכדבריו כן הוא והחזקה שהחזקנו ע"י דבריו הראשוני' בטעות הי' שלא אמר כן רק מחמת האמתלא אין זה דומה למיגו במקום חזקה כלל.

וכה"ג כתב המרדכי הנ"ל פ"ג דקידושין מתשו' מהר"מ בענין השליח שלא אמר מקודשת לי דאע"ג דעד אחד לא מהימן היכא דאיתחזק איסורא היינו דוקא היכא שגם לדברי העד עכ"פ ג"כ אתחזק משא"כ היכא שלדברי העד מעיקרא לא איתחזק כלל

ע"ש. וה"נ לענין מיגו י"ל כה"ג וזה י"ל טעם רמ"א ופ"י דמבואר מדבריהם דאף בחזקה דלמ"ד יום מהני אמתלא משום דע"י האמתלא אנו עוקרין החזקה למפרע ואמרינן שהוחזק בטעות והב"ש סבירא ליה דאין לעקור החזקה מחמת האמתלא.

אבל היכא דאיכא נמי מיגו נראה דגם הב"ש מודה דע"י המיגו אנו אומרים שהאמתל' אמת והחזקה מעיקרא ליתא ובנידון זה שהוא דרבנן נראה שאין להחמיר בכה"ג שיש מיגו ואמתלא אף שאין האמתלא טובה כל כך ומכ"ש שיש מקום לומר שהאמתלא טובה ואין לומר בזה ספיקא לחומר' כיון דרק מנהג הוא וכד"ס שספיקו להקל כמ"ש הב"ש בשם הד"מ להדיא וגם כי חומר' דאתי לידי קולא הוא דקא מפקע לו ממצות פ"ו ושבת שהוא דאורייתא.

ואדרבה אית לן למיזל לחומר' בספיקא דאורייתא ומכ"ש כשהוא בעצמו כן שעדיין הוא פנוי ומוטל עליו מצות פ"ו ושבת איך נבטל ממנו ע"י ספיקא דידן במידי דרבנן ומ"מ נראה שיש לאיים עליו בב"ד ולהודיעו חומר' חרגמ"ה הכל לפי מה שהוא אדם ואם כה יאמר כי בצדק אמרי פיו כי פנוי הוא לא נחשדו ישראל על כך ובפרט שהוא ג"כ מילתא דעל"ג כמש"ל כנלע"ד וה' ירום קרנו ישוה עליו הוד והדר.

בקודש נאדר. דברי אוהב בא בחיבה ותדיר זעירא מן חברייה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: סי' ב שאלה באיש אחד שאירע לו חולי ורקבון בביצה השמאלית שלו בעודנו נער קטן והיה מסוכן מאוד.

ושאלו לרופאים ואמרו שאין לו תקנה עד שיחתכו הביצה וכן עשו לו וכעת הגדיל ונפשו בשאלתו אם מותר לבוא בקהל ישראל. ונשאלתי מחכם מופלג אחד שצידד בזה בכחא דהיתרא וביקש ממנו לחוות דעי בזה תשובה עיקרא דהא מילתא תליא באשלי רברבי דאמרינן ביבמות אמר ר"י בנו של ר"י ב"ב שמעתי מפי חכמים בכרם ביבנה כל שאין לו אלא ביצה אחת אינו אלא סריס חמה וכשר סריס חמה ס"ד אלא הרי הוא כסריס חמה וכשר ודעת ר"ת וסייעתו דריב"ב מיירי אף בידי אדם.

והרמב"ן וסייעתו סוברים דריב"ב מיירי בידי שמים דווקא. והנה הרמב"ן נשען בזה על דברי בה"ג שכתב וז"ל וה"מ כ"ש בידי אדם אבל בידי שמים כשר אמר רבא דיקא נמי כו'.

למימרא דפצוע ממעי אמו כשר והיכא דכי איתילד בחדא ביצה הוא דהוא כשר דתניא אמר ר"י בנו כו'. והיכי דמי פצוע דכה כדתנן פצוע דכה כל שנפצעו ביצים שלו ואפילו אחת מהן כו'.

ומזה מבואר דמפרש דברי ר"י דווקא שנולד כך ממעי אמו וצריכין אנו לדחוק לפי"ז הא דנקט דאיתילד בחדא ביצה הוא לאו דוקא דה"ה אם נולד בלא ביצים כלל אלא משום דלא שכיח שהוא נולד ושני הביצים יהיו חסרים וכמו שנדחקו בדברי הש"ס בזה ואני תמה מאוד דמלבד שהדוחק הגדול מבואר ובפרט בדברי בה"ג דדינא קא בעי לאשמעין דממעי אמו כשר אף שנחסרו הביצים לגמרי והו"ל למינקט בהדיא דאף בשני ביצים כשר בכה"ג ולא הו"ל לסתום כ"כ במקום דאיכא למיטעי.

ובשלמא בעדות של ר"י ששמע בכרם י"ל דנקט הכי לפי ששמע אז על עובדא כזו דאיקלע קמייהו אבל פוסק וודאי צריך לפרש דבריו בכל כה"ג אף גם זאת תמה אקרא על מה שבאו לכלל ישוב בהא דנקט ביצה אחד משום דשכיח נקט דהתינח לשיטת הש"ג בשם ריא"ז דבי"ש היינו שנולד כך ממעי אמו.

משא"כ לפי מ"ש רש"י דאף ע"י רעמים וברד מיקרי בי"ש והוא דעת כל הפוסקים וגם רוב הפוסקים סוברים דגם ע"י חולי מיקרי בי"ש וכמ"ש לקמן א"כ מאי פסקא דנקט ביצה א' דאטו רעמים וברד או חולי בביצה א' שכיח דשלטי ובשניהם לא שכיח דדבר ברור הוא ששניהם מקרה א' להם ואין יתרון לשנים מן האחד לעמוד נגד חמת המציק אשר כונן להשחית אותם.

ולפי הגירסא דירושלמי דאיתא שם ר"י אומר כו' כל שאין לו אלא ביצה אחת אינו מוליד. וזהו סריס חמה כו' איכא למימר דבא להשמיענו דאפילו יש לו ביצה אחת מ"מ אינו מוליד ונ"מ דצריך לחזור על בניו כו' ומ"מ הוי כסריס חמה וכשר לבוא בקהל כיון דבי"ש הוא וה"ה לחסרו שניהם דפשיטא דאינו מוליד ומ"מ כשר.

אבל לפי גרסת ש"ס דילן דליתא בדברי ר"י הא מילתא דאינו מוליד א"כ מדנקיט ביצה א' משמע דאם חסרו שניהם אין דינו כסריס חמה וא"כ ע"כ דבידי אדם מיירי. ולולי דברי קדשו דהרמב"ן היה אפשר לומר דלענין פציעת ביצה שפיר מסתבר לחלק בין בי"ש ובין בני אדם.

דאם נולד בביצה אחת אפשר דהזרא בריא והפצוע מתרפא משא"כ בידי אדם ומה דאיתא בספרי פ"ד חוזר יבואר לקמן משא"כ אם ניטלו הבצים לגמרי דוודאי ליתא בחזרה אף אם הוא בי"ש א"כ אין לחלק בזה בין בידי אדם ב"ש ואדרבה היה אפשר לומר דחסרה אחת בי"ש גרע טפי שלא היה מוכשר מעולם להזריע כדרך כל הארץ שמולידים זרע ע"י שני בצים משא"כ היכא שניטלו אח"כ אפשר שאין חדרי הזרע מתקלקלין ע"י נטילת ביצה וכמ"ש ר"ת וסייעתו דטובא איכא דמולדין ע"י נטילת ביצה אחת.

ולכן קאמר בה"ג דאף אי אתיילד בחד ביצה הוי דינא שהוא כסריס חמה וכשר. וה"ה כשניטלה דהכי קים להו דניטלה לגמרי אינו מבטל זריעתו והיכי דמי פ"ד כגון שנפצעו כו'.

ולפ"ז אפשר דאם חסרו שני הביצים אפילו נולד חסר הוא פסול דע"כ לא מכשרינן בנוולד כך אלא בפצוע משום דבי"ש חוזר להכשירו וכדכתיבנא. וקצת סיוע יש לדברי מסוף דברי בה"ג שם שכתב פ"ד וכ"ש סריס אדם כו' ואם קדם לייבם קנה ואסור לקיימה ומוציאה בגט ואפילו ניקבו ביציו או נימוקו בצים או חסרו בצים או שניקבה ביצה או שנימוק' ביצה אחת לא יבא בקהל ה' עכ"ל.

עיניך הרואות דלענין ביצה א' נקט ניקבה ונימוקה ואלו חסרה שיירה וזה משמע דס"ל דחסרון ביצה א' אינו פוסל ואפילו חסרון במקצת אינו פוסל כל שאינו דרך פציעה ואפילו תימא דדווקא חסרה כולה אינו פוסל וכמ"ש ר"ת לדמות לטחול מ"מ כיון שבכלל שחסרה הוי נמי חסרה כולה ובכה"ג ס"ל להכשיר כדברי ר"י בנו של ר"י.

ולכך השמיט חסרה אחד וראיתי בשאלות דרב אחאי גאון פ' כי תצא דשם איתא ככל לשון בה"ג מרישא לסיפא רק במקום שכתב בבה"ג והיכא דכי איתיילד איתא שם והיכא דלית ליה אלא חד ביצה כו'. ולשון זה אפשר לפרש אפילו בידי אדם ומה דמסיים שם ואפילו אחד מהן ואפילו ניקבה ואפילו נימוקה וחסרה עכ"ל.

הך חסרה י"ל שחסרה מקצת ממנה וכמ"ש רש"י לפרש ואפילו חסרה וניקבה היינו נקב מפולש בלא חסרון וכמ"ש הפוסקים ז"ל אבל חסרה כולה אף בידי אדם כשר וצ"ע והרי"ף ז"ל הביא הברייתא כצורתה. והרא"ש ז"ל כתב בדעתו דמשמע דפליגי רבנן ור"י בנו של ריב"ב והלכה כרבנן וכ"כ הנ"י בדעת הרי"ף ולפענ"ד צ"ע דוודאי אם נאמר דפליגי מסתבר לומר דהרי"ף דעתו לפסוק כרבנן אבל באמת אין הכרע כלל לומר דפליגי אלא או דסבירא ליה דר"י דווקא בנטיילה לגמרי מכשיר וכדעת ר"ת או דר"י ב"ש ובהכי א"ש מה שהביא הרי"ף דברי ר"י בסתם והו"ל לפרושי דלית הילכתא כוותיה דכיון דמתניתין דכרמא הוא איכא למיטעי ולפי מ"ש דלא פליגי א"ש.

ומצאתי בספר הזכות להרמב"ן ז"ל שהביא שם דברי הראב"ד ז"ל שמשגי על הרי"ף ומשמעות השגתו דה"ל לפרושי דהלכה כר"י בזה ואפילו בידי אדם שמעשים בכל יום בב"א שלוקים בביצה אחד והרופא חותכה והם מולידין. והרמב"ן מגן שם בעד הרי"ף.

וכתב שאחרים מפרשים (דברי הרי"ף) דר"י לא פליג את"ק דמודה ר"י בניקבה ונימוקה אבל ניטלה לגמרי מכשיר כו' ואנו תפוסים מבה"ג דר"י בידי שמים קאמר כו'. ועכשיו נתברר דעת רבינו בהלכות שכתב הברייתא סתם] ולא פסק בה הלכה שאין ר"י חולק כלום אלא עדות העד ומקבלין ממנו עכ"ל מבואר כמ"ש.

ונראה דהרא"ש סובר דאם היה הרי"ף מפרש דר"י מיירי ב"ש ג"כ היה לו לבאר זה ומכ"ש אם הי' סובר כר"ת וכמ"ש שם דמידי דבעי טעמא הוא אבל לפי דברי הרמב"ן נהפוך הוא דאם איתא דס"ל דפליגי הי' לו לפרש הלכה כמאן וכמו שהקשה הראב"ד אלא ע"כ דרי"ף סובר דלא פליגי. ולפ"ז אפשר דהרי"ף סובר כר"ת שדוחק לפרש דמיירי ב"ש דהא הרי"ף מייתי בתר הכי הא דאמר שמואל ב"ש כשר ומשמע אפילו בתרווייהו וא"כ ל"ל לאתויי הא כלל ואע"פ שי"ל שדרך הרי"ף לכתוב הברייתא כצורת' כל שאינו סותרת הדין וכיון דהוצרך לאתויי הברייתא לאשמעין דאפי' ניקבו כו' אייתי נמי האי דר"י מ"מ הא גופא קשיא דמה חדית לן שמואל במה דאמר פ"ד ב"ש כשר.

ומ"ש דמתניתין דכרמא שמייע ליה הכי מ"מ ה"ל למימר בסתמא הלכה כר"י וכעין זה מקשינן בכמה דוכתי גנבא גנובי כו'. וע"כ לומר דמהך דר"י לא שמעין רק היכא שחסר לגמרי ב"ש והוה ס"ד דפצוע גרע טפי ואפי' ב"ש פסול וכראיית ר"ת מטחול קמ"ל דגם בפצוע הדין כן.

ובהכי א"ש לדידהו מה שקשה לכאורה למה מייתי דרבא דקאמר דיקא נמי דקרינן פצוע וכן הא דאמרינן תנא לא יבא ממזר כו' אמילתיה דשמואל וה"ל למימר כך אמילתיה דר"י ולפי מ"ש, א"ש דר"י מיירי לענין חסר לגמרי דמסתבר טפי להכשיר ורבא מייתי סיעתי' דפצוע נמי הדין וכן מוכח בהיקשא דממזר.

אלא דלפיי"ז איכא למימר דקושטא דמילתא הכי דחסר לגמרי כשר טפי מפצוע ואפילו בידי אדם מפלגינן בהכי. ועכ"פ לפי מ"ש אין הכרח בדעת בה"ג והרי"ף ז"ל שיחלוקו על ר"ת בזה.

אולם דעת הרמב"ם והרמב"ן והרשב"א ז"ל בביאור שחולקים על ר"ת וסייעתו וכ"כ הנ"י בשם הרא"ה והריטב"א ז"ל וכן משמע דעת ה"ה ז"ל. וכבר כתבתי שמה שכתבו ליישב הא דנקט ביצה אחת משום דלא שכיח שיחסרו שניהם הוא דחוק מאוד גם יש לתמוה לפי מ"ש הרמב"ן דאין לו אלא ביצה אחת מתחלת יצירתו משמע צ"ע.

דא"כ מאי פריך סריס חמה ס"ד דמאי קשיא ליה דהא קושטא דמלתיה הכי הוא. ומ"ש בנ"י לישב זה משום דסריס חמה משמע מתחלת ברייתו כדאמרינן לקמן שהוא לקוי ממעי אמו לכאורה תמוה.

ונראה כוונתו לפי מ"ש רש"י דע"י רעמים וברד הוה בי"ש ולדעת כמה פוסקים אף מחמת חולי הוה בי"ש, וא"כ פריך שפיר דלמה נקט סריס חמה דהא בנידון זה כשר אף אם לא חסר ממעי אמו רק שנחסר אח"כ בי"ש. אך לפי מ"ש הרמב"ן דאין לו אלא ביצה אחת מתחלת יצירתו משמע אין מקום לישב זה דהא שפיר קרי ליה סריס.

ולפי דבריו צ"ל כמ"ש הנ"י אח"כ ועוד דסריס חמה אין בו חסרון אבר. ומ"מ צ"ע כיון דעיקר הא דמיקרי סריס חמה היינו משום דלא זרחה עליו השמש שעה א' בכשרות א"כ מהיכי תיתי לא יהיו שייכות לקרות זה שחסר ביצה ונעשה סריס ע"י זה סריס חמה ועיקר שם סריס הוא לפי שאין לאיש גבורתו הן מחמת חסרון אבר או ד"א הגורם לו ופשטא דמילתא הוא לפי מה ששנינו שם אמר ר"ע אני אפרש סריס אדם חולץ כו' סריס חמה לא חולץ הרי דסריס חמה הוי הפוכא דסריס אדם.

וכיון דפריך סריס חמה ס"ד משמע דזה באמת סריס אדם הוא. ועלה משני אימא הרי הוא כסריס כו'.

וגם צ"ע לפי מ"ש הרמב"ן דאין לו מתחלת יצירתו משמע דלמה באמת נקט ר"י הכי שהרי אף אם באמת נולד אח"כ בי"ש הדין כן. ולדעת הרמב"ן גופא אפילו ע"י חולי כבי"ש דמי וכמ"ש לקמן: ומ"ש הרמב"ן והרשב"א והרא"ש והריטב"א דבירושלמי איתא דר"י בי"ש איירי הנה התוס' דקדוקו בדבריהם דמשמע בירושלמי למסקנא דר"י בידי אדם מיירי והיינו משום דמעיקרא בעי לאוקמי הברייתא דבי"ש כשר כר"י ולבסוף מסיק דתרוייהו כרבנן ע"ש אך הרמב"ן בספר הזכות מייתי כל לשון הירושלמי בזה וכתב דמפורשת הוא דר"י בפ"ד בי"ש מיירי אלא דרב אחא מהדר לאוקמי תרתי מתניתא דכי קאמרי רבנן אפילו נקבו אפילו נימוקו כגון שהעלתה ביצה שלו חטטין ומי מחמיר בה (בירושלמי שלפנינו איתא מי מחכך בה וכן העתיקו פוסקים אחרים וכן משמע מלשון שאח"כ ומי מסית) מפני שהוא בידי אדם.

כלומר מחמת חולי ולא מתחלת ברייתו ומפני שהוא בי"ש דמאליו בא לו והיינו דקרינן ליה באידך ברייתא בי"ש ועלה קתני בין בידי אדם ובין בי"ש פסול והך מתנית' אחרית' דקתני בידי שמים כשר כגון שנולד פצוע כו' עכ"ל. ולפ"ז צ"ל דלמסקנא לא פליגי רבנן

עם ר"י דלתרווייהו נולד כך כשר ובידי אדם פסול ולא משמע כן בירושלמי דקאמר בשם כמה אמוראים הלכה כר"י כו'.

מכלל דפליג כמ"ש הראב"ד ודוחק לומר דלפי דברי רב אחא באמת לא פליגי. גם צ"ע לפי מה דכתב הרמב"ן בשם הרמב"ם להכשיר כל בי"ש ואפילו ע"י חולי וחטטין וכן הדברים מטין כו' וע"כ לומר דאע"ג דבמסקנת הירושלמי מוקמינן הא בכה"ג וזהו מחלוקת שבין ר"י לרבנן דבנולד לד"ה כשר ובנכרת ע"י אדם לד"ה פסול.

כי פליגי ע"י חולי וחטטין וה"ל לר"י למימר שמעתי שע"י חולי וחטטין כשר. איברא שלענ"ד בלא"ה דברי הירושלמי צריכין ביאור מ"ש הוי בעיין מימר מאן דמר בי"ש כשר ר"י בנו של ריב"ב מאן דמר בי"ש פסול רבנן כו'.

ובאמת לא נזכר בדבריהם פלוגתא בזה ואדרבה גם מדברי רבנן נשמע דבידי אדם מיירי דוקא מדנקט כל שנפצע ביציו ולא נקט כל שביציו מפוצעים וכמו דדייק רבא מדקרין פצוע כו'. ולכן נלענ"ד בביאור דבר הירושלמי עפ"י מה דאיתא בתוספתא דיבמות פרק יו"ד אחר דברי ר"י בנו של ריב"ב קאמר אמר ר' יוסי מעשה באחד בכפר מנדין שעלה לראש זית ונפל ונפצעה אחת מביציו ובא ובעל את אשתו ומת ושאלו את ר' יוחנן ב"נ אמר להם עד שאתם שואלים שתתייבם שאלוני מהו שתאכל בתרומה שנפסלה מן הכהונה ופסולה מלאכול בתרומה עכ"ל.

הנה מבואר למעיין דר"י לפלוגי אדר"י אתא מפסקא דר"י ב"נ דאפילו בנפצע בביצה אחד פסול. ולכאורה תיקשי מנ"ל לר"י לאפלוגי אדר' ישמעאל מעובדא דר"נ ב"י דלמא כששמע ר"י מהחכמים בכרם היינו כשהוא בי"ש ועובדא דר"י ב"י בידי אדם הוא.

וע"כ לומר דס"ל לר"י דליכא לפלוגי בהא בין בי"ש ובין בידי אדם כלל ור' ישמעאל ס"ל דלא פליג פסקא דריב"נ על עדותו מחכמים בכרם דהתם בידי אדם והכא בידי שמים. וא"כ א"ש הא דקאמר הווי סברי מימר דהא דתני בידי שמים כשר ר"י כו' ולפי הס"ד דהירושלמי הי' צ"ל דדוקא בביצה א' יש לחלק בין בידי אדם ליי"ש ולכך נקט ביצה א' דוקא.

ולזה קאמר רב אחא דאיכא לאוקמי כולה כרבנן משום דאיכא תרי גווני בי"ש. שהפצעים באים ע"י חיכוך בחטטים אלו ואידך גווני שנולד כך זהו בי"ש גמור דכשר אף שנפצעו שניהם ולפ"ז כי בעינן לאוקמא מילתא דר"י ששמע בכרם ע"כ דלא מיירי בי"ש דהיינו שנולד כך דא"כ לא הוה פריך ליה ר"י ממעשה דריב"נ.

דהא בי"ש כה"ג כ"ע מודו דכשר אפילו בשני הביצים וע"כ דמיירי בידי אדם ואפילו בשעלתה חטטין נמי בידי אדם מיקרי ואפ"ה מכשיר. ולהכי שפיר פריך ליה ר"י מעובדא דריב"ל ולפ"ז אי קי"ל כר"י בנו של ר"י ב"ב בהא אפילו בידי אדם נמי כשר ובשלמא לפי הס"ד שלא היה יודע לפרש הברייתא דבי"ש פסול דמיקרי בי"ש כשעלתה חטטין והי' סובר דבי"ש היינו שנולד כך ואפ"ה פסול והכי ס"ל לר"י ולכך פריך לר' ישמעאל מעובד' דר"י ב"נ דס"ל דאין חילוק בין בי"ש לבידי אדם כלל.

ור' ישמעאל ס"ל דלענין ביצה א' שפיר יש חילוק בין בידי אדם לבידי שמים. דבשביל חסרון ביצה א' לא הוה סריס גמור ואע"פ שאינו מוליד מ"מ הוה כסריס חמה.

משא"כ כשחסרו שניהם אע"פ שנולד כך מ"מ כיון שחסר כל עיקר כלי הזרע אין להכשירו. או אפשר דגם בחסר שניהם מכשיר רק דלא שכיח כמ"ש הרמב"ן.

ולכן שפיר רוצה לאוקמא הברייתא דמכשיר בי"ש כר"י וברייתא דפסול כרבנן. משא"כ אליבא דרב אחא דאמר כולה רבנן ובנולד כך אפילו רבנן מכשרי.

וא"כ במאי פליג ר"י על ר' ישמעאל וע"כ דר"י מכשיר בכל גווני אפילו בידי אדם דליכא למימר דר' ישמעאל לא מכשיר כ"א כשנכרת ע"י חטטין וס"ל דבכה"ג בידי שמים מיקרי. ור"י פליג עליו ומדמי ליה לנפצעו ביציו ע"י נפילה שאפילו באחת פסולה דפשיטא דכל זה אינו במשמע בדברי ר' ישמעאל ור"י כלל.

ואין להאריך. ועכ"פ מפשיטות דברי התוספתא למדנו דר' ישמעאל אף בידי אדם מכשיר מדמייתי עלה ר"י מהא דנפל מראש הזית.

גם מבואר דלא מחלקינן בין ניטלו לנפצעו וכמ"ש ר"ת ז"ל דהא עובדא דר"י ב"נ בנפצעו א' מביציו מיירי. גם מוכח שהבין ר"י בדברי ר' ישמעאל דשריותא דידי' משום שאין החסרון רק א' מביציו לבד ולכך מייתי מהאי דנפצעו אחת מביציו.

ואילו לדברי הרמב"ן ודעימי' ר"י בי"ש מיירי ולא דווקא נקט אחת מביציו. ולדבריהם צ"ל דר"י לא קאי כלל על ר' ישמעאל רק מילת' באנפי' נפשי' קאמר דפסול בנפצעו א' מהן שבדברי ת"ק שם בתוספת' לא נזכר זה דפסול אפילו בי"א וזה דוחק גדול שלמה הפסיק באמצע בדברי ר"י כיון דמילת' אחריתי הוא דמיירי בי"ש.

ולפי דברי ר"ת י"ל דתלמוד' דידן דלא הזכיר בדברי ר' ישמעאל שאינו מוליד וזהו גירסת הספרי שפיר י"ל דלא פליג את"ק וס"ל דנפצעה גרע מניטלה דבניטלה יש לו רפואה ואפשר שמוליד ולא ס"ל כהברייתא דתוספתא דר"י דפליג אר' ישמעאל משא"כ התוספתא ס"ל כירושלמי דגרס בדברי ר' ישמעאל שאינו מוליד (אעפ"י שבתוספתא שלפנינו לית' אפשר שנשמט זה מחמת ט"ס) ולפי"ז ס"ל דאין לחלק בין נפצעה לניטלה כדמשמע מדברי ר"ת.

ולהכי מייתי שפיר מעובדא דריב"נ. ומ"מ ס"ל לר"ת דהילכתא כר' ישמעאל בזה דמתניתין דכרמא הוא.

וגם בירושלמי דעת האמוראים) לפסוק כר"י ויותר נראה לשיטת ר"ת דכיון דת"ק לא הזכיר הדין רק בשניהם ע"ז קאמר ר' ישמעאל להכשיר בניטלה א' ור"י קאמר לפסול בנפצעה א'. וכ"א מה דשמיע ליה קאמר ולא פליגי כלל ולפי דברי הרמב"ן דר"י בי"ש ולא דווקא אחת ור"י בא לאשמעינן בנפצעה בידי אדם אפילו אחת פסול ואחת מביציו הוא דווקא דהא כל עיקר שאלתם מהו שתתייבם לפי שלא נפצעה רק אחת ועלה השיב להם דפסול מתרומה כו'.

וזה דוחק גדול כיון שבדברי ר"י א' דווקא. גם בדברי ר' ישמעאל יש לנו לומר דאחת דווקא הוא.

גם יש לתמוה לפי שיטתם הא דאמר בירושלמי דאמר שמואל אם יבוא לפני בעל ביצה אחת אני מכשירו דאם איתא דבי"ש קאמר לא הו"ל למינקט האי לישנא כלל אלא הו"ל

למימר אם יבוא לפני פצוע או ניטל ב"ש אני מכשירו וכלישנא דאמר שמואל בתלמודא דידן פ"ד בידי שמים כשר ומדדייק בלישנא בעל ביצה אחת משמע ודאי דדווקא קאמר.

גם לפי דבריהם לא ידעתי לפרש הל' דקאמר בירושלמי ובלבד של ימין. ואפילו לפי הגירסא ובלבד שלימין והוא תיבה א' צ"ע אם לא שנפרש דדווקא אם הם שלימים בשעת נטילה אבל אם נפצעו בתחלה ואח"כ ניטלה פסול וכמ"ש הרא"ש והטור אך מדברי הרמב"ן גופי' משמע דגירסתו של ימין וצ"ע: אך עדיין אנו צריכין למודעי ליישב על שיטת ר"ת מה שהקשה הרא"ש דלפי מ"ש הירושלמי דאינו מוליד א"כ ע"כ דבי"ש איירי דאי בידי אדם הא לא גרע מגובתא דש"ז דאסתתם וכו' והנה הרא"ש בהא עובדא דגובתא כתב וז"ל וע"י חולי ולקוי בא ולא ממילא דלא גרע מכ"ש בידי שמים דאינו מוליד וכשר עכ"ל.

ואזיל לשיטתו דס"ל דע"י חולי לא הוי כבידי שמים. אבל לשיטת רוב הפוסקים הסוברים דע"י חולי כבי"ש דמי הדבר צריך ביאור דהא כל בי"ש כשר והרא"ש בתשובה כלל ל"ג סימן ד' הבי' ראי' מירושלמי הזה דכל בי"ש אע"פ שאינו מוליד כשר וכתב וההוא עובד' דאיסתתם גובתא כו' איכא למפרק דאיסתתם בידי אדם ע"י מכה עכ"ל.

ומשמע דס"ל דאפשר שיסתתם גובתא ע"י אדם. שהכה בגיד וזה קרוי בידי אדם.

ונלענ"ד שחסר תיבה א' בדברי הרא"ש וצ"ל דאיסתתם ע"י אדם או ע"י מכה. ור"ל ע"י חולי וליקוי (וכמ"ש באשירי) אמנם מדברי מהר"א ממיץ נראה דס"ל דא"א שיסתתם ע"י אדם שהרי כתב ע"ז אההוא עובדא דגובתא שאין לפסול האדם הזה משום פסול פצוע דכא שהרי סתימא זו שנסתתם שבילו בי"ש היתה ואמר שמואל פ"ד בידי שמים כשר כו'.

אלמא דס"ל דא"א שיסתתם ע"י אדם. וכבר כתבתי בתשובה א' שי"ל בדעת הרא"מ דאע"פ דשלט בו ידי אדם שהכה אותו במקום זה מ"מ כיון דסתימא זו שנסתתם השביל לא חלו בה ידי אדם רק מחמת המכה עלה קרום שסתתם אותו הרי זה כמחמת חולי שדינו כבי"ש.

וא"כ כדי ליישב הך עובדא צריכין אנו לומר כמ"ש הרא"מ דהך עובדא לא נאמרה לענין לפסול האיש לבוא בקהל רק לענין הבן הנולד לאשתו דכיון שהוא אינו ראוי להוליד הבן ממזר ע"ש. ולפי"ז לא ק"מ על ר"ת דר"ת קאי בשיטת תלמידו וא"כ לא קשה מהך עובדא דגובתא כלל דשפיר י"ל דמה שאינו מוליד אינו פוסל כלל בין בידי אדם בין בי"ש.

והרא"ש גופו בתשובה הנ"ל הביא בסוף דבריו דברי הסמ"ג דלעיל ונסתייע מזה להכשיר האיש בקהל ע"ש. אך הרא"מ סובר גם בניקב הגיד פסול היינו שהבן פסול דהוי ממזר אבל האיש עצמו כשר.

והטור כתב דהלשון משמע כן וכן דעת הב"י ע"ש ופשיטא דלא מסתבר לפרש הך דניקב פסול הוא לענין האיש ועובדא דגובתא הוא לענין הבנים כדפירש הרא"מ דהא משמע וודאי דתרווייהו בחד ענינא מיירי. והילכך כיון דהך דניקב פסול על האיש קאי.

גם הך עובדא על האישי גופא קאי ומיירי באמת היכא שנסתם ע"י אדם כמ"ש הרא"ש. וא"כ אם נתפוס להלכה בהך עובדא כדעת הטור והב"י א"כ גם בהא דניטל ביצה א' בידי אדם אין להכשיר כיון דמבואר בירושלמי דאינו מוליד וכדברי הרא"ש ז"ל אך לענ"ד נראה ליישב דהך עובדא דגובתא נראה דמיירי דהיכא דניקב ונפסל ואח"כ נסתתם וע"י סתימה זו נסתם הגובת' של ש"ז ואפיק במקום קטנים.

ובזה היה סובר רב ביבי לאכשורי דהא עכ"פ יש כאן סתימה וקיימ"ל ניקב ונסתם כשר וע"ז קאמר רב פפא דז"א דכיון שלא במקומו לא מבשלא אין זה בכלל פסול החוזר להכשרו דדווקא כשחזר לכמות שהיה. אבל כיון שסתימה זו מקולקלת לענינה שע"י זה הזרע הולך דרך עקלתון ואינה מתבשלת כראוי אין סתימה זו מועלת כלל.

ולקמן אבאר בלשון הסמ"ג והב"ח בזה. ובזה יש ליישב ג"כ מה שהקשה הרא"מ בספר יראים והביאו הסמ"ג ג"כ דהאיך אפשר לומר שהוא כרות שפכה כו' דהא בבכורות אמרינן ב' נקבים יש כו' ניקב מזה לזה ונמצא עקר ול"ג ונמצא כרות שפכה כו' והפוסקים לא כתבו בישוב קושיא זו כלל ואפשר דמהאי טעמא השמיט הרי"ף.

ודוחק לומר משום דלא שכיח וכמ"ש הרמב"ן בספר הזכות כיון דאמרינן בש"ס דאיתרמי' עובדא הכי ואפשר דס"ל דמדחיא הא מלתא דרבי פפי מקמי ש"ס דבכורות דס"ל דמשום האי לא מיפסיל. ואם בשביל ללמד דחוששין על הבנים זה מלתא דלא שכיחא שיקח אשה ותוליד ע"י זנות דזנות דא"א לא שכיח וכיון דאינו נפסל ע"י זה רק דאינו מוליד השמיט הרי"ף ז"ל אך לפ"ז י"ל דהפוסקים החולקים על הרא"מ ונקטו הסוגיא כפשטה דניקב פסול לבוא בקהל ס"ל דודאי אין לדמות ניקב הכא להך דבכורות דהכא בניקב הגיד גופי' נקב מפולש מיירי ובכה"ג יש עליו שם כ"ש משא"כ בבכורות דמיירי שקליפת שום המפסיק בין שביל השתן לשביל הזרע ניקב מזה לזה בזה אין לו דין כרות שפכה רק שנעשה עקר.

ואין מקום להקשות רק מסוגיא דבכורות אעובדא דגובתא דהתם החשש לפי שניקב מזה לזה דלא מסתבר שיהא נקרא כרות שפכה מחמת סתימת גובתא דש"ז רק החשש כיון דאפיקבמקום קטנים ע"כ שניקב מזה לזה ובהא ודאי איכ' לאקשווי מבכורו' דאמרינן התם דעקר הוא דהוי ולא כ"ש. ולפי מ"ש דעובדא דגובתא מיירי שמתחלה ניקב הגיד נקב מפולש באופן שנפסל על ידו ואח"כ נסתם וע"י סתימה זו איסתתם גובתא דש"ז ובזה אמר דסתימה זו לא מהני א"כ א"ש נמי הך דבכורות דהתם לא נעשה נקב בגיד גופי' כלל אך מדברי רש"י שכתב סבר לאכשורי שאין כאן לא פצוע כו' לא משמע כן.

אך נלפענ"ד דאפילו תימא דהתם כיון שניקב שביל הזרע מיפסל והיינו משום דבכה"ג נכרת הגיד קרינן ביה דאין חילוק בין אם נכרת כולו או מקצתו אלא כיון שנכרת באופן שנתקלקל מהלך הזרע בכלל כ"ש הוא וכדאמרינן התם שע"י כריתה שופך ושלא ע"י כריתה מקלח ולכך פסול כהוא דגובתא מ"מ לענין ניטל ביצה א' כיון דר"י שמע בכרם שמה שהקפידה תורה בביצים דווקא על שניהם הקפידה וע"כ קיבלו כך מהלכה או מאיזה לימוד שיש ע"ז א"כ לא איכפת לן שאינו מוליד כיון דמ"מ לא מיקרי כרות הביצים כ"א בשנים ולא באחד.

משא"כ בגובתא דשפיר יש כאן כריתה דנקיבה כריתה הוא וכיון דרב פפי אמר שלא במקומה לא מבשלה ממיל' דע"י כריתה שופך ואינו מקלה וכ"ש מיקרי ועיין בבכורות דף מ"ד אין לו ביצים אין לו אלא ביצה אחת זהו מרוח אשך. ר"י אומר כל שנמרחו אשכיו כו'.

והכ"מ פ"ח מהל' ביאת המקדש כתב בשיטת הרמב"ם דאין לו אלא ביצה אחת היינו מתחלת ברייתו אבל בנימוחו אשכיו לא מיפסל עד שימוחו שתיהם ואע"ג דבקרא כתיב מרוח אשך בלשון יחיד פירושו שאין לו שום אשך ע"ש ולפ"ז אפשר דקים להו לחכמינו ז"ל ללמוד משם לכאן דג"כ לא מיפסל כ"א בשניהם.

ואע"ג דחסר ביצה א' פסול התם אף מתחלת ברייתו משא"כ לענין פסול קהל שלא פסלה תורה כ"א כשבא ע"י אדם ואמרינן מסתמא לא הקפידה תורה כ"א כשסיבת הפסול הוא בשניהם כמו התם דלענין הפסול שבידי אדם שפיר ילפינן להו מהדדי ולכן בביצה א' אף בידי אדם כשר אע"ג דאינו מוליד דאין הפסול בשביל שאינו מוליד כלל וכמו סריס חמה כשר.

אך צ"ע על הכ"מ דשם בש"ס קאמר קשיא ליה לר"י חסר אשך מבעיא ליה ולכך מפרש שנמרחו אשכיו משמע דבפירוש תיבת אשך אם פירושו שלא נשאר אשך או קאי על חד אשך בלחוד לא פליג עם הת"ק. ואפשר דהש"ס קיצר בדבר ובוודאי בהא פליגי רק דבא לפרושי למה נייד ר"י מלפרש מרוח היינו חסרון ע"ש: אמנם הרמב"ם שם פ"ז לענין מעוך ונתוק וכרות כתב דאפילו באחת מהן פסול ולפ"ז צ"ל דנמרחו גרע ממעוך כו' ובעינן שניהם דווקא וא"כ כאן דבכרות מיירי אין ללמדו ממירוח דהתם ובאמת צ"ע לפי דברי הכ"מ מה ראה הרמב"ם לחלק בין הפרקים דאי משמע ליה מלשון ר"י דקאמר שנמרחו אשכיו לשון רבים דאתרווייהו קאי א"כ מנ"ל לענין מעוך כו' דבחד מיפסל.

ואפשר דלא מסתבר ליה להקל בכרות אחד מהם דלא גרע מחסר מתחלת ברייתו וממילא דה"ה למעוך ונתוק. משא"כ נמרחו אשכיו שהוא ע"י חולי דווקא תרווייהו בעינן וצ"ע: וצ"ע לפענ"ד על הרמב"ן שכתב דלכך נקט ר"י ביצה א' משום דחסר שניהם לא שכיח דהא חזינן התם בבכורות דקתני אין לו ביצים אין לו אלא ביצה א' זהו מרוח כו' וכיון דחזינן לענין מומין דנקט תנא לאשמעינן דינא דאין לו ביצים אע"ג דלא איצטרך ליה אלא דרך לא זו אף זו מכ"ש כיון דה"ל לתנא למינקט לרבנותא אפילו באין לו ביצים כשר ב"ש ומכ"ש בביצה א'.

וא"ל דהרמב"ן מפרש דהתם מיירי בחסרון ע"י אדם ודלא כהכ"מ א"כ מוכח דשפיר מתפרש לישנא דאין לו אלא ביצה א' גם בניטל ע' אדם ודלא כמ"ש הרמב"ן דהך לישנא מתחלת יצירתו משמע. וע"ש דף מ"ב דנקט ג"כ במתניתין אין לו ביצים כו' לענין מומי בהמה ושם מיירי לענין חסרון מתחלה וע"ש בתוס' דף מ"ג ד"ה הא איכא יבלת ואין להאריך: ונלענ"ד להביא ראייה לדברי ר"ח דר"י מיירי בידי אדם מדברי הספרי פ' כי תצא דאיתא התם פצוע דכא אין לי אלא כולו מקצתו מנין תלמוד לומר וכרות שפכה כל שנכרת הגיד אמר ר"י בנו של ר"י ב"ב שמעתי בכרם וכו'.

ומשמע דהכי פירושו דת"ק מייתי ראייה דאף מקצתו דהיינו ביצה א' פסול מכרות שפכה דפירושו שנכרת הגיד דשם ע"כ אין לפרש שנכרת רגלו דא"כ לא שייך לא יבוא דלאו בר ביאה הוא כלל. וע"כ דגם מקצתו בכלל כרות שפכה הוא ה"ה לענין פ"ד גם במקצתו הדין כן ועלה קאי ר"י וקאמר דמקצתו היינו ביצה א' כשר דלא מיקרי כה"ג פ"ד כלל אלא כסריס חמה הוא ואין עליו שם פ"ד עד שיהא לקוי בשניהם כן נלפענ"ד בפירוש הספרי והובא בילקוט ג"כ ע"ש העולה ממ"ש דמדברי בה"ג אין הכרע כ"כ.

וגם מסתימת לשון הרי"ף אין מוכרע שדעתו להחמיר. אולם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והרא"ה ז"ל הם מחמירים בזה וכן הוא דעת הרמב"ם.

וכ"נ דעת הה"מ וכן נראה דעת הרא"ש ז"ל בפסקיו (ואעפ"י שבנימוקי יוסף קא חשיב הרא"ש בין המקילין אפשר שכוונתו על הרא"ש מלוניל. אך בב"ח כתב על דברי הנ"י שבפסקי הרא"ש לא הכריע ולפיכך לא הזכיר הטור דעת הרא"ש מזה ע"ש).

וכן משמע קצת דעת הטור. אולם דעת ר"ת והר"י והראב"ד ור"ש הזקן והסמ"ג והמרדכי והאגודה שהביאו דבריהם בסתם דעתם להתיר.

וכן הש"ג בשם ריא"ז כתב שר"ת מכשיר בזה ואין חולק עליו וכבר כתבתי דפשטא דתלמודא משמע הכי. ובספר התרומה הל' חליצה כתב וז"ל וכן סומכין העולם על אידך דעכו"ם ביבנה דתניא פרק הערל אמר ר"י כו' וע"ז סומכין העולם להכשיר בני אדם הניתוקן.

שכורתין מהם ביצה א' אע"ג דמתניתא פליגא עלי' כו' אע"פ שיש לחלק בין פצוע לסריס אינו נראה והעתיק דבריו בסמ"ג הל' חליצה. מבואר מזה דסוגיא דעלמא הכי הוה.

וגם הרא"ש בתשובה כלל ל"ג סימן ד' כתב בפשיטות וז"ל ואפילו ע"י אדם נחתכה ממנו ביצה שמאל כשר כדמוכח בירושלמי ושאלתות עכ"ל. ואפשר שלזה כיון הנ"י.

אלא שנראה דבפסקיו חזר בו וס"ל דהירושלמי מיירי בידי שמים. וכן משמע בתשובה שם שאחר התשובה הנ"ל במ"ש דההוא עובדא דגובתא ע"י אדם אלא דאפשר לפי מ"ש אח"כ ומיהו בספר המצות מפרש כו' לפי"ז שפיר מצינו לפרושי הירושלמי דקאי ג"כ על בידי אדם וכדכתבנא לעיל שוב עיינתי בדברי גדול האחרונים מהרש"ל ביש"ש יבמות סימן חי"ת שכתב על דברי הרא"ש והריטב"א ז"ל וחלילה שר"ת ור"י ור"ש הזקן שהי' בקי בכל הירושלמי יותר מכל אשר שמענו לא ידעו ולא ראו הירושלמי שהוא כנגדם ויביאו ראי' מתחלת דבריו ואל סופו לא יגיעו חלילה וחלילה כי מה שאמר הירושלמי הוא ס"ד דתלמודא וכו'.

ומה שהקשה הרא"ש מאחר דאינו מוליד מכל. לומר דלאו דווקא קאמר דאינו מוליד לעולם אלא בחזקת שאינו מוליד וכו' והנה הרבה חולקים על ר"ת כו' ותימא על דבריהם שהם רוצים לחלוק על עובדא דמייתי ר"ת והו' בנמצ' לעשו' ממזרים בישראל הלא ר"י לקמן גבי טומטום אין הלכה' כמותו לפי שמכחיש המעש' שהוליד כו' ואפי' את"ל שפי' ר"ת אינו אמת כו' מ"מ נרא' דאין פוסל אלא מי שנכרת כדי שלא יוליד או ע"י חולי שהי' כבר בביציו שהי' בהכרח להכריתו.

אבל לא שכורתים עכשיו הרופאים מחמת האבן או מחמת שבירת הגוף ויודעים לתקן הדבר היטיב ובבירור שיוליד ואינם מקלקלים החוטין כו' אין בידינו לפוסלו. וגם הרמב"ם לא עלה בדעתו לחלוק ע"ז כו' ע"ש.

והנה מ"ש דהירושלמי דקאמר אינו מוליד לאו לעולם קאמר כו'. לענ"ד בפשיטות י"ל דאינו מוליד בלא רפואה.

אבל מ"מ ע"י רפואה שפיר מוליד תדע שהרי מדמי ליה לסריס חמה דאמרינן שכן במינו מתרפאין באלכסנדריא כו'. ומ"ש דע"י חולי שהי' כבר בביציו גרע צ"ע דהוא גופא בסי' שאח"כ כתב להקל בזה יותר דהוי כבי"ש.

ואפשר דכאן מיירי בלא שלט קלקול כלל בבצים רק איזה כאב לבד ועי"ז הוכרח להכרית ביצה א' דבזה אין אומרים דמסתמא הרופא תיקן היטב כיון שהוכרח לכרות מחמת כי גדל הכאב בביצה עצמה הי' מוכרח לעשות לפי ענין הכאב אף שהי' צריך לקלקל בשביל זה שבילי הזרע. ובסימן שאח"כ מיירי שהחולי בבצים היינו רקבון והמסה דבזה מה שהוא צריך לכורתו הוי כבי"ש כיון דעיקרו ע"י חולי והמסה.

ולקמן אבאר בזה עוד. ורבינו הגדול הפ"ח ז"ל כתב דהסומך על המתירין אין למחות על ידו אלא שעדיין לבי מהסס כיון שאא"ז רמ"א ז"ל כתב שיש לתפוס כדעת המחמירין שהן רוב מנין ורוב בנין.

ואעפ"י שכתבתי שמדברי בה"ג והרי"ף אין מוכרח. והרא"ש כתב שיש לפסוק כהתוס' נגד הרמב"ם מ"מ כיון שהגדולים הרא"ש ונ"י והבאים אחריהם חלקו עליהם מי ירום ראש לעשות מעשה בזה בתחלה.

אך נקוט מיהא דספיקא הוי ומוטה כלפי היתר. שוב ראיתי בספר קרבן העדה הביא דברי התוספתא נכתב קצת ממ"ש.

ויש לעיין בדבריו ולקצר אני צריך. ובסוף דבריו כתב וז"ל ובתשובת שאלה הארכתי להכשיר בעל ביצה א' ע"ש.

ושמעתי מהרבה בני אדם שהם ניטולי ביצה ע"י הרופאים והולידו בנים הרבה עכ"ל: ועתה אבוא לבאר בענין פ"ד מחמת חולי אי דמי לבי"ש או לא והנה הרמב"ם והרמב"ן וכן דעת הסמ"ג ורבינו ירוחם בשם הרמ"ה וכן נראה מדברי הרשב"א ומדברי הנ"י דע"י חולי כבי"ש דמי. וכ"כ הר"ע ברטנורה בפירוש המשנה אך הרא"ש כתב דע"י חולי כבידי אדם הוא ולמד כן מלשון רש"י דמפרש בי"ש היינו ע"י רעמים וברק או במעי אמו דמשמע שע"י חולי פסול וכתב שכן משמע מהירושלמי.

והנה מ"ש רש"י בד"ה סריס חמה ס"ד דסריס בי"ש ע"י חולי היא כבר כתב אא"ז מהרש"א ז"ל דהיינו שהוא ע"י חולי ממעי אמו והביא דבריו החכם המשיב נ"י וכתב שגם דברי רש"י בדף ק' יש לפרש כן. ובאמת שכ"כ הב"ח שיש לפרש דברי רש"י כן.

ואמנם מלשון רש"י דף ק' שכתב ולא מחמת חולי נסתרס מאליו ולא נקט ולא ממעי אמו נסתרס מאליו שזהו עיקר החילוק שסריס אדם חולץ לפי שהי' לו שעת הכושר ולאפוקי סריס חמה שלא ראה שעה בכשרות וכ"כ התוספות שם מזה. נראה דרש"י בא לתרץ

דקדוק לשון הבריית' דנקט סריס אדם ובאמת אף בסריס בי"ש כגון ע"י חולה או רעמים וכיוצא הדין כן כיון שהחולי בא אח"כ והי' לו שעת הכושר לזה בא רש"י לומר דלהכי נקט סריס אדם משום סיפא דאסור לקיימן משום לא יבוא כו'.

ואילו בי"ש נהי דבא אח"כ שפיר חולץ וחולצין מ"מ אין כאן לאו וזהו שכתב רש"י שנסתרס ע"י אדם ולא מחמת חולי כו' הוה בלאו ואע"ג דבדף ע"ט בדברי ר"נ צ"ל דסריס אדם לאו דווקא דהא התם לא מיירי מענין לאו. מ"מ למסקנא שם י"ל דאשמעין דמחייבי לאוין גרידא לא הוי ממזר לר"ע.

וכיון דברייתא זו יש ליישב בפשיטות דבדווקא נקט סריס אדם לכך כתב רש"י כן. ואפשר דגם הב"ח שכתב ומיהו יש לדחות דלאו מחמת חולי שאירע קאמר אלא ר"ל מחמת חולי כל הגוף ממעי אמו כו' לא קאי רק על דברי רש"י בד"ה סריס חמה ס"ד ולא על דברי רש"י שבדף ה' שהבי' שם.

וכן משמע מהב"ש שמפרש כן דברי הב"ח. .

ומ"ש התוס' ביבמות ד' ה' פירוש סריס אדם לאפוקי בי"ש שלא הי' לו שעת הכושר לא באו לחלוק על רש"י בענין מחמת חולי אלא שבאו לומר דפירוש סריס אדם מתפרש כפשטי' דבזה חולץ וחולצין. משא"כ בי"ש דלפעמים יש לו שה"כ.

והכי אמרינן בדף פ' ע"ב קתני סריס דומי' דאיילונית מה איילונית בידי שמים אף סריס בידי שמים כו'. והתם פירושו ממעי אמו ולכך ניחא ליה לתנא למינקט לישנ' דסריס אדם וכמו דנקט ר"ע ולא בשביל סיפ' נקטינן.

ומ"ש הרא"ש דכן משמע מהירושלמי הנה הרמב"ן אחר שהבי' דברי הירושלמי דהרי שעלתה חטטין כו' הבי' דברי הרמב"ם שמכשיר בחולי וחטטין וכתב שכן הדברים מטין והיינו משום דמהירושלמי לא משמע מידי אדרב' משמע להיפך שהרי כתב מי מחכך או מסיית בה ור"ל משהו' מחכך או מסיית ג"כ מלשון חיכוך וסיתות ועי"ז נעשה הפצוע בידי שמים כה"ג הו"ל כמו בידי אדם אבל הי' בי"ש גמור ולא חלו בו ידים כלל לא גרע חולי ששלט בו משמים מן רעמים וברד.

ולענ"ד ע"כ לומר כן דאל"כ אין טעם לדבר כלל להתיר אם ממרום שלח אש ותאכל בקצה אשכיו ובין אם האחז האור במדורת בית המוקד והחזיקה במבושיו ותלהט סביב. ובשלמא לפי דברי הש"ג והוא בשם הראי"ז דמפרש בידי שמים היינו ממעי אמו שפיר י"ל דכל שנולד כך שאני משא"כ לפי מ"ש רש"י דגם ע"י רעמים וברד הוי בי"ש הדבר מחוסר הבנה וע"כ דס"ל דמדכתיב פצוע או ממזר ילפינן דווקא דאיתעביד מעשה בידי אדם ואף אם נפל סכין או אש ועשה רושם פצוע וחבורה מ"מ נפילה זו גרם לה מעשה ידי אדם משא"כ רעם וברד שירדו על גבי איש שאין סיבה זו רק מן השמים לבד.

וא"כ למה יגרע מחמת חולי שלא נעשה בזה מעשה ידי אדם כלל. ולפי דברי הרא"ש צ"ל מחמת חולי כיון דסיבת החולי על הרוב ע"י אדם ואפילו אם שלט שם חולי מחמת חולי הגוף מ"מ חולי הגוף נמי תולין במאכל ובמשתה וכבידי אדם דמי אבל לפענ"ד הוא דוחק לומר דמחמת זה מיקרי בידי אדם וגם דהא הרבה חולאים בא מפאת שינוי האוירים

המתהווים לפרקים ויארע ג"כ שיהא סיבת החולי מקול נתנו רעמים ונבעת מהם וכן הרבה סיבות כיוצ' בזה שלא ע"י אדם כלל.

ולפענ"ד נראה בשיטת רש"י דס"ל דוודאי אם נולד שם פצוע ומכה טרי' שניתן לרופא לרפאו ולמרח לה רטיה ומרוח זה פוט' אות' לגמרי עד כי ישוב הבשר החי לקדמותו ולא נשאר רושם כלל פשיטא דאין ע"ז דין פ"ד כלל. ומעשים בכל יום בנערים קטנים המנוגעים ומדוכאים בשחין פורח אבעבועות ובהגיע תור הרפואה לא ישאר רושם והצרוע אשר בו הנגע לא יכירנו עוד מקומו ואין קפידא אם הוא בגיד ובבצים כלל.

והא דאמרינן בספרי פצוע דכה חוזר והוא מהל' רופאים משמע דאע"ג דחוזר מ"מ פסול משום פ"ד נראה דלא מיירי בפצוע כה"ג שהפצע חוזר לאיתנו ושבה כבשרו דבכה"ג אין בכלל פ"ד כלל רק מיירי וודאי באופן שהפצוע הוא מום קבוע ולא יעבור לעד לעולם שכבר קרם העור מלמעלה ובמקום הזה נשאר פצוע וצלוקת רק שמהל' רופאים הוא שהפצוע חוזר להכשר דהיינו להיות מוליד ואפשר לרופאים לתקנו שלא יושחת זרעו אבל וודאי אי אפשר להם להעלות ארוכה לחסרון הבשר כל שהפצוע נקבע בו ע"י אדם וזהו הנקרא פ"ד.

ולכן בפ"ד בידי שמים דכשר פירש"י דהיינו מחמת רעמים וברד או ממעי אמו דבכה"ג שפיר הפצוע הוא קיים לעד לעולם והוא חבורה שאינה חוזרת. אבל אם נעשה פצוע בגיד או בבצים ע"י חולי פשיטא דלא שכיח כלל שמעצמו חולי יהיו מכה בלתי סרה ע"י תחבושת ורטי' ולפעמים מתרפ' מעצמו ומעשים בכל יום שעולים חטטים בגיד ומתרפאים ע"י רטי' או רחיצה וכיוצא ולית דחש לה להפרישו מאשתו אפילו בעוד נגעו בו ואי אית' נימא דכל שעלו חטטין הרי נעשה פ"ד ואע"פ שחזר לקדמותו הכי גמירי דפ"ד חוזר כמ"ש בספרי שהביאו הפוסקים אלא ע"כ דז"א דכה"ג שיוכל הבשר להשיב כבראשונה אין לפקפק כלל שאין שם פ"ד עליו כלל רק היכ' שהפצוע הוא חבורה שאינה חוזרת אז מיקרי פ"ד וכל שאינו חוזר להכשירו ע"י רופאים דהיינו שיהי' זרעו בו כהוגן הוא באיסור לא יבוא פ"ד ואע"ג דבניקב ונסתם אמרינן היכא עבדינן מייתי שערתא כו' ועיין בפירש"י שם דמשמע שע"י תרופה זו גם הבשר מעלה ארוכה וחוזר לקדמותו ואפ"ה בעוד הנקב בו קודם סתימה מקרי כרות שפכה ז"א דהתם כיון שהקפידה שלא יהיה שופך ע"י כריתה ולכן שפיר פסול בעוד הנקב בו כדאמרינן ניקב פסול מפני שהו' שותת משא"כ לענין פצוע שסופו להעלות ארוכה מעיקרא אין שם פצוע עליו כלל ולכן אפילו קודם שעלה ארוכה כשר.

ונלענ"ד דגם הרא"ש מודה בזה לדינא דכל פצוע שרפואתו קרובה לבוא אין שם פצוע עליו כלל. ולכך מוכיח מרש"י דע"י חולי כידי אדם רק דהרא"ש ס"ל דאפשר שגם ע"י חולי יפצע הגיד או הביצים באופן שלא יהי' ארוכה למחלתו.

ולפי מ"ש ס"ל לרש"י דמסתמא דמלתא כל פצוע הבא ע"י חולי קרוב הדבר דהדר חלים ולכן לא מיקרי פצוע כלל. ולפ"ז בנכרת הגיד או הביצים ע"י חולי כמ"ש הרמב"ם שהמסה אותן השחין או כרתן גם רש"י מודה דע"י חולי כבי"ש דמי דהא לא שלט בהם יד אדם כלל ומה לי ע"י רעמים או ע"י חולי כיון שנעשה כן הדבר מעצמו כך כנלענ"ד ברור בדעת רש"י: והב"ח מסיק ג"כ לענין הלכה כבי"ש הוא וכן משמע הסכמת הב"ש

וכן בפר"ח י"ד סימן ל"ו לענין צמקה ריאה כתב דבצמקה ע"י חולי תלוי בפלוגתת הרא"ש והרמב"ם וכתב דלדינא עיקר כהרמב"ם ע"ש ובפליתי שם כתב דלא דמי לכאן דהכא גזירת הכתוב הוא משא"כ בצמקה דהכל תלוי אי הדרא ברי ודוחק לומר כיון דמצינו בפצוע דכה להרא"ש ע"י חולי מיקרי בידי אדם ה"ה כאן כו' ע"ש.

ואא"ז בת"ש כתב ג"כ דהרא"ש מודה התם דבפצוע דכה שאני שהחולי ע"י גרמת גופו בא לו ע"ש. ולענ"ד וודאי דכוונת פ"ח הוא דלהרא"ש מה דקאמר אף פ"ד בידי אדם נכלל בזה גם מחמת חולי א"כ גם בידי אדם האמור גבי צמקה יש בכלל אף מחמת חולי אך לפענ"ד בכלל בי"ש הוי ג"כ מחמת חולי וראי' מדאמרינן בסנהדרין ד' ע"ח הכל מודים בגוסס בידי שמים שחייב לא נחלקו אלא בגוסס בידי אדם כו' גוסס בי"ש לא איתעביד בי' מעשה כו' ע"ש הרי מבואר דמחמת חולי קרי לי' בי"ש.

ועיין ברמב"ם פ"ב מהל' רוצח ובביאורי מהרא"ש לסמ"ג ד'. וגם מבואר דמחמת חולי היינו לא אתעביד בי' מעשה.

ואע"ג דביבמות ד' פ' אמרינן סריס דומיא דאיילונית מה איילונית בי"ש וכו'. והתם פירושו שנולד כך דהא בעינן שלא היתה לו שעת הכושר התם לאו דווקא נקט אלא ר"ל לאפוקי סריס אדם שהי' לו שעת הכושר והך בי"ש ר"ל סריס חמה.

משא"כ היכא שאין קפידא בשעת הכושר ואף ע"י רעמים וכה"ג כשר גם ע"י חולי כשר דהא לא אתעביד מעשה בידי אדם: ולפ"ז מה שמבואר בדברי החכם המשיב נ"י שיש ספק אם בשעה שהוצרך רופא לכרות הביצה כבר הגיע לגדר נתמסס והוא בשר שהרופא גוררו ורואין אותו כאילו אינו והוה כניטל מחמת חולי א"כ יש מקום להתיר משום ס"ס חזא שמא כבר נתמסס מחמת חולי ומחמ' חולי קייל"ן כבי"ש דמי ואת"ל שעדיין לא הגיע לגדר נתמסס שמא הלכה כר"ת וסייעתו דניטל ביצה השמאלית כשר אף אם ניטל בידי אדם ואע"ג דמהריב"ל ח"ג סי' צ"א כתב דאע"ג דהוה כעין ס"ס ספק ניטלה ביצה השמאלית כשר ואת"ל פסול דלמא ע"י חולי כבי"ש.

מ"מ כיון דכתב המרדכי דבכמה מקומות אזלינן אפ"י בס"ס לחומרא יש מקום לומר דאפ"י נשאת תצא אלא דלאו מילתא הוא דהאיך נכוף להוציא דהוי גט מעושה אליבא דכמה רבוות' כו' ע"ש הרי דאפ"י וודאי ע"י חולי אין דעתו להקל בס"ס. ומהריב"ל אזיל לשיטתו שכתב שרבו החולקים על סברת ר"ת ומחמת האי פלוגת' לחוד היה מקום לומר דאפילו ניסת תצא כו'.

ובכה"ג שרבו האוסרים על המתירים לא מצרפינן לס"ס כלל כמבואר בש"ך סי' פ"ד. ועיין בספר מנחת יעקב בכללי ס"ס.

ולכך כתב מהריב"ל דהוי כעין ס"ס ומהאי טעמא נמי חש לסברת המרדכי דאיכא דוכת' דמחמירין בס"ס אע"ג דבכמה דוכתי איהו גופי' מיקל בס"ס אפילו באיסור א"א וכיוצא ולא חש לסברא זו וכמ"ש מהרי"ט בחלק י"ד סימן א' שהרב הגדול מהריב"ל הביא דברי המרדכי בתשובותיו ופעם מניח ופעם חושש להם אין ולא ורפי' בידיה כו'.

והיינו משום דבמקום דלא מחשב ליה ס"ס גמור חש לסברת המרדכי בזה. וכן סיים מהרי"ט שם שאותן המקומות שהזכיר רבינו ברוך להעיר שלא כל הדברים שווים כו' ע"ש.

וגם כי ס"ס דהמהריב"ל שני הספיקות מחמת פלוגת דרבוותא דכה"ג איכא דיעות דלא מחשב ס"ס כמ"ש בכללי מ"י ע"ש: אבל לפי מ"ש דוודאי פלוגתא דר"ת ודעימי' עכ"פ לספק גמור משווין ליה וע"י חולי אפילו ספיקא לא הוי ויש לתפוס להתיר רק מחמת שיש ספק אם ניטל ע"י חולי א"כ הוי חד ספק בגוף המעשה וחד ספק בפלוגת' ובכה"ג אין פוצה פה לומר דלא הוי ס"ס ושפיר יש להתיר בזה משום ס"ס אלא שהדבר קשה הוא בעיני לעשות ספק זה מעצמו שמא נתמסמס דאטו בשביל שידעינן שהיו שם איזה חולי ומכה נתפוס לספק דלמ' הוה שדי תיכל' בכולה אמנם נלענ"ד אם ידוע שהיה המראה בשר רע סביב שפיר י"ל שמא הגיע לגדר נתמסמס וכמ"ש אא"ז בת"ש סימן מ"ג דבשינוי מראה יש לחוש שמא הוי לקותא והרופ' גררו ע"ש שהאריך ואע"פ שהגאון בעל נ"ב בחלק י"ד סימן פקפק בזה אולם בחיבורי הבאתי דברי הגאון ז"ל שראיתי כתיבת ידו בגליון הי"ד שלו דתבריה לגיזי' וחזר והודה לדברי אא"ז הגאון ז"ל מחמת דברי הרמב"ם פ"ד מהל' שחיטה שכתב יש מראות שאם נשתנה מראה האבר לאותו מראה הרע הרי הוא כנקוב שאותו המראה הרע כמת הוא חשובה וכאילו הבשר שנהפך עינו אינו מצוי וכן הוא אומר ומחית בשר חי בשאת וביום הראות בו בשר חי מכלל ששאר הבשר שנשתנה אינו חי עכ"ל: וגם אנכי בחיבורי העירותי בצדק דברי א"א זקני ז"ל שדבריו כנים ואמיתים וא"כ בנ"ד כיון שנשתנה מראיתו אפשר דכל כה"ג הרופא גוררו ותו לא איכפת לן במה שניטל אח"כ בידי אדם ועוד יש לומר דאפילו מיסמוס ורקבון במקצתו יש להתיר כיון דבאמת קיי"ל דאפילו נקבו או חסרו כל שהוא אם הוא בידי אדם פסול ואם הוא בידי שמים כשר מגזירת הכתוב.

אבל מ"מ אינו מוליד כדאית' בירושלמי ואין חילוק בין אם ניטלה כל הביצה או מקצתה. וא"כ אף אם אח"כ שלטה באותה ביצה ידי אדם וחתך אותה לגמרי לא נפסל בכך שהרי בלא"ה בטל מלאכתה ע"י המקצת שנשחת ונתקלקל בידי אדם וא"כ כל שיש בו רקבון והמסמסה ועיניו רואות ששני קצותיו אכלה אש היצלח עוד להיות נושא משך הזרע.

ואע"ג דאמרינן בשבת דף קי"א הכל מודים במסרס אחר מסרס שהוא חייב דכתיב ומעוך כו' להביא נותק אחר כורת שהוא חייב לא נאמרו דברים לענין חיוב: וגם ע"ז אי לאו ריבויא דקרא לא הוה מחייבין ליה כלל. אבל לענין פסול לבוא בקהל אין לפסלו בכה"ג כיון שכבר נולד קלקול שוב המעשה אשר נעשה בו אח"כ בידי אדם לא מיחשב מעשה כלל לפוסלו.

ואין זה דומה לממזר דעיקר יצירתו בעבירה מעשה ידי אדם ואנן דומיא דממזר בעינן. וגם מקרא דלא יבוא פ"ד דמפרשינן ליה בידי אדם הכי מתפרש דוקא אנפצע עתה בידי אדם אבל זה פצוע ועומד הוא וראיתי ביש"ש שכתוב ג"כ לשיטת הרמב"ם אם הוכרח לכרות הבצים מחמת הקילקול שנפל בבצים עצמם מ"מ הוא כשר וגזירת הכתוב הוא כאילו נולד ממעי אמו ע"ש אך מה שנראה מדבריו שמפרש הירושלמי מי שעלתה חטטים כו' הרי הוא בידי אדם כבידי שמים היינו דכה"ג כבי"ש הוי וכשר צ"ע דהמעין

בפירוש דברי הירושלמי דקאמר כולה רבנן כו' משמע להיפוך דבידי אדם מיקרי אלא דהרמב"ם סובר דר"י פליג בזה והלכה כמותו דמתני' דכרמא הוא: והנה לפי הסברא שכתבנו דהוי כבי"ש אע"פ שהי' גמרו בידי אדם אין זה קרוי בידי אדם כלל נלפענ"ד דאף לפי מ"ש מהריב"ל דבעלמא זימנין דמחמרינן בס"ס הכא שרי כיון דלכ"ע איש זה מותר לבוא בקהל לדעת ר"ת הוא מותר בפשיטות והרמב"ם והרמב"ן וה"ה והנ"י וכן נראה דעת הרשב"א והריטב"א דע"י חולי כבי"ש דמי וכשר וכן משמע לענ"ד בספר החינוך מצוה תקנ"ט שכתב וז"ל שנמנע מי שנפסדו כלי המשגל עד שאינו ראוי להוליד ע"י מכת אדם או בהמה או עץ כלומר שלא הי' בי"ש מלישא בת ישראל משרשי המצוה להרחיק ממנו לבלתי הפסד כלי הזרע בשום צד כידוע במלכים שמסרסים הזכרים כו'.

ויש מן הזכרים הפחותי' רוצים דבר זה כו' ועם טענה זו נמצא טעם בחילוק האיסור בין הנפסד בידי אדם לנפסד בידי שמים עכ"ל. מבואר מזה דע"י חולי כבידי שמים דמי.

וא"כ אף הרא"ה שכתב הנ"י בשמו לאסור בעל ביצה אחת הרי סובר דע"י חולי כשר. כתבו הפוסקים דספר החינוך חברו הרא"ה ז"ל (אך לענ"ד אין הדבר כן כאשר הוכחתי במקום אחר) ובה"ג והרי"ף לא הכריעו בדבר כלל.

וא"כ האיש הזה מותר לבוא בקהל לדעת הפוסקים האלו דבין למר ובין למר שרי. וארא"ש בפסקיו דמשמע מיניה להחמיר בשניהם יחידאה הוא נגד כל הפוסקים הללו.

וגם הוא גופיה משמע בתשובותיו דמתיר כאשר כתבתי לעיל. ואע"ג דהפוסקים הללו אינם מתירין מטעם אחד כבר כתב אא"ז רמ"א בח"מ סי' ק"ה דאפילו אין הרבים מסכימים מטעם אחד אלא כל אחד יש לו טעם בפני עצמו הואיל והם מסכימים לענין הדין מיקרו רבים ואזלינן בתרייהו.

ואע"ג דאא"ז הש"ך שם ובי"ד סימן רמ"ב גמגם בדבר וכתב שאין לפסוק כן רק במילתא דרבנן כאן נמי אין כאן רק איסור דרבנן דמדאוריית' פ"ד וודאי הוא דלא יבוא הא ספק יבא ואף שיש לחלק בין הך דהכא לההוא דהאגור דמייתי הש"ך שם דהתם בין למר ובין למר עכ"פ חנ"נ מדרבנן משא"כ למ"ד ניטלה ביצה א' אסור ס"ל דאסור מדאורייתא.

וכן מאן דסבר חולי כבידי אדם דמי ס"ל לפסול מדאורייתא אלא דאנן הוא דמשוינן ליה ספק פלוגתא דרבנות' מ"מ לפענ"ד אין לחלק בכך ועיין בספרי בית אפרים בקונטרס הראיות סימן ל"ט ראייה י"ג שהארכתי שם בדברי הש"ך וכתבתי לתמוה על מה שכתב הש"ך שדברי הרמ"א הוא ממהרי"ק שורש מ"א וליתא אלא דבריו לקוחים ממהרי"ק שורש נ"ב וצ"ד וק"ב ומבואר שם שקיבל מרבנותיו דבכה"ג מצטרפין ואף בדאורייתא ולזה הסכים מהרי"ט ועיין בכנה"ג ועכ"פ בדרבנן כ"ע מודו דמצטרפין לרובא אף מתרי טעמי וא"כ כאן מדאורייתא ספק פ"ד שרי ובדרבנן שפירב מצטרפין לרוב אף מתרי טעמי אליבא דכ"ע ודאתאן עלה אם ספק פ"ד מדאורייתא משרא שרי.

כבר עמדו בזה גדולים חקרי לב בשו"ת נ"ב חלק אה"ע והחכם המשיב נ"י נשא ונתן בדבריהם. ולפי קוצר הזמן לא יכולתי להרחיב ולעמוד על כל פרט מדבריהם ובקצרה אען ואומר.

כי מה שהקשו על הרמב"ם דמתיר אף מן הספיקות לפ"ד הוא קשה כברזל. וישבו של הגאון נ"ב הוא דחוק מאוד ומ"ש החכם המשיב דהרמב"ם סובר להתיר בזה אע"ג דיש לאסור ממ"נ וכמ"ש מהרי"ט לשיטת הרמב"ם להתיר ספק ממזר בישראלית ובמזרת אע"ג דממ"נ איסורא קעביד.

ואני אומר שאין הנידון דומה לראיה אף לפי שיטתו של מהרי"ט דהתם כל ביאה בפ"ע י"ל הך ביאה דהיתרא הוא. משא"כ בדין דהרמב"ם שאותה ביאה עצמה אסורה הוא ממ"נ וזה דומה ליבש ביבש שנתבטל ברוב שכתב הרשב"א שמותר לאדם א' לאכול כל חתיכה בפ"ע שאני אומר זו מותרת היא.

אבל מ"מ אסור לאכול כולן כאחת. ואף הרא"ש דסובר שם שמותר לאכול הכל ביחד היינו משום דס"ל שהאיסור נהפך להיתר לגמרי מגזירת הכתוב דאחרי רבים להטות אבל כאן אע"פ שהתירה התורה מ"מ י"ל שלא התירה אלא מטעם ספק וכל חד לחודי' שם ספק איסור עליו משא"כ תרווייהו בהדדי יצא מגדר ספק ונכנס לגדר וודאי איסור. וכן משמע מדברי הרא"ש שם בחולין שכתב דלא משום ספיקא שרינן ליה דאפילו אי אכיל ליה חדא חדא ליכא אלא חד ספיקא וספיקא דאורייתא לחומרא אלא משום דגזירת הכתוב הוא כו'. עכ"ל.

ומשמע דאי הוה אמרינן ספיקא לקולא הוה מצינן למימר דתורת ספק הוא דספיקא לקולא ולכך שפיר אכיל ליה חדא חדא ובבת אחת אסור. ומ"ש הפר"ח מדברי התוס' דפסחים גבי שבילין דאפילו בב"א טהורין מדאורייתא כבר דחה הוא עצמו.

משום דבתרי גברי מיירי. ובאמת יש לפקפק גם על מ"ש בסוף דבריו ראיה מפ"ב דשבועות גבי שני שבילין שאם הלך בשניהם ונכנס למקדש חייב דמוכח דבתרתי דסתרן לא שרא רחמנא בעלמא: ולענ"ד אין זה דומה למהרי"ט דהתם הביאה למקדש הוא בטומאה ודאית.

וכן ההיא דהתוס' כתובות שהביא שם משא"כ בההוא דמהרי"ט אפילו אם אחד נושא שני נשים ומקיים שניהם יחד מ"מ כיון דהביאה הוא בזאת"ז י"ל דכל ביאה לעצמה איכא למיתלי דהיתרא הוא. ואע"ג דעי"ז נצטרך לומר שביאה שבעל קודם להשנית היה באיסור לית לן בה וכההוא דהרשב"א דכשאוכל השניה אמרינן הראשונה הוה דאיסורא.

והנה עיינתי בנ"ב וראיתו שנתעורר בזה שגם לדברי מהרי"ט יש מקום לומר דנידון דהרמב"ם בא' מן הספיקות לפ"ד דחדא ביאה יש לאסור דלא מיקרי ספיקא: אמנם בישוב דברי הרמב"ם בזה זה איזה שנים שכתבתי בתשובה מה שנלענ"ד בישובו. דלכאורה בלא"ה תמוה מה שפסק דכהן מותר בגיורת דהא לפי שיטתו דס"ל דבגירותן לית להו חתנות ומדאורייתא שרי א"כ אין לו ראיה לדין זה דהא בש"ס דחו הפשיטות מהא דפ"ד מותר בנתינה משום דמדאורייתא כו' ועיין בדברי הרשב"א וה"ה והיש"ש שהאריכו בזה.

ולענ"ד דהרמב"ם סמך לו על סוגיא דיבמות דף נ"ז דבעי מני' ר"י מר' אושעיא פ"ד כהן שנשא בת גרים מהו שיאכילנ' בתרומה ומסיק שם דאליבא דראב"י קמיבעי' ליה כו' כשירות מתוספה בה ואכלה או דלמא קדושה מתוספא בה ולא אכלה. ופרש"י שם

בשם המורה דהאיבעיא הוא כשרות מתוספא בה בהך דאמה מישראל לאקרויי קהל אבל בת גר וגירות לאו קהל הוא ואכלה שמוותרת לפ"ד והאי לאו בקידוש' קאי דתתיר עליה משום כהונה או דלמא כו' כשרות מיהא אית בה ובכלל קהל היא ואסורה לפ"ד ולא אכלה ע"ש וזה נראה שהוא שיטת הרמב"ם ומבואר מזה דמילתא דמיבעי ליה לרב ששת פשיטא ליה לר"י ור"א דפ"ד לאו בקדושת' קאי ומותר בגירות וזה מבואר ממ"ש הרמב"ם פ"ז מהל' תרומות ואם נשא בת גרים ה"ז אוכלת.

ולכאורה קשה שסתם הדברים והו"ל לפרש דאפילו אמה מישראל הדין כן דהא זה עיקר האיבעי' אליב' דראב"י אי בהך דאמה מישראל קדושה מתוספ' בה ולא אכלה ופשיט ליה דכשרות מתוספ' בה ואכלה ומזה נראה כמ"ש דהרמב"ם מפרש האיבעי'. כמ"ש רש"י בשם המורה דקאי לענין בת גר וגירות ואכלה משום דכשרות מתוספא בה ולא קהל מיקרי ושריא לפ"ד ומשום כהונה לא מתסרא עליו אע"ג דהבא לימלך מורין לו כראב"י מ"מ שרי דאפילו גירות ממש מותר לישא דקיי"לן פ"ד לאו בקדושתיה קאי.

ואין להקשות שלמה לא ביאר הרמב"ם הדין באמה מישראל אם אוכלת ז"א כיון דבש"ס לא מיירי מינה אין דרכו לכתוב מה שלא נזכר בש"ס. ועוד י"ל כיון דקיי"ל אם כנס אין מוציאין ממנו כר' יוסי ממילא דאין חילוק בין אמה מישראל או לא דבכל גווני לא מיקרי קהל ושפיר אכלה כיון דכשרה לכהונה: ולפי"ז צ"ע לכאורה דלמה לא פשטו בש"ס האיבעי' דרב ששת מהא דר' ור' אושעי' ודוחק לומר דניחא ליה למינקט פשיטות מברייתא.

ולכן נלענ"ד דוודאי גם בעל האיבעי' דר"ש מודה דמדאורייתא לאו בקדושתיה קאי רק מדרבנן מיבעי' ליה דלמא מדרבנן עכ"פ בקדושת' קאי ובעי למיפשט מדמותר בנתינה אלמא דאפילו מדרבנן לאו בקדושתיה קאי דאל"כ יש כאן איסור חתנות מדרבנן. והשתא א"ש דלא מצי למיפשט מדר"י ור"א דהתם לענין אכילת תרומה שפיר אכלה אם נימא דכשרות מתוספא בה בהך דאמה מישראל ובת גרים ממש לא מיקרי קהל דמשום פ"ד לא מתסרה.

ומשום כהונה נמי אינה אסורה דמיירי בלא ידעה רק שנשא אותה לבד דבכה"ג בבת ישראל איסור משום דמשתמרת לביאה פסולה מדאורייתא כמ"ש בש"ס. ועיין בכ"מ פרק הנ"ל משא"כ בבת גרים כיון דעכ"פ מדאורייתא שרי' א"כ נהי די"ל דמדרבנן בקדושתיה קאי ואסורה ליה מ"מ אין כאן רק משתמרת לביאה פסולה דרבנן וא"כ שפיר אכלה וכיון דספיק דרבנן הוא לענין גירות אי בקדושתיה קאי אי לא שפיר פסק הרמב"ם דגירות מותר' דספיקא דרבנן לקולא משא"כ לענין ממזרת ונתינה שפיר יש לומר דלענין זה בקדושתיה קאי כיון שהוא לאו השוה בכל ואין ללמוד אותו מגירות לכהן דס"ל לר"י ור' אושעי' דלאו בקדושתיה קאי משום שאינו רק לאו דכה"ג ורב ששת בעי למיפשט מהא דמותר בנתינה מכח ק"ו כיון דאפילו לענין נתינה לאו בקדושתיה כ"ש לענין גירות ודחי ליה דמדאורייתא שריא ובפסולין לא גזרו רבנן.

אבל לענין ממזרת שפיר יש לומר דבאמת אסור אע"ג דמותר בגירות דלענין ממזרת שפיר בקדושתיה קאי. וזה פירוש דברי הירושלמי דר' יוסי אמר הא דכל הפסולין

מותרין זה בזה היינו פסול משפחה אבל בפסול הגוף לא ור"ל דפסול משפחה לאו בקדושה הוא כלל משא"כ פסול הגוף כיון שנולד בקדושה בקדושתיה קאי.

ואע"ג דאמר התם חילי דר"י מהא כשם שכהן ברור אסור לישא גיורת כך ישראל ברור אסור לישא ממזרת ור"ל שכהן ברור דהיינו שעומד בקדושתיה ואסור לישא גיורת כו'. י"ל דג"כ מייתי מכה כ"ש, אבל מ"מ אף לפי מה דקיי"לן להתיר בגיורת דמספיקא אמרינן דלאו בקדושתיה קאי.

מ"מ לענין פסולי קהל החמירו לומר דבקדושתיה קאי רק בנתינה דמדאורייתא שריא לא גזרו רבנן בזה שהוא פסול לומר דבקדושתיה קאי. וזה כוונת הרמב"ם שכתב הואיל ופ"ד פסול דקהל לא גזרו על הנתינה ועל הספקות.

ור"ל כיון דספיקא נמי מדאורייתא משרי שרי ורבנן גזור עלייהו ובפסולין לא גזרו ואע"ג דקיי"ל דכל הפסולין ספיקן בודאן אסור מדרבנן כמ"ש הב"ש. י"ל דהתם הטעם משום דמעלה עשו ביוחסין וזה דווקא היכא שהוא בר אולודי משא"כ פ"ד דלאו בר אולודי לא שייך מעלה ביוחסין ואפי' מדרבנן שרי.

וא"כ גם לענין איסור פ"ד שיש ספק שמא ישראלית היא לא גזרו עליו מדרבנן כיון דמדאורייתא שרי דספק יבא בפ"ד לא גזרו בו וכיון שנסתלק ממנו גזירה דרבנן ממילא דמדאורייתא שרי דשני צדדי איסור יש כאן. אחד מצד איסור ממזרת.

ואחד מצד איסור פ"ד. וא"כ מצד איסור ממזרת לא גזרו לומר בקדושתיה קאי דהא אין כאן וודאי איסור ממזרת.

וכל שאין שם וודאי איסור זה לא גזרו בשום מקום וממילא דגם כאן אין איסור דמעיקר' הכי איתקן דווקא במקום ודאי איסור ומצד איסור פ"ד בישראלית נמי לא גזרו אלא היכא שיש איסור פ"ד בוודאי מדאוריית'. משא"כ היכא שאין איסור וודאי מדאוריית' דיש כאן ספק שמא ממזרת הוא ושרי' ליה מדאוריית' לא גזרו בפ"ד דלא שייך בו מעלה ביוחסין וע"כ לא שייך לומר ממ"נ אלא אם היה אסור מדאוריית' משא"כ לפי מה שכתבתי שאין כאן איסור דאוריית' דמדאוריית' ודאי לאו בקדושתיה קאי רק בממזרת בוודאי החמירו לומר דבקדושתיה קאי כי היכ' דלא אתא לאחלופי בישראל שלא נעשה פ"ד כיון דאיסור השוה בכל הוא.

הילכך כיון דבכל איסור בפ"ע לא גזרו רבנן אין מטילין עליו חומר שניהם יחד לגזור עליו בתורת ממ"נ ושרי' ליה. וזה מבואר לענ"ד מלשון הרמב"ם הואיל ופ"ד אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינה ועל הספיקות.

אבל אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה עכ"ל: ורצה לומר דווק' בנתינה וספיקות שאין איסור שלהם רק מדרבנן לא גזרו בהם וכדאמרינן בש"ס בנתינה כיון דמדאוריית' שרי ליה כו'. אבל בממזרת ודאית שאסורה לישראל כשר מה"ת גזרו בו גם על הממזרת שאין זו דומה לגיורת לפסול לכהונה.

שג"כ האיסור מה"ת ואפ"ה לא גזרו בו משום שאין האיסור שוה בכל כנלענ"ד לשיטת הרמב"ם. וגם ה"ה שכתב החילוק בין איסור כהונה שאין שוה בכל אפשר דמדרבנן קאמר וכמ"ש.

אך במ"ש ופסק רבינו להחמיר בשל תורה לא נראה כן וצ"ע ע"כ כתבתי בתשובה הנ"ל. ועתה בא לידי ספר שער המלך וראיתי שכתב ג"כ בשיטת הרמב"ם דאוסר בממזרת לפי דאזיל בשיטת המורה שהביא רש"י והכריח זה ממה שפסק הרמב"ם דגר שאמו מישראל אסור בממזרת ע"ש.

וכ"כ מחותני הגאון החסיד האב"ד דק' פפד"מ בחידושו לקידושין שנדפסו מקרוב. אך מ"ש בשער המלך בדעת הרמב"ם שמתיר הספיקות לפ"ד שהוא בשיטת מהרי"ט ז"א לענ"ד וכמ"ש"ל וא"צ לזה אלא הטעם לפי שאין כאן איסור דאוריית' לא שייך ממ"נ וכדכתיבנא: והנה מ"ש בשער המלך שם דפ"ד כיון שאינו פסול יוחסין אלא פסול גוף לא עשו בו מעלה ביוחסין לגזור על הספיקות וכ"כ החכם המשיב נ"י הוא נכון.

ומ"ש החכם המשיב שלא נתקרה דעתו בזה דבירושלמי משמע איפכא דמאן דאסור פ"ד בממזרת הוא סובר דוקא פסול יחוס מותר בממזרת אבל פסול גוף לא. (ומה שהעתיק מהירושלמי דר' יוסי מתיר וחילי' מהדא דכהן מותר לישא גיורת כו' לא העתיק יפה ונהפוך הוא שם וכמו שהעתיקתי לעיל) לק"מ דהיא הנותנת דלפי שאינו פסול יחוס בקדושתיה קאי ואסור לו לישא ממזרת ומהאי טעמא גופה לא שייך לעשות בו מעלה לאוסרו בספק ישראלית דלא הקפידו חז"ל אלא שלא יטמעו פסולי ישראל במשפחה וכיון שזו ספק ישראלית עשו מעלה שאסורה ליקח מפסול משפחה משא"כ ספק ישראלית לפ"ד כיון שהפ"ד אינו פסול יחוס רק פסול הגוף אבל מ"מ בקדושת' ויחוסו קאי לא שייך מעלת היוחסין לאסרו בספק ישראלית שהרי גם הוא לא נפקע מיחוס בשביל שהוא פ"ד ואין בו רק פסול הגוף וכיון שהתורה התירה ספיקו לא גזרינן בי' כלל וזה ברור.

אך מה שכתבתי שאין לעשות מעלה בפ"ד כיון דלאו בר אולודי הוא הוא נכון בסברא. ושוב ראיתי בתשובת נ"ב שהבי' בשם הרב מראדוויל לתרץ קושיות הב"ש מחמת הך סברא דלאו בר אולודי והוא ז"ל האריך להשיג עליו ע"ש.

אך כ"ז לפי מ"ש שם לדמות זה למ"ש בס"ד דשם הטעם דמותר בנתינה משום דלאו בר אולודי וע"ז שפיר השיג אך לפי מ"ש הסבר' דבלאו בר אולודי לא שייך מעלת יוחסין יש ליישב כל השגתו שם. ומ"ש שהרמב"ם כתב הטעם לפי שפ"ד פסול לבוא בקהל ולא הזכיר מבר אולודי כו' ע"ש: גם זה לפי מ"ש הרב מראדוויל דגם בנתינה היה טעם זה אף למסקנ' אך לפי מ"ש ז"א ובנתינה א"צ טעם זה כלל וגם ספיקות נמי דבר פשוט הוא להרמב"ם דכה"ג ליכא מעלת יוחסין ולא איכפת לן מה שהוא ספק ישראלית ונבעלת לפ"ד רק דאיפכ' צריך ליתן טעם דלמה יהיה הוא מותר בנתינה ובספק ממזרת שהרי ישראל ברור הוא ולכן קאמר הרמב"ם טעמא דמילתא דבפסולין לא גזרו חז"ל וכדאמרינן בש"ס גבי נתינה דכי גזור בכשרים בפסולין לא גזור ומזה למד הרמב"ם גם לענין הספיקו' כיון דמדאורייתא שרי ופ"ד פסול לבוא בקהל לא גזרו לאסור עליו ספק ממזרת כמו שלא גזרו לאסור עליו הנתינה.

וגם אין לאסור עליו ממ"נ כיון דאין כאן חשש דאורייתא דהא מדאורייתא לאו בקדושתיה קאי ומותר אפילו בודאי ממזרת וכמש"ל. ואע"ג דגם בדרבנן לית לן למיעבד תרי קולי דסתרן אהדדי ועיין בשער המלך הל' מקוואות מ"מ הכא שאני דמעיקרא לא גזרו רבנן על ספק איסור דממזרת כלל ואין כאן חשש איסור רק מספק שמא ישראלי' הוא ואסורה לפ"ד ומן התורה מותר דבספק קהל יבוא וכאן דלאו בר אולודי לא שייך מעלת יוחסין ושרי' ליה וגם אשכחן בדרבנן להקל אף בקולי דסתרן אהדדי כמ"ש הרא"ש בריש ברכות לענין תפלת מנחה וערבית אחר פלג המנחה דבתפלה הקילו ועיין בב"י א"ח סימן רל"ד ואין להאריך: ובמה דכתיבנא א"ש נמי מה שהוקשה בנ"ב על הרמב"ם מן הירושלמי כיון דר' ירמיה אמר כללא דפ"ד מותר בממזר'.

וכוונתו דמתני' דקתני כל האסורין כו' נכלל גם פ"ד ממילא גם ר"א דאמר ספיקן בוודאי אסור עלה קאי ואף ר' יוסי לא פליג אלא להחמיר דאסור בממזרת ע"ש ודוחק לומר דלר' יוסי כיון דאסור בממזרת א"כ בקדושתיה קאי וממילא דאין שייך מעלה ביוחסין וכמש"ל דז"א דהא לא אשכחן דפליגי כ"א בוודאי אבל בספק לא אשכחן דפליגי.

אך לענ"ד לפי מה דמשמע בירושלמי הא דר"א אוסר ספיקן בודאן כו' הוא מדאורייתא דלא ס"ל הא בקהל ספק יבא כו' ע"ש בפירוש קרבן העדה ולדידיה פשיטא דאין לחלק בין שאר ספיקות. משא"כ לדידן דקיי"ל כש"ס דידן דטעם דאסרינן ספיקות משום מעלה וכיון דבפ"ד לא שייך מעלה אין מקום לאסור עליו הספיקות כלל: ועכ"פ היוצא לנו מזה דהיינו מדברי הרמב"ם לנ"ד דס"ל דגם גבי פ"ד דרשינן הך דרשא דבקהל ספק יבוא וממילא דרשינן נמי דפ"ד ספק יבא וכיון דמילתא דרבנן הוא מצרפינן הפוסקים להקל.

אף מתרי טעמי אף לשיטת הש"ס ז"ל וכדכתיבנ' אולם מתוך הדברים נזכרתי מה ששמעתי מאלוף נעורי חד"ז הגאון המפורסם חסיד שבכהונה מהר"י אייזק הכהן ז"ל האב"ד דק"ק קארעץ במה שהקשו הראשונים על הרמב"ם שפסק ספיקא דאוריית' מדאורייתא לקולא דא"כ היכא אמרינן בחולין מנ"ל דאזלינן בתר רובא אתיא מרישא של עולה כו'.

ותירץ הוא ז"ל דבאמת צריך להבין במ"ש בשם הרמב"ם דיליף לה מדאמרינן ממזר ודאי הוא דלא יבוא הא ספק יבוא דהא מצינן כמה אסורין שא"א ללמוד אותם בבנין אב ממזר דאיכא למיפרך ומכ"ש לדעת הסוברים דאף בספק כרת סובר הרמב"ם כן ואשם תלוי טעמא משום איתחזק איסורא או איקבע איסורא וא"כ איך נילף זה ממזר דאיסור לאו.

וע"כ לומר בכוונת הרמב"ם שראיתו ממה דחזינן דחז"ל אשר היה מסור בידם פירוש דברי התורה וחזינן דפירשו מה שכתבה התורה לא יבא ממזר הכוונה על ממזר ודאי מזה נדע לבאר את דברי התורה בכל מקום כגון חלב או נבילה ושאר אזהרות שבתורה לא נאמרו רק על הודאי ולא על הספק ונ"מ היכא שהאיסור הוא לאו הבא מכלל עשה כגון בתולה מעמיו יקח דדרשינן ולא בעולה נמי מפרשינן בתולה וודאית ואפילו ספק בעולה אסור.

ולפ"ז א"ש הך דחולין דהא דטרפה פסול לקרבן הוא דדרשינן מן הבקר להוציא את הטריפה וא"כ צריך שתהא כשירה בוודאי ושפיר מוכח דאזלינן בתר רובא ע"כ עולה על זכרוני מדבריו ז"ל ודפח"ח ועפ"ז יש לפלפל בסוגיא דמנחות שם דמעיקרא בעי לאתויי מק"ו מבעל מום כו' וגם יש ליישב כמה קושיות שהקשו האחרונים עיין בכו"פ סימן ק"י ואין כאן מקומו ומצאתי סיוע לדבריו שהרי הרב אומר כן גדול הראשונים הרשב"א ז"ל ביבמות ד' מ"ם אי לא מצה ה"א מצות אמר רחמנא.

תמיה לי אמאי שבקינן ללא תאפה חמץ דנקט בריש' וה"ל למימר אי לאו מצה ה"א לא תאפה חמץ אמר רחמנ' וניח' לי דחמץ משמע חמץ ברור וחלוט אפילו את"ל שאינו מצה חמץ ברור אינו להכי נקט מצות אמר רחמנא כלומר מצה ברורה עכ"ל ולפ"ז נכון שיטת הרמב"ם דכל מילת' דאמר רחמנא לא תעביד על הודאי נאמר ולא על הספק (ובספר דברי אמת הבי' ראיה להרמב"ם מדאמרינן בסוטה והבשר אשר יגע כו' הא ספק טמא כו' ע"ש).

וא"ש ג"כ על דרך הנ"ל עדכ"כ הא דאמרינן עשירי וודאי אמר רחמנ' כו') ולכן מפרשינן כאן ממזר ודאי לא יבא וה"ה בפ"ד וכיוצא. אך דמ"מ נ"מ היכ' דאין כאן ספק בגוף הנידון רק דאיכ' פלוגת' דרבוותא בהא מלתא כגוונ' דנ"ד דלהמחמיר זהו פ"ד שאמרה תורה ולהמקיל אין זה בכלל פ"ד ומאין הרגלים לומר דניזל בזה לקולא מדאוריית'.

ואפשר דגם הרמב"ם מודה בספק כי האי דספיק' לחומר' אף מדאוריית' ולפ"ז בנ"ד לא פלטינן מחשש ספק דאוריית' שהוא לחומר' מדאוריית' אף להרמב"ם. ועפ"ז יש לתת טעם לדעת קצת פוסקים הסוברים דשני פלוגתא דרבוות' אין עושין מזה ס"ס דלפי הטעם שכתבו הפוסקים בהיתר דס"ס לשיטת הרמב"ם דמחמת דספק הראשון מדאוריית' לקולא רק מדרבנן לחומר'.

וא"כ הו"ל אידך ספיקא ספק דרבנן וזה דוקא בשאר ס"ס אבל בספק דפלוגת' אע"ג דאי איכ' חד ספק דפלוגת' וחד בגוף המעשה משווין ליה ס"ס היינו דמחמת ספיק' דגוף המעשה נעשה דרבנן ומחמת פלוגת' דרבוותא בשל סופרים הלך אחר המיקל (ועיין בש"ך סימן ס"ו דמשמע מדבריו דגם בכה"ג לא הוה ס"ס גמור).

ובמנחת יעקב השיג עליו מדברי עצמו בסימן נ"ז וסימן ק"ו בשם תה"ד) אבל היכא דתרווייהו ספיקא דפלוגת' נינהו אין כאן ספיקא דרבנן כלל. אף לשיטת הרמב"ם דבספק פלוגתא גם הוא מודה דמדאוריית' לחומר' ואע"ג דפוסקים הללו לאו מהאי טעמא אתי עלה אלא משום דס' ספק פלוגת' שם ספק חד היא היינו משום דבאמת עיקר טעמא דס"ס הוא משום דהוי כרוב.

ולכך הוצרכו לומר דספק חד הוא ואמנם כן נראה דהפוסקים הללו דס"ל דלא מהני ס"ס מחמת שני פלוגת' דרבוותא ואע"ג דהוי מתרי טעמי וא"כ יש לצרף לאשוויי להו רובא דצ"ל דסוברים כשיטת הש"ך דאף מתרי טעמי לא חשבינן בדאורייתא לרובא ולפי דעת רוב הפוסקים דס"ל דמהני ס"ס כה"ג כמבואר במ"י שם הם סוברים דאף בדאורייתא מהני ס"ס כזה לעשות רוב ומ"ש במ"י שם דעל הרוב בספק פלוגתא הא' מתיר יותר מחבירו י"ל דגם כאן נ"מ בספיקות אלו דלהך ספיקא דניטל ביצה השמאלית לא הוה

בכלל פ"ד אז אפשר דיש לו רפואה שיכול להוליד כמ"ש הרא"ש והסמ"ג בשיטתו וגם הבנים כשרים.

ומה דמשמע בירושלמי דאינו מוליד היינו בלא רפואה וכמש"ל דאל"כ קשה קושיות הרא"ש מהא דגובתא ואם נאמר דשפיר הוה פ"ד אף בביצה אחד. אלא דמ"מ הוא כשר לפי שהוא מחמת חולי וכבי"ש דמי א"כ אינו מוליד וכמו שפירשו להך שיטה מה שאומר ר' ישמעאל הרי הוא כסריס חמה כו' וא"כ אם יוליד הבנים פסולין ואע"פ שי"ל דכה"ג לא מיקרי א' מתיר יותר כיון דבגוף ההיתר לא נ"מ מידי.

י"ל דנ"מ לענין גוף ההיתר ג"כ דאי נאמר שמוליד א"כ חיובא נמי איכא לישא אשה כשאר אחיו מישראל דרחמנא אמר פרו ורבו משא"כ אם נאמר דכשר אלא שאינו מוליד נהי דשרי אבל חיובא ליכא. ובכה"ג וודאי דחשבינן ליה כא' מתיר יותר מחבירו ואין להאריך: ואמנם לפי מש"ל דעיקר לדינא דע"י חולי כבי"ש דמי שכן דעת רוב הפוסקים ולזה הסכימו האחרונים רק מצד ספק שמא שלט החולי בכלולו והגיע לגדר מיסמוס ספק זה שפיר הוה ספק אף לפי מה דכתיבנא לדעת הרמב"ם דזה הוי ס' בגוף המעשה וא"כ יש לצרף זה וגם ספק פלוגתא דרבוותא בניטל ביצה השמאלית ושרי מטעם ס"ס אליבא דכ"ע: והנה גם לדעת שאר פוסקים דס"ל דמיתורא דקרא דרשינן הא דממזר ודאי כו' מ"מ נראה דגם בפ"ד אמרינן הכי וכן מבואר מ"ש הריטב"א בשם הראב"ד דהא דחמשה קהלי כתיבי הוה חד מינייהו קהל דכתיב גבי פ"ד והביאו הפ"י וכתב ונלענ"ד להוסיף טעם לשבח כו'.

ואף לפי מ"ש רש"י והתוס' שם הטעם דלא חשיב קהל דפ"ד משום דלא חשיב כ"א פסולי יוחסין ור"ל דבהא אייתרי ליה קהל משום דהו"ל לכלול כל פסולי יוחסין כחדא משא"כ הך קהל דפ"ד אינו מיותר כלל דלא מצינן לכוללם כאחד עם פסולי יוחסין וכן מבואר בירושלמי דקידושין וביבמות דקאמר טעמי' דר"י משום דארבע קהלות הן כו'.

מתיבין על דר' יהודה והכתיב לא יבוא פ"ד בקהל ה' פסול גוף אינון מ"מ נראה דוודאי ילפינן מהנך כמו דהתם דוקא בממזר ודאי איירי ובקהל ודאי מיירי כמו כן כאן וכמו גבי הני ה' קהל אע"ג דליכא בכל חד רק חד לימוד אפ"ה שרינן בכולהו קהל גרים וספיקות דחדא מחברי' יליף וכמו כן כאן לענין פ"ד וזהו מוכרח למעיין בש"ס וכ"כ בנ"ב שדבר פשוט הוא דכולהו ילפו מהדדי ואין להאריך: ועתה אשימה פני במה שיש כאן צד היתר מחמת שנתמלא זקנו כאשר כתב החכם המשיב נ"י ומקורו מהנ"ב בתשובה הנ"ל וראיתי להעתיק מה שכתבתי זה איזה שנים בתשובה הנ"ל על ענין קרוב לזה וז"ל שם אמנם ראי' יש שהרי עינינו רואות באיש הזה שזקנו מגודל כמשפט העליון כן משפט התחתון רבו שערותיו שזה מורה שלא נסתרס האיש הזה שהרי הרמב"ם בפרק ב' מה"ל אישות כתב שסריס אדם אינו מביא סימנים לעולם והביאו דבריו טור וש"ע ויש"ש ולא חדית הוא לן וכבר העירו בזה חכמי זמנינו בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן ה' בכיוצא בזה אולם הגאון ז"ל שדא בי' נרגא דמאין לומר לן דסימני גדלות נינהו דילמא שומא נינהו והביא ראי' מדברי הרמ"ב"ן שכתב בקטנה שלא נודע מספר שנותי' והביאה סימנים מטילין אותה לחומרא כדין הספיקות ודוקא היכא דאיכא חזקה דרבא לא אמרינן שומא נינהו ע"ש שהאריך ואני תמה דנקיט דברי הרמב"ן ושביק דברי התוס'

בקידושין ד' ס"ג שכתבו וז"ל וקשה דא"כ כל הנשים הבאים לפנינו לחלוץ איך יחלוצו
אע"ג שיש להם סימנים כיון שאין יודעין שנותרהם כו'.

כל הבאים על העריות איך נהרגים אע"ג שיש להם שערות מ"מ אין אנו יודעין שנותרהם
ושמא הם קטנים. ואומר ר"י דאי איכא ריבוי שערות סמכינן אריבוי שערות מבואר
בדברי הרא"ש שם שכתבו דבכה"ג סמכינן ארובא ואפילו מאן דחייש למיעוטא מודה
בהא דלא שכיח כלל.

ואע"פ שי"ל דהרא"ש כוונתו בצירוף נאמנות האב וכדמשמע מהרשב"א שם מ"מ לשון
הרא"ש לא משמע כן שהרי כתב טעמא דלא שכיח כלל. וכן הלכה רווחת בישראל
דאריבוי שערות לחוד סמכינן לחליצה כמבואר באה"ע סי' קמ"ט והוא מדברי ספר
התרומה ושאר גדולי הפוסקים.

ונראה שגם הרמב"ן אין חולק ע"ז רק הרמב"ן מיירי לענין אם אין שם רק סימנים סתם
ולא מיירי בריבוי שערות כלל ובזה אין צורך להביא מדברי הרמב"ן שהבי' ה"ה שהדב'
מבוא' ברש"י דקידושין ותו' ושאר פוסקי' דאם אין כאן ריבוי שערות חיישינן דילמא
שומא נינהו ודרך אגב אמינא שם"ש המשנה למלך בפירוש הרמב"ן והנ"ב האריך בזה.

ואנכי הרואה שדברי הרמב"ן הללו שהביא ה"ה הוא מדברי הרמב"ן בחידושיו למסכת
נידה ד' מ"ה ומבואר שם שעיקר דבריו לענין מיאון איתמר שאע"פ שלא בעל אחר זמן
אינה ממאנת כשהביאה סימנים. ולא אמרינן לקולא שומא נינהו ע"ש דלא כהמשנה
למלך שפירש דבריו באופן אחר והעיקר כמו שפירש מהרי"ט ושאר פוסקים איברא
שעדיין יש לפקפק בדבר דשמא ע"כ לא אמרו הפוסקים דבריבוי שערות לא חיישינן
לשומא אלא אם באנו לחוש שעדיין לא הגיע לכלל שנים דלא שכיח בהו שימצא שערות
הרבה בתורת שומא משא"כ בזה ששנות מספר אתיו אלא שהספק נופל שמא הוא סריס
שפיר י"ל שלפי רוב השנים ירבה שערותיו בתורת שומא.

אבל לפענ"ד לא מסתבר לחלק בכך כיון שסריס אדם דרכו שלא לגדל שערות כי אבד
חומו אשר על ידו השערות צומחים ובוקעים בבשר וכקטן דמי ממילא דלא שכיח בי'
ג"כ שיבא לידי ריבוי שערות מחמת שומא כמו בקטן ממש. ועוד נראה דכיון שזקנו
מגודל כדרך כל האנשים המולידים בהא וודאי לא תלינן דשומא נינהו וכן נראה ממ"ש
התו' ד' פ' ד"ה דהביא שהקשו בהא דקידושין דאמרינן זקן האשה והסריס ופירש
בקונטרס סריס חמה היכא משכחת לה למ"ד עד שיהא בכולן כו' ולכאורה הא דלא
פירש רש"י באמת בסרי' אדם דהוה א"ש בפשיטות לכ"ע צ"ל דהוה מטעם דלא משכחת
בסרי' אדם זקן כלל והלכך צריך לאוקמי בסריס חמה דוקא דאז שפיר משכחת לה אף
למ"ד עד שיהא בכולן כגון שהביא אחר ר' כמ"ש התוס' שם אלא שי"ל להיפך דלכך
פירש"י בסריס חמה דאילו סריס אדם אין דינו כזקן האשה דס"ל שדרך הוא שיגדל זקן
לסריס אדם כמו לשאר בני אדם ואין בו רבותא במ"ש שם בקידושין שדינו כזקן כ"א
בסריס חמה שאין דרך ליגדל בו זקן כמו באשה (ובאמת ברש"י שלפנינו ליתא מ"ש
התוספות בשמו דאיירי בסריס חמה) אמנם מדברי הרמב"ם הנ"ל נראה דטפי גרע סריס
אדם מסריס חמה לענין הבאת דבר שיש בו סימן גדלות ונראה פשוט דגם לענין הבאת
זקן כן הוא עד כה דברו בתשובה שם.

והנה החכם המשיב כתב ראי' דנתמלא זקנו ראי' גמורה הוא משום דלמ"ד עד שיהא בכולן אז אם נתמלא זקנו אינו סריס ולא כיון יפה דהתם לענין סריס חמה מיירי ואנו נזקקין לסימני סריס וכל שנתמלא זקנו אין כאן סימני סריס וא"ל דניחש שמא שומא נינהו דמה"ת ניחוש לי' הכי וכל זמן שלא נמצאו בו כל הסימנים יחד אמרינן דהוא מרובא דלאו סריסים נינהו תדע דאל"כ לר"י דס"ל בלא הביא ב' שערות בזקן סגי בא' מהם ובהביא ב' שערות בזקן אינו סריס אלא בכולן ואמאי ניחוש לי' דלמא הנך ב' שערות בזקן שומא נינהו ובחד סימן סגי אע"כ דכל כמה שלא נודע לנו בבירור דסריס הוא לא מחזקינן ליה בסריס כלל.

ואף שי"ל כיון שיש בו סימן אחד מסימני סריס איתרע ליה רובא וכמ"ש התוספות היכא דאיכא סימן דאינו עושה כיפה תו לא שייך רובא מ"מ נהי דלא מיחשב בוודאי אינו סריס כיון שנולד בו איזה סימן מסימני סריס מ"מ בשביל זה אין להחזיק השערות לשומא אלא ספיקא מיהא הוי אם הו' סריס או לא וכמ"ש התוס' לענין עושה כיפה דמ"מ ספיקא הוי ע"ש.

אבל אם לא נתמלא זקנו זה א' מסימני סריס ותלוי בפלוגתא דר"י, ור"ה אם בעינן כולן או א' מהם סגי למשוי' סריס ודאי. ועכ"פ אין הכרח משם כלל לומר דמחמת מילוי הזקן הוא נעשה גדול שאין זה סימן גדלות כלל.

ואדרבה שערות רבות ארוכים במקומות אחרים מועילין יותר וכמ"ש התוספות שם ד' פ"א ד"ה דהביא דשערות דזקן אינן מועילין לדין הבאת שערות אע"ג דבכל שאר מקומות שבגוף מועילים ואע"פ שהתוס' כתבו זה לענין שני שערות בזקן. י"ל דה"ה בנתמלא זקנו אין זה סימן גדלות.

וכן משמע קצת לפי הטעם שכתב האשר"י דאעפ"י שהביא שתי שערות בזקן לא חשיבי שערות לגדלות אע"פ ששאר מקומות מועילין לפי שמקום הזקן רגיל להביא שערות לכך אינו חשוב גדול על ידו כו' ע"ש א"כ י"ל דגם מילוי הזקן לא מהני מהאי טעמא דשם רגילות להביא שערות איברא דהטור באה"ע סימן קס"ט ובח"מ סי' ל"ה כתב דאי נתמלא זקנו א"צ בדיקה והב"י כתב מקום מוצאו מדברי התוס' דיבמות דלעיל.

ובאמת הב"ש בסימן קע"ב תמה על הב"י דכוונת התוספות אינו לומר דיש לו דין גדול מחמת נתמלא זקנו די"ל דהוא קטן עד רוב שנותיו רק כיון דנתמלא זקנו א"א שיהי' לו כל סימני סריס כו' ע"ש ואמנם הרא"ש בסדר חליצה כתב ואם רואים שגדלו דדיו ונתמלא זקנו א"צ בדיקה. ונראה דהיינו טעמא דהתם מיירי בהגיע לשנת י"ג כמבואר שם וכיון דאיכא חזקה דרבא שפיר סמכינן אהא מילתא דנתמלא זקנו לומר דבודאי גדול הוא משא"כ היכא דליתא לחזקה דרבא כגון בגוונא דנ"ד דיש לחוש שסריס הוא וא"כ שנות מספר שלו עדיין לא באו כלל בשביל הך סימנא לחוד דנתמלא זקנו לא משוינן ליה גדול דאפשר שאף הסריס יגדל לו זקן דשם רגילות טפי להביא שערות ודברי הב"י צ"ע: ואמנם בסי' תס"ט באה"ע י"ל דלא מיייתי דברי התוספת ללמוד משם מקור דברי הטור דודאי דברי הטור הוא מהרא"ש כמ"ש מקודם רק מיייתי מהתוס' לענין זה דב' שערות לא מהני ולא חשיב נתמלא זקנו.

אך בח"מ סימן ל"ה צ"ע ומדברי סה"ת משמע קצת דנתמלא זקנו מהני בכל גווני שכתבו וחשבון השני של האיש כו' אם גדולים הם הרבה או יש להם שערות הרבה בבית הערוה או בזקן אז אין אנו חוששין ושפיר חולצין כו'. ולפי סיום דבריו היינו אפילו אין יודעין שני גדלות אמרינן דמסתמא הגיע לכלל גדלות ע"ש.

והיינו כדעת התוס' בקידושין. ולפ"ז משמע דאין חילוק בין אם הריבוי שערות הוא בזקן או במקום אחר בגוף והרא"ש לשיטתו בקידושין דמשמע מדבריו דאף בריבוי שערות צריך צירוף עדות האב שהוא בן י"ג.

ולכך הוצרך שיהא ידוע שהוא בן י"ג בין בדדים גדולים או נתמלא זקנו ולקצר אני צריך ועיין בש"ע א"ח סימן מ"ג: ואמנם כבר כתבתי דמדברי רש"י בקידושין משמע דסרי' אדם אין לו זקן. וכן נלענ"ד מדאמרינן בשבת דף קנ"א א"ל ההוא גוזאה לר"י ב"ק כו' עיקרא שליפא בתמניא ופירש"י שביציו עקורים ונתוקים לוקחין בשמונה כו' תלת שמעת הדרת פנים זקן כו' ברוך המקום שמנעך מכולם.

מזה משמע להדיא דסרי' אדם אין לו זקן. ומ"מ נלענ"ד שטוב יותר לבדוק בחתימות זקן התחתון שזה וודאי סימן גדלות הוא.

והרמב"ם כתב שאינו מביא סימן לעולם והביאו הסמ"ג והטור והב"י כתב דפשוט הוא והביאו בש"ע וביש"ש ומקום מוצאו בתלמוד לא הראו לנו וכמ"ש בשו"ת נ"ב רק ראה זה מצאתי בספר בית מאיר דהרמב"ם משמע ליה הכי מסתמא דבריית' דמייתי ביבמות ד' פ' אין הסרי' נידון בבן סורר ומורה לפי שאינו נידון אלא בחתימת זקן התחתון.

ומשמע דמיירי בין בסרי' חמה ובין בסרי' אדם: אמנם יש לדקדק קצת בירושלמי סוף פרק האשה שהלך דמייתי שם פלוגתא דרב ושמואל וקאמר עלה מתנית' פליגי על דין ועל דין הסרי' אינו נעשה בן סורר ומורה שאין בו הקפת זקן ויתרה בו שמא יבוא שתי שערות בתוך ג"ח כמ"ד אין מקבלין התראה על הספק עכ"ל.

לכאורה מאי קא קשי' ליה דילמא בסרי' אדם מיירי שאינו מביא סימן לעולם אע"כ דגם סרי' אדם מביא סימן גדלות לפעמים. ואפשר לומר דניהו דמיירי נמי בסרי' אדם מ"מ מדנקט סתם מיירי נמי בסרי' חמה ואהא קא קשי' ליה ויתרה בו כו' כיון דסרי' חמה שיעורו עד ד' שנה.

ואדרבה לפ"ז מוכח מהתו' ג"כ דאין מביא סימן שהרי התו' שם כתבו דלא חשיב התראת ספק דאגלאי מילתא שהיה גדול בשעת התראה והיינו דלא כהירושלמי ולפ"ז קשה קושיות הירושלמי על הברייתא דבן סורר. וע"כ לומר דהתו' ס"ל דהתם בסרי' אדם מיירי וא"א להתרות בו כלל כיון שלעולם לא יבוא לידי חתימת זקן.

אבל באמת זה אינו שהרי בן סורר חייב משיביא שני שערות רק קודם לזה פטור לפי שהוא קטן ולא בא לכלל מצות כמפורש בסנהדרין: ולפי"ז כיון דסריס אדם מחשב גדול מבן י"ג שנה כמ"ש הרמב"ם א"כ שפיר הוא נעשה בן סורר. וע"כ דהך בריית' בסריס חמה מיירי דלא נעשה גדול כ"ז שאין בו סימני' וא"כ שפיר פריך הירושלמי ויתרה בו כו' (ומ"ש בירושלמי שאין בו הקפת זקן לאו דווקא אלא ר"ל חתימת זקן דהא אדרבה משיקיף זקן פטור הוא.

ובפירושו קרבן העדה כתב שאינו נעשה בן סורר עד שיקיף הזקן כולו בשערות רבים ודבריו תמוהים דאדרבא משיקיף הוא פטור) אך דבאמת צ"ע בהך בריית' לפי מ"ש דעיקר בגדלות תליא מילתא א"כ איך קאמר דאין סריס נידון כו' דאלמא לא דהא שפיר נידון אחר כך' כשהביא סימני סריס או בתר רוב שנותיו אף שלא הביא ופשיטא דאין ר"ל בעודנו קודם כך' דמאי קמ"ל וגם דומיא דאיילונית אין נידונת בנערה המאורסה קאמר דהיינו שבשום ענין אין נידונית וה"ה בסריס וע"כ לומר דתנא דבריית' ס"ל דלא מהני גדלות אלא דוקא חתימת זקן בעינן ואפשר דיליף לה מהא דאמרינן בסנהדרין שם וכי יהיה לאיש בן בן הסמוך לגבורתו של איש.

וכתבו התו' שם דדריש לאיש משמע לשון גבורה כו'. ולכן בעינן דווקא שיהיה לו חתימת זקן התחתון וכל שאין לו הרי הוא סריס שאין לו גבורת אנשים.

וא"כ אין לחלק בזה בין סריס אדם ובין סריס חמה ואתרוייהו קאי והירושלמי קשיא ליה דבסריס חמה למה קאמר דאינו נידון דהא קודם כך' עדיין אפשר שיביא שתי שערות ודחיקא ליה לומר דמיירי שהגיע כך' ולא הביא שנתברר דסריס הוא דמשמע ליה שאין מתחילין לדונו כלל ואמאי נתרה בו בשעת מעשה שמא יביא שתי שערות ויתברר למפרע שהוא איש ולא סריס.

וגם דחיקא ליה לאוקמי שכבר הוא אחר כך' ונולדו סימני סריס או שהוא אחר רוב שנותיו ולהתו' צ"ל דמיירי בכה"ג ולפי מ"ש צ"ע על הרמב"ם בהלכות ממרים שהשמיט ברייתא זו דסריס אינו נעשה בן סורר דהא לפי מ"ש הוא דין מחודש דאע"ג דיש לו דין גדול מ"מ אינו נידון בבן סורר.

ועכ"פ למדנו ממ"ש דהך דינא שייך אף בסריס אדם וכיון דהברייתא נקטה טעמא לפי שאינו בא לידי חתימת הזקן התחתון משמע דגם בסריס אדם אינו בא לידי חתימת זקן. ואף לפי מש"ל דיש מקום לומר דסריס אדם כיון שהוא גדול מבן י"ג שפיר נעשה בן סורר מ"מ ממילא מוכח דאינו מביא סימן דמידי הוא טעמא שנעשה גדול מבן י"ג לפי שאינו מביא סימן ואם היה בר הבאת סימנים מסתברא שיש לו כל דין סריס חמה.

ומ"ש בספרהנ"ל כיון דסתמא קתני מיירי גם בידי אדם אינו מוכרח לפי מה דאמרינן ביבמות שם הסריס לא חולץ כו' קתני סריס דומיא דאיילונית מה איילונית בידי שמים אף סריס נמי בי"ש: ולפי"ז כיון דהכא קתני ואין איילונית נידונית בנערה המאורסה כו' י"ל ג"כ סריס דומיא דאיילונית ואין להאריך: ואשימה פני לבוא בדרך קצרה על קונטרס החכם המשיב ה"ה כבוד ידידי החכם השלם החריף ובקי בחזרי תורה מהו' מרדכי נ"י.

והנה ראשית דבריו האריך בדברי הרמב"ם דפ"ד ודאי לא גזרו על הספקות שלא עשו מעלה בפסול הגוף וכמ"ש ג"כ בשער המלך. והיינו משום דספק ממזר קיל משאר ספיקות ואין אסור אלא משום מעלה ובפסול הגוף לא עשו מעל'.

אבל פ"ד ספק בישראלית ודאית הדרינן לכללי דספיקא דאורייתא דהא לאו משום מעלה הוא אלא משום ספיקא דאורייתא ועכ"פ מדרבנן אסור וממזר לא גמרינן כו' והאריך בזה. ונפלאתי מאוד שנראה מדבריו שהבין עיקר קושיות הב"ש דלמה יהי' מותר בספיקות הלא יש לחוש שהוא ממזרת.

ולכן מחלק דספק ממזר קיל דאינו אסור אלא משום מעלה ואם כך הוא כוונת הקושיא אין תירוץ זה שתירץ בשער המלך דבפסול הגוף א עשו מעלה מספיק כלל וכמ"ש החכם המשיב דאדרבה פסול הגוף יש לו להיות מעלה בקודש טפי מפסול יחוס אך באמת הא לא קשיא ליה להב"ש כלל דכיון שהרמב"ם סובר דלאו בקדושתיה קאי לענין נתינה ממילא אין לנו לעשות מעלה ביחוס שהרי אינו בקדושתו ולכן גם ספק ממזרת כיון דשרי' ספק ממזרת לישראל כשר מן התורה רק דחכמים גזרו ובזה לא גזרו רק דהב"ש קשי' ליה להיפך דהאיך מותר הפ"ד בספיקות שהרי יש לחוש שמא ישראלית היא ופ"ד אסור בישראלית והיא אסורה בו כמו ממזר וודאי שאסור בספק ממזרת דחיישינן שמא ישראלית היא וע"ז שפיר תירץ בשער המלך דמדאורייתא שרי פ"ד בספק ישראלית דדרשינן לא יבוא פ"ד בקהל ה' הא בקהל ספק יבא וא"ל שיש לעשות מעלה באשה זו דשמא ישראלית היא ויתערב בה אחד מהפסולין לזה אמר דדוקא בפסול יוחסין עשו מעלה ר"ל שחששו שלא יטמעו בישראל שהוא פסול ליוחסין כגון ממזר ואינך פסולין משא"כ פ"ד דאינו רק פסול הגוף לא חששו לעשות בה מעלה שלא יבא עליה א' מפסול הגוף ולא איכפת לן בהכי וכבר כתבתי מזה בקצרה לעיל ועכ"פ אין דרך לנטות ימין ושמאל בדברי הרמב"ם דפ"ד וודאי מותר בספק ישראלית דרשינן גם גבי פ"ד דבקהל ספק יבא דאל"כ איך התיר לו לקחת ספק ישראלית אלא וודאי דמדאורייתא שרי וגם מעל' לא עבוד בפסול הגוף ושרי נמי מדרבנן וא"כ פשיטא דדרשינן נמי פ"ד וודאי לא יבוא הא ספק יבוא כמו בממזר דמחמת יתורא דקהלי דרשינן בקהל וודאי כו' דרשינן נמי ממזר וודאי כו' כמ"ש התוס' ישינים בקידושין וא"כ ה"ה לענין פ"ד דדרשינן בקהל ספק יבוא יש לדרוש ג"כ פ"ד ספק יבוא.

ולשיטת הפוסקים נמי יש לומר דדרשינן בקהל ספק יבוא גם גבי פ"ד כמ"ל מדברי הריטב"א והירושלמי בזה: ומ"ש מדברי התוס' דקטן לר"מ ספק סריס ממעי אמו אינו מייבם א"כ ה"נ ספק סריס אדם אסור בישראל ז"א ענין זה לזה דהוא דתוספות ודאי שהדין כשאר כל הספיקות שהם לחומרא לכל מר כדאית ליה למר מדאורייתא ולמר מדרבנן רק כל עיקר מה שאנו רוצים להתיר בזה בפ"ד היינו משום דרשות דקראי כמ"ל או דקהלי ילפי אהדדי ולכך לא אסרינן ליה כשאר ספק דאורייתא וא"כ מה מקום לדמות זה לספק סריס לייבם אלא דינו כממזר דספיקו מותר והיה מותר אפילו מדרבנן רק משום מעלה אסרוהו וכיון שבפ"ד לא שייך מעלה אין כאן איסור כלל: והך דר"מ דחייש למיעוטא דמוכח מינה דכ"ש דאיכא למיחש לספיקא בלא"ה צריך ליישב לשיטת הרמב"ם וכבר כתב הפליתי ליישב זה משום דר"מ סובר דלא בעינן חתיכה משני חתיכות וכ"כ החכם המשיב בסוף דבריו אולם דבר זה צריך יישוב בכמה מקומות דאשכחן בש"ס תנאי דחיישו למיעוטא וס"ל דבעינן שני חתיכות ולדידי חזי שיש ליישב בכמה אנפי ולפי שא"צ לענינינו קצרת.

וכבר כתבתי שהריטב"א בשם הראב"ד כתב דקהל דגבי פ"ד הוא בכלל ה' קהלי וגם לשאר פוסקים אין לחלק בין הנך קהלי דבכולהו דרשינן ספק יבוא. וכן מבואר בפני יהושע ומ"ש בשער המלך בשם האלי' רבה מהא דיהודה גר עמוני כבר דחה בשער המלך שם והעיקר כדבריו וגם ראייתו מהתוס' הוא נכונה מאוד.

ומ"ש החכם המשיב דק"ו התוס' אליבא דר' יהודה דס"ל ג' כתובים הבאים כאחד מלמדין: ולענ"ד י"ל לפי מ"ש מהרי"ט להרמב"ם דהא דשרינן בממזר הני דהנך ריבוי מרבי אפילו הוי סתרי אהדדי ולהפוסקים החולקים עליו אפשר דהוי שני כתובים. משא"כ למ"ד מלמדין טעמא דמלת' דס"ל דבשני כתובים דרשינן בהו איזה דרשה כמבואר במפורשים.

ולפי"ז מסתבר דאליבא דר"י דרשינן דשרי בסתרי אהדדי. וא"כ א"א לומר דטהרת מצרי שני ע"י שנושא שתוקות והוולד שלישי דז"א דכה"ג אפילו מצרי שני נמי טהור אם המצרי ראשון נושא שתוקות ואז הוולד ספק מצרי שני ספק ממזר ודרך אגב ראיתי שם בשער המלך דבר תמוה מ"ש לתמוה על התוס' שכתבו שישא שתוקות משום דבקהל ספק יבוא דלמה לי הא דהא אפילו בממזר' וודאי מותר גר מצרי דלא חזי לבוא בקהל וכ"ש שתוקות כו' ונדחק בזה.

ואני תמה דאדרבה בשתוקות הוה ס"ד דאסור דשמא ישראלית היא ומצרי ראשון ושני אסור בה לזה כתבו דבקהל ספק יבוא רק שלענ"ד צ"ע על התוס' דקשיא להו שישא שתוקות שהבן מותר משום דממזר ספק יבא. ולכאורה דהא לר"י קיימינן ור"י ס"ל דיש ממזר מחייבי לאוויין כמ"ש התוס' ביבמות ד' נו"ן וא"כ אין כאן ספק ממזר אלא וודאי ממזר דממ"נ אם ממזרת היא הרי הוולד ממזר ואי ישראלית היא א"כ היא חייבי לאוויין שהרי הוא מצרי שני ואסור בישראל' וג"כ הוולד ממזר וכיון דבין הכי ובין הכי הוולד ממזר א"כ אין כאן ספק אלא ודאי ועיין בתוס' דקידושין ד' ע"ד ובדף ס"ז בפ' שכתב דבפ"ד מיתות לחד לישנא אין הכרח דיסבור ר"י דאין קידושין תופסין בח"ל ומ"מ קשה על התו' שהקשו על ר' יוחנן דדלמא ר"י ס"ל כהך לישנא דלר"י אין קידושין תופסין בח"ל.

ודוחק לומר דקושיות התו' אליבא דיש מגיהין שהגיהו לר' יהודה במקום ר' יהושע במתני' דיבמות ד' נ'. ונראה דהתו' סוברים דאע"ג דמחייבי לאוויין הוי ממזר היינו דווקא היכא דעבר אמירא דרחמנא משא"כ כאן אע"ג דאם היא ישראלית הוה ח"ל לגבי דידי' מ"מ כיון דהשתא מיהא ספיקא הוה דשמא ממזרת היא ושריא לי' והתורה התירה ספק זה ממילא אף אם לפי האמת ישראלית היא לא עבר אמירא דרחמנא ולא חשבינן לולד זה הנוולד מביאה זו לנוולד מביאה אסורה ואינו ממזר כלל וא"כ אין כאן רק ספק ממזר ומ"מ אין מזה ראי' לסברת מהרי"ט ואין להאריך: ומ"ש בענין אם יש חילוק בין לאו לכרת כבר הארכתי בענין זה בחיבורי והבאתי דברי מהרי"ק ותה"ד ועיין בנ"ב חלק א"ח סימן ק"א אך בנ"ד א"צ לזה וכדכתיבנא דוודאי אם אנו רוצים להתיר ספק פ"ד ע"כ מריבויי דקהלי אתינן עלה ואין זה דומה לשאר ספק דעלמא: ומ"ש לענין שתיית כוס עיקרין הדבר פשוט דאסור מדאורייתא וכמ"ש הרמב"ם וסמ"ג וש"ע דאסור אלא שאין לוקין עליו מבואר דאיכא איסורא דאורייתא.

וצ"ע על ה"ה פרק ט"ז מה"ל א"ב שכתב דבסוגיא דשבת מבואר דכל היכא דלא נגע באיברים לא מחייב. ולפענ"ד צ"ע דבס"ד הי' סובר כן דנטילת כרביל הוא סירוס גמור אלא לפי דהוה סירוס ממילא שרי אבל לפי מאי דפריך התם מדרב אשי דאמר רמות רוחא הוא דנקט ליה ומחמת זה הוצרך לאוקמי באשה מבואר דאפילו סירוס דממילא

בזכר מיקרי סירוס וכמ"ש רש"י שם ואע"פ שי"ל דאסור אין לוקין מ"מ מדברי הש"ס אין הכרח כלל ובחידושי הרשב"א הקשה דמאי מייתי מדר' יוחנן התם קא מכוון וי"ל דלרבנותא נקטי' דאיהו ס"ל דלא אסרה תורה אלא בנוגע ממש במקום סירו' אבל כשאינו נוגע באבר עצמו לא וכדר' יוחנן ואע"ג דמתכוון לסרוסי וכ"ש בדלא מכוון עכ"ל ואפשר שמזה הוציא ה"ה דבריו אבל באמת ז"א דהרשב"א כ"כ לפי דעת תרצן זה שהי' סובר דטעמא דר"י משום הכי הוא אבל לא קיימא הכי במסקנא ואפילו באינו מתכוין אסור ומכ"ש במתכוין וכיון דהרמב"ם כתב דינו במתכוין לסרס א"כ אפשר דאפילו חיובא נמי איכא וגם מה דנקט הרמב"ם במשקה כדי לסרס צ"ע דהא בש"ס משמע דאפילו בשותה לרפואה ומיעקר ממילא נמי איכא איסורא ובב"ש כתב על לשון הש"ע שהוא לשון הרמב"ם אפילו שותה לרפואה וצ"ע דלישנא משמע דהשקאה הוא כדי לסרס ולא לשם כוונה אחרת ולולי דברי ה"ה הייתי אומר בשיטת הרמב"ם לפי מ"ש בשאלתות שהביאו התו' ושאר פוסקים דלר"ש שרי משום דבר שאינו מתכוין רק דבשאר איסורים הלכה כר"י והם ז"ל הקשו עליו ופירשו דאף לר"ש אסור משום פסיק רישא ולכאורה יש לתמוה על השאלתות שהרי הש"ס מלא מזה דפ"ד אסור גם לר"ש ובוודאי לא נעלם זה מהגאון שהוכרח לומר דקיי"לן כר"י.

ודוחק לומר דס"ל כשיטת הערוך דפ"ד דלא נימא ליה מותר ולא ס"ל מ"ש הרשב"א והרא"ש והר"ן דדווקא בשבת שייך לומר כן משום מלאכת מחשבת משא"כ בשאר איסורים דודאי דבריהם בזה מילי דסברא נינהו ולא יחלוק הגאון עליהם. אך נלענ"ד דהגאון סובר דאיכא תרי גווני עקר ע"י כוס של עיקרן חזא שע"י שהסמים הם חדים וחריפים שדי זיהרא בגיד או בבצים ומיקלי קלי להו ויאכל חצי בשרו ועי"ז נעשה כרות שפכה ולפעמים אינם גורמים קלקול כ"כ ואין אוכלים בגיד ובבצים כלל רק שגורמים שע"י"ז נסתם שבילי הזרע ועי"ז נעשה עקר שאינו ראוי להוליד וכשאסרה תורה שלא לסרס לא נאמר בלאו זה כ"א ומעוך ונתוק וכרות משמע דווקא בכה"ג דמתעביד מעשה בגיד או בבצים הא לא"ה רק שגורם לבוא ע"י עקרות ע"י שמתקלקלין שבילי הזרע וכיוצא בו אין כאן איסור תורה וזה מוכח לענ"ד מדאמרינן בבכורות ת"ר שני נקבים יש באדם כו' אם ניקבו זה לתוך זה נמצא עקר.

אמר ר"ל מאי דכתיב לא יהי' בך עקר ועקרה ובבהמתך אימתי לא יהי' בך עקר בזמן שבבהמתך ופירש"י שלא תהא צנוע בהטלת מים ע"ש ואם איתא דבכה"ג דמיעקר ע"י עיכוב השתן א"כ פשיטא שאסור לעמוד על עצמו שיבא עי"ז לידי עקרות ועבר אדאורייתא וכן נראה מדברי ספר יראים שכתב ראי' דעקר כגוונא דגובתא כשר לבוא בקהל מהא דבכורות דגרסינן נמצא עקר ולא גרסינן נמצא כרות שפכה דעקר וכרות שפכה שני ענינים הם והביאו הסמ"ג ושאר פוסקים ולפי דבריהם פשיטא דכיון דאין זה בכלל כרות שפכה פשיטא דאין זה ג"כ בכלל ובארצכם לא תעשו זכרות אמר רחמנא והאי לאו כרות הוא.

וכן משמע לכאורה מהא דאמרינן ביבמות דף ס"ב דרב ששת איעקר מפרקי' דר"ה ופרש"י שהי' מאריך בדרושיו וצריכים למי רגלים ומעמידים עצמם ונעקרים כדאיתא בבכורות ע"ש. וכן אמרינן שם ד' ס"ד כמה אמוראי דאיעקרו מפרקיה דר"ה ואמר רב

אחא בר יעקב שית' סבא הוינא כו' ואם איתא דאיכא אסורא בכה"ג משום ובארצכם לא תעשו היכא עבדי הכי ואעפ"י שי"ל דבשעה שהעמידו עצמם לא הרגישו שיבוא לידי כך מ"מ למיחש מיהא מיבעי להו שמא יבוא לידי כך אלא דבלא"ה קשיא דהאיך הפקיעו עצמם מעשה דפ"ו ובעובדא דרב ששת שם נ"ל דבשעת מעשה היו לו בנים.

אך בעובדא דר' אחא בר זבדא א"א לומר כן. וגם קשה דהא אמרינן במכות דמשהה נקביו עובר משום בל תשקצו ועיין בי"ד סימן קט"ז ובתה"ד סי' ט"ז כתב דהא דכמה סבי אעקיר כו' מחמת כסופא וזילותא למיזל לצרכיהן קמי' רבי' לא חשו לאיסור בל תשקצו והביאו המג"א בסי' ק"ג ובסי' צ"ב כתב דתה"ד מודה בצבור דגדול כבוד הבריות ע"ש.

ובאמת אפשר לומר דהנך סבי אנוסים היו לפי המבואר בכתובות ד' ק"ו דר"ה היתה ישיבתו גדולה מאוד דכי קיימי רבנן נפצי גלימייהו כו' והנך סבי מחמת הלחץ והדחק הגדול לא הי' אפשר להם שילכו לחוץ ובע"כ היו מעמידים עצמם אלא דאכתי קשה מהא דבכורות דאמרינן משתינן מים בפני רבים כו'.

ואפשר דלכך השמיטו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש הא דבכורות משום דלא משמע הכי מהך עובדא דיבמות דהנך סבי עבדי עובדא בנפשייהו אך המג"א בסי' ג' הביא דברי הש"ס בזה וצ"ע: שוב ראיתי שאא"ז הגאון בתבואות שור סימן י"ג הביא שם ג"כ דברי התה"ד והקשה עליו מהא דבכורות וכתב דההוא עובדא דסבי מחמת גודל עיונם לא היו מרגישינן.

א"נ שלא היו יכולין לצאת מחמת רבוי התלמידים כמ"ש בכתובות גודל מתיבתא דר"ה כו' ולהשתין במקומו א"א דהיינו במקום קדוש ומקום תורה כבהמ"ד דילפינן מוה"י מחניך קדוש ע"ש שהאריך בענין זה ושמחתי מאוד שכוונתי לדעתו ז"ל. ומ"ש דמקום תורה אסור צ"ע מהא דאמרינן בבכורות שם שמואל איצטרך ליה בשבתא דריגלא נפצי ליה גלימא כו'.

ועכ"פ לענין עקר דהוה איסור תורה ודאי שהדברים צ"ע. ומצאתי בספר מחזיק ברכה הביא בשם ספר מור וקציעה שהרעיש העולם האיך אמוראי אנסי נפשייהו ואיעקרו כדאמרי' ביבמות והיכא עבדו איסורא משום עקורי ולא דמי לבל תשקצו דאסמכתא הוא כו'.

והוא ז"ל כתב דלק"מ דאימור דאינהו לא ידעי דבהכי מיעקרי כו' והיותר נכון דהוה טריחא להו מלתא לעמוד מתוך הפרק ולפסוע על ראשי עם קודש וגדול כ"ה כו' ולמ"ד דלא דחי לאו דאורייתא אפשר לומר דהכא ליכא איסור תורה אף בעיקור כה"ג ומה גם דלא הוה פשיטא להו דבכה"ג מיעקרי אלא ספק הי' אצלם כו'.

אחר זמן ראיתי שהאריך בזה בתו' כו' עכ"ל. והוא ג"כ כעין שכתבתי וספר מור וקציעה אין בידי וגם לאפס הפנאי לא נפניתי לעמוד על פרטי ענין זה: וחזרתי למ"ש דמשמע דאין איסור תורה כ"א במה שנאמר בפירוש מעוך כו' והרי פלוגתא דתנאי בקידושין ובבכורות אם שייך הא דמעוך וכתות ונתוק וכרות גם בבצים או לא נאמר כ"א בגיד דווקא.

ואמנם התו' בבכורות ד' ל"ט כתבו דדוקא ברישא דקרא לענין קרבן פליגי אבל סיפא דקרא דבארצכם לא תעשו איירי אפילו בביצים בכ"מ שנסתרס דאפי' ע"י שתיית סם אסרינן בפרק שמונה שרצים כו' ע"ש. לפענ"ד אין ראייה מזה דגם ע"י שתיית סם אפשר שיהי' כרות בגיד או בבצים וכמש"ל ולפיכך כשאמרו לירקונא תרין בשיכרא ומיעקר קא קשי' ליה ומי שרי כו' דהא וודאי מצוי למיתי לידי עקרות כה"ג שיתמסמא הגיד או הביצים ויש בזה ספק איסור תורה: ולפ"ז צריך ליישבו הא דקאמר ה"מ היכא דקא מכוין הכא מאליו הוא דאמר ר"י הרוצה לסר' כו' ומאי מייתי מהתם דגבי תרנגול אין איברי הזרע מתקלקלין מחמת הסרת הכרביל רק דהוה ס"ד ששוב אינו מוליד וא"כ אין משם ראי' לשתיית עיקרין דיש לחוש לקלקול איברי הזרע עצמם וכדכתיבנא.

וצריך לומר דהש"ס היה סובר דאם איתא דאף אם לא נגע באיברי הזרע עצמם לעשות בהם מעשה רק ע"י השקאה וכיוצא בו נפל בהו תיכלא נמי איכא חיובא א"כ כיון דהתם במתכוין ומסיר הכרביל כדי לסרסו הו"ל למיסר מזרבנן גזירה דלמא אתי למיעבד כה"ג אף בגוונא שיש קילקול באיברי הזרע.

אלא ע"כ דכל דלא נגע באיברי הזרע ליכא איסורא מדאוריית' אף אם עושה מעשה שיתקלקל על ידי זה איברי הזרע וכיון דבזה ליכא קילקול באיברי הזרע שפיר דמי אף במתכוין וממילא שיש להתיר בשתיית סם לרפואה שאין מתכוין כיון שאף אם יבוא לידי קלקול איברי הזרע אין בזה איסור תורה שהרי לא נגע באיברים גופייהו.

ובזה מיושב גירסת הש"ס שלפנינו ה"מ היכא דקמכוין הכא מאליו הוא. (ועיין ברשב"א דמשמע דגרס הכא לא קא מכוין) ואין להאריך.

ולפ"ז כי פריך עלה מדרב אשי דאמר רמות רוחא דנקיט ליה. הא לא"ה אסור אף בכה"ג משום דאף בלא נגע באיברים יש איסור תורה.

ולפ"ז הוה ליה למיסר כוס עיקרין דשמא יבוא לידי קלקול האיברים ולפ"ז שפיר כתב רב אחאי דדוקא אליבא דר"י דאוסר דבר שא"מ יש לאסור כאן משא"כ לר"ש אין כאן איסור דאין כאן פסיק רישיה כיון שיכול להיות שלא יבוא ע"י שתיה זה לידי קלקול האיברים כלל והילכך אף דאפשר שיבוא לידי כך דבר שאינו מתכוון הוא ושרי כך נלענ"ד שיטת רב אחאי ז"ל בזה: ולפ"ז י"ל ג"כ שיטת הרמב"ם דודאי לא ס"ל כרב אחאי בהא דס"ל לפסק הלכה דבשאר איסורין קיי"ל כר"י דז"א כמ"ש התו' והרשב"א והרא"ש והר"ן אלא וודאי כר"ש קיי"ל אלא כיון דפלוגת' הוא בש"ס דשבת ואיכא מאן דס"ל דר"ש לא שרי אלא היכא דלא אפשר כגון בספסלים גדולים אבל בקטנים אסור.

וכן סביר' להו לישנ' קמא דפסחים דף כ"ד אליב' דרבא שם דאפשר ולא קמכוין אפילו לר"ש אסור והכא דפריך ומי שרי ע"כ משמע דהא דשרי למישתא תרי כסא בשכרא ומיעקר' מיירי אף אי איכ' תקנת' אחריתי וכדאמרין ואי לא ליתא רישא דשוביט' כו' דאל"כ שאין לו רק תקנה זו לבד פשיט' דשרי שאין לך דבר שעומד בפני הסכנה (ודוחק לומר דמיירי שטורח גדול לחזור אחר תקנת אחרים ותקנה זו דכוס של עיקרין מזומנת הוא לו מיד דבכה"ג נמי לא אפשר מיקרי כמ"ש התו' בפסחים שם דגבי שלשול האומנים בקופות קרי לא אפשר כיון דטורח גדול הוא) וא"כ כיון דאפשר בתקנה אחרת שפיר

פריך אף לר"ש יש לאסור כדאמרינן שם בשבת ד' לענין קטנים כו' וכן בהא דמוכרי כסות כיון דאפשר למיעבד כצנועין אבל לפי מה דקיי"ל לפסק הלכה דאף בכה"ג שרי כדמתיב רבה מהא דמוכרי כסות א"כ בלא"ה לא קשה מידי אהא דמתיר בכו' של עיקרין כיון דלא קמכוין וגם פסיק רישא אין כאן כמ"ש שהרי אפשר שלא יפול קלקול עי"ז באיברי הזרע כלל רק שיהיה עקר שלא יוליד ובזה אין איסור סירו' כלל ולפיכך אין איסור בשתיית כוס עיקרין ורפואה כלל אם לא היכ' שמכוין כדי לסר' אסור ומ"מ אין לוקין עליו כיון שאין כאן וודאי שיתקלקלו הגיד או הביצים אע"פ שיהיה עקר מלהוליד מ"מ חיוב מלקות אין כאן כ"א בסירו' גמור דוקא וכן משמע מדברי הרמב"ם בפירוש המשנה בשבת שם דלרפואת ירקון הוה שרי בחול ואין איסור כ"א בשבת ולא הזכיר דווק' בזקנה ועקרה הוא כאוקימתת הש"ס אלא דמשמע דס"ל דשרי בכל גווני וכדכתיבנ' ומ"ש החכם המשיב דלשיטת הערוך קשה דהא לא ניח' ליה וצ"ל דס"ל כשאלתות אישתמיטתיה דברי הרשב"א והרא"ש והר"ן והביאם הב"ש דבשאר איסורין גם הערוך מודה וכמש"ל מזה ומ"ש לענין שתה כוס של עיקרין אם פסול לבוא בקהל צריך תלמוד לענ"ד פשוט דאם לא נעשה רושם מחמת זה באיברי הזרע רק שבטלו ממלאכתם ואינו ראוי להוליד אין זה בכלל פ"ד רק בכלל עקר ועקר אינו נפסל לבו' בקהל כמש"ל ואפשר דאף החולקים על רא"מ בההוא דגובת' מודים כאן שאפשר שע"י כוס עיקרין אין כאן מעשה בגיד כלל רק שחריפות הסמים גורם קלקול בזרע האיש שלא יתן פריו.

ואע"פ שהתו' בסוטה נראה דמפרשו דברי רש"י דסרי' אדם ע"י שתיית כוס עיקרין פסול לבוא בקהל באמת דברי התו' צ"ע בזה דרש"י כוונתו על מה שנקר' בשם סרי' אדם דהיינו מה שהוא בכלל פ"ד. ומ"ש התו' דבריית' דיבמות לא קאי על סרי' אדם צ"ע דהא ביבמות ד' ע"ט אמרינן אמתנ' דסרי' חמה מכדי שמעינן לר"ע חייבי לאווין כו' ע"ש ומ"מ צ"ל דסרי' אדם אינו פ"ד כיון שהבריית' חשיב פ"ד וכ"ש וסרי' אדם נראה שר"ל סרי' אדם היינו שמיעכו ביציו וכיוצא וזה כוונת רש"ל ביבמות ד"ך.

ומ"מ רש"י בסוטה דנקט סרי' חמה לא בא אלא לשלול מה דקרי בש"ס סרי' אדם ומיפסל מלבו' בקהל ודברי התו' צ"ע בזה: ועוד נלענ"ד בישוב דברי הרמב"ם לפי מה דאמרינן בשבת דף ק"ך הרי שהיה שם כתוב על בשרו כו' שאני התם דאמר קרא ועבדתם כו' לא תעשון כן לה' אלקיכם עשייה הוא דאסור גרמ' שרי א"ה ה"נ כתיב לא תעשה כל מלאכה כו' ע"ש דמסקינן דהיינו טעמייהו דרבנן דמצרכי גמי לפי שאסור לעמוד בפני השם ערום ומבואר שם דבלא"ה גם רבנן מודו דאין איסור משום מחיקת השם דגרמ' שרי דהא ודאי גמי ע"כ לא מיהדק ועיילי ביה מיא דאל"כ הוה חציצה.

וכן מבואר מדברי הרמב"ם בהלכ' יסודי התורה. וצ"ע על רש"י ביומא שפירש שטעם כורך עליו גמי להגין עליו מחוזק שטף המים וז"א כמבואר בשבת ומצאתי בכפות תמרים שהקשה כן על רש"י ושוב ראיתי בתו' ישינים ביומא דף א' ודף פ"ח שעמדו בזה והנה מה שקור' לטבילה זו גרמא אע"פ שבמתכווין הוא יורד לתוך המים עם השם שעל בשרו ובכה"ג קיי"ל בסנהדרין בכבש על חבירו לתוך המים או לתוך האור ואינו יכול לעלות חייב ע"כ לומר דשאני הכא דאע"פ שיורד לתוך המים אינו נמחק אז רק מחמת שהשם

מתלחח הרבה מהמים ממילא הוא הולך להמחק ומ"מ כיון שעכשיו בשעת עשייה אינו נמחק גרמא מיקרי.

וראיתי בחידושי הרשב"א בשבת שם שהקשה אהא דיורד וטובל שהא זה הוי כמקרב את כבויו. ותירץ דמקרב לא מיקרי אלא התם שבוודאי יכבה אבל כאן אפשר שלא ימחוק שאילו וודאי נמחק היינו כמשפסף שהרי הוא נותן ידו במים ע"ש ודבריו צ"ע דאם איתא דספיק' הוי איך מדמה הש"ס גרמא דהכ' לגורם כיבוי שגורם בודאי שיכבה וגם מה דמשמע שאם היה נמחק בודאי הוה כמשפסף בידיים א"כ מה ענין זה לגרמ' דהאי כמעשה בידיים הוא אלא דספיקא הוה אם ימחק אם לא ומספק נמי הוה לן למיסר ואפשר דאם אינו רק ספק א"כ יש להתיר דהא אינו מתכוין למחיקת השם ופסיק רישא אין כאן כיון דספיק' הוא.

אך דמ"מ אכתי אין זה דומה לגרמ' ולפי מ"ש א"ש כיון דבשעת הטבילה אין כאן מחיקה אע"פ שזה גורם שימחק אח"כ גרמ' הוי. ומ"ש הרשב"א דהוה כמקרב את כבויו לפי מ"ש לא דמי דהתם טעמא שמא עם נתינתו יפלו הניצוצות והוה מכבה בידיים ע"ש בשבת דף מ"ו בדברי התו' והרשב"א ולכן דברי הרשב"א צ"ע ואין להאריך ובבכורות דף ל"ד מרבינן מקרא לעניו הטלת מום דבכור דגרמא נמי אסור היינו דוקא משום רבויא דקר' וכן בתרומה תלויה אליב' דר"א שם משום דכתיב משמרת תרומתי משמע שצריך לשמרה ואף ע"י גרמא שיניחנה במקום התורפה אסור.

משא"כ היכא שהאיסור נאמר בלשון עשייה כגון לא תעשון כן לה' אלקיכם או לא תעשה כל מלאכה מבואר מדברי הש"ס דגרמא שרי: ולפ"ז נראה ברור דה"ה לענין סירו' דאפקי' קרא בלישנ' דעשייה ובארצכם לא תעשו וודאי דגרמ' כגון שיניח דבילה או בצק על איברי הזרע כדי שיבא הכלב ויטלנו נמי שרי כמו במחיקת השם ומהאי טעמא גם שתיית כוס של עיקרין כיון דבשעת מעשה עדיין אין שם ביטול איברים אלא שזה גורם שאח"כ ע"י חולי שגורם בו שתיית הכוס מתבטלים איברים אלו אין כאן רק גרמא לבד ושרי ומ"מ סובר הרמב"ם דאסור אע"ג דגרם כיבוי קיי"לן דשרי לגמרי והכי משמע נמי לענין מחיקת השם י"ל דשאני התם שהוא במקום פסידא כמ"ש בש"ע א"ח סימן של"ד סעיף ד"ב בשם המרדכי וכן במחיקת השם היינו נמי לצורך טבילת מצוה אבל שלא לצורך כלל פשיטא דאסור וכמו דקיי"לן בגרמא בניזקין דאסור.

ומה"ט בשיסה כלב בחבירו פסק הרמב"ם דחייב בד"ש. כמבואר בטור וש"ע ח"מ סי' שצ"ה.

וה"נ גבי שיסה כלב בחבירו לבטל ממנו איברים אילו כתב הרמב"ם ג"כ שיש איסור בדבר. והך דהושיבו במים או בשלג.

נלענ"ד דמיירי שלא כבש עליו רק דמעצמו אינו יכול לעלות דאם כבש עליו במים חייב שהרי בשעת ביטול האיברים ידו היתה במעל הזה וכמבואר בסנהדרין דבכה"ג חייב מדין רוצח וכן פסק הרמב"ם ומכ"ש בזה ועיין בח"מ סימן שפ"ו בסמ"ע וש"ך שם בענין החילוקים שבין גרמי לגרמא ולקצר אני צריך.

ויש לעיין במשקה סם המות לאדם אם חייב מדין רוצח. ולכאורה דמי למשקה כוס של עיקרין כדי לסרסו ואפשר דהתם שאני דמיקלי קלי ליה מיד אע"פ שחי אח"כ איזה ימים מ"מ הוה כהכהו מכה שיש בה כדי להמית שאם מת ממנה אף לאחר זמן חייב משא"כ בכוס עיקרין שפעולת הסירוס אינו נעשה מיד אלא אחר זמן מה כשפועלים פעולתם בחוטין הנושאים משך הזרע ובכה"ג גרמא מיקרי והכי משמע בב"ק דף מ"ז גבי הנותן סם המות לפני בהמת חבירו דטעמא דפטור מדיני אדם משום דהוה לה שלא תאכל אבל זולת זה משמע דחייב.

ודוחק לומר דעכ"פ גרמי הוי ואתיא כר"מ דדאין דינא דגרמי. ואפשר דבכה"ג חייב משום דין אש למ"ד אשו משום חיצי וכו"מ ש' התו' בהכונס דף נ"ו בכפתו והביאו במקום שסוף החמה כו' והשקאת הכוס בידים כהזיזו והביאו ממקומו ויש לחלק ואפשר שדומה להשיך נחש שכתבו התוס' דפטור דהארס עדיין אינו בעולם וה"נ בסם המות אפשר דהארס עדיין אינו בעולם רק אחר שמתחמם בתוך האדם מתחיל לפעול פעולתו ויש חילוק בגוף הסמים מה הם.

ולפענ"ד יש חילוק בזה בין דיני ממונות לד"נ דד"נ אין חיוב כ"א במעשה ממש משא"כ בד"מ דאף כה"ג דדמי לאשו דחייב משום חיצי וחייב ומצאתי בחידושי הר"ן בסנהדרין דף ע"ז שכתב ג"כ לחלק בכה"ג ע"ש ומלקות לד"נ דמי (וצ"ע בטור סימן שפ"ו דחשיב נותן סם לפני בהמת חבירו בין גרמי דפטור מטעמא שאין ההיזק נעשה מיד ובש"ס מבואר הטעם משום דהוה לה שלא תאכל ועיין שם בש"ך ס"ק ד"ג): ולפי מ"ש צ"ע בש"ס דשבת דפריך אהא דלירקונא כו' ומי שרי כו'.

והאמר רב אשי רמות רוחא כו' ומאי קושיא דהתם שאין צורך בדבר ודאי דאם היה מסתרס עי"ז אע"ג דמאליו הואמ"מ גרמא אסור כשאין צורך בדבר משא"כ הכא דלרפואה קעביד ודוחק לומר דכיון דאיכא עוד גווני אחרוני דמצי להתרפאות בהם בלא עקרות הוה כאין צורך כלל שז"א כמש"ל דלפעמים הנך אחרוני אין סמי' בידי'.

ואפשר לומר דהש"ס לא בעי לשנויי הכי דאל"כ אכתי תיקשי לר' יוסי דס"ל גרם כיבוי אסור וא"כ ה"נ הו"ל למיסר גרמא ואע"ג דבש"ס קאמר טעמא מתוך שאדם בהול כו' מ"מ למסקנא משמע ליה דלר' יוסי בכל דוכתא גרמא אסור והתם גבי טבילה א"א בענין אחר דהא גם ע"י גמי ע"כ עיילי ביה מיא דלא מיהדק משום חציצה וכיון שיש לו צורך לטבול וא"א בענין אחר לא גזרו בו.

ולכך קא קשיא דאליבא דר"י לא הו"ל להתיר שתי' זו של כוס עיקרין. וכה"ג פריך ולר"י בנו של ריב"ב דאמר על שניהם הוא אומר כו'.

אע"ג דלא קיי"לן הכי. וע"ש ברש"י דמשמע דאיסור סירוס תלוי בדין פ"ו וזה צ"ע ולקצר אני צריך: ומ"ש החכם המשיבי דמיבעיא ליה טובא בנתמסמס הביצה אי הוה כחסרה דהא קיי"לן חיסרון מבפנים ל"ש חיסרון גבי ריאה ולקוטא בביצים חסרון מבפנים הוא כדאיתא בבכורות דף ל"ט כו' ודבריו תמוהין מאוד שמה שדומה זה לריאה לא דמי אלא כאוכלא לדנא דהתם אפילו חיסרון גמור בבשר הריאה מבפנים עד כדי רביעית ולדעת הרבה פוסקים אף ביותר מרביעית לא מיקרי חסרון להטריף דהדרא

ברי' ועיקר הטריפות תלוי בקרום לבד ואם היינו מטריפין חסרון ממש מבפנים אף בנתמסמס הבשר מבפנים טריפה כמו חסר לגמרי כמבואר בכל דוכת' דנתמסמס רואין אותו כאילו אינו וה"נ בביצה כיון דאם חסרה הביצה אינו פוסל גם נתמסמס הוה כאילו אינו ואינו פוסל וההיא דבכורות לענין מומין איתמר דמ"ד לא שמי' חיסרון לא מיקרי מום לא פסול אף אם חסר לגמרי כמבואר שם לענין חסר כוליא א' דבעינן דוקא דומיא דמום שיהיה חסר מאבראי.

וגם מ"ש להביא ראיה להרמב"ם היכא שחסר בפנים ונראה בחוץ מבכורות ז"א כלל דלענין מומין אמרו חכמים התם דאע"ג שאם היה מבפנים לבד אינו פוסל מ"מ כיון שניכר מבחוץ דומיא דמום הוא כיון שהוא מאבראי וכל מום שבגלוי פוסל משא"כ בטריפות שהעיקר תלוי בעצמות החולי אם הוא חולי המטריף ומה איכפת לן אם נראה מבחוץ והלא כל הרואה הוא מבפנים בעצמים בבטן המליאה וכדמחלקינן שם לענין אוזן בכור דריאה לא שליט בה אוירא ואם חסרון בשר חולי המטריף הוה אף שאין ניכר מבחוץ כלל יש להטריף וכבר כתב הגאון אא"ז בת"ש שנראה שגירסת הרמב"ם שם בחולין דכ"ע חיסרון מבחוץ שמי' חיסרון ובחיבורי הארכתי בזה בס"ד: ומ"ש שיש לחוש שמא בשעה שחתכו הביצה לא נזהרו מליגע גם בגידי או בחוטי הביצה השניה יפה אמר אבל יש לצדד בזה שלא נאמרו הדברים אלא בזמן שנעשה בהדיוט אבל הדעת נוטה שמעשה כזה לחתוך ביצה מחמת סכנת חולי ודאי שנעשה ע"י רופאים בקיאים ומומחים ובודאי שאין חותכין יותר מכפי הצורך רק בצימצום גדול וכמוזהרין ועומדים דמי זורזין הם שלא לקלקל שבילי הזרע וכן מבואר מדברי היש"ש ביבמות שכתב שנראה שגם הרמב"ם אינו פוסל אלא מי שנכרת כדי שלא יוליד או ע"י חולי שבא כבר בביציו שהו' בהכרח להכריתו אבל מה שכורתים עכשיו הרופאים מחמת האבן או שבירת הגוף ויודעין לתקן הדבר היטיב ובבירור שיוליד ואינם מקלקלים החוטים ושביל הזרע הולך כתיקונו אין בידינו לפוסלו והבנים כשרים כו' ע"ש.

והנה מ"ש לחלק בנכרת מחמת חולי שהיה לו כבר היינו לפי דעת הרמב"ם דמחמיר בביצה א' ולכן כל שהוא ע"י חולי א"א לומר שמתקנין הדבר היטב שלא לקלקל החוטין כו' כיון שההכרח הביא אותם לכורתו אין להם משפט הבחירה רק כפי ענין החולי הם צריכין לעשות (ומ"מ צריך לומר מ"ש כאן דלהרמב"ם כה"ג פסול והיינו אף את"ל דהרמב"ם דמכשיר ע"י חולי פסול בהוצרך לכורתו מחמת חולי אבל לפי מ"ש בסימן שאחריו דבכה"ג שהוצרך לכורתו מחמת חולי מעניני הביצים גופא כמחמת חולי יחשב ממילא דכה"ג כשר אף להרמב"ם.

ומ"ש שם בחולי שבירה או חולי האבן אין זה חולי בי"ש שהרי אינו בהכרח לכרות הביצים ויהיה החולי עומד במקומו ע"כ מיירי בהכריתו לו שני הביצים מחמת חולי זה או באם ידוע שלא נזהרו מלכרות כתיקונו באופן שלא יפול קלקול בשבילי הזרע דאי מיירי בביצה א' ונחתך ע"י רופאים היודעים להזהר הרי כבר כתב דבכה"ג מודה הרמב"ם לר"ת כן צריך ליישב בדבריו שלא יסתרו זא"ז) משא"כ אם עלה עליהם הכורת שלא מחמת חולי בביצים עצמו אמרינן דמתקנין היטב כו'.

ומזה נלמד לנ"ד לפי מה דמכשיר ר"ת בביצה אי בידי אדם אז אף בכרתו ע"י חולי אין חוששין לו שהרופאים קלקלו וחתכו מקצת מביצה השניה ג"כ אלא אמרינן שבוודאי דקדקו היטב שלא לחתוך רק במקום זה שנאחז בו החולי ותו לא: ומ"ש מדברי השאלות כבר כתבתי שהרא"ש בתשובה הזכיר מדברי השאלתו' ולענ"ד אין הכרע מדבריו כמ"ל וע"ש שדבריו צ"ע מה שהביא עלה הך ברייתא דמעוך וכתות כו' שאין ענינה לכאן דלענין פ"ד כ"ע מודו דבין בגיד בין בבצים והתם לענין מומין אתמר דבעינן בגלוי דווקא וכדכתיבנא.

ומ"ש על דברי התוספות שהביאו ראייה מדאמרינן בהחולץ ממתני' דכרמא הזר ביה מוכח דהכי הלכתא וע"ז דהתם ר"ל דלאו יחידאה הוא שהרי שמע מפי חכמים לק"מ דגם ר"מ ור' יהודה ור' יוסי לאו סברא דנפשייהו קאמרי רק מה שקבלו מרבם דאל"כ לא הוי להם לעמוד בשמועתם כדאייתא בעדיו' גבי עקביא בן מהללאל אני שמעתי מפי המרובים והם שמעו מפי המרובים אני עמדתי בשמועתי והם עמדו בשמועתם ואתה שמעת מפי היחיד כו' ע"ש ואפ"ה מחמת שר"י אמר זה מפי חכמים שבכרם תפס דבריהם עיקר וטעמא דמילתא כדאמרינן בירושלמי דברכות פסק תפלת השחר דתנינן תמן יום שהושיבו את ראב"ע בשיבה תמן תנינן זה מדרש דרש ראב"ע לפני חכמים בכרם ביבנה וכי כרם הי' שם אלא אילו ת"ח שהיו עשוין שורות שורות ככרם ע"ש.

ובבבלי אמרינן דמסכת עדיות בו ביום נישנית ואמרינן כל היכא דתני בבחירתא כוותי' הלכה הוא וא"כ כל הנך מתניתא דכרמא שנאמרו באותו היום הלכה הם ואין להאריך: אכן סיומא דפסקא נלענ"ד כיון דאיכא גדולים טובא דס"ל להקל בניטלה ביצה השמאלית והם עמודי עולם ר"ת ור"י והר"ש הזקן והראב"ד וספר התרומה והסמ"ג והמרדכי והאגודה ר"כ בתשובת הרא"ש שכן דעת השאלות.

ואף שכתבתי שלפענ"ד אינו מוכרח מ"מ כך מטין לדבריו, וכך מטין פשיטות דברי הירושלמי כאשר הארכתי לעיל וקצת משמע שכן דעת ריא"ז שבש"ג שכתב ר"ת פוסל מי שנפצעה ביצה א' שלו ומכשיר כשנטלה לגמרי שהרי יש הרבה שמולידים בביצה אחת כמו שביאר דבריו בספר הישר עכ"ל ומדלא כתב לאפלוגי עלי' ש"מ דאודוי אודי לי'.

והנימוקי יוסף חושב גם דעת הרא"ש דס"ל כהמתירין ואע"ג דהרא"ש בפסקיו אין סובר כן צ"ל דכוונתו על הרא"ש בתשובה או על הרא"ש מלוניל והלכך אע"פ שהרבה גדולים חולקים הרמב"ן והרשב"א והרא"ה והריטב"א והנ"י והרמב"ם ומשמע שכן דעת ה"ה והרמ"ה הביאו רבינו ירוחם ומשמע שכן דעתו ג"כ וכתבו שכן דעת בה"ג והרי"ף וכ"כ הרא"ש והרמ"א כתב שהם רוב מנין ורוב בנין וראוי להחמיר כדבריהם בשל תורה מ"מ הרי הב"ח ראה דברי הרמ"א ואעפ"כ כתב דהסומך על ר"ת וסייעתו להתיר אין למחות על ידו וע"ש דכתב דבפסקי הרא"ש נראה דלא הכריעו ולפיכך לא הזכיר הטור דעת הרא"ש בזה וכבר כתבתי שדעת גדול האחרונים רש"ל ביש"ש להתיר, וכ"כ בקרבן העדה שהאריך בתשובה להתיר בעל ביצה אחת ע"י נטילת הרופאים.

וגם שהרי ר"ת וכל סייעתו כולם מעידים שמעשים בכל יום שכורתין הרופאין ביצה א' ומולידים. והתרומה והסמ"ג כתבו דנהיגו עלמא להיתר.

ומ"ש הרמב"ן ודעימי' דאמרינן צא וחזור על בניו כו' צ"ע דבש"ס אמרו כן על דבר א' שאירע בימיהם אבל לא שנאמר כן במילתא דעבדו בה עובדא זמנין סגיאיין וכמ"ש ר"ת דא"כ אתה מרבה ממזרים בישראל. ובאמת לפי מה דמשמע שר"ת ס"ל עיקר דבכה"ג יכול להוליד עיין ברא"ש ומרדכי ושאר פוסקים א"כ לכאורה אף אם ניחוש לחומרא חומרא דאתי לידי קולא הוא דהא לדעתו מחויב הוא לישא אשה ולקיים מצות עשה דפרו ורבו ואע"ג דבמלתא דמספקא לן אית לן למיזל לחומרא שלא ישא אשה דשב ואל תעשה עדיף מ"מ פשיטא דשעת הדחק מיקרי וכדאי הם לסמוך עליהם בשעת הדחק ואף שהטור כתב בדעת ר"ת דאם נפצעה ואח"כ ניטלה מודה וכאן י"ל דטרם שכרתו הביצה כבר נתקלקל וחסר קצת ממנו מ"מ זה דוקא אם נפצעה תחילה בידי אדם, משא"כ אם נפצעה ע"י חולי כבי"ש דמי כאשר ביארתי למעל' שכן דעת רוב הראשונים והאחרונים ואדרבה מההוא טעמא גופא י"ל דשמא קודם נטילה הגיע לגדר נתמסס וא"כ כשר אפילו להפוסקים דביצה אחת בידי אדם פסול מ"מ בנתמסס ע"י חולי כבי"ש דמי (וראיתי בספר בית מאיר שכתב וז"ל ודע דבאמת צ"ע אם נפצעה בי"ש עד שנחלה ומוכרח להנטל בידי אדם כדי שלא יחלה יותר עד שמכח זה עומד ליקצץ וניטל בבני אדם אם יש לדמות למה דקיי"ל"ן כר"ש דס"ל כל העומד ליגזז כגזוז דמי וחשוב בי"ש ליכשר ועיין ב"ק וגיטין וזה דומה לענבים דכמה דקיימו מכחשו ועיין סי' קכ"ד ועיין יש"ש עכ"ל.

והנה דמיונו לכל העומד ליגזוז יש לדחות אך מהיש"ש יש ללמוד כדכתיבנא ואף שלדינא צ"ע קצת מ"מ סמך לדבר הוי דבגוונא דנ"ד יש להחשיבו בידי שמים ומכ"ש אם יש להסתפק שמא החולי שדא תיכלא בכולי' והוא בגדר נתמסס) ומכ"ש למאי דכתיבנא די"ל אם נפצעה בי"ש אף שאינו פוסל מ"מ כיון שעכ"פ שלט הקילקול עד אשר לא יצלה עוד לחיות זרע על פני הארץ שוב מה ששלטה בו אח"כ ידי אדם אינו עושה פעולה חדשה שיהי' נפסל על ידו ומסרס אחר מסרס דחייב באמת גזירת הכתוב הוא וכדאמרינן בבכורות לענין מטיל בבע"מ דהתם בקראי פליגי כו'.

אבל מצד הסברא לא הוה מסתבר לחייבו וממילא לענין פסול בכה"ג דאינו נפסל דהא ליכא קרא בזה. ומכ"ש דא"ש לפי מ"ש בחידושי הרשב"א שם בשבת אהא דאמרינן אלא בזקן קשיא לי ומי גרע זקן מסרס ואיכא למימר דאה"נ דמסרס אחר מסרס גזירת הכתוב הוא וטעמא דקרא משום דכל שכיוצא בו כלומר בחור שכמותו מוליד וזה מסרסו אין ניכר שהי' סרס מתחלתו ונראה כמסרסו עכשיו ולפיכך אסרוס הקפיד הכתוב כו' עכ"ל ולפי"ז הדבר ברור דלענין לפסול לבוא בקהל אין לפסול מסרס בידי אדם אחר שנסתרס בי"ש ולענין חיוב שאני.

ואם נאמר דפצוע ע"י חולי אינו פועל שלא יוליד דהרי רפואתו קרובה לבוא וכמש"ל בשיטת רש"י דכל פצוע ע"י חולי ידוע שמעלה ארוכה אי בדרי ליה סמא או עבדי ליה סמתרי והי' כלא הי' א"כ אין לדון על הפציעה שקדמה כלל רק הנטילה שניטלה ביצה א' דכשר לר"ת ודעימי'. וכבר הארכתי שי"ל שספק פ"ד אין בו איסור תורה ואף שמהרי"ב נראה שנטה להחמיר אף בניטל ביצה א' השמאלית ע"י חולי כבר כתבתי בזה דבכה"ג ודאי הי' מקום להתיר משום ס"ס אך אפשר כיון דעובדא דמהריב"ל הוה

בזקן ומסתמא כבר הוליד קודם שאירע לו ענין זה וקיום מצוה דפ"ו וגם כיון דזקן הוה קרוב הדבר שלא יוליד עוד ואף מצוה דלערב אין כאן.

וגם באתרייהו שכיח להו גיורת ומשוחרת המותרין לפ"ד. ועיין בשו"ת מנחם עזרי' סימן סמ"ך בענין תפילין לחולי מעים כתב דכה"ג הוי כדיעבד דעדיפא אשכחן ובפרק בתולה נישאת אמרינן ההוא ארוס וארוסתו אמר רב יוסף דהא נמי כדיעבד דמי דהא ארוס וארוסתו נינהו פירוש הואיל ולית להו תקנתא אחריתי דיינינן ליה כדיעבד ואכשר לעובר להשיא לכתחלה לכהונה כו'.

וכן בפרק כ"ש כל דלית ליה תקנתא אלא בנתינה כדיעבד דמי כו' עכ"ל. והרא"ה בפא"ט כו' ובנ"ד נמי כל כעין אונס דלית ליה תקנתא אלא בביטול מצוה כדיעבד דמי כו' עכ"ל ולפי"ז נראה דבנ"ד דאיכא חשש ביטול מצוה כדיעבד דמי ועדיף טפי מההוא דעוב' דאכשרי אף לכהונה משום דלית ליה תקנתא אחריתי לזאת אם מרגיש בנפשו ואומר על אמונתו כי כאיש גבורתו ולפי אומד דעתו אם ישא אשה הוא ראוי להוליד כשאר כל אדם יש לסמוך על המתירין ובפרט אחרי שסימנין מוכיחין עליו במה שנתמלא זקנו כמשפט העליון כן התחתון שזה מורה שאינו סריס וכמ"ש סיוע לזה מהש"ס א"כ אפשר דבכה"ג כ"ע מודו שאין להחמיר דאף המחמירין בביצה א' מ"מ לדידהו ס"ל דע"י חולי כבי"ש דמי וא"כ מחמת סימן דמילוי הזקן אמרינן דמסתמא הגיע לגדר מסמוס קודם הנטילה וכל בכה"ג אפשר דשפיר מביא סימנים.

והנה בשו"ת נ"ב סמך ידו על דברת הגאונים המתירים בעובדא כזו וכתב לצרף דעת ר"ת דמכשיר בביצה א' ע"ש ואף שר"ת לא כתב להתיר בנפצע וכמ"ש הוא בעצמו לעיל מיני' מ"מ כיון שכתב דאף אי פליגי הלכה כריב"ב דמתני' דכרמא הוא אף בנפצע מותר לפי"ז וכ"כ סה"ת והסמ"ג שאין נראה לחלק בין ניטל לנפצע רק בכולה הלכה כר"י בנו של ריב"ב וא"כ כ"ש בנ"ד דהוא ניטל לגמרי דמכשיר ר"ת ודעימי' בהדיא.

ואף ששם בעובדא דנ"ב צידד להתיר בקצת סברות דלא שייכי בנ"ד מ"מ כאן איכא נמי סברות לטיבותא דלא שייכי בנידון דידהו ולכן כיון שזה עומד וצווה כי כוחו במתניו ואונו בשרירי בטנו ומבקש תפקידו אין ראוי להחמיר עליו לעגנו כל ימיו דכל הני סברות חזי לאיצטרופי להתירו לבוא בקהל כך נלענ"ד להלכה ולא למעשה עד כי יסכימו עוד איזה חכמים מובהקים דפקעו שמייהו בהורא' דברי זעירא מן חברייהא ה"ק אפרים זלמן מרגליות מבראד.

ג שאלה אחד נשא אשה והוליד ג' בנים ואח"כ נולד ספק שאפשר שהאיש הוא כרות שפכה ופסול לבוא בקהל לפי שע"י נשיכת סוס בקטנותו אחר שהשתדלו ברפואתו נשאר נקב בגידו למעלה מעטרה דהיינו בצד הגיד שאצל הירך ודרך שם מוציא מימיו ומזריע זרע והנקב הישן נסתם לגמרי כאשר הדברים ברוב ענין מבוארים בשאלת חכם ותשובתו בצידו לצדד להכשיר אותו והאיש העלוב מספיקא עקר נפשי' ואיכפל ואתי כל הני פרסי מהתם להכא והפציר בי לעיין בדיני' אשור הייא כי היכא דמשלם צערי' ולא יכולתי להשיב פניו כי המו מעי לו ונתתי פני לעיין בדבר ויגעתי ומצאתי כמה צדדים להיתר בעזה"י: תשובה פתח דברי יעיר אי האי גברא בר אולידי הוא דבר זה מתורתו של רבינו הרא"ש למדנו שכתב בתשובה כלל ל"ג וז"ל באחד שהיו לו נקב

סמוך לכיס ובפי האמה לא היו כלל איכא לספוקי אם הוא מוליד או לא כו' אבל אם אין הגיד חלול מן הנקב והלאה אפשר שהוא יורה כחץ דרך אותו הנקב כו' וראוי להזריע מידי דהוה אברזא דחביתא ומ"מ אין קפידא בזה להתירו בקהל דבין מזריע ובין אינו מזריע ראוי לבוא בקהל דגרסינן בגמרא פצוע דכא בי"ש כשר כו' ע"ש ומביאו ב"י סימן ה' מבואר מזה דבכה"ג שפיר יכול להוליד אפילו אם נעשה בידי אדם ולפיכך כתב דבנידון שלו שהוא בידי שמים אין נ"מ אם יכול להזריע דבכל גווני כשר אבל בידי אדם ביכול להזריע תליא מלתא וכל שאין הגיד חלול שפיר יכול להזריע וזה מבואר ג"כ ממ"ש מידי דהוה אברזא דחביתא שנאמר בגמ' לענין אם נחתך כמרזב בידי אדם וזה פשוט ומבואר למעיין בדברי הרא"ש ומ"ש הרא"ש אח"כ והא דאמרי' בההוא דאיפתום גובת כו' איכא למפרק שנסתם ע"י מכה כו' ומשמע לכאורה דשלא במקומה אינה מבשלת היכא שבא ע"י מכה וזה סותר למ"ש מקודם דאם אין הגיד חלול מן הנקב והלאה אפשר יורה כחץ דרך אותו נקב וראוי, להזריע ומשמע דמיירי אפילו בידי אדם כמ"ש אבל המעיין יראה דע"כ לא קאמר התם שלא במקומה אינה מבשלת אלא התם שנסתם השביל שנמשך על ידו הזרע מהגוף ואפיק במקום קטנים ואז שפיר אמרינן דאינו מתבשל היטב אם נמשך בשביל אחר משא"כ כאן שהוא נמשך בשביל שלו וגם מקום יציאתו לא שינה מקומו רק שמקצר הלוכו וכיון שאין הגיד חלול אח"כ רואין אנו כאילו הגיד סתום במקום הזה כיון שבכאן הוא דחוק לצאת והא דפסלינן כל נקב למעלה מעטרה לדעת קצת פוסקים אף אם אין הנקב מגיע רק עד חלל הגיד לבד מטעם שהזרע שותת התם מיירי כשהגיד הוא חלול אח"כ ואז בין אם יוצא דרך פי האמה ג"כ בין אם יוצא רק דרך הנקב החדש אין להכשיר כמ"ש הרא"ש כיון שעובר הזרע דרך פי האמה וחוזר לנקב אינו יורה כחץ רק הוא שותת משא"כ אם אין הגיד חלול והוא סתום לגמרי מן הנקב והלא' אז שפיר הוא יורה כחץ דרך נקב יציאתו ובר אולידי הוא וכשר: אך בנ"ד עדיין צ"ע דמי מפייס אם הגיד חלול מן הנקב והלאה או נסתם אח"כ וספיק' הוא וממה שהוליד אין ראיה כדאמרינן בש"ס צא וחזור על בניו כו' אמנם ראיה שהרי עיינו הרואות באיש הזה שזקנו מגודל כמשפט העליון כן משפט התחתון רבו שערוותיו וזה מורה שלא נעקר האיש הזה שהרי הרמב"ם פ"ב מהלכות אישות כו' (עיינן בתשובה שלפני זה שם העתקת' דברים אילו וגם מה שכתבתי כאן לצדד להתיר משום דכרות שפכה ודאיאסור רחמנא ולא ספק וסמוכות לדברי הרמב"ם שכתב שא' מן הספיקות מותרות מסוגיית הש"ס דיבמות דף נ"ז העתקתי שם ואין צורך לכפול הדברים ומשם תדרשון לכאן) אלא שעדיין צ"ע במ"ש שיש כאן ספק פ"ד כמ"ש בתשובת הרא"ש שהרי הרא"ש לא כתב זה לדבר ברור רק כתב אפשר שהוא יורה כחץ כו' אפשר שמתחמם וראוי להזריע אלמ' דלאו מילתא בריר' הוא וא"כ הו"ל ס"ס לאיסור חדא דשמא הגיד חלול מן הנקב והלאה.

ואת"ל אינו חלול שמא גם בזה אינו יורה כחץ: אמנם לענ"ד כוונת הרא"ש בזה שכתב אפשר כו' ר"ל דבזה שאין הגיד חלול הוא דבר שאפשר להיות שיהיה יורה כחץ ומסתמ' כן הוא. משא"כ כשהגיד חלול שא"א שיהיה יורה כחץ ואינו ראוי להזריע וכבר כתבתי דלא דמי להא דאמרינן שלא במקומה לא מבשלת דהכ' במקומה היא מתבשלת.

וראיתי בשו"ת שב יעקב חלק אה"ע סימן דל"ת שכתב על עובד' כנ"ד וז"ל ועוד דסתמא דעובד' דפומבדית' משמע דכל זמן שהזרע יוצא שלא במקומה אינו מבשל. ודוחק לחלק דדווקא בעובד' הנ"ל הוי שלא במקומה כיון דאפיק בגובת' דלאו דיליה משא"כ היכא דיוצ' בגובתא דיליה במקום אחר אבל מי יסמוך על סבר' דנפשיה לחלק בהא בלא סמך וראיה גם בלא"ה אינו דומה הא לתשובת הרא"ש דהתם בידי שמים כמו דמחלק הרא"ש אף שהוא מחלק על מ"ש שם דאפילו אינו מוליד ראוי לבא בקהל משום דנעשה ביי"ש עכ"פ גם בנ"ד אין להוכיח מהא דתשובת הרא"ש כיון דהתם הוי ביי"ש ונ"ד הוי בידי אדם עכ"ל.

ודבריו תמוהים בעיני חזקא מ"ש דסתמ' דעובדא דפומבדית' כו'. הרי מתשובת הרא"ש מבואר ההיפך וכמ"ש איהו גופיה דברי תשובת הרא"ש ובודאי דהרא"ש לא יחלוק על הש"ס רק שהחילוק נכון ומבואר כמ"ש דבאמת בש"ס לא הוזכר על יציאת הזרע שלא במקומה דבאמת לא איכפת לן על יציאתה בדרך קצרה.

וזה מבואר להדיא בש"ס דמכשרינן כקולמ' וכמרזב אע"ג שיציאת הזרע שלא במקומו דרך נקב פי האמה אלא יוצ' למעלה מעטרה במקום שנחתך. מ"מ כיון שנתחמם מידי דהוה אברז' דחבית' לא איכפת לן במקום יציאתו כלל.

וכן מוכח מדברי התו' דס"ל להכשיר כשהנקב חלול עד הגיד אפילו למעלה מעטרה כמ"ש הב"ש ואע"ג דע"כ הזרע יוצא דרך שם והוא שלא במקומו מ"מ כיון שאינו מעל"ע כשר ואף המרדכי בשם ר"ח דפוסל בכה"ג היינו משום דס"ל דבכה"ג מפולש מיקרי ואין יורה כחץ רק שותת כיון דשם מיירי שהגיד הוא חלול ויוצא הזרע דרך נקב פי האמה אבל משום יציאת הזרע שלא במקומה לא איכפת לן במה שמקצר הילוכו כלל לכל הפוסקים ומ"ש דהרא"ש מיירי ביי"ש הוא תמוה דאע"ג דהמעשה שבא לפניו היה ביי"ש מ"מ מבואר בדבריו דאף אם היה בידי אדם אילו ידעינן דאין הגיד חלול ראוי להכשיר דדמי לקולמס ומרזב דמכשרינן משום מידי דהוה אברז' דחביתא אע"ג דבידי אדם הוא וה"נ כיון דדמי לברזא דחבית' אף בידי אדם כשר כיון שראוי להוליד.

ועוד נראה דאפילו אי תימא שהגיד חלול מ"מ לא גרע מאם הנקב פתוח בפי האמה שהזרע יוצא דרך שם ג"כ ואעפ"כ דעת התוספת והאגודה וכן נראה דעת הטור דנקב מפולש בעינן לפסול (ומה שנראה מהב"ש שהאגודה מחמיר ט"ס הוא וצ"ל וכ"כ האגודה ותוספת כו' וכן מבואר בב"ח וכן נראה למעיין באגודה שאע"פ שכתב בסוף ור"ח פירש עוד בענין אחר מ"מ כיון שסתם הדברים משמע דס"ל כדעת התוספת שהבי' (שם) ואם לאו אע"פ שהנקב מגיע עד לחללו של גיד וזרע יוצא דרך שם אינו פוסל ואע"ג שהב"ח פוסל בניקב בעליונה של גיד עד החלל ומפרש בדעת התוס' כן כבר כתב הב"ש שפירושו בתוספות אינו נראה.

ולכאורה היה נראה לענ"ד להכריח כפירוש הב"ח דאל"כ קשה לפי מה שפירשו דמיירי בניקב למטה מעטרה בעליונו נקב מפולש וראש הנקב בתחתונה הוא למעלה מעטרה א"כ קשה דאטו מי גרע ניקב מנחתך דהא אפילו אם נחתך ראש הגיד ונשאר רוב העטרה שכלפי הגוף קיימת כשר ודוחק לומר דהתוספת ס"ל כגירסת הרמב"ם דס"ל דבעינן שיהא מקיף כל הגיד דהא התוספת לא כתבו לחלוק על רש"י בזה: ועוד דהא בש"ס

מסיק עטרה כ"ש מעכבת ואיך נקט אח"כ פלוגת' אי כולה או רובא כיון דהך' מילת' דניקב למטה כו' בהא תליא.

וא"ל דהתוספת מחלקי' בין ניקב לנחתך דז"א שהרי התוספת הביאו ראייה מהא דקולמס ומרזב לניקב. לכן נלענ"ד דביאור הענין כך הוא דבאמת בתורה אית' כרות שפכה ואנן פסלינן ניקב.

וצ"ל טעם הפסול או משום שאנו רואין כאילו נכרת מן הנקב ולמטה וכאילו אינו או י"ל לפי שעי"ז אין הזרע יורה כחץ וכדאית' להדי' בבריית' הטעם דניקב פסול משום שהוא שותת ונ"מ דלפי הטעם דהו"ל כנכרת א"כ י"ל אף אם הנקב מפולש מעל"ע ואז אנו רואין אותו כאלו נכרת מ"מ הרי נשאר רוב העטרה קיימת וכשר.

משא"כ לפי הטעם משום שהוא שותת י"ל דאע"ג דאם ניקב למעלה מעטרה עד לחלל אינו שותת אע"פ שהוא כנגד למעלה מעטרה כיון שמקום הנקב הוא במקום שכלתה לה העטרה מ"מ אם ניקב שם גם למעלה מעטרה שפיר פסול מפני שהו' שותת דרך שם. והשת' כוונת התוספת כך הוא דע"כ מיירי בנקב מפולש דאי בנקב למטה מעטרה לחוד עד לחלל א"כ לא שייך לומר טעם הפסול מפני ששותת דהא למטה מעטרה לא שייך שותת וע"כ שהטעם שאנו רואין כאלו נחתך שם עד מקום שהנקב מגיע א"כ מ"ש מקולמס ומרזב דכשר אלא ע"כ דבמפולש מיירי וא"כ גם למעלה מעטרה יש נקב ואע"ג דאם נחתך כך כשר מפני שנשאר רוב העטרה קיימת מ"מ בנקב גרע מפני שהיא שותת וא"כ אף אם הנקב למעלה מעטרה עד לחלל לחוד פסול מהאי טעמא גופ' ששותת כי מה יתן ומה יוסף הנקב שבצד העליון שהוא למטה מהעטרה והא דנקט בש"ס שניקב למטה מעטרה לרבות' דרחב"א נקט דאפילו בכה"ג סבר לאכשורי כך הוא כוונת הב"ח בדברי התוספות אמנם סתימת לשונם משמע דבעינן מפולש דוקא וכן נראה מלשון הטור ומ"ש הב"ח דלשון התלמוד נקט כו' הוא תמוה דהו"ל לאשמעינן הרבותא דעטרה כ"ש מעכבת אפילו אינו מפולש ובאמת דהך מילתא טעמ' בעי דכיון דניקב עד לחלל והרי הוא שותת ל"ל שיהא מפולש מעל"ע.

ולכאורה י"ל הטעם דקים להו לחז"ל דבכה"ג סופו להעלות ארוכה ולחזור ולסתום וכדאמרינן לענין טריפות אך לענ"ד ז"א דבשלמא לענין טריפות שפיר אמרינן דבכה"ג לא הטריפה התורה כלל כל שסופו להעלות ארוכה שהרי כמוה חי' והילכך אף שעלה קרום כל שסופו ליסתר אינו קרום דע"ש סופו דיינינן ליה משא"כ בכרות שפכה שאין אנו דנין אלא באשר הוא שם ולכך נסתם כשר ואע"פ שאפשר שסופו ליסתר לית לן בה כיון שעתה מיהת ראוי להוליד ופסול שחוזר להיכשרו הוא וא"כ לענין הפסול נמי מה בכך שסופו להעלות ארוכה ולסתום ימ"מ השתא מיהא שותת הוא.

אך נלענ"ד דמשום שותת לחוד לא מופסל אם לא היכא שיש לכללו בכלל כרות שפכה האמור בתורה אינו נכלל בכלל זה אם לא היכא דניקב מעל"ע דאז ככרות דיינינן ליה ולפיכך כל שניקב למטה שכנגדו למעלה שהנקב מפולש וגם שותת פסול וראיה לדבר דלאו בשותת לחוד תליא מילתא דהא קי"לן ניקב בי"ש כשר וכמבואר בפוסקים ובשו"ת הרא"ש הנ"ל: ולכאורה מה לי בי"ש או בידי אדם ס"ס שותת הוא אלא ע"כ

כיון דיב"ש הוא אע"ג דשותת ואינו יכול להוליד כשר כמבואר בתשובת הרא"ש שכתבו כיון דבי"ש הוא אע"ג דאינו מזריע ראוי לבא בקהל.

ומייתי ראייה מהירושלמי ע"ש וא"כ י"ל דה"נ אם ניקב למעלה מעטרה שהוא שותת ואין הנקב מפולש מעל"ע אע"ג דאינו מוליד מ"מ אין זה בכלל כרות שפכה האמור בתורה ומותר לבוא בקהל. ובאמת בלא"ה דעת רבינו אליעזר ממי"ץ והביאו בסמ"ג דכל נקב הוא כשר וראוי לבוא בקהל דאינו בכלל כרות שפכה.

דהא איתא בירושלמי כרות שפכה אין לו רפואה וגבי ניקב שנינו נסתם כשר אע"כ הא דאמרינן ניקב פסול על הבנים קאמרינן כיון שבעל זה אינו מוליד הרי הוולד הזה ממזר ע"ש והטור ושאר פוסקים חולקים בזה: ולכאורה לפי מ"ש אין מקום להתיר בזה אף לפי דעת התוס' שהרי לפי מ"ש כל ניקב למעל' מעטרה שותת הוא ואין ראוי להזריע אלא שמ"מ כשר לבוא בקהל כיון שלא ניקב מעל"ע לאו כרות שפכה הוא וא"כ האיש הזה שכבר הוליד' אשתו ע"כ שזינת' תחתיו ואין כאן רק ספק שמא באונס שמא ברצון ובכה"ג אסור' לבעל': אמנם יש לצדד להתיר ע"פ מה שנראה מדברי הב"ש דדוקא בתחתונו של גיד אז הוא שותת אם ניקב לחלל אבל בעליונו של גיד לא רק הב"ח הוא שפוסל ולא קי"ל הכי.

א"כ י"ל דבנ"ד נמי כיון שאין הנקב בתחתונו של גיד לא הוי שותת ושפיר יכול להוליד. ולכאורה נלענ"ד להביא ראייה לסברא זו דבעליונו של גיד לא הוי שותת מדברי רש"י שפירש הא דניקב למטה מעטרה כו' היינו שהנקב למטה מעטרה כלפי הקרקע והנקב שלמעלה מעטרה כלפי הגוף.

וקשה מי הכריחו לזה דהא באמת כן הוא כמ"ש התוס' דבעליונה העטרה מארכת ומי סגי ליה לפרש כפשיטות שהנקב שלמטה מעטרה בעליונו. ועוד דעכ"פ הו"ל למימר סתם שראש א' של הנקב הוא למטה מעטרה וראש א' למעלה ומאי דוחקיה לאוקמי דווקא בכה"ג שלמטה מעטרה הוא כלפי קרקע אמנם לפי סברא הנ"ל א"ש דקשיא ליה לרש"י אם נימא כפירוש התוס' א"כ הנקב שלמטה מעטרה הוא בעליונו והנקב שלמעלה מעטרה הוא בתחתונו ע"כ הנקב שלמטה מעטרה ל"ש כלל שהרי הוא שותת דרך תחתיתו של גיד שהוא למעלה מעטרה ואף רחב"א מאי ס"ד להכשיר בזה ולכך מפרש דמיירי שבתחתונו הוא למעלה מעטר' ואפ"ה פסול כיון שהנקב מפולש ואי לאו הנקב שבתחתונו מחמת העליון לחוד לא הוי מיפסל אף ע"פ שהוא למעל' מעטר' משום דבעליונו אינו שותת ועוד י"ל כיון דרש"י גרס כלפי ראשו דהיינו שישתייר לצד גופו כמלא החוט ע"פ רובו א"כ אם הנקב שלמעלה מעטרה כלפי הקרקע ממילא לא גרע מאילו נחתך שם עם העטרה כיון דהעטרה שכלפי ראשו קיימת ומה שיש בו נקב למטה מעטרה אינו מזיק ואע"ג דרש"י כתב הטעם כיון שהנקב עובר דרך כל העטרה דווקא בכה"ג שלמעל' מעטרה ניקב כלפי הגוף כן נראה לכאורה אבל באמת נראה בכוונת רש"י מ"ש שהנקב למטה מעטרה בסוף הגיד שכלפי הקרקע פירושי קמפרש שלמטה מעטרה הוא בסוף הגיד שכלפי הקרקע ולמעלה מעטרה מיקרי בחלק שהוא נוטה לצד הגוף ולא בא לומ' שהנקב למטה מעטרה הוא בתחתונה של גיד ולמעלה מעטרה הנקב

בעליונו של גיד אלא בין שהוא כך ובין שהוא בהיפך הכל חדא הוא וכ"כ בפרישה בפירוש דברי הטור.

ומ"מ לא ניחא ליה לרש"י לפרש כמ"ש התוספות שחותך בשוה דא"כ נשאר רוב העטרה שכלפי הגוף קיים וכמ"ל. אבל כשהנקב באלכסון יוכל להיות שאם נדין אותו כאלו נחתך שם אז נחתך רוב העטרה ויותר נראה דלרש"י מיירי שהנקב לאורך הגיד ומתחיל למטה מעטרה והולך באלכסון ויוצא באותו צד עצמו למעלה מעטרה וזהו שכתב רש"י שעובר דרך פני כל העטרה כו'.

וכן משמע במרדכי שכתב בפירוש ר"ח דמיירי שניקב ברוחב הגיד מכלל דלרש"י בניקב באורך מיירי ואיך שיהיה בדברי רש"י עכ"פ הדברים מטין דכל שהנקב בעליונו אין לפוסלו משום שאינו שותת וא"כ בנ"ד אע"פ שאינו בעליונו ממש לא אמרינן שהוא שותת דמה לי בעליונו מה לי מן הצדדים ודוקא בתחתונו שייך לפסול משום שהוא שותת וכמ"ש הב"ש ומכ"ש לפי פשיטות דברי התוס' דמפולש מעל"ע בעינן וכן נלענ"ד מדקאמר עטרה כל שהוא מעכבת.

ולכאורה לפי פירוש המרדכי בשם ר"ח מאי האי דקאמר עטרה כל שהוא הו"ל למימר כנגד העטרה מעכבת. וכן לפירוש רש"י ג"כ קשה לשון כ"ש אין לו מובן כ"כ.

אך לפי מ"ש התוס' נראה דאף על פי מה דאיתא בירושלמי אמתניתין דאיזהו כ"ש כל שיכרת כו' ר' יוסי בשם ר"ח בעטרה העליונה ר' חייא בשם ר"ח בעטרה התחתונה. ר' יהושע בן לוי אמר בעטרה התחתונה ונראה דפלוגתייהו הוא בכה"ג שניקב למטה מעטרה בעליון שהוא למעלה מעטרה בתחתון דר"י בשם ר"ח סברי שבעטרה העליונה הדבר תלוי וכל שבעליונה הוא למטה מעטרה לית לן שעיקר הגיד מתחיל מעטרה העליונה לצד הגוף ור"ח בשם ר"ח וריב"ל ס"ל שבעטרה התחתונה הדבר תלוי שמשם ולהלן קרוי עטרה של הגיד וזהו דקאמר בש"ס דידן א"ל רבי אסי הכי אמר ריב"ל עטרה כ"ש מעכבת.

ור"ב"ל הוא דקאמר בירושלמי עטרה התחתונה ר"ל דאף עטרה כ"ש אף התחתונה מעכבת שמשם עיקר הגיד מתחיל ואם יש שם נקב הו"ל כניקב למעלה מעטרה ופסול ושייך שפיר לשון כל שהוא דר"ל איזה עטרה שתהיה בין התחתונה ובין עליונה מעכבת ולעולם נקב מפולש בעינן. ומדברי הרמב"ם י"ל שהוא מפרש הך דעטרה כ"ש באופן אחר שהרמב"ם כתב ניקב למטה מעטרה בענין שכנגדו למעלה בתוך העטרה פסול שהעטרה כולה מעכבת עכ"ל.

והביאו בש"ע והאחרונים נתחבטו בדבריו וכתבו שהיה לו גרסא אחרת ולענ"ד נראה שיש חסרון תיבה אחת בדברי הרמב"ם וכצ"ל בענין שכנגדו למעלה או בתוך העטרה והוא דבש"ס מיבעיא ליה באם כנגדו למעלה מעטרה ופשיט לן מריב"ל דעטרה כ"ש מעכבת רצה לומר אפילו אין הנקב מגיע למעלה מעטרה אלא אפילו בתוכה כ"ש ממנה מעכבת.

שוב ראיתי ביש"ש דיבמות שהקשה על התוס' שכתבו דמפולש מעל"ע בעינן שהוא תימא מאחר דנקב מפולש בעינן ולא הוזכר בתלמוד ע"כ שסמך אשאר נקבים שהוזכרו

גבי אתרוג ודקין ולב א"כ אמאי לא נימא דסגי במפולש לחלל הגיד כמו גבי אתרוג ודקין דכולן סגי בהכי וא"צ מעל"ע כו' ולענ"ד אין זה קושיא דבשלמא התם דבניקב תליא א"כ כל שהוא מפולש נקב מיקרי ומיפסיל ביה א"כ כאן שלא מצינו בתורה שיהיה פסול בנקב ובכרות שפכה תליא מילתא והלכך אם הנקב מעל"ע אז שפיר אנו רואין אותו כאלו נכרת משם ומ"מ צריך למימר טעמא מפני שהיא שותת דאל"כ לא מיפסיל דלאו כרות שפכה הוא שהרי אינו שופך.

וכן הוא בירושלמי ניקב פסול מפני שהוא שופך והיינו דכל שאינו שופך לא מפסיל משום כריתה לחוד משא"כ אם אין הנקב מעל"ע לאו כרות גידא הוא ולא מיפסיל: ומ"ש היש"ש שהרי עיקר הפסול תלוי מפני שהש"ז יצטנן שחמום התאווה יוצא דרך הנקב וא"כ בניקב לחלל סגי כבר כתבתי דלא איכפת לן בהכי דאפילו תימא שמחמת זה אינו יכול להוליד מ"מ הרי גם בי"ש אינו יכול להוליד ואפ"ה כשר וה"נ דכוותיה כיון דלאו כרות הוא לא מיפסל.

ומה שאמרו ניקב פסול מפני שהוא שופך היינו לומר כיון שהוא מעל"ע דבכלל כרות הוא וגם בכלל שפכה הוא שהרי באמת הוא שופך ולכך פסול. וכדאמרינן ביבמות שם כרות שפכה כתיב מי שע"י כריתה שופך שלא ע"י כריתה אינו שופך אלא מקלח.

והרי רבינו אליעזר ממיץ והביאו הסמ"ג שכתב שלא יתכן לומר דנקב וכרות דבר אחד הוא כי שני דברים הם עכ"ל הרי מבואר דס"ל דכל ניקב לאו בכלל כרות הוא ולא מיפסל כלל וא"כ אף לשיטת שאר פוסקים דס"ל דבכלל כריתה הוא אין הדברים אמורים אלא בניקב מעל"ע דוקא ובהכי א"ש גם מ"ש היש"ש דבסמ"ג דדייק מפולש מדמה לאתרוג ודקין א"כ ממיל"ה הוי כי התם עכ"ל: ולענ"ד אין ראייה דהסמ"ג התם קאי אפצוע דכה דקתני התם כל שנפצעו הביצים ואפילו ניקבו כו' ובהא שפיר כתב פירוש ניקבו כל נקבים שבתלמוד מפולשין הן כו' משא"כ לענין כרות שפכה דנקט אח"כ איזהו כרות שפכה כל שנכרת הגיד כו' אין זה תלוי בחלל שבגיד כלל לומר דבזה הוי נקב מפולש אלא מעל"ע דוקא בעינן ואע"ג דאנו קיי"לן פצוע בכולן כו' מ"מ ניקב הגיד אינו בכלל נפצע.

וכ"כ רש"י בחולין דף מ"ג להדיא דניקב מיפסול משום כרות שפכה וכמבואר בסמ"ג אח"כ. ובפירוש מהר"א שטיין והביאו הב"ש (ובשיטת רבינו ירוחם דניקב בכלל נפצע אבאר לקמן אי"ה) ויותר תמהני שהרי היש"ש גופיה מסיק שם דאם הנקב למעלה מעטרה בתחתונו של גיד ולא ניקב רק עד לחלל כשר ודוקא אם ניקב מעל"ע אף אם ביצה עליון הוא למטה מעטרה ואינו פוסל אלא אם ניקב בעליונו של גיד למעלה מעטרה עד לחלל ומחלק דנקב גרע ממרזב וקולמס ע"ש וא"כ קשה מהרש"ל גופיה דהא כשיש נקב בתחתיו למעלה מעטרה עד לחלל למה יהא כשר שהרי הוא שותת ול"ל שיהא מפולש.

ובאמת שדבריו הם היפוך דברי הב"ש דלהב"ש בנקב בעליונו אינו שותת ובתחתונו שותת ופסול ולדברי מהרש"ל (הפוך הוא) וע"כ לומר דכל שאין הנקב שבתחתונו מפולש אע"פ שניקב עד לחלל והוא שותת לית לן בה כיון שהעטרה העליונה קיימת וכמ"ש רש"ל שם הטעם א"כ גם בנקב שבעליונו נמי מנ"ל דפסול בשביל שניקב לחלל

ושותת דלמא כל שאינו מעל"ע לית לן בה ואפשר דהכי קים להו לחז"ל דכל שאינו מפולש שפירה הוא מתחמם דרך אחוריו מידי דהוי אברזא דחביתא ואינו מזיק לו הנקב שבצד אחד שיהיה שותת עי"ז שאע"פ שיוצא מקצתו דרך הנקב מ"מ עיקר יציאתו דרך פי האמה הוא יורה כחץ לפי שמתחמם בצד השלם בלי נקב.

ובזה יש לדחות מה שלכאורה יש להביא ראיה מתשו' הרא"ש שהבאתי לעיל לומר דע"כ לא ס"ל כהתם דמעל"ע בענין שהרי מבואר דאם הגיד חלול עד פי האמה וחוזר לנקב פסול אע"ג שלא ניקב רק מצד אחד ולפי מ"ש י"ל דגם הרא"ש אזיל ומודה דמעל"ע בענין ומסתבר הכי כדי שלא יחלוק הטי"ד על דברי אביו הרא"ש ז"ל דהא מהטור משמע דמעל"ע בענין כמ"ש הב"ש ומ"ש הרא"ש לפסול בגיד חלול י"ל בכה"ג גרע טפי כיון שיציאתו הוא דרך נקב זה ע"י סילון החוזר מלתא דמסתבר הוא דבכה"ג אינו יורה כחץ.

משא"כ היכא שנקב פי האמה פתוח ועיקר יציאת הזרע הוא דרך נקב זה שבפי האמה אז אמרינן אע"פ שיש נקב שאינו מעל"ע אין זה מפסיד ליציאת הזרע שלא יהיה יורה כחץ כדרכו מאז ומקדם: ולפי"ז יצא לנו חומרא לנ"ד שהנקב שבפי האמה סתום ואין לו מקום לצאת דרך שם. וא"כ אף להתוס' פסול בכה"ג אם הגיד חלול וכמ"ש ולא נשאר לנו רק הספק הא' שנסתפקנו אם הגיד חלול או לא וצ"ע אם יש להקל בספיקו שאפשר שכיוצא בזה אף אם נשא כופין אותו להוציא וכמ"ש הב"י בשם הר"ש בן הרשב"ץ במי שיש לו נקב בגיד מן הצד ואינו מזריע אלא דרך אותו הנקב כל שמוציא זרע דרך נקב שבעטרה פסול וכופין אותו להוציא כו'.

והנה משמעות הדברים שלא הי' הנקב שבגיד מפולש מעל"ע. וכן נראה להדיא למעיין בתשו' הרשב"ץ גופי' סימן צ"ג וא"כ נראה מדלא מחלק בין אם הגיד חלול מן הנקב עד פי האמה וכמ"ש הרא"ש אלמא דעכ"פ בסתמא כייפינן ליה להוציא.

אמנם נלענ"ד דאף הר"ש בן הרשב"ץ יודה בנ"ד שהרי מבואר שם סימן צ"ד שנשאל שני' שאחר שגירש נשא אחרת והוליד הוא מוציא לעז על הגט של אשתו ראשונה והשיב דלפי מ"ש הר"י לתרץ ההיא דנישאת לג' כו' דיכולה למימר השתא הוא דבריאת א"כ גם כאן י"ל כן דאמרינן פרק הערל נסתם כשר מפני שהוא מוליד וזהו פסול שחוזר להכשרו הוא שהרי הזרע עובר דרך הקרום ומתעברת כו' עכ"ל בקצרה.

אלמא דכיון דהוליד תלינן שנתרפא ומבואר שם שלא צוה להפריש אותו מאשתו השניה אלמא דלא תלינן בזנות אלא תלינן שנתרפא ודלא כמ"ש הב"ש דאף שהוליד לא אמרינן שנתרפא אא"כ ידוע שנתרפא. איברא דאיכא לדחויי דע"כ לא קאמר הרשב"ץ אלא בנידון דידיה אפשר שבאמת נתרפא ונסתם הנקב החדש וחוזר ומוציא זרע דרך הנקב שבפי האמה ויוכל להתברר עתה כי כדבריו כן הוא רק שזה טוען שגם אז הי' כן ושקר טענה עליו.

וע"ז כתב דיכולה לומר השתא הוא דבריאת. וכן משמע ממה שכתב בסוף דבריו וז"ל ועוד שאני בתשובתי לא גזרתי וחתכתי הענין אבל אמרתי שאם הנקב בגיד הוא פסול

ואם הוא מחמת הערלה שלא פרע כראוי אינו כרות שפכה וצריך לחזור ולפרוע זה הוא בעצמו יכול לידע האמת כו'.

ואם הי' מכיר בעצמו שטענתה אמת הרי האמינה ואם שקר הרי ידע שהוא שקר וגמר וגירש כו' ע"ש. אבל בנ"ד שכמו אז כן עתה החדש פתוח והישן סתום מאן לימא לן שיש להכשיר מחמת הוכחה זו שהוליד דלמא באמת תלינן בזנות וכמ"ש הב"ש.

אך דגם מדברי הב"ש אין ראיה לנ"ד לומר דלא תלינן שנתרפא דהב"ש מיירי שגם עכשיו הנקב לפנינו ולא נתרפא ולכך לא אמרינן דדלמא בשעת בעילה נתרפא ולכך הוליד משום דבין בטר מעיקרא אזלת ובין בטר שעת מציאה אזלינן כ"ש הוא ואינו ראוי להוליד אין לנו לתלות שבינתים נתרפא וסתום הי' בשעת בעילה ונעשה פתוח אח"כ וזה מוכח מהא דאמרינן בההוא גברא דחרזי' סוליי' וא"ל חזור על בניו כו' ולא תלינן שבשעת ביאה סתום הי' ונתרפא הנקב ואח"כ חזר ונתגלה דהא פ"ד לכ"ע יש לו רפואה ואף בניקב הגיד יש לו רפואה לענין שיווליד אע"כ דלא תלינן שנתרפא בינתים משא"כ בנ"ד כיון דעכ"פ יש מקום לומר שנקב הישן נסתם ואין הגיד חלול מה"ת לתלות בזנות טפי מסתבר לומר שנסתם השפופרת מן הנקב עד פי האמה וראוי להוליד וכמו דחזינן לענין טריפות אע"ג דודאי טריפה לא מהני אם הוליד מ"מ בספק טריפה מהני לידה להכריע שאינו טריפה ואף במקום דאיכא פלוגתא בין הפוסקים כמבואר בש"ך סי' נ"ז מדברי רש"ל א"כ גם כאן אף דבודאי פ"ד וכ"ש לפנינו לא תלינן ברפואה בשעת ביאה ותולין בזנות מ"מ בספק מהני ולא תלינן דהא ממכה אביו ואמו ילפינן דאזלינן בטר רובא ואמרינן דודאי אביו הוא.

ולכאורה י"ל דהתם היינו טעמא משום דאפילו תימא שזינתה רוב בעילות אחר הבעל משא"כ בזה שאנו מסופקים שמא הבעל אינו ראוי להוליד באמת לא מהני הך רובא שע"ז אנו דנין שמא הבעל אינו ראוי להוליד ומאחר נתעברה וכ"כ באורים ותומים סימן ל"ג לענין אם לידה מוציאה מידי קטנות לגבי האיש.

אבל לפענ"ד נראה דאין לחלק בכך דבאמת בש"ס דחולין גופא צ"ע דקאמר אלא לאו משום דאזלינן בטר רובא ורוב בעילות אחר הבעל דל"ל כולי האי שע"כ לא הוצרכנו להא דרוב בעילות אלא אם היו מרננים אחר' שזינתה או שידוע שזינתה לענין להכשיר הוולד מטעם זה אבל לענין החשש דלמא לאו אביו הוא פשיטא שא"צ לזה והרי שמואל לא ס"ל הך דרוב בעילות תולין בבעל ואפ"ה פשיטא דמודה שעונשין במכה אביו ואמו אפילו לא הי' חבושין משום דרוב נשים אינם מזנות תחת בעליהן.

ואף לפי מ"ש התו' בגיטין ד' י"ז בהא דזנות לא שכיחא היינו דזנות בעדים והתראה לא שכיח אבל סתם זנות שכיח נראה פשוט דמיקרי שכיח לענין זה שיעשו חכמים תקנה לגדור בפני חשש זה ורבי יוחנן ס"ל דאף דלא שכיח עשו תקנה. אבל מ"מ פשיטא דמיעוט הוי וגם לחוש שמא נבעלה באונס פשיטא דלא שכיח כלל.

ומ"ש התו' בכתובות דרובא ברצון אינו רוב גמור מדאורייתא היינו היכא דנבעלה ודאי ומספקא לן אם הי' באונס או ברצון אבל פשיטא דרוב נשים אינם נבעלות תחת בעליהן

לאחר לא באונס ולא ברצון ודוקא במ"ש התו' בחולין שי"ל העמד האם בחזקת צדקת ע"ז י"ל דשמא נאנסה וכמ"ש אא"ז מהרש"א שם.

משא"כ אם באנו לדון מטעם רוב פשיטא דרוב וולדות הם מבעל ולא מאחר כלל וא"כ צ"ל דרב מרי בחולין לקושטא דמלתא נקט הא דרוב בעילות כו' ואיהו הכי ס"ל וא"כ אפילו ידוע שזינתה אמרינן דודאי אביו הוא. אבל לשנויי הא דמכה אביו ואמו א"צ לזה דבלא"ה איכא רובא.

ואפשר דלישנא קיטא נקט וכוונתו שאין חוששין שזינתה עם אחר. ולפי"ז נראה דאין נ"מ בין אם יש ספק אם אב זה ראוי להוליד או לא דרוב זה שאין אשה נבעלת תחת בעלה מכריע הספק דכיון שאנו אומרים שאשה זו מן הרוב שאינן מזנות ממילא שהוא כשר והוולד כשר.

אך צ"ע לענ"ד הא דאמרינן בקידושין אמר רבא ד"ת אסופי כשר מ"ט א"א בבעלה תולה מאי איכא מיעוט ארוסות כו'. וקשה דת"ל דמדאורייתא אית לן למיזל בתר רובא שרוב נשים נשואות אין מזנות תחת בעליהן.

אמנם צריך יישוב לפום הך תירוץא בתו' בגיטין דכל זנות לא שכיח רק דמ"מ עשו תקנה כו'. וכן לפי מ"ש השיטה מקובצת בכתובות בשם תו' הרא"ש דבנשואה לא חשו לזנות משום דבעלה משמרה רק שם בכתובות דחיישינן שמא זינתה באירוסין וא"כ עכ"פ בנשואה זנות לא שכיח ופשיטא שאין תולין אסופי שהוא מא"א דהא בכל ספק קיי"לן שתולין במצוי בין להקל ובין להחמיר ואפשר דגם התם קאמר דאפילו א"א שמרננים אחרי' נמי אין משלכת התינוק שבבעלה תולה ולקמן אכתוב מה שיש ליישב בזה: ואיך שיהי' עכ"פ ברור הוא שיש כאן רוב נגד הספק שאם נאמר שזהו הוא כרות שפכה ע"כ נצטרך לומר שזינתה אשתו ובאמת רוב נשים אינם מזנות וגם באונס אין לתלות דמיעוטה הוא ובפרט באשה שזרכה בעיר ואין דרכה בשדה והולידה שלשה בנים אנה השכל שיגזור אומר שאילו נולדו מאחר והם בני אנוסה וכן מצאתי בפני יהושע בגיטין ד' י"ז שכתב וז"ל דבלא"ה חזקת כשרו' מה טיבה דלמא מבטן אמה לעולם לא היתה בחזקות כשרות אע"כ משום דאזלינן בתר רובא ורוב ישראל בחזקת כשרות הן ורובא עדיף מחזקה אבל כשזינתה לפנינו הרי פירשה מן הרוב דרוב בנות ישראל אינן מזנות ואע"פ שהן פנויות כו' ע"ש.

(ובאמת מדברי התו' בחולין שכתבו דהוה מצי לדחויי משום דהעמד האם בחזקת צדקות מבואר דלאו מטעם רובא אתי עלה) וכ"כ בפ"י ריש כתובות על קושיית התו' מגיטין דלכך לא מקשו אמתני' משום דודאי לא חיישינן שזינתה ברצון משום דרוב נשים בחזקות כשרות הם מ"מ לזנות דאונס חיישינן לענין איסור כהונה דאשכחן שעשו מעלה ביוחסין לענין איסור כהונה.

וע"ש בדף טי"ת בתירוץ התו' ברוב נשים בחזקות צדקות כו' ועיין בפ"י בקונטרס אחרון לכתובות אות למ"ד שכתב דחזקת כשרות אלים טובא דהו"ל חזקה דאתי מכח רובא. תדע דהא קיי"לן להכשיר באשה שהלך בעלה למדה"י אף אם נשתהה י"ב חודש אע"ג

דלא שכיח כלל דמשתהי' כו' אפ"ה תלינן להתיר אף הולד והיינו משום דחזקות כשרות אלים טובא כו' ע"ש.

וא"כ הדבר פשוט בנ"ד דודאי יש לנו לילך בתר רובא וחזקה דהא עכ"פ חזקה איכא. כמבואר בתוספות בכמה דוכתי ואמרינן דלא זינתה כלל והוולדות ממנו הם וא"כ ע"כ שנסתם כראוי ואין הגיד חלול ושפיר יכול להזריע והרי בלא"ה דעת רבינו ירוחם בניקב שאין הבנים רק ספק ממזרים כמ"ש הב"ש בשמו וא"כ ע"כ דס"ל דלעולם ספיק' הוה שמא חזר ונסתם באופן שתעלה ארוכה אלא דכיון דכמות שהוא לפנינו כרות שפכה רק על שעת ביאה אנו דנין ספיקא הוה משא"כ בנ"ד כיון דחזינן דאוליד ע"כ שנסתם הנקב הישן לגמרי ואין חוששין שמא חזר ונפתח הסתום וכדאמרינן נסתם כשר כו' משמע להדיא דאין חוששין שמא תסתור הסתימה.

אלא שאפשר לומר דרבינו ירוחם לא פליג אשאר פוסקים דמיירי היכא די"ל שנבעלה לנכרי ועבד שהוולד כשר. ולכך כתב דהוי ספק ממזר.

וכן משמע לכאורה שהרי רבינו ירוחם כתב וז"ל נכנס לו חץ בבציו וניקבה בענין שיצא מהם שכבת זרע פסול ואע"פ שנסתם הנקב אחר זמן דכבידי אדם דמי. ואם הוליד בניו ספק ממזרים ואסור בממזרת.

וכ"ש בבת ישראל פשוט ביבמות פרק הערל וכ"כ הרמ"ה עכ"ל. הרי כ"כ אהא דחרזיה סילויה בבצים דאמרינן עלה דאמר רב חזור על בניו מאין הם (ומ"ש אע"פ שנסתם הנקב הוא מדברי הרמ"ה ואזיל לשיטתו שרבינו ירוחם כתב שם בשמו דס"ל דנסתם למעלה פסול ולא מהני סתימה רק בעטרה עצמה ע"ש ונקב בביצים כלמעלה מעטרה דמי) ולשון זה משמע דודאי אינו יכול להוליד שהרי ביבמות ד' פ"ג אמרינן ר"י אומר טומטום שנקרע ונמצא זכר לא יחלוץ מפני שהוא כסריס.

אמר ר' אמי מאי עביד ליה ר"י לטומטום דבירי כו' ואוליד שבע בניו. ור"י אמר חזור על בניו מאין הם.

תניא ר"י בר' יהודה אומר כו' מאי בנייהו אמר רבא לפסול במקום אחין כו' ופרש"י דלר"י סריס ודאי הוא וא"כ כאן נמי סריס ודאי הוא וא"כ האיך כתב רבינו ירוחם דהו"ל ספק ממזרים. אלא ע"כ דס"ל דמ"מ לאו ודאי ממזרים נינהו דנכרי ועבד הבא על בת ישראל כשר בין בפנוי ובין בא"א כדאיתא ביבמות דף מ"ה ומ"מ אין לדקדק כן בלשון הש"ס דקאמר מאין הם ולפרש דר"ל דשמא מנכרי ועבד הם דכשרים דז"א שהרי אמרינן ורבי יהודה א"ל חזור כו' ורבי יהודה סבר נכרי ועבד הבא על בת ישראל הוולד ממזר כמ"ש התוספת ביבמות דף מ"ז ד"ה נאמן אתה ובדף מ"ט ד"ה ורבי יהושיע.

אלא לישנ' בעלמא קאמר לומר דודאי זינתה עם אחר ומ"מ הדין דין אמת לדידן דקיי"ל הולד כשר ולפיכך אין לדונו כממזר ודאי. ועיי' בב"ש שיש פוסקים דס"ל שאין תולין בכותי.

ואפשר דמיירי היכא דרוב ישראל אין תולין בכותי להכשיר ואין להאריך: ועתה אבאר בקצרה לעיקר הדין. הנה שפתי הרא"ש ברור מללו דכל שאין הגיד חלול משם והלאה שפיר הוא ראוי להזריע.

וכבר כתבתי שמ"ש הרא"ש בלשון אפשר לאו דספוקי מספקא ליה רק ר"ל דבכה"ג שפיר הוא מתחמם כו'. וראיות ברורות יתנו עדיהן ויצדקו דדבר פשוט הוא לענ"ד שאין כאן פסול משום שלא במקומו אינו מבשל דלא על מקום יציאת הזרע קאמר הכי כיון שלא שינה את מהלכו ויוצא ובא דרך השפופרת שלו שבו מתבשל הש"ז אמקום יציאתו גופיה לא קפדינן דמה בכך שבא לו בקצרה והרי מרזב וקולמוס שנחתך השפופרת למעלה מעטרה והזרע יוצא דרך שם ונקלט בבית הרחם ולא קפדינן במלתא אהא שיוצא שלא במקום נקב פי האמה ואפילו מאן דפוסל במרזב טעמא אחרינ' הוא וכן אם ניקב למעלה מעטרה להתוספת ודעימיה דבעינן מפולש לא חיישינן לבישול שלא במקומו וכן נראה מלשון רבינו ירוחם שכתב ואם נסתמה שפופרת של ש"ז כו' כי יש שני נקבים כו' ואין ש"ז מתבשל אלא במקומו ר"ל בשפופרת שלו ומאחר שיוצא דרך קטנים אינו יכול להוליד ופסול כו' עכ"ל.

הרי שכתב ר"ל בשפופרת שלו כדי שלא נטעה לפרש דאמקום יציאה קאמר. ומ"ש מאחר שיוצא דרך קטנים הכוונה דרך השביל של מים קטנים.

וראיתי ביש"ש שכתב על תשובת הרא"ש שז"ל. והנה מה שרצה לדמותו לברזא דחביתא דהיינו עשוי כקולמס דאמרינן עוביו נוגע כך היכא אע"פ שאין ראש הגיד נוגע מפני מתחמם הוא על ידי נגיעת אחוריו ע"כ נראה שדמיון רחוק הוא לדמותו עכ"ל (וט"ס יש כאן וכך צ"ל דהיינו עשוי כקולמס דאמרינן מידי דהוה אברזא דחביתא ופרש"י שקצר ודק כו' ובא עד עוביו נוגע כך אע"ג שאין ראש הגיד כו') ונראה שטעמו דהתם לא היה הנקב כ"א סמוך לכיס ומהאי טעמא י"ל שכתב הרא"ש בדרך אפשר כמבואר בדבריו להדיא שכתב ואע"פ שאינו מזריע בעומק הרחם אפשר שמתחמם וראוי להזריע מידי דהוה אברזא דחביתא כו'.

וע"ז כתב יש"ש שדמיון רחוק הוא אבל כגוונא דנ"ד שהנקב הוא רק מעט למעלה מעטרה א"כ לא יהא אלא שנחתך עד כאן כקולמס מכשרינן דהוה כברזא דחביתא וא"כ מה קפידא יש בזה שנסתם משם והלאה. ואף לדעת המרדכי דכל שניקב לחלל פסול מ"מ היינו דווקא כשפתוח בשני מקומות ואדרבה לענ"ד מ"ש הרא"ש דאם הגיד חלל והולך עד נקב פי האמה חידוש הוא שחידשו הרא"ש ז"ל מסברא כיון שבא עד קיצו ואין לו מקום לצאת והוא שב משם למסלה דרך הלך אז אין יורה כחץ דרך נקב זה ואנחנו עושים אזנינו כאפרכסת לשמוע אמריו כי נעמו אבל מ"מ אין ראייה מבוררת לזה מהש"ס והלכך אין לך בו אלא חידושו דוקא כשידוע לנו שהגיד חלול.

ואף בזה אפשר שאין הדברים אמורים אלא כגוונא דנ"ד שהוא סמוך לכיס ממש ולפיכך אם הוא בידי אדם והגיד חלול היה פסול כיון שהזרע דוחה ומתאסף אבל נקב יציאתו והפתח נעול בפניו והוא צריך לחזור לראש וכיון דמפיש בהליכה בסילון החוזר שוב אינו יורה כחץ רק שותת. ואם נאמר שהזרע יוצא מיד בבואו אל מקום הנקב א"כ פשיטא דפסול שהרי לא נתחמם הזרע בעומק הרחם כלל כיון שהנקב סמוך לכיס ויצא בפתח תחלה משא"כ בנ"ד אפשר שאף אם היה הגיד חלול משם ולהלן אין חשש בדבר דמאן לימא שאין הזרע יוצא מעט בבואו אל מקום הנקב ויורה כחץ דרך שם ואף אם

מתפשט קצת משם לפי האמה וזה אינו יורה כחץ בחזירתו לית לן בה כיון שעיקר טיפת הזרע באה בגבורה.

וקרוב הדבר דהיינו טעמא דהתוספת ודעימייהו דס"ל דמעל"ע בעינן כנראה מפשרו של דברים ולמעלה צדדתי בטעם הדברים. ולפי מ"ש י"ל דהיינו טעמייהו דכל שאין הנקב מעל"ע רק עד החלל א"כ אמרינן שעיקר הזרע יוצא דרך שם ויורה כחץ ומה לי שם ומה לי בפי האמה סוף סוף קלטתו הרחם כראוי ומה שיוצא גם דרך פי האמה מתמצית הזרע לית לן בה וגם במרזב וקולמס כן הוא שעיקר הזרע יוצא במקום החתך ואף שהנשאר ימצה אל יסוד האמה לית לן בה כיון דעכ"פ מתחמם לפי שעוביו של הגיד במקום שלא נחתך שפיר הוא נוגע בכל כותלי הרחם ולא דמי לנכרת למעלה מעטרה לפי שאינו נוגע מעמק הרחם.

אבל זה שהוא כקולמס שאחוריו נוגעים בעומק הרחם ועוביו נוגע בכל צדדי הרחם הרי הוא חם כולו ויורה כחץ במקום יציאת הזרע משא"כ אם הנקב מפולש מעל"ע שאז במקום יציאת הזרע מתפשט לפי האמה ובדרך חזירתו אינו יורה כחץ. וכמו שלדעת המרדכי ודעימי' פסול אם ניקב לחלל כיון שהנקב פתוח בפי האמה מזה והאמה מזה נקובה הוא ולכך אינו יורה כחץ מ"מ י"ל בזה כיון שהנקב הוא סמוך לעטר' ובפי האמה סתום הוא אז הזרע ממלא השפופרת כולה ונופל דרך נקב זה ושפיר הוא יורה כחץ ולא דמי לעובדא דהרא"ש דשם הנקב סמוך לכיס ודאי כלתה לו משיבת הזרע רק לפי שדחוק לצאת הוא חוזר מסוף הגיד עם מקום הנקב וא"כ שוב אינו יורה כחץ משא"כ כשהנקב סמוך לעטרה שמשך הזרע מגרע עד שם שפיר הוא יורה כחץ ואע"פ שרש"י כתב בההוא דניקב ונסתם רואין אם ניקרי ונקרע כו' דלמעלה מעטרה ודאי לא מיקרע שאין הזרע דוחה ומתאסף שם כ"כ שהרי יש לו מקום להתפשט עד סוף פ' האמה ששם מקום יציאתו משא"כ בעטרה עצמה או למטה ממנו כי קרוב הוא למקום היציאה ולכך הוא נקרע שם אבל מ"מ י"ל שהזרע מגיע גם לשם וכיון שהנקב שלמטה סתום והשפופרת אשר זרעו בו מתמלא מחוליתו אז הוא יורה כחץ במקום שהנקב פתוח (ועיין ביש"ש שכתב דגם למעלה מעטרה פסול אם ניקב ואדרבה אפילו בכ"ש פסול ומ"ש שם רש"י דלא שייך שם ניקב ונקרע היינו לומר דלא איירי בי' כיון דלא שייך בדיקה זו וזה שלא כדברי הב"ש גם כתב דלא גרסינן ונסתם בפירש"י ט"ס וכצ"ל ניקב נקב קטן בכ"ש ואינו ניכר משום דקשיא ליה מ"ש רש"י רואין אם גדול כ"כ כו' והי' לו לפרש אם הזרע יוצא אינו סתימה ולענ"ד נראה דרש"י ס"ל דלאו ביציאת הזרע תליא מילתא דאף שיוצאת קצת דרך נקב קטן אין זה פוסל.

והגירסא ברש"י כמ"ש רבינו ירוחם ואם ניקב נקב קטן בשפופרת שנסתם בכל שהוא או אינו ניכר רואין כו'. וצ"ל דהך ונסתם ר"ל שאין הנקב ניכר או מחמת סתימה כל שהוא או מחמת קטנותו ולכן רואין אם ניקרי ונקרע ר"ל אם ע"י שהוא נקרי הנקב מרחיב מחמת דוחק הזרע שמתאסף שם אז חוששין לו אע"פ שאחר שהזרע יוצא הוא חוזר ונכווץ עד שאינו ניכר כבראשונה כדרך הנקבים קטנים מ"מ כיון שהוא עכ"פ גדול כ"כ עד שמתרחב קצת ע"י דוחק הזרע שמתאסף שם חוששין לו שהרי זה כנקב ניכר שפסול.

וע"ז פירש"י דלמעלה מעטרה אין הזרע דוחק כ"כ עד שיהי' נקרע בשבילו ולכן אפשר שאם יש שם נקב קטן שאינו ניכר כשר כיון שאין דרכו להתרחב. ולשון נקרע דקאמר שמואל דחקו לפרש דעל הרחבת הנקב קאמר דאי על יציאת הזרע קאמר לא הו"ל למינקט הך לישנא ולפי שאינו כ"כ לענינינו קצרותי: וכל זה היינו צריכין למשכוני נפשי' כדי לחלק בין נידון דידן לעובדא דהרא"ש אילו הי' הדבר ידוע שהגיד חלול ולומר דגם הרא"ש מודה בזה שהרי סימנין מוכיחין עליו שערותיו שרבו וזקנו מגודל והבנים בניו שהרי איכא רובא וחזקת כשרות דהאשה דהעמידנה בחזקת צדקת.

ובנ"ד שיש כאן ספק אם הגיד חלול פשיטא שכל אלו מכריעין להתיר ובפרט אחרי שאין בזה איסור תורה כיון דמן התורה קיי"ל דודאי פ"ד לא יבוא הא ספק יבא וגם י"ל שיש כאן חזקת כשרות של האיש שהרי מעיקרא הי' בחזקה שראוי לבוא בקהל וראוי להוליד וע"י ריעותא זו אתה בא להוציא מחזקתו ולומר שאינו ראוי להוליד ולאסרו לבוא בקהל אל תאסרנו מספק וכדאמרינן ביבמות אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת.

ואם אמנם דעת אא"ז רמ"א לענין מים במוח דכל דאתיליד ריעותא מחיים לא מוקמינן אחזקה הרי אא"ז מהר"ם מלובלין חולק בזה וס"ל דגם בכה"ג מוקמינן אחזקה וכבר כתב אא"ז הש"ך סימן נו"ן דבהפ"מ יש לסמוך להתיר וא"כ פשיטא בנ"ד שנצטרך להוציא אשה מבעלה ולעשות הבנים ממזרים ח"ו פשיטא דכדאי הם פוסקים אילו דהיכא דאיסור והיתר שווים אזלינן בתר חזקה לסמוך עליהם ולומר דחזקה שלא נעשית ריעותא זו מחיים באופן שיצא מחזקה ואף לפי מ"ש שם להחמיר בספק חסרון חכמה וא"כ י"ל דגם בזה אולי יש בקי שיכול לברר ספק זה אם הגיד חלול מ"מ נראה כיון דכאן אין האיסור רק מדרבנן כמש"ל א"כ ניהו דגבי כחל וכיוצא בו החמירו היינו דווקא היכא שאפשר לתקן שמשערין בכולו וכמ"ש הט"ז סימן פ"א וסימן צ"ח משא"כ כאן וכ"ש שבזה שי"ל שכל הפוסקים מודים דאף הסוברים דבספק לא מוקמינן אחזקה ס"ל היכא דאיכא למיתלי בהיתרא תלינן כמבואר בש"ך ובדברי אא"ז בתבואות שור סימן ק"ט בדעת רבינו יונה וסייעתו וא"כ כאן דאיכא כל אומדנות המוכיחות ודאי דהיתרא שכיח טפי ואיכא לאוקמי אחזקה אליבא דכ"ע.

וקצת אפשר לומר דבעינן שיהי' שכיח טפי בשעה שנעשית הריעותא אך לענ"ד אין לחלק בפרט בידים מוכיחות כאלה שלענ"ד אף בלא חזקת כשרות יכריעו הספק לקולא. וגם י"ל דהא אף להאוסרין עכ"פ בעינן שתהא הריעותא ברורה ובכאן י"ל דאין הריעותא ברורה ודמי לסירכא שנסתפקו בה אם הוא בחיתוך או בגב שכתב אא"ז בתשו' שם דכל שי"ל שלא הוחל בה (ודמי לסירכא שנסתפקו בה א') הטורף לאו ריעותא מיקרי וה"נ כיון דלדעת התו' ודעימי' אף שניקב לחלל הגיד כשר א"כ בשעה שנעשה הנקב אכתי לא אתיליד ריעותא כלל רק מחמת שנסתם הנקב שבפי האמה כמ"ש שי"ל שהתו' מודים בזה כשהגיד חלול וא"כ י"ל דחזקה שנסתם באופן המועיל.

כיון שאין כאן ריעותא מצד הנקב רק מצד הסתימה איברא דלדעת המרדכי לכאורה י"ל שאין כאן חזקה להתיר כלל לפי המבואר בשאלה שבתחלה הי' מוציא ג"כ קצת מ"ר דרך נקב הישן אלא שאח"כ חזר ונסתם ואינו מוציא אף טיפה ולפ"ז י"ל כיון דעכ"פ אז

היא בחזקת פסול להמרדכי אין מועיל מה שנסתם כיון שאין ידוע לנו אם נסתם באופן המועיל ולכאורה י"ל כיון דעכ"פ קודם הריעותא היה בחזקת כשרו' ושוב לא נודע לנו להסתפק בענין זה עד עכשיו שחזו' ונסת' שפיר אזלינן בתר חזקה קמיית' וכמ"ש בתו' לענין נגע באחד בלילה דאם לא ראוהו חי מבערב אזלינן בתר שעת מציאתו ולא אמרינן דמה בכך שלא ראוהו חי מבערב מ"מ עכ"פ פעם אחת היה לו חזקת חיים אלא ע"כ כל שחזקת חיותו של זה לא נודע לנו לא אזלינן בתרה וה"נ הרי הנקב שהיה בו קודם שנסתם לא נודע לנו שנחזיקנו עבורו בחזקת פסול.

אבל באמת נראה שז"א דכיון שעכ"פ אמתת הענין כך היה אין לחלק בין נודע או לא וההיא דראוהו חי מבערב שאני דאם לא ראוהו חי אין לתת לו חזקת חיים שהרי הדבר ידוע שאלף אלפים ורבי רבבות מתו מימות עולם ושמא זה אחד מהם ולא שייך לומר על כל מת הנמצא שעד עכשיו חי היה ובמקום אחר הארכתי בזה.

וכן בשו"ת נ"ב סימן סתר סברא זו והוכיח ג"כ שאף בלא נודע שייך חזקה אלא דמ"מ נראה דאין כאן חזקת פסול אף להמרדכי דאף שהו' מוציא מים דרך הנקב החדש מאן לימא לן שהיה נקוב עד לחלל דהיינו השפופרת של הזרע. וכן מוכח בהדיא בההיא דאמרינן נקב אם נקרי ונקרע כו' אלמא דאמי רגלים לא קפדינן אף אם יוצאין דרך שם משום דמ"מ הגובתא דזרע לא ניקב וכן מבואר בעובדא דראב"י שהביא הי"ש ואף שעתה הזרע יוצא דרך נקב החדש.

י"ל דאחר שנסתם מבפנים ודחיק ל"י עלמא אז מחמת דוחק הזרע פרץ גדר לעשות לו דרך. ולפ"ז היה מקום לצדד בלא"ה דזה אפשר דהוה כבידי שמים לדעת הפוסקים דע"י חולי הוה כבידי שמים.

וכן נראה מדברי הרא"ש שהביא הסמ"ג שכתב וא"א לפסול האיש שנסתם שביל הזרע משום פ"ד שהרי זה שנסתם שבילו בידי שמים היתה ואמר שמואל פ"ד בידי שמים כשר עכ"ל. ולכאורה מנ"ל הא דילמא באמת בידי אדם מיירי כמ"ש הרא"ש אע"כ כמ"ש דנהי שהוכה בידי אדם מ"מ סתימה זו א"א שתעלה ע"י אדם רק מחמת המכה עולה קרום שותם והרי זה כמחמת חולי שדינו כבידי שמים כדעת הרמב"ם והביאו הסמ"ג ג"כ והרא"ש לשיטתו דס"ל דע"י חולי כבידי אדם דמי ומה דנקט דאסתתים בידי אדם ע"י מכה נלענ"ד שחסר תיבה א' וצ"ל או ע"י מכה ע"ש.

גם אפשר דס"ל דמשכחת שעשה הסתימה ע"י מכת האדם משא"כ בנ"ד שהנקב נעשה אח"כ מעצמו גם הרא"ש מודה דכבי"ש הוא אם נימא דע"י חולי כבי"ש דמי. וגדולה מזו מצאתי בשו"ת שבות יעקב ח"ג שנדפס מקרוב ושם בסי' ק"ז נשאל על אותו הנידון שנשאל בעל שב יעקב.

והשיב וז"ל הנה מקור דין זה כו'. ויע"ש ברש"י ותוס' מבואר מדבריהם כשאין מפולש מעל"ע יש להכשיר כמשמעות לשון הש"ס.

וכ"כ באגודה וכן משמעות הטור אף שלא נעלם מאתי שדעת המרדכי ורי"ו אינו כן וכן הסכימו גדולי האחרונים להחמיר מ"מ נ"ל דהיינו דווקא לכתחלה אבל אם כבר נשא ודאי דאין להציא מספיקא ובאמת פשטות לשון הש"ס משמע דוקא מע"לע כו' ועכ"פ

מידי ספיקא לא נפק' ואין לאסור היכא שכבר נשא ומכ"ש שלא להוציא לעז על בניו ובפרטות דבנ"ד יש עוד ספק דאף את"ל כהמרדכי מ"מ למ"ש הרמב"ם דע"י חולי הוי כבידי שמים.

וכן הכריעו האחרונים וכן מצאתי במלבושי י"ט כתיבת יד על לבוש אה"ע שהכריע כהרמב"ם והביא ראיה מתוס' יבמות דף ק' וסיים ע"ז שדין זה מהל' רופאים והרמב"ם היה רופא מומחה עכ"ל וא"כ בנידון שלפנינו לא נעשה הדבר ע"י אדם בידים רק ע"י קשירת החוט נולד החולה ונתנפח הגיד ועי"כ נפל נקב הזה תוך הגיד וכן רל חולי ע"פ רוב בא ע"ימקרה רעה והוי כבידי שמים ואינו נפסל כל שלא נעשה בידים ממש ע"י אדם גם מצינו ברש"י חולין במקום דאיכ' פלוגת' בפוסקים אי חזינן דחי י"ב חודש כשרה וכ"כ הש"ך וא"כ בנידון שלפנינו נמי כיון דהאשה בחזקת כשרות וצניעות גם בעלה חשיב יומי וירחי מחזקינן כדאית' ביבמות וכיון דחזינן דילדה מכשרינן ולא אמרינן צא ובדוק כו' כיון דאיכא ס"ס להכשיר מה"ת לפסול אותם כו' כלל הדבר בהא סליקנ' ובהא נחיתנא דבנידון זה אין להוציא האשה מתחת בעלה ואין לעגנה כלל וכ"ש שלא להוציא לעז על בניו ח"ו: שוב ראיתי בתשו' מהר"י בן לב חלק ג' סימן צ"א שפסק ג"כ כה"ג בספק כזה דאם נשאת לא תצא גם בתשו' תומת ישרים מסיק בשם רוב המורים דכל כה"ג אין לנדותו לגרש אשתו אף שיש חולקין שם מ"מ בנידון שלפנינו דהוי כס"ס אליב"ד ע"כ אין להוציא האשה ממנו כלל כנ"ל הק' יעקב עכ"ל: והעתקתי הדברים לפי שאין ספר זה מצוי עדיין ביד כל אדם וידוע כמה גדול כחו של זקן ובעל הוראה הגאון בעל שבות יעקב אשר מימיו אנו שותין והכריע להתיר בכיוצ' בזה וכאן פשיט' דדמי לנידון דהש"י ועדיף מיני' שגם כאן י"ל דאע"ג שהסוס נשכו מ"מ לא נקבו לחלל רק מחמת שנתנפח נולד חולי גם בשאר הבשר הבריא וניקב גם שם והוי כבידי שמים.

וגם נ"ל כמש"ל דנקב שבשפופרת הזרע נולד מעצמו אחר שנסתם הנקב הישן וגם כמה מעלות טובות בנידון זה מה שאינם בנידון דהש"י כמבואר למעיין ועיין ביש"ש שהכריע ג"כ להתיר במחמת חולי דהוי כבידי שמים וגדולה מזו מבואר מדבריו דאף אם הוא כורת אותם בידים מחמת קלקלון שנימוסו ונמחו כבר ומפרש כן מ"ש הרמב"ם או כרתן וגם מפרש כן דברי הירושלמי ע"ש וא"כ גם בנ"ד י"ל שנשיכת הסוס לא ניקבה עד לחלל רק שמחמת זה נתנפח הגיד וממילא נתקלקל גם שאר הבשר עד לחלל מחמת החולי וא"כ אם נכרת אח"כ בידים אין כאן פסול.

ומכ"ש בנ"ד שלא נעשה בו מעשה כריתה בידים כלל ועיין בתשו' מהריב"ל דהוה עובדא דידי' שניטל ביצה א' ע"י חולי ומחמת דינו דר"ח לא רצה להתיר כיון שרבו החולקים רק מחמת די"א דע"י חולי הוה בי"ש ולפיכך דעתו דאם נישאת לא תצא. ובנ"ד י"ל דעדיף מהתם דיש כמה צדדין שי"ל שכל הפוסקים מורים בה להתיר וכן בההיא דשו"ת תומת ישרים שהביא הש"י דמבואר שנכרת למעלה מעטרה הרבה ע"י חולי ולא הי' שום צד אחר להתיר ואעפ"כ דעתו שאם נשאת לא תצא.

דאם נבא להחמיר כהרא"ש וסייעתו לכופו לגרש הו"ל גט מעושה לדעת שאר פוסקים והחולק שם כתב להפרישו והוא ז"ל חלק עליו אף בזה ע"ש (וגם כתב שם דבספר ישן

של רש"י אית' דאף ע"י חולי הוי כבי"ש. וכן היש"ש הביא דברי רש"י שהביא הב"ש ונראה מהב"ש ג"כ שמסכים להקל) ובנ"ד שיש כמה צדדי היתר כ"ע מודו בזה: אלא שיש לעיין דנהי שנאמר דע"י חולי הוי כבי"ש מ"מ אינו מוליד כמ"ש הרא"ש וכאן שהוליד א"כ ע"כ שזינתה ואסורה משום ספק אונס ספק רצון.

אך באמת ז"א דמה"ת נתלה בזנות ואדרבא תלינן שנתרפא וכמ"ש הפוסקים כאן לענין בעל ביצה אחת אע"פ שאומר הרי הוא כסריס חמה מ"מ יש לו רפואה ופעמים שמוליד כו' ומכ"ש בזה דמפורש בש"ס דיש לו רפואה. ומ"ש הב"ש ואפילו לדין דקי"ל (נקב) ניקב הוא כרות שפכה (מה דאיתא לפניו כשר הוא ט"ס וצ"ל כ"ש והוא ר"ת כרות שפכה) ואיתא בש"ס ניקב ונסתם כשר ש"מ דיש לו רפואה וכן פ"ד מ"מ נראה אם הוליד לא תלינן שנתרפא אא"כ בידוע שנתרפא עכ"ל: הנה גבי כ"ש י"ל כיון דבספרי וירושלמי איתא דכ"ש אין לו רפואה ובש"ס איתא נסתם כשר ע"כ לומר שע"פ רוב אין רגיל להיות לו רפואה והלכך שפיר כתב דלא תלינן שנתרפא משא"כ גבי פ"ד דאיתא בירושלמי שיש לו רפואה למה לא ניתלי באמת שנתרפא מלמתי בזנות כאשר הוכחתי לעיל דלעולם אין לתלות בזנות כל שאפשר לתלות בד"א אף בדרך רחוק ומכ"ש בזה כי קרוב הוא לומר שנתרפא מלתלות בזנות.

וכן מצאתי בשו"ת הריב"ש סימן תמ"ו שכתב וז"ל ומכאן ראייה גמורה דלא תלינן לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפילו בכן שבעה ואשתהי דהוי מיעוטא דאלת"ה לימא דטעמא דרשב"ג לאו משום דמשתהי אלא דתלינן בזנות. וכן ראייה לזה מרבה תוספאה דתלה טעמא דבעל עד יב"ח אע"פ שהוא בתכלית הזרות כו' עכ"ל.

וכ"כ בסימן תמ"ז. וז"ל מ"ש כבודך דתלינן שזינתה כשהיתה פנויה דאזלינן בתר רובא וחזקה ליבום שאוסרין אותה כו'.

חוץ מכבודך דבר זה מבואר הבטול שהרי לרשב"ג כו' ולדבריך היה לנו לחוש לזנות דקודם שנשאת ולאסרו משום רובא וחזקה אלא שאין תולין לעולם בזנות כל שאפשר לתלות בבעלה אפילו על צד הרחוק שאין חושדין בכשרות ועוד דאשה מזנה מתהפכת כדי שלא תתעבר וזה ברור ובפרק אלמנה לכ"ג שפתה את בת ישראל ולא חששו לזנות דפנויה ואפילו גבי תרומה שהיא במיתה ואפי' בדיימא מעלמא כו'.

כ"ש אשה זו שהיתה בחזקת כשרות כשנישאת והוא ברשות בעלה שיש לתלות בביאת בעלה שהוא בכשרות. ואע"ג דהאי טעמא דאשה מזנה מתהפכת נראה דלא שייך כ"א גבי זנות דפנויה משא"כ אשת איש הא אמרינן א"א בבעלה תולה.

ובזה יש ליישב מה שהקשיתי לעיל דל"ל למימר דא"א בבעלה תולה ת"ל דזנות דא"א לא שכיח. ולפי מ"ש י"ל דזנות דפנויה שתתעבר נמי לא שכיח דאשה מזנה מתהפכת כו' וא"כ שקולין הם ולכך צ"ל דר"ת כשר משום דא"א אינה משלכת הוולד שבבעלה תולה וא"כ כאן שהאשה לא ידעה שבעלה אינו מוליד שפיר יש חשש שתזנה ולא תתהפך שאף שתתעבר היא סבורה שתתלה בבעלה מ"מ נראה פשוט דודאי זנות דא"א פשיטא דלא שכיח טפי מזנות דפנויה כמבואר בש"ס ופוסקים בדוכתי טובי והרא"י מבוררת מרבה תוספאה וא"כ פשיטא שכל שיש לו רפואה יש לתלות ברפואה זע"כ שהב"ש

מיירי כגון שהוא לפנינו עדיין בקולקולו וכמש"ל ולזה סובר דשמה נתרפא בנתיים בשעת ביאה לא אמרינן ואפשר שלמד כן מדאמרינן ביבמות דף פ"א לענין סריס חמה וליחוש שמא הבריא כיון דתחילתו וסופו לקוי לא חיישינן ואע"ג דאמרינן התם לחד אבר חיישינן לכולא גופא לא חיישינן והכא לחד אבר הוא י"ל דדוקא לחומרא חיישינן לחד אבר משא"כ לקולא אפילו לחד אבר לית לן למיתלי שמא הבריא כל שתחלתו וסופו לקוי ובחד אבר פשיטא די"ל שמא הבריא ותלינן ביה אף לקול' מלתלות בזנות ולעשות הבנים ממזרים וכ"כ ביש"ש לענין בעל ביצה א' שהפוסקים חולקים על ר"ח כתב ותימא שהם רוצים לחלוק על עובדא דמייתי ר"ת והוא בנמצא לעשות ממזרים בישראל הלא ר' יהודה דאמר בסוף פרקין טומטום שנקרע הוא בוודאי סריס אין הלכה כמותו לפי שמכחיש המעשה שהוליד שבע בני' אומר שהם ממזרים ק"ו בנידון זה שכמה וכמה נמצאין שמולידין כו' הרי דס"ל דלכך פסקו דלא כר"י משום שהוא עובד' דאוליד ולא רצו לתלות הבנים בממזרים.

וא"כ דבר ברור הוא בנ"ד שיש לתלות ברפואה ולא תלינן בזנות כלל: ועתה אשימה פני בדרך קצרה בדברי הרב המשיב ראשונה מ"ש לענין נקב מן הצד כבר כתבתי דמסתבר מן הצד כעליונו דמי דדוקא בתחתיתו לפי שהוא שותת ויורד. ומ"ש ע"פ גירס' ישינה שברש"י שמחמת שיוצא גם דרך הנקב שוב בפי האמה אינה יורה כחץ הנה אף שי"ל כן לפי מ"ש הרא"ש לחלק באין הגיד חלול דאז אין יוצא רק דרך נקב זה שפיר יורה כחץ אלא דלפי"ז מהיכי תיתי לחלק בין למטה מעטרה או למענה.

ואף שי"ל דאם הוא למטה מעטרה כיון שסמך הוא לנקב יציאתו שפיר הוא יורה כחץ אף דרך פי האמה סבר דחוחה היא ובאמת לא ידעתי למה מחק רש"ל הגירסא ברש"י דגם לפי גרסא זו מתפרש כפשוטו שמחמימות התאווה יוצא דרך הנקב וכשהזרע יוצא דרך הנקב אינו יורה כחץ כו' והוא פשוט ובנימוקי יוסף איתא וז"ל חמימות התאווה יוצאה דרך הנקב וכשהזרע יוצא דרך נקב אינו יורה כחץ כו' והוא הנכון וכן מבואר בש"ג בשם ריא"ז שכתב לפי שטיפת הזרע יוצא דרך נקב ואינו מוליד עכ"ל: והאמת אגיד שמ"ש הב"ש שכ"כ הדרישה לענ"ד זה אינו כמבואר למעיין בדרישה ובפרישה שם בקצרה שאין דעתו כלל לחלק בין עליונו של גיד לתחתיתו אלא ס"ל דבתרובייהו פסול וכשיטת הב"ח ע"ש ועיין בב"ש מהדורא קמא מ"ש בזהלשיטת התוס' ודבריו צ"ע ואין להאריך ומ"ש דאף לשיטת הרא"מ מ"מ כיון שאינו מוליד ע"כ זינתה כבר הארכתי בזה דהיכא שי"ל נתרפא לא חיישינן לזנות וגם דכיון שעכ"פ הראשונה בהיתר נשא א"כ יש כאן בחזקת היתר לבעלה וכבר כתב הפ"י בכתובות בסוגיא דפ"פ שלענין להוציא אשה מבעלה לא החמירו ואוקמוה אדאורייתא דמהני חזקת היתר והא דהחמירו באשת ישראל בחד ספק היינו משום דמדרבנן אמרינן רובא ברצון וכאן שיש ספק שמא נתרפא שוב הוי ס"ס ושרי כמו בפ"פ.

ומ"ש כיון ששניהם אומרים שיורה כחץ אף דאיהו לא קים ליה כיון דליכא דמכחיש ליה מהימן כבר תברא לגזיזיה. אלא שלכאורה היה אפשר לומר דאיהו מהימנא דלאו דפ"ד לאו דבר שבערוה הוא אלא כשאר איסורין דקיי"ל ע"א נאמן באיסורין שהרי לענין נדה האמינתה תורה דכתיב וספרה לה לעצמה ומהימנא לגבי בעלה.

וכ"כ הרמב"ן ביבמות דף פ"ח וא"ת תפשוט מנדה כו' ושמא אין בידיה לתקן עכשיו איכא למימר היא עצמה שאני דרחמנא הימנה מאחר שהוא מעשה של עצמה מתוך שהיא נאמנת לעצמה ועושה מעשה בכך נאמנת אפילו לבעלה עכ"ל. וא"כ ה"נ דכוותיה ואפשר דמ"ש הרמב"ן מאחר שהוא מעשה של עצמה ר"ל שהענין האיסור בא ממנה דמגופא קא חזיא ולפי"ז אינו ענין לנ"ד וגם בלא"ה התוספת והרשב"א וכן הרמב"ן שם תירצו בענין אחר אלא דמ"מ היה אפשר לומר לפי מ"ש הרמב"ן והרשב"א דע"א נאמן אפילו באיתחזק איסורא וא"כ גם כאן היא נאמנת אף לגבי דידיה ולא דמי לאשה שאמרה נאנסתי כמבואר בפ"י בסוגיא דפ"פ על דברי רבינו יונה ז"ל ומכ"ש כאן דלא איתחזק איסורא כמש"ל.

ועיין בפ"י שכתב דאף לפי מאי דקיי"ל בחתיכה ספק חלב ס' שומן ע"א נאמן ואפילו הבע"ד מ"מ אפשר כיון שהספק בגופה לא מהני כדאשכחן בשבוי' דע"א נאמן בה שלא זינתה והיא עצמה לא מהימנא עכ"ל וא"כ כאן שאין הספק בגופה והיא אומרת ברי לי מהני אף להתיר לו ג"כ כמו האומר פ"פ והיא אומרת נאנסתי ועדיף מיניה וכן מבואר בפ"י לענין עיר שכבשוה כרכום דאיתא ואין אדם נאמן ע"י עצמו והקשה דהא כל מקום דע"א נאמן באיסורין אפילו הבע"ד עצמו נאמן ואדרבא עיקר הילפות' דע"א נאמן מדכתיב וספרה לה וא"כ לא שייך הך דינא אלא בשביל שהחמירו משום דרוב עכו"ם פרוצים בעריות ואפשר דנקט בהאי לישנא דבעלה אינה נאמן בה כו' ע"ש.

אלא דבאמת אמרינן ביבמות דף ע"ז ומי מהימן והאמר ר"א אמר רב כל ת"ח שמורה הלכה ובא כו' וכתבו התוספת דהיינו היכא שנוגע בדבר כגון יתרא שהיה צריך לאותו הוראה שהרי בת ישי נשא כו' ובנ"ד אין לך נוגע גדול מזה דאם לא תאמר שיורה כחץ יחשבוה לזונה ובניה ממזרים אך י"ל דהתם מיירי שמצד הסבר' לא היינו יודעין דין זה כגון ההוא דעמוני ולא עמונית שלולי הקבלה לא היינו מחלקים בכך כדאמרינן וכדאקשו ליה הנך קושיית אשתיק כו' ולכך אם הוא נוגע לא מהימן ודומי' דהכי הוא באינך דמייתי התוספת.

משא"כ היכא שהדבר שקול דבכה"ג ע"א מהימן כמו שנאמן לברר איזה חתיכה של חלב ואיזה של שומן ואף במקום רוב טריפות כיון דבלא"ה ספק יש כאן כמ"ש הפ"י בקידושין דף ס"ג דהיינו טעמ' שלוקחין מטבח כו' שאינו רק מברר הספק ואע"פ שהטבח נוגע בדבר נאמן הוא וא"כ ה"נ לא איכפת לן בנגיעה וכל זה לרווח' דמילתא אבל כבר ביארתי כמה צדדי היתר הן לענין הבעל והאשה והן לענין הבנים שחלילה להוציאם מחזקת כשרות וכדאית' ביבמות דף מ"ז ואי אתה נאמן לפסול את בניך כו' ואין עדות לכותי ופירש"י הואיל ובניך מוחזקין בכשרות אין אתה נאמן להעיד עליהן לפוסלן ומכאן הוכיח הט"ז סוף סימן קכ"ז דאע"ג דהחזקות כשרות בא להם מכח האב שפיר מקרי חזקה לענין זה.

וכבר ראיתי מי שכתב בענין כזה ג"כ סניף לדבר שהרי ממזר שאינו ידוע לא חי ובב"ש סימן ב' אית' דאף יב"ח אינו חי ע"ש בשם ב"ח א"כ כאן כיון דלא הוה הדבר ידוע עד עתה ע"כ דלאו ממזרים הם ע"כ ובאמת בירושלמי ראיתי דאין חי יותר משלשים יום כשהוא ממזר שאינו מפורסם ובאמת קשה בהא דמוכיח דאזלינן בתר רובא ממכה אביו

ואמו דלמא לאו אביו הוא דהא כה"ג לא חי וכיוצ' בזה הוקשה בשו"ת חוט השני וא"ל דכיון דס"ד דחיישינן למיעוט' ממילא חיישינן דשמא מעבד ונכרי הוא דמ"מ קשה מאי דוחקיה לאוקמי כגון שהיה אביו ואמו חבושין כו' נימא דמיירי במקום דליכא כותי ועבד כלל.

והירושלמי א"ש דהירושלמי לא יליף ממכה אביו דאזלינן בתר רובא רק דסוקלין על החזקות כמ"ש הב"ש והח"מ סימן כ"ט בשם הרמב"ם והוא מהירושלמי פרק י' יוחסין כמ"ש ה"ה שם והיינו דשמא הוחלף באחר דלהא ודאי יש למיחש אם לא מטעם חזקה וכמ"ש אא"ז בבכור שור בקידושין ע"ש משא"כ בש"ס דידן קשה ואפשר לומר כיון דהב"ש כתב בשם ס"ח דהוא כמו טריפה אינו חי א"כ י"ל כמ"ש רש"ל שם שי"ל שהמיעוט חיים הם כן י"ל גם כאן ולפי"ז כיון דהשתא ס"ד דלא אזלינן בתר רובא שפיר חיישינן דלמא לאו אביו הוא והוא מהמיעוט שחיים אבל צ"ע דכה"ג מיעוטא דמיעוטא הוא וגם בירושלמי לא משמע כן דאיתא שם ר"ז כד סליק שמע דקרין ממזרין וממזרתה אמר אזל ליה דר"ה דאמר ממזר לא חי יותר משלשים יום כו' ואם איתא מאי קושי' דלמא באמת הוא ממיעוטא ואפשר לומר כיון דלא אזלינן בתר רובא ממילא הוה כממזר דידוע ודלא ידוע דחי ג' דורות והוא דחוק: והאמת יורה דרכו דש"ס דידן לא ס"ל הא דירושלמי כדמשמע בהא דקאמר ההוא דהוה בשבבות' דר' אמי כו' הוה בכי ואזיל א"ל חיים נתתי לך משמע דהא דאינו חי היינו כשבא לישא אשה כשירה מן השמים מעכבין על ידו ומת כדי שלא יטמעו ממזרים בישראל.

וצ"ע בירושלמי דקידושין דאיתא ג"כ כהאי עובד' ביומא דר' ברכיה א"ל חיים נתתי לך דאמר ר"ה אין ממזר חי יותר משלשים יום ע"ש ובאמת קשה בהא דמייתי ממכה אביו כו' דבפשיטות הו"ל להוכיח דאיך איש מותר באשתו דלמא זינתה תחתיו ואסורה עליו וא"ל דהוה מצי לדחויי משום חזקת צדקת משא"כ השתא דמוכיח ממכה אביו י"ל דלנאנסת חיישינן וכמ"ש אא"ז מהרש"א שם למסקנא דאין אפוטרופס כו' דמ"מ קשה אשת כהן מאי איכא למימר ונראה הטעם דמוקמינן אחזקת היתר לבעלה ומ"מ קשה בין באשת כהן ובין באשת ישראל אמאי שרי אי לא אזלינן בתר רובא לפי מ"ש התוספת בחד תירוץ' דלרב אחא בר' יעקב בעי דלא קים ליה חזקה מקר' דהא ע"כ כאן ההיתר משום רובא או משום חזקה וממיל' דרובא עדיף מחזקה ואפשר דהו"מ לדחוי' דשאני התם דאיכ' רובא וחזקה אבל חזקה לא מהני ולכך הוצרך לאתויי ממכה אביו ולהרמב"ם בלא"ה ניחא דס"ל כל ספיקא מן התורה שרי ולכך הוצרך לאתויי מכל הני.

ומה שהקשו הרשב"א והר"ן מהא דקאמר אתיא מרישא של עולה מבואר אצלי במקום אחר (וד"ז הגאון בתורת חיים הקשה תפשוט דאזלינן בתר רובא דא"כ איך מותר לישא אשה דלמא ממזרת הוא ותמהני דבספק ממזר אפילו הרשב"א והר"ן מודים דשרי מרבויה דקהל דדרשינן הא ספק יבא ועכ"פ בנ"ד דליכא אלא איסור דרבנן לא מיבעי' להרמב"ם דכל ספק מה"ת שרי אלא אפילו להחולקים כבר ביארתי דגם לענין פ"ד דרשינן הא ספק יבוא וא"כ פשיטא שיש לסמוך אכל הני היתרים דלעיל.

וכבר כתבתי שהפ"י כתב דלענין להוציא אשה מבעלה אוקמה אדאורייתא וכ"ש בזה שיש לה ג' בנים ובזה הקילו ביותר כדקיי"לן גבי דבר מכוער. וכבר הבאתי דברי השבות יעקב.

שהיקל בנידון שלו לומר דאם נשאת לא תצא אף שאין שם כל הני צדדים אשר בנ"ד וממנו נלמד לנ"ד ובהא סליקנא ובהא נחיתנא שהמחמיר בזה אינו אלא מן המתמיהן ומי שיוציא לעז עליו עתיד ליתן את הדין שהרי לפי דבריו עושה את הבנים ממזרים שלא כדין וקיי"לן הקורא לחבירו ממזר סופג את הארבעים ובמג"א הלכות י"כ כתב להוכיח מתוס' שכתבו הטעם משום שחושד אותו שעבר בלאו דלא יבא וקשה די"ל הא חשד לאביו שעבר על חייבי כריתות אלא ע"כ שלא נתכוין אלא לו ע"ש ולכאורה י"ל דמפרשי כן אף למ"ד נכרי ועבד הבא על בת ישראל הוולד ממזר וא"כ אין בקריאת ממזר חשד לאביו אפ"ה סופג הארבעים משום שחשדו שעבר בלא יבוא.

ואפשר דס"ל כשיטת הטור דאין תולין בכותי ועבד וה"ה לענין זה ובכאן איכא לאווי טובא. לכן שומר נפשו ירחק מלזות שפתים.

ומוציא דבה שלא לשם שמים יבא יומו בצהרים. ואם כשרים הם ירצו להיות מכנים הולך על ידי בשריותא דא.

הלא כה דברי למשדיגודא רבה על כל פה דובר בזדון ולאוסרו בנחושתיים. ואם לאו דעתו בטלה במיעוט ערכי אולם אנכי ידעתי אפרים.

כי יכוננו דרכי לפני כל חכם לב ישמעו ויאמרו אמת ויציב ונכון וקיים. כי הדברים אשר חצבתים וארגתים באמרי פי חצובים ממקור מים חיים.

כאשר על מי מעינות התלמוד ומי בארות הפוסקים יעמדו כל שותי מים וחלקי אמרה נפשי כאשר הורוני מן השמים. ועתה קרבו את אחיכם לא לפסלוה לא לדידיה ולא לזרעיה ובקהלם יחד כבודו ומיני ומיני תסתיים דברי הכותב ברפיון ידי' מקצר ועולה כי יומא דחושבנא הוא וחלקי אמרה נפשי דברי זעירא דמן חברייא הק' אפרים בהרב המאה"ג מוהר"ר מנחם מאניש מרגליות נ"י מבראד.

יום א' ר"ח אלול וכשר לבא לפ"ק ד שלום וברכה. ברבי' והמשכה לכבוד אהובי ב"ד הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסים כש"ת מוהר"ר מרדכי נ"י: אחד"ש מגי"ק הגיעני עם קונטרסו ואני סמכוני באשישות ואמרתי מתון מתון עד אשיב לבצר אפס כי עז הפצרת מוכ"ז אמרתי לשלוח לכ"ת אשר כתבתי לחכם א' בנידון כיוצא בזה והנה שאלתו בבחור אחד ממשפחה הגונה בן שמונה עשרה שנה התקשר עצמו בתנאים ויצא עליו קול איך שהוא סריס ושלחתי אחריו לבודקו וראיתי שיש לו נקב בתחתיתו של גיד למעלה מן העטרה ודרך שם מטיל מים ועושה כיפה כאשר ראיתי ולמעלה מן הנקב נסתם כל הגיד והבשר שלמטה מהעטרה איננו כמו בכל אדם שהוא חד למעלה רק נראה שהחוד שלמטה מן העטרה נחסר ומהנקב עד סוף הגיד שהקלוח של מימי הגיד עובר מעט כמו מרזב שדרך שם הולך הקלוח וכמעט אינו מלחלח הגיד גם העיד לפני איש א' בת"ע שלהבחור הנ"ל היה אח קטן וכשהוא בן רבע שנה הי' ניכר ג"כ שיש לו מום זה והנה עתה יש לספק ממה נעשה זה אם נולד ממעי אמו כך או נעשה ע"י חולי או קוץ.

והיה זה ימים כביר' כתבתי וצדדתי שם כמה צדדין דאיתנייהו בנ"ד אף שיש מהם לאו כיוצא בהם מ"מ יש כאן צדדי היתר שלא הווי שם ואף ע"ז לא פקחתי עיני וסמכתי על חכמת כ"ת וגם ראיתי בס' בית מאיר שמפקפק הוא דכרתו הקוץ חשיב ב"א דהא דחרזי' סילוויא י"ל דאינו מוליד כו' אף שאין בזה כדאי לצרוף מ"מ סניף בעלמא הוי ובדרך העברה בעלמא אמינא כי יקשה בעיני להתיר לכתחלה להשיאו אשה מחמת צד היתר שבי"ש הוא כיון דמ"מ אינו מוליד ואם ישא ויוליד יפול לנו ס' לחזור על בניו כו' ואם נאמר שבאמת לא יוליד וקשה להשיאו אשה הראוי לבני' אף שאינה מצווה על פ"ו וכדאמרינן מלמד שמשאיין עצה הוגנת כו' וכמה טעמים.

אך לפי דעתי אם יש לו רבוי שערות דבחליצה כה"ג היו סומכין ע"ז וגם אם כה יאמר האיש כי עמד על נפשו שבעת הטלת מים אינם מתפשטים להלן מן הנקב כלל רק מקלחין שמה כדרכם שזה מורה שהגיד אינו חלול אע"פ שמ"מ אפשר דלא אסתתום גובתא דש"ז מן הנקב ולהלן מ"מ קצת רגלים לדבר כיון שנסתם חלל של מ"ר קרוב הדבר שכולו סתום מן הנקב ולהלן וא"כ יש לנו אילן גדול לסמוך עליו הרא"ש ז"ל דסובר כשאינו חלול שפיר מוליד וחזי לאצטרופי צדדי ההיתר גם יחזי להתיר להשיאו אשה דברי ב"ד הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

ה פרצידיא דתותא קלא כו' ה"ה כבוד אה' נד"ז החריף המופ' עושה פלא ידיו רב לו. גבר בכולא האברך כש"ת מו' יצחק פרענקל נ"י נצח ישב בצלצח אחד"ש זאת אומרת כי הגיעני דבריך ואריתי מור בשמיך ואכלתי פרי מגדיך.

ומאד מתקו לי רגבי נחליך ופניני אמריך. חדאי נפשי בפלפולך ויישר חילך כי שמחתני בפעליך.

אחרי רואי כי נתן לך ד' לב לדעת לבנות ולסתור לעקור ולטעת נטע נעמני' על ראש גיא שמנים ולחוף הים התלמוד תשכון תרוץ אורח כאמור נוגה הולך ואומר עד נכון ואהבתך אלצני ולקחתי מראשית פרי זמני כרמל בצקלוני שנים ושלשה גרגרים להשיב אמרים כאשר על התשובה מראש הבטחתיך ועוד חזון למועד שמור ברצות השם: פתח דבריך יאיר לפלפל בדין השתוקי המבואר בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סי' ונשאת ונתת באמונה בדברי הש"ס בקידו' דף ע"ב וטרם אבא לפלפל בדבריך אמינא לבאר מה שיש לתמוה לכאורה על מ"ש הגאון ז"ל בנ"ד שם שתינוק הנמצא הו"ל כפירש וכל דפריש מרובא פריש ובשתוקי חששו משום שיש לדון גם על האם ממי נתעברה ולגבי דידה אי אזלא איהו לגבייהו הו"ל קבוע יע"ש ואני תמה שהרי רבא בקידושין מיירי התם לענין דבר תורה ופשיטא דלענין ד"ת אין מקום להחמיר על הבן לדונו בקבוע מחמת שאנו צריכין לדון האם בקביעות שהרי בבשר הנמצא הלך אחר הרוב ומבואר בש"ס ופוסקים שאעפ"י שדלתות המדינה נעולות ואין בשר נכנס למקום זה אלא מאותן חניות וכל שבא לכאן מאותן חניות בא אפ"ה מותר כיון שלא נפל לנו הספק בקבוע אלא בדפריש יע"ש וא"כ ה"נ כיון דס"ס הך תינוק פירש ממקום הקביעות נימא בי' כל דפריש מה בכך שיש על אמו דין קביעות ואע"ג דזה דומה לבא לשאול עליו ועל חבירו דאמרינן בש"ס מר מדמי לה לבת אחת כו' וקי"ל הכי מ"מ הרי כתבו התו' שם דבב"א גופא אין טמאים אלא מדרבנן ועוד שאין הנידון דומה דהתם הטעם שא"א לטהר שניהם ולהעמיד כל א' בחזקת

טהרה ולכך שניהם טמאים משא"כ כאן שאין הענינים סותרים דאעפ"י שהאשה אין אנו יכולים להתירה מספק כיון שנפל לנו הספק במקום הקביעות מ"מ הוולד שיש לו דין פירש שפיר ניזל בי' בתר רובא מדאורייתא ודבר זה דומה להך עובדא שהביא הבית הלל בסי' ק"י בקצב ששחט בביתו ז' בהמות והוציא למקולין ב' וחצי כו' ומבואר שם שדעת הח"מ והגאון המפו' מ"ו העשיל הי' אף להתיר הכל ואף לדעת האוסרים היינו משום חומרא אבל מדינא מודים דמה שפי' שרי וכמ"ש אא"ז הגאון בבכ"ש בחולין דף צ"ה שאין לעשות דבר התמוה לרבים אעפ"י שמדינא כן הוא יעו"ש ועכ"פ מדאורייתא אין לאסור הבן שפירש מחמת האם שיש לה דין קבוע אליבא דכל הגאונים ועיין בנ"ב חיד"ד סי' ל"ב שכתב וז"ל ועוד שאפי' אם היינו אוסרין האוונים הי' אפשר להתיר הכבשין ואין זה דומה לבא לישאל עליו ועל חבירו כו' מבואר שדעת הגאון עצמו כמ"ש דכיון שבוולד יש צד קולא מה שאין באם שפיר אוסרין ומתירין כאחד לפי הטעם שיש בו להקל או להחמיר וא"כ האיך תלה כאן הבן באמו ועוד דאפי' תימא מחמת שאנו צריכין לדון על האם דין קבוע חוששין לוולד ג"כ מ"מ התינח לחומרא שאסור לישא בת ישראל משא"כ לישא ממזרת ודאי יש לאסור כיון דאף אי אזלא איהי כו' אית לן למימר דהולד מרובא דכשרים פירש ואטו משום שיש לדון גם על אמו ולגבי דידה הו"ל קבוע יבא להקל גם לענין הולד להתירו בממזרת זה דבר שאין לו שחר ואפשר לישב עפ"י סברת הפ"י שאכתוב לקמן אבל מ"מ קשי' מ"ש דאין טעם לאוסרו בבת ישראל מה"ת אף בלא קרא דספק יבא: וראיתי בס' כתובה להגאון מפפ"ד דף ט"ו שכתב וז"ל וצריך להבין דלמה בהלכה אצלו הו"ל קבוע כו' ונראה הטעם בזה דדמי לנמצא בבית ישראל שלקח ממקום הקביעות כו' א"כ ה"נ כיון דאשה זאת פיקחת וראוי שתדע למי נבעלה כו' אנו דנין על שעת הביאה דהו"ל קבוע כו' ולפי"ז החילוק שבין אסופי לשתוקי מבואר דבשלמא אסופי שנאסף מן השוק אזלינן בתר רובא ואמרינן שהוא מרוב תינוקות הכשרים שבעיר כמ"ש התוס' שם דגבי מצא תינוק מושלך לא חשוב קבוע הואיל ולא נמצא בבית ע"ש משא"כ בשתוקי שהוא בבית עם אמו נהי דלא שייך לדון בו דין קבוע באנפי נפשי' אף שנמצא בבית כיון שאין זה מקום קביעות הכשרים והפסולין עד שנאמר שתינוק הקבוע כאן הוא כמע"מ מ"מ כיון שהוא ביד אמו הו"ל כנמצא ביד ישראל דאסור שהרי לקח ממקום הקביעות משא"כ באסופי אעפ"י שבשעת ביאה ע"כ ממקום קביעות הוא וכמ"ש הרשב"א בתה"ה דף כ"ה וז"ל ומה שאמרו כל קבוע כו' ה"מ בשלקח הוא מן הקבוע לפי שהספק נולד לו בקבוע אבל אם לקח אחד מן הקבוע ונפל מיזו או שהניחו במקום חוץ ממקום קביעתו ולא נודע אם מן ההיתר או מן האיסור המועט אין זה קבוע שהרי לא נפל לנו הספק בקבוע אלא כשפירש והיינו סיפא דתניא ובנמצא כו' עכ"ל וא"כ באסופי נמי להא דמי ולפי"ז דין הגאון נ"ב ז"ל אמת שאם לא הספיקו לבדוקה עד שמתהאם הו"ל הוולד פירש ומרובא פירש וכ"כ הרא"ה בחידושיו לכתובות והביאו בש"ס שאפי' נפל מיד הלוקחים מותר שלא אסרו אלא בלוקח שבא הוא עצמו שנולד לו הספק לפנינו ואינו יודע מאיזה אדם לקח דכיון דנולד לו הספק במקום הקביעות אמרינן כל קבוע כו' אבל נמצא שהספק נולד לו עכשיו אחר שפירש כל דפריש מרובא פריש ואפי' ברואין שנפל היא דמתיליד ספיקא ועל שעה זו נדון הספק לא על מקום הקביעות ומותר וא"ת נפל מיד לוקח ניחוש שמא לא ידע מאיזה מהן לקח

י"ל דהא לא שכיח ול"ח מסתברא מאן דזבין ידע ממאן זבין כו' עכ"ל ולפי"ז בשתוקי שלא נבדקה אמו ומתה נמי דכוותה היא דאף דאזלא איהי לגבייהו מ"מ אותה שעה שלקחה מן הקבוע י"ל שידעה מי הוא וא"כ לא נפל הספק אז רק עתה כשבא הוולד לפנינו ואין אתנו יודע ממי הוא נפל הספק ואז כבר פירש והוי כנפל מיד לוקח מן הקבוע דאמרי' כל דפריש כו' אלא שצ"ע לענ"ד אם שייך בכה"ג לומר דהוי כלקח מן הקבוע דהא באמת קיי"ל דיש חילוק בין לקח ישראל מן הקבוע ובין לקח עכ"ו"ם מן הקבוע שלא בפנינו והיינו משום דישאל הלוקח כיון דאיהו שייך בהא מלתא דאיסור והיתר וכיון שבא הוא עצמו לפנינו ובידו הבשר שלקח ולדידי' נולד הספק במקום קביעות הו"ל כמע"מ משא"כ עכ"ו"ם דל"ש בהא מלתא דאיסור והיתר כלל אין התחלה לספק במקום קביעות ושרי ולפי"ז בנ"ד נהי דלענין פסול האשה גופא שפיר נפקא לה מינה אם הבועל כשר או פסול מ"מ לענין וולד הנולד מחמת הזרע לא נפקא לה מינה ולא מידי ואין נופל לה הספק במקום הקביעות כלל רק עתה לפנינו הוא שנפל הספק אם הוולד ראוי לבא בקהל א"כ הו"ל כנמצא ביד העכ"ו"ם שלקוחתו מן הקבוע אינ' מעלה ומוריד כלל ועוד דלענין האשה גופא אם הבועל פסול משעת העראה הוא דאפגימה לה ואז עדיין אין מקום ספק על הוולד ועיקר הספק הנופל אח"כ לא איכפת לה לאשה ולא מידי ולא שייכה בגווי' כלל ובכה"ג נראה דל"ש לדון בי' דין קבוע ולקמן אכתוב עוד אי"ה להסביר יותר דל"ש הכא דהך מלתא דלקח מן הקבוע: וראיתי בס' קצה"ח חלק ב' הנדפס מחדש סי' רנ"ב שכתב אמנם לולי דמסתפינא הייתי אומר דמ"ש הפוסקים דאם נכרי לקח אמרינן כל דפריש כו' וכמ"ש מהרי"ט בשם מהר"ח כו' ולענ"ד דע"כ לא אמרי' לחלק אלא בלקח מט' חניות כו' דכיון דאיסור נבילה ליכא בנכרי משום הכי לא הוי בי' דין קבוע כיון דאין הספק נוגע אליו כלל אבל באיסור גזל דנכרי מצווה כמו ישראל כו' וא"כ אפי' לקח הנכרי שלא בפנינו אמרינן בי' דין קבוע כו' ע"כ והנה מ"ש דל"ש דין קבוע היכא שאין הספק נוגע אליו הטיב אשר דיבר וכמ"ל אך במה שכתב דבאיסור גזל דגם נכרי מצווה אז אפי' לקח נכרי שלא בפניו הו"ל קבוע אדרבא נלענ"ד נהפוך הוא דבכה"ג דמיירי התם שבא אנס כו' ל"ש דין לקח מן הקבוע אפי' בישראל שדבר ברור דע"כ לא אמרינן דכשלוקח מן הקבוע דין קבוע יש לו אלא כשיש לנו לדון ע"ז הלוקח עצמו ולומר משנפל לו הספק בקביעות כגון בט' חניות וכדומה וכמבואר בלשון הרא"ה הנ"ל ושאר פוסקי' משא"כ בגוונא דמיירי התם שזה בא לגזול וליקח לעצמו בתורת גזל ואין אנו דנין על הגזלן מי הי' בחלקו של טורף א"כ מה לי גזלן עכ"ו"ם או גזלן ישראל בתרווייהו ל"ש דהך דינא דלקח מן הקבוע שבשעה שאנו באין לדון על המשוייר לפנינו כבר פירש זה מקביעותו ואית לן למימר דמרובא פריש ועובדא דהריצב"א בתשו' מיימוני א"ש דהתם בת המפקיד לא לקחה בתורת גזל רק שטעתה וסברה שהיא ממעות של אבי' והיא הסתפקת ושואלת אם צריכה להחזיר לאחרים המפקידין בזה שפיר קאמר דהוי כישראל הלוקח מן הקבוע שהרי במקום הקבוע נולד הספק אבל כל שהלקיחה בדרך גזילה ל"ש זה אף שהגזלן ישראל שהרי הוא אינו בא לשאול על ספיקו ועובדא דמהר"ח בתשו' מהרי"ל הדבר מבואר למעיין שם שאין חילוק בין עכ"ו"ם לישראל בזה רק דהתם הוי עובדא באנס עכ"ו"ם וכמבואר שם שכתב ושמא הי' שייך לומר כל דפריש כו' וכשלקח הגוי מן הרוב לקח דהיינו מאותן שהי' לו

כהיא דתערובות ונכבשינהו דניידו ונימא כל דפריש כו' עכ"ל הרי מבואר דל"ד מחמת שהלוקח גוי אמרינן כל דפריש כו' וגם כי מהרא"י שם רוצה ללמוד לענין צאן שהוחצו ראשיהן ונמצא טרפות בא' מהן ע"ש וכן מבואר יותר בתשו' מהרי"ל שם שכתב ועל עיקר הדין דמהר"מ אני תמה כיון דהספק נולד במקום הקביעות דלהוי חשיב כמע"מ כמ"ש מהר"ח בתשו' על שלקח בתו מכיס א' כו' ול"ד לנמצא ביד גוי שלא חזינן כי פריש עכ"ל הרי דלא ס"ל לפרש טעמא משום דהעכ"ום לקח דא"כ איך מייתי עלה מעובדא דמהר"ח ונלענ"ד כוונת קושייתו בזה דנהי דל"ש לומר שלהלוקח נולד הספק בקביעות כיון שבא לגזול וכמ"ש של מ"מ על מה שנשתייר לפנייהם נולד הספק להבעלים בשעת לקיחת האנס מהקביעות ובפירש לפנינו הו"ל קבוע וע"ז כתב הש"ך דמיירי שלקח שלא בפנינו וא"כ כשאנו דנין על הנשאר כבר פירש זה מקביעתו ובאמת תימה על הש"ך בזה שהרי מהרי"ל גופי' כתב ול"ד לנמצא כו' דלא חזינן כי פריש אלמא דמשמע ליה בהך עובדא בדחזי דפירש מיירי וכן משמע שם באמת דאיתא בלשון השאלה הביאו אתרוגים ביחד ד' שותפין ובא האנס כו' והשאר החזיר להם משמע דעובדא הוי שלקח בפניהם ועכ"פ נראה דאין חילוק בין עכ"ום לישראל כל שהוא בא לגזול אז אם הוא לפנינו ס"ל למהרי"ל דהספק שנולד על הנשאר הי' בעוד שזה שנפרש קבוע עמהם וכמע"מ הוא ואם גזל שלא בפנינו אף שהגזולן ישראל מ"מ כשאנו דנין על זה הנשאר כבר פירש דאמרינן כל דפריש כו' ובזה אני תמה על הש"ך במ"ש שם ס"ק ד"ח אזלינן בתר רובא בדבר הנייד כגון בהמות עיין שם ויפה כיון דאל"כ בנגב הו"ל לקח מן הקבוע עכ"ל וזה תימא דהא גניבה היינו שלא בפנינו ובזה כתב איהו גופי' בס"ק ד"ח דהו"ל פירש וצ"ל דכוונתו דהא נקט ונגב סתמא וסתם גנבי ישראל נינהו ואז אף שלא בפנינו הו"ל קבוע וזה תימא שלענ"ד בשלא בפנינו אף אם הגנב ישראל ל"ש דין לקח מן הקבוע וכמ"ש ודברי הרמ"א לענ"ד בלא"ה הם פשוטין כמ"ש לקמן: והנה אף כי יצאתי קצת חוץ לגדר הענין לא אוכל מלט מלהודיעך דבר שנתחדש לי בעידנא דעסיקנא בהא דקי"ל כל קבוע כמע"מ וכל דפריש מרובא פריש שדין זה מבואר לענין ט' חניות וט' צבורין ובנ"ד הי' נלענ"ד לידון בדבר החדש דע"כ לא אמרינן כל דפריש אלא דוקא אם הדבר הנפרש והנבדל היא הדבר אשר אנו דנין עליו כגון בחניות שבשר הנמצא הלך אחר הרוב כיון שאנו באים לדון על הבשר והרי זה הבשר פירש ומרובא פירש וכן גבי צבורין שאנו דנין על פרוסה זו דשקל העכבר או הוא חמץ או מצה וכיון שזו הפרוסה פירשה אמרינן שהיא מהרוב וכן בזורק אבן לפירש מן החבורה ט' ישראלים וא' נכרי שאנו דנין כעת על הפורש עצמו מי הוא משא"כ אם אין לנו עסק לדון על גוף הדבר הנפרש כלל רק שאנו צריכין לידע אם זה הנפרש הוא מחמת זה או מזה ואין נ"מ לענין הנמצא רק לענין החנות אז לענ"ד בכה"ג כיון שהחניות קבוע ובהם אמרינן כל קבוע כו' אע"פ שהספק נופל על דבר הנפרש מ"מ הרי עיקר הספק לאיסור ולהתיר הוא על דבר הקבוע אמרינן ביה כל קבוע כמע"מ ולפ"ז מה שמבואר בעובדא דתשובת מיימוני ומהרי"ל ואחריהם נמשך אא"ז רמ"א לדון בזה דין כל דפריש לולי דבריהם הקדושים הייתי אומר דלא אמרינן הכי אלא כשאנו דנין על דבר הפורש עצמו משא"כ כאן שאנו דנין על הדברים הקבועים אם נפרש מזה או מזה (ואין נ"מ לענין הנמצא רק לענין החנות) ל"ש לדון דין רוב או מיעוט רק הוי כספק השקול והרי זה

כנולד הספק במקום הקביעות כיון שעל הדברים הקבועין אנו דנין ולפ"ז אפילו לקח נכרי שלא בפנינו או נאבד שפיר שייך בו דין קבוע אמנם דברי הריצב' בתשו' מיימוני יש ליישב דאפשר דעובדא הוי שאותן הב' דינרין שלקחה עודם בידה ונפשה בשאלתה אם צריכה להחזיר להכיסין של אחרים דבכה"ג אם פירשה שלא בפנינו משם באופן שלא נולד הספק הקביעות והיינו צריכין לדון עליהם שפיר הוי אמרינן דאותן הב' דינרין פירשו מהרוב ואפשר דאף שאינם לפנינו וזה הלוקח עומד ושואל למי יחזור מה שלקח שייכא נמי הך סברא שאנו דנין על הדינרין שהוציא זה לצרכו אם היו שלו או של אחרים וכיון שבשעת לקיחתן הו"ל קבוע י"ל דהוי כמע"מ ובעובדא דתה"ד סימן שי"ד שנאבדו ממנו מקצת הזהובים לכאורה צ"ע ונראה דהיינו טעמאדלא דן ביה דין קבוע לפי שכל הזהובים היו מעורבין בכיס א' ובכה"ג שאין כל א' ניכר וידוע במקומו אין בו דין קבוע כמבואר בפוסקים וזה מבואר בתה"ד בסוף התשו' שכתב וז"ל ול"ד לה' כיסים שבתשו' ריצב"א לא דמי דהתם היו הכיסים חלוקים וידועים לכ"א שלו ור"ל דאף בלא הסבר' שאין שם כ"א זהובים ואין מקפידין אלא אפילו מקפידין כיון שנתערבו ל"ש קבוע ע"ש ומשמע דאי לאו האי טעמי הוי שייך לדון ביה דין קבוע אע"פ דהתם מיירי בנאבד וא"כ הרי פירש שלא בפנינו ואפשר דהיינו מטעם שכתבתי דעיקר מה שאנו דנין על הקבוע אנו דנין ולכך הוצרך לומר שאין כאן קביעות לפי שהם מעורבים יחד וברור לענ"ד שזה כוונת הרמ"א במ"ש אם שנים הפקידו כו' ר"ל דאם כל א' קבוע במקומו שנתערבו יחד ואין מקומם ניכר וידוע אמרינן כל דפריש כו' ואם הוא קבוע דהיינו כעובד' דכיסים הנ"ל שכ"א קבוע במקומו אז הוא כמע"מ וכדברי התה"ד הנ"ל ודלא כמ"ש הש"ך והע"ש בדברי הנייד וכמ"ל דא"צ לזה: ולפמ"ש א"ש ג"כ דברי מהר"ח שהבי' בתשובת מהרי"ל והקשה עליו דמ"ט לא נימא דהוי קבוע וכמו שביארתי דבריו לעיל ומכ"ש דקשה טפי לפמ"ש ומל שאנו דנין על הנשאר יש בו דין קבוע אף שפירש שלא בפנינו א"כ אפילו תימ' דהך עובד' נמי פירש שלא בפנינו כמ"ש הש"ך מ"מ נימא קבוע ולפמ"ש א"ש בפשיטות שהרי מבואר דמיירי שהאנס הריק תחלה את כלם מתוך הסל והתיר הקשרים ולקח יו"ד מהם והשאר החזיר וא"כ אזיל ליה דין קבוע כיון שנתערבו כולן יחד תחלה ושוב כשלקח אח"כ שפיר אמרינן בהו דמרוב' פריש וגם אין להקשות להיפך למה לא נימ' כיון שהיו כולם ביד האנס ואח"כ החזיר מהם נימ' מה שהחזיר האנס פירש מן הרוב ונראה דטעמ' משום שהרי האנס לקח את כולם ועל החזרה ל"ש כל דפריש כו' כיון דחזינן שלא לקח רק מעט מהרבה הרי דפריש נמי ממיעוט' הלכך אי דיינינן כל דפריש על אותן שלקח לעצמו דיינינן ואז כבר לא היו קבועין שהרי התיר הקשרים וערבן יחד וזה נלפענ"ד מבואר כוונת הר"ח במ"ש בהה"ל דהתערובות ונכבשינהו דניידו כו' ולכאורה למ' ליה לאתויי מקושי' הש"ס דהכא דהו"ל לאתויי מבנמצא הלך אחר הרוב וכי חדית היא לנו הא דכל דפריש כו' עד שהוצרך להביא מזבחים אע"כ כמ"ש דכוונתו להביא ראיה משם דכל שהיה קבוע ונתבטל הקביעות אמרינן דכל דפריש ה"נ ע"י שהתיר הקשרים הרי ביטל הקביעות והוה כההיא דהתם.

ומעתה מבואר שמ"ש בקצה"ח דלכך קאמר בירושלמי באילין אבנים מחצה לזה ולא אזלינן בתר רובא משום דהו"ל קבוע וכעובדא דהריצב"א בכיסין ובאמת ז"א דהתם היו הכיסין ניכרים וידועים לכ"א משא"כ הכא באבנים דמיירי שאינם ניכרים והאבני הבית

ועלי' מעורבין יחד ומה"ט לא הזכירו הנ"י והר"ן בתשו' סי' י' בדבריהם הטעם באבנים משו' קבוע רק כתבו טעמ' אחריו' דכיון שאינם נבללים תולין בחלק המועט כמו במרובה אע"כ דז"א דאע"ג דאין נבללין מ"מ נתערבו ואין חלקו של כ"א ניכר איברא דבתשו' הר"ן סי' צ"ט קצת דהתם קאי שראובן הי' לו ממון שכבר נפטר ממס וממון שמחוייב במס ואח"כ נתן נדוניא וא"י מאיזה נתן וכתב שם שאם הי' ראובן מתעסק בכ"א מהממון הנזכר ביחוד ולא בללן הדבר שקול ותולין בחלק המועט כמו במרובה כההיא דירושלמי באילין אבנים והמע"ה ע"ש ולפמ"ש צ"ע דתיפוק לי' דזה הוי כמו לקח מן הקבוע שספק זה נולד במקום קביעותו והרי לראובן בעל הממון היה כ"א ניכר וידוע במקומו ובכה"ג לוקח מקבוע מיקרי וכמבואר בפוסקי' ויש לדחות וליישב: אמנם דברי הירושלמי פ' שור שנגח לולי דברי הקדמונים שפירשו החילוק דבגסי' אינן יכולים להנטל כאחת הרבה מהן הי' נלענ"ד לפרש בדרך אחר ואציע לשון הירושלמי בב"ק תני ג' שהטילו לכיס ונגנבו כך הם חולקין והתני' באילין אבנים ונגנבו מחצה לזה ומחצה לזה כו' אבל סלעים דקות הם ואפשר לבלול לצאת ידי כולן כ"א נוטל לפי כיסו מה חמית מימר בגניבה אין קיימין או אינן קיימין אלא במשתייר א"ר יוסי בר בון ואפי' תימר בגניבה אין קיימין נמצאת מדת הדין לוקה הגע עצמך דהוה לדין חמשין ולדין מאה וחמשין נגנבו חמשין אשתכח דהדין דחמישית' לא מפסיד כלום עכ"ל והנה בפני משה כתב לפרש מה חמית כו' דמשתייר הדין נותן שכ"א נוטל לפי מעותיו שהן כאן בעין לפנינו אבל בהפסד גניבה אימא לך שנגנב מחלקו של א' כו' ולא ידענא מאי קאמר דכיון דהם חולקין המשויר לפי ערך ממיל' שההפסד הגניבה הוא לפ"ע ואם הכוונה במ"ש במשתייר ר"ל שלא הי' ההפסד ע"י הגניבה רק שפחתו בדרך משא ומתן דמיירי מיני' מעיקר' ג"כ צ"ע דהא להדי' מבואר דקאי אהך תוספת' דקתני בהו נגנבו כו' ונלענ"ד לפרש ע"פ מה שהבאתי לעיל דעת רוב הפוסקים דכל שאין כאן קבוע וידוע במקומו לא דייננן בי' דין קבוע והטעם מבואר בדבריהם דכל שהוא בתערובות קי"ל דבטל ברוב ואין לדון בו קבוע ולפ"ז י"ל דהיינו דוקא לענין איסור והיתר וכיוצ' בזה דשייך על התערובות שם ביטול משא"כ לענין ממון דל"ש ביטול כמבואר בביצה דף ל"ט בסוגי' דהאש' ששאל' כו' מי שנתערב קב חטיין בעשר' קבין של חבירו יע"ש א"כ י"ל דאע"ג שנתערב ואינו ניכר איזה שלו ואיזה של חבירו מ"מ שם קבוע עליו כיון שאין נופל עליו שם ביטול כלל וכ"כ הר"ן בפג"ה ועוד פוסקים דהא דבב"ח חשובין לי' קבוע אע"פ שנתערב משום כיון דב"ח חשיבי ולא בטלי ממיל' הוי קבוע והתם הוי דרבנן משא"כ הכא דממון אין מועיל ביטול מה"ת שפיר יש לו דין קבוע והאי לחודי' קאי כו' אך כל זה דוקא כשכל א' עומד לעצמו ואם הי' ידוע איזהו שלו הי' לוקחו ומקפידין עליו משא"כ בדבר הנבלל ומתערב ואין מקפיד עליו איזה יכשר או זה או זה וכגון מעות שנותנין לכיס וכמ"ש התה"ד א"כ אע"ג דל"ש בי' שם ביטול שיצא מרשותו מ"מ ל"ש לומר שהוא קבוע וניכר במקומו שהרי אין מקפידין עליו והשת' קשי' במאי קאי בגניבה או בנשתייר דאז אחר המשויר אנו הולכין ועליו אנו דנין א"ש הך חילוק' דלפי שהוא נבלל אין אומרין בו קבוע ומ"מ לא אמרינן כל דפריש כו' לפי שאין אנו דנין על מה שפירש רק על המשויר לפנינו וכמש"ל ואי בגניבה אנן קיימין לדון על הנגנב משל מי נגנב א"כ דינא הוא דנימ' כל דפריש כו' וע"ז קאמר דאף בגניבה נמי דא"כ לקתה מידת הדין

ור"ל דאדעת' דהכי נשתתפו מתחלה לזכות ולחובה וכמבואר מתשו' מהרי"ל סי' קס"ט ועיין בתה"ד סי' שי"ד ומה שיש לדקדק עוד על התה"ד מהירושלמי הנ"ל אין פנאי מסכים עמדי לעיין כעת וגם כי יצאתי מענין לענין באותו ענין וכתבתי הדברים שנתחדשו לי לפום ריהטא כדי להתלמד במ"א לכן ראיתי לקצר.

ושוב אשיב למה שהתחלנו דגבי שתוקי ל"ש למימר שלקחה האשה מן הקבוע כיון שאין לה נ"מ מזה אם כשר או פסול הוולד ואמנם אפ"ל תימ' כיון דהיא שייכא בדת ישראל שפיר שייך בה הך דינא דלקח מן הקבוע מ"מ נ"ל דל"ש בנ"ד ומתחלה אבאר מ"ש התוס' בכתובות דף ט"ו ד"ה וא"ת דבנזיר כו' אבל הכא כי אזלו אינהו לגבה בשעה שאוסרה הרי הוא נייד ובשיטה מקובצת מבואר יותר וז"ל וי"ל דהכא כשפירשו מביתם ובעל בשוק אסרוהו וכשחוזרן לביתם לקביעותם כבר השלימו האיסור והניחוהו שאח"כ אין האיסור תלוי בהם אבל אשה כשחוזרת לביתה הרי האיסור שאוסרת בעלה בקרובותי עדיין תלוי בה ומש"ה משני הדרא לניחות' וה"ל קבוע עכ"ל ולפ"ז קשה דהתינח לענין האיסור האשה שאחר שבא עליה שוב אין האיסור תלוי בו משא"כ לענין הוולד הא קיי"ל דאשה מתעברת לרע"א ולרע"ב ולרע"ג משום דהזרע נקלט לג' ימים וא"כ איכא למיחש שמא לא נקלטה הזרע תיכף רק ביום ב' וג' וכבר חזר הבעל לקביעתו וכיון שהאיסור תלוי בו גם אחר שבעל בשעה דנייד להך דנזיר דמי ואמנם בל' התוס' י"ל דס"ל דעיקר החילוק דבהך דנזיר הטעם משום דבשעה שזה רוצה ליקח אשה אמרינן הרי יש כאן אשה אחת אסורה שנקבעה פה וכל קבוע כו' וכאן ל"ש זה אבל מלשון השי"מ משמע דכל שעדיין האיסור תלוי בו והוא נעשה קבוע אמרינן ביה דין קבוע ואם לגבי הוולד נימא דהא בשעת ביאה אפשר שלא הי' מקום לספק על הוולד כלל והספק מתחיל משעה שהזרע נקלט ואז מי שהאיסור תלוי בו כבר חזר לקביעותו אך אחר העיון ז"א כיון שהזרע נקלט ברחמה של האשה זו פירשה מן הבעל ולא ידעין מי הוא ובשעה שפירשה לא הי' בקביעות הו"ל כדבר הנמצא בשוקדקי"ל אם רוב ישראל חייב להכריז דודאי מן הרוב נפל וה"נ על הזרע הנפרש אמרינן שפירשה מן הרוב ולפ"ז הק"ל באזלא איהי לגבייהו דהא הוולד פירש וא"ל דכיון שהוא ביד האשה ה"ל כלקח מן הקבוע ז"א דע"כ לא אמרינן הכי אלא היכא שנולד הספק במקום הקביעות משא"כ אם בשעה שלקח לא הי' מקום לספק זה כלל רק עכשיו נתחדש הספק אחרי שפירש ממקום הקביעות ובזה אין שייך לומר שנולד הספק במקום הקבוע לדונו כמחצה ע"מ וכה"ג כתב הרב המגיד פ"ב מהל' שבת וז"ל וא"ת אכתי פשיטא דזה כט' חנוית מוכרות בשר שחיטה כו' ספק אסור מדין קבוע י"ל דהתם אירע הספק בקבוע אבל כאן בעת פרישתו ספיקו אם הי' ישראל או עכו"ם לא צריך לנו בדבר ולא נפל לנו ספק עד שנפלה מפולת בחצר אחרת והרי זה דומה לנמצא שנלך אחר הרוב וקצרת: אולם בעיקר הקושי' שעמדו עליו הגדולים חקרי לב הגאון נ"ב ז"ל והגאון בספר כתובה נ"י ולענ"ד מקום הניחו לי להתגדר בו שהדבר ברור דע"כ לא אמרינן כל דפריש כו' אלא בדבר האסור מצד עצמו ויש לפנינו קביעות או תערובות מן רוב ומן מיעוט ופירש א' משם אמרינן דהאי דפריש היה בתוך הרוב ומשם נפרש ובא לכאן וכגון ט' צבורין וחנויות וכדומה משא"כ בדבר שאין בו ספק מצד עצמו ומעולם לא חל עליו שם רוב ומיעוט והוא לא היה בתוך הקביעות כלל רק שמחמת סיבת הקבועים שנגעו בו וכדומה

נופל לנו ספק עליו א"כ איך שייך לומר דפריש מרוב' או ממיעוט' שהרי לא היה בכלל הרוב או בכלל המיעוט לעולם רק שאנו באין לדון עליו מצד הסיבה שנאסר מחמתו והרי הדבר האוסרו עדיין הוא קבוע במקומו ולא פירש מקביעותו ובכה"ג שיט' דאמרינן כל קבוע כמע"מ והגע עצמך אם היה לפנינו תשעה סכינים בדוקים וא' פגום והוליכו בהמה אצל סכין ושחטוהו ולא נודע אם בבדוק או בפגום ושוב אח"כ פירשה הבהמה משם ה"נ נאמר כל דפריש כו' דהא על הבהמה לא היה מקום לדון עליו רוב ומיעוט כלל ואין הספק על הבהמה מצד עצמה רק מצד הסכינים שנשחטה בהם והרי הסכינים היו קבועים במקומם וזה מבואר ג"כ בט' שרצים וצפרדע א' ביניהם כו' דבריה ספיקו טמא דהו"ל קבוע אע"פ שהטהרות שנגעו כבר פירשו משם מ"מ אנו דנין על הדבר שבא הספק מחמתו והרי השרצים קבועים במקומם וזה פשוט ומעתה בנ"ד אי אזלא איהי לגבייהו פשוט' דהו"ל קבוע ואע"ג דהוולד פירש ממקום הקביעות למקום אחר אין בכך כלום שהרי אין אנו דנין על הוולד מצד עצמו רק מצד שאנו מסופקין אם נולד מטיפה כשרה או מטיפה פסולה לפי שאין ידוע למי נבעלה אם לכשר או לפסול א"כ איך שייך בזה מרוב' פריש שאותו תינוק לא היה קבוע מתחלה בין הרוב והמיעוט כלל והסיבה שאנו דנין עליו דהיינו הכשרים והפסולים עדיין הם קבועים במקומם והרי זה כאילו דנין עליו אם נגע בכשר או בפסול שאע"פ שהנוגע פירש מ"מ יש עליו דין קבוע וכהי' דט' שרצים כו' והדברים ברורים וקילורים לעינים בס"ד: ולפ"ז החילוק בין אסופי לשתוקי מבואר דבשלמ' באסופי דמיירי שנמצ' בשוק וא"כ מדאוריית' אמרינן הלך אחר רוב תינוקת שבעיר שהם כשרים וכמ"ש התוספת גבי תינוק מושלך דלא חשיב קבוע כיון שלא נמצא בבית משא"כ גבי שתוקי שהוא בבית אצל אמו א"כ ל"ל אז הלך אחר רוב תינוקת ומרובא פריש שהרי לא פירש כלל והוא קבוע ועומד בביתו כמו שאר תינוקת ואין לנו להסתפק בו אם יש בו לילך אחר הרוב רק מצד שנדון עליו בעצמו מאיזה מקום אנו באין על הוולד להכשירו או לפוסלו ואז שפיר אמרינן דאם אזלי אינהו הו"ל רוב ואם אזלא איהי הו"ל קבוע שאע"פ שהאשה חזרה לביתה מ"מ לא מיקרי הוולד פירש כמ"ש שהרי הוולד מעולם לא היה במקום הקביעות בתורת רוב ומיעוט שנאמר עליו שפירש מן הרוב והפסולים והכשרים שאנו דנין על הוולד מחמתם במקומם הם קבועים ועומדים ושפיר אמרינן כל קבוע כמע"מ דמי: ולפ"ז מיושב מה שהקשיתי דשמא לא נקלט הזרע בשעת תשמיש וא"כ לא נולד הספק אלא אח"כ כשפירש ונימא דכל דפריש כו' וכדין מוציא מציאה בעיר שרובה ישראל או עכו"ם ולפי מ"ש י"ל דל"ש בזה לומר שפירש מן הרוב כיון שהדבר הקבוע בעצמו לא פירש ממקומו רק הזרע הנבדל ממנו במקום הקביעות עצמו ואז אף אם פירש אח"כ למקום אחר לא אמרינן ביה מרובא פריש ולפ"ז יצא לנו דין חדש בחבורה ישראל ונכרים קבועים ונאבד מהם איזה דבר במקום הקביעות אף שנתגלגל אח"כ למקום אחר דלא אמרינן ביה מרובא פריש ומכ"ש אם המוציא מצאו במקום הקביעות עצמו דאמרינן ביה כל קבוע כו' כמו באזלא איהי לגבייהו ובזה נלענ"ד ליישב קושית התוספת בב"מ דף כ"ד שכתבו בד"ה כי קאמר רשב"א ברוב נכרים וא"ת א"כ מה צריך טעם שהבעלים מתייאשים ת"ל דיש לתלות דמנכרים נפל דרוב' נינהו כו' ולפמ"ש י"ל דנ"מ אם מצא במקום שהרבים מצויים במקום קביעותן וא"כ אף דאיכ' רוב נכרים הא קי"ל כל קבוע כמע"מ

דמי ואע"פ שפירש מן בעל האבידה זה לא מיקרי פירש כמ"ש ולכך הוצרך לטעמ' שהבעלים מתייאשים דמ"מ מתייאש שמ' הנכרי מצאו וכדאמר' בראה סלע שנפל כו' ועוד יש לפלפל עפי"ז בכמה סוגיות ואין הפנאי מסכים כעת: ולפמ"ש לכאורה יש לתמוה על המג"א סימן רצ"ח ס"ק י"ג שהקשה בהא דאם רוב ישראל כו' דהא הו"ל קבוע וכל קבוע כמע"מ וכתב שי"ל שהאור פירש מיקרי ולפמ"ש ז"א שהרי האור אינו ענין בפ"ע שנופל עליו הספק רק עיקר הספק על הנרות ע"י מי הודלק והרי הנרות קבועים במקומם ולא יצאו מקביעותם ואיך שייך לומר על האור כל דפריש כיון שלא היו בכלל רוב ומיעוט כלל.

ובתשובה א' כתבתי דסברות המג"א דהאור פירש מיקרי יש לו סיוע מדברי המרדכי פ"ק דחולין הקשה לי מורי רבינו יקר דהא עיקר האי קרא בסנהדרין כתיב והן קבועים בלשכת הגזית ותירץ דל"ש קבוע אלא היכא דאיכ' ספיק' לברר הדבר כו' ועוד דאין עושין מעשה בגופן אלא אחר הדיבור הנבדל והנפרש מפיהם הו"ל כבשר הנפרש ונמצ' דכל דפריש כו' עכ"ל וכ"כ ברוקח סימן תס"ז דלגבי סנהדרין דאזלינן בתר רובא דדבור' נייד כו' וה"נ כיון דלאורה הוא צריך כפירש מיקרי כו' והארכתי שם בזה ולפ"ז מוכח מדברי המרדכי דאף בכה"ג שהסיבה שנופל הספק על ידו לא פירש ממקומו וכגון סנהדרין אפ"ה מיקרי פירש להך תירוצ' וכן מוכח לענ"ד ממ"ש אא"ז רמ"א בסימן ק"י סעיף ו' ואם נתערבה תרנגולת טריפה בכשירות ונמצא ביצה ביניהם רביצ' מותרת וכתב המנחת יעקב כלל מ"ג סק"ד דלרבותא נקט שנתערבה דהיכא דלא נתערבה פשיטא שהביצה מותרת דליכא למגזר שמא יקח מן הקבוע מאחר שניכר האיסור במקומו כו' וכן מבואר מדברי האו"ה שער ד"ו וז"ל וכן אפילו אם היא טריפה בודאי ויש רק ב' תרנגולים אצלה בחצר כולה הביצים כשרים אפילו בלי תערובת דביצים הנמצאים הו"ל פירש וכל דפריש מרובא קא פריש והכ' ליכא למגזר שמא יקח מן הקבוע מאחר שניכר האיסור במקומו כדאיתא לקמן כו' עכ"ל הרי מבואר דאף בכה"ג שהקבוע נשאר במקומו מ"מ מה שפירש ממנו אמרינן דפריש מרוב' ונראה דס"ל דל"ד לט' שרצים כו' שהטהרות הנוגעים בה מעלמא אתו ול"ש מרובא פירש כיון שמעולם לא היה בתוך הקביעות כלל ול"ש ביה רוב ומיעוט משא"כ הכא דבאמת גם הדבור או הביצה היה נכלל בתוך הקבועים ועתה פירש הו"ל כאלו נחתך אבר מא' מן הקבועין ופירש דאמרינן ביה מרובא פירש דמה לי פירש כולו מה לי מקצתו וה"נ הך דיבורא או הביצה כאבר מן הקבוע דמי ואמרינן דפריש מרובא ולפ"ז בההיא דנ"ד שטיפת הזרע פירש' מאחד מן הקבועין דינא הוא למימר גביה דמרוב' פירש ודמי ממש להך דינא דביצה מן התרנגולת וכן הדין לענין קביעות מנכרים וישראלים ונאבד מהם דאזלינן בתר רובא אמנם לולי דבריהם היה נלענ"ד שאע"פ שיש לחלק בין ההי' דט' שרצים כו' מ"מ הסברא נכונה מצד עצמה דבכה"ג הו"ל קבוע ואין זו דומה לאבר שנחתך מא' מן השרצים שאע"פ שגוף השרץ נשאר במקומו פירש מיקרי דהתם בעוד שהיה האבר במחובר ג"כ היה עליו שם רוב ומיעוט ועתה שפירש אמרינן מרובא פריש משא"כ בביצה ובכגוונא דנ"ד שכל זמן שלא יצא לאויר העולם לא היה נופל עליו לא שם קביעות ולא שם פירש שלא היה עליו שם מציאות הספק שנדון בו דין קביעות אופי' רק עתה שיצא לאויר העולם אנו מתחילים לדון עליו ועתה במקום מציאות הוא שנתחדש לנו הספק הרי אנו צריכין

לדון על הסיבה שהביא מציאות זה לעולם והרי ענין סיבת הספק האיסור וההיתר ניכר וידוע במקומו ויש לדון בו דין קבוע ונלענ"ד להביא ראיה ממה דאמרינן בע"א דף ל"ט גבי חלב שחלבו נכרי כו' ישראל יושב בצד עדרו של נכרי ונכרי חולב ומביא לו כו' ואי דאיכא דבר טמא אמאי לעולם דאיכא דבר טמא וכי קא חזי ליה כו' וכן פסקו כל הפוסקים והשתא קשה נהי דאיכא דבר טמא כיון שרוב הבהמות שבעדר זה הם טהורות והישראל אינו לוקח בעצמו רק מה שהנכרי הביא לו והו"ל כנמצא ביד נכרי דאמרינן מרובא פריש ולא מן המיעוט כלל וא"ל דמ"מ הו"ל כחלבו נכרי ואין ישראל רואהו דמיתסר מדרבנן ז"א דלא מיבעיא להפוסקים דס"ל הטעם משום גילוי דל"ש הכא דמה בכך שיש דבר טמא בעדרו אלא אפילו למאי דמפרש הטעם משום תערובות מ"מ היינו דוקא בסתם חלב שחלבו הנכרי דליכא רובא דטהורים וכמבואר בש"ג שבמרדכי פ"ב דע"ז דף שע"ב וז"ל פג"ה אמרינן מקולין כו' ופירש הר"י מנקולין דמכחו יש להקל במקומות שלנו דרוב גוים החולבים בהמות אין חולבין אלא טהורות כו' וכי אמרינן שחלב גוי אסור היינו במקומות של חכמים שהיו רוב גוים חולבין בהמות טמאות דהו נפיש כו' עכ"ל: וכן מבואר באו"ה כלל מ"ה וז"ל ומיהו בחותם א' מותר ואע"ג דבודאי חלב טמא אסור מדאורייתא מ"מ מאחר דרוב חלב המצוי בינינו הוי חלב טהור ואף אם היה בה חלב טמא היה רק ע"י תערובות כו' הוי סתם חלב רק דרבנן כו' ואין להתיר סתם חלב של עכו"ם מטעם רוב כמו שאנו מתירין לקנות ביצים בלתי בדיקה כו' דדוקא ביצים רובן כשירים כו' משא"כ גבי בהמות שפירש הכתוב בכשרות לפי שרובן טמאין עכ"ל הא קמן דרובא ל"ש בסתם חלב אלא דמ"מ אינו רק מדרבנן לפי שאין לחוש רק לתערובות וא"כ היכא שאין בעדר הנכרי רק דבר טמא א' נימא כל דפריש מרובא ואפילו תערובות מהטמא אין כאן ומאי פריך אי דאיכא דבר טמא אמאי וגם למסקנ' ל"ל לאוקמי דכדקאי חזי ליה אלא ע"כ דבכה"ג שידוע להישראל שהנכרי חולב חלב זה מן העדר שיש בתוכו דבר טמא וא"כ לענין העדר גופיה אם היה הנכרי לוקח מהם הו"ל כפירש בפנינו דלא אזלינן בתר רובא א"כ ה"ה כשלקח החלב דהו"ל כפירש לפנינו מן הקבוע דהא חלב זה בא מכח העדר והרי גופיה עדיין קבוע במקומו איכא לדחויי דהתם ודאי הוי נולד הספק במקום הקביעות כיון שהישראל יושב בצד העדר והעכו"ם הולך לחלוב שם והו"ל לענין החלב גופי' כפירש לפנינו ואם היו שלא בפני הישראל אי לאו דאסור משום חלב גוי סתם באמת היינו הולכין אחר הרוב ועוד י"ל דשאני התם שידוע שדרך העכו"ם לחלוב כל הבהמות שבעדרו הלכך לא אזלינן בתר רובא בכה"ג וכ"כ בהגהת או"ה שבסוף הספר לענין הביצים דלעיל שכתב באו"ה דמרוב' פריש וע"ז כתב וז"ל או שמא ל"ש מרוב' פריש דודאי כל א' מטילה ביצים כמו חבירתה משא"כ בחניות שאפשר שלא פירש ממנו כלל עכ"ל (ומ"ש בהג"ה שם או שמא כל א' מטילה כו' נראה שהך הג"ה קאי אדלעיל אספק טרפה ושני הגהות הם ונתחברו בדפוס בטעות ועיין בש"ך בכללי ס"ס דין ה' דמייתי מהגהות הך רישא דאו שמא כו' ומפרש אותו בניחות' וס"ל לפרש דיש חילוק בין דין לדין המבואר באו"ה דשם מיירי שהספק על הביצים ע"ש ואני תמה שהדבר פשוט דהך או שמא הוא בא לחלוק על האו"ה ולומר דמ"ש בהך דינא אינו מוכרח שי"ל כיון שכ"א מטילה כו' לא הוי ספק בענין א' וכן מבואר שם בלשון הגהות שם כמה פעמים דהך או שמא הוא שאילה ובא לחלוק על האו"ה יע"ש

ואין כאן מקומו להאריך) מבואר מזה כיון דגם הטריפה ודאי מטילה ביצים לא אמרינן דפריש מרובא רק היכא שאפשר שהמיעוט לא פריש כלל כגון בחניות וצ"ע על הפוסקים שלא הזכירו מדברי הגהות או"ה אלו ומשמע מדבריהם דדברי האו"ה הם מוסכמים בלי חולק כלל (תשובה זו כתבתי לש"ב הרב כ"ש מוהר"ר יצחק פרענקיל ז"ל בימי חורפו ואח"כ עלה ונתעלה ואתעבדי אילן רב ונתקבל לאב"ד בטיסמניץ אן בעו"ה לא ארכו לו שם הימים וחל"ש במיטב ימי עלומיו תנצב"י ותשובתי היתה באריכות אך כי שלחתי ליד הרב הנ"ל ז"ל בלא העתקה על סמך שישלח לי העתקה אבל לא באה לידי והעתקתי קצת ממה שנשאר בידי מרשימת השכלת בראשית): דברי שארו הק' אפריםז שאלה אשה אחת ישבה עגונה מבעלה זמן רב וזה ימים לא כביר נתעורר קול שמת בעלה בק"ק סמילא.

ואחר החקירה הוגבה גב"ע בב"ד וזה טופס הדברים: במותב תלתא בי דינא כחדא הוינא ואתא לקדמנא ה"ה הר"ר שמעון במהור"ר יהודה ליב מק"ק הארחוב והעיד לפנינו ב"ד הח"מ בתו"ע בעונש אם לא יגיד ונשא עונו בזה הלשון. איך בין גיפאהרין לדרכי דרך ק"ק סמילא בחודש כסליו או טבת שנת תקס"א האט מיך איש אחד בק"ק הנ"ל שואל בשלומי גיוועזין אונ האט מיך גיפרעגט פון וואנין איך בין האב איך אים נישט גיוואלט זאגין מחמת עייפות הדרך האט ער אן מיר מפציר גוועזין איך האב איהם משיב גוועזין אז איך בין בק"ק הארחובהאט ער מיך גיפרעגט איזניט פאר האנדין נעבין אייך איין שטאט וואס הייסט לקאטש האב איך איהם משיב גיוועזין אז איך בין ד' פרסאות דער פון איז ער פון מיר אוועק גיגאנגין: אחר זה באותו יום איז צו מיר גיקומין איין שליח ב"ד אונ האט צו מיר גזאגט.

אז הרב מורה הוראה רופט מיך ומשום חולשא דאורחא האב איך דאס ערשטי מאהל ניט גיוואלט גיין ביז דער דריטיר שליח איז גיקומין מיך רופין בין איך ערשט גיגאנגין וויא איך בין אריין גיקומין להרב מורה הוראה זענין גוועזין ביא איהם אין שטוב כמה מענטשין האט ער מיך מוכיח על פני גיוועזין וויא קומט מען ניט צו גיין מסתמא רופט מען אוף איין דבר מצוה האט מיר הרב הנ"ל מספר גוועזין מעשה שהיה באשר עס איז גיקומן לכאן בערך שלשה שנים איש אחד שלא היה מכירין אותו ושמו ליב אונ האט גיזאגט אז ער איז איין אלמן אונ האט בכאן גינומין איין ווייב בת חייט אחד מק"ק סמילא אין האט מיט איר גיוואונט שלשה שנים.

וזה בערך שלשה שבועות האט ער איין ברית מילה גימאכט אין בפתע פתאום איז ער פאר שלאפט גיווארין אונ האט גישיקט רופין לייט אונ בפניהם מתוודה גיוועזין אונ האט גיזאגט אז ער האט בק"ק לקאטש אוועק גיווארפין איין ווייב מיט איין מיידיל דאס איז שון בערך י"א שנים אין האט מען מיר גיזאגט אז ער האט פורט גיוועזין שם אשתו ושם אביו הילדה אונ מען האט מיר דיא שמות גיזאגט וויא מען האט מפיו גיהערט האב איך אלץ פאר געסין אונ הרב הנ"ל האט מיר מספר גיוועזין אז אחר התוודותו כנ"ל איז ער באלד גישטארבין אונ בעת אז איך בין גוועזין בבית הרב הנ"ל איז האיש הנפטר נאך ניט נקבר גיווארין אונ האט מיך גיפירט להבית אשר שם מת אונ מען האט מיר גיוויזין אים מת שכב על גבי קרקע כדרך המתים אונ איך האב ניט משים אל לבו גוועזין

להביט אל פניו דאס איז אלטץ גיוועזין קודם תפלת שחרית האט צו מיר הרב הנ"ל גיזאגט אז איך זאל ווארטין עד אחר התפלה ואחר הלוויה וועט מען מיר דאס אלץ געבין בכתב בח"י ב"ד הצדק דק"ק הנ"ל נאר באמת איך בין נחוץ גוועזין לדרכי האב איך נישט גיוואלט ווארטין אונ האב להרב הנ"ל מבטיח גיוועזין אז אי"ה בחזירת דרכי וועל איך במכוון פארין דרך ק"ק סמילא אונ וועל נעמין כל הנ"ל במכתב רק עס זאל אלץ מוכן זיין בכדי ער זאל שון ניט דארפן מעכב זיין בחזירתו לק"ק הנ"ל יום וא"ו ע"ש קודש בחצות היום בין איך גיגאנגין להרב הנ"ל האט ער מיר גיזאגט עס איז שון שפטט איר מוזט בכאן שבת האלטיין.

האב איך גיזאגט איך וועל דוך הוצאה האבין האט מיר הרב הנ"ל משיב גיוועזין אז האשה העגונה ווען זיא איז וויא ארום וועט זיא אייך אייער הוצאה אום קערין האב איך איהם צייט גיוועזין אונ בין גיבליבן שבת האלטיין. בין איך תיכף גיקומן מוצאי שבת אז ער זאל שון גומר זיין הנ"ל האט ער מיר גיזאגט עס איז לילה וחושך מטריח צו זיין לייט וואס מען דארף דער צו האבין בין איך גיקומין בהשכמה ביום א' האט מיר הרב הנ"ל גיזאגט איך זאל ווארטין ביז אחר התפלה בין איך גיקומין אחר התפלה האט ער מיר גיזאגט אז עס איז היינט יריד וועל איך ניט קענען די מענטשן אפ זוכין אונ איך דארף אין איין כפר אריין פארין בכך מוזט איר מעוכב ווערין עד הלילה אין איך בין נחוץ לדרכי גיוועזין האב איך שון מער ניט גוואלט הארין אונ בין גיפארין לדרכי כל הנ"ל העיד לפנינו ב"ד הח"מ כהר"ר שמעון בהרר יהודה ליב הנ"ל מק"ק הארחוב בתו"ע אל"י ונ"ע כדת תוה"ק ולראיה באנו עה"ח יום ג' ה' מנחם תקס"ב לפ"ק פה ק"ק לאקטש: במותב תלתא ב"ד כחזא הווינא אתא לקדמנא מרת גיטיל בת מהור"ר הלל ז"ל מק"ק לאקטש והעידה לפנינו בתו"ע בחרם ובאל"י ונשא עונו בזה הלשון.

עס איז גיקומין איין קול אז בעלי ליב ליטוואק איז גישטארבין בק"ק סמילא נאר עס איז קיין גביות עדות גיוועזין בין איך בעצמי גיפארין לק"ק סמילא אונ האב דארטין נאך גיפרעגט אונ האב גיזאגט סימנים ער איז גיוועזין איין ליטוואק אונ האט גיקוקט קיסאקו גם ער האט גיהאט איין קריץ אוף דעם פנים האבין מיר כמה אנשים גיזאגט אז דער וואש נפטר איז גווארין האט גיהאט דיא סימנים גם דאס ווייב וואס ער האט דארט גינומין האט אויך מעיד גיוועזן אוף דיא סימנים אונ האט גיזאגט קודם מיתה אז ער האט אוועק גיווארפין איין ווייב בק"ק לאקטש ערך י"א שנים רק מען האט איהם גירופין בפה"ק איצק נאר בפני הרב דשם האט גיזאגט עד אחד אז ער האט בפניו מתוודה גיוועזין בחליו אז ער הייסט באמת ליב נאר ער האט זיך במתכוין משנה גיוועזין: כל זה העידה האשה הנ"ל בפנינו ב"ד בתו"ע בחרם הגדול באם לא יגיד ונשא עונו והגידה כדת וכהלכה יום א' י"ט מרחשוון תקס"ג פת ק"ק בראד ימ"א: תשובה הנה לכאורה בסתירת דברי העד והאשה שהעד מעיד בסתם שהגידו לו שם ששמו ליב והאשה אמרה ששמו היה שם איצק רק שאמר ששינה שמו במכוון אפשר לומר דאין זה הכחשה שאותם המגידים להעד כדי שידע לחקור זאת והיו סבורים שאין צורך בדבר שידעו שם מזה להודיע לו כי היה נקרא במקומה בשם אחר שאין צורך בדבר שידעו שם מזה והאשה מתוך שנסעה לשם במתכוין ונתנה לבבה לחקור זאת היא הגידה הענין כמות שהוא.

וכל כה"ג שיכולין לתרין דבריהם לא מיקרי הכחשה כלל כמבואר בפוסקים ועוד אדבר מזה לקמן אי"ה: אך דא עקא שצריך לשום אל לב אם הוא נאמן על עצמו לומר שבק"ק לקאטש אזי ליב שמו נקרא ואחרי בואו לסמילע קרא שמו איצק שהרי הוחזק בשם איצק כמה שנים. ואמרינן בב"ב דף קס"ד וליחוש דלמ' אזל למת' אחרית' ומחזיק לשמי' יוסף בן שמעון וכתב גיט' וממטי' ליה לאתת' דהאיך.

ופירש הרשב"ם לתנא דמתני' דבעי מכירין למה כותבין שום גט לשום אדם אע"פ שאין מכירין שמו והלא שמא יב"ש זה מעיר אחת בא לכאן והיה שמו שמעון בן יעקב ועתה הרגיל והחזיק את עצמו שיקראו לו כאן ראובן לפי שרוצה לגרש אשת ראובן בן יעקב שבמקום פלוני א"ל ר"ה ב"ח הכי אמר רב כל שהוחזקו שמו ל' יום בעיר אין חוששין לו ופירש רשב"ם דכל כך לא היה מחליף שמו זמן מרובה פן יודע הדבר.

וכתב בהג"א שם שאם באו בפחות מל' יום אין כותבין להם והכי קי"ל באה"ע סימן ק"ך דהוחזקו ל' יום סגי ובפחות מל' אין כותבין להם ומשמע מזה דכל כה"ג שנתחזק ל' יום חזקה גמורה היא וסומכין עליו ואין חוששין שמא החליף שמו בכאן וא"כ בנ"ד לכאורה אין זה נאמן לומר שהוא בעלה של אשה זו שהי' שמו ליב והחליף שמו נגד החזקה.

וא"ל דע"כ לא אמרינן הכי אלא דאנו אין חוששין לזה שאיש א' יעשה כן אבל אם זה אומר שעשה כן נאמן כיון דלפעמים מתרמי דעביד הכי מחמת חוב או מחמת מרדין וכמ"ש הרא"ש בגיטין דף ל"ד גבי ההוא דיוסף וקורין אותו יוחנן. דז"א שהרי הרמב"ם פ"א מהל' א"ב כתב וז"ל איש ואשה שבאו ממה"י היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזקו בעיר ל' יום שהיא אשתו הורגין עליו אבל בתוך הל' אין הורגין עליו משום א"א עכ"ל.

והרב המגיד שם רשם מוצא הדין מימר' דרב בב"ב דף קס"ז הרי מבואר דס"ל דכל כה"ג חזקה גמורה הוא והורגין עליו ופשיט' דלא מהימן בכה"ג נגד החזקה. איברא שדברי ה"ה בזה הם תמוהים דבאמת אין ראי' מהא דרב' להרמב"ם כ"כ דאיכ' לדחויי דלמ' דוק' לענין שינוי השם אמרינן הכי דלא חציף אינש לשנות שמו פן יתבדה ויאחז ע"י המכירין ויודעין אותו מימים כביר אבל באמירתו זו אשתי לא עביד לגלויי אך באמת מקור דברי הרמב"ם הם מהירושלמי פרק עשרה יוחסין ומצאתי בשו"ת נודע ביהודה חלק אה"ע סימן ע' שכתב ג"כ שדברי הרמב"ם הם מהירושלמי ובאמת תימ' על ה"ה שהרי היה למראה עיניו דברי הירושלמי הללו שהרי כתב על מ"ש הרמב"ם שם ראי' לדין זה מה שדנה תורה במקלל אביו כו' שהוא מהירושלמי והרי באותו ענין גופ' אית' דברי הירושלמי באומר זה אשתי כו' ואיך העלים עיניו מיניה בעידנ' דעסיק ביה ונראה שגם ה"ה ידע מזה שדברי הרמב"ם הם מהירושלמי אלא שלא תאמר שדברי הירושלמי לאו הילכת' נינהו שהם נגד סתימת ש"ס דידן בקידושין שלא הוזכר שם למ"ד יומלזה כתב ה"ה סמך לזה מש"ס דידן בב"ב וס"ל דדא ודא אחת הוא דכל דבר שאדם מחזיק בו למ"ד יום אין חשש שיעשה כן ברמאות מחמת איזה סיבה אלא חזקה שכשמו כן הוא וה"ה לענין זה אשתי ומה דסתם הש"ס בקידושין היינו משום דסתמ' דמלת' הכי הוא דבשלשים יום מקרי חזקה כן נראה ליישב דעת ה"ה בזה: ומצאתי בש"ג

פרק עשרה יוחסין בשם ריא"ז שכתב וז"ל וחזקה הוא ע"פ המנהג וההרגל שרואים אותם העולם שנוהגת בו כדרך בן כו' וכמה הוא החזקה שלשים יום כמבואר בתלמוד א"י (ר"ל ירושלמי).

והביאו בח"מ סימן י"ט וכיוצא בזה אמרו מי שמחזיק שמו בעיר למ"ד יום כמו שבארנו בפרק כל הגט עכ"ל הרי דמדמי להו להדדי ומייתי מש"ס דידן לענין החזקת שמו בעיר ראייה להירושלמי לענין חזקת איש ואשה וכמ"ש בדברי ה"ה ז"ל ונראה מזה דכל שהחזק שלשים יום חזקה גמורה היא ומכ"ש אם הוחזק כן מרוב עתים וימים: ומעתה אם בא עד אחד והעיד לנו שזה האיש שהוא מוחזק כאן בשם זה ימים ושנים לא היה שמו כן במקום אחר רק כאן החליף שמו נראה דאין סומכין על דבריו נגד החזקה ואם בא לגרש בטבריא אשה במקום שנאמן ליתן גט כגון באב שאמר קדשתי את בתי וא"י למי קדשתי ובא א' ואמר אני קדשתיה שנאמן ליתן גט מ"מ אם ידוע שהיה שמו ראובן והוא דר עתה בציפורי ומוחזק למ"ד יום בשם שמעון אינו יכול לגרשה אע"פ שיש ע"א שמעיד שכדבריו כן הוא שבטברי' היה שמו ראובן ואצ"ל שאינו נאמן ע"פ עצמו.

וע"כ לא אמרינן אלא דבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין דהיינו שאין ידוע כלל מה שמו אבל שיהיה נאמן היפך הידוע בטענה שהחליף שמו זה לא אמרינן דלא חציף אינש לשנות שמו למ"ד יום ולא נאמן לומר דעביד הכי ומכ"ש לפי מה שכתב בנימוקי יוסף בטעם דכל שהחזק כו' שאם היה לו שם אחר בשלשים יום היה נודע הדבר.

וא"כ נראה שאינו נאמן לומר שהיה לו שם אחר אם לא בראיה ברורה והך דגיטין דאמרינן התם יוסף וקוראין אותו יוחנן כו' היינו בידוע בבירור שכן הוא דלפעמים מתרמי כה"ג שאחד משנה שמו מחמת איזה סיבה. אבל מ"מ אינו רק אדם א' מאלף ולפעמים ורובא דעלמא לא אתי לאחלופי שמייהו וקובע השם בשבתו ובכיתו ובלכתו בדרך ויום המות כיום הולדו ולמה יהיה נאמן דפריש מרובא וחזקה דלא חציפי לשנות שם אע"פ שאומר בשעה שקרבו ימיו למות לא מהימן נגד חזקה לעקור חזקה כדאמרינן בקידושין דף ס"ג מי שאמר בשעת מיתתו אין לי אחים והיו מוחזק באחים שאינו נאמן ככה"ג.

ולסמוך על סברת מבטן יצאו לומר דבזה"ז שכיח כה"ג וכיוצא בזה אין דעת נוחה להקל באיסור ערוה החמורה אך הואיל ומצוה וחובה עלינו לצדד בתקנת עגונות בכל מה דאפשר אפתח אנא פתחא לנפשאי מה שנלענ"ד לצדד להיתר בזה: מתחלה נדון בדין מי שבא ואמר אני בעלה של אשה פלונית הדרה במקום פלוני ואת שמו לא הגיד ומת האיש אם אנו יכולין להתיר האשה ע"י אמירה דהאיש.

ואח"כ נדעה נרדפה לדעת דינא דנ"ד. הנה הלכה רווחת בישראל שמי שהועד עליו שמת ונודע לנו שמו ושם אביו ושם עירו על פיו משיאין על ידו ודבר זה מתורת רבינו הרא"ש למדנו שכתב בתשובה כלל נ"א בעובדא דאותו תלמוד שהגיד להם ששמו ר' אשר כתב שאשתו מותרת להנשא והביא ראייה מיבמות דף קך"ב מעובדא דכך קורין אותו יוחנן בן יונתן כו' אלמא אע"פ שלא הכירו אלא ע"י שהזכיר להם שמו ושם מקומו והתירו את אשתו וכן בנידון זה שהגיד שמו ושלמד הנה כו'.

וכ"כ בשו"ת מהרי"ק סימן קע"ו דאפילו בפעם א' שהגיד שמו די בכך וראיה מסוגיא הנ"ל. ולכאורה צ"ע על הרא"ש ומהרי"ק דלמה להו לאתויי מברייתא בעובדא דר' טרפון הא מתני' הוא מעשה בכלמון בא' שאמר אני פ' ב"פ נשכני נחש והריני מת כו' ואפשר לומר דהתם בעובדא דהרא"ש שהעיד העד שבעודו בריא שמע ממנו ששמו ר' אשר ושלמד לפני מהרא"ש ז"ל ולכך אין ראיה ממתני' דצלמון דכל שאמר כן בשעת מיתה שפיר נאמן על שמו ובפרט שהוא מתכוין להתיר את אשתו עי"ז לא חיישינן לשקרא משא"כ אם בעודו בריא שמעו ממני הי' מקום לחוש שמא שינה שמו במתכוון מפני בע"ח וכיוצא בו וכמ"ש הרא"ש בגיטין בההוא דיוסף וקורין לו יוחנן שיש שמשנין שמותיהם במתכוון מפני בע"ח או מחמת מרדין ולכך הוצרך הרא"ש להביא מהא דיוחנן בן יונתן שהיתה אמירתו דרך עראי בעודו בריא אולם ואפ"ה לא חיישינן לשינוי כלל.

כן כתבתי אשתקד בתשובה אחת ועתה אורו עיני ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ג סימן ה' וכתב שם וז"ל ואם איתא דמן הדין הגמור הוא מותרת ולא משום דקל הוא שהקילו בעדות אשה משום עגונא או משום חומר הי' לו להביא ראיה מהא דאמרינן בשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין כו' ומשמע דמן הדין כך הוא אלא שהחמירו מדרבנן ובשעת הסכנה העמידו הדבר על דין תורה ומדלא אייתי הרא"ש ראיה לדבריו מהך דאמרינן או מההיא דתנן מעשה בא' שעמד על ראש ההר ואמר אני פ' כו' צ"ל דס"ל דיש לחלק בין היכא שאומר בשעת מעשה אני פ' כו' דלא חיישינן שמא בא לקלקל להיכא דאמר שלא בשעת מעשה בדרך סיפור באקראי בעלמא וכן נראה דיש לחלק ממ"ש מהרי"ק סי' קע"ו וכיון דכן הוא דיש לחלק אפשר לומר דאפילו דנימא דהיכא דקאמר בשעת מעשה שכך שמו מן הדין הגמור יש לסמוך על דבריו אפ"ה היכא דקאמר דרך סיפור בעלמא לא הוי עדות מעלי' אלא בעדות אשה משום דבעגונה תקינו רבנן כו' עכ"ל: ודבריו הם כמ"ש אלא שביארתי יותר.

ולפ"ז כיון דעכ"פ בשעת מעשה לא חשדינן ליה שבא לקלקל ומהימן לומר אני פלוני מעיר פלונית שע"ז תהיה האשה מותרת להנשא א"כ מה לי אם הזכיר שמו או לא הזכיר כיון דעכ"פ אמר שהוא בעל אשה זו וכוונתו שתהיה מותרת במיתתו לכל אדם לא חיישינן שבא לקלקלה. ואם אחר החיפוש לא נמצא בעיר אשה אחרת שנפרש בעלה ממנה ע"ד המבואר בש"ע ובק"ע שפיר הוי עדות להתירה.

ובתשובה אחרת הארכתי בטעמא דמלתא דנאמן ע"פ עצמו. אע"ג דלענין חליצה ליבום אין נאמן ע"פ עצמו.

וכבר הרגיש בקושיא מהרשד"ם הביאו בק"ע סימן שנ"ד ולא כתב מה שתירץ ע"ז ותירצתי על נכון בס"ד ולדינא אין נ"מ בזה דעכ"פ נראה מדברי הפוסקים דבכה"ג וודאי דמהימן אף בלא הזכרת שמו רק ע"י חיפוש לבד: ולפ"ז נראה דבנ"ד אע"ג דאיכא ריעותא טובא במלתא שהרי זה כמה שנים שהחזיק שמו בשם איצק ויש להסתפק אם יש לסמוך על אמירתו שהיה שמו ליב ושינה אותו במתכוון כמו שכתבתי מ"מ דבר זה יש ללמוד משו"ת הר"ן סימן ל"ג שכתב בא' שהעיד על איש אחד שמת ותאר אותו בתוארים הרבה שא"א להסתפק באחר כ"א שהוא בעל האשה זו רק שאמר שהיה שמו חיים ובאמת בעלה של אשה זו היה שמו יוסף וכתב דכיון שיש עדות מספיק שבעלה

של אשה זו מת אלא שנולד ספק בשם זה אין לחוש לפי שקריאת שמו בענין זה הוא כסימן העשוי להשתנות לפי שכבר הועד שאמר שירחיק נדוד וישנה שמו ועוד הועד כי רצה ליקח איגרת מאיש א' ולפי שראה באיגרת שמזכיר שמו כאשר הוא באמת עזב את האגרת והרחיקו לבל יוזכר שמו וכיון שכן הרי סימן של שמו עשוי להשתנות וכל שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שנמצא ריעותא מסימן אחר שנראה ממנו שאינו הוא ואותו סימן העשוי להשתנות אין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין אותו בשינוי שהוא עשוי להשתנות והביא ראיה לזה מב"ב פרק מי שמת וסיים בה הילכך בנידון שלפנינו כיון שהוברר מתוך עדותו של זה שבעלה של זו מת אלא שיש סימן אחר בדבר שהוא מטיל ספק בענין ואותו סימן עשוי להשתנות סומכין על הודאי ותולין את הספק בשינוי שהוא עשויה להשתנות עכ"ל.

וא"כ נראה ללמוד מזה לנ"ד כיון שכבר ביררנו דאפילו לא הזכיר שמו כלל רק אמר שהוא בעל אשה פלוני שבמקום פלוני ואין שם במקום זה רק אשה זו עדות ברורה הוא להתירה. ובנ"ד שזה אמר שהניח אשה עם ילדה אחד בק"ק לקאטש זה י"א שנה וידוע לנו ע"י חיפוש שאין שם אחרת רק זאת האשה הרי זה לבד היה מספיק להתיר רק שנפל לנו ספק בשביל שינוי השם והוא סימן העשוי להשתנות אין מניחין הודאי עבורו ותולין הספק בשינוי העשוי להשתנות וכעובדא דהר"ן ואין לחלק דהתם היה המעיד איש זר משא"כ כאן דז"א דהא כבר ביארנו שהבעל לענין זה כאחר דמי בפרט כשאומר בשעת מעשה דלא חיישינן שבא לקלקלה: אלא שבאמת יש לעיין בזה על הר"ן שנראה מדבריו בשינוי השם הוא ספק השקול והוא עשויה להשתנות והרי בהדיא אמרו דבהחזק שלשים יום אין חוששין לו שאינו עשוי להשתנות וכבר הוכחתי דחזקה גמורה הוא ואפילו יש ע"א לא מהימן נגדה וכ"ש שאינה נאמן ע"פ עצמו.

ולפ"ז אין ראיה מההיא דפרק מי שמת דהתם השומא ודאי שכן הוא שלפעמים עשוי להשתנות ואף ע"ג דספיקא הוי אין מניחין מחמתו את הודאי ותולין את השומא שנשתנה. משא"כ אם היה חזקה על השומא שאינו עשוי להשתנות אע"ג דלעתים רחוקים הוא משתנה ודאי שהוא מטיל לנו ספק בענין זה.

וא"כ לענין שינוי השם נמי ניחוש ליה אע"כ דלא חיישינן לשינוי השם כלל. וכן מוכח ביבמות דף ק"ט דפליגי אי חיישינן לתרי יצחק וקיי"ל דלא חיישינן.

ואפילו למ"ד חיישינן ס"ל אע"ג דלא הוחזקו מ"מ חוששין שמא היה שם אחר בשם זה. אבל מ"מ אין מי שסובר שחוששין שמא איש אחד ממקום אחר בא לשם ואסיק שמי' יצחק ר"ג מקורטבא.

ופשיט דלא מיירי התם שכתבו מאספמיא שהיה ידוע להם שכך שמו בקורטבא כמבואר מדברי הפוסקים שכתבו דחשש היה שמא אחד מעלמא עבר דרך קורטבא שהיה שמו כך וכ"כ להדיא בתשובת הרא"ש כלל נ"א דהעדים לא העידו רק על שמו אבל לא הכירו את מקומו ולא את אשתו כנ"ל ע"ש. וכן מבואר מדברי הרמב"ם והש"ע בענין אמרו שמת יצחק בן מיכאל כו': אמנם באמת יש לעיין במה שהלכה רווחת בישראל דכל שבא איש אחד ואמר שכך שמו וממקום פלוני ומת אע"פ שלא הוחזק שם שלשים יום מודיעין לב"ד שבמקום האשה בסתם פ' מת ומתירין את אשתו וכן משמע בעובדא דיוחנן בן

יונתן כו' לימים חלה ומת והשיא ר"ט את אשתו וכן משמע מתשובת הרא"ש בעובדא דאותו תלמוד ר' אשר שהבאתי לעיל דאיתא שם שנתאכסן בביתו יום או יומים כו'.

וכ"כ מהרי"ק וצ"ע כיון דלא הוחזק למ"ד יום ניחוש לה למלתא דלמא אחרינא הוה ומסיק שמי' הכי מחמת איזה סיבה וזהו שמת ובעלה של זו עדיין חי ונראה דטעמא דמילתא משום דקיי"ל דבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין ופירש"י דהא כשעת הסכנה דמי שאם לא תאמין לזה לא תמצא אחר ותשב עגונה וא"כ א"ש הא דסמכו בהנך עובדי על אמירת שמו אף על פי שלא הוחזק שלשים יום משום דכשעת הסכנה דמי.

ואע"ג דמתשובת הרא"ש דלעיל משמע דאף אם לא היה בשעת הסכנה היה מקום להתיר שהרי כתב שם לבסוף ויותר מזה הקלו בעדות אשה דתנן משיאין ע"פ ב"ק כו' תנא בשעת הסכנה כו'. וכ"ש שהבאתי בראיות ברורות להתירה כו' ע"ש נראה דהתם משום שהיה עוד אמתלאות שהראה לו תוספת הרא"ש על מקצת מסכתות שידוע שאותו תלמיד ששמו ר' אשר הולכים עמו מטולטילא ע"ש ולכן כתב שהיה מקום להתיר אף אם לא היה מקום סכנה.

(וצ"ע על דברי מהריב"ל שהבאתי לעיל שכתב שהיה לו להרא"ש להביא ראיה מהא דבשעת הסכנה כו' שהרי הרא"ש באמת בסוף דבריו מייתי ראיה מהא אכולהו קולי שכתב בתשובה זו ונראה שרוצה לדייק דעכ"פ בתחלת דברי הרא"ש רצה להתירה ע"פ הדין הגמור בלא קולא בשעת הסכנה וכמו שכתבתי) אבל פשיטה דבכל עסק עגונה כשעת הסכנה דמיא וכמ"ש הרא"ש שם לבסוף ולכן שפיר מתירין ע"פ אמירתו אע"פ שעדיין לא הוחזק והיינו דלא פרכינן אמעשה דצלמון וניחוש דלמא אחרינא הוה דאסיק שמיה הכי כיון דשני ליה הא דבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין (ואפשר דהתם בלא"ה אין לחוש שהרי אנו רואין שמת ולא עביד לשקר בכה"ג שהוא הולך למות ולקמן נדבר עוד מזה) ועכ"פ למדנו מזה שאמרו דבשעת הסכנה כו' דמדאורייתא אין לחוש כלל שמא האיש הזה לא מן השם הוא זה ואסיק שמיה הכי דלא חציף אינש למעבד הכי אף אם לא הוחזק שלשים יום וכמ"ש"ל בשם מהריב"ל דבשעת הסכנה העמידו על ד"ת.

ועכ"פ מעשים בכל יום שמתירין נשים ע"פ כתב הבא ממרחקים שמת שם איש שהחזיק שמו פב"פ מעיר פלוני ולפעמים מקילין ע"פ שמו ושם עירו לבד כדעת הרבה פוסקים ואין חוששין לומר שלפי שהוא גולה ממקומו שינה את שמו ושם עירו להתנכר ואפשר שאפילו שאם בא ע"א ואמר שהוא יודע שמת במקום פלוני והחזיק עצמו בשם זה לא עשה כן אלא להתנכר אין חוששין לדבריו ומתירין האשה לפי שאינו נאמן נגד החזקה שזה הוחזק שם בשם זה דאל"כ איך כותבין אע"פ שאין מכירין ניחוש שמא יבוא הבעל אח"כ ויערער לומר לאו אנא הואי אלא ע"כ דאפילו אי אתי ומערער לא מהימנינן ליה: ומצאתי בשו"ת מהריב"ל חלק שכתב אהא דאמרינן בקידושין נאמן ליתן גט דחזקה דאין אדם חוטא ולא לו ובהך טעמא לחוד סגי וכן נמי יש להביא ראיה מגיטין דבשעת הסכנה כותבין כו' הא קמן דמדאורייתא לא חיישינן אפי' היכא דאיכא למיחש אלא

דמדרבנן הוא דחיישינן ולא העמידו דבריהם במקום סכנה וכ"ש בנ"ד דליכא למיחש דאין אדם חוטא ולא לו.

וכד מעיינינן אשכחינן דיש להסתפק ולומר דלמה התם דכותבין היינו היכא דליכא הכחשה אבל בא הבעל ואמר אני לא הייתי מושלך בבור ולא אמרתי כל השומע קולי כו' אין משיאין אותה ואם נשאת תצא ויש להביא ראיה מהרשב"א כו' אף אנו בנ"ד אע"ג דאשכחינן דסמכינן אחזקה דאין אדם חוטא ולא לו היינו היכא דליכא הכחשה כגון ההוא דקדשתי בתי כו' וכעין דהיה מושלך בבור כו' דאיכא דאוקמי דליכא הכחשה כו' עכ"ל מבואר דמסתפק דאם בא הבעל ומכחיש אי מהני אבל בלא הכחשה פשיטא דמהני וסמכינן על מה שאמר שכך הוא שמו אף בלא טעמא דאין אדם חוטא ולא לו שהרי מתירין ע"פ אמירתו שאמר בבואו למקום זה שכך שמו באקראי בעלמא ולא בשעת מעשה כדמוכח מעובדא דיוחנן כו' וכמש"ל ולפי דברי הר"ן דמשוי הא מילתא דשינוי השם לספק אמאי לא ניחוש שמא אין זה בעלה של אשה זו רק אחר שהיסב את שמו כך וע"כ לומר דגם הר"ן מודה דסתמא דמלתא אין אדם משנה את שמו וחזקה גמורה היא רק דהר"ן בנידון זידיה שנתברר מעדים שאמר קודם שנפרד ממקומו שיעשה כן שירחיק נדוד וישנה שמו וגם האגרת שרצה ליקח לפי שהיו כתוב שמו בתוכו עזבה כדי שלא יהיה נתפס בשקרו ע"י האיגרת שיראו בתוכו שלא כמו שהוא נכתב הוא נקרא לפיכך שפיר אמרינן כי נפשו אוותה ויעש כן להיות קורא לו שם חדש כדי לעגן את אשתו ואע"ג דבעלמא אמרי' עביד אינש דגזים ולא עביד מ"מ כאן שהוברר מתוך העדות שזהו בעלה של אשה זו רק שינוי השם מתנגד לזה אמרינן דהאי גברא גזם ועביד והוציא לפועל את אשר זמם לעשות ובכה"ג שפיר מיקרי ספיקא.

וכן משמע מדברי הר"ן דלולי שהעיד שאמר שבדעתו לשנות שמו לא היה קורא סימן השם כסימן העשויה להשתנות אלא היה מחזיקין לסימן מובהק ביותר שהרי אנו מתירין רוב העגונות ע"פ עדים שמו ושם עירו אע"פ שלא הוחזק רק מפי עצמו אלמא דסימן מובהק הוי ואינו עשוי להשתנות רק בכה"ג שאמר קודם מעשה שבדעתו לעשות כן אז מיקרי ספק שאף ע"פ שחזקה על אדם מישראל שאינו משנה שמו ועכ"פ לא יבצר ממנו אשר זמם לעשות ואפשר שעבר עליו רוח קנאה חמת גבר לעגן את אשתו ויעש כאשר דבר משא"כ בגוונא דנ"ד אם היה מתברר לנו שטרם פרידתו אמר שירחיק נדוד וישנה שמו הוה מדמינן לעובדא דהר"ן משא"כ אם אז שתק ולא אמר מידי רק השתא אומר ששינה את שמו והוא נגד החזקה א"כ דל אמירתו מהכא הרי שמו מכחש לעדותו ואילו לא היה מתברר ע"פ העד שאמר ששם בלקאטש היה שמו ליב רק היה אומר סתם שהניח אשה בק"ק לקאטש לא היינו דנין בדעת עצמינו להתיר אשה זו ולתלות ששינה שמו אף שעל ידי החיפוש מתברר שאין שם אשה אחרת רק זו וזה מוכח מדברי הר"ן דלולי העדות שהיה בדעתו לשנות שמו לא היה מתיר מטעם שאנו תולין ששינה שמו.

והדברים ק"ו דהתם זה המעיד מתברר מעדותו שזה שמת היה בעל אשה זו ואפ"ה מגרע עדות זה מה שאמר שהיו שמו חיים ולא מצא מקום לתלות ולהקל ששינה במתכוין לולי מחמת שהעיד עליו שרוצה לשנות שמו וא"כ כ"ש בזה שאנו רוצים להתיר ע"י זה מה שאמר שהניח אשה בק"ק לקאטש והשם מעכב על ידו והוא אינו זכאי באמירתו שאומר

שינה במתכוין דלא עבידי אינשי דמשני שמייהו ואין סומכין על עדות כזה: ומצאתי דאתי לידי שו"ת מהרשד"ם חלק אה"ע סימן נ"ט וכתב שם בעובדא דאיש אחד שמו שלמה קאבוסיין משאלניקי.

שהעיד עליו ע"א שמת ואח"כ בא ע"א והעיד שבהיותו בעיר אחד ראה יהודי אחד נכנס בשלשלאות כו' ושאל אותו מי הוא ואמר שהיה שמו פ' קאבוסיין משאלונקי כו' וכתב מהרשד"ם דהוה הכחשה גמורה אע"פ שלא ידע השני שמו כ"א מפיו ושורש הדין בגט פשוט וכותבין גט לאיש כו' ופריך וליחוש דלמא אזיל כו' ופ"י רשב"ם לתנא דמתני' דבעי מכירין כו' נראה מכאן כי מה שצריך שיהיה העדים מכירין שם האיש כו' אינו אלא חששא דרבנן דמן התורה נאמן אדם לומר ששמו פלוני אף ע"פ שאין העדים מכירין אותו משום דמן התורה כל ישראל בחזקת דוברי אמת הם בדבר כזה והטעם כי היכא דקיימא לן סוקלין ושורפין על החזקה ה"נ הוי חזקה אלימתא דלא חציף אינש לשנויי שמו דמלתא דעבידא לגלויי הוא אלא מדרבנן החמירו משום חששא ומש"ה פירש רשב"ם לתנא דמתני' כו' דאל"כ הקושי' הוי לתורה אלא ודאי דמהתם אין צריך שיכירו העדים שמו ומש"ה נראה דאפילו עד ואשה נאמן כמ"ש הנמוקי יוסף בשם הרשב"א ותלמודו הריטב"א וכן ה"ה וז"ל כתב הרשב"א דלהכרת שם האיש והאשה אפילו ע"פ אשה סומכין דמלתא דעל"ג הוא וכבר ביאר רבינו כן בהלכות חליצה עכ"ל וכ"כ הטור סימן מ"ט: ועוד כתב ה"ה בשם בעל העיטור דאפילו שם הלוח והמוכר א"צ להכיר דלא חציף איש לשנות שמו ואע"פ שהוא ז"ל סתם שדבר תימה כתב מ"מ יש לנו ללמוד שודאי מה"ת כן הוא דלא חציף איש לשנות שמו אלא שחכמים חשו משום דאיכא למיחש שמא ישנה לתועלת מה ובמקום דליכא למיחש פשיטא שהוא נאמן עד שאם אירע שאנו נצטרך לידע שמו וידענו אותו מפלוני שאמר שהגיד לי מפיו שמו על פי סיפור דברים אין לספק בזה כלל דודאי כיון שלא היה שום חשש לומר דמשום הנאה שינה שמו אז ודאי יש לנו לסמוך שהכחשה גמורה הוי דקושטא דמלתא הוי מטעמא דלא חציף אינש: ומש"ה כתב מהרי"ק דאפילו אין יודעין שמו כ"א ע"פ שאמר פ"א די בכך והביא ראיה ע"ש ומשמע מתוך דבריו דעל פיו מהני בין להקל ובין להחמיר דאל"כ היה ראוי להאריך קצת ולומר מהני בעגונא דאיתתא דאקילו רבנן אלא ודאי כיון שכתב פשיטא דמהני משמע ודאי דמהני לכל דבר: ומעתה דברי התוס' פרק מ"ח גבי אין חולצין אא"כ מכירין שכתבו דהתוספתא מיירי מדאורייתא והכא מיירי מדרבנן כוונתם דודאי מדאורייתא לא חציף אינש כו' אלא דאמוראי החמירו דחשו לכן אמר רבא דאין חולצין אא"כ מכירין עכ"ל מהרשד"ם הבי' שם עוד ראיה מתשובת הרא"ש בעובדא דסעדיה חדור ע"ש: והנה ההוא עובדא הוא עובדא דמהריב"ל שהבאתי לעיל ומהריב"ל צידד להקל משום דס"ל דע"י סיפור דברים לא הוה עדות גמורה:.

אבל פשיטא דלא נחלקו באם מעיד שהוחזק בשם זה זמן רב שאז אין ספק בדבר דהכחשה גמורה היא דלא חציף אינש כו' ולא אמרינן דנתלה שזה שינה שמו כדרך הגולין. וא"כ בנ"ד לולי אמירתו שהיה שם שמו ליב לא היינו תולין מדעת עצמינו רק לפיו של זה אנו חיינן שאמר ששינה שמו: וכיון שהוא נגד חזקה אלימתא שהוא חזקה מה"ת נראה דלא מהימן.

ועמ"ש בשו"ת מהרשד"ם סימן רל"ט בענין הקושי' מ"ש שנאמן לומר אני פלוני ב"פ שנאמן להתיר עי"ז את אשתו ומ"ש מחליצה שדעת גדול אחד שם כתב דבשעת מעשה עדיף וכסברת מהריב"ל ומהרשד"ם השיג עליו וכתב דבשעת מעשה גרע וכמ"ש הריב"ש. וכתב ראייה מהא דאמרינן ביבמות מלמד שחגר חרבו כו' ופריך עלה מת"ח שמורה הלכה כו' ע"ש.

ולפענ"ד דברי הרשד"ם צ"ע לא רציתי להאריך כעת: ובר מן דין צ"ע בנ"ד לפי מ"ש הרמב"ם בטעמא דעד אחד נאמן משום מלתא דעל"ג לא משקרי אינשי ולזה הסכימו רוב הפוסקים דעיקר ההיתר בע"א מהאי טעמא אייתנינן עלה ולפי זה צ"ע בנ"ד כיון שלפי דברי האיש הזה שאנו באים להתיר על ידו שאומר ששינה את שמו ולא חשש דמלתא דעל"ג הוא.

וא"ל שהיה סובר דעיר ששינה את שמו לא יודע לעולם כי הוא זה האיש שהיה בק"ק לאקטש בשם אחר דז"א דהא עיקר הטעם דסגי בהכרת שמו מפי ע"א כו' בממון וגיטין וחליצה הכל משום דמלתא דעל"ג הוא וכמ"ש"ל מדברי ה"ה בשם הרשב"א וכן מבואר ברי"ף ורמב"ם ושאר פוסקים וגם בלא"ה צ"ע אם שייך בגוונא דנ"ד מלתא דעל"ג שהרי הרמב"ן בחידושו לב"ב דף קל"ד אהא דאמרינן מפני מה אמרו זה בני נאמן כו' הקשה דלמה לא יפטור הא ע"א נאמן ביבמה לשוק כו' אלא דמשמע דבעל לא הוי כעד אחד דעלמא אלא היכא דאיכא מיגו מהימן דעד דמעיד לאחר מיתה דבעל והוא חי לא משקר במילתא דעל"ג אבל בעל מחיים דידיה לא איכפת ליה ולאחר מיתה דידיה מה תימא ליה זו היא שאמרו איך החי יכול להכחיש את החי כו' עכ"ל.

וא"כ בנ"ד כיון שנראה מתוך הענין שאמר כן לפי שאימת מות נפלו עליו וא"כ לא שייך מלתא דעל"ג: אך י"ל דע"כ לא קאמר הרמב"ן אלא התם שאמירתו היה בעודו בריא ולא בשעת מעשה דמימר אמר עתה לא יתנו לב לחקור זאת דמה איכפת להו לאשה ולקרוביו אם יש לו בן או לא כיון שהוא חי רק אחר מיתתו שאז יבואו לחקור ואז מה תימא ליה כו' מה שאין כן כאן שאומר כן בשעת מעשה שהוא נוטה למות אין לנו לחוש שמא אומר כן בערמה כדי להתיר אשת חבירו דאף לאחר מיתה חרפה הוא לו שיספרו אחר מיטתו כי צד בפיו להכשיל אחרים על לא דבר.

משא"כ בההוא דזה בני שאומר כן כדי לנחם את אשתו ולדבר על לבה בלבד מחמת זיקת היבם ונאמן הואיל ובידו לגרשה וכמ"ש התוס' בקידושין שיתן לה גט שיחול שעה אחת קודם מיתה. וע"כ לומר כן בעובדא דצלמון שאמר אני פב"פ נשכני נחש כו' ולדברי הרמב"ן נימא דבכה"ג לאו מילתא דעל"ג מיקרי אלא ע"כ כמ"ש: וגם י"ל כיון דמקום סכנה הוא אין לחוש לסברא זו ואמרינן דאף בכה"ג לא משקר במלתא דעבידא לגלויי מה שאין כן התם דאפשר בחליצה שפיר יש לחוש דשמא הבעל אינו חושש במה שיהיה לאחר מיתתו ועיין בשו"ת מהר"א ששון סימן ולקמן נדבר עוד מזה: אף מ"מ א"ש לעיל דנ"ד כיון דחזינן דהאי גברא לא קפיד לשקר במלתא דעל"ג א"כ אין נאמן להתיר האשה על ידו דבר זה צ"ע.

ולכאורה היה אפשר לומר דמשום הא אין לפסול עדות זה דא"כ הבא להעיד על עדות אשה ונתברר לנו שזה העד אמר איזה שקר במלתא דעל"ג ונתגלה אח"כ ששקר מליו

לא יהי' נאמן בעדות זה. אלא ודאי דדוקא בדבר שיש בו משום עדות אמרינן דלא משקר להעיד מה שאינו ועביד לגלויי אבל בשביל שהוא משקר חוץ לב"ד בדבר שאין עליו גדר עדות בשביל זה לא הוחזק כפרן להעיד שקר במלתא דעל"ג דעביד אינש דמיקרי ואמר מה שנראה לו מהרהורי לבו יצא לחוץ ידבר אע"פ שלא נתאמת לו הענין אבל בהגיע תור גדר עדות הוא משים לבו להעיד בדבר ברור שאם יתגלה יוחזק בעד שקר וכבר כתבתי סברא זו בתשובה א'.

וא"כ בנ"ד נמי כיון דהשתא נראה מדבריו דהאי גברא להתיר האשה קמכוין וכשבא להעיד על דבר זה שפיר אמרינן דלא משקר במלתא דעל"ג אע"ג דהא קמן דלא קפיד ושונה שמו. אלא שלענ"ד צ"ע שנראה דבכה"ג שנשתמש בק' סמילא בשם א' כמה שנים וכך נכתב בכתובה שנתן לאשתו והעיד עלי' עדים ועלה בו לתורה ואולי הי' חותם בו בשטרות ואגרת פשיטא דשפיר חזינן דלא בזיז ושכיח גביה שקרות אף במלתא דעל"ג בקהל עם.

ומ"מ יש לצדר דאפ"ה לא עביד לאסוהדי שקרא ולהכשיל אשה זו דאין אדם חוטא ולא לו וכמ"ש לקמן מההיא דאמר האב קדשתי את בתי כו': ונחזור למ"ש דלכאורה אינו נאמן לומר ששינה שמו כיון דחזקה אלימתא הוא דלא חציף אינש לשנות שמו ומכ"ש אחר שהוחזק שלשים יום אך אפשר לצדד ולומר לפי מה דאמרינן בכתובו' דף ד"ב באשה שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני אם נתנה אמתלא לדברי' נאמנת.

וא"כ בנ"ד שנשא בכאן אשה ואומר שברח מאשתו בק"ק לקאטש ושינה שמו להתנכר ודאי דהוה אמתלא גמורה אחרי כן לתאוה יבקש נפרד לקחת לו אשה בכאן הוכרח להסב שמו להתנכר. אלא שהדבר צ"ע אם מהני אמתלא בכה"ג דהא מבואר באה"ע סימן י"ט דעכ"פ אחר למ"ד יום לא מהני אמתלא ע"ש בח"מ וב"ש וקצת דברי הב"ש צ"ע לא רציתי להאריך וא"כ לפי מ"ש דהך דנ"ד דהוחזק שמו לחזקה דהתם דמיא א"כ לא מהני אמתלא.

ולפי מ"ש בי"ד סי' קפ"ה בט"ז בשם מהר"ל מפראג דאם אמרה כן בפני רבים לא מהני אמתלא ואין לך הוחזק כן ברבים יותר מזה. וראיתי בספר כתובה דף ד"ב שכתב לחלק הא דבא"א ונדה מועיל אמתלא ובח"מ סי' ד"ט קי"ל דאין מועיל אמתלא גבי עדים.

וכתב לחלק דהעדים שהעידו בב"ד שאני משא"כ ע"א אע"ג דנאמן מ"מ יכול לחזור ע"פ אמתלא וכ"כ בספר חוות דעת בה"ל נדה סי' קפ"ה דהיכא דהעידו שלא בב"ד רק דנאמן מטעם דשווי' אנפשיה ח"ד יכול לחזור באמתלא והביא ראייה ממ"ש הרמב"ם דע"א שאמר כו' חלב כליות הוא זה והוחזק האיסור ע"פ האוכלו לוקה וא"כ מוכח דלא מהני אמתלא דאל"כ איך לוקה כמ"ש הרשב"א להוכיח בלבשה בגדי נדה לא מהני אמתלא דאל"כ לא לקי ע"ש: והנה מ"ש דבח"מ סי' ד"ט כתב דאפילו אמתלא לא מהני לבבי לא כן ידמה שהרי ש"ס ערוך בב"ב דף קס"ז גבי ההוא תברא דהוה חתים עלה ר"י בר אבא כו' דאע"ג דאמור רבנן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד צורבא מרבנן לאו אורחא למידק הרי להדיא דמהני אמתלא להיות חוזר ומגיד.

ובאמת שכ"כ הר"ן פ"ק דר"ה בשם הרמב"ן דכל טעותא דעבידי עדים למיטעי ב' לית ב' משום חוזר ומגיד דהכי מוכח פ' ג"פ מההוא תברא כו' וכ"כ בש"ע ח"מ סימן ק"ט דכל טעות שהעדים מצוין לטעות בו נאמנים הם מעצמם ואין בזה משום חוזר ומגיד והש"ך בסי' מ"ג כתב דכ"ע מודים בזה וא"כ איך יסתרו דברי הש"ע תוך כ"ד דמתחלה כתב כיצד אמר מוטעה הייתי כו' אפילו נתן טעם לדבריו ואח"כ כתב דטעות שמצויין לטעות נאמנים ולכאורה הי' אפשר לומר דהך אפילו נתן טעם לדבריו לא קאי רק על מ"ש לפחדי עשיתי דבזה אין שומעין לו אפילו נתן טעם לדבריו והיינו ההיא דאנוסים היינו מחמת נפשות דאין נאמנים בלא מיגו אע"פ שנותנין טעם לדבריהם שהי' אנוסין מחמת נפשות מ"מ כיון שהם אומרים שבתחלה היתה הגדתם בשקר הגדה קמיית' לא זזה ממקומה ואין חוזרים ומגידיים כלל.

משא"כ היכא שאומר מוטעה הייתי ונותן טעם לדבריו כעובד' דההו' תבר' כו'. א"כ בדבורו זה עקר להגדה קמיית' מעיקר' שהרי אומר שבטעות אמר מה שאמר ולא מיחשב עדות כלל וכן ההי' דסנהדרין דאמרינן דהעדים לא מצי הדרי בהו' אע"ג דיהבי טעמ' למילתייהו כי האי דבעי' מכסא ג"כ בכה"ג מיירי שנותנים טעם שמתחלה הי' הגדתם בשקר משום תנאה אבל באומר מוטעה הייתי מהני אם נותן טעם לדבריו.

וקצת משמע כן בריב"ש סי' תצ"ט גבי בודק שאמר טריפה ואח"כ נתברר לו שלא נפתח הטרפוש שפיר יכול לחזור בו דטעות' הוא דהדר' כדאמרינן גבי קבלת שבת כו' ועוד שהרי האשה שאמרה א"א אני כו' נאמנות באמתל' ע"ש. משמע דגבי טעות עדיף טפי: ולפי"ז נראה דבנ"ד החזקת שמו הוי כמגיד בב"ד שהרי כך כתוב בכתובה ועלה לתורה וכ"ע קרו ל' הכי ועני והשת' שבא לומר שתחלת הגדתו היתה בשקר אע"פ שנותן טעם לדבריו לפי שברח מעל אשתו ונשא אחרת וזה דרכם לשנות שמם לא מהני.

אך לפענ"ד נראה דודאי הך אפילו נתן טעם לדבריו אכולה מלתא קאי דאלפחדי עשיתי לא שייך לומר אפילו נתן טעם לדבריו שהרי זה הוא גופה נתינת טעם שלו שעשה לפחדו. וא"ל דר"ל שמטעים דבריו לב"ד שכדבריו כן הוא ז"א שהרי מקור דברי הרמב"ם בזה ממ"ש בסנהדרין דף מ"ד אע"ג דיהבי טעמא למילתייהו ומהתם אין הוכחה רק לענין נתינת טעם בסתם אלא וודאי דקאי ארישא דמלתא דאמר מוטעה הייתי כו' ועתה הוא נותן טעם לדבריו מחמת איזה דבר טעה או שגג אך דמיירי שהוא נותן טעם שבשביל כך טעה אבל מ"מ אין זה דבר הנראה לב"ד שמצוי לטעות בכך ואח"כ כתב שאם דבר שעדים מצוים לטעות בו זה שפיר מהני.

ולפי"ז מ"ש בספר כתובה וחוות דעת בשם ש"ע ח"מ סימן ק"ט דלא מהני אמתלא בעד שהעיד בב"ד י"ל דע"כ לא קאמר התם אלא שנותן טעם לדבריו למה היה מוטעה אבל מ"מ אין זה ענין אמתלא דאמתל' מיקרי דבר הנראה וניכר לב"ד וקרוב הדבר שכדבריו כן הוא כמבואר בפוסקים והיינו טעות שהעד מצוי לטעות דנאמן וכהיא דר"י בר' אבא.

ומ"ש בחוות דעת להוכיח ממ"ש הרמב"ם דלוקה ז"א דא"כ אכתי קשה דהא מבואר להדיא דבטעות שמצוי לטעות נאמן וא"כ אכתי קשה האיך לוקה דלמא יחזור העד ליתן אמתלא בדבר שמצוי לטעות אלא וודאי דמהא ליכא למשמע מיניה ובטעם דברי הרמב"ם כתבתי בחיבורי להלכות טריפות בסימן ל"ט דברים של טעם ולקצר אני צריך

ומצאתי בשו"ת חכם צבי סי' מ"ד שכתב וז"ל ומה שביקש אותו למדן לומר דדוקא באשה שאמרה א"א אני כו' שהרי פתחה בקלקלה מהני אמתלא.

אבל בנידון שלפנינו שע"י חקירת ב"ד אמר שלא בא עלי' לא מהני אמתלא עכ"ל לאו מלתא הוא דא"א הייתי מאן לימא דלאו ע"פ ב"ד הוא דסתמא תני' כו' ע"ש: וע"ש בחוות דעת מ"ש ליישב הקו' מסימן א' גבי טבח שעשה סימן כו' דהתם נשחטה הותרה רק שהוא נאמן לשווי' אנפשיה ח"ד כו'.

ודבריו תמוהים דהתם משמע דמיירי שאמר טריפה הוא שנפסלה בשחיטה והיינו שהעתיק המחבר הדין בהל' שחיטה ולא בה' טריפות וא"כ אדרבה ספק בשחיטה פסול דבחזקת איסור עומדת ופשיטא דמהימן מדינא ואפ"ה ע"י אמתלא נאמן להתיר ולקצר אני צריך. ועכ"פ מבואר דדוקא נתינת טעם בסתם לא מהני וזהו שאמרו בסנהדרין אע"ג דיהבו טעמא למילתייהו וכן משמע שם מפירש"י שפירש כיון שהגיד כו' אהגדה קמייתא קפיד קרא ואפילו מיחשדינהו נמי לא מיבעיא דאיכא למימר דהאי דהדרי בהו דאמרי מה לנו לחוב בדמו ומשני דיהבי טעמא למילתייהו מפני שנאה פלונית היינו שונאים אותו עכ"ל.

ונראה שר"ל דוודאי לענין שאינם חוזרים ומגידיים פשיטא שאין יכולים לחזור בשביל טעם שנותנים שעשו בשביל שנאה דהא אפילו אנוסים מחמת נפשות לא מהימני רק שהמקשן הקשה על מה שאמר בברייתא אלא יהרג ויהא תלוי קולר בצואר עדים דלמה נחשוד אותם כלל שהגידו שקר בתחלה ולזה משני כיון שנותנים טעם שעשו בשביל שנאה פלוני ויש רגלים לדבר קצת זה נותן מקום לחשוד אותם ולכן אמרו שיהי' קולר כו' אבל פשיטא דלענין שיהיו נאמנים לחזור מעדותן בשביל טעם כזה זה [לא] עלה על לב כלל אבל אם הם חוזרים ונותנים לדבריהם אמתלא גמורה בדבר שהם מצויים לטעות וכהוא תברא כו' פשיטא דבטעם כזה שפיר נאמנים.

וכ"כ אא"ז בשמ"ח סימן א' לענין הטבח כשאומר טעיתי בדבר שמצוי לטעות הוי אמתלא: ולפ"ז אפשר דאין חילוק בין אם נותן אמתלא הניכרת לב"ד בשביל איזה דבר טעה ובין אם מודה ששיקר במזיד מתחלתו ונותן אמתלא לדבריו בדבר שנראה לב"ד קצת שכדבריו כן הוא. ולפ"ז בנ"ד כיון שכן דרך הגולים ממקומם ובורח מחמת איזה סיבה לשנות את שמו לפעמים י"ל דאפילו אם נאמר מה שהוחזקו שמו הוי כהגיד בב"ד מ"מ מהני ליה אמתלא כי האי דהוי כדבר המצוי לטעות בו דנאמן לחזור וה"נ מצוי לשנות שמו אך לענ"ד אין מקום להקל מחמת זה כיון שהוחזק בפי כל בשם זה ולא נפל ספק בלב שום אדם אין אמתלא מועלת אפילו בכה"ג כמו שנראה מדברי אא"ז בשמ"ח סימן א' ובת"ש שם ס"ק ע"ח ע"ש וגם י"ל דוודאי אם היה מבואר לנו שכדבריו כן הוא שברח מאשה שהי' לו בק"ק לאקטש שפיר הוי זה שאומר שלכך שינה שמו במתכוין אמתלא הניכרת לב"ד אבל הכא אנן לא מהימנינן לי' אהך מלת' גופא שאומר שיש לו אשה במקום אחר וא"כ לא מהימן כלל דודאי מי שנוסע ממקום למקום בסתם אין דרכו לשנות שמו ודוקא אם היה ידוע לנו שאיש הזה נודד ממקומו מחמת דנפיש עלי' בע"ח או מחמת מרדין אז אם אומר ששינה שמו מחמת זה הוי כאמתלא שאנו רואין ממש בדבריו אבל אם אין הדבר ידוע לנו רק מפיו אנו חיינן לא מהני והיינו נמי טעמ' דאנוסין

מחמת נפשות אין נאמנת כ"א במיגו אע"ג דכתיבנ' דאין חילוק בין עדים לבע"ד לענין זה דאמתלא גמורה אף בעדים מהני בכל טעות שמצוי לטעות אלא ודאי דווקא כה"ג שהוא מצוי לטעות ואה"נ אם היה ידוע לנו שזה אנס אותם על נפשות והם אומרים שמחמת אונס זהחתמו שאנו מאמינים להם דהוי אמתלא הניכרת לב"ד.

אך התם מיירי שאין אנו יודעין משום אונס כלל לא סמכינן אדיבורייהו למשוי' אמתלא ובעינן מיגו דווקא וה"נ דכוותי' בנ"ד לא מהימן: ומצאתי בשו"ת כת"י שת"י תשובות הגאון המפורסם מו' יושע ז"ל בעל המחבר מג"ש ושם תשובה א' להגאון המפורסם מו' אברהם אב"ד דק"ק בריסק ז"ל שכתב וז"ל עוד יש מן הקושי בנ"ד איך נסמוך על הגוים שאומרים שהגיד להם שהוא מקראקא כו' מאן לימא לן דקושטא קאמר להו שבעל שכל יענה שהוא ממקומות הסמוכים גם תולין עצמם באילן גדול ר"ל בשרים הגדולים שבמדינה כו' וכבר הרגיש הרא"מ בתשובה סי' ע"ז וז"ל וא"ת היכא שלא הכיר שמו ושם עירו רק מפי עצמו מאן לימא לן שלא היה משקר כמנהג הולכי דרכים שמשנים שמם ושם עירם מפני כמה דברים כדלעיל לפי שלפעמים בורחי' מחמת ממון או מרד וכיוצא בו.

י"ל דכולי האי לא חיישינן דא"כ איך התירו חכמים את האשה כהיא דיוחנן בן יהונתן כו' עכ"ל. ואנא תיובתא חזינא כו' דמהאי עובדא אין ראייה דהתם היהודי לא שאלו על שמו ושם עירו אלא ע"י מעשה גבורתו בגייס כו' וכה"ג וודאי קושטא קאמר דמה לו לשקר להוציא שקר מפיו באונס והוא לא שאל אותו על שמו.

ועוד שהמעשה בעצמו מוכיח עליו שכן הוא. אך בנ"ד שהגוים שאלוהו כו' ועוד אפי' אם כדברי הרא"מ ז"ל כן הוא אין כאן ראייה אלא כעובדא דידיה שהמעיד שהעיד מפי המת ישראל הוה כו'.

וכן עובדא דהרא"ש ומהרי"ק כו' ובהא ודאי אנו מודים ליה דלא חיישינן שמא שינה שמו ושם עירו בפני ישראל דמה לו לשקר בפני ישראל דאי משום יראה אחזוקי ברשיעי לא מחזקינן מהאי חששא נמי שמא בורח הוא דחשש רחוקה הוא עכ"ל מהר"א ז"ל והגאון מ' יושע ז"ל השיב לו ע"ז דלדבריו אכתי תקשי על תירץ הרא"ש בעובדא דר' אשר דלמא ההיא ר' יוחנן שאני שלא נשאל על שמו משא"כ בההוא עובדא דלמא שינה שמו מטעמים הנ"ל או כדי לתלות באילן גדול שמא זה היה תלמיד חשוב אצל הרא"ש ותלה עצמו כו' ובזה נסתלק חילוק בין ישראל לעכו"ם דגם בישראל איכא למשכחי טעמים לשינוי השם בלא מחמת יראה וכמ"ש הרא"מ מה שכתב מכ"ת חששה רחוקה ז"א והלא בש"ס מצינו בני אדם הבאין משם לכאן יוסף כו'.

וכתבו המפורשים שכן דרך הגולין כו' ופשיטא דמצינו מעשים בכל יום דאם עוזבים את אבותם והולכים מתיראים שמא יכתבו כתבים אחריהם ומשנים שמותם שלא ידעו מוצאם ומבואם ולדבריהם יתרכו עגונות בכל יום כי נוכל למצוא כמה טעמים בכל דבר למה אמר כן ואצ"ל לע"ע דשכיחי בעו"ה לוויין ואין משלמין ובורחין ונשמטים למקומות אחרים לא היינו מתירין שום עגונה כו' עכ"ל.

והנה שם האריך עוד קצת בזה להביא ראיות דנאמן אף בעכו"ם כה"ג ולא חיישינן שעשה מיראה אבל מ"מ לא כתב תשובה נוצחת ע"ז שאנו מתירין ע"פ שהגיד שמו לא חיישינן שעשה כן לאיזה סיבה כיון שהוא ז"ל עצמו החזיק דבר זה מחמת ההוא דיוסף וקורין לו יוחנן כו' וכתב דשכיח טובי וא"כ באמת למה לא ניחוש לה ואע"פ שנצווה עלינו את העגונות מ"מ כיון דחששא איכא טעמא בעי ונראה מדבריו דהוא סובר דאע"ג דיש מקום לתלות ששינה שמו לאיזה סיבה כגון יראה או התפארות מ"מ אין זה רק מיעוט לבד דהא רובא דעלמא אע"פ שהם מטולטלין בדרך או עוקרים דירתם וקובעים אותו במקום אחר אינם משנים שמם ושם עירם כלל ולכן אם נודע מפיו שכך שמו אין תולין בשינוי כלל.

ואע"פ שהגאון ז"ל כתב דשכיחי דעבידי הכי ולפי"ז אפשר דהוי מיעוט דשכיח וקי"ל במשאל"ס אע"ג דרוב מתים מ"מ חיישינן למיעוטא דשכיח ומ"מ נראה שאין לדמות העניינים זה לזה דהא לא הוי מיעוט שכיח כ"כ בהא דמשאל"ס ועפי"ז אפשר לחתור היבשה בנ"ד ששינה שמו במתכוון. לפי שגלה ממקומו דשפיר מהימן ואע"ג דאין ע"א נאמן נגד החזקה ומכ"ש נגד הרוב דעדיף מחזקה י"ל דלענין זה חזקה עדיפא וברוב ע"א נאמן לומר שהוא מן המיעוט ואין זה בכלל סתירת הרוב וסברא זו כתבה הפ"י בקידושין דף ס"ג גבי הא דקדשתי את בתי ועוד הארכתי בענין זה כמבואר בחבורי בית אפרים על טרפות בקונטרס הראיות סי' ל"ט בדברים נכוחים בעזה"י והרוצה לעמוד עליהם יעיין שמה ולא רצייתי לכפול את הדברים מאחר שכבר יצאו לאור הדפוס בעזה"י: ולפי"ז אם נאמר דהך מילתא שאין אדם עשוי לשנות שמו חזקה מכח רובא הוא שרוב העולם אין עושין כן אפילו כשנוודדים ממקום למקום א"כ עדיין צ"ע אם הוא נאמן נגד הרוב ועיין במשבצות זהב סי' א' דאפילו בדבר שהוא בידו מסתפק אם נאמן נגד הרוב ולכאורה הא אפשר לצדד בנידון דידן דשפיר נאמן במה שאומר ששינה שמו וכדאי הוא להתיר האשה עי"ז כיון שנראה מכוונתו בזה שהוא מעותד למות ונתכוון להתיר האשה שבק"ק לקאטש אם כן אית ליה מיגו דאי בעי הוה אתי אמר פ' שבק"ק לאקטש יודע אני שמת בעלה והוי מהימן: אך באמת מבואר בההוא דמי שאמר בשעת מיתתו אין לי אחים כו' שדעת רוב הפוסקים דלא מהימן במיגו נגד החזקה ואף לדעת הרז"ה שם שסובר דמהימן טעמא כמ"ש הר"ן בקידושין דמיגו זו שבידו לעשות למיפטר בגיטא עדיף משאר מיגו דעלמא ע"ש: ובלא"ה דעת רוב הפוסקים בזה שם דלא כהרז"ה וכל שהוא מכחיש החזקה לגמרי אף במיגו לא מהימן ע"ש בטור וש"ע סימן קנ"ו: ועוד יש בזה מקום עיון ממ"ש הנימוקי יוסף פרק יש נוחלין אהא דאמר ר"י אמר עבדי וחזר ואמר בני הוא נאמן דמשמש לי כי עבדא קאמר וחילופ' אבית המכס כו'.

מיתיבי היה משמשו כעבד ואמר עבדי הוא וחזר ואמר בני אין נאמן כו': וכתב הנ"י ומקשינן ליה מהברייתא דאע"ג שמשמש לו תשמיש העבדים והיה יכול לומר משום זה קראתיו בשם עבד אפ"ה אינו נאמן כשאומר אח"כ בני הוא ואע"ג דהשתא אית ליה מיגו דאי בעי יהיב ליה לכולי נכסיו אין אדם נאמן לסתור הודאתו בשום מיגו כך פירש מורי נר"ו הריטב"א ז"ל: וכן י"ל אפילו לפי המסקנא והיינו דיהיב ר"י טעמא למלתא דמשמש לי כי עבדא ולא קאמר טעמא משום מיגו כו' ע"ש הרי מבואר דדוקא בנותן אמתלא שגם דבריו הראשונים סובלים כן ואין כאן סתירה לדבריו הראשונים שפיר

מהימן בחזירתו אבל בלא"ה אף במיגו לא מהימן לסתור דבריו הראשונים: ואף ע"ג דבברייתא דמי שאמר בשעת מיתתו יש לי אחים כו' פליגי רבי ור"נ אי מהני חזרה מדבריו הראשונים והיינו אף בלא מיגו ומכ"ש היכא דאיכא מגו.

י"ל דהתם כיון דס"ל לר"נ דמה לי לשקר כחזקה דמי ולא עקרה חזקה הראשונה לגמרי שפיר מהני חזרתו דשעת מיתה לאוקמי אחזקה קמייתא שהיה מוחזק באחים וכמ"ש רש"י שם וגם דהתם מסתברא שיש להאמין יותר למה שאמר בשעת מיתה וכמ"ש התוס' ביבמות ונראה שאין ר"ל משום דאין משקר בשעת מיתה אלא ר"ל דאיכא למיתלי שבשעת קידושין אמר כדי שתתמצה בקידושין ובשעת מיתה קושטא קאמר שלא יהא העון תלוי בו וכמ"ש רש"י שם וכ"כ הרמב"ן במלחמות שם בקידושין וז"ל ועוד קשה שהם מפרשים בשעת קידושין אמר אין לי אחים שהוא מיקל על אשתו כדי שתתמצה בקידושין וא"כ לא היה לנו להאמינו כדאמרינן בפרק יש נוחלין וחילופא אבית המכס כו' וכן היה לנו לומר כאן דכדי שתתמצה בקידושין אמר ולשעת מיתה שמעינן ליה כו' ועכ"פ נשמע מהא דאמר זה עבדי כו' דאף במיגו אינו נאמן לסתור דבריו אם לא באמתלא דמשמש לי כי עבדא קאמר ואפשר דאמתלא גמורה היא וכהיא דקפצו עליה ב"א שאינם מהוגנים כו' אבל כשאין שם אמתלא הניכרת לב"ד אף מיגו לא מהני וכבר כתבתי דגוונא דנ"ד לא נחשב אמתלא גמורה דמאן לימא שכדבריו כן הוא שהניח אשתו וברח ומחמת זה שינה שמו ובפרט דהעיקר אמתלא הוא שנאמין לו דעביד איסורא ועבר אחרם רגמ"ה וכ"כ בשו"ת מהרי"ט בא' שהחזיק עצמו לכהן ואח"כ חזר ואומר שאינו כהן אלא שרצה ליטול השם כו' דלא מהני כיון שהחזיק הדבר ע"י מעשה וכמ"ש הרשב"א בלבשה בגדי נדה וזה שעלה לדוכן לא מהני אמתלא: ועוד אילו לא היה כאן אלא מעשה שראינוהו שעלה לדוכן וקרא ראשון זה דינו של הרמב"ן אבל הכא חזקה גדולה איכא כאן דהחזק טפי משלשים יום ולא מהני אמתלא כלל ודבר זה תלמוד ערוך בידינו סוקלין ושורפין כו' ותו אין כאן אמתלא שאומר שעשה כן כדי ליטול השם ולהכבד בדבר אדרבה קיא קלון כבודו דלא חציף אינש לעלות על הדוכן פן מחר תגלה רעתו כו' אלמא יש לו לדאוג פן כבודו בקלון ימיר ולא כל מה שיטעון האדם על עצמו קרוי אמתלא אלא מלתא דמסתברא כו' עכ"ל מהרי"ט בשו"ת ח"א סי' קמ"ט וכאן נמי כיון דקעביד איסורא ולכך כן עשה אית לן למימר דלא מהני אמתלא וא"כ גם מיגו לא מהני: וראיתי בספר כתובה דף ק"ב שכתב בע"א נאמן באיסורין שאמר שלא בפני ב"ד נאמן כשיש לו מגו אף בלא שום אמתלא כו' רק היכא דשויא אנפשיה ח"ד אין מועיל מיגו.

וכתב דלכך מספקא ליה בטמאה אני כו' דהתם אע"ג שהאמינה תורה לומר טמאה אני מ"מ לא שייך שויא אנפשיה כו' דמשועבדת היא לו כמ"ש הר"ן סוף נדרים ע"ש. ולענ"ד אין הנידון דומה דגבי נדה כיון שנאמנת מה"ת ממילא שהתורה האמינה בזה נגד שיעבוד הבעל וכל שאמרה טמאה אני פקע ליה שיעבוד הבעל וחל עליה האיסור מצד דשויא נפשה ח"ד ובגוף הנידון אי מהני מיגו ראיתי בדבריו בספר המקנה בהל' קידושין סימן מ"ז שכתב דאף דאית לה מיגו לא מהני להכחיש דבריו הראשונים כמ"ש בחידושי כתובות דלא מהני מיגו וכדאמרינן גבי עדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון כו'.

(וזה צ"ע לפי מ"ש שם אח"כ דהעיקר בזה כמ"ש בכתובות לחלק בין אם העידו בב"ד בתורת עדות כו'). ועוד נראה דאם אחר זמן אמרה שמת אותו שקדשה נאמנת דלא גרע משאר אשת איש גמורה שאמרה מת בעלה כו' א"כ לעולם אית לה מיגו דאי בעי אמרה שמת אותו שקדשה וע"כ צ"ל דלא מהימנא אפי' יש לה מיגו כו' ע"ש והנה מה שמוכיח ממה שאינה נאמנת במיגו דמת יש לדחות דהיא יראה לומר מת בעלי פן יבוא הבעל ואף שיכולה מכחישתו לומר לא לך נתקדשתי אלא לאחר שמת אף עפ"כ נהי דקיימא לן האומר לאשה קדשתך אינו נאמן מ"מ נהי דלא מהימן לגבי דנפשיה מ"מ נאמן בזה שאומר שלא מת בעלה של אשה זו כלל ועדיין הוא קיים ופלגינן דיבוריה לענין זה וכ"כ הגאון גופא בספר המקנה דף ס"ג בההיא דא' נותן גט וא' כונס דאף ע"ג דהוי נוגע במה שאומר שהוא קדשה מ"מ מה שמכחיש את חבירו שלא קידשה חבירו אינו נוגע ובכה"ג אמרינן פלגינן דיבורא כדאיתא בסנהדרין כו' ע"ש וא"כ אם יבא אחד ויאמר שהוא בעלה יהיה נחשב כע"א שלא מת בעלה והיא מוכחשת במה שאומרת מת ולא יועיל עדותה שמת כלל כמבואר באה"ע סימן צ' סעיף באשה שאומרת מת בעלי וע"א אומר לא מת ולכך ניחא לה לומר שאינה א"א כלל שאז אף אם יבוא ויאמר אני בעלך אינו נאמן כשהיא מכחשתו: אך בנימוקי יוסף פרק האשה רבה כתב שהבעל אינו נאמן על עצמו לומר אני הוא והביאו הח"מ והב"ש בסימן י"ז ס"ק קט"ז.

וכן משמע מדברי הש"ס שם וע"ש בדברי רש"י ובאמת שצ"ע לפי מ"ש ברי"ו הטעם משום נוגע דמה נוגע הוא הא אסורה לחזור לו דהא קי"ל תצא מזה ומזה כו': וראיתי בספר עצי ארזים שהרגיש בזה וכתב דמטעם זה פירש רמ"א דאבעל שני קאי ובאמת צ"ע בש"ס דמשמע דגם הראשון לא מהימן. גם לפי זה סותר דברי עצמו שבסימן מ"ז כתב ג"כ להוכיח מדלא מהימן במיגו דמת בעלי.

ולפי מ"ש איהו גופיה דבעל הראשון לאו נוגע הוא ושפיר הוי עד א"כ אין כאן מיגו כלל. ואמנם דבר זה תלוי בפלוגתת המרדכי והריב"ש בהך דלדידי אוזיף בריבית' והש"ך בסימן ל"ד השיג על הריב"ש דהיכ' דיש לחוש לנוגע חיישינן שבשביל עצמו מעיד כן.

והאו"ת שם כתב שזה תלוי בפלוגתת הראב"ד ושאר מפורשים בפירוש דפלגינן דיבור' דלפי' הראב"ד דס"ל הטעם דבע"ד אינו בגדר עדות הוי שפיר נוגע. מה שא"כ לשיטת שאר מפורשים דס"ל דהוי לזה בריבית ולא לו אין לך סילוק גדול מזה ע"ש באורך ונפלאתי ע"ז דאטו למאי דמפרשינן שלוח בריבית אבל לא לו כוונת הדברים שהוא היה האומר כן דזה ודאי אינו שאיך אנו יכולין להפך את דבריו אשר שמענו מפיו כי שפתיו ברור מללו שלוח לו בריבית ואנן ניקום ונימא שלא אמר שלוח לו רק לאחר הדבר פשוט דגם שיטה זו ודאי שאין אנו מכחישין מה שבפיו מילא לאמר שלוח לו בריבית רק שאנו אין מאמינים לו על זה וכן מבואר שם בדברי הרא"ש במסכת מכות להדיא שכתב ומהמנינין ליה דאוזיף בריבית ולא לדידיה כו' הלכך בעיקר העדות שהם אומרים שרבע או שלוח לו בריבית נאמנים ובמה שאמר לדידי מילי אחרינא נינהו ולא מקבלינן מיניה כו' עכ"ל: ואם נאמר דכיון שעכ"פ אין נאמן ע"ז שאומר לדידי ואין משגיחין בעדותו שאמר לגבי עצמו כל עיקר רק אזנינו לוקחת שמץ מינהו מה שמעיד על אחרים.

ולכך לא מיקרי נוגע כיון שאין עדותו מתקבלת לנו מזה. א"כ הן הן הדברים לשיטת הראב"ד ג"כ שסובר דלפי שהוא בע"ד אין זה עדות כלל: וכן מבואר להדיא בריב"ש שכתב ופלגינן דבורא דמהמנינן ליה במאי דקאמר שפ' רבע ולא במאי דקאמר שנרבע לרצונו ולא אמרינן עדות שבטלה כו' דלגבי עצמו לא שייך עדים כו' וה"נ בההיא דבר בינתוס במה שהעיד על עצמו הוי כלא העיד כלל אבל מה שהעיד על בר בינתוס מהמנינן ליה וא"כ אין לומר בכאן שהוא נוגע בעדות ואע"ג דאמרינן גבי רבע את שורי דקרוב אצל ממונו לא אמרינן ושייך ביה עדות ולא פלגינן דיבורא כמ"ש הראב"ד הכא כיון דס"ס פלגינן דיבורא משום דאין אדם מע"ר א"כ אין כאן עדות לגבי עצמו כלל דהא פלגינן דיבורא והוי כאילו העיד על בר בינתוס שהלוח בריבית ולא הזכיר למי כנ"ל ע"ש.

מבואר דגם לשיטת הראב"ד אמרינן דהוה כאילו העיד שלוח בריבית ולא הזכיר למי. ומה שהקשה הש"ך דהא כשהוא נוגע יש לחוש שאומר כן בשביל עצמו נראה לפי עניינת דעתי בדעת הריב"ש דכיון שזה האומר לדידי אוזיף בריבית אינו בא לתובעו על הריבית שנתן שהוא יודע שאינו נאמן בזה.

כלל להוציא לעצמו מה שיאמר כי לקח ממנו ריבית רק שהוא מעיד כדי לפוסלו וכיון שכן פשיטא שאין כאן חשש שיעיד שקר בשביל הנאת ממון שהרי יודע שלא יגיע לו הנאה מחמת שיעיד שקר ובשביל זה פשיטא שהוא נאמן רק מה שיש לחוש בזה הוא כיון דעכ"פ יש בזה מקצת עדות שאינו נאמן עליו בשביל שהוא נוגע בעדות וא"כ נימא ביה עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה אף במה שמעיד לפסול את זה לזה אמר כיון דס"ס פלגינן דיבורא משום דאין אדם משים עצמו רשע א"כ אין כאן עדות כלל לגבי עצמו ושוב כתב דאף במקום שלא היה משים עצמו רשע בעדותו כגון שאומר לדידי גזל או גנב מצטרף לעדותו לפוסלו ופלגינן דיבורא ואע"ג דאדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן היינו במה שמעיד לחובת ממונו שמעיד על שורו להרגו אבל במה שי"ל הנאה מעדותו ואפילו הנאת ממון אמרינן דאדם קרוב אצל עצמו ופלגינן דיבורא כיון שבענין פסול האיש שאנו מאמינים אותו אינו נוגע בעדות וע"ז מייתי ראי' מהא דפירשו רבוותא גבי ולסלקו תרי מינייהו דמקרי תחילתו וסופו בכשרות דכיון דאינהו גופייהו בע"ד לאו עדים פסולים מיקרי ואינם בתורת עדות אלמא דכל שהוא נוגע בעדות אפילו בהנאת ממון לא שייך למיקרי עדות כלל ואפילו עדות פסולה וא"כ פלגינן דיבורא עכ"ל.

והדבר פשוט לפענ"ד בדעת הריב"ש דודאי כל זמן שיש לחוש שישקר בשביל שסבור שמגיע לו הנאה מזה פשיטא שאין מועיל מה דפלגינן דיבוריה ולכן התם בענין תנו מנה פלוני לעניי עירי אם באין להעיד מאנשי אותה העיר לא שייך לומר שיהיה נאמנים לגבי האחרים כיון שס"ס כשיתנו המנה לעניי העיר יבא להם הנאה מזה וחיישינן שישקרו בשביל זה ולכן צריך שיסלקו מעצמם הנאה זו ויתנו חלקם ואז באמת נאמנים ותחלתו בפסלות אין כאן.

דכל שלא סילקו עצמם הם חשובים כבע"ד ואין עליהם גדר עדות ומזה נלמד להיכא שמעיד דבר פרטי על עצמו כגון לדידי גנב כו' דלא שייך שישקר בשביל הנאת ממון דכל אדם יודע שאין אדם מעיד לעצמו וגם אינו בא לתובעו כלל וא"כ אין לפסול מה

שיוצא לנו מעדות זה שזה פסול לעדות מחמת עדות שבטל' מקצתה כיון דמה שאינו נאמן לעצמו אינו בכלל עדות שבטלה דהא הוא בע"ד וזה ברור מאוד למעיין בדברי הריב"ש.

ומעתה מה שהקש' הש"ך על הריב"ש מהא. דאריס אינו מעיד היכא דאית לי' פירא בארע' פשיט' דלק"מ דהתם החשש שיעיד שקר להעמיד' ביד הבעלים כדי שיטול חלקו בפירות ולא שייך שם כלל לומר שהאריס אינו מעיד בשביל זה כיון שידוע שאין נאמן לעצמו דהא עיקר עדותו שמעיד על השדה הנאתו תלוי' בזה ומקושרת עמו שאם ישתוק ולא יעיד יפסיד וכשיעיד ותשאר השדה ביד המחזיק ירוויח ופשיט דאין שייכות לזה הא דפלגינן דיבורא כיון שסמוך לבו בטוח שע"י עדותו מטיא לי' הנאה ממילא בפיר' דארעא.

גם מ"ש ומה שהביא רא' מרבנות' שכתבו דכיון דהוי בע"ד מהני סילק אינה רא' דס"ס סילוק בעינן כו': וגם באו"ת כתב דאדרבא מכאן רא' דבנוגע לא פלגינן דיבורא לשיטת הראב"ד דאל"כ למה צריך סילוק ע"ש ולענ"ד ז"א שהדבר ברור כמ"ש דהתם שייך לומר שיעידו שקר בשביל ההנאה שיבוא להם ע"י עדותם זה שהרי אם יועיל עדותם שיתנו המנה לעניי עירם יקל מעליהם קצבת העניים הסמוכים עליהם בהא פשיטא דלא סגי בלא סילוק משא"כ בלדידי גנב שאף שיועיל עדותן שיהי' זה נפסל לעדות מ"מ יודע שלא יפסקו ע"פ עדות זה ששייב לו הגניבה אשר אומר שגנב מאתו וכל ראיית הריב"ש משם אינו רק דכיון דחזינן דמועיל סילוק ולא חשבינן לי' תחלתו בפסלות אלמא דגם מחמת ממון אינו בגדר עדות רק בגדר בע"ד וא"כ שפיר שייך לומר בכה"ג דאין חשש עדות שקר מחמת זה רק שיש כאן ביטול עדות במקצת פלגינן דיבורא ולא אמרינן עדות שבטלה מקצתה.

ולפ"ז דברי הע"ש שהביא הסמ"ע בריש סימן ל"ז שכתב דנוגע פסול מטעם קרוב אצל עצמו הוא נכון דיש בו פסול גם מטעם זה כמבואר מהריב"ש. אך מ"ש הסמ"ע בשם הע"ש שם בס"ק ו' דלכך אף על חלק השותף לא מהני עדותו כיון שעל חלקו בטל שאינו מעיד לעצמו הו"ל כמו עדות שבטלה מקצתו כו' ובאמת ז"א דהעדות לעצמו אינו בגדר העדות רק מטעם דחשדינן לי' במשקר שיחלוק עמו אח"כ אתינו עלה התם וכמ"ש הסמ"ע ומ"מ אף היכא דלא שייך חשדה דהנאה נפסל לעדותו מחמת אדם קרוב וכמ"ש ומה"ט לא אמרינן עדות שבטלה לפי שאינו בגדר עדות ועוד יש להרחיב הדיבור בזה אך לפי שאינו מענינינו כ"כ רק הואיל ונתחדשו דברים אילו בעידנא דעסיקנא בעסק עלובא זו כתבתים פה.

ונחזור לענינינו שמדברי הגאון נ"י בספר המקנה נראה דלא מהני מיגו לחזור מדבריו הראשונים. ומשמע דלאו מטעם שויא נפשה ח"ד אתינן עלה אך אח"כ כתב דהעיקר לחלק בין אם העידו בב"ד בתורת עדות כו'.

וכבר כתבתי לעיל מזה. אך צ"ע מדברי הרמב"ן במלחמות בקידושין בההיא דמי שאמר בשעת מיתתו כו' תמה על רש"י ובעל המאור שכתבו באמר בשעת קידושין יש לי בנים אי הדר בשעת מיתה נעור' חזקה הראשונה של איסור שלא מצינו בתלמוד נאמן ויכול לחזור בו אלא כל שנאמן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וזה שאמר בשעת קידושין

יש לי בנים ואילו שתק בשעת מיתה אשתו מותרת כי הדר אמר אין לי בנים איך נעורה החזקה ראשונה של איסור שלא מצינו בתלמוד לאסרה כו' עכ"ל מבואר מדבריו דבכל גווני דאמרינן שהוא נאמן אינו מועיל חזרתו אח"כ בלא אמתלא אף אם היתה הגדתו הראשונה שלא בב"ד.

וכן הנימוקי יוסף בב"ב בעובדא דאמר חזיא לכהנא רבא כתב וז"ל כיון שאמר סתם ולא בירר כו' וכ"ש לפי מה שפירשתי בפנים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד עכ"ל ור"ל דכיון שכתב דמיירי ששמענו מפיו דלית לי בני' שוב אינו נאמן לומר שיש לו בנים. וכמ"ש לענין אמר בני ואח"כ אמר עבדי כו' אמנם משם יש לדחות דהתם י"ל שטעמו שלא נתן לו התורה הבחנה אחר הבחנה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כו' וכמבואר שם ומהאי טעמא אפילו תוך כ"ד אינו יכול לחזור בו וכמ"ש הרשב"ם והביאו הנ"י שם וכן לענין בכור דכיון שהכירו פעם אחד שוב לא נתנה לו התורה הכרה אחר הכרה (וגם י"ל דהתם כיון שהכרה השני' הוא לחובתו של זה או לחובת האחין לא מהימן לחזור אפילו באמתלא כמבואר באה"ע בסימן מ"ז בשם הרא"ה גבי נתקדשה לפלוני) אלא דמ"ש דאם אמר עבדי שוב אינו נאמן לומר בני משום דהוי סתירת דברי' ואפילו במיגו לא מהימן ובכה"ג דלא שייך שהוא מטעם יכיר שהרי אדרבה אמר שאינו בנו אלא דכל שהוא נאמן לומר שאינו בנו שוב אינו חוזר ומגיד וממילא דאף לומר שהוא בנו אינו נאמן: ומה שכתבו שלא נתנה לו התורה הכרה אחר הכרה היינו משום דס"ד דיכיר דקרא אתי לאורי' שיוכל להכירו אפילו כמה פעמים לזה אמר שלא נתנה לו התורה כו' וממילא שאינו נאמן לסתור דבריו אפילו ע"י מיגו וכמ"ש הריטב"א והנ"י שם.

אך יש לדחות דגם לענין זה שייך יכיר שהתורה זכתה לאב שיהי' נאמן להכירו אם הוא נכרי ואינו בנו או אם הו' בנו וכל שאומר עליו עבדי הרי הכירו שאינו בנו. ומ"ש הסמ"ע סי' רע"ט ס"ק ה' שלא האמינתו תורה אלא בכנו היינו לענין שיהי' נאמן לפוסלו כעבד אבל מ"מ שפיר הוי הכרה לענין זה שאינו בנו ומכ"ש דא"ש לפי מ"ש הסמ"ע שם שמה שנאמן לומר עבדי הוא היינו שאומר שהו' בנו שנולד לו מהשפחה והרי הוא עבד כוי א"כ גם בזה שייך שפיר יכיר שהו' מכירו לבנו מהשפחה והרי הוא עבד כו' ושוב אינו יכול לומר שהו' בנו מאשה כשרה אף ע"י מיגו.

משא"כ בעלמ' שפיר מהני מיגו אף לסתור דבריו הראשונים אך מדברי הש"ך בשם הר"ש מקינון ומדברי הש"ך גופיה שם בכללי מיגו סי' פ"ב מבואר דמיגו מהני אף בלא אמתל' שהרי כתב דהא דפריך והא שוית' נפשיה ח"ד היינו משום דחזרתה הי' לאחר כ"ד ומיגו לא מהני רק תכ"ד והתם נמי מיירי שסותר' דברי' שחזרה ואמרה פנויה אני ואפ"ה ס"ל דמהני מיגו.

אך באמת דברי הר"ש מקינון בזה הם תמוהים בעיני מאוד שנראה מדבריו דתכ"ד נאמנת לחזור בה מטעם מיגו ובאמת ז"א דבשלמ' בא"א הייתי וגרושה אני שייך מיגו בתכ"ד דלא הוה אמרה כלל שהוא א"א הילכך מהימן' לומר תוך כדי דיבור גרוש' אני שהפה שאסר כו' משא"כ כשסותרת דברי' תכ"ד פשיט' דאין זה מגו לומר שנאמנת ששיקרה מתחלה מיגו דלא הוה אמרה כלל ואפשר דס"ל דגם בזה יש מיגו דאי בעי הוה

אמרה גרושה אני והיתה נאמנות כיון דתכ"ד הוא ומ"מ אפשר דאין זה מיגו דהוה קפסלה נפשה מכהונה.

ואמנם פשט' דמלת' דאם חזרה תכ"ד שנאמנת אינו מטעם מיגו אלא הטעם כדקיי"ל בכל דוכת' תכ"ד כ"ד חוץ ממקדש כו' וכן בעדים יכולין לחזור מעדותם תוך כ"ד והלכך שפיר רשאה הו' לחזור באותו דבור עצמו. והכא לא דמי למקדש דא"י לחזור תכ"ד דהתם לענין מעשה הקדושין מיירי וכמ"ש הב"ש בסימן מ"ז ס"ק זיי"ן.

ונראה דגם הר"ש מקינון מודה לזה ולא בא אלא להוכיח דלאחר כ"ד לא מהני מיגו דאל"כ לא הוה פריך והא שו"י נפשיה ח"ד. וכ"כ הש"ך שם: ובאמת שגם זה צ"ע דהתם לא מהני מיגו כיון שאינה נותנת אמתל' לדבר' הראשונים א"כ הדברים הראשונים לא נעקרו ממקומם וחל על נפשה ח"ד.

ויש שכתבו שהו' משום נדר ולכך אין מועיל מה שטוענת עתה ששקר דברה במזיד במיגו ומהאי טעמ' כתבו דאינה נאמנת במיגו דמת בעלי וכמש"ל באורך משא"כ היכא דלא שייך שויה ח"ד אין מזה ראי' דלא מהני מיגו לאחר כ"ד ואע"ג דוודאי מוכח טובא בש"ס ופוסקים דמיגו לאחר כ"ד לא מהני כמ"ש הש"ך מ"מ נ"מ לענין אם איכא מיגו דהוה מצי למיטען עכשיו טענה אחריתי שהיתה נאמנות בה כגון מת בעלי או בנדה שעבר זמן שהית' יכולה לספור ולטבול אם יכולה לטעון שקר אמרתי א"א אני או טמאה אני במיגו דמת בעלי או ספרתי וטבלתי דלדעת הש"ך משמע דאף בכה"ג דמעיקר' שוית' נפשה ח"ד שהרי אינה אומרת אמתל' אפ"ה נאמנות במיגו ואחר העיון נלפענ"ד שהדין עמו בזה דהא גם בנותנת אמתל' ג"כ עכ"פ עתה היא באה לעקור דברים הראשונים שעשתה נפשה ח"ד ואפ"ה מהני עקירה דידה לפי שהוא אומרת לפנינו דברים של טעם למה אמרה כן ורגלים לדבר שכן הוא לא משגחינין בזה ששיותה נפשה ח"ד דאגלאי מלתא שלא אסרה איסר על נפשה רק שפתיה נעות לחפאות דברים אשר לא כן לפי שהשעה צריכה לכך וא"כ היכא שיש לה מיגו שהית' טוענת טענה שנאמנת בה ואומרת ששקר דברה מתחלהיש לנו להאמינה מחמת המיגו ואע"פ שאין כאן אמתלא ניכרת וגלוי' לב"ד מ"מ מחמת המיגו אמרינן דמסתמא היה לה איזה טעם כמוס עמה שהוצרכה לומר שקר זה אע"פ שאין הטעם מבורר לפנינו מ"מ המיגו שיש לה הוי כרגלים לדבר שהאמת אתה בזה וא"כ מיגו ואמתלא שוים דבתרווייהו לא איכפת לן מה דשוית' נפשה ח"ד: ואמנם כדי להשוות דעת הפוסקים שנראה מדבריהם דבכל גווני אינו יכול לסתור דבריו הראשונים ומשמע אפילו באמר חוץ לב"ד כמש"ל ולענ"ד דכ"ע מודו היכא שהדבור הוה לחובה או לתועלת עצמו יכול לחזור בו מחובה לזכות היכא דאית ליה מיגו וכגון ההוא שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנוי' אני דהא אין כאן גדר עדות כלל רק בעד שאינו בגדר עדות ובכה"ג דאית ליה מיגו טוען וחוזר וטוען משא"כ היכא שהענין שהוא מגיד עליו אינו נוגע לעצמו כלל כ"א לאחרים בין שהוא מדברים הנוגעים בממון או באיסור כגון ההוא דאמר יש לי בנים והוא נאמן ע"ז שוב אינו נאמן בדבור השני לסתור דבריו הראשונים.

וכן ההוא דאמר זה עבדי כו' אף דאית ליה מיגו דאין המיגו מועיל רק לגביה דנפשיה ולא לגבי דאחרים ועדים שאמרו אנוסים היינו מחמת נפשות שנאמנים במיגו שאני דאין

זה הכחשה גמורה לדבריהם הראשונים אלא שנותנים אמתלא לדבריהם הראשונים שאנוסים היו הרי נאמנים במיגו על אמתלא שלהם.

אלא שצ"ע משו"ת הר"ן סימן מ"ז שכתב שאפילו בעדות אשה אע"פ שהגיד חוץ לב"ד חוזר ומגיד בב"ד אע"פ שמכחיש דבריו הראשונים. ואע"ג דהר"ן דהתם מיירי באם אמר תחלה לא מת ואח"כ אמר בב"ד שמת אלא דמ"מ הוי ס"ד כיון דבעדות אשה א"צ שיעיד בב"ד עדותו חוץ לב"ד שאומר לא מת כאלו העיד בב"ד ולכך כתב דבכה"ג אינו יכול לחזור ולהעיד בב"ד: אך ז"א דמשמע התם דבכל גוונא יכול לחזור ולהעיד בב"ד ולומר אסור על מה שהעיד מתחלה היתר שהרי הביא ראיה מתוספתא דאיתא עדים שהעידו בין לטמא כו' עד שלא נחקרה עדותם בב"ד אמרו מבודים היינו הרי אילו נאמנים כו' הרי שכללו כאן כל מיני עדיות אפילו אותן שא"צ שיהיה נעשים בפני ב"ד שהרי שנינו בין לאסור ובין להתיר כו' וא"כ צ"ע בההיא דאמר כו' דמשמע אף שלא בב"ד ואין נראה לחלק בין ההוא דהתם דכתיב יכיר אז לא מהני חזרה אח"כ אף שהכיר תחלה חוץ לב"ד משא"כ בשאר מיני עדיות שנאמנים באמירתם שלא בב"ד שאין נראה לחלק בכך.

וגם צ"ע מדברי הרמב"ן במלחמות דלעיל ביש לי בנים כו' דמשמע אף שלא בב"ד. ואפשר לומר דדוקא אם עדות החזרה שלו היה בב"ד שפיר נאמן במה שאומר בב"ד טפי ממה שאמר תחלה חוץ לב"ד אע"פ שמכחיש דבריו הראשונים כמ"ש הר"ן שם לפי שאין אדם מדקדק בדבריו במה שאומר חוץ לב"ד משא"כ היכא שגם דבריו האחרונים היה חוץ לב"ד אין כח באחרונים לבטל הראשונים דמאי חזית דסמכת אהני שאמר אח"כ סמוך אהני שאמר מתחילה.

אך מדברי הרמב"ן והנימוקי יוסף דנקטי בלישנייהו טעמא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כו' משמע שאנו תופסין דבריו הראשונים לעיקר בכל גווני כאילו העיד בב"ד ומדבריהם נראה דס"ל כמ"ש בשו"ת ב"י בדיני עגונות סימן זי"ן דהא דנאמנים לומר מבודין היינו דוקא בשאר עדות שאע"פ שהגיד עדותו בפני ב"ד.

אין ב"ד דנין באותו עדות עד שישמעו אותו מפיהם מש"ה כל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד אין כאן עדות כלל הילכך יכולין לומר מבודין היינו אבל עדות אשה כיון שהוא משונה משאר עדיות דעד מפי עד כשר בו ואין ב"ד צריכין לשמוע מפי העד הראשון כיון שיצא העדות מפיו בפני העד השני הוי כשאר עדות שנחקרה בב"ד כיון דאין ב"ד צריכין לשמוע מפיהם אינם יכולים לחזור בהם כו' עכ"ל: וא"כ גם בההיא דאומר זה עבדי או באומר יש לי בנים כיון שאם שני עדים מעידים ששמעו כן מפיו סגי בהכי ואין בזה משום עד מפי עד שפיר אמרינן בזה דאין חוזר ומגיד.

ודברי הב"י בזה מובאין בקצרה בק"ע ע"ש וצ"ע על הב"י שלא הזכיר מדברי הר"ן ומ"ש הר"ן ראייה מהתוספתא שכלל כל עדיות אפי' אותן שא"צ בב"ד שהרי שנינו בין לאסור ובין להתיר כו' וכתב שזה ראייה שאין עליו תשובה י"ל דהב"י ס"ל דלדין יש תשובה דהתם מיירי בגוונא שבאים לאסור דבר דאתחזק התירא או להתיר דבר דאתחזק איסורא וע"ז דווקא צריך שני עדים להציא מחזקתו ואז יכולין לחזור משם קודם

שנחקרה עדותן בב"ד ואף להפוסקים הסוברים דע"א נאמן באתחזק איסורא מ"מ לפעמים אינו נאמן כגון בדבר שבערוה וכיוצא בו.

ובכה"ג הוא דאמרי' שיכולין לומר מבודין. אבל בדבר שא"צ ב"ד כלל לא שייך הך דעד שלא נחקרה כלל ומסייע ליה להב"י דברי הרמב"ן והנ"י דלעיל ודאיתן עליו בנ"ד שאנו דנין על מה שהחזיק שמו מתחלה ועתה רוצה לחזור בו ולומר מבודה הייתי אם עדותו מועיל לגבי אחרים לכאורה נראה שאין מועיל לסתור דבריו הראשונים ולאפוקי מחזקה ואפילו אי אית ליה מיגו דלא מהני לסתור החזקה שהחזקנו מתחלה שכך שמו נקרא ומכ"ש דאין זה מגו גמורה וכבר כתבתי שנראה בנ"ד שהחזיק שמו בעיר כמה שנים בעליה לתורה ושטרות כנחקר בב"ד דמי וגם אמתלא לא מהני בכה"ג דהוי כעדות אלא שיש מקום לומר דכיון דאית ליה מיגו שפיר נאמן על האמתלא אף בההיא דעדים וכהוא דאנוסים מחמת נפשות דאם אין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים במיגו: אבל כבר כתבתי דשאני התם שאינו סותר דבריו הראשונים כלל רק שאומר טעם למה הוצרך לעשות כן משא"כ הכא שהוא סותר דבריו הראשונים ואפילו תימא דגם בכה"ג נאמן במיגו על אמתלא שלו שעשה כן לפי שהיה לו אשה אחרת כבר כתבתי דמהרי"ט כתב דלא כל מה שיטעון אדם נקרא אמתלא רק מלתא דמסתברא ובגווני שיש לו לדאוג פן בחוץ יתגלה קלונו אין זה אמתלא וא"כ בגוונא דנ"ד שאמתלא שלו בעשה מעשה רשע לישא אשה על אשתו ולעבור על חרם רגמ"ה אין זה אמתלא וכן בשו"ת מהר"א בן חיים סימן ל"ז כתב שאם באנו לומר מדחזור ומגיד מטעם שהוא נותן טעם לדבריו על מה שאמר תחלה בפני ב"ד שלא היה יודע מפני שהכעיסוהו כו' ומפני זה חרה אפו וכבש עדותו דומיא מאי דאיתא בגמרא באשה שאמרה שהיתה מקודשת וחזרה ואמרה פנויה אני כו' גם ז"א דדוקא התם דלא עבדה איסורא במה שאמרה מקודשת כו' כי עביד איניש למיעבד כה"ג משום אמתלא אבל במידי דאיכא איסורא כגון כובש עדותו דאיכא דאם לא יגיד ואפילו את"ל דלא משמע לאינשי דאיכא איסורא בהכי מ"מ לא נעלם מהם דודאי לאו שפיר עביד לכבוש עדותו כל כה"ג נראה דלא מהני אמתלא כלל.

וכ"ש היכא שנגזר עליו בגזירת חרם ולא שת לבו גם לזאת. ואמר שאינו יודע דודאי לא מהני אמתלא כלל לחזור ולהגיד.

וכן יש לדקדק מההיא דהשביע עליו ה' פעמים כו' עכ"ל. ואף שאין הנדון דומה דהתם אינו נאמן לומר דבשביל אמתלא זו עביד איסורא משא"כ כאן דמה שאומר ששינה שמו ואין בזה איסור רק שהאיסור הוא בגוף האמתלא שאומר שרצה לעבור איסור ולכך שינה שמו אבל לא נהירא לחלק דס"ס יש לנו לומר דלא מהימן ליתן אמתלא גרועה כי האי דעביד איסורא וממילא שאין נאמן לומר ששינה שמו: ועוד יש לדון דאף אם לא היה כאן ענין זה של שינוי השם מ"מ יש לדון אם נאמן לומר שהיו לו אשה במקום אחר כיון דהא קמן שהיה נשוי במקום זה ואין נאמן לומר שעבר על חרם רגמ"ה דהא אין אדם משים עצמו רשע ולא שייך פלגינן דיבורא ונאמר שלא הוא שנשא אשה אשר בק"ק לקאטש אלא אחר א"כ אין כאן עדות כלל שמת בעלה של האשה אשר בק"ק לקאטש כלל וע"כ בשאנו באין להתיר את האשה הזאת אנו צריכין לומר שזה שמת הוא בעל האשה והרי לפנינו שנשא אשה עליה במקום זה ג"כ וא"כ בודאי רשע הוא והתורה

אמרה אל תשת רשע עד ומבואר בפוסקים דחרם רגמ"ה הוי איסור דאורייתא ורשע פסול לעדות אשה וכמבואר מהש"ס גבי הרגתיו דאי לא פלגינן דיבורא לא מהימן.

ואפילו אם נימא שיש כאן מיגו וכמש"ל מ"מ הרי מבואר מדברי ספר כריתות שהבי' הש"ך סימן פ"ב דאף במיגו אינו נאמן במקום שמשים עצמו רשע: איברא כי דברי ספר הכריתות והש"ך הם תמוהין לענ"ד כי מ"ש ראייה מפלוני רבעני לרצוני דלא מהימן במיגו דאי בעי אמר לאונסי ורוצה ללמוד מזה דלא מהימן למשויה נפשיה רשע במיגו שהיה אומר טענה דלא משויא נפשיה רשיע' וזה תימא שהרי טעמא דרב יוסף דאומר דלרצוני אין נאמן משום דאם נאמין לו הרי נעשה רשע דהא לא פלגינן דיבורא והתורה אמרה אל תשת רשע עד וא"כ פשיטא דלא מהני מיגו דהא אנן בעינן להרוג את הנפש על ידם ואפילו אלף מיגו לא יועילו בדבר שצריך עדים דלא אזלינן בתר אמתת הדבר כלל ואפילו קרובים כמשה ואהרן לא מהימני וכן לכל דבר הצריך עדים לא מהני עד וצריך מיגו וזה פשוט.

וכן מ"ש דהיכא שהטענה דעכשיו לא משויא נפשיה רשיעא אין נאמן במיגו שהיה טוען טענה שמשים עצמו רשע וראייתו מההיא דאם ירצה לומר מזיד הייתי הדברים צ"ע כמ"ש הש"ך דהא חכמים ס"ל דנאמן ומ"ש הש"ך שהרי כתבו התוס' וא"ת והאיך נאמן כו' לענ"ד תמוה דברור למעיין שאין קושיא מהתוס' אהא דנאמן במיגו כ"א על טענת המיגו דהאיך יהיה נאמן לטעון מזיד הייתי כיון דקיי"ל אין אדם מע"ר וא"כ אין לו להיות נאמן כלל באומר מזיד הייתי וא"כ פשיטא דלא שייך להאמינו במיגו דמזיד הייתי שהרי אף יאמר כן לא יהיה נאמן ואהא תירצו דודאי אם יאמר מזיד הייתי יש להאמינו כיון שאומר דרך תשובה כו' ולפיכך שייך שפיר מיגו וא"כ אדרבה היכא שאומר טענה שאין מע"ר בטענה זו ויש לו מיגו שהיה טוען טענה דמשויא נפשיה רשיעא והיה נאמן בה כגון באומר דרך תשובה שפיר הוא נאמן במיגו ובענין אחר לא משכחת שיהיה שייכות מיגו כיון דלא מהימן כלל למשויה נפשיה רשיעא ובמקום שהוא נאמן באמת אמרינן מיגו כדמוכח מההיא דאם ירצה לומר מזיד הייתי אך בתוס' דכריתות שם קודם לזה כתבו דאינו נאמן במיגו שיטעון טענה דמשויא נפשיה רשיעא והביאו ראייה מקידושין ולכך כתבו דהך מה אם ירצה כו' היינו דמתרצינן דיבוריה שכך היה דעתו ע"ש: אך בתוס' דב"מ פירשו ג"כ טעמא דמתרץ דיבורא משום דאל"כ הוי מיגו במקום עדים והשמיטו הקושיא שהקשו בכריתות דאין זה מיגו דלא משים אינש נפשיה רשיעא משמע דמהימן בכה"ג אע"פ שהטענה שטוען משים עצמו רשע.

אלא דהוה קשיא שלא יהא נאמן על אותה טענה עצמו ולזה כתבו דדרך תשובה שאני וכיון שנאמן בזה שוב שפיר מצינן לתרץ דיבוריה ואפשר שגם אם הוה שייכות מיגו כגון שאינו במקום עדות שפיר נאמן ואם כן תימא על הש"ך שהביא מדברי התוס' דב"מ וכריתות בהך ק"ו דאיך נאמן לומר מזיד כו' דלא הו"ל לאתויי מהא רק מ"ש התוס' בכריתות קודם לזה וכמ"ש וגם על ספר כריתות שהביא ראייה מזה צ"ע דנהי שהתוס' שם כתבו כן מחמת ראייתם מקידושין מ"מ מדברי הש"ס דכריתות גבי אמרו לו שנים כו' אין הכרח לומר כלל שלא יהיה נאמן בכה"ג במיגו ומצאתי בספר כנה"ג ח"מ סי' פ"ב כתב לפרש דברי ספר כריתות משום דקשיא ליה אהדדי הך דקידושין ודכריתות

ע"ש ודבריו דחוקים ועכ"פ לענין דינא מבואר דלפי מה דאמרינן אין אדם מע"ר אינו נאמן אף אם מפרש דבריו כן וא"כ צ"ע אם נאמן במאי שאומר שהיה לו אשה אחרת כלל ולפי מה דכתיבנא לעיל דאיכא למימר שיש לו מיגו שהיה אומר שהיה יודע שמת בעלה של אשה זו א"כ י"ל לפי מ"ש בכנה"ג בשם מהריב"ל שלדעת הרשב"א אם יש לו מיגו נאמן אע"פ שבטענה של עכשיו מע"ר א"כ שפיר מהימן בנ"ד ואפילו את"ל דאין זה מיגו דאפשר שלא בא להתיר רק להתוודה דרך תשובה ובכה"ג לא שייך מיגו מ"מ שפיר נאמן דממ"נ אם הוא דרך עדות להתיר האשה שייך מיגו ואם אינו דרך עדות רק דרך וידוי ותשובה פשיטא ופשיטא דלא שייך לחושדו שישקר ויתוודה ויאחזו דבר שקר ואדרבה בכה"ג אפילו במקום שמשים עצמו רשע נאמן כמ"ש התוס' בכריתות ובב"מ אלא שצ"ע שנלענ"ד דע"כ לא קאמרי התוס' התם דכל כה"ג שפיר נאמן אלא לגבי עצמו שלא נכוף אותו להביא קרבן שהרי הוא צווח שמזיד היה ואין רוצה להביא חולין לעזרה ומ"מ אם היינו דנין אם נפסל לעדות עפי"ז שאומר מזיד הייתי פשיטא שאין נפסל ע"פ עצמו אף באומר דרך תשובה וכן כל היכא שאנו צריכין לקחת מדבריו אלו איזה ענין שצריך להיות נאמן עליו בתורת עדות פשיטא דלא נפסל: וראיתי בשו"ת מהרי"ט חלק י"ד סימן מ"ח שכתב בענין שוחט שנשבע להפרד מאחיו ועתה אומר שהיה מושבע ועומד שלא להפרד שאינו נאמן כדאמרינן בכתובות דאנוסין מחמת ממון א"נ דאין אדם מע"ר ומיהו איכא למימר דדוקא בבא להעיד על אחרים לא מקבלינן דבריו אבל לעצמו נאמן ואע"פ שלא יופסל על פיו מ"מ יכול להפטר משבועה בתרייתא בטענה זו ותדע דתנן בכריתות כו' ע"ש ומ"ש מהרי"ט שם דלפי מ"ש התוס' משום דמתרץ דיבוריה כו' כי אמר הכי נאמן אע"ג דמשים עצמו רשע ומה שהקשה התוס' דהא מע"ר היינו דאי הוה טעמא דנאמן במיגו דאין זה מיגו טוב כו' אבל לטעמא דמתרץ דיבוריה ניחא שהוא עצמו טוען כך ומקבלין הימנו עכ"ל.

ודבריהם תמוהין לענ"ד שהמעייין בתוס' יראה שכוונתם כמ"ש דאף לטעמא דמתרץ דבוריה קשיא להו דהאיך נאמן אף אם יפרש דבריו כן ע"ש. ועכ"פ מבואר ממהרי"ט דלגבי אחרים א"נ אף בכה"ג שאומר שרוצה לחזור בתשובה לפי שנשבע לשקר ונעשה רשע לא מהימנינן ליה כלל וכן נראה מהך דאנוסין היינו מחמת ממון דאטו מי לא עסקינן שבאים לומר כן דרך תשובה ולהתוודות אשר חטאו בנפשותם להעיד שקר מחמת אונס ממון ורצונם לעכב שלא יצא התקלה מידם מכח אל הפועל ואפ"ה לא מהימני אע"פ שאין כת"י יוצא ממקום אחר ואית להו מיגו כיון שהם מעידים לגבי אחרים לא מפייהם אנו חיינן להאמין להם במה שאומרים שיצאו מחזקת כשרותם פעם א' רק שעתה הם עוזבים ומתנגדים.

וגם מבואר במהרי"ט שם דגם לגבי דנפשיה יועילו דבריו שלא להענישו לשעבר שמא עבר על שבועתו שהרי מסור לשמים אבל לעשותו לכתחלה בשאט נפש בטענה שמשים עצמו רשע אין שומעין לו כו' עכ"ל. וכעין זה כתבתי בביאור דברי התוס' דב"מ בק"א לשו"ת ב"ח החדשות דפוס קארעץ סי' פ"ד שנדפסו ת"ל ע"י ואז לא היה למראה עיני דברי מהרי"ט הנ"ל ות"ל כוונתו לדעתו דהך דדרך תשובה לא מהני רק לגבי קרבן וכיוצא בו אבל מ"מ לגבי דידן אין אנו מעמידין על דבריו כלום כיון שאומר שנעשה רשע פ"א ומוציא עצמו מחזקת כשרות אינו נאמן.

וכן נראה לדברי התוספות ביבמות דף ק"ה שכתבו שאין לנו לכופו ולהביא חולין בעזרה לפי דבריו כו' ע"ש ובתשו' מהר"י הלוי סימן נראה מדבריו דכל שאומר דרך תשובה שפיר נאמן להשים עצמו רשע. ולענ"ד ז"א וכן מוכח לענ"ד ביבמות דף כ"ה דאמרינן והתניא אמרו לו לרבי יהודה מעשה בליסטים א' שיצא להרג כו' ואמר להם לכו אמרו לה לאשת שמעון בן כהן אני הרגתי את בעלה כו' והשיאו את אשתו ואם נימא דדרך תשובה מהני הוי ליה לדחויי דהתם היו דבריו אלו בדרך תשובה וכדי שלא תעגן האשה שנהרג בעלה על ידו הודה בהריגתו ודוחק לומר שהיה ידוע להם דעובדא זו לא היה בדרך תשובה אלא משמע דבכל גווני לא מהני כיון דעכ"פ משים עצמו רשע וכן מוכח מדברי הנ"י בב"ב שאביא דבריו לקמן ושאר מפורשים דבכל גווני אמרינן אין אדם מע"ר.

ומדברי הש"ס אלו מוכח לכאורה דאף במקום מיגו אין אדם מע"ר דאל"כ אין משם ראייה דדלמא התם טעמא משום דנאמן במיגו דאי בעי הוה אמר יודע אני שמת בעלה של אשה זו וא"ל דשאני התם דלסטים היו. וגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה ז"א דא"כ מה הקשו לרבי יהודה.

דלרבנן מי ניחא דנהי דנימא פלגינן דיבורי' והוה כאומר שאחרים הרגו מ"מ הא בלא"ה פסול לעדות הוא אע"כ דאע"ג דלפי מה דס"ד לרבנן ליסטים היה מ"מ לא נתברר בעדים כשרים לפני ב"ד ישראל שהם ליסטים וגם לפי הס"ד דפריך והא יוצא ליהרג קתני ג"כ ידע דלאו ליהרג ע"פ ב"ד ישראל מיירי רק דהוה ס"ד דגם ב"ד של א"ה דייקי וקטלי ולזה משני דב"ד של א"ה לא דייקי וקטלי אבל מ"מ לא מיירי בגוונא שנתברר בב"ד של ישראל ונגמר דינו להריגה דלפמ"ש קשה אליבא דר' מנשה מ"מ מאי טעמייהו דרבנן דנהי דנפלוג הך דיבורא מ"מ הא פסול הוא בלא"ה שהרי רוצח הוא בודאי אע"כ כמ"ש וא"כ מוכח דבכה"ג אף מיגו לא מהני: ולכאורה יש לדון ולעיין בהא דנאמן אדם לומר בני זה בן גרושה או בן חלוצה דהא אין אמע"ר ולא שייך בזה פלגינן דיבורא דאם הוא מאחר א"כ אין ליתן עליו דין חלל מפסולי כהונה כלל.

וגם דהא ר"י קאמר לה ואיהו לא ס"ל פלגינן דיבורא כמבואר ביבמות דף ק"ה והנה בקידושין דף ע"ח אהה"ל דזה בני ממזר פירש"י שנולד לו מחייבי כריתות. והפ"י שם הוקש' דבכה"ג ודאי לא מהימן דהא א"א מע"ר וכתב דמיירי שנותן אמתלא לדבר שלא ידע שאסור לו בח"כ ובספר המקנה שם כתב דלא על רש"י תלונתו דכמו כן קשה אהא דקאמר ר"י דנאמן לומר בני זה הוא בן גרושה כו' וכ"ש לפירוש רבינו אלי' בתוספת דף ע"ד דקרא דיכיר קאי על בן השנואה ודוחק גדול לאוקמי קרא בשוגג וצ"ל דמיירי בידוע שבן השנואה הוא הבכור כמשמעות הכתוב וכן במתני' מיירי בכה"ג שידוע שאשתו היא מח"כ רק שאין ידוע אם הוא בנה כו' ע"ש.

ולדבריו צ"ע ביבמות דף מ"ז דקאמר ומי אמר ר"י אבנו לא מהימן והתניא יכיר יכירנו לאחרים כו' ומאי קושיא דלמא ע"כ לא קאמר ר"י אלא היכא דודאי חד מינייהו בן גרושה היא אז האמינתו התורה לברר מי הוא כיון דאתחזק בינייהו חד דב"ג הוא משא"כ היכא שרוצה לפסול הבנים לעשותם כנכרים ולא איתחזק איסורא כלל אפילו חד אלא ע"כ דהש"ס משמע לי' דר"י בכל גווני מיירי.

ובעיקר הקושיא כבר עמד ע"ז בנימוקי יוסף בב"ב פרק יש נוחלין וז"ל וא"ת האיך נאמן לשום עצמו רשע שנשא גרושה או חליצה יש לומר כגון שאומר שוגג הייתי ובאומר על בנו ממזר אין אשתו נאסרת שיפסלו הבנים שיהי' אח"כ משום בני זונה דאיסור שוגגת הוי ואינה נפסלת באשת ישראל כו' הריטב"א ז"ל עכ"ל.

והוא כדברי הפ"י ומ"מ מ"ש הנ"י שאין נפסלין הבנים שיהי' אח"כ משום בני זונה צ"ע דהא אפילו אם היא מזיד' קיי"ל ביבמות דף מ"ט הכל מודים בבא על הסוטה שאין הוולד ממזר. ואפשר דס"ל כדעת ר"ת שם בתוספת ד"ה סוטה שכתבו דר"ח סובר דממזר מדרבנן הוי ואפשר דגם לדעת החולקים על ר"ח י"ל דמ"מ פגום לכהונה מיהא הוי ואע"ג דדעת הב"ש באה"ע סימן ד' ס"ק ק"ה שהבנים הנולדים אח"כ כשרים אפילו לכהונה ע"ש: וכן הוא באמת דעת הרשב"א ביבמות דף פ"ה ע"ש שמוכיח כן מרש"י מ"מ דעת הים של שלמה בפרק ד' אחין ובפרק החולץ סימן ל"ט דפגום מיהא הוי מק"ו דאלמנה לכ"ג ע"ש וא"כ אפשר שזה דעת הריטב"א ג"כ כמבואר מדבריו שכתב ואפילו אמר שהי' מזידה א"נ להפסידה כתובתה לא על הבנים שילדה אח"כ לפוסלם לכהונה ולפי שאינו מעניינו קצרתי.

ולפ"ז בנ"ד נמי י"ל דאע"ג שנשא אשה במקום אחר ומשים עצמו רשע ולא שייך פלגינן דיבוריה מ"מ י"ל דפלגינן דיבוריה שלא נעשה רשע ושוגג הי' בזה שלא יודע שיש בזה חרם רגמ"ה ועבירה היא בידו רק הי' סובר שמה שמכין ועונשין מי שנושא לו נשים שתיים אינו אלא סייג ומנהג בעלמא שנהגו כן וא"כ אינו משים עצמו רשע באמירה זו.

ואע"ג דהנ"י מיירי בגוונא שאומר כן בפירוש ששוגג הי' מ"מ י"ל דגם בסתמא לא משוינן ליה רשיעא ומוקמינן ליה בחזקת כשרות דלא עבר במזיד על החרם רק שוגג היה דאיכא אינשי דמשמע להו דליכא איסור בה כי כיון שאשתו לא מצאה חן בעיניו ובקושי יכול לרצות' לגרשה סבור שבדין הוא עושה מה שהולך למקום שאין מכירין ונושא אשה שם.

וגם כיון דאיכא דיעות דבזה"ז אין לכוף מי שעבר על חרם רגמ"ה מאחר שכבר נשלם האלף החמישי ואע"פ שאין נוהגין כן מבואר בב"ש שם דאין זה אלא כדברים המותרים ואחרים נהגו איסור ובמקום ספק מעמידין על דין תורה ע"ש. ומבואר בה' קידושין סימן דהיכא דאיכא פלוגתא לא שייך אדם יודע כו' אפילו אי תימא דזה הוא מלתא דלא שכיחא שיהיה שוגג בדבר זה ולא ידע שיש חרם בדבר מ"מ הוא באמת לאחר אלף החמישי והגזירה כבר בטלה ואינו רק מנהג שנהגו להאמין כמבואר בד"מ וגם מבואר שם דאינו אלא תקנה בעלמא ובשל סופרים הלך אחר המיקל וכ"ש בתקנה בעלמא כו' אלמא דמיקל בהך מילתא, ועיין בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן ב' שכתב שנחלקו חכמים אי הוי דאורייתא או דרבנן ולא הכריע בזה ואין להאריך.

דבכאן עכ"פ י"ל ששגג בדבר או ידע בנפשו שהוא מן הדין לגרשה ואינה רוצה ליקח גט ממנו דבכה"ג לא תיקן רגמ"ה כמבואר בש"ע או יש לדונו לזכות בשמיעה ששמע שמתה אשתו ולכך נשא אחרת ואע"פ שנודע לו אח"כ כי עודנה חי' היה סובר שאין בזה עון אשר חטא וכיון דאיכא כמה גווני דאפשר שאין נעשה רשע ע"פ הדברים האלה שפיר אמרינן פלגינן דיבורא.

ועיין בשו"ת הרשב"א סימן אלף רל"ז גבי אני באתי על אשתו] (אשתי) כו' שכתב דלא פלגינן דיבורה כו' וא"ת אכתי אפשר לאונסו וכגון שנתקשה כו' לא הוא דדבר רחוק הוא זה ובהא לא אמרינן פלגינן דיבוריה כו' ובהרגתיו אמרינן לא לרצונו אלא לאונסו א"נ בשוגג עכ"ל. וצ"ע דלמה לא נימא גם באני באתי על אשתך דהיינו בשוגג וא"ל דלא שכיח שיהיה שוגג באיסור א"א מ"מ שפיר י"ל ששגג וכסבור אשתו זאת וכהיא דיבמות דף ל"ג שהוחלפו נשותיהן כו'.

ואפשר דס"ל דגם זה לא שכיח ולא פלגינן דיבורא בכה"ג וצ"ע. שוב מצאתי בשו"ת נ"ב סימן ע"ב שהרגיש בזה וכתב דהתם לענין קטלא מיירי שצריך התראה ע"ש בדף פ"ה.

וגם באו"ת סימן ל"ד כתב כזאת ע"ש. ועכ"פ בנ"ד שפיר י"ל כמ"ש ועוד י"ל אחר שאבאר פלוגתא דר"י ור"ב בענין פלגינן דיבורא דר"י סבר דלא פלגינן דיבורא ולכך קאמר רשע הוא והתורה אמרה כו' וכוונת הדברים דודאי גם רב יוסף אזיל ומודה שאין אדם נפסל ע"פ עצמו והוא כשר מכאן ולהבא לכל עדיות שבתורה אלא שעל עדות זה עצמו אין מקום להכשירו כיון שבאותו דיבור עצמו אמר שרבעו לרצונו וא"א לנו לקחת מדבריו מקצת מה שמועיל להעיד על אחרים ולהניח המקצת מה שהוא מעיד על עצמו אלא אם אנו באין לדון על פי עדות זה אנו צריכים לקבל העדות בשלימות וא"כ נלמד ממנו שזה הוא רשע והרי הוא פסול לעדות וממילא שהעדות בטל ולדעת רבא סובר כיון דמה שהוא מעיד לפסול את עצמו אינו עדות לפי שאדם קרוב אצל עצמו א"כ אין מקום חשש פסול עדות מחמת רשע שאין אנו לומדים מתוך דבריו רק מה שהוא מעיד על אחרים ולא מה שהוא מעיד על עצמו אף על פי שבדבור אחד היו הנדברים מ"מ פלגינן דיבורא והדברים פשוטים בסוגיא שם.

ולפ"ז בנ"ד נראה דאפילו אם היו מתברר לנו שכדבריו כן הוא שנשה אשה על אשתו מ"מ לא נפסל לעדות בשביל זה כמבואר בש"ע ח"מ סימן ל"ד שכל שרוב העם אין יודעין שהעושה דבר זה הוא פסול לעדות מדרבנן כשר לעדות אשה. ועוד דאפילו החשוד על העריות לדברי הפוסקים כר"נ בסנהד' דף כ"ו אינו פסול לעדות רק על עדות אשה לאפוקה הוי חשוד מדרבנן כמבואר בח"מ וב"ש באה"ע סימן מ"ב וכאן פשיטא דשייך נמי האי טעמא דיצרו תקפו במה שנשא אשה על אשתו ולא נפסל לעדות משום זה ואפילו מדרבנן דהתם קאמר הטעם דא"נ לומר מת בעלה או גירשה לשוי' פנויה דתיהוי שכיחא ליה משא"כ בנ"ד נראה דלא שייך הא מלתא כלל: אך דבאמת אף לדעת רב ששת וכך דעת הפוסקים מ"מ דוקא בערוה דאורייתא מה שא"כ בדרבנן דקיי"ל דכשר לעדות אשה וא"כ לדעת רב יוסף דס"ל שאנו לוקחין כל כמות שהוא אלא דמ"מ פסול משום דרשע פסול לעדות א"כ בנ"ד דאין כאן פסול עדות מחמת זה שפיר אנו מכשירין כל העדות כמות שהוא: וכן מבואר ביבמות דרב יוסף ס"ל דגזלן דאורייתא נמי כשר לעדות אשה ולכך בהרגתיו תנשא אשתו.

וא"כ אף דאנן קיימא לן דגזלן דאורייתא פסול מ"מ כאן דאין כאן רק דרבנן שפיר מהני עדותן אך דלדעת רבא דס"ל שאין אדם משים עצמו רשע ואין אנו יכולין להשתמש בענין עדות זה מה שהוא מעיד על עצמו שנעשה רשע ולכך במקום דשייך פלגינן דיבורא

מהימן. ולפי"ז לכאורה הוי איפכא אליבא דר"י דלדידיה בגוונא דנ"ד דלא שייך פלגינן דיבורא לא מהימן לפי שא"א לנו לתפוס דבור זה שמשים עצמו רשע לאמת כלל ואנן כדברא קיי"ל בהא כמבואר בדוכתי טובי וכבר כתבתי לעיל דאפי' במקום מיגו י"ל דלא מהימן וראיתי בדברי הגאון נ"ב סימן הנ"ל בד"ה והנה הא דפשוט כו' שכתב דלרב יוסף אמרי' מתוך שנאמן על חברו נאמן על עצמו אלא דפסול משום רשע וכו' וכן הוא לרבא היכא דלא פלגינן דיבורא נאמן על הכל משום מתוך אלא שעדותו פסול משום רשע כו': ולכן כתבתי היכא שהעדים התוודו ושבבו בתשובה שפיר נאמנים ולכן כתב שם אח"כ לתרץ דברי הרשב"א גבי הודה החשוד שזינה עמה דשם מיירי בסוטה דפסולין נאמנין מלבד פסולי עדות דאורייתא מטעם דמשקרים כו' ע"ש והוא תמוה מאוד דהא רבי יהודה סובר הרגתיו לא תנשא אשתו משום דס"ל לא פלגינן דיבורא.

אע"ג דאין פסול לעדות אשה רק פסולין דאורייתא. וכבר הקשינו זה להגאון ז"ל בחייו והשיב לנו באריכות לחלק בין דינא דהרגתיו לדינו דהרשב"א ונעשה סניגרינן לדבריו אבל קושטא דמלתא לענ"ד כדכתיבנא וגם לרב יוסף לא אמרינן מתוך כך כו' אלא כך אנו אומרים שא"א לתפוס מקצת הדברים ולהניח מקצת הדברים וכשאנו תופסין כולם הרי נעשה רשע ורבא ס"ל דכמו דלעדות שאח"כ אינו נפסל עפ"י עצמו כמו כן לאותו עדות עצמו אין אנו חוששין לדברים אלו שמשים עצמו רשע ואינו נאמן עליהם ולכך שפיר הוא נאמן על שאר דברי עדות דפ"ד והיכא דליכא למימר פ"ד אינו נאמן כלל: וזה מבואר ממ"ש לעיל בשם התוס' אהא דאם ירצה לומר מזיד הייתי דהא אין אמע"ר ועיין בדברי הר"ן בריש פרק שבועות העדות בשם הרשב"א שהקשה דאי במודה שהזיד דידע ולא העיד הא א"נ להשים עצמו רשע והר"ן שם תירץ דזה דוקא לענין פסול עדות ולא לענין לחייב עצמו ע"ש וכך מבואר מדברי הר"ן בכתובות בשם הראב"ד גבי משמשו נדה כו' ועיין בק"א לשו"ת ב"ח החדשות וכך מבואר מדברי הפוסקים גבי טוען לקחת ריבית ולדעת קצת הפוסקים אפילו לפטור עצמו ממון א"נ להשים עצמו רשע ועיין באו"ת בכללי מיגו ס"ק שהביא שם דברי הג"א דב"ק במעשה דפרג' כו' ע"ש ומ"ש שם לדמות הא דאנוסים מחמת ממון כו' להך דרבנן לענ"ד צ"ע דאין ענין עדות לטענת בע"ד דבטענת בע"ד לא שייך פ"ד גם צ"ע במ"ש שם כל ראייתו (חי') מהדא דאנוסים כו' ולקצר אני צריך.

ועכ"פ הדבר מבואר דמה שאינו אומר לגבי עצמו רק לגבי אחרים ומשים עצמו רשע בעדותו אינו נאמן אך נלענ"ד דגם לרבא א"ש דהא עיקר טעמא דאין אדם מע"ר הוא משום דאדם קרוב אצל עצמו ואינו נאמן להוציא עצמו מחזקת כשרות שהיה בו תחלה וזה דוקא לענין שאר עדיות משא"כ בעדות אשה דקיי"ל אפילו קרוב נאמן דלאו מתורת עדות אתינן עלה אלא דהכי קים להו לחז"ל דלא משקר במדל"ג או דאיכא חזקה אשה דייקא ומנסבא ומהני חזקה זו להוציא אשה זו מחזקת חי וחזקת א"א א"כ ה"נ נאמן להשים עצמו רשע אע"ג דאדם קרוב אצל עצמו כיון דלגבי התועלת שיוצא ממנו להתיר אשה זו לא קפדינן אפסול קורבה ואע"ג דאין אנו פוסלין אותו בשביל זה לעדות על להבא מחמת פסול קורבה אצל עצמו מ"מ בעדות זו שפיר נאמן דהא רבא ס"ל דפ"ד ולא אמרינן ביה עדות שבטלה מקצתה לדידיה ואין להקשות דהא גבי הרגתיו ס"ל לר' יהודה ל"ת אשתו משום דלא פ"ד ז"א דהתם נהי דנימא שיכול להשים עצמו רשע לענין

עדות אשה שאין קורבה פוסל בה מ"מ הא שם בהרגתיו הו"ל רשע דאורייתא ופסול לעדות כדאמרינן התם אליבא דרב יוסף אבל רבנן ס"ל כרבא דפ"ד משום דמה שמעיד על עצמו שהוא רשע א"נ ע"ז ואע"ג דכתיבנא שלעדות אשה שפיר נאמן.

היינו אם באנו להקל עליו מחמת עדות זה דהאמינו חכמים אפילו קרוב ואפילו עבד ואפילו שפחה והאשה עצמה נאמנת משא"כ לענין אם יש חומרא אי מכשרינן קרוב לעדות פשיטא דלא מהימן ולכך שפיר אמרינן אדם קרוב כו' ופ"ד ומכ"ש דא"ש לשיטת הראב"ד דס"ל דהא דקאמר אדם קרוב אצל עצמו כו' היינו אע"ג דפרי' בהאי סהדותא מלתא דלא מהימן עליה מ"מ לא אמרינן עדות שבטלה מקצתו כו' דהוא בע"ד ואינו בגדר עדות.

ורב יוסף דס"ל דלא מהימן ס"ל דבאמת אין כאן ביטול מן העדות אפילו מקצתו דלגבי אחריני אנו משתמשינן בכל העדות כמות שהוא אלא דמ"מ לא מהימן דהא נעשה רשע והתורה אמרה כו'. ורבא פליג וסובר דיש כאן ביטול מקצת העדות שאינו נאמן להשיב עצמו רשע אלא דמ"מ לא אמרינן עדות שבטלה דבע"ד אינו בגדר עדות: ולפי"ז צ"ל הא דס"ל לר"י דהרגתי דלא תנשא אשתו אין הטעם משום דכיון דלא מהימן על מה שעושה רשע ובטלה מקצתו בטל כולה דז"א דנהי דנימא דר"י לא ס"ל בהא כרבא דמה שמעיד על עצמו אינו בגדר עדות ופלגינן דיבורא אלא ס"ל דלא פלגינן דיבורא ובכל גווני בטל כולו.

מ"מ אכתי קשה דלענין עדות אשה נראה דכ"ע מודו דלא אמרינן הך סברא דעדות שבטלה מקצתה דהא אין בזה גדר עדות כיון שאפילו עבד או אשה או שפחה נאמנים אלא הטעם הוה דר"י ס"ל כרב יוסף וכדאמרינן התם להדיא ולכך יש לפסול כל העדות משום שנעשה רשע והתורה אמרה כו': ולפי"ז י"ל דגם אליבא דרבא אין הכרח למפלג דבורא ולבטל מה שאומר שנעשה רשע רק היכא שאנו רוצים לפסול העדות בשביל אמירתו שאומר שנעשה רשע ע"ז אנו אומרים שא"נ לפסול עצמו כי קרוב הוא לעצמו משא"כ אם אנו רוצים לקבל העדות בשלימות כמות שהוא שפיר אנו מקבלים אותו לגבי אחרים ואע"ג שא"א לקיים העדות במה שפוסל את עצמו מ"מ לא איכפת לן בהכי דהא לגביה דנפשיה אינו בגדר העדות ולא בטל העדות בשביל זה וגם דבעדות אשה לא אמרינן עדות שבטלה כו' וא"ל דהא כיון שנעשה רשע לא מהימן ז"א דכבר כתבתי דבנ"ד שלא נעשה רק רשע דרבנן שפיר כשר לעדות וגם יש לצדד בנ"ד ע"פ קצת פוסקים הביא דעתם באו"ת בכללי מיגו דס"ל דבאיסור דרבנן שפיר אמע"ר וכתב קצת ראייה מרש"י דמפרש פסולי עדות היינו משחק בקוביא ע"ש: העולה ממה שכתבנו שאין חשש לפסול עדות זה בשביל שמעיד על עצמו שנעשה רשע.

אלא שעדיין צריך למודעי כיון דעכ"פ כה"ג אמתלא גרועה היא במה שאומר שנשא אחרת ועבריינא הוה ומחמת זה שינה שמו וכבר כתבתי דבלא"ה לכאורה נראה דכל שידוע לנו ששמו ראובן והוחזק כך זמן רב שאינו נאמן לסתור החזקה ולא דמי לשו"ת הר"ן שהועד עליו שקודם מעשה אמר שבדעתו לעשות כן ומצאתי בשו"ת פנים מאירות חלק בי"ת סי' קי"ג וקי"ד דאיתא שם עובדא כה"ג בא' שאמר קודם מותו שהוא ממקום פלוני ויש לו שם אשה ובן זכר והגיד שמו ר' יחזקאל בר' יהודה.

ובאמת בעל של האשה היה נקרא במקומו בשם החול העם ושמו הקודש יחזקי' וכתב שם הרב מוה' משה ברודא שבעדות זה יש לפקפק הרבה ואין כדאי להתירה אחרי ששמו החול העם לא הזכירה האשה המעידה ע"ז וגם שמו הקודש חזקי' והיא אומרת שאמר לה ששמו יחזקאל. והפמ"א השיב לו שיש מקום לצדד ע"פ עדות זה דגם בגט כה"ג אם א' שהיה שמו ראובן יצא למקום אחר וקרא שמו שמעון אם אין בעיר שהלך ממנה אשה אחרת ששמה כשם המבואר בגט תולין באיש זה שיצא ושינה שמו דלא נחשדו ישראל להכשיל ולקלקל אשת ישראל במזיד כו' ואם בגיטין כך ק"ו לענין עגונה כיון שלא יצא משם רק זה האיש בעלה של אשה זו ששמו העס אמרינן שהחזיק עצמו בשם אחר מטעם שכתב הרא"ש שכן דרך בני אדם הגולין ממקומם מחמת ממון או מחמת מרדין שמשנים שמם פן יחקרו מקום חנייתו ומתוך העדות שהגידו בבאמבורג ניכר שהיה בעל פליטה מחמת ממון ואמרינן שזהו בעלה של אשה זו ואף שלא הזכיר שם האשה מ"מ כיון דהזכיר שם מקומו ולא משתכח שם אחרת שבעלה יצא למרחקים ולא בא כ"א זה בודאי הוא בעלה של זו שהחזיק עצמו בשם אחר ואף שלא הוחזק בשם שלשים יום דזה הוי כמו בשעת הסכנה דכותבין אע"פ שאין מכירין ולא הוחזק אפ"ה כותבין וה"ה הכא כו' עכ"ל.

והנה מה שכתב שם מסוגי' דגיטין בהא דאמרינן והוא דאתחזק בתרי שמא כו' והאריך בזה ומזה הוציא דינו דבגיטין כה"ג מגרשין אשתו אע"פ שאין ידוע ששינה שמו אמרינן דמסתמא שינה שמו נפלאתי מאוד שבמחילה מכ"ת הפריז על המדה להקל בזה ואדרבא נראה מדברי הש"ס והפוסקים להיפך והדבר ברור שלא היה סומך למעשה להקל בזה אף בעגונה אם לא מטעמים שכתב אח"כ די"ל דחזקאל היא כינוי לחזקיה כו' וגם שעדים העידו שהאשה הפונדקית הגידה שאמר ששמו העם אע"פ שהיא מכחשת אותה האריך לצדד היתרים בזה אבל לסמוך על דבר זה לבד לומר ששינה שמו קשה לסמוך ע"ז וגם דהתם היה ידוע שברח מחמת ממון כמבואר מדברי העדות וכמ"ש הפמ"א שם אלא הא דבנ"ד עדיפא שהאשה מגדת שע"א אמר ששמע ממנו ששינה שמו במתכוון ומ"מ גרע בצד אחד במה שהחזיק שמו זמן רב בשם זה ותימה על הפמ"א במ"ש ואף שלא החזיק בשם זה ל' יום כו' ונהפוך הוא דודאי מגרע גרע אם היה מוחזק ל' יום בשם אחר ממה שהיה דש בעירו.

גם מ"ש דזה הוי כשעת הסכנה כו' תמוה ואין להאריך: ומה שנלענ"ד לצדד בזה להתיר בנ"ד אע"ג דחזקה על אדם שאינו משנה שמו ולהחזיקו זמן רב שלא נאמרו הדברים אלא לענין גיטין או לענין ממון דבזה אנו הולכין אחר החזקה משא"כ בעדות אשה דאפילו עד א' ואפילו עבד ושפחה והאשה עצמה נאמנת אע"ג דאיכא חזקת חיים דבעל וגם חזקת א"א משום עגונה אקילו רבנן וסמכו שמתוך חומר כו' חזקה אשה דייקא ומנסבא או משום מלתא דעל"ג ולא אזלינן בעגונה בתר חזקות אלו כלל דקים להו לחז"ל דחזקה דאשה דייקא עדיפא וא"כ מה לי תרי חזקה או תלתא חזקה.

ואע"ג דבעירובין דף ל"ו קאמר רבא התם תרי חזקה הכא חדא חזקה נראה דהיינו דוקא היכא דלא הכריעו חכמים דהך חזקה עדיפא וכגון התם דמיירי בנגע בא' בלילה וב' אומרים שמת קודם שנגע וב' אומרים שמת אח"כ כיון דאיכא חזקת חי וחזקת טהרות

הנוגע מטהרינן ליה משא"כ בחד חזקה לא מרעינן סהדי ואזלינן לחומרא משא"כ היכא דהכריעו חכמים דהך חזקה עדיפא מחזקה אחריתי אע"ג דבעלמא לא אמרינן אוקי חזקה נגד חזקה מכל מקום בהא קים להו דקושטא הכי הוא אין הפרש בין תרי חזקה לתלתא בזה שהרי העדיפו חכמים הך חזקה דאשה דייקא לגבי חזקה אחרנא.

אך צ"ע דבאמת הא מלתא גופא טעמא בעי דנהי דחזקה דאשה דייקא מחשב חזקה לאורעי חזקה וכמ"ש התוס' בכתובות דף כ"ב דחזקה אשה דייקא מרעא לחזקת א"א מ"מ מאי עדיפותא מחברייא אבל קושטא דמילתא הוא כמבואר בשו"ת מהרי"ף סימן ע"ב דלא אמרינן אוקי חזקה נגד חזקה אלא כגון חזקת הגוף כנגד חזקת ממון דחזקת הגוף הוא מטעם דאין לבדות הנולד והשתנות כו' וכן הוא חזקת ממון אבל בחזקה שהכריעו החכמים מצד הסברא כגון חזקה דאין אדם פורע ת"ז או חזקה דאין האשה מעיזה כו' שפיר עדיפא מחזקת ממון וכה"ג ע"ש באורך.

והשתא לפ"ז הדבר מבואר דלכך במקום דאיכא חזקה דאשה דייקא לא חשו חכמים לחזקת חי וחזקת א"א שהם אינם רק חזקה שאין לבדות הנולד והשתנות ואתי חזקה דאשה דייקא שהוא מצד הסברא ודחי לה: ולפ"ז עדיין צ"ע בנ"ד דאנו חוששין לחזקה דלא חציף אינש לשנות שמו ל' יום ומכ"ש זמן רב והך חזקה ג"כ מצד הסברא אתינן עלה וא"כ מה מפיס אי הך חזקה דאשה דייקא עדיפא מחזקה דלא חציף לשנות שמו או איפכא ועל אמירת הבעל לבד פשיטא שאין מקום לסמוך להתיר אם לא מחמת חזקה דייקא.

אך נלפענ"ד דלפי מ"ש שאם היה ידוע שנשא אשה במקום אחר שפיר הי' נאמן על אמירתו ששינה שמו דהיא אמתלא גמורה הוא וכמ"ש הרא"ש בההיא דיוסף וקורין לו יוחנן כו' שכן דרך הגולים כו' אלא עיקר החשש לפי שאין הדבר ידוע לנו אם נשא אשה במקום אחר אם כן אין כאן אמתלא הניכרת לב"ד שכדבריו כן הוא לזה שפיר מהני לן הך סברא דחזקה דייקא ומלתא דעל"ג שיהיה נאמן בדבריו אלו שהיה נשוי אשה במקום אחר ושינה שמו להתנכר וכבר כתבתי דאין חשש בזה משום אין אדם מע"ר דאפשר שיהיה בדרך היתר וממילא שאין כאן אמתלא גרוע כ"כ ג"כ ומכ"ש בזה דאיכא מיגו.

ומצורף לזה י"ל דכיון שהיה דבריו אלה סמוך למיתה יש לנו לומר שחזקה על אדם מישראל שלא ידבר כזב בעת ההוא ויכשיל ויקלקל אשה אחת הרחוקה משם מרחק רב ואין לו עסק עמה וכיוצא בזה אמרו חז"ל אין אדם משטה בשעת מיתה והנה נראה דבכה"ג שהוא הולך למות הוי חזקה דאין אדם חוטא ולא לו חזקה אלימתא הוא כיון דאין כאן חשדא שנעשה בערמא להתיר אשת חבירו בשביל איזה תועלת והנאה שיגיע לו מזה וכן מבואר מדברי הלבוש אה"ע סימן קכ"א גבי הא דבשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין משום דאימת מות עליו ולא יכשיל וכ"כ בהגהת פריש' שם טעם זה ואמנם הדבר תמוה לענ"ד דהא גם אהא דהלכו ולא מצאו שום אדם כו' המבואר ביבמות מיייתי נמי הש"ס עלה הך מלתא דבשעת הסכנה כו' אלא עיקר הטעם כמ"ש רש"י דאם לא נקבל עדות זה תשאר עגונה כל ימיה וזה מיקרי שעת הסכנה אבל מ"מ הא קמן דהלבוש והגהת פרישה פירשו כן אלמא דמילי דסברא נינהו שלא יעשה אדם דבר כזה להכשיל בשעת מיתה.

ובתשובה אחרת הבאתי סיוע לסברא זו מדברי הר"ן בגיטין פרק התקבל גבי הא דאמרינן גיטו כמתנתו כתב הר"ן וז"ל נ"ל דהכי קאמר מאן לימא לן דתנו לה רצה לומר דלמא רצה לשחק בה אלא וודאי דהיינו טעמא דקים לן שכל אלו מתיראין על מיתתן ואין אדם משט' ומשחק בשעה שהוא מתירא ממיתתו וכיון דטעמא משום הכי אף מתנתו בכל הני דלא צריך למיקנא כו' ע"ש וא"כ כיון דגיטין שהוא דבר שבערוה ולא שייך דייקא וכן בדבר שבממון אמרינן הך סברא ק"ו הדברים דבעדות מיתה יש להקל כמבואר בפוסקים בעגונה קיל טפי מעדות גיטין וממון וא"כ נראה דחזקה זו שהוא מצד הסברא היא עומדת לנו נגד חזקה דלא חציף לשנות שמו ובפרט שיש לתרץ החזקות וכמש"ל דחזקה זו אינה רק מצד הרוב אבל מ"מ איכא אינשי שהם גולין ממקומם מחמת ממון או מחמת מרדין משנים שמם וכמ"ש הרא"ש ומי יודע אולי במקומו הראשון במדינות ליטא אשר משם בא לק"ק לקאטש אזי שמו נקרא איצק וברח משם מחמת ממון או מחמת מרדין ושינה שמו לשם ליב וכאשר ברח משם לסמילע וידע שאין לו לפחד עוד אז החל לקרו' בשם איצק ואע"פ שאמר ששינה שמו במתכוין היינו ששינה שמו כאן ממה שהיה נקרא בק"ק לקאטש ואפילו תימא שהדברים כפשטן מ"מ כיון שאם נאמין שאמת בפיו שהיה נשוי אשה אחרת כיון שאימות מות נפלו עליו לא עביד לשקר ממילא שאין כאן סתירת החזקה של שינוי השם דבכה"ג שברח מעל אשתו דרכו בכך לשנות שמו וכמ"ש לעיל ומחמת חזקה דאין משקר בשעת מיתה אמרינן שאף ע"פ שרוב בני אדם אין דרכם בכך מ"מ הוא מן המיעוט וכמש"ל: וא"ל דאכתי רובא וחזקה רובא עדיף ואפילו תימא סמוך מיעוטי לחזקה וה"ל פלגא ופלגא נלענ"ד דע"כ לא אמרינן הכי אלא גבי חזקה הבאה מחמת שאין לנו לבדות הנולד וההשתנות וכענין בהמה בחי' בחזקת איסור עומדת וכל כיוצא בזה אמרינן סמנא מיעוטא לחזקה כו' משא"כ היכא שהחזקה הוא מצד הסברא כגון הך דנ"ד שפיר החזקה מחזקת את המיעוט ואמרינן כיון דלפעמים מתרמי הכי מסתמא קושטא קאמר וכבר כתבתי שמדעת הנ"ב נראה דע"א נאמן לברר המיעוט מתוך הרוב ואע"פ שכתבתי שאין נלענ"ד לומר כן בגוונא דנ"ד וכיוצא בו מ"מ בצירוף חזקה זו שאין מכשיל בשעת מיתה שפיר מסתבר לומר דמהימן בכה"ג ואפשר דבהכי א"ש גם החשש השני שכתבתי לעיל דאין אדם משים עצמו רשע שי"ל דבכה"ג שנפשו יודעת שהוא הולך למות שפיר מהימן אף בכה"ג אלא שזה צ"ע מהא דאמרינן התם אמרו לו לר"י מעשה בלסטים א' שהיה יוצא ליהרג כו' והשיאו את אשתו כו' ולכאורה מאי ראייה מהתם שהיה הולך למות לחזקה דלא משקר ושפיר מהימן אף היכא דמשים עצמו רשע אלא ע"כ דאף בכה"ג אינו נאמן דבכל גווני אמרינן כיון דלא פלגינן דיבורא אע"פ שנעשה רשע והתורה אמרה כו' ואין הפרש בזה בין הולך למות או לא דבכל גווני אמרינן רשע פסול לעדות אך דבנ"ד י"ל דלא נעשה רשע כמש"ל ולגבי חזקה דלא חציף לשנות שמו שפיר מהני לן הך חזקה דאין חשוד לשקר בשעת מיתה ואע"ג דבסוגיא דקידושין גבי מי שאמר בשעת מיתתו כו' משמע דאין זה מועיל מה שאמר בשעת מיתה וא"נ כל היכא דליכא מיגו דאי בעי פטר לה בגיטא י"ל דשאני התם דאיכא חזקה שאינו נאמן בדבורו להכחיש החזקה משא"כ כאן דהוה חזקה מכח רובא דעדיף לענין זה שאין זה סתירת הרוב די"ל שהוא מן המיעוט וכמש"ל ואע"ג דבעלמא רוב עדיף מחזקה כבר כתבתי שיש לחלק בזה אך שעדיין צ"ע מש"ס דב"ב דף

קל"ד דמבואר שם דאפילו לקול בעלמא דאיכא סהדי חיישינן ולא אזלינן בתר אמירתו שאמר בשעת מיתתו וכן מוכח שם בהא דקאמר לפטור אשתו מן היבום מאי קמ"ל תנינא מי שאמר בשעת מיתתו כו' ואם איתא נימא דקמ"ל דאף שלא בשעת מיתה נאמן וכן פירש רשב"ם שם דבשעת מיתתו אורחא דמלתא נקט ע"ש וכ"כ הפ"י בקידושין ומ"מ נראה דאף שאין מקום לסמוך על כך חזקה לחוד מ"מ חזי לאצטרופי עם חזקה דאשה דייקא משא"כ בההיא דקידושין דלענין יבמה מיירי דאיכא למימר זמנין דסניא ליה ולא דייקא כמבואר ביבמות דף צ"ד ואע"פ שרוב הפוסקים דעתם דע"א נאמן ביבמה היינו משום דסמכינן אטעמא דמלתא דעל"ג וכמ"ש במקום אחר אבל באשה עגונה מבעלה דאיכא נמי חזקה דאשה דייקא שפיר מצרפינן להו בהדדי ואמרינן דקושטא קאמר שנשא אשה אחרת ושינה שמו להתנכר ואין לחוש בנ"ד משום דהוי כמו ע"א בקטטא כיון שזה אומר שהרחיק נדוד ונשא אשה אחרת דז"א כמבואר בשו"ת חכם צבי סימן צ"ה וע"ש שכתב וז"ל וביותר בעדות יעקב וויזאל שא טורמיני הנזכר סמוך למיתתו אמר לאשתו עד עתה לא רציתי להגיד לך עתה תדעי שבנינו נהרג כו' דודאי בשעת מיתה לא משקר אינש ואין אדם חוטא ולא לו כו' ע"ש ודבריו מסייעים למ"ש שבשעת מיתה הוי חזקה שאין משקר וא"כ נראה דודאי חזי לאצטרופי לסתור החזקה דלא חציף אינש לשנות שמו: העולה ממ"ש דמחמת ששינה שמו יש לצדד ולומר דנאמן ע"ז מחמת הני טעמי דכתיבנא כיון דאיכא חזקה אשה דייקא ומסייעה לה סברה דאין אדם משקר בשעת מיתה וגם דהך חזקה דלא חציף לשנות שמו לאו חזקה גמורה הוא דהא זמנין דעביד הכי כדרך הגולים ממקומם רק דרובא הוי וא"כ מהימן לברר שהוא מן המיעוט ומכ"ש שי"ל דאית ליה מיגו דאי בעי אמר מת בעלה וכמ"ש"ל ואע"ג דהוי מיגו במקום חזקה מ"מ י"ל במקום חזקה כי האי שפיר אמרינן מיגו.

וכן מצאתי בספר קרן אור. נדפס שם תשובה א' שהשיב מהור"ר יושע בעל המחבר פני יהושיע להמחבר הגאון מוהר"מ בעלזא וכתב שם כמ"ש"ל וז"ל דוודאי אמרינן חזקה כי הנך דהא קייל"ן רוב' וחזקה רובא עדיף ואפילו במקום רובא אמרינן מיגו דהא קייל"ל כר"ג דמכשיר ברוב פסולין וכ"ש במקום חזקה אלא עיקר האיבעי דאתי מכח סברא כגון חזקה דאין אדם טורח וכגון חזקה דאין אדם פורע דהנך חזקות נראה דתו ליכא ספקא במלתא כלל כדמשמע לישנא דאין אדם פורע כו' ואין אדם טורח כו' וחזקה כי האי עדיפא מכל החזקות ואפי' מרובא תדע דהא חזקת ממון עדיפא מכל הני חזקות ומרובא אבל בחזקה כי האי דאתי' מכח סברא עדיפא אפילו מחזקת ממון שהרי בחזקה דאין אדם כו' מוציאין ממון מחזקה אע"כ דעדיפא מכל הני ומש"ה איבעי' להו אי עדיפי אפילו מדין מיגו אי לא משא"כ האי חזקה דאונס ורצון לאו מהאי ענינה הוא דהא לא משכחינן לה מסברא בש"ס דידן אלא בירושלמי אמרינן דרוב אונס יש לו קול וכ"כ התו' דאונס לא שכיח וא"כ הו"ל חזקה דאתי מכח רובא כו' ע"ש והן הן הדברים שכתבתי ותיתי לי שכוונתי לדעת הגדול ז"ל.

ועיין בשו"ת מהריב"ל ח"ג סימן ע"ט בשם הנ"י פרק ח"ה והמרדכי לענין טוען וחוזר וטוען דשפיר נאמן במיגו אף להכחיש דבריו הראשוני' ע"ש. אך בכה"ג בכללי מיגו כתב בשם הריב"ש סי' קצ"ג דאין נאמן להכחיש דבריו הראשוני'.

ועיינתי שם וראיתי שכתב וז"ל דכיון שהוא אומר נגד דבריו הראשונים א"נ במיגו דאנן סהדי דמשקר כדאמר' פרק י"נ גבי אמר עבדי הוא כו' ואע"פ שהיה לנו להאמין כשאומר בני הוא במיגו שהיה יכול לתת לו נכסיו במתנה אין מאמינן אותו שאין מיגו מועיל לסתור דבריו הראשונים ומה שנותן אמתלא לדבריו ואומר כי לא אמר כן אלא כדי להוציא מעות מחותנו: איברא שיש כאן אמתלא שעשה המחאה ולא נתרצה כו' אבל אין אמתלא שאף אם נתרצה יעשה המחאה ההוא כדי להוציא מעותיו יחריד כל החרדה לומר בפני חכמים ובפני ב"ד על בתו מקודשת שהוא פנויה להכשיל בה ב"א ולא דמי לההיא דאמרה א"א וחזרה ואמרה פנויה אני ונתנה אמתלא לדבריה בשביל ב"א שאינם מהוגנים שהוא אמתלא ראוי שדרך אשה צנועה לומר כן להציל עצמה מרננת רשעים.

וגם אנחנו ידענו באמתלא ההוא שיש ממש בדבריה דומיא דההיא עובדא דמייתי התם בברייתא שקפצו עליה ב"א דלשון אמתלא משמע טענה הניכרת שהוא כדאי לסמוך עליו וכ"כ הרמב"ם כו' עכ"ל: והנה מ"ש מההיא דפרק י"נ גבי אמר עבדי כו' כבר הבאתי הדברים לעיל שכ"כ הנ"י שם. וא"כ לכאורה דברי הנ"י סותרים זא"ז דגבי הך דטוען וחוזר וטוען כתב בשם מהר"י בן מיגא"ש דאף לסתור דבריו הראשונים נאמן במיגו וע"פ מש"ל באורך אפשר ליישב זה.

וגם בענין אמתלא נראה מדברי הריב"ש הללו דמלבד דבעינן שתהיה אמתלא ראוייה בעינן ג"כ שאנחנו ידענו באמתלא ההיא שהוא אמיתית וע"ז קאמר כדמייתי מעובדא שקפצו עליה בני אדם משמע דס"ל דהברייתא אשמעינן בזה שזה היה ידוע לנו שקפצו עליו ב"א ולכך שפי' הוי רגלי' לדבר שבשביל ב"א הללו שלא היו מהוגנים אמרה כן.

וכן משמע בתה"ד סימן שך"ו שכתב אם יוכל ראובן לברר ולהסביר לב"ד שמן הדין הוא טוען כו' כגון שיתברר שלא הוציא שמעון הוצאה לטובת ראובן והלך עמו ברמאות כו' דאמרינן בכתובות גבי אשה שאם נתנה אמתלא ובנ"ד נמי יש אמתלא טובה שהרי היה צריך ונזקק לשמעון לכתוב כרצונו כו' ע"ש דמשמע לדבריו שצריך שתהיה ענין האמתלא שלו ניכרת לב"ד וכ"כ בספר קצות החושן סי' פ"א ס"ק ק"א דדוקא אמתלא וסיבה הניכרת לב"ד וכן גבי איסור באשה שאמרה טמאה אני כל זמן שלא אמרה לבעלה האמתלא אסורה היא ואם ידע הבעל מן האמתלא כגון שהיה לה קטטה עמו כל שבאה ושוכבת אצלו סגי כו' וא"כ בכאן נמי האמתלא אין ידוע לנו שכדבריו כן הוא ואדרבה אמתלא גרוע הוא דמשוי נפשיה רשיעא וכ"כ בשו"ת חוות יאיר סי' קל"ח שי"ל דדוקא באמתלא נכונה ומסתברת כדאיתא בגמ' משא"כ לאחזוקי נפשה ברשיעא לומר שאמרה זה לבעלה למלא תאותה הרע אין זו אמתלא כלל אך אח"כ כתב שם די"ל דדוקא חזקה דבגדי נידות שי"ל שאין אשה מנוולת עצמה בהם כי הם מאוסים ומגונים וטמאים הם בעיני' משא"כ לצנוף מצנפת כדרך הנשים לפעמים גם בתולות מכסה ראשם כו' י"ל דמהני אמתלא אי נימא דזה שעשתה הרע להפקיר עצמה בעניני' ניאוף בשביל חמדת ממון והנאת הגוף מיקרי אמתלא מקובלת כו' ע"ש.

וא"כ י"ל דבנ"ד נמי הוי אמתלא שעשה כדי למלאות תאוותו ויצרו תוקפו לקחת אשה במקום שאין מכירין אותו והסב שמו כדי להתנכר ואי משום דלא מהימן למשוי נפשיה רשיעא כבר כתבתי שאין חשש בשביל זה אלא דבאמת החו"י שם מיירי היכא דלא

הוחזק ל' יום אבל היכא דהוחזק ל' יום משמע מדבריו דלא מהני אמתלא וכדעת הפוסקים בזה באה"ע סי' י"ט: אך בנ"ד נלענ"ד כיון דאיכא חזקה דדייקא ואין אדם משקר בשעת מיתה וגם מיגו דאי בעי אמר אנכי היודע ועד שמת בעלה של אשה זו שבק"ק לקאטש ממילא הוא נאמן ע"ז שנשא אשה במקום אחר וכל שהוא נאמן ע"ז שוב אזדא לה חזקה דלא חציף אינש לשנות שמו דע"כ לא אמרי' חזקה זו אלא בסתם ב"א אין חוששין לומר שמא מחמת איזה סיבה שינה שמו דרובא לא עבדי הכי משא"כ במי שבורח מאשתו למקום אחר אין כאן חזקה כלל דאיכא טובא דעבדי הכי לשנות שם במתכוין ואם היה ידוע לנו דבר זה בבירור שזה שבכאן נשא אשה אחרת במקום אחר וברח מעליה היינו חוששין לו שמא לא מן השם הזה שהוחזק בכאן ג"כ וכיון שנאמין לו שהניח אשה במקום אחר ממילא האמתלא גלויה וניכרת לב"ד שבשביל כך שינה שמו וכל שיש אמתלא שפיר הוא יכול לסתור דבריו הראשונים: ואם באנו להחמיר עליה מטעם דא"נ להשים עצמו רשע לומר שנשא אשה על אשתו כבר כתבתי כמה צדדי קולות בזה וראיתי בשו"ת מהרי"ק סימן קפ"ה שכתב וז"ל ועוד העיד ר"א כו' איך ידע שאותו ר' דוד היה לו אשה אחרת בארץ רוסיאה שכן הגיד לו בסוד ר"ד הנ"ל ושומר לו שבדעתו ליקח בגדיו בהקפה וללכת פתאום אצל אשתו הראשונה אשר באשכנז כו': ואם באנו לחוש ולומר שמא אינה בעלה של דבורה הנ"ל נצטרך לומר ששני דוד בר' שלמה היה וששניהם היה מרוסיאה ושניהם הלכו בצילצילה ושניהם לקחו ב' נשים כו' וכ"כ אח"כ וז"ל וכ"ש הכא דליכא למיחש דדלמא אתרמי שמא כשמא כו' וששניהם היה מרוסיא ולקחו שתי נשים אחת באשכנז ואחת בצילצילה כו' וכן סיים בה וז"ל וגם לפי מה שהגיד ר' אלי' קנדיאה שהגיד לו בסוד שנשא שתי נשים כו' דבר רחוק הוא לחוש שמא אתרמי גם אחר שנשא [שתי] (כל) נשים מאחר שנתפשטה תקנות חרם רגמ"ה בכל ארץ אשכנז והעובר ע"ז כעובר על ד"ת ראוי לומר דאין להחזיק שום אחר שיעשה כן והעמד כל אדם בחזקת כשרות כו' עכ"ל הרי מבואר דאף בכה"ג שעל פיו אנו חיינן שהוא היה האומר שנשא אשה אחרת במדינות אשכנז שאפ"ה סמכינן עלה דמלתא להתיר האשה עי"ז: אלא דלכאורה צ"ע על מהרי"ק שאיך עשה הוכחה מזה שהוא בעלה של דבורה כדי שלא נצטרך לומר ששני אנשים היו כו' ומאן לימא שבעלה של דבורה נשא עוד אשה בצילצילה דלמא בעלה של דבורה נשאר בחזקת כשרותו ואזיל לעלמא ולא נשא אשה אחרת כלל רק שזה ר' דוד האחר הוא אשר נשא שתי נשים כפי אשר שמענו מפיו והוא הוא שמת בצילצילה.

וצ"ל שזה היה ידוע ע"פ העד שבעלה של דבורה הלך בצילצילה ונשא שם אשה אחרת עליה. ומהרי"ק קיצר מאוד בזה בענין השאלה וכן צ"ל במ"ש שנצטרך לומר ששניהם הלכו בצילצילה אע"פ שאין מבואר שם שהיה ידוע שבעלה של דבורה הלך ונשא בצילצילה.

(ע"ש שכמו כן הקשה מהרי"ק גופיה על תשובת הרא"ש) וע"כ לומר שקיצר בענין ובלשון השאלה היה מבואר שנודע להם שבעלה של דבורה הלך לצילצילה ולקח שם אשה אחרת ומ"מ מוכח מדברי מהרי"ק דלא אמרינן בכה"ג, א"א מע"ר דאל"כ נהי דידוע שבעלה של דבורה עבד איסורא ונשא שתי נשים מ"מ מאן לימא לן שזה ר' דוד שמת בצילצילה עשה הדבר הרע הזה ואע"פ שאמר בעצמו שעשה כן אין לנו להאמינו

על זה שמששים עצמו רשע ועוד שאין לנו להאמין את ר' אלי' מקנדיאה שאומר שר' דוד אמר לו בסוד שהיה נשוי אשה אחרת שהרי אם היה בא ר' אלי' לפסול את ר' דוד מחמת שמעיד עליו שעשה מעשה רשע ואפ"ה נאמן לענין זה שזה ר' דוד שמת אמר לו שהוא הנושא ב' נשים ומתירין האשה עי"ז וא"נ דס"ל למהרי"ק דלא שייך בכה"ג אין אדם מע"ר אף ע"ג דליכא למיפלג דיבורא ומכל הלין טעמא דכתיבנא.

ועיין בשו"ת חות יאיר סימן ק"ד מ"ש שם בענין פלגינן דיבורא ודבריו מסכימים למ"ש ולקצר אני צריך: אך דא עקא אם באנו לחוש ולפקפק בזה לפי שאף אם נאמר שעדות גמורה הוא מ"מ אין כאן רק שמו ושם עירו ולא נזכר שם אביו והב"ש בק"א סי' ק"א כתב בשם הרא"מ ולא אוכל להתיר א"א לעלמא בשמו ושם עירו בלא שם אביו מ"מ נראה בנ"ד שאנו מצריכין חיפוש שע"י זה יתברר לנו שזה הנפטר היה בעל האשה אף בלא הזכרת שמו ודמי לההוא דהר"ן דשינוי שמו הוי דבר שעשוי להשתנות וכמ"ל באורך וע"י חיפוש גם הרא"מ מודה דמהני וכמ"ש בשמו בק"ע סי' קנ"ד שכתב על ידי חיפוש יש להתיר אם יחקרו שלא יצא מן העיר איש ששמו פלוני אלא כו' וסגי בשמו ושם עירו בלא שם אביו ואע"ג דנ"ד אשתהי טובא י"ז שנה כו' ויש לחוש ג"כ שמא יצא תוך זמן הזה איש אחד ששמו כשמו ומרוב הזמן נשתכח הדבר ז"א דא"כ גבי ישראל כו' ע"ש ולכן בנ"ד נמי צריך להיות חיפוש אם בערך הזמן ההוא שהאשה והעד מגידין שהגיד הנפטר שיצא משם והניח אשה לא יצא משם איש אחד ששמו ליב ובשעת פרידתו ממנה הניח שם אשה וילדה מבלעדי בעל אשה זו הנעצבת ואין מועיל מה שיחפשו שאין שם אשה שנפרד בעלה ממנה שמי יודע אולי אחרי פרידתו נסעה גם הוא משם והלכה לנוע והא קמן דגם אשה זו הנעצבת עקרה משם אחרי פרידת בעלה והלכך עיקר החיפוש צריך להיות על זמן ההוא אם א' עקר והניח אשה וילדה בשעת פרידתו והיה שמו ליב ואח"כ עקרה גם האשה או עודנה שם: ואחר שיתברר שלא נפרד איש אחר משם בזמן ההוא כ"א בעלה של אשה זו ע"כ שדברי הנפטר הם על אשה זו כי אשתו זאת ואע"פ שכבר עבר זמן רב כזה מאז ועד עתה מועיל החיפוש כמ"ש הרא"מ דלא חיישינן לשכחה ובאמת שדברי הרא"מ צ"ע דמשמע מדבריו שהחיפוש הוא מזמן יציאתו של האיש בעל האשה שהי' דן עליו להתירה ולכאורה מה יושיענו זה דהא אכתי איכא למיחש דלמא האי גברא שנהרג אחרינא הוא שיצא בזמן קדום הרבה עד שאין אדם זוכרו וכבר עמדו בזה הבאים אחריו בתשובותיהם וכתבו ליישב זה ולא רציתי להאריך דבנ"ד הנפטר קבע זמן יציאתו י"א שנה הוי כאומר יצא עמנו כו' ולא חיישינן לשכחה ואע"ג דהב"ש כתב על דברי הרא"מ דסימן ק"ד שבסימן ק' לא כ"כ והיינו דשם כתב דכל שלא נודע זמן יציאתו אין החיפוש מועיל ונראה מדבריו דאין חילוק בין אם אין שם הגבלת הזמן כלל או שיש הגבלת הזמן אלא שהוא זמן ארוך דכיון דנימא דכל שלא נודע הזמן חוששין שיצא זמן ארוך ונשכח מלב ממילא גם בזמן מוגבל יש לחוש כל שהוא זמן רב מאוד שיש לחוש בו לשכחה ואין נראה לחלק בין ההוא דהרא"מ שיש מקום לחוש לכל הזמן ההוא דהיינו מזמן י"ז שנה עד עתה דשם במשך הזמן יצא משם איש זה שנהרג משא"כ בנ"ד דהשנה משלימת ואין לחוש לא למי שיצא לפניו ולא למי שיצא לאחריו דמ"מ עדיין יש לחוש דס"ס צריך חיפוש לידע מה שהיה בזמן קדום זה שלשה עשר או ארבעה

עשר שנה ואיכא למיחש ששכחו ויצא מלבם: אך באמת כבר הרגיש מוהריב"ל בתשובה בסתירת דברי הרא"מ בזה והובאו דבריו בב"ש שם בק"ע סימן ע"ט בקצרה.

וכתב שהנכון כפסק השני דלא חיישינן לשכחה וגם כי נלענ"ד יש ליישב שאין פסקי הרא"מ סותרין זה את זה כמו שכתבתי זה איזה שנים בתשובה אחת. שי"ל דדוקא בלא הזכיר שמו כלל רק אמר יהודי שבמקום פלוני בזה מחמיר שמא נשכח זכרו מה שא"כ כשהעד הזכיר שמו בפירוש לא חיישינן להכי דכיון שמחפשינן בעיר על איש ששמו כך אם איתא שיצא משם אחד ששמו כשם זה ודאי דבני העיר הוו רמי אנפשייהו ומדכרי והרא"מ מדמי לה לההיא דיצא עמנו ממקום פלוני כו' דג"כ לא חיישינן לשכחה דודאי שהיציאה עשתה רושם שיהיה נזכרים ממנו והיכא דמזכיר שמו נמי להא דמיא ואין חוששינן שמא זמן רב שיצא עד כי ברוב הימים הכל נשכח ואבד שמו: ולפ"ז נראה דגם בנ"ד כיון שהחיפוש הוא על איש אחד שהיה שמו נקרא בק"ק לקאטש לייב וקעביד עקירה משם והניח אשה וילדה כיון שאין שם אשה וילדה כלל היושבת ונפשה עגומה על בעלה מה תאמר שמא אח"כ יצא גם האשה ובתה עמה ונשכח זכרה ג"כ מכאן לכולי האי ליכא למיחש ובפרט בעיר בינונית שהם ניכרים וידועים זה לזה.

ובפרט לפי הגדת האשה שהגידו לה בק"ק סמילע כי האיש הנפטר היה ליטוואק והיה מביט קיסאקי ורושם על הפנים אע"פ שאין אילו הסימנים המועילים להתיר מ"מ אם איתא שיצא משם איש כזה ששמו היה לייב ורישמו ניכר בפניו וגם משונה קצת בראייתו ובלשונו כה"ג ודאי מדכר דכירי אינשי ולא חיישי' לשכחה ואף הרא"מ ז"ל בפסק הראשון יודה בזה.

אך דא עקא שהוגד לי בשם האשה שסיפרה כי כשהיתה בק"ק סמילע אמרה הרבנית משם וחתנה שהם שמעו שזה שמת שם אמר שהניח אשה בק"ק טארטשין ולא אמר על לקאטש כלל וא"כ כיון שעדיין לא הותר האשה להנשא ע"פ העגלן הבא הראשון ואפילו העדות שלו לא נתקבל בב"ד עד עתה וא"כ הו"ל כהכחשה דב"א דאפילו נישאת תצא ומה שרוצים לרפאות שבר זה על נקלה לפי שכבר הותרה האשה שבק"ק טארטשין ע"פ גב"ע אחר זה כמה שנים וגם אין שם בק"ק טארטשין.

עגונה אחרת כלל וגם הסימני' שנאמרו באיש ההוא לא היה באיש הנאמר בק"ק טורטשין רפאנו ולא נרפאתה שאף אם היה התרת האשה שבק"ק טארטשין ע"פ עדים כשרים שמת בעלה או שנתברר לנו שלא היה מעולם עגונה כלל בק"ק טארטשין מ"מ ס"ס לדברי המגידים שאמר שהוא מק"ק טארטשין ע"כ לא הוזכר בדבריו ק"ק לקאטש ולפי דבריהם צ"ל שמחמת אימת מות מיטעי טעי.

לבט' בשפתיו דברים אשר לא או איהו כדיב ומלוי כדיבן ומה"ת לתלות שהיה מק"ק לקאטש יותר מעיר אחרת וא"כ הוי הכחשה גמורה עם אותן שמעידין שאמר מק"ק לקאטש ואטו בשביל זה שלא יהיה איהו שקרן יהיה זה מועיל לאכחושי סהדי דמסהדי שלא אמר מק"ק לקאטש כלל ובשלמא אם היה מתברר לנו בעדים כשרים שהעידו בפני ב"ד שאחד מעיר פלוני מת והעדים הלכו למדה"י והב"ד אינם זוכרים אם העדים העידו על ק"ק לקאטש או ק"ק טורטשין ועתה באו לפנינו שני עדים אחד אומר שאמרו העדים על ק"ק לקאטש ואחד אמר שאמרו על ק"ק טורטשין שפיר היינו מכריעין כדברי העד

האומר שהעדות העדים היה על ק"ק לקאטש ע"י מה שנתברר לפנינו שבק"ק טורטשין אין שם אשה עגונה ואידך סהד' שקרא הוא ותולין השקר בעד זה כי היכי דלא נשוי הנך סהדי לשקרי משא"כ עתה שאין עדים על אמתת הדבר רק מפיו אנו חיינ שהוא היה האומר שהניח אשה במקום פלוני וברח ולפי דברי המעיד שאמר על ק"ק טורטשין באמת זה המת שקורי משקר וא"כ יש כאן הכחשה בין העדים וכל זה אף אם היה התרת העגונה דק"ק טורטשין על פי עדים כשרים אבל בנ"ד שגם העגונה דק"ק טורטשין לא הותרה רק ע"פ אמירתו וע"פ ע"א שהעיד שזה שאמר שהוא מק"ק טורטשין בעל אשה פלוני מת עכ"פ אין בזה כדי להכחיש העד שאומר מפי המת בק"ק סמילע שאמר על ק"ק טורטשין שאע"פ שאין נאמן להכחיש העד הראשון שהעיד לעגונה דק"ק טורטשין שהותרה העגונה ע"י ולעשות ממזר הוולד קודם מיתתו של זה שבק"ק סמילע מכל מקום גם להיפך אין מקום להכריח מזה שזה האומר שאמר מק"ק טורטשין הוא שקרן בשביל אמירתו של האיש שהותרה אז העגונה מטורטשין על ידו ומאי חזית דסמכת אהאי ואין להאריך בזה שנלענ"ד פשוט דהוי הכחשה בכה"ג ולכאורה היה אפשר לצדד ע"פ מ"ש הרשב"א בתשובת המיוחסת להרמב"ן שכתב שעד מפי עד אינו נאמן להכחיש האחר שאין מכחשים העדים אלא עדים ממש מפיהם ולא עדים מפי עדים עכ"ל: ולפ"ז י"ל דבנ"ד כיון דהאשה אומרת ששמעו מפי אנשים ששמעו מפי המת ממש שאמר מק"ק לקאטש אלא ששמעה מפי הרבנית וחתנה שאומרים ששמעו מאנשים שאמר מק"ק טורטשין והרי הם עד מפי עד בדבר הזה ואין נאמנים לגבי העדים ששמעו מפי המת עצמו אלא שיש לעיין בזה דאפשר דע"כ לא קאמר התם אלא לגבי ע"א שאומר ומעיד שמת פלוני והיה מכיר זה האיש המת זהו נאמן יותר ממי שאינו מעיד רק מפי אחרים משא"כ בנ"ד שגם זה המגיד ששמע שהיה מק"ק לקאטש אינו עד גמור ע"ז רק שאומר ששמע כן מפי המת.

אבל נראה דאין לחלק בכך דס"ס לענין עיקר העדות שהוא על אמירתו של המת מאיזה מקום הוי המגידים שהוא מק"ק לקאטש מפי עצמה והמגידים שהיו מק"ק טורטשין אינו כן רק ע"פ אחרים ודין האשה בזה כדין ב"ד דאי אתי לקמן סהדי ששמעו מפיו שהוא ממקום פלוני וסהדי אחרים דמסהדי שאמר שהוא ממקום אחר קמאי מהימני טפי וכן הדין בעדות אשה זו שיש לסמוך יותר על מה ששמעה מפי המגידים ששמעו בעצמם שהרי כל גופה של עדות זה מפיה אנו חיינ.

ומכ"ש לפי דעת מהרשד"ם בתשובה סימן נ"ט דעד המעיד ששמע מפי זה שמת שכך שמו לא מחשיב כעד מפי עד ואף להחמיר מחשב כעד המעיד מפי עצמו ע"ש. והביאו בקצרה בק"ע סימן שמ"ו: ולפ"ז בנ"ד הני דמסהדי ע"פ המת עצמו כעדים המכירים נינהו אלא שיש לפקפק לפי מה שמבואר שם הטעם לפי שזה נאמן לומר שכך שמו מן התורה משום חזקה לא חציף כו' ובנ"ד הרי יש כאן שינוי בשם ואפילו למ"ש דמ"מ דנאמן הוא ע"ז מ"מ צ"ע דאפשר לענין שם עירו לא שייך שיהיה נאמן מה"ת משום דדוקא לענין שמו ממש אמרינן דלא חציף לשנות שמו דמלתא דעל"ג הוא משא"כ לענין שם עירו לא הוה על"ג כ"כ דמצי לאשתמוטי בכמה אמתלאות.

אך מדברי מהרשד"ם שם בההוא עובדא דשלמה קאבסין משלונקי משמע דליכא לאפלוגי בהכי ע"ש: אך שעדיין צ"ע לפי שהרשב"א בתשובה שם סיים בזה שאני חוכך בה להחמיר הלכה למעשה ואין מורין בה להקל בערוה חמורה עכ"ל ועיין בק"ע למהרח"ש ד' ע"ז דמייתי מדברי הר"ן בתשובה דמשמע ג"כ דמיקל בכה"ג ומ"מ חוכך להחמיר כמ"ש הרשב"א.

ומ"מ אפשר לצדד כיון שהעגלן העיד לפנינו ששמע מפי רבים שאמרו שאמר מק"ק לקאטש וגם האשה שמעה כן אע"פ שהיא עצמה אומרת ששמעה מפי הרבנית וחתנה שלא אמר מק"ק לקאטש רק מק"ק טורטשין הוי דינא כשנים שמעידים ששמעו כ"א מפני רבים שמת פלוני וא' אמר ששמע מרבים שלא מת דאזלינן בתר רוב דיעות וה"נ כיון דהאשה גופה שאומרת ששמעה מהרבנית וחתנה אומרת ששמעה מאחרים שאמר מק"ק לקאטש והוי חד לגבי חד וכיון שהעגלן הוא לפנינו ומעיד ג"כ ששמע מרבים שאמר מק"ק לקאטש הו"ל כתרי לגבי חד.

ואע"פ שהעגלן לא הזכיר בדבריו ששם הי' שמו איצק כבר כתבתי שאין זה מפסיד בעדותו שאפשר שלא הגידו לו זה שם בק"ק סמילע שהיה פשוט בעיניהם שאין הדבר צריך לעדות זה או שהגידו לו זה ג"כ אך לא שם לבו לדברים אלו לפי שהיה מדמה שאין נ"מ בזה כלל. וכיוצא בזה כתב בשו"ת הריב"ש סי' תע"ו שכתב וז"ל ועיינתי בשטר העדיות שהעידו העדים האחרים ואין רואה בהם מי שיכחיש עדותו של ר' ש"ט לפי שכולם אומרים שהדברים שהיה שם ע"פ אין נזכרים מהם ואין זו הכחשה ואע"פ שאומרים בעדותן שכל התנאים נכתבו ונחתמו אפשר שהם אינם מחשיבים לתנאי הדברים שנאמרו ע"פ כמו שבא זה בטענות הברורים וחושכים שזולת זה מה שנכתב ונחתם שהכל יהיו דברים בעלמא ולא תנאי קיים ויש לנו לומר כן כדי שלא נאמר שהם מכחישים זא"ז כדתנן בסנהדרין א' אומר בב' בחודש כו' וכ"כ שם אח"כ וז"ל ומה שאמרו כי כל תנאי שהתנו עמו כתבו וחתמו אין דבורם זה מספיק להכחיש העד כי הם חשבו שזה לא היה תנאי כיון שלא חשו לכתבו ולחתמו עם שאר תנאים ע"ש וה"נ דכוותי' וא"כ שפיר יש לצרף עדות האשה מה שאמרה ששמעה שאמר מק"ק לקאטש עם עדות העד נגד עדות האשה גופה בשם הרבנית וחתנה אלא שעדיין צ"ע כיון שלא פרט כ"א מאיזה אנשים שמע דלמא העד שמע ג"כ מאותם אנשים ששמעה האשה וכחדא חשיבי עיין בב"ש ס"ק בזה וגם צ"ע אי שייך בזה צירוף בעד לגבי אמירת האשה דמה שאומרת ששמעה שלא אמר מק"ק לקאטש בזה יצאה להחמיר על עצמה ונאמנת בזה יותר ממאה עדים ואף שהיא גם היא אמרה שמאחרים שמעה שאמר מק"ק לקאטש הוי כחד לגבי דחד וצירוף העד עם האשה אין מועיל להקל רק לגבי אחר אבל לא לגבי האשה עצמה במה שמגדת לחובתה.

גם צ"ע לפי שבעדות האשה שהעידה ששמעה שהיה מק"ק לקאטש לא נזכר ממי שמעה ואפשר שלא שמעה מכשרים רק מפי נשים וזה שאומרת ששמעה מפי חתן הרב עד כשר הוא ובכה"ג אם היה הכחשה בזה לפנינו הב"ד עד כשר ופסולין פשיטא דאסורה ולדעת הרמב"ם אפילו התירוה ונשאת תצא וא"כ אין כאן מקום היתר ע"פ עדות האשה

כלל אך דאפילו היו דבריה אלו המבוארים בגב"ע מפי כשרים עדיין צ"ע כמ"ש: וקצת יש לצדד.

ע"פ מה שהאשה עגונה מענה בפ"י כי קרוב הדבר שאלו המגידים שמק"ק טורטשין אמר זה המת בא להם לפי שאחר שמת והקול נשמע בערים אשר סביב לק"ק סמילע וקרוב לשם ג' פרסאות היתה דרה בת המגיד דק"ק טארטשין וכאשר הגיע לאזנה הענין שא' התוודה כך וכך אמרה בלבה כי בודאי על העגונה דק"ק טורטשין הדברים מגיעים ונסעה לשם לחקור הענין בכדי להתיר העגונה דק"ק טארטשין והיא לא ידעה שכבר הותרה מקודם ומחמת חקירתה ודרישתה יצא קול הברה בעיר על ק"ק טארטשין ומחמת זה נקבע בלב קצת בני אדם על ק"ק טארטשין ומזה נשתרבו ג"כ אמירת הרבנית וחתנה לפי שבאורך הזמן קרוב לשתי שנים יצא מלבם כדרך כל מילי דלא רמי' כו' והיה קרוב בפיהם ק"ק טארטשין מחמת גודל רעש חקירות ודרישות שעשתה בת המגיד הנ"ל והחליטה לומר כי המגידים על ק"ק לקאטש נתחלף להם בין ק"ק טארטשין ובין ק"ק לקאטש לכך גם המה כד רמו אנפשיהו למדכר העלו על שפתם מק"ק טורטשין אבל באמת טעותא הוא דהדרא בפומייהו כי אותן ששמעו מפי המת אומרים שאמר מק"ק לקאטש כאשר מבואר בעדות של העגלן ומאותן ששמעה האשה מפיהם ויש לצדד בדבר להיתר דהא כל מה דמצינן להשוות דברי העדים משווינן ואנו תולין בטעות כגון אחד אומר בדיוטא העליונה כו' כיון שהמקומות קרובים שיכולים לראות מזה לזה אמרינן דחד מינייהו מטעה.

וה"נ דכוותה כיון שיש במה לתלות הטעות תלינן דטעו. וכיוצא בזה כתבו בשו"ת משאת בנימין סי' ק"ט וז"ל ואע"ג דחזינן בה תיהא קצת שהעידו הגוים שהנהרגים שניהם היו להם מו"מ עם הדוכס ושניהם נשכו ונפדו וזה שקר גמור שהבן לא היה לו עסק מעולם עם הדוכס ולא נשבה ולא נפדה מעולם אלא שאחר המעשים הלך לפדות אביו ואחר הפדיון בחזרתם נהרגו שניהם בדרך נראה דאין לנו לתלות זה לעדות שקר אלא לטעות ולבדדמי כמלתא דלא רמיא עליה דאינשי שהגוים לא דקדקו כ"כ בדבר זה וחשבו מאחר ששניהם נהרגים שנים היו להם אותם הסימנים או אפשר שהגוים הגידו האמת והעד ר' אברהם בר"ש טעה בדבריהם דבכה"ג עבידי אינשי דטעו וכל מילי דעבידי דטעו תלינן בטעות ולא בשקרא וכדאשכחן פרק זה בורר דע"א אומר בדיוטא העליונה כו' וה"נ אמרינן שע"א אומר בב' בחודש כו' וכה"ג אשכחן טובא בתלמודא דכל היכא דאיכא למיתלי בטעותא ולא בשקר עכ"ל הרי מבואר שתלה הטעות בשמיעת העד והגוים הגידו האמת כיון דיש מקום לטעות מאחר ששניהם נהרגו.

וא"כ מכ"ש בנ"ד כיון דאם נאמר שאמר מק"ק טורטשין ע"כ לומר שזה שמת אמר שקר או טעה בלשונו שהיה רוצה להזכיר עיר אחרת ונפל בפיו ק"ק טורטשין וגם נצטרך לומר דהני דמסהדי שאמר מק"ק לקאטש שקרי נינהו טפי אית לן למתלי שאלו האומרים שאמר מק"ק טורטשין טעו בשמיעתן כיון שיש אמתלא וסיבה לדבר שמחמת זה אפשר להם לטעות משא"כ אותן שאמרו שאמר מק"ק לקאטש אין לתלות הטעות בהם כלל כיון שאין אמתלא לסיבה שיטעו על עיר זו דוקא ובזה יש לצרף גם קצת הסימנים שהגידו שם כנזכר בגב"ע של האשה.

ואע"פ שאינם מועילים להתיר עי"ז מ"מ חזי לאצטרופי ולהיות כמסייע שיותר יש לתלות הטעות באלו האומרים מק"ק טורטשין משנתלה הטעות באומרים מק"ק לקאטש. ועדיין לבי מהסס הרבה כי מי שם משקל לדמות טעות לטעות וצריך הכרע ושיקול הדעת.

וצריך לזה זמן מוכשר. ואחרי בלותי היתה לי עדנה ושעת הכושר לירד לעומק הענין. תמכתי יתדותי על גדולי הדור בחכמה ובמנין אשר פתחו בהצלה ועשו בה מאמר וקנין ועל פיהם יוגמר ויסתיים. וכל ספיקא לקמייהו שדינין במאזני שכלם ישקלו בשקל הקודש ויכריעו כף מאזנים.

להרבות גידולי ההיתר ולהעלות באחד ומאתים והנלענ"ד אשר הוריני מן השמים. כתבתי וחתמתי אנא זעירא מן חברייהא הק' אפרים בהרב הה"ג המפורס' מוהר"ר מנחם מאניש מרגליות מבראד יע"א: ח שאלה אשה א' ישבה עגונה כמה שנים שבגד בה בעלה והרחיק נדוד וזה כמו שתי שנים ויותר שהגיע לאזנה שנפטר בעלה בק"ק טרעספאלי ונשאה לבה לדלג על הערים לחקור אחר אמתת הדבר ואחר החקירה עלה בידה ג"ע מע"מ ווארשא ומק"ק טרעספאלי כאשר באו הדברים ברוב ענין בג"ע שנגבה בב"ד הנ"ל וזה שבתה הבית ימים כביר ואין איש מתחזק לשקוד על תקנתה אולי יש תקוה להוציאה מכבלי העיגון על פי העדיות הללו והיא יושבת ונפשה עגומה ולבה הומה על טל ילדותא הלהן תעגינה מהיות לאיש וזה ימים האי אתתא אתיא הנה ועייניה מטייפין טיף להדי טיף נפשה בשאלתא לעיין בדינה אשור הייא כי היכא דמישלם צערא דהאי אתתא וגם מק"ק זאלזיץ במכתב שלחו לחלות פני להוציא לאור משפטה ואם אמנם ידענא בנפשאי שאני איני כדאי ששלחו לי ובפרט כי אריוותא קדמיהון גאוני ארץ היושבים כסאות למשפט ואינון שאלין לתעלי' וגם כי הגיעו הימים יומי דחושבנא ועיינתי בחושבנאי ולא פש גבאי הי תורה ומצות דמגני עלאי וחליש לבאי ולא מצינא למיקם עלה דמלתא דלא צילא דעתאי.

ופתחתי פתחא לנפשאי לא עלי המלאכה לגמור. ואין שטר זה מכניס וגומר.

להקל עליה מתוך חומר רק את אשר ישים ה' בפי אותו אשמור. כי תורה היא ובפתחי שערים אמרי' תאמר.

ולפעמים יבא הלך אף כי נתעב ונאלח וימצא מקום להתגדר לפני מלך להתאדר וגם כי על מזוזות פתחי עני' זו שמרה תזעק מרה ולעצור במילין מי יוכל אמרתי מצוה הבאה לידי לא אחמיצנה וידי תביאנה אשר תעלה ראשון ואם אמנם דרכי מעולם מתקו לי רגבי הפלפולים כבר אמוראי דנחית ומסיק מרגניתא מים התלמוד והדריך בנעלים.

הזמן גרמא אילין יומיא דלא להתנאה. אך אל זה אביט הנוגע בעיקר ההוראה אקומה ואסובבה לעשות לה פה למצוא לה פתח קטן כחודה של מחט סדקי.

והגדולים אשר בארץ חפיצי צדקה. המה יביטו יראו וירחיבו פיהם.

ויגביהו פתחם כדלתות היכל ואולם. ואם יתנו קולם כי אשה עצורה: ומימי מי מערה חלילה להקל מתוך חומר בלי צורה כי הלכה אני אומר ולא למעשה עד יסכימו שלשה

גדולים מפורסמים אדירי התורה: תשובה יש פה מקום עיון הרבה לפי שבכל העדיות לא נמצאו מי שהעיד על שם אביו ושם עירו ואף שיש שהגידו שהיה לו אשה בק"ק בראד ויש שהעיד שהי' מהעיירות הסמוכים מ"מ אין זה מספיק להתיר כמ"ש לקמן.

אך נלענ"ד לצדד להיתרה ע"פ עדות מו' דוב פישל במו' זעליג שהעיד לפני הב"ד בווארשא והרא' לפנייהם שט"ח בח"י ה' אברהם שחתם א"ע אברהם בה' ירוחם פישל וא"כ הרי הוא מעיד על שמו ושם אביו וגם אמר בעצמו שיש לו אשה בק"ק בראד וא"כ הו"ל כמעיד על שמו וש"א וש"ע דזה הוי כאילו אמר מקום דירתו בק"ק בראד כדאמרינן בעלמא תשבו כעין תדורו מה דירה איש ואשתו כו' ואף אם באמת לא היה דירתו בק"ק בראד רק סמוך לו מ"מ יש לצדד ולומר לפי שהיה מטרפולין של העיירות הסמוכים והוא היה במקום רחוק ממדינה זו שאינם מכירים בשם העיירות הקטנים הסמוכים לכאן לכך תלה עצמו שהוא בן כרך גדולה הידוע וניכר להם וכיון שערים סביב לה הם סרים למשמעתה הם נקראים על שמה ומצאתי און לי בש"ות ב"ח סי' ק"ה שכתב וז"ל שלישיית צריך לבאר שאברהם הנ"ל הודיע לכל שהיא מק"ק הראדנא ואשתו הגידה שבעלה היה דר עמה סמוך להראדנא איזה פרסאות: ולפענ"ד לפי שמולדתו ובית אביו היו בק"ק הראדנא כו' כמו שאמר אברהם לאליעזר כי אם אל ארצי כו' ועוד נראה דודאי אברהם זה עיקר דירתו היה בק"ק הראדני' אלא שיצא משם לפי שעה כו' ולא להשתקע כו' ועוד דהרב מו' יעקב שיחי' הביא רא' מדברי הרמב"ן במלחמות אהא דאמרינן תבדוק נהרדע' במלה היינו הרבה עיירות עד היכא דסגי קבא דנהרדעא אלמא דהסביבות נקראים ע"ש העיר שהוא מטרופילין באותו אקלים ה"נ קרא עצמו ע"ש הראדנא עכ"ל והנה טעמים הראשוני' אפשר דל"ש בנ"ד אך הטעם האחרון שהביא בשם מהר"י הוא ממש כנ"ד וסברא זו כתב ג"כ אא"ז הגאון המופלג מו' מאניש חיות האב"ד ז"ל ווילנא ז"ל כמבואר בתשובת ב"ח החדשות שנדפסו ע"י ת"ל ע"ש סי' ס"ב שהגאון מוה' אברהם עפשטיין כתב לזקיני הנ"ל וז"ל ומ"ש מכ"ת לישב דבריו מחמת שהם סביבות הקהלה י"ל שאומר ק"ק הראדנא כוונתו לסביבות שנקראים ע"ש הקהלה כו' זה לא נ"ל כלל ויש לי ראייה מהא דאמרינן בפרק האשה שלום בפלוגתא דאביי ורבא אי חיישינן לתרי יצחק ואייתי אביי ראייה מהאי גיטא דאשתכח בנהרדעא כו' ורבא אמר יבדוק כל העולם מבעיא ליה כו' ומעתה אם היה אפשר לפרש שאם מזכיר ראש הב"ד אין הכוונה מאותה קהלה לחודיה בדוקא אלא אכל פרוודה' הסרים למשמעתם א"כ למה נדחק רבא להכריח מכח קו' דיבדוק כל העולם הו"ל להכריח דעכ"פ יבדוק כל פרוואדה דנהרדעא כו' וא"ל דבאמת כוונתו אכל פרוודה'ם ובזה מדויק לשון כולה ז"א דמאחר לפי האמת מסיק רבא משום כבודו דאבוהו דשמואל שלח הכי שלא יהא נראה כשואל דבר שא"צ אם כן הי' די לבדוק נהרדעי לחוד ובזה היה כבודו במקומו מונח כו' ולפענ"ד אין קו' כלל דלפום הך סבר' דכל פרוואדה נכלל בשם נהרדעי א"כ כשרצה לעשות משום כבודו להצריך בדיקה לא היה אפשר לחלק בין הפרקים להצריך בדיקה לנהרדעי דמצווחי' עליה בבי מדרשה מה נשתנה אילו מאילו דבחר שמא אזלינן וגם פרוודה'ם נכללים בשם זה ועוד דע"כ מה שעשה משום כבודו היינו לפי שאינו רק חומרא שא"צ משורת הדין לפיכך חש לכבודו להצריך בדיקה וא"כ ע"כ הוצרך בדיקה לנהרדעי וכל פרוואדה דהוא מסתבר עכ"פ אף שלא הוצרך

לכל העולם משום דל"ח לתרי יצחק שמא אנדרילאי אחר היה בנהרדעי והלך לו מ"מ למאן דאיתא במתא שפיר יש להחמירלהצריך בדיקה לכבודו.

משא"כ אם היה מצריך בדיקה לנהרדעי לחוד נפיק מיניה חורבה שיסברו דס"ל דודאי צריך בדיקה באותה העיר אלא שאין פרוודאה בכלל אותה העיר וא"כ חומרא דאתי לידי קולא היא שאם יארע שיוחזק עוד יצחק סביב לעיר הזאת לא ניחש לה ובאמת ז"א דדינא הוא שגם כל סביבותיה כאותה העיר עצמה דיינינן ליה וא"כ מדאגה בדבר פן יראו התלמידים ויקבעו הלכה לדורות כי הסביבות לא מן השם זה לכך הוצרך להחמיר משום כבודו לבדוק נהרדעי כולה דהיינו עם פרוודאה ואין סתירה מכאן לזקיני ז"ל ונראה מהגאון מהר"א ז"ל שבאותה שעה נעלם ממנו דברי הרמב"ן הנ"ל עד שהגיע לידו תשובת הב"ח: ומצאתי בשו"ת גאוני בתראי סי' כ"ז שם נדפס ג"כ תשובת הב"ח הנ"ל שבתשובות הישנות סי' ק"ה ותשובת הגאון מהר"א עפשטיין והב"ח וגם תשובת הגאון מהר"י ז"ל וכתב וז"ל ומה שהביא הגאון מהר"י ראייה מהרמב"ן.

לענ"ד אין ראייה חזא מאחר דבאמת לפי דעת רבא דקי"ל כוותיה לא היה דעת ר"י רק משום כבודו אף אנו נאמר דאף זה שיקראו שם נהרדעי אכל העיירות שסביבותיו אינו ומעולם לא נקראו בשמן ומה ששלח תבדוק נהרדעי כולה משום כבודו דאבוהו דשמואל כמו שאומרים בעיקרא דדינא הכי אף שקצת דחוק לומר דאביי ורבא מחולקים בהכי מ"מ איך נוציא דין להקל ועוד דאף אם נאמר דתרווייהו ס"ל דשם נהרדעי מיקרי אף על העיירות הסמוכות מ"מ אין ראייה לעיירות אחרים דאפשר דנהרדעי היו נקראים כל פרוודה' ע"ש וכן נראה מכתובות דף נ"ד בבל וכל פדוודה' נהוג כרב נהרדעי וכל פרוודהא נהוג כשמואל ועד היכן נהרדעי עד דסגי קבא דנהרדעי כו' סוף סוף נראה מזה דנהרדעי הוה דומיא לבבל שעיר המטופל לה נקראת בבל וגם שם המדינה נקראת על שמה וא"כ גם נהרדעי היה כך שכל פרוודאה נקרא ע"ש נהרדעי כו' ובזה מדוקדק דלא קאמר עד היכן פרוודהא אלא להורות שגוף המדינה נקרא ע"ש נהרדעי כו' והנה על דיחוי הא' העיד בעצמו שהוא דחוק.

ומה שדחה עוד שהיא נקראת ע"ש נהרדעי אני תמה דלפי זה מה זה ששואל עד היכן נהרדעי ומתנח בה סי' כו' דהו"ל למימר סימן מובהק וגלוי לכל עד מקום שנקרא נהרדעי. א"ו שכ"א היה לו שם בפני עצמו אלא שמ"מ שפיר הוא נכלל בכלל נהרדע' עד היכן דסגי קבא כו': וראיתי בתשובת הגאון מוהר"ר יעקב שם שכתב דמלשון רש"י שכתב שמא אנדרלנאי אחר הוא בנהרדעי כו' לא כתב בנהרדעי וסביבותיה ש"מ בדיקה בנהרדעי לחוד קאמר כו' ועוד דאף לפי פירש הרמב"ן ז"ל שהיה ידוע ומפורסם לתלמוד שכל עיירות הסביבות דסגי קבא כו' היו קורין אותן ע"ש המקום נהרדע' אבל לא ילפינן מזה לשאר עיירות כיון שאין כל העולם קורין אותן עיירות ע"ש המקום ההוא עכ"ל מ"ש מפירש"י אינו מוכרח כלל לענ"ד כיון דאנן אמרינן דפרוודה' נכלל בשם נהרדעי א"כ ל"ל לרש"י לפרש דבר שאין בו צורך בסוגיא לפירושו דהרמב"ן הוצרך לבאר זה לפירושו בסוגיא בצד קלוני' מתא כו' שהוא מטעם כאן נמצא וכאן היה ע"ש מה שא"כ לפירש"י שם לא נ"מ בזה וי"ל דגם רש"י מודה לזה דבכל דוכתא פרוודה' נקרא ע"ש העיר: ועוד י"ל דרש"י ס"ל דבגט שאנו מדקדקין בו הרבה שיהיה מוכח מתוכו פשיטא

שיש לפרש אותו המקום שדר בו אם יש לו שם בפ"ע וכדאמרי' בגיטין ס"פ מי שאחזו אתקין שמואל בגיטא כו' מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדר"י דאמר זמנו של שטר מוכיח עליו כו' ופירש"י דאף על גב דאנן קי"ל כר"י מ"מ משום חומרא דא"א יש לפרש ולעשות באופן שיהא כשר לכ"ע וגם בשאר שטרות נראה דלכתחלה יש לפרש מקום העמידה שם הפרטי ולא שם הכללי ומ"מ אין להביא ראיה מהא דאמרי' א"ל ר"ה לספרי אי יתביתו בשילי כתביתו בשילי כו' אע"ג דממסרן לכו בהיני ופירש התוס' דב' עיירות אילו קרובות הן כדאיתא בביצה כ"ה ר"ה מכתפי ליה מהיני לשילי כו' ושם פירשו ששני עיירות אילו בתוך התחום הם מ"מ אין זה ראיה דעיירות אילו כ"א היתה חשובה לעצמה ואין אחת מהנה טפילה לחברתה כלל הלכך צריך מקום הכתיבה עצמה משא"כ אם העיר הקרובה טפילה לה אבל מ"מ נראה דלכתחילה יש לפרש אף בשטר שם המקום ביחוד ומכ"ש בגט שאף אם יש לו שני שמות צריך לפרש שניהם בגט מה שא"כ בנ"ד דיבורא מיקרי ואמר וטפי ניחא ליה לתלות ש"ע ע"ש הכרך הסמוך לו: ונראה שאף הרמב"ן מודה לזה שצריך לכתוב שם העיקר בגט רק דהתם מיירי שאמר שכתב מקום העמידה בפרט שהרי כתב בצד קלוני' מתא ומ"ש אנא אנדרלנאי נהרדעי אינו אלא מקום הלידה שהוא מתיחס ע"ש נהרדעי וכמ"ש הר"ן בתשוב' שהמתייחסים אל מקום ידוע כותבין בחתימותיהן ובשטרותיהן כותבין פ' דמיורק' ואינם כותבין פ' דממתא מיורקא ע"ש סי' מ"ב והביאו הב"י סי' קכ"ח וא"כ ה"נ כיון שכתב נהרדעי סתם ולא דממתא נהרדעי מתפרש שפיר שהוא מתייחס אל מקום זה.

ואם חוששין לתרי יצחק היה צריך לבדוק נהרדעי וכל פרוודהא שאולי הוא מאותן מקומות דסגי קבא דנהרדעי ואפ"ה מתייחס אל נהרדעי ומ"ש עוד דאף לפירש הרמב"ן י"ל דעד היכא דסגי קבא דנהרדעי היה נקראים ע"ש נהרדעים כבר כתבתי שזה ג"כ דחיית מהר"א הנ"ל ותמהתי לעיל ע"ז דא"כ סימנא ל"ל כו' אך אחר העיון נלענ"ד שאין זה ראיה שהרי ידוע שנהרדעי היה בבבל רק שהוא נחלק למחוזות הרבה ומחוז אחד נקרא נהרדעי ויש בו כמה עיירות אבל שם המדינה בכללה בבל והכי משמע בדוכתי טובא וכדאמרי' במגילה דף כ"ט תניא רשב"י אומר כו' כ"מ שגלו שכינה עמהם בבל היכי אמר אביי בבי כנישתא דהוצל ובבי כנישתא דשף ויתיב בנהרדעי כו' ע"ש ולכך התם דאמר בבל וכל פרוודהא נהוג כרב נהרדעי וכל פרוודהא נהוג כשמואל ובאמת מחוז נהרדעי ג"כ נקרא בכללו בבל ע"ש המדינה ובפרטות היה נקרא נהרדעי ע"ש המחוז והיה במחוז זה כמה עיירות ולכך שואל עד היכן נהרדע' ר"ל כיון שיש עליה שם בבל ג"כ והרי אמרי' דבבל נהוג כרב לזה קאמר עד היכא דסגי כו' אבל משם ולהלן אף שאפשר שנקרא ג"כ בשם נהרדעי מ"מ דינו כבבל דנהוג כרב ומ"מ שם העיירות שבמחוז זה שפיר היו נקראים נהרדעי ע"ש המחוז כמו בבל.

וכ"מ בחידושי הרמב"ן ליבמות שכתב ארץ נהרדעי יש בו עיירות כו' וכן בחולין דף כ"ז אמר ר"י על שמואל אית לי רב בנהרדעי איזיל אחזיה וידוע שמקומו של שמואל בנהרדעי וכן בד"ט: ומ"ש הרמב"ן עד היכא דסגי קבא כו' לאו דוקא דהא לא איתמר ההיא אלא מנהגא דמשם ולהלן דינו כבבל דנהוג כרב משא"כ הכא דבתר שמא אזלינן וכל ששם נהרדעי עליו צריך בדיקה וכ"מ קצת מדקאמר נהרדעי וכל פרוודהא הוא מגרשי העיר וחצריה כדאיתא במכות דף י' וחברון עיר מקלט והא כתיב ויתן לכלב את

חברון אמר אביי פרוודאה כו' ופירש רש"י כפרים ועיירות הסמוכים לה ונקראים על שמה נתנו לכלב עכ"ל וא"כ ה"נ דקאמר וכל פרוודאה מתפרש שהם נקראים על שמה ואע"ג דהכא אינו החצירים הסמוכים ממש כדמשמע מדקאמר עד היכא דסגי כו' וכן משמע מדברי הרמב"ן הנ"ל שכתב יש בו עיירות רבים מ"מ שפיר שייך שם פרוודאה כל שהם סמוכים ונקראים על שמה וראיתי שהמגיה בתשובת גאוני בתראי כתב ותמהני על הגאונים שלא הביאו ראיה מב"ק וממכות שפרוודה' קרוי ע"ש חברון ולענ"ד לאו ראיה דהתם ודאי בכה"ג מיירי שהם נקראים על שם חברון ואין להם שם אחר כלל ואדרבא משם יש לפקפק גם על ראיה זו דנהרדעי כמ"ש: ועכ"פ זכינו לדין שיש מחלוקת בין האחרונים ז"ל בזה שדעת אא"ז הגאון מוהר"ר מאניש חיות ז"ל דשפיר תלינן מה שאמר בהראדנא לפי שהוא ראש הקהלה ומשמע שלסברא זו הסכים הב"ח שהרי כתב ראיית הרב מוהר"ר יעקב ולא פרכה ודעת הגאון מהר"י ומהר"א שאין לסמוך על סברא זו כיון שלא נקראו ע"ש העיר הגדולה אין סברא לומר שקרא שמו עליו כיון שאינו משם רק סמוך לה: ולפענ"ד היה נראה קצת ראיה לדברי אא"ז מיבמות דף י"ז אי לאו דהרפני' מאתיה איכסוף א"ל כסף גולגלתא להיכן יהבת א"ל לפום נהרא א"ל א"כ מפום נהרא את כו' משמע שלפי שפום נהרא הוא ראש הקהלה שנותן לשם כסף גולגלתא שפיר הוא מתיחס על שם העיר פום נהרא וא"כ ה"נ דכוותיה ואע"ג דאיכא לדחויי דהתם ה"פ שבאמת עיר הרפני' היו גובין כסף גולגלתא בפ"ע רק רב המנונא היה נותן כסף גולגלתא שלו לפום נהרא ולכך א"ל להיכן יהבת כו' א"כ מפום נהרא את כיון שהוא יוצא מכלל הרפני' בזה שנותן כסף נפשות ערכו למ"א משא"כ אם היו כל אנשי הרפניה נותנין לפום נהרא אין סברא שמחמת זה נוכל לכוללם בשם פום נהרא ומ"מ אע"פ שאין ראיה לדבר סמך גדול הוא דבכה"ג שפיר זמנין שקורא שמו על שם העיר היושבת ראשונה במלכות: אך דאין זה מספיק לומר בנ"ד דהוה כהעיד שמו וש"א וש"ע כיון שאמר שאשתו היה בבראד א"כ אפ"ת דזה כמראה מקום על דירתו וגם אינו מתנגד למה שהוא באמת לא היה קביעות מקומו בבראד דבשם זה נכלל הכרך וכל הסמוך לה מ"מ עכ"פ צריך בדיקה כל העיר וסביבותיה אם לא הלך שום אדם משם ששמו וש"א כך וכמ"ש הב"ח בנ"ד לבדוק ודבר ברור הוא שא"א לעשות בדיקה זו כיון שכבר עברו ז' שנים שיצא זה ומי יודע אם לעת הזאת כמה אנשים ששם כן נסעו מזה מן העיר וכל סביבותיה ואין יודע ומכיר אותם וכדאיתא במדרש ויצא יעקב והלא כמה חמרים וכמה גמלים יצאו וראיתי בתשובת הגאון מהר"י הנ"ל שכתב וז"ל זולת זה שהרי כתב בריב"ש סי' תק"ח גבי אברהם פארח ממלכות קשטילא צריך לבדוק כל מלכות קשטילא כו' ומיהו יש לחלק דקשטילא הוא מלכות ואפשר שיש שם עיירות הרבה משא"כ כאן וראיה לזה מתשובת הריב"ש שכתב בשם הרמב"ן והרשב"א בעובדא דענן בר חייא שחששו לפי שהוחזקו וקשה ל"ל למימר שהוחזקו ת"ל דאפילו לא הוחזקו חיישינן וצריך לבדוק כיון שהיה כמה עיירות כו' שנקראים בשם נהרדעי כמ"ש במלחמות אלא ע"כ צ"ל דאף שהיו כמה עיירות אי לא הוחזקו ל"ח וא"צ לבדוק ול"ד לקשטילא שהוא מלכות עכ"ל ואני תמה על חילוק זה דקשטילא הוא מלכות כיון שגם מסורא ועד נהרדעא כמה עיירות שנקראים נהרדעי ודאי שכולם צריכים בדיקה ומ"ש ת"ל דאפילו לא הוחזקו כו' א"ז קושיא כיון שאין שיירות מצויות וגם לא הוחזקו

אף אותה עיר עצמה א"צ בדיקה וכמ"ש רש"י מי חיישינן לב' יצחק בעיר א' רבא אמר ל"ח כיון דלא הוחזק: ומ"ש הריב"ש שם וז"ל אחרי שאין מזכיר שם עירו רק שהוא מקשטילא ואפשר שיש בקשטילא אחרים ששםם כן והלך לירושלים וצריך לבדוק בכל קשטילא אם היה שם אברהם פארה ויצא משם ענו לי כמה אנשים יש בקשטילא ששםם אברהם פארה אמרתי א"כ הדבר שאין כאן עדות שהרי הוחזקו ב' יב"ש עכ"ל כוונתו דמתחלה היה מסופק שמא יש בקשטילא אחרים ששםם כך ויצאו ול"ש לומר שלא הוחזקו כיון שזה אינו אומר שהיא מעיר הזאת רק שהוא מקשטילא והיה חושש שמא בקשטילא הוחזקו כמה אנשים כן כמו שהיה באמת משא"כ בהאי גיטא דסורא נהי דאפשר ששאר עיירות הקרובות צריכין בדיקה דל"ש לומר שלא הוחזקו דדלמא באמת הוחזקו.

מ"מ נהרדעא עצמה לא היה צריכה בדיקה אם לא היה מוחזק לנו רק א' וגם שאר עיירות לא היו צריכין בדיקה אם היינו יודעין שאין מוחזק שם מי ששמו עוד ענן בר חיאי ולכך הוצרכו לומר שהיו מוחזקין לתרי ענן: וגם נלענ"ד מ"ש הרמב"ן והרשב"א בחידושיו ועובדא דגיטא דאשתכח בסורא שלא במקום שיירות נמצא אלא היו מוחזקין בתרי ענן ולפיכך בדקו עד נהרדעי ולא חששו לשתי נהרדעי ואע"ג דמצאו אחרינא אמר אביי דל"ח כו' נ"ל מה דקאמר שהיו מוחזקין בתרי ענן ר"ל השתא אחר הבדיקה שמצאו עוד אחד ששמו ענן בר חיאי ומ"ש ולפיכך בדקו זה מוסב על שלפני פניו ושיעור הלשון כך הוא שנמצא במקום שאין ש"מ ולפיכך בדקו עד נהרדעי.

ולא חששו לב' נהרדעי דהיינו לבדוק כל העולם משום דאין ש"מ אבל מ"ש שהיו מוחזקין בתרי ענן היינו לפי האמת דחייש ליה רבא לפי שהוחזק כאן עוד ענן אחר וכ"מ מתוס' דף קט"ו ד"ה יצחק דהא לקמן גבי ענן חייש רבא לגמלא פרחא כיון שהוחזקו שהי' שם ענן אחר ע"ש ועוד דל"ש לומר דצריך בדיקה לפי שהיו מוחזקין לתרי ענן דא"כ בדיקה זו למה דמה דאתחזק אתחזק ומה דלא אתחזק לא אתחזק אלא ע"כ דודאי צריך בדיקה כיון דאיכא טובא דשמייהו הכי וכדאמרינן והא חבו בר נאנאי כו' רק ע"י בדיקה אנו יודעין שאין שם יותר והיינו דלא הוחזקו וכשאנו יודעין או מוצאין על ידי בדיקה עוד מי ששמו כך היינו הוחזקו וכ"מ מלשון הרמב"ן במלחמות שכתב ורבא אמר יבדוק כל העולם כו' אבל לא היו צריכין לבדוק אלא עיר נהרדעי ומוחזקים היו בה שאין שם אנדרלאי אחר דבזה לא נסתפק אבוא דשמואל כו' עכ"ל משמע דלעולם אותה עירה צריכה בדיקה ואז נדע שאין שם אחר אף לרבא וצ"ע בפוסקים ואין להאריך: ומעתה נחזי אנן שעפ"י העדות הניגבה בק"ק טרעספאלי בעדות של מוה' צבי שאמר שהו' מן סמוך לבראד אין מקום להתיר' שהדבר ידוע שהרבה יש באקלים זה ששםם אברהם וגם לא הזכיר ש"א ואף שדעת מהר"מ מלובלין להתיר גם בזה ע"י בדיק' וכ"ד כ"פ כמ"ש בב"ש מ"מ בזה שלא הזכיר שם עירו ממש דבר רחוק הוא לבדוק על משך זמן רב כזה ועיין בב"ש בק"ע סי' ע"ז בשם הרא"מ שבפסק אחד דעתו דבאומר יהודי ממקום פלו' מת ל"מ החיפוש רק שכתב מהריב"ל להקל אם לא יזכור שנאבד אדם בצירוף שאר קולות וא"כ מי הוא זה היודע שלא נאבד אדם בכל האקלים בזמן רב כזה וגם עפ"י עדות מו' דוב פישל הניגבה בווארשי אע"פ דהוי כמעיד ע"ש וש"א כמבואר מהוועקסיל שביד הנ"ל מ"מ הרי לא אמר שיש לו אשה בבראד ובאמת לא היתה דירתו

בכאן ואע"פ שאין זה ראייה לסתור כמש"ל דאפשר כוונתו על הסביבות השייכי' לכאן וגם י"ל ששינה קצת שם עירו במתכוין וכמ"ש הר"ן בתשוב' בסי' ל"ג וז"ל ולענין הס' שנסתפק לכם מפני שהעיד על קריאת שמו חיים כו' כיון שיש עדות מספיק בדב' שבעל' של זו מת אלא שנוולד' ספק בשם זה אין לחוש לפי שקריאת שמו בענין זה הוא עשוי להשתנות שכבר הועד בפניכם שהוא אומר כשיצ' מעירכם שירחק נדוד וישנה שמו כדי שתהא אשתו עגונה כו' וא"כ ה"ה בנ"ד שניכרים הדברים דמסני סני לה שהרי מבואר בג"ע שרצה לעשות שידוך שם אלא אחר שאמרו לו שיש אגרת מאשתו פירש ואמר שיש לו אשה בבראד וא"כ י"ל שאע"פ כן לא רצה לגלות מקומו איה ואע"פ שיש לחלק דהתם אמר בפ' שישנה שמו וכיוצ' בזה כתב בתשובת גאוני בתראי הנ"ל מ"מ אין נלענ"ד דהתם נמי עביד דגזים ולא עביד ואפ"ה תלינן בהא והכא נמי דכוותה ועדיף טפי בנ"ד שהו' סתם דבריו ולא יהיה נתפס בשקרו כיון שהוא סמוך לו יתנצל שהיה כוונתו על הסביבות אך דכ"ז אם היה העדות מספיק להתירה בלא זה רק שניחוש לסתיר' זו שאמר מבראד ובעלה של אשה זו אינו משם היינו אומרים שכוונתו סמוך לה או שעשוי להשתנות וכנדון דהר"ן או אפשר שאחר שהרחיק נדוד גם אשתו עקרה ממקומו והלכה לכאן להיות משרתת וכדומה והוא נודע לו מזה ולכך אמר שיש לו אשה בק"ק בראד ובזה אנו יכולין לחקור אם היה כן אבל מה יושיענו זה כיון שאין כאן עדות מספיק להתירה שהרי אין כאן שמו וש"א וש"ע דהנך תלתא בעינן להתירה בלא חיפוש ואדרבה אם כך היה המעשה שאחרי אשר הלך בדרך למרחוק גם היא בביתה לא ישכנו רגליה ונסעה לבראד א"כ אם באת לומר שהוא בעל האשה ע"כ כך היתה כוונתו א"כ יש לחוש שמא אחר הוא שהרי שמו וש"א שכיח טוב' בעלמ' ששם כן והרי אין כאן זכרון לעירו מה תאמר לפי שאמר אשתו מתגוררת בבראד אין זה מועיל שהרי רבות בנות מעיירות קרובות ורחוקות באות הנה כפעם בפעם לעמוד לשרת ואין כאן מקום היתר לכאורה: שוב הוגד לי בשם האשה שכך היה הענין שהיא היתה משרתת בכאן כמה שנים אחר נסעו ושוב בא האיש לכאן ותבעה אותה לדין ונעשה פשר ביניהם שידור עמה רק התנצל שצריך להוליך איזו עגלות לווארשא והבטיח שכשישלים שכירתו יחזור לכאן לדור עמה כאורח כל ארעא ומאז הלך שוב לא חזר ולפי"ז נראה לצדד להקל דזה הו' כשמו וש"א וש"ע ומ"מ צ"ע אם יש להקל עי"ז לומר דהו' כשם עירו שהרי הטור כתב אהה' דיצחק בן מיכאל וז"ל וי"א דוקא שלא הוחזק עוד א' באותו מקום בזה השם וגם ל"ש שיירות כו' ופ' בפרישה שי"ל שבאותו העיר א"י אם יש עוד א' בעולם ששמו כן דאל"כ חיישינן שמא העדים ראו יב"ש זהבאותו העיר וסברו שהוא מאותו העיר ואותו יב"ש ראוהו שמת כו' והביאו הב"ש בקצרה ס"ק ג' ועכ"פ בעינן שבאותה העיר לא הוחזק אחר כמבואר בש"ע שם וזה שייך במקום דירתו ממש משא"כ בזה שלא היה דר בכאן רק אשתו מתגוררת בכאן בתורת משרתת וא"כ י"ל כשם שי"ל שזה בעל האשה הזאת כ"כ י"ל שמא אחר הוא שאשתו מתגוררת בכאן דשכיח טובה דאתי לה מעלמא אך נלענ"ד דהכא שנעשה פשר ביניהם שיבא לק"ק בראד לדור עמו הו"ל כקובע דירתו בכאן ול"ח לאחר שלא ידענו שרצה לקבוע דירתו בכאן דזה לפי שהיה בדעתו לקבוע דירה שפיר נקרא ע"ש העיר הזאת ומצאתי בירושלמי דיומ' פ' שני שעירים מ"ו דאית' התם קרא מסייע למתני' והמשלח את השעיר כו' אמר ר' מנא ואפי' כתנ' דבריית' אתי'

היא כאנש דסליק מטבר'י לציפורין עד דהוא בטבר'י אמרין בצפורין הוא יתיב ע"ש ועיין בקה"ע שם מבואר כמ"ש דכיון שבדעתו לעלות לשם קורין אותו ע"ש העיר הזאת ועוד דבנ"ד שידוע לנו שהלך לשם לווארשי ושמו וש"א כך והאחר א"י לנו שהלך לשם וא"כ בכה"ג הא קי"ל דל"ח לתרי יצחק ואי"ה יבואר לקמן מ"מ נלענ"ד דבלא"ה בנ"ד אין אנו צריכין לכ"ז כיון שמבואר בג"ע שנמצא בק"ק זבארוב ג"כ וועקסיל בחתימה זו אברהם במו' פישל והיו החתימות שוות ונתקיים בב"ד שדימו אותם והיו הדמיון עולה יפה ומשמע שהיה ידוע לב"ד שאותה חתימה שנמצאת בזבארוב מאיש לוקחה זאת בעלה של האשה הזאת ואפי' הבע"ד שנמצא אצלו הוועקסיל מהימן ע"ז שלקח וועקסיל זה מבעל האשה וא"כ הרי לפנינו שעדות שאמר מ' פישל מווארשי הוא עדות מספקת שאין מקום לנטות כ"א על בעל אשה זו דוק': ואין לפקפק מהא דקיי"ל שאין מקיימין ע"י דימוי החתימות אלא מב' שטרי שדות כו' מ"מ ה"ד היכ' שאינו מקוים משא"כ היכ' שמקוים וידוע לנו שהחתימה אמת אז מדמי' לחד' חתימה וסגי בהכי וכמ"ש הש"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ו דראיית הריטב"א ברורה מהך דמחוי ח"י אחספא ושדי בב"ד וא"כ היכא שאותו המלוה שחתימה זו אצלו אומר שלקח חתימה זו מבעל האשה או שעדי הקיום מעידין שבעלה חתם א"ע לפניהם מהני לדמות חתימה שנמצאת בווארשא אצל מוה' פישל ואע"פ שדעת רב שרירא גאון ז"ל דבח"י הלוח אין מקיימין משתי שטרי שדות כבר חלקו עליו בעה"ת והטור והש"ך כתב שכ"ד הרי"ף הרא"ש והרמב"ם וסמ"ג ע"ש ולענ"ד מוכח שכ"ד התוס' ג"כ דמהני הך קיום מדאורייתא ולא מטעם קיום שטרות דרבנן שהרי בכתובות דף כ"ח ד"ה קיום כתבו תימ' כיון דמדאורייתא א"צ קיום א"כ כל אדם שירצה יזייף ואומר ר"י כו' א"נ כגון שנתקיים משדה א' או מב' שדות ויוצא מתחת עצמו דאמרין לעיל שמא זייף כו' הרי מבואר דהך קיום משדה א' או מב' שדות קיום גמור הוא מדאורייתא ואע"פ שכתבו אח"כ דמגיטין מוכח דאפי' היכא דאין מכירין כלל הוי מדאורייתא כמי שנחקרה בב"ד וכ"כ התוס' בד"ט מ"מ בהא דהך קיום ע"י שטרי שדות קיום גמור הוא לא אשכחן דהדרי בהו: ואמנם נראה ברור שאף לדעת הגאון ז"ל דס"ל דהך קיום רק מטעם ק"ש דרבנן נגעו בה ולכאורה קשה לדחות דברי הגאון בפרט בדבר ערוה החמורה והב"ח תופס דברי הגאון עיקר אף לענין דבר שבממון מ"מ נלענ"ד פשוט שגם הגאון מודה בנ"ד דשפיר מקיימין ע"י דימוי דהא לענין עדות אשה יש להקל טפי מבד"מ כמבואר סי' י"ז וכיון דמקילין בעדות אשה אפי' מפי עבד ומפי שפחה מכ"ש שיש להקל בזה דהא היכא דצריך קיום מדרבנן עכ"פ מקיימין בכה"ג ועוד נלענ"ד דע"כ לא קאמר רש"ג דאין סומכין על הקיום משתי שטרי שדות אלא דוקא בכה"ג שהלוח טוען מזויף בכה"ג לא סמכין אהך קיום משא"כ היכא דמכחיש שפיר סמכין על הקיום ובהכי א"ש מ"ש הט"ז שם בסי' ס"ט דביו"ד סי' רכ"ח משמע דאפי' במידי דאורייתא מהני מה שמכיר החתימה דהא מהני שם לענין נתינת רשות כמ"ש שם מתשובת רמב"ן עכ"ל ולפמ"ש א"ש דאין דבריו סותרין לדברי ר"ש דהתם ליכא מאן דמכחיש ליה והלכך מהני הכרת החתימות ושוב מצאתי באו"ת שכתב לחלק כן וא"כ בנ"ד פשיטא דגם רב שרירא מודה דמהני דמיון החתימות: ועוד היה נלע"ד דע"כ לא קאמר ר"ש אלא משום דע"י דימוי החתימות זה לזה אין להוציא ממון מחזקת הלוח משא"כ התם בי"ד דהרמב"ן לענין איסורא מיירי בנשבע שלא לעשות בלא רשות פ'

מהני אם מכיר כ"י שנותן לו רשות שפיר מהני הכרה ובאמת צ"ע דמנ"ל להט"ז דהתם מיירי כשמכיר ע"י דמיון החתימות דלמה מיירי כשהוא מכיר בט"ע ומצאתי בס' קצה"ח סי' מ"ו שהרגיש בזה וכתב דסתם דברי הרמב"ן משמע דאף שמכיר ע"י דימוי החתימות מהני לכן כתב לחלק כמ"ש שדעת הגאון שאין מוציאים ממון ע"י סימנים מש"ה ל"מ דמיון והילכך גבי שבועה מהני סימנין ודוקא בפלניא דהאי סי' הוא לענין נפשות או הוצאת ממון ל"מ אבל באיסור מועיל כמו דמהני סימנים להתיר א"א ע"י סימנין שנהרג פ' כמ"ש התוס' פג"ה ע"ש שהאריך וא"כ בנ"ד פשיטא דעכ"פ בסי' הוא דמהני בעגונה להתיר.

אמנם מ"ש על הט"ז דלמא הרמב"ן מיירי ע"י ט"ע שוב ראיתי שז"א דע"כ ל"ש ט"ע אלא היכא שראה אותה חפץ או אותו אדם בעצמו כ"פ שייך לומר שיש לו בו ט"ע וכדאי' פ' אלו מציאות כלים ששבעתן העין כו' משא"כ בההיא דהרמב"ן בתשו' דמיירי בנשבע שלא לזוז בלא רשות חמיו וכתב לו חמיו בכ"י שהוא נותן לו רשות וע"ז כתב דכל שהוא מכיר כ"י חמיו סגי בהכי א"כ ל"ש לומר שהוא מכיר אותו הכתב עצמו בט"ע דהא מעולם לא שלטא ביה עינו אלא שהוא מכיר ע"י שראה כ"פ כ"י ויש לו ט"ע שאותיות כאלה הוא רגיל לכתוב בתמונת אותיות אלו ומהני להרמב"ן וא"כ כשיש לפנינו כ"י ממש כענין הא דמחוי ח"י אחספא ומדמה האותיות זה לזה והם שוים פשיטא דעדיף טפי מט"ע כה"ג שהוא מעלה בזכרונו אותיותיו אלה ואפ"ה מהני להרמב"ן ומכ"ש בכה"ג שהרי לפנינו ועינינו הרואות שהמכתב מכתב אחד הוא דסמכינן עליה: ולפ"ז מ"ש התוס' כתובות דף ד' ד"ה דלמא דדוקא ע"י דמיון החתימה אין מקיימין אבל היכא דמכירין חתימת העדים בט"ע אע"פ שיש חתימה אחרת ת"י מקיימין כיון דמכירין החתימה אם זייף היה ניכר וכ"כ הרא"ש וכ"כ הש"ך שם ס"ק כ"ד בשם כמה פוסקים צ"ל דה"ד שהט"ע הוא מאותן החתומין בעצמם או מאחרים שראו כשחתמו ומכירים בט"ע שזהו היא החתימה שחתמו העדים לפניהם דאל"כ אלא שמכירין שכן רגילין עדים אלו לחתום בתמונת אותיות אלו א"כ לא עדיף מקיום שע"י דמיון החתימה דאין מקיימין אם יש חתימה כזו ת"י וזה מבואר בלשון המרדכי בשם ר"ת שכתב וז"ל אבל קיום השטר ע"י עדים החתומים בו אפי' יש למלוה אלף שטרות לא אמרינן זייף שהרי העדים מתוך כוונת הלב וט"ע מכירין ובחוט השערה הן מכירים השינוי וכ"מ לשון ר"ת בסמ"ג ובהגמ"י אבל ט"ע מחמת שרגיל בחתימתו לא עדיף מדמיון בעלמא וכ"נ מדברי הרמב"ן בחידוש' לכתוב' הביאו בש"מ שכתב לדברי רש"י אי אית ליה לההיא שטרא אחרנא בח"י דסהדי לא מקיימין לעולם עד דאתי סהדי ומסהיד על ח"י דהיא היא או דהתם ודאי מקיימין דבט"ע ודאי מכיר הוא בכתיבה מזויפת א"נ כגון דאתי סהדי ואמרי אשתמודענא לה דהי חתימה פ' דבכה"ג נמי מקיימין לה כו' וכ"נ מדברי הרא"ה ע"ש אלא שלפ"ז צ"ע מההיא דכתובות דף כ"ח הנ"ל שכתבו התוס' דמיירי בנתקיים משתי שדות ויוצא מתחת ידי עצמו דאמרינן לעיל שמא זייף כו' ולפ"ז קשה דא"כ מה מועיל הקיום שמקיים הגדול מה שראה בקטנו זה כ"י של אבא דהא משמע התם דהקיום הוא ע"י שמכיר בט"ע לפי שהוא רגיל בחתימתו כדאמרינן התם ואי אשמועינן אביו משום דשכיח גביה כו' ע"ש ומה מועיל קיום זה כיון שיש לו שטר בחתימה זו תו ל"מ מה שמכיר חתימת אביו ע"פ מה שרגיל בחתימתו וצ"ל דרש"י ור"ת לא ס"ל הך שנוי דהר"י ז"ל וצ"ע בלשון

הר"ן ז"ל: ולכאורה יש להוכיח דשפיר סמכינן אט"ע כה"ג אף במידי דאורייתא אף להוציא דבר מחזקתו דהא קי"ל דפיקה ונסתמא יכול להוליך גט אע"פ שא"י למי נותנו משום דאל"כ איך סומא מותר באשתו כו' אלא בט"ע דקלא כו' ואף לעדות היה כשר אי לאו משום דכתיב או ראה כמבואר בפוסקים ואע"ג דכתבה"ש סי' קמ"ב ס"ק י"ח שצריך שיהיה ידוע לנו בל"ז שזו אשת המשלח היינו בזה"ז דלא מהימנינן לצורבא מרבנן בט"ע גבי גט ובאמת שדבריו תמוהין בעיני ראיית הש"ס דסומא יכול להביא גט משום דאל"כ איך סומא מותר באשתו כו' והרי גם בזה"ז סומא מותר באשתו כו' והא דכתב בסי' קל"ב דבזה"ז אין צורבא מרבנן נאמן בט"ע גבי גט סתם מיירי בשליח שאבד גט דחשדינן ליה דמשקר משום שאומר בדדמי ומשום שכירות שלו או שלא יהא לבעל תרעומות עליו משא"כ הכא ל"ש זה זה מבוואר ג"כ בש"ס דחולין דאמר רבא מריש ה"א סימנ' עדיף מט"ע דהא מהדרין אבידתא בסימנא ולא בט"ע השתא כו' אמינא ט"ע עדיפא דאל"כ איך סומא מותר כו' אלא בט"ע דקלא ופירש"י ומאבידה לא ילפינן דהתם משום חימוד ממון חיישינן כו' ועכ"פ מבוואר דשפיר סמכינן אט"ע דקלא וא"כ הרי ט"ע דקלא הוא ג"כ כה"ג שהוא רגיל ובקי בקול ששמע זה כ"פ ונתחזק בדמיונו וכיון שהקול ששמע עכשיו הוא דומה לו שפיר סמכינן עליה בנתינת הגט וכן בארץ ישראל או בנתקיים בחותמיו מהני ט"ע דקלא שיש לו באיש ובאשה ומינה יליף רבא בעלמא דמהני ט"ע היכא דליכא למיחש דמשקר מחמת חמדת ממון כגון באבידה וא"כ בט"ע כה"ג שזה שרואה עכשיו דומה לאותו שראה כבר נמי ט"ע גמור: ולפי"ז כשהחתימה של עדים לפנינו ואנו מדמין זה לזה דמסתבר דעדיף מט"ע כה"ג שאינו רק מכח הדמיון בזכרונו מחמת הרגילות ולא בפועל ממש כמ"ש נמי ט"ע גמיר הוא ואית לן למסמך עליה ולפי"ז מ"ש בקצה"ח בדעת ר"ש שדימוי החתימות אינו רק כסימנים שאין מוציאים ממון בסימנין ז"א דע"כ דמיון החתימות עדיף מסימנין שהוא דומה לט"ע שעל כיוצא בזה אמרו ט"ע עדיפא אלא נלענ"ד דע"כ ל"ק ר"ש אלא דאין מקיימין משתי שטרי שדות כו' היכא שאין מקיימים אלא שאכלום בשופי או אף במקויימים כיון שמ"מ יש לחוש שמא זייף הכל אלא כיון דאיכא תרי ל"ח כולי האי בזה ס"ל לר"ש דהיינו דוקא בקיום עידי השטר משום דקיום שטרות דרבנן אבל בבע"ד לא סמכינן ע"ז משא"כ היכא שידוע בבירור שהוא חתימתו של זה כהיא דמחוי אחספא גם ר"ש מודה דשפיר מהני ואין זה דומה לסימנים שאין מוציאים ממון על ידם משום דסימנים חיישינן שמא אתרמי סימנים כסימנים דהא מה"ט איכא מ"ד סימנין דרבנן ורוב הפוסקים ס"ל דהכי קי"ל משא"כ בזה דהוא מיעוטא דמיעוטא דלא שכיח שיהיה כ"י זה דומה לזה וכה"ג ט"ע מיקרי ולא סימנים כלל.

וגם כי מ"ש התוס' בחולין שאין מוציאים ממון היכא דאתי להדי ואמרי חפץ דהאי סימנים כו' דפלוגי הוא לא בריר' כולי האי דהא משמע ביבמות בעובדא דשומשמי ובכתו' פ' הכותב ופ' א"נ בתוס' דשפיר מוציאים ע"י סימנים היכא דליכא למיחש דחזי ליה בבית' ול"ש מיגו ע"ש ובש"ך סי' רצ"ז באורך: אמנם מדברי ר"ת שהביא המרדכי משמע באמת דמה שמקיימים ע"י דימוי אינו רק מחמת קולא דקיום שטרות שהרי כתב וז"ל ואפי' יוצא מת"י אחר אנו בושים כו' אבל להקיף החתימה הוי כמו דברים שאין מקיפין תדע מדבעינן שתי שטרות כו' ע"ש משמע להדיא דס"ל דקל הוא שהקילו בקיום שטרות

לקיים ע"י דמיון וגם ראיתי בספר העיטור דף ל"ה כתב וז"ל בשם רבינו האי לא על כל אדם ראוי לסמוך כשאומר זו דומה לזו שהמזייף טרח לדמות עד שאותו שזייפו דומה בעיניו שזהו כתיבתו כדאמר רבא אין ח"י הוא מיהו קמי דרב אחא לא חתמי ואמר ר"ז טבעא דבבל גרמה לי דלא חזינ' דמא בין טבעא לטבע' לא ידענ' כ"ב בין דמא לדמא וצריך אדם שידע סודות הזיוף עכ"ל: אך נראה דכ"ז דוק' היכ' שהלוה טוען מזויף דאז יש רגלים לדבר משא"כ היכ' שהלוה אין טוען כלום ודאי דראיה גמורה היא מה שהחתימות שוין ול"ח לזיוף' וגם ר"ת לא קאמר דחיישינן להכי אלא אם יש בידו שטר מחתימת יד עדים אלו ובכה"ג ס"ל דאין מקיימין ע"י דימוי ואפי' בשטר מקוים דאל"כ תקשי עליה מט"ע דקלא דסמכינן עלי' אע"כ דשאני הכא דאיכ' חשש זיוף שמכוון מלאכתו ומאמן את ידו למען שיתו אותיות אלה דומה בדומה ממש ואף שאנחנו מקיפין החתימות לא יורגש השינוי כ"א ע"י ט"ע שחתם א"ע ממש שאז מתוך כוונות הלב הם מכירים משא"כ בט"ע שוו מט"ע דקלא דל"ש זה ומצאתי און לי בשו"ת עה"ג סי' ק"י שכתב שם לענין א' שהביא עדים שהם מכירים שהוא אחיו של ראובן בט"ע דקלא וכתב דשפיר הוי הכרה כדמוכח פג"ה ואין להקשות מהא דפ' ד' מיתות ושאר כל חייבי מיתות אין מכמינים כו' ופירש"י והיו רואין אותו כו' ואע"ג דשומעין קלי' דמצי למימר לאו אנא הואי כו' די"ל דוודאי אם המסית יכחיש את העדים ויאמר לאו אנא שומעין לו ולא יוכלו לחייבו קטלא אבל היכ' דליכ' הכחשה בדבר כמו בנדון דפג"ה יש לסמוך על ט"ע דקלא כו' ע"ש: ולכאורה קשי' על דבריו דהא הש"ס מדמה ט"ע דפרצוף פניו לט"ע דקלא ובט"ע דפ"פ ודאי ל"מ הכחשה דידי' וקטלינן ליה אלא הוא הדבר אשר דברתי דט"ע דקלא שאני כיון דל"ש ט"ע על אותו הקול ששומע עכשיו רק לפי שרגיל בקול זה וזה הקול ששומע עכשיו הוא דומה לאותו הקול לפיכך לא סמכינן עליה רק שלא בהכחשה דאם מכחיש אמרינן דלמא טעו בדמיונם זה שדימו קול זה להקול שהיו רגילים לשמוע מאיש זה משא"כ בט"ע דפ"פ שהט"ע הוא בגוף ולא בדמיון ל"ח לטעות כלל: וראיתי בשו"ת שכותב לענין עדות עגונה לצדד להתיר אם הכירו בט"ע דקלא והבי' שו"ת עה"ג הנ"ל וכתב שדבריו אינם מוכרחים וקצתם אינם ברורים כו' גם הראיה שהביא מפ' ד' מיתות אין ראיה מוכרחת דאפשר דד"נ שאני ובעיני ראי' ממש כדאיתא בסנהדרין דף ל"ז כו' ולענ"ד ז"א דהא הש"ס מיייתי ראיה דט"ע עדיף מסימנא בד"נ דאילו אמרו פ' דהאי סימנא כו' לא קטלינן ליה כו' והא דבעינן בד"נ ראיה ממש היינו שצריכים לראות גוף המעשה שפ' הרג את פ' לאפוקי מעובדא דשמעון בן שטח שנכנס לחורבה וסייף בידו כו' משא"כ היכא שראה גוף המעשה אלא שהכיר מי הרוצח ע"י סימנים או ט"ע דקלא אי הוי מהני בעלמא מהני גם הכא וע"כ יש לחלק דש"ה דמכחיש ליה וכנ"ל מ"ש בש"י הנ"ל שם דזה ודאי אינו דא"כ איך מכשיר בגיטין סומא לשליחות דלמא אתי בעל ומערער ומכחיש ופסיל ליה לגיטא וכדחיישי' בריש גיטין כה"ג ולפענ"ד לק"מ דבא"י שהוא מצוי לקיימו וכן בח"ל כשהוא מקוים שפיר מצינו למסמך אף בסומא כשעת נתינת הגט כשהי' מכיר אף הבעל בט"ע דקלא דלא מצי לערעורי כיון שהוא מקוים ודאי מיד הבעל בא לו ולב' יב"ש ל"ח כל דלא הוחזק רק דלענין לשמה חיישינן להכי כיון דאיכא מיעוטא דלא גמירי ע"ש בריש גיטין בתוס' ובהר"ן הא לא"ה ל"ח ועוד יש בזה כמה דרכים ולא עת האסף פה: והנה דעת הרמב"ם

דמשטר מקויים מקיימין ע"י דימוי ודלא כר"ת ונ"ל שגם בעה"ע חולק שכתב וז"ל ואיכא מ"ד אימר זייף הכל אבל אות בעד לא זייף ואין פי' לדבריו ונ"ל שצריך להגיה אבל אותו העד לא זייף ור"ל דחיישינן שמא גם השטרות שמקיימין מהם הם מזויפים אבל לומר שזייף רק אותו העד לכיון חתימתו עם השני שטרות זה לא אמרינן וא"כ משטר מקויים מקיימין וזה האיכא מ"ד חולק על מ"ש מקודם דחיישינן שמא זייף וכיון החתימה לחתימה והלכך אין מקיימים אפי' משטר אחר ואפי' ע"י עדים כו' וזהו שסיים אחר דברי ר"ת שכתב לחלק בין קיום ע"י דימוי לקיום ע"י ט"ע וז"ל ולדבריו ע"י עדים מקיימין אותו השטר אבל לא בקיום חתימות אחרים ואנן כתבינן מה דסבירא לן עכ"ל ר"ל דלר"ת ל"מ אם מקיים מחתימת מקוימין ולהך איכא מ"ד דטעמא הוא דשמא זייף הכל א"כ שפיר מקיימין ומש"ך משמע דמחלוקת בעה"ע הוא על ר"ת ממ"ש בתחלה שאין מקיימין אף ע"י עדים ולענ"ד מסוף דבריו ניכר כמ"ש שהרי סיים אבל לא בקיום כו' ואפשר דתרוייהו איתנייהו דבעה"ע ס"ל שאין לחלק בזה דלדיעה קמייתא אף עדים ל"מ ובקו' הרמב"ן והרא"ה על רש"י דאף בעדים זמנין דטעו וכ"כ הסמ"ג על ר"ת וקשיא לי שהרי רבא טעה בחתימתו כו' ולדעת האיכא מ"ד אף מחתימת אחרים מקיימין היכא דלכ' למיחש בהו לזיפא כגון שהן מקוימין וע"ש ולקצר אני צריך: ומכל הלין טעמא שכתבתי נלענ"ד דבנ"ד ודאי סי' מובהק הוא מה שהחתימות דומות לכ"ע ועוד שהדבר פשוט שאף ר"ת לא קאמר אלא דחיישינן דלמא מחמת חמדת ממון טרח וזייף שיהיה נדמה כאילו היא וכדברי רבינו האי הנ"ל משא"כ בזה שעל עדות אשה הכל נאמנים להעיד וכ"כ בח"מ בתשו' ס"ק כ"א לענין כתב שאינו מקויים דקיום זה מה הוא דבשלמא גבי ממון יש לחוש שמא מלוה זייף כו' ע"ש וא"כ בנ"ד שזה שנמצא אצלו הוועקסיל בק"ק זבארוב או אחרים יעידו בבירור שהיא חתימת בעל האשה הזאת ועינינו הרואות שהוא דומה ממש להחתימה שבווארשא למאי ניהוש לה לכיון לזייף ליכא חשדא רק לדלמא אתרמי שמא כשמא ויהיה כ"י דומה ממש לכ"י של זה פשיטא שאף א' מרביא אינו בנמצא והוא סי' יותר מנקב יש בצד אות פ' דזמנין מתרמי הכי לפי שהיריעה יש בה נקבים נקבים משא"כ בזה אף אני חוכך קצת דאפשר שאף שלענין ממון סמכינן על הדמיון מ"מ לענין איסורא י"ל שאין אנו בקיאים וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה להקל באיסור א"א וכבר נפסקה הלכה בי"ד סי' ל"ו לענין נקב' בריאה ובבני מעים כו' שאין אנו בקיאים בהקפה להכשיר וכיוצא בזה כתבתי לעיל בשם רב האי דמייתי מהא דמחמרינן לענין נדה שלא להפליג בין דם לדם ולזה רמז ר"ת שהביא המרדכי שכתב להקיף החתימות הוי שא דברים שאין מקיפין ור"ל כהא דאמרינן אין מקיפין בבועי כו' זין מקיפין בלב ובאמת שאין הנדון דומה לראיה כ"כ דהתם הטעם בבועא משום שעשוי להשתנות וכן מגסה לדקה או מחוליא לבר חוליא שאין א' דומה לחבירו משא"כ בזה שאם נאמר שא"א למזייף לכיון היטב עד שלא יהיה ניכר ע"י הדמיון מה"ת לא נקיף זה לזה ואפשר דלישנא בעלמא נקט וכוונתו דכמו דהתם אין מקיפין כמו כן קשה להכיר אם זה דומה ממש או לא ועכ"פ צ"ע מהא דקי"ל שאין בקיאים בהקפה: ולפי"ז צ"ע גם על הש"י שדעתו להתיר ליונה שהעידו שראו מרחוק שחתכו ראש יהודי א' והיה צועק והכירו בט"ע דקלא שזה בעל האשה ולפי מ"ש צ"ע דהא אפי' אם שני הענינים לפנינו אמרינן דלא בקיאים בהקפה וד"ל דט"ע דקלא עדיף

טפי וכמש"ל ולכן נלענ"ד שאין הנדון דומה להך דנדה ודחולין שהרי הטור ובעה"ת ס"ל דאף בכ"י הלוח מהני ע"י דימוי החתימות אף להוציא ממון וע"כ שאין זה ענין למאי דקי"ל דאין בקיאת דם משום שצריך הבחנה גדולה כזה משא"כ כאן וכבר כתב אא"ז בת"ש סימן ל"ח דאע"ג דגבי נדה החמירו לאסור כל מראה שחור התם משום חומרא דכרת גזרו טפי ותו דלפעמים הוא מסור לנשים כו' ולכן החמירו אפילו בכתם משום לא פלוג משא"כ הכא ע"ש וא"כ ה"נ דלענין חזקת א"א אמרינן אוקי נגדה חזקה דאשה דייקא וכיון דהתם משום חומרא בעלמא הוא אע"ג דאיכא חזקת טהרה ובעגונה אקילו בה רבנן ומכ"ש לפי טעם השני שכתב אא"ז א"כ ל"ד להדדי וגם מהא דקיי"ל דאין מקיפין אין להחמיר כאן דהא הא קמן דנהוג עלמא לדמות החתימות ולהוציא ממון ולא אמרינן ביה דלא בקיאתין ואף לדעת ר"ש שלא אמרו כן אלא משום קיום שטרות דרבנן מ"מ לדעתו אף בזמן התלמוד לא סמכו ע"ז אלא משום קיום שטרות דרבנן וא"כ אנן בדידן שאבדה חכמת החכמים ולית בקי כלל אף בדרבנן לא היה מקום להוציא מהמוחזק ומכ"ש בכת"י הלוח דסוגיין דעלמא כהטור ובעה"ת לדמות החתי' ולקיים עי"ז להוציא ממון וע"כ דס"ל ש"ה שע"י משמוש וכיוצא בו משתנה וגם שאפשר בקל לטעות בדמיון כזה לומר שדומה לנקב שאחר שחיטה משא"כ בזה ששני החתי' לפניו ומקרב אותם אחד אל אחד ולמראה עיניו ישפוט כי כמות זה כן זה בכה"ג שפיר בקיאתין וסמכינן עלה דמלתא ואצ"ל בגוונא דנ"ד דל"ח דלמא אתרמי שמא כשמא וגם במכתב ידמו וישוו זה אינו מתקבל על הדעת כלל שזה א"א אם לא שיזייף במתכוין בעובדא דב"ב דקם אזרונקי וכתב והכא ליכא למיחש להא מלתא: ונלענ"ד ראיה מדאמרינן בגיטין דף כ"ז כגון דקאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט א' של יב"ש וכתבו התוס' שלפירש"י צ"ל שלא ראו העדים חתימת הגט שאם ראו ואומרים שזה כת"י ולזה חתמו פשיטא שיחזור ולא היה צריך להשמיענו דהא ודאי ל"ח דלמא אתרמי שמא כשמא ועדים כעדים וחתימה כחתימה עכ"ל וא"ל דש"ה דאיכא נמי חתימת העדים ובהא הוא דפשיטא ליה דל"א ז"א שהרי כתב בטור סי' קל"ב בשם הרמ"א דאף אם יש עדים אחרים ששמם כשם אלו מ"מ אם מעידים על חתימת ידם מהני וע"כ משום דל"ח לשמא אתרמי חתימה כחתימה כלל והכי פסק בש"ע שם בפשיטות ואף שיש לדחות קצת ע"פ מ"ש הב"י ליישב קושיית הסמ"ג על ר"ת שהרי רבא טעה בחתימת עצמו בפ' ג"פ וכתב הב"י דלאו קושיא היא דאנן הכי קאמרינן דלא שכיח למיטעי כשמקיים החתימה ע"י ט"ע כי היכי דשכיח למיטעי כשמקיימין ע"י דימוי מחתי' לחתי' כו' ע"ש וא"כ ה"נ כיון שהעדים מקיימין בעצמם ודאי אין לחוש שמא אתרמי חתימה כחתימה משא"כ בנ"ד שהוא ע"י דימוי אך לענ"ד שחילוק זה א"ש היכא דאיכא למיחש לזיופא שהוא מכוין לדמות ממש אז א"א להכיר ע"י דימוי משא"כ בעדים עצמן שאחר כוונת הלב הן הן הדברים ובשינוי כחוט השערה הם מרגישים ולא שכיח שיטעו כלל ולדמיון ממש ליכא למיחש משא"כ בזה שנאמר דלמא אתרמי חתימה כחתימה מבלי משים על לב לזייף ולדמות ויהיה נדמה לעין שהם דומים הדבר ידוע בחוש שא"א לאדם להיות טובע חותם של חבירו ממש בלי כוונה ועדיף טפי מהא דל"ח דלמא אתרמי שמא כשמ' ועדים כעדים ומכ"ש דל"ח דלמא אתרמי שמא כשמא וחתימה כחתימה ונראה פשוט דכ"ע מודו בהא דאם איתא דזמנין אתרמי שיהיה דומה אף בלא כוונה א"כ מ"ט באמת

קיום שטרות רק מדרבנן בשלמא אי אמרינן שא"א שיהיה כ"י של זה דומה לזה א"ש דל"ח לזיפא דאף כשיתכוון מלאכתו ממש רחוק הוא שלא ניכר קצת ויהיה נתפס בשקרו משא"כ אם אפשר שאף בלא כוונה ידמה זה לזה א"כ כ"ש דמצי מכוון כשירצה לזייף ומדאורייתא נבעי קיום ודוחק לומר דמ"מ מרתת לזייף מחמת העדים עצמן שיכירו וידעו שאין זה כ"י אלא נראה דבכל גוונא מרתת שלא יתברר זיפוי שרחוק הוא שיהיה דומה ממש אף בכוונה ומכ"ש שלא בכוונה שאין לחוש כלל: ולכן בנ"ד צריך להושיב ב"ד על כך לעיין בשני הוועקסלין ולשקול בפלס מאזניים כלם אם הם שוים ממש וכמש"ל בשם רב האי לא על כל אדם ראוי לסמוך כשאומר זה דומה לזה ואף שזה לנעול דלת בפני הזיפנים ועושים כוונים למלאכתם מ"מ פשיטא דגם בנ"ד צריך דקדוק גמור כזו כי על שמו וש"א לבד נראה שדעת כל גדולי הפוסקים שאין לסמוך להתיר אף בשביל שאנו מדמין יש צד היתר והלכך אם הב"ד ישבו גם בחנו ודקדקו היטב ועין בעין ראו דשוו להדדי זה האות כי מוהר"ר פישל המעיד בווארשא על בעלה של אשה זו העיד עדותו ויצא מעדותו שמת בבריסק ואתתא שריא.

איברא דדא עקתא דבשלמא אם מו' פישל היה מעיד שראה שמת שפיר היה מקום להתירה כו' אבל בכאן שמוהר"ר פישל בעצמו אינו מעיד רק מה ששמע מאנשי ק"ק בריסק כמבואר בג"ע א"כ אלו שהגידו על מיתתו לא ידעו מאומה משם אביו וש"ע כלל ויש לחוש שאותו ר' אברהם וויינר שאנשי ק"ק בריסק הגידו שמת אחרתא הוא ומעלמא אתי לשם אבל אחר העיון נראה דיש מקום להתירה ע"פ עדות זה שהרי מבואר בלשון הג"ע אונ ער איז גיפארין לק"ק בריסק דליטא זענין אנשים משם גיקומין אונ האבין גיפרעגט אוב דער ר' אברהם וויינר האט בכאן איין ווייב דען ער איז גישטארבין ולשון זה מורה להדיא שעל ר' אברהם הידוע ביניהם היו מדברים והיה ניכר בעיניהם לפי שהיה בעל עגלה כמוזכר בג"ע שאל"כ כך היה להם לשאול אם יש שם אשה שבעלה היה שמו ר' אברהם וויינר וסברת זאת מבוארת בק"ע בשם כמה תשו' וביחוד בשו"ת מהרי"ט סימן למ"ד כיון ששאל ה"ר יצחק על דוד טובי בודאי על דוד טובי הידוע להם היתה השאלה שהרי לא שאל אם ידע איש א' ששמו דוד טובי אלא על דוד טובי הניכר וידוע לעד שאל וכ"כ במהרי"ט שם סימן ל"ו כיון דאמר העכו"ם לה"ר יצחק את כהן ואת שאשי הרגו נראה הדבר שהיה מדבר הנודעים להם שאלמלא לא היה העכו"ם יודע שהיה נודע לה"ר יצחק לא היה אומר כן דכמה איכא בשוקא אלא הול"ל ראיתי שני עברים א' שמו כהן כו' ע"ש והביא דברי מהרשד"ם דס"ל הכי ע"ש שהביא דברי מהרשד"ם הנזכר בק"ע סימן ש"מ וש"מ"ד וגם הביא ראיות מדאמרי' בחולין עורב זה עורב אטו קמן קאי כו' ומדאמרינן הנודר משמן כו' וגם מאזוב שאין לו שם לוויי כו' ע"ש וע' ברש"י פרשת חיי שרה אנכי בדרך פי' דרך המזומן דרך הישר באותו דרך שהיה צריך וכן בכל ב' ולמד וה"א המשמשים בראש התיבה ונקודים בפתח מדברים בדבר פשוט שנזכר כבר במ"א או שהוא מבורר וניכר באיזו הוא מדבר עכ"ל רש"י וא"כ פשוט דבנ"ד שאמרו דער אברהם בודאי שהוא מבורר וניכר באיזו הוא מדבר וכן איתא בד"ט ולענ"ד יש עוד סמך לדבר מדאמרינן במגלה דף ט"ז ועשה כן למרדכי א"ל מנו מרדכי א"ל היהודי א"ל טובי מרדכי איכא ביהודים א' היושב בשער כו' ונראה שדקדקו כן שהי"ל לומר ועשה כן לאיש יהודי ששמו מרדכי אלא שהיה סבור דסתמא

דמלתא יודע על איזו מרדכי הם מדברים הידוע ביניהם ולכך אמר לו למרדכי סתם והמן ברשעתו לא רצה להרגיש ושאל לו מנו מרדכי ואז הוצרך לפרש לו היהודי כו' ופשיטא דבנ"ד ששאלו אנשי ק"ק בריסק אוב דער אברהם וויינר כו' שמבואר מלשונם שעל הידוע ביניהם היו שואלים וכ"מ בשו"ת ב"ח החדשות סימן ס"ט תשובת הגאון מוהר"ר מן ז"ל האבד"ק וינא שכתב וז"ל בנ"ד לא הזכיר רק שמו יוזל בלבד מראש ועד סוף ולא ש"א וש"ע וכמה יוסף איכא בשוקא כו' אלא אפילו לדברי העד ששמע מהראש שהסיח לפ"ת שיהודי דער לאנג יוזל משמע שהיה מדבר ומכירו ויודעו לזה יוזל אשר יאמר עליו כי הוא זה כו' ומה גם בעדות אברהם איך האב גימאלין בייא איין מילנער דער וויל דער יוזל איז דער היים גיוועזין משמע בפירוש שהא"י הטוחן היה דר שם כו' ואפילו לא היה אומר מהוך עמיז בפירוש הו"ל כאילו אמר זה יוזל שמכאן שהרי שם היה דר הגוי וכאן נמצא כ"ה ומה היה לו להזכיר שם העיר שהוא עומד בגבולה וסמוך לה כו' ע"ש וא"כ פשיטא דבנ"ד נמי הענין מורה שזה אברהם היה בעל עגלה והיה ידוע וניכר במחוז ההוא שהיה נע ונד דרך יום כה כו' והיה מקום תחנונו לפעמים בווארשי ולכך שאלו שם עליו אוב דער אברהם האט בכאן קיין ווייב ולא הוצרכו ליתן סימנים או לשאול בלשון אם יהודי א' ששמו אברהם יש לו אשה כאן לפי שעל הידוע הם מדברים וסתמא כפירושו שעל אותו האיש שהיה רגיל שם וניכר וידוע למו' פישל עליו היו מדברים וכיוצא בזה כתב בק"ע סימן קס"ט בשם תשובת ב"י דכיון שבא למקום ההוא להעיד מסתמא היה ידוע שהוא מאותו מקום הו"ל כמזכיר ש"ע ואע"ג דבסימן קע"א כתב דלמעשה אין לסמוך ע"ז מ"מ הכא עדיף טפי כיון ששאלו אם יש לו אשה שם א"כ ודאי על אותו שקבע שם מקום תחנונו הם שואלים ואף שבאמת לא היה קביעות דירתו שם מ"מ הם אמרו על האיש הזה שהיה רגיל שם ובק"ע סימן רצ"ד כתב בשם מהראנ"ח דלא בעי שיעיד שהוא בן עיר רק שהיה באותו העיר ג"כ די בזה לשיטת הרבה פוסקים עכ"ל וא"כ בנ"ד שנראה מאנשי ק"ק בריסק שכוונתם היה להעיד לאשת ר' אברהם זה להתיר אותו והוכחנו מלשון העד שהיו מדברים על ר' אברהם וויינר הידוע וישאלו אנשי המקום על אשתו של ר' אברהם זה כי אותה הם מבקשים להתיר וא"כ ה"ז עדות ברורה על ר' אברהם במוהר"ר ירוחם פישל בעלה של אשה זו שמת בבריסק ואתתא שריא: ובר מן דין נלענ"ד שיש לצדד להיתירא דכיון שנודע לנו מעדותו של מוה"ר דוב פישל שבעלה של אשה זו יצא מווארשא ללכת לבריסק ומדיבורם של אנשי ק"ק בריסק מבואר שבאו להעיד לאשת ר' אברהם שיצא מווארשי לבריסק הרי שידוע להם עכ"פ שזה בא מווארשא לשם ושמו אברהם וויינר ומת שם ולמו פישל ידוע שזה היה מכונה שם בשם זה אברהם וויינער וכיון שידוע לנו שזה הלך מווארשא לבריסק ואחר אין ידוע לנו שהלך לשם יש לנו לתלות שאותו הידוע לנו שהלך לשם מת וכמ"ש הח"מ ס"ק ל"ה דבעובדא דמכליף בן מלול אשתו ידעה שיצא בעלה ע"ד ללכת לעיר פאס והעד העיד שנהרג סמוך לפאס ל"ח דלמא בעלה אזל לעלמא ואחר אתא לפאס ונהרג והוי ממש כההיא דיצחק ר"ג כו' ולומר דלמא גם אחר אזל לאספמי' אע"ג דשכיחי שיירות לאספמיא מ"מ אין זה ודאי שמי ששמו כשמו הלך ג"כ לאספמיא כו' וא"כ ה"נ דכוותיה ע"ש בח"מ שכ' כן גם בדעת הטור בשם הרי"ף דאם הוחזקו שנים אלא שהאחד ידוע שהלך לשם והשני לא נודע מקומו אין תולין שמת אותו שידוע לנו

שהלך לשם יע"ש ואם אמנם לענ"ד מ"ש דעובדא דמכלוף מיירי בכה"ג שהיה ידוע לאשתו שיצא ללכת לפאס הוא תמוה בעיני שהרי בכל התשובה שם לא נזכר מזה כלל ועיקר טעמו משום שלא הוחזק בעיר עוד א' וכתב וכ"ת שאני הכא שאיש א' שמו יב"ש נפל ממנו גט זה עומד לפנינו כו' אבל הכא דלמא כמה מכלוף בן מלול איכא בעולם יש להביא ראיה ממ"א דגרסי' ביבמות יצחק ר"ג כו' הלכך בנדון זה אפילו אי שכיחי שיירתא אם לא הוחזק מכלוף בן מלול אחר אתתא שרי' כו' וכן בתשובה שאחריו שהשיב למי שרצה לחלוק ע"ז ע"ש לא נזכר כלל ועכ"פ היה לו לבאר זה שלפי דעת הח"מ עליו נשען יסוד ההיתר ואדרבה שם משמע שאשתו לא היה לה שום ידיעה מהליכת פאס כלל כמבואר למעיין שם ובבד"ה כתב דאפשר גם להרא"ש אע"פ שכתב שלא העיד על שם מקומו כיון שהעיד שנהרג קרוב לפאס ולא הוחזק בפאס מכלוף אחר הוי כמזכיר ש"ע וכ"נ מהראיה שהביא מהרמב"ם שכתב אמר א' יצא עמנו ממקום פ' מחפשינן משמע דבכה"ג הוא עובדא דמכלוף דאל"כ מאי ראיה מייתי ורבינו ירוחם כתב בעובדא דמכלוף שהיום כך ימים היה דר במקום פ' ויצא משם הרגוהו בדרך עכ"ל הרי שהזכיר שם עירו עכ"ל הב"ה והנה מ"ש כיון שנהרג קרוב לפאס כו' הוא תמוה בעיני דמשמע התם להדיא דפאס אינו מקום דירתו של הנהרג רק לפי שנמצא קרוב לשם הביאווה לשם וזה העד הכירו ומ"ש מדאייתי מהא דאמר א' יצא כו' לענ"ד ז"א דעיקר ראייתו הוא מההיא דיצחק בן מיכאל דמייתי מעיקרא והא דאמר א' יצא כו' מייתי אגב גררא דמוכח דאף היכא שלא הזכיר שמו כלל רק יצא א' סתמא מותר ע"י חיפוש ובהזכיר שמו מותרת אף בלא חיפוש וכתב ב"י ראיתי שכתב דמיירי שהזכירו העיר שיצא מכלוף משם ובידוע לנו שבעלה של אשה זו יצא מאותו המקום שאומרים העדים שיצא משם וכן מפורש בדברי רבינו ירוחם כו' ואף על פי שכתב תשובת דין זה בשם הרד"ך מ"מ שפיר שמעינן שאותו מעשה במזכירים ש"ע ובסגנון שנשאל מהר"ד כהן נשאל הרא"ש ושניהם השיבו בסגנון א' (ולענ"ד דמ"ש רבינו ירוחם והורה הר"ד כהן שהסימנים אינם כלום כו' הוא מדברי הרד"ך עד אך אמנם יש להתירה כמבואר בתשובת הרא"ש שגדול א' במקומו של הרא"ש הובא הענין לפניו ולא רצה להורות היתר ועיין בכלל ד' סי' י"א שם חתם הר"ד כהן להסכים על דברי הרא"ש בענין עצירת גשמים ע"ש אך בתשובת הרא"ש שם מסיים ושלום לה"ר ברוך וכן למשמע ממליצת הרא"ש בתחלת התשובה מטיבותיה דמר הבינינו מברכותיך כו' נראה שהיה שמו ר' ברוך ויותר נראה דט"ס הוא ברבינו ירוחם וצ"ל והורה הרא"ש ולפי שבלשון העדות שהובא בתשובת הרא"ש איתא העיד ר' דוד הכהן כו' אמנם ברבינו ירוחם התשוב' קצת בשינוי ששם כתב ראיה מלשון הרמב"ם דל"מ סימנים ובהרא"ש ליתא גם לשון השאלה משונה קצת וצ"ע): ולענ"ד הדבר קשה להעמיד כן בהרא"ש שכפל בלשונו שהעד לא העיד שהיה בעל אשה זו וגם לא העיד שם מקומו וגם אח"כ כד מייתי עובדא דתרי יצחק כתב הרי מה שהבאתי דומה לנדון זה שהרי העדים לא העידו כ"א על שמו אבל לא הכירו את מקומו ולא את אשתו וכן מבואר לענ"ד ממ"ש שם דאלו העידו עדות גמורה שידעו שהיה בעלה של אשה זו בהא לא הוה אמר אביי חיישינן לתרי יצחק אלא הוה אמר יבדק אותו מקום כדקאמר בתר הכי תבדוק כולי נהרדעי כו' ולכאורה הדברים מתמיהים שאם העידו שהוא בעל אשה זו מה בדיקה צריך עוד והדבר פשוט שיש כאן חסרון

הניכר כמו שיש כמה ט"ס בתשו' זו וכצ"ל וא"נ מיירי שהעידו שהכירו שם מקומו לא
הוא אמר אביי חיישינן אלא הוה אמר יבדק כו' וקצת אפשר לישב בלא הג"ה שמ"ש
הרא"ש שידעו שהיה בעלה של אותה אשה לאו דוקא אלא ר"ל שהיה בעל של האשה
ששמה כך ולזה צריך שפיר בדיקה שמא יש שם עוד א' ששמו ושם אשתו שוים וע"ז
קאמר הרא"ש דא"כ לא הוה אמר חיישינן כו' אלא יבדק כו' וצ"ע וכן מלשון החולק
עליו שכתב דצריכין אנו לידע שום סרך שהוא זה שהיה בעלה של זו או שיצא מכאן
כו' משמע דלא היה ידוע אם יצא מכאן ונראה שר"ל שצריך שיהיה ידוע לעד המעיד
שזה שמת יצא מכאן ובעובדא דקורטבא דמשמע בש"ס שהיה ידוע להם באספמיא שזה
שמת בא מקורטבא דאל"כ יש לחוש שמא מעלמא אתי וכ"מ ממ"ש הרא"ש דלמה כמה
מכלוף בן מלול איכא בעולם ולא אמר בעיר הזאת משמע שלא העיד שם מקומו: ואשר
אני אחזה לי בפ"ה הרא"ש לענ"ד דשם מקומו נחלק לב' אופנים א' הוא שידוע לעד מקום
קביעות דירתו של זה מעולם ואז פשיטא כל שמכיר העד שזה שמת היה קביעת דירתו
במקום פ' שאין מקום לחוש לעלמא כלל רק שמא יש עוד א' באותו העיר ששמו כך
ולהא ל"ח כל שלא הוחזקו ואופן השני שידוע שם מקומו שיצא משם לעת הזאת ומ"מ
א"י היכן היה קביעת דירתו ובנ"ד שידועין שזה יצא מווארשא אבל מ"מ אין יודעין אם
היה קביעתו שם וא"כ אכתי איכא למיחש דלמא אחרינא אתא לשם ששמו כך ושוב יצא
משם כיון דשכיחי שיירותא ובהכי נמי מיירי עובדא דהרא"ש שזה העד ידע מקום שיצא
משם אבל מ"מ לא העיד שם מקומו דהיינו מקום דירתו וזה מבואר מלשון רי"ו שכתב
והיום כך ימים הי' דר במקום פ' ויצא משם כו' ומ"ש דר במקום פ' אין ר"ל שידע שזאת
מקום תחנותו מאז ומקדם רק שראה אותו דר שם ואפשר שלא בקביעות ולכך היה
מקום לחוש כיון שלא העיד מקומו ממש וא"כ מה בכך שיצא ממקום זה הא כמה מכלוף
איכא בעולם וא"כ יש לחוש שבא ג"כ לעיר הזאת מעלמא ויצא משם לזה מייתי ראייה
מעובדא דתרי יצחק דל"ח לאחרינא דאתא מעלמא כל שלא הוחזקו והרמב"ן והרשב"א
ג"כ מפרשים מהך עובדא דתרי יצחק עד"ז אלא שהם פ' מטעם כאן נמצא וכ"ה והרא"ש
לא נחית להך סברא והשתא שפיר מייתי ראייה מדברי הרמב"ם ונסתלק מה שהשיגו
עליו דהרי הרמב"ם כשתלך למקום פ' קאמר וזה הוי כאילו הגידו ש"ע ולפמ"ש א"ש
דנהי שהי' ידוע להם שיצחק זה בא משם מ"מ מאן לימא לן שהוא אותו יצחק ב"מ שיש
לו אשה בעיר הזאת דלמא א' ששמו כך היה בעיר זאת ומשם בא לכאן ואין זה אותו
שקבוע בעיר אלא ודאי חיישינן והא"ש נמי מה דמייתי דברי הרמב"ם אמר א' יצא עמנו
ממקום פ' מחפשין באותה העיר כו' דמשם ראייה דליכא למיחש לאחרינא דאל"כ מה
מועיל החיפוש באותה עיר דלמא א' אתי מעלמא דרך עיר זו אע"כ שאין חוששין ומ"מ
חפוש בעיר זו בעי כיון שלא הזכיר שמו כלל אבל אם הזכיר שמו כגון עובדא דתרי
יצחק אף בדיקת העיר לא בעי דהא לא הוחזקו ודעת החולק עליו שם הוא דעכ"פ אותה
העיר צריכה בדיקה והך דאספמיא הוי טעמא שאין ממנין ב' ר"ג ועוד שהיה ידוע שלא
הלך אחר לאספמיא ולכך לא הוצרך בדיקה ואף הרמב"ם מיירי בכה"ג שיהיה ניכר
שמת יצחק בן מיכאל מאותו מקום ואין שם אחר ועיקר הרבותא דל"ח דלמא מעלמא
אתא לכאן והרא"ש ס"ל דודאי הוה שם בעובדא דיצחק ר"ג מקום לחוש שמא אחר
ששמו כך יצא מקורטבא לשם דלא מסתבר שהושיבו שומרים כו' אלא דל"ח לזה כלל

כיון דלא הוחזקו ומצאתי בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן ס"ז שכתב וז"ל וכ"ש שאפילו הרא"ש ז"ל עצמו לא שרי אלא בשהיה ידוע שהיה שם באותה העיר בעלה של אשה זו ולא הוחזק בעיר מכלוף בן מלול אחר וכדאיתא בתחלת תשובה שכתב ז"ל אמנם יש לחפש לה היתר ממ"א כיון שידוע שהיה שם בעלה של אשה זו מכלוף ב"מ ואם לא הוחזק מכלוף אחר בעיר נראה דאתתא שריא ע"כ משא"כ בנדון שלנו דלא נודע מאיזה עיר היה ולא מאין בא ולא לאן הוא הולך כו' עכ"ל זה מבואר כמ"ש ונראה שמדייק זה ממ"ש הרא"ש מכלוף אחר בעיר כו' משמע שבעלה של זו היה ידוע שהיה שם ובתשובת ב"י מדייק ג"כ מזה אבל קרוב לשמוע שמהר"מ אלשקר מפרש מ"ש כיון שידוע שהיה שם בעלה של אשה זו כו' הך שם הוא בקמ"ץ ור"ל שהיה שם באותה העיר וזה מבואר קצת למעיין בלשונו ונראה דס"ל דאי ר"ל שמו של בעל והך שם נקוד בציר"י ק' דהא פשיטא ומאי למימרא אבל בלשון רבינו ירוחם איתא כיון דידוע שהיה שם בעלה כך כו' מבואר שמפרש השם שכתבו בציר"י ומ"מ דברי הרא"ש נראה כמ"ש: ומצאתי בשו"ת הגאון המפורסם מוהר"ר יושיע ז"ל בעהמ"ח שו"ת פ"י ומג"ש בתשובת כת"י שתחת ידי תשובה ארוכה להתיר בכיוצא בזה וכתב וז"ל בנ"ד שיש עדים שבעלה של זו היא בודאי באותו גליל כנזכר בעדות של ר' זעליג שהלך עמו עד ג' פרסאות מקראקא ונפרד ממנו והוא הלך לקראקא אשר הדרך הולך על כפר גרושקי כנזכר בעדותו של הגוי א"כ זה היה בודאי כאן אלא שניחוש שמא גם האחר בא והוא נהרג ובעלה של זו אזיל לעלמא להא ל"ח דכל הוחזקו פירש"י באותה העיר צ"ל פירושו באותו העיר שנמצא בה הגט דאז אמרינן מאן יימר שזה הגט נאבד מיד זה שמא מיד האחר ואע"פ שכתבו התוספת פכ"ה דלרבה מיירי דידעינן דמזה יב"ש נפל כו' מכלל דלר"ז חייש אפילו בכה"ג ש"ה דמ"מ כיון דהוחזקו ב' יב"ש בכאן אבל בנ"ד שזה היה בודאי בכאן ומאחר לא ידעינן א"כ במקום האבידה לא הוחזקו שנים ומה בכך שהוחזקו שנאבדו שנים מקראקא מ"מ כאן במקום שנולד הספק בעינן הוחזקו תדע כו' וכן ביבמות גבי יצחק ר"ג שפסקו הפוסקים דמיירי בלא הוחזקו כו' מיירי שיצחק ר"ג יצא עם עדים לאספמיא ולא ידעו העדים אם הוא יצחק הדר בקורטבא או אחר בא לקורטבא הא אי הוי ידעינן דיצחק בעלה של זו יצא מקורטבא והלך לאספמיא אפילו הוחזק עוד יצחק ר"ג בקורטבא ל"ח אפילו לאביי שהלך השני כיון דלא ידעינן מיניה וא"כ כיון שידעינן בנידון זה שהיה בגליל זה אמרינן ודאי זה נמצא וזה היה דהא הכא לא שכיחי שיירתא דלא מיקרי שכיחי שיירתא אלא מקום שווקים כגון היכא דמזבנא כיתנא כו' ואפילו את"ל דבנ"ד כיון שהיה אחר יריד יערסלב שבני קראקא חוזרים לביתם משם ועוברים על דרך בריגל ואם כן איכא למימר שמא גם אחר חזר לביתו מייערסלאב ומיקרי שיירות מצויות מ"מ נ"ל דשרי בנ"ד דע"כ לא כתבנו לעיל דהוחזקו ושכיחי שיירתא אע"ג דידעינן ודאי שזה הלך לשם אין פירושו דכיון דשכיחי חיישינן שמא גם השני הלך עם השיירות לשם אלא משום דאיכא תרתי לריעותא אחד דבקורטבא גופא הוחזקו תרי יוסף ולא ידעינן השני היכן הלך ואיכא למיחש לדידיה ועוד כיון ששיירות מצויות איכא למיחש גם לעלמא אבל אי לא הוי חיישינן לעלמא אע"ג דהוי שיירות מצויות מקורטבא לאספמיא והוחזקו לא מיקרי תר"ל כיון דליכא למיחש לעלמא אלא להאי אתרא לחוד וידעינן בודאי דמהאי אתרא אזיל חד מינייהו ואין ספק מוציא מידי ודאי כו' אלא א"כ

לא ידעינן האי מינייהו אזיל וכעובדא דענן ב"ח כו' ואע"ג דמלשון התוס' כו' ועוד דהתם נמי הוי פירוש הכי דאי ש"מ בכל המקומות חיישינן שמא בא בתוך הבאים אבל אי אין באין מכל המקומות לא חיישינן לדידיה כו' הנה לשיטת הרא"ש וסייעתם דבעינן תר"ל נראה ברור דהכא ל"ח דליכא אלא חדא לריעותא ועתה נאמר דאפילו לשיטת הרמב"ן והרשב"א כו' נראה להתיר ג"כ בנ"ד דאינהו לא חיישי בגט אם נמצא במ"א אלא אי לא ידעינן שזה אבד גט בודאי אבל אי ידעינן שזה אבד ל"ח אפילו אי שכיחי שיירות כו' ועוד דנ"ד דמי ממש ליצחק ר"ג שהיה א' בעיר קורטבא עדים מעידים שאחד יצא עמהם אמרינן ודאי זהו כיון דלא הוחזקו כאן באחר ה"נ זה היה ביערסלב שהיה אחד מן הנאבדים וא"כ אמרינן כאן נמצא כו' אפילו לא היו העדים יודעים מי יצא עמהם מיערסלב כ"ש שזה יצא עם עדים פשיטא דאין כאן כ"א חשש דשכיחי שיירתא לחוד שמא אתא מעלמא עוד א' מהנאבדים דחששא דהוחזקו אין כאן כיון שלא הוחזק ביערסלב שנים כו' וברור בעיני דלדברי הרמב"ן אפי' הוחזקו ב' יצחק ר"ג בקורטב' ושכיחי שיירתא וידעינן באחד שהלך לקורטבא ודאי והשני לא ידעינן ליכא למיחש לדעלמא דכאן נמצא כיון שהוא לפנינו כאן לא ניחוש לאחר וכן לאותו השני דכאן לא חיישינן כיון שזה ודאי הלך ולא נזכר בדברי הרמב"ן וסייעתו דבגט ידעינן שאבד זה ופשוט דלסברתו כאן נמצא כאן היה כו' וכ"נ לדקדק מדברי הב"י בתשו' בדיני מסל"ת סימן א' אלא בנידון שאין ידוע לנו אם בעלה של זו היה הולך ממצקא לוורבצא כו' משמע אי הוי ידעינן שהולך ממצקא לוירבצא שריא אע"ג שלא הגידו אלא שם היביב ומי ידעינן מהיכן הוא אם הוא מכאן או מעלמא כו' ואגב אורחא ק"ל עוד מ"ש בתשובת ב"י הנ"ל דמה שהתיר הרא"ש בעובדא דמכלוף מיירי שהזכירו שם העיר כו' וע"ק כיון שהעיד שהנהרג דר במקום פלוני ואין אחר בעיר פשיטא דזהו דהא אין לחוש לאחר מעלמא כו' ואפשר שדר שם לאו דוקא שהעדים הגידו שההרוג היה דר שם אלא ר"ל שיצא מכלוף אחד ממקום פלוני שהיה דר שם ואיכא למימר שמא מעלמא בא לאותו מקום ויצא עמהם ולא זה בעלה והיינו ממש עובדא דיצחק ר"ג וכמש"ל: ונראה ברור לענ"ד בלי ספק אפילו אם לא היה כוונת הב"י כן מ"מ לדעת החולקים עליו וס"ל דלהרא"ש לא בעינן שם עירו צ"ל דמפרשי דמעשה דמכלוף ב"מ היה שאנו יודעין או שהעדים מעידין שהלך מכלוף מעירו לפאס ובאו עדים שנהרג אחד סמוך לפאס וכמ"ש דאל"ה פשיטא דאין ראייה מיצחק ר"ג דהתם מעידין בני אספמיא שבא מקורטבא לשם אלא דלא ידעינן שמא אחר בא מעלמא לקורטבא להא ל"ח אבל בנידון דידיה שהעידו רק שמו וש"א מאי מדמי להו אהדדי וצריך לדחוק דמסבר' מדמי שם אביו לש"ע אבל לפי פירושינו דגם התם היו יודעים שהלך לפאס וידעינן שיצא משם לאותו הדרך אלא שהעדים לא ידעו כלום והעידו סתם שנהרג מכלוף סמוך לפאס ואנו יודעין שיצא משם אלא דאיכא למיחש שמא אחר מעלמא אתי או שמא בפאס היה עוד אחד ששמו כן ויצא ולכן כתב כיון שלא הוחזק עוד אחד בעיר ר"ל בעיר פאס והיינו ממש עובדא דיצחק ר"ג דגם שם התם אי פירושו דידענו שהלך לשם ה"נ ידענו ואי לא ידענו אלא שהעדים מעידים שיצא משם לאספמיא כ"ש הכא שאנו יודעין עכ"ל הנה העתקתי מקצת תשובת הגאון ז"ל ויש בידי גם כן מה שהשיב לו הגאון מוהר"ר אברהם ז"ל בן הגאון בעל מ"ב לסתור דבריו והוא חזר והשיב לו לחזק דבריו באריכות גדול בפילפל רחב לכל צד

בחריפות ובקיאות ובסוף התשובה שניה כתב ראייה ממעשה דקולר דפשיטא שאם העיד גוי סתם חבורה מתו בדרך ולא הגיד באיזה דרך אף ע"פ שאנו יודעין שחבורה אחת הלכו בדרך אחד לא תלינן בהו ולא חיישי' חיפוש כלל שא"א לחפש בכל העולם שלא הלכה חבורה באותו זמן אלא שדרך הוא שמתיר כיון שמעיד שהלכו בדרך אנטוכי' אמרינן ודאי הני נינהו אע"ג דשכיחא שיירתא בלי ספק גם בלי ספק דהוחזקו שהרבה חבורות הולכים בכל יום בדרכים מ"מ כיון דאלו ודאי סמכינן על זה ושרינן ק"ו בנ"ד דמזכיר שם עירו שהוא סימן יותר מובהק דהא סמכינן עליו לפעמים אחר החיפוש שלא יצא כ"א זה לחוד וא"כ אי ידעינן שהלך בדרך זה שרינן ופשיטא דלא נתנו שיעור כמה מיקרי קולר כו' ולפ"ז היה נראה דאם עד מעיד שראובן הלך בדרך זה ובא אחד והעיד שראובן שהלך בדרך זה מת מתירין את אשתו ואף ע"ג דראובן טובא שכיחי מ"מ כיון שידעינן שראובן הלך בדרך זה תלינן ביה דלא גרע מקולר וכן מצאתי בתשובת ב"י ביהודי שהיה שמו אברהם והלך עמו יהודי בדרך הרחיים כו' אלא דלענין מעשה לא רצה לסמוך על זה ומ"מ ל"ד לנ"ד דהתם איכא למיחש לרובא דעלמא דכמה אברהם איכא בעלמא כו' ובלי ספק דבדרך זה הולכים כמה אברהם בכל יום ול"ה ספק כלל כיון דשכיח טובא הוי כודאי אבל קראקאויר דליכא למיחש כ"א לבני עיר זה כו' ועוד נראה דשאני עובדא דהב"י דאין הגוי מעיד שנהרג באותו דרך שאמר אברהם שאפשר שהיהודי מעיד שהלך כלפי מזרח והגוי אינו אומר אלא שנהרג סמוך לרחיים ואפשר שאחר בא ממערב לשם ונמצא שאינו מעיד ודאי שהיה זה שהלך בדרך זה אבל הכא שאנחנו יודעין שזה הלך בדרך זה לקראקא והגוי אמר שבדרך הליכתו לקראקא נהרג הוי ממש דומיא דקולר ובזה מיושב תשובת הרמב"ם שהביא הב"י שהתיר באיש מעכו כו' ועוד האריך הגאון וממה שהעתקתי אפילו קצתו תראה דלדעת הגאון ז"ל אתתא זו שריא בפשיטות שהרי לפי עדות מוהר"ר פישל הלך בעלה של זו ששמו אברהם וויינר מווארשא לבריסק ואנשי קהלה בריסק מעידים שאחד ששמו כך בא מווארשא לבריסק ומת שם והרי לא הוחזק לנו אחר ואע"פ ששיירות מצויות מווארשא לבריסק מ"מ אין כאן חשש משיירות דרובא דעלמא כיון שהם מעידים על איש שבא מווארשא לשם וגם כי בווארשא גופיה אע"ג דודאי שכיח אברהם טובא מ"מ כיון שמדברי אנשי בריסק ששאלו אוב דער אברהם כו' עכ"פ מבואר ששאלו על ר' אברהם וויינער בעל עגלה אשר הזכיר מוהר"ר פישל בתחלת העדות וא"כ ודאי לא שכיחי שיהיו שם הרבה שתפסו אומנות זה ויהיו נקראים בשם זה וכיון שזה ידוע לנו ודאי שנסע לשם ואחר כיוצא בשם זה אין ידוע לנו כלל נראה דלית דין צריך בשש דאתתא שריא ועיין בק"ע סי' רכ"א בשם מבי"ט אם נאבד יהודי שהלך ממקום פלוני למקום אחר ואחר כך באותו דרך נמצא הרוג דמדאו' תלינן שזה הוא הנאבד כו' ובש"ת שב יעקב ונ"ב האריכו בזה וגם אני הארכתי בתשובה סימן בזה אמנם בנ"ד נראה דעדיף טפי מההיא שעכ"פ הוזכר שמו וגם שם אומנתו וגם שהיה מכונה על שתי אומנות ביחד ואע"ג דצירוף סי' שאינם מובהקים אינו מועיל מ"מ בזה שעכ"פ לא מיקרי ש"מ לגבי הא מלתא שיהיו נקרא בכנויים אלו ויהיה דרכו לשם וכ"ע מודו דאתתא שריא: ועוד יש לצדד בנ"ד ע"פ עדות מו' אברהם מק"ק טרעספאלי אשר העיד שהר' אברהם שנפטר שם בחורף העבר האט גיהאט איין צייכן אויף דעם שטערין איבער דעם לינקן אויג וכבר ידעת שדעת הפוסקים

דרושם וצמצום מקום הוי סי' מובהק ומשמע מקצת פוסקים דכה"ג שאמר על המצח על העין השמאלית צמצום המקום מיקרי ואע"פ שלא פרט אם בצד הימין של עין שמאל או בצד שמאל או באמצע מ"מ כיון שפרט איזה עין צמצום מקום הוי וכ"כ בנ"ב סי' נ"א דמדכתיב הב"ש בסוף אם העיד על רושם תחת העין ולא העיד תחת איזה עין ל"מ משמע שם שאם העיד תחת איזה עין מהני וא"כ ה"ה הכא לכאורה הוי סי' מובהק אם אמנם כי קשה לסמוך ע"ז לבד ואין להאריך בדבר שכל האחרונים האריכו בזה אך דבנ"ד נראה דשפיר מועיל סי' כה"ג מטעם שכתבתי לעיל דאשה זו ודאי עכ"פ יצאה מחשש איסור דאורייתא וא"כ אפי' תימא סימנים דרבנן שפיר מועילין סימנים כאלו: ועוד נלענ"ד לצדד ע"פ העדות הנגבה בק"ק טרעספאלי שהאחד אמר שזה אברהם הנפטר שם היה לו רושם במצחו על העין השמאלית וא"כ עכ"פ קצת צמצום מקום והשני שלא פרט בדבריו שהיה על העין השמאלית רק על העין סתם העיד שהיה מן סמוך לק"ק בראד ואומנתו שהיה ווינר ובאגרת הנכתב מטרעספאלי מבואר שהי' בעל עגלה ובא מן ווארשא וע"כ שני העדים על אברהם א' העידו שהרי העידו ע"פ הכרוז היוצא שם בבה"כ ובהמ"ד כל מי שידוע מאברהם זה שמת יבא ויעיד כמבואר באגרת הנ"ל וא"כ ודאי שלא מת שם עובר אורח אחר ששמו אברהם כ"א זה לבד ותרווייהו באיש א' קמסהדי ונתברר לנו מעדותם שהיה זה שנפטר שם מן סמוך לבראד והיה ווינר ובעל עגלה והיה לו רושם במצח ובא מווארשא לשם וע"פ העדות של מו' פישל בווארשא נתברר לנו שבעלה של אשה זו הי' נקרא ר' אברהם ווינר והיה בעל עגלה וע"פ האשה נתברר לנו שהי' מקום רחנותו סמוך לבראד והיה לו רושם במצחו ע"ג העין השמאלית וכן ידוע לאנשים אחרים וגם נתברר ע"פ מו' פישל הנ"ל שבעלה של אשה זו נסע מווארשא לבריסק (ואע"פ שהעדות שמת הוא מטרעספאלי הוגד לי כי בריסק וטרעספאלי עיר א' הוא ובלשון בני אדם כשנוסעין לטרעספאלי אומרים שנוסעים לבריסק כי דא ודא אחת היא רק שיש להמחזז ג"כ שם בפ"ע טרעספאלי ונהר ווייסל מפסיק ביניהם ובמקומות אחרים קורין לעיר הקטנה הטפלה לה ע"ש העיר הגדולה שהיא סמוכה לה) וא"כ אם באנו לחוש לאחר ע"כ לומר שעוד אחד סמוך לבראד בא לווארשא ונקרא ג"כ ר' אברהם ווינר בעל עגלה והיה לו רושם במצחו ע"ג העין השמאלית וגם הוא נסע משם לבריסק וזהו שמת שם ולא בעל של האשה זו ודבר פשוט דבכה"ג ודאי סברת הגאון בעל תשובת פ"י שהבאתי לעיל אמת ויציב בלי שום חולק כיון שידוע לנו שבעלה של אשה זו שיש בו כל הסימנים הללו ודאי נסע לשם ואחר שיהיה בו הסימנים הללו אין ידוע כלל ודאי כלא הוחזקו ואין שיירות מצויות דמי ושרינן לה ועיין בשו"ת ח"צ סימן קל"ד בסי' רושם על המצח ולא היה שם צמצום מקום כלל ומתיר על ידי הבגדים דל"ח לשאלה דמ"מ שאלה דיחיד מיקרי דאע"ג שאין זה סימן מובהק ואפשר שימצא כו' מ"מ הא לא הוחזקו כו' ע"ש באורך ומכ"ש כאן צמצום לומר אל העין השמאלית וגם יש לצרף ע"פ מ"ש בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן ס"ז בשם תשובת הרמב"ם על אחד שהעידו עליו שמת ושמו כלף מארץ מצרים ממנית זפתא והיה בינוני הקומה וזקנו שחור והשיב הרמב"ם ששמו עם שם מקומו עם אלו הסימנים שאינם מובהקים מספיקין לענין התרת עגונה וכתב משה עכ"ל.

וא"כ כ"ש בנ"ד שהועד על זה שהיה לו פיאות שחורים וזקנו געל דלא שכיח האי ואע"ג דמ"מ הוי סי' שאין מובהקין ואין מועיל הצירוף בסימן שאינם מובהקים מ"מ פשיטא כי הנך סימנים שאינם מובהקים עם צירוף הרושם שהם מסייעים שיש בו ממש שלא לחוש לאחר דאתי מעלמא והיו בו כל הסימנים הללו אחרי שידוע לנו כי כאן נמצא כאן היה בעל האשה זו שידוע שזה תוארו וגם רשומו ניכר שהיה על מצחו תמיד.

ומכ"ש בנ"ד שכבר כתבתי דמלשון העד מוהר"ר פישל שאמר ששאלו אנשי בריסק אויב דער ר' אברהם כו' לשון זה מורה באצבע שעל ר' אברהם הידוע ביניהם הם מדברים כמבואר בכמה תשובות וגם אני הוכחתי והבאתי ראיות נכוחות לזה וכבר בררתי שעדות מוהר"ר פישל מבורר שעדותו היה על בעלה של אשה זו שזה מתברר על ידי דמיון החתימה שנמצא בק"ק זבארוב מכל הלין טעמי היה נלענ"ד דאתתא דא שריא כשיושיבו ב"ד על כך לדמות החתימות כמש"ל ואז יתירו לה כדין אשה הנשאת על פי ע"א ואמנם דברי אלה רק לעורר לב הגאונים המפורסמים אשר מובטחני בענוות צדקם המה ישמעו וילמדו ק"ו מקטנים כמוני היום אשר ראיתי ונתון אל לבי להיות מהפך בהיתרא דהך אתתא ולהלכה אני אומר אבל לא למעשה כאשר מראשית זאת הודעתי שחלילה וחלילה לעשות מעשה אם עד השלשה לא בא.

ואם כשרים הם ירצו ויסמכו את ידיהם ויצא הדבר בהיתר מלפניהם גם אני אהיה נטפל לעושי מצוה לענות אמן אחריהם כ"ד זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: אלה דברי דודי הרב הגאון הגדול המפורסם מוהר"ר אלכסנדר סענדר מרגליות האב"ד דק"ק סאטנוב: ט התולה ארץ על בלימה.

יטיב לך הכתיבה והחתימה לאהובי ב"א הה"ג המופלג החריף ובקי סיני ועוקר הרים כבוד שמו מוהר"ר זלמן נ"י: הנה בעסק תשובתך בנדון העגונה ידעתי טרדותי כי רבו וגם התלמידים לא יתנוני לעסוק במסכת אחרת לזאת אבא בקצרה מאד זולת הנוגע לדינא על סדר קונטרסי ולא אאריך בפרטיה.

מה שפלפל בעסק שאמר שהיה לו אשה בק"ק בראד ותשבו כעין תדורו משמע בדירתו בק"ק בראד אחרי שאין צורך לדינא כיון שבאר דבריו בפירוש שהיה דר סמוך לק"ק בראד. אמנם מה שהאריך בכוונת הריב"ש לפי הנראה אשתמיטתיה דברי הרמב"ן בגיטין החדשים כי כן מבואר שם בשם הראב"ד דאותו עיר א"צ בדיקה אם לא היו מוחזקים אמנם שם היה מוחזקין ע"ש אמנם הרמב"ן הוסיף וז"ל א"נ נהרדעי ודאי צריך בדיקה שהרי משם בא אף בלא הוחזק צריך בדיקה: והוא נלענ"ד לפרש כוונתו דפירש שלא היה ידע כלל אבל אותו ענן שבא לשם שבאמת גירשה בסורא ולכך אע"ג דאין שיירות מצויות אכתי מנא ידעינן דאותו ענן הלך לשם דילמא האחר הלך לשם וכמ"ש התוס' בב"מ יע"ש וכיון דס"ל דבשיירות מצויות ולא הוחזקו חיישינן ה"נ באין שיירות מצויות ולא ידע הלך חיישינן אף בלא הוחזקו וצריך בדיקה ודברים אלו ברורים לענ"ד והרשב"א שכתב כלשון הרא"ש דמיירי בהוחזקו צ"ל שפירשו שהיה ידוע לנו שאותו ענן הלך לשם אבל לשון הנ"י לענ"ד מכוונים קצת מ"ש דילמא הוי ממחזא משמע שלא היה ידע מי הלך לשם ואפ"ה כתב דמיירי בהוחזקו וגם לשון הרמב"ן במלחמות צל"ע לכאורה דנראה מלשונו דאף בידוע שא' הלך לשם והשני לא ידענו אפ"ה חיישינן אף

בלא הוחזקו שמא בא גם השני שהרי לא הזכיר תחלה שהיו מוחזקין ואפשר שגם הוא פירש כמו שכתבתי למעלה פירש שלא היה ידוע אם זה הענן בסורא ומה שסיים בדברי רבא ז"ל כיון שהאחר נהרדעי ובא לשם חוששין אף לזה שהיה בנהרדעי באותו יום לשון אף שכתב אין הכוונה להורות דהאחר ודאי היה שם רק שלשון אף קאי אלמטה היינו אף שהיה בנהרדעי באותו יום אפ"ה חיישינן ליה: אמנם אף לשיטת הראב"ד דאין ראייה לדברי הה"ג מוהר"ר יעקב מלבד דיפה כתבתי דבנהרדעי לא היה צריך בדיקה מלבד זה נראה דמשמע להו דרבנן שהיו בכל עיר מסורא עד נהרדעי בדקו ולא משמע שבדקו אם הוחזק דזה לא צריך בדיקה: ומה שפלפל מעכ"ת בענין דימוי החתימות והביא קושית הט"ז על הרמב"ן דמשמע דסומכין על הדימוי מדאורייתא אני בעניי אני רואה שום קושיא דהרי ע"א נאמן באיסורין ולשיטת הראב"ד אף באיתחזק איסורא ולא חיישינן לשיקרא דחזקה מעליא דאין אדם חוטא ולא לו א"כ אם נימא דאין זה חתימות חמיו ע"כ שאדם אחד זייף חתימת חמיו וכתב בשביל חמיו כדי להטעות ולזה ודאי לא חיישינן כלל דאין אדם חוטא ולא לו משא"כ בממון דבעינן עדים ממש ועוד דדימוי החתימות לא חיישינן לזיוף רק שמא של אחר הוא משא"כ כאן דע"כ צ"ל דטרח וזייף ולזה לא חיישינן: אמנם מה שרצה מעכ"ת לפרש דט"ע לא מקרי אא"כ שראו תחלה אותו חתימה עצמה ומכירין אותה שהיא היא לא נהירא לי כלל ובלי ספק כי הדברים כפשטן דודאי יש חילוק אם הם רגילין הרבה בח"י אלו העדים והם מכירין בט"ע אלו החתימות ובין אם אין מכירין החתימות רק מחמת שמדמין עכשיו חתימה לחתימה דהרי עכ"פ בעדים עצמן אם מכירין מהני וא"כ י"ל דאף באחרים מהני ואני תמה על חכמתך שרצית להוציא הדבר מפשרו וכתבת בעצמך שהוא נגד משמעות הר"ן אלא שכתבת דעדיף טפי דימוי החתימות מט"ע שנחזק בלבן תמונות האותיות וזה נגד החוש וכבר הארכת בתשובה אחת בענין ט"ע שכתב ר"ת אם גופו קיים: ומה שהקשית על הב"ש ס' קמ"ב לא ידענא מאי קא קשיא לך דודאי הה"מ לא מטעם שיקרא אתי עלה זולת שמא לא דקדק יפה תדע דהרי מיירי שמצאו והקושיות שהקשית כבר עמדו עליהם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א בב"מ ותירצו דבאיסורא דנפשיה דייק טפי.

אמנם לענ"ד דדימוי החתימות אין כל הדמיונות שוין דאם הם דומים לגמרי ובפרט בב"א שאין יודעין לכתוב כראוי וכותבין אותיות קטועות ועקומות ומלופפת ואין יודעין לסדר התיבות באלו וכיוצא באלו אם שני החתימות דומין ממש הוי לענ"ד סימן מובהק כמו נקב יש בצד אות פלוני כן הדבר הזה דקטוע ועקום או נקודה יש בצד אות פלוני: ומה שפלפל בתשובת הרא"ש קשה עלי להעתיק מה שכתבתי בענין זה הרבה מאד ומה שהביא בשם תשובות מגיני שלמה דבריו תמוהים בעיני כפי מה שהארכת במקום אחר בסוגי', ואין דעתי לסמוך ע"ז למעשה: אבל מה שנלע"ד לצדד להיתרה בנ"ד כיון דבאמת היה מסביבות ק"ק בראד ולא מק"ק בראד וכבר כ' הת"ה דמליטא לאשכנז לא מקרי שיירות מצויות וצ"ל דגם מחמת רוחק הדרך לא מקרי שיירות מצויות וא"כ אף אנן נימא דאף בווארשא שיירות מצויות מ"מ מעיירות קטנות שסביבות ק"ק בראד ודאי אין שיירות מצויות לווארשא דלא שכיח כ"כ שיהא להם עסק לווארשא ואפילו לשיטות תוס' והרא"ש כל שאין שיירות מצויות אף בהוחזקו ל"ח וכבר הארכת בתשובה להשיג על ח"מ שכ' להחמיר בהוחזק אף באין השיירות מצויות והבאתי ראיות ברורות ע"ז

אמנם לשיטות הרשב"א והרמב"ן יש עדיין מקום להחמיר אמנם נראה שהוא רק מדרבנן ואפילו אם נימא דהוי דאורייתא נלענ"ד לסמוך ע"ז דדומין החתימות אם דומים ממש כמש"ל ואם לא נוכל להעמיד גם ע"ז נלענ"ד להכריז בעיירות הקטנות הסמוכות לק"ק בראד אם לא הוחזק אברהם בן יצחק שנאבד ומ"ש מעכ"ת שהבדיקה קשה לענ"ד אף שכתבו שהבדיקה מכמה שנים קשה היינו היכא שצריך חיפוש ממש כגון שלא נודע שמו וכעובדא דתוספתא דצריך לחפש אם נאבד יהודי במקום זה וזה החיפוש ודאי קשה מכמה שניםמשא"כ אם נודע שמו ושם אביו דלא בעינן חיפוש זולת לידע אם איתחזק אם לאו וכל שמכריזין בבתי כנסיות ולא הוחזק א' ששמו ושם אביו כך די בזה.

לכן יש להכריז במקומות הסמוכין לק"ק בראד יותר מקהלות גדולות אחרות וגם רק במקומות קטנים הנקראים ע"ש בראד אבל מקומות מפורסמים כמו זלאטשוב לדעתי אין נקרא ע"ש סביבות בראד ובאופן זה אני מסכים להיתרא ואם החתימות דומות לגמרי כמש"ל נלענ"ד שיש להתירה כמש"ל והחונן לאדם דעת יצילנו משגיאות הכ"ד דודו דוש"ת בלב ונפש חפצה הכותב בנחיצה רבה כאשר חזותא דכתבא מוכיח: הק' אלכסנדר סענדר מרגליות מבראד: ועוד שנית מה שהשבתי בענין הנ"ל לא' מתלמידי נ"י ישראל אשר בך אתפאר.

בהלו נרי על ראשו ועל פניו יאיר הוה מחזדין שמעתיה וצילא דעתיה ועתה הוסיף דעת ותבונה לישא וליתן באמונה ה"ה כבוד אהו' תלמידי הרבני המופל' ומופלג החריף ושנון ובקי בחזרי תורה חכם וסופר כש"ת מוה' ישראל הלוי נ"י לנצח ישב בצלצח: אחד"ש גי"ק הגיעני ואל יתמה על החפץ כי ארכו הימים מאז בא דברותיו אלי כתוב.

והשבתי אחר ימיני ולא השבתי. מפני הכבוד וכאשר על התשובה מראש הבטחתי אולם הן יאמין לי כי הייתי מוקף חבילות תשובות שהיה השעה צריכה לכך מלבד השיעורין הקבועים.

וגם כעת עודנו עצור בהמון טרדת לא אוכל להפיק רצונו להיות כסופר מאריך ולי עוד שמור. אולי אוכל לקיים הבטחתי כאמור לטייל עמך בארוכה.

ולישא וליתן על כל פרק כי כאשר נפשך אוותה לשמוע בקול דברי כן נפשי תערוג אליך. כי תשמיעני הוד קולך.

לי יקרו אמריך. וה' יהיה בעוזרך וימשחך שמן ששון מחבירך.

והיו עיניך רואות את מוריך והן היום השבתי לך בקצרה על דברי ריבות בשעריך בנידון הריאה ועוד ידי נטויה אי"ה לבא בארוכה ועתה אני בא בדבריך מה שכתבת בנידון העגונה להשיב על דברי שכתבתי לחלק בין ט"ע שמכיר אותו הדבר בעצמו ובין אם אינו מכיר אותה החתימה בעצמה רק מחמת שרגיל בחתימתו וע"ז כתבת דממ"נ אם כל החתימות שוות כו' א"כ מה לי שיש לו ט"ע באותן החתימות או באחרות כו' ואי אין כל החתימות שוות א"כ פשיט דאינו ענין כלל ט"ע והכרת החתימות לדמיון דשאני ט"ע דהכרה מתוך שהוא רגיל בכ"י מכיר ובקי בכל חלקי כתבו בלב כו' עכ"ל בקצרה ואני לא באתי לידי מדה זו שלענ"ד בין כך ובין כך החילוק בין ט"ע גמור בגוף החתימה לט"ע ע"י הרגילות נכון ומבואר שהרי כשמעיד שהוא מכיר מחמת הרגילות הרי זה

כאילו הוא מעיד לנו שזה החתימה שעליה אנו דנין היא דומה לאותן החתימות שראה פ' חותם א"כ אין זה רק דימוי לבד ומי גרע מה שהשטרות לפני ב"ד והן מדקדקין ורואין שזה דומה לחתימתו של זה ממה שזה מעלה בזכרונו שבענין זה היא חתימתו וא"ל דמה שרגיל בחתימתו עדיף טפי שע"י שראה כ"פ נקבע בלבו ציור חתימתו של זה א"כ אף אנו נאמר שאם יש לפנינו עשר שטרות שהוחזקו בב"ד אז שפיר יכולין לקיים מהם ע"י שיעיינו הב"ד בהם כמה פעמים עד שיקבע בלכם ציור החתימה ואז יכולים להכיר בט"ע חתימה זו וזה אינו במשמע מדברי הפוסקים שנראה שאין חילוק בין ב' שטרות או יותר ועוד דאף בב' שטרות נמי אפשר להרגיל בהם הרבה ומה לי ב' או יותר ואפ"ה לא מהני אם יוצא מת"י עצמו או בכ"י הלוח לדעת ר"ש גאון אם לא שנחלק בין היכא שהרגילות בא לו ע"י שראה אותו בשעה שחתם זה בחתימת ידו ממש כמה פעמים שזה נקבע בלבו ביותר משא"כ היכא שהוא מרגיל עצמו ע"י עיון בכתב ידו של זה ולא ראה אותו חותם ממש וגם חילוק זה לא ניתן להאמר כלל שהרי לא נמצא בפוסקים חילוק בין אם רואה אותו כותב חתימתו ממש או שרגיל בחתימתו ע"י שראה אח"כ רק שידע בבירור שהוא החותם חתימה זו וגם שאם נאמר שמה שהוא מעיין בשעת חתימה נקבע בלבו יותר א"כ מה"ט גופא יש לחלק דמה שהוא רואה גוף החתימה ומכירה בט"ע שהוא אותה חתימה בעצמה וכולי האי לא מצי מכוון לבו היכא שהוא מכיר בט"ע שזה כזה דאפשר שזייף בדומה ממש עד שנדמה לו שהם שוים ועוד דמה מועיל הקביעות שבלבו בכל חלקי כתבו של זה שהרי אין עדות רק שזה חותם בתמונה זו של החתימה שלפנינו והרי אף שיש לפנינו חתימת ידו ועיינו הרואות שכמות זה כן זה בכל חלקי הכתיבה לא סמכינן עלה דמלתא ואמרינן זיופי זייף והא עדיף טפי שלמראה עיינו נשפוט שתבניתם שוה משא"כ היכא שמכיר מחמת הרגילות אע"פ שהציור מהחתימה נתחזק בלבו כמה פעמים מ"מ זה שאומר שזו דומה לזה שרגיל לחתום אפשר שדמיונו כוזב לו ואינו דומה ממש ועכ"פ קשה לחלק בין הכרה ע"י הרגילות לדמיון משטרות שלפנינו דאם דמיון ל"מ גם הכרה בכ"ג לא מהני ומ"ש ר"ת שהרי העדים מתוך כוונת הלב וט"ע הם מכירים כו' התם קאי כשהעדים החתומים בשטר הם עצמם המקיימים וכן קיום ע"י עדים שראו שחתמו נמי מהני ט"ע כנראה מלשון הרמב"ן שהבאתי בתשובה אבל ט"ע ע"י הרגל לא מהני במקום דלא מהני דימוי: ומ"ש וז"ל וראיה ברורה לדברי דהרי היותר מחמיר בדימוי הוא הר"ת ז"ל והרי מבואר בסימן כ"ח דעת ר"ת דאם העדים רחוקים מב"ד מותר לשלוח עדותן בכתב כו' ודוחק לומר דשם מיירי דעדים אחרים יראו בחתימתו כו' מתחלה אען ואומר שלענ"ד אין זה דוחק כלל דהא לא מיירי רק לענין שיועיל העדות בכתב אבל עכ"פ צריך שיהיה ברור לב"ד שזה כתב ידם של אלו והיינו ע"י עדים שידועים שזה כתב ידם ואפשר שאף חתימות העדים לא צריך רק הכתב לבד סגי אם יש עדים שזה הכתב עדות כתבו פלוני ופלוני בכתב ידם.

ומה שכתבת דהוי כעד מפי עד כמ"ש הש"ך ס"ק ז' הוא טעות שהרי הב"ד הם סומכים על עדות העדים שבכתב ואלו המעידין שזו הכתיבה של העדים הם עידי קיום לבד שזה מועיל בכל מקום והש"ך מיירי לענין קיום גופיה דאם שנים קיימוהו בפי שנים הו"ל עד מפי עד ר"ל הקיום הוא ע"פ עד מפי עד ואם הן בעצמן מכירים נהי דקיום ב"ד לא הוי העדאות עדים מיהו איכא ע"ש משא"כ כאן שהם מקיימים כתב זה לפני הב"ד וככל

קיום שטרות דעלמא: וכל זה כתבתי לדברייך אבל באמת אני תמה עליך דאין כאן מקום לקושיא זו מעיקרא שהרי בשטר שחותמים עליו עדים קי"ל דמדאורייתא לא בעי קיום משום דלא חשיד אינש לזיופי רק רבנן הוא דאצריך ומש"ה מהני קיום ע"י הכרה ודימוי וא"כ לר"ת דס"ל דהך דמפיהם ולא מפי כתבם באלם מיירי אבל בראוי להעיד בפיו מועיל כתיבת יד ומה"ט גופא מהני שטר לדידן א"כ העדות שמעידין העדים בכתב כל דין שטר יש לו ולא בעי קיום כלל מדאורייתא דהא לא חציף אינש לזייף ואף ביוצא מת"י התובע אמרינן הכי רק מדרבנן צריך קיום ופשיטא דסגי אם הב"ד או עדים אחרים מכירין חתימתן וככל קיום שטרות דעלמא וז"פ ועיין בש"ך סימן מ"ו ס"ק צ"ג חתם כשהוא ברי' כו' דלר"ת אין חילוק בין עדות בכתב לשטר ושטר נמי כשר דראויים להגיד כו' ע"ש: ומ"ש דממקומו הוא מוכרע ממ"ש הטור בשם ר"ש גאון מקיימין אותה כו' לפלוג וליתני בדידיה כו' לק"מ דאדרבה רבותא קמ"ל דאע"ג דהשטרות הידועים שהם כ"י הלוה הם לפנינו לא מהני וכ"ש דלא מהני הכרה ע"י הרגילות שאין הדמיון רק ע"י מחשבה לבד וכמ"ל ולא בפועל ממש דלא מהני הכרה ומ"ש דהו"ל לפרושי דאף עדים גופייהו לא מהני כ"א כשראו החתימה דוק בלשונו ותשכח שכתב ע"פ עדים שיעידו בב"ד שהוא כ"י ולא קאמר המכירים כ"י משום דהכרה לא מהני וצריך דוקא להיות ידוע להם שזה כתב ידו ממש: ומ"ש דיש ראייה ממ"ש התוס' בב"מ דף ק"ד דלרבנן חייב להכריז אף בלא שבעתן העין כדמוכח מעובדא דרבה בב"ח אלמא אף ע"ג דמסתמא ראה כתיבת הגט וחתימתו ואפ"ה ס"ל להתוספת דלא הוי ט"ע גמור דלרשב"א לא מהני כו' לא דקדקת יפה בזה דבאמת מה שהשליח הגט אומר בפ"נ ובפ"נ אינו מצד הכרה שמכיר הכתב והחתימות אלא עיקר הגדת השליח בפ"נ ובפ"נ הוא לפי שעומד בשעת כתיבת הגט וחתימתו ותיכף מקבלולידו ועי"ז הוא מעיד עליו שבפני נכתב ונחתם אבל ודאי אין סברא לומר מחמת שראה פעם א' בשעה שכתב זה או חתם שמחמת זה יהא ניכר אצלו לעולם בט"ע אם לא שמעיין כמה פעמים בכתב זה ומדקדק בו עד שיקבע בלבו ושוב אח"כ הוא יכול להכיר בט"ע וכיון דלא משהי גיטא בידיה והוא ככלים שלא שבעתן העין א"כ פשיטא שאין לו בו הכרה בט"ע גמור ואפ"ה מהני ומה לי שמכיר בט"ע החתימות או שאר הכרה בט"ע בגט כל שלא שבעתן העין והדבר פשוט שמי שמקיים החתימה מחמת שראה בשעה שחתמו העדים שאין לו הכרה בט"ע אם לא ע"י שראה הרבה פעמים ועיין בחתימה עד שנקבע בלבו ואם תאמר שאף בפעם אחת שראה הוא יכול להכיר בט"ע א"כ מוכח דאף בלא שבעתן העין יש לו הכרה בט"ע וזהו שבאו התוספת להוכיח משם דאף בלא שבעתן העין שפיר יכול להכיר בט"ע כמו בגט שאע"פ שלא ראה אותו כמה פעמים דלא משהי גיטא בידיה ואפ"ה קאמר רבה בב"ח אי ט"ע אית לי בגוויא ודרך אגב אמרתי לבאר לך כוונת התוס' מ"ש וכן מצינו ברבה בב"ח כו' ונראה מדברייך שלדעת התוספת רבה בב"ח.

כרבנן ס"ל דהא קאמר אי ט"ע אית ליה בגויה והתוספת חולקים בזה על שאר פוסקים הסוברים דהלכתא כרשב"א וכן נראה מדברי מהר"מ מטיקטין שכתב על דברי הנ"י והלכה כרשב"א וקצת קשה שהתוס' דימו הא דרבה בב"ח כו' והיינו כרבנן עכ"ל ולענ"ד אין התוספת חולקים בזה על הפוסקים שהתוספת לא באו רק להביא ראייה על מה דמשמע דרבנן ס"ל דאף בלא שבעתן העין חייב להכריז והא מלתא טעמא בעי דהא מצד

הסברא כל שלא שבעתן עין רחוק הוא שיהיה לו בו ט"ע ולזה הביאו ראייה מרבה בב"ח שאמר לגבי גט אי ט"ע אית ליה בגווייה אלמא דלפעמים יש לו ט"ע אף שלא שבעתן ומ"מ אין ראייה מדרבה בב"ח דהלכה כרבנן דחייב להכריז די"ל דגם רשב"א מודה בהא אף דלפעמים משכחת לה שהוא מכיר בט"ע אף שלא שהה כדי שביעה וכעובדא דרבה בב"ח מ"מ אין חייב להכריז בשביל זה כיון שרוב פעמים כל שלא שבעתן אין לו בו ט"ע אבל אי אתרמי מלתא שבא ת"ח והכיר בט"ע שפיר מהני אף בלא שבעתן והיינו עובדא דרבה בב"ח וכיוצא בזה כתב הב"י סימן רס"ב דמדברי הרמב"ם נראה דאפילו נמצא במקום שאין ת"ח מצויין שם אם בא ת"ח ואמר יש לי ט"ע בכלי שאבדתי חייב להראותו לו כו' ושאר פוסקים חולקים עליו וסוברים דבמקום שאין ת"ח מצוים שם אין חייב להכריז אבל מ"מ י"ל דמודו שאם בא חכם ואמר שיש לו בו ט"ע הרי זה חייב להחזיר ואפילו תימא דאף בכה"ג ס"ל דהרי אלו שלו היינו מטעם ייאוש דאף חכם מייאש כיון שידוע שאבד במקום שאין חכמים מצוין וא"צ להכריז יאוש מייאש משא"כ לגבי גט לא שייך זה וכל שיש לו בו ט"ע שפיר מחזירין לו אף בלא שבעתן העין.

ולשון הרי"ף והרא"ש שכתבו ואי לא שבעתן העין הרי אלו שלו דהא לא קי"ל לצורבא מרבנן בגווייה משמע לכאורה דבכה"ג אף צורבא מרבנן לא מהימן כלל לומר שיש לו ט"ע וכן משמע יותר בלשון הרא"ש כמ"ש דטעמא דרבנן דאפשר שיכיר כו' וא"כ צ"ל דלא ס"ל הך סברא דגבי גט בלא שבעתן מיירי ואפשר שכוונתם כיון דמסתמא הכי איתא דלא קי"ל בגווייה ממילא הרי אלו שלו דיאוש מייאש וכמ"ל ואין להאריך מה שכתבת להביא ראייה דהכרה מרגליות הוה הכרה טפי ממה שמכיר ע"י שראה אותו חותם אין לו מקום כלל דודאי גם מי שמכיר ע"י שראהו חותם ג"כ הוא ע"י הרגילות שכיוון לבו כדי שיקלוט העין תבנית חתימה זו ועי"ז הוא מכיר שהיא אותה החתימה בעצמו ועדיף ממה שמכיר ע"י הרגילות שזו דומה לזו וא"ת שלפעמי' מכיר אף ע"י ראייה פעם א' ומועיל ט"ע כזו לרבנן גם לגבי הכרה ע"י הרגילות כן הוא שע"י שראה חתימתו פ"א אומר שזו דומה לזו ע"פ ט"ע שהיה לו בחתימה ראשונה ומהני לרבנן דאף שלא שבעתן העין ס"ל דאפשר שמכיר בט"ע ומהני וא"כ פשיטא דמהני דימוי החתימות שלפנינו ובמקום דלא מהני דימוי כגון ביוצא מת"י עצמו או בכ"י הלוח לרש"ג גם הכרה ע"י שראה חתימתו לפעמים לא מהני.

וא"ת דדוקא אם ראה חתימתו פ"א או ב' לא מהני אבל בהרבה פעמים מהני א"כ נתת דברך לשיעורין שהרי לרבנן שפיר מועיל ט"ע בלא שבעתן כמו בשבעתן ומכ"ש לפי מה דקי"ל כרשב"א דבלא שבעתן אין ט"ע מועיל הדעת נותנת הא דמהני ט"ע בשבעתן דוק' על גוף הדבר בעצמו אבל לא שיאמר שזה כזה במקום דלא מהני דימוי החתימות שלפנינו וכמ"ש בקונטרס הראשון ומ"ש מרש"י שכתב מכיר אני בכתב יד הסופר כו' מבואר הוא ממ"ש וא"צ תשובה: ומ"ש דקשה על ר"ש גאון מהא דנדה נאמנת אשה לומר כזה ראיתי כו' לק"מ דודאי בכל דוכתי סמכינן על מה שלמראה עינינו נשפוט שהם דומין וה"נ האשה נאמנת בזה שהרי היא הבאה לשאול וע"פ שאלתה אנו חותכין את הדין ואין לנו להחזיק ריעות' כל כמה דלא חזינן ואפי' היכ' דליכ' למימר אוקמה אחזקת טהרה כגון במצאה תוך ימי ספירתה מ"מ ל"ח למלתא כיון דליכ' מידי לפנינו שיהא נופל לנו ספק מחמת זה רק מפיה אנו חיינן והרי היא אומרת שהיו דומין והא דלא

בקיאתן להפלות בין דם לדם היינו משום שצריך הבחנה גדולה וכמו שבארתי בתשו' בזה משא"כ לענין קיום דאע"ג שלמראה עינים הם דומין חיישינן שמא המזייף היה אומן גדול וטרח לזייף ולכוון שיהיה נראות דומות ולכך לא סמכין רק על קיום העדים המכירים אותה חתימה עצמה שמקיימין אותה מתוך כוונת הלב והסמ"ג באמת הקשה גם ע"ז דהא חזינן שרבא טעה בחתימתו ולדעת ר"ת צ"ל דכולי האי לא מצי מכווין שיהיה טועה בחתימת עצמו שהוא מכיר אותה מהבנתא דלבא והך דרבא מיעוטא דמיעוט' הוא ול"ח ליה משא"כ ע"י דמיון יכול להיות שיזייף עד שיהיו נראות דומות זו לזו וא"כ בהך דנדה כיון שבאמת הם דומות שפיר מטהרינן לה ולנטי' מועטת כל דהוא ליכ' למיחש שהרי לא נתנה תורה למלאכי השרת ואף בזמן התלמוד לא היו מבדילין כחוט השערה בין דם טמא לדם טהור ועיין בדברי הרא"ש בנדה לענין אם דם מכתה משונה מדם ראייתה שכתב וז"ל יוכל כל אדם לידע אם הם דומין זה לזה אע"פ שאינו בקי בחלוקי מראות בשני דמים שלפנינו יוכל להבחין אם הם שוים או משונה במראיתם והב"ח בסי' קפ"ח הקשה כו' דהא קי"ל אין מקיפין בריאה ותירץ דהרא"ש לחומר' קאמר כו' ע"ש והדברים צ"ע ואין כאן מקומו וכבר בארתי החילוקים שבין נ"ד להענינים הנזכרים בארתי יפה בתשו' הראשונה ומ"ש לתמוה על היש"ש שמחלק לשיטת התוס' בין ט"ע שאינו גמור ללא שבעתן העין דמנ"ל לחלק דלמא התוס' לשיטתייהו דפסקו כרבנן ונדחק' לומר דרש"ל לאו על התוספות כתב כן נפלאתי עליך דלדברך אדרבא מוכחא מלתא טפי דיש חילוק בין ט"ע כ"ד ללא שבעתן העין דהא להדיא קאמר רבא מריש ה"א דסימנ' עדיף מט"ע דהא לא מהדרין אבידת' בט"ע וע"ז כתבו התוס' דמיירי בט"ע כ"ד ולדברך דהיינו לא שבעתן א"כ איך קאמר רבא בפשיטות דהא מהדרין בסימנ' ולא בט"ע דלא כהלכת' דהא באמת קי"ל כרבנן דאף בט"ע כה"ג מהדרין וא"ל דמ"ש התוס' דהלכת' כרבנן היינו למסקנ' דרבא דט"ע עדיף מסימנ' ז"א דאטו לא ידע רבא דאיכא פלוגת' בהא מלת' בין רשב"א לרבנן והו"ל למימר מריש ה"א דהלכת' כרשב"א השת' דשמענ' כו' הלכת' כרבנן ועוד שלמה לא דקדקו התוס' בב"מ משמעת' דחולין דמהדרין אף בלא שבעתן העין ואפילו תימא דבב"מ לא ס"ל כהך תירוצא שכתבו בחולין מ"מ קשה על התוס' בחולין שכתבו דהא דמהדרין לצורבא מרבנן בט"ע היינו בט"ע גמור וז"א רק לרשב"א וא"כ דלמסקנ' דרבא באמת אף ט"ע שלא שבעתן מהדרין ז"א דהא רבא קאמר תדע דאיך סומא מותר באשתו כו' וא"כ הך תדע תיקשי לרשב"א דס"ל ט"ע כה"ג לא מהני.

אלא ע"כ דגם למסקנ' דרבא היינו דוקא לענין איסורין אבל לענין אביד' לא הדר ביה רבא ומוודה למאי דס"ד דלא מהדרין וא"כ אם נאמר דהתוס' ס"ל דהלכת' כרבנן דאף בלא שבעתן מהדרין ע"כ לומר דהך דרבא דמיירי בט"ע כ"ד לא מיירי בלא שבעתן אלא בגוונא אחרין' שהוא ט"ע כ"ד וגרע מלא שבעתן ולהיפך מסברת היש"ש דס"ל דט"ע כ"ד עדיף מלא שבעתן וא"כ ס"ס אנו מוכרחין לומר דרבא לא מיירי כלל מלא שבעתן לשיטת התוספות: ואמנם דעת רש"ל כמש"ל דגם התוס' לא אתו למפסק הלכת' כרבנן וגם הרא"ש כתב כדברי התוס' דרבנן פליגי וס"ל דאף בלא שבעתן חייב להכריז ואפ"ה כתב דהלכה כרשב"א.

ומ"ש התוס' מדרבה בב"ח כבר ביארתי לעיל כוונתם בזה וא"כ שפיר כתב רש"ל שיש חילוק בין ט"ע כ"ד ללא שבעתן ואמנם לענ"ד דברי רש"ל תמוהים דמ"ש דלמסקנא אפילו לגבי אבידה נאמן אפי' בט"ע כ"ד כיון דצורבא מרבנן לא משקר ובאמת סוגיא דשמעתא לא משמע הכי דקאמר מעיקרא בפשיטות דהא מהדרינן אבידתא כו' ומשמע דהוא מלתא דפשיטות הוא לדידיה דאל"כ איך מייתי ראייה דהא ערבך ערב' צריך אלא ודאי גם למסקנא הדין כן ואע"ג דבאיסורי' מהני לא מהני באבידה דמשום חימוד ממון חיישינן שמה טועה בדמיונו ויצרו משיאו לומר שהוא שלו כיון שאין לו בו רק ט"ע כ"ד וכ"כ אא"ז בבכור שור בחולין שם ולפ"ז צ"ל בהא דרבה בב"ח דקאמר אי ט"ע כו' אע"ג דלא שבעתן העין והתם נמי איכא חשדא שלא יפסיד שכירתו דמה"ט מחלקינן בין צורבא מרבנן לאינש דעלמא צ"ל דלא שבעתן עדיף טפי כיון דס"ס הוא אומר שמכיר היטב בט"ע גמור מהימנינן ליה משא"כ בט"ע כ"ד דחיישינן משום חימוד ממון מטעי טעי ולהיפך מסברת רש"ל: וראיתי בהגהות מיימוני פי"ד מהלכות אבידה שכתב על הרמב"ם וז"ל פסק כרשב"א וצ"ע דהא פליגי רבנן עליו וכדפירשו התוס' מדקאמר מודה רשב"א ומסתברא דהלכתא כרבנן וכן הלח"מ שם הקשה כן וכתב וי"ל כיון דמפרשי אמוראי כו' (וצ"ע שלא הזכיר מדברי הרא"ש שכתב מסתברא דהלכתא כרשב"א דמסתבר טעמיה ועוד דמפרשים מלתיה עכ"ל) וההיא דגט אפשר דהיה לו ט"ע גדול כו' וכבר כתבתי דבלא"ה אין ראייה מגט דהתם כיון שבא לפנינו ואומר שיש לו ט"ע שפיר מחזירין לו רק לכתחלה א"צ הכרזה וכמו דמצא במקום שאין ת"ח מצוים דאע"פ שאין חייב להכריז מ"מ אם בא ת"ח מחוייב להראותו ואם אמר שלי הוא מחזירין וכ"כ הב"ח סי' רס"ב אלא דמ"ש וכן נראה מבואר מדברי הרמב"ם והביאו הב"י והסכים לזה עכ"ל משמע דגם הב"י מודה דא"צ להכריז ובאמת מדברי הב"י והכ"מ משמע דמה"ט צריך להכריז נמי להרמב"ם ע"ש וכמש"ל ומ"מ גבי גט בלא"ה א"ש אף לפי דברי הב"י וכמש"ל אך דבלא"ה אני תמה על הגמיי' והלח"מ שתמהו על הרמב"ם דאין כאן מקום לקושיא זו שהרי לפי מ"ש הרמב"ם המוצא כלי חדש וכיוצא בהן שצורת כו' שוה כו' שהרי הן כמו דינר משאר דינרין כו' שהרי א"י אם כך זה או צלוחית זה שלו ואם היה כלים שטבעתו העין חייב להכריז כו' מבואר דהרמב"ם גרס שטבעתו העין וא"כ משמע דברי שא מיירי בגוונא דל"ש ט"ע כלל כיון שצורת כולן שוה וגם הם חדשים וכמבואר מדבריו ולפ"ז פשיטא דשפיר פסק דאין חייב להכריז ול"ד כלל לההיא דגט והא דקאמר ומודה רשב"א דמשמע דרבנן פליגי עליה צ"ל דרבנן דרשב"א ס"ל דבכל גווני חייב להכריז אע"ג דל"ש בי' ט"ע דמ"מ חיישינן שמא יש להאובד איזה סי' מוצנע בכלי זו שאין המוציא מכיר בו ובהא פשיטא דהלכתא כרשב"א כמבואר בש"ס בכל הפרק דכל שאין המוציא רואה סי' באבידה א"צ להכריז ומצאתי שד"ז הגאון בת"ח הקשה על הרמב"ם דגורס טבעתן א"כ אמאי פליגי רבנן על רשב"א ולענ"ד י"ל כמ"ש כו': ואודות אשר כתבת בשם האשה טעמציא כבר פשט המנהג עכשיו שלא לדרוש בשמות ונהגו לכתוב כבר הברת הלשון וכבר כתב הב"ש באות י' לכתוב גיטא באל"ף ולא כה"ט"ז שכתב בה"א ע"ש הקרא ביהושיע בשמות המקומות את יטה ואת מגרשי' ולכן ראוי לכתוב טעמציא כי כך מקובלני מדודי הגאון נ"י בשם עטיא לכתוב כן ביו"ד וכמו שאנו קורין בשם רב אויא כל שניכר קצת הברת היו"ד בסוף התיבה.

וכן ראיתי קצת תשובות מגאונים קשישאי לכתוב עטיא כן ונראה פשוט דגם בשם זה טעמציא הברת היוד ניכרת לבסוף ויש לכתוב כן. ומה שרוצים לדמות לרבקה ושרקה ע"פ השמועה שהגאון מהר"י הורוויץ ז"ל הורה לכתוב טעמה בהא ע"ש הפסוק טעמה כי טוב: הנה טעמא דהגאון ז"ל לא ידענו דאטו כל השמות מקורם מן התורה עד שנחפש שורש וענף גם לשם זה אם אמנם מצאנו בראשונים שחפשו למצוא מקור לשם לפעמים כשהיה בעיניהם ע"ד הזרות אין זה ענין לזמנינו זה שידוע כי כולם בשם יקראו לבית אבותם ובתר שמא אזלינן ולא בתר טעמא ומי יודע מבטן מי יצאו הדברים ונתלה באילן גדול ולא מר כו' וראיתי בסדר גיטין כ"י שבידי תשובה אחת שכתב זקני הגאון מוהר"ר שלמה סג"ל האב"ד דק"ק לבוב לענין אחד שהיה שמו עפר בסגול ולתורה נקרא אפרים והגאון מהר"א שרענציל ז"ל כתב שיש לחוש שמא נקרא ע"ש הכתוב ועיפה ועיפר ואא"ז מהר"ש ז"ל השיב לו דאין הנקודות שוות דהכא נקרא עפר בסגול ולא רצייתי להאריך בזה כי אף אמת הדבר שכך הורה הגאון ז"ל מי יודע איזה טעם היה להגאון ז"ל אפשר שהיתה חתימתו כך וכדומה וגם דכיון שאם כתב ה' במקום אחד כשר עביד לחומרא משא"כ לעשות מזה יסוד לומר שזה קיצור השם אינו נכון כלל.

וגם לחוש לשם תמר אין דעתי נוחה כלל ואם באנו לחוש לזה יש לשנות כל השמות לדרוש בהם כרצון איש ואיש עיין בב"ש באות ל' ובאות מ' בשם מעלא ובאות נ' ובכמה מקומות שם ואם הכוונה לומר כיון שנגזר משם תמר א"כ עכ"פ יש לכתוב תמציא בתי"ו וגם אפשר שיש לכתוב בה"א לבסוף כמ"ש הב"ש בשם יתירה שנגזר משם אסתר אין הנדון דומה דהתם משמעותיה שנגזר משם אסתר כמ"ש הב"ש שם משא"כ בזה דלא שוו בשמא באותיותיהם ונקודותיהם ואין להשגיח בסתם ספרי דלא גמירי שגורעין ומוסיפין מדעתן וכתיבתו אינה מעלה ומורדת לענין דינא וכיון שעכ"פ השם שנקראת עכשיו אין בו משמעות ללשון הקודש כלל רק קורין אותן ללועזות בלעז טעמציא כך יש לכתוב טי"ת כי התי"ו יכולים לקרותה רפויה ואף לפמ"ש בב"ש באות ט' בשם טאנא דאם היה לעז וכתב בלה"ק כשר משא"כ להיפך ע"ש היינו דוקא התם שכפי הכרת השם יש במשמעותו שנקראת כן ע"ש הפרי תאנה וכמו רמי בר תמרי כו' כמבואר בספר שמות באורך קצת וא"כ יש לחוש שלא להוציאו ממשמעותו לגמרי אם יכתוב בט' משא"כ בזה שאין במשמעות השם הפרי כלל שהרי הרי"ש מן תמר פרוזה באויר כבר יצא ממשמעות זה לגמרי שהרי א"א לפתור המלה ע"ש הפרי וכך לי ט' כמו תי"ו וא"כ אדרבא עדיף טפי למכתב בט' וגם בשם תאנה לכאורה היה נלענ"ד שאם קורין אותו בקמץ אז יש לכתוב בט' כיון שאין בו משמעות כ"כ לפותרו ע"ש פרי אדרבה עדיף טפי למכתב בט' כדי דלא למטעי לקרות התי"ו בציר"י ע"ש הפרי תאנה וא"כ יסברו שאין הגט של האשה הזאת שהיא נקראת בקמץ: ואמנם ראיתי בנחלת שבעה בשם רש"ל שכתב שנקראת כך ע"ש הפרי ונשתבש הלשון וקורין אותה תאנה בקמץ עכ"ל וצ"ע מטעם שכתבתי וצ"ל דס"ל דמ"מ עדיף טפי למכתב בתיו שלפי דעתו אין לו ענין אחר רק להיות נקרא ע"ש הפרי ואם כן ירגישו שהיא זאת האשה והקמץ בא ע"י שיבוש הלשון משא"כ בזה שאין טעמציא ופריו שוה והיה צריך להוסיף ר' לנוטרים את פריו ולהיות נקראה בשם טערמציא ואז אפשר שהיה מקום לחוש לכתוב בתי"ו (אבל כמדומה שראיתי בספר ספרא דצנינועותא דיעקב שחיבר אא"ז הגאון האלקי מוהר"ר

יעקב טעמירל נכתב שם בספר ובהסכמת הגדולים ג"כ בט' וא"כ נראה דשם טעמירל ג"כ היא שם בפ"ע) וגם בשם טאניא גופיה דעת האחרונים לכתוב בט' טאנא כמבואר בב"ש ובסדר גיטין שבידי בכ"י וא"כ בשם זה טעמציא פשיטא שאין לחוש ויש לכתוב כמ"ש בט' ובא' לבסוף דאף אם נאמר שנגזר מן שם טעמא וניחוש למה דשמיע להו בשם הגאון מהמבורג ז"ל שטעמה ראוי לכתוב ע"ש הכתוב מ"מ בזה שכבר נעקר ממשמעותו שוב שפיר כתבין בא' כמו בשם בינא שהוא קיצור מבנימין כיון שאינו רק לעז בעלמא לשם המובהק ע"כ ראוי לכתוב באלף כמבואר ברש"ל ובט"ז ואע"פ שי"ל דהתם טעמא שאם נכתוב בה בינה יהיה פתרונו מלשון דעה ובינה ואינו ענין לבנימין כמבואר שם מ"מ משמע בט"ז שם דבכל דוכתי ששוב א"א לשם זה להתפרש בלשון הקודש אף שנגזר משם הקודש מ"מ לא הוי רק כשאר לעז בעלמא ודינו להיות באלף.

וכעת נפל מלתיה בדעתאי אם באנו לדרוש שם טעמא י"ל שהראשונים שנקראת כן היו ע"ש המאורע כמו שנמצא בפוסקים כמה שמות כן שהיו נקראים בשם המאורע והוא שנולדה עם עוד אחד וכמ"ש חז"ל תאומה יתירה ונשתרבב הלשון לקרות בשם תאמה וא"כ היה ראוי ג"כ לכתוב בתי"ו אבל כבר כתבתי שנלענ"ד כיון שעכ"פ ע"פ הקריאה אשר נקראת עכשיו לא נכלבלשון זה ענין תאומה אין לנו לכתוב כן ומה לנו בזה אשר מאז הוחל לקרוא בשם זה היה ע"ש כך.

כיון שלפי ההברה של עכשיו אינו כן ויש על זה ראייה אך לא יכולתי לעיין כי מוכ"ז נחוץ וגם אינו בקו הבריאה כראוי ואף ע"פ כן עשיתי למענך ושאלת פי כבוד דודי הגאון נ"י נידון מה שכתבת ששאלו אותו בזה מידי עברו ואמר שלא שאלו אותו כלל בזה והסכים ג"כ לכתוב טעמציא כאשר כתבתי אלא שלא הייתי נזכר לספר לו מה שכתבת שהיה כתוב בכתובת זקינתה תמר וכעת אין פנאי לשאלו שנית אך לענ"ד אין לחוש לזה כלל וכמ"ש כו' ולגודל הנחיצה קצרתי דברי איש ד"ש ושלום תורתך מתעלס באהבתך.

מעתיר לאלקי הרוחות. להושיבך על מי מנוחות בצל החכמה ובצל הכסף.

כאשר לבבך נכסף כנפשך ונפש הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: תשובה שכתבתי בימי חורפי אני וב"ד וריעי הרב כ"ש מו' שמואל מרגליות נ"י אשר כעת הוא אב"ד בק"ק סטרי והקרייז יע"א ומה שהשיב לנו הגאון האמיתי מהר"י לנדא ז"ל נדפס בתשובתו נ"ב מהדורא תנינא: יא שאלה ע"ד המאורע אשר אירע בעו"ה בק"ק זאלשיץ שנפלה קול הבערה בעיר וילך האחד להציל מטלטליו אשר בביתו ואז היתה כבר אש בוערת בגגו כמבואר בג"ע שנגבה בב"ד שקצת אנשים הזהירו אותו והוא לא נזהר ונכנס ושוב לא יצא משם ואחר רעש אש פשפשו ומצאו שם עצמות אדם ודרשו ברופאים וכולם פה א' עונים ואומרים שאם ינטל כזה מן החי שוב אי אפשר להתקיים וכעת האשה מחזרת בבתי מדרשות אולי יש תקוה אחר שישבה עגונה זה כמה שנים ונשכח זכרו האם יש מקום להתירה לעלמא: תשובה הנה שריותא דהך אתתא יפרד והיה לארבעה ראשים ואנחנו נחליץ חושים.

לבאר על מה אדניהם הוטבעו החזק הוא הרפה. ולא נצרכא אלא להעדפה הואיל וכבר יצא הדבר בהיתר מפי הגאון ב"ח ובתשובותיו הורה הלכה למעשה להתיר נדון כזה

ומעתה הרשות נתונה לחפש כחא דהיתרא להיות כיהודה ועוד לקרא כו' הראש א' יפנה כלפי מה שאמרו בפסחים דף י' על ובדק ואשכח פלוגתא דרבי ורשב"ג כו' שאני אומר קבר שאבד הוא קבר שנמצא דברי רבי רשב"ג אומר תבדוק כל השדה כולה וכבר העיר בזה הגאון בעל שב יעקב ואחריו הגאון מהר"י מפראג בס' נ"ב סי' מ"ו והנה הטור סי' תל"ט פסק דאם לא ביטל צריך לחזור ולבדוק פעם אחרת ולכאורה משמע דס"ל דהלכה כרשב"ג וכמ"ש הב"י שם אבל אחר העיון אין זה מוכרח שהטור לא יודה בנ"ד שהרי י"ל לפמ"ש המ"ל פ"ד מהלכות בכו' בשם הראשונים ז"ל דאע"ג דק"ל סד"ר לקולא מ"מ היכא שיכול להתברר לא אזלינן לקולא וצריך לברר ולפ"ז מה בכך שביטל מ"מ עדיין אנו יכולין לברר ע"י בדיקה וכן הקשה הפ"י לשיטת התוס' וכתב דבדיקה דהכא לא מיקרי טרחא ע"ש אך י"ל דהראשונים שהביא המ"ל ס"ל כשיטת הרשב"א שהביא הש"ך סי' ק"י דלא סמכינן אס"ס היכי שיכולין לברר וס"ס בדאורייתא וסד"ר הם שוים משא"כ באמת רוב הפוסקים והטור מכללם חולקים על הרשב"א ושפיר כתב כאן דבביטול דאין כאן רק סד"ר א"צ לבדוק משא"כ בלא ביטול דה"ל ספיקא דאורייתא לא אמרינן זהו שנמצא כיון דאפשר לברורי וגם מבואר מדקאמר רשב"ג תבדוק כו' ולא תפס בלשון קצרה שהנכנס טמא אע"כ טעמא קיהיב למלתא כמו שפי' רבי טעמו משום זהו שנמצא אהא קאמר רשב"ג דאפ"ה לא סמכינן אחזקה זו שהרי אפשר בבדיקות השדה ולכך קאמר תבדוק כל השדה כולה ולפ"ז היכא דליכא לברורי אפי' רשב"ג מודה דאמרינן זהו שנמצא רק היכא דאיכא חשש איסור דאורייתא לא סמכינן אחזקה ואפי' אמרי' דבדיקה זו איכא טרחא מ"מ באיסור דאורייתא צריך לברר וכבר ביארנו זה באורך בדברי הראב"ן שהביא הש"ך סי' א' וגם בההיא דהמשכיר בית לחבירו חזקתו בדוק וע"ש מ"ש אא"ז הגאון בת"ש שם ואין להאריך בזה ולכאורה אף אם נניח כ"ז ונתפוס בפשיטות דברי רשב"ג והטור דפסק כוותיה ונאמר היכי דלא אפשר לא סמכינן אחזקה זו הנאבד זו שנמצא עדיין י"ל דבכל כה"ג רשב"ג מודה דמבואר בבכורות דף ק"ה דאף רשב"ג לא קאמר אלא היכי דשכיח כגון בשדה דכי היכי דקבר בה איהו קבר בה אחרינא או בכע"מ למ"ד התם דשכיח דאידי דמנגחי נפל בהו מומא משא"כ כאן דהוי מלתא דל"ש כלל שיבא איש לכאן ויהיה האש שולטת בגווה ושבתוכו יהיה ניצל וכמ"ש הב"ח ג"כ ובכה"ג גם רשב"ג מודה שיש להתיר והיינו נמי טעמא דיבמות דף קט"ו דאי לאו דאיכא פסתא דידיא דשדיא היינו מתירין אותה וכן כתב הרב אב"ד דק"ק זאריק וגם הנ"ב עמד בכיוצא בזה אלא דעדיין י"ל דע"כ לא אמרי' התם חזקה דזהו שנמצא כו' אלא כגון התם בקבר או בחמץ או גבי בע"מ שעכשיו אנו מוצאין אותו ממש כמו שהיה בשעה שנאבד בלי שום שינוי ואיכא רגלים לדבר דזהו אותו שנאבד משא"כ בנ"ד שבשעה שנעלם מעינינו היה חי ועכשיו מת ונמצא גוויית איש והנה שורף ואולי היכא שאנו צריכין למימר שזהו שאבד אלא שע"י סיבה נשתנה גם רבי מודה דחיישינן שמא אחר הוא ואמנם מדברי הראב"ד בת"ד שכתב דקי"ל כרבי מהא דרבא גבי פירורין דתינוק ואם כן לכאורה מבואר אפילו בכה"ג אמרינן זהו שנמצא אבל ז"א חדא דהתוס' בלא"ה יש להם שיטה אחרת בההוא דרבא וס"ל דאף רשב"ג מודה בהא ועוד שבנ"ד אף הראב"ד מודה שהרי הוא בחזקת חי ולא אלימא כ"כ חזקה דזהו שנמצא להוציאו מחזקתו דחי ועוד דאפילו אם נימא דאף בכה"ג שנשתנה אמרינן שזהו הוא שנמצא עדין

מידי ספיקא לא יצאנו וכי לא ניהוש לסבא אא"ז הגאון ז"ל בתשובה סי' ס"ג ס"ק ט"ו שהשיג על הפר"ח וכתב שהדין עם הרשב"א שם דבשלמא גבי חמץ או קבר ובכור מוקמינן אחזקה הראשונה ואע"ג דביני וביני איתרע חזקה לית לן בה כו' משא"כ כאן שאין אנו דנין כ"א על הבשר הנמצא ואיזה חזקה כשרות יש לו ע"ש וא"כ הכא ודאי דגרע טפי דאתחזק איסורא דא"א והגם כי לכאורה סברא זו שכתב אא"ז ז"ל דאע"ג דביני ביני איתרע חזקה אינה מבוררת כ"כ והרא"י שהביא מב"ב אינה מוכרחת ועיין בפ"י שם ד"ה חניות ע"ש שמבואר דס"ל דבכה"ג לא אזלינן בתר חזקת בדוק ע"ש מ"מ נראה בדין זה הדין עם רשב"א ז"ל דש"ה גבי קבר ואינך שהרי השדה בחזקת בדוק קיימי שאין בה קברים אחרים חוץ מקבר זה שאבד בתוכה ואם אתה אומר שלא זהו שנמצא אתה סותר חזקתה משא"כ בהך בשר שעליו אנו דנין אין לו חזקת כשרות כלל וא"כ גם דעת הרשב"א דלא אמרינן זהו שנמצא אלא היכא דמסייע ליה חזקה ובאמת שיש לתמוה על אא"ז הגאון ז"ל במ"ש דאדרבא יש להביא ראיה לאסור ממשנה שלימה דגיטין דף כ"ז דהמביא גט ונאבד ממנו ומצא בכדי שאפשר שהוחלף פסול כו' ולכאורה אין זה ראיה לדנינו של הרשב"א דשאני גיטין דאיכא חזקת א"א אך נראה דז"א כיון דמ"מ שעתה לא על האשה דנין רק על הגט וכיון שהגט הזה יש לנו לומר זה שאבד אע"פ שאח"כ על ידי הגט נוציא אשה מחזקתה לית לן בה וראיה לסברא זו ממ"ש התוס' בחולין דף נ"ו ד"ה פלניא כו' וא"ת והיאך מחזירין שט"ח בסימנים והא אי אתו סהדי ואמרו פלניא דהאי סימנ' ליה מפלניא לא מפקינן וי"ל דל"ד שטר שאין אדם מוחזק בו כו' אלמא אף על גב דלענין ממון עצמו לא מהני סימנין להוציא ממון מחזקתו מכל מקום שט"ח מחזירין ואע"פ שע"י שט"ח זה נוציא ממון מיד בעליו מ"מ עתה אין אנו דנין רק על השטר וא"כ גם כאן לגבי הגט עצמו אין כאן חזקה ואפ"ה לא מהדרינן ושפיר הוי סייעתא להרשב"א ועדיין יש לפקפק בזה דמאי מייתי מגט הא בגט כה"ג דלא שכיח שיבא לכאן אחר ממ"א מהדרינן ולשיטת הרשב"א אפילו הוחזקו נמי כמבואר בחידושיו לגיטין וא"כ בבשר הזה נמי נימא זהו שאבד כמו בגט כה"ג וכלשון הזה כתב הרמב"ם בה"ג הלכה ט' ז"ל המביא גט ואבד ממנו במקום שאין שיירות מצויות ומצאו אפ"ל לזמן מרובה כשר וה"ז בחזקת זה שנמצא זהו שאבד עכ"ל וד"ל דשכיחי עורבים דמייתי מעלמא והוי כמו ש"מ בגט ועוד י"ל טובא ואין להאריך בזה ובאמת שיש להפליא על הפר"ח שכתב שרוב טבחי גוים וא"י מנין החניות שהניח יש לחוש שמא ניטלו והני אחרנא נינהו דקי"ל כרבנן גבי קרדום כו' הנה מה שמחלק בין יודע מנין החניות לא"י נראה כוונתו למ"ש התוס' פסחים דף י' ד"ה הניח כו' א"נ שא"י כמה חתיכות הניח ואתיא אפילו כר"ג וצריך בדיקה שמא לא מצא כולו ולכן חילק ג"כ כאן דכיון שא"י כמה חתיכות הניח אע"פ דקי"ל כרבי מ"מ אסור וזה תימא שהרי להדיא כתבו התוס' הטעם דצריך בדיקה שמא לא ימצא כולם משום דאע"פ שאנו אומרים דהנך שמצא הם הנך שהניח אלא שגררם למ"א מ"מ יש לחוש שמא היה יותר מזה שגררו עוד שם איזה חתיכות למ"א ולכן צריך בדיקה משא"כ כאן אי אמרינן דהנך שמצא עכ"פ הן הן אותן שהניח א"כ ודאי כשרים הם ומאי איכפת לן שהיה עוד שם איזה חתיכות שגררם למ"א סוף סוף הנך לאו מעלמא אתו ואין לחלק בין יודע המנין לא"י אלא להפוסקים כרבי בכל גווני שרי ולהפוסקים כרשב"ג בכל גווני אסור וז"ב ועיין בתו' ד"ה הניח עשר כו'

ובאמת לפענ"ד י"ל דמדברי הרשב"א אין מוכרח כלל דפוסק כהרמב"ם בפ"ג מהלכות חמץ דבהניח בזויות זה כו' קי"ל כרבנן דצריך לבדוק וס"ל לחלק בין ההיא דעל ובדק ואשכח דשם אע"פ שראינו עכבר נכנס עם הככר אין אנו יודעין באיזו מקום יניחנו וכיון שנכנס ומצא אמרינן זהו הככר שהכניס העכבר והניחו בכאן משא"כ כשהיה מונח מכבר חמץ בבית ושוב בא ומצאו בזויות אחרת יש לחוש דלמא האי שבזויות אחרת מעלמא אתי ומה שהיה מכבר גררוהו וכ"כ אא"ז בב"ש בפסחים ע"ש וא"כ ה"נ בבשר שהניח בכאן ומצאו בזויות אחרת אמרינן דהאי דבזויות אחרת מעלמא אתי ונבלה היא ולא אמרינן בכה"ג זהו שנמצא כו' וז"ב בדעת הרשב"א ובאמת שיש לתמוה על הפר"ח בא"ח וח"י שמפרשים דברי הרמב"ם דמיירי שא"י מנין הככרות שהניח וכ"כ התוס'.

וז"א שהרי מבואר במתני' דמ"ש בפ"ב והביאה ג"כ הפר"ח דהאומר לבנו מ"ש בזויות זו ומצא בזויות אחרת המעות חולין והתוס' ע"כ דמוקי להאי מתני' כרשב"ג דלא ס"ל זה שנמצא כו' דהתם ל"ש לומר כיון שא"י כמה כו' דמה בכך עכ"פ מעות אלו הם של מ"ש וא"כ כיון שהרמב"ם פ"ו מהלכות מעשר פסקה להיא מתני' ע"כ דס"ל לחלק בין ההיא להיא דקבר שאבד כו' וכמ"ש דבהניח בזויות זו גרע טפי וכ"מ דעת הראב"ד בס' ת"ד דבהאי פסק כרבנן ובעל ובדק ואשכח פסק כרבי ולא פי' דמיירי שא"י כמה הניח ובאמת שיש סתירה בדברי הראב"ד דבהשגות כתב דקיי"ל בהניח בזויות כו' כרשב"ג לקולא ולפי"ז תימא ג"כ מדוע לא השיג בהך דפ"ו מהלכות מעשר שני ועוד שיש סתירה בדבריו דבת"ד דעתו דהך דט' צבורין כו' מיירי הכל לענין בדיקה וע"ש שתיים ג"כ מ"ש הלח"מ והוא להיפך ממ"ש בהשגות ואין להאריך וכן יש תימה על הרז"ה שכתב דאי הוה אמרינן מנה מונח כו' כיון שמצא צבור אחד א"צ לא ביטול ולא בדיקה כו' ולא יהיה בהניח בזויות זה כו' שכתב אח"כ דכ"ע ס"ל כרבנן דס"ל גבי קרדום שאני אומר אדם טמא נכנס כו' הלכך בעי ביטול וד"ג לומר שמ"ש הרז"ה דבהניח בזויות זה כו' בעי ביטול מיירי כשא"י המנין כו' ואיך שיהיה עכ"פ דעת הפוסקים אלו לחלק בין ההיא דהניח בזויות זה להיא דזהו שאבד וא"כ גם דעת הרשב"א כן ואין הכרח לחלק וי"ל דבכל גווני אמרינן שזהו שאבד זהו שנמצא אם לא היכי שלא מצאו במקום שהניחו: ואמנם כבר בארנו דעת הטור לחלק בין ביטול ללא ביטול וכן הוא דעת הרי"א ז"ל הביאו בש"ג דביטול בעי עכ"פ ובאמת שי"ל דאפילו רבי מודה היכי דאיכא חששא דאורייתא דלכאורה קשיא דבהיא דשדה שאבד כו' יש כאן ס"ס שמא זהו קבר שנמצא ושוב אין כאן קבר כלל ושמא לא האהיל עליו זה הנכנס אך דבאמת ז"א דברה"י אפילו אתה יכול להרבות ס' וס"ס הכל טמא ומבואר בקרית ספר להמב"י ט' בפ"ח מהאה"ט דהך דס"ס ברה"י טמא אינו רק מדרבנן ועיין ברמב"ן ב"ב דף נ"ה וא"כ שפיר קאמר רבי דבכה"ג אמרינן חזקה דזהו שנמצא כו' דאפילו ל"ה רק ספק השקול אינו רק מדרבנן אלא דבאמת מ"ש הקס"פ לא נתברר לנו כל הצורך כמ"ש במ"א וגם מסתימת הדברים משמע דאפילו אם זה שנכנס הלך לארכה ולרחבה בענין שאם היה שם קבר ודאי האהיל עליו וא"כ מוכרח דלרבי אפילו בספיקא דאורייתא נמי אמרינן חזקה זו דזהו שנמצא כו' והנה בני"ד תמה על הרמב"ם שלא הזכיר שום רמז מפלוגתא דרבי ורשב"ג גבי קבר שאבד ולולי דבריו היינו אומרים בטעמא דמלתא דמשנה שא"צ היא שגדולה מזה כתב הרמב"ם פ"ד מהט"מ הי"ב וז"ל כזית מן המת שאבד בתוך הבית וביקש ולא נמצא בתוך הבית טהור

ולכשימצא הבית טמא למפרע מעת שאבד עד שנמצא עכ"ל ודבריו הם לקוחים מהתוספתא פרק ד' דאהלות ושם ליתא להנך תיבות מעת שאבד עד שנמצא רק שהרמב"ם הוסיף זה מדעתו הרי שביאר להדיא דאע"פ שמתחלה ביקשו ולא נמצא מ"מ כיון שעכשיו נמצא אמרינן זהו שאבד כו' והבית טהור מן הוא והלאה והתם ליכא ס"ס רק ס"א שמא הראשון עדין שם ואז הבא אל הבית ודאי טמא ואפ"ה מעת שנמצא ודאי טהור והנה הכ"מ שם כתב בשם הר"י קורקוס שאין אומרים שזהו אחר הוא דאמרינן כאן נמצא כאן היה ולפ"ז מה שחושש רשב"ג גבי קבר דכי היכי דקבר בה איהו קבר בה אחרתא היינו באותו זמן שקבר בה זה דא"ל דחוששין דשמא זהו הוא שנקבר אח"כ ז"א דאית לן למימר כאן נמצא כו' וכן צ"ל גבי חמץ וגם כוונת מהר"י קורקוס הוא דלא נימא דמסתמא זה אחר הבדיקה הובא לכאן ולכך קאמר דאמרינן כאן נמצא אבל מה שיש לחוש שמא היה שם עוד אחר כמו גבי קבר לזה לא מהני כאן נמצא וצ"ל דקי"ל כרבי דזהו שנמצא כו' והנה רבינו נ"ל כתב דאפילו לדברי הטור עכ"פ בביטול נמי איתחזק איסורא מדרבנן ולכאורה לפמ"ש אין זה חזקת איסור כ"כ דהבית בחזקת בדוק הוא לגבי ככרות דעלמא ולא איתחזק איסורא רק על ככר אחד ועוד דעל דברי הנ"ב יש לחלק דגבי חמץ דסגי בביטול שאני שאפילו תאמר שלא זהו שהכניס אינו עובר בבל יראה כיון שביטל ואין כאן רק איסור דרבנן וא"א בשום אופן לבא לידי איסורא דאורייתא משא"כ הכא אע"פ דמדאורייתא אית לן למימר דהיינו האי מ"מ מדרבנן חיישינן שמא אינו זה ואיכא איסור א"א דאורייתא מ"מ סוף דבר הכל נשמע דעכ"פ איכא שיטות הרבה פוסקים לפסוק כרבי ואפילו הטור וריא"ז י"ל דמודו בנ"ד דא"א להתברר ועוד דהא לא שכיח כלל ומדברי הרשב"א אינו מוכרח להיפך ואף דבהא אכתי לא פלטינן מספיקא מ"מ הא חדא מה שיש לצדד להיתרא: וזאת שנית לשריותא דהך איתתא גרסינן בב"ב דף כ"ג ע"ב אמר ר' חנינא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב ואע"ג דרובא דאורייתא וקרובא דאורייתא אפ"ה רובא עדיף מתיב ר' זירא והיה העיר הקרובה אע"ג דאיכא דנפישא מיניה בדליכא וניזל בתר רובא דעלמא ביושבת בין ההרים שאין דרך רוצחים לבא לכאן ממקומות אחרים הלכך אע"פ שיש שם עוד עיר שיושבת בין ההרים אזלינן בתר קורבה שכאן משמע דכל היכא דליכא למיזל בתר רובא אזלינן בתר קורבה בין להחמיר בין להקל וכן מפורש בסוגיא להדיא וכן מוכח ממתני' דשקלים פ"ד מעות שנמצאו בין שקלים לנדבה קרוב לשקלים יפלו לשקלים קרוב לנדבה יפלו לנדבה כו' זה הכלל הולכין אחר הקרוב להקל מע"מ להחמיר ור"ח ע"פ מוקי לה להיא דשקלים בדשוין כמ"ש הרעמ"ב שם וקשה דבגיטין דף כ"ז תנן תנן המביא גט ואבד ממנו כו' ורמינהו כו' א"ר ל"ק כאן במקום שהשיירות מצויות לא יחזור ומפורש שם באשר"י דלענין הלכתא בין ש"מ ולא הוחזקו או להיפך לא יחזור והרי היכי דאין ש"מ דמי ליושבות בין ההרים דליכא רובא דעלמא וא"כ אית לן למיזל בתר קורבה כיון דידעינן שיב"ש זה היה בכאן במקום הזה ואבד הגט כאן ואפ"ה לא אזלינן בתר קורבה ושמא י"ל דש"ה דמיירי שאין ש"מ לילך משם לכאן ואנו רואין שאעפ"כ יב"ש זה בא משם לכאן אמרינן שמא גם יוב"ש השני נעקר ג"כ ממקומו או שלח שליח לכאן וע"כ לא אמרינן הכא לילך בתר קורבה אלא כשהוא קרוב למקום קביעתו אזלינן בתריה משא"כ בגיטין דממקום הקביעות שבו נכתב הגט קרוב יוב"ש זה כמו זה ואע"פ שקרוב הוא

לזה שישנו בפנינו בכאן מ"מ ממקום שבא הגט לכאן רחוק זה כמו זה ולכך לא יחזור אע"פ דל"ש בזה למיזל בתר רובא דעלמא כיון דלא הוחזק רק יוב"ש א' מ"מ ספיקא מיהא הוי וחיישינן שמא מאחר הוא שממקום קביעתן לכאן שניהם רחוקים בשוה אך דבאמת ז"א מחזור דמ"ל מקום קביעות שנכתב שם או לא ס"ס הא ידענו בבירור שגט של יוב"ש זה היה עתה בכאן נימא שזהו שנמצאכי קרוב הוא לפנינו וא"ל שמא גם האחר בא לכאן דלא מחזקינן שבא לכאן והיה קרוב כל כמה דלא ידעינן כמ"ש הרמב"ן שם גבי חביות שצפה בנהר שאין להחזיק קורב' כ"כ דלא ידעינן וא"ל דשאני גבי גט כיון שאין כאן שום קרוב רק רחוק ונתקרב חיישינן שמא נתקרב עוד א' משא"כ בההיא דנמצא כנגד עיר שרובה ישראל דידיעין בקורבה ממש ל"ח שמא יש אחר קרוב ממנו הא ליתא דהרי שם מספקא מלתא מי הוא הקרוב מעיר הזאת אם ישראל אם עכו"ם רק דידיעין דקרובה העיר הזאת מעיירות אחרות שרובם עכו"ם ואפ"ה לא מחזקינן בעיר הזאת קורבה לגבי עכו"ם שאם היינו מספקין היה לנו לאסור לפי מה דס"ד אליבא דרב דס"ל קורבה עדיף אע"כ דלא מספקינן בקורבה כלל כל כמה דאין הקורבה לפנינו וע"ק דבפ"ג דטהרות תנן תינוק שנמצא בצד בה"ק ושושנים בידו ואין השושנים אלא במקום הטומאה טהור שאני אומר אדם א' לקטן ונתן לו וכן בתינוק שנמצא אצל העיסה לפי מה שפי' התוספות והרמב"ן והרשב"א טעמא משום שא"א אדם א' נתן לו משום דהוה דשבד"ל ספיקו טהור וע"כ התם ברה"י מיירי שאין הרבים מצוים שם דאי בר"ה בלא"ה ספיקו טהור וא"כ ל"ש למיזל בתר רובא דעלמא דל"ש רבים התם ואמאי לא ניזל בתר קורבה דהוא דאורייתא ונימא שהוא בעצמו לקח כיון שהוא נמצא בצד הקברות או העיסה: ועוד קשה בהא דאמרינן ביבמות דף קט"ו גבי ההיא דאיתלי נורא בכי גננ' דחוששין דלמ' אינש מעלמ' אתי לאצולי ולדברי קצת המפורשים נראה מדבריהם דאפילו אי לא אשתכח גברא חרוכא ופסתא דיזא דאז נראה לעין שאחר היה שם אלא אפילו אם הגברא חרוכא חסר ממנו פסת יד אפ"ה אמרינן דאינש אחרינא אתי לאצולי ואיהו אתיליד בי' מומ' כו' והכי ודאי אית לן למיזל בתר קורבה שהרי ל"ש שיבא לכאן איש אחר להצילו וא"כ אין כאן רובא בעלמא ואיכא קורבא ודאית לפנינו.

ע"כ נראה דע"כ לא ילפינן דקורבה דאורייתא אלא היכא שאינה סותרת החזקה כגון בעגלה ערופה שאין כאן חזקה וכן בכל הסוגיא שם משא"כ היכי שהקורבה סותרת החזקה אזלינן בתר חזקה בין לקולא בין לחומרא הלכך א"ש גבי גט ובההיא דיבמות דחיישינן לגט של יב"ש אחר ולא יחזור מטעם קורבה שהרי אשה זו בחזקת א"א עומדת ורובא הוא דעדיף מחזקה וקורבה משא"כ קורבה וחזקה כי הדדי נינהו וכן בההיא דשושנים שיש שם חזקת טהרה לתינוק כמ"ש הר"ש שם אין לטמאו מטעם קורבה ואע"ג דספיקא מיהא הוי מ"מ בדבר שאבד"ל ספיקו טהור אבל בההיא דשקלים וסוגיא דידן אין כאן חזקה נגדה ובהכי ניחא נמי מה שהקשה הרמב"ן והרשב"א ביבמות והרא"ש בגיטין על הרי"ף שפסק גבי גט להחמיר היכי שש"מ ולא הוחזקו וביבמות דף קט"ו בעובדא דיצחק ר"ג פסק להקל ודחקו לתרץ ולפמ"ש ניחא משום דגם היכי שש"מ ולא הוחזקו י"ל מדוע לא ניזול בתר קורבה להקל דהא רובא דעלמא אין כאן שהרי לא הוחזקו ב' יוב"ש כלל ואין לומר דכיון שהש"מ יש לחוש לעיר אחרת שיש בה כמה יוב"ש וכמ"ש הרשב"א דבש"מ מיקרי נפילה דרבים דשמא השיירות מביאין הרבה

גיטין של יוב"ש הא לית' דאין לנו להחזיק הרוב כיון שאין הרוב ידוע לנו כלל ואע"ג דקיי"ל דאזלינן בתר רובא אפילו דליתא קמן היינו היכי שודאי יש כאן רוב אלא שאינו לפנינו כגון קטן וקטנה דרובא דעלמא ודאי לאו סריסים נינהו או כגון רובא דמקור לגבי עליה משא"כ היכא שאין ידוע לנו כלל אם יש כאן רוב מספיקא לא אמרינן דילמא איכא רוב נגד הקרוב והרשב"א ג"כ לא אמרה אלא בלשון שמא ועוד דע"כ לא אזלינן בתר רובא נגד הקרוב אלא היכא דהרוב מוכח או היכא שגם הקורבה לא מוכחה משא"כ היכא דהוי קורבה דמוכחא והרוב לא מוכח אזלינן בתר קורבה ועיין מ"ש ד"ז הגאון בס' תורת חיים בב"ב בסוגיא זו ובדף קע"א ע"ש) אע"כ כמ"ש דהיכא דאיכא חזקה נגדה לא אזלינן בתר קורבה הלכך אע"פ דהקורבה הוי מוכח דכיון שהוא בעיר זו מיקרי לגבי שאר עיירות קורבה דמוכח כמ"ש התוספת ד"ה רוב מ"מ אין לסתור בזה חזקת א"א וא"ל דחזקה דאשה דייקא מרע לחזקת א"א כמ"ש בכתובות דף ק"ב ז"א דבגט ל"ש זה כיון דעיקר טעמא מתוך חומר כו' וכיון שנתיר להחזיר לה הגט משום קורבה ל"צ למידק דמה לה לחוש הלכך חזקת א"א במקומו עומד משא"כ ביבמות שפיר פסק הרי"ף כרבא דל"ח לב' יצחק דאין שם חזקה א"א דחזקה דאשה דייקא מרע לה לחזקת א"א ואזלינן בתר קורבה ואביי ס"ל כמ"ש"ל לחלק דהך דהכא לא מיקרי קורבה שאנו אומרים כמו שיצחק זה היה רחוק ונתקרב ובא לאספמי' כמו כן היה עוד יצחק אחר: אך קשה לפ"ז מ"ק אביי מנא א"ל דההיא גיטא דאשתכח בנהרדע' כו' ומאי מייתי מגט למיתה דבגט הטעם שאין קורבה יכול להוציאה מחזקה א"א משא"כ במיתה וי"ל ע"פ מ"ש הרשב"א דמיירי שנמצא במקום שנכתב א"כ שייך לומר חזקה כאן נמצא כאן היה נגד חזקת א"א ומקשה שפיר: וא"ת אכתי לפמ"ש דקיי"ל כרבא דל"ח לתרי יצחק משום דבמיתה ליכא חזקת א"א א"כ בההיא דגנב' נמי נימא הכי וא"ל דרבא דס"ל הכא דל"ח לתרי יצחק באמת מתיר התם אכתי תיקשי הא אנן בהא חיישינן לדר"ח בר' אבין דלמא אינש אחרין' אתי כמ"ש המפורשים בדעת הרי"ף אבל כד מעיינינן בה לק"מ שהרי התם אמרינן קסבר רחב"א למימר היינו עשינו עלינו הבית כו' והיינו דס"ל דאמרה בדדמי ול"ש התם דייקא כלל משא"כ היכא דל"ש בדדמי שהאשה לא ראתה כלל שהוא בתוך האש שייך לומר דייקא ושוב יש להתיר משום קורבה וכמ"ש דמטעם זה פסקו שלא לחוש לתרי יצחק ומכ"ש די"ל דבזה גם אביי וכ"ע מודים דהך קורבה דהכא קורבה ודאית הוא שהרי לא היה רחוק ונתקרב כלל אין לנו לתלות שבא איש אחר ג"כ לכאן ומכ"ש לפי האמת שהעיקר כהנך פוסקים דמפרשי ההוא דאיתלי ביה נורא מחמיר רשב"א משום שיש כאן פיסת יד לבד גברא חרוכא השלם באבריו שאז אנו רואין שאחר היה כאן הא לא"ה לא דאזלינן בתר קורבה דאוריית' היכא דליכא חזקה נגד הקורבה דאי איכא חזקה נגדה כי הדדי נינהו ונראה להביא ראיה עוד לזה מ"ש בנדה דף י"ח ע"ב ר"מ סבור סמוך מיעוטא לחזקה ואיתרע ליה רובא ובתוספת שם ד"ה מיעוטא הקשו ע"ז דלר"מ אפילו בלא חזקה יטהר כיון דחייש ליה למיעוטא הו"ל ספק ובאין בו דעת לשאול טהור ותירצו דנקט הכא לאשמעינן דהחזקה אינה מסייעת לרוב וזה דוחק ולמ"ש א"ש דאי לאו מטעם חזקה אע"ג דהוי מוקמינן מיעוטא לגבי רובא דכי הדדי נינהו לר"מ אכתי הוי מטמאינן מטעם קורבא לכך צ"ל דאיכא חזקה ג"כ וג"כ כי הדדי נינהו וטהור משום שאבד"ל אך קשה דאכתי לרבנן דפליגי על ר"מ מדוע לא נשרוף את

התרומה ומ"ש התוספת דרוב דמטפחין אינו רוב גמור והוי לגבי החזקה רק פלגא ופלגא אכתי קשה שהרי החזקה אזדא לה לגבי הקורבה דמצטרף בהדי רובא דמטפחין ולמה אין שורפין את התרומה וד"ל דרובא דמטפחין נמי מטעם קורבה אתינן עלה דרוב תינוקת הקרובים לעיסה מטפחין שאין תולין באחר מטעם קורבא ומיעוט שאין מטפחין רק כשבא אחר ונותן להם והיא מיעוטא דשכיח וא"כ ל"מ נמי סברא דקורבה דמסייע לרוב משום דמיעוטא דשכיח שאין דרכם לטפח אע"פ שהן קרובים לעיסה אבל זה דוחק לכן נראה דלכך לא מחשבינן לרובא דמטפחין לשרוף עליו התרומה כדאי' בבכורות דף י"ט דרובא דתלי במעשה לא הוי רוב רק דמצטרף בהדי קורבה ואמרינן רובא וחזקה רובא עדיף אבל אין בו מועיל לשרוף את התרומה ואפילו לרבא דס"ל שם דהוי רוב אינו רוב גמור ואי הוה חזקה כנגדו הוי מצטרף המיעוט לחשבו לספק אמנם הא ליתא דהרי מבואר ברשב"א ור"ן בחולין דף י' דדוקא דהיכא דהמיעוט אינו תלוי במעשה אז לא אזלינן בתר רובא והכא גם המיעוט תלוי במעשה שהרי ע"כ נלקח מן העיסה ומספקא לן אי מן הרוב או מן המיעוט זיל בתר רובא שמעשה זה נעשה מרוב תינוקת המטפחין ולשיטת רש"י שפי' דרוב דמטפחין היינו שמטפחין בשרצים א"ש שהמיעוט שאינו מטפחין לא תליא במעשה כלל ואין להקשות לפי המסקנה דמסיק רבינו דלא אזלינן בתר רובא דתלוי במעשה איך אזלינן בתר רוב מצוין א"ש מומחין הן הא המיעוט אינו תלוי במעשה וא"ל דההיא רבינא קאמר לה והוא מרה דשמעת' בחולין לחד לישנא דלא ס"ל רוב מצוין כו' הא ליתא דא"כ האיך מצינו ידינו ורגלינו בבהמ"ד שהר' אגן קיי"ל רוב מצוין כו' וקיי"ל כרבינא דלא אזיל בתר רובא דתלי במעשה כמבואר שם באשר"י וכ"פ הרשב"א והר"ן בחולין וצ"ל כמ"ש התוספות שם ד"ה חלב פוטר בטעמא דלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה האי מיעוטא דאין מומחין כו' משום שהיא מיעוט גמור כההיא דסתם ספרי כו' וא"כ ה"ה לענין רוב התלוי במעשה ועיין במלחמות בקידושין גבי סבלונות: אבל צ"ע דלפי מ"ש התוספות שם דאיכא חזקה דלא ילדה נגד הרוב ולא ס"ל דחזקת מעי אמו מסייע לרובא א"כ ע"כ דרבא אזיל בתר רובא דתליא במעשה אפילו היכי דאיכא חזקה כנגדה וכן מוכרח מדברי התוספות ביבמות דף קי"ט ד"ה ר"מ היא כו' וי"ל דהכא כרבא דל"ל האי סברא והרי התם איכא חזקת יבום כנגד הרוב ואפ"ה ס"ל לרבא דאזיל בתר רובא וגם נראה דאי אמרינן הכי א"ש טעמא דמלתא באיזה סברא פליגי רבא ורבינא די"ל דלכך סבר רבינא דלא אזלינן בתר רובא התלוי במעשה משום דכיון דהמיעוט אינו תלוי במעשה תו לא מצינו למילף משאר דוכתי דאזלינן בתר רובא דש"ה דאין להמיעוט מעלה יותר מן הרוב אבל היכי שיש למיעוט מעלה אחרת שאינה ברוב שווין ורבא ס"ל אע"פ דרוב תלוי במעשה אזלינן בתריה משום דמאחרי רבים להטות לא משתמע מיניה לחלק וכמ"ש רש"י בחולין לענין רובא דליתא קמן ולפ"ז י"ל דע"כ לא ילפינן בחולין דאזלינן בתר רובא אפילו היכא דליתיה קמן אלא דוקא היכא שהמיעוט נמי ליתיה קמן כהנך דיליף התם מיניה משא"כ היכא שהמיעוט איתא קמן כגון הכא דאי ניזל בתר רובא דעלמא ליתא קמן ואי אזלינן בתר קורבה שהוא המיעוט נגד רובא דעלמא אבל איתא קמן ומכ"ש היכא שהרוב תלוי במעשה אע"פ שגם המיעוט תלוי במעשה מ"מ אינו רוב חשוב כיון דתלוי במעשה וגם ליתא קמן לא ילפינן מאינך דאין תלוי במעשה והמיעוט ליתא קמן.

וא"ל ברובא דעלמא נמי מיקרי איתא קמן דאטו בעינן שיהיה עומדים לפנינו דוקא וע"כ לא מיקרי ליתא קמן רק היכא שהיא תלוי בטבע אדם כגון סריס ואיילנות וכן האי דילפינן מעולה והורג את הנפש הכל הוא דמוקמינן להו שהם מן הרוב ודבר זה נקבע בטבע שהרוב אינם טרפה מה שאין כן הכא שנאמר דניזל בתר רובא שזה הרוצח הוא מרוב דעלמא הרי הרוב ידוע לנו שהעולם הוא רוב לגבי העיר הזאת ודמי למ"ש הר"ן ר"פ כל הצלמים דרוב המקומות שאין נעבדין בהן ידועין אצלינו לכן מיקרי רובא דאיתא קמן: אמנם מדברי רש"י ביבמות קי"ט ובבכורות י"ט משמע דרובא דאיתא קמן היינו דוקא תשע חניות וסנהדרין ממש שהם לפנינו אבל דנימא הלך אחר רוב נשים שבעולם לא ומש"ס דהתם אין ראיה דהתם נמי הרוב הוא בטבע שהרוב מתעברות ויולדת אבל מלשון רש"י לכאורה לא משמע כן וכ"נ ממ"ש התוספות ב"ב דף כ"ד וש"מ רובא דאורייתא חשיב ליה רובא דליתא קמן כו' הרי להדיא אע"פ שהרוב דמקור ידוע לנו שדמיו רבים יותר משל עליה אפ"ה קרי ליה רובא דליתא קמן וכ"נ ממה שהקשה אא"ז מהרש"א שם דמאי הקשו התוספות לעיל מאי קמ"ל ר"ח מתני' הוא ט' חניות כו' דלמא אשמועינן אפילו רובא דליתא קמן ולכאורה בתירוץ הזה אכתי לא מתרצה קושיות התוס' דאמתניתין דתשע חניות הו"ל לאקשווי וד"ל דקושייתו על הר"י בר מרדכי דלדידיה בלא"ה לא מתרצא הך קושיא דלמה לא פריך אמתני' כמ"ש התוספות וגם הת"ח הקשה דמנ"ל להתוס' להוכיח דאפילו בקורבה דמוכח קאמר דלמא אתי לאשמועינן אפילו היכא דליתא קמן וא"כ מוכרח לומר דרובא דעלמא חשיב ליתא קמן ולכך בלא ר"ח לא הוי ק"ל ממתני' דתשע חניות דש"ה דאיתא קמן משא"כ כשנאמר דחשיב איתא קמן א"כ אכתי ע"כ מוכרח דר"ח אפילו בקורבה דמוכח קאמר דאל"כ בלא ר"ח תיקשה ממתניתין אלא ע"כ דגם רובא דעלמא מיקרי ליתא קמן ודינו ממש כמו רובא דתליא במעשה דקיי"ל דלא אזלינן בתריה אך לרבא דס"ל דאזלינן בתר רובא דתלי במעשה והיינו ממשמעות דקרא דאחרי רבים להטות א"כ ה"ה דאזיל בתר רובא דליתא קמן אפילו היכא דהמיעוט איתא קמן דמשמעות הקרא דאין לחלק וכמ"ש רש"י חולין דף י"ב: ולפי"ז יש ליישב פסק הרמב"ם בהלכות רוצח פ"ט ה"ו שכתב וז"ל אין העיר הקרובה מביאה כו' ותמה הכ"מ דלמה נקט אוקימתא קמייתא לבד בדליכא ולא התנה שתהא יושבת בין ההרים ותירוצו תמוה וכיוצא בזה תמוהים דברי הרמב"ם בכמה מקומות וגם הפר"ח ביו"ד סי' ס"ג דחק מאד בזה ולמ"ש ניחא דכל קושית הש"ס הוא אליבא דרבא ודקיימי הסוגיא כוותיה דהא גופא קאמר התם ש"מ רוב וקרוב הולכין אחר הרוב וא"כ מקשה שפיר דלדידיה אין לחלק בין רובא דאיתא קמן כמו דלא מחלקינן גבי רוב התלוי במעשה משא"כ לדידן דקיי"ל כרבינא שפיר יש לחלק כמ"ש ואין לילך בתר רובא דעלמא היכא דמיעוטא איתא קמן וקרוב הוא (ובהכי ניחא נמי דבהמה שנמצאת מירושלים למגדל עדר דאזלינן בתר מיעוטא דאיתא קמן כיון דירושלים קרובה היא אזלינן בתרה אך דאכתי קשה מדוע לא הקשה הש"ס ממנה לרבא כמו שהקשה מניפול ושאר קושיות) ולפ"ז לכאורה קשה היכא דשיירות מצויות דאמרינן בגיטין אליבא דר"ז דלא נהדר ואע"ג דאיכא קורבה ע"כ מטעם כיון דש"מ אזלינן בתר רובא דעלמא ושמא יש עוד יוב"ש הרבה ומלבד מה שהקשיתי לעיל דכיון שאין הרוב ידוע לנו אית לן למיזל בתר קורבה וכ"כ בהדיא בש"ג פ' לא יחפור וז"ל וכ"ע מודו

דלא סמכינן על הרוב אלא היכא שהוברר היות הדבר ההוא רוב עכ"ל ונראה להביא ראיה לזה מדאמרינן בנדה דף ס"ו ואם יש לה מכה תולין במכתה ונאמנת אשה לומר כו' והכי קי"ל ומבואר בתה"א שער ד' הטעם משום דמוקמינן לאשה בחזקת טהרה ואכתי קשה אמאי לא ניחוש שמא יש במקור דמים מרובים יותר ממה שיש במכה ואית לן למיזל בתר רובא אלא ע"כ כיון שאין הרוב בבירור אין אנו צריכין לחוש לו ואף כי יש מקום לחלק דמחמת חזקה זו דחזקת טהרה אמרינן דאין כאן רוב משא"כ הכא אדרבה כיון דאשה זו בחזקת א"א אמרינן שבאמת לא נתגרשה כלל וגט זה של יוב"ש אחר הוא מרוב דעלמא אך יש לדקדק ע"ז דהרי אמרינן בריש זבחים סתם אשה לאו לגירושין קיימי וא"כ אשה זו אנו יודעין בודאי שנשלח לה גט משא"כ אשה אחרת של יוב"ש אחר יש לנו להעמיד על חזקתה דסתמא לאו לגירושין עומדת אך זה היה אפשר ליישב לפי סברת הרמב"ן והביאו הרשב"א והר"ן בגיטין דף מ"ג גבי האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ומת השליח בדרך אסור בכל הנשים שבעולם שמא קרובת ארוסתו קידש וכתבו הם בשם הרמב"ן דאע"ג דאיכא לקרובות חזקת פנוייה מ"מ אין חזקת הקרובות שאינן לפנינו שאין באות לדין לפנינו מועלת לי כו' וא"כ ה"נ אע"ג שיש לנו להעמיד אשת יוב"ש השני אחזקתה ולמימר דלא נשלח לה גט דסתמא לאו לגירושין קיימא אין מועלת לאשת יוב"ש זה כיון דהיא אינה באה לדין לפנינו ונראה להביא ראיה ע"ז מהא דאמרי' בבכורות דף כ"ה בעלי מומין אוסרין בכל שהוא ור"י אומר יבקר וקאמר שם רבי אסי אמר רבי מחלוקת כשבדק ומצא וקמפלגי בפלוגתא דרבי ורשב"ג כו' ולכאורה קשה מ"ט דת"ק שאוסר וס"ל דאע"פ שמצא אחד אמרינן דלא זהו שנתערבה אלא שמא אחר הוא ואמאי לא נוקי אחזקתה דהם בחזקת תמימים וא"ל דלפי מה דקאמר התם כיון דמנגחי אהדדי שכיח בהו מומא א"כ הוה חזקה העשוי להשתנות דל"מ דהא ליתא דאם נאמר כן א"כ מדוע כשלא נתערב א' בעל מום אמרינן דבחזקת בדוקין לגבי מזבח קיימי ונימא דאידי דמנגחי נפיל בהו מומא ואזדא להו חזקתייהו אע"כ דאעפ"כ מוקמינן לה אחזקה וע"כ לא אמרינן דעשוי להשתנות אינה חזקה רק היכי דודאי סופה להשתנות כגון בחי שסוף האדם מעותד למות וכה"ג מבואר בפוסקים אבל הכא לא קאמרינן אלא דיש לדמותו לשדה דאיכא למיחש שמא קבר אחר ג"כ וה"ה הכא יש מקום לומר שנפל בהם מום אבל מ"מ לא יצא מידי חזקתן (וגם בחזקת פנויה כתבו בשם הרמב"ן דאשה עומדת להנשא ואפ"ה אמרינן בה חזקת פנויה) הלכך נראה דהיינו טעמא משום דאע"ג דבאחד מצאנו מום מ"מ כשבאנו לדין על אחר אמרינן שמא זה הוא שנתערב מאי אמרת הרי אנו סותרים חזקתו של זה שהיא בחזקת תם ועתה נמצא בו מום מ"מ חזקתו של זה אינו מועלת להכשיר זה בלא בדיקה וכיון דזמנין דנפיל ביה מומא גם בזה לכן אמרינן שזה שאנו דנין עליו זהו שנתערב וסברא זו מבואר בפ"י ובאה"ע ס"י י"ז גבי חזקת חי וכמ"ש ברש"י בכתובות דף ע"ז רישא מנא לאבא בידך ולא מהני חזקת הגוף דאשה לגבי האב וה"ה הכא נמי חזקה של זה אינה מועלת כו' אך לפימ"ש דהיכא דרובא ליתא קמן ומיעוט איתא קמן לא אזלינן בתר הרוב וא"כ כיון דיוב"ש זה אבד בודאי ותו אנו תולין שמה שנמצא בכאן ממנו נפל שוב אין לנו לחוש לרובא דעלמא דליתא קמן וע"ק דלית לן למיזל בתר רובא דהוי רוב דתלוי במעשה דהמיעוט אינו תלוי במעשה כיון שהוא שלח לה גט בבירור מאי אמרת הא יש כאן רוב הא הוא תלוי במעשה ואין אומרים

שגם א' מהרוב עשה מעשה כזה ודמי למ"ש הרמב"ן גבי סבלונות דאע"ג דרובא מקדשי תחלה לא אזלינן בתרה ואמרינן דלא עשה מעשה הקדושין מקודם ולכאורה היה אפשר לומר דמאן קאמר לה דחוששין לש"מ אע"ג דלא הוחזקו ר"ז ור"ז ס"ל דאזלינן בתר רובא דעלמא אפ"י במיעוט דאיתא קמן שהרי ר"ז מקשה כאן וניזיל בתר רובא דעלמא כמבורר בתוס' ד"ה מתיב וא"כ ה"ה דאזל בתר רובא דתלי במעשה וכמש"ל אף דז"א מחזור בשיטת הפוסקים דפסקו תרווייהו וע"כ לומר כמש"ל דחזקת א"א סותרת להך דקורבה אך עדיין יש לפקפק דאע"ג דיש להאשה זו חזקת א"א מ"מ כיון שעתה לא על האשה אנו דנין רק על הגט וכיון דהגט קרוב לזה יש לנו לומר שממנו נפל ואע"פ שאח"כ ע"י הגט הזה נוציא אשה זו מחזקתה לית לן בה וראיה לזה ממ"ש התוס' בחולין דצ"ו ד"ה פלניא וז"ל וא"ת האיך מחזירין שט"ח בסימנים והא אי אתי סהדי כו' וי"ל דל"ד שטר שאין אדם מוחזק בו אבל ממון שביד הבעלים אין להוציא ע"י סימנים דה"נ לא הוי מפקין חפץ כו' אלמא אע"ג דלענין ממון עצמו לא מהני סימנים להוציא הממון מחזקתו מ"מ השט"ח מחזירין ואע"פ שע"י השט"ח יוציא הממון מרשות בעליו מכל מקום עתה אין אנו דנין רק על השטר והכי נמי הכא אע"ג דעל ידי הקורבה אין יכולין לסתור חזקת א"א מ"מ גט זה אין לו חזקה כלל ושפיר מהני הקורבה שיחזירו הגט לשליח זה וניחא לי ע"פ מ"ש הרשב"א בחולין דף ט' ד"ה מר סבר בחזקת איסור אמרינן כן דכיון דמתה וע"י מומחה אמרינן דרוב פעמים שוחט שפיר אבל באיסור דאיכא חזקה דאיסורא ורובא לא מהני דרובא דתלי במעשה הוא מוקמינן לה אחזקתיה ראשונה ולפ"ז י"ל דדוקא במקום חזקה הוא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה וא"נ אזלינן בתרה כי הדדי נינהו ואסור אבל היכא דליכא חזקה כנגדה גם רובא דתלי במעשה מהני לגבי קורבה לעשותו כספק השקול אבל זה צ"ע לפי דעת התוספת דבהיא דבכורות אין שם חזקה כלל דנגד חזקה דלא ילדה איכא חזקה דמעיי אמו שאינו קדוש בבכורה כמ"ש התוס' ביבמות וגם בבכורות לדעת החולקים על ר"ת וכ"כ האשר"י שם וא"כ ע"כ דאף בכה"ג לא אזלינן בתר רובא דתליא במעשה אליבא דרבינא ועוד אני תמה על הרשב"א ז"ל שנתן טעם לדבריהם משום רובא דתליא במעשה וא"כ רבא דאזיל בתר רובא דתליא במעשה דאמר דלא כמאן ואם נאמר דרבא ס"ל כר"א בן אנטיגנוס וס"ל כמ"ש התוס' דכיון דרוב פעמים שוחט שפיר ושריא מדאורייתא לכן לא אסרוה רק באכילה הוי א"ש מה שפסק הרמב"ם פ"א מהלכות שחיטה דהרי זו נבילה ובכ"מ שם כתב טעמו משום שהוא לחומרא ועוד דמסתבר טעמו כו' וכבר השיג עליו אא"ז בתשובה סימן ק"ה ולפי מ"ש י"ל דהרמב"ם פסק שפיר כמתנית' משום דאנן קי"ל כרבינא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה והוי נבילה גם כן וא"ת לפי זה אע"ג דל"ה קיימי בחזקת טומאה אכתי מטמאין לה משום דהאי רובא ל"מ ולפי זה קשה כמ"ש דאכתי גבי גט ניזיל בתר קורבה ולכאורה י"ל דלק"מ שהרי בהך מלתא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה צ"ע דהרי בשבת דף ל"ד פליגי אביי ורבא רבא ס"ל רוב ע"ה מעשרין הן ואביי פליגי עליו והרי הך דרוב מעשרין הוא רובא דתלי במעשה ולמה מהני ולכאורה י"ל דרבא לטעמיה דס"ל בבכור' דהוי רובא ואביי ס"ל כרבינא (ואע"פ כן אין הכרח למ"ש דרבא ס"ל דהוי רובא אפילו במקום חזקה דהא התם איכא חזקת טבל כמ"ש התוס' שם ד"ה ואיבעית אימא הא ליתא דשמא הכניסו דרך גגות ומעולם לא איתחזק באיסור כמ"ש

הפ"י בגיטין דף ס"א) אבל צ"ע דבכל דוכתא קי"ל כרבא לגבי אביי והכא קי"ל כרבינא ואע"ג דגם אב' ורבא החליפו שיטתן בגיטין דף ס"א כבר עמדו בזה התוס' לכן נראה דבהך רוב ע"ה מעשרין ל"ש רובא דתלי במעשה כדאיתא בקידושין דף מ"ב בעי מיניה ר"א מר"י פירות ערוגה זו מחוברין תרומה כו' א"ל כל שבידו לעשות לאו כמחוסר מעשה דמי ועי' בזבחים דף נ"ט בתוס' ד"ה עד שלא נבנה וכיוצא בזה כתב האשר"י בב"ק ויותר מזה ביאר בתשובה כלל פ"ו דכל שביד האדם לעשות רואין כאילו כבר הוא עשוי וא"כ ה"נ הרי בידו לעשר שפיר אמרינן דרוב מעשרין הן ואין זה תלוי במעשה כלל מה שאין כן בבכורות שפיר קאמר רבינא דהוי רובא דב"מ כמו שמדקדק רש"י שם כגון עיבור בהמה דתלי בהרבעה ואיכא למיחש שמא לא עלה עליה הזכר כו' ואפשר שזהו באמת חילקו התוס' שכתבו דלכך לא משני כן ביבמות משום דשם לא חשיב מעשה דממילא אדם נזקק לאשתו והדבר מפשטו הוא משום דכיון שהוקבע כן בטבע האדם ואתי ממילא הוי רוב גמור וכמו רוב מטפחין באשפה דמידי דממילא הוא ולפי מ"ש החלוק מבואר בלא"ה דהתם ממילא אדם נזקק לאשתו וא"צ שום מעשה אחרת המעכבו ומעשה זה בידו הוא משא"כ בהמה שלפעמים צריך הרבעה ול"ש רוב בזה וכמ"ש הרשב"א בחולין דף י"ב דמידי דהוי ממילא שכיח טפי מרובא דתלוי במעשה והיינו משום דמידי דאתי ממילא אין כאן עיכוב אבל היכי שתלוי במעשה זימנין דאיכא מידי דמעכב למעשה ההוא וכ"ז כשאינו בידו דוקא ובההוא דחולין דף ט' שהבאתי בשם הרשב"א נמי לאו בידו שהרי כך אנו אומרים שרוב שוחטין רוב הסימנים בפעם א' ומיעוט אינן שוחטים בב"א רוב הסימנים ולפ"ז ניחא ההיא דשיירות מצויות דאין זה רוב התלוי במעשה שהרי אמרינן בקידושין דף ס"א הכי השתא התם בידו לגרשה מה שאין כן הרמב"ן גבי סבלונות כתב שפיר דל"ה רובא משום דאין בידו לקדשה אלא דעדיין יש לדחות ולומר דההיא דרוב ע"ה מעשרין הם הוי טעמא דאמרינן רוב ישראל בחזקת כשרות ומסתמא עושה ואין זה בכלל רוב התלוי במעשה דהרו אמרינן בקידושין דף ס"א הכי השתא התם בידו לגרשה הכא בידו לקדשה בתמיה וא"כ ה"נ בידו לגרשה משא"כ הרמב"ן גבי סבלונות כתב שפיר דל"ה רובא משום דאין בידו לקדשה אלא דעדיין יש לדחות ולומר דההיא דרוב ע"ה מעשרין הם הוי טעמא דאמרינן רוב ישראל בחזקת כשרות ומסתמא עושה ואין זה בכלל רוב התלוי במעשה וכיוצא בזה י"ל בההוא דרוב מצויין א"ש מומחין הן והיינו דרוב דלא גמירי אין מצויין א"ש כלל אבל הב"ח בא"ח סימן תל"ז כתב דכל היכי שאין החזקה ממילא אלא ע"י שיבדקנו ואולי היה איזה סיבה שלא בדקו ומטעם זה כשהשוחט לפנינו אין סומכין על הרוב כו' כיון דחזקה אינה ממילא אלא על ידי שלמד הוא וביאור דבריו הוא כמ"ש באו"ח סימן ח' דכל שהחזקה אינה ממילא בטבע האדם אלא על ידי מעשה תלינן שמא נתקלקל אחר כך תדע דהא גבי רובא דעדיף מחזקה אפילו הכי ברובה דתלי במעשה לא אזלי' כו' ומשום הכי לגבי שחיטה כו' אלא ע"י שלמד הלכות שחיטה ושמא שכח וכן מבואר בשו"ת שלו סימן א' ואני תמה דלפי מה דמדמה לה לרובא דתלי במעשה אפי' אין השוחט לפנינו נמי וכן גבי משכיר בית לחבירו בי"ד ותו קשה דמה ענין תליא במעשה לזה לומר שמא נתקלקל אח"כ בשלמא שלא למד לחיי אלא שמא שכח וכה"ג מאן דכר שמייה ואף לפי מה שהסביר דבריו בתשו' דמה שאינו שוכח בא ע"י מעשה שקידות הלימוד מ"מ הציצית

בודאי כיון שכבר עשה ציצית פ"א חזקה דממילא הוא ולא ע"י מעשה וכמו כן כתב המ"א אך מ"ש ולא ידענא מאי קאמר דהתם אמרינן שמא לא עלה עליה זכר ואת"ל עלה שמא לא נתעברה ואני תמה דמה ענין ס"ס לכאן דאיך יוכל לומר שמא לא נתעברה כיון שרוב בהמות מתעברות וא"כ אין כאן רק ספק אחד שמא לא עלה עליה זכר וא"ל דהא ס"ס עדיף מרובה ז"א אלא דוקא היכא שהרוב הוא נגד שני הספיקות וכיון שיש שני הספיקות המתנגדים לרוב אמרינן ס"ס עדיף משא"כ היכא שהספק אינו ענין לרוב כלל וספק השני הוא נגד הרוב לא חשיב ס"ס כלל וכמ"ש התוספות בכתובות דף ט' ד"ה איבעית אימא שהקשו דהא איכא ס"ס ספק מוכת עץ וא"ל דמוכת עץ לא שכיח כו' אלמא דאם נימא דלא שכיח אין זה ס"ס כלל וא"כ כאן דרוב מתעברות ויולדות לא נוכל לעשות ס"ס מזה ובתשב"ץ ח"א סי' צ"ה צ"ו פלפל עם השואל בזה אי אתתא דלא ילדה מלתא דלא שכיח הוא והביאו בזה דברי האשר"י ביבמות דף ס"ד שכתב דרובא דאינשי פריין ורביין כו' וא' מיני אלף שלא זכה כו' והתשב"ץ דחה זה דמש"ה לא מיקרי אונס דשכיח ותמהני עליהם שעכ"פ הו"ל להזכיר מש"ס דיבמות דף קי"ט דמבואר להדיא דרוב נשים מתעברות ויולדות ועכ"פ גם התשב"ץ מודה דמיעוטא הוא ואין לצרפו לס"ס הדעת הרשב"א ביבמות דשאינן מתעברות מיעוטא דמיעוטא הוא ע"ש אמנם י"ל דהמג"א ס"ל כשיטות התוס' בבכורות דבאמת יש מקום לצרף מיעוטא דשאינן מתעברות עם חזקה והו"ל פלגא ופלגא וא"כ כיון דיש לספק ג"כ שמא לא עלה עליה זכר שפיר הוה ס"ס אלא דבאמת הא ליתא דכבר כתבתי דעת החולקים על ר"ת וס"ל דאין שם חזקה דלא ילדה דיש חזקה כנגדה ע"ש בתוס' ובאשרי ובלא"ה יש כמה מגומים בס"ס זה כמבואר למעיין בכללי ס"ס ואין להאריך בזה דודאי כ"ע מודים כל היכי דשכיח לאיסור יותר מלהיתר אין זה בכלל ס"ס אלא ודאי פשוט דרובא דתלי במעשה לא הוי רוב מטעמא דכתב הרשב"א במידי דהוי ממילא שכיחא טפי מרובא דתלי במעשה וא"כ ע"ז בעצמו אנו דנין דשמ' לא עלה עלי' זכר כלל וה"ה בכל רוב' דתלוי במעשה והגם שחלקתי בין היכי שבידו לעשות המעשה עדיין לא נתיישב לי ההיא דשיירות מצויות דע"כ ל"ש לומר היכי דבידו מהני אף אם תלוי במעשה אלא היכ' שהרוב עושין מעשה זו כגון אם נימ' דרוב מגרשין נשותיהן שייך למיזל בתר רוב' שמא יש עוד הרבה יוב"ש ואע"ג דתלי' במעשה הגירושין מ"מ כיון שהרוב עושין מעשה זו ובידו לגרש' דמי לההיא דרוב ע"ה מעשרין לפי מ"ש מעיקר' בטעמ' או לההוא דיבמות כפי חילוק התוס' משא"כ לפי האמת שאין הרוב עושין מעשה זו כלל מה איכפת לן שיש עוד יוב"ש הרבה סוף סוף ליכ' רוב' שכותבין גט לנשותיהם וכ"נ בההי' דפסחים דף ט' שדה שנמצא בה קבר טהור שאני אומר קבר האבד כו' וק' דמדוע לא ניזל בתר רוב' דעלמ' דשמא אחד מן רוב העולם בא לכאן וקבר מתו בכאן וכמ"ש הש"ס בבכורות דף י"ט אליבא דרשב"ג דשדה כיון דדרכי' למקבר ביה כי היכי דקבר בה איהו קבר בה נמי אחרינא ורובא ודאי עדיף מחזקה זו שנמצא זה הנאבד שהרי בגיטין גבי ש"מ לא אמרינן הכי והיינו מטעם רובא אע"כ דזה לא מיקרי רובא כלל כיון שהוא תלוי במעשה הקבורה ואם היינו אומרים שהרוב קוברין בשדה זו שפיר הוה רובא אע"פ דתלי' במעשה וכמ"ש אלא דבאמת אין כאן רוב כזה רק סתמא וכיון שזה יודע בודאי שכאן קבר מתו בי' שזהו שנמצא וא"כ הכי בגיטין נמי הרי אין כאן רוב שמגרשין ואדרבא

אמרינן בזבחים סתם אשה לאו לגירושין קיימי והיינו משום דרוב בני אדם אין מגרשין נשותיהם וכמ"ש התוס' להדי' בגיטין דף ל"ב ד"ה אפקיענהו דרוב אין מגרשין נשותיהן וכששולחין אין מבטלין ע"ש א"כ הי' לנו לומר דמסתמא אין יוב"ש הב' בדעתו לגרש כלל רק האי כיון דחזינן ביה שכתב לה גט ומדוע נסתור בחנם הרוב שאין מגרשין ונאמר שגם זה שלח גט לאשתו וע"ק לפי סברא זו שכתבתי דאם אין הרוב עושין מעשה זו לא מיקרי רובא למיזל בתריה דאם כן בההוא דחבו בר נאנאי ביבמות דף קט"ו דמייתי רבא מיניה ראייה דל"ח לתרי יצחק מדאגבי רבה ב"א זווי והיינו דאי חיישינן לתרי יצחק א"כ ה"נ ניחוש לשמא מסרו ולא כתב לו דלא קנה כמ"ש התוס' שם ולכאורה אין מקום לחוש שהרי חזקה מה שביד האדם הוא שלו כמבואר בד"ט ואע"פ דהש"ך סימן מ"ז כתב דבשטרות לא אמרי' חזקה זו כיון דאין גופו ממון ה"ד אם אומר שהוא שטר אמנה וכה"ג והוא בחזקת הלוח כמבואר שם משא"כ כאן שנחוש דלמא של אחר הוא וזה יש לדחות דשמא חזקה זו דמה שביד האדם כו' הוא מטעם כאן נמצא כאן היה שכבר העירו בזה הרמב"ן והרשב"א בההיא דחבו בר נאנאי אבל הא ק"ל דניזל בתר קורבה ונימא כיון דנמצא בידו לא נתלה דמעלמא אתי לכאן ואולי דמטעם זה גופא אמרינן חזקה מה שביד האדם הוא שלו וא"ל דהטעם משום דחבו בר נאנאי שכיחי טובא א"כ איכא רובא ואע"ג דאין הולכין בממון אחר הרוב ה"ד היכא שהרוב סותר לחזקת ממון מ"מ ז"א לפי הסברא הנ"ל דהרי הכא אין הרוב עושין מעשה זו למסור בלא כתיבה ול"ש בכה"ג רוב כלל ומ"ש לעיל דקורבה ל"מ נגד חזקה וכאן איכא חזקת ממון ז"א חזא דכבר כתבתי דאע"ג דאם נחזיר השטר נפקיע איזה חזקה מ"מ עתה על גוף השטר אנו דנין וכיון דאיכא קורבה מחזירין וכמ"ש התוס' בחולין לענין להחזיר השט"ח בסימנים ועוד דהכא בלא"ה לא הוי חזקת ממון כלל כמ"ש הש"ך סימן צ"א סעיף קטן י"ב כיון דסוף סוף האי ממונא תיפוק מרשותיה וע"ק דמאי מייתי רבה מההיא דכל מעשה בית דין יחזור ועיקר ראייה משטרי חליצה ומיאונין כמבואר בב"מ דף ז' דקאמר לה רבא תרדא שטרי חליצה ומיאונין תנן ומאי ראייה דלמא טעמא משום קורבה וא"ל דאיכא חזקת איסור ז"א כחן דאין האיסור רק מדרבנן אתי קורבה וסתר לה לחזקת איסור דרבנן וראיה מהא דאמרינן בפסחים דף ט' ואב"א ספק וס' הוא כו' כדר' אושעיא כו' ופירש רש"י אע"ג דאי עביד כר' אושעיא אכתי איכא איסור דרבנן סמכינן אחזקת חבר שעישרן ובהך תירוץ חזקת חבר אינה רק כמו ההיא דאכלתי' דהוה ספק הרגיל כמ"ש התוס' ואפ"ה אתיא הך חזקת חבר ודחי ליה לחזקת איסור מדרבנן וכ"כ התוס' שם דבביטול גם בחמץ מהני ואמרינן אכלתיה ואף על גב דבהנך עכ"פ אתחזק איסורה מדרבנן מ"מ אתו הנך חזקות ודחו לחזקת איסור דרבנן ואף אם נאמר דכגוונא דהתם ל"מ הכא מפני שהוא דבר שבערוה מ"מ כהך דהכא דקורבה דאורייתא ודאי דאתי ומפיק חזקת איסור דרבנן וצ"ל דע"כ בלא"ה לא מייתי ממיאון אגט דאין שם רק איסור דרבנן לבד אלא משטרי חליצה מייתי דאף על גב דאיכא חזקה דזקוקה ליבם אפ"ה יחזור אבל קשה גבי גט גופיה מדוע לא ניזל בתר קורבה וכמ"ש ע"כ נראה כמ"ש התוס' ב"מ דף כ' ד"ה איסורא דבא"א החמירו ועי"ל דמדאורייתא ל"ח לשני יוב"ש אבל מדרבנן חיישינן משום לעז ואם כן לק"מ דאע"ג דמדאורייתא שריא מטעם קורבה אסרוה רבנן אך קשה לפי דאין החשש רק מדרבנן אם כן איך קאמר ביבמות דף ק"ך למימרא סימן דאורייתא או דרבנן

ורמינהו מצאו קשור בכיס כו' ומאי ראייה מייתי דלמא לגבי חשש דב' יוב"ש דהוא מדרבנן שפיר סמכינן אסימנים משא"כ בחשש דאורייתא אך י"ל דזה קאי אמתני' דהמביא גט ואבד ממנו דמפרש לה רבה בשיירות מצויות והוחזקו ואפ"ה קאמר בברייתא דיחזור בסימנים וקבעי הש"ס התם למפשט אליבא דרבה אך דלפי מ"ש אף בהוחזקו אכתי אין כאן איסור דאורייתא דבספק השקול אזלינן בתר קורבה ועוד דרוב אין מגרשין נשותיהן אך דלפי מה דאמרינן בבכורות דף מ"ה ע"ב בחד תירווצא דהכרת פדחת לחוד מדאורייתא מהני רק דשאני עדות אשה דהחמירו רבנן בתחלתה אם כן גם כאן הוא דרבנן ואפ"ה לא סמכינן אסימנים ואם כן ע"כ לא החמירו רבנן למיחש לב' יוב"ש רק בגט אבל במיתה דלא החמירו שפיר אזלינן בתר קורבה ושריא לעלמא: עוד נראה להמציא היתר בנ"ד אפילו אם נאמר דלכך לא אזלינן בתר קורבה משום דאיכא רובא דעלמא כנגדו זה ל"ש הכא כיון שהי' בביתו להציל מטלטליו וכל שהוא בביתו הו"ל קבוע שהוא כמחצה על מחצה ושוב אזלינן בתר קורבה ועיין בכתובות דף ט"ו בתוספות ד"ה דלמא אזלא איהי לגבייהו: אמנם לכאורה יש מקום לומר להיפך כיון דקבוע הוא לא מהני הקורבה שהרי אפי' בתר רובא לא אזלינן היכי דקבוע ואע"ג דרוב עדיף מקורבה וק"ו דלא ניזיל בתר קורבה במקום קביעות אלא דבאמת נראה כיון דקבוע חידוש הוא אין לך בו אלא חידושו ודוקא רוב הוא דלא מהני במקום קביעות אבל קורבה מהני וראיה לזה ממתני' פ"ג דערלה והובאה בקידושין דף ל"ז ספק ערלה בארץ אסור כו' ופי' הר"ן שם כגון שתוך הגן יש נטיעות של ערלה ונטיעות של היתר ופירות נמכרין חוצה לו בפתח הגן וקאמר דבארץ אסור דכיון שעל פתח הגן הן נמכרין מוכח' מלתא דמפירות הגן הם וליכא אלא חד ספיקא עכ"ל משמע שאילו לא היה זו דנמכרים על פתח הגן היה כאן ספק שמא מכרמים אחרים וא"כ קשה אמאי לא ניזיל בתר רובא דכרמים של היתר דעדיף מקורבה וע"כ לומר כיון דהם נמכרים על פתח הגן עדיין לא פירש ממקום קביעותו והוי כמחצה ע"מ ואפ"ה מטעמא דקורבה אסרינן ליה ואמרינן דמכרם זה בודאי הם ואין כאן רק ספק א': אך במרדכי שם בסוף הפ' מפרש מחני' דערלה מיירי שאין שום שום כרם של היתר סביבותיו ואפ"ה הוי ספק ערלה כיון שנמכרים חוצה לו ובסוריא שרי דיש לתלות שממ"א הביאן כו' וקשה דנהי בח"ל או בסוריא קל הוא שהקילו חכמים דלא למיזל בתר קורבה מ"מ בא"י אמאי קרי ספק כיון דליכא למיזל בתר רובא שהרי אין כרמים של היתר סביבותיו א"כ כיון דקורבה דאורייתא ודאי ערלה של א"י הוא ולא ספק וא"ל דבאמת אית לן למיזל בתר רובא דעלמא אלא כיון שהוא קונה בפתח הכרם הוי קבוע ולא אזלינן בתר רובא וגם בתר קורבה ולכך קרי לי ספק דקבוע כמע"מ דא"כ מה לי דכרמים של היתר סביבותיו או לא ובלא"ה מבואר למעיין דע"כ מיירי שאין ש"מ לו מכרמים אחרים של היתר ועוד ק"ל דלפי דעת המרדכי דבח"ל מקלינן אפי' כשכרם זה ודאי ערלה אפ"ה שרי בח"ל אע"ג שיש לנו לתלות בקרוב שמכרם זה הוא מביא וכ"כ הר"מ סימן רצ"ד דהרמב"ם ס"ל הכי ואני תמה דמב"ב דף כ"ד מוכח להיפך דהא אמרינן ההיא חצבא דאשתכח בפרדיסא דערלה שריא רבינא לימא דסבר כר"ח וכתבו התוס' דאע"ג דספק ערלה בח"ל מותרת מ"מ אי אמרינן קורבה עדיף הוי כודאי ערלה ולפי פירושם קושית התוס' במ"ע דמנ"ל דסבר כר"ח ובאמת שזה תימא גם על הרמב"ם פ"י מהמ"א וגם על פירש"י לפי

מה שהביא הר"ן שם בקידושין וגם פ"ה הב"ח סימן רצ"ד אין מספיק בזה ומה שיש לתמוה עוד על המרדכי אין כאן מקומו: ולכאורה יש הכרח כשיטת הר"ן ז"ל ומדבריו מבואר דקורבה מהני במקום קבוע ונראה להביא עוד ראיה לזה ממה דאיתא בע"ז דף מ"ב דמקשה לר"י מהא דתנן קן שבראש האילן כו' הב"ע כגון דאייתי עצים מעלמא והראב"ד פרק י' מהלכות עכו"ם כתב וז"ל א"א דוקא שהביא ממקום אחר ופ"ה הכ"מ דהיינו דבעינן שנדע דאייתי מעלמא אבל מן הסתם חיישינן שמא מאותו אילן הם ורבינו משמע ליה כו' וקשה על דברי הראב"ד דבסתמא נמי נימא דאייתי מעלמא דהא קי"ל רוב וקרוב הולכין אחר הרוב וראיתי שהפר"ח בהלכות ע"ז כתב מטעם זה שנראים לו דברי הרמב"ם אומר אני דבאמת הכא ליכא למיזל בתר רובא שהרי לא פירש ממקום קביעותו ודמי לתשעה חניות מוכרת בשר שחוטה וא' בשר נבילה ונמצא במקולין של נבילה דהו"ל קבוע כמע"מ וכיון דהו"ל פלגא ופלגא אזלינן בתר קורבה ואמרין שמאותו אילן הם ואף הרמב"ם לא קאמר רק מטעמא דכתב הכ"מ דדרך רוב העופות להביא עצים מעלמא וכיון דבתר רוב העופות אזלינן ל"ש כאן קבוע אבל באמת אין זה ראיה דאף אם נימא דבקבוע לא אזלינן בתר קורבה אפ"ה שפיר קאמר הראב"ד דכל כמה דלא ידעינן שהם מעלמא אסור מספק דכל קבוע כמחצה ע"מ הוא ואין להביא ראיה ממ"ש הטור או"ח סי' תקט"ו וז"ל וכתב הרשב"א דאף לדברי הגאונים אין לאסור אלא בגוי כו' אבל גוי השרוי עמו בעיר ופירות המצויין בעיר אין לחוש מספק ולכאורה הוי הטעם דלא אזלינן בתר רובא דפירות דהם מחוץ לתחום ע"כ לומר דכיון דהפירות הם מונחין בכאן אצל הגוי אם כן הוי קבועין וכן מבואר ממ"ש המרדכי בחולין פרק הזרוע דכל דבר שאין בע"ח כ"מ שמונח שם הוי מקום קביעותו דהא אינו יכול לילך משם דהא אמרינן שם ט' שרצים וצפרדע א' ביניהם וגם גבי צבורין הואיל והונח שם הוי מקום קביעותו עכ"ל וכיון שהוא קבוע שם אזלינן בתר קורבה ואמרין דמפירות שבתוך התחום הם אבל באמת ז"א די"ל דהתם כיון דקבוע אע"ג דקורבה לא מהני מ"מ הוי ספיקא דרבנן ולקולא וכ"כ להדיא בחידושי הרשב"א מסכת שבת פרק השואל שכתב וז"ל אבל בעכו"ם ששרוי עמו כו' ועוד דספק של דבריהם הוא ולקולא וכ"כ הר"ן שם וכ"כ הרשב"א בספר עבודת הקודש ע"ש: דבאמת לפי זה אין כאן היתר רק לקנות בביתו של הגוי אבל כשהגוי מביא לבית ישראל אם כן יש לאסור מטעם כל דפריש וכמ"ש הר"ן לענין לקנות בצים ביו"ט מן הגוי דכשהגוי מביא לבית ישראל הוא דשרי מטעם כל דפריש אבל למיזל בתר דידיהו ולקנות אסור מטעם קבוע דהוא כמע"מ דמי ואמנם הט"ז סימן שכ"ה ס"ק ז' לא נחית למ"ש שיש כאן קבוע ולכך מקשה דניזול בתר רובא ובאמת ז"א דאין כאן רובא אלא קבוע ואע"ג דלפי מ"ש הט"ז שם לא מהני ספיקא דרבנן להקל כיון דהוא דשיל"מ מ"מ אזלינן בתר קורבה ולפי זה יש הכרח דקורבה במקום קביעות מהני ואם היינו אומרים דקבוע עדיף מקורבה היה נראה לפרש לשון הרמב"ם פ"י מהמ"א שכתב חביות יין שנמצאת טמונה בפרדס של ערלה אסורה בשתיה ומותרת בהנאה שאין הגנב גונב וטומן בתוכה אבל ענבים הנמצאים טמונים אסורים וכ"כ הטור סימן רצ"ד ותמה הלח"מ דהרי בש"ס קאמר לימא סבר כר"ח ודחי דלא מצנע ליה בגוויה אבל ענבים מצנעי ואם כן לדידן דקיי"ל כר"ח לא צריך לטעמא דלא מצנעי ועוד דגם בענבים יש להתיר מטעם רוב ולפי מ"ש י"ל דלכאורה קשה כיון

דאשתכח האי חצבא בפרדיסא דערלה והאי פרדס קבוע הוא לגבי שאר פרדיסים ועדיין לא פירש ודמי לט' חניות כו' ונמצא במקולין של נבילה שיש בו דין קבוע וצ"ל דקושיה הש"ס הוא דבשלמא אי סבר כר"ח דרוב עדיף אם כן גם קבוע עדיף מקורבה ולכך פסק להתיר דספק ערלה בח"ל מותרת אלא אי אמרת דקורבה עדיף מרוב אם כן י"ל דגם מקבוע עדיף והיה לו לאסור מטעם קורבה ומשני דטעמא דאם איתא דמיגנב מיניה כו' וא"כ הרמב"ם וטור שם משמע מדבריהם דקאי אערלה דא"י אפילו מטעם קבוע נמי אסורה דספק ערלה בא"י אסורה ולכך הוצרך לטעמא דאם איתא דמיגנב וענבים נמי אסורי משום ספיקא דקבוע: ואמנם מסתימת לשונם לכאורה משמע דמיירי בין בארץ ובין בח"ל וא"כ נהי דהוצרכו לטעמא דאצנועי בגויה כו' כדי להתיר אף בארץ מ"מ בענבים מדוע לא חלקו לומר דבח"ל מותרים וכן נראה דבאמת הש"ס ה"ק לימא סבר דר"ח ואם כן מצי סבר דקבוע עדיף מקורבה ולכך התיר האי חצבא ומשני לא רק ההיתר משום דאם איתא כו' וא"כ למסקנא דהתיר מטעם אחר אמרינן דלעולם קורבה עדיף מקבוע אע"ג דרוב עדיף מקורבה ולכך ס"ל שפיר לאסור בעינבי: אבל ראה זה מצאתי לשון הרמב"ן בחידושו ל"ב שכתב אהך דעינבי מצנעי וז"ל דאפילו לר"ח דאזיל בתר רוב אסירי משום דהם במקומם ממש וחזקה כאן נמצאו כאן היו וה"נ מוכח בקידושין כרם הנטוע ירק וירק נמכר חוצה לו אסור והיינו משום דדרכן למכור על פתח הגן הלכך כמי שהוא במקומו דמי וכיון שהוא במקומו ומצוי ליכא למ"ד רוב עדיף עכ"ל והביאו הנ"י גם כן הרי להדיא שהם מפרשים הך דקידושין כסברת הר"ן ופירשו הטעם משום כאן נמצא כו' וכ"כ הרשב"א והר"ן בפרק שואל בחד טעמא משום כאן נמצא כו' וכ"כ הרשב"א בספר עה"ק וגם הר"ן פרק, א"צ לא הזכיר רק הך טעמא ועיין במרדכי ר"פ אין צדין והביא הב"י סימן תקט"ו והט"ז ביו"ד סימן רצ"ד כוון מדעתיה דנפשיה לסברת הרמב"ן דגבי עינבי שפיר אמרי' מטעם כאן נמצא כו' ומביא ראיה מהפוסקים שזכרוהו לענין חמץ בפסח ע"ש וכ"כ הפר"ח סי' ס"ג לתרץ דברי הרמב"ן אלו והשיג שם על הטור שכתב היפך מדעת אביו הרא"ש ז"ל ולפי מ"ש לעיל גם זה אינו קושיא דהרא"ש שם בח"ל מיירי דהא אעובדא דרבינא קאי משא"כ הטור כאן העתיק לשון הרמב"ם דמיירי בא"י ועכ"פ יוצא לנו מזה דלשיטת הפוסקים הללו דס"ל דהיכא דאיכא למימר כאן נמצאו דהיינו שהם במקום שהוא מקומן אז ודאי אזלינן בתר קורבה אין הכרח דקורבה עדיף מקבוע ויש מקום לומר דכל הני שכתבתי ל"ד לקבוע ואפילו בט' חניות ונמצא במקולין של נבלה דפשוט דאסור אין איסורו מטעם קבוע אלא מטעם כאן נמצא כו' וההיא דחצבא דחמרא ודאי יש מקום לומר דאין זה מקום קביעתו כיון דהפרדס אינו רק מקום גידול הענבים ולא שדורכים בו היין ולפי זה גם כאן נמצא ל"ש ביה ואכתי לא מתרצא ל"ל לטעמא דאצנועי בגויה כו' אמנם מדברי המרדכי פרק הזרוע שהבאתי לעיל שכתב דבכל מקום שמונח שם הוי מקום קביעתו אם כן י"ל דשפיר מיקרי קבוע ומדברי המרדכי הללו נראה דס"ל דקורבה עדיף מקבוע שהרי כתב שם וז"ל הקשה רבינו משלם לר"ב הא דאמרינן חוריהנמלים כו' מה שאחורי הקוצרים אמאי לא אזלינן בתר רובא ורובא דקמה דבעה"ב הוא וכ"ת חלק העניינים קרוב הוא כו' הלא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב והשיב כו' ולענין שאילתא י"ל חדא כדמסיק התם טעמא צדק משלך ותן לו ותו דאמאי לא נימא כל קבוע כו' אלמא דאף בלא טעמא דצדק משלך דמייתי

התם למימר דספק לקט לקט אפ"ה הוא של עניים מטעם קבוע ואע"ג דקבוע אינו רק ספיקא ע"כ דהיינו מטעם קורבה כמ"ש מקודם אבל יש לדחות דבהתירוץ הראשון ר"ל דאע"ג דרוב עדיף מקרוב ולא מיקרי ספק אפ"ה מטעמא דצדק משלך הוא לעניים וקאמר ותו דאפילו נימא דוקא בספק השקול מ"מ בכאן הוא ספק השקול דאמרי' קבוע כו' וזכינו לדין שדעת הרמב"ן והנ"י והרשב"א והר"ן והראב"ד והטור והרמב"ם ועוד כמה פוסקים דס"ל דבמקום שהוא מקומן דהוה קרוב ומצד דאית לן למימר כאן נמצא כו' לא אזלינן בתר רובא ואע"פ שהרמב"ם בהלכות עכו"ם שהבאתי דעתו כיון שדרך רוב העופות להביא עצים מעלמא אזלינן בתריה ולא אמרי' דהוה קרוב ומצוי דאית לן למימר כאן נמצא כו' הא ליתא כיון שדרך רוב העופות כן זה מיקרי מצוי יותר ומדברי הרמב"ן מבואר דאפילו היכא דניידי קצת ממקומן ממש כגון בההיא דקידושין דנמכרין על פתח הגן אפ"ה אמרי' בהו כאן נמצא כו' ונ"ל ראייה לסברתו ממ"ש בתוספתא דביצה זמן בתוך הקן ומצא על פתח הקן מותרין וכ"כ הרשב"א בספר עה"ק ופסקה רמ"א בהג"ה סי' תצ"א בשם א"ז ונראה טעמא דמלתא משום דכיון דהוא על פתח הקן הוי קרוב ומצוי דכאן נמצא וליכא למ"ד רוב עדיף ומצאתי בפר"ח סי' תצ"ז שכתב טעמא דמלתא משום כאן נמצא כו' והוא נכון ע"פ דברי הרמב"ן הנ"ל וא"כ בנ"ד שהיה בביתו ממש מקום שהוא מקומו ודאי די"ל כיון דהוא קרוב ומצוי ודאי זהו שנמצא זהו שאבד ואמנם הרא"ש ורבינו ירוחם והגהת אשר"י שכתבו ג"כ להתיר בעינבי משמע דס"ל דאף בכה"ג לא אזלינן בתר קורבה אבל באמת יש לחלק דשאני התם זידעין בודאי שהיו שם גנבים מרובא דעלמא אמרינן דגם ענבים הביאו אתם והצניעו כאן משא"כ בנ"ד ובנידון האי בי גנא דאי לאו פסת' דידא דשדיא אין כאן אמתלא כלל שבא לכאן איש זר ודאי יש לנו להתיר מטעם קורבה ומצוי דכאן נמצא כו' ודמי למ"ש הרא"ש ש פרק בתרא דע"ז דבמקום שיש ליהודים מגרש נעול בלילה מותר אע"ג דרוב העיר עכו"ם והיינו מטעמא כיון דבמקום הזה אין רגל עכו"ם מצי אזלינן בתר רובא מי שהוא מצוי בשכונה אבל אם לא היו ננעלות אע"ג דשכונה זו היא מיוחדת לעצמה ורגל ישראל מצוי שם הרבה יותר מרגל של עכו"ם וא"כ הו"ל קרוב ומצוי אפ"ה אסור ואזיל לשיטתו שכתב דעינבי נמי שרי אע"ג דהוי קורבה דמוכח טובא והשתא אתי שפיר מה שהקשה הב"ח ביו"ד סי' קכ"ט על הטור דמדוע לא הזכיר שיהיו דלתות השכונה ננעלות בלילה ולפי מ"ש ניהא דהטור לשיטתו אזיל דפסק בעינבי כדעת הרמב"ם דאזיל בתר קרוב ומצוי וא"כ הכא א"צ נעולות כלל וכן מבואר מדבריו בח"מ סי' רנ"ט וכבר כתבתי ג"כ דבקבוע לית לן למיזל בתר רובא רק בתר קורבה: אבל איכא למידק ממ"ש הרשב"א בתשובה כת"י הביאה הפר"ח סי' ס"ג על ענין בשר המליח שנמצא בתוך המים שהשיב כיון דרוב המולחים ישראל נינהו איכא תרתי לטיבותא רוב וקרוב והשתא קשה ת"ל דאפילו רוב המולחים עכו"ם מ"מ הך בשר קבוע הוא ואית לן למיזל בתר קורבה ובשלמא אי אמרי' דקורבה במקום קבוע לא מהני אתי שפיר דאע"ג דקבוע במקום קורבה לחוד קבוע עדיף אבל היכא דאיכא רובא ג"כ אין קבוע מועל לדחות שניהם אבל אי קורבה עדיף תיקשי ואמנם באמת כבר הקשה פר"ח ע"ז דאית לן למימר כאן נמצא שהרי נמצא בבית שהוא רשות מיוחד בפ"ע קרוב ומצוי הוא ואזלינן בתריה ועוד דלא גרע משכונה כו' אלא ע"כ הרשב"א לרווחא דמלתא נקט הכי ואמנם אא"ז הגאון בת"ש

סימן ס"ג השיב עליו דלק"מ דהיכא דאיכא ריעותא כי הכא דמי השליך בשר זה לתוך הקדרה אם כן ע"כ שרצים הביאו וי"ל שהביאו מרובה דעלמא ואע"ג דזה דומה ממש לעובדא דעינבי שבודאי היה בכאן אנשים שהביאו ענבים ואפ"ה כתב הרמב"ן דאמרינן שמכרם זה הנה הואיל והוא קרוב ומצוי ואין שום מקום לחלק ביניהם מ"מ שרצים ועופות שאני כמבואר שם בפוסקים דבדידהו אע"ג דרוב ישראל מ"מ אמרינן דלמא מעלמא אתו ועכ"פ מבואר בפר"ח דבבית שהוא רשות מיוחד בפ"ע אין שום חולק בדבר דאזלינן בתר קרוב ומצוי: אמנם מ"ש להתיר מטעם קבוע עדיין אני מסתפק אם שייך לדונו בזה כקבוע דהרי מה שראינוהו בקביעתו בבית בעת שעלה הלהב אכתי לא נפל ספק בלבנו לדונו כלל לעשותו כקבוע רק עתה שראינוהו מת מספקא לן דלמא איהו אזיל לעלמא והאי מרובא דעלמא אתי לכאן ואין כאן קביעות כלל וא"ל כיון שאין ידוע לנו שפי' ממקום הקביעות מסתמא יש לנו לומר שלא פירש משם הא ליתא כמבואר במרדכי פרק מי שמת בשם תשובת מהר"מ גבי מי שנפל הבית עליו ועל אשתו ועל ד' בנותיו וכתב לדון בהם דין קבוע כיון שנהרגו בבית וא"ל שמא נהרגו אחר שיצאו מהבית דכה"ג אמרינן בנזיר דלמא אשכח בשוקא וקדיש כו' ז"א דאית לן למימר כל דפריש כו' ואמנם ראייתו תמוה לפי מה שמבואר ברש"י ותוס' דהא דקאמר אימור בשוקא אשכח כוונתו דאיך נאמר אסור בכל הנשים דאימור בשוקא ימצא אשה ויקדש אותה ומותר בה מטעם דפירשה מן הרוב והא ודאי כמה נשי שכיחי בשוקא ויכול לקדש מהם ואיך הוא מביא ראייה דחיישי' שמא פירשו מן הקביעות וא"ל דמביא ראייה דבכה"ג אזלינן בתר הרוב הא מתני' הוא תשעה חניות כו' וכבר כתב לעיל מזה דבפירש אזלינן בתר רובא ועכ"פ חזינן דעת מהר"מ לחוש שמא פירש ממקום קביעות ויותר מזה אומר אני דאפילו היכא שהיה בקביעות ולא היה לנו שום ספק ועתה פירש לפנינו ממקום קביעות ואז אחר הפירשה בא האיסור אפ"ה אזלינן בתר רובא אף לדעת החולקין על הר"ן וס"ל דאפילו לקח קודם שנולד הספק אסור מ"מ ש"ה דקודם שפירש באמת עדיין לא היה איסור ונ"ל ראייה לזה מהא דתני ר"ח דם הנמצא בפרוזדור חייבין עליו משום טומאת מקדש וקדשיו והנה זה ע"כ מיירי בהרגשה כדאיתא בנדה ד"ת אין האשה טמאה עד שתרגיש בכשרה וא"כ ע"כ דה"נ הרגישה שיצא דם אלא שאינה יודעת אם מן העלי' או מן המקור ולפי זה קשה אמאי שורפין משום דאמרינן רוב דמים מן המקור והלא מקור ועליה קבועים הם וכיון דהרגישה הו"ל כפירש לפנינו ממקום קביעות דהוא ספק דאורייתא ואמאי שורפין ולשיטת הר"ן בפרק גיד הנשה דס"ל בפירש לפנינו נמי לא הוי קבוע ד"ת רק דוקא במקום קביעת ממש אתי שפיר אבל לדעת שאר פוסקים דס"ל דהוי דאורייתא קשה אלא ע"כ כמ"ש ואם כן אפילו הרגישה בשעת יציאת הדם אפילו הכי שייך למיזל בתר רובא כיון שבשעה שהם בקבועתם עדיין אין כאן ספק ועיקר הספק בא בשכבר הוא בפרוזדור שהרי אף בפרישתו לפרוזדור עדיין אין כאן טומאה עד שיצא מבין השניים שהוא מקום שהשמש דש ומקום שהשמש דש אינו מגיע לראש הפרוזדור כמבואר ברמב"ם פרק ה' מהא"ב ואז כבר אינו במקום קביעתו (ועיין בשו"ת ב"ח החדשות שנדפס ת"ל על ידינו בהלכות נדה): אמנם י"ל לפי מ"ש הרמב"ם שם בפרק ט' דאם לא הרגישה ומצאה דם לפניו בפרוזדור הרי זה ב"ח שבא בהרגשה והיינו ע"כ כשבדקה העד והרגישה ואז לא אמרי' שבא מן המקור לפרוזדור בלא הרגשה והאי

הרגשת עד הוא כמבואר שם דף נ"ח א"כ ג"ז פירש לפנינו דבשעת הרגשה היתה סבורה דהרגשת עד הוא ועי"ל דאף אם מרגשת אחר כך כשהדם בפרוזדור מכבר נמי מיקרי הרגשה דבעינן שתרגיש בבשרה ובפרוזדור נמי בבשרה מיקרי ואי הוה גרסי' דתני ר"ח בלא"ה אתי שפיר ומיושב בזה קושית התוספות שם ואין להאריך בזה שכ"נ פשוט מכל הפוסקים כמ"ש שהרי כתבו הטעם דפירש לפנינו אסור משום שהס' נולד במקום הקביעות וכן מפורש בדברי ה"ה פ"ב מהלכות שבת וז"ל נ"ל לפרש בדעת רבינו דפריש כולוהו ובשעת פרישתו בעודן מהלכין נכנס אחד מהם לחצר אחרת בכה"ג אין מפקחין הא דפריש מקצתייהו ונכנסו לחצר אחרת מפקחין וא"ת אכתי פשיטא דזה כתשעה חניות מוכרות בשר שחוטתה כו' ספק אסור מדין קבוע יש לי לומר דהתם אירע הספק בקבוע אבל כאן בעת פרישתן ספיקו אם היה ישראל או עכו"ם לא צריך לנו בדבר ולא נפל לנו ספק שנפלה מפולת בחצר אחרת והרי זה דומה לנמצא שהלך אחר הרוב ולפ"ז מוכרח ג"כ דה"ה דס"ל בפירש לפנינו הו"ל קבוע מן התורה וכן לפמ"ש הלח"מ שם דמדברי הרמב"ן לפי דעתו לפרש דברי הרמב"ם מוכרח דלא ס"ל כחילוק ה"ה ז"ל אלא ס"ל דבפירש לחצר אחרת דמי ללקח מאחד מן החניות א"כ מוכרח בדעת הרמב"ם דבפירש לפנינו הוה ד"ת דלא כמ"ש הר"ן והג"מ פ"ח מהמ"א הל' י"א ואמנם הר"ן ביומא פ"י ג"כ כפי' ה"ה ז"ל וס"ל בפשיטות כיון שא' פ"י לחצר אחרת אמרינן כל דפריש כו' וא"כ אין מוכרח כמ"ש אך דהר"ן לטעמיה אזיל דס"ל פירש לפנינו אינו רק דרבנן ואיך שיהיה עכ"פ יש להסתפק בנ"ד שמא לא שייך בכאן קבוע דשמא לא היה קבוע בכאן כלל רק ערק ואזל לעלמ' ואולי י"ל כיון דקורב' דאורייתא א"כ מחמת זה גופא אמרינן דלא נייד ממקום קביעותו ויש לזה ראיות מסוגיא דיומא ואין פנאי להאריך ועיין במשנה למלך פ"ד מה' מתנות עניים הל' ט' מ"ש על דברי המרדכי דחולין שהבאתי לעיל: שלום לכבוד אהובי ידידי הרב כו' מו' זאב וואלף נ"י ראב"ד ומו"ץ דק"ק ראדוויל יע"א: יב מכתבו קודש קבלתי בדברי העגונה וכפי הג"ע מק"ק לעטישוב דעת מכ"ת נוטה להתיר אע"פ שלא הזכיר שם עירו כן נלענ"ד וכאשר הארכתי בכמה תשו' ובנ"ד יש להתיר מכמה טעמים חדא שרוב פוסקים מקילין בשמו ושם עירו לחוד ואפילו המחמירין בלא שם אביו מ"מ בזה שהזכיר שם אשתו הוי כשם אביו ועדיף טפי וכ"כ בשם תשובת מהרח"ש סימן ל' שאם אמר יוסף בעל חנה מת הוי כשמו ושם אביו ואף שבנ"ד אמר האיש שאשתו יש לה שני שמות והמעידים אינם זוכרים רק שם פרידא לבד אין בכך כלום כיון שמעידין שהוא אמר להם שיש לה שני שמות ופרט אותם והם זוכרים שם פרידא ודאי דהוי סימנא מלתא כמו שם אביו ואדרבה עדיף טפי דלא שכיח דאתרמי שמא כשמה והאשה יהיה לה שני שמות שא' מהם היא שם פרידא והניח אצלה ילד זכר והלך ולא חזר פשיטא דלכולי האי לא חיישינן והיה אפשר לומר דאף אם לא היה נזכרין האשה כלל רק שאמר שאשתו יש לה שני שמות הוי ג"כ סימן כשם אביו וצ"ע בזה כיון דשכיח טובא נשים שנקראים בשני שמות אין זה כמו שם אביו אבל בגוונא דנ"ד שזוכרין עכ"פ השם פרידא פשיטא דמהני כמו שם אביו וגם מה שאמרו סימנים בפרצוף פניו וגופו שאמרו שהיה איין געליר וגשפרענקילטער אע"פ שהם סימנים גרועים כמו ארוך וגוץ דטובא שכיח בסימנים אלו מ"מ הם מצטרפים ועולים במקום שם אביו וכמ"ש בתשו' מהר"מ אלשקר בשם תשובת הרמב"ם וז"ל על איש א' שהלך כו' ואח"כ

באה גוי' א' מסל"ת ואמרה איש א' בא אלינו לדמשק ושמו כלף בינוני הקומה וזקנו שחור כו' והיה ממדינת זיפת' והשיב אם יבאו עדים ממדינת זיפתא ויעידו שזה כלף בעלה של אשה זו היה בינוני הקומה וזקנו שחור יכולה להנשא לפי ששמו ושם מקומו עם אלו סימנים שאינם מובהקים יספיקו להתיר לענין עגונה כו' ע"ש וכ"כ בשו"ת שבסוף ס' בני יעקב דסימנים גרועים חזו לאצטרופי להיות במקום שם אביו ומכ"ש כאן שאשה א' ששמשה אותו בחוליו אמרה שאמר שיש לו אחות בק"ק הארשוב דפשיטא דזה מהני כשם אביו ומה שנראה מדברי מכ"ת שיש כאן מקום קולא בלא שם אביו לפי שהוא בעצמו קודם מותו אמר שכך שמו ושם עירו כו' ז"א שאין מקום לחלק בזה דמה עדיפות יש בזה אשר מפיו אנו חיים אדרבא קצת יש חששא בדבר וכמ"ש בתשובה א' דאע"ג דבשו"ת הרא"ש הביאו בטור אה"ע סימן קי"ח וכן בשו"ת מהרי"ק כתבו דסגי במה שנודע מה שמו מפי עצמו וכן הלכה רווחת בישראל מ"מ באיש ההולך מביתו דרך קטט ועוזב אשתו גלמודה יש לחוש שמשנה שמו בכונה כידוע דאיכא דעבדי הכי וכ"כ הרא"ש בגיטין דף ל"ד בהא דקאמר התם בני אדם העולים משם לכאן יוסי וקורין לו יוחנן ופי' הרא"ש לפי שיש שבורחין מחמת ממון כו' ומשנים שמותם שלא ירדפו אחריהם כו' ע"ש ומלשון הגב"ע שאמר שהיא מן ראדוויל ער האט דארטין איין ווייב אוועק גיווארפין כו' משמע שעזבה דרך קטט וברח ממנה ויש לחוש למ"ש אך בתשו' שם צדדתם להקל גם בכיוצא בזה דמ"מ הוא מיעוטא דמיעוטא ול"ח דעבד הכי וגם כי העושה כן אין בהם מגיד זאת כי בורח הוא מאשתו ועזבה עגונה ומכ"ש בעת חליו שנפשו יראה לו שהוא הולך למות לא היה מחזיק בשקר ומסתמא קושטא קאמר שכך שמו ובפרט כפי הנראה מגב"ע היה איש עני ומת בבית המרחץ שהיה מתאכסן שמה וקרוב הדבר כי איש כזה אינו חושש שיחקרו אחריו לדעת מקומו עד שישנה את שמו או שם עירו מחמת זה ולכן אין להחמיר מחמת חשש זה אבל מ"מ אין בזה צד קולא מה שהידיעה מפי עצמו רק שיש להקל מטעמי דכתיבנא ומכ"ש אם בנקל לעשות חיפוש בעיר אם זוכרין שהיה כאן איש ששמו משה והניח אשה וילד קמן מלבד בעל אשה זו והלך ג"כ ולא חזר ובזה אף הרא"מ שמחמיר להצריך שם אביו כמ"ש בק"ע סימן ק"א מ"מ ע"י חיפוש כתב להתיר ע"ש בק"ע סימן ק"ד ומ"ש הב"ש שם שבסימן ק' לא כ"כ וכ"כ שם בק"ע סימן ע"ט בשם מהריב"ל שפסקי הרא"מ סותרים זא"ז מ"מ בנ"ד אף לפמ"ש בסימן ק' אתתא שריה ע"י חיפוש דדוקא היכא שיש לחוש שמא אין זה בעל האשה רק שזה שמת כבר עבר זמן רב שהלך מעיר זאת עד שאין אדם זוכרו משא"כ בנ"ד שאם דנין ע"פ אמירתו של האיש המת הזה והוא אמר שזה ערך שלשה שנים שיצא מראדוויל כמוזכר בגב"ע שהעידו שמשי החבורה ששמעו מפי הבעל המרחץ ששמע כן מהאיש המת וא"כ אם אין זה בעל האשה רק אחר שיצא בערך ב' שנים היה נודע ונזכר אצל בני העיר ודוקא כשלא נודע זמן יציאת האיש המת מעיר זאת בזה חושש הרא"מ בפסק א' להחמיר וגם כתבתי בתשו' שלענ"ד אין פסקי מהר"מ סותרים דפסק המחמיר מיירי כשהמעיד לא הזכיר שמו כלל וצריך חיפוש על איש יהודי סתם בלא הזכרת שם משא"כ כשמזכרין שמו יהבי דעתייהו ומדכרי והארכתי בזה ומכ"ש בכאן בנ"ד שהחיפוש הוא אם יצא איש ששמו משה והניח אשה וילד קטן והיה לה שני שמות וא' מהם הוא פריידא פשיטא דכולי האי ל"ח לשכחה וגם שאין לחוש שמא ביני

ביני יצאה האשה עם הילד ונשכח ואם ישנה שם פשיטא שהיתה האשה האחרת מעוררת לויתן ובראש הומיות תקרא ולכן בחיפוש קל בזה אין מקום לפקפק כלל ומשום חומר א"א ויש לעשות כן כי לפי דעתי בעת הזאת אחר השרפה בעו"ה שכל בני העיר נקבצו בא אל תוך רחוב העיר בנקל לחפש ע"י שליח ב"ד בבתי העיר לחקור זאת ואם יש טורח בדבר ולפי ראות עיני הב"ד נתפרסם שלא הוחזק בעיר אשה אחרת שלה שני שמות ושם א' פרידא ואם בעלה משה שהלך מכאן ולא חזר יש לסמוך לענ"ד על הני טעמי דכתיבנא ולהתיר בלא חיפוש: עוד זאת אדרוש כי לא נזכר בדברי מכ"ת שנתקיים חתימת הב"ד דק"ק לעטשוב ויש מחמירין ומצריכין קיום גם לעדות אשה ואף שהח"מ מיקל בכתב הבא ממרחקים וא"א לקיימו מ"מ ק"ק לעטשוב לא רחוקה הוא והשיירות מצויות ואפשר שיתקיים ע"י ארחי ופרחי ואף אם יתקיים א' מהחתומים ע"פ ע"א סגי בהכי איברא שבתשו' א' הארכתי דדוקא שכתב סתם צריך קיום אבל גב"ע לעגונה שב"ד חתומים על קבלת העדות הוי כמו מעשה ב"ד וכיון דעיקר טעם המחמירין לחוש לדברי הרי"ף והרמב"ם ולדידהו מעשה ב"ד א"צ קיום ובררתי זה בארוכה ועוד נראה דאם המביא הג"ע הוא איש יהודי שאמר שנמסר לידו מיד הב"ד נראה דאין לחוש ועיין בשו"ת ב"ח החדשות סימן ס"א ואם לאו רק שבא הכתב ע"י הפאסט או ע"י מי שאינו נאמן בעדות אשה יש לחזור אחר קיום כדי לצאת מידי כל החששות וע"פ העדיות הללו אתתא שריא לענ"ד בלא פקפק ויושיבו ב"ד של שלשה ויתירו לה כדין אשה הנשאת ע"פ ע"א ואע"פ שבגב"ע הלז יש בו כמה עדים ובשני עדים א"צ רשות ב"ד זה דוקא אם שני עדים כשרים מעידים שבעלה של אשה זו מת משא"כ נ"ד שאנו סומכין בהיתר זה על אמירת האיש ששמו כך ממקום פלוני שלא היה נאמן בזה כ"א משום עגונה אקילו רבנן לכן שוב צריך רשות ב"ד כדין נשאת ע"פ ע"א הנלענ"ד דכתבתי דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: יג שאלה איש אחד נטבע בנהר נעסטר ונמצא אחר שלשה ימים לטביעתו והכירוהו בפרצוף פנים כאשר באו הדברים ברוב ענין בג"ע מהב"ד דק"ק סאראקא והרב המאה"ג החר"ף ובקי אב"ד דשם מוהר"ר דוד שלמה נ"י האריך בתשובתו מחוי חורפא מרווחא לבסומי היתירא דהך איתתא והדר שדרה לקמאי לחות דעי בזה: תשובה מתחלה אען ואומר כי על הכרת הפרצוף שהכירו היהודים קשה להעמיד ע"ז יסוד ובנין דאיכא תרתי לריעותא חדא דאשתהי וגם שידעו הטביעה אך בהעדות שהעידו בשם הערלים אנחה לן חדא שהם ראוהו לאלתר אך עדיין יש לפקפק מצד ידיעתם הטביעה וגם מבלעדי זאת יש מקום ספק אם יש להם דין מסל"ת כיון שהיה הדבר מפורסם שמחפשין אחר היהודי אייזק אמנם מצד הך ספיקא נראה דודאי שפיר לא נפקי מכלל מסל"ת כמ"ש מהר"מ ב"ב בתשובת מיימוני סי' וז"ל ושנסתפקתם מאחר שהקרובים הוציאו קול בכל עיירות מסביב דדמי לאי' חבירינו לא דמי דהתם שיילי בהדיא אבל היכא דלא שיילי להאי כותי גופיה מיקרי שפיר מסל"ת אע"ג דידע שמחפשין אותו וכ"כ מהרא"י בפסקים סי' קס"א ומהרי"ק שורש קכ"א והביא ראייה מב"ק דף קי"ג דאמרינן הב"ע כגון שהבעלים מרדפין אחריהם ואשה וקטן מסל"ת מכאן יצא נחיל זה דמכאן משמע דאע"פ שנתעוררו ע"י רדיפת הבעלים אפ"ה חשיב מסל"ת אמנם כמה תשובות מגדולים הבאים אחריו גמגמו בראיה וכתבו דהתם מיירי שהאשה והקטן לא ידעו מרדיפת הבעלים כלל דאם ידעו דאפשר דלא מחשב מסל"ת וכ"כ

ביש"ש ב"ק פרק הגוזל שם ויש מהגדולים שכתבו ליישב דבריו ע"י בשו"ת שער אפרים סי' ק"ג שהביא התשובות שפלפלו בזה וגם הוא ז"ל בנה וסתר בדבריהם ואני אומר תניא דמסייע להגאון מהרי"ק ז"ל מהתוספתא פ"ג דכתובות דאיתא שם אמר ריב"ב נאמנת אשה או קטן לומר מכאן יצא נחיל זה בד"א בזמן שהעידו על מעמדו אבל אם יצאו וחזרו אין נאמנין שלא אמרו אלא מתוך הפתוי ומתוך היראה עכ"ל ודברי התוספתא הללו הובאו בירושלמי דב"ק שם וסוף פ"ב דכתובות ובלבד על אתר אבל אם יצאו וחזרו אני אומר מפני הפתוי והיראה אמרו עכ"ל.

ולפי"ז ע"כ דמיירי באופן שי"ל שידעו מרדיפת הבעלים דאל"כ מה מקום לחלק בין לאלתר ובין לאחר זמן דגם לאח"ז אם ידוע לנו שאין יודעין כלל מרדיפת הבעלים מה חשש פתוי ויראה שייך בזה אלא ודאי דמיירי אף שידעו מרדיפת הבעלים והלכך לאחר זמן חיישינן שמא מחמת יראה ופתוי אמרו כן ק ואמנם צ"ע על הרמב"ם והטור סי' ש"ע שכתבו הך דינא דנחיל ולא הזכירו החילוק בין לאלתר ובין לאחר זמן כלל (ובש"ע השמיט הך דינא דנאמנת אשה כו' לגמרי וצריך טעם למה) ובש"ע אה"ע סי' י"ז כתב בקטנים המסל"ת בעינן לאלתר דוקא ומקור דין הוא מתה"ד סי' ר"ך וכתב שם לגדול א' שרצה להקל דלא בעינן לאלתר בקטן המסל"ת וז"ל ומה שהבאת ראה מפרק הגוזל מדלא פריך אקטן והא מסל"ת לא מהימן אלא לאלתר תשובתך בצידך דדוקא בעדות אשה מחמירינן ובעינן לאלתר כו' ומה שדקדקת מדנקט אשה וקטן יחד משמע דדין אחד להם במסל"ת אפילו אי מודינא לך בהא דיוק הא כתיבנא לעיל מההיא דא' דבשאר מילי דרבנן לא בעינן לאלתר בקטן מסל"ת כו' עכ"ל ונפלאתי על מהרא"י והגדול שכנגדו מוהר"ר אליהו ז"ל שהרי בתוספתא מבואר להדיא דהתם בעינן לאלתר בין בקטן ובין באשה והובא בירושלמי ג"כ אך דמ"מ אין ראה מכאן להתה"ד דלענין עדות אשה בעינן בקטן המסל"ת לאלתר דאדרבה משם ראה להיפך בהא טעמא דקאמר התם דחיישינן ליראה ופתוי אמרו כן ל"ש כ"א בדבר שבממון משא"כ בעדות אשה דמתוך חומר כו' אשה דייקא ומנסבא ול"ח כלל ליראה ופתוי כלל אין מקום לחלק בין לאלתר ובין לאחר זמן ולפי דעת התה"ד צריך ליישב דדוקא התם אי לאו מחשש יראה ופתוי הוי מהני מסל"ת דקטן אף לאחר זמן דהך ענינא דמכאן יצא נחיל זה א"צ עיון ודיוק כ"כ וליכא למיטע' במידי משא"כ לענין אמירתו שמת פלוני שהוא ענין שצריך הבחנה אז אם הוא לאחר זמן י"ל שלא דקדק היטיב בדבר אבל מ"מ הו"ל להזכיר מהתוספתא וליישובה כיון שהובאה בירושלמי נראה דסמכא הוא וכדי ליישב זה היה נלענ"ד דהנה ז"ל הירושלמי ר"ח ב"פ בשם ר' יוחנן מתני' בנחיל שנזלו מן ההליכה ובפורח ובלבד על אתר אבל אם יצאו וחזרו אני אומר מפני פתוי ויראה אמרו ובפני משה שם פי' שמן ההליכה על אותם שהלכו ויצאו מתוך שלו לתוך של חבירו ובהא הוא דנאמן דקנין דרבנן הוא ובפורח שעדיין מפריחין ולא נחו על השוכה ובלבד על אתר היינו כאוקימתת הש"ס שהיה מסל"ת ומיד כשראוהו אמרו ומסל"ת.

ופירושו אין נלענ"ד והמעין בירושל' דכתובות יראה דשם איתא אמתני' אלו נאמנין להעיד בגודלן כו' הא בקוטנן לא תמן תנינן נאמנת אשה או קטן לומר מכאן יצא נחיל זה ובא את אמר הכין אמר ר"א ר"ח בשם ר"י לא אמר ריב"ב אלא על נחיל של דבורים שאין גזלו ד"ת תני ר"א ובלבד במפריח אבל בשוכו לא (בבעה"ע ראיתי דגרס אבל

בשוכן לא והוא גירסא נכונה ותימה על הרשב"א בב"ק דמפרש שם הא דקאמר שם בירושלמי בפורח ר"ל קטן פורח שיש בו דעת והא ליתא כמבואר בירושלמי דכתובות) ודבר פשוט לענ"ד דט"ס הוא בירושלמי דב"ק מה דאיתא שם שגזלו מן ההליכה וצ"ל מן ההלכה ר"ל שהיא מהלכות חכמים ותקנותיהם ולא מן התורה או שצ"ל שגזלו אינו מן ההלכה ור"ל רק תקנת חכמים בלבד והוא ברור ומ"ש דמה שאמר הירושלמי ובלבד על אתר היינו תירוץ הש"ס דילן דמוקי במסל"ת ובפורח היינו בעלים מרדפין קודם שנרו אי נלענ"ד דמי סני ליה להירושלמי למימר ובלבד במסל"ת ולא למנקט חילוק בין לאלתר ובין לאחר זמן אלא נראה דהירושל' מפרש דמתני' מיירי אף במתכוונים להעיד ומ"מ כיון שאינו רק קנין דרבנן מועיל עדותן וזה מוכח מדפריך הא בקוטנן לא תמן תנינן כו' וע"ז משני לא אמר ריב"ב אלא בנחיל שאין גזלו ד"ת מבואר דאף במתכוין להעיד דומיא דהא דאלו נאמנין להעיד בגודלן כו' נמי מהימני וכ"נ מהתוספתא דכתובות דחשיב התם הא דנאמנת אשה וקטן בין שאר דברים דקאמר התם נאמנין לומר כו' ומיירי אף במתכוונים להעיד.

ולפ"ז א"ש מה שלא כתבו הרמב"ם והטור חילוק התוספתא והירושל' בין לאלתר ובין לאחר זמן וגם השמיטו החילוק בין מפריח ובין שוכן ומשמע מדבריהם דאפילו בשוכן נמי נאמנים ולפמ"ש א"ש דאינהי נקטי אוקימתא דתלמודא דידן דמוקי לה במסל"ת ובכה"ג בכל גווני מהימני ונראה שזה דעת הא"ז בשם ראבי' שהביא בתה"ד שכתב דבשאר מילי מדרבנן בעודן קטנים הימני רבנן אפילו להעיד והיינו משום דהירושלמי מפרש מתני' אף במתכוין להעיד נאמנים בדרבנן וס"ל דמאי דמשני בש"ס דילן שאני נחל דקנין דרבנן הוא ר"ל ואז אפילו בלא מסל"ת מהימן וזה נראה ג"כ שיטת הרי"ף שהשמיט אוקימתת ר"י דמוקי כגון שהבעלים מרדפים כו' וס"ל דלפום מה דמשני דנחיל קנין דרבנן בכל גווני מהימן (אלא שצ"ע בלשון הש"ס דפריך ובדאורייתא לא כו') וכדברי הירושל' ובמ"ש א"ש דברי הא"ז שהביא שם שכתב וז"ל הראב"ן כתב דקטן מסל"ת לאלתר כשר לעדות אשה וראבי' כתב דאפילו אח"ז סמכינן אקטן בעדות אשה מסל"ת אבל במתכוין כו' משא"כ בשאר מילי דרבנן דבעודן קטנים הימנו רבנן אפילו להעיד עכ"ל ולכאורה הך סיומא אינו ענין למאי דעסיק ביה דפתח בענין לאלתר וסיים בענין מתכוון להעיד ולפמ"ש י"ל דראב"ן למד מההיא דנחיל דמצרכינן ביה לאלתר א"כ ה"ה לעדות אשה לאלתר בעינן ואע"ג דבעכו"ם לא בעינן לאלתר ולא חיישי' שעושה עצמו כמסל"ת מחמת יראה ופיתוי מ"מ בקטן נוח יותר לירא ולהתפתות וחיישי' וראבי' סובר דבמסל"ת א"צ לאלתר כלל והתם בנחיל שהוא מלתא דרבנן אף להעיד ממש נאמן והלכך שפיר יש חילוק בין לאלתר ובין לאחר זמן דאל"כ כיון שמתכוין להעיד יש חשש יראה ופיתוי משא"כ כשאומר מסל"ת ל"ח שמא מחמת יראה ופיתוי עושין עצמן כמסל"ת ומקושר הטיב דברי ראב"י אך כבר כתבתי שלענ"ד ל"ש חשש יראה ופיתוי בעדות אשה כלל כ"א בדבר שבממון: והשתא לפום מה דכתיבנא שהתוספתא דמחלק בין לאלתר ובין לאחר זמן במתכוין להעיד מיירי א"כ אין ראייה למהרי"ק כלל ואיכא למימר דבש"ס דידן דמוקי רב יהודה בבעלים מרדפי' ומסל"ת מיירי שאין ידיעה להם מרדיפת הבעלים אבל אם ידוע כמתכוונים להעיד דמי אך ראיתי בבכ"ז דף ל"ז אחר שהביא ש"ס דילן כגון שהיו הבעלים מרדפי' והם מסל"ת כתב ודוקא

כדאיתא בירושלמי הא בקוטנן לא תמן תנינן כו' והעתיק דברי הירושלמי מבואר מדבריו דאף במסל"ת צריך לאלתר דוקא משום דאל"כ היישין מפני יראה אמרו מבואר דאף בידוע שהבעלים מרדפים נמי הוי מסל"ת גמור דאל"כ מה לי לאלתר ומה לי לאחר זמן דמה יראה ופתוי שייך אם אין יודעין מרדיפת הבעלים כלל אלא ודאי דבכל גווני הוי מסל"ת והילכך בעינן לאלתר דוקא ואע"ג דהתוספתא מיירי שם בענין מתכוין להעיד מ"מ הך מלתא דנאמנת אשה כו' י"ל דמיירי במסל"ת דהא כמו כן קתני התם גבי שבויה הכל נאמנין אפילו בנה ובתה כו' והך מלתא מוקי בש"ס דכתובות במסל"ת וא"כ שפיר י"ל דהך דנחיל נמי במסל"ת מיירי כאוקמתא דש"ס דילן: אך דעדיין י"ל דאין ראייה מזה למהרי"ק דבלא"ה צריך ישוב מה שהקשו בתשוב' וביש"ש דמה פריך רבינא לרב אשי מנחיל דלמא ש"ה דמיירי בבעלים מרדפין והאריכו בזה ולפ"ש י"ל ע"פ מ"ש בתה"ד שם ומה שהבאת ראייה מפרק הגוזל מדלא פריך אקטן והא מסל"ת לא מהימן אלא לאלתר תשובתך כו' ובלא"ה לאו דיוקא הוא משום דמצינו לתרץ דמיירי לאלתר ואע"ג דסתמא קתני והא דפריך בפ"ק דמציעא מדלא מפליג איירי לזמן מרובה היינו משום דאשכחן תנא דמתניתין דגיטין דמפליג בהדיא כו' ובהיא דנחיל לא אשכחן דמפליג בה כו' ע"ש: ולפ"ז לפי מה שהבאתי דברי התוספתא דאשכחן דמפליג בה בין לאלתר בין לאחר זמן איכא למשמע מינה דמתניתין דקתני סתמא ע"כ בכל גווני מיירי מדלא מפליגו בה כדמפליג בתוספתא וכמ"ש מהרא"י דזהו דיוק הש"ס דב"מ לענין מצא גיטי נשים ולכך לא הוה מצי ר"י לאוקמי במסל"ת לחוד כיון דמיירי אף לאח"ז ואז יש לחוש שמא מחמת יראה ופתוי אומרים כן ועושין עצמן כמסל"ת כיון שהוא דבר שבממון שפיר איכא למיחש להכי ולכך הוסיף בה ר"י דברים דמיירי שבעלים מרדפין ולכן אף לאח"ז ל"ח דלמא מחמת יראה ופתוי אמרו כן כיון דהא קמן שהם מרדפין מסתמא האי קושטא קאמרי מה שהם מסל"ת דשלו הם אף זה דוקא לענין דבר שבממון משא"כ בעדות אשה דל"ח ליראה ופתוי וכמ"ל פשיטא דגם לר"י סגי במסל"ת לחוד והשתא שפיר קשיא ליה אדרב אשי דקאמר אין מסל"ת כשר כ"א בעדות אשה לבד משמע דבר איסור דומיא דעדות אשה נמי לא מהימן אע"ג דל"ש ביה יראה ולכך שפיר פריך ליה מנחיל דאע"ג דר"י מוקי לה בבעלים מרדפים היינו משום חשש יראה ופתוי אבל מ"מ עיקר הימנותא דידהו משום מסל"ת הוא ומשני דהתם קנין דרבנן הוא ומ"מ שפיר בעינן מרדפים דאל"כ לא חשיב מסל"ת כלל דמחמת פתוי ויראה הוא והשתא א"ש הא דהרמב"ם והרא"ש והטור לא הזכירו חילוק דתוספתא והירושלמי דבעינן לאלתר ולפי מ"ש אתי שפיר כיון דכתבו אוקימתא דר"י דמוקי לה בבעלים מרדפין ממילא אף לאחר זה נמי מהימני והירושלמי דמיירי באין בעלים מרדפין ויש לחוש שמא מחמת פחד ויראה כיון דממונא הוא הוצרך לאלתר ונראה לענ"ד שלזה כיון הריב"ש סימן שפ"ב שכתב להוכיח דלא בעינן קישור דברים מהא דאמרי' והאיכא נחיל דמסל"ת הוא והתם אינו אומר רק מכאן יצא נחיל זה וחשיב ליה מסל"ת כיון שאומרים כן מעצמם בלא שאלה אלא שהצריכו עוד רדוף הבעלים ולא סגי בשיחת קטנים לפ"ת להך כיון דממונא הוא ועם רדוף בעלים סגי כיון דממונא דרבנן הוא כו' והנה לא ביאר הטעם דבממון לא מהני במסל"ת לבד אם לא בצירוף רדיפת הבעלים ולפי מ"ש הטעם פשוט משום דאל"כ אמרי' שמא אינו מסל"ת דבממון איכא חשדא דלמא מחמת שוחד בחיק

או שוחד דברים למדו לשונם דבר שקר ולעשות עצמם כמסל"ת אך מפשיטת לשון הריב"ש נראה שדעתו דלענין ממון בעינן בעלמא עדות גמורה הלכך אף דהכא ממונא דרבנן אין להקל טפי כ"א בדאיכא מסל"ת עם רגלים לדבר ומ"מ פריך שפיר אדרב אשי דכיון דעכ"פ מהני כאן מסל"ת עם רדוף ממילא לענין איסור דקיל מהנאת ממון הול"ל דסגי במסל"ת לחוד שוב מצאתי בפר"ח י"ד סי' ס"ט כתב גם כן לחלק בין איסורא לממונא ורמז לדברי הריב"ש אלו וע"ש שכתב בשם הרי"ף שכתב גם כן בעלים מרדפין וז"א ברי"ף שלפנינו ואפשר שכוונתו לפמ"ש בשו"ת מהר"א ששון שחסר בדברי הרי"ף: ועוד נלענ"ד דודאי אם האשה והקטן אומרים נחיל זה של פלוני הוא שזכה בו לא מקבלינן מנייהו אע"פ שהם מסל"ת דזה כמתכוין להעיד הוא וכמו בעכו"ם מסל"ת אם מזכירין לו אשה וכיוצא שיש לחוש שכוונתו להעיד כמו כן כאן וכ"ש הוא כיון שהוא מלתא דממונא דאיכא חשדא ולכך נקט במלתיה שנאמנים לומר מכאן יצא נחיל זה דדבר זה שפיר יוכל להיות שלא במתכוין כלל רק דרך שיחה בעלמא אלא דעדיין י"ל דמה יושיענו זה שאנו יודעים על ידיהם שמכאן יצא הנחיל כיון שלא ביחנו דבריהם לומר שהם של בעלים אלו א"כ עדיין י"ל דלמא מעלמא אתו להתם דהא משט שייטי טובא וכדאמרי' נפול הנמצא עי' סימן רס"ו והמקשן הוה ס"ד דל"ד נקט מתני' מכאן יצא נחיל זה ומיירי שהם מפרשים דבריהם שהנחיל הוא של פלוני בעל השדה שיצא משם ופריך עלה דלאו בני עדים נינהו ור"י מתרץ בבעלים מרדפים והם מסל"ת מכאן יצא נחיל זה ובכה"ג דבעלים מרדפים סגי לן במה שידענו מפי אשה וקטן מסל"ת שיצא הנחיל מתוך שדהו ורגלים לדבר דשלו הם מעולם ולא מעלמא אתו לשם ובהכי א"ש בפשיטות הא דפריך לרב אשי מנחיל דהתם נמי אנו מאמינים להם דמכאן יצא הנחיל ע"פ מסל"ת שלהם ועיקר מלתא דבעלים מרדפין אינו אלא שרגלים לדבר שהוא שלו ולא אתו מעלמא להתם וכ"מ מפירש"י ובהכי א"ש מה שהאריך ר"י והם מסל"ת מכאן יצא נחיל דהו"ל לתפוס דרך קצרה שהם מסל"ת דהא עלה קאי ולפמ"ש א"ש דאתי לאפוקי דלא תימא דמפרשי עדותן שהם של פלוני שיצאו משדהו לזה אשמועינן ר"י דז"א דמסל"ת ואומרים מכאן יצא נחיל זה ותו לא ומ"מ מהני מחמת דבעלים מרדפים וכמ"ש: והנה ביש"ש דיבמות כתב להכריע בין הראב"ן וראבי"ה דאם הקטן מעיד לאח"ז אז צריך קישור דברים אבל במעיד לאלתר א"צ קישור דברים ולפ"ז לפמ"ש"ל בשם הריב"ש דמשמע ליה דהך דנחיל בלא קישור דברים מיירי א"כ ל"מ מסל"ת לאחר זמן ולכך הצריך בתוספתא לאלתר ובש"ס דידן בעלים מרדפין כדי שיועיל אף בלא קישור דברים והשתא א"ש הא דפירש"י אדרב אשי אין מסל"ת כשר אלא לעדות אשה היינו שמעדין התינוקות כו' והיינו משום מדפריך עלה מנחיל ולכאורה קשה דילמא שאני נחיל דבעלים מרדפים אך דעיקר הא דצריך בעלים מרדפין משום דליכא קישור דברים וא"כ התם בשמע מן התינוקות דאיכא קי"ד ואפ"ה לא מהימן כ"א בעדות אשה בלבד שפיר קשיא ליה מנחיל ומצאתי קצת מזה בס' בית מאיר ואין להאריך ועיין בפ"י שמביא הקו' בשם הת"ח וכתב ג"כ לחלק בין איסורא לממונא ותו כתב דלהך בעי הכא בעלים מרדפין משום דסמכינן עלייהו לחוד בלא אחר עמהם ולענ"ד צ"ע דא"כ הו"ל להש"ס למפרך והא מפקינן ממונא אפומא דחד ואם המקשן היה סובר דמיירי שיש גדול עמו ור"י לא ניחא ליה הול"ל ותסברא כו' אלא ודאי דגם המקשן ידע

דבחד סגי דקנין דרבנן הוא אלא דמ"מ היה סובר דב' עדות בעינן דאל"כ באשה וקטן י"ל דמחמת יראה ופתוי אומרים כן גם ר"י מודה ליה בזה אלא דמוקי לה במסל"ת ובעלים מרדפים ובאמת כל היכא דסגי במסל"ת סגי בחד לחוד עיין בט"ז י"ד סימן צ"ח ואע"פ שדבריו צ"ע אין כאן מקומו להאריך: וראיתי בספר שב שמעתתא שחיבר הגאון בעל קצה"ח שכתב ע"פ מ"ש מהר"מ בתשובות מיימוני להוכיח דאע"פ שהבעלים מרדפין הוי מסל"ת דאל"כ בכל עכו"ם שידוע דת ישראל כו' אע"כ מתוך חומר כו' וכיון דמסל"ת מתוך חומר כו' אמרינן אשה דייקא ומנסבא וא"כ אין לך רגלים לדבר יותר מזה ואפ"ה דוקא בעדות אשה מהימן אבל בשאר דוכתי לא אע"ג דיש רגלים לדבר ולכך פריך מנחיל ע"ש ולכאורה ז"א דאדרבאי"ל דמה"ט גופא קאמר ר"א דאין מסל"ת כשר כ"א בעדות אשה והיינו משום דאשה דייקי והוי רגלים לדבר ולכך במסל"ת לחודיה מהימן משא"כ במלתא אחריתי דליכא רגלים לדבר מהך מלתא גופא לא מהימן מסל"ת כ"א בצירוף מלתא אחריתי שהיא רגלים לדבר כגון בנחיל בעינן בעלים מרדפין וכ"כ בשו"ת הרא"ש דדוקא בעדות אשה התירו במסל"ת משום אשה דייקא ולא בעדות שבויה ע"ש ואפשר שי"ל דרבינא מדייק דדוקא בעדות אשה דאיכא חזקה דדייקא דהוא חזקה גדולה דמרעא לחזקת א"א אבל היכא דליכא חזקה כי האי רק רגלים לדבר קצת כגוונא דבעלים מרדפין ל"מ ושפיר קשי' לים מנחיל והוא דחוק.

שוב מצאתי בשו"ת כנסת יחזקאל סי' שכ"ב לתרץ קושי' הנ"ל והנלענ"ד כתבתי. ותבנא לדיננו שנראה מדברי תשו' ראשונים ואחרונים דמסקנתם להקל אף בידוע לעכו"ם החיפוש וכבר כתבתי שכן מוכח מדברי בעה"ע וכ"כ הריטב"א בכתובות וז"ל ובפ' הגוזל האמינו קטן כו' משום דהתם קנין דרבנן הוא ובכה"ג שהבעלים מרדפין אחריהם והם מסל"ת רגלים לדבר דקושטא אמר והוא שאומר כן לאלתר כדאיתא בירושלמי עכ"ל מבואר מזה דאף במסל"ת ומרדפין לאלתר בעינן משום דאל"כ חיישינן דלמא מחמת יראה ופתוי אלמא דמיירי אף שידוע להם שבעלים מרדפין וכמש"ל וגם בלא"ה נלענ"ד דדוקא היכא שהעכו"ם מגלה לנו המיתה אז היה מקום לומר דהוה כאמרו אי' חברינו כיון דמחפשין אחריו ואף בזה ס"ל דל"ח למלתא כל שלא נשאל אותו העכו"ם גופיה וכמ"ש ג"כ הצ"צ הביאו הרב המשיב נ"י אבל בזה דאנו רואין איש לפנינו מוטל מת על שפת הנהר ודרך הגזלנים להיות רבים קמים עליו וכ"א אומר כמו ששיער בנפשו מי הוא האיש הלזה ופשיטא דכל שאומר דרך מסל"ת פלוני הוא דשפיר מהימן שהכירו שהוא פלוני דבשלמא התם בעובד' דמהר"מ י"ל דדבריו הם כאילו בא להשיב על החיפוש משא"כ בזה שנראה בעליל לארץ וחמו חפש מחופש זולת כי הם מגלים דעתם שזה הנמצא הוא פלוני וכיון דחזויה לאלתר שפיר מהני: אלא דעדיין יש לפקפק מצד שידעו מהטביעה שלדעת הרבה פוסקים אף לאלתר ל"מ ולכאורה היה מקום להקל בזה ע"פ מה שנראה מהריב"ש סימן שע"ח דאפילו לדעת בעה"מ"א דמחלק בין ראה הטביעה ואין עיקר החשש אלא שמא באמת לא מת רק המים בבלוהו ונדמה שמת וס"ל דאסקוה קמאי לא הוה כמו קברתיו ולכך הוצרך לאוקמי ההיא דדגלת בלא ראה הטביעה אבל חשש בדדמי דצורה לכ"ע אין כאן אפילו בראה הטביעה כיון דחזינן לאלתר וא"כ בנ"ד דזה האיש שהכירו הערילים לאלתר קאמרי שהוא אייזק גם קבורה היתה לו אין כאן חשש מחמת ידיעת הטביעה כלל אך דברי הריב"ש נפלאו בזה דא"כ מאי משני וקאמרי

סימנין הא התם מיירי לדעת בעהמ"א בראה הטביעה ויצאו חנם היו סימנים שאין בהם מועיל רק להורות שאלו בעליהן של אלו ולזה לא הוצרכנו שהרי לא חזינהו לאלתר ועיקר החשש שמא לא מת נשאר מע"ל כיון דאסקוהו קמן לא הוה כמו קברתיו וטפי הול"ל דמיירי דאמרו קברנום וגם דבההיא דדגלת משמע שההכרה דשושבין לא היה רק להעיד שהוא בעל האשה והיינו דמייתי לה למפשט האבעי' דריב"ב לקולא אבל לעדות מיתה לא הוצרכנו שראוהו ב' וכל ישראל מוטל מת ולא קמה בו עוד רוח וא"כ מאי דוחקי לאוקמי' בלא ראה הטביעה דאף דנימא דאסקוהו קמאי ל"ה כמו קברתיו היינו לענין שנדע מיתתו בודאי וזה לא הוזקנו לעדות השושבין כלל: אך ראיתי בתשו' הר"ן סימן ע"א שכתב דודאי לא בעינן דלימא דוקא קברתיו אלא כל שהוא אומר דברים שאין לתלות שיאמר אותו בדדמי בההיא סגי דהא בעובדא דדגלת לא אמר קברתיו ואפ"ה אסבוהו לדביתהו דבמת לחוד הוא דחיישינן דאמר בדדמי כו' נראה מדבריו דמפרש ג"כ דהא דדגלת סמכו על עדות השושבין לענין עדות המיתה וא"כ הריב"ש אזיל בשיטת הר"ן רבו ז"ל ונראה שהריב"ש למד לפרש כן דברי בעה"מ ממ"ש אח"כ בשם הרמב"ן במלחמות דאם כדברי בעהמ"א כי פשיט שעובדא דת"ח הו"ל לאוקמי בדאמרי נשים קברנום דמזה משמע דאי הוה אמרי קברנום סגי אף בלא סימנים ונראה דהרמב"ן לטעמיה דנפשיה קאמר דאיהו ס"ל דל"ח בדדמי בצורה כלל כיון שרואה לאלתר והא דהוצרך לאוקמי דקאמרי רבנן סימנין היינו מחשש בדדמי דאשה צריך לומר סימנין מוצנעין ול"מ לזה מה שאומר העד קברתיו וזהו שבא הרמב"ן להוכיח שם דאי תימא דקברתיו מהני ע"כ דהיינו משום בדדמי דעד על המיתה ולזה מהני ליה קברתיו א"כ ל"ל סימנים נימא דמיירי דאמרו הכרנום וקברנום אע"כ מדהוצרך לאוקמי דקאמרי סימנים ע"כ דהאיבעי' משום בדדמי דאשה וא"כ אפשרו בעיין מהך דכרקום דל"ח לבדדמי דאשה כך הם דברי הרמב"ן בזה אבל מ"מ לא בא לסתור בזה שיטת בעהמ"א דאיהו ס"ל הא דמוקמינן דאמרי סימנין היינו אף שאין מוצנעין רק להוציא החשש בדדמי דעד שטועה בהכרתו בט"ע וסובר שזהו הוא ולזה מהני סימנים ולדידיה לק"מ דלוקי באמרו קברנום דמה יושיענו זה דמ"מ חשש בדדמי על הצורה איכא: והנה בנ"ב מוכיח דידע הטביעה הוה כראה דאל"כ תיקשי על הרז"ה כו' ומצאתי תשו' א' בתשו' כ"י שת"י מהגאון בעל מג"ש ופ"י ז"ל שכתב וז"ל אלמלא שאיני כדאי הייתי אומר דלדעת הרא"ש אותן האנשים שלא ראו הטביעה אפילו שמעו הטביעה שנטבעו לא אמרי בדדמי דלא אשתמיט הרא"ש לחלק בין שמעו הטביעה גם כיון שדברי הרא"ש הוא ליישב מנהג העולם שתמהו עליהם התוס' איך משיאין נשי ב"א שנטבעו בט"ע בלא סימנין ובזה מחלק הרא"ש בין ראה הטביעה ואם היה מצריך הרא"ש דלא לישמע ג"כ ע"ז היתה התמיהה קיימת דמעשים בכל יום שטובע א' בנהר ומוצאין אותו מיד ומכירין אותו בט"ע ומתירין את אשתו כאשר ראיתי כמה מעשים ופשיטא דלפ"ז היינו צריכין לדקדק אם לא בא הקול שנטבע ופשיטא שכשראוהו שטבע יצא הקול מיד ואפי' אם נמצא מיד והכירוהו חושש הרא"ש לאותן שראו כמ"ש הטור בהדיא אבל אם תלוי בראיה לחוד א"ש דלא שכיח שאותן שראו שטבעו ראוי ג"כ העליה ומעידים ומסתמא שכיח שאחרים ג"כ מעלים אותן ולכן כתב הרא"ש ליישב מנהג העולם בזה דכן הוא הרגילות ולפי דעתי אין ספק בזה שהוא מעשים בכל יום כמ"ש אבל מה אעשה שהגאון

בעל ת"ה אין דעתו כן שהרי לא סמך על כתב הבחור שלא ראה הטביעה ואפשר שהוא מחלק בין הכרת פנים לעדות מיתה דהכרת פנים אופן ששמעו מטביעתו אין אומרים כשהעלוהו זהו אם לא שברור להם דאע"ג שברור להם כעת כיון שטבע מ"מ מאן לימא לן שזהו שהעלוהו דלמא אינש אחריני טבע ג"כ אבל אנשים שראו אומרים מסתמא זהו אבל לענין להעיד שמת אפילו מחמת קול בעלמא אמרי מסתמא מת כיון שטבע עכ"ל וראיתו מדברי הרא"ש נכונה מאוד אבל מ"מ לא ביאר לנו החילוק בין שמיעה לראיה דכיון דעכ"פ אנו אומרים שמחמת ששמע שטבע אומר שמת א"כ ממילא הוא חושב שזה האיש מת כאן ולמה לא נאמר שאומר בדדמי שזהו שהעלוהו ולמה לא תהא שמיעה גדולה כראיה לענין זה ולכן נלענ"ד לידון בדבר החדש דבאמת הך סברא שהמציא הרז"ה לחלק בין ראה הטביעה צריך ביאור דמה בכך שראה טביעתו של זה משום הא יאמר בדדמי אף שלא נדמה ממש כצורת האיש הזה והלא הוא יודע כי פעמים רבות נטבעו שם אחרים ולמה ידמה לו כי הוא זה אלא נראה שכוונתו דמיירי שראה הטביעה שזה נטבע כאן באותו מקום וכאן נמצא לבבו אומר לו שזהו שאבד זהו שנמצא דאטו כל מאן דטבע בהאי דוכתא קא טבע ולכך שפיר אמר בדדמי אבל בנטבע כאן ועלה במקום אחר שרב הדרך ביניהם אע"ג דאיכא למימר חרפתא דנהרא נקיט ואתי ונתגלגל משם לכאן מ"מ כמו כן יוכל להיות שזה שעלה כאן אחרינא הוא שנטבע באותו מקום עצמו ולא מעלמא אתי ולפ"ז החילוק בין ראוייה לשמיעה מבואר דאם שמע הטביעה אלא שלא שמע על בוריא איה אפוא נטבע זה האיש אם קרוב למקום המציאה או רחוק ממנו לא אמר בדדמי דשמא האי גברא ששמע מטביעתו לא נטבע במקום הזה כלל והאי דאסקוהו אחרינא הוא והך עובדא דב' ת"ח משמע שנמצאו באותו מקום עצמו שנטבעו ולכך הוצרך לאוקמי דקאמרי סימנין וההיא דדגלת נמי משמע ליה דבכה"ג הוא שנמצא במקום הטביעה דהא אסקוהו אגישרא דשבסתונא שהוא על נהר דגלת ולכך מוקי לה שהשושבין לא ראה הטביעה ואה"נ דאפשר שזה נטבע בדגלת רחוק מהך גישר אלא דכיון דהש"ס נקט בסתמא וא"כ אפשר נמי שהיה בקירוב מקום לכך ניחא ליה טפי לאוקמי בלא ראה הטביעה או ראה ומ"מ לא נמצא שם רק במקום אחר ל"ח לבדדמי כלל ודוקא כשנמצא באותו מקום דמימר אמר כאן נמצא כאן היה מקום טביעתו והאי גברא הוא ולא אחרינא וא"כ בנ"ד אפילו תימא דכל הערלים שבכפר שמעו מהטביעה דקלא אית למלתא מ"מ מה"ת לחוש ששמעו בפירוש מטביעת האיש אייזיק דגם אותם שהיו עומדים שם אפשר דרפוי הוה מרפי' בידיהו מעיקרא שאע"פ שהכירוהו ע"י היארמילקי מ"מ מאן לימא לן שהוציאו קול ברור על זה האיש אייזיק מחמת הכרת היארמילקי שנראה שלא היה רק אומדן דעת בלבד ודבר פשוט הוא דכל שלא יצא הקול בפירוש על האיש הלז דל"ח למידי אלא דאפילו תימא שהקול נתפשט בפ"י שזה האיש אייזיק נטבע מ"מ פשיטא דאין הכרח לומר שנודע לכל באיזה מקום נטבע אלא סתמא שמעו שהאיש הזה נטבע ובכה"ג י"ל דכשלא שמעו הטביעה וכדכתיבנא: שוב ראיתי בשו"ת נ"ב סימן מ"ג שכתב להיפך דהך דדגלת דאסקוהו אגישרא היינו שלא במקום הטביעה ולכך פרט הש"ס מקום טביעתו והמציאה ע"ש באורך ולענ"ד אינו מוכרח והא דפרט מקום הטביעה והמציאה לומר לך שלא הוצרכו להוליכו מאותו מקום שנטבע שם אל איזה עיר הסמוכה אלא חזיוה בשעתא דאסקי'

דשם אגישרא נזדמן שושביני' המכירו וכן ההיא דטבע בכרמי בכה"ג הוא דגם בס"ד דבעי למפשט הבעי' מהכא נמי מודי להא דחזיוה בשעת' בעינן ובהכי א"ש מה שהקשה בנ"ב בהא דדגלת מנין לנו לומר שהוא אחר ה' ימים והוצרך לדחוק דמיירי שע"י סימנים יודעין שזה שנטבע זהו שהועלה ולפמ"ש א"צ לזה כיון דמיירי שנמצא במקום טביעתו אין לנו לתלות באחר כלל ואמרינן זהו שאבד זהו שנמצא והרי הוא אחר חמשה ימים ומ"מ הוצרכנו להכרת השושבין דבשעת הטביעה לא היה ידוע לנו מי הוא הנטבע וכמ"ש בנ"ב שם וכ"כ בעהמ"א שהלשון מוכיח בהאי דדגלת דלא ראה הטביעה אך מצאתי בערוך ערך כרם בפ"ב דיבמות ההוא גברא דאיטבע בכרמא ואסקוהו אבי חיורי פ"א אלו שני מקומות על שפת נהר אחד עכ"ל מבואר מזה כמ"ש בנ"ב דהטביעה והמציאה לא היו במקום אחד ולפ"ז מוכח דאף בכה"ג שייך בדדמי דאל"כ ל"ה צריך למימר דהתם מיירי בלא ראה הטביעה אבל מ"מ אינו מוכרח דהתם אעובדא דדגלת קאי וכיון דסתם לן הש"ס ולא פ"א אם היה רחוק מן הגישר' דבשיסתנא אם כן משמע דאף במקום קרוב התיירו רבא לזה אמר הרז"ה דלא ראה הטביעה דבלא"ה התם מיירי בלא ראה הטביעה כמ"ש הנ"ב שם: ומ"ש הנ"ב ראייה מתשובת הרשב"א שכתב משעה שהוא יודע שטבע או שירד למלחמה ולא שב מחשב שהוא מת כדרך שמתו האחרים וסומך על הדמיון ומעיד ואפשר שלא מת כו' כבר כתבתי בשם הגאון מג"ש לחלק בין בדדמי על המיתה בין בדדמי על ההכרה וכבר כתבתי שאם נימא שאמר בדדמי על ההכרה אם ראה הטביעה לפ"ז גם בשמע י"ל כן לפי שע"י שמועתו על הטביעה הוא מחשב שמת וממילא דאומר בדדמי על הצורה ואפשר לחלק דכשאומר סתם שמת במים והוא ידע הטביעה שפיר אמרי' דמחשב שמת כיון שרובן לאיבוד וכן אם ראה שטבע ועתה העלו איש א' לפנינו אמר לו לבו שזהו הוא ואינו נותן לב לדקדק בהכרתו כיון שעניו ראו שזה נטבע משא"כ אם הוא עצמו לא ראה הטביעה רק ששמע מפי אחרים ועתה העלו איש א' לפנינו אדרבא הוא נותן עינו אגבו לברר שמועתו אם אמת הדברים שנטבע זה אם לאו וכל שהוא רואה שינוי במקצת מה"ת יתלה שזהו הוא כיון שעדין לא נקבע בלבו שהשמועה ששמע הוא אמתית ושמא המגיד כיחש לו וכיון דאית ליה ספיקא במלתא דלמא אין השמועה אמת ושמא האי גברא אחרנא הוא שהרי יש בו שינוי לא תלוי השינוי מחמת המים שמשנים קצת ולא עביד דאמר בדדמי ובודאי קושט' קאמר וגם דנראה מ"ש הרשב"א דמשעה שידוע שטבע היינו ע"פ ראייתו או עכ"פ ידיעה אמתית שאינו מסתפק בה כלל אבל בידיעה בעלמא בלא ראייה אינו סומך ע"ז לומר שזה מת ומכ"ש שאינו אומר שמכיר צורתו אע"פ שרואה איזה שינוי כיון שאין ידיעתו ברורה ועוד יש לצדד לפי מ"ש בק"ע בשם מהריב"ל והמבי"ט דבשני עדים אף בפסולים לא אמרי בדדמי ולפי דבריהם י"ל קושית הרשב"א על שיטת הרי"ף דבעינן בקברתיו דאם כן מאי קאמר והא נשים כו' דהתם ס"ד בדלא אסקוניהו ובעדות טביעה לחוד מהימנא ועדות טביעה כמת סתם במלחמה אלמא במת סתם מבעיא לן וע"ז כתב דאפשר מכח כ"ש קא מייתי ליה דאפי' בסתם השיא רבי נשותיהם כ"ש במת וקברתיו ולכאורה מעיקרא לק"מ דלפי הס"ד דבעדות טביעה לחוד מותרת היא מה בדדמי שייך בזה כיון שעכ"פ ראו הטביעה וצ"ל כיון דהש"ס מייתי לה למפשט האבעיא דאף היכא דאיכא חשש בדבב גבי האשה ולא דייקי נמי שרי' א"כ ע"כ דגם הכ' שייך חשש בדדמי לומר

משנתוודע לה שטבע ע"י שנשברה ספינתו בים וכיוצא תו לא דייקא לידע אם שהה עליו כדי שת"נ ואמרה לנפשה ודאי מת וכמ"ש הפוסקים א"כ האי בדדמי שייך ג"כ על העד עצמו ולא ס"ל לחלק דדוקא האשה י"ל שאמרה בדדמי משנתוודע הטביעה אף שלא תדע אם שהה כשת"נ משום דשוב סומכת על העד שאומר ששהה משא"כ העד שלא עשה כזאת לומר שמת אם לא שעכ"פ שהה כשת"נ דז"א כיון דאנן אמרינן דאשה דייקא ואינה סומכת על העד א"כ כל שאינו נופל תחת סוג בדדמי בעדות העד גם האשה לא תאמר בדדמי וכיון דלהרי"ף גם העד אם לא אמר קברתיו חיישינן ליה דלמא אמר בדדמי א"כ גם בעדות טביעה איכא למיחש דלמא אמר בדדמי ולזה הוצרך הרשב"א לתרץ דמכח כ"ש פריך אך לפמ"ש דעת הפוסקים דבב' פסולין לא אמרי בדדמי א"ש אליבא דהפוסקים דמפרשי כהרי"ף דבעינן לענין קברתיו דשפיר פשיט מהתם דלענין נאמנות מאה כחד דמיין ומהימני וא"כ בקברתיו נמי ע"א מהימן ומ"מ דוקא בקברתיו אבל בלא קברתיו לא ואע"ג דהתם בעדות טביעה לחוד מיירי מ"מ כיון דהתם כמה נשים העידו ל"ח לבדדמי כמו בע"א בקברתיו ומ"מ אין להוכיח מהרשב"א שהוצרך לדחוק דמכח כ"ש מייתי לה משום דהרשב"א התם קאי לשיטת הרי"ף גופיה דס"ל אף בשני עדים כשרים שייך חשש בדדמי ומכ"ש בפסולין אבל לשאר פוסקים אע"ג דקיימי בשיטת הרי"ף בהא דמפרש האבעי' בקברתיו מ"מ לא קיימו כוותיה בהא דשנים אומרים בדדמי וגם בפסולין נמי לא אמרי בדדמי ומישוב קושיית הרשב"א בפשיטות.

והנה הרשב"א שם כתב ומ"מ מדקאמר והא נשים אפי' מאה כחד דמיין משמע דשנים כה"ג לכ"ע מהימני דעדים לא משקרי ולא אמרי נמי בדדמי כו' ור"ל דמשמע דאי הוה קתני בהך ברייתא והשיא נשותיהן ע"פ עדים ל"ה מצי למפשט מהכא וז"א דאכתי הוה מצי למפשט כיון דחזינן דע"פ עדים שרי' ול"ח דאמרי בדדמי א"כ בע"א נמי שרי' דהא אשה דייקא הוה כעדים וכמו דלא אמרי' בדדמי בעדים כמו כן נמי לא אמרינן באשה גופה דלהרי"ף לענין בדדמי אשה עצמה ועדים שווים הם אע"כ דוקא באשה חיישינן לבדדמי שלא תתעגן אבל בעדים לא ולכך שפיר דייק הש"ס דכיון דנשים כע"א דמיין ואין נאמנותם כ"א מחמת דייקא מוכח דגם האשה לא אמרה בדדמי אבל א' הוה נקט בברייתא עדים ל"ה מצי למפשט מיניה מידי ולפ"ז מצינן למימר דהש"ס סובר דהעד אינו אומר בדדמי כלל משא"כ אם נאמר דהעד אומר בדדמי אז בשני פסולין נמי אמרי בדדמי.

וראיתי בס' מנחה חדשה תשו' א' ממחו' הגאון החסיד האב"ד ק"ק פ"פ דמיין ז"ל שכתב להוכיח מהרא"ש דאף בפסולין לא אמרי בדדמי דהפשטן לא מיירי בקברתיו ומזה הוכיח הרא"ש דכשרים לא אמרי בדדמי ולפי זה מוכח דאף בפסולים מהני דאל"כ א"נ דמהימני הא אמרי בדדמי אע"כ בשנים לא אמרו בדדמי אף דלענין נאמנות הם כע"א ולפמ"ש בשם הרשב"א אין מזה הוכחה דבאמת הפשטן בעי למפשט דבכל גווני ל"ח לבדדמי בין לענין האשה בין לענין העדים ואפי' בלא קברתיו מהימן ולפי מה דדחי מהתם הדרינן למלתיה כמו דס"ל לבעל האבעי' דודאי חיישינן לבדדמי ומההיא דדגלת איפשיטא לענין דסמכינן על עדות העד בלבד בלא דייק דידה והיינו כשאומר קברתיו אבל באיכא חשש בדדמי אף בעדים פסולין נמי איכא הך חששא וא"ל דלפי מה דדחי הפשיטות חיישינן לבדדמי אף בכשרים ז"א דמוכח דיש חילוק בין כשרים אף לפי מה דקאמר בעל האבעי

דחוששין לבדדמי דאל"כ למה קאמר דוקא והא נשים כע"א דהא אפילו היו כשרים הוי מצי למפשט אלא ע"כ דיש חילוק בין כשרים לפסולים איברא שי"ל דהפשטן לא רצה לתפוס בפשיטות דכיון דמים כמלחמה דמי מוכח דל"ח לבדדמי משום דאכתי הוי מצי דחי דלא תפשוט מהתם רק לענין עדים אין אומרים בדדמי והלכך היכא דהעדים מצד עצמן נאמנין ליכא למיחש משא"כ בע"א דאפשר דא"נ רק מכח דיוקא דהאשה והיא אומרת בדדמי ולכך הוצרך לומר דנשים כע"א דמיין לענין נאמנות וממילא מוכח דל"ח לבדדמי דהאשה אבל למאי דדחי התם אסקינהו כו' א"כ מצינו למימר דאמרינן בדדמי אף בעדים ואין חילוק בין כשרים לפסולין כלל והאבע"י אף היכא דליכא בדדמי גבי העד כלל: ולכאורה אפשר לומר דמאי דמתרץ הרשב"א דהפשטן פשיט טפי ממאי דמיבעיא ליה דאף בלא קברתיו ל"ח אינו מוכרח אלא אפשר לומר דהפשטן היה סובר דמיירי שהנשים העידו ששמעו מפי שני כשרים שאלו נטבעו ובכשרים אין חשש בדדמי ומ"מ כיון דהנשים גופייהו לענין נאמנות כע"א דמיין ואנו צריכין לדיוקא דהאשה שפיר פשיט מינה דע"א במלחמה מהימן דמה בכך דהנשים אומרים מפי שנים דבאמת בע"א במלחמה האיבעא אתיא בע"א מעיד מפי שנים דדלמא משקר והיא לא דייקא: ולפ"ז שפיר יש לחלק בין כשרים לפסולים דבפסולים האומרים מפי עצמם שייך בדדמי אף גבי עובדא דת"ח הוי ס"ד שאומרים מפי אנשים כשרים דאז ליכא חשש בדדמי אל העדים שפיר פשיט דאין חשש מחמת בדדמי דאשה אבל מ"מ אין להעמיד זה בלשון הרא"ש.

וראיתי בדברי הרב המשיב שתמה על שיטה זו שהרי לרש"י והרז"ה האיבע"י אם העד אומר בדדמי ואפ"ה לא אמרינן דמאה נשים כחז דמיין ועיין בספר בני יעקב ושו"ת נ"ב המה ראו כן תמהו ג"כ בזה ולענ"ד נראה דע"כ לא קאמר המבי"ט הך סברא אלא לענין בדדמי דצורה שדבר רחוק שידמה לשני אנשים שזה האיש הוא פלוני וכמ"ש בנ"ב ע"ש משא"כ השתא בס"ד דקאי על עדות הטביעה דס"ד דטבע במשאל"ס האשה מותרת וע"כ החשש בדדמי דדלמא ראו שנטבעו ולא שהו עליהם כדי שת"נ ואמרי בדדמי דמסתמא נטבעו פשיטא דדוקא בשני עדים כשרים הוא דל"ח להכי כיון שהתורה האמינתם בכ"מ מה שאין כן בפסולין פריך שפיר דמאה נשים כע"א דמיין דיש לחוש שמחמת שראו הטביעה אומרים בדדמי שבודאי מתו ובהכי א"ש נמי מה שהקשה בנ"ב לשיטת הרא"ש והרז"ה (מ"ש לשיטת הרא"ש נראה שהוא ט"ס דאע"ג דהרא"ש סובר חילוק דראה הטביעה מ"מ בפירוש האבע"י ס"ל דאף בקברתיו מבעי' ליה מחמת בדדמי דהאשה כמבואר בריש דבריו להדיא) דמאי פריך דלמא מיירי שהנשים העידו ששמעו משני אנשים ולפי מ"ש י"ל כיון דע"כ לדעת הפשטן הך בדדמי מחמת שראו הטביעה הם אומרים שקר ששהו עליהם כשת"נ א"כ מה שיאמרו ששמעו מפי אנשים ששהו עליהם ג"כ שקר ואם נפשך לומר דכיון שאומרים מפי אחרים א"כ הם לא ראו הטביעה כלל ולא אמרי בדדמי אם כן עדיפא הו"ל לאקשו"י על הפשטן דמוקי דקאמרי סימנין דהו"ל לאוקמי דלא ראו הטביעה וזה באמת קושיית הרמב"ן ולדעת הרז"ה ע"כ לומר דלישנא דברייתא הוי משמע ליה דהנשים ראו הטביעה וכמבואר בלשון הרז"ה ע"ש וא"כ לק"מ: איברא מאי דכתיבנא דלפי הס"ד במשאל"ס מיירי ושייך בדדמי דשמא לא שהו לא משמע כן בדברי הרא"ש במ"ש להשיב על הראב"ד דמייתי מעובדא דחסא כו'

ואין נ"ל ראייה דמשיל"ס ל"ד למלחמה דל"ש בדדמי כיון דעומד ורואה כל סביבות המים כו' ופשוט לענ"ד דהרא"ש דנקט במלתיה משיל"ס מוסבים כלפי מ"ש הראב"ד ללמוד משיל"ס לכתחלה ממשאל"ס דיעבד וע"ז כתב הרא"ש דמים שיל"ס ל"ש בדדמי לענין לכתחלה וממילא דא"ש גם לענין משאל"ס דיעבד דכי הדדי נינהו אבל ודאי דאין כוונת הרא"ש לחלק לענין זה בין משאל"ס למשיל"ס שהרי עיקר הראייה מהא דטבע חסא דחזינן דלא חששו לבדדמי כלל ולא הצריכו קברתיו וע"ז השיב הרא"ש דהתם ל"ש בדדמי כו' אלמא דאף בכה"ג שהוא משאל"ס ל"ח לבדדמי דשמא לא שהה כדי שת"נ וזה ברור וראיתי להרב המשיב נ"י שכתב בשם המפורשים דיש חילוק בין משיל"ס ובין מים שאל"ס דבשאל"ס אין דרך לשהות כ"כ ולא ידעתי למה דאדרבא בשביל שרוצה לראות דלמא יצא למרחוק הוא שוהה יותר מתיצב לדעה מה יעשה לו וצופה ומביט עד סוף המקום שיוכל לראות שם וצופה הייתי ואין מבדיל בין מים למים כ"א לענין חששא זו שמא יצא ברחוק מקום דלא שלטה ביה עינא דרואה ולכך לא מנסבינן לה לכתחלה אבל לענין בדדמי אין לחלק כלל וכמ"ש דהכי מוכח ממאי דדחו עובדא דחסא וע"כ שעיקר כוונתו אינו רק לומר דלענין טביעה ל"ש בדדמי וכן מוכח לענ"ד דאל"כ לשיטת הרי"ף דאף בשני כשרים שייך בדדמי א"כ הא דינא דמשאל"ס אסורה מחששא שמא יצא מרחוק או שמא נכנס למחילה של דגים וכה"ג היכי משכחת ליה דת"ל משום חשש בדדמי ומכ"ש בע"א בעובדא דחסא וזה באמת תמיהת הראב"ד על הרי"ף א"ו דבענין עדות הטביעה אין חשש בדדמי על העדים ולפי זה צ"ל בס"ד דש"ס דמיירי בעדות טביעה לחוד החשש בדדמי הוא רק על האשה דשמא הנשים משקרים במה שאומרים ששהו והאשה לא דייקא דמכי שמעה שטבע היא סומכת על העדים שאומרים ששהו אבל העדים אין אומרים בדדמי לענין זה ולפ"ז הדק"ל על הרא"ש דמאי קשיא ליה על הרי"ף דבתרי אמרינן בדדמי מדברי הפשטן דהא בלא"ה ל"ש התם בדדמי לגבי העדים רק לגבי האשה עצמה ונלענ"ד דהרא"ש ס"ל דכל דל"ש בדדמי לגבי העד לא אמרי' בדדמי גם לגבי האשה דגם היא אינה אומרת אל לבה שמת אם לא דדייקא ששהו עליו כדי שת"נ וזהו מוכרח דאל"כ הו"ל להש"ס לאסוקי למלתיה למפשט בעיין מעובדא דחסא דל"ח לבדדמי דהאשה ואף שיש לדחות זה דהא להרי"ף נפשטה האבעי' מדגלת ואפ"ה לא מייתי ליה הש"ס הכא וסמך על הסוגי' הנאמרת במקומ' אך מסברא פשיט' לי' להרא"ש דאין לחלק בזה בין העד או האשה כלל ולפי זה קשה מאי פריך והא מים כמלחמה דמי דהא באמת למאי דס"ד דמיירי בעדות טביעה ל"ד כלל למלחמה וגם קשה דמאי דעתיה דהפשטן אטו לא ידע מתני' דמשאל"ס אשתו אסורה ולכן נראה דהפשטן היה סובר דע"כ לא אמרינן דנפל למשאל"ס אשתו אסורה אלא דוקא שנפל לים וכיוצא בו אז חיישינן שמא קל הוא על פני המים ושט ויצא למרחוק אבל היכא שהיה בא בספינה ונטבע עם הספינה אין לחוש שמא יצא מתחת למים מן הספינה אלא אמרינן שבודאי באו מים עד נפשו ומת שם וכעובדא דהמבי"ט והב"י ז"ל ומבואר בשו"ת ב"י בשם המבי"ט שגם הוא ז"ל אין דעתו להתיר אלא כששהו עליו עד כשת"נ והב"י אוסר בכל גווני אף שנטבעו עם הספינה מ"מ י"ל שמא יצא מתחת המים ושוב נזדמן לו דף או על ושט למרחוק ע"ש ולפי זה לדעת הפשטן שהיה סובר כסברת המבי"ט ז"ל דכיון שהיה בספינה לכך התיר רב ומזה הוכיח דלא

אמרינן בדדמי דאם לא כן י"ל דלמא לא שהו כש"נ מימר אמרי כיון שנטבעו בספינה שוב לא יצא משם ושם תהא קבורתו ובעל האבעי' דחה ליה דאף בכה"ג שהיה בספינה נמי בכלל מים שאל"ס כסברת הב"י ז"ל (ועיין בתשוב' הב"י שהמבי"ט ז"ל נדחק לפרש דהכא בספינה שאין לה חדר א"נ בספינה במקום שדורסים בה הספנין והב"י השיג עליו דאיכפל כל הני עובדי לאשמועינן בספינה שאין לה חדר כו' ע"ש וטפי הו"ל לאקשוויי דמ"מ תיקשו דמאי פריך ותסברא כו' דמנ"ל לאקשוויי דלמא באמת בספינה שיש לה חדר מיירי אע"כ דדחי ליה דבכל גוונא הוא בכלל משאל"ס וכמ"ש) ולכך ע"כ לאוקמי כגון דאסקינהו כו' ולפי"ז שפיר הקשה הרא"ש על הרי"ף דמשמע דאי לאו דק' נשים כחד דמיין שפיר התיר אע"ג דשייך בדדמי דבי תרי לא אמרי בדדמי לכ"ע רק כיון דנשים כע"א מוכח דל"ק לבדדמי כלל אף לבדדמי דהאשה וכל זה בהך עובדא שהיו באים בספינה שפיר שייך בדדמי אף בעדות טביעה משא"כ בההיא דטבע חסא שפיר כתב הרא"ש דאין שם חשש בדדמי דפשיטא דכל שלא שהה עליו לא יאמר בדדמי שמת דהתם לא מיירי בספינה שטבעהאו ע"י שבירת הספינה כדאיתא בדברי המבי"ט שם משא"כ בעובדא דשני ת"ח דלא נקט שנשברה הספינה רק נקיט שהיו באים בספינה וטבעו משמע שהספינה בשלימותה נטבעת ובוזה שייך בדדמי על הכרת הצורה דהא מוקי דקאמרי סימנים ולכך כתב הרי"ף למיפשט מהך דדגלת ואע"ג דהתם לא מיירי שבא בספינה ואפשר דמיירי שטבע סתם מ"מ לענין הכרת הצורה אין לחלק בזה כלל: שוב מצאתי בחדושי הרמב"ן שכתב וז"ל והא מים כמלחמה דמי פ"י מכיון שנשברה ספינתו בים איכא למימר בדדמי הלכך גבי ע"א לעולם לא מהימן אע"פ שאין האשה יודעת שנשברה ספינתו כדי שתאמין בו שמא יבואו עדים ויעידו כן ושוב לא תחקור על המיתה כו' ולכאורה מבואר מזה דע"י ששומעת שבירת הספינה לבד אומרת בדדמי אף שאינה יודעת אם שהו עליו אך לענ"ד דשם אח"כ תבריה לגזיזה שהרי כתב דאי לא אמרי סימנין לא סמכינן עליהו משום דחיישינן דלמא סמכא אתתא עלייהו משעה שתדע שטבע בעלה ולא דייקא אם אותו שעלה היה וה"ר למשיל"ס חיישי' שתאמר בדדמי משטבע ודאי מת ולא דייקא אם שהה עליו כו' הלכך אפשיט בעיין מעובדא דחסא אלא דאיכא למימר דבמשיל"ס אין אדם טועה לומר משטבע שוב אינו עולה אלא ממתנין עד שתצא נפשו אבל במשאל"ס הוא דאיכא למימר הכי הלכך בעובדא דחסא כיון דכי נשאת עשאוהו כמשיל"ס ע"א נמי מהימן בה דל"ח לבדדמי ואמרי' אפשר הוא דמששהה כשת"נ לא עלה עכ"ל.

והנה מ"ש אבל במשאל"ס הוא דאיכא למימר הכי ר"ל דשם אין עדות טביעה מועיל רק עדות בהכרה ושייך בדדמי דסברה כיון שנשברה ספינתו בים ושהו עליו שוב לא עלה ולא דייקא לידע אם בעלה היה שא"ל דר"ל דבשאל"ס שפיר חיישינן דלמא לא שהה עליו דא"כ מאי מתרץ מעובדא דחסא דנהי דעשאוהו כמשיל"ס לענין זה דלא ניחוש שמא עלה מרחוק אכתי איכא למיחש שהדעת טועה דשמא לא שהה עליו אלא ודאי דבכל גווני אין הדעת טועה בזה וכמש"ל כשיטת הרא"ש ג"כ ואע"ג דקאי התם לענין בדדמי דהעד ה"ה לענין בדדמי דהאשה כדכתיבנא ולפ"ז חזר בו הרמב"ן מ"ש בתחלה כיון שיתוודע לה שנשברה ספינתו תאמר בדדמי ולפ"ז הדק"ל על הפשטן דדדמי מים מלחמה דבס"ד מאי חשש בדדמי איכא במים שהרי לדידיה במשאל"ס נמי כל ששהה

מותרת לכתחלה ובזה ודאי דייקא ובהרמב"ן א"א לפרש כמ"ש דהוה ס"ד כסברת המבי"ט שהרי הרמב"ן מפרש דע"י שבירת הספינה מיירי ומבואר שם דבכה"ג גם המבי"ט מודה דדמי לסתם טביעה דאין חשש לבדדמי כדמוכח מעובדא דחסא: ונלענ"ד לפרש לשיטת הרמב"ן דלמאי דס"ל דלא אפשר מעובדא דחסא שאין אדם טועה לומר משטבע שוב אינו עולה אא"כ שהה כו' ע"כ לומר דלדעת הפשטן דסבר דבעדות טביעה לחוד מיירי ופשיטא דבהכי לחוד לא סגי דהא רבי גופיה חייש לקמן למחילה של דגים והאיך התיר כאן בפשיטות אלא על כרחך דמפרש שהנשים אמרו טבעו ומתו דבכה"ג במים שיש להם סוף אשתו מותרת כמ"ש הרשב"א דכיון שאפשר לעמוד על בוריו של דבר לעולם אינו מעיד אא"כ עמד עליו ושהה כו' ואח"כ מעיד עליו והפשטן היה סובר דגם במשאל"ס הדין כן דאמרינן מסתמא ראו אותם אחר פליטת המים שהרי אומרים סתם שמתו ולכך רוצה לפשוט מזה דסמכינן אמלתא דעל"ג לחוד דאל"כ אע"ג דאשה דייקא וידעה שנשברה הספינה ושהו עליו כו' מ"מ אין בזה מועיל כיון שלא תחקור על המיתה ממש אכתי מים שאל"ס נינהו ואפשר שנכנס למחילה של דגים או גלי אשפלוהי וכה"ג וע"ז קאמר ותסברה מים שאין להם סוף נינהו ואשתו אסורה ס"ל דאפילו תימא דאתתא לא אמרה בדדמי מ"מ העדות מצד עצמו אינו כלום דמה שאומרים שמתו היינו מחמת שראה שנטבעו ושהו עליהם ומחמת זה אמרי שמתו ובאמת שזה לא מהני וע"כ דמיירי דאמרי בפירוש אסקינהו קמן וכיון שזה לא נזכר בברייתא איכא למימר דבקאמרי סימנין עסקינן ובהכי ניחא ג"כ מ"ש הרשב"א על הרי"ף דמפרש בעיין בקברתיו דהא בס"ד בעדות טביעה לחוד מהימנא אלמא במת סתם איבעיא להו וכמ"ש לעיל דברי הרשב"א בזה ולפמ"ש ניחא דבאמת היינו קושיות הש"ס דפריך ותסברא כו' דמה שאומרים שמתו אמרינן דאמרי בדדמי לפי שראו הטביעה אומרים שמתו ומחמת הטביעה לחוד אין להתיר במים שאל"ס (אך בפשיטות יש ליישב קושית הרשב"א על הרי"ף דהמקשן הוה ס"ד שהנשים העידו שטבעו ושהו עליכם כו' דליכא גבייהו חשש בדדמי כלל כמו במלחמה אם אמר קברתיו ואע"ג דמשאל"ס נינהו היה הפשטן סובר דמותרת וקפשיט מזה דלא אמרינן טעמא משום דייקא ולעולם בעינן קברתיו דוקא).

ודאתאן עלה לענין אם שני עדים פסולין אומרים בדדמי לכאורה ממקומו הוא מורע שהרי התוס' והרז"ה והרא"ש דמפרשי ולכך מוקי דאמרי סימנים משום דאל"כ חיישינן לבדדמי שבדבר מועט יאמרו שאלו בעליהן של אלו ואע"ג דהתם השיא על פי נשים וא"כ י"ל דטובא הוה ול"ש בהו בדדמי אע"כ דמאה נשים כחד דמיין גם לענין בדדמי וכבר האריך בזה הרב המשיב נ"י אלא שלענ"ד גם מהריב"ל והמבי"ט לא נאמרו דבריהם בפסולי עדות המתכוונים להעיד דבהני שפיר חיישינן ודוקא בכשרים ממש שהאמינתו תורה וכמ"ש הרמב"ן במלחמות וכן מורה פשיטות לשון הרא"ש שכתב דבתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן אך דאינהו מיירי לענין שני עכו"ם מסל"ת דבכה"ג כיון דבלא"ה יש פוסקים דבמסל"ת ל"ש בדדמי א"כ אף להחולקים י"ל דוקא בחד אבל בתרי מודו ועי' בק"ע שהביא הב"ש דבריהם בקצרה ומיירי לענין מסל"ת אבל בשאר פסולין המתכוונים להעיד גם אינהו מודים (ועי' בשו"ת רמ"א סי' ק"ך מבואר להדיא דאף בשני פסולין חוששין לבדדמי) ועכ"פ בנ"ד שהרבה עכו"ם היו מסל"ת שזה הנמצא הוא אייזיק בעל האשה אף שאפשר ששמעו הטביעה יש לצדד להקל מטעמא דכתיבנא

וגם כי דעת כמה פוסקים להתיר בלא ראה הטביעה אפילו שמע הטביעה כמ"ש מהר"א ששון שכן דעת כל הפוסקים האחרונים הביאו בבאר היטב ג"כ אך בנ"ב כתב להוכיח דידע הוה כראה דאל"כ תיקשי על הרז"ה קושיית הרמב"ן דלוקמי עובדא דבת ת"ח בלא ראו הטביעה ולה יש סימנים ואם נימא דידע הוה כראה ניחא ע"ש ולענ"ד מהא לא אריא וי"ל לשיטת הרז"ה דהא הש"ס רוצה לפשוט דאינהו דעביד כר"י בן בבא והנה ודאי דהש"ס לא בעי לאוקמי דרבי כריב"ב עביד דא"כ לא היה צ"ל דחזינהו לאלתר ולפ"ז י"ל דהש"ס רוצה לאוקמי הך ברייתא אף לדעת הפשטן לקמן דלא ס"ל הך סברא דמיא צמתי או לשיטת הרי"ף דס"ל דדוקא ה' יומי צמתי ותו לא ואפשר שגם הרז"ה סובר כן דלא אשכחן דפליג על הרי"ף בהא וא"כ אי הוי מוקי לה שלא ראו הטביעה מה מועיל דחזינהו לאלתר דאכתי שמא הוא לאחזר שלשה ימים שנטבעו וע"כ לומר דמיירי שראו הטביעה וידעו שהוא תוך שלשה ימים ולכך התיר וכיון דע"כ בראו הטביעה מיירי טפי ניחא לי' לאוקמי שהנשים בעצמן ראו הטביעה ולא ניחא לי' לאוקמי אחרים ראו והגידו להם ולכך מוכרח לאוקמי דאמרי סימנים אך לפ"מ שאכתוב לקמן דאע"ג שראו התביעה אכתי י"ל דמנין לנו שאלו שלפנינו לא היו במים יותר מה' ימים דהא חיישי דהני אחרוני נינהו א"כ ע"כ הרז"ה לא ס"ל כמ"ש דאל"כ מנ"ל לחלק דלכך בעינן סימנים משום דראו הטביעה אמרי בדדמי דלמא לכך מוקי בסימנים דאל"כ חיישי שמא הוא אחר ג' לדעת הפשטן דלקמן או אחר ה' ימים לדעת הרי"ף אך בפשיטות יש ליישב קושיית הרמב"ן על הרז"ה דהא הש"ס קאמר ותסברא משאל"ס נינהו מבואר מזה שהפשטן היה סובר שלא העידו כלל על ההכרה רק על הטביעה וכמ"ש התוס' שם וא"כ למאי שרוצה לדמות הפשיטות אם לא נוקמא דקאמרי סימנים יצטרך למנקט היפך מדעת הפשטן ולומר דמיירי שלא ראה הטביעה רק העלאה ובזה י"ל שלא זז מדעת פשטן ולדבריו קאמר דאפילו תימא שראו הטביעה מ"מ איכא לאוקמי דאמרי סימנים ואפשר דהוה משמע ליה טפי לאוקמי שראו הטביעה דאל"כ לאיזה ענין נקיט שהיו באים בספינה וטבעו הא הו"ל למנקט רק שנמצאו מתים על שפת הים הכירום אלא ודאי שהנשים ה גם כן שראו הטביעה רק שהעידו גם כן שראו ההכרה וזה נראה כוונת הרז"ה במ"ש שלשון הגמרא מוכרח שאלו ראו הטביעה כו' ואם כן מוכרח לאוקמי דקאמרי סימנים ואם כן אין הכרח דידיעה הו"ל כראיה: וגם יש לצדד ע"פ מ"ש מהרח"ש דאפ"ל למ"ד ידע הטביעה הוי כראה היינו דוקא ידיעה אמיתית אבל אם לא ידע אלא מפ"י השמועה וקול הברה לא ונ"ד נמי מנין לנו לומר שאלו המכירים ידעו ידיעה אמיתית מהטביעה וכ"כ ג"כ הרב המשיב נ"י ואף שלכאורה יש לפקפק בסברא זו דמה בכך דסיים הוא חושב בטביעתו של זה ואמר בדדמי אך יש להביא ראיה לזה ממה דקשיא ליה להרמב"ן על הרז"ה דנוקמי עובדא דת"ח בלא ראו הטביעה ואם נימא דע"י קלא הוי כראה לק"מ דהא אמרינן לקמן דף קכ"א הא דאמור רבנן כו' אבל צורבא מרבנן אם איתא דסליק קלא אית ליה למלתא וכן אמרינן חסא גברא רבא הוא כו' וא"כ י"ל דגם לענין הטביעה מסתמא קלא אית ליה וכיון דעובדא הוי בב' ת"ח שטבעו מסתמא קלא אית ליה ומסתמא ידעו הנשים מהטביעה ואע"ג דהש"ס מסיק דלא היא ל"ש צורבא מרבנן כו' י"ל דהיא לענין להשיא לכתחלה אבל מ"מ לחומרא חיישינן דקלא אית לה ועוד דהש"ס בעי לשנוי אף לרב אשי ולא"ד אליבא דר"נ דס"ל הך סברא דקלא אית לה ולרב מוקי דקאמר

סימנים דא"ש לכ"ע וא"כ לא מקשה הרמב"ן מידי אלא ע"כ דהרמב"ן סובר דבכה"ג דאינו רק קלא בעלמא לאו מלתא היא ולא אמר בדדמי בשביל זה ושיטת הרז"ה בזה ליישב קושית הרמב"ן כמש"ל אבל יש לדחות דע"כ לא קאמר ר"נ ורב אשי הך סברא רק לענין אם איתא דסליק קלא אית ליה כיון שהוא חי וישנו בעולם בוודאי היינו יודעין ושומעין היכן הוא תוקע וכדאמרינן שאני רבנן דפקוע שמייחו וכיוצא בזה כתב ג"כ בתה"ד (ואפשר ליישב בזה מ"ש לעיל דהאיך ס"ד דהפשטן דרבי התיר במשאל"ס ולפמ"ש י"ל דהפשטן היה סובר דמוכח מזה כרב אשי והא"ד אליבא דר"נ והכא דמיירי בת"ח שפיר התיר רבי והמדחה ותסברא כו' ס"ל כמסקנת הש"ס דל"ש צורב' מרבנן כו') אבל לענין הטביעה י"ל שבלי נשמע קולם של סופרים כשנטבעו וא"כ שפיר מקשה הרמב"ן דהא מצינן לאוקמי שהנשים לא שמעו הטביעה כלל וגם מעובדא שכתב החלקת מחוקק שיצא קול שנטבע פנחס כו' אין מזה ראייה אע"ג דהח"מ קרי ליה לא ראה הטביעה משום דשאני התם שאח"כ נתפשט הקול ששקר הקול הראשון שפנחס לא נטבע ולדלמא דשמע בהא ולא שמע בהא ל"ח וגם דהתם לא היה רק מחמת אומד הדעת לבד כמבואר שם ואפשר דבכה"ג מיירי מהרח"ש אבל היכא שיש שראו שנטבע והוציאו קול לחפש אחריהם י"ל דהוי כידעיה אמיתית אך בנ"ד י"ל דכיון דגם הרואים גופייהו לא ראו ראייה אמיתית רק סימנא בעלמא שהכירו ע"י היארמאלקי שלו וגם יש לספק דאפשר הערלים המכירים לא הגיע לאזנם השמועה על בוריו רק קול הברה לבד ואפשר שלא שמעו כלל אע"פ שיצא הקול מ"מ לא מיקרי לגבייהו ידיעה אמיתית כלל ומועיל הכרתם בזה אך מה שיש להסתפק בזה לפי מה שמבואר בגב"ע דשעת מציאתו היה אחר נפילת המים ועי"ז מצאו העכו"ם מאליו בלא חיפוש כלל א"כ יש לחוש שמא בשעת מציאתו כבר עברו כמה שעות משעה שנעתקו המים ונחסרו ממקום שהיה מונח שם שהרי בשעת מציאתו ודאי שלא צפו מים על ראשו שאל"כ לא הוה שלטה ביה עינא דעכו"ם זה שמצאו וחי' הו"ל ספק אשתהי וקי"ל בספק אשתהי לחומרא ולענ"ד יש להביא ראייה לזה מהא דנקיט הש"ס גבי עובדא דת"ח דחזינהו לאלתר ובהיא דדגלת קאמר דחזי' בשעת' ועיין בשו"ת הריב"ש ובנ"ב עמד על דקדוק לשון זה ונלענ"ד דהנה בעובד' דת"ח משמע דמיירי שאין הנטבעים לפנינו רק שהנשים אומרים אסקינהו קמן א"כ אם לא היו שם לאלתר בשעת העלאה הרי יש לחוש דלמא אשתהי קודם ראייתן וספק אשתהי לחומר' וע"כ לומר שהנשים מעידים שהיו שם בשעת פליטה ומסתמ' כל שהיו בשעת פליטה היתה ההכרה מיד כמ"ש מהרי"ט ח"א סימן קל"ח וקל"ט ודחיקא ליה לאוקמי שאחרים היו שם בשעת הפליטה שהגידו לנשים שלא היה שהות שיעור שעה דטפי מסתבר לאוקמי בכה"ג שהנשים בעצמם עיניהם הרואות שפלטו הים אבל בהיא דדגלת משמע שהיה המת לפנינו דאסקוה אגישר' ואסבא רבא לדביתהו אפומא דשושבינן שבא בתוך שעה להעלאתו והכירו ובאמת השושבין לא היה כלל בשעת הפליטה ולכך נקט לישנא דחזייה בשעתיה אך מה שיש לצדד בזה שהרי התוס' ורוב הפוסקים ס"ל להקל בספק תוך ג' ימים ובהרבה תשובות סמכו על זה להלכה וכתבו שכן פשטה הוראה ואף על פי שהר"ן כתב דגם התוס' מודים בספק אשתהי זיל בתר טעמא שביאר שם הר"ן שאין הדבר מצוי שיראנה בתוך שעה לפליטתו ולפי זה בנ"ד שלא פלטהו המים רק נמצא במקום טביעתו סמוך להרחיים העומדים שם והכותי

שהוציאו משם הוא יושב ממולו ועיניו לנוכח יביטו כדרך הנכרים העושים מלאכה במים רבים ובכל שעה הם מקיפים הרחים סביב שלא יכזבו מימיו וכיון שהמים היו הולכים הלך וחסר מיד כשנתגלה יכול להיות שראוהו ודבר מצוי הוא שיראנו אף בתוך שעה ואף דמ"מ ספיקא הוי דשמא לא ראוהו בתוך שעה וגם אולי הערלים אשר התאספו שמה והכירוהו לא חזו ליה בשעתא דאסקוהו מ"מ זה דומה לספק תוך ג' ימים דאזלינן לקולא ונפלאתי על הגאון בעל נ"ב ז"ל שכתב בסימן כ"ט לענין ספק תוך ג' וז"ל וכבר ידוע כמה החמיר הרב חלקת מחוקק בספק זה בס"ק מ"ז כו' וכ"כ שוב שנית בסימן ל"ב וז"ל וכבר ידוע דברי הח"מ בס"ק מ"ז שפלוגתא זו דומה ממש לב' כיתי עדים כו' ובמחילה מכ"ת כי רב הוא אגב שיטפ"י רהיט ליה בין פלוגתא דר"ת והרשב"א לענין ספק תוך ג' ובין פלוגתא דר"ת עם הרמב"ם והרשב"א ושאר פוסקים לענין בודאי אחר ג' אלא שלא נחבל בפניו וכמבואר למעיין בח"מ בס"ק מ"ז דאדרבה בספק תוך שלשה דעתו להקל רק לענין פלוגתא האחרת מחמיר וכן בתשובה שניה ובס"ק ק"ח מבואר להדיא שדעתו להקל בספק תוך ג' והך ספיק דהכא לספק תוך ג' דמי ויש להקל בו: איברא שיש לעיין קצת דבאמת י"ל בטעמא דהתוס' שהקילו בספק תוך ג' תרי טעמי חדא דחששא שמא נתפח הוי דרבנן ואזלינן להקל וכ"כ הרשב"א טעם זה ועוד י"ל דיש לנו לאוקמי אחזקת חי והשתא הוא דמת וכמבואר בדברי האחרונים והשתא להך טעמא דנתפח הוי ספיקא דרבנן שפיר יש להקל גם בספק אשתהי כגוונא דנ"ד שמצוי שיראנו תוך שעה אבל אם נאמר דשמא נתפח הוי חששא דאורייתא רק הספק דתוך ג' מוקמינן אחזקת חי א"כ אף שאמרו להקל בספק תוך ג' מ"מ בספק אשתהי ל"ש זה ואף דהוי ספק השקול ספיקו לחומרא ולהאי טעמא ניחא לי מה דקשה לכאורה על הריב"ש סי' שע"ז ושע"א שכתב די"ל דאי לא אשתהו ג' ימים במים אף דאשתהי יותר משעה ביבשה אפשר דמהני עדותו ושוב דחה סברא זו מטעם דהרמב"ן והרשב"א לא ס"ל הכי ובפשיטות הו"ל לדחויי דמנין לנו שהוא תוך ג' אע"פ שראינו מכלוף תוך ג' מ"מ הא אנו חוששין שמכלוף חי ואחר הוא זה שנשתהה במים הרבה ונשתנו פניו וכ"כ הריב"ש גופיה לגדול שכנגדו שרצה להמציא צד קולא לפי הגרסא ברמב"ם ד"ד שעות והשיב הריב"ש ע"ז וז"ל ואפילו לדבריך הלא הספק שלנו שאין זה מכלוף אלא אדם אחר כו' ע"ש וה"נ הול"ל הכי לענין שהה ג' במים ול"ל לדחויי מטעם דהרמב"ן והרשב"א לא ס"ל הכי וא"ל דלענין תוך ג' הוצרך לומר דאפי' להפוסקים המקילין תוך ג' מ"מ יש להחמיר מטעם דהרמב"ן והרשב"א דס"ל אפי' לא אשתהי ג' ימים במים ואשתהי שעה ביבשה אין מעידין משא"כ לענין אשתהי שפיר כתב דהא יש ספק שמכלוף חי עדיין כו' משום דס"ל כסברת הר"ן רבי' דספק אשתהי לחומרא אבל ז"א דזיל בתר טעמא שאינו מצוי שיראנו תוך שעה א' שנפלט מהמים והיינו כיון שהוא זמן מועט אין תולין בזה וא"כ כיון דהריב"ש שם קאי להך סבר' דכ"ד שעות בעינן א"כ שוב שפיר יש לתלות אף בזה שראוהו בתוך ד"ד כמו בס' תוך ג': אך לפמ"ש יש ליישב דברי הריב"ש דס"ל בטעמא דמקילין ספק תוך ג' משום דמוקמי' בחזקת חי ואזיל בשיטת הר"ן רבי' פ"ק דחולין גבי גבינות כל שע"כ קודם לזמן מציאה יצאה מחזקתה ואין יודעין כמה אוסרין אותה למפרע וכעין שאמרו בכתמים כו' ע"ש ולפ"ז בספק מת או נהרג תוך ג' אמרינן השתא מת או נהרג ומתחלה שפיר החזקנוהו בחזקת חי ואין כאן חזקה בטעות משא"כ

בספק אשתהיך"ד שעות שכתב הר"ן שאינו מצוי שיראנו תוך שעהאחר פליטתו א"כ כשנמצא זה מוטל מת על שפת הים סתמא דמלתא שכבר עברה שעה שנפלט מן המים אם כן הא קמן שהיינו מחזיקין חזקה זו בטעות שע"כ קודם לזמן המציא' יצא מחזקתו ואין אנו יודעין כמה אמרינן שמא יצא מחזקתוך"ד שעות ויותר וכ"כ הפ"י בגיטין דף י"ז במ"ש התוס' דלא אמרינן אוקמא אחזקת א"א דהרי הוא גרושה לפנינו ע"ש אך באמת ז"א דלפי סברת הר"ן גבי אשתהי שאינו מצוי שיראנו תוך שעה לפליטתו גם בהרוג יש לנו לומר שאינו מצוי שיראנו תיכף תוך שעה להריגתו ועוד דגם לענין ספק אם נשתהה ג' ימים במים גם כן יש למיזל לחומרא כיון שעתה מצאו על שפת הים ומסתמא הוא לאחר שעה אם כן יצא מחזקתו זמן מה ויש לנו לומר כמו דעתה מת כך היה מת קודם ג"י ואשתהי במים או ביבשה וגם כי משמע מהריב"ש שלא דיבר בזה לדעת המקילין תוך ו' ע"ש דדחה דברי שכנגדו שכתב שמא לא נטבע רק נהרג או מת על שפת הים ועל זה כתב שאם נאמר כן הרי יש לחוש שמא מת או נהרג קודם ג' והרשב"א הניח הדבר בספק ואם כן בהך סברא גופיה הו"ל למדחי הך סברא דאף שנא' אם לא ישהה במים ג"י יש להתיר היינו דוקא בידוע שזהו שנטבע תוך ג' כגון ששלשלוהו לים והעלוהו תוך ג' וכה"ג אבל בלא"ה אין להתיר דשמא בעל האשה אזיל לעלמא וזה הנמצא אשתהי במים הרבה וזיו אנפוהו אשתני ואדמי לצורת בעל האשה זו ודברי הריב"ש צ"ע: ולפי מ"ש נתיישב לנו קושיית הט"ז ביו"ד והביאו הב"ש דהמחמירין ספק תוך ג' למה לא מוקמי ליה אחזקת חי ולפי מ"ש י"ל כיון שאינו מצוי שיראנו תוך שעה למיתתו או להריגתו וכמ"ש הר"ן סברא זו לענין פליטה ממים אם כן הרי יצא מחזקתו זמן מה טרם נודע לנו ובכה"ג הרשב"א לשיטתו גבי גבינות דלא מוקמינן אחזקה והתוס' לשיטתם דלא ס"ל הך סברא גבי גבינות הלכך שפיר מקילינן בספק תוך ג' משא"כ באבלות ששמעו בו שמת ואין ידוע אם הוא עדיין תוך למ"ד י"ל דכיון שהדבר מבורר במקומו אימתי יצא זה מחזקת חי אע"פ שבכאן לא נודע לנו ואיכא למימר השתא הוא דמת לא דמי לגבינות והרבה יש לי לישא וליתן בדברי הט"ז ואא"ז הגאון בס' בכור שור במ"ק והח"צ בתשובה והנ"ב ולפי שבנ"ד אין כאן חזקת חי קצרת: ולכאורה היה אפשר לומר דבנ"ד נהי דליכא חזקת חי מ"מ יש כאן חזקה כמו שהיה מכוסה ושוטף במים אז כמו כן עתה והשתא הוא דחסר וניתק לראיה אך באמת ז"א כיון שכן דרך להיות חוסר ומתמעט אמרינן דחסר ואתאי וכמ"ש הר"ן בתשו' סימן במקום שהוחזק להיות מימיו מתמעטין כו' והביאו הב"י בי"ד סימן ר"א ומ"מ נלענ"ד לפי מה שמבואר מדברי רבינו בצלאל בתשובה דאע"פ שהמסל"ת לא הגיד בפירוש שהיה מונח במקום שגלי הים שוטפים רק אמר שנמצא על שפת הים מסתמא זרם המים שטפוהו ומחלק דדוקא באסקוה אגשרא שהוא יבשה ממש בכה"ג אי אשתהי תפח כו' וע"ש שכתב דהר"ן בתשובה מיירי שראוהו ביבשה במקום שאין גלי הים מגיעים מש"ה החמיר הר"ן ע"ש ולפי זה בנ"ד נראה דאף לאחר שנתמעטו המים מ"מ קרוב הדבר שמשבריו וגליו עברו עליו ומצמת צמתו ליה ומ"מ צ"ע דאפשר דדוקא בים דשכיחי גלים כי יהמו יחמרו מימיו ודרכם להיות עוברים ושוטפים על שפת הים אבל בנ"ד דנהר בעלמא הוא ובפרט בעת שתחסר והולך אפשר דמחום מציאתו הוה דוכתא דליכא מיא ושטף מים רבים אליו לא הגיעו וגם דעדיין יש ספק שמא נשתהו יותר משעה בעסק

הוצאתו מן המים ולכן העכו"ם אשר נקבצו עדין ואמרו שהוא זה הנקרא אייזק לא הכירוהו דמתפח תפח וחזקת חי ליכא: אך יש לצדד ולומר שאף דמחמירין בספק תוך ג' אפשר שידו בנ"ד והוא משום דהא ודאי הנך פוסקים סוברים דאין כאן חזקת חי או מטעם שכתבתי לעיל או מטעם שכתב הט"ז שם או מטעם שכתב הב"ש דמת זה כיון דלא ידענו אותו ל"ש לאוקמי אחזקתו והגאון בנ"ב פקפק בזה דמה בכך שלא ידענו אותו כיון שעכ"פ חי קודם שמת יש לו חזקת חיים ועדיין הוא חי והאריך לפרש דברי הב"ש ודחאום ע"ש וכבר כתבתי בתשובה א' לתרץ מה שהקשיתי בגט הנמצא דחיישינן שמא מיב"ש אחר נפל הא אמרינן בזבחים סתם אשה לאו לגירושין עומדת וא"כ אשה זו שנשלח לה גט מיב"ש זה איתרע חזקתה שהרי אנו יודעין בודאי שנשלח לה גט משא"כ אשה אחרת של יב"ש אחר מה"ת נוציאנה מחזקתה נימא דמסתמא לאו לגירושין עומדת וישבתי הדברים ע"פ סברת הרמב"ן שהביא הרשב"א והר"ן בגיטין דף ס"ג גבי האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה כו' וכתבו בשם הרמב"ן ז"ל דאע"ג דאיכא לקרובות חזקת פנויה מ"מ אין חזקת הקרובות שאין באות לדון בפנינו מועלת לזו כו' וא"כ ה"נ אע"פ שיש לנו להעמיד אשת יב"ש אחזקתה ולומר דלא נשלח לה גט דמסתמא לאו לגירושין קיימא אין מועלת לאשת יב"ש זה כיון דזו אינה באה לדון בפנינו והבאתי לזה ראיה ברורה ג"כ מבכורות דף ק"ה וכ"כ רש"י בכתובו' דף ע"ו דחזקת הגוף דאשה לא מהני לגבי האם: ולענ"ד זה כוונת הב"ש ג"כ שעל אשה זו אנו דנין ואומרים יש לה חזקת חי והוא חי עדיין ואע"פ שגם אחר יש לו חזקת חי וא"כ נאמר שזה הנמצא לפנינו השתא הוא דמת מ"מ אין חזקה מועלת לאשה זו שאנו דנין עלי' ואיך שיהי' חזקת חי עכ"פ אין כאן וא"כ אדרבה נשאר חזקה דהשתא דהרי מת לפניך ואמרינן שמת קודם ג' ולפי"ז י"ל דגם הפוסקי' המחמירין תוך ג' סוברים דחששה דנתפח ספיקא דרבנן הוא מ"מ אזלי בתר חזקה דהשתא וכמ"ש הט"ז והח"צ דחזקה גמורה היא שעת מציאתן משא"כ בנ"ד נהי דבהך ספיקא אי אשתהי אין כאן חזקת חי מ"מ גם חזקה דהשתא ליכא דמה בכך שהוא מת לפניך ואמרינן שמת זה כמה מ"מ י"ל שאחר נפילת המים נראה מיד לעין ולא אשתהי כלל ובכה"ג שמצוי הוא שיראנו תוך שעה אמרינן חששא דנתפח דרבנן וספיקו להקל: ועוד נראה לפום מה דכתיבנא דכאן לא מיקרי ראה הטביעה א"כ יש בזה כדי לצרף דעת הטור דס"ל דהיכא דלא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר ואף שהפוסקים חולקים ע"ז י"ל דדוקא בודאי אשתהי אבל בספק אשתהי שפיר מצרפינן דעת הטור להקל: והנה בנ"ב הקשה על הטור דהא האי דדגלת בלא ראה הטביעה מיירי דאל"כ מנין אנו יודעין שהוא אחר חמשה ימים וממ"נ למאן דמיקל מנ"ל למפשט כר"י ב"ב כו' וע"כ שזה הנטבע הוכר ע"י סימנים שהוא אותו שהועלה וא"כ ע"כ שהושבין לא ראה הטביעה כו' ע"ש.

ולכאורה יש לדון בדבריו דניחא ליה היכא שיש סימנים דאכתי למה לא נאמר כיון שמשאל"ס הוא שמא עלה אחר טביעתו ונטבע שנים ועדיין אין כאן ה' ימים כמ"ש בקושייתו להמקילין בספק תוך ג' וצ"ל דאם אין כאן סימנים ע"כ שידעינן שראובן נטבע א"כ אם אנו רוצים לאסור אשתו ע"כ לומר שעלה ובזה קשיא ליה לו יהא שעלה חי לפנינו כיון שענתה הכרת פנים ענתה בו שהוא ראובן נאמר שננטבע שנים תוך שלשה ימים אבל אם אין ידוע בשעת הטביעה מי הוא רק שיש סימנים שזה שננטבע הועלה אין

לנו לתלות לקולא שעלה ונטבע שנים כיון שרוב הנטבעים במשאל"ס אין עולים לא אזלינן בתר מיעוטא דטעם המקילין בספק תוך שלשה ימים משום דשמא נתפח חששא דרבנן או משום חזקת חי וזה דוקא היכא שאין סותר הרוב משא"כ בזה שרוב אינם עולים אמרינן שמא אחר הוא שנטבע ולא עלה ובודאי הוא אחר ג"י ונשתנה לפרצוף פנים של ראובן: וראיתי בדברי המשיב דמתרץ קושית הנ"ב ע"פ מ"ש בשו"ת כנסת יחזקאל דאם כשתאמר שבעל האשה זאת נהרג איכא רגלים לדבר שנהרג קודם ג' ימים או אין להקל בספק תוך ג' וה"נ רגלים לדבר שזה נטבע ה' ימים ומונח מאז במים דרחיקה מלתא שאז ניצול ואחר ב' או ג' ימים חזר ונטבע ואין מקום לקושית שעשה הנ"ב דאם בודאי עלה היה מותר משום דהרי אין כאן טביעה כלל וכשנמצא אח"כ איש במים וניכר שהוא ראובן תלינן שהוא תוך ג' משום דאין לנו שום רגלים לדבר שנטבע שום אדם קודם ג"י משא"כ כשלא ראינוהו עולה הרי רגלים לדבר שעברו ה' ימים א"כ יש לחשוב שמא אחר נטבע כו' עכ"ד: ואני תמה כיון דאזיל ומודה שאם נטבע ועלה חי ושוב נמצא בפרצוף זה אמרינן האי דנפיק היינו דעל ונטבע שנית ולא אמרינן כיון שניצל פ"א מסתמא לא חזר ונטבע ורגלים לדבר דהאי אזיל לעלמא וזה הנטבע אחרינא הוא אלא כיון שע"כ אחד מאנשי העולם נטבע כאן אין זה יוצא מהכלל דאטו בשביל שהיה פעם אחת במים וניצול כבר הוא מובטח להנצל משטף מים אלא תלינן בפשיטות שחזר ונטבע שנים ולפ"ז אם באנו לומר שיש רגלים לדבר שהוא בתוך ה' ע"כ שהרגלים לדבר הוא דמסתמא זה הנטבע לא עלה כיון שרוב הנטבעים במשאל"ס אין עולין וכל שאתה תופס הרגלים לדבר לעיקר שוב א"צ להכרה כלל כיון שידוע לנו שהנטבע היה בעל האשה ואם באת לאסור האשה ע"כ אתה צריך לתפוס שעלה וזה קושיית הנ"ב לו יהא שעלה ואין הנדון דומה למ"ש הכ"מ דשם אין הרגלים לדבר לקרב היתרא של האשה כלל רק לומר שאם זה האיש ממילא שנהרג קודם דאל"כ היה בא ליום הכסא לבית התפלה אבל אין זה צד הוראה על מיתה כלל רק על זמן המיתה משא"כ הנך רגלים לדבר דמשאל"ס שנאמר דרגלים לדבר כיון שנטבע לא עלה פשיטא דאין מקום לעשות מקולא חומרא ודמי ליצא הקול איש פלוני נהרג ועדיף מינה ואין לך ממ"נ גדול מזה דאם תאמר שלא עלה שריא איתתא דא מחמת הטביעה ואם תאמר שעלה שריא מחמת ההכרה כמו כל נטבע ועלה ואח"כ מצאנו איש אחד בפרצוף זה דתלינן שנטבע שנית וה"ה בזה שלפי מה שאתה רוצה לאסור האשה אתה אומר שעלה א"כ אנו אומרים שחזר ונטבע שנית אמנם אפילו תימא דזה לא שכיח שאותו הנטבע מקרוב יחזור ויטבע שנית בתוך ימים אחדים וגם בעלה ממש דיינינן הכי ואמרינן רגלים לדבר שאחר בא לכאן שנטבע קודם ג' ימים ונדמה לראובן מ"מ שפיר קא מוטיב הנ"ב דהא צריך להבין לתירוץ הנ"ב שהוכר ע"י סימנים שזהו שנטבע לפני ה' ימים ולכאורה מה בכך דהא במשאל"ס דקי"ל אשתו אסורה היינו מטעם דשמא גלי אשפלוהו או נכנס למחילה של דגים ואח"כ עלה משם ויצא למרחוק ולפי זה בכאן נהי שידוע לנו ע"י הסימנים שהנטבע לא עלה מ"מ מנין לנו שהוא אחר ה' ימים למיתתו שמא שני ימים או ג' ימים היה מוטרד מגל לחבירו עוד נשמתו באפו ולבסוף לא הקיאו ליבשה אלא שטף ועבר עליו ונטבע ומת או עמד במחילה של דגים ב' או ג' ימים ואח"כ שטף מים רבים אליו הגיעו ובצאת נפשו כי מת צף ובא לכאן ועדיין הוא תוך ג' ימים למיתתו וע"כ לומר דאי איכא סימנים

שזה שנטבע לפני ה' ימים הוא שהועלה א"ש כיון דרוב הנטבעים במשאל"ס הם מתים מיד כי ישובו המים ויכסו עליו ואינם שוהים יותר מכדי שת"נ דאל"כ שיעור ששהה כשת"נ מה אהני ליה אלא ודאי דרובא הכי איתנייה שהם מתים אחר ששהה שיעור זה תחת המים ומיעוטא הוא שמזדמן להם גל או מחילה של דגים ולכך תלינן בזה להקל ואמרינן דמסתמא מת בשעת טביעה אחר ששהה כשת"נ וא"כ חלפו עברו מאז עד עתה יותר מג' ימים ושפיר מייתי הש"ס מהנך עובדי למפשט דעביד כריב"ב וכ"ז אם לא נודע מי הנטבע עד שעת הכרה ומספר ימיו ידוע מחמת הסימנים שזה הנטבע הועלה אבל אם ידוע לנו שבעל אשה זו נטבע וע"כ אין כאן סימנים א"כ קשה להמקילין בספק תוך ג' דמאי קפשיט מהנך עובדי דמנין לנו שהוא אחר ג' דלמא הוא בעל האשה שנטבע ואעפ"כ הוא תוך ג' דהא לדבריך שאתה רוצה לאסור ע"כ לומר דגלי אשפלוהו או נכנס למערה של דגים ושוב עלה אני אומר כדבריך כן הוא שחי עוד איזה ימים על פני המים אבל לא עלה אלא מת שמה ועדיין אין כאן ג' ימים וספיקו להקל ולכאורה אפשר לומר לפי מ"ש לעיל טעמא דהמקילין משום חזקת חי ואמרינן שחי עד עתה וזה מקרוב מת וא"כ בזה שנטבע במשאל"ס אזיל ליה חזקת חיות ואמרינן דתיכף שנפל למים מת אבל זה טעות דאדרבא מה"ט גופא יש להקל טפי שבעל האשה זו ידוע לנו שנטבע כאן ואזיל ליה חזקת חיות וחזקת א"א ואנן ניוחש לאחר שנטבע קודם ג' ימים ומאי דאמרינן דאזיל חזקת חיות מחמת הטביעה מהני למעליותא אבל אינו מחריב בה לגריעותא שלדבריך שאינו רוצה לתפוס הרוב ממילא אנו מתירין מחמת ההכרה ואמרינן שהוא תוך ג' שחי איזה ימים במים על ידי טרדת גלים וכיוצא ולפי עיקר הטעם שכתבו הפוסקים משום דנתפח ספיקא דרבנן פשיטא דבכה"ג אזלינן לקולא וכמ"ש: ואמנם קושיית הנ"ב על הטור פשיטא דלק"מ שהרי הטור כתב דבעינן תרווייהו שיהא גופו שלם וגם לא ראה הטביעה ולעיל מיניה גבי אחר ג' ביבשה כתב ג"כ דאם גופו שלם מעדין עליו וא"כ ע"כ דס"ל לתרץ מה שהקשו על ר"ת דמאי קא פשיט מהך דדגלת דלמא ש"ה שגופו שלם היה כמ"ש הפוסקים שהיה ידוע להש"ס דהמעשה כי הוה באין גופו שלם הוה וא"כ אף דהך דדגלת מיירי בלא ראה הטביעה מ"מ כיון דלא היה בגופו שלם רק פרצוף פנים וחוטם בלבד הוצרך הש"ס לפרש דוקא דחזיא בשעתיה אך קושיא זו נופלת לפי מה שכתבתי לקמן דדעת הרא"ש לדחות חילוק ר"ת וס"ל דכל שלא ראה הטביעה שפיר מעדין עליו בכל גווני וא"כ קשה קושיות הנ"ב דהא מוכח דהך דדגלת בלא ראה הטביעה ונלענ"ד ליישב דודאי ס"ל להרא"ש דמיירי בגוונא שידוע לנו שזה הנטבע לא עלה דאל"כ מנ"ל להש"ס לאתויי מהנך עובדי דעביד כריב"ב דלמא ע"כ לא מחמרינן במתני' אלא היכא שידוע ודאי שהוא אחר ג' משא"כ בזה דאיכא למימר שאחר שעלה נטבע שנית או שלא עלה אלא גלי אשפלוהו איזה זמן או נכנס למחילה של דגים וזה מקרוב שנטבע אף דרובא הנטבעים מתים אחר שהיה כשת"נ מ"מ כיון דחששא דנתפח אינו רק מדרבנן מקילינן ביה ומוקמינן ליה בחזקת שהיה חי עד עתה ומכ"ש אם נימא דהשושבין המכירו ראה הטביעה דאדרבא הך רובא דנטבעים להתירא הוא ולכן ס"ל דגם הך דדגלת מיירי כגון שידוע שזה הנטבע לא עלה בינתיים כגון ששקעה ספינתו בדגלת והעלוהו עם הספינה דודאי אחר ששהה כשת"נ מת שם בתוך ספינתו או ששללוהו לשם וכיוצא בזה וא"ל דא"כ פשיטא דאיתתא שרי שהרי השושבין ראה

הטביעה י"ל דא"ש ע"פ מ"ש בשו"ת פ"י חלק אה"ע סימן ח' די"ל דכי אשתהי אפילו סימנים מובהקים אינם מועילים משום דאמרינן אם איתא דזהו הנטבע שראיניהו בחייו בט"ע זה היה לו להשתנות לט"ע אחר ע"ש והנה גבי אשתהי ודאי לא ס"ל להרא"ש הך סברא לפמ"ש לקמן דס"ל להקל בלא ראה הטביעה אפילו אשתהי שרי אלא דלא ס"ל דאמרינן ודאי תפח רק דמ"מ היכא שהוא לאחר ג' שפיר י"ל דס"ל להרא"ש כסברת הפ"י בזה דאם איתא שהוא האישי היה לו להשתנות ולפ"ז פריך הש"ס שפיר דבס"ד דלא ידע דמי' צמתי ואחר ג' ימים דינו כיבשה א"כ אע"פ שהשושבין אומר שהכירו בשעת טביעה ובשעת העלאה שזהו בעל האשה אין להאמינו כיון שידוע בבירור שהוא אחר ג' ודאי אחרינא הוא דאל"כ היה לו להשתנות והך סהדא שיקרא הוי ושמא נדמה לו שבעל האשה היה הנטבע ואינו כן ואחר היה שנשתנה עתה פניו לצורת בעל האשה ולפי שהיה דמות דיוקנו דומה לו במקצת נדמה לו בשעת הטביעה כי זהו האישי ואפילו תימא דסימנים מובהקים ודאי מועילים ודלא כסברת הפ"י משום דזמנין אינו משתנה אחר ג' וכמ"ש קצת פוסקים שהחוש מעיד כן (וכ"כ הרא"ש לענין אם אינו נחבל בפנים וא"כ אף דע"כ הא דדגלת בנחבל בפנים הוה דאל"כ לא הוה פשיט מידי מ"מ אנו רואין שאינו ודאי שנשתנה) מ"מ י"ל דרובא הכי איתא וכמ"ש הרשב"א בחידושו וע"א א"נ נגד הרוב ומכ"ש בצירוף חזקת א"א והלכך פשיט מינה דעביד כריב"ב אלא שלענ"ד אין סברא זו עולה יפה להמקילין תוך ג' משום החששה דנתפח ספיקא דרבנן משמע דאף בודאי אחר ג' ניכר היטב מדאורייתא ולקצר אני צריך: ומ"מ נראה דאפילו תימא כהנ"ב דהשושבין ידע הטביעה וידיעה הו"ל כראיה מ"מ י"ל דהתם ידע ידיעה ברורה שפיר מצרכינן לאלתר דוקא משא"כ בנ"ד שאין זה רק אומדן דעת לכד מה שהיה ניכר להם היארמילקי ואף גם בזה נראה מדברי הרב המשיב שלא היתה ההכרה בט"ע רק שידעו שהיה מהלך ביארמילקי כזה והוי כמו כליו בחיורי וסומקי וגם העכו"ם בעל הרחיים שסיפר מן השמיעה לא שהה עליו כלל וגם אולי לא הגיע לאזניהם הקול שנטבע האישי אייזיק ובכה"ג לא מיקרי ידע הטביעה וראיתי שגם הרב המשיב נ"י כ"כ דבכה"ג לא מיקרי ידע הטביעה כיון שאין זה ידיעה ברורה וכדברי מהרח"ש ז"ל ויש להקל עכ"פ בספק אשתהי לדעת הרא"ש והטור ז"ל ועמ"ש בתשו' סי' הארכתי בביאור דברי הרא"ש וטור ושאר פוסקים: ומלבד כל אלה יש לנו על מה שנסמוך שהרי מבואר בגב"ע שהעיד ה' ברוך שראה בחייו כ"פ שהיה בראשו קנייטשין כמו פאלבין שבבגד וראה בנטבע זה שהיו הקנייטשין אלו כמו שהיה בחייו וגם צמצם מקומם שהיו למעלה מן המוח צוא דעם מיט קאפ וגם מוהר"ר צבי העד על הקנייטשין אלא שלא הזכיר המקום בצמצום ולענ"ד זה סימן מובהק הוא ואין זה דומה לצלקת שנסתפקו בה קצת משום דצלקת בא ע"י סיבה המצויה לפרקים משא"כ להיות קנייטשין בראשו כמו פאלבין שהוא בא ע"י סיבה רחוקה וכמבואר בדברי העד מוהר"ר צבי שבא לו ממכת סוס זה זמן רב ונשארו קנייטשין אלו וכיון שהוא דבר זר ורחוק אפילו תימא שזה שאומר ה' ברוך שהיה למעלה מהמוח לא מיקרי צמצום מקום מ"מ הוי סימן מובהק מצד עצמו וגם אפילו ל"ה רק סימן אמצעי מהני לצרף להעכו"ם מסל"ת אפילו אם נימא דהוי כידעו הטביעה והמבואר מדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים וכבר האריך בזה הרב המשיב נ"י ויפ' כתב וגם יש לנו לסמוך על ההכרה בט"ע כל בגדיו אלא שצ"ע לפי שבדברי העד המעיד

לא נזכר רק סתם וכל הבגדים שלו הכרנו וא"כ אפשר שלא היו בדרך ט"ע גמור רק הכרה בעלמא ואף דבתשובת נ"ב כתב דיש להוכיח לכאורה דאף ט"ע כל דהו מהני מדאיתא בחולין דף צ"ו כו' נלענ"ד לחלק דדוקא באבידה שהוא דבר שהוא שלו שפיר אמרי' דמהני אף ט"ע כ"ד אבל היכא שבא להכיר מה שאינו שלו ע"י שראה פעם א' ושתיים בודאי נוכל לומר שטועה בדמיונו אפילו בצורבא מרבנן ומכ"ש בע"ה והו"ל ככלים שלא שבעתן עין דל"מ ט"ע באבידה ומ"מ באיסורין כיון דליכא חימוד ממון י"ל דמהני אבל מ"מ ט"ע גמור בעינן ועיין ביו"ד סימן ס"ג ובמ"א הארכתי בזה וכ"כ הנ"ב שם דלא מהני בלא שבעתן העין משום דבתחלה צריך שיכיר היטב כדי שיכיר עתה בט"ע ונראה דמה"ט כתב הרמ"א בסוף סעיף ל"ב וי"א דאפילו סימן מובהק בבגדים מהני ולא נקט ט"ע משום דלא שכיח שיהיה לו ט"ע גמור בבגדי חבירו אף שרגיל אצלו דלמה יתן לב לדעת ועינים לראות מה שאינו שלו עד שיהיה לו בו ט"ע גמור ולכך נקיט סימן מובהק ועיין בנ"ב סימן כ"ח כתב הטעם משום כיון שראוהו נטבע בבגדים אלו שייך בדדמי ובהג"ה שם מביא תשובת מהר"מ מפאדווא דאיתא שם אולי היה לו הכרה טובה במלבושיו אך בסימן מ"ג כתב דבבגדים שאין במה לתלות השינוי לא אמר בדדמי ובתשובה סימן הבאתי ראייה לזה מהא דמהדרינן אבידה בט"ע והתוספות כתבו דאף ע"ה אית ליה ט"ע אלא דחשדינן ליה במשקר אלמא דאל"ה ל"ח דלמא מחמת שהוא אבד ג"כ חפץ כזה אמר בדדמי ואין מעלה על דעתו דלמא גם אחר אבד כמו במים ומלחמה וראה הטביעה ומ"ש התוספות בגיטין דף כ"ז גבי גט דחיישינן שמא סבור שהוא שלו לפי שאין יודע שיש יב"ש אחר או יודע ואין נראה לו לחוש שגם הוא אבד כו' התם נמי משום דלאו מלתא דעל"ג חשדינן ליה במשקר כדמשמע מלשון התוס' שאומר שמכיר אע"פ שאינו מכיר אבל היכא דלא חשדינן ליה דמשקר מהני הכרתו ולא אמר בדדמי אע"כ דהתם שאני שאין במה לתלות השינוי ואין בכח המדמ' להטעות עינו שיסבור שזהו זהו שנמצא שהרי החפצים לא ישוו ואין במה לתלות השינוי הלכך ל"ח לבדדמי כה"ג משא"כ בשינוי הפרצוף שנשתנה קצת מחמת המים כמ"ל הלכך אע"פ שלא ישתנה לפרצופו של זה ממש ויש שינוי קצת תולה השינוי מחמת המים וא"כ בט"ע דבגדים לית לן למימר בדדמי אך דמ"מ הכרה טובא בעינן וגם צ"ע דאף דנימא דבכל בגדיו ל"ח לשאלה מ"מ איכא למיחש לחליפים ואף שמהרי"ק כתב דלהא ל"ח שיעשו דברים של בטלה: ומ"ש הב"ח ראייה מיי"נ הוא תמוה ועיין בח"מ ס"ק סמ"ך וגם מה דמייתי מחיישינן שמא פינן ג"כ צ"ע ואין כאן מקומו ומ"מ נראה דאפשר דגם הב"ח מודה דל"ח שהחליף לחלוטין דלזה ל"ח כמו דל"ח למכירה משום דלית לן לאפוקי מחזקת מרי' קמא ולחוש שמא החליף בדרך שאלה על איזה ימים פשיטא דל"ח וכמ"ש מהרי"ט דהי נינהו מילי דכדי דברים של בטלה רק התם בעובדא דהב"ח שזה היה הולך בדרך לכן חשש לחליפין דשמא לאיזה צורך להתחפש שלא יכירוהו שינה כסותו על איזה ימים אחדים וגם חבירו היה צריך לאותו דבר והחליפו זמן מה אבל בנ"ד שנראה שהיה דרכו לצאת ולב' מהעיר לכפר ולחזור על אתר ולא החזיק בדרך כלל אין לחוש לזה וגם בלא"ה דעת כמה גדולים דל"ח לשאלה פשיטא דחזי לאצטרופי האי סברא דאין אדם משאיל כל בגדיו והו"ל ככלים דלא מושלי ואף שהב"י פקפק בדבר וכתב דאפשר אי סימנים דרבנן אף בכלים דלא מושלי הדין כן מבואר בשיטה מקובצת להדיא בשם

הרשב"א דשפיר מעידין על כיס וארנקי אף אי סימנים לאו דאורייתא ומהדרין גט וה"ה לעדי מיתה ע"ש ואולי ראה הב"י בתשובה דברי הרשב"א אלו מסתמא הוה הזר ביה ולענ"ד הב"י גופיה תבריה לגזיזיה באה"ע סימן קל"ב ובתשו' סימן הארכתי בכ"ז ומכ"ש בנדון זה שזה הנטבע היה בו סי' גדול מחמת הקנייטשין שבראשו וא"כ ע"כ שזה השאיל הבגדים ג"כ לאיש שהיה בו קנייטשין בראשו כאילו וגם עוד סימנים קצת אע"פ שאינם מובהקים פשיטא דכה"ג מצרפין אף אם היה סימן אמצעי כמ"ש בתה"ד והח"צ סובר דהוי שאל' דיחיד ואף שיש מגמגמים לראייתו מהא דב"ב דאדרבה משמע שם דלרב' אי הוי חיישינן לנפילה חיישינן אף לדיחיד א"כ הוה לענין חשש שאלה כבר עמדתי ע"ז בתשו' סי' ואנכי תקנתי עמודיו שיש להם על מה שיסמוכו ולכן אם הי' זה מבחין דבריו שהי' לו הכרה טובה במלבושיו אין ספק שיש להתיר מטעם זה ול"ח לשאלה וגם ל"ח לבדדמי מטעמא דכתי' וגם כי נזכר בג"ע שהעיד ה' שמחה שהכיר הקאפטאניקל אשר עליו ובדברי העד הראשון ה' יצחק שהעיד כל הבגדים שלו הכרנו נכלל ג"כ הקאפטאניקל וא"כ בשני עדים לא אמרינן בדדמי ואע"ג דבקאפטאניקל לבד שוב שייך חשש שאלה כבר כתבתי דבנ"ד שאלה דיחיד הוא ל"ח לי' לכן נראה דגם עתה שלא ביחנו דבריהם אם היה להם הכרה טובה מ"מ בתר סהדותא דבי תרי לא דייקנן ומסתמא הכירו היטב וכיון שיש כמה היתרים חזקים כראי מוצק אין מן הראוי לעגן האשה זאת והנני מסכים הולך על דברי מחו' הרב הג' אשר פתח בהצלה תחלה להתיר אשה זאת לעלמא ואעפ"כ נראה שיש להושיב ב"ד להתירה ובענין מה שלא נזכר בכל הגב"ע שם אביו וגם שם מקומו לא נזכר בפרטות סמכתי על חכמת הרב הגאון הנ"ל שהענין ידוע להם שאף הדורים בכפר כווננו עדותן על אייזק הידוע בעל אשה זו שאנו עוסקין בשריותא זידה דברי זעירא הק' אפרים: יד שאלה אברך אחד מוהר"ר ליבוש חתן הנגיד מוהר"ר יעקב יוסף מפק"ק מאהלוב נעלם מבית חותנו מוהרי"י הנ"ל בפתע פתאום וחיפשו עבורו כראוי עד יום ג' ולא נודע מקומו איו.

ולא עלתה הדעת שנטבע וביום ג' נודע שהביאו אותו נטבע ומת לק"ק אטיק מאהלוב מעבר לנהר נעסטיר אשר מצאו אותו תחילה בכפר ראדי' שהוא סמוך פרסה לק"ק אטיק מאהלוב הנ"ל ראו אותו אנשי ק"ק מאהלוב שהיו בק"ק אטיק הנ"ל באותו פעם והיה פניו מלא קרח וחול כי אז בשלשה ימים הנ"ל היה קור גדול ואעפ"כ הכירו אותו היטב מחיים חיותו וכשנודע בק"ק מאהלוב שמצאו אותו הנטבע כנ"ל אמרו אנשי ק"ק מאהלוב שהכירו אותו מחיים חיותו היטב שיש בגופו סימנים היינו איין פליק בראשו בווינקל השמאלי שבין שיער הראש והפיאה השמאלית.

ומצד הימין שלו אצל היד הימנית מן הלאפקי ולמטה מאחוריו היה צד הימנית גבוה יותר מצד השמאלית כמו הארב ואחר חצות הנ"ל שרחצו את הנטבע בק"ק אטיק הנ"ל במים פושרים ויפל מעליו הקרח והחול שנגלה על פניו ועל גופו היה ניכר לכל פרצוף בטע"ג לכל המכירים אותו מחיים שהוא מוהר"ר ליבוש חתן מוהרי"י הנ"ל ושום חבול ותפוח לא היה בפניו והנטבע הנ"ל סמוך לחזה לצד הימין היה לו נקב גדול פתוח עד שהיה קצת בני מעיו לחוץ והיה נראה לעין כל ע"פ אומדנא דמוכח שהנקב פתוח היה מאכילות כלבים או עופות גם מצאו אותו לבוש בכתונת ומכנסיים ואח"כ בדקו את הנטבע הנ"ל ומצאו סימנים הנ"ל בגופו היינו פליח והארב כנ"ל כמו שאמרו אנשי ק"ק

מאהלוב מתחלה מצומצמים כנ"ל והוגבה עדותן מהבודקים הנ"ל בק"ק אטיק מאהלוב בב"ד כדת וכהלכה שוב פעם שנית הוגבה עדותן מהבודקים הנ"ל ומאנשי ק"ק מאהלוב שאמרו מתחלה קודם שבדקו אותו על הסימנים המצומצמים הנ"ל בב"ד בק"ק מאהלוב כדת וכהלכה גם על הסימנים בכליו היינו בכתונת ומכנסיים הנ"ל העיד החייט בתוע"ג לפני ב"ד הנ"ל ובק"ק מאהלוב הנ"ל שהוא מכיר המכנסיים שהם שלו להיות אשר הוא בעצמו תיקן המכנסיים בשבילו והכיר בתפירות שלו גם דימו לפני ב"ד הנ"ל בק"ק הנ"ל המכנסיים שהיו על הנטבע למכנסיים אחרים שלו שנשאר בביתו והוי שוים ממש בלי שום שינוי גם מהכתונת הנ"ל דימו האפטשעפקי והשטעפיל מארביל לפני ב"ד הנ"ל להפטשעפקי ושטעפיל מארביל הכתונת אשר היה למוה"ר ליבוש הנ"ל מאביו מנשואין שלו וניכר היה לכל הרואים שהוא שוה ממש בלי שום שינוי כלל.

גם נמצא בקעשעני של המכנסיים שעל הנטבע הנ"ל אגרת אשר כתב למוהר"ר ליבוש הנ"ל איש אחד מק"ק מאהלוב הנ"ל ובאגרת היה כתוב אליו דבר סתר מאותו האיש הנ"ל ואותו איש הנ"ל הכיר ג"כ כתב ידו ממש באגרת הנ"ל ויען שראינו אנחנו הח"מ בעזר"ה צדדי דהתיר בשריותא דהאי אתתא רובם ככולם מפוזרים אנא ואנא ובש"ס ובפוסקים ראשונים ואחרונים ובתשובת קמאי ובתראי ראינו לקבץ א' אל אחד למקום אחד כל צדדי דהיתירא למען ירוץ הקורא והמור' המוסמך בדורינו להורות הלכה למעשה אשר על פיהם כל ריב וכל נגע ובאמירת פיהם תליי' להתיר הנגע עיגון מהאי אתתא תשובה כפי המבואר בענין לא חזיוה בשעתיה אלא לאחר כמה שעות שהעלה מן המים וא"כ לכאורה אין לסמוך על ההכרה בט"ע דהא אמרינן בש"ס ופוסקים וכך מוסכם מהם דאי לא חזיוה בשעתיה מתפח תפח ואם באנו לדין מצד הסימנים מלבד שצ"ע גדול אם יש לדון בסימנים אלו דין סימנים מובהקים כמה שאכתוב לקמן אך יש מקום לחוש לפמ"ש הגאון בעל מגיני שלמה בשו"ת פני יהושיע חלק אבן העזר סימן חי"ת וז"ל והר"ב ס"ל דכי שהה שעה אחת בעלותו מן המים ודאי תפח א"כ אין לסמוך שוב אפילו אם יש סימנים מובהקים כיון שודאי תפח וצורת סימן נשאר עליו ודאי אין זה סימן דכיון שתפח ודאי היתה צורת סימן משתנה אלא ודאי אחר הוא ונשתנת צורתו לצורת סימן כזה.

וכיוצא בזה כתב הריב"ש זלה"ה סימן ש"ע וז"ל שם: לפענ"ד פשוט דלמ"ד דאי אשתהי ודאי תפח אם ידעינן דודאי לא חזי בשעתיה דאין לסמוך אפילו על סימנים מובהקים דאנן סהדי שאינו אותו האיש דאע"ג דסימנים מובהקים הוי כעדים היינו משום דלא שכיח שיהיו בני אדם שוים בסימן זה ומ"מ לא אמרינן דאין שום אדם בעולם שיהיה לו סימן כזה דאפשר דאתרמי אדם אחר כו' ע"ש שהאריך בזה והוכיח מדברי הר"ן בתשובה ומדברי התוספות בריש פרק האשה שלום דקאמר כגון דאסקינהו קמן וחזינהו לאלתר וקאמרי סימנים ולפי דברי התוספות שם מיירי אפילו בסימנים מובהקים ואפ"ה צריך לאלתר דאל"כ לא סמכינן אסימנים דכיון דלא אשתני לאו איהו הוא וא"כ בנידון דידן אף אם היה סימנים מובהקים לא מהני כיון דודאי לא חזיוה בשעת' וכ"ש בסימנים אלו שאינם סימנים מובהקים בבירור.

וכמו שאבאר וגם מה שהעידו שלא היה חבול בפניו ולא תפוח אין זה מציל להוציאו מידי תפיח' כיון דודאי תפח א"כ אנן סהדי דמטעי טעי סהדי בהא דאמרו שלא היה תפוח ומימר אמרו בדדמי ומדברי הפני יהושיע משמע דאדרבא זה אמתלא דלאו איהו הוא כיון דודאי תפח לא היה נשאר צורתו עליו אלא אחר הוא שהיתה צורתו בענין אחר וע"י שתפח נשתנה צורתו לזה ולכאורה קשה להקל בזה נגד מ"ש הגאון ז"ל שהוא מלתא דפשיטא לדידיה דלמ"ד אישתהי ודאי תפח אין לסמוך על סימנים מובהקים וסברת רבים וגדולים הוא דאי אשתהי ודאי תפח: ובכדי לשקוד על תקנת עגונות פתחנא לה להאי פתחא מהדא שכתב בשו"ת משאת בנימין סימן ק"ד דאף ע"ג שדיבר הוא שהעד ראה ההרוג אחר שלשה ימים מ"מ כיון שנהרג בזמן הקור ובלי ספק שבשעתא חדא נגלד ונקרש ונתקשה כעץ וא"א לומר מתפח תפח ונשתנית צורתו רק הקור הגדול מונעם ואינו מניחו לתפוח ולא להשתנות צורתו כל זמן שהוא נקרש ונגלד ועדיין הא מלתא הא דמיא צמתי משמע דמפני צינת המים לא נתפח והכי איתא בהדיא בירושלמי שהביא ה"ה מעשה באחד שנפל לירדן ועלה אחר יום והכירו שצפדתו צינה והשיאו אשתו אלמא דאפילו מים מיצמת צמית ואינו מניחו לתפוח ק"ו השלג והקרח בקור החורף וכו' אך בתנאי שיהיה הקור תמיד מיום ההריגה עד יום המציאה כו' נראה שיש לחלק דבמים דוקא הוא דאמרי' דבעינן שחזיוה בשעתו משום שצינת המים צינה כו' דהוא הוא ומיד כשמוציאו מן המים מתחמם הגוף ומתפח תפח אבל דבר הנקרש והנגלד מהקור הגוף וכו' אחר כך מצאתי בספר ראב"ן כו' ומאחר שכוונתי לדעת הגדולים יש לסמוך על ההוראה זו עכ"ל המשאת בנימין ואף שהובא בקצרה בק"ע העתקתי מקצת הלשון שבתשובה שמשם יש ללמוד שאף שדברי המ"ב אמורים לענין הרוג אחר ג' ימים כדבריו כן הוא לענין אשתהי יותר משעה ביבשה אחר שהעלה מן המים אם כל אותה השעה היה מונח במקום ועוד לא סר מעל פניו הקרח הנורא ובעת שראוהו יודעים ומכירו שהסירו מסוה הקרח מעל פניו בודאי עודנו יבש היה כעץ וא"א שיתפח כלל וע"כ לא אמרינן אשתהי תפח אלא אם לא היה קרוש ביציאתו מן המים די"ל דע"י חום אויר היבשה הוא נתפח משא"כ אם היה קרוש בהאי שעתא ולא אשתהי שעה אחת אחר שנפשר הגוף מקרישתו מחמת הקרח אי אפשר לתפוח ולהשתנות צורתו כלל: אמנם דברי המ"ב בזה שכ"כ בפשיטות צ"ע שהרי ריב"ב לא כל האדם והמקום והשעות שוין קאמר ואיבעיא לן ריב"ב לקולא פליג או לחומרא פליג ובעי למפשט מהא שהתירו במים לאחר ג' ימים ואי אמרת ריב"ב לחומרא פליג אינהו דעבדי כמאן ומשני שאני מיא דצמתי מבואר מזה דהפשטן היה סובר הטעם שהתירו במים לאחר ג' ימים הטעם משום צינה וכריב"ב דפליג לקולא ולפי מה דדחי ליה שאני מיא דצמתי לאו משום שהוא מקום צינה אתינן עלה רק מטעם שטבע המים להיות צומת ואין מניחים לתפוח אבל בהא דאיבעיא לן דלמא פליג לקולא לא איפשטא ואיכא למימר דלחומרא פליג דבמקום חם אפילו תוך ג' אין מעידין בכל גווני אבל אחר ג' אפילו במקום צינה אין מעידין לכ"ע ומים שאני דצמתי וא"כ זה מנין לנו שיהיה מועיל הצינה להתיר לאחר ג' ומה דמייתי המ"ב ראייה מדברי הרב המגיד לכאורה הוא ראייה לסתור שהרי ה"ה הביא זה על דברי הרמב"ם שכתב טבע בים כו' אם ישהה ביבשה כו' אין מעידין ע"פ ה"ה מפרש דבר הירושלמי דמיירי גם כן בחזיוה לאלתר דוקא אף דבירושלמי קאמר והכירו

שצפדתו צינה היינו לומר דלכן לא הקפידו מה ששהה הרבה בתוך המים שטבע המים להצמיד ולצפוד בצינתו וגם מה דאמרינן בש"ס דילן שאני מיא דצמתי יש לפרש כן דצינת המים טבען להצמית אבל מ"מ אין ללמוד מצינת המים ליבשה דצינת היבשה אין צומת כלל: ובכדי ליישב דברי המ"ב נראה דלכאורה יש לתמוה על ה"ה שנראה דמייתי ראייה מדברי הירושלמי דאפילו שהה הרבה במים לית לן בה ודלא כדמשמע מדברי הרי"ף דדוקא ד' וה' ימים וכן מבואר בנ"י ובאמת נ"ל דהירושלמי אזיל בשיטת הפשטן בש"ס דידן דריב"ב לקולא פליג ואינהו דעביד כריב"ב ולכך הקילו לפי שהצינה צפדתו וא"כ מסתברא שאין מקום לחלק בין ד' וה' יומי או אפילו טובא דכל שהוא יותר במים משום זה לא תפיג צינתו משא"כ למאי דדחי משום דמיא צפית ואין מניחין לתפוח א"כ י"ל כיון שבטבע הוא כל שהמת משתהה הוא מתופח ועולה ואין כח המים להצמית וא"כ אין לך בו אלא חידושו שאמרו חכמים דד' וה' ימים גברו המים בטבען להצמית נגד מה שבטבע המת ממה דלא אשכחן אין להקל בו וא"כ אין ראייה מהירושלמי כלל כיון דקי"ל כש"ס דידן וצ"ל דה"ה והנ"י ס"ל דודאי לפום מה דאתמר בש"ס דילן דמיא צמתי שפיר היה אפשר לחלק בכך דדוקא ד' וה' יומי יכולים להצמית ותו לא אבל כיון דאשכחן בירושלמי שנתן טעם לפי שהכירו שצפדתו צינה יש לנו להשוות תלמוד דידן עם הירושלמי כמבואר בפוסקים וגם תלמודא דידן מודה בהא דהיתר אחר ג' ימים במים מצד צינה הוא ומאי דקאמר שאני מיא דצמתי היינו שטבע צינת המים הוא להצמית ואם כן כיון שמצד צינת המים אתינן עלה שוב מסתבר דגם ש"ס דידן מודה דאף לאחר ימים הרבה מצמתינן והולכין והכי נמי אמרינן בעלמא במים קרים לא משום דמטרשי ליה אלמא שע"י הקרירות של המים הוא מצמית ובהכי א"ש דברי המ"ב דודאי גם הוא אזיל ומודה דצינת היבשה לאו מלתא הוא חוץ מן הקרח הזה דודאי מצד הסברא והעדות החוש שעל ידי צפד עורו על עצמו ונעשה יבש כעץ וא"א לו לתפוח כלל: וזכר לדבר דלענין הדחת הבשר במים קרים ביותר משום דמטרשי לא פשיטא להו כולי האי ובבשר שהוא נקרב וממולא קרח אוסרים בפשיטות אם נמלח קודם שנפטר לפי שהדם מתקשה ונקרב בתוכו הרבה וא"א לצאת אף שטבעו לצאת ע"י מליחה ומכ"ש שא"א לו לתפוח ולעלות כלל ומ"מ לולי דאשכחן דצינה מלתא הוא לענין שיכול להעיד עליו לאחר ג"י היה מקום לומר שאין לבדות מדעתינו להקל בזה ולומר כי אחרי כי עלה קרח על פניו לא נשתנה צורתו דיש מקום לומר כיון שבטבעו לתפוח אלא שהצינה גוברת עליו עד שיקרב מחמת זה גופא עוז פניו ישונה אבל אחרי דאשכחן במים כה"ג שנצמת ע"י צינת המים מעכב שלא לתפוח ואין צורתו משתנה דון מינה דכל מה שיש בים יש ביבשה במקום קרחה וכפור שהרי פשיטא שבטבע הקור הנ"ל המעלה קרח להצמית יותר ממה שבטבע צינת המים להצמית ואין חוששין שע"י צימות הזה ישתנה הצורה כמו שאין חוששין לשינוי הצורה ע"י צימות המים: והמ"ב דייק בלישניה והכי איתא בהדיא בירושלמי שהביא ה"ה כו' משום דמהירושלמי גופה אין ראייה די"ל דלא קי"ל כוונתיה אלא כמו דדחי בתלמוד דידן דשאני מיא דצמתי אבל כיון שהביאו ה"ה ראייה לדברי הרמב"ם אלמא דס"ל דתלמוד דידן והירושלמי אמרו דבר אחד ומזה נלמד דגם הש"ס דידן דקאמר מיא צמתי היינו מחמת צינה שבהם.

ולכן אע"ג דצינת היבשה לא מהני היינו משום דשליט ביה אורא ואף שהוא אור מצינן מ"מ אין בכחו לעמוד נגד טבע המת לעלות ולתפוח משא"כ קרישת הקור הנ"ל שעושה קרחה במלכותינו אין ספק שמצמית ביותר וכמו שהאריך המ"ב ז"ל: והנה בשו"ת מהרי"ט חלק אבן העזר סי' ל"ג כתב וז"ל לפי מה שסח העד בתוך דבריו כי היה ביום הקרח הנורא והשלג היה כאמתים על פני כל הארץ הדבר מוכיח שמצאו מקום שגלי הים שוטפים שאל"כ היה לו לומר שמצאו בתוך השלג עכ"ל ומשמע מזה שאם לא היה במקום שגלי הים שוטפים אף שמצאו בתוך השלג והיה יום קרח הוה דיינינן ביה דין אשתהי ביבשה ודלא כמ"ב.

ויש לדחות שאם היו מצאו ביבשה היה מקום לחוש שמא אחר הוא שפלטו היום בעודו היה חום על הארץ ונשתנה פרצופו לפרצוף של זה ומה בכך שעתה בשעת מציאה הוא עת הקור וגם י"ל דשמא אשתהי ביבשה שיעור שעה ולא שלט בו הקור כ"כ שיהיה נקרש ובפרט אם היה מלובש בבגדים ונשתנה אז ולכן אי לאו דמוכחא מלתא שגלי הים עוברים ושוטפים היה מקום להחמיר וגם לפי מה ששמעתי שאירע לפעמים ביום הקרח הנורא והשלג ההולך וסוער יש בני אדם שניצולין ע"י שמשכיבין עצמן לארץ ועלימו יתעלם שלג הרבה ומכסין עצמן בשלג וחס להם מחמת מכסה השלג שעליו ואם אמת הדבר א"כ פשיטא שאין להתיר בכה"ג אם נמצא בתוך השלג אשר היה כאמתים על פני כל הארץ אך אני חושש שאילו אינו רק פטפוטי דברים של ההמון ועיין ביומא דלא משמע הכי בעובדא דהלל שרחצוהו וסכוהו והושיבוהו כנגד המדורה ואמרו ראוי זה לחלל עליו את השבת וקצת יש לדחות וקצת י"ל דאף אם כשהוא חי מועיל חמימת החיות שבו שלא יתקרר מחמת השלג עליו מ"מ כשהוא מת איך יחס לו כיון שאין נשמת רוח חיים באפיו והוא קר בטבע השלג מקרר אותו ביותר וכה"ג אמרינן בפרק במה טומנין דחמימי חיים דקרירי קריר ונ"מ לדינא אי אירע כה"ג שאחר פליטת המים קלטוהו מחיצת השלג והכפור ונתכסה בתוכם דלא חיישינן שמתחמם מחמת השלג ואיך שיהיה בגוונא דידן כי נראה שהקרח שעליו היה בעת שמשוי מן המים ויגיד עליו ריעו החול שנמצא על פניו ואם כן אין לומר דתפח אחר שהועלה ליבשה וגם לחוש שמא בעת ההוצא' ממים לא היה נקרש כלל ולא עלה קרח ואחר ששהה שיעור שעה או יותר ביבשה דרך הלוכו מהכפר להעיר שלט בו אור הקר ועי"ז נקרש ואם כן איכא למיחוש לשינוי צורה קודם שנקרש אבל ז"א דאית לן למיזל בתר שעת מציאתן וכמו שנמצא עכשיו בקרח וחול כן היה בשעה שיצא מן המים ואין זה דומה לנידון של מהרי"ט דהתם היתה הטביעה בים הגדול שאין דרכו להיות נגלד ונקרש והגלים שוטפים ועוברים א"כ י"ל שכך יצא משם ולא נקרש משא"כ נהרות שלנו שע"י צינת השלג נקרשים הם וכל הנמצאים בתוכם ואף אם במקום שבולת הנהר דרדיפי מיא אינו נקרש בתחלת הסתיו מ"מ כל צדדיו נקרשים כשגובר עליהם נגיבת הרוחות הקרים ומעלה קרח נורא על כל סביביו וגם כל הנמצאים על שפתו אפילו בתוך המים הוא נקרש הרבה ואם כן מה"ת לתלות שאחר ששהה שיעור שעה נקרש ולא קודם לכן ועוד נראה דאפילו תימא דספיקא הוי שמא לא נקרש עד אחר ששהה ביבשה מ"מ יש להקל ואע"ג דקיי"ל בכל ספק אשתהי אזלינן לחומרא זיל בתר טעמא שהר"ן כתב בתשובה לפי שאינו מצוי שיראנה תוך שעה שנפלט מן המים משא"כ בזה שאנו מסופקים אם היו נקרש אז אם

לא אפילו הוי ספק השקול אזלינן לקולא כאשר הכריעו כל האחרונים וכן הלכה רווחת בישראל לדון בדין ספק תוך ג' ימים לקולא והה"ד בספק אשתהי ביבשה היכא דלא שייך סברת הר"ן ז"ל: איברא שיש מקום לדון בזה דבהך דספק תוך ג' אזלינן לקולא איכא תרי טעמא חדא משום דחשש' דשמא נתפח אינו רק ספיק' דרבנן ואזלינן להקל כמ"ש הרשב"א דמטעם זה יש להקל עוד י"ל דיש לנו לאוקמא בחזקת חי והשתא הוא דמת וכמבואר בדברי האחרונים ונ"מ לדינא דלהך טעמא דנתפח ספיקא דרבנן יש להקל גם בספק זה אם היה קרוש בעת יציאתו מן המים אם לא משא"כ אם נאמר דהוי חששא דאורייתא רק דבספק תוך ג' מוקמינן אחזקת חי א"כ אף נתפוס להקל בספק תוך ג' מ"מ בספק זה שמא היה קרוש בשעת יציאתו מן המים ואין בו דין אשתהי ספק שקול הוא ואזלינן לחומרא ואדרבא איכא חזקה לאיסור' דמוקמינן אחזקת שלא היה קרוש עד עתה והשתא הוא דנקרש ובמקום חזקה דמעיקרא לא אזלינן בתר חזקה דהשתא ואף לפי מ"ש שדבר מצוי בנהרות שלנו שיהיה נקרשין בתוך המים כיון דלא ידעינן מני הוא ניחוש ליה שמא איש אחר נטבע ולא שהה במים כדי קרישה ולפי שנשתהה ביבשה נשתנה צורתו ונקרש אח"כ ואם אפשר שיתברר ממי שהי' שם בעת הוצאה מן המים שהיה קרוש אז והקרח על פניו כמו שהובא לעיר היה מקום לסמוך על ההיתר של המ"ב כמ"ש אבל אחרי שאין הגוף הגב"ע לפני רק מה ששלחו הדיינים תורף הענין שהוציאו מתוך הגב"ע חוששני לומר שהוא דבר שא"א להתברר כיון שנמצא בכפר קרוב הדבר שבא לידי עממין ואפשר שלא היה שם יהודי שראוהו בשעת הוצאה עד שהובא לעיר ואם יש לחוש למ"ש דכיון דלא שייך האי טעמא דמקילין בספק תוך ג' משום חזקת חי א"כ בספק אשתהי יש לילך כה"ג לחומרא ולפום הך טעמא דבספק תוך ג' משום חזקת חי הוא ניחא לי מה דהוי קשיא ליה על הריב"ש (ועיין בתשובת עגונה מחארסאן סימן ע"ד) ולפי שבב"ד דין הספק שלנו אם היה קרוש בעת יציאה מן המים או לא אין כאן מקום קולא מחמת חזקת חי לכן לא הארכתי בזה: ואולם יראה לענ"ד שיש מקום לומר להיפך דאף המחמירים בספק תוך ג' ימים יודו בב"ד כו' (עיין בתשובה הנ"ל) ואמרינן שמת זה כמה ומ"מ אשתהי במים לא איכפת לן רק מה דאשתהי ביבשה ובזה אמרינן שהיה נקרש ואין לו דין אשתהי ואף אם ספיקא הוי הו"ל ספק חשש נתפח דרבנן וספיקא לקולא: ועדיין לבי מהסס אם יש לדון בזה דין ספק השקול מאחר שישכאן חזקה דמעיקרא שלא היה קרוש ויש לנו לומר השתא הוא דנקרש ואף לפי מ"ש לחלק בין הא דמהרי"ט דמיירי במים שאין דרכו לקרוש משא"כ בנהרות שלנו עדיין לא נתחוויר לי חילוק זה כל הצורך וכי בשביל שאנו מדמין כו' ועוד דהא יש כאן מקום לחוש שמא אחר הוא וא"כ י"ל שעתה מקרוב נטבע ולא שהה במים אחר מיתתו כדי קרישה וכמש"ל ועוד דנהי דנימא דאזלינן בתר חזקה דהשתא ודיינינן ליה כשעת מציאתן הא בעינן נמי מקום מציאתן וכאן מה שראינו אותו קרוש ויבש כעץ לאו מקום מציאתן הוא וא"כ פשיטא שי"ל דאע"ג דהשתא קרוש הוא מ"מ במקום שהיה שם בראשונה בשעה שיצא מן המים עדיין לא שלטה בו הקור כ"כ שיהיה קרוש ובמקום זה נקרש והדבר מבואר בנדה דף ד' בנגע באחד בלילה אם מצאו בשחרית במקום אחר מת טהור ולא אמרינן כי היכא דהכא מת הוא ה"נ היה מת במקומו הראשון ואף למאי דאמרינן התם אליבא דר"י דממקום למקום מתלי תלינן לאו משום דחזקה ממקום למקום עושה אותו לספק שקול

רק משום חומרא אמרינן הכי בקדשים וכמ"ש התוספות שם בהא דפריך ומי תלינן והא תנן מחט שנמצא מלאה חלודה ואמאי נימא האי מעיקרא מחט מעליות' הוא והשתא הוא דהעלה חלודה והקשו דאדרבה משום דאזלינן בתר שעת מציאתן לגמרי אפילו ממקום למקום לתלות לכך טהורה כאן וי"ל דסלקא דעתך כיון דמחמיר כ"כ בטומאה לתלות אף ממקום למקום ע"כ אינו אלא משום חומרא דקדשים אם כן במחט לא היה לטהר לגמרי משום שעת מציאת' כו' וע"ש ולפי זה גם מה דקאמר הש"ס בתר הכי וכ"ת בשעת מציאתן בין לקולא ובין לחומרא ושלא במקום מציאתן משרף לא שרפינן מתלי תלינן לאו משום דממקום למקום משוי ליה ספיקא אלא ג"כ משום חומרא דמה"ת נאמר דפליג על סברת המקשן והכי קי"ל בא"ח סימן תס"ז לענין איסור דאין מחזיקין ממקום למקום ולפי דברי התוספות א"ש הא דמייתי מעיקרא ממתני' דנגע באחד דלא מוכח רק מברייתא דקתני ובמקום מציאתן דמתניתין דמחט הו"ל לאתויי מעיקרא דמוכח מגופא דמתניתין וגם דהא הך מתניתין דמחט בפ"ג דטהרות ומתניתין דנגע בפ"א: ולשיטת התוספות ניחא דמתניתין דמחט לא הוי מצי לאקשוויי בפשיטות דמצינן למימר דר"י דינא קאמר להחזיק ממקום למקום ולא משום חומרא וא"כ אדרבא היא הנותנת דמשום דשעת מציאתן חזקה אלימתא הוא אפילו ממקום למקום לכך במחט טהור לגמרי אבל השתא דמייתי מתניתין דנגע וברייתא דדוקא מקום מציאתן מוכח דלא דינא היא אלא חומרא בלבד לתלות ואהא קשיא ליה ממחט שיש לו להחמיר גם שם: אך מדברי רש"י שם נראה דפשיטא דמתניתין דמחט משמע ליה להוכיח מדלא אמרינן מעיקרא מחט מעלייתא כו' הה"ד ממקום למקום וא"כ מעיקרא הו"ל לאתויי הך מתניתין ונראה דשיטת רש"י א"ש לפי המבואר מדברי הש"ס דהך מלתא דכשעת מציאתן ובמקום מציאתן אהך מתניתין דנגע באחד מתניא ולא אהך דמחט ולכאורה חד דינא אית להו שאם היתה המחט בזויות זו ע"ג טהרות ולא ידענו אם חלודה או לא ואח"כ טלטלה לזוית אחרת ושם מצאנוה חלודה לא מחזיקין טהרה ממקום למקום וא"ל דבזה באמת אזלינן להקל אף שלא במקום מציאתן ז"א דא"כ תקשי לחזקיה וגם דלמאי דקיימינן השתא אף לר"י לא מחזיקין בוודאי רק לתלות וא"כ איך אפשר להקל ובאמת הר"ש פ"ג דטהרות כתב דגם בזה דינא הכי דוקא במקום מציאתן כמו בההיא דנגע באחד ע"ש וצ"ע דלמאי דמשמע מהש"ס דהברייתא קתני לה אההיא דנגע באחד שהוא בפרק הא' וברייתא הו"ל למתני הך דפ"ג ולכן נלענ"ד דהכא דקאמרה מתנית' דטהורה שכל הטמאים כשעת מציאתן אשמועינן דאף שטלטלו הקופה ממקום אחר לכאן טהורה משום שעת מציאתן וא"ש בין לחזקיה בין לר"י דממ"נ אי לא מחזיקין ממקום למקום א"כ איכא למימר דשם לא היתה המחט כלל על הטהרות והשתא בזויות זו הוא דנפלה כמו גבי שרץ ובזויות זו אזלינן בתר שעת מציאתן להקל ואי מחזיקין ממקום למקום א"כ כמו שמחזיקין למפרע שהיתה המחט שמה חזקה ודאית כזו מחזיקין שהיתה שמה חלודה ג"כ כיון דכשעת מציאתן אזלינן בתרי' אף להקל משא"כ אם היינו יודעים בבירור שבשעה שהיתה הקופה שם בזויות האחרת היתה המחט שם ועתה טלטלה לכאן והוא נמצאת מלאה חלודה יש חומר בדבר למ"ד לא מחזיקין מלמ"ד מחזיקין דלמ"ד לא מחזיקין ממקום למקום למיזל בתר שעת מציאתן א"כ י"ל דבזויות האחרת מחט מעלייתא הוא והשתא העלתה חלודה משא"כ למאן דס"ל מחזיקין לוודאי אף ממקום

למקום כשעת מציאתן א"כ אמרינן דגם שם כך היתה חלודה וטהורה אבל אם נימא דכשעת מציאתן לענין ממקום למקום אינו רק לתלות ולא לשרוף והיינו דאינו רק שהוא מגרע חזקה קמייתא שהיה חי לא אמרינן דעד השתא חי הוה אלא זיל בתר איפכא כיון דהשתא מת הי' דילמא מת היה אף במקום אחר א"כ כשאין מוצאין כאן מחט יש מקום לספק שמא כמו שטהרות אינו המחט עליהם במקום הזה כך היתה במקום אחר ומ"מ לענין החלודה שעליו י"ל שבמקום אחר לא היתה חלודה כיון דחזקה דכשעת מציאתן כשהיא ממקום למקום לאו חזקה מעליותא היא ולא תוסיף תת כחה כ"א לגרע חזקה קמייתא לבד ועכ"פ ספיקא הוה שמא מעיקרא מחט מעליותא הוה בשעת נפילה על הטהרות והשתא הוא דנחלדה וא"ל דהוה ס"ס ספק היתה שם ספק לא היתה ואת"ל היתה דלמא היתה כמו שהיא עתה עם החלודה ז"א דספק טומאה ברה"י אף ס"ס טמא והשתא א"ש דמעיקרא לא הוי מצי למידק מהך מתניתין דמחט דהוי אמרינן דחזקה דמחזקינן ממקום למקום חזקה גמורה היא וא"כ שפיר קתני דבכל גווני טהורה כשעת מציאתה ואין לחוש דלמא מחט מעלייתא הוה משא"כ השתא דמוכח דלר"י ע"כ דאין כאן רק ספק לבד א"כ לית לן למיזל בשני הצדדים לחומרא דשמא היתה שם כיון שהיא כאן עתה ומ"מ לא היתה חלודה כיון דשעת מציאתן דממקום למקום לאו חזקה גמורה היא רק לתלות מחזקינן להוציא מחזקה קמייתא לומר שאע"פ שמעיקרא לא הי' המחט עליו כלל מחמת שעתה נמצאה תולין ממקום למקום לומר דכאן נמצא כאן היה מעיקרא אבל מ"מ אפשר שלא היתה חלודה עד בואה אל מקום זה שהיא מקום מציאתה: וראיתי בספר מקור חיים על הלכות פסח שחיבר שארי הגאון אב"ד דק"ק ליסא שכתב בסימן תס"ז דכמו דאמרינן בחזקה דהשתא אין מחזיקין ממקום למקום כמו כן בחזקה דמעיקרא דאז בשעת לידת הספק הוא במקום אחר אין מחזיקין ממקום למקום ומייתי מנגע באחד חי בלילה דמחלקינן בין ראוהו חי מבערב אע"ג דגם בלא ראוהו ודאי פעם אחד חי היה מ"מ חזקה במקומו בעינן ולכן בעינן שראוהו חי במקום זה ולכך במחט לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא דלאו מקום מציאתה היא ובזה כתב ליישב דברי הש"מ דקשי' לי' במחט דניזל בתר חזקה דמעיקרא לתלות עכ"פ ע"ש באורך: והנה בהך דנגע באחד קדמו בשו"ת מ"ב בזה ולכאורה הוא נכון מצד הסברא הישרה דאם לא ראוהו חי מבערב במקום זה הוה כראוהו חי רק שלא במקום זה כ"א במקום אחר ובכה"ג אמרינן דבמקום זה מת וכיון שזה נגע בו במקום זה אזדא ליה חזקה קמייתא דהא במקום זה לא אתחזק ואזלינן בתר חזקה דהשתא שהוא במקום זה ומ"מ י"ל דאין ללמוד מזה לענין מחט שנמצאת חלודה לומר כיון דלא ראינוה שהיא מחט מעלייתא במקום זה לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא משום דאין מחזיקין ממקום למקום דז"א דהא טעמא דאין מחזיקין ממקום למקום לפי שיש לתלות שהמקום גורם וא"כ מהני חזקה דמעיקרא עד בואה אל מקום זה וא"כ כבר נטמאו הטהרות בשעת נפילת המחט כאן ולא דמי להך דנגע באחד דשם אין אנו רוצים לדון ולומר שחי דבתחילת ביאתו לכאן הי' מת רק מחמת שעת מציאתן ומקום מציאתן אמרי' שבתוך זמן שהיה כאן מת וכיון שבמשך הזמן ההוא נגע האיש הזה הוא טמא משא"כ גבי מחט שאנו צריכין לומר שבבואה למקום הזה היתה חלודה ואז עדיין לא נסתלק ממנה חזקה קמייתא שהיתה מחט מעלייתא ולכך הוצרכו התו' ליתן טעם משום דמוקמינן טהרות אחזקתיה.

ומ"ש שם בספר מקור חיים ראייה מנגע אע"ג דהרי חסר לפניך ואיכ' חזקת טהרה לענ"ד אין הנידון דומה כלל דהתם אין לחשוב כלל מה שנמצא הנגע חסר לחזקה דהשתא לומר כמו שהוא חסר עתה כן הי' חסר בשעת' דנפיק ואתא קודם שהסגיר דז"א דהא כל עיקרו של ההסגר היא להיות סיבה ופעולה שתתחסר הנגע ויגרום טהרה לבית ואם אירע שההסגר לא פעל לחסרו עד שנעשה מוחלט סימן לדבר שרצון השם לנתוץ הבית וא"כ אין לעשות מהשינוי שעל ההסגר חזקה דהשת' ללמוד ממנו על קודם ההסגר ואע"פ שהוא מזמן לזמן הו"ל כממקום למקום וגרע מיני' כיון שההסגר הוא סיבה לזה שיצא בגרעון (ועי' בשו"ת ח"צ סימן ג' כתב ג"כ דודאי מסתבר לתלות שנחסר בשעת ימי ההסגר ואע"פ שהוא מזמן לזמן ראי' להסגר ואפשר דבמקוה כו' ולפענ"ד א"צ לבא מטעם שהוא זמן ארוך אלא מטעמ' דכתיבנ') אך גם במקום שנמדד שרגילות הוא שיהי' הלוך וחסור במשך הזמן הוי כמו התם ע"י פעולת ההסגר ולכן אין דנין בו דין חזקה דהשת' ולכן שפיר הוי קשי' להו להתוס' דכמו בנגע לא מוקמינן גברא בחזקת טהרה כיון שבדאי נכנס לבית שיש בו נגע ולא אמרינן הרי חסר לפניך לגרע חזקת הנגע משום דחזקה קמיית' מילת' הוא ומה שחסר לפניך אין לו דין חזקה דהשת' כיון שדרכו שנחסר ע"י ההסגר ולא קודם ה"נ גבי מקוה נימ' דלא אמרינן העמד טמא על חזקתו כיון דודאי טבל ומה שהמקוה חסר לפניך השת' הוא דחסר כיון שרגילות להתחסר במשך הזמן ואין בו דין חזקה דהשתא כלל ולא נגרע בזה חזקה קמייתא: ובזה מובן היטב תירץ התוס' שכתבו לחלק בין נגע שרגילות להתחסר בב"א לפחות מכגריס בזה שפיר אמרינן השתא הוא דחסר מחמת הרגילות שיתחסר ע"י ההסגר משא"כ במקוה שאף שתאמר שרגילות להתחסר ע"י משך הזמן מ"מ הרי הרגילות הוא שיתחסר מעט מעט כו' (ומ"ש בספר הנ"ל בפ"י דברי התוס' במ"ש וכשטימא הכהן את הבית דקשי' להו לישנ' דש"ס דקאמר אדנפיק ואת' כו' הוא תמוה דאין זה ענין כלל לתירוצם בזה ובתשובה א' כתבתי לבאר לשון כוונת התוס' בזה על נכון ואין כאן מקומו) וכל זה לענין שאין מקום לתלות בחזקה דהשת' כגון שרגילות הוא להשתנות עתה ולא גרע מזמן לזמן היכ' שיש לתלות השינוי בזמן מהא דלא מחזיקינן ממקום למקום לפי שיש לתלות במקום וזה מבטל שלא לילך בתר חזקה דהשתא ואין מועיל צירוף חזקת טהרה דאיתרע מחמת שבא לבית המנוגע וכן במקוה אי לאו דחסר ואתי מעט מעט לא היה מועיל צירוף חזקת טומאה כיון דודאי טבל משא"כ היכא שאין לתלות החזקה דהשתא מחמת הזמן או המקום בכה"ג חזקה דהשתא מלתא הוא מדרבנן להחמיר ומהני נמי מדאורייתא להקל בצירוף חזקת טהרה כיון שאין לתלות חזקה דהשתא שמה שהוא כן הוא מחמת הזמן או המקום בזה שפיר אזלינן בתרה בצירוף החזקת טהרה ובזה היה נראה לענ"ד ליישב בפשיטות הא דפריך ממחט לימא מחט מעלייתא הוא כו' י"ל דהכי קא קשיא ליה כיון שממקום למקום אמרת דתולין דבזה לא מהני חזקה דשעת מציאתן משום שהמקום גורם להשתנות א"כ חלודה נמי אע"פ שאין כאן שינוי מקום מ"מ הזמן גורם להשתנות שדרך הוא ברבות הזמן להעלות חלודה וכחזקה דממקום למקום דמי' ולחזקי' דס"ל דאין מחזיקין ממקום למקום י"ל דס"ל דחזקת טהרה חזקה אלימתא היא משא"כ אליבא דר"י דס"ל תולין דדבר זה צריך אריכות בסוגיות הש"ס וקצרת: וממוצא דבר אנו למדין דהך דלא אזלינן בתר שעת מציאתן כשהוא ממקום למקום לפי שאנו תולין במקום

שהמקום גורם מה שיצא מחזקתו ונשתנה ודון מינה אם הוא חזקה העשויה להשתנות מחמת הזמן או שכך הוא בטבע או מחמת סיבות שנתחדשו לא אזלינן בטר שעת מציאתן והא דנגע באחד כו' לכאורה קשיא הא גם חיי האדם בזמן תלוי ואפ"ה אזלינן בטר שעת מציאתן לומר דכשמצאו מת אמרינן שקודם לכן היה מת.

אך באמת החילוק מבואר דאע"ג דכל אדם מעותד למות מ"מ אע"פ שהרבה מתים כאשר שנותם למספר יאתיו. מ"מ נפיש גמלי סבי ואמרינן רב סליק לבי קברי לחיש ואמר צ"ט מתים בעין הרע כו' ולכן שפיר אזלינן בטר חזקה דהשתא משא"כ היכא שהדבר ידוע שהשתנות בא ע"י משך הזמן מה"ת להחזיק למפרע כמו דאין מחזיקין ממקום למקום אך כל זה לענין חזקה דהשתא משא"כ לענין חזקה דמעיקרא אי אזלינן בתרה אף להחזיק ממקום למקום נראה דתליא מלתא בפלוגתת הפוסקים אי אזלינן בטר חזקה העשויה להשתנות אם לא שהרי כבר בארתי דעיקר טעמא דאין מחזיקין ממקום למקום משום דתלינן במקום כשיש לתלות שנשתנה על ידו וא"כ למ"ד דחזקה קמיית' מהני אף בעשויה להשתנות א"כ גם ממקום למקום ודאי אזלינן בתרה דמה בכך שיש לתלות במקום שעשוי שישתנה מ"מ לא נפיק מחזקתיה מחמת זה ובגוף הענין דחזקה העשויה להשתנות הארכתה הרבה בתשובה ובדברי הר"ן בתשובה במקוה שמימיה נתמעטין והענין עמוק ורחב ידים וכעת אין בידי לבא בארוכה רק נקוט מיהא בידך דלענין חזקה דהשתא אע"ג דשעת מציאתן הוא מ"מ אין מחזיקין ממקום למקום כשיש לתלות במקום ולענין חזקה דמעיקרא דעת כמה פוסקים דאף בעשויה להשתנות אזלינן בתרה ואל תתמה למה יגרע חזקה דהשתא מחזקה דמעיקרא שהרי דעת התוס' דחזקת שעת מציאתן לאו דאורייתא רק לחומרא לענין קדשים ולדעת הח"צ בתשובה סי' ג' חזקת שעת מציאתן הוי דאורייתא להרמב"ם מ"מ במקום חזקה דמעיקרא ליתא והיינו דמחלקינן בין ראוהו חי מבערב ועיין בדברי אא"ז בבכור שור במ"ק דף י"ט בענין זה וממנו נקח לנ"ד שהביאו לעיר כשהוא נקרש בזה לא נתברר לנו שהי' קרוש בשעה שעלה מן המים דאי משום כשעת מציאתן אין להקל לשיטת התוס' שאין לילך בטר שעת מציאתן כ"א לחומרא או היכא דאיכא חזקת טהרה וכאן אדרבה איכא חזקת חי וחזקת אשת איש לומר דאחר הוא שנשתנה אחר דאשתהי ביציאתו מן המים והשתא הוא דנקרש וגם לשיטת הרמב"ם כבר כתבתי דכאן שהוא ממקום למקום ויש לו לתלות במקום דהיינו כשהולכיכוהו מכפר לעיר נקרש הרבה ואדרבה מצד חזקה קמייתא י"ל שלא הי' נקרש בעת יציאתו מן המים ואע"ג דהיא עשויה להשתנות מחמת הסיבה שנפל למים מ"מ י"ל דלא נפיק מחזקת' שלא הי' נקרש ומכ"ש שיש מקום בזה לומר שזה הנמצא הי' חי עד עתה וזה מקרוב ממש שנפל למים ולא שהה שם כדי קרישה ולכן בטר דאשתהי נשתנה והשתא הוא דנקרש ואם הי' לפנינו מי שמעיד שמיד כי מן המים משיתיהו הי' קרוש ומלא קרח הי' מקום בפשיטות לסמוך ולהתיר מחמת ההכרה בט"ע ובצירוף שאר סימנים אבל כפי משמעות המעשה שכתבו הב"ד שם נראה שלא הי' שם איש מישראל בשעה שהועלה וגם לא נזכר אם הי' עכו"ם מסל"ת עכ"פ שאמר שהי' קרוש אז מועיל אומדן דעת אין לסמוך כיון שאין כאן אפי' חזקה דשעת מציאתן וכמש"ל: ועתה נבא לבאר אם יש מקום בזה להתיר מצד שהכירוהו בט"ע של פניו וגופו שלפי דברי הטור יש להתיר בכה"ג כשצורתו וגופו שלם אם לא ראה הטביעה אע"פ שלא ראוהו לאלתר

והב"ש ס"ק מ"א כתב דמדברי הרמ"א משמע שחושש לדברי בעל המאור דמצריך לאלתר ובדעת הרא"ש בזה נחלקו בתשובת מוהרי"ק ומהרב אשכנזי ושאר תשובות לפי שדבריו נראה כסותרים ועיין בח"מ שהביא דבריהם בקצרה: והגאון בנ"ב בירר לו דרך א' בפירוש דברי הרא"ש (עיין בתשוב' עגונה מחארסאן באורך) והר"מ בתשובתו הראה פנים לכאן ולכאן ולא העלה דבר ברור להקל אף שהי' שם כמה מילי מעליותא כמבואר למעיין שם ואף שנראה שסיום התשובה חסר שם ואפשר שהעלה לבסוף להתיר מ"מ כיון שעכ"פ לא חזינן כי האי סימנא שסמך להקל בזה אגן יתמי דיתמי היכא נעביד עובדא להקל ומה שיש לצדד בזה מצד הסימנים שבגופו הנה דבר ברור שהקרחא שבראש מצד עצמו לא הוה סימן כלל כיון דשכיח טובא בהרבה בני אדם רק שמצד צמצום ג"כ יש לעיין בזה שאף לפי מה שמקילין קצת פוסקים מחמת צמצום מקום היינו היכא שהסימן מצד עצמו לא שכיח כולי האי אבל סימן כזה שהוא שכיח טובא ועיין בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא חלק אבן העזר סימן ס"א כתב וז"ל והסימנים שבגופו הקרחה שבראשו זה שכיח מאד בהרבה בני אדם והציפורן הנשחת כיון שכיונו האצבע שהוא סמוך לאגודל וגם ביד שמאל אולי מקרי סימן ועיין בב"ש סקע"ד ומ"מ נראה דאין זה צמצום מקום לגמרי ועיין בב"ש סקע"א ועכ"פ סימן אמצעימקרי בפרט בצירוף הקרחה בראשו והשבר במתניו עכ"ל עכ"פ מבואר דקרחה שכיח טוב' ולכן י"ל דאפי' צמצום מקום לא מהני בכה"ג דמלת' דשכיח' לפעמים הוא במקום זה ופעמים במקום זה ובסימן מובהק בעינן שיהי' מופלג וזה הרבה שלא ימצא באלף אנשים וקצת יש להוכיח כן גם מדברי הנ"ב שהרי שם בלשון השאלה אית' אני זיינוויל מעיד בתו"ע שהקרח' שיהי' בראשו של פייבוש הנטבע הוא מנעוריו ואני גדלתיו מנעוריו וראיתי בו קרח' והשגחתי בו גם עתה הטיב ומצאתיו כמו כן וכמו כן אמרו כו' שהיו יודעים מהקרח שקורין פלאס שהיה לפייבוש בחייו כמו עתה באיש הנמצא עכ"ל וא"כ כיון שהיודעים ומכירים אותו מעידין שהקרח' שראו בחייו הוא עתה כמו כן ודאי שהכירוהו בט"ע שהוא באותו מקום שהי' בחייו הקרחה באיש הלז וזה יש לחשבו לצמצום מקום כיון שע"פ ט"ע שלהם מקומו מצומצם במקום שהי' בבעל האשה וכ"כ בשו"ת ח"צ סימן קל"ד בהעיד שהיה לו פציעה במצחו אע"פ שלא צמצמו אם בראשו או בסוף או באמצע אפשר לצדד כיון שאותן האנשים שמצאוהו הרוג וראו בו הפציע' שהי' במצחו ואמר שעל ידי כן הכירוהו מסתמ' בהיותו בחיים היו יודעים באיזה מקום שהרי רגילין ותדירין היו עמו ומסתמא באותו [מקום] מן המצח מצאו עתה כו' ואם כן לא היה לו להגאון ז"ל לדחות הסימן קרח ואף שהח"צ כתב שלא יעשה מעשה על סמך זה לבד מ"מ לא היה לו לנ"ב לדחות לגמרי כלאחר יד וגם הנ"ב גופיה שם בתשובת סי' א' כתב מסברא דנפשי' כהח"צ אך באמת בכה"ג בסימן קרחה דשכיח טובא אף שמכירין בט"ע שהוא במקום מצומצם שהי' בבעל' של זו לא מהני ודוקא היכא שהסימן מצד עצמו גם אינו מצוי כ"כ אזי בצירוף צמצום המקום חשבינן ליה לסימן מובהק לדעת קצת פוסקים וכן נראה מהאחרונים וגם מצד העקמומית שבגבו כעין חטוטר' פשיטא שעכ"פ אינו סימן מובהק ובאנו למחלוקת הפוסקים בצירוף סימנים אמצעים ולא רצייתי לישא וליתן בזה שמלא בכל התשובות ואם באנו לכתוב אין אנו מספיקין ולא מפסיקין: ובענין סימני הכתונת ראיתי בנ"ב מהדורא תנינא סימן סמ"ך כתב וז"ל ועל דבר הכתונת אם הוא

כמו כיס וארנקי דלא מושלי אינשי אמינא אם פרידתו של זה מביתו ומציאתו של ההרוג היה הכל תחת שבת א' כו' אבל אם עבר עליו יום השבת חיישינן אפילו לא לקח מביתו רק חלוק שהיה לבוש בו אולי אירע לו לקנות חלוק וקנאו ולבשו לכבוד שבת וזה שהיה לבוש מביתו השאילו לאחר ומ"ש בעסק שאלה דיחיד בשם הח"צ עיין בח"ר נ"ב ושם הוכחתי דלרבא אין חילוק בין יחיד לרבים אפילו בשאלה כו' ובסוף סיים שם שאם האשה העגונה מכרת כתונתו ע"י סימן הטלאי לא אזדקק להתירה אבל אם מכירה בט"ע והיה מציאתו קודם שעבר עליו השבת הוא דומה לכיס וארנקי ומגבבים לזה גם שאר שערי ההיתר עכ"ל והנה בנ"ד אף שעבר עליו השבת נראה דלא חיישינן שמא אירע לקנות לו חלוק כו' דבענין זה אין לנו לבדות חששי' אלא הכל לפי הענין וכמ"ש הגאון ז"ל באם שלא עבר השבת שאין דרך במדינות פולין ללבוש חלוק אחר אפילו עשירים א"כ לא חיישינן ליה והיינו משום אומד הדעת כמו כן אף שעבר עליו השבת אם לפי הענין נראה דהאי גברא לאו בר הכי שיפשוט את כתונתו להשאילו ולעצמו יקנה כתונת אחר וחשש רחוק הוא ביותר ועדיף מכיס וארנקי: וגם כי אין כאן חשש שאלה דיחיד ומ"ש בנ"ב דלרבא אין חילוק וכן הקילו עוד בכמה ספרים אנכי תקנתי עמודי הח"צ ובררתי בתשו' שדבריו נכונים אך מה שאני חוכך בזה ממה שנראה ממכתב הב"ד תוכן המעשה לא היה על הכתונת הכרה בט"ע רק שדימו האפטשעבקי כו' להכתונת שהיה לו משעת נשואין והיה שוה ממש בלי שינוי כלל וצ"ע אם זה מועיל כמו ט"ע וכי בשביל שאנו מדמין נעשה מעשה ומבואר ביורה דיעה סי' ל"ו שאין אנו בקיין בהקפה להכשיר וביש"ש חולין כתב דלהקיף ולראות אם הנקבים דומים בקל יוכל לטעות שידמה במושג הפשוט שהדבר דומה ואינו כן כו' וכבר הארכתי בזה בתשובה אחת ורמזתיו בקצרה בחיבורי בית אפרים סימן ל"ו ס"ק נ"א והבאתי שם דברי הח"צ שדעתו דבכה"ג מקיפין ומדמין לענין איסור וצ"ע אם היה מיקל בזה באיסור אשת איש ואפשר בעגונה יש להקל כמו שהקילו אפילו מפי שפחה וצ"ע וקצרתי והנה מצד מה שהחייט הכיר בט"ע את המכנסיים שתיקן אותם לו והכיר בתפירת שלו לכאורה י"ל דמכנסיים לא חיישינן לשאלה בפרט כשלא לקח עמו אחרים והארכתי מזה קצת בתשובה א' עם הגאון המפורסם מוהר"ר מאיר ז"ל האב"ד דפה קהלתנו והוא ז"ל היה דעתו כן והביא ממ"ש בשו"ת שבות יעקב דמנעלים לא מושלי כו' והה"ד מכנסיים והסכמתי עמו לדינא ועיין בשו"ת זכרון יוסף חלק אבן העזר שהביא מש"ס דמעילה דלבושא עילאה ותתאי מפגמי לאלתר וכתב שם אות י' דלפי מ"ש שם רש"י טעמא דלבושא תתאי דע"י זיעה נפגם מיד וכ"ש פוזמקאים דאיכא זיעת הרגל וזוהמא וכו' יע"ש וא"כ נראה דהה"ד במכנסיים כאלו ואף שבזכרון יוסף כתב וכי בשביל שאנו מדמין כו' מ"מ כבר כתבתי שהכל לפי הענין וא"כ גם כאן נמצא בקעשני של המכנסיים אגרת מאיש אחד בדבר סתר והאיש אומר שהוא כתב ידו שכתב למוהר"ר לייבוש בעל אשה זו וא"כ נצטרך לומר ששאל לאחר המכנסיים ושכח בתוך הקעשני האגרת הנ"ל לזה לא חיישינן כיון דהאגרת דבר סתר הוא בודאי מדכר הוה דכר ליקח האגרת טרם ישאיל המכנסיים לאחר ואף שהב"ש הביא בשם הב"י דאי סימנים דרבנן חיישינן אף לכלים דלא מושלי כבר חלקו האחרונים בזה והסכימו להתיר וגם אני הארכתי בתשובה והבאתי דברי הש"מ בשם הרשב"א להתיר ומקרוב בא לידי חידושי הריטב"א על יבמות כתב ג"כ הלכתא דלשאלה

לא חיישינן אמנם הריטב"א שם פסק סימנים דאורייתא ומ"ש בשמו דאי סימני דרבנן חיישינן לשאלה ואפילו בכלים דלא מושלי לא נזכר שם דבר מזה וגם ידוע מ"ש הפוסקים להתיר בסימנים אמצעים בגוף וסימן מובהק בכלים משום ממ"נ ולפי שהארכתי בכמה תשובות בתכלית האריכות בענין זה קצרתי כאן: ואמנם במ"ש לצדד מצד האגרת הנמצא בקעשני של המכנסיים דמחמת זה יש לנו לומר שלא לחוש לשאלה כיון דדבר סתר הוא מזהר זהר בי' ועיין בב"ש ס"ק מ"ט שכתב וז"ל וכל זה איירי כשנמצא בבגדיו אשר לבוש ארנקי כו' וכן גדולי האחרוני' בתשובותיהם הרבה פעמים תמכו יסוד ההיתר כו' ולא חיישינן לשכחה וצ"ע וא"כ כיון שיש כאן כמה פנים להתיר אף כשיש לפקפק קצת מ"מ בצירוף כל הני היתרים יש להעמיד יסוד ההיתר שהתחלנו בו לפי שנמצא קרוש לפנינו ולא מבעי' אם יתברר ע"י עד ישראל או עכו"ם מסל"ת שהיה קרוש הרבה בעת יציאתו מן המים שיש לסמוך ולהתיר אלא אפילו אם אינו ידוע אם היה קרוש בשעה שהוציאוהו דאז הו"ל כספק אשתהי מ"מ נראה ברור דבנ"ד אתתא שרי' כיון שמבואר בגב"ע שהעידו בבירור שלא היה נפוח ובכה"ג כתב מהרי"ט סימן ל"א וכל זה בסתם אבל במעיד בבירור שלא היה שום נפוח ושום השתנות כלל וגם יש ספק אי אשתהי קודם שנקרש נראה דכ"ע מודים דשפיר מעידין ומכ"ש שיש כאן קצת סימנים שעכ"פ יש לדון בסימנים אמצעים שאף שבש"ע סעיף רע"ז בשם תשובת מהר"א בן חיים החמיר קצת מ"מ הנך סימנים עדיפי וגם ספק אשתהי גרע מספק אם היה קרוש וגם שיש עדים שלא היה נפיחה והשתנות פשיטא דיש לצרף סימנים אלו ולומר דלא שכיח שיתרמה שנשתנה פניו בדומה ממש לדמות דיוקנו של בעל האשה מחמת דאשתהי קצת קודם שנקרש וגם היה לו קרחה בראשו במקום המצומצם וכמו חטוטרות בגבו והאגרת בא לידו דרך נפילה ומציאה אז ע"י שאלה פשיטא דלכולי האי לא חיישינן לכ"ע ואתתא שריא: וגם יש מקום לצדד בזה שעכ"פ יצא מחשש אשת איש דאורייתא לפי שאין לחוש לרובא דעלמא בזמן שהקור גדול והרבה מקומות שבנהר הם נקרשים וכדאמרין בבבא בתרא לענין חביות שצפה בנהר דאם איתא דמההיא דקרא אתאי עקולי ופשורי הוי טבע לה וא"כ כיון שבכל האקלים סביב לא נשמע שנטבע שום איש יהודי אית לן למיזל בתר קורבא שהרי ידוע שבכל הסביבות הקרובים לנהר לא נפקד מהם איש ופשיטא דאין לתלות דאיש אתי מעלמא למקומות אלו ונטבע ש"ל כאן נמצא כאן היה וכמ"ש הרמב"ן והרשב"א בההיא דיצחק ר"ג וגם י"ל שזהו שאבד זהו שנמצא ובכל הענינים אלו הארכתי הרבה בתשובות ועיין בשו"ת פנים מאירות ח"ג סימן ב' כתב ג"כ להתיר כיוצא בזה והביא שם הך דבבא בתרא יע"ש וקצרתי כי אנחנו א"צ לבא לידי מדה שיש די בצדדי ההיתר שכתבנו ואצ"ל אם יתברר ע"י ישראל או כותי מסל"ת שהיה נקרש בעת שהוציאוהו מן המים דאתתא שרי' בלא פקפוק.

והנה כבר הסכימו בהיתרא דהך אתתא הרבנים המופלגים ב"ד הצדק דק"ק מאהלוך יע"א ולפי שאני מיראי הוראה ובפרט משום חומר איסור א"א וכי היכא דנמטי שיבא מכשורא אזי אם יסכימו עוד שני חכמים מפורסמים דפקיעי שמייחו ודרו דורא דלינא ודינא קאמינא דאתתא שריא ויושיבו ב"ד ויתירו לה מאחר שע"י צירוף היתרא אנו באים ויש שאין שם אלא עד א' א"כ יש לדון בזה דין נשאת ע"פ עד אחד שצריכה רשות ב"ד: דברי זעירא מן חברייה הק' אפרים: טו שאלה עגונה אחת מק"ק העלם שהיא

עגונה זה כמה שנים והרבנים המופלגים ב"ד הצדק מק"ק הנ"ל גבו עדות בב"ד מאנשים ששמעו בו שנהרג גם נמצאו כל הבגדים שלו שהוכרו כל הבגדים שלו בט"ע וסימנים מובהקים ביער הסמוך לכפר שהיא דרכו לעשות מלאכתו שם וגם ביער ההוא נמצא ראש אדם בלי עור ובשר רק העצם והועד שהיה לו שני שינים רחבי' ובצד שפה העליונה ובדקו בראש ההוא ומצאו שני שינים רחבים ועקומים קצת ע"כ קצת תורף הענין והנה הרבנים המובהקים הנ"ל חילו פני לעיין בשריותא דהאי אתתא שלחו לכאן העגונה בעצמה לשקוד על דלתותי יום יום ולכן אף כי כעת תש כחי ולא אוכל לעיין כראוי ומכ"ש להאריך בפלפול הוצרכתי לעיין בדינה של ריבה זו אולי אוכל למצוא איזה צד היתר תשובה עברתי על העדיות וראיתי שיש מקום לחתור פתח ההיתר מן העד האחרון ששמע מהעכו"ם מסל"ת שנהרג האיש הזה כי מחמת הבגדים אין כאן היתר אחרי שלא נמצא ההרוג מלובש בהם ואף אם היה מונח הרוג סמוך אצלם משמע מהב"י שאין להתיר ואף שבתשובה אחת הארכתי והבאתי דעת תשובת אחרונים דמהני סמוך לו מ"מ כאן שנראה מענינו שהגולגלת מצאו רחוק ממקום מציאת הבגדים אף שאפשר לתלות שחיה רעה אכלתהו וכמו שכתוב בגב"ע שהרועים אמרו שהזאבים אכלוהו וא"כ גררו הראש ממקום למקום מ"מ עכ"פ אין לדרוש סמוכים שראש זה הוא של האדם שהיה לבוש בבגדים אלו והבגדים בעצמם אין מועלים להתיר כלל וסימני השינים ג"כ לאו סימנים ניהו דשכיחי אינשי טובא שיש להם שינים רחבים וכ"כ בש"ע דשינים גדולים לא הוי סימן ולקמן אכתוב בזה והעד השני שמעיד ששאל לעכו"ם א' האם אינו יודע מן החייט כו' והשיבו ששמע שיחת הרועים זה לזה שראוהו מונח ביער ואח"כ אכלוהו הזאבים פשיטא שאין מקום לסמוך ע"ז כלל כיון שמעיד להדיא שהעכו"ם לא היה מסל"ת רק השיב לו ע"י שאלה אינך יודע כו' והוא ממש כמ"ש בש"ס והא אי' חברינו קאמרו לה כו' ומבואר שם דכה"ג לאו מסל"ת הוא ולא מהני עדותו את והעד השלישי ששאל להערל שמצא הראש אם לא מצא רק הראש לבד כו' ג"כ אין לסמוך עליו שנראה ג"כ שהיא כל אמירתו ע"י שאלה וידע על מי הם מדברים וכיון שאין כאן התחלת מסל"ת כלל לא שייך לומר דהדרין ומגלינן מלתא מינין כו' ומעתה אין לנו על מה להשען כ"א על עדות העד האחרון מוהר"ר אברהם במהר"ב צורף שהעיד וז"ל אשתקד אחר הפסח בין גישטאנין בשוק איז גיקומין דער קנעכט פין כפר בינטשע וואס דער חייט איצק פלעגט דארטין צו ארביטין אונ זאגט איין שאד אויף דעם איצק חייט וואס ער פלעגט ביא אונז צו ארביטין וואס ער איז נהרג גיווארין האב איך אים גיפרעגט פון וואניט וויסטו האט ער מיר משיב גיוען גוים האבין מיר גיזאגט אז ער איז נהרג גיווארין אונ מען האט אללי זייני זאכין גיפינן עכ"ל.

והנה זה מסל"ת גמור איברא דאכתי כמה תיוהא איכא הכא דנהי דמה שלא הזכיר שם אביו ושם עירו אין בית מחוש כיון שהזכיר שם מלאכתו ואמר שהיה רגיל לעשות אומנתו אצלינו וידוע בעיר שאין שם איצק חייט אחר שהיה רגיל לעשות בכפר ההיא רק בעלה של אשה זו וגם אין לחוש שמא איצק חייט מעיר אחרת ג"כ היה רגיל לעשות שם כיון שבא לעיר הזאת ואמר בלשון דעם איצק חייט אין ספק שכוונתו על האיש הזה מעיר הזאת שהיא ידוע בכאן וכמבואר בשו"ת מהרי"ט ובשאר תשוב' ובתשו' הארכתי ג"כ בזה ממ"ש חז"ל ועשה כן למרדכי א"ל טובא מרדכי איכא כו' דקשיא להו שהיה

לומר לאיש יהודי ששמו מרדכי אך לפי שהיה עומד בסיפור ממרדכי והיה ידוע ביניהם אמר אחשוורוש סתם מרדכי דמסתמא ידעו שכוונתו על מרדכי הידוע והמן שלא היה אצל הסיפור וגם מרשעתו לא רצה להרגיש ואמר טובא כו' ע"ש אך שמ"מ יש לפקפק דשמא מחמת שנמצאו המלבושים ומציאת הראש יצא הקול מהרוגה של בעל האשה ומחמת זה אמור יאמר העבד הנ"ל שזה נהרג ואף שאמר שגוים אמרו לו ומצאו כל הדברים שלו ובלשון זה יש לצדד דחדא ועוד קאמר חדא ששמע מהגוים וגם לפי שמצאו כל הדברים וגם י"ל דמה שאמר אונ מען האט אללי כו' הוא ענין בפ"ע שמודיע לו ולא בתורת הוכחה על ההריגה מ"מ עדיין לא פלטינן מחששה שמא אותן העכו"ם עצמם ששמע העבד מהם לא היה להם ידיעה ברורה רק מאמת קול הברה אשר בעיר וסביבותיו ע"י מציאת הבגדים והראש שני יש לפקפק שדעת הרמב"ם בהיתר ע"פ מסל"ת צ"ל קברתיו שלישי יש חשש דלהריב"ש לא מהני מסל"ת מפי מסל"ת וגם דשמא לא היה המגידי הראשונים מסל"ת רק שהשיבו לעבד הלז ע"פ שאלתו ובעכו"ם המשיב לעכו"ם ע"פ שאלה יש סוברים דלא מהני עדותו: והנה בדבר החששה שמא מה שאומר כן הוא ע"פ הקול שיצא הנה רב א' מהר"י בהר"ש סאמוט חשש לזה כמ"ש בתשו' ב"י הביאו בק"ע סימן קל"א ע"ש והב"י השיב לחלק בין קול של טביעה לקול של הריגה דאל"כ לא שבקת חיי לשום עדות שעל הרוב מי שנתעלם אומרים עליו שנהרג והביאו בק"ע סעיף קמ"ו וזהו דעת מהרשד"ם שהביאו בק"ע סעיף שלו ועיין בב"ש ס"ק ל"א וקצת אחרונים הקשו על חילוק זה מפסקי מהרא"י סימן קס"א דאף בענין הריגה חיישינן שאמר כן מחמת הקול ע"י שכתב עדות זה מספקת יותר מכל העדיות כו' וליכא למימר דקאמר בדדמי כמו באינך עדיות שכל מה שסחו הגוים היינו לאחר שיצא קלא דלא פסיק דנהרג דאיכא למיחש שסחו בדדמי כדמשמע במרדכי בגוי מסל"ת דנהרג דשמא אמר בדדמי כו' והנה בעזרת נשים ס"ק ע"ח כתב בשם שו"ת פ"מ ח"ב ס"ס כ"ז דמחלק דמ' שמעיד מפי גוי שנהרג חיישינן טפי שהגוי אומר פ' נהרג מחמת הקול כו' יע"ש והנה באמת שכן משמע מלשון תה"ד שהבאתי שהביא ראיה מהמרדכי אך לענ"ד נראה ברור דכל זה לא מיירי אלא היכא דידעינן בודאי שהקול שיצא אינו מחמת המגיד הלז רק מצד אחר נתפשט הקול וא"כ י"ל שגם זה שמגיד נהרג פלוני תמונה לא ראה זולתו קול דברים שמע וסמך ע"ז להגיד בסתם פלוני נהרג אבל אם אין אנו יודעין מאין היה התפשטות הקול מה"ת נתלה שזה אמר מחמת יציאת הקול אדרבא אנו אומרים להיפך שהקול יצא מחמת זה האיש שהגיד פ' נהרג ועי"ז יצא קול ואמירה דהאי ע"י שראה או ידע בבירור שנהרג ולכן בהא דתה"ד סימן רמ"ו ובפסקיו סימן קס"א ששם מיירי שידוע שהקול נתפשט שלא מחמת אמירה דהני א"כ חיישינן שגם זה אינו יודע יותר רק משמיעות קול משא"כ כה"ג דנ"ד מה"ת לתלות שמה שאמר זה מסל"ת ששמע מגוים שאמרו שפלוני נהרג שמחמת ששמעו הקול אמרו כן אדרבא אנו אומרים שע"ז נתפשט הקול מחמת שעכו"ם הללו ראו וידעו מהריגתו של זה ועל פיהם יצא הקול בעיר והחילוק ברור לענ"ד ובק"ע למהרח"ש הביאו בע"נ כתב ג"כ לחלק דדוקא היכא שהטביעה היתה ידועה באמת ולא קול הברה בזה חייש התה"ד שמא ע"פ שידע שנטבע מעיד שרוב הנטבעים מתין אבל כשיצא רק קול לבד פלוני נהרג או פלוני טבע לא חיישינן שמחמת הקול העיד ומ"ש מהרא"י סימן קס"א אין הכוונה לומר

שכל שהעיד בתר קלא דלא הוי עדות אלא הכוונה להפליג שאותו עדות מספיק כו' ע"ש ובאמת שמה שהביא מהרא"י שם מהמרדכי צ"ע דהתם לא קאמר דראה ההריגה אומר בדדמי ואם כוונתו למ"ש בשם הר"ש והר"ן נמי לא קאמרי אלא הכרה בט"ע דמסל"ת אינו נותן לב להכיר היטב ובתה"ד סימן רמ"ז כתב לחלק דדוקא אם היה מכירו בחייו אמרינן שסמך לומר בדדמי כשרואה דומה לאותו סימנים אבל אם לא הכירו בחייו לא אמרינן שאומר באומד הדעת ובודאי נסתכל היטב להכירו ע"ש וא"כ אין זה ענין לכאן לומר שאומר בדדמי מחמת הקול שכיון שמסל"ת הוא בודאי הוא אומר דברים כהווייתן והי' אומר ששמע קול שזה נהרג וכוון שאמר סתם אנו תופסין הדברים כמות שהם ולא חיישינן לחששה אחרת ועיין בב"ש ס"ק מ"ם מ"ש על דברי הח"מ לענין חשש שמא שמע מערכאות ע"ש ועיין בב"ש ס"ק ע"ו שכתב בשם התשובה לסמוך על ט"ע עכ"ל ועיין בס"ק קנ"ה ודבריו צ"ע וקצרתי ועכ"פ בנ"ד נראה שאין לחוש לזה שהעדות מחמת הקול ולא מיבעיא לחילוק מהרח"ש דכל שאינו אמיתת הדבר שיש לתלות שאומר בדדמי מחמתו רק קול לא חיישינן וכן נראה שהוא דעת הב"י ומהרשד"ם וכן בח"מ ס"ק מ"ז בתשובה שם וראה שמסכים להב"י אלא שכתב שהב"י כתב שאם אפשר לשאול לעדות הראשונים ו' וכאן בנ"ד שהעד שמע מפי העבד שאמר ששמע מגוים שנהרג פשיטא דלא שייך זה וכיון דליכא לברורי סמכינן ע"ז והכי מסתבר כמ"ש הב"י דאל"כ נפל דינא דמסל"ת בבירא שעל הרוב טרם יזדמן שיבוא אחד ששמע מעכו"ם מסל"ת הקול יוצא ואין לנו להחמיר כולי האי בעגונות אם לא במקום שיש רגלים לדבר דמחמת הקול אמר כן ומכ"ש כי הך סברא דכתיבנא שאם יש לתלות שאדרבה הקול יצא ע"י אלו שהגידו מחמת ידיעתן לית לן למיזל בתר איפכא הוא סברא נכונה וברורה א"כ פשיטא דאין כאן בית מיחוש: וגם אין לחוש ולומר דלפי שאמר אונ מען האט אלי זייני זאכין גפינן שזה היה האומדנא שלו לומר שנהרג דז"א שהרי פירש שיחתו ששמע מפי הגוים שנהרג א"כ מה שאמר ממציאית החפיצים מלתא באנפי נפשיה קאמר ואפילו תימא שבא לומר שגם זה שמע מפי הגוים שהאיש נהרג ומצאו החפיצים שלו מ"מ אין במשמעות לשון זה לומר שאמרו הן לפי שמצאו החפיצים שלו רק אנו תופסין הדברים כהווייתן ששמע מפייהם שפלוני נהרג ונמצאו החפיצים שלו ואין זה תלוי בזה כלל וכה"ג אמרינן לענין דיני ממון בביצה דף כ' ההוא גברא דאמר הבו ד' מאה זוזי ולנסוב ברתאי אמר ר"פ ד' מאה זוזי שקיל ברתיה אי בעי נסיב כו' ואע"ג דאמרי' דאי אמר איפכא אי נסיב שקול פשיטא דהתם אומדן דעת הוא כיון שהתחיל לומר ברתיה כו' דרך תנאי הוא משא"כ בעלמא אין לתלות זה בזה ומה שאמרו שפלוני נהרג ומצאו החפיצים ידיעות שתיים הם ואפשר אפילו אם אמרו מצאו החפיצים מפלוני והוא נהרג אין תולין שאמירתם לבסוף נהרג הוא תלוי בזה שמצאו החפיצים שהלשון מורה שלא נאמר בתורת הוכחה ממציאית החפיצים רק להגדה בפ"ע ומכ"ש בזה שהתחלת הדבור היה מהריגתו של זה ועיין בתה"ד סי' ש"כ במי שמצוה לתת עשרים ליטר' ותקנה חגורה כו' הביא מהאי דבינה וכתב דמוכח מרש"י ותוספות שהטעם דאמרינן תפוס לשון ראשון כו' והקשה ע"ז דהא ש"מ מצי למהדר ומייתי מהסמ"ג דטעמא משום דשני צוואת הם כו' וכתב שיש ליישב גם לשון רש"י ותוספות כן כו' ע"ש ובתשו' אחת בענין העגונה מן סטחשיב כתבתי בזה ושם עמדתי על דברי הרמ"א בח"מ סימן רנ"ג שלכאורה דבריו תמוהים

והבאתי שם דברי קצוה"ח וכאן קצרתני שזה לרווחא דמלתא משום דאפילו אם נאמר בדבר שבממון י"ל שתלאן זה בזה דרך תנאי מ"מ בכאן אין להוציא ממשמעות פשוטו של לשון שכ"א הוא ידיעה בפ"ע ואם היה הכונה ע"ד זה דרכן של בני אדם לומר פלוני נהרג והראיה שמצאו כל החפצים ומדאמר אונ מען האט כו' אין לבדות חששא שמחמת זה אמרי בדדמי כלל וגם מחמת דעת הסוברים דבעי קישור דברים אין חשש כשאמר דרך התאוננות וכמבואר באחרונים ובדבר החשש של הרמב"ם צריך מסל"ת שיאמר קברתיו נראה להקל בנ"ד לפי שיש כמה חילוקים בדבר כמבואר באחרונים והנה לדעת ה"ה במזכיר שמו א"צ קברתיו ובנ"ד הזכיר שמו ולדעת הר"ן בתשוב' במכירו א"צ קברתיו וכאן אין ספק שזה העבד שהגיד בשם הגוים שאמרו לו שנהרג ונמצאו כל החפצים שלו בודאי מכיריו היה שאל"כ מנין היה יודעין לומר שזהו ההרוג וגם יש סוברים שהר"ן מודה לחילוק ה"ה ולדעת הב"ח כשאמר דרך התאוננות אצ"ל קברתיו וכאן היה אמירתו דרך התאוננות כמש"ל ולדעת הר"י סאגיש שהביא הב"י כשלא נמצא בשעת הריגתו אצ"ל קברתיו וכאן נראה שלא היה נמצאים אצל הריגתו שכן נראה ממה שאמרו ער איז נהרג גיווארין ולא אמרו ראינו שנהרג ועכ"פ הו"ל למימר הרגוהו שלשון זה היה מורה יותר שהיה אצל ההריגה ולדעת מהרשד"ם באומר נהרג פלוני א"צ לומר ולדעת הב"י בתשובה בעד מפ"ע א"צ לומר קברתיו וא"כ בנ"ד דאיכא כל הני לטיבותא ומכ"ש לפי מ"ש האחרונים שכל הפוסקים חולקים על הרמב"ם ומסקנת דבריהם שנהגו להתיר בלא קברתיו א"כ אין כאן חשש כלל וגם מצד החשש עכו"ם מסל"ת מפי עכו"ם כבר העלו האחרונים בתשובותיהם להקל בזה ומה שיש לעיין בזה לפי מש"ל דהלשון משמע שהגוים שהגידו לא היה אצל ההריגה וא"כ יש להסתפק שהיה אחר ג' ימים שאין מעידין עליו דשמא תפח ונדמה להם שהוא זה וגם כי בכאן נראה שהיא בודאי אחר ג' ימים שהרי האיש הלז נעלם בתחלת החורף והגדה זו לא היה אלא אחר הפסח ולא מסתבר לומר שהגוים הגידו מה שראו בתחלת החורף דאם איתא היה הקול יוצא מיד ואף שאפשר שעד הנה הווי מתיראים לפנות פה כדמשמע מדברי שאר העדויות שהיה יראים שלא יבואו לידי חשד ואף מי שהוא נקי וידע הענין היה מכחידו תחת לשונו עדיין צ"ע אם יש לתלות בזה אך עדיין י"ל דודאי אחר ג' ימים אין כאן שהרי אם תרצה להחמיר ולומר שזה ההרוג לא היה בעל האשה ע"כ לומר שבעל האשה שהלך מאתנו הלך בדרך למרחוק ועודנו חי באשר הוא שם אף אנו נאמר ששהה כל ימי החורף וחזר לבא לכאן ושם נפל שדוד קודם הפסח ואז ראוהו העכו"ם המגידיים עליו שנהרג אך מידי ספק ג' ימים לא נפיק ואמנם גם בספק זה דתוך ג' ימים רבו המתירין ובתשובה אחת הארכתי מאד על ענין כיוצא בזה והעליתי דאף המחמירין בספק תוך ג' יודו בנדון זה ונידון דידן יש מקום לומר שלא היה הכרתם ע"י פרצוף פנים כ"א ע"י הכרת כליו ובכל כליו לא חיישינן לשאלה ומכ"ש לדעת ר"ת דמהני הכרת כל גופו וגם יש לצרף קולא אחת שכתב המבי"ט שאם יש לנו איזה עדים שיצאה מכלל א"א דאורייתא ואם נשאת ל"ת אז מהני אף נכרי שאינו מסל"ת וא"כ בנ"ד האיכא עוד עדויות שהיה מקום להתיר על ידם אלא שקצרתני בהם לפי שא"א לסמוך עליהם שהם מפי עכו"ם ע"י שאלה (ואף שגם באותן עדויות יש מקום לספק תוך ג' מ"מ היה אפשר להתיר ע"י עדויות ההוא שאומר שראוהו שלם בבגדיו ועוד טעמים וקצרתים וא"כ בזה שיש

לנו מסל"ת ואף אם נבא לספק תוך ג' מ"מ י"ל דחששא דנתפח ספיקא דרבנן ואף הסוברים להחמיר בספק זה מ"מ מהני נמי עדים העכו"ם ע"י שאלה ואף שלענ"ד אין לסמוך על דין המבי"ט בזה וכמ"ש הוא ז"ל עצמו שהוא דין חדש ומחזי כמאן דשרי תרבה אפ"ה סברא הוא כו' וכן בתשובה גינת וורדים כתב שהוא חידש כו' ועיין בספר עצי ארזים כתב שע"י שאלה הו"ל כספק מל"ת וגם זה צ"ע וקצרתי בכל זה לפי שלענ"ד אין אנו צריכים לזה רק לסניף בעלמא וגם כי לפי משמעות העד הר"מ ב"ר איסר הלוי חייט שאל את העכו"ם בכפר הסמוך להיער שנמצא הראש ושאל להעכו"ם שמצא הראש אם לא מצא רק הראש ושוב אחר החקירה אמר לו דער איצק שניידר פון העלם כו' אונ האב אים גיזעהין ליגין אין גאנצין אין טין כו' והנה קצת משמע מהלשון שאמר לו אח"כ דער איצק כו' מכלל שמעיקרא לא הזכירו את שמו רק דברו ממצאית ראש או גוף ובכה"ג י"ל דשפיר מיקרי מסל"ת וגדולה מזו כתב מהרשד"ם דדוקא כגון איא חברינו בהניחוהו אצל' ואף אם לא הניחוהו אצל' י"ל דדוקא שאלה על האיש בפרטית בעינן ומצאתי בשו"ת כת"י להגאון בעל פ"י ומג"ש שכתב בענין שיהודים בקשו מהפקיד להיות שיהודי א' בא בעד חיותו בבקעה זו הראינועצמותיו ונקבר והראה להם ואח"כ הגיד מעצמו שהיה מסבב כו' וכתב שברור שהפקיד הוי מסל"ת גמור כיון שהם לא שאלוהו ולא ביקשו לידע מי הו' רק שיהודי מת בכאן שיראה עצמותיו והוא הגיד מה שלא שאלוהו פשיטא דמסל"ת הוא והביא שם מתשו' ר"ב אשכנזי ומהרשד"ם ומהר"ם אלשיך וסיים בה כ"ש הכא דלא שאלו על המיתה ולא מי הוא כ"א מענין לענין באותו ענין נודע לנו מי הוא אין כאן בית מיחש וכן בתשובת הרב ב"י מוכח כן ואין להאריך כי זה אין ספק בעיני כלל עכ"ל ונ"ד נמי להא דמיא שלא שאלה על המיתה ולא מי הוא רק אם מצאו הראש לבד או כל הגוף וע"י סיבוב דברים הזכיר שם האיש בעל של האשה ומה שראה בו אין ספק שלדברי הגאון ז"ל הוי מסל"ת גמור וכבר האריכו בתשו' בענינים כאלה ונלאיתי לכותבן והמעייין בהם ימצא פנים להקל ולהחמיר ולכן יש להב"ד לחקור שנית מפי העד הנ"ל אם בתחלת הדברים הזכירו משם האיש איצק חייט או לא וכמ"ש הפוסקים דכה"ג יש לשאול שנים את העד ואם לא הזכיר משמו כלל מתחלה אז אע"פ ששאל לו על מציאת הראש מ"מ יש לצדד ע"פ דעת כמה תשוב' שגם זה הוי מסל"ת ומ"מ אף אי מהוי הוי סיעא לא מסייע' כולי האי לפי שנראה עכ"פ שהרגיש העכו"ם שבשביל האיש ההוא הוא חוקרו שהרי אחר החקירה אמר לו דער איצוק כו' וואס ער פלעגט תמיד מיט דיר צו ארבייטין אין סוף איך האב אים גיקענט כו' ואין זה דומה למ"ש הפוסקים דמה שהקרובים מחפשים אחריו לא חשיב שאלה דהכא על ענין ההריגה דברו והוא הרגיש שזה האיש הוא מבקש שפיר הוי הגדה ע"י שאלה אך מ"מ סניף גדול הוא להתיר בנ"ד ולכאורה היה מקום לצדד בזה שעכ"פ נפיק מאיסור דאורייתא כיון שנמצא הראש על הדרך שהיה בעל האשה הולך שמה וכמ"ש בשם המבי"ט ואף לפי מה שכתבתי בתשובה שאין זה כ"א כשאין שם שיירות מצוי' ושם הבאתי דברי הח"צ בתשובה מ"מ לפי דברי האשה היה ענין זה בעת השערוריה הגדולה שהיה הדרכים שוממים אך כבר שדא נרגא בדין המבי"ט ז"ל וגם דכיון דבינתיים נשקט הרעש וגם בלא"ה אין ספק כי באורך הזמן כמה חמרים וגמלים יצאו ושמא זה מונח שם זמן רב וגם מי יודע אם בכפרים מסביב לא נפקד מהם איש

הלכך אין לסמוך ע"ז וגם בסימן השינים אין בזה סמיכה וכמש"ל וכן מבואר במהרא"י דאף מופלג קצת לא מהני ועיין בב"ש דדוקא מה שאינו בנמצא לרוב העולם שיני' גדולים כאלה הוי סימן מובהק אך מצאתי בדברי הגאון מופת דורינו בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא חלק אה"ע סימן סמ"ך שכתב שעדות השיני' רחבים בהפלגה קצת חזי לאצטרופי לעד ראייה שהכירו אחר ג' ימים בט"ע ע"ש וא"כ ה"נ כיון שיש לנו עדות מפי עכו"ם מסל"ת אלא שי"ל שהיה אחר ג' ימים לזה מהני סימן השינים רחבים ואף שאין הנידון אותו הגוף עצמו שהכירו זה בט"ע היה בו סימן השינים ולכן אע"ג שהיה אחר ג' ימים חזי לאצטרופי לזה סימן השינים שרחוק לומר שנשתנו פניו של זה לפני בעל האשה וגם שהוא היה לו שניים רחבים ודמי לשאלה דיחיד ועיין בק"ע בשם שו"ת מהראנ"ח במי שהיה לבוש נזם כו' משא"כ בנ"ד דאמאי דקא מסהיד האי לא מסהיד האי ואפשר שגוף שראה העכו"ם היה בשינוי לאחר ג' ימים ובאמת לא היה שינים רחבים אך מ"מ בנ"ד שאין כאן ראייה ודאית אחר ג' ימים כמש"ל רק ספיקא וכיון דחזינן שהגאון ז"ל עושה מסימן זה ששינים רחבים בהפלגה קצת סיוע לצד ההיתר אף אנו נאמר שמסייע ידי ההיתר אף להמחמירין בספק תוך ג' ימים ובגב"ע כתוב שהדיינים ראו שאמת כאשר הגיד ראה כל הסימנים משני שינים הנ"ל שהם רחבים ועקומים קצת יש מקום לדון יותר לסימן שזהו אינו שכיח ורגיל להיות כלל ועיין בשו"ת נ"ב הל' סי' מ"ז כתב במי שהיה דר עם אשתו כדרך כל הארץ ולא היה שנאה ביניהם ודרכו היה לילך לסחורה ימים אחדים ולשוב לביתו הוה קצת רגלי' לדבר שאינו בחיים וראוי למצוא קולות וכתב שם קולא אחת אף שלא נמצאו הבגדים בסמוך לו כיון שנמצאו כל הבגדים דהיינו זופיצי שלו כו' יש רגלים לדבר שנהרג ויש סברא להאמין אף באינו מסל"ת אלא שכתב שאינו סומך ע"ז רק לסניף ע"ש וכן בסימן מ"ט שם המציא קולא להקל בספק תוך ג' אף בסימנים גרועי' דארוך וגוץ או חוורי וסומקי ע"ש וקצת יש לדחות דהתם נמי דוקא היכא שסימנים חוורי וסומקי הוא בהאי גופא שהכיר זה בפרצוף פניו אלא שיש ספק שמא לאחר ג' משא"כ בנ"ד שהכרת הראש היא ענין בפ"ע וכמש"ל וקצת בכל דברים אלו וחובה עלי להודיע למעיין כי לא באתי לגבב קולות להעמיד עליהם יסוד ההיתר כי חלילה להקל מחמת זה לבד ועיקר יסוד ההיתר בזה אני בונה על עדות העד האחרון שלענ"ד דיו לבא מן הדין להקל משום עגונה כיון שמעיד מפי עכו"ם מסל"ת גמור רק בכדי לסלק יתידות הדרכים מה שיש איזה נטי' להחמיר כתבתי עוד כמה סניפים לצרף אותם להכריע הכף לצד ההיתר ועיין בתשובה מ"ב ומהרשד"ם דבעגונה ילדה הקילו יותר לסמוך אף על דעת יחיד לפעמים ומכ"ש בזה שבררתי ההיתר אליבא דכ"ע ואעפ"כ אני מזהיר לב"ד שבמקום האשה שלא יסמכו על דברי אלה להתיר האשה עד כי יבא דבר שנים מחכמי הדור דפקיע שמיהו למומחים ובקיאין בהוראה כי האידנא כחיש חילאי ולא צילא דעתאי ולא הייתי מכניס עצמו כלל לעיין בעסק כזה אך מה אעשה כי הבת קמה עם אמה בבכי' רבה וגם נעתרתי לבקשת הרבנים המופלגים ב"ד הצדק דק"ק הנ"ל אשר על טל ילדות האשה לבם הומה אמרתי ויהי מה אעירה פתחי ההיתר והבאים אחרי בהמה יראו אם ייטב בעיניהם יושיבו ב"ד של שלשה ויתירוה ואם לאו הרי דברי בטלין: דרבי זעירא הק' אפרים טז שאלה אשה אחת מק"ק טוקאטש ישבה קרוב לשתי שנים בחזקת אלמנה ונשאת' לאיש ואחר הנשואין בא כתב מחכם אחד כי האשה לא

נתברר מיתת בעלה בב"ד והענין היה שבעלה הי' הולך בכפרים הסמוכים עם סחורה ושמעו בו שנהרג סמוך לעיר אחת ואנשי העיר ההוא הקרובים אל החלל מצאו ההרוג והכירו בו שהוא בעל האשה מן טוקאטש ונטפלו בקבורתו ואתרמי מלתא שבעת ההוא נסע דרך שם איש אחד ושמו מו' דוב בער שנשא עכשיו אשה זו ונתנו לו אגרת חתום מאנשי העיר להודיע להאשה הנ"ל שבעלה נהרג והבע"ח של בעל האשה עמדו לדין עם אחד מקרובי האשה לפני רב על דבר העזבון ועלה פשר ביניהם ועשה פסק והגבה להבע"ח מהעזבון ועל סמך זה כשנתאלמן האישה מו' דוב בער הנ"ל נשא אשה זו ואת פי הב"ד לא שאלו כסבורים שזה דבר ברור וא"צ שאלה בב"ד ועתה עפ"י מכתב החכם הנ"ל הפרישו האישה מאשתו עד שיתברר היתרה בב"ד והוגבה בב"ד כמה עדיות כאשר באו הדברים ברוב ענין ויבואר בתוך התשובה והרב המאה"ג המפורסם מהור"ר חיים האב"ד דק"ק פאקשיין שלפניו הוגבה העדות כתב לצדד להיתר' ושלחו במכוון איש אחד עם מכתב הרב הנ"ל ותשובתו בצידו ומחלה פני לעיין בשריות' דהאי איתת' וגם הביא השליח עוד גב"ע אחד שהוגבה אח"כ ששני אנשים מאנשי העיר שנמצא' ההרוג סמוך לשם מעידי' שהם הכירוהו עם עוד כמה אנשים שהו' ר' יצחק מק"ק טוקאטש בעל אשה זו ושליח עושה שליחותו ושוקד על דלתות' יום וילכן אף כי בא בימים האלה אשר כל איש הירא ורך הלבב המס' ימס' ודרכי מעולם שלא ליכנס תחלה לדין ולפתוח יד בתשובה אך מה אעשה לאלה היום כי מוכ"ז איכפל ואתי הני פרסי ויציאות טובי הוויין גם עגמה נפשי לפירוד שבין הדבקים לכן שמתני פני לעיין בזה אך מההכרח לבא בקצרה רק מה שנגע לשורש הדין בענין זה: תשובה עברתי על דברי העדיות אשר העתיק הרב הנ"ל ולענ"ד הם מספיקים להתיר שאף שיש ספק אם הי' תוך ג' ימים מ"מ כבר ביארתי בכמה תשובות כי הלכה רווחת בישראל להתיר בכה"ג שהי' גופו שלם ונראה ברור שאף המחמירין בס"ס במקום חזקת איסור מודה בזה דעכ"פ איתרע לה חזקה במציאת האישה שניכר בפרצוף פניו שהוא בעל האשה אלא שאנו באים לספק עליו דלמא נשתנה צורת איש אחר להזמות לצורתבעל האש' ובזה ודאי מועיל הס"ס להחזיק שפרצוף האישה לא נשתנ' ממה שהי' וגם דבכה"ג עדיף משאר ס"ס שאין הספקות מסייעים זה לזה כגון ספק תחתיו כו' דכל ספק לחודיה קאי וספק השקול הוא רק כשמצרפין שניהם מתרבים צדדי ההיתר אבל מ"מ אין צד ההיתר שבספק זה מסייע צד ההיתר שבספק האחר משא"כ בזה שצדדי ההיתר שבספיקות מסייעין זה את זה שלדעת ר"ח אין רגילות לטעות בהכר' אם גוף שלם אף בודאי אחר ג' והצורה נשתנ' מ"מ ניכר היטב לרגיל בו בחייו ויודעין ומכירין בו שאי אפשר שתשתנ' כ"כ עד שיהי' דומה לאיש אחר לגמרי וא"כ אף החולקים בזה וס"ל דבג' ימים אפשר שישתנ' שידמ' לצורה זו ממש מ"מ מודה דעכ"פ לא שכיח שיהי' כן ואף דמשום חומר א"א חוששין הבו דלא לסיף עלה ודיינו שנחוש באם בודאי עברו ג' ימים אבל לא בספק ואמרינן דפרצופו וגופו השלם שלא נראה בו שינוי מורה עליו שהו' תוך ג' ימים ואף שיש מקום להוכיח מדברי קצת פוסקים דס"ל להחמיר בספק תוך ג' ימים אף בגופו שלם מ"מ כל האחרונים החזיקו להתיר בזה וכן פשט המנהג אך בנ"ד אין אנו צריכין לזה לפי מ"ש מהרי"ט דמעיד שמצאו הרוג בלא שום נפוח שרי אף בספק תוך ג' ובתשובות הארכתי והבאתי ראיה לדבר מהרי"ט מדברי הרי"ף בתשוב' וגם מדברי מהרי"ק שכתב בשם

הרדב"ז כן ועיין בתשובת מהרשד"ם סימן נ"ד ובנ"ד שמבואר בגב"ע שהבי' השליח
שאמרו העדים בזה הלשון ער איז גיווען גאר גאנץ ניט גרירט ער איז גיווען נאך גאר
פריש כל המענטשין שהיו בשעת קבורתו כולם העידו אז ער איז גלייך מא האט אים
ערשט גהרגת בזו השעה כו' וא"כ פשיט' שיש להתיר אף להמחמירין בספק תוך ג':
והנה במ"ש הרב הנ"ל שיש עוד צד להתיר לפי שמצאו אותו במים ומיא מוצמת צמית
וכתב דמ"ש בתשובת ב"י בדברי השואל דבהרגוהו קודם שהושלך למים י"ל דלא צמתי
מדברי שאר פוסקים לא משמע כן האמת כדבריו בזה וגם הב"י גופיה בתשובתו שם לא
חש לה כלל וכן מבואר מדברי הרשד"ם הביאו הב"ש בס"ר ע"ט אך מ"מ לא חזי
לאצטרופי להתיר מחמת זה לדעת המחמירין בספק תוך ג' דהדבר פשוט אם שהה ג'
ימים קודם שהושלך למים אין מועיל מה שהושלך למים אחר כך והתם מיירי שבתוך
ג' ימים להריגתו הושלך למים בזה מסתפק השואל בתשובת ב"י דשמא אף בכה"ג לא
צמתי אבל אם כבר שהה ג' ימים ביבש' פשיט' דלא מהני מה שבא במים אח"כ וכיון
דקיימינן השת' למאן דמחמיר וחושש שמא כבר עברו ג' ימים א"כ שפיר יש לחוש שמא
שהה ג' ימים ביבש' וא"ל דאמרינן כאן נמצ' כאן היה ז"א דזה לא נאמר רק לענין שאין
להחזיק מרשות לרשות ולומר דממקום אחר בא אל רשות זה וכמבואר בכתובות גבי
מומין ומה"ט אמרו אין מחזיקין ממקום למקום ועיין סימן תס"ז אבל בזה שנהרג ביבש'
וע"כ ממקום אחר בא לכאן אמרינן השת' הוא דבא לכאן ואע"ג דמחזיקין מזמן לזמן
להחמיר היינו משום דאזלינן בחר שעת מציאתן לחומר' ודוק' בתרומ' וקדשים או משום
חומר' דחמץ הא בלא"ה אדרב' אמרינן השת' הוא דנפל והדברים ארוכים בסימן תס"ז
וביו"ד סימן ק"ד לענין עכבר שנפל ועיין בכו"פ שם ועיין ביבמות בדברי הרמב"ן
והרשב"א בענין תרי יצחק בגט שנמצ' שלא במקום שנכתב והארכת בתשוב' וכאן
קצרתי שלענ"ד בכאן מסתבר שלא הושלך למים רק על ידי הרוצחים עצמם וא"כ פשיט'
הוא שמיד אחרי שהכוהו נפש השליכוהו למים ונמלטו על נפשם וקיימתי' מסבר'
ומצאתי שהרי הרב אומר כן בשו"ת והרשד"ם הביאו בק"ע סעיף שמ"ב דכל שמצאנו
אותו במים אין לנו לתלות שהושלך שם אחר כמה ימים שנהרג ביבש' כו' וכן נרא'
מתשוב' ב"י שלא חשש רק למכה וקצרתי שנרא' דנ"ד עדיף טפי מההי' דתשובת הב"י
שהוא ג"כ הנדון דמהרשד"ם דהתם נמצ' קשור בשק וא"כ אפשר שאיש אחד נהרג
והרוצח טמנו בשק ואחר ששמע שמחפשין אחריו השליכו למים משא"כ כאן שאין
לעשות חששה זו שהיה טמון אצל הרוצח ואח"כ יקחהו ישאהו וישלך אותו אל המים
רק בשעת הריגתו ממש ואפשר שהיה הריגתו שם אצל המים שרצו להטביעו ושוב
הרגוהו והשליכוהו על שפת הנהר ולכן אף לדעת הר"י נחמיאש בתשובת ב"י שמסתפק
ושואל בנהרג קודם יש לצרף קולא בזה די"ל דלפעמים אין גומרין הרוצחין ההריגה
לגמרי ועוד בו נשמתו הם משליכים אותו למים וא"כ פשיטא דבכה"ג אמרינן דצמתי
ועכ"פ ס"ס הוי אך כפי לשון העד נראה שעיקרו היה מוטל על שפת הנהר רק פניו היה
במים וכשהפכוהו הכירו אותו כו' וא"כ מסתמא לא הניחו בחיים לגמרי על סמך הטביעה
כיון שלא הטביעוהו בנהר ממש רק הניחוהו על שפתו וגם י"ל דכל שלא הקיפו המים
מכל צד לא צמתי וגם י"ל דשמא זה זמן רב שמונח שם ולפעמים שפת הנהר יחרב ויבש
בעת נפילת המים ואשתהי ג' ימים אך אין לנו לגבב חומרות אחרי שאין סמיכתינו

להתיר מחמת זה רק לצירוף ההיתר דספק תוך ג' שבלא זה רבו המתירין ובפרט ששנים מעידין דזיו אנפוהי לא אשתני וגם הא סיועא מסייעא מה דאשתכח בדוכתא דאיכא מיא ואשתמודענא דמיתנא הוא בעל האשה ויש לסמוך על עדות זה ועיין בק"ע סעיף רל"ח בשם תשובות דברי ריבות שכתב להתיר משום ס"ס שמא הלכה כר"ת דבגוף שלם מעידין אפילו אחר ג' ימים או שמא תוך ג' השליכוהו למים כו' וקצרתי שוב עיינתי בשו"ת דברי ריבות סימן ט"ז וראיתי שדבריו הם על אותו הנדון המבואר בשו"ת ב"י וכתב דהמתירין בספק תוך ג' ימים דדוקא כשמצאוהו ביבש' דאיכא ריעותא די"ל כאן נמצא כאן היה זה כמה יותר מג' ימים אבל בנ"ד כ"ע מודו דלא חיישינן שהושלך לבור אחר ג' ימים דאדרבא נאמר כאן נמצא כאן היה משעה שנהרג ועוד דאנן סהדי ואומדנא דמוכח שהרוצח מיד שהרגו בקש והשתדל להטמינו ומיד השליכו לבור ותו דהוה ס"ס שמא הלכה כר"ת ע"ש והנה במ"ש שי"ל כאן נמצא כו' כבר כתבתי דליתא לכאן נמצא לא נאמר לענין שיש להחזיק למפרע רק לענין שלא להחזיק שבא ממקום אחר וכל שבודאי בא ממקום אחר והספק על זמן שבא לשם אין להקדים הזמן מחמת כאן נמצא אלא אדרבא אמרינן דהשתא נפל דהא חזקה דמעיקרא עדיפא שלא היה שם מתה וחזקת שעת מציאתן אינו רק לחומרא (וכן צ"ע בשו"ת נ"ב חלק אה"ע סימן מ"ו כתב ג"כ לענין נפל לים והעלו ממנו רגל פלפל בזה לומר כאן נמצא שהיה מכבר ולענ"ד ז"א וכמ"ש) ומ"ש דאומדנא דמוכח כו' נראה אע"ג דבגוונ' דנ"ד לא שייך הך מילת' שהשתדלו להטמינו מ"מ אומדנ' הוא שמיד השליכו למים וכמ"ש"ל וגם יש לי לצדד מטעם שכתב מהריב"ל ועוד פוסקים דבעד מפ"ע תלינן להקל בספק תוך ג' ימים והגב"ע שהעתיק הרב היה עד מפ"ע וגם יש צד היתר מחמת הגב"ע שהבי' השליח שהעידו שני עדים ולדעת כמה פוסקים אף לענין בדדמי דהכרת הצורה מהני בשני עדים למימר דלא חזיוה בשעתיה דשנים לא עבידי דטעו ויש סוברים דאפילו בשני עדים פסולים הדין.

כן ובתשובה הארכתי ונראה דבמקום ספק תוך ג' יש לסמוך על זה וגם לפי דברי העדים שבגב"ע שהביא השליח מבואר שהכירוהו גם כן בסימנים שהחוטם היה קצת עקום וגם השינים האמצעים רחבים ושן אחד גדול על חבירו כו' אף שי"ל שאין זה בכלל סימנים מובהקים מ"מ עכ"פ מחשבי סימנים אמצעים להוציא מחשש ספק ג' סימנים ועיין בק"ע סימן רע"ז משו"ת מהראנ"ח שכתב דאף דספק אשתהי מ"מ צריך לומר שנשתנו פניו שדומה לזה וגם הנזם דומה לנזם זה ואף דשם בסימן רע"ט משמע שלא הכריע להקל התם חשש לשאל' שמא שאל הנזם וגם דספק אשתהי דים חמיר טפי כמ"ש הר"ן שאינו מצוי שיראנו תוך שעה משא"כ בספק ג' ימים דיבשה ודאי יש להקל דמה"ת נאמר דאתרמי אחד אשר לו חוטם עקום קצת ושן אחד גדול על חבירו ונשתנ' פרצוף פניו עד שנדמ' לבעל' של אשה זו שהיו סימנים כן דמה"ת לומר כן וזה עדיף משאל' דיחיד שהסכימו הפוסקים להתיר ע"כ הדבר ברור דאתת' שריא: ואמנם אע"פ שיש כאן שני עדים מ"מ יש להושיב ב"ד להתיר ע"כ הדבר ברור דאתת' שריא: ואמנם אע"פ שיש כאן שני שהועד בגב"ע של הרב שהיה במים והעדים הנ"ל הוא עד מפ"ע ובכך צריך להתיר ע"פ ב"ד כדין הניתרת בעד א' ואחר ההתר' יש להתיר לבעל' בפשיטות שאף הגאון מו' אברהם ברודא ז"ל שהביא בשו"ת ח"צ וס"ל התם דקנסינן לה שתצא בנשאת בלא הוראת ב"ד התם עשתה בעבריינית והכא עשתה בטעם ומבואר בסימן י"ז סעיף ל"ד

לענין טביע' במשאל"ס לחלק בזה ועיין בח"מ וב"ש שם ולא עוד אלא שכל מעשיו לא עשת' אלא ע"פ שעשה פסק דין בין הבע"ח והפס"ד היו למרא' עינים כתוב בו נידון העיזבון אשר נשאר מהמנוח הקדוש הר"ר יצחק כו' ובסוף נהרג ר"ל ובא הנגיד כו' הרי שהזכיר מיתת האיש ההוא בפשיטות וגם הגבה הבע"ח מהעזבון שאין לעשות כן כשלא נתברר מיתתו ופסק הזה היה מספיק להתירא לולי שנראה מדברי הרב הנ"ל שלא סמכו על פסק הרב הנ"ל בזה מסתמא נתברר שמה שזה הרב שפסק בין הבע"ח על פי הקול עשה כן ובאמת לאו דסמכא הוא ועכ"פ האיש והאשה שעשו מעשה על פי זה וע"פ האגרת דק"ק אוקניע אין עליהם אשמה שלא שאלו פי בית דין אחרי ראותם שהרב הזה כתב בפשיטות שנהרג וחלק העזבון סברו שנתברר לו בירור גמור ואף שבאמת אינו כן מ"מ הרי באמת היתר האשה ברור בלא זה ואין מקום לקנוס אותה בשביל דעבדא איסורא בתחלת נשואין כיון שלא עשתה במרד רק בטעות וכ"ז לדברי הגאון מהרא"ב אבל הח"צ חולק על זה ועוד שו"ת אחרונים ועיין בפ"י שכתב דאפילו לר' מנחם ברבי יוסי אין הטעם משום קנס ע"ש ובשו"ת ר' זוסקינד ונראה מדבריו שלעיקר הדין הלכה כהח"צ בזה ואם כן פשיטא דאתתא שריא לבעלה ומ"ש שם אם לא שיראה בעיני חכמים לקנוס כו' התם באמת לא נתברר היתרא עדיין והבעל אינו רוצה להמתין על היתר הברור ורוצה לגרשה מיד בע"כ והיא ממאנת על זה כתב שאם יראה כו' אבל היכא שאין דעתו לגרשה כלל ושניהם רוצים בקיומו של מקחם פשיטא שאין לאסור האשה עליו עד שיוציאנה שלא לרצונו ומכ"ש בזה שעשתה ע"פ אומדן דעתה שהיתרא ברור וא"צ לשאול לשום אדם מה קנס יש בזה וגם הרב הנ"ל כתב שלפי ראות עיניהם לא עשו במרד רק מחמת שאינם בני תורה וכו' ובמה כחינו גדול לקנוס להוציא אשה מבעלה אחרי שכבר הורה זקן הגאון ח"צ אף בנידון שלו להקל ומכ"ש כאן נראה דכ"ע מודו דאתתא שריא לבעלה ולענ"ד הדברים פשוטים ואע"פ כן נכון לצרף עוד חכם אחד מובהק שיהיה מסכים הולך ע"ז כי היכא דנמטי שיבא דברי זעירא הקטן אפרים: יז שאלה אשה אחת קרה לה מקרה בלתי טהור דטהר גברא במדינת קרסאן וקא שלפא ומחויא גב"ע שהוגבה שמה כאשר באו הדברים ברוב ענין בגוף הג"ע והיא מחזרת על בתי מדרשות ועיניה מטיפין ונפשה בשאלתה אם יש לה מתירין ע"פ העדות הלז וכל חכם לב יבואו ויעיינו בדינה אשור הייא כי היכא דמשלם צערא דהך איתתא ואת פי שאלו לחוות דעי בזה: תשובה אני איני כדאי לדון בדבר ערוה החמורה וכמוני היום לא חזי לאיצטרופי בצירוף דרבנן כי היכא דלימטינהו שיבא מכשורא ולא מלאני לבי להקל מתוך חומר בלי צורה האי קולא דאתא לידי חומרא.

והענין עמוק מי ימצאנו כי חזק הוא ממנו. אף כי אנכי אעננו.

ואירא מבוא בדמים, להכניס ראשי בין ההרים הרמים. והמה חכמים מחוכמים.

אנא לא מצינא לאסגויי בהדיי. הני ברכי דשלהי מנייהו.

ואיך גמול ידו הדה בין חשמני תעוז שני העדה. היעלה שועל ופרץ חומת אבני מגדל עדר עופל.

להיות גדר הדחוייה וחייץ תפל. יגע ורפה ידים.

יאמר נא לבנות לו מגדל גבוה וראשו בשמים טלה חלב ותינוק יונק. מי יתיצב לפני בני ענק.

אפרוח שלא פתח עינים היעשה לו כנפים. לעופף דרך הנשר בשמים.
כן הדבר הזה כי הענין ים גדול ורחב ידים. גאו מימיו לא יעמדו בגבהם כל שותי מים.
ראוי שיפתח בגדולים ויסתיים. ומה לי עוד אפרים.
אבל דברתי אני עם לבי הכל מסייעים למלאכת שמים. עתיקי משדים.
כאיש הביניים. וירך הלבב לצבא צבא ויתאמץ לעלות במרכבה, לא יערוץ מפני המון רבה.

אי לזאת הואלתי לדבר. וחיילים אנבר.

לאגחא קרבא בהוויית אביי ורבא ואנא בעינא אבא. הוא יהיה עם פי.
בעת הטיפי. שלא אבוש ולא אכלם.

וכגון דא פתח פיך לאלם. ואחרי אשר לקצבי הרים ירדתי ואבינה אל עומק הדין.
וחזרתי על כל הצדדין. ואנכי הרואה במראה ולא בחידות.
כי תמר תמרורים בתמרוריתה עומדת. ועם כי גדול הכאב מאד לעלובה זו דקא מעגנא ויתבא תזעק בחבליה.

על בעל נעוריה. כעת יגעתי ולא מצאתי היתר לאיסורה.

שיהא כדאי להפקיע עצמה ולהפריד לויתה. ואמינא לעיין במילי דידה לידע מה הוא צריכה להושיב ב"ד על כך להטיבה באחריתה.

ואתנהלה לעטי לרגל המלאכה אשר לפני לומר עם קני את אשר מן השמים יורוני ואציע דברי הפוסקים אשר ממקור הש"ס נובע מעינים. ראשון לציון הנה הנם.

הנה גלוי וידוע לכל יודעי דעת ודין דעת הרי"ף פרק האשה שלום דבעיין בע"א במלחמה אפשר מעובדא דדגלת דמהימן וסיים בה וז"ל ודוקא הכא דאמר חזיתיה לאלתר ואשתמודענא דאיהו פלוני או במלחמה היכא דאמר מת וקברתיו ואי לא קמסהדי הכי אפילו תרי וכ"ש חד סמכינן דחיישינן דלמא אאומדן דעת קמסהדי וכן הלכתא עכ"ל ובעל המאור ז"ל חלק ע"ז וס"ל דאי אמר קברתיו ודאי מהימן ובעיין בלא אמר קברתיו וס"ל דלא אפשר דהיא עובדא דב' ת"ח אוקמינן דקאמרי סימנים דלאו עלייהו סמכינן ודוקא בראה הטביעה אבל בלא ראה הטביעה ל"ש בדדמי ובהכי מיירי היא דדגלת: והריב"ש ס' שע"א כתב בדעת הרי"ף שאף בטביעה במים צ"ל קברתיו אלא דס"ל להרי"ף דאסקוהו לקמאי הוי כמו קברתיו ובעל המאור דס"ל דבעיין בלא אמר קברתיו והוצרך לאוקמי היא דדגלת בלא ראה הטביעה ולא רצה לומר משום דהתם הוי כמו קברתיו אלא קברתיו ממש בעינן ועל כן חילק בין ראו הטביעה ללא ראו הטביעה עכ"ל משמע מדבריו דאם אמר קברתיו מהני אף לדעת בעה"מ ז"ל אף בראה הטביעה וא"כ בנ"ד אף שנאמר כיון ששמע הטביעה הוי כראה דמה לי ראה ומה לי ידע

כמ"ש הריב"ש שם מ"מ כיון שהעד העיד שקברו יש מקום להתירה לדבריו ז"ל אבל באמת אין זה מעלה ארוכה לנ"ד שהרי אף בלא ראה הטביעה פשיטא דדוקא לאלתר בעינן שהרי הוא מוקי לההיא דדגלת בלא ראה הטביעה ועלה מסיק הש"ס וה"מ דכי אסקיה חזיוה בשעתיה וכפי המבורר מעדותו של זה בודאי אשתהי כמה שעות כיון שבעת בא המגיד אליו לאמר שמוטל מת על שפת הים היה מהלך פרסה בינו ובין המת הזה ופשיטא דאי אשתהי אין קברתיו מועיל בזה: ועוד דגוף דברי הריב"ש נפלאו מאד בזה שנראה מדבריו דס"ל דעיקר חששא בדדמי הוא שמא לא מת ונדמה לו שמת ולכך קשיא ליה דלוקמא האי דדגלת באמר קברתיו ומתרץ דס"ל דאסקיה לקמאי ל"ה כמו קברתיו וזה חששא בעיני דנהי דעל ידי קברתיו אזדא ליה חשש בדדמי על המיתה מ"מ עדיין יש חשש בדדמי על הצורה דשמה נדמה לו שזה בעל האשה וכן מוכח דהא משמע התם דלא מיירי ששושביניה הוא שהעיד כן דאסקיה אגישרא והכירו אלא מבואר דאסקיה אגישרא וראוהו ב"ד וכל ישראל שהוא מוטל מת ולא קמה בו עוד רוח רק ששושבינא הוא שהכירו בט"ע שהוא בעלה של אשה זו וא"כ אין חשש שמא אומר בדדמי שמת מחמת שראה הטביעה ובאמת לא מת שהרי בזה שבדאי מת לא הוזקק לעדות שושבינין כלל ועוד דלפי דעת הריב"ש אליבא דבעה"מ א"כ הא דקאמר בכוכזלו דב' ת"ח מיירי בראה הטביעה וחיישינן שמא לא מת ואמרי בדדמי שמת ומאי דקאמרי אסקינהו קמן אינו כאומר קברתיו א"כ מאי קמשני וקאמרי סימנים דלאו עלייהו סמכינן אלא אסימנים ולפי דבריו מאי הועלנו בזה הרי אנו חוששינן שמא אמרי בדדמי שמת ובאמת לא מת כלל אם כן יצאו חנם אלו סימנין דאטו מחמת הסימנין נאמר שע"כ מת הלא אין בהם מועיל רק להורות שאלו בעליהן של אלו ונראה שלמד לפרש כן דברי בעה"מ ממש אח"כ בשם הרמב"ן במלחמות שאם כדברי בעה"מ הו"ל לאוקמי בדאמרי נשים קברנום.

ובאמת שהרמב"ן במלחמות כתב מתחלה שיש לפשוט האיבעי' מההיא דכרקום היתר וכתב שאם תאמר ש"ה דאמר קברתים ז"א דהא אין גריעות מלחמה רק משום דאשה לא דייקא וא"כ אין חילוק בין קברתים או לא ועוד דהא העדאינו אומר בדדמי כדפרישית תדע מדלא מוקמינן מעשה רב' ת"ח כשאמרו מתו והכרנום א"נ קברנום עכ"ל ולכאורה משמע מלשון זה דאם לא היה החשש בשביל בדדמי דאשה רק בשביל בדדמי דעד לא היינו צריכים לאוקמי דאמרי סימנים רק דאמרי קברנום ונראה דס"ל להרמב"ן דעל הכרה דט"ע ל"ש בדדמי דל"ח שיטעה בהכרתו כיון שרואהו לאלתר והא דאיצטריך לאוקמי דקאמרי סימנים היינו בדדמי דאשה לכך צ"ל סימנים מוצנעים אבל אי נימא דל"ח לבדדמי דאשה רק לבדדמי דעד שמא לא מת רק דמחי ליה בגירא או המים בלבלוהו ואומר בדדמי שמת הלכך בקברתיו סגי וא"כ קשה סימנים ל"ל דלא ס"ל להרמב"ן סברת התוס' והרא"ש שיש לחוש שיאמר העד בדדמי על ההכרה בט"ע לטעות שמא אחר הוא וידמה לו שזה הוא וכמ"ש לקמן בשם המרדכי וס"ל דמים לא גרע ממלחמה וכמו דהתם סגי בקברתיו ה"נ כאן אע"כ מדהוצרך לאוקמי דקאמרי סימנים ע"כ דהאבעי' הוא משום בדדמי דאשה ואם כן אפשיטא בעיין מהך דכרקום דל"ח לבדדמי דאשה כנ"ל לפרש דברי הרמב"ן אבל מ"מ אין זה סתירה לשיטת בעה"מ דאיהו ס"ל הא דמוקמינן דקאמרי סימנים היינו אף שאין מוצנעין רק מחשש שמא טועה העד

בהכרתו בט"ע וסובר שזהו הוא ולזה מהני סימנין ועכ"פ דברי הריב"ש שכתב דבעה"מ
הוי מצי לאוקמי הך דדגלת דהוה כמו קברתיו אלא דס"ל דאסקוה לקמאי ל"ה כמו
קברתיו הוא נפלאת בעיני: עוד זאת אדרוש במ"ש הריב"ש דלהרי"ף בעינן קברתיו אף
במים ונראה מדבריו שמ"ש הרי"ף ודוקא היכא דאמרי אסקוה לקמאי אתי לדיוקי דאי
לאו דאמר הכי אלא שראהו בפליטתו מן המים מוטל מת לא מהני ובאמת מלשון הרמב"ן
במלחמות לא משמע כן במ"ש וכי יש לחוש לטובע שהשליכו הים שמא חי הוא ונראה
כמת (כמו שיש לחוש במלחמה לסמתרי שיהא צ"ל וקברתיו להסתלק מן הספק זה עכ"ל
וכוונתו להוכיח מזה דע"כ החשש משום בדדמי דאשה דאי לבדדמי דעד הא במים ליכא
חשש בדדמי דעד וע"ז כתב אח"כ תדע דאם תאמר דל"ח לבדדמי דאשה ותאמר ג"כ
דגם במים אם לא אמר קברתיו יש לחוש שמא חי היה ונדמה לו שמת הו"ל לאוקמי
דאמרי קברנום וע"ש כי לשון הרמב"ן מגומגם ויש בו חיסור לשון וט"ס וגם בכוונת
הרי"ף נראה דלא אתי לדיוקי בהאי לישנא רק לומר דבעינן לאלתר וגם לאפוקי אם
אומר סתם פלוני טבע במים ומת אזי יש לחוש שמחמת הטביעה אומר בדדמי שמת
משא"כ היכא שמעיד שראהו מת על שפת הים שפלטו הים וראהו לאלתר אין לחוש
עוד כמו שנראה מדברי הרמב"ן דמי שפלטו הים אין חשש שיועיל לו עוד רפואה כמו
סמתרי במלחמה וזה נ"ל מדקדוק לשון הרי"ף בתשובה סי' נ"ד שכתב דעו כו' עד שיבא
מי שיאמר אני ראיתיו בשעה שהשליכו הים ליבשה והכרתי בו ואם אמר ראיתיו שנפל
לים או שנתברר לי שמת אבל לא ראיתיו שמת אין אשתו ניתרת עכ"ל וכיוצא בזה כתב
ג"כ בתשובה סימן קפ"א הרי שלא הצריך שיאמר שקבורה היתה לו וגם לא הזכיר
טלטול ממקום למקום רק כיון שראהו בעת פליטתו מן הים ליבשה סגי וכן כתב בהגהות
מיימוניות שהרי"ף לא הצריך קברתיו במים וכן כתב בתה"ד וזה דלא כהריב"ש והגאון
בס' נ"ב השיג על התה"ד שכתב דהרי"ף אינו מצריך קברתיו ועתה שנתגלה לו אור
בהיר תשובת הרי"ף נראה שדבריו מורים כתה"ד ומצאתי בבעל העיטור אות ק' דף
ל"ט דמייתי לתשובת הרי"ף בלשון זה מי שטבע במשאל"ס אין היתר לאשתו עד שיבא
מי שיאמר אני עמדתי עליו לאחר שהשליכוהו המים כשהוא מת והכרתי שהוא זה ואם
לא [אמר] אלא מת בלבד ולא אמר ראיתיו מת והכרתי אסורה להנשא לכתחלה ואי
אינסבא לא מפקינן מינה וכ"ז שלא תנשא לא תטול כתובתה כו'.

והנה בנ"ב כתב טעם הרמב"ם שהצריך קברתיו במים משום דאף שפלטוהו המים יש
לחוש שמא נדמה לו שמת ובאמת עדיין לא מת ויש לו תקנה כמו שיש שמגלגלין אותם
בחביות כו' וכ"מ ביש"ש ביבמות דבעינן קברתיו דוקא מה"ט ע"ש ולענ"ד זה צ"ע דאם
כן אף אם ראה שטלטלוהו ממקום למקום נמי ל"מ דמ"מ יש מקום לפעול בו פעולות
לגלגלו וכה"ג ומדברי הפוסקים מבואר דזה הוי כמו קברתיו ודייקי לה מהש"ס שלא
הזכיר קברתיו רק דאסקוה לקמאי זה הוי כמו קברתיו וזה מבואר בהר"ן והריב"ש ז"ל
וכן בנ"ד עצמו הביא אח"כ דברי הפוסקים הנ"ל דבטלטול בעלמא סגי ומשמע מדבריו
דגם הרמב"ם יודה בזה וצ"ע לפי מ"ש הוא בעצמו דטעם הרמב"ם אין מן הדין שיועיל
כ"א קברתיו דוקא וגם כי זה נגד משמעות הש"ס דמשמע דאסקוה לקמאי סגי והיה לי
מקום להאריך בזה ובדברי הרמב"ם אבל לפי שבנ"ד אין נ"מ בזה כיון שהעיד העיד
שנטפל בקבורתו לכן לא הארכתני בזה: ועכ"פ למדנו מזה שכוונת ודקדוק לשון הרי"ף

הוא דבעינן אסקוה לקמאי וטזיתיה לאלתר ומצאתי בספר הזכות להרמב"ן מועתק שם השגת הראב"ד על הרי"ף וכתב דהאי דכתב הרב דאפילו תרי סהדי לא סמכינן עלייהו דלמא באומדן דעת מסהדי לאו אמלחמה קאי אלא אמים שאל"ס קאי דאי חזו ליה דטבע בימא ובתר שעתא אסקיניה לארעא אי לא אמרי אשתמודענא ליה או בהכרת פנים בסימנים אין מעידין עליו דלמא איהו אזיל לעלמא והאי אחרינא איהו דמשאל"ס אשתו אסורה אא"כ ראה והכירו מיהו מאי דכתב דע"א במלחמה צ"ל קברתיו לא מחוור דהא מים כמלחמה דמי ולא אצרכוה לומר קברתיו כמעשה דדגלת וסוף לשון הראב"ד וגם תשובת הרמב"ן להליץ בעד הרי"ף בזה חסר מן הספר ולא זכינן לראותו ועכ"פ למדנו ממנו שני דברים חדא שהרי"ף ר"ל דוקא היכא דאמרי אסקוה כו' ואשתמודענא ליה בט"ע או בסימנים וגם מבואר מדבריו דאף להרי"ף דוקא במלחמה בעינן קברתיו ולא במים וגם לא ס"ל להראב"ד דאסקוה לקמאי הוה כמו קברתיו ולקמן אי"ה יתבאר דעת הרא"ש בהרי"ף ז"ל ותבנא לדינא דאף אי לא אשתהי כגון אם היה מונח על שפת הים במקום שגלי הים עוברים ושוטפים מ"מ כיון דהעד הזה ידע הטביעה אין בו מועיל לדעת בעה"מ אף שאמר קברתיו מפני שיש לחוש שטועה בהכרתו ואומר שזהו הוא ומכ"ש בנ"ד שמלשון העד שאמר שהיה מוטל על.

הברעג משמע שהוא מקום שאין שם מים ואפילו בספק אשתהי יש להחמיר מכ"ש בזה דהוי ודאי אשתהי אם לא באו מים עד נפש המת הזה והלכך אף אם היינו רוצים לתפוס להקל בדעת קצת פוסקים דידיעה אינו כראיה מ"מ עכ"פ לאלתר בעינן: ואמנם דעת הטור דבלא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר ובדעת הרא"ש נחלקו הפוסקים בהיות כי דבריו נראו לכאורה כסותרים וכ"א בורר דרך לעצמו בפירוש דבריו ואמיתי אלקטה נא באמרים ואקטוף מלילות אולי השאירו עוללות הלא טוב עוללות אפרים.

הפירוש האחד כתב מהריב"ל בתשובה לפרש מ"ש הרא"ש ויראה הא דבעי ואסקינהו לאלתר וכו' קאמר וקאי אמאי דאסיק וקאמרי סימנין לומר דבלא ראה הטביעה לא בעינן שיאמר סימנין משא"כ בראה הטביעה כו' והגאון מוהר"ר בצלאל אשכנזי בתשובה לא הסכים לפירוש זה דאם כן היינו חילוק הר"י דמייתי הרא"ש במ"ש ויראה ועוד דמאי אין מדקדקין אחריו דקאמר ומש"ה נייד מפירוש דמהריב"ל: וגם בעיני יפלא על מהריב"ל לשהרי בלשון הרא"ש מבואר שכתב ומצאו משמת ואמר שמכירו בט"ע כו' שלשון זה מורה שלא היה שם בשעה שפלטוהו המים ואין ידוע לו אי אשתהי אי לא ואם נאמר דמיירי שאחרים הגידו לו שלא כביר טרם בואו פלטוהו המים ולא נשתהה דמ"מ קשה מאי דוחקי' למנקט בכה"ג ולא נקט בפשיטות שלא ראה הטביע' אבל ראה הפליטה.

והנה הגאון מהרבצ"א שביק לפירוש מהריב"ל וניחא ליה לפרושי דהא דבעינן שיעיד בפירוש לאלתר היינו בראה הטביע' דאז איכא למיחש דלמא אשתהי ואשתני צורתו וסבור שזה ראובן ואינו אלא אחר אבל אותן שלא ראו הטביע' ומצאו שמת ואמר שמכירו בט"ע אע"ג דלא אמר דחזינן לאלתר נאמן ואין מדקדקין אחריו לבדקו אי חזינהו לאלתר ומייתי ראי' כמו דמחלק הר"י לענין סימנין ה"נ לענין לאלתר כו' ואח"כ מסיק דאף באמר בפירוש שלא ראוהו עד אחר כמה ימים מותר אם הגוף שלם ולאראה

הטביע' ע"ש ולהך פירוש' ניחא מה שהקשיתי מלשון הרא"ש דנקט ומצאו שמת ולדבריו א"ש דכיון שאומר שמצאו שמת תלינן דחזי ליה בשעת' כיון שלא ראה הטביע' אבל עדיין צ"ע דלשון הרא"ש שכתב אבל מי שלא ראה הטביע' ומצאו שמת כו' משמע שכך הי' הענין באמת שהוא לא הי' בשעת הפליט' ולדברי מהרב"א הו' למנקט בלשון זה ואמר שראוהו שמת והכירו כו' ותולין לומר שכוונתו שראוהו לאלתר משא"כ בלשון הרא"ש שלפנינו אין נלענ"ד לפרש כן ואם נפשך לומר דכוונת הרא"ש הוא שאנו תולין שראייתו היתה תיכף אחר שנפלט מן המים טרם בואו אע"ג דהר"ן בתשו' כתב דמן הסתם אין לתלות ולומר שתוך אותו שעה שנפלט ראוהו שיותר מצוי שראוהו אחר שעה אחת מ"מ י"ל דהיכ' שלא ראה הטביע' ליכ' למיחש שאומר בדדמי ומדחזינן שהכירו היטב שזהו הוא הכרת פניו ענתה בו שמסתמ' בתוך שעה שפלטו הים בא זה ומצאו שמת דאין לטעות שאחר היה ומחמת ששהה הרבה נשתנה צורתו עד שזה דימה בנפשו שזהו הוא ז"א דהא ודאי לא שכיח שיהי' קלסתר פניו דומה ממש לצורתו של זה וא"כ לא הו"ל לרואה זה לומר שזהו הוא כיון שהוא ראה הטביע' ולא אמר בדדמי כלל א"ו שבאמת הוא זה שמעיד עליו ותלינן שזה בא לשם תוך שעה לפליטתו ולכך הוא מכירו משא"כ בראה הטביע' דאז אמרינן כל שנשתנ' צורתו קצת הוא אומר בדדמי ואפי' לאלתר ל"מ בלא סימנין כן י"ל לשיטת מהרב"א אבל לפי"ז ישאר דקדוק שלי מ"ש ואין מדקדקין אחריו כיון שמירי שהעד אומר כל לבו שבא ומצאו מת והכירו בט"ע אלא שאנו תולין שהי' תוך שעה לפליטת המים א"כ מה לנו לחקרו ולדקדק אחריו ואמנם לענ"ד משום הא לחוד לא ארי' דבאמת כוונת הרא"ש דאין מדקדקין אחריו לחקרו ולדרשו על ידי סימנין וכמו שכתוב הרמב"ן במלחמות שהוא ע"ד דרשהו אם הוא רמאי בסימנים ע"ש אלא אין מדקדקין בזה ועוד י"ל בפשיטות דלשון ואין מדקדקין אחריו היינו דל"ח דאמר בדדמי והוא כלשון שכתב הרא"ש לעיל מיני' בתר סהדות' דבי תרי לא דייקינן ה"נ מתפרש האי לישנ' אבל בלא"ה דברי הרא"ש אין מורים בפירוש מהרב"א דלישנ' דנקט הרא"ש ומצאו שמת ואמר שמכירו בט"ע לחודי' נאמן כו' תיבת לחודי' מורה דאסימנים קאי ור"ל דנאמן בט"ע לחוד בלא סימנין והיינו דנקיט אחר כך בדברי ר"י גם כן כי האי לישנ' ואתי למיעוטי סימנין א"כ ה"נ למעוטי סימנים אתי ולא למעוטי היכא שלא פירש דחזי' לאלתר ועוד אכתוב לקמן מה שקשה לפירוש זה: ואחר אחרון אני' בא מה שפירוש בזה מופת דורינן הגאון מוהר"ר יחזקאל נ"י בספרו נ"ב סימן כ"ח והאריך בחריפתו ובקיאתו ותוכן דבריו בישוב דברי הרא"ש הוא דקשי' ליה דהכא נקט חזינהו לאלתר והתם נקט בשעת' א"ו שיש חילוק דבלא ראה הטביעה אף דלא חזינהו לאלתר אם ראה בתוך שעה סגי והיינו עובד' דדגלת משא"כ לאחר שעה המת משתנה באמת וא"א להכירו משא"כ בתוך שעה אין חשש שינוי כ"כ רק משום העד דאמר בדדמי וכיון שלא ראה הטביעה ל"ח ומש"ה העתיק הרא"ש בעצמו בהאי דדגלת וה"מ דחזי' בשעת' אף דמירי בלא ראה הטביעה תוך שעה בעינן ולפיכך כתב בעובדא דידיה כיון דאשתהי כמה שעות בלא טעמ' בדדמי המת משתנה (מעצמו ובטלה עדותו אף לשיטת הרא"ש ואני תמה ע"ז שהרי הרא"ש כתב אח"ז שנהגו להתיר ע"י ט"ע לחוד וכתב למאי דפרישת שיש חילוק בין אותן שראו הטביע' לאותן שלא ראו ניחא אלמ' דהרא"ש מתיר באותן שלא ראו הטביע' אף לאחר כמה ימים שא"ל שבאמת

לא נהגו להתיר רק בתוך שעה דוקא ז"א כמבואר ממ"ש אח"כ אבל אם גופ' שלם מכירין אפילו אחר כמה ימים משמע דאף בכה"ג נהגו להתיר וע"ז כתב דלמאי דפירש וחילק בין ראה הטביע' ניחא וא"ל דנקט בצירוף הך סברא שהגוף שלם וכ"נ מדברי הטור מ"מ קשה על הגאון הנ"ל שכתב שאין עדות לשיטת הרא"ש והרי בעובד' דידי' היה הגוף שלם כמבואר שם ואם כן לדעת הרא"ש פשיט' דבכה"ג מעידין אפי' אחר כמה ימים ואמנם באמת מבואר למעיין בדברי הרא"ש שמתחלה הביא דעת ר"ת ליישב המנהג שנהגו להשיא ע"פ ע"א שמעיד בט"ע משום דכיון דהגוף שלם שפיר הוי הכרה וע"ז כתב ולמאי דפרישת שיש חילוק בין אותן שראו הטביע' ניחא משמע מדבריו דלפי פירש זה אין אנו צריכין לפירש ר"ת רק דניחא המנהג דמתירין על ידי הכרה בט"ע משום שלא ראו הטביע' ומשמע דאף לאחר כמה ימים מעידין כמו לפר"ת אם הגוף שלם כן להרא"ש בלא ראה הטביע' וזהו שקשה גם לפירש מהריב"ל ולפירש מהרב"א דלדידהו אף דלא ראה הטביע' כל שלא ראה לאלתר אין מעידין עליו: ועוד אני תמה על הגאון נ"י שכתב לחלק בין לשון לאלתר לשון בשעת' ונסתייע ממה שהעתיק הרא"ש בהאי דדגלת וה"מ דחזי' בשעת' ולענ"ד צ"ע שאף אם היינו יכולין לפרש כן בלשון הש"ס דאיתא וה"מ דכי אסקו' דחזי' בשעת' כו' אבל ברי"ף והרא"ש איתא הגירס' וה"מ דחזי' ליה בשעת' דאסקו' והכוונ' מבוארת שר"ל שראה אותן בשעת העלאתו מן המים והוא מכוון ללשון לאלתר ממש ולשון בשעת' אינו ר"ל שעה כמו שפירש הרמב"ם דברי הש"ס רק פירושו אותו העת שהעלוהו וכמו שמצינו לשון זה פעמים רבות בב"ק משעת' דאסהיד כו' ובב"מ דההיא שעת' הוה לפקדון גבי' וכהנ' רבות וכן בזה הפירוש הפשוט שראוהו בעת העלאתו (אמנם גם לשון לאלתר יש לו שיעור כמו שכתוב הריב"ש והביא ראי' מש"ס דגיטין ע"ש) וכן בלשון הרי"ף בתשוב' סימן נ"ד דעו כי מה שטבע במשאל"ס אין אשתו ניתרת עד שיבא מי שיאמר אני ראיתו בשעה שהשליכו הים ליבשה והכרתי בו ובסי' קפ"א כתב בלשון כי ראיתו אחר שהשליך הים לאותו מת ואני הכרתי בו שהוא בעצמו ונראה דגם בסימן קפ"א ר"ל שהי' שם בשעה שהשליכו וראוהו מיד לאחר ההשלכה: ועוד יש להקשות לכל הפירוש דמשמע מהם דהרא"ש לא ס"ל כהרי"ף דבעיין אפשיט' מההיא דדגלת ומוקי לההי' דהתם בלא ראה הטביע' משא"כ בראה הטביעה בעינן סימנין דוקא ובאמת לא משמע כן מלשונו שכתב בתחל' לשון הרי"ף בסתם ואח"כ כתב ויראה הא דבעינן כו' ולא הזכיר כלל שבא לדחות בזה ראיית הרי"ף ולחלוק עליו נראה דמלת' באנפי' נפשי' קאמר ומודה בה הרי"ף ז"ל ומכ"ש דקשה טפי לפי' הגאון בנ"ב דמחלק בין עובדא דב' ת"ח ובין עובד' דדגלת ופסיק להו בסכינ' חריפ' לומר דהתם נקט לאלתר ומיירי בראה הטביע' והתם איתא בשעת' ומיירי בלא ראה וכל כה"ג הו"ל להרא"ש לפרושי שבזה דוחה ראיית הרי"ף ועוד יקשה לפירושו כמ"ש לקמן ואשר אני אחזה לי ושיירתי דרך לעצמי בביאור דברי הרא"ש הוא ע"פ מ"ש המרדכי בר"פ האשה ותסבר' כו' תימא לר"י אפילו למאי דקאמר ואסקינהו כו' ונראה לר"י דל"ש בדדמי אלא כשמעיד שטבע ולא יצא משם והיינו בדדמי דאפילו לא ידע' בבירור אמר' מסתמ' לא יצא משם אבל בעדות שמעיד שהועל' מן המים וראהו מת ל"ש בדדמי דאין לו במה לטעות כו' ודקאמרי סימנין פי' א"נ לא ראוהו לאלתר אלא שהו בין העלאה לראי' כגון דאמר סימנין שמועיל העדות כו' ואע"פ שאין

כתוב א"נ בספרים כו' והנה מ"ש דגבי העלאה ל"ש בדדמי דאין לו במה לטעות ע"כ צ"ל דט"ס הוא וצ"ל דאין לה במה לטעות דאל"כ לא תירץ כלום על עיקר קושייתו דנהי דהעד לא טעי מ"מ דלמ' משקר והיא לא דייק' דאמר' בדדמי א"ו דס"ל דלענין העלא' מסתמ' דייק' לידע אם בצדק אמרי פי העד שאומר שראהו שהועל' מן המים מת והכירו לאלתר או בסימנים משא"כ בס"ד שהי' סובר שהעד מעיד שטבע ולא יצא משם שייך בדדמי לגבי האש' דלא דייק' רק לידע שטבע ואע"פ שאין יודעת בבירור שלא יצא היא אומרת מסתמ' לא יצא אבל למסקנא דותסבר' דמשאל"ס אשתו אסור' א"כ ע"כ עיקר דיוקא דידה אינו לענין הטביע' שאין בזה כדי להתיר ועיקר דיוקא דילה לענין העלאה ובזה אין לה במה לטעות וע"כ דדייק' לידע שהעד אומר אמת ואמנם דברי ר"י הללו שהביא המרדכי הם סותרים למ"ש התוס' בשם ר"י בדף קט"ו ד"ה וקאמרי סימנין אבל ע"י ט"ע אין להאמינם דאמרי בדדמי ובדבר מועט יאמרו שאילו בעליהן של אילו אבל מה שפירש בקו' דמים משנים צורת הפנים אין נרא' דהא אמרינן לקמן דמים מצמת צמתי ואי סימנים לאו דאורייתא איירי הכא בסימנים מובהקים א"נ מהני ע"פ ט"ע ר"י עכ"ל התוספות ולפ"ז קשיא דמאי קא קשיא להו על רש"י שהרי לפמ"ש ר"י גופיה דהך ודקאמרי סימנין או קאמר ור"ל אף ששהה בין העלאה לראיה וא"כ שפיר פירש"י דאי לאו סימנין חיישינן דלמא אחרים הם לפי שהמים משנים צורת פנים והיינו דאי אשתהי מתפח תפח ולכך בעי סימנים ומנ"ל דרש"י אינו מפרש כן וע"ק על התוספות שכתבו דע"י ט"ע אין להאמינם דאמרי בדדמי והרי כתבו בד"ה טעמא דלעולם לא יאמר העד בדדמי כמו האשה עצמה וע"ק דל"ל למימר משום דהעד אומר בדדמי ות"ל דהא השתא קיימינן דבמלחמה אשה לא דייקא ונהי דהעד אינו אומר בדדמי מ"מ האשה אומרת בדדמי ובאמת שזה קשה לכאורה גם על רש"י דלמה הוצרך לומר דלכך בעינן סימנין משום שהמים משנים צורת הפנים ת"ל דזהו עיקר דחיית הש"ס דלא תפשוט ע"א במלחמה משום דאמרי בדדמי וכאן מיירי דקאמרי סימנין דלאו עלייהו סמכינן: אמנם לזה היה אפשר לומר דידוע סוגיית הש"ס כל היכא שאומר ותסברא כוונתו דלפי דבריהן שאתה רוצה לפשוט האבעיא מזה קשה קושיא אחרת וע"כ תירוצי קא מתרצה לה וממילא דלא תפשוט ולפי"ז תיקשי מאי קפריך ליה ותסברא כו' דלמה לדידיה הוה ניהא דמוקי לה דאסקינהו קמן וחזינהו לאלתר ואי משום שהאשה תאמר בדדמי להא ל"ת דעיקר טעמא משום מלתא דעבידא לגלויי ונפשטא האבעי' משא"כ אם נימא טעמא משום דייקא ומנסבא אכתי תיקשי וצריך להוסיף דבר חדש דקאמרי סימנין וזה לא ס"ל להפשטן וא"כ ל"ה פריך מידי ותסברא כו' ולכך פירש"י דאף לדברי הפשטן נמי צריך לאוקמי דקאמרי סימנין דאל"כ יש לחוש שמא המים משנים צורת הפנים כו' ולדברי התוספות צריך לאוקמי דקאמרי סימנין משום דאל"כ יש חשש שהעד יאמר בדדמי אבל ראיתי להגאון בנ"ב סימן למ"ד שכתב דמצינן למימר דהא דקאמר ותסברא היינו דע"כ מוכרח לפרש שראו ההעלאה מה שלא נזכר בברייתא אף אני מוסיף לומר דמיירי דקאמרי סימנין ולא תפשוט א"כ לפ"ז הדק"ל על רש"י ותוס' כנ"ל ועוד דאכתי קשה על התוס' שכתבו דמיירי בסימנים מובהקים ומשמע אע"פ שאין מוצנעים וא"כ קשה מה תועלת יש בעדותו דהא האשה אומרת בדדמי וכן הקשה הב"ש ס"ק קמ"ג: והאמת יורה דרכו ע"פ שיטת הר"י שבמרדכי דל"ש בדדמי על ההעלאה וזהו שהוצרך רש"י

לפרש דטעמא דבעינן סימנים משום שהמים משנים צורת הפנים דאי משום בדדמי כיון דמוקי שראו שהעלום תו ל"ש בדדמי והתוספות בשם ר"י לא הושוו בזה עם המרדכי בשם ר"י דהמרדכי בשם ר"י ס"ל דל"ש בדדמי בהעלאה גם בהעד ומה"ט הוצרך לפרש הא דקאמר וקאמרי סימנין או קאמר אבל התוס' בשם ר"י ס"ל דאע"ג דאם נאמר שהעד אינו אומר בדדמי ל"ש בדדמי לגבי האשה בהעלאה כיון שאין לה במה לתלות מ"מ יש לחוש שמא העד גופיה יאמר בדדמי ובדבר מועט יאמרו שאלו בעליהן של אלו וכ"כ הרא"ש בשם הר"י היכא דראה הטביעה ואע"פ שכתבו התוספות לעיל דהעד לעולם לא יאמר בדדמי אפשר דס"ל דוקא לענין מלחמה וכה"ג אמרינן דודאי לא יאמר העד על האומדנא דכל הני דאיקטול כו' משא"כ בזה שנפלו למים חיישינן דאמרי בדדמי ובעי סימנים דוקא וכיון שאומרים שמכירין אותו בסימנים אע"פ שאין מוצנעין ליכא למיחש למידי דא"ל דאשה לא דייקא דאמרי בדדמי ז"א דכיון שהעד אומר שראה שהעלוהו ל"ש בדדמי לגבי האשה דאין לה במה לטעות (ולקמן אי"ה אכתוב מלתא בטעמא דדוקא גבי הטביעה שייך בדדמי ולא לגבי ההעלאה) וממילא דנתיישב בזה קושי' אא"ז מהרש"א על התוספות שכתבו השתא ס"ד שראו שטבעו ולא ראו שהעלום וע"ז כתב דמצינן למימר שראו שהעלום אלא דהוה ס"ד דלא מיירי דקאמרי סימנין ואפ"ה פשיט' הש"ס שפיר דל"ח דאמרי בדדמי כמ"ש התוספות לפר"י כו' ולפמ"ש א"ש דכוונתם כמ"ש המרדכי דלגבי העלאה ל"ש בדדמי לגבי האשה רק לגבי העד א"כ אי הוה ידע המקשן דמיירי שמעיד שהועלה והכירו ל"ה מצי למפשט מיניה מידי לע"א דמלחמה דשם איכא למיחש לאשה שאומרת בדדמי ועוד דא"כ ע"כ הוה מוכרח לאוקמי דקאמרי סימנים דאפילו תימא דטעמא משום מדעל"ג ול"ח לבדדמי דאשה מ"מ גבי טביעה במים חיישינן לבדדמי דעד דדוקא גבי מלחמה ס"ל דלא יאמר העד בדדמי משא"כ לגבי הכרה אפשר שהועלה אז בדבר מועט יאמרו שאלו בעליהן של אלו ומ"ש עוד אא"ז חילוק בין פיר"י לפירוש ר"ת משמע שחלוקים הם וזה צ"ע כמ"ש ל"ה אי"ה והב"ש ס"ק פ"ג כתב וז"ל עיין בתוספות דף קט"ו כו' וצ"ל וא"ו של וקאמרי וא"ו המחלקת היא כו' ובאמת ז"א דא"כ ל"ה מקשו מידי על רש"י ואפשר שאין כוונתו לפרש כן דברי התוספות רק דהב"ש גופיה ס"ל לפרש כן דברי הש"ס ואמנם כדי דלא תיקשי על התוספות דל"ל לאלתר כיון דאיכא סימנין מובהקין צ"ל כמ"ש הב"ש גופיה בס"ק קמ"ג דהא דקאמר וחזינהו לאלתר דרך רבותא קאמר דאע"ג דחזינהו לאלתר מ"מ בעינן סימנין: ועתה אבוא לבאר דברי הרא"ש על הסדר וז"ל איבעי' להו ע"א במלחמה מהו כו' א"ד טעמא דע"א משום דהיא גופא דייקא והכא לא דייקא דאמרי בדדמי וסומכת על דברי העד כו' וזה כדברי התוספות והרמב"ן במלחמות אליבא דהרי"ף דבעינן משום דחיישינן לבדדמי דאשה ואלו לשטת בעה"מ דס"ל דבעינן דלא אמר קברתיו אבל בקברתיו פשיטא דמהימן אלמא דל"ח לבדדמי דאשה רק לבדדמי דעד ולכך במים ולא ראה הטביעה ס"ל דלא אמר העד בדדמי וליכא למבעי מידי דודאי מהימן משא"כ הרא"ש דמפרש דהאיבעי' מחשש בדדמי דאשה ליכא לפלוגי בהכי ושוב מייתי הרא"ש עלה לשון הרי"ף שכתב ואתינן למפשטא מהא דתנינן מעשה בשני ת"ח כו' ומיהו כיון דאמרינן לקמן ההיא גברא דטבע בדגלת כו' שמעינן דע"א במשאל"ס נאמן כו' וה"ה לע"א במלחמה כו' והנה מכאן נלמד דהרי"ף לא ס"ל כסברת הר"י שבמרדכי דל"ש בדדמי דהאשה לגבי ההעלאה דהא

לסברא זו ליכא למפשט מדגלת לע"א במלחמה אלא ס"ל דשפיר שייך בדדמי דאשה וכמ"ש הרמב"ן דכשיתוודע לה שנפל למים שוב אינה מדקדקת וסומכת על העד שאמר מכירנו בו ואתינן למפשטה ממעשה דב' ת"ח ודחי לה דמיירי דאסקוה וחזו ליה לאלתר שאין מקום עוד לעד לטעות ואי משום בדדמי דאשה וניחוש דלמא משקר העד מוקי לה דאמרי סימנין והיינו מוצנעין וכמ"ש הרמב"ן וכיון דחזינן בהאי דדגלת דאנסבא רבא ש"מ דטעמא דע"א משום מלתא דעל"ג הוא הלכך ע"א במלחמה ובמים מהימן דל"ח לדיוקא דאשה כלל וע"ז מסיק הרא"ש בשם הרי"ף ודוקא היכא דאמר אסקוה לקמן וחזיתיה לאלתר ואשתמודענא דאיהו פלוני או במלחמה היכא דאמר מת וקברתיו ואי לא קמסהדי הכל אפילו תרי וכ"ש חד לא סמכינן דחיישינן דלמא אאומדן דעת קא מסהדי וכן הלכתא כו' מבואר מזה דדעת הרי"ף הוא דהא דקאמר בעובדא דדגלת ודוקא לאלתר אבל אשתהי מתפח תפח ה"פ דאי חזי ליה לאלתר אין מקום לעד לטעות כלל ולשמא משקר ל"ח דמלתא דעל"ג הוא ולא איכפת לן אם האשה אומרת בדדמי משא"כ היכא דאשתהי מתפח תפח ואינו ניכר ויש לחוש אאומדן דעת קמסהדי שטועה בדמיונו לומר שאלו בעליהן של אלו (או במלחמה היכא דלא אמר קברתיו חיישינן לעד דאמר בדדמי שמת ובאמת לא מת) ואין מועיל ט"ע שלו דחיישינן דלמא טעי ובעינן סימנין דוקא: ועתה נבא לביאור דברי הרא"ש דקמסיים אחר שכתב דברי הרי"ף בסתם וז"ל ויראה הא דבעינן אסקינהו קמן וחזינהו לאלתר ר"ל מ"ש לעיל בשם הרי"ף דדוקא היכא דאמרו אסקוה לקמן וחזיתיה לאלתר הא לא אמר לאלתר חיישינן דאאומדן קמסהדי ולא סגי בט"ע לחודיה היינו לאותן שראו הטביעה דהנה אמרי בדדמי כו' אבל מי שלא ראה הטביעה ומצאו שמת ר"ל שלא ראוהו גם בשעת הפליטה ואמר שמכירו בט"ע לחוד נאמן ור"ל וא"צ סימנין והיינו דקאמר ואין מדקדקין אחריו ר"ל לדרשו ולחקרו בסימנין ואהא מייתי שכן פיר"י הא דבעינן הכא סימנין ולא סגי בט"ע לחודיה היינו משום שראה הטביעה ואמרי בדדמי ור"ל לשהרי פירש כן אהא דדחי דלא תפשוט מעובדא דב' ת"ח דמיירי דקאמרי סימנין ור"ל דר"י כ"כ לשיטתן דס"ל דל"ש בדדמי דאשה בהעלאה והא דמוקי בסימנין היינו משום בדדמי דעד ומוקי לה דל"ש בדדמי דעד אלא בראה הטביעה א"כ נלמד מזה דה"ה לדידן דלמאי דס"ל דשפיר שייך בדדמי דאשה בהעלאה אלא דל"ח לה דאפשיט מהאי דדגלת דל"ח רק לבדדמי דעד ולא לבדדמי דאשה דעיקר טעמא משום מלתא דעל"ג ולא משקר העד רק דאיכא למיחש כיון דלא חזי לאלתר דלמא אמר בדדמי והיינו בראה הטביעה דוקא דלא גרע מאשה גופה שכתב הרי"ף דלכך גבי טביעה שייך בדדמי שסוברת כיון שטבע בודאי שוב לא יצא א"כ גבי עד נמי דוקא כשיוודע שטבע אז תולה בדעתו לומר שאלו הם: ומעתה בין תבין כי אע"פ שהרא"ש ובעה"מ תרווייהו ס"ל לחלק בין ראה הטביעה ללא ראה הטביעה מ"מ המרחק רב ביניהם דלשיטת הרא"ש היכא דחזי ליה לאלתר פשיטא דמהימן שאין מקום לעד לטעות כלל שהרי אין שינוי בפרצוף דמאי צמתי ולשמא משקר ל"ח דמלתא דעל"ג הוא הלכך אף בראה הטביעה מותרת משא"כ היכא דלא חזי לאלתר אז יש חילוק בין היכא דראה הטביעה חיישינן לעד דלמא טעי ואמר בדדמי והיכא דלא ראה הטביעה אף דלא חזי לאלתר נאמן בט"ע לחודיה דל"ח דלמא מחמת שנתפח אמר בדדמי כיון דלא ראה הטביעה משא"כ לשיטת בעה"מ א"כ דל"ח דלא אפשיטא והא דדגלת בלא ראה הטביעה

ועלה קאמרינן דוקא לאלתר אבל אשתהי מתפח תפח ואע"ג דליכא למיחש דלמא אמר בדדמי כיון דלא ראה הטביעה מ"מ אין עדותו כלום דחיישינן שמא באמת נשתנה צורת המת עד שיוכל לסבור שזהו הוא וכן בראה הטביעה ס"ל לרז"ה שאין מועיל ט"ע לחודי' אף דחזי ליה לאלתר דמ"מ איכא למיחש לשינוי כל דהו והעד אומר בדדמי מחמת שראה הטביעה ובעי סימנין דוקא משא"כ הרא"ש ס"ל דאם ראה הטביעה די אי חזיניה לאלתר דאז ליכא למיחש שישתנה כלל שיטעה העד בו וכמ"ש המרדכי ואם לא ראה הטביעה אז אע"פ דאשתהי ויוכל להיות שישתנה קצת מ"מ לא יטעה העד בו לומר שזה בעלה של אשה זו כיון שלא ראה הטביעה: ולפי"ז מ"ש הרא"ש וכ"כ הרז"ה ז"ל היינו לענין הך סברא דאם לא ראה הטביעה לא אמרינן שהעד אומר בדדמי אבל מ"מ מאי דמוקי הרז"ה הך דדגלת בלא ראה הטביעה בזה לא סבירא ליה כוותיה דאיהו אזיל בשיטת הרי"ף ז"ל (וכ"כ הריב"ש להדיא וכמ"ש לקמן בשמו) ושוב מייתי הרא"ש דברי ר"ח וכתב ע"ז ונהגו להתיר האידנא בט"ע בלא סימנים ור"ל אף דאשתהי וכמ"ש"ל וע"ז כתב דאפשר לחלק כחילוק ר"ח גבי הרוג דאם הגוף שלם מכירין אף אחר כמה ימים דאז ליכא למיחש לבדדמי וע"ז כתב דלפמ"ש שיש חילוק בין אותן שראו הטביעה ניהא ר"ל דהשתא אין אנו צריכין לתרץ המנהג בחילוק ר"ח די"ל מה שנהגו להתיר היינו משום דלא ראה הטביעה ולכך שפיר מהני אף ששהה ואין לחוש שיאמר בדדמי ולפ"ז גם הרא"ש מוקי הך עובדא דדגלת בראה הטביעה כמו הרי"ף אלא דמ"מ התיר רבא כיון שהיה לאלתר ובהכי א"ש מ"ש בנ"ב להוכיח דלהרא"ש מיירי דלא ראה דאל"כ אמאי הימני' רבא בלא סימנים ולפמ"ש א"ש דבאמת מהא פשטינן דאין הטעם משום דיוקא דידה רק משום מלתא דעל"ג וכיון דחזי לאלתר ואין מקום לעד לטעות מהימן וכמ"ש דהרא"ש מוקי הא דדגלת בראה הטביעה כן ביאר להדיא הריב"ש סימן שע"ח ז"ל ומ"ש עוד בשם רבינו אשר כו' הנה למעלה סמכת על בעהמ"א דאוקי האי דדגלת שלא ראה הטביעה ועתה אתה סומך על הרב רבינו אשר ז"ל דמוקי לה בראה הטביעה והנה זה תרתי דסתרן כו' ע"ש והנה הארכתי בביאור דברי הרא"ש ובהצעתו לפי שיצאתי לדון בדבר חדש לומר דהרא"ש אליבא דהרי"ף כ"כ ודבר זה שאלו לחכמים ולא פרשוהו כך ומקום הניחו לי להתגדר בו כי לענ"ד מ"ש הוא אמת נכון בכוננת הרא"ש בס"ד: ומעתה גם דברי הטור צדקו יחדיו עם דברי הרא"ש דהיכא דלא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר אלא שהוסיף מדעתו לומר דבעינן גם שיהיה הגוף שלם ולהחמיר לצרף גם תירץ התוספות ואפשר דשמיע ליה מאבואה שלא רצה לסמוך על תירוץ שלו לבד כ"א היכא שהיה הגוף שלם ג"כ וכ"מ מדבריו ברמזים ע"ש ואולם בנ"ב הקשה על הטור דהא האי דדגלת מיירי בלא ראה הטביעה כו' וכבר הארכתי בדבריו ובישוב קושי' בתשובה סי' ע"ש ועכ"פ מבואר דדעת הרא"ש דאם לא ראה הטביעה לא בעינן לאלתר דעיקר חשש אשתהי להרא"ש אינו רק משום בדדמי ולדעת התוספות בגופו שלם שפיר דמי להעיד אחר כמה ימים והטור תפס חומרת התוס' והרא"ש ועכ"פ בנ"ד שהיה גופו שלם אם נימא דידיעה זו שידע הטביעה מפי העכו"ם ל"ה כראיה היה מקום היתר לפי סברת הפוסקים הנ"ל: איברא דלכאורה קשיא על התוספות דמה בכך שגופו וצורת פניו שלימה כיון דלדעתם לא אפשרטא בעיין וא"כ יש לחוש דהאשה אמרה בדדמי וכבר כתבתי לעיל די"ל דהתוספות כוונתם כהמרדכי דבעדות שהעלוהו מן המים מת אין לה

במה לטעות ולענין העד שפיר יש חשש בדדמי אע"ג דבמלחמה אין חשש על העד ואמנם לכאורה היא מלתא בלא טעמא דבעדות העלאה מן המים יהיו סברות הפוכות מן מלחמה והנלענ"ד בזה ויבואר ג"כ מ"ש הב"ש ס"ק קמ"ג דהרי"ף חלוק עם התוספות דלהתוס' אין העד אומר בדדמי כלל אבל להרי"ף בלא אמר קברתיו חיישינן דאמר בדדמי ולענ"ד אין זה מוכרח דאע"פ שהתוס' כתבו בד"ה טעמא דלעולם לא יאמר העד בדדמי כמו האשה עצמה כו' כוונתם כמו שאבאר: הנה הרמב"ם והש"ע כתבו וז"ל וכן אם באה ואמרה מת בעלי במלחמה א"נ אע"פ ששלום בינו לבינה תסמוך דעתה על דברים שרובן למיתה ותאמר מאחר שנהרגו אלו ואלו נהרג גם הוא בכללן כו' ולכאורה תימה שהרי רבא קאמר טעמא דסברה כל הני דאיקטל איהו פליט ואת"ל כיון דרחמה ליה נטרה עד דחזייה זימנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברה מת וזימנין דעביד ליה סמתרא וחיי' כו' ולפ"ז תימא שהעתיקו תחלת דברי רבא לחוד ומי סני להו למימר כטעם שאמר רבא בסוף סברתו דלכאורה כן הוא העיקר וכמ"ש הפוסקים דכל את"ל הלכה הוא ולא מצאתי להמפורשים שנתעוררו בזה והנלענ"ד דכוונת דבריהם הוא בנ"מ בין ב' הטעמים של רבא דלטעם השני דנטרה עד דחזי וסברה ודאי מית אלא שעכ"פ אין להתירה מפני שיכול לחיות ע"י סמתרי א"כ עכ"פ היא לא משקרא בשום אופן ואינה אמרה יותר ממה שראתה ולפי דעתה החצי בא עד לבו ומת וא"כ לפ"ז אם אמרה קברתיו מן הדין היה לומר שנאמנת דהא לא חשדינן לה דמשקרא במתכוין משא"כ לטעם הראשון אמרינן אע"פ שלא ראתה כלל שנהרג רק מחמת דמיונה דסברה כל הני דאיקטול כו' היא מוסיפה שקר לומר שנהרג א"כ אף קברתיו אינו מועיל שי"ל שמשקרה ומוסיפה מדעתה ולענין דינא ב' הטעמים אמיתים דחיישי' ג"כ דמשקרה מחמת בדדמי וכיון שהרמב"ם והש"ע רצו לכתוב הך דינא דל"מ קברתיו לכן הביאו טעם הראשון שמשם אנו למדין דין זה ולפ"ז ע"כ מוכרח כטעם שכתב הב"ש בשם הרא"ם ותי' הר"ן שהביא הב"י אבל לפי הטעם שהביא הגהת פרישה והב"ש בשם הלבוש משום דשמא קברה אחר וטעתה מחמת בהלות המלחמה א"כ גם בזה לא חשדינן לה שמוסיפה דברים שקרים לאמת דבריה וז"א כמ"ש ממה שהביאו טעם הא' שאמר רבא והנה יש לי אריכות דברים בדברי הרמב"ם הללו ומאין הוציא דבמלחמה אף קברתיו לא מהני גבי אשה ולפי שאין נוגע לענינינו קצרתי בדבר: ולפ"ז י"ל דודאי בעיין בע"א במלחמה באמר קברתיו הוא והא דאי פשיטא לן דבעד ל"ח שיוסף לשקר בשביל דמיונו וזהו כוונת התוס' שכתבו דלעולם לא יאמר העד בדדמי כמו האשה עצמה ר"ל אע"ג דחיישינן דסברה כל הני דאיקטול ומת כו' הלכך אע"פ שלא ראתה שמת אומרת בדדמי שמת מ"מ בעד ל"ח לזה והלכך כל דאמר קברתיו ליכא חשש בדדמי גבי עד אלא דמבעי ליה אי בשביל מלתא דעל"ג לחוד מהימנין ליה א"ד אע"ג דהעדאינו אומר בדדמי מ"מ אין נאמנותו אלא בשביל דאשה דייקא והכא לא דייקא והשתא א"ש מ"ש התוספות וקאמרי סימנים דע"י ט"ע אין להאמינם דמ"מ יש לחוש לנשים שיאמרו בדדמי שזהו הוא ובכה"ג אף בעד חיישינן כיון דאינו מוסיף לשקר רק אומר כפי מה שנדמה לו הלכך בעינן גם סימנים אבל אי לאו חשש בדדמי דעד נאמן הרי ביארתי מה שאמרו דמים כמלחמה דמי ואין חשש בדדמי בעד שיוסיף לשקר כמו גבי מלחמה רק היכא שסובר שאומר אמת ועתה אבאר דגם לענין חשש בדדמי דאשה טעמא רבא איכא דלא ניחוש לה גבי מים ולא

משום דעדיף מים ממלחמה ומתחלה אבאר מה שהגאון בנ"ב סי' כ"ז וסי' כ"ח הקשה בהא דאמרינן טעמא משום מלתא דעל"ג וע"ז הקשה מהא דאמרינן גר שאמר נתגיירתי בב"ד של פלוני צריך ראייה ולא מהימנינן ליה מטעם מלתא דעל"ג ולכן כתב לחלק בין היכא דאיתחזק איסורא והכא מיקרי לא איתחזק כו' והקשה על הרי"ף דמאי פשיט מדגלת ששם היה ידוע הטביעה ולא איתחזק איסורא דהא משאל"ס מדאורייתא שרי משא"כ היכא דאיתחזק איסורא דאורייתא ע"ש ואני אובין ואדון על ראייתו מגר שלענ"ד אין כאן ראייה דהא אף בעדות אשה דוקא מסל"ת נאמן הא לא"ה א"נ דקרינן בהו אשר פיהם דבר שוא הרי אף במלתא דעל"ג עכו"ם לא מהימן וא"כ לק"מ מהתם כיון דבאמת אנן לא מהימנינן ליה שנתגייר וחישינן שמא עדיין עכו"ם הוא א"כ מה בכך שאמר בב"ד של פלוני סוף סוף עכו"ם א"נ אף דעל"ג וכיוצא בזה אמרו ביבמות דף מ"ח לדבריק עכו"ם אתה ואין עדות לעכו"ם ע"ש: אמנם הדין דין אמת ומוסכם בלא"ה דבמלת' דרבנן ודאי סמכינן אהך טעמ' דמלתא דעל"ג לחוד ולפ"ז א"ש דברי התוספת דאי קאמרי סימנים דאז ליכא למיחש לבדדמי דעד ש"ד וא"ל דהא השתא ס"ד אע"ג דהעד אינו אומר בדדמי מ"מ האשה אומרת בדדמי ז"א דהא הרמב"ן והרשב"א כתבו דלכך לא דייקא דמכיון שנתוודע לה שטבע בעלה אמרה בלבה לא אדרוש עוד וסומכת על העד שאומר מכירנו בו ולפ"מ"ש אין כאן בית מיחוש כיון דעכ"פ דייקא עד שנתוודע לה שנפל למים א"כ פלטינן מאיסור' דאורייתא ואף דלא דייק' טפי מ"מ שוב שפיר אנו סומכין על העד במלתא דרבנן אך יש להקשות לפי זה בהא דקאמר והא מים כמלחמ' דמי כו' והרי המקשן דלא ידע דמיירי שהעלום רק שהיו ניתרים על פי הטביע' לבד אם כן ל"ד מים למלחמה דבמלחמ' כיון ששמעה שירד למלחמה תו לא דייקא טפי מה שאין כן בזה כיון שעל כל פנים דייק' ונתוודע לה שטבע וכפי הס"ד יש בזה לבד די להתיר וא"כ ל"ד למלחמה.

ולכאורה היה אפשר לומר דהא דמדמי להו היינו דכיון שהאשה יודעת שהוא מפרש דרך אניה בלב ים ולדרוך בציות נהר הרי הוא בחזקת סכנה כמי שירד למלחמה וכדאית' בשבת דף ל"ג ובירושלמי שם בג' מקומות השטן מצוי לקטרג כו' והמפרש בים הגדול כו' הלכך אמרה בדדמי שטבע ולא דייק' אם טבע אם לא וגם י"ל דאף דדייק' עד שנתוודע לה שטבע מ"מ לא דייק' טפי לידע אם שהה עליו עד כדי שת"נ ואומרת בדדמי וסומכת על האומר ששהה עליו כדי שת"נ וכן מבואר בחי' הרמב"ן ליבמות שכתב והא מים כמלחמה דמי פי' מכיון שנשבר' ספינתו בים איכ' למימר בדדמי הלכך גבי ע"א לעולם לא מהימן אע"פ שאין האשה יודעת שנשברה ספינתו כדי שתאמין בו שמא יבואו עדים ויעידו כן ושוב לא תחקור על המיתה כו' אלא שבאמת הרמב"ן עצמו אח"כ תבריה לגזיזיה כמ"ש בתשו' סי' ולפי"ז הדק"ל על הפשטן דמדמי מים למלחמה דבס"ד מאי חשש בדדמי איכא במים דהרי למאי דס"ד אף במשאל"ס אם שהו עכ"פ מותרת לכתחלה והרי בזה ודאי דייקא וע"ש בתשו' הנ"ל מה שכתבתי ליישב ועכ"פ מבואר דאין חשש בדדמי לגבי האשה לענין דנימא דלא דייקא אם שהו עליו כו' דאל"כ תיקשי בעובדא דחסא למה התיירו בדיעבד (ובאמת לענ"ד שמכאן יצא להרמב"ם מ"ש לא אמר קברתיו אם נשאת ל"ת ואין להאריך) אלא ודאי דהיא דייקא ששהו עליו הלכך ליכא למפשט מעובדא דחסא די"ל גבי מלחמה או לענין עדות שמעיד שהכירו בט"ע מכיון ששמעה

ונתוודע לה שטבע סמכה על העד שאומר מכירנו בו משא"כ במשיל"ס ודאי מותרת כיון שעכ"פ דייקא שטבע ושהו עליו אין אנו צריכין יותר ולפי"ז צדקו הדברים שכתבתי לעיל בדברי התוס' דכיון דעכ"פ דייקא שטבע ושהו עליו הרי יצאה מאיסור תורה ואע"ג דלא דייקא טפי מ"מ כיון שאין כאן רק מלת' דרבנן אפי' חד מהימן משום מלתא דעל"ג: ומעתה חזר הדין בנ"ד שלפמ"ש בכוונת דברי הרא"ש היה מקום להתיר אף שלא ראה לאלתר כיון שלא ראה הטביע' וכמ"ש הטור ובכאן הרי הי' הגוף שלם ואף שלא הזכיר רק שמו ושם עירו מ"מ יש מקום להתיר ע"י חיפוש וגם כי הגידו לו שענין זה יתברר בקל ע"י הבאים משם לכאן שיודעים בטוב שעל בעל של אשה זו היה כוונת העד הנ"ל ולכך לא הארכתי בפרט אבל מי גבר לא יחוש לפי' הגאונים שהבאתי לעיל דאינהו ס"ל דלעולם לאלתר בעינן וכ"ד בעהמ"א דאף שלא ראה הטביעה בעינן לאלתר וכ"ד הרבה פוסקים דאין מחלקין בין ראה הטביעה ללא ראה ועוד שבכאן עכ"פ ידע הטביעה ודעת רוב המפורשים דידיעה ה"ל כראיה לענין זה והבא לחפש בק"ע ימצא עזר להקל או להחמיר כרצון איש ואיש (ואינני תוקע עצמי לדבר הלכה ואשה זו בחזקת איסור א"א עומדת) וסימנים האמורים בג"ע לאו כלום נינהו דשכיח טובא כה"ג שיהי' זומר שפרענקליך על חלקת ידיו ונזם באוזן ימין בבן רך ויחיד לאמו וכפי הדין והשורה אשה זו אסורה ולא מצאתי הלכה ברורה להמציא כחה דהתירה.

אלה דברי זעירא מן חברייה הק' אפרים זלמן מרגליות: יח אחר הדברים והאמת האלה הובא לידי עוד ג"ע משם שנית באריכות וזה אשר השבתי עוד על הג"ע השני: הנה לפי המבואר מעדות הנ"ל מידי ודאי אשתהי יצאנו וכמבואר בק"ע בשם מהרב"א דכל שהי' במקום שגלי הים שוטפים לא מיקרי אשתהי וכ"נ מדברי מהרי"ט סי' ל"ב אבל עדיין מידי ספק לא יצאנו שהרי העד אמר אז דיא חוואליש פון לימהאן האבין גיקאנט שלאגין כו' מבואר שלא הי' ברור לו ששטף המים הגיעו אליו רק שהיו יכולין לשוטפו והרי אנן קי"ל בכל ספק אשתהי אזלינן לחומר' ולענ"ד קצת ראי' מלשון הש"ס דגבי עובדא דב' ת"ח נקט דחזינהו לאלתר ובהיא דדגלת קאמר דחזינהו בשעתיה וכבר כתבתי שהנ"ב עמד על דקדוק לשון זה אך לפי מה דקי"ל דספק אשתהי לחומרה א"ש כמ"ש בתשובה סי' ואמנם עדיין יש לצדד לשריות' דהך איתת' שהרי התוס' ורוב הפוסקים ס"ל להקל בספק תוך ג' ומבואר בהרבה תשובות שסמכו ע"ז להלכה וכתבו שכך פשטה הוראה ואע"פ שהר"ן כתב דגם התוס' מודים בספק אשתהי זיל בתר טעמא שביאר שם שאין הדבר מצוי שיראנו בתוך שעה לפליטתו וכ"ז בספק שמא אשתהי אחר פליטתו משא"כ בנ"ד שאנחנו מסופקים שמא הי' גלי הים שוטפים עליו א"כ אין מקום לחלק בין ספק זה לספק תוך ג' אמנם לענ"ד עדיין יש מקום לפקפק דבאמת י"ל תרי טעמ' בספק תוך ג' שהקילו התוספ' חדא משום דחשש' דשמא נתפח אינו רק ספיק' דרבנן ואזלינן להקל הרשב"א דמטעם זה יש מקום להקל ועוד י"ל דיש לנו לאוקמי בחזקת חי והשת' הוא דמת וכמבואר בדברי האחרונים והשת' להך טעמ' דנתפח הוי ספיקא דרבנן שפיר יש להקל גם בספק אם הגלים היו עוברים ושוטפים משא"כ אם נאמר דשמא נתפח הוי חשש' דאורייתא רק דבספק תוך ג' מוקמינן אחזקת חי א"כ אף אם נקיל בספק תוך ג' מ"מ בספק זה אם היו הגלים עוברים ושוטפים ספק שקול הוא ועיין מ"ש בתשובה סי' מ"ש ליישב ע"פ זה דעת הריב"ש וכתבתי שם דיש לחלק בין ספק תוך ג' שהספק אם

מת או נהרג תוך ג' או קודם ג' אמרינן השתא הוא דמת או נהרג ומתחל' שפיר היינו מחזיקין אותו בחזקת חי ולא הי' חזק' בטעות משא"כ בספק אשתהי כ'ד שעות שכתב הר"ן שאינו מצוי שיראנו תוך שעה אחר פליטתו א"כ כ'ד כשנמצא זה על שפת הים סתמ' דמלתא שכברעברה שעה שנפלט מן המים א"כ הא קמן שהיינו מחזיקין החזקה בטעות וע"כ קודם לזמן המציא' יצא מחזקתו ואין אנו יודעין כמה אמרינן שמא יצא מחזקתו כ'ד שעות ויותר אך באמת ז"א דלפי סברת הר"ן גבי אשתהי שאינו מצוי שיראנו בתוך שעה לפליטת המים גם בהרוג י"ל שאינו מצוי שיראנו תיכף תוך שעה להריגתו וע"ש מ"ש עוד בישוב הדברים וגם ישבתי שם קושית הט"ז ומביאו הב"ש: ואולם יראה לענ"ד שיש מקום לומר שאף המחמירין בספק תוך ג' יודו כ'ד והוא משום דהא ודאי הנך פוסקים ס"ל דליכ' כאן חזקת חי או מטעם שכתבתי או מטעם שכתב הט"ז שם או מטעם שכתב הב"ש דמת זה כיון דלא ידענו אותו ל"ש לאוקמי אחזקתו והגאון כ'ד פקפק בזה דמה בכך שלא ידענו אותו כיון שעכ"פ חי קודם שמת יש לו חזקת חיים ועדיין הוא חי ע"ש ועיין מ"ש בתשוב' הנ"ל ליישב הדברים על נכון ע"ש שכתבתי דאפילו תימא דחששה דנתפח ספיקא דרבנן הוא מ"מ אזלינן בתר שעת מציאתן וכמ"ש הט"ז והח"צ דחזקה גמורה היא שעת מציאתו משא"כ כ'ד נהי שבספק שלנו אם היו הגלים עוברים ושוטפים אין כאן חזקת חי מ"מ גם חזקה דהשתא ליכא דמה בכך שהוא מת לפניך ואמרינן שמת זה כמה מ"מ י"ל שזרם המים עבר עליו וא"כ שפיר אזלינן ביה לקולא: ועוד נלענ"ד יש כאן מקום להקל בספק זה ומתחלה אדון בדבר אם כ'ד איתרע ליה חזקת חיות או לא ולכאורה הדבר פשוט דחזקת חיות איתרע ליה שהרי העד מעיד שהעכו"ם שנשארו בספינ' הגידו לו בזה הלשון אז שבת ערשט אין דר פריא האבין דיא חוואליש דעם מרדכי אראפ גיווארפין אין דעם וואסר אריין אם כן אף ע"פ שלא נזכר בדבריו שאמרו ששהו עליו בכדי שת"נ מ"מ עכ"פ איתרע ליה חזקת חיות וכמבואר בירושלמי בגיטין שהוסיפו על הנך שנותנין עליהם חומרי חיים ומתים שטפו נהר ואע"פ ש"ל שהעכו"ם הללו לא היו מסל"ת: ואע"פ שלא נזכר שהיה דרך שאלה וכמ"ש הר"ן בתשובה סימן ג' וז"ל ואפילו שבא בלשון השאל' ומצאתי אלמנותו ואמר' שמת בעל' הראשון שנראה מתוך הלשון שהשליח לא אמר לה דבר אלא שהיא התחילה מעצמה מפני שהדבר רחוק בעיני אני תולה זה לקצור בלשון כו' ואמנם י"ל דהתם עכו"ם מפי עכו"ם הוא ובכה"ג כתבו הפוסקים לדייק מלשון הר"ן שכתב עכו"ם מסל"ת מפי עכו"ם מסל"ת דהיינו שצריך שיאמר בפירוש שהראשון היה מסל"ת משא"כ בישראל מפי עכו"ם כתבו בק"ע בשם מהראנ"ח דבישראל מפי עכו"ם תלינן להקל שהיה מסל"ת ועוד דאדרב' משם רא' דהתם טעמו דהר"ן כמ"ש תחלה וז"ל והדבר רחוק בעיני שהתחיל הנכרית ההיא לומר לאיש אשר לא הכיר' מעולם שבעל' הראשון מת אם לא שהיא שאלה עליו כו' משמע דהיכ' דליכ' הך רגלים לדבר שבא ע"י שאלה לא תלינן שבא ע"י שאלה וכמ"ש בשו"ת אא"ז מהר"מ מלובלין סימן קל"ג שביאר גם כן דברי הר"ן כמ"ש וא"כ כ'ד הנך מכירין זא"ז נינהו ונוכל לומר שהם הקדימו א"ע לספר לו הני הרפתקי דעזו עליהו וכדמשמע מתוך הלשון אז שבת ערשט בבקר האבין דיא חוואליש כו' וכ"כ בשו"ת מהרי"ט סימן כ"ה וז"ל וה"ה בישראל המעיד משמו של עכו"ם בסתמא וליתא קמן למבדקיא סמכינן אסתמ' דמלתא דמסל"ת היה מדלא אמר

שע"י שאלה סיפר כו' ע"ש ואמנם אפילו נאמר דסתמ' דמלת' שאל אותם איה חבירינו וכ"כ בשו"ת מ"ב סימן דישראל מפי עכו"ם גרע וצריך לפרש שהיה מסל"ת שדרך ישראל לשאול על חבירו וגם שי"ל דבעינן קישור דברים מ"מ הרי העד מעיד שלפניו נתמלא הבידאק מים והתחיל לירד לתהומות ובכה"ג נהי דבזה לא יצאתה מכלל איסור דאורי' שאין זה דומה לטבע במשאל"ס מ"מ בכה"ג נותנין עליו חומרי חיים ומתים כמ"ש הרמב"ם בפ"י המשנה דספינ' שאבד' בים היינו שנשתבר' כלים המוליכים אותה והעוזרים לה ע"ש וכמ"ש בתשובה ר"ב אשכנזי ובנ"ב ואע"פ שאין כאן אלא ע"א מ"מ שפיר איתרע החזקה על ידה כמו במשאל"ס אף שאין כאן אלא ע"א מ"מ אם נשאת ל"ת וממיל' דה"ה לספינ' שאבדא לענין דאיתרע חזקת חיות וממילא דאיתרע לה נמי חזקת א"א דבחיות תליא מלתא.

ומעתה יש להמציא קולא לפי מ"ש הנ"ב סי' ל"א לענין ספק תוך ג' שכתב הט"ז דאזלינן בתר שעת מציאתן ואמרינן כמו דהשתא מת כך הי' מת לפני כמה ימים וע"ז השיב דמאי חזית דאזלת בתר שעת מציאה בדרך זה זיל לאידך גיסא בתר שעת מציאה למימר כשם שהוא לפנינו בט"ע בפרצוף זה כן הי' ג"כ קודם בפרצוף זה ולא נשתנה כו' ומסיק דטעמ' דמחמירין בספק תוך ג' משום חזקת א"א ובזה פי' דברי הש"ע ביצא הקול מתחל' אשתו מותרת לד"ה משום דע"י הקול איתרע חזקת א"א ע"ש ולפי"ז בנ"ד דחזקה קמיית' איתרע וחזקה בשעת מציאה לומר כמו דהשת' מת כך מת לפני כמה ימים לא איכפת לן בהכי דמ"מ י"ל שגלי הים עברו עליו וא"כ נשאר לנו חזקה דשעת מציאה להתירא אמרינן כמו שהי' עתה בט"ע בפרצוף זה כך הי' קודם דלא נשתנה ואין לנו לתלות באחר דהאחר יש לו חזקת חיים וזה איתרע חזקתו ושפיר אית לן למיזל בתר שעת מציאה: אך דעדיין יש לגמגם ולומר דע"א אינו מועיל להעיד על ספינה שאבד' לאורעי חזקתה דאע"ג דקי"ל דבעדות אשה ע"א מהימן טעמה דמלת' משום דהוה מדעל"ג וזה שייך דוק' היכ' שזה מעיד על בירור הדבר שפלוגי מת אמרינן דהאמת אתו דלא משקר במלת' דעל"ג שמתירא פן יבא ויעמוד חי לפנינו ויהי' נתפס בשקרו משא"כ במעיד על הספינה שאבדה אף אם בא יבא לא יתברר שקרו לעין כל כיון דבאמת נותנין עליו חומרי חיים ג"כ דספיקא הוה ובע"א שטבע במשאל"ס אע"ג דאיכ' נמי מיעוט' דמיעוט' שניצולין וא"כ אין זה נתפס בשקרו כ"כ מ"מ י"ל דרבנן הימנוהו כמו שהקילו בעד מפי עד אפי' מפי עבד או שפחה משא"כ בספינ' שאבד' שלא הקילו חכמים ממילא דע"א לא מהימן כלל כיון דלאו מלת' דעל"ג הוא וגם אשה דייקא ל"ש גבי מים דכמלחמה דמי ולפי"ז אף המקילין בספק תוך ג' י"ל דדוק' התם דע"י חזקה דאשה דייקא איתרע חזקת א"א משא"כ במים ובהכי מיושב מה שתמה מרן בנ"ב על הפ"י והש"י דאודי ליה בהא שתמה על התשובות המשמשים באיסור עגונה בס"ס הא אתחזק אסור' דא"א וע"ז כתב דהא בעגונה חזקה דאשה דייק' מרעא לחזקת א"א ע"ש סי' מ"ג ולפמ"ש י"ל דשפיר קא מוטיב אהא שמצינו דמשמשים בס"ס אף במים ומלחמה ושאר ענינים המבוארים בש"ס דלא אמרינן בהו אשה דייקא ואפ"ה מקילין מחמת ס"ס ובזה יש לישב קצת גם מה שהקשה בסי' מ"ט על מהריב"ל שדבריו סותרים זא"ז ע"ש: אך לפמ"ש לעיל דאף במים מ"מ שפיר אשה דייקא לידע שטבע ושהו עליו לפי"ז שפיר יש מקום להקל בס"ס גבי טביעה וא"כ בנ"ד ג"כ שפיר איתרע חזקת א"א שיש לנו להאמין להעד בזה שראה

שטבעה ספינתו כיון דמסייע לי' חזקה דאשה דייקא וא"כ נשאר לנו חזקה דשעת מציאתן כמו שהוא לפנינו עתה בפרצוף זה כך הי' מקודם ולא נשתנה: ועוד דבנ"ד שמבואר בעדות הרבני מו' שאול שהעד אמר בפירוש שלא הי' שום שינוי בפרצוף בלי שום נפוח ובלי שום השתנות וכבר כתב מהרי"ט בסי' ל"א וז"ל וכן בהועלה מן המים אם אין ידוע להם ששהה והם רואין שאין בו שום שינוי של נפיחה תלינן דהשתא הוא דסליק דאם איתא דאשתהי מתפח הוה תפח ועם זה יישב לשון הרמב"ם שכתב ונתפח דר"ל דאז אפי' בספק תולין לחומרא משא"כ בלא נתפח תלינן דהשתא הוא דסליק ע"ש וא"כ ק"ו הדברים בנ"ד דהא התם לא שכיח לומר השתא הוא דסליק וכמ"ש אח"כ מדברי הר"ן בתשוב' ואפ"ה קאמר כיון שזה מעיד שלא נתפח אמרינן דלא אשתהי בזה ומכ"ש שהספק שקול אם היו הגלים עוברים ושוטפים או לא כיון שזה העיד בפירוש שלא הי' נפוח כלל ע"כ שהיו הגלים עוברים ושוטפים ולא אשתהי ולענ"ד יש להביא ראיה לדברי מהרי"ט ממ"ש הפוסקים דלהרי"ף דוקא אי אשתהי ד' או ה' ימים במים אבל יותר אין מעדיין וע"ז הקשה בנ"ב דא"כ אף בתוך ה' ימים אין להתיר דלמא אחר הוא דכבר אשתהי ה' ימים במים ועפ"י דברי מהרי"ט הנ"ל י"ל דהכי קא משנישאני מיא דצמתי ואין מניחין אותו לתפוח וכיון דחזינן דהאי לא תפח אמרינן שזהו שטבע בתוך ה' ימים ול"ח שאחר שמונח כבר ה' ימים במים דא"כ הי' לו לתפוח וכן יש ליישב לפי"ז מ"ש בשו"ת מהרי"ט ח"ב סי' ל"ג וכן הקשו בכנסת יחזקאל וכן בנ"ב דלהמחמירין בספק תוך ג' ל"ל למנקט עובדא דדגלת דאסקוה בתר ה' יומא ת"ל דמחמת ספק שמא שהה תוך ג' נמי אין מעדיין ולפמ"ש י"ל דאי מהא לא אריה דשמא ראו בבירור שלא נתפח ואין להחמיר בספיקו ואמנם על קושי' זו בלא"ה הי' אפשר לומר דמספיקא לא מצי לאקשווי דהוה מ"ל דהתם בדגלת בידוע שטבע ושהו עליו דאזיל ליה איסורא דאורייתא הלכך שפיר מצינו להקל אשתהי ג' ימים משא"כ היכא שהוא ודאי אחר ג"י אז אע"ג דאזיל איסורא דאורייתא אפ"ה אין מעדיין וכמבואר בשו"ת הריב"ש דבודאי נשתהה ג"י אין כאן עדות כלל אלא דק"ק לפי"ז דאם איתא דמצינן לאוקמי בידוע א"כ השתא נמי מנ"ל לאקשווי דלמא יש חילוק אף באשתהי ג"י בין היכא דאזיל ליה איסורא דאורייתא אבל לפמ"ש א"ש דלא מסתבר ליה לחלק ולומר דאף בידוע שהוא אחר ג"י אם לא נתפח מעדיין כיון דסתמא נקט אין מעדיין אלא עד ג"י משמע דבכל גווני אין מעדיין ואע"ג דלהמחמירין בספק תוך ג' קאי לשון זה דדוקא בידוע שהוא תוך ג' וא"כ משמע דאף בלא נתפח בודאי אפ"ה אין מעדיין בספק י"ל דמה שאינו מחלק בין לא נתפח בודאי היינו משום דלשון זה קאי גם באם הוא ודאי אחר ג' ובכה"ג בכל גווני אין מעדיין: ובזה י"ל מה שהקשה מהרי"ט בח"א סי' קל"ט ובח"ב סי' ל"ה שכתב דמלשון המשנה שבנוסחת ירושלמי ובויקרא רבה אין מעדיין לאחר ג"י משמע דוקא בברי לאחר ג' הא סתמא מעדיין כו'.

ולפמ"ש י"ל דלכך נקט הכי משום דמתני' רוצה להשמיענו דבכל גוונא אין מעדיין אף בידוע בבירור שלא נתפח משא"כ בסתמא אז היכא דידוע בבירור שלא נתפח שפיר מעדיין ועכ"פ בנ"ד כבר כתבתי דעדיף טפי מספק אשתהי פשיטא שיש לנו לומר דכיון שלא נתפח מסתמא היו הגלים עוברים ושוטפים עליו ומכ"ש לפי מה דנקטי הרשב"א והר"ן ל' הרמב"ם בפשיטות דבאשתהי נמי דוקא אם נתפח אין מעדיין אלא שהם הקשו

עליו מל' הש"ס דמשמע דאמרינן שתפח ואינו ניכר וי"ל דזה דוקא היכא שאין מעיד שידוע לו בבירור שלא הי' נתפח אלא דלכאורה יפלא יותר דלפי דברי הרמב"ם מאי קפשיט הש"ס דלמא התם לא נתפח דא"ל שהי' ידוע להש"ס דל"ה עובדא בהכי ז"א דהא משני שאני מיא דצמתי ואין מניחין לתפוח אלא דמיירי בכה"ג שלא תפח וראיתי בנ"ב שהרגיש להקשות בזה על המרדכי שכתב דאם לא נתפח מעידין אפילו אחר כמה ימים ע"ש ואמנם לענ"ד בשיטת הרמב"ם דס"ל דאשתהי דמים קיל טפי מאחר ג' ימים שמת או נהרג ביבשה דשם אף בודאי שלא נתפח אפ"ה אין מעידין דפרצוף פניו משתנה ג' ימים אחר מיתה כמבואר מדבריו שם ובהפ"מ ולכך פריך שפיר מדגלת לפי מה דס"ד דמיא לא צמתי ואין חילוק ביניהם ומשני דמיא צמתי ואינו משתנה אבל אי אשתהי אחר שהועלה אף על גב שלא שהה ג' ימים שיעור שישתנה מ"מ זימנין דתפח ואין מועיל בו הכרה אבל כ"כ דלא תפח ל"ח שמא תפח ואינו ניכר כיון שהעד אינו אומר בדדמי אמרינן מסתמא ידע ביה שלא נתפח והכירו היטב ובהכי ניחא מה דקשה לכאורה בעובדא דב' ת"ח ל"ל דחזינהו לאלתר נימא דלא נתפחו ולפי מ"ש י"ל דודאי למאי דס"ל למסקנא דנפשטה האבעיא מדגלת דל"ח שיאמר בדדמי אם כן אם לא תפח לא בעינן לאלתר משא"כ התם דנשים כע"א דמיין ובס"ד דש"ס הוה בעי למימר דחיישינן דאומר בדדמי והתם משמע שהת"ח לא הובאו לפנינו כלל רק שהנשים אמרו דאסקינהו קמן אם כן אי לא קאמרו דחזו לאלתר יש חשש שמא נתפח ואמרי בדדמי הלכך צריך לאלתר דוקא: וכ"ז בסתם אבל במעיד בבירור שלא היה שום נפוח ושום השתנות כלל וגם יש ספק אי אשתהי דשמה היו הגלים עוברים ושוטפים נראה דכ"ע מודים דשפיר מעידין ומכ"ש שיש כאן קצת סימנים אף על פי שאין לדונם אף כסימנים אמצעים מ"מ יש לצרף כה"ג להקל וכדמשמע בק"ע בתשובת ר"א בן חיים ע"ש סימן רע"ז ואף שהוא החמיר בנידון דידיה (וגם שי"ל דהתם כוונתו היכא שמעיד שראה את זה לבוש בנזם כזה) מ"מ בנ"ד עדיף טובא מההיא דהתם דספק גלים שוטפים עדיף מספק אשתהי שעה א' וגם שיש עדים שלא היה נפוח והשתנות פשיטא שיש לצרף סימנים אילו ולומר דל"ש שיתרמה שנשתנה פניו בדומה ממש לדמות דיוקנו של בעל האשה וגם היה לו זומר שפרענקליך ונקב באזן ימין ואתרמי שעתה פלטו הים לזה האחר ומכ"ש בזה שכל גופו שלם הי' לכ"ע שריא ומבלעדי כל זאת מדברי רבינו בצלאל אשכנזי בתשובה מבואר דס"ל דאע"פ שהמסל"ת לא הגיד בפירושו שהיה מונח במקום שגלי הים שוטפים רק אמר שנמצאו על שפת הים מ"מ אמרינן כיון שהיה מונח על שפתו מסתמא זרם המים שטפוהו ומחלק דוקא באסקו' אגישרא שהוא יבשה ממש בכה"ג אי אשתהי אתפח אבל מאי דסח עכו"ם זה דנמצאו על שפת הים היינו ממקום שגלי הים עוברים ומגיעים ומ"ה הכיר אותם היטב וע"ש עוד דכתב שהר"ן ז"ל בתשובה מיירי כשראוהו על היבשה במקום שאין גלי הים מגיעים מש"ה החמיר הר"ן ע"ש ולפי זה בנ"ד שהעיד בהדיא שהיה מונח במקום שהיו גלים יכולי' לבוא ולעבור עליו ורגלו אחת עדיין היו מונח תוך המים אמרינן דסתמא דמלתא עבר על נפשו המים בכל עת ומצמת צמתי ליה ודרך אגב אכתוב מה שראיתי דבר תמוה בשו"ת הרי"ף סימן קי"ט שכתב וז"ל וא"צ שיראו תוך ג' שלא הצריכו רבותינו ז"ל כך אלא במיתת המים שמשתנה צורתו במים כו' והוא דבר תמוה מאד ולא האמנתי שיצא מפה קדוש הרי"ף ז"ל לולי שמצאתי בפסקי מהר"מ

רקנטי סימן הרי"ף אינני מבין כלל ודבריו שגבו ממני וצ"ע: ועתה אשובה אראה היתכן להתיר אשה זו לשיטת הרז"ה ז"ל דס"ל בע"א שראה הטביעה אמר בדדמי ומבואר בריב"ש וגם בתשובת האחרונים דידע הו"ל כראה לענין זה דאמר בדדמי והיינו אף דחזינהו לאלתר דהא מוקי הך דב' ת"ח בראה הטביעה מש"ה אין מועיל מה דחזינהו לאלתר אי לאו דקאמרי סימנים ואין לצדד ולומר כיון דכפי העדות שמעיד זה נחסר מהספינה גם שני א"י ואם כן בכה"ג לא אמר בדדמי וכמ"ש מהרי"ט סימן ל"א אפילו אם ראה ממש הטביעה של זה דלמה יאמר בסמיכות דעתו שזהו פלוני הן רבים הנטבעים והנחנקים מי מפיס כו' דנראה דמהרי"ט לא החליט דבר זה היכא שראה או שמע שזה בעצמו טבע רק שנשא ק"ו בעצמו דאף היכא שראה הטביעה יש סברא לומר דלא אמר בדדמי בכה"ג שהיו שם עוד א"י וישראלים וכ"ש בנידון דידיה שלא ראה ושמע טביעתו של זה בעצמו רק טביעת הספינה ואפשר לו שימלט ע"י דף או חבי' ולמה ידון וישפוט שזהו הוא משא"כ בנ"ד ששמע טביעתו של זה בעצמו אף מהרי"ט לא החליט לומר דלא נימא בדדמי ועוד שסברת מהרי"ט בזה צ"ע כיון דעכ"פ יודע הוא שזה טבע ג"כ אף שידוע שהיו שם עוד נטבעים מ"מ במעט שינוי שמשנתה בפרצוף ונדמה לצורתו של זה אמר בדדמי שזהו הוא ומצאתי בנ"ב סימן מ"ז שכתב גם כן דבכה"ג שייך בדדמי ע"ש ועוד דבנ"ד אפילו תימא שהכירו בפניו טרם הבט לברית שמזה נודע לו כי הוא איש עברי מאחיו וכיון שלא היה בספינה רק יהודי זה אמר בדדמי דהיינו האי דטבע אמנם בנ"ד אף שלא הביט לברית מ"מ כיון שמבואר מעדותו שהא"י שמצאו מת הגיד לו אשר הוא יהודי.

והוא הי' ידוע לו שלא הי' בין הנטבעים רק יהודי זה הלכך אמר בדדמי בשינוי מועט לדעת הרז"ה ז"ל: והנה בנ"ב מוכיח דידע הוה כראה דאל"כ תיקשי על הרז"ה קושיית הרמב"ן כו' ועיין מה שכתבתי ליישב והוכחתי דאין מוכרח ידיעה הוה כראה וכ"כ בבאר היטיב בשם מהר"א ששון שכתב דדעת כל הפוסקים אחרונים להתיר בלא ראה הטביעה אפי' שמע הטביעה.

ועוד יש לצדד ע"פ מ"ש שם בשם מהרח"ש סי' נ"ו דאפי' למ"ד אם שמע הטביעה ראה מיקרי היינו דוקא כשידע ידיעת אמיתית אבל אם לא ידע אלא מכח השמועה וקול הברה לא וא"כ י"ל דכאן כיון שלא שמע רק מפי העכו"ם שאמרו לו שביום השבת השליכוהו המים מן הביידאק אין זה ידיעה אמיתית כיון שלא הגידו לו ששהועליו כשת"נ וא"כ אפשר שיחשוב דשמא שכאשר קלו המים חלף הלך לו וגם אפשר דלא האמין לשמועתם וכל כי הא לאו ידיעה אמיתית הוא ואמנם נלענ"ד דז"א דאף מהרח"ש אינו מקיל כ"א כשלא הי' זולתי קול דברים בעלמא לא נודע מבטן מי יצא ומי הי' המגיד הראשון משא"כ בזה ששמע מפי העכו"ם שאמרו לו שנפלו למים ול"מ אם מסל"ת אלא אפי' הי' דבריהם תשובה על שאלתו אי' חבירינו וכמ"ל מ"מ זה ל"ש לענין העד שאעפ"כ הוא מאמין לדבריהם שהרי אין מי שמכחיש אותם ועיין בתשובת הר"ן לענין הגדת הצופה וכ"נ מלשון העד שהאמין לדבריהם ועוד שהרי עיקר בעדותו שהניחו על הביידאק בשעה שגברו המים ונתמלא על כל גדותיו (דמה"ט כתבתי לעיל דאיתרע חזקת חי) והעתיקו את הביידאק ממקומו ואחר שני ימים בא להביידאק ולא מצאו אע"פ שיש לו מקום לתלות שנזדמן לו ספינה קטנה ואזיל לעלמא מ"מ רגלים לדבר שהאמין לשמועתו

מהעכו"ם וסמך לבו שבודאי בנהרא טבע וגרע לענ"ד ממה שכתב הריב"ש דכיון שאומר שראה הפניסקל הפוך הרי חושב בטביעת מכלוף ע"ש: אמנם בגוף הדין שהמציא מהרח"ש צ"ע כמ"ש בתשובה אחת ושם ישבתי דבריו אך בנ"ד נראה ברור דמיקרי ידע הטביעה וראיות רבות מתשובת האחרונים ואין להאריך: ואמנם יש לצדד עוד ע"פ מ"ש דברים ה"א להפליא על הריב"ש שמבואר מדבריו דאם אמר קברתיו אף שראה הטביעה מהני וע"ז נפלאתי דקברתיו אינו מועיל רק לענין דלא אמר בדדמי על המיתה אבל מ"מ עדיין יש לחוש דאמר בדדמי על הכרה בט"ע ונראה שהזקיקו לזה מ"ש הרז"ה בראש דבריו דאי אמר מת וקברתיו פשיטא דמהימן דהא אפ"י אשה גופה מהימנא ואע"פ שכ"כ לענין מלחמה נלמוד מזה גם לענין מים דהא מים כמלחמה דמי וכמו דגבי מלחמה כיון שאמר קברתיו שנסתלק חששא דשמא לא מת ונדמה שמת שרינן לה ול"ח לשמת טועה בהכרתו וסובר שזהו בעל האשה ואינו זה (וכמ"ש באמת הש"ג בשם ריא"ז דס"ל דאין להתיר כ"א ע"י סימנין) ה"נ גבי מים כיון שאמר קברתיו ל"ח גם לשמא טעה ואמר בדדמי על הצורה כיון דחזי' ליה לאלתר משא"כ אם לא אמר קברתיו חיישינן שמא לא מת ונדמה לו שמת וכמ"ש לעיל לפרש דברי הרמב"ן והך הוכחה שכתב בעהמ"א דקברתיו מהני במלחמה דהא אפ"י אשה גופה מהני שייך נמי גבי מים דכמלחמה דמי ואפ"ה הוצרך לאוקמי הך עובדא דדגלת בלא ראה הטביעה משום דס"ל דאסקוה לקמאי אינו כמו קברתיו וא"כ יש חשש בדדמי על המיתה ובעובדא דב' ת"ח דאוקימנא דחזינהו לאלתר רק מחשש בדדמי וקאמרי סימנים אינו מחשש בדדמי על הצורה כיון דחזי' לאלתר רק מחשש בדדמי על המיתה אמרינן כיון דהנשים נתנו עיניהם לחפש אחר סימנין והוי כקברתיו כיון דטרחו כולי האי מסתמא דקדקו יפה שלא זה וזה יש בהם רוח חיים או ש"ל במאי דקאמרי סימנין היינו סי' שמת ממש כגון שטלטלוהו ולא היה נודד כנף או שאר סימני מיתה כך נלענ"ד לפרש דעת הריב"ש אליבא דבעה"מ והיינו שכתב אח"כ שהרמב"ן הקשה על הבעה"מ דמי דחקו לאוקמי דקאמרי סימנין לוקמי דקאמרי הנשים קברנום א"ו דמ"מ יש לחוש לבדדמי דאשה וא"כ בנ"ד שהעד העיד קברתיו פשיטא דאף בעהמ"א יודה דאתתא דא שריא לפמ"ש לפרש דבריו אליבא דהריב"ש ז"ל: ואמנם לענ"ד אף שהדברים מוכרחים אליבא דהריב"ש ז"ל מ"מ דוחק בעיני לפרש כן דברי המאור אמנם יראה לענ"ד דהדין דין אמת אליבא דרז"ה דהיכא דמעיד דחזיא לאלתר ואמר קברתיו שפיר מועיל עדותו ואין חוששין לבדדמי דצורה משום דאמרינן כיון דטרח ביה כולי האי ונטפל בקבורתו בודאי הכירו יפה ונתן עיניו ולבו עליו לידע דהיינו הך שנטבע בעל האשה ומה"ט מועיל נמי קברתיו במלחמה ואע"ג דבלא"ה חיוב מוטל עליו לקברו כדין ממ"צ מ"מ כיון שנתעסק עמו כ"כ אמרינן דודאי הכירו יפה ול"א דטעי ואמר בדדמי אלא היכא ש"ל שראה אותו בראיה בעלמא והלך לו וכ"מ בשו"ת מהרי"ט: אמנם היכא דאמר אסקוה לקמאי אע"ג דהוי כמו קברתיו לענין דאין לחוש שמא לא מת כיון שטלטלוהו ולא היה נודד כנף מכל מקום עדיין יש לחוש לבדדמי דצורה שהרי לא טרח ביה כלל ומחמת שראה הטביעה אמר בדדמי שזהו הוא ולכך הוצרך לאוקמי עובדא דב' ת"ח דקאמרי סימנים ועובדא דדגלת בלא ראה הטביעה דאל"כ אף דאסקוה אגישרא ובודאי מת מ"מ חיישינן לבדדמי דצורה וס"ל לבעל המאור דטפי ניחא ליה להש"ס לאוקמי דקאמרי סימנין מלוקמי דקאמרי קברנום:

ואמנם בדברי הריב"ש שכתב דבעל המאור ס"ל דאסקוה קמאי אינו כמו קברתיו א"א לפרש כוונתו דאינו כמו קברתיו לענין שלא ניחוש לבדדמ' דצורה אבל מ"מ מועיל לענין בדדמי דמיתה ולא לענין בדדמי דצורה א"ו דהריב"ש מפרש דברי בעהמ"א דס"ל דאין לחוש לבדדמי דצורה אי חזינהו לאלתר וכמו קברתיו במלחמה ועכ"פ בין לפירש הריב"ש בין לפי מה שפרשתי אתתא דא שריא אף לדעת בעל המאור ז"ל: איברא שלענ"ד מה שביארתי ההכרח שהכריחו להריב"ש לומר דקברתיו מועיל אף בראה הטביעה לבעל המאור ממה שכתב במלחמה מועיל קברתיו יש לדחות ולומר דשאני מלחמה כיון שאומר נהרג יצא היה חבול וקברתיו שפיר יכול להכירו היטב ע"י ט"ע בפרצוף פנים עם החוטם ולא ניחוש ליה דלמא אמר בדדמי שאינו משתנה כלל משא"כ במים אע"ג דלא אשתהי מ"מ המים משנים קצת צורת הפנים ויש לחוש שאומר בדדמי: ואפשר ליישב בזה מה שהקשו התו' על רש"י שכ' שהמים משנים צורת הפנים ואין ניכר כ"כ שהקשו דלקמן אמרי' דאי אשתהי תפח ולפי מ"ש י"ל דרש"י דייק בלישניה ואין ניכר כ"כ ור"ל דבאשתהי אין ניכר כלל משא"כ בזה דחזינהו לאלתר ואי לאו חשש בדדמי היה מועיל ההכרה מ"מ אין ניכר כ"כ וחיישינן דאמר בדדמי וכמ"ש התוס' דע"י שינוי מועט יאמרו שאלו בעליהן (ולעיל כתבתי ליישב באופן אחר) וא"כ אפשר שזהו שיטת בעל המאור ולכך בההיא דדגלת שלא ראה הטביעה אי חזייה בשעתיה שפיר דמי כיון שלא ראה הטביעה אין כאן בדדמי ולפי זה נפל הך היתירא בבירא דבמים וראה הטביעה אף קברתיו אינו מועיל לדעת בעל המאור ז"ל: אמנם כן נלענ"ד שאעפ"כ יש להמציא תרופה בנ"ד דע"כ לא קאמרינן אלא היכא שהעד מעיד בסתמא דאמרינן שמא נשתנה צורתו קצת ע"י המים ומחמת שראה הטביעה ויש כאן שינוי תולה בזה שהוא בעלה של אשה זו ואע"פ שאינו בדומה ממש מ"מ תולה דאיכא שינוי מחמת המים שמשנים קצת אבל הא ודאי אין אומרים שישתנה ע"י המים עד שידמו פניו ממש לדמות דיוקנו של זה וכן מבואר בנ"ב סימן דבט"ע דגוף שמשתנה קצת הוא תולה במה שמכירו היטב הוא מחמת שנשתנה ע"ש דמחלק בין ט"ע דבגדים שמועיל אף בראה הטביעה ולפי זה בנ"ד שהעד מעיד להדיא שהסתכל בפניו היטב והיה כמו בחיים חיותו בלי שום נפוח כלל ובלי שום השתנות וכמו שמבואר בג"ע שהעיד מוהר"ר שאול בשמו ששמע מפיו אם כן י"ל דבכה"ג ל"ש בדדמי כיון שלא היה שום שינוי בפרצוף והיה כמו בחיים חיותו ולהא ליכא למיחש שמא נשתנו פניו ממש לפניו של בעל האשה הנטבע וא"כ ע"כ שהוא בעל האשה ואין כאן בית מיחוש וא"ל דא"כ לוקמא בההוא דב' ת"ח שהעידו דחזינהו לאלתר ולא היה שום שינוי כלל ול"ל לאוקמי דקאמרי סימנין ז"א די"ל דכיון שאורחא דמלתא שהמים משנים קצת לא מוקי ליה בהכי דהו"ל לפרושי וגדולה מזו כתבו התוס' והרא"ש דהכא מיירי שאכלים כוורי ונשחת צורת פניהם וצ"ל דאורחא דמלתא הוא דאל"כ מי דחקו לאוקמי בסימנים נימא שצורת פניו שלמה ועיין מ"ש אא"ז מהר"מ בזה: ועוד י"ל דלכאורה קשה דאיכא סימנים לאלתר ל"ל וד"ל כמ"ש הב"ש דדרך רבותא נקט וצ"ל כמ"ש התוס' דהנך סימנים סימנים אמצעים דמהני בצירוף ט"ע והשתא אתי שפיר דכבר כתבתי ליישב קושיות הרמב"ן על הרז"ה דנוקמא בלא ראה משום דמשמע ליה הא דנקט היו באים בספינה וטבעו שהוא אך למותר אתי לאשמועינן שהנשים העידו גם על הטביעה ואשמועינן דאע"ג שראו הטביעה וליכא חשש בדדמי

מ"מ התיר רבי על פיהם כיון דאמרי סימנים מובהקים גם כן משא"כ אם נימא דמיירי שראו שלא היה שם שינוי בפרצוף ממילא דאזיל ליה חשש בדדמי לגמרי א"כ הא גופא קשיא דלאיזה צורך נקיט במלתיה שהנשים ראו הטביעה ג"כ כיון שהעידו דליכא שינוי ואין כאן חשש בדדמי כלל מה לי לא ראו ומה לי ראו אלא שהעידו להדיא שלא היה שינוי סוף סוף אין כאן בדדמי ובאמת משמעות הברייתא שבא התנא להורות לנו דאע"פ דהמעשה כי הוה בראו הטביעה והיה שם חשש בדדמי אפ"ה התיר רבי והיינו ע"י סימנים אמצעים דמצרפין להו עם הט"ע דכיון דלאו עלייהו לחוד סמכינן אלא אסימנים ג"כ שפיר דמי וההיא דדגלת לא בעי לאוקמי בהכי דא"כ ל"ה מצי למפשט דאינהו דעביד כריב"ב דדלמא שאני היכא דמעיד להדיא שלא היה שינוי גם ת"ק מודה ועוד דלא משמע כן ממאי דמסיק אבל אשתהי כו' וא"כ בנ"ד שהעיד שהסתכל היטב בפנים והיה כמו בחייו בלי שום נפוח כלל ובלי השתנות יראה שאין לחוש דלמא אומר בדדמי ואף בעהמ"א יודה מזה דאע"פ שראה הטביעה מועיל עדותו ומכ"ש בזה שאין כאן ראייה גמורה רק ידיעה בלבד מיקרי ובלא"ה דעת קצת פוסקים דידיעה אינו כראיה וא"כ פשיטא שיש להקל בכה"ג: ועוד יש לצדד להקל ע"פ מ"ש מהרי"ט סי' ל"ג דכי אמרינן דהיכא דראה הטביעה אמר בדדמי היכא דלא איכפת ליה כלום דמלתא דלא רמי' עליה דאינש לאו אדעתיה אבל הכא מלתא דרמיא עליה הוא לחזור עליו לחמדת הממון אשר שם בחגורתו וטרח טובא לבקשו ולהכירו ומסתמא לא היה פורש משם אם לא שמצאו בודאי והכירו יפה ובידוע כשהלך לבדקו בחגור אשר על בשרו חשיב כמו קברתיו כו' והנה אע"פ שמהרי"ט סיים שם שזו סברה הוא ואינו סומך עליה למעשה לפי שאין לו ראייה נראה קצת דלענין חשש קברתיו הוא שכ"כ לפי שהיה פקפוק בעדותו של עכו"ם שלא הגיד בפירוש שטלטלו והפשיטו ואפילו תימא דאכולא מלתא קאי מ"מ נלענ"ד דבתשו' שאח"ז קבע בה מסמרות שהרי כתב בפשיטות להתיר אשת השמאלי אע"פ שהעכו"ם ראה הטביעה ע"ש וא"כ י"ל דבנ"ד שמבואר בג"ע שהאיש מרדכי היה נאמן ביתו והיה בא עמו בספינה בעסקי מו"מ שלו דבכה"ג הבעה"ב שלו צריך לקבל תשובה כמבואר בפוסקים ובפרטות בשו"ת צ"צ סי' צ"ג דכיון שהנער היה משרתו ובעסקו הלך עמו הוי כגורם מיתתו שמת בדרך בצנינה ובקור כו' ע"ש וא"כ נראה דבכה"ג ודאי עליה דידיה רמיא לחזור עליו ולבקשו ולהכירו באופן שיתוודע לו ממיתתו ואפי' תימא דלאו כ"ע דיני גמירי מ"מ הא קמן דטרח טובא וכמבואר בעדותו שטרח לחזור עליו עד פרסה וא"כ מסתמא לא פירש משם עד שמכירו יפה וכמ"ש מהרי"ט בנידון דידיה וכ"מ בק"ע סעיף דמייתי דברי מהרי"ט בקצרה דהיכא דהוה מלתא דרמי' עליה לידע לא אמרינן דאמר בדדמי ומשמע בין בדדמי דצורה ובין בדדמי דמיתה לא אמרינן בכה"ג: ונלענ"ד ראייה מהא דמהדרינן לצורבא דרבנן אבידה בט"ע והתוס' כתבו דאף ע"ה נמי אית ליה ט"ע אלא דחשדינן ליה במשקר אלמא דאות ל"ה ל"ח דלמא מחמת שהוא יודע בעצמו שאבד חפץ כזה אמר בדדמי ואינו מעלה על דעתו שמא גם אחר אבד כזה כמו במלחמה ומים וראה הטביעה דחיישי' דלמא אמר בדדמי וסובר שזהו ואינו מעלה על דעתו דלמא האי אחרנא הוא שנטבע והיינו משום דהתם עליה דידיה רמיא מלתא לידע אם היא אבידתו או גיטו מעיין ביה שפיר ולא אמר בדדמי ואע"ג דהתוס' בגיטין דף כ"ז כתבו גט דחיישינן שמא הוא סבר שהוא שלו לפי שא"י שיש יב"ש אחר או יודע ואין נראה

לו לחוש שגם הוא אבד גט ולכך אומר שהוא מכיר אע"פ שאינו מכיר כו' הרי להדיא דבאמת גם בגט חיישי' בכה"ג אבל כי מעיינת בה לאו מלתא הוא דהתם ה"ט דכיון דלאו מלתא דעל"ג הוא א"כ חשדינן ליה במשקר כדמשמע לשון התו' שהוא אומר שמכיר אע"פ שאינו מכיר משא"כ בנ"ד דל"ח למשקר רק לדלמא אמר בדדמי והיכא דרמיא עליה לידע לא אמר בדדמי ובהכי ניחא לי מה שהקשה הפ"י שם על התוס' ד"ה מצאו קשור כו' דמיירי שמצא בעצמו ומכיר שהיה שלו ונאמן במיגו דאי בעי אמר לא אבדתי וע"ז הקשה דלפמ"ש התוס' לעיל א"כ הוה מיגו בדדמי ולפמ"ש לק"מ דדוקא אם נימא מחמת בדדמי אינו מוציא שקר מפיו אז לא אמרינן מיגו וכמ"ש התוס' לענין מלחמה בעולם משא"כ בזה דנימא מחמת שדומה לו שמסתמא הגט שלו אומר שמכיר בט"ע שזה הגט שנאבד אע"פ שאינו מכיר שפיר שייך מיגו דהיינו הפה שאסר כו' דמה לו לומר שאבד ויצטרך להוציא שקר מפיו שמכיר שתיתקו יפה לו מדיבורו שיסברו שלא אבד כלל: אמנם לענין קושי' הפ"י אפילו תימא דמ"ש התוס' שיאמר שמכיר אע"פ שאינו מכיר היינו שידמה לו בט"ע שזהו הוא מ"מ י"ל דהפה שאסר שאני אלא דקושטא דמלתא הוא דהך בדדמי היינו שיוסיף לשקר מחמת בדדמי שלא נאבד גט מאדם אחר יאמר שמכירו בט"ע אע"פ שאין בו ט"ע כלל וגבי מלחמה וטביעה ל"ח לבדדמי כה"ג שיוסיף לשקר בשביל שהוא מדמה כך דהא חזינן להרז"ה דס"ל דאי אמרתיו נאמן אלמא דל"ח שיוסף לשקר בשביל דמיונו (וכמש"ל דה"ט דהרמב"ם דס"ל דאין קברתיו מועיל אף לאשה עצמה דס"ל כטעמא קמא כו' הני דאיקטול כו') ואין חשש רק שידמה לו באמת שזהו הוא וזה אנו למדין מגט ואבידה דל"ח לזה היכא דדמי עליה: איברא שיש לדחות ולומר דהתם שאני שאין שם שינוי כלל ואין בכח המדמה להטעות עינו שיסבור שזהו שאבד זהו שנמצא שהרי החפצים לא ישוו ואין לו במה לתלות השינוי הלכך ל"ח לבדדמי כה"ג משא"כ בזה שיש לתלות השינוי מחמת המים שמשנים קצת וכמש"ל וא"כ אע"פ שלא ישתנה ממש לפרצופו של זה מ"מ מחמת בדדמי שפיר טעי ואמר דהיינו ההיא שנטבע אבל מ"מ נראה דסברה טובה היא דהיכא דבשעת ראייתו רמי עליה לידע לא אמר בדדמי דדוקא היכא שבשעת מעשה ראה סתם ולא רמי עליה מידי אמרינן דאומר בדדמי שזהו הוא ואע"פ שעתה שבא לפנינו להעיד להתיר אשתו ודאי רמי עליה למימר קושטא דמלתא מ"מ חיישינן דלמא בשעת ראייה לא הוי מסיק אדעתיה ואינו מועיל מה שאמר עתה ברי לי דוגמא לדבר במי שאינו יודע הלכות שחיטה אע"פ שאומר ברי שלא שהה ולא דרס אחר שלמד הלכות שחיטה אינו מועיל ה"נ דכוותיה אבל היכא דרמי עליה בשעת ראייה מי הוא זה אמרינן דודאי מידק דייק ולא אמר בדדמי ויש לסברא זו ראיות הרבה בש"ס ולא רציתי להאריך לפי שלפ"ז היה יוצא לנו קולה גדולה היכא שהעד הלך בכוונה לראות המת ולהכירו בכדי להעיד להתיר אשתו וא"כ נאמר דבכה"ג ליכא חשש בדדמי אף שראה הטביעה ולא משמע כן בפוסקים ועוד דא"כ למה מוקי הרז"ה עובדא דדגלת שלא ראה הטביעה נימא דמיירי בכה"ג ואמנם בנ"ד שהעד העיד להדיא שלא היה שום השתנות כלל דשפיר נלמוד מגט דל"ח בכה"ג לבדדמי דכולי האי לא ניחוש שמא היה שינוי קצת ונדמה לו שאין כאן שינוי מחמת שראה הטביעה ולפיכך אמר שהוא כמו בחיים חיותו שהרי מדברי מהרי"ט מבואר דכל שיש אומדנא דמוכח דטרח ביה לבקשו ולהכירו אז אמרינן דודאי הכירו יפה א"כ ק"ו בנ"ד שפירש העד

ישראל להדיא שנסתכל בו היטב ולא ראה שום שינוי והכירו יפה שאין לנו לתלות דאמר בדדמי ומכל הלין טעמי נראה דאתתא שריא לאנסובי אם יסכימו שני חכמים כו' דברי זעירא הק' אפרים: יט שאלה איש אחד מפה קהלתינו ושמנו מוהר"ר יוסף במו' צבי הלך מפ"ק לפראגא אצל עיר ווארשא ואח"כ באה העיר במצור וכאשר נכבשה העיר נהרגו שם נפשות הרבה והקול נשמע פק"ק שגם מוהר"ר יוסף הנ"ל נהרג ולא נודע בבירור ואח"כ נשלח משם גב"ע שנמצא מוהר"ר יוסף הנ"ל שהכירוהו בפרצוף פנים עם החוטם ובראשו היה חתוך קצת מה שאכלו השרצים וגם הכיר הבגדים שעליו שהיה לבוש בהם בחייו וההריגה היה ביום ג' י"א חשוון וההכרה היה ביום א' ט"ז חשוון ויתר הדברים באו ברוב ענין בג"ע מב"ד שבעיר פראגא ונמנו עליה מגדולי הדור להתירה ודבריהם באו בארוכה בתשובותם וענוותם תרביני לחוות דיעי אף אני: תשובה אם אמנם כבר קדמוני רבנן חכמי תעודה.

עיניהעדה.

ונתנו עיניהם בכל פינות הש"ס והפוסקים ראשונים וגם האחרונים אשר לפנייהם והבינו בענין מפורש ושום שכל עד כי יבא דבר שניהם שהאשה מותרת להנשא וכיחנו דבריהם בדברים נכוחים כיד ד' הטובה עליהם ולא השאירו עוללות לפאר אחריהם. ואמרתי אל לבי הלא טוב עוללות אפרים ואצא ללקט אורות טלם אשר סביבות מחניהם.

וגם באיזה מקומות מדברי הפוסקים אשר שמו בכליהם אף על זה אפקח עיני ואשא ואתן עליהם עד כי יצא כנוגה צדקת היתר אשה זו כאשר יצא מפיהם. ומפי כתבם בחותמיהם.

דהנך אריוותא דאורייתא ד' צבאות יגן עליהם. מתחלה נדון אם יש כאן ספק איסור תורה או לא ואח"כ נתקע עצמינו לדבר הלכה בנ"ד שיש כאן ט"ע בגופו ובבגדים גרסינן בגיטין דף כ"א שלשה דברים אמר ר"א בן פרטא לפני חכמים וקיימו את דבריו על עיר שהקיפוא כרקום כו' שהן בחזקת קיימים אבל עיר שכבשוה כרקום כו' נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים בת ישראל לכהן ובת כהן לישראל לא תאכל בתרומה וכ"כ כל הפוסקים מבואר מזה שיש כאן ספק איסור תורה שנותנין עליהם חומרי חיים וחומרי מתים אמנם הריב"ש סי' שע"ט כתב וז"ל והנך תלת דר"א בן פרטא שנותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים נמי אם נשאת תצא ואע"פ שרובן לאבוד זכיון דאפשר בהן ההצלה אין הולכין בהם אחר הרוב אלא אחר החזקה ואע"ג דרובא עדיף הכא איכא תרי חזקי חזקת האיש שהוא קיים וחזקת האשה שהוא בחזקת א"א כו' ע"ש ולפ"ז היכא שנמצא לפנינו א' מוטל מת וקלסתר פניו דומה שהוא בעלה של אשה זו א"כ פשיטא שאיתרע ליה חזקת חיות ויצא מכלל ודאי חי ונכנס לכלל ספק שמא אחר הוא ומחמת שנהרג קודם ג"י נשתנו פניו ונדמו לצורתו של בעל האשה או שמא הוא עצמו בעל האשה ולא נשאר כאן רק חזקת א"א וכיון דכבשוה כרקום רובם לאבד אית לן למימר דרובא וחזקה רובא עדיף כמ"ש הריב"ש ז"ל ואע"ג דבב"ש בס"ק פ"ד כתב דאמרינן ראובן הוא חי והמוטל לפנינו מת קודם שלשה ימים ונשתנה והוא איש אחר אשר לא ידעינן אותו ול"ש לומר דאוקמי בחזקתו והוא חי עכ"ל וא"כ גם כאן נמי לא אזיל חזקת חיות ואיכא ב' חזקות אך לענ"ד שאין דברי הב"ש אמורים אלא בנמצא אצל הרוג מוטל

במקום א' ואין ידוע אימתי בא למקום הזה ואימתי נהרג אז שייך לומר דכיון שהוא איש אחר שלא ידענו אותו ל"ש לומר אוקי אחזקתו דהא ידוע שלא לפים ולרכבות ב"א שנהרגו ומתו מימות עולם ולמה נעמיד אותו על חזקת חיות שמא הוא מאותן שנהרגו כבר זה ימים רבים משא"כ שנמצא הרוג בגן הסמוך לחצר שהעד דר בו ורחוק מאד לומר שהרוג זה מוטל כאן ימים רבים עד שיצדק לומר דשמא הוא מאותן שכבר מתו ומשמעות הדברים שבדאי נהרג ביום הרג רב שהיה בי"א חשוון וא"כ הרי גם בעל האשה היה בתוך ההפכה ומה"ת נתלה באחר שיצא מחזקת חיים ונהרג ובעלה של אשה זו יש לו חזקת חיים אלא על כל מי שהיה בשטת הריגה איכא לספוקי שמא אותו שמוטל מת לפנינו הוא האיש הזה ויצא מחזקת חיים ע"י המת אשר לפנינו וכיון דרובן לאבד רובא עדיף מחזקת א"א בלבד ועכ"פ מידי איסורי תורה יצתה:.

והנה בתשובה סי' הארכתי שם בדברי הריב"ש וכתבתי על מה שתמה עליו בנ"ב סי' מ"ג דמנ"ל להריב"ש שהם רובן למיתה וכתבתי שם בדברי הריב"ש הם תלמוד ערוך בב"ב דקי"ג והארכתי בזה בדברי הריב"ש והנ"ב ע"ש ומ"מ אף לפמ"ש שם הדין דין אמת כדברי הריב"ש דבהנך ג' דברים אפילו נשאת תצא דהוי ס' א"א דאמרינן סמוך מיעוט דניצולין לחזקת א"א דהיינו מחמת שאשה זו יש לה חזקת א"א אנו אומרים שאין לסתור חזקתה ובעלה של אשה זו היה מן הנמלטים וניצולין על נפשם אע"ג דמיעוטא הוא מ"מ כיון דשכיח י"ל כן כדי שלא תסתור החזקה: ומעתה נחזי אנן בדידן שהיה בעיר שכבשה כרקום ונמצא מוטל מת לפנינו אלא שאנו חוששין שמא נשתנה צורתו הנה לדעת הריב"ש כבר כתב בנ"ב שם שאפילו בנפל למשאל"ס ולא שהיה כדי שת"נ ואח"כ העלו א' על שפת הים אף שאין ניכר לא בסימנין ולא בבגדיו ל"ש חזקת חיים דמאי חזית למיהב חזקת חיים לבעלה של אשה זו מלאחר ולא נשאר רק חזקת א"א ולכתחלה לא תנשא ואם נשאת ל"ת ע"ש אמנם לענ"ד אינו מוכרח כ"כ שהרי לדברי הריב"ש חזקת חיים וחזקת א"א שני חזקות הם וא"כ כל שאנו יכולין לומר שהרוב אינו סותר רק לחזקה א' אנו אומרים כדי שלא יהיו שני חזקות מתנגדים לרוב ולפ"ז כשאנו אומרים שבעלה של אשה זו היא המת לפנינו אנו סותרים שני החזקות בסתירה א' ואע"פ שגם אם נאמר שאחר הוא נסתרה חזקת חיים של איש אחד מ"מ סוף סוף יש כאן סתירה לחזקת חיים וגם לחזקת א"א וטפי יש לנו לומר שאחר הוא זה המת שאין לו אשה כלל ולא נסתרה אצלו רק חזקה אחד דהיינו חזקת חיים בלבד אמנם לפמ"ש דודאי הרוב עדיף אף מתרי חזקות אילו רק כיון שהמיעוט שכיח אמרינן שבעלה של אשה זו מן המיעוט דשכיח שיהיה נצולים א"כ בלא"ה פשוט שאם נמצא מת שאינו ניכר כלל דל"מ ואם נשאת תצא אבל כגוונא דנ"ד שניכר בט"ע שהוא צורת בעל האשה אלא שחוששין שמא נשתנה צורתו של זה לצורת בעל האשה והדבר פשוט דודאי לא שכיח שיהיה כן דאפילו תימא דאחר ג' ימים משתנה בודאי מ"מ שישתנה עד שידמה לפרצוף פניו של זה ממש פשיטא דל"ש וכ"כ הנ"ב סי' נ"ב דאף שהמתים משתנים אחר ג' ימים מ"מ שתשתנה הצורה ותדמה ממש לצורת איש אחר זהו מצד השכל דבר רחוק ומלתא דל"ש אלא שחכמים חששו לזה מחמת חומר חזקת א"א כו' ע"ש ואם נתלה שבעלה של זו ניצל והיה ממיעוט הנמלטים ע"כ שנתלה במלתא דל"ש שנדמה פניו של זה לפני בעלה ובכה"ג פשיטא דאית לן למיזל בתר רובא שרובן לאבד ודינו כמשאל"ס דרק

לכתחלה לא תנשא ובדיעבד ל"ת ולכאורה היה אפשר לומר דע"כ לא אמרו בב"ב דרובן לאבד רק בספינה שאבדה בים וכדנקט הש"ס לישנא ומה ספינה כו' אבל כבשה כרקום ויוצא ליהרג אינן בכלל זה וקצת משמע כן מדברי התוספות שם אבל מדברי הריב"ש משמע דכל הג' דברים הוי רובן לאבד וכן מוכח ממ"ש שם דבהא דיוצא ליהרג ע"כ אם נשאת תצא דהא מייתנין סייעתא כו' אלמא דמהני דר"א בן פרטא אם נשאת תצא ואע"ג דחד מינייהו ספינה שאבד אין זה טבע במשאל"ס דהתם שהה כשת"נ כו' עכ"ל וא"א דהא דרובן לאבד אינו רק בספינה א"כ אין ראיה מיוצא ליהרג די"ל דספינה כיון דרובן לאבד אם נשאת ל"ת כמו במשאל"ס אע"כ דכל הני ג' דראב"פ כולוהו רובן לאבד דהא בחדא מחתא מחתינהו וד"ל דדוקא לענין דאם נשאת תצא שפיר יש ללמוד זה מזה כיון דכללינהו כחדא דנותנין עליו חומרי חיים כו' אבל מ"מ חלוקים הם בטעמן דהנך אין רובן לאבד וספינה אע"ג דרובא לאבד מ"מ יש כאן תרי חזקה או מטעם דסמוך מיעוטא כו' כמש"ל אבל המעיין בלשון הריב"ש יראה דס"ל דבכל הג' אמרי' דרובן לאבד אלא שלא הלכו בהם אחר הרוב ומעתה קם דינא בנ"ד שאשה זו יצאה מכלל ספק איסור תורה כיון דבעיר שכבשוה כרקום רובן לאבד ונמצא כאן מת לפנינו בצורת בעל האשה זו ואנו תולין לומר שבודאי הוא בעל אשה זו ואע"ג דלענין לכתחלה אזלינן בתר רובא מ"מ בזה שפיר סמכינן על דעת ר"ת דס"ל דבגופו שלם מעידין אף אחר ג"י וכ"ש כיון שהוכרו כל הבגדים שעליו שיש לסמוך על הפוסקים דל"ח לשאלה: אך שעדיין צ"ע אחרי שלא נזכר בהג"ע בבירור שזה כי יוסף היה בעיר בעת שכבשוה ואע"פ שממה שאמר העד מוהר"ר זעליג שמצא בתוך הקעשני שלו שני שטילין כסף והכרתי אותם שהיה לו שני שטילין כמותם יום א' קודם הריגה כו' שנראה מזה שהיה שם יום א' קודם ההריגה מ"מ מאן לימא לן דנשאר שם שמא אח"כ מפני חמת המציק אשר כונן להשחית שם עצות בנפשו למצוא בית מנוס לו ונמלט ולא היה בעיר ביום חרון אף ד' כלל וע"כ לא אמרינן אלא שבבירור ידוע שהיה שם בעת שכבשוה משא"כ כאן אין זה רק כהקיפוח כרקום שהוא בחזקת חיים ואע"פ שאמר שנתאכסן בביתו בערך ה' חדשים מ"מ לא ביחן בדבריו לומר שראהו בשעה שנכבשה עיר אמנם בטור וש"ע אה"ע סי' קמ"א כתב לחלק בין כרקום של אותה מלכות למלכות אחרת דשל אותה מלכות אז בהקיפוח בחזקת קיימין אבל בכרקום של מלכות אחרת אף בהקיפוח הנמי נותנין עליו חומרי חיים כו' ובנכבשה כבר אפילו בשל אותה מלכות הדין כן וכתב בפרישה הטעם דנכבשה אפילו בחיל של אותה מלכות אינם חסים על הדריים בתוכה שהרי באים עליהם למלחמה ע"ש ולפ"ז כאן אף אם נידון אותם רק כהקיפוח לבד מ"מ כיון שהוא של מלכות אחרת ג"כ נותנין עליו חומרי חיים כו' ובדברי הטור בזה הם מהירושלמי שהביאו הרא"ש והרשב"א בגיטין דדוקא כרקום של אותה מלכות אבל של מלכות אחרת כלסטים הם עיין בב"י שפירוש עפ"ז דברי הטור ותמה על הרי"ף והרמב"ם שלא הביאו הירושלמי ולענ"ד אדרבה תימה על הרשב"א והרא"ש שנראה שהירושלמי בגיטין לא בא אלא לפרש מהו כרקום ומייתי עלה הא דאיתמר בכתובות כגון זוגין ושלשלאות וכלבים כו' המקיפין את העיר ואגב גררא מסיק עלה כל מה דאתמר התם וכדקאמר היה פירצה א' מצלת כו' דל"ה רק לגביה שבוי' ועלה קאי גם הך חילוק בין כרקום של אותה מלכות ומלכות אחרת וכדאיתא ג"כ בש"ס דידן ומצאתי בקרבן העדה שהרגיש בזה גם

תמהני מה שהביא הב"י בשם הרשב"א שהביא הירושלמי לעזר לדברי הטור ולענ"ד הם כנגדן דהרי הרשב"א מציין על עיר שכבשה כרקום ומייתי עלה דברי הירושלמי דקאמר ובלבד כרקום של אותה מלכות כו' משמע דגם בכבשה כרקום אם היא של מלכות אחרת אינם רק כלסטים שאימת מלכות שבכאן עליהם ואין הורגין הכל ולכך הם בחזקת קיימים וכמ"ש המפורשים בכתובות לענין שבוייה וכ"נ עיקר לענ"ד דהא הירושלמי קאמר הך לישנא גופא בכתובות גבי שבוייה ושם לא מיירי כלל מהקיפואה כרקום רק מן כבשה כרקום וא"כ גם בגיטין אם נפרש דקאי אמתניתין דנותנין עליו חומרי חיים כו' קאי אכבשה כרקום וגם כוונת הרא"ש לענ"ד היא כן דקאי אדסליק מיניה שכבשה כרקום וזה תימא גדול על הטור וב"י לענ"ד: וא"כ בנ"ד אף אם נדון כדין עיר שכבשה כרקום מ"מ לדעת הרשב"א בכרקום של מלכות אחרת הם בחזקת קיימים אמנם מצאתי ברבינו ירוחם נכ"ד ח"ג שכתב וז"ל ועוד בירושלמי דוקא חיל של אותה מלכות אבל כרקום של מלכות אחרת כלסטים הם ואם כבשה בחזקת מתים הם עכ"ל ואפשר דגם פי' דברי הרשב"א כן אבל קולא גדולה היא ולא מצאתי לדברי רי"ו חבר בפוסקים.

ולפ"ז לדעת הטור והש"ע דבהקיפואה כרקום ממלכות אחרת כנכבשה דמי ונותנין עליו חומרי חיים כו' א"כ נראה דגם בזה רובן לאבד כמו בכבשה ויש מקום להקל בנ"ד אף אם לא נודע שהיה בשעה שכבשה העיר ולפי דעת הרי"ף והרמב"ם שסתמו הדברים מ"מ אם יתברר שהיה בעיר בעת ההוא ג"כ יש להקל ומכ"ש לדעת רי"ו דס"ל דכבשה כרקום של מלכות אחרת בחזקת מתים הם ועכ"פ רובן לאבד חשבינן להו ולדעת הב"ח סי' י"ז בהנך ג' דברים דר"א אם נשאת ל"ת להרמב"ן בתשובה וחולק על הריב"ש אמנם באמת דבריו תמוהים ואדרבא בתשו' המכונות להרמב"ן סימן קנ"ח מבואר להיפך דבספינה שנשברה נותנין עליו חומרי חיים כו' ואפילו נשאת תצא ע"ש וכבר השיג עליו הח"מ בזה: אמנם בנ"ד שנמצא והוכר בפרצוף פנים אף שהוא אחר שלשה ימים לענ"ד כ"ע מודו בזה שיצא מכלל איסור תורה וחזי לאצטרופי דעת ר"ת דס"ל בגופו שלם מעדין עליו וט"ע דבגדיו ולסמוך על הפוסקים דל"ח לשאלה הא חדא מה שיש לצדד להיתרא דהך איתתא אמנם צריך לחקור אם היה ענין המצור שהיה מוקף מכל צד שלא היה יכול להמלט שזהו דין כרקום כמבואר בבבלי לפירש"י ובירושלמי וכ"כ הרמב"ם והש"ע סי' ז' עיר שבא במצור ונכבשה אם היה כותים מקיפים את העיר מכל רוחותיה כדי שלא תמלט אשה א' עד שיראו אותה כו' ומשמע דלאו דוקא לענין שבוייה אלא גם לענין הא דנותנין עליו חומרי חיים כ' שנית אמינא בה טעמא להתירה מצד שהעידו שהכירו אותו בט"ע בפרצוף פניו שהוא בודאי האיש הזה ואע"ג שהיה אחר ימים להריגה ותנן דאין מעדין אחר ג' ימים מ"מ ה' כשידוע אימתי שיצאה נשמתו וכאן אין ידוע רק שרגלים לדבר שנהרג בשעת הזעם שהיה ביום י"א חשוון וא"כ י"ל שלא מת מיד רק אחר כמה ימים כאשר החוש מעיד שאף אם סקל יסקל או ירה יירא יוכל לחיות אח"כ וכדאמרינן זימנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברו מת זימנין דעבדי ליה סמתרי והכי קי"ל דאין מעדין עליו מה"ט דדלמא עבדי ליה סמתרי וחיי ואם לא עבדינן ליה הוא מת אבל אינו מת כ"א יום או יומים יקום בחיים ולפעמים יותר וא"כ הו"ל ספק תוך ג' והרבה פוסקים מקילין בדבר וסברא זו כתבה הגאון בעל ח"מ ס"ק ק"ח בתשובה

להתיר ע"פ הריסטור שנזכר שם בתוך תושבי לובלין נמנה עמהם ר' דוד בר' שעפטיל שהובא לקבורה וכתב דאע"ג שהקבורה היה זמן מרובה אחר ההריגה י"ל דלא מתו מיד רק היו מתמצי' משך כמה ימים שלא יצאה נשמתו כו' ע"ש שעפ"ז סמך להתיר האשה ואף שהיה שם הכחשה בריסטור עד שהוצרך ליישב עדותן וא"כ ק"ו בנ"ד שיש להתיר עפ"ז ולומר דהוה כספק תוך ג' ימים.

שוב פקחתי עיני וראיתי בדברי הגאב"ד דפק"ק בסוף תשובתו שכתב שיש לצדד להתיר מחמת זה דהוי כספק תוך ג' דשמא לא מת מיד ונפלאתי שלא הזכיר מדברי הח"מ שכ"כ בפ"י וסמך להתיר מחמת זה וראיתי שהגאב"ד פקפק בדבר דדלמא הא דמקילינן בספק תוך ג' הוא מחמת חזקת חיים דאמרינן השתא הוא דמת כמ"ש הט"ז ביו"ד סי' שצ"ז וא"כ בעיר שכבשוה כרקום כנ"ד דליכא חזקת חי דהא נותנין עליו חומרי חיים כו' ואינו רק ספק חי א"כ י"ל דבספק תוך שלשה אזלינן לחומרא אמנם לפמ"ש יש כאן היתר ממ"נ דאם היה הענין המצור שהיה מוקף מכל צד עד שהוא בכלל כבשוה כרקום וכל הנמצא שם יצא מכלל חזקת חי א"כ בלא"ה שריא הך אתתא אם נודע שגם בעלה היה בשעה שכבשוה דכיון שרובן לאבד וגם נמצא מוטל מת לפנינו בצורת בעל האשה ולדעת הטור והש"ע אף אם לא נודע שהיה בשעה שכבשוה כיון שהקיפואה כרקום ממלכות אחרת וכמש"ל באורך ואם לא היתה מוקפת סביב ויצאה מכלל כבשוה כרקום א"כ שוב יש לתלות שהיה בחזקת חי משך כמה ימים וזה מקרוב שמת ועדיין לא עברו עליו ג' ימים ומהני ביה הכרה.

אבל מה שיש לפקפק בזה הוא דנהי מצד כבשוה כרקום שפיר הוה מוקמינן ליה בחזקת חי עד עתה מחמת שיש מקום לנוס משם מ"מ כיון שעכ"פ נודע לנו כי הוכה מכת מות ביום הזעם כאשר כתב הגאב"ד שראה במכתב כתוב לאמור כי הביטו אל אשר דקרו אותו וגם יורוהו המורים וא"כ אע"פ שאין מעידין עליו מחמת זה שמת מ"מ עכ"פ איתרע ליה חזקת חיות וגרע מכבשוה כרקום וא"כ שאין הרגלים לומר דהשתא הוא דמת ואע"ג שלפעמים נמצא איש אשר רוח בו אף לאחר שהוכה מכת אויב אכזרי מ"מ חזקת חיות אין כאן ומאן לימא לן דהמקילין בספק תוך ג' יקילו בזה דלמא דוקא היכא שיש להעמידו בחזקת חי הוא שהקילו ולפ"ז צ"ע גם על הח"מ שהרי גם בעובדא דידיה הגידה האשה שהוכה מכת מות ואפילו הכי כתב שיש להתירה מחמת עדות הריסטור מהנקברים דשמא לא מת תיכף והיה קבורתו תוך ג' למיתתו ע"ש אך דז"א דדברי הח"מ נכונים דהתם שהעידה האשה על בעלה שהוכה מכת מות שפיר כתב הח"מ להתיר מחמת עדות הקבורה שהרי אם תאמר מחמת שכבר איתרע חזקת חיותו לא תלינן שחי כמה ימים מה לנו בכך ס"ס הרי בעלה של אשה זו מת ואין לנו לתלות שזה הנקבר אחר הי' שנשתנה צורתו שהרי האחר לא יצא מחזקת חיות כלל משא"כ כאן שזה שנמצ' הרוג לפנינו נראה לעין ששלט בו יד האויב בדקירה ואבני בליסטראות ומאז הותרע חזקת חיותו ואף שבשעתו לא נודע לנו מ"מ הרי ניכר למפרע שיצא מחזקתו מאז והורע כחו וא"כ י"ל דלמא אחר הוא אשר הוכה ביום הרג רב ומת ונשתנה צורתו.

אלא דלפ"ז לא היה הח"מ צ"ל דלא מתו מיד רק מתמצי' משך ימים כו' וע"כ לומר דהתם נמי כיון שעדות הריסטור היה על קבורת ההרוגים שנהרגו והי' ידוע שבין קבורה

להריגה היה זמן רב ולכך הוצרך לומר שהיה מתמצי' וא"כ גם בדברי הח"מ קשה כיון שזה הנקבר עם הרוגים נמנה א"כ משעת ההרג איתרע חזקת חיותו ומנ"ל לתלות שמת אח"כ תוך ג' ימים לקבורה וע"כצ"ל דהח"מ ס"ל דאין הטעם משום חזקת חיות כלל רק כמ"ש הרשב"א בטעם המקילין דשמא נתפח חששה דרבנן הוא ולקולא וכ"כ הנ"ב סימן מ"ט דכ"מ מדברי מהר"מ בתשו' מיימוני דהתם הי' ידוע יום שנהרג אלא שהיו מסופקין באיזה יום ראה העד ואפ"ה כתב להקל שתולין שהעד ראה קודם והיינו מטעם דס"ל דהו"ל ספיקא דרבנן ולקולא וס"ל דאפילו במקום דאתחזק אסורא להקל בדרבנן ודלא כש"ך סי' ק"ו עכ"ל ולפי"ז י"ל דאף הרשב"א דמחמיר היינו משום דס"ל דבמקום חזקת איסור ל"א סד"ר להקל וכ"כ בנ"ב בסי' נ"ב שי"ל שזהו טעם הרשב"א ולפי"ז בנ"ד אם היה בשעה שכבשוה דקי"ל נותנין עליו חומרי חיים כו' ואיתרע לה חזקת א"א שוב שפיר אית לן למיזל לקולא בהך ספיק' תוך ג' דהא אפילו אם היה ידוע שהוא לאחר ג' אין כאן רק חשש דרבנן לבד ואמנם אפילו תימא דהמחמירין ס"ל דחשש' דנתפח לאחר ג' יש בו ספק תורה מ"מ הרי דעת האחרונים להקל בספק תוך ג' וע"ז סמך בח"מ בצירוף דעת קצת פוסקים שפסק להתיר בגופו שלם ולא נחבל בפנים וסיים דאותם שנשארו בספק תוך ג' נשותיהם מותרת כ"ז נראה להלכ' ולמעשה אם יסכימו עמי בעלי תריסין כו' והוא ממש כגוונ' דנ"ד שהי' ידוע שהקבורה היה זמן רב אחר ההריג' יעו"ש וכ"ש כאן שיש גם צירוף סימני בגדים וגם י"ל שיצאה מחזקת א"א ע"י שכבשוה כרקום שיש להתיר אשה זו (ונפלאתי על הגאון בעל נ"ב סי' ק"ט שהביא בפשיטות בשם הרב הח"מ להיפך דמחמיר מאוד בספק זה דתוך ג' וז"א כמ"ש ועיין בתשו' סי' שהארכתי בזה) ואף אם נימא דל"ש כאן חזקת חיים כמש"ל מ"מ אין הטעם המקילין משום חזקת חיים כ"א משום דס"ל דחשש' דנתפח אינו רק דרבנן וספקו לקול' וכבר כתבתי דאפשר גם המחמירין יודו כאן דגם אינהו מודים דאין זה רק מיעוט' בלחוד ומ"מ אסור משום דאיכא חזקת א"א וסמוך מיעוט' כו' ובכאן דיש מקום לומר דאיתרע חזקת א"א ע"י שהי' בכרקום גם אינהו מודו להתיר ולענ"ד מוכח מדברי הר"ן בתשובה שאין טעם המקילין משום חזקת חיות שהרי הר"ן לענין ספק אשתהי שעה א' ביבשה כתב דאזלינן לחומרא אף להתוספות דמקילין בספק תוך ג' דכיון שאין שיעורו אלא שעה א' לא מסתבר לומר שראהו תוך שעה אחת כו' ע"ש והובא בב"י וא"א שטעם המקילין משום חזקת חי הוא אם כן בלא"ה אין זה ענין לספק אשתהי דמיירי שנטבע זה ימים רבים ובודאי יצא מחזקת חי ואנו דנין עכשיו אם אשתהי איזה זמן ביבשה או לא ולמה לא ניזל בספיקו לחומר' אע"כ שטעם המקילין אינו רק מטעם דחשש' דנתפח מדרבנן וכמ"ש ולכך הוצרך לומר דבאשתהי שאינו רק שעה אין תולין להקל ואין לדחות דודאי הטעם הוא משום חזקת חי וגם בספק אשתהי איכא לאוקמי אחזקה שזה מקרוב מת ואע"ג שכבר נטבע זה כמה וכמבואר בעובד' דהר"ן שהעכו"ם המעיד אמר שזה כמו ששה שבועות מזמן הטביעה מ"מ אם נאמר שזה מימון מאלקי שנטבע לפני ששה שבתות א"כ מה לחוש עוד וע"כ שאתה רוצה לומר שמא אחר הוא והרי יש לו חזקת חיים שהיה חי עד עתה אבל לענ"ד ז"א דאדרב' כיון שאתה ר"ל שזהו מימון מאלקי הרי הוא נטבע לפני כמה שבועות ויצא מחזקת חיים מכבר א"כ יש לחוש שמא הוא איש אחר שהיה בספינ' ויצא מכבר מחזקת חיים וזה כמה ימים שפלטוהו הים ונשתנה פניו ואם תרצה להתיר

מחמת חזקת חיים ע"כ לומר שאחר שנטבע יצא אז וחי עד עתה שחזר ונטבע זה מקרוב פחות משעה קודם ראיית העד ופשיטא שדבר רחוק הוא לתלות בזה וטפי יש לתלות שאחד מן הנטבעים אז הוא שנפלט עתה וא"כ יש לחוש שמא אחר הוא.

(ולקמן אבאר עוד במה שהקשה הנ"ב על הש"ס דקאמר ואסקו' בתר ה' יומי כו' דמנין לנו שהוא אחר ה' ימים ע"ש): אמנם בנ"ד אפילו נניח שראיית העדים הללו היה אחר ג' ימים משעה שמת מ"מ יש להקל בשריותה דהך אתת' ע"פ הלשון שהעיד העד מו' זעליג וז"ל וביום א' ט"ז לחודש הזה אמרו לי ערילים בא ונראך את ר' יוסלה מבראד שוכב הרוג בגן הסמוך לחצר שאתה דר בו והלכתי לשם ומצאתי הרוג שוכב במקום ההוא והכרתיו בפרצוף שהוא בודאי האישי הזה כו' ור' יוסלה הנ"ל הוא הנקרא בק"ק בראד ר' יוסף קליש ואביו שמו רבי צבי כו': וע"פ זה נראה ברור להתירה שאע"פ שהאמירת הערלים הנ' היה ה' ימים אחר ההריג' מ"מ יש לתלות שהם ראו אותו בתוך ג' ימים ודבר זה מתורתו של מהר"מ ובתשו' מיימוני סימן ט' למדנו שכתב שם בעכו"ם שאמר למה אינכם מביאים אותו יהודי שנהרג כי הוא שוכב באותו מקום כו' ושכתבתם הועיל ומעיד עליו לאחר ג' ימים משנהרג שמא אין להאמינו להאי נמי ליכא למיחש שהרי העיד בסתם על פ' שנהרג ונהי דהשתא אסהיד בתר ג' ימים מה בכך הא כיון דאמר סתמ' פ' נהרג נימא דברור לו שנהרג דחזיי' תוך ג' ימים או ראה שהרגוהו והיה עם ההורגים דאטו כל הני עובדא דבי חיואי כו' כולוהו בתוך ג"י הוי מסהדי אלא אינהו חזו תוך ג"י וקמסהדי לאחר ג' ה"נ איכא למימר הכי עכ"ל וא"כ אילו אמרו לו העכו"ם בסתם שר' יוסלה מבראד שוכב הרוג בגן הסמוך לחצר כו' והוא לא הלך לראות את הדבר יצא מפי מהר"מ להיתר אף דיש שם פקפוקים אחרים וכ"ש בנ"ד דאין לפקפק כלל ופשיטא דבשביל ראייתו לא הורע כחו שהרי מצא כדברי הערלים כן הוא ובודאי שאין מקום לומר דא"א שהוא ר' יוסיל מבראד היה פניו משתנים כיון שהוא אחר ג' ימים כמבואר מדברי כל הפוסקים שלא אמרו אין מעידין אלא דשמא נשתנו פניו אבל אדרב' ברוב פעמים ניכר הטיב אף לאחר ג' ימים כאשר כתבו בתשו' שהחוש מעיד כן ובק"ע סימן ד"ט איתא בשם מהריב"ל דבעד מפי עד כ"ע מודי דתלינן להקל שזה שהגיד לו נתברר לו שהיה תוך ג"י והוה כעין ס"ס דלמא העד הראשון נתברר לו ואף אם לא נתברר שמא באמת היה תוך ג"י ע"ש בסעיף ג' שכ"כ גם גבי אשתהי וכן מבואר שם כ"פ ועייין בב"ש ס"ק פ"ב ואם כן בנ"ד ודאי שאין הכרח לומר שתיכף שמצאוהו הערלים בגן נבהלו ונחפזו להודיע למו' זעליג שזה ר' יוסל שוכב שם שהרי נראה מדברי העד שהיה שיחת הערלים לפי תומם ובמלתא דלא שייכי ביה כלל וקרוב לומר שאפשר שראו אותו מכבר רק מחמת שנזדמן לקראתם מו' זעליג והיה ידוע להם שהו' בעל אכסני' שלו הוטב בעיניהם להודיעו המקום אשר שם נפל שדוד מו' יוסף ואין לפקפק בדברי שהרי דעת התה"ד בשם הר"ש ור' נתן דבעכו"ם לא מהני ט"ע ז"א חזא שהרי כתבו האחרונים שפשטה הוראה בישראל כדעת מהר"מ דאף בעכו"ם מהני הכרת ט"ע וכ"פ מהר"מ מפדווה וכמבואר בב"ש ס"ק ע' ועוד דהא טעם המחמירין כי ט"ע צריך עיון וזה שמסל"ת ואין דעתו להעיד אינו נותן לב וכאן ל"ש זה שהרי העד המעיד הלך לראות ומצא שכדבריו כן הוא שהוא פרצוף פניו של ר' יוסל בעל האשה.

ואין לפקפק גם כן דכיון שאין כאן רק ע"א על זה ששמע מפי הערילים ובע"א במלחמה דעת כמה פוסקים שצריך שיאמר קברתיו דז"א דהא באמת הטעם בע"א במלחמה אינו משום דחשדינן ליה במשקר אלא דשמא אומר בדדמי ושמא לא מת ונדמה לו שמת ואם כן ע"ז שאמרו לו העכו"ם שראו את ר' יוסיל מבראד מושכב הרוג אף ע"א נאמן ולענין הכרה שמת באמת ולא בכח הדמיון לבד ע"ז באמת יש ב' עדים לפנינו ובשני עדים א"צ קברתיו דלא אמרי בדדמי ומדברי הג"ע מבואר שב' עדים מעידין על האיש שמצאו שוכב במקום שאמרו הערילים וכמבואר בדברי העד השני שאמר איך בין גיגאנגין עם ר' זעליג זוכן ר' יוסף כו' וגם כי ר' זעליג מעיד שמצאו בתוך הקעשנע של הקאפטין שני שטילין של סכינים של כסף כו' ופשיטא דזה הוי כמזיזו ממקומו דהוי כמו קברתיו כמבואר בפוסקים וגם כיון דאינו מעיד שראה ההריג' אם כן י"ל הכרתיו הוי כמו קברתיו ועוד כמה דרכים להתיר בזה מבואר בפ"ו לא רציתי להאריך בזה: ולפי זה אף לדעת הרשב"א דס"ל להחמיר בספק תוך ג' ימים מ"מ מבואר בכמה תשוב' דבעד השומע י"ל שגם הרשב"א מודה דתלינן שהראשון היה ברור לו שהוא תוך ג' וכ"נ לכאורה מדברי מהר"מ הנ"ל אמנם בנ"ב סימן מ"ט כתב דמהר"מ ס"ל כר"ת להתיר בספק תוך ג' וכמ"ש ג"כ מהריב"ל בשם מהר"מ והשיג על התה"ד ע"ש אמנם לענ"ד לשון מהר"מ שכתב שהרי העיד בסתמא על פ' שנהרג ונהי דהשתא אסהיד בתר ג"י מה בכך הא כיון דאמר סתמ' פ' נהרג נימא דברור לו דחזיה תוך ג' או ראה כו' דבפשיטות הו"ל דהא מ"מ הו"ל ספיקא דלמא חזיא תוך ג' ושריא אע"כ שבא לומר דהכא עדיף טפי טפי מספק תוך ג' שיש לתלות שהא"י סתם ברור לו שהי' תוך ג' או שהי' עם ההורגים אמנם באמת צ"ע דמה לי ספיקא דתוך ג' מה לי הספק שאנו מסופקים בדברי העד אימתי ראוהו שהרי אין בכח דבריו יותר על תוך ג' מן על לאחר ג' וכמ"ש הק"ע שהביא הב"ש בשם איזה תשובה החולקים על מהריב"ל וא"ל דא"כ לא הי' לומר בסתם פ' נהרג כיון שיש להסתפק שמא הוא לאחר ג' ונשתנו פניו אע"כ שברור לו שהוא תוך ג' הנה זה הי' אפשר לומר אם שמע כן מפי ישראל שכוון להעיד להתיר האשה (וגם בזה צ"ע דלאו כ"ע דיני גמירי דלאחר ג' אפשר להשתנות לצורה אחרת אבל בשומע מפי עכו"ם מסל"ת מה"ת לא נאמר שהעכו"ם אומר כן ע"פ ט"ע של הצורה שמצא מוטל לפניו ובאמת שאחר היה ונשתנו פניו והרי העכו"ם לא ביחן דבריו אימת היה: ועוד דהגאון נ"ב שדא ביה נרגא דאפילו להמקילין בספק תוך ג' י"ל משום חזקת חי וכאן ל"ש זה כיון דמסופק באיזה יום ראה וכמ"ש"ל בשמו שמזה הוכיח טעם המקילין דס"ל דספיקא דרבנן הוא אמנם ע"ז אומר דאדרבה איכא למימר איפכא שהרי הט"ז בי"ד כתב טעם המחמירין משום דאזלינן בתר שעת מציאתן ואמרינן דכמו דנמצא מת בשעת מציאה כך הי' מקודם דחזקת חי אינה ח' כיון שמעותד למות ע"ש ולפי"ז זה שייך דוקא בספק תוך ג' דאמרינן דמסתמא כבר הוא לאחר ג' שגם קודם ג' הי' מת כאשר הוא עתה אבל אם באנו לדון על שעת ראיית העד אימת הי' אם הי' תוך ג' או אח"כ מה חזקה דשעת מציאה שייך כאן שהרי עכ"פ הי' פעם א' תוך ג' מהריגתו ואיכ' לאסתפוקי שמא ראוהו אז ומכ"ש היכא שידוע לנו יום ההריגה אלא שאנו מסופקים על שעת הראי' דשפיר י"ל שראוהו תוך ג' וא"כ אדרבה איכא ח' דשעת מציאה שלא נשתנה מפרצוף זה כמות שהי' בשעת שמצא העד כן הי' קודם ולא נשתנה כמ"ש הנ"ב ואע"ג דכתב דכ"ז אינו מועיל כיון שיש כאן

ח' א"א אומר אני דאע"פ שאין כאן חזקת חיים לומר שהעד ראוהו תוך ג' מ"מ כשאנו באים לדון על ראיית העד שאומר שמצא איש א' יש לנו לאחר יום מיתתו כל מה שנוכל ואנו אומרים שמסתמא מצאו העד מת זה מקרוב וא"ל דזיל בתר שעת מציאה ונאמר דמסתמא הי' מת כמו כן קודם ג' ז"א דזה שייך על שעת מציאה שלפנינו ואנו מסופקים בדבר אבל אם אנו מסופקים בדברי העד שאומר סתם ואינו מברר דבריו אימת ראה הרי י"ל שהעד ראה או ידע בבירור שהוא תוך ג' ואיך שייך ע"ז חזקה כיון שעכ"פ הי' פ"א תוך ג' ושמא אז ראהו העד ובשלמא אם הי' מקום ספקי גם לעד א"כ י"ל מה חזית דאזלת בתר ח' חיים ניזל בתר שעת מציאה משא"כ היכא שיכול להיות שהי' מבורר לעד בשעת מציאה וא"כ לק"מ על מהר"מ דהנ"ב הקשה כן לפמ"ש בשם מהר"מ דמיירי שהי' ידוע יום ההריגה אימת הי': ולפי"ז שפיר כתב דל"ש ח' חיים אבל באמת לא נמצא כן בדברי מהר"מ רק דמיירי שהי' יותר מג"י משעה שנאבד עד שעה שהעיד וכמבואר שם שהקרובים הוציאו קול בעיירות שמסביב ואפשר שגם מתוך דבריו של העכו"ם הי' ניכר שיש יותר מג"י משנהרג עד עתה ולכך חששו כיון שמעיד אחר ג' ל"מ ולזה בא מהר"מ לומר דמה לנו לשעה שמעיד אנו דנין על שעת ראייתו שאומר שמצא מת ונמצא שכל מה שאנו יכולין לאחר מיתתו עד שעת ראייתו יש לאחר משום חזקת חיים וא"ל דניזל בתר שעת מציאה ז"א דעל הספק שלנו שאנו מסופקים אימת ראהו ל"ש שעת מציאה כלל ועל שעת ראיית העד גופא ל"ש חזקה דשעת מציאה שהרי י"ל דמה שאמר סתמא היינו שנתברר לו שהוא תוך ג' כו' כיון שעכ"פ היה פ"א תוך ג' משנהרג שמא באותו פעם ראהו ואם כן שפיר יש להתיר ולתלות שהוא תוך ג': ומעתה בנ"ד אע"ג דלכאורה הו"ל כידוע יום ההריגה ואזדא ליה חזקת חיים מ"מ גם חזקה דשעת מציאה ליכא כמ"ש לעיל ואדרב' יש ח' דשעת מציאה להתיר דלא נשתנה מפרצוף זה וחזקת א"א איתרע לה כיון שהיה בעיר שכבושה כרכום כמ"ש"ל ומכ"ש אם נאמר דבאמת חששא דנתפח ספיקא דרבנן היא ואיתרע לה ח' א"א דאורייתא רק דמחמירינן בספק תוך ג' משום חזקה דשעת מציאתן שהוא חזקה גמורה כמ"ש הט"ז והח"צ וא"כ בזה דאין כאן ח' דשעת מציאה כמ"ש יש להתיר אתתא דא לאנסובי אף להמחמירינן בספק תוך ג' שהרי מהר"מ כתב להתיר בזה ששמע מפי עכו"ם מסל"ת שפה שוכב הרוג ותולין שראה תוך ג' ימים ואיך שיהי' בטעמו דמהר"מ כדאי הוא לסמוך עליו להתיר בנ"ד שהוא ממש כגוונ' דמהר"מ ופשיטא שאין להתעקש ולומר דדוקא התם שבאמת לא הובא לפנינו ולא ראינוהו כלל עדיף טפי דאמרינן מסתמ' העכו"ם שהכירו בפרצוף פנים ראה אותו תוך ג' ימים משא"כ כאן שענינו הרואות עתה שהוא ודאי אחר ג' ימים ואפ"ה הוא בפרצוף זה אם כן י"ל שגם הם לא ראו עד אחר ג' ימים ומצאוהו בפרצוף זה שהוא לפנינו אבל באמת דבר פשוט הוא שז"א גם בעובדא דמהר"מ מה בכך שלא ראינהו והעכו"ם הכירו בפרצוף פנים אדרב' נימא דלמא אחר הוא שמצאו העכו"ם אחר ג' ימים ונשתנה פרצופו לפרצוף של בעל האשה ואף אם היה בא לפנינו היה נשאר בפרצוף זה ובאמת אחר הוא א"ו דליכא למיחש להא כלל ומכ"ש שכבר כתבתי שאע"ג שההריגה היה קודם ג' ימים מ"מ י"ל דהמיתה לא היה רק תוך ג' וגם בשעת ראיית הישראלים עדיין תוך ג' ואדרבא עדיף טפי מה שהובא לפנינו דהא התם איכא למיחש שמא לא נתן העכו"ם לב לדקדק היטב בט"ע כיון שהוא מסל"ת כמ"ש התה"ד בשם

הר"ש ור' נתן סמך מהר"מ להתיר וס"ל דכל מה דמהני בישראל המעיד מהני בעכו"ם מסל"ת ומכ"ש כאן שענינו הרואות שהעכו"ם דקדקו היטב בט"ע שהוא פרוץ של ר"י מבראד והם המדברים על עסק ר' יוסף זה בעל האשה יש להתיר: עוד יש מקום להתיר בזה ע"פ משמעות לשון העדים שאמרו שהכירו יפה בט"ע שהוא בודאי האיש הזה ואפשר הוי כאילו מעידין שבודאי לא נשתנה ובכה"ג מעידין עליו בספק תוך שלשה כמ"ש בתשובה מהרי"ט סימן דאם מעידין עליו שלא נשתנה בגוף אלא כמת שעבר עליו יום אחד או יומים דמתוך האי חזקה י"ל דודאי תוך ג' ראו דאי לאחר ג' היה ראוי להשתנות ובזה אף הרמב"ן והרשב"א מודים כו' וא"כ בנ"ד שי"ל שעדיין הוא תוך ג' ממיתתו כמש"ל שפיר יש להתיר אף להרמב"ן והרשב"א: וראיתי בתשובה של הגאון אב"ד פה ק' בסופה שכתב וז"ל ועוד יש לצדד להקל ע"פ תשובת מהרי"ט הובא בק"ע וז"ל הא אין מעידין וא"כ בנ"ד שהעיד כו' מותרת אפילו ודאי אחר ג' ימים עכ"ל והסכים על ידו הגאון אבד"ק טארניפאל וכתב שלזה הוסכם בנ"ב סימן ל"ב ואני תמה על הני תרי גברא רברבי שתפשו קיצור לשון הב"ש כפשטיה דמשמע דאף לאחר ג' ימים מעידין בכה"ג וליתא שאין הדברים אמורים רק לענין ספק תוך ג' וכדמייתי הב"ש גופיה שם לענין ספק אשתהי ודברי הנ"ב בסימן ל"ב אמורים שם בנ"ד שהיה ספק תוך ג' כמבואר שם ומצאתי בנ"ב סימן מ' שחכם אחד ביקש ג"כ להביא ראיה מדברי הב"ש בק"ע הנ"ל והוא השיג עליו דליתא דלא נאמר זה אלא לענין ספק תוך ג' כמבואר במהרי"ט להדיא והוא ברור ועכ"פ בספק תוך ג' יש מקום לסברא זו דאם לא נתפח בבירו' שפיר מעידין עליו: ומצאתי סעד ממ"ש בשו"ת רבינו אלפסי סימן קי"ט וז"ל שאלה ראובן שמעון ולוי כו' וכשחקרנו עליהם יצא לפנינו שטר בעדות על אחד מהן ששמעו עליו שנהרג ועמדו עליו וראו אותו מת וע"א אומר ששמע מעכו"ם אומרים כי ראובן נהרג בדרך כו' תשובה כל העדות אלו מתירין נשותיהן כיון ששמעו מעכו"ם שהרגוהו או שאמרו שראו דיין ואין אנו צריכין שיראו אותו בתוך ג' ימים שלא הצריכו רז"ל כך אלא במיתת המים שמשנתנה צורתו במים וכן אין אנו צריכין שיאמר העכו"ם מת וקברתיו שאין אנו צריכין לכך אלא במת במלחמה דאמרי בדדמי כו' ולכאורה הוא תמוה דהא להדיא מבואר בש"ס להיפך דהא דאין מעידין אלא תוך ג' היינו ביבשה אבל מיא מצמית צמתי ולאחר שהועלה מן המים חזיוה בשעתיה בעינן דאל"כ מתפח תפח וכ"כ האלפסי גופיה בהלכותיו ומצאתי בפסקי הר"מ רקאנטי סימן רמ"ב שכתב וז"ל השיב רב אלפס דלא הצריכו חז"ל להעיד תוך ג' למיתתו הבעל אלא במיתת המים שמשנתנה צורתו במים ובפסקיו כתב דברים שנראים היפך זה דכתב וז"ל וה"מ דבעינן ג' ימים ביבשה כו' ושמא תשובתו היה תוך ג' לאחר שעלה מן הים וע"ז צ"ע בגמרא עכ"ל והתנצלות זה עבור הרי"ף איני מבין כלל ומחמת חומר הנושא אומר אני שאפשר לפרש דבריו דהתם בעובדא דידיה אמרו העדים סתם שעמדו עליו וראו אותו מת אלא שלא נתברר מדבריהם אם היה תוך ג' או לאחר ג' ימים ולכאורה מדמייתי בש"ס ראיה מההיא גברא דטבע בדגלת כו' לכאורה מוכח דספק תוך ג' אסור דאל"כ מאי קושיא הא התם הוי כספק תוך ג' שהרי א"ת שזהו שנטבע לפני ה' ימים א"כ הרי מת לפנינו מה תאמר שמא אחר הוא א"כ עדיין אין כאן ה' ימים בבירור והו"ל כספק תוך ג' דשרי אע"כ דאף בספק תוך ג' אסור וכמ"ש קצת תשובת אחרונים ולזה אמר הרי"ף שא"צ

שיראו תוך ג' ימים ר"ל שיתברר שהיא תוך ג' להריגתו שלא הצריכו חז"ל כך אלא במיתת המים שמשנתה צורתו במים ר"ל דלמאי דס"ד דמקשה דאכתי לא ידע דמיא מצמת צמתי אדרבא היה סברא להיפך דהמים משנים צורת הפנים וכמ"ש רש"י בההיא דאסקינהו קמן וחזינהו לאלתר שהמים משנים צורת הפנים ואינו ניכר ע"ש ולכך פריך שפיר דאי לחומרא פליג רבא דעביד כמאן דאע"ג שהוא ספק תוך ג' מ"מ ה"ד ביבשה שיש בו הכרה טובה אמרינן אם איתא שהוא אחר ג' ימים היה נתפח ולא היתה צורתו ניכרת משא"כ במים שדרכו להשתנות במים א"כ אף בספק תוך ג' אין להתיר ומשני דבאמת מיא צמתי ולכך אף ששהה ד' וה' ימים אינו נתפח וניכר היטב ומ"מ לשונו צ"ע: ובזה יש ליישב מ"ש מהרי"ט בתשו' מלשון המשנה שבנוסחת ירושלמי וכ"ה במדרש רבה אין מעידין לאחר ג"י דמשמע דדוקא בברי לאחר ג' הא סתמא מעידין וא"כ קשה על הפוסקים המחמירים בספק ולפמ"ש י"ל דלכך נקט במתני' דרוצה להשמיענו דבכל גוונא אין מעידין אף בידוע בבירור שלא נתפח משא"כ בסתמא אז היכא דידוע בבירור שלא נתפח שפיר מעידין: אלא שמ"מ צ"ע בנ"ד שהעיד העיד שהחוטם בראשו היה חתוך קצת מה שאכלו השרצים כו' והרי שנינו אין מעידין אלא על פרצוף פנים עם החוטם וגם לסמוך על דעת ר"ת דס"ל דאם הגוף שלם מעידין ע"ז כתב הח"מ דהיא ספק א"א והבא עליה בא"ת קאי כיון שרבו החולקים וגם לצרף סברת ר"ת לספק נלענ"ד שאין לו מקום בכאן שדברי ר"ת אמורים היכא שמעיד שהכירו בט"ע של גופו וצורתו וכמבואר בלשון הרא"ש שכתב וז"ל והיכא שאינו נחבל בפנים נראה דבר פשוט שיוכל להכיר ע"י ט"ע של גופו וצורתו כו' וא"כ מכ"ש בנחבל בפנים אף לפמ"ש התוס' דאם כל הגוף שלם מהני היינו כשמעיד כן להדיא שהכירו מט"ע של גופו משא"כ בנ"ד שלא הזכיר כלל שהכירו ע"י גופו רק אמר שהכירו בפרצוף והרי הכרת הפרצוף בפדחת לחוד ל"מ שכיון שנפצע ראש חוטמו הו"ל כאין שם חוטם כלל: וראיתי בדברי הגאב"ד שכתב וז"ל שוב מצאתי בק"ע סעיף קע"ב בשם תשובת הב"י הא דכתבו הב"י לאחר ג' מעידין כשגופו כו' אבל אם נפצע בא' מאבריו אפי' חסר קצת בשר נראה דמעידין עליו עכ"ל וא"כ בנ"ד שנפגע ראש החוטם במקצת מעידין עליו כיון שכל הגוף שלם לדעת ר"ת עכ"ל ולענ"ד צ"ע דהכא כיון שאמר החוטם בראשו היה חתוך קצת הו"ל כנחסר קצת מן האבר שאין מעידין עליו ועוד נלענ"ד אין דברים אלו אמורים אלא לענין הגוף דחסר מקצת אבר אין מעידין אבל נפצע שפיר מעידין דאין זה מגרע הט"ע כיון שכל האברים שלמים אבל ט"ע בפדחת וחוטם נראה דבעינן שלא יהיה בהם שום חבלה כלל כיון שעיקר ההכרה הוא על ידם ובשינוי מעט שוב א"א להכיר היטב ומכ"ש בזה שבראש החוטם היה חתוך קצת שאם פירושו שהיה נחתך קצת מראש החוטם א"כ א"א לידע כמה נחתך והרי עיקר הט"ע בפרצוף הוא ע"י תבנית החוטם ואורכו ואע"פ שלפ"ז היה לו לומר שנחתך קצת מראש החוטם מ"מ קרוב הדבר שהב"ד העתיקו לשון העד מלשון אשכנז ולא דקדקו וכתבו כן כיון שגם לשון זה יש לפרש כן ועיין בנ"ב סי' מ' שכתב וז"ל וא"כ כאן כו' ובהפנים היו שני פצעים אחד ע"פ פדחתו והשני על חוטמו ושני מקומות הללו הם עיקר הכרת הפנים ובהם היתה חבלה פשיטא דל"מ עכ"ל משמע דגם פצע בלא חסרון ל"מ וכבר כתבתי שאין מקום להתיר מצד הגוף אף לדעת התו' בשם ר"ת כיון שלא הועד שהכירו בט"ע שבגוף שזה מוהר"ר יוסף מבראד רק ע"פ

ט"ע הפרצוף שוב ראיתי בדברו העד השני שאמר אונ איך האב אים דער קענט וראש החוטם היה חתוך משרצים כו' ולשון זה משמע שההכרה היתה בפנים ואמר שראש החוטם היה חתוך ואעפ"כ הכירו ומלשון זה משמע שהיה חתוך קצת מראש החוטם וא"כ אין כאן מקום להקל מחמת ההכרה כלל: אך מה שנלענ"ד לצדד להיתר ע"פ מה דאמר' בבכורות דף 'ו' דה"ט דבעינן פדחת עם פרצוף פנים דוקא משום דבעדות אשה אחמירו רבנן ופריך ומי אחמירו רבנן והתנן הוחזקו להיות משיאין כו' כי אקילו רבנן בסופה בתחלתה לא אקילו רבנן ואיב"א יכיר לחוד והכרת פנים לחוד דכיון דבעינן הכרת פנים ל"מ פדחת לבד והשתא ללישנא קמא דהטעם משום דבעדות אשה החמירו רבנן מבואר דמדאורייתא בהכרת פדחת לחוד סגי ולאידך לישנא בעינן פרצוף פנים עם החוטם מדאורייתא והנה הפ"י בגיטין דף כ"ז כתב דמזה מוכח דאפילו בחששה דרבנן ל"מ סימנים דרבנן דהא קי"ל דאין מעידין על פ"פ אלא עם החוטם אע"פ שיש סימנים בגופו כו' ושקיל וטרי לומר דהטעם משום סימנים דרבנן ומשמע דפ"פ ל"מ אע"ג דאיכא סימנין כו' ולענ"ד י"ל דבהנך תרי לישנא דבכורות תליא בלישנא דסי' דאורייתא או דרבנן דבאמת אם סימנים דאורייתא ואף סימנים שאינם מובהקים מהני א"כ י"ל דגם ט"ע בפ"פ לחוד מהני דלא גרע מסי' שאינו מובהק דרחיק שיזדמן שפ"פ של זה יהיה לו ג"כ ט"ע כזה משא"כ אי אמרינן סימנים דרבנן ומדאור' סימנים מובהקים בעינן א"כ גם בט"ע ל"מ כ"א בפ"פ עם החוטם דהו"ל ט"ע גמור אבל ט"ע דפ"פ לחוד ל"מ וא"כ במשנה דאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם אע"פ שיש סימנים כו' ממ"נ להך לישנא דסימנים דאורייתא ובעינן הכרת חוטם מדרבנן הך אע"פ שיש סימנים כו' מיירי בארוך וגוץ כו' דאל"כ בלא"ה סגי מחמת הסימנים לחוד ואי סימנים דרבנן א"כ שוב בעינן הכרת חוטם מדאורייתא ולכך ל"מ אע"פ שיש שם סימנים שאינם מובהקים ולפ"ז אם נימא דבעינן פ"פ עם החוטם מדאורייתא א"כ סימנים דרבנן ואי סימנים דרבנן י"ל דל"ח לשאלה ויש לסמוך על ט"ע דבגדים ואם פ"פ לחוד סגי מדאורייתא א"כ אין כאן רק משום דבאיסור א"א אחמירו רבנן א"כ י"ל דבכה"ג כ"ע מודו דל"ח לשאלה דכיון דליכא חזקה א"א אמרינן חזקה מה שיש ביד אדם בחזקת שהוא שלו וכמ"ש בנ"ב סימן נ"א ועוד בכמה תשו' ואף היכא שנשארה בספק איסור ומכ"ש כאן דלהך לישנא יצאתה מאיסור תורה ע"י ט"ע בפ"פ לחוד: אך עדיין צ"ע דבאמת משמע בש"ס דהך לישנא אי בעינן עם החוטם בפ"פ לשון הכרת פנים תליא מלתאוהכרת פנים חדא נינהו אף אי סימנים דרבנן מ"מ זה מיקרי הכרה ואי אמרינן יכיר לחוד והכרת פנים דבעינן דוקא שיכיר הפנים ג"כ א"כ אף אי סימנים דאורייתא מ"מ זה גרוע מסימנים דאין זה הכרת פנים וגם דהא רוב האחרונים ס"ל דאי סימנים דרבנן פשיטא דחיישינן לשאלה וא"כ אין כאן מקום היתר לפ"ז ובפרט בזה שהוא אחר ג"י וא"כ אפילו תימא דספיקא הוה עכ"פ אין לסמוך על ההכרה בכה"ג שאין החוטם קיים: אמנם נלענ"ד לצדד ע"פ מ"ש שיש מקום לסמוך על דברי העכו"ם שאמרו במסל"ת שראו את ר' יוסל מבראד שוכב הרוג וא"כ י"ל דבשעת ראיית העכו"ם הי' חוטמו שלם וכמבואר לעיל דלענין עד מפי עד תלינן להקל ואמרינן שלא הי' נחבל שאין זה מדברים שדרך העד לספר וכמבואר בק"ע סעיף מ' בשו"ת מהריב"ל ואף לדעת מהראנ"ח שנראה מדבריו שאין לחלק בכך כל שיש לספק בכונת דבריו ספיקא הוי מ"מ נ"ל דבזה כיון שראוהו שני עדים כשרים

והכירו בפ"פ וא"כ יצתה מאיסור תורה דהא אינו רק ספק תוך ג' כמש"ל ובספק תוך ג' יש להקל לדעת רוב הפוסקים א"כ ככה"ג שפיר יש לסמוך על הפוסקים דבעד מפי עד תולין להקל ועוד נלענ"ד דהא הטעם דמחמרינן בכל ספק עדות בעגונה אע"ג דבעלמא אמרינן דבעגונה הקילו היינו משום דאמרינן בבכורות דלא הקילו רק בסוף עדות אבל בתחלה עדות לא הקילו: והנה לכאורה זה תלוי ג"כ בשני התירוצים דאי אמרינן דפ"פ עם החוטם מדאורייתא בעינן משום דהכרת פנים לחוד שוב א"צ לחלק בין תחלת עדות לסוף עדות דהא הך דאין מעידין כו' אתי כפשטא וא"כ מנ"ל לחלק בזה כלל א"כ בספק בלשון העדות יש להקל ובאמת דעת המ"ב להקל בפלוגת' ועיין בב"ש ס"ק מ"ז שכן דעת הט"ז ואם נאמר להחמיר בתחלת עדות א"כ להך תירוצה הא דבעינן עם החוטם אינו רק מחמת שהחמירו רבנן שוב י"ל שיש לסמוך על מה שהגידו העכו"ם שהכירוהו ושמא אז הי' גם החוטם קיים ואף שי"ל דדוקא היכא שלא ראהו אח"כ כלל אמרינן שהעד הראשון ראהו שלם והרי הוא בחזקתו שהי' שלם מתחלה משא"כ כאן שראינוהו שחסר ראש החוטם א"כ אדרב' אית לן למיזל בתר שעת מציאתו דגם בשעת ראיית העכו"ם הי' חסר מ"מ אפשר דיש לסמוך זה על ט"ע דבגדים: וגם אפשר שהכוונה מה שאמרו העדים שראו החוטם הי' חתוך קצת אין פירושו שנחתך ממנו אלא שנחתך קצת ברחבו שאל"כ הול"ל שנחסר בראש החוטם קצת ונראה שהעד אמר בל"א איז ניווען צו שניטן שמשמעותו שהי' חתוך באמצע באופן שאין חסרון באורך רק ברחבו ניקרו קצת השרצים בפיהם ואף שתלוי בו עיקר ההכרה מ"מ אפשר דבכה"ג שפיר ניכר הוא בט"ע וע' בתשובת צ"צ סי' מ"ה שאע"פ שנקלף העור מן הפדחת והחוטם לא מיקרי חסרון ומשמע שם שאם הי' חסרון קצת ג"כ אין מעידין עליו: ולכאורה הי' אפשר לומר דאפי' לאידך לישנ' דבכורות דוקא פדחת בלא פ"פ ל"מ אבל עם פ"פ אף בלא החוטם מהני מדאורייתא והא דקתני בבריית' עד שיהיו שניהם עם החוטם מדרבנן הוא דאחמירו בזה וזה מוכרח לכאורה דהא בגמ' נסיב לה קרא דהכרת פניהם ענתה בם והתוס' הקשו על רש"י שפי' בבכורות דמהך קרא מוכח דפ"פ נמי בעי והקשו ע"ז דהא ביבמות משמע דקרא קאי על פדחת דחוטם בכלל פ"פ הוא ולכך פירוש ביבמות הכרת פניהם היינו הפדחת של הפנים כו' והנה מ"ש דחוטם בכלל פ"פ הוא תמוה דהא מדקאמר אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם אלמא דגם בלא החוטם מיקרי פ"פ וכן בבריית' איתא עד שיהיו שניהם עם החוטם אלמא דחוטם לאו בכלל פ"פ הוא וגם מלשון דקאמר פדחת ולא פ"פ כו' ולא קאמר פדחת ופ"פ ולא חוטם אין מעידין עד שיהיו שלשתן משמע דפדחת ופ"פ מדאורייתא בעינן ולכך נקט להו ברישא דאין מעידין עליהם מדאורייתא וסיים בה עד שיהיו שניהם עם החוטם ולא כללינהו עם פדחת ופ"פ דבאמת חוטם לא בעינן מדאורייתא רק מדרבנן לחוד: אמנם הירושלמי קאמר דהכרת פניהם ענתה בם זה החוטם והביאוהו התוס' א"כ משמע דגם הכרת החוטם הוא מדאורייתא ואף בנחסר מקצתו אין להעיד עליו דל"ש בזה רובו ככולו ודוקא גבי בכור י"ל כן דכיון שנולד כבר אותו הדבר שראוי להיות ניכר על ידו קרינן בי' יכיר והו"ל כילוד משא"כ כאן דבעינן שיכיר ממש ופשיטא דהכרת רובו ל"מ אלא שעכ"פ יש כאן מקום קולא עפי"ז להקל בנחסר בראש החוטם באמצע הרוחב ומכ"ש כשאין ניכר שם רק כמו חתוך לבד בלא חסרון כיון שכל תמונתו הוא שלימה לפניו באורכה וברחבה שפיר הוא יכול לשער

תמונת הפרצוף אף שיש שם חסרון קצת: והנה בתשובת מיימוני סימן ט' כתב מהר"ם וז"ל ועוד שהרי כתב ר"ת בתשו' א' וז"ל וזכורני שכך דנתי לפני ר' שמואל והתרנו אשת אחיו של ר' שלמה כו' וע"כ האי אין מעידין אלא עד ג' ימים לאו אדם ידוע וניכר למעידים דאפילו עד ק' ימים מהני כיון שיודעים שזהו אע"פ שאין ידוע אלא ע"י סימנים פרצוף ופדחתו וחוטמו כו' עד וכ"כ בה"ג כו' עכ"ל רז הוא האריך ואני קצרתי אלמא אם המעיד עליו היה מכירה מקיים ומעיד עליו לאחר מותו שהכירו בט"ע מעיד עליו אפי' לאחר מותו כמה ימים וה"ה בעדות עכו"ם המסל"ת המכירו ומעיד עליו אפילו לאחר כמה ימים מהימן ובשו"ת מהרי"ט סי' קל"ט כתב בשם הגאון מוהר"ר אליהו מזרחי סי' ל"ט שהביא דברי הא"ז בשם תשו' ר"ת דהא דקתני אין מעידין אלא עד ג"י לא קאי אאם ידוע וניכר בחייו למכירו דההיא אפי' אחר ק' ימים מעידין עליו והביא ראיה מרב יהודאי גאון שכתב דבט"ע גמור שישנו ראשו ורובו שלם אפי' לזמן מרובה כו' ועיין במהרי"ט ח"ב סימן ל"א ול"ב: והנה מכל זה מבואר דר"ת מפרש דמתני' מיירי כגון שזה המעיד לא היה מכירו מחיים כלל רק עתה ראה אותו ומעיד לפני ב"ד שמצא א' מוטל מת ומצייר תבנית פרצופו פדחתו וחוטמו ואנחנו יודעים שכך היה צורת בעל האשה הזאת בזה אין מעידין אלא עד ג' ימים משא"כ אם היה העד מכירו בחייו ומכיר אותו גם עכשיו בט"ע גמור אף לאחר כמה ימים מעידין: וראיתי תשו' א' שכתב הגאון בעל קצות החושן נ"י על דברי דברי התוס' ביבמות מ"ש ועוד דשמא דוקא בסימנים הוא דקאמר הכי אבל בט"ע ניכר הוא כו' הביא דברי מהרח"ש שרצה לפרש כן דברי התוס' בסימנים היינו שהעד אינו מכירו אלא שאומר סימני פרצופו אבל בט"ע ניכר הוא היטב (ומ"ש ע"י סימני הגוף כבר כתב הב"י בתשובה שהוא ט"ס ובנ"י ליתא) אלא שמהרח"ש דחה זה דהיינו ארוך וגוף דלא מהני והוא נ"י חיזק פירוש זה ע"פ דברי תשובת מיימוני הנ"ל וכתב דממ"ש וכ"כ בה"ג מבואר דס"ל דבסימני פרצופו וחוטמו שפיר מהני סימנים כי הני ודוקא בסימני גופו ל"מ ארוך וגוף וכ"ה בבה"ג לגבי א"א אחמירו רבנן עד דאמרי סימני פדחתו וחוטמו ושאר סימנין שלו כו' והאריך בזה ולענ"ד לא כיון ר"ת לדברי בה"ג אלו כמבואר בא"ז בשם תשובות ר"ת הנ"ל שכתב בשם רב יהודאי גאון שכל שישנו ראשו ורובו שלם מעידין עליו ומי יודע באיזה מקום כ"כ בה"ג ואפשר שכ"כ בתשובה וגם כי התוס' מביאים כ"פ מה שחסר בבה"ג שלפנינו: וראיתי לדודי מ"ו הגאון מוהר"ר סענדר נ"י השיב לו ודחה פירוש זה ופירוש אחר ולא ראיתי רק דרך העברה בעלמא רק זכורני שהקשה דלפי זה מאי מייתי מהך דדגלת דהא אמרינן דאנסבא רבא אפומא דשושבינא דהא ליכא לשנוי כמו שתירצו הפוסקים שהיה ידוע דעובדא הוה שלא היה גופו שלם וה"נ ידוע שלא היה מכירו דז"א דהא שושביניה פירושו שהיה שושבין שלו ומכירו היטב: ולענ"ד נראה דר"ת מפרש הך עובדא מיירי דאסקוה אגישרא וראו שם תמונת פרצופו וגופו ואז לא היה מי שמכיר אותו ואנסבא רבא לדביתהו אפומא דשושביני' שהוא העיד לפנינו שבעל אשה זו היה לו אותה התמונה עצמה ואם כן הוא בגוונה דמיירי ביה מתני' לפי ר"ת (אמנם לפי מ"ש אף לר"ת ובה"ג ראשו ורובו שלם בעינן וכבר תירצו הפוסקים דידוע היה דעובדא הוה באין גופו שלם אם כן בלא"ה אתי שפיר): ומצאתי בס' פענח רזא סוף פרשה שופטים בענין עגלה ערופה וז"ל אמר רבינו בכור שור שכל היגיעה הזאת שיהא פרסום גדול ויבואו מכירים

רחוקים ויעידו ויגידו ולא תהא אשתו עגונה שכל עדים שיאמרו מכירים אנו שהוא זה ודאי מועיל אף אחר זמן רב ומה שאין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם היינו כשאומרים מעידים אנו על פרצופו שהוא כך וכך והם אינם רואים ההרוג והרואים ידמו מכח עדותם שהו' זה כההי' גברא דטבע בדגלת כו' עכ"ל ונראה שמפרש עובדא דדגלת כמ"ש וזכורני שראיתי לשון זה בס' דעת זקנים שנדפס זה מקרוב והוא חיבור מרבתינו בעלי התוס' על רש"י על התורה ושם ראיתי הלשון הזה בשם רבינו יוסף בכור שור קצת באריכות יותר (ורבינו יוסף בכור שור הוא היה ראש משפחת א"א זקני הגאון בעל תבואות שור כמבואר בכ"י אא"ז הנ"ל בסדר שלשלת היחוס שלו שכך קבלה בידו שהוא מיוצאיריכו של ר"י בכור שור בעל התוס') והוא היה תלמיד ר"ת כמבואר בתוס' ושו"ת רש"ל סימן וא"כ נראה שהם דברי רבינו תם רבו: שוב בא לידי ס' דעת זקנים הודפס בליוורנו מרבתינו בעלי התוס' ושם איתא וז"ל ומדדו את הערים אמר הרב בכור שור דכל זה צוה הקב"ה לעשות כדי שיצא הקול לנרצח ומתוך כך יבואו עדים ויעידו שהוא מת ולא תשב אשתו עגונה ומאי דאמרו רבתינו אין מעידין אלא על פ"פ עם החוטם כגון שבא ואמר מעיד אני על חוטמו ופרצופו שהוא כך וכך ואין העדים מכירין אותו אלא מתוך דבריהם יבינו המכירים אותו שהוא זה אבל אם באים עדים ואומרים מכירים אנו בודאי שזהו ט"ע גמור כאילו ראיתו חי ודאי תנשא אשתו בעדות זו אפילו לאחר כמה שבועות ולפירושו אפילו ממקום רחוק יכול לבוא ולהתבונן בו וההוא דטבע בדגלת ואסקוה אגישא כו' ואנסבא רבא לדביתהו אפילו לאחר חמשה יומי עדות סתם היה ודמיון ולא אמר מוחזקני בו עכ"ל הרי דמפרש הך עובדא דדגלת כפשוטו אלא שלא אמר מוחזקני בו ואף ע"פ שהיה שושביניה ומסתמא היה מכירו בחייו יפה מ"מ כל שאינו אומר עתה שהוא בודאי זה בט"ע גמור ל"מ בתר ג' ימים ולכך הוצרך לשנוייא שאני מיא דמצמת צמתי ומ"ש בפענח רזא כההיא גברא דטבע כו' הוא ט"ס וצ"ל כמ"ש כאן: ולפי זה נראה בנ"ד לא מיבעיא אם היה החוטם שלם רק שנחסר קצת ברוחב החוטם בראשו דודאי מהני לדעת ר"ת כיון שהעדים אילו היו מכירין אותו בחייו והכירו אותו בט"ע גמור אלא אפי' אם נחסר קצת מאורך החוטם אם כן נראה דל"מ עדות העד הראשון שאמר והכרתיו בפרצוף ובאמת בפרצוף אין שם הכרה גמורה שהרי נחסר מהחוטם מ"מ שפיר מועיל עדות העד השני שאמר סתם שהכירו כמו שהוא מכיר כל מיודעיו ולא הזכיר כלל הכרה בפרצוף ומשמעות לשון העדים שהיא הגוף שלם שאמר ומצאתיו הרוג שוכב כו' ובגדיו היו עליו כמו שידעתי שהיה מלובש באותן הבגדים בחייו כו' ומה שאמר ופ"פ היה שלם היינו לפי שרצה לומר שהחוטם בראשו היה חתוך קצת אבל באמת הגוף היה שלם ואם כן מהני ט"ע לדעת ר"ת ואף לאחר זמן מרובה ואע"פ שמהרי"ט תמה על הרא"מ שהביא דברי ר"ת לסמוך להתיר שהרי גדולי הפוסקים חולקים לענ"ד שהביאו משום שנסתייע מדברי בה"ג שדבריו דברי קבלה וכיון דבה"ג ור"ת ורבינו יוסף בכור שור ס"ל להתיר בזה ומהרי"ק כתב דגם הר"ר עזריאל דבתראה הוא פסק כדברי ר"ת וגם מהר"מ הביא דבריו להתיר וכתב שכדאי הם לסמוך עליהם וא"כ בנ"ד אפילו תימא שהוא לאחר ג' ימים שפיר יכולין להעיד עליהם כיון שהיו העדים מכירים האיש הזה בחייו וידעו אותו היטב ופשיטא דיש לצרף דעת ר"ת ובה"ג ור"י בכור שור ודעימייהו להקל: והנה ראיתי בדברי הגאון אב"ד שלכאורה יש כאן מקום קולא לפי שהוא בחדש

חשוון ולפי לשון הראב"ד שהובא בתשוב' מ"ב איתא דבימות הגשמים ומוטל במקום צינה מעידין עליו ומצינו לענין שוכר דמהחג הפסח מיקרי ימות הגשמים ואח"כ דחה זה דודאי יש לחלק בין דין שוכר דהוי ימות הגשמים מהחג ואילך כו' אך להיות סניף לשאר היתרים אפשר לצרף סברא זו כו' ולענ"ד בלא"ה צ"ע בזה אפילו אם היה ימות הקור ממש שי"ל דהיינו דוקא אם היה שוכב ערום בלא לבוש משא"כ בזה שהוא מלוכש בבגדים אף אם היה פניו מגולים מ"מ הבגדים מחממין גופו והוא נתפח ואינו ניכר ומכ"ש בזה שאינה ימות הקור כ"כ וכ"כ בשו"ת פנמ"א ח"ב סימן צ"ה דהתם היה זמן הריגה סוף חדש חשוון ובעתים הללו ימי הגשמים ואין הקרירה כ"כ שיקרש ויגלד כו' ואם כן כל שכן כאן שהוא קודם חצי חשוון ועדיין לא הגיע זמן רביעה שניה שאין להקל כלל מחמת זה ואף הגאון אב"ד לא אמרה אלא לסניף בעלמא כי בלא"ה בעיקרא דדינא שכתב ראב"ן נלענ"ד דלא משמע כן מדברי שאר פוסקים וקצרתי בכל זה: עתה נבוא לדבר מצד ההיתר על ידי הגדת העד הראשון שהכיר הבגדים שעליו כמו שהיה לבוש בהם בחייו.

והנה כבר העיר בזה מקום הגאון אב"ד פה ק"ק ע"פ מה שמבואר בכמה תשובות מהאחרונים דלשאלת כל הבגדים ל"ח כמו באוכף ושאר דברים דאמרינן דלא מושלי אינשי אלא שעדיין יש לפקפק על פי מ"ש הב"י בתשובה הביאו בב"ש דאי אמרינן סימנים דרבנן אף בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה אלא שהגאון אב"ד נ"י כתב שי"ל שאין הדברים אמורים אלא בסימנים אבל בט"ע בכלים כאילו ל"ח לשאלה והאריך בזה ולענ"ד א"א לומר כן דלפי זה צ"ל דהא דלא חיישינן לשאלה בכלים דלא מושלי הוי כסימן מובהק ולכך מהני הט"ע אף למ"ד סימן דרבנן אלא שמצרפין שני מיעוטים מיעוט דשאלה ומיעוט דמתרמי סימן מובהק כזה א"כ אף אנו נאמר למ"ד סימנים דאורייתא ואף בסימן שאינו מובהק באוכף מחזירין החמור נימא דמצרף מיעוטא דשאלה ועושהו כסימן אמצעי ולא יועיל להחזיר את החמור בסימני אוכף א"ו שז"א אלא אין סברא לצרף כלל ואם היה הך סברא דלהוי כסימן מובהק ודאי דמהני אף ע"י סימן מובהק באוכף כיון דעל ידי סימן מובהק מתברר שהאוכף שלו וצריך הוא להחזירו לו ואז גם החמור צריך להחזיר שהרי זה דלא מושלי הו"ל סימן מובהק ותרי מיעוטא בכה"ג אין מצרפין רק הב"י ס"ל דהך סברא דלא מושלי אינו רק כסימן דאינו מובהק ולכך ל"מ רק למ"ד דאורייתא ולמ"ד דרבנן לא מהני בין ע"י סימן ובין ע"י ט"ע וכן מבואר בשו"ת ב"י גופיה שכתב בדיני מסל"ת סימן ו' וז"ל אבל הרי"ף והרא"ש כתבו מתני' סתמא כו' וכן שום א' מהפוסקים לא הזכיר דמעדין עליו אם מכירין טבעתו וכיסוי וארנקי שלו כו' וכ"ת א"כ מאי האי דכתב הרא"ש ואותו שנמצא ברגלו בתי שוקיים והכירו שהם שלו כו' סימן מלוכשיו ל"ה סימן דפעמים משאיל אדם מלוכשיו לאחרים כו' עכ"ל ומשמע דטעמא משום דחיישינן לשאלה וא"כ בארנקי כו' דליכא למיחש לשאלה הוי סימן וצ"ל דלרבנותא נקט דאפילו מ"ד סימן דאורייתא מודה אבל לדידן דמספקא לן אם דאורייתא או דרבנן אפילו בכלים דליכא למיחש לשאלה ל"ה סימן עכ"ל הרי מבואר דאף בט"ע ל"מ למ"ד דרבנן וכ"מ ממ"ש שם דהפוסקים ס"ל דכי משני רבא דכ"ע סימנין דרבנן מיירי שמצאו בעצמו ומכיר הכיס בט"ע ונאמן במיגו והכי אוקי הרא"ש הא דתנן בפרק כל הגט מצאו בחפיס' ובדלוסקמא כו' דהיינו דוקא כשמצאו בעצמו

וסמכינן אהכרתו ונאמן במיגו וא"כ גבי עדות אשה דליכא מיגו אין מעידין אפילו על כיס וארנקי וטבעת עכ"ל הרי מבואר שדעת הב"י דאף הכרה בט"ע לא מהני בעדות אשה דליכא מיגו: ומדברי גוף התשובת ב"י מבואר דלק"מ מ"ש עליו הב"ש מסימן קל"ב דהב"י שם כתב דבס"ד כי בעי לאתויי מהך דמצאו קשור דסימנים דאורייתא היה ס"ד דמיירי שאחר מצאו ומחזיר לו על ידי סימן זה שקשור בכיס וכי אמר רבא דכ"ע סימנים דרבנן סבר דמיירי שמצאו בעצמו כו' ונאמן במיגו כו' ומ"מ דברי הב"ש נכונים בזה שכתב דהתם מיירי שהוא לפנינו ולא אמר שהשאל ל"ח לשאלה כו' דסתמא דמלתא בכלים אלו אמרינן שלא השאל ואף ששותק הוה כאומר שלא השאל ונאמן במיגו משא"כ בשאר כלים צריך שיאמר דוקא שלא השאל ואז נאמן במיגו ומ"ש הב"ש שהסוגיא אינו מיושב ור"ל דהו"ל לאוקמי הך דמצאו קשור באומר שלא השאל י"ל דהתם קאי להך לישנא דאמר רבא דכ"ע סימנין דאורייתא וא"כ לא נייד מס"ד דמקשה דהוה מוקי לה במצאו אחר ונאמן על ידי סימנים ולכך פריך דניחוש לשאלה ולכך הוצרך לשנויי דלא מושלי אבל להך לישנא דסימנים דרבנן בלא"ה לק"מ דניחוש לשאלה דלהך לישנא מיירי שמצאו בעצמו וא"כ נאמן במיגו שלא השאל ומ"מ לדינא מצרפינן הך סברא דכיס וארנקי לא מושלי לענין זה דעדיף משאר כלים דבזה אצ"ל שלא השאל דסתמו כפירושו הוא אלא שמ"מ צ"ע דלשון הטור וש"ע סי' קל"ב משמע דא"צ אמירה כלל אף בשאר כלים רק שיודע בעצמו שלא השאל סגי כיון שמצאו בעצמו אית ליה מיגו ובכיס וארנקי אע"פ שא"י אם שאל או לא מ"מ כשר דמסתמא לא שאל וכ"כ להדיא בב"י שם וז"ל וחילוק בין כיס וארנקי לשאר כלים הוא דהני לא בעינן בהו שיודע שלא השאלין לאחר דהני כלים לא עביד אינש דמושלי כדאיתא פרק בתרא דיבמות ובב"מ עכ"ל הרי מבואראם א"י אם השאלין או לא אמרינן דמסתמא לא השאלין ואף על גב דל"ש בזה מיגו כיון שהוא מסופק בעצמו ואפ"ה כשר והרי הב"י גופיה מודה דאי ליכא מיגו דמי מיתה לגט ובאמת שהראיה שהביא הב"י מדברי הרא"ש דאוקי ההיא דמצאו בחפיס' במצאו בעצמו כו' הוא תמוה דחפיסה ודלוסקמא שפיר מושלי אינשי ולכך הקשו התוספות והרא"ש בזה דניחוש לשאלה ותירצו שמצאו בעצמו ומכירו ונאמן במיגו אבל בכיס וארנקי בלא"ה ל"ח לשאלה ואפשר שכוונתו כמו דמוקי הרא"ש שהיא דחפיסה כ"כ יש לפרש הא דכיס וארנקי למ"ד סי' דרבנן וצ"ע אבל מה שהקשיתי מלשון הב"י סי' קל"ב הוא תימא ודבריו סותרים למ"ש בתשובה דדוקא במיגו נאמן ונראה שתשובה זו כתבה קודם שחיבר הב"י שהרי בכל התשובה הארוכה ההיא שפירש פרטי דיניה לא הזכיר מחיבור הב"י כדרכו בתשובות אחרים שכתב אחר החיבור ובב"י חזר בו ולכך השמיט סברא זו בב"י ולא כתב אלא בסתם דחיישינן לשאלה דלא כהפוסקים דס"ל ל"ח לשאלה ולא כתב דיש להחמיר אף בכלים דלא שכיח דמושלי משום דבזה חזר והודה שיש להקל כדמוכח מדבריו בסימן קל"ב: ומ"ש הב"ש דהיינו שיטת הריטב"א שהביא הב"י לא ידעתי כוונתו כי בב"י לא כתב מזה דבר וגם בתשובה לא הזכיר הריטב"א כלל (וגם כי נראה שהב"ש לא היה לו תשובת הב"י ומ"ש בשם תשובת הב"י ע"פ מה שהועתק בס' ח"מ בק"ע סעיף קע"ט בקצרה) ואפשר דצ"ל העיטור שהביא הב"י ואע"פ שמדברי בעה"ע שהביא הב"י אין מבואר כן מ"מ מכללא שמעינן ליה כיון שהב"י כתב שהעיטור סובר דחוששין לשאלה אף למ"ד סי' דרבנן וע"כ שלמד

כן מלשון העיטור שהביא שם שכתב וההיא שינויי דמשני גופו דארוך וגוין סימנים דאורייתא דחיייתא ניהו ולא סמכינן אלא בפ"פ עם החוטם עכ"ל משמע דשום סי' לא מהני אף בכלים והיינו דחיישינן לשאלה ולפ"ז שוב מוכח דבכל הכלים חיישי' דהא סתם וכתב דלא סמכינן אלא בפ"פ כו' אך באמת צ"ע על הב"י גם בזה דבעה"ע לא מיירי שם אלא לענין סימנים שבגופו ובזה ל"מ סימנים אם לא שהם מובהקים ממש כמ"ש הב"י אבל מכלים לא מיירי התם ואפשר דגם הוא מודה דל"ח לשאלה (אמנם הב"י כתב בשם הרי"ף והרמב"ן כן וכבר תפסו עליו כמה גדולים ואין להאריך) אך עיינתי בבעה"ע דף כ"א כתב וז"ל ואם מצאו בחפיסה או בדלוסקמא ומכירו כשר וצרפתים אומרים דבעי תרתי דלוסקמא ומכירו דהוה סי' מובהק והלכך הא דתנן אין מעדין אלא על פ"פ עם החוטם אע"פ שיש סי' בגופו ובכליו ואוקמיה בחיורא וסומקי ליתא להאי אוקימתא אלא אליבא מאן דס"ל סי' דאורייתא אבל לדידן דס"ל סי' דרבנן אע"ג דאית בהו סימנא אחרינא דכליו לאו סי' מובהק הוא אלא בצורת פנים עם החוטם וכן הלכתא עכ"ל ומ"מ נלענ"ד שאין כוונתו לענין חשש שאלה אלא דס"ל דלא שכיח סי' מובהק בכלים אבל אם מכיר הכלים בט"ע או דמתרמי סי' מובהק אדרבה משמע מדבריו דל"ח לשאלה שהרי כתב דבעי תרתי דלוסקמא ומכירו דהיינו שמכיר הדלוסקמא בט"ע כמ"ש בגיטין כ"ח ומהני אע"פ שאין ברי לו שלא השאיל ואפשר דמ"ש תרתי בעי דלוסקמא ומכירו ר"ל שצריך שידע שאיבדו בדלוסקמא כמ"ש התוספות שם בתשובה ב' דאל"כ חיישינן לשאלה: ועכ"פ בכלים דלא שכיח דמושלי נראה דהב"י תברא לגיזיה מ"ש בתשובה וכ"נ ממ"ש בש"ע סתם אע"פ שיש סימנים מובהקים ביותר בכליו אינם כלום דחיישינן לשאלה כו' וחידש גדול כזה היה לו לבאר דאפילו בכלים דל"ש דמושלי חיישינן א"ו דהדר ביה וכן דעת הב"ש דבכלים אלו יש להקל ולקמן אבאר עוד בזה אמנם מה שיש לפקפק בזה שהרי בש"ס איבעי' לן בע"א במלחמה אי מהימן דלמא אמר בדדמי ולדעת התוספות הספק דלמא האשה אומרת בדדמי והנה התוספות ס"ל דלא אפשרי בעיין כלל ולדעת הרי"ף באומר קברתיו אפשריטא מההיא דדגלת ולדעת הרז"ה יש לחלק בין ראה הטביעה ללא ראה הטביעה דאם ראה הטביעה צריך ט"ע וסימנים וכמבואר כ"ז באורך למעיין בפוסקים והשתא כנ"ד שאם באנו להתיר ע"י ט"ע בבגדים הרי לא נזכר זה אלא בדברי העד הראשון בלבד והו"ל ע"א במלחמה דהו"ל כראה הטביעה ול"מ ט"ע לחוד בלא סימנים ומה יועיל הט"ע דבגדים דהא איכא למימר דאמר בדדמי לפי שידע שהיה לבוש בבגדים אלו ובשלמא לענין הכרת הפרצוף כיון דאיכא תרי דקמסהדי ל"ח דאמר בדדמי כמ"ש"ל משא"כ בט"ע דבגדים: ומצאתי בנ"ב סי' כ"ח שכתב ג"כ דבראה הטביעה ל"מ ט"ע דבגדים כי היכא דל"מ ט"ע בגוף לדעת הרא"ש והרז"ה ודקדק כן מלשון רמ"א שכתב והיה לו סי' מובהק בבגדים משמע מזה דט"ע דבגדים ל"מ ע"ש וא"כ הרי הדבר פשוט ומבואר באשרי שם ובכל הפוסקים דמים ומלחמה חד דינא אית להו דחיישינן לבדדמי וכ"מ מלשון הרמב"ם והש"ע סי' י"ז סל"ג ע"א שאמר ראיתי שמת במלחמה או במפולת או שנטבע בים הגדול ומת וכיוצא בדברים אילו שרובם למיתה אם אמר קברתיו נאמן ותנשא על פיו ואם לא אמר קברתיו לא תנשא ואם נשאת ל"ת עכ"ל ומ"ש המ"מ והכ"מ והל"מ שם לפרש דהך ומת היינו ששהא עליו כו' אינו מחוור לענ"ד דהא הך דינא

דמשאל"ס אם נשאת ל"ת קתני לה בבבא שאח"ז וד"ל דהכא קתני לה אגב גררא דאם אמר קברתיו נאמן שתנשא לכתחלה ואגב אמר דאם לא אמר קברתיו ל"ת אבל לענ"ד ברור בדעת הרמב"ם דבהכי לא מיירי כלל אלא דהכא קאי למיפסק דין המבואר בש"ס בע"א במלחמה דהיינו שאומר שראוהו ממש מת אלא שאומר סיבת מיתתו היה ע"י מלחמה או ע"י מפולת או ע"י טביעה בים הגדול דמים כמלחמה דמי ומ"מ מיירי שאומר שראוהו מת שנטבע ועלה תיכף וראה אותו מת וכדאמרינן בש"ס דאסקינהו קמן או בעובדא דדגלת דאסקוה אגישרה והלכך כיון שדברים אילו רובן למיתה (וכמש"ל מש"ס דב"ב דקאמר בהלך ג' דברים דר"א בן פרטא שרובן לאבד וא"כ ה"ה בשטפו נהר או נפלה מפולת שהוסיפו עליהם) יש לחוש שאומר בדדמי שמת ובאמת לא מת וניצל ע"י איזה סיבה במלחמה דעביד ליה סמתרי וכן בשאר דברים ולכך צריך שיאמר קברתיו ומ"ש שאם נשאת ל"ת אינו מטעם משום שרובן למיתה וכדמשמע בדברי הב"ש ס"ק ק"ב שכתב ל"ד במשאל"ס אלא ה"ה בכ"מ שע"פ הרוב הוא מת ל"ת.

ובאמת ז"א דהא הרמב"ם וש"ע כתבו גם במלחמה ומפולת שרובם למיתה וכ"ה באמת כמש"ל מש"ס דב"ב ואפ"ה אם לא העיד העד שמת תצא שהרי הוסיפו על הג' דברים מפולת ושטפו נהר כמבואר לקמן סי' קמ"ה (ומ"ש הב"ש ס"ק י"ח בדין הגוסס צ"ע דגם בגוסס נותנין עליו חומרי חיים כמבואר ברמב"ם פ"ו מה"ג ועיין בגיטין שם ואין כאן מקומו) רק מצד עדות העד שהעיד שראהו מת דלכתחלה חיישינן לה דאמר בדדמי ובדיעבד אם נשאת ל"ת ואזיל בזה בשיטת הרי"ף רבו דס"ל דבלא קברתיו אם נשאת ל"ת וכמ"ש הח"מ בשם תשו' בן לב שמצא בספר העיטור תשו' להרי"ף בע"א במלחמה בלא קברתיו אי אינסבא לא מפקינן ליה (וע"ש בשו"ת מהר"י בן לב ח"ב סי' ט"ז ובסי' י"ד הביא דברי הרי"ף שהוא אמרה לענין טביעה במים וכ"ה תשו' זו בשו"ת הרי"ף שנדפס מקרוב סי' והרמב"ם ס"ל דגם במלחמה הדין כן וכדעת הריב"ש ודלא כה"ד ובסי' הארכתי בזה) ע"ש בח"מ ס"ק ק"ב ובטעמא דמלתא כתב ה"ה דבעיא דלא איפשטא ובב"ש כתב בס"ק קמ"ג דקברתיו אפשיטא ובלא קברתיו אע"ג דיש לחוש לכתחלה לבדדמי מ"מ בדיעבד ל"ת ועיין בזה בשו"ת מהריב"ל הנ"ל ואין להאריך וע"ש בתשו' הנ"ל סי' י"ד דמפרש ג"כ דברי הרמב"ם בבא קמא דמיירי שמעיד שנטבע ופלטו הים וראה אותו מת אלא שאינו אומר קברתיו וכ"כ בתשו' מהר"מ אלשקר בסי' וברור בדברי הרמב"ם כמ"ש: ותבנא לדינא דודאי מלחמה ומים חד דינא אית להו ואיכא למיחש היכא שאמר שראה אותו מת ע"י סיבת המלחמה דאמר בדדמי וצריך שיאמר קברתיו ואף דבנ"ד הוי כמו קברתיו מ"מ לדעת הרא"ש כל היכא דשייך בדדמי צריך שיהיה ט"ע עם הסימנים וא"כ ט"ע דבגדים לחוד ל"מ ומ"ש הב"ש בס"ק צ"ט אם אמר קברתיו כו' ואם נטבע במשאל"ס צריך לו' בו סי' מובהק פשוט שאין ר"ל במלחמה ל"ב סימנים כמו במשאל"ס ובקברתיו לחוד סגי וכן ראיתי שהבין בס' בית מאיר ותמה עליו דמים ומלחמה דין א' להם אמנם כוונת הב"ש פשוט דבמלחמה דמיירי שאומר שירו בו חיצים וכדומה ולא זו ידו מתוך ידו עד שמת פשיטא דבקברתיו לחוד סגי שהרי ראה אותו בעודנו חי והכירו שהוא זה וראה שהמיתו איש זה ולאחלופי ל"ח דשמא המיתו איש אחר וסבר שזהו הוא שהרי עיקר התחלת החשש בדדמי מחמת שראו אותו שהוכה מכת מות דאל"כ למה ידמה כלל על זה שמת משא"כ במשאל"ס שהוא נטבע ושוהה שם

עד שת"נ ועולה אחר כך מן הים מת הרי יש לחוש שמא אחר הוא שעלה ואומר בדדמי שזהו הוא ולכך צריך סי' מובהק שזהו הנטבע ואף שאינו מכירו עכשיו כלל בט"ע סגי כיון שיש לו ס"מ וה"ה במלחמה כה"ג כשראה שירו בו חיצים וכדומה ואחר כך הלך לדרכו ושוב אחר כך מצאו שמת גם כן ל"מ ט"ע דחיישינן לבדדמי (שוב ראיתי בס' הנ"ל בסעיף מ"ח כתב שם ובזה היה אפשר לדחוק דברי הב"ש ס"ק צ"ט כו' ור"ל כמ"ל ולענ"ד הכוונה הפשוטה כך הוא) ומ"ש הרמ"א בסעי' מ"ט וי"א אפי' בע"א כו' וראיתו אח"כ והכרתיו בט"ע וראיתו שמת נאמן כו' ע"ש ובח"מ היינו דאיהו ס"ל דל"ח לבדדמי דלמא אחר הוא דס"ל דהכרה בט"ע ודאי מהני אבל לדעת הרא"ש דס"ל דבידע הטביעה צריך סימנים בינונים בצירוף ט"ע ה"ה בידע ההריגה וכ"כ בס' הנ"ל וא"כ בנ"ד אף לפמ"ש הח"מ שם דאם לא ראה ההריגה רק שראה בשעת מלחמה הרוג א' והכירו שהוא פ' מאחר שאינו אומר שנהרג בפני כו' ל"ש בדדמי מ"מ בנ"ד שעכ"פ הי' בעיר שכבשוה כרקום שרובם למיתה שייך ג"כ הך חשש בדדמי כמו בראה ההריגה כמבואר מלשון הרמב"ם שהבאתי לעיל דכל שרובם למיתה חיישינן בע"א לבדדמי (ומ"ש בס' הנ"ל על הב"ש ס"ק נ"ט דמה דנקט משאל"ס אינו מדוקדק דגם במשיל"ס ולא עמד כשת"נ צריך הכרה עם סימנים בינונים מחשש חילוף ולקברתו מחשש בדדמי לא מת ולענ"ד ז"א דמשיל"ס כיון דאין רובם למיתה ל"ח כלל שיאמר בדדמי וכמ"ש לקמן) וכ"נ ממ"ש הרמב"ן בחי' ליבמות והא מים כמלחמה דמי פ"י מכיון שנשברה ספינתו בים איכא למימר בדדמי הלכך גבי ע"א לא מהימן אע"פ שאין האשה יודעת שנשבר ספינתו כו' וא"כ הרי ספינה שנשברה בים ועיר שכבשוה כרקום בני חזד ביקתא אינן בהנך ג' דברים דר"א בן פרטא וא"כ פשוט דשייך חשש בדדמי אף בנמצא אח"כ הרוג כמו בספינה שנשבר ואח"כ הועלה דחיישינן לבדדמי ובעינן ט"ע עם סימנים בינונים עכ"פ לדעת הרא"ש והרז"ה ז"ל וגם לשיטת התוס' צ"ע בזה דהרי התוס' ס"ל דאיכא חשש בדדמי על האשה דלא דייקא וא"כ שוב ל"מ ט"ע דע"א כלל כיון דלדעתה לא איפשט האיבעי' כלל: ואמנם בזה הי' אפשר לומר ע"פ מ"ש בתשו' סי' שצריך להבין דברי התוס' שכתבו להתיר בגופו וצורת פניו שלמה דמה בכך כיון דלא איפשטה בעיין ויש לחוש דהאשה אמרה בדדמי והארכתי בזה.

והעליתי ע"פ מ"ש הרמב"ן והרשב"א שכתבו מכאן שיתוודע לה שננטבע בעלה אמרה בלבה לא אדרוש עוד ותסמוך על העד שאמר מכירנו בו ע"ש (והוכחתי דהרמב"ן תברא לגזיזה מ"ש מעיקרא מכיון שנשברה ספינתו כו' אלא עכ"פ היא חוקרת לידע אם שהה כשת"נ והנה הדין דין אמת ומוסכם בפוסקים דבמלתא דרבנן סמכינן אמלתא דעל"ג לא משקרי עיין בנ"ב סי' ק"ז ולפי"ז א"ש דברי התוס' דכל דליכא למיחש לבדדמי דעד שפיר דמי וא"ל דהא מ"מ האשה אומרת בדדמי ז"א כיון דעכ"פ היא דייקא עד שמתוודע לה שנפל למים א"כ פלטינן מאיסור דאורייתא דהא משאל"ס מותר מדאורייתא ואף דלא דייקא טפי מ"מ שוב שפיר סמכינן על העד במלתא דרבנן מטעם מלתא דעל"ג והארכתי ליישב לפי"ז קו' הש"ס דפריך והא מים כמלחמה דמי כו' וא"כ בנ"ד שהעליתי לעיל דאם הי' ידוע לנו שהעיר היתה מוקפת מכל צד שאין מקום להמלט דאז הוי דינה כעיר שכבשוה כרקום ועכ"פ כהקיפוח כרקום דמהני לדעת הטור והש"ע יצאנו בזה מחשש איסור דאורייתא ע"פ שני העדים שהכירוהו בפ"פ אף שי"ל שהוא אחר ג"י רק

שיש מקום להסתפק דשמה לא היתה מוקפת כ"כ ולפמ"ש אתתא דא שרי' ממ"נ דאם היתה העיר מוקפת מכל צד א"כ פלטינן מאיסור דאורייתא וממילא מהני ט"ע דבגדים ול"ח שהאשה אומרת בדדמי דבדרבנן בהך טעמה דמלתא דעל"ג סגי ליה וכן לשיטת הרא"ש נראה כיון דאיבעיא דלא אפשר שירחוק אנשיה בהחבא א"כ בדרבנן יש להקל ואם לא היתה מוקפת מכל צד עד שאפשר שיברחו אנשיה בהחבא א"כ אין חשש בדדמי כיון שהעד לא ראה ההריגה ומחמת שהיתה העיר במצור לא יאמר בדדמי כיון שיש מקום להמלט ובכה"ג לא הוה רובן לאבד ואין כאן חשש בדדמי כלל ודמי למשיל"ס דל"ש בדדמי דאין אדם טועה לומר מכיון שטבע שוב אינו עולה אלא ממתינין עד שת"נ כו' וזה כוונת הרא"ש ג"כ שכתב והראב"ד כתב כו' ודייק לה מעובדה דחסא כו' ואין נ"ל ראוי דמשיל"ס ל"ד למלחמה דל"ש למימר בהו בדדמי דכיון שעומד ורואה כל סביבות המים ושהה כשת"נ ודאי מת עכ"ל וי"ל דבכה"ג ודאי אינו אומר בדדמי מחמת הטביעה לבד אא"כ עומד ורואה כו' וא"כ ודאי מת והרשב"א בחי' כתב ג"כ על דברי הרמב"ם וז"ל ומדברי הרב ז"ל שכתב במשאל"ס או שטבע בים הגדול נראה דטעמא דע"א משום דאמר בדדמי אבל במשיל"ס שאפשר לו לעמוד על בוריו של דבר לעולם אינו מעיד אא"כ עמד שם כו' הלכך כל שמעיד סתם שמת במשיל"ס נאמן עכ"ל ואע"פ שכתב הטעם משום שאפשר לו לעמוד על בוריו של דבר וזה ל"ש כאן מ"מ מבואר מדבריו דכל שלא עמד על בוריו של דבר אינו מעיד וכ"נ מדברי הב"ש ס"ק צ"ט שהבאתי לעיל ונ"ד שאין רובן למיתה כמשיל"ס דמי ולא חיישינן לבדדמי: ועוד נלענ"ד דאין כאן חששא בדדמי על ט"ע דבגדים ע"פ מ"ש מהרי"ל בן חביב בתשו' סי' קל"ה דתרי גוונא בדדמי יש כגון במלחמה דאיכא חשש בדדמי דלא מת ובמים איכא חשש בדדמי דלמא אחרנא הוא כו' ומאי דכתב הרז"ה דעדיף כשלא ראה העד הטביעה היינו לאפוקי מספיקא דלמא לאו האי גברא הוא דודאי כשראה הטביעה ומיד ראה שהעלו איש א' מת מן המים אומר בודאי היינו האי דעל היינו האי דמפיק ולכן אמר בדדמי ואינו מקפיד לראות אם הוא הוא אבל במלחמה שהספק אם מת מה יועיל יותר מה שלא מעיד על המיתה כו' עכ"ל והובא בקצרה בק"ע סעיף קי"א ונראה מדבריו דס"ל דאף להרז"ה ל"ש בדדמי על הצורה ואע"ג שראה שהוכה והלך ממנו ושב אצלו שפיר שייך בדדמי גם על הצורה דג"כ אפשר שאומר שזהו המוכה מ"מ היכא שלא ראה ההריגה שוב ל"ש בדדמי על הצורה כלל דהא ל"ש לתלות היינו האי דנהרג וא"כ גם ט"ע דבגדים מהני אע"ג דידע שהיה בשעת ההריגה מ"מ מחמת זה אינו טועה לומר בט"ע שזהו הנהרג ואילו הבגדי' שלו ובשלמא התם עיקר סמיכתו על מה שראה שהוכהו מכת מות ומחמת זה שוב אינו משגיח לראות היטב ואומר שזהו הוא משא"כ כאן שלולי שמצאו מת זה מלובש בבגדים אילו לא הי' מעלה על דעתו לומר שנהרג בודאי ועיקר עדותו שזה נמצא בבגדים שיש לו ט"ע שהם של מו' יוסף בעל האשה בודאי לא היה אומר בדדמי אם לא שהי' ברי לו שהם בגדיו: ועוד נלענ"ד דע"כ לא אמרינן בדדמי אלא לענין פרצוף פנים שאף תוך ג"י למיתה לפעמים משתנה קצת ואע"פ שמ"מ ניכר הוא בט"ע ה"ד כשאין לו במה לתלות ולומר בדדמי אז הוא מבחין הבחנה גמורה וסמכינן עלי' משא"כ היכא דאיכא מידי למתלי למימר בדדמי חיישינן דמחמת שינוי קצת נשתנה צורתו במקצת והוא קרוב לפרצוף של זה אומר בדדמי שהוא זה משא"כ לענין ט"ע דבגדים לא חיישינן

כלל שיטעה ויאמר שמכיר שהם בגדיו של זה בט"ע כיון שעכ"פ אינם שוים לגמרי ואין לו במה לתלות שינוי הבגדים הלכך לא אמרינן בדדמי וכבר כתבתי בתשו' סי' דלכאורה יש להביא ראיה למ"ש מהרי"ט בתשו' דהיכא דהוה מלתא דרמיה עליה לידע ל"א בדדמי ומשמע דאף בדדמי דצורה לא אמרינן מהא דמהדרינן אבידה לצורבא מרבנן בט"ע והתוס' כתבו דגם ע"ה אית ליה ט"ע אלא דחשדינן ליה במשקר אלמא דאי ל"ה לא חיישינן דלמא מחמת שיודע בעצמו שאבד חפץ כזה במקום זה אומר בדדמי ואינו מעלה על דעתו שמא גם אחר אבד כזה כמו במלחמה ומים וראה הטביעה דחיישינן דלמא אמר בדדמי ואין לחלק בין איסורא לממונא דהא גם גט מהדרינן בט"ע ואף בע"ה היכא דליכא למיחש למשקר כגון שמצאו בעצמו ול"ה דלמא אמר בדדמי אע"כ משום דעליה רמיה לידע אם הוא אבידתו או גיטו ל"א דאמר בדדמי ואע"ג דהתוס' בגיטין דף ק"ז כתבו גבי גט דחיישינן שמא הוא סבר שהוא שלו לפי שא"י שיש יב"ש או יודע ואין נראה לו לחוש שגם הוא אבד גט ולכך הוא אומר שמכיר אע"פ שאינו מכיר כו' התם חשדינן ליה במשקר כמבואר מלשון התוס' שהוא אומר שמכיר אף ע"פ שאינו מכיר משא"כ כאן שאין חשש שיוסיף לשקר מחמת בדדמי רק שידמה לו שכן הוא באמת: ועפ"ז תמהתי על פ"י שם שהקשה על שנאמן במיגו דהוי מיגו בדדמי דזהו דוקא שאינו צריך להוציא שקר מפיו (ואפשר שזהו בכלל דבריו במ"ש שע"פ דברי התוס' לתרץ שבעה"ב טרוד בפועליו מתורץ קושיא זו) ושוב כתבתי לדחות דהתם גבי גט ואבידה שאין שם שינוי כלל ואין בכח המדמה להטעות עינו שיסבור שזהו שאבד זהו שנמצא שהרי החפצים לא ישוו ואין במה לתלות השינוי הלכך ל"ה לבדדמי כה"ג משא"כ בזה שיש לתלות השינוי מחמת המים שמשנים קצת וא"כ אף שלא ישתנה ממש לפרצופו של זה מ"מ מחמת בדדמי שפיר טעי ואמר היינו האי שנטבע ועוד הארכתי שם ועכ"פ ממנו נקח דראיה יש מהא דמהדרינן גט ואבידה ול"ה לבדדמי דעכ"פ ניכר קצת שינוי לעין וכשאין לו במה לתלות השינוי לא אמר בדדמי ואם כן פשיטא דמהני ט"ע דבגדים שוב מצאתי בשו"ת סי' מ"ג שכתב ג"כ שי"ל דמהני ט"ע דבגדים מטעם שכתבתי דפרצוף שאני דיש במה לתלות השינוי וגם כתב דמהר"מ מפדווה בתשובה לא הזכיר ט"ע רק הכרה טובה במלבושיו וכ"כ בנ"ב שם סי' ק"ט בהג"ה ורמז לתשובה זו: והנה אם הוה נ"ד בכלים דלא מושלי אינשי לכאורה לפי הלשון שאמר ובגדיו היו עליו כו' מורה שהעיד על כל הבגדים ומה שאמר והמכנסים הכרתי ג"כ דמשמע לכאורה שלא הכיר כולם ולכך פרט המכנסים נראה שהוא פ"ה הדברים לפי שמכנסים הוא בגד מוצנע תחת הבגדים ולכך אמר המכנסים בפרט ופשיטא דבכלל בגדיו הוי ג"כ טלית קטן של ציצית שכתב מהרי"ט דמסתבר דלא מושלי אינשי דנטירותא דידיה ע"ש ומ"מ אפשר דאין לסמוך ע"ז דאפילו תימא שגם הטלית קטן היה בכלל הכרה שהכיר מ"מ יש לחוש שמא היה לו עוד א' דדוקא בנידון דמהרי"ט שהלך קרוב לביתו כתב דמסתמא לא היה לו רק ציצית א' משא"כ בזה שהלך בדרך למרחוק: ולפ"ז צ"ע גם מ"ש הגאב"ד מצד הסברא דמכנסים נמי לא מושלי אינשי וכאן העיד שמכיר המכנסים ולפמ"ש צ"ע כיון שזה לא העיד שלא היה לו רק א' לבד מה"ת לא נאמר שפשט אותם והשאלים לאחר ולבש אחרים וגם על דברי השבות יעקב שהביא הגאב"ד שצייד לומר דמנעלים לא מושלי אינשי צ"ע אם לא דמיירי כשידוע שלא היה בידו יותר מאותו זוג דאמרי' מסתמא לא היה משאיל אותם

כדאמרין לעולם ימכור אדם מה שיש לו ויקח מנעלים לרגלו אבל אם אין ידוע אין נלענ"ד לומר שהוא דומה לכיס וארנקי שהוא מקפיד עליהם שלא להשאילם שהם מקלקלים מדת רגלו דהא אשכחן בשבת דף קי"ב בסנדל ביה תרי כי הא דרב יהודה אחוה דרב סלא חסידא הו"ל ההוא זוגא דסנדלא זימנין דנפיק ביה ינוקיה כו' ע"ש שוב עיינתי בשו"ת שב"י ח"ב סי' קי"ג וכתב שם הטעם דמנעלים על דרך לא מושלי אינשי שמתקלקלים מאד וכמ"ש בח"מ סי' ע"ב כלים שמקפידין עליהן להשאילם מפני חשיבותן או מפני שמתקלקלין כו' ונראה דגם הוא לה סמך ע"ז רק כתב דלא למיהדר עובדא שהורה זקן הגאון מהר"ל וכתב זה לסניף יע"ש: ועכ"פ בנ"ד דמשמע שהכיר כל המלבושים שהיה לבוש בהן בחייו הסכימו האחרונים דל"ח לשאלה וגם למכירה ל"ח דמוקמינן להו בחזקת מרא קמא ואמנם הב"ח כתב שיש לחוש לחליפין ומ"ש הב"ח ראה מיי"נ תמוה לענ"ד דהתם ל"ח שהגוי מצא החביות ועירה היין ונתן בתוכה יין אחר וחזר ואבדה לנפילה כי האי ל"ח ואף באיסור א"א מסתפק הח"מ ס"ק סמ"ך אי חיישינן כה"ג ששני ב"א נטבעו בבגדים אילו וכי אתרמי שהשאלין לאיש אחד וגם הוא נטבע ופלטו הים וא"כ כ"ש ביי"נ דל"ח ועוד שיש לנו לומר על היין כ"נ וכאן היה ומאי דמייתי מהא דחיישינן שמא פינו ג"פ צע"ג לענ"ד ואין להאריך: אמנם מהרי"ט כתב סי' ל"ה דלחליפין ל"ח שנתן מלבושיו לאחר ולקח הוא את בגדיו ולבשם דלהא לא חיישינן שיעשו דברים של בטלה עכ"ל ומ"מ אני חוכך לומר דכ"ז בשעת שלום ל"ח שיעשו דברים של בטלה אבל בשעת מלחמה אפשר שיש לחוש שלפעמים שרוצים להמלט על נפשם ואינם יכולים רק ע"י שלובשים בגדים אחרים כהתגב העם בנוסם מן המלחמה ומצינו באחאב שאמר ליהושפט אתחפש ואבא במלחמה כו' וכדמייתי בתה"ד סי' קצ"ז בשם ספר חסידים אע"פ שאמרה תורה לא ילבש גבר כו' אם צרו אויבים על העיר כו' וכן הבחורים שאין להם זקן ילבשו מלבוש נשים כדי להנצל או לבוש נכרים להטעות האויבים כו' ועיין ביי"ד סי' קנ"ט וכן כאן יש לחוש שמא לקח איזה מלבוש אשה או מלבוש נכרי שאפשר לו להמלט או אפשר להיפך שאחד משרי הרכב הדביקה ולקח בגדיו בעל כרחו כדי להנצל בהם מוהר"ר יוסף נשאר ערטלאי או לקח בגדים וערק לעלמא ואע"פ שאין לנו לחדש חומרות בעסק עגונה מ"מ כיון דגם הך מלתא דבכל בגדיו ל"ח לשאלה לא נמצא מפורש כן בש"ס רק הוא סברת האחרונים שחידשו בזה וא"כ אין לך בו אלא חידושו ובמקום דאיכא סברא למימר דחיישינן אף בכה"ג לכאורה קשה להקל ובפרט שיש לצרף בזה סברת הב"י דכיון דסימנים דרבנן חיישינן אף בכלים דלא שכיח דמושלי אבל עדיין יש פתח תקוה להתיר ע"י ט"ע דבגדים ולא ניחוש לשאלה ע"פ מ"ש בחידושו לתרץ קושיית המפרשים אהא דמשני כ"ס וארנקי לא מושלי אינשי דאכתי קשה ניחוש לאבידה שנאבד ממנו ומצאו אחר והניח בו הגט עיין שב יעקב סי' י"א ותרצתי ע"פ מ"ש בשיטה מקובצת בב"מ דהא דל"ח למכירה דאין לנו להוציא החפצים מחזקת מרא קמא והנה התוספות כתבו דלמאי דס"ל סימנים דאורייתא מפרש הך דמצאו קשור מיירי שאחר מצאו ומחזיר לו ע"י סימן זה שהוא קשור בכיס ולפ"ז א"ש דהשתא קאי להך לישנא דסימנים דאורייתא ופריך וניחוש לשאלה ומשני שפיר דלא מושלי אינשי וא"ל דניחוש לאבידה דהיינו שהוא אבד הכיס לבד ומצאו אחר והניח בו הגט ז"א דאם הכיס בלבד הוא שנפל ממנו א"כ לא היה לו בו סימן שהרי גם עתה

אין לו סימן אחר רק מה שקשורים זה בזה וכיון שאין בו סימן הרי נתיאש ממנו וזכה בו המוציא וא"כ אנו מוציאים אותו ע"י חששא זו דשאלה מחזקת מריה ולכל כי הא מלתא שיצא מחזקת מריה ל"ח כמו דל"ח למכירה מה"ט וגם בנ"ב הסכים לתירץ זה גבי מכירה: ולפ"ז י"ל דגם הב"ח שחשש חששא זו דחליפין מודה בהא דודאי הסברא נותנת כדעת מהרי"ט שאין לחוש שיעשו דברים של בטלה רק דעיקר חששא שמא החליף לאיזה צורך שהיה לו ואם כן בנ"ד לא מסתבר לתלות באיזה צורך אחר דהי נינהו מילי דכדי ודברים של בטלה (והתם בדברי הב"ח אפשר שהיה מקום לתלות באיזה ענין כגון שהיה הולך בדרך) רק שיש לתלות שמחמת אימת המלחמה נעשה חילוף זה או מצידו או מצד אחר ולפ"ז אם אנו אומרים שהחליף בגדיו עם אחר כדי להמלט ודאי שנעשה חילוף זה לחלוטין דלא מסתבר לומר שהיה בדעתו שכאשר תשקוט הארץ יחזור לקחתם מיד מי שנתנו לו שהרי כיון שנכבשה העיר הכל בחזקת אבוד כמבואר בח"מ ס"י מ"א לענין שטר שהיה בעיר שכבשה כרקום שהוא בחזקת אבוד ויכולין לכתוב לו שטר אחר וכ"כ באה"ע סימן מ"ו לענין כתובה שכתובת הנשים אשר שם הם בחזקת אבודים והוא מדברי מהרי"ק שורש קט"ז וא"כ גם בזה אם ניחוש לחליפין א"כ הרי אנו מוציאים את הבגדים מחזקת מרייהו שהרי ודאי כבר נתיאש מהם והרי זה כחשש מכירה דל"ח ליה ולפ"ז אפשר לומר דמה"ט גופא אין לחוש בנ"ד לשאלה דשאלה זו כמכירה היא שיצא מרשות קמא וכיוצא בזה כתב ג"כ הגאון בנ"ב לענין מי שנמצא מת והוכר בבגדיו שהוא אותו שנשתטה שאין לחוש שדרך שטות פשט בגדיו ומצאם אחר זה לא אמרינן דהא הו"ל הוצאה מחזקת מרא קמא ע"ש אלא שעדיין יש לפקפק דע"כ ל"ש למימר הכי אלא כשאנו חוששין שזה אבד וזה מצאו משא"כ בזה דאפילו תימא שזה מתיאש מ"מ זה לא כוון לזכות וכל כה"ג לא מהני כדאיתא בב"ב בעובדא דרב ענן הדר גודא בארעא דחבריה כו' אנת גופך אי הות ידע לא הוה עבדית ע"ש וכן מבואר בדוכתי טובא ועוד שהרי י"ל שלא נודע לו שנכבשה העיר עדשנהרג זה וא"כ מתחלה הו"ל כיאוש שלא מדעת ואף למ"ד דיאוש של"מ הוה יאוש בכה"ג לא מהני כיון דבשעת יאוש נמי לא מצי זכי דאין זכיה לאחר מיתה ומ"מ מסתבר לענ"ד שאם נתלה בחליפין שהחליף עם א' כשנפל פחד המלחמה עליו ובזה הדעת נותנת שמסתמא בשעת מעשה מייאש מינייהו וגמר בלבו כי יהיה חזל מהם לעולם וא"כ הו"ל כמכירה ועוד אפילו תימא שזה לא זכה בהם מ"מ המשאיל עכ"פ נתיאש ויצאו מרשותו לענין שהמחזיק בהם זכה והו"ל כמכירה דל"ח וגם נלענ"ד דבזה יש לצרף מה שהעד שמכיר המכנסים ג"כ דכיון שאין לנו לחוש לחליפין רק שנאמר שעשה זה מפחד המלחמה וכדי להמלט נתחפש בבגדים אחרים לזה היה די לו בבגדים העליונים לבד ולדברים של בטלה אין לנו לחוש כמ"ש מהרי"ט ז"ל.

ועוד נלענ"ד דיש לצרף לזה דעת הפוסקים דס"ל דלדין קי"ל דל"ח לשאלה וכאשר כבר האריך בזה הגאון בעל מג"ש ונדפסה ממנו תשובה א' בשו"ת גאונים בתראי סי' ועוד יש בידי ממנו כמה תשובות בכ"י אשר האריך בהם ג"כ ונתחבט הרבה להחזיק במעוזו דדעת הפוסקים דל"ח לשאלה אם אמנם שהגאון ב"ח והגאון בעל מגלה עמוקות והגאון מוהר"ר זיינוויל חלקו עליו בזה והאריכו למעניתם דאין לסמוך ע"ז ולא רצייתי להאריך להכניס ראשי בין הרים גדולים ואם באתי לישא וליתן על כל פרטי דבריהם

יכלה הזמן ותקצר היריעה מ"מ דעת הר"י הלוי אחיו של הט"ז וגם הט"ז בשו"ת ב"ח
החדשות סי' נוטה להקל וכתב ששמע מפי חותנו הב"ח ז"ל שע"י איזה צירוף יש להתיר
וכתב שהסכים עמו התיו"ט וכ"ש בכאן דחזי לאצטרופי הך סברא דאין אדם משאיל כל
בגדיו והו"ל ככלים דלא מושלי ואע"פ שהב"י פקפק בדבר וכתב דאפשר אם סימנים
דרבנן אף בכלים דלא מושלי הדין כן: ראה זה מצאתי בשיטה מקובצת לב"מ כתב בשם
הרשב"א וז"ל מהא דאמרינן כיס וארנקי לא מושלי אינשי שמעינן דמעידין עליהם
אפילו למ"ד סי' לאו דאורייתא דהא מהדרינן גיטא עלייהו ול"ח לשאלה כלל בכל כי
הא וסמכו עלייהו לאהדורי גט אשה וה"ה לעידי מיתה עכ"ל הרי לפניך ששפתי
הרשב"א ברור מללו דמהני בעידי מיתה ולא מצינו בראשונים מי שחולק עליו והב"י
בתשובה אלו ראה דברי הרשב"א אלו מסתמא הוה הדר ביה וכבר כתבתי שלענ"ד הב"י
גופיה תבריה לגזיזיה באה"ע סימן קל"ז וגם דסוגיית הש"ס מוכיח לכאורה דלא כהב"י
וכמ"ש בנ"ב דא"כ מאי משני לא בעידי אוכף דמאי מהני עדים דהא אי חיישינן לשאלה
אף עדים לא מהני וראיתי בדברי ש"ב הגאב"ד דק"ק טארניפאל שכתב לתרץ ע"פ דברי
הגאון ח"צ וא"כ י"ל דמיירי שנותן סימן שאינו מובהק בחמור ואז מחזירין ע"י עדי
אוכף דהו"ל שאלה דיחיד משא"כ אם נאמר סימן דאורייתא פריך שפיר ניחוש לשאלה
דליכא לשנויי בכה"ג דא"כ בהך סי' שאינו מובהק שנותן בחמור סגי ליה עכ"ד בקצרה:
ולענ"ד אין זה ענין לסברת הח"צ כלל דהא הכא דפריך וניחוש לשאלה הקושיא הוא
דנימא דשמא זה שאמר סי' אוכף או מביא עדים על אוכף לא אבד חמור כלל רק הוא
רמאי ורוצה ליקח חמור של חברו ששאל ממנו האוכף ואין זה ענין לשאלה דיחיד
דהתם ע"כ לומר שהשאל דוקא למי שיש לו סימנים אלו משא"כ כאן שי"ל שהשאל
למי שהוא ואע"פ שהוא אומר סימנים בחמור כיון דסי' דרבנן לא סמכינן עלייהו
דאמרינן מחזי חזא או כסומא בארובה כמ"ש הר"ן בשם הרמב"ן בחולין דף ע"ט
וכמבואר למעיין בסוגיא ג"כ דאי סי' דרבנן חיישינן דלמא אע"פ שלא אבד כלום
לפעמים מזדמן שמכוון בסימנים ודוקא היכא דלא חשדינן ליה במשקר מה שאומר
שאומר שאבד בזה שייך לומר כן ועיין בפ"י ב"מ ג"כ הטעם דסי' דרבנן משום דחיישינן
לרמאי ע"ש: ועוד נלענ"ד דאי נתפס כסברת הב"י דאי סי' דרבנן אף בכלים דלא מושלי
חיישינן והיינו משום שהשאלה מצד עצמה חששא גמורה היא ואם אי סי' דאורייתא
חיישינן לה רק שנאמר דהנך כלים לא שכיחי דמושלי לכן כיון דסי' דרבנן משום
דחיישינן דלמא מתרמי לפעמים סי' כסימנים ה"נ חיישינן דלמא מתרמי מאן דמושיל
כלים אלו ואינו מקפיד א"כ א"א לתפוס כסברת הח"צ דלשאלה דיחיד ל"ח דז"א דהא
השאלה מצד עצמה ודאי חיישינן לה רק דלא שכיח שישאל דוקא לזה ולא עדיף מכלים
דלא מושלי דלא שכיח ג"כ שישאל ואפ"ה חיישינן לה כיון דסימנים דרבנן (ומכ"ש
לפי הלשון שכתב רש"י ביבמות אוכפא לא שיילי אינשי בעל החמור לא היה שואל
אוכפו של זה וחבירו כו' א"כ ההקפדה הוא מצד בעל החמור וא"כ נ"ל דאי סימנים
דרבנן חיישינן דלמא השאל לא' שאינו מקפיד על כך ולפי"ז יש לחוש ג"כ שמא השאל
לא' שיש בו סימנים שאינו מובהקים דהא איהו מדמי הך דסימנים לכלים דלא שיילי
ואם נאמר דהכא כיון שהקפידא מצד בעל החמור עדיף והו"ל כשאלה דיחיד דלא
חיישינן א"כ בלא"ה ל"ק קוש' הנ"ב אמנם בב"מ לא פירשו כן ועיין בשיטה מקובצת

בשם ר"ת) ואם באנו לתפוס כסברת הח"צ דל"ח לשאלה דיחיד ממילא א"א לקיים סברת הב"י ול"ח בכלים דלא מושלי לשאלה: אמנם הח"צ גופיה הקשה על סברתו דמאי פריך ממצאו קשור הא התם ג"כ הו"ל לשאלה דיחיד ומ"ש לתרץ ע"פ מ"ש רא"ש לשיטת הרי"ף דגט שאני דאפשר לכתוב גט אחר כבר כתבתי בסי' שהוא תמוה דהרא"ש לא כ"כ אלא ליישב דברי הרי"ף דלכך אזיל הרי"ף לחומרא גבי גט ע"ש אבל פשיטא דדברי הש"ס מוכיחין בסוגיא דתרי יצחק דגט ומיתה שוים הם לענין זה ובסי' כתבתי מה שנלענ"ד בישוב דברי הרי"ף ומ"מ נלענ"ד דהיכא דאיכא תרתי כלים דלא מושלי וגם שאלה דיחיד אפשר דגם הב"י מודה דל"ח אף למ"ד סי' דרבנן וא"כ אפשר לקיים ג"כ דברי ש"ב הגאון הנ"ל דלא תיקשי קושית הנ"ב כיון דאוכף לא מושלי אינשי ממילא דשפיר משני בעדי אוכף ויש לו ג"כ סי' שאינו מובהק בחמור דכולי האי ל"ח ומ"מ צ"ע כיון דהכא חיישינן שהשאליל כלים דלא מושלי וגם כיון הסימנים דמה"ת לא נאמר כן דהא אם סי' דרבנן אפ"ל כמה סי' שאין מובהקים אין מועילין ואין להאריך ומ"מ בנ"ד שאם באנו לחוש לשאלה אנו צריכין לחוש למיעוטא שהשאליל כל כליו דוקא לאיש א' שקרוב לפרצופו שלו דאל"כ פשיטא דאף שאחר ג"י משתנה מ"מ הדעת נותנת שא"א שישתנה כ"כ שיהיה דומה לפרצוף של זה אם לא היה קלסתר פניו דומה לו בעודנו חי וכמ"ש ש"ב הגאון הנ"ל ובכה"ג פשיטא דלא חיישינן אף לדעת הב"י: ועוד נלענ"ד ליישב קושיית הנ"ב ואבאר בקצרה ויש ליישב ג"כ קושית המפורשים דלמה הוצרך לומר בעידי אוכף ולא מוקי בסימנים מובהקים ולענ"ד י"ל דלכאורה קשה מאי פריך ניחוש לשאלה כמו דחיישינן בסימני כלים ולכאורה לק"מ דאף ע"ג דשאלה גופא דשכי' מ"מ לא שכיח שיאבד מיד השואל דדוקא בש"ח סגי כדרך ששומר את שלו אבל בשאר שומרין בעי נטירותא יתירתא כמבואר באשרי בפ' הכונס דבעי למיתב ביממא ובליליא עד כדי הייתי ביום אכלני חורב וכדאיתא בב"מ דף צ"ג וא"כ ודאי שענינו פקוחות על דרכי החפץ ששאל וא"כ למה נתלה שאחר שאל החפץ ולא נזכר בו ונאבד ממנו ונוציא זה מחזקתו שלא שמר כדרך השומרים כדת של תורה וצ"ל דכיון דבעיר שרובה ישראל מיירי שפיר חיישי' דאפשר דלא נזהר כ"כ דמימר אמר אף אם יאבד סימנא אית לי בגויה יהיבנא סימנא ושקילנא ליה (וכעין זה מבואר בפוסקים לענין שטר שיש בו סימן ועפ"ז מיושב מ"ש הש"ך סימן ס"ה ס"ק דניחש לקנוניא כו' ולפי מ"ש לק"מ דכיון שיש בו סימן מעיקרא לא איתרע כלל ע"ש) ולכך לא נזהר בו יותר מבשלו אך כ"ז אי סימנים דאורייתא י"ל דסמוך אסימניה משא"כ אי סימנים דרבנן ואין מחזירין אלא בעדים והרי אין האוכף שלו ומנין ידע השואל שיש לו למשאליל עדים א"כ מעיקרא לק"מ ניחוש לשאלה דלשאלה ונפילה לא חיישינן דמזהר הוה זהיר ביה והיה שומר אותו שמירה מעולה ושפיר משני בעידי אוכף ולפ"ז אתי שפיר קושית המפרשים דנוקמיה בסימנים מובהקים דז"א דאם כן הדק"ל דניחוש לשאלה וא"ל דמזהיר דז"א כיון שיש בו סימנים מובהקים אם כן שוב י"ל דאסימנים מובהקים סמך אלא ע"כ דסימנים דאורייתא ול"ח לשאלה כלל לכך הוצרך נתרץ בעידי אוכף ובאוכף עצמו אין בו סימנים שראוי להחזיר עליהם וכיון דלא שייך לומר דאסימנים סמך תו לא חיישינן לשאלה ולנפילה כמ"ש.

וא"כ בנ"ד כיון דאיכא כמה צדדין להתירא אף לדעת הפוסקים דס"ל דחיישינן לשאלה והרבה גדולים מאחרונים ס"ל דלא חיישינן לשאלה וכן הוא דעת קצת ראשונים כמ"ש

הר"ן בשם יש מי שאומר וכ"כ בשו"ת מהרי"ט בשם הריטב"א ז"ל (מזה מבואר גם כן שמ"ש בב"ש שכ"כ הב"י בשם הריטב"א הוא ט"ס כמש"ל ור"ל וזה שיטת הב"י בתשובה: וגם מדברי האשר"י בב"מ נראה דלא ברירא ליה אי חיישינן לשאלה מדאורייתא שהרי כתב בדף ק' מצא בחפיסה או בדלוסקמא ונתן סי' בכלי יחזור אף השטר ואע"ג דמשמע ביבמות דחיישינן לשאלה ה"מ לענין איסורא דאין מתירין אשת המת על ידי סימנים בבגדי המת דשמא השאיל כליו לאחר אבל לענין ממון ל"ח לשאלה ואפי' אי חיישינן לשאלה מדאורייתא מ"מ יכולים לתקן לענין ממון דלא ניהוש כו' אלמא ברירא ליה הא מלתא אף למ"ד חיישי' לשאלה אם היא מדאורייתא או לא: ואמנם יש לתמוה בזה דא"כ מאי פריך מחמור בסימני אוכף היכא מהדרין דאי אדאורייתא קשיא ליה הא מדאורייתא ל"ח לשאלה כלל ואי פריך היכא מהדרין אנן דהא מדרבנן חיישינן לשאלה ג"כ אין קושיא דלענין ממון לא החמירו כמו במצא בחפיסה כו' ומהא גופיה מייתי הרא"ש בתירוץ הב' ראייה דלא חיישינן לשאלה אף מדרבנן בממון ודלא פריך רק מחמור בסימני אוכף דילפינן מקרא ע"ש ונראה דהרא"ש בסברתו הראשונה ס"ל דקמ"ל הש"ס דכיון דעכ"פ איכא סברא דחיישינן לשאלה א"כ מנ"ל להחזיר חמור בסימני אוכף מיתורא דחמור ולא מוקמינן ליה דקאמר סימנים בחמור גופא אלא שהם סימנים שאינם מובהקים ואפ"ה מהני מדאורייתא וע"כ דס"ל דמסתבר שאין לסמוך על סימנים שאינם מובהקים מדאורייתא רק סי' דרבנן בלחוד הם א"כ לית לן לאוקמי חמור בסימני אוכף כיון דבאמת חששו רבנן לשאלה ומאי חזית לאוקמי קרא דאשמועינן דלא חיישינן לשאלה היפך הסברא וסימני דרבנן איפוך אנא דלמא לשאלה חיישינן רק קרא אשמועינן דאף בסימנים שאינם מובהקים מחזירין דכל סימנא דאורייתא.

ועוד יש ליישב בכמה גוונא ועכ"פ בנ"ד שהוא שאלת כל הבגדים יש לצרף גם הך סברא ובצירוף העדים שהעידו על ההכרה שהכירוהו בפרצוף פנים וגם שהיה בכרקום כמו שביארנו באורך לעיל מכל הלין טעמי נלענ"ד שיש מקום להתיר אשה זו לאנסובה לעלמא אלא שמ"מ היא צריכה להושיב ב"ד על כך להתירה כדין האשה הנשאת ע"פ עד אחד שאע"פ שהעידו שני עדים מ"מ כיון שהיתר האשה ע"פ כמה סברות וקצתן אין להם מקום כ"א ע"פ עדות ע"א ואני נעשה סניף להנך תרי אריוותא דאורייתא גדולי הדור שהסכימו להתיר ואשר מן השמים הורוני אמרתי עם קני.

זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: כ ע"ד העגונה מרת פריבא אשת ר' יצחק חייט מפה, ק"ק ברעסטצקי אשר זה כמה שנים שיצא מפה ולא חזר והנה כעת נתוודע הדבר את המאורע אשר אירע עם ר' יצחק הנ"ל כפי הגב"ע. והנה זחלתי ואירא מחוות דעי בעניני עגונה מחמת חומר הנושא ועומק המושג וקוצר המשיג ובגידות הזמן לבב אנוש יחיל בקרבו אך מחמת שהשעה צריכה לכך שהעגונה היא מתושבי קהלתינו אמרתי לטפל בדבר מצוה לפתוח בכחה דהיתירא ומה' אשאל עזר כי יתן חכמה מפיו דעת ותבונה לבלתי אכשל בדבר הלכה וזה החלי בעזר החונן לאדם דעת: גרסינן ביבמות פרק האשה שלום דף קט"ו יצחק ריש גלותא כו' רבא אמר לא חיישינן וקי"ל כרבא וכתב הרמב"ם פי"ג מהלכות גירושין ה' ק"ד בא א' ואמר אמרו לי ב"ד אמור להם שמת יצחק בן מיכאל כו' הרי אשתו מותרת כו' ובהשגת הראב"ד כתב והוא שלא הוחזק שנים כ"מ כו' ע"ש וכתב המ"מ וז"ל ואני אומר שאף בהוחזקו אם ידוע שאחד קיים משיאין

אשתו של זה דהא ליכא למיחש לאחר דהא ידעי דחי הוא עכ"ל הביאו בשו"ת מהרי"ט ח"ב באה"ע שאלה ל' דף נ"ב וכתב עליו דלא ירד לסוף דעתו אם כוונתו לפרש שמעתתי' דיצחק בשהחזק אחר והוא קיים דהא לא אפשר דאם כן מ"ט דאביי דאמר חיישינן ולמאי איכא למיחש אם האחר קיים ואי דינא אתי לאשמועינן הא נמי פשיטא אלא הראב"ד לפרושי מילתא דהרמב"ם קאתי עכ"ל ולפענ"ד נראה לפרש כוונת המ"מ באופן אחר דפליג על הראב"ד והנה הראב"ד לשיטתו אזיל הביאו הרמב"ן בחמש שיטות בגיטין דף ק"ז דפירש ההיא דיצחק ר"ג אף על גב דבמקום שהשיירות מצויות הוה מ"מ ריש גלותא אינו אלא מבבל וכיון שלא הוחזק בעיר בבל שני יצחק ר"ג לא חיישינן אבל באיניש בעלמא בגט במקום שהשיירות מצויות חיישינן לעיר אחת ששמה כשם זו אע"פ שבאותה העיר לא הוחזקו שני יוסף בן שמעון ואין חוששין לשני יוסף ב"ש בעיר אחת אא"כ הוחזקו שאלמלא היו שם ב' מוחזקים היה ידוע והא דאמר מדבדקו רבנן מסורה ועד נהרדעי כו' לאו למימרא שבמקום שלא הוחזקו יהא צריך בדיקה אלא הוחזקו היו והוצרכו לבדוק כמה היו שם באותו השם ובאיזה ענין היה אם לחוש לכולם או אין לחוש כגון שיבואו עדים ויעידו לא חתמנו לזה מעולם או כאותו שאמרו שם גבן הוה בנהרדעא לפי זה ניחא הא דאמרינן חיישינן לשני שווירי ולא חיישינן לשני יוסף ב"ש באותו שווירי עכ"ל נמצא מצינו להראב"ד דס"ל דאם הוחזקו שניהם אזי חיישינן לחפש עוד אולי ימצאו עוד בשם זה ויש סמך לסברא זו מדברי הרשב"א בחידושיו וגיטין דף ק"ז ע"ב ד"ה הא דאמרינן דמפרש טעמא דרבה דס"ל תרתי שיירות מצויות והוחזקו דה"ט דכל שאנו רואין שיש אחד דשמו כשמו ושם עירו אנו חוששין שמא יש אחרים הרבה ומבני השיירא נפל עכ"ל וה"ה באותו העיר י"ל כן כיון דרואין דהוחזקו אף דידיעין דהשני הוא חי מ"מ צריכין חיפוש אולי ימצאו עוד אף דלא הוחזקו יותר ובלא הוחזקו אין צריך בדיקה היינו דווקא לא הוחזקו כלל אבל אם רק הוחזקו אף על פי דידיעין דהשני חי מ"מ צריכין חיפוש כנ"ל ולכן שפיר כתב הראב"ד לשיטתו והוא שלא הוחזקו כו' פירש דאם הוחזקו אף דידיעין דהשני חי אין מתירין בלא חיפוש כנ"ל והמ"מ חולק עליו וס"ל דאף בהוחזקו כיון דידיעין דהשני חי שוב הוה כלא הוחזקו ואין צריך עוד חיפוש כלל ולכן כתב ואני אומר שאף בהוחזקו אם ידוע שאחד קיים משיאין אשתו של זה כו' וכן מוכח בגמרא בעובדא דענן בר חייא י' עכ"ל ויפה כיון הלח"מ שם הלכה ק"ד דכתב דמה שהוצרך המ"מ לומר שזה מוכרח בגמ' משום דלא נימא כי בהוחזק דאיכא תרי ה"נ אפשר דאיכא אחר אף על גב דאנן לא ידעין לכן אמר דכשידענו דאחר קיים סגי עכ"ל הרי שדעתו לפרש בהמ"מ כמ"ש רק דהמ"מ מוכיח לעצמו דלא חיישינן לזה מדברי הגמרא דענן בר חייא כו' אבל הראב"ד חושש לזה באיכא רק תרי יב"ש אף שאחד חי חוששין שמא יש עוד כנ"ל ומפרש לשיטתו דברי הגמרא בגיטא דענן בר חייא דמיירי דבדקו רבנן מסורה ועד נהרדעי כו' היינו דבדקו כמה היו שם באותו שעה ובאיזה ענין היו כנ"ל היינו על ידי חיפוש אבל בלא חיפוש אין להתיר ולכן כתב הראב"ד והוא שלא הוחזקו אבל בהוחזקו אף שהשני חי מ"מ עכ"פ צריכין חיפוש אולי ימצאו עוד וגם צריכין לחפש עוד אם לא יצא משם מעולם איש אחד כשם של האיש בעל אשה זו על ידי זקנים וישישים אך לכאורה יקשה במאי דאמר רבא חיישינן דילמא בגמלא פרחא אזיל למה לא אמר חיישינן דילמא אזיל לעלמא מזמן

רב דאביי לא חייש לזה כמ"ש רש"י וז"ל ואביי לא חייש לדילמא אזיל לעלמא כו' אבל לרבא דמחמיר בהוחזקו וחייש לחששא רחוקה בגמלא פרחא או בקפיצה וטוב לו יותר לחוש דכיון דהוחזקו וצריכין חיפוש אולי ימצאו עוד אם כן יש לחוש דאף אם אין בנמצא עוד יותר כאן מ"מ דילמא היה כאן מזמן רב איש ששמו כשמו ואזיל ליה לעלמא זה זמן רב רק די"ל דאף על זה מועיל חיפוש דלא יצא מכאן איש כזה ע"י זקנים וישישי' לכן אמר רבא דחיישינן דילמא בגמלא פרחא אזיל פי' ואינו מועיל אף החיפוש מזמן רב: ובזה יש ליישב קושית מהרב"ל בשו"ת בח"א כלל א' שאלה ה' דמקשה על הריא"ז דכתב אם הזכירו שמו ושם עירו מפשפשינן באותו עיר אם לא יצא משם מ' ששמו כך תנשא אשתו ומקשה עליו מהתוספת' דאיתא דאין מעידין עד שמכירין שמו ושם עירו אבל אם אמרו אחד יצא מעיר פלוני מפשפשינן כו' נראה מהתוספת' דוקא כשלא הזכיר שמו הוא דמחפשינן אבל כשהזכיר שמו לא הוזכר בהתוספת' חיפוש עכ"ל ולפי מ"ש לעיל מתורץ קושייתו דז"ל הריא"ז עיין בש"ג בפרק האשה שהלכה וז"ל ואם אמרו העדים יוסף בן שמעון מת ולא ידענו מאיזה עיר היה אף ע"פ שלא ידענו יוסף ב"ש אחר בעיר הזאת חוששינן ליוסף ב"ש אחר בעולם ואין מתירין את אשתו ונראה בעיני שאם הזכירו שם עירו אף ע"פ שלא הזכירו שם אביו אם לא הוחזק אחר כיוצא באותו עיר כגון שהיה מיוחד בשמו מתירין את אשתו ואם לא היה מיוחד בשמו צריך להזכיר שמו ושם אביו ושם עירו ואם הזכיר שמו ושם עירו ולא הזכיר שם אביו דמפשפשינן באותו עיר כו' עכ"ל ולכאורה יקשה אמאי בהזכיר שמו ושם עירו ולא הזכיר שם אביו כתב דמפשפשינן באותו עיר אם לא יצא משם מי ששמו כך אלא הוא תנשא אשתו ואמאי לא כתב דאם השני חי מתירין את אשתו כמ"ש המ"מ הנ"ל וע"כ צ"ל כמ"ש הראב"ד הנ"ל ס"ל דאם רק הוחזקו שנים אף שהשני חי מ"מ צריכים חיפוש אולי ימצאו עוד שמה וגם אולי אזיל אחר לעלמא ששמו כך וצריך לחפש אם יצא משם איש ששמו כשם זה כיון דקי"ל כרבא דבהוחזקו חיישינן אפילו לחששא רחוקה לגמלא פרחא כו' מכ"ש לדילמא אזיל לי' לעלמא וצריך חיפוש ולכן כתב שפיר הריא"ז דצריך חיפוש כנ"ל: ובזה מתורץ קושית מהריב"ל דזה כוונת הריא"ז דמקודם איירי בהא דכתב ונראה בעיני שאם הזכירו שם עירו ושמו בלא שם אביו אם לא הוחזק אחר כיוצא בו כגון שהי' מיוחד בשמו מתירין את אשתו כיון דלא הוחזקו ואח"כ קאמר ואם לא הי' מיוחד בשמו פירוש דנמצא עוד איש ששמו כשמו צריכי' חיפוש פירו' ואינו מועיל בזה אם ידעינן דהשני חי והוא בביתו דכיון דהוחזקו דיש אנשים בעיר הזאת כשם הזה דלמא עוד היו אנשים כאן כשם הזה והלכו לעלמא ומאותן אנשים הוא המת ובעלה של זו חי עדיין לכן צריכים חיפוש אם לא יצא משם מי ששמו כך אבל בתוספת' מיירי דלא הוחזקו ולכן בשמו ושם עירו לבד מתירין את אשתו אבל הריא"ז כ' דינו בכה"ג דלא היה מיוחד בשמו פירש דהוחזקו ולכן שפיר כ' דצריכים חיפוש כנ"ל וכדעת הראב"ד הנ"ל: ובזה מתורץ קושית בעל ספר עצי ארזים בסימן י"ז ס"ק ע"ד דמקשה על הב"ש ס"ק נ"ט שכתב וז"ל בש"ג כתב דלכ"ע די אם הזכיר שם עירו אפילו אינו מזכיר שם אביו והיינו באינו מוחזק עוד באותו עיר יוסף ב"ש עכ"ל וכתב ע"ז בספר עצי ארזים והלשון אינו מדוקדק דמשמע בסתמא לא חיישינן לאיש אחר בזה השם בעיר הזאת וליתא שהרי כתב דמחפשינן דמשמע דבסתמא חיישינן להכי עד שיודע בבירור ע"י חיפוש ואם כוונת הב"ש למ"ש עוד בש"ג

בזה הלשון ונראה בעיני שאם הזכיר שם עירו אף ע"פ שלא הזכיר שם אביו אם לא הוחזק אחר כיוצא באותו העיר כגון שהיה מיוחד בשמו מתירין את אשתו כו' דמשמע מזה דמסתמא דהיינו לא הוחזקו לא חיישינן ז"א דאם כן הוי סותר רישא לסיפא דמצריך חיפוש אלא הא' מיירי בשם שאינו שכיח וכמ"ש כגון שהיה מיוחד בשמו כו' ע"ש עכ"ל ולפי מ"ש לעיל ניחא דשפיר מביא הב"ש בשם ריא"ז דלכ"ע די בשם עירו בלא הוחזקו והא דכתב הריא"ז דצריכים חיפוש כבר כתבנו לעיל דהיינו בהך גוונא דלא היה מיוחד בשמו והיינו דהוחזקו ולכן צריכים חיפוש כיון דהוחזקו אף דהשני חי מ"מ צריך לחפש עוד אולי ימצאו עוד וגם אולי יצא משם איש ששמו כן מזמן רב מחמת ריעותא דהוחזקו אבל בלא הוחזקו סגי בשם עירו לבד כמ"ש הב"ש ולא תקשה כלל רישא לסיפא כנ"ל: נבא לנ"ד דלפי דעת הב"ש בשם ריא"ז הנ"ל היה נראה להתיר בנ"ד כיון דאמר שמו ושם עירו רק דהב"ש מסיק ועיין בק"ע סימן שי"ד ושם כתב דבשם עירו משיאין את אשתו כשלא הוחזקו וה"ה על ידי בדיקות בני העיר משתרי ועיין בסימן ק"א דסיים דמ"מ לא אוכל להתיר א"א לעלמא בעדות שמו ושם עירו לחודא ועיין בסימן קכ"ט דמביא בשם ר"א מזרחי ושאר גאונים דמי הוא שיקל ראשו בדבר ערוה להתיר בשם עירו לבד.

רק לכאורה בנ"ד י"ל דהוי כשמו ושם אביו ושם עירו כיון דאמר דשמו יצחק חייט י"ל דשם אומנתו הוי כשם אביו ואף דכתב בשו"ת מהריב"ל חלק ג' סימן י"ח וז"ל עוד אומר אני דאפשר לומר דאפילו למאן דס"ל דסגי בשמו ושם אביו או בשמו וכינוי דקאמר הכי אבל בפלוני רצען או בפלוני הצורף או בפלוני הקונה שוורים לא אמרינן הכי ויש לחלק וקל להבין עכ"ל י"ל דדוקא בשאלה של מהריב"ל לא הוי פלוני הרצען כו' כשם אביו דשם לא הזכיר לא שמו ולא שם עירו רק הקונה שוורים אבל בשמו ושם עירו מצטרף שם אומנתו דהוא חייט והוי כשם אביו: ועיין בשו"ת מהר"א ששון שאלה י"א דמסיק שם וכתב ועוד י"ל דאפי' מה שנסתפק מהריב"ל בזה היינו בלא חיפוש אבל לענין חיפוש אימא די"ל שיועיל פלוני הרצען עם החיפוש עכ"ל ואם כן בנ"ד יש להתיר ע"י חיפוש עכ"פ דמה התם לא הגיד לא שמו ולא שם עירו מתיר על ידי חיפוש מכ"ש בשמו ושם עירו ושם אומנתו דמתירין על ידי חיפוש ומכ"ש בנ"ד עכ"פ מועיל שם אומנתו דליהוי כלא הוחזק תרי יצחק כיון דכל החבורה חייטים זקנים וישישים מעידים שלא היה כלל פה ק' שום חייט שהיה נקרא יצחק רק בעל האשה הזאת נמצא דאפילו להנך פוסקים דמתירין בחיפוש מזמן ארוך דדילמא מרוב הזמן נשכח הדבר כמ"ש בקונטרס עגונה דאיתתא של מהרח"ש בשם ר"א מזרחי מ"מ הרי שם מסיק הרא"ש דעכ"פ חיפוש כזה שמעולם לא נודע שיצא אחר שלא חזר כי אם זה סגי וה"ה בנ"ד שכל החייטים מעידים שלא היה בכאן כלל יצחק חייט כי אם זה הוי כמעידים שמעולם לא נודע שיצא אחר שלא חזר כי אם זה סגי: ועיין בשו"ת צ"צ סימן נ"ט דכתב וז"ל לכן אם אחר החיפוש לא ימצא שום חייט אחד שהיה דר בכאן שהלך ולא חזר כי אם זה אשתו מותרת נוסף לזה כבר כתב הרב רח"ש דבשמו ושם עירו וסימנים בינונים וגרועים מועיל להתיר וכן כתב בשו"ת גינת וורדים כלל ג' סימן ח' דבהזכיר שמו ושם האומנות עולה לשם אביו וגם כתב שם להוכיח מתשובת הרמב"ם הביאו מהר"ם אלשקר סי' ס"ז בשמו ושם עירו וסימנים גרועים דהיינו שהיה בינוני בקומה וזקני שחור

מתירין את אשתו ע"ש וכ"כ בשו"ת הרח"ש שאלה ו' וז"ל וראיה ממ"ש הרמב"ם על מי שהעיד ששמו כלף סימניו בינוני בקומה וזקנו שחור כו' יכולה להנשא בזאת לפי ששמו ושם מקומו עם אלו הסימנים מובהקים יספיקו בהודעתו לענין התרת עגונה ה"ה הכא דאמר שהיה משרת ע"ש כ"ש בנ"ד דמועיל הסימנים גרועים שהיו לו שטופלין סמוך לעיניו ושערות געל סמוך לזקן להצטרף דליהוי כשמו ושם אביו ושם עירו ומתירין את אשתו: ועיין בשו"ת ב"ח החדשות שאלה מ"ד ד"כ די"ל דזומר שפרענקליך במצח נגד החוטם מכוון הוי כסימן מובהק דהוי כמו דאמרינן דנקב בצד אות פלונית הוי סימן מובהק ה"ה בפאקין סמוך לעיניו ועיין בשו"ת מהר"ם מלובלין סי' נ"ז דכתב להתיר בשמו ושם עירו וסימנים גרועים דהיינו שטופלין ושערות זקנו מראה געל ע"י חיפוש ע"ש: עוד נראה להתיר ע"פ מ"ש בשו"ת מהר"י צהלון שאלה ל"ו בשני אחים הואיל שלא הוחזקו שני אחים בעיר אע"ג דשיירות מצויות ל"ה דלמא מעיר אחרת באו עכ"ל וא"כ ה"ה הכא לא הוחזק תרי יצחק חייטים לפי מה שהעידו כל החייטים שלא היה בשום פעם כאן שום יצחק חייט רק בעלה של זו האשה לכן יש להתיר אשתו להנשא דהוי כלא הוחזקו כנ"ל ובלא הוחזקו רק שיירות מצויות מתירין: עוד נראה לומר דכאן י"ל דהוי כאין שיירות מצויות דז"ל תשובות הרא"ש בשאלה דמכלף בן ממל ז"ל ועוד אומר אני דאיתתא דא שרי' לכ"ע כי נמצאו הרוגים ואין דרך הרוצחים לעמוד על אם הדרך אלא מוליכים אותם למקום יחוד והורגים אותם ואנו תולים אלו האנשים הלכו שמה והרגום ש"מ דלא מיקרי שיירות מצויות אלא במקום שהרבה בני אדם הולכים דרך שם וכן איתא ג"כ בגמ' דב"מ מי קתני שנמצא בב"ד כל מעשה ב"ד יחזיר קתני ולעולם דאשכח מאבראי וש"מ דבעיר שיש בה ב"ד הוי רק במקום עצמו שיושבים שם הב"ד כמו שיירות מצויות וחוז' לב"ד באותו עיר הוי כאין שיירות מצויות.

וה"ה הכא דאף דק"ק זיטאמר שיירות מצויות מ"מ למקום התפיסה ובית האסורים ל"ה שיירות מצויות וע' בשו"ת מהר"ם אלשיך סי' מ"ב דכתב דלא מיקרי שיירות מצויות אלא במקום שהכל באין בריבוי אבל במקום שדרך לבא שיירא של י' בני אדם בשבוע אחת כו' הא הכא בבית האסורים לא מיקרי שיירות מצויות: וגם יש לומר כמ"ש בתשובות נודע ביהודה שאלה מ"ב במומר א"צ שם אביו כיון דמאיר זה ידענו שהמיר דתו ל"ח לאחר שהמיר דתו ג"כ ושמו מאיר.

וכן י"ל כיון דזה האיש יצחק ידעינן בו שהוא גנב ואחזוקי אינשי בגנבי לא מחזיקינן כנ"ל וכיון דהאיש יצחק הנ"ל הדבר היה נשמע בין החיים שהוא נתפס לק"ק זיטאמר ואיש אחר מפה ק"ק לא שמענו שנתפס לק"ק זיטאמר א"כ יש להתיר. רק שלכאורה כיון דאין עדים מעידים על דבר ברור שיודעים בבירור שנתפס לק"ק זיטאמר רק הדבר נשמע בין החיים א"כ י"ל דהוי קול הברה בעלמא ואין משיאין את האשה ע"פ קול הברה וא"כ לא שייך לומר דכאן הוי כאין שיירות מצויות כיון דמת בתפיסה והלא לא ידעינן ע"פ עדים שזה הלך לזיטאמר וא"כ י"ל כמו שזה הלך למקום הזה כן גם אחר הלך רק די"ל דהנה איתא בשו"ת ת"ה שאלה רך"ב וז"ל מ"מ בקול בעלמ' ליכא מאן דאסיק אדעתיה דלא מוקמינן ליה בחזקת שהוא קיים עכ"ל ונראה לפרש הא דכ' הטעם דהוי מוקמינן ליה בחזקת חי כו' הוא משום דלכאורה בעדות נשים היה ראוי להתיר אפ"י ע"י קול כיון דכתבו התוס' בכתובות דף ק"ו ע"א ד"ה והאמר וז"ל שהרי העד גרוע

מן הקול אי לאו משום דמסייע ליה לבטל הקול שהרי הקול פוסל והעד אינו פוסל עכ"ל וא"כ כיון דבעדות עד א' מהימן מהראוי שגם על קול נסמוך להתיר.

רק מחמת החזקת חי מבטל הקול כמ"ש בת"ה הנ"ל. וא"כ כ"ז כשאנו באין להתיר ע"י הקול שפיר איכא חזקת חי נגד הקול אבל כאן בנ"ד עדים מעידים שבעת שנתפס יצחק חייט לק"ק זיטאמר היה כאן פה ק"ק הקול נשמע קלא דלא פסיק שנתפס לשם ואף שאינו רק קול בעלמא מהראוי לסמוך כיון דהוי רק גילוי מילתא בעלמא כמ"ש הרי"ף בהחולץ ואישתמודעינהו כו' והלכתא גילוי מילתא בעלמא הוא דמגלי דהדין איהו גבר פלן והא היא איתתה פלניתא וכיון דמודעי ליה הכי הרי אתחזיק גבי' בהאי סהדא מפומה דהאי קרוב או איתתא דההוא איהו פלניא והא איהי פלניתא הלכך שרי ליה לסהדא למסמך אפומייהו ולמיסתר עילויה דהאי גברא כו' בין לענין אסורא בין לענין ממונא עכ"ל וה"ה הכא הלא בעת שהי' הקול נשמע שנתפס לק"ק זיטאמר היה עדיין באמת חי והקול הזה לא היה נגד שום חזקה מהראוי שנאמין להקול כיון דבעת ההוא לא באנו להתיר ע"פ הקול וכיון דכבר אתחזק הקול לאמת אף שכעת נבוא להתיר האשה הוי רק גילוי מלתא בעלמא שהעדים מעידים שכעת ההוא היה הקול כזה קלא דלא פסיק וממילא מתירין האשה ע"פ העדים רק לענין הזה מועיל הקול שאיש הלזה נודע שהלך בדרך הזה ואחר לא נודע ובכה"ג מועיל ג"כ הקול כיון דליכא חזקת חי נגד הקול כנ"ל: ואף לפי מ"ש הריב"ש בשאלה פ"ב וז"ל ואני אומר שלפי לשון הרי"ף לא נראה שאין אשה וקרוב נאמנין לומר זה אחיו של פלוני כשמעידין כן בממון או באיסור בשעת מעשה כו' אלא שאם אמרו כן קודם מעשה שאין מעידין לא על ממון ולא על איסור הוחזק על פיהם ויכולים העדים או הדיינים המעידין על החליצה לומר בלשונם ואשתמודעינהו כו' כיון דכבר הוחזקו ע"פ אלו קודם מעשה עכ"ל וא"כ י"ל כאן הוי כבשעת מעשה: אך ז"א ע"פ מ"ש בשו"ת מהריב"ל שאלה מ"ט ח"ב לפרש דברי הריב"ש שכ' דמשמע מלשון הרי"ף דהיינו דאמאי איצטריך ליה להרי"ף לומר דמיירי דהעד או העדים הבאים לפנינו שמעו מפי קרוב או מפי האשה לימא דהקרוב או האשה הן שבאין להב"ד ומעידין דהאי פלניא אחוה דמיתנה אלא וודאי נראה דדוק' בכה"ג הוא דמהני עכ"ל והיינו משום כיון שאלו שמעו כבר מפי קרוב קודם המעשה שוב הוי רק גילוי מילתא כו' כנ"ל וה"ה הכא בנ"ד כיון דבשעה שהקול הי' יוצא הי' קודם המעשה כבר נתחזק הקול לקלא דלא פסק לקול אמת כיון שלא הי' בעת ההוא נגד החזקה ולכן מועיל הקול דליהוי כאלו העדים לפנינו שיודעים בו שנתפס לק"ק זיטאמר וא"כ אפי' לדעת הח"מ דמחמיר בהחזקת לחוד כאן י"ל דהוי כלא הוחזקו שנים הולכים מחמת קלא דלא פסיק הנ"ל שזה האיש הלך ושני אין יודעין שהלך וזה מיקרי לא הוחזקו לדעת הח"מ ע"ש א"כ יש להתיר את האשה הנ"ל ע"פ גב"ע הנ"ל: עוד נראה להתיר ע"פ העד ר' אברהם שהעיד עד מפי עד ששמו שלמה שיצחק הנ"ל מת בתפיסה.

והנה להיות שכפי המבואר בג"ע האיש שלמה מוחזק לגנב בקלא דלא פסיק וגם בעצמו הודה בפניו שהוא גנב. והנה לפי מה שמבואר בתשובות הרמ"א שאלה י"ב וז"ל עוד העיד א' ששמע מב"ה שלו שפלוני זה חשוד שגונב ע"פ דברים אלו נראה שפסולים הם לעדות מאחר שכבר הוחזקו לחשודין ואמרינן סוקלין על החזקה כו' ותו דהא גלוי לכל דאלו ב' עדים חשודים הם וניכרים לפוחזים וריקים לכל אדם ע"ג דלא ידעין בהו

שהם פסולין ממש מ"מ מאחר שהוחזקו בפי כל לפוחזים וריקים פסולין הם לעדות כזה וראיה מהא דכ' מהרא"י סי' רכ"ד וז"ל אך בתנאי זה אם ידוע למר שהועד העדים בלי רמי' הכי אינני מכיר את העד אם הוא מן הריקים והפוחזים דלא חיישי במידי לאסוהודי שיקרא כו' הרי דאפילו בעדות אשה כ' שאין לסמוך אעדות ריקים ופוחזים במקום דאיכא למיחש שמסוהדים שקר כ"ש בנ"ד עכ"ל: ולפ"ז לכאורה אין להתיר ע"פ עדות זה כיון שזה האיש שלמה מוחזק לפסול לעדות ואף לפי מ"ש הב"ח בשו"ת ח"א שאלה ע"ג וז"ל ואפשר להרמ"א שכתב דלא חיישינן שמא העד הראשון פסול היה מתשובה זו של מהרא"י למד להורות כך מדאיצטריך מהרא"י ז"ל דבעינן למידע שהועד העדות מפי העד השני בלא רמיא כו' ולא כתב ג"כ דבעינן נמי למידע דהעד הראשון העיד בתום וביושר בלי רמיה אלמא דלא חיישינן לעד הראשון שמא פסול היה מאחר שאינו לפנינו אלא מן הסתם מחזיקים אותו לעד כשר עכ"ל אלמא דעל עד הראשון אין לחוש דלמא פסול היה רק די"ל דכאן גרע מחמת שהוחזק ע"י קלא דל"פ משא"כ שם דלא איתרע כלל העד הראשון רק הנה לכאורה דברי הרמ"א בתשובותיו הנ"ל סתרו לדבריו שבהג"ה שכתב בח"מ סי' ל"ד סעיף כ"ה וכן אין נפסל ע"י קול וחשד בעלמא כגון מי שחשוד על עריות כו' ולכאורה יש לחלק דדוקא במי שחשוד על עריות אין נפסל ע"י הקול ע"פ מ"ש הר"ן בשם הרז"ה והראב"ד לפרש הא דאמר רב נחמן בסנהדרין דף כ"ו החשוד על עריות כשר לעדות היינו משום דלא עשה עבירה גמורה אלא יחוד שאע"פ שהוא אסור מן התורה אינו סבור לעשות עבירה כענין גנב ניסן וגנב תשרי ורב ששת אהדרי ארבעים בכתפיה וכשר שהרי עבירה גמורה הוא דמלקין על לא טובה השמועה ור"נ לא חייש לפירכיה וקי"ל כר"נ עכ"ל וא"כ שפיר כתב בהגה"ה בחשוד על עריות דכשר לעדות משום דסבור דאינו עושה עבירה משא"כ בתשובותיו בנידון גניבה שיודע כל איש שאסור לכן נפסל לעדות: ולכאורה בזה יש ליישב דברי הרשב"א שהביא הב"י מחו' ס"ג ואם יצא עליו קלא דל"פ אין מוסרין לו שבועה כו' דלא מפקינן ממונא אפומיה הביאו הסמ"ע ס"ק ס"א דרבינו ירוחם והרא"ש פ' ז"ב כתב דאפילו בקלא דל"פ כשר לעדות וזה דלא כהרשב"א עכ"ל ולפי מ"ש לעיל י"ל דהרשב"א מיירי בחשוד על השבועה לכן שפיר נפסל ע"י הקול משא"כ הרא"ש דמיירי בחשוד על עריות ואף שהרא"ש אינו מפרש כהר"ן בהא דחשוד מ"מ אף להרא"ש יש לחלק לפי שיטתו בין חשוד על ממון לחשוד על עריות דבעריות י"ל דיצרו תקפו ואע"ג דס"ל להרא"ש דה"ט דיצרו תקפו אינו מועיל להתיר בבעל ממש י"ל דדוקא בבעל לא מהני להכשירו משום דמ"מ הלא עבר על עבירה דאורייתא ונעשה רשע בודאי משא"כ בחשוד על עריות ומתייחד עמהם דע"כ צ"ל דלא מיירי באיסור יחוד גמור דא"כ פסול לעדות מחמת איסור יחוד אלאבודאי מיירי בענין דליכא איסור יחוד ומ"מ מלקין על לא טובה השמועה דקינאי וסתירה בסוטה היינו אפילו בלא איסור יחוד וכמ"ש הגאון מפפ"ד בספר המקנה בק"א בסי' מ"ב ולכן כשר לעדות רק באמת הסמ"ע כתב שפיר דזה דלא כהרשב"א משום דע"כ הרמ"א לא ס"ל לחלק בכך כיון שכתב בד"מ על דברי הרשב"א וצ"ע מהא דחשוד על עריות וש"מ דלא ס"ל לחלק בזה רק באמת תקשה על הרמ"א דכתב וצ"ע מהא דחשוד ודילמא שאני בחשוד על עריות דכשר או משום דיצרו תקפו כנ"ל או כמ"ש הר"ן דחשוד על עריות כשר דסבור שאינו עושה עבירה וע"כ צ"ל דס"ל להרמ"א דאין

לחלק בין ממון לעריות דאי משום דבעריות יצרו תקפו כבר דחה זאת הרא"ש בסנהדרין ואי משום סברת הר"ן דסבור היה שאינו עושה י"ל דס"ל להרמ"א דלא שייך לומר באיסור תורה סבור הייתי שאין זה עבירה וס"ל דיחוד אסור מן התורה ולכן לא ס"ל לומר שיכול להגיד סבור הייתי שאין זה איסור כיון שפשט איסורו בישראל שהוא עבירה עיין בח"מ סימן ל"ד סעיף כ"ד ועיין במ"ל פ"ד מהלכות מלוה ולוה מש"ש ולכן מקשה הד"מ מהא דחשוד על עריות דכשר לעדות על הרשב"א דכתב דקול פוסל לעדות: והנה בספר עצי ארזים כתב דהרשב"א מיירי בקלא דל"פ ורב נחמן דאמר דחשוד על עריות דכשר מיירי בקלא דפסק ותמהני עליו דאם כן היאך אמר רב ששת ארבעים בכתפיה הלא אין מלקין רק על קלא דל"פ וכמ"ש גם הרמב"ם בפרק כ"ד מהלכות סנהדרין ועיין בשו"ת מהר"מ מלבלון שאלה פ"א דכתב וז"ל ואין להסתפק בזה אם יש לפסלו מחמת שיצא עליו אז הקול בכל הקהלה שגנב או כפר באותו הפקדון וגם בסבת זה נתגרש מתוך הקהלה הוי כמו קול דאתחזיק בבי דינא דחוששין לו לענין דין פנויה שיצא עליה קול שנתקדשה כו' דדבר פשוט הוא דכיון דנתברר אחר כך שלפי ענין המעשה שהיה לא נפסל לעדות מן הדין כו' פשוט הוא שחוזר להכשירו הראשון עכ"ל וכתב עוד דמ"ש הרשב"א ואם יצא עליו קלא דל"פ אין מוציאין ממון בעדותו מיירי באיסור ערוה ויצא עליו עדי כיעור וקלא דל"פ וכו' כדין הנטען על האשה דפ"ב דיבמות שע"פ אותן העדים היה הדין דמפקינן האשה מהנטען כיוצא בו יצא הקול על איזה עד הבא להעיד וס"ל להרשב"א דהדין נותן שכיון שמספיק אותו עדות לאפוקי איתתא מהנטען כ"ש שמספיק שאין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון אפומיה דס"ל להרשב"א דזה הוי כמו שהעידו עליו שבא על הערוה שהוא פסול לעדות לדעת כל הפוסקים עכ"ל ועיין בתשובת מ"ב סימן נ"א ותמהני שהלא הרשב"א ס"ל בנטען על האשה שאף בקלא דל"פ לחוד בלא עדי כיעור תצא מהנטען וכמ"ש בשמו הרב"י בא"ע סימן י"א וא"כ ה"ה בעד החשוד סגי בקלא דל"פ לחוד בלא עידי כיעור לשיטת הרשב"א הנ"ל: והנה לפי מה שכתב לעיל מוכח דהרמ"א אינו מחלק בין חשד עריות לחשד שאר עבירות מדכתב על דברי הרשב"א הנ"ל בד"מ וצ"ע מהא דחשוד כו' וגם מדסתם דבריו בהג"ה וכתב דאין אדם נפסל על ידי הקול ואף דכתב כגון בחשוד על עריות כוונתו להורות הדין דאף דכשר לכל עדות אבל פסול לעדות נשים אבל לעולם אפילו בשאר עבירות כשר בחשוד אבל נראה ליישב דברי הג"ה שלא יהיו סותרים דבריו שבתשובה דהנה הטעם דאין אדם נפסל ע"י הקול הוא מחמת שכל ישראל בחזקת כשרים הם לכן בהאי גוונא שכתב רמ"א שאינו נפסל על ידי קול היינו שהיה מוחזק בחזקת כשרות רק שאח"כ נעשה חשוד ובכה"ג שפיר כתב דאינו נפסל ע"י קול כי מוקמינן ליה בחזקת כשר אבל בהא דכתב רמ"א בתשובה דניכרים לריקים ופוחזים היינו אנשים כאלו שהמה עמי הארץ וכל עמי הארץ בחזקת שהוא פסול עד שיוחזק שהולך בדרך הישר כדאיתא בח"מ סימן ל"ד סעיף י"ז ואם כן לאנשים כאלו לא היה להם חזקת כשרות כלל והמה נפסלים ע"י קלא דל"פ כנ"ל וכן הוא כוונת מהרא"י סימן רכ"ד ואף שאינם פסולין רק מדרבנן מ"מ כבר יצאו מחזקת כשרות: ולפ"ז בגווני דנ"ד לכאורה יש להתיר האשה ע"פ העד הנ"ל שאף שיצא עליו קלא דלא פסיק יש להעמידו בחזקת כשרות וא"ל שהוא הוא מאנשים ריקים ופוחזים כה"ג שכתב רמ"א ומהרא"י הנ"ל שלא היה חזקת כשרות

דמנין לנו לומר כן ואדרבא הרמ"א כ' דאין לחוש שמא העד הראשון פסול היה ואף גם בנ"ד תלינן שעד עתה שיצא עליו הקול היה בחזקת כשרות תמיד ושוב אין לחוש לקלא דל"פ: אבל לפי מה שהעיד עליו העד ר' אברהם שהאיש שלמה בעצמו הודה שהוא גנב ואע"פ שאין אדם משים עצמו רשע כבר כתב בכה"ג בח"מ סימן ל"ד דהיכא דאיכא הוכחה לזה נאמן לפסול את עצמו וכאן אע"פ שזה שישב בבית האסורים אין הוכחה כ"כ די"ל דהיה רק חולק עם הגנב דאינו פסול לעדות או בעלילה באו עליו אבל י"ל כאן דאיכא ג"כ עליו קלא דל"פ שמוחזק לגנב אם כן נהי דהקלא דל"פ לחוד אין מוציאו מחזקת כשרות כנ"ל מ"מ הא הודה בעצמו ויש הוכחה לדבריו הקלא דל"פ לפסול לעדות ואין להתיר דהוי מסיח לפי תומו כיון דבסוף דבריו הוא להתיר בא כיון שמזכיר את האשה וכמ"ש בק"ע בשם מהרשד"ם סי' שמ"ח: אבל נראה לומר דאין לפסול העדות ויש להתיר האשה על פי העד הלז דכיון דעל פיסול העד שלמה אין שני עדים רק העד ר' אברהם ופלגינן דיבורא ואינו נאמן לפסול העד שלמה הנ"ל ולעד כשר מחזיקינן ליה וה"ל עד מפי עד שמעיד שמת ואף שאינו מזכיר שם אביו אבל כיון שמזכיר שמו ושם עירו ושם אשתו ושם חמיו הוי כאלו הזכיר שם אביו כמו דאיתא בשו"ת הרבה דשם חמיו ושם אשתו עכ"פ הוי כשם אביו: עוד נראה לי לפי מ"ש בשו"ת מ"ב סימן נ"א שאין לחוש לקלא דל"פ גם כאן בנ"ד אף שהעד בעצמו הודה שהוא גנב ויש לצרף הודאתו עם הקלא דל"פ דליהוי כאלו יש הוכחה שאומר אמת ובכה"ג אדם עושה עצמו רשע כמ"ש הכנה"ג הנ"ל מ"מ יש להוכיח דבכה"ג דאדם מודה בעצמו ועד מעיד עליו גם כן לפוסלו אינו נפסל בכך מהא דכתובות באומרים העדים אנוסים היינו מחמת ממון דאמרינן דאין אדם משים עצמו רשע ואף שכל א' מהעדים מודה בעצמו על רשעתו ומסתמא מעיד על חבירו שעשה מעשה רשע מ"מ לא מהימני וש"מ דאף במודה מעצמו ועד מסייעו מ"מ אינו נפסל בכך ואין זה נחשב להוכחה לדבריו דליהוי מהימן רק אין אדם משים את עצמו רשע ומחמת הודאתו אינו מהימן וגם מחמת העד האחד אינו נאמן לפסלו כנ"ל: גם עיין שם בשו"ת מ"ב הנ"ל דמירי ג"כ שהעד הודה לבסוף שעשה הגניבה ומ"מ מכשירו ע"ש.

והנה לכאורה היה אפשר לומר דאף דכתב הרמ"א בסימן י"ז סעיף ה' דאין לחוש שמא הראשון פסול היה היינו דוקא שהעד אינו אומר ששמע מפסול משא"כ בעד שאומר ששמע מפסול דאורייתא עכ"פ צריכים לברר הדבר אולי אמת הדבר ששמע מפסול דאורייתא ולפי זה בנ"ד צריכים לברר הדבר אם האיש שלמה אינו פסול לעדות מחמת עבירה מדאורייתא ע"פ עדים כשרים ובפרט לפי מ"ש הח"מ ס"ק י"ז דכל עד מפי עד צריכה האשה לחקור היטב ע"ש רק די"ל דע"כ מוכח דאף בכה"ג א"צ בירור מהא דאיתא בכתובות דף ק"ו בתוס' בד"ה והאמר ר' יוחנן כו' וז"ל שהרי העד גרוע מן הקול עכ"ל עיין שם במהרש"א דמפר' דהוכחתם מדלא מוקמינן דאתא עד אחד ואמר דהוא בן גרושה כו' ולמה מוקי ביצא עליו קול ע"ש והנה רש"י מפרש שם ד"ה ואחתנייה מן הכהונה עד שיבדקו הדבר שמעלה הוא לכהונה עכ"ל הרי מה דאמרינן ואחתנייה הוא רק לברר הדבר וכן איתא גם כן בספר ש"מ שם וא"כ הרי אפילו לענין יוחסין לא מוקי הגמרא דבא עד אחד ואמר שהוא בן גרושה כו' בכדי שנחתנייה עד שיבורר הדבר מחמת שאין עירעור פחות משנים אף שמעלה עשו ביוחסין ומכ"ש לענין עדות שאינו מועיל

עד אחד לפסול את העד שנצטרך לברר הדבר אלא אדרבא אפילו בירור אין צריכים כי אין עד אחד פוסל והא דכתב הב"ש ס"ק דשואלין אותו שמא שמע ממי שאינו ראוי להעיד היינו שאנחנו נדע הדבר שהאיש שאומר בשמו אינו ראוי להעיד אבל לא בכה"ג שהעד אומר שהעד שמע ממנו הוא פסול ע"פ קלא דלא פסיק דא"צ אפי' לברר אפי' במקום שאפשר לברר וסמכי' אחזקה דכל ישראל בחזקת כשרים המה ויש להתיר האשה ע"פ העד הנ"ל ואין לחוש דילמא יש עוד בעולם עיר ששמה ברססטצקי כיון דלא הוחזק וכמ"ש בשו"ת צ"צ סימן נ"ח ובשאר מקומות.

סוף דבר שלפענ"ד האשה מרת פריבה בת מוה"ר מאיר חייט חונה פ"ק מותרת להנשא לעלמא ובלבד שיסכימו עמי ה"ה הרב הגאון המפורסם מוה"ר מאיר אב"ד ור"מ דק"ק בראד והקרייז ואחי הגדול הגאון מוה"ר זלמן מרגליות נ"י המה יתנו עידיהן ויצדיקו הדברים אם ייטב בעיניהם להתיר הן מטעמא דידי או מטעמא אחרינא אזי גם אני סניף להתיר דברי צעיר הק' חיים מרדכי מרגליות מבראד חונה פ"ק ברעסטצקי יע"א: תשובה לאחי הגאון האב"ד דק"ק ברעסטצקי וכעת אב"ד דק"ק דובנא וק"ק הנ"ל כא שאלה על דברת העגונה מרת פריבא מק"ק ברעסטצקי אשר יושבת בדודה ושוממה ימים רבים היתה כאלמנה ואחי הגאון נ"י שלח ידו בתשובתו הרמתה והערה את מקור הדין מדברי הש"ס והפוסקים ובעוצם ידו ורב חילו מצא פתח תקוה להתירה מכבלי העיגון והסכים על ידו בהיתרה כבוד מחו' מופת הדור הגאב"ד דפ"ק יצ"ו ושמו פניהם עלי להיות ידי עמהם ואף כי הקיפוני חבילי טרדין בטרדא דמצוה נזדרזתי להיות נטפל לאותה מצוה אפס כעת לא אעלה כי אם הנוגע לעיקר הדין ועסק פלפול אשר יש לי את אחי תשמיט עד יקילו ימי הטרדא ויבואו ימי חפץ וזה החלי בעזה"י: תשובה מתחלה אדון בדבר ההיתר שיש להתיר ע"פ עדות ר' אברהם שהעיד מפי עד ששמו שלמה שעדות זו הוא כדאי להתיר מחמתו בלבד אלא שפסולו בגופו כפי המבואר בג"ע שזה האי' שלמה מוחזק לגנב בקלא דלא פסיק וגם בעצמו הודה בפניו שהוא גנב והנה כבר כתב בזה כבוד אחי הרב הנ"ל נ"י וגם האב"ד דפ"ק נ"י צידד להיתרא בזה ואענה אף אני חלקי: הנה עיקרא דהא מלתא בסנהדרין דף כ"ו החשוד על העריות לא אמרן אלא לאפוקי ופירש"י לאפוקי לומר מת בעלה או גירשה דניחא ליה לשויא פנויה דשכיחא ליה כו' מבואר מזה דאף לעד מיתה פסול אבל באה"ע סימן מ"ב בהג"ה כתב החשוד על העריות אע"פ שאין עדים שבא על הערוה רק שחשוד בעלמא פסול לעדות אשה בין לענין קידושין בין לענין גירושין משמע מלשון זה דלעד מיתה נאמן וכבר העיר בזה הח"מ שם ס"ק ט"ו אך לענ"ד נראה דדברי הרמ"א אין סותרין לדברי רש"י דרש"י לטעמיה אזיל שמפרש דמיירי בבא על הערוה ממש וכשר לשאר עדות משום דבעינן רשע חמס ולעדות אשה לאפוקה כיון דניחא ליה למשוי פנויה הו"ל כרשע דחמס ופסול אף מדאורייתא והלכך אף להעיד שמת בעלה לא מהימן דהא קי"ל גזלן דאורייתא פסול לעדות אשה ולשיטת רש"י היכא שהוא חשוד מחמת קול בעלמא י"ל דלא מיפסל כלל אף ברשע דחמס משא"כ הרמ"א דקאי בשיטת המפורשים דר"נ מיירי דחשוד ע"י קול בעלמא ובכה"ג עכ"פ אין מקום לפוסלו מדאורייתא הלכך אין לפוסלו רק לקידושין וגירושין אבל לעידי מיתה כשר דלא גרע מעבד ושפחה כמ"ש בח"מ שם איברא דמ"ש הח"מ דלא גרע מעבד ושפחה י"ל דאזיל לטעמיה בסימן י"ז ס"ק צ"ו שכתב דאפשר

ישראל בעל עבירה ממש גרע מעבד אף שהוא ג"כ בחזקת בעל עבירה ולפ"ז י"ל דדוקא
בבעל עבירה ממש משא"כ בזה דמחמת הקול לא מפסיל לפי שהוא מוחזק לפרוץ
בעריות והרי גם עבד מוחזק בעבירות ואפ"ה כשר לעד מיתה משא"כ לפמ"ש הב"ש
דהך דעבד מיירי בידוע שהוא כשר א"כ אין ראיה משם ואדרבה לכאורה יש ראיה
דמוחזק בעל עבירה מדאורייתא פסול לעד מיתה מיהו איכא לדחוי דעבד שאני
כדאמרין בהמוכר פירות גבי נמצא גנב או קביוסטוס כולהו הכי איתנייהו והוי כמו
חזקה גמורה משא"כ היכא דליכא אלא קול בעלמא אבל עכ"פ אין ראיה מעבד לכאן
דהתם מיירי בידוע שהוא כשר: אך נראה דמצד הסברא נמי אין לפסול חשוד בעלמא
לפמ"ש הח"מ והב"ש שם דאינו פסול רק מדרבנן וא"כ הא קי"ל דפסול בעבירה דרבנן
כשר לעד מיתה ואף שיש לחלק דדוקא היכא דגוף העבירה היא רק מדרבנן משא"כ
בזה שאע"פ שמצד הקול לבד א"א לפוסלו מדאורייתא מ"מ אי חיישינן לקלא הרי הקול
מבשר ואומר שזה עבר על עבירה דאורייתא ופסול אף לעד מיתה אך אין נראה לחלק
בכך דהא סתמא אמרינן דפסולין דרבנן כשרים לעדות מיתה וגם חשוד זה אע"פ שהקול
יוצא עליו שעבר עבירה דאורייתא מ"מ כיון שא"א לפוסלו כ"א מדרבנן שפיר כשר
לעד מיתה לפ"ז דברי הח"מ צ"ע דמדברי רש"י אין ראיה כדכתיבנא דמפרק בא על
הערוה ממש ואפשר שהח"מ שכתב להוכיח מדברי רש"י היינו לפמ"ש התוספות
בסנהדרין דף ט' ד"ה לרצונו רשע הוא שבקונטרס פירש הך דחשיד על העריות לאו
דאיכא סהדי שבא על הערוה אלא שהוא גס בערוה ומתיחד עמהם כו' ואף ע"פ שמדברי
רש"י שלפנינו אין נראה כן וכמ"ש הרא"ש מ"מ ע"כ כך היה גירסת התוספות ברש"י
ואפ"ה כתב רש"י לאפוקי היינו להעיד שמת בעלה אך לענ"ד לפ"ז באמת צריך לישב
דהא מלתא טעמא בעי דמה"ת לפסול חשוד בעלמא כיון דאין פסולו מדרבנן ואפשר
לומר לפמ"ש הב"י בח"מ סימן ל"ד הטעם דפסול לעדות אשה משום דהחשוד לאותו
דבר לא דנו ולא מעידו וזה ג"כ דעת הח"מ והב"ש שכתבו דבחשוד בעלמא אין לפסול
רק מדרבנן דליכא מפורש בתורה רק מי שהוא חשוד לאותו דבר א"כ י"ל דגם לענין
עד מיתה נמי לא מהימן ודוקא פסול לעבירה אחרת מדרבנן כשר לעדות מיתה משא"כ
בחשוד לאותו דבר גופיה דאינו מעיד מכ"ש דא"ש לפמ"ש הש"ך ביו"ד סימן קי"ט ס"ק
י"ח דבאמת לא קי"ל כר"מ בהא דחשוד לאותו דבר אלא טעמא דפסול לעדות אשה
משום שהוא נוגע בדבר דניחא ליה דתהוי פנויה כו' ע"ש והאי טעמא שייך אף לענין
עדות מיתה העולה ממ"ש דאין מקום לפסול חשוד בעלמא להיות עד מיתה כ"א מטעמא
דהוה חשוד לאותו דבר או משום דהוי נוגע בעדות וא"כ בנ"ד דאינו חשוד על העריות
רק חשוד על הגניבה אע"ג שאם יש עדות שגנב היא פסול דאורייתא מ"מ השתא דליכא
כ"א קלא בעלמא דאין כאן רק פסול דרבנן ואינו חשוד לאותו דבר וגם אין כאן נגיעה
בעדות שפיר כשר לעד מיתה אליבא דכ"ע ואע"פ שכתב הרמ"ה בהג"ה סעיף וא"ו
ריקים ופוחזים הממירים שחזרו בתשובה אך לא בתשובה גמורה אין לסמוך על עדותן
אם לא במסל"ת או בידוע שהעידו בלא רמי' ועיקול כו' פשיטא דהיא דנ"ד ל"ד להתם
שכבר יצאו מחזקת כשרותן ע"י המרה ומחמת זה הם מוחזקים חשודים על עריות ועל
כל עבירות שבתורה עד שיתברר שעשו תשובה גמורה וגם בלא"ה התם מיירי מאותן
שהם ריקים ופוחזין עד דחשדינן להו בהאי מלתא גופא להעיד שקר כמבואר מלשון

מהרא"י שכתב כי איננו מכיר את העד אם הוא מן הריקים והפוחזים דלא חשידי במידי לאסהודי שקרא כו' ופשיטא דבכה"ג אין לסמוך על עדותן שהרי לפי ראות עיני ב"ד הם חשודים לאותו דבר משא"כ במוחזק בעבירה א' דרך חשד לבד שפיר מועיל עדותן וזה מבואר ג"כ ממ"ש מהרא"י שאם ידוע שהעידו בלא רמאות ועיקל מהני ובאמת בפסול מחמת עבירה דאורייתא הדבר ברור שאין לחלק בכך כדמוכח מההיא דהרגתיו כו' דאי לא פלגינן דיבורא לא תנשא אשתו אע"פ שנראין הדברים דקושטא קאמר וע"כ לחלק דדוקא בפסול מחמת שבודאי עשה עבירה משא"כ בהנך ריקים ופוחזים אע"פ שהם מוחזקים בעבירות כיון שהיה עדותן בלא רמיה ועיקול שאז אזדא ליה הך חששא שכתב דלא חיישי מידי כו' שפיר מהימני וא"כ ק"ו הדברים בחשוד על עבירה א' שאין להחזיקו בפסול דאורייתא וגם בכאן עכ"פ לא גרע מהך דריקים ופוחזים המעידים בלא רמיה ועיקול דכיון שזה האי' שלמה לא בא לב"ד להעיד רק דרך הילוכו עם זה העד ר' אברהם סיפר לו הענין ואע"פ שאין זה מסל"ת כיון שאמר שמתכוין להתיר מ"מ עכ"פ אין מקום לתלות שבא במרמה כי לא יחרוך רמיהצידו בענין זה וכבר כתב מהרא"י שהכל לפי ענין העד ולפי ראות עיני הדיין אך באמת בנ"ד א"צ להיות שופט למראה עינים כיון דאינו חשוד לאותו דבר כלל וכמ"ש בח"מ סי' ל"ד: ולפמ"ש א"ש מ"ש הב"י בשם תשו' הרשב"א ואם יצא עליו קלא דלא פסק אין חוששין לו (ונראה שתיבת אין הוא ט"ס וצ"ל חוששין לו) ואין מוסרין לו שבועה ואין מוציאין ממון בעדותו כו' ובד"מ שם כתב ע"ז שצ"ע מהך דחשוד על העריות ולא מפסיל משום קול וגם בסמ"ע כתב דהרא"ש ורי"ו כתב דלא כרשב"א ולענ"ד אין כאן מחלוקת דהתם מיירי הרשב"א שיצא עליו קלא דלא פסיק שעבר על השבועה וחשוד לשבע בשקר וכיון שהקול הוא אותו דבר עצמו שפיר מהני ביה לפוסלו לשבועה ועדות ממון כמו חשוד על העריות ע"י קלא דלא פסק שנפסל לעדות אשה וכשר לשאר עדיות שבתורה והיינו דכתב הרשב"א ואע"פ שבחזקת כשר היה ואין פוסלין אותו בקלא בעלמא מ"מ מיחש חיישינן ליה ור"ל דאע"ג דאין מוציאין אותו מחזקת כשרותו לפוסלו מחמת הקול לכל עדיות דעלמא מ"מ חיישינן ליה לפוסלו לאותו דבר שיצא עליו הקול שחשוד והיינו שבועה והוצאת ממון ע"י עדותו: ובהכי א"ש ג"כ ממ"ש הרשב"א ואם חשוד על שבועת ממון אף לעדות פסול מדתניא בפרק ז"ב כו' ואוקימנא בשבועת ממון דהוי רשע דחמס והב"י תמה ע"ז דהא קי"ל דלא בעינן רשע דחמס ולענ"ד נראה דלשון הרשב"א בזה נדרש לאחריו וגם מ"ש ואם חשוד על שבועת ממון כו' ואין ר"ל בעינן שנעשה חשוד גמור ע"פ עדות אלא עיקר מילתיה בקלא דלא פסיק מיירי רק דהרשב"א בא לומר דשבועה ועדות חדא מלתא הוא וע"ז מייתי מפרק ז"ב מועל בשבועת ממון פסלוהו גם לעדות משום רשע דחמס דחיישינן שיעיד שקר בשביל הנאת ממון כמו שנשבע לשקר בשביל הנאת ממון ולכן אם יצא עליו קלא דלא פסיק שמעל בשבועת ממון הוא נפסל לעדות ג"כ אע"ג דלשאר עדות אין הקול פוסל מ"מ לעדות ממון הוא נפסל דמיקרי חשוד לאותו דבר ולפי"ז מ"ש דפליגי אהרשב"א ז"א דאדרבה סייעתא איכא מהתם דהא קי"ל חשוד בעלמא על העריות פסול לעדות אשה משום שחשוד לאותו דבר והא דלא מייתי הרשב"א מהך דחשוד לעריות משום דאיכא לדחויי כפי' הרי"ף ורש"י שבא על הערוה ממש ולכך מייתי מהא דמפקינן מנטען כו' וגם איכא לדחויי דהתם טעמא משום דכיון שחשוד על

העריות הו"ל לענין עדות אשה נוגע בדבר וכמש"ל בשם הש"ך י"ד סימן קי"ט משא"כ בעדות שיוציא אחר ממון בעדותו אין זה בכלל נוגע בעדות ואע"פ שי"ל שמעיד בשביל שלקח שוחד נקי מ"מ ל"ש לקרותו בשביל זה נוגע בעדותו רק חשוד לאותו דבר משא"כ בחשוד על העריות שפיר הוי נוגע בעדות כו' ולכך מייתי הרשב"א מנטען דחיישינן לקלא וה"נ יש לחוש להא מלתא גופא שלא למסור לו שבועה כו': וכאשר כתבתי מוכח מדברי המ"ב בתשו' סי' נ"א באחד שחתום על גיטין ויצא עליו קול גניבה והבי' מההיא דחשוד על העריות כשר לעדות והאריך בזה ולכאורה היא ראייה לסתור דהא מבואר שם דמודה ר"נ בעדות אשה שפסול וא"כ איך נוכל להכשיר גיטין אילו שחתם עליהם אך פשוט שז"א דדוקא בחשוד על העריות נאמרו הדברים כיון דחשיד לאותו דבר או מצד נגיעה משא"כ בחשוד על הגניבה לא נחשד להתיר א"א לעלמא רק שזה תלוי אם קול מהני ביה לפסולא בשאר עדיות משום דהו"ל רשע ועכ"פ פסול מדרבנן ולזה מייתי מהך דר"נ דכשר לכל עדות שבתורה והיינו דמשום חשד בעלמא לא מפסיל אפילו לעדות גירושין דבעינן עדות גמורה וא"כ ק"ו לעדות מיתה דאקילו משום עגונה אפי' פסול דרבנן ואפי' עבד ושפחה דפשיטא דאין לפוסלו משום חשד מחמת קול לבד שוב ראיתי בספר המקנה שכתב ג"כ דבחשוד בעלמא דלא מפסיל אלא מדרבנן כשר לעד מיתה אף לרב ששת ואין מקום לפוסלו רק משום חשוד לאותו דבר ע"ש שמוכיה מזה דרש"י מפרש בבא על הערוה ממש ומה שיש לפלפל בדבריו לא עת האסף פה: ועוד נלענ"ד דאין כאן מקום לפוסלו משום חשד שהרי בתוספת דף ט' כתבו בשם הקונטרס דמיירי שהוא גס בעריות ומתיחד עמהם והאי דקאמר ארבעים בכתפיה היינו משום דמלקינן על היחוד של כל העריות חוץ מא"א משום לא טובה השמועה נגעו בה אלמא כל שיש עדים שנתיחד עמה מלקין אותו מכות מרדות מגזרת ב"ד של דוד ולפי דברי רש"י והתוספת דשבת דף י"ג משמע דאפי' מה"ת אסור וכ"מ מדברי הרמב"ם בפ"ה מה' קידושין שכתב ואין מלקין א"א על היחוד כו' אמנם העיקר שהוא אצלנו במה שאמרו מלקין על לא טובה השמועה אין הפרש בזה בין פנויה או א"א או זכור או שאר עריות עד שרבתה השמועה רעה על שניהם שזינו כו' הרי מבואר דשני מילי נינהו: אך בדף כ"ו כתבו התוספת דמיירי בחשוד בעלמא בלא עדות דאין כאן רק שמועה כו' אך הרא"ש ארכביה אתרי ריכשי שכתב החשוד על העריות שהוא רגיל וגס בעריות ומתיחד עמהם וסני שומעניה וארבעים בכתפי' דמלקין על היחוד של כל העריות חוץ מא"א ומלקין על לא טובה השמועה דלא פסיק שהעם מעבירים עליו קול כו' עכ"ל וזה תימא דתרי גוונא מלקות ל"ל וראיתי בנימוקי יוסף שכתב וז"ל והאחרונים כתבו הנכון כמ"ש הרז"ה דהיינו מי שעסקיו עם הנשים תמיד מתיחד עמהם והא דא"ל ר"ש ארבעים בכתפיה וכשר לאו דאית ביה מלקות מדאורייתא דהא לית ביה לאו מפורש דמכי יסיתך אחיך בן אמך נפקא אלא משום דמלקין על לא טובה השמועה כו' ע"ש מבואר מזה דס"ל דהא דמלקין על היחוד היינו מחמת מלקות דלא טובה השמועה וכדמשמע מהתוספת דף וזה צ"ע.

גם צ"ע כיון דיחוד אסור מדאורייתא לשיטת רש"י ותוספת בשבת וכן דעת הטור א"כ מאי טעמא דר"נ דמכשר ליה ולפי דעת הרמב"ם ודעימיה דיחוד דרבנן י"ל כמ"ש מהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"ג דאיכא דעות דלפסול דרבנן בעינן חימוד ממון דוקא ורשע

דחמס ועיין במ"ל הל' מלוה אבל למאן דס"ל דאסור מה"ת צ"ע: וראיתי בס' המקנה שכתב דמיירי בענין שאין יחוד גמור ע"ש ואין זה במשמע מדברי התוספת והרא"ש שהביאו ע"ז הא דמלקין על היחוד כו' גם מ"ש דקמ"ל אע"ג דקינוי וסתירה בודאי כו' הוא תמוה דמה ענין קינוי וסתירה לכאן ועיקר הרבותא דאע"ג דארבעים בכתפי' כו' ובחידושי הר"ן כתב דר"נ מכשיר משום שאינו עושה עבירה גמורה אלא יחוד שאע"פ שהוא אסור מה"ת אינו סבור לעשות עבירה כענין גנב ניסן וגנב תשרי ורב ששת אהדרי' ארבעים בכתפיה וכשר שהרי עבירה גמורה היא ודמלקין על לא טובה השמועה ור"נ לא חש לפרכי' וקי"ל כר"נ עכ"ל מבואר ג"כ מדבריו דמלקות דלא טובה השמועה היא באה על היחוד ומ"מ זה א"ש לפמ"ש הר"ן שם דחשוד היינו שמתייחד עמהם אבל לפמ"ש הרא"ש דסני שומעניה ונפיק עליה קלא דלא פסיק ג"כ מלבד היחוד קשה דתרי ל"ל ופשיטא דלא מסתבר לומר דלא לקי על היחוד לבד אם אין שם קלא דלא פסיק דלא משמע הכי בש"ס ופוסקים ונראה דשפיר כתבו דנפיק עליה קלא דלא פסיק דאל"כ מאי האי דקאמר ומודה ר"נ דפסול לעדות אשה משום דניחא ליה בהכי ואם נימא דביחוד בלבד מיירי ומשום דאינו סבור לעשות עבירה א"כ גם לעדות אשה יש להכשירו דמאין הרגלים לומר שהוא חשוד לדבר ערוה לכך הוצרכו לפרש דמיירי שחושדין אותו והקול הולך וחזק וכדמשמע לישנא דהחשוד על העריות ומ"מ בשביל קול לחוד לא מצינן למפסלי' ולכך כתבו שרגיל בעריות ומתייחד עמהם ואע"פ שמחמת היחוד אין נפסל או מטעם שכתב הר"ן או כמ"ש בס' המקנה דאינו יחוד גמור מ"מ בצירוף הקול שפיר היה מקום לפוסלו דהוה כמו עידי כיעור וקלא דלא פסיק דמוציאין עי"ז ואפ"ה אמר ר"נ דלשאר עדיות כשר רק לעדות אשה פסול ורב ששת ס"ל דאף לשאר עדיות פסול בכה"ג משום דארבעים בכתפי' ור"נ לא חש ליה דהא היחוד אינו עבירה גמורה ומשום קול ליכא למפסליה כ"א לעדות אשה פסול משום דעכ"פ חשוד הוא לאותו דבר או דהוה כנוגע משום דניחא ליה כו'.

ולפי"ז נראה פשוט דהא שכתבו המפרשים דמיירי שרגיל בעריות ומתייחד עמהם מיירי שיש ע"ז עדות גמור ודברי התוס' שבדף ט' ובדף ק"ו הם לאחדים בידינו דמ"ש בדף כ"ו דמיירי בחשוד בעלמא בלא עדים היינו שאין עדים שבא על הערוה אבל מ"מ הי' שם יחוד כמ"ש התוס' בדף ט' וגם שמועה לא טובה וכמבואר בהרא"ש וכן מבואר מלשון הטור החשוד על העריות שרגיל עם עריות ומתייחד עמהם וקול יוצא שפורץ בהם וכ"כ בפסקי הרא"ש מבואר מלשון זה שהיחוד הוא בירור גמור והקול נשמע על הפריצות ובכה"ג יש מקום לפוסלו לעדות אשה עכ"פ דהוה כמו עידי כיעור וקלא דלא פסק משא"כ היכא דליכא אלא קלא לבד אין לפוסלו ולהוציאו מחזקת כשרותו כלל: ובזה א"ש מ"ש בד"מ על הרשב"א שצ"ע דבחשוד על העריות דלא נפסל משום קול וכתבתי לעיל דלכאורה לק"מ דהא הרשב"א מיירי שחשוד על השבועה גופה ובכה"ג שפיר מפסיל משום קול כמו דחשוד על העריות דחשוד לעדות אשה ולפום מה דכתיבנ' א"ש דהא דפסול לעדות אשה ג"כ לא נפסל בקול לבד רק בצירוף עדות שמתייחד עם עריות דזה דמי לדבר מכוער וקלא דלא פסק דמפקינן מנטען אבל מחמת קול לחוד אפי' לעדות אשה הוי מכשרינן ליה אף שהוא חשוד להא מלתא וא"כ ה"ה בחשוד על השבועה שלא נפסל משום הקול לבד והרשב"א בתשובה דמייתי ראייה דקלא דל"פ חוששין לו

מדמפקינן אתתא מנטען בדבר מכוער וקלא דלא פסיק ולכאורה י"ל דשאני התם דאיכא נמי עידי כיעור וצ"ל דהרשב"א ס"ל כיון דהתם אפי' כנס יוציא א"כ מוכח דעכ"פ קלא דלא פסיק מלתא הוא לחוש עליה ואע"ג דלא מפקינן אתתא מבעלה בהא לחוד עכ"פ מועיל לענין שיש לחוש שלא למסור לו שבועה ומכ"ש שלא להוציא ממון על פיו שע"י הקול הורע חזקת כשרותו: וראיתי בדברי אחי הרב הה"ג נ"י שהביא בשם אא"ז הגאון מהר"מ מלובלין דהרשב"א מיירי שיצא הקול ע"י העד כגוונה דנטען כו' והוא דוחק לפרש כן בלשון הרשב"א אך מה שתמה אחי הרב דהא הרשב"א סובר דבקלא דל"פ לחוד מוציאין מנטען כמ"ש הב"י באה"ע סי' י"א לק"מ לפי המבואר בתשו' הרשב"א סי' תקצ"ו דכיון שעמד וכנס חיזק את הקול ואין לך עידי דבר מכוער יותר מזה שעמד וכנס אחר ששמע הבריות מרננים אחריו וכן מבואר בתשו' הרשב"א שהביא הב"י ססי' י"ז ומי שהביא ראיה לאוסרם עליו מהנטען כו' ראיה נכונה הוא שזה שכנסה וקידשה והיא יושבת בחדר יותר הוא מדבר מכוער וקלא דלא פסיק וקרוב הוא לעידי טומאה כו' ע"ש וגם כי הרשב"א בתשו' סי' תקצ"ו לא הכריע כן בהחלט רק כתב יש מהגדולים כו' וקרובים דבריהם להיות כן ע"ש ולכך כתב בתשובה זו שהביא ב"י בח"מ מלתא דפסיק' אליבא דכ"ע דמפקינן מנטען בדבר מכוער (מדומה כצ"ל ור"ל דבר שיש בו חשד ויותר נראה להגיה דבר מכוער) וקלא דל"פ מרע חזקת כשרות וכדכתיבנא אך כ"ז לאותו דבר עצמו כגון התם שהוא חשוד על השבועה אבל למלתא אחריתא ומכ"ש להיות עד מיתה שהקילו מפי עבד ושפחה וגזלן דבריהם ולא פסלינן רק גזלן דאוריית' ולפמ"ש רש"י בד"ה דף ד"ד הטעם לפי שהוא חציף לעבור עבירה בפרהסיא א"כ כאן אע"פ שהוא מפורסם בגנב מ"מ הרי לא נתברר בעדים שגנב רק שיש קול שהוא מוחזק בגנב וזה אפשר ע"י שנמצא בידו איזה גניבה ומי יודע אולי יכול להתנצל שקנה אותם מאחר שגנב אותם וכל כיוצא בזה ודרכן של בני אדם להחזיק מי שנמצא ת"י כלים של אחרים שהוא גנבם אבל מ"מ א"א לפוסלו מדינא וגם שמא נתחזק הקול ע"י אויבים דאפקוה לקלא וכן הגאב"ד נ"י ואחי הרב ה"ה נ"י כתבו עוד איזה צדדים ולא רציתי להאריך בזה: ונראה עוד אפי' מאן דס"ל לפסוק בהך דחשוד על העריות כרב ששת דפסול לכל עדיות מ"מ מודה בנ"ד דכשר דהא ר"ש טעמיה משום ארבעים בכתפיה ונראה דוקא גבי עריות דמלקין על קלא דלא פסק משום לא טובה השמועה אבל בדבר עבירה אחרת נראה דלא לקי אף דאיכא קלא דל"פ כמש"ל מדברי הרמב"ם בפה"מ וגם בפכ"ד מהל' סנהדרין כתב יש לב"ד להלקות למי ששמועתו רעה והעם מרננין עליו שהוא עובר על עריות והוא שיהיה קול שאינו פוסק ולא יהיה לו אויבים ידועים כו' וכן רש"י במגילה דף ד"ה גבי סני שומעני' היינו שחשוד על עריות וכן במ"ק דף דקאמר ההי' צורבא מרבנן דסני שומעני' כו' טרקיה אאמתי' ופי' התוס' מדה כנגד מדה ע"ש וכן מוכח מהכא גופיה לפי מה שפירשו שהחשוד על עריות היינו ע"י קלא דל"פ א"כ מ"ש חשוד על העריות דנקיט הו"ל למנקט חשוד על אחד מהעבירות שבתורה אע"כ דבזה ליכא רבותה דחשוד על עבירה אחרת ליכא מלקות ולהכי נקט על העריות אע"ג דארבעים בכתפי' משום לא טובה השמועה אפ"ה מכשיר ר"נ (וצ"ע בריטב"א ובלשון פסקי הרא"ש דמשמע קצת דגם בעבירה אחרת איכא מלקות אך מל' שאר פוסקים לא משמע כן) וכן נראה דההיא לא טובה השמועה גבי עלי אתמר דהתם בחשוד עריות מיירי כדכתיב אשר

ישכבון את הנשים ואע"ג דדרשינן מתוך ששהו את קניהן מעלה הכתוב כאילו שכבום מ"מ השמועה אשר העבירו עם ד' הי' חשוד לעריות ואפשר שזה בא ע"י ששהו את קניהם וכ"מ משו"ת הרי"ף סי' ש"ג מי שיצא עליו ש"ר שחלל שבת או עבר עבירה כו' ואם שמע מהחרם והודה חייב מלקות או מכות מרדות א"ד אין חייב כלום כו' תשובה אין מן הדין להשביע אדם אם עבר אם לאו ואלא כשיתברר בב"ד שעשאה משביעין אותו שלא ישנה כו' משמע דאין מלקין על השמועה לבד.

ולפי"ז בחשוד על גניבה וכיוצא כיון דליכא ארבעים בכתפיה גם רב ששת מודה דכשר וגם בלא"ה קי"ל דבגגיבה אין חיוב מלקות שהוא לאו שניתן לתשלומין רק מ"מ פסול לעדות משום רשע דחמס וזה דוקא בגנב ע"פ עדים משא"כ בחשוד בלבד כיון דעכ"פ לומר ארבעים בכתפי' אין מקום לפוסלו ובפרט לפמ"ש הרז"ה בס' המאור לפרש הא דר"ש דקאמר ארבעים בכתפי' היינו כיון שאתה מחייבו מלקות יאמרו בא על הערוה כשר מבואר דבלא הך חששא גם ר"ש מודה דכשר אפי' מדרבנן ומכ"ש לעדות מיתה דאפי' אי פסלת ליה מדרבנן מ"מ כשר לעד מיתה ומעתה אע"פ שדעת גאון שהביא הרי"ף לפסוק כר"ש וכן דעת הרז"ה והב"י כתב דמשמע שכן דעת הרמב"ם מ"מ מודה בנ"ד כדכתיבנא וגם כי בלא"ה כתב הב"י בב"ה שם דמשמע שדעת הרמב"ם לפרש הך דחשוד על העריות כפי' הרי"ף דהיינו שבא על הערוה ממש: אך באמת אני תמה על הב"ה בזה שנראה שהרמב"ם יש לו דרך אחר בפירושא דהך מלתא וזה מבואר ממ"ש הרמב"ם פי"ט מהל' סנהדרין הקרב אל העריות בדרך מרדכי הזנות אע"פ שלא גילה ערוה וזהו החשוד על העריות עכ"ל מבואר דמפרש דברי ר"נ דמיירי שעושה דרך קריבה וחייב מלקות ע"ז מלא תקרבו לגלות ערוה ולדידיה צ"ל בטעמא דר"נ דס"ל דכשר לפי שסובר בדעתו שאין זה איסור וכדרך שכתב הר"ן ז"ל לפי דרכו וס"ל לפסוק כר"ש שהרי כללא כייל בפ"י מהא עדות איזה רשע כל שעבר עבירה שיש בו מלקות כו' וכבר מצינו כל עבירה שחייבין עליה מלקות עכ"ל וא"כ גבי חשוד על עריות ע"י קריבה שמנה אותה במנין המלקות בכלל זה,; שוב מצאתי מפורש בפ"ד מהל' אבל כתב הרמב"ם כל הבא על הערוה כו' או שחיבק ונשק כו' שנאמר לא תעשו מכל חוקות התועבות ונאמר לא תקרבו כו' העושה דבר מחוקים אלו הרי הוא חשוד על העריות כו' וכתב ה"ה שם רבינו סובר שמ"ש בסנהדרין חשוד על העריות ארבעים בכתפיה שהוא המחבק והמנשק ולכך אמרו החשוד כו' ויש בו פי' אחר עכ"ל ונפלאתי שלא הזכירו המפורשים פי' הרמב"ם והטור בסי' ה' העתיק ל' הרמב"ם ולא הזכיר מזה בהלכות עדות.

ואמנם גם לפירוש הרמב"ם מ"מ בקול בעלמא שאין כאן מלקות דאורייתא רק משום לא טובה השמועה משמע ודאי דלא מפסיל אפי' לשאר עדות מכ"ש לעד מיתה דלא מפסיל לכ"ע ואין להאריך: ונלענ"ד ברור דודאי לא מהני קול לפסול לעדות ולהוציא אדם מחזקת כשרות שהרי בכתובות דף ה' גבי הא דאמרין ונפיק עליה קלא דבן גרושה הוא ואחתינין פירש"י ואחתינין מן הכהונה ומעלה הוא בכהונה אלמא דבעלמא אין קול מועיל להוציא מחזקתו ופשוט דהתם מיירי אפי' בקלא דלא פסיק דאי בקלא דפסיק פשיטא דלא מחתינין ליה ואפי' משום מעלה לכהונה כיון שהקול נפסק א"ו דבקלא דל"פ הוא וכן מבואר יותר בדברי הרשב"ם בב"ב ע"ש וכן מבואר ממ"ש הרז"ה גבי

ההיא דג' שישבו לקיים את השטר וקרא ערעור על א' מהם כו' דההי' עובד' דינאי המלך קול יוצא על אמו קודם שנולד כו' משא"כ בערעו' דגזלנותא שהוא פסול הבא לו לאחר מכאן כו' והרמב"ן במלחמות שם כתב דזה אינו נכון דההי' קלא לא מפקיה לי' מחזקתיה כדאמרינן עדים בצד אסתן תיאסר ועוד דבההיא דכתיבנא לעיל איכא עליו קלא דבן גרושה וב"ח הוא ואפ"ה מוקמינן ליה אחזקתיה דאבהתיה ה"נ אי איכא לאוקמי אחזקה דכשרות משום קלא לא מפקינן לה מההי' חזקה כו' הרי מבואר דקול לא מהני לאפוקי מחזקת כשרות רק לתרומה משום מעלה ואף ע"פ שהתוס' שם כתבו דקול עדיף מע"א דהא ע"א אינו פוסל והקול פוסל נראה שגם הם אין ר"ל שפוסל פסול גמור רק משום מעלה לבד שהרי הר"ן הביא גם כן דברי התוס' שכתבו דפחות משנים לאו דוקא שהרי הקול יכול לפסול ולאפוקי ע"א אתא ואפ"ה כתב דברי רש"י שמעלה הוא בתרומה להורידו עד שיבדקו הדבר ועיין בריטב"א שם שכתב יש מי שפירש דקול המוחזק בב"ד הוי מש"ה חשו לקול ההי' ואחתינן ורש"י פ"א קול בעלמא וכן פירשו בתוס' והא דאחתינן לאו הורדה גמורה דכל קלא דלא אתחזק בב"ד לאו קלא הוא אלא לומר שחוששין לו כו' דלא אתחזק שעה א' בכהן כשר מן הרחם יצא הוא ושוברו עמו ולפיכך חששו לו כו' ע"ש הרי מבואר בשם התוס' דבכה"ג אין חוששין כלל ואף דהתם חוששין היינו לפי שפסולו ממעי אמו: אך לכאורה צ"ע מדברי התוס' בד"ה ואסקינן שכתבו דאע"ג דבגיטין גבי גרושה לכהן אמרינן דלא מבטלינן קלא כו' ולכאורה מאי קושיא דלמא שאני התם דהוי קלא דאתחזק בב"ד הלכך לא מבטלינן ליה ואפשר דס"ל דכיון דעכ"פ חששו לקול משום מעלה דתרומה יש לנו להחשיבו כקול דאתחזק גם לענין זה שלא לבטלו אך דאפילו נאמר דהתוס' שלפנינו סברו דהכא מיירי בקול גמור דאיתחזק בב"ד והורדה גמורה היא מ"מ אין זה ענין לקלא דלא פסיק שאינו רק קול הברה אלא דלא פסיק יומא ופלגא מה שא"כ קול דאיתחזק בב"ד שהוא כההיא דגיטין שנרות דולקות כו' או בשנים ששמעו משנים והוחזק בבית דין וכמבואר בגיטין אבל קול בעלמא דלא פסיק ודאי דהוא גרוע אף מע"א ואין חוששין לו כלל ועיין בר"ן דקידושין דף יו"ד גבי והא איכא סהדא באידית כו' דמבואר שם דדוקא דפשטה ידה וקיבלה קידושין אלא דהוי ספיקא אם יש ש"פ חיישינן אף לקלא דלא איתחזק משא"כ היכא שהיא בחזקת פנויה ויצאה שמה בעיר מקודשת אין מועיל קלא דלא איתחזק להוציא אותה מחזקת פנויה ע"ש ואף לפי מ"ש מהרי"ק סימן פ"ז דהיכא דאיכא חזקה טובה לא צריך לאתחזק בב"ד ע"ש ובסימן מ"ו נראה פשוט דהיינו דוקא כגוונא דהתם שעמד הקול זמן ארוך כל שנה ויותר והיינו דמייתי עלה מהא דמלקין על החזקות אבל קלא בעלמא בעינן שיתחזק בב"ד כמבואר שם (ובאמת צ"ע על מהרי"ק דבנידון דידיה, דודאי נתקדשה אלא שאומרים שנתקדשה בפני פסולי עדים אף דלא איתחזק בב"ד יש לחוש כמ"ש הר"ן והריטב"א גבי והא איכא עדים באידית ואפשר לחלק דש"ה דאיכא עדים עכ"פ על הקידושין משא"כ כאן שאין כאן עדים לפנינו כלל או אפשר דמהרי"ק חולק ע"ז) ובנ"ד נראה שאין לדמותו כלל להא דמלקין על החזקות דהא רק קול חשד הוי וצריך לאתחזק בב"ד ועיין בכתובות דף כ' גבי והא איכא סהדא במדי דפי' התוס' הא יצא הקול שיש עדים במדי כו' והריטב"א שם כתב דה"ק והא איכא קלא דלא פסיק כו' וא"ל דהשתא מיהת ליתנייהו כו' כלומר דאפי' הוי קלא דל"פ ל"ח ליה הכא גבי שבויה כו' עד וי"ל דאדרבה חזקה דמנוולי כו'

כ"כ גדולה עד שראוי לומר דהאי קלא דשקרא הוא אע"ג דאיתחזק בב"ד עכ"ל הנה פתח בקלא דל"פ וסיים ואע"ג דאיתחזק בב"ד וגם הב"י סימן ז' הביא בשם הריטב"א דאע"ג דאיתחזק בב"ד והב"ש שם תמה ע"ז ואמנם לולי דמסתפ"י להג"ה ה"א שיש חסרון בספרי הריטב"א וצ"ל ואע"ג דלא פסיק כיון דלא אתחזק בב"ד שהרי כך מבואר בהריטב"א בקידושין דף י"ב שכתב וז"ל ואייתי ראייה מעובדא דבנתיה דמר שמואל כו' לא חששו לקול דאמרי הוי עדי טומאה כיון דלא איתחזק כו' איכא למימר דחזקה זו דמנוולא כו' גדולה כ"כ דאית לן לאורעי קלא כיון דלא איתחזק לקלא וקלא דשקרא כו' עיין שם הרי מבואר כמו שכתבתי ואמנם בשיטה מקובצת בכתובות העתיק דברי הריטב"א כלומר דאפילו קלא בב"ד ל"ח כו' וגם סיום דברי הריטב"א אע"ג דאיתחזק בב"ד כמו שהוא בריטב"א שלפנינו: ולפ"ז יהיה הריטב"א סותר דברי עצמו בקידושין ולא מסתבר כלל דהא הוא מראה מקום למ"ש בקידושין הלכך נראה להגיה כמ"ש ולפי שאינו מעניינינו קצרתי דבאמת בלא"ה ל"ד נ"ד דהתם דעכ"פ הקול הוא שיש עדים ע"ז משא"כ כאן שאין הקול רק שהוא מוחזק בכך ואין זה רק חשוד ע"פ קול דברים לבד נראה ברור שאין להוציא מחזקת כשרותו ואע"פ שי"ל דל"ש לדין חזקת כשרות אדם שאין ידוע לנו מי הוא מ"מ נראה דבעד מיתה דמהני עד מפי עד ואין חוששין שמא הראשון פסול היה ובשביל קול אין לנו לפוסלו דהוה כאילו עומד ומעיד בפנינו דל"ה פסלינן ליה משום קלא אף שלא ידענו אותו מקודם בחזקת כשרות דהא גם לפי הקול מסתמא לא נולד פסולי ממעי אמו רק שהוא מוחזק לגנב בפי הבריות וזהו ע"י החשדות איזה ענינים בכה"ג שפיר מחזיקינן ליה בכשרות ותלינן דקלא דשקרא הוא או ע"י איזה אמתלא וכדאמרינן בסוף גיטין יצא עליה קול שהיא בעולה אין חוששין לה לאוסרה על כה"ג דלמא פריצותא בעלמא הוא דחזו לה וגם כי מדברי הרמב"ן משמע דבכל גוונא מוקמינן ליה בחזקת כשרות כמ"ש בשיטה מקובצת בשמו בכתובות דף כ"ג וז"ל ולא תימא ה"מ במוחזק לן דבחזקת כשר אבל גברא דלא ידעינן ליה לא דכל ישראל בחזקת כשרות ולא בחזקת גזלנים עכ"ל א"כ מה לי שהוא לפנינו ולא אתחזיק בכשרות או שאינו לפנינו כיון דהוי חזקה מכח רובא דרוב ישראל כשרים הם ואין להוציא מחזקת כשרותו ע"י קול בלבד דאף בחשוד להך מלתא גופא לא נפסל בקול בעלמא: וקצת יש ראייה מהא דאמרינן בכתובות דף כ"ג אי ערעור דגזלנותא תרי ותרי נינהו ולפי דברי הרשב"א בתשובה דיש מקום לפוסלו ע"י קול בעלמא א"כ הוי מצי לאוקמי שהערעור ע"י קול ורוצים הנך להעד שהקול שקר ומשחתמו אין מעידין דנוגעין בעדותן נינהו ואע"פ שי"ל דבכה"ג גילוי מלתא בעלמא הוא לבדוק אחר הקול אם הוא אמת או לא מ"מ לא הול"ל אי ערעור דפגם משפחה גילוי מלתא בעלמא הוא דהל"ל הא מלתא בערעור דגזלנותא ע"י קול ויש ליישב בדוחק ואין להאריך כי לענ"ד עכ"פ אין מקום לפסול אף לדעת הרשב"א כ"א בגוונא דכתיבנא שהוא חשוד להך מלתא גופא אבל לדבר שאינו חשוד עליו ל"מ קול להוציא מחזקת כשרותו (ועיין באה"ע סי' ע"ז בקיצור פסקי דינים מהב"ח דמשמע שם דבעדותו של ע"א עדיף מקול בעלמא): והנה כבוד אחי הרב העיר בדבר לפמ"ש בגב"ע שגם האיש שלמה הודה בפנינו שהוא גנב אף דקי"ל שאין אדם מע"ר מ"מ לפמ"ש בכנה"ג סי' ל"ד דאי איכא הוכחה לדבר אדם מע"ר והרי כאן איכא הוכחה כיון שזה העד ר' אברהם העיד ששמע שמוחזק לגנב בפי הבריות ומה

שצידד אחי הרב דכיון שר' אברהם אינו רק ע"א א"נ לפסול העד שלמה ופלגינן דיבוריה אין זה מספיק דודאי אם בא העד שמעיד לפנינו ואמר ששמע מפי גזלן דאורייתא שפלוגי מת שאין זה מועיל להתיר דנאמן במיגו שזה שאמר לו גזלן היה במיגו דאי בעי שתיק ולא אמר מידי וגם כיון שאין עדותו על מי שידוע לנו ל"ש לומר שא"נ לפוסלו כיון דטובא גנבי איכא בשוקא: וכ"כ הש"ך בח"מ סימן מ"ו גבי מצאו כתוב בשטר דל"ש לא חשיד לזיפא ע"ש אע"ג דודאי ישראל כתבו מ"מ כיון דלא ידעינן מי הבע"ד ושכיחי ריקים ופוחזים טובא דחשידי על כל עבירות וה"נ דכוותיה ויותר נראה דאף אם הוא מעיד ששמע מאחד ואין אנו מכירין אותו וע"א מעיד שזה שהוא אומר שממנו שמע הוא פסול מהימן לפוסלו כיון דטובא פסולין איכא בעלמא רק שאם מעיד סתם א"כ אין לחוש שמא שמע מפסול כיון דרובא כשרים נינהו לעדות זו ואמרינן דהאי דשמע ממנו מרוב הכשרים הוא אבל כשיש ע"א שמעיד על האומר הראשון שהוא פסול וליתא קמן מהימן כמ"ש הפ"י בקידושין גבי בא א' ואמר אני קדשתיהדיכא דע"א מברר המיעוט מתוך הרוב נאמן ומה"ט טבח נאמן במקולין שהרוב טרפה כו' ע"ש וה"נ כיון דאיכא רוב כשרים ומיעוט פסולין נאמן ע"א לברר ולומר שזה האומר היה מן מיעוט הפסולין ומכ"ש בזה שהוא גופיה אומר שפסול דמהימן דהפה שהתיר כו'.

אך לענ"ד אין להחמיר בשבייה דאפשר דמהר"מ מלמד לא אמרה אלא לסניף בעלמא כפי מה שהיה מהצורך לענינו לצדד להחמיר או להקל אבל לא מעיקר הדין שהרי קי"ל אפילו היכא דאית ליה מיגו אין אדם מע"ר ואין לך הוכחה גדולה מזו והדבר מבואר בשו"ת אא"ז מהר"מ מלובלין סימן פ"א היכא דאיכא אומדנות המוכיחות אין נפסל ע"פ עצמו והביא ראיה מהא דפלוגי רבעני לרצוני דיש ע"א עמו שמעיד ע"ז והוא בעצמו מודה ואין לך אומדנות גדולות מזה שנרבע לרצונו וגם דבר זר הוא לפלוג דיבורו אפ"ה אין נפסל ע"פ עצמו ונהרג הרובע ע"ש שכתב להכשיר העד אף לענין גיטין ומכ"ש בעד מיתה ובמקום עיגון וכדאי הוא אא"ז מהר"מ מלובלין לסמוך עליו אף שלא בשעת הדחק והוא מפורסם טפי מהפוסק שהביא הכנה"ג וגם שי"ל שאף הוא לא אמרה אלא לסניף כמש"ל והגם כי מ"ש אא"ז מהר"מ ראיה מפלוגי רבעני וכתב דעד אחר מצטרף עמו אין זה הוכחה כ"כ דאפשר שהעד אינו יודע רק שפלוגי רבע לזה אבל אינו מעיד שזה נרבע לרצונו וא"כ מה שאומר לרצונו אינו רק מפי עצמו לבד וכן הוא דעת הראב"ן שהביא במרדכי פ' חזקת הבתים ועיין בס' דברי אמת דף ל' מ"מ שאר הפוסקים חולקים על הראב"ן כמבואר מתשובת הרשב"א וגם דשפיר כתב שדבר זר הוא למפלג דיבוריה כו': ועוד נלענ"ד ראיה דבנ אין אדם מע"ר דהא ביבמות דף כ"ד אמרינן והתניא אמרו לו מעשה בלסטין א' שיצא ליהרג כו' אמרו לה לאשת שמעון אני הרגתי את בעלה כו' והשיאו את אשתו כו' ולכאורה קשיא דלרבנן מי ניחא דנהי דנימא פלגינן דיבוריה והוה כאומר שאחר הרגו מ"מ הא בלא"ה פסול לעדות שהרי הוא לסטים ויוצא ליהרג ופסול דאורייתא הוא: והנה הרשב"א ז"ל עמד בזה וכתב דמסתברא דלאו לר' יהודה בלחוד קא מקשה אלא בין רבנן ובין לר' יהודה קשיא ליה ותלמודא מקשה הכי אליבא דכ"ע דהא רשע דאורייתא פסול אפי' לרבנן לרב מנשה דקי"ל כוותיה אלא ודאי לכ"ע קשיא ליה ואליבא דכולהו משני דנתפס ע"י לסטיות ובב"ד של א"ה קאמר עכ"ל ולפ"ז קשה דאכתי לרבנן מי ניחא דהא אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה שנתפס על ידי לסטיות

ויצא ליהרג ואע"ג דב"ד של א"ה לא דייקי מ"מ אומדנא גדולה הוי לצרף אותה להודאות פיו ואפ"ה השיאו את אשתו משום דפלגינן דבוריה דאין אדם מע"ר והדבר ברור בטעמו דכיון דטעמא דאין מע"ר הוא מטעם דאדם קרוב אצל עצמו וקרוב פסול אפילו כמה אומדנות לא יועילו להכשיר עדות קרוב ולכן נלענ"ד דגם הכנה"ג בשם מהר"מ מלמד לא קאמר שיהיה מועיל הודאתו בצירוף הוכחה להיות פסול דאורי"ל אלא עכ"פ מדרבנן יש לפוסלו היכא שצריך עדות גמורה ואם כן כאן בעדות מיתה דפסול דרבנן מהימן שפיר מהני עדותו אף בכה"ג ולכן נלענ"ד שעדות זה הוא מספיק להתיר אשה זו: עוד נראה שיש להתיר ע"פ העדות שהוגבה בק"ק זיטאמיר אע"פ שלא נזכר שם אביו הרי רוב הפוסקים מתירין בשמו ושם עירו לחוד וכמה תשו' אחרונים סמכו ע"ז במקום עיגון וגם הרא"מ כתב שנוטה יותר דלא בעינן שם אביו ואע"פ שכתב מ"מ לא אוכל להתיר כו' איהו גופיה כתב דע"י חיפוש יש להתיר אע"ג דאישתהי טובא כמ"ש בק"ע סעיף ק"ד ואע"ג שכתב דבסעיף ק' לא כתב כן וכ"כ מהריב"ל ח"ג הביאו בק"ע סעיף ע"ט מ"מ הרי כתב שם שנ"ל שהנכון כפסק השני וגם כי לענ"ד נראה שאין הפוסקים סותרים דדוקא בלא הזכיר שמו כלל רק אמר יהודי שממקום פלוני מחמיר שמא נשכח זכרו משא"כ כשמזכיר שמו לא חיישינן להכי דא"א שהיה חסר מעים זה איש אחד ששמו כך כיון שמחפשין בעיר על איש ששמו כך ודאי דבני העיר הוו רמו אנפשייהו ומדכרי ודמי להא דיצא עמנו כו' דג"כ לא חיישינן לשכחה כיון דעכ"פ אינו זמן רב שראוי לחוש לשכחה ומזה האיש היציאה עשתה רושם והיה נזכרים ממנו והיכא דמזכיר שמו להא דמיא ואין חוששין שמאיזה זמן רב שיצא עד כי ברוב השנים נשכח זכרו ואבד שמו דז"א דודאי השם גורם שירגישו הכלל ויעורר כח הזכרון כאשר החו' מעיד ע"ז ואצ"ל בנ"ד שמעיד שאמר שהוא חייט ויש לו אשה בק"ק ברעסטצקי בודאי מועיל חיפוש בזה ואין לחוש שמא יצא אחד זה זמן רב דהא הני נשי איתנייהו בזכירה ואם חייט אחר היה שם ונשארה האשה גלמודה אין ספק שהיתה מעוררת לויתן והיה נודע הדבר ובפרט בין בעלי אומנותו אם לא שניחוש שמא האשה ג"כ יצאה משם זה שנים רבות אלא שהבעל היה סובר שאשתו עדיין שם במקום שהניחה ולכך אמר שיש לו אשה שם פשיטא דכולי האי ליכא למיחש שיצא משם חייט ששמו יצחק ונשכח זכרו מעיר הזאת אח"כ יצאה האשה ג"כ ונשכח זכרה ג"כ נראה דגם הרא"מ מודה דלשכחה כה"ג לא חיישינן כלל וגם כיון שהזכירו תארו שסמוך לעיניו היה לו שטופלין ושערותיו שחורים רק בתוך הזקן סמוך לפה היה לו שערות געל וידוע שבעל אשה זו תארו כך א"כ י"ל דנהי שאין סימן זה מספיק להתיר מ"מ בצירוף שמו ושם עירו יש להתיר וגדולה מזו כתב בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן י"ז בשם הרמב"ם בתשובה שאלה באחד שהעידו שמו ושם מקומו והיה בינוני הקומה וזקנו שחור וכתב שיכולה להנשא באלו העדיות לפי ששמו ושם מקומו עם אלו סימנין שאינם מובהקים יספיקו לענין היתר עגונה עכ"ל הרי שאף בצירוף סימנים אלו שהם גרועים ביותר כתב הרמב"ם להתיר מכ"ש בסי' זה שיש צמצום מקום וגם שינוי שערות דודאי לא שכיח כולי האי וראיתי בספר בני יעקב בשו"ת שש סי' ט' שכתב ג"כ להתיר באיכא עדים על שמו ושם עירו ע"ש שכתב שכ"כ מהרש"ק ח"א סי' ח' ובספר משפט צדק שוב ראיתי בדברי אחי הרב נ"י שהביא מאיזה תשובות שהזכירו מדברי מהר"מ אלשקר בזה ומכ"ש לפי מה שמצאתי בשו"ת הגאון

בעל המחבר פ"י ומג"ש ז"ל בכת"י שהביא בשם הרא"מ גופיה דבמקום הוכחות יש לסמוך להקל בשמו ושם עירו וכ"כ מהריב"ל בתשובה דאפי' אי בעינן חיפוש במקום הוכחות לא בעינן חיפוש כו' א"כ הדבר פשוט שיש לצרף עדות העד שלמה בצירוף להחיפוש לעדות זה שהעידו הכשרים על שמו ושם עירו עם סימנים גרועים אלו להתיר עלובה זו גם מבואר שם בשו"ת פ"י הנ"ל שדעתו דסגי בשמו ושם עירו לבד וכתב דכן משמע בהדיא מכל הפוסקים: ועוד נלענ"ד דכיון שיצא הקול שזה יצחק בעלה של אשה זו נתפס בק"ק זיטאמר שאין לנו לתלות שגם אחר מק"ק ברעסטצקי שיצא משם מזה כמה עד שנשכח זכרו נתפס ג"כ שם וכבר הארכתי בתשובה בדבר זה וביארתי שם לשון הרא"ש בתשו' בההיא דמכלוף בן מלול והבאתי שם מדברי הגאון מג"ש הנ"ל בתשובה כמ"ש שהאריך ג"כ בדבר זה והעלה להתיר והביא שם משו"ת הב"י וכאן בנ"ד כמה מעלות טובות שאינם בנידון של הגאון ז"ל ולא רציתי להאריך אפס דבכאן אין להעמיד יסוד על היתר, זה כיון שאין כאן עדות ברורה רק קול בלבד וכבר הניף אחי הרב נ"י ופתח בהיתר זה ושדא ביה נרגא מחמת שאין כאן רק קול לבד ושוב חתר היבשה לפי שהקול לא יצא לסתור החזקה דחזקת חי דאע"פ שנתפס לא נסתלק חזקת חי והביא מדברי הרי"ף גבי אשתמודענא דאחזה דמיתנא כו' ובתשו' הנ"ל הארכתי בדברי הרי"ף דלאו מהאי טעמא דקודם מעשה אתי עלה.

אבל אומר אני שיש לצדד היתר ע"פ מ"ש בתשו' ב"י הנ"ל שלכאורה יש מקום לומר דקול מהני בעגונה דהא קול מספיק להוציא מנטען אף בלא עידי כיעור ושוב כתב דמדברי הפוסקים גבי יצא הקול שמת פלוני ואחר ג' ימים מצאוהו כו' מבואר דקול לא מהני להתיר ושוב הביא תשובות הב"י דמשמע קול מהני ותה"ד מיירי בקול שמחמת אמתלא שמחמת שטבע במשאל"ס מתוך זה יצא הקול שטבע ושוב כתב דרש"י סוף גיטין כתב דלא ס"ד למשרי א"א לעלמא ביציאת קול כו' ואע"ג שיש לחלק בין גירושין למיתה כו' מ"מ לשון רש"י משמע דשום א"א לא שרינן וסיים דפשיט שקשה לקבוע הלכה לדורות לסמוך אקול עד שנמצא ראיה ברורה עכ"ד בקצרה ולפי"ז נראה דבנ"ד כיון שאם היה כאן עדות שבעלה של אשה זו נתפס בק"ק זיטאמר היה מועיל עדות עדים אלו שהעידו על מיתת יצחק מק"ק ברעסטצקי להתיר האשה א"כ אע"פ שכאן אין עדים ע"ז שנתפס רק קול לבד יש להתיר לפמ"ש לעיל שראיית הרשב"א שהביא הב"י בח"מ דמי שיצא עליו קלא דלא פסיק חוששין לו שלא להוציא ממון בעדותו הוא מדמוציאין הנטען ע"י קול וא"כ מ"מ"נ אם קלא מלתא הוא לפסול על ידו והעד שלמה פסול הוא מכ"ש שיש לנו לילך אחר הקול שבעלה של אשה זו נתפס בק"ק זיטאמר דודאי יש להקל לענין עגונה יותר מפסול עדות וא"כ יש להתירה ע"י העדים שהעידו שזה יצחק מברעסטצקי מת שם בבית הסוהר ופשיטא שאין לחזו' שמא גם יצחק אחר מק"ק ברעסטצקי נאבד זכרו זה כמה הוא נתפס והוא מת כמו שהיינו מתירין אם היה עדים ע"ז שזה נתפס שם ולא הוי חיישינן להכי ואם נימא דקלא לאו מלתא הוא ואותו הקול שיצא שבעלה של אשה זו נתפס הוא שקר א"כ יש להתיר ע"פ העד שלמה שאין לנו להחזיקו בפסול מחמת שיצא לו שם גניבה בקול בעלמא אלא שאפשר לדחות קצת די"ל דשפיר אזלינן בתר הקול שזה שלמה הוא פסול ואעפ"כ אין מועיל הקול שבעל האשה נתפס די"ל דבאמת בעל אשה זו אזיל לעלמא רק מחמת שנתפס יצחק אחר שהלך

מברעסטצקי זה כמה שנים יצא הקול שיצחק מק"ק ברעסטצקי נתפס וסברו שהוא בעל האשה זו והוי כההיא דתה"ד שהוא קול מחמת אמתלא שודאי אינו מועיל להתיר על ידו אך מלשון העד שהעיד איך שערך ט' שנים היה לו שותפות עם יצחק הנ"ל ואח"כ פירש יצחק הנ"ל והלך לדרכו ויצא עליו הקול שנתפס בק"ק זיטאמר כו' מבואר שהקול היה על יצחק הנ"ל דהיינו בעל האשה ששמה פריבא וא"כ אין לנו להמציא חומרא דשמא תפיסת יצחק אחר הטעה אותם להוציא קול על בעל האשה וגם דעכ"פ הקול מועיל לענין זה דהוי אומדנא והוכחה דהנך עדים שהעידו שמת יצחק מק"ק ברעסטצקי בק"ק זיטאמר אהך יצחק קמסהדי וכבר כתבתי דבהוכחות מודה הרא"מ דמועיל שמו ושם עירו להתיר.

וכל זה לרווחא דמלתא כי בלא"ה לענ"ד יספיקו ההיתירים שכתבנו למעלה להתיר אשה זו וגם בדברי אחי הגאון נ"י ובדברי הגאב"ד ראיתי שהאריכו בכמה צדדי היתר בענין זה והדבר ברור שיש לצרפם אחת אל אחת למצוא מזור ותרופה לאשה זו להתירה מכבלי העיגון והנני מסכים הולך בשריותא דאתתא דא והנלענ"ד כתבתי וחתמתי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד כב שאלה על דברת האשה הנעצבת אשת מוהר"ר יואל העקיל מאכיר מפה ק"ק שבעלה הלך בדרך למרחקים עם סחורתו ולא נודע זכרו ושוב הועד עליו בב"ד דק"ק ראשקוב ודק"ק טשערנוויץ שנהרג והמעיד היה עגלון שלו והעיד שהוא היה בעצמו הרוצח שהרגו ע"י שנתקוטט עמו שמוה"ר יואל רצה להסיב הסוסים אל דרך אחר והוא לא הניחו והכה אותו וחזר מוה"ר יואל והכה אותו והכה אותו העגלון שנית על השלעף ויצא דם ונהרג למיתה כך העיד העגלון עצמו בק"ק ראשקוב ובק"ק טשערנאוויץ העד א' ששמע כזה מפי העגלון והדברים באו באורך בגב"ע וכבוד הגאון המפואר מופת הדור מחו' מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד דפ"ק פתח בהצלה תחלה ולפי רוב העונה סיים בתשובתו כי אשה עצורה עד כי יבא דבר שנים וענין זו שקדה על פתח ביתי ותבא עדי אפרים.

ודמעתה על לחיה להוציא לאור דינה ומשפטה כצהרים. ולכן נתתי פני לעיין בדבר ואכתוב בקיצור מופלג אשר הורוני מן השמים: תשובה הנה בעדות הראשון שהעיד העגלון בעצמו שם לא הזכיר רק יואל העקיל מאכיר ולא הזכיר שם אביו ושם עירו ואף שהזכיר שם אומנתו דבכה"ג כתב המבי"ט דהוי כשם אביו וכמ"ש הגאב"ד נ"י מ"מ הרי מהריב"ל בתשובה ח"ג סימן י"ח כתב וז"ל ועוד אני אומר דאפשר לומר דאפילו מאן דס"ל דסגי בשמו ושם אביו או בשמו וכינויו דוקא בשמו ושם אביו או בשמו וכינויו הוא דקאמר הכי אבל בפלוני הרצען או בפלוני הצורף ובפלוני הקונה שוורים לא אמרינן הכי וקל להבין עכ"ל הרי דס"ל דאפשר בשמו ושם אומנתו לא מהני כמו שמו ושם אביו אבל ראייתו בשם שו"ת פני משה שכתב דע"כ לא נסתפק מהריב"ל אלא בשמו ושם אומנתו לבד אבל היכא דהזכיר שמו ושם עירו ובצר ליה שם אביו כגון דא לא נסתפק מהריב"ל דשם אומנתו ממלא מקום אביו ע"ש ולפ"ז שפיר כתב המבי"ט דמה שהזכיר שמו ושם עירו ואומנתו הוי סימן ולא פליג אמהריב"ל דע"כ לא נסתפק מהריב"ל אלא בשמו ושם אומנתו לבד: ולפ"ז י"ל בנ"ד נהי דבעדות שהעיד העגלון בעצמו לא הזכיר שמו ושם אומנתו מ"מ הרי בעדות השני שהעיד האחד ששמע ממנו שאמר אמת דער בראדר איז גיפארין מיט מיר כו' ומצרפינן שני העדיות לעדות אחד וכמ"ש הגאב"ד

דק"ק בזה ובכה"ג אנו תופסין אומנתו כשם אביו אף לדעת מהריב"ל ועוד יש לצדד לפי ששמעתי מאשה הנעצבת ששמעה מהאיש שהביא הגב"ע מק"ק ראשקוב לק"ק טשערנוויץ שלא רצה לילך לב"ד להעד עד שדברו אל לבו הנה הרגת נפש ועתה יושבת אשה ושני בניה ובוכים עליך ולזה נכמרו רחמיו והלך להעיד א"כ נראה שלכך קיצר בלשונו לפי שבא להעיד על בעל האשה הידועה מק"ק בראד אשר ישבה שם בק"ק טשערנוויץ מקום מושבו של העגלון וכיון שעל בעל האשה הזאת מק"ק בראד היה מדבר א"כ פשיטא דהוי כהזכיר שמו ושם אביו ושם עירו וכבר כתב מהרי"ק דכל שיש אומדנות והוכחות מצרפינו להתיר ויש ראיות הרבה מתשובות האחרונים ואין פנאי להאריך: אולם זאת אדרוש כי הג"ע מק"ק ראשקוב כתב הגאב"ד שאין ניכר חתימות הדיינים ולפ"ז לכאורה י"ל דאף שהח"מ כתב דבכתב הבא ממרחקים יש להקל משום עגונה ומשמע שהב"ש הסכים לזה אפשר דהיינו דוקא הכא שא"א בקיום כלל אבל היכא דאפשר בקיום צ"ע אם יש להקל והנה הגאב"ד כתב דאפשר דהא דמעשה ב"ד צריך קיום היינו דוקא אי אתי ומערער אמנם מדברי גדולי האחרונים שהכריעו שצריך קיום משמע מדבריהם דבכל גוונא איתמר אך לענ"ד נראה דבנ"ד לכ"ע א"צ קיום שהרי גוף הדין דמעשה ב"ד צריך קיום הוציאו מהרשב"א והרמב"ן ושאר הפוסקים מהא דעד ודיין מצטרפין ומפרשי לה דלענין קיום שטר שכתב בו הנפק איירי ומוכח דאף שנתקיים מ"מ צריך קיום אבל הרי"ף בפ' ג"פ מייתי הא מלתא דעד ודיין ומפרש לה דמיירי שהעד מעיד שזה לזה מנה ודיין מעיד שבפניו ובצירוף דיינים אחרים הועד שזה לזה מזה מנה ובכה"ג מיירי הך סוגיא וא"כ אתיא התוספתא דמעשה ב"ד צריך קיום כפשטא וכן מצאתי ברמב"ם פ"ד מהלכות עדות שכתב אבל העד עם הדיין משהעידו שני העדים בפניו אין מצטרפין עכ"ל ובפ"ו שם בענין קיים שטרות השמיט הדין דעד ודיין אם מצטרפין או לא מבואר דס"ל דל"ש הך מלתא לענין קיום כלל וכ"כ בכ"מ שם בשם הר"ש בן הרשב"ץ ז"ל בתשובה שכתב דלפי פירוש הרי"ף אם היה שטר מקוים א"צ קיום והרמב"ם כתבה ע"פ דרכו של הרי"ף א"כ הרי כאן גילה דעתו הרמב"ם שאין קיום ב"ד צריך קיום לפי שהוא בשיטת הרי"ף רבו אמרה מ"מ כתב דלענין מעשה כיון שהר"ח והרמב"ן והר"ש והרשב"א ז"ל סוברים שמעשה ב"ד צריך קיום הכי נקטינן לענין ממון להקל על הנתבע כו' עכ"ל הרי מבואר שדעת הרי"ף והרמב"ם דמעשה ב"ד א"צ קיום ומעתה בנ"ד שדעת הרמב"ם והרשב"א וכל גדולי האחרונים דעתם להקל במצאו כתוב בשטר מת פלוני אע"פ שלא נתקיים רק שהגאון מהר"מ אביו של הש"ך מוכיח בדבר לומר שהרי"ף והרמב"ם ס"ל דל"מ בלא קיום והח"מ הסכים עמו בזה שלא להקל היכא דאפשר וא"כ בנ"ד אתתא שריא ממ"נ דלדעת גדולי האחרונים א"צ קיום כלל רק שאנן ניקום וניחוש לדעת הרי"ף והרמב"ם דלדידהו אפשר דאפילו בעגונה צריך קיום מ"מ הא לדידהו מעשה ב"ד א"צ קיום והא נמי כמעשה ב"ד דמיא דמה לי מקבלי עדים על הקיום או מקבלי עדים שפלוני מת אין חתימתן צריך קיום וזה ברור לענ"ד: שוב מצאתי בב"י אה"ע סימן קמ"א הביא תשובת הר"ש בן הרשב"ץ בגט שחתמו דיינים איך שהשליח לקבלה קיבל הגט וקרעו אלא שלא נתקיים לנו השטר בחותמיו וכתב דמחלוקת הראשונים הוא אי מעשה ב"ד צריך קיום והירושלמי אומר דלא צריך אף על פי שקצתם דחו הירושלמי מפני שהוא חולק על גמרתינו מהא דעד

ודיין מצטרפין כיון שהרי"ף והרמב"ם מפרשין אותה באופן שלא תקשה על הירושלמי ועל פי דרכם למדנו שאין מעשה ב"ד צריך קיום ונוספו עליהם רבנותא אחרים שסוברים כמותם אע"פ שמגדולי הראשונים סוברים דצריך קיום בשעת הדחק כזו כדאי הם הרי"ף והרמב"ם ז"ל לסמוך עליהם כו' ולרווחא דמלתא טוב הוא להתקיים אם אפשר אבל היכא דלא אפשר אין מעגנין אשה בשביל זה ולפמ"ש א"א ז"ל אף בשטר שאין בו מעשה ב"ד ולענין מעשה הייתי מניח סברתי וסומך על סברתו שכבר הורה זקן עכ"ל הרי מבואר דאף בגט אשה כשיש מעשה ב"ד ס"ל להקל בשעת הדחק בלא קיום ולסמוך בזה על דעת הרי"ף והרמב"ם וכ"ז לענין גט אבל גבי עדים מיתה שאדרכה דעת גדולי הראשונים שא"צ קיום א"כ כשיש מעשה ב"ד א"צ קיום אליבא דכ"ע ואפילו שלא בשעת הדחק ועיין בש"ע ס"י קמ"ה כתב רמ"א בהג"ה להקל בשעת דחק ועיגון אע"פ שאין מכירין חתימת דייני הקיום ובב"ש כתב שם הטעם כיון דס"ל לכמה פוסקים דקיום ב"ד א"צ קיום הוא מקיל ובאמת ז"א כמבואר למענין בב"י שהרשב"ץ ס"ל להקל בזה אף למאן דסובר צריך קיום כמו דמקילין בנשתתק אע"ג דמפי כתבם ל"מ מדאורייתא ואף בלא מעשה ב"ד דעתו להקל במקום עגונה וכמבואר מתשובת בנו הר"ש ז"ל וגוף תשובת התשב"ץ באורך בתשובותיו וח"ג סי' י"ו מע"ש הגה"ת בנו הר"ש ז"ל וע"ש בסימן כ"ב ועיין בשו"ת הרשב"ש סי' רס"ו שם התשובה שהביא הב"י באורך ומבואר מדבריו דודאי לענין עדות אשה שמת בעלה יש להקל טפי וא"כ כיון שהסכימה דעת הרמ"א להקל במקום עיגון אף בגט אשה ממילא דבעדים מיתה אף בלא עיגון יש להקל איברא שיש לי לדון על דברי הרשב"ש ז"ל שהכריח מדברי הרי"ף והרמב"ם שאין מעשה ב"ד צריך קיום כיון שפירשו הך דעד ודיין מצטרפין באופן אחר שלענ"ד אין מזה הכרע דאפשר דגם אינהו סברי דצריך קיום ואפ"ה לא ניחא להו לפרש הסוגיא בדרך זה משום דקשיא להו מה שהקשה הריטב"א הביאו הש"ך סי' מ"ו דמה ס"ד דמצטרפין הא ליכא קיום על העד השני כ"א הדיין לחוד וכן הקשו שאר הראשונים ז"ל כמ"ש בשיטה מקובצת בשם ולא ס"ל הך סברא שכתב הריטב"א דל"ש שיזייף העדים וגם הדיינים ולכך סגי בקיום עד ודיין לחוד דהך סברא דחוקה הוא ולכך הוצרכו לפרש הסוגיא דלענין עדות הלוואה מיירי ובאמת הטור וש"ע כתבו ג"כ הך דינא בסי' למ"ד וס"ל דאע"ג דהך סברא דאמאי דמסהיד האי לא מסהיד דיינא לענין קיום אתמר מ"מ ילפינן מינה גם לענין אם מעידין על הלוואה וא"כ גם דברי הרי"ף בפרק ג"פ יכולין להתפרש בענין זה (אך הרשב"א הביאו בשיטה מקובצת כתב ג"כ שהרי"ף מפרש לה לענין עדות הלוואה וכ"נ מדברי הרמב"ם שלא כתב הדין לענין קיום כלל ומ"מ קשה מה שהקשיתי דדלמא משום דקשיא להו קו' הריטב"א ושאר הראשונים ז"ל לכך מפרשי לה דמיירי לענין עדות הלוואה) וכ"כ בשו"ת תשב"ץ ח"א ס"י קע"ג וז"ל והרי"ף ז"ל והרמב"ם פ"ד מה' עדות פי' עד ודיין מצטרפין פי' זר ורחוק בפ' ג"פ מ"מ דין אמת הוא דקיום ב"ד צריך קיום עכ"ל: ועוד דאפילו תימא דס"ל דקיום ב"ד א"צ קיום י"ל דוקא בכה"ג כיון דחתימת עדים וגם דיינים לא שכיח דמזייף כולי האי כמ"ש הריטב"א והש"ך אבל בשטר קבלת עדים שקיבלו ג' דיינים ואין שם רק חתימת הדיינים לבד אפשר דגם אינהו מודים דצריך קיום אך כ"ז אם היה דבר ברור בידינו שלדעת הרי"ף והרמב"ם צריך קיום בעדו' אשה אבל באמת דעת רוב גדולים שא"צ קיום רק שהגאון מהר"מ

והח"מ שדו ביה נרגא לדעת הרי"ף והרא"ש וסמ"ג ושלא להכריע בפלוגתא וגם בדעת הרמב"ם יש ספק וכמ"ש ה"ה א"כ לדעת שאר גדולים שריא בפשיטות ולדעת הרי"ף והרמב"ם איכא כאן ס"ס שמא לא צריך קיום מב"ד ואת"ל צריך שמא מודו בעידי מיתה דא"צ קיום ולא נשאר לנו ספק רק לדעת הסמ"ג דאיהו ס"ל דצריך קיום במעשה ב"ד ויש ספק אם צריך קיום בעד מיתה וכן יש להסתפק לדעת הרא"ש ומכ"ש לדעת הטור לכאורה להחמיר בתרווייהו מ"מ נראה דכה"ג דנ"ד אע"פ שע"י הוצאה וטורח רב אפשר לקיימו מ"מ כשעת הדחק דיינינן ליה וכדא' הם כל הגדולים לסמוך עליהם אף שלא בשעת הדחק מכ"ש בזה דהוה כשעת הדחק כמבואר בפוסקים ועוד שהרי הב"ש ס"ק ק"ז כתב דהרא"ש שלא הכריע משום דס"ל דהירושלמי איירי בכותב לזכרון משא"כ בפ' מי שאחזו דמיירי בשטר גמור גם הרא"ש מודה ולכן הביא דמי שאחזו ולפ"ז י"ל דגם להרא"ש אין צריך קיום ומ"ש הר"ש בן הרשב"ץ דהירושלמי אומר דא"צ כ"כ ג"כ הרשב"א בתשובה שהביא בסס"י מ"ז ובאמת שזה תימא דהא אדרבה בירושלמי הביאו הר"ן ושאר גדולים בשיטה מקובצת דאישור ב"ד צריך קיום וכבר תמה בזה הגאב"ד על הרשב"א וכתב שכן תמה עליו הקרבן העדה ולענ"ד ברור דהרשב"א והר"ש כוונתם בזה לדברי התוספתא דשביעית ואפשר דהו גרסי להך תוספתא בירושלמי דשביעית שם וזה מבואר מדברי התשב"ץ בתשובה ח"א סי' קע"ג אחר שהביא דברי הירושלמי דר"ה וסנהדרין כתב וכבר קשה להם לרבותינו בעלי התוספוא' ז"ל על הירושלמי מירושלמי אחר דמסכת שביעית פ' בתרא תניא אין מעשה ב"ד צריך קיום ואני אומר אפי' יהיה פ"י זה הירושלמי בפשיטות ויהיה חולק על הירושלמי האחר יש לנו לדחותו מהכרע דגמרא דידן כו' אבל הקושיא הזאת כבר תירצה הרמב"ן וכתב שהירושלמי הוא כך ר"י אומר פרוזבל המקושר כו' עכ"ל וכלשון הזה כתב ג"כ בח"ב סימן י"ו וסי' ק"ב הרי להדיא כמ"ש ואף שבירושלמי שלפנינו במסכת שביעית ליתא שאפשר שהיה כן בגרסתם או שהם מכנים התוספתא בשם הירושלמי ואין להאריך ומ"ש הגאב"ד על דברי הש"ך סימן מ"ו ס"ק ט' שהביא מהרשב"א גיטין דף וכתב שהש"ך כיוון למ"ש הרשב"א בד"ה כי קתני כו' כי הכא דלא ליתי הבעל לערער ופסל לגיטא והקשה ע"ז ולענ"ד הדבר פשוט ומבואר בש"ך שכתב דבגט לכתחלה תנשא ולא משגחינן בערעורו דבעל ע"ז מייתי מדברי הרשב"א וכוונתו למ"ש הרשב"א בדף ו' ד"ה כהא דמבואר שם אם בא וערער ערעורו בטל ומותרת לינשא ע"ש ומ"ש הגאב"ד דהרשב"א ס"ל כר' אביגדור עיין בח"מ באה"ע סי' ס"ק י"א שכתב שמדברי הרשב"א בתשובה סס"י ריו"ד לא משמע כן ובעיקר החילוק שכתב הגאב"ד בין היכא דאיכא ערעור לכאורה יש ראייה מהגמ' בגיטין שכתב שאם שלחו ב"ד חתימתן שבאותו מקום שניתן שם הגט בפניהם נתגרשה מותרת לינשא אפילו אין מכירין החתימה כיון דליכא ערעור עכ"ל הרי היכא דליכא ערעור אפי' לא נתקיים חתימת הכ"י מהני אפי' בגט וכ"ש כאן ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ב סימן א' שכתב על דברי המרדכי אלו דאינהו אזלי בשיטת הרמב"ם דאשה שקיבלה גיטה א"צ קיום בלא ערעור כמבואר מדבריו שם ע"ש: ובאמת כן הוא דעת הרמב"ם פ"ז מהלכות גירושין וכתב הטעם שהרי אינה מקלקלת על עצמה ועוד שעדים החתומים על הגט כמי שנחקרה עדותן בב"ד עד שיהא שם מערער לפיכך נעמיד בחזקתו ותנשא ואין חוששין שמא ימצא מזויף כו' שאין דיני האסורין

כדיני ממונות עכ"ל והראב"ד בפ"ב השיג עליו וכ"ד הרשב"א והריב"ש אבל הטור בשם הרמ"ה וכן הר"ן הסכימו להרמב"ם בזה ומעתה נראה דלא מבעיא לשיטת הרמב"ם דס"ל עדים החתומים כו' ותנשא כ"ז שאין ערעור אף בגט כ"ש בזה יש להקל ואפילו נאמר במצא כתוב בשטר בעי קיום היינו דוקא כשנמצא כתוב ולא נודע מי כתבו דבכה"ג ל"ש לומר עדים החתומים על השטר כיון שאין יוצא מתחת שום אדם משא"כ כאן שהגב"ע נשלח ליד הגאב"ד מיד הר"ב דק"ק טשערנוויץ למאי ניהו' לה דודאי חזקה על חבר כו' ולא מצאו באשפה וגם לא קיבלו מיד א' הפסולין להעיד ובודאי נמסר לידו מי שאינו מוחזק בפסול וא"כ שפיר אמרינן ביה עדים החתומים כו' אלא אפילו לשיטת הראב"ד ודעימיה היינו דוקא בגט היוצא מתחת ידי האשה אבל באם יוצא מת"י השליח אפילו במקום שא"צ לומר בפ"נ קי"ל דתנשא בו לכתחלה אע"פ שאין מקוים וכ"כ הב"ש סימן קמ"א ס"ק ס"א וז"ל וכאן משמע אם השליח מביא הגט מותרת לינשא אפי' אין מכירין החתימות אפי' מאן דמחמיר לקמן סימן קמ"ב כשהיא בעצמה מביאה גט שאינה מקוים מ"מ כשהשליח מביא מודה דמותרת להנשא עכ"ל הרי דאפילו בגט שרי בכה"ג וכ"ש כאן בעדות מיתה דמקילין בה טפי משום עגונה ואשה דייקא שאין מקום לפקפק בזה כלל וכן מצאתי בשו"ת ב"ח החדשות שכתב הב"ח דאם יהודי הביא כתב שנתן לו ראובן להגיע ליד שמעון משיאין את אשתו כו' אבל אם גוי הביא אגרת איכא למיחש שכתבו מומר או גוי כו' ע"ש סי' ס"א וא"כ כיון דבנ"ד הגיע הגב"ע ע"י ישראל מהרב דק"ק טשערנוויץ ליכא תו למיחוש למידי: עוד כתב הגאב"ד לפקפק לפי דברי הרשב"א באם זניתי לא פלגינן דיבוריה דאף שלפי דבריו היה שוגג בהריגה מ"מ היה מזיד בהכאה ורשע דאורייתא מיקרי ושוב כתב דז"א דהרשב"א מתרץ מתניתין דהרגתיו דפלגינן דיבוריה ואמרינן לאונסו או שוגג אלא שגמגם קצת לדעת הנ"י דאפשר דמתניתין באומר תחלה מת בעלה ואח"כ מפרש באיזה אופן ואומר הרגתיו ולענ"ד א"א לפרש כן דבכה"ג לא הוי פליג ר"י לומר דלא פלגינן דיבוריה ואף אם היה תכ"ד ונאמר תוך כ"ד ועדות שבטלה מקצתה כו' כדאיתא בב"ק דף ע"ג בפלוגתא דרבנן ור"י לענין עדי גניבה וטביחה שהוזמו מ"מ כאן ל"ש עדות שבטלה מקצתה דדוקא במקיימי דבר שייך לומר כן משא"כ כאן מה שאומר הרגתיו הוא עדות על עצמו מאין ע"ז תורת עדות לומר עדות שבטלה כו' וכמ"ש הרא"ש בשם הראב"ד במכות ואע"ג דהתם קאי אי פלגינן דיבוריה מ"מ גם למ"ד לא פלגינן דיבוריה היינו דוקא באותו דבור עצמו אמרינן דאע"פ שעל עצמו אין שייך בו תורת עדות מ"מ כיון שיש ביטול בדיבור זה בטל כולה אבל לומר עדות שבטלה מקצתה נראה דגם הך מ"ד מודה דל"ש בכה"ג כיון שמה שנתבטל בדבור שאחריו אע"פ שהוא תכ"ד מ"מ אינו בתורת עדות שאין אדם מעיד על עצמו ולא רציתי להאריך כי הדבר פשוט בלא"ה בכל הפוסקים באומר הרגתיו כפשוטו תנשא אשתו וכן מוכח בש"ס שם דקאמר מעשה בלסטים א' כו' אני הרגתי את בעלה בכניסתי ללוד ואמרה לה בכניסתה ללמוד כו' הרי דהברייתא דייקא לישנא אע"פ שאין נ"מ בזה לעיקר העדות וא"כ פשיטא דלא מסתבר כלל לומר שהברייתא קיצרה בעיקר לשון העדות ונקט לישנא דאני הרגתי לאקשוי עלי' דר"י כיון דבהך לישנא גם רבנן מודו אע"כ פשוט דאף בהאי לישנא פלגינן דיבוריה ואמרינן שהרגו באונס או בשוגג ועוד נראה פשוט דבנ"ד שאמר העד בלשון לע"ז אונ דר נאך האב איך אים איין קלאפ

גיטאהן אין דער שלעף האט זיך גילאזט בלוט און איז נהרג גיווארין צום טוט פשיטא דאף הרשב"א מודה שייך דפלגינן דבוריה ולומר שנהרג ע"י אחר: ובר מן דין נלענ"ד דבכה"ג דנ"ד אפילו ר"י דס"ל הרגתיו דלא תנשא אשתו מודה בזה דלפי דבריו לא משוי נפשיה רשיעא כלל שהרי מבואר מדבריו שלא רצה להורגו רק מחמת שמו' יואל רצה להטות אשורו מני הדרך לנסוע לדרך אחר עם הסוסים לכן הכה אותו וא"כ אף דאסור להכות חבירו ועובר בלאו דלא יוסיף כמבואר בח"מ סי' ת"א מ"מ בנ"ד לא נעשה רשע כמבואר בב"ק דף ק"ז האי גרגותא כו' אתא חד דלי ביומא דלאו דיליה א"ל יומא דידיה הוא לא אשגח ביה שקל פנדא דמרא מחייה א"ל מאה פנדא בפנדא לימחייה אפי' מ"ד לא עביד אינש דינא לנפשיה במקום פסידא עביד אינ' דינא לנפשיה ופירש"י ק' הכאות היה לו להכותו שהרי גזלו מימיו וכן אמרינן שם בנרצע שחבל בו רבו ועשה בו חבורה שפטור ומוקי לה בעבדא גנבא למ"ד לא עביד כו' וא"כ בנ"ד שהעגלה והסוסים היו של העגלון גרשון ופשיטא שלא היה רשות ביד מו' יואל להוליך אותם בדרך שאינו רוצה לילך בעל כרחו של בעל הסוסים ואף אם לא היה בעל הסוסים בכאן לא היה רשות בידו ליסע עמהם בדרך אחר רק דלא מחשב פשיעה אם אין אויר הדרך משונה מבמקום אחר כדאי' בסי' ש"ט ומכ"ש בזה שבעל הסוסים בכאן ומוחה בידו פשיטא דבכה"ג איכא פסידה מיקרי כיון שאפשר שהדרך שהעגלון רצה לילך הוא דרך מיושר יותר או דרך קצר או ההוצאה בזול יותר וכדומה ולא כל כמיניה דמו' יואל להנחותו דרך עקלתון בע"כ וגם ל"ש למימר דליזל לבי דינא כיון שהיה בהיותם בשדה וגם בעיר כיון שהיה כעובר אורח לא מסתבר שיצטרך להשליך את שלו מנגדו והוא יחזור אחר בתי דינין ומכ"ש לדידן דקי"ל הלכתא כר"נ דאפי' במקום דליכא פסידא עביד אינש דינא לנפשיה ואע"ג דבש"ס שם אמרינן דדוקא אם לא יכול להציל בענין אחר והכי קי"ל בסימן ד' בטור וש"ע מ"מ מאן לימא לן שהיה יכול למונעו בלא הכאה והא דידן דמי ממש למחיה בפנדה דמרא ומה שמת חבירו ת"י הרי מתנצל ואומר שהיה בשוגג ולא היה כוונתו בהכאה זו כדי להמית רק לפי שחבירו חזר להכות אותו חזר הוא עליו ואף אם הכהו ביותר ולא כמכת מכהו הכהו אין עליו אשם כ"כ ואף ע"פ שהרא"ש בפרק המניח כתב המתחיל חייב והשני פטור כו' מיהו אם הוא יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה חייב מידי דהוי איכול להציל בא' מאבריו כו' וכ"כ בש"ע סימן תך"א מ"מ הרי כתב ביש"ש פ' המניח סי' ק"ו שאין בו דין רשע דהוי קצת אונס דאין אדם נתפס על צערו ויצרו אגבריה כו' וגם לענין תשלומין כתב דמי יכול לשער להציל עצמו בקו המדה ולמשול ברוחו לצמצם בחוט השערה שלא יוסיף וגם היה מתיירא שלא יחזור עליו להכותו עוד ואין זה דומה ליכול להציל בא' מאבריו דבודאי לענין מיתה אמרינן כה"ג שלא להכותו כלל כו' עכ"ל וכיון דהכא לענין מכת מות הרי אמר ששוגג היה ובסתם הכאה לא נעשה רשע כמ"ש ממילא נראה דעדות גמורה הוא אליבא דכ"ע ולא כתבתי זה כ"א להתלמד במ"א אבל בנ"ד אין אנו צריכין לכל זה שהוא משנה מפורשת הרגתיו תנשא אשתו וקי"ל כחכמים וא"כ ע"כ הרשב"א דחיק ומוקי דפלגינן דבוריה באיזה אופן שיהיה וא"כ כאן ג"כ אמרינן הכי ובאמת ראיית הרשב"א יש לדחות שכתב דא"כ לנקוט רבא אני באתי ולכאורה אין זה הוכחה לפמ"ש התוספת בד"ה לרצוני וז"ל והא דקאמר בפ"ב החשוד על העריות כשר לעדות אשה כו' והתם כשר משום שיצרו תקפו

וחשיב כאונס אבל הרובע אין יצרו תקפו כ"כ וא"כ אי נקיט אני באתי כו' לא הוה מוכח דפלגינן דבוריה דאף אי לא פלגינן ומהימנינן ליה שהוא רשע מ"מ כשר לעדות דיצרו תקפו וחשוב כאונס ולכך נקיט רבא פלוני כו' לאשמועינן דפלגינן דבוריה ועיין בנ"ב ח"ב סימן ע"ב מ"ש לדחות הרשב"א ובמ"א הארכתי בזה גם מ"ש לתרץ קו' הח"צ על תשו' הרשב"א וכתב דלא פלגינן דבוריה נאמן גם על עצמו אלא שנעשה רשע ולענין קינוי וסתירה לא בעינן עדות רק שיהיה גוף המעשה אמת וא"כ אי אמרינן לא פלגינן דבוריה מ"מ הרי אמרינן דהמעשה אמת ולא איכפת לן במה שהוא רשע ע"ש ודבריו תמוהים דא"כ האיך אמרינן לר' יהודה הרגתיו לא תנשא אשתו הא בעדות אשה נמי לא בעינן עדות רק אם המעשה אמת וא"כ מה בכך דלא פלגינן דבוריה אע"כ דאי לא פלגינן דבוריה אמרינן אם תאמר שכל הדבר אמת א"כ הרי נעשה רשע וכיון שע"כ תאמר שהוא רשע שוב לא מהימן לעדות אשה ושוב אפשר שכל דבריו שקר ורב יוסף התם ס"ל דלא פלגינן דבוריה ואפ"ה שפיר ס"ל לחכמים דנאמן משום דאמרינן שנאמן הוא על עדות האשה ואע"פ שלפי"ז צריך להאמין לו גם על עצמו מ"מ בעדות אשה הקילו רבנן ואף רשע דאורייתא נאמן ור"י ס"ל כרב מנשה דלא מהימן ע"ש וכבר כתבנו זה להגאון נ"ב ז"ל בעצמו והשיב ליישב זה ונעשה סגרון לדבריו ולפי שבנ"ד אין נ"מ בזה לא הארכתי גם יש לצדד ע"פ מה שמוזכר בדברי הגאב"ד שהגזלן מסר ליד הרב דק"ק ראשקוב ב' וועקסלין ושניהן בחתימת אביו של מו' יואל בעל האשה וידוע כי הוועקסלין היה שלו והגזלן אמר שלקח אותו מהאיש שהרג לפצעו מו' יואל העקיל מאכיר א"כ פשיטא שעדותו הוא על בעל האשה זו ולנפילה או למכירה לית לן למיחש אליבא דכ"ע דהו"ל נפילה דיחיד וכמ"ש הגאון ח"צ בתשובה ומכ"ש ע"י האדוסטאט שהחזיר הגזלן שלקח ממוהר"ר יואל ונתברר פה שהוא של מוהר"ר יואל בעל האשה ותו ליכא לאסתפקא מידי.

סיומא דפסקא הנני מסכים הולך על דברת כבוד מחו' הגאב"ד נ"י להתיר אשה זו אשת מוהר"ר יואל העקיל מאכיר לעלמא באופן שיסכים הגאון המפורסם מופת הדור מוה' צבי הירשאב"ד דק"ק זאלקווא והקרייז יע"א זעירא דמן חבריי' הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד כג שאלה אלף שלומים ועוז ותעצומות חיים של טובה וברכה וחילוף עצמות.

לכבוד אהובי ש"ב וח"ד ידיד ד' וידידי הרב הגדול החריף ובקי ועניו חכמתו תאיר פניו המפורסם לשבח כק"ש מו' דוד הלוי יחי' נצח: אחד"ש בל"ש גי"ק הגיעני על דברת העגונה מק"ק יאנוב ונגבה העדות בק"ק מיזר ומכ"ת פתח בהצלה תחלה לבקש לה עזר ובהתירא קא מהפך וענוותו תרביני לחוות דעי אף אני ולהוסיף נופך ולהשיבו על אתר ע"י מוכ"ז ולכן באתי לחוות דעתי לדינא וחדלתי מלכנוס בפלפולין לירד לעומק שיטת התלמוד והראשונים כדרכי מעולם ת"ל ולא פניתי רק לראות את המעשה ע"פ שיטת האחרונים ועברתי על העדות חזור חזור וכעת לא מצאתי לה הארוכה ומזור כי עובדא דנ"ד דומה ממש לעובדה דפנחס מארלא המבואר בח"מ וגרע מיניה.

דהתם הכירוהו כמה אנשים בט"ע וגם צרפי סימנים מפצעים ורושמים ושומה על בטנו וגם הכירו כל הבגדים שעליו עם הכתבים והפסקים שלקח מהגאון ז"ל ביום קודם

טביעתו ואפ"ה חשש להחמיר שלא יועיל צירוף כלל הסימנים וק"ו בנ"ד דליכא כל הני למעליותא כי ע"פ אסתר אין מקום לחפש היתר כלל שהרי לא ידעה כלל מי הוא רק שר"ג אמר לה שנוסע עמו ובכל העדות לא הוזכר כלל שיודעים שהוא נסע עם ר"ג: ומה שהעידה שהיה אדום הפנים וחוטמו עב פשיטא שאין זה כלום אף אם היתה מעידה מת אצלי וקברתיו דהו"ל כהא דאמרינן גופו דאריך וגוץ וכו' רק שהיה מקום לצדד ע"פ עדותה לפי שאמרה שהיה לו בראדווקי' אצל צד ימין החוטם ובכה"ג כתב מהרי"ק הביאו ב"ש בס"ק ע"א גבי שומא שאם פרט וצימצם המקום ואמר על אבר פלוני במקום פלוני הוי סימן מובהק אך בנ"ד אין לזה מקום דשם מיירי שנמצא סימן זה באיש המת לפנינו משא"כ בנ"ד שזאת אומרת שלאחר שהוציאוהו מהמים אינה זוכרת אם ראתה הבראדווקע בפניו רק שראתה שהלך משם לספינה ונטבע ונהפכה הספינה ור"ג נמצא מת רק אחר שני שבועות נמצא איש א' וא"כ מי יודע אם זה האי' שהלך עם ר"ג לספינה ונטבע ומחמת הכרת הצורה ג"כ לא מהני בזה חדא שלא נזכר בדברי האשה שהכירה אותו בט"ע שזה האיש שהיתה מבקשת רק סתם אמרה האב איך גיזעהין דיא צורה איז פול גיווען ועוד שאם תיבת פול הנכתב בג"ע הוא נקרא בחולם ור"ל שהצורה היתה נרקבת פשיטא דלא מהני הכרה אף לפי דמיונה של האשה שנראה לה דלא אשתהי יותר משעה א' וגם אם ר"ל שתיבת פול במלאפום והכוונה שנתמלה צורתו ונתפח ג"כ לא מהני דכל שנתפח אין מעידין עליו וגם בלא"ה אין דמיונה של האשה מועיל בזה כיון שעדיין יש ספק שמא אשתהי קודם שמצא אותו העכו"ם שם ובספק אשתהי קי"ל לחומרה כמ"ש הר"ן שם בתשובה ובזה אודה ליה ג"כ מ"ש מכ"ת דכיון שאמרה שהי' מונח ראשו על הווספו שר"ל הר קטן של חול שבאמצע המים כשהמים מתמעטים וא"כ הו"ל כמונח במקום שהגלים מגיעים שם שכתבו בשם ר"ב אשכנזי דהו"ל כלא אשתהי וזה היה נכון אם היה ידוע לנו ששטף המים אליו הגיעו משא"כ בזה שעכ"פ ספיקא הוי ובספק אשתהי לחומרא: איברא שבזה היה אפשר לומר דגם הר"ן מודה כמ"ש בתשוב' סימן זה כמה שנים דבספק אם הגלים עוברים ושוטפים יש מקום להקל טפי מבספק אשתהי דזיל בתר טעמא שהר"ן כתב שאינו מצוי שיראנו בתוך שעה א' אחר פליטתו מהמים וזה שייך לענין הספק שמא אשתהי אחר פליטתו משא"כ בספק שמא גלים עברו עליו לא שייך זה ודמי לספק תוך ג' שכתבו התוספת להקל וקצת מהאחרונים סמכו ע"ז להלכה במקום עגונה להקל בספק תוך ג' וא"כ ה"ה בזה ואמנם שם פלפלתי שלכאורה זה תלוי בשני טעמים שמקילין בספק תוך ג' דלטעמא דחששא דנתפח ספיקא דרבנן גם בזה יש להקל ואם הטעם משום דמוקמינן בחזקת חי א"כ אפשר דבספק אשתהי כה"ג ל"ש זה ושוב צדדתי לומר דגם להאי טעמא אפשר דדמי לספק תוך ג' וכאן אין להאריך בזה כיון שלפי דברי האשה נרקבה צורתו או נתפח א"כ לא מהני הכרה וגם שלא נזכר בדבריה כלל שהכירה אותו בט"ע שהוא הנטבע וגם כי לשיטת קצת פוסקים בראה הטביעה אמרה בדדמי וכאן הרי ראתה וידעה הטביעה וע"פ מה שהעיד ר' זלמן שראה אחר הטביעה רושם במקום הבראדווקע והר' ישכר אמר דיא בראדווקי איז פר לאפין גיווארין מיט וואשר פשיטא שאין לסמוך כלל מה שמגידיים כן מאומד דעתם ושמא האי' הנמצא לא היה על פניו רק רושם בלבד: וגם אפי' היו מעידים שראו הבראדווקי כמות

שהיה בחיים חיותו מ"מ הרי הם לא צמצמו המקום וקי"ל דאין מעידין על השומא וגם אפשר דשכיח בראדווקי אצל החוטם באנשים הרבה ואין כל זה סי' מובהק לסמוך עליו.

ואם באנו לסמוך על עדות הנשים אשת הר"ר יעקב שהגידה שהכירה אותו בקצת בגדיו ובצורתו שזהו בודאי ר' יודא דרוקר שהיה אצלם גם בעדות אשת ר' ישכר בער אמרה כן ואף שלא פירשה בדבריה דעל ר' יודא דרוקר קאמרה מ"מ הדברים מורים דעליו קאמר ושם היה מתאכסן מ"מ קשה לסמוך עליו מכמה טעמים חדא שהרי אשתהי בודאי קודם שהובא לעיר שעות הרבה וא"כ היינו עובדא דשני ת"ח דאמרינן דאפילו מאה נשים כחד דמיין ודוקא דאסקינהו קמן לאלתר וקאמרי סימנים כו' והנה דעת הרמב"ם צריך שיאמר קברתיו וכ"ד הריב"ש דאף בטבע במים צריך שיאמר קברתיו ובתשוב' סי' הארכתי בזה וכאן לא נזכר בדברי הנשים קברתיו רק סתם שראו אותו וזה אינו מועיל לדעת הפוסקים הנ"ל דאף בחזיוה לאלתר צריך שיאמר קברתיו אלא שבזה היה אפשר לומר כיון שאחר עדות הנשים הנ"ל נכתב בג"ע שהעיד ר' חיים שהלך עם אנשי החבורה כשהביאו הנטבע ומצאו אצלו מעות רוביל נראין הדברים שעשו חיפוי אחר המעות ואף שלא נזכר הקבורה בפירוש מסתמא קבורה היתה לו וגם דטלטלוהו ממקום למקום הו"ל כמו קברתיו אלא שלענ"ד צ"ע בזה לפמ"ש בנ"ב בטעם הרמב"ם שמצריך קברתיו במים משום דאף שפלטוהו המים יש לחו' שמא נדמה לו שמת ובאמת עדיין לא מת ויש לו תקנה כמו שיש שמגלגלין אותן בחביות וכ"מ בדבריו ביש"ש יבמות דבעינן קברתיו מה"ט ולפי"ז לכאורה אף שטלטלוהו ממקום למקום נמי לא מהני דמכל מקום יש לפעול פעולת לגלגלו וכה"ג אמנם מדברי הפוסקים משמע דמהני ולמדו מדלא נזכר בש"ס קברתיו רק דאסקינהו לקמאי הוה כמו קברתיו כמ"ש הריב"ש ואין כאן מקום להאריך בזה דכאן הדברים מוכיחים שנקבר ג"כ וא"כ אם היה עדות לאלתר היה אפשר שתועיל עדותן אבל בעובדא דנ"ד דודאי אישתהי א"כ אין מועיל הכרה כלל כדאמרינן אבל אשתהי מתפח תפח ואפי' לשיטת ר"ת דאפילו נפל למים והועלה משם ואישתהי מעידין אפילו אחר כמה ימים מ"מ לפי מה דנקט בש"ע סעיף ה' בעינן ט"ע של גופו וצורתו ואף לפמ"ש המרדכי הביאו הב"ש והח"מ דמשמע מדבריהם דבט"ע דצורה לחוד סגי: אמנם כבר נתבאר שם שכל גדולי האחרונים חולקים בזה ובתשו' שכתב הח"מ בעובדא דפנחס מארלא הביא דברי מהריב"ל ומהר"ב אשכנזי בפ' דברי הרא"ש ואני הרחבתי בביאור דברי הרא"ש בזה כיד ד' הטובה עלי וכאן קצרתי כיון שהח"מ לא רצה לסמוך ע"ז לעשות מעשה להתיר ומבלעדי זאת הרי אף לדעת המתירין מבואר בדבריהם דצורה שלימה בעינן ובזה שהעידה האשה אסתר שאחר הוצאתו מן המים פניו לא היה לו עוד והיה נרקב או תפוח ופשיטא דתפח יותר קודם שהובא לעיר וראהו הנשים הנ"ל ולענ"ד דאף לדעת המקילין באשתהי מ"מ היינו דוקא אם מעידין בבירור שצורתו שלימה אבל מסתמא אמרינן כיון דאשתהי אין מעידין עליו וזה מבואר מהפוסקים וא"כ ק"ו כאן שהאשה אסתר מגדת בהיפך שלא ראתה הצורה שלימה ופשיטא שאין מקום לתלות להקל שאין אסתר מגדת על אותו האי' שמעידים העדים כמבואר מדברי העדים והדיינים שעל אותו הנטבע שנטבע בכפר שהיא יושבת שם הן הן הדברים גם אין כאן הכחשה כלל מעדות הנשים לעדות אסתר שאמרה שנשתנה צורתו שהרי הנשים לא ביחנו דבריהם לפרש שראו שהיתה צורתו שלימה וחבל לא אית ביה: והנה אם באנו

לצדד בזה מחמת עדות הנשים שהכירוהו ע"י הבגדים דהיינו האפינצא ולייבסרדאקיל הנה אף אם היו מפרשים דבריהם שהכירו הבגדים הכרה טובה שהם הבגדים אשר לבש מוה"ר יודא הנ"ל בחייו מ"מ הרי הח"מ לא סמך על הכרת בגדיו אף שהיו צירוף סימנים הרבה ומ"ש מכ"ת מדברי הח"מ ס"ק סמ"ך אין הנדון דומה לראיה דהתם מיירי שידוע לו שבעלה של אשה זו נפל למים בבגדים אלו ואחר כך כשהעלוהו אנו מכירין הבגדים שפיר י"ל דל"ח שמא השאיל לאיש אחר אחר עלייתו מן המים וגם השני נטבע בהם וזהו ספיקו של הח"מ והב"ש שם מחלק בין מיד לאחר זמן משא"כ כאן שאותן שהם מעדיין שהכירוהו מבגדים אינם מעידים שראו שנטבע בבגדים אלו וא"כ זהו חששה דשאלה שמא מוה"ר יודא הנ"ל השאיל בגדיו שהיה הולך בהם לאיש אחר ונטבע בהם ומ"ש מכ"ת לצרף סברת מהרי"ט דכל בגדים לא מושלי אינשי ל"ש כאן דהא לא הזכירו רק האפינצא והלייבסרדאקיל לבד וגם דהב"ח חולק על מ"ש מהרי"ט דגם לחליפין ל"ח והב"ח בתשובה ס"ל דנהי דלא חיישינן לשאלה מ"מ לחליפין חיישינן ובהכי אזדא ליה גם סברת מהרי"ט השניה דציצית לא מושלי אינשי דעדיין יש לחו' לחליפין ומ"ש מכ"ת דכיון דחזינן דמדקדק היה לצאת בב' תליתים קטנים הרי לא הכירו הב' תליתים קטנים רק האחד בלבד רק בעדות ר' חיים נזכר שמצאו לבוש כך והוא לא היה מכיר שר' יודא היה לבוש באלו כלל ואדרבא בזה לא שייך סברת מהרי"ט דאמרינן כיון שהיה מוה"ר יודא לבוש שני תליתים קטנים אפשר שזה הא' שהכירו הנשים שהוא של מוה"ר יודא השאילו מוה"ר יודא לאחר והאחר היה לו גם כן תלית קטן שלו לכך זה הנטבע נמצא גם כן לבוש בב' והנה אם אמנם כי כמה גדולים קבעו מסמורת דל"ח לשאלה מ"מ רבים וגדולים חולקים ומי ירים ראש להכריע נגדם ולהקל בספק א"א דאורייתא שהרי בנ"ד מחשש א"א דאורייתא לא יצאנו שהרי כבר כתבתי שע"י העדות האשה אסתר שהעידה הטביעה אין מקום כלל כיון שלא ידעה שמו ושם עירו כלל רק שיש הוכחה קצת כיון שהעיד מוה"ר זלמן שמוה"ר יודא נסע עם הערל טערשקא והאשה אסתר העידה שראתה הערל הנ"ל בשעת טביעת הספינה וא"כ י"ל דמסתמא היהודי הנטבע הוא בעל האשה הזאת שנתלווה עם העכו"ם הזה מהעיר אך דגם זה תלוי בפלוגתת הרמב"ם והרא"ש המבואר בסימן י"ז ולהרמב"ם אנו אומרים שאותו יהודי שיצא מכאן הלך לדרכו ונתלווה עמו עוד יהודי אחר ומת והב"ש שם כתב דהב"י פסק דלא כהרא"ש ועוד אף לפי דעת הרא"ש צריך שיהיה ידוע שלא נתלווה עמו עוד יהודי אחר רק זה יצא עמו מכאן שוב אין חוששין שמא זה הלך מכאן ואחר נתלווה עמו מה שא"כ כאן שזה העד אינו מעיד רק שמוה"ר יודא אשר העיד עליו אביו ראה אותו נוסע עם עכו"ם זה ומ"מ אפשר שנסעו עמו עוד כמה יהודים והרי ר' גרשון נסע גם כן שם ולא הזכירוהו ואפשר שכמו כן נסעו מזה עוד כמה יהודים ומוה"ר יודא השאיל בגדיו לאחד מאנשי הספינה והלך משם בהגיע לשפת הנהר ויהודי אחר הוא הנטבע: ועוד י"ל דשאני התם מדקאמר סתם יהודי שהיה עמו ש"מ שלא היה עמו רק זה שיצא מכאן דאם איתא שזה נפרד ממנו ואחר נתלווה עמו לא היה אומר בסתם אלא היה מפרש דבריו אם זה שיצא מכאן או זה שנתלווה עמו בדרך מחדש משא"כ בנ"ד גם הרא"ש מודה דחיישינן דלמא האי אזיל לעלמא וזה הנטבע אחרנא הוא ועוד דאפילו אם היתה אסתר יודעת שהוא בעל האשה מ"מ בעדות טביעה זו לא יצאנו מידי איסור תורה לדונו כטבע במשאל"ס שהרי דין

דטביעה במשאל"ס לא נאמר אלא בעומד ורואה לכל הצדדים ושהה כדי שת"נ אבל בשביל הפיכת הספינה לבד אין לו דין טבע במשאל"ס ואפי' נשאת תצא כמ"ש הרמב"ן בתשובה וכתבו הרמ"א בסעיף ל"ד וא"כ כיון דיש כאן איסור תורה ואיתחזק איסורא דא"א אם כן קשה בעיני להקל בזה והא דאמרינן משום עגונה הקילו ביה רבנן הרי אמרו דהיינו דוקא בסוף עדות אבל בתחלת עדות לא הקילו ובספק פלוגתא פסק הרמ"א דאזלינן לחומרא וכן דעת הח"מ שם והב"ש כתב בשם ט"ז כהמ"ב מ"מ בספיקא דפלוגתא זו אי חיישינן לשאלה ראיתי לגדולי האחרונים שלא הכריעו בזה להקל כיון שהב"י כתב שגדולי הראשונים הרי"ף והרמב"ם והרא"ש הכי ס"ל וכבר דשו רבים בענין זה ואף אני הארכתי בזה בתשובה סימן והבאתי דברי השיטה מקובצת בשם הרשב"א דס"ל דאי סימנים דרבנן לא חיישי' לשאלה ומ"מ אין לסמוך ע"ז בלא צירוף טעמים אחרים וכן מ"כ בשו"ת ב"ח החדשות כתב שם הט"ז ששמע כך מהב"ח ע"ש: גם אני חושש בכאן כיון שלא אמרו בפירוש שהם מכירים הבגדים בט"ע גמור רק אמרו סתם איך האב אים דר קענט אין דער אפינצע אפשר שלא היה זה רק דרך אומדנא לבד אבל לא ט"ע גמור ואע"ג דבתשובות נ"ב סימן מ"ב כתב דיש להוכיח לכאורה דאף ט"ע כל דהוא מהני מדאיתא בחולין דף צ"ו בריש ה"א סימנא עדיפא מט"ע כו' והתוספו' כתבו דמיירי בט"ע כל דהו ע"ש נלענ"ד לחלק דוקא בדבר שהוא שלו כגון באבידה שפיר מהני ט"ע כל דהו אבל היכא שהוא רוצה להכיר מה שאינו שלו שראה פעם אחת או שתים בודאי שנוכל לומר שטעה ביה אפילו צורבא מרבנן ומכ"ש ע"ה והו"ל ככלים שלא שבעתן העין דלא מהני ט"ע באבידה ומ"מ באיסורין כיון דליכא חימוד ממון י"ל דמהני אבל מ"מ ט"ע גמור בעינן ועיין בט"ז יו"ד סימן ס"ג ובנקודת הכסף שם ובמקום אחר הארכתי ועכ"פ כנ"ד כיון שבעל האשה היה מעיר אחרת ולא שהה בעיר רק בערך ג' או ד' ימים דבר רחוק הוא שיהא אנשים הללו שביעת עין בבגדים של זה עד שיוכלו אחר כך להכיר בט"ע גמור ובודאי לא נתנו לב לעיין במלבושיו בכוונה רק דרך מקרה ככל מלתא דלא רמיא כו' וא"כ בעינן ט"ע גמור וכ"כ בנ"ב שם דהא לא מהני למסקנא דרבא ט"ע בכלים שלא שבעתן העין משום דמתחלה צריך שיכיר עתה בט"ע ונראה דמה"ט כתב רמ"א בסוף סעיף ל"ב וי"א דאפי' סי' מובהק בבגדים מהני הואיל וראוהו נטבע בבגדים אלו עכ"ל ולכאורה צ"ע דלמה נקט סימן מובהק בבגדיו ולא נקט שמכיר בט"ע שהם הבגדים של הנטבע בהם אלא ע"כ דלפי דט"ע דבגדים לא מהני כ"א בט"ע גמור ומובהק וזה לא שכיח שיהיה לו ט"ע בבגדי חברו אפי' ברגיל אצלו דלמה ישים לב לדעת ועינים לראות מה שאינו שלו עד שיהיה לו בו ט"ע גמור ולכך נקט סימן מובהק ובשו"ת נ"ב כתב הטעם בסימן כ"ח משום דט"ע לא מהני כיון שראוהו נטבע בבגדים אלו שייך בדדמי אף לבגדיו ובהג"ה מביא בשם מהר"מ מפדווא דאיתא שם אולי היתה לו הכרה טובה במלבושיו ולא ע"י הנטבע וכתב בסימן מ"ב דבבגדים כיון דאין במה לתלות השינוי לא אמר בדדמי ע"ש: ועכ"פ מבואר מדברי מהר"מ מפדווא דהכרה טובה בעינן והיינו ט"ע גמור וכמ"ש והיינו אי איתרמי הכי שהיה לו הכרה טובה ואם כן בעדות זה שאמרו בסתם איך האב אים דר קענט אן דער אפינצייא אפשר שלא היתה הכרה טובה רק כח הדמיון בלבד ומכ"ש אם נתפשט מתחלה הקול שנטבע מוהר"ר יודא אלא שבזה אפשר לומר כמ"ש בתשובה סי' בשם מהרא"ש דידעת הטביעה לא

מיקרי אלא ידיעה אמיתית אבל קול הברה לא והבאתי ראיה קצת לזה אבל עכ"פ הכרה טובה בעיני ואפשר דאי לאו דהוה לה הכרה טובה לא היתה מחלטת לומר שהוא ר' יודא בודאי ומ"מ צ"ע כיון דאשתהי אפשר שנשתנה צורתו ולכן אמרה בדדמי גם על הבגדים.

סוף דבר הכל נשמע שהלכה זו רופפות בידי ואף כי נכמרו רחמי על עלובה זו וחזרתי על כל הצדדים בג"ע לתקוע יתד במקום נאמן ולפי קוצר הזמן חפשתי ולא מצאתי רק כדבר האמור למעלה בטעמן ונימוקן ואינו אומר בה לא איסור ולא היתר ולולי כי הוכרחתי להשיב לכבוד הדרתו ידי בצלחת הייתי טומן דברי הצעיר עבד לעבדי ה' לעמוד לשרת מוקדש ומזומן זעירא מן חברייהא כו' כד שאלה בדבר אשה אחת עצובת רוח ושוממה יושבת ונפשה עגומה היתה כאלמנה חי' כי אף אחרי מציאת עדים וראיה.

נפל בהם ספיקות וגמגומים. וירבו הימים אשר היא יושבת הומים בירכתי ביתה.

ולבה הומה על טל ילדותה ותלך לדרוש את חכמי הזמן לעיין בדינה. הלהן תעגנה.

ואולי ימצאו לה עזר ותרופה. ע"פ כח ב"ד יפה.

וענין השאלה זה תורפה: בעיר אחת ק"ק הרייראד"ק נפטר איש אחד עובר אורח ונרשום בפנקס החבורה קדושה דברי השמש דק"ק איך שנפטר אחד שמו יעקב בן אברהם מק"ק ראחמאניב. ושם אשתו שרה והיה סימן בגופו.

ברען במקום החגורה לפניו ואחרי ששלחו להודיע לק"ק ראחמאנוב נודע שנאבד משם איש ששמו יעקב בן אברהם רק שאשתו שמה חיה וכאשר באה האשה למקום הנ"ל שאלו את פי השמש בת"ע להעיד לפני בית דין והעיד בת"ע שזוכר מה שהגיד לו האיש הנפטר שמו ושם אביו ושם עירו כנ"ל ואת שם אשתו אינו זוכר והגיד כי דרכו לטעות בשם הזה ומורגל בפיו על שם חיה לקרות חיה שרה ואפשר שטעה במה שנרשם שרה אפשר שמה חיה: גם האשה חיה הגידה איך שמעה מאיש אחד עד מפי עד שעד האחד הגיד שנפטר בק"ק הנ"ל יעקב מק"ק ראחמאנוב ושמע מאותו הנפטר שיש לו בק"ק ראחמאנוב אשה ויש לה בן קטן ממנו והגיד גם כן סימן הנ"ל וגם הנפטר בקש ממנו שיודיע לאשתו את פטירתו ונתן לו ת"כ על זה: שוב העיד עוד ע"א שהוא היה באותו העיר שנפטר בזה איש הזה וסיפר לו שהוא ר' יעקב מראחמנוב הסמוך לק"ק שומסק זהו תורף הענין בג"ע מב"ד הצדק ובק"ק ראחמנוב חיפשו הטיב הדק ולא נאבד משם איש ששמו יעקב רק זה לבד בעל האשה חיה אשר נפשה בשאלתה אם יש היתר לאיסורה ע"פ העדיות או לא: וראיתי הענין עמוק ורחב ידיים יגיע עד צוואר.

נחל אשר לא אוכל לעבור. אמרתי אחריש אתאפק וזממי לא יפוק.

ובהיותי משתאה מחריש לדעת מקול הקריאה. נפשי לאחורי נרתעת.

וימלך עלי לבי והעירוני רעיוני קום לך. אל תמנע מהלוך.

ולצבא צבא בהויות דאביי ורבא. ולחפש בחזרי הפוסקים אחת הנה ואחת הנה.

ולשאת ולתת באמונה. ומזקינים אתבונן אשר שקדו על תקנות עגונות.

ואקיץ כישן וכגבור מתרונון. ובנותי בספרים.

ואשפוט משרים. ונתתי פני לחתור אחר האמת ולערות עד יסודה.
להכין אותה ולסעדה. איברא חזינא תרי גברי רברבא נפקי תרווייהו מידק דייקי.
וריוחא לא שבקי. ואמרתי אשיבה ואראה אעבור כבוצר על סלסלות.
ואקטוף מלילות. את אשר השאירו עוללות.

הלא טוב עוללות אפרים: מתחלה נדון בעדות השמש שהוכח' בשם האשה ואחר כך נתקע עצמינו בדבר הלכה בשאר העדיות ועיקרא דהא מלתא נלענ"ד ללמוד מתורת של רבינו הר"ן. בתשובות שלו סימן מ"ז שנשאל בענין עדות על יבם שמת וכתב וז"ל ועכשיו אני דן אם יש לפסול אותו מפני שהעיד שהיה שמו בישראל אברהם והוכחש בזה משני עדים שהעידו שהיה שמו שמואל או אם יש לנו לחוש לשני אחים שהיה שם האחד שמואל ושם השני אברהם ומסתברא דלהא ליכא למיחש לפי שאני רואה כו' ונראה מדברי כולם הבקיאים בו ומכירין אותו שלא היה כ"א אח אחד וכ"ת אפ"ה ליכא למסמך אהך סהדא.

דמ"מ הא אתכחי' שהעיד ששמו אברהם ואילו העידו שהיה שמו שמואל אפ"ה מסתברא ליה דלא מפסיל דקי"ל בעדות נשים לא בעינן דרישה וחקירה וכיון שכן מסתברא דעדים המכחישים בבדיקות בעדות נשים כשרים כשם שכשרים בד"מ ומסקינן התם אפי' אחד אומר מנה שחור ואחד אומר מנה לבן וה"נ כיון שכל העדים מסכימים שלא היה לבעל של אשה זו רק אחד אע"פ שזה אמר שהיה שמו אברהם ואלו אמרו שהיה שמו שמואל אין זו הוכחה הפוסלות עכ"ל: וממוצא דבר זה יש ללמוד דכל כה"ג משרי שרי אף על פי שעירב קצת שקר בעדותו שהרי שם נתברר ששקר הוא דובר במה שאמר ששמו אברהם שהרי שאר העדים העידו ששם היבם היה שמו שמואל ואפ"ה לא משגיחינן בהא כלל ומשתריה ע"פ עדותו כמבואר שם שאותן העדים שהעידו ששמו שמואל לא ידעו ממיתתו כלל דס"ל להר"ן דכל כה"ג בדיוקת מיקרי ולמדה מהא דחזינן לענין ד"מ דמצרפין בהכחשה דבדיקות אף ע"ג דע"כ חד מנייהו ודאי שקורי משקר ובד"מ תרי בעינן להוציא ממון על פיהם וע"כ דלא איכפת לן במה שמשקר בקצת דברים במה שאין עיקר תלוי בהם הלכך גם בזה אע"פ שנתברר לפנינו כי לא מן השם הזה לא איכפת לן בהכי ומקבלינן סהדותיה במה שהוא אומר מת ומזה מבואר שלא כדעת הפני משה סי' פ"ד שהביא הרב הגאון אב"ד דק"ק הראוונע בשמו דבהוכחש העד מפי עצמו בבדיקות יש לחוש לבטל העדות שהרי הר"ן שפתיו ברור מללו דבכה"ג העדות קיים: וע"פ הדברים האלה יש לתמוה על קצת האחרונים שרצו ללמוד מדברי הר"ן הללו דבעדות אשה והוכחשו זה את זה בחקירות העדות בטל כמו דקי"ל בד"מ ודוקא בבדיקות מכשיר ולענ"ד אין מדברי הר"ן הכרח כלל דהר"ן מיירי בהכחשה דתרי לחוד והני תרי לא מסהדי אמיתה כלל דבכה"ג דודאי משקר בחקירות אפשר דבאמת העדות בטל אבל אם שני עדים מעידים על המיתה רק מכחישינן זה את זה בחקירות מה"ת נאמר דבטל דנהי דנימא דבד"מ אם הוכחשו אין מצטרפין משום דחד ודאי משקר בחקירות מ"מ בעדות אשה סגי בחד ואף שהאחד משקר סמכינן אסהדותא דשני וכמ"ש הב"ש סברא זו ולקמן אבאר עוד בזה: ועכ"פ למדנו לנ"ד דבכה"ג דהוכחש בשם האשה אע"פ שברור שאין

זה אמת מ"מ כיון שלעיקר העדות אין נפקא מינה בכך הכחשה דבדיקות הוא ואמרינן דלא יהיב דעתיה למידק שפיר ואין זה פוסל גופא של עדות.

וא"ל דדוקא לענין שם היבם ס"ל להר"ן דהוה כהכחשה דבדיקות משא"כ בשם האשה כיון שאותה אנו מבקשים להתיר כהכחשה דחקירות הוא דמי: ולענ"ד הדבר פשוט דז"א דאע"ג שכוונת העדות להתיר האשה מ"מ לא אזלינן בה בטר שמא ולעיקר סהדותא לא איכפת לן אם כאשר יקרא העדים חיה הוא שמה או שרה שמה והרי זה דומה לאומר שהפקיד אצלו מנה שחזר וזה אומר שהפקיד אצלו מנה לכן דהכחשה דבדיקות הוא ואדרבה נראה דעדיף טפי מנידון דהר"ן דהתם הוכחש בשם היבם שמיתתו הוא מתיר ואיכא למיחש שמא עוד אחר יש כאן ששמו אברהם ואע"ג דנתברר שלא היה רק אח אחד מ"מ העד עכ"פ היה לו לדוק בשמא שהרי אפשר שיבא נ"מ מזה ואפ"ה לא חיישינן ליה כיון דלקושטא דמלתא אין שם אח רק הוא בלבד לא דייק בשמא וא"כ כ"ש בזה שהרי נתברר לפנינו שאין שם יעקב בן אברהם אחר רק בעלה של זו וגם יהיב סימנא תו לא רמי אנפשיה למידק בשם האשה שאין נפקותא בזה מאי אמרת הו"ל למידק שמא יש בעיר עוד אח' ששמו יעקב בן אברהם ויאבד זכרו משם ויהיה לו סימן זה פשיטא דכל כי הא ודאי לא חייש העד דהא אנן נמי ל"ח לשני יב"ש כל שלא הוחזקו ומכ"ש שאין לו להעד לאסוקי אדעתיה כולי האי ואין כאן רק הכחשה דבדיקות והעדוה כשרה ותנשא על פיו כמ"ש הר"ן וראייתו ברורה מהא דקי"ל עדים המכחישים זה את זה בבדיקות כשירה בד"מ: וגדולה מזו מצינו בדברי הרמב"ם פי"ב מה"ג וז"ל אשה ושני אנשים שבאו ממדינה אחרת זה אומר זו אשתי כו' ואע"פ ששניהם הוחזקו בא"א הואיל וכל אחד מהם העיד לעצמו אין נאמנים עכ"ל מבואר מזה דדוקא בכל אחד מעיד לעצמו הא אם כל א' מעיד שנתקדשה לאחר כגון זה אומר שנתקדשה לראובן וזה אומר נתקדשה לשמעון הרי הוחזקה בא"א ואף ע"ג דחד מנייהו ודאי משקר בענין מי זה המקדש מ"מ מצטרף לגבי דידה שתהיה מקודשת: אך לכאורה דברי הרמב"ם תמוהים בזה דהא ודאי בכה"ג שהם גופים מחולקים עדות מוכחשת הוא ואפ"ה לר"ה דס"ל דזו באה בפ"ע ומעידה כו' אבל לצרף אחד מכל כת לא וכיוצא בזה הקשה הר"ן בכתובות דף ק"ב אהא דתרגמה אביי בע"א: איברא דהרמב"ם סתם שם כפשטה דש"ס ולא כתב כתשובת הר"ן דמיירי בע"א קרוב לו אלמא דס"ל דבכל גווני אמרינן תרווייהו בא"א קמסהדי וכ"כ הב"ש סי' קנ"ג ונראה דס"ל כשאר מפרשים שהבי' בשיטה מקובצת דכי אמרינן שלא לצרף מן כל כת בעדות אחרת הנ"מ להבא אבל למפרע לא מפסלי והכא כשמכחישינן זה את זה כבר היתה עדותן שהעמידוה בא"א עדות גמורה כו' דנישואין לאו בגירושין מתלי דתרת מיילי נינהו ולפי זה י"ל דגם בהא שמעדין שפלונית נתקדשה לפלוני הך מלתא דלמי נתקדשה עדות אחרת הוא דלענין להחזיקה בא"א לא איכפת לן למי נתקדשה וכבר נגמרה עדותן וזה שמכחישינן עצמם אחר כך כמכחישינן עצמם בעדות אחרת הוא אחר שנגמרה עדותן זה: ולפי זה בנ"ד נמי דכל שגמר אומר שנפטר איש אחד והעיד שמו ושם אביו ושם עירו די בכך וזה שנתפס בשקרו במה שאמר אחר כך שינוי בשם האשה אין זה גורם קלקול בעדות שהעיד ראשונה ומועיל להתיר: איברא דלפי זה קשה שהרי דין הרמב"ם נובע מסוגיא דקידושין ושם בעי לאוקמי הברייתא בע"א ולמיפש' מינה דחוששינן לקידושין בע"א דלמא שאני התם כיון דאיכא ע"א להאי

וע"א להאי אע"פ שזה אומר לזה נתקדשה וז"א לזה נתקדשה מ"מ שניהם החזיקה בא"א ומכ"ש שיש להקשות אהא דפריך ותסברא ע"א בהכחשה מי מהימן ומאי קושיא דהא אין הכחשה ביניהם רק למי נתקדשה והוה כמכחישין זא"ז בגירושין ועדיף מינה דהתם לדברי האחד היא עכשיו פנויה משא"כ בזה דתרווייהו בא"א קמסהדי והנה במ"א הארכתי בישוב דברי הרמב"ם בזה על דרך הפלפול: אך לעיקר הדין בלא"ה קשה לענ"ד שהרי הרמב"ם בפ"ב מהלכות עדות סובר דבמה הרגו בסייף או בארירין דרישות מיקרי והטעם כיון שהו' בגופה של עדות ע"ש במפורשים ובשו"ת מהר"ב אשכנזי סימן ה' ואם כן נראה דבעדות למי נתקדשה כדרישות דסייף וארירין דמי ומ"מ ברור לדינא דאם שנים מעידין שנתקדשה אלא שהאחד אומר שהמקדש שמו ראובן והשני אומר דהמקדש היה שמו שמעון דאין זה הכחשה בגופה של עדות דדוקא במה הרגו בסייף או בארירין כיון דעכ"פ עיקר העדות הוא ההריגה וכן ע"א אומר נהרג וא"א מת דמדמי ליה הפוסקים לדרישות דהיינו גופה של עדות שעיקר העדות היא המיתה משא"כ שם המקדש אינו מעלה ומוריד כלל ואין זה גופה של עדות ועדיין צ"ע בסברא זו דאפשר דגם זה גופה של עדות על ידי מי נאסרה אשה זו אכ"ע ומ"מ לענין שם האשה נראה דבדיקות הוא ועוד נלענ"ד כיון דעכ"פ מוכח מדברי הרמב"ם דבכה"ג דאחר גמר עיקר העדות הוכחש בדבריו ממש לא נפסלה העדות שהעיד מתחלה אם כן גם בזה יש להתיר אע"פ שסוף דבריו הוכחש בשם האשה דאפ"י תימא דשינוי השם הוה כהכחשה בגוף העדות כגון סייף וארירין להרמב"ם מ"מ הא הרבה פוסקים חולקים עליו בזה וכן בהה"י דא' אומר מת כו' שעיקר כדעת הפוסקים להתירן כמו שאבאר לקמן ואם כן גם בזה העדות מועיל וכמבואר גם כן מדברי המפורשים בשיטה מקובצת כתובות והבאתי לעיל ואין לומר דע"כ לא אמרי' הכי אלא לענין קידושין וגירושין דתרי מילי נינהו ז"א דהא ש"ס ערוך הוא בב"ב דף ל"א דאמר רב נחמן באכילתא דאתכחש אתכחש באבהתיה דלא איתכחש לא אתכחש לימא בפלוגתא דר"ה ור"ח קמיפלגי כו' ורבא אמר לך ע"כ לא קאמר ר"ה אלא בעדות אחרת אבל באותו עדות לא ור"ל שהוחזקו משקרים באותו קרקע לא ואיפסקא התם הלכתא כר"נ כמבואר ברשב"ם שם והיינו אפ"י לענין עדות אותה קרקע וכ"כ רי"ו הביאו ב"י דאם מכחישין זא"ז בקצת העדות ובקצת האחר אין מכחישין נתקיים אותה המקצת לרבינו שמואל ובכנה"ג תמה עליו דתלמוד ערוך הוא והאו"ת נדחק לישוב והאמת יורה דרכו דודאי מקור דברי רי"ו הם מש"ס הנ"ל שהרי סיים בה מרבינו שמואל ר"ל הרשב"ם שפסק כר"נ ואפ"י באותו העדות וכ"כ בהג"א דבר זה בשם הרשב"ם דאפ"י באותו עדות כי הכא נמי נאמנים במלתא דלא מכחשו להו ע"ש וברי"ו שם ציין להדיא פ"ג דב"ב: ואמנם לפי ענ"ד דבר גדול דיבר רי"ו בזה וכמו שאבאר דלכאורה יש לתמוה אהא דפסקינן בפשיטות כר"נ בהא ובב"ק דף ע"ג אמרינן לימא כתנאי כו' ומבואר שם דכל כה"ג אמרינן כיון דתכ"ד כ"ד עדות שבטלה מקצתה כו' ואפשר שמזה למד הר"ן מה שהקשה בכתובות בהא דעא"א נתגרשה כו' אע"ג שלא הכחישו עצמם על עדות הקידושין מ"מ עדות זה בטל הוא משום דתכ"ד כ"ד רק אם נרצה שיעידו שנים שהיא א"א ואליביה דר"ה דס"ל זו באה בפ"ע כו' הא לצרף א' מכל כת לא אמרינן ולפי זה צריך לישוב סוגי' הש"ס דב"ב דקאמר מה דאתכחש כו' ומשמע דע"ז מהני עדותם אף להוציא ואמאי כיון דחוששין שמא משקרים באכילתה ממילא

נפל הספק גם על עדות אבהתא דהא בהא תליא כיון שהיה בתכ"ד דא"כ מאי קאמר רבא כר"נ מאי בכך כיון שעדות אבהתא העיד מקודם וע"כ דבתכ"ד מיירי כמבואר שם בתוס' ובב"ק בתוס' שם וצ"ל דס"ל כיון דזו באה בפ"ע כו' נהי דאותו העדות שהעידו תכ"ד א"א לקיימו ולפסוק על ידם כיון שתכ"ד העידו עדות שקר אכתי מצי לאסהודי שנית על עדות אבהת' כיון שהעדים עצמם לא נפסלו ורבא ס"ל כר"ח דסהדי שיקרא נינהו ושוב אין כשרים להעיד והעדו שהעידו ראשונה נפסלו משום דהוה תכ"ד וא"ש הא דב"ק דמיירי לענין עדים שהוזמו שפסולים הם ואין מועיל עדותן שנית: ובזה יש ליישב מ"ש רש"י שם דאגניבה פסולין משום פסולי עדות ותמה אא"ז מהרש"א על זה ע"ש ולפי מ"ש י"ל דאין ר"ל על אותו עדות שהעידו עם הטביחה ביחד דזה בלא"ה פסול משום תכ"ד אלא ר"ל שאין מועיל עדותן אף אם יחזרו ויעידו עתה על הגניבה משום פסולי עדות אלא דלכאורה פשיטות לשון רש"י שכתב לפרש כן בל' הש"ס משמע על העדות שהעידו כבר בא ע"ש וגם דהך מלתא אם יכולין לחזור ולהעיד תליא לכאורה במחלוקת הפוסקים דאיכא מאן דסבר דבכה"ג אין יכולין לחזור ולהעיד ולקמן אבאר בזה: וכדי לתרץ סוגיות אהדדי צ"ל דיש חילוק בין הכחשה להזמה דבהכחש' אמרינן דבאכילת' דאתכח' כו' מה שאין כן בהזמה אמרינן כיון דאתזמי אטביחה אתזמי נמי אגניבה דתכ"ד כ"ד וכן מצאתי בשיטה מקובצת לב"ב בשם הרשב"א שכתב וז"ל וא"ת תיקשי הלכתא אהלכתא כו' וי"ל דשאני עדים זוממין דהם גופם נפסלים מכאן ולהבא מיהו לכ"ע ואפי' למפרע לאביי אבל עדי הכחשה כשרים הם אפי' מכאן ולהבא וזהו באה בפ"ע ומעידה הלכך אאכילה דאתכחש כו' עכ"ל ודבריו הקדושים צ"ע בזה שכתב דזוממים הם גופם נפסלים מכאן ולהבא לכ"ע כו' דמשום הא לא אריא כלל דהא חזינן למ"ד מכאן ולהבא נפסל לא איכפת לן בהא שהם גופם נפסלים להבא אפ"ה אמרינן אטביחה דאתזום אתזום: והנה ראיתי בפ"י בב"ק שכתב גם כן לחלק בין הכחשה להזמה דבהכחשה ל"ש עדות שבטלה מקצתה דהא אפי' המקצת לא בטל לגמרי אלא דהו"ל תרי ותרי וכמו שכשרים לעדות אחרת כמו כן כשרים במה שהעידו תכ"ד כו' וזה צ"ע לענ"ד דמה בכך דהוה תרי ותרי מ"מ ספיקא הוה ואע"ג דלכל חדא מוקמינן אחזקת כשרות מה שא"כ בזה דחד עדות הוא כשם שא"א להאמינם על העדות שאכל שני חזקה ומספקינן דלמא משקר האי ספיקא גופא הוי על עדות אבהתא: ומ"ש לתרץ דברי רש"י ממ"ש אא"ז מהרש"א וכתב הפ"י דלענין גוף העדות שהעידו תכ"ד ודאי בטל מעיקרא מחמת פסול העדות כיון שהוזמו לבסוף ואם הועיל הזמה למפרע לגבי עדות אחרת מכ"ש לאותו עדות עצמו שהעידו בפסול גמור בשקר תכ"ד עכ"ל נראה שרוצה להעמיד שם פסול על עדות גניבה עצמו ולענ"ד ליתא דודאי גם מהרש"א לא נעלם ממנו דהתם גבי והלכתא שהעידו בב"א כו' לענין תשלומין מיירי אלא דרוצה להוכיח מזה דאין לשון פסולי עדות נופל אעדות גניבה כיון דאפי' אי מתזמי אגניבה לא הוי שם פסול עליהם בעדות טביחה ומחוייבים לשלם כשהוזמו וע"כ הטעם כיון דהיה יכולין לחזור בתכ"ד כמ"ש התוס' ואם כן ק"ו הדברים אם הוזמו על הטביחה שבשעה שהעידו על הגניבה עדיין לא יצא שקר מפיהם כלל ואף ע"פ שתכ"ד העידו שקר מ"מ לא שייך על הגניבה הגדה שקודם לו שם פסלות וע"כ שעיקר הטעם הוא משום דחד דיבורא לא פלגינן ליה דעדות שבטלה מקצתה כו' ולכן נפסל אפי' הדיבור שקודם לו שאמר תכ"ד וכן כוונת

המהרש"א גם כן ומ"ש מוכחשין על הגניבה אין ר"ל מוכחשין ממש אלא דס"ל דהוה כמו הכחשה לענין שנתבטל עדות מחמת תכ"ד ומבואר בלשון התוס' גם כן ע"ש וסרה ממנו תלונת הפ"י ע"ש: ולענין עיקר הקושיא נלענ"ד דודאי יש חילוק בין הכחשה להזמה אלא שאני אומרה בלשון אחר קצת דהכל תלוין אם מאותו שעה שהעיד העדות נקר' עליהם שם פסול עדות ובטל ממנו תורת עדות מן הוא והלאה אז אמרינן שכל מה שאמר תכ"ד הוא בטל והיינו כשנתבטל עדותו ע"י הזמה למ"ד למפרע הוא נפסל דאזלי מיניה תורת עדות בתכ"ד של עדות הגניבה ולכך אמרינן דגם עדות הגניבה בטל הוא ולמ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל אמרינן דאטביחה אתזם ואגניבה לא אע"ג דמ"מ נתברר לנו עכשיו שאמר שקר בתכ"ד עדות הגניבה מ"מ כיון דעדיין לא הוחל לקרא בשם עד פסול בשעתא דאסהיד ואף אחרי גומרו וכל העדות שהעיד אחר כך כשירה היה רק משעה שהוזם בב"ד לא איכפת לן בעדות שקר שאמר תכ"ד כיון שאין שם ביטול ופסול עליו אז ושפיר אמרינן דאטביחה דאתזם כו' ואתי שפיר נמי סוגיא דב"ב דקאמר דר"נ סבר כר"ה כו' משום דאע"ג דעדות חזקה היתה תכ"ד מ"מ כיון דר"נ סובר דעדות שהוכחו הם כשרים לשאר עדות ואין שם פסול עליהם אף שיש לחוש שמא אמרו שקר תכ"ד דבשביל שקר לבד אין נפסל עדות שהעיד באמת תכ"ד וכמ"ש ורבא סבר כר"ח דסבר בהדי סהדי שיקרא ל"ל והיינו דעדים נפסלו אפי' למפרע אף לרבא משום דהכחשה עדיף מהזמה לטעמא דחידוש כמ"ש בתוס' שם ע"ש ואם כן ממילא דגם לענין זה הכחשה עדיף מהזמה דבהכחשה אמרינן עדות שבטלה כו' כיון שבביטול יש עליו שם פסול עדות משא"כ בהזמה לא אמרינן עדות שבטלה כו' כיון שבטל שם המקצת אין שם פסול עדות עליו משעת מעשה דהא אין נפסל כ"א משעת הזמה ואילך ולכך שפיר אמרינן והאי דאתזם כו' שהיה בשעת טביחה שם פסול עליהם אז גם עדות גניבה שהועד תכ"ד הוי כהועד בפסול משא"כ אם מכאן ולהבא הוא נפסל שלא היה עליהם שם פסולי עדות בשעת העדות ולכך אמרינן מאי דאתזם כו' וזה מבואר מלשון רש"י דלענין שעת פסולים קאמר.

ומ"מ צ"ע לפי מ"ש התוס' בב"ק דהחידוש הוא מה שנפסלים ודאי ומבואר מדבריהם דלענין פסול ספק הכחשה והזמה שוים הם דבזה אין חידוש ולפי זה הדק"ל דתיקשי דרבא אדרבא כמו דאמר רבא בב"ב עדות מוכחשת הוא לפי שמספק סהדי שיקרא נינהו כ"כ י"ל לענין הזמה דמאי אולמא הכחשה מהזמה לענין זה ולכאורה היה אפשר לומר דהך לימא כתנאי כו' קאי לפי המסקנא דגם רבא ס"ל כר"ה אלא דמחלק בין אותה עדות כו' ולפי זה שפיר קאמר דאגניבה לא איתזם דהא לענין הזמה ס"ל מכאן ולהבא הוא נפסל ואף ע"ג דמ"מ הוי כהכחשה מ"מ לגבי הכחשה כשרים הם בעדות אחרת ואין כאן שם פסול בשעת העדות לבטל כל העדות אלא דמדברי התוס' בב"ק נראה דאכתי לא נחתי להך מלתא לומר דקאי לפי המסקנא ואפ"ה כתבו דלטעמא דחידוש נחא: וראיתי בפ"י שהרגיש בזה והניח בצ"ע ואפשר לומר דאף למאי דס"ד התם דרבא כר"ח מ"מ קאמר הכא שפיר לימא כתנאי ויהיה מוכרחים באמת כר"ה בהא.

ובהא דלמפרע הוא נפסל פליגי תנאי ויותר נראה דלפי מ"ש התוס' דלטעמא דחידוש נחא לא ס"ל הך תירוץ שכתבו אח"כ דהחידוש הוא לפסול ודאי אלא ס"ל כמ"ש התוס' בסנהדרין שהחידוש הוא שהמזימין כשרים וכ"כ בב"ב בשם הריצב"א והר"ן המתין

יותר כיון דחידוש התורה להכשיר המזימין ממילא דגם הניזמין אין לפסול אותם כ"כ ויש למעט בהם הפסול כל מה דאפשר ע"ש ולפי זה נראה דלרבא בהזמה גרע מהכחשה דלא נפסל למפרע כלל אף מספק וא"ש בפשיטות טפי הא דקאמר אגניבה דלא איתזם כו' ואע"ג שהתוס' לא הזכירו כאן תירוץ זה סמכו עצמם על מ"ש במ"א שהרי בב"ב שם לא כתבו תשובה זו שבב"ק גם כן רק כתבו דהתם אזיל בטעם דפסידה דלקוחות ואפ"ה כתבו דלטעמא דחידוש ניהא וצ"ל שסמכו עצמם על מ"ש במ"א ומ"מ תירץ זה שכתבו בב"ק דהחידוש הוא שנפסלו ודאי נמי א"ש לפום מה דמתרצו לעיל דלמסקנא דמחלק בין אותו העדות כו' ניהא ע"ש: המורם מזה לדינא שאם היינו דנין נ"ד כהכחשה של מקצת עדות היה לנו לומר עדות שבטלה מקצתה כו' ואע"ג דקי"ל כר"נ דמאי דלא איתכחש לא איתכחש אפי' בעדות אותו דבר עצמו מ"מ אין זה ענין לכאן דהתם כיון דקי"ל כר"ה דאמר זו באה בפ"ע ומעידה כו' אין נופל בהם שם פסול לעדות ולכך לא פסלינן מה שהעיד תכ"ד וכן לענין הזמה אי הוה אמרינן מכאן ולהבא נפסל דהאי שעתא לאו שעת פסלות הוי משא"כ אם עכ"פ יש ספק בדבר שמא נפסל בשעת עדות כגון בהכחשה למאן דס"ל כר"ח או בהזמה להך לישנא דחידוש ולפי מה שפירשו התוס' דלענין פסול ספק אין חידוש ושפיר דינו כהכחשה לרבא בכה"ג שפיר אמרינן עדות מוכחשת הוא וכל העדות של תכ"ד בטל וא"כ אם נתברר לנו ששקר העד א"כ מסתמא דאסהיד הו"ל רשע ושם פסול עליו וכל העדות שהעיד תכ"ד אפי' העדות שקודם לו מתבטל מטעם עדות שבטלה כו': וראיתי להרב הגאון אב"ד דק"ק ראוונא העיר בזה מענין פלגינן דיבוריה והרב הגדול מהר"ן הירץ מ"צ מק"ק ראדוויל מפקפק בזה די"ל דהיינו דוקא במקום שאין אנו מוכרחין לומר דמשקר בודאי רק אינו נאמן בדבריו לענין אין אדם מע"ר וכדומה אז אמרינן במה דנאמן מקבלינן עדותו ופ"ד מה שא"כ בכאן שאנו מוכרחין לומר דמשקר בודאי עכ"ד ולפי ענ"ד דברי הרב הנ"ל נכונים דודאי בכל פלגינן דיבוריה אנו מוכרחין לומר דמשקר בודאי דאל"כ הרי נעשה רשע ופסול לעדות וכדאמר רב יוסף באמת לרצונו רשע הוא כו' ולרבא דאמר פלגינן דיבוריה ג"כ א"א לתפוס החבל בשני ראשים ואם נאמין לו שאמר אמת שנעשה רשע ממילא שאין נאמן להעיד על חבירו ואם לא נאמין לו בזה שרבע אותו לרצונו הרי עירב שקר בתוך עדותו ושמא כולו שקר ומ"ש הרב הנ"ל דלשיטת הראב"ד א"ש לא נאמן הוא נכון: אך מ"ש לשיטת התוספות שכתבו בשמם דלא ס"ל הך סברא דבטלה מקצתה כו' לפענ"ד ז"א דכבר הוכחתי מסוגית הש"ס דב"ק וב"ב דכל כה"ג שודאי אמר שקר בהא מודה לרבא דעדות מוכחשת הוא כיון דבשעת העדות שם פסול עליו ולפי זה כאן לענין פלגינן דבורא שע"כ בטל מקצת העדות למה באמת לא נימא דבטל כולו ולכן נלענ"ד דגם התוספות מודים בזה דהיכא שהביטול הוא מחמת שיקרא דפתיך ביה כגון הזמה או הכחשה וכיוצא בו אמרינן עדות שבטלה כו' ובהא דפ"ד מחמת אין מע"ר גם להתוס' הטעם דמשקר על עצמו איזו דבר לא מבטלינן בשביל הא סהדותא דאמר לאחר ונאמן דאין ע"ז גדר עדות וכן אם ביטל מקצת העדות הוא מחמת קורבה אף ע"פ שבזה שפיר הוא בגדר העדות מ"מ כיון דאין ענין הפסול מחמת שהוא שקר אלא משום שאנו אין יכולין לקבל עדות קרוב דרחמנא פסליה לקרוב מ"מ לגבי השני שאינו קרוב לא מבטלינן סהדותא דהא י"ל דכל הענין הוא אמת ובזה שפיר נופל החילוקים של הרב

מהר"ן הנ"ל ומ"ש הרב הנ"ל לתרץ קושיות התוספות בכתובות באנוסין היינו מחמת נפשות דהוי מיגו במ"ע וכתב דלהראב"ד ניהא דלענין אנוסין מ"ן אינם בגדר בע"ד דהא לא משוי נפשייהו רשיעי אלא הם בגדר העדות ואם לא נאמין להם שהם מ"ן גם על הקיום א"ן דעדות שבטלה מקצתה כו' אלא שכתב דהתוספות אזלו לשיטתייהו ולפי מ"ש גם להתוספות י"ל כן אלא דאפשר לומר דהתוספות מקשים שפיר אף לשיטת הראב"ד שהרי מבואר בר"ן בגיטין לענין גט שהביא קרוב וכתב בו שטר מתנה דלא אמרינן בכה"ג עדות שבטלה כו' ולפי זה די"ל דגם לענין קיום אין להקל כ"א בפסול דקורבה משא"כ היכא שהפסול מחמת שהוא משקר במקצת אף על הקיום א"ן לענ"ד דברי התוס' בלא"ה נכונים לשיטת הראב"ד דהא אם דאין כאן מיגו דהו"ל מיגו במ"ע אם כן א"ן לומר מחמת נפשות משום דאין חוזר ומגיד וא"כ י"ל דאין זה בגדר העדות כלל דהא לענין זה לאו בר הגדה הוא ודברים בעלמא נינהו ולא משגחינן בהו והו"ל כמו עדים בעד על עצמו דאין פוסל שאר עדות רק במגו הם נאמנים ולא מתורת עדות כלל וכיון דאין כאן מיגו גם עדות אין כאן ודל ההגדה של אנוסים מ"ן מהכא והרי זה כאילו לא אמרו רק כתב ידינו הוא זה לחוד ולפי הסברא שכתבתי דכל שהביטול מחמת משקר שפיר יש לבטל כולו עדיין יש מקום קצת לסברא זו ולפי דלא נ"מ לדינא ראיתי לקצר.

אך מ"ש הגאון אב"ד דק"ק ראווני' דהך דנ"ד מיתלי תלי וקאי בפלוגתת הראב"ד ותוספות דלהראב"ד העדות בטל לפי ענ"ד נהפוך הוא דלהראב"ד נראה שהעדות קיים שהרי הראב"ד נתן טעם הא דפ"ד היינו משום דהוא בעל דבר ואינו בגדר העדות ואע"ג דע"כ לומר דמשקר בזה לא איכפת לן שהרי ענין זה שאומר על עצמו תורת עדות עליו ולא אמרינן בזה עדות שבטלה כו' ומינה יש ללמוד גם בנ"ד דאף ע"ג דמשקר בשם האשה מ"מ אין ע"ז תורת עדות כלל כיון דלא איכפת לן בהא כלל וכל שאינו בתורת גדר העדות לא אמרינן עדות שבטלה כו' ודוקא בהכחשה בחקירות הם בגדר העדות שהרי ההזמה תלוי בהם בזה הכחשה פוסל אבל לא בדבר שאינו שייך לגוף העדות כלל וזה ג"כ טעמא דאחד אומר מנה שחור ואחד אומר מנה לבן דמצטרפים דהא אין העדות תלוי בזה כלל לא איכפת לן בשיקרא דידיה שכל שאין שם גדר העדות עליו לא אמרינן עדות שבטלה כו': ומצאתי בשו"ת מ"ב סימן ק"ט שכתב וז"ל ואע"ג דחזיני' ביה תיהא שהעידו הגוים שהנהרגים שנים היה להם מו"מ עם הדוכס ושניהם נשבו ונפדו וזה שקר גמור כמבואר בכל העדים שבנ"ד שהבן לא היה לו עסק עם הדוכס ולא נשבה כלל אלא שאחר המעשים הללו הלך לפדות את אביו ובחזרתם נהרגו שניהם נראה דאין לתלות זה לעדות שקר אלא לטעות כו' ועוד י"ל דאפי' אי מחזקינן להו בשיקרא ולא בטעות לאו כלום הוא חדא דפ"ד ואמרינן האי ודאי אמת הוא ודמי לאחד אומר מת ואחד אומר נהרג דמתירין האשה ואף ע"פ שאחד מהן משקר ואפ"ה עדותן קיימת דמאי נפקא לן מינה אם מת או נהרג ס"ס אינו חי וה"ן מאי נ"מ אם היה הבן אצל כל המעשים או לא דס"ס נהרגו וקי"ל נמי כרבא דאמר פלוני רבעני כו' ואף ע"ג דא"ן על עצמו נאמן על חבירו ופ"ד ולא אמרינן מדהא ליתא הא נמי ליתא דהא בהא תליא דחד מעשה היה ק"ו בנ"ד דשני מעשים הם עכ"ל ונראה דשפיר מייתי מהא דפ"ד אף לשיטת הראב"ד דכיון דענין זה דהבן היה לו עסק כו' אין נ"מ בזה לדינא והוא שקר בעלמא אין עליו תורת עדות כלל כמו במעיד שקר על עצמו ולפ"ז גם בנ"ד נראה כיון דכבר הוגד שמו ושם

אביו ושם עירו וא"צ יותר ושם האשה בזה הוא אך למותר אינו רק שקר בעלמא דמאי איכפת לן בשם האשה ולכן מה ששינה בזה אינו מעלה ומוריד כלל שוב מצאתי בשו"ת ח"צ סימן מ"ד שכתב דכיון במה שאומר בנו הוא שומעין לו ושוב אין אנו צריכין למאמרו שבא עליה קודם החופה והמאמר ההוא לאין יחשב וכאותו ששינו מעשה שבאו שנים ואמרו ראינו שחרית במזרח וערבית במערב כו' וכתב הרמב"ם בפ"ב מהלכות ק"ה הטעם שהראיה שאמרו שראוהו בשחרית אין נזקקין לה שאין אחראין לה לראיית שחרית כו' ובפ"ק דסנהדרין פלוני בא על אשתי כו' דפ"ד משום שאין אצלה בתורת עד דנימא עדים שבטלה כו' שמעינן מינה דחשבינן ליה במשקר באמירת על אשתו ולהעיד נאמן באמירת פלוני בא וכאילו אמר בא על אשה אחרת ובהחולץ כו' אף אנו נאמר שנאמן הוא בעדותו שאומר בנו הוא דהתורה האמינתו ואי נמי במה שאמר שבא עליה קודם החופה דהאי לית בה משום לתא דעדות עכ"ל מבואר מזה כמ"ש וע"ש דמבואר דמה שאמר שבא עליה קודם החופה היא סתירה למה שאמר בנו הוא שלא היה בין החופה ללידה רק ששה חדשים ואפ"ה כתב דאף ע"ג דמשקר בהא נאמן בהא כיון שבענין שהוא משקר אין בו משום לתא דעדות ומדמי לה להא דהראב"ד וראיתי בתשב"ץ ח"א סימן ס"ו שכתב גם כן כזה וז"ל ומה שאמרו שדברי העד הראשון הם מוכחשין מאליהן שהרי הוא העיד שהדלתות היו נעולות כו' אפ"ה אין עדותו נפסל מפני זה דהא קי"ל פ"ד כו' וה"נ פ"ד ונאמן במ"ש שהיין הוא אסור אע"פ שדבריו מוכחשין במה שאמר שהדלתות כו' דשמה מצד אחר נאסר היין או מפני שהניח האוצר פתוח וכיוצא בזה ומחמת כסיפא שלא יאמר שאתה הפסדת ייני נתן טענה זו וכ"ש בהכחשה בבדיקות ל"ה הכחשה כו' עכ"ל הרי מבואר דאף ע"פ שמוכחש במקצת דבריו לא איכפת לן כלל ועל השקר שאמר אמרינן איזה אמתלא שתהיה אע"ג שאם היה צריך לאמתלא זו לא היה נאמן עליו ומכ"ש דאנן לא טענינן ליה ואפ"ה אין זה פוסל העדות ומכ"ש כאן שאומר שטעה בשם דאפילו תימא שאין זו אמתלא המקובלת מ"מ אינו פוסלת את העדות.

איברא שעדיין יש מקום לבע"ד לחלוק שלא נאמרו הדברים אלא היכא שנאמנותו מתורת עדות כגון ההיא דפ"ד וההיא דפ"ד דהח"צ דהאב נאמן על בנו דין תורת עדות עליו כדמייתי התם מיבמות ע"ש משא"כ בנ"ד בעדות אשה דנאמנותו של עד הוא משום מלתא דעל"ג לא משקרי בה אינשי ולפי זה י"ל דכל שאמר שקר והוא מלתא דעל"ג הא קמן דהאי גברא לא קפיד ומשקר ולכך א"נ כלל ונראה שזה הטעם מהפני משה דמחמיר בהוכחש בבדיקות אע"ג דקי"ל דהוכחשו בבדיקות אף בד"מ כשרים וע"כ ס"ל לחלק כמ"ש ולכאורה אפשר לומר דז"א דהא הך דאמרינן פלגינן דבורא אפ"י בעדות אשה והוא ע"א לבד הדין כן דהא קי"ל הרגתיו תנשא אשתו משום דפ"ד אלא שי"ל דהתם אע"ג דע"כ לומר דכיון דאין אדם מע"ר אמרינן דלא הרגו רק אחר ואע"פ שלפ"ז הרי משקר במקצת העדות שהרי אם תאמין לו שוב הו"ל רשע זה אינו דהענין שאנו אמרינן עליו שהוא משקר שלא הרגו בעצמו אלא אחר הרגו אין זה עבידא לגלויי ולכך שפיר לענין גוף העדות שאומר שנהרג דשפיר הוא עבידא לגלויי מהימן ולפי"ז אם אמר שקר במלתא דעל"ג גם אגוף העדות לא מהימן: אך לענ"ד ז"א דלפי"ז אם היה מתברר לנו שזה העד שמעיד על אשה להתירה אמר פעם א' איזה שקר במלתא דעל"ג ונתגלה אח"כ

לא יהא נאמן הא ודאי דז"א כיון שהענין שאמר בו השקר אינו ענין להעדות לא איכפת לן בהכי כלל אף אם הוא מלתא דעל"ג ודוקא אם אמר שקר באיזה ענין שיש עליו גדר עדות אבל מה שאינו בגדר העדות אין נ"מ בשקר שלו בין אם הוא בב"ד או חוץ לב"ד ולא אמרינן בזה עדות שבטלה מקצתה כו' מטעם שכתבתי דכל דבר שאין צריך לעדות הוי כדין בע"ד שאינו בגדר העדות שאינו פוסל וכ"כ בחידושי הריטב"א למס' מכות דף ז' אחר שכתב סברת הראב"ד דכל שאומר אדם על עצמו אינו עדות אלא הודאה כו' כתב וז"ל ועי"ל בעיקר קושיא דל"ד כלל דהתם כל מה שהעידו בפסול על עצמם תוספת דברים הוא שאמרו ולא היו צריכים לו באותה עדות כי הוא הוסיף על עצמו פלוני רבעני לרצונו שלא היינו צריכים אלא שיעיד על הנרבע וכן מ"ש לדידי אוזיף כו' וכן בהרגתיו וכיון שכן אין מקבלין כל אותו תוספות כיון דתרי עניני ניהו דלא צריכין להדדי כלל אבל האי דירושלמי שכתב נכסיו לשני ב"א וכן הא דלוה וערב אין העדים מוסיפין בעצמם כי על שני דברים נזדמנו ונעשו עדים והו"ל עדות שבטלה כו' וגם זה נ"ל טעם נכון עכ"ל והן הן מה שכתבתי שכל שאין על הענין שאין אנו מאמינים לו תורת עדות שאין בו נ"מ לעדות זה לא אמרינן ביה עדות שבטלה כו' ואפילו אם הוא ענין של עדות והוא משקר עליו אם לא נפסל עבורו אין זה מזיק לשאר העדות כדכתיבנא לעיל דהכי מוכח מהש"ס דב"ק דאי מכאן ולהבא הוא נפסל אמרינן דאטביחה דאיתזם כו' וא"כ מכ"ש שהענין שהיה משקר עליו אין בו תורת עדות כלל דנימא שיהא נפסל מחמתו לשאר עדות וממילא דלא אמרינן ביה עדות שבטלה כו' ומאי ניחוש לה משום דחזינן דמשקר במלתא דעל"ג ז"א כיון דלא משקר בענין דשייך ביה עדות לית לן בה ושפיר מהימן בדבר שמעיד עליו והוא מלתא דעל"ג ומצאתי בשו"ת ח"צ סי' ל"א בענין גט והבעל הוחזק שקרן בשם אביו דאף דהוחזק שקרן בשם אביו לא להחליף שמעצמו בשקר ללוי ול"ד להחשוד כו' ואע"ג דסיים בה וגם תורת הלויים אינו בא אם שינוי שם אביו כו' מ"מ נראה דבכאן נמי הוי דכוותה ועדיף מינה ואין להאריך: וראיתי בס' קצה"ח סימן נ"ב מ"ש להשיב על מה שהקשה מהרי"ט על מהרש"ך מסוגיא דב"ק והאריך לחלק בין רשע דחמס ועדי' זוממים דטעם הפסול משום דנחשד למשקר ובין רשע דעלמא שהוא מגזירת הכתוב ע"ש וז"א לפענ"ד שהרי למ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל אמרינן דאטביחה דאתזום כו' אלמא משום דמשקר לא מבטלינן כולי סהדותה דהא להך מ"ד נמי עכ"פ משקר הוא אמרינן דבשביל שהוחזקו משקרים על הטביחה לא הוחזקו משקרים על הגניבה (וא"ל דכיון דלהך מ"ד כשר לשאר עדות שקודם הזמה כשר נמי למה שהעיד באותו תכ"ד דא"כ הוי מצי למימר דכ"ע סברי מכאן ולהבא נפסל רק אותו דיבור עצמו גרע כיון ששיקר באותו עצמו ובתכ"ד כ"ד קמפלגי ואפשר לומר דלהך מ"ד עד זומם חידוש הוא א"כ י"ל שאין הטעם משום דמשקר כלל ואין לחלק בין אותו עדות או עדיות אחרים אבל לענ"ד ז"א ועיין בתוספת שם ד"ה אין לך כו') אלא דעיקר הענין תלוי באם נתחדש עליו שם פסול ע"י אמירה זו דלמ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל אין שם פסול עליו באמירת השקר משא"כ למ"ד למפרע וכיון שהענין תלוי במה שנעשה פסול מה הפרש יש בין רשע דחמס ועד זומם לרשע דעלמא דכמו דברשע בעלמא אמרינן דהפסול בא אחר סיום העבירה ה"נ בעד זומם יש לנו לומר שהפסול לא בא אלא אחר סיום העדות שקר דהעיד ומה טעם יש לחלק ביניהם אדרבה

בזה מסתברא טפי שלא נפסול כ"א אחר כ"ד דהא בכ"ד עדיין יש לו לחזור וכמ"ש א"א"ז מהרש"א להקשות מדברי רש"י דלעיל דקאמר והלכתא כו' רק שנאמר דכיון דלא חזרו תכ"ד אגלאי מלתא למפרע שנפסלו באמירת העדות וא"כ לענין עדות אחרת שהעידו תכ"ד מה לי שהי' הפסול מחמת אמירת השקר או שהפסול מחמת ד"א דגם פסול מחמת שאמר שקר שהוא בא ע"י שנעשה חשוד לאותו דבר ג"כ אפשר שאינו אלא בגמר דבריו שע"ז נעשה חשוד וגם מה שהאריך בענין רשע דחמס הוא ללא צורך גם מה שנראה מדבריו דבעדות אשה דוקא רשע דחמס פסול ז"א דכל פסול מחמת עבירה דאורייתא הוא פסול לעדות אשה דמדחשוד לעבור עבירה דאורייתא חשוד לשקר וכמבואר בש"ס ופוסקים ודברי הנ"י הם אמורים לענין שאר איסורים שאין עליהם תורת עדות דאמרינן החשוד לד"א אינו חשוד לכל התורה כולה גם מ"ש לישב קו' מהרי"ט בענין פלגינן דיבורא כו' תמוהים לענ"ד דגם בענין פלוני רבעני וכיוצא אם היה מתברר לנו בידיעה ברורה שרבע אלא שרבע לפני עדים פסולים נמי לא קטלינן ליה דאין ד"נ בידיעה בלא ראייה ועדים בעינן אלא אמרינן דבאמת הוא עד כשר דאין מאמינים לו מה שפסול את עצמו והוי כאומר שרבע לפני עדים כשרים וה"נ כיון דבמה שאומרים שהוזמנו לקידושין ופוסלים עצמם אין מאמינים להם ה"ז כאומרים נתקדשה לפני עדים כשרים דפ"ד ומאמינים להם שראו שנתקדשה אלא שלא הוזמנו על כך ולפי שאינו מעניינינו לא רצייתי להאריך: ועוד נלענ"ד דל"ש כאן עדות שבטלה כו' לפי שנלענ"ד דע"כ לא אמרינן תכ"ד כ"ד אלא בענין הצריך עדות דוקא אז כיון שנפסל העדות של תכ"ד בטל כולו משא"כ היכא שהדבר מתקיים באותו ענין מה בכך שנפסל תכ"ד מ"מ לא הוחזק למשקר על מ"ש תחלה כדמוכח מהא דאמרינן למ"ד מכאן ולהבא הוא נפסל אטביחה דאתזום כו' רק שנאמר לבטל העדות משום שנעשה פסול תכ"ד וגזה"כ הוא דבטל כל העדות א"כ בזה דבאמת הענין סגי די בכך והגע עצמך מי שהעיד איזה עדות בב"ד ותכ"ד גזל או חמס או חילל שבת וכדומה אטו מבטלינן סהדות' משום הכי לא מצינו בשום פוסק שיאמר הכי והא ודאי דליתא ואמרינן השתא הוא דאיתרע אע"פ שהוא תכ"ד וא"כ גם בנפסל מחמת שקר תכ"ד נמי אין פסול על עדות שקודם לו משום דחשדינן ליה במשקר אלא משום גזה"כ דעדות שבטלה כו' ואפשר דילפי הכי מדכתיב יקום דבר דדוקא היכא שכל הדבר מתקיים ולפי"ז א"ש דהתם בב"ק דמיירי לענין כפל וד' וה' שאין מתקיים בלא עדים וכן בההיא דב"ב דקאמר בהדי סהדי שיקרי כו' כיון דגזה"כ הוא שיהי' נפסל כל אותו דיבור וא"כ כשהשני מכחי' ואומר של אבותי הוא אין אלו נאמנים נגדו ומכ"ש לפי המסקנא דרבא לא קאמר כ"א באותו העדים ולענ"ד דגם בס"ד אפשר דרבא מה"ט אתי עלה כיון דהוא אותו עדות אלא שאם היה סובר כר"ה דזו באה בפ"ע כו' היה סובר המקשן דגם באותו עדות אין לחוש כיון דלא איתרע חזקת כשרותן ועלה משני דאף אליבא דר"ה שפיר איכא לאפלוגי בהכי וכ"מ בתוספת דסנהדרין ויש להעמיס כן גם בתוספת דב"ק ע"ש וא"כ עיקר טעמא דרבא דלאותה עדות איתרע חזקתן ולכן חשדינן ליה במשקר אף בדיבור שקודם לו בתכ"ד משא"כ בעדות אשה דלא מתורת עדות אתינן עלה דהא כל הפסולים כשרים להעיד באשה רק דגזלן דאורייתא פסול משום חשדא דמשקר וכאן בעדות שהעיד מקודם תכ"ד אין הפסול דמשקר רק גזה"כ הוא שאין ע"ז תורת עדות וממילא דבעדות אשה אין לפסול מחמת

זה וכמו אם העידו כמה אנשים להתיר אשה ונמצא א' ביניהם גזלן דאורייתא וכיוצא בו מי שאינו כשר לעדות אשה דלא מבטלינן כל העדות משום שנמצא א' מהם קרוב או פסול והוא פשוט לענ"ד ומצאתי בשו"ת נ"ב סי' מ"ה שכתב ג"כ שהוא פשוט מטעם דלגבי עדות אשה לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' והביא ראיה מאשה שאמרה מת בעלי הוא נאמנת וצרתה אסורה כו' ע"ש וא"כ פשוט שגם לענין עדות של תכ"ד אין מבטלין העדות מחמת עדות שבטלה מקצתה כו' ולא נשאר לנו רק לחוש משום דתכ"ד משקר במלתא דעל"ג מ"מ לא איכפת לן במה שהעיד קודם לו ואע"ג שיש פוסקים דאפי' הכחשה בחקירות בטל ש"ה דהחקירות הם בגופו של עדות משא"כ בזה שאין צורך לעדות אלא שסמך ענין לו: וגם בזה דעת הרא"ש דהכחשה בחקירות כשר מההיא דע"א אומר מת ועא"א נהרג וראיתי בדברי הגאב"ד דק"ק שכתב בשם הב"ח שכתב הטעם דפ"ד ולכאורה היא תימא לפענ"ד דא"כ בכל הכחשות נימא הכי ואנן קי"ל דדוקא במידי דעביד אינש למיטעי ויכולין להשוות העדים משוינן להו הא לא"ה העדות בטלה והב"ח גופא כתב דקולא שהקילו בעגונה דבעלמא הכחשה בחקירות פסול ובתשו' הב"ח שם האריך ולא הזכיר מזה שהטעם משום פ"ד רק בספרו כתב דלכך הביא הטור דין הכחשה אחר דין הרגתיו לומר שהוא מטעם דפ"ד ונראה כוונתו דמלתא בעלמא קאמר דל"ת כיון דמכחישינן זא"ז עדות שניהם בטלה וכדאיתא בח"מ סי' למ"ד בסמ"ע שם דאפילו שבועה א"צ לזה קאמר דמשום עגונה הקילו וסמכינן על אחד מהם שאומר אמת והשני אינו מכחישו בעיקר העדות ובזה שהוא אומר נהרג שקורי קמשקר אבל עכ"פ אינו קיים וכיון דאיכא חד דודאי כשר אמרינן דאידיך שאומר נהרג לאו דוקא קאמר או להיפך שמי שאומר נהרג היא אמת והשני לאו דוקא וזהו ענין פ"ד דקאמר הב"ח וכן מבואר משו"ת מ"ב שהבאתי לעיל שכתב ג"כ דפ"ד כו' ודמי לא' אומר מת כו' ע"ש שהכוונה בזה כמ"ש ולפי"ז אין ראיה מהא דהכחשה בחקירות דאיכא חד דקושטא קאמר משא"כ היכא דאותו א' הוכחש בחקירות ועיין בתשו' הב"ח סימן כ"ד שכתב גם היכא שמוכחשין מדברי עצמן בחקירות מסתברא שאין לחלק בין הכחישו זא"ז להכחישו מדברי עצמן דכל עצמו של דבר מפני שהקילו חכמים בעדות אשה כו' דחשבינן הכחשה זו לדברים בטלים וכאילו לא אמרו דבר אבל גוף העדות קיים עכ"פ ולמעשה צ"ע עכ"ל הרי מבואר דאף בהכחשה דחקירות מדברי עצמם מסתברא ליה להתיר אף שהניחו בצ"ע למעשה מ"מ בזה שהכחשה היה בבדיקות נראה דפשיטא ליה להב"ח דמישרי שרי וע"ש בב"ח קודם לזה שכתב דמ"ד דצריך דו"ח לאו משום דאם הוכחשו זא"ז עדותן בטילה דליתא אלא חוקרין אותו שמא יחזור בו ויאמר לא מת כו' ע"ש ולפום מה דמספקא ליה בהכחשה בחקירות מדברי עצמם דשמא בזה עדותן בטילה י"ל דמצריך חקירות לענין שלא יכחישו מדברי עצמן ולקמן אבאר עוד בזה: והנה הרא"ש והטור והש"ע פסקו בעא"א מת וע"א אומר נהרג תנשא והש"ג סובר דלא תנשא וראיתי בנ"ב סי' ח' שקרא בחיל דכל הני רבוותא והאחרונים הנמשכים אחריהם נעלם מהמדברי הירושלמי שם ביבמות דאמר ר"א מודה ר"י ור"ש בעדים מה בין עדים לצרה לא עשו דברי צרה אצל חבירתה כלום (ועיין בשו"ת צ"צ סי' נ"ט שכתב ליישב מ"ש הב"י על הטור שהוא משנה שלימה שי"ל דוקא בצרה שאין דברים מועילין אצל חבירתה כו' והוא כדברי ר"א בירושלמי הנ"ל ומהר"מ מלובלין בתשובה סימן קל"ב כתב דסד"א

הואיל וזכר ר"ש במשנה הלכה כר"מ לגביה קמ"ל וצ"ע לפענ"ד דאטו משום דנזכר ר"ש ג"כ עם ר"י יגרע כחו דר"י לגבי ר"מ ועוד בירושלמי דתרומות אמרו ר"מ ור"ש הלכה כר"ש) והנה כבר קדמו בזה מהרי"ט בשו"ת חאה"ע סימן ל"ח וכתב שכבר כתב בהרחבה ע"ז בשלהי יבמות ולא זכינו לשיטתו ואמנם לפענ"ד נראה דדברי הפוסקים נכונים וברורין ומתחלה אבאר שורש הדין העולה ע"פ סוגיות התלמוד שלנו הנה בסנהדרין דף למ"ד אמרינן עדות המכחשת זא"ז בבדיקות כשרה בד"מ אמר רבא מסתברא מלתא דר"י באחד אומר בארנקי שחורה כו' אבל אחד אומר מנה שחור כו' אין מצטרפין ופריך מדר"ח דאמר א' אומר בסייף כו' אין זה נכון אחד אומר כליו שחורים ה"ז נכון אלמא דארנקי ושחור אף בדיני נפשות מצטרפין ומשני גברא אגברא קרמית נהרדעי אמרי אפילו אחד אומר מנה שחור מצטרפין: והנה הפוסקים פסקו הלכתא כנהרדעי דאף בבדיקות דאחד אומר מנה שחור דהוא דומיא דסייף וארירין בד"נ מצטרפין: והנה בדף פ"א אמרינן ההורג נפש שלא בעדים מכניסין אותו לכיפה כו' מנא ידעינן כו' ור"ח אמר אבימי כגון דאתכחש בבדיקות ולא אתכחש בחקירות כדתנן מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים ופירש"י בדיקה יתירה הוא ונהי דבן זכאי פטור ליה בההיא הכחשה מקטלה מיהו עדות אמת הוא ועייל לכיפה עכ"ל ולכאורה קשה כיון דר"ח קאמר לה ל"ל לאתויי הא דבן זכאי דאמרינן בדף מ"א בן זכאי בבדיקות כחקירות משוי ליה דאע"פ שאינם בגוף ה העדות הוי הכחשה ובכה"ג לא קטלינן ליה רק כונסין לכיפה ול"ל הא ר"ח ס"ל דסייף וארירין הוי הכחשה דבדיקות ואלביא דר"ח ע"כ מתפרשא מלתא דר"י באחד אומר מנה שחור כו' ונראה דרש"י ז"ל מיישב זה גברא אגברא קרמית ר"ח אדר"י ולכאורה מנ"ל הא דילמא באמת ר"ח לא פליג אדר"י רק אדרב דמפרש מלתא דר"י בארנקי שחור ולר"ח מתפרשא מלתיה במנה שחור וכנהרדעי וד"ל כיון דר"ח רבו של רבא ל"ש לומר גברא אגברא אך לפמ"ש א"ש בפשיטות דגם ר"ח ע"כ ס"ל כרבא דאחד אומר מנה שחור כו' אין מצטרפין בד"מ כמו בד"נ וממילא בסייף וארירין דדמי ליה אף לכיפה אין כונסין אותו דהא אין עדותן אמת ולכך הוצרך לאוקמי דדוקא בבדיקות דבן זכאי דלדידיה יש חילוק בין ד"מ לד"נ אבל לפי מה דס"ל לר"ח אין חילוק בבדיקות בין ד"מ לד"נ כלל דאחד אומר מנה שחור שהוא דוגמת סייף וארירין ס"ל לר"ח דבטל לגמרי וארנקי שחור שהוא דוגמת כליו שחורין או עוקצי תאנים ס"ל דאף בד"נ הרי זה נכון: אך לפי מה דקי"ל כנהרדעי דאף מנה שחור ולבן מצטרפין שוב מתוקמא מתניתין דכונסין לכיפה כפשטא בכל בדיקות אפילו דסייף וארירין כיון שכנגדו בד"מ מצטרפין אלמא דעדות אמת ולכך כונסין לכיפה ובזה יש ליישב לשון הרמב"ם בפה"מ שם דף פ"א שכתב וז"ל והוא שלא תתקיים העדות ואע"פ שהוא אמת כגון קילקול התראה או ספיקות שאירעו בבדיקות ובחקירות וכיוצא בהן כו' ולכאורה תימא דהא בש"ס אמרינן להדיא דאתכחש בבדיקות ולא בחקירות ודוחק לומר דס"ל להרמב"ם דאם אמר איני יודע בחקירות שהדין דעדותן בטילה ג"כ כונסין לכיפה דא"כ הוה ליה להש"ס לאוקמי בכה"ג ולפמ"ש א"ש לפי מה שמבואר מהרמב"ם פ"ג מהלכות עדות דמכלל החקירות הוא במה הרגו כו' וכיון דלדינא קי"ל בכה"ג מצטרפין ממילא דשפיר קאמר דגם ספק שיארע בחקירות כונסין אותו לכיפה וכמ"ש אלא שצ"ע בדברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות רוצח שכתב או שהוכחשו עדות בבדיקות

ולא בחקירות כו' וקשה דהא בחקירות כה"ג כגון במה הרגו נמי כונסין כו' ונראה דהרמב"ם נקט לישנא דש"ס בזה דבאמת הך דבמה הרגו אע"ג דס"ל להרמב"ם לענין ד"נ הוי בכלל חקירות מ"מ לענין ד"מ בדיקות מיקרי ולכך סתם הדברים (ונראה דהרמב"ם שכלל הך במה הרגו כו' בכלל חקירות משמע ליה הכי מדאמרינן בדף ט' דאיתכחש בבדיקות ולא איתכחש בחקירות וקמפלגי בפלוגתא דבן זכאי כו' וכן קאמר בדף פ"א משמע דהך דר"ח דסיף וארירין חקירות מיקרי) ועכ"פ למדנו מזה דהך דסיף וארירין בד"נ ומנה שחור בד"מ חד מלתא הוי ולדידן חלוק מזה ד"נ מד"מ והנה אחד אומר מת ואחד אומר נהרג כהך דסיף וארירין ומנה שחור כו' דמי כמ"ש ש"הב"ש וכן נראה מדברי הירושלמי דמדמי אליבא דרב הך דאחת אומרת מת להנך מילי דבדיקות דחשיב התם ובכה"ג אמרינן דהעדות אמת ולא דנין למיתה על פיו בד"נ רק כונסין לכיפה כמש"ל וא"כ מלתא דפשיטא הוא שבעדות אשה שאין אנו צריכין רק לעמוד על אמיתת הדבר דודאי האשה מותרת ואפילו ר"מ מודה בהא ולא פליג רק בהכחשה דצרות כיון דכל אחת רוצה לישא ע"פ עצמה ס"ל לר"מ דלא מהני בהכחשה בזה משא"כ בהכחשה של עדות אך כ"ז לדידן דקי"ל דמנה שחור כו' מצטרפין משא"כ לר"ח ולרבא אליבא דר"י דכה"ג בד"מ ג"כ אין מצטרפין כמש"ל שפיר י"ל דגם באחד אומר מת כו' אין מתירין האשה דיש לחוש שמא אין הענין אמת אלא שעדיין י"ל כיון דבעדות אשה בחד סגי ממילא לא איכפת לן בהכחשה דידהו דהא חד קושטא קאמר.

אך י"ל כיון דחזינן דתרווייהו באין להתיר וחד מינייהו משקר יש לחוש שמא גם האיך משקר וכל הענין שקר לגמרי ואין להתיר רק בגוונא דמצטרפין לד"מ: ואחרי הודיע כל זאת נבא לבאר דברי הירושלמי והעתיק לשונו בנ"ב הנ"ל והנה מדברי הירושלמי שם מבואר דאפילו כגון ארנקי שחור ולבן הכחשה בגוף העדות מיקרי כמו מנה שחור ולבן וסיף וארירין כיון שהכחשה היא בגוף הענין שהחויב בא על ידו ודוקא דמכחישין בענין שהיה אחר גמר המעשים החויב בזה לא איכפת לן בהכחשה דידהו והיינו כרבא ועדיף מינאה דאיהו ס"ל דארנקי שחור מצטרף בד"מ והירושלמי ס"ל דלא מצטרף ולכך קאמר שם בא' אמר מן הכיס מנה ואחד אמר מן הצרור כ"ע מודים דלא מצטרף דס"ל דאין הפרש בין ד"מ לד"נ כלל כמ"ש לעיל אליבא דר"ח רק דאם שני כיתות מכחישין בזה ס"ל לרב שלא בטלה העדות דאמרינן דאף דחד כת משקרת גם הכת השניה בטל עדותה וחיישינן דמשקרה ע"ז אמר חיליה דרב מהדא ר"י ור"ש אומרים כיון דזו וזו מודים שאינו קיים ינשאו והתם כב' כיתות דמי כיון דכל חד אינה צריכה לחבירתה ואית לן למימר דחד מינייהו קושטא קאמר ואע"ג דקי"ל דאשה שאמרה מת בעלי היא מותרת וצרתה אסורה (ומה"ט באמת ס"ל לר"מ דלא ינשאו כיון דעכ"פ חד מינייהו שקרנית ואידך אינה מעידה לחבירתה וכיון דלא ידעינן הי מינייהו תרווייהו אסורין) ס"ל לר"י ור"ש דמידי הוא טעמא אלא משום דאמרה תמות נפשה עם פלשתים ומכוונת לקלקל חבירתה וכאן דלאו אפומה דידה משתריה אלא כל אחת באה בפ"ע ומעידה לעצמה שניהם מותרת ולא מחזיקינן ולומר כיון דחדא משקרא אידך נמי דלמא משקרא ומזה למד רב בב' כיתי עדים בממון או בנפשות דעכ"פ חדא מנייהו מהימני וע"ז קאמר ולא שמיע ליה הא דאמר ר"א מודה ר"י ור"ש בעדות כו' ר"ל דעדים המכחישין זא"ז חוששין להם כיון דחד מינייהו משקר גם אידך משקר ודוקא בצרות נחלקו לפי שלא עשו דברי

צרה אצל חברתה כלום ולא איכפת לן באמתתה או בשקרה כלל זה תורף דברי הירושלמי בזה ועתה נחזי אנן בענין פלוגתת רב ור"י בירושלמי בב' כיתי עדים האיך סלקא שמעתא לדידן אליבא דהלכתא.

הנה בד"נ קיי"ל דהכחשה בבדיקות בטל העדות וכדאיתא בירושלמי שם דאף רב מודה בד"נ דכתיב צדק צדק תרדוף וכ"כ הרשב"א בתשו' ח"ג סי' אבל בד"מ נראה מדברי הפוסקים דהלכתא כרב בהא דסומכין עכ"פ על דברי כת א' ולא מבעי' בהכחשה דמנה ומאתים או שחור ולבן דמהני חד כת לחייבו הפחות אפילו אם המלוה אינו אפסאינו תובע רק כדברי האחד וכמ"ש בהדיא בסמ"ע רס"י ל"א אלא אפילו בשני כיתי עדים שהכחישו זא"ז בחקירות ממש דלא עבידי למיטעי אפ"ה קי"ל דמהני סהדותא כדמוכח בש"ס ופוסקים בדוכתי טובא וכן מבואר להדיא בהרשב"א סי' תתקע"ג בשנים אומרים תנאי היה במכר ושנים אומרים לא היה תנאי שאין דמיון להא דאמרינן אין נאמנים ולא מגבינן דשאני הכא שלדברי כולם לוקח זה כדין ירד כו' ע"ש ומביאו ב"י וכ"כ להדיא המהרש"א בב"ב דף נ"ו בשנים אומרים אכל הוא א' ג"ה ובד"ו הניחה בורה כו' וב' אומרים לא כי כו' אע"ג דמכחשו אהדדי הוי חזקה דלעדות אחרת ב' הכיתות בטלות דלא ידעינן הי מנייהו דמשקרי אבל הכא אע"ג דכת א' ודאי משקרי מתקיימת החזקה בכת השנייה ע"ש והכי אמרינן בקידושין דף ס"ד אי דאיכא סהדי להאי ולהאי מי מצי אמרה אילו עבדי' וחבילה שלי והריטב"א שם כתב ואי קשיא לך הא עדות מוכחשת הוא וכמאן דליתנייהו דמי בעדות זו וכדאמרינן פ' חזקת האי אייתי סהדי כו' ואיכא למימר דהתם הוא דלא מודו להו אידך באכילתא אבל הכא כולהו מודו דלית לאשה בחבילה כלום וכיון דכן לא סגי דלית בהן כת א' צדקניות דמסהדי בקושטא ומהימני וכן כל כיוצא בזה ושלא כדברי הראב"ד ז"ל עכ"ל ודברי הראב"ד הזכיר שם בחי' הרשב"א דס"ל דמיירי באין מכחישין זא"ז שאין מעידין על שעה ידועה דאל"כ לא היתה צריכה גט מהם שאין כאן עדות והרשב"א השיג ע"ז וכתב דודאי חזא מינייהו מהימני דלחזד מהני ודאי נתקדשה ע"ש ואין להאריך דמפשטא דש"ס בדוכתי טובא מוכח דכרב אזלא דבב' כתות עדות אע"פ שמכחישין במקצת מ"מ על מה שהושוו שניהם בה עדותן קיימת ולפ"ז בעדות אשה כגון עא"א מת ואחד אומר נהרג שפיר מותרת לינשא מתרי טעמא חזא דהא עדות אשה כד"מ דמי דבמנה שחור ומנה לבן עדותן מצטרפות ולא קי"ל כירושלמי בהא דאיהו (ס"ל כר"ח ורבא ואנן קי"ל כנהרדעי ואפילו בהכחשה דחקירות מ"מ כב' כיתי עדים דמי דס"ל לרב דלא בטלה העדות ה"נ בעדות אשה כיון דחד עכ"פ לא משקר מותרת להנשא על פיו ומעתה מה שהקשה הגאון הנ"ל על הב"ש דהא הך מילתא תליא בפלוגתא דרב ור"י וקי"ל כר"י לגבי דרב כבר הוכחתי דז"א דודאי קי"ל כרב בהא וכמדומה שראיתי דהנך כללי לא אתאמרו רק אמחלוקת דבש"ס דידן ולא בירושלמי ואולם מה שהקשה הנ"ב על הב"ש דהא הסמ"ע כתב דבהכחשה בחקירות אפילו שבועה א"צ וע"ש מ"ש לתרץ: הנה דברי הסמ"ע שם נראה שהם ע"פ דברי הרא"ש פ' ז"ב גבי הלואה אחר הלואה ומהרי"ט בתשו' הא"ע סי' ל"ח מדייק מדברי הרא"ש גם לענין אחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דאם מכחישין זא"ז אף שבועה א"צ והכנה"ג כתב שיש לדון ע"ז דהא ע"כ אחד אומר אמת שאין להחזיק האחד במוכחש אם לא נחזיק הב' בכשר וכמ"ש הריב"ש סימן תע"ח גבי ב' כיתות אע"פ שמכחישות

זה את זה למה שהושוו שניהם משלם וה"ה בב' עדים המכחישים זא"ז דמסתמא האחד אומר אמת עכ"ל והנה דברי הרא"ש הם מוקשים בעיני ולענ"ד הם מתבארים בדרך אחר ולא עת האסוף פה: עוד ראיתי לבאר שנלענ"ד דהרא"ש אזיל בזה בשיטת זקנו הראב"ן שכתב בסימן מ"ו בתשובתו שהביא לחכמי רעגינשפורג דגם בע"א אומר מת וע"א אומר נהרג תנשא כיון דאין כאן הכחשה בכל העדות ומלתא אגב אורחא אבאר כוונתו שם והנה קשה עלי להעתיק כל לשונו רק אכתוב מה שנתבאר לי מתוך דבריו שהחכמים הנ"ל הקשו לו אהא דס"ל לר"ה אליבא דרשב"א באחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דהא חד מינייהו שקרן ואיך מצטרפין שניהם וע"ז השיב דלפי דבריהם גם בשני כתות יש להקשות כן דהא בחד מלוה וחד לווה גם ר"ה גם ר"ח מודו ור"ל דאי מיירי במכחישינן זא"ז זה אומר מאתים הלווה לו ולא מנה וזה אומר מנה ולא מאתים יש לבטל עדות שני הכיתות שהרי מאי דאסהידו הנך מכחישי לי אינך ומה דמסהדי הני מכחישי ליה איך ואמרינן תרווייהו שיקרא נינהו ולא סמכינן אהך סהדותא כלל ולכך מפרשי דהכא מיירי בדלא מכחשי אהדדי בלא כי רק שזה אומר בסתם מנה וז"א בסתם מאתים וכיון דקי"ל דלא בעינן דו"ח משום נעילת דלת לכן מצטרפין סהדותיהו במאי ששוו אהדדי ואמרי' דחדא מינייהו לא דקדק כ"כ אחר זהו לא חשיבי הכחשה ודוקא היכא שיש הכחשה בכל העדות שאלו אומרים לווה ביום פ' ואילו אומרים המלוה היה עמנו ביום פ' או שאלו אומרים ליטרא כסף לווה או חביות יין ולא זהב או שמן וזה אומר לא כי אלא ליטרא של זהב וחביות שהוא של שמן דבכה"ג ל"ש לומר דלא דקו במלתא ויש בכלל המרובה המועט כיון שהם מכחישים זא"ז בפ"י ובכה"ג פליגי ר"ה ור"לן והך דא' אומרת מת וא' אומרת נהרג וכן בעד אומר מת וע"א נהרג ינשא דלא הוי הכחשה בכל העדות ושם בחיבור ליכמות דף קכ"ד ביאר יותר דר"י ור"ש ס"ל כרשב"א דיש בכלל מאתים מנה וה"נ יש בכלל נהרג מת ותנשא כיון דשוו במקצת העדות אבל אחד אומר מת וא' אומר לא מת דמכחישי ליה בכל העדות לא תנשא ע"ש באורך ונראה דה"ה בעא"א מת ולא נהרג ואחד אומר בפירוש נהרג ולא מת על מטתו נמי דינא הכי ואפשר דס"ל דוקא בההוא דמנה ומאתים וכיוצא בו דכל שכ"א אומר בפירוש להיפך מדברי חבירו בטלה העדות כיון דאיכא נ"מ טובא בין זה לזה בעיקר הענין משא"כ במת ונהרג דאין נ"מ בעיקר הענין כלל ושוו להדדי במה שאומרים שאינו קיים לאו הכחשה מיקרי ומצטרפין להו זהו תורף דברי הראב"ן לענ"ד ומ"ש באו"ת סימן ל"א לפרש דברי הראב"ן אין נלענ"ד ועיין בדף קט"ו שם שכתב שאם שני הכיתות באים להעיד עדות אחד ודאי כשרים לכ"ע אף לר"ח וזה מבואר דלא כהאו"ת: ומעתה קמו דברי הרא"ש בשיטת הראב"ן דגם באחד אומר מת וא' אומר נהרג אמרינן דאין זה הכחשה וכ"ש בא' אומר בנו היה בשעת קברו ואחד אומר לא היה דהוה הכחשה דלאחר העדות דגם ר"י מודה אבל באמת קי"ל כרב בהא דרב ס"ל כרשב"א דקי"ל כוותיה ור"י ס"ל דאין הלכה כרשב"א והכי משמע קצת בב"ב דף מ"א דאמר והא מייתינא לך אגרתא ממערב' דאין הלכה כרשב"א ורב כהנא הוא דקאמר הכי לרב יהודא ואז היה ר' יוחנן ראש ישיבה כדאיתא בב"ב דף קי"ז אלא דר"י לא קיבל דבריו וכוותיה קי"ל כמ"ש רשב"ם וכל הפוסקים (ועיין במהרי"ק שורש א' דגרסתו היה רב ענן וגם כתב שם שהיה בטוח שיביא אגרת ממערבא דמסתמא גברא רבא כרב ענן בודאי לא היה משנה דיבורו

ומ"ש דמסתמא הוה ציית ליה אם היה מביא מדא"ל לכי תיתי וצ"ע דא"כ הו"ל למפסק כוותיה וז"א כמ"ש כל הפוסקים) לכך כיון דלא ס"ל כרשב"א לכך מוקי למתני' בצרות דוקא ולא בעדות ומיושב יותר לפי הגירסא בירושלמי דטור דאיתא התם חיליה דרב מהדא א' אומר מת כו' לא שמיע ליה דר"א כו' אמר ר' יוחנן אי אמרה ר"א ממני שמעה ואמרה עכ"ל ונראה דר"ל דר"י קאמר דהא דאמר ר"א ממני שמע לומר כן אבל רב לא ס"ל הכי ועוד יש לפרש תחלת דברי הירושלמי דקאמר חיליה דר"י מהדא כו' ופי' בשו"ת ר"ב אשכנזי דקאי אהא דלעיל מי שנדר בנזיר כו' ולפי מ"ש יש לפרשו באופן נאות לענינינו אלא שאין פנאי להאריך ומעתה דברי הרא"ש בסנהדרין מתפרשין בדרך זה לפי מ"ש דבהכחשה גמורה שזה אומר יין וזה אומר להיפך וכיוצא בו עדות שניהם בטלה ורצה לדמות לזה במנה ומאתים והא' מוכחש מפי הבע"ד כיון דמפי הבע"ד הוי הכחשה וודאית ועל זה כתב דאין לפסול שניהם כי אם בהכחשה גמורה כגון זה אומר הרג וזה אומר לא הרג ור"ל שזה מיקרי הכחשה בעלמא וה"נ בגוונא דזה אומר יין ולא שמן וזה אומר איפכא שכל אחד מכחיש גמור על אמירתו לכך עדות שניהם בטלה אבל במעידין על שני דברים כו' כך היה נראה לכאורה ליישב לשון הרא"ש אך מסמ"ע סי' ל"א משמע קצת דמטעם אחד קרוב אתי עלה ויש לפקפק בזה ואין להאריך: ועוד נראה לענ"ד דאפילו להסמ"ע מ"מ בעדות אשה י"ל דשפיר מהני אף הכחשה כה"ג דאומר לא כי על פי מ"ש בתשו' בענין קידושין בטעמא דעדות שבטלה מקצתה כו' כיון דקי"ל אמקרוב או פסול העיד תכ"ד עדותו בטלה אם כן כיון שמה שאמר תכ"ד הוזם עליו ונפסל הו"ל כנמצא קא"פ דלא עדיף הוא מאחר והארכתי שם בישוב הסוגיות על פי זה: ומעתה י"ל דגם אם העדות מוכחשים בחקירות כיון דחקירות כגוף העדות דמי שהזמה תלוי בהם ג"כ בטל כל העדות אפילו לשבועה ומכ"ש בהכחשה דיין ושמן וההיא דמנה ומאתים אליבא דב"ה תירצו התוספתא דאתי כמ"ד תתקיים העדות בשאר ע"ש ולפי זה בעדות אשה דאף אם נמצא קרוב או פסול אין מבטל העדות כמ"ש לעיל שפיר מועיל אף ע"פ שמכחישין בחקירות והוא כעין דברי הגאון נ"ב אלא שלפי דבריו אין מובן קצת טעמא דא"צ שבועה דהא ס"ס יש א' דלא משקר ומה גזה"כ יש בזה ולפי מ"ש אתי שפיר דזה בכלל גזה"כ דנמצא אחד קרוב: ועוד נראה לענ"ד לצדד על פי דעת הראב"ן שהביא הש"ך (בש"ך איתא רמב"ן והוא ט"ס וצ"ל ראב"ן) והסכימו עמו חכמי רעגינשפורג דהכחשה סתם בחקירות מצטרף וכ"ה דעת חכמי לוני"ל שהביא בסה"ת ועיין באו"ת שכתב דמיירי שמכחישין זה את זה ואפ"ה ס"ל דצריך שבועה ובתשובה הנ"ל כתבתי שז"א וגם הם מודים דאם הראשון מכחיש השני לגמרי אין מקום לשבועה רק מיירי אין הראשון מכחיש לומר שהיה עם המלוה ולא הלוחו בכה"ג מיירי בעה"ת בתחילת דבריו שם וביארתי שם הכל על נכון ולדבריהם דאף בד"מ מצטרפין דכיון דא"צ דו"ח חקירות כבדיקות דמיין שאין נותן לב לדקדק בהם אם כן פשיטא דהכחשה בחקירות אינו פוסל בעדות אשה וגם דלפי מ"ש הש"ך הטעם משום דהכחשה בחקירות עדותן בטלה דהו"ל עדות שא"י להזימן א"כ בעדות אשה ל"ש זה אלא דבמ"א שדיתי נרגא בזה שלא מצינו זה בש"ס כ"א לענין א"י בחקירות דבזה כיון שאומר איני יודע א"א להזימן בעמנו הייתם כיון שאינו מגביל זמן ומקום כלל מה שא"כ היכא שהעדים ביחנו דבריהם בזמן ומקום אלא שהם מכחישים זא"ז כגון שזה אומר בב' וז"א בג' הרי

שפיר יכולין להזימם בב' וג' עמנו הייתם והבאתי שם מפסחים דף י"ב דיהבינן להו כולי טעותייהו והארכתי בזה: אך בב"י סימן למ"ד לענין דיוטא משמע כהש"ך אך מ"מ ודאי דעיקר טעם דחקירות גרע מבדיקות הוא משום דדבר שהזמה תלוי בהן העדים מדקדקין ביותר ובעדות אשה לשמה ממילא דאין מדקדקין בה כ"כ אע"ג די"ל דהכחשה בענין גוף העדות גרע בענין זה מחקירות שיש לו לדקדק ז"א דגם בזה כיון שאין עיקר ההיתר תלוי בו אין מדקדקין כ"כ גם יש לצדד על פי מ"ש בשו"ת ר"ב אשכנזי בשם הרמ"ה בחידוש דטעמא דסייף וארירין אין זה נכון כיון דהאי מלתא דמתכחשיה בגווה מלתא דצריכה ביה לאסהודי ביה למידע אי מחיא במידי דחזי למיתה כו' לא מצטרפי ע"ש ולפי זה פשיטא דהנך בדיקות דמת או נהרג אף ע"פ שהם בגוף הענין ל"ד כלל להא דסייף וארירין דלענין זה שבא להעיד על היתר אשה זו אין בו דקדוק כלל וה"ה שאר מילי לענין עדות דלא נ"מ רק בעיקר המיתה לבד: והנה הטור סובר במנה שחור ולבן צריך לתבוע שניהם ושאר פוסקים חולקים עליו ובט"ז הקשה דברי הטור אהדדי במ"ש סי' קמ"א לענין שני חזקה ולענ"ד נראה בדעת הטור דבאמת צריך להבין בטעמא דנהרדעי דאמרי אפ"ל מנה לבן ושחור מצטרפין ואם נאמר דאינהו מסתברא להו דאף כה"ג בדיקות מיקרי דעבידי דטעי כמ"ש התוס' בב"ב דף מ"א ובחידושי הר"ן א"כ קשה מאי קאמר כמאן כריב"ק מאי קא קשיא ליה בנהרדעי טפי מבדרבא עד שהוצרך לחפוש איזה תנא דסבר כוותיה וגם דוחק לומר בהא דא' אומר מאתים כו' הוי מלתא דלא דייקא בה כמ"ש התוספות והר"ן דהא ודאי דסהדי בכה"ג מידק דייקי אי מנה יהיב ליה או מאתים ולכך ס"ל להטור דודאי בין מנה ומאתים דעתה דאינשי עלה דמלתא וכן במנה שחור ולבן אף ע"ג דחד מינא הוא מ"מ החדשים טובים יותר מהישינים וכמבואר ממ"ש הטור ונותן הפחות שבשניהם ופירש הב"י דאמנה שחור קאי וגם נהרדעי מודו ליה לרבא בהא דכה"ג דייקו אינשי ואפ"ה ס"ל דמצטרפים ואמטי להכי קאמר כמאן כריב"ק ופריך אימר דאמר ריב"ק היכא דלא מכחשי כו' ולכך מוקמינן לה כרשב"א דס"ל דאף ע"ג דמכחשי אהדדי מ"מ כיון שיש בכלל מאתים מנה וממילא עכ"פ אנו מקיימין עדותן במה שיכול להתקיים דמה דאיתכחש איתכחש כו' ואין זה ענין לפלוגתא דר"נ ורבא דהתם אאבהתיה לא העידו כלל כולם רק השנים לבד מה שא"כ כאן דאמנה תרווייהו מסהדי וכמ"ש לעיל בשם הריטב"א קידושין גבי מי מצי אמרה אלו עבדי גם א"ל דהא ע"כ חד משקר ונפסל במה שפוחת מנה או הוסיף מנה והוא באמת קושית רבני רעגינשפערג להראב"ן י"ל דהטור ס"ל כסברת חכמי בריסק שהביא הש"ך דבשביל הכחשה דחד לא נפסל עדותן ואפילו תימא דלענין מכאן ולהבא נפסל אף בהכחשה דעד נגד עד מ"מ באותה עדות עצמה לא פסלינן ליה ומקבלינן מיניה מ"ש עם חבירו בשוה (ובסוגיא דב"ק תכ"ד כ"ד שהביא ממנה כבר הארכתי לעיל) וזה מבואר מלישנא דב"ה דקאמרי יש בכלל מאתים מנה משמע דלאו משום הכחשה ולא הכחשה נגעו בה אלא דכל שיש בכלל זה גם מה שמעיד חבירו מצטרפין להו וזה נלענ"ד גם כן במשמעות פירש"י שם דוק ותשכח ואח"כ קאמר דבחביות יין ושמן דתרי מיני נינהו ל"ש כלל יש בכלל מאתים מנה דבשלמא במנה שחור ולבן נקטינן מסהדותייהו מאן דהושוו בה דהיינו מנה עכ"פ וכן במנה ומאתים אבל כאן דתובע החפצים עצמם והם גופים מחולקים ל"ש יש בכלל כו' ולכך מוקי לה דלדמי קאמר דבכה"ג יש בכלל דמי שמן דמי יין וכן מבואר

בתוס' דב"ב דף ט' וז"ל דבין חיטי ושערי לא דייקי אינשי אע"ג דדייקי בין מנה שחור ולבן כדאיתא בסנהדרין כו' התם צריכין למידק שחייב לשלם אותו מנה שלוח אכל הכא לא דייקי דבכל ענין שיאכלוהו הוי חזקה אלא דהיה אפשר לומר דהתוספות שם קיימי אליבא דר"י דקאמר רבא אליביה דמנה שחור ולבן לא מצטרפינן ולכך הוצרכו לאפלוגי בהכי מ"מ גם בהג"א שם שכתב גם כן כדברי התוס' ולפי מ"ש אתי שפיר דגם לנהרדעי שפיר אמרינן דמידק דייקי אלא דס"ל כרשב"א דיש בכלל מאתים מנה מ"מ לזה צריך שיהיה התובע תובע שניהם והתם גבי חזקה גם המחזיק אומר שלא אכלה יותר מג' שנים ואומר כדברי אחד אך דטעמא משום דבין חיטי ושערי לא דייקי אינשי ולכך ל"ה מוכחשין לא זה מזה ולא מפי הבע"ד כמ"ש בחידושי הר"ן ואם כן דברי הטור מבוארין דכאן לענין מנה שחור או מנה ומאתים דהוי הכחשה אלא דאמרינן יש בכלל מאתים מנה שפיר צ"ל שהתובע תובע שניהם ונותן לו הפחות (וכ"נ ממ"ש התוספות דהתם דייקי שחייב לשלם אותו מנה שלוח אלמא דיש חילוק ביניהם וא"כ דוחק לומר שיחלוקו נהרדעי ורבא במציאות אי בכה"ג דייקי או לא) משא"כ גבי דיוטות או גבי שני חזקה דאין הכחשה כיון דלא דייקו ממילא דגם לבע"ד לא מחשב הכחשה כלל וזה נלענ"ד נכון וברור בשיטת הטור בס"ד ועיין בשו"ת הרא"ש סוף כלל נ"ט שכתב ואפילו בהכחשה מצטרפינן לעדותן כגון אחד אומר מנה שחור כו' כו' עיין שם דמייתי מינה לענין עד קנ"י ועד חזקה אע"ג דהתם ודאי ל"ש לא דייקי רק ראיתי דהעדות שהושוו בה מקבלינן מינייהו אפילו בהכחשה ומכ"ש בעד קניה וחזקה שלא בהכחשה ודיוטא אגב גררא נקיט אם כן אפשר דגם בדיוטא מפרש בתבעו שניהם ואף ע"ג דהכחשה בחקירות הוא מצטרפינן וכדברי הראב"ן זקיננו אלא שמדברי הטור מבואר דלא ס"ל הכי: ונקטינן מכל הני מילי מעלייתא דאמרן דיש לצדד הרבה גם בענין הכחשה בחקירות דאפשר דכשירים בעדות אשה נקיט מיהא דעכ"פ בבדיקות לית מאן דפליג וכבר ביררתי מדברי הר"ן דכה"ג בבדיקות מיקרי וא"ל כיון שאנו דנין על האשה זו אם מותרת הוא א"כ הו"ל כדרישות בגופה של עדות לענ"ד פשוט שז"א דאין אנו דנין רק לידע בבירור שמת האיש ההוא מו' יעקב בר אברהם מראחמנוב ואיתתה ממילא מישתריה ובודאי דגם בלא האשה איכא נ"מ טובי כגון אם יש לו בן לענין לירד לנחלה ולענין אשת אחיו ועוד טובי נ"מ לדינא וא"כ מאי איכפת לן בשינוי שם האשה אדרבה בעובדה דהר"ן גרע טפי שהי' ספק הכחשה בשם המתיר דהיינו היבם ובזה תלוי הדבר וכמו שהי' באמת מקום לחוש שמא יש עוד אח אלא שכיון שנתברר שאין עוד מלבדו הכריע הר"ן דהכחשה בבדיקות הוא ולא משגחינן בה בעדות אשה דכד"מ דמי וק"ו בנ"ד דליכא נ"מ כלל ולולי דמסתפינא ה"א דהך מלתא אפילו בבדיקות לא מיקרי ואפילו בד"נ כה"ג לא מחריב בה הגע עצמך שהכחישו עצמם שם באשת הנהרג או אשת ההורג האם נאמר שנפסל העדות לפענ"ד ז"א וגרע מהא דאמר בירושלמי הוכחש העדים לאחר העדות דהיינו נטה בצפון או בדרום ופירשו המפורשים שם שהוכחשו עצמם בענין ההורג או הנהרג אם פנה לצפון כו' והתם עכ"פ הכחשה בהורג או נהרג עצמו אלא לפי שאין לו שייכות לעדות היינו כיון שהכחשתם תלוי בענין שנעשה אחר גמר החיוב וא"כ גם בזה שאין הענין תלוי בו כלל לזכות או לחובה ואינו בגופה של עדות אינו בכלל בדיקת ומ"מ אפשר דלא גרע מעוקצי תאנים לבן זכאי אך כבר כתבתי דבכה"ג ודאי אמרינן דהעדות

אמת כמבואר מדברי רש"י ורמב"ם וא"כ איך שיהי' בד"נ כאן בעדות אשה ודאי דהעדות קיים ועוד נלענ"ד דכ"ז אפילו כשאין העד המעי' לפנינו אבל אם עד המעיד לפנינו ואומר שטעה הא ודאי מהימן אפילו בלא שום אמתלה ואמרינן בגיטין דף ס"ג דההיא דהוי קרי לה נפאתה אזיל סהדי כתבו תפאתה כו' ופירש"י שטעה בשמה ואמרינן התם דכותבין ונותנין גט אחר והתם ודאי דקפידה טובא איכא במלתא כגון אם יש לזה עוד אשה ששמה תפאתה או אחר ששמו כשם הבעל יש לו אשה בשם תפאתה ונימא דנפסלו במה שחתמו על גט כזה ואפ"ת דכיון דמיירי שהם כתבו ונתנו לאשה זו ששמה נפאתה אין כאן מיחש מ"מ הא חתמו על שקר ועוד דאמאי מהימני שטעו דלמא באמת תפאתה אמר להו הבעל ורצה לשחק בהם וד"ל שהבעל לא פ'י בשמה רק אמר סתם כתבו גט אלא נראה פשוט דכל שהם יודעים בנפשם שטעו שפיר יכולין לכתוב אחר וכ"מ בשו"ת הרא"ש כלל ס"ח אם הסופר כתב בחילוף שם המלוה או הלוחה כו' כותבין שטר אחר כיון שהעדים שטעו וכ"כ שם בדין ל"ב בעדים שטעו וכתבו בשטר רחל במקום לאה ואמרו כי יודעים בודאי כי לאה אשת שמעון כו' תשובה מאחר שהעדים מכירים ויודעים שכתב רחל במקום לאה יכתבו שטר אחר דכל ט"ס בטעות בשטרות חוזר ואפילו לא היו כותבין שטר אחר והי' השטר בא לפני והי' מתברר שהי' בו ט"ס הייתי מכשירו כדאמרינן אחריות ט"ס וגובה מן הלקוחות דאמרי' מסתברא לא שדו אינשי כו' וצוה לכתוב בו אחריות וטעה הסופר ולא כתבו וכ"ש כאן שיודעים העדים שטעו שיכתבו שטר אחר עכ"ל וא"א שהעד א"נ לומר שטעה בשם א"כ לא להימני אחר שכבר נמצא השטר ויצא מתחת ידם והי' צריך לחשוש עכ"פ שמא היה לשמעון עוד אשה אחרת ששמה רחל ול"ח ותלינן בט"ס ואפ"ת דמיירי שנתברר שלא היה לשמעון רק אשה זו ששמה לאה מ"מ נימא כיון דעכ"פ כתבו שקר ששמעון זה שם אשתו רחל ממילא נפסל כל השטר ושם גרע טפי דהא היה להם לדקדק בזה דשמא יש לשמעון אשה ששמה רחל ג"כ או ישא אח"כ ומרוב עתים וימים לא יתוודע ואפ"ה נאמנים לומר שהוא ט"ס וא"כ מלתא דפשיטא הוא דהכא שאינו שטר גמור רק פנקס בעלמא דמהימן לומר שטעה או שהסופר שכתב אל הפנקס מפיו יקרא אליו והוא כותב הוא טעה.

ומצאתי בשו"ת הרשב"א ח"ג שכתב שאם לא נכתב ההרשאה כהוגן חוזרין וכותבין כההי' דנפאתה דאם חוששין לעדות ליחוש דילמא תפאתה אמר להו כדכתבו אינהו ורצה לשחק בהו אלא הם נאמנים כו' וכ"כ בתשובה שם סימן י"ב וז"ל אלו כיון שהם זוכרין שטעו כותבין להם שטר אחר כתקוננו דכל שטעו אע"פ שמסרוהו למלוה לא עשו שליחתן דאין זה שטר שנעשו עליו שלוחים וכההי' דנפאתה דההוא נמי כבר מסרוהו לאשה הוא כו' ואפילו הלוחה כאן ומכחיש כו' אבל עד שלא יצא השטר והוחזק בב"ד העדים שיודעים האמת ומכירין בטעותן ושלא עשו שליחתן חוזרין וכותבין ומתקנין טעותיהם ועושין עכשיו שליחתן עכ"ל והובא בב"י בקצרה סימן מ"ט: ומצאתי בשו"ת תשב"ץ ח"ב סימן ק"ך שכתב שם ומזה תוכל ללמוד כשאין באין לגרוע מעדותן אם אומרים כי בטעות כתבוהו ואומרים ע"ז חתמנו וע"ז לא חתמנו כי בלא השגחה כתבוהו נאמנים ואפי' כ"י יוצא במקום אחר ואין בזה משום חוזר ומגיד כיון שבעיקר העדות אין חוזרין בהם עכ"ל ועיין בשו"ת עה"ג סי' ל"ח שכתב אם עושים הרשאה עצמם אמרו שטעו ונתחלף להם שמות בשמות צריך פנים אם נאמנים כו' אבל לענ"ד צ"ע כי קרוב הדבר לומר גבי שטר

כזה לא אמרינן שנעשה כמי שנחקר' עדותן בב"ד כו' עכ"ל וא"כ הדבר פשוט דבנ"ד ודאי דנאמן לומר שטעה ונתחלפו לו השמות.

ואין לחלק ולומר דש"ה שהעדים אומרים בבירור שטעו משא"כ כאן דז"א דהא לפי משמעות הלשון העד יודע בבירור שהאיש הנפטר הי' שמו יעקב מראחמנוב ושאר סימנים שנתבארו שם וכמ"ש שם בלשון הג"ע שהובא לפני וכתוב בו שהשמש העיד וז"ל איך ווייס גוייס אז ר' יעקב הנפטר איז מראחמנוב כו' ושם האשה איני זוכר אפשר שטעיתי כו' ואין לך בירור גדול מזה שהעד עצמו שטעה בשם האשה כיון שאחר החיפוש ידוע שלא נאבד משם איש בסי' הללו שאמר ושם אשתו שרה ממילא שגם לו נתברר שטעה ואין לחלק בין ע"א לב' עדים דבעדות אשה ע"א נאמן כשנים וגם בלא"ה דל הפנקס מהכא לפי שנמצא בו שדבריו סותרים זא"ז וראוי לגונזו מ"מ הרי זה מעיד בע"פ ואין מי שמכחישו ועדיף מהא דהרשב"א דהתם כבר עשו שטר אלא שאומרים שטעו משא"כ כאן שלא נתקבל עדיין עדותו בב"ד רק נכתב מפיו בתוך הפנקס לזכרון דברים ובכה"ג אפי' לסתור דבריו הראשונים נאמן כמ"ש הר"ן בתשובה סי' מ"ז דעד שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו אפי' בעדות אשה הדין כן: ועוד מבואר בשו"ת הר"ן סי' ל"ג שכתב דכיון שיש עדות מספיק בדבר שבעלה של זאת מת אלא שנוולד ספק בשם זה אין לחוש שקריאת שמו בענין זה הוא כסימן העשוי להשתנות שכבר הועד בחניכם שאמר כשיצא מעירכם שירחיק נדוד ושינה שמו כו' אין מטילין מחמתו שום ספק בדבר אלא תולין אותו בשינוי שהוא עשויה להשתנות ויש לדבר זה ראייה מדאמרינן בב"ב איתיביה כו' ואם כך אמרו בממון שהוא חמור לדבר זה כ"ש בערוה שהוא קלה לדבר זה ע"ש וא"כ בנ"ד הרי העדות שהעיד על שמו ושם אביו ושם עירו הוא מספיק להתיר ומה שיש שינוי בשם האשה תולין שהוא עשוי להשתנות לפי שהעד טעה כן כאשר אמתלה לדבריו שמרגלים בפומי לומר חי' שרה ולכך שינה שם חי' על שם שרה וגם הי' שתוי יי"ש ואע"פ שהר"ן שם לא אמר אלא בשביל שנשמע ממנו שבדעתו לשנות שמו הא בטעות אין תולין התם שאני שהוא דבר שאין לטעות כלל שהי' שמו אנבוניט ושם הקודש שלו יוסף כמו שראו בכתובת אשתו והעד אמר שאמר לו ששמו חיים ובודאי אין לתלות כלל בטעות בלי אמתלה רק שתולין ששינה כמו שאמר שבדעתו ואע"ג דאפשר דגזים ולא עביד מ"מ כיון שידענו שנמצאו ב"א שעושים כן וכדאמרינן בגיטין דף ל"ד ב"א העולין כו' יוסף וקורין לו יוחנן כו' תלינן בזה שלא להכחיש עיקר העדות וא"כ ה"ה בזה דטובא אינשי איכא מעמא דארעא דלא דייקי בשמא ובפרט שמש הח"ק ששתייתם מרובה ופשיט דמצי למיטעי בכה"ג וכיון שאומר עתה שזוכר שמה שנכתב בפנקס הי' על ר' יעקב מראחמנוב ושאר סימנים בודאי תלינן שטעה בשם האשה וכ"מ בשו"ת מהר"מ גלאנטי סי' ט"ז שכתב בדבר צוואה נכתב שנתן לבת אחיו וטוענים אפוטרופסים שהי' ט"ס וצ"ל בת אחותו ושכנגדו טוען שאפי' העדים א"נ לחזור ולהגיד והוא ז"ל השיב דודאי נאמנין דכן משמעות סדר לשון הצוואה ע"ש שהביא ראייה מהא דחוששין גבי ספל שזבוב הסיר רגל הקוף וכ"ש לחוש לט"ס במקום שמצוי לטעות ע"ש ונראה ק"ו בנ"ד דודאי תלינן בטעות או שהשמש טעה באמירתו לפני הסופר או הסופר טעה בכתבתו בפנקס ואין לחוש שמא הנפטר בכיון שינה שם עירו והוא מעיר אחרת דודאי אין אדם משטה בשעת מיתה אפי' בלא שעת

מיתה הוא נאמן מה שהגיד ששמו כך כמ"ש בשו"ת הרא"ש כלל נ"א והביא ראיה מהא דאמרינן בסוף יבמות אמר ליה כך קורין אותו בעירו יוחנן בן יונתן כו' אלמא אע"פ שלא הכירו אלא ע"י שהזכיר להם שמו ושם מקומו התירו את אשתו כו' וכן מבואר בכל הפוסקים ואם היינו יודעים בודאי שאמר שם אשתו שרה היה מקום לחוש כיון שע"כ לומר ששינה בשם עירו ולא שינה בשם אשה והוא מעיר אחרת וכיוצא בזה כתב בשו"ת ח"צ סי' ל"א לענין גט שהחזיק שקרן בשם אביו פ"א אמר שאביו גרשון ופ"א אמר שאביו משה כו' ואע"פ שבשם לוי לא הוחזק שקרן מדהוחזק שקרן בדבר א' תו לא מהימנינן ליה במידי אלא דמסיק התם דהוחזק כפרן לזה לא הוחזק כפרן לזה ע"ש אבל כאן דאנו מוכיחין מתוך דבריו שיש בו שקר א"כ הא לא ידעינן הי' מינייהו ודילמא מה שאמר בשם עירו הוא שקר אלא שנלענ"ד לא תלינן כלל בחשש רחוק כזה שישקר סמוך למיתתו וזה נלענ"ד בדעת הרא"ש הנ"ל דמייתי ראיה מהא דיוחנן בן יונתן ולא מייתי ראיה ממתני' דצלמון שאמר אני פב"פ נשכני נחש והריני מת כו' אך למ"ש י"ל דהתם בעובדא דהרא"ש העיד שבעודו בריא שמעו ממנו ששמו ר' אשר ושלמד לפני הרא"ש ז"ל ולכך אין ראיה ממתניתין דצלמון דכל שאמר כן בשעת מיתה שפיר נאמן על שמו ובפרט שהוא מתכוין להתיר את אשתו ע"י זה ל"ח לשקרא משא"כ אם בעודו בריא שמעו ממנו היה מקום לחוש שמא שינה שמו במתכוין לאיזה צורך וכמ"ש.

הפוסקים בהא דיוסף וקורין לו יוחנן שיש שמשנין שמותיהן במתכוין מפני בע"ח וכיוצא בזה ולכך הוצרך מההיא דיוחנן בן יונתן שאמירת שמו הי' קודם שחלה ואפ"ה ל"ח לשינוי כלל א"כ ה"נ בנ"ד ל"ח כלל שהנפטר אמר איזה שינוי בענין מה שהיה אלא תלינן השינוי בשמש או בסופר ואם היינו מסופקים לומר דילמא הבעל טעה באמירתו שם האשה א"כ היה ג"כ מקום לחוש שמא היה הטעות בשם עירו אך לענ"ד נראה שאין לתלות הטעות בבעל כלל שיטעה בשם האשה ושם עירו דגייס בה טובא ומי הוא הרגיל בשם אשתו ועירו ממנו ואיך נאמר שכמו רגע יצא מלבו היינו עזובה היינו שכוחה ואתא לאחלופי בשם אשה דעלמא ותלינן הטעות במצוי שהוא השמש ששמע ממנו והוא כאצבעתא בכירא לשכחה ובפרט דמסתמא היה איזה זמן בין שמועתו מהבעל להכתיבה ואפ"ל לאחר כ"ד אמרינן דמצי למימר אישתלא כיוצא בזה מצינו בשו"ת הרא"ש כלל נ"ו שכתב בסי' ו' שם דשני דיינים נאמנים יותר מן העדים שמכחישים אותם דרמו נפשיהו ומדכרי טפי העדות ששמעו מפייהם ואין זה כב' כיתי עדים המכחישים זא"ז דהתם שני הכיתות ראו הענין או שמעו אבל כאן שהדיינים שמעו דברי בע"ד ודקדקו בדבריהם לידע להיכן הדין נוטה יותר הם זכורים ויודעים אמתת הפס"ד מן העדים שהשמיעה אחת שמעו ותלינן בהו טעות עכ"ל והכי קי"ל בח"מ סי' ק"נ וה"נ דכוותה בודאי יש לנו לתלות הקלקלה בשמש שטעה ע"י שמיעה אחת ששמע ונשכח ממנו מלתלות הטעות בהאי הנפטר ששכח שם עירו ושער מקומו דדש בי' טובא ויבטא בשפתיו עיר אחרת אשר לא רגיל על לשונו: ועוד נלענ"ד כיון שיש כאן עדים עכ"פ מלבד השמש שהעידו שנפטר בעיר ההוא מוה"ר יעקב מק"ק ראחמנוב אלא שלא הזכירו שם אביו א"כ אפ"ל להמחמירין בשמו ושם עירו לחוד מ"מ עכ"פ צ"ל שאחד אשר שמו כך מק"ק ראחמנוב הלך משם זה שנים הרבה עד שלא נודע עת הזכרו בק"ק ראחמנוב ובא לעיר הזאת ומת שם וזה הנפטר שהעיד עליו השמש הוא איש א' מעיר

אחרת ששמו כך ואתרמוי איתרמי שטעה בהזכרת שם עירו ואמר ק"ק ראחמנוב כאלו נזרקה נבואה מפיו שמת כאן א' מק"ק הנ"ל ששמו כך וגם הוא טעה לקרא עירו על שם העיר הזאת פשיטא דכולי האי ל"ח וגרע משאלה דיחיד אע"פ שנעשה בכוונה זה לשאול וזה להשאיל כו' ומכ"ש כאן שאנו צריכין לומר שהטעות שנזדקר בפיו איתרמי מלתא שהיא על העיר הזאת שנעלם משם איש ששמו יעקב ובא לכאן ומת לכולי האי ודאי ל"ח ומה"ט גופא ליכא למיתלי בטעות השמש שטעה בשם העיר אלא שהיה אפשר לומר כיון דהשמש ידע מזה שבא לכאן ונפטר יכול להיות שהחליף בדיבורו את שם העיר וגם זה רחוק מאד ובלא"ה כתבתי דליכא למיחש לזה אמנם בטעות הנפטר ליכא למיתלי כלל שאף אם היה יודע שנפטר שם איש מק"ק ראחמנוב מ"מ בשביל זה לא היה ליחס עיר זה לעצמו ומעתה קם דינא ואתברר דינא שעדות השמש בזה הוא עדות מועלת להתיר אשה זו: איברא חזינא בדברי הרב המשיב ידו ראשונה הגאון אב"ד דק"ק ראווני דחש לה למלתא דשמא באמת הנפטר הוא שאמר כך וחתר היבשה לתת טעם להא דנאמן מדאורייתא במה שאמר שכך שמו ושם אביו ושם עירו והרב החריף מהנר"ה שדי נרגא בדבריו והוי בה טובא בסוגיא דהאב שאמר קדשתי את בתי והנה אין פנאי לנסך בכור המבחן את כל דבריהם אך אבא בקצרה לדון בדבר החדש דהא דאין ע"א נאמן היכא דאיתחזק איסורא שלענ"ד לא נאמרו הדברים אלא היכא שהעד בא למעיד שנתקלקל ונשתנית מכמות שהיתה מבלי משים על לבו לעשות איזה מעשה לסלקא כגון בטבל דאמרי' למ"ד תורם משלו על של חבירו צריך דעת בעלים ואתא חד ואמר דמתוקן דאז אי אמרת דע"א א"נ באיתחזק איסורא לא מהימנינן ליה שנעשה מעשה כלל משא"כ אם זה תרם תרומה לפנינו אלא שנפל איזה ספק אם נתרמה תרומה כהוגן שאז אם לא היה כאן מי שמעיד שנתרמה כהוגן הוי מוקמי' ליה אחזקתיה מ"מ בזה שפיר ע"א נאמן שהדבר ידוע דהחזקה אינה קיימת לעולם ומעיקרא על דעת כן החזיקו אותה באיסור שאם יעשו בה מעשה תשוב להיות מותר וכיון שהמתיר עתיד לבא בודאי ע"י מעשה ונעשה זה המעשה שפיר העד יכול להעיד שנעשה כהוגן ואין בזה סתירת החזקה כלל וכיוצא בזה כתב הרשב"א במ"ה ליישב הא דרוב מצויין א"ש מומחין דלא אמרינן סמוך מיעוט כו' כיון שנתעסקו לסלק החזקה זו כו' ע"ש ובהכי ניחא מה שהקשה המרדכי בחולין דלמה יהיה ע"א נאמן על השחיטה כיון דאיתחזק איסורא וע"ש תירוצים הרבה וכן מבואר ברמב"ם ורשב"א יבמות דלהך שיטה דאין ע"א נאמן באיתחזק איסורא יש לאסור במצא תרנגול שחוטא באשפה או ברוב עכו"ם אע"פ דע"א מעיד שנשחט' כהוגן ובשאר שחיטה הטעם משום בידו ולפמ"ש י"ל דודאי היכא דאיכא לספוקי אם נעשה בה מעשה השחיטה כלל אפשר דאין ע"א נאמן משא"כ אם ידוע לנו שנתעסקו בה לשוחטה ורוב מא"ש מומחין הם לידע בנפשו אם שחט שפיר ממילא כל שיוציא מת"י נאמן לומר שנשחטה כהוגן דבכה"ג ע"א נאמן אף באיתחזק ואפשר שלזה כיון במרדכי שם בשם רבינו ברוך ע"ש: ולפ"ז י"ל גם באיתחזק איסורא דא"א הדבר ידוע שהוא חזקה המסתלקת ע"י מעשה הגט וכמו חזקה העשויה להשתנות הוא שכתבו הפ"י ומהרי"ט דלאו חזקה אלימתא הוא ה"נ אם עשוי להשתנות ע"י מעשה ועינינו הרואות שנעשה בה המעשה וניתן לה הגט והלכך אע"ג דאיתחזק איסורא דא"א כיון שזה בא לסלק החזקה ע"י גט לא איכפת לן כ"כ בחזקה (וכעין זה מבואר מתוס' ריש גיטין במ"ש

ד"ה ע"א נ"ב שעיקר הגט כבר נעשה ושוב א"צ אלא גילוי מלתא שלשמה נכתב ע"ש
אע"ג דאכתי לא ידע הך דעדים החתומים על השטר כו' אלא שנראה שכוונתם כמ"ש
דבכה"ג ס"ד דלא צריך ב' מטעם שבנתינת הגט מסלק החזקה אלא דהתוס' ס"ל דמ"מ
אי אמרינן דע"א א"נ באיתחזק אפי' בכה"ג לא מהימן ולכך הוצרכו לומר דהסוגיא אזלא
למאי דמספקא ליה ביבמות ולענ"ד י"ל דקושטא הכי הוא דבכה"ג ע"א נאמן אף
באיתחזק דע"י עשיית המעשה לסלק החזקה כלא איתחזק דמי: ובוזה מיושב מה דקאמר
התם אבל הכא איתחזק איסורא דא"א הוי דבר שבערוה כו' דמחמת איתחזק לחוד היה
ע"א נאמן כיון שהשליח בא לסלק החזקה ע"י מעשה ומעיד שנעשה כהוגן וגם מחמת
דבר שבערוה לחוד אין קושיא דדבר שבערוה ל"ה כ"א באיתחזק דוקא דדבר דבר
ממון ילפי דיש שם חזקת ממון כמ"ש מהרי"ק שורש ע"ב רק השתא דאיכא תרווייהו
פריך שפיר: אך דבאמת לכאורה מחמת טעמא דדבר שבערוה ג"כ אפשר דבכה"ג דהכא
שפיר מהימן שנעשה המעשה כהוגן דדוקא בממון חיישינן בע"א שמא משקר משא"כ
כיון דאית לן למימר אין אדם חוטא ולא לו וכמו שאמרו בקידושין גבי קידושתא את בתי.

אלא שלענ"ד נראה דע"כ לא אמרינן הא מלתא דאין אדם כו' אלא לענין אם ליכא בע"ד
דמכחש ליה כגון בההיא דקדשתי את בתי וכן כל כיוצא משא"כ אם הבע"ד מכחישו
פשיטא שאין להאמינו מה"ט דלאו כל כמיניה בחזקה זו לחוב לאחרים והלכך פריך
שפיר בגיטין דהו"ל דבר שבערוה דל"ל דמהימן מטעמא דאין אדם חוטא כו' דהא איכא
למיחש לערער הבעל וכל עצמו שאתה מצריכו להעידזה בפני ב"ד בפ"נ ובפ"נ משום
ערעור דבעל הוא וע"ש בפ"י דמפרש ג"כ קו' הש"ס עד"ז ומשני משום עגונה הקילו
בה רבנן ולכך דוקא השליח מהימן ולא עד דעלמא ומ"מ הר"ן בחידושו שפיר קא קשיא
ליה אהא דאמר רב נחמן לכנוס דהא איתחזק איסורא דמה יועיל אמירתו שנתקדשו לו
במקום חזקת איסור שכשהוא לעצמו מה הוא ולכך קאמר שאינו בא רק לברר החזקה
ועפ"ז יש מקום ליישב כמה קושיות ודקדוקי' בסוגי' אלו אלא לפי שהיא מעין מושך
ועמוק בכמה קיטות בתלמוד והזמן קצר לא יכולתי לערות עד היסוד בה והדבר צריך
תלמוד ועת הפנאי: ומעתה י"ל דההיא דגיטין דאמר כל השומע קולי כו' וכותבין ונותנין
אע"פ שאין מכירין וכן בההיא מעשה בצלמון כו' כיון דמטעם דבר שבערוה אין לאסור
דאין אדם חוטא ולא לו דהא ליכא מאן דמכחיש ליה ולא נשאר לנו כ"א הא דאיתחזק
איסורא וכיון דהחזקה זו דא"א היא עשוי להשתנות ע"י גט או מיתת הבעל ונעשה הענין
זה אלא דמספקא לן אם זהו הבעל שפיר נאמן ע"א להעיד שזהו הוא וה"ה הוא עצמו
נאמן מטעם דאדם חוטא כו' וזה מבואר ג"כ ממ"ש הרי"ף בהא דאשתמודענא באחווה
דמיתנא הוא דמלתא בעלמא הוא דקא מגלי כו' והריב"ש ומהרי"ט ועוד פוסקים
מפרשים דבריו באמרו קודם מעשה ויש חולקים בזה ולפמ"ש נראה טעם הרי"ף בזה
כמ"ש דכיון שעושיין מעשה לסלק החזקה ע"י חליצה לא מיקרי איתחזק איסורא לענין
זה שיהא ע"א נאמן לברר מי אחי מת: ומ"מ נלענ"ד דאע"ג דלענין גירושין שפיר שייכא
הך מילתא דע"י מעשה הגירושין מסתלקת החזקה מ"מ לענין מיתה ל"ש הא מלתא
דאע"ג דעביד חזקה זו להסתלק ע"י חזקת מיתה מ"מ הא לא אתעביד מעשה באשה
דאיתחזק בה האיסור ולכן ס"ל לרוב הפוסקים דעד מיתה א"נ מן התורה ואפילו אם
אחד אומר בפנינו מת וא' אומר שהוא בעל אשה זו נראה לכאורה דלא מהימן מדאורייתא

אע"פ שאינו רק בירור הדבר בלבד וגם אין כאן הכחשה מבע"ד וא"כ בע"כ צריך לחלק בין בא א' ואמר קידשתי ובחליצה וכל הנך דלעיל והיינו הטעם דלא אתעביד מעשה לסתור חזקת א"א שנחזקה בה האשה ועוד י"ל דמלבד חזקת א"א שיש לאשה יש לבעלה חזקת חי אלא שגם זו חזקה העשויה להשתנות וכבר הארכתי במ"א בענין חזקה זו ובדברי הב"ש בזה: אמנם לענין גירושין נראה דשפיר מצינו למיחש עלה מה"ט שכתבתי ואע"פ שמדברי הרשב"א במה שהבאתי לעיל אין ראיה כ"כ דדוקא רוב מהני בזה דרוב מסלקין החזקה כהוגן ורובא עדיף מחזקה אבל ע"א לא עדיף כ"כ כמו רובא ואפ"י ברוב בעינן דוקא שנדע שנתעסק לסלק חזקה זו כהוגן אלא שאין אנו יודעין אם נעשה כך ואז אזלינן בתר רובא שאין יוצא מת"י דבר שאין מתוקן אבל אי איכא לאסתפוקי שמא לא בא כלל ליד המתעסקים כהוגן פשיטא שגם הרשב"א מודה וכגון נמצא על האשפה דלעיל: ובזה שמעתי זה שנים כבירים מכבוד דודי מ"ו הגאון המפורסים מוהר"ר סענדר זלה"ה האב"ד דק"ק סאטנוב לתרץ קושי' התוס' ריש גיטין מ"ש לשמה דנקט משאר פסולי גיטין כגון מחובר כו' ואמר לתרץ ע"פ סברת הרשב"א הנ"ל דהיכא דהמתעסקין לסלק החזקה לא אמרינן סמוך כו' והמפורשים כתבו הא דחיישינן ואע"ג דרוב בקיאיין הם מ"מ אית לן למימר סמוך מיעוטא כו' ולפ"ז א"ש דמחשש מחובר וכה"ג אמרינן רוב בקיאיין ולא אמרינן סמוך כיון שמתעסקין לסלק החזקה כהוגן משא"כ לענין לשמה דחשש היא דלמא משכח כתוב ועומד ולא היה כאן מתעסקים כלל לסלק החזקה ממילא דשפיר י"ל דסמיך מיעוט כו' ע"כ העולה על זכרוני ודפח"ח אך לענ"ד נראה דלענין זה שהחזקה מסתלקת ע"י מעשה שפיר מועיל ע"א כמו רוב ועדיף מיניה דגבי רוב בעינן שנדע שנעשה העסק ע"י המתעסקים היודעים להתעסק כהוגן וגבי ע"א כיון שאנו רואין שנעשה בה העסק הצריך לסלק החזקה הוא נאמן לומר שהמתעסק הוא היה ראוי להתעסק כהוגן ולסלקה וסילקה כהוגן אולם מן שמיא אנהירנהו לעיינין בדברי הרי"ף דיבמות גבי אשתמודענא דאחיה דמיתנא הוא וגדולים חקרי לב עמדו על דבריו ולענ"ד שפתיו ברור מללו ומתחלה אקדים מ"ש הרשב"א בחידושו ר"פ האשה רבה לדעת הסוברים ע"א נאמן באיתחזק איסורא וז"ל ומיהו ודאי היכא דלא איתחזק בגוף איסורא בגוף זה ממש כא"א וי"נ טבל והקדש ע"א נאמן בהם אע"ג דאיתחזק איסור במקום זה כגון שני חתיכות אחד של חלב ואחד של שומן ואתא ע"א ואמר זו של שומן נאמן דאל"כ אין אדם מתארח אצל חבירו דהא איתחזק הבהמה בחלב ושומן כו' ומינה למעשה בכל יום שנמצאו במקולין טריפות או נבילה ונתערבו החתיכות שע"א נאמן לומר זו של היתר אע"ג דאיתחזק איסורא במקולין ואין בידו לתקן כו' עכ"ל ולסברא זו כיוון הפ"י גבי הא דנאמן ליתן גט וקשיא ליה דהא אפ"י בשאר איסורין היכא דאיתחזק איסורא אין ע"א נאמן מטעם דאין אדם חוטא כו' וע"ז כתב דהעד אינו סותר החזקה רק הוא בא לברר החזקה ובכה"ג ע"א נאמן ושפיר מייתי ראיה ממ"ש הר"ן אהא דנאמן לכנוס ואין מוחין בידו לומר דאיתחזק איסורא כיון שאין סותר החזקה רק הוא מברר לבד וה"נ הרי הוא מברר שזה שהחזק האיסור ע"י מי הוחזק ולענין זה לא איתחזק כלל שהרי אינו ידוע ע"י מי הוחזק זו והעד מברר ע"י מי הוחזקה והרי הוא כמברר שומן מתוך החלב ועיין בס' כתובה על כתובות דף כ"ב שרמז ג"כ לסברא זו ונראה לבאר יותר דודאי ע"י אמירת האב הוחזקה באיסור עכ"פ אלא שלא נודע לנו ע"י מי

הוחזקה וגם בשעה שהוחזקה היה ידוע לנו שזה הא' שקידשה יש בידו לפתח מוסרות האיסור אלא שלא היינו יודעים מי הוא והוא כנתערבו חתיכות אע"פ שודאי יש שם איסור העד נאמן לברר ההיתר מתוך האיסור וה"נ למה לא יהיה העד נאמן ועיין בפ"י שם שהוסיף לומר דלגבי רוב כיון דאיכא מיעוטא דמסייע לדברי העד אינו אלא כמברר המיעוט מתוך הרוב: ובזה נתיישב מעשה בכל יום שלוקחין מן המקולין ע"פ עדות הטבח אע"פ שידוע לנו שטרפות מרובא ונדחק לחלק בין חזקה דאיתרע כו' ובאמת עיקר החילוק כמבואר בדברי הרשב"א דהא דע"א אינו נאמן באיתחזק איסור כשאיתחזק בגוף זה אבל לא כשאתחזק במקום זה אע"פ שיש רוב והוא רובא דאיתא קמן מ"מ כיון דגם המיעוט איתא קמן והוא דבר שאפשר להיות שיהי' מן המיעוט שפיר מהימן ע"א לומר שזה מן המיעוט שאין זה רק מברר המיעוט מן הרוב ואפשר לומר דבתר דמסיק בכתו' שם דהא דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה לאו אתוך כ"ד קאי ומשום מיגו רק אתי לאורויי אמילי אחריני מ"מ ילפינן מיניה נמי דנאמן הוא לברר דבריו לאחר זמן ואין נחלק בזה בין האב גופיה לאחר דעיקר נאמנות דאב בזה הוא שנאמן לאסור אבל לענין הנאמנות להתיר האב ואחר שוין וכמו דבעי למילף מיניה דין הפה שאסר בעלמא וראיתי בשו"ת נ"ב סי' כתב ג"כ כדברי הפ"י בזה ותמהני שלא נזכר אז מדברי הפ"י.

ומעתה נראה פשוט שהן הן דברי הרי"ף ז"ל שכתב דלאו אמלתא דאיסורא קמסהדי ולאו אממונא קמסהדי אלא מלתא בעלמא הוא דמגלי דהדין הוא גברא פלן והאי איתתא פלוניתא וכיון דמודעי לי' הכי הרי איתחזק גבי' ההיא סהד' מפומא דההי' קרוב כו' הלכך שרי ליה לסהדי למסמך עלה ולמסהד עלי' דההיא גברא או עלי' דההי' איתת' בין לענין איסורא ובין לענין ממונא עכ"ל ור"ל כיון שדברי הקרוב או האשה אינו באים להתנגד לחזקה רק שידוע לנו שיבמה זו בחזקת איסור לשוק עומדת ע"י יבם שלה ואין ידוע לנו מי היבם שלה והקרוב או האשה הם באים לברר מי הוא שהוחזקה היבמה זו באיסור על ידו שפיר מהימני בזה ואפ"ל העד השומע מפייהם נאמן ע"ז (ונראה שבא ליישב בזה האי עובדא דהאי תברא דחתיים עלי' ר' ירמ'ל כמבואר בח"מ סי' מ"ט) בין באיסור בין בממון כשאינו רק מבררים הענין אך דוקא היכא דליכא חשד' כמבואר ברי"ף שם אך כל זה מועיל להתיר מהא דאיתחזק איסורא אך מ"מ עדיין לנו להחמיר בזה משום דה"ל דבר שבערוה אלא שלענין זה לחוד מועיל מה דהוה מלתא דעל"ג כמ"שהרמב"ם בפ"ח מה' יבום שזה הדבר העשוי להגלות ואפשר לידע אמיתת הדבר שלא מפייהם עכ"ל וה"ט דגט שכותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין לפי שמן הדין ע"א נאמן בזה דאינו רק מברר שזה האיש שהוחזקה האשה באיסור על ידו וכל שאינו נוגע הבע"ד נאמן כע"א אף בגירושין הוי מלת' דעל"ג בכה"ג שאומר שזה האיש בעלה של האשה כמבואר סי' ק"ך ולכן שפיר מהימן וזה מבואר ג"כ בנ"י יבמות גבי הא דאין חולצין אא"כ מכירין (וע"ש בחידושי אנשי השם שגמגם במ"ש שמא כיון א' מן העדים כו' ובאמת ט"ס הוא וצ"ל שמא בכיון א' מהעדים ע"ש ובחידושי הרשב"א בזה) דמחלק בין הא להך דאמר האב קדשתי כו' שנאמן ליתן גט משום דשם ליכא חשדא שמתיראין פן יקלקלו עצמן משא"כ לענין חליצה ע"ש והדברים נכונים בטעמן דמחמת חזקת איסור אין לחוש רק מחמת דבר שבערוה אמרינן במלתא דעל"ג אין אדם חוטא ולא לו כיון דליכא חשדא וכמש"ל בדברי הרי"ף: ולכן אפשר לומר גם לענין מיתה אע"ג דע"א לא מהימן מדאורייתא

לומר על אשה שמת בעלה דבא להוציאה מחזקת איסור א"א וחזקת חיים מ"מ בזה שאמר שמו ושם אביו ושם עירו הרי זה כאומר אני בעלה של האשה פלוני שנאמן הוא בזה כיון שאין סותר שום חזקה שהרי עכ"פ יש א' בעולם שהוא בעל האשה הזאת ואינו רק מברר שהוא האישה שנאסרה על ידו וכשמת ממילא הותרה האשה אלא שעדיין צ"ע אם שייך בזה מלתא דעל"ג שהרי הרמב"ן בב"ב דף קל"ד וז"ל דבעל לא הוי כעד דעלמא אלא היכא דאיכא מיגו מהימן דעד המעיד לאמר מת הבעל והוא חי לא משקר במלתא דעל"ג אבל בעל חיים דידיה לא איכפת ליה ולאחר מיתה מאי תימא ליה זו הוא שאומרים להכחיש את החי ואין מכחיש את המת וצ"ע עכ"ל וצ"ל דמ"מ כיון דשעת הסכנה הוא אין חוששין לסברא זו ומתירין את האשה ע"פ אמירת הבעל בשעת מיתתו אך לפמ"ש לעיל דאין אדם משטה ומשקר בשעת מיתה א"ש דכל כה"ג שאמר בהיותו נוטה למות אין לחוש כלל שיעשה בערמה להתיר אשת חבירו פשיטא דבכה"ג חזקה דא"א חוטא כו' לבד חזקה אלימתא הוא דכיון דאין כאן חשדא אף בלא מלתא דעל"ג מהימן מחמת חזקה זו לבד וראיתי בפרישה שכתב בהגהות שם טעמא דשעת סכנה דאימת מקום עליו ולא יכשיל והביאו ג"כ הרב החר"ף מהרנ"ה נ"י ובאמת ברש"י וש"פ מבואר דלאו מה"ט אתו עלה: ומצאתי בתשו' של אא"ז הגאון מהר"מ שרענצילש ז"ל שהביא טעם זה בשם הלבוש והשיג ג"כ מדברי רש"י וכן מבימות אהא דלא מצאו שם אדם אמרו ג"כ בשעת הסכנה כו' ע"ש (ודרך אגב אומר מ"ש הרמב"ם פ"ג מה"ג והוא שידעו אותו כו' ע"ש בפ"י הגמ"י ובלח"מ פ"ג מה"ג ואי לא מסתפינא ה"א שהוא ט"ס וצ"ל והוא שיראו אותו וכן בפ"ג איתא ראו אחד עומד מרחוק כו' וס"ל דעכ"פ צריך לראות אותו אלא דל"ח בשעת סכנה לדמות כי היכא דלא תיקשי על רב יהודה אמר רב דמוקי שראו דמות אדם מברייתא דתנא דבי ר"י וגם צ"ע בהא דאמר דמי שאמר בשעת מיתתו יש לו בנים כו' ומבואר בש"ס דב"ב דף קל"ד דאין חילוק בין שעת מיתה או לא וכ"כ הרשב"ם שם) ועיין בפ"י קידושין ואין להאריך: ונשוב לעיקר הדין דודאי נאמן הוא על שמו כמבואר מדברי הש"ס והפוסקים וטעמא דמלתא כדכתיבנא דלענין מיתה איכא קלא טפי מבחליצה דבמיתה איכא נמי חזקה דאשה דייקא ומינה בה דמרע לה לחזקת א"א משא"כ לענין חליצה כמבואר מדברי הרשב"א והנ"י דלעיל ועיין בק"ע סימן שנ"ד דאיתא בשם הרשד"ם שהקשה מ"ש גבי חליצה דא"נ לומר אני אחיו של פ' ומ"ש דלענין מיתה מתירין אשתו ואין השו"ת מהרשד"ם בידי לעיין מה שתירץ בזה ולענ"ד הטעם הוא כמבואר ברשב"א ונ"י שתירצו הא דאין חולצין אא"כ מכירין שאני מהא דבא א' ואמר קדשתי שנאמן ליתן גט וכמש"ל וא"כ אין לנו לתלות כלל בוקי סריקי בהנפטר דודאי לא מסתבר כלל שיאמר שקר במתכוין בשם אשתו או בשם עירו כיון שהוא הולך למות ואפילו תימא דגם בשעת מיתה שייך לצעורי וכיוצא בו מ"מ בזה מה לו לשקר דמי הכריחו להוציא שקר מפיו ואי בעי שתיק וג"כ לא היה אפשר להתיר האשה ובודאי תרתי לא עביד שלא יאמר האמת וגם יעשה שקר בנפשו על לא דבר להא ודאי ל"ח כלל ואי אמרת דלמא מפחזה דמותה מיטעי קטעי וא"כ יש להסתפק דמאן לימא לן דטעה בשם אשתו דלמא טעי בשם עירו כבר כתבתי לעיל דכל כה"ג ודאי תלינן טפי הטעות בהשמש ששמע מפיו כאשר ביארתי לעיל באורך ובפרט בזה שהעד נותן אמתלה לטעות ודל הפנקס מהכא ונקוט בידך העדות האחרון שהעיד בב"ד לפנינו שהוא

מספיק להתיר והנה כפי המבואר בתחלת התשו' אם ענין המעשה כאשר העתקתי הכת"י האבד"ק ראווני שמבואר שם שכאשר שאלו העד לפני הב"ד אמר שמו ושם אביו ושם עירו כנ"ל רק שם אשתו אינו זוכר כו' ופשיטא שעדות זה מספיק להתיר אבל לפי הלשון המבואר בג"ע של הרב מהרנ"ה מראדוויל שמבואר שם שהשמש אמר שם לפני הב"ד בריירהראדק וז"ל איך וייס גוויס אז דער ר' יעקב וואש נפטר גיווארין בקהלתינו איז גיוועזין כק"ק ראהמנוב כו' ולא הזכיר שם אביו כלל ולענין שם אביו צריכין אנו לחזור לעדות שנרשם בפנקס והרי ע"כ יש טעות בפנקס בשם אשתו א"כ יש לחוש דילמא אין טעות בשם אשתו רק בשם אביו והוי כלא הזכיר שם אביו כלל וא"כ לפי דעת הפוסקים דס"ל דכל עד שלא אמר שלשה דברים הללו שמו ושם אביו ושם עירו אין להתיר האשה אכתי לא בריר' היתירא דהך אתתא אם לא שנסמך על הפנקס ונאמר דיותר תולין הטעות בשם האשה משום דע"ז אומר אמתלה משא"כ בשם אביו דאיהו לא נביא שיפול בפיו נביאה קטנה דהיינו שם אביו של איש שהי' שמו כך בעל האשה זו ואין שום אמתלה לטעות זה כלל ועי"ל דמסתבר טפי לתלות הטעות בשם האשה דאין עיקר ההיתר תלוי בזה וכל כה"ג לאו אורחא למידק משא"כ בשם אביו דאיכא קפידה במלתא לענין ההיתר ודאי מידק דייקי אך קשה ע"ז לסמוך כיון שזה העד הוא שמש ע"ה איש בער ולא ידע להבחין כלל וכי יתן בכוס עינו הכל דומין לו כמישור ולא דייקא בשמא ואולי אמר לו הנפטר שם אחר ואיהו קא טעי ושם שמו אברהם ולא דינא ידע שצריך לדקדק בשמות דהא קמן דעכ"פ לא דייקא בחד מהני שמא ועל האמתלה לחוד קשה לסמוך לכאורה באיסור א"א: אך לענ"ד כיון דרוב הפוסקים מתירין בשמו ושם עירו לחוד וע"ז יש ע"א אחר שמעיד ע"ז וגם האשה עצמה שמעה עד מפי עד א' ואפילו אם באנו להחמיר לחוש לדעת הרא"מ דמחמיר דתלתא בעינן להקל מ"מ מצטרף לזה עדות הפנקס שנלמד ממנו שם אביו ג"כ וכמש"ל דכולי האי ל"ח דאתרמי ואין לחוש רק לטעות פנקס בשם אביו וגם זה הוא חשש רחוק שיפול בפי השמש שם אברהם כשם אביו של זה ומהני אמתל' דידיה לענין שם האשה וסמכינן עלה להתיר בצירוף עם שמו ושם עירו ובר מן דין אף הוא גופיה כתב דהדברים מטים יותר לפר' דלא בעינן שם אביו אלא שכתב מ"מ לא אוכל להתיר א"א לעלמא בעדות שמו ושם עירו לחוד ואיהו גופיה שם כתב דע"י חיפוי יש להתיר אם יחקרו שלא יצא מן העיר ששמו פ' אלא א' כו' אע"ג דאשתהי טובא י"ן שנה מאותו זמן שהלך כו' עיין בק"ע סימן ק"ד ואע"ג שכתב דבסעי' ק' לא כ"כ וכ"כ בשו"ת מהרי"ל ח"ג הביאו בק"ע סעיף ע"ט מ"מ הרי כתב שם שנ"ל דהנכון כפסק השני ע"ש וגם נלענ"ד דאפשר דאין הפוסקים סותרים דדוקא בלא הזכיר שמו כלל רק אמר יהודי שממקום פ' מחמיר שמא נשכח זכרו משא"כ כשמזכיר שמו ל"ח להכי דא"א שהוא חסר מעיר זה איש א' ששמו כך כיון שמכריזין בעיר איש ששמו כך ודאי דבני העיר רמי אנפשייהו ומדכרי ודמי להאי דיצא עמנו כו' דג"כ ל"ח לשכחה כיון דעכ"פ אינו זמן רב כ"כ שראוי לשכחה ודאי שהיציאה עשתה רושם והיה נזכרים ממנו והיכא דמזכיר שמו להא דמי' ואין חוששין שמא זה זמן רב שיצא עד כי ברוב הימים הכל נשכח ואבד שמו דז"א דודאי השם גורם שירגישו הכל ויעורר כח הזכרון כאשר החוש מעיד ע"ז ואצ"ל בנ"ד שמעידים שאמר שיש לו שם אשה וכן קטן ממנה וא"כ פשיטא שהחיפוש מועיל בזה ואין לחוש שמא יצא אחד זה זמן רב דהא הני נשי

איתנייהו בזכירה וא"א דאחרינא הוא ואשתו היתה שמוכנה מורכב לה על כתיפה אין ספק שהיתה מעוררת לויתן והיה נודע הדבר ובפרט בעיר קטנה ואנשים בה מעט אם לא שניחש ג"כ שמא האשה ג"כ כבר יצאה משם זה שנים הרבה אלא שהבעל היה סובר שאשתו עדין שם במקום שהניחה ולכך אמר שיש לו אשה שם פשיטא דכולי האי ליכא למיחש שיצא משם איש מאותו העיר ששמו ג"כ יעקב ונשכח זכרו מעירו זאת וגם היה לו אשה ובן קטן ממנה ואח"כ יצאה האשה ג"כ ונשכח זכרה ג"כ מכאן נראה דבכה"ג גם הרא"מ מודה דלשכחה כי האי ל"ח כלל ועוד נראה דבכה"ג דאיכא סימן שהיה לו ברען בחגורו שנזכר בדברי השמש (אע"פ שלא נזכר רק בפנקס אבל בעדות שהעידו בע"פ לא נזכר הסי' הנ"ל מ"מ הרי עדותו שבע"פ אעדות שבפנקס קאי ונהי דבשם אביו חיישינן לטעות מ"מ בסי' לא טעה) והאשה אומרת שבעלה היה בו סימן זה ונהי דנימא דל"ה סימן מובהק לסמוך עליה לחוד מ"מ סימן אמצעי מיהו הוי וכדאי הוא לסמוך עליו ע"י צירוף של עדים על שמו ושם עירו וגדולה מזו כתב בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן ט' בשם הרמב"ם בתשובה שאלה בא' שהעידו שמו ושם מקומו והיה בינוני הקומה וזקנו שחור כו' שיכולה להנשא בזאת העדות לפי ששמו ושם עירו עם אלו סימנים שאינם מובהקים יספיקו לענין התרת עגונה עכ"ל הרי מבואר דאף בסימנים אלו שהם סימנים גרועים כתב הרמב"ם להתיר וכ"ש בסימן כזה דלא שכיח ומצאתי בס' בני יעקב בשו"ת שם סימן שכתב ג"כ להתיר בשמו ושם עירו בצירוף סימנים גרועים אע"ג דהסימנים אלו גרועים טובא ודמי לארוך וגוץ עכ"פ סניף הוי להתיר באיכא עדים על שמו ושם עירו ע"ש שכתב שכ"כ מהרש"ך ח"א סימן ח' ובס' משפט צדק ע"ש א"כ נראה פשוט דכ"ש בנ"ד שאין לפקפק בהיתר כלל ובפרט בזה דאפשר לומר דהוי סימן מובהק כיון שמצמצם המקום ואם נימא דזה סי' מובהק הוא ע"כ אין לתלות שהשמש טעה בדבריו לפני הסופר או הסופר טעה בכתיבתו בפנקס: והנה כבר כתבתי שאין לתלות שהנפטר אמר שקר לפני השמש אלא יש לתלות בטעות השמש או הסופר אולם ראיתי שהגאבד"ק חש לה וחתר היבשה להתיר ע"פ סימנים דזה עדיף מע"א כדאמרינן סימנים וסימני וע"א יניח וקשיא ליה על הר"ן פ' ג"פ דקאמר דע"א נאמן באבידה והרב מהרנ"ה מקהי בה אקהוייתא דהתם שהספק בין שניהם הו"ל כאוחזין ומוחזקין כו' כמ"ש התוס' ריש ב"מ והו"ל כמו להוציא ממון דאין ע"א נאמן והנה לדבריו אכתי תיקשי דלמה יחזור ע"פ ע"א דנימא דכל ישראל שבאותה העיר חשובין מוחזקין באבידה זו וכולם חולקין בין מעט להרבה וא"כ בראה אבידה שנפלה משנים או מג' לא יחזור ע"פ ע"א דזה מחשב כאלו אוחזין כו' ועוד דגם בהא דסימנים כו' נימא דהוי כאוחזין לענין שיחלוקו וזה שיש לו עד יטול בלא שבועה וע"כ הטעם משום דחד מינייהו רמאי ולכך יהא מונח וע"א אין מועיל בזה כמו שאינו מועיל בשנים שהפקידו אצל א' וטעמא דמלתא מבואר בתשו' מיימוני סימן ז' מהלכות משפטים שכתב וז"ל אדוני שאל לפר"ת דעד המסייע נוטל בלא שבועה אמאי אמר סימנים וסימנים וע"א יניח כו' מטיבותא דמר אמינא שכלל של רבינו תם אינו הכא דכי אתיא ע"א נמי כמאן דליתא דמי דהו"ל סימנים של זה כמו עדים ולזה שכנגדו הוי סימנים וע"א כג' עדים ולהכי יניח דתרי כתלת ותלת כתרי כו' ע"ש: ולפ"ז פשיטא שאין קושיא על הר"ן דמיירי בליכא מאן דיהיב סימנא כלל דאז סגי בע"א ומוכח מזה דסימנים מובהקים כב' חשיבי אך בעיקרא דמילתא אומר

אני דמעיקרא לק"מ והגע עצמך בהא דקי"ל שאין הדיין נאמן לזה זכיתי אחר שיצאו מלפניו בשודא דדיינא כגון ההיא דנכסי לטובי' וכמבואר בקידושין ובח"מ סימן כ"ג ולמה לא נאמין לע"א כיון שאין כאן מוחזק כלל וכן מוכר האומר לזה מכרתי אי לא משום מקחו בידו דמהימן טפי מע"א דעלמא לא הוה מהימן אף כשאין א' מהם מוחזק כלל וכן בהא דמנה שלישייתא מע"פ שכתבו התוספות שהנפקד תופס בחזקת שניהם מ"מ למאי דאמרינן דודאי דחד מינייהו הוא הרי תופס בה בשביל שניהם או בשביל זה או בשביל זה רהא ל"ל דתרווייהו הוא וא"כ יהיה ע"א נאמן לומר דחד מינייהו הוא וכן מצינו בדוכתי טובא: אמנם דבר ברור הוא דודאי באיסורין קי"ל כל דלא איתחזק לא היתר ולא איסור ע"א נאמן וכן אפילו איתחזק איסור במקום זה נאמן הוא לברר ההיתר מתוך האיסור כמבואר לעיל בשם הרשב"א וכן אפילו בממון כגון מציאה שלא ידענו של מי הוא ואתא ע"א ואמר דפלני' הוא מהימן מע"ג דאיכא רובא נגדו מ"מ העד הזה אינו רק מברר המיעוט מתוך הרוב דהא לא סגי דעכ"פ דחד מינייהו הוא נאמן לברר דאפילו בדבר שבערוה היכא דליכא חשדא נאמן לברר כההיא דבא א' ואמר קדשתי כו' מיהו ה"מ היכא דליכא מאן דמכחיש ליה אבל איכא מאן דמכחיש ליה פשיטא דע"א בהכחשה לאו כלום הוא דכל שזה מכחישו הרי הוא כמוציא ממון וע"א אינו קם רק לשבועה בלבד ובהכי א"ש כל הני דלעיל דכולם מיירי דאיכא דמכחש לסהדא ולא כל כמיניה להפסיד ממון לזה בדיבורו והר"ן פשיטא דמיירי דליכא דמכחיש ליה לכך מהימן וכ"כ הרשב"א שם בשם הרמב"ן ז"ל ואפילו מי שחולק שם היינו שמחלק בין צורבא מרבנן לאחריני דלא דייק כ"כ בט"ע ע"ש ומ"ש הראבד"ק הנ"ל על הר"ן דהו"ל למחשב בשבועות הכל מודים בעד מציאה לפענ"ד לק"מ דאם זה המאבד הוא צורבא מרבנן שנאמן בעצמו בט"ע פשיטא דאין חייב קרבן שבועה דהוה כאמר לדידיה ולא אמר לב"ד דאמרינן דפטור ואם מיירי בע"ה נמי לק"מ דע"כ מיירי ביש בו סימן דאל"כ הרי הוא מייאש כיון דט"ע דידי' ל"מ ואי ליכא סימן לא סמך אעדים כמ"ש התוס' וע"כ ביש סי' מיירי וא"כ הרי מצי למיהב סימנא בגוי ואפ"ת דבעל הכלי אינו זוכר הסי' מ"מ מצי א"ל דלמא ידעת הסי' ועוד נראה דאין לחייבו ק"ש כ"א היכי דממונא דידיה נפסד וקם לי בחזקתיה דחבריה כהנך דחשיב התם משא"כ בזה דאע"ג שאינו יכול להוציאו מיד חבירו המוצאו לפי שאינו אומר הסי' ובט"ע לא מהימן ליה מ"מ עכ"פ דינא הוה שיהא מונח וכל היכא דאיתא ברשותיה דמרי' איתא וכפקדון בלא כפירה הוא מע"פ שאינו יכול להוציאו לפי שעה מ"מ אין זה ככפירת תביעות ממון ואין חיוב קרבן שבועה בכה"ג ועוד י"ל ולפי שאינו מעניינינו לא ראיתי להאריך: והנה לענין דבר שבערוה נראה מדעת הר"ן דאף אי לא איתחזק לא איסור ולא היתר לא מהימן ע"א שהרי בפ' התקבל כתבו בשם הרמב"ן דאם הקרובים באות ואומרת לא נתקדשנו ודאי מותר בהן דעא"נ באיסורין וכ"ש הכא דלא איתחזק איסורא כו' ולא נתבררו דבריו כו' האיך הוא מותר בעדות ע"א הנ"ל דבר שבערוה מע"ג דלא איתחזק איסורא שהרי אפי' לאיסור אמרו כן כו' ע"ש וראיתו מקידושין צ"ע ע"ש ולכאורה הדין עם הרמב"ן בזה שהם אינם רק כמבררים שאלו מותרות הם לו אלא דס"ל דבכה"ג דאיכא חשדא שהם באות להפקיע את עצמם ונוגעים בעדותן נינהו א"נ בדבר שבערוה כלל ועיין בחידושי הרשב"א וברמב"ן והר"ן ריש גיטין ודעת מהר"מ שהביא המרדכי והגמ"ר בקידושין דאפילו דבר

שבערוה אי לא איתחזק איסורא נאמן ומ"מ נראה דה"ד בדליכא הכחשה דאל"כ אף בממון בכה"ג לא מהימן כמש"ל ואנן דבר דבר מממון ילפינן ועיין באה"ע סימן ד' ס"ק ס' מ"ש על דברי הר"ן לענין נאמנות החיה שכתב משום דלא אפשר בע"א והקשה הב"ש ת"ל דלא איתחזק איסור ולא היתר ע"ש ולכאורה י"ל דהר"ן ס"ל כיון דאיתחזק איסורא במקום זה איתחזק איסורא מיקרי ודלא כהרשב"א ביבמות ומה שהביא הרשב"א מהא דטבח דמאמינים לו כו' כעין נאמנות החיה אתינן עלה דלא אפשר: וחזרנו למ"ש למעלה שאין לתלות כלל שהבעל אמר שקר דא"א משטה בשעת מיתה ואף לענין דבר שבערוה סמכינן עלה אפי' בגיטין היכא דל"ש דייקא ומכ"ש לענין מיתה וראיה לדבר מדברי הר"ן בגיטין פרק התקבל גבי הא דגיטו כמתנתו כתב וז"ל נ"ל דה"ק מאן לימא לן דתנאי לא רצה לומר דלמא רצה לשחק בה אלא ודאי ה"ט דקי"ל שכל אלו מתיראין על מיתתן וא"א משטה ומשחק בשעה שהוא מתירא ממיתתו וכיון שכן דטעמא משום הכי אף מתנתו ככל הני דלא צריך למיקנא מיניה כו' ע"ש וא"כ נראה דדבר ברור הוא בנ"ד דשפיר יכולין לסמוך על אילן גדול הר"ן ז"ל דל"ח שרוצה לשחוק בשעת מיתה והסי' של ברען במקום חגורה ודאי דהיה מסייע שיש בו ממש אף אם נאמר שאינו מובהק כ"כ עפ"ז אף בל' עדות הפנקס כלל ופשיטא דמ"ש בפנקס אף אם אין אנו דנין על פיו לפי שסוף דבריו סותרין מ"מ עכ"פ אין בו כדי להחמיץ הדין ולאסור על ידו:.

אך לענ"ד גם עפ"י עדות הפנקס גופיה יש להתיר כיון דע"כ אין הדברים ככתבן ממש שהרי לא נמצא כזה איש בק"ק הנ"ל וע"כ שנפל שם טעות בכתב או במבטא ויש לנו לתלות הטעות במה דעביד טפי למיטעי ונתן קצת אמתלא לזה וכבר הבאתי בריש דברי שהר"ן כתב בטעות כזה שהוא הכחשה בבדיקות וכשר בעדות אשה: ועוד ראיות שכתבתי וכן ראיתי בשו"ת שב יעקב שכתב להתיר בנידון כזה זכורני שהביא משו"ת מ"ב גם משו"ת עה"ג דמכשיר בטעות בשם אבי המתגרשת ואין הספר כעת ת"י מצורף לזה העדות של האשה עד מפי עד ועדות של מה"ר יצחק אייזיק שהעידו על שמו ושם עירו ומצורף לזה עדות השמש בע"פ על שמו ושם עירו כפי המבואר בגביית עדות גם כפי המבואר בגביית עדות שהאשה אמרה גם כן שהיה בו סימן ברען כמ"ש בפנקס ואע"פ שבדבריו בע"פ לא נזכר סי' הנ"ל מ"מ לענין זה ודאי למדין מהפנקס שכך נמצא כך היה הנפטר דאל"כ מאין ידעו לכתוב דבר זה על פנקס וגם כי סתמא דמלתא בשעה שחקרו השמש בע"פ רצו לידע אם יאמר בפה מ"ש בספר ואם איתא שאמר שאינו כן או שמסתפק בזה פשיטא דלא הוי שתקו מלהזכיר זה בג"ע בצירוף עוד אמתלאות האמורים אע"פ שאין בהם כדי להתיר ממש יש בהן שיעור לצרף ומכל הלין מי היה נלענ"ד דאף אם היה שלא במקום עיגון כ"כ היה מספיקין להתיר וק"ו בנ"ד שאין לך עיגון גדול מזה כפי המבואר בג"ע שנרשם בפנקס פטירת האיש בחודש סיון תקמז"ל וקא מעגנה ויתבא שני טובא אי לזאת דעתי נוטה שיש להתירה ע"י חיפוש דהיינו שיחפשו בק"ק ראחמנוב חפש מחופש ולהכריז בבה"כ ובבהמ"ד אם יש איש או אשה שעולה על זכרונם שהלך משם איש ששמו יעקב מלבד בעל האשה הזאת ולא חזר לביתו ואם יהיה נמצא כזה שיאמר שידע שהלך משם איש מלבד בעל האשה ישאלו אותו אם היה קודם תקמ"ז או אח"כ גם אם הניח אשה ובן קטן: ואם ע"י חיפוש נודע שלא הלך משם איש ששמו יעקב והניח בן קטן ואשה קודם שנת תקמ"ז ואחר הליכתו לא נודע

מה הי' לו רק בעל האשה זו לבד נלענ"ד שיש להתירה בלי שום פקפוק שאף הר"מ
דמחמיר בתשובה אחת בחיפוש שמשנים רבות איהו גופיה תבריה לגזיזיה וכבר כתבתי
שלענ"ד אפשר שאין סתירה בתשובה השני דאיכא הזכרת שמו עכ"פ מהני חיפוש וגם
מהרי"ל כתב שהעיקר כהך תשובה שמהני ומכ"ש שיש לצרף כל הני טעמי דכתיבנא
בהא סליקנא ובהא נחיתנא דאתתא דא שרי' לכל גבר דתצביין והנני נטפל לעושי מצוה
אשר פתחו בהצלה תחלה.

ואני אחריהם שמתני לבי למסילה. דרך הלכו בה חכמי הדורות.

ויצאתי ללקט אורות ואספתי באמרים אמרות טהורות. הבנויים על אדני הש"ס
והפוסקים והסברא המיושרות וזאת אומרת שהאשה מותרת.

ובשפולהו דגלימא דרבנן נקיטנא. דמצדדי אצדודי וקא מהפכא בהתירא במקום עגונה.

ואנא נמי רהיטנא ומחוינא. הכי דינא והכי דינא.

ובהדייהו דרבנן לאצטרופי חזינא. ובהדי דדרא דורא דלינא ואמינא מאי דקאמינא.

ובדוכתא דגריסנא מצלינא. רשמי מן שמיא בעינא אזכה ואיסק ואגמור שמעתתא אליבא
דהלכתא ודינא.

הכי קא אמינא וקלא רמינא קטינא קטינא. זעירא מן חבריא.

הקטן אפרים זלמן מרגליות מבראד: כה עוד שניות מדברי סופרים על הענין הנ"ל אל
הרב דק"ק ראדוויל וכעת נתקבל לראב"ד ומורה צדק ומגיד משרים דק"ק לבוב: שפעת
גמלים ישאו שלום וברכה לאשר לו ככה ה"ה כבוד אהובי ידידי הרב הגדול החריף
ובקי המפורסם חריפ' סכיניה. שעתיה תרמיניה כש"ת מוהר"ר נפתלי הירץ נ"י לנצח:
אחד"ש כן בא אלי האיש חתנו הרבני המופלג נ"י ומסר לי אגרת שנקראת ספר לאמתה
של תורה ואפריון נמטי שעל ידו נתחדשו לי עוד כמה דברים ברורים בעזה"י רק לאפס
הפנאי אני מוכרח לקצר ולעלות.

וראשון תחלה אען ואומר האותיות שאלוני לברר מה שיש להסתפק לדעת הטור
והרמ"א דבמנה שחור צריך לתבוע שניהם א"כ י"ל דכל שמוכחש מפי עצמו בבדיקות
בטלה עדותו ואתא ואייתי דברי הט"ז שכתב לחלק בין מוכחש מפי הבע"ד שמורה על
השני באצבע שזה טעה מה שא"כ בהכחשה בין העדים דלא ידעינן מי הוא הטועה כו'
ע"ש והנה שותא דמרן הט"ז לא ידעינן דמה בכך שמורה באצבע שזה טעה בלובן או
שחרות בשביל זה אין עדותו נפסל ואפי' בחקירות אי איכא למתלי בטעות שלא היה
יודע בעיבורו של חודש וכדומה מקבלינן עדותו ואם נפשך לומר דכה"ג גרע מ"מ קשה
להיפך בהכחשה בין העדים מה בכך דכל אחד יש לו חזקה דכשרות ואין בטעות זה שם
פסול עליו מ"מ איך אפשר לצרף דברי שניהם כמעידין על שעה ידוע שהרי גם בזה
הבע"ד אומר שהלוהו שניהם ומשוי לתרווייהו טועים שעכ"פ הם אומרים שלא הלוה
רק מנה והוא אומר שהלוה מאתים וגם אף נניח טענת הבעל דין מ"מ הרי א"א לצרף
שניהם אם לא שנאמר דחד טעי וכמ"ש הפוסקים בההיא דר"ה דעכ"פ לצרף אחד מכל
כת לא דעכ"פ חד מוכחש ופסול וה"נ עכ"פ חד טעי ומה לי שהבע"ד מורה עליו מה לי

שאנחנו מורים עליו ואטו משום דלא ידעינן מי הוא הטועה מהני דז"א דע"כ לא כתבו התוספות בסנהדרין סברא זו דאם אין הפסול ידוע אין לפסול אלא לענין גזירת הכתוב דנמצא אחד קא"פ ויש שנים מבלעדיו אבל לא לענין גוף העדים שעל פיהם יקום דבר גם מ"ש הט"ז אע"פ שאין כאן פסול לדינא מ"מ אין בהגדתו כדי לסמוך עליו כו' לא הבנתי דאם אין פסול לדינא מה"ת לא יהיה בהגדתו כדי לסמוך עליו דהא אדרבה בממון הקילו בעדות משום נעילת דלת סוף דבר דברים אלו מוקשים בעיני וכדי לברר סברא זו לחלק בין הכחשת בע"ד ובין הכחשת העדים אבאר מתחלה מה שצל"ע על הסמ"ע סימן למ"ד ס"ק י"א שהביא דעת הנ"י במנה שחור א"צ לתבוע שניהם וכתב ולפי דעתו נראה פשוט דה"ה במנה ומאתים דאין צריך כו' ובקצה"ח השיג עליו דודאי יש חילוק ביניהם והביא דברי הר"ן בחידושיו לסנהדרין וידוע דרוב דברי הנ"י הוא בשיטת הר"ן ע"ש ואני תמה דודאי דברי הנ"י הם דלא כהר"ן ואדרבה אני תמה על הסמ"ע שכתב דלפי דעתו נראה פשוט דה"ה כו' ובאמת אין צריך ללמוד מזה ע"ז כי הדבר מבואר להדיא בנ"י שם דאפילו בכת אח' אמרו ב"ה דכשרים ואע"פ שאין המלוה תובע אלא מנה תלינן בטעותא ואין זו הכחשה בין התובע והעדים עכ"ל וזה מבואר בדעת הראב"ד שהביא בחידושי הר"ן שם ומה שהקשה בב"י על הנ"י דמ"ש בהלואה אחר הלואה צריך שיתבענו שני מנין לענ"ד לק"מ שהחילוק מבואר דבאחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דתלינן בטעותא דחד מינייהו כמ"ש להדיא וכ"כ בביאור יותר בנ"י פרק חזקת בהא דחד אמר תרי אוצייתא כו' שהקשה דהא עדות מוכחשת הוא וכתב י"ל דהכא לאו שקרא הוא דעבידי אינשי דטעי בין תרתי לתלת וכן בין מנה למאתים והכי אמרינן אחד אומר גבוה שתי מרדעות כו' עכ"ל ולדידיה דמי הכחשה דמנה מאתים ממש להכחשה דשחור ולכן דאמרי' חד מינייהו טעי וא"כ פשיטא שאין מקום לחלק בין הכחשת בע"ד להכחשת עדים כלל כמ"ש הר"ן גופיה בחידוש' שם משא"כ בהא דהלואה אחר הלואה דהוא דינא דר"י ב"ק דמיירי בגוונא שא"א לתלות בטעותא כיון שמעידים כ"א על יום א' מימי השבועה וכיוצא בזה דאל"כ ליכא מאן דפליג עליה דריב"ק דמצרפין מטעם טעות ואפילו אין הלוח תובע רק כדברי הא' רק דמיירי אע"פ שכ"א מעיד על מנה אחר ואהא קשיא לי' דהא מוכחש אחד מהם מפי בע"ד ואיהו מפרק לה דמיירי שתובע שניהם ולכך מצטרפין דאין כאן הכחשה לא מהתובע ולא בין העדים מה שא"כ ביש הכחשה אלא שיש לתלות בטעות מה לי הכחשת בע"ד מה לי הכחשת עדים דתרווייהו תלינן בטעות' ואין כאן הכחשה כלל וז"ב בדעת הנ"י וזה מבואר בדברי הרמ"ה שהביא הרא"ש והטור בענין הלואה ע"ש וכן מבואר מדברי רבינו אפרים שהביא בעה"ת שער ס"ו דאין חילוק בין מנה שחור ולכן או דמי חמרא מגו דמי משחא דבתרווייהו אף על פי שהתובע אומר כדברי האחד מ"מ מפקינן מיניה והביאו הב"י: ועתה נבא לדברי הר"ן דס"ל לחלק לענין הכחשת התובע בין אם ההכחשה בענין שחור ולכן ובין אם ההכחשה בענין מנה ומאתים דאם ההכחשה במנה ומאתים כיון שהוא הכחשה שבקיום הממון אלא שהכשירו בעדים מפני שיש בכלל מאתים מנה אבל בהכחשת התובע א"ל כן מפני שיכול לפסול העדות שיהיה לזכותו כו': והנה ראייתו מהא דלוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרעו כולו כו' נלענ"ד שאין מוכרחת כל כך דש"ה דבכה"ג אין לתלות בטעות כיון שהעדים אומרים שפרע כל השטר והשטר נשאר אצל המלוה כולו פרוע כה"ג ודאי

מדכר דכירי אינשי ומידק דייקי בין נפגם השטר או נפטר לגמרי מה שאין כן אם היה הלוח אומר פרעתי מנה והעדים אומרים מאתים בכה"ג אפשר דבאמת היה מועיל אם הלוח חוזר ואומר נזכרתי שהוא כדברי העדים (כמבואר בנ"י ריש ב"מ דבכה"ג מיירי הדין דר"פ יש נוחלין) דבין מנה ומאתים טעו אינשי ובאמת אפ"י בכה"ג שהעדים אומרים פרע כולו נמי מיתלי תלינן בשכחת הבע"ד דאל"כ אף על המחצה לא היה נאמן בשבועה כיון דאיכא שטר' וזה מבואר בר"ן גופיה פרק שבועת הדיינים והנ"י ב"ב שם וכ"כ הבע"ת והביאם הב"י אלא דספיקא הוי כיון שהוכחשו מפיו ע"ש ואם כן י"ל דבכה"ג דאיכא למיתלי בטעות העדים תלינן וכן נראה מהנ"י דמייתי אהא דמנה ומאתים מאי אומר גבוה שתי מרדעת כו' ובגוונ' דזה אומר מחצה וזה אומר כולו דמי לאחד אומר ג' מרדעות ואחד אומר ה' מרדעות דעדותן בטלה דבכה"ג לא עבידי דטעו: אמנם דעת הר"ן מבואר דס"ל שאין לדמות הכחשת מנה ומאתים להכחשת ב' וג' מרדעות כלל דפשיטא דבזה שיש הפרש ממון ביניהם לא שייך לומר דטעו דהא בכה"ג סהדי שקרא חשבין להו אם פחתו מנה או הוסיפו מנה וכן מבואר מדברי הרמב"ן בב"ב והביאו הש"ך ס"ס פ"ג לענין פוחתת כתובתה ע"ש ואם כן איך נאמר דטעו בזה רק דבמנה לבן ושחור איכא למימר דטעו ומאי דמדמי הש"ס להדדי מבואר בר"ן שם שהוא על דרך זה דבאמת יש בשחור ולבן מה שאין במנה ומאתים דבשחור ולבן עבידי דטעו דהיינו בדיקות שהכשירו בד"מ ובמנה ומאתים לא עבידי דטעו אלא שיש סברא גם להיפוך דמנה ומאתים אע"ג דלא טעו מ"מ הא במנה חד אין הכחשה ביניהם ומי שאומר מאתים מוסיף הוא על דברי חבירו ומה שהם מוכחשים במנה השניה אין זה מזיק למנה אחת שעדות שניהם מכוונים בה (ואע"ג דחד מינייהו שקרן במנה שני זהו קושית רבני רעגינשפורג להראב"ן וכבר כתבתי בתשובה דאפ"ל כדעת חכמי בריסק או תירוץ אחר כמ"ש לקמן) ולא רבו עליה כלל מה שאין כן במנה שחור ולבן שהם מכחישים זה את זה בעסק מנה זו עצמה וזהו טעם רבא אליבא דר"י דס"ל דשחור ולבן אין מצטרפין אע"ג דמודה לדרשב"א משום דס"ל דלא הוציאו ד"מ בכלל בדיקות רק במה שהוא חוץ לעיקר העדות כגון ארנקי כו' אבל שחור ולבן שהוא הכחשה בעיקר העדות אף ע"ג דבדיקות הוא לא מצטרפי משא"כ מנה ומאתים שאין הכחשה בעיקר העדות של המנה כלל ונהרדעי ס"ל דאע"ג דהוה הכחשה בגוף העדות מ"מ כיון שהוא בדיקות אינה נוהגת בד"מ שאין דרך העדים לדקדק אלא בגוף הממון שלא יפחות ולא יותיר ולמדו זה מדברי הרשב"א דאע"ג דשם במנה א' אין הכחשה כלל מ"מ זה האומר מאתים אע"פ שכולל בדבריו מנה מ"מ אין המנה שלו במנה של האומר שלא היה רק מנה לבד שהרי אומר שנמנה עוד עמה מנה והרי זה כאילו יש הכחשה במנה א' גם כן דאע"ג דלענין אותה מנה אין נ"מ אם היה עמה עוד מנה או לא דומה לשחור ולבן דג"כ אין נ"מ ואפ"ה לענין אם נימא דהכחשה הוי בעיקר העדות שבדיקות אין מצטרפין ה"נ במנה ומאתים ס"ל לנהרדעא דהוי כמכחישין בעיקר העדות בבדיקות: ואפ"ה לענין המנה שהם מעידין שניהם עליה אמרינן דמועיל עדותן דלענין אותה מנה אין צריך לדקדק אם היה שם עוד אם לא ודמי לבדיקות דשחור ולבן שאינו פוסל בד"מ ועל זה כתב הר"ן דאם התובע אינו אומר רק כדברי האחד הרי דברי הא' בטלים מחמת הכחשת בע"ד שהוא בעצמו אומר עליו שהוא עד שקר שהרי הבע"ד מודה שאין לו עליו יותר דחזקה שהוא תובע

כל מה שיש לו עליו והוא יכול לבטל העדות שהוא לזכותו משא"כ בעד האחר שאין יכול לבטל העדות שהוא לזכותו של התובע כך הם דברי הר"ן ור"ל דבשלמא מפי התובע הרי הוא נפסל לעדות כיון שאומר שקר במנה וכיון שכן אין תובע זה יכול להוציא ממון על ידו משא"כ בהכחשת העדים שכ"א מעיד זכותו של התובע ולדבריו אין סותרים זה את זה כלל שהוא תובע שניהם ולכן מועיל על מה שיש בכלל מאתים מנה ואף על פי שהם עצמם סותרים זה את זה במנה השני מ"מ כיון דעל ידי זה אין שם פסול על שום א' מהן שאין מוכחש רק מאחד שפיר מצטרפין והו' כסברת חכמי בריסק: ואמנם לכאורה צ"ע ע"ז דהא הש"ך סי' ל"א הוכיח מהר"ן גבי ע"א אומר נתגרש דלא כסברת החכמים הנ"ל ומכאן מוכח כסברא זו דאף על גב דמכחישין זה את זה במנה שניה מ"מ כשרים על עדות מנה אחת אלא שלענ"ד י"ל דהתם הוי כהכחשת בעל דין שהרי אם באנו לחייב את האשה אם זינתה או לאוסרה להנשא ע"כ לומר שהאומר נתגרשה משקר וא"כ איך נסמוך על עדותו שנתקדשה משא"כ היכא שהבע"ד תובע כשיעור שניהם ואין הכחשה רק בין העדים גופייהו שפיר י"ל כיון דכל חד מוכחש מחז לא איכפת לן אלא דמ"מ צ"ל דלא מיירי שהתובע טוען שהלוה לו שלשה מאות דא"כ הרי הוא מכחיש שניהם כיון דמיירי במכחשי אהדדי והיינו דמעידין על שעה ידועה אלא מיירי שהתובע אומר שהלוה לו מאתים ומ"מ לא אתכחיש מפיו זה האומר מנה דבכלל המאתים שאומר התובע יש מנה וא"כ י"ל דאפשר שזה העד לא דקדק במנה השניה כ"כ ואף על פי שהוא מכחיש את העד האומר מאתים מ"מ לאו כל כמיניה לפסול את העד המעיד זכות התובע משא"כ אם אין התובע תובע רק מנה דחזק' שהוא תובע כל מה שיש לו עליו ופוסל את העד האומר מאתים והוא בטל לגמרי אבל אם התובע אומר מאתים אין התובע מכחיש העדים כלל וזהו ענין יש בכלל מאתים מנה דהיינו שהאומר מאתים עכ"פ אין מכחיש להאומר מנה ועי' שם עוד בר"ן שכתב וכן נמי אם תבעו בעל דין שמתחיל' היה חייב לו מאתים אלא שנפרע ממנו מנה והביא עדים זה אומר מנה וזה אומר מאתים אמרי' כיון שנפרע ממנו מנה ע"פ הודאתו נסתלק עדות העד שאמר מנה וזה שאמר מאתים אין סומכין על עדותו שעדות יחיד הוא כו' עכ"ל נראה מדבריו דאם אין מודה שנפרע ממנו שפיר הוי כתובע כדברי שניהם כיון שהוא תובע הסך המרובה ודוקא אם אין תובע רק מנה שאז הוה כמודה שלא לזה לו יותר ונפסל העד של מאתים וכמ"ש: וצ"ע שם על הר"ן במ"ש אח"כ והא דאמרי' בגמרא לא צריכא אלא לדמי כלומר דכה"ג לא הוי הכחשה ה"נ לגבי התובע לא הוי הכחשה וכדאמרי' בב"מ אם טוענין דמי עבד גדול והודה לו דמי עבד קטן אין זה טענו חטים כו' ודבריו צ"ע דהא איהו גופי' כתב לעיל מיני' דלענין יש בכלל מאתים מנה שפיר יש חילוק בין הכחשת התובע לעדים ואפשר שר"ל שהתביע' של ממון היה שוה דמיירי דשוו לאהדדי דמי חביתא דחמרא כמו דמי חבית דמשח' רק מעיקרא הוה ס"ד דמיירי באתר' דעשיק משחא טפי מחמרא וחייבוה' מגו חבית' דמשח' ופריך עלה וכדמשני לדמי ר"ל דבאמת תרווייהו שוין לדמי אלא דס"ד לפי שאין שוים בעיקר החיוב על ידי מה הי' אם על ידי יין או על ידי שמן לא איכפת לן בהכי דהוה כזה אומר אכלה חטים כו' או אפילו אם מיירי דשוה יותר מ"מ מיירי שהתובע הי' טוען דמי חבית' דמשח' רק הר"ן קאמר דהיכי דשוו להדדי אין זה הכחש' בין בעדים בין מפי התובע וכמו בההיא דב"מ דאין נ"מ מחמת מה בא

החיוב ואין זה כמכחישו בקיום הדבר עצמו ומ"מ צ"ע בלשונו שם גם מ"ש שם והראב"ד ז"ל כתב כו' צ"ע קצת לפ"ז ויש לדחוק ולפרש על פי מ"ש ואין פנאי להאריך: הנה הואלתי לדבר ולברר דברי הר"ן ז"ל אף הדברים שאינם כל כך לענינינו הואיל ואיכא למשמע מיני' כמה מילימעליותא וכפי הנראה מכותלי כתבו דמכ"ת אין בידו חדושי הר"ן על סנהדרין לכן באתי בארוכה: ועתה אשימה פני לדברי הטור שכתב גבי שחור ולבן שיהי' התובע תובע שניהם הנה אם נאמר דהטור ס"ל כדעת הר"ן והנ"י דס"ל דטעמא משום דטעו אינשי בהכי אם כן הדבר קשה למה יגרע הכחשת בע"ד מהכחשת העדים כמ"ש"ל גם כבר ביארתי בתשוב' דמש"ס דסנהדרין דף פ"א מוכח להדיא דהכחשה בבדיקות לאו כלום הוא ולכך כונסין אותו לכיפה דאמרינן שהענין אמת ואם כן מה לי טעות בע"ד מה לי טעות עדים ואין לחלק בין בדיקות דעוקצי תאנה לשאר בדיקות וגם דהרמב"ם והרע"ב כתבו בבדיקות בסתם: אמנם הדבר ברור כמ"ש בתשוב' בשיטת הטור בזה דס"ל דמנה לבן שוה טפי ממנה שחור ודמי למנה ומאתים ומצאתי שכ"כ אא"ז מהרש"א להדיא בסנהדרין שם וז"ל ומיהו נהרדעי דאמרי' דס"ל כרשב"א ע"כ דמדמי להו מנה לבן ושחור למנה ומאתים דחד מינא נינהו ואחד שוה יותר משני והו"ל האחד בכלל חבירו השוה יותר מה שא"כ חמרא ומשחא דתרי מיני נינהו והו"ל הכחשה גמורה עכ"ל וכוונתו למ"ש בתשוב' בזה דחמרא ומשח' גופה לא שייך יש בכלל כו' ע"ש וכיון דמנה לבן למנה ומאתים דמי א"כ גם בזה יש חילוק בין הכחשת העדים זה לזה בין הכחשת התובע וצריך שיתבע שניהם דוקא משא"כ בבדיקות שאין להם עסק בגוף הממון דלא דייקו וכגון ההוא דזה אומר אכלה חטים כו' וכיוצא בזה לא איכפת לן בהכחש' דבדיקות כלל אפילו בהכחשת התובע או בהכחש' שני עדים כיון שאנו אומרים שלא נתן לבו לדקדק בהם ומ"מ גוף העדות הוא אמת: ומעתה הדבר ברור בנידון דהר"ן ומכ"ש בנ"ד כ"ע מודים דהא הבדיקות אינה בגוף של העדות כלל ולא מבעיא לדעת הראב"ד והנ"י וסה"ת בשם רבינו אפרים דאפילו במנה ומאתים נמי א"צ לתבוע שניהם ואמרי' דטעו א"כ פשיטא דבכה"ג אין חוששין להכחש' אלא אפילו לדעת הר"ן בשם הרמב"ן דמנה ומאתים אין מצטרפין אם יש הכחשת בע"ד היינו משום דכיון דיש קפידא בעדות בדבר שבממון ודאי דדייקי טובא ואין לתלות שהעד טעה במה שאמר מאתים שבאמת לא ליה רק מנה כמו שאומר הבע"ד וכן לדעת הטור במנה שחור ולבן כיון שיש קפידא בדבר שזה שוה יותר מזה א"כ כשזה מוכחש מפי הבע"ד הרי הבע"ד פוסל העדות שהוא לזכותו משא"כ אם אין קפידא בדבר כלל אם שרה יהיה שמה או חיה היא שמה ואין זה ענין לגוף העדות כלל וזה דומה לדמי משחא וחמרה שזה אומר שמגיע לו ק' זהובים בעד יין שמכר לו וז"א שאמת שמגיע לו ק' זהובים בעד שמן שמכר לו דאמרי' דהא הוי בבדיקות דכשרים בד"מ ומצטרפין ומ"ש הטור בזה ג"כ שצריך לתבוע שניהם היינו מטעם דמיירי שלפי העד שאומר שמן מגיע לו יותר ויש קפיד' בדבר ודבר פשוט בעיני שאם טוענו דמי עבד שמכר לו והביא שני עדים אלא שזה אומר בשמו כך וזה אומר שמו כך שאף על פי שהתובע אומר כדברי הא' מ"מ כיון שקריאת השם לא מעכב אמרי' דלאו אדעת' למידק בזה וה"נ דכוותי' שאמרי' כיון שבגופה של עדות עלתה לו כהוגן שמו ושם אביו ושם עירו שוב כל היתר כנטול דמי ובין חיה לשרה נתחלף לו ולא אדעת': .

ומ"ש מכ"ת דלפי מ"ש הטעם דחקירות דייקי כיון דהזמה תלויי בהם א"כ לפי מה שהעליתי דבבדיקות אף היכא דדייקי מקבלין עדותן במה שהושוו א"כ אף בחקירות מ"ט בטלה כל העדות כשהוכחו והעלה דא"ש לפי טעם הש"ך והנה לענ"ד לק"מ דודאי א"ש דבבדיקות שיש הכחשה ביניהם בראש הממון כגון מנה ומאתים אף על גב דבמנה שניה ודאי דייקי מ"מ במנה האח' שהשוו בה מצטרפין מטעם דבסך שהושוו אין הכחשה ביניהם דאמרי' יש בכלל מאתים מנה משא"כ בחקירות שעל אותה המנה עצמה דלא הושוו בה כלל ואין ה"נ אם הושוו במנה א' שמקבלין עדותן במה שהשוו כגון אם ע"א אומר שבניסן לוח מנה ובתשרי לוח מנה והשני אומר בתשרי לוח מאתי' או מנה ובניסן לא לוח כלל דאפ"ה מקבלין עדותן במה שהושוו דהיינו במנה שמעידין שלוח בתשרי ובענין אחר לא מצאתי שיהי' שייך לומר בו יש בכלל מאתים מנה בחקירות כלל ובאמת אין הפרש בין בדיקות לחקירות רק במידי דמכחשי ביה דבבדיקות מצטרפי כיון דלא דייקי אמרי' דטעו בהא משא"כ בחקירות דייקי בי' איך אפשר לצרף עדותן.

שהרי מכחישי' הם זה את זה על אותה המנה עצמה דחד מינייהו משקר בודאי בגוף העדות של אותה המנה וזה ברור: ומ"ש על דברי הפ"י בק"א בכתובות לענ"ד דברי הפ"י נכונים בזה דבהכחש' אצ"ל ביטול העדות מטעם עדות שא"א יכול להזימ' דכמו דאיכא למ"ד במנה שחור דבטל דס"ל דדייקי אינשי בהכי וכן בחביתא דחמרא ומשחא כיון דעבידי דדייקי אינהו מכחשי אהדדי אין מצטרפין וה"נ בענין חקירות כיון דדייקי לפי שהזמ' תלוי' בהם ואינהו מכחשי אהדדי בגוף אותה המנה עצמה לפיכך אין מצטרפין וכ"כ טעם זה בחידושי הר"ן ומה שנסייע מכ"ת מדברי הלח"מ ומ"ל בפ"א מהל' עדות שכתבו דחקירות דאיזה יום ואיזה שעה גרע מחקירות דגוף המעש' דלא שייכי חקירות דזמן בגוף העדות לענ"ד לאו מלתא הוא דהתם קאי לענין אם אמר איני יודע בחקירות דבזה י"ל דחקירות דגוף המעשה עדיף כיון שאומר איני יודע במה הרגו כו' אין זה נכון שהרי א"י גוף המעשה על בוריו ומסתמא לא כיון לבו יפה ואפשר שהיה שם דברים בגו שיש בהם כדי להציל הנדון משא"כ בחקירות דזמן אף על גב דאם אמר על איזה זמן והוכחש עליו הוחזק כפרן דמידק דייק בי' שלא יבא לידי הזמה מ"מ אם אומר איני יודע מה"ת יופסל עדותו אי משום שלא כיון לבו אין לפסול דאין זה בגוף המעשה שראה ואפשר שלא נתן לב לידע היום שעומד בו ואין זה דומה לחקירות שבגוף המעשה ואי משום דהו"ל לדייק מ"מ בשביל זה לא נפסל דהא אינו אומר שקר רק שאומר אינו יודע ולמה לו לדייק לידע בבירור היום שעומד בו כיון שגם אם יאמר איני יודע לא יוכל לבא לידי הזמה ולכך הוצרך לשנוי דמה"ט גופיה פסול משום דהו"ל עדות שאי"ל משא"כ במעיד על איזה יום אמרינן שבודאי נתן לב ואם הוכח' עליו ע"כ דמשקר ופסול לטעם עדות שאאי"ל כלל.

ומ"ש מכ"ת לתרץ קושית הט"ז דהתם הטעם משום מיגו להוציא בקרקע כמ"ש גבי שטרא זיפא אומר אני שמכ"ת כתב על פי דברי האחרונים שמשמע כן מפשיטות דבריהם אבל אומר אני נתי מר וניכוין דעתן בסוגיא דהתם ויתלבנו הדברים שאין הנדון דומה ומלתא אגב אורח' אבאר ג"כ מה שהשיג באו"ת בכללי מיגו על הכנה"ג שכתב בשם הריב"ם דכה"ג הוי מיגו להוציא דקרקע בחזקת בעליה עומדת דז"א דריב"ם לא כ"כ אלא לפרש דברי רב יוסף אבל לדינא הא מסקינן הלכתא כוותי' דרבה בארעא כו'

ע"ש ולפי דבריו בחנם הביא הרא"ש דברי הריב"ם וכתב שיש ליישב פירושו בלשון הש"ס כיון דלאו הלכתא הוא: אך לענ"ד דברי הכנה"ג נכונים דהנה לכאורה צריך ביאור מ"ש הרא"ש לישב פי' הריב"ם דהא דקאמר אמאי סמכת כו' ה"ק אמאי קאי סמכת להיות יותר מוחזק בזה הקרקע להאמינך במיגו להעמיד הקרקע בידך אהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ונמצא שאינך מוחזק וקרקע בחזקת בעלים עומדת ואתה בא להוציא מידו על ידי מיגו ולא אמרינן מיגו להוציא עכ"ל ולכאורה לפי זה מה יעשה בהא דקאמר אחר כך בהלואה ג"כ לשון זה אמאי סמכת כו' דבפשיטות הו"ל לאקשויי דהא מיגו להוציא הוא גם הא ממאי דס"ל לרבה גבי הלואה דאמרינן מיגו ע"כ מוכח דס"ל מיגו להוציא א"כ איך קאמר ליה לרב יוסף אמאי סמכת להיות מוחזק כו' דהא באמת רבה סובר דאף אם אינו מוחזק מהני לי' מיגו (אמנם לשון הרא"ש משמע דרב יוסף א"ל הכי לבעל השטר ולא לרבה ולפי זה א"ש ומ"מ דוחק קצת) ודוחק לומר דאכתי לא ידע מזה דרבה סובר דאמרינן מיגו להוציא: אמנם נראה דודאי רבה לא פליג אהך דינא דמיגו להוציא לא אמרי' רק דרבה ס"ל כיון שכבר אמר זה שטרא מעליא הוא ועי"ז היה יוצא זכאי בדינו אילולי שחזר והודה דשטר זייפא הוא וכיון שיש כאן מיגו להחזיק זכות הראשון שהיה לו ע"י טענה שטרא מעליא הוא אין זה קרוי להוציא רק להחזיק וע"ז פריך ליה רב יוסף בתרווייהו אמאי קא סמכת כו' ר"ל שהזכות שזכה בראשונה ע"י השטר לא נעשה מוחזק על ידו כיון שהשטר חספא הוא ולזה אמר הלכתא כרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום ופי' הרא"ש דכיון דקאמר שטרא מעליא זכה בקרקע שבידו ואף ע"ג דאמר אח"כ שטרא זייפא אמרינן מיגו להחזיק הקרקע שבידו והלכתא כוותיה דר"י בזווי כו' ואע"ג דזכה בתביעתו כי אמר שטרא מעליא הוא מ"מ אכתי מחוסר גוביינא הוי כו' עכ"ל מבואר מזה דלענין קרקע כיון שע"י הטענה דשטרא מעליא זכה בקרקע תו מהני לי' האי מיגו דלא מפקינן מיניה וכן נלענ"ד בפ"י דברי התוס' ד"ה והלכתא שהקשו על פי' רשב"ם מהא דאמרינן אוקי ארעא בחזקת בר שטיא ולכן כתבו ונראה לר"י דה"ט דהלכתא כו' משום דאמרינן מיגו לאוקמי ממונא ואית לן לאוקמי ארעא בחזקת מרא דקיימא השתא כו' עכ"ל ולכאורה קשיא דאכתי למה לא נילף מהא דאוקי בחזקת בר שטיא דבכה"ג הוי אפוקי ממונא מחזקת מרא קמא ולא נימא ביה מיגו ולפמ"ש א"ש דודאי לענין שנאמר דמחמת ספק מעמידין בחזקה קמייתא יש להעמיד בחזקת מרא קמא רק דר"י מפרש דלענין מיגו בזה אמרינן דאין מיגו זו באה להוציא רק להחזיק בזכות שזכה מקודם ע"י טענתו הא שטרא ואע"פ שטענת שקר היתה מועלת היא לענין זה שטענת אמת שאחרי' מחזקת הזכות הראשון שהיה להחזיק משא"כ במלוה שהזכות הראשון היה ג"כ להוציא דהא מחוסר גוביינא אז שפיר המגו שבאה להחזיק זה הו"ל מיגו להוציא וכמ"ש הרא"ש ז"ל: איברא שבדברי התוס' יש לפרש דר"ל כיון דאיכא מיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא ואי הוה אמר הכי היתה הקרקע נשארת בידו עי"ז כה"ג לא קרינן ליה מיגו להוציא שאם היה טוען טענת המגו היה מחזיק ולא מוצא משא"כ בהלואה שאף אם היה טוען טענת המגו אכתי מחוסר גוביינא אך הרא"ש נראה דלא ס"ל הכי דמה בכך שאם היה טוען טענת המגו היה מחזיק מ"מ השתא מיהת שאומר אין שטרא זייפא כו' הוא בא להוציא במגו ולכך מפרש דהטעם שכבר זכה ע"י טענא דשטרא מעליא הוא ולכך מועיל המגו שאח"כ ולפ"ז נראה דדוקא

בכה"ג אמרינן הלכתא כרבה בארעא משא"כ היכא שעדיין לא חידש בה דבר שיזכה על ידה רק בא להחזיק בקרקע שת"י ע"י מיגו והיא לו טענה ראשונה בקרקע זו שפיר אמרינן דלא אמרינן מיגו להוציא דקרקע בחזקת בעלים עומדת וזה עדיין לא זכה בו ומה מועילו שהקרקע ת"י וכן משמע ממ"ש הרא"ש לפי ריב"ם אמאי קא סמכת להיות מוחזק בזה הקרקע כו' משמע דטעמא דרבה משום הכי הוא לפי שנעשה מוחזק ע"י השטר ועפי"ז פי' הרא"ש בסוף דבריו כן: ומעתה יפה כתב הכנה"ג בשם הריב"ם ואדרבה נהפוך הוא מ"ש בשם התוס' ד"ה והלכתא בשם ר"י וכן הרא"ש פליגי עליה דריב"ם בהא ולענ"ד אינו מוכרח בשיטת התוספות כמש"ל ומכ"ש בדברי הרא"ש שביאר להדיא דמיירי כגון זו שזכה בתביעתו ע"י מה שאומר תחלה שטרא מעליא הוא הא לא"ה גם הוא סובר דאמרינן קרקע בחזקת בעליה עומדת ואין יכול לזכות בה במגו ומצאתי בשו"ת מהרי"ט חלק ח"מ סי' ע"ה שכתב סברא כזו ליישב דברי הרשב"ם דלא תקשי עליה מהא דבר שטיא ע"ש ותמהני שלא הזכיר בזה מדברי הרא"ש אלו ולקצר אני צריך: ויצא לנו מזה דהטור דבכל דוכתא אזיל בשיטת הרא"ש אביו א"א לפרש דבריו בסי' ק"מ מטעם מגו שהיה אומר אינו יודע אם חטים או שעורים דלא היה מכחיש העדים והיה נאמן דז"א דבכה"ג שפיר הוה מיגו להוציא דקרקע בחזקת בעליה עומדת ול"ד להא דשטרא זייפא שהועמד בידו מתחלה ע"י טענה זו ועוד דהא לא אמרינן מיגו כה"ג דמיגו דא"י לאו מיגו הוא דאין אדם טוען ברצון א"י ומכ"ש בכה"ג שיאמר שהוא היה אוכל פירות השדה ולא ידע מאומה הלחם אשר הוא אוכל נראה פשוט דלא אמרינן מיגו דמצי למטען טענה כזו כלל: שוב עיינתי בס' קצה"ח סי' פ"ב וראיתי שם דברים תמוהים מ"ש להקשות על הש"ך שכתב דשטר איכא חזקה שטרא בידי מאי בעי להכחיש העדים וע"ז הקשה מחידושי הר"ן פ' ז"ב שהבאתי לעיל דלפי הש"ך מאי מייתי להיכא דליכא שטרא ע"ש ודבריו תמוהים דהר"ן שפיר מייתי ראיה דלא תימא דגם במנה ומאתים אע"ג דבע"ד אומר מנה אמרי' דהעדים טעו ולא נפסלו בזה וע"ז מייתי מההיא דנשבע וגובה מחצה ואי ס"ד דתלינן בטעות העדים א"כ התם נמי נימא דהעדים טעו ובאמת שלא פרע רק מחצה כמו שאומר הבע"ד והוא בכלל דבריהם דבכלל מאתים מנה ובזה אין הבע"ד וחזקה דשטרך בידי מאי בעי סותר כלל להעדים דהא באמת פרע רק מחצה ועכ"פ יהיה פטור משבועה אלא ע"כ דבכה"ג לא תלינן כלל בטעות העדים וזה נלענ"ד בדעת בעה"ת שהביא הש"ך שם ס"ק ל"ט בתירוץ הא' דכאן שמודה המחצה מן השטר מן הדין לא היה לו להחזיר שטרו כו' והש"ך השיג עליו מכמה סוגיות דמוכח מינייהו דאף שאומר שפרע מקצת אמרינן דלא מהימן מחמת הך חזקה ע"ש ולענ"ד דודאי ברור הוא דטענת פרעתי מקצתו לאו כלום הוא דהו"ל למכתב תברא ואף אם יטען שפרע לפני עדים והלכו להם לא מהימן דהרוצה לשקר כו' וגם שלא היה לו להניח העדים שיעברו מכנגד פניו עד שיתנו לו בכתב שובר על השט"ח אבל מה יעשה זה שאומר שפרע המחצה לפני עדים ומביא העדים לפנינו פשיטא שאין כאן סתירה כלל דהו"ל למכתב תברא שהרי הוא מביא אותם לפנינו שיעידו לו אלא שטעו בדבר ומעידין שפרעו כולו והלכך בכה"ג עכ"פ טענת ריעא הוא ולכך משתבע הלוה כנלענ"ד ברור: ועכ"פ מאי דקשיא ליה לקצה"ח על הר"ן לק"מ דהר"ן שפיר דייק דבשלמא אם נימא דבמנה ומאתים א"א לתלות בטעות העדים דבסך המעות ודאי דייקי א"ש הא דנשבע

הלוה משום שהעדים נפסלו מפיו ולא תלינן בשכחת הבע"ד כדי לקיים דברי העדים משום דאם נקיים דבריהם שפרע כולו יהיה מתנגד לסברא דשטרא בידך מאי בעי דאע"פ שפרע לו לפני עדים לאיזה ענין הניח השטר בידו וצריך לשמור עדים או שובר ולכן לא מתרצינן דבורי דהבע"ד לומר ששכח משא"כ אם נימא דתלינן בטעותא א"כ עכ"פ צריכין אנו לתפוס דברי הפחות שבהם דהיינו הלוה שאומר שפרע מחצה ואמרינן שכן הוא האמת והעדים טעו שאמר שפרע כולו וממילא דאין כאן התנגדות כלל לחזקה דשטרא בידי מאי בעי או דה"ל למכתב תברא שהרי הן הן עידיו שיכתבו לו שובר על השטר אלא ע"כ דאין תולין בטעות העדים כלל רק כיון דמצד הסברא העדים קושטא מסהדי ואפשר שהבע"ד שכח ס"ל להש"ך לחלק בין אם המלוה בשטר שהוא מתנגד להעדים ושכחת הבע"ד לא מתרצינן להו הכי משא"כ בע"פ שפיר תולין בשכחת הבע"ד דהא איכא תרי סהדי דמסהדי הכי: ואמנם לכאורה מלשון הר"ן נראה שרוצה להביא ראיה מהסוגיא דלא תלינן בטעות הבע"ד ומוכיח מזה דחזקה שהוא תובע כל מה שיש לו והוא כמודה שאין עליו יותר ולפי"ז לכאורה שפיר קא מותיב הקצה"ח דדלמא התם לא תלינן בהך טעותא משום דמתנגד לחזקה דשטרא כו' משא"כ בע"פ שפי' תלינן בטעות הבע"ד כמו דס"ל להש"ך התם אבל אחר העיון ז"א כלל דהר"ן מדייק שפיר דאם איתא דאין הבע"ד פוסל העד שאמר מאתים ואמרינן שטעה א"כ במקום עדים הו"ל דברי הבע"ד כמאן דליתא דהא לא מספקינן כלל במלתא שמא נפסל העד א"כ פשיטא דגבי פרעתו מחצה אפי' שבועה א"צ דדברי הבע"ד כמאן דליתנייהו דמי והעדים נאמנים אף נגד חזקה דשטרא כו' וא"ל דלא תלינן בטעות הבע"ד בזה כדי שלא יהיה התנגדות לסברא דשטרך בידי כו' ז"א כיון שאין דברי הבע"ד עושים רושם להטיל ספק בעדות העדים לא איכפת לן בהתנגדות הך דשטרא כו' לגבי עדים כלל וע"כ דודאי מה שמכחיש העדים הוא מטיל ספק בעדות העדים וכל שאין לנו הכרח לומר שטעה לא אמרינן שטעה והלכך אע"ג דמחמת דמסתבר לומר דתרי לא חשידי לשקר בפרט במה שהבע"ד אומר בפחות והיה הדעת נותנת שהבע"ד טעה מ"מ כיון דאיכא נמי סברא דשטרא כו' ומספקינן לה אי טעה או לא הלכך נשבע הלוה משא"כ בע"פ מחמת דאיכא תרי סהדי אנו מוכרחים לומר שטעה והלכך אפי' שבועה א"צ משא"כ בא' אומר מנה ואחד אומר מאתים והמלוה אומר כדברי הא' כיון דליכא אלא חד סהדא שאומר מאתים ואין הכרח לומר שהאמת כדבריו מה"ת נתפס יותר דברי העד מדברי הבע"ד ואנו אומרים שהבע"ד שאומר מנה הרי הוא כאלו הודה שאין מגיע לו יותר ואינו יכול להסתייע מדברי העד זה שאמר מאתים שהרי אדרבה יש כאן עד לפנינו שמעיד כדברי הבע"ד ואיך נשוי לבע"ד טועה נגד העד שאמר מאתים בלא שום הכרח ורגלים לדבר כלל והלכך מ"ש בקצה"ח שם דראיית הר"ן מהתם דהוי ספק הכחשה וא"כ ממילא אין התובע יכול להוציא כשמוכחש עם העדים ומזה הוציא דין בא' שאמר שפרע מנה ואחד אומר מאתים כו': ולענ"ד ליתא כמבואר למעיין בדברי הר"ן דבכה"ג ודאי העדות בטלה ודוקא במקום שני עדים חשבינן ליה בספק הכחשה ולא במקום א"א דאז ודאי הבע"ד שהודאתו כמאה עדים מבטל עדותו של זה לגמרי ולכן גם מה שתירץ על קושי' הט"ז ליתא דבע"א ודאי הכחשה מיקרי רק הדבר ברור בשיטת הטור כמ"ש בתשובתי דכיון דאמרינן דבין חטים לשעורים עבידי דטעו ממילא דאין כאן הכחשה כלל לא לגבי

המחזיק ולא לגבי העדים משא"כ במנה שחור ולבן דלא טעו וכמ"ש שם באורך מדברי התו' והג"א שם: ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה לפי מ"ש הטור דתבעו שניהם בעינן דמשמע הא תבעו א' שחור או לבן פטור הלוא דהא המלוה מכחיש לחד מינייהו וקשה דהא עכ"פ שבועה צריך נגד העד שהתובע אומר כדבריו והרי א"א ליתן לו שבועה כיון דאיכא לפנינו תרי סהדי דמסהדי אמנה ואמרינן דהעדות אמת רק דמכחשי בבדיקות ומ"מ בשביל זה אין פוסלין העדות וכמ"ש בסנהדרין דף פ"א וא"כ א"א ליתן לזה שבועה ומחוייב שבועה ואיל"מ ולפי מ"ש א"ש כיון דעדות שחור ולבן שני עדיות מחולקים הם וכיון שזה לא תבע רק מנה שחור ממילא דמחל לו על הלבן וא"צ רק לישבע נגד העד שאומר מנה שחור הוא וע"ז שפיר הוא יכול לישבע אלא דמ"מ קשה על מ"ש הרא"ש והטור בשם הרמ"ה לענין הלואה אחר הלואה דאי תבע רק חד מנה משתבע ומפטר ולכאורה קשה כיון דאנן לדידן מוציאין מתוך דברי שני העדים שעכ"פ חייב מנה והאיך מוסרין לו שבועה שאינו חייב לו כלום ואע"פ שזה אינו תובע רק מנה מ"מ עכ"פ מנה הוא אומר שחייב לו ולא מחל לו ואם ישבע זה שאין חייב כלום הוא נגד משמעות דברי העדים וכן קשה גבי הכחשה דמנה ומאתים שכתב הר"ן דאם התובע אומר מנה אין מצטרפין וקשה דהא עכ"פ מתחייב שבועה נגד העד שאמר מנה והאיך יכול לישבע נגדו כיון דאנן קי"ל דיש בכלל מאתים מנה וכן בנזיר שהיו מעידין אותו שנדר שתיים כו' קי"ל דיש בכלל שלש שתיים ומצטרפין סהדותיהו לחייב את זה בנזירות וא"כ בהכחשה דמנה ומאתים מה בכך שהוכחש מפי התובע מ"מ לנו הם כשרים ואיך נניח את זה לישבע נגד העדים ואפשר לומר דכיון דהתובע אומר מנה הוא מצטרף עם העד האומר מנה ופוסלין העד שאומר מאתים נעשה פסול לעדות ושפיר יכולין להשביע זה נגד העד שאומר מנה אך דעדיין צ"ע היכא שהתובע הוא אשה או אחד משאר פסולי עדות מאי איכא למימר.

ומצאתי בקצה"ח סי' ע"א שדיבר מזה ואין פנאי לעיין כי אני כותב מה שעולה במרוצת עיוני ואי"ה לעת הפנאי אעיינ בזה: ונשוב לעיקר הדין שאף לדעת הטור דבעינן שיהיה תובע שניהם היינו במקום שיש קפידא בענין הממון הן חסר הן יתיר משא"כ בבדיקות שאין קפידא כלל ואמרינן בהו דעבידי דטעו אף אם התובע מכחיש עם העדים בבדיקות כאלו לית לן בה וכן אם העד מוכחש מפי עצמו או מפי אחרים בבדיקות כאלו דאמרינן מלתא דלא רמי עליה למידק ביה מימר אמר ולא אדעתיה וכבר הארכתי בתשו' הראשון' דמסתברא דטעה בהא דל"ש לגופה של עדות משא"כ בגופה של עדות מידק דייק ורמי אנפשיה ומדכר: והנה הגיע לידי ש"ת פני משה וראיתי שם בח"א סי' פ"ד מ"ש שם בתוגרמית שהיתה מסל"ת על אחד שנהרג אלא שהיתה מוכחשת מפי עצמה במקום שמצאתהו הרוג שפ"א אמרה על שפת הדירי ופעם אמרה אצל המעאדין ואי תימא אע"ג דאיכא הכחשה בדברים לענין מציאת גוויתו היכן מצאתהו מ"מ בענין המיתה ליכא הכחשה והוי כאחד אומר מת כו' להא אמינא דאפשר לחלק כשהכחשה בין ב' עדים למפי עצמו דבב' עדים כיון דבחד סגי א"כ כשמכחישינן באופן המיתה אמרינן דחד משקר וחד אומר אמת כו' אבל כשאין שם אלא ע"א ואותו עד מכחיש את עצמו כפעם בפעם אף שבכל הפעמים אין מכחיש א"ע בענין המיתה מ"מ כיון דחזינן ביה שהוא שקר ראוי לתלות כי כל דבריו מילי דכדיבי ושוא ודבר כזב ידבר וכיון שכן

ראוי לחוש אעיקרא דדינא במה שמצאו מת שאפשר שקר ענה והשקרן צריך שיהיה זכרן ושקרן הלז שר השכחה מצוי בו וכיון שכן יש להסתפק דלמא זה חי עדיין ספק זה ראוי להסתפק בנ"ד אמנם על כל אלה אומר אני שיש ליישב דבריה כו' עכ"ל ואחרי רואי את הספק שנסתפק בזה אומר אני דגם הפ"מ אזיל ומודה בנ"ד שאין מקום לספק זה כלל דהרבה חילוקים יש בין נידון דידיה לדידן חדא דאיהו מיירי שהוכחש מפ"ע במקום מציאות ההרוג וזהו ענין הכחשה בחקירות שנסתפק בה הב"ח ג"כ דהרי המקום הוא א' מן הז' חקירות משא"כ בנ"ד שאינו בחקירות ואין גוף העדות תלוי כלל שנית דהתם במסל"ת מיירי דקרינן בהו אשר פיהם דיבר שוא כו' רק מחמת שהוא מסל"ת לא חשדינן ליה דמשקר וכיון דהא קמן דמשקר לא מהימן אכולי מלתא משא"כ בעד כשר דאע"ג דבדבר שאינו בגוף העדות יכול להיות שאומר אע"פ שא"י על בוריו מ"מ בגוף העדות אי לאו דקושטא קאמר ויודע בבירור לא הוה מעייל נפשיה לאסהודי מספיקא ואע"ג דמדברי הפ"מ משמע דלא מחלק בהכי שהרי מחלק בין הא דע"א אומר מת כו' מ"מ הא קמן דאף במסל"ת דגרע מע"א לא החליט הפ"מ לאיסור רק כתב שיש להסתפק בזה וא"כ פשיטא דבע"א אין להחמיר בספק זה כ"כ ומבואר מדבריו שם ששני גדולי הדור שהתחילו בשריותא דהאי אתתא לא עלה בלבם לעשות מזה ספק כלל רק הוא ז"ל נתעורר בספק זה ואפשר שגם הוא לא היה מחמיר עבורו רק לרווחא דמלתא כתב שיש לישבו ע"ש: שלישית נלענ"ד דחילוק גדול יש בין ההיא דהתם שפעם אמרה במקום זה ופעם אמרה במקום זה והיא מתהפכת במילי' אז שפיר אמרי' כיון דשכיח גבה שקרות חיישי' דלמא הכל שקר משא"כ בזה דודאי אין אדם מוציא דבר לבטלה לבא אל הסופר לרשום בפנקס דברים של תוהו ובודאי אמת הדבר שמת שם איש כזה ואף על פי שלא דקדק בשם האשה אין לתלות בשקר רק בטעות ולא הוציא שקר מפיו ועולה לא נמצא בו בשפתיו ועוד דודאי סברא גדולה היא לחלק בין אם העד אומר שראה ענין כך וכך ומתברר לנו שהוא שקר אין לתלות בטעות ששכח מה שראו עיניו דדבר רחוק הוא דמסתמא הדבר שראה בעיניו עושה רושם בזכרונו וחקוק על לבו ולכן אמרינן דמשקר וכמ"ש הפ"מ במליצתו שהשקרן צריך שיהיה זכרן כו' משא"כ היכא שאינו אומר דבר שראה בעצמו רק מה ששמעו אזניו שהרבה סיבות יש שלפעמים אין השומע מכוון לבו ומטעי קא טעי או שבמשך הזמן מה שוכח מה שאמר לו ועל ידי זה משתנה הענין קצת והחוש יעיד על זה שאין דומה שמיעה לראיה וכמה מקראות מורים על זה וכבר הבאתי בתשובה סי' הא דאמרינן גבי עדים זוממין נתרי בהו אימת אחר כ"ד אמרי אשתלי אשתליין ועל פי סברא זו יש ליישב כמה ענינים שכתבו האחרונים בסי' ק"ח וסי' צ"ב וקצרתי בזה: וראיתי בשו"ת מאיר נתיבים סי' פ"ח בנידון הג"ע שכווננו שם האיש והאשה ואביהם ואמם רק שכתבו שיש להם שני בנים שם הא' אורי ושם השני ברוך וזה האיש והאשה לא היו להם בנים מעולם ומסיק לאיסור והביא שם שו"ת פ"מ הנ"ל וגם כתב לחלק בין ההיא דפלגי' דיבורי' משום דשאני התם דאף מדינ' הוא דלא מהימן לגבי נפשי' דאין אדם מע"ר אבל לעולם יוכל להיות שאף על פי כן הדבר כולו אמת שפלוני רבעו לרצונו אלא דאנן לא מהימנינן לי' לשוי' נפשי' רשיעא כפי' רש"י שהתורה פסלה עדות קרובים ואדם קרוב א"ע אבל לעולם יוכל להיות שכל דבר אמת כו' והוא כדברי מכ"ת בזה אך כבר כתבתי בתשו' דז"א דכשאנו באים להאמין העדות א"א לנו

להאמין שהוא העושה דאם לא כן איך נוציא זה להריגה על פי דבריו של זה שהוא רשע ובע"כ שאנו אומרים שמחצית הדיבור אמת ומחצית שקר וזהו ענין פלגינן דבורי' וכ"נ מהפ"מ סי' ס"ט והביאו שם בשו"ת הנ"ל וכבר ביארתי לדינא בזה אך בשו"ת מא"נ הנ"ל המציא חשש חדש דשמא כל דבריו אמת ואינה בעלה של זו שהרי אין לה בנים אלא אתרמויי אתרמי שמא כשמא הן בשם העיר הן בשם האשה ואביהם ואמם אע"ג דחשש רחוק הוא מ"מ בזה שאמר שיש להם בנים מוכח הכי והביא ראיה משו"ת גאונים בתראי בענין שאמר שהוא מן הראדנא ואמו מוויסקא שעלה על דעתו מחמת שבעלה לא היה דר בהראדנא כ"א בכפר הסמוך חששו שמא הי' ממקום אחר ששמו כך וחישינן לתרי הראדני וויסקא אלא שמצאו היתר דעבידי לקרות לפרוודהא ע"ש מתא משא"כ בזה שהוסיפו לומר בשמו שהגיד לפניהם שיש לו ב' בנים ופירש שמותם מה שלהד"מ עכ"ל.

ונלענ"ד דע"כ לא חשש לדבר אלא משום דהך מלתא א"א בשום אופן למיתלי בטעותא וכמבואר שם שמשמעות העדים שבעמד שלהם הגיד החולה לפניהם שמו ושם אביו ואמו ושם אביה ואמה ושם עירו ושם שני בניו וע"כ לומר מדהא ליתא הא נמי ליתא או שנאמר בנים הרי הן כסימנים דאחרוני ניהו אע"פ שהוא רחוק מאוד משא"כ בנ"ד דהוא דבר שאפשר שיפול על לשונו שם שרה על שם חיה וכמו שאמר האמתלא לזה וכבר הבאתי שם בשם הר"ן שאם נראה שהוא זה אף על פי שיש סי' א' המכחיש אם הוא עשוי' להשתנות תולין בו וה"נ מסתברא דאין לתלות במציאות רחוק שיש עוד ראחמנוב בעולם הסמוך לשומסק ושאר ענינים בפרט שהי' מצויין במלבושו כמלבוש מדינת פולין והדבר ידוע שבכל המלכות אין שם עיר ששמה ראחמנוב וסמוכה לשומסק רק זו ונצטרך לומר שבא ממקום רחוק מאד שאין ידוע לנו ובמדינה זו שינה מלבושו הדבר פשוט שאין חוששין לזה וגם זהו"ל לפרש דבריו שהמקום רחוק מאוד גם מדברי העד שאמר שהוצרך לתת לו ידו לקיים הבטחתו שיודיע לאשתו מוכרח שעל מקום קרוב הידוע הי' מדבר ופשיטא דטפי תולין בטעות מלמתי בענינים רחוקים כאלו והיינו נמי טעמא דשו"ת גאונים בתראי שהמציאו היתר שקרא עצמו ע"ש ראש הקהלה והממציא היתר ההיא הי' אא"ז הגאון המפורסם מ' מאניש חיות ז"ל אב"ד דק"ק ווילנא והסכימו לדבריו כמה גדולים אף על פי שקצת רחוק לומר כן כאשר באמת קצת חלקו עליו בזה וכמבואר ג"כ בשו"ת ב"ח החדשות מ"מ המתירין ס"ל דעל כל פנים האי מקרי בי' טפי מלומר שכוונתו להראדני אחר ובתשו' סי' הארכתי בדבריהם וא"כ כ"ש בנ"ד שאין להמציא חומרות ולעייל פילא בקופא דמחטא ותולין במצוי להקל: עוד מלתא בפומי האיר הי' עיני והמציא לי תשובה א' בשו"ת ת"מ הנ"ל סי' ע"א דאיתא שם עובדא קרובה לנ"ד שהיה מבואר בג"ע שמו ושם אביו ושם עירו ושם אביו רק שהעד אמר שמתחלה הי' הוא והם תושבי ק"ק ליפוץ ובשעת הבריחה הי' בק"ק זאלקאווי האיש והאשה הנ"ל והיה דרים עמו חוץ לעיר בעלי' אחת והגיע העדות מק"ק דובנא לק"ק קאשטאנדינא ששם היתה האשה עומדת ונבהלה האשה מראות ואמרה כי מעולם לא עברה בק"ק זאלקאווא והוא מוכחש מפי האשה עצמה ולכן צידד שם מתחילה לחוש שמא הי' שם שני אנשים ששםם ושם אביהם כך וגם שם נשותיהם ושם אביהן שוה ואף על גב דדוחק לומר דאתרמי כל כי האי ובפרט שהאשה אומרת שידעה שבעלה הלך

לזאלקאווי ולכולי האי ל"ח דאתרמי וכדאשכחן בפרק כל הגט כו' אמנם על כל אלה מחמת הריעותא דהכחשת האשה לכאורה לצדד לתרי שמואל ב"ר משה או כלך לדרך אחרת דמוכח הדבר דהעד הלז סהדא שיקרא הוא שהבע"ד בעצמו מכחישו אף על פי שאינו בגוף כמיתה אלא בפרט אחר שהעיד שהאשה שרה הלזו ברחה עם בעלה לעיר זאלקאווא וכיון שכן אפשר דדמי לע"א אומר מת כו' הא ליתא דהתם לכל הפחות איכא חד סהדא כו' אבל בנ"ד דליכא כ"א העד אברהם האשה מכחישתו אף על פי שאינו רק בפרט הליכת לזאלקאווא מ"מ הא מיהו לפי דבריה למד העד לשונו לדבר שקר ובהדי סהדי שיקרא ל"ל דכי היכא דמשקר בהליכתה לזאלקאווא ה"נ משקר בכל העדות כו': אמנם עגמה נפשי לעלובה אשה עגונה הלזו מצורף לזה מה שכתב הרמב"ם והרא"ש בתשובה כ צריך אדם לחפש אחרי צדדי היתר וכל המחמיר הרבה כו' ע"כ צדדתי ואבחר למצוא לה מרפה כו' הצד הראשון שצדדנו לחוש לתרי שמואל בר' משה מכח הכחשת האשה לעד אמינא אף דהכחשת האשה לעד הי' מביא לחשש זה מ"מ רואה אני דכל הנביאים המה הרבנים מהרק"א בדף קכ"א ומהרשד"ם התירו מטעם צירוף הוכחות דמי אתרמי הכי והכי גם מר"ן זקני כו' גם מהרש"ך כו' כולם מרועה א' מימרא דר' ירמיה בגיטין ומהרי"ק שורש קפ"ד הרחיב וכו' וכ"ש בנ"ד דמיירי במיתה דקיל מנדון דר"י דמיירי בגט דאפשר לשלוח גט אחר וכמ"ש מהרי"ק כו' וכיון שכן אף שיש ריעותא מחמת הכחשת האשה אכתי ל"ח דאתרמי כך וראי' ממ"ש הרמב"ם בפ"ג מה"ג המביא גט כו' ומדברי הרמב"ם אילו הוכיח מהרי"ק דכל היכא דאיכא הוכחות אע"ג דאיכא דבר לגריעותא (לענ"ד אין גריעותא דהתם ראי' לגריעותא דנ"ד וצ"ע) ה"נ בנ"ד אף על גב דאיכא גריעותא דהכחשת האשה אכתי אין לחוש דלמא אתנייהו תרי כו' ומצד החומרא דמחמת הכחשת בע"ד נימא סהדא שיקרא הוא אמינא דגם בזה לא בחר ד' להכחיש מי שהוא מוחזק בכשרות מפני זה דמה דאתכחש לא הוה בגופא של עדות דלענין העדות הלז מה איכפת לן אם האשה הלכה עם בעלה לזאלקאווא או לא הלכה שם עיקר העדות הוא ששמואל מת: אמנם הליכת אשתו לזאלקאווא לא מעלה ולא מוריד וכיון דלא איכפת לענין העדות כלל הו"ל מלתא דלא רמיא כו' וכעין זה כתב הרא"ש בתשובה כלל נ"ט דכיון דלא איתכחש בגוף העדות דלא רמי עליה דסהד' כו': אמנם טעם הב' דהרא"ש ל"ש הכא כו' אם כן נחזי אנן אם הרא"ש חוזר בו מטעמא קמא כו' ואשכחן למהריב"ל ח"ג סי' ח' על עסק קידושין כו' הא קמן דמהריב"ל מצדד אצדויי כו' אמנם על האמת אף למה שמצדד מהריב"ל דוקא בנידון דהרא"ש דאפשר לומר דבכה"ג רמיא עליה מהא דאמר' נקיי הדעת כו' אבל זולת זה הוה פשיטא ליה דלאו הכחשה הוא משום מלתא דלא רמיא בי' וא"כ בנ"ד דהכחשה במלתא דלא הוי מעיקר העדות הדרינן למ"ש הרא"ש דהוי מלתא דלא רמיא דכיון דעבר זמן בינתיים משעה שראה העד לשמואל הלז בזאלקאווא לזמן העדתו בב"ד על מיתתו אפשר ששכח וחסב במה שראה האשה שרה עם בעלה בליפאוויץ שפט ג"כ בדעתו שראה אותה עמו בזאלקאווא ומה גם שיש לשפוט עוד שפיטה אחרת דלמא העד בהיותו עם שמואל הלז בשכונ' א' דלמא ראה שם אשה אחרת ואפשר שנכבדות מדובר בו בעד אברהם ואל אשת רעהו לא נשא עיניו וע"כ לא הביט היטב וסבר שהיא האשה הנזכרת וכדאמר' האי צורבא מרבנן דאזיל כו' ואף שיאמר האומר שאין זה משפט ישר ולא שפיטה

אמיתית מ"מ מסתייען ההיא דהרא"ש דהוי מלתא כו' כי יתד שלא תמוט הוא כו' נקטינן מכל המקובץ דלענ"ד יש להקל בזה דליכא למיחש לא לתרי שמואל כמ"ש וגם דלמא סהדא שקרא הוא דלענ"ד בחזקת כשרות הוא ומה שהאשה מכחישתו שלא עברה בזאלקאווא מעולם לאו הכחשה מיקרי אע"ג שהאמת אתה דכגון דא לא דייק העד כיון דלא מעיקר העדות וידעתי כי כך דעת עליון התייר הגדול הרב אלוף התורה מו' יוסף הכהן וגם דעתי הקלושה ככה נוטה בפרט כי העיון רב הוא כו' ושרי' להתנסב' לעלמא פי המדבר איש צעיר משה בנבשתי עכ"ל: וכראותי זאת אמרתי שישו בני מעי אם ספיקות כו' כי בראותי דברי הפ"מ סי' פ"ד הייתי כמסתפקי קצת בדבריו והי' נ"ל שאם לא הי' מוצא פתח אחר ליישב דבר התוגרמית שלא תהי' מוכחשת גם כן הי' מצדד למצוא היתר שלא לאסרה עבור הכחשת שאינו בעיקר העדות אלא שלא הי' צריך לזה ועתה אנכי הרואה כי כדברי כן הוא וגם אפי' תימא שבנידן דהתם לא הי' מתיר אלולי שנמצא מקום ליישב דברי' מ"מ כבר כתבתי כמה חלוקים בדבר שיש בהם כדי לחלק בין ההיא דסי' פ"ד להיא דסי' ע"א והיא דסי' ע"א כתב אחר ההי' דסי' פ"ד שהתשוב' שבסי' פ"ד נכתבה שנת תך"ד והיא דסי' ע"א נכתבה תך"ז ועל האחרונה סמכינן טפי כמ"ש הפוסקים אפילו היכא דאיכא סתירה ומכ"ש שבאמת אין כאן סתירה וכמ"ש ונ"ד עדיף טפי אף מההיא דסימן ע"א דהתם איתכחש במה שאמר שראה בעיניו וגם האמתלאות הם רחוקים מאוד ולא מסתבר כלל לתלות בטעות אשה אחרת כמ"ש בעצמו ואפ"ה סמיך עליה דהרא"ש להתיר משום דלא רמי כו' וק"ו הדברים בנ"ד דאיכא צירוף הוכחות טובא וגם האמתלאות אינה רחוקה דשפיר אזלינן להקל ומכ"ש שיש עוד עדים המעידים על שמו ושם עירו ולעשות חיפוש כאשר ביארתי בתשובה נלענ"ד ההיתר ברור והדין דין אמת ויצאו דברים באמת דברי אוהבו זעירא מן חברייה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד כו' שאלה ע"ד האשה העגונה אשת מוה"ר יוזפא בהה"ר לייזר טשארקוויר פה מבראד שהרחיק נדוד למדינות רחוקות ונאבד זכרו ובחמלת ה' על האשה שלא יכלו ימי' באפס תקוה הודיע לפה ק"ק מתושבי עירנו אשר תקע אהלו בעיר לונדן זה כמה שנים כי האיש ההוא בא עד קצו למדינות אמוריקא בכרכי הים וחיים לן שבק ואזיל לעלמא דקשוט והוגבה עדות ע"ז בק"ק לונדן אשר מר ברי' דרבנא חתום עלי ה"ה הרב הה"ג האב"ד דק"ק לונדין בן הגאון המפורסם מוהר"ץ ז"ל האב"ד דק"ק ברלין ואית ליה ט"ט בגוי' כי המכתב הוא כ"י הרב הנ"ל כי קרוב הוא ממש לכתב יד אביו הגאון ז"ל אשר הגיע עדי פעמים רבות.

וקרוב הדבר שגם המה היו מכתבי בנו הרב הנ"ל וגם היא לוטה בתוך אגרת של ה"ה מוהר"ר משה תושב עירנו הנ"ל שכת"י ניכר פה: והנה הדברים באו ברוב ענין בגב"ע הנ"ל שנתברר להם שזה המת היה מוהר"ר יוסף בר' לייזר טשארקובר מבראד אלא שנפל קצת פקפוק לפי שלא נזכר רק שם יוסף שהוא שם הקודש שלו ולא קראו לו בחניכתו שהוא שם יוזפא וכן נראה בעליל מדברי הרב הנ"ל ששמו בלונדן לא היה רק יוסף רק שמ"ו מאיר הנ"ל מעיד שע"י אגרת שהריצו מפה לשם על אודות האיש הנ"ל וכן האיש השיב מענה ע"י ר"מ הנ"ל היה שמו וזכרו יוסף יוזפא ולפ"ז הדבר פשוט דאתתא שריא דאפי' אם היה שם יוזפא שם בפ"ע ויוסף שם בפ"ע וזה החזיק עצמו שם בשם יוסף מ"מ כיון שזה ר' מאיר מבראד בעדותו שידוע שזה המת היה שמו כאן בבראד

יוזפא מה איכפת לן בזה ששינה שמו במדינה שהלך לשם כיון שכאן היה שמו יוזפא ונתברר לנו שזה שמת היה שמו בכאן יוזפא שוב אין פקפוק בדבר ומכ"ש בזה דיוסף ויוזפא חד שמא אינון ועיקר השם יוסף רק ששם יוזפא הוא נוסף מחול על הקודש ואין כאן שינוי כלל: איברא חזינא כי כבוד מחו' ידיד עליון הרב הגאון הגדול מופת הדור המופ' מוה"ר מאיר נ"י האב"ד פ"ק פקפק קצת בדבר ונראה שלא רצה לסמוך ע"ז לפי שמשמעות הענין שר' מאיר הנ"ל הגיד דברים אלו מחמת אומדנות המוכיחות לו בלבד שהרי ר"מ לא היה שם בכרכי הים במקום שמת בו האיש ההוא רק מפי השמועה ששמע מהעדים ורחוק לומר שהעדים אמרו לו שזה האיש הידוע אצלו הלך עמהם עד בואו לשם ומת רק שמתוך דבריהם יודע באומדנות מוכיחות שעל זה האיש שקרא אותו אביו באגרותיו יוזפא הם מעידים וכמשמעות לשון המעשה ב"ד שבק"ק לונדן דאיתא שם ולר"מ נתברר היטב כאז כן עתה ע"י כל האותות והמופתים שהגידו הנ"ל שזה האיש ר' יוסף שמת בשארעלטאן הוא היה האיש אשר כינה אותו אביו באגרותיו מידי דברו בו ר' יוסף יוזפא ור"מ הנ"ל הראה מכתבו לר' יוסף בעת הצורך וע"י ר"מ השיב מענה ר"י הנ"ל לבראד כ"פ עכ"ל ומלשון ע"י כל האותות והמופתים נראה קצת שלא היה ידיעה ממש רק שם אותותיו אותות שזהו האיש וכיון שאין כאן ידיעה ברורה חש לה הרב הג' אב"ד נ"י למלתא אולם חתר היבשה בצידי צדדין להתיר ודבריו אהובים וברורים וא"צ חיזוק: ולרווחא דמלתא אמינא אוסיף מיא כו' דהנה מה שהביא הג' אב"ד נ"י מדברי הר"ן בתשובה בענין ספק שנולד מחמת קריאת שמו חיים יש לדחות מלבד מה שדחה הרב בעצמו דשם היה ההיתר אף בלא הזכרת השם כו' אף בלא"ה אין הנדון דומה דהתם כתב הר"ן טעמא לפי שהועד שאמר בשעת יציאתו שירחיק נדוד וישנה שמו כדי שתהיה אשתו עגונה ולכן שפיר אמרינן דהשם הוי כסי' העשוי להשתנות וכן כתבתי בתשובה סי' דמשמע מדברי הר"ן שלולי זאת לא היה קורא לו שם סי' העשוי להשתנות אלא היו מחזיקין לסי' מובהק ביותר שהרי אנו מתירין רוב העגונות ע"פ עדות שמו וש"א אע"פ שלא הוחזק רק מפי עצמו אלמא דסימן מובהק הוא ואינו עשוי להשתנות רק בכה"ג שאמר קודם מעשה שבדעתו לעשות כן אז מיקרי ספק שאע"פ שחזקה על אדם מישראל שאינו משנה שמו מ"מ עכ"פ לא יבצר ממנו אשר יזם לעשות ואפשר שעבר עליו רוח קנאה חמת גבר לעגן את אשתו ויעש כאשר דבר משא"כ בגוונא דנ"ד דשתיק ולא אמר מידי אין לנו לתלות השינוי: אולם העליתי בתשו' שם דודאי יש מקום לומר שמשנה שמו לאיזה סיבה וכדאמרינן בגיטין בני אדם' העולים משם לכאן יוסף וקורין אותו יוחנן וכתב הרא"ש שכן דרך הגולים מחמת ממון או מרדין משנים שמם שלא ירדפו אחריהם ומ"מ אי אתיא אתתא לקמן שמת בעלה ברחוק מקום ולא נודע כ"א על פי עצמו שרינן לה כדמוכח מהא דיוחנן בן יונתן כו' וכמ"ש הרא"ש ומהרי"ק בתשובה ול"ח שמא שינה שמו במקום ההוא או שם עירו לאיזה סיבה שהיה צריך לכך משום דמ"מ אין זה רק מיעוט לבד דהא רובא דעלמא אע"ג דניידו ומטולטלין בדרך וקובעים עצמם במקום אחר אינם משנים שמם ושם עירם שיצאו משם כלל ולכן אם נודע מפיו שכך שמו אין תולין בשינוי כלל וא"כ בנ"ד אם נאמר כי שם יוזפא לא מן השם הוא זה והוא שם בפ"ע א"כ זה שהיה שמו שם יוסף אין תולין בשינוי כל שלא גילה דעתו מקודם וגיזם לעשות כן ואינו זה שנקרא יוזפא שהוא שם אחר: אך באמת

ז"א דהא דלא תלינן בשינוי משום דרובא דאינשי לא חציפי למעבד הכי וכדאמרין בב"ב כל שהוחזק שמו ל' יום בעיר אין חוששין לו משום דודאי אין מחליף שמו וכ"כ ה"ה בשם בעה"ע הביאו ב"י בח"מ סי' מ"ט דאפ"י שם הלוח והמוכר א"צ להכיר דלא חציף אינש לשנות שמו ואף קודם ל' יום דאמרין התם דצריך שיהיה מכירין כו' מ"מ נראה מדאורייתא ל"ח כלל שיהיה חצוף לשנות שמו דהא אמרין בשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין והארכתי שם בזה ולפ"ז נראה פשוט שלא נאמרו הדברים אלא בשינוי השם גמור כגון מיוסף ליוחנן וכיוצא בו דל"ש דמשני שמייהו שמתירא פן יתבדה ויאחז משא"כ יוסף ויוזפא כיון דבאמת חד שמא הוא נינהו אב ותולדה דידיה ומה"ט א"צ לכתוב המכונה משום שאין כאן שמות מחולקים ובכה"ג שפיר מיקרי ואמר שזה שמו יוסף כיון שאפילו יתוודע ששם החול במדינה אחרת הוא יוזפא בפשיטות מצי לאשתמוטו ולמימר דנקט מלתא בדעתיה להיות נקרא בשם העיקר שלו ולהשתמש בו אף בתורת חול ואין כאן חציפות כלל כיון דגם יוסף הוא שמו ואדרבה הוא שמו המובהק ביותר משא"כ אם אנו צריכין לחוש שעקר ממנו שם הראשון לגמרי וקורא לו שם חדש להא ל"ח למעבד מלתא מחצפא כגון דא: ועוד יש מקום לומר דע"כ לא אמרין דלא חציף לשנות שמו אלא כגון התם שאנו באים לחוש שיעשה עי"ז מעשה רמאות ללות או למכור שדה שאינו שלו או ליתן גט לא"א אחר בזה אמרי' דלא חציף משא"כ היכא שאינו עושה מעשה עי"ז אפשר דשפיר מתרמי לפעמים שמחזיק לעצמו שם אחר מחמת איזה סיבה כגון מחמת ממון או מרדין וכיוצא בו אלא דמן הסתם אין חוששין שמא היה צריך לשנות שמו ושינה אותו ולכן כשזה גילה דעתו מקודם שרוצה לעשות כך ודאי דהוי סימן העשוי להשתנות וכמ"ש הר"ן וכן בנ"ד כיון דמה שאומר שהוא בן ר"ל טשארקוויר והניח אשה ושני בניה בבראד הוא מורה באצבע כי הוא בעל האשה שפיר אנו תולין שהחזיק עצמו בשם יוסף מטעם כמוס עמו אך דמדברי ה"ה פ"א מהלכות א"ב על מ"ש הרמב"ם איש ואשה שבאו ממדה"י כו' אם הוחזקו בעיר ל' יום הורגין עליו ורשם ה"ה מוצא הדין ממימרא דרב בב"ב כל שהוחזק שמו ל' יום כו' וע"כ שסובר דאף בלא עשיית מעשה ברמאות אין חוששין לו שיחליף שמו משך שלשים יום וכמ"ש ג"כ הרשב"ם והנ"י שם ולכן למד משם לאומר זה אשתי ובתשו' סי' כתבתי דאין ראייה כ"כ מדרב דלא חציף לשנות שמו פן יתבדה ויאחז ע"י המכירים אותו משא"כ בזה אשתי דלא עביד לגלויא ועיקר דברי הרמב"ם הם מירושלמי דקידושין רק שלא תאמר דכיון דבש"ס דידן לא נזכר בקידושין ל' יום אין לסמוך בזה על הירושלמי לזה הביא סמך מש"ס דידן שכל דבר שאדם מתחזק בו ל' יום אין חוששין שמא איזה סיבה שצריך לה או רמאות אלא חזקה שכשמו כן הוא וס"ל דה"ה לענין זה אשתי ומה דסתם הש"ס בקידושין היינו משום דסתמא דמלתא כך הוא דבל' יום הוי חזקה: ועכ"פ מבואר דלעולם ל"ח לשינוי השם אף בלא עשיית המעשה כלל אך בנ"ד שלא הסב שמו לשם אחר שהרי גם שם זה הוא קבוע לו ואדרבה הוא נקרא שם המובהק שלו שעולה לתורה וחותר בו וזה השם כותבין אותו עיקר בגט ואע"ג דגם בחניכא שהכל קורין כתב הרא"ש בגיטין דכשר לכתחלה מ"מ מבואר מדבריו דשם שעולה לתורה וחותר קורא אותו שם המובהק וכבר עמדו קצת מפרשים על דברי תה"ד בזה ואין כאן מקומו דעכ"פ בנ"ד שקרא עצמו בשם שעולה לתורה וחותר בו פשיט דל"ש לומר דחזקה שאינו משנה שמו פן יוודע

הדבר דזה דוקא בשם אחר לגמרי כי בוז יבוזו לו משא"כ אם קורא עצמו בשם המיוחד שלו שהיה משתמש בו קודש ועתה משתמש בו חול אין בזה כדי בזיון דאפשר דטפי ניחא ליה בקריאת שם המובהק ממה שיקרא בשם החניכה וכדאמרינן במגילה ולא קראתי לחבירי בחניכתי ואע"ג דהתם בחניכה שהוא לגנאי מ"מ הא אמרינן התם ולא כינתי שם לחבירי ופירוש התוס' אפי' כינוי שאינו של גנאי וא"כ י"ל אע"פ שזה היה מסודר ובא לו הכינוי בעת פרישתו מ"מ כיון שהוא במדינה אחרת שעדיין לא ידעו משמו וכינויו ניחא ליה טפי ויכיר יכירנו לאחרים בשם זה: וגם קרוב הדבר כי בתחלת ביאתו ניכר שם ע"י עלייתו לתורה שבשעת עליה לתורה מה שמו והגיד להם שם יוסף והחזיקו בו אנשים בשם זה מחמת ששמעו שעלה בזה לתורה והוא לא הקפיד על הדבר להודיעם כי שם החול שלו הוא יוזפא ולכן מאז הוחל לקרא בשם יוסף ועוד י"ל לפי שיש חילוק במבטא בין אנשי מדינתנו לאנשי אשכנז וענגלאנד שלפי הבריתנו בשם יוזפא מדגישים הזיין יותר מן הסמך שבשם יוסף אבל באותן מדינות בלשון טייטש קורין ליוסף יאזף ואע"כ במכתב הם כותבין יוסף וא"כ אין שינוי כלל בין שם הנכתב בג"ע לשם הנקרא בו וע"פ הברת הספרדים שמדגישין הפ' כמעט אין הפרש כלל בין יוסף ליוזפא וכבר כתבתי בתשובה סי' בענין מ"ש הב"ש שא"צ לכתוב נתן המכונה נטע שקרוב הדבר שזה נאמר לפי הברת הספרדים שמדגישין התי"ו בתיבת נתן שפיר הוה נטע קיצור השם וה"נ לענין הברת יוסף ויוזיפ' שלפי הברת עם ועם כלשונו אין כאן שינוי כלל ואף אם היה שינוי מועט אין בזה כדי להחמיץ הדין ולומר שלא כמו שהוא נכתב בג"ע הוא נקרא דפשיטא דכל כה"ג לא דייקנין בשמא ולא קפיד אמלתא: אך אח"כ הובא לידי אגרת אחת מר"מ הנ"ל ונראה מתוכו שהיה נקרא בלונדן יוסל שהוא כינוי ליוסף והברתו חלוקה מיוזיפ לגמרי ומ"מ קרוב לשמוע מ"ש שלפי שקראוהו לתורה בשם יוסף אז הוחל לקרוא בשם יוסיל שרובא דאינשי ששמם יוסף קרי להו יוסיל ואיהו לא קפיד בהכי ועוד דמ"נ אם נאמר שזה האיש שמת בטשערליסטאן הוא היה האיש שהיה בלונדין שר' מאיר מעיד עליו א"כ הרי ר"מ מעיד בפ' שידוע לו שהיה שמו בבראד יוסף יוזפא ע"פ אגרת מאביו מבראד לשם ואשר המציא מענה משם לבראד וכמ"ש בתחלת דברי בזה ואם נחוש לומר שאינו זה א"כ אין לנו לדון על הענין שהיה בלונדן כלל רק אנו צריכין לדון על הענין שהיה באמעריקע בעיר הנ"ל וכפי העדות הנ"ל קרא עצמו קודם מותו בשם ר' יוסף בר' לייזר טשערקבור מבראד וכיון שלא נמצא בבראד אחר כ"א זה האיש שהיה נקרא בכאן יוזיפ שפיר תולין לומר שאע"פ שההברה היה יוזיפ מ"מ נכתב בעדות יוסף שלפי הברת לשונם דא ודא אחת היא או שזה לא הזכיר לו רק שם הקודש שלו מחמת שהיה בהול על מיתתו וכמ"ש סברא זו ג"כ הגאון אב"ד מהא דאמרינן בש"ס שאמר כתבו יכתבו ויתנו ועדיף מההיא דהר"ן שהיה שינוי השם לגמרי ותולין ששינה במתכוין לפי שאמר תחלה שישנה וכאן אע"פ שלא אמר שישנה מ"מ אין זה חשוב שינוי כלל וכמ"ש: וגדולה מזו מצאתי בשו"ת פנים מאירות ח"ב סי' קי"ד דאיתא שם עובדא כה"ג שא' אמר קודם מותו שהוא ממקום פלוני ויש לו שם אשה ובן זכר והגיד שמו ר' יחזקאל בן ר' יהודה ובעל של האשה העגונה היה נקרא במקומו בשם החול העס ושמו הקודש חזקיה והנה מ"ש שם מסוגיא דגיטין והוא דאיתחזק בתרי שמות כו' והאריך בזה ומזה הוציא דינו דבגיטין וכה"ג מגרשין

אשתו ואע"פ שאין ידוע ששינה שמו הדברים תמוהים והדבר ברור שלא היה סומך למעשה להקל בזה אף בעגונה אם לא מטעמים שכתב אח"כ דנוכל לומר דאין כאן שינוי השם דשם קודש הוא חזקיה בר' יהודה והוא אמר שנקרא חזקאל בר יהודה ומאן יימר דחזקאל הוא קיצור השם ליחזקאל דלמא הוא כינוי לחזקיה כמו יעקב יעקל כו' מ"מ בנ"ד שעכ"פ לא יצא מליכטן פעלד מי שהיה שמו יחזקאל אלא חזקיה א"כ תולין שם זה בשם חזקיה ואין זה שינוי השם כלל כו' ע"ש הרי מבואר שלא הקפיד רק על מה שהיא קצת שינוי בשם הקודש אבל במה שלא הזכיר שם החול שלו העם לא הקפיד כלל דכיון שהזכיר שם הקודש שהוא שם המובהק שלו די בכך ואף שיש קצת לחלק דדוקא גבי שם העס י"ל שהעלימו לפי שלא היה לכבודו כ"כ וכמ"ש בשו"ת כנסת יחזקאל סי' ס"ד בא' שהיה שמו יחזקאל ושם החול העס ואח"כ הקפיד על שם העס והיה לו לגנאי ונשתקע השם כו' משא"כ בשם יוזפא דלא חזינן מי שמקפיד ע"ז ויחשוב שם כינוי זה לגנאי אך אין נראה לחלק בזה ואפשר שבמדינות הרחוקים ג"כ לא שכיח שם יוזיפ ולכן הכחידו תחת לשונו ונקט שם המובהק ואדרבה הכא עדיף שהוא קרוב מאד במבטא ומה"ט א"צ למכתב המכונה משא"כ בהא דחזקי' שצ"ל במכונה העס ואפ"ה צידד הפמ"א להתיר בזה ואף שהיה קצת פקפוק גם בשם הקודש ומכ"ש בזה ולסברא הא' שכתב הפמ"א שם כיון שלא יצא מליכטן פעלד אדם מאשתו כו' אמרינן שהוחזק עצמו בשם אחר מטעם שכתב הרא"ש שכן דרך הגולים כו' ניכר שהיה בעל פליטה כו' א"כ נראה דגם בנ"ד כיון שזה הרחיק נדוד אע"פ שמשום זה אין לתלות שיעלים שמו לגמרי ויקרא לעצמו בשם אחר כמ"ש במ"א מ"מ בכה"ג שהוא מתנכר ע"י שנקרא בשם הקודש שלו שלא יהיה לבוז אך אם יתוודע שזה שמו הקודש ובפרט שהוא קרוב במבטא לשם החול שפיר תולין בזה ואמרינן שהעלים שם החול במתכוין ואנו דנין אותו כאלו היה עד דעלמא שמעיד שמת איש א' בן ר' לייזר טשארקיבר מבראד ושמו יוסף שיש לנו לומר שתולין שזה העלים שמו החול מאיזה סיבה ולא אמרינן עדות מוכחשת היא מינה ובה ומה חזית שיהיה נאמן במה שאומר שהאיש שמת היה בן ר' ליזר טשארקיבר מבראד נאמין לו במה שאמר שהיה שמו יוסף דז"א דכיון דעד"ז אנו יכולין לכוון העדות שהאמת אתו במה שאמר שהוא בן ר' ליזר ומה שאמר שהיה שמו יוסף על שם הקודש שלו שקרוב שישתנה לפעמים ולא יבדיל בין קודש לחול משא"כ אם נאמר להיפך א"כ ע"כ במה שאמר שהוא בן ר' לייזר טשארקיבר מבראד שקורי משקר בזה וקי"ל דכל מה שאנו יכולין לתרץ שיהא העדות קיים אנו תולין בטעות דעביד למיטעי וכיוצא בו ועיין בשו"ת ב"ח סי' צ"ד שכתב וגם היכא שמוכחשין מדברי עצמם בחקירות מסתברא שאין לחלק בין הכחישו זא"ז להוכחשו מדברי עצמם דכל עצמו של דבר מפני שהקילו חכמים בעדות אשה כו' דחשבינן הכחשה זו לדברים בטילים וכאלו לא אמרו דבר אבל גוף העדות קיים עכ"פ ולמעשה צ"ע ע"כ הרי מבואר דאף בהכחשה בחקירות מדברי עצמם מסתבר ליה להתיר אלא דבנ"ד אם היינו אומרים דהוי הכחשה מיקרי הכחשה בגוף הדבר ואין לדמות למ"ש הר"ן בתשובה סי' מ"ז שכתב ועכשיו אני דן אם יש לפסול אותו מפני שהעיד שהיה שמו אברהם והוכחש בזה כו' ומסתברא דלהא ליכא למיחש כו' ע"ש והבאתיו בתשובה הקודמת לזה דהתם עכ"פ מעיד שמת אחי הבעל ואע"פ ששיקר במה שאמר שהיה שמו אברהם לא איכפת לן כיון שנתברר שעכ"פ אין

כאן אח אחר משא"כ כאן שאין אנו מכירין מי הוא המת אם בעל אשה זו או לא כ"א מחמת השמות וא"כ מה חזית לומר ששיקר בשם הבעל אימא ששיקר בשם אביו ואינו בן ר' ליזר או שאינו מבראד וא"כ יש לומר דאחרינא הוא: אבל כבר כתבתי שאין לתלות בשקר כלל רק בטעות או שינוי במתכוין מחמת איזה סיבה וא"כ טפי יש לתלות השינוי בשמו לפי שאפשר שאין זה שינוי כלל כיון שקרא לעצמו בשם המיוחד לו לקודש משא"כ בשם אביו ושם עירו שנצטרך לומר ששינה בהם שינוי גמור לזה ול"ח כמו דל"ח בכל דוכתא שמתירין על פי שידעו מפי עצמו שמו ושם אביו וש"ע ול"ח שמא שינה באיזה מהם לאיזה סיבה אלא ע"כ דל"ח לזה כלל וה"נ אין לתלות השינוי רק במלתא דמסתבר וקרוב שאינו שינוי כלל: ועיין בשו"ת תשב"ץ ח"א סימן ס"ו שכתב וז"ל ומ"ש שדברי העד הראשון הם מוכחשים מעצמם שהרי הוא העיד שהדלתות היו נעולות כו' אפ"ה אין עדותו נפסל מפני זה דהא קי"ל פ"ד כו' ה"נ פ"ד ונאמן במ"ש שהיין הוא אסור אע"פ שדבריו מוכחשים במה שאמר שהדלתות נעולות כו' דשם בצד אחר נאסר היין או מפני שהניח האוצר פתוח וכיוצא בזה ומחמת כסופ' שלא יאמר אתה הפסדת ייני נתן טענה זו כו' ע"ש: וראיתי בשו"ת מאיר נתיבים בענין גב"ע שכווננו שם האיש והאשה ושאר דברים רק שאמרו שהיה לו שני בנים והאיש והאשה לא היה להם בנים לעולם ומסיק לאיסור והביא ראיה מתשובת גאונים בתראי ומשו"ת פני משה ח"א סימן פ"ד הבאתי דבריו בתשובה הקודמת ע"ש ומשם תדרשנו לכאן דגם בנ"ד שייך כל הדברים הנאמרים שם ואין ללמוד איסור משם לנ"ד וגם דבנ"ד שפיר יש לתלות בשכחה שנשכח מן מוה"ר משה שמעיד ששמע קודם מיתה שם יוזפא או שנשכח מלכתוב בג"ע כמו שאמר דייק א' שכמדומה לו כן משא"כ התם בנידון דהפ"מ וטעמא רבא איכא לחלק בין אם העד אומר שראה ענין כך וכך ומתברר לנו שהוא משקר אין לתלות בטעות ששכח מה שראו עיניו דבר רחוק הוא דמסתמא הדבר שראה בעיניו עושה רושם בזכרונו וחקוק על לבו ולכן אמרינן דמשקר וכמ"ש הפ"מ במליצתו שהשקרן צריך שיהיה זכרון כו' משא"כ היכא שאינו אומר דבר שראה בעצמו רק מה ששמעו אזניו שהרבה סיבות יש שלפעמים אין מכוין לבו ומטעי קא טעי או שבמשך זמן מה יצאו מלבו ושכח מה אמר לו ועי"ז משתנה הענין קצת והחוש יעיד ע"ז שאינו דומה שמיעה לראיה וע"ש בתשובה הנ"ל שהארכתי גם הבאתי שם שמצאתי בשו"ת פני משה הנ"ל סימן ע"א בענין עגונה שהיה מבואר בגב"ע שמו וש"א וש"ע מק"ק ליפוויץ ושם אשתו ואביה רק שהעד אמר שבעת הבריחה היו האיש והאשה בק"ק זאלקוויא והיו דרים עמו חוץ לעיר בעליה אחת ובהגיע העדות לק"ק קושטאנדינא שהיתה האשה עומדת שם נבהלה האשה ואמרה שמעולם לא עברה דרך ק"ק זאלקוויא ולכן צידד מתחלה לאיסור (ע"ש שהבאתי לשונו באריכות) וסוף דבריו דכיון דלא אתכחש בגוף העדות הדרינן למ"ש הרא"ש בתשובה סימן נ"ט דהוי מלתא דלא רמיא עליה כיון דעבר זמן בנתיים משעה שראה העד לשמואל הלז בזאלקוויא לזמן העדאתו בב"ד על מיתתו אפשר ששכח וחסב במה שראה האשה שרה עם בעלה בליפוויץ שפט ג"כ בדעתו שראה אותה עמו בזאלקוויא ומה גם שיש לשפוט עוד שפיטה אחרת דדלמא העד בהיותו עם שמואל הלז בשכונה א' ראה שם אשה אחרת ואפשר נכבדות מדובר בו בעד זה ואל אשת רעהו לא נשא עיניו וע"כ לא הביט הטיב וסבור שהוא האשה הנזכרת כו' ואף שיאמר האומר

שאין זה משפט ישר ולא שפיטא אמיתית כו' נקטינן מהמקובץ דאין לחוש לא לתרי שמואל כמ"ש וגם דלמא סהדא שיקרא הוא דלענ"ד בחזקת כשרות הוא ומה שהאשה מכחשתו אע"ג דודאי האמת אתה לאו הכחשה מיקרי דכגון דא לא דייק העד דלאו מעיקר העדות הוא וידעתי כי כך דעת עליון התייר הגדול כו' בפרט כי העגון רב היא ושריא להתנסבא לעלמא עכ"ל הנך רואה כמה כרכורים כרכר להתיר האשה עד שהוא עצמו גמגם בדבר ואע"פ כן לא השיב ידו מלהתירה ואע"ג דהתם הוצרך לתלות בענינים רחוקים ואע"ג דטעמא קא יהיב דלאו מעיקר העדות הוא ובנ"ד עיקר העדות תלוי בזה שאני התם דהכחשה גמורה היא משא"כ בזה שאין כאן הכחשה כלל ואם אנו דנין על ענין העדות אין כאן הכחשה כלל שהרי באמת היה שמו יוסף רק שהיה צריך להזכיר לוד שם החניכה שלו וכיון דאיכא למיתלי כי זה דבר השמטה מחמת טעות או שכחה תלינן ופשיטא שאין לנו לפסול העד או לתלות בענין רחוק דאתרמי שמא כשמא כמ"ש הפ"מ שם דכל הנביאים המה הרבנים מהריק"א ומהרשד"ם התירו מטעם צירוף הוכחות דמי אתרמי הכי והכי גם מר"ן זקני כו' גם מהרש"ך כו' וכולם מרועה אחד מימרא דר"י בגיטין ומהרי"ק שורש קפ"ה הרחיב כו' וכ"ש בנ"ד דמיירי במיתה דקיל מנידון דר"י דמיירי בגט דאפשר לשלוח גט אחר וכמ"ש מהרי"ק כו' ע"ש ובנ"ד פשיטא דאיכא אמתלאות טובא שהאיש אשר היה בעיר לונדן שודאי היה שמו יוסף יוזפא כנראה מהאגרת שבאו לר"מ אודותיו והוא השיב עליהם הוא האיש אשר הלך לאמעריקא ונפטר שם ואין לחוש שמא איש אחר הלך לאמעריקא והעלה שמו כן שאע"פ שמתחלה שינה שמו כדי ליחס עצמו לקרוב עם ר"מ הדר שם כמאמר חז"ל אבב חניתא נפישי אחי מ"מ כיון שקודם מותו הודה ולא בוש כי שמו ר' יוסף בר' לייזר טשארקיבור מבראד ודאי קושטא קאמר לפי שחזקה שאין משקר בשעת מיתה וכיוצא בזה כתב הר"ן בגיטין גבי הא דגיטו כמתנתו וז"ל נ"ל דה"ק מאן לימא לן דתנו לה רצה לומר דלמא רצה לשחק בה א"ו דה"ט דקים לן שכל אלו מתיראין על מיתתן ואין אדם משטה ומשחק בשעה שהוא מתירא ממיתתו וכיון דטעמא משום הכי הוא אף מתנתו ככל הני דלא צריך למקני' מיניה כו' ע"ש ובודאי שיש לנו לסמוך על אילן גדול הר"ן ז"ל דכיון שזו הודה בשעת מיתה שהוא בן ר"ל טשארקיבור מבראד בודאי אינו משחק ומשטה כלל רק קושטא קאמר ואע"פ שהזכיר את שמו יוסף כדבריו כן הוא שמו הקודש ולמאי ניחוש לה שהרי אין פה אחר כלל: וגם אין לחוש לעיר בראד אחרת בעולם כיון שמבואר שם באגרת של ר' מאיר שמתחלה כינה לעצמו שם אחר הרגיל במשפחת של הדובנר דאקטרין מפה ק"ק בראד כדי להיות שאר בשר עם ר' משה הדר שם שהוא בן אחותו של הדאקטרין וא"כ אין כאן לחוש לבראד אחר כלל שהרי ידוע שר' משה הנ"ל הוא בן אחותו של הדאקטרין הדרה פה ק"ק יצ"ו ואם כן כשחזר והודה שאינו זה רק בן ר"ל טשארקיבור מבראד אם איתא דעל בראד אחרינא קאמר ודאי דהיה מפרש דבריו וגם דבר פשוט דכולי האי לא אמרינן דאתרמי ומכ"ש לפי המבואר במעשה ב"ד מלונדן שר"מ אומר שנתברר לו בראיות ומופתים כי זה האיש שהלך מלונדן הוא האיש שמת בטשערליסטאן אצל ר' משה הנ"ל אין לנו לחוש שמא לא דקדק הטיב ובאומד הדעת קאמר כמבואר בפוסקים ועוד ה"ט מכל הלין טעמי הנני מסכים הולך על דברת ידיד ד' הרב הגאון אב"ד פ"ק שאשה זו אשת ר' יוסף יוזפא בר' ליזר טשארקבור מפ"ק מותרת

להנשא לעלמא בתנאי שיסכים עוד רב גדול מפורסם מחכמי סג"ל עדותינו יצ"ו דברי זעירא מן חבריא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: כזו שאלה איש אחד מק"ק אוסטרעהא מוכר ספרים פנה לסובב עם ספריו ומטלטליו כדרכם לחזור בעיירות הסמוכים ונתעלם מן העין והועד עליו בק"ק הארין גראד העיר הקרובה לק"ק הנ"ל בערך פרסאות.

שנטבע סמוך לשם בנהר הארין כאשר באו הדברים ברוב ענין בג"ע שהוגבה בב"ד דק"ק הנ"ל. וה"ה כבוד מחותני החכם המופלג החריף ובקי מוהר"ר חיים כ"ץ נ"י מק"ק אוסטרעהא פתח בהצלה תחלה וקא מהפך בהיתרא דהך אתתא והדר שדרה לקמאי וביקש ממני לחוות דעתי בזה.

תשובה ראיתי דברי מחותני החכם הנ"ל והם טובים ונכוחים שיש כמה צדדים להתיר אשר הם כדאי לסמוך עליהם בפרט במקום עיגון ושעת הדחק והנה לפי מעט הפנאי לא נפניתי להאריך לעמוד על כל שיטה ושיטה רק אבאר בקצרה דבר הצריך לענינינו ומתחלה נדון בדבר סי' אורך ורוחב של הכיס של פשתן שאמרה האשה לכאורה יפה דן החכם הנ"ל דמדברי התוס' ב"מ והרא"ש שם מבואר דאינו סימן מובהק וכ"מ בש"ע אה"ע סי' קצ"ג והשיג על המ"ב סי' ס"ג שכתב דסימן אורך ורוחב הוא סימן מובהק והביא ראיה מהש"ס דב"מ ובאמת ז"א לפי מ"ש ברא"ש שם והאריך בזה: והנה מדברי הר"ף והרמב"ם נראה דהוי סימן מובהק וכמ"ש גם כן החכם הנ"ל ולענ"ד הוא מבואר בתלמוד ערוך בב"מ דף קכ"ח היה יודע לו בעדות קרקע עד שלא נסתמא כו' אבל גלימ' לא ורב ששת אמר אפילו גלימא אפשר דמכוון מדת ארכו ורחבו הרי מבואר דסומא יכול להעיד ע"י שאומר סימן מדת ארכו ורחבו ומוציאין הטלית ע"י עדות זה מיד מי שהוא מוחזק בה ואפי' שמואל דאמר התם אבל גלימא לא פירש הרשב"ם שם דאמידה לא סמכינן דהרבה טליתות מדותן שוות א"כ בגט שאינה בא במדה להיות מדה אחת לכל היריעות שפיר הוי סימן מובהק כיון דאי לאו שדרכם לבא במדה הוי סמכינן עליה להוציא ממון וזה דוקא בסימן מובהק כמ"ש האשר"י בב"מ דף ע' לענין סימן משקל דדוקא במציאה הקלו להחזיר בסימן כל דהו אבל להוציא ממון בעינן סימן מובהק ועי' בש"ך סי' רצ"ז והלכך שפיר ס"ל להר"ף והרמב"ם דמהני סי' מדת אורך הגט אי לאו מטעם המבואר שם ובארכו שלחוט מהני דהוי סימן מובהק: וא"ל דהא להנך אמוראי התם בב"ב איתותבו מברייתא דבר פשוט הוא דדוקא לענין הא דמכשרי עדות הסומ' איתותבו מברייתא דהברייתא ס"ל דסומ' פסול לעדות מקר' דוהוא עד או ראה כמבואר ברמב"ם ה"ל עדות ובהרא"ש ב"ב שם אבל בפקח כה"ג שפיר יכול להעיד על ידי סימני אורך ורוחב: ומצאתי בנ"י ב"ב שם שכתב וז"ל ומיהו נפקא לן מהא דפסלינן משום תחלתו וסופו בכשרות משמע דבכה"ג שהוא כשר נאמן ומפקינן מיניה הגלימ' או החתיכ' של כסף וה"נ מסקינן באלו מציאות ומתמהו רבוותא דהרי יש לחוש לרמאות וכו' לכך נראה דמיירי כגון שהנתבע טוען החזרתי לו אותו כלי שהעדים מעידים אלו הסימנים כו' ע"ש ונראה מבואר דהכי קי"ל לדינא וא"כ מבואר דס"מ גמור הוי היכי דל"ש לחוש מפני הרמאות ואפילו בסימן משקל כדר"פ ומכ"ש בסימן מדה דגבי גלימ' ומכ"ש הסימן מדה בדבר שאין הדרך לעשות במדה אחת אך מ"מ מה דמשמע דגם משקל בנסכ' הוי סימן גמור להוציא על ידו לכאורה סותר דברי עצמו בב"מ פרק א"נ גבי הא דבדקינן גברא דאית לי דהבא פריכ' כו' וז"ל וא"ת כיון דמשקל הוי סימן אמאי לא מפקדי י"ל

דלא אמר' הכי אלא גבי מציאה דלאו אפוקי ממונא הוא אבל היכא דהוי אפוקי ממונא כו' לא יהיבין אלא בסימן מובהק אבל משקל שהוא סימן כל דהו לא עכ"ל וכ"כ לעיל בשם הרא"ש ואף שכתב הנ"י דבב"ב מיירי לענין טענת החזרתו בפקדון מ"מ נראה מדבריו דאי לאו משום חשש רמאות הי' מועיל סימן משקל להוציא על ידו ועוד דגם ההיא דא"נ מיירי ע"י עדי פקדון דאל"כ אף בסימן מובהק אין מוציאין דאכתי הוי טענינן לקוח כמבואר שם ואפ"ה סימן משקל בנסכא לא מהני ונ"ל דהנ"י לא קאמר אלא דבכה"ג מועיל העדות על ידי הסימנים אבל מ"מ לענין סימן משקל בנסכא לא קי"ל כר"פ אלא כשמואל ור"ש דאמרי נסכא לא וכדמוכח מההיא דא"נ: ועכ"פ לענין סימן מדת אורך ורוחב מבואר מהך דב"ב דהוי סימן מובהק אלא שיש לדקדק לפי זה מהא דאמרינן בב"מ דף כ"ג מדמשקל הוי סימן מדה ומנין נמי הוי סימן משמע לכאורה דלא פשיט ליה כולי האי שיועיל סימן מדה אלא דילפינן לה ממשקל וכיון דמשקל גופה לא הוי סימן מובהק להוציא ממון כמש"ל מדברי הנ"י והרא"ש מדה נמי לא הוי סימן להוציא על ידו ולפי"ז צריך ישוב הא דב"ב דמשמע שמוציאין ע"י סימן מדה או משקל גם צריך ליישב דבב"מ משמע דסימן משקל פשיטא ליה טפי ממדה ובב"ב משמע להיפך דהא מ"ד אפילו גלימא ס"ל דנסכא לא ואפשר לומר דהך דב"מ דיליף מדה ממשקל היינו מדת ארכו ורחבו דגלימא דההיא לא הוי סימן מובהק אליבא דשמואל בב"ב דס"ל גלימא לא משום שהרבה טליתות מדתן שוה והיינו דיליף לה ממשקל דהוי סימן בכלי כסף כו' דמהני כשמכוון משקלותיו אע"פ שביקש יותר לכוון המשקל ואפשר שעל הרוב גם כן עושין חתיכות נמצא במשקל אחד ובב"מ איירי התם אליבא דר"ש כדקאמר התם בעו מיני' מרב ששת כו' ואיהו ס"ל בב"ב דגבי נסכא אין מוציאין בעדות הסומא וכיון דגבי אבידה תניא דהוי סימן כדאיתא התם כלי כסף וגסטרינן דהיינו שבירי חתיכות א"כ כ"ש דמהני סימן מדה באבידה דמהני לדידי' אפילו להוציא כדקאמר בב"ב אפילו גלימא ולפ"ז מתפרש מאי דקאמר ומדמשקל הוי סימן מדה נמי הוי סימן בתורת קו"ח אתי עלה והך דב"מ דמוכח מיניה דמשקל ל"ה סי' להוציא ע"י אתיא כשמואל ור"ש דס"ל בב"ב בנסכא לא: שוב מצאתי בנ"י פרק אלו מציאות שכתב וז"ל והרא"ה כתב וכו' והכא הכי פשטינן מדמשקל בכלי כסף הוי סימן מדה בגלימא כ"ש דהוי סימן דטפי הוי סי' מובהק מדה בגלימא ממשקל בנסכא וראיה לדבר מדאמרינן בי"נ גבי היה יודע בעדות כו' משמע דמ"ד נסכא לא סבר דמדת משקלותיו בנסכא לא חשיב כמדת ארכו ורחבו בגלימא עכ"ל הרי מבואר כדברי דבתורת ק"ו אתי עלה ומ"מ דוקא גלימא איצטריכא ליה משום דבכה"ג י"ל שאינו ס"מ כ"כ וכדשמואל דסבר גלימא לא משום דס"ל שהרבה טליתות מדותן שוה ולמאי דס"ל לר"ש אפילו בגלימא הוי ס"מ גמור כיון שהוא מועיל להוציא על ידו בעדות הסומא וא"כ מכ"ש בגט שאין המדה שוה גם שמואל מודה דמהני ולפ"ז אזדא ליה ראיית החכם הנ"ל שהשיג על המ"ב מדברי התוס' בב"מ דף כ"ז שכתבו דסי' אורך ורוחב לאו סי' מובהק הוי משום דקיימו אהא דזה אומר מדת ארכו כו' דמיירי בגלימא וכמו שהוכיחו התוס' מדאמרינן ינתן למדת משקלותיו והיינו משום שאין דרך לשקול טלית והלכך שפיר ס"ל בהא דלא מיקרי סימ' מובהקים גמורים וכדשמואל דאמר גלימא לא וס"ל להתוס' כיון דלא קי"ל כר"ע לענין סי' משקל להחזיקו בסי"מ כדמוכח מההיא דאם כן ה"נ לא קי"ל כר"ש לענין מדה בגלימא כיון דמשמע בש"ס לענין אבידה

מדמי להו להדדי ואף שי"ל כדכתיבנא דהתם בתורת ק"ו אתי עלה ולענין להוציא ממון עדיף מדה ממשקל ס"ל להתוס' דאין לחלק ביניהם אלא כדשמואל קי"ל דגלימא לא והלכך לא הוי סי' אורך ורוחב סי' מובהק גמור רק להחזיר אבידה ולא להוציא ממון: ולפ"ז גם התוס' אזלי ומודו היכא דלא שייך הך סברא דהרבה עושין מדות שוות שפיר הוי אורך ורוחב סימן מובהק ושפיר כתב הרב מ"ב בנידון דידי' באורך הצלקת דהוי סי"מ וממנו נקח לנ"ד שאין קצה לאורך הכיס ורחבו וכל שהוא מכוון הוי סימן מובהק גמור: שוב בא לידי ספר שיטה מקובצת על ב"ב וראיתי שם בדף קכ"ח כתב בשם עליות רבינו יונה ז"ל וז"ל שלח לי' ר' אבא כו' מ"מ שמעינן מדרב ששת ור"פ לענין עדים כשרים שאם תבע לחבירו כו' מוציאין אותו מהתובע בעדות סימנים ואע"פ שאין מכירין בט"ע ולא אמרינן דלמא אחרני כו' כיון דסימן מובהק דאורייתא אין הנתבע נאמן בכך אע"ג דאיכא מיגו כו' ובפרק א"מ נמי מוכח דאי סימנים דאורייתא מעידין על סימנים שבגוף אדם להתיר את אשתו ולא אמרינן דאתרמוי אתרמי ומדמי לה התם בגמר' לשאר סימני כלים ודוקא סי"מ אבל בסי' שאינו מובהק לא דקי"ל כרב אשי דמספקא לי' אי סימנים דאורייתא או דרבנן הלכך אי סימנים דרבנן לענין מציאה הוא דתיקון כדאמרי בב"מ מ"ט אמור רבנן מהדרינן אבידתא כו' אבל לאפוקי ממון מחבירו ודאי לא מפקינן אלא בסי' מובהק ושמואל ור"ש ור"פ בהא פליגי דשמואל סבר מדת ארכו ורחבו לא הוי סי' מובהק ור"ש סבר סי"מ הוי דלא מתרמי שיהא גלימא של זה מכוון באורך ורוחב גלימא של זה ואע"ג דמדה ומנין לא הוי סי' מובהק דהא אמרינן בא"מ מדמשקל הוי סי' מדה ומנין נמי הוי סי' אלמא דלא עדיף מדה ממשקל ובמשקל ס"ל לר"ש דל"ה סי' מובהק מדקאמר אבל נסכא לא התם במדת תבואה ופירות דאיתרמוי איתרמי אבל ודאי לא מתרמי שתהא גלימא של ראובן באורך ורוחב כגלימא של שמעון ור"פ דאמר אפילו נסכא אפשר דס"ל סימן דאורייתא פירש אפילו סימן שאינו מובהק וכדמוכח' ההיא דרב אשי והא דקאמר ר"ש נסכא לא לאו משום דס"ל משקל ל"ה סי' דהא אמרינן בב"מ א"ל ר"ש תניתוה כו' אלא ס"ל לר"ש משקל ל"ה סי' מובהק וסימנים לאו דאורייתא כן נראין הדברים ויש ראייה למ"ש דמדה ומנין ל"ה סי' מובהק מהא דיבמות ההוא גברא דאפקי' שומשמי כו' והלכתא חיישי' אלמ' מדה זמנין לא הוי סי' מובהק וה"ה למשקל דהא מדמינן להו בב"מ כו' עכ"ל הנה העתקתי מקצת הלשון לפי שאין הספר מצוי ביד כל אדם והנך רואה כי בכלל דבריו דברי ומ"ש לבסוף דמדה זמנין ל"ה סי"מ מבואר שר"ל בכה"ג דמדת תבואה ופירות אבל לא במדת גלימא ומבואר בדבריו דבכה"ג הוי סי' מובהק להתיר אשה על ידי סי' כזה ועתה נבא לבאר במה שנראה מדברי הרא"ש דאורך ורוחב לאו סימן מובהק הוא ואפ"ה בגט מחזירין לאשה מטעם דהאשה שאמרה גרשתני נאמנת כו' ע"ש הנה מדברי הרא"ש מבואר שלא היה בגרסתו ככתוב בספרים שלפנינו אי לימא במדת ארכו ורחבו דלמא בהדי דנקיט לי' חזיתי' דלפום הך גרס' מבואר בש"ס להדיא דמדת אורך ורוחב לא מהני בגט ודלא כהרא"ש וצ"ע על הב"י סי' קנ"ג שהעתיק דברי הש"ס הגרס' שלפנינו ועל זה העתיק דברי הרא"ש והטור דהא ודאי הרא"ש והטור לא גרסי הכי ולפי גרסא שלפנינו מבואר דאי לאו הך חששא דבהדי דנקיט ליה חזיתי' שפיר הוי מהני הך סימנא דאורך ורוחב הגט כמו דמהני מדת אורך החוט וטעמא דמלתא דגבי מדת אורך החוט ל"ח דילמא בהדי דנקיט ליה חזיתי' כמבואר

בשיטה מקובצת בשם הריטב"א ותלמידי הרי"ף דמחלקין בין סי' ארכו ורחבו של גט דשם מיד שתראה אותו ביד הבעל תוכל לשער מדתו כשהוא קורא בעודו פשוט בידו משא"כ גבי חוט שנכפף לא תוכל לשער מדתו ע"ש וא"ל דאף לפי גירסא זו הוי אורך ורוחב סי' שאינו מובהק ומ"מ אי לאו חששא דבהדי דנקיט כו' הוי מהני כיון שאומרת גרשתני וכדברי הרא"ש דז"א דא"כ מאי פריך דלמא בהדי דנקיט לה כו' דהא בשביל האי חששא אינו יוצא עכ"פ מידי סי' אמצעי כדמוכח ממדת רחבו של טלית דהוי סי' וכמ"ש ה"ה ז"ל אע"ג דאיכא למימר שעורי משער לה כד מכסי בה מרא וקאי ומסתברא דהנך חששות דמי להדדי דתרווייהו משום חשש רמאות נינהו וכמו במדת רחבו איכא למיחש דלמא שעורי משער כו' כמו כן בגט נמי חוששין דלמא שעורי משערא בהדי דנקיט ליה וכיון דסי' רוחב הטלית לא נפיק מידי סי' אמצעי בשביל חששא זו ה"נ סי' אורך ורוחב הגט נמי עכ"פ הוי סי' אמצעי ומסייע למה שהאשה אומרת גרשתני אלא ע"כ לומר לפי גירס' זו דמה שהיא אומרת גרשתני לא מהני דמעיקרא לפי שהגט מסייע לה ובשביל סי' אורך ורוחב אין להחזיר דעכ"פ ע"י חששא דבהדי דנקיט חזיתיה הוי סימן שאינו מובהק ולפ"ז כי אמרינן דאורך החוט מהני ע"כ כיון דל"ש בהדי דנקיט כו' הוי סי' מובהק ולכך ינתן לה ולא כהרא"ש דסובר דאינו סי"מ אלא שמועיל מטעם סיוע לאמירתה גרשתני דא"כ אכתי גם במדת אורך ורוחב הגט נמי נימא דבשביל חששא דבהדי דנקיט אינו יוצא מידי סיוע דאכתי סי' אמצעי הוה כמו מדת רוחב בגלימא כדכתיבנא דאי תימא כיון דסי' אורך ורוחב אינו מובהק וגם איכא חשש דבהדי דנקיט אפילו סיוע ל"ה א"כ למה מחזירין באבידה על ידי סי' רוחב לבד דהא איכא תרתי לריעותא שסי' רוחב אינו מובהק בפ"ע וגם איכא למיחש דשעורי משער לה ונימא דלא מהני אלא ע"כ דלא איכפת לן בהכי ומדברי הרא"ש נראה דכל דהוי סי' להחזיר אבידה אע"ג דל"ה מובהק שפיר מסייע לאמירתה גרשתני אלא ע"כ לומר לפום הך גירסא דמבואר דל"מ מדת אורך ורוחב היינו משום דע"י חששא זו דבהדי דנקיט יוצא מידי סי' מובהק ושוב אין מועיל להתיר ואף על פי שאומרת גרשתני מ"מ מעיקרא ע"י סיוע הגט ואדרבה אמרינן כיון שנודע לה סי' אורך ורוחב ע"י דחזיה ליה בהדי דנקיט לכך העיזה פני' ותאמר לו גרשתני וכיון דאורך החוט מהני ע"כ דאורך הוי סי' מובהק לעצמו: ונראה ברור שהרי"ף והרמב"ם הוי גרסי בש"ס כגרסא שלפנינו דאורך ורוחב לא מהני משום דלמא בהדי דנקיט כו' ולכך כתב דוקא כשאומרת נקב יש כו' והרא"ש לא היה זה בגרסתו ולכך הבין בדברי הרי"ף דהרי"ף טעמא דנפשי' קאמר דבעינן סי' דנקב יש דאל"כ בלא"ה אין מחזירין דלמא כתב גט זה לשם אשה אחרת ועל זה כתב דלזה מהני גם סי' שאינו מובהק כ"כ כיון שאומרת גרשתני ובאמת נראין הדברים כמ"ש שהיו גורסין כגרסת הש"ס שלפנינו דסי' ארכו ורחבו ל"מ משום דלמא בהדי דנקיט חזיתיה לפ"ז דברי המ"ב נכונים לפי גירסא זו דדוקא התם שהבעל אומר שמידו נפל ושייך הך חששא דבהדי דנקיט חזיתיה משא"כ לענין להסתפק בגט אחר שפיר מועיל סי' אורך ורוחב ובהכי נמי אזדא לי' מה שתמה החכם הנ"ל על המ"ב שלא שם לבו לדברי התוס' בבבא מציעא שם שכתבו לא מובהקין ממש קאמר אלא מובהקין מסימני חבירו כמו זה אומר מדת ארכו כו' וכבר כתיבנא מזה לעיל אך לפום מה דכתיבנא א"ש בפשיטות דהתם גבי אבידה מיירי דשייך חשש רמאות דלמא שעורי משערא לה כדמכסי מרא

וקאי ואפילו במדת ארכו דלא משתער ליה כ"כ מ"מ נפיק מכלל סי' מובהק גמור דזמנין גם מדת ארכו משתער לי' שפיר כשנותן עינו ולבו עלי' ומה"ט נמי עדיף טפי מדת משקלותיו ממדת ארכו ורחבו משום דמשקל הטלית א"א לשער בשום אופן משא"כ מדת ארכו מצי משער לי' גם כן אלא דעדיף ממדת רחבו וכ"כ בשיטה מקובצת בשם מוהר"ר יהונתן ז"ל ע"ש אלא דמ"מ בין מדת ארכו ובין מדת רחבו מהני באבידה דמחזירין על ידי סי' אמצעי וסי' ארכו חשיב טפי אבל היכא דל"ש חשש רמאות כגון בגט לענין חשש דמאחר נפל או בעגונה שפיר הוה סי' אורך ורוחב סי' מובהק לעצמו וכן מבואר לענ"ד מדברי הרשב"א והריטב"א הביא דבריהם בשיטה מקובצת שכתבו ג"כ כדברי התוס' דהאי סי' לאו מובהק ממש אלא סי' חשוב כמדת ארכו דחשיב טפי ממדת רחבו וכו'.

ושוב כתב בשם הרשב"א דהאי דאמרי' הוא אמר סימני הגט כו' ואוקימנא נמי בדאמר נקב יש בצד כו' למ"ד סימן דרבנן קאמר דאי למ"ד דאורייתא אפילו בנקב דעלמא נמי סגי כו' וכ"כ שם בשם הריטב"א שכתב אהא דאמרי' כגון שאמרה נקב יש כו' וא"ת כיון דסימנים דאורייתא בסימני בינוני סגי לה וי"ל דאה"נ אלא דנקט לרווחא דמלתא כו' א"נ דמשום דקאמר את"ל סימנים דאורייתא וכיון דלא איפשטא שפיר נקיט נקב יש כו' דמהני אף אי סימנים דרבנן הרי מבואר דלא ס"ל כסברת הרא"ש דלדידה אף אי סימנים דרבנן עכ"פ מועילין לסייע לאמירתה גרשתני ומדברי הרשב"א והריטב"א מבואר דאי סימן דרבנן סימן מובהק ממש בעינן ואפ"ה מהני ארכו של חוט וע"כ דמחשב סי' מובהק וא"כ מ"ש הרשב"א והריטב"א אזה אומר מדת ארכו דלאו מובהק ממש כו' היינו כמ"ש דהא איכא למימר שעורי משער כו' משא"כ באורך מדת החוט דל"ל הכי ואם כן גם התוס' כוונתם כמ"ש להרשב"א והריטב"א ז"ל ועי' בדברי הרשב"א בגיטין דף כ"ז שכתב וז"ל ועוד דאמרינן בב"מ הוא אומר בתפיסה כו' דמידע ידעי כו' משמע הא לא ידעה תפיסה הוי סימן ומגרשה ביה כו' אלא שראיתי בתוספות לקושיא זו כו' ע"ש דמבואר מזה דלא ס"ל כסברת הרא"ש דאם לא כן מכח דהיא מתגרשת בו לק"מ די"ל שהוא מטעם דאומרת גרשתני ואי הוה אמרי' דלא ידעה שפיר מסייע סי' דתפיסה לאמירתה ולא הו"ל לאקשוויי רק מהא דמהדרין ליה אף לגרש בו ולכאורה יש להביא ראיה גם מדברי התוס' בגיטין דף כ"ח שכתבו וז"ל ומה שאומר בדלוסקמ' לא הוי סי' כו' ואפילו הוי סי' מובהק להחזיר הגט לא הוה והא דאמר בא"מ הוא אומר בתפיסה כו' אפילו את"ל דינתן לו לגרש בו קאמר לאו משום דחשיב סימן דהתם מיירי בשלא הוחזק יב"ש אחר כו' ולכאורה קשה לפי מה שרצו לפרש בקושייתם דמיירי התם בהוחזק ויש לחוש לאחר א"כ גם במדת רוחב ואורך או מדת החוט נמי הוי לן למיחש דלמא מאחר נפל אלא ע"כ דלענין אחר שפיר הוי סי' מובהק רק באבידה דאיכא למימר שעורי משער וה"ה גבי גט היכא דשייך בהדי דנקיט אך יש לדחות די"ל התוס' אזלי בשי' הרא"ש דמדת אורך אע"ג דל"ה מובהק מסייע לאמירתה גרשתני ובחפיסה כיון דמידע ידעה כו' אין כאן סיוע כלל ואמטו להכי שפיר קשיא להו אם נפרש ינתן לו לגרש בו דהא איכא למיחש דלמא מאחר נפל ולהכי הוצרכו לומר שלא הוחזק כו' והרא"ש באמת סובר לפרש דינתן לו לגרש בו קאמר אלא לאפוקי שלא ינתן לה ע"ש ואפשר שלכך כתבו התוס' לדייק מהך דינתן לו לגרש ולא דייק מדאמרי' טעמא משום דמידע ידעה מכלל

דאי לא ידעה ינתן לה כדדייקו הרא"ש והרשב"א משום דבהא איכא לדחויי כסברת הרא"ש ולכך כתבו לדייק מהא דינתן לו לגרש בו: אך מדברי הרשב"א והריטב"א מבואר כמ"ש דלא ס"ל כסברת הרא"ש וכן מבואר בשיטה מקובצת שם בשם תלמידי הר"פ שכתב בשם מורו הר"פ דהך דנקב יש כו' בדוקא איתמר למ"ד סימנים דרבנן ומדת ארכו של חוט מהני שפיר אף למ"ד סימן דרבנן ומדת ארכו של גט לא מהני אי נימא סימנים דרבנן משום שהגט קשה ואפשר דבהדי דנקט הבעל חזיתיה האשה ושערה מדת ארכו אבל החוט אינו קשה ומצי כאיף ליה וא"א לשעורי כו' ע"ש ומבואר מדבריו דמה"ט אתי עלה דאי סימנים דרבנן חיישינן דלמא בהדי דנקיט כו' ומדברי הר"ן שהביא בשי"מ שם מבואר להדיא דסימן אורך הוי סימן מובהק שכתב וז"ל ולענין פסק הלכה בסימן דאורייתא או דרבנן דעת הרי"ף דמספקא מלתא ולחומרא כו' הלכך לא סמכינן באיסורא אלא בסימן מובהק ומ"מ נ"ל לפי דרך זה דמדת ארכו סימן מובהק הוא דהא אמרינן היא אומרת סימני החוט ינתן לה ואמרינן דאמרה מדת ארכו אלמא אע"ג דבעינן הכא סימן מובהק וכדאמרינן נקב יש בצד כו' מדת ארכו סימן הוי עכ"ל הרי ששפתיו ברור מללו כדברי המ"ב בזה וכן נראה ג"כ מדברי הנ"י בב"מ שכתב ומיהו דוקא בסימנים מובהקים כגון נקב יש כו' או מדת ארכו של חוט כדאיתא בהדיא בגמרא עכ"ל: העולה מזה דכפי גרסת הש"ס שלפנינו ונראה שזה היה נוסחת הרי"ף והרמב"ם משמע דאורך הוי סימן מובהק וכ"ה דעת הרשב"א והריטב"א והר"פ ותלמידו ז"ל וכן מבואר להדיא דעת הר"ן וכ"ה דעת הנ"י וכדכתיבנא ומ"מ בגט ל"מ סי' אורך בגט גופיה דלמא בהדי דנקט כו' ותימא על הש"ע אה"ע סימן הנ"ל שכתב להדיא דמהני סימן אורך וכפי דעת הרא"ש וגרסתנו הוא להיפך מהגירסא שלפניו והעתיקה הב"י גופי שם אכן אין כן דעת הרי"ף ודעימיה והב"י שנמשך בזה אחר דברי הרא"ש נראה שהיה סובר דהרי"ף אינו מחולק בזה עם הרא"ש והרא"ש לפרוש דברי הרי"ף אתי דלאו דוקא נקב כו' דה"ה אפילו שאינו מובהק כ"כ כל שמחזירין אבידה ע"י מהני בזה ולכך הביא דעת הרא"ש בסתם ונפלאתי איך כ"כ בפשיטות נגד דש"ס שהביא הוא ז"ל בעצמו דמבואר דסימן אורך ורוחב לא מהני כלל: וגם נראה שהב"י והאחרונים שנמשכו אחריו לא היה לפניהם דברי הפוסקים הנ"ל שהבאתי דאי הוי חזי להו לא היה סותם כדברי הרא"ש בפשיטות ועכ"פ לא הוה שתק מינייהו וכבר כתבתי ראייה ברורה מש"ס דב"ב דאדרבא סימן אורך הוה סימן מובהק אלא דמ"מ בגט גופיה לא מהני משום דלמא בהדי דנקיט כו' אבל בחוט הוי טעמא משום דהוי סימן מובהק דוקא אבל בסימנא בעלמא לא מהני אף שהאשה אומרת גרשתני ומה שהביא הרא"ש ראייה מהא דהיא אומרת בחפיסה דאי לאו משום דידעה כו' היתה מתגרשת אע"ג דלא הוי סימן מובהק שדרך להניח כו' אפילו סימן כל דהוא לא הוי כיון שדרך להניח חפיצים בכלים וא"כ אף בלא טעמא דמידע ידעה נמי לא מהני וא"ל דהרא"ש ס"ל דמ"מ סימן שאינו מובהק הוי וכדמשמע בתוספות דגיטין דף ק"ח שמתחלה כתבו בלשון מסופק ואפילו הוי סי' סימן מובהק ל"ה כו' והלכך שפיר מסייע לאמירתה דגרשתני אך באמת ז"א כמבואר בדברי הרא"ש גופיה ס"פ שנים אוחזין דמפרש דמצא בחפיסה כו' ונתן סימן בכלי כו' ולכך קשיא ליה דניחוש לשאלה וכקו' התוספות שם וכן בשו"ת הרא"ש כלל ק"ה מבואר ג"כ דמפרש שנותן סימן בחפיסה ע"ש ומזה מבואר דס"ל דמה שאומר שנמצא בחפיסה ל"ה סימן כלל אפילו

לענין חזרת אבידה ובכה"ג נראה דאף סיועא לא מסייע בהדי אמירתה דגרשתני והוי כאומרת סי' דארוך וגוץ דל"מ כלל אף לצרף לאמירתה והאמת שצריך להבין לפי משמעות התוספות בגיטין וקצת מפרשים שם נראה מדבריהם דגם חפיסה ל"ה סי' משום דדרך להניח שטרות בחפיסה איך יתפרש הא דהיא אומרת בחפיסה דמשמע דאי לא טעמא דמידע ידעה הוי נותנין לה דכיון דחפיסה לאו סימן הוא אפילו באבידה מכ"ש בגט ועוד דלפי דברי התוספות דינתן לו היינו שמחזירין לבעל קשה טפי דנהי דאם רוצה לחזור ולגרש בו שפיר דמי אבל אם אומר עכשיו שאינו רוצה לגרש למה נמסור לו הגט כיון דחפיסה ל"ה סי' כלל א"כ הוי כגט שאין בו סימן ואין הבעל מודה לא יחזור לא לזה ולא לזה וטעמא כמ"ש רש"י בגיטין דף כ"ז ע"ש: והנה לפמ"ש בעה"ת הביאו ב"י בח"מ סי' ס"ה וז"ל ונראה כפירש"י שצריך שיתן סימן בכלי ולא די לו שיאמר בחפיסה או בדלוסקמא דהא קי"ל היא אומרת בחפיסה כו' מ"ט דמידע ידעה כו' דלוסקמא נמי דרך בני אדם כו' ע"ש.

נראה מדבריו דאין חילוק בין אשה לאינש דעלמא ומאי דקאמר מידע הוא לאו דוקא ור"ל שחפיסה לאו סימן הוא שכן דרך להניח שם וגם האשה יודעת מזה וא"ש מ"ש דל"ל הך דמידע ידעה דז"א דמה"ט גופא הוא דאמרינן דחפיסה ל"ה סימן ולפ"ז פשיטא שאין הכרח לסברת הרא"ש דטעמא משום דמסייע לאמירתה גרשתני דאל"כ האיך נקט טעמא דמידע ידעה כו' דאי לאו האי סברא הוי אמרינן דחפיסה סי' מובהק הוא ושפיר ינתן לאשה ולכך אמרינן מידע ידעה כו' ור"ל שדרך להניח חפיצים בכלים ולכך לא הוי סי' כלל ומ"ש על דברי התוספות דגיטין דמבואר דס"ל דינתן לו היינו לו ממש מחזירין אע"ג דחפיסה לאו סימן הוא י"ל דהתוספות שם כתבו כן למאי דכתבו התם די"ל דהוי סימן אבל לא סי' מובהק להחזיר הגט ע"ש וכ"כ התוספות ב"מ דף ק' ד"ה מצא בחפיסה תימא בשלמא חפיסה הוי סימן כדאמר פ"ב הוא אומר בחפיסה כו' דמידע ידעה כו' משמע דלאינש דעלמא הוי סימן וזה מבואר דלא כדעת בעה"ת דלעיל ומדברי הרא"ש פרק א"מ שכתב אע"ג דלא הוי סי' מובהק שדרך להניח חפיצים בכלים אין ר"ל שדרכו בכך ורגיל טובא דבכה"ג ודאי לא הוי סימן כלל וכמ"ש וכ"כ בטור וש"ע סי' ס"ה אלא נראה דס"ל ג"כ כדברי התוס' דסי' הוי אלא דל"ה סי' מובהק שעכ"פ יש רגילות להניח לפעמים אלא שמדבריו ס"פ שנים או חזין ומדבריו בתשובה הנ"ל נראה דגם חפיסה ל"ה סי' כלל אף לגבי אינש דעלמא ודוקא כשנותן סי' בחפיסה וכדעת בעה"ת וא"כ דבריו סותרים זא"ז ופשיטא דלא מסתבר לומר דחפיסה אע"ג דל"ה סי' לגבי אבידה מ"מ שפיר מסייע לאמירתה גרשתני ועדיף מסי' ארוך וגוץ דלא מהני כלל דמה"ת לחלק ביניהם וגם מסתברא דכל דל"ה סימן באבידה ל"מ לסייע אדרבא מגרע גרע דעי"ז מעיזה טפי כמש"ל וצ"ע ודרך אגב ראיתי שצ"ע על מ"ש בעה"ת בשם רש"י שצריך שיתן סי' בכלי כו' רש"י שלפנינו לא משמע כך וכ"כ הש"ך בפשיטות בשם רש"י וכוונת רש"י שכך וכך ר"ל כלי של חפיסה או דלוסקמא ובעה"ת נראה דמפרש כלי שסימנו כך וצ"ע: והנה בהא דאמרינן בב"מ הוא אומר סימני החוט כו' אילימא בחיורא וסומקא ודלמא בהדי דנקיט ליה חזיתיה כו' לכאורה צ"ע דל"ל כולי האי ת"ל דסומקא וחיורא לאו סימנא הוא כלל כדאמרינן לעיל כליו בחיורא וסומקי דל"מ אף אי סימנים דאורייתא וגבי עגונה דל"ש הך מלתא דמדנקיט חזיתיה ולפי מה שכתבתי לעיל מחמת הך סברא

דמדנקיט חזיתיה לא נפיק מכלל סי' עכ"פ דדמי לסי' רחבו גבי טלית דאמרינן שעורי משער כו' ואפ"ה חשיב סי' גבי אבידה וא"כ טפי הול"ל דלא מחשב סי' כלל כמו שאר כלים ואפשר דר"ל דאפילו תימא דהכא כיון דלא הו"ל למידע שיש חוט קשור בו והא חזינן שיודעת שחוט קשור בה וגם יודעת הצבע והוי שפיר סי' ליתן לה הגט וכיוצא בזה כתב הב"ש סימן קל"ב לענין אם אומר סי' מובהק בכלי שנמצא בו הגט ועיין בב"ש שם ולכך קאמר דזה נמי לא הוי סי' דדלמא בהדי דנקיט כו' ואפשר דהכא מה"ט אפילו סימן שאינו מובהק ל"ה דדוקא גבי טלית דאע"ג דאיכא למימר מחזי חזי כד מכסי בה מרא מ"מ עכ"פ צריך לשער מדת הטלית מה הוא משא"כ לענין ראית החוט הקשור בגט מיד בראיה בעלמא העין קולטת חוט הקשור בו ומראיתו ולפי גרסת הרא"ש דגרס לעיל אי לימא דארוך וגוץ האמרת אין מעידין נראה דגרסי גם הכא אילימא בחיורא וסומקא הא אמרת אין מעידין ועיין בשי"מ שנראה גם הריטב"א ותלמיד הר"פ בגירסתם אילימא דארוך וגוץ כו' ואפ"ה מבואר מדבריהם דגם מדת ארכו ל"מ ואפשר שהיה כתוב בגרסתם גם הא דאיתא בשי"מ שלפנינו אי במדת ארכו כו' אחר הך אי לימא בארוך וגוץ או דמוכח להו הכי מדקאמר אלא דקאמרה נקב יש בו מכלל דמדת ארוך ורוחב נמי לא מהני והיינו משום שמא שיערה בעצמה ע"י ראיה ואין להאריך: ולפמ"ש י"ל דגם הרא"ש מודה דארוך ורוחב הוי סי' מובהק מצד עצמו רק שיצא מכלל סי' מובהק מחמת חשש דבהדי דנקיט ליה חזיתיה וגרס אילימא בחיורא וסומקא הא אמרת אין מעידין אלא במדת ארכו וכמש"ל ומ"מ גם בארכו ל"ה סי' מובהק דלמא חזיתיה ושיערה בעצמה כמו ארכו של טלית דל"ה ס"מ באבידה מה"ט אלא דמ"מ כיון דעכ"פ סי' הוי מועיל בגט לסייע לאמירתה גרשתני ולא ס"ל להרא"ש כריטב"א ותלמיד הר"פ לחלק בין ארכו של גט לארכו של חוט אלא ס"ל דכי הדדי נינהו כמבואר בדבריו ואע"ג דהרא"ש לא היה בגרסתו הך סברא דבהדי דנקיט ליה חזיתיה מ"מ יליף לה מדאמרינן הכי לענין מדת ארוך ורוחב הטלית דדלמא שעורי משער כו' ורפ"ז י"ל דגם לענין ליתן הגט לבעל לגרש בו לא מהני הך סימנא דארוך ורוחב דדלמא שעורי משער ליה כשראה הגט אצל יב"ש אחר ואף בבעל חשדינן ליה דמשקר משום שכר הסופר כמבואר באה"ע סי' קל"ב אלא דכאן האשה נאמנת משום דמסייע לאמירתה ובהכי א"ש מה שהוצרך הרא"ש לומר דליכא כאן חשש שמא נכתב לשם אחרת כיון שבא לידה קודם נפילה דנראה שר"ל כמו שפי' דבריו אח"כ משום דנאמנת באמירתה גרשתני בצירוף הסי' ולכאורה ל"ל הא דאע"ג דבטעות הבעל שממנו נפל אנו צריכים לומר דנאמנת ע"י צירוף משום דסי' לחוד לא סמכינן דדלמא בהדי דנקיט כו' מ"מ לגבי חשש שנכתב לשם אשה אחרת שפיר מועיל סי' ארוך ורוחב שאומר הבעל ואשה לפמ"ש שהוא סי' מובהק מצד עצמו רק דלגבי טענת הבעל לא הוי מובהק דדלמא ראתה אותה בידו אך לפמ"ש דגם לענין חשש זה שנכתב לשם אשה אחרת אין סי' אלו מועילין להיות מובהקים א"ש שהוצרך הרא"ש לתת טעם מחמת שבא לידה קודם נפילה דמחמת הסימנים לחוד אין לסמוך דדלמא מיחזי חזי ביד חבירו ושיער הארוך והרוחב אך כיון שאשה נאמנת בצירוף הסי' שבא לידה קודם נפילה תו אין לחוש שמאחר נפל ועיין בב"ש סי' קל"ג ס"ק ה' מ"ש דדוקא בחשש שמא נפל מאחר צריך סי' מ"מ כיון דאיכא איסור דאורייתא אבל כאן דליכא חשש שנפל מאחר אלא דא"י אם נפל ממנו כו' ולכאורה נראה כוונתו דכאן ליכא חשש נפל מאחר

היינו כמ"ש בריש ס"ק א' ובס"ק ד' דמיירי במקום ובשעה שראוי לה להחזיר כמ"ש בש"ע גבי אם הבעל מודה ובאמת ז"א דהרא"ש לא מיירי בכה"ג כמ"ש ל מלשון הרא"ש שכתב הטעם שהרי בא לידה קודם נפילה ועוד שהרי כתב דודאי להחזירו לבעל לגרש בו הוא דבעינן סימן מובהק כו' אלמא דמיירי אף בגוונא שהיה מקום לחוש שנפל מאחר ועוד דא"כ למה כתב על הרי"ף ונראה דלא בעינן סי"מ דדלמא הרי"ף דמצריך סי"מ מיירי במקום שהשיירות מצויות ואיכא למיחש לאחר וגם שהרי כתב הרא"ש דמאי דקאמר היא אומרת בחפיסה ינתן לו לאו לו לגרש בו קאמר אלא שלא ינתן לה הרי מבואר דמיירי בגוונא דאיכא למיחש דמאחר נפל רק עיקר הטעם בכאן אפילו במקום שהשיירות מצויות אין חשש זה שמאחר נפל כיון שהאשה נאמנת שכבר היה הגט בידה קודם נפילה ונתגרשה בו אך מה שהשיג בס"ק א' על הב"ח הדין עמו כמבואר למעיין בש"ס וגם בטור וש"ע מבואר כדבריו: ותבנא לדינא דלפמ"ש א"ש דברי הרא"ש דגם הוא מודה היכא דליכא חשש רמאות שפיר הוי אורך ורוחב סי' מובהק רק גבי גט ל"מ משום דלמא מחזי חזא ולפ"ז א"ש דלא תיקשי על הרא"ש מסוגיא דב"ב שהבאתי לעיל דהתם לענין עדות מיירי שזה בא להעיד שהגלימא של פלוני ע"י סימנים של ארכו ורחבו ל"ש (חזי) הך מלתא דמחזי חזי ושפיר הוי סי' מובהק ולפ"ז בנ"ד שבא להעיד על אשה להשיאה שפיר י"ל דגם הרא"ש מודה דהוה סי' מובהק ושרי' ביה אלא שצ"ע בזה ממ"ש בסמ"ג עשין נון וז"ל ויראה לי דהלכה כרב אשי דמספקא ליה מה שמחזירין אבידה בסימנים שאינם מובהקים אם הוא מה"ת או מדרבנן הלכך בגט שאבד שיש שם איסור לא יחזירוהו כ"א בסימנים מובהקים כגון נקב שבצד אות פ' ומשמע שם דמדה ומשקל וכיוצא בהם שמחזירים אבידה על ידם הם סימנים שאינם מובהקים עכ"ל ונראה שכוונתו להך סוגיא דאמרינן הוא אומר ממני נפל כו' דדוקא בסי' נקב אבל אורך ורוחב לא מהני ומשמע דס"ל דלא הוי סי' מובהק בפ"ע ולא מחשש רמאות דוקא וכן בסמ"ק מצוה רנ"א כתב וסי' מובהק כגון מדה ומשקל ומנין או מקום האבידה ודוקא בממון אבל בגט אין מחזירין אלא בסי' מובהק יפה כגון נקב יש כו' עכ"ל ולפ"ז צריך ליישב הך דב"ב דמשמע דסי' מדת אורך ורוחב הוי סי' מובהק מדאורייתא ומוציאין ממנו ע"פ סימנין אלו וגם צריך ליישב למה מהני סימן אורך החוט בגט וצ"ל דס"ל כגירסת הרא"ש דלא גרס בגמרא אי לימא באורכו ורוחבו כו' ואפ"ה ס"ל דהך סימנא לאו מלתא הוא מדמוקי כגון דאמר נקב יש כו' משמע דאורכו ורוחבו לאו מטעם דבהדי דנקיט כו' אלא משום דקי"ל כמ"ד בב"ב דס"ל גלימא לא משום דהרבה טליתות מדותן שוה ולאו סי' מובהק הוא וה"נ באורך ורוחב הגט הרבה הם שמדותיהם שוות שעל הרוב טופס אחד הוא וכיון דסתם גמרא קאמר הכי קי"ל ולא כשמואל בב"ב דאמר אפילו גלימא מה שא"כ במדת החוט שפיר הוה סי' מובהק ולפ"ז שפיר כתב המ"ב באורך הצלקת הוי סי' מובהק לכ"ע והלכך בנ"ד שאין מדת כיס ידוע וכ"א עושה כפי צרכו יש מאריך ויש מרחיב כרצון איש ואיש שפיר הוי סי' מובהק ולא אמרינן אתרמוי אתרמי: אך נלענ"ד דאפילו תימא דהפוסקים פליגי בהא מלתא מ"מ הרי מבואר מדבריהם דטעמייהו דהנך דאזלי לחומרא משום דמספיקא להו דלמא סימנים דרבנן מ"מ דלמא הלכתא כהרבה פוסקים שהבאתי לעיל דעתם דאורך ורוחב הוי סי' מובהק ומועיל להתיר אף אי סימנים דרבנן ומכ"ש כאן שאמרה סי' אורך וגם רוחב הכיס דלא שכיח שמתרמי הכי וכבר כתב

החכם מהר"ח ג"כ שיש מקום לומר דבכה"ג הוי כשני סימנים אמצעים שכתבו הפוסקים דמצטרף להיות סי' מובהק אלא דמקהי בה אקהייתא מהא דאמרינן זה אומר מדת ארכו ורחבו וז"א מדת משקלותיו כו' ינתן למדת משקלותיו ואם נימא דאורך ורוחב יחד הוי סי' מובהק אין הסברה נותנת שיהא סי' מובהק דמשקלותיו עדיף מסי' מובהק זה וע"כ דסימן אמצעי הוא ודבריו נכונים לכאורה וכבר העיר בסברא זו ג"כ מחותני הגאון מהר"צ הלוי הורוויץ נ"י בחידושי מחנה לוי ע"ש אבל אחר העיון ז"א דבאמת איכא תרי גווני סימנים שאינם מובהקים חדא דאינם מובהקים מצד עצמם לפי שלפעמים מתרמי כיוצא בזה ובזו אמרו כל שיש שני סימנים כאלה מצטרפים לעשות אותו כסימן מובהק דכולי האי לא שכיח דמתרמי משא"כ מה דהוי סימנים שאינם מובהקים לפי שהדבר יכול לבא לידי רמאות דזה הנותן סימן שעורי משער לה כד מכסי בה מרה וקאי אז אפי' איכא טובא לא מצטרפי למהוי סימן מובהק דאכתי איכא חששא שמא האי מחזי חזא והאורך והרוחב שניהם נסקרים בסקירה אחת א"כ בנ"ד דעיקר הטעם דל"ה סי' מובהק באורך ורוחב משום דלמא מתרמי הכי וכיון שהאשה אומרת סימן של שניהם יחד האורך והרוחב מהני ומכ"ש אם לא הוגד להאשה שנמצא כיס באמתחתו רק שהאשה בעצמה הגידה שהיה לו כיס שארכו ורחבו כך וכך הוא די"ל דמהני להיות סימן מובהק וכמ"ש הב"ח סי' קל"ב לענין גט דהיכא דאיכא תרתי למעליותא שיודע שאבדה בכלי וגם יש לו סימן בכלי אע"פ שאינו מובהק חשוב כאלו היה בו סימן מובהק ועיין בב"ש שם שכתב שמדין שני סימנים אמצעים נגע בה וכבר כתבנו לעיל שי"ל כן גבי היא אומרת סימני החוט דלא הו"ל למידע אם יש שם חוט כלל וכיון שהטיבה לראות גם הסימן שבו שפיר אפשר דהוי מובהק אלא דאפשר לדחוק קצת דאפשר דבזמן הש"ס דרכם לקשור חוט בגט כדאמרינן בעלמא גט בידה ומשיחה בידו כו' ולפי שמלשון הגב"ע שהוגבה בק"ק הארין גראד משמע דהאשה לא הודיעה מעצמה שיש לו כיס באמתחתו שכתוב שם וז"ל וגם אמרה סימן על הכיס הנקרא בייטיל שנמצא בבגדיו בבזים שלו שהיא של לאווינט כו' לשון זה מורה שאמירתה סימן על הכיס היה ע"י שאלה ששאלו אותה אם תדע סימנים בכיס ואמרה סימנים אלו א"כ אין זה ענין לנידון דהב"ח לכן קצרתיו בזה: ומ"ש מהר"ח הנ"ל מדברי התוס' ביבמות שכתבו שדרך בני אדם להצניע במדה זו ל"ה סימן וה"נ דרך ב"א לעשות בייטיל של לאווינט במדה זו לא הוי סימן כלל כו' לא ידעתי דמנין לנו לבדות מלבנו חומרא לומר שדרך בני אדם לעשות כן ואם הדבר ידוע שכן אופיא של מדינה זו לעשות במדה זאת פשיטא שאין זה סימן כלל ואפי' סימן בינוני להחזיר אבידה ל"ה ודברי התוס' הם צ"ע לענ"ד דבכה"ג דרך בני אדם להצניע במדה זו ודאי דאף רב חסדא מודה ומאי קא מדמי ליה לההיא עובדא דשני ת"ח אך נראה דאע"ג דהוי סימן לענין אבידה שאין אדם מוחזק בה מ"מ לא הוי סי' להוציא ממנו על ידו ואע"ג דמיירי בהפקיד אצלו בעדים כמ"ש התוס' לעיל מ"מ סימן מובהק בעינן וכמבואר בח"מ סי' רצ"ז בש"ך שם ועיין לעיל מ"ש בשם עליית רבינו יונה לחלק בין מדת תבואה ופירות אמרינן אתרמי משא"כ בגלימא אלא דאיהו מפרש ההיא דב"מ במדות תבואה ופירות ועיין בחי' הרמב"ן בב"ב דף קצ"ח שנראה מדבריו דמדת פירות עדיף טפי ואין להאריך אך שעדיין אנחנו צריכין למודעי אם כיס זה היה עשוי להניח בו מעותיו או אם אינו עשוי רק לשאר דברים דאם הכיס הוא עשוי

למענות שפיל דלא מושלי משא"כ אם אינו למענות שפיר מושלי כיון דהטעם משום
דמנחשי אינשי שהוא מוסר לו מזלו וזה שייך בכיס המיוחד למענות דוקא ואע"ג דהש"ך
בח"מ סי' ס"ה כתב דאפשר דגם דלוסקמי לא מושלי אינשי לא כ"כ רק בדרך אפשר
אבל פשיטא שאין לסמוך ע"ז למעשה ואמנם אף בכיס המיוחד למענות עדיין צריך בשש
לפמ"ש הב"ש דאי סימנים דרבנן יש לחוש אף בכלים דלא מושלי והרבה האריכו בזה
בתשו' האחרונים ואני באתי אחריהם ומלאתי ידי בעזה"י בתשו' סי' ואלו היינו צריכין
להעמיד יסוד מוסד על היתר זה הייתי מברר ענין זה אך כיון שיש לפנינו עוד פתחי
היתר פתוח לרווחה אני מסתפק עצמי במיעוט אשר כתבתי שעכ"פ יש בזה מקום להיתר
מצד הסי' ומצד חשש שאלה בכלים דלא מושלי יש לסמוך על הפוסקים שהחליטו להיתר
וכן הדבר מבואר בשיטה מקובצת ב"מ בשם הרשב"א להדיא ע"ש ובפרט שדעת כמה
גדולים הסוברים דל"ח לשאלה כלל: ועתה נתחיל בשריותא דהך אתתא מצד העדים
שהעידו שהכירוהו כשהועלה מן המים בפרצוף פנים ובזקנו ובבגדו בט"ע שהוא עצמו
אותו האיש מ"ס שהי' בעירם ביום א' ולכאורה אין מקום ספק בעדות זה כלל דאי משום
שנתפשט הקול מקודם שזה המ"ס נטבע וידע הטביעה הו"ל כראה הא בשני עדים אף
בראה הטביעה לא אמרי דאמרי בדדמי ואי משום שלא נודע שם אביו מועיל חיפוש
וכבר האריך בזה מהר"ח אבל עדיין צריך להתיישב בדבר שנראה דהא דאנו מתירין
ע"י ט"ע לא נאמרו הדברים אלא במעיד על בן עירו הרגיל עמו הרבה או אפילו על בן
עיר אחרת אם הוא רגיל עמו במו"מ וכיוצא עד שנקבע בלבו צורתו של זה ועתה הוא
מכירו בט"ע אבל בגוונא דנ"ד כפי הנראה מתוך הג"ע שהאיש מ"ס הנ"ל הי' שם ביום
א' כאורח נטה ללון ובין לילה הי' ובין לילה אבד ואפשר שאפ"י לינה אחת לא לן שם
לפי לשון הג"ע המעשה שאירע פ"ק ביום א' איך שבא לכאן כו' והלך האיש מעירנו כו'
ואחר שעה או שתיים יצא הקול כו' וביום ב' בבוקר שלחנו לחפש כו' ולא ביחנו דכריהם
אימת בא לשם ומשמעות הדברים שביאתו לשם היה אותו היום ולא שהה שם רק שהי'
מועטת והלך לדרכו ומתוך דברי העדים נראה שלא היה להם עמו הכרה מקודם כלל
וזה להם פעם ראשונה שראוהו ובכה"ג נראה דלא מהני הכרה בט"ע כלל דהא אפילו
לענין ממון קי"ל בב"מ כרשב"א בכלים חדשים שלא שבעתן העין אפילו לצורבא
מדרבנן דדייק לא מהדרינן ומכש"כ לענין איסור ערוה שאין לסמוך על ט"ע בזה וכן
מבואר ברשב"א בח' חולין דף צ"ו וז"ל ומיהו נראה שהבא להתיר איסורין בט"ע צריך
לדקדק אם יש לו ט"ע יפה מפני שפעמים העין משקרת וכסבור שהוא מכיר ואינו מכיר
ולפיכך אם לא ראוהו תחלה היטב ודקדק בראייתו שמא סבור שזהו ואינו אלא אחר
וכדתנן בב"מ רשב"א אומר כל כלי אנפוריא כו' אלמא אפ"י צורבא מדרבנן דדייק כי
לא שבעתן העין לא סמכינן אט"ע ולא משום דמשקר אלא משום דסבור מכיר כו' בשאר
בני אדם שאין מדקדקין כ"כ כו' עכ"ל וכ"כ הר"ן שם בשמו וא"כ בנ"ד נראה דכה"ג
דלא שבעתן העין ל"מ ט"ע דידהו דהא פשיטא מה שראו אותו מידי עברו בראיה בעלמא
לא תשבע עינם דלא רמיא עליהו להשגיח ולדקדק בצורתו שיהיה נקבע בלבם וכה"ג
אמרינן בברכות בירושלמי אחרים אמרו וראיתם אותו כדי שיהא אדם רחוק מחבירו
ארבע אמות ומכירו מה אנן קיימין אם ברגיל אפ"י רחוק כמה חכים ליה ואם בשאינו
רגיל אפילו קרוב לי לא חכים ליה אלא כי אנן קיימין ברגיל ושאינו רגיל כההיא דאזיל

לאכסניא ואתא לקוצין עכ"ל והביאו הפוסקים שם ובש"ע סי' ל' ואם בחייו כך במיתתו על אחת כמה וכמה שאינו מכירו אם לא היה רגיל עמו ועכ"פ רגיל קצת בעיני דאזיל ואתי לקיצין ואפשר דגם זה כאן בעגונה וכן נראה מדברי הפוסקים שהביאו מתשו' הרא"ש שכתב בשם ר"ת אם היה אדם ידוע וניכר למעידו מעידין אפילו כמה ימים כו': ועיין בתשו' מיימוני סי' נ' ולקמן אבאר בזה ומשמע דוקא בידוע וניכר למעידו דהיינו שרגיל עמו מהני ואמנם לכאורה היה אפשר לומר לפמ"ש התוס' בחולין דף צ"ו אהא דקאמר התם אמר רבא מריש הוה אמינא סימנא עדיף מט"ע כו' דמיירי בט"ע כל דהוא כו' ע"ש א"כ משמע דלא בעינן ט"ע גמור אבל נראה דגם התוס' מודים להרשב"א בהא דבעינן שעכ"פ מתחלה היה לו הכרה טובה בדבר ההוא ושבעתו העין אלא שעתה כשבא להכירו א"צ רק ט"ע כל דהו אבל כל שמעולם לא היה לו הכרה גמורה בדבר לא מהני ביה ט"ע וכ"מ ביש"ש חולין שהביא דברי הרשב"א וכתב אבל התוס' כתבו כו' וצריך לחלק בין ט"ע שאינו גמור לט"ע שלא שבעתן העין דלא הו"ל היכר גמור מעולם באותו ענין מש"ה ל"מ ט"ע אבל היכא שהיה לו מתחלה ט"ע אפילו אח"כ נשתנה הענין שאינו מכירו בט"ע גמור גבי ת"ח מהימן ואפילו לגבי אבידה מהימן כו' ע"ש ונראה כוונתו כמ"ש וכ"כ הגאון בשו"ת נ"ב סימן ל"ט ע"ש שביאר כן להדיא.

וראיתי בכו"פ סימן ס"ג שכתב על דברי הפוסקים דדוק' חתיכות שראה מתחלה היטב דלא משמע כן בתוס' כו' וכ"כ הפוסקים והיש"ש דזהו קרוי ט"ע כל דהו דלא דקדק תחלה כו' ונפלאתי דאדרבה היש"ש כתב להיפך אך אף לדברי הפליתי שם מ"מ בגוונא דנ"ד שהוא חשש דאורייתא וגם החשש הוא דהאי גברא אזיל לעלמא והאי אחרינא הוא שקרוב לצורתו של זה ולאבידה דמי דלא מהדרין אף לצורבא מדרבנן בט"ע היכא דלא שבעתן העין: אך נלענ"ד לצדד להיתר בגוונא דנ"ד ששני עדים העידו שהכירוהו בט"ע ובתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן ואמרינן דמסתמא דקדקו היטב בעדותן ול"ח דלמא באומדן דעתן קא מסהדי אלא אמרינן דמסתמא היה להם בו הכרה טובה ודעתיהו אצורת' דידיה והיינו האי דעל והיינו האי דנפיק ונטבע ואין לומר דכיון דלא שבעתן העין א"א כלל שיהא בו ט"ע גמור דז"א דאנו לא קאמרינן אלא דמסתמא דמלתא הכי הוא דכל שלא שבעתן העין מסתמאלית ליה בגווי' ט"ע אך שני עדים שנאמנים בכל מקום ודאי שענינם דומה להם יפה ואין חוששין להם כלל וכן מבואר לענ"ד ממ"ש הרמב"ם פרק ד' מהא"ב ומותר להסתכל בפני הפנויה ולבודקה כו' כדי שיראה אם הוא נאה בעיניו ישאנה כו' וכתב הראב"ד ע"ז חכמים אומרים האי צורבא מרבנן דאזיל לקדושי אתתא לידבר ע"ה בהדי דלמא מחלפי לי' מיני' אלמא אין דרך ת"ח בכך עכ"ל.

וכתב ה"ה ע"ז שאין זו השגה שצורבא מרבנן אפילו נסתכל בה ובדקה בפעם א' לא יכירה אם יחלפיהו לפי שאינו רגיל להסתכל בצורת נשים אבל ע"ה יכירה בפ"א עכ"ל מבואר דשפיר מהני ט"ע אפילו על ידי ראי' פעם אחת ואף על פי שיש לחלק ולומר דהתם שאני שהע"ה הולך עמו להסתכל בה על כוונה זו דלא ליחלפו אותה ודאי שפיר יכול להכיר אפילו על ידי הסתכלות פ"א משא"כ כאן דמלתא דלא רמי' עלייהו הוה לידע ולדקדק בצלמו ותבניתו ומה שראו אותו דרך העברה בעלמא אין זה דומה להיא דהתם שנותן עינו בה למען שיתו אותות אלה בקרבו כי היכי דלא לייתי לאחלופי אך נראה כיון דעכ"פ מוכח מהתם דאפשר להיות ט"ע ע"י ראייה של פעם א' ממילא דבשני

עדים אמרינן דאי לאו שדקדקו היטב לא הוי מסהדי וכן מוכרח לענ"ד ממ"ש התוס' בב"מ דף כ"ד דמדקאמר לר"ש מכלל דלרבנן אפילו לא שבעתן העין חייב להכריז וכן מצינו ברבה בב"ח דאמר אי ט"ע אית ליה בגווי' וגט לא שבעתו העין דלא משהה אינש גיטא בידי' עכ"ל והנה לכאורה נראה מפשיטות דברי התוס' שר"ל דהלכה כרבנן כדמצינו גבי רבה בב"ח וכן נראה מדברי מהר"ם מטיקטין שכתב על הנ"י שכתב דהלכה כרשב"א דק"ק שהתוס' דימו הא דרבה בב"ח כו' והיינו כרבנן עכ"ל וגם הלח"מ פי"ד מהל' אבידה הקשה על הרמב"ם שפסק כרשב"א וכתב וי"ל כיון דמפרשי אמוראי כו' וצ"ע שלא הזכיר מדברי הרא"ש שכתב מסתברא דהלכתא כרשב"א דמסתבר טעמי' ועוד דשקלו וטרו אליבי' וההיא דגט אפשר שהיה לו ט"ע גדול כו' ולפ"ז בלא"ה הוי א"ש מ"ש התוס' בחולין דמיירי בט"ע כ"ד אפילו אם נאמר דלא שבעתן היינו ט"ע כ"ד מ"מ הא להלכתא קי"ל כרבנן דמהני ט"ע אף בלא שבעתן: אך באמת ז"א דא"כ איך קאמר רבא מריש ה"א סימנא עדיף מט"ע דהא מהדרינן בסי' ולא בט"ע וע"ז כתבו התוס' דמיירי בט"ע כ"ד והיינו כרשב"א וא"כ הא שכתבו התוס' בב"מ דהלכה כרבנן היינו למסקנת רבא בחולין דט"ע עדיף ז"א דאטו לא ידע רבא דאיכא פלוגתא בהא מלתא בין רשב"א לרבנן והול"ל מריש ה"א דהלכתא כרשב"א כו' וגם דהא רבא קאמר תדע שהרי סומא מותר כו' וא"כ הך תדע תיקשי לרשב"א דס"ל ט"ע כה"ג לא מהני אלא ע"כ דגם למסקנא דרבא היינו דוקא לענין איסורין אבל לענין אבידה לא הדר ביה רבא וס"ל דלא מהדרינן בט"ע כ"ד וא"כ אם נימא דהלכתא כרבנן צ"ל דט"ע כ"ד גרע מט"ע בכלים שלא שבעתן העין ולהיפך מסברת יש"ש דלעיל דט"ע כ"ד עדיף מלא שבעתן אך באמת לענ"ד אין דעת התוס' לחלוק על הפוסקים דהלכה כרשב"א שהתוס' לא באו רק להביא ראי' על מה דמשמע דרבנן ס"ל דאף בלא שבעתן חייב להכריז והא מלתא טעמא בעי דהא מצד הסברא כל שלא שבעתן רחוק הוא שיהיה להאובד ט"ע ולזה הביאו ראי' מרבה בב"ח שאמר לגבי גט אי ט"ע אית ליה בגווי' אלמא דלפעמים יש לו ט"ע אף שלא שבעתן העין ומ"מ אין ראי' מרבב"ח שיהיה הלכה כרבנן שיהיה חייב להכריז די"ל דגם רשב"א מודה בהא דאף דלפעמים משכחת לה שהוא מכיר בט"ע אף שלא שהה כדי שביעה וכעובדא דרבב"ח מ"מ אינו חייב להכריז בשביל זה כיון שרוב פעמים כל שלא שבעתן העין אין לו בו ט"ע אבל אי אתרמי מלתא שבא ת"ח והכיר בט"ע שפיר מהני אף בלא שבעתן והיינו עובדא דרבה בב"ח וכיוצא בזה כתב הב"י סי' רס"ב דאף הפוסקים דס"ל במקום שאין ת"ח מצוים אינו חייב להכריז מ"מ י"ל דמודו שאם בא חכם ואמר שיש לו ט"ע חייב להחזיר ע"ש ואפי' תימא דאף בכה"ג אין חייב להחזיר משום דאף חכם מייאש כיון שיודע שאבד במקום שאין חכמים מצוים וא"צ להכריז יאושי מייאש מ"מ גבי גט ל"ש זה וכל שיש לו בו ט"ע שפיר מחזירין לו אף בלא שבעתן העין: ואמנם מה שהקשה הלח"מ על הרמב"ם דלמה לא פסק כרבנן וכן הקשה בהגמיי' שם וכתב דמסתברא דהלכה כרבנן אני תמה שהרי לפי מ"ש הרמב"ם המוציא כלי חדש וכיוצא בהם שצורת כולם שוה כו' שהרי אינו יודע אם פך זה או צלוחית זה שלו ואם היה כלים שטבעתן העין חייב להכריז כו' מבואר דהרמב"ם גרס שטבעתן העין וא"כ משמע דברי שא מייירי בגוונא דל"ש ט"ע כלל כיון שצורת כולם שוה וגם הם חדשים וכמבואר מדבריו ולפ"ז פשיטא דשפיר פסק דאין חייב להכריז

ול"ד כלל לההיא דגט והא דקאמר ומודה רשב"א דמשמע דרבנן פליגי צ"ל דרבנן ס"ל דבכל גוונא חייב להכריז אע"ג דלא שייך ביה ט"ע מ"מ י"ל דהאובד לא מייאש נפשיה לפי שיש ליה איזה סימנים מוצנע בכלי זה שאין המוציא מכיר בו ובהא פסק הרמב"ם כרשב"א כדמשמע בכמה דוכתי בפרק זה דכל שאין המוציא רואה איזה סימן באבידה א"צ לחוש ולהכריז ומכ"ש דא"ש לפמ"ש בשיטה מקובצת בשם הריטב"א דהא דתניא ומודה ר"ש מודה לגרמיה הוא כמו בריש המגרש וכ"כ שם בשם הרשב"א שי"ל כן א"כ א"ש בפשיטות אך מדברי הרמב"ם בפה"מ שכתב הלכה כרשב"א משמע מכלל דפליגי ומצאתי שד"ז הגאון בספר תורת חיים הקשה על הרמב"ם שגורס טבעתן א"כ אמאי פליגי רבנן על רשב"א ולענ"ד י"ל כמ"ש.

ועכ"פ מבואר ממ"ש דהתוס' לא נחתו למפסק הלכה כרבנן ושפיר כתב מהרש"ל דצריך לחלק בין ט"ע כ"ד לט"ע שלא שבעתן. אך מ"ש מהרש"ל שם דלמסקנא אפילו גבי אבידה נאמן אפילו בט"ע כ"ד כיון דצורבא מרבנן לא משקר זה צ"ע דסוגי' לא משמע הכי דקאמר מעיקרא בפשיטות דהא מהדרין אבידתא כו' ומשמע דמלתא דפשיטות הוא לדידיה דאל"כ איך מייתי ראייה דהא ערבך ערבא צריך אלא ודאי דגם למסקנא הדין כן ואע"ג דבאיסורין מהני באבידה לא מהני דמשום חימוד ממון חיישינן דלמא טועה והדמיון כוזב לו שיצרו משיאו לומר שהוא שלו כיון שאין לו בו רק ט"ע כ"ד וכ"כ אא"ז בבכ"ש בחולין שם ולפי"ז צ"ל בהא דרבה בב"ח דקאמר אי בט"ע כו' אע"ג דלא שבעתן והתם איכא נמי חשדא שלא יפסיד שכירתו דמה"ט מחלק בין צורבא מרבנן לאינש דעלמא צ"ל דלא שבעתן העין עדיף טפי כיון דמ"מ אומר שמכיר הטיב בט"ע גמור מהימנינן ליה משא"כ בט"ע כ"ד דחיישינן דלמא מטעי קא טעי ולהיפוך מסברת רש"ל ולפי"ז כיון דמוכח מדברי התוס' דמהני באבידה ט"ע דת"ח אף בלא שבעתן כדמוכח מההיא דרבה בב"ח א"כ פשיטא דמהני ט"ע דשני עדים אף בלא שבעתן אך צ"ע ממ"ש הרא"ש שם מדקאמר ומודה כו' דסברי רבנן אפשר שיכירוהו אף אם לא שבעתן העין ולא חשדינן ליה במשקר עכ"ל משמע מדבריו דלרבנן דוקא אמרינן הכי משא"כ לרשב"א לא אפשר שיכירוהו בט"ע ואם הוא אומר שמכירו באמת הוא משקר וכן משמע ממ"ש הרא"ש שם ואי לא שבעתן העין הרי אלו שלו דהא לא קים ליה לצורבא מרבנן בגויה וכן הוא לשון הרי"ף ג"כ ולשון זה משמע דאף אם אומר שמכיר בט"ע לא מהימנינן ליה ודוחק לומר דהתם משום יאוש נגעו בה מה שא"כ לענין גט דז"א כמבואר למעיין אלא משמע דס"ל שזה רחוק שיהיה מכיר בט"ע דבר שלא שבעתו העין וכבר כתבתי דאף באיסורין שכתבו התוס' דט"ע כ"ד מהני עכ"פ בתחלת הכרתו צריך שיתחזק הכרתו בו היטב ומכ"ש בעידי מיתה שצריך ט"ע גמור בעין יפה כמ"ש בתה"ד לענין דמסל"ת העכו"ם לא מהני ט"ע וגם נראה דמ"ש התוס' דמהני ט"ע כ"ד היינו דוקא בדבר שהוא משלו כגון באבידה דבדבר שהוא שלו בודאי נתן לב לדעת ועינים לראות ולכן גם עתה שמכיר בט"ע כ"ד סגי ליה משא"כ במי שבא להכיר מה שאינו שלו ע"י שראה הדבר פ"א או שתים פשיט שנוכל לומר כיון שלא ראה רק באקראי בעלמא ולא מלתא דרמיה עלי מה"ט נאמר שהתבונן בו עד שהגיע לגדר ט"ע וענין ט"ע כשמו כן הוא שההרגל בו נעשה טבע ונצטייר בלבו צורת הדבר ההוא: ובזה היה נלענ"ד לפרש מה דנקיט רמ"א סי' י"ז סעיף ל"בוי"א דאפי' סי' מובהק בבגדים

מהני הואיל וראהו נטבע בבגדים אלו עכ"ל ולכאורה צ"ע דלמה נקט סי' ולא נקט ט"ע שמכיר שהם בגדיו של הנטבע בט"ע וראיתי בנ"ב שעמד וכתב דהטעם משום דכיון דראהו נטבע בבגדים אלו שייך בדדמי ובהג"ה שם וכן בסי' מ"ג תבריא לגזיזיה ממ"ש מהר"מ מפאדווה שמא היה לו הכרה טובה ממלבושים עכ"ל ולפמ"ש י"ל דבאמת ט"ע לא מהני רק בט"ע דפרצוף שכן דרך הרגיל עם חבירו נותן לב ע"ז שיהא ניכר וידוע אליו בהכרת פנים משא"כ בט"ע דבגדים לא שכיח כלל שיהיה ט"ע גמור בבגדי חבירו אף ברגיל אצלו דמה לו להטביע עינו במה שאינו שלו עד שיהיה לו ט"ע גמור בהם ואי משום שייכיר את חבירו ז"א שהרי הם עשויים להחליף וללבוש אחרים תחתיהם כפעם בפעם ולכן נקיט מהר"מ מפאדווה הכרה טובה במלבושים לפעמים מחמת איזה טעם וסיבה אבל סתמא דמלתא אין ט"ע בבגדי חבירו ט"ע גמור וא"כ ה"ה בפרצוף חבירו כשאינו בן עירו רק דרך מקרה לבד שראהו לא הוה ט"ע גמור: אך עדיין יש לצדד ולומר דאע"ג דמשמע מדעת הרא"ש דבלא שבעתן העין אין ט"ע אפילו לת"ח היינו משום דעל הרוב אין בו ט"ע גמור אבל שני עדים עדיפי מצורבא מרבנן דלא מסהדי כ"א בדבר ברור ומהני ט"ע זידהו אף בכה"ג ונלענ"ד לעשות סמוכים לחילוק זה מיבמות דף קך"א ת"ש דההיא גברא דטבע בדגלת כו' ואנסבה רב דימי לדביתהו ותו דההיא גברא דאטבע בדגלת ואנסבה רבא לדביתהו אפומא דשושביניה ויש לדקדק למה נקט שם סתם ואנסבה ר"ד לדביתהו ובעובדא דרבא נקט אפומא דשושביניה ולפמ"ש י"ל דהתם בעובדא דר"ד אפשר שהיו כמה עדים בדבר שהם הכירוהו ולכך נקט סתם משא"כ בעובדא דרבא שלא היה מכיר בעת העלותו מן המים רק עד אחד בלבד ולכך קאמר אפומא דשושביניה דהיינו שהוא היה מכירו ביותר ורגיל עמו וט"ע שלו בו הוא ט"ע גמור.

אלא שעדיין צ"ע דלא מבעיא לשיטת הרי"ף שכתב לענין א"א במלחמה דאפילו אי איכא תרי סהדי לא סמכינן עלייהו וחיישינן דלמא אמרי בדדמי פשיטא דגם כה"ג איכא למיחש כיון שלא היה להם בו ט"ע גמור וגם שידעו הטביעה אלא אפי' לשאר פוסקים דס"ל דבתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן מ"מ הרי מבואר בפוסקים דהיכא דלא חזויה לאלתר ויש לחוש לשינוי הצורה גם בתרי חיישינן וא"כ הכא נהי דהני תרי חזויה בשעתא דאסקוה מ"מ יש לחוש שלא היה להם ט"ע גמור אמרי בדדמי וגם אפשר שעכ"פ המים משנים צורת הפנים קצת אלא דמיא מצמת צמתי לענין שיכולין להכירו היכא שהיה בו ט"ע גמור ולא בכה"ג שאף בחייו לא הכירוהו יפה ואע"ג דתרי סהדי נינהו וקצת יש ראייה דאין לחלק בין חד לתרי מדאמרינן בחולין דט"ע עדיף מסימנא תדע דאלו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא כו' והתם לענין ט"ע כל דהו מיירי כמ"ש התוס' ולכאורה קשה מאי ראייה מאתו בי תרי דודאי שפיר י"ל דט"ע כל דהו ל"מ לפי שיש לחוש שהעין מטעה אותו ולפיכך לגבי חד לא מהני ט"ע בכה"ג משא"כ באיכא תרי סהדי אע"פ שמעידין ע"י ט"ע כ"ד מהני דודאי תרי דייקי ומסהדי ומהני בהו אף ט"ע כ"ד משא"כ ע"י סימנא אין מועיל אף סהדותא דבי תרי דס"ס מחמת הסימן הם מעידים אלא ע"כ דאם נימא דט"ע כ"ד אתי למטעי ביה אין חילוק בין חד לתרי דגם בתרי חיישינן לעינים משקרות ומזה מוכיח דאין בט"ע חשש אף בט"ע כ"ד: ולפ"ז לפי מה שכתבנו דבלא שבעתן העין יש לחוש שהעין משקרת וכסבור שמכיר אע"פ שאינו

מכיר גם כן אין לחלק בין ע"א לשנים ואף בתרי חיישינן לה למלתא דלמה מטעי טעו וקסברי שמכירין אע"פ שאין מכירין דזה דמי לבדדמי דשינוי הצורה אע"ג דודאי לא נשתנה הצורה עד שיהא דומה ממש לצורה זו מ"מ מחמת דראו הטביעה חיישינן דאמרי בדדמי ואע"ג דלא ראו הטביעה ממש מ"מ הא ידעו מהטביעה והו"ל כראו הטביעה ומ"ש בשם מהרח"ש דדוקא ידיעה אמיתית אבל מכח השמיעה וקול הברה לא צ"ע דס"ס דעתו קרובה דזהו הוא שיצא עליו הקול שנטבע ואמר בדדמי ועי' מ"ש בתשוב' סי' א' קצת ראייה לדבריו מהרמב"ן ע"ש אמנם בנ"ד נראה דע"פ הקול נקרא ידע הטביעה כיון שנמצא כליו וספריו של זה האיש נתחזק במחשבתו שזה האיש מ"ס שהיה שם מקרוב: ועוד יש לצדד בזה ע"פ מ"ש הריב"ש סימן שע"ח בדעת הרי"ף הבאתי בתשוב' סי' ב' עי"ש וכאן אין להאריך ועי"ש עוד שכתבתי שיש סברא לומר היכא דהעד הולך בכוונה לראות המת בכדי להעיד ל"ש בדדמי ואף שכתבתי שם שקשה לסמוך ע"ז להקל בע"א מ"מ בנ"ד דאיכא שני עדים יש לצרף סברא זו ולומר אף שלא שבעתו העין של העדים מ"מ מהימני שהכירוהו יפה שזהו כיון שהוכחתי דשפיר איכא ט"ע אף שכה"ג תו לא אמרינן דאאומדן דעתא קא מסהדי ואפילו שראו הטביעה ואפילו לשיטת הרי"ף כיון דטרחו טובא לכתת רגליהם למחזיה בשעתיה בודאי מידק דייק ולא אמר בדדמי וגם כי לשיטת הרי"ף נראה דלא ס"ל סברת הרז"ה י"ל דבכל גווני לא אמרינן בדדמי בשני עדים אף בכה"ג שלא שבעתן העין דבכל גווני אמרינן מידק דייק ומ"ש ה"ש ומשמע מדבריו דהב"ח סובר דאף בב' עדים אמרינן בדדמי אף שראוהו לאלתר כיון שראו הטביעה לא מצאתי מזה בב"ח כלום אך מ"ש בשם מהרשד"ם דס"ל דלא אמרינן בדדמי כה"ג גם כן לא מצאתי דבר מזה וצ"ע: ועכ"פ בנ"ד נראה דבתרי סהדי אין להחמיר בעגונה כה"ג בשביל שלא שבעתו העין כיון דבין ראייתם אותו בחיים ובין שעת מציאותו לא היה רק יום א' ובזמן קצר כי האי י"ל שדמות דיוקנו עומד לפנייהם עדיין ומדכר דכירי אינשי ומהני סהדותא דידהו למשרי הך איתתא ואע"פ שע"י עדות הלז עדיין לא נודע לנו כי אם שמו ושם עירו כבר הסכימו הפוסקים בזה להתיר ע"י חיפוש וגם הרא"מ כתב שנוטה יותר דלא בעינן שם אביו ואע"פ שכתב מ"מ לא אוכל להתיר א"א לעלמא כו' איהו גופיה כתב דע"י חיפוש יש להתיר אע"ג דאשתהי טובא כמ"ש בק"ע סעיף ק"ד ואף ע"ג דהב"ש כתב דבמע' לא כ"כ וכ"כ בשו"ת מהריב"ל ח"ג הביאו בק"ע סעיף ע"ז שפסקי המזרחי סותרים זא"ז מ"מ הרי כתב שם שהנכון כהפסק השני וגם בתשובה סי' כתבתי שלענ"ד אין הפוסקים סותרים ודוקא בלא הזכרת שמו כלל רק אמר יהודי שממקום פלוני מחמיר שמא נשכח זכרו מה שא"כ כשמזכיר שמו ל"ח להכי דא"א שהיה חסר מעיר זה איש אחד ששמו כך כיון שמחפשין בעיר על איש אחד ששמו כך ודאי דבני העיר רמו אנפשייהו ומדכרי ודמי להאי דיצא עמנו כו' דג"כ ל"ח לשכחה כיון דעכ"פ אינו זמן רב שהיה ראוי לחוש לשכחה ודאי שהיציאה עשתה רושם והיה נזכרים ממנו והיכא דהזכיר שמו נמי אין חוששין שמא איש אחר הוא שיצא זה זמן רב עד כי ברוב השנים נשכח זכרו ואבד שמו ז"א דודאי השם גורם שירגישו הכל ויעוררו כח הזכרון כאשר החוש מעיד ע"ז ומכ"ש לפי המבואר בג"ע שזה האיש אמר שיש לו אשה בק"ק אוסטרעהא ויש לו בית קטן בק"ק הנ"ל דודאי מועיל חיפוש בזה ואין לחוש שמא יצא אחד זה זמן רב דהא הני נשי

איתנייהו בזכירה ואם האשה היתה יושבת בהיותה גלמודא זה זמן רב אין ספק שהיתה מעוררת לויתן והיה נודע הדבר ואין לחוש שמא יצא כבר זה זמן רב ואחר זה יצאה אשתו ג"כ מהעיר רק הוא סובר שאשתו עדיין במקום שהניחה ולכך אמר שיש לו שם אשה ובית קטן פשיטא דכולי האי ליכא למיחש שיצא משם איש ששמו איציק ונשכח זכרו מעיר הזאת ואח"כ יצאה אשתו ג"כ והניחה ביתה ונשכח זכרה ג"כ ובפרט אם ידוע שהאשה הזאת יש לה משפחה בק"ק לאדמיר שאז צ"ל שגם האשה שיצאה זמן רב היה לה משפחה שם וגם צ"ל שהיה אומנתו למכור ספרים ותפילין או שאחר יציאתו משם תפס אומנות זו פשיטא שגם הרא"מ מודה דלשכחא כה"ג ל"ח ובודאי כל בני העיר כשהם שומעים את השם היה נזכרים הנמצא כזה איש בעיר שיצא מכאן אפילו אם יצא זה זמן רב וכיון שכבר הסכימו תשוב' אחרונים להתיר בשמו ושם עירו ע"י חיפוש ובתשובה סי' ביארתי עוד בזה פשיטא שיש לסמוך בזה להתיר ע"י חיפוש: ועוד נלענ"ד לצדד לפי המבואר בג"ע שהעדים העידו שהכירו הבגדים ג"כ בט"ע ולענין הבגדים ל"ש ראה וידע הטביעה דמ"מ אין להם במה לטעות כיון דבמלבושים אין במה לתלות השינוי ואף ע"פ שכתבתי דרמ"א לא נקט ט"ע דבגדים משום דט"ע דבגדים מסתמא לא שבעתן העין מ"מ י"ל דרמ"א מיירי לענין ע"א אבל ב' עדים שפיר מהני דהא ודאי שהם נאמנים בעדותן זה אף להוציא ממון ול"ח דלמא טעו רק דבבגדים י"ל דל"מ משום דחיישינן לשאלה וזה הוי שאלה דיחיד דע"כ לומר שהשאליל לאיש שהיה דמות תבניתו דומה לו במראה ובקומה עד שהיה להם מקום לטעות מחמת שינוי כל דהוא שזהו האיש המ"ס שהיה אצלם ולשאלה דיחיד כה"ג ודאי דל"ח וכבר העיר בזה הגאון ח"צ ז"ל בתשובותיו סי' קל"ד דלשאלה דיחיד ל"ח ומה שהקשו ע"ז בתשוב' האחרונים דרב דמייתי ממתני' דשני יב"ש מוציאין שט"ח על אחרים ע"כ לא ס"ל לחלק בהכי ואביי הוא דמתרץ לה הכי לחלק בין נפילה דיחיד לנפילה דרבים וגם החכם מהר"ח המשיב נ"י נכדו של הגאון ז"ל מקהי בה אקיותהא ומותיב ומפרק לה ועיין בשו"ת הב"ח החדשות סי' בתשובה שכתב הגאון מוהר"ר אברהם בעל מ"ב ז"ל: אך לענ"ד י"ל בפשיטות דהח"צ שפיר קאמר דאפוי פלוגתא לא מפשינן ורבא ה"ק דאם נימא דחיישינן לנפילה אע"ג דנפילה לא שכיח דהא מזהר זהיר ביה מ"מ כיון שאינו מוחזק בגוף החוב א"י להוציא וחישינן אף למלתא דל"ש א"כ מה בכך דהוי נפילה דיחיד דאף בכה"ג נמי יש לחוש מה"ט שזה אין מוחזק בגוף החוב וכמ"ש התוספות דמה"ט לא מחזקינן ליה בשלו אלא ע"כ דלמלתא דלא שכיח ל"ח כלל א"כ אף לנפילה דרבים אין לחוש דהא הנפילה לא שכיחה מצד עצמה דמזהר זהיר ואביי מתרץ דלחד מלתא דל"ש שפיר חיישינן משא"כ נפילה דיחיד דאיכא תרי לא שכיחא שהנפילה מצד עצמה ל"ש וגם הוא דיחיד אז ל"ח: ולפ"ז לגבי שאלה אע"ג דנימא דרבא חייש לשאלה משום דשאלה שכיחא מצד עצמה מ"מ אין לנו לחוש רק לשאלה דרבים דהוי שכיח אבל לא לשאלה דיחיד דל"ש ולא עדיף שאלה דיחיד מנפילה דרבים אליבא דרבא.

ואדרבה אליבא דאביי י"ל דחיישינן אף לשאלה דיחיד דדוקא תרי לא שכיח בעינן: ובהכי א"ש מה דקשה לכאורה על הח"צ דהא להדיא אמרינן ביבמות ואביי למאי ניחוש לה לנפילה מזהר זהיר כו' ועיין בתוספות שכתבו דר"ל דבכה"ג דהוי נפילה דיחיד לא חייש ועכ"פ חזינן דאף בדיחיד אי לאו טעמא דמזהר זהיר הוי חיישינן וכבר ראיתי מי

שעמד בזה ולפי מ"ש א"ש דלאביי אנו צריכין גם כן להך סברא דמזהר זהיר ובצירוף שהוא נפילה דיחיד משא"כ לרבא שפיר י"ל דאף בשאלה לא חיישינן לדיחיד אלא דקשיא לענ"ד על סברת הח"צ הא דאמרינן דפליגי מתני' וברייתא באותיות ניקנות במסירה ולמ"ד אין אותיות נ"ב חיישינן דלמא מסר ליה והיינו שמסר לו לצור ע"פ צלוחתו וכמ"ש התוספות שם ובב"ב דף ע"ו והרשב"א בר"פ כל הגט וזה הוי כמו שאלה דיחיד ואפ"ה ס"ל דחיישינן ואף מתני' דפליגי היינו משום דס"ל דאותיות ניקנות במסירה אבל אי אין ניקנת כ"ע מודו דאין מוציאין דחיישינן דלמא מסר לזה ששמו ג"כ יב"ש לצור ע"פ צלוחתו ועתה הוא תובע בו כשלו והנה לפי מ"ש הרמב"ן במלחמות בב"ב ובחידושו ובשאר דוכתי מלתא דרב דס"ל דל"ח לתרי יצחק תלוי בהא דל"ח דלמ' מסר דכמו דל"ח שמא הלך לשם יצחק אחר ה"נ אמרינן שלו היתה מתחלתו וכאן נמצ' כאן היה ולפי זה תיקשי עליו ממתניתין דאין מוציאין שטר חוב על אחרים דלפי משמעות הש"ס בב"ב גם לרבא הכל תלוי בהך סברא דאותיות ניקנות במסירה ולפי דברי רבא ביבמות אין זה ענין לזה דאפילו תימא אין ניקנות ל"ח דלמא מסר כלל ואמרינן שלו היתה מתחלתו גם קשה בהא דהקשו התוספות על אביי דקאמר לנפיל' מזהר זהיר שהרי אביי סובר צריך להביא ראיה ולכאורה לאו קושיא היא דבשלמא התם דמיירי שזה גופיה אומר שלא היה שלו רק שבא לידו ע"י שמכר ומסר לו אז שפיר חיישינן לנפילה כיון דעכ"פ אף לפי דבריו בא לידו מרשות אחר משא"כ היכא שזה טוען שמעולם היה שלו גם אביי מודה דל"ח לנפילה ומחזקינן בחזקת שהוא שלו: אך דלכאורה ממאי דקאמר הש"ס דברייתא דשני יב"ש אין מוציאין כאביי מוכח דלאביי אף בכה"ג שטוען שלו הוא מעולם נמי צריך להביא ראיה דהא הך דב' יב"ש מיירי בכה"ג (איברא די"ל כמ"ש התוספות שם דהברייתא ס"ל טפי מאביי דאפיל' בנפילה דיחיל' מוציאין ה"ה נמי לענין זה דמצי טעין לא היה שלך מעולם דהא אביי באמת חייש לנפילה אף היכא דמצי למטען לא היה שלך מעולם כדמוכח גבי מהא דקאמר גבי לויתי ממך כו'): אך י"ל כיון דלאביי קיימינן ואביי חייש לתרי יצחק אם כן אין לחלק בין טוען שלי הוא מעולם ובין טוען זה מסר לי דהא זהו ראיית רבא מדלא חיישינן דלמא מסר מוכח דל"ח לתרי יצחק כמ"ש הרמב"ן והרשב"א ולדבריהם צ"ל הא דמשני באותיות ניקנות כו' היינו אליבא דאביי דאלו לרבא אף דאין ניקנית מ"מ שפיר מוציאין כיון שזה טוען שהוא שלו מעולם ולרב איכא תרי גווני דל"ח לנפילה חדא דאמרינן שלו היתה מעולם (ודלא כאביי דחייש לתרי יצחק ולדידיה אין זה מעלה מה שהיה שלו מתחלה וגם אביי חייש לנפילה גבי לויתי ממך מנה) ואידך דל"ח מצד עצמות הנפילה דלא שכיחא ולפיכך ס"ל דאי אותיות ניקנות במסירה א"צ להביא ראיה משום דל"ח לנפילה ולכך הוי תפיסתו קנין אע"ג דודאי בא מיד חבירו וכמ"ש הר"ן פרק הכותב והרמב"ן בספר הזכות ע"ש אבל אי נימא דאין ניקנות ע"כ דאין תפיסתו קנין כיון שאין נקרא מוחזק בחוב כמ"ש התוס' ומתוך השטר הרי יש לנו לומר על יב"ש זה כמו על זה והשתא א"ש דאביי הוצרך ביבמות לומר דנפילה מזהר זהיר דאל"כ אף דהוי נפילה דיחיד ס"ל דיש לחוש דהא חייש לתרי יצחק ולכך קאמר כיון דמזהר זהיר אע"ג דאיהו חייש לנפילה מ"מ סברא קצת איכא דזהיר וגם הוי דיחיד ל"ח וא"ש הא דקאמר מאי אמרת דלמא מסר כו' דאי חיישינן לתרי יצחק שפיר חיישינן דלמא מסר ואף שהיא שאלה דיחיד

משא"כ אי לא חיישינן לתרי יצחק ל"ח גם לשאלה דיחיד דתרי יצחק נמי כשאלה דיחיד הוא דל"ח שמא גם אחר ששמו יצחק הלך למקום זה ומתחלה היה במקום אחר וה"נ גבי שטר שמתחלה היה ברשות יב"ש זה ומסרו לרשות יב"ש אחר ורבא סובר דאף בלא סברא מזהר זהיר אין לחוש ליחיד ומה"ט ל"ח לתרי יצחק וגבי חבו בר נאנאי דלמא מסר וס"ל דאי הוה חיישינן לנפילה אין לצרף סברת זהיר ודיחי' בהדדי ובב"ב פריך רבא לשיטת אביי גופיה דס"ל דשפיר מחזקינן מרשות לרשות ויכול להיות שהיה מתחלה ביד אחר ועתה בא ליד יב"ש זה וכמו דחייש לתרי יצחק א"כ קשה ממתני' דב' יב"ש מוציאין דעכ"פ מוכח דל"ח לנפילה כלל וממילא דאף גבי לויית ממך מנה שהוא נפילה דרבים ליכא למיחש ובהכי א"ש מה דהקשה הרשב"א ביבמות דל"ל לאתויי מחבו בר נאנאי הו"ל לאתויי ממתני' דב"ב ומתרץ דמעשה רב ולפי מ"ש י"ל דמתניתין אין הכרח דל"ח לתרי יצחק דאיכא לדחויי דאתי כרבי דס"ל אותיות ניקנית במסירה אבל מרבה דייק דלא משמע ליה דפוסק דלא כרבנן ומשני אביי דודאי רבה הכי ס"ל דנקנית ויצא לנו מזה דלמאי דקי"ל כרבא דל"ח לתרי יצחק ג"כ ל"ח לשאלה דיחיד ומה"ט ס"ל לרבא דל"ח דלמא מסר ליה לצור דהיינו שאלה דיחיד כיון דלתרי יצחק ל"ח להא נמי לא חיישינן: ועוד י"ל ע"פ מ"ש הרשב"א בחידושו לגיטין דכל ששיירות מצויות חשבינן ליה כנפילה דרבים דטובא יב"ש איכא בעלמא וכתב שם אליבא דרבא הא דבעינן הוחזקו והיינו כל דהוחזקו חוששין להשיירות כיון שיש לפנינו גם כן מי שהוחזק בשם זה ולפ"ז לפי מ"ש התוס' ביבמות דאביי ורבא פליגי היכא ששיירות מצויות ואי חיישינן לתרי יצחק והיינו דלמא יצחק אחר מעלמא אתא לכאן אם כן תיקשי ליה מחבו בר נאנאי דאיכא טובא והשיירות מצויות הו"ל כנפילה דרבים וגם יש לחוש דלמא מסר ליה איזהו חבו בר נאנאי ואין זה מסירה דיחיד ואביי סובר דלנפילה מזהר זהיר דאף על גב דשיירות מצויות וחשיב כדרבים מ"מ היינו דוקא גבי גט שיב"ש זה אבד גט וכמו כן יש לחוש שאבד אחר ג"כ משא"כ גבי חבו כיון שאין כאן נפילה לפנינו מה"ט נחזיק שנפל ממנו דהא זהיר ביה וכמו נפילה דיחיד חשיב כל שלא ידענו שא' אבד שטר וכמ"ש הרשב"א סברא זו אליבא דרבה דלכך בעינן הוחזקו דעכ"פ בעינן שיהא לפנינו עוד אחד בשם זה ואז חיישינן לאחרים ומכ"ש דאתי שפיר הך סברא לענין נפילה דבעינן שיתברר נפילה לפנינו: והשתא אתי שפיר הא דמייתי רבא בב"ב ממתני' דשני יב"ש דס"ל דההיא חשיב כנפילה דרבים כיון דסתמא קתני משמע דאף ע"פ שהשיירות מצויות והרי שם הוחזקו שני יב"ש ואיכא למיחש להרבה יב"ש דעלמא וע"כ מוכח דאף לנפילה דרבים ל"ח ואביי ס"ל דההיא הוי נפילה דיחיד כיון שלא נתברר דנפל אמרינן דזהיר שלא יפול ואם נפל לא שכיח שיבא לידי מי ששמו יב"ש משא"כ בההיא דסמוך שפיר חיישינן לנפילה דרבים ולפ"ז נראה דבנ"ד כיון שנצטרך לומר שביום הליכתו מעיר פגע באדם אחד שהיה דמות דיוקנו דומה לו עד שטעו העדים לומר שזהו הוא שהיה בעיר והשאליל בגדיו לזה והיינו ההוא שנטבע דפשיטא דכולי האי ל"ח דאפילו תימא דאיכא אינשי שקרובים בדמות פניהם לההוא גברא מ"מ הרי אין שיירות מצויות שם שנחשוב זה לשאלה דרבים ופשיטא שאין לך שאלה דיחיד גדולה מזו והלכך אם העדים היה להם הכרה טובה במלבושו שלו אין לחוש לשאלה בכה"ג ועיין בפוסקים ובתשובה לענין סי' אמצעים בגופו וסימנים מובהקים בכליו ובמ"א הארכתי: והנה לפי מ"ש החכם

מהר"ח שהאשה אמרה לפניו שהכירתו היטב בט"ע שהוא בעלה אלא דלא חזיתיה לאלתר רק בתר דאשתהי פשיטא שיש לצרף דעת ר"ת דאם ידוע וניכר בחייו למכיריו מעידין עליו אפי' אחר ק' ימים והרא"מ בתשובה נסתייע מזה להתיר מדברי הא"ז שהביא תשובה ר"ת ואע"פ שמהרי"ט תמה עליו שהרי גדולי הפוסקים חולקים עליו: נלענ"ד שהרא"מ הביא זה כיון שנסתייע מבה"ג שדבריו דברי קבלה ומהרי"ק כתב דגם הרב ר' עזריאל דהוא בתראה פסק כוותיה וגם מהר"מ בתשובת מיימוני הביא דבריו להתיר וכתב שכדאי הם לסמוך עליהם והארכתי בזה בתשובה סי' ב' והבאתי שם שגם ראש משפחתינו רבינו יוסף בכור שור בעל התוס' והוא היה תלמידי ר"ת כמבואר בשו"ת רש"ל סובר ג"כ כרבו ר"ת בזה כמבואר בספר דעת זקנים חיבור בעלי התוספות על רש"י על התורה ובספר פענח רז"א פרשת כי תצא בענין עגלה ערופה וכיון דבה"ג ור"ת והר"ר עזריאל ומהר"מ ור"י בכור שור קיימו בחד שיטת אע"פ שאין לסמוך על היתר זה לבד כמ"ש בח"מ מ"מ חזי לאיצטרופי להנך היתרים וגם להסוברים דראה ממש בעינן להרז"ה ודעימיה יש לצרף בזה דעת הטור ודעת הרא"ש לפי פירש הגאון מהר"ב אשכנזי וגם אני חזון הרביתי בתשובה סי' הנ"ל והעליתי בדעת הרא"ש להתיר בלא ראה הטביעה אף בלא לאלתר ולא רציתי להאריך בזה כיון שא"א להעמיד יסוד על היתר זה רק יש בו כדי לצרף לשאר היתרים זולת כמה אומדנות והוכחות שיש בנדון זה ולכן נלענ"ד לעשות חיפוש להכריז בבהכ"נ ובכל בתי מדרשות שבעיר וליתר שאת ילך שליח ב"ד מבית לבית לשאול אם יש מי שיודע ועולה על זכרונו שהלך משם איש אחד ששמו איצק או יצחק והניח אשה ובית קטן ושוב לא חזר לביתו ואם לא נמצא כזה איש רק בעל האשה הזאת לבד אז יש להושיב ב"ד ולהתירה לעלמא: אמנם דברי אלה להלכה ולא למעשה משום חומר א"א עד כי יסכימו בהיתר זה עוד שני חכמים מפורסמים בהוראה מלבד כבוד הרב הגאון אב"ד דק"ק הנ"ל שאשה סרה למשמעתו יביע אומר ויחזה דעתו ובהדי דדרו דורא דלינא ואמינא מה דקאמינ' דברי זעירא מן חבריאי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד כח שאלה איש אחד שמו מוהר"ר אייזיק מבארלאד היה נוסע מק"ק טיקאטש לק"ק בארלאד עם איש' אחר שהיה שותפו והיו נוסעים שניהם יחד על העגלה אחת א' היה אומן ממלאכתו טובאק והשני אומן במלאכת הקעם ושוב נאבדו שניהם ונתעלמו מן העין ואחר זמן נמצאו שני הרוגים על אותו הדרך עם העגלה והסחורה וכלי אומנות מעשיית הטובאק ומעשיית הקעמין והר"ר אייזיק ניכר להם במלבושיו וגם היה לו סימן בגופו רושם אחד הנקרא האניק פלעק וגם מצאו שם כר אחד שנשלח ע"י הר"ר אייזיק ושותפו הנ"ל מק"ק טיקאטש לק"ק בארלאד וניכר הכר לעיני האנשים עכ"ל השאלה וכבוד ב"ד הרב הגדול החריף מוהר"ר משה נ"י פתח פתחה להיתרא וחלה פני לחוות דעי בזה: תשובה מתחלה אען ואומר שבנ"ד אין לבנות יסוד על היתר דמנין הוי סי' שדבר ברור הוא דמנין לחוד ל"ה סי' מובהק כמבואר ביבמות דף קט"ו האי גברא דאפקיד שומשמי כו' אימר חושבנא בעלמא אתרמי אלמא דמנין ל"ה סי' אמנם התוס' שם כתבו דהא דקאמר בב"מ מנין הוי סי' התם מיירי בענין שאין דרך בני אדם להצניע כו' ובאמת דברי התוספות תמוהים דהתם לענין אבידה סגי בסי' אמצעי אבל מ"מ אינו נחשב סי' מובהק להתיר אשה או להוציא ממון על ידו כיון דאפשר דחושבנא איתרמי וגבי עובדא דשומשי סי' מובהק בעינן כמבואר בתוספות

ובח"מ סי' רנ"ז והלכך לא חשיב מנין סי' וגם בלא"ה לכאורה יש לחלק בפשיטות דהתם בב"מ זה שאבד אומר שהוא שלו אלא דחיישינן לרמאי ומשקר וכיון שאומר המנין אמרינן דמסתמא כיון שמכוון המנין ודאי שלו הוא וקושטא קאמר משא"כ שזה תובע את שלו שהפקיד תחת ידו כשיעור הזה שפיר קאמר שומשמי מאי סימנא אית בהו דדלמא אתרמויי אתרמי שגם הוא הצניע לעצמו כשיעור הזה וצ' דקושיות התוספות דמ"מ ה"נ נימא גבי אבידה נהי דאין זה רמאי דמנין ידע המנין כמה אבד זה מ"מ דלמא אתרמויי אתרמי שגם אחר מרוב דעלמא אבד מנין כזה ועיין בב"מ דף כ"ג ע"ב ד"ה אי דליכא שכתבו וי"ל דהתם נמי לאו משום דחשוד לשקר אלא משום דאמרינן ליה כי היכי דאת אבדת חפץ זה ה"נ אימור אדם אחר אבד חפץ כזה ע"ש שר"ל דהתם כיון שמכוון החפץ מועיל שאינו רמאי ומ"מ חוששין שמא אחר אבד ג"כ חפץ כזה וה"נ דכוותיה וע"ז תירצו דהתם מיירי בענין שאין דרך לעשות במנין זה לכך ל"ח לרובא דעלמא שאין דרכם לצרף מנין כזה אך שעדיין צ"ע מה שהקשיתי דלמא שאני הך דב"מ דלא בעינן סי' מובהק גמור ולכן נלענ"ד דהתוספות משמע להו דלפום הך טעמא דקאמר דאתרמויי אתרמי אפילו סי' להחזיר אבידה על ידו לא הוי דכהאי לישינא אמרינן בב"מ שם מ"ט אמור רבנן רקתא דנהרא ל"ה סי' כי היכא דלדידך אתרמי כו' א"ד מ"ט אמור רבנן מקום ל"ה סי' דאמרינן כי היכא דלדידך אתרמי כו' אלמא דבכה"ג ל"ה סי' אף לענין מציאה ואף דאנן קי"ל מקום הוי סימן היינו משום דהתם אין רגילות ששני בני אדם אבדו חפץ כזה ובמקום אחד ע"ש בתוספות אבל גבי מנין כיון דחזינן דאמרינן אתרמויי אתרמי אף דאיתמר לגבי הוצאות ממון מכל מקום מה"ט גופא אפילו לגבי מציאה לא מיקרי סי' (ועיין בתוס' ביבמות שם ד"ה ומי חיישינן שמא פינן שכתבו לפרש דברי הש"ס כיוצא בזה ע"ש) ולהכי שפיר קא קשיא להו מהך דב"מ ואהא תירצו דהתם אין דרך להצניע כו' אבל מ"מ אף בכה"ג נמי לאו סי' מובהק הוא אלא דלפ"ז קשיא למה הוצרך הש"ס ביבמות למימר טעמא דאתרמויי אתרמי דמשמע דוקא בכה"ג שדרך להצניע במדה זו תיפוק ליה דבלא"ה נמי מנין ל"ה סי' מובהק ואין מוציאין ממון על ידו ונראה דשפיר הוצרך לומר דהך מנין לאו סי' הוא כלל דאל"כ אע"ג דל"ה סי' מ"מ כיון דקאמר נמי סימנא דבחביתא רמיין אע"ג דקי"ל חיישינן שמא פינן מ"מ הוי סי' אמצעי ושני סימנים אמצעים כסי' מובהק חשבינן ליה כמ"ש הפוסקים ולכן הוצרכו התוספות לומר דסי' מנין דהכא אפילו סי' אמצעי ל"ה לפי שדרך להצניע במדה זו אבל באמת אפילו במקום דהוי מנין סי' מ"מ ל"ה סי"מ דאורייתא כלל רק לענין מציאה דסגי בס' אמצעי וכן מבואר בנ"י ביבמות שם שכתב דהא דאמרינן בב"מ דמנין הוי סי' היינו דוקא מציאה כו' וכ"נ מדברי הרא"ש ב"מ דף ע' שכתב וא"ת דהבא פריכא נמי דלמא יהיב סימנא במשקל דקי"ל בא"מ דמשקל הוי סי' וי"ל דוקא מציאה הקילו להחזיר בסי' כל דהו אבל הכא בעינן סי' מובהק עכ"ל וא"כ כ"ש מדה ומנין שהרי מדה ומנין ממשקל אנו למדים אותם כדאמרינן מדמשקל הוי סי' כו' וא"ל דה"ק מדמשקל הוי סי' מדה ומנין פשיטא דהוי סי' דעדיפי טפי ואפילו סי' מובהק נמי הוי ז"א דפשיטא דדיו לבא מן הדין להיות כנדון ול"ה רק סי' כל דהו ומועיל לענין מציאה לבד איברא שלכאורה יש להביא ראיה דסי' מדה עדיף מסי' משקלמהא דאמרינן בב"ב דף קכ"ח היה יודע לו בעדות קרקע עד שלא נסתמא כו' ורב ששת אמר אפילו גלימא אפשר דמכוין מדת ארכו ורחבו

אבל נסכא לא ור"פ אמר אפילו נסכא אפשר דמכוין מדת משקלותו הרי מבואר דסי' מדה עדיף לר"ש מסי' משקל וא"כ הא דקאמר בב"מ אליבא דר"ש מדמשקל הוי סי' כו' ע"כ דבדרך כ"ש קא מייתי לה וא"כ י"ל דסי' מנין נמי עדיף מסי' משקל אלא דלפ"ז קשה דהא מהתם מוכח דמוציאין ממון ע"י סי' מדה לר"ש או משקל לר"פ והרי הרא"ש כתב בפשיטות דסי' משקל ל"ה רק סי' כל דהו וגם סי' מדת ארכו ורחבו נראה דל"ה סי' מובהק כמ"ש התוספות ב"מ דף כ"ז לא מובהק ממש קאמר אלא מובהקין מסימני חבירו כמו זה אומר מדת ארכו כו' וכן מבואר בשיטה מקובצת ב"מ שם הרשב"א והריטב"א: ולפ"ז קשה דבהיא דב"ב מבואר שמוציאין ממון על יד' סימנים אילו ואף על גב דאתותבו כולהו מברייתא ה"ד בסומא דהברייתא ס"ל סומא פסול לעדות דכתיב והוא עד או ראה כמבואר ברמב"ם הל"ע וברא"ש שם ובעינן תחילתו וסופו בכשרות אבל בפקח כה"ג שפיר מעיד על ידי סימני אורך ורוחב ומשקל ואפשר לומר דהך דב"מ דיליף מדה ממשקל היינו מדת ארכו ורחבו דגלימא דהיא ל"ה סי' מובהק אליבא דשמואל בב"ב דס"ל גלימא לא משום שהרבה טליתות מדותן שוות והיינו דיליף לה ממשקל דהוי סימן בכלי כסף כו' דמהני כשמכוון מדת משקלותיו אף על פי שגם הם על הרוב הם במשקל אחד וכדמשמע גם כן בב"ב דעדיף טפי סימן אורך ורוחב דגבי גלימא מסימן משקל דגבי נסכא דהא ר"ש סבר נסכא לא רק דר"פ פליג עליה וקאמר דאפילו נסכא ולכך בב"מ דאליבא דר"ש מיירי התם ולדידיה גבי נסכא אין מוציאין ממון בעדות סומא אף דמצי מכווין מדת משקלותיו ומ"מ לענין אבידה תניא דהוי סימן כדתניא כלי כסף וגיטטרן דהיינו שברי חתיכות א"כ מכ"ש דמהני סימן מדה באבידה דמהני לר"ש בב"ב אף להוציא ממון וא"כ מאי דקאמר מדמשקל הוי סימן כו' בתורת קל וחומר אתי עלה והך דב"מ דמוכח מינה דמשקל ל"ה סימן להוציא ממון על ידו אתי כשמואל ור"ש בב"ב דאמרי נסכא לא והתוס' והפוסקים שכתבו דאורך ורוחב לא הוי סי' מובהק פוסקים כשמואל בב"ב דגלימא לא ואע"ג דר"ש ור"פ ס"ל דאפילו גלימא ונסכא ס"ל להתוס' כיון דבנסכא לא קי"ל כר"פ כדמוכח מהא דב"מ דף ע' שאין מוציאין ממון בסי' משקל ה"ה במדה בגלימא לא קי"ל כר"ש כיון דמשמע בש"ס דלענין אבידה מדמינן מדה למשקל ולכך לענין אפוקי ממונא נמי אף שי"ל דלענין סי' באבידה אתינן עלה בתורת ק"ו אבל מ"מ לענין אפוקי ממונא עדיין י"ל דאף דל"מ משקל מ"מ מהני מדה ס"ל להתוספת שאין לחלק ביניהם אלא כדשמואל קי"ל דגלימא לא והוי סי' רק להחזיר אבידה אבל לא להוציא ממון.

שוב ראיתי בנ"י פ"ב דב"מ שכתב וז"ל והרא"ה כתב כו' והכא הכי פשטינן מדמשקל הוי סי' בכלי כסף מודה בגלימא כ"ש דהוי סי' דטפי הוי סי' מובהק מדה בגלימא ממשקל בנסכא וראיה לדבר מדאמרינן בי"נ גבי היה יודע בעדות כו' מ"ש דמ"ד נסכא לא סבר דמדת משקלותיו בנסכא לא חשיב כמדת ארכו ורחבו בגלימא עכ"ל הרי מבואר כדברי ת"ל דבתורת ק"ו אתי עלה ועי' בנ"י פרק איזהו נשך שכתב דמשקל ל"ה סי' כ"א לגבי מציאה דלאו אפוקי ממונא הוא אבל היכא דהוה אפוקי ממונא כו' לא יהינן אלא בסימן מובהק אבל משקל שהוא סי' כל דהו לא עכ"ל צ"ע שסותר דברי עצמו בב"ב פרק י"ג שכתב וז"ל ולכאורה מהכא נפקא לך מהא דפסלינן משום תחלתו וסופו בכשרות משמע דבהכ"ג שהוא כשר נאמן ומפקינן מיניה הגלימא או החתיכה של כסף וה"נ מסקי' בא"מ

ומתמהי רבוותא דהרי יש לחוש לרמאות לכן נראה דאיירי כגון שהנתבע טוען החזרתי לו אותו כלי שהעדים מעידין עליה הסימנים כו' ע"ש מבואר מדבריו דהכי קי"ל לדינא וא"כ מבואר דסי' מובהק גמור הוי היכא דליכא למיחש מפני הרמאות ואפילו בסימן משקל כדר"פ וא"ל דהתם דמיירי בנפקד שטוען החזיר לא הוי אפוקי ממונא כולי האי ושפיר מפקינן בעדים שמעידים שיש כלי זה ת"י אף בסי' כל דהוא שא"כ בהך דב"מ דז"א דלשון הנ"י משמע דדוקא משום חשש רמאות צ"ל דמיירי בכה"ג ועוד דגם הך דב"מ בעדי פקדון מיירי דאל"כ הוי טענינן לקוח ע"ש ולכן צריך לדחוק ולומר דהנ"י לא קאמר אלא דבכה"ג מועיל העדות על ידי סימן ומ"מ לענין סי' משקל בנסכא לא קי"ל כר"פ אלא כשמואל ור"ש דקאמרי נסכא לא וכדמוכח מההוא דא"נ וצ"ע:.

והנה מ"ש לעיל דמדה ומשקל מיירי בגוונא שעל הרוב הם שוות ואפ"ה הוי סימן לגבי אבידה ז"א לפמ"ש התוספות דיבמות שהבאתי לעיל שכתבו דהך דב"מ מיירי שאין דרך בני אדם להצניע במדה זו לכך הוי סי' ועי' בחידושי הרמב"ן בבא בתרא דף קכ"ח מ"ש לחלק בין ההיא דהתם להך דב"מ ומוקי לה במדת פירות ולקצר אני צריך ועל כל פנים לדינא דברי התוספות צ"ע וגם כי מ"ש דבב"מ מיירי שאין דרך כו' והיינו שאין דרך לעשות הכל במדה א' דאל"כ ל"ה סי' אף לענין מציאה כדאמרינן התם לענין מחרוזות של דגים דבמנינא דשויים שנהגו הציידים לחרוז כמנין הזה בחרוז א' לא הוי סי' וא"כ כי מוקי ההיא דיבמות שדרך בני אדם להצניע במדה זו היינו שעל הרוב מכוונין מדה זו א"כ פשיטא דכה"ג לא הוי סי' כלל ומאי ס"ד דר"ח למימר דהיינו עובדא דשני ת"ח ורבא נמי ל"ל למימר אימר אתרמי דהך לישנא משמע שאין הרגילות כן אלא דאפשר דאתרמי הכי דבפשיטות הול"ל דלאו סימנא הוא דאורחיהו בהכי וכהיא דמחרוזות במנינא דשויים וכ"כ התוספות בדלוסקמא לא הוי סי' כיון שדרך להניח שטרות בדלוסקמא אלא ודאי דגם הך דיבמות מיירי בענין שדרך בני אדם לעשות זה בכה וזה בכה ואפ"ה קאמר דלאו סימנא הוא כיון דאפשר דמתרמי הכי ועי' בדברי הג"א בב"מ פרק א"נ שכתב וז"ל מיהו בסימן שאינו מובהק כגון שהפקיד ביד חבירו חביות מליאה פירות בפני עדים כו' אימור אתרמוי אתרמי כההיא דהאשה שלום וסיים בה פר"י מהרי"ח הרי שהר"י בעל התוספות כתב דמנין ל"ה סי' מובהק דאתרמוי אתרמי ולא מחלק בין אם דרך להצניע במדה זו או לא ובכתובות דף פ"ה ההוא גברא דאפקיד שב מרגניתא דציירין בסדינא בי' רב מיאשא כו' ועוד הא קיהיב סימנא כתבו התוספות פי' בקו' דציירין בסדינא ושבע הוי ובהאשה שהלכה לא הוי סי' כה"ג עכ"ל ולא ביארו טעם הדבר ונראה שר"ל כמ"ש ביבמות ואפשר לומר דהתם הא דקאמר דציירי בסדינא נמי עכ"פ הוי סי' אמצעי ובצירוף הסי' דהווי שבע מחשבי תרוויהו סימ' מובהק משא"כ ביבמות הא דקאמר בחביתא רמיין אינו סימ' כלל דהא הדרך להניח בחביות ועוד דאמרינן שפינן כמבואר בש"ש והיינו דודאי בשעת פקדון נתן לתוך חביות ואחר כך פינה בעל הפקדון משם ועירה שלו לתוכה וכיון שאין כאן רק סימ' מנין לחוד לא הוי סימ' לאפוקי ממונא: שוב ראיתי ביש"ש דמייתי דברי התוספות ומפרש בענין שדרך בני אדם להצניע היינו ד"מ עשר וט"ו וך' וך' והוא אומר אחד מהם אמרינן הכי אתרמי ליה והתם מיירי בענין שאין דרך בני אדם להצניע היינו שאין דרך להיות שוין במספר לא אמרינן אתרמי וכתב ע"ז דהר"ן (ר"ל הנ"י) חילק דדוקא גבי מציאה הוא דהוי מנין

סי' וכו' וכן לענין התרת אשה בעינין סי' מובהק דל"ש לומר ביה אתרמי אף דליכא מאן דמכחיש לי' משום חומר דעריות דהא תלמודא משוי להו להדדי והר"ן לשיטתו כמו שחילק בב"מ לענין משקל אבל התוספות לא ס"ל הך סברא ודבריהם עיקר עכ"ל וכבר כתבתי דגם הרא"ש בב"מ כתב כדברי הנ"י בזה וכן נראה מדברי שאר מפורשים וכן מבואר מדברי ה"ה והכ"מ פרק י"ג מהלכות גזילה ואבידה דמדה ומשקל ומנין לא הוי סימנים מובהקים ממש רק סימנים חשובים קצת ואין להתיר על ידם אשה אלא שה"ה רוצה לומר דהרמב"ם ס"ל סימנים דאורייתא והכ"מ תמה עליו בזה ע"ש וכן מבואר מדעת האחרונים בח"מ סי' רצ"ז וכ"כ בסמ"ג עשין נון שכתב וז"ל ויראה לי דהלכה כרב אשי דמספקא ליה מה שמחזירים אבידה בסימנים שאינם מובהקים אם הוא מן התורה או מדרבנן הלכך בגט שאבד שיש שם איסור לא יחזירוהו כ"א בסימנים מובהקים כגון נקב בצד אות פ' ומשמע שם שמדה ומשקל וכיוצא בהם שמחזירים אבידה על ידיהם הם סימנים שאינם מובהקים עכ"ל וכן מבואר מדברי השי"מ בב"ב בשם רבינו יונה דמנין לא הוי סימן לענין היתר אשה ועיין מ"ש בתשובה שלפני זה שהארכתי בענין זה.

ועוד נראה דגם התוספות מודים דבכה"ג שרגילות הרבה לנסוע שנים שנים יחד שלא ללכת בדרך יחידי וכל חד ליהוי צוותא לחברי' אף על גב דלפעמים הולכין ג' וד' ויותר ג"כ מ"מ בשביל שאנו מוצאין שנים אין זה סי' כיון שרגילות הוא ג"כ שיתחברו שנים יחד לצוות' בסימ' והוי כהא דשומשמי כיון דלפעמים מצניעין מספר כזה שוב לא אמרינן מנין סי' דאתרמוי אתרמי כמ"ש היש"ש וה"נ דכוותיה ומ"ש לפירוש הרמב"ם גבי שנים אנשים שהיו מהלכין בקולר כבר פירשו כל הפוסקים ותשו' דדוקא כשידוע מקום היציאה והליכה ועכ"פ מקום ההליכה בעינן שיהיו נודע לנו וכ"כ בשו"ת משאת בנימין סי' ס"ג דהא דסמכין אמנין דוקא בהעידו העדים שמצאום גם על מקום ההליכה לאיזה דרך שהיו רוצים לילך דהכי משמע מעובדא דכרקום ביתר כו' וכ"כ נמי הר"ר אליהו מזרחי כו' וכ"כ נמי החכם בן לב כו' ע"ש אלא דמשמע לכאורה מדבריו דכל שידוע לנו שבעליה' של הנשים הללו שמו מגמת פניהם בדרך זה וכאן נמצאו הרוגים במנין זה תלינן דאילו הם וכן משמע מדבריו בסי' מ"ד בסופו וא"כ גם בנ"ד הרי ידוע לנו שבעליה' של הנשים הללו יצאו מק"ק טקאטש וזרכם נכון לפניהם ללכת לבארלאד אבל לענ"ד זה אינו דהא עיקרא דהא מלתא נפקא לן מעובדא דכרקום ביתר והתם מיירי שהעכו"ם מסל"ת שאותן האנשים שהיו מהלכי' בדרך לביתר ומספרם ששים מתו וכן שאר עובדי דהתם ובהא שפיר אמרי' דכיון שידוע לנו שאותן האנשים בעליה' של נשים הללו היו מהלכים לשם ומספר חבורתם כך סמכין' על זה להתירם אבל אם אין ידוע לנו האנשים ההולכים הנמצאים פה מאין באו לאן היו פניהם מועדים לילך מה בכך שאנו יודעים שבעליה' של הנשים היו נוסעים ממקום פלוני למקום פלוני ועתה נמצאו הרוגים על הדרך ההולך מזה לזה דהא עדיין י"ל שאינם אלו רק אחריני מרובא דעלמא ומי יודע אם היה יציאתם של אילו הרוגים מטקאטש לבארלאד דלמא מעלמא אתו והיה דעתם ללכת למקומות אחרים ובעליה' של אלו אזלו לעלמא דאטו הדרך הזה שנמצאו הרוגים הוא דרך כבושה דוקא מטקאטש לבארלאד מאין פנות אל מקומות אחרים או מבלתי אפשר לבא לשם רק היוצאים מעיר טקאטש דאז שפיר הוי סימנא מלתא שאילו הם

אבל אם הוא דרך הרבים דמקלעי ליה מעלמא ג"כ בשביל שדרך הזה הוא סלולה גם להולכי מטקאטש לבארלאד אין זה הוראה גמורה שאילו הם דדלמא מרובא דעלמא פרשו ואתו לכאן ובאמת בעובדא דהמ"ב סי' מ"ה מבואר שם בעדות כ' אהרן שהישמעאלים אמרו שאותם היהודים שיצאו מעיר יאס כו' וכן מוכח מעדות כ' עוזר שאמרו שהיהודים לא רצו להמתין עליהם בעיר יאס כו' ואפשר שלזה כיוון בסופו מ"ש ונוסף על זה גם מקום היציאה מעיר יאס כמבואר בעדות מו' עוזר על ששה יהודים שיצאו מעיר יאס ללכת אל ארץ ישמעאל כו' אך צ"ע דבעדות מו' עוזר שהיה דרכם ללכת אל ארץ ישמעאל ע"ש וטפי הו"ל לאתויי מעדות כ' אהרן אלא שיש קצת פקפוק בעדות זה ע"ש ואין להאריך: כט שאלה אשה אחת מבנות עירנו ישבה עגונה שנים רבות ומקרוב הביאה גב"ע מק"ק יאס בקיום חתימת יד הב"ד ונראה מתוכו שנפטר בעלה סמוך לשם זה יותר משה שנים ותוכן הענין בא בארוכה בגוף הגב"ע ונפשה בשאלתה להתירה להנשא וכבוד מחותני הרב הגאון מופת הזור המפורסם מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד פה ק"ק יצ"ו פתח פתחא רבא להתירא והדר שדרה לקמאי ואני אני כדאי ששלח אלי אפס אחרי כי ענוותנותו תרבינו לחוות דעי אף אני.

לעשות רצונו חפצתי ואומר עם קיני. אשר מן השמים יורוני: תשובה הלכה רווחת בישראל דכל שהעד מעיד על שמו ושם אביו ושם עירו האשה מותרת אף שאין ידוע שמו וש"א ועירו רק מפי עצמו בדרך ספור ואקראי סמכינן עליה כמ"ש הרא"ש בתשובה ובשו"ת מהרי"ק סי' קע"ו וראייתם מעובדא דר"ט דא"ל כך קורין אותי בעירי כו' ומה שיש לעיין בזה הוא דלכאורה דלפי דעת הרמב"ן והרשב"א והנ"י ביבמות בעובדא דתרי יצחק נראה מדבריהם דדוקא היכא שהעדים מעידים שיצחק זה יצא מקורטב"א ובא עמהם לאספמי' וידוע בקורטב"א שאין שם אחר שדירתו קבוע בהא קאמר רבא דלא חיישי' דלמא יצחק אחר מעלמא אתי לכאן דאמרינן כאן נמצא כאן היה ע"ש ולדבריהם אין היתר כ"א דוקא בכה"ג או במעיד בפירוש על עיר זו ממש הא לא"ה חיישי' לעיר אחרת ששמה כך כמו גבי גט ומכ"ש שחוששינן לאותה העיר עצמה שמא היה שם יב"ש אחר שהיה דר שם בקביעות וזהו שמת וא"כ צ"ע להתיר בכה"ג דנ"ד ולדבריהם צריך ליישב עובדא דר"ט שהתיר ע"פ שאמר כך קורין אותי בעירי כו' דמיירי שהעי' שאמר לו בפירוש על אותו כפר שחייא שבא"י והיה ידוע לנו שאין בא"י כמותה ולא היה שם יוחנן בן יונתן ארי' אחר וכן הא דתניא בתוספתא דמתירין ע"פ שמו ושם אביו ושם עירו מיירי שפיר על איזה עיר הוא מדבר ובאותה העיר צריך חיפוש שאין שם יב"ש אחר וכן בעובדא דצלמון ובאמת הוא דוחק ונראה מדברי תשובת האחרונים שסמכו בזה על הרז"ה והרא"ש שכתבו בשיטת הרי"ף לחלק בין גט למיתה ומ"ש הרמב"ן במלחמות דהא בגמרא מדמו גט למיתה כו' ע"ש כתב כן על הרז"ה דמשמע שרוצה לחלק בזה מדינא דש"ס וע"ז הקשה דבש"ס השווה אותם אבל הרא"ש ס"ל דודאי מדינא אין חילוק בין גט למיתה רק דהרי"ף ס"ל דבמקום עגונה יש לסמוך אמאן דמיקל כרבה ולישנא קמא דר"ז והוא דעת רבא דל"ח לתרי יצחק א"כ לק"מ קושיות הרמב"ן: ולפ"ז צ"ע כיון דהא דנקטינן לקולא הוא כדי שלא תתעגן כל ימיה התינח לענין שלא לאסרה לגמרי לחוש לעיר אחרת בסוף העולם ששמה ג"כ כך אבל מ"מ עכ"פ באותה העיר עצמה היה לנו להצריך בדיקה דמה עיגון יש בזה ואם יתברר

לנו שהיה כאן בעיר הזאת עוד א' ששמו כך ושם אביו כך והלך ולא חזר פשיטא שאין כאן היתר ולפי מה שתי' בעהמ"א דבמיתה מקילינן משום דאשה דייקי א"ש כיון דההיתר גבי מיתה מדינא שפיר אפשר להקל אף בלא חיפוש כלל וכדמשמע מהתוספתא דקתני אבל אם אמר אח' יצא מעיר פלוני מחפשין כו' משמע דברישא לא בעי חיפוש ואע"ג דאיכא לברורי מ"מ נפיש בטרחא וכיוצא בזה כתבו הפוסקים גבי אין סומכין על החזקה במקום שיכולין לברר אבל לפמ"ש דהרמב"ן דחה חילוק זה מסוג' הש"ס דהא אביי ורבא לא מפלגי וכתב שח"ו לומר כן והעיקר שמקילין בזה משום עגון (ומ"ש הרא"ש בתשוב' שם בסוף דבריו שהקילו מתוך חומר כו' ר"ל דבעלמא מקילין בזה גבי עגונא מה"ט ע"ש) ובגט שאפשר בגט אחר אין להקל וא"כ למה נקיל כאן בלא חיפוש שהרי אפשר לברר ואע"ג דהרא"ע שם בתשו' כתב שהמדקדק בסוגי' יראה דלרב' דל"ח לתרי יצחק אפי' אותה העיר א"צ בדיקה מ"מ הא אנן לא מקילינן משום דבריר' לן מלתא דהלכתא כרב דהא בגט נקטינן לחומרא רק משום עגון לחוד סמכינן להקל והיינו היכא דליכא לברורי והרא"ש שם קאי אעובדא דידי' שלא העיד שם עירו ורוצה להתיר אף בכה"ג ועלה מיייתי מהא דתרי יצחק דהרא"ש מפרש דגם שם לא העידו על שם עירו ומש"ה קאמר אביי חיישי' לתרי יצחק שמא יש בעולם ולא מהני בדיקת קורטב"א כלל כיון דשכיחי שיירותא ואמרי' דילמא מעלמא אתי ורבא ס"ל כיון דלא אתחזק לן תרי יצחק שהלכו מבית' ולא חזרו רק יצחק זה בלבד ידוע לנו שהלך ולא חזר ל"ח לאחרינא: ובזה ס"ל להרא"ש אליבא דהרי"ף דנקטי' לקול' בהא כרב' ולא ניחוש ליצחק ממקום אחר דא"כ תתעגן כל ימיה אבל מ"מ אפשר דאותה העיר יש להצריך בדיקה לחומרא וכן משמע קצת ממ"ש הרא"ש שם בריש דבריו כיון שידוע שהיה שם בעלה מכלוף בן מלול ואין מכלוף בן מלול אחר בעיר נ"ל דאתתא שריא כו' עכ"ל לשו' זה משמע שזה היה ידוע לנו שאין מכלוף אחר בעיר וא"כ י"ל דכשאין ידוע באמת צריך בדיקה דל"ש להקל בזה משום עגונה דממ"נ אם לא ימצא אחר באמת תהיה מותרת ואם ימצא הרי מדינא יש לאוסרה ולכן יש לנו לברר הדבר ע"י בדיקה אמנם בק"ע סעיף שס"ז בשם תשובות רש"ך ובסעיף שע"ד בשם תשובות מהרי"ט כתב דבמעיד על שמו וש"א ושמעירו א"צ חיפוש כלל ונראה דטעמייהו דס"ל דמדינא ודאי אין לחוש בכה"ג כמש"ל מדברי התוספת' דפשט דלישנא משמע דבכה"ג א"צ בדיקה כלל וכמ"ש הרא"ש בהדיא וכן נראה מבואר מדברי רש"י בגיטין דף ק"ז והוא שהוחזקו כו' אבל לא הוחזקו מספיקא לא אמרינן דלמא אתנייהו ולא ידעי' כו' וכ"כ הר"ן שם (ומ"ש רש"י בב"מ גבי שוירי דמיירי שידוע שאין שם רק א' והרמב"ן בגיטין כתב דרש"י סתם דבריו אבל בב"מ מפרש שהיה מוחזק וידוע שאין באותו העיר שוירי כי אם אחד ע"ש היינו לתרוצי מה דקשה עליה דר"ה כיון דחייש לתרי שוירי אף דלא הוחזק טפי הו"ל למיחש ליב"ש באותה שוירי עצמה ועל זה כתב דמיירי בידוע כו' וכ"כ התוס' שם אבל ודאי דאף שאין ידוע לנו אם יש עוד יב"ש אם לאו לא הוחזקו מיקרי כמ"ש רש"י בהדיא בגיטין וכמ"ש ודלא כס' שב שמעתא שמוכיח מדברי רש"י ורמב"ן דלעיל דבלא נודע הוי הוחזקו וחיישי' ע"ש שהאריך בזה ואישתמיטת' דברי רש"י שהבאתי שמבואר להדיא דמספיקא לא אמרי' דלמא איתנייהו כו') וכן מבואר מדברי כל הפוסקים דמאן דחייש חייש אפילו לשני עיירות ששם כן ומאן דלא חייש אפילו לאותה העיר עצמה אינו

חושש וכיון דאנן תפסי' במיתה כמאן דמיקל שפיר מקילי' בלא בדיקה כלל כיון דאם נימא להחמיר אף אם נבדוק אותה העיר עדיין לא יצאנו ידי חובת הבדיקה כראוי דדלמא יש עוד עיר א' ששמה כזו וכדחיישי' בגט ויבדוק כל העולם מבעי ליה לחומרא רק כיון דיש בזה משום עיגון אזלינ' לקולא ממילא דגם בהא סמכי' אמאי דלא אתחזק לן באותה העיר ושרינן בלא בדיקה: ועדיין צ"ע להקל במקום חומר א"א דעכ"פ יש לנו לברר מה דאפשר ואיכא למימר דה"ט כיון דאף אם יבוקש הדבר וימצא שהיה כאן עוד יב"ש שלא חזר עדיין לא יתברר איסור ודאי דעדיין נשאר ספק שמא יב"ש השני אזיל לעלמא וזה המת הוא בעלה של האשה זו וע"כ לא אמרי' בעלמ' היכא דאיכ' לברורי מבררי' כגון בס"ס לדעת הרשב"א משום דע"י הברור יתברר איסור ודאי משא"כ בזה שאין הברור מועיל רק שע"י זה יהיה ס' שפיר סמכי' אמאי דלא הוחזק וא"צ ברור כלל ולכאורה יש להוכיח מהש"ס דאין סברא לחלק חששא דשני בין חשש דאותה העיר ובין חשש דעיר אחרת ששמה כך דהא אמרינן התם אשנוייה דרבה שהשיירות מצויות והוא שהוחזקו כו' דאלת"ה קשיא דרבה אדרבא כו' נפק דק ואשכח כל מעשה ב"ד ה"ז יחזיר ולכאורה אין מזה הוכרח דדוקא הוחזקו בעינן דהא התם קאי בעובדא דשירי דמיירי שידוע שאין שם רק יב"ש אחד כמ"ש רש"י ותוס' שם ועלה פשוט ממתני' דנהי דנימא דמתניתין נמי מיירי בכה"ג עכ"פ מוכח דאף דבב"ד שיירות מצויות מ"מ אין חוששין דמעלמא אתי מעיר אחרת אבל אם לא היה ידוע לנו שאין שם יב"ש אחר אפשר דגם רבה מודה דחיישינן שמא יש יב"ש אחר באותה העיר עצמה וגם האחר בא לכאן כיון ששיירות מצויות (וכן הקשה הב"ש בס"י קל"ב על דברי הרמ"א שם) וכן התוס' הקשו שם לאביי דחייש לתרי יצחק תיקשי ליה מתני' דכל מאב"ד כו' ולכאורה י"ל דאביי חייש לתרי יצחק מעיר קורטב"א עצמה אבל לעיר אחרת גם אביי מודה דל"ח ומתני' דכל מעב"ד מיירי בידוע שאין שם אחר בעיר (ומדברי הרא"ש בתשובה נראה דמפרש עובדא דתרי יצחק שלא הועד על שם מקומו דאל"כ לא הוה אמר אביי חיישינן לתרי יצחק אלא הוה אמר יבדוק אותו מקום כו' ע"ש שיש שם חיסר לשון קצת בלא"ה א"ש מ"ש התוס' דלא תיקשי על אביי ממתני' דס"ל דאע"ג דל"ח לשני יב"ש באותה עיר או לשני שירי מ"מ לשני יב"ש בעולם שפיר חיישינן ומתני' דכל מעב"ד מיירי שהוזכר בו שם העיר אך הרא"ש שם כתב דאביי ס"ל כל"ב דר"ז כו' ע"ש אך באמת נראה מדברי המפורשים דהך דקורטב"א העידו שיצא מאותו העיר כיון ששלחו לשם להודיע להם והדברים ארוכים במקומם וכאן קצרת) וא"ל דדחיקא ליה לפרש מתני' דכל מעב"ד מיירי בידוע שאין אחר שם ז"א דמה"ת יהיה דוחק לפרש כן דאע"ג דסתמא קתני הא למאי דמוקי השתא בשיירות מצויות והוא שהוחזקו אע"ג דמתני' סתמא קתני דלזמן מרובא פסול ומזה נראה דהש"ס ס"ל דאם באנו לחוש לשני יב"ש אף דלא הוחזקו באותה העיר אעפ"כ חיישינן דלמא איתנייהו כמו כן היה לנו לחוש אף בידוע לנו שאין שם באותה העיר שמא יש עיר אחרת ששמה כשם העיר הזאת ושם יש ג"כ יב"ש ואפשר לדחוק דאף דשפיר מתוקמי ליה מתני' דלזמן מרובה פסול בהוחזק אע"ג דסתמא קתני מ"מ לא ניחא ליה לאוקמי הך דכל מעב"ד בידוע שאין שם אלא אחד דמנין יהיה הדבר ידוע אם לא ע"י בדיקה וא"כ יבדוק מבעי ליה ואין להאריך ומצאתי במהר"מ שיף בגיטין שעמד בזה ע"ש וגם בשיטה מקובצת ב"מ כתב בשם תוספות שאנ"ץ לתרץ מה

שהקשו על אביי דחייש לתרי יצחק מהא דכל מעב"ד דאביי מחלק בין חששא דאותה העיר בין חשש דשני עיירות ושוב הקשה דא"כ מאי קשיא ליה אדרבה ותריצו שם צ"ע: וראיתי בשו"ת מהרי"ט שהביא דברי רבינו ישעיה מטראני ז"ל (והוא ריא"ז שבספר שלטי הגבורים סביב האלפסי) שמבואר מדבריו דאם מזכיר שמו וש"א וש"ע א"צ לחפש באותה העיר שהוא משם אם יש שם יב"ש אחר ולא מוזכר פשוט אלא כשאמר יב"ש ולא אמר מאיזה העיר הוא דיב"ש טובא שכיחי בעלמא וכן מוכח מלשון התוספתא שלא הזכירו פשוט אלא באומר אחד יצא עמנו כו' ע"ש: ולענ"ד אין ראיה כ"כ מראי"ז די"ל דאזיל לשיטתיה בגיטין לפסק הלכה כרבה להקל אף בגט דגם בחדא לטיבותא מהדרין ול"ח לשני יב"ש כלל משא"כ אנן לדידן דגבי גט אזלינן לחומרא רק משום עיגון מקילינן א"כ י"ל דהיכא דאיכא לברורי על ידי חיפוש באותה העיר יש לנו לברר ומ"ש מהרי"ט שם בתשוב' על מ"ש הראב"ד והוא שלא הוחזקו שם שנים שהראב"ד מפרש דברי הרמב"ם ע"ש לענ"ד כוונת הראב"ד דאם הוחזק שם עוד א' אע"פ שהוא חי אותה העיר צריכה בדיקה וכמ"ש הרשב"א בגיטין דכיון דיש כאן אחד לפנינו ששמו כך איכא למיחש לטובא ע"ש ועיין בלח"מ שם שכתב מ"ש ה"ה שכן מוכח בגמרא היינו משום דלא נימא דבהוחזקו דאיכא תרי ה"נ אפשר דאיכא אחר אע"ג דלא ידענו ליה ולכך מייתי ה"ה מעובדא דחנן דכל שאין לחוש שמא מן החנן האחר תו ל"ח ע"ש ונפלאתי ע"ז דאם כוונת ה"ה לזה א"כ אין לו הכרח מהגמרא דל"ח עוד לאחר דהא התם בדקו מסורא עד נהרדעי ולא הוה ענן בר חייא אחרינא לבר מענן בר חייא מחיגרא וכיון דלהא מחיגרא ל"ח תו ליכא למיחש למידי דהא בדקו וליכא אחרינא ואפ"ל אביי מודה בהא אבל היכא דלא בדק אפשר דחוששין עוד לאחר ששמו כך וכן הוא באמת דעת הראב"ד כאשר הובא לשונו בספר הזכות להרמב"ן במסכת גיטין שכתב שם בסוף דבריו ומעשה דענן בר חייא דבדקו רבנן מסורא עד נהרדעי במקום שאין שיירות מצויות נמצא ומשום שהוחזקו שם שני ענן בר חייא הוצרכו לבדוק שמא יש שם שלישי עכ"ל: אך הרמב"ן בגיטין כתב בשם הראב"ד דההיא עובדא דחנן בר חייא הוחזקו הוה והוצרכו לבדוק כמה היה שם באותו השם באיזה ענין היה אם יש לחוש לכלום או לאו כגון שיבואו עדים ויעידו לא חתמנו כו' ע"ש ולשון זה יש לפרש שהיינו מוחזקים שעכ"פ יש שם יותר מאחד ואין ידוע כמה יש שם יותר אבל אם לא היינו מוחזקים רק בשנים אין לחוש להצריך בדיקה דלמא איכא טובא דלא ידעינן להו ומ"מ י"ל דהראב"ד בהשגות כוונתו כמ"ש וכפי הלשון שהביא בספר הזכות בשמו ועכ"פ אין מקום לראיית ה"ה בזה לפי מ"ש, הלח"מ בפ"ל דבריו דבעי לאתויי ראיה דאף דאיכא ב' כיון שהאחד חי תו ל"ח דלמא איכא טפי מהא דענן בר חייא כיון דהתם באמת בדקו ולא אשכחו טפי ואין להאריך: וראיתי בדברי הגאון האב"ד נ"י שכתב לפקפק לפי מ"ש הח"מ שאין להתיר בלא שם עירו דאיך אפשר שלא יהיה בכל העולם שני יב"ש וא"כ אף שהזכיר שם עירו מ"מ כיון שנשתהה זמן רב בערך ט"ו שנים אינו עולה על הדעת שלא הלך מכאן גם כן א' ששמו שמואל בן יוסף כו': ואני תמה דאם מחמת אריכות הזמן יש לנו לחוש אף היכא שהזכיר שמו וש"א וש"ע שמא אחר הלך ג"כ מכאן ששמו כך אם כן אף שבעל אשה זו יצא מכאן זה לא כביר ניהוש ליה הכי שמא אחר הוא שיצא מכאן מכבר ששמו כך ובא לשם ומת שהרי אנו אומרים שבמשך הזמן ע"כ הרבה יצאו מכאן

ששמם כך ומי יודע אם זה המת יצא מזמן קרוב או מזמן רחוק ועיינב"מ סי' י"ז בתשובה שניה שכתב שחקירה זו קשה ומי יודע אולי זה שלשים שנה שהלך נער א' מראזני כו' ע"ש שהביא גם כן תשובת הב"י בזה (ועיין בדברי הב"ח והאחרונים במ"ש על דברי הטור שכתב בהוחזקו ואין שיירות מצוי' שרי דמיירי שאחד הלך מקרוב כו' וב"ש תמה על דברי ר"א מזרחי שהחמיר בענין החיפוש וכתבתי מזה במ"א) אלא ע"כ דכל שלא הוחזקו שני יב"ש שהלך מכאן רק זה ידוע לנו שהלך מכאן ואין ידוע לנו עוד אחר ששמו כך שהלך מכאן ולא חזר אין לנו לחוש ואין לדמות זה להוחזק שני יב"ש וכן מסיק הגאון אב"ד נ"י שאין מחזיקין עוד אחר ששמו ושם אביו כך ומ"מ מ"ש צ"ע דעכ"פ חיפוש באותה העיר לבעי כיון שעיקר הקול משום עיגון די בזה שלא ניחוש לעיר אחרת ששמה כך אבל מ"מ מאי דאיכא לברורי יש לנו לברר משום חומר א"א ומ"מ נראה דבנ"ד שהחיפוש קשה מאד בעיר גדולה לאלקים כגון קהלתינו יוסף ה' עליהם כו' וגם איכא טובא דמיקלעי מעלמא ויש מי שבאין כאן וקובעין דירתם זמן מה ושוב הולכים לנוע בארץ ואם באנו לחוש לזה לא יועיל החיפוש דאין מי שנותן לבו על הבאים להתגורר ותתעגן כל ימיה ובכה"ג יש לסמוך על רש"ך ומהרי"ק ומשמעות הש"ע והאחרונים דבכה"ג שמעיד על שמו וש"א וש"ע א"צ חיפוש כלל ולא מצאנו בפוסקים לחלק בזה בין עיר גדולה לקטנה דאפי' גדולה כאנטוכי כל כמה דלא איתחזק לן שנים ששמותיהן וגם שם אביהם שוות ל"ח למלתא ואין חילוק בזה בין אם הלך בעל האשה מכאן זה זמן רב או זה לא כביר דאל"כ יש לחוש גם כן שמא המת הוא שכבר הלך מכבר זה זמן רב אלא ע"כ דל"ח כלל וכמ"ש ודברי הח"מ אמורים בלא העיד על שם עירו כלל דזה ודאי הוה כהוחזקו דטובא יב"ש איכא בעלמא ובאמת מפשיטת דברי הרא"ש בעובדא דמכלוף משמע דס"ל דאף בלא הזכיר שם עירו שפיר דמי כיון שהזכיר שמו ושם אביו וס"ל כיון שלא הוחזקו בעולם מי ששמו כך אין לנו לחוש דמה להעולם במלואו מה לי עיר א' דכלום חלקנו בין עיר לעיר ואפילו גדולה כאנטוכי שקרוב הדבר דאיכא טובא ששמם ושם אביהם שוים וכגוונא דאמרי' ביבמות והא חבו בר נאנאי כו' שכיחי טובא במחוז ומ"ש ואין מכלוף בן מלול אחר בעיר כו' ר"ל שאין האחר ידוע לנו כ"א זה וכדמסיק ה"נ ל"ח למכלוף כו' ומפרש הך עובדא דקורטב"א ג"כ שלא העידו ע"ש מקומו כלל וע"ש שיש חיסור לשון וכצ"ל דאילו העידו עדות גמורה שידעו שהיה בעלה של אותה האשה או העידו על שם מקומו בהא לא הוה אמר אביי חיישינן כו' אלא היה אמר יבדוק אותו מקום כו' אלא התם הוי עובדא בלא הוחזקו היינו שלא הוחזק כאן שני יצחק וממילא שאין לנו לחוש ולומר דודאי טובא איכא בעולם ששמם כך כל כמה דלא ידעינן וכלא הוחזקו הוא אף שלא העיד על שם עירו ובהא לא מסתבר ליה להח"מ להתיר אם לא היכא שידוע שזה הלך לשם אבל פשיטת דברי הרא"ש לא משמע כן ובתשובה סי' כתבתי הנלענ"ד בביאור דברי הרא"ש בזה: אבל עדיין נשאר לנו לדקדק בזה דאע"ג דקי"ל דמעידין ע"פ מה ששמעו מפי עצמן כמ"ש הרא"ש ומהרי"ק מ"מ בנ"ד לכאורה יש לחוש קצת ומתחלה אבאר מה שצ"ע על הרא"ש ומהרי"ק שהביאו ראייה מעובדא דר"ט שהוא ברייתא ולמה שבקו מתניתין דמעשה בצלמון כו' ומהתם הוי ראייה טפי דאע"ג דאיכא ריעותא שהרי הלכו לשם ולא הכירוהו ואע"פ כן השיאו על פיו ותלו מה שלא הכירוהו בשינוי דמחמת מיתה וכ"כ מהרי"ק גופיה שם באותה תשובה

שצידד להתיר בשמו ושם עירו לבד וכתב דמ"ש הרמב"ם ראו אחד עומד מרחוק ואמר אני פב"פ ממקום פלוני אפילו נאמר דדוקא נקט ממקום פלוני דהתם צריך לברר העדות יותר שהרי כשמצאוהו מת לא מצאוהו בצורת אותו האיש שהזכיר ואם לא שהזכיר שם מקומו היה לנו לתלות בתרי יב"ש כיון שאין אנו מכירין בצורתו ולא היינו תולין בהשתנות דנשיכת נחש אבל עכשיו שהזכיר שם עירו אז יש לנו לתלות יותר בהשתנות הצורה מחמת הנשיכה משנתלה בתרי יב"ש הדורים בעיר אחת מאחר שלא הוחזקו ואין אנו יודעין אלא זה שהוא בעלה של זו כו' א"כ למה שבקו מתני' דאיכא לאתויי מינה ראייה אפי' היכא דיש קצת ריעותא בדבר ונקטו ברייתא דעובדא דר"ט וצ"ל דס"ל דמתניתין אין ראייה כ"כ דהתם שאמר כן בשעת מיתה והוא מתכוין להתיר את אשתו לית לן לחוש לשקרא בכה"ג וכמ"ש הר"ן בגיטין גבי גיטו כמתנתו וז"ל אלא ודאי ה"ט דקי"ל (שכל אלו מתיראין ממיתתן ואין אדם משטה ומשחק בשעה שהוא מתירא ממיתתו כו' וכיוצא בזה כתב בשו"ת ח"צ סי' צ"ה וז"ל וביותר בעדות יעקב וידאל שאלי' טורמני אמר לאשתו סמוך למיתתו כו' דודאי בשעת מיתה לא משקר אינש ואין אדם חוטא ולא לו כו' אך באמת אפשר לומר דבלא"ה א"ש דאין ראייה מעובדא דצלמון דאפ"ת דשייך השטאה גם בשעת מיתה מ"מ כיון שמשמעות דבריו שבא להודיע להם כדי שיתירו את אשתו וא"כ אין לנו לחוש דלמא אינש אחרינא הוא שבא להעיד להתיר שהרי מקבלין עדות מכל אדם הבא להתיר אשה ע"י שמעיד מיתת הבעל וכיון דל"ח לשד וצרה שמתכוון להכשיל ממילא שאין לחוש לאחר שישקר אלא שקצת יש לדחות בזה דלפי הטעם דע"א מהימן משום דעל"ג ובזה שהוא הולך למות אפשר דל"ש מלתא דעל"ג וכמ"ש הרמב"ן בב"ב דף קל"ד ע"ש אך מ"ש משום שאין משטה בשעת מיתה א"ש דאין ראייה משם לעובדא דהרא"ש ומהרי"ק שבא להעיד ע"פ מה ששמע מפיו מה שמו בעודו בריא אולם דבכה"ג אפשר לחוש שמינה שמו במתכוון לאיזה סיבה מחמת חוב או מרדין וא"כ י"ל דוקא בידוע שמו שהוחזק כן ל' יום בעיר אז אין חוששין לו כדאיתא בב"ב אבל בלא"ה חיישינן לשינוי השם ולזה הוצרכו להביא ראייה מעובדא דר"ט דהתם ג"כ היתה אמירתו בעודו חיים בריא אע"פ שלא הוחזק בכך מהני וכ"כ מהרי"ק שם וז"ל ואפילו בפ"א שאומר ששמו כך די בכך וראייה ברורה מדגרסינן בשלהי יבמות כו' הרי לך דאע"ג דלא הוחזק לו ששמו יוחנן בן יונתן כ"א בסיפור בעלמא באקראי כו' עכ"ל אמנם לפי"ז צ"ל דהא גופיה טעמא בעי למה לא ניחוש לה למלתא שזה שאומר כן בדרך סיפור ובאקראי לאו קושטא הוא ואמר כן לאיזה סבה.

וראייתו בב"ש בק"ע סעיף שנ"ד הביא בשם תשו' מהרשד"ם שהקשה מ"ש לענין יבום וחליצה שא"נ לומר אני אחיו של פלוני ולענין להתיר אשתו נאמן ומתירין ע"פ מה שאמר אני פב"פ כו' ולכאורה י"ל לפי מה דאמרינן ביבמות דף ק"ו רבא אמר אין חולצין אא"כ מכירין וכתבו התוס' שהקשה ה"ר יהודה מדתניא בתוס' חולצין לאשה אע"פ שאין מכירין ותירצו דהתוספתא מיירי מדאורייתא ומדרבנן אין חולצין אא"כ דמכירין ע"כ ונראה טעמא דמלתא דחיישו לה מדרבנן כמ"ש הרשב"א ונ"י שם דחיישינן שמא זה חולץ לה כדי לעשות לה גט חלוצה והוא ילך וישאנה במקום אחר ע"ש שכתבו לחלק בין ההיא דאמר אני קדשתיה נאמן ליתן גט דהיינו מירתת שמא יבא זה ויברר כו' וא"כ בעדות אשה דל"ש הך חששא דממ"נ אם אומר בשעת מיתה פשיטא דליכא למיחש

למידי ואם אמר קודם לכן בדרך סיפור ואקראי בעלמא ולא בא להתיר מה חששא יש כאן ובהכי א"ש הא דאמרינן ביבמות ובגיטין בשעת הסכנה כותבין ונותנין אע"פ שאין מכירין ופירש"י הטעם שאם לא נאמין לזה תהי עגונה כל ימיה ולכאורה קשה דהא אמרינן בבכורות דכי אקילו רבנן בסוף עדות אבל בתחלתה לא אקילו רבנן וגם קשה מאי פריך וליחוש דלמא צרה היא הו"ל למפרך דלמא אינש אחרינא הוא דאסיק שמיה כן: מיהו הא פשיטא דלק"מ כמ"ש דהא כל עד המעיד כשר ומכ"ש בשעת מיתה ליכא חשש דהא ליכא חשדא מיהו הא קשיא דהא תחלת עדות הוא אך לפמ"ש התוס' א"ש דהש"ס פריך וליחוש דלמא צרה היא היינו משום דמתכוונה להכשיל ובכה"ג דאיכא חשדא שפיר חיישינן כמו גבי יבם כיון דאיכא חשדא וע"ז שפיר קאמר בשעת הסכנה כו' כיון דהך חששא מדרבנן בעלמא הוא דמדאורייתא אמרינן דלא חציף אינש לאסוקי שמיה כשמיה דאחרינא ושפיר מתירין האשה ול"ח ועיין בב"ש ס"ק ל"ח דחשש שמא צרה היא הוי חששא רחוקה ע"ש: ולכאורה היה אפשר לומר דמה"ת לחוש שזה אסיק שמיה לאיזה סיבה כמו דל"ח דלמא איכא אחרינא דשמי' הכי כל שלא הוחזקו ומכ"ש שאין לחוש לרמאות אבל באמת ז"א דהתם גבי לא הוחזקו שפיר אמרינן שאין לנו להחזיק מספק שמא עוד א' היה בכאן והלך מכאן לאותה העיר ומת שם ואע"פ שהוחזקו הרבה אנשים יוצאים מכאן מ"מ אין לנו להחזיק שעוד אחד ששמו ושם אביו כמו של זה הלך מכאן כל כמה דלא ידעינן אבל אם באנו לחוש שמא אחר דאסיק שמיה הכי הרי יש לחוש שעוד א' ששמו כשמו מעיר אחרת הוא דאסיק שם עירו על שם עירו של זה דטובא יב"ש איכא בעלמא או א' מאותה העיר שינה שמו ושם אביו: ומצאתי בשו"ת פ"י ומג"ש ז"ל כת"י שהביא שם בשם תשובת הגאון מהר"א מזרחי ז"ל שכתב וז"ל וא"ת היכא שלא הזכיר שמו ושם עירו רק מפי עצמו מאן לימא לן שלא היה שקר כמנהג הולכי דרכים מששנים שם ושם עירם מפני כמה דברים כדלעיל לפי שפעמים בורחים מחמת ממון או מרד וכיוצא בו ונ"ל דכולי האי ל"ח דא"כ האיך התירו האשה בהיא דיוחנן בן יונתן ע"כ ונראה דטעמא דמלתא כיון שרוב הולכי דרכים אינם עוזבים מקומם לסיבת דבר מה כ"א הולכים לסחורה וכיוצא להביא טרף לביתם ואינם משנים שם ושם עירם כלל אית לן למיזל בתר רובא דעלמא ול"ח למעוטא ואע"ג דהגאון בעל מג"ש הנ"ל כתב דשכיחי דעבדי הכי אותם שעוזבים את בתיהם והולכים ומתיראים שמא יכתבו כתבים אחריהם ומשנים שמותם שלא ידעו מוצאם ומובאם ולפ"ז אפשר דהיא עכ"פ מיעוטא דשכיח וקי"ל במשאל"ס אע"ג דרוב מתים מ"מ חיישינן למיעוטא דשכיח מ"מ נראה דאין לדמות הענינים זה לזה דאפשר דל"ח מיעוט דשכיח כולי האי: ולפי"ז יש לעיין בנ"ד כיון דמבואר בג"ע שהעיד מוהר"ר חיים שהאיש אמר לו שהיה בק"ק יאס ולפי שנתגלה לחמיו ואשתו היכן הוא תוקע נסע משם לכפר הא קמן שהאיש הזה הגיד לו כ' בורח הוא מביתו ורוצה לישא אשה אחרת ולפ"ז אפי' דהא דק"ל דמתירין ע"פ עצמו שאומר כך שמו ושם עירו דוקא בסתם ב"א שאין ידוע לנו מביתו למה פירש ותלינן שהוא כשאר עובר אורח שאין דרכו לשנות שמו אבל אם יסתר איש במסתרים וחזינן דמבעית דברח בהחבא איכא למיחש שמא שינה שמו ושם עירו ג"כ שלא יודע לאיש מקומו אי' ומ"מ אפשר לצדד ולומר שאין לחוש לכך אף בכה"ג דאף הבורחים מביתם רובן לא עבדי דמשני שמיהו ובפרט בזה שהאיש בעצמו פיו ענה בו כי בורח

הוא ממקומו ולפי תומו סיפר ענינו כי בורח הוא מביתו והראה לו אגרת שהיה חתום שמו כך אין לנו לתלות שמורא עלה על ראשו שיתגלה הדבר ומסתמא קושטא קאמר ומכ"ש שיש להתיר בנ"ד ע"פ עדות העד השני שהעיד שאמר לו שמו ושם חמיו ששמו איסר מוטשניק והוא מק"ק בראד דפשיטא דאין לספק באחר כלל ומה גם שהעידו שהגיד להם שיש לו שני אחים בק"ק בראד והעידו על תוארו שהיה בינוני ושחור וחוטם ארוך אף על פי שסימנים אלו אינם מובהקים מ"מ שפיר הם מצטרפים שרגלים לדבר שזהו בעל האשה הזאת ולא אחר שהעלה שמו כך וכמ"ש בתשו' מהר"מ אלשקר בשם הרמב"ם ז"ל בתשובה וז"ל על איש שהלך מביתו וקברתיו כו' ואח"כ באה גוי אחת מסל"ת ואמרה איש אחד בא אלינו לדמשק ששמו כלף בינוני הקומה וזקנו שחור כו' וראיתי מיתתו וקברתיו כו' והיה ממדינת זפתא והשיב וז"ל נ"ל אם יבואו ממדינת זפתא ויעידו שזה כלף בעלה של אשה זו היה בינוני וזקנו שחור יכולה להנשא לפי ששמו ושם מקומו עם אלו סימנים שאינם מובהקים יספיקו להתיר לענין עגונה כו' ע"כ ואע"ג דהכא איכא למיחש שמא אחר הוא שהעלה שמו כן כיון שאמר שרוצה להחבא א"ע וכמ"ש"ל מה שא"כ בנידון דהרמב"ם מ"מ כיון דחזינן דעכ"פ סימנים כאלו אף ע"פ שאינם מובהקים חזי לאצרופי להתיר אף שלא הזכיר שם אביו א"כ בנ"ד שהזכיר גם שם אביו ושם חמיו א"כ נצטרך לומר דאתרמויי אתרמי שאיש א' שדומה בקלסתר פנים וצלם ודמות לבעל האשה זאת העלה שמו וש"א וש"ע כשמות של בעל האשה וש"א וש"ע ואף הוא לא היה שרוי בשלום עם אשתו והרגיל קטטה והרחיק נדוד ופשיטא דלכולי האי ל"ח דלמא אתרמי וכדאמר רבי ירמיה כגון דאמרו עדים מעולם לא חתמנו כו' מ"ד דלמא אתרמי שמא כשמא ועדים כעדים קמ"ל ועיין בשו"ת ח"צ סי' קל"ד בפצע על המצח אע"ג דל"ה סי' מובהק מ"מ ל"ח לשאלה דה"ל שאלה דיחיד לומר שזה השאיל כליו למי שיש לו ג"כ פצע כמותו כו' ע"ש: ובמ"א הארכתי בדבריו ז"ל ונ"ד נמי אין לחוש שזה המת העלה לו שם בשם האשה והיה דמות דיוקנו מכוון ליה ואף שי"ל דפצע הוי עכ"פ סי' בינוני משא"כ כאן שאין כאן סימנים אפי' בינונים מ"מ לענין זה דל"ח דאתרמי שיהיה דומה בדומה ויעלה שם כך פשיטא דמהני אף בכה"ג ודוקא לענין חששא דשאלה י"ל דבעינן סי' אמצעי עכ"פ משא"כ בזה רגלים לדבר מחמת סימנים אלו שלא נהג רמאות כלל וקושטא קאמר ששמו ושם אביו ושם עירו ושם חמיו כך הוא דהא אף מי שמשנה שמו אינו רק בדרך מקרה ואין זה אלא כאלו נזרקה נבואה בפיו והדבר ברור דכל כה"ג אין כאן בית מיחוש וכן מבואר במהרי"ק שורש קפ"ה דל"ח לשני אנשים ששם דוד בר שלמה כו' שניהם לקחו שני נשים ושניהם היה להם אחות נשואה ואחי בעלה נקרא יונה כו' וע"ש שהביא מהא דלמא מתרמי כו': ומ"ש הגאב"ד נ"י לפקפק בעדות של ר' נתן דיש ספק שמא כבר הוא אחר ג"י הנה כל האחרונים כתבו להקל בספק תוך ג"י בנמצא שלם עיין בח"צ סי' הנ"ל ובתשו' סי' כתבתי לתמוה על הגאון בשו"ת נ"ב סי' ק"ט וסי' ל"ב שכתב בשם הח"מ להחמיר בספק תוך שלשה ובמח"כ אגב שיטפ"י רהיט ליה בדברי הח"מ שם להחמיר בפלוגתא דר"ת והרמב"ם והרשב"א לענין לא נחבל בפנים אבל בספק תוך ג' דעתו להקל ע"ש בס"ק מ"ו ובס"ק ק"ח ואין להאריך ומכ"ש כאן שע"י העד מו' חיים ידוע לנו שר' נתן ראה אותו תוך ג"י ופשיטא דל"ש בזה לומר דהוי חצי דבר כיון שצריך צירוף עדים דע"כ לא אמרינן דבר ולא חצי

דבר אלא במידי דבעי עדות כשרים אבל במידי דלא בעי עדות כלל רק באמיתת הדבר תלוי ל"ה ליפסול משום חצי דבר וכיון דבעדות אשה אפילו עבד ושפחה ועכו"ם מסיל"ת מהימן אין פסול בזה משום חצי דבר כלל וכבר האריך בזה הגאון אב"ד נ"י וז"פ ומבואר מדברי הש"ס בעובדא דתרי יצחק ודוכתי טובא וכ"כ להדיא בשו"ת תומת ישרים סי' ע"ד להוכיח מתשו' הריב"ש דלא איכפת לן במה דהוי חצי דבר לפי שכתב שם שיכתוב עדותו וישמרהו לפי שאם יבא עד ויעיד שזה אברהם פארח היה בעלה של אשה זו יצטרף כו' ואף על פי שי"ל שהריב"ש ס"ל כשיטת התוספות אומר אני שאף לשיטת הרי"ף יש תקנה כיון שעד מפי עד מהני להתיר והוא שהעדים הללו יעידו על הכל ר"ל יעידו איך ששמעו מזה שמת יוסף ויעידו כמו כן שזה יוסף הוא ארוסה של שבתאי כו' ועוד אפשר לומר שעיקר העדות הוא מיתתו של זה ולדעת אם הוא בעלה של אשה זו הוא גילוי מלתא בעלמא וכמ"ש הרי"ף בהחולץ כו' ע"ש ולכאורה אפשר דבנ"ד כיון שאנו צריכין לדעת שהוא תוך ג"י והוא מעיקר העדות המיתה שמת זה ששמו יוסף בן שמואל מבראד לאו גילוי מלתא הוא אבל לענ"ד בדבר שאין צריך עדים ל"ש חצי דבר וגם לתיקון שכתב שאלו יעידו על הכל א"צ דממילא נמי הכי הוא שהרי הב"ד שומעין מפי שני עדים ולא גריעי מעד מפי עד כמ"ש לקמן: ונראה בנ"ד יש להקל בכל א' מעדים בפ"ע כי מ"ש לפקפק בעדות מהו' חיים לפי שהיה רוצה להרחיק נדוד מאשתו ויש לחוש שמא שינה שמו הנה מתשו' מהרי"ו סי' ט' משמע דלא חש למלתא שכתב שיש לסמוך על עדות ר' יודא בר"ש הנה היה בעיר מיזדבורק מקום מושבו בחור א' ושמו ר' דוד גאנז ואמר שהוא חתנו של ר' דוד וורניק ושנפטר מאשתו דרך קטטה בסיבת חמיו ודעתו לילך לירושלים אצל אמו כו' ונראה דאשתו מותרת דל"ח לתרי דוד גאנז חתנו של ר' דוד ווארניק כדאמרינן בהאשה שלום וקי"ל כרבא וא"ל דש"ה דאותם ששלחו הי' מכירים יצחק ר"ג אבל הכא בנ"ד לא היו מכירין אותו אלא מפי עצמו נראה דאין לחלק כדאמרי' מעשה בר"ט כו' ע"ש הרי מבואר דהתיר אף בכה"ג ואף שיש לדחות דהתם אפשר אף שזה נפרד מאשתו דרך קטטה מ"מ אפשר דעובדא הוי שהיא הרחיקתו מעלי' ודחפתו וכיון דאיהי ארגלה קטטה ממילא דל"ח שמא שינה שמם דאין לנו לומר כן שרצונו לעגנה ולברוח בהחבא שהוא רוצה יותר בשלום משא"כ בנ"ד דהא קמן שאמר בהדיא שהוא מחבא עצמו ורוצה להרחיק נדוד על מאה פרסאות בכדי לעגנה ובהא אפשר דעבדי דמשני שמייהו מ"מ נראה דעובדא דמהרי"ו נמי משמע שאמר שרוצה ללכת לירושלים כו' ונראין הדברים שאמר שירחיק עצמו מעל גבול אשתו ואפ"ה סמך להתיר על פיו שאמר ששמו כך וה"נ בנ"ד ומכ"ש בצירוף סימני גופו וכמש"ל דאף דלא חשיבי סימנים מ"מ בכה"ג חזי לאצטרופי: וגם ע"פ עדות מהו' נתן לחוד יש להתיר דהא בספק תוך ג"י מתירין כמש"ל ומכ"ש כבזה שאין כאן ספק תוך ג' כלל שהרי היה ידוע לו מפי ר' חיים דהשתא הוא דמת ואין כאן משום חצי דבר שהרי אין אנו צריכין למה שהעיד ר' חיים בפנינו רק כפי עדות ר' נתן לחוד שידוע לו מפי ר' חיים סגי ככל עדות אשה שמתירין עד מפי עד ומה"ט גופא מלתא דפשיטא הוא דל"ש בעדות אשה משום חצי דבר כלל שהרי הב"ד המקבלים העדות הם שומעין מפי שניהם ולא גרע מעד שמעיד ששמע שזה שראה פ' מת ומאחר שמע שהיה בתוך ג"י שמתירין על פיו דלא מפלגינן בין שמע מא' לשמע משנים וטעמא כמ"ש דעדות אשה אין הדבר צריך עדים

כי אם אמיתות הדברים וא"כ כ"ש באם המיתה ידוע לו מפי עצמו רק שזה שהיה לו תוך ג"י ידוע לו מאחר וכמו אם אומר שהוא רואה אותו מת ושמו לא נודע לו כ"א מפי אחרים דודאי אין לפקפק שיהיה העדות פסול משום חצי דבר דהא אף מפי האיש המת עצמו שאומר שמו מתירין וכ"ש בידוע לו מפי אחר ואין להאריך ובענין הפקפוק שיש כאן ששם האשה העגונה היא אסתר יוטע ובעדות מהו' נתן איתא שהאיש הגיד לו ששם אשתו אסתר כבר כתב הגאון אב"ד נ"י שאפשר שהבעל לא קרא אותה רק שם אסתר לחוד ובפרט שיש זמן ט"ו שנים שהלך מכאן וזמן שהעידו עליו שמת הוא רק ששה שנים א"כ י"ל שמשך זמן רב נשכח ממנו שם הלעז של יוטא ולא נזכר שם המורגל יותר וגם כי דרך העולם לקצר בשמות כו' וגם נלענ"ד דאפשר לתלות בשכחת העד ששכח השם השני במשך זמן ששה שנים כיון דלאו מלתא דרמי' עליה הוא ובאקראי בעלמא שמע ממנו בדרך שיחה בלבד ובכה"ג ודאי שיש לתלות בשכחה והדבר מבואר בשו"ת הר"ן סי' ל"ג בא' שהעיד על איש א' שמת ותאר אותו בתוארים הרבה שא"א לספק באחר כ"א שהוא בעל אשה זו רק שאמר ששמו חיים ובעלה של אשה זו שמו יוסף וכתב כיון שיש עדות מספיק שבעלה של אשה זו מת אלא שנולד הספק מחמת שינוי השם אין לחוש לפי שקריאת שמו בענין זה הוא עשוי להשתנות לפי שכבר הועד שאמר שירחיק נדוד וישנה שמו ועוד הועד שרצה ליקח אגרת מאיש א' ולפי שראה שמכיר שמו באגרת כאשר הוא באמת עזב את האגרת וכיון שכן הרי סי' של שמו עשוי להשתנות וכל שהעדות מספיק מצד עצמו אלא שיצא לו ריעותא מסי' אחר שנראה ממנו שאינו הוא אותו סי' הוא עשוי להשתנות אין מטילין שום ספק מחמתו אלא תולין אותו בסי' שהוא עשוי להשתנות והביא ראיה לזה מב"ב פרק מי שמת גבי סימנים עשויים להשתנות לאחר מיתה ע"ש באורך וכאן בנ"ד נראה ברור כיון שהעדות מצד עצמו מספיק להרשאה שאנו דנין ממנה שבודאי מת בעלה של אשה זו רק שנפל ספק מחמת שינוי בשם האשה והספק ההוא עשוי להשתנות ויש לתלות בקיצור או בשכחה תלינן וכבר הארכתי בתשו' סי' בענין כזה שהיה טעות בשמה והיה מקום לתלות בטעות והארכתי בראיות דודאי תלינן כיון שהעדות מבוררת מצד עצמה ומכש"כ בזה שאין אנו צריכין לעדות זו שהעיד על שם אשתו והיה שינוי קל דודאי תלינן: ואין לפקפק על פי דברי הר"ן אלו שנראה מדבריו דבכה"ג שעזב את אשתו ואמר שרוצה להרחיק נדוד הוי סי' שמו עשוי להשתנות ואפילו להתיר היקל מטעם זה ומכ"ש לאיסורא נחוש לה הכי שהרי אין ידוע לנו שהוא בעל האשה הזאת רק משום שהגיד לו שכן שמו והרי סי' שמו בזה הוי כסי' העשוי להשתנות וכמש"ל: ונ"ל דעובדא דהר"ן שאני שאמר בפירוש שירחיק נדוד וישנה שמו וגם נראה ממה שעזב את האגרת הרי מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שהחליט בדעתו לעשות כן ולשנות שמו אבל בלא"ה אף שאמר שרוצה להרחיק נדוד מ"מ כיון שלא אמר לפני שום אדם שישנה שמו אין לנו לחוש לדבר דלא חציף לשנות שמו פן יתבדה ויהיה שמצה בקמיו וכיון דאיכא אמתלאות טובי שהוא בעל האשה אין לנו לתלות בשינוי כלל: עוד ראיתי לעי' במה שיש קצת הכחשה בין העדים שבעדות העד מהו' נתן אמר שהאיש נסע עמו מק"ק יאס לכפר ההוא בעת הוויין לעז (ושעת הוויין לעז הוא בין קייטא לסיתווא) והיה אצלו כל ימות החורף עד חוה"מ פסח ובעדות מהו' חיים אי' שהאיש אמר לפניו שנסע עם מחזיק הכפר ר"נ הנ"ל מק"ק יאס ובא עמו

לכפר בערב פסח אך נראה דהכחשה זו לא גרעה מהכחשה דבדיקות דל"ח ליה בעדות אשה וגם יש פוסקים דאפילו הכחשה בחקירות אין חוששין ומכ"ש כאן שההכחשה הוא בענין שאינו מעלה ומוריד כלל בעסק המיתה ואפשר שהיה לו איזה אמתלא מסיבת מה שלא רצה לגלות לפניו שהיה על זמן החורף בכפר הנ"ל ובשו"ת הרא"ש כלל נ"א סי' ד' כתב ושאלת אשה ששמה רחל שהלך בעלה כו' ונסתפקת בשביל שיש קצת הכחשה בעדות העד הראשון שבנו נתעסק בקבורתו וקברו וא' העיד שלא היה בנו על קברו של אביו אלא שכתב לו שמת אביו כו' דע שהאשה מותרת כו' כיון דכולהו מעידים על מיתתו ל"ח אם יש הכחשה בדברים אחרים כדתנן אחת אומרת כו' השתא אפי' התם דאיכא הכחשה בעיקר עדות המיתה הלכה כר"י ור"ש דאמרו ינשאו כ"ש בנדון זה שההכחשה במילי אחרוני ובתשו' הנ"ל הארכתי בדברי הר"ן בתשו' סי' מ"ז ובתשו' מ"ב ובתשו' נ"ב והארכתי בביאור דברי הירושלמי ולפי שבנ"ד נראה דכ"ע מודים דהוכחה כי האי אינה מבטלת העדות קצרת.

כהא סליקנא ובהא נחיתנא דאשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת על פי העדים הללו וכדברי הגאון אב"ד נ"י ודבריו א"צ חיזוק ונלענ"ד שמ"מ היא צריכה ב"ד של שלשה להתירה שתהיה נשאת על פי הוראת ב"ד כדין אשה הנשאת על פי עד א' דאף לפמש"ל שיש לצדד ולומר שכל אחד מהעדים מספיק להתיר וא"כ היה אפשר לדונה כדין נשאת על פי שני עדים שא"צ הוראת ב"ד מ"מ לכתחלה אין לנו לסמוך על זה כיון שעל כל פנים יש פקפוק בעדות כל אחד בפני עצמו ועוד דע"כ לא אמרינן הכי אלא אם היה כאן שני עדים המעידים על מיתת בעלה של אשה זו שהוא עדות כשרה מדאורייתא משא"כ כאן דאף ששניהם העידו שמת איש אחד שאמר להם ששמו כך בדרך סיפור ואקראי בעלמא ואין להם בירור ע"ז ואף שאנו מתירין על פי עצמן כמש"ל אין זה אלא משום דקל הוא שהקילו בעגונה וא"כ שוב צריכה להיות ניתרת בב"ד של שלשה כן נלענ"ד זעירא מן חברי' הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: ל תשובה אל מול מאחז כסא כבוד קדוש ה' מכובד האדם הגדול בענקים.

דבריו כגחלי אש ירוצצו כברקים. מלאים זיו ונוגה מפיקים, כראי מוצקים.

ה"ה כבוד אהו' ידיד ה' וידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם בכל קצוי ארץ וים רחוקים. סיני ועוקר הרים משדד עמקים.

כקש"ת מו' מרדכי נ"י לנצח עד נקוקים יקום. א"ס: אחד"ש כל"ש אימ' לאיזי מאי האי דקמן דיהבינ' ליה ידא ומשדרנ' ליה דיסקי.

אף על גב דגבה טורא ביננ' אורחי רחיק' ומר ניהו רבא פקיע שמ' כר"נ בדרי' וכקטינ' חרוך שקי'. ובנפשאי ידענ'.

וקלא רמינא קטינ' קטינ' זעיר' מן חבריי' כגני לייא. אולם מאז נשמע קולו בבואו אל הקודש פנימה ויחן את פני העיר מקום משפט הצדק שמה.

לשמע אזן שמעתי ובשם ידעתי. כי מרדכי גדול ליהודים.

תהלתו בקהל חסידים ובענפוהי נייחין קרואי השרידים. חוסים בצל כנפיו.

כי קדשו השם לרעות את עמו בתום לבבו ובתבונתו כפיו. אוותה נפשי אשכול מפריו פרי קודש הלולים.

וללקט אורות מעצי עדן על פלגי מים שתולים וזה כמה נכסוף נכספתי לראות בתפארת עוזו דברו שלחביעקב להסיר מכשול מלב העקוב. בדבר בתי התפילין אולם דבריו הקדושים לא הגיע עדי ואור פני לא יפילון.

ולא זכיתי לשיחתו שיחה נאה לו ונאה לעולם. עד כי זה ימים הגיע הלום כאורח נטה ללין.

ה"ה שארי ופארי נד"ז הרב הגדול החריף ובקי בחדרי תורה. משיב מלחמתו שערה כש"ת מו' יצחק פרענקיל שיח' מק"ק לבוב.

אתא ואייתי בידיה האי פסקא דשדר ליה מר חורפ' ומתק'. אמרתי אחכמה והיא רחוקה. כי היה שעה דחוקה. בין לילה היה ובין לילה עבר.

והענין עמוק נחל אשר לא אוכל עבור. לזאת לא מלא כפי וחצני מאומר הבא מן החדש. אולם דרך העברה ראיתי הליכותיו בקודש. ואמינא אנקוט בידאי כל דהו ושמיך מנהו.

את זה חזיתי אשר הקשה אדם קשה כברזל שארי הרב מוהר"י נ"י על הרמב"ם פרק ו' מה"ג שכתב ואם נודע שמת הבעל כו' וקא קשי' לי' דל"ל נודע ת"ל כיון דהשתא מת מחזיקינן למפרע כמו במפקח הגל בפסחים דף נ"א ובפרט שהרמב"ם הזכיר נפלה עליו מפולת ומר רבא דאורייתא מייתי עלה מדברי הר"ן בגיטין דף ע"ו ודברי אא"ז הגאון המובהק בבכ"ש במ"ק ולא שוה לו וע"כ יצא לחלק בין אם נמצא מוכה ופצוע בענין שניכר שמת מן הגל כו' איך שיהיה עדיין לא נפתח מקור לדברי הרמב"ם אלו ואי סברא דנפשיה קאמר הול"ל יראה לי כדרכו בכל מקום ואומר אני כי תלמוד ערוך בפי הרמב"ם ז"ל מהא דאמרינן בב"ב דף קנ"ג ההי' מתנת' כו' אמר רבה הרי מת וקברו מוכיח עליו א"ל אביי השתא ומה ספינ' שרובן לאבד נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים חולים שרוב חולים לחיים לא כ"ש כו': והנה התוספת שם פירשו בקושיות אביי דספינה המטורפת הוי כמו שסופו לאבד כו' וכ"כ הרמב"ם דספינה כיון שאבדה בים ואין אנו יודעים מה היה להם ורובם לאיבוד כמאן דמת דמי ואבודן מוכיח עליהם כו' ולענ"ד צ"ע שהרי הריב"ש סי' שע"ט כתב וז"ל והנהו תלת דר"א בן פרטא שנותנין עליהם חומרי חיים כו' נמי אם נשאת תצא אף על פי שרובן לאבד דכיון דאפשר בהם ההצלה אין הולכין בהם אחר הרוב אלא אחר החזקה ואף על גב דרוב עדיף הכא איכא תרי חזקה חזקת האיש שהוא קיים וחזקת האשה שהיא בחזקת אשת איש כו' וע"ש שכתב דאף על גב דחד מהני ספינה שאבדה אין זה טבע במשאל"ס דשם מעיד ששהה עליו כדי שתצא נפשו כו' ומביאו בשו"ת נ"ב סי' מ"ג ומשיג עליו וכתב להוכיח מכאן דרובא עדיף מתרי חזקה אלא ודאי בכה"ג דר"א ב"פ שאם נשאת תצא ליכא רובא כלל ולא ידעתי מנ"ל שהם רובם למיתה כו' עי' שם ובמחילה מכ"ת הרמה ז"ל דאשתמיט ליה ש"ס דב"ב הנ"ל שמבואר שם להדיא כדברי הריב"ש וכדבריו מבואר ג"כ בדברי הרמב"ם כמ"ש לקמן: והנה לפי מה דמתרץ הריב"ש הא דאין הולכין אחר הרוב ואפילו אם נשאת תצא הטעם משום דאיכא תרי חזקות ולפ"ז תימא האיך מייתי ראייה מכאן

להא דהרי מת וקברו מוכיח דהך דספינה שאני כיון דאיכא תרי חזקי לגבי רובא לא בטילי לגביה ולכך נותנין עליו חומרי חיים כו' וכדחוק י"ל דס"ל כיון דרוב חולים לחיים עדיף טפי מהך דהכא גבי ספינה עכ"פ יש רוב המנגד לב' חזקות אלו אפ"ה אמרינן שניצולו וא"כ כ"ש בהא דש"מ שרוב הם הניצולים מחולים וגם איכא חזקה דממונא לגבי היורשים לית לן למיזל בתר שעת מציאה דהשתא להוציא ממון כן צריך ליישב לפי מה שפירשו הסוגיא התוספות והרמב"ן והרמב"ם נראה דמפרש מלתא דאביי דאביי מפרש לה למתני' דלעולם נותנין עליו חומרי חיים וחומרי מתים אע"פ שאנו מוצאים אותו עתה לפנינו שהם מתים אמרינן השתא הוא דמת ולכך אתי עלה בתורת ק"ו ברוב חולים דלחיים ואמרינן דהמיתה אינה הוראה על למפרע רק על שעת מציאתו לחוד ואתיא ראיית אביי כפשטא: והנה בענין ההיא מתנתא פסקו הרי"ף והרמב"ם הלכתא כאביי כמבואר שם וא"כ שפיר פסק הרמב"ם ואם נודע כו' כמבואר בדברי אביי להדיא דאפילו אם נמצא עתה מת מ"מ לא מחזקינן למפרע כלל: אמנם אפילו אם נפרש כהתוספות והרמב"ן עכ"פ מבואר דלאביי כאבודין חשבינן להו וכמת דמי ואפ"ה לא מחזקינן למפרע כלל אך באמת פירושם דחוק מאוד וגם לפמ"ש הרא"ש דמה"ט לא חשש רבה לתשובת אביי דל"ד דהתם לא ראינו אותם מתים ולכך אית לן למימר שמא ניצולו אבל הכא ודאי מת ואית לן למימר שלא נתרפא אלא מת מאותו חולי כו' ע"ש א"ש לדעת הרמב"ם דהא עכ"פ חזינן דאביי לא ס"ל הכי ולאביי אף בכה"ג דודאי מת עתה אמרינן שמאותו חולי חזר ונתרפא והשתא הוא דמת וא"כ שפיר כתב הרמב"ם דדוקא אם נודע כו' הא לא"ה נותנין עליו חומרי חיים כו': וראיתי בב"ש ס"ק ק"ב שכתב דלאו דוקא משאל"ס אלא ה"ה בכ"מ שעל הרוב הוא מת ל"ת כו' ואותן ג' דברים של ר"א ב"פ תצא כו' ולענ"ד ליתיה דהא מבואר בש"ס דגם ספינה רובן לאבד ואפ"ה נותנין עליו חומרי חיים כו' ויותר תמוה שכתב זה בשם הריב"ש והרי בריב"ש מבואר להדיא שלא הלכו בזה אחר הרוב ודוקא בטבע במשאל"ס דמיעוטא הוא כו' ע"ש וכן מבואר מדברי הרמב"ם והעתיקו בש"ע ע"א אומר מת ראיתו שמת במלחמה כו' וכיוצא בדברים אלו שרובן למיתה כו' וביאר דברי הרמב"ם נלענ"ד דכוונתו דודאי עדות על דברים שרובם למיתה ל"מ וכמ"ש שם בדין ט"ו אך כאן בא להשמיענו דין ע"א במלחמה וכיוצא בו והוא מיירי שאומר שראוהו מת ממש אלא שאומר סיבת מיתתו היה ע"י מלחמה או מפולת או טביעה בים הגדול דמים כמלחמה דמי ומ"מ מיירי שאומר שראוהו מת וכדמוקי בש"ס דאסקינהו קמן או כעובדא דדגלת דאסקוה אגישרא והלכך כיון דהנך רובם למיתה מבעיא ליה בש"ס דדלמא חוששין לבדדמי שסובר שמת כיון שע"פ הרוב כן הוא ודלמא באמת לא מת וניצול ע"י איזה סיבה כגון במלחמה דעביד סמתרי וכן במים ומפולת אפשר בהם ההצלה ולכך צריך שיאמר קברתיו מ"מ בדיעבד אם נשאת אין חוששין לבדדמי ול"ת וכשיטת הרי"ף שהביא בח"מ בשם מהריב"ל ע"ש: ועיין בכ"מ ולח"מ מ"ש לפרש דברי ה"ה ולענ"ד נראה דה"ה גרס בדברי הרמב"ם או שטבע בים הגדול וכיוצא בו ולא היה בגרסתו תיבת ומה ולזה קאמר ה"ה שנלמד מדבריו דאע"ג דבלא קברתיו הטעם דל"ת משום דמשאל"ס נינהו וא"כ היה צריך לפרש דשהה כדי שת"נ לזה אמר דכיון שאומר שטבע כו' בודאי כוונתו כך הוא דל"ח לבדדמי כי האי וכעין זה כתב הלח"מ אלא דאיהו גרס בדברי ה"ה ומת ולענ"ד ה"ה לא גרס ליה ומ"מ

מה שנראה מדבריהם דבלא קברתיו דל"ת הטעם משום דמשאל"ס נינהו ולפ"ז צ"ל דגם אינך דקא חשוב שרי מה"ט וז"א כמ"ש ועוד דהא הך דינא דמשאל"ס אם נשאת ל"ת קתני לה בבא שאח"ז ודוחק לומר דהכא קתני לה אגב גררא דאם אמר קברתיו נאמן שתנשא לכתחלה ואגב אמר שאם לא אמר קברתיו כו' ואפשר לומר בדברי ה"ה דס"ל דהיא גופא קמ"ל דלבדדמי כי הא ל"ח והלכך אפילו תימא דלא סמכינן על ההכרה מ"מ הא עכ"פ ראה דברים שרובם למיתה ואמרינן דודאי שהה כשת"נ אבל לענ"ד א"צ לזה אלא דכיון דמיירי שאומר שראוהו מת אז סמכינן בדיעבד על הכרתו אף בלא קברתיו ול"ח לבדדמי כלל ועתה נבא לבאר מה שהקשה ממפקח את הגל דפסחים א"ש לפמ"ש הריב"ש טעמא משום דאיכא תרי חזקי ולכך לא מחזקינן למפרע שאם נאמר דמשעת דאיתרע חזקתיה שם נפל שדוד ומת א"כ אנו סותרים שני חזקות יחד דהיינו חזקת חי וחזקת א"א משא"כ בההיא דפסחים דבשעת נפילת הגל נסתר חזקת חיותו של זה ולכך אזלינן בתר שעת מציאה להחזיק למפרע ובאותה שעה אכתי ל"ה אלא חזקה דטהור גברא ואע"פ שי"ל דכיון שאנו באים לומר מחמת דמת השתא מחזקינן למפרע וא"כ ע"י שאנו רוצים להחזיק למפרע אנו סותרין חזקת חי וחזקת טהרה דגברא: אך לענ"ד אין כאן חזקת טהרה כלל כיון דזה המפקח את הגל בודאי האהיל על האיש הזה המוטל לפנינו אין לדון בזה חזקת טהרה וכמ"ש הריטב"א בקידושין דף ע"ט בהא דאמרינן העמד טמא על חזקתו ולא אזלינן בתר חזקה דטהרות דכיון דודאי נגע אין להם חזקה וכדאמרינן בשלי' כו' וכן בנדה לב"ה דמטמו למפרע מעל"ע כל הטהרות שנגעה דכיון דודאי נגעה נפקו הטהרות מחזקתם והוה כנדה גופה וכן אתה דן בכ"מ דאיכא ודאי מגע כו' עכ"ל ותמהני על א"א ז"ה הגאון מהר"מ מלובלין בחי' ברי' מסכתת נדה שנדחק בזה ע"ש ואפשר שרוצה ליישב אף לשיטת רש"י דמשמע דס"ל דאף בכה"ג איכא חזקת טהרה כמבואר בההיא דרוב תינוקות מטפחין ע"ש בריטב"א דף פ' אך דעת המפורשים אינו כן וס"ל דבכה"ג ליכא חזקת טהרה וכמבואר ברשב"א חולין דף פ"ו ובמ"ה דף וע"ש במ"ה שגם בשם רש"י כתב סברא זו ולא נמצא ברש"י שלפנינו ועכ"פ לפום הך סברא החילוק מבואר בין ההיא דגיטין דאיכא תרי חזקי משא"כ במפקח הגל דמיירי בגל עגול דודאי האהיל אין כאן חזקת חי לבד ואהני חזקה דשעת מציאה כיון דחזקת חי לא אלימא כיון דנפל איתרע לה ואא"ז בבכ"ש במ"ק הוסיף לומר דהתם אוקי גברא בחזקת חיובא בקרבן פסח ולפום הך סברא א"ש אף לפירש"י אך לענ"ד א"צ לזה אליבא דרש"י כלל די"ל דהתם טעמא אחרנא הוא וכמ"ש לקמן: וראיתי בנ"ב שתמה על הריב"ש דמאי אולמי תרי חזקי נגד רובא דהא גבי פרה איכא חזקה דגברא שמזין עליו וגם יש לחוש דבמקום נקב שחט ואיכא חזקה שאינה זבוח וע"כ דרובא עדיף מב' החזקות ע"ש ולענ"ד ז"א דע"כ ל"ש לדון בדין רובא וחזקה אלא היכא שהרוב בא בפ"ע והחזקה בפ"ע וכגון ההיא דפרה אדומה שרוב בהמות כשרות וע"י רוב זה אנו באין לסתור החזקה דגברא שהוא בחזקת טמא משא"כ היכא שהרוב והחזקה באים צמודים יחד שתיכף בשעה שבאה לעולם כך אנו אומרים שרוב בהמות הנולדים הם ניתרים באכילה ע"י זביחה ול"ש בזה כלל חזקה נגד רובא שהרי ענין הרוב כך הוא שרוב בהמות יסתלק האיסור מהם ע"י זביחה וא"כ גם בפרה אין חשש שמא במקום נקב קא שחט ואיכא חזקת שאינה זבוח חשש כלל אפי' אם היתה חזקה אחת עדיפא מרוב מ"מ

בזה אין החזקה מתנגדת להרוב כלל ואין כאן רק חזקת טמא לבד משא"כ היכא דאיכא תרי חזקי י"ל דשקולים הם לרוב ולכך נותנים עליו חומרי חיים כו' אמנם לדידי צ"ע על הריב"ש מטעמא אחרינא דבשלמא אם היה הרוב כשאר רובא דעלמא כגון רוב בהמות כשרות וכיוצא בו שפיר היה אפשר לומר דתרי חזקה כרוב דמי דכמו שאין לנו לומר שיצא מכלל הרוב כמו כן אין לנו לומר שנשתנו עליו סדרי שני חזקות משא"כ היכא שהרוב מצד הסברא כגון הא דנותנין עליו חומרי חיים כו' שאנו אומרים מצד הסברא שרוב חיים אשר שם הם קרובים לאיבוד דאפילו בחזקה נגד חזקה כה"ג לא אמרי' אוקי חזקה נגד חזקה כמ"ש מהרי"ק שורש ע"ב לענין חזקה אין אשה מעיזה וחזקה אין אדם פורע כו' שאין חזקת ממון עומד כנגדו שבהיות החזקה ההוא אמיתית אין חזקת ממון כלום כו' ע"ש וא"כ כיון דהכא רובא הכי איתנייהו דאותן שבספינה או בכרקום המה אבודים והיו נשותיהן אלמנות פשיטא דבכה"ג רובא עדיף וצ"ע בזה על הריב"ש וגם מ"ש הגאון בנ"ב דל"ש תרי חזקות שחזקת חי וחזקת א"א קשורים זה בזה הוא נכון לענ"ד ולולי דברי הריב"ש הייתי אומר דה"ט דאמרינן נותנין עליו חומרי חיים אע"ג דרובן לאבוד מ"מ המיעוט שהם ניצולים הוא מיעוט דשכיח ולכן אמרינן סמוך מיעוט לחזקה ואיתרע לה רובא ומשאל"ס דאמרינן אם נשאת ל"ת ולא אמרינן סמוך משום דמיעוט דמיעוטי הוחש הריב"ש וכן מבואר בתוס' בבכורות דף כ' ועוד כמה דוכתי ע"ש משא"כ בהנך ג' דברים שפיר אמרינן סמוך והיינו דמייתי ראיה בב"ב מכח כ"ש דהא בספינה מחמת מיעוט המצטרף נותנין עליו חומרי חיים ולא מפקינן מלתא מחזקתיה וספיקא הוי א"כ כ"ש בהא דש"מ שרוב חולים לחיים שאין להוציא ממון מחזקתו כנלענ"ד.

איברא שעדיין אנו צריכין למודעי לפמ"ש הרשב"א במ"ה לתרין הא דלא אמרינן גבי רוב מצויין כו' סמוך מיעוטא משום דהרי יש כאן מתעסקים לסלק החזקה ורוב המתעסקים לסלק מסלקין אותה כו' וא"כ ה"נ דכוותה כיון שנחתחדש לנו מעשה הטביעה או נפילת הגל כדי לסלק החזקה דהיינו חזקת חי וחזקת א"א ורוב עסק הזה הוא מסלק החזקה דהא רובן לאיבוד וא"כ אין לנו לומר סמוך כו' איברא די"ל דע"כ לא קאמר הרשב"א אלא התם שודאי התעסקו בה בכוונה לסלק חזקה זו ואנו מסופקים על המתעסק אם היה מן הרוב או מן המיעוט ואם היה מן הרוב בודאי סילק החזקה כהוגן בכה"ג שפיר אמרינן דאזלינן בתר רובא ואין כאן חזקה כלל רק רוב ומיעוט משא"כ בנפל לים או שנפל עליו הגל שאין זה עסק בכיון שנאמר שבודאי סילק לחזקה אלא שרוב פעמים הוא מסלק החזקה ואם נתפוש המיעוט שלא נטבע או נהרג ע"י הגל הרי לא נעשה בו מעשה לסתור החזקה כלל ממילא דמחמת החזקה שלא לבדות הנולד וההשתנות אמרינן שזה מחזיק את המיעוט שהם נמלטים ולא נעשה מעשה לסתור החזקה כמו כל סמוך מעוטא דעלמא: ואמנם כל זה היכא שנפל לנו ספק אם נטבע כאן או נהרג ע"י הגל כדרך הרוב או שמא בחמלת ה' עליו בשעה שהוא ניצל מתוך ההפכה ואע"ג שאנו יודעין בו שמת וקברו מוכיח עליו אין תולין לומר שמאותו הריעותא מת אלא אמרינן דשמא אז נמלט על נפשו ועכשיו מחמת סיבה אחרת מת לפי שכשאנו באים לדון אם מת אז בנפילה זו אמרינן סמוך מיעוטא דנמלטים לחזקה ואיתרע לה רובא ולא מהני שעת מציאה בכה"ג להחזיק למפרע דמה בכך שמת עכשיו אטו מי לא ידעינן דסוף

האדם למות ומ"מ לא אמרינן דנפילה זו גרמה לו המיתה אלא מחמת סיבה אחרת וכדקאמר אביי בב"ב ובכה"ג מיירי הרמב"ם דקאמר דוקא אם נודע כו' דאל"כ אנו אומרים שמא נמלט אז והשתא הוא דמת מחמת סיבה אחרת: ולפ"ז א"ש דלק"מ ממפקח את הגל דמה ענין פסחים אצל גיטין דהתם בפסחים מיירי שנפל הגל על האדם ודבר ברור הוא שלא נמלט מתחתיו ועד הגל הזה שמת תחתיו שנפילה זו שנפל הגל עליו הוא היתה סיבת מיתתו אלא שנפל לנו ספק אם מת מיד או חי תחתיו זמן מה כדאיתא ביומא מעשה שבדק כו' ובכה"ג שפיר כתבו התוספות דאזלינן בתר שעת מציאה ואמרינן כיון דאיתרע ליה חזקת חיות והא קמן שע"י סיבה זו נסתלקה החזקה לגמרי אמרינן דמעיקרא איסתלקה לה שכל הטומאות כשעת מציאתן וקרובים דברים אלו לדברים שאמר מר לחלק בין אם נמצא מוכה ופצוע דחזינן דהא גרמא ליה ובין אם לא ניכר שמת מחמתו ודבריו טובים ונכונים בזה אלא שאני אומרה בלשון אחר קצת והנה מה שאמרו בספינה רובן לאבד לאו דוקא בספינה אלא בכל הנהו ג' דברים הכי הוי וכן מבואר בהגמרא דקידושין שכתב ועוד ילמדנו רבינו עיר שכבשה כרקום לא פסלינן אלא כהנות ואע"ג דרובן לאיבוד דגרסי' בגיטין ג' דברים אמר ר"א כו' ומדכייל להו בהדדי משמע דכולהו בחד סגנון הוי ובב"ב גרסינן עלה ספינות שרובן לאבד כו' ע"ש: ומצאתי בספר הקדוש ס' הקנה הקצר כת"י דאיתא שם ואם בא העד ואמר טבעה ספינתו כו' הוסיפו עליהם עוד ג' כו' א"ל ר' והא אמרינן רוב ספינות לאיבוד הא מיעוט אינן לאיבוד וניזיל בתר רוב מי לא סמכינן בקטן וקטנה ארוב להנשא מי לא הימנו ע"א בגט משום עגונה והוי דבר שבערוה ה"נ נימא משום עגונה העמיד בעלה ברוב ספינות נאבדים א"ל בני ר"מ חייש למיעוט כ"ש במקום דאיכא חזקה דהא חזקה דא"א היא ורובם נטבעים ומיעוט עולים סמוך חזקה אמיעוט ואתרע רובא א"ל ר' מיעוט דלא שכיח ל"ח ר"מ מי נטבע בים הגדול ויצא א"ל בני והא בפ"ב דיבמות סריס ואיילנות קרי ליה מיעוטא דלא שכיחא ואפ"ה חייש ר"מ א"ל ר' והא כו' והנה הדברים שם סתומים כדרכי הס' הזה שעיקר פלפולו ע"ש סופו שמרמז בו ע"פ הסוד ועכ"פ מבואר מדבריו כמ"ש דאמרינן סמוך מיעוט כו' וכמ"ש ושמחתי שכוונתי לאמרי קדוש ז"ל: והנה כדי ליישב דברי הרמב"ם לא היינו צריכין לזה שהרי מבואר מדבריו פ"ו מהלכות ק"פ שכתב מי שחופר בגל לבקש על מת כו' ומדבריו נראה שאין הספק כלל אם הוא חי או מת רק הס' אם ימצא שם או לא וכל שימצא שם בודאי מת הוא זה ימים כביר ואין ספק בדבר כלל רק דשמא אינו שם וא"כ פשיט דאין מכאן קושיא כלל וכבר הרגיש בזה בנ"ב לסתור ראיית הט"ז וכנלענ"ד מדברי הרמב"ם בפה"מ שם אך לפמ"ש שדברי הרמב"ם נובעים ממקור מים חיים ים התלמוד והם דברי אביי בב"ב וא"כ צריך לתרוצי סוגיא דפסחים אליבא דאביי ואע"ג דהתם בב"ב בעי לאוקמי כתנאי מ"מ לא משמע לאוקמי הך דפסחים אליבא דחד תנא אמנם לענ"ד צריך להבין בלא"ה למה יהא מפקח את הגל חייב בפסח שני דמה בכך דהאהיל על הטומאה מ"מ כיון דבשעתא דהאהיל אכתי לא הוי ידעינן אם הוא חי או מת והו"ל טומאת התהום דקי"ל לעיל דף פ' דהלכתא גמיר לה דא"צ לעשות פסח שני וא"ל דדוקא טומאת התהום כי התם שלא הכיר בה שום אדם אף להיות מסתפק בה ולא נפל לב אדם עליה משא"כ כאן כיון דעכ"פ בשעת שחיטה כבר היה ספק בדבר אם ימצא חי או מת ויהיה כאן טומאה וכיון שנתברר שהיה טומאה אין זה דומה לטומאת

התהום וכטומאה ידוע דמיא דז"א שהרי התוספות הקשו דנימא חי היה בשעה שהתחיל לפקח ותירצו דכיון דמצאו מת אמרינן דמעיקרא מת היה אבל כל כמה שלא מצאו מת הוה מוקמינן ליה בחזקת חי וא"ל דכיון דחזקת חי איתרע לה בנפילת הגל דנותנין עליו חומרי חיים כו' וגם חזקת טהרה אין כאן כמש"ל דבודאי האהיל לא אזלינן בתר חזקת טהרה וא"כ היה ספק בשעת שחיטה וכהכיר בה דמי אך באמת ז"א דהא ע"כ מיירי הכא בר"ה דאי ברה"י הא קי"ל ספק טומאה ברה"י טמא בודאי וא"כ איך קאמר דבגל ארוך פטור מלעשות פסח שני וע"כ דבר"ה קמיירי וקי"ל דספקו טהור וכל כמה דלא מצאו מת ואיסתפקא לן מלתא בודאי טהור הוי משוינן ליה וא"כ מה בכך דהשתא מצאו מת ואיגלאי מלתא למפרע דמעיקרא נמי מת הוי כטומאת התהום דמיא דאפילו נתברר ליה שנטמא בשעת עשיית פסחו פטור מלעשות פסח שני לכך נלענ"ד דגם רש"י שכתב המפקח הגל מעל אדם ואין ידוע אם ימצאנו חי או מת לא מיירי שנפל על אדם לפניו והוא מפקחו ממנו דבכה"ג כטומאת התהום דמי רק דרש"י מיירי שראו דרך איזה נקיקים דמות אדם מונח שם ולא ידעו בו אם הוא חי או מת והוא מפקח הגל מעליו וא"כ אין כאן טומאת התהום דאפשר שכבר מונח שם מימים רבים ויש מכירין ויודעין כשנפל הגל על המת הזה ולכך שפיר כ' התוס' דאזלינן בתר שעת מציאתן כיון שאין ידוע לנו אם היה מונח כאן מימים רבים ולא ראוהו חי מבערב אזלינן בתר שעת מציאתן וא"צ למ"ש אא"ז בבכ"ש דבמת קטן מיירי יע"ש אלא התוספות פי' בלא ראוהו חי מבערב וכמ"ש וא"ש הכל: איברא שעדיין קשה לפי מה דאיתא לעיל דף פ' מצאו טמון בתבן בעפר ובצרורות הרי זה טומאת התהום ופירש"י טומאה מכוסה מכל אדם היא זו שמא גל אבנים או עפר או צרורות נפל עליו כו' וכן משמע בירושלמי פ"ח דנזיר דאפילו מספק לא אמרינן שמא ידע בה אדם דאיתא התם איזה קבר התהום כל שאין אדם זוכרו וחש לומר שמא אחד בסוף העולם בחזקת החי בחיי הוא תפטר כשמצאו קמצוץ עכ"ל ומשמע ליה דהירושלמי קשיא ליה קושיית התוס' דאיך שייך בקבר טומאת התהום ועלה משני שנמצא קמצוץ והיינו משום דאמר התם במשנה ד' המוצא כו' אם מצאו קמצוץ אני אומר גל נפל עליו והרגו ע"ש ולכך שפיר משכחת לה אף בקבר שיהיה קבר התהום בכה"ג ועכ"פ נראה מזה דבנמצא תחת הגל לא מחזקינן טומאה לומר שמא הכיר בה אדם אלא אזלי' לקולא ואמרינן שמא לא ידע אדם ממנו וא"כ גם בהא דמפקח את הגל מה"ת ניחוש שמא איכא דידעי ביה וצ"ל דכיון דאיכא לברורי ע"י שיפקח הגל אע"ג דהשתא הוי ספיקא וטהור מ"מ אין זה טומאת התהום ועוד י"ל דמיירי שאחד אמר לו שיש כאן אדם תחת הגל וע"י זה בא לפקחו מעליו ולכך חוששין שמא זה האומר היה יודע שמת הוא וגם י"ל דכיון שיכולין להציץ בנקוקי הסלעים לראות ל"ה טומאת התהום כמ"ש רש"י שם ואע"פ שזה לא הכיר דרך הנקוקים אם חי או מת י"ל דאחר שפיר יהיה מכיר ועוד יש ליישב בכמה גווני ואין להאריך: והנה במ"ש דהא דמפקח הגל בר"ה מיירי וספיקו טהור ולכאורה י"ל דהתם משום חזקת טהרה מטהרינן ספק טומאה בר"ה והכא ליכא חזקה זו כיון דודאי נגע כמש"ל וחזקת חי איתרע בנפילת הגל אמנם באמת ז"א דס"ט בר"ה דמטהרינן אפי' בודאי נגע הוא כמבואר בנגע בח' בלילה ובד"ט ועיין בתוס' ריש נדה ובהכי א"ש מה שמקשין לפי תי' התוס' דף פ"ט דמוטב שידחה ספק כרת בשב ואל תעשה משיעשו רובם שלא כהוגן דאכתי במפקח את הגל

מא"ל וכן הקשה בלח"מ ולפמ"ש א"ש דהכא לאו מה"ט אתינן עלה משום דלא אפשר
אלא הטעם משום דס"ט בר"ה ספיקו טהור ושפיר יוצא בפסח זה לגמרי אלא דלפ"ז
צ"ע על רש"י שכתב הטעם בגל ארוך משום דלא אפשר.

ואפשר לומר לפי מה דאמרינן בע"ז דף ל"ז דאמר ר"י ס"ט בר"ה הלכה ואין מורין כן
וכי אתו לקמיה דר' ינאי אמר ליה הא מיא בשקעתא דנהרא זילו טבילו וכ"כ הרמב"ם
פט"ו מהלכות אה"ט וא"כ אם היה אפשר להקריב פסח שני ע"ת שפיר היה לו להקריב
דהא לכתחלה אין מטהרין בשביל ס"ט בר"ה אלא אפשר מחמת סמיכה ושאר דברים
וס' כרת אין כאן כיון דהלכתא גמירי לה דס"ט בר"ה טהור לכך פטור מפסח שני והוא
נכון לענ"ד: אמנם לענ"ד י"ל דשפיר מיירי בגל שהיא ברה"י ואפ"ה קאמר ר"י בגל
ארוך דפטור מלעשות פ"ש אע"ג דתיכף שעמד על הגל נטמא משום ס"ט ברה"י מ"מ
י"ל דר"י לטעמיה אזיל בירושלמי דס"ל בספק טומאה ברה"י אין מדחין אותו לפסח
שני (ומה שנדחק בקרבן העדה לחלק בין ס"ט ברה"י ובין ספק רה"י אין נלענ"ד ועיין
בריש נדה ושניהם לא למדוהו כו') ואע"ג דהרמב"ם פסק בפ"ז מהלכות ק"פ דספק רה"י
ידחה לפסח שני כשאר טמאי מת נלענ"ד דהרמב"ם סובר דרבנן החמירו לעשות ספק
רה"י כודאי כמבואר בדבריו בהלכות ט"מ ובאה"ט ועכ"פ מודה הוא דלענין טומאה
ספק רה"י לחומרא מדאורייתא והלכך אם נטמא בס"ט ברה"י ובא לישאל אם יעשה
פסח הרי מדאורייתא אין לו לעשות ונדחה לפסח שני משא"כ בהך דמפקח הגל דמיירי
שכבר עשו עליו פסח אלא שאנו מסופקים אם יצא י"ח או צריך לעשות פסח שני בזה
מורים לו שאין לו לעשות פ"ש כיון דספק דאורייתא הוא אלא דלפ"ז הדרא קו' הלח"מ
לדוכתיה דהו"ל לאתויי על מותר הפסח וכמבואר שם ולפמ"ש דבר"ה מיירי א"ש הכל
ובמ"א כתבתי על קו' הלח"מ באופן אחר בארוכה ואין כאן מקומו: דברי זעירא הק'
אפרים לא תשובה נאזר בגבורה.

במלחמתה של תורה. משיב מלחמה שיערה.

ה"ה כבוד אהו' שארי ידידי נד"ז הרב הגדול החר"ף ובקי המפואר כש"ת מוהר"ר יצחק
פרענקיל נ"י לנצח אחד"ש זאת אומרת כי גיכ"ק קבלתי על הבי דואר והנה מכ"ת
מתרעם עלי שאני מתון בדין זה ולדעתו הרמה זיל קרי בי' רב הוא אהו' ידידי האמת
אגיד כי כמעט שעברתי על ענין השאלה חזינא תיוהא דבעי למסתר ולמבני ולא הייתי
מופנה מכל צד ואשתמוטי קא משתמיטנא עד דלהוי לי עידן עדנין למיהב דעתי למגרסה
וביני ביני לא רציתי להטיל קוצים בדבר ולספוק עלימו את הענין אחרי רואי דפשיטא
להו טובא להיתרה: אולם עתה שמכ"ת דוחקני לחוות דעי אמינא לאו אורח ארעא
למעבד הכי ואע"ג דטרידנא טובי במילי דפסח' אנקוט בידאי כל דהוי דמספקא לי טובא
אי שייך במלתא כדנא הך חזקה דלא מרעי נפשייהו דשמא דוקא לענין דבר שבממון
אמרינן הכי או לענין גיטין שהוא דבר שבין אדם לחבירו אמרינן דמרתתי לארועי
נפשייהו דילמא יפוק עלייהו קלא דמסהדי שיקרא וממנעי אינשי ולא אתי קמייהו למגמר
ענינא ולמכתב להו שטרי ראייה וכיוצא בהם והיינו נמי טעמא דהרא"ש דס"ל דאע"ג
דנפיק עליה קלא דמקבלי שוחדא לאצלו דינא לעדות שקר, לא מרעי נפשייהו משום
שהן מכריחין על הדינים ודנין בהורמנא דמלכא ואין חוששין שריב לא יבא אליהם

שהרי כל איש מר ומצוק נפש מוכרח הוא לבא לפנינו לכוף את חברו ולא ברצון תליא מלתא משא"כ בעניני מקח וגיטין וכיוצא בהם הנעשה ברצון בע"ד ואינם רק מעידין על אמתת הענין בזה לא מרעי נפשיהו ואפ"ה בגיטין פסול מטעמא אחרנא משא"כ בשאר שטרות דבאמתת הענין תליא מלתא וכיון דבזה לא מרעי נפשיהו ממילא דמהני סהדותיהו משא"כ בענין כגוונא דנ"ד שאינו ענין הנעשה בין אדם לחבירו ואינו דבר התלוי ברצון מאן לימאלן דשייך בזה לא מרעי נפשיהו והכי משמע פשטא דסוגיא בגיטין דף כ"ח שמע מקומנטריסין של עכו"ם איש פלוני מת כו' אל ישיאו אשתו אי לימא מת ממש ונהרג ממש דכוותה גבי נכרים אמאי אל ישיאו את אשתו הא קי"ל דכל מסל"ת הימנוהי מהימני ליה אלא לאו כו' אלמא דאי לאו דמשמע ליה דהך ברייתא אתי לאשמועינן דאף במסל"ת אינו נאמן הוה פשיט ליה דלא מהימני כיון שמתכוונים להעיד ואע"ג דמקומנטריסין היינו ערכאות כמבואר בדברי הרמב"ם ושאר פוסקים והל"ל דלא מרעי נפשיהו אלא ע"כ דבכה"ג לא אמרינן הך סברא כלל וכמ"ש: ובזה יש ליישב קצת מה שדקדק מהרא"י דלמה לא נקט שמע מעכו"ם שפלוני נהרג בקמנטריסין כו' ולפמ"ש י"ל דאתי לאשמועינן רבות' דאע"ג דערכאות נינהו דבעלמא אמרינן לא מרעי נפשיהו הכא לא מהימני משום דעבידי לשקר: איברא שלכאורה יש לצדד ולומר דלעולם אף בכה"ג אמרינן הך סברא והא דמקומנטריסין שאני שהם דברים שבע"פ ולא נאמרו בכתב ובכה"ג מרעי נפשיהו וכמ"ש הרא"ש דוקא לחתום שקר לא מרעי נפשיהו אבל בעדו' שפע"פ מרעי נפשיהו ואם כן א"ש הך דמקומנטריסין דאי לאו דמסל"ת הוא אין מקום להאמינם אלא דבאמת דעת קצת פוסקים דאף בע"פ לא מרעי נפשיהו וע"כ צריך לחלק כמ"ש ובאמת צ"ע לפי מה שהסכים הרא"ש שם לדעת הפוסקים דשטר הנעשה בערכאות גובה בו ממשעבדי מפני שקול יוצא לערכיים ולכאורה מה בכך שהערכאות מפקי לקלא דהא י"ל דהלוקחות לא סמכו על אמירת הערכאות בזה דחשדום להו במשקרים כיון שהם דברים שבע"פ לבד ואפשר דמ"מ אף על גב דלקבולי לא בעי למיחש מיהו מבעי להו ואפסודי אנפשיהו וכמו בקול יוצא ע"פ עדי ישראל אע"ג דשותא דידהו בשוקא אינה מכריח שישמעו ויאמרו האמת מ"מ הו"ל ללקוחות למיחש לקלא וענין ערכאות נמי להא דמיא וגם י"ל דכל שמעיד בע"פ על דברים שבכתב שפיר מהני ואמרינן דודאי אמת הוא וכן משמע מתשובת הרמב"ן שהובא בח"מ סי' ס"ח ואין פנאי להאריך: ודאתאן עלה בנ"ד לכאורה לדעת הרא"ש היה אפשר לצדד בגוונא דנ"ד שכל מעשיהם בספר נכתבים שפיר אמרי' דלא מרעי נפשיהו כמבואר מתשובת הרשב"א דספר הערכי כשטרא דחתים עליה דמי' ומכ"ש בזה שהעתיק ממנו טופס הדברים הנכתבים שם ואין זה דומה לקומנטריסין האומרים בע"פ דבכה"ג בעינן מסל"ת דוקא אלא שאף לדעת זו אני חוכך בדבר דמלתא דמסתבר לענ"ד שזה המעתיק מילין מהפנקס וחותרם ע"ז הוא בעצמו לא ראה הענין ולא היה שם אצל המיתה וקבורה כלל וגם זה שכתב בפנקס כדברים האלה ג"כ לא ראו עיניו ענין ההוא כלל כידוע שאין דרכו של אלו לעמוד בין החיים והמתים רק הם כותבים כדברים האלה ע"פ הגדת המשמשים בדוכתא דנייחין ביה בריחי ומוכי מלחמה ובבוקר יעירו אוזן להממונה עליהם מהפחות הרוצים לדעת כל אנשי מעשיהו ומפיהם יקרא והם כותבים בספר ומי יודע אם יש לתת ע"ז דין ערכאות ולהעמיד על חזקה דלא מרעי נפשיהו ואנו

צריכין לחדש דבר מדעת עצמינו דהעבד לא ידבר דבר באזני אדוניו בענין כזה ואע"ג דבכל מלתא דעל"ג לא מהימן מ"מ בזה שאם יבדה ויאחזו יהיה מתחייב בנפשו או ילקה בפקיעי בודאי לא משקר והדבר צריך הכרע דאפשר בכה"ג חוששין דלמא האי גברא ערק ואזיל לעלמא והעבד הזה מיראה שלא יהיה נפשו תחת נפשו שהניחו לברוח או מחמת קבלת שוחד שקורי משקר לומר שמת ואף לדעת תה"ד הסוב' דעכו"ם השואל לעכו"ם שלא בפני ישראל דינו כמסל"ת מ"מ בזה דאיכא למימר דמחמת אימתא דרמי עליה אמר הכי הוי מלתא דשייך בה דעביד לאחזוקי שקרי' אפי' בערכאות דלא מרעי נפשייהו ומחמת הסברא שזה המגיד היה מתירא לשקר כיון שאם יהיה נתפס בשקר לוקח לו קלון ויסרו אותו וענשו אותו מ"מ אפשר דמימר אמר דלמא לא יתגלה נבלותו בזה והא עדיפא ליה ומחית נפשיה לספיקא ואינו רוצה להרשיע את עצמו שלא שמר כדרך השומרים וגם דבנדון דמהרי"ק גופי' שהודה הרוצח דיהיב מהרי"ק טעמא להיתירא משום דלא מרע נפשיה להתחייב מיתה בהודאתו רבו החולקים בזה וגם דבספר הערכי גופיה יש לעיין אם יש לדמות נ"ד לזה אפילו תימא שזה הכותב בפנקס אינו כותב ע"פ הגדה רק ע"פ ראייה מ"מ דלמא ע"כ לא אמרינן גבי ערכאות דלא מרעי נפשייהו אלא במלתא דלא שייכו בגווה אבל במלתא דשייכה בגווה הא אמרי' אף בערכאות ומסל"ת דעבידו לאחזוקי שקרייהו לפי שהוא תפארת להם מן האדם לומר שהרגו בדין ובאמירתם שאומרים מת פלוני נמי בכה"ג מיירי שחבשוהו על איזה דבר ומת בבית האסורים דומיא דהא דאמר מת בב"ד של ישראל כו' ומאן לימא לן דלא מיירי נמי בכה"ג דנ"ד כי בהחפזם לנוס והם באים למקומם כהתגנב העם הנכלמים בנוסם מהמלחמה והרבה בורחים בדרך הלוחם או קודם לזה ותהיה לחרפות להם וכדי לגלול חרפת מעליהם עבידי לאחזוקי שקרייהו וכיוצא בדברים אלו אין לעלות על הכתב ומי יודע דרכי הישמעאלים ונימוסיהם בעת מלחמה לסמוך על תה"ד בזה שאין עכו"ם השואל לעכו"ם כמסל"ת גם כן אין נלענ"ד דהדעת נותנת שהשאלה לשם היתה בשם האש' אף על פי שנרשם בפנקס בקצרה כדרכם דמה לו לשאול על האיש הזה בפרטות אם לא שיודיענו שהוא נשאל עליו וגם יש לחוש לדעת הפוסקים דבעינן קישור דברים וגם יש לחוש למ"ש לעיל דהוא מלתא דשייכו בה ואז אפילו מסל"ת ל"מ ועיין בק"ע סי' ע"ד בשם מהראנ"ח ובגוף התשו' שם אית' דאפשר דבההיא דקומנטריסים לא בעי הוכחה אלא מן הסתם כל שיש לתלות שאמרו לאיזה כוונה תולין להחמיר בכה"ג ול"ד לההיא דשקל אספסתא וכ"ת שאין לחוש שאומרים להתפארות כיון שאת"ל שהוא שקר אין שום התפארות להם ומסל"ת דעל"ג היא אינה טענה דא"כ בההיא דמקומנטריסין נמי נימא הכי שאין לתלות בהתפארות כיון שאם הוא שקר אין מקום להתפארות אלא ע"כ דאפי' את"ל שהוא שקר הגוי מתפאר משום דשמא קרה לו איזה ענין שיש לתלות שמת באופן שנכון לבו בטוח שלא ישוב עוד לביתו ומ"מ אין זה מספיק להתיר דחוששין דאמר בדדמי ומה שאמר שהמיתוהו הם להתפארות בעלמא וא"כ העכו"ם אשר פיהו דיבר שוא אפילו יחשוב שיתגלה לבסוף הוא מתפאר לפי שעה ואף על פי שלבסוף יתגלה רעתו וימצא שקרן וכעין זה י"ל בנ"ד שהגוים ההם שמעו או שחשבו שטבעו בים כו' והם מעידים על דבר ברור שהרגום הם להתפארות או שאין חוששין אפילו אם יתגלה הענין ומ"מ התפארו אף שלא יהיה תפארתם כי אם לפי שעה ואין נראה לחלק

בין זו להיא דקומנטריסין אם לא שנאמר דהתם חושבין הקומנטריסים שלא יתגלה הדבר כגון שברח מפני הפחד או שהגלוהו או איזה ענין שחושבין שלא יתגלה משא"כ בנדון זה שא"ל כן דהו"ל מלתא דעל"ג שהם כ"כ אנשים והם אימנש יוצאים ביד רמה לגבות מס המלך כו' וכל אילו החילוקים שאין כח ביד כל אדם לכבשם אם לא ימצאו בדברי הראשונים עכ"ל הראנ"ח ואנן מה נעני אבתרי' אם גדול הדור כמותו ז"ל לא רצה לסמוך על חילוקים אשר לא נמצא בראשונים אף על גב דבנידון דידיה היו כמה מעלות טובות שאינם בנ"ד אפילו הכי אזיל ביה לחומרא וא"כ מכ"ש דצריך שיקול הדעת בנ"ד: ומצאתי בכנסת יחזקאל סימן נ"ב שכתב דבכתב ערכאותיהם שכותבין כל משפטיהם ופסקיהם שפסקו ודאי לא מרעי נפשיהו כדאיתא בח"מ כו' ע"ש ובסי' נ"ג כתב ג"כ דערכאות עדיף וכתב לתרץ עפי"ז קושיות הריב"ש על הר"ן דס"ל דבעינן קישור דברים מהא דפריך גבי מקומנטריסים והא קי"ל דמסל"ת נאמן וע"ז כתב דקושיות הש"ס הוא בתורת ק"ו כיון דמסל"ת נאמן קל וחומר קומנטריסים כו' עיין שם והוא דוחק גדול דאטו מסל"ת וקומאנטריסין בני ביקתא חדא אינון דניתי עלה בתורת ק"ו הא כל חד סברא באנפי נפשיה הוא ומה ענין הוא ללמוד זה מזה בק"ו וה"ל להש"ס לאקשוויי בפשיטות והא קי"ל דערכאות מהימני ואם נפשך לומר דהוה מצי לדחויי דבאמת לא מהימני בשטרות כ"א מחמת דינא דמלכותא א"כ מאי ראיא מייתי ממסל"ת ודברי מהרח"ש שהביא שם נלענ"ד שהם נכונים ותיתי לי שכך פירשתי ג"כ דברי הש"ס דע"כ במסל"ת מיירי למה נקיט מקומנטריסין וא"ל דבעי לאשמועינן אע"ג דהם ערכאות ז"א דהוה פשיטא ליה להש"ס כמש"ל דרך סברא דלא מרעי נפשיהו לא שייכא כלל לענין עדות אשה או כמש"ל מדברי הרא"ש דלענין עדות בע"פ אין חילוק בין ערכאות להדיוט כלל אלא ודאי במסל"ת מיירי ואפ"ה לא מהימן אע"ג דבעלמא קי"ל דמסל"ת מהימן וע"כ דביוצא להרג מיירי ובזה לא מהני מסל"ת ומשני דאפילו במת ונהרג ממש חיישינן במסל"ת דעבידי לאחזוקי שקרייהו והנה אם באנו לדון בזה מטעם מסל"ת צריך לעיין לדעת הרמב"ם דס"ל דכל מסל"ת ע"פ כתב לא מהני וגם צ"ע מצד שאינו מקוים וע"כ לא ס"ל להפוסקים המתירין באינו מקוים אלא משום דמן התורה עדים החתומים כו' וגם בכל כתב יש מגמגמים במצאו כתוב בשטר אם תינשא אשתו ובפרט שכתב בפנקס ספר הזכרונות עי' בהגמרא דיבמות ולא רציתי להאריך דלמא משכי לי שמעתא ובפרט כי ידעתי דמכ"ת נהירין ליה שבילי הפוסקים ואם באנו להתיר בפשיטות בלא קיום צריכים אנו לחדש עוד דבר מדעתינו דהכא עדיף טפי משטר שאינו מקוים דאומדן דעת הוא דלא מזייפי חתימות האדון ומרתת טובא והאדון בודאי לא זייף והעתק מספר הזכרונות אשר לא נמצא שם כתוב והן הן הדברים אשר אמרתי באגרת הראשונה כי אני מיראי הוראה להכריע משקול דעתי דברים אשר לא נמצא בראשונים אבל אי הוה ברירא לי מלתא לדמות נ"ד לערכאות לא הייתי מגמגם מצד נאמנות הערכאות דבזה ודאי הדין עם מכ"ת דאפילו תימא מדרבנן מהימני כמ"ש התוס' וכ"כ הר"ן והמרדכי להדיא ע"ש מ"מ כיון דמהני חזקה דלא מרע נפשיהו להוציא ממון על ידי זה כמו כן יש להאמינם גם בעדות אשה דהא אפילו פסולי עדות לממון הימנוהו רבנן בעדות אשה אע"ג דמדאורייתא לא מהימני אך אני חוכך בזה אם הנדון דומה לערכאות מהני טעמים דכתיבנא ובגוף הדין הנה עמכם הכריתי והפליתי אשר דעתם שקול בשקל הקודש ובידם

להכריע כחא דהיתר דעדיף ומי יפאר אחריהם להרהר אחרי דבריהם דברי או"נ ד"ש תורתו הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: לב שאלה בק"ק באלחוב היה איש אחד זקן בן שבעים שנה והלך מביתו לבקש טרף.

וזה עשר שנים שלא חזר ויהי היום עברו דרך ק"ק הנ"ל אנשי ק"ק טוסמעניץ ואמרו לבעה"ב שבאכסניא איך שהיו בק"ק קראהלע באונגארען וישבו שם על סעודת ברית מילה הובא לשם איש אחד חולה מכפר הסמוך לשם והאיש הזה היה מלמד בכפר הנ"ל ואנשי ק"ק טוסמעניץ הלכו לבקר אותו ושאלו אותו מאיזה מקום הוא והשיב שהוא מק"ק באלעחאב ויש לו שם אשה ובנים והאיש הזה נפטר שם כן הוא תורף הדברים שסיפרו אנשי ק"ק טוסמאנעץ והבעה"ב שכח להודיע זאת תיכף לאשת הזקן הל"ל וברבות הימים הגיד זאת להאשה הנ"ל ונסעה בעצמה לק"ק קראהלע וכאשר באה האשה לכפר הנ"ל שהיה האיש הנ"ל מלמד שם באותה מקום ובאותו פעם היה שם מלמד אחר ושאלה האשה היכן הוא המלמד הראשון שהיה מקודם והשיב שמת וצייר לה תואר פניו וספרה לו האשה מעין המאורע לה והשיב שהוא בודאי בעלה ושאלה אותו אם אינו יודע שמו והשיב שא"י אחר זה נסעה אל העיר ק"ק קראהלע ושאלה להקברנים דשם והגידו כמו שאמר המלמד ושאלה להם ג"כ לא הגיד האיש הזה משמו ושאר סימנים והשיבו שבאו אליו בעת שתקפה החולי עליו ולא היה בכוחו לדבר יותר רק דברים האלה אני מבעלחאב ויש לי שם אשה ובנים מתוך הדברים מת וחפשו בק"ק בעלעחאב ולא נפקד משם איש שירחיק נדוד רק האיש הזקן הזה: ועתה באה האשה לפני המורים ודמעתה על לחיה להוציא משפטה לאורה שזה עשר שנים שיושבת שכולה וגלמודה ואולי יש תקוה ע"כ השאלה וידידי שארי נד"ז הרב הגדול המפורסם החריף ובקי מוהר"ר יצחק פרענקיל פתח בהצלה תחלה והרחיב בתשובתו בחריפתו ובקיאיותו אומר מותר ומראה פנים ומתוך חומר אשת איש לא נשען על בינתו ושדרה לקמאי לחוות דעתי בזה ואם אמנם כי סמכוני באשיות.

וידי רפות ותשישות. אפס לא אף אוכל אשוב פני כחת.

חביב עלי עד לאחת וחיבת הקודש המכשיר ונותן כח לעשות חיל לגבר אין איל וירבה עצמה לאין אונים, לעשות למלאכת שמים כוונים. ואני תפילתי לאמיץ כח ורב אונים.

יורינו מדרכיו ויצילנו משגיונים. תשובה הנה דבר זה מתורת משה למדנו רבינו משה ב"מ ז"ל פרק י"ג מה"ג וז"ל ישראל שאמר מת איש יהודי כו' עד שיעיד ויכיר שמו ושם עירו אבל אם אמר אחד יצא מעמנו מעיר פלוני ומת מחפשיך באותה העיר אם לא יצא משם אלא הוא תנשא אשתו וכתב ה"ה שהוא מהתוספת וכן פסקו הטור והש"ע בלי חולק והב"ש שם כתב דאף אם אפשר לצאת מן העיר בלי ידיעה אם מעידים שיצא אחד מתושבי העיר הזאת אז מחפשיך אם אין חסר שם שום אדם אלא זה מותרת ופשוט דמ"ש הפוסקים אחד יצא עמנו אין צורך בדבר רק בכדי שנדע שזה המת הוא מעיר הזאת אבל אם בלא זה ידוע לנו שהוא מעיר הזאת די בכך ואף שאין ידוע לנו רק מפ"ע סגי כמ"ש הרא"ש בתשובה ושאר פוסקים והביאו ראייה מעובדא דר"ט שאמר כך קורין אותם בעירי כו' וכן יש ראייה מעובדא דצלמון ומעשים בכל יום שאנו מתירין על ידי אמירתו וא"כ בנ"ד שנודע מפיו שהוא מק"ק בעלאחעב ועל ידי החיפוש מתברר לנו

שלא נחסר משם אדם אחר אלא זה לכאורה נראה בפשיטות דאתתא שריא: איברא דאיכא למשדי נרגא בהך התירא מתרי טעמים חדא שדעת הרבה פוסקים מגדולי הראשונים הרמב"ן והרשב"א והנ"י ביבמות בסוגיא דתרי יצחק דדוקא היכא שידוע לנו שזוהי המת היה בקארטאבע זו ששם היה קביעות דירה של בעל האשה זו ולכך תלינן שזוהי שהלך מקארטעבא לאספמיא ומת שם הוא בעל האשה מתושבי העיר דכאן נמצא וכאן היה ול"ח שמא יצחק אחר בא לקארטעבא וזהו שהלך לאספאמיע הא לא"ה חיישינן לתרי שוירי ולתרי יצחק אף שלא הוחזקו אם שיירות מצויות וכתבו ליישב על פי זה שלא יסתרו דברי הרי"ף מסוגיא דתרי יצחק לסוגיא דפרק כל הגט וכך נראה מדעת הר"ן בתשוב' ובחידוש' לש"ס פרק כל הגט וגם מהר"ם אלשקר בתשובה הביא כן גם בשם הריטב"א וכן הריב"ש בתשו' סי' תק"ח הביא שיטת הפוסקים הללו: ולפ"ז י"ל דבדוק' נקטו הפוסקים והתוספתא בכה"ג אחד יצא עמנו מעיר פלוני שהעד מורה באצבע על העיר הזאת מקום דירת בעל האשה הזאת ואז מועיל חיפוש בעיר הזאת מה שא"כ כגוונא דנ"ד אע"פ שאמר שהוא מק"ק באלחוב יש לחוש לעיר אחרת ששמה כך ומשם בא האיש הזה דהא חיישינן לשני שוירי וא"ל דנ"ד דכיון שזוהי המת היה בכרך שאין שיירות מצויות לשם גם הרמב"ן ודעימיה מודים בזה דהא איכא תרתי לטיבותא לא הוחזקו ואין שיירות מצויות הדבר פשוט דז"א דדוקא היכא שידוע לנו שנאבד הזה הלך לשם שפיר י"ל דל"ח שמא גם אחר הלך לשם כיון שאין שיירות מצויות למקום ההוא וגם לא הוחזקו עוד אחד ששמו כך משא"כ בזה שאין אתנו יודע כלל להיכן הלך בעל האשה וא"כ י"ל דהאי אזיל לעלמא ואיש אחד מעיר אחרת ששמה באלחוב בא לשם ומה יושענו זה שאין השיירות מצויות לשם שהרי כשם שאנו תולין לומר שזוהי הלך לשם אע"פ שאין השיירות מצויות לשם כמו כן י"ל שמעיר אחרת ששמה כך הלך לשם וה"ז כשיירות מצויות ולא הוחזקו דאע"ג דאיכא חדא לטיבותא לא מקילינן לשיטת הפוסקים הללו זאת ועוד אחרת יש לפקפק בענין החיפוש כיון שאין לנו זמן ידוע יש לחוש שמא זמן רב שיצא האיש הלז מכאן ונשכח זכרו מבני העיר ובפרט לפי ענין השאלה שזוהי שיצא מבאלחוב היה איש זקן גדול ולפי מה שאנו אומרים שזוהי המת שם בקראהלי ע"כ שזוהי המת היה זקן ובעל שיבה ואם כן שמא זמן רב שיצא מכאן איש אחד בימי בחרות ונשכח זכרו מבני העיר והיה נע ונד בארץ ימים רבים עד הגיע לכפר ההיא וא"כ אין החיפוש מועיל וכבר האריכו בענין החיפוש בתשובות ועיין בק"ע בשם תשובת מהריב"ל ומהרא"ם בזה: וכדי לפתח מוסרות החששות הנ"ל אען ואומר בדבר החשש האחד שחששנו לדעת הרמב"ן וסייעתו.

הנה לפי דבריהם אף במזכיר שמו וש"א וש"ע אין היתר שלעולם חוששין לשני יב"ש אם לא שמעידים שזוהי יצא ממקום שבעל האשה היה דר שם ובא למקום אחר ומת שם שאז אנו אומרים כאן נמצא כ"ה: ולדבריהם צ"ל דהא דתניא בתוספתא שמעידין על שמו וש"א וש"ע נמי בכה"ג מיירי שמעידין שיצא מעיר הזאת ועדיין צריך ליישב הא דמעשה בצלמון כו' ועובדא דר"ט כן קורין אותי בעירי כו' וצ"ל שאומר בפיר' שקורין אותו יוחנן בן יונתן דמכפר שיחנא שבא"י והדבר ידוע לנו שאין כמותה בא"י בשם זה וכן בההיא דצלמון נ"ל שאמר אני פב"פ ממקום פלוני שבמדינה זו באופן שאין לספק בעיר אחרת כלל וכך צ"ל לפי שיטת' אליבא דאביי דחייש לתרי יצחק אף בכה"ג שיודעים

שיצא מהעיר הזאת חיישינן לאחר ע"כ דמפרש התוספתא דמיירי שמברר דבריו בפירו' שכוונתו על העיר הזאת שהיא קביעות דירתו של בעל האשה שאנו דנין עליה והוא ד"ב ומדברי כל האחרונים בתשובותיהם מבואר שהם מתירין בפשיטות ע"י שמו וש"א וש"ע או ע"י שמו וש"ע במקום עיגון אף שהעד לא ביחן דבריו שהי' העיר הזאת ונראה שהם סומכים בזה על שיטת הרז"ה והרא"ש שפירשו בדברי הרי"ף שיש חילוק בין גט למיתה דגבי מיתה מקילינן כל שלא הוחזקו אע"פ שהשיירות מצויות וכך משמע שיטת רש"י והתוספתא לפום מה דקי"ל כרבא דל"ח לתרי יצחק ואע"פ שהרמב"ן השיב ע"ז דהא בגמרא מדמו גט למיתה לא כתב כן אלא על דברי הרז"ה דמשמע שהוא רוצה לחלק בזה מדינא דש"ס וע"ז מקשה שפיר דבש"ס השוה אותם אבל הרא"ש סובר דמדינא דש"ס באמת אין לחלק בין גט למיתה רק דהרי"ף ס"ל דבמיתה בעגונה יש לסמוך אמאן דמיקל כרבה ול"ק דר"ז והוא דעת רבא דל"ח לתרי יצחק וכן מבואר מדברי הב"ש ס"ק דמפרש כן דברי הרא"ש וכ"מ במקצת תשובת האחרונים ז"ל ועמ"ש בזה בתשו' סי': אמנם ראיתי בתשובת האחרונים שהעתיקו משו"ת מהרח"ש שכתב וז"ל עוד אני חוכך להחמיר להרמב"ן והרשב"א ונ"י דנראה אפי' בשמו וש"א וש"ע אם לא סיים העיר הזאת באופן שאין לספק בעיר אחרת אז חיישינן לשני עיירות בשם א' וכ"מ לר"ז דפליג ארבה אפילו בלא הוחזקו חיישינן לשני יב"ש ה"ה ניחוש לשני עיירות בשם א' וכן משמע הא דלא חשו לתרי נהרדעי היינו דלא שכיחי שיירתא מעלמא אבל אי שכיחא אע"ג דהוזכר שלשתן חיישינן לתרי נהרדעי וכ"כ הריב"ש ונוטה דעתו והריטב"א מקשה מיוחנן בן יונתן ומתריך ש"ה דאיכא עוד סימנים אחרים שהיה גבור חיל כו' והא דתניא בתוספתא דמעדיין על שם עירו היינו שסיים באותה העיר שאין לספק בעיר אחרת כגון עיר פלונית ממלכות פלונית וכיוצא בזה כו' וכתבו בשמו דמסיק בתשובה דכל שלא סיים העיר אין להתיר אם לא בהצטרפות סימן אחר והוא שיהיה אותו סי' ראוי לסמוך כפי ראות הדיין ובהסכמת חכמי העיר כו' ובק"ע כתב דמאן דחייש לשני יב"ש חייש לשני נהרדעא: אך סיים וכתב שם ואפשר דהכא בנהרדעא שאני שהיא עיר גדולה ומפורסמת כמו מצרים ורומי וכוללת עיירות רבות סביבותיה בהא ל"ח לעיר אחרת כשמה כו' עכ"ל כך הועתק בתשובה בשמו ואין ק"ע דמהרח"ש בידי לעיין בו ומשמע מדבריו שרוצה ליישב הך עובדא ההיא גיטא דאשתכח בנהרדעי כו' דמייתי מינה אביי ודחיקא ליה לאוקמא שאין שיירות מצויות לשם ולכך רוצה ליישב דנהרדעי עיר גדולה כו' ונפלאתי ע"ז.

דמה בכך דהך נהרדעי שלפנינו היא גדולה ומפורסמת אכתי למיחש מיבעיא שמא יש עוד עיר אחת בעולם ושמה נהרדעי והיא קטנה מזאת ואינה ידועה וניכרת ואפשר שכוונתו דאם העיר ההיא קטנה מזו ל"ח לה דהך אתרא דידן הו"ל רובא וטעמא דחיישינן היכא דשיירות מצויות משום רובא דעלמא הוא: ועדיין צ"ע דלמא איכא תרתי או תלת לשוינהו רובא וגם אפשר דבההיא מתא איכא כמה יוב"ש והו"ל רובא לגבי הך שמא דיוב"ש ועיין בתשובת הרשב"א בגיטין דאם השיירות מצויות י"ל שהרבה גיטין הם מביאים מאנשים ששם יוב"ש ע"ש ואין להאריך שהרי הדבר מבואר במלחמות דמפרש דאביי ס"ל שהגט נמצא במקום שאין שיירות מצויות ולכך לא חששו לנהרדעא אחרנא רק לעיירות שסביבותיה דמשם היו שיירות מצויות לנהרדעי ורבא

אמר א"כ יבדוק כל העולם מבע"ל ליה דהא ודאי שיירות מצויות לנהרדעי וכן מבואר בחידושי הרשב"א ביבמות וההיא גיטא דאשתכח בסורא נמי במקום שאין השיירות נמצא ע"ש ועיין בשו"ת פנים מאירות סימן מ"ם שכתב ונפלאתי על הר"ן (ר"ל הנ"י) שכתב לאביי יבדוק כל העולם הא ראייתו מגיטא דאשתכח בנהרדעי כו' ש"מ דאביי לא ס"ל לבדוק כל העולם כו' דלא חייש דלמא א' בסוף העולם היה עובר דרך העיר הזאת וקרא עצמו ע"ש העיר ומדבריו נראה שלא היה בפניו רק דברי הנ"י שאם היה רואה דברי הרמב"ן במלחמות והרשב"א לא היה כותב מה שכתב ואין להאריך: והנה כבוד שארי הרב הגאון הנ"ל העיר בזה כיון שהעיר שלנו היא קרובה דמוכח והרוב אינו ודאי די"ל שאין כאן רוב כלל אית לן למיזל בתר קורבא ור"ה דחייש לשני שוירי אפשר דס"ל דאזלינן בתר רובא אפי' בכה"ג עכ"ד והטיב אשר דיבר וכבר הארכתי בענין זה בתשובה סימן דודאי דבעינן שיהא הרוב ברור וידוע לנו והבאתי ראיה מהא דקי"ל אם יש לה מכה תולה במכתה וטעמא משום חזקת טהרה כמ"ש הרשב"א בתה"א וקשה דנימא דבמקור איכא רוב דמים לגבי מכה ורובא עדיף מחזקה אלא ודאי כיון שאין הרוב ברור דשמא המכה דמים רבים כמו דם המקור לא אזלינן בתר רובא כי האי ואם כן ה"ה לגבי קורבא ושוב כתבתי שיש לחלק דהתם מחמת החזקה אמרינן דאין כאן רובא והארכתי בזה: אך בש"ג פרק לא יחפור כתב להדיא גבי קורבא דלא סמכינן על הרוב אלא היכא שהוברר היות הדבר ההוא רוב אך מ"ש הרב נ"י דר"ה ס"ל דאף בכה"ג הוי רוב הוא דחוק וגם דעדיין אנו צריכין לתרוצי סוגיא אליבא דהרמב"ן וסייעתו דס"ל דדינא הכי דחיישי' לתרי שוירי דהא קורבא דאורייתא ואם כן כיון דההיא שוירי דידן ודאי מקרבי טפי אית לן למימר דמהאי אתי: והנה הארכתי בתשו' שם ושם הקשיתי עוד דלמה נימא שזהו גט של יב"ש אחר מחמת רובא שהרי כתבו התוספות בגיטין דהרוב אין מגרשין נשותיהן וגם בריש זבחים אמרי' אשה לאו לגירושין קיימא וכיון שיוב"ש זה ידוע לנו ששלח גט לאשתו לית לן למתלי באחרינא והארכתי בכמה ענינים וידי רפות להעתיק הכל רק עתה באתי עם הספר מה שנתחדש לי בזה בעידנא דעסיקנא ביה .

ומתחלה אבאר מה שנלענ"ד ליישב דעת אא"ז רמ"א בסי' קל"ב שכתב י"א שאם הוזכר שם העיר בגט אין לחוש לשיירות מצויות דאין חוששין לשני עיירות ששם שוה ע"ש והב"ש תמה דהאיך מוכיח ממה שאמר רבה להחזיר הגט שכתב בו שוירי מתא ושם היו שיירות מצויות דדוקא ש"מ והחזיק אין מחזירין דלמא שאני התם שכתב בגט שם העיר כו': ולפי מ"ש י"ל דטעמא דמחלקינן בין חששא דשני יב"ש לחששא דשני עיירות ששם שוה משום דבעיירות אם היתה קרובה כמו זו ודאי דמפרסמא מלתא ואם היא רחוקה מזו אית לן למיזל בתר קורבא שאף ע"פ שהשיירות מצויות מ"מ אין כאן רוב ידוע כלל ואם כן היכא ששם העיר כתוב בגט וגם העיר הזאת היא רחוקה הרבה מכאן ואין ניכרת לנו וידוע לנו כלל פשיט שיש לחוש שמא יש עוד עיר אחרת בשם זה מאי אמרת זיל בתר קורב' דמאן לימא דשוירי האחר אינה קרובה לכאן כמו שוירי זהו שהיה מקום דירתו של בעל האשה הניצבת עמנו ואפשר שהאחרת היא קרובה יותר ובכה"ג שפיר חיישי' לתרי שוירי וכן משמע לענ"ד מלשון הרמב"ן במלחמות דהך דשוירי בכה"ג הוא שכתב ולא שנינו בגיטין אלא במביא גט ממדינת הים ואבד ממנו שכיון שבא ממדינת הים ושלא במקומו מצאנו אותו אף על פי שכתוב בו בשוירי מתא חוששין לשני

שוירי וכשאתה אומר משוירי של זה בא לכאן אני אומר לא בא אלא משוירי האחר (ואף שהרמב"ן עיקר כוונתו לומר שלא נמצא במקום שנכתב מ"מ נקיט מיהא בידך דהך דשוירי נמי בבא ממדינת הים מיירי וא"כ ליכא למיזל בתר קורבא די"ל שהאחרת קרובה יותר ודברי הרמב"ן יבואר בסמוך) עכ"ל.

ולפי זה שפיר פשיט התם מדרבא שאמר להחזיר הגט ולא חיישי' לשני שוירי ע"כ דלא מטעם קורבא אתיא עלה אלא ס"ל דבכל גווני אין חוששין שמא יש עיר אחרת כיוצא בה כיון דלא הוחזקו וא"כ דכוותה בשני יב"ש נמי ל"ח למלתא וא"ל דאם כן היכא פשיט רבה ממתני' דכל מעב"ד יחזיר דילמא מתני' מיירי שנכתבו בו שם העיר והיא ידועה וניכרת לנו דאז ל"ח לעיר אחרת ז"א דאם כן תיקשי לשיטת הרמב"ן דמהני אם נמצא במקום שנכתב אם כן מצינו לאוקי מתני' בהכי וא"ל דרבה כאביי ס"ל דלא אמרי' כאן נמצא דמ"מ מנ"ל למפשט ממתני' כיון דאיכא לדחויי דמטעם נמצא אתינן עלה אלא ע"כ דרבה ס"ל דמתני' בכל גווני מיירי אף שנמצא במקום אחר וא"כ גם לפי מ"ש י"ל דודאי מתני' מיירי אפילו אם בא ממקום רחוק דל"ש למתלי בקורבא אפ"ה מהדרינן דכל שלא הוחזקו ל"ח ועי' מ"ש מהר"מ שיף בגיטין בריש הסוגיא שם וגם י"ל בפשיטות דרבה ס"ל דמסתמא מתני' מיירי אף שלא הוזכר שם העיר בשטר זה של מעב"ד דאל"כ הו"ל לפרושא בהדיא וא"כ כיון דל"ח ליב"ש אחר שלא הוחזק ממילא דפשיטא שאין לחוש לשני שוירי ואם כן ממילא דל"ק קושי' הב"ש דשפיר פשיט הש"ס מדרבה דס"ל דש"מ והוחזק דוקא לא מהדרינן דהא מוקי למתני' בכה"ג שיירות מצויות ולא הוחזקו ומינה יליף לשני שוירי ולפי זה למאי דקי"ל דתרתני לטיבותא בעינן ומתני' מיירי דאשתכח לאבראי חוץ לב"ד שפיר חיישי' לשני יוב"ש ולשני שוירי גם כן דל"ש קורבא כמש"ל משא"כ הרמ"א י"ל דמיירי ששם העיר המוזכר בגט היא ניכרת לנו ואז ל"ח לעיר אחרת בסוף העולם דבזה כ"ע מודים כיון שהרוב אין ידוע לנו והקורבא ידוע ומוכחת שהרי ידוע לנו שהביא גט משם לכאן שפיר אזלינן בתר קורבא שהוא דאורייתא אך דברי הד"מ שהביא הב"ש צ"ע ולקמן נדבר עוד בזה: ומ"מ עדיין צריכין לעמוד על דעתו של הרמב"ן שנראה מדבריו דדוקא נמצא במקום שנכתב ומשום כאן נמצא וקשה דאפי' נמצא במ"א רק שהמקום הנזכר בגט ידוע לנו אית לן למיזל בתר קורבא וכן בהא דתרי יצחק ל"ש למיתי מטעמא דכאן נמצא ת"ל משום קורבא וא"ל דזה הוי כרוב ידוע כדאמרינן טובא יוב"ש איכא בעלמא דז"א דכאן דצ"ל שאותו מת בא ממקום אחר שממנין בו ריש גלותא כמ"ש הרמב"ן ובכה"ג פשיטא שאין כאן רוב ידוע ונראה דבהך דתרי יצחק לא שייך להקל משום קורבא דודאי הא דאמרינן קורבא פשיטא שא"ל שלא בא לעיר זאת איש אחר כלל שהרי מיירי ששיירות מצויות ועינינו הרואות שבכל יום שיירות באים לכאן ואם כן א"א לומר דלכך ל"ח ליצחק אחר שבא בשיירא לכאן משום קורבא דז"א כיון שבא לכאן רחוקים נעשו קרובים והוא קרוב מכאן לאספמיא כמו תושב עיר קורטבא וכגר כאזרח משפט אחד להם שכמו כן י"ל שזה הלך לאספמיא כמו זה ולכך צריך למיתי עלה מטעמא דכאן נמצא דכיון שהעידו העדים שזה הלך מקארטבא לאספמיא אז אם בשעת יציאתו מהעיר אם היינו דנין עליו אם הוא בן עיר או מהני דאיכלעי מעלמא טפי יש לנו לומר שזה האיש הוא מתושבי העיר הזאת דכאן נמצא כ"ה ולכן כשמת זה שהלך אמרינן אותו יצחק שהיה בן העיר מת וההיא דשני שוירי שפיר

חוששין כיון שבא ממ"א לא שייך כאן נמצא וגם קורבא ל"ש כמש"ל כיון שגם שוירי זה אין ידוע לנו ושמה האחר אינו רחוק יותר מזה.

והנה לאביי דלא ס"ל כאן נמצא במקום חזקת א"א פשיטא דלא ס"ל דלית לן למיזל בתר קורבא דהא סברת כאן נמצא עדיף מקורבא וכמ"ש הרמב"ן בפרק לא יחפור בהא דאכל ענבי מצנעי ע"ש ואביי מייתי מעובדא דנהרדעא שהצריך בדיקה לסביבות נהרדעא כיון שמשם שיירות מצויות לנהרדעא אלמא דלא אמרי' כאן נמצא והא דלא חששו לנהרדעא אחרת אליבא דאביי דס"ל דלא אזלי' בתר קורבא היינו דס"ל שהיה במקום שאין שיירות מצויות ועל זה השיב רבא לדבריה דלא סבירא לך כאן נמצא ומכ"ש קורבא יבדוק כל העולם מבעיא ליה דודאי שיירות מצויות בנהרדעא ואיכא למיחש לתרי נהרדעא ולשני יוב"ש: ושוב כתב הרמב"ן דעובדא דענן בר חייא במקום שאין שיירות מצויות נמצאו ולכך לא אמרו יבדוק כל העולם כו' ור"ל לתרוצי אליבא דאביי דאילו לרבא אפשר דלא צריכנא להא דאפילו במקום שהשיירות מצויות אין צריך לבדוק כל העולם כיון שנהרדעא זאת ידוע וניכרת לנו אזלי' בתר קורבא ולא חיישי' שמא יש נהרדעא אחר ברחוק מקום ומשם בא לסורא וכתב גט כיון שאין כאן רוב ידוע: ולפי מ"ש צ"ל דמ"ש הרשב"א והנ"י בדברי רבא הא נאבד במקום שנכתב אפי' במקום שהש"מ אמרי' כאן נמצא לאו דוקא בכה"ג אלא אפילו אם נמצא במקום אחר רק ששם העיר שנכתב בגט הוא קרוב לאותו מקום שנמצא וניכר וידוע שם נמי ליכא למיחש לעיר אחרת ששמה כך משום קורב' וגם י"ל דבכה"ג שנמצא במקום שנכתב ל"ח ליה כלל אפי' אין מוזכר שם העיר בגט דאז שפיר איכא למיחש ליוב"ש טובי מ"מ כיון שנמצא במקום שנכתב אמרי' כאן נמצא ולפ"ז א"ש מ"ש מעובדא דצלמון ועובדא דר"ט דהתם שהיה המקום ניכר וידוע לנו אין לחוש למקום אחר ומטעם קורבא דהא קורבא דאורייתא ובאמת גם להפוסקים דס"ל דבחדא לטיבותא סגי בע"כ צ"ל כן דאל"כ תיקשי דלר"ה ולישנא בתרא דר"ז דס"ל דחיישי' לתרי שוירי הך עובדא דצלמון ועובדא דר"ט איך מתרצי לה דכבר כתבתי שר"ל דמיירי במברר דבריו שכוונתו לעיר הזאת וע"כ לומר כמ"ש דדוקא בהך דשוירי דל"ש להתיר מטעם קורבא דחיישי' משא"כ בהנך עובדי: איברא שלשון הרמב"ן ודעימיה משמע דדוקא אם נמצא במקום שנכתב ל"ח הא לא"ה יש לחוש אף ששם העיר שבגט היא ניכרת וידוע אפ"ה חיישי' ולא אזלי' בתר קורבא והדבר צריך תבלין דלמה יגרע קורב' דאורייתא מהך סברא דכאן נמצא ונראה דה"ט דע"כ לא אזלי' בתר קורבא אלא כגון ההוא בניפול הנמצא דב"ב ועגלה ערופה דליכא חזקה נגד הקורבא משא"כ כאן דאתחזק איסורא דא"א לא אזלי' בתר קורבא דהא אפילו בתר רובא לא אזלי' במקום חזקה וכ"ש דלא אזלי' בתר קורבא במקום חזקה וכ"כ הרמב"ן להדיא בפרק לא יחפור ע"ש אבל היכא שהגט נמצא במקום שנכתב דאיתא תרתי שהוא קרוב וגם י"ל כאן נמצאו שפיר אזלי' בתריה וכמ"ל מדברי הרמב"ן שם גבי ענבי מצנעי דאפי' לר"ח דאזיל בתר רוב אסירי משום שהם במקומם ממש וחזקה כאן נמצאו כו' וכיון שהוא במקומן ומצוי ליכא למ"ד רוב עדיף כו' עיי"ש וגם הט"ז סי' רצ"ד כיון מדעתיה דנפשיה לסברת הרמב"ן בזה דגבי ענבים אסור מטעם כאן נמצא וכ"כ הפר"ח בי"ד סימן ס"ג לתרץ דברי הטור והביא דברי הרמב"ן אילו והשיג על הטור שכתב היפך מדעת אביו הרא"ש ז"ל ולענ"ד י"ל דהטור ס"ל דאע"ג

שהוא קרוב ומצוי אין הכרח שיהיה עדיף מרוב רק דעכ"פ שקולים הם והלכך הרא"ש דקאי התם אעובדא דרבינא דמיירי בח"ל וספק ערלה בח"ל מותרת וכמ"ש התוס' שם משא"כ הטור העתיק לשון הרמב"ם ומיירי בא"י ואין כאן מקומו להאריך: אך צריך ליישב לפ"ז מ"ש הרשב"א והנ"י להקשות דהא הכא קי"ל כרבא ובפ' המדיר קי"ל כרב אשי דלא אמרינן כאן נמצא כו' ולפמ"ש י"ל דשא"ה דלענין אי מספקא לן אי השתא אתו מומין אלו או מעיקרא ואמרינן כאן נמצאו כ"ה מעיקרא בזה לא קי"ל הכי משא"כ לענין ספיקא אם מעלמא אתו או מיניה וביה שפיר אמרינן כאן נמצא דהו"ל קרוב ומצוי וכמ"ש הרמב"ן והנ"י גופיה הביא בב"ב דברי הרמב"ן אלו וצ"ל כמ"ש"ל דגבי עובדא דתרי יצחק ל"ש קורבא כיון דהא קמן שהשיירות מצויות מעלמא לכאן והרי הם קרובים ג"כ למקום זה כמו זה אשר נולד שם וליכא למיתי עלה רק מטעם כאן נמצא משא"כ התם דאע"ג דאיכא רוב כרמים דהיתר מ"מ הנך ענבים שבכרם זה מקרבי טפי למקום שנמצא הענבים שמה ואם היו שיירות מצויות לכרם זה המביאים בידם ענבים של היתר ג"כ לא היה אפשר לדון שם דין קורבא רק כאן נמצא לבד אבל כיון שמעולם לא ראינו מביאים ענבים לכאן רק שנאמר שהגנבים לקחו מכרמים דהיתר והצניעו כאן בזה אמר' דקורבא דמוכח כי האי שהוא במקומו וכאן נמצא אמרי' דמהך כרם נינהו וגט הנמצא במקום שנכתב דמי ממש להך דענבים בכרם דאף ששיירות מצויות מ"מ לענין הגט שייך ביה קורבא דגט זה דכאן קרוב לכאן טפי מגט שנכתב במקום אחר ואין לנו לומר שהוא ממ"א לכאן ונפל וגם הוא במקומו אך כיון דבתרי יצחק ל"ש קורבא שפיר הקשו הרשב"א והנ"י דהא אנן קי"ל כרב אשי ובהכי א"ש מ"ש הב"ש סי' קל"ב דלהרמב"ן ונ"י בנמצא במקום שנכתב מחזירין משום כאן נמצא ומתוך דברי הרא"ש נדחה חילוק ע"ש ולכאורה קשה ת"ל דאדחי בלא"ה כיון דלא קי"ל כרב אשי רק הרשב"א והנ"י מתרצים דבעגונה הקילו וא"כ זה במיתה אבל לא בגט כמ"ש הרא"ש דאפשר לכתוב גט אחר (ואפשר שר"ל לפי דעת הפוסקים כרב' גם גבי מומין כמבואר בסמ"ק קי"ז ולכן צ"ע על הרשב"א והנ"י שהקשו על הרי"ף די"ל דהרי"ף לשיטתו דפסק כרב' התם ע"ש בפוסקים ואפשר דהרשב"א לנפשיה קאמר דאיהו ס"ל הלכה כרב אשי עי' בב"י סי' ל"ט) ודוחק לומר דגם בגט הקילו בזה משום עגון וכדאשכחן בדוכתי טובי ולפמ"ש א"ש בפשיטות דבגט א"צ להקל משום עגונה דשפיר אית לן למימר בכה"ג כאן נמצא כסברת הרמב"ן ומ"ש מתוך הרא"ש נדחה חילוק זה פשוט שר"ל שאינו מוכרח לומר כן: ומעתה צריך ליתן טעם דלמה קי"ל כרבא משום חזקה דכאן נמצא דהא איכא לנגדה חזקת א"א ומ"ש גבי קורבא דלא אזלינן בתרה לחוד נגד חזקת א"א וא"ל דלרב' מהני כאן נמצא אף נגד חזקה כדאמר התם סיפא כאן נמצאו כ"ה ומהני אף להוציא מן הבעל ז"א כמ"ש המפורשים שם דהתם טעמא משום דאיכא חזקת הגוף ע"ש ולכן נלענ"ד דבלא"ה א"ש דכיון דרב' לענין מיתה מיירי ובמיתה אמרינן דחזקה אשה דייקא מרע לחזקת אשת איש ושפיר אמרינן כאן נמצא ומ"מ פריך ליה אביי שפיר מגט אע"ג דהתם ליכא חזקת דייקא נגד חזקת אשת איש מ"מ שם איכא קורבא וחזקת כאן נמצא כמ"ש"ל ואית לן למימר דעדיף מחזקת אשת איש ומזה מוכיח אביי דחזקה דכאן נמצא לא מהני כלל אף במקום דליכא חזקה נגדה ודחי ליה רבא דיבדוק כל העולם מיבעיא ליה כיון ששיירות מצויות ולפ"ז אין חילוק בין קורבא לכאן נמצא דתרווייהו

מהני להתיר במיתה דאזלא לה חזקת אשת איש משום דחזקה דייקא מרע לה רק דבבהיא דתרי יצחק ליכא טעמא דקורבא וצריך למיתי עלה מטעם כאן נמצא ולפ"ז לק"מ מהנך עובדי דל"ח לתרי שוירי דבמיתה מיירי וכיון שהעיר זו הידועה לנו היא הקרובה ודאי ל"ח שמא יש עוד עיר אחרת והיא גדולה מזו כיון שאין זה רוב ידוע והקורבא הוא ברורה ומוכחת: איברא יש לפקפק בהך היתר משום קורבא כיון דקי"ל בנפל למשאל"ס אסורה ולא אזלינן בתר רובא ומכ"ש דלית לן למיזל בתר קורבא אך די"ל דהתם טעמא משום דחיישי' למיעוט המצוי כמ"ש התוספות והרא"ש ביבמות דף ל"ו גבי כל ששהה ל' יום כו' ע"ש וברא"ש חולין דף י"א וכאן שאנו מתירין משום קורבא ל"ש זה וכמו שרבא ס"ל להתיר משום כאן נמצא דסברא בעלמא הוא וא"כ פשיטא דגם ע"י קורבא דאורייתא יש להתיר: והנה זה שנים רבות כתבנו בתשובה א' בנידון עגונה מזאלעשיץ צד היתר משום קורבא והגאון מפראג בעל נ"ב ז"ל לא הסכים בזה וכתב דקורבא לא עדיף מרוב דאין מתירין באשת איש ומ"ש הב"ש להתיר בגוסס תמה עליו: ועתה מצאתי בשו"ת אור נעלם סימן ל"ו נדפס שם תשובה מהגאון בעל פ"י ז"ל בעסק עגונה אחת וכתב שם להתיר משום דיצאת האשה מאיסור דאורייתא על ידי סימני גופו וכליו אף חששא דרבנן ליכא כיון שנמצא ההרוג סמוך לעיר כו' ופשיטא דאזלינן בתר קורבא דמוכח כיון דליכא רובא כנגדה כיון דלא שכיחי אורחי ופרחי כו' כמו שהגיד הקצין הנ"ל כו' דאפילו היו סימנים גרועים קורבא דמוכח נינהו הוי ובכך אני מיישב תשובת מהרי"ו סימן ע"ט כו' שהמתיר רצה להתיר מטעם קורבא דמוכח וזה פי' המלות מטעם קרוב וס"ל דאף במקום חזקת איסור אזלינן בתר קורבא דהכי משמע לכאורה מדקאמר ר"ח רוב וקרוב כו' משמע דלגבי חזקה קורבא עדיף והמחמירין לא פשיטא להו הך מלתא דאפשר דגבי חזקה נמי לא אזלי' בתר קורבא ועוד נהי דאיסורא דאורייתא ליכא בקורבא דמוכח מ"מ איסור דרבנן איכא דלא עדיף מרובה דלא מהני מדרבנן נמצא משמע להדיא דבנ"ד דליכא חשש איסור דאורייתא כ"ע מודים דאזלי' בתר קורבא דמוכח כו' כדמשמע מדברי מהרי"ו בסופו שהתיר הלכה למעשה' עכ"ל ולענ"ד כמ"ש דקורב' הוי עכ"פ כמו חזקה דכאן נמצא ושאיני רובא כיון דאיכא מיעוט דשכיח חיישי' ליה והכי הוי אפילו קורב' דמוכח כמ"ש התוספי בב"ב בסוגיא דניפול ד"ה מתיב ר"ז דלגבי רובא דעלמא הוי קורבא טיר.

קורבא דמוכח וכן דהכא ליכא רובא דעלמא נגד הקורבא דשמא אין עיר אחרת כלל כזו ואת"ל יש עיר אחרת שמא היא קטנה מזו שפיר אזלינן בתר זו שהיא קרובה ודאי ועכ"פ נראה דא"ש מה שסמכו הפוסקים להקל ע"י שמו וש"א וש"ע בסתם ולא חשו לדעת הרמב"ן ודעימיה משום דאף לדעת הרמב"ן ודעימיה אין כאן חשש דאורייתא דמדאורייתא ודאי איכא למיזל בתר קורבא ובמקום עגונה יש להקל לסמוך על דעת הרא"ש ודעימיה דס"ל לחלק בין גט למיתה וכ"מ דעת רש"י והתוס' וגם כי דעת בה"ג ור"ח להקל אף בגט בחדא לטיבותא ומכ"ש לחד תירוצא דהתוס' בספ"ק דב"מ דכל חשש שני יוב"ש אינו אלא מדרבנן ובמ"א כתבתי בדברי התוס' הללו ולקצר אני צריך: ועוד נלענ"ד לצדד בזה דהנה לכאורה לפמ"ש ליישב הנך עובד' לשיטת הרמב"ן ודעימיה אכתי תיקשי דאביי דלא ס"ל כאן נמצא וא"כ ה"ה דלא אזיל בתר קורבא ואיך יתיישב לדידיה התוספתא והנך עובדי שלא חששו לעיר אחרת ולשני יוב"ש ונלענ"ד דא"ש לפמ"ש

בשם מהרח"ש כשהוחזקו שני יב"ש בעיר א' ואין שיירות מצויות ואחד הלך לאספמיא ל"ח שמא גם השני הלך לשם כיון שאין השיירות מצויות לשם וכ"כ בט"ז ומ"ש הח"מ מדברי הרא"ש פרק כל הגט נראה שאין משם ראייה כלל: אמנם לדעת הרמב"ן סובר דהוחזקו אף שאין שיירות מצויות לא מהני להתיר דתרתיה לטיבותא בעינן אך נראה דזה דוקא כשאין השיירות מצויות לכאן ממ"א כלל אז אמרינן כיון שהוחזקו חיישינן כמו שזה עקר נפשו ובא לכאן אף שאין שיירות מצויות אפשר שגם השני בא לכאן וכמ"ש הרמב"ן בגיט' דאשתכח בסורא דכמו שזה עקר נפשו ובא מנהרדעא כו' ע"ש משא"כ אם יש כאן שני עיירות ובמקום שהגנב נמצא אין שיירות מצויות ממקום א' וממקום השני שיירות מצויות משם למקום מציאת הגט וזה שנאבד לו הגט הוא מאותו המקום שש"מ לכאן גם הרמב"ן מודה דל"ח ומכ"ש היכא שאין מקום אחר ידוע כלל ולא הוחזק לנו שיש עוד עיר ששמה כזו דזה הוי כמו תרתי לטיבותא לא הוחזק ואין שיירות מצויות דהא מעיר שאין ניכר וידוע שמה כלל פשיטא דלא שכיח שיירתא לכאן וארווח לן השתא טעמא דא"רמ"א ז"ל בסי' קל"ב דל"ח בשיירות מצויות לשני עיירות משום דהא ע"כ מעיר זאת שאין ידוע לנו אין ש"מ כלל לכאן אף אם יש בעולם עיר ששמה כך רחוקה היא מכאן וכל שהוא רחוק כ"כ מסתמא אין השיירות מצויות וכמ"ש בתה"ד דמאשכנז לליטא מיקרי אין ש"מ וגם דהא אין העיר ידוע לנו כלל ואם היה ש"מ משם היה נודע במקום זה מעיר הזאת ולכן הוי כתרתי לטיבותא דהא גט זה שהביא השליח ונאבד כאן הובא ממקום שהשיירות מצויות לכאן ועל גט אחר שאתה רוצה לחוש אין הש"מ משם והא דאמרינן בש"ס חיישינן לשני שוירי כיון דש"מ אף דלא הוחזקו א"ש דבאמת גם משוירי זה אין ש"מ לכאן רק דבי דינא דר"ה כש"מ דמי דמקלעי ליה מעלמא ומאפסי ארץ יבואו אליו למשפט וא"כ כמו כן איכא למיחש לשוירי אחרת כמו לזאת ואם לא היה בית דין דר"ה כש"מ לא היינו חוששין לאחר כיון דלא הוחזקו וגם אין מצוי שיבא לכאן ממקום אחר כיון דאין ש"מ ואף ע"ג דהשתא אתרמי שמשוירי זה בא לכאן לאחרינא ל"ח והו"ל תרתי לטיבותא אבל כיון דב"ד דר"ה כש"מ דמי וגם לגבי שוירי שאין ידוע לנו מחשב כש"מ שפיר יש לחוש ולפ"ז אנן השתא שאין לנו כה"ג דב"ד דר"ה כל שנכתב שם העיר אין לחוש אם במקום מציאת הגט ש"מ לעיר אחרת ששמה כזו כיון דעכ"פ משם אין ש"מ והא דאמרינן ללישנא דר"ז ס"ל דש"מ לחוד לא מהדרינן אף דלא הוחזקו היינו כשלא נכתב שם העיר בגט והחשש הוא בשביל שני יוב"ש ודאי חיישינן כיון שש"מ לכאן ובודאי יש בעולם שני יב"ש ושפיר מוכיח הש"ס מדפסק רבה להחזיר הגט שאין חוששין לשני שוירי אע"ג דהוי כש"מ אף ממקום שאין ידוע לנו אלמא דבחדא לטיבותא נמי מהדרינן ובהא לא קי"ל כרבה אלא תרתי לטיבותא בעינן ולכן שפיר פסק הרמ"א כשנכתב שם העיר בגט אין לחוש לאחרת דאפי' יש א' בסוף העולם אין ש"מ משם לכאן והו"ל תרתי לטיבותא ולק"מקו' הב"ש והשתא א"ש התוספתא והנך עובדי אף לאביי דהנך מיירי שאלו המקומות היו ידועים לנו וש"מ משם לכאן ואין לנו לחוש למ"א דמשם ודאי אין ש"מ ובכה"ג תרתי לטיבותא מיקרי וכ"ע מודו דל"ח ולפ"ז נראה בנ"ד דשכיח הוא שבני ק"ק באלחוב שבמדינה זו ילכו למדינות אונגריין לבקש טרף וללמד את בני יהודה ואם יתברר שבמקום ההוא במדינות אונגריין אין ידוע וניכר עיר באלחוב ממדינה אחרת אף הרמב"ן ודעימיה מודים דהא הוי תרתי

לטיבותא דלא הוחזק ואם יש בעולם עכ"פ לא שכיח שיירות והך מלתא דשכיח שיירות מק"ק באלחוב לק"ק אונגרין לא מיבעיא שאין מגרע כח ההיתר אדרבה מיפה כח ההיתר וטיבותא הוא לגביה ועוד נראה לצדד להיתר אף לשיטת האומרים דחיישינן לתרי יצחק היכא דל"ש כאן נמצא ומתחלה אבאר מה דקשיא ליה על דברי הפוסקים דס"ל דסגי בשמו וש"א וש"ע אפילו חיפוש א"צ כמבואר בפוסקים ולכאורה צ"ע כיון דעיקר טעמא משום דבמיתה הקילו משום עגונה וא"כ התינח שמשום זה יש להקל שלא להחמיר כמו בגט לחוש לעיר אחרת אבל בדיקת אותה העיר עצמה למה הקילו ובפרט היכא דידוע שמו וש"א שהבדיקה קלה ולא נפיש בטרחא והרי בגט החמרנו הואיל ואפשר לכתוב גט אחר אף ע"ג דאיכא טרחא וכדקי"ל בפוסקים דכל שנכתב הגט אע"פ שלא ניתן כדעבד דמי וזמנין שהמקום רחוק וצריך לשלוח ע"י שליח ואפ"ה מחמירינן וכ"ש בזה שבנקל לברר באותה העיר עצמה עכ"פ ואף שא"א לצאת י"ח הבדיקה כהלכתה דהא אכתי איכא למיחש לעיר אחרת מ"מ אית לן למעבד מה דאפשר משום חומר א"א ולכן נלענ"ד דה"ט דמבואר בפוסקים דהך צד קולא דמקלינן בלא הוחזקו לאו דוקא שידוע לנו שאין באותה העיר עוד יוב"ש אחר אלא אפי' אם אין ידוע אם יש שם אחר אם לאו לא הוחזקו קרי ליה וראיתי בס' שב שמעתתא דרש"י בב"מ פ"א שהיה מוחזק וידוע שאין באותה שוירי אלא יוב"ש א' והרמב"ן בחידושי לגיטין כתב ורש"י פירש ולא הוחזקו ולא ברר דבריו אבל בב"מ מפרש שהיה מוחזק וידוע באותו שוירי שאין שם רק א' עכ"ל ולמד מזה דלרש"י דל"ח בלא הוחזקו היינו במוחזק וידוע שאין שם רק א' ע"ש ודבריו תמוהים דרש"י התם בעי לתרוצי סוגיא הא דאמר ר"ה חוששין לשני שוירי וקשיא ליה דלדידיה כ"ש דניחוש לשני יוב"ש וא"כ למה נקיט חשש דשני שוירי הו"ל למנקט חשש דבאותה שוירי גופה יש עוד יוב"ש לזה מפרש שהיה ידוע להם שאין שם רק א' וכ"כ התוספות שם וכן מבואר ברמב"ן שם להדיא דעלה קאי וכן מבואר בשי"מ ב"מ בשם הריטב"א והר"ן בחידושי לגיטין אבל פשוט מאן דמיקל כשלא הוחזקו היינו אף שאין ידוע בודאי שאין שם אחר ל"ח לאחר כלל וכן מבואר להדיא ברש"י דגיטין בד"ה והוא שהוחזקו כו' אבל לא הוחזקו מספק לא אמרינן דלמא איתנייהו ולא ידעינן כו' וכ"כ הר"ן שם וטעמא דמלתא משום דאם איתא שיש שם עוד אחד ששמו כך קלא אית ליה כמבואר בפוסקים ולפ"ז י"ל דהא דקי"ל בגט דבעינן תרתי לטיבותא דוקא ולדעת הרמב"ן ודעימיה גם במיתה הדין כן לאו משום חששא דיוב"ש אחר באותה העיר עצמה דלהא כ"ע מודים דל"ח דהוה כידוע לנו שאין שם עוד יב"ש דא"כ קלא אית ליה למלתא דבגט לא אמרינן דלמא אתרמי שמא כשמא ושם אשתו כשם אשתו ואין ידוע לנו ובמיתה נמי ל"ח שמא היה כאן עוד יוב"ש אחר שהניח אשתו והלך מכאן ולא חזר דזה היה ידוע ומפורסם רק דחיישינן לעיר אחרת ששמה כך ושם ג"כ יש יוב"ש וזהו שגירש או שמת וכיון דבמיתה ס"ל להרא"ש אליבא דהרי"ף להקל משום עגונה דל"ח לעיר אחרת כיון שלא הוחזק עוד עיר אחרת ששמה כך ממילא שא"צ לבדוק גם אותה העיר דלהא ל"ח כלל אף בגט משום דודאי קלא אית לה למלתא וכן מבואר להדיא בשי"מ ב"מ בשם הריטב"א שכתב אמר ר"ה חיישינן לשני שוירי דר"ה אינו חושש לשני יוב"ש בעיר אחת כיון שלא הוחזקו דאלו אתנייהו קלא אית ליה אבל חושש לעיר אחרת שיש בה יוב"ש דלא ידעינן ליה וכן פ"ה הראב"ד ז"ל אך הריטב"א שם כתב

דרש"י ותוספת לא פירשו כן דלרבנותא נקט ר"ה דאפילו לשני שוירי חייש כו' ע"ש וגם ברש"י ותוספות שלפנינו כתבו דמיירי שהיה ידוע לנו שאין שם רק א' וכן מוכח מדבריהם בסוגיא דתרי יצחק וכן הרמב"ן בספר הזכות הביא דברי הראב"ד ודחה דבריו וגם ממ"ש בגיטין הבאתי דבריו לעיל מבואר כן ומש"ל דא"כ למה מקילינן שלא להצריך בדיקה עכ"פ באותה עיר עצמה כתבתי ליישב בת' סי' ע"ש; ועתה אובין ואדון לשיטת הפוסקים דחיישינן לשני שוירי אם מפורש שם העיר במדינה זו ולא הוחזק במדינה זו עיר ששמה כך י"ל דלכ"ע ל"ח לעיר אחרת שנראה דזה דמי לחששא דשני יוב"ש באותה עיר כשלא הוחזק שם שנים ול"מ לשיטת הראב"ד דס"ל דל"ח באותה העיר כשלא הוחזקו דקלא אית ליה למלתא אז גם בכה"ג דשני עיירות במדינה א' ל"ח דקלא אית לה אלא אפי' לשטת שאר הפוסקים החולקים על הראב"ד בזה וס"ל דכמו שחוששין לשני עיירות אע"פ שלא הוחזקו ה"נ חיישינן באותה העיר לשני יוב"ש ולפ"ז אפשר לומר דחיישינן גם לשני עיירות באותה מדינה מ"מ עדיין יש לחלק דוקא לשני יוב"ש חיישינן דליכא קלא כולי האי אם יש עוד אחר ואפשר שאינו ידוע לנו משא"כ לשני עיירות אף על גב דהרמב"ן ס"ל דחיישינן לתרי שוירי היינו כשאומר שם העיר סתם דאז כיון דיש לחוש לעיר כזאת במדינה אחרת בסוף העולם שהרי שם ל"ש קלא אית ליה משא"כ אם פירש שם העיר במדינה זו דאין מקום לחוש רק לאותה מדינה לבד ובזה י"ל דאם איתא קלא אית ליה אף דלגבי שמות דגברי לא אמרינן הכי מ"מ לגבי שמות דעיירות שפיר י"ל כן שהרי גדולה מזו ס"ל להרמ"א כמש"ל דבכל גווני ל"ח לשני עיירות ששמותיהן שוות וכ"מ בש"מ ב"מ בשם תוספות שאנץ שכתבו ליישב קושיות התוס' דלאביי תיקשי ליה מתניתין דכל מעב"ד כו' ותירצו דאביי מוקי שבדקו העיר כולה דלתרי יצחק בעיר אחד חייש אבל לעיר אחרת לא חייש וע"ז חזר והקשה דמאי מייתי מדרבה דלמא לשני שוירי ל"ח אע"ג דלא הוחזקו לשני יוב"ש חיישינן ותירץ דע"כ רבה לא מפליג דאל"כ הו"ל לאוקמי מתני' דאמר תנו נותנין כשבדקו העיר כולה עכ"ל ובתירוץ זה יש לדקדק לפמ"ש התוספות שם להקשות דנוקמי איפכא כו' ולקצר אני צריך ועכ"פ למדנו דהך חששא דשני עיירות אינו חשש כמו שני יוב"ש ואם כן אף דנקטינן דגם לשני עיירות חיישינן בגט וגם במיתה לדעת הרמב"ן ודעימיה מ"מ בכה"ג דפורט עיר באותו מדינה שפיר יש לחלק כמ"ש: ולפ"ז יש לצדד להתיר בנ"ד אף לשיטת הרמב"ן ודעימיה כיון דלפי משמעות הלשון השאלה היה האיש הזה מצוין במלבושיו כדרך שלובשים אנשי מדינתנו מדינת פולין דאל"כ אותו המלמד שבכפר שסיפר להאשה וצייר לה תואר פניו האיך החליט לומר שבודאי זה בעלה של האשה אחרי שעניו הרואות כי אשה זאת היא ממדינת פולין ובגדיה מוכיחין עליה ואם האיש היה שינוי במלבושיו כדרך אנשי מדינה אחרת לא היה לו להחליט כן ועכ"פ לא היה נמנע מלומר להאשה דבר זה וכן מסיפור אנשי ק"ק טיסמניץ והקברנים מבואר כן ובאמת היה מקום לצדד בפשיטת מחמת עדות אנשי ק"ק טיסמניץ לבד אחרי שהם סיפרו זה בק"ק באלחוב לבעה"ב שבאכסניא ניכר מתוך דבריהם שהיה ידוע להם שזה המת הוא מעיר זו וכמבואר בתשובת אחרונים הרבה כיוצא בזה בראיות ברורות מהש"ס אך לענ"ד אין לסמוך ע"ז כי הדבר ידוע שאף שלא נתברר להם על איזה עיר אומר אעפ"כ הם מעצמם תולין לומר שעל עיר זו היתה כוונתו אחרי שאין ידוע להם עיר

אחרת ואע"פ שלא חקרו לדעת היטב דרך בני אדם בסתם לתלות על עיר הידוע להם וכיון דלדינא אנו חוששין לעיר אחרת מה יועיל זה שהעדים אומרים בדדמי שהוא מעיר זו עכ"פ נקיט מיהו בידך פלגא שזה היה מק"ק באלחוב במדינת פולין וכיון שאין ידוע לנו עיר אחרת במדינה זו כבר כתבתי דלהראב"ד ודאי ליכא למיחש כמו דל"ח לשני יב"ש בעיר א' כמו כן אין לחוש לשני עיירות באותה מדינה וגם לדעת החולקים בשני יוב"ש מ"מ בשני עיירות י"ל דמודים בזה דל"ח וכיון דבלא"ה כל תשובת גדולי האחרונים מתירין בפשיטות על שמו וש"א וש"ע ואין חוששין לעיר אחרת וכשיטת הרא"ש וכבר כתבתי צדדין להתיר אף לשיטת הרמב"ן ודעימיה שפיר דמי לסמוך במקום עיגון כה"ג להתיר ע"י חיפוש הראוי כאשר אבאר אי"ה ועתה אשימה פני לדברי ידידי שארי הרב נ"י המשיב ידו ראשונה פתח דבריו יאיר להקשות לפמ"ש הרמב"ן דבגט שלא נמצא במקום שנכתב לא אמרינן כאן נמצא א"כ מאי קא קשיא ליה משומשמין דהא גם בשומשמין ממקום אחר הובא לכאן והאריך בזה ולענ"ד א"ש דלדברי הרב נ"י א"כ גם בההיא דק"ל כרבא דל"ח לתרי יצחק נמי נימא דזה דוקא אם יצחק זה נולד ונתגדל בעיר הזאת אבל אם זה מקרוב שבא לעיר זאת וקבע דירתו ניחוש ליה שמא אחר מעלמא אתי ג"כ לכאן וגם דאפילו אם זה נולד שם מ"מ אם לפרקים נוסע משם ומקרוב שחזר לביתו ניחוש ליה כיון דמ"מ זה מקרוב מעלמא אתי וגם האחר מעלמא אתי לכאן וזה ודאי אינו והא קמן שהלך מביתו והרחיק נדוד ואנו אומרים שהלך לאספמא ולדברי הרב נ"י אי אתה מוצא דין זה להרמב"ן כ"א כשנולד ונתגדל שם ולא ניסה ללכת בדרך וזה מקרוב שהחזיק בדרך אז אין תולין לומר כיון שראהו שיצא מכאן זהו שנולד כאן וזו לא שמענו והדבר פשוט דכל שהיתה דירתו קבוע שם אף שלא בא לגור בעיר זאת רק מקרוב והיה הולך ובא אעפ"כ אין אנו חוששין לאחר שבא לכאן באקראי וזהו שיצא באקראי ושפיר מדמי לה לשומשמין דג"כ ל"ח לאקראי כיון שאלו היו צבורין ומונחין בכלי זה אי לא משום דלא מפקינן ממונא באומדנא כזו וכמ"ש הרמב"ן ומ"ש הרמב"ן בגט שלא נמצא במקום שנכתב חיישינן לאחר א"ש בפשיטות דודאי הדבר פשוט הא חזקה דכאן נמצא אין הכוונה לומר שלא בא אחר לכאן כלל כמ"ש"ל דהא במקום שהשיירות מצויות מיירי הכא ואטו חזקה זו דכאן נמצא מונע רגל הרבים מלבא שם ומכחיש החוש שעיינינו רואות מידי יום יום הרבה בני אדם באים לכאן ממ"א וע"כ לומר דודאי אף שכן הוא שמצויים כאן ב"א ממקומות אחרים מ"מ כשבא לפנינו אדם אחד שאין יודעין מי הוא אם מבני העיר או שבא מעיר אחרת אנו תולין לומר שזהו מבני העיר שדירתו קבוע כאן מכבר ולא ממקום אחר בא לשם וכמו דס"ל לרבא גבי מומין ואם נמצאו ברשות האב אין אנו מחזיקין שנולדו ברשות הבעל וכן להיפך דאין מחזיקין מרשות זה לרשות אחר וכמו כן באותו הגוף עצמו שהיה קבוע ברשות זה אין מחזיקין אותו שבא מרשות אחר רק אמרינן כאן נמצא ברשות זה כאן היה וכן אמרינן אין מחזיקין ממקום למקום דאף במטלטלין כל מקום שהונח שם הוא מקום קביעתו ורשותו וכמ"ש המרדכי בחולין סוף פרק הזרוע דכל דבר שאין בע"ח במקום שהונח שם הוא מקום קביעתו דהא אין יכול לילך משם כו' ע"ש ולכן גם בשומשמין אמרינן כאן נמצא שבכלי זה הונחו והוא רשות שלהם אין מחזיקין שמרשות אחר באו לכאן משא"כ בגט שנמצא שלא במקום כתיבתו כיון שע"כ ממקום אחר בא

לכאן ואין זה מקום קביעתו שנאמר שקנה מקומו ולא נחזיק שזה נעתק ממקום שנפל שם באקראי ואחר בא לכאן לפי שאין מחזיקין מרשות לרשות לפי שזה במקום שנפל שם באקראי אינו רשותו וקביעתו כלל ושפיר מספקינן שמא במקום אחר בא ג"כ לכאן ונפל באקראי וכה"ג אשכחן לענין קנין ד' אמות שכתבו הפוסקים לחלק בין מציאה למקח וממכר דבמקח וממכר כשהכלי קדמה לשם אין זה יכול לקצות בד' אמות לפי שהכלי קנה מקומו והוא קנוי לבעל הכלי משא"כ במציאה שאין להם בעלים שיהא מקומו של הכלי קנוי להם ר"ל ואין קנין לכלי זה במקום שנפל כלל שיהיו נקרא רשותו עיין בב"י ח"מ סי' ר' והביאו הש"ך ובשי"מ ב"מ בשם הר"ן וגם יש לדמות זה למה דאיתא בח"מ סי' קל"ח באם א' דר בבית אף בתורת שכירות ואסף את חבירו לדור אצלו וחלוקים על הנכסים שבבית הנכסים בחזקת המוחזק בבית דהיינו השוכר וטעמא דמלתא לפי שזה הוא מקומו הקבוע והוא רשותו משא"כ זה שאינו עיקר בבית רק האחד בא לגור לא הוי רשותו כלל ואף שאין גוף הנדון דומה לכאן מ"מ ממנו נקח דמה שהוא דרך אקראי ועראי לא מקרי רשותו וה"נ בגט שנאבד במקום אחד דרך נפילה שאין לתת ע"ז שם רשות כלל אבל נמצא במקום שנכתב שלא מחמת הנפילה קרינן ביה רשותו אלא מצד שזהו מקום שנכתב בו והוא מקומו ממש ורשותו ובזה שפיר אמרינן אין מחזיקין מרשות לרשות והוא ברור לענ"ד: ומה שהקשה עוד דלדברי הרשב"א והנ"י לחלק בין איסור לממון מאי קשיא ליה משומשמין דהא בממון לא אמרינן כאן נמצא להוציא ממון מחזקתו לענ"ד לק"מ דודאי היכא שאין ספק על גוף הממון שבודאי הוא בחזקתו ורשותו של זה שיש לו חזקת ממון וחזקת מרא קמא רק הספק בענין אחר (כגון בההוא דמומין או בשטרי דנאני בר חבו דאף כשנאמר כאן נמצא מ"מ הרי אין לו לזה רק הלואה וגוף הממון הוא של זה וברשותו רק שהספק על השטר ובזה לא אמרינן שיועיל כאן נמצא להוציא מחזקתו משא"כ בהך דשומשמי דמיירי בפקדון דחזקת מ"ק ל"ש בי' כלל וכשנאמר כאן נמצא כו' ממילא דפקדון כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא בזה אדרבא אמרינן שפיר כאן נמצא וממילא שאין כאן הוצאות ממון מחזקתו כלל ול"ד לההיא דבכורות בהפקיד טלה אצל בעה"ב כו' דהמע"ה דהתם אין שם סברא דכאן נמצא משום ספיקא לא מפקינן מהמוחזק ואמרינן המע"ה משא"כ בזה שאנו אומרים כאן נמצא כו' ואין זה מוציא רק מחזיק בשלו ואף שזה תופס בשומשמין תפיסה לחוד לא מהני נגד סברת כאן נמצא והוא נכון לענ"ד: ומ"ש הרב נ"י דמוכח מדרב אשי דאפי' להחזיק לא אמרינן כאן נמצא מדאיצטריך לומר רישא מנה לאבא כו' ותירוץ דהתם משום חזקת הגוף כו' ובאמת ז"א רק לשיטת רש"י ובאמת הרשב"א מפרש דר"א ס"ל דמיירי שהאב טוען שמא ואם היה טוען ברי היה נאמן אף להוציא דברי ושמא ברי עדיף אף היכא דאיכא חזקת כאן נמצא ולכך הוצרך ר"א לומר רישא מנה לאבא כו' דהיינו שטוען שמא רק מסיפא מוכח דלא אמרינן כאן נמצא כלל דהא קאמר סיפא מנה לי בידך ור"ל כיון דהיא טוענת ברי והבעל שמא ברי דידה עדיף דמשמע מזה אם היתה טוענת שמא או גם הוא היה טוען ברי הבעל מהימן אע"ג דמסייע לה חזקה דכאן נמצא שהרי ברשות הבעל נמצא וע"כ לומר כיון דהבעל מוחזק לא מהני כאן נמצא להוציא אי לאו משום ברי ושמא ועיין בשי"מ כתובות בשם הרשב"א בזה: ומ"ש הרב נ"י דדברי הנ"י לפי איכא מ"ד ברי"ף פ' המפקיד דליתא לדשמואל אבל למאן דס"ל דהלכתא כשמואל

קי"ל כרבא ור"א לא פליג כמ"ש הר"ן והרא"ש א"כ אמרינן כאן נמצא אף להוציא ולענ"ד ז"א דהנה הר"ן והרא"ש הם גופם מחולקים אם אזלינן בתר רשויות או בתר בעל הממון ע"ש דהרא"ש ס"ל שט"ס בהרי"ף ואם נימא דבעל הממון שאחר הקנין תליא מלתא פשיטא שאין לדמות הך מלתא דכאן נמצא לעובדא דתרי יצחק דהתם אנו אומרים שהקנין היה קיים ומזלו של זה גרם ואין לנו לתלות ברשות אחר דאתרע מזליה אלא זה שהוא עתה בעל הממון נסתחפה שדהו ועיין בריש כתובות בתוס' ובש"מ בשם הרא"ש שם משא"כ בההיא דתרי יצחק ובכללי החזקה אשר לי הארכתי בדברי הפוסקים שנשתמשו בכלל הזה לענין חמץ בפסח ושאר איסורין וע"כ הרמב"ן והרשב"א לשיטתייהו שהם סוברים בשיטת הרי"ף דברשות ממש תליא מלתא ודוקא כשמת החמור ברשות בעל החמור ממש אבל באגם לא והיינו כפום שיטתיה דרבא דס"ל כאן נמצא וברשות תליא מלתא ושפיר איכא למילף משם לענין ההיא דתרי יצחק דאין מחזיקין מרשות לרשות והרי"ף סבר דגם ר"א לא פליג אדרבא אלא בפירושא דמתני' והרמב"ן והרשב"א ס"ל דרב אשי פליג בהא וס"ל דלא תליא ברשות אלא בברי ושמא ולישנא בתרא דאמר רמי ב"י פליג על לישנא קמא וס"ל דבעל הממון תליא מלתא ולכן על בעל הפרה להביא ראיה כ"ז מבואר למעיין בשי"מ בשיטת הרמב"ן והרשב"א ז"ל ולכך שפיר הקשו דהא קי"ל כר"א וממילא דלית לן למימר דאזלינן בתר רשות גבי תרי יצחק כלל ושפיר תירצו דהתם דהוי להוציא לא ס"ל כאן נמצא ולכן אף שהרמב"ן כתב כן ליישב שיטת הרי"ף מכל מקום כתבו הרשב"א והנ"י ליישב הך פירושא דפי' הרמב"ן בסוגיא דתרי יצחק (שהוא המחזור להם בפירושא דסוגיא דאזלא ע"ד עובדי דשומשמי) אליבא דנפשייהו דס"ל דלא קי"ל כרבא ולישנא קמא דשמואל: ועוד נלענ"ד דאף לפי שיטת הרי"ף אין הכרח מהא דפסק התם דעל בעל החמור להביא ראיה דאמרינן כאן נמצא להוציא ממון דאנן הכי קאמרינן דמחמת חזקה דכאן נמצא אמרי' דקודםשיכה מת והמקח בטל ופרה ברשותה דמרא קיימא בכל מקום שהוא ואין כאן הוצאת ממון כלל רק שזה מוחזק מחמת תפיסתו ולענין זה שפיר אמרינן כאן נמצא וכמש"ל לענין פקדון וכן נמי לענין כלה בבית אביה לקידושין דאם נימא כאן נמצא בטלו הקידושין והמעוות פקדון ול"ד לשאר חזקת ממון דעלמא ועיין בשי"מ כתו' בשם רש"י מ"ק אהא דקאמר ולא תימא אליבא דמ"ד קידושין לא לטיבועין כו' וע"ש בשם הרא"ש שהקשה דלמה יביא האב ראיה על הקידושין שהוא מוחזק בהם אף שהוא טוען שמא ותירץ כיון דידעינן שבאו הקידושין ליד האב והוא אינו יודע אם זכה בהם ה"ל כא"י אם החזרתי לך כו' ע"ש ומ"ש הרשב"א ונ"י דר"א לא ס"ל כאן נמצא לענין להוציא הכתובה מיד הבעל דר"א קאמר טעמא דסיפא משום דהוה מנה לי בידך והבעל טוען שמא אבל אי הוה ברי וברי לא מהני להוציא הכתובה אע"ג דמסייע להאשה כאן נמצא: ומ"ש על דברי אא"ז בת"ש ס' ס"ג דמחלק בין הך דקבר שאבד דמוקמינן אחזקה וכתב הרב נ"י שנראה דחזקת קבר שאבד הוא שנמצא עדיפא דסמכינן עלה אע"ג דאיכא לברורי כו' לענ"ד הטעם פשוט דהתם השדה בחזקת בדוק שאין שם קברים אחרים מלבד אותה קבר שאבד בתוכה וכשאנו בודקין ומוצאין אותו הקבר אמרינן שזהו שנמצא וחזר השדה לחזקתו הראשונה בעוד שהיה הקבר ידוע לנו שאז לא היה השדה צריכה בדיקה מקברים אחרים רק דנימא דלמא כי היכי דקבר בה איהו כו' בזה ס"ל

לרבי דל"ח שמא קבר בה אחרינא רק זהו שאבד כו' וכן בבעלי מומין דאין חוששין שמא גם אחר נפל בו מום וממילא דבחזקתייהו קיימו שלא היו צריכין בדיקה משא"כ בבשר שלא היה לו חזקת כשרות ובתשו' א' זה שנים רבות שכתבנו להגאון מהר"י מפראג ז"ל הארכנו בזה ושם הקשיתי על דברי אא"ז דמייתי מגט דשאני התם דאיכא חזקת א"א וכתבתי ליישב דבריו ע"פ דברי התוס' בחולין דף צ"ו ושם הקשיתי מדברי הפוסקים דבלא שכיח שיירתא מהדרין והבאתי שם לשון הרמב"ם פ"ג מה"ג שכתב הטעם מפורש שהגט כשר וה"ז בחזקת זה שנמצא זהו שאבד וא"כ ה"נ בבשר הא לא שכיח דאתי מעלמא לכאן והארכתי בזה והגאון כתב ליישב דברי אא"ז וראיתי שהרב נ"י כתב ג"כ בזה ולפי שבנ"ד ל"ש כל הני מילי ואינם רק לפלפולי קצרתי: ועתה נבא לבאר בענין החיפוש שלכאורה הוא דבר קשה מאד כיון שבכל העדיות אין זכר כ"א לשם העיר בלבד והוא זמן רב שיצא מכאן ואמנם בק"ע אות ק"ד בשם תשובת הרא"מ דאף שהיה י"ז שנה מאותו זמן שהלך עד היום מהני חיפוש ומה שדבריו סותרים לאות ק' שנכתב בשם הרא"מ דבכה"ג שאמר איש יהודי שממקום פלוני מת חוששין שמא היום כמה שנים שיצא משם מאחר שלא נודע זמן יציאתו אין מועיל חיפוש כבר עמד בזה מהריב"ל הובא בק"ע אות ע"ט וכתב שהנכון כפסק השני שפסק הרא"מ להתיר אף בתשובה סי' כתבתי די"ל דאין הפוסקים סותרים דדוקא בלא הזכיר שמו כלל רק אמר יהודי שממקום פלוני מחמיר שמא נשכח זכרו משא"כ כשמזכיר שמו ל"ח להכי כיון שכרוז יוצא בעיר על איש ששמו כך בני העיר רמי אנפשייהו ומדכרי והחוש מעיד שהזכרון השם מעורר כח הזכרון וא"כ בנ"ד שאין כאן הזכרת השם כלל והוא זמן רב שיצא ודאי יש לחוש להכי שמא זה זמן רב שיצא א' מכאן ולא חזר ונשכח זכרו מן העיר ובאמת יש לתמוה על הרא"מ שנראה מדבריו דאף בהך פסקא דמחמיר היינו משום דלא נודע זמן יציאתו ומשמע דאם ידוע זמן יציאתו של זה שאינו זמן רב כ"כ ל"ח: ולבאורה מה בכך שזה יצא מקרוב הרי אין חוששין שמא זה האיש שמעידין עליו אינו זה שיצא מקרוב רק אחרינא הוא וזו האחר אפשר שכבר עברו שנים רבות שיצא מכאן ונשכח זכרו ועתה בא לידי ס' עצי ארזים וראיתי שהביא בשם תשו' מהרח"ש שתמה על מהריב"ל בזה דמאי מהני חיפוש מיום שיצא בעלה של זו דלמא קודם לזה יצא יהודה שלא חזר וכתב שגם מדברי מהרא"מ בפירושו להרמב"ם מצריך שיזכיר העד זמן יציאתו דאל"כ לא מהני חיפוש משום שאין לידע מאיזה זמן יחפשו אלמא דלא מהני החיפוש מזמן יציאת בעלה של זו ובעהמ"ח עצי ארזים כתב ע"ז כיון דקי"ל כרבי דזהו שאבד זהו שנמצא וא"צ לבדוק יותר בשאר השדה וא"כ מדינא א"צ חיפוש כלל שאין אנו יודעין שנאבד גם אחר מעיר הזאת תלינן שבעלה של זו שנאבד ולא נודע מקומו איה הוא זה שנמצא כו' רק משום חומרא דא"א חוששין ולכן א"צ חיפוש רק מזמן יציאת בעל האשה דזה יוכל להתברר אבל אם ניחוש קודם לזה אין לדבר סוף כו' ועיין בתשובת מהר"א ששון סי' י"א שגם הוא האריך והקשה על הרא"מ דנהי דל"ח לשכחה לאיש שיצא אחר יציאתו מ"מ אמאי לא ניחוש לאיש שיצא מקודם זה כמה שנים עד דליכא בדרא דידע להא מלתא ולפי הנ"ל ניחא דדינא דחיפוש אינו אלא לחומר' יתירה: ולפ"ז גם בנדון של מהרח"ש היה אפשר למצוא היתר אף שהעיד העד בסתם על יהודים מקראסה כיון שנודע זמן יציאת בעלה של זו א"צ חיפוש כ"א מזמן ההוא עכ"ל והנה

מ"ש דמדינה א"צ חיפוש דקי"ל כרבי אין הנדון דומה כלל דהתם השדה מוחזק לנו שאין שם קבר אחר רק זה שאבד רק דרשב"ג חושש דכי היכא דקבר בה איהו קבר בה אחרנא ורבי סבירא ליה דלא מחזקינן מה דלא ידעינן והשב יעקב מדמה לזה דינא דהמבי"ט היכא שידוע לנו שזה הלך באותו דרך וכבר כתבתי בתשובה סי' דיש לחלק בזה דדוקא היכא שנמצא אותו הדבר כמות שהי' שנאבד כגון גבי קבר וככר חמץ או בעל מום כההיא דבכורות ס"ל לרבי דתלינן דהיינו ההיא דאבד משא"כ כאן שבשעה שנעלם מעינינו חי היה ועכשיו נמצא מת ואע"ג דגבי תינוק שנכנס עם ככר ומצא פירורין א"צ לבדוק לפי שדרכו לפרר וה"נ נימא דחי מעותד למות והו"ל חזקה להשתנות דז"א דלא מבעיא לפמ"ש התוס' שם דאף רשב"ג מודה בהא שרגלים לדבר שמיד נכנס אחריו א"כ אין ענין לכאן אלא אפילו למ"ש הראב"ד בס' תמים דעים ללמוד מהך דרבא דהלכה כרבי מ"מ אין זה דומה לכאן דהא הוי מוקמינן ליה בחזקת חי לכל מיילי משא"כ התם שדרכו לפרר ומכ"ש בעובדא דמבי"ט שנמצא הרוג פשיטא דל"ד להתם והארכתי בזה ועתה ראיתי בס' שב שמעתא שעמד ג"כ בזה ע"ש וכל זה היכא שהלך בדרך הזה ואפשר דמיירי באין דרך כבושה לרבים שיהיה ידוע שעוד הרבה הלכו בדרך זה אבל כאן שא' הלך מכאן ולא נודע מקומו איה בשביל שנמצא א' במקום אחר מעיר הזאת שמת מה"ת לתלות שזהו הוא כיון שהדבר ידוע שבמשך הזמן רב הרבה אנשים יצאו מכאן וכמאמר המדרש ויצא יעקב והלא הרבה חמרים והרבה גמלים יצאו ושמא א' מהם הוא שמת ואי משום שבעל האשה זו לא חזר אינו כאבידה שאינה חוזרת ושמא עתיד הוא לחזור או אזיל לעלמא וגם גבי קבר אילו ידעינן שקברו כמה אנשים ואין ידוע כמה אף על פי שאנו מוצאים כמה קברים פשיטא דגם רבי מודה שמדי ספק לא יצאנו ואף שי"ל דשאני הכא אף שיצאו הרבה אנשים מ"מ אין אנו יודעים שלא חזרו רק זה שאנו יודעין שלא חזר מ"מ היינו ספיקא שמא עוד כמה שלא חזרו ומהם מת הוא שמת וזה עתיד לחזור וא"כ פשיטא שמדינא צריך חיפוש ומכ"ש לפמ"ש בתשו' סי' שלדעת הטור דדוקא בביטול דהוה דרבנן וגם בההיא דרבי י"ל דהוה ס"ס ולדעת המבי"ט בקרית ספר דס"ס בטומאה ברה"י מדרבנן וקצרת: וכפי משמעות דברי ספר עצי ארזים החמיר מהרח"ש בנידון דידיה שהעיד בסתם על יהודים מקראסיאה שלא יועיל חיפוש וא"כ יש להחמיר בנ"ד ובפרט כיון שהוא זקן אם כן יש לחוש לשמא בימי נערוות הלך מכאן והוא זמן רב עד שאין אדם זוכרו אך אפשר לצדד בזה מחמת אותם שהעידו אמרו שאמר שיש לו אשה ובנים בק"ק באלחוב ומועיל החיפוש בזה אם יצא א' ולא חזר ויש לו שם אשה ובנים: ועדיין יש לפקפק דשמא בשעה שיצא זה הניח שם אשה ובנים ובמשך הזמן יצאו משם ולפי שהי' סובר שהם עדיין במקום שהניחם לכך אמר שיש לו שם אשה ובנים ואולי י"ל דכולי האי ל"ח שזה זמן כבר יצא א' מכאן והניח אשה ובנים ושוב אח"כ יצאה האשה ובניה עמה ומחמת אורך הזמן נשכח מבני העיר ויש להעמיד אותם בחזקתם דכמו שהיו כאן בשעה שיצא האיש מכאן לאפינו את מקומם ועדיין במקומם הם יושבים כאז כן עתה וא"כ ודאי שזהו האיש כיון שאחר החיפוש נתוודע שאין כאן אחר שהלך ולא חזר ויש לו כאן אשה ובנים וגם י"ל דמלשונו שאמר אני מבאלחוב ויש לי שם אשה ובנים משמע שהיה ידוע לו שבעת ההיא הם קבועים שם דמסתמא דרך אדם לחקור אחר אשתו ובניו לדעת איפא הם רועים ואם

איתא דעקרו דירתם ונסעו משם למקום אחר מידע הוה ידע והיה אומר בל' והיה לי שם אשה ובנים דמשמע לשעבר אלא שאין לבנות יסוד על זה ובפרט שלפי מאמר העדים הוה תקיף ליה עלמא טובא ולא היה בכוחו לדבר יותר וצ"ע אם יש להקל בזה מתוך חומר א"א ואין מקום לצדד בזה מחמת שהיה זקן דמתנ"ל היא המביא גט ממה"י והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים ואף לפמ"ש שם בה"ג בשם ריא"ז בזקן שהגיע לגבורות מבן פ' שנה ומעלה חוששין שמא מת עד שלא הגיע הגט לידה כו' וכיון דבנ"ד שהיה בן שבעים כשהלך ועתה כבר יש עשר שנה שהלך איתרע ליה חזקת חיים דידיה ואין להחמיר כ"כ מ"מ הא כל הפוסקים פסקו דאין חילוק ע"ש בר"ן וכן קי"ל בש"ע וגם לירא"ז נראה דדוקא לחומרא חיישי' אבל לא לקולא אף לאורועי חזקת חיים דידיה ואין מקום לסמוך כ"א על החיפוש והוא קשה מאד בענין זה שלא נזכר אף שמו ואף שהמלמד צייר לה תואר פניו ואמר שהוא בודאי בעלה אומדן דעתה לאו כלום הוא: וכן משמע ממ"ש בשו"ת מהר"מ אלשקר בשם תשובת הרמב"ם שאלה בא' שהעידו שמו ושם מקומו והיה בינוני הקומה וזקנו שחור וכתב שיכולה להנשא באילו העדיות לפי ששמו ושם מקומו עם אלו הסימנים שאינם מובהקים יספיקו לענין היתר עגונה עכ"ל משמע דדוקא כשהזכיר שמו ודוחק לומר דהתם מיירי להתירא בלא חיפוש לכן צריך גם הזכרת שמו וגם נראה דאם באנו להתיר מחמת החיפוש צריך לחפש גם בכפרים הסמוכים לק"ק באלעזאב ושייכים בכרג' דידיה וכיוצא בזה כתב אא"ז הגאון מוהר"ר מאניש חיות ז"ל בתשוב' באחד שאמר שהוא מק"ק האראדנע כמבואר בשו"ת ב"ח החדשות: ועיין בשו"ת ב"ח הישינים ובשו"ת גאוני בתראי בשם הגאון מוהר"ר יעקב מלובלין ז"ל ומייתי ראייה מעובדא דאנדורלאי נהרדעי לפי מ"ש הרמב"ן ודעימיה בפירוש הסוגיא ע"ש (ובתשו' סי' הבאתי גם כן ראייה מסוף פ"ק דיבמות דא"ל כסף גולגלתא להיכן יהבת א"ל לפום נהרא כו' וכאן קצרתי) ושם הדברים אמורים להקל ומכ"ש להחמיר שיש לחוש בזה ולבדוק בק"ק באלעזאב וכל בנותיה הסמוכים לה ונראים עמה וגם מחמת זה יקשה עלינו בדיקת החיפוש כיון שעתה מחמת גזירת המלכות לא שכיחי יהודים בכפרים ואולי זה יצא זמן רב בעת שהיו היהודים יושבים בכפרים באין מוחה ומעכב ועתה אין לנו אצל מי לחקור ולדרוש ולפי מ"ש דלשון יש לי שם אשה ובנים משמע שהם עתה שם נסתר החשש זה: אך אני מיראי הוראה מאד בדבר החמורה ומכש"כ בזה דתיוהא חזי' הכא שהאשה אומרת ששאלה להמלמד על שמו והשיב שאינו יודע והוא דבר תמוה אחרי שמהסיפור ההוא נראה שהמלמד היה מכירו שהרי צייר לה תואר פניו ואמר באומדנא שהוא בעלה רחוק הדבר שלא ידע את שמו ועכ"פ היה לומר שמעתי ושכחתי ויותר יש להפליא כיון שמחזיק כפר ההוא איש יהודי ובניו גביה יתבי שהיה לומד עמהם איך לא נתנה לבבה לחקור זאת מפי הבע"ה ובני ביתו ורחוק לומר שמכולם נעלם שם המלמד ואין בהם מגיד זאת ושמו פלאי ומי יחוש חוץ ממנה דאיכפל ואתאי כל הני פרסי לעמוד על בוריו של דבר ולכן חושב אני אולי יש דברים בגו גלל כן דעתי נוטה לכתוב להב"ד דק"ק קראהלע לבקש מאתם לחקור זאת מאנשי הכפר ההוא וכמדומה שבק"ק קראהלע יושב בשבת תחכמוני גדול אחד שהדפיס מקרוב בק"ק לבוב ספר עמק המלך על הרמב"ם: ואם יתוודע ששם האיש המת כשם בעל אשה זו אז דעתי מסכמת להתירה על ידי חיפוש היפה כמבואר בשו"ת

ב"י ואף על פי שאמרו חז"ל המחמיר לדרוש ולחקור בעגונה אין רוח חכמים נוחה הימנו.

כיון דבלא"ה החיפוש קשה בזה וכעת לא ראיתי בתשובת האחרונים להתיר על ידי חיפוש כשלא הועד על שמו ומכל שכן שלא הועד גם כן על זמן יציאת של האיש הזה המת וגם כי לא נודע אם בעל האשה הלך למקום זה: ומ"ש בתשובת מיימוני סי' ט' כו' אחרי שהא"י לא העיד רק יהודי מעיר פלוני' בסתם יבדוק שלא יצא מאותה העיר ולא חזר כי אם זה כו' התם לא היה מקום לחוש לזמן רב דבנמצא הרוג מיירי ואפילו לספק שמא אחר ג' ימים לא חייש ע"ש ופשיטא שאין לחוש שמא זה זמן רב שיצא מכאן עד שאין אדם זוכרו והעכו"ם המעיד היה מכירו ויודעו מזמן רב שהיא מעיר פלונית כולי האי ודאי ל"ח אבל בנ"ד שפיר יש לחוש שמה שאמר שהוא מק"ק באלעזאב היינו שהוא מתושבי העיר ואפשר שזה זמן רב שיצא מכאן: ועיין במשנה למלך פרק י"ג מה"ג הי"ו כתב מהרש"ך כו' ועוד אני מוסיף לתמוה כו' והלא יש לחוש לאיש אחר שיצא לימים הראשונים והחיפוש מיום שיצא זה הנהרג לאו כלום הוא מאחר שלא הזכיר הא"י זמן כו' ע"ש ואף אם נאמר דכיון שאמר יש לי שם אשה ובנים מסתמא על ההיא שעתא קאמר ולא על שנים קדמוניות וגם דאוקמי לאשתו ובניו אחזק' שבמקומם יושבים ולא עקרו מקומם מ"מ כיון דאיכא תיוהא במלתא כל כי האי למיחש מבעי וכל זה אני אומר לנפשי שאני מיראי הוראה אבל אם שארי הרב הה"ג נ"י בצירוף חכמים עיני העדה יהיה דרך ההיתר כמו שהוא כבושה לפנייהם לא אהרהר אחר דבריהם.

ויעשו כטוב בעיניהם דברי או"נ זעירא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: לג שאלה וזה טופסה בק"ק אוסטרעהא ביום הזעם אשר הוגה ה' באפו ורוב בתי עירינו הישנה היו למאכולת אש ונהרסו כמה בתים ונפלו כמה בנינים הגיעו לארץ וכמה נפשות שקעו בבנין אחד מבתי עירינו שנפל עליהם מפולת גדול וזה היה בעש"ק אחר חצות היום וביום ש"ק עמדו שם האנשים לפקח את הגל ומחמת שהיה גל גדול מאד לא מצאו שם אנשים וביום א' מצאו שם אנשים תחת הגל והוציאו אותם מן הגל וכאשר הוציאו שם איש אחד עמדה אשה אחת שמה והכירה שהוא בעלה והגידה בפני ב"ד שהכירה אותו בפרצוף פנים וחוטם ופדחת וכל גופו שהיה הכל שלם והוא בודאי בעלה באין ספק וגם העידו עדים בפני ב"ד שהכירוהו בט"ע בבגדיו כי בעת ביאתם כבר נשחתה צורתו שכל מה שהיה מונח יותר היתה צורתו נשחתת והולכות וגם אשתו אמרה סימן בכתונת שלו כאשר באו הדברים ברוב ענין בגב"ע שהוגבה בב"ד ועני' זו שמרה על פתחי החכמים להוציא לאור משפטה ולהוציאה ממסגר איסורה וכהן קורא תחלה כבוד מחותני ידידי הרב הגדול החריף ובקי המפורסים מהור"ר ר' חיים הכהן ראפפארט ופתח פתח מן הצד להתיר והדר שדרה לקמאי לחוות דעי בזה: תשובה הנה מה שיש לחוש בהיתר זה הוא כי מצד העדות של האשה יש לחוש דהא קי"ל האשה שאמרה מת בעלי תחת המפולת אינה נאמנת ומצד עדות העדים יש לחוש לפי דעת כמה פוסקים דחיישי' לשאלה והרב מהר"ח נ"י הניף ידו בביטול חששות אילו מה שיש בו די אולם אין ביהמ"ד בלא חידוש ואמינא לברר וללבן הדברים למען יצא כנוגה צדקת ההיתר בלי פקפוק אליבא דכ"ע ואציע מקור הדברים ביבמות פרק האשה שהלכה אמר רבא מ"ט דמלחמה בעולם א"נ משום דאמרה בדדמי ס"ד בכל הני דאיטול איהו פליט ואת"ל כיון דשלום בינו לבינה

נטרא וחזיא זמנין דמחו ליה בגיר' או ברומח' וסבור' ודאי מית ואיכא דעביד ליה סמתרי וחיי ואמר רבא רעבון גרוע ממלחמה דאפילו מת על מטתו לא מהימנא עד דאמרה מת וקברתיו.

מפולת הרי הוא כמלחמה דאמרה בדדמי כו' והנה הרמב"ם וש"ע כתבו וז"ל וכן אם באה ואמרו מת בעלי במלחמה כו' תסמוך דעתה על דברים שרובן למיתה כו' ותאמר מאחר שנהרגו אילו ואילו נהרג גם הוא בכללן כו' ולכאורה תימא שהעתיקו תחלת דברי רבא ומי סני להו למימר כמו שאמר רבא בסוף סברתו דלכאורה כן הוא העיקר כמ"ש הפוסקים דכל את"ל הלכה היא ולא מצאתי להמפורשים שנתעוררו בזה והנלענ"ד בכוננת דבריהם משום דנ"מ בין שני הטעמים דלטעם השני דנטרא עד דחזי' דמית אלא שאף ע"פ כן אין להתירה מפני שיכול לחיות ע"י סמתרי אם כן עכ"פ איהו לא משקרה בשום אופן ואינה אומרת, יותר ממה שראתה ולפי דעתה בא החצי עד לבו ומת ולפ"ז אם אמרה קברתיו נאמנת דהא לא חשדינן לה דמשקרת במתכוין משא"כ לטעם הראשון אמרי' דאע"ג שלא ראתה הריגתו כלל רק מחמת דמיונה דסברה כל הני דאקטול כו' היא מוסיפה שקר לומר שראתה שנהרג א"כ אף קברתיו אינו מועיל שי"ל שמשקרה ומוסיפה מדעתה ויש עוד נ"מ היכא דלא אמרה קברתי ויש לה מגו דלהך טעמא דכל הני דאקטול כו' א"כ היא משקרת בשביל בדדמי וכשיש לה מגו דאז לא חיישינ' למשקרת נאמנת משא"כ לטעם הב' דאין אנו צריכין לחשוד אותה במשקרת ואפ"ה אינה נאמנת דאמר' בדדמי דמית ואיכא דעביד סמתרי כו' וא"כ אף ביש לה מגו לא מהני וכמ"ש הב"ש ולדינא שני הטעמים הם אמיתים ואזלינ' בתרווייהו לחומרא ובזה א"ש דברי הרמב"ם והש"ע דנקטו טעם הא' של רבא לפי שסיימו שם לפיכך א"נ אפילו אומרת קברתיו ולכך פתחו בטעם הא' דמחמת שאמרה כל הני דאיקטול כו' מוסיפה שקר שראתה בעיניה שנהרג וממילא שאף שמוסיפה עוד לומר קברתיו לא מהני.

ואחר כך כתב הדין דהחזיקה היא מלחמה בעולם דאית לה מיגו דלא תנשא ואם נשאת ל"ת כיון דבעיא דלא אפשריטא הוא אלמא דסתמא דש"ס ס"ל דלמא עיקר כטעם הראשון ולשמא סברה דמית ואיכא דעביד סמתרי לא חיישי' אלא עיקר הטעם דמחמת בדדמי היא מוסיפה לשקר והיכא דאית לה מיגו נאמנת אבל היכא דלית לה מיגו אף שאומרת קברתיו אינה נאמנת כנלענ"ד ברור בדעת הרמב"ם: והנה בהא דס"ל להרמב"ם דבמלחמה אף קברתיו א"נ נאמרו בה כמה טעמים הטעם הא' לפי שאין רגילות שתמתין עד שתהא קוברתו לפי שהיה בהולה מחמת פחד המלחמה ולכך חשדינן לה שהיא משקרת ועוד טעם אחר מחמת שחזק בלבה שמת היא משקרת ואומרת קברתיו וב"ש ס"ק קמ"ו הביא ב' טעמים אילו ובס"ק ק"ז הביא עוד טעם בשם הלבוש דמחמת שהיא בהולה לברוח אומרת בדדמי וקוברת לאיש אחר וסברא שהיה בעלה ולפי מ"ש מוכח דהעיקר כטעם הב' דמחמת בדדמי משקרת ואומרת קברתיו: ונראה לענ"ד שמוכרח לומר כן דאל"כ קשה שהרי כתב הרמב"ם וכן פסק בש"ע דאם העד אמר מת פלוני הא ודאי כשהאשה אומרת מת בעלי אנו שואלין אותה איך מת וא"כ ממ"נ אם תאמר דחזיא דמחו ליה בגירא או ברומחא א"כ הא ודאי דאסורה שהרי חזינן בהדיא שאומרת בדדמי מה שאמרה מת סתמא ומאי קאמר זמנין דמחו ליה כו' אלא ע"כ לומר שהיא

אומרת שיודעת בודאי שמת כגון שטלטלוהו ממקום למקום ולא היה נודד כנף וכמ"ש הר"ן והריב"ש דזה הוי בירור כמו קברתיו או כגון ההיא אומרת שהכהו ברומח בלבו ממש דאז בודאי א"א לחיות כמ"ש הט"ז ס"ק מ"ד אלא דאנן לא מהימנינן לה בזה ומעיקר אמרינן דמחמת דסברא כל הני דאקטול כו' היא ממציא' שקר לאמר דמחו ליה ומית ודאי והדר קאמר דאפילו את"ל דמסתמא נטרה עד דחזיא וא"כ אפילו בדדמי אין כאן וע"כ שראתה שמת ממש לזה קאמר זימנין דמחו ליה בגירא ומחמת בדדמי זה שסוברת בדעתה שמת משקרת ואומרת על מיתה ודאית אף שלא ראתה רק הכאה לבד ואולי איכא דעבדי סמתרי וחיי ולפ"ז א"צ למ"ש לעיל דהאבעי' דהחזיק' היא מלחמה היינו דמספק' לי' דלמ' עיקר כטעמא קמא אלא גם לטעמא בתרא איכא לספוקי דגם לטעמא בתרא היינו משום בדדמי שכיח גבה שקרו' ובהכי אתי שפיר הא דאמר רבא רעבון אינו כמלחמה כו' דלפי מ"ש שצריכין לשאול איך מת כו' ובאומרת מת על מטתו פשיטא שא"צ לשאול שוב כלל משא"כ ברעבון דגם בכה"ג איכא בדדמי אם כן צריכה לפרש שיודעת בודאי שמת והיינו שאומרת קברתיו וכדומה לה והיינו דקאמר רבא רעבון גרוע ממלחמה דבמלחמה במת על מטתו נאמנת ואין צריך לפרש יותר ואילו ברעבון עד דאמר' מת וקברתיו וטעמא דגבי רעבון לא אמרינן דאמר בדדמי ומחמת זה משקרה ואומרת קברתיו כתבתי במקום אחר: והנה הב"ש כתב דבמפולת כשאמרה קברתיו תלוי בשני הטעמים דלעיל ולהך טעמא דמחמת שחזק בלבה שמת משקרת ואומרת קברתיו גם במפולת א"נ ורמ"א סתם כטעם הראשון ולפי מ"ש דטעם השני עיקר בשיטת הרמב"ם וכ"כ ה"ה בשיטת הרמב"ם דאף קברתיו לא מהני במפולת א"כ בנ"ד נמי אין לסמוך על עדותה לשיטת הרמב"ם והמחבר אך אחר העיון ז"א דמבואר בק"ע סי' קי"ח בשם תשו' רלב"ח דתרי גוונ' בדדמי איכא חד גונ' על המיתה וחד גוונ' על הצורה ומ"ש הפוסקים דטפי עדיף כשלא ראה הטביעה היינו דאז ליכא בדדמי של הצורה אבל במלחמה שהחשש בדדמי הוא על המיתה דלמ' לא מת מה יזיק כשהיה אצל המיתה או ראה ההריגה ואמר קברתיו ואין ספק בדדמי דלמא הוא חי מאחר שאמרה קברתיו עכ"ל ודבריו מבוארים דדוקא גבי טביעה במים שייך בדדמי לפי שהמים משנים קצת צורת הפנים משא"כ גבי מלחמה כיון שלא היה חבול בפניו והוא תוך ג' ימים אין לחוש לשינוי צורה כלל רק עיקר החשש בדדמי לענין המיתה ולזה מועיל מה שאומר קברתיו וכן מבואר מדברי בעהמ"א שכתב דאי אמר מת וקברתיו פשיטא דמהימן דהא אפי' אשה גופה מהימנא אלמ' דל"ח לבדדמי דצורה דדוקא גבי מים חיישי' ואף דלא אשתהי משתנה קצת שיאמר בדדמי מחמת זה: ובזה מיושב מה שהקשו התוספות על רש"י שכתב שהמים משנים צורת הפנים ואין ניכר כ"כ שהקשו דלקמן אמרינן דאי אשתהי תפח ולפי מ"ש י"ל דרש"י דייק בלשונו ואינו ניכר כ"כ דאי אשתהי אינו ניכר כלל משא"כ בחזינהו לאלתר ואי לאו חשש בדדמי היה מועיל הכרה מ"מ אינו ניכר כ"כ וחיישי' לבדדמי כמ"ש התוס' דע"י שינוי מעט יאמרו אלו בעליהן של אלו ועיין בריב"ש סי' שע"ח שהקשה על בעהמ"א דלוקמ' האי דדגלת באמר קברתיו ותירץ דאסקינן לקמאי הוה כמו קברתיו ודבריו תמוהים לענ"ד דהתם לאו מחשש' בדדמי דמיתה מוקי לה בעהמ"א בלא ראה הטביעה דהא ל"ש התם כלל דהא אסקוה אגישרא וראו ב"ד וכל ישראל מוטל מת רק שושביניה הכיר בט"ע שזה המת בעל האשה זו וא"כ עיקר החשש

משום בדדמי דצורה ומה יועיל לזה קברתיו ובתשוב' סימן הארכתי בזה ועכ"פ מבואר דעיקר חשש בדדמי דצור' אינו אלא במים ולא במלחמה רק היכא שאין המת לפנינו חוששין במלחמה על בדדמי דשמא לא מת וסברא שמת אבל לבדדמי דצורה ל"ח במלחמה ומעתה בנ"ד אפילו תימא כמ"ש שעיקר טעמא דהרמב"ם דמחמת בדדמי משקרת בשביל שחזק בלבה שמת היינו דוקא לענין דניחוש שמא ראתה אותו מוטל מת במפולת ולא היה נודד כנף ובשביל זה מתחזק בלבה שמת כמו שאר אנשים שמתו במפולת ומחמת זה משקרת ואומרת קברתיו וכן גבי שלוח נחשים כשראתה שנשכו נחש או עקרב אומרת בלבה שמת בנשיכה זו כמו שמתו רוב אנשים בנשיכה וכן במלחמה טעמא משום שראתה שנהרגו הראשונים והאחרונים שהיה בעלה באמצען או דחזי' דמחו ליה בגירא כו' אבל לענין הצורה כיון שאין לה סיבה ורגלי' לדבר שבעלה היה שם תחת הגל ואפילו היה שם הרי עיני' הרואות שאין זה בעלה ופשיטא דבכה"ג לא משקרא וכמ"ל לענין מלחמה דל"ח לבדדמי דצורה לפי שאין הצורה משתנית כלל במלחמה וה"ה במפולת ואין לה במה לטעות שתאמר בדדמי אלא ודאי דקושטא קאמר' שמכרת שהוא בעלה: איברא שיש לעיין לפי מה שכתבתי לעיל טעם הלבוש להרמב"ם דחיישי' שמא קברה איש אחר וסבורה שהוא בעלה אם כן אף שכתבתי לעיל דעיקר טעמא משום שמחמת חזק הלב משקרת מכל מקום נקיט מיהא בידך דשייך בדדמי דצורה גם במלחמה ואם כן ה"ה במפולת ואף שי"ל דע"כ לא קאמר הלבוש אלא שמחמת בהלת המלחמה חיישי' לאחלופי ובמפולת לא שייך זה עדיין יש פתחון פה כיון דעל כל פנים חזינן דזמנין דאתי' למטעי מחמתבהלה אף אנו נאמר דאף בלא בהלה עכ"פ י"ל שנדמה לה קצת ואף שאינה מכרת היטב היא משקרת ואומרת שמכרת יפה לפום הך שיטה דמחמת בדדמי משקרת וזה נלענ"ד ודעת ריא"ז בש"ג ר"פ האשה שהלכה שכתב וז"ל אמרה מת בעלי במלחמה ואחר שפסקה המלחמה מצאתיו וקברתיו נראה בעיני שא"נ הואיל ולא יכלה לראותו בשעת מיתתו שמא אחר הוא וכסבור' שהוא בעלה עד שתאמר הכרתיו ע"י סימנים כמ"ש בק"ה עכ"ל מבואר מדבריו דס"ל דחיישינן לבדדמי דצורה אף במלחמה והיינו משום דהמיתה משנה ג"כ קצת צורת הפנים דא"ל בזה כמ"ש הלבוש דמחמת שהיא בהולה מתחלף לה דהא בש"ג מבואר שאמרה שאחר שפסקה המלחמה הכירה אותו וקברתיו ואפ"ה לא מהני והיינו משום דס"ל דמלחמה דמי ממש למים וכמ"ש אחר כך וכן אם טבע בים כו' והיינו דמפרש כך הא דקאמר התם דחזינן לאלתר וקאמרה סימנים דתרווייהו בעינן ע"ש וא"כ בנ"ד דמפולת כמלחמה דמי אית לן למיחש לבדדמי דצורה ג"כ ונראה דריא"ז לשיטתו דס"ל דע"א במלחמה מהימן אף בלא קברתיו ובלא סימנים כמ"ש שם שלא חששו חכמים אלא בעדות האשה עצמה שהיא טועה לפי תאותה וחפצה להתיר עצמה אבל העד אינו אומר אלא מה שראה ואין כאן טעות וכ"כ שם לענין עד שראוהו כשעלה מן המים והכירו בט"ע נאמן שאין העד אומר דבריו בטעות ע"ש ולפ"ז שפיר י"ל דאשה דאמרי בדדמי שפיר חיישינן דאמרה בדדמי אף בדדמי דצורה אפילו במלחמה משא"כ לשיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דע"א א"נ כ"א כשאומר קברתיו דאף בעד חיישינן לבדדמי אם כן מוכח דגבי מלחמה אין חשש לבדדמי דצורה כלל ואפי' בטביעה היכא דלא אשתהי דאל"כ מה מועיל קברתיו ולפי מ"ש בכ"מ בשם תשובת הרא"מ שטעם הרמב"ם דאין האשה נאמנת אף בקברתיו

לפי דמפרש האבעיא דש"ס גבי ע"א אף בקברתיו ובלא קברתיו נשארה האיבעיא שמא אמר בדדמי ובקברתיו נפשטה מדגלת דמהימן ומזה הוכיח הרמב"ם דמדבעיא בע"א בקברתיו מכלל דאשה גופא אף בקברתיו לא מהימנא ע"ש באורך ולפ"ז ממ"נ לדעת הסוברים דבע"א בעי קברתיו דאמר בדדמי אף בע"א מוכח דלא אמרי' בדדמי דצורה גבי ע"א במלחמה ומים (רק בעהמ"א ודעימיה ס"ל דבמים אמרינן בדדמי דצורה אבל במלחמה גם הוא מודה וכמש"ל) דאל"כ אף קברתיו אינו מועיל ולהסוברים דבע"א סגי בלא קברתיו אין הכרח כלל שנאמר דאין האשה נאמנת אף בקברתיו ודוקא בדדמי דמיתה חיישינן דזימנין דמחו ליה בגירא כו' אבל בדדמי דצורה מאן לימא לן דניחוש לה כלל וכמ"ש וכן מבואר כל הפוסקים החולקים על הרמב"ם וס"ל דאשה נאמנת אם אמרה קברתיו והב"ש כתב דהיכא דאית לה מגו מהני קברתיו אף להרמב"ם וחולק על הלבוש וגם הלבוש נראה דלא קאמר אלא מטעם שהיא בהולה על נפשה חיישינן לאחלופי הא לא"ה לא וא"כ הש"ג שנראה מדבריו דבכל גווני חיישינן לבדדמי דצורה יחידאה הוא וקי"ל כרוב הפוסקים להקל: שוב ראיתי בשו"ת ח"צ סי' צ"ה שכתב ג"כ בטעמא דהרמב"ם דחיישינן לבדדמי דצורה אלא שהוא ז"ל כתב בטעמא דמלתא דבמלחמה גדולה חיישינן דילמא איש אחר שנהרג זה שלשה ימים ונשתנה צורתו לצורת בעל האשה זו ומצאתו וקברתו וכיון דחזיא ליה דמחו ליה לבעלה בגירא אמרה הא ודאי בעלה הוא וכתב שכן נראה דעת ריא"ז בש"ג וכן מצאתי למהר"מ יפה כו' ע"ש שכתב דמפולת דאורחא דמלתא הוא לפקח עליו תיכף ומיד דאפי' בשבת דוחה כהא דאמרינן ביומא ולא שכיח כלל שילין ג"י בלא קבורה ולהכי כי אמרה קברתיו נאמנת ע"ש וא"כ מבואר להדיא דכגוונא דנ"ד אין חשש בדדמי דצורה כלל כיון שידוע שזמן המפולת היה ביום ז' וביום א' נפקח הגל ונמצא האיש הזה ולא שהה שום אדם ג"י תחת הגל שניחוש לאחר שנשתנה צורת בעל האשה זו: אך מה שחידש הגאון ז"ל דחיישינן שלקחה איש אחר שנהרג זה ג"י צ"ע דא"כ בע"א נמי ניחוש ליה הכי ומ"ש הגאון ז"ל דבע"א שאמר קברתיו לכולי האי ל"ח אף דבאשה עצמה חיישינן לבדדמי אף בקברתיו שאני ושאני עכ"ל צ"ע דמ"ש דהא לדידיה גם האשה אינה משקרת כמו העד ובאמת גם לפמ"ש הלבוש והש"ג בשם ריא"ז ג"כ צ"ע לחלק בזה בין האשה עצמה לעד אף לדידהו י"ל דודאי מיתה משנה קצת צורת הפנים ומ"מ העד כיון שאינו נוגע בדבר כלל אף שגם בעד חיישינן דמסהיד באומדן דעת היינו באומד דעת גדול כגון דמחו ליה בגירא כו' ורואה אותו מוטל כאבן שאין לו הופכין סובר דודאי מת הוא ולכך צריך שיאמר קברתיו אבל מ"מ בשביל שינוי מעט של הצורה לא יאמר בדדמי שקבר את זה אם ע"י בבירור שזהו הוא דגם הוא יודע כן שע"י המיתה משתנה בקצת אבל באשה עצמה כיון שהיתה בהולה לברוח אינה מסתכלת היטב ובשינוי מיעוט היא תולה בבעלה מחמת תאותה וחפצה להתיר עצמה אבל לפי מ"ש הח"צ דחיישינן דאתרמוי אתרמי א' שכבר עברו עליו ג"י א"כ גם בלא בדדמי דחזיא דמחו לי' יש לחוש לזה ועוד דגם בע"א ניחוש ליה הכי וע"כ לומר שהעד מעיד שראה הריגתו ולא זזה ידו ונטפל בקבורתו או שעכ"פ ידוע לו שלא היה שם אחר שמת קודם שעבר עליו ג"י א"כ גם באשה כה"ג נאמנת כיון דלא משקרת רק שאומרת בדדמי ומה בדדמי שייך בזה שהרי אומרת שקברה לבעלה שראתה הריגתו ולא זזה ידה כו' וצ"ל דודאי לא מיירי באומרת לא זזה ידי ומ"מ בעד ל"ח

דכשאומר קברתיו מסתמא דקדק היטב וראה שהוא קובר להאיש שראה הריגתו והוא בעלה של זו לאחר שעברו עליו ג"י משא"כ באשה מחמת חפצה לא דייקה כולי האי וכשהיא רואה שפרצוף פניו דומה לבעלה אומרת שבודאי הוא בעלה וקוברתו ובאמת הוא אחר שעברו עליו ג"י וזה דוחק גם לפ"ז צ"ל דהרמב"ם ס"ל כמאן דמחמיר בספק תוך ג"י דאל"כ למה ניחוש לזה שהרי אם מוטל מת בספק תוך ג' תלינן שהוא תוך ג' ולמה ניחש שמא לקחה א' שעברו עליו ג"י ולפמ"ש א"צ לזה דכל מיתה איכא קצת שינוי וכדמייתי הח"צ גופיה מהא דאיש פלוני נשכני נחש כו' אלמא דלפעמים משתנה אפילו הרבה שאין מכירין אותו וא"צ לחלק כמ"ש הוא ז"ל גם צ"ע במ"ש הח"צ דהך דנפלו עלינו לסטים בקברתיו מיירי ומש"ה מהני דמלחמה קטנה היא לפ"ז ל"ל למימר טעמא כדרב אידי דאשה כלי זיינה עליה ת"ל משום דל"ש בדדמי במלחמה קטנה כיון שאומרת קברתיו ואין לחוש שמא תקח מי שעברו עליו ג"י כיון דמלחמה קטנה היא ואפי' באיש כה"ג מהימן ואף דנימא ע"א במלחמה לא מהימן מ"מ במלחמה קטנה וקברתיו נאמן דתו ליכא למיחש למידי וצ"ע: וחזרנו לענינינו שלדעת כל הפוסקים יש להתיר בנ"ד רק לדעת הש"ג בשם ריא"ז צ"ע לכאורה דמשמע דכל היכא דשייך בדדמי חיישינן לבדדמי דצורה ובעינן צירוף סימנים ולא משום חשש חילוף באיש אחר אתי עלה ואין לפרש דבריו ג"כ כמ"ש הח"צ דשמא אחר הוא שנהרג קודם ג"י שהרי כתב ע"ז וכן מי שטבע כו' והתם מחמת חשש שנטבע כבר ג"י אין כאן דמיא מצמית צמתי וכיון דחזיוה בשעתיה דאסקוה למאי ניחוש לה וע"כ כיון דשייך בדדמי מחמת מלחמה או מחמת טביעה חיישינן מחמת שינוי מעט דמיתה תאמר עליו כי זה הוא בעלה וא"כ ה"ה במפולת כה"ג כיון דאיכא חששא בדדמי: אך נראה דכאן כ"ע מודו דהכא ל"ש בדדמי כלל דע"כ לא אמרינן במפולת בדדמי אלא היכא שהיא אומרת שראתה שנפל עליו מפולת ומת מחמת זה דאז אמרינן שמא לפי שראתה אותו מוטל תחת המפולת ולא היה נודד כנף סברה ודאי מת כמו שאר אנשים שמתו במפולת ולכך ס"ל לה"ה דאף קברתיו ל"מ דמחמת שחזק בלבה שמת אומרת ג"כ קברתיו וכן גבי שלוח נחשים כשרואה אותו נשוך מהנחש סברה ודאי מת כמו שמתו רוב אנשים בנשיכה וכמ"ש להדיא ברמב"ם וש"ע וכן במלחמה טעמא מאחר שנהרגו ראשונים ואחרונים שהיה בעלה באמצען או דחזיא ליה דמחו בגירא כו' אבל בגונא דנ"ד שהיא אינה יודעת שנפל עליו מפולת רק עכשיו שאנו מוצאין איש א' תחת המפולת היא אומרת שמכרת שזה בעלה בכה"ג ל"ש בדדמי כלל דמה"ת יתחזק בלבה שבעלה בא אל הבית הזה שנפל ונהרס דשמא לא בא כלל אל מקום זה וראיתי שכ"כ הר"ח נ"י ויפה כתב: אך מ"ש ראה מדברי הח"מ והב"ש בעד שלא ראה ההריגה דלא אמר בדדמי ואף דשם לענין ע"א אין לחלק בין ע"א לאשה לענ"ד ז"א שהרי לסברת הח"מ והב"ש פשיטא דאם העד אומר שראה בעלה של זו מת במלחמה ולא נהרג ודאי דמהימן וק"ו הדברים דהא אפי' באומר מצאתיו ויהרוג דהא קמן שעכ"פ היה בין הרוגי מלחמה ל"ח דאמר העד בדדמי ומכ"ש כשאומר שראה אותו מת ולא נהרג כלל ואלו באשה כה"ג כתב הב"ש ס"ק קמ"ח דדוקא במת בביתו על מטתו הוא דנאמנת אבל מת במלחמה ולא נהרג א"נ וע"כ לומר דעד שאני דלא חשדינן ליה שישקר מחמת בדדמי והלכך כיון שנאמן שלא ראה ההריגה כלל ממילא אין חשש שיאמר בדדמי שמצאו הרוג ומת ממש ובאמת לא מת

אבל באשה חיישינן שמחמת שיודעת שירד למלחמה או שמצאתו בין הרוגי מלחמה סברה כל הני דאקטול כו' ומשקרת ואומרת שמת ולא מחמת המלחמה ודוקא מת על מטתו ל"ח שמא ראתה הרוג במלחמה ומשקרת לומר על מטתו דכיון שידוע לעולם שהיה מלחמה היא יריאה לומר מת על מטתו שיוודע שהיא משקרת וכמ"ש התוספות דמה"ט א"נ במגו ע"ש ואף דהמרדכי כתב דלא גרע מאשה עצמה דמהימנא לומר מת ע"מ היינו דבע"א דלא חשיד לשקר מחמת בדדמי דינו כמו אשה עצמה במת ע"מ וגם י"ל דהמרדכי ס"ל דהאשה עצמה ג"כ אינה חשודה לשקר מחמת בדדמי וכדעת הפוסקי' דאשה נאמנת בקברתיו אבל לפום הך טעמא אליבא דהרמב"ם דא"נ בקברתיו משום דמשקרת בשביל בדדמי ודאי דהא"מ וב"ש שכתבו דין המרדכי היינו בע"א אבל באשה עצמה לא וכמ"ש הב"ש דאף מת במלחמה ולא נהרג א"נ אע"ג דל"ש בדדמי כל הני דאיקטל או דמחו ליה כו' וע"כ דאמרינן דמחמת דסברה כל הני דאקטול או דמחו ליה כו' משקרת לומר שמת ולא נהרג ואם כן כ"ש שאין להאמין לה כשאומרת שמצאתו הרוג אלא שלא ראתה כשהרגוהו אלא אמרינן דמחמת בדדמי ליה משקרת: והנה ז"ל המרדכי ובתשו' ה"ר מנחם כו' דבמקום דאמר העד אפי' בעת המלחמה ראיתו הרוג אח"כ והכרתיו יפה יפה בט"ע בהא לא אבעיא לן דפשוט דנאמן דלא גרע ע"א מאשה גופה דאמרה מת ע"מ נאמנת דל"ש למימר בדדמי אלא בהריגה שיש לאוסרה על הספק אבל באמת הדבר מה לי עת מלחמה מה לי עת שלום עכ"ל: ולענ"ד כוונת הדברים דודאי מי שאומר שמצא שיש אחד מת או הרוג אין לספק בדבר שמא היה זה סבור שמת ועדיין חי הוא שכל שהיה בידו לעמוד על אמתת הדבר אם עוד בו נשמתו או לא והוא מעיד סתם שהוא מת או הרוג ודאי שלא הי' מקום להיות מסופק בזה ומסתמא עמד על בוריו של דבר ואין חשש בדדמי רק כשבא להתיר האשה ע"פ שמעיד שראה כשהרגוהו אז למיחש מבעי דלמה אמר בדדמי משום דחזא דמחו ליה כו' אבל כשמעיד להתיר מחמת מציאת ההרוג אין מקום לחשש זה רק שנאמר שהוא משקר במה שאמר שמצאו מת או הרוג שזה מורה על מיתה ודאית או שנאמר שמא לא הכירו יפה בט"ע ומשקר לומר שהכירו יפה משום בדדמי דחזא דמחו ליה זה לא אמרינן וכמו דהאשה עצמה נאמנת לומר מת ע"מ ול"ח דמחמת בדדמי שיודעת הריגת המלחמה משקרת לומר מת ע"מ וק"ו בע"א דל"ח למשקר כלל: ולענ"ד גם מ"ש רמ"א דזה הוי כאלו אמר קברתיו והח"מ פי' שר"ל שהכרתיו הוי כמו קברתיו והקשה ע"ז מהפוסקים שכתבו קברתיו או הזזה ולענ"ד לק"מ דודאי אין הכרתיו ענין לקברתיו דמ"ש המרדכי והרמ"א הכרתיו הוא לומר דכיון שאומר שהכירו תו ל"ח לדדמי דצורה כלל רק דהרמ"א קאמר כיון שאומר שראה אותו אחר כלות המלחמה מוטל מת הוי כמו קברתיו ודודאי אין העד מעיד אלא על דבר הברור לו וכיון שאומר שראה אותו מת בשעה שאין בהלות המלחמה לא מספקינן במלתא דלמה לא נתברר לו שמת ואומר בדדמי וזה ג"כ בכלל ראיית המרדכי שהאשה נאמנת לומר מת ע"מ ול"ח דלמה נדמה לה שמת ואומרת כן מאומד הדעת לבד אלא אמרינן מסתמא נתברר לה שמת ממש וכן מבואר בחידושי הרשב"א שכתב וז"ל וע"כ אית לן למימר הכי דאי לא אשה היכא מהימני דלמא שבקא ליה גוסס וסברא דגוסס לא חיי ואמרה בדדמי אלא דכל שאינה יריאה מחמת מיתה לא שבקא ליה ולא אמרה בדדמי עכ"ל וא"כ כ"ש בע"א כשאין שם יראת מיתה דל"ח לזה ומה שנזכר

בש"ס ופוסקים קברתיו או הזזה היינו כגון גבי רעבון דאיכא למיחש מחמת פחד רעבון שבקא ליה או גבי טביעה במים שיש לחוש שהמים בלבלוהו והעד לפנינו ואומר שלא הזיזו לראות אם נודד כנף ואע"ג דמדברי הריב"ש משמע דאף שאין העד לפנינו חוששין שמא אמר בדדמי ולא נתברר לו ודאי שמת מ"מ דעת המרדכי והרמ"א אינו כן וכמ"ש בח"מ ס"ק ח' בתשובת מהריב"ל דבמלחמה קטנה לא בעינן קברתיו וכ"כ שם שהמזרחי חולק על הריב"ש וס"ל דכשאומר שמצא מת על שפת הים ל"ש בדדמי וגם י"ל דדוקא שטביעה במים חיישינן להכי דלמא בלבלוהו המים דשם רגילות למטעי בהכי שיהיה נראה כמת ממש אבל בהרוגי מלחמה אין העד טועה באומד הדעת על מי שיש בו רוח חיים לומר שמת והח"מ הראה מקום למ"ש בשו"ת ראב"ח סי' ע"ה שהעתיק בק"ע ס"ק רפ"ט באומר ראיתיו מת מושכב לארץ עדיין לא הגיע לגבול הזזה כו' דעת המרדכי והרמ"א אינו כן אלא כשאומר שראוהו מת אין לנו לחוש יותר וכמ"ש המרדכי דמה לי שעת מלחמה או עת שלום ואמנם עיקר כוונת המרדכי לומר דל"ח למשקר מחמת בדדמי שאין לנו לחוש אלא בהריגה עצמה דאתי למטעי דחזו דמחו ליה בגירא וסובר שבודאי נהרג ומת ממש כיון שרוב בני אדם מתים ממש מחמת הכאה כזו אבל שיאמר על הרוג שנמצא לשון מיתה אף שיש בדבר ספק לזה ל"ח כלל והארכתי בזה לפי שהח"מ השיג על הרמ"א והב"ש נדחק לפרש שר"ל שאומר מת בודאי וכ"כ בצ"צ והביאו בק"ע אות תך"א שכתב שצריכות לידע שראה אותו שפיר שנתקרב אליו כו' ולענ"ד ז"א שמקור דברי הרמ"א מהמרדכי ושם לא נזכר מזה ודברי אא"ז רמ"א הם מתפרשים כמ"ש ומ"ש שראיתיו שמת שדקדק הצ"צ לענ"ד הוא דקדוק קלוש ושגרא דלשנא ואין להאריך: ועכ"פ בנ"ד ל"מ לפי מ"ש וכן לפי מ"ש הב"ש והצ"צ אין ראיה מהרמ"א ומרדכי לכאן דהתם מייירי אף בגוונא שראה ההריגה אלא לפי שאומר שמת בודאי ל"ח למשקר ולבדדמי דצורה ס"ל דל"ח כלל וא"כ עדיין צ"ע בנ"ד שחששנו לדעת הריא"ז דחושש בכה"ג לבדדמי דצורה אלא אפי' לפמ"ש הח"מ בפ"י המרדכי דבכה"ג ל"ח לבדדמי דמייירי שלא ראה ההריגה מ"מ ע"כ דבאשה כה"ג חיישינן כשאומרת מצאתי הרוג מהרוגי מלחמה והכרתיו שהוא בעלי דלא עדיף מאומרת מת במלחמה ולא נהרג וע"כ דחיישינן דלמה מחמת בדדמי משקרת וא"כ ה"ה בזה שאומרת שאחר כלות המלחמה עמדה עליו והכירוהו ניחוש דשמא מחמת שסברה כל הני דאקטיל או דמחו ליה משקרת ובאמת צ"ע על הב"ש שכ"כ בפשיטות דאומרת מת במלחמה ולא נהרג א"נ דה"ל לפרש דזה דוקא להרמב"ם ולהך טעמא דס"ל דמשקרת מחמת בדדמי ומדבריו משמע דס"ל דאליבא דכ"ע הוא וכן נראה ממ"ש שכן משמע מהג"ה דבסמוך ואפשר דהב"ש ס"ל גם במת במלחמה שייך בדדמי דלמא שבקא ליה גוסס כיון שיריאה לעמוד שם וצ"ע: ומ"מ לדינא יפה כ' הרב מהר"א נ"י דבגוונא דנ"ד שלא ידעה האשה אם נפלה עליו המפולת כלל אין לחוש לבדדמי ולענין השפיר יש ראיה גם כן ממ"ש הח"מ בפירוש המרדכי דאף דבדינא דהמרדכי אפשר לחלק בין ע"א להאשה לפום הך טעמא להרמב"ם דהאשה משקרת דוקא התם דעל כל פנים בודאי היה בעלה במלחמה אפשר דמחמת בדדמי משקרת משא"כ כאן שלא נודע אם היה במקום המפולת כלל אין כאן התחלת חשש בדדמי כלל וסברא גדולה היא דבכה"ג ל"ח גם גבי אשה כמו דל"ח גבי ע"א בלא ראה ההריגה דלא אמר בדדמי: איברא שצ"ע דרש"י ביבמות כתב וז"ל מפולת שנפל

הבית או בא רוח סערה והיה מפיל כל בתי העיר עכ"ל וכ"כ הנ"י ולכאורה הדברים צריך ביאור דודאי גם בבא רוח סערה כו' צריכה שתאמר שיודעת שמת במפולת דאל"כ אין להתירה אף בלא טעמא בדדמי דדלמא לא נמצא שם בתוך הבתים שנפלו וערק ואזל לעלמא וצ"ל דמתחלה קאמר שאומרת שהיא ראתה כשנפלה המפולת עליו ואחר כך קאמר דאף שאינה אומרת כן רק שהיא מצאתו מת בתוך המפולת חיישי' לבדדמי כיון שהיה רוח סערה שהפיל כל בתי העיר אמרה בדדמי כל הני דאקטיל כו' ומסתמא גם הוא מת תוך המפולת: ובזה יש ליישב דברי הב"ש סעיף קטן קנ"ו שכתב נראה דבכה"ג אית לה מגו דמת סתם ושוב כתב דלטעם הג' אין נאמנת בקברתיו והרמ"א סותם כטעם הראשון וזה צ"ע דבס"ק ק"ן כתב דהיכא דאית לה מגו נאמנת בקברתיו לכ"ע ובבאר היטב כתב שדברי הב"ש סותרים זה את זה ולפמ"ש י"ל דמ"ש נ"מ בין הטעמים וכ"כ בס"ק קמ"ו היינו היכא דליכא מגו כגוונא שכתב רש"י שהיה רוח סערה כו' דזה הוי כהוזקה מלחמה בעולם דלית לה מגו וכן משמע מהרמ"א שכתב וצריכה שתאמר מת על מטתו ולכאורה בהך דינא דמפולת שאומרת ראיתו מת במפולת איך שייך שאמר מת ע"מ וא"ל דאשלוח נחשים קאי שהרי התחיל ולכן דינם המלחמה משמע דאתרווייהו קאי ולפי מ"ש א"ש דרמ"א מיירי אף בגוונא שכתב רש"י שהיה רוח סערה כו' דליכא מיגו ודומיא דשלוח נחשים כו' דמשמע שהיה הדבר ידוע וה"ה במפולת בכה"ג מיירי ובזה כתב שצריכה שתאמר מת ע"מ או קברתיו ושפיר כתב הב"ש דסותם כטעם הראשון דלא חיישי' דמשקרה: ולפ"ז בנ"ד שבתים גדולים לשמה היו ונפלו ונשברו א"כ שפיר שייך בדדמי אף שלא ראתה שנפל עליו וכיון דשייך בדדמי אף קברתיו לא מהני דאף דאין חשש דמשקרת לענין המיתה שהרי מת לפנינו וקברו מוכיח עליו מ"מ יש חשש שמשקרת על ההכרה וגם כי לפי שיטת הריא"ז שייך בדדמי גם על ההכרה: וגם צ"ע שהרי דעת בעהמ"א והרא"ש גבי מים דכמלחמה דמי דבראה הטביעה חיישינן לבדדמי אף בעד והרבה פוסקים ס"ל דידע הטביעה הו"ל כראה ולכן אף שאומר שראה אותו מיד חיישי' לבדדמי שנדמה לו הצורה כך כיון שראה או ידע הטביעה ועכ"פ צריך סימנים שאינם מובהקים ג"כ וא"כ בנ"ד שידעה בו שהיא בעלה בתוך העיר והעיר בוער באש ואוכלת יושביה ומהרסת הבתים והו"ל כראה או ידע הטביעה דמה לי מים ומה לי אש וא"כ ניחוש דלמא אמרה בדדמי לפי שידעה שהיה בתוך התבערה כסבורה שזה בעלה ואחר הוא: אך נלענ"ד דע"כ לא כתב רש"י התם שהי' רוח סערה כו' אלא כמ"ש שם שהיה מפיל כל בתי העיר ומיירי שלפי האומדנא עכ"פ לא היה מקום להמלט על נפשו ודמי למים שאל"ס דכיון שראה הטביעה חושש בדעתו שבוודאי לא עלה משם וכן בהך דראה הטביעה דכיון שראה שנפל למשאל"ס דלא שכיח שיעלה משם אמר בדדמי משא"כ בנ"ד דהא קמן שרוב בני העיר נמלטו וברחו ולא נגעה בהם יד ה' ומתי מספר אשר נאבדו מתוך הקהל עיר גדולה לאלקים וגם לענין שלוח נחשים היינו דוקא ברוב בני אדם כמ"ש הפוסקים ובכה"ג ל"ח דאמרה בדדמי ודבר פשוט לענ"ד שאין לנו לחוש שמא ידעה או שמעה שבעלה היה בבית שנפל דמה"ת לחוש לזה ואע"ג דהרמב"ן בחידושו כתב וז"ל והא מים כמלחמה דמי פ"י מכיון שנשברה ספינתו בים איכא למימר בדדמי הלכך גבי ע"א לעולם לא מהימן אע"פ שאין האשה יודעת שנשברה ספינתו כדי שתאמין בו שמא יבואו עדים ויעידו כן ושוב לא תחקור על המיתה ודחי' ותסברא כו'

ואי לא אמרה סימנין לא סמכינן עלייהו משום דחיישינן דלא סמכא אתתא עלייהו משעה שתדע שטבע בעלה ולא דייקא אם אותו שעלה הוא כו' ע"ש וכ"כ במלחמות וז"ל ואפילו נמי לא ידעה אף היא בטביעה האיך נסמוך על העד משום דהיא דייקא והא אם מחזרת היא אחר הדבר מכיון ששמעה בו שטבע אינו רוצה שוב בדיקות וחקירות ומעתה תלך ותנשא דאמרה בדדמי על העד שאמר מכירנו בו ושמא אחר הוא שהוא אינו נאמן וכן במלחמה כו' והטעם מפני שכבר הוחזקה המלחמה מפי העד ולא תידוק היא במלחמה ותתלה בדדמי כו' ע"ש ולפ"ז גם בנ"ד היה אפשר לחוש לזה שמא ידעה או שמעה שבעלה היה בבית זה שנפל ונהרג ומחמת זה אומרת בדדמי כי עד הגל הזה שמתו תחתיו כמה אנשים וגם בעלה נפל שמה שדוד ולכך היא אומרת שמכרת אותו: אך נראה דהרמב"ן לא כ"כ אלא בהך צד איבעיא דש"ס דע"א במלחמה לא מהימן משום דלא דייקא רק שתדע שירד למלחמה ושוב לא דייקא יותר ותתלה לומר שבודאי מת כדברי העד הזה שאומר כן ולכך שפיר כתב דמים כמלחמה דמי מכיון ששמעה שטבעה ספינתו כו' אבל באמת אנן קי"ל דע"א במלחמה נאמן כמ"ש הרי"ף דבעיין אפשטא מההיא דדגלת וע"כ לומר דלהא מלתא ל"ח כלל שמא יבואו עדים ויעידו לה שירד למלחמה או שטבעה ספינתו בים ותו לא דייקא וא"כ י"ל דגם באשה עצמה המעידה שהכירה בעלה בין הרוגי מלחמה אחר שנשקט או שמצאתו מת על שפת הים והיא לא ידעה כלל מירידתו למלחמה או משבירת ספינתו מהימנא ולא חיישינן דלמא אין הכרתה ודאית רק מחמת ששמעה שירד למלחמה או שנשברה ספינתו דל"ח לזה אלא אם היא אומרת שגם היא יודעת כן אבל אם אומרת שלא ידעה מזה כלל רק שמצאתו מת הו"ל כמת על מטתו דמהימנא אע"פ שנפשה יודעת שנאבד מתוך הקהל וגם כפי המבואר בשאלה שהעידו שהיה אצל בהכ"נ הגדולה ששם היה האש מתגבר והולך ומסתמא שמעה זאת גם קודם ההכרה מ"מ בשביל זאת אין חשש בדדמי שתסבור שמסתמא נמלט לבית זה שנפל ועתד לגלים שהרי בודאי כמה אנשים היו שם סמוך לבהכ"נ וגם העד היה שם ונמלט על נפשו ואפילו גבי דבר אמרינן בש"ס דאמרי לה אינה כמלחמה דסמכא אדאמרי אינשי שב שני הוה מותנא כו' וכן פסק הרמב"ם והש"ע ואף שהרמ"א כתב שם די"א דאינו נאמנת והיינו לפי גרסת הר"ן בהרמב"ם דפוסק כלישנא קמא דהוה כמלחמה והח"מ כתב שנראה כן מהטור והרא"ש י"ל דשאני התם שי"ל דסמכה דעתה לפי שרוב אנשים מתו בדבר משא"כ כאן דבמקום שידוע שהיה בעלה שם לא נודע כלל אם נשרפו אנשים שם רק שנאמר שתסמוך דעתה שנמלט לבית זה ושם נפל עליו המפולת ולכך אמרה בדדמי להא ל"ח וגם ל"ד להא דעישנו עלינו את הבית למאי דס"ד דמיירי שאומרת שהמתינה עד שראתה אותו מת ממש ולכך בעי למפשט דהחזיקה היא מלחמה א"נ דאמרה בדדמי וכן לגברא חרוכא לפי מ"ש רי"ו בשם הרמ"ה דכל דמוכח שהיו שם איש אחר א"נ אף שצעקה ואמרה ראו בעלי שנשרף אמרינן דאמרה בדדמי וה"נ הרי כמה אנשים נמצאו תחת המפולת דהתם עכ"פ ראתה שהיה בבית הזה דאיתלי ביה נורא משא"כ כאן שאינה יודעת אם היה בבית זה כלל אם לא ומחמת שנמצא במקום שגברה התבערה בשביל זה לא סמכה דעתה שהרי גם העד המעיד היה שם ונמלט ואמרה כי היכא דלדידיה אתרחי' ניסא לבעלה נמי אתרחיש וקרוב הדבר שגם לנס לא היה צריך והיה אפשר לו גם בדרך הטבע להמלט ולכן אין לחוש דאמרה בדדמי משום זה ולשמא

ידעה או שמעה שהיה בבית זה אין לחוש וכמ"ש דלמאי דאפשיטא הבעיין מדגלת לא חיישינן להא ואע"ג דהרי"ף סובר דבעינן קברתיו גבי ע"א במלחמה היינו משום כיון דהעד ידע שהיה במלחמה חיישינן לבדדמי דעד גופיה אבל כשאומר קברתיו לא חיישינן דלמה שמעה שהיה במלחמה ולא דייקא וא"כ ה"ה באשה גופה המעידה שהכירה אותו אחר המלחמה לא חיישינן דלמה שמעה שהיה במלחמה: ועדיין יש לפקפק לפי מ"ש הרא"מ הביאו הכ"מ בהלכות גירושין דטעמא דהרמב"ם שכתב בסוף הלכות גירושין טעמא דע"א נאמן משום דהוה מלתא דעל"ג אע"ג דהאבע"י הוא בגמרא כיון דאפשיטא מההיא דדגלת גבי ע"א במלחמה שנאמן אלמא דטעמא משום מלתא דעל"ג הוא ע"ש באורך מבואר מזה דאי הוה נקטינן טעמא משום דאשה דייקא שפיר חיישינן דלמה לא דייקא וע"כ לומר דחיישינן דלמה שמעה האשה שירד למלחמה ולא דייקא והא דאפשיטא הך דע"א במלחמה היינו משום דנקטינן עיקר טעמא דע"א משום מלתא דעל"ג וא"כ חזר החשש למקומו בנ"ד דלמא שמעה או ידעה שהיה בבית זה שנפל ואמרה בדדמי אף שהוא בתוך ג"י וכן י"ל לפי דעת הפוסקים דמחלקים בין ידע הטביעה או לא דה"ה נמי בידע המלחמה דחיישינן ואף לפי מ"ש לעיל להוכיח מדברי בעה"מ דגבי מלחמה ל"ח לבדדמי דצורה רק במים שמשנים קצת צורת הפנים אבל בהרוגי מלחמה לא מ"מ מהרא"ש והטור לא משמע מידי ואפשר דס"ל כהש"ג בזה ומצאתי בס' בית מאיר סעיף ל"ג שכתב ג"כ דלשיטת הרא"ש אף במלחמה בע"א אפי' תוך ג"י אמר קברתיו על ידי הכרה שהכרתיו אחר המלחמה צריך צירוף סימנים מחשש דלמא אמר בדדמי דסמיך נפשיה אכל הני דאקטול כו' אומר בדדמי זה שהיה במלחמה זהו שנמצא מת וכן איתא בש"ג הובא בד"מ לענין האשה ולמד מלחמה מן מים שאל"ס לענין האשה וה"ה לשיטת הרא"ש בע"א כו' משא"כ לשיטת בעה"מ א והרא"ש בידע הטביעה צריך סימנים ה"ה במלחמה ודברי הב"ש צ"ע שכתב ואם נטבע במים כו' צריך שיהא לו בו סי' משמע דבא למעט מלחמה וז"א דמלחמה ומים דין א' להם כמ"ש בש"ג עכ"ל: והנה מ"ש כן בשיטת בעה"מ א נפלאתי שהרי בעה"מ א כ' להדיא דע"א שאמר מת במלחמה וקברתיו מהימן דאפי' אשה גופה מהימנא כו' והיינו אף בידע המלחמה והא דמחלק בין ידע הטביעה או לא היינו דאם ראה הטביעה אומר בדדמי על הכרת הצורה כמש"ל מההיא דדגלת דהוי כמו קברתיו דהא אסקוה אגישרא כו' ואפ"ה בראה הטביעה לא מהני וע"כ דמים גרע ממלחמה לענין הכרת הצורה וכמ"ש ולפי מש"ל בשם הריב"ש משמע מדבריו דגם לענין מים הוי החשש משום בדדמי דמיתה וכן משמע מהרמב"ן במ"ש תדע מדלא מוקמינן דשני ת"ח כו' ע"ש ועכ"פ לענין בדדמי דהכרה מבואר בבעה"מ א דלא חיישינן ולכך ע"א או אשה שאמרו במלחמה קברתיו מהימנא רק מדברי הרא"ש אין הכרע ואיכא למימר דאף במלחמה אמרינן בדדמי לענין הכרה וכשיטת הש"ג וא"כ כיון שכתבתי שיש לחוש דלמא האשה דייקא ויתוודע לה שהלך במלחמה או טבע ושוב אומרת בדדמי א"כ ה"נ ניחוש לה שמא תידק שבעלה היה בתוך המפולת ושוב אמרה בדדמי.

ואפשר לצדד ולומר דע"כ ל"ח דאמרה בדדמי אלא משום דאיתחזק איסורא דא"א וכל כמה שאין העדות ברורה לא מפקינן מחזקתה וחיישינן כל מה דאפשר למיחש ואע"ג דאקילו בעדות אשה דוקא בסוף העדות אבל בתחלת העדות לא כמבואר בש"ס ופוסקים

וכל זה היכא דלא איתרע חזקת א"א כלל אבל היכא דאיתרע חזקת א"א לית לן למיחש דלמה אמרה בדדמי ולפ"ז בנפל' עליו מפולת שנותנין עליו חומרי חיים כו' דאיתרע ליה חזקת חי דחזקת א"א וכמבואר בירושלמי ותוספתא וכן פסק הרמב"ם והש"ע בהלכות גירושין ל"ח לבדדמי ואם כן ממ"נ אם נימא דהאשה דייקא עד שתתוודע לה שנפל עליו מפולת אין לחוש לבדדמי כיון דאיתרע חזקת א"א ואם נאמר שלא נודע לה שנפל עליו מפולת א"כ פשיטא דאין חשש בדדמי ובין כך ובין כך יש לסמוך על הכרתה אלא שלפי זה תיקשי בהא דאמרינן גבי טביעה כיון דמים כמלחמה דמי אין ע"א נאמן אם נימא דלא מהימן במלחמה וטעמא משום דלא דייקא רק שתדע שנשברה ספינתו בים ושוב סומכת על העד שאומר ראיתיו שמת.

ולפי מ"ש א"כ קשה כיון דע"כ דייקא שנשברה ספינתו והרי ספינה שאבדה בים נותנין לה חזקת חיים כו' ואיתרע לה חזקת א"א וכן במלחמה לפי מ"ש הרמב"ם הטעם מאחר שנהרגו אלו ואלו נהרג הוא באמצען אם כן הו"ל כעיר שכבשוה כרקום דנותנין עליו חומרי חיים כו' ואפשר לחלק דהתם אין ע"א נאמן מן התורה רק משום דייקא מהימן וכיון דלא דייקא שמת רק שנשברה הספינה מה בכך שאיתרע החזקה מ"מ ע"א לא מהימן להתירא משא"כ כאן בדדמי אינו רק חששא בעלמא ואפשר דאינו רק מדרבנן כיון דאיתרע חזקת חיים וחזקת א"א תו לא חיישינן לה ומ"מ צ"ע דאדרכא איפכא מסתברא די"ל דע"א א"נ כ"א לסתור החזקה חזקת חיים וחזקת א"א והיכא דאיתרע החזקה יש לנו לומר דע"א נאמן (ואפשר דבאמת היינו טעמא דקי"ל ע"א מהימן במלחמה ופשטינן לה מדגלת דאף להך טעמא דדייקא מ"מ ע"א נאמן כיון שאינו לסתור החזקה דאיתרע לה כיון שעכ"פ דייקא על שבירת הספינה אלא שכבר כתבתי בשם הרא"ם דמהכא יליף הרמב"ם דטעמא דע"ל"ג הוא עיקר וצ"ע) מה שא"כ בזה דמשמע דחשש בדדמי חשש גמור הוא דהא קי"ל בהוחזקה מלחמה אף אם נשאת תצא ומדברי הרמב"ן משמע דאף שנתוודע לה שירד למלחמה תו לא דייקי אף דהתם לא איתרע חזקת חיות וחזקת א"א בזה שירד למלחמה ובגוונא דנ"ד י"ל אף אם נודע לה שהיה בבית זה שנפל אח"כ אף שלא נודע לה שהיה בעת שנפל שפיר אמרה בדדמי כמו בירד למלחמה: אך מדברי הרמב"ם משמע שאין אומרת בדדמי בשביל ירידה למלחמה לבד רק מאחר שנהרגו הראשונים כו' וקצת משמע כן מהרמב"ן מ"ש לדחות ראיית הראב"ד מעובדא דחשא ע"ש בחידושי ודברי הרא"ש ובתשובה סי' הארכתי בדברי הרא"ש והרמב"ן אלו ואפשר דוקא לענין בדדמי דהיינו שתסמוך על העד שפיר סגי כשיודעת שהלך למלחמה שבזה לבה חזק להאמין לעד שאומר שראוהו מת אבל לענין האשה עצמה כיון שאין כאן מי שיאמר שראה מיתתו אינו אומרת בדדמי אלא אם היא רואה דברים שרובן למיתה וכמ"ש הרמב"ם והש"ע להדיא וא"ש מ"ש דכאן י"ל ממ"נ אם לא נודע לה שהמפולת נפל עליו אין כאן דברים שרובן למיתה ולא אמרה בדדמי ואם נודע לה בבירור שנפל עליו המפולת איתרע חזקת א"א ושפיר יש לסמוך על הכרתה ואין לחוש שתאמר מחמת שוי מועט שמכירתו משא"כ גבי ע"א במלחמה דבירידה למלחמה לא איתרע חזקת א"א מחמת זה וכן שבירת הספינה י"ל דל"ד לספינה שאבדה ולא איתרע חזקת א"א ולכן חיישינן שמא תסמוך דעתה על העד שאומר שיודע שמת ולכן שפיר מספקא ליה לטעמא דדייקא דלמא ע"א לא מהימן: שוב ראיתי ביש"ש יבמות

שכתב וז"ל מפולת פירש שיש מפולת בעולם רוח סערה שמפיל הבתים אפילו אמרה מת סתם הרי הוא כמלחמה דאמרה בדדמי וכ"ש אם אמרה שנפל עליו הבית ומת דלא מהימנא וגדולה מזו נראה שאפילו אמרה ראיתי שהוציאוהו אחר שעה מת מתוך המפולת לא מהימנא דשמא חלש כדרך הנופלים בתוך המפולת עד שתאמר מת וקברתיו עכ"ל מבואר מדבריו דלא מפרש כמש"ל בפירש דברי רש"י דברוח סערה כו' פירושו שלא ראתה כשנפל המפולת רק אח"כ מצאתו מת מתוך המפולת חיישינן לבדדמי כיון שהיה רוח סערה אלא דשם מיירי באמרה מת סתם ואפ"ה לא מהימנא כיון שיש מפולת בעולם וחצ"י לשיטתו דס"ל הכי גבי במלחמה וכמ"ש הב"ש ע"ש גם מבואר מדבריו דין ז' ודין ח' דלענין הכרה לא אמרינן בדדמי דאם לא כן מה מהני קברתיו ולפ"ז ה"ה גבי מפולת ל"ח רק לבדדמי דמיתה והביא על זה ראיה מהמרדכי שהבאתי לעיל שכתב דבמקום שאמר העד אפילו בשעת מלחמה ראיתיו הרוג אח"כ כו' ומסיים בה אם לא שתאמר דמיירי הכא שלא ראוהו מתחלה במלחמה כו' עכ"ל מבואר מדבריו שמפרש דברי המרדכי כמ"ש שבא לומר דל"ח לבדדמי דצורה ודלא כדמשמע מהח"מ וב"ש דלענין בדדמי דמיתה מיירי וכבר הארכתי בזה לעיל ושמחתי שכוונתי לדעת הגדול ז"ל ואמנם הוא ז"ל לא הזכיר מדברי הש"ג בזה דס"ל דגם בדדמי דמיתה אמרינן לגבי האשה עצמה וכמש"ל: אמנם נראה דאפילו תימא דבנ"ד נמי יש לחוש ששמעה שהיה בבית המפולת ולחוש לדברי הש"ג דאמרי' בדדמי דמיתה אף בתוך ג"י מ"מ בנ"ד אתתא שריא שהרי הש"ג מסיים בה עד שתאמר על ידי סימנים ונראה דאף בסי' אמצעים סגי וכמ"ש הרמב"ן ושאר מפורשים בפירוש הא דאמרינן דלאו עליהו סמכינן אלא אסימנים ובנ"ד שהוכרו כל בגדיו ובט"ע ובסימנין אמצעים אין לך סי' אמצעים יותר מזה וסומכינן עליהם בצירוף ההכרה על כל פנים ואף דבגדים יש חשש שאלה מ"מ כבר כתבו הפוסקים דבכל בגדיו לא חיישי' לשאלה דלא שביק נפשי' ערטלאי ונראה דכל בגדיו לאו דוקא אלא כיון שאם ישאיל את בגדיו אילו יהיו בוש לילך בשוק ערטלאי קרינן ביה ובודאי לית לן למיחש כלל דעביד כה"ג ובפרט כיון שראוהו בבגדים אילו קודם השריפה ובזמן מועט כזה ל"ח לשאלה כמ"ש בתשובת האחרונים וכמ"ש ג"כ מהר"ח נ"י וגם כיון שהכירו הלייבס רדאקעל ומבואר בק"ע סי' שפ"א בשם מהרי"ט דבבגד של ציצית ל"ח לשאלה וע"ש עוד דדוקא חפץ אחד או שנים שא"צ ויכול להיות בלא אותן כלים כו' ע"ש ולפי שבתשו' סי' הארכתי בכל אלה ושם הבאתי הרבה גדולי אחרונים דל"ח לשאלה ובפרט בכלים דלא מושלי אינשי שכתב השי"מ בשם הרשב"א דל"ח אף אם סימנים דרבנן וכתבתי שם דאילו ראה הב"י דברי הרשב"א אלו הוי הדר ביה ממ"ש בתשובה וגם שם הוכחתי דהב"י בש"ע הדר ביה ממ"ש בתשוב' קצרתו בכל זה אך אפילו למאן דסובר חיישי' לשאלה מבואר בב"ש הטעם משום דכיון דסימנים דרבנן בעינן להתיר אשה סימנים מובהקים ולפיכך הוי הכרת הבגדים סימן שאינו מובהק כיון שיש חשש שאלה ואם כן בנ"ד שהוכר הפרצוף בט"ע רק דחוששין לבדדמי וכיון דאיכא הכרת הפרצוף תוך ג' ימים בצירוף סימן שאינו מובהק סגי כמו דסגי בראה הטביעה וראוהו מיד כמבואר בב"ש מכ"ש בזה שהאשה אומרת שלא ראתה המפולת רק דאנן ניחוש לה הכי פשיטא דסגי בהכי וגם י"ל דודאי ליכא למיחש לאחד מארחי ופרחי שבא אל הבית דאית לן למימר כאן נמצא כאן היה כמ"ש הרמב"ן והרשב"א

והנ"י בעובדא דתרי יצחק רק דניחוש שמא הוא איש אחר שנאבד ג"כ מתוך הקהל ואם אותן האנשים ג"כ הוכרו או אפילו ליתנייהו קמן ויש מהם שנאבדו לגמרי מ"מ אם ידוע דמות פרצופים שהיה רחוק מפרצופו של בעל אשה זו ואפילו אם ימצא בהם אחד שהיה קרוב לפרצופו של זה מ"מ שוב צ"ל שהשאל בגדיו לזה דוקא וע"י המיתה נשתנה פרצופו לפרצופו של זה וטעתה האשה ואומרת בדדמי ושוב הו"ל שאלה דיחיד דל"ח ליה כמ"ש הח"צ וכיוצא בזה כתב בק"ע בשם תשובת מהר"א בן חיים דאם הוא אחר צריך לומר שנשתנה פניו לזה וגם הנזם דומה לנזם זה כו' ע"ש וכן מבואר בשו"ת נ"ב סי' ואף ש"ל דדוקא לענין אחר ג"י דהחשש הוא שנשתנה פניו ממש לתמונתו של זה אמרי' דלא שכיח משא"כ בנ"ד שאנו אומרים שהמיתה משנה קצת ועל ידי זה אומרת בדדמי שפיר יש לחוש כמ"ש התוספות דבשינוי מועט יאמרו אלו בעליהן של אלו מ"מ נראה דעכ"פ צ"ל שהיה קצת קרוב לתמונתו של זה דאל"כ אף בדדמי לא היתה אומרת גם שהרי אמרה שהכירה אותו יפה יפה ומלתא דרמיא עלה אין לחוש לבדדמי דצורה ועי' בק"ע אות ש"פ: וראיתי בדברי הרב מהר"ח נ"י שכתב שע"פ דברי המבי"ט שהביא בק"ע סי' רך"א דאם נאבד יהודי שהלך למקום אחד ונמצא הרוג באותו דרך מדאורייתא תלינן שזהו הנאבד דאם איתא שהנאבד ניצל היה נודע מקומו כו' והביא שם דברי השב יעקב דמייתי מקבר שאבד ותמה עליו דלדעת הטור בחמץ דוקא ביטל וכבר האריך בזה בנ"ב וגם אני הארכתי בתשובה זה שנים רבות להגאון ז"ל בענין זה וקצרתי ובאמת צ"ע לסמוך על זה כי ראייתו מהרמב"ם הוא תמוה מאד דהתם אנו דנין על זה האיש עצמו שהיה במלחמה או במפולת משא"כ כאן לפי שנמצא הרוג א' בדרך נאמר שזהו והלא כמה אנשים שהיו בדרך הזה ומה שלא שב לביתו אין זה מורה שזהו ההרוג דשם הוא עתיד לחזור בזמן קרוב ומכ"ש בנ"ד שידענו שהיה בתוך ההפיכה שיש לחוש דלמא אתלי ביה נורא ואתי ביה מומא ומחמת כסופ' ערק כדאמרי' גבי גברא חרוכ' היכא דמוכח' מלתא שהיה שם גם אחר ובתשוב' סי' כתבתי שאף המבי"ט לא קאמר אלא היכא דלא שכיחי אינשי לבא בדרך הזה וכיון שאין שיירות מצויות שם שפיר יש לתלות מדאורייתא עכ"פ ועי' בתשובת ח"צ סי' קל"ד ואין תשו' מבי"ט בידי לעי' בו וגם דבנ"ד אין דומה לההיא דמבי"ט דהתם כיון שזה החזיק בדרך הזה תלינן ביה משא"כ כאן דמ"מ מאין הרגלים לומר שזה בא אל הבית של המפולת שלא נודע לנו שהיה בדעתו לילך אל הבית הזה כלל וגם נראה דמ"ש המבי"ט שיצאה מחזקת איסור דאורייתא לענ"ד צ"ע דממקום שבא דהיינו מלחמה ומפולת אף שכתב הרמב"ם שרובן לאבד מ"מ הוי ספיקא דאורייתא ונותנין עליו חומרי חיים כו' ואם נשאת תצא ועי' בריב"ש דאיכא חזקת חי וחזקת אשת איש ובמ"א הארכתי במ"ש בנ"ב ע"ז ושם כתבתי שמ"ש בנ"ב דמנ"ל שרובן לאיבוד מבואר בש"ס דב"ב דף קנ"ג ומה ספינה שרוב לאבד וכן הוא בהגמ"ר וכאן קצרתי: ומ"מ כבר ביארתי כמה צדדים להקל באשה זו גם מצד ט"ע לבד ונראה מדברי תשובת האחרונים שלא חשו לדברי הזש"ג ומכל שכן בזה שרחוק הוא לומר שנודע לה שבא אל הבית הזה שתאמר בדדמי ומכש"כ בצירוף הכרת הבגדים דהיינו הקאפטין וליבסערדאקיל וסי' מובהק בכתונת שהרי צמצמה המקום וכולי האי ל"ח דמושלי וגם אין לחוש כאן דהעדים אומרים בדדמי על ט"ע דבגדים משום דדוקא בט"ע דגוף שיש לחוש שמשנתה קצת מחמת מיתה משא"כ בט"ע דבגדים והארכתי בסי' וכן

מצאתי בנ"ב וע"ב בח"מ סעיף קטן ס' ובב"ש ס"ק צ"ח וכעת אין הפנאי מסכים עמדי והנני מסכים והולך על דברת מחותני הרב הגדול מהר"ח נ"י להתיר הך אתתא להנשא אחרי אשר ימלאו לה הימים אשר היא מניקה ומ"מ נראה שצריך להתירה בצירוף ב"ד כדי נשאת ע"פ ע"א או ע"פ עצמה ואף שיש כאן שני עדים שיש להם ט"ע בבגדים כיון שצריך לצרף העדים יחד שעל הכרת הקאפטין לבד יש חשש שאלה וצריך לצרף הכרת הלייבסערדאקעל והכתונת וליכא תרי סהדי וגם שבזה לבד קשה לסמוך כ"א בצירוף ההכרה לכן יש להתירה על פי ב"ד דברי זעירא מן חברייא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: לד שאלה אשה עגונה שהוגבה עדות בב"ד והעידו שלשה עדים כאחד עד מפי עד שנפטר בעלה אשר היה במלאכת העפטערייא בהארמעיע רוססיע במדינות מאלדעווע כאשר באו הדברים ברוב ענין בגוף הגב"ע ושאלה זו שדרה לקמאי מחו' ידידי הרב הגדול החרף ובקי המפורסים מוהר"ר חיים כהן ראפפארט נ"י מק"ק אסטרהע ותשובתו בצידו להיתרא דהך אתתא וביקש ממני לחוות דעי בזה: תשובה עברתי על דברי העדיות הללו.

וכפי דעתי יש בהם כדי להתיר אף שיש לפקפק קצת מצד אמירתם שמת בהיותו בהארמעיע רוססיע והיינו בהיותם חונים לצבא צבא והיה עמהם במערכות המלחמה. נלענ"ד שאין בזה בית מיחוש ואבאר בקצרה הנה הרמב"ם כתב וכן אם היתה מלחמה בעולם ובאה ואמרה מת בעלי במלחמה כו' וכן כתב לשון זה בש"ע והב"ח מדייק מלשון זה דדוקא באמרה בפירוש במלחמה אבל אם אמרה סתם אף שהוא בעת מלחמה לית לן בה וחלק על רש"י דס"ל דבמלחמה בעולם אף באומרת סתם מת הוי כאמרה מת במלחמה והב"ש כתב שם בדעת הרמב"ם דרש"י מוכיח כן מאיבעי דש"ס בהחזיקה היא מלחמה והרמב"ם לשיטתו דס"ל דבמלחמה אף אומרת קברתיו לא מהני והאי בעי בלא קברתיו.

והקשה ע"ז דא"כ מאי קפשיט מנפלו עלינו לסטים דלמא מיירי בקברתיו וכתב שיש ליישב ואפשר כוונתו דהש"ס הוכיח דודאי לא איירי בקברתיו דודאי הא דנקט נפלו עלינו לסטים ולא נקט נפלו עליו אתי לאורי דאף בהאשה גם כן היה סכנה בעצמה מפני הלסטים מ"מ נאמנת ולמסקנא דאשה כלי זיינה עליה היא גופא אשמועינן דאף בנפלו גם עליה מ"מ אשה כלי זיינה עליה ולא מסתפיל ונטרא עד דחזי' ועי' בשו"ת עבודת הגרשוני סי' ס"ז.

והנה אם אומרת קברתיו פשיטא שאין סברא לומר שקברתיו בעוד חרב חדה מונחת על צוארה. וע"כ שצריכה לומר שאחר הליכת הלסטים קברתיו וכ"כ בח"מ לקמן דאם אומרת קברתיו היינו שקברתו רחוק מהמלחמה וא"כ הדרא קושי' לדוכתי' דלאיזה צורך נקט נפלו עלינו לסטים דהא אין רבות' בזה שהיתה עמו בסכנה כיון שעיקר עדותה שקברתו ואז לא היה מגור מסביב ואין פחד לנגד עיניה אלא דע"כ דמיירי בלא קברתיו ושפיר בעי למיפשט האבעי' דאף בכה"ג דלא אמרה קברתיו נאמנת במגו וזה נכון אף דבגוף תירוצא דהב"ש הוא דחוק דכיון דמתני' דשלום בעולם ומלחמה בעולם בקברתיו מיירי אם נאמר דהאיבעי' החזיקה מלחמה מיירי בלא קברתיו בודאי האיבעי' אהך גוונא

דמיירי במתני' היא ואם איתא דבגווי אחרינא הוא לא הוי ליה לסתום אלא לפרש החזיקה היא מלחמה ולא אמרה קברתיו.

וגם כתבו הח"מ והב"ש דהדיוקים קשיין אהדדי בלשון הרמב"ם דמעיקרא נקט מת במלחמה משמע דבסתם נאמנת ולבסוף כתב מת על מטתו נאמנת משמע דדוקא אמרה בפירוש על מטתו: ולענ"ד י"ל בדעת הרמב"ם דודאי הוכחת רש"י דמת סתם לא מהימנא היא הוכחה נכונה דאל"כ תפשוט ממתני' דהחזיקה מלחמה מהימנא ואמנ"ל בהך צד איבעיא דהחזיקה מלחמה מהימנא א"כ איכא לאוקמי מת בכה"ג ושוב י"ל דמת סתם לאו כאומרת מת במלחמה ואם אומרת מת סתם אף דהוחזק מלחמה בעולם מהני ומתני' מיירי באומרת מת במלחמה וברישא דשלום בעולם היינו שהחזיקה מלחמה ומהימנא במגו כיון דהך דהחזיקה מלחמה היא איבעי' דלא איפשטי' ממילא שאין לנו לפשוט גם הך דינא דמת סתם לא מהימנ' דהא להך צד איבעי' דהחזיקה מלחמה בעולם י"ל דבמת סתם אף בהחזיק מלחמה בעולם מהימנאלכן הרמב"ם לא נקט בלשונו רק מה שהוא דין ברור דאם אומרת מת במלחמה ודאי דאינה נאמנת ואפי' נשאת תצא ואם אומרת מת על מטתו ודאי נאמנת ולכן לא כתב דין מת סתם כיון דיש פנים לכאן ולכאן לפי צדדי האיבעי' וא"ל דהו"ל לכתוב דאם נשאת לא תצא כמ"ש לענין החזיקה מלחמה ז"א דשם הוא ודאי בעיא דלא איפשט' משא"כ כאן דאף להך צד דהחזיקה מלחמה נאמנת אין הכרע שתהא נאמנת שמת סתם דאיכא למימר דבמת סתם אינה נאמנת וי"ל דנאמנות ולכן סתם הרמב"ם ולא כ' רק דין הברור כדרכו שלא לכתוב רק דינים המפורשים ומבוארים בש"ס והוא נכון לענ"ד בישוב דברי הרמב"ם: ושוב מצאתי בספר עצי ארזים שכתב ממש כדברי בזה ונהנתי ולפי"ז אין הכרח ג"כ מדברי רש"י שיסבור כן לדינא דאפשר דרש"י לא כ"כ רק דהש"ס לא מצי למיפשט האי בעי' דאיכא לדחוי' דמיירי במת סתם אבל מ"מ להך צד איבעי' דהחזיקה מלחמה נאמנת אין הכרע לומר דמת סתם כאומרת מת במלחמה היא אלא דלפ"ז קשה דלמה לא מבעי' לי' להש"ס במת סתם כמו דמבעי' ליה בהחזיקה מלחמה בעולם כיון דהא בהא תליא אע"כ דפשיטא ליה דמת הוי כמת במלחמה לכן לא מיבעיא ליה כ"א בהחזיקה היא מלחמה ואפשר לדחות כמ"ש הח"מ דלא נ"ה כ"כ לדינא כיון דהאומר סתם שואלין אותו איך מת כו' ולכך לא מבעי' לי' בכה"ג: ועכ"פ יש לדון בנ"ד לפמ"ש הר"ן בתשובה דלפי מה דמדמ' הפוסקים ע"א במלחמה לאשה לענין שגם העד אומר בדדמי וצריך קברתיו יש להשוות גם לענין שאר מיילי כגון לענין דבר הרי הוא כמלחמה אע"ג דלענין קברתיו לדעת הרמב"ם דס"ל באשה לא מהני קברתיו עד עדיף היינו משום דהטעם באשה דחשדינן למשקרה משא"כ בעד ליכא חשש משקר משא"כ לענין מלחמה דחשש בדדמי שוים הם ולפ"ז כיון דבאשה אמרינן דמת סתם הוי כמת במלחמה ה"ה בע"א נמי כה"ג הוא דהיינו אע"פ שאומר לשון מת היינו שנהרג במלחמה ואע"פ שי"ל דגם לענין מת סתם יש לחלק בין האשה להעד לפמ"ש בתשובה אחרת שיצא לו להרמב"ם הך דינא דאשה אינה נאמנת אף בקברתיו מהני תרי טעמא דקאמר רבא דאמרה בדדמי סברה כל הני דאיקטלו כו' ואת"ל כו' זימנין דמחו ליה בגירא כו' ולפי הטעם הראשון מחמת דמיונה מוסיפה לומר בפיה מה שלא ראתה בעיניה וא"כ אף אומרת קברתיו אינו מועיל.

והרמב"ם נקט טעם הראשון שכתב מאחר שנהרגו ראשונים כו' עכ"ל ושם כתבתי דאף לטעמא דמחו ליה בגירא כו' צ"ל שמוסיפה קצת כיון ששואלין אותה איך מת כו' וע"כ שאומרת שראתה הכאת המיתה ודאי כי נגע החץ עד לבו ועכ"פ נראה דבאשה כיון דכולי האי לא עבדה ואמרה בדדמי דסברי כל הני דאיקטיל כו' ולכך היא אומרת מת סתם דמה לה להכניס עצמה לתגר זה להודיע לנו שידעה ממיתתו היא מחמת מלחמה ולכך מכחיזה תחת לשונה ענין מיתתו במלחמה וכך מבואר בדברי התוס' גבי החזיקה היא מלחמה בעולם שהקשו דהוי מגו בדדמי ותירצו כיון דדייקא כולי האי שהחזיקה מלחמה ואומרת כי מלחמה הוא אבל כי לא החזיקה אינה נאמנת לומר מת בעלי במלחמה מתוך שיכולה לומר מת על מטתו דאין זה מגו שיראה לומר כו' נראה מדבריהם דגם אי לא החזיקה יש מקום לומר דמחמת שאומרת שמת במלחמה נחתה לדיוקא כולי האי אלא שכיון שאין לה מגו שוב אמרינן בדדמי בכל הני דאיקטיל כו' היא משקרת דהך דיוקא אינו מועיל כ"א לענין שנאמר שאף שאומרת אמת דילמא טועה היא בדמיונה דזימנין דמחו לי' כו' ועל זה מועיל מה דחזינן דנחתה לדיוקא אבל מ"מ אנו חוששין דילמא משקרת לגמרי מחמת שאין לה מגו וממילא שנפל לגמרי דיוקא דידהי אבל אם היינו מאמינים לה במגו דמת על מטתו לא היינו חוששין שמא אע"פ שאומרת אמת טועה היא בדמיונה דהא חזינן דדייקא לומר מת במלחמה והא דאמרינן זימנין דמחו לי' היינו גם כן דאיכא חשש משקרת כמש"ל וכיון דליכא מגו להאמינה שאינה משקרת אינה נאמנת..

ועכ"פ למדנו מדברי התוס' דהיכי דלא דייקי כולי האי טפי ניחא לה להעלים ענין המלחמה לכך כשאמרה מת סתם תלינן דמת במלחמה קאמרה ומעלמת ענין המלחמה משא"כ בע"א דאין חשש רק לבדדמי שטועה בדמיונו ולכך מצריכין לי' למימר קברתיו א"כ י"ל דהיכא דאמר מת סתם אע"פ שמלחמה בעולם אין לתלות כלל דמת במלחמה קאמר: אך הרמב"ן במלחמות מבואר מדבריו דס"ל דגם בע"א שאומר מת סתם מת במלחמה קאמר שכתב דאיפשט בעיין דע"א במלחמה מהא דששים אנשים שהלכו לכרכום ביתר שאמר הגוי מתו וקברתים והתם שעת מלחמה וחירום גדול לכל ישראל היו ובשעת מלחמה מת סתם כנהרג במלחמה הוא וכו' בששים ב"א וכו' ע"ש.

וכן בח"מ כתב דהרמב"ן במלחמות כתב כדברי רש"י. אך לענ"ד י"ל דאין ראייה מהרמב"ן דהתם כיון שהמעיד אומר שהלכו למלחמה כדקאמר לכרכום ביתר והיא כשהיתה העיר במצור מהאויבים כמ"ש רש"י שם ובכה"ג שפיר יש לנו לומר דאף דנקט בלישני' ומתו כיון שהזכיר בדבריו שהלכו למלחמה הו"ל כאומר שנהרגו במלחמה משא"כ באומרת מת סתם ואינה מזכרת מלחמה כלל אף שידוע שמלחמה בעולם מה"ת נאמר שמה שאומר' מת היינו במלחמה ואטו כל דמיית בשעת מלחמה על ידי הריגה מיית הא טובא איכא שכמות כל אדם ימותון.

ואמנם איך שיהיו בנ"ד כיון שהעד המעיד הזכיר בדבריו שהנפטר היה אצל הארמייע רוססישע שהזכיר שהיה במקום המלחמה אף על פי שאמר מת סתם הרי זה כאומר נהרג וכדברי הרמב"ן. ונראה דאף להב"ח שכתב שהרמב"ם חולק על רש"י מדנקט מת בעלי במלחמה מודה לזה דדוקא היכא שאינה מזכרת בדבריו מלחמה וי"ל דהוי כאומרת מת

על מטתו משא"כ כשעסוקה באותו ענין מענין מלחמה אף שאמרה מת סתם כאומרת מת במלחמה דמי ואם כן לכאורה לא יספיקו עדיות אלו להתיר: אך לענ"ד נראה אף לדעת רש"י דאף אם אמרה מת סתם כיון דשעת מלחמה הוא כאלו אמרה נהרג במלחמה מ"מ נראה דמודה בנ"ד דהתם שפיר אנו יכולין לומר שהיתה הכוונה שנהרג במלחמה והכי אשכחן בקרא ילך וישוב לביתו פן ימות במלחמה וכן הרבה כיוצא בזה משא"כ בנ"ד שבלשון עד הראשון נזכר ששמע משיתוף שלו שאמר אחיך ר' שמשון וואס מיט מיר איז שותף געוועזען איז געשטארבען אצל הארמעיע הנ"ל וגלוי לכל כי לשון געשטארבען אף שהוא פתרון של תיבות מת בלה"ק מ"מ תיבת מת יש לפתרו ג"כ על ההריגה.

אכן מלת געשטארבען אין אומרים אותו על מי שמת בדרך הריגה רק על מי שמת על מטתו ומה שאמר אצל הארמעיע הנ"ל מראה מקום הוא לו באיזה מקום היה מיתתו דהיינו אצל המחנה אבל הדבר ידוע שכמה וכמה בהיותם שמה נפקדים בפקודת כל אדם ולמי שמת מחמת המלחמה מה הלשון אומרת ער איז געהארגט געווארען ופשיטא שיש לילך בזה אחר לשון בני אדם ולא נוציא הלשון מפשטי' ואף שהרמב"ן כתב כן גבי עובדא דכרכום ביתר דשם היה המעיד עכו"ם ולא מיסתבר שהעכו"ם אמר כן בלה"ק מתו וקברתים ס"ל להרמב"ן כיון דהש"ס אפקי' בלשון מיתה שהוא סובל אצל המלחמה הריגה גם כן מסתמא הוכר שאמר בלשון עמו לשון שיש בכלל לשונו הריגה ג"כ עכ"פ ומכ"ש לפמ"ש שם הרמב"ן אח"ז מהתוספתא ע"ש אבל בלשון לעז שלנו מלת געשטארבען אין לפותרו דרך הריגה רק מיתה טבעיות לבד וכ"ע מודו בזה כאמרו בפירוש מת על מטתו: ועוד נלענ"ד דאפילו בשמא דמקום מלחמה ובשעת מלחמה שפיר מצינו לפרש דמת היינו נהרג אף שקורין ללועזות בלעז געשטארבען נראה דבנ"ד יש לצדד להתיר לפי מאי דאיתא במרדכי והובא בהג"ה דדוקא באומרת שמת או נהרג במלחמה ממש אבל שלא במלחמה אפילו הלך סמוך למערכת מלחמה לקנות שלל נאמנות ובספר ערך לחם למהרי"ק שכתב שאם לא הלך להלחם רק לקנות שלל או לעלות איזה מלאכה ל"ח ליה שמא אמרה בדדמי עכ"ל והוא פשוט דזיל בתר טעמא שאין מקפידים על ההולכים בלא כלי זיין וא"כ בנ"ד שהעדים העידו שזה היה בהארמעיע הנ"ל במלאכת העפטערייע וידוע כי אנשים כאלה אינם באים להיות ידיהם עושים מלחמה או שוברות מלחמה רק באחרונה יסעו למסעיהם הם קרוב אל אנשי הצבא ופשיט' שלשון זה ער איזגעשטארבען אצל הארמעיע ולא אמר בתוך הארמעיע דהיינו שמת במקום עמידתן סמוך למערכת החיל ובודאי דעל מיתת טבעית קאמר ואפילו אם היה אומר שנהרג שם במקום שהוא אין לחוש כיון שאינו במקום המלחמה ומ"ש ואף שכתב הב"ש והט"ז באותו מלחמה שהנוצחים הורגין גם הנטפלים ובאים סמוך למלחמה כל מי שנמצא שם בכלל מלחמה הוא במלחמות אלו לא שמענו כן אלא האנשים הנטפלים באים בשבי בכלל השלל והמלקוח ואף בשעת המלחמה אותן האנשים הבאים למלאכה ולסחורה הם עומדים הרחק מן המחנה כמטחוי קשת ממקום שטף החיצים ואבני בליסטראות אליהם לא יגיעו וא"כ פשיטא דזה שאומר מת סתם אין לפרש לשונו על הריגה כיון שמקום עמידתו אינו עומד לכך שעיקר מקום סכנת הריגה אינו אלא בתוך עומק המלחמה וגם דלפי דעת כמה פוסקים כל שהעד המעיד אינו במקום

סכנה לא חיישינן לבדדמי ואפי' תימא דאע"ג שאין שם סכנת מות מ"מ הכמת שבי מיהא איכא ובהול על נפשו וכדאמרי' שבי כולהו איתנהו ביה ולכן י"ל דאמרה בדדמי מ"מ נראה דלא גרע ממלחמה קטנה דאמרינן נטרה עד דחזי' היכא דלא מסתפי' ממיתה אע"ג דאיכא אימת' דשבי וגם מה מעליות' דכלי זיינה שמניחין אותה לבא עלי' ואיכא צנועות כו' כמ"ש בשו"ת ח"צ סי' צ"ה ואפ"ה כיון דליכא סכנות מיתה לא חיישי' לבדדמי ועדיין יש לפקפק ולומר דלענין זה ע"א גרע מאשה ואנן סהדי דכל הסמוכים והנלוים אל מקום המערכה גדולה יראים לנפשם יותר מהביט אחריהם בהחפזם לנוס: אך זה ברור שאין לדון לשון זה שאמרו מת סתם לפרשו שנהרג במלחמה כיון שלא הזכירו בדבריהם ענין הריגה כלל והמקום אשר הוא עומד עליו אין בו מקום סכנה להריגה יש לתפוס הדברים בפשיטות שמת שם סמוך להארמיע על מטתו: ובר מן דין כיון דיש כאן כמה עדים ובכה"ג הסכמת אחרונים להקל דלא בעינן קברתיו.

ואע"ג דיש פוסקים דעדים כשרים דוקא בעינן ובנ"ד אין כאן עדים המעידים שראו המיתה רק עד מפי עד מ"מ לדעת כמה תשובות דאף עד מפי עד כשרים די בזה ולדעת מהריב"ל עד מפי עד עכו"ם מסל"ת מהני ומכ"ש בזה דלפי העד ר' אהרן זעליג שמע מעד ר' טודרס שאמר במסל"ת בתוך הדברים שזה האיש מת ופשיטא דאית לן למימר דישראל מסל"ת עדיף והנה בענינים אלו הרחבתי הדיבור בתשובות אחרות אך לפי שיש בכאן בלא"ה כמה צדדי היתר אשר המה כראי מוצק לא כתבתי פה רק דרך עיוני במקור הדין ועי' בשו"ת ב"ח החדשות סי' נ"ט בענין האמרקעטענער ואין משם סתירה לנ"ד דשם העיד כשבא השונ' על המארקעטענער שנשאר ובאחרונה עמדו על נפשם וגם חביריו המעידים היו בסכנה ע"ש ומ"מ מסיק להתיר כיון שהעד מעיד מפי שנים חשוב כאלו הגידו השני עדות בפני ב"ד וכן מבואר בשו"ת אא"ז מהר"ם מלובלין ע"ש והובא בקצרה בק"ע ועי' בק"ע סי' רל"א בתשו' המבי"ט וסעיף ר"פ מתשובות מהראנ"ח וגם יש לצרף לזה דעת הגאון בעל פני משה בתשו' הנ"ל סי' ז' דס"ל דבהזכרת שמו אין צריך קברתיו אף במלחמה: ואמנם דעת מהרי"ט והרבה פוסקים שלא נאמר חילוק זה כי אם לענין קברתיו דיבשה להרמב"ם והרבה יש לי לדבר בזה: אך לפי שהאשה העגונה האומללה והאביונה יושבת ממולי בק"ק ראדוויל ועל אלו השלוחין יוצאין נוגשין אצלי כלה מעשיך ומדברותיך ראיתי לקצר ובפרט כי ההיתר ברור בעיני שהלך בזה אחר לשון ב"א כשאומרים גישטארבין הוא נאמר בפירוש מת על מטתו ואף שאפשר לפעמים היכא שהוא מוכה במלחמה מכת חרב והרג והובא לבית ומת לפעמים אומרים לשון זה מ"מ אין לנו לחוש: ועיין בח"מ ס"ק כ"ג ובס' בני דוד בק"ע סי' תקמ"ב בשם הריטב"א והרשב"א שכתב באומרת שהוכה בעלה במלחמה ואח"כ הובא לבית ומת שם די"א לא תנשא בעדות זו שהרי גבי רעבון כו' ודחה דבריו דל"ד לרעבון כו' ע"ש: ועוד דאף בכה"ג לא שכיח שיאמר עליו סתם גישטארבין אלא אומר הענין כמותו שהוכה ומת וזה הלשון שאמרו העדים ער איז גישטארבין אצל הארמייע אלו דברים נאמרים בלשון שאתה שומע שמת מיתה טבעיות רק שמורה מקום מיתתו אצל הארמייע ואפילו אם היה אומר בתוך הארמייע משמעות הפשוט שלא נפל שדוד במלחמה רק מיתה טבעיות ומכ"ש באמירתו אצל הארמייע כידוע ששם חונים הבאים עם מיני מזון וצידה לעושי מלחמה ומצאתי בתשובת כ"י להגאון בעהמ"ח מג"ש ג"כ

ענין כנידון שלנו ושם הביא ג"כ בשם חכם אחד שדעתו לחלוק בין אשה באמרה בעת מלחמה מת סתם ובין ע"א ומביא ראיה מהטור וע"ש שהאריך בענין ומסקנתו להתיר בלי ספק ומטעם שנראה מתוך העדים שהיהודי לא הלך להלחם כלל להרוג או ליהרג וכמו שנזכר בעדות שהלך כו' וכמו שדרך יהודים וערלים סוחרים שנוסעים למלחמה למכור להם צידה ומזון וכבר כתב המרדכי כו' הביא שם מספר קצור א"ז כתב שהביא לשון ראבי"ה שבמרדכי וכתב שכ"כ רבינו שמחה והר"ר נתן בר שמשון ז"ל שאין לחוש למלחמה בעולם דתימא בדדמי אלא כשראוהו העד או האשה בקשרי המלחמה עכ"ל והאריך הגאון ז"ל סוף דבר נראה לענ"ד האשה מותרת להנשא לכל גבר דתיצביין רק דלרווחא דמילתא נ"ל שיש לעשות גם בזה כמ"ש בשו"ת החדשות דכל מה דאפשר לידע ולחקור מפי עדים גוף המעשה כמו בנ"ד אם יודעין מי הם חביריו ואפשר לשאל אותם איך ידעו בבירור שמת מאותה ירי' כו' אבל היכא דא"א כלל שיעידו סמכינן על עדות זה כו' ע"ש וכן יש לעשות כנ"ד אחרי רואי בג"ע שר' אהרן זעליג העיד מפי ר' טודריס מק"ק באר: והנה היא קרובה למקום האשה ובקל יוכלו לחקור שם אמיתת הענין ולברר ההיתר ביותר וכמ"ש הרמב"ם והש"ע סעיף ה' אבל אם אמר העד כו' שואלין אותו היאך ראית ובמה ידעת כו' ועיין מ"ש בב"ש ס"ק י"ז ואם אין האיש בביתו וא"א לברר הענין מפיו יש להתיר כמ"ש: והנה תשובת הרב החר"ף מוהר"ר חיים נ"י בא הנה ביומי דחושבנא ואז לא שמתי עיני עליו והנחתיו עד עבור המועד ובקשתיה ולא מצאתי רק נפשי יודעת דוכרן פתגמא דכתיב בה שדעתו להתיר ועתה שלח אלי רק הג"ע לבד והנה האשה באה לק"ק ראדוויל ודוחקת השעה וגם כי כחיש חלאי וידי רפות רק אחרי כי בעו"ה בזמנינו מי שהגיע להוראה ומורה היא מיעוטא וליתא קמן אמצתי זרועתי לכבוד שמים וכתבתי שורתיים ולא הלכתי כפעם בפעם לסלסל ולפלפל כדרכי מעולם בתשו' רק כתבתי מה שצריך ונוגע בנושא הדין ועל שרשיו נתחקר והנני מסכים והולך על דברת מחותני הרב החר"ף החכם השלם מוה"ר חיים כהן הנ"ל להתיר האשה הזאת ולהושיב ב"ד של שלשה שיתירוה ואף שיש כאן עדות משני עדים כשרים מ"מ הם עד מפי עד ומכ"ש לפי הטעם שכתב הב"ש ס"ק קך"ד ובד' בטחוני בתורתו יאיר עיני ויעביר שגיוני.

ועל האמת יעמידני דברי זעירא דמן חברייא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: לה שאלה בדבר הנשים עגונות מק"ק ראדוויל כאשר באו הדברים באורך בטופס מעשה ב"ד וגב"ע מק"ק קאסנטין והנשים העגונות שוקדים לדעת מה יעש בהם ושואלים ודורשים לפני פתח בתי דינים שבישראל להורות להם האם יש די בגב"ע הלז להוציאם ממסגר איסורם.

והנה כבוד ידידי הרב ה"ה הגאון החר"ף ובקי מוהר"ר נפתלי הירץ נ"י היושב על כסא מדין ומו"ץ בק"ק הנ"ל האריך למעניתי ובהיתרא קא מהפך ושדר לן חורפא ומתקא וביקש ממני לחוות דעי אף בזה: תשובה בדבר הספק שמא הוא אחר ג' ימים היטב אשר דבר הרב ה"ה ג' כיון שהעדים הכירי הזואירכעס והם הכובעים שהולכים בהם בימות החורף וגם חצי השליטין שנסעו בו מק"ק קאסנטין והדברים מראין שהכירו בט"ע ממילא שע"כ היו ביום ה' בק"ק קאסנטין רק דניחוש לשאלה או למכירה עכ"פ מוכרח שהיה הריגה זו תוך ג"י וכיוצא בזה איתא בשו"ת כנסת יחזקאל סי' נו"ן ליישב דברי

הגאון בעל משאת בנימין מהשגת בעל שער אפרים והח"מ ע"ש שכתב שכיון שהכירו סחורות ועגלות שלהם אף דניחוש לשאלה או למכירה עכ"פ צ"ל שקנה הסחורות ביום וא"ו כ"ב ביום א' שאחריו עדיין תוך ג"י וכתב שם דאין לפקפק שמא המה הלכו לדרכם וההרוגים שוכבים מכבר אצל העגלות של אלו דתלינן בקרוב וכולי האי לא חיישינן עכ"ל הכנ"י ומה שחשש הרב נ"י למ"ש הב"ש דסמוך לו לא מהני יבואר לקמן אי"ה והגאון בעל נ"ב כתב ג"כ סברא בסי' ל"ב דאף דניחוש לגניבה ע"כ שאור ליום ו' היה חי עדיין וא"כ יום א' שאחריו עדיין הוא תוך ג"י ונסתייע ג"כ מדברי הכנ"י ע"ש ובזה יש ליישב מה שהקשה בנ"ב סי' ק"ח לדעת המחמירין בספק תוך ג' דא"כ הש"ס דמייתי מעובדא דדגלת דאסקוה בתר ה' יומי דבפשיטות הו"ל להוכיח דהיאך התיר רבא ולא חשש שמא הוא אחר שנטבע מכבר והוא עתה אחר ג"י ולפי מ"ש י"ל דהוכרח הש"ס להזכיר דאסקוה בתר ה' יומי לטביעתו דאל"כ י"ל שהשושבין היה לו ט"ע בגופו ובבגדיו ג"כ שראה אותו לבוש בהם בתוך ג"י ונהי דאט"ע דבגדים אין לסמוך דחיישינן לשאלה מ"מ שוב מועיל ט"ע דגופו דע"כ היה הטביעה תוך ג"י ולכך הוצרך לומר דעובדא הוה דאסקוה בתר ה' יומי לטביעתו וא"כ מוכח דרבא כריב"ב: אמנם לפי מ"ש בנ"ב סי' ל"ב דהיכא דאיכא הכרת כלים אף דישי בהן חשש שאלה מהני אף לאחר ג"י וכ"כ שם בשם שו"ת עבה"ג א"כ שפיר קא מותיב דהא ע"כ היה ידוע להם דעובדא דדגלת לא היה שם הכרת בגדים כלל דאל"כ אין הוכחה דרבא כריב"ב דדלמא הא דהתיר רבא אף שהיה לאחר ג"י היינו משום צירוף הכרת בגדים אלא שע"כ היה ידוע להם דלא היה שם רק הכרת פרצוף פנים לבד ואם כן שפיר תיקשי להמחמירין בספק הו"ל לאקשוויי בפשיטות דלמה התיר רבא שהוא זה שהעלוהו כבר היה מוטל שם ג"י ובעיקר קושיית הגאון ז"ל בשיטת המקילין והמחמירין הארכתי במקום אחר.

ועכ"פ בנ"ד נראה דאין כאן איסור מחמת ספק ג"י חדא מטעמא דהרב נ"י ועוד מטעם דכתיבנא בשם הנ"ב ועבה"ג דכל שיש כאן הכרת בגדים חזי לאצטרופי להיתרא בט"ע בפרצוף פנים אף בודאי לאחר ג"י אלא שהגאון בנ"ב ז"ל כתב שצריך להתיישב עם גדולי הדור ונראה דבספק תוך ג' גם המחמירין מודים דישי להקל בצירוף הכרת הבגדים: אך מה שיש לעיין בזה הוא דלכאורה י"ל דלא מהני בנ"ד ט"ע דבגדים דהא דמבואר בפוסקים דמהני היכא דליכא חשש שאלה נראה דהיינו דוקא בכלים ששבעתן העין דהא אפילו לענין ממון קי"ל בב"מ כרשב"א בכלים חדשים שלא שבעתן העין אפילו לצורבא מרבנן דדייק לא מהדרינן ומכ"ש לענין איסור ערוה שאין לסמוך על ט"ע כזה וכן מבואר בחידושי הרשב"א בחולין דף צ"ו וז"ל ומיהו נראה שהבא להתיר איסורין בט"ע צריך לדקדק אם יש לו ט"ע יפה מפני שפעמים העין משקרת וכסבור שהוא מכיר ואינו מכיר ולפיכך אם לא ראוהו תחלה ודקדק בראייתו שמא סבור שזהו ואינו אלא אחר וכדתנן בב"מ רשב"א אומר כל כלי אנפורי' כו' אלמא אפילו צורבא מרבנן דדייק כי לא שבעתן העין לא סמכינן אט"ע ולא משום דמשקר אלא משום דסבור דמכיר כו' בשאר בני אדם שאין מדקדקין כ"כ כו' עכ"ל וכ"כ הר"ן שם בשמו וא"כ בנ"ד נראה דבכה"ג שלא שבעתן העין לא מהני ט"ע דידהו דהא פשיטא מה שראו הזוויראכס מידי עברו בראיה בעלמא לא תשבע עינם דלא רמיא עלייהו להשגיח היטב ולהתבונן בהם בענין שיוכר להם בט"ע ומהאי טעמא יש לדון ג"כ בנ"ד בענין העדות שהעידו על מוהר"ר

אביגדור שהכירוהו בט"ע שיש להסתפק כיון שהעדים לא הכירוהו מעולם רק עכשיו מידי עברו בק"ק קאסנטין הכירוהו בחד שחי' דרך העברה בעלמא ואין זה ט"ע גמור כיון דלא הוי רמי עלייהו לדקדק בתבנית צורתו שיהיה נקבע בלבם וכה"ג אמרינן בירושלמי דברכות אחרים אומרים וראיתם אותו כדי שיהא אדם רחוק מחבירו ארבע אמות ומכירו מה אנן קיימין אם ברגיל אפילו רחוק כמה חכים ליה ואם באינו רגיל אפילו קרוב ליה לא חכים ליה אלא כי אנן קיימין ברגיל ושאינו רגיל כההיא דאזיל לאכסניא ואתא לקיצין עכ"ל והביאוהו הפוסקים שם ובש"ע סי' למ"ד ואם בחייו כך במיתתו עאכ"ו שאינו מכירו אם לא היה רגיל עמו ועכ"פ רגיל קצת בעינן דאזיל ואתי לקיצין (ודוחק לחלק דשאני הכא שהוא נותן לב עתה להכירו להעיד עליו משא"כ התם דאירינן שיהיה ניכר לו ממילא בלא שימת לב דמנ"ל לפלוגי בהכי ועיקרא דמלתא תלוי אם היה ניכר לו בתחלה היטב מחמת רגילות) ולכאורה היה אפשר לומר לפי מ"ש התוספות בחולין דף צ"ו אהא דקאמר התם אמר רבא מריש הוה אמינא סימנא עדיף מט"ע כו' דמיירי בט"ע כל דהו כו' ע"ש משמע דלא בעינן ט"ע גמור אכן נראה דגם התוספת מודים להרשב"א בהא דבעינן שעכ"פ מתחלה היה לו הכרה טובה בדבר ההוא ושבעתו העין אלא עתה כשבא להכירו א"צ כ"ע ט"ע כל דהו אבל כל שמעולם לא היה לו הכרה גמורה בדבר לא מהני בי' ט"ע וכן מצאתי ביש"ש חולין שהביא דברי הרשב"א וכתב אבל התוס' כתבו וכו' וצריך לחלק בין ט"ע שאינו גמור דלא שבעתן העין דלא הו"ל היכר גמור מעולם באותו ענין מש"ה לא מהני ט"ע אבל היכא שמתחלה היה לו ט"ע אפילו אח"כ נשתנה הענין שאינו מכירו בט"ע גמור גבי ת"ח מהימן ואפילו לגבי אבידה מהימן כו' ע"ש ונראה כוונתו כמ"ש ומצאתי בשו"ת נ"ב סי' ל"ט ביאר כן להדיא וראיתי בפלתי סי' ס"ג שכתב על דברי הפוסקים דדוקא חתיכות שראה מתחלה היטב דלא משמע כן בתוספות כו'.

וכ"כ הפוסקים והיש"ש דזהו קרוי ט"ע כל דהו דלא דקדק מתחלה כו' ונפלאתי דאדרבא היש"ש כתב להיפך אך לפי דברי הפלתי שם מ"מ בגוונא דנ"ד שהוא חששא דאורייתא וגם החשש הוא דהאי גברא אזיל לעלמא והאי אחרינא הוא שקרוב לצורתו של זה ולאבידה דמי דלא מהדרינן אף לצורבא מרבנן בט"ע היכא דלא שבעתן העין ולכאורה לדברי הפוסקים שהביאו תשובת הר"א מזרחי בשם ר"ת אם היה אדם ידוע וניכר למעידים מעידים אחר כמה ימים ועיין בתשובת מיימוני בסי' ט' שהביא שם לשון ר"ת בזה משמע דתוך ג' ימים מעידין אפילו לא היה ידוע וניכר למעידים וע"כ שר"ל דהיינו שלא היה רגיל עמו כ"כ אך באמת ז"א ודברי ר"ת בזה הם אמורים על כוונה אחרת כמ"ש לקמן וכל שאין ידוע וניכר לו היטב נראה דלא מהני ט"ע אף בתוך ג' ימים וה"ה ט"ע דבגדים דלא מהני בכה"ג: אך נלענ"ד לצדד להתיר בגוונא דנ"ד ששני העדים העידו שהכירו בט"ע ובתר סהדותא דבי תרי לא דייקינן ואמרינן מסתמא דקדקו היטב בעדותן ול"ח דלמא באומדן דעתא קמסהדי אלא אמרינן דמסתמא היה להם בזה שמעידין עליו הכרה טובה ודעתייהו אצורתא דידיה והיינו האי דנפל ונהרג ואלה הבגדים שהיו עליהם בעת שנפרדו משם ואין לומר דכיון דלא שבעתן כו' כמ"ש"ל באורך בתשובה לק"ק אוסטרעא ואמנם הרב מהר"ן נ"י שדא נרגא בהיתר זה לפמ"ש בשו"ת נ"ב סי' מ' להסתפק אם הנך שלשה ימים הם מעל"ע דאפשר שסוף שקיעת החמה ג'

פעמים גורם שינוי הצורה ולפ"ז בנ"ד יש להסתפק שמא אחריני נינהו ששאלו כלים אלו ונהרגו ביום ה' קודם שקיעת החמה וכבר שלמו הג' ימים בתחלת ליל מוצאי שבת והנה בנ"ב שם מייתי דברי החכם השואל שכתב דלא מסתבר שזה נשתנה צורתו בע"ב שעות וזה בנ' שעות וע"ז כתב בנ"ב שז"א דכה"ג אמרינן דאיכא דס"ל לינת לילה פוגמת ומסופקין אם תחלת לילה או סופה כו' ע"ש ולענ"ד אם באנו לדמות להיא דהתם התם גופא ע"כ שאין זה כ"א ענין טבעי שע"י האויר של תחלת או סוף הלילה נפגם טעמו ולפ"ז אף אנו נאמר בכאן שאלו הג' ימים אינם מעל"ע ויש שינוי צורה בע"ב שעות ויש ענין מחמת ששקעה עליו חמה ג"פ וע"כ דהכי קים להו שאויר זה של שקיעת החמה גורם שינוי הצורה וכיון דאוירא קא גרים הוה לן למימר נמי דלא כל המקומות והעתים שוים כמו דס"ל לריב"ב באמת ופשטא דמלתא משמע דלת"ק לא תלי מידי באוירא רק במשך הזמן שהיא שיעור ג' ימים וריב"ב ס"ל דבאויר המקום והעת תלוי ולפי דברי הגאון נ"ב ז"ל צ"ל דגם לת"ק באוירא תליא מלתא דהיינו שינוי אויר של ג' שקיעת החמה ולא איכפת לן בזמן ומקום כמולענין לינת לילה דפוגם דלא מפליגינן בין זמן ומקום כלל והיינו דת"ק ס"ל דהכי קים להו דאויר של ג' שקיעות החמה גורם שינוי הצורה יהיה האויר חם או מצונן ובאמת גם לענין לינת לילה גופה חולקים הפוסקים על ר"ת וס"ל דבמעל"ע תליא מלתא ונראה דלא מסתבר להו שיהא השינוי תלוי לפעמים בזמן ארוך ולפעמים בזמן קצר אך אפילו תימא שי"ל כן מ"מ נראה דכאן ג' ימים מעל"ע קאמר דומיא דמתניתין דתנא בתר הכי מעשה בא' שנפל לבור הגדול ועלה אחר ג' ימים דר"ל ג' ימים מעל"ע כדאמרי' עלה בגמ' אמרו לו אין מזכירין מעשה נסים מאי נסים אילימא משום דלא אכיל ושתי הא כתיב וצומו עלי ג' ימים אלא משום שינה כדאמר ר"י שבועה שלא אישן ג' ימים כו' והתם הוי ג' ימים מעל"ע וא"כ ה"נ נראה דאין מעידין לאחר ג' ימים מעל"ע קאמר ולכאורה משמע קצת דשינוי צורה הוי בג' ימים אף שאינם מעל"ע מדאמרינן בירושלמי דמועד קטן וכן במדרש רבה בראשית פ' ס"ה ע"ש והנה בכמה תשובות הארכתי בענינים אלו וכעת לא נפניתי וב"נ אשובה אראה בענין זה ואכתוב לכ"ת דברי ידידי הק' אפרים: לו שאלה משה שפיר קאמר.

טעמו וריחו לא נמר. משום תקנת עגונות שקד ושמר.

ירד להציל ולהקל מתוך חומר. ה"ה כבוד אהובי בן דודתי הרב המאה"ג החריף ובקי המפורסם כש"ת מוהר"ר משה נ"י: אחד"ש דבריך הנעימים הגיעני על דברת העגונה מ' שהלך בעלה לסחורה בכפרים כדרכו תמיד ולא נודע מה היה לו וכעת הוגבה עדים בב"ד וזה תורפו במותב תלתא כחזא הוינא ואתא לקדמנא מוה"ר יוסף מפ"ק ואמר בת"ע באליו"ע וז"ל איך האב גיהערט וויא עכו"ם א' האט גשמוסט לעכו"ם אחר מסל"ת איך בין גיגאנגין לק"ק דובנא בין איך גיווען בכפר דאדקיוועטש האב איך מיך גיזעצט אוף דר פרוזבע האבין מיך גיפרעגט א"י קאנסטו דעם יואל באסאק פון קלעוואן האב איך משיב גיווען איך קאן אים גוט ווארום איך האב מיט אם גהאנדלט כמה פעמים האבין זיין מיר גיזאגט אז דוא ווילסט גיין מיט אונז וועלין מיר דיר ווייזין וויא ער ליגט אין וואלד גיהרגט האב איך ניט גיוואלט גיין עכ"ל העד הלז וע"ז העיר כ"ת כמה ספיקות וצללת במים אדירים והעלית היתר ברוא בזה והנה כבר הארכתי בענין כזה בכמה תשובות וכתבתי על כל קוץ וקוץ כו' ואם באנו לכתוב אין מספיקין ולא מפסיקין

ואיני בחזקת הגוף וידי רפות אפס לכבודך אמצתי זרועתי ואבא בקצרה לכתוב אשר נתחדש לי בעת עיוני בדבריך בקוצר מופלג.

והנה שאלתינו כשאלת הראשונים בתשובת מיימוני ובנ"ב סי' ס"ט שדא נרגא דמהר"מ כר"ת דמיקל בספק ג' ואני כתבתי בתשו' דמלשון מהר"מ משמע שכ"כ אף להמחמיר בספק ג' דא"כ הול"ל בפשיטות דנהי דאסהיד בתר ג' י"ל דחזי תוך ג' או ראה שהרגוהו כו' (מ"ש שם דברור לו שנהרג דחזיא כו' נראה דתיבת שנהרג הוא ט"ס) מבואר שבא להתיר מטעם שתולין שהיה ברור לעד הראשון וכמבואר בתה"ד דכה"ג שמעיד סתם שנהרג ל"ח למלתא אחריתא כו' ולכן יליף מיניה לענין לשון הטביעה ע"ש וכעת ראיתי שהדבר מוכרח שהרי הביא ראיה בהנך עובדי דש"ס דאטו כל הני עובדי כולהו תוך ג' הוו מסהדי ואיך תתיישב ראיה זו לדעת המחמירין וא"ל דמהר"מ באמת ראייתו מכאן להקל בספק ג' ואין אחריות הפוסקים עליו והמחמירים באמת סברי דבהנך עובדי ביחנו דבריהם איך ידעו שמת ואין כאן ספק ג': אך באמת הריב"ש למד מהנך עובדי ומההיא דא' שעמד בראש ההר כו' ולא מקשינן דלמא א"י הוא מוכח דמסל"ת הוי בלא קישור דברים אלמא דמפרש דהדברים ככתבן כמו דנקט הש"ס ולא אמר המסל"ת יותר והריב"ש נראה מדבריו שנוטה להחמיר בספק ג' וא"כ תיקשי דלמא ראה אחר ג' ולכאורה אפשר לומר דדוקא אם מעיד בסתם שמת אין תולין לומר שמצאו מת ויש כאן ספק ג' אלא אמרינן שראה אותו בשעה שמת ואין כאן מקום לחוש וכמו שאין חוששין שמעיד על דברים שרובן למיתה והיינו הנך עובדי דהש"ס אבל היכא שאמר בפירוש שלא היה אצל מיתתו רק שמצאו מוטל מת או הרוג והלך לו ולא ביחן דבריו אם היו תוך ג' או שאנחנו שומעים מעד מפ"ע מאין הרגלים שמציאה זו שמצא היה ברור לו שהוא תוך ג' שהרי אין בכח דבריו יותר על תוך ג' מן על אחר ג' וכמ"ש בק"ע בשם תשו' החולקים על מהריב"ל וגם כי אפי' אם היה המעיד ישראל לאו כ"ע דיני גמירי ורוב ההמון מי יודע לעת כזאת הפרש בין תוך ג' לאחר ג' שאמר שאם היה לו ספק היה חושש שמא אחר ג' הוא ונשתנו פניו ומכ"ש בעכו"ם מסל"ת שבלא"ה דעת הר"ש וה"ר נתן שהביא בתה"ד דבעכו"ם מסל"ת מהני ט"ע ואף דלא קי"ל הכי עכ"פ בכה"ג דעביד דטעי ומעיד ע"פ מה שרואה מת מוטל לפניו בצורה זו ועינו הטעתו שבאמת אחר ג' הוא ונשתנה צורתו והעכו"ם לא ביחן בזה: אבל אחר העיון נלענ"ד שז"א דבשלמא אם משמעות לשון פלוני מת או נהרג אינו סובל רק שהיא אצל המיתה או ההריגה או שעכ"פ פשיטות הלשון כן הוא ועל צד הדוחק יתפרש בע"א שפיר י"ל דהנך עובדי כיון שאמר שכב איש פלוני וכיוצא יצאנו מחשש אחר ג' ג"כ שהרי אנו מפרשים שהיה אצל מיתתו ממש אבל באמר ל' פלוני מת או נהרג נוכל לפרשו בפשיטות שלפי שמצא אותו מת או הרוג לכך אומר מת או נהרג וא"כ לא יצאנו מחשש ג"י אף שאמר פלוני מת שהרי י"ל שהיה כוונתו שלפי שראה אותו מוטל מת אומר פלוני מת והרי לא ביחן דבריו אם היה תוך ג' וא"כ הדק"ל להמחמירין בספק ג' איך התירו בפשיטות בהנך עובדא אלא ע"כ דאף המחמירין לא החמירו ואלא אם הספק להעד עצמו אבל אם אין הספק רק להשומע מפי העד והמעיד עצמו אפשר שהיה ברור לו שהוא תוך ג' תלינן מדהעיד סתם מת אמרינן או שהיה אצל המיתה או אף שאח"כ ראה אותן מת היה ברור לו שהוא תוך ג' וטעמא נלענ"ד דודאי אע"פ דההפרש בין תוך ג' לאחר ג' כמדת חכמים אין ידוע לכל

מ"מ דבר זה ידוע לכל שמת המשתתפה ביבשה פניו משתנים מיום ליום והוא נתפח מעט מעט עד שנתפח הרבה ואם היה זה הרואה אחר ג' רגילות הוא שאז הוא נתפח הרבה ועוז פניו ישונה וכיון שזה אמר בפשיטות מת פ' ולא עלה בלבו ספק ודאי תוך ג' היה שלא היה לו מקום לספק באחר בשביל תפיח' מועטת משא"כ אם היה אחר ג' שאז רגילות שיתפח הרבה היה לבו נוקפו לומר בפשיטות שהוא אותו פלוני והיה חושש דשמא שינוי צורה הוא ויתבד' ויאחז והלכך דברי מהר"ם בזה אתי שפי' אף להמחמירין דגם אינהו מודים דבכה"ג תלינן שהיה עם ההורגים או שראה תוך ג' וכך מורים דברי תה"ד וא"כ בנ"ד דדמי ממש לההיא עובדא דמהר"ם שהעכו"ם אמרו בפשיטות שהוא שוכב ביער הרוג אמרי' או שהיה אצל ההריגה או שראוהו תוך ג': וממ"ש איכא סייעתא לסברת מהרי"ט שכתב דהיכא שמעיד שמצאו הרוג בלי שום נפוח שרי אף בספק תוך ג' דלפי דבריו א"ש הא דבאומר סתם מת פלוני ל"ח שמא ראה אותו לאחר ג' משום דאם היה נפוח לא היה אומר בסתם והיה לבו נוקפו וע"כ שראה אותו מת בלי שום שינוי ונפוח וממילא שאין כאן חשש לספק ג' כלל: וראיתי שכ"ת כתב להשיב על מהרי"ט מדברי היש"ש בשם הריטב"א דמבואר דפלוגתייהו באין שינוי בפנים כו' הנה לשון הריטב"א שהביא היש"ש הוא מועתק מהנ"י בשם הריטב"א אך מ"ש דלשון הרשב"א בחידושו הוא ממש כהריטב"א ליתא דהרשב"א כתב כיון שמכירין אותו ואין ידוע אם נתפח או לא כו' ע"ש וס"ל למהרי"ט דהיינו דוקא במקום שיש לספק שמא נתפח אבל אם ידוע בבירור שלא נתפח מודה וע"פ זה גם לשון הריטב"א שהביא הנ"י שכתב ואין רואין שום שינוי בפניו מתפרש הכי שר"ל שאין נראה שום שינוי בפנים ממה שזה היה בחיים וניכר בט"ע שזה ראובן וכלשון הרשב"א שכתב דמסתמא כיון שבדקוהו והכירוהו בט"ע חזקה זהו הוא אלא שחששו חכמים שמא נתפח ונשתנה צורתו לפי שרוב משתנים אחר ג' ודוקא כשנודע שעברו ג' כו' ע"ש וא"א לומר שהריטב"א ר"ל שאנו רואין שאין שום שינוי פנים דהיינו שבודאי לא נתפח דהרי סיים ושמא נתפח חששא דרבנן ומבואר למעיין שדבריו לקוחים מהרשב"א אך אף אם נרצה לפרש דהך שינוי פנים מחמת נפיחה קאמר בע"כ לפרש דהיינו שאין נראה כאן שינוי שמורה לנו ודאי שנתפח ואף שמידי ספק לא יצאנו וי"ל דשמא נתפח ס"ל דשפיר דמי ובזה יש חולק ומחמיר אבל היכא שאין כאן ספק כלל וניכר הוא לו שאינו רק כמת שעבר עליו יום או יומים ידיעה זו מספקת לדונו שהוא תוך שלשה ודברי מהרי"ט מסתברים דבאמת אף לאחר ג' אין החשש רק משום שרגילות הוא שיתפח ומה"ט פליג ריב"ב ואמר לא כל זמן כו' וגם באשתהי במים משמע דעת הרמב"ם דדוקא אם ידוע שתפח ואף שחלקו עליו היינו דס"ל דאף באין ידוע חוששין שמא נתפח וכ"ז בידוע לאחר ג' דכיון דרגילות שיתפח קרוב לומר דאין סומכין בזה על העד שאומר שברור לו שלא נתפח דרובא דמתים נתפחים לאחר ג' משא"כ בספק ג' מה"ת לא נאמין להעד שאומר שברי לו שלא נתפח ולא נשתנה וזה האות שהוא באמת תוך ג' ולכן גם באומר סתם מת פלוני ואין מברר דבריו תלינן שאולי ידע שהוא תוך ג' או שראוהו בבירור בלא נפוח ולכן אמר בסתם ודוקא היכא שהעד בפנינו ומסופק אם הוא תוך ג' וגם א"י בודאי שלא נתפח שפיר יש מקום לספק שמא הוא אחר ג' ובאמת היה נתפח כיון שהעד לא סר לראות אחר זה ובכה"ג דעת קצת פוסקים להחמיר ובתשוב' סי' עשיתי סמוכות לדברי מהרי"ט

מדברי הרי"ף בתשובה ושם כתבתי שבזה מיושב לשון המשנה שבירושלמי ומהרי"ט הביא לשון המר"ד אין מעידין אחר ג' ימים משמע דוקא ברי לאחר ג' ולפי מ"ש י"ל דמתניתין רוצה להשמיענו דאחר ג' בכל גווני אין מעידין אף אם העד אומר שלא נתפח ולא סמכין עליה נגד רובא שנתפחים אחר ג' ועיין בס' ערך לחם למהריק"ש כתב הכירו העד ולא נתפח בידוע שלא שהה אחר שהושלך רדב"ז סי' תתקצ"ט וצ"ע עכ"ל ועיין בשו"ת רדב"ז השניות סימן רצ"ד.

והנה שם בתשובה כתבתי עוד בדברי הגאון בנ"ב שכתב אפילו להמקילין בתוך ג' י"ל משום חזקת חי וזה ל"ש בספק אימת ראה וכתבתי די"ל איפכא דדוקא ספק תוך ג' מחמירין דחזקת חי עשוי להשתנות ואזלינן בתר שעת מציאה כמ"ש הט"ז אבל בספק אימת ראה ל"ש שעת מציאה דהא עכ"פ היה פ"א תוך ג' להריגתו ונוכל לתלות שאז ראוהו ובארתי על נכון גם מ"ש בנ"ב דמהר"ם מיירי בידוע יום ההריגה כתבתי דאין מוכרח רק דמיירי שהיה יותר מג"י שנאבד וגם אפשר דמתוך דבריו של עכו"ם היה נראה כן אבל מ"מ יום ההריגה לא היה ידוע והארכתיו וכעת נתיישבתי קצת בדבר ואמינא לחדש דבר מעתה דנלענ"ד דבנדון זה דספק ג"י בלא"ה ל"ש חזקת חי כלל שאפשר לומר דע"כ לא אזלינן בתר חזקה אלא לענין שתועיל על הדבר שאנו דנין באותה שעה וכגון חזקת הנגע אע"ג דהשתא חסר לפניך אמרינן השתא חסר וקודם זה היה בחזקתו כיון שאנו דנין על שעת ההסגר ואמרינן דאז היה בחזקתו וכן בחזקה דגופא דאמרינן השתא נבעלה והיא שעתא שאנו דנין עליה ומספקינן בה היתה בחזקת בתולה וכן כל כיוצא בזה אבל בגוונא דנידון שלנו שאין אנו דנין על השעה שאנו אומרינן עליו החזקה רק אנו דנין על השעה שכבר יצא מחזקה אלא דחזקה שהיה כבר מהני בה לדון ע"פ זה להתיר או לאיסור לא אזלינן בתרה וכעין שכתבו התוס' דחזקה שלא נתבררה בשעתה לא אזלינן בתרה ואע"ג דהשתא איגלאי מלתא למפרע דאותה שעה כשרה היתה ואיכא חזקה מ"מ על ההיא שעתה דדיינין עלה דהיינו העת שנעשו הגבינות לא היה החזקה מבוררת ולא אזלינן בתרה וה"ה איפכא אף דהחזקה בשעתה חזקה מעליה הוה מ"מ כיון שאין אנו דנין על אותה שעה רק על זמן שאחר יציאת החזקה אין החזקה הקודמת מועלת לברר הזמן של עכשיו והך נראה דגריעה מחזקה שאינה מבוררת כיון שזמן שאנו דנין עליו כבר יצאה מחזקתה ודוגמא לדבר מצאנו ג"כ בכתו' בסוגיא דהיה בה מומין דקאמר ר"א רישא מנה לאבא בידך כו' ולפירש"י חזקה דהבת ל"מ לאב וכן מצינו בכמה דוכתי כמ"ש בס"א וה"נ הזמן הקדום אין חזקתו מועלת אל הזמן שאחריו: ולפ"ז נראה בהך דינא דמהר"ם מיניץ שהביא הט"ז סי' שצ"ז דפסק בספק שמועה קרובה חייב להתאבל משום חזקת חי והשתא חי והשתא הוא דמת והט"ז השיג עליו ועיין בשו"ת ח"צ ואא"ז בבכ"ש במ"ק ודשו בה כל האחרונים ולפי מ"ש ל"ש לאוקמי אחזקת חי בהא מלתא כיון דהספק שאנו דנין עליו אינו על אותו זמן שהיה חי כ"א על הזמן שאחר מיתה אם הוא קודם או אח"כ ככה"ג לא מהני לן החזקה דמחיים להוכיח מזה לענין אחר מיתה אך הוא דבר מחודש אצלי ועדיין לא הבאתיו בכור המבחן וצ"ע עוד ותבנא לדינא באומר סתם מת פלוני או נהרג פלוני אמרינן שהיה שם בשעת מעשה או שראה מרחוק בהריגת איש ואחר הליכת הרוצחים הלך לשם וראה אותו מת או שראה אותו אתמול חי ולמחרתו מצאו מת והכירו בסימנים שזהו שראה אתמול חי והוא פלוני או י"ל

שאתמול היה במקום הזה ביער ולא היה שם כלום ולמחרתו מצא שם הרוג דודאי מסתבר שאתמול אחר הליכתו או היום נהרג משנאמר שהיה מוטל במקום אחר ג"י ואח"כ גררו אדם למקום הזה מכמה טעמים א"צ להאריך בהם וגם י"ל שמצא שעדיין בשרו חם או לפי מ"ש בשם מהרי"ט ז"ל שראה שלא היה נפוח כלל וכתבתי כל הני גווני לאפוקי ממ"ש כ"ת בשם שו"ת מהר"י הלוי דלא משכחת לה כ"א כשעמדו עליו משעת הריגה עד שעת מציאה וז"א ובענין ההיא דטבע בדגלת שהקשו מנין אתה יודע מספר ימיו של זה הארכתי בתשובה וא"כ אפילו תימא עד מפ"ע כשאמר מצאתי הרוג והכרתי שהוא פלוני יש לחוש לספק ג"י שאין כח בלשון עדותו יותר מלגבי העד הראשון מ"מ בגוונא דמהר"מ או בגוונא דנ"ד שלא הזכירו מציאה בלשונם רק שאמרו בא ואראך אך פה מושכב איכא למתלי בכל הני גווני אך לענ"ד אפילו באומר עד מפ"ע מצאתי הרוג ולא ביחן דבריו שהוא מסופק קצת מחמת שינוי הצורה תלינן ג"כ בקצת מהני גווני דאם איתא לא הול"ל הכי בפשיטות אלא הול"ל וכמדומה לי שהוא פלוני או הול"ל בלשון רבותא אף שנשתנה קצת אעפ"כ הכרתיו אלא ודאי שהיה ברור לו שלא נשתנה כלל או שהיה תוך ג' וכבר כתבתי שזה מוכרח דגם במת או נהרג פלוני יש במשמעות לשון זה שמצאו מת או הרוג ול"ח דלמא כך כוונתו וא"כ הרי לא פירש שהיה תוך ג' א"ו דל"ח אף בכה"ג: וראיתי בספר עזרת נשים למהר"מ בן חביב שבא מקרוב לידי שכתב על מ"ש בש"ע סעיף ה' אבל אמר העד מת פלוני ואני ראיתיו שמת אותו כו' דמשמע דאם לא אמר אני ראיתיו שמת תלינן לומר דמה שאמר מת פלוני הוא דשמע מפי אחר דמת פלוני והו"ל כאומר שמעתי שמת פלוני דאין שואלין אותו ולפיכך לא הוזקק לשאלה רק כשאמר אני ראיתיו שמת ע"ש שכ"כ להלכה ולא למעשה ועכ"פ הדבר פשוט שיש בכלל לשון פלוני מת שמצאו מוטל מת אף שהוא לא היה בשעת מיתה ומוכח כמ"ש והטעם דלעולם תלינן שאין להזכיר על חבירו שם מיתה או הריגה אם לא שהדבר ברור לו וזה ג"כ בכלל קולת עגונה שהקיל עד מפ"ע מפי עבד כו' מתוך חומר כו' וכמ"ש התוס' גבי ע"א במלחמה דלעולם לא יאמר העד בדדמי כמו האשה כו' ואף מאן דס"ל דגם ע"א אומר בדדמי מ"מ בזה שאם תאמר אחר הוא ע"כ היה שום שינוי צורה קצת ולא היה אומר כן בפשיטות ולכן תלינן שידע בבירור ולכך עדיף טפי מאם הראשון לפנינו ומסופק ודוגמא לדבר שטוענין ליורש דלמא אי הוה אבוהון קיים היה טוען פרעתי אע"ג דאיהו גופיה א"י אם פרע חייב ואף שבבעה"ת סי' ל"ח והביאו הטור סי' ע"ה נראה דטעמא משום שהיורש לא הו"ל למידע מ"מ מבואר בסוף דברי בעה"ת שם שבא להמתיק טעם הדבר משום דלפרעון קאי ועביד אינש לפרע לאחר זמנו וכודאי דמי דפריעא הוא ע"ש והיינו משום דלטעמא דא"י אם פרעתיך חייב משום שהחוב ודאי והפרעון ספק א"כ לא מסתבר לחלק בינו ליורש (ומ"ש בש"ך סי' ע"ב דהיורשין לאו בע"ד דידיהו אלא דאבוהון כו' צ"ע כמ"ש במ"א) ולכך הסביר הענין דמה שיכולין לומר שאביהם פרע חשיב כטענת ודאי שקצת רגלים לדבר שפרע כיון שלפרעון עומד ואף שאינו ענין לזה מ"מ למדנו משם דזימנין הטענה שטוענין עבורו אע"פ שהוא שמא אמרינן דלמא כך הענין בברי ועדיף משמא של טענת עצמו ע"י עילה כל דהוא וכה"ג בנ"ד י"ל דאף אם נימא שאם העד בספק יש להחמיר אם יש לתלות שהעדות ברור למעיד רק לנו הספק אמרינן כיון דקצת רגלים לדבר שמעיד בסתם שמצא פלוני מת או

נהרג ואם איתא שהיה חבול או נפוח או תפוח היה מזכיר זה וגם שהיה חושש שמא הנפיחה היה גורמת שנדמה לו שפלוגי הוא א"ו שלא נתחדש בו רק ענין המיתה או הריגה ולא היה נפוח ותפוח כלל והכיר אותו היטב ולכן אומר בסתם ומכ"ש בנ"ד שאינו אומר שאמרו שמצאו הרוג רק שרוצים להראות איך הוא שוכב הרוג דזה הוי כאמר פלוגי נהרג דל"ח דלמא מצא הרוג לאחר ג"י ועיין בכתבי מהרא"י סי' קס"א שכתב וא"כ כיון שאמר אותו עירון בפה מלא שהוא הרוג לא דייקנן בתריה איך ידע שהוא הרוג אלא אמרינן ששמע בבירור מהורגיו או מאותם שהיו עם הורגיו שנהרג והכי כתב מהר"מ בתשובה כו': וכ"ז הוא לרווחא דמלתא לצדד להקל אף להפוסקים המחמירים בספק ג' אבל לדינא הלכה רווחת בישראל דספק שלשה להקל כמבואר בכמה תשובות האחרונים ובתשובה תמהתי על הגאון נ"ב סי' ל"ב שכתב וכבר ידוע שהח"מ סי' מ"ז כתב שפלוגתא זו דומה לב' כיתי עדים כו' וכ"כ בתשובה שם סי' ובמחכ"ת אגב שיטפיה רהיט ליה וסבר דהח"מ קאי אפלוגתא דספק ג' וליתא דהח"מ קאי התם אפלוגתא דר"ת והפוסקים לענין גופו שלם ואדרבה הח"מ מקיל בפלוגתא זו דספק תוך ג' כמבואר בס"ק ק"ח: ועכ"פ בנ"ד יש להתיר בפשיטות ומכ"ש לפמ"ש הפוסקים דבכל מסל"ת או עד מפי עד תלינן שלא היה נחבל בפנים וכבר כתב הב"ש דבכה"ג שלא היה נחבל טפי יש להתיר ספק ג' כיון דר"ת מקיל בזה אף לאחר ג' ואפי' אם נאמר דמה שאומר מת סתם או נהרג אין תולין שהיה תוך ג' היינו משום די"ל דלא מוקי אינשי אדעתיהו שמא אחר ג' הוא ונשתנה אבל אם נחבל בפנים הרי עיניו הרואות שאין בו מתום פצע וחבורה ומדאומר בפשיטות שפלוגי הוא שנהרג דיינינן ליה דמסתמא כל חבל ושחיתה לא אשתכחת ביה וממילא יש בזה דעת ר"ת להקל וחזי לאצטרופי להקל לספק תוך ג' ומכ"ש שכבר ביארתי שי"ל שאף המחמירים מודים בזה: ומצאתי בשו"ת הרשב"א סי' תקצ"ז וז"ל ראובן הלך למרחקים והניח אשה ובא ע"א ואמר ראיתי ראובן בעלה של זו הרוג בדרך בארץ ישמעאלים וכבואי אליו הכרתי שהוא פלוגי כו' תשובה הדין עם האומר דמותרת דכל שבא ע"א ואפי' עד מפ"ע נאמן כו' ודברי האוסר לא ידעתי על מה סמך עד שאשמע טענותיו עכ"ל והנה תשובה זו מורה להדיא דפשיטא ליה להרשב"א דספק ג' מותר שהרי מבואר למעיינן שזה העד לא ידע אימת נהרג רק שמצאו הרוג והכירו שהוא פלוגי ואפ"ה כתב בפשיטות שהיא מותרת ולא ידע על מה סמך האוסר ופשיטא שאין לדחוק ולומר דמה שאמר העד מתחלה ראיתי ראובן הרוג היינו שראה הריגתו אלא שאז לא ראה הטיב ולכן אמר אח"כ ובבואי אליו הכרתי דפשיטא שא"א לפרש כך אף המתקש רק שהוא גמגום לשון השואל ופשוט דמ"ש תחילה ראיתי ראובן כו' היינו ע"ש סופו לפי שבא אליו והכירו ואם כן מנין היה ידע שהוא תוך שלשה וא"כ מבואר דאף דבחידושי כתב שצריך תלמוד מ"מ בתשובה הכרע הלכה למעשה להקל בספק תוך ג' ואם נפשך לומר דבחידושו מיירי שהעד פירש דבריו שא"י אם (הוא תוך ג' ובתשובה מיירי שהעיד עדותו והלך לו ולכן אנו תולין לומר שהעד היה יודע שהוא תוך ג' וכמש"ל א"כ נקיט מיהא בידך דבכה"ג משרא שרי אך באמת מבואר למעיינן דגם הרשב"א בתשובה מיירי שאין העד יודע אימת נהרג ואפ"ה מתיר משום דס"ל להקל בתוך ג': ומה שיש לעיין בזה הוא כיון שהמסל"ת לא אמר קברתיו ודעת הרמב"ם דעכו"ם מסל"ת צריך שיאמר קברתיו ומצאנו בקצת פוסקים שחששו בזה לדעת

הרמב"ם אלא שכתבו ליישב שיטתו דלא תיקשי עליו מהש"ס דמשמע דא"צ קברתיו ויש בזה כמה שיטות כמ"ש הב"ש והנה לשיטת ה"ה והר"ן דמזכיר שמו או מכירו א"צ א"צ קברתיו א"כ בנ"ד דאיכא כל הני למעליותא גם הרמב"ם מודה וגם לשיטת הרא"ם שהביא שם ג"כ א"ש אך לשיטת הר"י סאגיש צ"ע כמ"ש לקמן ולשיטת הריטב"א והנ"י שכתב מדקמעייל נפשיה לאכרוזי פלוני מת כו' לכאורה י"ל דבגוונא דנ"ד בעינן קברתיו ואפשר דכיון שסיפר שאמרו לו מכיר אתה לפלוני ואמר הן ואז הם מעצמם אמרו לו בא ונראך שהוא מושכב הרוג הרי זה כמעיל נפשיה לאכרוזי ולשיטת מהר"י סאגיש שהביא הב"י אבאר לקמן ונלענ"ד לצדד עוד בזה דבנ"ד כ"ע מודים דא"צ לומר קברתיו דהנה מבואר בדברי ה"ה דבמזכיר שמו א"צ קברתיו והביא ראיה ממ"ש הרמב"ם דמסל"ת שפלוני נפל בים אם נשאת ל"ת והמ"ל תמה דמאי ראיה מטביעה במים שאל"ס דמחמת הטביעה אתינן עלה ומה שייכות קברתיו בזה וכתב ליישב בדוחק ולענ"ד י"ל לפי מ"ש בבני יעקב בתשובה שבסופו סי' בשם שו"ת מהר"א ששון דהרשב"א סובר בטעם הרמב"ם דחיישינן דמשקר בכוונה ואי לא אמר קברתיו מצי לאשתמוטי דבדדמי קאמר וה"ה ס"ל דטעמא משום בדדמי ע"ש ולענ"ד י"ל דגם ה"ה ס"ל בטעם הרמב"ם דחיישינן דלמא יש לו איזה כוונה בעדות זה ומשקר ולכך בעי קברתיו כיון דלא מצי לאשתמוטי לא חשדינן ליה במשקר והלכך במזכיר את שמו נמי רגילות הוא כיון שהוא מכירו היטב אין דרך שיראה אותו ולא יקברנו או עכ"פ לטלטלו ולהזיזו וא"כ בכה"ג לא בעי קברתיו דכל שמזכירו בשמו נמי לא מצי לאשתמוטי לומר שסבור היה שמת ועדיין לא מת שהרי מסתמא קברו או טלטלו: והנה מ"ש הכ"מ שם בהל' ק' וכן האשה כו' וכן העכו"ם כו' דהיינו שמעיד ששהה כדי שת"נ אינו מוכרח לענ"ד ואדרבא ממ"ש שם סתם וכן עכו"ם מסל"ת שטבע פלוני בים אם נשאת ל"ת והוא נלמד מעובדא דחסא משמע שסובר שדי בלשון זה דמסתמא אינו אומר עדות טביעה במשאל"ס אלא א"כ שוהה כשיעור וזה נראה בלשון הרב המגיד שם הלכה י"ט שכתב ומתבאר מדבריו ג"כ דמשאל"ס שא"א לעמוד על בוריו של דבר לעולם אין מעיד העד עד שיששהה כדי שת"נ ול"ח דאמר בדדמי וזהו שכתב רבינו או שטבע בים הגדול עכ"ל והכ"מ שם כתב שצריך לגרוס בדברי ה"ה דטבע בים הגדול ומת דמשמע שהוא יודע שמת והיינו ע"י ששהה כדי שת"נ כו' ולענ"ד צ"ע דאדרבא לשון ה"ה מורה להדיא דכל שמעיד סתם אמרינן דמסתמא שהה וא"צ לומר בפירוש ששהה ומ"ש ומת ר"ל דמחמת הטביעה מת שכך הוא עדותו של עד בזה שמשער בנפלו שדברים אילו רובן למיתה וכמדומה שכתבתי מזה בתשובה אחת ג"כ: ולפ"ז א"ש מה שהביא ראיה ה"ה מהא דמסל"ת שטבע בים דאם איתא דבמסל"ת ביבשה בעי קברתיו והיינו משום דאל"כ מצי לאשתמוטי ולמימר דאמר בדדמי אם כן גם במעיד שטבע אין להתיר מחמת עדות טביעה במשאל"ס דהא איכא למיחש למשקר ומצי לאשתמוטי דאמר בדדמי שהרי לא העיד בפירוש ששהה כדי שת"נ רק דאמרי' דמסתמא אינו אומר אא"כ שהה ועכ"פ שפיר מצי לאשתמוטי שלא שהה ובשלמא מחמת משאל"ס לא מצי לאשתמוטי כשיבא זה ויעמוד חי לומר שניצול על ידי דף או גלים משום דכחשו בפניו יענה הבעל שיאמר שלא נטבע כלל או שטבע ועלה מיד אך שיש לחוש שמא האמת שנטבע אלא שלא שהה כשת"נ ואומר בסתם לאיזה כונה ואח"כ מצי לאשתמוטי ולמימר דבאמת לא שהה לכן מחלק ה"ה דבמזכיר

שמו א"צ קברתיו דגם בכה"ג רגילות הוא שיקברנו או יזיזנה וה"ה בטובע במים רגילות הוא במכירו היטב שישהה כדי שת"נ ואם כן לא מצי לאשתמוטי לומר שלא שהה ולומר שניצל על ידי גלים וכיוצא גם כן לא מצי לאשתמוטי שהרי שמא יאמר זה שניצול על אחר והלכך בכה"ג שמזכיר שמו מהני לענין טביעה במשאל"ס וה"ה לענין הרוג ומת דיבשה שהוא חושש לומר בדדמי שמא יעמוד חי ויתבד' ויאחז שמה שיתנצל שאמר בדדמי אין זה התנצלות באיש המכירו שעל פי דבריו אנו דנין שודאי קברו או טלטלו על כל פנים.

ונשוב לנ"ד לפי מ"ש שי"ל דטעמא דקברתיו כי היכא דלא מצי משתמיט א"כ י"ל דאפי' מאן דסבר דבכל גווני בעי קברתיו אף במזכיר שמו היינו דוקא במסל"ת כה"ג שהעכו"ם מספר לישראל לפ"ת אז חיישינן שמא יש לו איזה כוונה שמשקר מחמת זה וחושב בדעתו כשיתבד' יתנצל שאמר בדדמי ולכך צריך קברתיו משא"כ בגוונא דנ"ד שהעכו"ם לא דיבר עם הישראל כלל רק עכו"ם סיפרו לעכו"ם לפ"ת והישראל לבדד ישכון והאזין דבריהם מה שהם משיחין זה עם זה בכה"ג נראה דאין לחוש כלל שמא יש לו איזה כוונה ומשקר אלא מסל"ת גמור כזה אף קברתיו א"צ ואפילו תימא דאף במזכיר שמו צריך קברתיו להרמב"ם ומכ"ש שהרבה פוסקים סוברים דבכה"ג שהכירו או מזכירו בשמו אף הרמב"ם מודה: והנה הב"י הביא בשם הר"י סאגיש שכתב בדעת הרמב"ם דדוקא היכא שהעכו"ם אומר שהיה אצל מיתתו או אצל הריגתו חיישי' שיאמר בדדמי וצריך קברתיו וכך נראה מדברי תה"ד סימן רכ"ג וכמ"ש מהר"ם בן חביב בס' עזרת נשים ע"ש והאריכו [בזה כמה אחרונים בתשובה והנה בנ"ד שלא אמרו העכו"ם שהיו אצל ההריגה רק שרצו להראותו מושכ' הרוג א"כ לא בעינן קברתיו: אך צ"ע לפי מ"ש לעיל בהיתר הספק דתוך ג"י לפי שאנו תולין שהיו בשעת הריגה וכמ"ש בשו"ת מהר"ם ואם כן האי קולא דאתי לידי חומרא הוא דפליטין מספיקא דתוך ג' ונפלנו ברברבתא שבאנו לידי ספק בדדמי כיון שלא אמר קברתיו ואין ראה מתשובת מהר"ם די"ל דלא ס"ל כהרמב"ם בזה להצריך קברתיו או דס"ל כשאר השיטות אליבא דהרמב"ם כמ"ש ל דלדידהו א"ש דלא בעינן קברתיו בנדון דמהר"ם ונ"ד אבל לשיטת מהר"י סאגיש לכאורה היה מקום להחמיר בזה מטעם ממ"נ דאם ראה ההריגה וידע שהוא תוך ג' יש לחוש לשיטת הרמב"ם דמצריך קברתיו בכה"ג: ואמנם לכאורה אף בלא שיטת הרמב"ם היה מקום להחמיר בזה אם נימא דראה ההריגה שהרי בעהמ"א והרא"ש מחמירין בראה הטביעה והרבה מפורשים ס"ל דבהכ"ג אף אסקינהו וחזינהו לאלתר ל"מ דאמרינן דאמר בדדמי ואם כן גם בראה ההריגה יש להחמיר דמה לי ראה ההריגה או ראה הטביעה איברא דאחר העיון ז"א דבשלמא בראה הטביעה שפיר ס"ל לבעהמ"א והרא"ש להחמיר דחיישינן לבדדמי דצורה דמאחר שידע שזה נטבע אומר בלבו שזה שהועלה זהו שנטבע ובאמת אחר הוא ואף דלא אישתהי מ"מ מים משנים קצת צורת הפנים וכמ"ש במ"א משא"כ כאן דאיירינן לענין חשש בדדמי שמא אמר בדדמי שמת ובאמת לא מת אף על גב דבמלחמה כה"ג חיישינן דלמא חזו דמחו ליה בגיר' כו' כיון שהוא ירא על נפשו לעמוד שם ולראות שמת ממש משא"כ בכה"ג אף שראה ההריגה כיון שאין פחד לנגד עיניו כשאומר שהיה הרוג אמרינן דראה שפיר שנהרג ממש: אמנם לפי מ"ש בתשובה אחת זה כביר לתמוה על הריב"ש סי' שע"ח

דמשמע מדבריו דקברתיו מועיל אף בראה הטביעה לדעת בעהמ"א ולכאורה מה שייכות קברתיו לבדדמי דצורה והוכחתי דס"ל דאין חשש לבדדמי דצורה כיון דחזיא לאלתר רק לבדדמי דמיתה ולזה מועיל קברתיו ולכן כתב דהרז"ה ס"ל דאסקוה קמאי אינו כמו קברתיו ולכך הוצרך לאוקמי עובדא דדגלת בלא ראה הטביעה וגם העירותי שם במ"ש הרמב"ן בעובדא דב' ת"ח דהו"ל לאוקמי דאמרי קברנום והארכתי בזה א"כ נראה דאם באנו לחשש בדדמי דמיתה בעינן קברתיו אף דאסקו' ואין כאן פחד לעמוד על הבריור שמת דמחמת הטביעה אומר בדדמי ואם כן ה"ה בראה ההריגה די"ל דל"מ מה שאינו שעת המלחמה ואין פחד דמ"מ אינו מעיין הטיב ואומר בדדמי ובתשוב' מהריב"ל סי' ב' כתב דאפשר דבמלחמה קטנה א"צ קברתיו דדוקא האשה שאמרה נפלו עלינו לסטים הוצרך הש"ס לטעמא דאשה כלי זיינה עליה משמע דבעד לא חיישי' דאשה אומרת טפי בדדמי משא"כ העד דוקא במלחמה גדולה דשייך למימר כל הני דאיקטול כו' ע"ש וא"כ מבואר שבא לומר דאף במקום פחד ל"ח בכה"ג לבדדמי דמיתה ומכש"כ במקום שאין פחד ומדברי הריב"ש שכתבתי הוא להיפך דאפילו במקום שאין פחד יש לחוש כיון שראה ההריגה ולפ"ז צריך ליישב הא דאמרי' אשה כלי זיינה עליה מבואר מזה דבמקום שאין פחד ל"ח דאמרה בדדמי ונטרה עד דחזי דמת: ומצאתי בשו"ת תולדות אדם להרשב"א סי' ל"ב באמצע התשובה שכתב וז"ל ומה שטען אפטרופס של היתום דהו"ל ע"א במלחמה ואין עדותו עדות עד שיאמר וקברתיו וטוען האשה השיב דשאני הכא דלגבי עד זה שעת שלום היה כיון שהיה נוהג בפניהם כנכרי ונראה שהיה מדמה זה להא דאשה כלי זיינה עליה ואין הנדון דומה לראיה דהתם באשתו שאינה נפרדת ממנו כל שאינה יראה מן הלסטים אבל אינש דעלמא לא דומה לו להמתין אם ימות או יחיה ומיהו לדידי נ"ל דלעולם אין העד אומר בדדמי ואף בלא קברתיו אין עדותו ויש להשיב על דברי רב אלפסי כו' ע"ש מבואר דלשיטת הרי"ף שפיר י"ל בדדמי בע"א אף במקום שאין פחד ומ"ש מהריב"ל דבמלחמה קטנה ל"ש דאמר כל הני דאיקטול כו' הנה בש"ס קאמר ע"ז את"ל דנטרה עד דחזי' זימנין דמחו לי' בגירא כו' וזה שייך אף במלחמה קטנה ועי' ח"מ ס"ק שהביא דברי מהריב"ל דאפשר דבמלחמה קטנה לא בעינן קברתיו וכתב כיון שכתב דרך אפשר אם כן לא החליט הדבר ע"ש ולכאורה דשפיר קאמר מהריב"ל דבמלחמה קטנה לא אמרינן בדדמי כיון דליכא למימר כל הני דאיקטול כו' ואע"ג דבש"ס קאמר נמי את"ל כיון דרחמא ליה נטרה עד דחזי' זימנין דמחו ליה בגירא היינו נמי דוקא באשה דאמרה עפי בדדמי וכמ"ש מהריב"ל דבאשה אף במלחמה קטנה חיישי' ולכן הוצרך לטעמא דאשה כלי זיינה עליה והיינו דבמקום שאין לה פחד היא ממתנת עד שרואה בעיניה אם מת ממש או לא מת משא"כ במקום פחד אז ממלטת על נפשה ואומרת בדדמי מחמת דחזי' דמחו לי' כו' וכ"ז באשה עצמה ומלחמה בעולם משא"כ בעד דעלמא נהי דלשיטת הרי"ף בלא קברתיו חיישי' גם בעד דאמר בדדמי היינו בדדמי כי הא דכל הני דאיקטול כו' אבל היכא דל"ש הא רק דנימא דחזו דמחו לי' בגירא כו' כולי האי ל"ח בעד דהא שאר הפוסקים ס"ל דלא אמרי' בדדמי גבי עד ואם כן אף הרי"ף שסובר דאמרי' לית לן למימר אליבי' כ"א בדדמי דשכיח טפי כדמשמע בש"ס דמעיקרא קאמר טעמא משום דסברא כל הני דאיקטול והדר קאמר ואת"ל כו' זימנין דחזי' כו' משמע דהך טעמא דכל הני דאיקטול פשיטא ליה טפי מהך דמחו לי' כו' וכמ"ש הרשב"א בתשובה

לדעת הרי"ף דבכל מקום סכנה שדרכן של ב"א מתים שם כמלחמה ומים בין שיש להם סוף או אל"ס משעה שהוא יודע שטבע או שירד למלחמה ולא שב מחשב הוא בדעתו שמת כדרך שמתו האחרים וסומך על הדמיון ומעיד והלכך צריך שיאמר בפ"י קברתיו כו' ע"ש והוא הטעם שאמרו כל הני דאקטול כו' ובמלחמה קטנה ל"ש זה: וגם כי במ"ש לעיל מתשובת תולדות אדם להרשב"א דבע"א אף על פי שאין פחד חיישי' לבדדמי מצאתי בכתבי אבי מ"ו הרב ה"ג זלה"ה תשובה אחת שכתב בימי חורפו לצדד בהיתר עגונה אחת שנהרג בעלה בשעת גזירת אוקריינא שנת תתק"ח לפ"ק בק"ק אומאן והאקאזאקען הרגו גם שרים מאנשי פולין אם לא מי שחזר לדתם ופריצ' אחת היתה מסל"ת שהיא המירה דתה אז והצילה נפשה וגם אמרה לאחי בעל האשה לאחיכם קדוש יאמר לו כו' ועל ענין זה כתב הגאון מ"ו ז"ל בתוך התשובה וז"ל דכאן ל"ה דין מלחמה וכן הוא בב"י בשם הרא"ש אחר שהמירו את דתם שוב אין יריאים מהמלחמה ולפ"ז הפריצה שחזרה לדתם לא היתה יריאה מהמלחמה וכן בח"צ סי' דלכ"ע לא בעינן קברתיו כיון דלא ידעינן אם היה העד בסכנה תולין להקל ולא מיבעי' למהריב"ל ומהר"ם אלשי"ך דבכל מילי לא דייקינן בסהדותא דעד מפי עד אפי' בדבר הנוגע לגוף העדות ובספק כ"ע מודים וכן בתשובת גאוני בתראי דף ל"א ובכאן ודאי לא היתה יריאה מהמלחמה מחמת שחזרה לדתם ודאי ל"ה ע"א במלחמה ול"ש בדדמי כו' עכ"ד א"א מ"ו זלה"ה שכתב בקצרה כדרכו ואני כבן הקם תחת אביו אבא אחריו ומלאתי את דבריו דלכאורה לפי מ"ש דעיקר טעמיה דאמרי' בדדמי הוא משום דסברא כל הני דאיקטול כו' והאי טעמא פשיטא ליה טפי וגם הרמב"ם לא נקט רק הך טעמא וכן הראב"ן (ובתשו' אחרת כתבתי קצת טעם לדברי הרמב"ם בזה) ואם כן מה יושיענו זה שהמעיד אינו עומד במקום פחד דכיון דחיישי' לדברי הרי"ף שהעד אומר בדדמי אם כן ניחוש ליה דמימר אמר כל הני דאיקטול כו' דזה שייך אף שהעד אינו עומד במקום פחד וכמש"ל לשון תשובת הרשב"א בזה דמשעה שירד למלחמה ולא שב מחשב הוא בדעתו שמת כדרך שמתו האחרים ומ"ש המרדכי והביאו הב"י ורמ"א דאם הלך סמוך למערכת המלחמה ליכא בדדמי שאין מקפידים על ההולכים בלא כלי זיין כו' היינו שהבעל עצמו לא היה במקום סכנה אף שהאשה או העד אין להם סכנה מ"מ שייך לומר כמה דאיקטול כו': אך מה שהביא הגאון מ"ו ז"ל מדברי הרא"ש בתשוב' לכאורה הוא ראייה ברורה שחולק על הרשב"א והנה תשובה זו לא נמצאת בתשו' שלנו רק בכלל ד"ב כתב וכן עשינו מעשה באשכנז בשעת הגזירות התרנו נשים ע"פ עדות בעלי תשובה וכתבתי ע"ז תשובה גדולה וכתב הב"י ע"ז ואותה תשובה גדולה הנ"ל באה לידי וכתב בה עוד אחר שהמירו לא היה להם עוד עת מלחמה וראה וידע ולא אמר בדדמי וראיה מפרק האשה שלום דאמר רב אידי אשה כלי זיינה עליה אלמא דבמלחמה קטנה דאינה יריאה ואינה בורחת לא אמר' בדדמי עכ"ל ולכאורה ההיא דהרא"ש פליגא על דברי הרשב"א דלעיל דהרשב"א דחה הראיה דאשה כלי זיינה משום דדוקא גבי אשה כיון שאין לה פחד היא מדקדקת היטב לידע משא"כ בעד דלא איכפת ליה בהכי וגם לכאורה קשה על הרא"ש דאין ראייה מהא דאשה כלי זיינה דהתם במלחמה קטנה ולא שייכא סברא דכל הני דאיקטול רק משום דזמנין דמחו לי' בגירא כו' בזה מהני הך דאשה כלי זיינה דכשאין לה פחד מדקדקת היטב עד שיתוודע לה שמת בבירור ולא אמרה בדדמי רק במלחמה

לפי שיריאה לעמוד לפי שזורקין חצים ואבני בליסטראות ואין מתכוונים על מי שיפול וכמ"ש התוס' שם משא"כ בנדון דהרא"ש נהי דפלטין מחשש' דמחו ליה כו' מ"מ עדיין י"ל כל הני דאיקטול כו' דדוקא באשה אמרי' כיון דרחמ' ליה נטרה עד דחזי' משא"כ בעד דעלמא אך י"ל דהך סבר' כל הני דאיקטול ל"ש אלא במלחמה שהמלכיות מתגרות זו בזו משא"כ בנדון דהרא"ש שלא היה מלחמה רק עם ה' נפלו בחרב מחמת שרצו להעבירם על דת וקידשו ה' ומי שהמיר היה ניצול ואם כן למה יאמר העד כל הני דאיקטול כו' שהרי הוא עצמו ניצול על ידי המרה ושמא גם בעל האשה לא מסר נפשו והחליף דתו ואף על גב דגבי עישנו עלינו הבית כו' אמרינן בדדמי ובאמת הוא ניצול כי היכא דלדידה אתרחיש ניסא כו' ולא אמרינן דמה"ט גופה לא אמרה בדדמי דמימר אמרה בדדמי דמימר אמרה דלמ' כי היכא דלדיד' כו' אלא ודאי קושט' קאמרא אך ז"א דהתם לא סמכה דעתה לומר שמא אירע לו נס אף על גב דלדיד' איתרחיש כיון שאינו טבעי רק דרך מקרה ונס סומכת טפי באומד הדעת שמת ולא תשים אותו על נס וחיה משא"כ בנדון דהרא"ש מה אומד הדעת יש בזה שלא עשה כמותו ולמה יאמר בדדמי שזה בחר לו מות מחיים בעת הגזר' ר"ל רבים חללים עשו ולמה לא יחוש שזה היה כאחד מהם ולכן ליכא בדדמי מחמת כל הני דאיקטול רק דנימא בדדמי דשמא חזי' לי' דמחו בגירא כו' על זה שפיר כתב הרא"ש דדמי להך דאשה כלי זיינה דבכה"ג שאין פחד ל"ח להך בדדמי: ובזה א"ש דברי הרשב"א גם כן שלא דחה הראיה מהך דאשה כלי זיינה דהתם מלחמה קטנה ל"ש כל הני דאיקטול כו' משום דהרשב"א מיירי ממש כנדון דהרא"ש וגם כן ל"ש כל דאיקטול מטעמא דכתיבנא ולכן דחה דגם לענין זמנין דמחו ליה אין מועיל לענין ע"א אע"ג דמועיל באשה גופא דלענין זה ע"א גרע מאשה דהעד לא איכפת ליה אם חי או מת ואינו ממתין אף שאין פחד: ונראה דגם הרשב"א מודה היכא שהמעיד על דבר ברור שראה ראשו חתוך וכיוצא דליכא לאסתפוקי במידי סגי בהכי דהא אזדא לי' חששא דמחו ליה כו' וגם חששא דכל הני דאיקטול כו' ל"ש מטעמא דכתיבנא וגם י"ל דבשביל דסבר כל הני דאיקטול לא יאמר שראה ראשו חתוך דהא לא חשדינן ליה במשקר רק שאומר בדדמי (ובאשה עצמה שאני שי"ל דמחמת בדדמי מוסיפה שקר גם כן דמה"ט ס"ל להרמב"ם דאשה גופה אינה נאמנת אף במלחמה בקברתיו ובמ"א כתבתי שדעת הרמב"ם ללמוד מהך טעמא ולכן לא הביא רק הך טעמא לחוד) ומ"מ א"א להשוות עפ"ז דעת הרא"ש עם הרשב"א ולומר דהרא"ש מיירי בכה"ג שמעיד בדבר ברור שהרי הרא"ש ראייתו מהך דנפלו עלינו לסטים ומדדמי עד לאשה והרשב"א מחלק ביניהם כמ"ש: והנה לפי דברי הרשב"א דס"ל דבעד בכל גוויי חיישי' לבדדמי אליבא דהרי"ף אף במקום שאין פחד י"ל דגם בעכו"ם מסל"ת דינא הכי דאף שהעכו"ם אין לו פחד מ"מ י"ל דאמר בדדמי וזה נראה דעת גדול א' במרדכי סוף יבמות שכתב בתשובה יהודי הלך בספינה עם עכו"ם כו' ועוד מאן לימא לן דעכו"ם מסל"ת ואומר שמת לא יהא צריך לומר קברתיו דאל"ה אמר בדדמי ואם ראוהו מגוייד אומר נהרג אף על פי שלא נהרג כו' ונראה מה דנקיט ואומר שמת לאו דוקא אלא ר"ל נהרג וכדמיירי התם בעובדא דידיה ונראה טעמו שס"ל כהרשב"א דאף שאין לו פחד אומר בדדמי ולכן התם דמיירי שאמר שראה ההריגה חייש לבדדמי שראוהו מגוייד ואמר שנהרג ומצאתי בשו"ת מהריב"ל ח"ג סי' ב' שכתב גם כן שט"ס במרדכי מ"ש ואומר שמת והל"ל נהרג

וכדיהיב טעמא כו' ומבואר כמ"ש אלא שדוחה דבריו דלא מצינו בפוסקים חילוק זה וכ"ע מודו במזכיר שמו א"צ קברתיו ויחידא' הוא ולפי מ"ש לאו יחידאה הוא בגוונא דמיירי ביה שראה ההריג' וי"ל בדדמי וכמ"ש"ל: וראיתי בתה"ד סי' רך"ג שכתב וז"ל ומ"ש דהרמב"ם מצריך קברתיו כו' ואפילו אם נפשך לומר דה"נ ראוהו מגויד ואיכא למימר בדדמי מ"מ יש לחלק דהרמב"ם מיירי באותן שראו הטביעה דאמרי טפי בדדמי ועובדא דידן לא ראוהו הנפח בשעת הריגה אלא אחר כך: אמנם אדוכתא תנינא כו' ועובדא דידן שידע העכו"ם את לעמל לא בעינן קברתיו וכן מוכח בתשובת מור"מ דלענין שהתיר ע"פ עכו"ם מסל"ת אפילו בלא קברתיו כו' ומהר"ם בתרא' הוא ודסמכ' הוא וההוא תשובה שבמרדכי שכתב מאן לימא דעכו"ם מסל"ת לא בעינן קברתיו לאו תשובת מהר"ם הוא שהוזכרו בה גאונים אחרים ובתר אותה תשובה מיד כתב תשובת מור"ם כו' משמע דקמייתא לאו דיליה הוא כו' עכ"ל העתקתי הדברים ללמוד ממנו שאף על פי שבמרדכי שלנו לא הובאה תשובת מהר"ם כלל במרדכי הארוך איתא להך דתשובת מהר"ם אחר תשובת יהודי שהלך בספינה כו' אשר בסוף יבמות וכ"כ שם בתרומת הדשן לעיל מיניה שכתב דע כי בתשובת מיימוני כו' ומבואר שם בארוך יותר מן הלשון שכתב מהרז"ק מן מרדכי הארוך כו' וס"ל דמהר"ם מיקל בזה דלא תלינן מחמת שראוהו מגוייד אומר בדדמי אך צ"ע כיון דמראש דבריו ניכר שאינו היתר בענין רק לפי שהנפח לא ראה ההריגה כי אם אחר כך אבל בראה ההריגה שפיר יש לחוש לבדדמי ואם כן לא היה צריך לדחות האי תשובה דהמרדכי שכתב מאן לימא לן כו' דהא שפיר מצינו לקיים דברי התשובה הלזו משום דמשמע התם שמעיד שראה ההריגה וגם קשה לפי מה שתלה ההיתר בדברי מהר"ם ומהר"ם כתב שאנו תולין שהוא תוך ג' לפי שראה ההריגה וא"כ הוא סותר למ"ש לעיל שתולה טעם ההיתר לפי שהעכו"ם לא ראה ההריגה (ואם היינו מפרשים דברי מהר"ם כמ"ש הנ"ב דס"ל להקל בספק ג' רק לפי דמיירי שהעיד אחר ג' וכמ"ש"ל א"כ י"ל דבתה"ד לא מיירי בהכי שהעדים הי' ודאי אחר ג' אלא גם העדים הי' ספק ואם כן אין צריך לומר שברור לו לפי שראה ההריגה אבל כבר כתבתי דליתא וכן מצאתי בשו"ת מהראנ"ח סי' שכתב בפירוש דברי מהר"ם כמ"ש ש"בא להקל אף אם נחמיר בספק ג' ע"ש) ואפשר לומר דאף דמעיקרא בעי למימר דוקא בלא ראה ההריגה וכדמשמע בהרמב"ם מ"מ מייתי במסקנא דברי מהר"ם לומר דמהר"ם ס"ל להקל בכל גונא דאף אם נתלה שראה ההריגה מ"מ לא אמר בדדמי ואף שהפוסקים חולקים על דעת הר"ש והר"ר נתן הסוברים דעכו"ם מסל"ת לא אמר בדדמי היינו לענין מלחמה ממש אבל בגוונא דאיירינן בי' שאין כאן מלחמה רק מחמת שתולין שראה ההריגה אבל הוא היה בלא פחד ויכול לראות במתון מה נעשה בו דל"ח שאומר בדדמי: ולכאורה נראה להכריע בזה כדעת מהר"ם דמשמע מדבריו דאף אם נאמר שהיה אצל ההריגה ל"ח לבדדמי דאם נאמר שזה דומה לראה הטביעה וניחוש לבדדמי דמיתה כמ"ש"ל א"כ אף בע"א יש להחמיר בזה וכמ"ש"ל מדברי הרשב"א שדבריו מורים להחמיר בזה בע"א שראה ההריגה אף במלחמה קטנה דנפלו עלינו לסטים ולפי זה תיקשי דהא משמע בש"ס שמתירין בפשיטות כל שאמר נהרג וכדאיתא במשנה אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג כו' ומבואר שם דאי לאו הכחשה היתה מותרת על ידי עדות מה שנהרג וכן איתא בדף קכ"ב מתוך הדברים נזכר ר"ג שנהרגו הרוגים בתל

ארזא והשיא ר"ג נשותיהם ע"פ עד אחד ומשמע שהעד הוא המעיד הראשון שהרי בטר הכי קאמר והוחזקו להיות משיאין עד מפי עד וד"ל דהתם מיירי שלא שאמר שהיה אצל ההריגה רק שמצא ההרוגים והכירם ובכה"ג מיירי מתניתין דאשה אומרת נהרג דזה דחוק דבכה"ג הו"ל לפרושי ועוד דלפ"ז באנו לחוש ספק אחר ג' והרשב"א גופיה מספקא ליה בהא וא"כ נצטרך למצוא דרך רחוק דמיירי באופן שנתברר להם מפי אחרים שהוא תוך ג' וכל זה אינו במשמע אלא פשטת הדברים משמע דמיירי שמעיד שראה ההריגה וכן מוכח לענ"ד ביבמות ד"ה הרגתיו הרגנוהו כו' ואף לפמ"ש קצת תשו' דברוצח עצמו לא אמרי' בדדמי נראה דהיינו ברוצח עכו"ם אבל בישראל האומר כן שמתירין את אשתו משום דפלגינין דבורא שאחר הרגו ופשיטא דלא מפקינן מפשטא לומר שאומר מפי השמועה רק שאנו אומרים שהוא עד וראה שאחר הרגו והיה עם הורגיו ועיין בב"ש ס"ק ד' ומכ"ש לפי מה דאמרינן התם בעובדא דאשת שמעון בן כהן דאמר להם ר' יהודא משם ראייה באומר אני הייתי עם הורגיו (ועיין בס' עזרת נשים שהביא בס"ק צ"ו דברי הרא"מ בתשובה דגם הרוצח שאומר שהרגו פעמים דאמר בדדמי שחושב שהרגו ולא הרגו וצ"ל קברתיו ואת"ל תיקשי לך ההיא עובדא דקטול אספסתא כו' ת"ל דלא אמר קברתיו י"ל דהתם אי הוי חשבינן לי' מסל"ת היינו חוזרים ושואלין מן העכו"ם היכא הוה עובדא לברר הדבר אם קברו או טלטל אותו כו' אך בשם ס' משפטי צדק כתב שהביא ראיות רבות דהרגתיו א"צ קברתיו ע"ש) ומוכח דאף שראה ההריגה אצ"ל קברתיו ותדע דאל"כ תיקשי לך דהא ידע ההריגה הוה כמו ראה ההריגה כמו בטביעה דאין חילוק בין ראה או ידע וא"כ אף אנו נאמר דמאן דמחמיר בראה הטביעה מבעי קברתיו כל שמעיד שמצא הרוג נימא דבעי קברתיו דוקא דהא מיד שרואה אותו מוטל הרוג בדקירות וחבורות ופצעים יודע שמרי נפש הכהו מכת מות וחושב שמת ושמא באמת לא מת ומה לי שידע ההריגה מפי השמועה או שראה בעצמו שפלוגי מושכב הרוג וניחוש דלמא לא קברו או טלטלו ואמר בדדמי ובאמת לפ"ז קשה גם גבי טביעה איך משכחת לה שלא ראה הטביעה שהרי עכשיו הוא יודע מהטביעה שעניו הרואות שהועלה מן המים ובשלמא לענין בדדמי דצורה שפיר יש לחלק בזה דבעינן' שיהא רואה או יודע שפלוגי נטבע אז חוששין שמא אע"פ שנדמה לו שהוא פלוגי הנטבע הוא מחמת שדמיונו חזק שזהו שנטבע משא"כ אם לא ידע מה שמוצא עכשיו איש שנטבע מה"ת יאמר שהוא פ' משא"כ לענין בדדמי דמיתה הלא למראה עיניו ישפוט שרואה שהועלה מן המים איש פלוגי סובר דמסתמא מת ובאמת לא מת ומה לי שידע מתחילה מהטביעה או שידע עכשיו ובאמת שהרמב"ן כתב במלחמות וכי יש לחוש לטובע שהשליכו הים שמא חי הוא ונראה כמת (כמו) שיש לחוש במלחמה לסמתרי שיהא צריך לומר וקברתיו להסתלק מספק זה ע"ש אך לפי מ"ש בדעת הריב"ש אליבא דבעה"מ"א שכתב דס"ל דאסקוה לקמאי לא הוה כקברתיו וחיישינן לבדדמי דמיתה ולכך מוקי הך דדגלת בלא ראה הטביעה ומה בכך שלא ראה הטביעה מ"מ הרי עכשיו רואה זה הנטבע ויודע שטבע וניחוש שאמר בדדמי ויהיה צריך קברתיו דהא אסקוה לקמאי ל"ה כמו קברתיו וצ"ע כעת: ודאתאן עלה בענין ראה ההריגה אם צריך שיאמר קברתיו הנה במרדכי איתא תשובת הר"י בר מנחם שאפילו אמר העד בשעת מלחמה ראיתי הרוג כו' והביאו רמ"א והח"מ ס"ג ד"ג כתב לפרש דמחלק בין ראה ההריגה או לא (וכבר

כתבתי שחילוק זה צ"ע דגם בלא ראה ההריגה הרי רואהו עכשיו שהוא הרוג ואם ניהוש לבדדמי דמיתה אפשר שאומר בדדמי) והנה לפי חילוק זה אין חילוק בין שעת מלחמה או לא ולא בא המרדכי רק לומר דאם לא ראה ההריגה לא איכפת לן אף אם היה שעת מלחמה (וכבר הארכתי לעיל דלכאורה אכתי שייך בדדמי דכל הני דאיקטול כו') אבל בהא דאמרינן בדדמי מחמת שראה ההריגה מאי נ"מ שהוא שעת מלחמה או לא רק מחמת הך סברא לפי שאין פחד לעמוד שם שלא בשעת מלחמה וכבר כתבתי שהרשב"א נראה דלא מחלק בהכי לענין עד דעלמא וגם בח"מ מראה מקום לתשובת ר"א בן חיים הובא בק"ע סי' רפ"ט ושם מבואר שמפרש דהמרדכי מיירי באומר שראה ראשו חתוך בדבר שאין בו ספק כלל אבל אם אומר ראיתו מת מושכב לארץ אין כאן קברתיו ומשמע במהראנ"ח שם שדעתו להחמיר אף במקום שאין פחד לעד שהר' כתב ובפרט היכא שירא לעמוד כו' משמע דאף בל"ז דעתו להחמיר וגם בתשובה שכתב הח"מ בס"ק ק"ח ולא רצה לסמוך על מ"ש מהריב"ל דבמלחמה קטנה לא בעינן קברתיו לפי שכתב דרך אפשר ולא החליט הדבר וגם כתב דאפשר שעושה עצמו מת כדרך הנהרגים מפני אימת הלסטים וכ"פ שמשליכים אותם בחזקת מתים והם חיים עודנה ע"ש ועיין ברמב"ן במלחמות שכתב א"נ זימנין דעייל במלחמה ולא נפיק מיינייהו גברא וחזיניהו לכולהו דדמ' וקיימו וסברי ודאי מיית ליה ודלמא מטמר נפשיה כענין שנאמר ותחת הרוגים יפולו כו' ע"ש וכיוצא בזה י"ל גם בנפלו עליו לסטים שעושה עצמו מת וכמ"ש הח"מ ולפי חשש זה אין חילוק בין שעת מלחמה או לא ואף שהח"מ שם בנידון דידיה מיירי שהאשה ראתה ההריגה מ"מ כאן ג"כ הרי אנו תולין שהיה עם הורגיו כדי לצאת מספק ג' כמ"ש"ל ועוד דמצד הסבר' לכאורה אין מקום לחלק לענין חשש דמחו ליה כו' שהרי אף שלא ראה ההריגה הרי עכשיו עיניו הרואות והביטו אל אשר דקרו הלסטים ונימא שפשט מזה שמחמת דקרות כאלו א"א לחיות וכמ"ש"ל ומ"מ אפשר שיש לחלק בדבר דדוקא בראה ההריגה אז אמרינן כיון שראה שפגעו מרי נפש אמרו לכו ונהרגהו ורואה שהכהו מכת מות נדמה לו שבודאי נגע החצי על לבו במקום שאינו יכול לכוות ולחיות אבל אם לא ראה ההריגה רק מחמת שהוא מושכב לארץ כאבן דומם אף שרואה בו פצעים וחבורות לא ידון רוחו באדם לעולם שהוא מת עד שהוא מטלטלו טלטלה גבר לעיין בו היטב כיון שהוא מכירו ויודעו וא"כ הוי כמו קברתיו וכך מבואר מתה"ד דלעיל דאף באומר סתם ראיתו מושכב הרוג כיון שלא ראה ההריגה ל"ח דלמא ראוהו מגוייד ואומר בדדמי וא"כ עכ"פ לפום מה דכתיבנא שהלכה רווחת בספק תוך ג' להתיר כדעת המקילין וגם יש צדדים אחרים שאפשר לומר שהיה ברור לו שהוא תוך ג' ולא מחמת שראה ההריגה וא"כ אין אנו צריכין לתלות כלל שהעכו"ם שאמרו בא ונראך פלוני מושכב הרוג ראו ההריגה וכל שא"צ לתלות מה"ת לומר שראו ההריגה ממילא די ש לסמוך על הנך סברות דלעיל דבכה"ג ל"ח לבדדמי ואף לפי דעת הר"י סאגיש אליבא דהרמב"ם א"צ קברתיו בנ"ד ובפרט שדעת מהריב"ל הובא בק"ע אות מ דעד מפ"ע אף שאין תולין לומר שקברו מ"מ תולין לומר שהזינו ממקום למקום דהוי כמו קברתיו ואמנם קרא ערעור ע"ז מן הבאים אחריו ובפרט ממראנ"ח בתשובה כמ"ש בק"ע סי' רפ"א וסי' רצ"ג: ומה שסיים בק"ע אבל מקצת הגדולים סומכים בעד מפ"ע להקל בחשש דקברתיו כמו שתמצא למהריב"ל ולדבריו האשה מותרת הנה עיינתי בתשו'

מהראנ"ח וראיתי שכתב וז"ל אלא שראיתי גדולי האחרונים שהורו בעד המעיד מפי עכו"ם ולא פי' אם אמר לו קברתיו דתלינן שהעכו"ם אמר לו דברים המספיקים להוציא מחשש קברתיו וכמו שתמצא למהריב"ל בתשובותיו כו' והנה זה ענין אחר הוא שהספק הוא שלא נודע לנו אם הראשון אמר להשני קברתיו אם לא ובזה לא החליט מהראנ"ח הדין ולכן כתב שע"פ סברא זו יש להתיר אבל בידוע שלא אמר הראשון קברתיו ורק שנתלה שאף שהזיזו או טלטלו לא סיפר להשני בזה לא זו מסברתו בס' ס"ה והובא בק"ע סי' רפ"א דכל שהשני אמר להדיא שהראשון אמר לו קברתיו או הזזתיו אין לתלות שהראשון הזיזו דמאי אולמי דהאי מהאי וע"ש בס"ה שדקדק מדברי הר"ן בתשובה דאף אם לא פירש השני אם אמר לו הראשון שקברו או לא אין תולין לומר שאמר לו שקברו או אפילו לא אמר לו תלינן שקברו דמסתמא לא תלינן בזה וא"כ בנ"ד שהסיפור מבואר שהעכו"ם המסל"ת לא קברו אותו בזה לא קאמר מהראנ"ח: איברא שמה שכתב מהראנ"ח בשם מהריב"ל בעד המעיד ולא פירש כו' משמע בכה"ג מיקל ליתא דבאמת הוא מקיל אפילו מבואר מתוך עדות השני שהראשון לא א"ל שקברו אמרינן שהזיזו ולכן לא חש לספר זה הפרט כו' כמ"ש בק"ע סי' מ"ב אך עיקר טעמא דמהריב"ל שם מאחר דרוב הפוסקים סוברים דלא בעינן קברתיו כו' ע"ש ובכאן י"ל שראה ההריגה איכא דעות מלבד הרמב"ם דס"ל דבעינן קברתיו אך כבר כתבתי דבאמת א"צ לתלות שראה ההריגה וממילא דלא אמרינן הכי וכמ"ל כמה ראיות מכריחות דמשמע בש"ס דאף שהיה עם הורגיו סגי בלא קברתיו וכן מוכח לענ"ד בתוספתא סוף יבמות אבא יודן איש ציידן אומר מעשה בגוי וישראל כו' וספדתיו וקברתיו ובא מעשה כו' אמר רשב"ג מעשה בקולר של בני אדם שהלכו לאנטוכי' בחזירתן אמרו נהרג ממנו איש פלוני יהודי ובא מעשה לפני חכמים והשיאו את אשתו עכ"ל הרי דברי שא נקט קברתיו ובסיפא דעובדא דרשב"ג לא הזכירו וקברתיו משמע דנקט הדברים כהווייתן וס"ל דכל שאמר נהרג איש פלוני בלא קברתיו סגי ואף דמשמע דהתם במלחמה מיירי ובמלחמה ס"ל להרי"ף דקברתיו בעינן יש ללמוד מזה כמ"ש במרדכי דאם אמר בסוף המלחמה מצאתי הרוג כו' וכוון שאמרו סתם יש לפרש דלא נהרג במלחמה וצ"ע על מ"ד דנהרג סתם בשעת מלחמה הוי כאומר נהרג במלחמה ואפשר דמפרש דשלא בשעת מלחמה הוי או שהם לא הלכו למלחמה רק לקנות שלל וכיוצא (ובש"ס דידן מייתי הך עובדא דאנטוכי' בלשון אחר (וא"ש לשיטת הרמב"ם ג"כ אליבא דהר"ן וה"ה דס"ל דמזכיר שמו א"צ קברתיו והכא קאמר איש פלוני יהודי ולשאר השיטות צ"ע: ובש"ס דידן מייתי הך עובדא דאנטוכי' בלשון אחר ע"ש וגם יש לצרף לזה דעת הפוסקים שהביא המרדכי שכתבו וסברת הלב הוא דלא שייכא אותה בעי' דע"א במלחמה כ"א בישראל המתכוון להעיד י"ל שבשעת מלחמה נתן לבו להתיר על הנדמה דבר ההוה להיות (כצ"ל וכ"ה בהגמיי' ע"ש) אבל גוי שמספר לפ"ת ואינו שם כוונתו לשום דבר אינו אומר אחר הנדמה כ"א כאשר ראה כו' ע"ש ונראה שהם מפרשים האבעי' בלא קברתיו רק דחיישינן שהעד אומר בדדמי והיינו משום דמימר אמר כל הני דאיקטול איהו פליט או זמנין דמחו ליה כו' ולכך אע"פ שהוא אומר מת סתם ולשון זה מורה שראה אותו בפניו וידע שמת ממש י"ל שמחמת אומדן הדעת שכן הוא דבר ההוה להיות אומר כן בסתם משא"כ במסל"ת אבל במסל"ת כשאומר מת סתם שמשמעות הלשון

הוא שראה בפניו וידע בו שמת לא אמרינן דאמר בדדמי אבל למאי דמפרש הרי"ף האבעי' בקברתיו דשמא העד משקר ונתפשטה לקולא ובלא קברתיו לא איבעיא לן דודאי יש לחוש לבדדמי ואפילו בב' עדים ע"כ דאיכא חשש בדדמי שאף שראה אותו מת חיישינן שמא לא מת ממש וכגוונא שכתב הרמב"ן דחזינהו דדמי וקיימי כו' וזמנין דמטמר נפשיה בענין ותחת הרוגים יפולו דאל"כ בשני עדים אין לומר שמעידין על דבר ההוה ורגיל ולכן צריך דוקא קברתיו או טלטל והזזה א"כ אין לחלק בין מסל"ת לשאר עדים דגם במסל"ת יש חשש בדדמי בכה"ג דמחמת שראה בפניו ונדמה לו שמת ובאמת לא מת ובאמת דהנך עובדי דאמרינן מעשה בששים ב"א שהלכו לכרקום כו' הכי משמע דהא דנקט וקברתים ולהרמב"ם החילוק בין הנך עובדי דשכיב חיוואי לפי שמזכיר שמו אבל לשיטת הפוסקים שבמרדכי מה חילוק יש בין מזכיר שמו או לא ולדידהו צ"ל דמה דנקט וקברתים הוא לאו דוקא דהא גבי הא דאבא יודן מעשה בגוי וישראל שהיו מהלכין בדרך כו' משמע דלאו שעת מלחמה הוה ואפ"ה נקט קברתיו ודחיקה להו סברת הרמב"ם דאף בלא מלחמה צריך קברתיו דמסל"ת שאינו מזכיר שמו גרע וקצת מסייע להו לשון התוספתא שהבאתי דקאמר נהרג ממנו איש פ' יהודי דקצת משמע שהיא בעת המלחמה ולכך אמרו נהרג ממנו כו' ואפ"ה לא הוזכר קברתיו משום דמסל"ת א"צ קברתיו ולהחולקים צ"ל דלא היה בשעת מלחמה וא"ש גם להרמב"ם כיון דמזכיר שמו וכמש"ל ונראה דאע"ג דבד"מ כתב שחולקים על דין זה וס"ל דבמלחמה גם מסל"ת צריך קברתיו מ"מ כתב מהריב"ל דבתרתי לטיבותא שהוא עד מפ"ע ומסל"ת יש להקל עיין בק"ע סעיף מ"ח ומכ"ש כאן דלאו מלחמה הוא כלל ואף שכתב המרדכי והגמ"יי דהר"ש והר"נ גמגמו לומר דבמסל"ת לא מהני ט"ע וכאן אם נימא שלא ראו ההריגה לא היה להם רק הכרה בט"ע כבר הסכימו כל הפוסקים שאין לחוש לזה וכמ"ש הב"ש ס"ק ט"ו: ועוד יש לצדד ולומר דבנ"ד א"צ קברתיו אף להרמב"ם דס"ל במסל"ת דעלמא צריך קברתיו ע"פ מ"ש מהר"מ שמה שאמר העכו"ם אני הייתי לוקח ליטרא ומביא אותו בעגלה של כו' דזה אלים טפי ממסל"ת מת או נהרג דלא עביד לגלויי כולי האי ואינו בהכחשה והזמה בקל אם הוא משקר ואפ"ה מהימן כ"ש בנדון זה דעביד לגלויי לאלתר ומרתת שמא ימצא מוכחש אם יאמרו לו אחרי שאתה יודע מקומו הראה לנו וניתן לך ליטרא כו' ע"ש ולפ"ז י"ל דגם בנ"ד שסיפר העכו"ם שאמרו לו עכו"ם שבכפר בא ונראך שהוא מוטל ביער הרוג זה הוי הוכחה שידעו שמת בודאי שטלטלוהו והזיזו אותו שאל"כ מה להם להכניס עצמם לומר בא ונראך ולסמוך על הדמיון שמא דמיונם כוזב ונמצאו בדאים ומוכחשים ואף שבאשה חוששין שאומרת בדדמי אע"פ שע"פ דבריה הוא נשאת ומכנסת עצמה לחומר שהחמירו חז"ל באשה אמרינן טפי בדדמי מתוך שחפיצה להיות מותרת להנשא דמיונה כוזב לה יותר משא"כ בע"א דכמה ס"ל דלא אמרינן בעד בדדמי כלל אף דבאשה אמרינן והלכך בנ"ד לולי שידעו בבירור לא היו אומרים בטח שיראהו המקום אשר נפל שדוד ומושב שמה כיון שנפשם יודעת שסמכו על הדמיון לבד וכבר כתבתי לעיל דהך דהכא הוי כמעיל נפשיה לאכרוזי שלדעת הריטב"א אליבא דהרמב"ם א"צ בזה קברתיו: ומצאתי בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סי' שכתב שם וז"ל ועדיין יש לבע"ד לחלוק שראוי לחוש לשיטת הריטב"א כו' ונראה דאפי' שיטה זו כיון שאמר מסל"ת היהודי שהוא משרת כו' שהרגו אותו הערביים הוא מושלך בגזירה בכפר זפית

שלא בא להודיעם הריגתו אלא מקום שהוא מושלך שמה והיינו לומר שילכו בכפר זפית ושמה ימצאהו ולא מעייל נפשי בהכין אי לאו דקים ליה דשכיבי ועדיפא הך טפי מהכרזה וכיוצא בזה כתב מהר"מ דהך סהדותא אלים טפי משאר מסל"ת דמרתת אם יצא מוכחש כו' ע"ש ושמתתי כמוצא שלל רב ואע"פ דמדייק שלא בא להודיעם הריגתו כו' ובנ"ד נראה שבאו להודיעו גוף ההריגה מ"מ ליכא לפלוגי בהכי דסוף סוף נתכוונו ג"כ להראות מקום שהוא מושלך שמה וכההיא דמהר"מ: איברא שיש מקום לחלק בין נ"ד למהר"מ דלכאורה קשה בנידון דמהר"מ שכתב דאלים טפי לפי שיהיה מוחזק כפרן במה שאמר שמוטל במקום פלוני והייתי לוקח ליטרא כו' דמאי אולמא משאר מסל"ת ואי משום דמרתת שיהיה נתפס בשקרו הא מצי לאשתמוטי בפשיטות שביני וביני כלבים וחיות השדה אכלוהו או גררוהו וצ"ל דלא ניחא ליה בהכי דמ"מ לא נפיק מחשד שיאמרו הרוצה לשקר ירחק עדותו ועינו נתן בממון שרצה לרמות אותם ליקח ליטרא ולומר אח"כ אמתלאות וסיבות שלא הביאו ולכן מרתת משא"כ בנ"ד שדרך שיחה בעלמא ספרו לעכו"ם זה שפיר אומרים על הדמיון ואם ילך אתם ולא ימצא מה איכפת להו ולזה יענו כבר אכלוהו או גררוהו חיתו יער: אך באמת נראה שא"א לומר בנדון דמהר"מ שמרתת שיחשדוהו שאומר בשביל שיתנו לו הליטרא דאם איתא שיש סברא לומר שמעלה על דעתו שהם יתנו לו הליטרא קודם הבאתו ולכן חושש שיחשדוהו וכמ"ש אם כן למה הוי מסל"ת ניחוש דשמא אמר כן שחשב בדעתו שיוציא מהם ליטרא אלא ע"כ כמו שכתב מהר"מ שם דליכא למיחש לזה שאם לא יביאנו לא יתנו לו הליטרא וע"כ לומר שגם העכו"ם יודע כן ואינו מעלה על דעתו כלל שיתנו לו קודם ומה שאמר ואני הייתי לוקח ליטרא ר"ל שהיה לוקח שכר ההבאה ליטרא ומ"מ יודע שהשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף כשיביאנו א"כ גם זה אינו רק כמו דרך שיחה דהא ליכא למימר שיהא חשוד אממונא ואפ"ה כתב מהר"מ דמרתת שיהיה מוכחש וע"כ דס"ל למהר"ם דלא ניחא ליה לאשתמוטי דאכלוהו וגררוהו ואם כן ה"ה בנ"ד י"ל דבכה"ג ל"ח לבדדמי שיהא צריך קברתיו דזה עדיף ממסל"ת דעלמא כיון דאמרי תא ואחוי לך וכיון שדעת הרבה פוסקים דס"ל דבע"א א"צ קברתיו אף במלחמה וה"ה במסל"ת ובלא מלחמה רבו החולקים על הרמב"ם דמצריך במסל"ת קברתיו וגם לפי התירוצים שכתבו לשיטת הרמב"ם ביארנו שאין חשש בנ"ד וגם חזי לאצטרופי הנך סברות שכתבנו ויש בזה די להקל בנ"ד אף שהלשון מורה שלא קברו מ"מ סגי בכה"ג אליבא דכ"ע לצאת מחשש בדדמי בזה: והנה כבר בררנו למעלה שאין לחוש בנ"ד לספק תוך ג' ונראה עוד לצדד בזה דאף המחמירים יודו בנ"ד דאפשר לומר בטעם המחמירים דאף דל"ה רק חששא דנתפח והוא חששה דרבנן מ"מ כיון דעיקר טעמא דעד אחד מהימן משום מלתא דעל"ג לא משקרי אינשי ובספק תוך ג' אין כאן מלתא דעל"ג דהא העד מצי לאשתמוטי ולומר דשמא היה אחר ג' ולכן נכזבתי בדמויני ולפ"ז כ"ז בע"א אבל במסל"ת דטעמא דסמכינן אמסל"ת דודאי לא משקר אם כן יש להקל בספק תוך ג' שהוא חשש דרבנן ולפי זה יצא דבשני עדים דלא בעינן מלתא דעל"ג שרי בספק תוך ג' אך אחר העיון ז"א דהא מקלינן גם בעד מפי עד ולא אמרינן דלא הוה מלתא דעל"ג שיתלה השקר בעד הראשון שלא בא לפנינו כלל אלא ודאי דלא ניחא ליה לומר שקר אפילו עד מפי עד כי הן לא יאמינו באמתלאות אלו ויחשדוהו שהוא הממציא השקר ולכן גם בספק תוך ג' כיון דרגילות

הוא שלא יהיה נתפח כ"כ עד שלא יהיה ניכר והוא יצטרך לומר דמחמת שעברו עליו ג"י נשתנה צורתו וטעה בו לא ניחא ליה בהכי ולא נפיק מכלל מלתא דעל"ג אלא ע"כ דטעם המחמירין לאו משום דלא הוה על"ג אתי עלה רק מטעם חשש נתפח עצמו תדע דאם כן להמחמירין משום דגרסי במתני' אין מעידין אלא עד ג"י תפשוט מינה דטעמא משום מלתא דעל"ג הוא דאל"כ למה נחמיר בספק ג' אלא ודאי כמ"ש דהמחמירין לאו מה"ט אתו עלה וגוף הענין דמלתא דעל"ג הדברים ארוכים במקומם וגם מ"ש בטעם המקילין משום דמוקמינן אחזקת חי ובדברי הט"ז סי' שצ"ז הארכתי בתשו' אחרת בעזה"י והלום ראיתי בשו"ת נ"ב סי' ל"א עוד קולא בזה בענין ספק תוך ג' ע"פ מ"ש הט"ז שם דטעם המחמירין אע"פ שיש לנו לומר דאוקמי בחזקת חי משום דאית לן למיזל בתר שעת מציאה כיון דהאדם מעותד למות וזה שייך דוקא במיתה אבל במצאוהו הרוג דאטו סוף האדם להיות נהרג הרי אינו רק מקרה ואם כן יש לנו לומר השתא הוא דנהרג ולא קודם ע"ש וכ"כ בסי' נ"ב ע"ש ובסברא זו יש ליישב מה שהבאתי לעיל מתשובת הרשב"א סי' תקצ"ז שנראה מדבריו בפשיטות להתיר בספק תוך ג' ובחידושו העלה בצ"ע ולפי דברי הנ"ב י"ל דהתם דמיירי בהרוג שפיר מודה הרשב"א שיש להקל בזה אך מסתימת דבריו נראה דלאו מה"ט אתי עלה: אמנם הב"ש תירץ קושית הט"ז באופן אחר וכתב בס"ק פ"ד דמוקמינן לראובן בעלה של אשה זו בחזקת חי וזה הנמצא אף על פי שנדמה שהוא ראובן אינו כן אלא איש אחר שמת קודם ג' ונשתנה וכיון דלא ידעינן אותו לא שייך לומר דמוקמי' אחזקתי' והנ"ב בתשובה הנ"ל כתב שותא דמר לא ידעינן ומה חזקת חיים יש לראובן יותר מאיש אחר מן החיים כו' ומה שלא ידעינן ליה כיון שעכ"פ חי היה קודם שמת יש לו חזקת חיים דעדיין הוא חי כו' ע"ש עכ"ד ולענ"ד דברי הב"ש נכונים דודאי על איש ידוע לנו שראינוהו חי שפיר שייך לומר דאוקמיה בחזקת חי וכאותה שאמרו השולח גט ממדינת הים כו' והיינו הך דאמרינן בתוספתא שהביא שם דמודים חכמים בראהו חי מבערב אבל בנמצא מת לא שייך לומר תן לו חזקת חי שהרי רבו כמו רבו המתים במיתה טבעיות ואין לך יום שאין בו שלטון למות ולפני שלשה ימים גם כן שודאי מתו הרבה אנשים ולמה תתל' זה הנמצא שהיה חי עד עתה ועכשיו מת שמא הוא מן המתים שכבר מתו מיתות עולם שהרי א"א להכחיש המוחש שבודאי מתו הרבה אנשים קודם ג' ימים וזה המת שמצאנו אנו מסופקים אם הוא מהמתים שמתו קודם ג' או אחר ג' ול"ש בזה חזקת חי כלל ואם נאמר שזה טעם המחמירין כמ"ש הב"ש וכאשר הסברתי דבריו גם כן יש מקום לחלק בין מת להרוג דבשלמא בנמצא מת ויש ספק תוך ג' שפיר ס"ל להחמיר מטעם שכתבתי אבל בנהרג דודאי לא שכיחי רוצחים אשר רבים חללים הפילו שנאמר שמא הרוג זה הוא מזמן כביר וכיון שמקר' בעלמא הוא שפיר י"ל שאם תאמר החמיר משום דמוקמינן בעל האשה בחזקת חי אני אומר תן לאותו אדם שאתה אומר שהוא ההרוג חזקת חי דהא ל"ש לאסתפוקי שמא הוא מהרוגים המוטלים זמן כביר כיון שלא נשמע קול הריגה כלל ולכן אנו אומרים הרוג זה יהיה מי שיהיה עכ"פ היה לו חזקת חיים והיה חי עד עתה ועכשיו נהרג והוא תוך ג' ואם כן ההכרה טובה לנו ומועלת שהוא ראובן בעל אשה זו: ולכאורה יש לעיין בזה דלו יונח שאין לאסור ודאי מטעם חזקת חי של ראובן בעל האשה כיון שא"ת אחר הוא ג"כ אתה מוציאו מחזקת חי מ"מ מידי ספיקא לא נפקא שאף ע"פ

שמחמת שאתה נותן להרוג זה חזקת חי אתה רוצה לומר שמת תוך ג' מ"מ הרי זה סותר לחזקת חי של בעל האשה שיש לנו לומר שעודנו חי ואם כן אוקי חזקה נגד חזקה ספיקא הוי ואדרבא לכאורה הך חזקה אלימא טפי שאנו אומרים שעדיין חי לאפוקי הך חזקת חי שאנו דנין במת הרי על כל פנים יצא מחזקתו אלא שאתה אומר השתא הוא דאיתרע חזקתי ולא אלימא כולי האי וכן משמע בסוף סי' ע"ג לענין הגבינות שכתב בשם רשב"ם להתיר משום דאמרי' עכשיו הוא דנטרפה וכתב ע"ז מ"מ תימא הוא דהיכן מצינו שיאמר העמד בהמה על חזקתי היכא שעתה אין החזקה קיימת דהא עכשיו נמצאת טרפה ודאי דהא בספק נגע כו' מטעם חזקה דהשתא נמי יכול להיות טהור כן נשחטה בחזקת היתר או בהמה בחיים בחזקת איסור כולם יכולים להיות גם עכשיו מיהו אשכחן גבי מקוה שנמדד כו' וכן גבי בוגרות כו' וכן בריש נדה שמאי אומר דיה שעתה דהעמידה על חזקתה ועד עכשיו לא ראתה כו' עכ"ל עכ"פ מבואר דחזקה שאנו אומרים שגם עכשיו כן הוא אלימא טפי אך נלענ"ד דודאי כשנמצא מת לפנינו שאין ידוע מי הוא עכ"פ נולד לנו ספק שמא אחר הוא מאותן אנשים שאינן לפנינו בכאן וגם ראובן בעל האשה נכנס בספק הזה שהרי א"א להוציאו מן הכלל ולומר תן לו חזקת חי שהרי גם האחר שתאמר עליו שהוא המת היה לו חזקה זו וכיון שע"כ א' יצא מכלל חזקת חי כל אותן שאינן לפנינו נוכל לומר עליו שמא זה הוא ואין חזקת חי סותר ספק הלז משא"כ חזקה זו שאנו אומרים שמת הזה היה חי עד עכשיו ועכשיו הוא שמת אין שום סתירה לחזקה זו והיא מבררת לנו הספק שנסתפקנו על המת הלז מי הוא והכרת פניו ענתה בו שהוא ראובן בעל האשה ושפיר אזלינן בתרה להתיר האשה על ידי זה: איברא דאכתי לא פלטינן מעיונא ודקדוקה דהא ודאי אם ראובן שלח גט לאשתו והלך לו אף שנמצא מת או הרוג א' ואין ידוע מי הוא לא משגחינן למיחת לספיקא שמא הרוג זה הוא ראובן בעל האשה ושרינן לתת הגט בחזקת שראובן קיים והיינו ע"כ משום דאמרינן שהמת הזה הוא אחד מרוב' דעלמא וראובן לא יצא מחזקתו שהוא קיים ואף על פי שגם ראובן הוא גם כן א' מרובא דעלמא מ"מ כשאתה בא לחוש על המת הזה לומר שהוא ראובן הרי אתה מפרישו ומוציאו מן הרוב וכשהוא לעצמו הוא מיעוט נגד הרוב והלכך מציאת המת הזה אינה מקלקלת כלל חזקת חי של האנשים שאינם נמצאים לפנינו וכל אחד מוקמינן אחזקתי' ואם כן אף שזה יש לו פרצוף שנראה שהוא ראובן ניהוש דלמא אחר הוא ואי משום חזקה דהשתא מת הרי סותר חזקת חי דראובן ואוקי חזקה בהדי חזקה וצ"ל דודאי בסתמא כשאין כאן חזקה אחרת ודאי חזקת חי דראובן קיימת הוא ואין נסתר מחמת שנמצא מת אחד ואמרינן אחר הוא ואף שגם האחר יש לו חזקת אמרינן דהוא מרובא דעלמא משא"כ כשנמצא מת בפרצוף ראובן שפיר אמרינן דהוא ראובן מחמת חזקה דהשתא מת ואין זה חזקה המנגדת חזקה דהך חזקה דאזלינן בתרה אינה רק מבררת מי הוא מרובא דעלמא שיצא מחזקתו שהיה חי שהרי ע"כ אחד יצא מחזקתו וכיון דגם ראובן בכלל רובא דעלמא הוא חזקה זו לברר קאטיא שהוא האיש שיצא מחזקתו ואי משום המתנגדת חזקת חי דראובן הרי חזקת חי דראובן מתנגד לחזקת חי דאחר אם תאמר שאחר היא וכיון שגוף הספק אם ראובן או שמעון אין כאן חזקה לראובן יותר שפיר מועלת חזקה זו לברר שראובן הוא ומסייע לחזקת חי של רובא דעלמא שלא נפקד מהם איש וכה"ג כתב הפ"י בקידושין לענין הא דע"א נאמן במקום רוב טרפות ומיעוט

כשרות אע"ג דבאתחזק איסורא א"נ ורוב עדיף מחזקה משום שהעד אינו רק מברר המיעוט מתוך הרוב דהא עכ"פ מיעוט דהיתר נמי איכא ואף שהוא ענין אחר מ"מ מסייע להך סברא דכתיבנא: וראיתי בספר שב שמעתא להגאון בעל קצה"ח שמעתא ז' פ' כ"א שהביא דברי הנ"ב דלעיל וכתב ע"ז ולדידי לק"מ דאפילו היכא שהחזקות מתנגדות אוקי כל חד אחזקתי' כמבואר בב' שבילין דמוקמינן כל חד בחזקת טהרה ושניהם טהורין וכן ב' כיתי עדים המכחישים כל כת באה בפ"ע ומעידה אף על גב דחזקת כשרות מנגדות של זו לזו ואם כן ה"ה הכא לא נפיק ראובן מחזקת חי דידי' בשביל האחר שיש לו גם כן חזקת חי ובפרט דאותו אחר שאנו אומרים שמת אינו לפנינו ואין אנו דנין עליו כו' ע"ש ואני אומר שהדין בזה עם הנ"ב ז"ל דודאי הפרש גדול יש בין הך דב' שבילין להך דהכא דודאי בשני שבילין שפיר מוקמינן לכ"א בחזקת טהרה דידיה ורואין את האחר כאלו אינו ואם אתה בא לסתור חזקתו של זה מחמת שאם אתה מקיימה יסתור חזקת חבירו לא איכפת לן בהכי ואין דנין את האדם אלא באשר הוא ומי מכריחנו לדין עמו על חזקת חבירו אם היא קיימת או נסתרה משא"כ בנ"ד כבר ביארתי דאפילו אם נמצא הרוג ואין ידוע מי הוא לא מפיק מחזקת חי של שום אדם ואם אחד שלח גט הא ודאי שנותנין בחזקת שהוא קיים ולא איכפת לן במת או הרוג הנמצא שאנו אומרים שזהו מרובא דעלמא ואין כאן התחלה כלל לסתור על ידי מציאת מת הזה חזקת חיות של זה אך אנן קיימינן שזה הנמצא הכרת פניו ענתה שהוא ראובן וא"כ איך תאמר שראובן עדיין חי הרי מת לפניך וע"כ אם אנו רוצים להעמיד חזקת חיים של זה על עמדו אנו צריכין להעזר על ידי שנאמר שאחר הוא שנסתר חזקת חיותו ולולי זאת אין קיום לחזקת חי של ראובן מחמת המוחש לפנינו וזה לא אמרינן לחזק מוסדות חזקתו של זה על ידי סתירת חזקתו של האחר אבל בב' שבילין אדרבה חזקת טהרה של זה היא כראי מוצק מצד עצמו אין סותרין אותה לקיים חזקת טהרה של חבירו וכללא הוא דלא אמרינן להוציא מחזקה של זה מחמת חזקה של זה ולכן לא אמרינן להחזיק חזקה של זה ע"י סתירת חזקה של זה: ונראה ברור דאף לפמ"ש התוס' בפסחים בב' שבילין ובאו לשאול בב"א דטמאין אינו רק מדרבנן דמדאורייתא מוקמינן אחזקה אף בכה"ג היינו משום דאין הוראות דינו של זה קשור בהוראת דין חבירו ואין התחברות לחזקות המנגדות רק מחמת השאלה ששאלו בב"א וכיון שאפשר לפסוק דינו של זה והס שלא להזכיר שם חבירו כלל אין כאן חומר רק מדרבנן דכיון שההוראה לשניהם כאחד אם יפסוק ששניהם טהורים נראה כמשפט מעוקל ועי' במ"ל פרק י"ט מהל' אה"ט משא"כ היכא שהוראת הדין לילך בתר חזקה אין לו מקום כי אם אחר שנצרף לזה ספק של חבירו וצריך לסתור חזקתו ל"ש לומר שהוא ישאר בחזקת טהרתו סתירת חזקת חבירו ובוזה נלענ"ד ליישב קושיי' אא"ז מהרש"א ז"ל בתוס' חולין דף ח' דלא ילפינן מסוטה אלא דבר שאפשר להיות משא"כ דהך דב' נזירין שדבר שא"א להיות שניהם טמאים בודאי ע"ש ובריש נדה ותמה מהרש"א דא"כ שוב גם ברה"י נוקמא בחזקת טהרה כמו ברה"ר ובת"י ריש נדה הרגישו ג"כ בזה ובקו' כללי החזקה אשר לי הבאתי דברי אא"ז מהר"ם מלובלין שם שכתב דנהי דלא גמרינן מסוטה לטמא ודאי מ"מ יש לטמא מספק ופירשתי דבריו ע"פ מ"ש התוס' בנדה דילפינן מסוטה דטמאה ודאי אע"ג דחזקה שאין טמאה ודאי נמצא ששני דברים למדנו מסוטה חדא דלא אזלינן בתר חזקה ואידך דכיון דלא אזלינן בתר

חזקה מטמאין בודאי וא"כ נהי דלענין זה דלטמאות ודאי לא ילפינן לפי שהוא דבר שא"א להיות מ"מ לענין זה שיהיה ספק ולא ניזל בתר חזקה שפיר ילפינן מסוטה דהא זה אפשר להיות משא"כ לענין טומאה דמעל"ע שפיר כתבו התוס' דלא ילפינן מסוטה שאין בה טומאה למפרע כל עיקר ולכן לענין למפרע מוקמינן אחזקה אך לפי מה דכתיבנא א"ש דברי התוס' בפשיטות משום דלכאורה קשה לפמ"ש התוס' דבר"ה מוקמינן אחזקת טהרה ולכך פריך תרי והך דקאי גבייהו הו"ל תלתא והו"ל ס"ט בר"ה ומאי קושיא כיון דא"א לטהר רק מחמת דגם חבירו קאי התם וכך הוא צריך להודיע לב"ד בכדי לעשות ר"ה וא"כ הו"ל כבא לשאול עליו ועל חבירו וכמבואר בכתובות ד"ז גבי מחבואה ע"ש בדברי רש"י ותוס' שם אך באמת ז"א דהך דבא לשאול עליו ועל חבירו טעמא משום דכבת אחת דמי והא דמטמאין בב"א אינו רק מדרבנן לחומרא אבל לא להביא קרבן טומאה אך לפמ"ש דדוקא היכא שיכול לישאל בזאח"ז שאין הוראתו קשורה בחבירו אז אף שהשאלה בב"א אין טמאין רק מדרבנן משא"כ אם ההוראה לטהר הוא קשור בחבירו הו"ל זקות המתנגדות א"כ גם בזה דלולי חבירו אין כאן ר"ה ואין מקום להורות טהרה וא"כ כשבא להורות היתר על ידי צירוף חבירו הרי חזקת טהרה שלו מנגדת ולכן צריך להביא ג"כ קרבן טומאה וא"כ מאי פריך תרי והאי דקאי גבייהו כו' וצ"ל דבגוונא דהתם שפיר מיקרי חזקת טהרה שאין הוראה זו קשורה בחבירו דאף שכדי לטהרו הוא מוכרח לצרף אחרים לומר כי ברבים היו עמו מ"מ אין הכרח שיש כאן ספק על האחרים כלל דשמא אינם נזירין או שהיה נזיר טמא או נכרי וכדומה דלענין ר"ה כל בי תלתא הוי ר"ה יהיה מה שיהיה ומ"ש אין נ"מ בהם אם נטמאו או לא ואין שייכות להעמידם בחזקת טהרה כיון שא"צ לעיין בדינם כלל ולכן שפיר פריך דנוקמי לכ"א אחזקת טהרה לפי שאין הוראת האחד קשור בספק של חבירו שאין אנו צריכין לצרף חבירו רק שיהיה ר"ה על ידו אבל לא לדון בו אם טמא או טהור משא"כ למאי דמתרץ ראיתי טומאה שנזרקה והוי ס"ט ברה"י ומצד שאלת עצמו אם היה נ"מ בהאחר אם טמא אם טהור אז היה ודאי טמא כדין כל ספק ברה"י ומה שאנו מוציאין אותו מכלל הזה היינו לפי שגם השני נזיר וצריכין אנו לידע בו ג"כ אם טמא או טהור ואין ללמוד מסוטה לטמאות שניהם ודאי וא"כ עכ"פ ליכא לאוקמי אחזקת טהרה שהרי אם נרצה להורות לו טהרה הוא מחמת שקשור עמו שאלות חבירו ובכה"ג חזקות המתנגדות מיקרי ולכן שפיר מביאין קרבן טומאה ג"כ מדאורייתא וזה ברור.

ועפ"י מ"ש נתיישב טפי אותה סברא שכתבתי לחלק בין מת לנהרג דמת י"ל שמא א' ממתי עולם שכבר מתו מן החיים זה כביר ולכן שפיר י"ל דמוקמינן לראובן בעל האשה בחזקת חי דאין התנגדות לזה מחזקת חי שהי' לזה המת כיון שאפשר לומר שמת זה כביר ואין שייך לדון בו ובחזקת חיותו כלל משא"כ בנהרג כיון שע"כ זה מקרוב שנהרג וא"כ נופל עליו ג"כ חקירה זו אם יצא מחזקת חי או לא והוי חזקות מתנגדות אך אפשר דלפמ"ש בב' נזירין בס"ט בר"ה כיון שאין נ"מ לדינא בזה שיצטרך עמו להיות ר"ה שפיר שייך חזקת טהרה א"כ י"ל דגם בנהרג כיון די"ל דאחר הוא שאין ידוע לנו לדון עליו כלל לא איכפת לן בחזקת חי דידיה ויש קצת לחלק בדבר וקצרתני: והנה בנה"כ השיג על הט"ז וכתב דבהך דספק ג' טעמא משום דאיכא נמי חזקת א"א והסכים לדבריו אא"ז בס' בכ"ש במ"ק דף י"ט וכן הגאון בנ"ב בסוף מה"ט אתי עלה ע"ש ולפ"ז אין

מקום חילוק בין מת או נהרג ולענ"ד י"ל דשפיר אית לן למימר בטעמא דהנך דשרי תוך ג"י משום דמוקמינן ההורג בחזקתחי והשתא הוא דמת ואע"ג דבעל האשה היה לו חזקת חי מ"מ החי מת לפניך ואתה בא לדחות המוחש דשמא אחר הוא הרי החזקה דהשתא מת מורה לנו שהוא ולא אחר ואם נפשך לומר דאיכא נגדה חזקת א"א שיש לאשה זו ע"ז י"ל דאין אנו דנין אלא על המת הזה שבו נולד הספק ואנו חפצים לדעת אם הוא ראובן או איש אחר וע"י החזקה איתחזק לנו שהמת הזה הוא ראובן וממילא אתתא שרי' ואין לנו לומר אדרבא העמד אשה על חזקתה ואימור לא מת בעלה וזה המת הוא קודם ג"י ונשתנה דכיון שהספק לא נולד באשה רק במת אית לן למיזל בתר חזקת המת וכן מוכח בריש נדה דאמרינן העמד טבל על חזקתו ואימור לא נתרם ופריך אדרבא העמד יין על חזקתו ואימור לא החמיץ ולכאורה תימא דנהי די"ל העמד יין אית לן למימר אוקי חזקה נגד חזקה וספיקא הוי וכן הקשה המהרש"א שם ולפי מ"ש א"ש דכיון דהספק נולד לנו ביין מחמת שהחמיץ אזלינן בתר חזקה שיש לנו ביין זה וממילא דאמרינן דהטבל תרום כהוגן: איברא שבקו' כללי החזקה כתבתי ליישב קושית מהרש"א משום דכל כמה שלא נמצא חומץ ל"ש לומר העמד טבל נגד העמד יין שהרי נעשה מעשה בטבל זה לסלק מעליו חזקת הטבל ובהפרשה זו ליכא ריעותא והלכך אם נשפך החביות ולא נתברר לנו אם החמיץ או לא שפיר הוה תרומה ודאית רק מחמת שנמצא חומץ לפנינו אין זה מגרע חזקת היין דאמרינן השתא הוא דהחמיץ א"כ שפיר אמרינן העמד יין על חזקתו א ספק אין כאן מחמת חזקת טבל כיון שנעשה מעשה בטבל זה לסלק חזקתו וחזקת היין לא נגרע כחו דהשתא הוא דהחמיץ וע"ז משני הרי החמיץ לפניך ור"ל דהחמיץ ואתאי כמ"ש התוס' לחלק בין נגע למקוה דבמקוה דאיכא למימר חסר ואתאי הורע כחו מחמת החסרון שלפניך וא"כ גם חזקת היין הורע כחו ואיכא תר"ל דהוה ספק אליבא דר"ש כמו במקוה והבאתי ראיה דהא כל חזקה מנגע ילפינן ותיקשי מאי חזית דאזלת בתר חזקה דנגע נימא אוקי הבית בחזקת טהרה וע"כ דז"א דכיון דכנגע נראה בבית שוב נסתלק חזקת טהרה דהבית שהרי נגע לפניך ולא נפל ריעותא בנגע זו רק היכא שלבסוף חסר הנגע שייך לאקשוויי כה"ג וזה באמת קו' התוס' שם ותירצו שאין רגילות להתחסר כו' ועכ"פ בלא חסרון הנגע ל"ש לומר אוקמי להבית או לגברא בחזקתן וכן במקוה כ"ז שלא נודע מהחסרון אין מקום לספק מחמת חזקת הטמא שהרי טבל וחזקת המקוה לא אתרעאי רק היכא שנמצא חסר שייך למימר הכי וה"ה בין בס"ד דאמרינן השתא החמיץ ואין בזה ריעותא כלל להיין ועוד ביארתי שם דעת הרמב"ם ועכ"פ לפ"ז ל"ש לומר כן אלא היכא שנעשה מעשה לסלק החזקה כהוגן ושוב אתיליד ריעותא במעשה זה משא"כ בנ"ד בנמצא מת והוא ספק תוך ג' שפיר י"ל דאוקמא אחזקת א"א דהא אין לפנינו מעשה הנעשה לסלק החזקה כלל רק עתה בשעת מציאת המת א"כ הרי נולד הספק בחזקת א"א ממש: אך ראיתי בספר סדרי טהרה סימן קצ"ט ס"ק מ' הביא שם דברי הרא"מ בתשובה שבספר מים עמוקים (והוא שו"ת מהר"א מזרחי ומהראנ"ח) שכתב נ"ל הא דלא משני הגמרא מ"ט דשמאי העמד טהרות על חזקתן ואמרו העמד אשה משום דבכל מקום שאמרו העמד דבר על חזקתו לא אמרו אותו אלא באותו דבר עצמו שבו נולד הספק כגון ספק נגעו הטהרות אמרינן העמד טהרות כו' ובנ"ד אמרינן תחלה העמד אשה שבה נולד הספק אבל הטהרות שנשתמשה בהן א"ל

העמד טהרות שלא נולד בהם הספק אלא מכח הספק דאשה א"ל בהם העמד אלא כדי להתעזר לחזקת אשה בלבד והא דמשני בגמרא העמד כלים כו' ואימור לא נטבלו אינו אלא לתת סיוע לריעותא דמקוה והמקשה לא הבין זה ולכך יפריך אדרבה העמד מקוה שהחזקה לא נאמר רק על המקוה שנולד הספק לא על כלים עכ"ל הרא"מ ועפ"ז כתב בס"ט שם לישב קושית מהרש"א הנ"ל כמ"ש וגם הביא שם דברי הריטב"א בעירובין דף ל"ו שכתב ודאי אלימא טובא חזקת העירוב שהיה בחזקת טהור ולית לן לאשגוחי בתר חזקת גברא דהוי קאי בחזקת ביתיה כו' והר"מ בר שניאור ז"ל נתן טעם לדבר למה אלימא חזקת עירוב שבכ"מ אין לנו לדון חזקה אלא בדבר שהספק בא ממנו וכן גבי מקוה אמרינן העמד טמא על חזקתו ולא אמרינן העמד טהרות כו' עכ"ל וכ"כ עוד בסוף שמעת' דהתם ובס"ט האריך שם עוד ונהניתי שכאשר דמיתי כן הוא בדברי הראשונים ז"ל שלעולם יש לדון עיקר החזקה בספק הנולד לפנינו ועפ"י חזקה זו אנו חותכין את הדין ולא אמרינן בכה"ג אוקי חזקה נגד חזקה וע"ש בס"ט שכתב שגם מדברי התוספות בעירובין דף ל"ה מבואר כמ"ש הריטב"א אלא שאח"כ חזרו בהם כו' ובאמת שגם מתוספות ריש נדה ובחולין משמע ג"כ דאמרי' כה"ג אוקי חזקה נגד חזקה (ומאי דקשיא ליה להר"מ על ההיא דריש נדה דקאמר העמד אשה ולא קאמר העמד טהרות והוא הראיה שהביא הר"מ בר שניאור שהביא הריטב"א בעירובין סיים הריטב"א שם ואנו פירשנו בריש נדה דטעמא דלא אזלינן בתר חזקה דטהרות כיון דודאי נגעה בהם פקע חזקה מינייהו כמו שלי' בבית וכ"כ הריטב"א בקידושין דף ע"ט וקשיא לן אמאי אזלינן בתר חזקת טמא ניזל בתר חזקת טהרות כ' ואיכא למימר כיון דודאי נגע בהם שוב אין להם חזקה כו' וכן בנדה לב"ה דמטמאו למפרע דכיון דודאי נגעה נפקי טהרות מחזקתייהו כו' וכן מבואר מדברי הרמב"ן יבמות והרשב"א במ"ה ועיין מה שכתב אא"ז מהר"מ בריש נדה ואין כאן מקומו) ומ"מ נראה שסברא זו שיש לדון החזקה בדבר שנולד בה הספק יש לה עיקר בכמה מקומות ולא עת האספ' פה: ובר מן דין נראה דודאי ענין חזקה אינה מבררת שכך הוא הענין ולא באופן אחר כלל שהרי עינינו הרואות שתדיר ומצוי ענינים היוצאין מחזקתם ואטו חזקת א"א או חזקת חי יתד שלא תמוט שכך הוא הא ודאי שרגיל והוה לצאת מחזקה רק מה שאנו הולכין בתר חזקה הוא שכך גזרה חכמת התורה שכל דבר שאנו מחזיקין אותו שהוא כך אע"פ שדבר האפשרי הוא שנשתנה מ"מ אין לנו להטיל ספיקות מדעתינו ואמרינן שלא נעשה בו שום שינוי והוא בחזקתו ואף אם רואין שינוי ונוכל לומר השתא הוא דנשתנה אמרינן דהשתא נשתנה ועד ההיא שעתא לא היה שינוי ואע"פ שדבר האפשר הוא שנשתנה אין חוששין לו וכ"כ הרמב"ם בפה"מ בגזיר במתני' דירד לטבול במערה כו' העיקר כשנתקיים איזה ענין שיהיה שנניחוהו בחזקתו עד שיבא דבר מבואר שיבטלהו מזאת החזקה וכל דבר שיש בו ספק ואפשרות אחר לא יסתלק החזקה כו' ע"ש ולפ"ז בנמצא מת ופרצוף פניו של ראובן שפיר אנו מסלקין בזה חזקת חי וחזקת א"א שהרי הוא דבר מבואר שמבטל החזקה מה תאמר שהרי יש בו ספק ואפשרות אחר לומר שהוא שמעון שמת קודם ג"י אין זה אפשרות כלל שהרי חזקת חי של שמעון וחזקת של זה המת שהיה חי עד עתה הוא חזקה ברורה לעצמו ואין לנו לבטל אותה באפשרות וספק אלא מניחין אותו בחזקתו ואמרי' שעכשיו מת וגם חזקת האחר שנאמר עליו שהוא המת אין לנו במה לבטלה

וממילא שביטול חזקת חי וחזקת א"א של ראובן מתבטלות ע"י דבר מבואר שזה המת
לפנינו נתברר לנו שהוא ראובן והוא נכון לענ"ד:.

וראיתי בשב שמתתא ז' פ"ב כתב ג"כ דחזקה אינו הוראה ודאית רק שאנו מניחין אותו
בחזקתו והביא שם דברי הרמב"ם הנ"ל וכתב לפרש עפ"ז דברי התוספות ביבמות גבי
האשה שהלך בעלה כו' וצרתה אסורה היתה בת ישראל לכהן תאכל בתרומה ע"ש ומ"ש
דמ"ש התוספות דהעמד כ"א אחזקת טהרה כמו בשני שבילין דא"כ קשה דלענין חזקה
דילפינן מנגע נמי נימא דדוקא באפשר להיות אלא משום דחזקה אינו הוראה ודאית
ולכ"א אין אנו יכולין להוציא ע"ש ולענ"ד דאכתי לא מתרצה בהא דמה בכך דאינו
הוראה ודאית מ"מ נימא דלא גמרינן מנגע כ"א בגוונא שאם תעמוד על החזקה לא יסתור
חזקת האחר משא"כ היכא שע"כ יש כאן סתירת חזקה של זה או של אחר לא גמרינן
מינה ולכן צ"ל דודאי לענין טומאה שאינן ענין לסוטה כלל רק דהכי גמירי למילף מסוטה
דקרי' רחמנא טומאה דכתיב ונסתרה והיא נטמאה והכי גמירי שאין ללמוד מסוטה כ"א
כשדומה לו ממש כגון ברה"י ודבר שיבד"ל ומה"ט כתבו התוספות ריש נדה דלא ילפינן
מסוטה לענין טומאה למפרע דדוקא בסוטה שגם עכשיו בספיקא גמרינן מינה לטהר
ברה"ר היכא דהשתא ודאי טמא וגם כתבו די"ל דלא גמרינן כ"א טומאת מגע ולא טומאת
ראיה וכולהו טעמא משום דכיון דגמירי לענין ר"ה ולענין דבר שאין בד"ל לסוטה
מטהרינן ודאי א"כ ה"ה לכל הני כיון דל"ד לסוטה ועיין בסוטה דף כ"ח ד"ה ברה"ה
ספיקו טהור משא"כ לענין חזקה דילפינן מנגע סברא בעלמא הוא דילפינן מהתם דאין
אנו לבדות נולד והשתנות בדבר שהוא בחזקתו ולכן מצד הסברא אמרי' דעיקר חזקה
הוא על אותו אדם או על אותו דבר שאנו דנין עליו ולא איכפת לן אם אנו צריכין לומר
שעי"ז יהא מוכרח לומר שאחר יצא מחזקתו כיון שאין אנו דנין עליה כ"א ע"ז ומ"מ
אם נשאל בב"א מטמאין שניהם מדרבנן כיון שא"א להורות בדבור אחד שניהם טהורים
אבל מדאורייתא כ"א דן יחידי לאוקמי נפשיה אחזקתיה ולכן לא מדמינן לנגע לומר
דוקא דבר שאין בד"ל מעמידין על חזקה דומיא דנגע ועיין בתוס' דחולין דף יו"ד שכתבו
אין להקשות דמנ"ל חזקה דלמא בנגע טמא משום ס"ט ברה"י דבכל ענין טמא הכתוב
אפילו הוי ס"ה ואפילו אין בד"ל ולא הקשו בפשיטות דמנ"ל חזקה ברה"ה דלמא דומיא
דנגע ואין חזקה אלא ברה"י וגם לתירוצם נימא דל"ה חזקה אלא באין בד"ל אלא ודאי
דז"א דכיון דסברא הוא דילפינן מהתם פשיטא דלא בעינן דומיא ממש דהיינו ברה"י כו'
ולכן לא הקשו רק דמנ"ל סברת חזקה כלל דלמא משום ספק ברה"י: ואמנם העיקר מה
שהביאו לכך בשב שמתת' שם הוא דברי התוס' דיבמות שכתבו שם דקי"ח אהא דאשה
שאמרה מת בעלי צרתה אוכלת בתרומ' מספק' לר"י כו' מידי דהוי אב' שבילין מיהו
איכא חזא דעביד איסורא ממ"נ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה ואהא קשיא ליה דגבי ב'
שבילין נמי חזא עבידי איסורא וגם דמה ענין לסוטה ולכן כתב דכוונת התוס' בנדה
לחלק בין דבר שא"י להיות דלא ילפינן מסוטה דהוי הוראה ודאית ובין חזקת טהרה
דשבילין שאינו הוראה ודאית ובהך דצרתה תאכל בתרומה נמי הוראה ודאית הוא ע"ש
ולענ"ד ליתא דהא מה שאוכלת בתרומה נמי מטעם חזקה הוא ואין זה הוראה ודאית ואף
דמה שנשאת הוראה ודאית היא לדידיה מ"מ אין בזה לגרע חזקת חבורתה להוציא
מחזקתו דמי נמי לב' שבילין אע"ג דשבילין בתרווייהו מטעם חזקה מטהרינן להו מ"מ

אין הפרש בין אם שניהם משום חזקה או האחד משום חזקה כמבואר למעייין וגם אכתי אין פירוש למ"ש התוספות ובכה"ג לא ילפינן מסוטה ומ"ש לפרש שר"ל דבכה"ג לענין לטמא ודאי ברה"י כשהוא הוראה ודאית וא"א למילף מסוטה שהוא דבר שא"י להיות ע"ש והמעייין יראה שאין מקום לפירושו ובמחילת מכ"ת נטה מדרך הפשוט בכוונת התוס' ויש כאן חסרון תיבה או ט"ס וצ"ל מידי דהוי אב' שבילין דהא מיהו חזא איכא כו' או שתיבת מיהו הוא ט"ס וצ"ל דהא ור"ל שבאו להביא ראיה משבילין דאוקי כל חד אחזקת טהרה ולכאורה יש לדחות דהתם מטעם ס"ט ברה"ר טהור כמ"ש רש"י בכתובות דף כ"ז ולכן כתבו בשני שבילין דאיכא חד דעביד איסורא ממ"נ ובכה"ג לא ילפינן מסוטה ואם כן אף ברה"ר ספיקא הוי וע"כ דמטעם חזקת טהרה אתינן עלה דלענין חזקה שפיר אמרינן דכל אחד עומד בחזקתו ולא איכפת לן בחבירו וה"ה לענין האשה וצרתה דאף דהאשה מותרת משום חזקת דייקא שלה צרתה מותרת בתרומה מחמת חזקה שלה ומ"ש התוספות דעביד איסורא לאו דוקא נקטי איסורא ור"ל טומאה שמביא לידי איסורא שיאכל טהרות בטומאה וכן מבואר מלשון דעביד איסורא אלמא דאגברא קאי והיינו לענין שבילין דאי אמתני' דאשה וצרתה קאי הו"ל למימר דעבדא איסורא וגם מ"ש חזא הוא ט"ס וצ"ל דהא חד איכא הכא כו' והוא ברור ועי' בכתבי מהרא"י סי' רכ"א ובנ"ב מהדורא תנינא סי': והנה הגאון המציא סבר' אחת לענין ספק תוך ג' דאף מ"ש הט"ז כיון שהוא מת לפנינו אזלי' בתר שעת מציאתו ואיתרע חזקת חיים איכא למימר אדרבא נלך בתר שעת מציאתו לומר כשם שנמצא עתה לפנינו בתמונה ובמראה א' שהוא ראובן כך היה פרצופו מקודם ולא נשתנה ובצורה זו מת ולכן דל שעת מציאה מהכא ולא מצטרף לא להקל ולא להחמיר ונשאר חזקת חיים בתוקף ואמרי' שמקרוב מת והוא תוך ג"י ודומה למחט שהעלתה חלודה כו' ע"ש בס"ל ל"א ובס"ל מ"ט ודבר גדול דבר הגאון ז"ל ומתאמרה ג"כ משמיה דגברא רבא כוותיה ה"ה הגאון המפואר בעהמ"ח מג"ש ופ"י בשו"ת כת"י שת"י ובדברי קדשו כתוב לאמר וז"ל דלמה לא נאמר העמד הצורה על חזקתה ולא נשתנה וכיון דלא מוכח שהוא אחר ג' וגם אחר ג' אפשר שלא נשתנה למה לא הוי חזקה שזה האיש הנמצא אוקי אחזקת צורתו הראשונה ובזה ליכא ריעותא וא"כ אפילו אי הוה חזקה נגד חזקה כו' ואומר אני לחזק עוד מוסדות חזקה זו שיש מקום לומר דאפילו תימא דלא אזלינן בתר חזקה דשעת מציאה כלל אף במקום שאינה מתנגדת לחזקה דמעיקרא וכמ"ש בש"ש שמעתא ג' פרק ט"ו שכן נראה מדברי תוס' גבי הא דהרי בוגרת לפנינו שכתבו הטעם משום דרגילות לבא מצפרא (ולפי מ"ש בתשובה אחרת בכוונת התוס' לא מוכח מידי) מ"מ נראה דחזקה זו דהעמד פרצוף זה בחזקתו שפיר הוי חזקה מעלי' ומתחלה אבאר גריעותא דחזקת שעת מציאה בדוכתא דליכא חזקה דמעיקרא נלענ"ד שזה דומה לחזקה שלא נתבררה בשעתא שכתבו התוס' דלא הוי חזקה כגון בפרה אדומה שאע"ג דהשתא נתברר לנו שבאותה שעה קודם יב"ח כשרה היתה כיון דבאותה שעה לא נתבררה אין לך לדון להעמיד על חזקה זו משם ואילך לומר דגם בתוך יב"ח לא נטרפה ולכאורה טעמא בעי לפום מאי דכתיבנא לעיל דהא דילפי' חזקה מנגע סברא בעלמא הוא דילפינן מיניה ולא בעי' שיהיה דומיא דנגע ממש כמו ס"ט דבעינן דומיא דסוטה ממש א"כ מה בכך שלא נתבררה בשעתה כיון שעכ"פ עכשיו חזקה זו ברורה וגלויה לנו שהיה אז כן ויש לנו

להחזיק כן להבא וע"כ לומר דהכי מסתבר להו לחז"ל שבענין חזקה אין לדון למפרע כ"א באשר הוא שם דכיון דאותה השעה שאנו דנין עליה מסופקת היתה בשעתה ולא היה לנו חזקה אף שאחר כך נתגלה לנו שהיה אז חזקה אין ידיעה זו מועלת להוציאה מן הספק שהיתה בה בשעה זו וא"כ ק"ו הדברים שאין לנו לעשות חזקה למפרע משום שעת מציאה דהא התם האי שעתא דקודם יב"ח א"צ לדון עליה דודאי כשרה היתה רק שמחמת שלא נתבררה אז רק למפרע אין דנין עליה ומכ"ש אם עיקר הספק שאנו דנין עליו צריכין אנו לברר אותו מחמת חזקה דהשתא על למפרע וזה לא אמרי' ולפ"ז נראה דדוקא בחזקת מציאתן דנגע באחד כו' שנאמר כיון דעכשיו מת בשעת נגיעה כבר מת או בהך דהרי בוגרות וכל כיוצא בו שעכ"פ הדין שאנו באין לדון מחמת החזקה הוא על למפרע ולא מחזקינן למפרע וכיוצא בזה כתבו התוס' ריש נדה דלא ילפינן מסוטה לענין טומאה דלמפרע (ואף שכתבתי דחזקה לא בעי דומיא דנגע כמו ס"ט דומיא דסוטה מ"מ לענין למפרע אף בחזקה אין למדין מנגע ואפשר דגם בנגע אם לא דקדק הכהן בשעת הסגר לראות שהוא כגריס ואמר טמא ואח"כ נמצא שהוא כגריס לא מחזקינן למפרע לומר שגם בשעת הסגר היה כן וצ"ע כעת) משא"כ בנ"ד שאנו דנין על פרצוף זה שרואין עכשיו אם היה קודם לזה בצורה זו או בצורה אחרת אין דינינו על למפרע רק על של עתה באנו ואמרי' דצורה זו כמות שהיא עכשיו כך אנו דנין להיתר או לאיסור ובזה שפיר מוקמינן הדבר כמות שהוא עכשיו לפנינו ואין לנו לבדות הנולד והשתנות על למפרע כמו שאין מטילין ספק לבדות נולד והשתנות להבא משום דחזקה שנתבררה בשעתה דהיינו שאנו רואין הדבר שאנו, דנין עליו שכן הוא אין מבדי' בו נולד והשתנות ומה לי לפניו או לאחריו אבל אם עיקר דינינו לידע מה היה לו בזמן העבר ואנו צריכין לבא עליו מטעם חזקה לזה לא מהני חזקה דהשתא לדון על העבר שכמוהו היה לפניו ושפיר אנו מטילין בו אפשריות וספק שמא לא היה אז כן ולזה לא מהני ענין חזקה משא"כ כשאנו דנין עיקר הדין על הענין של עכשיו שפיר שייך ענין חזקה אף בכה"ג: ואמנם יש מקום לדון בזה לפום הך סברא דמוקמינן הפרצוף פנים בחזקתו שלא נשתנה צ"ע הא אמרי' ביבמות גבי אין מעידין על השומא דפליגי אי שומא עשויה להשתנות לאחר מיתה ופירש"י במראה וכן בב"מ פירש"י שאם בחייו היתה שחורה במותו נעשית לבנה או איפכא וקשה דלמה לא נימא דניזיל בתר שעתמציאתו וכאשר מראה השומא עכשיו כן היתה גם בחייו ולא נשתנה כלל ומה בין מראה השומא למראה הפרצוף ופשיטא שא"ל דמראה השומא ודאי משתנה לאחר מיתה דבכה"ג ל"ש פלוגתא דנחזי אנן באדם שיש לו שומא אם נשתנה המראה או לא אלא ודאי שאין ר"ל רק לפי דלפעמים משתנה וכדמשמע לישנא שומא עשויה להשתנות וכן בב"ב דף קנ"ד אמרינן סימנים עשויין להשתנות אחר מיתה וע"ש בתוס' בשם ר"ת שבחייו היו לבנות והיו שומא ועכשיו הושחרו לאח"מ ונראה כסימנים ואף דהתם שפיר קאמר דמחמת חזקה זו לא יהיו הלקוחות יכולין להוציא מיד היתומים (ואף דמשמע מהתוספות שם דבחזקה דרבא יכולין להוציא י"ל דחזקה דרבא עדיף להו ועיין מ"ש הנ"ב ומ"ש במ"א) מ"מ עכ"פ משמע דהך לישנא אינו שבודאי עשוי להשתנות וא"כ למה ניחוש בשומא שנשתנה ואפשר לומר דודאי לענין שומא כיון דהמיתה היא סיבה הגורמת להשתנות ל"ש חזקה דמיתה יש כאן סימנים אין כאן שהרי נולד סיבה שתשתנה ולכן אע"פ שאינה

סיבה ודאית מ"מ אזל' לה חזקה וזה דומה לידוע שהוא אחר ג' אע"פ שגם שם אינו בירור שישתנה וכמ"ש רש"י דאפשר שישתנו פניו מ"מ אין להעמיד על חזקה שלא נשתנה דאין זה הכרה כיון שעשוי להשתנות משא"כ לענין ספק תוך ג' אע"ג דאחר ג' אפשר שישתנה מ"מ הרי ע"ז אנו דנין דשמא הוא עדיין תוך ג' ואין כאן סיבה הגורמת לשינוי כלל ואיכא לאוקמי צורה אחזקתיה שלא עברו ג' ואין כאן סיבה כלל להשתנות ולכאורה יש לדמות זה למ"ש הרשב"א בתשובה סי' אלף רי"ו בקטנה שנסתפקו במספר שנותיה חוששין שמא הגיע לכלל שנים ואם נבדקה ולא הביאה חוששין שמא נשרו כו' ולפי מ"ש בספק ג' צ"ע בזה דהתם נמי נימא דניזיל בתר חזקה דהשתא וכמו שעכשיו אין כאן שערות כך לא היה לה מעולם ואע"ג דבעלמא חוששין שמא נשרו היינו בידוע שהגיע לכלל שנים ומשום חזקה דרבא משא"כ אם לא נודע מספר שנותיה מה"ת לומר שמלאו שנותיה ונשרו נימא חזקה שלא היו וכמו בספק ג' דמחמת דמוקמי' הצורה אחזקתיה אמרינן שהיה תוך ג' ואין כאן שינוי כלל ואפ"ל דהתם אין נשירת הסימנים תלוי בשנים ואף אם לא הגיע לכלל שנים שכיח דנשר דך דאם הגיע ע"כ לומר כן משו' חזק' דרבא הלכך בנסתפקו במספר שנים ליכא לאוקמי אחזק' שלא נשרו ולא באה לכלל שנים דכיון דשכיח בכל אופן ליכא חזקה משא"כ בספק ג' דחשש שנשתנה אינה מצד עצמו רק מצד הזמן דהיינו לאחר ג' א"כ שפיר י"ל דאוקמי אחזקה שלא נשתנה ועדיין הוא תוך ג' ועדיין לא נתחוויר לי כל הצורך בזה וצ"ע: ובעיקר הסברא שכתבו בעל פ"י ומג"ש והנ"ב ז"ל לדון חזקה על הצורה צ"ע לענ"ד שנראה דכמו שחזקה העשוי להשתנות אינה חזקה בחזקה דמעיקרא כמו כן אין עשוי להשתנות חזקה בחזקה דהשתא וכיון שאנו חוששין שמא אחר ג"י הוא ונשתנה ל"ש חזקה דהשתא שהרי אנן אומרים שהוא אחר ג' והיא עשוי להשתנות וא"ל דגם זה מטכסיס החזקה שלא נתלה שהיה כאן ענין וסיבה שיהא עתיד להשתנות על ידו ז"א דנראה דבדבר שיש לו זמן מוגבל שישתנה לא אמרי' הכי והגע עצמך אם תאמר שאותו העד ראו תוך ג' מחמת שהעמדנוהו על חזקתו והרי אם יעברו עוד יום או יומים ישתנו פניו לאיש אחר ותאמר ג"כ חזקה כמו שהוא בצורה זו כן היה קודם א"כ יכול להיות שיבואו כמה עדים שהיום יבא אחד שראהו והכירו שהוא ראובן למחר יבא אחר ויראהו וידמה לו שהוא פרצוף שמעון וא"כ החזקה מוכחש מצד עצמה שאיך תוכל לומר חזקה שלא פשט צורתו ללבוש צורה אחרת שהרי ע"כ בקרב הימים יודע שכן הוא וא"כ ניחוש שמא כבר שלמו הימים שעליהם אנו דנין ואין זה דומה לנגע באחד כו' או הרי בוגרות כו' דכולהו עכ"פ מכאן ואילך בחזקתייהו קיימי ונוכל להחזיק חזקה למפרע ולהמשיך החזקה למפרע עד העת שידענו בבירור שאינו כן אבל לענין חזקת הצורה הרי עתידה להשתנות מכאן ואילך עכ"פ וא"א לתפוס בזה דהשתא ללמוד ממנה על למפרע כלל כיון דזמן ממילא קאתי ועתיד להשתנות ועיין כתובות לענין נכסי דבר שטיא מ"ש התוס' שם ובדברי הר"ן בתשובה במקוה שהחזק להיות מימיו מתמעטין ובתשו' אחרת הארכתי בדבריהם בעז"ה: והנה מ"ש בנה"כ דהמחמירין בספק תוך ג' טעמייהו משום חזקת אשת איש ולזה נראה שהסכים בנ"ב ולכאורה לפמ"ש התוספות בכתובות דף ק"ב גבי שנים אומרים מת דהורעא חזקת אשת איש מחמת חזקה דדייקא כו' אם כן שוב נימא דאזלינן בתר חזקת חי ועי' בנ"ב סי' ק"ח שכתב דאף שהתוס' ביבמות דף פ"ח כתבו דסבר' דאשה דייקא

דוחה חזקת אשת איש מ"מ היינו לענין שלא יתחייב חנק אבל עכ"פ באשם תלוי קאי וא"כ ספק זה אסור מה"ת כו' עי"ש ולפי זה כאן דאית לן חזקה אחרת דחזקת חי ועכשיו מת וחזקת אשת איש עכ"פ איתרע שוב היה מקום להתיר על פי חזקה זו וגם כי אין לך ריעותא גדולה בחזקת אשת איש מזה שעכ"פ נמצא לפנינו איש מת ולמראה עיניו הוא בעל האשה רק שניחוש לו שמא הוא אחר ג' ונשתנה לזה מסתברא שיועיל חזקת חי לומר שעכשיו מת ונראה שזה דעת הט"ז בזה שהביא ראייה מהך דספק ג' לסברתו שם ומצאתי בתשו' כת"י הגאון בעל פ"י ז"ל שכתב בזה ולקצר אני צריך: ועכ"פ יצא לנו מכל הני מילי מעליותא שכתבנו דבעגונה דאקילו רבנן ודרכם לחזור אחר צדדים להתיר יספיקו כל הסברות שכתבנו על צד היתר בין לענין ספק ג' בין לענין קברתיו וגם בענין עכו"ם מפי מסל"ת דעת האחרונים להקל בזה דלא כהריב"ש ואמנם בנ"ד נראה דגם הריב"ש מודה דודאי מ"ש תחלה דעכו"ם מסל"ת חידוש הוא והבו דלא לוסיף עלה כוונתו כמו שסיים אח"כ דאף שנראה מהגמ' דאפי' עבד מפי עבד כו' שאני הני דנאמנין בתורת עדות כו' אבל עכו"ם שאין נאמן בתורת עדות אלא במה שראה לא במה שמעיד מפי אחר שהרי אין העכו"ם בקי להכיר אם חבירו הי' מסל"ת או מתכוין להעיד עכ"ל וכיון דבתורת טעמא אתי עלה הדבר ברור דלא שייך לומר כן כי אם כגוונא דמיירי ביה שהגוי העיד שהגיד לו גוי חבירו ולכן חשש על איזה אופן היה ההגדה דאף אי הדרינן ומגלינן מלתא מיניה שהראשון היה מסל"ת מ"מ אפשר שאינו בקי בכך להכיר אם מסל"ת או לא אבל בגוונא דנ"ד דהא חזינן שהוא מספר לפ"ת הצעת הספור כסדר ומתוך הספור שהוא אנו רואין ששמע הדברים ממסל"ת פשיטא שאין לבדות חששות שמא היה מתכוין להעיד ועי' בב"ש סעיף קטן מ"ח דלא חיישינן שום חששא אם לא שיש רגלים לדבר וכדומה שכן מבואר בתשוב' דכל שמספר הענין כמות שהוא גם הריב"ש מודה וכן מבואר בח"מ דלהריב"ש סתמא לא הוי מסל"ת משמע דאומר מסל"ת מהני אף להריב"ש ומדברי הב"י לא נראה כן אך כגוונא דנ"ד נראה שגם הב"י מודה דמהני אף להריב"ש וכמ"ש: ומ"ש כ"ת ראייה להריב"ש מה"ה שכתב דדוקא מל"ת בפה אבל לא מפי כתבו והיינו נמי מטעמא דהבו דלא לוסיף עלה ז"א דגם התם טעם ה"ה דבכתב חיישי' טפי שמא כתב בכונה לאיזה מכוון שהיה לו ואין זה מסל"ת גמור אבל פשיטא דל"ש הבו דלא לוסיף עלה כל שהענין מתאמת לנו מתוך דברי השני שהראשון היה מסל"ת ועי' בב"ש סעיף קטן ל"ט ובק"ע סי' שס"ג בשם תשו' רש"ך דמיקל טפי בעכו"ם מספר לעכו"ם דלא בעי קישור דברים.

ומ"ש כ"ת בנידון שם אביו נראה פשוט דכינוי כזה דלא שכיח מהני כמו שם אביו ואפילו חיפוש א"צ דבעיר בינוני אם איתא שנאבד עוד איש ששמו וכינוי כך היה מפורסם הדבר ופשיטא שאין לחוש שמא העכו"ם סיפור לחבירו מה שהיה לפני כמה שנים עד שאין אדם זוכרו וגם שהרי אומר שהוא ממכיריו ופשיטא שעל האיש הזה היו מדברים: ומ"ש כ"ת לצדד ע"פ המבי"ט היכא שנאבד א' בדרך כו' דלא שייך בנ"ד דודאי המבי"ט מיירי בענין דלא שכיחי שיירת' דאזלי ואתי באותו דרך דאל"כ למה נתלו שזהו ההרוג ואף שידוע לו שזה הלך כאן כמו כן ידוע לנו שעוד הרבה הלכו וכמאמר חז"ל במדרש ויצא יעקב וכי יעקב לבד יצא והלא הרבה חמרים הרבה גמלים יצאו וא"כ ניזל בתר רובא דעלמא ובעל אשה זו בחזקת חי והיא בחזקת אשת איש ומכ"ש בזה שאם נסלק

עדות העד מחמת שנאמר שהוא אחר ג"י אם כן הרי לא ביחן המסל"ת כי הגידו לו אשר, הוא יהודי ויש להסתפק בערלים הדרים בסביבות הכפרים שם דשכיחי התם טובא וקרובים אל החלל ומי יודע אם נפקד מהם איש או לא ואף שאמרו שמושכב ביער משמע שלא היה מוטל על הדרך שעוברים ושבים שם מ"מ הרי אין ידוע לנו שהלך ליער רק שהלך בדרך.

רק כי כן דרך הרוצחים להוליך הנרצח מן הדרך למקום מיוחד להרגו שמה כמ"ש הרא"ש כלל נ"א ואם כמו כן יוכל להיות שאחר הלך באותו דרך ופגעו בו הרוצחים והוליכוהו ליער והרגוהו ומידי עברי בזה אני תמה על הרא"ש במ"ש שם וז"ל ועוד אני אומר דאתתא דא שרי' לכ"ע כי נמצאו הרוגים ואין דרך הרוצחים לעמוד על אם הדרך ולהרוג אלא מוליכין אותם למקום ייחוד והורגין אותם ואין לדבר אלא מקומו ושעתו ואנו תולין אלו האנשים הלכו שמה ומצאו הרוצחים שמה והרגום הלכך לא שכיחי שיירתא ולא הוחזקו כו' עכ"ל והוא פלא לענ"ד דמה בכך שמקום שנמצאו ההרוגים הוא מקום ייחוד מ"מ מה"ת לתלות ביה יותר מבאחר כיון דשכיחי שיירתא ומ"ש ואנו תולין שאלו הלכו כו' היא גופא קשיא דלמה נתלה ומבואר למעיינ בהשאלה שם שענין ההליכה לשם לא היה נודע כלל ומ"ש בתשו' שם שיש לחפש לה היתר כיון שידוע שם בעלה של אשה זו מכלוף בן מלול ואין מכלוף אחר כו' פשוט דתיבת שם הוא נקוד ציר"י ור"ל כי שמו של האיש בעל האשה היה מכלוף וכן מבואר ברבינו ירוחם דשם איתא דשם בעלה היה כך כו' (ובתשו' אחרת כתבתי בזה על דברי הב"ח והח"מ ומהר"מ אלשקר) אך אפילו תימא שהכונה שתהיה שם באותו העיר מ"מ אינו ענין לומר דלפי שמוליכין הרוצחין למקום מיוחד מיקרי לא שכיחי שיירתא.

וראיתי בשו"ת ח"צ סי' קל"ד בסופו שהביא דברי הרא"ש אלו וכתב וז"ל ונניח עתה מה שיש לפלפל ולדקדק בתשובה זו כו' ונראה שעמד על מ"ש ולא זכינו לשיחתו בענין זה שוב ראיתי בשו"ת ושב הכהן סי' ל"א שהביא בשם מהרח"ש שעמד בזה ומ"ש בתשו' הנ"ל בכיבור דברי הרא"ש אינו מעלה ארוכה למ"ש דמ"מ למה נתלה באילו שהלכו למקום המיוחד דלא שכיח דאזלי התם שמא אחרים הלכו לשם: ומ"ש כ"ת בדברי השב יעקב כבר עמדתי ע"ז בימי חורפי בארוכה בתשובה אחת והגאון בעל נ"ב השיב לנו והיא נדפסה בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא שנדפס מחדש ושם מבואר הכל באורך וגם מ"ש להקשות על הנ"ב סי' מ"ו מדברי הרא"ש במ"ק כבר עמדתי ע"ז בחבורי בית אפרים בקו' התשובות סי' ל"ח בסופו ע"ש ולא רציתי להאריך בזה דבלא"ה נלענ"ד שיש להתיר מכל הלין טעמי דלעיל ונמצא בתשו' אחרונים רבות כאלה שהתירו ואעפ"כ לכבודך פניתי והרחבתי הדיבור להגדיל תורה כו' ואעפ"כ לרווחא דמלתא וגם משום חומר א"א נכון לצרף עמנו עוד חכם מובהק ומפורסם בהוראה ואם אחי הרב הגאון המפורסם נ"י כעת בק"ק דובנא תשלח לו וכאשר יצא הדבר בהיתר ישבו ב"ד של ג' להתיר לה כדין הניסת על פי ע"א דברי ידיך ובן דודך דורש שלו' באהבה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה לז ע"ד העגונה אשת ר' מאיר מטשערווניץ שבאו אגרת מבאקארעסט שמוהר"ר מאיר מק"ק טשערוועניץ מת שם בעת הדבר ולכאורה לדעת הטור והרי"ף והוא גירסת הר"ן בהרמב"ם להחמיר כהך לישנא דדבר הרי היא כמלחמה וכבר האריך הר"ן בתשובה וכתב גם כן דכיון דלא איפשטא בגמרא הי לישנא

עיקר נקטינת לחומרא וכיון דלגבי אשה עצמה נקטינת דדבר הרי כמלחמה ה"נ ע"א עד דאמר מת וקברתיו כו' וכ"ש לפי דברי ר"ח שכתב דבעי דע"א במלחמה לא איפשיטא שלפי דבריו אפילו אומר מת וקברתיו לא מהימן וכבר ידעת שיש חולקין על הרי"ף וסוברין דע"א במלחמה אף על גב דלא אמר קברתיו מהימן כו' אבל מאחר שהרי"ף והרמב"ם הסכימו דכל במלחמה ודכוותי' חיישינן לע"א דאמר בדדמי מי יקל את ראשו להקל באיסור אשת איש נגדם ומכ"ש שר"ח מחמיר בדבר יותר אפילו במת וקברתיו לא סגי וכמ"ש כו' עכ"ל הר"ן בתשובה הביאו ב"י סי' י"ז אך היכא דאומר קברתיו נראה מדברי הר"ן גופא שהיה סומך להתיר ע"ד הרי"ף והרמב"ם ודלא כהר"ח והכי הוא סוגיא דעלמא בע"א במלחמה להתיר בקברתיו ומכל שכן לענין דבר דבלא"ה איכא כ"מ שאינו כמלחמה ואם יש לסמוך על האגרת שחתומים עליו כמה אנשים וכתוב בתוכו כלשון זה אונ דער קברין וואס האט איהם מקבר גיוועזען האט איהם אלס זייעהר גוט געקאנט והקברן בעצמו חתום על האגרת.

אך באגרת הלז לא נזכר רק שמו ושם עירו ולא שם אביו ואם כן צריך חיפוש בק"ק טשערווניץ אם לא יצא משם לפני ערך ד' שנים איש ששמו מאיר והחיפוש מהני בזה אע"ג דהב"ש בא"ע סי' ק' הביא בשם הח"מ דלא מהני חיפוש מאחר שלא נודע זמן יציאת כו' מ"מ בסעיף ד"ד הביא שם בכה"ג דמהני וכבר עמד בזה מהריב"ל והביאו בקט"ע שם סעיף ע"ט להכריע בפסק השני של מהר"ם דמהני חיפוש ואני כתבתי בתשובה אף שלענ"ד לא סתרי דברי הרא"ם דאם העיד יהודי סתם יש לחוש שמא יצא א' זה זמן רב ונשכח זכרו מבני העיר אבל במעיד יהודי פלוני אף שאין נזכר שם אביו מהני דעל ידי הזכרת שמו מתעורר כח הזכרון של בני העיר ונותנים לב לדעת אם יצא איש ששמו כך ואפילו מזמן מרובה ובהכי מיירי הרא"ם בפסק הנ"ל וא"כ בנ"ד ודאי דמהני החיפוש אך לענ"ד יש מקום להקל בזה אף בלא חיפוש מחמת האגרת השני שכתב מו' יחזקאל לאמו ושם נזכר שמו ושם אביו ושם עירו ועוד סימנין מובהקין שאין לספק בהם כלל שהדברים סובבין על בעל האשה עלובה זו ואע"ג דבאגרת הלז לא נזכר הקבורה רק סתם ער איז נפטר געווארין מ"מ כיון שאותו האיש עצמו מו' יחזקאל חתם גם כן על האגרת הנ"ל שחתמו עליו כמה אנשים ואין ספק שכונתו על אותו האיש המבואר באגרת שגם קבורה היתה לו וכן הזכיר מהו' יחזקאל הנ"ל בהאגרת אחת שכתב איך האב שוין געשריבען איין בריבל מיט חתימות ובודאי שרומז על האגרת עם חתימת הנ"ל וגם כי באגרתו שהזכיר שמו ושם אביו ושם עירו כ' שנפטר בעשרה בטבת וע"כ גם כן באגרת הנזכר מהקבורה ופשיטא דלא חיישי' למיתה דתרי דאתרמי תרי גברי ששם מאיר מק"ק טשערוועניץ ושניהם נשכלו ביום אחד ואין ספק דאחד גברא קאי שהוא בעל האשה וכיון דאמרו קברתיו מהני וגם כי לפי המבואר מהאגרת שהיא תשובה שהשיבו למהו' אברהם מפק"ק שכתב לשם לשאול על ענינו של מהו' מאיר מטשערוועניץ וע"ז השיבו לו משם ובודאי שעל האיש מאיר מטשערוועניץ הידוע ביניהם היתה השאלה והתשובה בזה: ועוד נראה שיש לסמוך על האגרת של מהר"י הנ"ל שנזכר בו ש"א וש"ע אע"פ שלא נזכר בו קברתיו וכמ"ש בשו"ת מ"ב סי' צ"ח דאפילו דמאן דמחמיר בדבר דהוי כמלחמה לענין האשה עצמה מ"מ י"ל דבע"א ד"ה נאמן אפילו אי לא אמר קברתיו ואמנם שם כתב שמדברי הר"ן בתשובה נראה דאין

לחלק אך נראה שהר"ן היה לו נוסחא מוטעת בהרמב"ם כו' ואילו ידע הגרסא האמיתות אפשר שהיה סומך על הרמב"ם לקולא בין באשה עצמה בין בע"א.

ולענ"ד מבואר למעיין בתשובת הר"ן שכתב וכיון דלא איפשיטא בגמרא נקטינן לחומרא בשל תורה שכן דברי הגאונים בכל מקום לפסוק בשני לשונות להחמיר בשל תורה ואפילו היכא דלשון אחרון הוא לקולא וכן פסק הרמב"ם בפרק הנזכר כו' ומ"מ כיון דאסיקנא בגמרא דבאשה עצמה דבר הרי כמלחמה הדבר ברור לפי שיטת הגאונים דע"א בדבר לא מהני עד דאמר קברתיו כו' ע"ש שמבואר מדבריו דסברא דנפשיה הוא להחמיר בשל תורה וקרי ליה מסקנא דגמרא אלא שלחזק הענין הביא גם מדברי הרמב"ם ע"פ הנוסחא שהיה לו בדבריו וכיון שדעת הטור ור"ן ג"כ להחמיר דהוי כמלחמה ממילא י"ל כן גם לענין ע"א דהוי כמלחמה לענין קברתיו וכמ"ש הר"ן בזה וגם ביש"ש יבמות מבואר דעתו כהר"ן בזה ובאמת מ"ש המ"ב דהגרסא אמתית ברמב"ם דגבי דבר נאמנת כ"כ ג"כ מהריב"ל הביאו הכ"מ אבל מ"מ מ"ש הטור ור"ן בפשיטות דאינה נאמנת נראה שהיה גרסתם כהר"ן דאל"כ היו מזכירין דעת הרמב"ם בזה וכמו שבאמת תמה מהריב"ל ומ"ש דזיל בתר טעמא שכתב הרמב"ם כו' אפשר שגם בזה יש נוסחא אחרת ועיין בלח"מ שכתב בסתם שיש שני נוסחאות ברמב"ם ולא הכריע איזה מהם עיקר: ואמנם מ"ש המ"ב עוד שם דמי שמעיד סתם פ' מת בדבר ולא שאלו אותו על הקבורה אפשר דבכה"ג לא מחמירין כו' ומה שלא העיד מפני שלא ידע שצריך להעיד על הקבורה מאחר שלא שאלוהו ע"ז וכל כה"ג יש לסמוך על המקילין כו' ע"ש והך טעמא שייך אף בנ"ד וא"כ סגי באגרת של מהר"י לחוד שנזכר שם אביו ג"כ וא"צ חיפוש ומכ"ש בעיר קטנה ואנשים בה מעט שלכל גלוי מי ומי ההולכים ולא שבים לביתם ואם איתא שיהיה שם עוד מי שעקר משם ולא חזר קלא הוי למלתא ולכן נלענ"ד להקל בזה בלא חיפוש כלל והנה האחרונים מקילין בכתב הנשלח ממרחקים במקום עיגון אף בלי קיום ובנ"ד שנתקיימו שני חתימות ב"א מע"א וגם הוא ע"י קרובין פשיטא דמהני כמ"ש האחרונים דלענין עדות אשה סגי בעד מפ"ע ואפילו קרוב אין צריך עדים כשרים לקיום ואע"פ שיש מי שכתב דמאן דמצריך קיום צריך עדים כשרים דווקא סוגיין דעלמא להקל ומכ"ש בזה שיש כאן ידים מוכיחות שהוא אמת לאמתו שהאגרת נשלחו משם מיד החותמים שם אין לפקפק בזה כלל.

ומ"מ צריך להושיב ב"ד של שלשה להתיר לה כדין אשה הנשאת ע"פ ע"א שצריכה רשות ב"ד ואע"פ שכמה אנשים חתומים שם מ"מ כל עדותם אינו אלא מפני השמועה וגם שלא נגבה עדותן בב"ד רק הם שולחין עדותן בכתב דלא מהני מדאורייתא ומכ"ש לפמ"ש שאפשר שעיקר ההיתר מחמת אגרת של מהר"י לבד כיון שלא נזכר ש"א באגרת האחר שחותמין עליו כמה אנשים ואנו מתירין בלא חיפוש כלל לכן יש לעשות ההיתר ברשות ב"ד ואף שכל הסברות הללו פשוטים ומבוארים לכל מבין עם תלמוד לא נמנעתי מלכותבן למען יצא כנוגה היתר עלובה זו דברי זעירא מן חבריאי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד לח שאלה איש אחד מק"ק יאס ושמו שבתי בר שמואל אמר לאשתו שילך לכפר סמוך לעיר לקנות שם שמושיין והלך ביום ד"ד אייר תקס"ב ואמר לאשתו שבדעתו לחזור לביתו על שבת והגידה אשתו שלקח עמו מעות מזומן ערך ארבעה אדומים ושק שבו הניח כיס של טלית ותפילין ולחם והיה לבוש קאפטין קיטיל

תפור וואלחיש ומכנסיים של פשתן תפורים וואלחיש והלך ולא חזר ואחר חג שבועות תקס"ב נמצא הרוג אחד על הדרך שהולכים מעיר לכפרים הסמוכים והיה סמוך להעיר וכשהודיעו הדבר לק"ק יאס נסעו הקברנים לשם ומצאו הראש לעצמו והגוף לעצמו וגם כבר נאכל בשרו והעיד אחד שמצא הגוף לבוש במכנסים והיה מונח בתוכם קוויטל אני שבתי בר שמואל האב מיך פאר דינגן אצל אדון אחד ועוד העידו שני אנשים שנמצא אצלם כתב פטור מר' מרדכי ור' דוב במוהר"ר אריה שנתנו לה"ה ר' שבתי בר' שמואל פטורין על טענות ותביעות שביניהם ועל הקיום חתימות האב"ד דק"ק טערק' פערמאס ועוד כמה דברים אשר נתבארו בג"ע שביד האשה והאי אתתא אתיא הנה נקיטא שטרא בידה כתבי הגב"ע וכתב מליצה לתלות ולחנן לחכמי הדור לעיין משריותא דידה וגם אשר פתח בהצלה תחלה כבוד הרב המאה"ג החסיד המפורסים מוהר"ר חיים נ"י האב"ד דק"ק טשערנוויץ ורום ידיו נשא לכבוד מחותני הרב הגאון המפורסם מוהר"ר צבי הירש נ"י האב"ד דק"ק בוטשאטיש וכפי מליצת מחותני הרב המופלג החכם השלם מוהר"ר אבוש נ"י מק"ק הנ"ל אלי אותי קרא להיות נטפל לדבר מצוה זו מראה פניו כי הגאון הנ"ל כעת חשך עצמו מן הדין עד היותה פ"ק.

והאשה שומרת על פתח ביתי יום יום מפלת תחינתה לעיין בדינה אולי יש תקוה להוציאה ממסגר איסורה וזה שמונה שנים עני' זו לשוא שמרה צעקה ואין מושיע לה וע"י אתערותא דלעילא הרב החסיד מהר"ח הנ"ל הועתקו הכתבים וגם נגבה עדיות בב"ד ונמסר ליד האשה העגונה ותהי זאת נחמתה בעני' כי תלך לדרוש בבתי מדרשות של אנשי שם להוציא לאור משפטה: תשובה אם אמנם עם לבבי אישיחה ואחפש רוחי. להשיב אחור ימיני ואעזבה שיחי. אחרי כי כשל בעוני כחי.

סמכוני באשישות וידי רפות ותשושות אבל כי נכמרו רחמי על האשה הנעצבת. והיא יושבת שוממה וגלמודה עגונה ובדודה.

מבלי מנהל ומחזיק בידה. וחכמי הדור איכא בנייהו.

דטרודי בגרסייהו ולא אדעתייהו. ולמדים ואין משיבים.

ואי נמי לאו מופנה טרוד בפעליו ועסקים מרובים. ואני משתאה לדעת במה נפטרו מרחם על עלובתן של בנות ישראל וטל ילדותן.

יכלו בהבלי ימיהם ושנותן להיות אלמנות חיות כבולות כבונות וצרורות עד יום מותן לא כן אלפן רבותינו הקדושים. מקובלין אנחנו מפי זקנים וישישים.

כל הגדול מחבירו ישקוד על הוראה הזאת ויחליץ חושים. משום תקנות עגונות.

אולי יזכו להבנות. וגם כי הפצרת מחותני הרב המופלג מהר"א הנ"ל ומליצתו אל הכי ערבה.

אל המלאכה לקרבה. ואפתח אנא פתחא לנפשאי וחכמי דיהודאי על פיהם יעשו כתורה. אי חזו בה טעמא להיתרא. ומני ומינייהו תסתיים ואשאול עזר מאלקי השמים לחזק ידי הרפה יורני ויתמוך ימיני ימין אפרים: מתחלה נדון על העדות שהעיד ר' משה בר"ש מק"ק יאס שמצא במכנסים קוויטל אני שבתי בר"ש כו' קשה מאד לסמוך ע"ז אחרי

שלא נזכר שמו ושם אביו ולא שם עירו ואע"ג דבש"ע סי' י"ז סעיף י"ח כתב הרמ"א דעת שלישיית דלא בעינן שיזכיר שם עירו הנה כבר תמה הח"מ שם ס"ק ל"ח כי איך יעלה על הדעת אם יעמוד פ"א ויאמר פב"פ מת ולא הזכיר שם מדינה ועיר שאשה שידועת שבעלה שמו כך תלך ותנשא ולא תחוש אולי יש בעולם ג"כ א' ששמו כך כו' ע"ש אך בח"מ מסיים בה ולא התיר הרא"ש אשת מכלוף בן מלול אלא שאשתו ידעה שיצא אדעתא ללכת לפאס והעיד שנהרג סמוך לפאס לא חיישי' דלמא בעלה אזיל לעלמא ואחר אתא לפאס ונהרג והוי ממש כהוא דיצחק ר"ג כו' ולומר דלמא גם אחר אזיל לאספמי' אע"ג דשכיחי שיירתא לאספמי' מ"מ אין זה ודאי שמו ששמו כשמו הלך ג"כ לאספמיא כו' ע"ש וכ"כ הב"ש שם ס"ק סמ"ך כתב בח"מ דדוקא כשיש רגלים בדבר דזהו הוא כגון שידוע דפלוני הלך לאותו מקום וזה מת סמוך לעיר זו כו' ע"ש וא"כ נראה דבנ"ד נמי כיון שאשתו ידעה שבעלה הלך על דרך זה דהיינו לכפרים הסמוכים לעיר ועל הדרך הזה מוטל ההרוג אשר מוכח מתוך הכתב ששמו שבת' בר' שמואל שהוא שם בעל האשה הזאת ג"כ יש להתיר: אמנם בתשובה אחת הארכתי ותמהתי שם על מ"ש הח"מ שהאשה ידעה מהליכת בעלה לפאס דמבואר למעיין בתשובת הרא"ש דלא מיירי בכה"ג וגם תמהתי שם על מ"ש בב"ה דכיון שהעיד שנהרג קרוב לפאס ולא הוחזק בפאס מכלוף אחר כו' וזה תימא דמבואר בשו"ת הרא"ש דפאס לא היה מקום דירתו של הנהרג רק שקרוב לשם נמצא ההרוג והביאוהו לשם והעד הכירו ושם הארכתי בביאור דברי הרא"ש וכתבתי דמיירי שהעד ידע מקום שיצא זה ההרוג לעת הזאת ומ"מ אינו יודע קביעת דירתו והיינו דמייתי מתרי יצחק והרמב"ן והרשב"א פירשו הך עובדא דתרי יצחק ג"כ על דרך זה אלא דאינהו יהבו טעמא למלתייהו משום כאן נמצא והרא"ש לא נחית להך סברא ושם הבאתי דברי הב"י בתשובתו וגם בשו"ת מהר"ח אלשקר סי' ס"ז שכתב וכ"ש דאפי' הרא"ש עצמו לא שרי אלא בידוע שהיה שם באותה העיר בעלה של זו מכלוף בן מלול כו' וכתבתי שם דמשמע מדבריו דמפרש מ"ש הרא"ש כיון שידוע שהיה שם בעלה של אשה זו למכלוף בן מלול כו' דר"ל שם בקמץ וקאי על העיר וליתא דפירשו כיון שהיה שם בעלה כו' בצירי וכן מבואר בלשון רבינו ירוחם שכתב כיון שהיה שם בעלה כך כו' ע"ש: אך בתשובת ב"י מדייק ממ"ש בלשון הרא"ש מכלוף בן מלול בעיר כו' משמע שבעלה זו היה ידוע שהיה שם וגם זה אין מוכרח ושם הבאתי לשון הגאון מוהר"ר יושע בעהמ"ח מג"ש ושו"ת פ"י בתשובה כת"י שהאריך בזה ודעתו ג"כ אם נפרש דהרא"ש מיירי שלא הזכיר שם עירו כלל מיירי שאנו יודעין או שהעדים מעידים שהלך מכלוף מעירו לפאס ובאו עדים שנהרג א' סמוך לפאס דבכה"ג ס"ל להתיר כיון שאנו יודעים שיצא לאותו הדרך ועוד כתב בתשובה שם ראיה מקולר שנראה מזה דאם עד מעיד שראובן הלך בדרך זה ובא אחד והעיד שראובן שהלך בדרך זה מת מתירין את אשתו ואע"ג דראובן שכיחי טובא מ"מ כיון שידעינן שראובן הלך בדרך הזה תלינן ביה דלא גרע מקולר כו' והאריך עוד הגאון ז"ל ולדבריו ז"ל יש כאן מקום היתר פשוט כיון שמחמת הקוויטל נודע לנו בשם ההרוג הלז שבת' בר' שמואל וכאלו הועד כן לפנינו והרי נודע לנו ששבת' בר' שמואל בעלה של אשה זו הלך בדרך הזה וא"כ אף דשכיחי שבת' בר"ש טובא ושכיחי שיירתא אתתא שריא כיון שידוע שהוא הלך בדרך הזה תלינן ביה: אך באמת דברי הגאון ז"ל

הם צ"ע לענ"ד וגם כי הגאון מוה' אברהם בן הגאון בעל משאת בנימין האריך שם בתשו' כת"י לחלוק עליו וא"כ קשה לסמוך על זה ולכאורה היה אפשר לומר כיון שהדבר ידוע שסביבות העיר שכיחי לסטים ורוב ההולכים שם אינם הולכים יחידים כ"א מתלויים בשיירא וא"כ לא שכיח דאינש מרובא דעלמא יהיה נרצח על הדרך הזה רק מבני העיר שכיח שיצאו לפעמים ביחידות אל הכפרים שסביבותיהם וכיון שלא שמענו שבתו בר"ש אחר שנאבד מעיר הזאת כ"א זה יש להתיר דהא לא הוחזקו ואפילו חיפוש א"צ דזה הוי כמעידין על שמו ושם אביו ושם עירו דבכה"ג א"צ חיפוש כלל כמ"ש סעיף שס"ז וסעיף שע"ד וע"ש בשו"ת מהרי"ט דמייתי ראייה מדברי רבינו ישעיה מטראני והוא השיג בשם ריא"ז שסביב האלפסי ולענ"ד יש לדחות דריא"ז לשיטתיה דאף בגט בחדא לטיבותא מהדרינן משא"כ לדידן דנקטינן לחלק בין גט למיתה ורק משום עיגון מקילינן א"כ י"ל כיון דאיכא לברורי ע"י חיפוש באותה העיר יש לברר וצ"ע ובמקום אחר הארכתי בזה וגם בלא"ה בשביל שאנו מדמין לומר דמסתמא אין הולך יחידי כ"א מעיר הזאת לא נעשה מעשה דאף שאנשי מדינתנו הם רכי הלבב ואין יוצאין בשיירא מ"מ בני מדינות וואלחין הם רגילין לצאת ולבוא בלי מורך לב וא"כ שפיר הוי שיירות מצויות מכל המדינה ואף שנהרג סמוך לעיר הזאת מ"מ לית לן למיזל בתר קורבא כ"א אם אין שיירות מצויות במקום זה דליכא רובא דעלמא ואף שידוע לנו שם הנהרג ושם אביו מ"מ מחשב רובא דעלמא וכמ"ש הרשב"א בגיטין דמיקרי נפילה דרבים שהרבה מביאין גיטין מיוב"ש וכן כאן לא אזלינן בתר קורבה כיון דאיכא רובא וגם י"ל דקורבה לא מהני במקום חזקת א"א דהא אפילו ברובא מחמירינן כגון מים שאל"ס וכמ"ש התוספות אע"ג דרובן אין נמלטינן וא"כ מכ"ש קורבה והארכתי בכל זה במקום אחר וגם במ"ש בשם המבי"ט היכא שא' הלך בדרך ונמצא הרוג בדרך הזה יצאה מידי איסור דאורי"י ובשב יעקב עשה סמוכות לזה מפלוגתא דרבי ורשב"ג בקבר שאבד כבר האריכו בתשובת האחרונים וגם אני הארכתי בזה בכמה תשובות ועכ"פ אין לנו היתר ברור מחמת זה וגם כי האשה שאמרה שאמר לה שילך לכפר הסמוך לקנות שמושין לא ביחנה דברי' אם פירש שם הכפר ושאלתי את פיה ואמרה שאמר סתם לפי שידע בה שאינה בקיאה ויודעת בהם שאין מקום מולדתה רק מקרוב הובילוה רגליה לגור שמה מעת שנשאת לו וא"כ מאן מפיס אנה היה פניו מועדת לילך לאיזה כפר הסמוך אם למזרח העיר או למערבה וא"כ אין לסייע מזה שנמצא על הדרך הזה שהוא בעל האשה הזאת כלל: אמנם על פי הגב"ע השני שנמצא אצלו כתב פטור מטענות ותביעות שפיר יש למצוא היתר ברור שגם בכתב זה לא נזכר כ"א שמו ושם אביו וטובא שבתו בר"ש איכא בעלמא מ"מ דבר זה יוכל להתברר שם בק"ק יאס בנקל על ידי האנשים שנתנו הפטור ליד האיש הנ"ל ועל ידי הרב המקיים שזה האיש שבתו בר"ש המוזכר בכתב ההוא היה מק"ק יאס בעל האשה הזאת אבל עדיין יש לפקפק דלפי מה דפסק בש"ע דחיישי' לשאלה א"כ אין כאן ידיעה בתחלה על שמו כלל דהא יש לחוש שמא זה שבתו בר שמואל השאיל מכנסים שלו לאחר והניח בתוכו הקוויטיל והפטו' והשואל הלז הוא שנהרג והמשאיל בעל האשה הזאת אזיל לעלמא ולכאורה י"ל דאע"ג דעל הקוויטיל שייך חששא זו שהוא דבר שאין מקפיד עליו ליטלו טרם ימסור הבגד לאחר כתב פטור מטענות ותביעות ודאי מקפיד עליו ואם איתא שהשאיל בגדיו לאחר

היה נוטל הכתב הלז משום דודאי קפדי אינשי על זה: אך שעדיין צ"ע דאף על גב דאין לחוש שימסור כתב כזה לאחר בדרך שאלה מ"מ יש לחוש לפקדון דע"כ לא אמר' ביבמות דלא חיישי' לפקדון אלא גבי שטרי דחבי בר נאנא דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' משא"כ כאן שפיר יש לחוש לפקדון ועוד נראה דאכתי לא פלטינן מחשש שאלה שמא השאיל בגדיו לאחר ושכח ליקח הקוויטיל והפטור משם ואף דקפיד עליו מ"מ חיישי' לשכחה וראיה לזה ממ"ש רש"י ביבמות מצאו קשור בכיס כו' היכא מהדרינן ליחוש אע"פ שהוא מכיר את הכיס יש לחוש שמא השאילו לאחר וקשר בו גט זה והחזירו לזה ושכח בו את הגט וע"ש ודבר ברור הוא שמי שמתמנה שליח על גט שהוא מקפיד עליו שלא יצא מתחת ידו ומזהר זהיר ביה ואפ"ה חיישי' שמא שכחו בתוך הכיס או הארנקי ומכ"ש בזה דיש לחוש שהשאיל בגדו ושכח ליטול מתוכו את הכתב פטור הלז: אמנם באמת צ"ע לפי זה על הפוסקים שכתבו גבי עגונה להתיר אם מצא כיס וארנקי וכיוצא בזה כלים שאין צריך להשאילם ומשמע דאף אם נמצאו בכנף בגדיו שהיה לבוש בהם וכ"כ הב"ש בהדיא בסוף סעיף קטן ס"ט וז"ל וכל זה איירי כשנמצא בבגדיו אשר לבוש ארנקי כו' וכל גדולי האחרונים בתשובותיהם הרבה פעמים תמכו יסוד ההיתר מחמת שנמצא בבית היד של המת חפצים או כתבים שאין דרך להשאילם וצ"ע מ"ש בגט דחיישי' לכה"ג שהשאיל הכיס ושכח הגט בתוכו ואפשר לומר דהפוסקים סוברים דגם בגט אין לחוש בכה"ג שהשאיל לשליח שהיה לו גם כן גט מיוב"ש אחר דבכה"ג ודאי אמרי' דשליח מזהר זהיר ביה שלא יאבד שכרו וגם דחזקה שליח עושה שליחותו ואינו פושע בדבר שנמסר ליזו כדרך השומרים אך החשש היא שמא שאל הכיס לאיש ששמו גם כן יוב"ש שהכין גט לעצמו לתת לאשתו ובזה שפיר יש לחוש שמא כתוב היה ונמלך שלא ליתנו ושוב לא קפיד עליו וכה"ג פי' רש"י בריש גיטין גבי חששא דלשמה ורבנן הוא דאצריך משום דלמא אשכח כתוב ועומד דהיינו שהבעל נמלך שלא ליתנו וזרקו לאשפה כמות שהוא ומצאו זה וכיון שאינו מקפיד עליו ודאי יש לחוש לשמא שכחו בתוך הכיס וארנקי אבל היכא שהוא צריך לאותו דבר ומקפיד עליו לא חיישי' לשכחה כלל ובאמת רש"י בבא מציעא פי' וניחוש לשאלה שמא השאיל הכיס והאחר קשר בו הגט ע"ש ומשמע דר"ל שמא מן השואל נפל הכיס עם הגט ולא מן השליח הזה שנותן סימן בכיס ולפ"ז אין מכאן ראיה לומר שישכח בתוך הכלי שמחזיר לחבירו בדרך חזרת שאלה איזה דבר שהוא מקפיד לשומרו אך רש"י ביבמות כתב להדיא כמש"ל דחיישי' שזה החזיר הכלי ושכח הגט בתוכו ואף שאפשר לפרש גם כוונת רש"י בבא מציעא שר"ל שאחר קשר הגט והחזירו לזה ושכח מ"מ פשיטות לשונו לא משמע כן וכן מבואר מדברי הפ"י בבא מציעא שדברי רש"י הם כפשטן שכתב שם וז"ל וכ"ש דקשה טפי על פי' רש"י ביבמות שהוסיף בענין חששא זו שמא שכח הלה הגט בתוכו כו' עיין שם: ולפ"ז דברי רש"י נראים וגם קשה על רש"י ביבמות דל"ל להוסיף חששא זו ת"ל שיש לחוש שמא מן השואל נפל וראיתי בספר מחנה לוי שחיבר כבוד מחותני הגאון המפורסם מוהר"ר צבי הלוי הורוויץ האב"ד דק"ק פ"פ דמיין שכתב בחידושי ב"מ ליישב דברי סתירת רש"י עי' שם שהאריך ודבריו נכוחים על דרך הפלפול אך לדבריו צ"ל דרש"י מפרש דמיירי שמצאו אחר ולענ"ד מבואר למעיי' לדברי רש"י ביבמות ובבא מציעא שא"א לפרש כן כי אם על צד הדוחק

ופשיטות לשונו מורה דמפרש שהשליח שאבד מצאו והשליח מכירו על ידי סימנים ושואל בד"ד ומכשירין לו ליתן הגט על פי סימנים שיש לו ומזה מוכיח הש"ס דסימנים דאורייתא וע"ד זה נמי מקשה וניחוש לשאלה דלא ניחא ליה לאוקמי באומר ברי שלא השאלתי לשום אדם ואם כן השליח יחוש לעצמו שמא השאיל הכיס לאחר והאחר קשר בו גט זה כיון שהוא אינו יודע אם אבד הגט בהיותו קשר בכיס זה ובישוב סתירת רש"י לענ"ד דרך אחרת דלכאורה קשה מאי מוכיח דסימנים דאורייתא דהא אפילו תימא דרבנן שפיר מחזירין דכיון שאותו שאבדו מצאו א"כ אם ניחוש שמא מאחר נפל הו"ל נפילה דיחיד שזה שאבד היה בידו גט של יוב"ש וכמו דאמרי' בבבא בתרא גבי שני יוסףבן שמעון מוציאין שטר חוב על אחרים דלא חיישי' שאבד מי ששמו יוב"ש ומצאו ששמו כך מהאי טעמא דהו"ל נפילה דיחיד ומה לי אם שמו יוב"ש או שהיה בידו גט של יוב"ש מ"מ נפילה דיחיד הוא אך הרשב"א בגיטין כתב דשיירות מצויות הוה נפילה דרבים שמביאין הרבה גיטין של יוב"ש ע"י שם.

אך אכתי קשה דביבמות אליבא דרבא קיימינן ורבא ס"ל בב"ב דאפילו לנפילה דרבים לא חיישי' אך י"ל דטעמא דרבא דאזיל לשיטתיה דמסיק סימנים דאורייתא אף שאינם מובהקים והיינו משום דלא חיישי' דלמא אתרמי ולכך ס"ל דאף לנפילה דרבים לית לן למיחש דאף דמזהר זהיר בי' דלמא אתרמי דנפל ולפ"ז שפיר מוכח ממה שמחזירין הגט דסד"א דאי דרבנן מה בכך דהוי נפילה דרבים אך כ"ז לענין הוכחה דסד"א משא"כ בהא דפריך וניחוש לשאלה שפיר קשה דכיון דהשתא קיימי' דסד"א אם כן לרבא לא חיישי' לנפילה דרבים ואין לנו לחוש שמא שאל הכיס והשואל קשר בו גט ואבדו השואל ומצא המשאיל שאבד גם כן גט של יוב"ש דאפי' תימא דחשיב נפילה דרבים כיון שהרבה שיירות מביאין גיטין מ"מ הא רבא אפילו לנפילה דרבים לא חייש ולכך הוצרך רש"י לפרש דהחשש הוא שהחזירו לו ושכח הגט בתוכו ועתה הוא מוצא הכיס שלו עם הגט של אחר ואין כאן נפילה דיחיד או דרבים כלל משא"כ בבבא מציעא מפרש רש"י בפשיטות דניחוש שמא אחר שאל אותו וקשר בו הגט ואבדו ומצאו וכיון דלגוף השאלה עצמה חיישי' שמא השאיל לזה בכוונה ממילא דלענין הנפילה הו"ל נפילה דרבים כיון שהרבה מביאין גיטין של יוב"ש וא"ש הקושי' אליבא דאביי דחייש לנפילה דרבים כך י"ל לכאורה אך עדיין צ"ע דס"ל דלא שייך כאן נפילה דיחיד או דרבים דדוקא היכא דלא ידעי' דנפל כלל לא חיישי' בכה"ג לנפילה אבל כאן שהגט שנמצא קשר בכיס ע"כ שנפל ואין מבורר אם ממנו נפל או מאחר ואף על פי שהוא יודע בודאי שאבד והאחר אין אנו יודעין אם אבד מ"מ אין מחזירין כיון שהרבה מביאין גיטין של יוב"ש שמא אחד מהם אבדו כיון שע"כ שנאבד מאיש אחד ויש לפלפל בזה ולפי שאנו צריכים לשורש הדין קצרתיו ודאתאן עלה דמוכח מרש"י דחיישינן לשאלה אף בכה"ג שמקפיד עליו שלא להוציא מתחת ידו ר"ל שהיה בתוך כיסו ושכחו ומ"ש דאין החשש על השליח כי אם על הבעל ולכאורה צ"ע לפי מ"ש הח"צ דלשאלה דיחיד נמי לא חיישי' וא"כ הא נמי שאלה דיחיד הוא וא"ל כמ"ש דהרבה יוב"ש יש ז"א דודאי אין חשש שאלה כ"א לאנשים שמכירים זה את זה ופשיט שאין סברא שזה היה לו היכרות עם אנשים ששם יוב"ש הרבה ובשלמא אם נימא דהחשש היא שהשליח השאיל הכיס שפיר לפי שהיה מכירו אנשים הרבה ואיכא טובא המביאין גיטין של יוב"ש וחיישי' לשאלה משא"כ

לחוש לשאלת הבעל עצמו ששמו יוב"ש שהיה רוצה ליתן גט לאשתו ונמלך והשאל הכיס והניח זה גט בתוכו ושכחו צ"ע דזה ודאי שאלה דיחיד הוא אך בתשו' ח"צ שם הרגיש בזה דקשה על הך סברא דלא חיישי' לשאלה דיחיד מהך סברא דפריך ממצאו קשור וכתב ליישב על פי דברי הרא"ש דמחלק בין גט למיתה ובתשובה אחרת הארכתי בדברי הח"צ בזה ואיך שיהיה עכ"פ מדברי הפוסקים התופסים בפשיטות דאם נמצא בבגדיו אותן דברים דלא חיישינן לשאלה מתירין על ידם ולא חיישי' לשאלה ולשכחה שהשואל שכח דבר זה בתוך בגדיו מבואר דגם בנ"ד יש להתיר ודברי רש"י צריך ליישב ע"ד שכתבתי או שהם סומכין על פי' רש"י בב"מ ולפי זה דבריו שם אין הכרח לומר דחיישי' לשכחה כלל וגם אפשר לומר דבשליח שפיר חיישי' דלא קפיד כולי האי בשביל איבוד שכר שליחותו משא"כ בדבר שיש לו צורך בו ואפשר שיבא לידי פסידא אם יאבדנו מזהר זהיר ביה טפי ולא חיישי' לשכחה וצ"ע: ויש לצדד בזה על פי מ"ש בתשובה אחת להסכים עם דברי כבוד מחותני הגאון מופת הדור אב"ד דפה ק"ק בעסק עגונה אחת מפק"ק וכתב הגאון אב"ד נ"י מצד הסברא דבמכנסיים לא חיישי' לשאלה והביא ראיה ממ"ש בשבות יעקב חלק ב' דבמנעלים לא מושלי אינשי על הדרך שמתקלקלים מאד וכמ"ש בח"מ סי' פ"ב כלים שמקפידין עליהם להשאילן מפני חשיבותן או מפני שמתקלקלים כו' עי' שם ואם כן בנ"ד דעכ"פ המכנסים היה של בעל האשה הזאת ונצטרך לומר שהשאל המכנסים לאחר ולהא לא חיישי' ובפרט בנ"ד שהאשה מעידה שלא לקח עמו שום מכנסים אחרים ולא היה לו רק אלו שהיה לבוש בהם בלבד וגם כי במדינות וואלעחייא שהולכים במכנסים ארוכים מאד והוא מכסה רוב הגוף וכמעט הוא עיקר הלבוש אצלם וקשה להם ללכת בלעדם שחשש רחוק הוא לחוש לשאלה ואף שהב"ש הביא בשם הב"י דאי סימנים דרבנן חיישי' אף בכלים דלא מושלי כבר חלקו האחרונים על זה והסכימו להתיר וגם אני הארכתי בזה בתשובה והבאתי דברי השיטה מקובצת ב"מ בשם הרשב"א להתיר ואף דמדברי הרא"ש בתשובה מבואר שהכירו הבתי שוקיים וכתב דחיישי' לשאלה י"ל דבתי שוקיים לחוד ומכנסים לחוד שהוא בגד גדול ובפרט במכנסים של מדינות וואלעחייא שהיה מלביש בהו רוב גופו עד עקבו מסתבר דלא חיישי' לשאלה ועי' בשו"ת זכרון יוסף חלק אה"ע שהביא מש"ס דמעילה דלבושה עילאה ותתאה מפגמי לאלתר וכתב שם אות יו"ד דלפי שם רש"י טעמא דלבושא תתאה דעל ידי זיעה נפגם מיד וכ"ש פוזמקאות דאיכא זיעת הרגל וזוהמא כו' עי' שם ואם כן נראה דה"ה במכנסים כאלו ואף שבזכרון יוסף שם כתב וכי בשביל שאנו מדמין כו' מ"מ יש לעשות סניף להיתר ועוד י"ל עפ"ז מ"ש בספר עצי ארזים די"ל דע"כ לא החמירו קצת פוסקים ראשונים לחוש לשאלה אלא היכא דליכא רק ע"א דטעם ההיתר משום מלתא דעבידא לגלויי ובנקל יכול להשתמט כשיבא הבעל שיאמר דאפשר שהשאל בגדיו לאחר וכה"ג לא שייך כ"כ מלתא דעבידא לגלויי כדמשמע בבכורות אבל היכא דאיכא שני עדים כשרים דלא חשדי' להו דמשקרי שפיר סמכין אסימנים דכלים דפשטא דסוגיא משמע דלמסקנא לא חיישי' לשאלה וא"כ בנ"ד הא איכא שני עדים כשרים שנמצא אצלו כתב פטור הלז אם כן י"ל דלא חיישי' לשאלה ואף דמדברי הפוסקים לא משמע לחלק בין ע"א לשנ' עדים מ"מ חזי לאיצטרופי הך סברא נמי להיתרא וכיון שבלא"ה דעת הגאון מהר"ל מפראג והגאון מ' יושע ז"ל בעהמ"ח מג"ש

וכן משמע דעת הגאון בעל תוי"ט ז"ל וכן נראה דעת הש"ך בח"מ סי' ס"ה שלא לחוש לשאלה כלל וכן הוא קצת דעת הראשונים כמ"ש הר"ן בשם יש מי שאומר וכ"כ בשו"ת מהרי"ט בשם הריטב"א ז"ל (ומה שכתב הב"ש בשם הב"י בשם הריטב"א ז"ל היא ט"ס כמו שכתב במקום אחר) וכן מדברי הרא"ש בבבא מציעא נראה דלא ברירין ליה אי חיישי' לשאלה מדאורייתא שהרי כתב ואפילו אי חיישי' לשאלה מדאורייתא מ"מ יכולין לתקן לענין ממון דלא ניהוש כו' אלמא דלא ברירין ליה אי הוי מדאורייתא ובאמת צ"ע דלפי זה מאי פריך חמור בסימנים אוכף היכא מהדרינן ומאי ק"ל הא מדאורייתא לא חיישי' לשאלה ואי אמנהג' פריך היכא מהדרינן שהיה לנו לחוש דרבנן ג"כ אין ק"ל כמו במצא בתפיסה כו' ומהא גופא מייתי הרא"ש בתירוץ הב' דלא חיישי' לשאלה בממון אף מדרבנן ולא פריך רק מחמור בסימנים אוכף ברייתא הוא ר"ל דיליף הכי מקרא ומוכח דהוא מדאורייתא ובפ"י נדחק בזה): ונראה דהרא"ש בסברתו הראשונה ס"ל דקושית הש"ס כיון דעכ"פ איכא סברא דחיישינן לשאלה (א"כ סברא דחיישי' לשאלה) א"כ מנ"ל להחזיר חמור בסימנים אוכף מיתורא דחמור ולא מוקמינן ליה דאמר סימנים בחמור גופא אלא שאינם מובהקים ואפ"ה מהני מדאורייתא ואי משום דמסתבר לך שאין לסמוך על סימנים שאינם מובהקים מדאורייתא רק תקנת חכמים היא להחזיר בסימנים א"כ מאי חזית לאוקמי קרא לאשמועינן דלא חיישינן לשאלה היפך הסברא וסימנים דרבנן איפוך אנא דלמא חיישינן לשאלה שהיא מסתבר דהא קמן שחששו חכמים לזה וקרא אשמועינן דאף בסימנים שאינם מובהקים מחזירין דסימנים דאורייתא ויש ליישב בזה כמה קו' ועוד יש ליישב בכמה גווני וקצרתי ועיין בשאלות ותשובות ב"ח החדשות שגם הט"ז נראה שנוטה להקל וכתב ששמע מפי חותנו הב"ח ז"ל שע"י איזה צירוף יש להתיר והסכים עמו התוי"ט ע"ש וא"כ במקום עיגון כזה נראה דבצירוף הנך סברות דלעיל שאנו צריכים שני חששים חשש שאלה דמכנסים וחשש שכחה ששכח בתוכו הכתב פטור שנראה שהוא מקפיד עליו וכולי האי אין לחוש וכיוצא בזה כתבו הפוסקים דשני סימנים אמצעים חשיבי סי' מובהק וה"נ כה"ג ועדיף מיניה ועיין בשו"ת מהר"י הלוי אחיו של הט"ז סי' ט"ו שכתב ג"כ דכיון דהר"ן והנ"י והג"מ כתבו דלא חיישינן לשאלה כו' הכי נקטינן להלכה אבל לא למעשה מאחר דחשש שאלה נזכר בקצת אחרונים ומ"מ אם יש עוד צד אחר להקל נוכל לצרף האי טעמא דילן ולהתיר בפשיטות ע"ש.

ועדיין אנו צריכין לברר בשריותא דהאי אתתא דנהי דנימא שאין לחוש לשאלה בכה"ג מ"מ אכתי אית לן למיחש לפקדון דשמא כתב פטור הלז ועוד כתבים שביד האשה וכפי מאמרה נמצאו אצל ההרוג כפי דברי העדים אותם הכתבים הפקיד בעלה אצל אחר ואותו האחר נהרג במקום זה ובעלה של אשה זו אזיל לעלמא וראיתי בפנים מאירות ח"ב סי' ל"ב שמתחלה צידד ג"כ לומר שנסמוך להקל דל"ח לשאלה ושוב כתב דכיון שדעת הב"י והב"ח ומבואר בפסקי מהרא"י דחיישינן מי יקל נגדם ושוב כתב להקל ע"י ט"ע דגופו ובגדיו ועוד יש ראייה ברורה להתיר דהעידו שראו כתבים אצל ההרוג שראו אצלו בחייו א"כ מצינן למימר אף למ"ד חיישינן לשאלה מ"מ הכא מודה דכתבי' אלו אין דרכם להשאל וגם ל"ח דלמא הפקיד ביד אחר ותדע דמשני כיס וארנקי לא מושלי אינשי משום דמנחשי ואמאי ניהוש שמא הפקידן אלא ע"כ דל"ח לפקדון דאין דרך אדם

להפקיד כ"כ כמו להשאיל וכן מוכח בפרק המקבל גבי סכינ' דאשכפתא לא מושלי אלמא דגם לפקדון ל"ח כו' וכתבים אלו שהיו שטרי חשבונותיו וגם שטר קיבוץ שלו אין דרכו להשאילן וכ"ש להפקידן כו' ע"ש: ואני תמה עליו דאיך כתב כן בפשיטות שהרי ש"ס ערוך ביבמות דף קט"ו אמר רבא מנא אמינא לה דהני תרי שטרי דנפקי במחוזא וכתב בהו חבי בר נאנאי כו' ואביי למאי ניחוש לה אי לנפילה מזהר זהיר בי' אי לפקדון דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' כו' מבואר דאי לא האי טעמא שפיר חיישינן לפקדון ואדרבא מוכח דטפי חיישינן לפקדון מלנפילה דהא לנפילה לא חייש אביי אע"ג דלנפילה דרבים חייש מ"מ הכא הו"ל נפילה דיחיד וכמ"ש התוס' שם ואפ"ה הוי חייש לפקדון אע"ג דהוי פקדון דיחיד אי לאו משום דסברא דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' (ולכאורה מוכח מזה דלא כמ"ש הח"צ) דלשאלה דיחיד ל"ח כמו דלא חיישינן לנפילה דיחיד דהא חזינן בפקדון דחיישינן אף בדיחיד דוקא בנפילה שהנפילה מצד עצמה נמי לא שכיחא רק בנפילה דרבים אפ"ה חיישי' ובדיחיד לא חיישינן משא"כ בשאלה אם נימא דחיישינן לשאלה הוי כמו פקדון דחיישינן אף בדיחיד ובמקום אחר כתבתי ליישב מה דקשה עליו מלישנא דלנפילה מזהר זהיר ביה וע"פ מ"ש שם יש ליישב גם מפקדון (ולפי מ"ש לקמן יש ליישב ג"כ) (ובאמת דלכאורה צ"ע על הך סברא דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גביה שהרי שכיח טובא שאדם מפקיד אצל חברו חפיצים אף שלא בעדים ואפילו בעדים נמי סומך על נאמנותו ועיין בגיטין דף ס"ד בעל אומר לפקדון כו' ואפשר לומר כיון דאין חשש פקדון כ"א ע"י שנאמר שזה מוחזק אצלו וידוע לו שלא ישקר באמנותו ממילא לית לן למיחש שמא בשעה שהפקיד כשר היה ועכשיו רוצה לכפור בו או שהיה מוטעה בזה שהחזיקו לנאמן להא לא חיישינן וכיון שזה אומר שלו הוא מהימנינן ליה והלכך שפיר קאמר דכיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' וכיון שזה אומר לפנינו ששלו הוא לא חיישי' שמא טעה בו והחזיקו לנאמן וכופר בו ומ"ש הפמ"א מהא דמשני כיס וארנקי וטבעת מנחשי אפשר דגם בפקדון שייך האי טעמא ומ"ש מסכינא דאשכפתא כבר הקשו התוס' ביבמות שם ד"ה אותיות ניקנין במסירה דלמה ניחוש הכא טפי מכל דברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר דאמרינן שהם שלו וחבירו לא נתן לו כלום וכתבו דשוב פר"י דודאי הקלוף יכול לעכב שלא יפסיד חזקתו אע"פ שדרכו להפקיד גביה אבל החוב לא יכול להוציא כל זמן שנוכל להסתפק שמא מפקיד גביה כו' משמע דדוקא מן המוחזק אין מוציאין בטענת פקדון אבל היכא דלא שייך חזקה זו חוששין לפקדון ומכ"ש להעמיד בחזקת א"א שיש לחוש ולפי תירוץ קמא שבתו' דכאן יש הוכחה לחוש מדאין לו שטר ובשמי' כשמי' מדאין לו סי' כו' ע"ש א"כ י"ל דבעלמא דליכא הוכחה זו אין לחוש לפקדון אך עדיין י"ל דהתם מטעם חזקה מה שביד אדם כו' משא"כ כאן דאיכא נגדה חזקת א"א וכיוצא בזה כתב בת"ש לענין חשש שאלה ומ"מ עכ"פ מוכח מזה דחיישינן לפקדון היכא דלא שייך הך סברא דשמי' כשמי' כו' ועיין בתוס' שם משמע מדבריהם דמיירי אף שדרכו להפקיד גבי' אך י"ל לפי מ"ש התוס' שם דרבא בב"ב פליג על אביי בהא וס"ל דל"ח לנפילה ולפקדון דהא ס"ל דא"צ להביא ראיה על המסירה והא דמייתי ראיה דל"ח לתרי יצחק והיינו דלא חיישי' דלמא מסר ליה ע"ש וכיון דקי"ל כרבא בהא דא"צ להביא ראיה על המסירה ממילא דהלכתא דל"ח לפקדון אף בלא הך סברא דשמי' כשמי' וכ"כ התוס' והרא"ש בב"ב דף ע"ז אמנם מ"ש

הרא"ש שם וז"ל ורבא חזינן דלא חייש לנפילה ולפקדון אף היכא דלא שמי' כשמי' דהא קאמר א"צ להביא ראיה על המסירה אלא ודאי דסבר אין אותיות נקנות במסירה הלכך מוכח מהני שטרי דלא חיישינן לתרי יצחק דאי חיישינן הו"ל למיחש דלמא מסר האי שטרא ואין נקנות במסירה כו' ולכאורה אין ראיה מזה דקאמר א"צ להביא ראיה על המסירה דס"ל דלאו שמיה כשמיה לא חיישי' לפקדון דאיכא למימר דהא בהא תליא דאחרי שאנו פוסקים הדין שא"צ להביא ראיה על המסירה אזדא ליה חשש פקדון דכמו דלא חיישי' דמפקיד למי ששמי' כשמי' כמו כן לא חיישי' דלמא מפקיד גבי אחר דלאו שמיה כשמי' כיון שאם ירצה יכפור בו ולא יצטרך להביא ראיה על המסירה אבל אי הוי אמרי' דאין נקנות במסירה או שצריך להביא ראיה על המסירה באמת היה מקום לחוש גם לפקדון אי שמיה לאו כשמיה ונראה דכוונת הרא"ש דכיון דעכ"פ חזינן דאין חוששין לפקדון אפילו תימא דטעמא משום דפסקינן דינא שא"צ להביא ולא מפקיד גביה מ"מ עכ"פ ק"ו הדברים היכא דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה ואם כן מנ"ל להוכיח מזה דל"ח לתרי יצחק אלא ע"כ משום דלמא מסור וס"ל דאין נקנות במסירה ולפ"ז חזרנו למה שחששנו דמדברי אביי משמע דחיישי' לפקדון היכא דלאו שמיה כשמיה ואף דרבה ס"ל דא"צ ראיה על המסירה טעמיה כמ"ש דלא מפקיד גביה משום שחושש שיטעון שמסר לו ויפסקו שא"צ ראיה על המסירה הא לא"ה אין חולק בזה על אביי דס"ל דיש לחוש לפקדון היכא דלא שייך טעמא דשמיה כשמיה דפקדון חששא גמורה הוא מצד עצמו: איברא שי"ל דפשטא דמלתא דרבא משמע דל"ח לפקדון כלל דאם יש כאן פקדון למה נפסוק הדין להיפך שלא יצטרך להביא ראיה לאפקועי חששא דפקדון נפסוק דבאמת חוששין לפקדון וצריך להביא ראיה על המסירה אלא ע"כ דרבא ס"ל דמצד הסברא אין חוששין לפקדון כלל ומ"ש התוספות שם ששוב פר"י דהקלף יכול לעכב אבל לענין החוב חוששין דלמא הפקיד גביה כוונתו לומר דמהאי טעמא מוכיח רבא מזה דאין חוששין לתרי יצחק מדלא חיישי' התם לפקדון כיון דהוחזקו א"כ גבי איסור אף שלא הוחזקו ניחוש ליה: ומזה מוכיח דלא חיישינן באיסורא לתרי יצחק כשלא הוחזקו והלכך בממונא אף שהוחזקו אין חוששין לפקדון והיינו משום דפקדון לא שכיח אבל צ"ע שנראה דלרבא לא מידחי חשש פקדון כלל דס"ל שאין לחוש שמא מסר לזה ששמו כשמו בממונא אף דהוחזקו ובאיסורא בלא הוחזקו אבל לענין חשש פקדון עצמו י"ל דשפיר חיישינן ומה דס"ל לרבא דא"צ להביא ראיה על המסירה י"ל טעמא כדפרישית לעיל דאז הו"ל כמו שמו כשמו ולא מפקיד גביה (ולפי התירוץ שכתבו התוס' דאי אותיות נקנות יש הוכחה מדאין לו שטר והיכא דשמיה כשמיה מדלא עשה בו סי' י"ל דלפום מ"ש התוס' דרבא גופיה ס"ל אין אותיות נקנית ולכך מיייתי ראיה מהני שטרי דלמא מסר ליה כו' לאו בדוקא נקטו מדלמא מסר ליה די"ל דשפיר מיייתי מדלא חייש לנפילה ופקדון דא"ל הא רבא לא חייש דס"ל א"צ ראיה איכא לדחוי דהתם קאי אי אותיות נקנות במסירה ממילא אין הוכחה מדאין לו שטר ולכך לא חייש לנפילה ופקדון משא"כ ביבמות דקאי לטעמא דאין אותיות נקנות ואם כן איכא הוכחה לחוש לנפילה ופקדון מדאין לו שטר ואפ"ה אגבי רבה זוזי ולא חייש ש"מ דל"ח לתרי יצחק ואמנם כן יש לדחות מ"ש התוס' והרא"ש להוכיח מיבמות דרבא ס"ל דאין אותיות נקנות במסירה דשפיר י"ל דס"ל נקנית ומ"מ מיייתי ראיה דל"ח לתר"י מדלא חיישי' לנפילה

ופקדון דאף דבעלמא ל"ח התם טוען שנמסר לו ואותיות נקנות משא"כ כאן דשמייה כשמייה והיה לו לעשות סימן כמ"ש התוס' ואפשר דע"כ לא כתבו התוס' שיש הוכחה מדלא עשה סי' אלא אי ס"ל אין אותיות נקנית דאי היה לו לחוש שיטען הבע"ח שנמסר לו בלא כתיבה אבל אם אותיות נקנית אין ראייה מדלא עשה סי' דל"ל סימנא דאפילו תימא שנמסר לו קנה ולנפילה ופקדון אין לחוש והלכך שפיר דייקי התוס' והרא"ש דאין אותיות נקנית ובאמת סברת התוס' מדלא עשה סי' צ"ע דאטו בשביל זה נאמר שהוא של חברו א"כ חברו לא עשה הסי' שהיה צריך לעשות ומוטב לנו להחזיק שהוא שלו שהוא עתה בידו ולקצר אני צריך): אך נראה דבנ"ד שנמצא אצלו הקוויטל אני שבתי בר שמואל השכרתי עצמי לאדון ובקוויטל כזה פשיטא דל"ש חשש פקדון וכמ"ש לענין חשש שאלה וממילא כשנרצה לומר שבעל האשה הפקיד הכתבים אצל ההרוג הו"ל פקדון דיחיד שהרי נצטרך לומר שגם ההרוג הנפקד היה שמו שבתי בר' שמואל כשם האיש המפקיד בעל האשה וכולי האי לית לן למיחש דאף לפי מ"ש די"ל דרבא נמי חייש לפקדון מ"מ לפקדון דיחיד ל"ח דזהו הוכחתו דל"ח לתרי יצחק מדלא חיישי' בהני שטרי לפקדון ודלמא מסר ליה אלא ע"כ שאין חוששין שהפקיד [או מסר למי ששמו כשמו אע"ג דהוחזקו וה"ה לאיסורא בלא הוחזקו וכיון דאנן קי"ל הלכתא כרבא דל"ח לתר"י ממילא שאין לחוש לפקדון דיחיד וכבר כתב הח"צ דלשאלה דיחיד ל"ח וכדי ליישב לשון הש"ס כתב דיש להקל טפי במיתה מבגט ע"פ סברת הרא"ש דמה"ט פסק הרי"ף כרבא דל"ח לתר"י אף דבגט פסק לחומרא ומכ"ש דא"ש טפי לפי שיטת הרמב"ן והרשב"א ביבמות שם דס"ל דרבא מייתי ראייה מהני שטרי דאמרי' כאן נמצאו וכאן היה ואלו היה מתחלתן ע"ש באורך ובתשובה אחרת הארכתי בזה ומצאתי בשו"ת ב"ח סי' פ"א שכתב ג"כ לענין ההרוג שנמצא אצלו איגרת ושטר שותפות שאין לנו לחוש לפקדון אלא אמרי' כאן נמצאו וכאן היו מתחלתן כמ"ש הפוסקים בעובדא דתרי יצחק וא"ל דשאני התם דשמייה לא מפקיד גבי י"ל אע"ג דלגבי ממונא הוי חיישי' לפקדון אי לאו דשמייה כשמייה מ"מ גבי אשה משום עגונה לא חיישי' לפקדון כלל אלא אמרי' כאן נמצאו כאן היו כמ"ש הנ"י כו' ועוד העיקר מה שאני סומך עליו דלא חיישי' הכא לפקדון שהקשו התוס' שם כו' והשתא בנ"ד שזה הנהרג היה לו שומע כו' לא חיישינן לנפילה ופקדון דיחיד כו' ע"ש ואף דמ"ש וא"ל דשאני התם דשמייה כשמייה כו' י"ל אע"ג דלגבי ממונא כו' דבריו צ"ע דאביי דקאמר טעמא דשמייה כשמייה כו' באמת לא שס"ל כאן נמצא אף בעגונה אבל רבא ס"ל כאן נמצא אף בממון והנ"י כדמחלק משום דרב אשי בכתובות ל"ל כאן נמצא כו' ע"ש וגם צ"ע על הב"ח שמערב שיטת התוס' עם הרשב"א והנ"י וליתא דהתוס' ודאי לא אזלי בהך סברא דכאן נמצא כלל ואין להאריך דעכ"פ שפיר סמכינן בנ"ד על מ"ש דאין לחוש לפקדון דיחיד ובאמת דברי האחרונים בתשובה שנראה לפעמים שסומכים על כתבים דלאו אורחייהו לאושלינהו נראה מזה דאין חוששין לפקדון כלל וצ"ע אבל לפקדון דיחיד נראה דאין לחוש דשפיר יש לסמוך על תשובת הב"ח ופמ"א דלא ניחוש לפקדון: ועדיין אנו צריכין למודעי דלפי משמעות לשון העדות אותו כתב פטור שאנו תומכין עליו יסוד ההיתר לא נמצא בבית יד של המכנסים שהיה ההורג לבוש בהם רק שהכתב פטור זה נמצא מונח אצלו וכבר כתב הב"ש בס"ק ס"ט שאם נמצא ארנקי סמוך לו לא מהני כי י"ל הארנקי מונח מאז

ומקדם ואין לדמות למ"ש בח"מ בנמצא פירות אצל הכלי וא"כ כנ"ד נמי נחוש ליה הכי
שמא כתב פטור הלז היה מונח כאן מכבר אבל ראיתי בשו"ת שאגת אריה וקול שחל
תשובה א' להגאון מוהר"ר לייב ז"ל האב"ד דק"ק קראקא שכ' דכל שמונחי' ב' דברים
זה אצל זה תלינן דאחד הם ולא אזלינן בתר רוב וכתב ראייה מהך דכלי ולפניו פירות
דבצנא ופירי תלינן דמיניה נפל ולא אזלינן בתר רובא דעלמא וע"ש באורך וכתב שם
שהט"ז כתב על תשובה זו בכתב ידו יפה כיון בני חורגי להלכה וראיתי בשו"ת נ"ב
חאה"ע סי' נ"ב שהביא דברי הב"ש וכתב בכוונתו דלא דמי לנמצא בכלי ולפניו פירות
משום דכאן אין הוכחה שהארנקי והטבעת ממנו משא"כ שם באלו מציאות בעינן הוכחה
שהפירות נפלו מכלי וע"ז הביא מח"מ סי' רס"ב כו' ולענ"ד מבואר מלשון רש"י
דאדרבה כל שאין הוכחה דלאו ממנו נפל תלינן דממנו הוא אך בלשון הרמב"ם שהעתיק
בש"ע חוששין שמהכלי נפלו כו' צ"ע ויש פני' לכאן ולכאן וקצרתי דבנ"ד נראה דכ"ע
מודו שאין לתלות שבעל האשה עבר דרך שם ונאבד ממנו שטרות אלו ושוב עבר דרך
שם איש שג"כ שמו שבתי בר שמואל ונהרג שם סמוך למקום שהרי קוויטל זה מורה
עכ"פ שההרוג כשם בעל האשה וכולי האי ודאי ל"ח ואמרי' התם בב"ב דקרוב ומצוי
ליכא למ"ד וגם לא שייך כאן רוב וקרוב רוב עדיף דעכ"פ שמו שבתי בר שמואל
ופשיטא שאין סברא הרובא דעלמא ששם כך עוברים דרך שם וממילא דאית לן למיזל
בתר קורבה ובתשובה א' הוכחתי דכל היכא דאין הרוב ברור לא אזלינן בתריה נגד
חזקה או קורבה דלכך תלינן בדם מכה משום חזקת טהרה ואין חוששין שמא יש יותר
דמים במקור מבמכה וכ"כ בש"ג להדיא דרוב ברור בעינן וא"כ פשיטא דכה"ג אזלינן
בתר קורבא דמוכח כי האי ואע"ג דגבי איסורא דא"א לא אזלינן בתר רובא כמ"ש התוס'
שאסרו חכמים משאל"ס אע"ג דרובא נמלטין ומכ"ש קורבא דגרע מרובא מ"מ אין זה
דומה לקורבא דניפול וקורבא דמדידות עגלה דכמו כן י"ל שבא ממקום קרוב כמו
מרחוק משא"כ בזה דבלא"ה אין סברא לומר דאיתרמויי אתרמי שנהרג זה סמוך ממש
למקום שאבד זה ארנקי שלו וכמו נפילה דיחיד דמי: העולה מזה שאם יתברר שם בק"ק
יאס ששבתי בר שמואל המוזכר בכתב פטור שנמצא אצל ההרוג הוא שבתי בר שמואל
בעל האשה העגונה אתתא שריא להנשא מחמת דכתיבנא ובפרט שיש מקום לומר
שיצאה מחשש איסור דאורייתא כיון שנמצא בדרך סמוך לק"ק יאס ומכנסים שעליו
מוכיחים עליו שהוא מבני מדינות וואלחיי ואף שכתבתי דאעפ"כ כיון דשיירות מצויות
איכא חשש רובא דעלמא נלענ"ד דכיון דעיר יאס היא הגדולה במלכות וואלחיי ואין
בכל המדינה שם עיר גדולה כזאת ועיר באקרעשט כפי הנשמע אין שם רק מתי מספר
יהודים וביאס הרבה יהודים דרים שם ה' ישמרם ואית לן למיזל בתר רובא וכיון
שהקוויטיל שנמצא אצלו נודע לנו ששבתי בר שמואל הוא ולא הוחזק עוד אחד ששמו
כך אף שהחיפוש קשה בזה מ"מ לכ"ע אזיל חשש איסור דאורייתא וסמכינן אכתב פטור
שנמצא סמוך לו ועי' בשו"ת נ"ב סי' ל"ז דאף המחמירין בכלים דלא מושלי מ"מ היינו
כשעזב אשתו עגונה והלך אבל מי שהלך לסחורה ע"ד לחזור ולא חזר איתרע קצת
חזקת א"א ויש להקל בכלים דלא מושלי ועוד יש למצוא צדדי קולות אף שאין לסמוך
עליהם חזי לאיצטרופי להיתרא דברי זעירא ה"ק אפרים לט שאלה שני נשים עגונות
שהוגבה עדות בב"ד שרוצחים יהודים הודו שהרגו אותם בדרך בעוה"ר והראו מקום

קבורתם ופתחו את קבורתם ונמצא קצת סימנים בגופם וכלים כמבואר באורך בגוף הגב"ע מב"ד ונשאלתי לחוות דעי בזה תשובה הנה הלכה רווחת בישראל באומר הרגתי תנשא אשתו דקי"ל כרבנן דפלגינין דיבורא.

אך מה שיש להסתפק בזה לפי שהודאות הרוצחים היו ע"י עינוי ויסורים דבכה"ג בעכו"ם מסל"ת קי"ל דלא מהני כמבואר בק"ע וז"ל הב"י בתשובה ולמאי דאמרי' מאימת היסורים הודו מה שלא עשו י"ל דל"ח להכי שהרי כתב מהרי"ק בשורש קך"ח דסמכינן אדברי המרצח שהגיד לשופט ובאתריה דמהרי"ק מסתמא היה מיסרים הרוצח כדי שיודה שכן משפט כל האומות כו' ואת"ל איך כתב מהרי"ק שאם לא היה אמת לא היה מודה לחייב (ראשו דדילמא מחמת יסורין הודה מה שלא עשה ונבחר לו מות מחיים ביסורים דאלמלא נגדוהו לחנני' וכו' דאיכא למימר דקים ליה למהרי"ק דבההוא עובדא לא יסרוהו ומשום יראת היסורין א"ש שהודה דלא עביד אינש להודות מה שלא עשה מיראת יסורין קודם שיסרוהו כו' עכ"ל וכ"כ בשו"ת משאת בנימין סי' ס"ח וא"כ נראה דאין לחלק בין עכו"ם מסל"ת לישראל המעיד מחמת עינוי ויסורין וזיל בתר טעמא וראיה דמייתי מהא דאלו נגדוהו לחנני' וכן מבואר בב"י בח"מ סי' ק"ח בשם מהרי"ק סי' כ"ת דמה שאדם מעיד לסיבת יסורין ומחמת יראה אין בו ממש איברא דהך ראה דמייתי מהא דאלמלא נגדוהו וכו' יש לדחות דהתם שגזירת המלכות הוה לכופם לעבור על ד"ת ובהא קאמר שאם היתה הכפי' ע"י עינוי ויסורין לא היה בכחם לסבול לפי שהיה מכבידים עליהם היסורין כ"כ עד שהיה צריכים לפלוח לצלמ' וכדאמרי' בכתובות ולא שאני לך בין הכאה שיש לה קצבה כו' אבל בכאן שאין העינוי והיסורים שיאמרו דוקא שהם הרגו אלא מענין אותם שיאמרו האמת אם הרגו אם לאו וכל שהם סובלים יסורים ועינוי ועומדים בדיבורם פשיטא שאין מוסיפין עליהם עינוי פעם אחר פעם עד שיאמרו דווקא שהם הרגו אלא יש קצבה לדבר כשסובלים עינוים הידועים במשפטם מוציאין אותם חפשי שזה ראה לדבר שלא עשה כזאת א"כ כשמודה מחמת העינוי שפיר י"ל דקושטא קאמרי' וכסברת מהרי"ק שאם לא היה אמת לא היה מודה לחייב ראשו למלכות ואף שמיסרין אותו מ"מ דמי להכאה שיש לה קצבה ואף שיש לחלק ולומר דשאני מלקות שיש לה קצבה ארבעים ותו לא משא"כ כאן שהמוכה והמעונה לא ידע עד כמה תכבד שאפשר אף אם יסבול יסורין של עכשיו ומחר יוסיפו לו יסורין קשים מן הראשונים מ"מ יש מקום לומר דגם בכה"ג לא עביד להודות מה שלא עשה מיראת יסורין קודם ואדרבא אם לא עשה מחזק את לבו שיסבול אולי ואולי יהיה בהם די ולא יחבול בעצמו ע"י הודאתו וגם לפמ"ש התוספות דף ל"ג לדעת ר"ח הא דאמרי' פלחו לצלמא היינו אנדרטי לכבוד המלך אבל לא ע"ז ממש כדאמרי' בר"ע שהיה סורקין כו' וכ"כ בפסקי התוספות שם דחייב למסור עצמו אף שמיסרין אותו ביסורין קשים לעבוד ע"ז ע"ש: אך דמ"מ אין ע"ז ענין לזה דאפילו כשכופין אותו להעיד אינו חייב למסור עצמו וכדאמרי' בכתובות דף י"ט קסבר ר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר כו' אמר רבא השתא אילו אתו לקמן אמרי' להו זילי חתימי ומכ"ש בזה דאם נימא יסורין גרמו פשיטא שאין הודאתו כלום שאפי' עדותן אין כלום: אך החילוק שכתבתי הוא נכון דודאי אם כופין אותו ביסורין שיעיד דבר זה שפלוגי מת או לזה מעות וכיוצא אין זה כלום אבל אם מיסרין אותו על הספק שמא הוא יודע הענין ויאמר האמת כמו שהוא אז י"ל

שמה שאומר הוא אמת ולא אמרי' שבוחר יותר למות מלהתיסר ביסורין וכמ"ל וכ"כ בתשובת אמונת שמואל סי' ט' והפיקפוק שהודה תוך העינוי נראה דאדרבא יותר יש מקום להתיר כשהודה בתוך העינוי דהא בודאי יודע שיגמר דינו להריגה כשיודה מחמת העינוי וא"כ ל"ל להודות אא"כ קושטא קאמר וכבר הוכיח תשובה הנ"ל דכל היכא דידעינן בבירור דקושטא קאמר יש להתירה כשאין מתכווין להעד להתיר כו' ע"ש ונראה דלא חש להך ראייה דאלמלא נגדוהו כו' מטעמא דכתיבנא ולפ"ז י"ל דמהרי"ק מיירי בפשיטות שבאמת יסרו אותו והודה ע"י יסורין דאם כמ"ש הב"י ז"ל דקים ליה למהרי"ק בעובדא דידיה שהודאה שלא מחמת יסורין הו"ל לפרושי אלא דס"ל דאפילו בהודאה ע"י יסורין ממש אמרינן אומדנא זו שאם לא היה אמת לא היה מודה שהרגו לחייב ראשו למלכות ומצאתי בספר עזרת נשים להגאון מוהר"ם בן חביב ז"ל דף ס"א ע"ב כתב ראייה ממהרא"י בכתביו סי' קס"א שכתב אמנם עדות ר' חנוך שהעיד מה ששמע מראש עירין אין נראה לסמוך עליו משום שהסיח ע"י שאלה ששאלו חנוך ואמר אם אמת הוא שהודה בעינוי שהרג יהודי כו' ומשמעות הדברים נראה דהודה הרוצח מחמת עינויין ויסורין שהרג יהודי כו' משמע שאם לא שאל ר' חנוך מהני הודאה שהודה בעינוי וכן נראה משו"ת משפט צדק דהבין כן מדברי מהרא"י דהודאת הרוצח מחמת עינוי ויסורין חשוב הודאה: אך י"ל מ"ש שהודה בעינוי היינו שעושין תענית ומתוודין כו' ועוד אפשר שעשו לו עינוי שנתפס על ענין אחר והוא הודה על זה וכעובדא דמרדכי סוף יבמות בענין שהודה בשעת שדנוה למיתה לא פשעתי רק פעם אחת הרגתי יהודי פלוני כו' וכתב שם שמעשה בא לידו בחמר א' שהלך עם יהודי כו' ומסרו החמר לשלטון וכשהכו אותו הודה שהוא הרגו כו' והתירתי אשתו דע"כ לא חלק מהריב"ל עם מהרי"ק אלא היכא דליכא הוכחה שאומר אמת אבל היכא דיש הוכחה גדולה דנמצא הרוג באורך הדרך נאמן והבאתי ראייה ממ"ש מהרח"ש כו' וכאן יש הוכחה גדולה שנמצא הרוג בדרך ע"י במבי"ט כו' ועוד כתבתי דבנ"ד שתפסו לחמר שהוליך היהודי כו' והסכימו עמדי רבני עיר הק' ירושלים תוב"ב והתרנוהו והגיע הדבר לפני רבני מצרים וגם הם התירוהו עכ"ל: ואף דטעמא בתרא ליתא בנ"ד מ"מ טעמא קמא ודאי איכא הכא אע"ג שלא מצאו ההרוגים בדרך מ"מ אדרבא אומדנא והוכחה טובא ממה שהרוצחים עצמם הראו המקום שקברו ההרוגים שמה ושם נמצאו ושמה היה ופשיטא שאין לחוש שמא ידעו ששם מקום קבר מאנשים אחרים דמי הכריחם לזה וגם כמה ענינים ובפרט הט"ע של אשתו ובנו אף על פי שאחר כמה ימים היה הרי לדעת ר"ח מעידין כשפרצוף פנים שלם אם לא היה חבול בפניו ועכ"פ אין לך הוכחה גדולה וטובה יותר מזה דקושטא קאמרי ושם בעזרת נשים הביא ראייה בבא בתרא דף קס"ז בההיא שטרא כו' דכפתי' ואודי והיינו על ידי הכאות ויסורין כמבואר בח"מ סי' מ"ב אלמ' היכא שיש רגלים לדבר שזה הרוצח הרג לפ' או זה זייף השטר כשאנו מיסרין אותו ומודה מתברר הדבר דהודה על האמת וחזקה לא משוי נפשי' זייפין או רוצח מחמת היסורין ע"ש ומכל שכן בנ"ד שעמדו בדבורם גם אחר היסורין וספרו כל המאורע לפני העד ברוב ענין אין עוד לספק בדבר שכדבריהם כן הוא מחמת רוב האותות והאמתלאות ואף על פי שאם היו עומדים בדבורם אצל השופט עדיין היה פתחון פה לדעת מהריב"ל דאף קודם העינוי לא מהני הודאתו שמתירא שמא יעשה לו יסורין אם כן מכל שכן היכא שבאמת עשו לו יסורין והודה

שאינן ראייה ממה שהודה ועומד בדבורו אח"כ די"ל דאכתי בהוא פחדא יתיב אם יכחוש שמא יעשו לו יסורין כבראשונה אף דמתרמי לפעמים שאחר היסורין חוזר לומר ששקר אמר מחמת היסורין היינו לפי שבשעה שאין לו הרגשת היסורין עייל בי' פחדא דמיתה ומ"מ אין הכרח כ"כ ממה שעומד בדבורו דקושטא קאמר דאימר פחד היסורין עליו טפי מפחד שיתחייב מיתה: וראיתי בתשובת ב"י שלא החליט זה אלא כתב אחר כך וז"ל ואת"ל דמפחד היסורין עומדים בדבורם מ"מ היינו ביסורין על דבר זה עצמו כו' משא"כ ביסורין שיוודו מה שעשו כו' עי"ש ובנ"ד שהיסורים הם על אותו דבר בעצמו אין ראייה ממה שעומדים בדבורם: אך כל זה אם עומדים בדבורם לפני השופט אבל בגוונא דנדון דידן אף שלפני השופט הכחיש מפחד מיתה מכל מקום ביני לבין העד הודו בלי איום והפחדה נראה ברור דמהני וגם חזי לאצטרופי הנך צרופין שכתב בתשובות הב"י שם דמוכחא מילתא דקושטא קאמרי שאם לא כן לא היו אומרים כ"כ רמזים של שקר שהשקר אין לו רגלים וכו' ועוד מוכחא מילתא דקושטא קאמרי שהיו שנים ואי לאו דקושטא קאמרי לא היו מכוונין דבריהם זה עם זה וכ"ש בכל כך רמזים וכוון שכוונו כל דבריהם אפילו אם הודו על ידי יסורין מהימני עכ"ל וא"כ פשיטא דבנ"ד נמי איכא כל הנך מילי למעליותא דודאי מהני הך הודאה להתיר עגונות אלו: ועוד נראה לענ"ד דמ"ש מהריב"ל להחמיר אף בהודה בלא עינוי ועי' ב"ש סעיף קטן מ"ט היינו בעכו"ם דדוקא מסל"ת מהני אבל על ידי שאלה לא וכיון דמצד עדותן לא מהני וגם אינו מסל"ת רק שנסמוך על סברת מהרי"ק שלא היה אומר שהורגן לחייב ראשו למלכות על זה פקפוק מהריב"ל ח"א סי' נ"ח ז"ל שנתפחד מהיסורין וכיון דספיקא הוא דילמא שיקרא קאמר הו"ל ספיקא דאורייתא והיינו שאין לדמות אומדנ' זו למסל"ת כיון דיש אמתלא דמפחד היסורין וא"כ ממילא יש להסתפק בעכו"ם שמא שקר הוא דובר כיון שעיקר הודאתו על ידי שאלה משא"כ ברוצח ישראל דלאו מטעם מסל"ת אתינן עלה אלא משום מכשירין עדותו משום דפלגינן דיבור' ואמרינן דקושטא קאמר כגון העדות שנהרג בעלה של זו רק מה שאומר על עצמו לא מהימן אלא אמרי' דאחר הרגו או הוא הרגו אלא שלא לרצונו רק באונס או בשוגג וכה"ג דלא מיפסל לעדות א"כ שפיר י"ל היכא שרוצח ישראל נתפס והוא מודה דלא חיישינן שמפחד היסורין שמא יעשו לו הוא מודה כיון שהוא נאמן על זה מצד עדותו ואין מקום לפסול רק בהודה על ידי יסורין ממש ואף דנידון שלנו היה על ידי יסורין ההודאה כתבתי פה להתלמד במקום אחר היכא שהודה קודם עינוי שי"ל שאף מהריב"ל ודעימי' מודין ברוצח ישראל כה"ג יש לסמוך ע"ז כיון דבלא"ה הרבה חולקין על מהריב"ל ועומדים בשיטת מהרי"ק כמ"ש בעזרת נשים שם וגם מסתייע נ"ד שהוא מיקל קצת מעלינו מ"ש דלשיטת מהריב"ל אף בעומדים בדיבורם יש לחוש שיעשו לו עוד יסורין הוא אומר כן ולפמ"ש שאף שכבר עשו לו יסורין אין לבדות חששא זו ברוצח ישראל ומהריב"ל לא חשש אלא בעכו"ם ודרך שאלה וא"ל דגרע לפי שכבר עשו לו יסורין הוא חושש להם כמאמרם מאן דנכית ליה חויא חבלין מדחיל ליה דז"א שהרי כמו כן יוכל לדמות בדעתו שאם יכחיש עתה יתלה השופט ההודאה בסיבות היסורין וממה שהוא מחזק בדבריו מוכח דקושטא קאמר: אך בנ"ד בלא"ה א"ש כדכתיבנא שהרי הוא מחזיק דבריו בינו לבין העד וסיפר לו באורך הענין שעבר בעסק ביש הדין ודאי קושטא קאמר ואחרי שכבר ביארנו דאיכא מאן דסבר דאף

גוף הודאה שעל ידי יסורין מהני וכתבנו לחלק בין ההוא דאלמלא נגדוהו אף על פי שלא הייתי סומך על זה ולמעשה כיון דעינינו הרואות מעשים בכל יום שהנחשדים מודים על ידי חבטות ויסורין מה שלא עשו וזכר לדבר בספר שבט יהודא שהשלוחים גדולי עמינו התוכחו עם המלך על עוות הדין מחמת המודין מחמת עינוי מה שלא עשו ולא עלה על לבב והמלך הודה להם וסיפר להם שעבדיו העלילו על שני חשובין על לא חמס בכפם ומחמת עינוי הודו והרגם ואחר כך נמצא הגניבה ביד העבדים אך בנ"ד דאיכא אומדנא דמוכח טובא דקושטא קאמרי והודו ואמרו מקום קבורתם וכמה ענינים המורים על אמיתות הדברים וגם קצת עמדו בדיבורם אחר היסורים וגם סיפרו הענין באורך וגם כווננו זה לזה וגם הם רוצחי ישראל בעו"ה פשיטא שאין לפקפק בזה: ואמנם אף אם לא הי' מקום לסמוך על הודאת הרוצחים אומר אני בואו ונסמוך על מה שמעיד העד ששמע מאיש אחד שאמר שידוע בודאי שר' ליב זאסלבער ור' בער ליטוואק שמדברים מהם נהרגו כו' כמבואר בגב"ע וכיון שהגיד כן טרם נתפסו הרוצחים שנית אין כאן חשש שמא מחמת הקול המפורסם מחמת הודאת הרוצחים אומר כן וגם כי בעד כשר בלא"ה אין לחוש לזה וגם אומר שקרא האיש ההוא לפני הדיינים והגיד לפניהם שידוע בביור שהאנשים הנ"ל נהרגו ואינו רואה שום פקפוק בעדותו וא"כ פשוט דהלכה ומורין כן למעשה דהנך נשי שריין לעלמא מה שראיתי בדברי הדיינים המצויינין החכמים השלימים מק"ק זאסלב שחוששין בעדות העד המעיד כל הענין לפי שהוא מסר הרוצחים בידי עכו"ם ואילו סבר מצוה קא עביד ע"כ דבריהם הטיבו את אשר דיברו דודאי סבר מצוה קא עביד ועלתה בידו מצוה זו אחרי שנתברר באמת שהמה מרצחים ועובדא דפרק הפועלים בר"א בר"ש דקא תפיס גנבי יוכיח ואע"ג דקרי ליה ריב"ק חומץ בן יין הס מלהזכיר שח"ו עשה שלא כדין: ומצאתי בב"י ח"מ סימן שפ"ח הביא תשובת הרשב"א בכתב ששלח לחכמי צרפת וז"ל עוד גדולה מזו שהרי ראבר"ש תפיס גנבי בהורמנ' דמלכא וענוש וקטול להו וכן ר"י בר' יוסי ואף על גב דא"ל ריב"ק חומץ בן יין וכן א"ל אליהו לר"י בר' יוסי מ"מ לא נשוי להו כטועין גמורים בדינים המפורשים אלא שמחמת חסידתן היו להם להמנע מלהרוג מה שלא חייבה התורה להמית וזהו שקראם חומץ בן יין לומר שלא היו נוהגין בחסידתן כאבותם ואילו היו טועים גמורים ועושין שלא כדין לא קראם אלא טועים גמורים חלילה וחס לגדולי ישראל וחסדי עליון כמותם ועוד תדע לך מדא"ל ר"י בר"י לאלהו ומאי אעביד הורמנ' דמלכא היא א"ל אביך ערק כו' ואולי היה איסור גמור מאי קאמר הורמנ' דמלכא ואלהו נמי לימא ליה מאי חזית כו' אלא ודאי כדאמרי' שכל שהוא ממונה על כך מן המלך דן ועושה כאילו במשפטי המלוכה כי במלך במשפטים אילו יעמוד ארץ עכ"ל: וא"כ לכאורה י"ל דדוקא לעשות ע"פ הורמנא דמלכא שרי אך באמת ז"א דמעשה בכל יום שגואלי הדם חוקרים ודורשין אחר הרוצח ומוסרים אותם לשתי האומות לדרוש ולחקור אחרי שאין ידינו תקיפה ואם לא נמצא דבר ברור מפיסו בממון לפוטרם והרשב"א הוצרך להמליץ על קדושי עליון שקיבלו עליהם התמנות זה למסור אף מי שאין מחוייבי מיתה מן הדין אבל מ"מ ודאי שצורך שעה הוא למסור הנחשדים לדינא דמלכותא וע"ש ברשב"א שכתב שאין דין המלכות בהתראה ובק"ג אלא אחר ידיעת האמת שאם אין אתה אומר כן אלא שעתה מעמיד הכל על ד"ת כדין סנהדרין היה העולם שמם שירבו הרצחנים וחבריהם עכ"ל ומדבריהם אלו

אתה למד דשפיר דמי למעבד כה"ג כדי שלא ירבו רוצחים בישראל וא"ל דמ"מ איהו לאיסורא אכווין שלא היה לו למסור אותם ע"פ המגיד לו שיודע שהרגו כיון דליכא אלא חד: אך נראה דמש"ה פשיטא דלא מפסל כיון דעכ"פ איכא רגלים לדבר טובא ובנדה דף ס"א אמרי' הנהו בני גלילא דנפק עלייהו קלא דקטל נפשא אתו לקמיה דר"ט אמרו ליה לטמרינן מר א"ל היכא נעביד לכו אטמרניכו אמרי רבנן האי לישנא בישא אע"ג דלקבולי לא מבעיא למיחוש ליה מבעיא פירש"י ושמא הרגתם ואסור להציל אתכם והתם קרי ליה לישנא בישא משום שלא היה אלא קול בעלמא משא"כ בזה שנראה שהיה רגלים לדבר טובא שכבר נתפסו טרם בואו והוציאתם ע"פ ערבות והאיש המגיד אמר לו שיודע שהם הרוצחים ובכה"ג אמרי' מסכת שבת דף נ"ו גבי דוד קיבל לה"ר על מפיבושת דברים הניכרין חזא ביה כו' ובמג"א סי' קנ"ו בשם הגמ"י שאם רואה דברים הניכרים מותר להאמין ולקבל כדאמרי' בדף נ"ד ע"ש ועכ"פ אין לאיש הזה חטא משפט פסול עדותו אף מדרבנן ומכ"ש לעדות האשה דדוקא פסול דאורייתא בעינן ועי' בתשובת אא"ז מהר"מ מלובלין סי' קל"ח בענין כזה ושם כתב לפרש דסנהדרין פיק עיין איקטיל לכהונה לעיינין אפי' לא יהא לך עדות ברורה ע"פ התורה אלא שיהיה ברור בדעתך דקטל עכ"פ לכהוייה לעייני' וע"ש שמבואר מדבריו שדעתו שיש בזה צורך שעה לבערו מן העולם אף שהעד השני היה עד מפי העד מסתמא המעשה ידוע ומפורסם כו' ע"ש באורך ועובדא דידן כוותיה כמ"ש באגרת המופלגים דייני הצדק דק"ק הנ"ל שתיכף נחשדו כמה אנשים יהודים והושם בסד רגלם ועי' בשו"ת איתן האזרחי סי' מ"ג מ"ד מ"ה בענינים אלו ולא רציתי להאריך שלענ"ד הדבר ברור שאין בזה שמץ פסול ומכ"ש בזה שהרי אין כאן עדים שהוא מסר אותם ליד השופטים וא"כ אם נאמר שיש בזה עון חטא חזרנו לדין אין אדם משים עצמו רשע ואמרי' פלגינן דיבורא וגם לפי הלשון האמור בעדותו של העד האב איך תיכף משתדל גיוועזין מהמושלים דשם אז מען זאל זיאי תיכף נעמין ווידער איין זעסין תפיסה כנ"ל ולשון זה יש לפרש שהשתדל ע"י אחרים ואין שלד"ע ואף לפמ"ש הב"י ורמ"א בהג"ה סי' שפ"ח בשם הרשב"ץ גבי מי ששלח למסור יש שלד"ע היינו אם השליח הוחזק למסור כמבואר שם וא"כ י"ל שהשתדל ע"י מי שאינו מוחזק וגם בלא"ה הש"ך חולק שם: אך לענ"ד בלא"ה אין בזה פקפוק ומקום לפוסלו לעדות כלל כמ"ש י' והדבר ברור לפענ"ד שנשים אלו מותרת להנשא ויושיבו ב"ד של ג' שיתירו להם כדין נשאת ע"פ ע"א.

אך משום חומר א"א לא אסמוך על דעתי עד שיסכימו בהיתר זה שני חכמים או ע"פ חכם א' מהמפורסמים בהוראה ואצטרפינא בהדייהו: דברי זעירא מן חברייה הק' אפרים:שאלה מ ע"ד העגונה מק"ק בענדער וכפי הגב"ע שהוגבה בכ"ד הצדק ברוב ענין והרב המופלג החרי"ף מוה"ר יצחק נ"י האב"ד דק"ק באלטי כתב לצדד בכחא דהיתרא וביקש ממני לחוות דעי בזה.

תשובה מתחלה נדון בדבר הכתונת שנמצא בצד ההרוג ובארבעל אחת של הכתונת היה בו קצת עצם מן היד והכתונת היה בו סימן בעשייתו ותפירתו כמבואר בשאלה והנה אף אם נתפוס זה לסימן מובהק בכתונת מ"מ כיון שלא נמצא הכתונת עליו ממש רק שהיה בתוכו קצת עצם מן היד אף שנראין הדברים שכתונת זה הופשט מן ההרוג שבציודו

וע"כ נשאר בתוכו קצת עצם מן היד מ"מ צ"ע להקל משום זה בתחלת עדות ולכאורה יש להביא ראיה מהא דאמרי' ביבמות דף קט"ו ההוא גברא דבטלה הלולא כו' ע"ש.

והנה הב"י כתב שמהרי"ף והרא"ש נראה דהלכתא כרחב"א והנ"י כתב שכן פסקו רוב הראשונים וז"ל הרי"ף והרא"ש ורחבא אומר האי גברא חרוכא דילמא אינש מעלמא אתי לאצוליה ואכלונה נורא והאי פיסת' דחתנא הוא ומחמת כסופה ערק לעלמא וכו' הא קמן דמחמת פיסת' דידיה אין תולין לומר שנשרף כולו אלא נורא אתליא ביה כו' וה"נ ניחוש לכה"ג דאישי ההרוג אחרינא הוא והכתונת עם עצם היד שנראה שהוא מן הנאבד ג"כ רצו להורגו ושברו את ידו והפשיטו את כתנתו ואיהו מחמת כסופה ערק לעלמא.

ואמנם רש"י שם כתב פסת' דידא מאיש אחר ורש"ל הוסיף בדברי רש"י הבא להצילו: ולענ"ד אין הג"ה זו מדוייקת חדא דא"כ צ"ל דרש"י פליגי בהא עם הרי"ף, והרא"ש דמפורשים להדיא דתלינן דפסתא דידא דקתנא הוא ועוד דא"א לפרש כן בדברי רחב"א דהאי פיסתא מאחרינא אם לא שנאמר דרש"י מציין בזה על דברי רבא דאמר ועוד גברא חרוכא דשדי ופסתא דידא דשדיא ולכאורה מאי האי דסיים רבא ופסתא דידא דשדיא כי מה יתן ומה יוסיף תת בכחא דהיתרא אדרבא טעם כזה של היתר מצטרף לאיסור דהא עכ"פ אין היתר מצד האי פיסתא שאף אם היה ניכר שהוא פס ידא דחתנא אין היתר כיון שיכול לחיות בלעדו ואדרבא הא קמן עכ"פ אחריני הוה הכא ומאי חזית למתלי דהך גברא חרוכא שהוא חתנא דילמא אחרינא הוא ולכן מפרש רש"י דרבא סובר דודאי אית לן למיתלא דהך גברא חרוכא הוא חתנא שכאן נמצא בשעת הסכנה כאן הי' ונשרף ואף שיש לפנינו הך פסתא דע"כ אחרינא היה התם וכמ"ש הב"י בשם הרמ"ה מ"מ אמרי' דהחרוכא הוא חתנא ופסתא דידא היא מחתנא וזהו שכתב רש"י בדברי רבא פסתא דידא מאיש אחר הבא להצילו ועדיין צ"ע דמשמע דרבא בא ליתן בזה טעם להיתר במה שאמר ופסתא דידא דשדיא ולא מסתבר לומר דהוי ס"ס שמא החרוך הוא בעלה ואת"ל אחרינא הוא שמא זה שנמצא פסת ידו הוא בעלה שנשרף דעכ"פ מידי ספיקא לא יצא שמא נשרף לגמרי רק מחמת שנשתקע האש נשאר ממנו פסת יד ואפשר דרבא ס"ל דודאי הכי הוא דלא מסתברא דנורא אתליא לשרוף הפסת יד ואיהו ערק וע"כ שגם זה נשרף וא"כ יש כאן ס"ס: אך באמת ז"א דלא שייך ס"ס בכה"ג דאטו בשביל שנמצא כאן הרוגים נעשה ס"ס שמא זה בעלה או שמא זה בעלה הא ודאי ליתא וספק אחד על כ"א אם הוא בעלה או לא ואפשר דרבא מייתי הך דפיסת' דידא להראות כי כח האש היה חזק מאד עד שגם הבא להציל לא היה יכול למלט על נפשו ולכן אין לתלות בזה דאמרה בדדמי ואיתרחיש נמי ניסא בדידיה וגם זה דחוק ויותר נראה דרבא לא מייתי הך דפסתא דידא לסיוע להיתרא אלא שהוצרך לתפוס בדבריו הענין כמות שהוא וס"ל דאין לסייע מזה לאיסור מצד דאחרינא הוה התם משום דע"כ תלינן טפי בחתנא שנשרף לגמרי אף שגם אחר נשרף מלומר ששנים אחרים באו לשם ונשרפו והוא נמלט כן י"ל לכאורה: אך הנלע"ד בדברי רש"י שאין להוסיף על דבריו רק הנוסחא הישינה נכונה וקאי אדרחב"א דקאמר שפסתא דידא דשדיא נורא אתלי כו' ולכאורה מי הכריחו לזה דהא שפיר מצינן למימר דגם הפס יד הוא מגופא דאחריכא ונהי דמודה בהא לסברת רבא שאין לנו לומר ששנים אחרים באו לכאן ונשרפו והוא נמלט מ"מ עכ"פ נימא דחד

אחרינא בא לכאן ופסתא דידא ג"כ מגוף החרוכא שראי בעת שהיה בוער באש: אך באמת ז"א דאם מיירי בגווני דאיכא למימר שהפסתא הוא מן החרוכא שעתה ששקעה האש נשרף החרוכא לגמרי ובשעה שהציצו ראו הגבר חרוכא חסר פסת יד (וקצת משמע כן מלשון הגמרא דקאמר אתו חזו משמע שזה היה בעת שהיה האש הולך ולוהט ובדברי הרא"ש איתא אמרה להו דביתהו חזו גברא חרוכא) ומכ"ש אם גם עתה יש לפנינו החרוכא וחסר פסת יד דפשיטא דאמרי' דחד גופא הוא ובכה"ג אין לנו לתלות באחרינא כלל אלא אמרי' דלא אתי אחרינא למקום זה של סכנה אלא הוא חתנא שכאן נמצא כאן היה וכמ"ש הרמ"ה ומכ"ש דאיכא למימר הכי כיון דאמרה נמי חזו גברא וכמ"ש הב"ש ס"ק ק"ס ובז' אף רחב"א מודה אלא מיירי שהחרוכא היה שלם ומפסתא דידא מוכח דאחרינא הוה הכי ובכה"ג פליג רחב"א וי"ל דנהי דליכא למיתלא בתרי אחרינא מ"מ י"ל דפסתא דידא דחתנא וכוונת רש"י מ"ש פסתא דידא מאיש אחר י"ל שאין הפסיד מאיש זה הנמצא חרוך שזה שלם בגופו רק מאיש אחר הוא וא"כ לכשתמצא לומר שגם זה בא באש ונשרף היה לנו לומר שהאחד מהם הוא בעלה מלתלות בשנים אחרים לזה אמר נורא אתליא כו' ואתיליד מומא בבעלה ומחמת כסופא ערק כו' כנלפענ"ד בביאור דברי רש"י ז"ל: וראיתי שהגהות מהרש"ל לקוחה מדברי המפרש הקצר על הרי"ף המכונה בשם רש"י דשם איתא ופסתא דידא מאותו איש אחר שבא להצילו מחמת כסופא דאיתיליד ביה מומא ערק ואזיל לעלמא עכ"ל והמובן מלשון זה הוא דקאי על מילתא דרחב"א וחולק על מ"ש בפני' בהרי"ף דפס ידא דתתנא הוא והדבר תמוה לפרש כן בדרחב"א וקצרת.

ולולי דמסתפינא הוא אמינא שצריך לציין זה על מה שאמר רבא נאמנת ע"ז כתב ופסתא דידא הוא מאיש אחר הבא להצילו וכמ"ש"ל במילתא דרבא ושוב מתחיל לציין על מ"ש הרי"ף במילתא דרחב"א ומחמת כסופא וכו' ע"ש ואיך שיהיה עכ"פ נמצינו למדין שאין לנו ללמוד מעובדא זו שאין תולין פיסת היד בגברא חרוכא דשאני התם שהיה הגברא חרוכא שלם אבל אם היה נחסר מחתנו פס יד ונמצא סמוך לו פס יד פשיטא שתולין שממנו הוא ששם היתה האש מלהטת סביבותיה עד שנשרף בסוף הזרוע והפס יד איננו אוכל וא"כ ה"ה כאן פשיטא שתולין שהכתונת שאצל ההרוג עם העצם מפס יד הוא מן הרוג זה ולא חיישינן חששא רחוקה ששני אנשים היו כאן הא' נהרג והשני שברו ידו והפשיטו כתנתו עם שבר יד ואיהו ערק ואזל לעלמא דודאי חשש רחוק כזה לא חיישינן ומ"מ אין להביא ראיה משיטת הרמ"ה די"ל דאי ליכא הוכחה דאחריני הוה הכא לא תלינן באחרינא דשאני התם כי האיש הזה שם ביתו בית גננא ומה"ת לומר שאחר בא לשם והוא הלך משם משא"כ כאן כיון שע"כ ממקום אחר בא לכאן זה והכתונת על יד' הרוצחים א"כ י"ל שגם אחר הובא לכאן ע"י הרוצחים ובתשובה כתבתי בזה בענין רוב וקרוב בסוגיא דב"ב שם בהא דאמרי' ענבו מצנעו וקצרת: וראיתי להרשב"א בחידושיו ליבמות דף קכ"א בהא דמעשה בעסיא כתב שאם השליכו מצודה בים ולא עלה בידם אלא א' מאבריו אפילו כל גופו בלא ראשו אין משיאין את אשתו דחוששין שמא אותו הלך לו ויצא במקום אחר ורגל זה מאדם אחר היה והראיה ההוא דאתלי נורא בגננא ואשתכח גברא חרוכא ופסתא דידא דשדיא ואפ"ה חיישינן דילמא אינש אחרינא היא דאתא לאצול'י ההוא פסתא מיניה הוות ומשום כסופא ערק וע"כ לא פליג התם רבא

אלא משום דאמרה איתתיה חזו גבראי עכ"ל ונ"ל שיש כאן חסרון וא"ו וצ"ל וההוא פסתא מיניה הוה ר"ל מבעלה של אשה זו דהא במקומו בסוגיא דריש האשה שלום לא חזינין דפליג אפירוש הרי"ף ורש"י ז"ל ולמד משם דכמו דהתם אע"ג דבעלה של זו היתה בודאי במקום זה וחיישינן דאזל לעלמא וזהו שנמצא אחר כמו כן בזה י"ל שאע"פ שזה נפל לפנינו לים והשליכו אחריו מצודה והעלו הרגל או גוף בלא ראש י"ל דאחר הוא שנמצא וזה הלך לו ואע"פ שיש לחלק ולומר דשאני הכא דאיכא פסתא דשדיא וע"כ שאחר היה כאן כבר כתב בשו"ת נ"ב סי' מ"ו דהרשב"א ס"ל כיון דבים ודאי שהרבה ספינות נטבעו מימות עולם כהחזקת כאן אחר דמי והב"ש ס"ק ק"ס הביא דברי הרמ"ה והקשה ע"ז מסעיף ל"ב שהוא דין הרשב"א וכתב דשאני הכא שהוא צעקה בעלי נשרף ע"ש ונלענ"ד ז"א שהרי מקור הדין הוא מהרשב"א ומבואר מדבריו דלא ס"ל הך חילוקא כלל דא"כ עכ"פ אין ראיה משם לנידון דידיה דלא מוכח שאחר היו שם דילמא לא חיישינן לאחר כלל והתם דמוכח דאחרינא הוה התם ואי משום דקאמרה חזו גבראי ס"ל לרחב"א דגם בכה"ג אמרי' בדדמי ומנ"ל להרשב"א לדמות היכא דליכא הוכחה שהיו אחר ולא אמרה חזו גבראי והיכא דאיכא הוכחה שהיו אחר ואמרה חזו גבראי ששני סדרות אלו אינם במשקל אחד כלל: וכן מבואר ממ"ש הרשב"א וע"כ לא פליג רבא התם אלא משום דאמרה חזי גבראי אלמא דזולת הך סברא שני הנושאים הם שוים והרשב"א ס"ל דלרבא דשרי תרווייהו בעינן שאמרה חזו גבראי וכן היה דחזו גברא ובשביל דחזו גברא לחוד אין היתר ולא ס"ל לחלק מחמת מציאת פס יד דמוכח שאחר היו כאן די"ל דאין זה מעלה ומוריד כדמשמע בלישנא דרבא דנקט ליה בלישנא דהיתרא וגם הש"ס דקאמר ורחב"א גברא כו' אימר איניש אחרינא כו' ואם איתא ודאי איניש אחרינא הוה הכא וגם הא דקאמר ופסתא דידיא כו' משמע שאין זה עיקר טעם האיסור רק שאומר דאיכא למיתלי בהכי ואם איתא דטעמא דאיסורא משום הוכחה דפסתא דידיא הכי הו"ל למימר כיון דודאי איניש אחרינא הוה הכי דאתי לאצולי אימא דהיא ניהו גברא חרוכא כו' ולכך ס"ל להרשב"א דמיירי בגווני שאין הוכחה מהפס יד דאחרינא הוה הכא דאיכא למימר שהוא מהחרוכא וכמש"ל ואפ"ה שפיר איכא למיחש דילמא אחרינא אתי להכא ואיהו ערק אלא דרבא ס"ל דנאמנ' כיון דאיכא גברא חרוכא לפנינו אנו תולין שלא היה כאן אחר ופס יד הוא מהחרוך ובלא הוכחה אין לנו לחוש לאחר כיון דאמרה חזו גבראי ורחב"א ס"ל דאפילו חזו גבראי לא מהני ואף שאין כאן הוכחה מ"מ חיישינן אימא איניש אחרינא כו' ומה שהוצרך רחב"א לומר ופסתא דידיא אימור נורא כו' ולא קאמר בפשיטות דפסתא הוא מהחרוך שהוא איניש אחרינא והבעל ערק י"ל דס"ל דבלא טעם כלל למה ערק הבעל כיון דהשתא הוא עייל לבי גננא וחזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה אין לנו לומר ורחוק לומר כי זנח עלובה זו בקרב חופתה והלך בדרך למרחוק וכיון דקאמרה חזו גבראי הוה מסתבר דקושטא קאמרה ולא בדדמי ולכך הוצרך רחב"א לומר דפסתא דידיה דאיתלו נורא בחתנא ומשום כסופא ערק וכיון דאיכא למימר הכי שפיר חיישינן דילמא איניש אחרינא כו' אע"ג דאמרה חזו גבראי ולכן בנפל לים והעלו אבר כיון דשם א"צ לתת טעם למה ערק הבעל דאימא גלי הים אשפלוהו ויצא במקום רחוק וגם לא אמרה חזו גבראי אפילו רבא מודה דחיישי' דילמא אחרינא הוא: ולפ"ז אין אנו צריכין למ"ש הגאון נ"ב דבים הרבה ספינות נטבעו והוי כהחזקת אחר דמלשון

הרשב"א נראה דלאו מה"ט אתי עלה אלא כיון דעכ"פ לא נתברר לנו שרגל זה הוא מבעל האשה זו חוששין לו שמא אחר היה וכמו כן בההוא פסתא דידא ס"ל להרשב"א אף בלא הוכחה שהיא אחר חיישינן ודלא כדעת הרמ"ה שהביא רי"ו: וראיתי בשו"ת ב"ח סי' נ"ה וסי' ע"ב שהאריך הרבה בזה ויש לי לישא וליתן בדבריו.

אך הואיל ולא נ"מ כולי האי לנ"ד משכתי ידי כעת ומ"מ נראה דבגוונא דנ"ד גם הרשב"א מודה שאין חוששין שגוף הנהרג שבבור הוא איש אחר וחתיכות יד שבתוך הכתונת הוא של בעל אשה זו וערק לעלמא אע"פ שאם היינו מוצאין הכתונת לבד עם חתיכת היד לא היינו דנין מתוך זה שנהרג ומת כיון שיכול לחיות בלא אבר זה מ"מ השתא מיהא דאישתכח גוף ההרוג והכתונת היה בציזו אין לך קורבא דשכיח יותר מזה ואמר' דודאי הכתונת הוא של הרוג זה ואע"ג דהב"ש ס"ק ס"ט כתב דאם נמצא ארנקי סמוך לא מהני כי י"ל הארנקי מונח מאז ומקדם ואין לדמות דינים אלו לאם נמצא פירות סמוך לכלי עכ"ל ובאמת שלענ"ד צ"ע בזה ובכמה תשובות אחרונים משמע דסימנים בכלים מהני אע"פ שאין לבוש בהם רק שהוא קרוב וסמוך לו וכמ"ש בשו"ת משאת בנימין סי' מ"ד כיון שמצאו עגלות שלהם והסחורות וההרוגים בציזם הוי סימני כלים כו' ועי' בשו"ת כנסת יחזקאל סי' מ"ו שהביא דברי המ"ב וכתב וז"ל ואין לפקפק עוד דילמא העגלות שלהם והמה לדרכם הלכו וההרוגים שוכבים כבר דתלינן בקרוב וכולי האי לא חיישינן עכ"ל.

והב"ש סתם וכתב שאין לדמות דינים אלו לנמצא פירות בכלי וסתם הדברים. דהא לכאורה שפיר יש לדמות כדאשכחן בש"ס לענין סימנים דמדמי עדות אשה למציאה וכיון דבמציאה משום אומד הדעת נותנים לבעל הכלי ואע"ג דאיכא למימר שהכלי היה מונח מכבר והפירות מרובא דעלמא מכ"ש בזה אם נמצא הרוג וארנקי סמוך לו דתלינן ביה ומכ"ש אם הוא במקום שאין שיירות מצויות כיון דבעל הארנקי ודאי היה שם ואחר דלא ידעינן ליה נאמר שם בא לשם ואף לפי מ"ש לדברי הרשב"א דמיירי באפשר שפסת יד הוא מן החרוך ואפ"ה לא אמרי' כיון שאם באת להחמיר אתה אומר דהך פסת ידא דחתנא הוא וא"כ ניתלו ביה גם הגברא חרוכא ומה"ת לתלות דאינש אחרינא אתי להכא ז"א דהתם דרך הוא שיבואו אנשים להציל מפני הדליקה ולפעמים מכניסין עצמם במקום סכנה בעוד שלא גברה התבערה כסבורים להציל וניצודים פתאום משא"כ כאן: ובתשובה אחת כתבתי טעמא דלא אזלינן בתר קורבא משום דאיכא חזקת אשת איש כנגדה.

אך במיתה אמרי' חזקה אשה דייקא מרע לחזקת אשת איש ובעובדא דרחבא כיון דס"ל לדמות לעישנו עלינו הבית וחיישינן דאמרה בדדמי אזדא ליה חזקה שאשה דייקא וממילא לא אזלינן בתר קורבא משום חזקת אשת איש וחיישינן דאחרינא אתי להתם והיינו טעמא דקי"ל כרחבא וקצרת' כאן. ובנ"ד דליכא בדדמי שוב שפיר אית לן למיזל בתר קורבא: ומצאתי בספר קצות החושן סימן רכ"ב כתב גם כן על הב"ש ולא ידענא מאי פשיטותא דנראה שהוא דומה להך דהכא וע"ש דמייתי מהא דאמרינן בע"ז גבי מרקולוס במקורבות כולי עלמא לא פליגי דאסור.

ונראה דהב"ש ס"ל לחלק בין מידי דנייד ומידי דלא נייד דמן הכלי שפיר אנו לומדים לפירות ותלילין דמיניה נינהו כיון דלא נייד וחד מעשה הוא שעל ידי נפילת הכלי נפלו הפירות ממנו משנתלה שהכלי בא לכאן בפני עצמו ונפל והפירות באו לכאן בפני עצמו ונפלו משא"כ בארנקי שנתלה בו שזה המונח בצידו הביאו לכאן ונהרג דשני מעשים הם ההבאה לכאן וההריגה ועל ידי פשיטת הבגדים נפל הארנקי אף אני אומר שמא אדם אחר עשה ההבאה של הארנקי ונפל ממנו כאן ממילא והמביא חלף הלך לו וההריגה שהוא מעשה אחר נעשה באחר ולא בבעל הארנקי: ולפ"ז נראה דבנ"ד גם הב"ש מודה דדוקא אם נמצא הכתונת לבד בסימן מובהק סמוך לההריגה איכא למימר הכי משא"כ כאן שנמצא בתוך הבית יד עצם מעצמיו וע"כ שנעשה בו מעשה במי שהיה לבוש בכתונת זה ג"כ מה"ת לומר ששני מעשים היו ותלינן שהכתונת עם העצם הוא מן ההרוג שבצידו דקורבא דמוכח כי האי ודאי דאורייתא ואף על גב דקורבא ורובא רובא עדיף ואפ"ה לא אזלינן בתר רובא בא"א לענין משאל"ס להנשא לכתחלה שאני משאל"ס דהוא מיעוט המצוי כמ"ש התוס'.

ועוד כמ"ש בתשובות אחרות וקצרתי כאן שלענ"ד בלא"ה י"ל דהב"ש מודה כאן דדוקא בארנקי לחוד דמדמינן לפירות סמוך לכלי דאיתא בח"מ סימן רס"ב ואם מראים הדברים של אדם אחד חייב להכריז כו' בזה ס"ל להב"ש לחלק משא"כ כאן דדמי להא דאמרינן התם בנמצא מקצת פירות בכלי ומקצת בארץ דאמרינן התם בפשיטות דחייב להכריז והיינו דדיינינן להו בודאי נפלו מן הכלי ונותנים אותם לנותן סימן בכל' אין לחלק ביניהם כלל ולכן נלענ"ד דאם הכתונתהוא עשוי בענין שאינו מצוי כלל במדינה לעשות כתבנית והוא סימן מובהק יש מקום להקל להתיר וזה תלוי בראות עיני הב"ד דשם אם הכתונת הוא סימן מובהק או לא ומחמת חשש שאלה אף על גב דכתונת שכיח דמושלי אינשי מ"מ כפי המוזכר בדברי הרב המשיב שאחר החקירה לא היה אצלו כתונת אחר כ"א זה שהיה לבוש בו מחמת שהיה בדעתו לחזור לביתו על שבת זה יפה כתב הרב הנ"ל דבכה"ג ודאי לא שכיח דמושלי וכמ"ש בכנסת יחזקאל דף ע"א כ"ד הרב הנ"ל.

ובשו"ת נ"ב מהדורא תנינא סי' ס' כתב וז"ל ועל דבר הכתונת אם הוא כמו כיס וארנקי דלא מושלי אמינא אם פרידתו של זה מביתו ומציאתו של ההרוג היו הכל תוך שבת אחד כגון שהלך מביתו בא' בשבת וההרוג נמצא מלובש בחלוק של זה באותו שבוע נראה דבמדינת פולין זהו עדיף מכיס וארנקי שאין דרך במדינות פולין ללבוש חלוק אחר תוך ימי השבוע אפילו לעשירי עם אבל אם עבר עליו יום השבת חיישי' אפילו לא לקח מביתו רק אותו חלוק שהיה לבוש בו אולי אירע לו לקנות חלוק וקנאו ולבשו לכבוד שבת וזה שהיה לבוש מביתו השאילו לאחר עכ"ל: ולפ"ז בנ"ד שהיה כמה שבועות בין הליכתו מביתו עד שנמצא ההרוג איכא למיחש לחששת הגאון ז"ל ואף שלענ"ד אפשר לומר דאין לחוש לזה דדוקא לשאלה חיישי' אבל למכירה לא חיישי' לומר דנפיק מרא קמא לרשות זה ההרוג וה"ה לענין חשש קני' נמי י"ל שאין לחוש שקנה לעצמו כתונת אחר ונפיק מרשות המוכר לרשותו של בעל האשה.

אך יש לדחות דזה דאמרי' שקנה כתונת מאחר אין דינינו עליו שנדון בו דין חזקה לומר מחמת חזקה זו דמסתמא לא השאיל את שלו מחמת שנעמוד על חזקה שלא קנה אחר

וכיוצא בזו כתב הרמב"ן גבי האומר לשלוחו צא קדש כו' אסור בכל הנשים שאין חזקה פנויה של הקרובין מועיל לזו ועוד כיוצא בזה בכמה דוכתי וקצרת.

וגם כי נראה דלא שייך חזקה בענין זה פוק חזי כמה זביני ומזבני איכא בשוקא: ואמנם לענ"ד בלא"ה אין מועיל מה שלא היו אתו רק חלוק אחד כיון דאם נאמר חשש שאלה הרי אומרים שזה חי עדין פשיטא שאין החשש שהולך בחלוק זה משעה שנפרד מאתנו עד עתה וע"כ כי פשט את כתנתו ולבש אחרת ששאל או קנה או ניתן לו במתנה וא"כ ממילא חשש שאלה במקומו עומדת ולא מהני מה שלא היה רק חלוק א': אך מ"מ נראה לענ"ד לצדד בזה דאף על גב דכתונת שכיח דמושלי אינשי מ"מ היינו בשבתם בביתם אבל בלכתם בדרך אין דרך להשאיל לבעל הבית או לעובר אורח כמותו ובפרט כשאין לו רק חלוק א' אף אם נאמר שאירע שקנה חלוק מ"מ כיון שאין לו להחליף כרצונו אי דרכו להשאיל וזכר לדבר הא דאמרי' אכסנאי לא יישן בטליתו של בעל הבית שמא יראה כו' וגם בלא"ה אין דרך כלל ללבוש כתונת שאינו מכובס שהיה לבוש בו אחר מן סכנת הזיעה כמבואר ביו"ד סימן קט"ז אם לא שנאמר שאחר שפשטו נתכבס והשאילו לזה או שזה שאלו כשאינו מכובס וכבסו ולבשו בזה אפשר לומר שאין לחוש דהעמדנו על חזקתו שלא נתכבס עד עתה ואף שאין לסמוך בסברת כאלה באיסור אשת איש מ"מ הרי דעת הרבה גדולים דאיכא נמי סימנים בינונים מחסרון השנים והנקודות שבראשו וא"ה ה"ל שאלה דיחיד כמ"ש הח"צ בתשובה והערה בזה החכם המשיב דהא לרבא אין לחלק בין יחיד לרבים וכתב שקדמו בשו"ת ב"ח החדשות שכ"כ וכבר עמדו בזה רבים ובתשובה א' תקנתי דברי הגאון שיהיה קיימים וכל שכן בזה שיש מקום לומר שהוא מכלים דלא מושלי וכיון דאיכא תרתי ודאי לא חיישי' וגם במ"ש הב"י דאי סימנין דרבנן חיישי' אף בכלים דלא מושלי אינשי הארכתי בתשובה ושם הבאתי דברי השיטה מקובצת בבא מציעא בשם הרשב"א שכתב וז"ל מהא דאמרי כיס וארנקי לא מושלי אינשא שמעינן דמעדין עליהם אפילו למ"ד סימנין לאו דאורייתא דהא מהדרינן גיטא עלייהו כו' ולכן נלענ"ד שאין מקום להחמיר בזה מחמת חשש שאלה רק על הב"ד מוטל לדעת שסי' זה של הכתונת היא סי' מובהק שאינו בנמצא כלל מבני המדינה שיעשו על דרך זה רק כתונת שלבש זה היה עשוי כן על צד הזרות כאשר הביאו האחרונים מדברי הש"מ בשם הראב"ד לחלק בין שומא לשאר סימנים שבגוף.

הא חדא לשריותא דהך איתתא. וזאת שנית דבר הרוצח שכשאמרו לו שהיהודי הודה שאתם הרגתם את הר"ר זעליג הודה בפני כמה אנשים שהאמת כן היא שהרגו אותו היינו שהוא אחז את הר' זעליג כו' ואף שאין כאן מסל"ת מהני כמ"ש אא"ז מהר"ם לובלין בתשובה סי' ק"י הובאה בק"ע אות שט"ו שכתב שאפילו היה המעשה ששאל יהודי אם הרג את יוסף והוא הודה שהוא הרגו אפ"ה הוה דין מסל"ת כיון דלא שייך לומר דנתכוין להעיד וכ"כ בשו"ת מ"ב סי' ס"ח ושאר גדולים הביאם בשו"ת כנסת יחזקאל דף ע"ב ומה שלא הזכיר שם אביו יפה כיון החכם המשיב כיון שידוע על מי אנו מדברים כמבואר בכל תשובת אחרונים ואני בתשובה עשיתי סמך לזה מדברי אגדה במגיל' ועשה כן למרדכי א"ל מנו מרדכי היהודי א"ל טובא מרדכי וכו' והיינו שאחשורוש א"ל סתם למרדכי משום שהיו סבור דמסתמא ידע שכוונתו על מרדכי הידוע שהיו מדברים ממנו אלא שלפי שהמן לא היה בעת הסיפור ולרשעתו עשה עצמו

כאילו אינו מרגיש ושאל מנו מרדכי כו' ועוד כמה ראיות ומכש"כ בכאן שאין שום ספק דעל האיש זעליג שנסע עמו נתכוין וא"ל דניחוש שמא מחמת שרצה להתנצל שלא הרגו הוא בידים רק הוא אחז אותו והרשע זלמן הרגו וחתך ראשו ואומר כן להקל מעליו היסורין דודאי פשיטא שיודע שבזה לא ינצל ממשפט מות ואין מקילין בדינו אלא דנין אותו כרוצח ממש ועוד שאפ"י שי"ל שבזה שאומר הוא אחז אותו לבד אינו רק להתנצל שלא היה לו חלק בהריגה ועל כל פנים גוף הענין אמת הוא שזה נהרג על ידם ומכל שכן בזה דאיכא הוכחות ואומדנות טובא דמצרפינן להגדת העכו"ם הרוצח אף על פי שלא היה מסל"ת להתיר האשה על ידו ועי' בב"ש סעיף קטן מ"ט שכתב דבתשובת רש"ך מחמיר בדין המ"ב בהודה הרוצח בלא עינוי וחולק על מהרי"ק סימן קכ"א ונלענ"ד דלא פליג אלא אם אין שם שאר אומדנות והוכחות רק שנאמר שתועיל הודעת הרוצח לפי שאין מתכוין לשם עדות על זה פליג מהרש"ך אבל היכא דיש לו בלא"ה אומדנות והוכחות גמורות שזה נהרג: אך בשביל כדי להחמיר בתחלת העדות אין סומכין על הוכחות אלו בזה גם מהרש"ך מודה דהודאת הרוצח מהני להתיר לכתחלה ומאי דאיתא בש"ע סט"ו באומדנות המוכיחות אם נישאת ל"ת התם לא מיירי בהודאות הרוצח רק בסתם כותי המגיד על ידי שאלה דאיכא למימר לעדות נתכוין משא"כ ברוצח שהודה דודאי אינו מתכוין לעדות וכיון דבלא"ה יש אומדנות המוכיחות אין ספק דקושטא קאמר ואתתא שריא: ומצאתי בספר עזרת נשים והגאון מוהר"ם בן חביב ז"ל בעהמ"ח ס' ג"פ שהאריך בדברי מהרי"ק והביא הרבה אחרונים שהסכימו לדברי מהרי"ק רק מהרש"ך הביא מהריב"ל שחלק על מהרי"ק וכתב דמכח טענה שכתב מהרי"ק דודאי קושטא קאמר דל"ל לחייב ראשו למלכות מהך טענה גופא י"ל דאפ"י תימא קושטא קאמר לא הו"ל להודות שהוא הרגו א"ו שנתפחד מן היסורין ונבחר לו מות מחיים וכיון דאיכא לספוקי כו' וכתב שמהרש"ך הביא דברי הריב"ל וחלק חלוקות כו' וכתב בע"נ שם וז"ל איברא כיון דהריב"ל אסר והראנ"ח ס"ל כוותיה מי לא יירא להתיר אך מעשה בא לידי והתרתיה והענין היה דיהודי אחד שלחוהו הקהל לשיאשאן ע"י חמר אחד ובאו יהודים ואמרו שלא הלך לשם ומצאו הרוג באותו הדרך ומסרו לחמר ביד השלטון וכשהכו אותו הודה שהוא הרג ליהודי שהוליך עמו בדרך והתרתיה את אשתו משום דיראה לי דע"כ לא חלק מהריב"ל על מהרי"ק אלא היכא דליכא הוכחה שאומר אמת אבל היכא דיש הוכחה גדולה דנמצא הרוג באותו הדרך נאמן והבאתי ראיה ממ"ש מהרח"ש דהיכא דיש הוכחה שאומר אמת מודה מהריב"ל וכאן יש הוכחה גדולה דנמצא הרוג בדרך עיין מבי"ט וכו' והסכימו עמו רבני עה"ק ירושלים תוב"ב והתרנוהו והגיעו הדברים לפני רבני מצרים וגם הם התירוהו עכ"ל ושמחתי שכוונתי לדעת הגדולים ז"ל דבגוונא שיש הוכחה גם מהריב"ל מודה ותשובה של הגאון מוהר"ם בן חביב ורבני מצרים הוא באריכות בשו"ת גנת וורדים והא קמן שהתירו אפילו בכה"ג שכשהכו אותה הודה שהוא הרג ומכ"ש בכאן שהודה שלא ע"י הכאה וגם נלענ"ד דכאן ודאי מודה מהריב"ל דאזדא ליה הך טענא דאפילו תימא קושטא קאמר לא היה להודות דז"א דאי קושטא קאמר היה מוכרח להודות כיון שהגידו לו שהיהודי הודה בהריגה ידע בנפשו שכפירתו אין בו תועלת שע"כ יהא מוכרח להודות ע"י עינוי ויסורין וטוב לו להודות מעצמו ובדרך הודאתו יתנצל ג"כ שיידו לא שפכו הדם ממש רק שאחז אותו כו'

ויקילו דין מיתתו עי"ז אבל אם שקר הדבר פשיטא שלא היה להודות בשביל אמירתם שיהודי הודה כיון שידע בנפשו ששקר הוא היה לו להעלות על לב כי היא נינהו מילי דכדיבי שמגידין לו כדי לדרוש ולחקור ממנו א"ו קושטא קאמר והא דלא כפרי' משום שידע בנפשו האמת והאמין לשמועתם שיהודי הודה וכה"ג כתב אא"ז מהר"ם מלובלין הובא בק"ע אות שי"ז דמצדד היכא שאינו מוכח שהודה מאימת העינוי אלא שנוכל לומר שהודה מפני שראה שלא היה באפשרי להכחיש הענין ולכפור ולומר לא הרגתיו מחמת רוב הוכחות שימצאו בידו הגזילה עכ"ל וא"כ מכ"ש בזה דהוכחה גמורה הוא לו שלא יוכל להכחיש הענין הודאת חברו הרוצח משא"כ מהריב"ל דמייירי שהודה על שאלה ובזה ס"ל דע"כ מחמת אימת היסורין הודה וא"כ פשוט דמכל הלין טעמא שיש לסמוך ולהתיר אליבא דכ"ע ובפרט כי גם ההיתר הראשון שכתבנו הוא עמוד חזק לסמוך עליו: ובקשתי לי חבר ומצאתי רב מובהק בשו"ת שאגת אריה וקול שחל שם תשובת הגאון מוהר"ר ליב האב"ד דק"ק קראקא נכדו של הב"ח ובנו חורגו של הט"ז ושם סי' ה' איתא ענין באיש אחד שנסתבך בשגעון והלך ליער ונמצא ביער כתונת ובתי שוקיים ועצמות אדם וראש אדם היה מונח תחת הכתונת והכירו בסימנים מובהקים שהכתונת כו' הם של איש הנ"ל כתב שם להתיר אשתו אף אם היו מונחים בסמוך מטעם דתלינן הבגדים בקרוב דהיינו בעצמות אילו והוה כאלו הבגדים מונחים ממש על העצמות וגם הביא הך דב"מ דמצא כלי ולפניו פירות כו' וע"ש שהביא ג"כ הך דגברא חרוכא ומפרש דברי רש"י על הדרך שכתבתי ושמחתי ומ"מ סגנון אחד עולה כו' ע"ש ובענין חיישינן לשאלה כתב שם הטעם לפי שהיו ט"ע בכל הבגדים שהיה לבוש אז ואף שאין זה בנ"ד בארביל של הכתונת והוה כפירות שמקצתן בכלי וכמש"ל וטעמא אחרניי איכא שהיא שאלה דיחיד וגם הוה כפירות שמקצתן בכלי וכמש"ל וע"ש שהט"ז הסכים לדבריו וכתב על התשובה בכתב ידו יפה כיון להלכה בני חורגי: סיומא דפסקא שלענ"ד איתתא שריא ובתנאי שיסכים לדברינו עוד חכם אחד מומחה ומפורסם בהוראה ואז יושיבו ב"ד ויתירוהו כדין נישאת ע"פ ע"א כיון שעיקר ההיתר אינו מחמת שני עדים רק מחמת הכרת סימנים ע"פ האשה ומחמת אמירת הרוצח וכל כה"ג צריך להושיב ב"ד של שלשה להתיר אותה דברי זעירא מן חבריאי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תשובה זו כתבתי בימי חורפי אני וב"ד וריעי הרב כ"ש מוה' שמואל מרגליות נ"י וכעת אב"ד דק"ק סטרי והגליל יע"א: מא ע"ד השאלה אודות העגונה כאשר באו הדברים ברוב ענין מבוארים בג"ע שנגבה בב"ד ועיקר הדבר שהאיש הנאבד קטן היה ולא היה רק בן י"ב שנים ומחצה בשעת הנישואין וגם האשה אומרת שלא נבעלה כלל מעולם דלא שבקה נפשה לבעול.

ועיני האשה ואביו תולים אל חכמי התורה המה יוציאו משפטה לאורה. אם יש להתירה מכבלי העיגון: תשובה הנה לכאורה יראה דליכא כאן חזקת א"א מפני שעל תחלת אנו דנין אם יש בהם ממש ואפשר שאין כאן קידושין כלל מעקרא.

אמנם יש מקום עיון בזה שהרי בכל, ספק קידושין אזלי' לחומרא ולא אמרי' כיון דאיכא ספיקא נוקי אחזקת פנויה. ומהרי"ט בריש קידושין בחידושיו על הרי"ף כתב דכיון דפשטה ידה וקיבלה קידושין הרי הורע חזקת פנויה ואף שהתוס' בכתובות לא כתבו אלא לענין להתירה לכתחלה היינו משום דהתם לא איתחזק איסורא בב' עדים אין

להוציאה מבעלה אם נשאת ע"ש ועיין בפ"י בגיטין דף ק"ח אבל עכ"פ חזקת פנויה הורעה אף מדאורייתא.

אבל הפר"ח ביו"ד סי' ק"י דעתו דאף מדאורייתא מוקמינן לה בחזקת פנויה לכן נראה לכאורה ממ"ש התוס' דף ע"ט גבי קדשה אביו בדרך דאם קידשה אביו לבד מוקמינן לה בחזקת פנויה: אמנם נלענ"ד דהא ליתא ואין משם ראייה דדוקא היכא דבדידיה תליא מילתא לקבל הקידושין והיא פשטה ידה וקיבלה אף ע"פ שיש בדבר ספק מ"מ איתרע לה חזקת פנויה משא"כ היכא דמספקא לן בהך מילתא גופא מי הוא שיש לו יד לקבל קידושין ואם נאמר שעדיין היא נערה לא איתרע כלל במה שהיא פשטה וקיבלה או להיפוך אם הוא בוגרת אין ריעותא במה שאביו קיבל אלא דמספקא לן בהך מילתא גופא א"כ מוקמינן לה אחזקה דפנויה ומעולם לא היה כאן ריעותא כלל ועפ"ז יש ליישב קושיית הפני יהושיע שם ומבואר הוא למעיין: ונלפע"ד להביא ראייה לחזק סברא הנ"ל מש"ס דקידושין גבי הני בי תרי דשתו חמרא כו' א"ל רבנן לרבינא דילמא ארצויי ארצי קמיה ושתיק א"ל רב שימי בפירוש אמר מר דלא סבר לה להא דרב ושמואל וכתבו התוס' בד"ה בפירוש אמר כו' ופירש רב אלפס ובשאלתות דהלכתא כרבינא ואפילו מיאון אין צריכה ואפי' שידכו כו' דאפי' בשידכו אין צריכה מיאון שהרי כמו כן קאמר רבינא עכ"ל והקשה אא"ז מהרש"א ז"ל דלמאי דקאמר לעיל מאן דמתני הא כו' רב ושמואל לא מיירי בשידכו ואיכא למימר דהא דאמר דמר לא סבר לה להא דרב ושמואל היינו בלא שידכו אבל בשידכו יכול להיות כמ"ש ר"י דאין סברא לפטור בלא כלום: ונראה לענ"ד לתרץ ויתורץ ג"כ קושית הב"י שהקשה דמאי פריך דלמא ארצויי ארצי קמיה ומאי קושיא דהא אמרי' לעיל דרב ושמואל לא אמרו אלא בדשדוך אבל בלא שדוך ל"ח דילמא ארצי קמיה והכא בלא שדיך מיירי כו' עכ"ל: אמנם לפמ"ש"ל א"ש דהנהא דחיישינן שמא נתרצה האב היינו מטעם דספיקא הוא ואזלינן לחומרא כמ"ש הפ"י שם והנה לפי הסברא שהקדמנו יקשה דנוקי בחזקת פנויה וא"ל דאיתרע במה שפשטה ידה וקבלה ז"א דהרי לאו בדידה תליא מילתא לקבל הקידושין ואטו אם אינש דעלמא קבל קידושין בשביל אשה נימא דאיתרע לה חזקת פנויה וכיון שבכאן האב לא פשט ידו וקבל חזקת פנויה במקומה עומדת וצ"ל דלכך קאמר ר"נ והוא ששידכו דהיינו ששידכה אביו לקדשה לו כמ"ש הטור והש"ע סי' ל"ז וכיון ששידכה כדי לקדשה איתרע לה החזקה עם מה שקבלה היא ולכך חוששין וכן משמע קצת הפוסקים ולפ"ז בהך דיהיב ליה כסא דחמרא ואמר ליה מתקדשת ברתך לברי דאמרי' שיש לחוש שמא נתרצה הבן בהיא שפיר אית לן למיחוש דהא ספיקא דאורייתא היא וליכא למימר אוקמה אחזקת פנויה דהא התם באמת אבי הבת פשט ידו וקבל הקידושין איתרע לה חזקת פנויה רק דהספק הוא באיש אם עשה לאביו שליח א"כ הוי כשאר ספק קידושין ואזלינן לחומרא אף בלא שדיך ופריך הש"ס שפיר דילמא ארצי קמי' ר"ל נהי דלא שדיך שפיר אית לן למיחוש דהא ספק דאורייתא הוא וליכא חזקה דהא איתרע לה ולפ"ז שפיר כתבו התוס' אפילו בשידכו אין צריכה מיאון שהרי כמו כן קאמר רבינא הכא ר"ל אף דהכא מיירי בלא שידכו מ"מ הכא בלא שידכו והתם בשידכו שוים הם: ומעתה נבא לנ"ד דלכאורה אשה זו גדולה היתה בעת הנישואין ופשטה ידה וקבלה איתרע לה שפיר חזקת פנויה דמדברי התוס' בסוגיא דקדשה אביו בדרך אין ראייה כמ"ש לחלק בסברה נכונה: אמנם

נלענ"ד לומר דהנה יש כאן ב' ריעותות באשה זו חדא במה שפשטה ידה וקיבלה ואידך במה שנתיחדה עמו משנעשה גדול והנה הריעותא הא' מחמת הקבלת הקידושין נראה דליתא כאן כלל דהרי באותו שעה שפשטה ידה וקבלה היה קטן בבירור ולא היה מקום לספק בקידושין כלל אין זה ריעותא וע"כ לא כתב מהרי"ט ופ"י לא התם שבשעת מעשה נפל ספק שמא יש כאן קידושין משא"כ הכא וכה"ג כתב מהרי"ט בתשובה ח"א סי' מ"א לתרץ דברי התוס' ביבמות שהקשו ונימא אוקי אחזקתיה כו' משום דאע"ג דודאי בא עליה מ"מ לא איתרע חזקתה בכך כיון שעדיין לא הוחזק זה בגדול אז כו' ואמנם הריעותא השני ודאי יש לחוש כיון דהספק נופל בשעת מעשה: ולכאורה היה אפשר לומר דשאני נ"ד שעדיין יש להסתפק שמא לא הביא ב' שערות ומבואר בשו"ת הרא"ש הביא הד"מ סי' מ"ג דהיכא דלא ידעינן אם הביא ב' שערות הוי ספק קידושין יע"ש באורך וכיון דלאשה זו יש חזקת פנויה לומר שלא נבעלה ביחוד הלזה וגם מחמת היחוד אין כאן ריעותא שהרי לא איתחזק זה בגדול עדיין לא איתרע החזקה בזה וכה"ג כתב מהרי"ט בתשובה דברי התוס' הנ"ל כיון שהי' ספק אם היה הקטן בן ט' אע"ג דחזקת קטנות ליכא דעשוין להשתנות וריעותא לפנינו מ"מ כיון דלא הוחזק בגדול לא איתרע חזקת כשרות שלו ולא דמי לס' קרוב לה כו' משום דהתם בשעת זריקת הקידושין איתרע חזקת פנויה אמנם באמת הא ליתא דהן הן עדי יחוד ודאי מרעי לחזקת פנויה ואע"ג דאמירתה שלא נבעלה משוי קצת לספק עכ"פ איתרע חזקת פנויה ועוד דהרי דעת התוס' דחזקה דרבא דמשבא לכלל שני' הביא סימנין חזקה אלימתא הוא ובנ"ב האריך בזה וכן דעת מהרי"ט סי' הנ"ל וסי' נ"א יעו"ש אמנם אחר העיון לפי מה שיבואר לפנינו משום הא לא איריא ועדיין יש מקום לומר אשה זו בחזקת היתר עומדת: והנה יש להקשות בש"ס דקידושין דף ס"ה אמר רב המקדש בע"א אין חוששין לקידושין אפ"י ב' מודים ומקשה עלה מהך דהמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי בש"א אין צריכה הימנו גט וכה"א צריכה גט שני ה"ד אי דאיכא עדים כו' אלא לאו בע"א ויש להקשות דמאי קושיא דהא איכא למימר טעמא דע"א אין חוששין לקידושין משום דקי"ל היכא דאיתחזק איסורא או היתרא אין ע"א נאמן להוציא מחזקה זו וא"כ י"ל דהך דלנה עמו בפונדקי מוקי דאיכא עדי יחוד וליכא עדי ביאה רק ע"א שראה שנבעלה ולכך סברי ב"ה התם דע"א נאמן משום דליכא חזקת פנויה כיון דיש עדי יחוד הרי זו יצאה מחזקתה עכ"פ ואע"ג דלא אמרינן הן הן ע"י כו' ועיין בפ"י בקונטרס אחרון סי' פ"ט וכיוצא: אמנם נלענ"ד ליישב ע"פ מ"ש בשו"ת הרשב"א סימן תש"פ והובא בש"ע סי' מ"ב בב"ש שם דצריך שיראו העדים הנתינה ממש דאל"כ לא מהני דוקא אי אמרי' הן הן עדי יחוד כו' הוי כאלו ראו הביאה ממש ע"ש באורך ובתשובת מיימוני ל"ס נשים סי' א' ואפ"י אם נאמר דידיעה בלא ראייה מהני מ"מ אי לא אמרי' הן הן ע"י כו' אפילו ידיעה ברורה אין כאן וכיון דקי"ל דאין חוששין לע"א והיינו דילפינן דבר דבר בעי דבר ברור ואפילו הרשב"א ביבמות דף ל"א דס"ל דהיכא דהעדים מסופקים אפ"ה הוי קידושין היינו דוקא היכי שראו שזרק אלא שלא ידעו אם קרוב לה משא"כ כאן דהוי כאלו לא ראו כלל: והנה מבואר בגיטין דף ע"ג לא תתיחד עמו אלא ע"פ עדים אפ"י עבד כו' והשתא א"ש דל"ק כלל משום דלא מצינו לאוקמי שיש ע"י וע"א שנבעלה משום דממ"נ אם לא ידעו העדים שנתיחד עמהם ג"כ העד הזה א"כ אפ"י חזקת פניה לא איתרע ע"פ עדי יחוד אלו כיון

דבאמת ע"פ הגדתם אפילו אם ודאי מתברר שבעל שיבא אליהו ויאמר אין כאן התחלה מקידושין כלל ומכ"ש שאדרבה י"ל להיפוך שלא בעל כדי שלא תהיה בעילתו ב"ז שאין מקום שתוכל להיות ביאה זו לשם קידושין ואם נאמר דמיירי שידעו העדים שנתייחד עמהם העד הזה וא"כ לפי זה שפיר יש מקום לאסוקי אדעתיהו לקידושין ושמא בעל לשם קידושין ומהני מהך טעמא גופא אמנם באמת ז"א דאדרבא אם ידעו שנתייחדו עם העד ג"כ פשיטא דלא מסקו אדעתיהו שיבעול כלל וכמבואר מהמשנה דלא תתייחד וכמש"ל: והנה מ"ש לעיל דאיתרע לה חזקת פנויה במה שנתייחדה עמו משהגדיל ולפ"ז לכאורה אדרבא איתחזק איסורא דא"א דכיון דנתייחד עמה משהגדיל אם כן אמרינן דהן הן עדי יחוד הן הן ע"ב וכיון דאדם יודע דאין קידושי קטן כלום ואין אדם עושה בעילתו ב"ז גמר ובעל לשם קידושין וכאשר ביאר דין זה בטור אהע"ז סי' מ"ג דלאחר שיגדיל חלין הקידושין אפ"ל אין עדים שבא עליה משהגדיל אלא שנתייחד עמה צריכה גט והוא מדברי הרא"ש בפסקיו ובתשוב' כמ"ש הב"י שם: אמנם באמת דברי הרא"ש בתשו' תמוהים במה שמביא ראיה מכתובות דקאמר חצר דידיה לנשואין אלמא חזי כשמהלכין יחד בדרך ונכנסו יחד לחצר חשוב היחוד כביאה והרי הוא כאשתו כו' ובאמת אין זה ענין כלל דשם מייתי דהיחוד לבד הוי כנשואין אבל הכא ביאה ממש בעינן אלא דאמר' הן הן עדי יחוד כו' כמ"ש בפסקיו וזה אין הכרח כלל מהך דהתם ונלענ"ד לפרש דברי הרא"ש על פי מ"ש הרמב"ם פ"י מהלכות אישות הארוסה אסור לבעלה לבא עליה בבית אביו וכן הוא בש"ע סי' נ"ה ולזה הסכימו הפוסקים בפירוש דברייתא דכלה בלא ברכה אסורה לבעלה כנדה דפירושו בלא חופה וכ"כ הב"ש שם בשם תשובת הרא"ש שהביא הב"י ס"ס ל"ז ואף על פי שלענ"ד אין ראיה מתשובות הרא"ש זו דאף על פי שכתב שם דבעלה יורשה דהיחוד ברשותו הוא החופה וברכת חתנים אינו מעכבת אפשר דר"ל שאין מעכב לענין ירושה היינו משום דהרא"ש אזיל לטעמי' דס"ל דלא בעינן חופה דחזי לביאה כמבואר בסי' ס"א כתב דלכתחלה בעינן לברך ולפי מ"ש י"ל דאפילו בדיעבד איסורא קא עביד וממ"ש הב"י ס"ס ס"א גם כן אינו מוכרח ע"ש וגם י"ל דלכך ברכת חתנים אין מעכבות להרא"ש משום שבידו לעשות הברכות ע"י בב"ש סי' ס"א (וגם מ"ש הב"ש סי' כ"ה דרש"י ס"ל דכלה בלא ברכה פירושו ברכה ממש נראה דאין זה סותר למ"ש בתשובות מיימוני ובמרדכי דקידושין דבקידושין טעות אין צריך לברך שנית ע"ש בשם תשובות רש"י ע"ש משום די"ל הטעם הראשון שם משום שעשו אנשואין כל זהו ע"י שם אבל מ"מ אין הכרח לפרש דברי הרא"ש להיפך והנה עיקר החופה היינו הבאה לביתו ויתייחד עמה:.

ולפ"ז י"ל דבאמת הרא"ש לא ס"ל כסברת הר"ן שהביאו הפוסקים סי' נ"ה דאם בא על ארוסתו בבית חמיו לשם נשואין קונה והשתא א"ש דהוי קשיא ליה להרא"ש דמדוע נאמר בחצר דידיה סתמא לנשואין ובדידה סתמא ללין ולכך הוכיח משום דמחמת היחוד אמרינן דבעל דהכל יודעין למה נכנס לבית הסתר אם כן ע"כ כיון דארוסתו היא מכבר ואין אדם עושה כו' מסתמא לשם נשואין בעל משא"כ בחצר דידיה דליכא למימר דבא עליה דהרי עבירה הוא בידו משום בועל ארוסתו בבית חמיו הלכך אמרינן דמסתמא ללין ולכך פסק בקטן שנתייחד משהגדיל דיש לנו לומר שבעל לשם קידושין: והנה כדי לפרש דברי הרא"ש בתשובה באופן מרווח יותר נלענ"ד דלכאורה יקשה בהך דהרא"ש

שקידש מתחלה קידושי קטנות ואחר כך נתייחד עמה לכאורה אין לנו לומר הן הן עדי יחוד כו' דהא אמרינן בגיטין דמן האירוסין אין לבו גס בה אף די"ל חילוק בין היכא דכבר נתגרשה מן האירוסין ובין הכא שלא נתגרשה וכן מבואר סברא זו בחידושי הרשב"א בגיטין דף ע"ט גדולה מזו שאפילו לענין גט ישן חוששין יעו"ש וכן מבואר סברא זו בתשו' הרשב"א הביאו הב"י בס"י י"ז בסופו יעו"ש ואף על פי שהרא"י מהירושלמי אינה מכרעת לפי מ"ש התוספות בכתובות דף ט' יעו"ש מ"מ הסברא נותנות ונכונה: אבל באמת מדברי הריב"ש נראה שחולק בזה הביאו ב"י סי' מ"ה על ענין סבלונות שכתב וז"ל ומה שטענת מן היחוד שהיו לשם קידושין גם לזה אין חוששין דלא אמרו הן הן ע"י כו' אלא במגרש מן הנשואין אבל מן האירוסין שאין לבו גס בה אין היחוד ראייה שבעל כו' הרי מבואר דס"ל דאף בלא נתגרש אפ"ה לא אמרינן דהן הן עדי יחוד כו' ולא ס"ל הך סברא לחלק בין נתגרשה או לא: אמנם נלענ"ד לומר בזה סברא אחרת על פי מה שדקדק בתשו' ר"ל בן חביב דהא דנקט המגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי לאורו"י דאף על פי כן אמרינן הן הן ע"י (ולכאורה צ"ע ע"ז דאמאי לא פריך אר"י דאמר בראוהו שנבעל מחלוקת דאמאי קתני ולנה עמו בפונדקי וצ"ל דעדיפא מיניה פריך ולפי מ"ש לקמן יש ליישב בזה) והנה מבואר ברשב"א ובכל הפוסקים דהיכא דחזינן דגייסי אהדדי אף מן האירוסין צריכה גט ולפ"ז י"ל להיפוך דדוקא היכא דנתייחד עמו בפונדקי דהוא ע"פ סיבה בעלמא אז אמרינן דמן האירוסין דאין לבו גס בה אין צריך גט אבל היכא דמתחלה בלי שום סיבה ואמתלא נכנס עמה לחדר ונתייחדה עמו הא קמן דגייסו אהדדי ובכה"ג אפילו מן האירוסין צריכה גט דזה היחוד בעצמו הוי כאלו הוא לשם נשואין ואז לבו גס בה ולכך א"ש הא דאמרינן בכל דוכתי אפ"י בקידש ואחר כך נתייחד עמו דהן הן ע"י מטעם כיון שנתייחדה עמו הרי לבו גס בה וחשובה כאשתו מכבר ואף אם נאמר דארוסה שגרשה אף על פי שנתייחדה עמו לא הוי כגייסו אהדדי מ"מ היינו משום שגירשה משא"כ היכא שלא גירשה ונתייחדה עמו במכללון הרי גייסו ודינו כמו מן הנשואין וכן משמע לשון הרשב"א בתשובה הנ"ל: ועפ"ז י"ל דהן הן בדברי הרא"ש בתשובה דמייתי ראייה לזה דכיון שנתייחדה עמו דינו כמו מן הנשואין שהרי חזינן התם אע"ג דהלכו בדרך ונכנסו לחצר שלו חשיב היחוד כביאה והרי היא כאשתו דאמרינן לשם נשואין נכנסו מכ"ש הכא שנכנסו למקום סתר לשם היחוד דחשיב היחוד כביאה והרי היא כאשתו ר"ל דלבו גס בה דהא אמרינן דלשם נשואין נכנסו.

ואמנם מדברי הריב"ש הנ"ל משמע שחולק על זה דמשמע התם נתייחדו במתכוין וגם לא גרשה ואפ"ה כתב שאין לחוש ותימא על הב"י שלא הזכיר שמחלוקת הפוסקים הוא. ואמנם גם הטעם באה"ע סי' קמ"ח חולק עם הרשב"א הנ"ל גבי גט ישן וסובר דגם התם יש חילוק דבארוסה אין לבו גס בה אין לחוש לגט ישן ודוחק לפרש דבריו שם דלא קאי רק אגט ש"מ ומשום דהתם גירשה לגמרי ושוב אין דעתו עליה בארוסה משא"כ בגט ישן שעדיין לא גירשה אפשר דמודה לסברת הרשב"א: אמנם מלשון הטור לא נראה כן ולענ"ד בלא"ה היה מקום בגט ישן לחלק בין ארוסה לנשואה דבארוסה כיון שעדיין לא גרשה כלל א"כ אסור לו לבא עליה דהוי ארוסתו בבית חמיה והוי כלה בלא ברכה וי"ל שלא בעל וכמש"ל: ועפ"ז יש לפרש מה שאמר רבא בגיטין דף כ"ח אם אמרו בנשואה יאמרו בארוסה לפי שיטת רש"י שם דשמא פייס ובא עליה והוי גט ישן ולשיטת

הרשב"א י"ל דיש לחלק דהתם כיון שמסרו לשליח אע"ג דמדהרחיב הזמן חזינן קצת שדעתו עליה כמ"ש הרשב"א שם מ"מ כיון שכבר הוציאה מת"י גרע טפי ועוד דהרשב"א לשיטתו בפרק המביא דלא מפרש כפי' רש"י: שוב ראיתי מדברי הריב"ש הנ"ל אין הכרח שחולק עם הרשב"א ויתר הפוסקים וכוונת הריב"ש שם הוא משום דבנידן דידן לא נתארסה רק בנימוסי הגוים ואינם כלום רק שאחר כך נתיחד ועמד עמה בחצר אחד ואפשר שלא היה במתכוין ועוד דהתם דמי לפניו הבא על הפנוי דעלמא שאין חוששין לקדושין כמ"ש הרמב"ם וכמו שביאר שם הריב"ש באורך בסי' שאח"ז בנידן כזה ע"י שם ולזה הביא ראייה דאפילו בנתגרשה מן האירוסין אף על פי שהיתה ארוסתו בקידושין אפ"ה לא אמרינן הן הן כו' מכ"ש בזה שלא היתה מעולם ארוסתו כלל רק בנימוסי הגוים וכן נראה ממ"ש בסי' ה' וז"ל אבל בלא אמירה המתייחד עם האשה אין אומרים שבא עליה כו' ע"י שם ואם כן באנו לעמק השוה שכל הפוסקים מודים בנתייחד עם ארוסתו שהיא מקודשת לו אמרינן הן הן כו' ולדעת הרא"ש אפי' אם לא היה מתחלה רק קידושי קטן שאינו כלום אפ"ה אם נתייחד משהגדיל אמרינן הן הן ע"ב ובזו אפשר שהריב"ש חולק וס"ל דבכה"ג לא אמרינן הן הן וכו' כיון דהקידושין הראשונים אין בהם ממש לא מהני היחוד עתה אם לא שראוהו שנבעלה אמנם אין נ"מ לנ"ד כיון שכנסה ודאי כ"ע מודים דבע"י לחוד סגי אמנם לקמן יבואר דמחמת זה לחוד עדיין יש פתח להתירה.

והדבר הקשה שיש לעיין בזה הוא דאפילו נאמר דלא אמרינן הן הן ע"י כו' ונאמין לה שבודאי לא בא עליה אבל עכ"פ בודאי נתייחדו זה עם זה ואנן חיישינן לה לדר"ח דס"ל חופה קונה ומקודשת מספק וכמו שהביא דעה זו בש"ע סי' כ"ו ואע"ג דשם הביא דעה זו בשם י"א ומבואר בח"מ סי' א' דבכה"ג דעתו כדיעה ראשונה ואמנם המעיין בב"י יראה שהוא חושש לדר"ח וע"י מ"ש אא"ז הש"ך בי"ד בהנהגת הוראת או"ה וכן דעת הטור והרשב"א להחמיר וגם בשו"ת האחרונים אינם מקילין בזה ואם כן כיון דיחוד היינו חופה כמ"ש הרמב"ם פרק י' מהלכות אישות ובש"ע סי' נ"ה ולכאורה היה אפשר לומר דהא ליתא דדוקא אי אמרינן דבעל ואין אדם עושה ב"ז ולכך מסתמא בעל לשם קידושין משא"כ ביחוד שהוא החופה מ"מ אפילו לר"ה דסובר חופה קונה בעינן שיקדש אותה בחופה זו ויכוין לשם קידושין וכיון דלא שייך הך סברא דאין אדם כו' אין ניכר מעשה הקידושין ולא מהני וע"י בח"מ וב"ש סי' ל"ג: אמנם אחר העיון הא ליתא דהא היחוד עם הפנוי עכ"פ אסור מדרבנן וב"ד של דוד גזרו עליו ויבואר לקמן דלשיטת הנך פוסקים דס"ל דב"ז אין איסור מן התורה ע"כ צ"ל דאפי' באיסור דרבנן זהירי אינשי דלא כמ"ש ה"ה פרק א' מהלכות אישות וא"כ גם כן ביחוד זה מעשיו מוכיחין שרוצה לקדש אותה ואם כן לכאורה יש חשש משום חופה זו וכן מוכח ממ"ש הר"ן פרק האיש מקדש דע"כ הרמב"ם ס"ל דחופה אינו קונה דהרי גבי תנאי כ' כנס או בעל וגבי מקדש במלוה כ' בעל לחוד וא"ל דדמי לסבלנות כו' דגבי תנאי מהני כנס לחוד כו' וע"י ש נראה מזה דהוא מדמה חופה לבעל דה"ט לא מחית נפשיה לספיקא ומסתמא כוונתו לשם קידושין לכך הכריח מזה דחופה אינו קונה.

אמנם נלענ"ד דמחמת זה אין מקום לחוש וכדי לחזור הדברים כשמלה נקדים לבאר מה שהקשה פני יהושע בגיטין דף ע"ג לפי מה שתירץ הרשב"א דאע"ג דבגט ישן חוששין

שמא בא עליו מ"מ לא תיקשי אהא דקאמר ר"י בלא ראהו שנבעלה ד"ה אין צריכה הימנו גט דדוקא התם דלא גירשה לגמרי ולא סני אהדדי כו' ועל זה הקשה הפ"י דהא בסוגיא זו דמיירי דגירשה עתה כדי שלא תפול קמי יבם נמי מסתמא לא סני אהדדי וא"כ אמאי קאמר דהך דר' יוחנן דלא כחד והרי שפיר כר"י בר"י.

והנלענ"ד על פי מה שדקדק הרשב"א בסוגיא דגיטין בגט ישן דאמאי לא קתני חילוק בין מן האירוסין ובין מן הנשואין ועל זה תירץ גם כן דשם אין לחלק ע"י שם ודקדוקו של הרשב"א עולה לכאן גם כן דאמאי לא מחלק ר"י בר"י בין מן האירוסין ומן הנשואין וכמו שמחלק באמת הטור סי' קמ"ח ע"כ נלענ"ד דהנה מבואר בפוסקים דאין חופה גומרת באלמנה וביאה ממש בעינן ע"י שם בסי' ס"א והשתא א"ש דלכאורה יקשה לר"ה דס"ל חופה קונה תיקשי הך דהמגרש ולנה עמו בפונדקי כו' דלר"ה נהי דב"ש לא ס"ל הן הן עידי יחוד אכתי תהא צריכה גט משום היחוד עצמו ואם נאמר דר"ה סבירא ליה כלישנא קמא הדבר יקשה יותר ואמנם זה היה אפשר ליישב על פי מ"ש התוס' בסוגיא דגט ישן בשם הירושלמי דאזדו ב"ש לטעמייהו דס"ל לא יגרש אדם את אשתו אא"כ מצא בה ערות דבר הלכך מזוהמת היא בעיניו וע"י בחידושי' להרשב"א ולפי זה הוי א"ש דמחמת היחוד נמי לא קני דהוה חופה דלא חזי לביאה.

אלא דלפ"ז יקשה דאפילו בראוהו שנבעלה נמי נאמר דאין צריכה גט דל"ש למימר אין אדם עושה ב"ז כיון דאכתי יש כאן משום מחזיר סוטה כמבואר בתוס' ד"צ ובכה"ג א"א א"א עושה ב"ז כמבואר בתה"ד סי' ר"ט ובפוסקים ואמנם לפמ"ש הפ"י בסוגיא זו דף פ"א דהרי על כל פנים בדיעבד גם לב"ש מגורשת אף על פי שאין כאן ערוה וא"כ בראוהו שנבעלה י"ל דלכך מהני משום דאמרינן דמסתמא לא גירשה משום ערוה דהרי באמת בעל אותה ויש חשש קידושין משא"כ בלא ראוה לא אמרינן הן הן כו' משום דמסתמא מחמת ערוה גירש אותה ולכך מדייקי התוספות בדף ע"ט ע"ב וכה"ג פליגי לקמן במגרש כו' למאן דמוקי בלא ראוה שנבעלה: אמנם לפמ"ש בפשיטות יש לתרץ דהא ההוא דר"ה דחופה קונה רק מק"ו דגומרת וכיון דבאלמנה אין חופה גומרת אין קונה ג"כ ועיין בפ"י קידושין דף ה' בד"ה אמר ר"ה במה שהקשה שם בשם מ"ז בתשובה ע"ש דמבואר דאם אין גומר באלמנה ג"כ אינו קונה וכיון דהכא במחזיר גרושתו מיירי והוא אלמנה אין החופה קונה בה והנה לכאורה יש להקשות על דעת הפוסקים דבאלמנה אין חופה קונה דא"כ איך מצאנו ידינו ורגלינו בש"ס דיבמות דף ה' דפליגי רב ושמואל אי יש חופה לפסולות והתם קאי אמתני' דאלמנה לכה"ג כו' וכמו שפירש"י להדיא שם וא"כ לשיטת רש"י שם דתלי' אי חופה קונה מבואר דשייכה אף באלמנה ואף לשיטת התו' עכ"פ דגומרת אף באלמנה ואחר החיפוש מצאנו שהקשה כן בס' שער המלך על הרמב"ם ותי' די"ל דהתם מיירי באלמנה מן האירוסין דבההוא ודאי חופה קונה ובזה דחה ראיית המ"ב ומהרי"ט ע"ש וזה נראה נכון וכמ"ש הר"ן בסוגיא דנותנין לבתולה י"ב חדש דאלמנה מן האירוסין דין בתולה יש לה ע"ש ועוד יראה לענ"ד יותר מזה דאפילו בבתולה אלמנה מן הנשואין נמי חופה קונה וגומר וע"כ לא אמרו דבאלמנה לא מהני חופה אלא בבעולה אבל היכא שהוא אלמנה מן הנישואין שנכנסה לחופה ולא נבעלה שפיר יש בזה חיבת חופה וקונה ג"כ.

ובהכי מתרצא מה שהקשה בפ"י על שיטת הפוסקים האלו דחופה לא מהני באלמנה הא קאמר בכתובות דר"י ור"י פליגי בתחלת חופה כו' והרי ר"י אומר רצה כותב כו' ולאמנה מנה מבואר דחופה מהני באלמנה. ולפמ"ש ניחא די"ל דר' יהודה מיירי באלמנה בתולה מן הנשואין שגם הוא כתובתה מנה ואפ"ה יש לה חופה עמ"ש בפ"י דף נ"ז גם דלפ"ז יש לתרץ מה שהקשה הרשב"א דהך דקאמר בתוספתא אלמנה לכ"ג אוכלת בתרומה ע"כ אתיא כשמואל דאין חופה לפסולות.

ולפמ"ש י"ל דטעמא דהתוספתא הוא משום דמיירי באלמנה בעולה מן הנשואין דאין החופה קונה ולפמ"ש ניחא נמי קושית הב"ש סי' נ"ז ס"ק א' דאיך פסק שם בסוף הסי' דאם לא הלכו שלוחי הבעל עמה אין יורש אותה תיפוק ליה דבלא"ה באלמנה לא מהני כיון דחופה לא מהני ולפמ"ש ניחא ויש עוד להאריך בזה הרבה ואין כאן מקומו.

והדרינן לקמייתא דעכ"פ באלמנה מן האירוסין מהני חופה וגומרת וכיון שגומרת ילפינן מק"ו שתקנה ג"כ: והשתא שפיר כתב ר"י בר"י דאף בלא ראוה שנבעלה חוששין משום קידושין ולא חילק בין אלמנה מן האירוסין לאלמנה מן הנשואין משום דממ"נ במן הנשואין אע"ג דליכא למימר חופה קונה מ"מ הרי לבו גס בה ואמרינן דבעל לשם קידושין במן האירוסין אמרי' דחופה קונה.

ולפ"ז א"ש דלא קשיא מה שהקשה הפ"י על דברי הרשב"א דאמאי קאמר דלא כחד דהא י"ל דהכא רבה בב"ח מודה כיון דלאו מחמת שנאה מגרשה אמנם לפמ"ש י"ל דעיקר הקושיא הוא עליו דמדוע במן האירוסין נמי אין צריך גט שני הא יש לחוש ביחוד הזה משום קדושין: אמנם אחר העיון ז"א דא"כ יקשה ללישנא בתרא וכן פסקו הפוסקים דמן האירוסין אין לבו גס בה אין חוששין לקידושין דלא אמרי' הן הן עידי ביאה ואכתי נאמר דיש ביחוד הזה משום דקידושין דחופה וביותר תיקשי איך מפרש למתניתין במן האירוסין ודוחק לומר דמפרש כתנא דברייתא דפליגי בראוהו ובמן האירוסין ס"ל דאפילו בלא ראוה חוששין זהו דוחק גדול ע"כ נלע"ד לתרץ עפ"י מה דמבואר שיטות הרמב"ם והר"ן המובא בש"ע סי' נ"ה דהחופה היא יחוד והבאה לביתו להרמב"ם והר"ן בהבאה לביתו לחוד סגי ולפ"ז א"ש דהכא קתני ולנה עמו בפונדקי ולא היה שום הבאה לביתו אין כאן חופה כלל.

שוב מצאנו ראינו שבשער המלך ג"כ נתקשה בזה ות"ל שכווננו לדעתו. אלא שהוסיף להקשות לדעת האיכא מ"ד שהביא הר"ן בריש כתובות דחופה היינו יחוד ומשמע דלא בעי הבאה לביתו קשה כו' ולענ"ד אין זה מוכרח בר"ן ואדרבא משמעות הדברים דס"ל דבעי הבאה לביתו שהרי סיים וכן דעת הרמב"ם ז"ל ומשמע דאין חילוק ביניהם אמנם י"ל דהך קאי אמ"ש הבעל העיטור ע"ש ובשער המלך ת"י דהר"ן לא הכריח זה דע"כ אין חופה קונה מדלא מהני באינך כנס בתנאי מהני אלא לפי שהרמב"ם פסק כרב דגם כנס אמרי' דמחל לתנאי א"כ כניסה דמי' לסבלונות ע"ש אמנם א"א לומר כן לחד תירוצא דהתוס' בכתובות דף ע"ג דע"כ רב סובר חופה קונה וכ"כ התוס' ביבמות דף נ"ז לשיטת רש"י ע"ש.

וצ"ל דלא ס"ל להך איכא מ"ד דהר"ן כדעתם. אמנם בלא"ה יש להקשות דלפ"ז מאי קאמר הש"ס כמאן אזלא הא דרבב"ח מחלוקת בשראוה כו' דלא כחד ואמאי הא שפיר

אתיא כר"י וע"כ לא קאמר התם דבלא ראוה שנבעלה א"צ גט שני אלא משום דהתם מיירי שלנה בפונדקי ולא היה שם הבאה לביתו אין כאן חשש משא"כ בההוא דש"מ שפיר קאמר ר"י בר"י דאף בלא ראוה שנבעלה חוששין כיון דיש כאן ע"י והבאה לביתו ג"כ.

ובשלמא לשיטת הפוסקים הנ"ל דבאלמנה בעי ביאה ממש א"ש משא"כ לשיטת שאר הפוסקים דבאלמנה נמי סגי ביחוד הראוי לביאה כמ"ש הב"ש סי' ס"ד ע"ש שכתב דהרמב"ם לא סבירא ליה כהירושלמי לחלק בין בתולה לאלמנה וא"ל דאין כאן יחוד הראוי לביאה כיון שלא כתב כתובה. ולהרמב"ם צריך לכתוב כתובה מקודם ע"ש ז"א דהכא א"צ לכתוב כתובה מחדש כמבואר ברמב"ם פט"ז מהלכות אישות שהמגרש אשתו והחזירה סתם ע"מ כתובה ראשונה החזירה ומכ"ש שלא היו הגירושין רק ע"ת ועיין מ"ש הרב המגיד פ"י מהלכות גירושין: אך י"ל דהך אוקמתא דאף בלא ראוה שנבעלה חוששין רבא הא דקאמר לה ושפיר קאמר הש"ס כמאן אזלא כו' דלא כחז דרבא איהו דקאמר בקידושין על ההוא דר"ה דקאמר חופה קונה מק"ו אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא וכו' יע"ש וא"כ מוכרח טעמא דר"י משום דאף בלא ראוה שנבעלה אמרי' הן הן עידי ביאה וניחא ג"כ לדעת הפ"י דס"ל דחופה היינו יחוד שייך נמי באלמנה אלא דחופת הינומא ל"ש בה וכן לדעת השער המלך דאף ע"פ שאין גומר באלמנה אעפ"כ קונה ע"ש.

ולכאורה היה קשה ע"ד כנ"ל ולפמ"ש א"ש: ומעתה נבא לנ"ד שכתבנו שיש כאן חשש משום חופה הנה להנך פוסקים דאין קונה חופה באלמנה וכבר כתבנו דאפילו באלמנה מן הנישואין רק שלא נבעלה מודי דקני רק בבעלה תליא מילתא ולפ"ז כיון דזו כבר נבעלה מקודם שנעשה גדול שוב לא מהני לה של עתה שנקנה לשם קידושין וכן מבואר בשו"ת שער אפרים סי' קט"ו שכתב להדיא דגבי קטן שקידש ביאת בן ט' הוי ביאה ואין לה עוד דין בתולה משהגדיל רק כאלמנה וכ"כ בהגהות אלפסי הובא בש"ע סי' מ"ג שאין לה רק מנה וא"כ אין החופה קונה ויש לעיין ביבמות כו' וע"ש עוד בשער אפרים שדבריו תמוהים אך נלענ"ד להקשות על סברא זו דאם בעל שוב אין חופה קונה ויש לעיין ביבמות דף נ"ח דקאמר אמר רב עמרם כו' ואנהורוני לעיינין ממתני' דיש חופה לפסולות ותנא תונא כו' אלא דקני לה כשהוא ארוסה ואסתתר ונכנסה לחופה ולא נבעלה וקא משני לה ושמא יש חופה לפסולות ולפי הנ"ל יקשה ממ"נ אי לא זינתה פשיטא שא"צ להשקותה בחנם אלא דבאמת זינתה א"כ כבר הוא בעולה וחופה לא קני ועדיין היא ארוסה וארוסה לאו בת משתי' הוא כמבואר וא"ל זה דהיכא דהוא לא ידע דבעולה הוא חופה קונה וע"כ לא אמרו דאין קונה אלא כשהוא יודע ואין כאן חיבת חופה כ"כ שיקנה זהו דחוק מאוד לחלק בהכי ועדיין לא הונח לנו בזה לפי מה דקאמר הש"ס משכחת לה כגון שבא עלי' ארוסה בבית אביה וכן בשומרת יבם ור"ל ואח"כ נכנסה לחופה ולא נבעלה וא"כ אכתי תיקשי דהרי חופה זו אינו קונה וכן יש להקשות עוד בדוכתי טובא ועיין בכתובות דף מ"ה.

ועוד דלפ"ז לכאורה במקדש בביאה שוב לא תיהני ליה החופה אח"כ להיות גומרת ולא קני אלא בביאה אחר ביאה והא ודאי ליתא כדמשמע בדוכתי טובא: ואמנם לכאורה היה

נראה לומר דעדיין יש מקום לקיים סברת בעל שער אפרים הנ"ל והוא מה שיש לתמוה לכאורה במ"ש התוס' ריש פרק אלו נערות בד"ה ועל הכותית כו' אבל קשה דליתני מחזיר גרושתו משנשאת ונבעלה שלא כדרכה כו' ועיין מ"ש אא"ז מהרש"א שם והקושיא מפורסמת דהא מבואר בקידושין דבעל עושה בעולה שלא כדרכה ודוחק לומר דקושית התוס' להך דאמרי רבנן קמיה דאביי.

וכן הקשה במים עמוקים ותירוצו אינו מחוור. ואמנם בשער המלך פ"ג מהלכות א"ב הקשה ג"כ כנ"ל ות"ל ע"פ סברת הריטב"א בקידושין שכתב כיון דאהני ביאתו לקנותה עושה אותה בעולה ג"כ וא"כ היכא דכבר קידשה בכסף ל"ש זה ודווקא בקידושין אמרי' דהוי ס"ד דעד דמקדש והדר בעל שפיר קאמר דלמא עושה בעולה אף שלא כדרכה כו' וע"ש.

וכן מבואר סברא זו בש"ס כתובות דף מ"ח ע"ב ועדיין אין מספיק זה כ"כ שהרי התם מיירי שזה נושא גרושתו של זה וכבר כתבנו דבאלמנה לא מהני חופה רק ביאה וא"כ שוב שפיר אהני ביאתו לקנותה לענין ליורשה ולהפר נדריה ואף כי עדיין יש מקום לומר לפמ"ש לעיל דבאלמנה מן האירוסין החופה מהני מ"מ לענ"ד בפשיטות י"ל בדברי התו' דדוקא דהוא בא עליה לקנותה בביאה זו מהני אף שלא כדרכה משא"כ היכא דלא מכוין כלל להיות לה בעל על ידי בעילה זו רק לזנות בעלמא כגון בא על ארוסתו בבית חמיו הא ודאי דלא משויה לה בעילה בביאה שלא כדרכה.

ואפ"ה שפיר קרינן בה אחרי אשר הוטמאה: ועתה נבא אל הביאור דהנה לכאורה יש לתמוה דלאיזה ענין הוצרך הש"ס לדחוקי דהך שלא שטיתי ארוסה מיירי שבא עליה ארוס בבית אביה וקעביד איסורא דרבנן עכ"פ ויש לישא וליתן הרבה בזה כמ"ש הרמב"ם פ"ב מהלכות סוטה וע"ש בכ"מ ומ"מ ומדוע לא מוקי בפשיטות כגון שקידשה בביאה ושפיר קדמה שכיבת בעל לבעול.

אמנם לפמ"ש יש ליישב דהנה כבר הקשינו כיון דכבר היא בעולה מאי מהני החופה אח"כ אך י"ל דהא ולא מהני חופה בבעולה היינו דווקא שבא עליה כדרכה מה שא"כ בשלא כדרכה דקיי"ל דעדיין הוא בתולה לכל מילי כגון לענין קנס וכה"ג עיין במשנה למלך הל' איסורי ביאה ושפיר החופה קונה ומ"מ מקרי שפיר קדמה שכיבת בעל לבעול כדאמרי' בריש הבא על יבמתו משכבי אשה כתיב ע"ש וא"ל דבעל עושה בעולה אף שלא כדרכה ז"א דכבר הוכחנו מהתוס' דבא על ארוסתו בבית חמיו אין עושה בעולה אלא בכדרכה והשתא א"ש דלא הוי מצוי לתרוצי כגון שקדשה בביאה ז"א דא"כ הדרא קושי' לדוכתיה מאי מהני החופה אח"כ וא"ל שבעל שלא כדרכה ז"א כיון דאהני לקנותה שוב בעל עושה בעולה אף שלא כדרכה כו': ולפ"ז לכאורה אדרבא מוכח כסברת שער אפרים הנ"ל דאל"כ יקשה קושיא דלעיל דמי סני ליה לאוקמי שקידשה בביאה ולכאורה הוא פליאה נשגבה והמפורשים לא נתעוררו בזה.

אך נלענ"ד שעדיין יש ליישב דלא בעי לאוקמי הכי דא"כ תיקשי ליה ובעלה ל"ל דנקנית בביאה ת"ל דע"כ ניקנית בביאה דא"כ אמן אמן למה לי וא"ל דהא לא קאי רק אשומרת יבם בלחוד עיין בפ"י קידושין דכ"ז ע"ב ד"ה האי ארוסא דע"כ א"א לומר כן יעו"ש ואף שיש להקשות לפי דבריו מ"מ בלא"ה צ"ל דתרווייהו נ"ל מחד אמן וא"כ ובעלה

ל"ל: ועפ"י יש לתרץ דברי הרמב"ם פ"ב מהלכות סוטה שכתב דאפילו בא על ארוסתו בבית חמיו אין המים בודקים והקשה הראב"ד מסוגיא דר"פ ארוסה וע"ש במ"ל ובפ"י בקידושין שתמהו על דבריו ובשער המלך כתב ליישב דברי הראב"ד דקשיא ליה דלמה נקט תנא דמתני' טעמא דארוסה משום תחת אישה דאיכא למיטעי כו' ת"ל דאין מנוקה מעון: ואמנם לפמ"ש גם קושיא זו לק"מ דבאמת שפיר נקט טעמא דתחת אישה משום דשפיר משכחת לה כגון שקידשה בביאה רק דהש"ס נקט דאיכא גם גווני אחרנא שבא עליה בבית אביה וכיון דאיכא לאשכוחי בכה"ג שפיר איצטריך ובעלה דמתקדשת בביאה ושפיר מיירו במתני' כה"ג דמנוקה מעון ומ"ש דתי' זה א"ש במאי דאיתא ריש פרק ארוסה דהנך תנאי ולפי דארוסה לא שתי' מקראי ע"ש ועוד י"ל על קושיא זו דלא משני דקידשה בביאה כי היכא דלא ניפשט מכאן האיבעי' דביאה אירוסין עושה: אמנם עדיין יקשה דא"כ האיך קאמר רבא ותיסברא הא מתרצתא הוא כו' והא רבא בקידושין דף י' ס"ל דביאה אירוסין עושה ע"ש באשר"י בקידושין אבל לתי' הראשון שכתבנו א"ש ומתורץ ג"כ מה שהקשה אא"ז במהדורא בתרא אהא דקאמר רבא ותיסברא הא מתרצא הו' כו' דתיקשי נמי אהך מדארוסה ושומרת יבם לא שותות כו' דת"ל בנשואה כה"ג נמי אינה שותה דהא לא קדמה כו' ולפמ"ש יש לפרש בארוסה שקידש בביאה דבנשואה כה"ג שותות אך הכא מקשה שפיר אקרא דאמן אמן כנ"ל: ויצא לנו מזה דאין הכרח עכ"פ לסברת שער אפרים ומפשטיה דש"ס לכאורה מוכח להיפך ונראה דבביאת עצמו ל"א דהוי כבעלה ולא קני חופה דשמא ע"כ ל"א דבאלמנה לא מהני אלא באלמנה ממש בקידושין משא"כ בבעולה לחוד אין זה מגרע לחופה שאח"כ וא"כ כנ"ד עדיין יש מקום לחוש לחופה.

ועוד דאפילו אם נתפוס כסברת שער אפרים מ"מ כנ"ד ליתא לפי ההיתר שנכתוב לקמן לסמוך על דבריו שאומרת לא נבעלתי א"כ יקשה ממ"נ אם נסמוך על דבריו הרי היא אומרת שלא נבעלה מעולם ושוב שייך בה חופה ולפי מה שיבואר לקמן בשם הגאון מהר"י נ"י דפלגינין דיבוריה נדחה זה אמנם עדיין לא פלטינן מאיסורא לדעת הנך פוסקים דאף באלמנה מהני יחוד של ביאה אמנם לפי התי' הב' שכתבנו דלא תיקשי לר"ה מהך דלנה עמו בפונדקי משום דהבאה לביתו דוקא בעינן וא"כ לפ"ז כנ"ד שמעולם לא נתיחדו ולא היו בביתו שהי' חתן בבית חמיו אין כאן חשש משום חופה וכמבואר בהר"ן דילפינן לה מואם בית אישה נדרה.

וזה אע"פ שנתחייב לו חמיו לתת לו דירה מ"מ לא עדיף משכירות דקי"ל בע"א דף ט"ו דלא קני' עיי"ש דקאמר ואי ס"ד שכירות קני' כי קא מעייל לביתיה דנפשיה קא מעייל כו' ומכ"ש כאן דנראה דלא קרינן בזה ואם בית אישה: והנה לכאורה צ"ע על הר"ן בקידושין שהבאנו דמדמי כנס לבעל הא לשיטת הר"ן חופה לאו היינו יחוד רק הבאה לביתו לעיני הרואין וא"כ שאני ביאה דשייך חזקה דא"א כו' משא"כ חופה.

אמנם באמת ז"א דהר"ן כתב כן לשיטת הרמב"ם דס"ל חופה היינו יחוד וא"כ גם בזה יש איסור ועדיין צ"ע דלכאורה נלענ"ד דאין לדמות היחוד לבעל דבודאי היחוד הזה נלע"ד שאין בו איסור כיון שהוא קידשה ע"ת שפיר יכול להתיחד עמה ואף אם יתבטל הקידושין אח"כ מחמת התנאים מ"מ לא עבר למפרע על איסור יחוד דבכה"ג לא גזרו

חכמים כלל דבהיתר נתיחד עמה דממ"נ אם יבא עליה באמת יתבטל התנאי ואם לאו למה יבטל ודמי לסבלונות ע"כ נראה דטעם הר"ן ז"ל בזה לאו משום איסורא הוא אלא משום כיון שנכנסה לביתו וקעבד מעשה מסתמא מבטל התנאי ודמי למ"ש חזקה אין אדם טורח כו' אבל משום היחוד לבד ל דמכווין לקידושין דקיל ליה האיסור ומכ"ש בתנאי שאין כאן איסור כמש"ל ואפ"ה מדייק שפיר מהרמב"ם מדלא קתני כנס גם במקדש במלוה ובפמש"פ ומה"ט גופא י"ל דכיון לקידושין דהא עדיפא מסבלונות אע"כ ס"ל חופה אינו קונה אבל מטעם היחוד לא קפדינן וניחא השתא נמי הך דהמגרש ולנה עמו בפונדקי ומכ"ש בנ"ד שנסתלק חשש החופה מכל וכל דודאי אין שום אדם שמחשב שיש כאן איסור משום יחוד והדברים ק"ו דא"ש לשיטת ה"ה דבאיסור דרבנן לאו כולהי אינשי זהירי בי' ולפ"ז י"ל דהיינו דקאמר אביי לא תימא טעמא משום שכנסה אחולי אחלי כו' ור"ל דס"ל דאפ"י באיסור דרבנן זהירי דלא כסברת ה"ה ז"ל אלא כסברת אינך פוסקים החולקים על הרמב"ם ועיין במל"מ הנ"ל הלכות מלוה ולכך ע"כ מדכנסה מחל לתנאי ושמואל חולק וס"ל כסברת ה"ה אלא טעמא דרב משום דאין אדם כו' ובבעל דוקא דאיכא איסור דאורייתא לשיטת הרמב"ם: והנה צ"ע לשיטת הפוסקים דס"ל דאפילו באיסור דרבנן זהירו אינשי האיך קאמר המגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי כו' אמרינן אין אדם עושה ב"ז והרי אמרו תבעוה לינשא ונתפייס' צריכה לישב ז' נקיים ואפ"י במחזיר גרושתו הדין כן כמבואר ביורה דעה סי' קצ"ג יעו"ש וא"כ איך נאמר דבועל לשם קידושין והרי צריכה שבעה נקיים אחר שתבעה וא"ל דאמרינן מסתמא תבעה מכבר והיה לה ז' נקיים הא ליתא כמבואר בפוסקים ומשמע אפ"י לא היו שהות בין גירושין ליחוד בזמן הזה וכן משמע בש"ס גבי ש"מ ובשלמא אי אמרינן דביאת זנות דאורייתא ואין חושש לאיסור דרבנן א"ש אבל לדעת הנך פוסקים קשה ואמנם במתני' היה אפשר לומר לפמ"ש הט"ז בי"ד סי' קצ"ג דהך דצריכה ז' נקיים הוא חומרת רבא.

אבל באמת א"א לומר כן שהרי כל הפוסקים פסקו דין המשנה להלכה וביותר צ"ע על לשון הריב"ש סי"ו שכתב וז"ל ועוד שזהו כשתבעוהו להנשא ונתפייסה היתה צריכה לישב ז' נקיים והיתה בחזקת גדה ולא טבלה שהרי לא היה להם אז מקוה וא"כ הרי בא עליה ביאת זנות מספק גדה ואם לאיסור כרת התיר עצמו בביאתו איך יחוש על איסור קל שלפניו כו' והדר תימה מ"ש ואם לאיסור כרת כו' והא ליתא דהך ודאי אינו אלא חומר דרבנן כאשר ביאר ה"ה פ"י מה' אבל כיון שהוא בלי הרגשה וא"כ עכ"פ לא חמור מאיסור דב"ז דגזירת בית דינו של דוד הוא עכ"פ לדעת ש"פ ובדוחק יש ליישב לשונו דתרתו קאמר באותן הימים והרי לא היה להם טהרה ועוד יש ליישב בדוחק.

ועכ"פ לפי סברתו תיקשו הך דהמגרש כו' ואם היינו אומר כדעת ראב"י שהביאו הפוסקים והוא מתשובות מיימוני' דס"ל דאם בדקה מיד ולא מצאה מותרת ניחא הך דהמגרש סי' אך מפשטת דברי הריב"ש הנ"ל לא משמע כן אלא כדברי ש"פ וגם היה אפשר לומר כמ"ש התוס' ביבמות גבי הא דיחודי הוי מיחדי לי' דאם תיכף כשתבעה בעל אותה אין כאן חימוד וכ"כ הט"ז ריש סי' קצ"ב.

אמנם בשער אפרים סי' השיג ע"ז וגם לא משמע כן מדברי הריב"ש סי' שכ"ח ועיין בתה"ד סי' ח' ט' דכיון דיש לו אשה אחרת אין לומר שעובר על חרגמ"ה ולא החליט

לומר כן ואין להאריך בזה ועיין תשובות משאת משה חלק אה"ע"ז ובמל"מ פ"ו מהלכות גירושין ובזה י"ל דה"ט דרבב"ח דס"ל בל"ק דבלא ראוהו שנבעלה א"צ גט משום דאמרי' דודאי לא בעלה דלא חשדינן ליה דעבר איסור דרבנן משא"כ בראוה א"ל שעובר על איסור פנויה ג"כ.

ואמנם לפי האמת דחיישינן אף בלא ראוה שנבעלה צריך לדחוק ולומר דהא צריכה ז' נקיים לאו כל אדם יודע זה שיש איסור בדבר ולפ"ז בנ"ד נמי ודאי דבכה"ג א"ל דאדם יודע שאסור להתייחד עמה ונתייחד לשם קידושין אדרבה הדבר פשוט להיתרא ואין חשש מטעם זה: והנה הרמב"ם פ"י מהל' אישות פסק דאם היתה נדה אע"פ שנכנס' לחופה לא גמרו הנשואין עדיין כו' ועיין בלח"מ דמקשי דברי הרמב"ם אהדרי דבפ"ג מהל' אלו לא הוזכר חופה משמע דאין קונה א"כ איך פסק בפ' י' מהל' תרומות דיש חופה לפסולות עכ"ל ונלענ"ד דהנה הפוסקים כתבו דר"ח כ' דהא דר"ה דאמר חופה קונה ספיקא היא דהא פירקו בש"ס כל מה דמקשו עלה ולכאורה קשה מה"ת נימא דספק הוא כיון דלא קשיא שוב עליה דר"ה מדוע לא ק"ל כוותיה ודוחק לומר דמספקא ליה אם קיבל רבא תשובת אביי בזה ע"כ היה נראה בדעתי ע"פ מה שכתב מהרי"ט להכריח דחופה בלא קידושין אינו קונה דחופה דלא חזיא לביאה הוא דהא אסור לבא עליה בחופה זו דאכתי כלה בלא ברכה היא וליכא חיבת ביאה בחופה זו כו' ע"ש ובאמת הך דחופה דלא חזיא לביאה מיבעיא בעי ליה לרב אשי בפ' אע"פ ולא איפשטא א"כ הא דר"ה אליבא דר"א בספיקא קאי ושפיר קאמר ר"ח דספיקא הוא וכן הרמב"ם השמיט הא דר"ה משום דרפי' בידיה כמ"ש הרמב"ן אבל בפ"ו מהלכות תרומות שפיר פסק דיש חופה לפסולות דהתם לא שייך לומר דליכא חיבת חופה והוי חופה דלא חזיא לביאה דהא חזינן דעבר עבירה שיש בה לאו ובא עליה שפיר אית ליה חיבת ביאה כמ"ש מהרי"ט ובלח"מ שם מקודם על קושית הר"ן ע"ש אף שעל תי' זה יש לפקפק מהא דאמר רב עמרם כו' וקני לה כשהיא ארוסה ונכנסה לחופה כו' ואין כאן מקום להאריך: והנה הא דכתב מהרי"ט דחופה דלא חזיא לביאה היא משום דכלה בלא ברכה היא ר"ל דכיון דזאת החופה אינה רק כמו אירוסין ונהי דעושה ברכת אירוסין מ"מ אסור לבא עליה עד.

שיעשה ברכת נישואין כדאיתא בריש כתובות ועיין במהרי"ט קודם לזה ולכאורה יקשה למאי דס"ל לרבא בקידושין דף נ"א דקידושין שאין מסורין לביאה לא הוי קידושין ולפי סברת מהרי"ט הנ"ל כל קידושין לאו מסורין לביאה הן דהא לא ברכו ברכות נישואין ואסורה לבעלה כנדה ודוחק לומר שתיכף מברכין ברכת נישואין הא ודאי ליתא כדמשמע בדוכתי טובי ועוד דא"כ הא דקאמר כלה בלא ברכה אסורה כנדה לימא דלא תפסי קידושין כלל.

אמנם י"ל דהנה התוס' מקשי לרבא אמאי חייבי לאוין תפסי קידושין הא אין מסורין לביאה ותרצו דדוקא היכא דאיסור בא מחמת קידושין והשתא ניחא לשיטת הרמב"ם דס"ל דביאת זנות אסור מדאורייתא א"כ אין האיסור בא מחמת הקידושין דבלא הקידושין ג"כ אסור לבא עליה ולא הוי קידושין שאין מסורין לביאה: אבל להפוסקים דס"ל פילגש מותר אם כן האיסור מכח קידושין דבלא קידושין היה מותר לבא אף שהוא

בלא ברכה כדברי הרמב"ם הביאו ב"ש סימן כ"ו דדוקא היכא שלקחה בקידושין שרוצה שתהיה אסורה לעלמא בלא ברכה אבל בלא"ה לא ע"ש: אמנם מ"ש לדחות זה דהא ס"ל לרבא בקידושין שאין מסורין לביאה אינם קידושין היינו היכא שא"א לעולם לבא לידי ביאה אם ירצה ואין בידו כגון במקדש אחת משתי אחיות סתם משא"כ הכא הרי מסור בידו לברך ולבא עליה: וע"פ זה נסתר גם סברת מהרי"ט דלעיל דהא דר"ה אין ענין לדרב אשי דהתם שפרסה נדה א"א עתה לבא לידי ביאה כלל משא"כ כאן וכבר מבואר לעיל סברא זו בשם הב"ש וכ"כ בשער המלך: אמנם צ"ע על דעת הפוסקים הנ"ל דהיינו הראב"ד והרמב"ם וש"פ דפילגש מותר אף להדיוט כשמיוחד אותה אליו והאיך יובן מ"ש בכל מקום חזקה א"א עושה ב"ז ושמא לפילגש בעו לה ומנ"ל דבועל לשם קידושין דהא אפילו איסורא דרבנן ליכא ומצאנו ראינו תשובת הרמב"ן כתובה באורך ביש"ש יבמות פ"ב סימן י"א שכתב וז"ל כך אמרו כל הפוחת כו' וכך אמרו במקדש ע"ת ובעל אין אדם עושה כו' והטעם לכולן מפני שהחופה והקידושין מ"ע וכל שבא לישא אשה שתהיה אסורה לכל אדם וקנוי לו ליורשה כו' אמרה תורה יקדש אותה ויכנס לחופה ויברך כו' הא אלו רצה שתהא לו פילגש הרשות בידו כו' יעו"ש וכן הוא בספר אבודרהם בסופו אלא ששם חסר תיבת וכן במקדש ע"ת ומשמעות הדברים ההם שהטעם משום שחיסר מצוה דלוקוחין: אמנם לא הונח לנו הא דאמרינן גבי המגרש אשתו דהן הן ע"י ואין אדם כו' דאכתי מנ"ל לומר שבועל לשם קידושין דילמא מיחד אותה אליו לפילגש ומאן יימר שרוצה לעשות עתה מצוה דליקוחין כלל ובשלמא במקדש ע"ת שפיר קאמר הרמב"ן כיון דחזינן שרוצה ליקח אותה בחופה וקידושין שפיר אמרינן דבעל לשם קידושין דאדם רוצה שיגמרו הנשואין וכה"ג כתב התוס' בגיטין דף פ"א ד"ה ב"ש לחלק בין ההיא דאין ממאנין כו' אבל אין שייך לומר אליבא דהרמב"ן וש"פ דס"ל פילגש מותר אליבא דב"ה דס"ל לעולם א"א עושה ב"ז דז"א דכל כמה דלא גלי אדעת' דלקידושין בעלה אם כן דילמא בעי למינסבא לפילגש ולכך מיחד עמה ואין כאן ב"ז וא"ל כיון דחזינן שהיתה פ"א אשתו מסתמא גם עתה רצונו שתהיה אשתו זה דוחק גדול דמידי אריא דדילמא מעיקרא רצה שתהיה אשתו ועכשיו אינו רוצה וכי כל הזמנים שוים לענין זה והרי אדרבא חזינן שגירש אותה וא"ל דלהנך פוסקים באמת צ"ל לעדים ראו שאני מיחד עמה וכה"ג דכיון שהזמין עדים אמרינן מסתמא דעת' לקידושין: אמנם באמת א"א לומר כן חדא דלא משמע הכי גבי ש"מ ועוד שהרי גבי פנוי הבא על הפנוי שכתבו דאין לחוש לקידושין מטעם דאמרינן שבועל ב"ז ותיפוק לי' דלא אמר להעדים אף שיש לדחות זה אינו מחזור אלא נראה כדעתו דס"ל דמן הסתם מוקמינן לי' אחזקה שרוצה לקיים גם עתה מצוה דליקוחין אם לא כשמגלה דעתו שאין רצונו ליקח אותה רק לפילגש הא סתמא כוונתו לשם נשואין: אמנם בדברי הרמב"ן אלו שכתב דהקידושין והחופה מ"ע קשה ע"ז מש"ס דמ"ק דקאמר התם דף י"ט לא מבעיא לארס דלא קעבד מצוה כו' ולשיטות הרמב"ם ניחא כמ"ש הר"א בנו של הרמב"ם שהקשו אליו מש"ס הנ"ל והשיב דהרמב"ם ס"ל דהאירוסין התחלת מצות נישואין הם ור"ל דלהרמב"ם פילגש אסור אם כן מצות נישואין לקיים פ"ו הוא ע"י קידושין אבל לעולם באירוסין גופא ליכא מצוה אבל להרמב"ם ע"כ צ"ל דהקידושין גופא הוא עיקר המצוה שהרי פרי' ורבי' יוכל לקיים בפילגש כמ"ש הרא"ש בריש כתובות דלכך אין

מברכין יעו"ש ועוד דהאיך מבואר מצוה זו ולהרמב"ם י"ל דהוי לאו הבא מכלל עשה כמ"ש מהרי"ט ריש קידושין ולהרמב"ם צ"ל דיליף מכי יקח איש אשה:וע"פ זה היה נראה לכאורה ליתן טעם לסברת האומרים דבאשה לא שייך הך חזקה דא"א כו' ע"ש כמ"ש הרב המגיה במ"ל פ"ו מהלכות גירושין הל' י"א בשם הרב פני משה ובעל לקט הקמח לשיטות הרדב"ז ולכאורה אין טעם לדבר מדוע נאמר בזה לחלק בין איש לאשה.

אמנם לפי הנ"ל י"ל דבמהרי"ט שם כתב ואי קשיא לך דר"א כו' ועוד דמאי לימא לן דמצוה זו רמיא עלה דלא מפקדת אלא הוא דכי יקח איש אשה כתיב עכ"ל ואם כן כיון דלדעת הרמב"ן כל עיקר הטעם משום שחיסר מצוה זו ובדידה לא שייך זה: אמנם לפי זה ודאי דקשיא טובא לסברתם האיך אמרינן בכל דוכתי דגמר ובעל לשם קידושין דאין אדם כו' ומה בכך הא בקידושין בעינן דעתה ומנא ידעינן דכוונתה לשם קידושין ובאמת בשיטה מקובצת בשם הרשב"א כתב דא"א עושה ב"ז ומכוין לשם קידושין וגם האשה מתכוונת לכך יעו"ש וכן מבואר במל"מ שם דהיכא דלא שייך גבה חזקה דא"א עושה כו' אע"ג דאיכא גבי אין הקידושין כלום.

ע"כ נלענ"ד לבאר טעם החילוק בין איש לאשה אפילו לשיטת הרמב"ם ויבואר על פי מ"ש הרמב"ם פרק ב' מהלכות נערה בתולה הל' י"ז וז"ל אני אומר שזה שנאמר בתורה אל תתן את בתך להזנותה כו' והמכין בתו לכך הרי הוא קדשה ולוקה הבעל והנבעלת משום לא תהיה קדשה כו' ובכ"מ כתב דיש לדקדק דמשמע מדברי רבינו הכא דאינו לוקה משום קדשה אלא א"כ היא מוכנת לכך ובפרק א' מהלכות אישות כתב כל הבעל אשה לשם זנות בלא קידושין לוקה מן התורה לפי שבעל קדשה עכ"ל הכ"מ ונראה לנענ"ד דיש לדקדק דמבואר מדבריו הכא דלוקה הבעל והנבעלת ובפ"א הזכיר רק שהוא לוקה משמע דהיא אינה במלקות.

ונלענ"ד דבמהרי"ט ריש קידושין ביאר הטעם הא דלוקה הבעל אף על גב דלגבי דידיה אקראי בעלמא הוא מ"מ חזקתו של כל אחד גורם להווייתה שתהא קדשה. ועפ"ז י"ל דאיכא תרי גווני קדשה חדא כגון שבאו עליה הרבה ב"א לשם זנות ואידך כגון שהכינה עצמה לכך מתחלה והפקירה עצמה ועי' שם במהרי"ט ונ"מ דאם הכינה עצמה גם היא לוקה מיד בביאה ראשונה שמיד נעשית קדשה אבל אם באו עליה אנשים הרבה ולא הכינה עצמה אף על פי שהאיש הבא עליה לוקה מיד אבל היא אינה לוקה עד שתתפרסם לקדשה ולפי זה בפ"א מיירי לענין מלקות דידיה כתב שפיר דאף על גב דלא הכינה עצמה אבל לענין שתלקה גם היא בעינן הכינה עצמה וההוא יליף מלא תחלל כו' דבכה"ג חל עליה איסור קדשה ולוקה גם היא מלא תחלל כו' דהא בעינן אזהרה גם לנשכב כמ"ש הרמב"ן במנין המצות שורש ה' ולהרמב"ם אין חילוק בין הכינה היא עצמה או אביה ושוב מצאנו ראינו כן בשם הר"א בנו של רבינו הרמב"ם הובא בכסף משנה פרק ט"ו מהלכות אבל שכתב להדיא הא דבעי הרמב"ם שמכין עצמה כו' היינו לחייב אותה יעו"ש ות"ל שעמדנו על האמת בכוונת הרמב"ם והנה כבר כתבנו דה"ה בהלכות אישות הביא ראייה להרמב"ם מ"ש חזקה א"א כו' ואי מדרבנן בדרבנן לאו כולהו אינשי זהירי בי' ולפי זה לפי מ"ש דבאשה אם לא הכינה עצמה אין כאן מלקות ואינה בכלל קדשה א"כ א"ש מ"ש דבאשה לא שייך חזקה זו: ולפ"ז י"ל דגם הפני משה לא קאמר אלא היכא

דהיא התניתה עמו איזה תנאי לא אמרינן בכה"ג באשה דאינה עושה בעילתה בעילת זנות (ואין ספרו כאן לעי' באיזה ענין מיירי התם) וסברא וקבלה ואחלתה לתנאה לא אמרינן כן דאיהו אינה חוששת על זה משא"כ בשאר דוכתי גם הפני משה מודה דע"כ לומר שהוא מכוון לשם קידושין כדי שלא יעבור איסור דאורייתא גם דעתה כן הוא דאל"כ היא מכשילתו באיסור תורה ועברה אלפני עור כמבואר במהרי"ט ובעצמות יוסף בפתחת המסכת בשם רבינו ירוחם דס"ל להיפך דהיא עוברת אלפני עור ע"ש אבל היכא דהיא התנית עמו איזה תנאי ואינה מוחלת ל"ש בזה דהיא מכשילתו דהרי הוא מכשיל את עצמו וזה פשוט דבכה"ג אינה עוברת אלפני עור ע"ש: אמנם באמת צ"ע לדעת הפוסקים דס"ל דזנות עם הפנוי אינו רק דרבנן וע"כ לומר דבכה"ג נמי זהירי אינשי בי' ושייך חזקה כו' אי סברא לומר דבדידה אפילו דרבנן נמי ליכא ועוד במגלת אסתר במנין המצות שורש ה' כתב דמלא תהיה קדשה ילפינן אזהרה גם להאשה ויש להאריך בזה ואין כאן מקומו וצ"ל דבאמת כוונת הפוסקים הנ"ל משום דנשי לאו דינא גמירי ולא ידעה שיש איסור בדבר: אמנם היכא דשייך בדידי' הך סברא דאין אדם כו' אמרינן דמסתמא אומר לה דלקידושין הוא בועל וגם הוא נתרצית לשם קידושין: ועפי"ז יש מקום ליישב מה דקשה לכאורה בסוגיא דקידושין גבי הא דהמקדש בע"א אין חוששין ומקשה מהברייתא דהמגרש אשתו כו' מאי לאו בע"א ולכאורה קשה דהרי התוספות בדף ס"ו בד"ה אמר אביי כתב דאיכא למימר כיון שלא קידש בפני עדים המעות מתנה יעו"ש והנה אין לפרש דברי התוספות דאף אם הם באמת כווננו לקידושין מ"מ גזירת הכתוב הוא דאינו מועיל בלי עדים והמעות מתנה על זה יקשה מנ"ל לתוס' שמתנה דילמא כיון שאין מקום לקידושין לחול המעות חוזרין וא"ל כיון דאדם יודע כו' דאם כן למה להו להזכיר דבר זה כלל בפשיטת הו"ל למימר דגזה"כ הוא דלא מהני ועוד דמדוע באמת בקידושין הוי גזירת הכתוב ע"כ מדבר דבר אם כן גם באשתו דנתנה נמי נימא הכי דהרי בכולהו ילפינן דבר דבר ואדרב' עיקר קרא התם כתיב ועי' ברשב"א שכתב דאביי מוקי לה במכחישתו אם כן מדוע בקידושין אפילו מודו לו מהני אלא ודאי כפי' הר"ן דאביי יליף מאו הודע דע"א בהודעת בע"ד מהימן ולא מחלק בין ערוה לשאר איסורים ואם כן מ"ט דקידושין אלא ע"כ כוונת התוס' דבקידושין אמרינן אימר המעות מתנה ואין כוונתם כלל לשם קידושין ואפילו הודאתה לא מהני דאין מי שיודע אמיתת הדבר רק על פי עצמן לבד ואפילו ע"א אין כאן דאימור לשם מתנה ועיין בשו"ת מהרי"ט ח"א סימן ט"ו שמוכח מדבריו שמפרש כן ולפ"ז מאי מקשי הש"ס מהך דהמגרש כו' דילמא הא דקאמר המקדש בע"א ושניהם מודים אין חוששין היינו דווקא במקדש במעות דאיכא למימר אימור יהיב לשם מתנה אבל בביאה דס"ל אין אדם עושה כו' אם כן מסתמא לשם קידושין מכווין אמנם י"ל דהנה המפורשים נתחבטו בפ"י הש"ס בהא דקאמר מי דמי דהתם לא מחייב לאחריני כו' יעו"ש ברשב"א ובריטב"א ופ"י אמנם לפי דברי התוס' הנ"ל שהרי עיקר הטעם הוא כיון שלא ראו עדים המעות מתנה וכן להיפוך אף אם היא כוונה לקידושין י"ל דהוא לא כוון רק לשם מתנה ולפ"ז אף היכא דבאמת יודעת בנפשה דכיוונה לשם קידושין וגם הוא אומר שכיוון לקידושין מ"מ אין הוא מחוייבת להאמין לו בזה אלא אמרי' שכיוון למתנה ולגבי דידה לא מיקרי הודאתו הודאת בע"ד ולפיכך יכולה לישא אחר וא"צ להשגיח על דבריו ועיין ביו"ד סי' קך"ז בהא

דמלמדין אותו לומר איני מאמינך וה"ה להיפך הוא מותר בקרובותי וא"ל להאמין לה במה שאומרת שכיוונה לקידושין והנה לפמ"ש לעיל להפני משה הטעם גבי ביאה דצריכה גט אע"פ שהוא אינה חוששת לב"ז היינו משום דע"כ אומר לה דלקידושין הוא בועל ולפ"ז היכא דאף אם אומר לה בהדיא לקידושין מ"מ נוכל לומר דכוונתו לדבר אחר כגון הכא במקדש בע"א בכסף אע"ג דאמר לה להדיא לשם קידושין אפ"ה אמרינן כיון דלא ראתה עדים כיוונה למתנה א"כ ה"ה בביאה אע"ג דאמר לה לקידושין מ"מ כיון דלא איכפת לה בביאת זנות מה יועיל בכוונתו לקידושין והוא גם היא אף אם באמת כיוונה לקידושין י"ל שעדיין לשם זנות בעל כיון שאינו יודע מה בלבה והלכך פריך שפיר מהתם אף דמיירי משניהם מודים אכתי א"צ גט שני: והנה הרא"ה בחידושיו לכתובות והביאו הריב"ש בתשובותיו שהקשה גבי קטנה שהגדילה דהא הוי כמקדש בלי עדים ות"י דמידי דכ"ע חזו סהדי וכ"כ בתשובת מיימוני גבי מקדש בפחות מש"פ והביא ראייה מהך דקטנה.

ומדבריהם נלמד עכ"פ דאין מקום לחוש ולומר דכיון דאין עושה ב"ז והמקדש בביאה בלא עדים הוי זנות ומסתמא כשהגדיל ונתיחד עמה העמיד לעצמו ע"י כשרים שנתיחד עמה כי היכא דלא ליהוי בעילתו זנות שאם היינו אומרים כן לא היו צריכין לתרץ מטעם דכ"ע חזו והוי סהדי וכן מוכח מדברי ה"ה הל' נחלות וכדבריו מבואר ביש"ש ביבמות פ"ב סי' י' יע"ש ויותר מזה מבואר להדיא בתה"ד סי' ח' ט' דלא אמרי' כן משום דלאו כ"ע דינא גמירי וסברי דשניהם מודים עדיפא מעדים כו' יע"ש ואמנם לכאורה צ"ע ממ"ש בתה"ד סי' ר"ח בסופו דאין לחוש שמא בא בצנעה ובא עליה בפני עדים דכל דהוי עדים קלא אית ליה למילתא כו' ול"ל כולי האי תיפוק ליה מטעם הנ"ל דסברי דשניהם מודים עדיפא מעדים ודוחק לומר דסי' ר"ח קאי לפי הטעם השני שכתב בסי' ר"ט דאין לחוש שבעל בעדים משום דמיטמר מאינשי כו' משום דעכ"פ הו"ל להזכיר גם טעם זה.

ע"כ היה נלענ"ד שיש לחלק דדוקא בסי' ר"ט דמיירי באין ביניהם עסק קידושין כמו שהאריך בזה אלא דעכ"פ כתב שקשה לסמוך על דעת הרמב"ם כו' ויש לחוש שמא בעל בפני עדים. אבל ודאי דשמא נתיחד עמה בעדים ל"ח דלא עדיף מגרושתו מן האירוסין ולכך כתב שפיר דאין לחוש שמא בעל בעדים משום דסובר דשניהם מודים עדיף מעדים וס"ל דאפשר באמת נתיחד בעדים רק דסבר דהביאה א"צ עדים משא"כ בסי' ר"ח דהיחוד לבד בעדים סגי אין לומר שמא בעל בלא עדים כלל אפילו על היחוד משום דכ"ע ידעו דהמקדש בלי עדים אינו כלום וחיישינן שמא העמיד ע"י לעצמו או שמא כבר קידשה בכסף בפני עדים ואינם לפנינו.

ועפ"ז היה מקום אתנו לישב דברי הרמב"ם פ"א מהלכות אבל הל' ד"א איש ואשה שבאו ממדה"י הוא אומר זאת אשתי והיא אומרת זה בעלי אם הוחזקו בעיר ל' יום הורגין עליו משום א"א ועיין בתשובת נודע ביהודה שדקדק דמדוע בהלכה ד' סגי בהוחזקו בעיר לחוד ובכאן לא מהני עד שיאמרו זו אשתי כו' וגם דקדק על ה"ה שרשם מוצא דין זה מב"ב ולא דמי להתם אלא דברי הרמב"ם מועתקים מהירושלמי פרק עשרה יוחסין יעו"ש והאמת אתו בזה.

וכדי לבאר הדברים באר היטב נלענ"ד דהנה מבואר בש"ס דף פ' אר"י מלקין ושורפין על החזקות מלקין כד"ר דאמר הוחזקה נדה בשכינותיה בעלה לוקה משום נדה ושורפין כו' והנה הא ודאי דהיינו דווקא היכא דעביד מעשה הניכר מזה הוא דמלקין ושורפין כגון בנדה בעינן שראוה לובשת בגדים מיוחדים לנדתה והכי משמע מדברי ה"ה פ"ד מהלכות א"ב ועיין בדברי הרשב"א בי"ד סי' קפ"ה וכן בהך דבנה מורכב על כתפה בעינן כרוך אחרי' דוקא שהיא מעשה הניכר שהוא שאר בשר שהוא בלא יבא משא"כ כשאין שם מעשה הניכר ודאי דאין מלקין וסוקלין ע"ז.

והנה אמרינן ביבמות דף ק"י גבי יבמה דמבזיז בזיז מינה מוקי אנפשיה עד שלשים יום וכבר כתבנו דעת ה"ה והרמב"ם דבאיסור דרבנן לאו כולהו אינשי זהירי ביה וא"כ לכאורה במה שמיחד עמה אין ראייה לומר ודאי אשתו היא דמה בכך אע"פ שיש כאן איסור יחוד עם הפנויה אינו רק דרבנן וגם א"ל דהן הן ע"ב דהא לא עדיף מיבמה דמבזיז בזיז מינה ולא בעל עד ל' יום משא"כ אם הוחזקה כאשתו ל' יום דאז ודאי לא מוקי אנפשיה וכיון שבעל אז היא מעשה הניכר דמסתמא אשתו היא מכבר ונתקדשה לו בעדים ע"י כסף או דמסתמא העמיד ע"י אך כ"ז כשאמר מתחלה זו אשתי כו' משא"כ בלא"ה אע"ג דנימא שודאי בעל מ"מ הרי אפילו בעל בהדיא לפני עדים דעת הרמב"ם פרק ו' מהלכות גירושין דאמרינן לשם זנות בעל משא"כ דאמר זו אשתי כו' אז ודאי תלינן מדבעל השתא דמסתמא לאו זנות הוא.

אמנם מדעת אחרונים בסי' י"ט לא נראה כן יעו"ש באורך בדבריהם: מדברי שאר הפוסקים משמע דאין לחוש שמא העמיד ע"י וכה"ג וגם י"ל דבנ"ד גם בעל תה"ד מודה דהרי באמת דעת הר"א ותשובת מיימוני לומר דמידי דכ"ע חזו כ"ע סהדי וא"צ ע"י כלל וא"כ אף שכתבנו דלדעת תה"ד ליכא מאן דטעי ושפיר ידע ולא בעל בלא ע"י היינו דוקא בנ"ד דכ"ע מודים כאן שאם יש כאן עידי יחוד ודאי לא מהני משא"כ בנ"ד דיש לומר דהיה סובר שא"צ עדי יחוד דמידי דכ"ע חזו כו' כדעת הפוסקים הנ"ל ועפ"י"ז בפשיטות יש לחלק בין ההיא דסי' ר"ח לסי' ר"ט ע"ש: ועתה נבא לחקור בדין מקדש בפחות מש"פ או במלוה ושאר גווני דאמרינן בהו כשבעל אח"כ אין עושה ב"ז ובעל לקידושין והיינו כשייחד עמה בפני עדים אמרינן הן הן עידי יחוד כו' והאיך הדין אם הני ע"י לא ידעי שזה קידש אותה בפמש"פ והיו סבורין שכבר קדשה בפרוטה וכה"ג קידושין גמורים וכן באינך גווני על הדרך הזה וא"כ ע"י אלו אע"פ שהם ע"ב מ"מ לא אסקי אדעתיהו שבועל אותה לשם קידושין שהרי היו סבורים שמקודשת הוא לו מכבר ולכאורה נלענ"ד דבכה"ג נמי הוי כמקדש בלי עדים דהרי מקשינן הוויית לאהדדי וקדושי כסף שטר וביאה שווים הם ואע"ג דכסף צריכין העדים לראות הנתינה ממש וביאה א"צ שיראו רק היחוד היינו משום דהוי ממש כאלו ראו הביאה וקרוב לודאי הוא וכמ"ש בתשובות מיימוני סי' א' יעו"ש.

וכן מבואר בשאר דוכתי הא לכל מילי אין לחלק ביניהם וא"כ כמו דבקדושי כסף צריכין שיראו העדים שידעו שזה הנתינה הוא נותן לה עתה לשם קידושין כמו כן צריכין העדים לדעת כשנתייחדו שהיחוד שהוא ביאה הוא לקידושין והיינו משום שהעדים יודעין שאין אדם עושה כו' אבל בהנך גווני שהעדים היו סבורין שמקודשת היא מכבר ולא אסקי

אדעתייהו שיבעול לשם קידושין כן הי' נראה לכאורה אלא דאיכא למישדי בה נרגא ממ"ש רמ"א סימן ק"ז בהגהה אם נתן לה בשתיקה ושניהם אמרו שכווננו לקידושין חוששין להם ועיין בח"מ דמיירי שנתרצו מתחלה לקידושין אלא שהעדים לא ידעו מזה יעו"ש והוא מתשובת מיימוני סי"ג ובמרדכי פ' ב' בשם מהר"מ אמנם לענ"ד הדבר צ"ע דהרי מבואר דעת מהר"מ בתשובת מיימוני סי' א' דס"ל דאפי' אם יש ספק להעדים אם קרוב לו או לא לא הוי קידושין דהוי כמקדש בל"ע יעו"ש באורך ומכ"ש בנדון זה דסי' ג' דהעדים לא ידעו כלל אם נותן לקידושין אם לאו דלא מהני ואין לחלק משום דהתם לא ראו הנתינה כלל משא"כ כאן שראו הנתינה אלא שלא ידעו אם הוא לשם קידושין ז"א דכל שלא ידעו אם יש עסק קידושין בנתינה זו לא ראו הנתינה קרינן בהו ואמנם י"ל דשאני בסי' ג' דהעדים ראו הנתינה ושניהם מודים שכיוונו בזה לקידושין הוי כמקדש בעדים משא"כ התם אך ז"א דלכאורה משמע לשיטת מהר"מ דאע"פ שבאמת נפל קרוב לה מ"מ כיון שס' להעדים הוי כמקדש בל"ע וכ"פ הגאון מהר"י מפראג נ"י בתשובתו אלינו אשתקד בענין קידושי גזל וכ"כ בספרו נ"ב והוכיח מלשון מהר"מ דהטעם משום דהעדים מוקמינן לה אחזקה דפנויה והוי כאלו אין כאן עדים כלל וא"כ מאי מהני הא דשניהם מודים דעכ"פ לא עדיף מאם נתברר עתה שקרוב לה ואפ"ה לא מהני וכן מבואר בב"ש סי' ל"א היכא דספק להעדים אם ש"פ במדי אע"פ שנתברר עכשיו אינו כלום וכן הסברא נותנת בנדון זה דכיון דהעדים עצמן אינם יכולין להעיד על קידושין רק מצד הודאתם אינו כלום דהא מחייב לאחריני וכן מבואר בר"ן בסוגיא דהן הן שלוחיו דאפילו ליכא כפירת ממון מ"מ כיון דאין הקידושין רק מצד הודאתם הוי כמקדש בל"ע ואע"ג דהרמב"ן והנמשכין אחריהם ס"ל דבמודה מהני הדבר מבואר שיש חילוק גדול ביניהם ועוד דהרמב"ם לשיטתו דס"ל דאין שליח הקידושין צריך עדים ועיין ברא"ש שמתרץ דבריו משום דבגמר הדבר שהיא נאסרת לכל אדם אז צריך עדים והתם אפשר דדמי לשליחות שאין בה עיקר דבר אלא כיון דאי הוי כפירת ממון לא הוי מהימנא וגילוי מילתא בעלמא הוא וכן בשליחות ואף בזה חולק הראב"ד משא"כ כאן שהעדים אין יכולין להעיד על קידושין כלל אם לא ע"פ אמירתם שכיוונו לקידושין פשיטא דאין נאמנים דמחויב לאחרינא וכן במהרי"ט ריש קידושין ובשו"ת הרשב"א סי' א' רל' ד היכא שאמר בלשון שאין ידים מוכיחות אע"פ שהיא אומרת שבלבה היו להתקדש לו לא מהני דכל שלא דיבר עמה מתחלה על עסק הקידושין בפני עדים ונתן לה בשתיקה לא מהני אע"פ שהיא אומרת שבלבה היה להתקדש לא מהני אע"פ שהיו דעת שניהם לקידושין וכן מבואר להדי' בהריטב"א בתשובה שהביא הב"י סי' מ"ה ועוד בתשובת מיימוני סי' א' מבואר בהדיא דאע"פ שנפל הטבעת בחיקה מ"מ לא מהני וכהיא דאמרי' המקדש בע"א כו' אפי' שניהם מודים יעו"ש.

ועיין בפ"י דף י"ב ד"ה לאו ובדף י"ג ד"ה שלח ובב"ש סי' קל"ו ואף הרשב"א דסובר דאם העדים מסופקין אם קרוב לו או לא הוי ס' מ"מ מודה דהיכא דהעדים היו סבורים שקרוב לו אע"פ שבאמת היו קרוב לה לא מהני א"כ בנדון הנ"ל שהעדים היו סבורין שכבר נתקדשה לו א"כ לא מסקי אדעתייהו כלל דביאה זו לשם קידושין היא נלענ"ד דלא מהני: ומעתה נעתיק עצמינו לנ"ד שאין כאן ע"י לפנינו ואפילו אם יבואו העדים ויעידו שראו שיתיחדו עכ"פ לא עלה בדעתם שיש ביחוד הזה עסק קידושין ביניהם

ואפילו לדברי מהר"מ ז"ל הנ"ל בסי' ג' מודה הכא בנ"ד דע"כ לא החמיר מהר"מ אלא התם שהעדים ראו הנתונה והם שניהם מודין שכיוונו לקידושין משא"כ בנ"ד שהאשה אומרת שלא נבעלה כלל עכ"פ ממנה נקח שאומרה שלא נתקדשה בביאה מעולם ואם כן הודאה אין כאן ועדים נמי אין כאן דאפילו אם יבואו עדים כשרים ויאמרו שראו שנתיחדה ושהיו העדים שם כדי ביאה וראו שלא יצאו מהחדר אעפ"כ לא עלה על לבם מעולם שיש ביחוד הזה עסק קידושין מכ"ש בנידון שלפנינו שאין כאן עדים כלל (ואם היו באים העדים ומעידים שנתיחדו ולא ידעו שקטן היה רק אחרים מעידים ע"ז יבואר אם הוי חצ' דבר) ועוד דמנין ידעו דבר זה שעתה בועל לשם קדושין שמא כבר בעל לשם קדושין בפעם אחרת ואם לא שיבואו עדים שראו שנתיחדה מיד שנעשה גדול וגם ידעו מדבר זה שקטן היה ועתה בועל לשם קדושין וכולי האי ודאי ליכא למיחוש ואמרי' עדים בצד אסתן כו' ועוד דודאי הדבר פשוט דאין סברא לומר אם רואין אדם שמתיחד עם אשתו דודאי בא עליה רק בהמגרש ולנה עמו בפונדקי' דאז כיון שאנו רואין ששניהם נכנסו יחד ונתיחדו מה שאין הדרך להתייחד עם אשתו גרושתו ואדרבה היחוד אסור ואש בנעורת כו' אמרינן דיבעול לשם קדושין.

אבל בנ"ד דכנוסה היא לו בחופה וקידושין הדרך להתייחד עמה אף אם אין דעתו לבעול כלל וזימנין דטמאה היא ואפ"ה מתייחד עמה ל"ש בכה"ג הן הן ע"י דמנין ידעי שעתה יבעול לשם קדושין שמא כבר בעל לשם קדושין או שאין בדעתו לבעול כלל ואע"ג דהרמ"א סי' ל"א כ' ונתגדל אצלה ומשמע מלשון זה דכנוסה היא לו י"ל דמיירי שראו עדים תיכף משהגדיל נתייחד עמה ואם נאמר דגם זה לא מהני כיון דלא ידעו העדים אם בדעתו לבעול עתה מ"מ י"ל דבאמת רמ"א מיירי היכא דידעינן שבעל שהרי בש"ע שם לא הזכיר עידי יחוד וע"ז כתב הרמ"א וה"ה כו' ודין זה מהרא"ש פרק המדיר ולא כנרשם שם טור והרא"ש בתשובה וכן משמע בח"מ והר"ן לא מיירי מעידי יחוד כלל.

והעולה מדברינו דבנ"ד הוי מקדש בל"ע לפי דעת הרא"ה ותשו' מיימוני סי' י"ט דס"ל דבר שבסתם כך הוא כאלו איכא עדים דמי אמנם כבר כתב הריב"ש שכל הגדולים חלקו על זה וס"ל דע"י ממש בעינן ונלענ"ד טעמם דאע"ג דבכל דוכתי אמרי' דבדבר הידוע לכל העולם א"צ עדים ואפילו אי איכא עדים שאומרים להיפך ל"א בהו תרי כמאה וכאשר כ' אא"ז הש"ך בח"מ סי' מ"ו ס"ק מ"ט מ"מ אין זה דומה לכאן דבקידושין בעינן עדים שיתכוונו ליחוד הלזה וידעו שלשם קדושין הוא בועל מחמת סברא דאין אדם כו' וא"כ מה בכך שגלוי לכל העולם שנתייחדו זע"ז ודרים כאיש ואשתו מ"מ אין איש שם על לב על עסקי הקדושין הנעשים ביחוד הזה והוי כנותן לה בשתיקה רק שהם נתכוונו לקדושין דלא מהני ואולי דעת הרא"ה ותשובות מיימוני כדעת מהר"ם בר ברוך הנ"ל דבקדושי כסף גם כן מהני בכה"ג ובקטנה שהגדילה מסתמא גם היא כיוונה לקדושין משא"כ בנ"ד שהאשה אומרת בהדיא שלא נבעלה ועכ"פ מעולם לא כיוונו לקדושין אפשר דגם הרא"ה ותשובות מיימוני מודים בזה.

אך צ"ע דהרי הרא"ה כתב זה גבי קטנה שהגדילה ועמדה ונישאת וכיון שנישאת לאחר כאלו אמרה שלא נתקדשה לראשון ואפ"ה כתב הרא"ה דא"צ ע"י דמידי דכ"ע חזו כו' אמנם באמת כיוצא בו הקשה בש"מ בשם הריב"ש מהא דאמרינן א"א שפשטה ידה ות'

דהכא מיירי שלא בפני הבעל א"נ דאמרה בהדיא שלא גירשה רק שקידושין הראשונים אינם כלום א"נ כיון דאיכא למיתלי שטעתה בזה לא אמרינן הכי כו' יעו"ש וא"כ לתי' האחרון א"ש דבאמת היא טעתה וסברה דאע"ג שבעל לשם קדושין הרי אין כאן עדים.

אמנם באמת לענ"ד צ"ע דאמאי קאמר רב דאין צריכה גט משני משום דדיינינן לה כודאי א"א מן הראשון ולפ"ז פשיטא דצריכה גט גם משני כמבואר להדיא פרק האשה בעלה למדינת הים ובאו ואמרו לה מת בעלה כו' תצא מזה ומזה ומפרש בש"ס הטעם שלא יאמרו גירש זה ונשא זה ונמצא א"א יוצאת בלי גט ולדברי קצת הפוסקים הטעם משום דעבדה איסורא קנסוה רבנן כמסקנת הש"ס וס"ל שחולק על טעם הראשון ועי' בנ"י שכתב דאפילו נכנסה לחופה ולא נבעלה נמי צריכה גט משני וכן כתב הריב"ש בתשוב' וכן כתב בש"ע סוף סי' י"ז וא"כ אפ"י אם נפרש דהך ועמדה ונישאת פירושו שנכנסה לחופה ולא נבעלה אכתי קשיא אמאי אין צריכה גט משני והמפרשים לא נתעוררו בזה והיה נלענ"ד לחלק מסברא דדוקא התם הוא דאיכא למימר שצריכה גט משום דבשעה שנשאה לא היה ידוע האיסור והיה שהות עד שנודע האיסור ובין כך עמדה בהיתר אצלו משא"כ כאן דמעיקרא באיסור נסבה וסעד לדברינו מצאנו ביש"ש במסכת יבמות פרק האשה רבה סי' ק"ט שכתב לשיטת הרמב"ם וז"ל והטעם שאותן יש בנמצא דנסבו ע"י שמועות טעות כו' אבל היכא שנשא אותה בעבירה ומיד שנודע לב"ד מוציאים אותה ממנו פשיטא דאין כאן בית מיחוש כלל כו' וקלא אית למלתא שלא היתה שעה אחת בהיתר כו' ולפי פי' התוס' הו"ל לפלוגי אפילו א"א שנשאת באיסור עכ"ל הרי מבואר ממש כדברינו.

אמנם לפמ"ש דגם בהך דהכא איכא למטעי קצת ולומר שבהיתר נשאה כיון שלא היה כאן ע"י יקשה כו' אמנם יש לחלק עדיין ולומר דהתם עמדה אצלו בהיתר ממש משא"כ כאן מה בכך דאיכא למיתלי דהיא טעתה מ"מ אין הב"ד טועין ומיד שנושאה הב"ד מוציאים מידו. אמנם באמת התוס' ויתר הפוסקים חולקים גם בזה כמבואר ביש"ש שם ביבמה שנשאת ובדוחק צריך לפרש דמה שאמרו בש"ס ונשאת לאו דוקא אלא ר"ל שנתקדשה ועי' בטור וש"ע סי' קנ"ה ובש"ג שלא כתבו ונשאת רק אם נתקדשה לאחר אין צריכה גט ועי' שם אמנם צ"ע בדברי הטור סי' קמ"ט שהביא תשובות אביו הרא"ש ז"ל בא' שגירש ונתיחד ואחר כך קידשה אחר לשם פילגש ושהתה עמו וכתב שאף על פי שהיא א"א מן הראשון לא חשבינן לה כודאי לצאת מן השני בלא גט ומשמע דבלא"ה היתה יוצאת בלא גט משני ותיפוק ליה דבלא"ה צריכה גט מזה ומזה כדן שהלך כו' וא"ל דדוקא היכא דנשאת ממש.

ז"א כמבואר בב"י סוף סי' י"ז בשם תשובת הרשב"א ועי' שם באורך ומדברי הרשב"א שם ג"כ מוכח דאע"ג דהיתה מקודשת לראשון קידושין גמורים ומיד שנתוודע לב"ד מוציאים מידו אפ"ה תצא מזה ומזה ואם היינו אומרים דס"ל להרא"ש כהרמב"ם ז"ל הנ"ל לק"מ דדוקא משום דלא חשבינן לה כא"א ודאי הוא דבעי גט משני הא לאו הכי לא היתה צריכה גט משני אלא דבדברי הרא"ש ביבמות דף צ"ד מבואר דס"ל כדעת התוס' ועדיין היה מקום ליישב למש"ל אמנם אינו מחזור לענ"ד לפרש כן בל' הרא"ש ז"ל וגם לפרש בל' הש"ס דניסת פי' נתקדשה הוא דוחק גדול: ולכן היה נלענ"ד לפרש

דברי הש"ע ע"פ מה דאיתא בקדושין דף פ"א אמר רבה בעלה בעיר אין חוששין משום יחוד ולפ"ז י"ל דדוקא בההוא דהאשה שהלך בעלה למדינת הים הוא דכל הפוסקים לאסור אפי' בנכנסה לחופה ולא נבעלה משום דההוא מקרי עבד איסורא שהרי מלקין על היחוד משא"כ בההוא דכתובות שפיר יש לפרש הא דקתני ונשאה שנכנסה לחופה ולא נבעלה ומיירי כשבעלה בעיר ואז אין חוששין משום היחוד ולכך אין צריך גט משני: אמנם בדברי הרא"ש א"א לפרש כן דהרי שם בתשובה ביאר להדיא דכיון ששהתה עמו לשם פילגש ודאי בא עליה כו' אבל מ"מ אין שם סתירה לדברינו הנ"ל משום דהרא"ש שם באמת מיירי שאין בעלה בעיר כמבואר שם בשאלה שהלכה לעיר אחרת ונתיחדה עם שמעון לשם פילגש כו' עי' שם ולכך שפיר י"ל דדוקא בא עליה אבל בדברי הש"ס שפיר יש לפרש כמ"ש ומכל האמור בזה אין כאן לא סתירה לשיטת הרא"ה ז"ל ולא הכרח: אמנם בשו"ת דרכי נועם סי' מ"ו ובנו בס' גן המלך שניהם לדבר א' נתכוונו להביא ראיה לדברי הרא"ה מ"ש רש"י בכתובות דף ט' מעשה שהיה מפני מה לא אסרוהו שהרי עדים הרבה ידעו בדבר ועי' בשיטה מקובצת שהאריך בפירושים שונים ומבואר למעיין שם שאין מזה ראיה כלל ובאמת נלענ"ד לומר בדברי הרא"ה והתשובות מיימוני שלא יחלקו כ"כ עם הפוסקים דנלע"ד דבקטנה שהגדילה כיון דרוב העולם יודעין דקטנה היתה והגדילה ומסתמא יש עדים הרבה בדבר שראו שנתיחדה עמו רק שאין לפנינו לב"ד להעיד ע"ז כתב דגלוי לכל העולם א"צ שיבואו להעיד לב"ד וכ"כ הרא"ה בהדיא בכתובות בחדושו וז"ל ומידי דכ"ע חזו כ"ע סהדי ור"ל וא"צ שיבואו לפנינו להעיד דכ"ע ידעי דבועל לשם קידושין ועל הדרך שכתב רש"י ז"ל בכתובות דף ט' משא"כ היכא שהדבר אין מפורסם כ"כ שזה נתיחד עתה עם מי שלא היה לו בה קידושין עד עתה גם אינהו מודו ובההוא דתשובות מיימוני באמת נתפרסם הדבר שלא היה הטבעת ש"פ והלכך בעל לשם קידושין ויש לכוון גם לשונו שכתב דדבר שסתמו כך הוא כו' למה שכתבנו אבל היכא שאין העולם יודעים רק שרואים שדרים יחד כאיש ואשתו ולא ידעו ולא יבינו שיש בעסק הזה עסק קידושין ההוא לא מהני ולא מידי אבל בההוא דרש"י בכתובות שאני ששם באמיתת הדבר סגי כמ"ש התוס' בקדושין דף ס"ו: אבל אין לומר דאינהו לא מיירי אלא בקטנה שהגדילה דס"ל דבבעל גמרו הקידושין הראשונים וכמ"ש הכ"מ פ"ד מהל' אישות בשם הרד"ך דחלו קידושי כסף והא ליתא חדא דהרי גם בפחות מש"פ דעת תשובות מיימוני לומר כן ועוד דהרא"ה שהביא הריב"ש הוא בחידושו לכתובות שכתב וז"ל ואע"ג דקי"ל המקדש בל"ע כו' הכא כיון דכ"ע ידעי כ"ע סהדי עכ"ל הרי להדיא שהצריך לעידי קידושין וא"ל דאכתי עכ"פ עידי ביאה בעינן ואינם לפנינו ז"א דאם כן ל"ל דהך דהמקדש בלא עדים בלא"ה יקשה דאינו נאמן לומר שבעל ולאפוקי משני בלא גט אע"כ כוונתו נהי דעל הביאה אין צריך עדים כיון שדרים יחד מכל מקום לענין קידושין קי"ל המקדש בלא עדים כו' ועל זה השיב דלענין קידושין נמי מהני ועוד המעיין ברא"ה מבואר שם דקאי אליבא דרב דבעל לשם קידושין אבל לענין דינא כתב הריב"ש שכל הראשונים חלקו ע"ז.

וס"ל דבעינן עידי יחוד ממש וגם בתשובות מיימוני לא ס"ל כן לודאי לענין דינא וכמ"ש הח"מ שמסתפק בזה גם הש"ע והרמ"א השמיטו את דבריו ומדבריהם משמע דבעינן ע"י ממש וכן בשו"ת ר"ב אשכנזי סי' ד' כתב בשם המאירי ביבמות וז"ל אלו שמיאין

בניהם כשהם קטנים כו' עד שגדלו ונתיחדו בעדים משמע דיחוד בפני עדים ממש בעינן ולא סגי במה שאמרו שידורו יחד שיגדיל וכן מבואר מדברי התוס' ולפ"ז כיון דבאמת אין כאן עידי יחוד לפנינו ואפי' אם יבואו מאן יימר שידע שיש ביחוד הזה משום קידושין והודאת האשה אין כאן על הקידושין אדרבא מכחישתן א"כ יש כאן פתח תקוה להתירה: ועתה נשובה ונראה אם יש מקום להתיר מטעם נאמנת האשה שאומרת לא נבעלה ולכאורה משמע מדברי התוס' דאין נאמנת בזה כיון שנתייחדה שהרי מבואר בכתובות דף י"ג ד"ה ואין אוסרין על היחוד שהקשו דההוא דזעירי ע"כ באומרת נבעלתי דאם לא כן איכא ס"ס דמכשיר ר' יהושע ותי' דלעולם באומרת לא נבעלתי וחשיב ליה חדא ספיקא משום דאין אפוטרופוס לעריות והדברים ק"ו דהא מאי דאמרינן כאן ע"י הן עידי ביאה הוי כודאי כמבואר בתשובות מיימוני סימן א' וא"כ הא ודאי דס"ל דאמירתה לא מהני מידי אפילו למיחשבה לספק דהא האי דאין אפוטרופוס לאו כרוב גמור חשבינן ליה כמ"ש הפ"י ואפ"ה לא חשבינן ליה לספק.

והנה הפ"י הביא ראיה דההוא דהתם לאו רוב גמור הוא מסוטה שקינא לה ונסתרה דאם נטמאה למה שותה הא מדאורי' אזלינן בתר רובא אע"פ שיכולין לדבר כו' ולכן הקשה שם על התוס' ע"ש. ולענ"ד יש לדחות ראיה זו דשאני התם דא"א היא ואם זינתה חייבת מיתת ב"ד אין ראיה מן היחוד הזה שהוא איסור קל לחשדה שתעבור על איסור חמור כזה וכמ"ש בפ"י קודם לזה כיוצא בו.

ועיין בי"ד סי' קי"ט הלכך אין כאן רק ספק משא"כ בפנויה שנסתרה שפיר אמרינן אין אפוטרופוס כו' ומסתמא נבעלה אלא שעדיין יש ספק שמא לפסול כגון לחלל או ביאת נתין לדעת רש"י שאינו רק מדרבנן ושמא לכשר וחזקת כשרות איתרע מחמת היחוד שגזרו ב"ד של דוד ואפילו לדעת הרמב"ם דביאת פנויה לוקה מ"מ היינו דווקא כשהכינה עצמה ומופקרת לכל כמש"ל ועי' בפ"ח מהלכות א"ב ה"ב משא"כ בא"א אין כאן רוב רק ספק השקול ממש משום שיש סברא כיון דאיסתתר אין אפוטרופוס כו' ויש סברא להיפוך כמ"ש אמנם בלא"ה השתא קיימינן לפי דעת המקשן שהיה סובר דגם ההוא דאין אוסרין על היחוד נמי מיירי בפנויה כמבואר בשם הראב"ד ז"ל ושני ליה דמעלה עשו ביוחסין ר"ל דהתם מיירי בא"א כו' יעו"ש: ולפי"ז תמוהים דברי הפ"י מה שהשיג על אא"ז רמ"א ז"ל בהגה"ה סי' ז' דדברה עמו דברי זנות ותפלות אסורה א"כ מאי פריך דלמא מתני' מיירי בהכי ע"ש ובאמת לק"מ דלא מבעיא לת' הב' בתו' דידע המקשן דהתם בא"א מיירי ואפ"ה מתירין אפילו בחד ספיקא ופריך אהכי אפי' אם מיירי באומרת נבעלתי להדיא מ"מ יש ספק שמא לכשר ומה יתן ומה יוסיף מה שדברה עמו דברי זנות עדיין יש מקום לס' זה.

ובשלמא בסי' ז' דמיירי בנתייחדה עם העכו"ם או בא"א דבכה"ג אם נימא שנבעלה שוב אין לספק כלל ולת' הא' של התו' ע"כ בדעת המקשן דס"ל מסברא פשוטה דכל שנסתרה כנבעלה חשבינן לה מחמת רוב דאין אפוטרופוס כו' דאל"כ יקשה דמנ"ל דילמא מיירי שאומרת שנבעלתי כקושית התוס' אמנם בש"ע כתב כן לדינא דאע"ג דלא קי"ל כזעירי וכר' יהושע לאסור ביחוד לחוד מ"מ בכה"ג שפיר אסור.

אמנם העיקר בזה דס"ל כתי' הב' של התוס': ועכ"פ כנים אנחנו בזה שמדעת התו' בתירוץ הא' נראה שאין לסמוך על דבריה במקום שהסברא נותנת להיפוך ומכ"ש הכא דהך הן הן כו' כודאי חשבינן לה אך יש מקום לצדד ולומר כיון דאשה זאת אומרת שלא נבעלה כלל א"כ יש כאן חזקה דגופא דהעמידה בחזקת בתולה וכיון דחזקה זו מסייע לה להאשה יש להאמינה משא"כ אף אם נאמר דמיירי בבתולה מ"מ לא אזלינן בתר חזקת הגוף דהא אליבא דר' יהושע קיימינן דלא אזיל בתר חזקה ועיין בתוס' דף ע"ה ע"ב ד"ה טמא ואע"ג דהתם כתבו מטעמא דמעלה עשו ובס"ד עדיין לא ידע מזה מ"מ צ"ל דגם שמקשן היה יודע דר' יהושע לא אזיל הכא בתר חזקה דגופא רק דס"ד דגם רב מיירי בפנויה ואהא משני מעלה כו' י"ל דהתם בא"א מיירי וכמש"ל בשם הראב"ד או מטעם אחר וא"כ אין ראיה מדברי התוס' לנ"ד וגם אין ראיה מההוא נסתרה לאלתר די"ל שאני התם כיון שלפי טענת הבעל שטען שלא מצא בתולים א"כ ע"כ לומר שכבר נבעלה פעם א' מקודם ואנן אמרי' דהוא בעל אותה ובכהאי גוונא לא שייך חזקה דגופא ועוד דשאני התם שהיא כחשה בפניו תענה ותאמר שבא עליו ומסייע לה חזקה דלא מוקי אינש אנפשיה וגם בלאו הכי ל"ש שם חזקה דגופא עיין בתשובת הרא"ש כלל ל"ז סי' ב' במה שאפרש הך דנסתרה לאלתר אבל בנ"ד כיון שאמרה עדיין בתולה אני ואין מכחישה ומסייע לה חזקה דגופא אפשר נאמנת: ובזה היה נלפענ"ד ליישב על נכון דברי הפ"י בכתובות דף נ"א שכתב אהא דאבוה דשמואל דאשת ישראל שנאנסה אסורה דמסייע לה תרגום יהונתן שפרש אלהין יפטרנה גברא בגיטא כו' וע"ש.

וע"ז הקשה בס' נדפס מחדש דלשיטת הפוסקים דס"ל דבא"א אין אוסרין על היחוד לפי שאתה מוציא לעז על בניה א"כ הכא בנערה המאורסה דילמא ה"ט דיפטירנה בגיטא שנאסרה משום היחוד כו' ולפמ"ש לק"מ דדוקא היכא דל"ש חזקה דלא נבעלה הוא דאוסרין על היחוד ואין נאמנת לומר לא נבעלתי משא"כ התם דמיירי בנערה בתולה ואיכא חזקה דגופא שוב אין לנו לאוסרה משום היחוד לבד אע"כ טעמא משום דס"ל כאבוה דשמואל.

אמנם בלא"ה אין נכונים דברי הספר מכמה טעמים מבוארים להמעין ועוד דהפ"י מביא מהתרגום דמשמע דד"ת קאמר וא"כ ליכא למימר מטעם יחוד דאם היה ד"ת אין להתיר בא"א משום הוצאת לעז על בני' ועוד שלא נמצא כן בפוסקים שטעם שאין אוסרין על בעלה הוא משום כך אלא עיקר הטעם שאין להוציא אשה מבעלה אלא על ידי קינוי וסתירה שהוא מדאורייתא ואם כן אין לחלק בין יש לה בנים.

ואדרבה הדבר מפורש בריטב"א הובא בשיטה מקובצת דף י"ג דלענין מלקות נמי לא פלוג דאפילו אין לה בנים אין מלקין ע"ש: אבל לכאורה יש מקום לסתור סברא זו ממה שאמרו גבי יבמה שאמרה לא נבעלתי דלא מהימנא אלא בתוך למ"ד דאח"כ אמרינן דלא מוקי אנפשיה ודוחק לומר דהתם מיירי ביבמה מן הנישואין דל"ש חזקה דגופא דסתמא קאמר ולא מצינו חילוק זה בשום פוסק.

ובאמת לפמ"ש"ל דהיכא דאיכא דטוען ברי שכבר בעל ומסייע ליה חזקה דלא מוקי אנפשיה כו' א"ש משום דהתם או היבם או היבמה א' מהם טוען שודאי בעל ולכך מהימן ואע"ג דדעת הפוסקים שם לפירוש ב' וכ"כ בהגה"ה דאף בשניהם מודים צריכה גט

וחליצה אפילו תוך למ"ד י"ל דהתם מיירי בגוונא דלא שייך חזקה דגופה ועוד י"ל דטעמא כמ"ש ה"ה פ"ב מהלכות יבום שלא יאמרו יבמה שנתבמה יוצאת בחליצה ועיין בנ"ב שהוכיח דהך חזקה דמסתמא נבעלה הוי כודאי ועדיף משאר חזקות דאל"כ מאיזה טעם אנו מתירין הצרות אע"פ ששניהם מודים אע"פ שיש כנגדה חזקה דאסורה לשוק כו' ולענ"ד דמשום הא לא ארי' דהרי באמת הדבר ברור דאם נשאת ליבם והלכה עמו למדה"י ודאי דהצרה מותרת להנשא מיד דמסתמא בעל אותה ומ"ש התוס' דהצרה אסורה אם לא יודו שניהם שבעל היינו לאפוקי כשמכחישינן זא"ז אבל בסתמא ודאי דאנו מחזיקין אותה היבמה מאז והלאה בחזקת איסור לשוק בלא גט והצרה בחזקת היתר לשוק ובלא אמירתה לא נבעלתי הא ודאי דהך חזקה דכנוסה בחזקת בעולה מוציאה מחזקת איסור לשוק שהרי נעשה מעשה לסתור חזקה זו ולקמן יתבאר יותר אלא דהספק נופל לנו כשהיא אומרת לא נבעלתי ואז הצרה כבר בחזקת היתר קיימא והיבמה בחזקת איסור בלא גט ושוב אין להאמינה במה שהיא אומרת לא נבעלתי.

וכיוצא בזה כתב התוס' בכתובות דף כ"ו ע"ב ד"ה אנן אחתינן בשם הר"י בר ברוך ואף ר"י לא נחלק עליו אלא היכא שעתה באים שני עדים וסותרים חזקה דהיתרא של הראשונים ועוד דבאמת מבואר בירוש' דיבמות ופ"ג דקידושין דבשניהם מודים נאמנים לעקור החזקה ועיין בב"ש סי' קס"ז סק"ט לשיטת התוס' והש"ג ומה שהקשה עוד בנ"ב דנוקי חזקת בעולה נגד חזקת היתר לשוק על ידי חליצה ובע"א נאמן היכא דלא איתחזק ואמאי בעי היבמה גט וחליצה הנה כבר מבואר בשם ה"ה עוד טעם שלא יאמרו יבמה שנתבמה יוצאת בחליצה ובזה יש לפרש לשון הרב המגיד שם במ"ש כיון דכנס מסתמא בעל שלא יאמרו כו' והל"מ תמה על לשון זה ולפי מ"ש יש לפרש על נכון ע"ש ולכאורה היה אפשר להכריח זה דאל"כ באומרת ל"נ יקשה מדוע תצטרך גט הא בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן מכאן ולהבא משום דבידו לגרשה לחד מ"ד בבבא בתרא דף קצ"ד וא"כ מה לי שאמר לא בעלתי או שאומר גרשתי ויקשה למ"ד זה מברייטא דקתני בה צריכה גט וחליצה עיין בתוס' לפירוש הא' ובדברי הה"מ ז"ל בפ"ב מהלכות יבום וגם אין מקום לומר דאין רצונו לפוסלה מן הכהונה או שיאסור בקרובותיה ז"א כיון דלדבריו תצטרך חליצה עכ"פ ובלאו הכי אסורה לכהן וגם הוא בקרובותיה ואפילו בשניות של חליצה גזרו כמבואר בש"ס דיבמות דף מ"ה ובש"ע סי' קס"ב ואין נראה לפענ"ד לומר דמשום כך לא מקרי בידו לגרשה משום דקרובות גרושה דאורייתא ודחליצה דרבנן דסוף סוף אסורה היא לו וא"ל דשאני בבעל שאמר גרשתי שאע"פ שהוא נגד חזקת א"א מכל מקום נאמן להך מ"ד הואיל ובידו לגרשה מה שא"כ כאן שדבריו הם נגד החזקה והוא חזקה אלימתא ומכל שכן לדעת הנ"ב ז"א דהתם נמי י"ל אם איתא דגירשה קלא איכא למילתא כמבואר שם ברשב"ם לאידך מ"ד ואפ"ה אמרינן דמהימן ובדוחק יש לדחות אלא ע"כ כטעם המ"מ משום שמא יאמרו כו' אבל כדי לבאר ההפרש באמת בין הך חזקה דלא מוקי לשאר חזקות כגון חזקת הגוף וחזקת איסור או היתר לשוק וכה"ג נלענ"ד על פי מה שמבואר בשו"ת מהרי"ק שורש ע"ב דלא אמרינן אוקי חזקה נגד חזקה אלא כגון חזקת הגוף נגד חזקת ממון דחזקת הגוף הטעם דאין לבדות הנולד וההשתנות כו' וכן הוא חזקת ממון אבל בחזקה שהכריעו חכמים מצד הסברא כגון חזקה שאין אדם פורע כו' או חזקה דאין אשה מעיזה כו' יעו"ש באורך

שהדברים ראויים למי שאמרן וא"כ לא שייך הכא למימר אוקי חזקת הגוף נגד חזקה דלא מוקי אנפשיה וא"ש נמי דצרתה מותרת ולא אמרינן אוקי חזקת איסור השוק נגדה משום כיון דהך חזקה הכריעו חכמים מחמת סברא אין לנו לומר אוקי חזקה אחרת נגדה שאינה רק מטעם שאין לבדות הנולד וההשתנות אמנם כבר מבואר דבצירוף אמירתה אפשר דמהני אף נגד חזקה דלא מוקי כו' ואף דבחזקה שאין אדם פורע כו' וכיוצא בזה לא אמרינן אוקי חזקת ממון נגדה אף בכה"ג אין אומרים זו דומה לזו ועכ"פ יש דרך מצוא לומר דנאמנת היא בזה לומר לא נבעלתי והנ"ב כתב די"ל דלא מוקי אנפשי' בקטנות ובעל אז ושוב יכול להיות דמוקי אנפשי' בגדלותה ואע"ג דהיא אומרת שלא בעל כלל פלגינן דיבורה אמנם דעתו דאמירת פיה משוי' לי' רק לספק דאף אם בעל בקטנות מ"מ יש חזקה דבועל בגדלות וכאותו שאמרו רוב בעילות בבעל.

ואף שלענ"ד צ"ע טובא אין להאריך בזה דעכ"פ דעתו דספיקא הוא וכן מבואר דעת הרא"ש בתשובה הביאו הטור סי' קמ"ט דאע"ג דאמרינן הן הן לא חשבינן לה כא"א ודאי' לצאת מן השני בלא גט וא"ל דהספק דשמא עושה בעילתו ב"ז הא ודאי ליתא כמבואר בש"ס ועי' ביבמות גבי מידע ידעי דאין תנאי בנישואין אע"כ דס"ל דמ"ש ס' אי אמרינן הן הן כו' וס"ל כדעת הרשב"א דאם ס' להעדים הוי ס' קידושין וכיון דלדעת הרא"ש ספיקא היא ולא איתחזק איסורא מחמת היחוד ואולי בע"ד מהימן ובזה א"ש דברי הרא"ש בתשובה כלל מ"ה סי' ט' על מי שעושה שליח לגרש אשתו כו' הביאו משנה למלך פרק ו' מהלכות גירושין וכתב שהפריז הרב על המדה דהרי ע"כ מיירי בדאיכא ע"י כו' דכי היכא דאמר שלא ביטל או שלא היה לשם קידושין לא מהימנינן ליה הוכחתו נמי לא מהני כו' ולפמ"ש דברי הרא"ש נכונים כיון דלא איתחזק איסורא דא"א איהו מהימן שאין כאן קידושין: ולולא דמסתפינן היה אפשר לומר דבנ"ד בלא"ה אין מאמר פיה סותר החזקה דלא מוקי כו' דהא הכא אשה אומרת שלא רצתה להניחו שיבעול משום צערה דידה וכה"ג בודאי לא שייך הך חזקה וכיון שהיא נותנת אמתלא לדברי' לסתור החזקה אפשר שיש להאמינה ועוד דאולי לא נאמרה חזקה זו אלא לגבי דידיה אבל לא לגבי דידה וכדאמרינן בש"ס דאיש יצרו תקפו וצערו מרובה משום שזו יצרה מבפנים כו' ואע"ג דבש"ס ופוסקים אמרינן חזקה זו ולא אמרינן דילמא בדידה תליא מילתא ז"א דאם כן מימר הוה אמר שזו מורדת מתשמיש ועי' במהרי"ק שורש ק"ה משא"כ בזה"ז מבזיז בזיז ונמנעין לומר דבר זה מפני הבושה.

אך שאין לבדות זה מדעתינו להגיד חדשות נגד סברות הש"ס רק לצירוף בעלמא למ"ש דבאמת מסייע לה חזקת הגוף וחזקת פנויה כמ"ש בנ"ב וכיון שיש מקום לומר גם כן דאינה סותרת החזקה בע"ד מהימן. אך בנ"ב המציא בזה דשמא הערה בה ולא אדעת' כו' עי"ש שמסתפק בזה והדבר צ"ע דזו מנין לנו לומר חומרא חדשה שלא מצינו בשום מקום ואולי למד לומר כן ממ"ש רש"י בסוגיא דפ"פ דביהוד' לא מהימן דשמא בא עליה ושכח או שמא הערה בה מתוך חיבתו ולא ידע ששיבר בתולים ולכן חשש לזה גם כאן אמנם לענ"ד אין הנידון דומה לראיה דהתם שאני דבדידיה שפיר י"ל שלא הרגיש ששיבר בתולי' אבל בדידה כיון דאיכא צערא ודאי דהיתה מרגשה ואפילו בבוגרת נמי כדפרכינן בכתובות דף ל"ב והא איכא צערא ואע"ג דמפותה אין לה צער מבואר בש"ס דאינו קשה כ"כ כמו באנוסה אבל הא ודאי דמרגשת הוא ועי' בש"ס גבי יבמה שאמרה

לא נבעלתי כו' וע"ש דהתם נמי נימא כמו כן שמא הערה בה ולא ידע או היא לא ידעה וביאת יבמה קונה אפ"י שוגג וי"ל כיון דמבזיז בזיז ל"ש זה א"נ כיון דזה עיקר הקנין ביבמה ל"ש לומר לאו אדעתא ולפי זה גם כאן י"ל כן ועוד דאי לאו אדעתא אם כן מעולם לא היתה כוונתה לשם קידושין וההוא לא מהני כמש"ל בשם הרשב"א י"ל דאי אמרינן אין אדם כו' הטעם דאמרינן גם היא מתכוונת לקידושין ויבואר עוד לקמן.

וא"ל כיון דהכנסת עטרה משיר בתולים והרי לא מצאה בתולים ז"א כיון דבוגרת הוא הרי כלו בתולים לדעת מקצת פוסקים שאין לה דמים ועוד דכיון דלאו אדעתא לא פשפשה כלל ואולי באמת היתה מוצאת ועוד דאעפ"כ יש לחוש כדאיתא בי"ד סי' קצ"ג גבי כונס הבתולה דאמרינן שמא ראתה טיפת דם כחרדל וחיפהו ש"ז ועי' בג' שם ועיין בפלתי סימן קצ"ג שהקשה דלמה מחזקינן בלא מצאה דם לבתולה ודאית ואסרינן באשת כהן וגם אין לה רק מנה ומדוע לא נאמר שחיפהו ש"ז או נאבד וע"ש מה שתירץ ולפ"ד יש לישא וליתן הרבה בזה.

אמנם שבלא"ה נסתר זה אין רצונינו להאריך: ונחקורה ונשובה על קידושי כסף אם יש בהם ממש. הנה גלוי וידוע בשיטות התוספות והפוסקים דקידושי קטן אין בו ממש רק בתשובת מהרי"ק שורש למ"ד הביא תשובת ר"י בר"י דחשו לה וחלקו עליו ואפילו לדעת ר"י בר"י אין דעתו שיהא כאן קידושי תורה כמו שהאריך בזה בתשובת ר' בצלאל אשכנזי סי' ד' והוכיח מש"ס ערוך דקידושין דף י"ט דפריך א"כ מצינו אישות לקטן ואם איתא דהוי דאורייתא א"כ שפיר הוי אישות לקטן דהרי זכין לאדם שלא בפניו.

וכן הקשה בשו"ת מהרי"ט והגאון מהר"י נר"ו בספרו נו"ב. אמנם הגאון נ"י רצה לישב זה על פי מ"ש בכתובות הגדילו יכולין למחות וכן בנידון זה נמי כשהגדיל יכול למחות א"כ שפיר קאמר כי ינאף פרט לאשת קטן דהוי התראת ספק פן ימחה לכשיגדיל וחזר וסתר זה עי' שם: ומה שנראה לענ"ד דלכאורה יש להקשות קושיא עצומה בש"ס דקידושין בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה איכא פלוגתא אי חוששין שמא נתרצה האב הרי בתשובות מיימוני סי' א' והובא ג"כ במרדכי דאם ספק להעדים אם קרוב לו או לה הוי כמקדש בל"ע והובא בב"ש סי' ל' סעיף קטן ט' (ומה שכתב הגה"א ט"ס הוא וצ"ל הגהת מרדכי ומרדכי סוף גיטין) ובתשובות מיימוני נסתייע ממ"ש רש"י ביבמות דף ל"א בכת' א' היינו אחד אומר קרוב לו ואחד אומר קרוב לה.

אמנם הרשב"א שם בשם ר"ח פי' דמיירי דספק להעדים אם קרוב לה או לו ותמה על שיטת רש"י דהרי המקדש בע"א אין חוששין לקידושין. ונלענ"ד בשיטת רש"י ז"ל בזה דס"ל כמ"ש הר"ן בכתובות דף ק"ב במ"ש שיש לתמוה על הרמב"ם פרק ט' מה"א וכתב דמיירי ששניהם מודים שזרק לה הקידושין רק שז"א קרוב לה וז"א קרוב לו וכיון שיש כאן ב"ע בזריקת הקידושין ועבידי אינשי דטעי בהכי לא תנשא מדרבנן דיש לחוש שמא בשעת הקידושין היו שניהם רואין שקרוב לה רק שעתה הוא טועה וכסברת הר"ן ז"ל.

ואין הכרח לפרש דמיירי שהספק הוא להעדים משום דבכה"ג אין הקידושין כלום דבעינן שידעו העדים דבר ברור וכדעת מהר"ם הנ"ל ואם כן הקושיא הנ"ל במקומה עומדת. והנראה לענ"ד ליישב על פי מה שיש לתמוה שם בסוגיא שיטת הרי"ף ז"ל

שפסק דאפילו אם האב נתרצה לא מהני ועל זה תמהו הרשב"א והר"ן והריטב"א מהא דאמרינן נתקדש לדעת ונישאת שלא לדעת רב אמר אוכלת כו' שמא יבא האב וימחה משמע דאם נתרצה האב בנשואין יעו"ש: ונלענ"ד לתרץ ויתורץ ג"כ קו' הפ"י על הרי"ף שהק' דהא הש"ס מק' אדעולא אפי' שדיך משמע דסברא פשיטא הוא דחיישינן שמא נתרצה וא"כ מוכח דאם נתרצה מהני עכ"ל.

ומקודם נפרש טעמי דהרי"ף דאפי' נתרצה לא מהני והנה בחידושי לקידושין תרצנו דברי הרי"ף באופן נכון והוא דנראה בטעמא דהרי"ף דס"ל כיון דהוא קידש קטנה בלא דעת אביה אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום א"כ אמרינן דגמר ונתן לשם מתנה כדאמרי' בכתובות דף ע"ד וביבמות גבי קטנה שלא מיאנה ג"כ דא"צ גט וגמר ונתן לשם מתנה כמבואר בדף מ"ו גבי מקדש אחותו דפליגי רב ושמואל וקי"ל דאדם יודע שאין קידושין תופסין באחותו ונתן לשם מתנה ואין לחלק בין אחותו לאחריני דמשום דלא עבדי דיהבי מעות מתנה לנוכראה.

דז"א כמ"ש בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' מ"ג באורך והכא אפי' לשמואל אית לן למימר מעות מתנה כמ"ש התוס' ד"ה דאיתמר כו' אבל היכא דאינו יודע אם יחולו הקידושין נתן לשם מתנה. ועי' בפ"י שכתב שם הטעם משום דנהי דא"י אם יחולו הקידושין עכשיו מ"מ כיון דדעתו לקדשה אמרי' דיהיב לשם מתנה דליקרב דעתה לגביה להתקרב לאחר זמן כו' ועי' שם: וא"כ ה"נ דכוותי' וא"ל דל"ש הכא אדם יודע משום דאיכא למימר דסבר היה פן יתרצה האב ז"א דהא לעולא ל"ח שמא נתרצה האב וא"כ אין לנו לומר שהוא היה סבר פן יתרצה האב.

ולפ"ז מתורץ קו' הפ"י ושפיר מק' הש"ס ואפילו שדיך דהא בשדיך שפיר יש לנו לחוש פן יתרצה וכיון שכן אין המעות מתנה: ואם באמת נתרצה מקודשת דהוי פקדון גבה עד שיתרצה האב והא בהא תליא דאם אנו חוששין שמא נתרצה הרי היא מקודשת אם נתרצה באמת ואם אין חששא דנתרצה אף אם באמת נתרצה לא מהני.

וניחא נמי מה דהקשו עליה מהא דנתקדשה לדעת ונשאת שלא לדעת משום דלגבי קידושין שפיר אמרי' כיון דיהיב לה לשם מתנה מה בכך שנתרצה הא לאו מידי יהיב ולא הוי קידושין אבל לענין נשואין ל"ש זה דהא אף עפ"כ נכנסה לחופה עמו. ואם יבא האב ונתרצה הוי נשואין ולכך אוכלת לרב דכיון דארוסה דאורייתא אוכלת בתרומה תלינ' לקולא בדרבנן ואמרי' דנתרצה בנשואין כמ"ש הריטב"א מש"ה דקדק בה הרי"ף אי הלכתא כרב או לאו והשתא ניחא גם כן מאי דלא הביא הרי"ף פלוגתא דר"ה ור"י בנתקדשה שלא לדעת משום דכיון דבשעת קידושין דאכתי לא הוי כיתומה בחיי האב ולא ידעינן שהפקיר אביו זכות שיש שלו בה אז מסתמא נתן לשם מתנה וקידושין אין כאן ונישואין אין כאן: אמנם כעת היה נלענ"ד לתרץ באופן אחר על הדרך הנ"ל משום דהרי כבר הקשינו למ"ד חוששין שמא נתרצה מה בכך כיון דעדים מסופקים אם נתרצה לא מהני אמנם י"ל דהא ודאי למ"ד חוששין שמא נתרצה היינו ע"כ מטעמא דזכות הוא לו וכמ"ש הר"ן דאם בא ונתרצה לא מהני למפרע משום דזכות הוא לו ולפי זה לא הו' כמקדש בלא עדים דהעדים מסקי אדעתיהו וסבורים הם שמסתמא יתרצה כיון שזכות הוא לו והשתא ניחא גם דברי הרי"ף כיון דבאמת קי"ל כמ"ד א"ח א"כ כיון דאנן ל"ח

העדים איך יחוש על זה וא"כ אפילו נתרצה באמת לא מהני דהוי כמקדש בלא עדים ובזה יש ליישב גם קושית הב"ש בסימן ל"ז ס"ק י"ח שהקשה על הש"ע דלמה סתם כדעת הרמ"ה דאין הקידושין חלין אלא משעת שמיעה והרי הרא"ש והר"ן סברי דלמפרע מהני ולפי הנ"ל ניחא דבאמת מבואר מדברי הרא"ש והר"ן שכתב זה למ"ד חוששין שמא נתרצה דקיימי התם אהא דאמר רבינא אפילו למ"ד חוששין כו' אבל באמת למאי דקי"ל א"ח ודאי עכ"פ למפרע לא מהני דלאו זכות הוא לו דנאמר דהוי קידושין למפרע וא"ל מכאן ולהבא נמי לא להני דהא הוי כמקדש בלא עדים י"ל דמיירי דהריצוי היה לפני עדים כמ"ש הב"ש ולפי זה י"ל דלדינא אין כאן מחלוקת בין הרי"ף להרא"ש דאף הרי"ף מודה בכה"ג: ועפ"ז נבא אל הענין כיון דבאמר כשהגדיל הקטן יכול למחות א"כ אף אם נניח זה שכתב הגאון מהר"י מחמת התראת ספק דשמיה התראה מ"מ יש ליתן טעם בדבר שלא מצינו אישות לקטן ואעפ"כ יבא דין ר"י בר"י על נכון דלכאורה בפשיטות י"ל דס"ל כדעת הרשב"א שחולק על רש"י ומפרש דהש"ס מיירי בכח אחת דמספקי להו אי קרוב לו או לה אך דמ"מ מודה דעכ"פ לא הוי רק ספק קידושין ואע"פ שעתה נתברר באמת שהיה קרוב לה ומ"מ בשעת קידושין היה ספק להעדים וע"כ הוי ספק קידושין וכן מבואר מדברי הבית שמואל בסימן ל"א ס"ק ו' דאם העדים מסופקין שמא ש"פ במקום אחר אע"פ שנתוודע אחר כך שבאמת הוא ש"פ במק"א אפ"ה ליכא אלא חשש קידושין משום דהעדים מסופקין ובס"ק י"א כתב דליכא איסור דאורייתא והבנים כשרים דהא אם יודע שש"פ מ"מ בעת הקידושין לא הי' ידוע להעדים ומסק"ו משמע דאעפ"כ יש חשש קידושי דאורייתא וצ"ל דבס"ק י"א כתב לשיטת מהר"מ הנ"ל שהביא בסי' ל' והלכך א"ש דלא משכחת אישות לקטן כיון דבשעת הקידושין ספק להעדים פן ימחה כשיגדיל אין לחייב מיתה על קידושי ס' אבל להתירה לעלמא שפיר קאמר דאין להתירה דעכ"פ קידושי ס' הם: אמנם י"ל ג"כ דאפילו אם יסבור כתשובת מיימוני הנ"ל יש ליישב דבריו.

דבנ"ב כתב די"ל דדוקא במעשה דר"י בר"י שלא היה רק קידושין לבד ואין כאן חיוב כתובה שאר כסות ועונה וגם חרם רגמ"ה לא נתפשט שם (ובלא"ה י"ל דרגמ"ה לא גזר בארוסה כדעת קצת פוסקים) אבל בקידושין ונישואין אין כאן זכות דחוב הוא לו שמתחייב בדברים אלו כו' ולכאורה דבריו תמוהים דהאיך מתחייב דאם יגדיל באמת ימחה ובלא"ה הא ודאי דאין הקטן מתחייב בכתובה ושאר דברים כמבואר בסי' מ"ג דדוקא היכא שבעל משהגדיל מתחייב בכתובה וא"כ לפ"ז שפיר זכות הוא לו כיון שאינו מתחייב אלא כשיגדיל ואם לא יתרצה אז באמת ימחה: אמנם לפמ"ש דהיכא דהעדים מסקי אדעתיהו שיתרצה מהני כיון דבאמת חזינן שאנחנו חוששין לזה שיבא ויתרצה.

ולפ"ז שפיר קאמר ר"י בר"י דהוי קידושין כיון דזכות הוא לו אין להעדים לחוש פן ימחה לכשיגדיל דהא ליכא כאן צד חוב כלל ומה"ת ימחה ולכך לא הוי כמקדש בל"ע משא"כ בזה מ"ש דחוב הוא לו וגם דנישואין הם וכיון דיש צד חוב לכשיגדיל א"כ שפיר יש לחוש פן ימחה ולכך הוי כמקדש בל"ע ואין כאן קידושין כלל.

אמנם לכאורה לפמ"ש הגאון מהר"י מפראג נ"י אשתקד אלינו בתשובתו בנידון קידושי גזל אם אח"כ נתגלה שהי' יאוש קודם שקידשה ועדים לא ידעי שגזל היה תו לא הוי

כמקדש בל"ע א"כ לפ"ז היכא דהעדדים לא ידעו שקטן היה והשתא הגדיל ולא מיחה מהני ולפ"ז תקשה דאף אם נאמר דיש צד חוב כשיגדיל שפיר מצינו אישות לקטן.

אמנם בתשובתינו שדינא בו נרגא דאפילו אם נאמר כן מ"מ הרי קי"ל דכל היכא דאשה לא סמכה דעתה כגון בשט"ח דסברה דילמא מחיל אע"ג דלא מחיל וגבתה החוב לא מהני וכן בגזל כן ותירצנו בזה דברי הרמב"ם שם והארכנו בזה וא"כ ה"ה בנדון זה (עיי' בש"ש סק"ט סק"א) כיון שקטן היה ואדעתא דקידושין יהבה ניהלה ואם ימחה תצטרך להחזיר ואף אם היא לא יודעת שקטן הוא מ"מ י"ל דילמא כיון שאם היתה יודעת לא היתה רוצה להתקדש.

ולפי הנ"ל נסתר גם החשש השני של הר"י בר"י שכתב דילמא ארצי קמיה כו' משמע שיש מקום שיתקיימו כקדושי כסף וצ"ל דהיינו אם הם בעין ואע"ג דאין כאן אמירתה מחדש י"ל דסבר כדעת הריטב"א דמהני כמבואר בב"ש סי' ל"א סק"א אלא דהב"ש כתב דרש"י ותוס' פליגי עליו ובחידושינו כתבנו די"ל דגם הריטב"א מודה לשיטות רש"י ותוס' ודעתו כמ"ש הנ"י פרק ב"ש ביבמות דהוי כאומר לה הרי את מקודשת לי בזה לאחר גדלות וה"נ בנדון דהריטב"א באמת לכתחלה מקדש על דעת זה שאם בעה"ב יתרצה יחולו הקידושין אז אמנם ע"כ לא קאמר נ"י התם אלא בקטנה דאדם יודע שאין קידושי קטנה כלום ומסתמא הוא מקדשה ע"ד שיחולו הקידושין בגדלות וכן בההוא דהריטב"א ג"כ אדם יודע שאין מקדשין בדבר שאינו שלו משא"כ בההיא דרש"י ותוס' דמירי לענין אם קדשה בדבר הצריך שומא ל"ש זה כיון דאיכא פלוגתא ולחד מ"ד מקדשין ל"א אדם יודע כו' כמ"ש התוס' בגיטין דף מ"ה כיון דרבא פליג ל"א אדם יודע וכ"כ במל"מ ה"ל עבדים יעו"ש וכ"כ התוס' עוד בדוכתי טובי ולפ"ז בנידון דר"י בר"י שאביו קידש לו בטבעת שפיר י"ל שקידשה לו ע"ד כן שיחולו הקידושין אחר גדלות וכיון דארצי קמי' אז ושתק מהני משא"כ היכי שהקטן עצמו קידש הרי אפילו אם אמר בהדיא שתתקדש לו לאחר שיגדיל מסתפק במ"ל אם מהני והעלה שמחלוקת הוא אבל הא ודאי דל"א בקטן שקידש שכוונתו שיחולו הקידושין לאחר שיגדילה דכל כמה שהוא קטן ל"ש בו אדם יודע כו' ודאי דל"מ ואפילו ארצי קמיה ל"מ דהא בשעת קידושין לא הוי עדים וצ"ל דדילמא ארצי קמיה והיו עדים בשעת הריצוי עכ"פ בשעת הקידושין לא סמכה דעתה ולא מהני הריצוי דידיה והשתא בנ"ב שם פקפוק על הך דינא דר"י בר"י שכתב שאם לזכות הוא לא הוי קידושין א"כ גבי קטנה נימא זכין לה ואמאי אם גדלה ולא נבעלה יכולה למאן הרי יש כאן ספיקא דאורייתא וכשגדלה ולא מחתה שוב אין יכולה למחות וע"ז כתב דהרי התוס' בכתובות כתב דדוקא כשנהגה מנהג יהודית בגדלות וא"כ זו שלא נבעלה לא נהגה מנהג אישות ומן התורה יכולה למחות כו' ולפ"ז נלענ"ד לפרש הא דקאמר ביבמות דף ק"ו ע"ב בעי מיניה ר"א מרב מ"ט דר"ג משום דסבר קידושי קטנה מיתלי תלי וכי גדלה גדלו בהדה אע"ג דלא בעל כו' אמר רב ששת אמינא כי ניים ושכיב אמר רב כו' א"ל רבא בריה דר"נ הא מילתא דקטנה מיתלי תלי וקיימא אי בעיל אין ואי לא לא והנה לכאורה לפי פשטא דמלתא עיקר הטעם דכשבעל דעתו שיהיה ביאה זו לשם קידושין וא"כ מאי ענין הך דקאמר במילתא דקטנה מתלי תלי כיון שהעיקר תלוי בביאה של עכשיו וגם מה דהוי ס"ד דגדלה בהדה אף בלא בעל אין טעם לדבר: אמנם לפי הנ"ל י"ל דה"פ אמת לכאורה מה שהקשה מקטנה דנהוי שם

קידושין דאורייתא לק"מ לפמ"ש דבקטנה כיון שיש לחוש שמא תמחה אין מקום כלל שיחולו קידושין דאורייתא דהוה כמקדש בל"ע אמנם ז"א כיון דחזינן דחכמים תקנו להם נשואין ע"כ מטעם דזכות הוא לה ואין לנו לחוש כלל פן תמחה ולכך שפיר הוי ס"ד דכי גדלה גדלי בהדה ואיגלאי מילת' למפרע מדלא מאתה עתה זכות הוא לה ומשני רבין בריה דר"נ הא מילת' דקטנה מיתלי כו' אי בעל אין כו' ר"ל שהעיקר תלוי בביאה דאם בעל וכבר נהגו מנהג אישות מן התורה חלו הקידושין הראשונים למפרע משא"כ בלא בעל.

אמנם בלא"ה נלענ"ד דודאי אין סברא כלל לומר שיהי' קידושי תורה ויחולו למפרע בודאי דהרי אמרינן בפ' כל הגט דר"י ור"ש בתולה בדעת עצמו לית להו ברירה ובתול' בדעת אחרים אית להו ברירה כו' ר"ש דתנן הריני בועלך ע"מ שירצה אבא כו' וכי רצה מיהת מקודשת אע"ג דבשעת בעילה היה ספק אמרינן הוברר הדבר למפרע דמשעת בעילה הוי קידושין כו' מסיק דאין חילוק בין תולה בדעת עצמו בין תולה בדעת אחרים ולפ"ז למאי דקי"ל דמדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה והא דקי"ל דבדאורייתא אין ברירה היינו מטעם דספיקא הוא ואזלינן לחומרא בדאורייתא: ועפי"ז נלענ"ד לתרץ מה שהקשה במל"מ פ"ד מהל' אישות בדברי המג"י שם דברי הרשב"א אהדרי שבדף ל"ד הקשה הרשב"א על רש"י שפי' שהקטן שקיד' שיחולו בגדלותו וע"ז כתב הרשב"א דמה שמסרו בקטנותן אין הקידושין כלום ואינם חלים אפי' אח"כ וא"ת דאתא כר"מ כו' ובדף ק"ט כ' בדברי הנ"י שהבאתי לעיל דהוי כאילו התנה שיחולו לאחר גדלות ומ"ש המגיה שם שמשמע לחלק בין קטן לקטנה הנה אם כיוון למ"ש הרשב"א דבקטנה כיון דתקנו חכמים נישואין הרי היא משועבדת בכסף קידושין ולפ"ז בקטן שלא תקנו חכמים נישואין ל"מ אבל ז"א דע"כ לא כתב הרשב"א שם זה אלא בקטנה דנתאכלו המעות דכיון דמיעט קרא אל רעהו פרט לקטן לא היה כאן שיעבוד כלל משא"כ היכא שבאמת היא גדולה בודאי הוא משתעבדת ע"י כסף קידושין אע"פ שקבלה מקטן ואע"ג די"ל דהרשב"א לשטתו אזיל והביאו הש"ך בח"מ סי' צ"ו דקיבל מקטן פטור אף אם אבדו בפשיעה י"ל דהיינו דוקא נאבד ממנו דלא נהנה ממנו כלל משא"כ בנתאכלו אף שיש לדחות זה מ"מ מנ"ל להקשות על רש"י בדף ל"ד דילמא מיירי שעדיין הכסף בעין ועוד דעיקר הקושיא הוא בהיפך דהרי חזינן דעת הרשב"א בדף ל"ד בקטן שקידש שיחולו הקידושין לאחר שיגדיל הוי דשלב"ל ע"א אף שהוא מחוסר זמן לבד וא"כ אמאי כתב התם בקטנה שמועיל בכה"ג אמנם לפמ"ש יש ליישב והוא דהרמב"ם פ"ז מהלכות אישות פסק באומר לאחר שיחלוץ לך יבמך ה"ז מקודשת ואילו קידשה עתה היו קידושין תופסין בה ותמהו על סברא זו ה"ה והמ"ל שם כיון דהאמת שאין קידושין תופסין ביבמה א"כ אינה מקודשת כלל איך יתכן לומר שהוא ודאי מקודשת ונלענ"ד ליישב עפ"י מ"ש הר"ן בתשובה הביאו ב"י בהלכות נדרים בא' שנשבע שלא יהיה בשבת הבאה בעיר אם יוכל לשאול על נדרו קודם שבת משום דאין מתירין את הנדר עד שיחול והשיב שזו מחלוקת בין הראשונים אם מחמת השבועה מחויב ליסע קודם שבת או בכניסת שבת וכיון דספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא נמצא מן התורה מחויב לצאת קודם שבת וא"כ שפיר חל הנדר מקרי יעו"ש עוד שהאריך ולפי סברא זו א"ש דברי הרמב"ם ג"כ כיון דעכ"פ יוכל לקדש אותה מספק וכיון שהוא מדאורייתא לחומרא דמי כאלו תפסי

בה ודאי קידושין ולא הוי דשלב"ל וכיוצא בזה כתב גם המ"ל פ"ד דין ב' להביא ראיה מהך דאין מתירין את הנדר כו' דבמחוסר זמן מתירין קודם שיחול וה"ה לענין דשלב"ל שוב מצאנו במ"ל פ"ח מהלכות גירושין הלכה י"א שרמזו מזה שכתבנו בקיצור לשונו יעו"ש ואע"ג דלכאורה הרמב"ם לשטתו א"א לומר כן דהרי הרמב"ם ס"ל ספק דאורייתא מדאורייתא לקולא י"ל דהכא שאני דאיתרע לה חזקת פנויה במה שזרק לה הקידושין והוי ג"כ מדאורייתא לחומרא.

והשתא לפ"ז כיון דכבר ביררנו דבקטנה ע"כ דזכות הוא לה כיון דחזינן שחכמים תקנו קידושין ונישואין משא"כ בקטן וכיון שזכות הוא לה וגם משגדלה לא מחתה חלו הקידושין למפרע והוברר הדבר שאז היה זכות לה וכיון דבדאורייתא אין ברירה הוי ספיקא דאורייתא ולכך אם קידש שיחולו לאחר שתגדיל א"כ ממ"נ אם נאמר דלא תתרצה אז כשתגדיל בלא"ה לא יחולו הקידושין דהוי כמקדש לאחר ל' יום שיכולה לחזור בה וא"כ ע"כ צ"ל שאז גם כן תתרצה א"כ על כל פנים הוי ספיקא דאורייתא פן יש ברירה וא"כ הקידושין חלין מהשתא גם כן אם היה מקדשה שיחולו עכשיו ושוב לא הוי דשלב"ל ע כנ"ל משא"כ בקטן וא"ש דברי הרשב"א (אמנם באמת אחר העיון ז"א שהרי הרשב"א בחידושו לקידושין פוסק בלאחר שיחלוץ לך יבמך דלא הו' רק ספק קידושין דבקטנה שם קאי בהך סברא דאמרינן גדלו בהדה אע"ג דלא בעל ואין הוכחה לומר דלא תפסי בה עכ"פ ספק קידושין מן התורה אם היינו יודעין בודאי שתתרצה אח"כ לכשתגדיל כל זה כתבנו לפלפולא בעלמא: אמנם לענין דינא במה שהארכנו למעלה בשיטת מהר"ם דס"ל דבמה שהוא ספק להעדים לא הוי קידושין היה נראה דע"כ לא קאמר מהר"ם אלא היכי דהספק על גוף הקידושין אם באו לידה כלל אז שפיר אמרינן דהיכי שנדמו להם קרוב לו אע"ג דעתה נתוודא שקרוב לה נפלו מ"מ מ"ל שלא היו עדים כלל או דסברי שהם קרוב לה ולמהר"ם אף בספק הדין כן אבל אם שפיר ראו שהגיעו לידה ואיתרע חזקת פנויה טובא רק דהריעותא במידי אחרינא ובאמת אין כאן ריעותא ויש עדים על זה שפיר ילפינן דבר דבר מממון ולא הוי חצי דבר כיון דכל כת ראו מה שיכולין אז כמ"ש התוס' בב"ק דף ע' וראיה מהרמב"ם דפסק דאין שליח הקידושין צריך עדים ואף הראב"ד לא השיג אלא משום דמרעים לאחריני בעדותו לזה מתרץ הרא"ש אבל היכא דאיכא עדים י"ל דמהני ומ"ש הר"ן גבי אם אומרת לדידי שוה לי אם אין העדים יודעין שדרכו להתייקר בו ל"מ יעו"ש היינו משום דגם עתה אין כאן עדים כלל על זה והוי מחייבי לאחריני וכדאמרינן לענין הן הן שלוחין.

ובתשובותינו להגאון מוהר"י נ"י הארכנו בזה במה שקשה עוד מדוכתי טובא ואין כאן מקומו. וחזינן להפ"י בדף י"ב שכתב כדברי הב"ש שהבאנו למעלה דכיון דהעדים לא ידעו אם יש ש"פ הרי לא ראו דבר ברור וכו' ותימא דהא אמרי' בהמגרש דילפינן דבר דבר מה להלן דבר ברור כו' היינו לומר דבקלא בעלמא לא מפקינן דשמא שקר היא אבל הכא אין לך דבר ברור יותר מזה.

ומ"ש הפ"י אף אם נאמר בכת אחת ספיקא הוי כו' עד ולא רמינן עליה לפענ"ד לכאורה י"ל איפכא דהכא כיון שמעשה הקידושין נגמר בעדים רק הספק מעלמא וכיון שנתברר הוי קידושין גמורים ועוד הארכנו בזה הרבה ואכ"מ: אמנם בלא"ה כל הפוסקים

מסכימים דאין לחוש לדר"י בר"י כמבואר בשו"ת ב"י בדיני קידושין ומכ"ש במקום עיגון כי האי וגם בתשוב' ר' בצלאל אשכנזי סימן ד' כתב דאין לחוש לזה והוסיף עוד דאפשר היכי שנתקדש על ידי אחי אמו גם ר"י בר"י מודה דעיקר טעמה דידיה משום ארצויי ודוקא באביו אמרינן כן יעו"ש ואם כן כ"ש בנ"ד שהקטן עצמו הוא המקדש דאין מעשיו כלום ולא מהני מה שנתרצה השתא כלל גם בשו"ת מהרי"ט נוטה להתיר אלא שכתב עוד טעם אחר להקל יעו"ש וגם בנ"ב מסכים להתירא וכן נזכרנו מה שראינו בספר ראב"ן שהביא הך דר"י בר"י ודחה את דבריו בראיות ואין הספר בידינו כעת הלכך אין חשש משום זה:.

והנה לעיל כתבנו בביאור דעת הפוסקים דבדיד' אין אומרים חזקה דאין אדם כו' כי היכי דלא תיקש' מדוע בכל דוכתא אמרינן דהוי קידושין ונלענ"ד עוד דר"ל דאף ע"ג דבדיד' ליכא חזקה מ"מ כיון דבדיד' איכא חזקה זו שפיר הוי קידושין שהרי כתב מהרי"ק שרש למד דלגבי האיש שעושה מעשה הקידושין וקונה אותה ל"ש לומר בריצוי ושתיק' דגדלות נתקדשה לו כו' אבל אשה דמיקניא בריצוי בלא שום אמירה ה"ה דלכי גדלה הקידושין קידושין ע"י ריצוי ושתיקה וא"כ לפ"ז אע"ג דלא שייך ביה חזקה זו מ"מ היא א"צ כלל לכווין לקידושין אלא דבאמת אכתי לא א"ש הך דהמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דהתם כיון דבאמת עתה נתחדשו הקידושין ע"כ בעינן שנדע שנתרצי' לקידושין וגם בשאר הדברים כגון במקדש במלוה ובפחות מש"פ כל היכא שאנו צריכין לומר דהקידושין הם מחמת ביאה של עכשיו לא דמי להתם דבההו' דמהרי"ק מחמת שתיקותה וריצוי חלו הקידושין הראשונים של כסף ומתחילו מהשתא כיון שכבר קבלתן והיא עשה מעשה הקידושין משא"כ הכא דעתה נעשה מעשה הקידושין ואם היא לא ידעה שהוא רוצה לקדשה עכשיו ל"מ ודמי לשתיקה לאחר מתן מעות דל"מ דאמרינן הא דשתקה משום דלא איכפת לה הוא וה"נ הרי לא איכפת לה בביאת זנות לשיטתם וגם לא אסקה אדעתה כלל לקידושין ובשתיקה לאחר מתן מעות אפילו שדיך ל"מ אלא שבמהרי"ק משמע דס"ל דאמרינן כיון שנתרצית מעיקרא אף השתא דשותקת אין לנו לומר שתחזיר בה ע"ש בהא דמחלק דגבי האב בעינן ריצוי בפירוש אמנם לכאורה לא משמע כן בש"ס דהא בההיא דקדיש בציפתא דאסא כו' אמר תקדוש בד' זווי כו' אפ"ה קאמר רבא דהוי שתיקא דלאחר מתן מעות ומייתי ראייה מאמר כנסי סלע לפקדון ולפי סברת מהרי"ק אין משם ראייה דהתם לא חזינן מעולם דנתרצית משא"כ בעובדא דרבא דבאמת נתרצית לקידושין ואף ר"ה בריה דר"י שם לא פריך אלא כיון דקבלתן בתורת קידושין אם איתא דלא ניחא לה תשדהו וא"ל דבההוא דמהרי"ק ג"כ שייך זה מ"מ הרי מסקי בש"ס שם חשו לה וכן פסקו הפוסקים דלא הוי רק ספק משום דסברא מחייבינן באונסין ואולי יש קצת לחלק.

אמנם במהרי"ק לא נזכר דבר זה ומצאנו ראינו בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' קל"ח שדיבר מזה יעו"ש שהביא דברי מהרש"ך והקשה עליהם ואין להאריך בזה דהרי בנ"ד לגבי הביאה ל"ש הך סברא דתשדהו ואם כן בודאי ל"מ דהרי אין כאן הוכחה דניחא לה שנתקדש עתה בביאה זו דהא לא אמרינן גבי חזקה דאין אדם כו' וא"ל דעכ"פ לא גרע מה שמוסרת עצמה לביאה מהך סברא דתשדינהו ז"א דמבואר במהרי"ט תשובה הנ"ל דלכך אמרינן דמסתמא לא ניחא לה דאל"כ אין לה לעכב מעות שלו ת"י דהיא סבורה

דאין מקדש אותה עכשיו בביאה זו דלא מסקה אדעתה האיסור ואינה מעברת ע"ד הבעלים כלל אם לא שנאמר שאמר לה דלקידושין הוא בועל אותה כנ"ל ואז אולי מועיל אף שתיקה ונראה דכן הוא דעת הרשב"א שהביא הרמ"א שחולק על מהרי"ק וס"ל דבעינן דווקא בעל אחר שגדלה כמבואר בסי' ל"ז וכן הוא דעת התה"ד כמבואר בב"ש שם והיינו משום דס"ל דשתיקותא ל"מ דהוי אחר מתן מעות אם לא שבעל דאז אמרינן דאומר לה דלקידושין בועל או דגם באשה אמרינן חזקה זו וכאיך פוסקים.

אמנם י"ל גם כן דאפילו להנך פוסקים דס"ל דגם בדידה איכא חזקה זו אם כן לדידהו אין סברא כלל דאומר שלקידושין הוא בועל אותה אלא ממילא הדבר כן הוא דמכוונת לקידושין כמ"ש בשם הרשב"א משום דאין עושה כו' מ"מ בנ"ד אפילו גברא נמי עביד למיטעי וסובר שהקידושין של כסף הם טובים וכדעת ר"י בר"י שהביא המהרי"ק שורש למד מכ"ש באשה דאמרינן לאו דינא גמירי ואע"ג דידעה שיש איסור לעשות ב"ז היא סוברת שאין כאן ב"ז כלל ואע"ג דהש"ך בח"מ סימן ס"ו כתב דלאו בכל דוכתי אמרי' כן וחולק על הרא"ש שם מ"מ חזינן דהפוסקים סמכו על סברא זו בדוכתי טובי וכמבואר במרדכי פ"ב דכתובות באשה שהלכה עם ב' פרוצים כו' ועיין בשו"ת ר' בצלאל אשכנזי כ"ן ועוד דוכתי טובי והתם מיירי אע"ג דליכא פלוגתא מכ"ש בנ"ד דאיכא פלוגתא בודאי שייך לומר דלאו דינא גמירי וגם כי החוש מעיד וקרוב הדבר לומר דאנן סהדי דההוא איתתא לא ידעה ובקיאיה בדינא שתדע לכווין לשם קידושין וגם נצטרך לומר שבביאה ראשונה אחר שנעשה גדול אז בועל לשם קידושין וגם היא כיוונה לשם קידושין ומנין ידעה כי בא בימים ההם האם נאמר שחשבה י"ג שנה מיום ליום אם לא שנאמר שהוא היה מתירא מכ"ז ואמר לה דלקידושין הוא בועל ונתרצית וגם נצטרך לומר שהיה שם ע"י בביאה ראשונה שבעל אחר שנעשה גדול ואין לחוש שמא הזמין עדים כשרים כמבואר בתה"ד סי' ר"ט ומפוסקים בדוכתי טובי ועוד יש להאריך בזה ואין כאן מקומו: והנה הרמב"ם לא הזכיר הך דינא דקטן שקידש ובעל והנלענ"ד אפשר ליישב קצת דעת הרמב"ם דהנה מבואר דעת הרמב"ם בפ"י מהלכות גירושין שכתב דכי אמרינן א"א עושה כו' אלא באדם שגירש או במקדש ע"ת ובעל שהרי אשתו היא אבל בשאר כל הנשים חזקתו שבעל לשם זנות עד שיפרש שבעל לשם קידושין וכ"כ שאר הפוסקים דדוקא היכי שהיה עסק קידושין ביניהם הוא דאמרי' חזקה א"א כו'.

והנה בש"ס קידושין תני ג' בבי דאע"פ ששלח סבלונות ל"מ ועביד צריכותא ביניהם ומסיק דבקטן כיון שאדם יודע שאין קידושי קטן כלום סד"א דלאו אדעתיה דידהו שלח קמ"ל והריטב"א והרשב"א שם הקשו ליתני הך דקטן שקידש לחוד ומ"ש הריטב"א דסד"א דווקא בקטן דטעי וסבר דדמי לקטנה דגמרי קידושין הוא דחוק דמשמעות הש"ס דבקטן לא טעי כלל וכל אדם יודע דל"מ השתא כלל.

ע"כ נלענ"ד דיש מקום לחלק ולומר דדוקא בקידש בפחות מש"פ וכה"ג מיקרי עסק קידושין ביניהם דעכ"פ הוא רצה לקדש אותה והיא נתרצית אלא שלא היה פרוטה וכה"ג משא"כ בקטן דאין מעשה קטן כלום וכשחוק בעלמא הוא והוי כאילו מעולם לא היה עסק קידושין כלל ביניהם ובסימן מ"ד מבואר דהיכי דלא שדיך א"ח לסבלונות כלל ובשלמא במקדש בפחות מש"פ וכה"ג עכ"פ לא גרע משדיך ומשא"כ בקטן י"ל להיפוך

כיון דכ"ע יודעים דאין קידושי קטן כלום ואפילו כשדיך לא הוי והוי כנותן מתנה לאשה פנויה דעלמא דא"ח כמבואר בב"ש שם אבל בפמש"פ הוי ס"ד דחוששין קמ"ל דלא דלפי האמת כולהו לא גרע משדיך אפילו קטן שקידש אלא דל"מ משום דאמרי' ע"ד קידושין הראשונים שלח (וגם י"ל שבזה מדוקדק הא דקתני במתניתין וכן קטן שקידש בבא בפ"ע אחר שאמר ע"ד קידושין הראשונים כו' וכן מדקדק בספר באר יעקב באה"ע סימן ל"א ע"ש ולפי מ"ש ניהא די"ל דקטן אפילו כשדיך לא הוי ואין הטעם כלל שמחמת קידושין הראשונים שלח אלא דמי כנותן מתנה לפנויה בעלמא כו' ואע"ג דבברייתא דהמדיר נקט מתחלה קטן שקידש עיין באר יעקב שמיישב זה ואם נאמר דהרמב"ם לא גרס קטן שקידש א"ש טפי ואע"ג דאדם יודע דאין כלום כתב מהרי"ט דטעי שסובר דאע"ג שאינם כלום מ"מ אינו משנה ממנהג דמקדשי והדר מסבלי כיון דאיתחתנו אהדדי יעו"ש וכמ"ש מהרי"ט פ"ק גבי חצי' שפחה וכו' והנה בב"י סימן קמ"ט הביא תשובת הרמב"ן במשודך שנתייחד עם משודכתו לילה ויומם כו' וכתב דאפילו בא עליה ל"ח דדוקא במקדש ע"ת או בפמש"פ שיש עסק קידושין כו' ע"ש שהאריך.

נמצא לפ"ז א"ש מה שהשמיט הרמב"ם הך דינא דקטן שהגדיל דס"ל דאפילו בעל ל"מ דאדרבא הסברא להיפוך דכיון דאדם יודע כו' ומעשיו כלא היו אע"פ דדמי לשדיך מ"מ אע"פ דשדיך אמרי' דלא בעל לשם קידושין וכמ"ש הרמב"ן והרמב"ם לשטתו דס"ל שם כן דל"מ עד שיפרש שבוכל לשם קידושין.

אמנם צריך ליישב לפי זה הא דקאמר בש"ס דכתובות דת"ק ס"ל אם בעלו קנו ור"ש בר"י פליג וקיי"ל כת"ק. אמנם י"ל דמבואר ברי"ף שם דאי אמרינן דבטעו אשה א' לא פליגי פירושו כגון שקידש ובעל לאלתר ועלה פריך מהא דאם בעלו קנו דנמי משמע לאלתר ובפ"י הקשה דע"כ אין לפרש כן בקטן דמיירי בלאלתר דהרי צ"ל דבעל לאחר שהגדיל ובת"ס בשם רש"י במהדורא קמא כתב דברים תמוהים אין להאמין שיצאו מפיו שכ' דמשכחת לה בקטן בן ט' שביאתו ביאה ודווקא כסף ושטר לא מהני ביה והם דברים מופרכים מעצמן אין להאריך בזה דודאי לענין קנין אין חילוק אם לא ביבם אבל בשם הרשב"א בכתובות שם דמשכחת לה שקידש ותיכף הביא ב' שערות ובעל ואע"ג דדבר רחוק וזר הוא מאד מכל מקום אשכחן כה"ג ביבמות גבי בעל מום דאייתי ב' שערות ואיטמי יעו"ש בדף ע"ג כן כתב הרשב"א.

ולפ"ז בכה"ג שקידש ואייתי ב' שערות ובעל בכה"ג ל"ש לומר כ"כ אדם יודע שאין קידושי קטן כלום כיון דברגע זו הביא ב' שערות והוי שפיר כאילו יש עסק קידושין ביניהם ובעל לשם קידושין ועיין במ"ל פ' ב' מהל"א והלכך לא נקט הרמב"ם הך דינא כיון דזר ורחוק הוא מאוד ואע"ג דפ"ט מהלכות ביאת מקדש נקט הרמב"ם הך דינא דבעל מום ששימש בטומאה מכל מקום ל"צ לאשכוחי בכה"ג כמבואר בכ"מ שם (וגם הראב"ד נקט אוקימתיה שני' בש"ס וע"ש) (ואם נאמר דהרי"ף לא גרס בהך ברייתא וכן קטן שקידש בלא"ה ניהא ועיין בריטב"א לקידושין שכתב וכן מפורש בתוספתא דגרסינן התם המקדש בפחות מש"פ ושלח סבלונות כו' בעלו קנו כו' וזהו הברייתא שנויה בפ' המדיר עכ"ל הרי שלא הזכיר בלשון התוספתא הלזו מקטן ואע"ג שלא הזכיר ג"כ קידשה בטעות היינו משום דמסקינן דטעות היינו בפחות מש"פ ועוד י"ל דלא תקשה

מהבריית' כמ"ש הבאר יעקב דסובר אביי דלאו אכולהו קאי וה"ה לענין זה) ומטעם זה י"ל השמיטו האמוראים ג"כ הך דינא דקטן שקידש ובעל ועוד י"ל באופנים אחרים ואין להאריך בהם ולפ"ז בנ"ד י"ל דגם הרמב"ם מודה דבעל לשם קידושין כיון דבאמת היה כאן ג"כ נישואין ולא הוי כב"ז כמ"ש בד"מ בשם המרדכי ריש הבא על יבמתו והתו' והרא"ש ועיין בסימן א' א"כ בכה"ג ודאי דלא דמי לנתיחד עם אשה דעלמא שאין עסק קידושין ביניהם ואף הרמב"ם מודה אלא דאיהו ס"ל דאין לעשות נישואין לקטן אבל אחר שהמנהג נתפשט שעושיין נישואין יש לנו לומר משהגדיל בועל לשם נישואין ואין לטעות ולומר דאדרבה כיון דהשתא נתפשט המנהג כהנך פוסקים שמישיאין לקטן תוך י"ג שנים ואיכא דס"ל דהוי אפי' קידושין דרבנן א"כ קרוב לומר שטעה ואדעת קידושין הראשונים בעל הא ודאי ליתא דהרי בקטנה דודאי אית בה קידושין דרבנן אפ"ה אמרי' דכשגדלה בועל לשם קידושין משום דאדם רוצה שיגמור נישואין וכמבואר בחידושי הרא"ה לכתובות ועי' בתו' דף ע"ג ד"ה בההיא ובודאי דכל אדם רוצה שיהיה קידושין דאורייתא ועי"ל דאף כי תקנו רבנן לא תקנו אלא בעודם בקטנות אבל לענין לאחר שיגדיל לא תקנו כלל כיון שאז יוכל להיות קידושי תורה ודלא כרב א' שטעה בזה.

אמנם יש מקום לומר ולצדד קצת להיתרא ע"פ מה שכבר הבאנו דברי ר"י בר"י דס"ל דקידושי קטן הוי קידושין ועכ"פ אם נתרצה בגדלות ס"ל דמהני ובמ"ל פרק ו' מהלכות גירושין במה שמתמה על הטור כתב דס"ל כשיטת הר"י בר"י הנ"ל. ולפי הנראה משום קידושי תורה אתי עלה יעו"ש ואם היינו אומרים כן היה מקום ליישב דברי הטור בסי' מ"ג במ"ש ולאחר שיגדיל חלין הקידושין והשיג עליו בב"ה ולפי הנ"ל יש לפרש דעתו דבאמת חלין הקידושין של כסף דכיון שנתיחד הוי כארצי קמיה ושתיק ועדיף מיניה ולכך מהני (ועי' בנ"ב סי' ס"ג במה שמפרש דברי ר"י בר"י בהך חששא דארצויי) ובעינן דוקא עדים בשעת היחוד כיון דאז הוי חלות הקידושין: אמנם באמת לא נלענ"ד שיסבור הטור כן כמ"ש במ"א וגם ראינו בשו"ת מהראנ"ח שחשש להא דר"י בר"י ועוד קצת פוסקים וא"כ י"ל דל"א בזה אדם יודע שאין קידושי קטן כלום ובעל לשם קידושין די"ל דאדעתא דקדושין הראשונים בעל דקסבר כיון שאני מרוצה חלו שפיר הקידושין הראשונים של כסף ולא בעל לשם קידושין ואע"ג דכבר דחינן להא דר"י בר"י מ"מ אין הדבר פשוט כ"כ דנימא אדם יודע ולא כ"ע דיני גמירי ומכ"ש בנדון כזה שכבר נתחבטו בו הפוסקים ולהנך שחששו להא דר"י בר"י שיש כאן לומר כמ"ש הר"ן אנו לא ידעינן והוא ידע וגם דהרי בת"ה סי' ר"ט כתב דנוכל לומר שבעל שלא בעדים דלאו כ"ע גמירי וסברי כיון ששניהם מודים עדיף מעדים וה"ה די"ל דההיא גברא מטעי טעי ולא אסיק אדעתיה כלל לקידושין ובלאו האי דר"י בר"י מ"מ הרי קידושי כסף בעין וסובר דהקידושין חלין וא"צ אמירה חדשה בפ"ע וכדעת הריטב"א הנ"ל וכבר כתבנו בזה למעלה (ועוד י"ל דמטעי טעי בהא כיון דאיתא בש"ס בדוכתי טובא דקטן בן ט' ביאתו ביאה היה סובר דאף לענין קידושין כן הוא וכמ"ש"ל בשם הש"מ בשם רש"י מ"ק לדבר פשוט מאוד לטעות בזה אף על גב דלענין דינא הדבר ברור כשמש דל"מ לענין קידושין כדמוכח בש"ס מ"מ עבדי אינשי דטעי בהכי וגם י"ל דאפילו הרמ"א שכתב דבקטן שנתגדל ודאי בעל לשם קידושין וכן בש"ע מיירי שאין הקידושין של כסף בעין וליכא למיתלי במידי ועכ"פ הסברא מצד עצמ' נכונה ומידי ספק לא יצאת שמא לא בעל לשם

קידושין ולא הוי רק ס"ק ולפי שיטת מהר"ם ב"ב הנ"ל יש להוסיף עוד דכיון דגם להעדים אינו ברור אם יבעול לשם קידושין דשמא אקידושין ראשונים סמך א"כ שוב הוי כמקדש בלא עדים ואין לחוש לביאה זו כלל אפילו אם באמת כיון לשם קידושין הרי מה שיש בו די לצדד להקל: והנה לעיל כתבנו דלדעת המתירין פילגש יקשה האיך יובן מה שאמרו חזקה א"א כו' וכן הק' הריב"ש סי' שצ"ה ואמנם מדברי תשובות הרמב"ן שהביא הב"י סי' קמ"ט דכשיש פעם א' עסק קידושין ביניהם אמרינן דלא נתכוין לזנות וע"ש ור"ל דאפילו לשם פילגש נמי לא נתכוין רק לשם קידושין דפילגש נמי דמי קצת לזנות אלא שהתורה התירה (וכבר ביארנו שזה דחוק) ואמנם לא נתקרה דעתנו בזה דלכאורה י"ל נהי דבכל הני אמרי' כיון שהיה עסק קידושין ביניהם בעל לקידושין מכל מקום בקטן שקידש ל"ש זה דהרי מה שעשה בקטנות אין מזה ראייה כלום שיתרצה לקדש דשמא מחמת שקטן היה פיתוהו וקידש ושמא עתה כשגדל אין רצונו כלל לקדש לשם קידושין וכ"כ לעיל לשיטת הרמב"ם דבקטן הוי אין עסק קידושין ביניהם ומכל שכן לשיטת הרמב"ן ואפילו אם נאמר דמסתמא גם בגדלות רוצה לקידושין כיון שבקטנות עשה כן מ"מ נראה דהיינו דוקא כשהלך ונתיחד עמה לפני עדים אז אמרי' כיון שעושה כן מסתמא הוא רוצה לקידושין אבל ל"ש לומר דכ"ע סהדי כיון שי"ל שאין בועל עתה לקידושין ואפילו הרא"ה ותשובות מיימוני מודו בזה דדוקא בקטנה שהגדילה או בפחות מש"פ דעכ"פ היו עסק קידושין ביניהם וחזינן שרוצה ליקח אותה מסתמא דעתו שיגמרו נשואין בקידושי תורה משא"כ כאן שאין דעת קטן כלום והוי כאלו מעולם לא חזינן דעתו שרוצה ליקח בקידושין אם לא כשמייחד יחד עתה עצמו לפני עדים ואע"ג לגבי דידה היו פ"א עסק קידושין שהיא היתה גדולה כבר כתבנו דמשום הא לא אריא רק משום דע"כ הוא אמר לה דלקידושין בועל ונתרצית וכיון דאיהו לא איכפת לי' בהכי שוב אין כאן הוכחה על ביאה לשם קידושין.

ולפ"ז בנ"ד אף שבזה הזמן במדינתנו לא נהגו ליקח אשה בלא קידושין מ"מ לא שייך זה בנ"ד דבאמת לקח אותה בקידושין ונשואין לעיני העדה ומאין הרגלים עוד לומר אנן סהדי שבעל לשם קידושין והרי הוא דבר המסור ללב וכיון שמדינא שרי תו לא איכפת ליה וכן דעת רוב הפוסקים כראב"ד ורמב"ן וגם לדעת הרמב"ם וסייעתו יש מקום לומר דטעי בדהרמב"ן והראב"ד וסבר דשרי ואם כן גם עדים אין כאן דמנין ידעי שכוונתו לקידושין וגם אמירה ליכא דהרי כתב הב"ש סי' ל"ג הטעם דכיון דא"א עושה כו' הרי כאילו אמר וא"כ בנ"ד הא ליתא ומכ"ש שכפי האמת היו בדעתם לעשות קידושין שנית כמבואר בסוף הקונטרס אותן הימים שבינתיים לא היו מהדר בתר עדים כשרים מימר אמר למה לי לאהדורי כיון דליכא איסורא שהרי מיוחדת היא לו ולכך לא איכפת ליה במה שאינו בועל לשם קידושין ועוד י"ל דכבר כתבנו שיש מקום לומר שהיחוד הוא החופה וקונה אותה א"כ ל"ש אדם יודע וכו' ובעל לשם קידושין דשמא טעה וסבר דחופה כי האי קניא ותו לא בעל לשם קידושין: והנה לעיל כתבנו ג"כ צד להיתר מטעם נאמנותה לומר לא נבעלתי ואמנם לכאורה צ"ע דהרי מבואר במהרי"ק שור' פ"ז על מה שהעידו הקרובים שלא נתקדשה אלא בפניהם אין זה כלום דכיון שאנחנו היינו מחזיקים אשה זו עד כה בחזקת א"א ואין פוצה פה והרי קי"ל דמלקין על החזקות אע"פ שאין כאן עדים כו' ועי' שם באורך והכ' בנ"ד הרי עד כה היינו מחזיקין אשה זו בחזקת א"א

והוי לכאורה ממש כנדון דמהרי"ק והכ' גרע מנדון דמהרי"ק דהתם לא עשתה מעשה יעו"ש באורך וא"כ לכאורה נפל היתר' דבע"ד מהימן בביר' דהרי איתחזק איסורא דא"א אמנם יש לחלק דשאני התם דבאמת העולם לא ידעו כלל איך ובאיזה אופן נתקדשה רק דבסתמא ידעו שפלוגי נתקדשה לפלוגי וא"כ אמרי' כיון שהוחזק כ"כ מסתמא קידושין כשרים היו שם והוי חזקה גמורה משא"כ בנ"ד שאנחנו יודעין בבירור שבאמת בשעה שיוצאה לה קול והוחזקה בחזקת א"א שהיא מקודשת לפלוגי אז באמת לא היה כאן קידושין כלל א"כ אין ראייה מחזקה זו שהוחזקה דנימא שמשקרת בזה שאומרת לא נבעלתי ובכהאי גוונא לא מיקרי איתחזק איסורא כיון שאנחנו יודעין בבירור שבשעה דאיתחזק לא היה בו ממש וא"כ אין כאן אלא משום קלא בעלמא כיון דליכא תקנתא ל"ח לקלקולא וכמ"ש בנ"ב סימן א' וא"כ לא החמיר שם כלל אלא בנ"ד דאכתי היה תקנתא שיש חלוץ בעולם ועי' שם ב"י ס"ה אבל חזקה אין כאן ומצאנו בשו"ת פ"י חלק אה"ע סי' א' שהי' נדון כזה שאשה נתיחדה עם א' להוליכה מעיר לעיר והוחזק בעיירות בתורת נשואה שהיו מייחדין עצמן וכ' דאע"ג שהוחזקה ל"מ דדוקא כשאיש ואשה באים ממדינת הים שאין אנו יודעין האיך נתחברו אמרי' כיון שרואין מתנהגים כאיש ואשתו מסתמא נשואה הוא לו משא"כ בנ"ד שאנו יודעין שנתחברו שלא בתורת קידושין יעו"ש והיינו כסברא שכתבנו ואע"פ שמדברי שו"ת פ"י שם נראה מדבריו שלא ראה שו"ת מהרי"ק הנ"ל סברא נכונה היא לחלק דההיא דמהרי"ק דומה לאיש ואשה שבאו ממדינת הים: ועוד נלענ"ד לצדד להיתרא דהא ודאי הא דאמרי' הן הן כו' ואין אדם עושה כו' היינו כיון שיש כאן עידי יחוד לפנינו והיה שם כשנתייחדו ביום המעשה אז אמרי' לא שביק התירא ואכל איסורא כיון שבידו לעשות תיכף בעילת מצוה כמב' בל' הרמב"ם משא"כ היכא שאין ידוע לנו אם היה שם עידי יחוד אין לנו לומר דמסתמא היו שם ע"י ובעל בפניהם לשם קידושין וראיה מהך דתניא בתוספתא הביאה הרי"ף והרשב"א בגיטין פרק מי שאחזו ראוהו שנים כו' א' בשחרית וא' בין הערבים זה היה מעשה ואמרו אין מצטרפין ואם נימא דחוששין שמא היה ע"י הכי נמי נימא מסתמא לא היה בועל בעילת זנות ואולי כבר בעל בפני עדים או קידש בכסף וכה"ג אלא ע"כ כמ"ש דכל היכא דלא שייך בה לא שביק כו' אין לנו לחוש כלל (וכבר כתבתי מזה למעלה מדברי התה"ד) ואמנם למ"ש הר"ן שם הטעם דלגבי אישות דשייך בדיני נפשות בכת אחת בעינן להו אין זה מוכרח מהתוספתא ואמנם רבו החולקים על הר"ן עי' באהע"ז סי' י"א ובב"י בח"מ סי' ל' ומכל הלין טעמא וצדדים וסברות הרבה היה נלע"ד להתירה לעלמא אם יסכימו בזה חכמי' מגאוני הזמן דברינו אלה כתבנו וחתמנו בשנת והיתה לאיש אחר לפ"ק.

פה ק"ק בראד: דברי זעירא מן חבריא ה"ק אפרים זלמן מרגליות שאלה מב אלה דברי הגאון הגדול מופת הדור אב"ד ור"מ דק"ק מינץ בעהמ"ח ספר שאגת אריה בנידון הנ"ל אשר השיב לנו על תשובתינו הנ"ל: תשובה ודין זה נחלק לב' חלוקות. החלוקה הראשונה אם קטן שקידש לו אביו אשה אם יש ממש בקידושין או לא והחלוקה הב' בנדון זה שהיה דר עמה אחר שהגיע לשנת גדלות יותר משנה וחצי קודם שנאבד אפילו את"ל קטן שקידשו לו אביו לא הוי קידושין הכא שדר עמה זמן רב משהגדיל שאני וכמו שיתבאר בס"ד: הנה ע"ד החלוקה הראשונה אעתיק לכם מה שכתבתי לערך זה שלשים

שנה אע"פ שפשוט לאחרונים דקטן שקידש לו אביו אשה אין ממש בקידושין מ"מ מצינו לגדולי הראשונים שנחלקו בזה וכמו שאבאר לקמן והאחרונים לא ראו בדבריהם.

ולכאורה נ"ל להביא ראיה דאין ממש בקידושין אלו מפרק קמא דקידושין דף י"ט בעי ר"ל מהו שמיעד אדם לבנו קטן וכו' אמר ר' זירא ת"ש איש פרט לקטן אשר ינאף את אשת איש פרט לקטן ואי אמרינן מייעד א"כ מצינו אישות לקטן אלא מאי אינו מייעד אמאי איצטריך קרא למעט ליה תפשוט מיניה דמייעד אמר רב אשי הכא ביבם וכו' ומדדחיק רב אשי לאוקמי הא דמיעט רחמנא א"א פרט לאשת קטן ביבם בן ט' ולא מוקי לה כגון שקידש לו אביו אשה דאע"ג דקידושיו קידושין מ"מ ממעט רחמנא ממיתה כדבעי לאוקמי דמייעד מדקא ממעט ליה קרא ממיתה ש"מ היכא דקידש לו אביו אשה אינם קדושין כלל ולא בעי קרא.

מ"מ כי מעינת ביה היטב נ"ל דאין מכאן ראיה דאפילו תימא קטן שקידש לו אביו אשה קידושיו קידושין משום דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו ושלא מדעתו וכמ"ש הראשונים שאכתוב דבריהם בס"ד מ"מ לא בעי קרא א"א למעט אשת קטן ממיתה דהאי קרא גבי' כתיב שהרי בפרק קמא דקידושין אמרינן גר קטן מטבילין אותו ע"פ ב"ד דזכות הוא ואמרינן לימא מסייע ליה הגיורת וכו' ודחה הב"ע בגר שנתגיירו בניו ובנותיו עמו דניחא ליה במאי דעבד אבוהון ובתר הכי אמרי' אמר ר"י הגדילו יכולין למחות ופירש"י אפ"ל נתגיירו עם אבוהון יכולין למחות וכו' ואם קידש אשה משהמיר אינה צריכה גט והכי משמע מסוגיא דההיא שמעתתא דאקשי עלה אביי ורבא ממתני' דיש לה כתובה לגיורת שנתגיירה פחות מבת ג' שנים וה"נ תנן יש לה קנס ואי ס"ד הגדילו יכולין למחות יהבינן לה כתובה וקנס דאזלי ואכלי בגיות' ומשני לכי גדלה ופריך לכי גדלה נמי מוחי ונפקי ומשני כיון שהגדיל שעה אחת ולא מחתה שוב אינה יכולה למחות ואי ס"ד דקטנים שנתגיירו עם אבוהון מודה ר"י דאפילו הגדילו אינם יכולין למחות מאי דוחק' לאוקמי בכתובה וקנס לכי גדלה לוקמי דמיירי בקטנה שנתגיירה עם אביה פחותה מבת ג' ויהבינן לה כתובה וקנס מיד שהרי אינה יכולה למחות משתגדל אלא ש"מ דאפילו בכה"ג נמי הגדילו יכולין למחות וא"כ ה"נ אפילו את"ל דקטן שקידש לו אביו קידושיו קידושין דזכות הוא לו מ"מ אם הגדיל יכול למחות כמו גבי גירות נמצא הקידושין שקידש לו אביו תלויים ועומדים משעה שקידשה עד שעה שישגדיל שמא ימחה ואם לא ימחה משגדיל הו"ל קידושין למפרע וכיון דכל ימי קטנות מתלי תלי הקידושין ואם ימחה לא הוי קידושין הוי ליה אשה זו שקידשה לו אביו ספק א"א ס' ימחה משגדיל ס' לא ימחה וא"כ ל"צ קרא למעוטי אשת קטן בכה"ג בלא קרא נמי ידענא דפטור דס' נפשות להקל שמא ימחה משגדיל ולא מבעי' למ"ד התראת ס' לא שמיה התראה לא צריך קרא למעוטי אלא אפילו למ"ד שמיה התראה מ"מ ל"צ קרא למעוטי דהאיך אמרינן התראת ס' שמיה התראה היכי שהעובר עבירה יודע באותה שעה שעובר עבירה שודאי עובר על ד"ת כגון שבועה שאוכל ככר זה היום ועבר היום ולא אכל דפליגי ר"י ור"ל במסכת מכות דף ט"ז ובריש פ"ב דשבועות דכשאינו אוכל הככר היה יודע בודאי שעובר על שבועתו אלא דלהעדים המתרים בו בשעת התראה הוי ספק להעדים אם יעבור או לא יעבור שהרי עדיין יש לו שהות לאוכלו עד הבוקר אבל מ"מ בשעה שעבר העבירה והותיר עד הבוקר יודע בודאי שעבר על ד"ת וכן בהכה זה וחזר והכה זה או

קלל את זה וחזר וקלל את זה גבי ספק בן ט' לראשון וכן ז' לאחרון נמי חשיב ליה התראת ספק התם אע"ג דודאי עובר על מכה ומקלל אביו ממ"נ מ"מ בשעת התראה של כל אחד ואחד הוי ס' להעדים אם זה אביו או לא אבל כל היכי שהעובר עבירה בעצמו אינו ברור לו בשעת עשיית העבירה אם עושה עבירה שחייב עליה או לא אע"ג שלאחר זמן אגליה מילתא למפרע שעבר עבירה שחייב עליה מיתה או מלקות כל כה"ג כ"ע מודים דאינו מת ולוקה כיון דבשעת מעשה לא היה ברור ליה להעובר שעובר על ד"ת ואע"ג דהתוספות ביבמות פ' הערל דף פ' כתבו להיפך גבי הא דאמר' התם אכל חלב מבן שתיים עשרה ועד בן שמונה עשרה ונולד בו סימני סריס ולאחר מכאן הביא ב' שערות רב אמר נעשה סריס למפרע ולקי על חלב שאכל וכתבו התוספות דלא חשיב התראת ס' אע"ג דבשעת התראה הוי ס' שמא יבא שערות קודם י"ח דהשתא מיהא איגלי מילתא למפרע שהיה גדול בשעת התראה ולא דמי להכה את זה וחזר והכה את זה דאף לאחר שהכה את שניהם לא ידוע איזה הוא אביו.

וא"י מה יאמרו בהך דנותר ובהוא דשבועה שאוכל ככר זה היום דחשיב ליה התראת ספק והרי לאחר שעבר הלילה גבי נותר והיום גבי שבועה ידע העובר שעבר עבירה ובמה עבר ואפ"ה חשיב ליה התראת ס'. והמחזור דכל כה"ג אפילו למ"ד התראת ס' שמיה התראה אינו חייב כנ"ל והא דאכל חלב דאמר רב נעשה סריס למפרע איכא לאוקמי דבשוגג איירי ולענין חטאת ולא מיירי לענין מלקות ובמזיד והיינו דנקט אכל חלב דחייב עליה חטאת ולא נקט אכל נבילה וטריפה.

והתוס' עצמן כתבו להיפוך בסוף פ"ק דכתובות דף ט"ו גבי הזורק אבן לגו בפלגא ישראל ופלגא נכרים דאמרינן התם דפטור משום דהוי ס' נפשות להקל וזה לשון תוס' תימה למ"ד התראת ס' לא שמיה התראה אפי' ס' נפשות להחמיר פטור משום דהוה התראת ס' ואי למ"ד שמיה התראה היכי פטרינן ליה כשנמצא ישראל הרג הא מחייב בהכה את זה וחזר והכה את זה וכו' ובנותר כשאמרו לו אל תותיר אע"ג דספק הוא י"ל שאני התם שיודע בודאי שיבא לידי איסור אם יותיר או יכה שניהם מש"ה שמיה התראה אבל הכא אינו ודאי שיבא לידי איסור שאינו יודע את מי יכה.

והרי דברי התוס' ממש כדברי וא"כ ע"כ ההוא דאכל חלב דפ' הערל בשוגג מיירי וכדפירשתי דלענין מלקות נמי ק"ל דס' להקל. ונ"ל להביא ראיה להא דפרישית דבריש פ"ח דסנהדרין דף ס"ט דרוצה הגמרא להוכיח דאזלינן בתר רובא בדיני נפשות מהא דתנן בת ג' שנים ויום א' מתקדשות בביאה וכו' וחייבין עליה משום א"א ואמאי אימא איילונית היא ואדעתא דהכי לא קידשה אלא לאו דאזלינן בתר רובא ורוב נשים לאו איילונית הם.

והשתא מנלן להוכיח דאזלינן בתר רובא דילמא לא אזלינן בתר רובא והאי דקתני וחייבין עליה משום א"א לאו דקטלינן ליה השתא באותו זמן שבא עליה אלא דנטרינן ליה עד דגדלו ואז כשתיגלי מילתא דלאו איילונית היא קטלינן ליה. הניחא למ"ד התראת ס' שמיה התראה אלא למ"ד לא שמיה התראה מא"ל ומה ראייה הוא זו אלא ודאי כל כה"ג דבשעת עשיית האיסור הוא ס' והעובר עליו אי עביד איסור או לא אע"ג דלאחר זמן איגלי מילתא למפרע דעביד איסורא לכ"ע לא שמיה התראה.

אלא שיש להקשות מהא דפ"ק דחולין דף י"א דמייתי רב כהנא ראייה דאזלינן בתר רובא מהורג את הנפש דאמר רחמנא קטליה ודלמא טרפה הוי אלא לאו משום דאזלינן בתר רובא וכ"ת דבדקינן ליה וכו' הקשה התו' ד"ה, וכ"ת מ"מ הו"ל התראת ס' אי לא אזלינן בתר רובא ותירץ ושמא קסבר שמיה התראה.

והשתא למאי דפרישית האיך ס"ד לומר דבדקינן ליה הא כיון דבשעה שהרג את הנפש הוה מספקא ליה להנידון אי עבד איסורא שחייבין עליה מיתה או לא. אע"ג דלאחר כך על ידי בדיקה אגלי מילתא למפרע דעבד איסורא שחייב עליה מיתה הא כה"ג לכ"ע לא שמיה התראה והאיך ס"ד למימר דבדקינן ליה הא לא מהני מידי לכ"ע לחייבו למפרע וי"ל דהא ודאי כל כמה דלא נפק לן מקרא דאזלינן בתר רובא מסברא הוי חיישינן למיעוטא.

והשתא ה"ק מנלן למילף מכאן דאזלינן בתר רובא ולא חיישינן למיעוטא והאי סברא דהתראת ספק כדקיימא קיימא דילמא איפוך אנא דקרא למעוטי מסברא זו דהתראות ספק ואפי' אגלי מילתא למפרע אמרינן וסברא דחיישינן למיעוטא כדקיימא קיימא ודחה הא קא מנוויל ליה ובע"כ ש"מ דאזלינן בתר רובא וכיון דנפקא לן דאזלינן בתר רובא ממילא דסברא זו אגלי מילתא למפרע לענין התראות ספק כדקיימא קיימא דאין לנו שום ילפותא לאפוקי מסברא זו: ולפי מה שפירשתי את"ל דאף אם קידש אשה לבנו קטן קידושיו קידושין משום דזכין לאדם שלא בפניו אפ"ה אם הגדיל יכול למחות והרי הקידושין מתלי תלי וקיימי עד שיגדיל מ"מ ה"מ בקידושין דעלמא אבל בקידושין יעוד אי נימא דהאב מייעד לבנו קטן הוה מצות יעוד לבן ע"י האב כמ"ש הרמב"ם פ"ד מה' עבדים וכיצד מייעד לבנו אם היה בנו גדול ונתן רשות לאביו ליעדה לו הרי האב אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לבני וכיון שכן בע"כ פשיטא ליה להגמרא דאם הגדיל אינו יכול למחות דאל"כ מאי מוכח וא"א מייעד א"כ מצינו אישות לקטן דהא אע"ג דמייעד ל"צ קרא דא"א למעוטי אשת קטן ופטור ממיתה הא בלא"ה פשיטא דפטור ממיתה דשמא ימחה כשיגדיל והוה פנויה למפרע וס' נפשות להקל ואפילו למ"ד התראת ספק שמיה התראה מ"מ בכה"ג לכ"ע ל"ש התראה כדפרישית.

וכן הא דקאמר אלא מאי אינו מייעד הא קא ממעט ליה קרא הא אפילו מייעד אכתי תיקשי דל"צ קרא למעוטי מה"ט דפרישית ואע"ג שרש"י פירש בפרשת משפטים על פסוק דאם לבנו ייעדנה האדון מלמד שבנו קם תחתיו ליעדה אם ירצה אביו ואין צריך לקידושין אחרים אלא אומר לה הרי את מיועדת לי בכסף שקיבל אביך בדמיך משמע שכן עצמו מעיד בריצוי האב ואומר לה הרי את מקודשת לי וא"כ אפי' אם תמצי לומר שאם מייעד לבנו הקטן אפ"ה אין לו ענין לקטן שקידש לו אביו אשה דהכא הוא מקדשה לעצמו בריצוי האב מ"מ לישנא דהגמרא משמע כהרמב"ם דקאמר מהו שמייעד לבנו קטן משמע שהאב מייעדה לבנו ולא הבן בעצמו וכהאי לישנא אמרינן בגמרא בכמה מקומות ולישנא דקרא נמי הכי דייקא דכתיב ואם לבנו ייעדנה תלה הכתוב קידושין יעוד באב ולא בבן אלא ודאי דברי הרמב"ם עיקר שקידושין היעוד תלה באב ולא שבן מקדשה לעצמו ונראה שרש"י גופא חוזר בו כמו שאכתוב לפנינו וש"מ דשאני קידושין היעוד מקידושין דעלמא שקידש לו אביו אשה לקטן ואפילו הגדול אינו יכול למחות וטעמא

דמלתא נראה לי משום דכיון דבנו כל דהו נמי במשמע ומשמע ליה להגמרא דרבי קרא במכל דהו לקידושין וודאין כמו ייעוד לעצמו דהא א"א דאדם מייעד לבנו קטן א"צ דעת הבן בייעוד כלל והכי משמע מהא דפשטינן לבעי' דר"ל מהא דא"ר אייבו א"ר ינאי אין ייעוד אלא בגדול אין ייעוד אלא מדעת ופריך הגמרא תרתי ומשני מ"ט קאמר מ"ט אין ייעוד אלא בגדול משום דאין ייעוד אלא מדעת ש"מ דא"א איכא ייעוד בקטן ייעוד שלא מדעת נמי מהני והשתא א"ל הא דבעי ר"ל מהו שמיעד לבנו קטן דאי אמרי' שקטן שקידש לו אביו אשה קדושיו קידושין אטו מיגרע קידושי ייעוד מקידושין דעלמא שיכול אביו לקדש לו אשה משום דזכות הוא לו א"ו הכי קמבעי' ליה מהו שמיעד אדם לבנו קטן דאפילו הגדיל אינו יכול למחות ועוד בלא"ה שאני קידושי ייעוד מקידושי דעלמא דקדושי ייעוד דאמר העברי' אינו אלא מגזה"כ ואפי' אם מקדשה לעצמו מש"ה לא היה ראוי לחול הקידושין דהא בין לרבנן דס"ל מעות הראשונות לקידושין ניתנו ובין למ"ד לאו לקידושין ניתנו מן הדין לא היה ראוי לחול הקידושין שהרי בשעת נתינת המעות הראשונים לא פי' שנתן לשם קידושין דהא מה"ט אין ייעוד אלא בבן ולא באח וכ"ש באחר דומיא דבן שאם האח האחר עשה להאדון שליח לקדש לו אשה אמה העבריה במעות הראשונים לרבנן א"נ אם יש שהות ביום לעשות עמו בש"פ אפ"ה ל"מ כדאמרינן בפ"ק דקידושין ואלו באב ובבן בכה"ג מהני והיינו טעמא דלא מהני באחר בכה"ג משום דמעות הראשונים שניתנו לא פי' שנתן לשם קידושין אלא קנה אותה סתם ולפיכך באחר לא מהני אבל באב ובבן כיון שתלה הכתוב מצות ייעוד לו ולבנו הוי"ל כאלו פי' משעת נתינת המעות שאם ירצה לייעד לו ולבנו הרשות בידו אבל אחר כיון שאינו בכלל מצות ייעוד ל"מ וכדפירש רש"י סתם גבי הא דאמרי' הא לא אמר לה לאחר שלשים יום קמ"ל ופירש"י לא אמר לה בשעת מתן מעות על מנת שתתייעדו לי לאחר זמן כו' קמ"ל דדמי להדדי כיון דתלי הכתוב ייעוד במעות הללו לאחר זמן מעיקרא כי יהיבנא שאם ירצה לייעד מייעד ואפילו למאן דס"ל מעות הראשונים לשם קידושין ניתנו בע"כ טעמא מש"ה הוא דתלי רחמנא דהא לא פיר' ודווקא לו ולבנו מהני דבהם תלי רחמנא מצות ייעוד אבל לאחר ל"מ דלא תלה רחמנא מצות ייעוד בו והשתא מיבעיא ליה לר"ל בנו אי תלי ביה רחמנא מצות ייעוד והו"ל כגדול או לא תלי והו"ל כאחר מיהו למאי דפי' התוס' במסכת כתובות גר קטן מטבילין אותו ע"ד ב"ד משום דזכות הוא לו אינו אלא מדרבנן דהא זכיה מטעם שליחות הוא ואין שליחות לקטן רק כיון דאתי לכלל שליחות אית ליה זכיה מדרבנן והא דהוי גר מדרבנן ושרינן ליה בבת ישראל י"ל דס"ל יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה עכ"ל.

ולפ"ז הדבר ברור דקטן שקידש לו אביו אשה אין קידושיו קידושין כיון דאין שליחות לקטן וזכיה מטעם שליחות נגעו ביה ולא דמי לגר קטן דהתם תקנו ליה רבנן זכיה להכניסו תחת כנפי השכינה אבל בקטן כיון דלא תיקנו רבנן נשואין לקטן כדאמרי' ר"פ חרש וה"ט משום דקטן אתי לכלל נישואין לכשיגדיל לא תיקנו ליה רבנן נישואין מניין לומר דתיקנו ליה זכיה אפילו מדרבנן הלכך קטן שקידש לו אביו אשה אין כאן קידושין אפילו מדרבנן: מיהו יש מן הראשונים פירשו דקטן דאע"פ שאין לו שליחות מן התורה בדבר שזכות היא לו זכין מה"ת דזכיה אלימא משליחות וה"נ מוכח בפרק ב' דקידושין דף מ"ב ע"א דקאמר אלא הא דקאמר רב גידל מנין ששליח של אדם כמותו שנאמר

נשיא א' נשיא א' ופריך תיפוק ליה שליחות מהכא ואמרין ותיסברא הא קטנים לאו בני שליחות ניהו אלא מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר ונשיא אחד אלמא אע"פ שאין שליחות לקטן אית ליה זכיה מה"ת וכמ"ש הריטב"א התם מעתה י"ל דגר קטן שהטבילו אותו ע"ד ב"ד מ"ה הוי גר בין להקל בין להחמיר כ"ז שלא מיחה.

וה"ה לקטן שקידש לו אביו אשה שקידושיו קידושין משום דזכין לאדם שלא בפניו והראב"ן בסוף ספרו בתשובותיו הביא הא דר' יצחק בר"י דקטן שקידש לו אביו אשה מקודשת משום דזכות הוא לו והקשה עליו הראב"ן הא זכי מטעם שליחות הוא ואין שליחות לקטן ולק"מ דכבר נתברר דזכיה עדיפא משליחות.

ובתשובות ב"י סי' ז' הקשה על סברא זו הרי מצינו בכמה מקומות שזכין לאדם שלא בפניו דא"כ כל מי שמקדש אשה לחבירו תהא מקודשת ואפי' לא עשה שליח והא ודאי לא עלתה על דעת שום אדם ובפרק המקדש בו ובשלוחו שקיל וטרי תלמודא מנ"ל דבשלוחו ולדברי ר"י אדרבה לא הו"ל למימר שליח אפילו אינו שלוחו נמי אם קידש לו אשה מקודשת א"ו דבר זה מוקצה מהדעת שלא דבר נכונה ואני אומר שאין ממש בדיחוי הזה דאם אמרו בקידש לו אביו אשה דזכות הוא לו משום דניחא ליה במאי דעבד אביו ואמרו בקידש לו אחר שלא מדעתו דודאי לא ניחא ליה במאי דעביד אחר דהרי בגר קטן אפילו את"ל דע"ד ב"ד ל"מ ע"ד אביו מהני משום דניחא ליה במאי דעבד אביו אם לא שמוחה משהגדיל בפירוש כמ"ש: עוד הקשה הב"י שם מדאמרין בפ' האיש מקדש גבי הא דאמר מקדשת ברתך לברי דפריך דילמא ארצויי ארצי ודילמא שליח שוויה אפילו לא ארצי ולא שווי' שליח דהיא מקודשת דזכין לאדם שלא בפניו הלכך ליתא להאי תשובה כלל ודבריו תמוהים הם דודאי קטן שאין מעשיו כלום אם קידש לו אביו אשה זכות הוא מטעם שאין יכול לקדש ע"י עצמו אבל בגדול שיכול לקדש על ידי עצמו לא ובההוא עובדא ע"כ הבן גדול היה מדמפרש דילמא שליח שוויה ואי בקטן הא אין שליחות לקטן.

מיהו לפי מה שפירשתי הא דקאמר במסקנא לפשוט בעי' דר"ל מהא דאמר ר"י אין יעוד אלא מדעת אין יעוד אלא בגדול ופריך תרתי ומשני מ"ט קאמר כמ"ש לעיל ופירש"י תרתי הא חד הוא כיון דאין יעוד אלא מדעת פשיטא דאין יעוד אלא בגדול והתוס' פירשו בשם רש"י וביארו יותר פי' הקונטרס הא בהא תליא כלומר חדא מילתא הוא דכיון דאין יעוד אלא מדעת פשיטא דאין יעוד מועיל אלא בגדול שהרי קטן לא מצי לשוויא שליח לקדש ומאי קשיא ליה הא אע"ג דאין יעוד אלא מדעת י"ל דאין יעוד בקטן דהא אע"ג דאין שליחות לקטן זכיה מיהו אית ליה וזכין לאדם שלא בפניו וה"א דאית ליה יעוד דהוה כלדעת קמ"ל דאין יעוד אלא בגדול ועוד הארכתי שם באותו תשובה הרבה והבאתי ראיה שם עוד מפ"ט דב"ב דף קנ"ג ופלפלתי בההוא סוגיא דקאמר ר"נ בודקין לקידושין ולגירושין ופריך כיון דבודקין לקידושין ולגירושין למה ליה למיבדקיה ולדברי ר"י בר"י משכחת לה בקידש לו אביו אשה בקטנותו ומקודשת משום זכיה והשתא שפיר צריך למיבדקיה לגירושין ופלפלתי שם הרבה בדברי התוס' שם מיהו בנידון שלנו אין אנו צריכין לכל זה לפי המבואר שהוא בעצמו קידשה בקטנותו ולא היה הקידושין ע"י אביו הא ודאי לאו כלום הוא.

והנה מ"ש מכ"ת בשם ס' נודע ביהודה הנה הספר לא נודע לנו ואין בעירינו ובכל סביבותינו זה הספר ואי אפשר לפלפל בדבריו מה לא שמיע לי אפשר אלו היה שמיע ליה לא הוי ס"ל. והנה רק ממה שכתבו מכ"ת מדבריו אדבר קצת כתבתם משמו דאפילו למאן דס"ל דקטן שקידש לו אביו אשה הוי קידושין משום דזכות הוא לו ובעל הספר כתב דחובה הוא לו מטעם כתובה יפה השגתם עליו כי דברי שגגה הם ומ"ש עוד לאחר חרם ר"ג מה חובה הוא לו אין דעת זה הגון בצד עצמו דמה בכך מ"מ זכות הוא לו הא כיון דא"א לו לישא שתי נשים מפני החרם מה לי זו שקידשה לו אביו או אחרת הא ודאי ניחא ליה במאי דעבד אבוה כדאמרינן גבי גר קטן וכמו שכתבתי בפני' ועוד אפי' לא יהא כדבריו הא ודאי דהא דאמרינן זכין לאדם שלא בפניו לאו דוקא שיהו הזכות בלא שום צד חוב כלל וכלל אלא כיון שהזכות רבה על החוב הרבה החוב בטל במיעוטו נגד הזכות נמי זכות הוא לו תדע דגבי גר קטן אמרינן דזכות הוא לו אטו מי לא מטו ליה חוב ג"כ ע"י גירות שמקבל עליו עול מצות ונאסר במאכל איסורים לישראל חמץ בפסח ובמלאכת שבת ויו"ט ומתחייב בעינוי יוה"כ ובהרבה מצות חמורות אע"כ כיון שזכות שמכניסין אותו תחת כנפי השכינה רבה הרבה מאוד על החוב זכות קרינן ליה וה"נ דכוותיה וכ"ש בנ"ד שעשה נישואין לקטן במדינות פולין מפני יראת גזרת המלכות בודאי זכות הוא לו.

מיהו בנ"ד כיון שלא קידש לו אביו אשה לאותו קטן אלא מעצמו הוא קדשה ודאי לית דין צריך בשש. דאין ממש בקידושין אלו.

ותמהני על מכ"ת שכתבתם באחד מצד היתר של נדון שלנו דילמא בעל אדעתיה דקידושין הראשונים וטעי בדר"י בר"י דמה ענין דר"י בר"י לכאן אף הוא מודה לקטן שקידש לעצמו אפילו בידיעת אביו אין ממש בקידושין אלו דודאי אין בעשיית קטן כלום ואין קנינו קנין ולא קאמר אלא בקידש לו אביו עצמו האשה דקנינו קנין וכיון דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו ומה שכתבתם עוד להתיר בנדון שלנו מכמה דברים דילמא טעי בהא או בהא כבר כתבתי בפנים מה שיש בו די וגם הספק שכתבתם בשם המשנה למלך אין בו ממש אלא שלא רציתי להאריך עוד בזה: גם מה שכתבו מכ"ת על מה שהשמיטו הרי"ף והרמב"ם מה שיש בנוסחאות הגמרא שלנו בפרק המדיר וכן קטן שקידש שלא היה בנוסחאות שלהם הוא הנכון ושאר הפלפול הוא שלא לצורך שהרי מבואר מדברי התוס' והרשב"א שגרס וכן בקטן שקידש אין לנו לעשות פלוגתא חדשה לפיכך לא נפלפל בזה יותר והשתא נבא לחלוקה השניה דבנדון זה שהיה דר עמה אחר שהגיע לשנת גדלות יותר משנה וחצי קודם שנאבד ואע"פ שקידש את האשה בעצמו כשהיה קטן כיון שדר עמה זמן רב משהגדיל שאני וכמו שנתבאר בס"ד.

תנן בסוף פ"ז דגיטין דף פ"א המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי ב"ש אומרים א"צ הימנו גט שני וב"ה אומרים צריכה הימנו גט שני ומוקי לה בגמרא בדאיכא עידי יחוד וליכא עידי ביאה ב"ש סוברים ל"א הן הן ע"י הן עדי ביאה וב"ה סוברים אמרינן הן הן עידי ביאה פ"י ואין אדם עושה בעילתו ב"ז ומסתמא קידשה ויש לי לעיין אי הא דאמרינן כיון דא"א עושה בעילתו ב"ז וע"י הן הן ע"ב מסתמא קידשה או בביאה זו או שקידשה קודם לכן בפני עדים אחרים באחד משלשה דרכים שהאשה נקנית בהם כדתנן

בר"פ קמא דקידושין ונ"מ שאם ראיות עידי יחוד הללו אינו מספיק להיות אשה נקנית בהם כגון שהאיש והאשה לא ראו עדים ולא ידעו מהם אבל העדים ראו שנתייחד דבכה"ג אינה מקודשת כמו שאכתוב לקמן בשם הרשב"א אפ"ה כיון דע"י הן הן ע"ב ואין אדם עושה בעילתו ב"ז אמרינן מסתמא קידשה קודם לכן ע"י עדים אחרים ודמי להא דאמרי' בפר' ב' דקידושין דף נון דחוששין לסבלונות ופירשו הגאונים וכמה פוסקים דה"ט דחוששין דכיון דשלח לה סבלונות חיישי' דשמא קידשה כבר בפני עדים אחרים והלכו להם דה"נ נימא הכא.

או דילמא להא דסבלונות כיון דרוב מקדשי והדר מסבלי לפי' רש"י אי נמי מיעוטא מקדשי והדר מסבלי לפי' הגאונים איכא למימר דהוא נמי מהם אבל הכא איכא למימר יצרו תקפו ומעולם לא קידשה דבשלמא אם יש כדאי בעידי יחוד הללו שיחול הקידושין ע"י ביאה זו וכיון דאפשר לו למבעל בהיתרא שיכוין לשם קידושין דכיון דאין אדם עושה בעילתו ב"ז אמרי' דסתמא לשם קידושין בעל דלא שביק היתרא ועביד איסורא כדאמרי' בפר' קמא דחולין דף ד' גבי מומר אוכל נבלות לתיאבון דלא שביק היתרא ואכל איסורא ומה"ט אמרי' התם חמצן של עוברי עבירה אחר הפסח מותר מיד מפני שמחליפין אבל היכא דאין כדאי בעדים הללו שתתקדש על ידם איכא למימר דיצרו תקפו ולא חיישי' שמא קידשה קודם לכן.

ובתוספתא תניא מביאה הרי"ף פר' מי שאחזו ראו שנים שנתייחדה עמו צריכה הימנו גט שני א' א"צ הימנו גט שני א' בשחרית וא' בין הערבים זה היה מעשה ואמרו אין מצטרפין גם שאר פוסקים פסקו כתוספתא זו. ומשמע ודאי דה"ט דא' שחרית וא' בין הערבים דאין מצטרפין משום דקי"ל דהמקדש בע"א אפילו שניהם מודים אין מקודשת.

אלמא עיקר הקידושין תלה רחמנא בראיות שני עדים הלכך אם לא ראו ביחד אלא א' בשחרית וא' בין הערבים אע"ג דאין אדם עושה בעילתו ב"ז ולשם קידושין בעל אינו כלום דעל כל קידושין של שתי ביאות הללו אין כאן אלא ע"א וא"מ: והשתא אס"ד בראות שני עידי יחוד אלא שאין ראייתם מספיקות שתהא מקודשת ע"י אפ"ה בעינן גט משום כיון דא"א עושה בעילתו ב"ז חיישי' שמא נתקדשה מכבר ע"י הקידושין מעלייא א"כ ה"נ בראה א' שחרית וא' בין הערבים נהי דאין מצטרפין לקידושין מ"מ כיון דע"י הן הן ע"ב וחזקה דא"א עושה בעילתו ב"ז מסתמא כבר נתקדשה קודם ע"י אחרים וקי"ל בפ' זה בורר דאפילו הלוואה אחר הודאה מצטרפין בדיני ממונות וע"כ תוספתא זו איתא דלא כהלכתא אלא כת"ק דריב"ק דאמר התם אין עדותן מצטרפות עד שיראו שניהם כאחד ולמה פוסקין הפוסקים כתוספתא זו אלא ודאי ש"מ דהא דאמרי' הן הן ע"י הן הן ע"ב וצריכה גט היינו דוקא אם ע"י אילו מספיקין שיהיה קידושין ע"פ ראייתם זו אבל אם ע"י הללו מצא אין מספיקין שיהיו קידושין ע"י ראייה זו שמא קידשה כבר ע"י עדים אחרים לא חיישי'.

מיהו הר"ן פירש שם על תוספתא זו זה היה מעשה ואמרו א"מ דאע"ג דגבי ממון קי"ל בפר' ז"ב דהלוואה אחר הלוואה והודאה אחר הודאה מצטרפין לגבי אישות דשייך בד"נ בבת אחת בעו להו. לפי דבריו אין מכאן ראייה להא דאמר' דהכא ה"ט דא"מ דאין עדותן

עדות ואין נאמנים על היחוד עצמו כיון דיחוד שראה זה לא ראה זה לאו כלום כיון דעל כל יחוד ליכא אלא ע"א ולא ראו עדותן כאחת.

ואין להקשות על דברי הר"ן הא דאמרי' בשלהי מסכת יבמות דלר"ט בודקין עידי נשים בדרישה וחקירה דכדיני נפשות דמי ולר"ע אין בודקין משום דאיכא כתובה למישקל כד"מ דמי וקי"ל כר"ע. י"ל דש"ה דמן התורה בעינן שני עדים אלא דרבנן הקילו משום תקנות עגונות אפי' עד מפי עד מפי עבד מפי אשה מפי שפחה וטעמא כדמפרש בר"פ האשה רבה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה הקלת עליה בתחלתה וכיון דמשום תקנות עגונות הקילו רבנן ועקרוהו מדין עדות של תורה אקילו נמי רבנן להא מילתא למיזל לקולא אחר צד דין ממון שבו כיון דאיכא כתובה למישקל.

תדע שהרי עידי קידושין ועדות לאוסרה על בעלה לדעת רוב הפוסקים בעינן דרישה וחקירה אלא ודאי ה"ט כדפרישית ועוד יש לחלק בכמה גווני אלא שלא רציתי להאריך בזה. ולפום רהיטא דהירושלמי ריש פר' קמא דסוטה יש להביא ראיה לפי' הר"ן דגרסי' התם נסתרה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים יבא כהיא נתייחדה עמו בפני שנים צריכה הימנו גט שני באחד א"צ גט שני בא' בשחרית ובא' בין הערבים זה היה מעשה שאל ר"א בן תדאי את החכמים ואמרו אין זה יחוד והשתא אי טעמא דאין זה יחוד כדברי הר"ן משום דעידי נשים לד"נ דמיא ניחא וה"פ דבעיא ליה נסתרה בע"א שחרית כו' אי מצטרפי להדדי כד"מ או אין מצטרפין כד"נ פשיט ליה מדאמרי אין זה יחוד לענין נתייחדה ואין מצטרפין ש"מ דעידי נשים לד"נ דמי ה"ה נמי לענין נסתרה דהוי נמי עידי נשים וא"מ: אבל מי אמרת דהא דאמר גבי ע"י ה"ט משום דהמקדש בע"א אפילו שניהם מודין אינה מקודשת דאין עיקר חלות הקידושין אא"כ נעשה בפני שניהם ביחד השתא מאי פשיט ליה דא"מ לענין עידי יחוד א"מ נמי לענין עידי סתירה דמיירי בסתירה שלאחר קינוי ואליבא דר' יהושע דס"ל התם מקנא לה ע"פ שנים ומשקה ע"פ שנים פי' דנסתרה בע"א אחר הקינוי אינה אסורה לבעלה ודלא כר"א דאמר התם מקנא לה ע"פ שנים ומשקה לה ע"פ ע"א או ע"פ עצמו והרי הא דבעי ר"י ב' עדים בסתירה שלאחר הקינוי לאסור על בעלה לאו משום דאין עיקר הסתירה מתקיימת לאוסרה על בעלה אלא א"כ ראו שני עדים ביחד כדאמרינן גבי קידושין דהא ל"ד שהרי טעם בסתירה אחר קינוי אוסרה על בעלה התם דשמא נטמאה בסתירה זו דמש"ה בעינן שיעור סתירה כדי טומאה כדאמרינן ריש פרק קמא דסוטה והרי טומאה אפילו בע"א דמהימן ליה כבי תרי נמי נאמן כדאמרינן פרק ג' דקידושין דף ס"ד גביהווא סמי' וכ"ש אם הבעל עצמו יודע שזינתה דנאסרה עליו כדמוכח להדיא בפרק קמא דכתובות דף ט' בסוגיא דפ"פ אלמא הא דב' עדים לסתירה לאו משום דאינו עיקר הסתירה מתקיימת אלא בב' עדים אלא לגילוי מילתא בעלמא בעינן ב' עדים ואין ע"א נאמן לכל דבר וכדאמרינן התם בפרק ג' דקידושין לא איברי סהדי אלא לשיקרא וה"נ מוכח מהא דכתב הטור בא"ה סי' קע"ח בא ע"א והעיד לו שנסתרה עם אותו פ' שקינא זה עליו ושהתה כדי טומאה אם הוא נאמן בעיניו ודעתו סומכת עליו יוציא ויתן כתובה והא ודאי הדברים נראין ק"ו אם הבעל ראה בעצמו הסתירה שהיתה אחר הקינוי שאסורה לו משא"כ ההיא דנתייחדה עמו דבבביתא דמתורת קידושין אתינן עלה דאין עיקר הקידושין מתקיים אלא על פי ב' עדים ולא בעד אחד ואפילו שניהם מודים ל"מ והאיך פשיט מהא דאין מצטרפין בראה

א' שחרית וא' בין הערבים לענין תורת קידושין דה"נ א"מ לתורת סתירה דבתר קינוי ולאסרה הא לא דמי להדדי וכדפרישית: מיהו יש לדחות דהא דמדמי הירושלמי נסתרה שלאחר הקינוי לנתייחדה דמיירי בתורת קידושין לאו לענין לאוסרה על בעלה מיירי אלא לענין להשקותה מיירי דשם נמי אינה שותה אא"כ היתה הסתירה שלאחר הקינוי בפני ב' עדים דילפינן דבר דבר מממון דאין עיקר הסתירה מייתי לה לידי השקאה אא"כ ראו ב' עדים ביחד כמו גבי קידושין והא דמהני אם ראה הסתירה בע"א דמהימן ליה כבי תרי או ע"פ הבעל היינו לאוסרה עליו מה"ט דפרישית ואדרבה נ"ל מן הירושלמי להביא ראיה להיפך כי בודאי גירסא זו משובשת דגרסי' שם עוד בסמוך קינא לה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים מאחר שהוא האיש והיא האשה קינויו קינוי או אין קינויו קינוי ויבא כהדא אין מקבלין את העדים אא"כ ראו שניהם כאחת ריב"ק אמר אפילו ראה זא"ז ר"י רשב"י בשם רב מודים חכמים לריב"ק בעידי בכורה ובעידי חזקה נמצא לפי גירסא זו עידי סתירה שאחר הקינוי בראו א' שחרית וא' בין הערבים דמדמי להא דנתייחדו א' שחרית וא' בין הערבים אין מצטרפין לכ"ע ובקינוי כה"ג לריב"ק מצטרפין ולמאי דמסיק בשם רב דמודים חכמים בעידי בכורה ובעידי חזקה לכ"ע מצטרפין בכה"ג.

והשתא תיקשי סתירה זו במאי מיירי אי לענין לאוסרה על בעלה הדברים נראין כלפי לייא דהשתא בקינוי דעיקר הקינוי אין מתקיים אלא על פי ב' עדים כמו בקידושין כדמוכח בריש פרק קמא דסוטה אמר ר"ח מסורה לא לימא אינש לאנשי ביתו בזה"ז אל תסתרי עם איש פלוני דדילמא ק"ל כר"י בר"י דאמר קינוי על פי עצמו וליכא האינדנא מי סוטה למיבדקה וקאסר לה עליו משמע למאי כר"י דאמר התם קינוי על פי שנים אם אמר לאשתו בינו לבין עצמו אל תסתרי עם איש פ' ונסתרה עמו על פי עדים מותרת לו אף ע"פ שהוא יודע שקינא לה ואפ"ה אמרת דמצטרפין בכה"ג סתירה שלאחר הקינוי לענין לאוסרה על בעלה שהיא נאסרת על פי עצמו כמ"ש כ"ש דמצטרפין בכה"ג ואפילו תימא דההוא סתירה שלאחר הקינוי דקאמר דאין מצטרפין בכה"ג מיירי לענין להשקותה דדמי לקידושין אכתי תקשי מ"ש קינוי דמדמי לה לד"מ ומ"ש סתירה שלאחר הקינוי דמדמי לה לד"נ דמאי אולמא האי מהאי הלכך נ"ל שגירסת ירושלמי זו משובשת ומהופכת והסופרים טעו ושיבשו את הגירסא וכך ראוי לגרוס נסתרה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים ויבא כהדא אין מקבלין את העדים כו' קינא לה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים ויבא כהדא נתייחדה עמו בפני שנים כו' עד זה היה מעשה ואמרו אין יחוד.

לפי זה הדברים פשוטים בסתירה לאחר קינוי מצטרפין ומיירי לענין לאוסרה על בעלה ולא להשקותה ובקינוי דדמי לקידושין אפ"ה בכה"ג אין מצטרפין ש"מ לעדות נשים כד"מ דמי ולא כדברי הר"ן ואל תתמה ע"ז דגמרא ירושלמי נשתבש' בי' הקדמונים כמ"ש התוס' והפוסקים בכמה מקומות ומכש"כ הגמרא ירושלמית שבידינו שרוב דברים מהופכין ומשובשים ע"י ט"ס: ועוד קשה לי דע"כ עדי נשים לד"מ דמי מן התורה שהרי כל עיקר הא דבעי ב' עדים בדבר שבערוה ילפינן דבר דבר מממון כדאמרינן בקידושין פרק ג' דף ס"ה ועוד דבפ"ד דגיטין דף ל"ג תני אמר לשנים תנו גט לאשתי יכול לבטל זה שלא בפני זה דברי רבי רשב"ג אומר אין יכול לבטל אלא זה בפני זה ומוקי לה רב אשי לאו בעידי כתיבא מיירי אלא בעידי הולכה ה"נ מסתברא דקתני סיפא אמר לזה בפני עצמו ולזה בפני עצמו יכול לבטל זה שלא בפני זה אי אמרת בשלמא בעידי הולכה

שפיר אלא אי אמרת בעידי כתיבה מי מצטרפי והא אמר מר אין עדותן מצטרפין עד שיראו שניהם כאחת ודחי ודילמא כריב"ק ס"ל ואי עדות נשים לד"נ מדמינן לה אפילו ריב"ק מודה דבכה"ג אין מצטרפין מ"מ ק' בפ"ה מסנהדרין דף מ"א אמר ר' חנן עידי נערה המאורסה שהוזמו אין נהרגין מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ופריך הגמרא והא אתרו בה ומשני דלא התרו בה ואי לא התרו בה היכי מיקטלה באשה חברה ואליבא דר"י בר"י דאמר חבר א"צ התראה שלא ניתנה התראה אלא להבחין בין שוגג למזיד וכיון דאינהו לא מיקטלה איהו כי לא הוזמו נמי לא מיקטלי דהוי ליה עדות שאילה"ז והרי גם עדות נפשות אמרינן בפרק קמא דמכות דף ו' ע"ב אמר רב זוטרא בר טובי אמר רב מנין לעדות מיוחדת שהיא פסולה שנאמר לא ימות על פי עד אחד מאי אחד אלימא עד אחד ממש מרישא שמעינן לה על פי שני עדים יקום דבר אלא מאי אחד אחד תנן הכי לא יומת על פי עד אחד להביא שנים שהיו רואים אותו אחד מחלון זה ואחד מחלון זה ואין רואין זה את זה שאין מצטרפות ולא עוד אפילו בזה אחר זה בחלון אחד אין מצטרפין ומוקי לה בבוועל את הערוה אע"ג דכל חד וחד חזי לכולה מעשה אפ"ה אין מצטרפין: ולפ"ז אם העידו עדים בדיני נפשות לחייב את הנדון בע"כ בדקו את העדים אם ראו בבת אחת ויאמר כל אחד ואחד הן כדתנן בסנהדרין דף מ' ושואלים אותו מכירים אתם אותו התריתם בו.

ואע"ג דלא תנן דבודקין אותו אם ראו בבת אחת ע"כ לא סגי בלא"ה דתני ושייר כדשייר נמי מאי דתני בברייתא התיר עצמו למיתה המית בתוך כדי דיבור וכיון שכן עדים שהוזמו אמאי אינם נהרגין מתוך שיכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו הא בע"כ באו להורגה דאי לאוסרה על בעלה ל"ל למימר שראו בבת אחת לאוסרה בזה אחר זה נמי כמו שפריך והא לא אתרו בה ומוקי לה באשה חבירה משמע דכי אתרו בה א"י לומר לאוסרה על בעלה באנו דאם לא כן ל"ל דאתרו בה אף על פי שעל ידי שאלת הב"ד השיבו כן נמי נימא שלהורגה באו ולא לאוסרה לחוד אע"כ שמע מיניה דעדות נשים לעדות נפשות דמי ולאוסרה על בעלה נמי בעי שיהא שניהם כאחד מש"ה יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו ולא להורגה וי"ל דלא דמי דאע"ג שהעידו שראו בב"א מ"מ יכולין לומר לאוסרה על בעלה באנו אלא שהעידו כן לרווחא דמילתא ואלומי קא מאלמי לעדותי אבל אי אתרו ביה למיתה אע"פ שעל ידי שאלת ב"ד העידו כן מ"מ הא בע"כ למיקטליה קאתי דאין ענין התראת מיתה מעלה ומוריד לענין לאוסרה על בעלה ומהא גופא מוכח דעדות נשים לאו כדיני נפשות דמי דהא כדיני נפשות עדות מיוחדת דהיינו אחד רואה מחלון זה ואחד רואה מחלון זה ואינם רואים זה את זה פסולה ומעולם לא שמענו ולא מצינו דעידי גיטין וקדושין צריכין להיות רואין זה את זה אלא ע"כ ש"מ ע"נ לד"מ דמי.

וכיון דהכי הוא ממילא ש"מ מהאי תוספתא וירושל' גבי נסתרה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים דקאמר נתיחדה עמו בא' בשחרית ובא' בין הערבים דאמרו אין זה יחוד לאו דאין עדותן מצטרפין בכה"ג ואין נאמנים עליו דהא ע"נ לד"מ דמי ונאמנים אלא משום דאין עיקר הקידושין חלין בכה"ג אף על פי שנאמנים על גוף היחוד וש"מ דלא אמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב וחזקה דא"א עושה בעילתו בעילת זנות מסתמא קידשה קודם לכן ולא חיישינן לה אא"כ דאיכא למימר דהאי ביאה גופא הוא הקידושין אבל

למפרע לא חיישי' להו והא ליכא למימר דאפ"ת דאם ראה שני עדים ביחד היחוד שאין הקידושין ראוי להתקיים על ידי ראייה זו מ"מ דכיון דהן הן ע"י הן הן ע"ב חיישי' שהא כבר קידשה והא דלא חייש בנתקדשה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים שמא קידשה כבר שהרי אמרו חכמים אין זה יחוד שאני התם דאיכא למימר שמא טעי וסבר שעל ידי היחוד של ע"א שחרית לבד נתקדשה לו בביאה זו דהא איכא למ"ד המקדש בע"א חוששין לקידושין וכיון דישלנו דבר שיכולין לתלות שטעו בו אמרי' אף על פי שלא קידשה קודם לכן מ"מ טעי וסברי שאין בעילתו זו ב"ז אלא הן הן בעולה של קידושין וכה"ג אמרי' בפרק ז' דכתובות דף ע"ב המקדש במלוה ובעל על תנאי ובעל א"צ הימנו גט משום דתלינן דטעי וסבר דבכה"ג מקודשת היא וה"ט איכא למימר דטעי וסבר המקדש בע"א קידושיו קידושין אבל היכא שאין לנו לתלות בטעות אם נתיחדה בפני שני עדים אלא שאין ראייתם מספיק שיהיו קדושין על ידם כיון דאין לנו לתלות במה טעי חיישי' שמא קידשה כבר הא לאו מילתא הוא דע"כ לא תלינן התם במקדש במלוה ובעל על תנאי ובעל שמא טעי וסבר דהוי קידושין אלא משום דאיכא רגלים לדבר שהרי כבר טעי וקידשה כבר במלוה ואיכא למימר דעדיין עומד בטעותו אבל היכי דליכא רגלים לדבר שטעו אין לנו להקל ולומר שטעו וראיה לדבר שהרי הגאונים שהביא הרי"ף פרק ב' דיבמות דס"ל דמי שהוליד בן או בת משפחתו הוי בנו לכל דבר בין להקל בין להחמיר משום האי חזקה דא"א עושה ב"ז ומסתמא שחרר לשפחתו קודם שבא עליה ואמאי ניהוש אע"ג דשחררה דלמא טעי בדיני שחרור כי הא דאמר שמואל המפקיר את עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור ואנן קי"ל דלא כשמואל והרי היא כשפחה לכל דבר והולד הולך אחריה ועוד יש כמה דברים בדיני שחרור שאפשר לו לטעות בהם ש"מ כל היכי דליכא רגלים לדבר שטעו לא חיישינן לה.

ומהשתא בע"כ ש"מ דאם אין בביאה זו כדאי שתתקדש ע"י לקידושין למפרע ל"ח וכן כתב הרשב"א בחידושיו בפרק מי שאחזו שם גבי ראו שנים שנתיחדה עמו צריכה הימנו גט שני ומסתברא כגון שראה הוא את העדים אבל ראו אותו שנים מן החלון והם רואים ואינם נראים לו אינה צריכה הימנו גט שני לפי שאדם יודע שהמקדש בינו לבין עצמו שלא בפני עדים אף על פי ששניהם מודים אינה מקודשת הלכך כשבעל זה לא לשם קידושין בעל אלא לזנות בעלמא הביא הר"ן שם וה"ה בפרק ז' מהלכות גירושין ומ"מ דשמא קידשה כבר ל"ח וכמ"ש: והשתא בנדון שלנו שאין כאן לפנינו ע"י אפ"ת שבזמן גדול כזה שהיה דרים ביחד האיש והאשה לא סגי בלא"ה שכמה פעמים ראה ע"א שנתיחדו ביחד מ"מ כיון דלא סגי לן אלא עד שיראו שני עדים כאחד והם רואים אותם וצריך שיהיו העדים שם ביחד כדי שיעור ביאה דאיכא למימר שקידשה בביאה זו מנין שניחוש לכולי האי כיון דלא סגי בלא"ה ואי משום שמא קידשה כבר להא לא חיישינן כדפרישית והיינו טעמא דל"ח שמא קידשה למפרע כדכתב הרמב"ם פ"ו מהלכות גירושין המגרש את אשתו ובעלה אח"כ בפני עדים קודם שתנשא לאחר בין שגירשה מן הנישואין בין מן האירוסין הואיל ואשתו היתה הרי זו בחזקת שהחזירה ולשם קידושין בעל ולא לשם זנות ואפילו ראו אותו שנתן לה מעות שחזקה הוא שאין א"ע בעילתו באשתו ב"ז והרי בידו לעשות בעולת מצוה ולפיכך ה"ז בחזקת מקודשת קידושי ודאי וצריכה ממנו גט שני ומדכתב שחזקה הוא שאין אדם עושה באשתו ב"ז והרי בידו

לעשותו ב"מ משמע משום דבידו לעשות עכשיו בביאה זו בעילת מצוה חזקה הוא דלא שביק התירא ועבד איסורא ואע"ג דאיכא למימר יצרו תקפו מ"מ יכול לשכך יצרו בהיתר אבל כל היכא שאין בידו עכשיו בביאה זו לעשות דרך היתר אמרינן שמא יצרו תקפו ול"ח לקידושין למפרע אלא שקשה לי הרי לפי דברי הגאונים הללו במי שבא על שפחתו משום האי חזקה דא"א עושה ב"ז אמרינן דודאי שחררה מקודם והולד הולך אחריו ואמאי ניהוש שמא לא שחררה ויצרו תקפו דהא אם לא שחררה קודם לכן א"א לעשות ביאתו זו ביאה דהיתרא ואולי יש לחלק דביאת איסור של תורה כי האי דבא על שפחתו דעובר על לאו דלא יהיה קדש כיון דחמיר טפי אמרי' חזקה זו אפילו למפרע דאי לאו דלא שחררה הוי כייף ליצרו שלא לעבור על ד"ת.

אבל חזקה זו דאא"ע בעילתו ב"ז דבא על הפנויה אינו אלא מדרבנן בעלמא איכא למימר דקילי ליה הלכך ל"ח שמא קידשה למפרע ובהיתר בא עליה. וחילוק כזה תמצא בת"ה ס' ת"ט אליבא דהרא"ש דס"ל דהבא על שפחתו הוולד הולך אחריו דודאי שחררה משום האי חזקה דא"א עושה בעילתו בעילת זנות ובבא על הפנויה לפני עדים ל"ח לקידושין משום האי חזקה משום דהא דאורייתא הא דרבנן: ומהשתא אין כ"כ ראייה מדברי הגאונים אלו דלא תלינן שמא טעו בדבר שאין רגלים לדבר שטעו שאני התם כיון דאיסור תורה והוא מסתמא חקר ודרש אחריו שלא יבא לידי איסור תורה ושחררה כדין מ"מ הדבר ברור מצד עצמו ואין לנו לתלות שטעו בדבר שאין רגלים לדבר דא"כ אין לדבר סוף ואע"ג דהת"ה כתב שם אליבא דהרמב"ם קולא יותר בבא על שפחתו מבא על אשה פנויה דעלמא כמבואר בדברי הרמב"ם מ"מ י"ל דה"ט משום דבא על אשה פנויה אמרינן דקידשה בהאי ביאה דלא שביק התירא ועבד איסורא משא"כ בבא על שפחתו דע"כ צ"ל שכבר שחררה מקודם דאל"כ הו"ל האי ביאה ב"ז ולהאי ל"ח דאיכא למימר עכשיו יצרו תקפו וא"א לו למיעבד בהאי ביאה ביאת של היתר וכדפרישית ודע שדברי ת"ה סותר לדברינו שפירשנו דלקדשה למפרע ל"ח מ"מ ביארנו בראיות ברורות דעל האי ל"ח וגם דעת הרשב"א והר"ן וה"ה מסכימין למה שכתבתי וידוע בימי בעל ת"ה עדיין לא נתפשטו חידושי הרשב"א והר"ן וה"ה ומעולם לא ראה דבריהם: עוד ראוי לבאר אי הא דאמרינן א"א עושה בעילתו ב"ז או חזקה גמורה הוא והו"ל קידושין גמורים ואפי' להקל ואם בא אחר וקדשה א"צ גט משני או דילמא לחומרא אמרינן לקולא לא אמרינן ואת"ל דחזקה גמורה היא אפילו לקולא מ"מ הא דס"ל לב"ה דהן הן ע"י הן הן ע"ב אי ס"ל הכי בין לקולא בין לחומרא א"ד לחומרא אמרינן לקולא ל"א.

והנה בחלוקה ראשונה בנבעלת ודאי כבר כתבתי בשם הרמב"ם בפ"ו מהלכות גירושין שמקודשת ודאי הוא ומשמע בין להקל בין להחמיר ואם בא אחר וקידשה א"צ גט מן השני וכ"כ הרא"ש בפרק המדיר בשם רש"י ותוס' וגבי קידשה ע"ת ובעל מיהו הרא"ש כתב שם בשם מקצת גדולים דאפילו בקידש ע"ת ובעל הוי ספק מקודשת ומסיים וראוי להחמיר ובחלוקה השנית בלא ראה שנבעל' אלא נתיחדה בפני עדים כתב הרמב"ם שם נתייחדה עמו בפני עדים הוא שיהא שני עדים כאחד אם היתה מגורשת מן הנישואין חוששין לה שמא נבעלה והן הן ע"י הן הן ע"ב שכל המקדש בביאה א"צ לבעול בפ"ע אלא יתייחד לבעול כמו שביארנו לפיכך צריך גט מספק והרי היא ספק מקודשת וכו'

הרי דס"ל דאינו אלא ס"ק וכ"כ הטור אה"ע סימן קמ"א בשם הרא"ש וכן דעת כמה פוסקי' דאינו אלא ס"ק.

ומדברי מהר"ם שכתשבות מיימוני הלכות אישות סי' א' משמע מדבריו הא דאמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב חזקה גמורה היא ואפילו לקולא סמכינן עליה שהרי רוצה לומר שם במקדש את האשה בשוה כסף וזרק לה לתוך חיקה ועידים לא ידעו אי נפל לתוך חיק' או לא דאינה מקודשת כיון דעדים מספקא להו הוי ליה כמקדש בל"ע דאינה מקודשת ומסיים את"ל דב"ה דאמרי גבי המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דצריך גט שני דהוי ודאי קידושין כיון דגייסי בהדי אהדדי ודאי בעל וכיון שראו שנתייחדו א"ל ע"ב גדול מזה ולא פירשו זה מזה בלא ביאה ודוקא בביאה אמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב משום דאיכא למימר אש בנעורת ואינו מהבהב' ועוד מפני שלבו גס בה ועוד דקטלינן משיראו כדרך המנאפים כו' ולהכי גבי קידושין נמי בע"י תלינן לחומר' דקרוב לודאי כיון דלבו גס בה דיצרו תקפו משמע מדבריו דמה"ט הן הן ע"י וכו' הוי קידושי ודאי אף לקולא אי משום דקרוב לודאי הוא אי משום דשאני קידושי ביאה מקידושי כסף ושטר דאי אפשר בענין אחר דגנאי הוא ומיהו כל זה שהכריחו לפרש דהא דאמרי' הן הן ע"י דקרוב לודאי הוא משום דס"ל דכל היכי דמספק' לעדים אי הוי קידושין או לאו אינה מקודשת כלל ולדבריו צ"ל בכל מקדש ע"ת כגון על מנת שתתן לי מאתים זוז וכיוצא בו בכל התנאים דתנינן בפרק האומר דאי מקיים התנאי ה"ז מקודשת מיירי בידוע ע"פ עדים שנתקיים התנאי וק"ל בפרק האומר דף ס' גבי ע"מ שיש לו בית כור עפר וגבי ע"מ שיש לי מאתים זוז דתנן ה"ז מקודשת ויש לו ופריך הגמ' וניחוש שמא יש לו ועוד תנא חיישינן שמא יש לו ומשני לא קשיא הא בקידושי ספק והשתאמאי הוי קידושי ספק דחיישינן שמא יש לו הא כיון דלא ידעו עידי קידושין אם יש לו או לא הא לדברי מהר"ם הנ"ל הוי כמקדש בלא עדים ואינה מקודשת.

מיהו בהא י"ל דחיישינן שמא יבואו ממה"י לאחר מכאן ויעידו שיש לו. אבל קשה מהא דאמרי' בפ"ב דקידושין דף מ"ט ע"מ שאני צדיק אפילו רשע גמור מקודשת שמא הרהר תשובה בלבו ע"מ שאני רשע אפילו צדיק גמור מקודשת שמא הרהור ע"ז בלבו הרי בשעת הקידושין אינו ידוע להעדים אם הוא צדיק או רשע ואדרבא הצדיק גמור היא בחזקת צדיק עדיין ורשע גמור הוא בחזקת רשע עדיין אצל העדים ודבר זה א"א להתברר מעולם מה היה בשעת הקידושין בלבו ואפ"ה מקודשת מספק והא אמרת כל היכא דמספקא ליה להעדים בשעת קידושין אי חלין הקידושין או לא אינה מקודשת.

והא ליכא למימר דמיירי שקידשה בביאה דהא שאני קידושי ביאה מקידושי כסף ושטר לדעת מהר"ם הא בורכתא היא דעד כאן לא שאני למהר"ם בין קידושי ביאה לקידושי כסף ושטר דבהא בעינן שיעידו העדים שבודאי נתקדשה ובהא לא היינו בעיקר קידושי ביאה דא"א לידע בודאי דגנאי הוא אבל בשאר דיני קידושין או בקידשה על תנאי דאין כאן גנאי ודאי שווין הם דהא איתק' הוויית להדדי.

ויותר מזה ק"ל דשם גבי ההוא גברא דזבין לנכסיו אדעתא למיסק לא"י ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי אמר רבא הוי דברים שבלב ודברים שבלב אינו דברים ודייק הש"ס מנ"ל לרבא הא ורצה אביי להביא ראיה מהכא וכיון שאמר' בלבי היה להתקדש לו

אעפ"כ אינה מקודשת במאי דקאמרה בלבי היה והשתא מאי ראייה מייתי אביי מהכא דאפ"ת דברים שבלב הוי דברים גבי האי עובדא דזבין לנכסיה אדעתיה למיסק לא"י אפ"ה א"מ דהא אפילו היכא דמספקא להו להעדים אי חיילו הקידושין או לא א"מ הני מיילי בדבר שהתורה תלתה עיקר הקידושין בדבר זה וא"א הקידושין לחול בשום ענין אלא כן מגזירת הכתוב וכיון דילפינן דבר דבר ממון גזירת הכתוב הוא דאין קידושין חלין אלא ע"י עדים ואפילו שניהם מודים אין הקידושין כלום והלכך כל כמה דמספקא להעדים אי חיילו הקידושין או לא א"מ דהו"ל כמו שקידשה בלא עדים כלל.

אבל לענין קידושין ע"ת שביניהם דהא אפשר לחול הקידושין שלא ע"י תנאי אלא שהאיש או האשה תלו הקידושין מעצמם בתנאי זה ולא מגזירת הכתוב כל היכא דמספקא עדים בקיום התנאי חלין הקידושין מספק והו"ל ס' מקודשת: מיהו אכתי יש לי קושית רבות על הא דמהר"מ דס"ל דבקידושי כסף ושטר אי מספקא להעדים אי הוי קידושין או לא א"מ מס' וגם ראייתו אינו מוכרח אבל לא ראיתי להאריך כאן בזה מ"מ מבואר שדעת הרבה פוסקים דמה"ט דאמרינן הן הן ע"י אינו אלא ספק מקודשת.

וכ"ת אי איתא הא דאמרינן הן הן ע"י אינו אלא ס"ק תיקשי לך הא ממשמעות הש"ס והפוסקים משמע דאפי' אם האיש אומר שלא היתה הביאה זו לשם קידושין כהאי דפרק המדיר וכהאי דהמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי אימר שלא היה שם ביאה כלל ואפ"ה צריכה גט ואמאי נהימני' לאיש משום הואיל ובידו לגרשה דהא בסוף פ"ח דב"ב דף קל"ה אמרינן מפני מה אמרו זה בני נאמן לפוטרה מן היבום הואיל ובידו לגרשה ואע"ג דאמר התם רב יוסף השתא דאמרת אמרי' הואיל בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה ולית הלכתא כוותיה ה"ט כפירש רשב"ם דרגלי' לדבר שלא גירשה דאי גירשה קלא אית למילתא כדאמרי' בהאשה שנתארמלה.

אבל האי הואיל ובידו לגרשה ודאי הלכתא הוא שהרי משנה שלימה שנינו שם האומר זה בני נאמן לפוטרה מן היבום מה"ט הואיל ובידו לגרשה והשתא אא"ב חזקות אלו דאעב"ז וחזקה זו דהן הן ע"י דהוי ליה קרוב לודאי וכדברי מהר"מ מש"ה אינו נאמן משום הואיל ובידו לגרשה דמגו במקום חזקה כי האי לא אמרי' אע"ג דבפ"ק דב"ב דף ו' מיבעי' ליה הא דאמרי' חזקה א"א פורע תוך זמנו אי תבעו לאחר זמנו ואמר לו פרעתוך בתוך זמנו מי אמרי' במקום חזקה מה לו לשקר או לא ולא איפשיטא הבעי' שם מ"מ איכא לומר דחזקות הללו דנ"ד אלימא יותר משום דיצרו תקפו והא דחוששין לסבלונות בפ"ב דקידושין דמשמע נמי אפי' שניהם מודים שלא כיוונו לקידושין לפירש"י אותה שנתקדשה קודם לכן לפירוש הגאונים חיישינן וכן הרשב"א והריטב"א שם ולא מהימנינן ליה מה"ט דהואיל ובידו לגרשה ואע"ג דהתם ליכא שום חזקה י"ל דשאני התם דמש"ה לא אמרי' האי מיגו הואיל ובידו לגרשה דאי הוי מגרש לה היה הוא אסור בקרובותיה ודילמא לא ניחא ליה לאסור בקרובותיה כדאמרי' בפרק האומר דף ס"ה על מתני' דהאומר לאשה קדשתך וה"נ י"ל בההוא דהמדיר בקידשה ע"ת ובעל ואע"ג דגבי האומר זה בני נאמן לפוטרה מן היבום משום ה"ט הואיל ובידו לגרשה ופירש התו' שם אע"ג דהאי מגו לא חשיבי שאם היה מגרשה היה פוסלה מן הכהונה והשתא שאומר זה בני לא פוסל לה מ"מ חשוב מגו לפוטרה מן היבום אלמא אמרי' מגו בכה"ג ומהימנינן

ליה י"ל דלא דמי דגבי האומר זה בני לענין לפוטרה מן היבום אמרינן שפיר הכי הואיל ובידו לגרשה דכיון דאין לו הפסד ע"י גירושין כלום דהא משעת הנישואין כבר נאסר בקרובותיה אע"ג שמפסידה לפוסלה מן הכהונה לדידיה לא איכפת ליה ואין אדם חוטא ולא לו.

אבל בההוא דקידשה על תנאי ובהאי דסבלונות איכא למימר דאין זה מגו דאיכא פסידא לדידיה דאי הוי מגרשה הוה נאסר בקרובותיה ומש"ה קאמר דלא קידשה דהשתא מותר בקרובותיה. אבל בההוא דמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי שהיתה אשתו מכבר קודם גירושין ומנישואין הראשונים נאסר כבר בקרובותיה אמאי קאמר ב"ה וצריך גט שני ניהמניה לדידיה דלא קידשה מה"ט הואיל ובידו לגרשה כיון דאינו מפסיד כלום ע"י גירושין זה.

וי"ל דהא דמשמע מדברי הגמרא ופוסקים בפרק המדיר בראו שנבעלה ובהאי דהמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דחוששין משום קידושין אף שהאיש אמר שלא בעל לשם קידושין או שלא בעל כלל בההוא דהמגרש אשתו ואליבא דב"ה הני מילי באומר כן לאחר זמן: אבל באומר מיד נאמן משום האי הואיל שבידו לגרשה ודמי להא דאמרינן שם בב"ב פ"ח כי אתא ר"י בר"י אמר ר"י בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן כו' ל"ק כאן למפרע כאן להבא אמר למפרע מהו להמנוניה להבא מי פלגינן דיבורא או לא פליגי בה רב מרי ור"ז חזד אמר פלגינן וח"א לא פלגינן ופי' הרשב"ם והלכך כל היכא דאמר בעל גרשתי אתמול לא מהימנינן ליה כלל דמגו דלא מהימן לגבי למפרע לא מהימן להבא דלא פלגינן דיבורא ולא משכחת לה דמהימן אלא היכא דאמר סתמא גרשתי את אשתי א"נ עכשיו גרשתי דמהימנינן אכולא דיבורא כיון דלא נפקא לן אמעשה דלשעבר כלל אלא אהנהו דלהבא מה לו לשקר הרי יכול לגרשה ומשמע מדבריו דלא משכחת לה כלל שיהא נאמן אלהבא בשום ענין אא"כ שאומר עכשיו גרשתי אז סתמא דהו"ל כאומר עכשיו אבל אי אמר בהדיא שגרשה אתמול דהו"ל למפרע בכל ענין א"נ אפילו להבא למ"ד דלא פלגינן דיבורא וה"נ בראינו שנבעלה ואמר שלא בעל לשם קידושין או במגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דאיכא ע"י ואומר שלא בעל כלל אם אמר כן מיד אחר המעשה דאין נ"מ אלהבא היה נאמן משום הואיל ובידו לגרשה.

אבל באומר כן לאחר זמן אינו נאמן בההוא מגו הואיל ובידו לגרשה למ"ד דלא פלגינן דיבורא דהואיל ואינו נאמן אלמפרע משעת הבעילה והיחוד דהא אין בידו לגרשה למפרע אלהבא נמי אינו נאמן. מיהו אכתי קשה לי דנראין דברי הרשב"ם כסותרין זה את זה שהרי אהא דמשני הגמרא כאן למפרע כאן להבא פי' למפרע אם עמד לפנינו בא' באייר ואמר גרשתי את אשתי מאחד בניסן א"נ להחזיקה כמו מגורשת למפרע שאם יבואו עדים אחרי כן שיאמרו אנו ראינו שזינתה בט"ו בניסן תידון בחנק כדין א"א דאין הבעל נאמן לעשותה מגורשת למפרע שהרי אין כאן מגו שהרי אינו יכול עכשיו באחד באייר לעשות לה גט שתתגרש בו למפרע מקודם זנות ומדפי' למפרע דלא מהימן כגון שאם יבואו עדים שזינתה בט"ו בניסן תידון בחנק כו' דמשמע דוקא בדאיכא שום נ"מ בין נאמנת דלהבא לנאמנת דלמפרע דהיינו בזינתה בינתיים דבהא דאינו נאמן למפרע משום דליכא למימר הואיל אלמפרע אבל אם לא אירע שום דבר בין למפרע ללהבא

ואין שום נ"מ בהא דאמר גרשתי אלא אלהבא לחוד להתירה להנשא לשוק אפילו באומר גרשתי כבר זה זמן רב היה נאמן דהא להבא בידו לגרשה.

ומדפי' אחרי כן דלמ"ד לא פלגינן דיבורא לא משכחת לה דמהימן אלא היכא דאמר סתמא גרשתי את אשתי א"נ עכשיו גרשתי דמשמע אע"ג דליכא שום נ"מ בין למפרע ללהבא כגון שלא זינתה בינתיים נמי א"נ דאל"כ ל"ל למימר דלא משכחת לה אלא באומר מעכשיו או בסתמא דהא אפילו למפרע דומיא דעכשיו בסתמא נמי ניחא למ"ד לא פלגינן דיבורא אלא אם כן אירע דבר נ"מ בנתיים אבל בלא"ה בכל ענין מהימן מהשתא אכתי הדרא קושיא לדוכתיה דאמאי לא מהימן בקידוש ע"ת ובא עליה ודאי שלא כיון לשם קידושין ואפילו לאחר זמן כיון שלא אירע שום דבר בנתיים שאין נ"מ בין למפרע ללהבא וכי מיירי דוקא בזינתה בינתיים ולפוטר מן המיתה וכ"ש בהאי דהגמרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דכבר נתבאר דמטעם הן הן ע"י הן ע"ב אינו אלא ספק מקודשת אפי' זינתה בינתיים אין נ"מ בין למפרע ללהבא דמספק לא קטלינן לה דספק נפשות להקל ובדוחק גדול יש למצוא נ"מ בנתיים אם זינתה בינתיים לאוסרה על הבועל בודאי או מספק מ"מ אין נראה לאוקמי דברי הגמרא והפוסקים בהא אלא משמע למפרע בכל ענין א"נ ונראה לי דהעיקר דכל היכא דאין נ"מ בין למפרע ללהבא אין לחלק ואפילו אמר למפרע מ"מ נאמן מיהת אלהבא משום דבריש פ"י דיבמות רצה הגמרא לומר דהא דע"א נאמן להעיד לאשה שמת בעלה סברא היא מידי דהוי אטבל והקדש וקונמות דאע"ג דאיתחזק איסורא סמכינן עליה ודייק עלה האי טבל היכי דמי אי דידיה משום דבידו לתקנו ואלא דאחר מאי קסבר אי קסבר תורם משלו על של חבירו א"צ דעת בעלים משום דבידו לתקנו ואי קסבר כו' הקדש נמי אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו אי קדושת הגוף אי דידיה משום דבידו לאיתשול עליה כו' קונמות נמי אי קסבר יש מעילה בקונמות וקדושת דמים נחתא להו משום דבידו לפדותו ואי קסבר אין מעילה בקונמות ואיסור בעלמא הוא דרכיב ליה אכתפיה אי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה כו' ומשמע ודאי מדנקט גבי טבל סתמא אי דידיה משום דבידו לתקנו משמע אפילו זמן רב אחר שנתמרח בכרי והוטבל אמר שתרם וכן גבי הקדש דנקט סתמא אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו וגבי קונמות נמי קאמר וקדושת דמים נחתה להו משום דבידו לפדותו משמע נמי אפילו לזמן רב אחר שהקדישה או אסרה בקונם אמר שפאדם אפ"ה נאמן ואמאי הא אין בידו לתקנו ולפדותו למפרע ולמ"ד דלא פלגינן דיבורא אמאי נאמן.

ועוד דהתם בע"כ אפילו אמר לאחר זמן נאמן דאי ס"ד דא"נ אלא באומר מיד השתא איך קאמר בהקדש וקונמות אי קדושת דמים משום דבידו לפדותו ואי קדושת הגוף אי דידיה משום דבידו לאיתשולי משמע דברישא סגי לן בה"ט לחוד משום דבידו לפדותו בין דידיה ובין דחבריה וא"צ כלל לטעמא משום דבידו לאיתשולי עליה ואמאי הו"ל למימר נמי ברישא אי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה ואי דחבריא משום דבידו לפדותו דהא איכא נ"מ טובא בין האי טעמא דבידו לפדותו ובידו לאיתשולי דאילו מה"ט דבידו לפדותו א"נ לאחר זמן דהא אין בידו לפדותו למפרע אבל לטעמא דבידו לאיתשולי אפילו לאחר זמן רב נאמן דהא קי"ל חכם עוקר נדר מעיקרא והו"ל למפרע ג"כ כאילו לא נאסר כלל וכיון דאיכא נ"מ בין הני תרי טעמא הו"ל להגמרא למימר נמי ה"ט ברישא

אע"כ כיון דליכא שום נ"מ בין למפרע ללהבא דהא בין כך ובין כך יש לו להביאן לידי היתר מכאן ואילך נאמן והכא נמי גבי המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי אפילו אי אמר לאחר זמן שלא בא עליה יהא נאמן במגו דהואיל ובידו לגרשה כיון דליכא שום נפקא מינה בין אמרינן שהיתה מקודשת עד עכשיו או לא היתה מקודשת כיון שלא יארע שום דבר בין זמן היחוד להאי שעתא דהואיל ובידו לגרשה.

עוד י"ל הא דלא אמרינן הואיל ובידו לגרשה גבי הא דמגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי דנהימנינן ליה שלא בעל לה בההיא מגו כדאמרינן גבי האומר זה אחי דנאמן מה"ט י"ל משום דגירושין גנאי הוא לו וכדאמרינן בפ"ב דקידושין דף נ' האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה פלוני במקום פלוני והלך וקידשה במק"א א"מ.

ואמרינן בגמרא ותנן נמי גבי גיטין האומר תנו גט זה לאשתי במקום פלוני ונתנה לה במ"א פסול כו' ואי אשמעינן גבי גירושין בהאי אתרא ניחא ליה דלבזי' בהאי אתרא לא ניחא לי כו' אלמא סתם גירושין גנאי הוא לו כ"ש הכא דכבר גרשה מן השעשה ראשונה אם הדר ומגרש לה פעם שנית דהו"ל גנות ובזיון יותר מש"ה לא אמרינן כאן הואיל ובידו לגרשה ואינו נאמן לומר שלא בא עליה והרי הדבר ידוע שמגו דחינן לה בטעמא כל דהו כ"ש ה"ט דאמי דטעם נכון הוא אבל האומר זה בני דנאמן מהאי טעמא דהואיל ובידו לגרשה אדרבא לא מבעיא דליכא גנות בההיא גירושין אלא אפילו שבח הוא לו ומצוה קעביד דכווין לפוטרה מן היבום: ועכשיו נבא לנידון שלפנינו דהיתרא דהאי איתתא תא ע"ד שפירשנו למעלה הנה יש כאן לפנינו ס"ס להתירה ס' אם היה כאן ע"י דהיינו שני עדים כשרים שראו ביחד כשנתייחדה והם ראו להעדים והעדים ראו אותם ושהו שם העדים כשיעור ביאה את"ל שהיו להם פעם אחת ע"י כדין אכתי איכא ספק שמא לא נבעלה וכדברי הרמב"ם וש"פ דע"י לחוד אינו אלא ספק מקודשת ודלא כדברי מהר"ן ואפי' למאן ס"ל דלא שרינן מטעם ס"ס אלא במתהפכת ס"ס זו מתהפכת בין שהתחיל לומר ספק היה שם ע"י ספק לא ואת"ל שהיה שם שמא לא נבעלה ובין שהתחיל לומר ספק נבעלה ספק לא נבעלה ואת"ל נבעלה דילמא לא היה שם ע"י וה"ל כמקדש בל"ע ואין חוששין לקידושין אפי' שניהם מודים ואל תקשה עלי ממ"ש הרא"ש שם בפרק המדיר גבי קדשה על תנאי ובעל והא דקי"ל דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ובעל לשם קידושין משמע מתוך פירש"י ומתוך דברי התוס' דקידושין גמורים הם ואם קדשה אחר א"צ גט משני וכן מסתברא דהא בקטנה שאין בעילתו ב"ז ממש דהא אשתו היא מדרבנן ואפ"ה אמר רב דבועל לשם קידושין גמורים וא"צ גט משני כו' וראייתו מן הגדולים שדקדקו מדקאמרינן המקדש ע"ת ובעל צריכה גט משמע דצריך גט להוציאה מן הספק כו' וראוי להחמיר להצריכה גט משניהם ובקטנה אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום ומיד כשגדלה הוא בועל לשם קידושין גמורין אבל הכא הוי ספיקא שמא היה סבור שתנאי קיים ולא נזכר לבעול לשם קידושין והא דאמרינן דבועל לשם קידושין היינו בדאיכא עידי יחוד דאמרי' הן הן ע"י הן הן ע"ב הרי דבקדשה ע"ת אפילו ליכא עידי ביאה אלא ע"י בלבד ס"ל דלא אמרינן הן הן ע"י הן הן ע"ב לומר שבעל בודאי אלא הו"ל ספק כמ"ש למעלה את"ל דבעל אכתי י"ל שמא לא לשם קידושין בעל ואע"ג דספיקא זו אינה מתהפכת ה"ל ס"ס וכן עיקר כמו שהוכחתי במקום אחר.

וי"ל דודאי לעיקר דינא ס"ל דמקודשת ודאי כדעת רש"י ותוס' וכדכ' וכן מסתבר והביא ראייה לזה אלא משום חומרא דא"א מסיים וראוי להחמיר כדברי אותן הגדולים לחומרא בעלמא אבל לעשות ספק קידושין להקל כדי שבעידי יחוד לחוד יצטרף זה הספק לספק השני לעשות מזה ס"ס להקל ולהתירו לית ליה דלעיקר דינא ס"ל דהו"ל קידושין ודאי במקדש ע"ת ובעל עוד י"ל דאפי' את"ל דהרא"ש בסוף דבריו הדר ביה ממ"ש וכן מסתבר וס"ל לגמרי כאותן הגדולים דמדינא אינו אלא ספק קידושין והו"ל ספק אמר אפ"ה לא שרינן ליה בע"י לחוד מטעם ס"ס דהא בפ"ב דקידושין גבי חוששין לסבלונות גרס כגירסת ר"ח והגאונים אפילו רובא מסבלי והדר מקדשי ומיעוטא מקדשי והדר מסבלי חיישינן לסבלונות ומסיים שם ואין לתמוה אמאי חיישינן לסבלונות למיעוטא דמצינן נמי בכה"ג באיסור א"א זמנין חיישינן למיעוטא כגון גוסס מגוייד דאין מעידין עליו כו' ואע"ג דרוב גוססין למיתה וכן מים שאין להם סוף דאשתו אסורה והיא מדברי התוס' אלמא ס"ל דמשום חומרא דא"א לא אזלינן בתר רובא ה"נ איכא למימר דס"ל דלא סמכינן אס"ס להקל משום חומרא דא"א: אבל הרשב"א והריטב"א פ"י שם דה"ט דלא אזלינן בתר רובא דמסבלי והדר מקדשי משום דאינו חוב גמור וקבוע מצד עצמו אלא מפני המנהג והמנהג עשוי להשתנות ע"ש משמע דברוב גמור סמכינן ארובא אפי' באיסור א"א.

ולא תקשה לדבריהם מההיא דגוסס ומים שאל"ס דאשתו אסורה דשאני התם דאיכא מיעוטא נגד הרוב וחזקה וסיוע להמיעוט דהעמד אשה על חזקתה והיא בחזקת א"א ועוד העמד אותם בחזקת שהוא קיים אבל בההיא דמיעוטא דמקדשי והדר מסבלי אדרבא החזקה מסייע להרוב והעמיד אותה בחזקת פנויה ואי לאו דרובא מקדשי והדר מסבלי לאו רוב גמור אלא מפני המנהג הוי אזלינן בתר רובא וכ"ש לגירסת רש"י אפילו התם ל"ח למיעוטא אפילו באיסור א"א הואיל וחזקה מסייע לרובא ולא דמי לגוסס ומשאל"ס דהתם החזקה מסייע למיעוטא.

וה"ט בנ"ד בחזקה מסייע לס"ס: עוד יש לצדד בנידון שלנו קצת להיתרא מצד הסברא דכל חזקה שאמרו בגמרא דא"א עושה בעילתו ב"ז הא ודאי לשם קידושין בעל אינו אלא בדורות הראשונים שהיו דרכם לקדש בביאה וא"א לקידוש ביאה אלא ע"י היה דין זה ברור לכל אבל בזמנינו ובמדינות הללו שאין דרכם לקדש בביאה אין דין זה ידוע אלא לחכמים הבקיאים בהלכות קידושין אבל לזה שהיה רך בשנים הדבר קרוב לומר שלא היה יודע ובקי בהלכות קידושין דנימא שבעל לשם קידושין ובעידי יחוד משום חזקה זו דא"א עושה בעילתו ב"ז והלואי שרוב המורין שבדורינו ידעו הלכות קידושין על מתכונתו: ועוד יש לצדד בהיתר בנ"ד שמתוך השאלה נראה שזה הנאבד והאשה לא היה צהובים זה לזה ואין לבו גס בה ולא היתה לה נחת רוח ממנו אלא שאין רצוני להאריך עוד בזה כי די להתיר אשה זו במה שכתבנו: עוד יש לי פתח גדול בהיתרא דהאי איתתא דכיון שנאבד בשעת השריפה שהיתה בעיר זה כמה שנים שנאבד זכרו ולא נשמע ממנו כלל על כה"ג כתב מהרא"י בעל תרומת הדשן בכתביו ופסקיו שלו סי' קל"ט וז"ל מ"מ דמ"ט איכא להתיר כיון דנפיק קלא דלא פסיק שר' יצחק הנ"ל מת ונהרג או טבעוהו ובעל שם היה ויש לו קרובים הרבה בכמה מדינות וזה כמה שנים שנשתקע שמו ואבד זכרו ובעו"ה עכשיו בגלותינו אנו מפוזרים ומפורדים מעט בכל

מקום ואילו היה חי ברחוק מאתים או ג' מאות פרסה היה נודע ונשמע לנו וכה"ג מקרי רובא דשכיח טובא אע"פ שאינו בא אלא מכח סתמא הוי כמו סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי ורוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם דאינהו נמי מכח סתמא קאתי כו' ונראין הדברים בזמנינו אפילו אדם בינוני אם איתא דחי הוא עדיין הוה ליה קלא אכזה כמה שנים טפי וטפי מקלא דצורבא מרבנן בזמן חכמי התלמוד שהיו ישראל עם רב בכמה וכמה מקומות כו' ע"ש.

וכ"ש בנ"ד שנאבד ונעלם בשעת השריפה דיותר אומדנא דמוכח הוא שנשרף בתוך השריפה גדולה שהיה בעיר כיון שנאבד זכרו מכמה שנים ואפ"ל באדם בינוני התיר מהרא"י מטעם זה מכ"ש זה שנראה מתוך השאלה שהיה בן גדולים ואביו עשיר ואדם חשוב אם היה חי אפילו כמה מאות פרסאות היה נשמע ממנו ואע"פ שאין לסמוך על היתר זה לחוד וללמוד ממנו למקום אחר מ"מ סניף גדול לכל הני טעמי דאמרן.

העולה מזה שאיתתא זו מותרת לכל אדם מהני שלשה עמודים שרוב דיני תורה והוראותיהם מיוסדים וסמוכים עליהם רוב וחזקה וספק ספיקא הנראה לענ"ד כתבתי פה מיץ היום יום השני עשרים יום לחדש שבט תקמ"ד כ"ד אה"נ הק' אריה לייב חפ"ק הנ"ל ואגפיה: ואלה דברי הרב הגאון הגדול המפורסם מוה"ר צבי הירש נ"י האב"ד דק"ק בערלין על ענין הנ"ל: מג ע"ד השאלה דשאלנא קדמיכון.

האמנם ידעתי כי יפלא בעיניכם מדוע אחרו פעמי זה זמן זמניהם. אפס גם עתה אשר נשאני לבי לדבר באלה יען כי קוצר המשיג ובגידות הזמן ועול הצבור וחלישת המזג באחת מהנה יניא לבב אנוש לדון ולהורות כ"ש בהצמדם יחד.

ומה גם בהצטרף עליהם חומר הנושא ועומק המושג לבב איש בקרבו המס ימס וישים יד על פה. והנה ארבעה הראשונות בעונות עלי היו כולנה והאחרונות באותנה שתים הן הנה קוראות הנדון שלפנינו ע"כ זחלתי ואירא מחוות דעי מ"מ לבלתי השב פניהם ריקם ולעשות רצונם וחפצם ע"כ אמרתי לבא עם הספר.

אפס מעלתם האריכו למעניתם ולא הניחו מלא מענה בכל מקום שידו של אדם מגעת לעקר ולטעת. ולאחוי חורפא ודעתא צלותא כמאן דאיתא לאבוה ואימיה במתא.

ואנא לא מצינא לאסגויי בהדייכי על הדרך הזה ואתנהלה לאטי לרגל המלאכה אשר אתי. והעבודה שאפילו קריאת מגילה עפה קשה עלי אף כי לעמוד על כל קוץ וקוץ מקום שאמרו להאריך וענינים הללו רחבים מני ים ומי יתן ואוכל להשתעשע כחפצי בתורת ד' ולהעלות עם הספר את כל אשר עם לבבי ברם השתא לית אנא יכיל למיקם עלה ע"כ נקטה נפשי בקצרה בנוגע לעיקר הדין ואם לפעמים אגב אורחא רגע אדבר במה שחזן לדבר הזה הוא לבד להראות דחביבין עלי שמעתייהו ומד' אשאל עזר לבלתי הכשל כי ד' יתן חכמה מפיו דעת ותבונה: וזה החלי בעזר החונן לאדם דעת מה שהאריכו מעלתם בדברי ר"י בר"י ז"ל ז"ל המובא במהרי"ק.

הנה מה שהקשה שארי האח נפשו הרב הגאון אב"ד דק"ק פראג נ"י גם עיקר תירוצו כבר קדמו בזה אורן של ישראל מהר"י טראני ז"ל וסברתם לא נפלא למעיין בר"ן גבי כיז' לקטן. האמנם מה שתי' לקושית חתנו שארי הגאון נ"י דלמה יגרע ייעוד משאר

קידושין וכתב משום דהוי ערוה להאב לא מצי לזכות לבנו משום דחב לאחרים עיי"ש וא"כ הא דמסקינן דאין ייעוד לקטן הוי דוקא במקום דהוי ערוה לאב וזה ודאי דחוק ורחוק ותו דעלי' אני דן דבגדול גופיה מנ"ל ונהי דאמרין דמודים חכמים לר"א היינו אליביה דאמת דדינא הכי אבל אכתי לא אשמועינן תלמודא מנ"ל הא ותיקשי להפוסקים דאפי' ע"י שליח לא מצי תפיס במקום דחב לאחרים.

וראיתי שהגאון הבליע בנעימות דבגדול גזירת הכתוב הוא ולא ידענא היכא. האמת שמהרשד"ם כתב ככל דברי הרב בא"ע סי' קס"ב שלדעת הפוסקי' דאפילו ע"י שליח לא מצי תפיס קשיא ליה שליח בקידושין ואי משום דזכי לנפשיה תיקשי היכי דהוי ערוה לדדידה א"נ למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ותירץ כדתיירץ הגאון נ"י דשאני התם דלדעתה היה והוא פשוט.

ולדעתי מעיקר הדבר לא היו צריכין לבא משום איסור ערוה דבפשיטות נמי לא דמי דמי הך למגו דאי בעי זכי לנפשיה דבשלמא גבי מציאה וחוב זכיה דנפשי' ודאחרנא שוויים הם בענין החוב המגיע לאחרים בתפיסתו משא"כ הכא דנהי דגבי דידיה החוב שוה מ"מ לגבי קרובות איכא בדאחרנא מאי לא שייך בדידה ואפילו אם נאמר דלא משגחינן בחובה דלא שייך בגופה הנה בגופה נמי איכא חובה אי מיית הוא דמתסרא לקרובותיה ובכן נמי משכחת לה דאית ליה אח מאם ולפ"ד היה אפשר ליישב תשובות הגאון נ"י דהא בנו בהדיא כתיב והוי גזירת הכתוב מ"מ רואה אני שזה כעין מערכה על הדרוש דודאי עיקר קושית הגאון חתנו נ"י כיון דבעלמא קידושי קטן ע"י אביו הוי קידושין משום זכיה למה יגרע כח הבן ממנו בזה נמי דמהי תיתי לן לחלק בין קטן לגדול בזה ואיהו משני ליה כיון דיעוד לא שייך בגוויה לא שייך זכיה והיא גופא קשיא אמאי לא שייך יעוד מטעם זכי' כעין דמועיל שליחות לגדול אף דבעלמא אינו מועיל ועוד אני אומר דאע"ג דבע"כ הך כסף דמסר לו הוי כאילו האב מוסרה לקידושין ואפי' לר"י ב"ר יהודה דייקנן דהוי כאילו אמר לה צאי וקבלי קידושין מפלו' והוי מסיר' ורחמנא אקני' לו או להני כאילו האב יקנה.

ועוד דזימנין דלא הוי כ"א בן קטן והיכא דהוי ערוה והאב לא מצי למיקני' כ"א בשביל ייעודא דהאי ברא וזכי' דנפשיה הוא וכ"ש דמצות הבן על האב להשיאו אשה וזכיה לנפשיה היא אמנם האמת שאין צורך לאורך דודאי קדושי יעוד גרועי תדע שהרי אינו יכול ליעדה לשום אדם כי אם לבנו וזה ודאי גזירה הכתוב הוא ולא מטעם שליחות וקטן אימעוט אליבא דאמת מטעם אין יעוד אלא לדעת.

והכי משמע לישנא (ואדרבא לשון זה דמה טעם קאמר הוי קצת סיוע לר"י ברזיל"י) א"נ דס"ל דסתם בנו משמע דומיא דדידה ואין לך בו אלא חידושו אך בתירוץ עיקר הקושית הנה מלבד מה שפלפל הגאון נ"י בזה ומה שעמדתם עליו בענין התראת ספק שיש בזה דברים ארוכים קשיא לי בפשטות דלפי דבריהם אכתי מאי מקשה ר' זירא לר"ל דילמא ר"ל נמי לא קמיבעיא ליה אלא אם יוכל ליעדה שתהא מיועדת מיהת עד שיגדיל ויתרצה דדילמא קדושי יעוד גריעי משאר קדושין (כמו שהוא באמת נראה לדעת ר"י ברזיל"י) ואפילו למיהוי ספיקא נמילא מייעד ובנו דומיא דדידה דחידוש הוא כמו שנתבאר לעיל או דילמא בנו כל זהו ול"ש בגדול ול"ש בקטן כל חד כדאיתיה

בקדושי דעלמא איתיה ביעוד ואילולא דמסתפינא מהבלן של ראשונים שכולם חברו בקושיא זו הוי אמינא דלא קשיא כלל דודאי לפי סברת המקשה דלא ס"ל דממיתה לחוד אימעט ע"כ לומר אין הכי נמי דלא חלו קדושין משא"כ לפום המסקנא דאמרינן מאי הוי עלה משמע דמספקא לן דאפשר דממיתה לחוד ממעטי' קרא א"כ אפשר דיש אישות לקטן כיון דללישנא דקרא לא ממעטינן יעוד מטעם שאין יעוד אלא לדעת א"כ אפשר דבעלמא יש אישות לקטן לענין איסורא מיהת.

ועוד היה מקום אתי ליישב על פי מאי דאיכא למידק בשמעתיא דבעיא דר"ל לענין אירוסין עי' שם ור"ז נסיב ליה קרא דגבי נשואין ודוק אלא שהדברים ארוכים וכבר מחו ליה מאה עוכלי להאי דינא וגזירת עירין פתגמא דלא למיחש לקדושי קטן וכמ"ש כל הראשונים והאחרונים וכמו שהביאו מעלתו ג"כ ולא נצרכה אלא לפלפול' בעלמא: ולמיחוש לדברי הב"ח דתקיננו ליה רבנן נשואין בסמוך לפרקן כבר נראה מדעת כל הפוסקים דליתא וכן משמע להדיא בתשובות הרא"ש מהגהות מרדכי סוף קדושין ועוד אני אומר דאיכא למיחוש טובא לסברת הגדולים האוסרים להשיא לקטן מכל וכל כמ"ש הרשב"א ז"ל ומוקי לה לההוא דסמוך לפרקן בגדול וזה מבואר לענ"ד דעת הרמב"ם ז"ל כמ"ש הב"י אע"פ דהרש"ל והרמ"א ושאר רבותינו חכמי אשכנזי ז"ל השוו דעתו לדעת התוס' ז"ל חזא דאי כדבריהם היה לו לכתוב בהיפוך אסור להשיא כו' ומצות חכמים הוא כו' או לכתוב מצות חכמים הוא כו' סמוך לפרקן וקודם לזמן הזה אסור וזה פשוט ומבואר ורגיל בשות' דהרב ז"ל ותו נעלם מהם מה שכתב בהדיא בפרק י"א מהלכות אישות: שוב מצאתי בתשובות מוהר"ר בצלאל אשכנזי שהביאו מעלתם הביא ג"כ ההוא דפרק י"א ונוראות נפלאתי על הגאב"ד דק"ק פראג שרצה בפלפולו להוכיח מדברי הרמב"ם גופיה היפך הב"י ע"פ מה שרצה לתרץ קושית תי"ט אמאי לא הביא הרמב"ם דקטנה אוכלת בתרומה דרבנן עי' שם ואחרי המחילה הראויה לא זו העיר ולא זו הדרך כי מלבד סברת המל"מ קשה מאד כאשר כתב בעצמו בשם הריב"ש בפשיטות דאין עברה מצוה עוד חס ליה להרמב"ם ז"ל לדחות משנה דתנן בבחירתא מפסק הלכה בשביל קושי' זו ולאוקמי סהדותא כר"א בחזא ופליג עלה בחזא ודוק ותו דהרמב"ם פסק דבחרשת אפילו השיאה אביה אינה אוכלת תרומה מטעם זה ובקטנה אוכלת אפילו בדאורייתא עם שיש ליישב בדרך רחוקה ובלא"ה איכא למידחו קושית התוספות בכמה אופנים וגם קושית רש"י ז"ל אלולי דמסתפינא אמינא שיש לדחותה עי' ריש פרק מי שהחשיך ודוק עי' בחידושי הרשב"א ז"ל בגיטין וכמדומני שגם הרב ז"ל לא אמרה אלא לחדודי ואידי דאייתי מדרשא חביב' ליה מיהת לקושטא כבר נתבאר דלדעת הרמב"ם אין נשואין לקטן כלל ועוד אני אומר לענ"ד דלהרמב"ם לא מקדשין ליה לקטן אשה כלל אע"ג דנקט בפרק י"א אין משיאין עד שבדקין אותו ויודע בו שהביא סימנים.

ולכאורה לא מצינו שורש לזה ואין דרך הרמב"ם להביא דין מדעתו אא"כ תליא ליה ביראה ליה ובאמת הטור לא הביא אלא בן י"ג שנה ולא מצאתי מי שהעיר בזה. ונלענ"ד דהרמב"ם ז"ל פי' כן לההוא דר"נ אמר שמואל בבבא בתרא דף קנ"ו דאמר בודקין לקידושין דהיינו שאין מניחין לקדש לו אשה כלל עד שיבוא לכלל שנים ויבא שערות והיינו דמקשה עלה בגמרא וכי מאחר דבדקין כו' עי' בתוספות ודוק באופן דנלענ"ד

בפשיטות דהרמב"ם מדעת האוסרין להשיא את הקטן וקרוב אני אומר שלדעתו לכתחלה צריך קדושין אחרים לכשיגדיל וכדאיתא בה"ג.

לדברי בד"ז הגאון ב"ש ז"ל סי' ס"ז צ"ע במ"ש שם ויש עוד מקום אתי בעז"ה להאריך במה שצ"ע בסוגי' שם אלא שכבר הארכתני במה שאין צורך לנדון שלפנינו. גם בשאר דברים שהאריכו מעלתם בפילפולא נניח כעת.

סוף דבר הכל נשמע שאין לחוש לזה כלל ובענין היחוד הנה רוב האחרונים שהבאתם בפלפול הארוך הזה אינם מצוים אתי ואפילו ספר פני יהושע איננו בידי ומכולם אין אתי כי אם ספר נודע ביהודא לשארי הגאון הנ"ל אשר מידו היתה זאת לי. והלואי יחנני ה' יתעלה ויזכני לשבת במנוחה לעבדו מתוך הרחבה ולעסוק בדברי הראשונים ז"ל משא"כ עתה בעונותי שרבו הזמן קצר בני אמי שמוני נוטרה את הכרמים וכרמי שלי לא נטרתי לכן גם ישנים צפנתי ומה אעשה לאלה החדשים מקרוב באו ע"כ לא אאריך לבד קצת במה שבא בדברי מעלתכם ומה שהקשה בס' תורת יקותיאל גם אנכי עמדתי ע"ז ובאמת היא תמוה מאוד וחתרתי להשים על הדרך שכתבתם אלא שהארכתם עלינו את הדרך ואני קצרתי ובאופן אחר קצת מ"מ לא נמלט מן הקושיא גם מה שהביאו מעלתם דהריב"ש חולק כבר הרגיש בזה בספר כנה"ג ובשאר אחרונים ז"ל גם מה שכתבתם על הראיה של הרשב"א מתו' כתובות כמדומני שכבר הרגיש בזה בס' בני יעקב על העטור מ"מ מי יעמוד מול הני תרי אריוותא הרשב"א והרא"ש ז"ל והריב"ש נראה שאז לא ראה דבריהם שכן כתב שאין ספריו אתו ובכיוצא בזה רגילין לומר אלו שמיע ליה הוי הדר ביה ומ"ש הכנה"ג ליישב דבריהם גם יחד בענין לא נהירא לי וגם שיש לחלק בזה בענין נדון שלפנינו דהא אין לך לבו גס בה יותר מזאת שמפתו תאכל ובחיקו תשכב.

שוב העמיקו לדבר מענין הביאה עצמה והנה מה שהאריכו ליישב דעת הרמב"ם שלא הביא ההוא דקטן שבעל וכתבו דבקטן איכא טפי למימר דלא בעל לשם קידושין אלא לשם זנות בעלמא דאפילו כי שדוך נמי לא הוי ובזה רצו ליישב דקדוק ספר באר יעקב גם ליישב קושית הרשב"א והריטב"א בקידושין גבי סבלונות דלתני קטן לחודיה ולזה רוצה לומר דס"ל להרמב"ם דבקטן באמת אפילו בעל לא מהני דאפילו הוי קידושין דידיה כי שדוך מ"מ בביאה לא חיישינן כתשובות הרמב"ן וברייתא דיבמות מוקי לה כהרי"ף דמיירי במיד וכמו שפי' הרשב"א ולפי שהוא אינו מצוי לכך לא הביאו ע"כ תורף דבריכם.

ועם שהוא דבר חכמה (ואף ע"ג דגבי סבלונות אמרי' בהיפך היינו משום דלית לן למימר כ"א או על דעת קידושין הראשונים או לשם קידושין חדשים דמסברא אין לנו לומר דיהיב לשם מתנה דעלמא משא"כ גבי ביאה דאפשר לא הא ולא הא אלא להנאתו קא מתכווין ותדע דהא ל"ח ליה בשדיך כמ"ש לקמן) אינו נוח לי כלל חדא דלדעתי אין דעת הרי"ף כלל לומר דבעל משמע מיד דווקא דמהי תיתי כמו שבאמת תמה הר"ן גם על הכניסה אלא לפום מאי דס"ל השתא דעיקר תלוי בביאה וא"כ במאי נקט הך תנא לישנא דהכניסה ואי בעי למינקט לישנא מעלייא הו"ל באידך מקומות נמי למינקט הך לישנא אלא משום שזרכם היה להמתין בין הקידושין לכניסה וכמו ששנינו נותנין לבתולה י"ב

חודש וכו' לכך נקט אליבא דרבה הך לישנא הכי לאשמועינן דדוקא לאחר זמן דהוי כעין ב' נשים משא"כ לישנא דבעל משמע מיד ומשמע לאחר זמן.

וזה ברור לענ"ד דעת הרי"ף עם שלפ"ז צריך עיון מה שהקשה הרשב"א ז"ל דאיכפל תנא לאשמועינן דבלאו הכי נמי צריך עיון דהא קטן עיקר דנקטי' משום סבלונות הוא ובעלו אגב כולהו מתניתין נמי בהאי ותדע דהא באמת בדין דמקדש בפחות מש"פ אין חילוק בין מיד ובין לאחר זמן ומהי תיתי למנקט לישנא דמיד דוקא אלא דזה היה אפשר ליישב דבהא אפילו ר' ישמעאל מודה דימים שבנתיים הויין ידיעה ותו דלפי המסקנא דאסיק הר"ן בדעת הרי"ף והרמב"ם דכנס משמע אפילו בלא ביאה איזה לשון בעי למנקט על בעל לאחר זמן ודאי דכל דנקיט בעל סתם ל"ש האידנא ל"ש לאחר זמן ולדבריכם דכל בעל משמע מיד אף אני אומר דה"ה במלוה ובפמש"פ אפשר דמיד עדיף כיון דעסקי' בענין הקידושין משא"כ לאחר זמן דלמא הדר ובעיל לשם זנות ובמה שתירצו קושית הרשב"א ז"ל והריטב"א לא ידעתי מהו דאכתי קשיא לתני קטן שקידש אע"פ ששלח סבלונות כו' שע"מ קידושין הראשונים שלח וממילא שמעינן כלהו מתני' אח"כ חזרתם לתירץ דקדוק הספר באר יעקב ורציתם לומר דבאמת הו"ל כנותן מתנה לפנויה בעלמא ולא עלי' קאי שמחמת קידושין הראשונים שלח ואע"ג דבברייתא תני ליה קודם שמפני קידושין הראשונים שלח.

כבר תירץ לה בס' ב"י והנה כבר כתבתי שהספר ההוא אינו מצוי אצלי אבל מ"מ תמהני על דבריכם דאם כן יצאלנו דין מחודש דבקטן אין הסבלונות חוזרים. ותו דהרמב"ם פ"ב הלכה ד' כתב בהדיא מכן קטן שמחמת קידושין הראשונים שלחם ודברי מהרי"ט אינם כלום ואדרבא דסוף סוף עדיין חפץ לישאנה ותו דעיקר הדבר קשה לשמוע דאם כן קטן גרע מכולהו הני דמתני' דאף בביאה לא קני וא"כ מאי וכן מי נתלה במי לא קטן בגדול: ואני בעיני לא ידעתי כל הטורח הזה למה לחלוק עלינו את השוים שהרי כל הפוסקים כן סתמו דבקטן דבעל צריכה גט ולא זו בלבד אלא דהר"ן ז"ל ס"ל דבמלוה מקודשת מספק ובקטן בודאי ועיין באחרונים מ"ש בזה ולדעתו ולדעת ה"ה ז"ל הרמב"ם ס"ל דבמלוה מקודשת ודאי ואנו נאמר דלהרמב"ם בקטן אין כאן קידושין כלל ונמצא אני מבריח דעת הרמב"ם מדעת הר"ן מקצה אל הקצה וכ"כ מפני שהרמב"ם השמיט קטן שבעל ולענ"ד אין זו קושיא כ"כ דהא נפקא מכללא דמקדש במלוה ופחמש"פ בק"ו ובברייתא לא הביאו אלא משום סבלונות ע"ד שהביאו מתני' דקידושין א"נ לאשמועינן כוחי' דר"י דס"ל דלא קני משא"כ הרמב"ם דלא כי רוכלא ליחשב וליזל וזה דרכו בכמה מקומות כ"ש דכבר נקט מדוקי' דסבלונות ג"כ ואי לא הוי גרסינן קטן בהך ברייתא כמו שעולה ע"ד מעלתכם כ"ש דהוי ניחא טפי אלא שבדקתי בתוספתא ובירושלמי ובכולהו גרסינן לה ואין ראייה מחידושי הריטב"א שקיצר בלשונו וכן הר"ן ז"ל הביא תוספתא זו בקידושין ומיניה שקיצר דהא סיים בלשון רבים ובריטב"א מוכח גם כן דהך לא עשה ובעל ט"ס שסיים גם כן קנו ולא קנו.

עכ"פ נלענ"ד דהרמב"ם שוה דעתו לדעת כל הפוסקים וממילא נפקא ליה מאינך. ומזה נלפע"ד סיוע לדעת הר"ן וה"ה ז"ל לדעת הרמב"ם ובפחות משוה פרוטה דהוי קידושי ודאי לפי מאי דס"ל דבקטן הויין קידושין ודאי ודוק.

מה שא"כ אי ס"ל קידושי ספק הו"ל להביאו ודוק. ומכ"ש לפי דברי באר יעקב דסובר אבבי דלאו אכולהו קאי הך דואם בעלו קנו א"כ ה"ה לענין זה כו' דברי הב"י לא ידענא אמאי אתאמרו אמנם הא דזכין לא שמיע לי דהא בהך ברייתא בעלו תנן ולא ימעט מרבים שנים וכיון דלרבה פרושי קא מפרש אם כן אין כאן כי אם פשמ"פ וקטן וממילא מוכח דגרסי' קטן וא"כ מנ"ל למימר דאבבי פליג ועל החלוקים אנו מצטערין כו' ומ"מ כל האריכות בזה ללא יועיל לנ"ד כאשר כתבתם גם אתם דהא נשואין הוי ובזה ודאי לא יעלה על הדעת לומר שלשם זנות הוא בועל עם היות שמה שכתב בספ' תורת יקותיאל דהרמב"ם נמי מודה בשנת י"ג ליתא כמו שהבאתי לעיל מפרק י"א ומ"מ לענין זה ודאי דלא גרע מכולהי הני דקדושין פמש"פ וכיוצא בהן האמת שאם באנו לדין ודאי שהיה נראה לכאורה דכלהו הני דקידושין טעות המה לבד קידושי ספק אפילו בבעיל דלא אלים כ"כ גבייהו הסברא דא"א עושה ב"ז דלפי הלשון בהרמב"ם משמע דטעמא משום דלא שביק היתרא ואכיל איסורא והיינו כששניהם שוין לפניו וזה נכון גבי נתגרשה ולנה עמו בפונדקי דלא קא מפסיד מידי דכבר אסור בקרובותיה ובביאה אירוסין עושה ואינה מתחייב לה בכתובה וכן גבי קטנה דאסור מיהת מדרבנן משא"כ היכא דמיתסר בקרובותיה וכ"ש דהיכא שעושה נשואין כגון בקטן לדעת הפוסקים דמחייב בכל עיין בה"ה גבי קטן שהשיאו מאן לימא לן דאלים האי סברא למימר דבעיל לשם קידושין ונשואין זכר לדבר דאמרי' חזקה אין אשה מעיזה פניה בפני בעלה ושרי' לה לעלמא ולא לענין ממון.

והיה נראה ג"כ לחלק בזה בין כנס לבעל אלא שיש לעי' בזה הרבה שם בגמרא והרבה יש לי לרצות בזה מ"מ למעשה אין לנו לחפש לסתור דברי הראשונים ז"ל וכבר אמרו ז"ל חכם גדול אתה שקיימת דברי חכמים וכבר הסכימו כולם שכה"ג כל דבעיל הרי הוא אשתו גמורה אלא שכבוד מעלתכם פלפלו בחכמה דהאידינא שרבו הדעות איכא למיתלי הטעות שטעה בדברי ר"י ברזילי או ברש"י הובאה בש"מ או בשאר דברים כיוצא בהן וא"כ בהני מילי דאיתאמרי בגמרא נמי נימא הכי בכמה מקומות ודעת לנכון נקל: ובאמת יש לדון הרבה בהך מילתא דלאו כ"ע דיני גמירי כמו שהביאו מעלתם מהש"ך סי' ק"ו סעיף קטן ק"ה ועי' עוד שם בכנה"ג סי' פ"ב הגהות הטור אות ע"ז וסי' ע"ט הגהת ב"י אות והדברים יגעים מ"מ המורים לדעת דא"א לתלות להקל בטעות הבא מרוב חכמה בא בטעות שדרך בני אדם לטעות לפי פשוטי הדברים וכמ"ש הר"ן ז"ל דרוב העולם פשיטא להו דאין מעשה קטנה כלום וכן בקטן ולקמן בעזה"י נדבר עוד מזה.

מה שיש לעי' בזה. ומה שהאריכו אמנם בתשובות פ"מ ותשובות הרדב"ז איך שייך חזקה זו גם באשה הנה אז כאשר התחלתי לעי' קצת בדברי מעלתכם פשפשתי בגוף התשובה לפום ריהטא ולא מצאתי ומדברי הרבנים המביאים תשובת פ"מ נראה דלאו בפירוש איתמר אלא מכלל ובאותו מקום שהביאו משמועותיו לאו בתנאי מיירי וכעת אין ספרי אתי כי לא חזרו עדיין מן המקום אשר שלחתים שמה עת צאתי ופלפולא אריכא דמעלתם מעלי לגברי דכוותיהו אשר זכו להיות מן השולחן אשר לפני ה' ואותו תעבודו אבל מה יעשה אנוש כערכי עבד עם ה' אלה ותחת משאו רובץ ודאי אי דייקי' כולי האי לא תנינין מ"מ לא אוכל מלט מלעי' קצת והנה בדברי הרמב"ם הללו עוד יש

דברים בגו כאשר פלפלו לקמן גם המה עוד רבות עמדי האמנם בלא"ה גוף דברי ה"ה ז"ל צ"ע דודאי עיקר טעמא של הרמב"ם משום דלא שביק היתרא וניחא לי' למעבד מצוה במקום עבירה וא"כ מה לי דרבנן מה לי דאורייתא ולדבריו מה יענה גבי קטנה דאין כאן שום עבירה הן אמת שכפי הנראה מדעת מעלתם דלכי גדלי פקעי קידושין דרבנן לא נהירא לענ"ד דא"כ אף אין אוסרין אותו לבא עליה כ"א לשם קידושין וצריך הוא ליחד עדים לזה ולא שמענו ולא ראינו לאחד מהפוסקים שיכתוב כזה ובאמת לענ"ד הסברא בהיפך מדברי הפ"מ והרדב"ז דודאי איהי חוששות טפי ולא משום איסורא אלא כי עיקר הזנות עליה ובשם זונה תקרא וחרפתה לא תמחה ושמא תתעבר ותלד משא"כ הוא מחה את פיו ואמר לא פעלתי און.

וכ"ש בנתיחד עמה לבד. ועכ"פ איהי פגומה וחרפה היא לה וכלימה גם מה שרצו לומר דנשי לאו דינא גמירי ולא שיש איסור בדבר בודאי לענין גוף ביאת זנות ליתא כי הלא נכריות מחשבת ליה לאיסורא וכ"ש בנות ישראל הצנועות ואי לענין אלו הקידושין פסולין הקודמין כבר האריכו מעלתם דלפי דעת הפ"מ והרדב"ז צ"ל דאיהו אומר לה בפירוש לשם קדושין וא"כ מהי תיתי שהיא תוכן לשם זנות ואדרבא איתתא בכל דהו ניחא לה גם מה שהאריכו לפרש הסוגיא העמומה לכל רבותינו בהאי דאפילו שניהם מודים צללתם במים אדירים ובקשם למתקם ועדיין נשארה בקושיא כולה כמות שהוא דאין כאן ענין לחוב לאחרים והסברא שכתבתם בזה אחרי המחילה אין דעתי סובלתן.

גם דברי התוספות שהבאתם לזה לדעתי אין מתפרשים לי כאשר עלה על דעתכם אלא אמרו התוספות ז"ל שאע"פ שאמרי' שלשם קידושין נתכוונו אנו אומרים דלשם מתנה יהבינהו אלא הכי קאמרי דבשלמא התם שגוף המעשה אינו אוסר אלא שיתכוונו לקידושין איכא למימר דגזרת הכתוב הוא שלא יועיל כונתם והמעות מתנה וה"ה הביאה ביאת זנות משא"כ הכא שהמעשה אוסר וזה פשוט וברור בכונת דברי התוספות ז"ל לפענ"ד.

ואפילו לפי דבריכם על דרך זה ואופן זה צריכים להתפרש וכל זה בתר דקי"ל דאפי' שניהם מודים ואפי' בע"א אינם קידושין משא"כ בההוא סוגיא דמקשינן אי מה להנן כו' הקושיא במ"ע דמנ"ל למימר כי סברא ואילולא דברי התלמיד דמשני משום דחב לאחרים היה אפשר לומר סברא אחרת אלא שאין לנו לבדות סברות מלבינו ותו כיון דקי"ל דברי' שבלב אינם דברי' ואילו ראתה אלינו ואמרה דלא היה בלבה להתקדש הרי הם קידושין גמורין וא"כ מה לי בע"א מה לי בשני עדים מה לי בפ"ע ועיקר הקושיא שהקשתם ליתא דודאי למאן דס"ל דחיישי' לקידושי א"ע ע"כ ס"ל דאע"ג דילפי' דבר דבר מממון כיון דקם הוא לשבועה נהימניה וכ"ש בששניהם מודים ובדאורייתא ודאי יציאות כי הדדי נינהו ואי מהמנינן לע"א בביאה ה"ה בממון והיינו דמקשי אביי מההיא ואין להאריך ובאמת לדעת פוסקים דס"ל דאין נשואין לקטן כלל וכזנות מחשבינן ליה כדכתיבנא לעיל בפשיטות היו יכולין לומר בנ"ד ל"ש חזקה לגבה כיון דקידושי קטן ודאי כמאן דליתא דמי ולא תקינ' ליה רבנן נשואין כלל א"כ מתרצית זו מתחלה לביאה שלא לשם נשואין ופקע מינה חזקה זו כיון שכבר היא גדולה והפקירה עצמה לגביה דאי

בעי שלח להכזונה דעלמא ואפילו לדעת המתירין בסמוך לפרקן ולא משויה ליה לזנות מכל מקום יש לחלק ויש אתי להאריך בזה עוד.

אלא שאין רצוני בזה דלא שמיע לי ולא סבירא לי כלל שתהא נאמנת בזה כלל ולמשוי להאי גברא רשיעא עד מה ששיערו חז"ל ואנן סהדי דאי אמר לה לשם קדושין מתרצית היא בכך כדכתיבנא ואפי' בפריצות אמרו כולן מזנות ותולות בבעליהן: אמנם מ"ש שארי האח נפשי הגאון דק"ק פראג יע"א דאפשר דדיבור' משוי ליה ספיקא לומר שלא בבעלה זה נלפענ"ד נכון.

ובתשובה אחרת שהשבתי על אשה שטוענת על בעלה ישען על ביתו ולא יעמוד כתבתי דאפשר בבתולה שטוענת כיוצא בזה ואומרת שעדיין בתולה אני איכא להאמינה טפי דלא מנוולא נפשה לגבי בעל שני ואפילו בבוגרת מ"מ אית לה טענות דמי' לפי רוב הפוסקים ועינינו הרואות. ואע"ג דגבי נשואין אפילו בסהדי אין לה טענות בתולים מ"מ ניוול הוא לה וחרפתה לא תמחה וכ"ש בנ"ד דאפשר שאם לא ימצא לה הרי נספקנה בא"א ותשאר אסורה לעולם.

ויש להאמינה מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה ולענ"ד סברא גדולה היא ומה גם דבלא"ה הרבה בני י"ד וט"ו שנה שאינם יכולין לבעול הבתולות וכיון שלא מצינו דין זה שאם נתייחדה בכיוצא בזה בגמרא בהדיא יש לסמוך. הגם דבאיש עם אשתו ודאי לא צריכין לזה דודאי בעיל דהא אמרי' דניזל בתר רובא דרוב נשים מתעברות ויולדת ולא מחשבינן לביאת ספק כלל אלא שזה תלוי בדעת הרא"ה וש"פ שהביאו לקמן.

ומה שחשש שארי הגאון הנ"ל דילמא הערה בה ולא אדעתיה. יפה השיבותם בזה: ועוד אני מסתפק מעודי במאי דכ' בש"ע דאם הערה בה ופירש מיד קנה ואמת הוא שכ"כ הרא"ש והריטב"א אמנם דעת ה"ג כמו שהביא ה"ה וריב"ם בתוס' משמע לכאורה דדוקא אם קודם ביאה אמר שרוצה לקנות בהעראא ובאמת צ"ע דנהי דאיהו כיון דפירש מיד אמרי' דדעתו לקנות אבל איהי מנ"ל דנתרצית בכך דמסתמא ודאי גם דעתה על גמר ביאה וגם בדידיה צ"ע דילמא חזרה הוי ויש לתלות ענין זה בסוגיא דהוכיח סופו על תחלתו ודוק ומה שיש לעי' שם אין להאריך כאן.

ומיהו יש ליישב דהכל תלוי בטעמא דא"א עושה בב"ז ובשפירש מיד ולא גמר ביאה אנו אומרים כיון דאי לא קדיש לה הרי העראא זו ביאת זנות היא דהעראא כביאה לכל דבר וכ"ש להרמב"ם שמחייב מלקות בביאת פנויה וכמו שהאריכו מעלתם בענין זה א"כ מעמידין ליה בחזקתו שמתחלה היה דעתו לכך והרי הוא צדיק לפנינו מ"מ אין כאן ראייה ברורה לזה וכיון דנקטו פוסקים הללו כשאמר בפירוש ולא נקטו סתם כשלא גמר (ובאמת לישנא דהרא"ש והטור קשה קצת) מנין לנו לומר שאף זה כן דודאי יש לחלק ואי משום דא"כ הדרא קושית הריטב"א והרי"ף לדוכתא דאמאי לא אמר נ"מ שפירש מיד אפשר לומר דנהי דבעל אבעיין אה"נ דהכי ס"ל דאי פירש ולא גמר דודאי קנה משום דהעראא הוי פשיטא ליה דלחודא קנה מהיית דיבמות וגמר ביאה מספקא ליה הקנין באיזה זמן אתי כיון דחזינן דבעיל ודעתו עליה משא"כ לרבא דס"ל להנך פוסקים דכל הבעל דעתו על גמר ביאה ובאמת שהיה קצת דחוק בעיני שתירץ זה אינו מספיק כ"כ אלא שלשון הפוסקים דוחקני ולא נתנני הזמן לעי' בזה דלא הוי צריכא להלכה

ולמעשה: ועתה שמתי אל לבי לדבר ופשפשתי קצת ומצאתי לי רב וחבר ה"ה מהר"י טראני ז"ל בחדושו ותירץ קושית הריטב"א בעומק שכלו ועי' במל"מ פרק י"ז מהלכת א"ב (ומ"ש שם בשם הרשב"א וריטב"א דאמאי לא קאמר נ"מ שמת מיד לאו שחזרו בהן אין דבריו מובנים לי ובהרשב"א והריטב"א לא מצאתי ואדרבא היא דמת קשיא לכולן) ואין להאריך בזה שדי בהערה זו להעיר און דבגוף דין העראה עדיין ספוקי מספקא לי טובי וכ"ש בנ"ד שאין לחוש לזה כלל: ומה שהאריכו מעלתם בענין העדים עם היות שכבר רמזתי בזה ג"כ לשעבר בתשובה אחת לתלמידי הרב הגדול מוהר"ר מאיר כ"ץ נ"י אב"ד דק"ק לאבשין מ"מ לענ"ד הא מילתא צריכה רבה וצילותא כיומא דאסתנא ולדעתי שפנים לכאן ולכאן בכמה מקומות בתלמוד ושפיר חזיתו מדברי רמ"א בסי' ק"ז ונלמד מתשובת מהר"מ בתשובת מיימוני סי' ד' וכן במרדכי פרק המקדש ומאי דקשיא תשובת מהר"ם אהדדי.

והאמת יורה דרכו לענ"ד דס"ל למהר"ם ז"ל דכל שהעדים ראו מעשה שלם אלא שאנו באים לדון אם המעשה הוי קידושין או לא אין אנו משגיחין בכוונת העדים כלל אף על פי שהם חושבין שאין זה לקידושין או שאינו ראוי לקידושין וכיוצא בזה לא איכפת לנו בזה כלל משא"כ אם בגוף המעשה לא ראו העדים כלל שנגמר המעשה כראוי אז אינם קידושין וזה הוא החילוק בין ההיא דסימן א' לסימן ד' ואה"נ אם היו אומרים העדים אנו ראינו שנפל הטבעת במקום פלוני והם עמדו במקום פלוני ואין אנו יודעין אם מקום נפילת הטבעת קרוב לו או לא לה ועכשיו אנו רואין שהוא קרוב לה הרי זה מקודשת לדעתי לכ"ע.

וכן דפחות מש"פ שכתב בד"ז הגאון ב"ש ז"ל שהבאתם. וגם מה שכתבתם בשם הגאון אב"ד דק"ק פראג בענין גזל לדעת מהר"ם איני מודה בזה כלל.

וגם מדברי הר"ן שהביאו מעלתם בסוגיא דהן הן שלוחין וכן מש"פ לכאורה עם היות דודאי פליג על ההוא דתשובות מהר"ם דסימן ד' מכל מקום לא מוכח כי אם מידי דתליא בהודאתם מה שאין כן מידי דלא תליא בהודאתם והדבר צ"ע מכל מקום לענ"ד ההיא שמעתתא גופא דדבר ברור דמינה ילפי דבעינן דוקא עדים עמומה בידינו והבו דלא לוסיף עלה ומהגם דלענ"ד הך שמעתתא דע"מ שאני כהן לפי מה שפירשו בו הרשב"א והרא"ש מסייע למהר"מ אלא שיש לחלק היכא שהם יודעין לאין העדים יודעין וכמ"ש הרשב"א בתשובה.

ויש לי להאריך בזה אלא שהדברים צ"ע בכמה מקומות לשדד עמקים וצריך גוף בריא ולב שמח וזמן פנוי מכל עסקים ובעונותי לא מצאתי מאחת מהנה כי מזגי חלוש ולבי בקרבי המס ימס מכמה פגעים ומרוב הטרדות המבהילות תורה מונחת בקרן זווית לבקרים אבחינה אפקדנה לרגעים ולפעמים לחדשים לא אבקר וסעיפי נעים ונשכחו הראשונות ונעשו קרעים לבד לה' עיני צופות יצילני מצור מכשול ומאבן הטועים וכבר שטטו עיניכם בכמה מקומות שיש לעי' בזה.

ומ"מ בנ"ד ודאי היה מקום להתיר שאין כאן ע"י לפנינו ואם יהיה לפנינו מי יודע עם יעידו כראוי כמו שהארכתם אתם בזה. אבל באמת אגיד כי אני חושש מאוד לדעת הרא"ה והר"ש בתשובות מיימונית: והנה מעלתם האריכו לבאר מ"ט דהחולקים על

הרא"ה ולענ"ד הדברים פשוטים אם אנו באים לידון מצד הסברא דהך סברא אין אדם עושה בעילתו ב"ז היינו דוקא כשהעדים לפנינו דאז נזכר לעשות בעילת מצוה ולקדש וביותר לפי מה שהטעימו הראב"ד ז"ל שאין דרכן של בני ישראל בכך משא"כ כשאין העדים לפנינו אינו נזכר כלל בזה ואף שהוא לעשות צרכיו נכנס וכ"ש בהכניסה לו ע"ד מנהגו הראשון הוא בועל בלי משים על לבו וסברא זו ודאי פשוטה ונכונה לכל רואי שמש.

ובאמת לפי הסברא הפשוטה לא היה לו להועיל כלל בנדון זה דאטו בכל עת שמתיחד האיש עם אשתו הוא בועל אותה וכן כתבתם בשם ספר תורת יקותיאל ומעולם נצערתי על זה ועוד דלשמואל אפילו בפני עדים אמרינן דעל דעת קידושין הראשונים הוא. ונהי דלא קי"ל כוותיה מ"מ אנן נאמר שאפי' היחוד אינו עושה ע"ד קידושין הראשונים אלא שבועל ומכוין לשם קדושין.

וזה גרע טובא מהאי דרא"ה דהתם מיהת ודאי בעל שכן דרך איש עם אשתו דלא חשבינן להו אפי' מידי דתליא במעשה משא"כ דנאמר דבעיל האידנא ומ"מ ס"ל להנך פוסקים כיון שהם מתיחדים בפ"ע והדלת סגרו אחריהם יש לנו לומר דעל דעת כן נכנסו משא"כ התם אע"ג דודאי בעיל לא יהיב דעתיה כלל אקידושין.

אפס דלישנא דסתמא דגמרא משמע כדברי הרא"ה ז"ל האמת שמצד הסברא הוא דחוק דל"ש ענין עדות דליכא מאן דידע אימת בעיל ולא דמי כלל לההיא דיבמות שהבאתם גם ההוא דכתובות שכתבתם מדברי רש"י וכמדומה שלפי מה שעולה זכרוני כבר הרגיש בזה בספר בני יעקב על העיטור וספרי אינם עמדי עדיין מאז הלכתי בדרך נחני ה' דהתם לא בעינן עדים וכמו שכתב התוספות גבי ההיא סמיא אליבא דאביי מה שאין כן היכא דצריך עדים.

אלא דעל כל אלה לישנא דגמרא גבי קטנה דקתני הגדולה סתמא משמע ובברייתא קתני וגדלה אצלו משמע כסברת הרא"ה והריב"ש ז"ל עצמו בתשובה אחת כמו שרמז לזהבב"ש סי' ל"א נקט בפשיטות כוותיה וכן מסיק הב"ש סי' קנ"ה סעיף קטן ל"ב. ואפשר לומר דאפילו החולקים על הרא"ה והר"ש ע"כ לא פליגי אלא בקטנה דהא איכא מיהת קידושין דרבנן ולכן דיו שנאמר דאי איכא גלוי מילתא דמתכוין ובה עליה האידנא בפני סהדי אמרינן דלשם קידושין בעל אבל בסתם בעולות אף על גב דכ"ע ידעי דבעל והדר בעיל אמרינן דע"ד קידושין הראשונים היא בעל משא"כ בקטן שאין כאן קידושין כלל מסתמא מיד יהיב דעתיה לקדש כל הקודם האפשרי ודבר ידוע הוא והוי כאילו כ"ע סהדי שקדש: ואלולי דמסתפינא אמינא דהך מילתא דקידושין בסהדי מג"ש דדבר דבר הוא כאותן שמסרו הכתוב לחכמים ובאמת לפי משמעות פשטות הגמרא משמע דעיקר דבעינן עדים הוא משום דלא מהמנינן דהוי כחב לאחרים מה שא"כ אלו הוין יודעין בבירור דסמכו דעתייהו ומקדשי הוין קידושין ולכן כל שאנו יודעין בבירור ששערו חכמים שקדשה אין צריכין להעדים כלל ובזה היו עולים דברי הר"ש והרא"ה יותר מרווחי' אלא שמתירא אנכי להכניס ראשי בזה האידנא ודברי רמ"א שהביאו מעלתם מסימן ל"א נראה שהם כדעת הרא"ה ולא ידענא אמאי נדחקו רבנן בהא וכן משמע בב"ק ודוק ולענ"ד עוד ראייה לדעת הרא"ה מדלא אשמועינן בשום מקום גבי קידושין

קטנה שצריך לכתחלה מיהת להתייחד בפני עדים כי היכי דליהוי קידושי דאורייתא דהא אית ביה משום מצוה ודאי מדאמרינן דאיהו חושש לזה ועיין בתשובות מיימוני סי' י"ד שמביא ראיה כעין זה ויש לעיין בזה הרבה דלדעת הרמב"ם יש לחלק בין קטנה לקטן והדברים ארוכים ומתוך דברי מעלתכם ראיתי שעולה על דעתכם דכל שהוא נשואה אצלו אינו מועיל עד שיבעול בפני עדים דעל היחוד לא הסכמתם מצד הסברא שאין שייך יחוד בכנוסה וסברת הרא"ה דחיתם כפי דעת הריב"ש בס"י ו' וזה מבואר היפך מכל הפוסקים לענ"ד וכולם שהביאו יחוד משמע דלא שאני להו בין כניסה לארוסה וכן מוכח מדברי הריב"ש בהדיא ואין אנו יכולין לחלוק עליהם מסברא ולדעתי יש ג"כ להביא ראיה קצת מרש"י במסכת נדה פרק יוצא דופן דף מ"ה ואין להאריך: ובענין נאמנת האשה כבר כתבנו לעיל ויפה הבאתם מהירושל' סיוע לש"ג שהביא הב"ש בס"י קמ"ט ואני מוסיף בה שכן מוכח בהדיא לדעת רש"י ז"ל דאפילו לאחר שלשים יום אם שניהם מודים שלא בעלו די בחליצה שכ"כ היא אומרת לא נבעלתי והוא אומר בעלתי אע"פ שחזר ואמר פירש"י דלאחר שלשים יום הוא נאמן וכן הנהו שניהם מודים פירש"י שאמר בעלתי וחזר ואמר לא בעלתי אלא שיש לעיין הרבה בשיטת רש"י ז"ל בזה.

וגם בדברי הפוסקים ז"ל ומ"מ הריא"ז גופיה תברא לגזיזיה שכתב בהך סוג' דלאחר שלשים יום אפילו שניהם מודים אינם נאמנים להקל וא"כ כ"ש בנ"ד ששהו כמה שנים גם מה שהבאתם מדברי מהריקו"ל ז"ל בס"י ע"ב יפה הבאתם. ובלינדרש כד הוינא טובא בעניני החזקות במחלקות שהיה לי עם הרב בעל שושנת יעקב על אודות השוחטין ושם ביארתי דדבר ד' אמת בפ"י מהרי"ק ז"ל עם ש"ש לפקפק על איזה ראיות וגם יש לדקדק קצת בדבריו אלא דמ"מ נראה דכל הני חזקות כעין רובא נינהו דודאי מה ששיעורו חכמים היינו על רוב ב"א וכל היותר הצד שכנגדו הוא מיעוטא דמיעוטא וא"כ אפשר ה"ט דמהימנא היכא דטוענת ברי ואין מי שיכחישנה דלהאי מילתא לענ"ד רובא גרע מחזקה כמו שהארכתי בתשובתי הנ"ל ואע"ג דבכיוצא בזה בחזקות אלו שהביא מהרי"ק ז"ל מוציאין הממון מחזקתו אפילו בהדי טענות ברי יש לחלק בזה אלא שזה עדיין צל"ע.

ועוד דניהמנה במגו דאי בעי אמרה אינו יכול דל"ש הך חזקה ועיין במ"ש התוס' ריש ב"ב ומ"ש עליהם מהרי"ט בתשובותיו חלק אהע"ז סי' כ"ח וכעין זה כתב הרב בכללות והביא ראיה דאמרינן מגו במקום חזקה לקיים חזקת הגוף ע"ש. ועיין בש"ך דיני מיגו סעיף י' ודבריו צל"ע וא"ל דהא דמהימנינן לה באינו יכול היינו מטעם דאין האשה מעיזה פניה בפני בעלה (וכ"ש לפי מה שתירצתי אני בעניי על קושית התו' דליכא העזה כלל ומצאתי און לי מחדש שנדפס תשובות הרשב"א ז"ל ח"ג) דשאנ' התם דבעי לאפוקה נפשיה מיניה הוא דצריכין להאי טעמא משא"כ הכא דודאי אלו טענה אינו יכול כיון דנסתלקה החזקה שאין אדם מעמיד עצמו ודאי דמהימנא לאחזוקי נפשה בחזקת הגוף ואם כן השתא נמי נהימניה במגו אלא דגוף דברי מהרי"ט הנ"ל צ"ע דכל מאי דאייתי מהנך דאין מוציאין ממון במגו במקום חזקה משום דממונא היכי דתיקום תיקום היינו משום דלא איפשט איבעי' דמגו במקום חזקה בריש ב"ב כמ"ש הפוסקים ז"ל אבל להתיר האיסור מנין לנו.

ואדרבא מצינו בנ"י בהאי ענינא דיבמה שכתב דבאיסורא ודאי לא אמרינן מגו במקום חזקה כלל ולא מספקא לן בהא ובס' יבין שמועה למהר"ש אלגזי ז"ל כתב שהר"ן תירץ על קושית התוס' שהקשו מההוא דיבמות משום דמיגו במקום חזקה גבי איסורא ודאי ל"א ע"כ ואחריו נמשך בעל כנה"ג בכללי מיגו ואני תמה דמה ענין קושית התוס' לאיסורא דמאי איסורא נפק מיניה אי כייפינן ליה לחלוץ ובאמת שלא העתיק קושית התוס' ז"ל ככתבם וכלשונם וכן בס' כנה"ג ואולי הוא כן בחידושי הר"ן ז"ל ביבמות הבלתי מצויה אצלינו.

ואפשר דהר"ן ז"ל אנקטיה ליה באופן אחר ממה שהקשו התוס' דהתוס' ז"ל אקשו ממתני' ואיהו אפשר דאקשי אסיפא דברייתא דצריכה גט וחליצה דלמה צריכה גט ואהא משני שפיר דבאיסור ודאי לא אמרינן מגו במקום חזקה וקושית התוס' ז"ל אפשר דמתרציה ליה כענין תירץ מהרי"ט ז"ל בתשובותיו הנ"ל ויהיה מה עכ"פ מוכח דבאיסורא ל"א מיגו במקום חזקה ולהכי לא אקשו התוס' ז"ל מגט.

והא דלא אוכח הר"ן ז"ל בלא"ה מקושית הנ"י י"ל אפשר דס"ל כפירש"י ז"ל ע"ש בנ"י וכן בחדושי הרמב"ן ז"ל לפירושא דס"ל עיקר ע"ש דבאמת לאידך פירושא בלא"ה קשה טובא מ"מ קשיא למהרי"ט ז"ל: אמנם לכאורה היה אפשר לתרוצי דהא דאיבעיא בב"ב היינו משום דאיכא חזקת ממון בהדי מגו משא"כ התם דחזקת הגוף איתרע לה מיד כשכנסה שע"ד כן נכנסה כמו שהביאו ג"כ מעלתם כעין זה.

משא"כ בנדון זידיה דס"ל דחזקת הגוף קיימת אלא שקשה הדבר מאוד לומר דהתוס' ז"ל לא הרגישו בזה וצ"ל דס"ל דבהא לא מיקרי איתרע חזקתיה. או והוא העיקר לענ"ד כמ"ש אא"ז בתשובה הנ"ל דהכא חזקת ממון גרוע ועומדת אחרי שכבר נתחייב לו ונימא חזקה לאידך גיסא ויש להאריך בזה מ"מ קשיא לי דברי מהרי"ט ז"ל דנקט מספיקא דממונא לאיסורא והרבה יש לעיין בזה גבי תרי ותרי.

סוף סוף בנ"ד למאי דאסקי מעלתם לסוף כיון דנתייחזה איתרע לה חזקת הגוף א"כ אין כאן מגו דליתא למגו במקום חזקה דאיסור כדמוכח בהנ"ל. הן האמת דלפי מה שתירצתי אני בעניי קושיית התוס' ליכא לאוכוחה מיניה מידי מ"מ לדברי התו' והמפורשים הנ"ל אי לית ליה מגו מ"מ עדיין אני אומר דיש לחלק בין ההיא דיבמות לנדון שלפנינו דהרי כבר כיילי לנו כל הפוסקים ז"ל דאין כל החזקות שוות והנה קי"ל דהרוב הבא ע"י מעשה לא רוב מיקרי וא"כ נראה דה"ה חזקה דע"י מעשה גרוע מחזקה שלא ע"י מעשה ועיין בתשו' מהרי"ק ז"ל שורש קכ"ט זכר לדבר בענין האומדנות ודברתי בה בעזה"י בארוכה בתשובותי הנ"ל וא"כ אף אנו נאמר דנהי דאוקמי רבנן אחזקה דאין אדם מעמיד על עצמו נראה דהיינו כמ"ש רבותינו בעלי התוס' ז"ל ביבמות דהאי לאו מעשה מיקרי כמ"ש לעיל והיינו על חזקת ביאה סתם דיצרו תקפו משא"כ בביאה שקידש בה אפשר דמיקרי מעשה טפי וקילא ליה חזקה ושפיר מהימנא משא"כ ביבמה דכל ביאה קוונות בה וביאה סתמית לא מיקרי מעשה אלא דלפ"ז נפקי לן חידוש דין גבי קטנה וכיוצא בהן.

ואפשר לחלק בין נתייחזה עמו בעידיו וע"ד החולקים על הרא"ה והדברים ארוכים וא"א להעלות על המכתב כל אשר ברוח בדבר הזה מ"מ נלענ"ד דמידי ספיקא לא נפקא

כ"ש בהדי הני צדדים שנתבארו דאיכא צד להאמינה ומה גם דהא מילתא דאמרו בה רבנן שיחי' דהיכא שהיא אומרת שלא הניחה א"ע מפני הצער דאין כאן חזקה טובה הוא בעיני אפשר דהוי ליה כטענת אינו יכולה ממש דאי הוי ליה כח גברא שובר הדלת ונכנס בטרם בא חכו לה והא ודאי עדיפא דהאומרת א"י אפשר דלא מהימנין לה כלל כא' מטעם העזה משוםדהוי נגד הרוב והארכתי גם בזה בתשובתי הנ"ל משא"כ כאן דשכיח טובא דעינינו הרואות כמה וכמה כיוצא בזה כמ"ש רש"י ז"ל ולא ידענא אמאי צריכתו לחלק בין דורות הראשונים דאם כן הוי טען במורדת לענ"ד אין אנו צריכין לכ"ז אלא דלא אייר' בין תלמידים כדלא איירי בטענת א"י לשיטת הפוסקים ז"ל ואם היינו צריכין לחלק היה אפשר לחלק באופן יותר נאה דאשה קרקע עולם וכי חזק הוא ממנה אמנם היכא דחפץ לבעול לשם קידושין לא סגי בלא דעתה ובראותו כי לא לרצון יהיה וירף ממנה: שוב פלפלו הרבה בענין החופה והיחוד ובאמת הטיבו אשר דברו ובהרבה מדברים אשר הרגשתי כבר הן בדברי הריב"ש והן מענין הפילגש נשוא להאריך בענין זה גם להעתיק ממה שכתבתי כבר ועל הכל לא עלה בידי אלא שאין להוסיף על דברי חז"ל דקאמרי אין אדם עושה ב"ז ודי בחזקה זו דנלענ"ד לאו משום איסורא לחוד הוא (ואע"פ שכתבו הפוסקים זה סתמא) אלא שחושש נמי לפגום זרעו כי ילדי זנונים נקראו ואפילו בפילגש לא רש' שנראה שכבר באותו זמן לא נהגו בזה וכדאמרינן בעלמא יאמרו זו אשתו וזו זונתו ודי לנו בזה ואין לנו להמציא חששות מדעתינו והבו דלא לוסף עלה: בענין הסימנים דנקטי להו מעלתם בפשיטות ולא רצו להעמיד בזה כלל מכח דברי שארי הגאון נ"י בסי' ס"א ולדידי איכא למהווי בה טובא והדברים ארוכים מכל צד ותמצית הדברים בקיצור נמרץ אציע הנה.

מה שרצה הגאון נ"י לומר דהשתא דקי"ל כמ"ד חוששין שמא נשרו הדר מוקמינן לשמענתא קמייתא דרבא דבדיק ולא אשכח ומשום שמא נשרו וא"כ מוקמינן לרבא דאמר אינה צריכה בדיקה אפילו לחליצה הא ודאי בכדי נקטה כמו דהדר תבריה לגזוזה משמענתא דבא סימן ועוד מדחיא הא מילתא משמענתא דב"ב דבודקין לחליצה ע"ש בפלוגתא דרבינו חננאל והרי"ף עם היות שיש לדחות לפי דברי הרמב"ן שם מ"מ הרי"ף והתוס' משמע דלא ס"ל לתירוץ דהרמב"ן בנדה ע"ש וכ"ש אם נאמר דלכלהו ל"צ בדיקה שקשה הדבר מאוד לאמרו ואין להאריך גם מ"ש דהשתא מוקמינן לה דבדק ולא אשכח עם שכבר רמז לזה מהרש"א ז"ל וגם הראנ"ח ז"ל בתשובה סי' ר"ו ע"ש גם בזה יש לדקדק טובא.

האמנם מה שהאריך לומר דעכ"פ נהי דלחליצה בעי בדיקה היינו מטעם דאפשר לברורי מ"מ היכא דלא אפשר תו לברורי סמכינן עלה הא ודאי צריכה רבה ואיכא לעיונא בה טובא. והנה הרב נ"י נחית לזה מכח דברי התוס' ז"ל בב"ב דסבירא להו לפי דעתו בפשיטות דאפילו להוציא ממון מועיל חזקה זו וכתב דהתוס' למדו זה מכח קושית הרמב"ן ז"ל בנדה דלמה ליה לרבא למינקט חזקה כלל הו"ל למימר חוששין והרמב"ן נדחק ליישב זה ולכן ס"ל להתו' דלהכי נקט חזקה לאשמועינן האי דינא עכ"ד הגאון נ"י והנה הלום ראיתי בספר מחנה אפרים והוא לאחד מגדולי הדור בזמן המל"מ אשר חזה ג"כ בכל דברי הרבנים והוכיח מדברי התוספות דס"ל דמוציאין ממון בחזקה א"כ ודאי דלא צריכין למיבדק אלא משום כללא דהיכא דאפשר להתברר לא סמכינן אחזקה ואחר

כך הביא דברי הרשב"א ודברי הרמב"ן כמו שהביא הגאון נ"י ג"כ גם דברי הרא"ש דפליג על התוס' בתשובה כלל ל"ג (עם היות דבעינן הוכחה מתשובות הרא"ש הביא הוא ז"ל בפשיטות ע"ש).

אני בעניי שמעתי ולא אבין דהאיך אפשר דשתקי התוספות מחידוש זה שלא נמצא בש"ס ובשום פוסק ולא אסקיה ליה בשמעתתא כלל ובב"ב מקשו מיניה בפשיטות כ"כ ואי מכח קושיא זו שכתב הרב נ"י התם הו"ל לאסוקי למלתייהו ולאקשוויי דל"ל לרבא חזקה זו ולתרוצי דהא אשמועינן. ולא עוד אלא שאני רואה דהתוס' בפרק בא סימן דף מ"ח ע"ב ד"ה ואב"א ר"י הרגישו בזה ותירצו ואשמועינן דחוששין לשמא נשרו ועיין במהרש"א בשמעתיה דיוצא דופן שהבאתי לעיל ודוק.

ואפילו אם נאמר דלא כמהרש"א אלא דפליגי בין בבעל בין לא בעל וא"כ לכאורה למ"ד ל"ח ל"ל למינקט חזקה לענ"ד נמי לא קשיא דאי נקט סתמא חוששין ה"א דווקא היכא דבעיל משום דהוי ספיקא דאורייתא אבל בלא בעל לא קמ"ל אפילו היכא דלא בעל ומשום חזקה. אלא דלפ"ז מאי דקיי"ל מוקמינן ליה בבעל כמ"ש הרי"ף ודוק.

הן דלישנא דאינה צריכה בדיקה עמום הוא בידי להך מ"ד ויש אתי עוד לתרץ בכמה גווני קושית הרמב"ן הנ"ל ואין להאריך מ"מ הך קושיא דחזקה מתרצה שפיר. ועוד אני אומר דבין למ"ד חוששין שמא נשרו ובין למ"ד לא חיישינן צריך הך מילתא דחזקה לגבי בעל דקיי"ל דמוחזקת בכך לכל העולם וכי בעל ודאי לשם קידושין בעיל דאי ספיקא הוי קרוב הדבר לומר דלשם קידושין הראשונים בעל דהא לאו איסורא עביד עיין ברמב"ן ז"ל גבי מודה ר"י בבעל ובאמת לכאורה יש לעיין כשהוא שתירץ הרי"ף על קושית ר"ח נדחק ליישב ולענ"ד לא צריכא דודאי שמואל לטעמיה דס"ל דעל דעת קידושין ראשונים הוא בועל ולדידיה אפי' בבעל מיירי וצריכה גט משני וא"כ הא דאינה ממאנת אפי' בבעל היינו מדרבנן וכיון שכן שפיר בודקין אותה ואם אין מוצאין שערות שפיר ממאנת דבדרבנן ל"ח שמא נשרו והא דאמרינן הלכתא כר"נ בכלהו היינו במאי דאשמועינן לאפוקי מר"י ואין להאריך עכ"פ ודאי שאין ללמוד מקושית הרמב"ן הנ"ל דין מחודש ועוד אפילו לדבריו מנ"ל להתו' למילף מיניה לענין להוציא ממון בהך חזקה דהא ודאי אתיא מכח רובא כמ"ש התוס' בנדה דף מ"ו ע"ב ובממון אין הולכין אחר הרוב ואף דבאיסורא נמי יש מקומות שלא הולכין אחר הרוב מ"מ אין ללמוד מאיסורא לממונא בענין הרוב ודוק: והנה אור ישראל מהרי"ט ז"ל בתשובותיו ח"א סי' מ"א ונ"א אשר הביאו מעלתם החזיק מאד במעוז חזקה לבלתי הצטרפה אפי' לס"ס (עם היות שזה דחוק לענ"ד) ועם כ"ז בהגיע לד"מ בחלק ח"מ סי' צ"ח משמע דמיפשט פשיטא ליה דלא סמכינן אחזקה דרבא להוציא ממון.

ואני תמה מה חזו רבנן לחלק עלינו את השווין התוס' והרא"ש הלא הרא"ש בעצמו מביא ראיה לזה מדברי ר"י ז"ל והן הם דברי התוס' ז"ל דף קנ"ו דה"מ בודקין (וסוף דבריהם צ"ע קצת) ולפי דברי הגאון מחנה אפרים ז"ל ודעמיה שארי הגאון נ"י מוכרחים אנו לומר דהתו' ז"ל חולקין בעיסתן בפירושא דשמעתא בנדה מבלי גלוי דעת בשום מקום ואולם האמת יורה דרכו דמעולם לא עלה על דעת התוספות להוציא ממון בחזקה זו אלא דהתוס' ז"ל אדלעיל קאי שפירשו דאף אם בדקנו לו ומצאו השערות לר"ת

חיישינן שמא לבנות היו והשחירו ולר"י תלינן בשינוי הגומות ואהא מקשה מה"ת לתלות בכך אחר שאנו מוצאין השערות כתיקון למה לא נאמר כן נמצאו וכן היו ומכח חזקה דרבא וה"ז כעין דברי הרא"ש ור"י לקמן וכ"ש שהרי היו שם ודאי שערות כמ"ש התוס' וזה פשוט וברור בפשט התוספות ובדיקדוק דבריהם לכל מעיין בצדק וכ"ש למאי דכתב התוס' לקמן בדבור שאח"ז דר"י נמי ס"ל חזקה דאין העדים חותמים ע"ש ועיין בתוס' בנדה מ"ח ע"ב ד"ה בשלמא לפני כו' גם דאליבא דאמת איכא לאוכוחי בהיפך דאין מוציאין ממון בחזקה זו דהנה ודאי עיקר קושיית התוס' לפום מאי דס"ד מעיקרא וא"כ קשיא לר"י גופיה והוצרך לדחוק עצמו דמיירי שכבר בדקו ולא מצאו כמו שתירצו התוס' לפי פירש מהרש"א והגאון נ"י משא"כ לפי המסקנא דערער היינו דבני משפחה ואיפוך דר"י אמר ראייה בקיום השטר אם כן שפיר מתוקמי מילתא דר"ע כפשטיה ויש להבין מאי ראייה מייתי ר"י אטו מי לא ידע סברא דאין העדים חותמין וע"כ צריכין לדחוק ולומר כמ"ש הרמב"ן ז"ל בריש שמעתתא דעדים לא משגחי וסמכי אבי דינא דדייקי אבל אי ס"ד דמוציאין ממון בחזקה דרבא א"כ מאי מקשה ליה ר"י לר"מ דילמא י"ל דהתם מיירי שלא בדקו מקמי הכי ומשום חזקה דרבא נחתי לקוחות לנכסים וכקושי' תוס' הנ"ל לפי פירושה א"ו דלא עלה ע"ד תוס' לומר דמוציאין ממון בהא חזקה לחודה.

גם בעיקר פלפולו של שארי הגאון נ"י יש לי להשתעשע הרבה אלא שהדברים ארוכים ואין צורך בו לענינינו רק רגע אדבר במ"ש ליישב דברי הרמב"ן משום דס"ל דעדיפא מדברי הרא"ש וכסברת התוס' [דמוציאין ממון וקשיא ליה קושיית התוס' וע"כ צ"ל כתירוצם דמיירי דבדקינהו כבר ולכך הוצרך להעמיד במת מיד ע"כ תורף דבריו הנה מלבד מה שנתבאר דלית לענ"ד אף לסברת התוס' והתוס' לשטתייהו דעשויה להשתנות קאי משא"כ הרמב"ן לשיטתיה שם וליכא לאקשווי מידי קושיית התוס'.

עוד תמהני על הגאון נ"י דודאי הרמב"ן ז"ל לפרש קאי ולא לסתום ואיך לא הביא כלל קושיית התוס' ותירוץ אין זה דרכו לרגיל בו בחידושו. ועוד דהרמב"ן ז"ל בנדה מ"ח הנ"ל הביא ראייה מההוא דבני ברק דא"צ בדיקה לפני הפרק כדי לידע אח"כ אם הוא שומע ולפי דברי התוס' דאיירי שכבר בדקוהו אין שום ראייה ע"ש.

ובאמת אני אומר שאע"פ שהגאון נ"י נמשך אחר דברי המהרש"א שפי' דברי התוס' ז"ל בבדקו ולא מצאו ומיירי שמת מיד וכמ"ש הרמב"ן ז"ל עיין במהרש"א לענ"ד הדבר תמוה שאין זה במשמעות לשון התוס' כלל וגם איך שתקו התו' ז"ל מלכתוב כזאת שמיירי במת מיד ותו דהתם בפרק בא סימן הנ"ל הביאו ג"כ כמ"ש הרמב"ן ז"ל דלא בעי בדיקה לפני הפרק מההוא מעשה דבני ברק וא"כ עכצ"ל דלא מיירי שבדקוהו כבר וגם הרא"ש ורבינו ברוך בס' התרומה כתב כדברי התוס' הללו ואיך יהו כל הנביאים מתנבאים בסגנון אחד לבד מאותו תוספות דב"ב הנ"ל לכן נלענ"ד שאין פירוש דברי התוס' כמו שפי' מהרש"א ז"ל אלא דהתם כיון דבבן י"ח או בבן כ' מיירי כדמסיק התם ס"ל להתוס' ז"ל דכיון דכבר גדול כ"כ ולא חזינן בי' סימני גדלות כבשאר אנשים בזקנו ובאבריו לא מחשבינן ליה כגדול אף שמצאו שערות וסימן כראוי לאחר מיתה כיון דעשויה להשתנות והכל הולך וסובב על הפי' בקושייתם שכתבנו לעיל וזה ברור ומדויק בלשון התוס' לכל שופט בצדק: ומעתה אחר שסלקנו מעלינו ראיות בעל מחנה אפרים

ז"ל והגאון בדורינו נ"י הי' נראה בפשיטות דאין לסמוך כלל על חזקה זו אפילו בדיעבד במקום שא"א לתקנן וא"א לבדוק לא מיבעיא לענין ממון דזו א"צ לפני' לענ"ד אלא אפילו לענין איסורא בדיעבד דליכא למיסמך עלה וא"כ אפשר לצרפה לס"ס.

ומ"ש שארי הגאון נ"י לאלומי להך חזקה מיהת כחזקת איסור דהא בחזקת איסור לא ברירא לן אי ע"א נאמן וא"כ ה"ה נשים והכ' מהימנינן להוא אלא משום דאיכא חזקה ותמהני תנאי שקלית מעלמא וכי נעלם ממנו מ"ש הפוסקים דאפילו לקולא היה להם להאמינם משום מילתא דעבידי לגלוי שהכתב מוכיח והרי אמרינן בקידושין גבי מום שלף ואחוי לך אלא דמ"מ ר"י מחמיר דלא למיסמך אנשים אלא היכא דאיכא ג"כ חזקה דרבא וא"כ נ"ל דבחזקה כל דהו סגי וקצת משמע לשון רש"י כן שכתב דהנשים מהימני דאורחא הוא לאתויי ועכ"פ מוכח מדברי רש"י ז"ל דאפילו בדיעבד ל"מ חזקה זו ודאי דמהני והך בדיקה אינו אלא משום דאיכא לברורי וא"כ ודאי אינו אלא מדרבנן וה"ל לרש"י לפרש בפשיטות משום דהך בדיקה גופא רק מדרבנן בעלמא הוא ודוק.

ועיין עוד שם ברש"י ד"ה ואב"א ר"י דמשמע קצת דטעמא משום דילמא לא בדקי יפה ולא משום נאמנות: ולכאורה היה נראה להביא ראיה דבדיעבד אין חזקה זו מועלת דהא איכא פוסקים דס"ל דהיכא דאיכא טורח ל"צ למיבדק כלל אפילו לכתחילה כיון דבדיעבד שרי דסמכינן אחזקה עיין בי"ד סי' א' מה שהביאו בשם הראב"ן ועיין בספר תבואות שור וא"כ אי ס"ד דסמכינן אהך חזקה בדיעבד אפילו לכתחילה לא היינו צריכין להצטער ולבדוק דודאי טירחא יתירה הוא ועיין בנוזר דף ק"ט דאמרי' חזו דקא מצטער לבודקו וכ"ש למאי דמוקמינן התם דנזירים אליבא דרבנן ודוק.

ותו לדעת הרי"ף דחליצת קטנה אסורה אסורה רק מדרבנן ואפ"ה לא סמכינן עלה רק בבדיקה ואע"ג דכי נמי בדקינן לה אכתי ספיקא איכא דילמא נשרו (ויש לעיין בזה בחליצת קטנה בת מיאון). עוד יש להביא ראיה לכאורה מדלא משנינן א"צ בדיקה דיעבד אבל לכתחילה בעי בדיקה עיין תוס' חולין דף ג' ע"ב לחד תירוצא עוד זכר לדבר ממה דמקשי' בקידושין דף ט"ז והרי סימנים שאין להם קיצבה ויש לעיין בזה לדינא ואין להאריך: ולכאורה יש להביא ראיה ג"כ מנדה מ"ה ע"ב אי דלא אייתי שתי שערות וכו' ומאי מקשי דילמא בלא ידעי' כאשר הרגיש בזה מהרש"א ז"ל ותירוצו דחוק אמנם לדידי ניחא דמתני' משמע ודאי ולא ס' ודוק.

וכן יש להוכיח קצת מההיא דיבמות ס"ז ע"ב ס' הביא ב' שערות כו' ועיין בהרמב"ם פ"ו מהלכות תרומות דע"כ הך חזקה קלה משאר חזקות ודוק. וכן יש ראיה מדברי הרמב"ם פ"ב הלכה ט"ו הגם שהוא לשיטתו אלא שכל זה יש לדחות ובאמת לולי דמסתפינא אמינא דעיקר מלתא דרבא דאינה צריכה בדיקה משום דעבד להו אתאמרא דלא נימא דמדינא בעי בדיקה לדידן וא"כ אי לא משכחינן למיבדקה כגון שמתה אין הבעל יורשה דאף על גב דאיהו מיקרי מוחזק מדרבנן כיון דמעיקר דינא דאורייתא היורשים מקרי מוחזקים א"כ בספק גמור הדין נוטה לצד היורשים קמ"ל דכיון דאיכא נמי חזקה בהדה דחזקה הביאה אין אנו מצריכין בדיקה לזה האופן דאי מתה בעלה יורשה ועל היורשים להביא ראיה דלא הביאה ובזה מיושב הלשון היטב וממילא דינא

הוא דלחליצה דבעי בדיקה היינו דאי לא בדקי' חליצתה פסולה למ"ד איסור חליצת קטנה דאורייתא:.

ועכ"פ כיון דחזינן דהרשב"א בחידושיו כמו שהעיד הגאון המשביר ז"ל בשם רבו מהר"י בי רב ז"ל דאפילו בדיק אחר כך ואשכח לא מחזקינן ליה למפרע בגדול וכן הוא בב"י סי' ל"ז בשם הרשב"ץ שהביא ה"ר דורא"ן באורך וכמ"ש הב"י סי' מ"ג (ובמחילה מכבוד שארי הגאון נ"י שכתב שטעות נזדקה לפני הב"י כיון דחידושי ב"ב להרמב"ן הם אטו מי לא סגי דאינה חדושי רשב"א והמה בכתובים וכן הוא האמת שכן הביא חידושי הרשב"א מועתק בלשונו בר פלוגתיה דמהר"י בי רב מהר"ם אלשיך בתשובותיו ועם היות שאין הכרח כ"כ בלשונו כמו שדקדק עליו בס' כנה"ג מ"מ המדקדק היטב יראה שהדברים כנים וכן אודי ליה מארי פלוגתא מהר"ם אלשיך הנ"ל) וא"כ לדידהו נראה לכאורה בפשיטות דהך חזקה קילא טובא.

הלום ראיתי בתשובות מהרי"ט ז"ל חלק א"ע סי' מ"ב שרצה להשוות בין דעת הרשב"ץ ודעת הרא"ש ז"ל וידעתי גם ידעתי שאין בי כח לחלוק אפי' על אחד מקטני תלמידיו מ"מ לענ"ד דבריו נפלאו ממני ואין להאריך. ותו דאפילו לדעת הרא"ש היינו דוקא כשאנו מוצאים שערות עכשיו מחזקינן ליה למפרע מה שא"כ הכא דקאי בספיקא וא"א לבדקו ודאי דלא סמכינן עלה.

וכן מוכח להדיא מתשובות הריב"ש סי' תע"ד הביא הב"י בסי' קע"ב ולפ"ז שפיר היינו יכולים לצרף זה לספק אלא אי קשיא לי הא קשיא לי דחזינא להרמב"ן ב"ס המלחמות בריש חולין וכן הרשב"א בחידושיו שם שכתב בענין חזקה היכא דאיכא לברורי והביאו הך דרבא ומשמע לכאורה מדבריהם דהכא נמי לכתחילה הוא דבעינן בדיקה אבל בדיעבד מוקמינן אחזקה וזה סותר לדבריהם ונהי דההיא דב"ב הוי מתרצינן לה דבממון דלא סמכינן ארוב מש"ה אפי' אייתי לא מחזקינן לה למפרע מ"מ עם חדושי הרמב"ן ז"ל בנדה אינו עולה כלל דאם כן מאי קשיא ליה למ"ל למימר חזקה הא טובא אשמעינן והדברים צ"ע לענ"ד עוד יש לכאורה להביא ראיה ממאי דקי"ל ביבמות דף פ' כרב שנעשה סריס למפרע ונחשב כגדול משנת י"ג ואילך והיה מסתברא דהיינו טעמא דהכא אגמרי' רחמנא דכל משנת י"ג הוא הגדלות תדע דהא באיילונית לקטנותה יצאת לבגר דנעשית בוגרת מיד משעברה עליה י"ב שנים ויום אחד ובהא לא שייך הך טעמא לדעת הפוסקים דאפי' הביא סימני בגרות בתוך ו' לא מהני אע"כ דשאני הני דכך היתה הלכה ואין ללמוד ממנה לשאינה איילונית וא"כ ה"ה סריס דמשמע דחד דינא אית להו וע"ש דמוכח בהדיא דהוי כאילו נתמלא זקנו אלא דהיכא דהוי שערות חזינן דלאו גדול הוא שדרך הגדול שאינו סריס להביא שערות משא"כ בסריס שנעשה גדול מיד משא"כ לשמואל דלא מחזקינן ליה כלל למפרע אלא כי השתא הכל לפי מה שהוא והיינו שמואל לשיטתיה ע"פ שטת ר' חננאל ז"ל הנ"ל ודוק.

וא"כ פשיטא לכאורה דהלכתא כרב באסורא ואע"ג דנ"מ לענין ממונא ויש לעיין בכללים ובח"מ סי' רל"ה ויש עיון ברמב"ם והראב"ד הלכות נערה בתולה ובל"מ הלכות עבדים פ"ד ה"א ויש להאריך בזה וממילא דאין צריך בדיקה אלא דאי בדקינן ולא

אשכחן מחזקי' בקטן אלא שזה יש לדחות אמנם יש להביא ראייה יותר ברורה מהא דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב הלכה י"ד ובט"ו וש"ע סי' קע"ב כשחתכו או נתקו כו'.

וכשיהיו בן י"ג שנה ויום א' נקרא גדול שאין זה מביא סימנים לעולם. ולכאורה בהא ודאי ליכא טעמאדכיון דמתחלת ברייתו היה ראוי להביא שערות במאי נפיק מידי ספיקא אלולי דאמרי' דכל שא"א לבדקו מחזקינן ליה בגדול משנת י"ג ואילך וה"ה כל שיצא בלא בדיקה וא"א לבדקו עוד סמכינן אחזקה ואפילו להקל דהא הטור לענין חליצה נקטו.

אמנם כד מעיינין בהא נמי איכא למהוי טובא שלא מצינו שום מקום מאין יצא להרמב"ם ז"ל דין זה והב"י כתב פשוט הוא ובאמת לא ידענא מאי פשיטותיה. ונלענ"ד דנפקא ליה מדאמרי' התם הסריס אין נעשה בן סורר ומורה ומדנקטי סתמא משמע דאפילו סריס אדם וכיון שכן משמע דכנתמלא זקנו חשבינן ליה וא"כ ליכא למילף מיניה אפילו לרב ודו"ק: ומ"מ אחרי כל הפלפול הזה נלענ"ד דשפיר איכא לצרופי ליה לספק היכא דאיכא עוד ספיקא וכ"נ מתשובות הרשב"א לפי פירש מהרי"ט ז"ל והוא העיקר (וכ"כ הב"ש סי' קנ"ה ס"ק ק"ב בשם תשובת מהרבצ"א) דמשמע דוקא התם הוא דלא מצרפינן ליה לספק משא"כ בעלמא וטעמא דמלתא משום דהך חזקה גריעה משאר חזקות כעין שכתב מהראנ"ח ז"ל בתשובותיו לענין צירוף עשרה עוד זאת אדרוש כפי מה שעולה בזכרוני דבכל כיוצא בזה איתרע חזקת חי ואין ספרי עמדי לעיין בהם כראוי ועל הכל אני אומר דאשתני דר"א ואנן סהדי אם שאל נשאל למאה איש ולא אח' בהם שידע ענין המקדש בביאה וכ"ש הנך דנסבין בקטנותיהו: הנה עד כה דברתי למען כבודם מה שיש להתעורר בזה נלענ"ד ועוד רבות עמדי הלא המה בכתובים מלבד אשר עלה במחשבה לפני בעזרה"י אמנם לסמוך עלי לברר הלכה למעשה בדברים כאלה אין דעתי נוחה ואפילו לאצטרופי לא חזינא ביותר האידינא לחלישות מזגי ל"ע אברי התפרקו ומדאגותי וטרדותי מורשי לבבי נתקי והריני מניח הדבר לגדולים ממני חכמי לב המה יתנו עדיהן ויצדקו ומובטחני כי באורך הזמן כבר נעשה המעשה ע"י חקרי לב רבים וגדולים כאשר כתבו שיש בידם מגדולי הדור בכחא דהתירא דעדיף וכדי הם לסמוך עליה בלעדי ואולי יחנן ה' צבאות עוד על מי מנוחות יושיבנו ויזכני לעבדו באמת וללמוד וללמד תורתו כאשר עם לבבי ואשנה פרק זה וה' יחנינו דעת ומזימה כנפש עבד לעבדי ה' חלוש המזג: הק' צבי הירש חונה פה ק"ק ברלין: שאלה מד מה שכתבנו להגאון מוהר"ר רפאל האב"ד דק"ק אה"ו יע"א על תשובתינו שהשיב לנו כאשר נדפס בחיבורו ושב הכהן סי' ל"ז: וזה יצא ראשונה כתב מר וז"ל והנה מה שרצו הרבני' כו' לצדד להתיר משום דאין לומר בכה"ג אדם יודע כו' לפע"ד אין להתיר מטעם זה ואפילו לעשותו סניף כיון שבנ"ד הקטן קידש בעצמו עכ"ל הנה דעת הגאון מופת דורינא אב"ד דק"ק פראג (עיינ בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא ובתשובות הקודמין) ולענין דינא גם אנחנו בתשובתינו הראשונה כתבנו שבנ"ד שהקטן קידש בעצמו אין לחוש כלל וגם הזכרנו דעת הראב"ן ב כתב מר להשיג עלינו במ"ש די"ל כי תיקנו רבנן קדושין בקטנה דוקא בעודן בקטנות אבל לענין אחר שנתגדלה לא תקינו כלל כיון שאז יכולין להיות קידושי תורה וכוונתינו מבוארת דאם בעל אחר שהגדילה הוי כאלו בועל בלא קדושין כלל והוי בעילת זנות אם אין בדעתו לקדשה בביאה זו וע"ז השיב מר שהוא שלא בדקדוק ודאי א"ל דפקע קידושין דרבנן אלא כיון שיש בידו לקדש קידושי תורה אמרינן שבעל לשם קידושין גמורים

דאורייתא שוב ראיתי בתשובת הריב"ש סימן קצ"ג בסופו שכ"כ להדיא עכ"ל והדברים מתמיהים שהרי האדם יראה לעינים בתשובות הריב"ש הנ"ל כמו שכתבנו שהרי כ' וז"ל ומה שאמרו בפרק המדיר הטעם משום דאין אדם כו' לא שעד עכשיו היתה בעילת זנות אלא שמכאן ואילך כיון דשניהם גדולים ואפשר בקידושין גמורים אם לא היה דעתו לקידושין גמורים היה בעילתו ב"ז והוא כדברינו אלא שכ' שם עוד א"נ דביאת זנות לאו דוקא אלא דקרי הכי לפי שאינה מקודשת מדאורייתא וכלשון הזה כתבנו גם אנחנו בשם חידושי הרא"ה דכל אדם רוצה שיגמרו נשואיו שיהיו קידושין דאורייתא ואח"כ כתבנו ועוד י"ל דאף כי תקון רבנן כו' שדברינו ממש כדברי הריב"ש ז"ל: ג כ' מר דאפילו אם בעל פ"א כשנתגדל שלא בעדים אמרינן דמסתמא לא היה לשם קידושין והביאה ראשונה שהיתה ע"י יחוד בעדים היה לשם קידושין וכל מדות חכמים כן הוא.

הנה הדברים מתמיהים דהא ודאי כל שבעל בלא עדים יעשה בעילתו זנות א"כ אינו מקפיד על ביאת זנות אפ"י יש כאן עדים ל"ח לקידושין כמ"ש בתה"ד סי' ר"ט ולדחות ולומר דהתה"ד לא מיירי אלא דוקא שזה פרוץ בזנות אין נראה כמבואר למעיין בשו"ת דרכי נועם במה שהביא שם בשם תשובות מהר"י בן לב.

ומ"ש בענין מ"ש שהריב"ש חולק עם הרשב"א וע"י כ' מר דליתא שבאמת הריב"ש מיירי שנשא בנימוסי הגוים כו' הנה גם אנחנו כתבנו כמו כן בתשובתינו השני' שהארכנו הרבה בזה וגם הבאנו לראיה ממש אבל המיחד עם אשה כו' וכדברי מר ממש והרחבנו שם הביאור מה שנראה מדברי הטור סי' קמ"ח שחולק עם הרשב"א בענין גט ישן ומחלק בין ארוסה לנשואה ודוחק לומר דשם קאי אגט ש"מ ואין כאן מקום להאריך ד ומ"ש בדברי הד"מ בסי' תקמ"ט עדיין צ"ע גדול בר"ן פרק כל הגט לא נזכר כלל מדין זה גם בסוף פרק הזורק לא כתב כלל מזה ומה שכתוב בסוף פרק הזורק כו' וזה פשוט גדול שא"א לטעות כלל כו' ולענ"ד תמוה דודאי לא יעלה על הדעת שהד"מ כיוון לדבריו אלו שכ' הר"ן בסוף פרק הזורק ולהדיא כ' זה בשם הר"ן פרק כל הגט וכן הוא באמת שם בר"ן ובמתני' דהכותב טופסי גיטין בסופה וז"ל דהתם הוא בנתיחדה בעלמא אבל הכא כיון שנשאת ודאי נבעלת חשבינן לה ובכי הא אמרינן דאינו גט עכ"ל ופשוט שלזה כיוון בד"מ וכדברי הר"ן הללו כתבו גם התוס' והרא"ש ביבמות דף נ"ב והתוס' בגיטין ג"כ אלא שקושי' הב"ש צ"ע לכאורה על הרמ"א שאין הגה זו ענין לכאן כלל.

ומ"ש מר להביא ראיה מדברי התוספות ביבמות דף י"ב לשיטת הרא"ה נלענ"ד שהתוספות רוצים ליישב אפ"י אם נדמה הך דהכא לסבלונות שמבואר במרדכי ובטור סי' מ"ד לשיטת ר"ח דחוששין שמא כבר קידשה בפני עדים והלכו להם למה"י וא"כ ה"ה הכא כיון שילדה ע"כ שבעל ויש לנו לומר שהיו שם עידי יחוד ולא דמי לנ"ד משום דכאן מחזיקינן איסורא ואמרי' להיפך דשמא לא היה לו ע"י ולא בעל ובלא"ה כבר הוכחנו מכמה פוסקים דבנ"ד ל"ח שמא בעל בעידי יחוד ויותר מזה הארכנו בתשובתינו השני' דבכה"ג דהכא י"ל דע"כ לא אמרו אין אדם עושה כו' משום דלא שביק היתרא ואכיל איסורא והיינו דוקא כשיש עידי יחוד לפנינו וכן האריך בזה הגאון ממיץ.

וא"כ בנידן דידן איכא תרי ספיקי שמא לא בעל כלל מחמת שלא היו ע"י ואת"ל בעל שמא אעפ"כ לא היה שם עדים שיצרו תקפו ובעל דע"כ לא כתב הרמב"ם אלא שחזקה

על כל איש מישראל הכשרים שאינו עושה ב"ז כל שבידו לעשותה בעילת מצוה הא לא"ה לא משא"כ בההיא דהתוס' שילדה א"כ י"ל שמא היה שם עדים באמת בשעת הביאה.

וגם י"ל דדברי התוס' אלו הם דברי הרשב"א הידוע בכל התוס' ואזיל לשיטתו בתשובת מיימוני שמספקא ליה דילמא דבר שסתמו כך כאלו איכא עדים דמי והרמב"ן ביבמות באמת כתב בד"ה קודם הזמן הזה כו' כגון שנשאת קטנה ואחר הזמן הזה אנסה אחר חופתה שלא לשם אישות כו' (וע"ש כי המג"י שהג"י שם שפירש שבעל טעה כי לא ידע פירוש תיבת אנשא ובאמת צ"ל אנסה והיינו שלא היו שם עדים וא"כ ממילא הוא שלא לשם אישות): ה"מ"ש לסמוך על ההיתר דלא נבעלתי ומדמה לה להיא אומרת לא קדשתני בתשובתי השני' הארכנו שצ"ע לכאורה לסמוך על היתר זה דהרי אף אם נאמר דהכא לא הוי איתחזק איסורא עכ"פ איתחזק היתרא ודאי לא הוה וחזקת פנויה אזדא ליה במה שנתיחדה עמה פעמים רבות וא"כ אין דמיון לאומרת לא קדשתני דאיכא חזקת פנויה ואפילו בשותקת אם לא נימא דכהודאה דמיא אינו נאמן משא"כ כאן והדבר מבואר בר"ן בפרק האומר התקבל גבי האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה כו' דאין הקרובות נאמנות לומר לא נתקדשנו משום דהוי דבר שבערוה ואף על גב דלא איתחזק איסורא אין ע"א נאמן ע"ש ואף הרמב"ן י"ל דע"כ לא קאמר התם דעדות הקרובות מהני היינו משום דבאות לפנינו לב"ד ומסייע להו חזקת פנויה ומאי דקאמר לא איתחזק איסורא ל"ד דה"ה אם איתחזק היתרא ע"י אמירתן וראיה מזה שהרי הרמב"ן ריש גיטין כתב ג"כ בדבר שבערוה אפי' לא איתחזק איסורא אין ע"א נאמן ע"ש ואמנם במהרי"ק שורש דעתו דכל היכא דלא איתחזק לא איסורא ולא היתרא ע"א נאמן ודחק לפרש דברי התוס' בריש גיטין וגם בתשובות מיימוני ובהגהות מרדכי בקידושין ר"פ האומר מבואר דנאמן ע"ש גבי שליח שטעה ואמר לי ואנחנו הארכנו לברר שלכאורה נראה עיקר כהרמב"ן והר"ן דהרי ילפינן דבר דבר מממון ובממון ג"כ היכא דליכא חזקה אין ע"א נאמן וראיה לזה מ"ש ביבמות דף כ"ח סימנין וסימנין וע"א ע"א כמאן דליתא דמי ויניח ולדעת הנימוקי יוסף אפילו שבועה א"צ ואיך שיהיה עכ"פ לדעת הרמב"ן והר"ן שאין ע"א נאמן א"כ פשיטא דבע"ד לא מהימן ואינה נאמנת לומר לא נבעלתי ואם כן נפלנו ברברבתא להכריע נגד הרמב"ן והר"ן ז"ל: ומ"ש לתרץ עפ"י קושיית הרשב"א בענין מיכל איך הותרה לדוד הנה בעינינו יפלא שאם באנו לומר שקטנה היתה א"כ י"ל שעדיין היתה קטנה כשהחזרה לדוד ואע"פ שכתב רש"י ששהתה אצל פלטי שנים רבות מ"מ הרי לפי מאי דאיתא פרק בן סורר שדוד נשא בת שבע כשהיתה בת שש שנים וא"כ לק"מ בלא"ה ועוד דשמא לא הביאה סימנים עד אותו זמן שהחזרה לדוד ואמנם נלענ"ד להוכיח דע"כ מיכל נערה היתה שהרי בילקוט שם איתא וייקר דוד מאוד מלמד שנתייקר שמו בהלכה כיון ששמעו פלשתים שנשא דוד אשה שמחו אמרו כתוב בתורה ואיש כי יקח אשה חדשה כו' והם לא ידעו שדוד חכם גדול בתורה ודרש ה"מ לדבר רשות כו' ואם איתא דקטנה היתה ה"מ למימר שדוד חכם גדול היה ודרש אשה ולא קטנה כמבואר בדוכתי טובי אע"כ דנערה היתה בשעת נשואין וקשי' ליה לרשב"א שפיר ובלא"ה י"ל דהרשב"א אזיל בשיטת הרמב"ן רבו דע"א לא מהימן בדבר שבערוה וגם דבכי הא אפילו מהרי"ק מודה דהוי כמו איתחזק איסורא ועוד דאכתי לא

הועיל מר בתירוצו למ"ד דס"ל פלגינן דיבורא וגם דעדיין קשה לדעת הרמב"ם דס"ל דקטנה ג"כ אסורה לבעלה אם זינתה וא"כ מוכרחין אנו לתירץ הרשב"א ועי' ברד"ק שהוא ג"כ מתרץ קושי' זו ודבריו צ"ע אכ"מ: ז הקשה מר על תירוצו של הרשב"א שכתב שלא בא עליה פלטי כו' וע"ז כתב דהא קיי"ל ניסת אע"פ שלא נבעלה אסורה כמ"ש הרא"ש והריב"ש כו' הנה מה שנרשם בש"ע הרא"ש הוא ט"ס שלא נרמז זה בדברי הרא"ש כלל ומ"ש בד"מ וכ"כ הרא"ש ז"ל צ"ל וכ"כ הרי"ט שכן מבואר בריב"ש תק"ח ואולי כיוון להריטב"א שהביא כן הנ"י בשמו ולעיקר הקושי י"ל דבאמת גם הרשב"א מודה לסברת הריטב"א אלא שכיון שדבריו אלו גזירת חכמים הוא בימי דוד עדיין לא גזרו זה ואדרבא על הרשב"א סי' אלף קפ"ט קשה דמה ענין קושיה זו לנדון דידיה דשם האיסור משום גזירת חכמים ועיקר הקושי גבי מיכל היא דאפילו מדאורייתא ליתסר וכמ"ש בס"י י' ומ"ש מר עוד דמ"ש מב' עדים דפסקי' דאפ"ה אסורה ואיך כתב הרשב"א לתרץ דנישאת ע"פ הוראת ב"ד וכן הקשה בט"ז (וע"ש שתמה על הרשב"א דהסוגי' מלאה פ' כ"ג דלא בא עליה פלטי הנה הרשב"א סי' כ' תירץ זה ובס"י קפ"ט דחיקא ל"י לומר שעשה ע"פ נביא וכן מ"ש למה הצריכה תורה קרבן לצבור כו' האדם בשבועה פרט לאנוס צ"ע דאין זה דמיון לכאן ואין פנאי להאריך) ולענ"ד בלא"ה לק"מ על הרשב"א לשטתו שכ' בחידושי ביבמות דף צ"ה הטעם דקנסין לה בב' עדים משום דלא דייקא ולא משום חשש שמא יאמרו כו' הלכך שפיר כ' בההיא דסי' אלף קפ"ט שהיא נדונית כמזידה וקנסין לה מה שלא עשתה שאלת חכם ולא דייקא משא"כ בעובדא דמיכל כיון שהורו לה ב"ד של שאול שדעתה אמלוח מאי הו"ל למיעבד והרי ב"ד של שאול הוא ב"ד הגדול באותו שעה וכי יש לה לחזור ולשאול פי ה' בבתי מדרשות של שמואל הרמתי וכה"ג משא"כ בעדים אכתי הו"ל למידק והיה מתגלה לה שבעלה חי ולכך גם רמ"א הביא דין זה להלכה היכא שהורו לה ב"ד בטעות וניסת דלא תצא דאין לך אלא שופט שבימיך: אמנם לכאורה צ"ע על רמ"א שהרי איהו ס"ל דטעמא דתצא מזה ומזה משום שמא יאמרו גירש זה כו' ועי' בב"ש סי' קנ"ט וס"ס ט"ז שפוסק כהרא"ש.

אך ז"א דאף לשיטת הרא"ש הטעם משום קנס חיישינן שמא יאמרו גירש וכמבואר בפוסקים משא"כ היכא דליכא קנס לא שייך זה ואמנם בדברי מהרי"ק בתשובה מבואר שם דפליג על הרשב"א והביא ראיה דאפ"י בב' עדים לא אמרינן מה הו"ל למיעבד ועוד דגם כאן שייך דווקא ע"ש וכבר רמז הב"ש לתשובת מהרי"ק הלזו ואין פנאי להאריך ומ"ש מר על הרשב"א דמה ענין קרקע עולם לכאן יראה לענ"ד דזה נכון ע"פ מה שמבואר באהע"ז סי' ק' ע"ש בב"ח ובחלקת מחוקק: ומה שהאריך בענין אם נאמנת אשה לומר לא נבעלתי היכא שנבעלה מכבר והביא זה מסוטה ומנדה.

הנה נחזי אנן בההוא דמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי דאמרינן הן הן ע"י כו' ומבואר בתשובות מיימוני הלכות אישות סי' א' דהוי ודאי גמור וכן בההוא דגט ש"מ אע"פ שכבר בעל וכן בההוא דקטנה שלא מיאנה לשיטת הרא"ה אנו אומרים דכ"ע סהדי ואם איתא שנאמנת לומר להיפוך איך שייך בזה כ"ע סהדי וגם ראייתו מהתוס' דסוטה צ"ע ועכ"פ לכאורה נראה משיטות הפוסקים שאין לבנות יסוד על היתר זה אם לא לדעת הרמב"ם והרא"ש דס"ל דהוי ספק והדבר צ"ע.

ומה שהאריך מר לתקוע מסמורת בהך דהחזקה דרבא אין כאן רק ספק ואם לא בעל אפ"ל לא בדקו כלל נמי לא חיישינן שמא היה לו ב' שערות משום דלא הוי רק ספק. הנה המעיין בדברי הרשב"א בת"ה הל' נדה בדיני כתם שכתב וז"ל אע"פ שקטנה שהגיעה לכלל שנותיה חזקה הביאה סימנים כדרב כו' ה"מ בדבעל אבל לא בעל לא כלומר הואיל וליכא לספוקי בספק דאורי"י ובכתמים דספיקא דרבנן הוא אין חוששין שמא נשרו ואלא מיהו היכא דלא בדקו חזקה הביאה סימנים ואפילו למיאון וכדרבא ועיין ברשב"א חולין דף י"א שכתב גם כן טעמא משום דאין סומכין על החזקה היכא דאיכא לברורי וכ"כ הט"ז באהע"ז סי' טעם זה ג"כ ועיין במ"א.

ועיין בב"י ביו"ד סי' ק"צ שכתב כלשון הרשב"א כתב גם הרבינו ירוחם וכן פסק שם הטור והש"ע דדוקא אם בדקו ולא אשכחיה אין חוששין אבל כל כמה דלא בדקוהו חוששת לכתם דמסתמא הביאה כיון שהגיע לכלל שנותיה (והמעיין בדבריהם יראה שאין מקום לדחוק ולפרש בדבריהם דדוקא באפשר למיבדקיה אז אם מוצאת כתם חוששת לו הא לא"ה מקילין ועוד דשם אין טעם לדבר זה כלל) ולפי זה לכאורה הטור והש"ע דבריהם סותרים זה את זה שהרי בח"מ סי' ל"ה משמע בדבריהם כדעת הרא"ש בתשובה כלל ל"ג דמשמע דדוקא אם בדקוה מהני עדותו כשנמצא עתה ב' שערות וצ"ל דס"ל דגבי חזקת ממון לא אמרינן חזקה זו וכן לענין חליצה כיון דאיכא חזקת איסור לשוק לנגדה גם מ"ש בדברי הש"ג שמה שהוסיף הסמ"ג לומר בשם ר"ת דאפילו לא בעל אחר זמן אין בודקין אותה הטעם דאע"ג דהוי ספק דרבנן אפ"ה חיישינן משום דהוי ספק מחסרון ידיעה ואינו ספק לענ"ד לא משמע כן שהרי גבי גבינות בסימן פ"א חשבינן זה לספק אע"כ כמ"ש הט"ז ביו"ד סי' צ"א דהיכא דהספק הוא לכל הדור אזלינן בתר ספק חסרון ידיעה ג"כ וה"נ דכוותיה וגם דברי התוס' בב"ב פרק מי שמת בשיטת דבריהם מורה דס"ל דחזקה דרבא בא מהני אפילו לגבי חזקת ממון וא"כ לכאורה אין לעשות מזה ס"ס כלל.

ועוד נלענ"ד דלא שייך בכאן לס"ס כלל דילמא לא בעיל ושמא לא הביא שתי שערות משום דהא ודאי אמרינן דבעל עכ"פ בקטנות וא"כ עיקר הספק אם בעל משהגדיל או לא בעל משהגדיל וא"כ אין זה ס"ס כלל כיון שבספק דילמא בעל ע"כ כוונתינו משהגדיל בעל דעל בעילת קטנות אין כאן ספק ואין נפקא מינה כלל והוה שם ספק חד דסוף סוף בקטנות בעל ומשהגדיל לא בעל ואפ"ל אם נאמר דזה הוי ספק ספיקא מ"מ נראה דאין לסמוך ע"ז להקל משום דאם נאמר שעדיין לא הביא ב' שערות א"כ י"ל להיפך כיון שהגיע לכלל שנים ולא הביא שערות שמא הוא סריס ונעשה גדול מבן י"ג שנה וליכא למיזל בתר רובא משום דיש כאן ריעותא שלא הביא ב' שערות בזמנן וכמבואר בב"ש סי' קנ"ה ס"ק י"ט ע"ש וא"כ יש כאן ס"ס לאיסור אם נאמר שבעל חדא שמא היה גדול והביא אז ב' שערות ואת"ל לא הביא שמא סריס הוא לגמרי ועוד י"ל שלא להתיר מטעם ס"ס זה משום שזה אפשר שהוא בעולם למחר ובא בפנינו ונמצא בו שערות והרי אתה מקלקלה ובניו ממזרים: ומ"ש בענין חופה קונה ופירשנו הטעם בר"ן משום איסור יחוד ע"ז כתב מר כי דברי הר"ן משמע להיפך ומטעם ס' קאמר שמא נתכווין לקנות בחופה זו הדבר תמוה שהרי הר"ן כ' לחלק בין ביאה לסבלונות משום דבסבלונות מחית אינש נפשיה לספיקא ואמרי' שע"ד קידושין הראשונים שלח משא"כ

בביאה וא"כ מדוע בסבלונות נאמר שמא כיוון לקדשה בסבלונות אלו אלא ע"כ כל היכא דליכא אסורא מחית נפשיה לספיקא ועושה ע"ד קידושין הראשונים וה"ה בחופה אם לא מטעם יחוד או מטעם אחר שכתבנו מכיון שכנסה לביתו מסתמא מבטל התנאי ודמי לחזקה דאין אדם טורח וכו' דמה"ת נאמר שמא ביטל התנאי ונתכווין לקנות בחופה זו שמא גם חופה זו ע"ת כמו הקידושין: שוב ראינו שהרגיש מדברי הר"ן וכתב דהר"ן האמת נקט דאין בסבלונות חשש איסור אבל לדינא אין לחדש ותימא דאדרבה מנ"ל להר"ן לבדות מלבו ולחלק בין חופה לסבלונות ולהוכיח דהרמב"ם ס"ל חופה אינה קונה דהרי גבי תנאי מהני כנס לבד ובמלוה לא מהני אלא בבעל לבד וא"ל דדמי לסבלונות כו' וחזינן דהכריח זה מדגבי תנאי מהני כנס וא"כ נראה מה דכנס דמי לבעל דאמרין בה אין אדם כו' ובאמת איסור יחוד חל גם עלי' ודמי ממש לביאה דאמרין שכיוונו לקידושין ומה שהביא שם מדברי התה"ד.

והנה לפי דבריו שם אין מקום להאמינה שלא נבעלה שהרי טוענת תמורת המנהג שלא נבעלה משהגדיל ובעלמא אמרי' רוב בעילת אחר הבעל ובתשובתינו השני' הארכנו שאין מקום לחששות אלו כלל: דברי זעירא שאלה מה תשובות הגאון מוהר"ר יחזקאל סג"ל לנדא אב"ד דק"ק פראג עיין בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא סי' נ"ב וזה אשר כתבנו לו בענין זה: אל מול הדרת יקרת צפרת תפארה כרוב ממשח הסוכך נזר ועטרה.

העומד לנס עמים נאזר בגבורה של תורה מופת הזמן הגבר הוקם על מרבה המשר' כו' כש"ת מוהר"ר יחזקאל נ"י מה נכבד כו' ראשונה נתקשה לנו קצת במ"ש רבינו דבקידוש סתם יש מקום לחלק בין קטן לקטנה דבקטנה איכא למימר מעיקרא כך תיקנו כו' ולפענ"ד בפשיטות היה אפשר לומר דדוקא בקטנה כיון דהוא גדול ויודע שאין קדושי קטנה כלום לכך אמרי' דמסתמא מתחילה אדעתיה דהכי יהיב וכאלו התנה שיתחילו לאחר גדלות אע"פ שהיא קטנה ולא אדעתיה שכוונתו לתנאי זה מ"מ לא איכפת לן בהכי כיון שעתה משתעבדות בכסף קידושין כמ"ש הרשב"א ומיד כשקדשה בשתיקותה ורצויה סגי כמבואר במהרי"ק שורש למ"ד באורך משא"כ בקטן שקידש דבקטן ודאי לא שייך לומר אדם יודע דע"כ לא אמרינן כן בקידושין אלא כשהגדיל ויודע שאין קדושו הראשונים כלום משא"כ בעודו קטן מאין הרגלים לומר דהוי כאלו התנה וגם לפי מאי דמסיק רבינו בסוף דבריו דדוקא בבעל אמרי' מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו שמסתמא כך היה כוונתו מתחילה שיחולו קידושי כסף לאחר גדלות כו' וצריך להבין דנהי שנאמר דע"כ היה כוונתן לכך מ"מ הרי קי"ל המקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין מנין ידעו העדים שכוונתם לשם כך ונהי דהוכיח סופו על תחילתו מ"מ בשעת קידושין היו עדים סבורים שקידשה סתמא ואין הקידושין כלום וכאשר מבואר בספרו הנחמד ויותר מזה האריך בתשובתו אלינו.

ולפי סברא זו גם בזה יש חילוק בין קטן לקטנה בסתם דדוקא בקטנה דיח כאן קידושין דרבנן גם העדים יודעים כן דדעתו לגרש כשתגדיל ועתה היא משתעבדת בכסף קידושין משא"כ בקטן עכ"פ אינו יודע להעדים ושמא בין כך נתאכלו המעות קידושין וא"ל כיון שהיא גדולה משתעבדת ג"כ על הכסף ז"א דמבואר בת"ה סי' צ"ו דעת הרשב"א ז"ל דקיבל מן הקטן אפילו פשע בו פטור ול"ש לומר שיעבד בכה"ג: גם צריך להבין לפמ"ש

התה"ד סי' ר"ט דל"א מסתמא בעל לפני עדים משום דלאו כ"ע דינא גמירי וסברו דשניהם מודים עדיפא מעדים וע"ש ואף דתה"ד כתב שם עוד סברא להקל מ"מ סברתו הראשונה במקומה עומדת והכי משמע לכאורה מדברי הרא"ה ומיימוני דאל"כ אין קושי' מקטנה דנימא מסתמא העמיד עדים וכן משמע מה"ה מהלכות נחלות ד"ו וכדברו כתב ג"כ היש"ש ביבמות פ"ב סי' יו"ד וא"כ איך נאמר דיש הוכחה מדבעל מסתמא היה כוונתו לשם כך נימא דהוא סבר לקדשה עכשיו בביאה זו לפי דעתו דשניהם מודים עדיפי מעדים ומכ"ש בזמן הזה היה קצת מקום לומר כן כיון שעכ"פ דעת הרא"ה ומיימוני דא"צ עדים כלל כיון דכ"ע חזי כ"ע סהדי א"כ פשיטא שי"ל שלא כיוון לשם קידושין משיגדיל ועתה בעל לשם קידושין בלא עדים: גם צ"ע במ"ש באופן שלדעת קטן שקידש כו' ואפי' כבר הוציאה הכסף קודם שהגדיל כמ"ש הרשב"א בדף ק"ט ולכאורה מבואר ברשב"א שם דע"כ לא קאמר התם אלא בקטנה לאחר שתיקנו חכמים נישואין הרי היא משועבדת בכסף קידושין דאל"כ אינה משתעבדות ד"ת מכי יתן איש פרט לקטן וכ"ש בקטן שלא תיקנו נישואין.

ואפשר לומר דדעת רבינו דהני עדיף טפי כיון שהיא גדולה בשעת קבלה ולדעת כמה פוסקים חייב באבד בפשיעה כמבואר בש"ע סי' צ"ו וגם אפשר לומר לדעת הרשב"א שהביא הש"ך היינו דוקא באבד אפילו בפשיעה משא"כ היכא שנתאכלו שנהנית מאותן מעות הוי כאלו הן בעין בידה. אמנם במ"ל כתב לספק היכא שנתאכלו אי מהני גם צריך להבין מ"ש רבינו לתרץ דברי הרשב"א בדף ל"א לא הקשה רק על לשון רש"י שפי' יחולו ליום המחרת כו' משא"כ בדף ק"ט שלא הגביל זמן ושפתים יושק אמנם לפ"ז היה להרשב"א ז"ל לקיים פירושו של רש"י ז"ל ולפרש דבאמת קידשו שיחולו לאחר שיגדילו ומדברי הרשב"א משמע דמחמת קושיא זו מסכים לפר"ת ז"ל ובאמת ע"כ אין קושיא על רש"י חזקה כ"כ דהרי הש"ס שם אברייתא דר"א קאי דקתני בה חייב ס"ז חטאת ור"א לטעמיה דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכן האי שינוי משני רב עמרם משמיה דרב ורב נמי ס"ל כר"א ואע"ג דמוקמינן לה כר"ש משום הא לא ארי' ומכ"ש לפמ"ש במ"ל דאע"ג דמוקמינן כר"ש אינה ראייה וע"ש באורך גם לא זכינו להבין במ"ש להביא ראייה מגיטין חוץ מקדושי קטן.

ולענ"ד לכאורה אם נחלק בין קטן לקטנה בהתנה היינו משום דבקדושין אמירה בעינן ואטו אמירת קטן ממש' אית ביה ומעשיו אינם כלום משא"כ בגדול שקידש הקטנה כיון שדעתו שיחולו לאחר גדלות אז בשתיקותה ורצויה סגי וא"כ באמת גם קטנה לאו בת הויה הוא כלל ומעשה קטן בעלמא עבדו במה שקיבלה הכסף ועיקר הקידושין חלין בגדלות.

גם יבאר לנו רבינו בענין מ"ש שהריב"ש בס"י ו' חולק דוקא על הרא"ה ששם לא היה קידושין מקודם כו' שהרי הרא"ה גם בפחות מש"פ סובר כן כו' ובאמת לא מצאנו להרא"ה שיסבור כן רק בקטנה שהגדילה כמבואר בהרא"ה לכתובות. וגם הריב"ש בב' מקומות הביא כן בשם הרא"ה ועיין בשיטה מקובצת מ"ש בשם הריב"ש ז"ל וגם יבאר לנו רבינו במ"ש דהבאת שערות לא מקרי מחוסר מעשה משום דדרכן לבא בזמנם ואפי' בדיקה ל"צ מחזקה דרבא והדבר צ"ע דמ"ש מפירות דקל דעבידי דאתי ואפ"ה הוי

דשלבל"ע והרשב"א בקידושין כתב דעדיף מהיתה אשתו מעוברת כו' משום דזימנין מפלת משא"כ פירות דלא נתרו כולהו ע"ש.

אמנם יש לחלק דהא ודאי דשערות אין מתחילין להצמיח ונגמרים הכל ביום א' אלא מעט מעט וכשמגדילין נגמרים לגמרי וא"כ דמי למאי דאמר' התם דבהבאת שליש בשחת הוי דבר שבא לעולם וכן להרמב"ם הוכר עוברת מקודשת א"כ כיון דעכ"פ קרוב לשני גדלות איכא מידי דמינכר וחשוב מהני ועי' בפ"י לקידושין ואפשר דלכוונה זו כתב רש"י ביומא דמשלם י"ב דאז בודאי יש מהשערות מידי דמינכר משא"כ קודם לכן משא"כ בפירות דקל שאין רישומו ניכר עדיין כלל: ולפ"ז לכאורה בזמן הקודם דאיכא למימר דעדיין אין שם שערות כלל לא מהני אמנם רבינו כבר כתב דהרי הכל תלוי בזמן דבשנת י"ב ויום אחד עכ"פ נעשה גדול.

אמנם מדברי מהרי"ק שורש פ"ט נראה שדעתו דמחוסר זמן כמחוסר מעשה כו' ואע"ג דהתם תלוי הדבר במיתה והוי כמו לאחר שימות בעלך ז"א דדוקא התם שתלה לאחר מיתה משא"כ כאן בשעה א' קודם מיתה. ועוד דא"כ לא הוי מייתי מהך דפסחי' ומתו' כתובות וכן יש להוכיח מהרשב"א קידושין דאל"כ לא הוי מקשה מהקדש לאחר ל' בבעי' דר"א וע"ש.

עוד צ"ע במ"ש רבינו דהוי ס"ס ונ"מ לכ"ג אם שייך זה בבוגרת דבלא"ה פסולה לכ"ג וגם כיון שאפשר היה טבעת שאולה ואפי' אם הקנה לו אבי הכלה לדעת הפוסקים דקטן אינו זוכה רק מדרבנן וכשהגדיל אין הכסף ברשותו וא"כ שוב הוי ס"ס דרבנן כמ"ש הש"ך בכללי ס"ס וגם הדבר תלוי בפלוגתא דהב"י ורי"ו במעמד שלשתן אי קידושין דאורייתא וגם לפי הנשמע לפי דברו שדעתם לעשות סעודה וכיוצא בזה בב"מ גבי אנשי אלכסנדרי' דף ק"ד ואפי' לא נכתב כאלו נכתב וכ"כ התשב"ץ בתשובה.

ע"כ אשר כתבנו להגאון ז"ל ועיין תשובתו ע"ז בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא סי' נ"ד: שאלה מו זה כתב ידו של אבא מ"ו הרב ה"ה ז"ל לכבוד הגאון ז"ל בענין הנ"ל על תשובתו הנדפסת בנ"ב מהדורא תנינא סי' נ"ד מופת הדור והדרו נר ישראל ואורו רשכבה"ג כו' מוהר"ר יחזקאל הלוי שי': פתח דבריו יאורו וז"ל ראשית דברי בני כו' ולהסביר קצת יותר אני אומר שגם בתנאי הטעם דמהני קיום התנאי אח"כ משום דאמרינן דמסתמא בשעת קדושין היה דעתו שיתקיים התנאי ומתחלה מכוונים שיקיים התנאי שאין אדם עושה דבר לבטלה כו' ולענ"ד קשה על טעם זה דעדיין במה יוודע לעדים שיתקיים התנאי ובשלמא בדבר שתלה בדעתו או בדעתה שפיר נוכל לומר כן אבל בתנאי התלוי בדעת אחרים כגון ע"מ שירצה אבא וכה"ג וכן בתנאי דאם מתי שלא תלה אלא במי שחיינו ומותו תלוין בידו וכאלה רבות ולשיטת מר אליבא דמהר"מ מדוע הוי קידושין או בגיטין הוי גט נימא דעדים מוקמי לה אחזקה דפנויה שמסתמא לא ירצה האב ובגיטין אחזקת א"א ודוחק גדול לומר מדחזינן שקידשה על תנאי זה מסתמא היה נכון לבו בטוח שודאי יתירצה ולענ"ד היה אפשר לומר דבתנאי שאני דע"כ לא אמרינן התם דמקדש בלא עדים אינו כלום ולשיטת מהר"מ אפילו בספק לעדים אלא בכה"ג דקרוב לו כן שהספק נופל בגוף הקדושין וא"א להיות ממש הקדושין אלו אם לא כשהיו קרוב לה וכיון דספק בדבר אינו כלום משא"כ בתנאי כיון דבאמת מעשה הקדושין נגמרו

בעדים כשרים ויש כאן מעשה הקדושין בבירור אלא שהוטל תנאי בדבר והרי אם היה רוצה היה מקדש בלא תנאי וכיון שמעשה התנאי הזה בדעתם הוא תלוי לא איכפת לן בספיקא אם יתקיים ועוד שהרי הרמב"ם ז"ל ס"ל דאם ביטל התנאי בינו לבינה מהני וע"כ דס"ל דאין זה גמר הדבר וכמ"ש הרא"ש פ"ב דקדושין לתרץ דברי הרמב"ם שפסק דאין שליח הקדושין צריך עדים משום דדוקא בגמר הדבר שנאסרת לכל אדם צריך עדים ודוקא נתינת הקדושין גופייהו צריכין העדים לידע בבירור אבל לא לענין תנאי שביניהם.

ב כתב מר וזהו הטעם עצמו בקטן כו' ולמה הוא מקדש ועושה ברכת אירוסין כו' מסתמא דעתו שיחולו משיגדיל ותמהני דאכתי לא פלטינן ממבוכה זו דאם נאמר שכוונת הקטן שיחולו משיגדיל פשיטא שהדברים מתמיהין דלמה הוא עושה עתה ברכת אירוסין ונשואין לכשיגדיל היה לו לעשות וזיל בתר טעמא לפי מה שמבואר בפוסקים טעם ברכת אירוסין ונשואין ודאי שיש לעשותם בשעת חלות הקדושין וגם במקדש שיחולו לאחר ל' יום היה נלפענ"ד לעשות הברכות אז והכ' גרע טפי דאין בידו לקדשה עתה ולא מתחילו מהשתא כלל ועי' במ"ל לענין נתאכלו המעות ומכ"ש לפי מה שיבואר דעת כמה פוסקים דיש לברך אחר הקדושין דלמא הדרה בה האשה וא"כ כאן פשיטא שיש לנו לומר שלא יברך אלא בשעת חלות הקדושין שהרי יכולין לחזור ואעפ"כ שפיר הוי עובר לעשייתו וכדי לתרץ מנהגן של ישראל שמברכין תיכף בשעת חופה צ"ל כמ"ש בתשו' מיימוני לענין פחות משוה פרוטה כיון שעשה ברכה אקדושין ונשואין כל דהו כו' וע"ש וה"נ לגבי קטן כיון שנהגו להשיאן סמוך לפרקן אף שאין כאן קדושין דרבנן ואין בהם מועיל מ"מ הרי הקטן כוונתו לקדש ולישא והוא בהיתר אצלו כיון שהוא דרך נשואין וכדעת התוס' וכמ"ש ג"כ הרא"ש ש גבי קטנה א"כ הוי קדושין ונשואין כל דהו משא"כ אם נאמר שלא היתה כאן כוונה לקדש לעת הזאת אף על פי שעתידין לבא לאחר"ז לכאורה אין נכון לברך זמן מרובה כ"כ קודם חלות הקדושין כיון דעתה אפי' קדושין כל דהו לא מיקרי: ג כתב מר וז"ל וקושיא עצמה הקשו ג"כ הני זוגי דרבנן כו' שביארתי דדוקא אם העדים סבורים להיפוך משא"כ כאן שיש ספק אם כוונתו שיחולו אחר גדלות כו' והאריך בזה ובאמת אגב חורפיה ושיטפיה השיג עליהם בזה שהרי מתוך לשונם משמע שכתבו שהעדים הוי סבורים שקדשה סתמא מבואר כוונתם דס"ל דגם כאן לא נפל בספק בלב העדים כלל והיינו משום שמתחלה הקשו לשאול דבקטן ל"ש לומר כאלו התנה ושוב כתבו וז"ל ואף לפי המסקנה דמסיק רבינו לבסוף דדוקא בבעל אמרינן מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו כו' וא"כ ע"כ גם בקטן מסתמא כן היתה כוונתו שסופו מוכיח על תחילתו מ"מ קשה נהי שנאמר שהוא כיוון לזה מ"מ בשעת הקדושין היה העדים סבורים שקידשה סתמא כו' והיינו כיון דאין הכרח ממעשה הקטן עתה שכוונתו לכך רק דמסוף המעשה אנו דנין מה עלתה במחשבה לפניו בתחילה אבל העדים אין לומר שנכנס ספק בלבם על קטן זה אולי כוונתו להתנות כיון דל"ש ביה אדם יודע כו' קושייתם הראשונה והשני' דא ודא אחת היא ד ועוד אני תמה שהרי כשלא בעל לא על צד הבירור אנו אומרים שכוונתו שיחולו לכשיגדיל אלא ספיקא וא"כ כמו כן יש ספק על העדים שמא לא עלה כזאת על לבם ואדרבה רוב העומדים נקרא ונשאלה את פיהם אם נפל ספק זה בלבם רק שמא ימצאו אנשים דאסקי אדעתייהו שיש כאן עסק

קדושין לכשיגדיל ואל תאסרנה מספק וגם איך נאמר בבעל בלא עידי יחוד מסתמא היתה כוונתו זכר והרי היא עדיין בספק בעילת זנות דשמא לא אסקי אדעתייה אז הוי ביאת זנות ולקמן יבואר באם לא ידעו העדים שהוא קטן: ה כתב מר ואפילו לשיטת מהר"ם כו' וכאן ל"ש זה דהא עדיין הוא בחזקת פנויה כו' והדבר צ"ע דהרי אף בנ"ד עדיין יש לומר כיון דספק להעדים אוקמי לכסף קדושין בחזקתו שעדיין היא ברשות המקדש (משא"כ אם נאמר שכיון שיחולו לאחר גדלות מיד יצא הכסף מרשותו לרשותה לפי המבואר בתשובתו הראשונה דמר דאפילו נתאכלו מהני) ואע"ג דמתנת קטן במטלטלין קיימת היינו דוקא כשנותן לשם מתנה משא"כ כשנותן לשם קדושין ובאמת אינה כלום והמעוות פקדון והנה עיינתי בדברי קדשו בספרו נ"ב סי' נ"ח ד"ה ובאמת ותמיהה לי טובא במ"ש שם דמדברי מהר"ם שכתב אוקמא אחזקה מכלל דאם נתברר כגון שהוא מודה הוי קדושין ומ"ש מהר"ם אפילו הוא יודעית כו' היינו בנדון שלו שלא היה אפי' ספק להעדים אם נפל לתוך חיקה כו' והרי בתשובות מיימוני שם סי' א' מבואר במה שהביא ראייה מהוא אומר קדשתיך כו' דאפילו הוא מודה או היא ומספקא מילתא להעדים לא מהני והיינו כנדון מר ממש ועל זה סובב הולך כל דברי מהר"ם שם וביותר תמוה על השואל שהעתיק מר לשונו דלמה דחוק מהר"ם לאוקמי כגון שא'אומר קרוב לו כו' והלא הם דברי מהר"ם עצמו בתשובה שם שהוכיח כן מדברי הגמרא ולפי פי' רש"י שם ועי' שם.

ועוד קשה לפי פירושו דמר דהעדים מוקמי אחזקת פנויה אכתי הוי מצי לפרש בכת א' שראו בשעת הקידושין על נכון אם היה קרוב לו או לא דעתה מספקא להו איך ראו אז וכה"ג מבואר בר"ן בכתובות לתרץ דברי הרמב"ם גבי א' אומר לא נתקדשה שתי' דלא הוי מקדש בע"א דשמא ידע בשעת מעשה שקרוב לה והשתא טעי וסובר קרוב לו.

(ובאמת נלענ"ד שזה דעת רש"י במה שפי' בכת א' היינו שאחד אמר קרוב לו שהקשה הרשב"א דהוי מקדש בע"א ולפי דברי הר"ן נ"ח) ובזה ל"ש סברת מר דהעדים מוקמי לה אחזקה דפנויה דהא בשעת קדושין היה ידוע להעדים ומטיבותיה דמר אמינא שיש מקום לפרש דברי מהר"ם שכתב אוקמא אחזקה משום דאכתי הוי מצי לאוקמי בכת א' דמספקא להו והיה שם עוד עדים הרבה שראו מעשה הקדושין ושמא לאינך הדבר ברור שקרוב לה לזה אמר דאין כאן בית מיחוש כלל כיון שהעדים שלפנינו מספקא להו מילתא אוקמי אחזקה ואם כן גם הודאתה לא מהני דהוי מקדש בל"ע.

עוד כתב מר דקדושי קטן והעדים לא ידעו שהוא קטן ואחר כך משהגדיל בעל מהני כמ"ש בתשובה בקטן תק"מ לענין קידושי גזל כו' ואני תמה בזה דמה ענין זה לקדושי גזל דהתם שאני כיון דלאמיתת הדבר היה יאוש קודם הקדושין וכסף שלו הוא וגם העדים כיוונו לקדושין גמורים ומה להם להעדים לידע אם הכסף שלו ממש או שהוא של גזל ולאחר יאוש סוף סוף הכסף שלו לקדש בו אשה משא"כ כאן כיון דבאמת העדים אין יודעין שהוא קטן וכסבורים היה שכוונתו לקדשה שיחולו מיד והוא אין כוונתו כן ובדעתו שיחולו לאחר שיגדיל וא"כ על שעת חלות הקדושין אין כאן עדים ואדרבה לדידיה הוי קשיא להיפוך דאיך נאמר כשבעל בלא ע"י מסתמא כיון אז שיחולו קדושי

כסף והרי עדיין מידי עבירה זו לא יצאנו דשמא לא ידעו העדים שקטן היה ואין כאן קדושין ויש להאריך בזה אלא שלפי שראיתי שהחליט מר דבכה"ג פשוט דהוי כמקדש בעדים א"כ אין נ"מ מזה אמנם לדידי מספקא לי טובא אי בכה"ג הוי קדושין בעדים.

כ' מר ומ"ש הני זוגי דרבנן דבקטן ל"ש אדם יודע כו' אני תמה והלא בנדון שלפנינו הוא מופלא סמוך לאיש ואיך אין בו דעת. הנה באמת נלענ"ד לתמוה על סברא זו שנאמר דאדם יודע כו' והוי כאילו התנה והרי משנה שלימה שנינו בקטן שקידש ושלח סבלונות משהגדיל אין חוששין שע"ד קדושין הראשונים שלח ודוקא בבעל דאיכא חזקה דאין אדם כו' ולא מחית אינש נפשיה לספיקא במידי דאיסורא ואם כן בנתינת הכסף קדושין האלו דדמי ממש לסבלונות דמחית נפשיה לספיקא ולא אמרינן בהו אדם יודע ובשלמא בקטנה שפיר כתב הרשב"א בס"ד דש"ס דגדלו בהדה משום דהוי כאלו התנה הרי את מקודשת לי לאחר גדלות י"ל כאשר חילק מר משום דהתם כך היתה תקנת חכמים כו' ואע"ג דהדר ביה מר מההוא בתשובותיו על השגת אחי הגאון מזעבאריש באות ט"ו משום דא"כ כשגדלה ולא בעל אפילו ספיקא דאורייתא נמי ליהוי אמנם לענ"ד משום הא לא ארי' ויבואר אי"ה לקמן משא"כ בנ"ד רואה אני הדברים ק"ו דהרי התם בסבלונות כבר הגדיל אפ"ה אמרינן שע"ד קדושין הראשונים שלח ק"ו כאן שבעת נתינת הקדושין אף אם נאמר שיש בו דעת הרבה עכ"פ אינו גדול ממש ואמנם לכאורה היה מקום לומר דדוקא בסבלונות כיון דחזינן שכבר טעי וקידש בקידושין שאין בהם ממש י"ל שעדיין עומד בטעותו ושולח ע"ד קידושין הראשונים משא"כ היכא שאין רגלים לדבר לומר שטעה בזה מסתמא נתן שיחולו בגדלות וכן משמע מדברי הרשב"א בקידושין גבי מקדש בפחות מש"פ ושלח סבלונות אמנם לא משמע כן מדברי התה"ד סי' ר"ט שכתב דטעי וסבר דשניהם מודים עדיפי מעדים והביא ראיה ממקדש במלוה ובעל ואם איתא לחלק כו' אין הנדון דומה לראיה ועוד נלע"ד דבקטן לא שייך כלל לומר מדחזינן שטעה בעודו קטן וטעה גם אחר שיגדיל א"ו דעיקר טעמא כיון דליכא כאן מידי דאיסורא מחית נפשיה לספיקא.

וממה שעושה ברכת אירוסין ונישואין כבר מבואר שאין זה ראיה ומכ"ש לפי סברת ה"ה דבאיסור דרבנן לאו כולהו אינשי זהירי ומכ"ש בנדון זה שעדיין אינו איש לכל דבר: ה' ועוד קשיא לי דאם נחלק ונאמר דבקטן שאינו מופלא סמוך לאיש לא הוי כאלו התנה לא הוי צריך מר לדחוקי דמתני' וכן קטן שקידש מיירי בשטר או בביאה כמבואר בתשובתו הראשונה והלא בפשיטות הוי מצי לאוקמי אפילו בקדושי כסף רק שאינו מופלא וזה מרווח יותר מלומר דלא מיירי בקידושי כסף דהא סתם קידושין בכסף הם כמ"ש התוס' בקידושין דף ו' הגם שיש מקום להשיב לפמ"ש למעלה באות ז ולפי שאינו מעלה ומוריד בעיקר הדין קצרתי בזה.

וגם צ"ע דהיאך נאמר במופלא סמוך לאיש שיש בו דעת והרי הרמב"ם פרק ה' מהלכות אישות נתן טעם לקטן שאין נעשה שליח לפי שאין בו דעת וגם מופלא סמוך לאיש נכלל בכלל הזה וכן משמע במאי דקאמר הש"ס בגיטין בשלמא חש"ו דלאו בני דעה נינהו וע"כ צ"ל דגם במופלא אין בו דעת גמורה וכמו שיבואר לקמן ומנלן לחלק מדעת עצמינו דלענין זה יש בו דעת לקדש עד שיחולו משיגדיל ומי איכא מידי דאנן לא ידעינן והוא

ידע שהרי לפום ריהטא עכ"פ תליא באשלי רברבי רש"י ותוספות ורמב"ן ורשב"א ורוב המורים במדינתנו לא עלה על לבם זה רק מר המציא חומרא זו ואנן ניקום ונתלי זאת בדעת הקטן.

ומ"ש מר דכשבעל ע"כ מוכרח שמתחלה היתה כוונתו כן כבר ביארתי באות ג' דבבעל עיקר הקושיא דהרי העדים לא ידעו שיבעול ולא מסקי אדעתייהו שכוונתו שיחולו כשיגדיל והוי מקדש בלא עדים: ט האריך מר מדוע לא יוכל הקטן לקדש ד"ת דהוי דעת אחרת מקנה אותו כו' ונשא ונתן הרבה בזה ולבסוף העלה והביא משום דכי יקח איש פרט לקטן ואתמהה מה צורך לאריכות והדבר מפורש ברש"י בכתובות דף ע"ד ע"ב קטן לאו בר קיחה היא דכי יקח איש כתיב והביאו הב"י ג"כ בריש סימן מ"ג ויעויין בתשובות ר' בצלאל אשכנזי סימן ד' שהאריך במה דסתר דברי רש"י אהדדי יעו"ש ואין להאריך: עוד כתב מר דביבמה שבא עליה קטן בן ט' לדעת רש"י שקונה מן התורה אע"פ שלא בא עליה אח"כ מ"מ מיד כשהגדיל הבא עליה חייב מיתה כו' והדברים עריבים לאוזן שומעת והוסיף עוד והוכיח זה מדברי הרמב"ם שכבר ביארתי בחיבורי שדעתו כדעת רש"י כו' ועיינתי שם וראיתי שהוכיח זה דאם איתא שאינו קונה מן התורה איך כתב הרמב"ם ואם היה מזידין מכין אותו מכת מרדות ואמאי ביבמה אפילו מלקות גמור יהא חייב כו' ולכאורה לפי מה שדקדק בתשובה זו דלמה פלגינהו לתרי בבי יש מקום לומר דבאמת הרמב"ם ס"ל דאין קונה רק מדרבנן ולכך פלגינהו לתרי בבא משום דבעי למיתני סיפא ואם היו מזידין מכין מכות מרדות וביבמה אפי' מלקות גמור חייב ולפיכך תני לה לבבא בפ"ע ודבר זה פשוט הוא ומבואר בדוכתי טובי ברמב"ם דיבמה לשוק חייב מלקות ולא הוצרך להשמיענו בכאן אמנם אף אם נניח זה ונתפוס דהך סיפא דמכין מכת מרדות קאי גם איבמה אף על פי כן נלענ"ד דהרמב"ם אזיל לשיטתיה שפסק פט"ו מהלכות אבל דכל חייבי לאוין אין לוקה אלא א"כ קידש ובעל וכן מבואר ברמב"ם פ"ב מהלכות יבום הנושא את היבמה ובעלה לוקה וכן מבואר בלשונו הלכות סנהדרין ואם כן הכא דבבעל לבד בלא קידושין מיירי שפיר כללינהו הרמב"ם דאין כאן רק מכות מרדות.

יא ולכאורה נלענ"ד לדייק מלשון הרמב"ם דאין קונה רק מדרבנן שהרי כתב פ"ה מהלכות יבום הלכה ק"א קטן שבא על יבמתו ומשהגדיל לא בא עליה צריכה גט וחליצה ואם איתא דקנה מדאורייתא אין הבנה לדבריו אלו שהרי טעמא דגט הוא פשוט ומבואר כיון שקונה מדאורייתא ואדרבה גרועי גרועי רבנן לביאה זו במה שקבעו בזה דין מאמר וה"ט דבעי ג"כ חליצה והיאך כתב הטעם על גט מפני ביאתו שהוא כמאמר ונראה מפשיטות לשון הלז דס"ל דלא קני רק מדרבנן ומה שהקשה מר בספרו מהך דיבמות דקאמר יבמה יבא עליה כל דהו ראיתי שאא"ז מהרש"א הרגיש בזה שם ביבמות דף ק"י ומיישב שם זה לשיטת התוספות דע"כ לא קאמר התם אלא לענין דעכ"פ מוכח משם דאין איסור בביאה זו יעו"ש ואמנם לפי זה לא היה התוספות בקידושין דף י"ט לדחוק בפירוש דברי הש"ס סד"א הואיל ומדאורייתא חזי' לי ולפי הנ"ל בפשיטות יותר יש לפרש דעכ"פ מדאורייתא חזי' ליה ר"ל שאין איסור בביאת קטן ביבמה וס"ד מינא דקני לה ג"כ קמ"ל דעכ"פ לא קני לה יעו"ש ויש לדחות ובשו"ת ר' בצלאל אשכנזי סי' ד' הביא בשם המפורשים שכתב דהך דיבמה יבא עליה אפילו כל דהו אסמכתא בעלמא

הוא: יב כ' מר לפרש בזה דברי רש"י דקטן חידוש הוא שהרי מן התורה היה יכול לקדש כיון שדעת אחרת מקנה כו' והנה מריש הוי קשיא לי דבדבר שהוא חוב לא שייך דעת אחרת מקנה ושוב ראיתי שמר עצמו הרגיש בזה לקמן ואמנם בלא"ה לא ידעתי איך נוכל לפרש כן דעת רש"י כיון דרש"י באמת ס"ל דקטן אין לו זכי' אף בדעת אחרת מקנה אלא מדרבנן ויבואר אי"ה לקמן: יג ועוד היה נלענ"ד דבלא קרא דכי יקח פרט לקטן נמי אין קטן יכול לקדש מדינ' שהרי אין עדות לקטן וכמ"ש הרמב"ם פ"ו מהלכות גירושין שאין מעידין על הקטן ואמנם מר כתב דע"כ לא כתב הרמב"ם אלא בדבר שחוב הוא לו ובמקדש שיחולו משיגדיל זכות הוא לו וא"כ כ"ז במקדש שיחולו משיגדיל שיכול לחזור בתוך הזמן משא"כ לקדש שיחולו עתה ודאי דלא מהני מטעם דאין עדות לקטן שהרי חוב הוא לו והא דאמרי' שאין עדות לקטן היינו מפילו במופלא סמוך לאיש.

והילך לשון הרמב"ם וקטנה אינה עושה שליח לקבלה לפי שצריך עדים ואין מעידין על הקטן לפי שאין בו דעת גמורה והנה הראב"ד השיג עליו דאמאי לא יליף מאתם גם אתם שהמשלח והשליח צריכין להיות בני דעת גם יש לדקדק במ"ש הרמב"ם שאין בו דעת גמורה שתיבת גמורה היא מיותר ע"כ נלענ"ד כוונתו ע"פ מ"ש פרק מהלכות תרומות בקטן שהגיע לעונת נדרים דהיינו מופלא סמוך לאיש תרומתו תרומה ולפ"ז מה שאמרה תורה הכוונה גם על מופלא סמוך לאיש שגם היא תרומתו תרומה וא"כ ע"ז ריבתה התורה גם אתם שיכול לעשות שליח וא"כ איך נוכל ללמוד משם דבגירושין א"י לעשות שליח כיון דבתרומה גופיה הוא יכול לעשות כשהוא מופלא סמוך לאיש ולכן נתן הרמב"ם הטעם לפי שאין בו דעת גמורה אע"פ שהוא מופלא והגיע לעונת נדרים מ"מ אין זו דעת גמורה כגדול ממש ואין מעידין וא"כ אף במקדש שיחולו לאחר שייגדיל אם נאמר דבקטנה לא מהני דהוי דבר שלבל"ע אף בקטן נמי לא מהני שהרי בלא גזה"כ דכי יקח איש נמי אין יכול לקדשה עתה וליכא מידי דהשתא לא מצי עביד ולקמיה מצי עביד אע"פ שנאמר שע"ז ל"ש אין עדות לקטן כיון שיכול לחזור מ"מ עכ"פ דשלבל"ע מיקרי יד פירש מר דברי הרמב"ם בענין חצי' שפחה וחצי' ב"ח דג"כ כוונתו שיחולו לאחר שתשתחרר משום שגם עתה מועילין הקידושין לחייב אשם כו' ואני תמה הא ודאי הא דמחייב אשם הוא משום צד חירות שבה תפסי הקידושין אבל בצד העבדות אין כאן תפיסת קידושין כלל וכיון שהוא רוצה שיתפסו הקידושין גם בצד העבדות לאחר שתשתחרר א"כ הרי הוא מחוסר מעשה ואין בידו לקדשה עתה כלל וכן מבואר בדברי התוספ' בב"ב דף שכתבנו דלאחר שתשתחרר מיירי בחציו שפחה כו' הרי דגם זה מיקרי דבר שלבל"ע והיינו מטעם שכתבתי: טו השיב על דברי אחי הגאון אב"ד דק"ק זבאריז דהביא ראיה מדברי המרדכי בשם תשובת מהר"ם וע"ז השיב דהוי דבר שאינו ברשותו אם לא יבא שערות עד שתבגר ומה שנזכר במרדכי שכבר גדלה היינו שהיא נערה כו' ואני תמה איך אפשר לפרש כן שהרי פטר שם את היתומים דאנוסים הם שמת אביהם קודם שנעשה הקטן ראוי לקדש ואלו היה חי היה מפתה את בתו שתתמצה לקדש לזה וכלשון הזה מבואר בשו"ת מהר"ם בשני מקומות ולשון זה מורה בעצמו שבגרה קודם שנעשה ראוי לקדש דאל"כ הא ודאי שאלו היה חי היה יכול לקדשה לו ואין מוחה בידו.

ולולי דברי מר היה נלענ"ד דליכא כאן משום דבר שאינו ברשותו דא"כ זה גרע טפי דדבר שאינו ברשותו היינו דוקא אם מקנה לכשיבא לרשותו אפי' לר"מ משא"כ כאן

שתבגור קודם א"כ לעולם לא תבא לרשותו אלא נראה דדמי למי שמחייב עצמו ליתן ב' ככרים אם לא ירצה את חבירו לעשות דבר פלוני ואם נעשה באופן שאין בו אסמכתא הא ודאי שמחויב הוא ליתן רק שמתחלה עלה על דעת מהר"ם בתלה התנאי בדבר שלבל"ע נמי אינו מחוייב לקיים התנאי ושוב חזר בו ופטר אותם מטעם אונס אבל לענין דבר שלבל"ע נראה מדבריו דגם קטן מיקרי דשלבל"ע: טז כתב דאין לדמות פירות דקל לחשש איילנות דפירות אינן בעולם כלל לא מהני רובא ובקטנה שהגוף בעולם אלא דמחסרא סימנים מהני רובא דמביאים סימנים.

ואני תמה דהרי גם פירות דקל אע"פ שכבר באו הפירות לעולם אלא שלא חנטו עדיין לא מהני כמבואר בפוסקים ולדעת הכ"מ הל' תרומות בעי הבאת שליש דוקא אם כן חזינן אע"פ שהדקל בעולם וגם הפירות התחילו לבא לעולם רק כיון שלא הגיעו לשיעור לא מהני וקטנה נמי דכוותיה כיון שהדבר נתלה בשערות אע"פ שגופה בעולם מ"מ הרי עדיין לא הגיעו השערות לשיעור הראוי אלא דעבידי דאתו ולא מהני והוא דלאחר שאתגייר כו' שאני דאין שום השתנות בגוף כלל.

ועוד נלענ"ד דע"כ א"א לומר דחכמים מודים היכי דעבידי דאתי וישנו לגוף בעולם שהרי מבואר בב"מ דף ט"ז מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום מה שאירש מאבא היום דבריו קיימים מ"ש רישא ומ"ש סיפא אר"י סיפא משום כבוד אביו ופירש"י כגון שהיה אביו גוסס כו' וכ"כ הרי"ף והרמב"ם פרק כ"ב מהלכות מכירה שהטעם משום כבוד אביו והרי כאן הוא עבידי דאתי כיון שאביו גוסס וגם אין מקום לומר שמא יתן במתנה לאחרים כמבואר בקידושין דף ע"ח דמוקי יכיר כגון שנפלו לו נכסים כשהוא גוסס ופירש"י דגוסס א"י ליתן במתנה וכן דעת הרבה פוסקים ואפילו לפי דעת התוס' שם ג"כ מבואר דסתם גוסס אינו יכול לדבר ואינו יכול ליתן ע"ש וכיון דהנכסים בעולם וגם עבידי דאתו מה צורך יש בטעם משום כבוד אביו אלא ע"כ דאליבא דרבנן בכל גווני אינו יכול להקנות דשלבל"ע: יז כתב מר שראיה שהביא המשנה למלך מהך דשדה שמשכנתי לך לעשר שנים הוא ראיה כו' ולענ"ד צ"ע דכי זו בלבד יש לנו בש"ס והלא כיוצא בזה היה אפשר להוכיח הרבה פעמים וכי איזה דבר אינו תלוי בזמן והלא מבואר בתוספות ביבמות דף צ"ב גבי ר' ינאי הוי מייתי ליה אריסיה כו' דאם הפירות שלו אע"פ שהוא במקום רחוק מ"מ כיון שבידו לתולשם לא הוה כדשלבל"ע ואין חילוק בין רחוק לקרוב וא"כ גם הא דאמרי' שבידו לגרשה ג"כ צריך שהות כדי כתיבת הגט אלא ודאי נראה לפענ"ד דמהא ליכא למשמע מיניה דשאני התם דבאמת עיקר המניעה הוא מה שהיא ממושכנת ביד אחרים ואלו היתה בידו לא היה מחוסר זמן כלל וכן בההוא דר' ינאי אין ענין התרומה לזמן כלל וכן בגט ובכה"ג אמרינן זמן ממילא קאתי משא"כ בקטן שעיקר המניעה שאינו יכול לקדש עתה הוא מחמת הזמן אין סברא לומר שנחשיבהו כאלו כבר הגיע הזמן אע"פ שודאי יבא כיון שעתה הזמן בוגד וא"א בשום אופן שיחולו הקידושין ובכה"ג מחוסר זמן כמחוסר מעשה דמי יח כתב מר באות ח' דא"א לפרש בדעת רש"י דאליבא דר"מ קאמר דר"ח ורב כוותיה ס"ל והרחיק זה משום דחזינן דהש"ס רוצה לאוקמי אליבא דכ"ע כו' וצ"ע שהרי הרמב"ן והריטב"א לא דחו זה אלא משום דהא השתא אפיקנא לה מדר"מ ואוקימנא לה כדר"ש והיינו משום דפשיטא להו מילתא דר"ש לא ס"ל בהא כר"מ מדלא חשיב ליה בקידושין ולא כתבו לדחות כמ"ש

מר ואין לדחוק להעמיד כוונה זו בלשונם ועוד שמדברי הרשב"א מוכח להיפוך שהרי כתב שהרמב"ן הקשה שא"א לצמצם ותירץ הוא ז"ל דמיירי שהביאו כולם ביום א' ואמרינן מדהשתא נערה כו' דאיפלגי בקידושין כו' וקי"ל כרב כו' והרי מבואר בקידושין שם דברייתא דקתני חוששין לקידושי שניהם פליגי עליה דרב וא"ל דהכא מיירי שאומרים דאייתי סימנים מצפרא דבכה"ג גם הך ברייתא מודה כמבואר שם הא ליתא דכל כה"ג לא הו"ל למיפסק דמביאין קרבן ונאכל אלא ע"כ דה"ק דהכא אתיא כמ"ד הרי הוא בוגרת לפנינו אף באין מכחישתן דכודאי חשבינן לה והלכך מביאין קרבן ונאכל ועכ"פ נראה מזה דאף להך אוקימתא לא אתיא ככ"ע וא"כ כיון דר"ח ורב הכי ס"ל כר"מ ויותר מזה מבואר בשיטה מקובצת למסכת כתובות ר"פ נערה שנתפתתה בשם הרא"ש דר"ש גופיה סבר כר"מ דאדם מקנה דבר שלבל"ע ומיישב הא בלא אוקמי לר"ש בשיטה ועיין בב"ב דף ע"ט ע"ב בד"ה ור"א וגם רש"י פוסק כן ואפשר שכוונתו כאן ג"כ כהיש מתרצין שהביאו הרמב"ן והרשב"א: יט כ' עוד דאוקימתא זו הדרא אמשנתינו כו' ואיך יסתום רבי תרי סתמי דסתרי אהדדי כו' הנה לענ"ד צ"ע דאיך נוכל לפרש דקאי אמתני' הא במתני' לא קתני אלא לאחיובי אינהו וא"כ לא היה צריך לאוקמי דשוו אינהו שליח כו' ובשופעת מתוך י"ג כו' הא בפשיטות הוה מצי לאוקמי בקטנות שנתקדשו ע"י אבוהן והיה שופעת בשעת הקידושין ושפיר חל עלייהו איסור בבת אחת ויותר מזה מבואר ברמב"ן אחר שהביא גירסת ר"מ דלא הקפידו בש"ס לפרש כן אלא בברייתא אבל במתני' אצ"ל דכולן כאחת משום דב' שמות בלחוד תנן ומכ"ש מלשון רש"י שכתב מאן תנא דמתני' כו' יוכל להיות דג"כ כוונתו אברייתא דר' חייא ועוד שהרי גם באוקמתא קמייתא פירש"י ומדחייב ר"מ אהוצאה מכלל דאית ליה איסור בבת אחת ומשמע מזה דס"ל דלת"ק לית ליה איסור בב"א וכמבואר ברש"י בדף הקדום דקאמר דקמפלגי בב"א ואלבא דר"י ופירש"י דאע"ג דאית ליה איסור מוסיף לית ליה איסור בב"א ועי' בתו' שם וא"כ משמע דמוקי כאן דלא כת"ק ואע"ג דהרמב"ן והרשב"א כתבו דלאו דוקא נקט ר"מ היא מ"מ מלשון רש"י לא משמע כן וא"כ איך סתם בכריתות דלא כר"מ ואע"ג דמייתי שם ר"מ דפליגי מ"מ גם בכה"ג סתמא מוקי כמ"ש התוס' בריש ביצה ע"ב ד"ה גבי שבת הגם שיש לדחות בדוחק אמנם לענ"ד בלא"ה נכון כמ"ש"ל: כ' מר בסוף אות י' דלפירש"י במס' ב"מ דקטן ל"ל שליחות ילפינן לה מתרומה וע"ז הקשה דא"כ קטן שהגיע לכלל עונת נדרים יכול לעשות שליח כו' ואני כתבתי לעיל בשיטת הרמב"ם דבהגיע לעונת נדרים באמת יכול לעשות שליח וכן בכל מידי דאיתא בנפשיה משא"כ במילתא דלא מצי עביד ודאי דלא משויא שליח ואמנם בירושלמי דיבמות בפרק ב"ש מהו שיעשה בהן שליח כיון שהיא בהן נעשה בהן שליח או מאחר שאינו נעשה לכל הדברים אינו נעשה שליח ובקרבן העדה מפרש דקאי אכותי ופשיט שם דאינו נעשה שליח ודון מינה נמי לקטן ואמנם לשון הירושלמי במה דפשיט ה"ט כיון שהוא מטמא כו' אין לו הבנה ובקרבן העדה מגי' ואין בידי פירוש פני משה לעיין בו: כא באות הרחיק מ"ש אחי נ"י לפרש דברי הרשב"א דלא הוי דשלבל"ע כיון שבידו לקדשה קידושין דרבנן והביא ראיה לזה מדברי הרמב"ם גבי לאחר שיחלוץ לך יבמיד וע"ז השיג דכי משום דהוי קידושין דרבנן יחשב דשלבל"ע לתפוס בה קידושי תורה ואמנם אני תמה ביותר ע"ז איך עלה על דעתו לפרש דברי הרשב"א בזה שהרי הרשב"א

בחידושיו לקידושין חולק על הרמב"ם בדין שיחלוץ לך יבמיך וס"ל דלא הוי רק ס' קידושין אע"ג דהרשב"א ס"ל ספיקא דאורייתא מדאורייתא לחומרא ואיך יעלה על הדעת דבקיודושין דרבנן יסבור דהוי ודאי מקודשת: כב ואמנם לפרש דברי הרמב"ם אינו זר בעיני לפרשו על זאת הכוונה שאע"פ שהרמב"ם סובר ספיקא לחומרא מדרבנן הכא מודה דהך איתרע לה חזקת פנויה במה שפשטה ידה וקבלה כמ"ש התוס' בכתובות ועיין במהרי"ט ריש קידושין וראיה מהא דאמרינן ביבמות דף קט"ז אשת חרש חייבין עליה אשם תלוי ומצאתי בפ"י בגיטין דף כ"ח שגם הוא הרגיש בראיה זו ואמנם אפילו לדעת הפר"ח ביו"ד סי' ק"י מ"מ מבואר מדבריו דבספיקא דדינא גם הרמב"ם מודה דמדאורייתא לחומרא ואע"פ שאח"כ כתב פר"ח להיפך אינו מחוור לענ"ד וכיון דהוא לחומרא מדאורייתא הוי כאלו הוא דאורייתא גמור ושפיר יכולין לתפוס קידושין גמורים אם מקדש לאחר שיחפוץ וכיוצא בזה כתב הר"ן בתשובה הביאה הב"י ביו"ד סי' רכ"ח במי שנשבע שלא יהא שבת בעיר כו' כיון דפלוגתא דרש"י ותוס' בזה הוי ספיקא לחומרא מדאורייתא ומחויבים לצאת קודם שבת שפיר חל הנדר מקרי יע"ש וה"נ דכוותיה (ואחר כותבי מצאתי ראיתי שהמ"ל הל' גירושין פ"ח הלכה יו"ד הביא תשובת הר"ן הנ"ל וכ' ועיין במ"ש מר"ן הכ"מ כו' גבי לאחר שיחלוץ לך יבמיך כו' ורמז בקצרה למ"ש) ולפ"ז מה שמדמה המ"ל פ"ט מהלכות אישות באחד שקידש ע"י שליח אשה שהיתה מקודשת ספק קרוב לו כו' והביא דלאחר שיחלוץ.

ובאמת י"ל דהכא שאני דהוי ספיקא דדינא לדעת הפר"ח ואמנם באמת אינו מחליט הדמיון הך דהכא וההיא דתשובת הר"ן ויש לפקפק קצת ואין להאריך: כג וחזינא ליה למר שדעתו לפרש דברי הרמב"ם משום דאפילו לרב אליבא דר"י בדר"י נמי ספק הוא דילמא מתני' אתיא כר"ע דאין קידושין תופסין בח"ל אבל לחכמים שפיר תפסי לאחר שיחלוץ דקודם שיחלוץ נמי חידוש הוא ואם כן איכא ס"ס כו' ולדידי צ"ע שאין זה מדרכו של הרמב"ם לבדות ספק מלבו מה שלא נזכר מזה בש"ס ואדרבה מוכח להיפוך דהרי חזינן דאליבא דר"י ור' ינאי רביה דקלסי' מוכרחין אנו לומר דאם אין קידושין ביבמה הוי דשלב"ע אם מקדש לאחר שיחלוץ וא"כ מאין הרגלים להסתפק ולומר דשמא רב אליבא דר"ה בר"י פליג עליה בהא ולמה לנו לעשות פלוגתא חדשה בחנם ואפילו אם רב ורשב"ל הוי ס"ל הכי מ"מ הלכתא כר' יוחנן לגבייהו ואפילו לדעת הפוסקים בריש האומר דהלכתא כרב לגבי ר"י כיון דשמאל קאי כוותיה מ"מ הא איכא נמי ר' ינאי דסבר כר' ובודאי הלכתא כוותיה ויותר מזה מבואר באשר"י דחולין גבי גלודה ועוד צ"ע האיך יפסוק הרמב"ם דמקודשת ודאי משום ס"ס דכל כה"ג ודאי דשם ספק חד הוא דאין כאן רק ספק שמא יש כאן קידושין גמורים אם לא ואפילו אם נמצא נ"מ בין הספקות עכ"פ היה לו לכתוב בלשון יראה לי כדרכו תמיד.

כד השיג על דברי אחי הגאון נ"י בענין לא סמכה דעתה הנה לא מצאתי גלוי דעת להפוסקים רק במבי"ט ז"ל מצאתי שכתב בדין האומר הרי את מקודשת לי לאחר שתגייר כו' ואינה מקודשת דלא סמכה דעתה וגם מדברי התוס' בד"ה בההוא הנאה משמע קצת כן ואפשר לדחות לפמ"ש בשיטה מקובצת ע"ש ומפורש שם באר היטב כדברי מר וגם מתרץ שם הקושי' שהקשה מר על נכון יעו"ש: כה על מ"ש אחי נ"י שחילוקים של מר בין קטן לקטנה הוא רחב כפתחו של אולם שוי' לנפשי' הדרנא שאי

אפשר לאומרו לפי המסקנא וא"כ מדוע בלא בעיל לא חיישי' שמא נשרו והרי הוא ספק תורה כו' ואני תמה דמי מכריח אותנו לזה והלא מר עצמו באות כ"ב מודה דהרשב"א ויתר הפוסקים לא ס"ל כוותיה בטעמא דמילתא דבעי גט אף בלא בעיל ונתנו טעמים אחרים כמבואר ברש"י בנדה וא"כ לפי המסקנא באמת לא ס"ל כלל להך סברא ודמסתמא קידש שיחולו לאחר שיגדיל אפילו בקטנה אלא אמרינן שדעתו רק אקידושין דרבנן לבד רק דבס"ד היה ה"א לומר כן רק ע"ד הבירור ובמסקנא אפילו ספיקא נמי לית בי דעת הרשב"א ויתר הפוסקים אלא כל שבעל אמרינן דלשם קידושין בעל (וגם י"ל דלכך מותרת משום ס"ס וכמ"ש מר בעצמו ובתשובתו הראשונה ואע"פ שהדברים ספק בש"ס שהוא אבעיא דלא איפשטי' דשמא גדלו בהדה מ"מ שפיר י"ל בכה"ג ס"ס כמבואר ביו"ד סי' נ"ט גבי גלודה ואמנם לא נעלם ממני שדעת קצת פוסקים שאין לצרף זה לס"ס ואמנם מר כ' ג"כ שהאריך בזה דלא כהב"ש ואין הפנאי מסכים להאריך כראוי וא"כ גם ספק זה מצורף לס"ס וכיוצא בזה כ' מר לעיל לעשות ס"ס מספיקות כאילו בשיטת הרמב"ם גבי לאחר שיחלוץ יבמיד) ומבואר בחידושי ז"ל בסוף דמספיקא לא סמכינן כו' היינו לפי דהוי משמע דבלא בעל אע"פ שלא גדלו א"צ גט אפילו מדבריהם אלא צ"ג מדבריהם אע"ג דלא אמרינן גדלו לו בהדה.

והיינו מטעם שכתב רש"י: כו השיג שאין סברא כלל לחלק בין דידיה לדידה וכתב דגרע משתיקה דלאחר מתן מעות הנה במכתב בני ובאחי ראיתי ג"כ שכתבו זה והביאו ראיה ממהרי"ק שורש ל' ועיינתי שם וראיתי שבהדיא כ' לחלק בזה אחר שהביא מ"ש איש ריבי דקידושי קטן מהני ודברי החולקים וכ' דאף החולקים מודים בקטנה יעו"ש באורך ובש"ע סי' ל"ז דיש דעות דאפי' באב אם שתק מהני ובנ"ד יתומה שנשאת נלענ"ד דלא הוי שתיקה לאחר מ"מ כיון דאנו רואין שיושבת תחת בעלה זה הוי הוכחה שנתרצית בקידושין והרי כשגדלה יודעת שכך היה כוונתו מתחלה שתתקדש לו לאחר שתגדיל ותתרצה ואמנם הרשב"א שפסק וז"ל דעשאן כמתנה כו' נלענ"ד שכוונתו דתקנת חכמים כך הוא כמו שחילק מר משא"כ בקטן מסתמא א"ל דהוי כמתנה: כז כתב מר דאין ראיה מלאחר שאתגייר כו' דבעינן שיאמר בהדיא כו' וע"ז כתב דז"א כיון שהוא מופלא כו' ויודע שהוא מכניס אותה לחלוטין לאשה ומתנים כמה תנאים שעשו קנינים חדשים כו' ולולא כן לא היה מניח לברך כו' ולענ"ד דמה שעושין לו קנינין נותן לו מקום לטעות וסובר דגם קידושיו קידושין שהרי קנו מידו על כמה ענינים הרי אין מעשה קטן כלום ובזה א"ל דג"כ כוונתו דהקנין יחול לכשיגדיל שאז יתחייב דכל שלא אמר בהדיא מסתמא כוונתו על עכשיו שאין כאן מעשה המוכיח ע"ז חשש ברכות לבטלה וכה"ג ומחמת זה סובר דגם קידושיו קידושין (ומחשש ברכות בלא"ה כתבתי באות ב' דמשום הא לא אריא) ועוד דאפילו אם נאמר שכוונתו היה שיחולו לכשיגדיל אכתי הרי הם יכולין לחזור תוך הזמן ומה להם להקדימה מהשתא וע' דסמכי אהדדי וכוונתם למיתב טן דו כל ימיהם וכמו כן י"ל כסבורים היו דמשיגדיל יבעול לשם קידושין ויתקיימו התנאים רק דלא אסתייע מילתא ולא נעשו הקידושין החדשים עדיין כח ועוד צ"ע שהרי אחז צדיק דרכיו ללמוד קטן מקטנה שכמו שכתב הרשב"א בקטנה דהוי כהתנה ה"ה בקטן וא"כ בקטנה דאין שם חשש ברכה לבטלה וכה"ג ואפ"ה כתב הרשב"א דהוי כהתנה ומ"ש מלאחר שנתגייר ועוד דלכאורה היאך יובן מ"ש הר"ן גם לר"מ ע"כ דדוקא

במפרש ומשמע דדייק כן מדלא קתני רבותא אליבא דר"מ אף בלא פ"א אע"ג דגם ר"מ לא אמר אלא במפרש דוקא והקשה דהרי ר"מ ס"ל דאין אדם מוציא דבריו לבטלה כמבואר בכתובות דף נ"ח דלדידיה אמרינן נעשה כאומר כו' ואמאי בעי הכא שיאמר לאחר שאתגייר ונראה הטעם משום דאם לא פ"א כן בהדיא א"כ נהי דלגבי דידיה אמרינן מסתמא שכוונתו כן דאין מוציא דבריו לבטלה מ"מ איהי דלא אמרה מידי בסתמא לא אמרינן שכוונתה כן וא"כ בקטנה תרווייהו איתנייהו חדא דלגבי דידיה מסתמא לא אמרי' דכוונתה על העתיד לבא ועוד דקטנה הוא וגם לגבי דידיה הרי אנן לא קי"ל כר"מ דס"ל נעשה כאומר וע"כ מוכרח דעשאום חכמים כו' וא"כ כיון דבקטנה טעמא אחרינא איכא שוב אין לנו לבדות מעצמינו ולומר דהוי כאלו התנה מטעם הברכות דאין זה אומדנא דמוכח כ"כ דמ"ש"ה נימא דברים שבלב הוי דברים ואע"פ שבעל אח"כ גילוי דעת שאח"כ אינו מועיל שמחמת זה נדון למפרע על דבריו שבלב גם דהוי מקדש בל"ע וכמ"ש"ל כט באות ד"ה כתב לתרץ דלא משכחת ליה חמותו ממאנת אפ"ל לשיטת ריב"ם משום דאם בעל ופ"א שלא לשם קידושין לרמב"ם עיקר האיסור לאו של תורה וא"כ בהיתר קמיירי כו' הנה התוס' כתב דאיכא לאשכוחיה שנתעברה באמבטי.

ואמנם י"ל דס"ל להרמב"ם דלא מיירי במציאות רחוק כזה ואי קשיא ליה הא קשיא ליה מאי דפריך די"ב אני כו' ופירש"י מדתלי טעמא בוולד מכלל דקטנה הוא דאל"כ ליתני שכבר גדלו ולפי הנ"ל מאי קושיא דהא מחמת גדלות אכתי מצי לאשכוחי שחזרה בהגדלות ועיקר ההכרח מחמת ילדו שוב לא משכחת מיאון דהיתרא: ל באות ד"ו כתב לתרץ דלכך לא מצי לאוקמי בכתובות כר"מ ומיירי שחזרה בה משום דאכתי תיקשי הניחא לר"י אלא לרשב"א מא"ל ועדיין צ"ע דאיכא למימר דר"י ס"ל כתררווייהו דר"נ ור"ש ותלמידי ר"ח לפמ"ש מר אות דלדידהו בלא בעל אפילו לרבנן א"צ גט אפ"ל מדרבנן: לא השיב מר על דברי בני ובאחי דלפמ"ש התה"ד דסובר שניהם מודים עדיף מעדים א"כ אין ראייה ממה שבעל וכתב דדברי תה"ד מרפסין איגרא דא"כ לרב אמאי א"צ גט משני כו' ולענ"ד בפשיטות י"ל דהרי התם מיירי כשנבדקה ומצאה לה סימנין שהיא גדולה ואח"כ בעל בפני ע"י ואמר' דלשם קידושין בעל כיון שעתה הגיעה לכלל שנים ובדקנהו ונמצאת גדולה והרבה יש להאריך בזה במאי דקשה לכאורה מדברי התה"ד בס"ס ר"ח ואין הזמן מסכים עמדי: לב כתב מר דבענין תה"ד מדוע לא מהימנא במגו כו' לענ"ד צ"ע דאין זה מיגו כלל דשמא אין רצונה לעשות הוולד פגום לכהונה לכך אינו אומרת שמגוי נתעברה וכה"ג ועוד שכיון שנאמר שודאי בפני עדים בעל כי היכי דלא נהוי כו' א"כ אין כאן מגו דהוא יראה פן יבא עדים ויכחישוהו וכמבואר בכללי מגו כה"ג וכמ"ש התוס' בכתובות דף י"ט ואע"ג דאנן ק"ל צריך לקיימו ומבואר אצלי במ"א דלק"מ ועוד נלענ"ד דהך חזקה דא"א נאמן כו' לכאורה כודאי חשבינן לה כדמשמע מתשובות מהר"ש ושאר דוכתי ואם כן מיד שאמרה שנתעברה מפלוני הרי שו"י נפשה ח"ד וע"כ כ' דאין זה שו"י אנפשה ח"ד דשמא סבר ב' מודים עדיפא: לג שוב כתב מר ומ"ש לחלק בין קטן כו' אני תמה שזה היה מקום לומר אם נאבדה בפשיעה אבל אם הוציאה לצרכה כו' הנה אני תמה על תמיהתו שהוא מבואר בדבריהם שהם בעצמם כתבו לתרץ דברי מר דשאני נאבדו בפשיעה מנתאכלו: לד עוד כתב מר לסתור ראייתם ממהרי"ק שורש פ"ט והאריך לבאר כוונתו וראשית דבריו דאם היה צריך

להקדיש המעות אז לא הוי דשלב"ל כיון שבידו לגבותו לא הוי מחוסר מעשה אבל קודם זמ"פ שאין בידו לגבותו שפיר מחוסר מעשה ואני תמה דהרי מר באות ג' הסכים לסברת המ"ל משדה זו שמשכנתי לך לג' שנים לכשאפדנה תקדש והרי זו ממש נ"ד שכשמגיע הזמן הוא בידו רק שעתה לא הגיע וממילא הוא מחוסר מעשה וכ"נ מתוס' דיבמות שהבאתי לעיל שכתבו דאע"ג דהפירו' במקום רחוק כיון דבידו לילך לשם ולתולשם לא הוי מחוסר מעשה: לה תו כ' מר דהחילוק הוא משום דתלוי במיתה ול"ש למיתה ל"ח כיון שתלוי במיתה ולא ברועה לה שזכה משום פעם שאולי הזוכה ימות קודם ולעולם לא יזכה בו ואיך ימכרנה או יקדשנה כו' ואני תמה שהרי באמת התם מיירי שהזוכה מה קודם ואעפ"כ היא נתחייב לשלם החוב ליורשים או לב"כ כמבואר שם בלשון השטר בהתחלת התשובה וא"כ החוב ודאי אתו שעכ"פ יצטרך לשלם באיזה זמן החוב ההוא וכיון דמחלו לו היורשים שפיר יכול זה להקנות ואין זה בכלל דשלב"ל ע שאין יכול לקנות שהרי ממילא קאתי ולא דמי להך דלאחר שימות דשם שמא המקדש או המקודשת תמות ובטל המעשה לגמרי: לו שוב כתב לדחות השגת ב"א ובני כו' לא היה נחוץ לזה דצריך דוקא שיקנהו בפ"י כשיבא לעולם אבל במעכשיו לא מהני וה"ה לרבנן אף במחוסר מעשה צריך שיקנהו כשיבא לעולם ובעובדא דמהרי"ק היה המחילה תיכף וצ"ע דא"כ מאי מייתי מפסחים דשם י"ל דיכול למכור ולהקדיש כשיבא זמנו וכן תיקשי מאי מייתי מהתו' דכתובו' דאי ס"ד דתו"ז לא מצוי מיחל נוקמי דאכתי לא מטי זימני' למיגבלי כו' ומאי ראייה דילמא שאני התם דאכתי יש בידו למחול לו כשיגיע זמנו לגבות יהא החוב מחול מעכשיו אע"כ דלפמ"ש מהרי"ק דכיון דכ' בשטר כל זכות שהיה ראוי לבא לידינו כו' נכלל חוב זה ג"כ דראוי מה שעתיד לבא ומשמע שלפי הפטור שהיה כ' בל' השטר משמעותו שכשיגיע הזמן יהיה מחול מעכשיו.

לז ולכאורה קשה בדברי מהרי"ק שורש ל' בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דכשגדלה מקודשת וראיתו מיתומה דגדלו בהדה והאריך הרבה בענין זה ואם נאמר דמחוז שאני דודאי אתיא א"כ אין ללמוד משם לקטנה שיש לה אב דהרי אינו ודאי דאתי דשמא לא יתרצה האב ויקדשנה לאחר קודם שיגדיל: לח עוד כתב מר שמהרשב"א בחידושיו לקידושין אין ראייה דהרשב"א הקשה כיון שבידו לגרשה רק שאז אין בידו לקדשה והרי השתא תפסי בה קידושין ודומה למקדש לאחר ל' יום כו' ואני תמה דלפ"ז פשיטא שהדבר מבואר ברשב"א דלא מהני שהרי הרשב"א תי' דלכך מיבעי' ליה לר"א משום דשם' אינו רוצה לקדשה קידושין שניים עד שיעבור בה זמן שאינו ראוי שיתפוס בה קידושין משא"כ במקדש לאחר ל' יום שבכל זמן שהוא בידו לקדשה וא"כ לפ"ז בקטן שקידש שיחול לכשיגדיל הרי כל זמן ההיא בידו לקדשה וא"כ לפ"ז בקטן שקידשן שיחולו לכשיגדיל הרי כל זמן ההיא אינו ראוי שיתפוס בו קידושיו בכה"ג מיבעי' ליה ר"א ואמנם ע"כ לא קמבעי' ליה אלא התם דתפסו ביה קידושין השתא עכ"פ ודמי בחד צד למקדש לאחר ל' יום משא"כ בקטן שקידשן שיחולו משיגדיל דאין בידו לקדשה עתה וגם כ"ז ההיא אין ראוי שיתפוסו בה קידושין הדבר נראה פשוט מלשון הרשב"א דבכה"ג אין חילוק בין מחוסר זמן למחוסר מעשה ויעו"ש עוד בלשון הרשב"א ז"ל:לט ולכאורה היה נלענ"ד מעירוכין דף כ"ג המשכיר בית דקאמר לכשיבא שכרו יקדש וקאמר התם כמאן דלא כר"מ כו' אלא כמאן ואם איתא דמחוסר זמן אפי' לרבנן אינו

בכלל דשלבל"ע אפי' כרבנן נמי מצי אתי כיון דמיד שהתחיל המשכיר לדור בו נתחייב בשכירות ואינו יכול לחזור בו כמבואר בש"ע סי' שט"ו ע"ש וצ"ע על המרדכי פרק מי שמת שמבואר מדבריו דשכירות לא הוי דבר שלבל"ע וא"כ אינו רק מחו"ז לבד אע"כ דהא ליתא כיון דעיקר החיוב אינו בעולם ותלוי בזמן לא דמי להך דשדה שמשכנתי לך ל"א שנים כמש"ל באות י"ז ע"ש: מ ועוד נלענ"ד דממ"ש הרמב"ם פ"ז מעירוכין ההקדש חל אע"פ שלבל"ע כו' ועוד שהרי האומר כו' חייל הנדר מיד כו' והנה דברי הרמב"ם קשה להולמם.

ועיין בהשגת הראב"ד והכ"מ ומ"ל ואין רצוני להאריך. ונלענ"ד דהרמב"ם ס"ל דכיון שרוצה לנדור שיהא נזיר קודם שיפטור מעולם וכוונתו שקודם פטירתו ידור בנזירות וכמו שמשמע כאן מסוף דבריו וכמ"ש הרא"ש בריש נדרים וא"כ כיון שתלה הנזירות בדבר שלבל"ע לא מהני ולא דמי לההוא דשדה שמשכנתי לך כו' שהביא המ"ל שאני הכא שלא נדר בנזירות עכשיו ואה"נ אילו אמר שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה אקדשנה אז באמת לא מהני אע"ג שבידו לקדשה עתה ועוד הרבה יש לי להאריך אלא שאין ענין לכאן ואעפ"כ מוכח מדברי הרמב"ם אלו דמחו"ז כמחוסר מעשה דמי שהרי בכאן הוא מחו"ז גמור דכל אדם מעותד למות ואיך למד מכאן הרמב"ם לדין דשלבל"ע ואם נא' כיון שתלה הדבר במיתה הוי כמחוסר מעשה אין טעם לדבר זה כלל דהרי לא דמי לאחר שימות בעלך כמש"ל וגם בדברי קדשו דמר: מא עוד נלענ"ד דלכאורה יש להביא ראיה מהא דאמרי' בב"ב דף קנ"ו אמר רב נחמן אמר שמואל בודקין לקידושין ולגירושין ופריך כיון דבדקנוהו לקידושין ולגירושין ל"ל למיבדקה כו' ואם איתא מאי קושיא דילמא מיירי בקטן שקידש שיחולו לאחר שיגדיל וצריך לבדוקו לגירושין וא"ל כיון דאין הקידושין אלא לאחר הגדלות הרי בתוך הזמן יכול לחזור ומכ"ש דיכול ליתן גט ז"א דאכתי מאי קשיא ליה על ר"נ דילמא איהו סבר כר"ל דלא אתי דיבור ומבטל מעשה נתינת המעות ליד האשה ואפשר לדחות דנתינת הגט נמי מעשה הוא דבדאי יכול לבטל מעשה נתינת המעות: תו כתב מר שאין א' מהפוסקים המפורסמים שיסבור שבדעת אחרת מקנה לא קנה אלא מדרבנן ואני תמה והלא בהדיא מבואר דעת רש"י בסוכה דף מ"ו גבי לקניא אינש לולבא לינוקא כו' פירש"י דמדרבנן קונה והפ"י בגיטין כתב דף ס"ה דהירושלמי מסייע ליה והאריך בזה וכ"מ דעת ר"י בכתובות דף י"א ובאגודה שם וכן בתוס' ריש בן סורר לחד תירוץא וע"ש וכ"מ במקובצת בב"מ דף י"ב בשם הריב"ש שכתב דהא דאמרינן בגיטין זוכה לעצמו היינו בדאיכא דעת אחרת מקנה דאז זוכה מדרבנן כו' והכי נראה מדברי הרמב"ן שהביא שם ובדף ע"ב גבי הא דקאמר זכיה מדרבנן אית ליה וכ"נ דעת הר"ן בריש המקדש וכ"מ מדבריו בסוכה וכן מבואר מדבריו בריש בן סורר וגם הריטב"א בסוכה הביא דעת האומרים דקטן אין לו זכיה מהתורה אפי' דעת אחרת מקנה אותו וגם ה"ה לא כתב דזוכה מן התורה רק בשם יש מי שאומר ועיין נק"ה סי' שהאריך ג"כ בזה וצ"ע בקידושין דף ס"ט דמשמע דזוכה מן התורה וגם הרשב"א ריש המקדש הביא בשם רש"י ותוס' דאינו קונה רק מדרבנן והן אמת כי דעת הרשב"א עצמו וכ"ד הרא"ש והריטב"א ותוס' בגיטין ובכמה דוכתי וה"ה לדעת הרמב"ם דזוכה מן התורה.

אמנם כיון דדעת הרבה פוסקים שהבאתי לעיל וכ"מ דעת הנ"י בב"מ דאין קונה רק מדרבנן אע"פ שבדברי הזכיר לענין מו"מ מבואר למעיין שם שדעתו שאין חילוק ביניהם יש לצדד ולומר כיון דאין מקום לקידושי תורה ולדידהו מי איכא מידי דאנן לא ידעינן והוא ידע יש לנו לומר שמסתמא היה הכוונה לקדשה לכשיגדיל בביאה קידושי תורה ולא יכנס בספק קידושין דאורייתא או דרבנן: מב שוב השיב עליהם דא"כ אם נאמר שאינו קונה רק מדרבנן היא קונה מהתורה ודמי לגזל אחר יאוש כו' הנה לא מבעי' לפמ"ש ה"ה הטעם בגזל אחר יאוש דכיון שהיא קנאתו אף הוא קונה אותה ועיין בריטב"א ובמ"ל פ"ח מהלכות אישות ומשם נראה מבואר דאין ראייה לנ"ד ואמנם אפי' לדברי הר"ן דכל שקנאתו היא בנתינתו מקודשת אין זה מכריע כ"כ לומר שהוא קונה מהתורה די"ל שלא מסר לה אלא זכות שיש לו בה וגם הנותן לא נתן לה רק אדעתה דהכי שיזכה בכסף זה מדרבנן וא"כ גם היא לא קנתה רק מדרבנן: מג תו כתב מר דמאי דמדמי פלוגתא דמעמד ג' לכאן לא דמי וגם יש חילוק בין גזל לאחר יאוש למעמד ג' והרחיב הדבור בזה ולענ"ד אפי' אם נאמר דהתם הוי דאורייתא הכא גרע טפי שהרי עיקר הטעם דאמרינן היכא שקנו מדרבנן מקודשת אפילו ד"ת היינו משום דהפקר ב"ד כו' וכמבואר ברשב"א הביאו במקובצת בב"מ דף י"ח ועוד בדוכתי טובי וע"ז שייך היכא שהקונה יש לו יד לקנות וכיון דהפקירו חכמים שפיר קונה אף מדאורייתא משא"כ היכי שהקונה אין לו יד לקנות מה בכך שהקנו לו חכמים ס"ס אין כח לחכמים לעשות לו יד לקנות ולסברא זו כתב מר בעצמו לענין אין עדות לקטן וצ"ע במ"ש הרשב"ם בב"ב דף קל"א תנאי ב"ד שאני דהפקר ב"ד הפקר להקנות אף לדבר שלבל"ע ע"ש: מד עוד כתב דא"ל דהיא אצלו בתורת פילגש משום שנכנסה לו בתורת אישות מסתמא ע"ד כן נשארה ואיך הוא עושה ב"ז נלענ"ד דמשום הא לא ארי' שהרי באמת היה בדעתם לעשות קידושין חדשים באיזה זמן אלא שנתעכב הדבר ואין הוכחה מדבעל מסתמא אין עושה ב"ז ז"א דאמרי' שביני וביני הוא מחזיק בתורת פילגש ועוד שהרי היא באמת אומרת לא נבעלתי והיה לנו להאמינה אלא שמר המציא חומרא דשמא הערה בזה ולא אדעתה א"כ לא כיוונה לקידושין ולא מהני כלל וגם אין ראייה שהיה כוונתו שיחולו לכשיגדיל ועוד דבגוף הנדון לכאורה כיון שאומרת ברי לי יש להאמינה להעמידה על חזקה דגופא דמסייע לה שעדיין בתולה היא ואין להביא ראייה ממ"ש רש"י בכתובות דף ט' ביהודה א"י לטעון דשמא הערה בה כו' דז"א דדווקא בדידה שייך לומר כן אבל בדידה ודאי דמרגשת היא ואפילו בוגרת יש לה צער וא"ל דמפותה אין לה צער כמבואר בש"ס ז"א דמפותה אין לה צער כמו באנוסה ואין הצער ש"פ אבל הא ודאי דמרגשת היא אלא כיון שפה קדוש אמר דבר זה מי ירים ראש להקל כנגדו: מה בדברי הרב מוהרי"ח הוסיף מר שנית ידו דא"א לפרש דעת רש"י ביבמות דאתי כר"מ ז"א דלדבר שלבל"ע לא ס"ל לתנאי ואמוראי כר"מ אע"ג שהגוף בעולם הנה אומר אני כי הך סברא לאו דכ"ע הוא שהרי התוס' בכתובות דף ח' ובגיטין ועוד כמה דוכתי כתב דר"נ ושמואל ועוד אמוראי ס"ל דלהקנות לדבר שלבל"ע קיל טפי מלקנות דשלבל"ע אלא דאנן באמת קי"ל דאפי' לכשתלד לא קנה וגם בלאחר שאתגייר כו' אינה מקודשת ועוד דהכא כיון שהוא צריך להקנות לה המעות א"כ הוי מקנה דשלבל"ע ג"כ שהרי עתה לא היה יכול להקנות לה המעות אלא לאחר שיגדיל ודמי לאומר שדה זו

לכשאקחנה כו' אם לא נחלק בין מחוסר זמן למחוסר מעשה ואמנם לכאורה יש סיוע לדברי מר שהרי רש"י ביבמות משמע דגריס אמרי ביה רב והיינו ר"ה והתו' כתב דהך סוגיא דלדשלב"ע לא אמר ר"מ אליבא דר"ה אתיא ע"ש אך דאעפ"כ כיון דחזינן דאיכא אמוראי דס"ל דלדשלב"ע קיל טפי וגם דהגוף הוא בעולם וגם דאין לנו לעשות ג' מחלוקת בדבר וכ"כ התוס' בגיטין דף י"ג דלכך ילפינן מדר"מ גם בפירות דקל הדין אע"פ שאינם בעולם משום דאית לן למימר דקאי בשיטת דראב"י כו' ושפיר אפשר לפרשו דמודה רש"י לענין הדין לתוס' והרמב"ן והרשב"א כיון דלא קי"ל כר"מ אין קטן יכול לקדש שיחולו משיגדיל עוד ראיתי דבר תמוה מה שהשיב מר בהשגת מהרי"ח דלמה כתב הרמב"ם הדין בקטנה ולא בקטן.

וע"ז השיב דאין דרכו של הרמב"ם לכתוב מה שאינו מפורש בגמרא ותמהני דהלא מבואר בש"ס דכתובות דף ע"ד ע"ב וכן קטן שקידש אע"פ ששלח סבלונות כו' ואם בעלו קנו. ואמנם לפע"ד מדברי הרי"ף נראה דלא גריס ליה ומיושב קושית הפ"י שם וכן כשהעתיקו הרשב"א והריטב"א התוספתא לא העתיקו רק פמש"פ ואין להאריך בזה שאין נ"מ לדינא והנה מפי השמועה הוגד לי שבנ"ד נתקדשה בטבעת שאולה ובזה נלענ"ד אף מר יודה דאין כאן קידושין וצריך חקירה אם אמת נכון הדבר והן אמת כי הא גופא קשיא לי דהאיך נאמר שמנהג המדינה הוא לפי שכוונתן שיחולו כשיגדיל מה נעשה לאחותינו בת לאברהם אבינו היושבת תחת בעלה והיא נתקדשה בטבעת שאולה אשר כן הוא ע"פ רוב במדינתנו כלום שמענו שמחלקים בין טבעת לטבעת מימינו לא שמענו לדקדק בקטן שלא לקדש בטבעת הניתן במתנה ע"מ להחזיר וכבר כתבתי שעיינו הרואות שמורי הוראות בישראל וגדולי הדור נעלם מהם זה רק שאדוני החכם כמלאך אלקים הודיע אותנו את זאת ואיך נעמיד זה בדעת הקטן ע"כ מכתב א"א מ"ו הרב הגאון הגדול המפורסם מוהר"ר מנחם מאנש ז"ל וגם יש בידי אשר כבוד דודי מ"ו הגאון ז"ל הוסיף שנית ידו להגאון מפראג ז"ל ולא העתקתי פה כי בצפייתנו צפינו שיצא לאויר חיבור תשובתו ז"ל אשר נפלאו מאד כידוע ומפורסם לכל שואבי מימי תורתו ז"ל: מז שאלה קטן שנשא אשה ומת אחר כמה חדשים משהגיע לכלל י"ג שנה ויש לו אח קטן והאשה אומרת שלא נבעלה כלל אם יש להתירה לשוק בלא חליצה אם לאו: תשובה ראיתי את השאלה ותשובתה בצידה אשר נגזר עליה מכבוד הרב הגאון כו' מוה"ר חיים נ"י האב"ד דק"ק וואלזין שהאריך הרחיב הדבור בזה בחריפות ובקיאיות והגאון נ"י ענותו תרבינו לתת עין בדבריו הנעימים.

וראיתי עצמי כמחויב בדבר לעשות רצון צדיק כ"ב אשווע ואומר הנני. ואומר עם קני אשר מן השמים יורני.

ואף כן זה לי שבע ועשרים שנה אשר כתבתי בעסק זה והרימותי ידי בארוכה בימי חורפי כד הוינא זוטרא לגבי רברבי הקדושים אשר בארץ המה הגאונים המפורסמי במדינות אשכנז בעהמ"ח שאגת אריה והגאון אב"ד דק"ק בערלין. והגאון אב"ד ק"ק אה"ו.

ודודי הגאון מוהר"ר סענדר ז"ל האב"ד דק"ק סטאנב כאשר המה בכתובים תח"י. ותשובת הגאון האב"ד דק"ק אה"ו לי נדפסה בספרו שו"ת ושב הכהן.

וגם זה לי ששה עשר שנים כתבתי בעסק השערות בענין חליצה למחותני הגאון החסיד האב"ד דק"ק פפד"מ ז"ל שם באתי במשפט על כל נעלם וקשה עלי למיגמר בעתיק אולם בכאן ישן כו' מפני חדש אוציא ולא אבוא אלא בדבר שנתחדש לי בדרך הילוכי ועיוני ומיזל בדברי הגאון הנ"ל והנה פתח דבריו יאיר שאם באנו לעשות ס"ס יש להתחיל בספק אם הביא סימנים שאין להתחיל בספק בעל דהוי חד ספיקא ספק בעל משהגדיל או לא אלא איפכא צריך להתחיל ספק שלא נעשה גדול ואת"ל נעשה גדול שמא לא בעל משהגדיל ועיין ש"ך בדיני ס"ס עכ"ד.

ומילתא דפשיטא ליה מיבעיא ליה טובא שנלענ"ד בס"ס שיש שם אוסר ונאסר וספק א' בגוף האוסר וספק אחד בגוף הנאסר אנו צריכין להתחיל בספק שבגוף הנאסר שהרי עליו אנו דנין ואח"כ יש לנו לבוא לספק השני מצד האוסר אם יש בו כח לאסור ומסתברא היכא שנכנס זאב לעדר איהו שתק כו' ויש ס"ס אם דרס אם לא וגם אם יש לזאב דריסה בגסה שיש לנו לדון מתחילה בגוף הנאסר שמא לא איתליד ביה ריעותא ולא נדרס כלל ואת"ל נדרס שמא לא הועילה דריסתו מצד האוסר שאין לו דריסה בגסה וכן י"ל בספק נגע ספק צפרדע וכן ס' קטן שזרק קידושין ס' קרוב לו נראה שיש להתחיל שמא קרוב לו ואין כאן עסק קידושין כלל ואת"ל קרוב לה שמא לא הועילו מחמת שקטן היה וכאלה רבות.

וכלל דמילתא שמתחילה אנו צריכין לדון על הגוף שאנו דנין עליו ואותה אנחנו מבקשים לדעת אם נולד בו איזה ריעותא ואח"כ אנו דנין על האוסר במה כחו גדול שיועילו מעשיו למיקבע איסורא ובנ"ד יש ג"כ להתחיל בס' שמא לא בעל כלל ולא נעשה מעשה קידושין באשה זו כלל ואת"ל שבעל ועשה בה מעשה לשם קידושין שמא לא הועילו מעשיו כלל לפי שקטן היה וראיתי בשו"ת נודע ביהודה חלק אה"ע סי' ס"א שכתב ג"כ דאם נתחיל הס' שמא לא בעל אין ס' אחד מתיר יותר מחבירו משא"כ אם נתחיל שמא לא נעשה גדול כלל וזה דומה לספק על הדורס כו' ולענ"ד נהפוך הוא כמ"ש ומ"מ גם הנ"ב לא קאמר אלא לפי דבריו שם שכתב דודאי בעל אלא שיש ספק אם בעל בגדלותו משא"כ בנ"ד דמיירי בספק לא בעל כלל שי"ל דהוי ספק אחד מתיר יותר מחבירו ג"כ דאם בתולה הוא שריא לכ"ג וכתובתה מאתים וחופה קונה בה ע"ש בנ"ב.

אך לענ"ד בנ"ד בלא"ה שפיר מחשב ס"ס דע"כ לא כתבו התוס' בכתובות דשם אונס חד הוא אלא התם משום דעיקר ענין הס"ס הוא לפי שיש לנו שני צדדין לסבב ההיתר כדפריך התם ואמאי ס"ס הוא ור"ל שיש שני צדדי היתר צד אחד אין תחתיו וצד שני שמא באונס וע"ז הקשו התוס' דגם בקיבל אביה קידושין כו' יש שני צדדין צד אחד אונס וצד שני שמא בעודה קטנה שאף הרצון מותר וע"ז תירצו דשם אונס חד הוא ר"ל כיון שאין צד היתר השני רק דהרצון בקטנה מחשב אונס הרי זה בכלל הצד הראשון וא"א לעשות מזה ס"ס דכשאנו אומרים שמא באונס נכלל בזה כל מיני אונס כמו שא"א לומר בס"ס באיזה מין ממיני האונס נאנסה ונאמר שמא בכח גבר האיש ובא עליה כי בשדה מצאה וספק שמא מחמת אונס נפשות ושמא יצאה מדעתה וחשובה אנוסה וכל כיוצא בזה משום דאף שכל אחד הוא ענין אונס בפ"ע מ"מ כולם בגדר שם אונס הם וכיון שסוף סוף כל עיקר ההיתר הוא מחמת צד אונס לא הוה ס"ס שהרי לא נתרבו

צדדי היתר מחמת זה משא"כ בנ"ד שאף אם נאמר ס"ס שמא לא בעל אחר י"ג ואת"ל בעל אחר הזמן ההוא שמא לא הביא סימני גדלות שפיר הוה ס"ס שהרי עכ"פ יש כאן שני צדדי היתר שכ"א הוא צד מתיר בפ"ע ואין נכלל בחבירו כלל וצדדי היתר רבו על האיסור ומבטלין אותו כנלענ"ד ואף שלכאורה צ"ע ע"ז בש"ך ואחרונים יש ליישב ולכוון הדברים למ"ש: והנה הרב נ"י כתב דנ"ל דלפי מאי דקי"ל הלכתא חוששין שמא נשרו שפיר י"ל כאוקימתא קמייתא דה"מ בסתמא כו' באמת שגם מהראנ"ח סי' ק"ו והנ"ב ז"ל כתבו שי"ל כן ומ"ש הרב מדברי התוספות שכתבו דלמסקנא כו' כתב הראנ"ח די"ל דהכי מסיק הש"ס בפלפולא למ"ד א"ח שמא נשרו אך מ"ש הרב מש"ס דב"ב בודקין לחליצה אין הכרע לפי ענ"ד די"ל כמ"ש התוס' גבי לפני הפרק נשים בודקין אותם דהיינו דמהני בדיקה וכן פירשו התוספות הא דקאמר בש"ס לפני הפרק בעי בדיקה ר"ל דאי בדיק מהני וה"נ פירוש דבודקין לחליצה דהיינו שאם בדקו ולא אשכח מהני הבדיקה שלא תחלוץ דלא תלינן לומר שנשרו ומכ"ש דא"ש לפמ"ש הרמב"ן והרשב"א בנדה לתרץ קושית ר"ח שהביא הרי"ף והתוספות מהא דבודקין למיאונין דכיון דבש"ס אמרינן לאפוקי מדר"י דאמר עד שירבה כו' לכך נקט לשון בודקין אותם ור"ל דע"י השערות הוא ההיתר בין שהוא ע"י בדיקה או ע"י חזקה ע"ש וה"נ לענין חליצה ר"ל שההיתר החליצה הוא ע"י שערות ולאפוקי מדר"י דאמר אפילו קטנה חולצת קמ"ל דלא וגם י"ל דנ"מ היכא שהגיעו שני גדלות וראינו שלא הביאה סימנים דאזלה חזקה דרבא כמ"ש התוספות בב"ק דף קנ"ד אז צריך בדיקה אח"כ אם הביאה או לא.

ועיקר מילתא לאפוקי מדר"י איתמר: אך נראה דשינוי בתרא עיקר. מהא דאמר ר"י לאחר הפרק נשים בודקים וקשיא ליה מדרבא והוצרך לתרץ דלחליצה בעי בדיקה.

ומ"ש הרב דלשנויא קמא י"ל דהבדיקה הוא דאי לא אשכח מחזקינן לה בקטנה וכקושית התוספות צ"ע שהרי התוספות בתירוץ דחו זה מלישנא דברייתא ונאמנת לומר כו'. והיה נלענ"ד לומר דלפום שינוי קמא מצינן למימר דמיירי בבדקו בשעת הפרק ולא אשכח דאזדא לה חזקה דרבא כמ"ש התוספות הנ"ל ובכה"ג אנו צריכין לסמוך על בדיקת הנשים ושפיר סמכינן עלייהו כיון שעכ"פ כבר הגיע עתה להביא סימנים כל יומא זמנא הוא ונשים נאמנות משא"כ תוך הפרק דלא שכיח כלל דמייתי סימנים לא מהימני נשים אלא דצ"ע כיון דר"י נקט בלישניה שאין משיאין ספיקות ע"פ עדים ובכה"ג דבשעת הפרק בדק ולא אשכח שוב אח"כ ספק גמור הוא כיון דחזקה דרבא אזדא לה.

גם צ"ע דא"כ מ"ל לשנויי לחליצה בעי בדיקה דלא א"ש אלא לשנויא בתרא והו"ל לשנוי כמ"ש דא"שבין לשנויא קמא ובין לשנויא בתרא ואפשר לומר דודאי למ"ד חוששין שמא נשרו ואפ"ה בחליצה מצריך בדיקה לשנויא קמא דמיירי בבדק ולא אשכח דוקא אע"ג די"ל זיל בתר חזקה דרבא ונשרו משום דכיון דמ"מ איכא ריעותא לפנינו שאין כאן שערות ובכה"ג חיישינן למיעוטא שאין מביאין שערות בזמנם ומ"מ אין זה ספק השקול רק לחומרא לבד מחמרין גבי חליצה שלא תחלוץ היכא דבדק ולא אשכח.

ולפ"ז אף שבדק בשעת הפרק ולא מצאנו מ"מ אי השתא הדרו שנים ובדקו ומצאו סמכינן עלייהו דלדידיה לא איתרע חזקה דרבא כולי האי במה שלא מצאנו בשעת הפרק דאמרינן שנשרו וכיון דהא דמחמרינן להצריך בדיקה אינו רק חומרא סמכינן אנשים בכה"ג. משא"כ למ"ד אין חוששין שמא נשרו דלדידיה היכא דבדק ולא אשכח נסתרה חזקה דרבא לגמרי וספק גמור הוא ולית לן למיסמך אנשים ואליבא דהך מ"ד הוצרך לתרוצי דרבא מודה דלחליצה בעי בדיקה בסתמא דלאו חזקה גמורה היא וא"כ אין הכרח כ"כ מתירוי' הש"ס התם שהש"ס היה מוכרח לתרוצי סוגיא דתיתי שפיר אף למ"ד א"ח.

אבל מ"מ י"ל דלמ"ד חוששין שפיר הוה חזקה גמורה רק היכא דבדק ולא אשכח חיישינן לחומרא כיון דאיתליד ריעותא. ומה שהחליט הרב נ"י לומר לא אמרינן נשרו כ"א מחמת חזקה דרבא ורוב אין נושרין ודמי להא דרוב בתולות נישאת כו'.

אין כן דעת הרשב"א בתשו' אלף רי"ו דאף בקטנה שלא נודעו מספר שנותיה חושש לשמא נשרו ע"י שם ואין להאריך כי כבר עמדו בזה. ועי' בב"ש סימן קנ"ה.

אך לאמתת הדבר נלענ"ד דגם למ"ד חוששין שמא נשרו בעי בדיקה אף בסתמא אליבא דמסקנא דאל"כ למה נקטו ר"פ ורב פפי פלוגתייהו לענין מיאון ובדק ולא אשכח הו"ל למנקט פלוגתייהו גם בסתמא ולענין חליצה ואיפכא דמאן דמיקל במיאון וסובר דלא חיישינן שמא נשרו סובר דלחליצה בעי בדיקה ומאן דמחמיר במיאון שמא נשרו סובר דבחליצה בסתמא לא בעי בדיקה אלא ודאי דלא פליגי בפירוש דמילתא דרבא כלל ולמאי דמסיק למ"ד אין חוששין לפרושי מילתא דרבא בלא בדק כן הוא גם למ"ד חוששין דכיון דלא אשכחן דפליגי מה"ת ניקו אנן ונימא דפליגי בהא דכיון דלאו הא בהא תליא ותרווייהו מצי לפרושי מילתא דרבא בסתמא ואפ"ה גבי חליצה לחומרא רק בבדק ולא אשכח לענין מיאון פליגי.

ועוד נראה דודאי שנויא קמא אתי דלא כהלכתא דכיון דמוקי בבדק ולא אשכח ומ"מ לא תמאן שמא נשרו ע"כ לומר דבעל מיירי דהא הילכתא דחוששין אינו אלא בבעל וכדאמר רב דימי. וא"כ תיקשי היאך קאמר רבא קטנה כל י"ב שנה אינה ממאנת כו' דהו"ל למימר רבותא טפי דאפילו אחר י"ב שנה ממאנת והולכת כל שלא בעל אחר י"ב כיון דבדק ולא אשכח מיירי ולא הו"ל לסתום אחר י"ב שנה לא תמאן דמשמע בכל גווני והו"ל לפרושי לא תמאן אם בעל אלא ע"כ דלפום הך אוקימתא הוי ס"ל דחוששין שמא נשרו אע"ג דלא בעל אם כן למאי דקי"ל דבלא בעל א"ח ע"כ לפרושי מילתא דרבא בסתמא ומ"מ לחליצה בעי בדיקה: אך לשון רש"י צ"ע שכתב שם חיישינן שמא נשרו לחומרא וקנאה בביאה משמע מדבריו דגם לפום הך אוקימתא בבעל דוקא מיירי דבכה"ג חוששין וכדמסיק ר"ד לקמן.

ולפ"ז קשה מ"ש דלמה נקט רבא תוך י"ב כו'. ואפשר לומר דרש"י לשיטתו דמפרש הא דאמר כל י"ב ממאנת היינו אפילו הביאה דשומא נינהו אם כן בהכרח נקט תוך י"ב דאילו אחר אף שלא בעל מ"מ כל שהביאה אינה ממאנת.

משא"כ לפי מ"ש התוס' דמדברי רבא אין מוכרח דתוך זמן כלפני זמן די"ל דמיירי בבדק ולא אשכח כדמוקי בסיפא והיינו משום דס"ל דרישא וסיפא בחד ענינ' מיירי וא"כ הא דנקט בסיפא דאינה ממאנת היינו משום דחוששין שמא נשרו ע"כ דאף בלא בעל חוששין דאל"כ הו"ל למינקט ברישא בת י"ב שנה ולא בעל וממילא נשמע דתוך י"ב ממאנת.

ולכאורה נראה דדברי רש"י מוכרחין דלרב' תוך זמן כלפני זמן. למאי דמוקי דמיירי בלא בדיקה ואם איתא דתוך זמן כלאחר זמן עכ"פ בדיקה בעי דשמא הביאה סימנים דנהי דאי בדיק ולא אשכח א"ח שמא נשרו עכ"פ ספיקא הוי שמא עודן בה ובכה"ג אמרינן לקמן נאמנת לומר גדולה היא שלא תמאן ומוקמינן תוך הפרק ואליבא דר"י.

וצ"ע על התוס' שכתבו דמיירי בלא בדקו דהא אי תוך הזמן כלאחר הזמן צריך בדיקה כדמוכח מהברייתא זו אליבא דר"י ומצאתי בשו"ת מהראנ"ח שכתב דלהך אוקימתא צ"ל דברייתא דמצריך בדיקה היינו בבעל ורבא מיירי בלא בעל אז בתוך הזמן א"צ בדיקה ע"ש באורך: שוב ראיתי בדברי אא"ז מהרש"א שם שהקשה דלמא הא דלא תמאן היינו בבעל ומ"ד א"ח שמא נשרו היינו בלא בעל דפלוגתייהו בלא בעל הוא כו' עי' שם וצ"ע מל"רש"י הנ"ל שמבואר דמפרש פלוגתייהו בבעל ומ"ש מהרש"א דמוכח בר"פ בא סימן דלא אהני חזקה דרב' אלא בבדק ולא אשכח דאמרינן נשרו והיינו בבעל ור"ל דא"כ ע"כ בלא בעל פליגי דמסתמא הך מ"ד לא פליג ארב' ולענ"ד אין מוכרח דלפום מה דס"ד השתא היה סובר דהך מ"ד מפרש מלתא דרבנן לענין חליצה ובסתמא כדמוקי הש"ס שם אלא דקשיא ליה אאידיך מילתא דרב' דמוקי הש"ס דבדק ולא אשכח אהא קשיא ליה דלמ"ד א"ח למה לא: שוב ראיתי בדברי הרב נ"י שכתב דהך חזקה דרב' דאתי' מכח רובא לאו רוב גמור הוא.

וסמך לדבר דהבאת סימנים תלוי בכחישותא כו'. צ"ע דהתם לענין שיהיו הסימנים ניכרים לנו קאמר דזמנין דמחמת כחישותא הם נעלמים מעינינו ומ"מ גוף ענין הגדלות אינו תלוי בהבאת שערות שהשערות אינם רק סימן לדבר שהגיע לכלל גדלות.

ועי' בשו"ת מהרי"ט סי' נ"א ואם כן רבא דקאמר חזקה הביאו סימנים היינו לומר שהגיע לכלל גדלותה ומה בכך שהסימנים נעלמים ממנו מחמת כחישותא וכדאמרינן זימנין דנתרין מחמת כחישותא. ואף להגירסא זימנין דאתי מחמת כחישותא אם העלם יעלימו מחמת כחישותא כנשרו דמי דלא שכיח וחד מלתא הוא עם נשרו ומ"מ עיקר הרוב דכשהגיע לכלל שנים היא גדולה אפשר שרוב גמור הוא.

ומ"ש הרב דאף דנימא דהוי רוב שא"ג מ"מ לא דמי לרוב מטפחין דאיכא נגדה חזקת טהרה מה שאין כן הכא דחזקת קטנות עשוי להשתנות והוי כבוגרת ביומא דמשלים שית כו' לענ"ד צ"ע על דמיון זה דע"כ לא אמרינן התם אלא משום דכיון דמספקא לן אי מצפרא אי מפני' ועכ"פ ההוא יומא עבידי דאתי וחזקת הקטנות משתנה לא שייך בזה חזקה דמפני' אתי משא"כ כאן שזו הוחזקה לקטנה רק עכשיו שהגיעה לכלל שנים אמרינן דעל הרוב החזקה משתנה בעת ההוא ואם כן בכה"ג שאין החזקה נסתרת רק מחמת הרוב והרוב רוב שאינו גמור אינו מועיל לסתור החזקה וכמו ההוא דעיסה שהיה בחזקת טהרה והתינוק עומד אצלו ועל הרוב חזקה עשוי' להשתנות עתה שהרי רוב

תינוקת מטפחין בעיסה רק כיון דמיעוט גמור שאין מטפחין והרוב אינו גמור אינו מועיל לסתור החזקה וה"נ דכוותיה.

ועי' בשו"ת הריב"ש סי' קפ"ב שכתב ג"כ דחזקה דרב' מוציאה מחזקת קטנות ע"ש. וגם בלא"ה פשיטא דיש כאן חזקה דאשה זו בחזקת איסור לשוק עומדת וכמו כל חליצה שהוא ספק פסולה דאמרי' אוקי אחזקה שעדיין זקוקה כמ"ש הרשב"א ביבמות דף ל' דכל שהיה בחזקת איסור אף שנעשה מעשה להתיר צריך שיתברר שנעשה מעשה המכשיר בודאי וכ"כ במשמרת הבית לענין רוב מצוין א"ש דכל שהיה בחזקת איסור ונ"ל כאן מתעסקים לסלק החזקה ורוב המתעסקין מסלקין כהוגן ואמרינן שסלקוה כהוגן עי"ש והיינו בכה"ג שרוב מצוין רוב גמור משא"כ שלא נתברר שיעשה לחזקה מעשה המכשיר כהוגן לסלק החזקה שהחזקה באיסור שהרי הרוב הוא אינו רוב גמור א"כ שפיר יש לסמוך המיעוט לחזקה כמו בההוא דרוב תינוקות מטפחין וכן כתוב גם כן בשו"ת נ"ב שיש כאן חזקות קטנות וחזקת איסור: וראיתי בדברי הרב שכתב דלחליצה בעי בדיקה משום דכיון דאיכא לברורי כו' דבאמת כן מבואר מדברי הרשב"א פרק קמא דחולין שכתב וז"ל וסעד לדבריהם הביא הרמב"ן דהא איכא חזקה דאיסורא דבהמה בחייה כו' ומן הדין שלא תצא מחזקתה אלא בידיעה וודאית לא שנסמוך על הרוב אלא משום קולא דבהמה לא איתרעי שהרי שחוט לפניך ודי אם נסמוך בכך היכא דליתא קמן וכי הא איכא במסכת נדה דאמר רבא קטנה שהגיעה לכלל שנותיה כו' אבל לחליצה בעי בדיקה כו' וכן מבואר באמת בדברי הרמב"ן במלחמות ריש חולין דמייתי שם גם כן מהך דנדה אך אין הכרע בדבריו אם כוונתו דמיעוט שאין מביאין סימנים הוי מיעוט מצוי ואף בלא צירוף חזקת איסור צריך בדיקה וכמו דמייתי התם מהא דצריך לבדוק אחר סרכות הריאה או גם הוא כוונתו בזה כהרשב"א משום חזקת איסור וה"נ לענין חליצה אשה זו בחזקת איסור לשוק עומדת וכמ"ש בראש דבריו בההוא דרוב מצוין (ובר"ן שם מבואר שסובר דגם ברוב מצוין כו' הוי טעמא משום דהוי מיעוט מצוי שאין מומחין וכמו בסרכות הריאה ולענ"ד הרמב"ן לאו מהאי טעמא אתי עלה גבי רוב מצוין אלא דמייתי מסירכא כמו דהתם בדקינן היכא דאפשר כמו כן גבי שחיטה דאיכא חזקת איסור וכן נראה מהרשב"א שמפרש כן דברי הרמב"ן ז"ל) ולקצר אני צריך: ונפלאיתי מ"ש הרב שלא זכינו לשום פוסק קמאי ובתראי שיבאר לנו טעמא דלחליצה בעי בדיקה והרי הדבר מבואר ברמב"ן ורשב"א וכ"כ בט"ז אבן העזר סימן קנ"ו וכ"כ בשו"ת נ"ב גם כן.

אך לענ"ד צ"ע הא דמשמע מהרשב"א דחזקה דרבא רוב גמור הוא כמו רוב מצוין כו' רק לחליצה לא סמכינן עלה משום דאיכא לברורי דלכאורה זה סותר למה שכתב ב"י באבן העזר סימן מ"ב בשם מורו הר"י בי רב שהרשב"א והרב דוראן חולקין על התוס' והר"ש וס"ל דאף שנמצא עתה סימנים לפנינו לא מחזקינן למפרע משעה שהגיעה לכלל שנים עי' שם וא"כ מכ"ש היכא שאין סימנים לפנינו כלל אלא דליכא לברורי דלא אזלינן בתר חזקה זו להרשב"א: וראיתי בשו"ת נ"ב שכתב שטעות נזדקק בקולמס הב"י במ"ש בשם הרשב"א פרק מי שמת דחידושי ב"ב להרמב"ן נינהו ולא להרשב"א ודבריו תמוהים דודאי מוהר"י בי רב ז"ל כיוון לחידושי הרשב"א כת"י שהיה לפניו וכן ראיתי בשו"ת הר"י ביה רב ז"ל ואין כוונתו למה שהביא בנ"ב כוונת הב"י לדברי הרמב"ן

דמוקי עובדא דבני ברק במכר ומת מיד דמהתם אין הכרח דהא ע"כ אנו מוכרחין לאוקמי
הך ברייתא למ"ד בנדה דלית ליה חזקה דרבא ודעת ר"ח לפסוק כן וגם בנ"ב דחה זה
דדילמא אדרבה ס"ל דע"כ מיירי כשנבדק משהגיע לכלל גדלות כו' ע"ש בחלק אה"ע
ובאמת שכ"כ אא"ז מהרש"א שם לפני תירוץ התוס' דף קנ"ד שצ"ל כמ"ש הרמב"ן עי'
שם אמנם מ"ש בנ"ב חלק ח"מ סי' בסוף התשובה וז"ל אחרי כתבי שוב נלענ"ד אינו
מוכרח שהרמב"ן יחלוק על הרא"ש ונקדים שהרא"ש כתב והוא מדברי התוס' שאם
פשטה ידה כו' ובדקה ולא מצאה סימנים כלל צריכה גט משני דחיישינן שמא נשרו כו'
וקשה ממ"נ אם לא נשרו עדיין קטנה היא ואם נשרו ממילא אמרינן שלמפרע הביאה
סימנים כשהגיע לשנותיה וכבר היא מקודשת לראשון ולא תפסי בה קידושי שני וצ"ל
דאם לא נמצא בה הוי חזקה שלא נתבררה כו' ואני תמה דמה ענין חזקה שלא נתבררה
לכאן דע"כ לא כתבו התוס' כן אלא לענין הגבינות שנעשו בתוך י"ב חודש אבל הגבינות
שנעשו קודם יב"ח ודאי שכשרים שבזו אין אנו צריכי' לומר אוקמה אחזקה רק דע"כ
כן הוא שאז הית' כשרה ובנדון שלפנינו אם היינו צריכין לומר בשעה שקיבלה הקדושין
משני אוקמה אחזקה כמו שהיתה גדולה קודם כך לא יצאה מחזקה זו שפיר היה אפשר
לדמות לחזקה שלא נתבררה בשעתה דאף שאנו מוצאין עכשיו סימנים מ"מ הגדלות
שאנו מחזקינן למפרע לא נתברר בשעתו רק ע"י סימנים שאנו מוצאין עכשיו לית לן
לאוקמי אחזקה וחיישינן שמא בתוך הזמן יצא מחזקה זו אבל באמת בנידון שלפנינו לא
שייך יצאה מחזקה כלל וכל שנתברר לנו עכשיו שלמפרע היה בחזקת גדול תו לא פקע
לעולם וא"כ קושיתו במקומה עומדת דבשעה שקידשה שני למאי ניוחש לה אם נאמר
שעדיין לא הביאה סימנין הרי אין הקידושין כלום ואם הביאה הרי אנו אומרים שלא
שינו את תפקידם לבוא בזמן הגעת השנים וממילא שחלו קידושי ראשון ואם נפשך
לומר דחזקה דרבא לא מהני כ"א בצירוף חזקה דהשתא וכיון שלא מצאנו עכשיו אע"פ
שאם באנו להצריכה גט משני אנו צריכין לומר שהיה בו ונשרו מ"מ כיון דהשתא מיהת
ליתנייהו קמן לא מחזקינן למפרע אין לזה טעם כלל כיון דלהצריכה גט משני אנו צריכין
לומר שהיה בה ונשרו וכאלו הם לפנינו דמי ואף לענין חזקה שלא נתבררה גופה אין
הדבר תלוי בידיעתנו אלא כל שהענין בעצמו היה מבורר בשעתו אף שלא נודע לנו
שפיר מיקרי חזקה מבוררת אף לענין לומר שאח"כ שוב לא יצאה מחזקה זו וכמו
שהאריך בזה בנ"ב חלק אה"ע סי' ל"א עי' שם והוא ברור וק"ו כאן שאין אנו צריכין
לאוקמי אחזקה כלל אלא כיון שבאת לומר שהביאה סימנים ממילא יש לך לומר מחמת
חזקה דרבא ודהשתא שבאו בזמנם קודם קידושי ראשון ולמה צריכה גט משני: ולכאורה
היה אפשר לומר דמ"ש הרא"ש צריכה גט משניהם היינו מעיקרא דאכתי לא נחית להך
סברא דאמרינן חזקה שהיה שם משהגיע לשנים אבל לבתר דמסיק להך סברא באמת
א"צ גט משני אבל ז"א דמשמע מדבריו דלמסקנתו הא דאמרינן בודקין לקידושין היינו
לאחר קידושין דשני ואם איתא בדיקה זו למה דהא בין כך ובין כך א"צ גט משני וכן
מבואר להדיא מתוס' דף קנ"ו דהבדיקה לאחר הקידושין ואם לא ימצא הוי ספיקא אבל
האמת יורה דרכו דלק"מ דז"ל הרא"ש שם.

ועוד ראייה מהא דאמרי' פרק מ"ש כו' פ"א אם הגיע לכלל שנים בודקין אותו כו' חזקה
שגם בשעת קידושין היה בה עכ"ל. ותיבת ב"ה היא ט"ס נגלה שהרי כל התשובה כולה

בלשון זכר נאמרה כמבואר למעיין וברור שט"ס וצ"ל שגם בשעת קידושין היו בו וכן מבואר מדברי הש"ס בהא דפריך וכיון דבדקנא לקידושין כו' ואם איתא דאאשה קאי שפיר מצינן לאוקמי שאביה קיבל בה קידושין ובדקנו ומצאנוה קטנה ועכשיו צריך לבדוק לגירושין אם היא יכולה לקבל גיטה אלא ודאי דאאיש קאי כדמשמע פשטא דש"ס וכן נראה מבואר מדברי רשב"ם והתוס' שם ע"ש והיינו שכתבו התוס' דאי לא משכחי סימנים הוי ספיקא דחיישינן שמא נשרו כו' ר"ל דאפ"ה חוששין לקידושי ראשון דאמרינן שמא בשעת קידושין גדול היה ונשרו משא"כ אי משכחינן ביה סימנים אז בתראי לא הוו קידושין אף אם לא בדקנו הראשון קודם קידושין לא אמרינן דלמא השתא הוא דאייתי אלא כיון דהשתא אייתי והגיע לגדלות מזמן גדול אמרינן דמאז היה בו.

וזה ברור בפשט דברי התוס' והרא"ש ונפלאתי על אא"ז מהרש"א דנקט לפרושי דברי התוס' לענין הבדיקה של האשה מי הכריחו וזה מבואר ג"כ במ"ש הרא"ש ופר"י דהא בדיקה קודם קידושין ולדברי הנ"ב פירושו מקודם קידושי שני או אחר קידושי שני ולפמ"ש מילתא כפשטא שהר"י רצה מתחילה לפרש דבודקין לקידושין היינו קודם שמקדש הראשון דאל"כ אמרינן השתא אייתי וכהיא דהתם דקאמר חוששין לקידושי שניהם וע"ז כתב דלא דמי כו' אבל צ"ע קצת במ"ש התוס' ד"ה לחליצה כו' דומיא דלגיטין ולקידושין דמיירי בין באיש ובין באשה עכ"ל והשתא תיקשי דמאי נ"מ באשה לנבדקת לקידושין דאי פשטה ידה כו' לעולם אין צריכה גט משני דממ"נ כמ"ש הנ"ב.

אך י"ל דבאשה בלא"ה נ"מ טובא לענין ששה חדשים אח"כ ששוב אין קדושי אביה כלום וכה"ג וגם דבאשה י"ל דבאמת מיירי דבדק קודם קידושין ואם לא תצא אז ואח"כ ימצא באמת צריכה גט משניהם וכן צ"ל בפסקי התוס' שם וע"ש. ועיין בב"ש סי' קנ"ה ס"ק ל' מ"ש דהא דצריכה גט משני היינו שמא הביאה תחת השני ונשרו וקשה כקושיית הנ"ב דאם נאמר שהביאה ממילא יש לנו לומר שהביאה תחת הראשון משעת הגעת שניה כשיטת הרא"ש ז"ל שהוא ג"כ דעת הטור בח"מ סי' ל"ה.

וראיתי בספר בית מאיר שעמד בזה על הב"ש ע"ש וע"ש בתוס'. ולפום מה דכתיבנא פש גבן לברורי במ"ש התוס' דמהני הך בדיקה כו' והיינו דקשיא להו דטורח בדיקה זו למה דהא בלא בדיקה חוששין לקידושי שניהם ואף לאחר הבדיקה יש לחוש לקידושי שניהם דאי אשכח אמרי' השתא אתי ואי לא אשכח חוששין שמא נשרו לזה כתבו דמהני הך בדיקה דבאמת אי משתכח בטלו קידושין דבתרא דלא אמרינן השתא אתי: ולפ"ז יש להסתפק היכא דלא בדק וא"א לבדוק שוב כגון שהלך למדה"י או שמת דאפשר דגם בכה"ג בטלו קידושין דבתרא משום דאיכא חזקה דרבא אלא דמ"מ כי איתא קמן לא סמכינן אחזקה דרבא לכתחלה ובדקינן ליה דשמא לא משתכחי סימנים וספיקא הוי או י"ל דכי לא בדק לית לן למסמך אחזקה דרבא אףבדיעבד וחיישינן לקדושי שניהם אלא דאי אשתכחי אמרינן דמעיקרא נמי הוי ביה ולכך יש לבדוק לקידושין.

ומסתברא לענ"ד לשיטת התוס' דאף אי לא בדק כלל נמי בטלי קדושי בתראי והבדיקה אינה רק לברר כיון דאיכא לברורי וזה מבואר דכיון דאמרי' דאי משתכחי מחזקינן לה

שבאו תיכף כשהגיע לכלל שנים גם א"כ בלא בדק כלל י"ל כן דהא קי"ל קטן וקטנה מיבמין דאזלינן בתר רובא ודלא כר"מ דחייש שמא ימצא סריס.

ולפ"ז כל אדם הוא בחזקת שהביא או שיביא סימנים עכ"פ בתוך עשרים מחמת רובא והך רובא גמור הוא וחשוב כוודאי להקל על ידו אף במקום איסור כרת ולפ"ז מה לי בדק ואשכח או לא בדק כלל דגם בזה כבדק ואשכח דמי שהרי הדבר ברור לנו שזה מביא שערות בתוך עשרים ואית לן למימר דמעיקרא אתו בשעת הגעת שנים ולפ"ז מ"ש התוס' ומהני הך בדיקה כו' היינו לומר דאי לא משתכחי חוששין לקדושי שניהם.

ומ"ש התוס' שם ד"ה לגירושין דלא סמכינן אחזקה להקל היינו לכתחילה היכא דאפשר לבדוק אבל היכא דא"א אנו דנין כאלו נמצא שערות לפנינו דאז אמרינן שהיתה שם למפרע וראיתי בדברי הרב נ"י שכתב דדברי התוס' והרא"ש בתשובה מורין יותר דלא סמכינן אהך חזקה לקולא כלל: ולענ"ד ז"א ודוקא היכא דבדק ולא אשכח דאנו צריכין לומר נשרו בזה לא אמרינן דחזקה דרבא ודאי הוא ומסתמא נשרו אלא אמרינן דלמא באמת לא הביאה סימנים בזמנו אבל היכא דליכא ריעותא לפנינו שפיר סמכינן אחזקה כמו דסמכינן היכא שיש שערות לפנינו ואף דדוקא היכא שיש שערות לפנינו ומשום חזקה דהשתא דז"א דהא התוס' והרא"ש כ"כ אף לשמואל דס"ל דלא אזלינן בתר חזקה דהשתא.

ולכאורה היה אפשר לומר דהתו' ס"ל נהי דשמואל לא ס"ל חזקה דהשתא מ"מ בצירוף חזקה דרבא שפיר אזלינן בתר חזקה דהשתא וזה כוונתם במ"ש לחלק בין ההיא דשמואל בקידושין דהכא שהגיע לגדלות מזמן גדול לא ור"ל דהכא חזקה דרבא מסייע לחזקה דהשתא. ולפ"ז י"ל דדוקא היכא שיש שערות לפנינו דחזי לאיצטרופי חזקה דהשתא משא"כ בלא בדק כלל דאין כאן חזקה דהשתא אחזקה דרבא לחוד לא סמכינן לקולא: אך לפענ"ד נראה דהכא לא שייך כלל חזקה דהשתא דע"כ לא שייך למימר דניזול בתר חזקה דהשתא אלא בדבר שאין תלוי בזמן.

וכגון ביומא דמשלים שית דכל ההוא יומא זמנא הוא להביא סימנים ואליבא דרבא רגילות הוא שיבואו מצפרא. אך עכ"פ אין רגילות שיבואו בזמן מאוחר יותר מבזמן הקודם.

ולכך שפיר אמרי' דכמו דהשתא איתנייהו מעיקרא נמי איתנייהו אבל בדבר שרגילות הוא שבזמן המאוחר יותר יתחדש ענין מה שלא היה מקודם לא מסתבר לילך בתר חזקה דהשתא שהרי כך הדעת נותנת שיבואו עכשיו יותר מזמן הקודם וכגון לענין שערות בשני גדלות דאי לאו חזקה דרבא אין לנו לילך אחר שעת מציאתן כלל דרגילות הוא שכל מה שבא בשנים יותר תרבה הדעת ויביא סימני גדלות ואין ראייה מזמן המאוחר לזמן הקודם דדלמא השתא הוא שבא לכלל הדעת ולא קודם והרי אפילו בחזקה דמעיקרא לא אזלינן בתרה כשהיא עשויה להשתנות וק"ו הדברים בחזקה דהשתא כשהיא עשויה להשתנות ומ"ש התוס' ביבמות פרק אלמנה גבי ספק בן ט' כגון דהשתא דאתי קמן הוא ודאי בן ט' כו' היינו לומר דחזקה קמייתא אתרעאי לה שהרי אם לא היה נודע לנו עתה בבירור שהוא כבר בן ט' היינו מחזיקין אותו בחזקה קמייתא לומר שהוא פחות מבן ט' וא"כ אגלאי מלתא דהך חזקה שהיינו מחזיקין בטעות היתה וא"כ אין

להעמיד על חזקה קמייתא לומר שבשעת ביאה היה פחות מכן ט' שהרי אפשר שכבר היה בן ט' כמו שהוא עכשיו והיינו דוקא לאורועי חזקה אבל פשיטא דלא שייך למיזל בתר חזקה דהשתא כיון שדרכו להיות הולך וגדל ועיין בתשובות מהרי"ט שהאריך בדברי התוס' ביבמות.

אך מדברי הרא"ש מבואר דמטעם חזקה דהשתא דצריך חזקה דרבא אתי עלה כאשר יראה המעיין בכלל ל"ג וכן נראה מהתוס' דמחמת שהגיע לכלל גדלות מזמן גדול מודה שמואל דמחזיקין כגדול למפרע משמע דבזה אתינן לטעמא דר"ל דאזיל בתר חזקה דהשתא וגם שמואל מודה בזה כיון דאיכא נמי חזקה דרבא.

ולפ"ז נראה דס"ל דאף דיש קצת סיבה להשתנות כגון הכא שיש לתלות מה שהביא סימנים היינו לפי שכבר עבר עליו עוד איזה שנים וימים ידברו כפ"ה אזלינן בתר השתא ולפ"ז י"ל דאין ראיה ג"כ מתוס' דף קנ"ד שהקשו ולמה יש לנו לומר שהוא קטן כו' שמזה כתב הנ"ב להוכיח במישור דהתוס' ס"ל דמהני חזקה דרבא להוציא ממון וכ"כ עוד כמה מחברים וכן כתב הרב נ"י.

ולפי מ"ש י"ל דהכי קא קשיא ליה כיון שיש כאן שערות לפנינו או גומות כמ"ש התוס' שם רק שיש לתלות בשינוי מחמת מיתה ובכה"ג דאיכא חזקה דרבא חזו לאיצטרופי חזקה דהשתא כמו דהשתא ישנו לגומות או לשערות השחורים כמו כן היו אז בשעת שהגיע לגדלות ואף שיש מקום לתלות דהשתא אתי מחמת שנשתנה מחמת מיתה מ"מ בשביל זה לא נגרע חזקה דהשתא וכמו שיש לתלות השערות בסיבת שכבר עברו עליו איזה שנים משהגיע לגדלות ואפ"ה לא תלינן בזה ומחזקינן למפרע וע"ז תירצו דמיירי בנבדק משהגיע לגדלות דאזדא לה חזקה דרבא ואז לית לן למיזל בתר השתא כיון דאיכא למיתלי שנשתנה מחמת מיתה ולפ"ז צ"ל דאעפ"כ מחיים היה מועיל בדיקה אע"ג דליכא חזקה דרבא וחזקה דהשתא נמי ליתא דשמא השתא הוא דאתיא לפי שהגיע לשני גדלות כמ"ש אא"ז מהרש"א דס"ל כהרמב"ן דמיירי שמכר ומת מיד.

ויותר נראה לומר דהתוס' סוברים דגם היכא שנבדק כשהגיע לכלל גדולים ולא נמצאו שערות מ"מ אכתי לא אזדא חזקה זו לגמרי דעכ"פ כל משך שני הגדלות רגילות הוא שיביא שערות. וזה מבואר מסתימת הפוסקים דמשמע מדבריהם דבכל גווני מותר לייבם אף שהגיע לכלל גדלות ולא נמצא בו סימנים ולא מחזקינן ליה בספק סריס ונימא דרוב המביאין סימנים מביאין בהגיע לכלל שנים וזה שלא הביא איתרע ליה רובא אלא ודאי דבשביל שיצא מרוב המביאין סימנים בהגיע לכלל גדלות מ"מ בשביל זה לא יצא מהרוב שאינם סריסים ואם היינו אומרים דחוששין בכה"ג שמא סריס הוא ואסור לייבם א"כ בלא בדיקה יהיה אסור ביבום דהא לחליצה חיישינן שמא לא הביאו שערות ובעי בדיקה א"כ ליבום נמי נחוש לה הכי אלא ודאי דז"א דאף אם לא נמצא שערות מותר ביבום דלא איתרע רוב שאינו סריס.

ולפי מאי דקי"ל כרב דאמר הרי היא בוגרת לפנינו והיינו משום דרגילות הוא לבוא מצפרא כמו כן י"ל כאן כל שעתה יש כאן שערות אמרינן שהיה בו מזמן הקודם באותה שעה שאפשר לומר בו שהביא שערות ונראה דגם בהוא דרבא אף אם בדק בצפרא ולא נמצאו סימני בוגרת אז בשביל זה לא איתרע הך מלתא דרגילות הוא להביא מצפרא

והיינו בשעה הקודמת שאפשר להיות דכל אותן היום הרגילות להביא בקודם האפשרי וה"נ כל משך שני גדלות הרגילות לבוא בקודם האפשר והלכך כיון דהשתא ודאי גדול אמרי' שגם בזמן המכירה היה גדול אע"פ שבדקוה קודם לזה ולא הוה ביה משא"כ לאחר מיתה די"ל דגם השתא ליתנייהו רק מחמת חזקה דרבא יש לתלות שאילו הם סימנים ולא מחמת מיתה בזה שפיר אמרינן כיון שנבדק בעת הגדלות ולא נמצא אין לנו לתלות ולומר דמעיקרא אתו אלא גם עכשיו אינם סימני גדלות כלל רק שינוי שמחמת מיתה ודוקא היכא דאיכא חזקה דרבא ממש שפיר י"ל מחמת אותה חזקה שאלו הם שערות גמורים ולא מחמת מיתה משא"כ כשאיתרע חזקה דרבא שלא נמצא לו שערות בהגיע לכלל שנים ואע"ג דמ"מ איכא רובא שאינו סריס וא"כ נמי נימא מחמת זה דלאו מחמת מיתה אתי כיון שהרגילות להביא סימנים בזמנו גדלות זה לא אמרינן דמה שהוא רגיל לבוא בקודם האפשר אינן מכריע שלא לספק שבא מחמת מיתה אבל היכא דהשתא ודאי גדול כגון שנבדק עתה בחיים שפיר מסייע חזקה דהשתא לומר דמסתמא אתי בעת הרגילות שנבדק מקודם ולכן התוספות גבי בודקין לקידושין כתבו בסתם אבל הכא שהגיע לכלל גדלות מזמן גדול לא ולא הוזכרו בדבריהם חזקה דרבא משום דאף בלא חזקה דרבא כגון שנבדק פעם אחד משנעשה גדול מ"מ אמרי' שהשערות באו מעת הרגילות.

ולפ"ז אין התוס' והרא"ש מחולקים כלל דגם להתוס' מיירי שלא מכר ומת מיד ואע"ג דלדידהו מיירי באופן דליכא חזקה מ"מ שפיר אזלינן בתר השתא בצירוף הרגילות אך מהרא"ש משמע דמיירי דאיכא חזקה דרבא ממש ולכך מחזיקינן ליה בגדול למפרע ומ"מ אם לא נבדק עד לאחר שמת אין מועיל חזקה דרבא לומר מחמת זה ששערות גמורים הם אלא עדיין י"ל שאפשר שבא בסיבת המיתה והיינו משום דבזה ליכא חזקה דהשתא כלל דהא יש לתלות השינוי במיתה וא"כ ס"ל דהשתא אתו ולא מעיקרא אבל אם נבדק מחיים שפיר הוי חזקה דהשתא ואין לתלות השינוי דהשתא שגדל והולך בא לכלל דעת הביא סימנים וכמש"ל אלא אמרי' דכל משך שני הגדלות הוא עליו להביא סימנים בשוה ואין יתרון בזה מה שהוא גדול והולך.

וממילא בצירוף חזקה דרבא מחזקינן ליה למפרע: ולפ"ז מבואר מדברי הרא"ש דלא מהני חזקה דרבא לחוד לדונו כגדול כ"א בצירוף חזקה דהשתא ומהאי טעמא כשבדק לאחר מיתה דתו ליכא חזקה דהשתא כיון דסימנים עשוין להשתנות אין לדונו כגדול מחמת חזקה דרבא לחוד ומכ"ש בלא בדיקה כלל שאין לדונו כגדול מחמת החזקה לחוד ודוקא בנבדק מחיים דחזי לאיצטרופי חזקה דהשתא ובזה יש ליישב לשון ה"ה בפ' י"א מהלכות גירושין שכתב וכיון שכן אם נבדקה ואין לה סימנים אע"פ שיש לה שנים ממאנת ותמה הלח"מ דהא כל זמן שלא נתברר בודאי שיש לה סימנים יכולה למאן וכמ"ש ה"ה בסוף הלשון אין אומרים הוחזקה הביאתו עד שיוודע בבירור כו'.

וראיתי להרב נ"י שכתב דה"ה ר"ל דאם נבדקה ולא מצאו אין אומרים הוחזקה הביאתו ונשרו כיון דקידושין דרבנן נינהו אבל מ"מ בלא בדיקה כלל אין יכולה למאן מחמת חזקה דרבא והוא כדברי הטור שהביא הלח"מ שם והכריח הרב נ"י זה ממ"ש ה"ה שכ"ז מבואר בהלכות הרי"ף וברי"ף מבואר דמפרש מימרא דרבא דא"צ בדיקה היינו דלא

שייך בדיקה משום דאמרינן נשרו: ולענ"ד אין הכרח בדברי הרי"ף דאיכא למימר דבלא בעל מצריך בדיקה לכתחילה עכ"פ וכמ"ש גם הלח"מ בדברי ה"ה והיינו ההוא דבודקין למיאונין דמיירי בלא בעל ואפ"ה אין להתיר כ"א אחר הבדיקה כיון דאיתא קמן ואיכא לברורי דלמא משכח שערות ואדרבה לכאורה יש לדקדק בדברי הרי"ף שכתב דההיא דרבא בבעל מיירי דאיכא ס"ד וא"צ בדיקה דאף אם לא אשכח חיישינן שמא נשרו.

וכ"כ התוס' בפ' בא סימן דלהא אהני חזקה דרבא ובאמת שזה דוחק גדול והוי מצי לפרושי בפשיטות דמיירי בלא בעל ולענין סתמא והיינו דקאמר א"צ בדיקה שלא תמאן דאפילו בסתמא אין ממאנת משום חזקה שהביאה סימנים שהרי ע"כ צריך לפרש כן הך דרבא אליבא דמ"ד שא"ח שמא נשרו וכדקאמר הש"ס לעולם דלא בדק וכ' קאמר רבא חזקה למיאון והיינו לומר דסתמא לא מצי למאן וכמו שהוא להך מ"ד גם בבעל כן הוא לדידן בלא בעל אע"כ דס"ל להרי"ף והתוס' דבלא בעל שפיר הוי ממאנת בסתמא אף דאיכא חזקה דרבא משום דהך חזקה אינה רק לחומרא ובלא בעל לקולא אזלינן ואף דהיכא שאפשר בודקין אותה וכדאמר שמואל בודקין למיאונין מ"מ היכא דלא אפשר בבדיקה מקילינן שמועיל המיאון ולישנא דרבא דאמר א"צ בדיקה חזקה הביאה כו' אי הוה מפרשינן ליה בלא בעל הוה משמע דבכל גווני אינה ממאנת מהאי טעמא אף היכא דלא אפשר בבדיקה ולכך הוצרך לפרש דבעל מיירי רבא והא דקאמר א"צ בדיקה היינו שאין הבדיקה מועלת דחיישינן שמא נשרו.

וע"ש בתוס' ד"ה וכי מאחר כו' ואם היה ספיקא הוי ספיקא דאורייתא לחומרא כו' ודבריהם תמוהים במ"ש ואם היה ספיקא דמה יושיענו זה דס"ס ממ"נ א"צ לבדוק לגירושין ובודוק י"ל שר"ל שהיה ספק בשעת קידושין אם הוא גדול אם לאו ואז בודקין אותו תיכף לגירושין ובודקין לקידושין היינו שאם פשטה ידה וקבלה קידושין מאחר בודקין אותו דשמא ימצא שערות ומחזיקין אותו בגדול למפרע ובתראי לא הוי קידושין וכמ"ש לעיל וע"ז קאמרי דליתא דהא הוי ספיקא דאורייתא ולחומרא דשמא נשרו וא"כ אף אם לא ימצא עתה מ"מ צריכה גט וכמ"ל בהא דבודקין לקידושין שאף אם לא ימצא חוששין לקדושי שניהם ע"ז כתבו ודוחק לומר דבודקין לקידושין דהיינו אם לא מצאן כו' ר"ל דהבדיקה לקידושין הוא רק אם ימצא אבל אם לא ימצא באמת אין קידושי ראשון כלום ודלא כמ"ל וא"כ היינו פירושא דבודקין לגירושין דא"כ הוי דלא כהלכתא.

ויותר נראה להגיה בדבריהם וצ"ל ודוחק לומר דבודקין לגירושין היינו אם לא ימצא לא תהיה מקודשת כו' ור"ל דבודקין אם צריך גירושין וצ"ע כעת: ונחזור למ"ש הרמב"ן והרשב"א דהא דלחליצה בעי בדיקה משום דאיכא לברורי אך נלענ"ד דבהא מלתא דאי איכא לברורי לא סמכינן אחזקה אפשר לחלק בדבר דע"כ לא אמרינן הכא אלא היכא שאם נבדוק יתברר הדבר על בוריו שהוא אסור וכגון ההוא דרוב מצויין שאם יתברר שאינו בקי הרי אין כאן ספק ששחט שלא כהוגן דודאי שהה דרס וכמבואר בפוסקים ועכ"פ ע"י הברור נסתרה החזקה ואגלאי מילתא שהיינו מחזיקין החזקה ההיא בטעות משא"כ היכא שגם לאחר הבדיקה עדיין אין החזקה נסתרת לגמרי רק שמחמת הבדיקה

יתוודע לנו שיש ריעותא בחזקה ההיא ומ"מ עדיין אפשר שהחזקה שהחזקנו היתה אמיתית בכה"ג א"צ לברר כלל ומוקמינן אחזקה.

ולפ"ז בנ"ד שאף אם נבדוק ולא נמצא לא נסתרה בזה החזקה לגמרי שהרי עדיין י"ל שהחזקה קיימת והביאה סימנים ונשרו וכיון שא"א לבוא לידי בירור לסתור החזקה בודאי רק לעשות ממנה ס' לבד א"צ בירור כלל ומ"מ א"ש הא דאמרי' לחליצה בעי בדיקה דהש"ס שם מיירי למ"ד א"ח ולדידיה שפיר בדיקה מבוררת היא דכל דבדק ולא אשכח בודאי נסתר הרוב כיון שא"ח שמא נשרו וממילא דלדידיה דחוששין שפיר י"ל דאף לחליצה א"צ בדיקה כיון שלא יתברר סתירת הרוב ע"י בדיקה.

ולפ"ז דברי רבא מתפרשין בבדק ולא אשכח כשינויא קמא ולעיל כתבתי דלאו הא בהא תליא ולפום מהו דכתיבנא הכא שפיר תליא הא בהא: ודוגמת הך סברא שכתבנו כתב בשער המלך על תי' מהרי"ט להרמב"ם דס' דאורייתא לקולא היינו בליכא לברורי ע"ש ומכ"ש דא"ש הך סברא לשיטת הרמב"ם דס"ד לקולא א"כ אף לאחר הבדיקה דאיתרע החזקה והוי ספיקא ושרי מדאורייתא סמכינן מעיקרא אחזקה בלא בירור איברא דלפי מ"ש במקום אחר שמ"ש הראשונים שהרמב"ם למד הך דס"ד לקולא מדאורייתא מהא דממזר ספק יבא היינו כמו דחזינן דחז"ל מפורשים תיבת ממזר שבתורה פתרונו ודאי כמו כן כל שאמור בתורה לודאי אסר רחמנא ולא לס'.

ונ"מ ללאו הבא מכלל עשה ונתיישב בזה כמה קושיות. והבאתי ראיה לזה מדברי הרשב"א ביבמות דף מ"ב גבי הא דקאמר התם מצות אמר רחמנא ע"ש.

ולפ"ז כאן הא דקטן וקטנה לא חולצין ולא מייבמין משום דאיש ואשה כתובה בפרש' וא"כ בעינן שיהיה איש ואשה ודאית ולא ספק ומכ"ש כאן דבחזקת איסור לשוק עומדת וע"י חליצה זו אתה בא להתירה אל תתירנה מס' כיון שע"י הבדיקה נפל ריעותא בחזקה דרבא ואין להתירה אף להרמב"ם ז"ל ועדיין יש לצדד בדבר לפי דעת הרי"ף דחליצת קטנה דרבנן ותלוי בשיטת הפוסקים בס' דרבנן בחזקת איסור ולקצר אני צריך ועתה ראיתי לבאר במ"ש התוס' בהא דבודקין לקידושין דמהני הך בדיקה כו' ומשמע מדבריהם כשלא בדק כלל והלך למדה"י וכיוצא בו לא סמכינן אחזקה דרבא לחוד וכן מבואר יותר בלשון הרא"ש בתשובה דמשום צירוף חזקה דהשתא אתי עלה ואחר העיון נראה דגם בכה"ג אית לן לבטלי קידושי בתראי דהא קי"ל כרבנן דאזלי בתר רובא דקטנים לאו סריסים נינהו ואפילו במקום חומר איסור כרת.

ולפ"ז כיון שכל אדם מעותד להביא סימנים במשך שני גדלותו אף שאין סימנים לפנינו הלא הדבר ברור וידוע לנו שבמשך שני גדלות יהיה בעל שער בסימנים שנחזיקנו למפרע כגדול משעת הגעת שנים ומה בכך שהוא עתה במה"י וכמ"ש ג"כ הנ"ב חלק אה"ע סי' ל"א לענין חזקה שאינה מבוררת דבשביל שאין הדבר ההיא בפנינו לא מיקרי אינה מבוררת כיון שהאמת כן הוא ואלו היה לפנינו היתה מבוררת כו' וכאלו ראינו בעינינו דמי כו' [וה"נ לענין חזקה דהשתא דבר הברור וידוע לנו כאלו הוא לפנינו דמי וכמו אי בדק ואשכח מחזיקינן למפרע כ"כ בלא בדק כלל שהדבר ידוע לנו מחמת רובא דלאו סריסים נינהו אך לכאורה צ"ע בהא דקדשה אביה בדרך שפירש"י באותו היום בדקנוה לדעת אם יצאה מרשות אביה ופירש כן ממשמעות לשון הש"ס דקאמר

והרי הוא בוגרת וכ"כ הטור והש"ע סי' ל"ז ובדקוה ומצאוה בוגרת ולפום מה דכתיבנא דכל דבר שידוע לנו כאלו הוא לפנינו דמי א"כ הבדיקה היא אך למותר דהא מיירי ביומא דמשלים שית שאותו היום ודאי נעשה בוגרת ואפשר לומר דהא דביומא דמשלים שית נעשה בוגרת אינו רק כמו חזקה דרבא לענין סימני נערות ולא אזלינן בתרה רק להחמיר אבל להקל בדיקה בעי וכ"מ מדברי הרשב"א שהביא הח"מ והב"ש סי' ל"ז: אך צ"ע לדעת הרמב"ם שם שכתב דאחר ו"ח היא בוגרת אף בלא סימני בוגרת כלל ואפשר לומר דהתם דבא להשמיענו בגוונא שהקידושין שלה הם ודאי קידושין והיינו כשבדק קודם שקדשה עצמה או תיכף אח"כ והלכך דוקא ע"י בדיקה הא לא"ה אף קידושין אינם ודאי דלמא סוף היום ממש תעשה בוגרת.

ועיין בפ"י שם שאף בלא בדיקה האשה עצמה נאמנת לומר שבגרה בשעת קידושין ע"ש: ומצאתי בספר המקנה בקידושין שם שכתב ג"כ להקשות על רש"י דמה צריך לבדיקה פשיטא דלאחר ו"ח נעשה בוגרת וצריך לדחוק דדוקא כשנמצאו בו ביום סימני בוגרת קודם הלילה בזה ס"ל לרב דמחזקינן לה בבוגרת משחרי' אבל אם לא בדקה כלל מודה רב דהיא בספק עד הלילה.

אבל לא משמע הכי מדברי הרמב"ם בפ"י מהלכות אישות דמתחילת יום תשלום הו"ח ומעלה תקר' בוגרת. ונראה דס"ל דבל"ז דוחק לאוקמא פלוגתא דרב ושמואל בסתם ולא פירשו דמיירי ביומא דמשלים שית אלא דבאמת מיירי שאין ידוע לנו כלל לא הזמן השנים ולא זמן סימני נערות וס"ל לרב כיון דבדקוה ונמצא סימני בוגרת מחזקינן שזה היום שנשלם הו"ח כו' ע"ש ועכ"פ פשיטות דברי הרמב"ם שכתב דהוה בוגרת מתחלת היום היינו ע"פ מה דקי"ל כרב דאי בפניא בוגרת מצפרא נמי בוגרת וכיון שידוע לנו שבאותו היום תהיה בוגרת ממילא הכי דיינינן מסתמא שהיה בוגרת מתחלת היום וכ"כ שם אח"כ בספר המקנה ע"ש: ולפ"ז נראה כמ"ש דאף אם לא בדק כיון שידוע שעכ"פ השערות עתידין לבוא הוה כבדק ואשכח וצ"ל הא דבודקין לקידושין וכתבו התוס' דמהני הך בדיקה כו' היינו לומר כיון דהשתא איתא קמן לא סמכינן לבטולי קידושין של שני בלא בדיקה דדלמא לא משתכחי השתא ויש לחוש לקידושי שניהם ומ"ש התוס' ד"ה ולגירושין דלא סמכינן אחזקה להקל היינו לכתחלה היכא דאפשר לבדוק ואפשר דאף בהלך למה"י חוששין דלמא פעם א' יבא לידי בדיקה ולא משתכחי סימנים אבל היכא ששוב לעולם לא יבוא לידי בדקה כגון שמת או שכבר עברו רוב שנותיו אמרינן דמסתמא אייתי סימנים בתוך משך שני גדלות דהא רוב אינם סריסים וממילא שהוא מוחזק בגדול למפרע מכח חזקה דרבא וחזקה דהשתא.

ומ"מ במת צריך עיון דאפשר כיון דמת תו ל"ש גביה חזקה דהשתא שאין גדלות לאחר מיתה או אפשר שאין דנין שאם היה חי היה מביא סימנים במשך שני גדלותו והוה דיינינן ביה ח' דהשתא מה שסיבת המיתה גרמה שלא יבא לכלל הגעת סימנים בזה לא נגרע כח החזקה ודוקא אי בדק בחייו ולא אשכח כיון שהוא ראוי להביא סימנים ולא הביא איתרע לה החזקה משא"כ אם המניעה שאינו מביא סימנים הוא צד אחר אין זה מגרע החזקה ואם היינו אומרים כן הוה א"ש קוש' התוס' בב"ק דף קנ"ד שהקשו ולמה יש לנו לומר שהוא קטן שהרי הגיע לכלל שנים כו'.

ועמדו בזה כמה מחברים דהאיך תועיל חזקה דרבא להוציא ממון. ולפי מ"ש א"ש דהא דלחליצה בעי בדיקה היינו' רק לברר דלמא לא משתכחי לן למסמך אחזקה דרבא לחוד ואף שעכ"פ סופה לבא לידי גדלות ויהיה ג"כ ח' דהשתא מ"מ השתא מיהא צריך לברורי.

אבל היכא דליכא לברורי כגון הכא שמת אף בלא בדיקה כלל אמרי' כיון שאם היה חי היה סופה לבוא לידי גדלות והוי כמו ח' דרבא עם חזקה דהשתא שהוא מועיל להוציא ממון כמו שמועיל לבטל קידושי שני אמנם כן נפל האי ספיקא אי חזקה דרבא חזקה אלימתא הוא בבירא דהא לעולם לא משכחת ח' דרבא בלא חזקה דהשתא דאם בדק ולא אשכח גם ח' דרבא ליתא ואם לא בדק בכל גווני איכא חזקה דהשתא על שם העתיד שראוי הוא זה להבאת סימנים וחזרנו למ"ש הרמב"ן והרשב"א דטעמא דלחליצה בעי בדיקה משום דאיכא לברורי הא לא"ה חזקה אלימתא היא רק שעתה הורחב לנו מה שנראה מדברי התוס' דף קנ"ו והרא"ש כתב בהא דבודקין לקידושין דחזקה דרבא בלא ח' דהשתא ל"ח לקולא דזה סותר למשמעות התוס' דף קנ"ד.

ולמ"ש גם עתה כדבריהם כן הוא שצריך לצרף ח' דהשתא לחזקה דרבא אלא דח' דהשתא לעולם איתא כל היכא דאיכא ח' דרבא דכל כמה דלא בדק ולא אשכח דיינינן ליה כח' דהשתא ע"ש סופו גם יש בזה כדי ליתן טעם למ"ד א"ח שמא נשרו דדוחק לומר דבהא פליגי דמ"ס חזקה דרבא חזקה אלימתא הוא ומ"ס דלאו ח' אלימתא הוא.

וגם א"ל דס"ל דנשירה לא שכיח כלל דהא ודאי מצינן למיתלי שמחמת איזה סיבה נשרו וכדאמרינן ביבמות דאפי' הך מ"ד מודה דמשום צער לידה חיישינן וכ"כ יש כמה סיבות לנשירה וכמ"ש בשו"ת מהרי"ט סי' אך לפמ"ש א"ש כיון דעכ"פ עתה בדק ולא אשכח ואזדה לה חזקה דהשתא שוב מחמת ח' דרבא לחוד לית לן למיתלי בנשירה ומ"מ שפיר אזיל רבא בתר הך חזקה שלא תמאן ואפי' לא בעל דליכא רק קידושין דרבנן בסתמא דלא בדק דאיכא חזקה דהשתא ולקמן יבואר עוד בזה: אך באמת אין דעתי נוטה לומר דבמת ולא נבדק יחשב לחזקה דהשתא כיון דעכ"פ לעולם לא יבא לכלל הגעת סימנים וכדבדק ולא אשכח דמי יהיה מחמת איזה סיבה שיהיה ולפ"ז צריך ליישב דברי התוס' בב"ב דף קנ"ד.

גם צ"ע לפי מ"ש בתירוצם שם דמיירי שנבדק פ"א ולא מצא דאזדה לה ח' דרבא ולפ"ז קשה א"כ אפי' מחיים אין מועיל בדיקה דלמא השתא הוא דאייתי ואא"ז מהרש"א ז"ל כתב דהתוס' מפרשי כהרמב"ן דמיירי שמכר ומת מיד וזה דחוק. והיה נלענ"ד לבאר ע"פ מה דמשמע מהפוסקים דאף אם נבדקה אחר הפרק פעם אחד ולא מצאנו שערות אפ"ה שריא ליבום.

ולכאורה צ"ע דניחוש לה שמא איילונית היא דרוב מביאין בהגיע לכלל שני' וזו שלא הביאה איתרע לה רובא. וכיוצא בזה הקשה הב"ש בס' קנ"ה ס"ק י"ט דלמה יועיל מיאון כשלא הביאה שערות אחר י"ב ניחוש שמא ימצא בה סימני איילונית ותהיה גדולה למפרע אע"ג דבעלמא ל"ח למיעוט איילונית הכא דאיכא ריעותא שלא נמצא שערות אית לן למיחש ע"ש שתירץ בשם הדרישה דמיירי בלא בעל והוי ס"ד ולדבריו צ"ל דלענין יבום באמת אסור בכה"ג ולפ"ז קשה דהאיך מייבמין בלא בדיקה אף אחר שהגיע

לכלל שנים כיון דקי"ל דלחליצה בעי בדיקה שמא לא הביאה שערות והרי אם באנו לחוש לזה יהיה לנו לאסור גם לימים שהרי אין כאן שערות שוב יש לחוש גם לסריס ואיילונית דל"מ למיזל בתר רובא דאיתרע כיון דאין כאן שערות אבל באמת לק"מ דבאמת תרי רובי נינהו חדא שרוב אינם סריסים ואיילונית ומיעוט שהם סריסים ובאותו הרוב שאינם סריסים הרוב מהם מביאים שערות בהגעתן לכלל שנים ומיעוט שמביאין אח"כ הילכך אע"פ שזה לא הביא שערות בהגיע לכלל שנים ויצא מכלל הרוב השני מ"מ לא יצא בשביל זה מן הרוב שאינם סריסים וא"ז דומה להך דכתובות דרוב נשים בתולות נישאת דהתם רוב הנישאת בתולה יש לה קול הוא מתנגד לרוב נשים ב"נ משא"כ כאן ונראה שגם הפרישה שם עיקר קושיתו על הא דקאמר התם אפילו נולדו סימנים איילונית ע"ש ולפי דרכינו למדנו דאף שנבדוק פ"א ולא מצאו שערות מ"מ עתיד הוא להביא לאח"ז במשך שני גדלות דמ"מ לא יצא מרוב שאינם סריסים.

ונלענ"ד בהא דאמר רב הרי הוא בוגרת לפנינו אף אם בדק בצפרא ולא נמצא סימני בוגרת כל שנמצא עתה אמרינן שהביאה באותו יום זמן מה אחר הבדיקה דהא דאמרינן שרגיל לבוא בצפרא היינו בשעה הקודמת שאפשר להיות לפי שכל אותו היום היא רגילה להביא בקודם האפשרי וה"נ לענין סימני נערות אף אם לא בא בתחלת הגעת שנים מ"מ כל משך שני גדלות הרגילות להביא בקודם האפשרי ולכן התוספות גבי בודקין לקידושין כתבו בסתם אבל הכא שהגיע לזמן גדלות מזמן גדול לא ולא הוזכרו בדבריהם ח' דרבא משום דס"ל דאף בלא ח' דרבא כגון שנבדק פ"א משנעשה גדול ע"מ אמרינן מדהשתא גדול גם בשעת הקידושין היה גדול דמסתמא השערות באו בזמן הרגילות (ולא אזלי בשיטת התוספות בקידושין ונדה שכתבו בטעמא דרב משום דרגילות לבוא מצפרא דלפ"ז שמואל סובר דאף בכה"ג חוששין לקידושי שניהם אלא קיימו בשיטת רש"י.

א"נ דשמואל חולק על רב בהא וס"ל דאין רגילות לבוא מצפרא): ולפי מ"ש מצינן לפרושי הסוגיא דב"ב בלא מכר ומת מיד ואפ"ה א"ש שהלקוחות רצו לבודקו ואם הביא אז מחמת חזקה דהשתא אמרינן דמעיקרא נמי הוי ביה וע"ז אמר ר"ע סימנים עשוין להשתנות כו' משום דע"כ לא אזלינן בתר חזקה דהשתא אלא כשאין סיבה לדבר למה בא עכשיו יותר מזמן הקדום כגון ההוא דבוגרת דעכ"פ כל היום שוה להבאת סימנים משא"כ היכא שיש סיבה שנתלה בה שעת מציאתן לא אזלינן בתריה וכמו דאין מחזיקין איסור ממקום למקום ותלינן השינוי במקום.

וע"ז הקשו התוספות ולמה יש לנו לומר שהוא קטן כו' והיינו כלפי מ"ש שם קודם לזה דמיירי שנמצאו שערות אלא שי"ל שהיה לבנים או שי"ל שלא היה גומות וע"ז קשיא להו דמה"ת נתלה בזה שבא ע"י שינוי מחמת מיתה כיון שהגיע לכלל שנים ואע"ג דלא סמכינן אחזקה דרבא לקולא היינו בלא בדיקה כלל לפי שאין להוציאה ע"י זה מחזקת קטנותה לגמרי אבל הכא דבדק ואשכח אלא דאיכא למיתלי בסיבת מיתה ועכ"פ חזקת קטנות איתרע לה וממילא דמהני הך חזקה אף להוציא ממון.

ומכ"ש דאיכא לאקשוויי הכי לפי ר"ת שפי' שנמצאו שערות אלא שאפשר שהיה לבנות ושומא נינהו והושחרו מחמת מיתה דלמה נחוש לה הכי וכמו דל"ח לאחר הפרק שמא

מלפני הפרק היה ושומא נינהו כמ"ש התוס' והרא"ש בנדה דמוכח הכי מדקאמר מהו לבודקו ע"ש והיינו משום דכיון דעכ"פ יש סימנים לפנינו אית לן למיסמך אחזקה דרבא דלאו שומא נינהו וא"כ אין לנו לחוש גם לשינוי דמחמת מיתה דמחמת חזקה דרבא אין לתלות השערות בדבר אחר כלל (ולפמ"ש בתשובה אחת שאפשר שיש ט"ס בדברי התוספות במ"ש וכדאמרינן גומות אע"פ שאין שערות אלא צ"ל גומות צריך שיהיה בעיקרן שערות וכמ"ש הרמב"ן והרא"ש והנ"י א"כ א"ש הך קושיא אף לפ"ז הך תירוץ דמחשש גומות אתי עלה) וע"ז תירצו דמיירי שכבר נבדק פ"א וליכא חזקה דרבא ולכן חיישינן שמא מחמת מיתה ומ"מ אין כאן חשש שמא לפני הפרק כיון שכבר נבדק וראינו שלא היה שם שערות הילכך בחייו היה מועיל הבדיקה משא"כ לאחר מיתה ואע"ג דגם בלא חזקה דרבא ג"כ עכ"פ רגילות הוא שיבא בזמן הקודם שאפשר מ"מ אין מכריע לס' שמא מחמת מיתה אתי.

ודוקא מחמת חזקה דרבא יש לנו לומר דלאו מחמת מיתה אתי. ועיין בפ"י דף ק"א שם ד"ה מי איכא למימר דמה שפר"י דרגילות לבוא בבוקר לאו רוב גמור הוא אלא דשכיח קצת וגרע מחזקה ע"ש.

וא"כ ה"נ לענין סימני נערות אע"פ שרגילות הוא להקדים ולא לאחר מ"מ היינו דשכיח קצת ומ"מ גרע מחזקה וכיון דחזקה דרבא ליתא שוב מחמת ח' קטנות וחזקת ממון אית לן למימר דשמא מחמת מיתה אתי משא"כ אם נבדוק מחיים שפיר מועיל חזקה דהשתא שתהיה מכירה למפרע אע"ג דליכא ח' דרבא מ"מ עכ"פ רגילות הוא שיבואו בזמן הקודם והוי כהוא דהרי בוגרת לפנינו אליבא דרב ומחזקינן ליה בגדול למפרע איברא שעדיין צ"ע דהא אף רב דאזיל בתר ח' דהשתא ל"ק אלא היכא דליכא חזקת ממון כמבואר בקידושין שם וא"כ ע"כ כוונת הרא"ש בתשובה היינו ע"י צירוף ח' דרבא כמ"ש בנ"ב וא"כ לפמ"ש התוספ' דמיירי דנבדק וליכא חזקה דרבא א"כ אין להוציא ממון מחזקתו ע"י חזקתו דהשתא אף היכא שרגיל לבוא קודם וא"ל דאתיא כר"י דאזיל בתר חזקה דהשתא אף להוציא ז"א דהא ר"י ס"ל ראייה בעדים ומוקי דר"ע כרבנן ולהך מ"ד ראייה בעדים רבנן כר' יעקב ס"ל.

ולכן נראה דאע"ג דאליבא דר' יעקב חזקת ממון עדיפא מחזקה דהשתא מ"מ כיון דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ נעשה בגדול מסייע לחזקה דהשתא שפיר מהני לבטל חזקת ממון ואע"ג דר"י לא ס"ל מחמת חזקה אין העדים חותמין כו' לחוד יועיל לבטל חזקת ממון כדס"ל לר"ל בסוף מ"מ בצירוף חזקה דהשתא מהני הלכך אם היה בדק מחיים הוה מהני וכ"מ בספר התרומה הלכות חליצה דמייתי מהא דאמרינן מהו לבודקו דל"ח שמא לפני הפרק באו וע"ז כתב ויש לסמוך על חזקה דר"ל חזקה אין העדים חותמין כו'.

ומה שהקשה בנ"ב דלפי מ"ש התוס' דנבדק פ"א א"כ חזקה על העדים כו' דשמא העדים לא ידעו שנבדק פ"א וסמכו אחזקה דרבא א"ש לפמ"ש דאחזקה דרבא לחוד אין לסמוך אם לא בצירוף ח' דהשתא וא"כ בשביל החזקה לחוד לא היו חותמין ושייך שפיר ח' אין העדים חותמים וכו' ואין להאריך.

אך באמת לולי דברי התוספות והרא"ש שמבואר מדבריהם דכל שנמצא עתה סימנים מחזיקין למפרע מטעם חזקה דהשתא מדמי לה להאיך דהרי הוא בוגרת לפנינו הייתי אומר שיש לחלק ביניהם לפמ"ש לעיל דכל שיש לתלות ההשתנות בסיבה לא אזלינן בתר חזקה דהשתא ולפ"ז י"ל דוקא בסימני בוגרת שאין הדבר תלוי בזמן כמו ביומא דמשלים שית דכל יומא זמנה הוא להביא סימנים ואליבא דרב רגילות שיבואו מצפרא אבל אין סיבה מחייבת שיבוא בזמן מאוחר משא"כ לענין שערות בשני גדלות שסיבת ההשתנות תלוי בזמן וברבות השנים תרב חכמתו ודעתו וי"ל דהשתא בא לכלל דעת ולא קודם עי' שם וצ"ע: והנה במ"ש לעיל דהיכא דלא בדק כלל נמי שייך חזקה דהשתא כיון שעכ"פ עלול הוא זה להביא סימנים ועי"ז נחזיקנה למפרע אימא בה מילתא דאף אם נרצה לומר דח' דהשתא אינה רק כשהדבר כך לפנינו ממש ולא משגחינן במה שעתידי ודאי להיות כן מ"מ יש בזה כדי ליתן טעם במה שנראה מהפוסקים דאף בלא בעל אינה ממאנת בסתמא.

ולכאורה יש לסייע לזה מהא דאמרינן אליבא דמ"ד א"ח חזקה דרבא להיכא דלא בדק ולענין מיאון וקשה לפמ"ש התוספות בפרק בא סימן דאף בלא חזקה דרבא נמי לא תמאן מספיקא היכא דבעל וחזקה דרבא מהני לענין נשרו וא"כ קשה למ"ד א"ח חזקה ל"ל וע"כ לומר דלהך מ"ד מיירי היכא דלא בעל להכי איצטריך הך חזקה (ועי' בדברי אא"ז מהרש"א שם שכתב מחמת דברי התוס' פרק בא סימן דפלוגתא דחוששין וא"ח היינו בלא בעל ואין נראה כן מדברי רש"י כמש"ל ולכאורה משמע הכי מיבמות בהא דאין בנים בלא סימנים ופריך ונבדוק חוששין ש"נ הניחא למ"ד כו' ואם איתא דפלוגתייהו בבעל דוקא א"כ אף למ"ד חוששין מצינו חמותו ממאנת כשלא בעל לשם קידושין כמ"ש התוס' שם לכן נראה דפליגי בין בעל ובין לא בעל רק דאנן מסקינן הילכתא בבעל דוקא חוששין וע"ש בתוס' דיבמות ד"ה אין בנים דמשמע מדבריהם דסתם נמי לענין קידושין דאורייתא מיירי הא דמשני חוששין ש"נ וצ"ע דהא מ"מ משכחת חמותו ממאנת בלא בעל לשם קידושין וצ"ע כעת).

והנה באמת הרמב"ן והר"ן הקשו דחזקה למיאון ל"ל הא בחששא בעלמא סגי ותירץ דה"ק אין מטריחין כו' אבל להתוספ' דלא מתרצי הכי ע"כ דס"ל כמ"ש דלהך מ"ד מיירי בלא בעל ולפ"ז קשה דל"ל למימר. דמהני חזקה דרבא לענין נשרו דהו"ל למימר ולענין לא בעל וכן קשה על הרי"ף שמבואר מדבריו דמוקי הך דרבא בבעל דוקא וכ"כ בתוספות בנדה דף מ"ט ג"כ ומאי דוחקא לאוקמי בבעל דוקא אך לפמ"ש י"ל דטעמא דמלתא דאף בלא בעל אינה ממאנת בסתמא לאו משום דחזקה דרבא הוא דאפשר דחזקה דרבא אינה רק כספק לבד ומהני לחומרא להוציא מחזקת קטנות וכן משמע מריב"ש סי' תע"ד אבל מ"מ בלא בעל הוי לן למימר ספיקא דרבנן לקולא רק הטעם בזה משום דאנן קי"ל כרב דאזיל בתר חזקה דהשתא וא"כ אף בלא בעל א"א שתמאן בלא בדיקה שבמשך הזמן יתברר לנו שהיא גדולה וממילא נימא שהיתה גדולה למפרע בשעת מיאון ולפיכך א"א שתמאן בלא בדיקה וכעין שכתבתי לעיל בשם הב"ש והדרישה ולפ"ז קשה בהא דקאמר כי קאמר חזקה למיאון דחזקה ל"ל ת"ל דבלא"ה א"א למאן כיון דקי"ל כרב דאזיל בתר חזקה דרבא אין לה למאן בספק דאורייתא והא מלתא טעמא בעי דבלא חזקה דרבא הוה מוקמינן אחזקות ובמ"ש הריב"ש בסי' קפ"ב דחזקה דרבא מוציאה

מחזקת קטנות: אך דברי התוס' מוכרחים שם בש"ס וצ"ל דס"ל דחזקה דקטנות לאו חזקה היא שהרי עשוי להשתנות וכמו שהאריך בזה מהרי"ט ונלענ"ד דבהא פליגי מ"ד חוששין שמא נשרו ס"ל דחזקת קטנות לאו חזקה הוא.

ומ"ד א"ח ס"ל דחזקת קטנות חזקה אלימתא הוא ולפ"ז א"ש מה דקי"ל כר' יעקב דהיכא דאיכא חזקה לא אזיל בתר חזקה דהשתא ולפ"ז כיון דהשתא קיימינן למ"ד א"ח ש"נ וס"ל דחזקת קטנות חזקה גמורה היא תו לית לן למימר בתר חזקה דהשתא ואיצטריך לחזקה דרבא דבלא החזקה שפיר היתה יכולה למאן דאף שיתוודע אח"כ שהוא גדולה משא"כ אנן לדידן דס"ל חזקת קטנות לאו מילתא הוא וא"כ אין המיאון מועיל בסתמא אף בלא חזקה דרבא ואפי' בלא בעל אית לן למיזל בתר חזקה דהשתא ולכך הוצרך התוס' והרי"ף לומר דחזקה דרבא מהני לענין נשרו ועפי"ז יש ליישב לשון ה"ה פר' י"א מהלכות גירושין שכתב וכיון שכן אם נבדקה ואין לה סימנים אע"פ שיש לה שנים ממאנת ותמה הלח"מ דלמה לא תמאן אף בלא בדיקה וכמ"ש ה"ה בסוף הלשון אין אומרים הוחזקה הביאתן עד שיוודע בבירור כו' עי' שם.

ובאמת שכן משמע מלשון הרמב"ם שכתב בד"א כשלא בא עליה כו' אבל אם הגיעה לזמן הזה ונבעלה כו' אינה נאמנת ואין צריכה בדיקה למיאון שחזקתה הביאה סימנים. משמע דמפרש מימרא דרבא בבעל דוקא ולענין סתמא ואח"כ הוסיף דאף בבדק ולא מצא חוששין שנשרו אבל בלא בעל צריכה בדיקה שלא תוכל למאן ומאי דקאמר שם עד שתהיה נערה ר"ל שיתוודע בבירור שהביאה סימנים.

ודוחק לומר דהך וא"צ למיאון בדיקה אסיפא דמלתא קאי שמסיים הרי אם נבדקה ור"ל שא"צ בדיקה לפי שאין הבדיקה מועלת מחשש נשרו וכמו שצריך לפרש דברי התוספות והרי"ף אלא משמע דבדין ד' לענין סתמא מיירי. וכן משמע מל' ה"ה שכתב אף על פי שלא נודע אם הביאה סימנים כו' לשון זה משמע דלענין לא נבדקה מיירי אבל כשלא נבעלה אין אומרים הוחזקה הביאתו עד שיוודע בבירור ובודקין אותה דשמא ימצאו לה שערות דכיון דאיתא קמן צריך לברורי וכמ"ש המשנה למלך פ"ד מהל' בכורים דאף בספיקא דרבנן אין להתיר היכא דאיכא לברורי וקצת יש להוכיח מדברי הרמב"ם פר' א' מהלכות יבום וחליצה הלכה ט' שכתב אבל אינה חולצת עד שתגדיל ותבדק ואפילו נבעלה אחר י"ג שנה אינה חולצת עד שתבדוק וימצאו בה הסימנים עכ"ל: והנה מ"ש אפי' נבעלה כו' הוא תמוה מאד שנראה מדבריו דלענין קטנה יתומה קאמר שיש לחלק בה בין נבעלה ללא נבעלה לענין מיאון ומ"מ אינו ענין לגבי חליצה.

ובדוחק יש לפרש שרצה לומר דאפי' לא היה בה קידושין גמורים ע"י האב רק מחמת שנבעלה אחר י"ב שנה אפ"ה צריכה בדיקה לחליצה אבל בלא נבעלה מועיל חליצה אף בלא בדיקה והיינו משום דבזה שאין כאן רק קידושין דרבנן סמכינן אחזקה דרבא אף לענין חליצה. ולפ"ז נראה דלענין מיאון אית לן למיזל לחומרא מחמת דחזקה אף בדרבנן.

אך שעדיין צ"ע דאף בנבעלה אחר י"ב בדיקה ל"ל שהרי אם תרצה לתפוס שיש כאן קידושין דאורייתא שמסתמא הביאה סימנים ממילא שא"צ בדיקה לחליצה שהרי כבר

היא גדולה וע"כ דהבדיקה הוא משום שחוששין שמא עדיין לא הביאה וא"כ מה שבעל בקטנות אינו כלום ואין כאן רק קידושין דרבנן כמו בלא בעל.

ולולי דמסתפינא להגיה ה"א שט"ס נפל כאן וצ"ל ואפילו לא נבעלה אחר י"ב שנה אינה חולצת עד שתבדוק והיינו לומר דלא סמכינן בזה אחזקה דרבא לגבי חליצה אף במקום קידושין דרבנן וצ"ע. ומשמע מזה דחזקה דרבא כספ' גמור דיינינן ליה ואינו מועיל רק לסייע להחמיר באיסור תורה להוציא מחזקת קטנות שלא תמאן דאל"כ היה לו להועיל עכ"פ בקידושין דרבנן ודוחק לומר לכתחלה קאמר שיש להצריך בדיקה זו אפילו בכה"ג.

ואיך שיהיה בדברי הרמב"ם מ"מ מלשון ה"ה משמע דצריך שיתוודע בבירור שהביאה סימנים דאל"כ לא חיישינן דרבנן ולפ"ז צ"ע מ"ש בריש דבריו דוקא אם נבדקה ולא מצאו סימנים. וכן בפר' ט' מהלכות א"ב הביא ה"ה שם דברי הרשב"א לעני כתמים דרבנן שכל שהגיעה לשנים חזקה הביאה סימנים אא"כ נבדקה עי' שם ולפי מ"ש י"ל דאע"ג דמצד חזקה דרבא לחוד אין להחמיר בלא בעל מ"מ מטעמא אחרין לא מהני המיאון בלא בעל אם לא נבדקה כיון שהיא מעותדת להיות גדולה בקרב ימים ואז ניזל בתר חזקה דהשתא ונחזיקנה בגדולה למפרע וא"כ א"א להתירה עכשיו במיאון וגם אין לטהר כתמים מהאי טעמא שהרי הגדלות במשך הזמן ממילא אתי ותהיה נדונית כגדולה למפרע וא"כ שפיר כתב ה"ה דוקא אם נבדקה ולא מצאו סימנים ממאנת ומ"מ שפיר מסיים אין אומרים הוחזקה הביאתן דקושטא דהכי הוא דלא מחמרינן משום חזקה דרבא לחוד בלא בעל ונ"מ היכא שא"א לבוא לידי בדיקה כגון שמיאנה ומתה טרם באה לכלל גדלות.

ודאי לא מבטלינן ליה משום חזקה דרבא ומועיל המיאון לענין שיהיה מותר בקרובותיה וכל כיוצא בזה. .

וראיתי בדברי הרב נ"י שהשיג על הלח"מ וכתב בפירוש דברי ה"ה אין אומרים הוחזקה הביאתן כו' היינו דלא חיישינן לנשירה מדרבנן וזהו שסיים ובודקין אותה כמבואר בהלכות והיינו דהרי"ף שם פי' כך הך דשמואל דאמר בודקין למיאונין בלא נבעלה והאריך בזה: ולענ"ד גם בדברי הרי"ף אין הכרח ואיכא למימר כיון דחזקה דרבא לא איתמר רק בנבעלה א"כ י"ל בלא נבעלה לא שייך חזקה דרבא ומ"מ היכא דאפשר בבדיקה צריך בדיקה דלמא משכח שערות ולא יועיל המיאון וכמ"ש לעיל בשם המשנה למלך דאף בספק דרבנן צריך לברר וזהו שסיים ג"כ ה"ה ובודקין אותה כדי לעמוד על בירור הדברים ומ"מ היכא דלא אפשר בבירור כגון שמתה אין לה להחמיר בשביל חזקה דרבא לומר שאין המיאון מועיל כלל.

ומ"ש הרב נ"י ראה מדברי התוספות וסה"ת שכתבו דאף בלא בעל לא תמאן שאין אנו בקיאים בבדיקה דילמא איכא גומות כו'. ואף שכתב הב"ש משום ספק חסרון ידיעה היינו לפי שהבדיקה הוא חובה כו' צ"ע דנהי דנימא שהבדיקה חובה מ"מ אינה חובה רק לבדוק אחר שערות.

אבל מ"מ פשוט לדינא לש"ס דאם בדק אחרי שערות אף שלא בדק אחר גומות אין חשש דהא בלא בעל א"ח ש"נ וא"כ אנן השתא דבדקינן ולא אשכחן שערות אף שאין בקיאים בגומות הא אין חוב כלל לבדוק אחר גומות כיון דלא חיישינן לנשירה. וע"כ לומר דאף לדינא דש"ס לכתחלה צריך לבדוק אחר גומות ואי משכח גומות הא ודאי דנשרו וכל מה דאיכא לברורי מבררינן הילכך כיון דאנן לא בקיאים בגומות מעכב אף בדיעבד וטעמא דמלתא דאע"ג דכל ספק דרבנן להקל מ"מ במקום שאפשר לעמוד על הבירור אינו נכנס בגדר ספק כלל וכמו שאין מועיל ספק איסור דרבנן במקום שיש להכיר האיסור ולהסירו משם שאין זה בגדר ספק והיכא שא"א לברר אזלינן לקולא בדרבנן אבל אם הספ' מחסרון ידיעה אין זה בכלל א"א לברר לפי שאם אין היא בקי ומכיר אחר יכיר וא"כ אף שאין אנו בקיאים בבדיקה יש לחוש שמא האיסור לפנינו ואין אנו מכירין בו וחסרון הכרה שלנו אין מועיל התיר בשביל זה.

ובתשו' א' תמהתי על סברת הט"ז שכתב בספ' חסרון בקיאות לא הוי בכלל ספק מחסרון ידיעה וכ"כ בי"ד סי' פ"ח דהרא"ש ס"ל דשאני הכא דאין בזה"ז איש שיוכל להתיר סרכא וזה תימא דהא הא דספ' חסרון ידיעה אינו ספק היינו שמא הבקי יותר יבורר לו שיש איסור ודאי ומה שאמרו אין אנו בקיאים בבדיקה היינו שאין אנו בקיאים לברר היתר ולא לענין לברר האיסור דאפשר שהחכם יותר יברר האיסור דמה"ט אנו אומרים אין אנו בקיאים דשמא לא בדקנו היטב אלא שהשוינו המדות שאין לסמוך להתיר בבדיקה אע"פ גדול שבדור.

אבל מ"מ יכול להיות שיותר שהוא חכם יתברר לו האיסור ולכך לא מקילינן בספ' כזה והארכתי בזה וא"כ י"ל דאף דבלא בעל אין הבדיקה מעכבת בדיעבד היכא שא"א כלל בבדיקה מ"מ כשיש לפנינו ויוכל להתברר ע"י חכם גדול ומכיר שיש כאן גומות אין להקל בספ' מחמת הבדיקה שלנו ואדרבה מדברי הב"ש משמע דלאו משום חזקה דרבא אתיין עלה דאל"כ מנ"ל להוכיח דספ' חסרון ידיעה הוי אף בספ' לכל העולם דלמא שאני הכא דמחמת חזקה דרבא חוששינן גם לגומות שמא המה לפנינו ואין אנו בקיאים ואע"ג דבלא בעל א"ח שמא נשרו היינוכשלא נמצא לא שערות ולא גומות.

וא"ל דא"כ אפילו הוי חיישינן דנשרו לא מהני שהרי שערות צריך שיהיה בעיקרן גומות כבר כתבתי בתשובה דהא דצריך בעיקרן גומות משום דכל שהשערות לפנינו אם לא מצאנו בעיקרן גומות ע"כ שומא נינהו משא"כ אם השערות נושרין זמנין שהגומות מתמלאין מחמת נפיחת, הבשר ולא יכרינו עוד מקומו או והלכך אף שלא נמצא עתה גומות חיישינן שמא נשרו השערות והגומות נתמלאו וספק זה אף בזמן הש"ס לא היו יכולין להבחין ובדרבנן להקל משא"כ היכא שאפשר שיש גומות לפנינו אלא שאין אנו בקיאים א"כ י"ל דמחמת חזקה דרבא חוששינן שמא נשרו ובאמת נשאר הגומות רק שאין אנו בקיאים להבחין גומות אילו ואם היה בקי היה מכיר ומדכ' הב"ש טעמא משום ספק חסרון ידיעה אלמא דמחמת חזקה דרבא לא היינו תולין לומר שיש כאן גומות אלא שאין בקיאים רק משום ח"י אין להתיר אף בלא בעל דאף בדרבנן ספק חסרון ידיעה אינו ספק כמ"ש הרשב"א בתה"א ושאר פוסקים גבי כתמים דרבנן דכיון דאיכא למיקם

עלה דמלתא אם מקדיר או מגליד בדקינן ליה ואם אינו יודע לכוון חוששין לה וטמאה שאין זה כספיקא דרבנן דספק הבאה ממיעוט הכרה אינו ספק ע"י שם.

ובתשובה שכתבתי זה כביר למחותני הגאון החסיד האב"ד דק"ק פפד"מ ז"ל בעסק החליצה שנסתפקו אם יש שערות כשיעור הארכתי בזה ושם כתבתי לתמוה על מ"ש הח"מ והב"ש מדברי הרשב"ץ שהביא הב"י כשנראה בה סימני נערות ג' או ד' חדשים כו' ונגררו אחר הלשון שכתב הב"י בשם הרשב"ץ שראו קודם הקידושין שני חדשים כו' ובאמת הוא ט"ס וצ"ל ביותר משהו חדשים וכמ"ש הב"י סי' מ"ג בשם הר"ר דוראן (והוא הרשב"ץ ז"ל) וכן מבואר בתשב"ץ שזכינו לאורו כו': והנה לכאורה יש תימא על הטור והש"ע לענין כתמים ווסתות שנגררו אחר דברי הרשב"א ובאה"ע סי' קנ"ה כו' (ע"י שם בתשובה עד תיבות דתו לא הוה ספק השקול) ע"כ כתבתי בתשובה שם.

ולפי מ"ש לעיל יש ליתן טעם לחומרא זו משום שסופה ליגדל ויהיה גם חזקה דהשתא: והנה לפי מש"ל דיש כאן חזקה שבחזקת איסור לשוק עומדת ומהאי טעמא כתבו הרשב"א והרמב"ן שצריך לברר קשה דאפילו היכא דלא אפשר לברר נמי נימא דכיון דלא בדק סמוך מיעוטא שאין מביאין סימנים כשבאים לכלל שנים ואיתרע לה רובא וכדאמרינן ביבמות דף קי"ט ודעת התוס' וכן הביא הרמב"ן והרשב"א שם נוסחת הראשונים דאפילו לרבנן אמרי' סמוך מיעוטא לחזקה ובהא דרוב מצוין כו' כתבו דלכך לא אמרינן סמוך מיעוטא משום שהוא מיעוט שאינו מצוי ולפי מ"ש הרשב"א במשמרת הבית הטעם משום שנתעסקו לסלק החזקה ורוב המתעסקים מסלקין כהוגן נראה דכאן לא שייך זה לפי שאין הספק אם נתעסק יפה לסלק כהוגן רק הספק הוא בגוף האשה אם הועיל העסק שנתעסקו בה להתירא ומחמת שהיא בחזקת איסור אמרי' שמא הוא מן המיעוט שאין מביאין סימנים ולא בת חליצה היא וגם לפי החילוק השני שחילק הרשב"א שם וגם כתב בחידושיו ביבמות דכל שהוא מיעוט המסתלק מן הרוב אמרינן ביה סמוך מיעוטא ע"י שם ה"נ מיעוט המסתלק מן הרוב הוא שהרי מיעוט שאין מביאין סימנים כלל ומן הרוב שאין מביאין סימנים כלל ומן הרוב שמביאין סימנים יש לסלק המיעוט שאין מביאין סימנים תיכף בהגעת שנים.

אלא שי"ל דהך מיעוט שאין מביאין כלל אין מגרע בעסק זה דא"כ היא איילונית ובלא"ה פטורה מן החליצה ואין אנו דנין רק על הרוב שמביאין סימנים וכיון שהמיעוט שאין מביאין הוא עומד ממש כנגד הרוב לא חשבינן ליה להיות מסייע לחזקה ולא איתרע רובא ובזה מיושב מה שיש לדקדק לפי מאי דס"ד דרבא מיירי לענין חליצה למה נקט קטנה וכן דקדק בשו"ת נ"ב ולפי מ"ש א"ש דבקטן י"ל דודאי צריך בדיקה לחליצה משום דסמוך מיעוטא לחזקה דהמיעוט מסתלק מן הרוב דאיכא נמי מיעוטא שאין מביאים סימנים כלל והוא סריס ואינו ראוי לחליצה ומ"מ עדיין הוא זקוקה לשאר האחין והיה צריך להאריך ולפרש כשאין שם יבם אחר אלא הוא לבד אבל בקטנה א"ש כמ"ש: והנה התוס' מחלקין בין רוב גמור לרוב שאינה גמור דברוב שאינו גמור אמרי' סמוך מיעוטא לחזקה כגון ההיא דרוב תינוקת מטפחין כו'.

ונראה שגם הרשב"א מודה לזה היכא שאינו רוב גמור אף שהוא מיעוט העומד כנגד הרוב ממש מ"מ כיון שהרוב ג"כ אינו רוב גמור לא אמרינן מיעוטא כמאן דליתא דמי

ושפיר מסייע לחזקה ובהך חזקה דרבה נראה דתליא בפלוגתא דחוששין שמא נשרו דמ"ד חוששין סובר דחזקה אלימתא הוא ולכך אפילו בדק ולא אשכחן חוששין שהביאה ונשרו והא דקיי"ל בלא בעל א"ח כתב בשו"ת מהרי"ט דכיון דקידושין דרבנן ניהו הם אמרו והם אמרו שיועיל מיאון כשאין כאן סימנים ע"י שם ומ"ד אין חוששין שמא נשרו אף בחשש קידושין דאורייתא ס"ל דרוב המביאין סימנים אינו רוב גמור וכיון שאין כאן סימנים אין חוששין לרוב גרוע לומר מחמתו שנשרו.

ובהכי א"ש מה שהקשו הרמב"ן והר"ן דלמה אמר רבא חזקה כו' דבכחשא בעלמא סגי ותירצו דנ"מ לנשים בודקין אותם. ומזה רצה הרב נ"י להוכיח דאף היכא דלא אפשר בבדיקה לא סמכינן אחזקה דרבא דאל"כ הו"ל למימר היכא דחלצה ולא אפשר בבדיקה כו': והנה כבר כתבתי שמדברי הרמב"ן במלחמות מבואר דהא דלחליצה צריך בבדיקה היינו משום דאיכא לברורי ומ"מ א"ש הא דלא נקט נ"מ בכה"ג לפי מ"ש דלמ"ד א"ח ע"כ שאינו רוב גמור וא"כ איכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה ואפילו בדיעבד לא מהני חליצה בלא בדיקה וכיון דהתם קאי אליבא דמ"ד א"ח לא מצי הרמב"ן למנקט הנ"מ לענין אם אי אפשר בבדיקה דלזה לא מהני חזקה דרבא שאינו רוב גמור ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ומ"ש נשים מהימני שפיר דהך חזקה מסייע להו משא"כ אנן לדידן דקי"ל חוששין ואפ"ה מסקינן בפרק בא סימן דלחליצה בעי בדיקה כדמוכח מברייתא דאחר הפרק נשים בודקין ולהך מ"ד הוי חזקה אלימתא מחמת רוב גמור ולא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה אלא דמ"מ כיון דאיכא חזקת איסור לשוק נגד הרוב צריך בבדיקה לכתחלה היכא דאפשר כמו דאמרינן בההיא דרוב מצוין כו'.

ובזה מדוקדק לשון הרמב"ן במלחמות שכתב ואמרינן נמי כה"ג בפרק בא סימן קטנה שהגיעה כו' דלמה נקט פרק בא סימן שהרי עיקרא דהא מילתא הוא בפרק הקודם לו בפרק יוצא דופן קאמר הכי למ"ד א"ח ולדידיה ס"ל דאפילו בדיעבד בעי בדיקה לחליצה ולכך מייתי מבפרק בא סימן דמיירי גם אליבא דהילכתא דחוששין ולדידיה ליכא לסייע מיעוטי לחזקה דהא רוב גמור ואפ"ה אמרינן דלחליצה בעי בדיקה וע"כ היינו משום דאיכא לברורי צריך לברר לפי שיש חזקת איסור לשוק נגדו וה"ה בההוא דרוב מצוין צריך לברורי מהאי טעמא ובעיקרא דמילתא אי חזקה דרבא הוי חזקה אלימתא ע"י בדברי התוס' קידושין דף ס"ג ד"ה זה בני כו' בשני שיטות שפ"י ר"י שם ובדברי הפ"י וספ' המקנה למחו' הגאון החסיד ז"ל כו'.

דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תם ונשלם חלק ראשון מאבן העזרהקדמה אמר אפרים דבר זה נשאל לחכמים בנוסח הברכה שתיקנו חז"ל בברכת אירוסין והתיר לנו הנשואות לנו על ידי חופה וקידושין שלמה שינו הסדר והקדימו חופה לקידושין ואם נפשך לומר בשביל חתימת הברכה בא"י מקדש עמו ישראל ע"י חופה וקידושין היא גופא קשיא למה הקדימו ואין לומר שקדושת עמו ישראל היה על דרך זה שקדמו החופה תחלה ואח"כ הקידושין זו קשה מן הראשונה חדא דהיכא אשכחן הכי ולכשתמצא לומר שכן היה הלא יפלא למה נשתנו סדרי יוצר בראשית בקדשו את עמו ישראל אחר שהושיבם באפריון: והר"ן פ"ק דכתובות כתב ופירוש על ידי חופה וקידושין אע"פ שהקידושין קודמין לחופה היינו על ידי חופה וקידושין שקדמו להם

וכתב בספר העיטור שעיקר הנוסחא היא על ידי חופה בקידושין בבי"ת אלא מפני שהדייקנים קוראים לבי"ת ההיא רפה מפני שהיא סמוכה לה"א לפי שאותיות יהו"א מרפות בג"ד כפ"ת טעו הסופרים וכתבוה בי"ת עכ"ל: והנה פירוש הראשון הוא דחוק וגם מ"ש שהנוסחא צ"ל בבי"ת כתב מהר"ם שם באנשי שם שברוב הספרים הנוסחא בוא"ו ומ"ש הוא ז"ל ליישב ע"ד דאמרינן מקדש ישראל והזמנים כו' הוא תמוה מאד ע"ש: ואשר אני אחזה בצדק פנים מסבירות להלכה ואגדה אען ואומר עפ"י מה שאמרו חז"ל בפסיקתא רבתי פסקא ויהי ביום כלות משה וז"ל ד"א מה כתיב למעלה מן הענין ברכת כהנים יברכה ה' אמר ר"י דסכנין למה הדבר דומה למלך שקדש את בתו ועשה לה קידושין גדולים כו' כך כשבא הקב"ה ליתן תורה לישראל בסיני עשה לה פומבי גדולה כמ"ש וכל העם רואים את הקולות ולא היה אלא דוגמת קידושין כמ"ש לך אל העם וקדשתם ושלטה בהם עין הרע ונשתברו הלוחות כיון שבאו ועשו את המשכן נתן להם הקב"ה את הברכות תחלה כדי שלא תשלוט בהם עין הרע לפיכך כתיב תחלה יברכה ה' ואחר כך ויהי כו' עכ"ל: ולכאורה יש כאן מקום עיון מה שנראה מהפסיקתא שמתן תורה לישראל בסיני לא היה אלא דוגמת קידושין והרי אנו אומרים מקדש עמו ישראל על ידי חופה וקידושין שמזה מבואר שמ"ת היה דוגמת חופה וכ"כ המפורשים שכפיית ההר כגיגית היה דוגמת החופה.

אפס כי אא"ז מהרש"א ז"ל בחידושי אגדות פ"ק דכתובות כתב דהקידושין הוא נתינת התורה כמ"ש א"ת מורשה אלא מאורסה ובחופה הוא יחוד שכינתו עמנו במקדש כמ"ש ביום חתונתו זה מ"ת וביום שמחת לבו זה יום שנתחנך המשכן ודוק עכ"ל. ותניא דמסייע לי' מדברי הפסיקתא אלו שנראה משם גם כן שהחופה היה בהשראת שכינה במשכן.

וכן איתא שם בפסיקתא קודם לזה דודי ירד לגנו אל תהי קורא כן אלא לגנינו ויהי ביום כלות משה כלת כתיב אמר ר"י דסכנין בשם ר' לוי ביום שנכנסה כלה לחופתה (ועיין במדרש תנחומא ומ"ש בפרישתי שם) אך דעת המפורשים והביאם ג"כ בספר כתובה בפ"ק דכתובות דכפיית ההר היה דוגמת החופה ובין כך ובין כך קשה מ"ש בנוסח הברכה שאם תאמר שבאמת היה כן שקדמה החופה תחלה תיקשה על מה עשה ה' ככה.

ובכדי להגיע לשוב אקדים מ"ש מחותני הגאון החסיד ז"ל בהקדמת ספר המקנה שיש מפורשים שכתבו שהקידושין היה בביזת מצרים והים כמ"ש תורי זהב כו' וי"מ שהקידושין היו על ידי הלוחות כדאיתא במדרש שמשו שבר הלוחות אמר מוטב תדין כפנויה כו' וכתב הוא ז"ל דשניהם אמת דלכאורה קשה אהא דקאמר תדין כפנויה דממ"נ אם היה שליח להולכה לא היה צריך לשבור הלוחות שהרי בעת עשיית העגל היו כפנויה ואם הי' כשליח לקבלה מה תועלת בשבירת הלוחות שכבר נחשבו כא"א משעת הקבלה (ומצאנו שהקשה כן גם בספר יפ"ת ע"ש) ולכן כתב שדברי המפורשים צדקו יחדיו שהקידושין היה בביזת מצרים ע"ת לקבל הלוחות כדכתיב בהוציאך את העם ממצרים תעבדון כו' וכיון שנשברו הלוחות נתבטלו הקידושין למפרע ונדונית כפנוי' ואח"כ היו קידושין חדשים על ידי לוחות שניות עכ"ד פח"ח ולדבריו נ"ל דאע"פ שכבר קבלו התורה על הר סיני מ"מ זה לא היה רק דברים בעלמא ועיקר התנאי היה על קבלת

הלוחות ואפשר שרמזו לו במ"ש תעבדון את האלקים על ההר הזה רמזו ללוחות דכתיב בהו מזה ומזה הם כתובים וע"ד שדרשו חז"ל בפסוק לדעת מה זה כו'.

ועתה תחזה כי נוסח הברכה עולה כהוגן דודאי הקב"ה לא הפך הסדר והקדים הקידושין תחלה בביזת מצרים ע"ת שקיבלו הלוחות ואחר כך היה החופה על ידי כפיית ההר כגיגית אך כשלא קיבלו הלוחות הראשונות ונשתברו נתבטלו הקידושין הללו שעל ידי ביזת מצרים ולא נשארה רק החופה לבדה שאין תנאי בחופה ואחר כך נתחדשו הקידושין בלוחות שניות וממילא נתהפך הסדר וקדמה החופה לקידושין ושפיר אמרינן מקדש עמו ישראל על ידי חופה וקידושין והוא כפתור ופרח בעזה"י: ונראה שיש לנוסח ברכה זו רמז בכתוב בפרשת וזאת הברכה אף חובב עמים כל קדושיו בידך והם תוכו לרגלך ישא מדברותיך תורה צוה לנו משה מורשה קהלת יעקב ובס' כתובה כתב לפרש אף חובב עמים שהחזיר עליהם התורה אף על פי כן כל קדושיו הקידושין נעשו על ידיך בשעה שהם תוכו לרגליך במעמד הר סיני שכפה עליהם הר כגיגית כמ"ש רש"י שם וגבי החופה כתיב בידך מפני שהחופה אין נעשית על ידי שליח אבל התורה שהם הקידושין נעשים ע"י שליח עכ"ל ולפי"ל ז"ל דמפרש כל קדושיו על החופה קשה למה אפקי לחופה בלשון קידושין ולא בלשון נישואין אבל לפי דרכנו יומתק הענין שהכתוב מסדר והולך סדר הקידושין והחופה ומתחלה אמר כל קדושיו בידך דהיינו הקידושין היו ע"י ביזת מצרים ע"ד שאמר הכתוב ושלחתי את ידי כו' ונתתי את חן העם בעיני מצרים כו' ואח"כ אמר והם תוכו לרגלך ישא מדברותיך דהיינו במעמד הר סיני ששם תווך אותם לרגלי ההר ישא הי' שם נשואין מדברותיך מדברי הקב"ה בעצמו דנשואין ע"י שליח לא מהני ואחר כך אמר תורה צוה לנו משה מורשה דהיינו מאורסה שהיה דוגמת אירוסין שהקידושין ראשונים נתבטלו על ידי שבירת הלוחות הראשונות ושב שנית לקדשם ע"י משה רבינו ציר נאמן בקבלת התורה ובלוחות שניות הרי שתחלה אמר ישא מדברותיך שהוא ענין הנשואין ושוב חזר לענין אירוסין תורה צוה לנו משה מאורס"ה ועד"ז תיקנו גם כן בנוסח הברכה על ידי חופה וקידושין שבאמת שכך עלה הענין שקדמה החופה תחלה: ומ"מ אנן שפיר עבדינן לקדש תחלה קודם החופה לפי המחשבה שעלה לפניו יתברך להקדים הקידושין תחלה כדכתיב כל קדושיו בידך: ובזה א"ש מה שתקנו מקדש עמו ישראל כו' כיון שיש כאן חופה כבר יש כאן נשואין אך לפי מ"ש א"ש לפי מ"ש בשאלות תשובות משאת בנימין והביאו הב"ש באה"ע סימן ס"ד שחופה קודם קידושין לא מהני למשו' נשואה.

ולכן אף על פי שהיה כאן חופה גם כן לא הועילה רק נשארו בדוגמת אירוסין לבד: ובזה מיושב מ"ש בסוף ספר פרשת דרכים שהעלה מסוגי' דיומא דקדושת ישראל לא היה רק אירוסין עד שנבנה בית הבחירה ולכאורה הוא סותר למ"ש המפורשים שכפיית ההר היה כענין חופה וכן מורה נוסח הברכה ולפי מ"ש א"ש דמ"מ נשארו בדוגמת אירוסין רק שאחר הלוחות שניות שהיו הקידושין נעשו הנשואין על ידי המשכן או בנין בית הבחירה ואמנם לכאורה יקשה במ"ש ז"ל דכפיית הר כגיגית היה דוגמת חופה שהרי היה באונס וחופה באונס לאו כלום הוא ואם נאמר שבאמת לא היה החופה על ידי כפיית ההר רק במשכן וכמ"ש מהרש"א ז"ל אם כן יקשה עלינו נוסח הברכה שמקדימין חופה לקידושין.

ולולי דבריהם ז"ל היה נראה לפענ"ד דא"ש על פי מ"ש בתרגום יונתן בפסוק ואשא אתכם על כנפי נשרים שבעת יציאת מצרים נשאו אותם עננים למקום בה"מ ואכלו שם פסחיהם עכ"ל ע"ש: והנה מבואר בש"ס ובאה"ע דהבאה לביתו מיקרי חופה ובזה יש לכוון במקרא ואשא אתכם כו' ר"ל שהיה ענין נישואין והיינו ואביא אתכם אלי שהיא הבאה לביתו דמיקרי חופה ואחר כך אמר והיה אם שמוע כו' והייתם לי סגולה כו' שמ"ש והייתם היינו ענין קידושין הנעשה על ידי קבלת התורה ע"ד ויצאה והיתה ולכן אמר והייתם לי משום דבקידושין בעינן ידים מוכיחות ועד"ז כתב במג"ע וארשתיך לי כו' ומבואר גם כן שהכתוב מקדים הנשואין שהוא החופה לקידושין כנוסח הברכה וליכא מידי דלא רמיזא באורייתא: ובהכי א"ש מה שהקשינו לעיל דכיון שהיו הקידושין בביזת מצרים מה הועיל בשבירת הלוחות שהרי התנאי היה תעבדון את האלקים על ההר הזה וכיון שקבלו הדברות על הר סיני הרי נתקיים התנאי ולפי מ"ש ע"פ מה שמבואר באה"ע ריש סימן ק"ז בב"ש שם דעת הפוסקים במקדש ע"מ שאתן לך מאתים זוז ונתנם בע"כ לא הוי נתינה ולפי"ז הרי לא נתקיים התנאי בקבלת התורה על הר סיני דנתינה בע"כ הוא ול"ש נתינה: ובזה יש ליישב מה שדרשו חז"ל במגילה ששלחה אסתר לחכמים לדעת מה זה שמא עברו על עשרת הדברות שבלוחות דכתיב בהו מזה ומזה הם כתובים ולכאורה תמוה מאד למה הקפידה דווקא על מה שכתוב בלוחות שהרי קבלת עשרת הדברות היה בסיני ולפי מ"ש א"ש דהתם קודם שקבלוה בימי אחשורוש היה מודעא רבה על קבלת התורה בסיני אך הלוחות קיבלו אחר כך ברצונם הטוב ולכן חרדו כל החרדה הזאת שמא עברו על הלוחות כו' ועדיין אנו צריכין למודעי לפי מ"ש הב"ש שם לחלק בין אם היא מתנה התנאי ע"מ שתתן לי מאתים זוז אז אמרינן דנתינה בע"כ לא הוי נתינה משא"כ אם הוא התנה ע"מ שאתן לך שפיר הוי נתינה ומצאתי סברא זו בדברי הר"ן פ"ג דשבועות גבי הא דאמרינן ולא מתנה לעשיר כו' וכן אתה אומר בדיני ממונות שדי נתונה לך ע"מ אם איני נותן לך מאה מנה מכאן ועד יום פלוני רצה ליתן והלא לא רצה לקבל לא קנה השדה שלא נתכוון אלא על מה שבידו לעשות כו' וההיא דפרק מי שאחזו ע"מ שתתני לי ר' זוז נתנה בע"כ אינה מגורשת גיטין שאני כו' ועוד דהתם מקבל הוא דאתני ועד שיהיו נתונים.

(מדעתי משמע כצ"ל) ממך משמע הרמב"ן ז"ל עכ"ל. ואם כן בזה שהקב"ה הוא דאתני בקידושין ע"מ שיקבלו את התורה ואם כן אף שקיבלו בע"כ שפיר הוי קיום התנאי ונתקיימו הקידושין ואם כן הדרא קושיא לדוכתא מה הועיל משה בתקנתו לשבור הלוחות שידונו כפנוי' הא אכתי הקידושין קיימין וגם קשה לפי"ז במה דאמרינן מכאן מודעא רבא לאורייתא דמה בכך שהיו אנוסים דהא קי"ל נתינה בע"כ כה"ג שהוא התנה הוי נתינה איברא שי"ל שאע"פ שלענין הקידושין שפיר י"ל דנתקיים התנאי על ידי נתינה בע"כ מ"מ נראה דאותן המאתים זוז לא קנה בע"כ אלא שלענין התנאי מהני שלא נתכוון זה אלא על מה שבידו לעשות והרי עשה וכדמייתי שם הר"ן מהא דאי לא מפייסנא לך כו' ולפי"ז לענין קבלת התורה עצמה שהיו אנוסים שפיר מהני טענת המודעא אבל מ"ש ידונו כפנוי' קשי' וגם יש לדקדק במה שאמר ואל ידונו כא"א דא"א מה שיאטי' הכא והו"ל לומר ואל ידונו כארוסה כיון דמצד כפיית הר כגיגית אין דינם כא"א כיון שהיה באונס וגם זה כביר הקשיתי על דברי המדרש ויחל משה את פני ה'

אלקיו אמר משה רבש"ע לי צוית אנכי ה' אלקיך וקשה שאם היה דעתו לרצות שלא יענשו על הקבלה במעמד הר סיני היה לו לבא בטענת מודעא ואפשר לומר דלזה לא הועיל טענת מודעא כיון שע"ז היא משבעה מצות בני נח אם כן גם טענת לי צוית בעלה וע"כ לומר דאי מטעם ז' מצות בני נח אתינן עלה לא היו חייבים ע"ז לפי מה דאמרינן בסנהדרין מלמד שאוו לאלהות הרבה ואם כן יש לומר שהיה דעתם לעבוד בשתוף וב"נ אינן מצווין על השתוף ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא שהיה יכול לבא מדין מודעא: אך באותה שאמרו מכאן מודעא כו' הקשו המפורשים דהא קי"ל תלוהו וזבין הוא ועיין בספר כתובה דף ח' מ"ש בזה והאלגזי תירץ דתלוהו וזבין היינו שנותן מעות מיד אז אמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקני אבל מתן שכר המצות הא אמרינן היום לעשותם ולמחר ליטול שכרם דשכר מצוה בהאי עלמא ליכא ולכן לא מהני כשהוא באונס ולענ"ד נראה דבשביל זה שפיר היה מועיל טענת אונס דאף שנאמר דזוזי בעין בעינן היינו בבשר ודם שאין בהבטחתו כלום דשמא לא יהיה סיפק בידו לעשות וכל אשראי ספק אתי דשמא לא יעמוד בדבורו אבל בהבטחת השי"ת כתיב אני ה' נאמן לשלם שכר ומילי דהקב"ה כמאן דעביד דמי וע"ד שכתב בשל"ה עתידין צדיקים שיאמרו שירה לע"ל שנאמר תשורו מראש אמנה ופירש שהם יאמרו שירה על ההבטחות שהבטיח להם כאלו כבר נתקיימו וזהו אמרו לעתיד לבא ר"ל על מה שבטח לבם שיבא וע"ז אמרו שנאמר תשורו כו' שמחמת אמנה גדולה שלהם הם אומרים שירה ע"ז ויותר היה נראה לומר כיון שמה שהיה צריך לבא עליהם בכפי' לפי שהיו יראים מיראת העונש א"כ גם הבטחת השכר ג"כ לא היה מועיל להכריח דעתם שיהיה הקבלה ברצון ואמנם נלפענ"ד דא"ש ע"פ מה דלכאורה יש לדקדק בהא דאמרינן אגב אונסא וזוזי גמר ומקני דודאי לאו מילתא דפסיקא הוא שיש לך אדם שחפיצו חביבין עליו שאינו רוצה ליתנם במחיר בש"א ואע"פ שאונסים אותו למכרם אינו נותן מדעתו רק בע"כ ולא גמר ומקני ונראה דא"ש עפ"י מ"ש בתשובה בחלק הלז סי' קכ"ב שהר"ן והריטב"א הקשו לפי מה דאמרינן בקידושין דברים שבלב אינם דברים אם כן למה לא מהני תלוהו ויהיב דהא חזינן שנותן החפץ ואע"ג דבלבי' לא ניחא לי' דברים שבלב הוא ותירצו דכי אמרינן דברים שבלב א"ד היינו בדברים שבלבו לבד אבל דברים שבלבו ובלב כל אדם שהכל יודעין שאינו נותן ברצון רק מחמת אונס הוי דברים וכ"כ התוספות ושאר פוסקים דבאומדנא דמוכח הוי דברים ולפ"ז א"ש בתלוהו וזבין אע"פ שיש לך אדם שאין דעתו להיות גומר ומקנה מ"מ כיון דעכ"פ טובא איכא דגמרי ומקני אגב אונסא וזוזי ממיל' דשוב מהני מטעם דאף אם זה אין דעתו להקנות דברים שבלב לבד הוא דלב כל אדם אינו יודע אם זה דעתו להקנות אם לאו ולא הוי אומדנא דמוכח ושפיר הוי דברים: ובזה יש ליישב קושיית הרשב"א דבקידושין מוכיח מהא דיקריב אותו לענין דברים שבלב ובכ"ב יליף מזה דאגב אונסי וזוזי גמר ומקני ולפי מ"ש א"ש דהא בהא תליא וקצרת: ומעתה א"ש בפשיטות מה שהקשו דהיאך נאמר דהוי מודעא דהא הוי ליה תלוהו וזבין דזה אינו דמידי הוא טעמא דכיון דאיכא למימר גמר ומקני שוב אף אם אין לבו עליו הוי דברים שבלב וזה שייך בכני אדם שאין אחד יודע מה שבלב חבירו אבל לגבי הקדוש ברוך הוא שהוא יודע מחשבות ויצרי מעללי איש פשיטא דאף הדברים שבלב כאמירה להדיוט דמי.

ואיתא במדרש הובא בילקוט ויפתוהו בפיהם כו' שאמרו נעשה ונשמע ולכם לא נכון עמו ואף על פי כן והוא רחום כו' ולכן אף שהיה כאן הבטחת שכר וגם אמרו בפה מלא רוצה אני מכל מקום כיון שהקדוש ברוך הוא היה יודע מחשבות לבם שאינו כן הך אמירה מידי מששא אית ביה ואינו דומה לתלוהו וזבין כלל ובזה יובן מאמר הכתוב פרשת ואתחנן ותאמרו הן הראנו כו' ויאמר ה' אלי שמעתי קול העם הזה בדברם אלי היטיבו אשר דברו מי יתן והיה לבבם זה ליראה אותי כו' והענין הוא שמשא רבינו שלא ידע מחשבות לבם ראה דבריהם נכוחים וטובים ועל זה אמר לו הקדוש ברוך הוא שמעתי כו' היטיבו אשר דברו שדבורם באמת טוב הוא אך מי יתן והיה לבבם זה ליראה אותי כו' ר"ל שגם לבבם דהיינו שני יצרים יצר טוב ויצה"ר יסכימו גם יחד לדבור הזה ליראה אותי כו' והוא נכון מאד: אמנם הגאון בספר כתובה כתב דלכך לא הוי תלוהו וזבין משום דנתינת התורה היה אפילו שלא על מנת לקבל פרס שהיה דוגמת חופה וקי"ל אין תנאי בחופה כו' ע"ש אך אכתי קשיא לי שהרי התוספות בב"ב דף מ"ח הקשו בהא דיקריב אותו נימא דהוי תלוהו ויהיב ותירצו דכל דבר שהוא מחויב לעשות מדינא הוה כמו מכר כו' ע"ש ולפי זה לפי מה דקי"ל כותבין אגרת מרד על ארוסה אם כן לדעת המפורשים שהקידושין היו בביזת מצרים ממילא דמתן תורה שהוא דוגמת נשואין הו"ל כמו תלוהו וזבין ואפשר לומר שהוא ז"ל לשיטתו בפתיחה לקידושין שהקידושין של ביזת מצרים היה מה שהיו עתידין לקבל הלוחות אח"כ וכיון שעדיין לא נתקיים התנאי לא נגמרו הקידושין ואין דינם כארוסה גמורה לענין כתיבת אגרת מרד שהרי הקידושין תלויים ועומדים עד קיום התנאי: ויש ללמוד מזה דין חדש דאף על פי שכותבין אגרת מרד על ארוסה מכל מקום אם הקידושין על תנאי אף שביד המקדש לקיים התנאי אין כותבין שהרי כאן ביד הקדוש ברוך הוא לקיים התנאי וליתן הלוחות ואף שלא יקבלו רק באונס מהני דהיכא דהוא התנה מהני נתינה בע"כ לקיום התנאי כמ"ש לעיל: ועפ"י זה נבא לכלל ישוב בהא דקשיא לן בדברי המדרש דקאמר ידונו כפנויה שהרי אף עפ"י כן זיקת קידושין יש כאן על ידי התורה אף שהיה באונס מהני לקיום התנאי (אם לא שנאמר שעיקר התנאי לא היה רק על הלוחות וכמ"ש לעיל וצ"ע) וגם מ"שואל ידונו כא"א דהול"ל כארוסה כיון דהלוחות אינם רק אירוסין ונראה לבאר ע"פ מ"ש אא"ז הגאון בספר לב אריה ששמע מהג' מהור"ר שאול ז"ל האב"ד דק"ק בראד פירוש הכתוב הן ישלח איש אשתו הישוב אליו עוד ואת זנית ריעים רבים ושוב אלי נאום ה' שפירושו על פי מה דקי"ל לענין מחזיר גרושתו נשאת אסורה לחזור לו זינתה מותרת לחזור וזה שאמר הכתוב ואת זנית ריעים רבים דהיינו זנות לבד לכן שוב אלי כו' ודברי פי חכם חן ומכל מקום יש לתמוה לפי זה בהא דאיתא ביומא אמר ר"י גדולה תשובה שדוחה לא תעשה שבתורה שנאמר הן ישלח כו' וקשה מה לא תעשה יש כאן שהרי בזנות אין כאן לא תעשה אך באמת פשיטא דקרא מיירי בזנות שקודם גירושין וכמ"ש הכתוב אי' ספר כריתות אמכם ואם כן יש בזה לאו דסוטה שנטמאה וקאמר הן ישלח כו' הישוב אליו עוד משום לאו דמחזיר גרושתו ואת זנית כו' ומכל מקום צריך להבין מה ענין החילוק בין נשואין לזנות בעובדי ע"ז ונראה דאתי שפיר דביומא שם אמרינן גדולה תשובה שמגעת עד כה"כ ועיין בע"י שגירסתו ר"י אמר עד ולא עד בכלל ומי אמר ר"י הכי והאמר ר"י גדולה תשובה שדוחה לא תעשה כו' כאן ביחיד כאן בצבור והנה קושיית

הש"ס בזה אינו מובן ועיין מה שכתוב בזה אא"ז המהרש"א ז"ל וגם הקשו המפרשים דלשנ"י ליה כאן מאהבה כאן מיראה וכדמשני לעיל: ונראה לפרש על מה שאמרו בסנהדרין דף ס"ג אחרים אומרים אלמלא ואו שבהעלוך נתחייבו שונאיהם כליה אמר לו רשב"י והלא כל המשתף שם שמים ודבר אחר נעקר מן העולם אלא מה תלמוד לומר אשר העלוך שאוו לאלהות הרבה ולכאורה אין מובן מה היקל רבי שמעון בן יוחאי ועיין במהרש"א דלרשב"י שהאחד הנמצא נתן כחו לאלהים רבים ועזב את הארץ כו' ושמעתי לפרש דיש שני מיני עובדי ע"ז האחד שהוא מאמין בלב ע"ז ומחזיקה לאלהות והשני הוא דניחא ליה בהפקירא ונפקא מינה שאותו שסובר שיש ממש בעבודה זרה אינו מחליפה כלל באחרת כדכתיב ההימיר גוי אלהים מה שאין כן זה שרוצה בהפקר היום עובד זו ולמחר מחליפה באחרת אם תמצא חן בעיניו שיש בה הפקר יותר והנה אמרינן בסנהדרין דף ס"ג ע"ב אמר ר"י אמר רב יודעין היו ישראל בע"ז שאין בה ממש ולא עבדו אלא להתיר להם עריות בפרהסיא ובזה אתי שפיר דקאמר רשב"י שאוו לאלהות הרבה וסימנא מלתא שלא היו מאמינים בעבודה זרה כלל רק פנים אחרת להתיר להם עריות בפרהסיא ובזה יש לימוד זכות גדול על ישראל ע"כ שמעתי זה כביר מפי ידיד נפשי הרב הגדול החריף ובקי מוהר"ר מרדכי נ"י מ"מ דק"ק זאמושץ וכעת בק"ק לבוב מחותני ודפח"ח ואמנם דברי ר"י דאמר יודעין היו ישראל לא נאמר על מעשה העגל רק על מה שעבדו עבודה זרה בסוף בית ראשון כמבואר שם דפריך מדכתיב כזכור בניהם מזבחותרם ומשני בתר דאביקו ביה כו' ע"ש: ועפ"י זה יובן ענין הכתוב הן ישלח כו' שהוא תמוה איך התחיל לדמות למשלח אשתו והמקרא צווח אי' ספר כריתות אמכם ובסנהדרין דף ק"ה אמרינן על פסוק (ירמיה ח') מדוע שובבה העם הזה ירושלים משובה נצחת אמר רב תשובה נצחת השיבו ישראל לנביא כו' שמואל אמר אמרו לו עבד שמכרו רבו ואשה שגרשה כלום יש להם זה על זה אמר הקדוש ברוך הוא לנביא לך אמור להם אי ספר כריתות כו' ועיין שם ברי"ף שכתב ליישב דלא תיקשי ממ"ש בירמיה ג' משבה ישראל שלחתי ואתן ספר כריתותיה אליה כו' ע"ש (ומלתא אגב אורחא אמינא לגלויי מלתא בפירוש רש"י שם פסוק ואו הראית אשר עשתה משבה כו' ופירש רש"י תשובה נצחת ומוכחת בימי יאשיהו כו' ואין מבין מה שכתוב לפרש מלת תשובה נצחת ומוכחת ולקמן סימן ח' איתא תשובה נצחת ופירש רש"י שם משובת עולם כמו נצח שם ישנו במקרא מלת נצחת ומה ראה רש"י להעתיקו לכאן וגם מלת ומוכחת אין לו ביאור אך אמת הוא דלעיל מיניה כתיב הנה דברת ותעשי הרעות ותוכל ופירש"י הנה דברת בפוך לא נבא עוד אליך כו' ותוכל ונצחת למרוד וגם זה תמוה דמה נצחון שייך במרידה זו אך האמת יורה דרכו שטעות סופר נפל ברש"י וסמי מכאן הציון שמציין פסוק וא"ו (שהוא"ו שהוא היה ב' של תיבת בתשובה ונתחלף לוא"ו והתי"ו נתחלף למ"ם ועשו ממנו תיבת משובה) וכצ"ל ונצחת למרוד בתשובה נצחת ומוכחת ואחר כך צריך לציין פסוק וא"ו בימי יאשיהו כו' והמעין יראה כי עתה דברי רש"י מסודרים על סדר הפסוק כדרכו וענין תשובה נצחת הוא על דרך הגמרא דלעיל תשובה נצחת השיבו כו' וכדכתיב נמי לבתר הכי שלחתי ואתן את ספר כריתותיה אליה כו' ועיין ברי"ף בזה ואפשר דלדבריהם קאמר הכי וקצרתי והוא ברור ומצוה להגיה ולתקן בספרי הדפוס) אך לפי מה שכתבתי תרווייהו איתנייהו פעמים שדומה לשלוחין ונשאת לאחר ופעמים שדומה

לזנות שאם עובד עבודה זרה שבדעתו שיש בה ממש הרי פרישתו מהקדוש ברוך הוא כאשה הפורשת מבעלה לגמרי דרך גירושין ונושאת איש אחר לפי שאז גם השם מבדילו לרעה ומשלח אותו לגמרי מה שאין כן מי שאינו עובד עבודה זרה רק על דרך זנות לתיאבון והפקר לבד אין כאן גירושין ונשואין רק כיושבת תחת בעלה ותחת אישה תקח את זרים דרך זנות בעלמא למלאות תאותה וזה שאמר הכתוב הן ישלח כו' רצה לומר אם היה חטא של עבדות עבודה זרה שלכם על דרך זה של גירושין ונשואין הישוב אליה עוד אך באמת אינו כן רק ואת זנית דרך זנות בעלמא וסימן לדבר שהרי זנית רעים רבים שאין זה דרך עובד עבודה זרה דקבלי' עליה באלהים רק העושה דרך זנות והפקר לבד ולכן שוב אלי נאום ה' ואמנם מתוך התשובה יש מקום להבחין באיזה אופן היה עשיית החטא שאם עושה תשובה מאהבה מוכח מתוכו שלא עשה מתחלה רק הפקר למעשה נערוה כי מי שלהוט אחר בולמס של עבודה זרה לשם אלהות ליתא בחזרה ותשובה מאהבה שהטינא שבלבו מפעפע בו ולחלוחית אמונת עבודה זרה שהאמין תחלה נשאר קיים בו ותשובה מאהבה הרי היא דבקות בה' כדכתיב לאהבה את ה' אלהיך ולדבקה בו ואמר הכתוב כי כל האיש אשר הלך אחרי בעל פעור כו' ואתם הדבקים בה' כו' וא"ל לו רק לעשות תשובה מיראה כדאשכחן בפרעה כשלקה אמר ה' הצדיק מה שאין כן מי שמתחלה לא עשה על דרך אמונה רק לתאוה יבקש נפרד זה אפשר לו להיות חוזר בלב ונפש ולעשות תשובה מאהבה ובזה יוכן הא דקאמר התם ביומא רבי חמא בר חנינא רמי כתיב שובו בנים שובבים דמעיקרא שובבים אתם וכתיב ארפא משובותיכם ומשני כאן מאהבה כאן מיראה ופירוש רש"י דמעיקרא שובבים אתם מעלה אני עליכם כאלו תחלת החטא על ידי שטות ונערוה ולפי זה אין מוכן כל כך מאי דמשני כאן מאהבה כאן מיראה ועיין מהרש"א שם ולפי דברינו אלה יומתק הענין דהכי פירושו כאן מאהבה שאז נאמר בו בנים שובבים דמעיקרא שובבים אתם דודאי תחלת החטא על כרחך היה דרך שטות ונערוה דבהפקירא ניהא ליה ולא לאמונה מה שאין כן בתשובה מיראה אמר ארפא משובתם מכאן ולהבא לבד דבשעת מעשה אפשר שהיה דרך אמונה רק מחמת יראת העונש הוא חוזר ובזה מבואר ג"כ מ"ש שם גדולה תשובה שמגעת עד כסא הכבוד דהיינו בתשובה מאהבה משא"כ בתשובה מיראה אז עד ולא עד בכלל כדאשכחן גבי מנשה שחתר לו חתירה מתחת כסא הכבוד ובזה אמרתי לדרוש כמין חומר הא דפריך שם והאמר ר"י גדולה תשובה שדוחה כו' והוא גרסת עין יעקב שם וקצרתי והמשכיל יבין כי הדברים עתיקים: והנה הש"ס שם משני כאן ביחיד כאן בצבור ויובן ע"פ מ"ש בספר צפנת פענח על התורה שחיבר הגאון מהר"י מטראני ז"ל בפרשת דברים לפרש מה שאמר אי ספר כריתות אמכם כלומר כלום יצאתם ממנו ע"י גירושין בגט למה"ד למי שקידש אשה ע"מ שלא תזנה שאם זינתה הופקעו הקידושין למפרע ונעקרו לגמרי ומעתה לא נאסרה אם זינתה כו' אף הקב"ה כשלקח לו לעם היה ע"מ שיקבלו אלהותו ולא יזנו אחר ע"ז ואחר שעבדו ע"ז נתבטל התנאי דומה למ"ש בלוחות ששיבר מרע"ה ולזה אמר אי ספר כריתות שלא פטרתי ע"י גט כי בפשעכם שלחה אמכם שנתבטלו קידושין הראשונים ע"ש שהאריך ודברי פח"ח: ואמנם זה שייך בצבור אבל ביחיד פשיטא שאפס מקום לומר שבשביל היחיד יהיה ביטול למפרע ובזה י"ל בפ' שלח שאמר מרע"ה והמתה את כל העם הזה כאיש אחד לפי שאם ח"ו הצבור מרדו נידונים כפנויה

שזינתה ואינם חייבים מיתה כמו אם היחיד מרד ובוזה יבא על נכון דברי המדרש שאמר מוטב ידונו כפנויה כו' משום שאם היה מביא הלוחות לישראל והיו מקבלים אותם ברצון לא היה מקום לבטל קידושין הראשונים שהיו תלויים ועומדים על תנאי זה וכיון שנתקיימו הקידושין שוב גם כפיית ההר שהיה דוגמת החופה מהני ולא מהני המודעא לבטל כמש"ל דהא קי"ל כותבין אגרת מרד על ארוסה והו"ל הכפייה מדינא ושוב ה"ל כתלוה וזבין ואם לא ירצו לקבלם איגלאי מילתא שהיה בדעתם להחזיק הע"ז לשם ממש ולכך א"א להם לעשות תשובה מאהבה ולכרות ברית חדשה ע"י הלוחות וא"כ יש לדונם כאשת איש כלומר כאלו ח"ו עבדו ע"ז דוגמת נשואין ודביקות לאיש אחר ולכן שבר הלוחות וידונו כפנויה כלומר כאלו עודם פנויה גם עתה ע"י ביטול הקידושין למפרע ומ"מ נשואין לאחר אין כאן ומובטח היה שיחזור הקב"ה ויתרצה ברחמים ויתפייס בתחנונים לשוב עליהם ולקדש עמו ישראל בקדושתו ויש לנו ת"ל עוד דברים נאים ומתוקנים והמה בכתובים ואין זה מקומם אפס הואיל ומצינו בכל מקום קדמה תורה שבכתב לתורה שבע"פ לקטתי מקרא מועט וקצת דברי אגדה שיש להם מבוא בהלכות אילו אשר בחלק הזה חלק אבן העזר אשר יצא ראשון מדלתי ביתי בית אפרים: וראיתי עצמי מחויב בדבר להציע לרבים כי יפלא מהם דבר באיזה מקומות של שבחים ותוארים.

פעמים שבאו דרך קצרה להורים ומורים. וכל איש מבין יודע כן יעריך ערך כבודם ותפארתם והודם.

גדלה עלי ביתר שאת ויתר עז וחס ליה לזרעא דאבא לזלזל בשיעורי דרבנן אשר תפארת להם מן האדם. אפס כי בהעתקות אשר נשארו שמורים תחת ידי פעמים שבא בארוכה ופעמים שבא בקצרה וכך ניתן למכבש הדפוס והכל לפי רוב העונה והעת המוכשר להעתיק זמנין סדורא נקיט ואתי ומקרי וכתב שופרי שבחי וזמנין נקט בקצורי מתחיל בשבח ומסיים בציון תיבת וכו' (ובמקום שבא בדפוס תיבת כ"ש הוא טעות וצ"ל תיבת כו') ולמחזי אתי דאכתי לא סימינהו לכולהי שבחי ולשון יאמר איש ואיש לפי שכלו יהולל וישתבח ויתפאר.

כדבר המליצה אל תסתכל בקנקן כו' ואין בצע בהרבות תואר. כי כ"א נידון במשוער שבו הגדול לפי גדלו ותפארתו חכמתו בחוץ תרונה.

ויקר רוח איש תבונה לכף זכות ידינני ולצדק יכריעני וטרם צאתי אפרוש את כפי ואכרע בהודאה לאל הרועה אותי מעודי. אשר חיזק ידי.

שמח לבי ויגל כבודי. בראותי את פתגם המעשה אשר נעשה בחלק הזה חלק אבן העזר כי רבה היא.

יעלה במאה ועוד יש מהם אשר ישבו שנים רבות צרורות ועגונות. כבולות וכבונות וקידושי בנות ועל עלמות אשר נקבו בשמות במטיב גירושין ושלוחים.

ובספק מונחים ספק על שני שמות המצטרפין וקריאות ומכונות. וספק יבמה ונפשה עגומה מאחר שלא זכתה להבנות.

ובעוד לא הגעתי לעשרים. בעזה"י פתחתי שערים.

לדופקי בתשובה וגם עד זקנה ושיבה אעתיר עתירה יחזק ידי הרפה לפתוח יד בתשובה.
כאשר עד כה עזרני ובמרחב ענני ויהי עמדי בדרך הלכתי שקדתי ואהיה בודד.
קמתי ואתעודד לשקוד על תקנת בנות ישראל וטל ילדותם. ושוממות אבלותם.
כי ארכו שנותם. ופתחתי למוסרם.

ובעזה"י יגעתי ומצאתי היתר לאיסורם. ובהסכמה עלה מחבירים מקשיבים.
למדים ומשיבים על כן קדמתי לפתוח ראשון בחלק הזה ואחריו יבואו שאר חלקי השלחן
ערוך וגם המה בעזרת השם יתברך חבילות תשובות ספונות וחשובות. נשאלין במה
שלצבור צורך בהם להלכה למעשה מובטחני כי ימצאו חן בעיני אלהים ואדם.
ויתנו עליו מהודם. והרוצה להשיב יבא וישיב.

אך לא בכדי שיחלוט העין כ"א אחר אשר בלבבו לב מבין מאזין ומקשיב כי תמצא ידו
די השיב. יקראני ואענהו ולא יבול עליהו ועוד נשתייר בקולמס דברים לרצות מקום יש
בראש הספר בהקדמה כוללת ברצות השם דברי זעירא מן חבריאי מדרס לפרושים.

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד. שאלה מח תשובה לכבוד מוהר"ר הרב כו' וכעת הוא
אב"ד דפ"ק יצ"ו: שלום לכבוד אהו' ידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם
מוהר"ר אריה ליב תאומים נ"י: הגדתי היום להאדון נ"י כי הגיעני קונטרסו הא דשדר
לן מר חורפה בעסק קדושין וראיתי דבריו טובים ונכוחים איברא חזינא כי הוא מן
הנמנעים ומושכים ידיהם מלחוות דעת להלכה למעשה כו' לא שמתי עיני ולבי במ"ש
מכ"ת בגופה של עדות ולא יצאתי אלא לדון בדבר החדש שחידש כ"ת בנידון הקדושין
כשיכולה לנתק החליט לומר דלהרמב"ם שכתב כן לגבי קנין דקנה מהני נמי גבי קדושין.

ולענ"ד י"ל דאף אם נא' דבקנין מהני מכל מקום גבי קדושין אינו כן. ומתחלה אען
ואומר לדברי מכ"ת הגע עצמך בגט היכא שאחזה במקצת הגט וידו אוחזת בעקב הגט
והוא אינו יכול לנתקו ולהביאו אצלו והיא יכולה לנתק את המקצת שבידו ולהביאה
אצלה נימא דמגורשת דבזה לא שייך כריתות בעינן שהוא אינו יכול לנתקו והיא קנתה
כיון דיכולה לנתק קנתה אותו כמו גבי קנין ולענ"ד ברור דאינה מגורשת וע"כ לא אמרו
אלא במשיחה בידו דכיון שאינו יכול לנתק הגט ע"י המשיחה לא אגד גביה וגט הא
כוליה בידה היא משא"כ היכא שאוחז בגוף הגט נהי דליכא טעמא דכריתות כיון שאין
יכול לנתקו מ"מ כיון שאין הגט כולו בידה רק דנימא דקנתה אותו מחמת שיכולה לנתקו
הא לאו כלום הוא דעיקר נתינת הגט מכחו בעינן ומה"ט לא מהני טלי גיטך מע"ג קרקע
ולא עדיף מה שיכולה לנתקו ואם באמת נתקה המקצת שביד הבעל לא מהני ואף
הפוסקים לענין קפצה ידה דמהני נ"ל שידו בזה ואין לחלק ולומר דאע"ג דאם היינו
אומרים שמה שהקונה יכול לנתק אינו עושה קנין אז בגט אף אם באמת נתקה מיד הבעל
לא מהני כיון שזה מכחה מכל מקום אפשר דלשיטת הרמב"ם דסבירא ליה דקני הואיל
ויכול לנתקו א"כ בגט מיד שנתן לה באופן שהיה יכולה לנתק מקרי ונתן בידה ולא
כטלי גיטך הוא שהרי כל הקנין נעשה מכח נתינתו אבל לענ"ד ז"א דעיקר טעמא היא
דכיון שיכול לנתק אמרינן רואין כאלו עשה מעשה ונתק והביא אצלו וא"כ בגט דניתוק
שלה באמת לא מהני לא אמרינן רואין בכה"ג ועכ"פ יצא לנו מזה שאם אוחז במקצת

מגוף הגט מפסיל דלא קרינן ביה ונתן בידה והוי כטלי גיטך מע"ג קרקע ומעתה לענין קדושין שדעת מהרי"ל בתשובה סימן ח' דטלי קדושין מע"ג קרקע נמי לאו כלום הוא יעו"ש באורך ובשם מהרש"ך כתב הב"ש דהוי ס' קדושין עכ"פ א"כ הא קמן דאף שנאמר שלדעת הרמב"ם מהני יכול לנתק בקנין מכירה וכה"ג מכל מקום אין להחליט הדין ללמוד משם לענין קדושין דאע"ג דלא דמי לגט לענין הא דכריתות בעינן מכל מקום י"ל דבעינן ונתן בידה כמו בגט: ועוד אמינא בה טעמא דאם אוחוז במקצת הגט לא מהני ומשם יש ללמוד לקדושין ע"פ מה דאיתא בירו' פ"ק דגיטין איש ואשה שהיה תפוסין בגט היא אומרת זכיתי כו' א"ל ד"ה הוא הכא אפילו כולה בידה וחוט אחד בידו אינו גט דכתיב בידה עד שיה' כולו בידה ולכאורה צ"ע דלמה שביק בירושלמי טעמא דנקט בש"ס דידן משום דכריתות בעינן וכן קשה להיפך ודוחק לומר דשוו בדניא ולא שוו בטעמא וגם קשה על הירושלמי דמה טעם יש בה משום דבעינן כולו בידה דילמא קרא לא קפיד רק ונתן אגופו של גט אבל המשיחה הקשורה בו שאינו מגוף הגט אין בו קפידא ואם נאמר דכיון שהמשיחה קשור בגט כגופיה דמי א"כ אף דאין יכול לנתקו נמי לא תהיה מגורשת כיון שאין כולו בידה ודוחק לומר שהירו' פליג בהא אש"ס דילן דקאמר ר"ח אם אינו יכול לנתקו מגורשת ומשמע אף דגם היא אין יכולה לנתק המשיחה גם קשה מאי דקאמר וחוט א' בידו דמאי א' דקאמר והל"ל וחוט בידו כלישנא דש"ס דידן.

ולכן נלענ"ד דש"ס דידן והירושלמי מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי דודאי בש"ס דילן דמיירי שהגט כולו בידה רק שמשיחה קשור בו והבעל אוחוז בו ובכה"ג באמת ל"ש טעמא דירושלמי דבעינן שיהיה כולו בידה דבאמת כן הוא ולכן יש חילוק בדבר באם יכול לנתקו דאז פסול מטעמא דכריתות בעינן משא"כ הירושלמי מיירי שידו אוחוזת בגוף הגט בשוליו בגוונא דאיירי ביה התם האיש ואשה שהיו תפוסין בגט וקאמר שאפילו רק חוט א' ור"ל משהו ממנו כמלא החוט לבד (או חוט א' ר"ל שורה א' וכלישנא דש"ס תלי ליה ביני חיטי) בידו אפ"ה פסול כיון שאין כולו בידה.

ולפ"ז כיון דמהך טעמא אתינן עלה אף שהיה יכולה לנתק המקצת שבידו לאו כלום הוא דבעינן שיתן כולו לידה (ומאי דקאמר אפילו כולו בידה כו' כיון דאין בידו אלא משהו לבד כולו בידה קרי ליה) ומצאתי בלח"מ פ"ה מהל' מכירה שכתב על דברי הרמב"ם קשה דגט נמי היכא דמשיחה בידה ויכולה לנתקו תהיה מגורשת וי"ל דשאני התם דכתיב ונתן בידה משמע דיהא הגט בידה כו' ע"ש ולפמ"ש מבואר דמחמת האי טעמא דכתיב ונתן בידה לאו דוקא יכולה לנתקו ע"י משיחה לא מהני דאפילו רוב הגט בידה ויכולה לנתק השאר לא מהני דהא אין כולו בידה ופשוט לענ"ד דלא אמרינן לענין זה רואין כאלו ניתקה כולה לידה אלא נתינת כל הגט לידה ממש בעינן ולא אמרינן הואיל ולפ"ז ה"ה בקדושין דלענין דבעינן ונתן בידה שפיר יש לומר שהוקש הויה ליציאה ואינו כלום כל שהוא רוצה לקדשה בכל החפץ דנימא דהואיל ויכולה לנתקה הוי כאלו בא לידה אלא לא מהני כמו גבי גט דלענין הא דבעינן ונתן בידה מהני היקשא כמבואר בהפוסקים הנ"ל דס"ל דטלי קדושין מע"ג קרקע לא מהני מהך טעמא: והנה כ"ת הביא דברי הש"ך שמחלק בין קני ע"מ להקנות והאריך בביאור דבריו ליתן תבלין לחילוק זה דלענין שאר קנינים לא מהני יכול לנתקו דכמאן דפסיק דמי משא"כ לענין חליפין כשלא תפס גע"ג

שלא גמר להקנות לו המקצת לבד שהרי לא יוכל לקנות על ידו והלכך ל"א ביה כמאן דפסיק וקונה הכל מטעם שיכול לנתקו עכ"ד בקצרה.

ולענ"ד צ"ע דלפ"ז גבי מציאה נמי כיון שדעת המוציא לקנות כולו ע"י הגבהת אותו המקצת ולא ניחא ליה לקנות המקצת שתופס בלבד א"כ לא נימא ביה כמאן דפסיק דמי ויקנה הכל וא"ל דכיון דתפיס ביה בע"כ קונה לו אף שאין בדעתו לקנות ז"א כמבואר בתוס' דב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתה דציבי ובדברי הרשב"ם שם גבי לקנות את חברתה ועיין במ"ל פי"ז מהלכות גזילה ובמחנה אפרים שהאריך בזה.

ולענ"ד מוכח מדוכתי טובי דכל שאין דעתו לזכות לא זכי א"ו דטעם החילוק היא דבמכר וכה"ג כיון שדעתו לקנות באמת כל הכלי לא גמרה קנייתו עד דמטו כוליה לידו ולא מהני מה שהוא יכול לנתקו כיון שבאמת רוצה כל החפץ וכיון דלא אזלינן בכה"ג בתר הואיל ויכול לנתקו ממילא הוה כהא דאמרינן בב"ב דף מ' כור בשלשי' אני מוכר לך יכול לחזור אפילו בסאה אחרונה ואמרינן שם בדף ק"ו טעמא אף אליבא דשמואל דעביד רבנן מילתא דניחא ליה למוכר וניחא ליה ללוקח שיוכל לחזור בהם עם גמר משיכת כל המקח והלכך אף שיכול לנתק לא מהני דהכי עביד רבנן כדי שלא יוכל לחזור עד שימשוך ממש וכיון שלא תיקנו קנין משיכה רק בכה"ג גם לענין מציאה אינו קנין רק בכה"ג משא"כ לענין חליפין דאין בדעתו לקנות הכלי כלל דהא הדר סודר למאריה ואפילו נתינת ממון לא בעינן רק נתינת כלי דמה"ט קונין בכלי אע"פ שאין בו ש"פ הלכך לענין זה שיהא נחשב כאילו מסר לו כלי שפיר חשבינן ליה כיון שאחז במקצת ובידו לנתקו דעל גוף החפץ לא איכפת ליה כלל אם יגמור כל המשיכה לגמרי כיון דבלא"ה הדר למאריה: ולפ"ז חילוק השני שחילק הש"ך בין דעת אחרת מקנה לכאורה קשה על התוספות בכתובות דף ע"ב ד"ה ואי לא מצי לאהדורי כו' מכל מקום קונה אותו בפיו להתחייב באונסין אע"ג דיכול לנתקו דדוקא לענין הגט אמרינן כו' אבל גבי זכיה אשכחן בפ"ק דב"מ טלית שחציו ע"ג קרקע כו' דלא קני וכיון שאינו זוכה מטעם זה ה"ה דאינו מגרע זכיית האחר כו' וקשה מאי ראייה מההוא דב"מ דאין דעת אחרת מקנה משא"כ לענין חיוב אונסין בגניבה אזלינן בתר קנין שהוא קונה במכירה בכה"ג ואפילו תימא דגבי חיוב אונסין בגניבה כיון שאין כאן דעת אחרת מקנה בעינן קנין שיקנה במציאה בכה"ג מ"מ זה שייך דווקא לענין הקונה שיקנה ע"י שהוא יכול לנתקו יש לחלק בין דעת אחרת מקנה משא"כ שם דאיירי להיפוך שיגיע זכיית אחר עי"ז שיכול לנתקו אפשר דשפיר הוא מגרע כחו כמו שיש בו מועיל שיקנה היכא שדעת אחרת מקנה כמו כן נוכל לומר שזה מגרע זכות האחר הרוצה לקנות ונשאר בחזקת מי שהוא בידו ויכול לנתקו ואפשר דמה"ט באמת כתב התוס' שם ועוד דלכל הפחות קונה מחצה כמו ב' שהגביהו מציאה כו' ע"ש ואפשר עוד דאע"ג דהתוס' לא ס"ל לחלק בכך מ"מ הרמב"ם סבירא ליה דיש חילוק בזה אמנם לענ"ד תימא דאף בדעת אחרת מקנה איך אפשר שיקנה מחמת הואיל שהרי הרמב"ם גופ' בדין המשיכה כתב בפ"ד מהל' מכירה וכ"כ בש"ע דבר הנקנה במשיכה אם היה בר"ה ומשכו הלוקח לרשותו או לסימט' כגון שהוציא מקצת החפץ מר"ה קונה והראב"ד השיג עליו דהא קי"ל כשמואל דאמר עד שימשוך את כולה ופירש ה"ה והל"מ שם דכיון שכבר משך את כולה ברשות שאין המשיכה מועיל אז כיון שהוציא מקצת החפץ לרשות שהמשיכה קונה סגי יעו"ש והשתא

תיקשי דהך משיכה כולה בר"ה ל"ל כלל דהא כיון שמשך ממקצת לרשותו קנה הכל מטעם הואיל ויכול לנתקו ולהביאו אצלו דלא גרע מה שהוא מקצתו עדיין ברשות המוכר מאם היו בידו של מוכר ממש שקנה הלוקח כשתפס במקצתו מחמת שיכול לנתקו כו' א"ו דאף בכה"ג שדעת אחרת מקנה לא קני כל הכלי מחמת הואיל ומכ"ש לפי מה שנראה מדברי הסמ"ע סימן קצ"ח דבאמת צריך למשוך כל החפץ מר"ה לסימטא ולא ישאר ממנו בר"ה כלום אלא דסד"א דצריך למושכו בסימטא כדי כולו מראשו לסופו קמ"ל דלא אלא כיון דעכ"פ כבר משכו ע"פ כולו בר"ה סגי בהכי אבל מ"מ צריך למושכו כולו לסימטא ע"ש בס"ק ו' ובס"ק ק' ולפ"ז פשיטא דמוכחה מילתא טפי דהואיל ויכול לנתקו ל"א.

ואמנם לענ"ד זה תימה דלשון הרמב"ם מורה להדיא דבמשיכה מקצתו לסימטא סגי בהכי אף שמקצתו השני עדיין בר"ה וכ"נ מדברי ה"ה ומאי דמייתי ראייה מהא דאמרינן עד שימשכנו מר"ה לסימטא וכן מדברי הרמב"ן בסוגיא דהיה מגרר ויוצא והתם לא מיירי אלא לענין שא"צ למושכו בסימטא עצמה וכמבואר להדיא בדברי הרמב"ן והובא בש"ס כתובות צ"ל דה"ה סבירא ליה כיון דלא בעינן משיכה בסימטא עצמה ממילא דאף במשיכה מקצתה לסימטא סגי כל שמשך בר"ה ע"פ כולה וצ"ע: ועכ"פ מוכרח דל"א הואיל ויכול לנתקו סגי במשיכת מקצת החפץ לבד ולפי חילוק בתרא דהש"ך צ"ל דדברי הרמב"ם בזה כפשטן דכל שהוציא מקצת החפץ מר"ה קנה והיינו מה"ט גופא הואיל ויכול לנתקו וכיוצא בזה כתבתי בתשובה א' זה כמה שנים שפירוש שפ"ה ה"ה שצריך שימשוך עכ"פ כולה בר"ה צ"ע שי"ל דדעת הרמב"ם דדוקא דכיון דקפיד שיקנה במשיכה משיכת כולה בעינן ולכך פליגי דווקא בספינה דכיון דקפיד שיקנה במשיכה כדי שיהא בידו לחזור בו ה"נ דקפיד שימשכנה כולה דווקא מה"ט גופא ודברי הש"ס שם יש ליישב ואין להאריך פה וכ"כ הרא"ש שם דדוקא בספינה אבל במטלטלין במשיכה כל דהו סגי.

ואמנם לפי חילוק בתר' דהש"ך יש בזה כדי ליתן טעם לדברי הרמב"ם דסגי ליה במשיכת המקצת משום דקני לכוליה הואיל ויכול לנתקו: ואמנם קשה טובא בהא דאמרינן בשבת דף צ"ב דפליגי חזקיה ור"י אם אגד כלי שמיה אגד ופריך עלה מברייתא דהגונב כיס בשבת כו' ואי אמרת אגד כלי שמיה אגד איסור גניבה קדים לאיסור שבת ומוקי בנסכ' והשתא קשה נהי דבנסכא מיירי מ"מ כיון דמשך מקצתו מתחייב משום גניבה דקני ליה כוליה לפי דברי הרמב"ם הנ"ל וא"ל דשאני התם דבגניבה מיירי שאין שם דעת אחרת מקנה ול"א הך סברא הואיל ובידו לנתקו והלכך אינו קונה כ"א במשיכת הכלי דווקא ז"א דבאמת משמע בש"ס דכל שעושה מעשה בחפץ שהוא קונה על ידו במקח וממכר הוי קנין חשוב גבי גנב להתחייב על ידו באונסין ועיין בתוס' בכתובות דף ל"ב ד"ה ובר"ה דלפירוש ר"י להתחייב באונסין קיל טפי יע"ש ומכ"ש דקשה לפי מה שנראה מדברי הסמ"ע סימן רע"א דאפילו במציאה נמי מהני היכא שיכול לנתקו: וכדי לתרץ זה צריך אני לבאר מה שיש להקשות לכאורה לפי מה שנראה מדברי ה"ה וכ"כ להדיא בלח"מ פ"ד מהל' מכירה לדעת הרמב"ם דאין משיכה מועלת בכליו של מוכר ולפ"ז קשה טובא דמאי פריך הש"ס בשבת איסור גניבה קדים כו' דהא הכיס לא קנה כיון שמקצתו בפנים וא"כ אף המעות שכבר יצא לחוץ לא קני דהא הוי כמשיכה בכליו

של מוכר ועיין בדברי הרשב"א שם ומסוגיא זו הביא הרמב"ן בב"ב והרא"ש והריטב"א בב"מ גבי משוך קופה זו ראייה לדברי הרמב"ן דמשיכה מועלת בכליו של מוכר ועכ"פ לפמ"ש ה"ה והלח"מ דהרמב"ם ס"ל דלא מהני לכאורה סוגיא זו הוי תיובתיה.

ואמינא לתרץ בחדא מחתא ומתחלה אבאר שמ"ש הרמב"ם באחז במקצת הכלי בעינן שיכול לנתק כולו קנה אין הדברים אמורים אלא היכא שאחז בגוף הכלי עצמו שרוצה לקנות דכיון שהמקצת בידו יכול לנתק כולו הוי כאילו תופס כולו דלא מהני ואף בקנין חליפין דווקא כשנותן לו מגוף הכלי אלא שאין בו גע"ג אבל כשאינו נותן לו רק המשיכה שהסודר קשור בו נלע"ד דודאי לא מהני אף להרמב"ם ודלא כמשמע מלח"מ שהבאתי לעיל ומכ"ש במקח וממכר בכה"ג דהא לא אשכחן קנין מוסירה כ"א בבהמה דווקא (וכ"כ התוס' והפוסקים דלא אשכחן קנין מוסירה כ"א בב"ח ובספינה דממילא אזלי יעו"ש) דאורחיה בהכי להקנות לחבירו ע"י מוסירה כאדם המוסר דבר לחבירו משא"כ בשאר מטלטלין דל"ש זה ודאי דלא קני בתפיסת חוט הקשור בבגד וכה"ג כיון שאינו אחז בבגד עצמו וראייה לזה מהא דאמרינן בב"מ א' רוכב חמור וא' תפיס במוסירה זה קנה חמור וזה קנה מוסירה וקאמר ר' אבוהו דאפילו כוליה מוסירה קני הואיל ויכול לנתקו אצלו הא קמן דר"א סבירא ליה הואיל ויכול לנתקו מילתא הוא ואפ"ה בחמור גופיה לא קני ולא מידי אף ע"ג דע"י המוסירה יכול לנתק החמור ולהביאו אצלו א"ו כיון דבחמור לא תפיש מידי ל"א הואיל ויכול לנתקו ע"י המוסירה.

והנה צריך להבין בהא דמוקי התם בנסכא וקשה דהא מה שתופס בידו עכ"פ קונה להתחייב באונסין וכמו דקי"ל לענין מציאה דמה שתופס בידו קנה וא"כ לענין זה ודאי איסור גניבה קדים והאיך קאמר פטור דמשמע דלא מחייב כלל וצ"ל דבאמת מיירי שאינו תופס רק קצת מן הכיס לבד שהנסכא אינה מגע' רק עד החצי או יותר אבל לא עד שוליו ממש.

ולפ"ז א"ש נמי מה שהקשיתי דנהי דמיירי בנסכא מ"מ כיון דמשך מקצתו קנה לכוליה וא"כ איסור גניבה קדים ולפמ"ש א"ש דמידי הוא טעמא להרמב"ם אלא משום הואיל ויכול לנתקו וזה לא נאמר רק באחז בגוף החפץ משא"כ בזה שלא ידבק בידו מאומה מן החפץ רק שיכול לנתקו ולמושכו לחוץ ע"י תפיסתו בכיס וזה לא אמרינן כמש"ל משא"כ בס"ד דבמעוץ מיירי פריך שפיר איסור גניבה קדים וא"ל דהוי משיכה בכליו של מוכר ז"א דגוף הכיס אע"פ שמקצתו בפניו מ"מ מאחר שזה תפיס ועומד בכיס עצמו במשיכת מקצתו סגי ליה וקני ליה ומשיכה בכליו דידיה מקרי וקני להמעוץ שיצא לחוץ ושפיר פריך איסור גניבה קדים: ודע שדברי הרמב"ם בפ"ג מהל' גניבה תמוהים שהשמיט אוקמתת הש"ס דמיירי בנסכא אע"פ שפ"א אגד כלי שמיה אגד וגם מ"ש דאפקיה לר"ה ועוד כמה קושית שהרגיש בהם הלח"מ ובתשובה א' ישבתי דבר דבר על אופניו ושם העירותי בצדק על דברי ה"ה מ"ש שם ודעת רש"י כרבינו כו' ובאמת לענ"ד נהפוך הוא וכתבתי שם דהרמב"ם אזיל באוקמתת הש"ס דסנהדרין דקאמר והלכתא דשדינהו בנהרא ועפי"ז ישבתי שם כל הקושיות לנכון ותמהתי על דברי הרמ"א והסמ"ע בסימן שנ"א בזה וגם הקושיא דלעיל למאי דפסק במשיכה מקצתו סגי וגם אם נאמר דאין משיכה מועלת בכליו דמוכר ישבתי שם הכל לאמתתן של דברים בס"ד ולפי

שהדברים ארוכים לא ראיתי להעתיקם פה גם ואמנם מ"ש בכאן ע"פ דרכינו הנ"ל נראה נכון בס"ד.

ואמנם נלענ"ד דאף שנאמר שמ"ש הרמב"ם במשך מקצתו מר"ה דקני היינו דלא כה"ה דבעינן שימשוך כולה עכ"פ ברשות שאין המשיכה מועלת אלא אף אם לא עשה רק זו בלבד שמשך מקצתו לר"ה קנה מכל מקום אין מזה ראייה שיקנה באחז מקצתהכלי באופן שיכול לנתקו די"ל דווקא במשך מקצתה דע"י המשיכה שמשך מקצת החפץ לסימטא נייד כולו ונעקר ממקומו.

וכיון דעביד מעשה בכל החפץ קנה משא"כ היכא שלא משכו והוציאו ממקומו כלל י"ל דאע"ג שאחז במקצתו ובידו לנתקו כולו לאו כלום הוא דבאידיך פלגא לאו מידי עביד. ובענין מ"ש מכ"ת בההוא דמנה אין כאן הדברים מבוארים במהרי"ט בחידושו להרי"ף להדיא ע"ש ושם ביאר להדיא ג"כ דהך דאם יכול לנתקו ל"ש רק גבי גירושין מטעמא דכריתות בעינן אבל בקדושין לא אמרינן הך סברא דאגיד גביה וההוא דמהרי"ט בתשובה א"ש לפמ"ש לעיל דשניהם אדוקין לא קרינן ביה ונתן בידה אף גבי קדושין ולדוגמא נקט הך דגיטין גבי ומשיחה בידו וגם מה שהאריך מר אי אמרינן ככה"ג מקיש הויה ליציאה תמהני שלא העיר מדברי הר"ן גבי מקדש במחובר לקרקע דלענין קדושי כסף לא מקשינן הויה ליציאה וכן מבואר מדברי הר"ן ר"פ האומר גבי מקדש לאחר למ"ד יום בשם הירושלמי ובחידושי הארכתי בזה: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה מט שעתיה תרמיניה.

למאן דחריפא סכיני'. ה"ה כבוד אהו' הרב כ"ש מו' יוזפא נ"י.

קונטרסו דמכ"ת הגיעני כפול שני כתבים הבאים כאחד ראשון ושני בקודש על דברת האשה שאמרה א"א אני וחזרה ואמרה פנויה אני ועמדה ונשאת ונותנת אמתלא לדבריה וכבר באו הדברים ברוב ענין בדברי מכ"ת מראה פנים לכל צד כמראה האופן ואנכי כעת מוטרד מכל צד ואין פנאי לנסך כל דברי קדשו בכור המבחן ולכן שמתי פני אל הקונטרס הראשון נוח לי ולכשאפנה גם מזה לא אניח ידי וזה החלי: ראשון תחלה נאמר אשר פלפל מכ"ת בחכמה על דברי הרמב"ם בהלכות א"ב וגם הביא ראייה להב"ש דלא כמהרי"ק לענ"ד לכאורה להביא ראייה למהרי"ק מהרמב"ם פט"ז מהלכות סנהדרין הלכה ו' שכתב א"צ ב' עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א הוחז' כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה כלאי הכרם הם פירות אלו גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו ה"ז לוקה אף ע"פ שעיקר האיסור בע"א והכ"מ שם כתב שהרמב"ם למד זה מדאמרינן ע"א נאמן באיסורין ומפרש רבינו נאמן לאסור הדבר והוא תמוה דאין זה ענין לכאן שלוקין ע"פ איסור שהוחזק בע"א והדבר ברור דהרמב"ם יליף לה מהירושלמי דנזיר ששם מבוארין כל דבריו להדיא וכ"כ הרמב"ן ג"כ בהלכות נזירות פ"ט הלכה י"ז והכ"מ הראה מקומו להירושלמי שוב מצאתי במ"ל פ"ג מה' שגגות שהקשה כן על הכ"מ ע"ש וכן מבואר ג"כ בירושלמי דסוטה פ"ו הלכה ב' וכן בסוף פ"א מהא"ב הלכה ד' ב' כתב גם כן המקנא לאשתו ונסתרה כו' אע"פ שעיקר העדות בע"א כבר הוחזקה בו זונה והוא נלמד גם כן מהירושלמי דסוטה הנ"ל ששם מבואר כדברי הרמב"ם ותימה על מפרשי הרמב"ם שלא הזכירו שמקור הדין

מהירושלמי דסוטה ונזיר כנ"ל ותימא על המ"ל שלא העיר בזה ומעתה דברי הרמב"ם בסוף פ"א דא"ב לכאורה סותרים זא"ז בתכ"ד שבהלכה ק"ב כתב דין המקנא לאשתו דאע"פ שעיקר העדות ע"פ ע"א כבר הוחזקה בו זונה ובהלכה ק"ג כתב האב שאמר בתי זו מקודשת היא לזה אע"פ שהוא נאמן ותנש' לו אם זינתה אינה נסקלת ע"פ עד שיהיו שם עדים שנתארסה בפניהם לכאורה מי גרע מה שהוחזקה ע"פ האב שהתורה האמינתו מנאמנות ע"א גבי סוטה ושאר איסורין דאמרינן שגוף האיסור די לו שיתחזק ע"פ ע"א וקי"ל דכ"מ דע"א מהימן קרוב נמי מהימן כמבואר בכ"ד ומכ"ש בזה שהתורה האמינתו להאב.

ובינותי בספרים ומצאתי שהגאון בפ"י בקידושין דף ס"ג הרגיש בזה אלא שהביא ממרחק לחמו מדברי הרמב"ם דהלכות סנהדרין הנ"ל וטפי ה"ל לאקשוויי דברי הרמב"ם במקומו אהדדי ואמנם בק"א כתב גם כן להקשות דלמה יהיה ע"א נאמן על גרושה או זונה לפוסלה מכהונ' ולכן מתרץ דמיירי שידוע שנזרק לה גט וא"י אם קרוב לו ובזונה משכחת לה שנבעלה בודאי אלא שא"י אם לכשר או לפסול והע"א מברר שהיה גרושה או זונה ובכה"ג נאמן כשנים משא"כ האב שבא להוציאה מחזקת פנויה אין לך בו אלא חידושו ע"ש הנה מ"ש הפ"י לצייר דע"א נאמן שהיה זונה כגון בידוע שנבעלה כו' לענ"ד ליתא דפשוט דכוונת הרמב"ם כמ"ש בהא"ב שקינא לאשתו ונסתרה בפני ב' וע"א מעיד שנבעלה שכן הוא בירושלמי שמשם מקור הדין של הרמב"ם גם מ"ש הפ"י בגירושין לצייר בספק קרוב לה צ"ע דהא ע"כ לא מצי מיירי בב' כיתי עדים מכחישינן דא"כ מה יתן ומה יסיף הע"א שמעיד גם כן קרוב לה וע"כ מיירי בכ"א והרי בכה"ג כתב מהר"ם בתשובת מיימוני דאין הקדושין או הגירושין כלום והביאו הב"ש בשם הג"מ סוף גיטין ואמנם הרשב"א חולק עיין בפ"י קידושין בק"א דף ח' ובמ"א הארכתי בזה ואמנם בלא"ה יש לצייר שהיה תנאי בגירושין וכה"ג באופן שהגירושין נתחזקו ע"י ע"א ואין להאריך ועכ"פ תי' הפ"י אינו מחוור בשיטת הרמב"ם שהרי בההיא דקינא לה ונסתרה נמי חידוש הוא שחידשה תורה להאמין ע"א מועד אין בה ואי לאו קרא לא היה נאמן ע"א על הטומאה וזה מבואר מדברי הרמב"ם בפ"א מהלכות סוטה ואף שיש לדחות ולומר דגם בזה טעמא רבא איכא כיון דרגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה ועיין במ"ל שם ועדיף משאר ע"א באיסורין דעלמא מ"מ בנזיר כתב הרמב"ם בהלכות נזירות אם נהג נזירות ע"פ ע"א דהיינו שאמר לו בפני נדרת בנזירות ושתק ושתה יין או נטמא והתרו בו שנים לוקה אע"פ שעיקר הנזירות בע"א ונראה דבגרושה שכתב הרמב"ם בהלכ' סנהדרין נמי בכה"ג מיירי שאמר לה ע"א גרושה את ושתקה ואם כן מ"ש דע"י האב אין סוקלין אמנם מ"מ י"ל דשאני התם כיון דבע"ד שותק שתיקה כהודאה דמיה והודאת בע"ד כמאה עדים דמי משא"כ באב שבא להוציאה מחזקת פנויה וגזירת הכתוב הוא מלתא בלא טעמא אין לך בו אלא חידושו.

אלא דלפי זה פשיטא תיקשי דהא בהיא אמרה נתקדשתי גם כן פסק דאין סוקלין ואדרבא הא פשיטא טפי כמבואר בש"ס דגם רב אסי מודה ואם כן קשה דהא בנזיר מהך טעמא דהוחזק ע"י שתיקה כהודאתו לקי ק"ו בזה שאמרה בהדיא ואם נפשך לומר שאני התם דאיכא הודאה וחד סהדא גם כן א"כ יצא לנו מזה דאם ע"א אומר לאשה את מקודשת ושתקה וזינתה אח"כ סוקלין ובאמרה נתקדשתי להדיא אין סוקלין וכל זה אינו במשמע

ולכן היה נראה לומר דהרמב"ם ס"ל כסברת מהרי"ק דאף ע"ג דמלקין על החזקה לחוד בלי צירוף ראייה ואומדנא מ"מ אין סוקלין ושורפין ע"ז ולפיכך אע"פ שכתב הרמב"ם דלוקין ע"י חזקה דאתחזק ע"פ ע"א מ"מ באב שאמר קדשתי בתי או אם היא אמרה נתקדשתי אין סוקלין ומ"ש הרמב"ם גבי קידשתי דאין סוקלין עד שיבואו עדים או שהוחזק היינו חזקה שנזכר מקודם לפני זה גבי איש ואשה שבאו ממה"י.

ואמנם המ"ש כתב דמהרמב"ם וטור לא משמע כמהרי"ק והדין עמו לכאורה שהרי הוכחת מהרי"ק מדפלגינהו למלקין וסוקלין לתרי בבא ואם כן הרמב"ם וטור דנקטינהו בחד בבא ש"מ דס"ל דחד דינא אית להו ועוד שהרמב"ם פ"ב מהלכות אישות הלכה כ"ב דהאי אינו נאמן כ"א לקרבן ולנדרים כו' ולא למכות ולא לעונשין והיינו כתנ"י כוותיה דרב חסדא וע"כ דזה ג"כ מיירי שהאב אמר קודם מעשה דאל"כ מאי קאמר ר"ח אמר אחד זה ואחד זה אין סוקלין ואזדא ר"ח לטעמיה אלמא דבחד גוונא מיירי ועיין בתוס' שכתבו להיפך ובפ"י שם.

ובאמת לפי מה שהעתי' מכ"ת בשם מהרי"ק דמלקין על החזקות אף בלא ראייה כלל רק שהחזקה נצמח מפייהם והוחזק הדבר בעיר למ"ד יום מלקין עליה ולפי זה היה קשה על מהרי"ק מהא דר"ח דהאב אינו נאמן למכות ולעונשין ובזה אזדא ליה תי' הפ"י דנאמנות חידוש הוא שמוציאה מחזקת פנויה והא הוי תיובתא דמשמע שהאב אינו נאמן כלל למכות ולעונשין אף אם אינו אומר נגד החזקה וקשה מ"ט יגרע מע"א דעלמא וד"ל דהתם מיירי שלא נתחזק למ"ד יום ע"פ האב ועיינתי במהרי"ק וראיתי שלא נזכר בדבריו חזקה דלמ"ד יום כלל וגם נלענ"ד שלא מיירי בחזקה הנצמחת ע"י אמירת בע"ד רק דהתם הוה עובדא דידיה שזו הוחזקה זמן רב לארוסה וע"ז כתב דאע"פ שאין אתנו ראייה שנהגו זה עם זה כבעל ואשתו מ"מ למלקות לא בעינן אלא מכיון שאנו מוחזקין שזו ארוסתו של פלוני מלקין עליה ור"ל דאף ע"ג שאין אנו יודעין מחמת מה אנו מוחזקין בכך מ"מ מסתמא היה הדבר ידוע אז כשנתארסה בפומבי ומאז נצמחה החזקה זאת ואמרינן שמסתמא היו אז עדים כשרים כדת משה ולפיכך הוחזקה זו לא"א מאז עד עתה מה שא"כ היכא שהחזקה זאת ידוע לנו מבטן מי יצא כגון ע"פ עצמם או ע"א דעלמא באמת י"ל דמודה מהרי"ק דאף למלקות לא מהני כההיא דרב חסדא ואמנם עדיין אין זה מעלה ארוכה לדעת הרמב"ם דמשוה מלקות למיתה ומחלק בין עדות האב לע"א והנה מכ"ת כתב דמהרמב"ם משמע דאף חזקה שאין עמה ראייה כלל רק שנתחזק הדבר בעיר על פיהם שלשים יום די וכ"כ ג"כ בשם הב"ש ולבבי לא כן ידמה ולענ"ד שגם הרמב"ם שכתב אם הוחזקה בעיר למ"ד יום שזו אשתו כו' ר"ל שהם מתנהגין כדרך איש ואשתו וכמ"ש בתחלה מי שהוחזק בשאר בשר כיצד הרי שהוחזק שזו אחותו כו' ראייה לזה ממכה אביו ואמו כו' והתם במכה אביו מיירי שיש ראייה ואומדנא שראינוהו נוהג כבן עם אביו וא"כ דיו לבא מן הדין להיות כנידון ודוקא כשיש ראייה ואומדנא אמנם מאי דנקיט הרמב"ם הוא אומר זאת אשתי בסיפא ולא כתב כן ברישא נלענ"ד דברישא מיירי כשהם ניכרים לנו ומוחזקים בעינינו ובעיני כל שזו אחותו כו' ע"י שראינו אותם נוהגים זה עם זה באחזה דמלקין וסוקלין על החזקה זו דמסתמא חזקה זו אמיתית הוא וכמש"ל במהרי"ק ואח"כ חידש לנו הרמב"ם במי שבאו ממה"י שלא ידענו אותם מתמול שלשום כלל בכה"ג בעינן שיאמרו גם כן זו אשתי כו' ויתחזק ע"י מנהג

אישות למ"ד יום ובלא אמירתם רק מחמת אומדנא לחוד אין לדונם דלא אזלינן בטר אומדנא בדיני נפשות וכיון שידוע לנו מה שהוחזקנו אותם היה ע"פ אומדן דעת לבד שהרי א"א לומר בזה שמה שהוחזקנו אותם היה מחמת שנתברר לנו אז שהרי מארץ רחוקה באו ואין מכיר אותם משא"כ כשאמרו זו אשתי כו' אז בצירוף האומדן דעת שפיר הורגין וכאילו איכא עדים דמי ודוגמא לדבר מצינו שכתב מהרש"א בב"ק ר"פ שור שנגח את הפרה דאע"ג דלחייב קנס סהדי דוקא בעינן מ"מ איכא אומדן דעת בצירוף הודאות בע"ד חשבינן ליה כאיכא עדים וחייב ואע"פ שאין הנדון דומה כ"כ וגם כי שם דברי אא"ז תמוהים כמ"ש במ"א מ"מ כאן עדיף טפי והוי כמו חזקה דאתיא מכח רובא דרוב האומרים זו אשתי כו' ומתנהגים כדרך אישות יש כאן צד אישות מה שאין כן בלא אמירה וכמ"ש בשו"ת פ"י ואין להאריך ואם כן מ"ש הרמב"ם גבי אמרה נתקדשתי דאין סוקלין עד שתחזק אין ר"ל שתחזק למ"ד יום וסגי בהכי לחוד אלא עד שתחזק ר"ל דבכה"ג דוקא הורגין אם הוחזקה למקודשת דאמרינן מסתמא אתחזק קלא ע"י ראייה ברורה או שהוחזקה למ"ד יום עם איש אחד דבצירוף האומדנא סוקלין ושורפין אבל אם אין כאן רק אמירה לחוד אף שנמשכה האמירה זו למ"ד יום מ"מ אין בו מועיל ועכ"פ דעת הרמב"ם ג"כ דאין די באמירה לחוד וכן מצאתי ראיתי בשו"ת פ"י חאה"ע סימן א' יעו"ש שהאריך למה גבי איש ואשתו נקט למ"ד יום וגבי שאר בשר לא הזכיר מזה והשיג על הב"ח כמ"ש מכ"ח ובאמת לפמ"ש אין זה דקדוק כ"כ וגם בתשובה אודות העגונה מאוסטרה כתבתי גם כן ליישב זה ע"ש ובשו"ת נ"ב חאה"ע סימן נ"ד מפרש גם כן דברי הרמב"ם כמ"ש דהוחזקו שכתב הרמב"ם היינו התנהגות כאיש ואשתו אלא שכתב דלכך בעינן אמירה משום דאל"כ אמרינן שמא היה תנאי בנשואין ולפמ"ש לקמן ז"א ואין כאן מקום לחוש לתנאי כיון שקיבלו התראה וגם בב"ש לא ראיתי שיאמר דלהרמב"ם די באמירה לבד.

וע"פ מה שבררתי דברי הרמב"ם דבפ"א דא"ב בחזקה מכח מנהג עולם קמיירי יש ליישב דברי הרמב"ם שהקשיתי לעיל דפסק כל שהוחזק ע"י ע"א מועיל החזקה ואפ"ה כתב שהאב אינו נאמן שי"ל דע"כ לא הימנוהו לע"א להחזיק איזה דבר רק היכא שמתחלה נעשה הענין בלא שני עדים רק בע"א כגון בחלב שאפשר שאין כאן יודע שהוא חלב רק זה וכן בזונה דהיינו שהעד הזה הוא עד טומאה ואפשר שאין כאן אחר או בגרושה למאי דפסק הרמב"ם דעדי חתימה נמי כרתי ואם מסרו לה בינו לבינה כתב בכ"י גם כן כשר אם כן אפשר שאין כאן יודע ועד רק זה בלבד הלכך מהימן להחזיק משא"כ באב שאמר קדשתי את בתי שא"א שלא היו שם עדים בשעת הקידושין דאף מ"ד ע"ח נמי כרתי מ"מ י"ל דפוסל כתב ידו בקידושין כמבואר בנ"י פד"א והובא באה"ע סי' ל"ב והלכך אמרינן דלענין עונשין כיון שעכ"פ היו שם עדים לא האמינה תורה לאב לחוד להענישה על ידו עד שיתברר בעדים ועוד שאפילו תימא דכתב בכ"י כשר או אם מסר לו שטר בע"ח בינו לבינו ואם כן לא היו כאן עדים מ"מ כיון שיכול האב לברר הדבר ע"י השטר בע"ח או בכ"י לא הימנוהו לאב בדבורא לחוד לענוש אותה ולענ"ד סברא נכונה היא ואמנם יש מקום לומר דמאי דקאמר הרמב"ם דהאב נאמן לקרבן ולנדרים אבל לא למכות מיירי בגוונא דע"א בעלמא לא מהימן כגון במכחישו והאב מהימן והלכך לעונשין לא מהימן וכמ"ש הרמב"ם בהלכות סנהדרין דאם הכחיש העד

בשעת מעשה אינו לוקה ובהכי א"ש מ"ש התוספות דף ס"ד ד"ה נאמן לנדרים שכתבו תימא מאי אריא אב אפי' אחר נמי כו' ומשמע מדבריהם שאין נאמנותו רק מדרבנן ומרמב"ם משמע שנאמן מן התורה ואם כן י"ל שהוא כשנים ואפילו אתי חד וקא מכחיש ליה דאחר לא מהימן אי איכא דקמכחיש ליה והאב מהימן ועוד הארכתני במקום אחר: דברי זעירא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שנית להרב הנ"ל על ענין הנ"ל הנה מ"ש דאחרי דרחמנא המניה לאב אף נגד ע"א א"כ אמאי לא נקבע האיסור למכות ולעונשין כו' אני תמה דפשיטא דיש חילוק בין לנדרים וקרבתן ובין מכות ועונשין אלא דהוה קשיא לן דלא גרע מע"א וע"ז אמרתי דבאמת דינו כע"א היכא שאין מי שיכחישנו אלא דלנדרים וקרבתן מהימן אף אי א' מכחיש ליה ומ"ש דע"כ צריך לבא לת' הפ"י דהאב בא להוציא מחזקת פנויה חידוש הוא ובאמת ז"א דלענ"ד י"ל דאין זה מוציא כ"כ מחזקת פנויה כיון דבידו לקדשה אע"ג דלקמן מסיק דלאו מטעם דבידו רק דרחמנא הימניה היינו לענין שאין בידו לאסרה סתם ועיין בספר כתובה בתוס' דף כ"ב ופ"י בקידושין משא"כ חזקת פנויה אזדא לה כיון שבידו לקדשה עכשיו ולפמ"ש א"ש דהאב נאמן אף שהיא מכחשת אותו אפ"ה נאמן אבל מ"מ אין סוקלין על ידו דלהא לא הימניה ומעיקרא לא הוקבע איסורא עפ"י האב בכה"ג למכות ולעונשין: ומ"ש מכ"ת והאריך לפרש דברי תוס' תמהני שהאריך ללא צורך שהרי הדבר מבואר בדברי אא"ז מהרש"א ואנא קאימנא להך שיטתא דהאב מהימן מן התורה ול"ד לשבויה: ומ"ש מכ"ת דלהרמב"ם בלא"ה לק"מ אפילו אחר נמי דהא תרי בעינן לענ"ד יראה דבאמת בחד סגי מדינא דע"א נאמן באיסורין וחזקת קטנות אין כאן דעשויה להשתנות וכמ"ש הפ"י והלכך בע"א ואמר קודם מעשה שזה בן י"ג שנה שומעין לו ודאי והוקבע עפ"י ע"א רק בהלכה כ"ג מיירי הרמב"ם בלאחר מעשה שנדר וכה"ג או לחליצה וכה"ג בזה אין ע"א נאמן וא"כ קשה לכאורה דקודם מעשה מאי אריא אב אפילו אחר נמי ולזה ביארתי דמיירי במכחישו דבכה"ג האב מהימן לנדרים ולקרבתן: ומ"ש מכ"ת בענין תשובת מהר"מ דהפ"י כתב טעמא דאוקמה אחזקת פנויה וליתא דטעמא משום מקדש בלא עדים ובאמת בתשובת מהר"מ מבואר דאוקמה אחזקת פנויה עיין בשו"ת נ"ב ובמ"א הארכתני: ומ"ש דלכך לא צייר הפ"י באמר גרושה ושתקה משום דקי"ל כרבא והא נמי דבר שבערוה הוא ליתא דדוקא באומר שנשבית ורוצה לפסול הבנים או לומר ב"ג או שבא להוציאה מבעלה אבל באומר סתם על אשה גרושה ושתקה שפיר ע"א יכול לאסור כמו בשאר איסור ואין זה בכלל דבר שבערוה: ומ"ש גבי סוטה דלמא מטעם ספק דאורייתא לחומרא אסורה על בעלה ליתא דהיא טוענת ברי לי והיה לו להאמינה אי לאו משום דאיכא ספיקא ובזה א"ש מה שהקשה דל"ל קרא ת"ל דע"א נאמן כיון דאיתרע החזקה ולפי מ"ש ליתא דכיון דאיכא הכחשת האשה אין ע"א נאמן ומ"ש דבהך דנזיר שאני כיון דאיכא ע"א ושתיקת בע"ד ובע"א שאמר לאשה מקודשת את אמרינן אין דבר שבערוה כו' כבר כתבתי שי"מ דהתם מיירי דוקא היכא ששתיקת בע"ד אינה כהודאה ולדבריו עיקר החילוק הוא דבנזיר אע"פ שמוציא מחזקה מ"מ אינו דבר שבערוה ומהימן ע"א משא"כ בזה שהוא דבר שבערוה ולהפ"י עיקר חילוק מחמת שמוציא מחזקה ומ"ש דבנזיר נענש ע"פ עצמו מטעם דאמירה היינו קבלה והא ליתא דמה זה ענין לקבלה ואין זה רק הודאה לבד.

ומ"ש שהוא בידו מ"מ בשביל זה אין לנו ללקות עליו. ומ"ש דלמה לא יהא ע"א נאמן על השני' כבר ביארתי שהרמב"ם מיירי שהשעה צריכה עתה לכך ובכה"ג אין ע"א נאמן על השני' כבר ביארתי שהרמב"ם מיירי שהשעה צריכה עתה לכך ובכה"ג אין ע"א נאמן כ"א קודם מעשה דוקא ואין להאריך: דברי ידו הק' אפרים שאלה נ תשובה על תשובת הגאון מוהר"ר יחזקאל נ"י מפראג בעסק קידושין שהשיב לי ולב"ד הרב כו' מוהר"ר שמואל מרגליות נ"י אשר כעת אב"ד בק"ק סטריא והקרמיז ונדפסה בק"א לשו"ת ב"ח החדשות ובספר הגאון ז"ל בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא: הנה בתשובתו כתב לתרץ דברי הרמב"ם דלכך בעינן נודע בשעת קידושין דאל"כ הוי כמקדש בלא עדים.

הנה אף כי סברא זו נכונה היא לא תמלט מהיות עליה קושיות רבות. חדא מסוגיא דהכא דאמרינן בה ההוא דקדיש בפרומא דשכרא כו' אבל הכא משום כסופא הוא דקאמר הכי כו' וכתב הריטב"א דאי גילה בעה"ב דעתיה דניחא ליה זכה אידך מהשתא ומיקדשה בהו כו' ולא מיקדשה עד שימחול לו בפירוש כו' ושלא כדעת רבותינו ז"ל ועיין בב"ח סימן כ"ח דמפרש דדעת רבותיו הוא דאי איכא גילוי דעת דניחא ליה למפרע הוה קידושין היכא דליכא למיתלי דמשום כסופא קאמר הכי וכ' ע"ז דהכי קי"ל (הן אמת דלענ"ד מדברי הריטב"א משמע להדיא דלא כיוון לזה במ"ש שלא כדעת רבותינו ז"ל כמבואר להמעייין שם אבל עכ"פ דעת הב"ח כן הוא) ואף הב"ש לא חלק עליו אלא משום דקי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש ולא אמרינן דמהני הגילוי דעת למפרע ולפי הסברא הנ"ל בלא"ה אין מקום לומר דליהוי קידושין למפרע דמה בכך שבא עתה ונתרצה וגילה דעתו דלמפרע ניחא ליה מ"מ העדים לא ידעו אז אם יתרצה ויהא ניחא ליה למפרע וא"כ הוי כמקדש בלי עדים ולא ליהוי קידושין אף אם באמת נתרצה: אמנם באמת זה יש לתרץ דלכאורה קושית הב"ש על הב"ח הוא תמיה קיימת דהא לא קי"ל כרבא.

ובאמת המעייין יראה לעינים דהב"ח עצמו הקשה מתחלה דמאי מהני גילוי דעת דניחא ליה למפרע הא מ"מ היה בשעת הקידושין גזל בידו וע"ז תי' דלכך מפרש רש"י שעושה שכר ומחצית שכר ותוס' פירשו דשוויה שליח. אמנם הטור והרמב"ם משמע מדבריהם דלא מיירי בדשוויה שליח לכך כתב דמיירי דשקיל שלא מדעת דבר פחות וקס"ד דמקדש שאין בעה"ב מקפיד וכיון שאמר בעה"ב אמאי לא תיתב מהאי חריפא גלי אדעתיה שאינו מקפיד עליה וקאמר רבא דמשום כסופא אמר ולעולם מקפיד עליו וא"כ מ"ש בסוף דלא כהריטב"א היינו משום דמשמע ליה מהריטב"א דמיירי ג"כ בדבר פחות דהא מיירי בפרומא דשכרא וע"ז קאמר הב"ח דכיון דהוא דבר פחות שהיה המקדש סבר דלא יקפיד עליו ועוד דניחא ליה לאינש דלעביד מצוה בממוניה ועתה באמת גילה דעתו דניחא ליה שפיר הוי קידושין למפרע דהא גם העדים סבורים כן שלא יקפיד בעה"ב ע"ז ואעפ"כ קאמר רבא היכא דאמר משום כסופא אמרינן דלעולם מקפיד עליו אבל היכא דאיכא גילוי דעת דניחא ליה שפיר הוי קידושין למפרע דאז ניחא ליה וכן העדים היה דעתם על כך: והשתא ניחא נמי קושית הב"ש מהא דקי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש דשאני הכא שהוא סובר שאין בעה"ב מקפיד וגם מידי דמצוה הוא כנ"ל והוי הדין כמ"ש הש"ך בח"מ סימן שנ"ח כמ"ש בתשובתו הראשונה לתרץ דברי הרמב"ם ע"ש וכ"כ הגאון נ"י ג"כ בתשובתו שאמר לתרץ כן דברי הרמב"ם ע"ש.

אמנם אעפ"כ יקשה ממ"ש הח"מ והב"ש בשותף החולק שלא לדעת חבירו ובא ונתרצה אם נאמר איגלאי מילתא למפרע שבשלו קידש ולפי הנ"ל הוא כמקדש בלא עדים ואפשר דגם בשותף דמי לדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו: אמנם יש להקשות ע"ז דהיאך כ' הרא"ש בקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה אם בא האב ונתרצה הוא קידושין למפרע דה"ל כאילו אמר לה צאי וקבלי קידושייך וכ"כ הר"ן דכיון דנתרצה א"כ זכות הוא לו וזכין שלא בפניו ולפי הנ"ל איך אפשר להיות קידושין למפרע הא עידי הקידושין לא ידעו אם נתרצה האב אם לא אלא כששמעו שנתרצה אח"כ אז ידעינן דניחא ליה למפרע אך י"ל דגם הרא"ש שם לא כ"כ אלא למ"ד חוששין שמא נתרצה האב כמבואר שם שכ' זה אהא דאמר רבינא אפילו למ"ד חוששין כו' ואם כן שפיר מסקו העדים אדעתיהו דדילמא ניחא ליה לאב ויבא ויתרצה וכן מבואר בר"ן אבל למאי דקיי"ל אין חוששין שמא נתרצה האב אפילו בא ונתרצה לא הוא קידושין למפרע חדא דהוי כמקדש בלי עדים ועוד דלהך מ"ד לא אמרינן דזכות הוא לאב כ"כ דהא אם לא שמענו שנתרצה אין אנו חוששין לזה.

ובזה מתורץ קושית הב"ש סי' ל"ז ס"ק י"ח על הש"ע דאמאי סתם כדעת הרמ"ה דהקידושין לא חזו אלא משעת שמיעה ולפי הנ"ל ניחא דאליבא דהלכתא גם הרא"ש מודה דאף אם נתרצה לא מהני למפרע. ובאמת יש מקום לומר תי' אחר על הנ"ל והוא דנלענ"ד היכא דבאמת אין העדים יודעים כלל אם הכסף אינו שלו רק דאיכא סהדי אחרים ע"ז ועתה בא בעה"ב וגילה דעתו דלמפרע ניחא ליה או שנתגלה שכבר היה יאוש קודם הקידושין א"כ אין שייך לומר כיון דהנך עידי הקידושין לא ידעו מזה לא הוי קידושין הא ליתא דאינהו לא ידעו אם היא גזל כלל.

ולפי"ז י"ל דבכה"ג מיירי הב"ח והח"מ והב"ש. אך דלפי"ז הדרא קושיא לדוכתיה על הרמב"ם דלמה נקט ונודע אפילו לא נודע נמי אם לא היו עדים יודעים מהגזל הוי קידושין: אמנם נלענ"ד דהן אמת שגם הב"ש סימן ל"א ס"ק ו' כ' ג"כ דאם אין ידוע לעדים שש"פ במקום אחר הוי כמקדש בלי עדים וליכא אלא חשש קידושין משום דהעדים מסופקים שמא ש"פ במקום אחר ומשמע אע"ג דהעדים מסופקים מ"מ הוי חשש קידושין.

ובס"ק י"א כתב ג"כ דאף לשיטת הרמב"ם אין כאן חשש קידושין דאורייתא דהא אפילו אם יודע שש"פ במקום אחר מכל מקום בשעת הקידושין לא היה ידוע להעדים והיינו כמ"ש הב"ש סימן ק"ט ס"ק ט' בשם הגהות מיימוני ומרדכי סוף גיטין דאם ספק להעדים הוי כמקדש בלא עדים ואפשר דס"ל דאפ"ה הוי חשש קידושין מדרבנן: אמנם אין הדבר מוכרע דנלפע"ד דהנך לא מיקרי מקדש בלא עדים דדוקא בס' על גוף הקידושין אם באו לידו כלל אז שפיר אמרינן כיון שנדמה להם כשנפלו קרוב לו אע"ג שבאמת היה קרוב לה מכל מקום ע"ז ליכא עדים ומה לי אם לא היו עדים כלל או דסברי שהם קרוב לו וכן למהר"מ אף בס' הדין כן אבל אם שפיר ראו שהגיעו הקידושין לידה ואיתרע לה חזקת פנויה טובא רק דסבורין היו שכסף קידושין אינו שלו וא"כ כיון דבאמת הוא שלו ויש עדים על דבר זה שפיר ילפינן דבר דבר ממון ומקודשת ולא הוי חצי דבר כיון דכל כת ראו מה שאפשר להם לראות אז כמ"ש התוס' בב"ק דף ע': ונלפע"ד ראייה לזה מהא

דפסק הרמב"ם דאין שליח הקידושין צריך עדים ואף הראב"ד לא השיג עליו אלא דהיאך נאמינהו בהודאתו הא מחייב לאחרני וקושי' זו מתרץ הרא"ש ע"ש אבל הכא דאיכא עדים על דבר זה גם הראב"ד מודה ואע"פ שהר"ן כתב דאי אמרה על דבר שאינו ש"פ לדידי שוה לי לא מהני אם אין העדים יודעין שדרכה להתייקר בו משום דהוי כמקדש בלי עדים דלא מהני אע"פ ששניהם מודים עכ"ל שאני התם דאין עדים כלל על זה רק שהיא אומרת כן וכיון דמחייבה לאחרני לא מהימנא וכדאמרין גם כן לענין הן הן שלוחין כו' דאפילו הוא מודה שקבלה הכסף לא מהני ע"ש.

ולפ"ז מ"ש לעיל דאם בא וגילה דעתו דניחאליה מהני למפרע וכן בשאר דוכתי שכתבתי לעיל אע"ג דמחייב לאחרני צ"ל דגילוי מילתא בעלמא היא דהא אף אם לא בא כלל היינו חוששין דילמא ניחא ליה בהכי וצ"ע אבל היכא דאיכא עדים מנ"ל דלא מהני. וחזינן להפ"י דף י"ב ד"ה ולא משום שכתב כדברי הב"ש דכיון דהעדים לא ידעו אם ש"פ הרי לא ראו דבר ברור ואנן דבר דבר ילפינן דבעינן דבר ברור כו' ותימא דהא דאמרין בהמגרש דילפינן דבר מה להלן דבר ברור כו' היינו לומר דבקל' בעלמא לא מפקינן דשמא שקר הוא אבל הכא אין לך דבר ברור יותר מזה (וגם התם לא קי"ל כן) ומ"ש הפ"י דאף אם נאמר בכת אחת הוי ספיקא דאורייתא מכל מקום שאני התם דספק בקידושין גופייהו כו' משא"כ הכא שהספק מעלמא ולא רמיא על העדים כו' לענ"ד לכאורה איפכא מסתבר דהכא כיון שמעשה הקידושין נגמר בעדים רק שהס' מעלמא וכיון שנתברר הוי קידושין גמורים.

ומ"ש דאפילו אם יבואו עדים אכתי הו"ל חצי דבר כבר כתבתי דליתא שהרי ראו מה שיכולין לראות כמ"ש התוספות ואפילו לשיטת הרי"ף שהביאו התוספות בב"ק מכל מקום הכא נמי אהני סהדותייהו דקידושין לענין אם לא יהיו עדים שהיה יאוש צריכה להחזיר המעות כדבר חסדא דאמר גזל ולא נתיאשו הבעלים כו' רצה מזה גובה כו' ואולי דלפי זה שפיר כתב הפ"י לענין שמא ש"פ דהוי חצי דבר כיון שאם לא תרצה להחזיר המעות אין כאן מצות השבה דהא אין כאן ש"פ (ומ"מ יש למצוא נ"מ ואין להאריך) ועכ"פ בנ"ד לכ"ע לא הוי חצי דבר שוב מצאתי בשו"ת מהרי"ט חלק אה"ע סימן מ"ג שכתב וז"ל ולא דמי למקדש בפחות מש"פ דחיישינן שמא ש"פ במדי אע"ג דאין העדים יכולין להעיד באותה שעה שנתקדשה ולא חשיב מקדש בלי עדים דאותם העדים מעידים שנתרצה לקדש בתמרה ולכך אגלאי מילתא דש"פ במדי הו"ל קידושין גמורים כו' כדכתב הר"ן שם עכ"ל הרי להדיא דאע"ג דהשתא לא ידעו העדים שש"פ מ"מ אם עתה נתברר הדבר בעדים מהני ולא הוי חצי דבר.

ואף לפי מ"ש הפ"י בגיטין דף ס"ג מכל מקום היינו דווקא לר"ע אבל לרבנן כולה דבר הוא. ובזה יש לתמוה על הפ"י בסוגיא דקטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה דבעינן דווקא שאמר לה צאי וקבלי לפני עידי הקידושין דאל"כ הוי חצי דבר ותי' התוספות בגיטין לא שייך כו' ותימא שהתוספות בגיטין לא תירצו כן אלא אליבא דר"ע אבל אליבא דרבנן כיון שראו מה שיכולין לראות אז סגי.

ואע"פ שאין ראייה מהך דמהרי"ט לנ"ד דהתם עכ"פ העדים היו סבורים שמא ש"פ במדי אבל הכא כסבורין העדים שאין הכסף שלו כלל הוי כאילו אין עדים כלל על הקידושין:

אמנם אתנו רוח אחרת בזה דלא מבעיא אם נאמר סתמא לאו יאוש בעלים סבירא ליה להרמב"ם אם כן אף דבאמת היה יאוש קודם הקידושין והעדים גם כן ידעו מזה אכתי לא מהני דכיון דהאשה לא ידעה אם נתיאשו אם לאו לא סמכה דעתה וסבורה שתצטרך להחזיר דהא סתמא לאו יאוש בעלים וכמ"ש הב"ש סימן ק"ט לענין מתנה ע"מ להחזיר ועוד י"ל כיון שאדם יודע שאין מקדשין בגזילה וגמר ונתן לשם פקדון כיון דאיהו לא ידע אם היה שם יאוש אלא אפילו אם נאמר סתמ' יאוש בעלים אפ"ה שפיר פסק הרמב"ם דלא הוי קדושין כיון דזימנין לא הוי יאוש כגון בבעלים מרדפין או שהבעלים לא ידעו עדיין שהוא גנב אצלם עד השתא כמ"ש במלחמות בהגוזל לענין תקנת השוק ע"ש ובאמת אנן קי"ל במקדש בשט"ח דאחרים אע"פ שיש סברא לומר לא שביק לדידהו ומחל לאחריני מ"מ חוששת דילמא מחיל כיון שעכ"פ יוכל להיות בשום אופן שלא יגיע כסף קדושין לידה לא סמכה דעתה ולכך בעינן הכא דווקא נודע שנתיאש דאל"כ אכתי לא סמכה דעתא דהכא תרווייהו גווגי דהרמב"ן איתניהו חדא דילמא בעלים מרדפין אחריו ועוד דילמא הבעלים לא ידעו עדיין בגניבה ולכך בלא נודע אינה מקודשת וכן בגזל אע"פ שאין לה לחוש שמא לא ידעו הבעלים מכל מקום היא חוששת שמא מרדפין אחריו לאפוקי בעובדא דרבא שבפניו חטף מידא דחבריה שאין לה לחוש כמ"ש הפ"י שם ע"ש ולפ"ז ודאי סמכה דעתה דכיון דגזילה בודאי ידעו הבעלים דהא מידם הוא גוזל וגם ליכא למימר שמא בעלים מרדפין אחריו ולכך הוצרך רבא לומר לית דחש לדר"ש כו' ולפ"ז בעינן דווקא נודע בשעת קדושין שנתיאשו דאל"כ בשעת הקדושין לא סמכה דעתה ואינה מקודשת כמו בקידשה בחוב דאחרים דפשוט דאף ע"ג אם באמת לא מחל החוב וגבתה אותו מן הלוח אפ"ה לא מהני ולא אמרינן בכה"ג איגלאי מילתא למפרע וה"ה הכא מאי מהני לן הא דבאמת היה יאוש בשעת מעשה מ"מ איהו לא ידעה ולא סמכה דעתה ולפ"ז בהנך דאייתנין לעיל דמקודשת למפרע צ"ל או כמ"ש דהתם כיון דדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו הוא א"כ גם היא אסקיה אדעתה וסברא שימחול בודאי וא"כ סמכה דעתה או י"ל דמיירי דאיהי לא ידעה כלל שהדבר שאינו שלו (אך דאעפ"כ צ"ל לכאורה כן מחמת הסברא שכתבתי למעלה דאדם יודע שאין כו' דהא איהו ידע דלאו דידיה הוא) ולפ"ז לכאורה גם ע"ז קשה כנ"ל מה איריא ונודע דנקט אפילו לא נודע אם האשה לא ידעה מקודשת.

אך דלפמ"ש הב"ש דהכא ע"כ בגילה לה שהוא גנוב מיירי ניהא. אמנם לפי מה שהשגנו בקונטרס הראשון על הב"ש צ"ל דכיון דנודע שהוא גנוב אינה מקודשת דלא סמכה דעתה בלא ידעה נמי אינה מקודשת כיון שאילו ידעה לא היה רצונה להתקדש בזה והדבר צ"ע: שנית השיג עלינו על היסוד המונח בדברינו דיאוש לשון הפקר הוא והוי הפקר גמור וע"ז השיג מש"ס דב"ק דאי שמעינן דאיאוש משלם ארבעה וחמשה.

ולענ"ד משום הא לא אריא דהא ביארנו שם דהיינו דווקא כשידע הגזלן שנתיאש אז קני ליה חצירו הא לא"ה לא וא"כ שפיר קאמר התם ודילמא דשמעינן ליה דאיאוש ואפ"ה לא הוי הפקר דהגזלן לא זכה בו ואין דינו רק כיאוש בעלמא ואע"פ שכתבנו דהרמב"ם חולק וס"ל דאפילו בכה"ג קני ליה חצירו ע"כ לא קאמרינן התם אלא למאי דקיימינן התם דסתמא הוי יאוש בעלים אלא דלא אסקי אדעתיה שיתיאשו בפירוש וא"כ כיון דזימנין מקרי ואמר דעתיה עליו וקני ליה חצירו כמו התם דהוי מילתא דשכיח קצת

שימצאו מטמונויות של אמוריים כמבואר בשיטה מקובצ' אבל הכא דהש"ס פריך אליבא דר"א דאמר סתמא לאו יאוש בעלים תדע כו' וע"ז פריך דילמא לעולם סתמא לאו יאוש בעלים והתם דשמעינן דאיאוש א"כ הא ודאי דלא אסקי אדעתיה שיתיאשו כלל דהא סתמא לאו ליאוש קאי.

וא"כ אין כוונתו לזכות ולא קני ליה חצירו אפילו להרמב"ם ולכך בדבר שיש בו סימן אמרינן בב"מ אף ע"ג דשמעינן דאיאוש לבסוף לא מהני משום דבאיסורא אתי לידיה ואע"ג דביאוש בפירוש אין חילוק בין באיסור לבהיתרה דבהפקר הוא היינו משום דבדבר שיש בו סימן לא שכיח דמייאש ולא קני ליה ההפקר כנ"ל.

אמנם דהוי קשיא לי על מ"ש דלרש"י הא דבעבד יאוש הוי כהפקר הוא ביאוש בפירוש מהא דאמרינן בפ' עשרה יוחסין דף ע"ב לעולם שמואל דאמר לטובה והא דקאמר מיטן אין בה משום עבדות שמואל לטעמיה מדאמר המפקיר עבדו כו' וכ' רש"י שם משום דיאוש הוי כהפקר ולפי הנ"ל צ"ל דהתם ג"כ נתיאשו מהם בפירוש.

ועפ"ז היה מתורץ קושית התוס' בהחולץ שהקשו אהא דקאמר כל האומר מבית חשמונאי כו' הא הוי בכלל המפקיר עבדו כו' ולפי הנ"ל י"ל דהתם בבית חשמונאי לא נתיאשו מהם בפירוש אמנם זהו דוחק לומר דמהנך עבדים שנשתלחו למישן ידוע שבעליהן נתיאשו מהם בפירוש. ע"כ נלפע"ד דלענין עבד גם רש"י מודה לסברת התוס' דהיכא דלא הוי הפקר רק יאוש סתם אפ"ה אין רשות לרבו עליו מיקרי כמ"ש התוס' בב"ק וזה מבואר ומדויק בלשון רש"י שם בקדושין שכתב שמואל לטעמיה דאמר עבד שאין רשות לרבו עליו אין קרוי עבד והני נמי כיון שגזלוהו ונתיאשו מהם כו' ולשונו לכאורה תמוה בהא דנקט סיפא דמילתא דשמואל הא לרש"י הוי ממש הך דינא דשמואל אע"כ כמ"ש דהכא כיון דלא הוי רק יאוש גרידא א"כ ליכא למילף מדשמואל רק מדקאמר עבד שאין לרבו כו' ובכל דוכתא כתב רש"י יאוש הוי הפקר רק בדף ל"ט ע"ב גבי אמרו לפני רבו נתיאשתי מפלוני עבדי מהו כו' (ולהגאון אישתמיט מיניה הך סוגיא) כ' רש"י יאוש לשון הפקר הוא משום דהתם מיירי בעבד שלא נשבה כלל ולא ברח רק הוא בביתו ולא שייך בכה"ג יאוש כיון שהוא בביתו לכך כתב רש"י דהוא לשון הפקר.

מיהו באמת אפאם נאמר דרש"י ס"ל דיאוש לא מהני בעבד רק הפקר אפ"ה אין קושיתו מההוא דהתם דשאני התם שגם שבעלים נשבו עמהם ובכה"ג לא ס"ד דלא מייאש ואפקורי מפקיר ליה ואפילו עומד וצווח נעשה כמו שצווח על ביתו שנפל והוי הפקר ממילא וכמ"ש התוס' בב"מ בעובדא דר' ישמעאל בר יוסי אהא דאמרינן גיגית נח וקדירה אפקורי מפקיר ליה בלבו כו' ע"ש ור"ל דהוה אומדנא דמוכח וא"כ ה"נ דכוותי' וגם דהא כבר נשתקע שם הבעלים מהם ואפילו בקרקע בכה"ג מהני יאוש ואי הוי אמרינן הכי דלרש"י הפקר גמור הוא הוה ניחא יותר בנזיר דף ס"ב לפרש"י ע"ש דמעיקרא הוי ס"ד כיון דברח וסתמא הוי יאוש בעלים להמפקיר עבדו דמי.

אבל למסקנא ס"ל שאני ברח אע"ג דסתמא הוה יאוש בעלים כמ"ש התוס' שם מ"מ לא הוה רק יאוש כדי. אבל מפקיר שאני כשיטת רש"י דדוקא בהפקר או ביאוש בפירוש שהוא לשון הפקר הא סתמא מיקרי רשות לרבו עליו ולא יצא לחירות: אמנם אכתי לא

ניחא לי לפמ"ש מדבר שיש בו סימן דאכתי היה לנו לומר דתיכף שידע המוצא שנתיאש בעל האבידה זכי ליה חצירו.

ובאמת נלפע"ד דאבידה בדבר שיש בו סימן גם עתה שהוא מתיאש אינו מתיאש בלב שלם אלא לפי שאינו יודע היכן הוא ואי הוה ידע שזה מצאו ואי אזיל ויהיב ליה סימן הוה מהדר ליה החפץ לא הוה מייאש כלל הלכך השתא נמי לא גמר ומייאש וזה נראה טעם רבא דבדבר שיש בו סימן אע"ג דשמעינן דאיאוש לבסוף מודה רבא דלא מהני משום דגם עתה אינו מייאש בלב שלם כנ"ל.

ובהכי ניחא הא דפריך התם לאביי מהך דאם נמצאו יפות מהם כו' ועיין בש"ס שתמהו כל המפורשים דלרבא מי ניחא הא דמי לדבר שיש בו סימן דגם רבא מודה. ולפמ"ש א"ש כיון דעתה בלב שלם קאמר וניחא ליה אמרינן דמעיקרא נמי ניחא ליה ומהני אע"ג דשלא מדעתו הוי ולדבר שאין בו סימן דמי ובדבר שיש בו סימן דדמי ליאוש דגניבה אע"ג דאי ידע אפשר דלא הוה מייאש דאולי דעתיה לנקוטי בדינא רק דעתה מייאש ולפ"ז לכאורה היה לנו לומר בגניבה אפילו יאוש בפירוש לא מהני למהוי הפקר ז"א דשאני גניבה כיון דאכתי לא ידע מאן גנב ואפי' יודע ליה דילמא גברא אלמא הוא או דלית ליה סהדי.

ושמא בלא"ה אין דעתו למיזל עמו בדינא ודיינא הלכך ודאי גמר ומייאש כן כתבתי לפום ריהטא אבל העיקר בזה כמ"ש בקונטרס הראשון ד"ה והנה לפ"ז אם נתיאשו הבעלים כו' דאע"ג דאייאש בפירוש הוא לשון הפקר היינו דווקא אי אמרה בלשון יאוש דהוה לשון הפקר כמ"ש רש"י יאוש לשון הפקר הוא וכמו דאמרינן אי אפשר לשון הפקר הוא ושאר לשונות אבל היכא דאמר ווי לחסרון כיס אע"ג דמייאש בפירוש מ"מ הא לא אמרה בלשון הפקר ואע"ג שי"ל שבדעתו שיהא הפקר אפ"ה לא מהני וע"ש דדייקינן הכי מלשון הש"ס וא"כ אין כאן מקום קושי' מש"ס שהביא: ומה שהקשה וכוון לדברי הפ"י דהיאך יוכל להפקיר דבר שאינו ברשותו כדאמרינן בב"ק דף ס"ט כי ליתיה ברשותו לא מצי מפקיר ליה.

הנה בזה נלענ"ד דהדין עם רש"י ומתחלה נבי' ראייה לדבריו דאע"ג שאינו ברשותו יכול להפקיר מהא דאמרינן בכריתות דף כ"ד בשור שנגמר דינו לסקילה והוזמו עדי' כל המחזיק בו זכה וכן הדין בעידי עיר הנדחת משום דאחר שנגמר דינו אפקורי מפקיר ליה וכן מבואר ברמב"ם ס"פ יו"ד מהל' נזקי ממון ע"ש ולפי הנ"ל מצי מפקיר ליה הא ודאי דתו אינו ברשותו מיקרי דהב"ד לוקחין אותו בחזקה מיד הבעלים אפ"ה מהני הפקר שלו.

אין נראה לחלק בין הכא להתם ואין לדחוק דילמא אתי' כצנועין דאמרי דלא איכפת לן מה שאינו ברשותו הא ליתא דהא בכריתות ר' יוחנן קאמר לה דהוא מרא דשמעתא דאין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו אלא ודאי דלענין שיקנה ההפקר לא שאני לן בין דבר שברשותו לאינו ברשותו והא דאמרינן כי ליתיה ברשותיה לא מצי מפקיר ליה היינו שיהא הפקר לענין לקט של עניים שיפטור ממעשר כמ"ש התוס' שם דף ס"ט ד"ה כל שלקטו לענין יאוש דלא מהני משום דבעינן שיהיה הפקר לעניים ולעשירים כשמיטה והכא כיון שאינו ברשותו לא מצי למעבד הכי להפקירו לכל וליתן עליו תורת הפקר

שיהא לכל רשות בה דהא אינו ברשותו אבל איהו סילק נפשו ורשותו מן החפץ דהא הפקר מתורת נדר הוא ואם אמר קונם מן החפץ הזה ודאי אסור להנות הימנו ודווקא להכניס החפץ לרשות אחר כגון להקדש או להדיוט או להפקר שיהא לכל רשות בה אינו יכול לעשות מה שלבו חפץ ודוגמא לזה מה שאמרו נחלה הבאה לאדם כו' אע"ג שאינו יכול להקדיש ולהפקיר סילוק רשות יכול לעשות וה"נ אע"ג שאינו ברשותו ולא מצי מקדיש מ"מ יוכל לסלק רשותו ממנה וזכה בו הגזלן דהא ההוא גברא סילק רשותו ממנה: וראיה ברורה לזה מהא דאמרינן בב"ק דף קט"ז שיירא ההולכת במדבר כו' ומסיק רב אשי אמר בשיכול להציל ע"י הדחק גלי דעת' לעצמו ופרש"י דכשאמר לעצמי אני מציל והבעלים שמעו ושתקו גלי דעתייהו דאסחי דעתייהו מיניה ואיאוש כו' וכן פסק הרמב"ם והש"ע סימן קפ"א והך יאוש ע"כ ס"ל הפקר כמשמע בדוכתי טובא שם ועיין בש"ג שכתב כן להדיא ועוד ודאי לא הוי רק יאוש גרידא ולא הוי הפקר א"כ אין כאן שינוי רשות ביד זה דמה שנוטל בע"כ של גזלן לא הוי ש"ר כמבואר בסימן שס"א ס"ה דבע"כ של גזלן לא הוי ש"ר ע"ש והכא משמע להדיא דבע"כ של גזלן היה ואף אם נדחק דפירושו שהציל ע"י פיוס מ"מ לשיטת הרמב"ם היה צריך להחזיר הדמים א"ו דהפקר גמור הוא ומהני מטעם הפקר אע"ג דאינו ברשותו: ועוד לכאורה יש לתמוה דהיאך ס"ד דיאוש יהא עדיף מהפקר דיאוש מהני אע"פ שאינו ברשותו והפקר לא מהני וע"כ לומר שדעתם דעכ"פ נשאר עליה תורת יאוש אלא דאזיל ליה תורת הפקר לפי שאינו ברשותו והרי כתבו התוס' ד"ה כל שלקטו דהפקר לא גרע מיאוש ואפילו למ"ד יאוש כדי קני לא הוה רק כמתנה לגזלן ולמ"ד יאוש כדי לא קני לא הוי כמתנה להגזלן והיינו דווקא ביאוש סתמא או אפילו בפירוש אם לא אמר בלשון הפקר משום דאכתי לא סילק רשותו ואינו רק מצטער על חסרון ממון אבל אם אמר בפירוש שמפקירו הדר הוי כמתנה להגזלן אפילו למ"ד יאוש כדי לא קני אלא דמתורת הפקר לא מהני כמ"ש התוס' שם בטעמא דיאוש דאכתי לא מהני לענין מעשר.

אמנם באמת לכאורה הוא גופא קשיא למ"ד יאוש כדי קנה שכתב התוס' דהוי כמתנה להגזלן ולא נקטו לשון מחילה ע"כ משום דמחילה לא מהני בחפץ כמבואר בח"מ וא"כ מתנה נמי לא מהני דהא אינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו ואפילו לגזלן עצמו שהדבר ברשותו דהך במקנה תליא מילתא ולא בקונה שהוא אינו יכול להקנות אם לא שהוא ברשותו וכמבואר ג"כ בשו"ת שארית יוסף סימן כ"ח דאשה שחטפה מעות וקדשה בו אינה מקודשת כיון שאינו ברשותו כמו שאינו יכול להקדיש והביאו הב"ש ופ"י בגיטין כתב דלמ"ד יאוש כדי קנה הוא מטעם גזה"כ ע"ש אבל ז"א דהיאך מצי למילף מאבידה דברשותו מיקרי כמ"ש ג"כ הגאון בתשובתו ואולי דבאבידה ששטפה נהר נמי אינו ברשותו מיקרי ולכך פרש"י בד"ה מידי דהוה אמינא אבידה כו' דהיינו אבידה ששטפה נהר.

אבל התוספות חולקים על רש"י בפירוש זה ועיין בשיטה מקובצת וא"כ הדרא קושיא לדוכתיה דמאי מהני יאוש כדי דהא אינו יכול להקנות אפילו לגזלן כמו ההוא דשארית יוסף. ועפ"ז היה מקום ליישב דברי הטור סימן כ"ח שכתב וז"ל אבל אם גנב וגזל משלה ולא שידך אותה תחלה וכשנתנו לה אמר התקדשי לי כו' הלשון מבואר דבעינן שהשידוכין יהיו קודם הגזלה.

והדבר תמוה מנ"ל הך סברא ובלשון הרמב"ם והש"ע מבואר ההיפוך גזל את האשה כו' ואמר לה הרי את מקודשת לי אם לא קדם ביניהם כו' ע"כ נראה בדעת הטור שהוא קשיא ליה אהא דקאמרינן בגזל דידה קודם יאוש מקודשת בשדיך משום דאחילתיה גביה וע"כ היינו נמי דאקנויי אקנית ליה בתורת מתנה וע"ז קשה הא אינה יכולה להקנות לו כיון שאינו ברשותה וא"כ לא קנה הכסף לכך מפרש הטור דשדיך תחלה קודם הגזילה וא"כ כיון דשדיך קודם הגזילה ועתה קבלתו לשם קדושין אמרינן דבשעה שחטף מידה אקנויי אקניתה לו ואז היה הדבר בידה להקנות לו ולכך מקודשת: ועפ"ז נלפענ"ד דיש ליישב קושית התוס' ד"ה והוא לא אמר שהקשו דילמא אגזל דידה פליג ר' יוחנן וס"ל דמקודשת ולפי הנ"ל י"ל דהנהגה בס"ד דש"ס יש לנו ב' טעמים דלא תתקדשבגזל דידה חדא דלא אמרינן מדקבלתיה אחילתיה ועוד דאפי' אמרינן אכתי אינה יכולה להקנות לה.

והנה מקור דין זה דשארית יוסף נובע מהך דר' יוחנן דאמר גזל ולא נתיאשו שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו ברשותו וממ"נ אאיזה מהם דקאמר ר"י מוכח דאיהו נמי ס"ל הכי דמדקאמר זה לפי שאינו שלו מוכח דס"ל כרב לענין גזל דאחרים ומדקאמר זה לפי שאינו ברשותו מוכח דסבירא ליה כרב לענין גזל דידה דאף דאחילתיה לא מהני לפי שאינה ברשותה ומסיק דבדשדיך מקודשת כמ"ש הטור הנ"ל.

אלא דלפ"ז למה ליה לר"נ לעיל דף י"ג למימר יכולה לומר אין שקלי וכו' משמע דאי לא"ה היה מקום לומר דאחילתיה ומקודשת ומאי מהני זה הא אינה ברשות' ורב נחמן בלא שדיך מיירי ודוחק לומר דכצנועין ס"ל. אך י"ל דהנהגה מבואר בח"מ דדווקא פקדון דכפריה אינו יכול להקנות אבל לא כפרי' לא.

וכן מבואר בב"ש דאי אמרה אין מהני משום דבריציני שניהם נעשה הקדש. ולפ"ז התם בעובדא דר"נ דקאמרה הבה ניהלי ואמר אי יהיבנא לך מקודשת לי א"כ הרי הסכימה דעתה מעיקרא להחזיר לה רק בתנאי שתהיה מקודשת לו בה הוי ריציני שניהם ויכולה להקנות לו: הן אמת דלפענ"ד דברי הב"ש בזה אינם מוכרחים וקצת יש לתמוה עליו מסוגיא דב"ק דף ס"ח דקאמר איתביה ר"י לר"ל גנב והקדיש כו' וקס"ד שהגנב הקדיש ומשני כגון שהקדישוהו בעלים ביד גנב ופריך ומי קדוש והאמר ר"י גזל כו' שניהם אין יכולין כו' ואם איתא לדברי הב"ש מאי קושיא דדילמא ה"ק שגם הבעלים הקדישוהו וא"כ היה בריציני שניהם ונעשה הקדש ועוד בב"ק דף ע' גבי הא דלא כתבינן אורכ' כו' מוכח שם דאפילו במטלטלין דלא כפרי' גבי גזל אינו יכול להקדיש ולפ"ז מוכח מדר"נ דאפילו בלא שדיך אי הוה אחילתיה מהני ולשיטת הש"ך בח"מ סימן רמ"א ס"ק ה' שכתב דאפילו בחפץ שפיר שייד לשון מחילה שהוא מוחל לו התביעה א"כ מעיקרא לק"מ דגם הכא היא מוחלת לו התביעה ודינו כמו חוב ומחילה שפיר מהני אע"פ שאינו ברשותו אבל מלשון הסמ"ע משמע דבכל גווני לא מהני בחפץ שהוא כעין מחילה רק מתנה ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתא איך מצינו למימר דהקנית לו הא אינו ברשותה וגם היאך כתבו התוס' דיאוש הוא כמתנה להגזלן דהא אפי' נותן מתנה ממש לא מהני ואף אם נדחוק דלאו דוקא קאמרי מ"מ עדיין קשה מגזל דידה ע"כ נלפענ"ד ע"פ הרמב"ם שפסק הך דצנועין אף ע"פ שפסק כר' יוחנן וכתב הכ"מ שם משום דלמסקנא סבירא

ליה דיכול לחלל בלא דעת חבירו והיינו מטעם דזכות הוא לו ע"ש (ואין לע"ע הכ"מ בידי לעיין בו) א"כ בודאי גם לענין לקני אמרינן שהוא מסלק רשותו כדי שיוכל בעה"ב להפקיר כיון דזכות הוא לו וכן בכל דוכתי תמיד זכות להגזלן שיקנה א"כ הוא מסלק רשותו כדי שיוכל הקנין לחול אלא דלענין הקד' לא ניחא ליה להגזלן שיסולק רשותו מעליו ויחול ההקדש וכן בההוא דשארית יוסף שהיא החזיקה המעות ושתק' ולא אמרה כלום מנא ידעינן דסילקה את רשותה כדי שתהיה מקודשת דלמא לאו זכות הוא לה ולפ"ז גם הב"ש ניחא דלא קאמר אלא היכא שהבעה"ב והגזלן היו ביחד ונתרצו שניהם דאז חזינן דניחא ליה ומסתמא מסלק רשותו כדי שיוכל הקדש של בעה"ב לחול (ובכה"ג ליכא לאוקמי הך ברייתא דגנב והקדיש לענין ד' וה' ע"ש) אבל בלא"ה אע"ג שגם הגזלן הקדישו מ"מ אין רצונו אלא שיחול ההקדש שלו אבל מ"מ אין מסלק רשותו בכדי שיחול הקדש הבעה"ב אבל לענין שיקנה הגזלן עצמו בודאי סילק את רשותו כדי שיוכל ההפקר ומתנה לחול וא"כ אזלא קושיתו ודהפני יהושע וכנים אנחנו לשיטת רש"י ז"ל ושוב מצאתי להדיא כן בשו"ת שאגת אריה סימן צ"ב בסופו שכתב דהא דרבי יוחנן היינו דוקא לאחר אבל לגזלן ודאי יכול למחול וליתן לו במתנה את הגזילה וזה ברור עכ"ל וע"ש דמיירי אע"פ שאין הגזלן כאן ועיין בירושלמי דסוכה גבי הא דכל מי שבא לולבי בידו יהא לו במתנה ובפירוש קרבן העדה שצ"ע ע"ש: שאלה נא תשובה לב"ד הרב כו' מוהר"ר מרדכי ז"ל האב"ד דק"ק אניפאלי וק"ק אטיק שהשיב לי על תשובתינו בענין קידושין הנדפסת בק"א לשו"ת ב"ח החדשות: הנה פתח דבריו יאירו נתיב להשיג על הדרך הראשון שכתבנו לתרץ דברי הרמב"ם והש"ע והקפתני חבילות חבילות תשובות ואם נבא להאריך להשיב על כל פרט ופרט יש על כל קוץ וקוץ תילי תלים הלכות כהררים התלויים בשערה ואין הפנאי מספיק לכן על הכלל כולו יצאתי.

ונתחיל במה שהשיג מש"ס דב"ק דקאמר ר"א תדע כו' ודילמא דשמעינן דאיאש ודבר זה כבר נפתח ברביותא שכמו כן הקשה גם כן ע"ז הגאון מופת הדור מוהר"ר יחזקאל נ"י אב"ד דק"ק פראג ואעתיק פה מה שהשבנו לו ותשובתו נשאר מעל. וז"ל שם שנית השיג רבינו על היסוד המונח בדברינו דיאוש לשון הפקר ותמה ע"ז מש"ס דב"ק הנה באמת כבר ביארנו שם בסוף הדרך הראשון דבאמת נ"ל דאע"ג דיאוש בפירוש לשון הפקר הוא וכמ"ש רש"י ז"ל בדף ל"ט גבי נתיאשתי מפלוני עבדי דיאוש לשון הפקר הוא ור"ל דהוי כהך דאמרינן אי אפשר לשון הפקר הוא וכן שאר לשונות אבל היכא דאמר ווי לחסרון כיס וכה"ג אף ע"ג דמייאש בפירוש מ"מ הרי לא אמרה בלשון הפקר ומה בכך שהוא מצטער על חסרון ממון כיון שאין הלשון הזה מורה שהוא מפקירו ודייקנו כן מלשון הש"ס דקאמר וכלל' דאבידת' כו' יעו"ש וכן מדוקד' מלשון רש"י בב"מ דף ק"א ע"ב בדבר שיש בו סימן כו' ואע"ג דשמעינן דמייאש לבסוף כו' ופירש"י לאחר שמצאו זה וכלל' דיאוש כגון דאמר ווי לחסרון כיס דגלי דעתיה שנואש מהם ולכאורה תימה דמה זה ענין לכאן אע"כ דכוונת רש"י דבאמת בלשון יאוש ממש אין חילוק בין דבר שיש בו סימן לאין בו סימן דודאי מיאש דמה לי אם אמר אני מיאש דבר זה או אם אמר אני מפקירו וזה ברור כשמש לענ"ד בדעת רש"י ובאמת משום הך קושיא מב"ק לא איריא דבלא"ה לק"מ לפמ"ש שם דדוקא כשידע הנגזל שנתיאש אז קני ליה חצירו ומהני ההפקר א"כ שפיר פריך הש"ס ודילמא דשמעינן דאיאש ואפ"ה לא הוי

הפקר דהגזלן לא זכה בו ואין דינו רק כיאוש בעלמא ואף ע"פ שכתבנו שם דהרמב"ם חולק היינו לפי מאי דקיימינן התם דסתמא הוי יאוש אלא דלא אסיק אדעתיה שיתיאשו בפירוש וכיון דזימנין דמיקרי ואמר הוי דעתיה עלה עכ"פ כמו התם דשכיח קצת שימצאו מטמוניות של אמוריים כמו שצ"ל לשיטות הפוסקים אבל הכא דהש"ס פריך אליבא דר"א דאמר סתמא יאוש בעלים תדע כו' וע"ז פריך דילמא לעולם סתמא לאו יאוש בעלים והתם דשמעינן דאיאש ובכה"ג דלא אסיק אדעתיה כלל שיתיאשו דהא סתמא לאו ליאוש קאי ולא קני ליה חצירו אפילו להרמב"ם (ומה שהקשה רומפ"מ דאמאי לא משני דרב מיירי ביאוש בפירוש לענ"ד אין זה קושי' כלל דהרי רב קאמר לא שנו אלא לפני יאוש כו' משמע דלאחר יאוש אפילו בגוונא שאין היאוש הפקר מהני דיאוש כדי קני וזה מבואר שם ועוד וכי רב דינא דהפקר אתי לאשמעינן ועוד יש לדחות בכמה גווני ואין להאריך) אמנם באמת העיקר בזה נלענ"ד כמ"ש דדוקא יאוש הוא דהוי לשון הפקר וזה מוכרח מההוא דמחלק בין יש בו סימן לאין בו סימן לענין יאוש שלמ"ד ואי ס"ד דהוי הפקר אין לחלק בזה אע"כ כמ"ש ולפ"ז נסתר קצת מדברינו מ"ש בתשובה דמוכרח הוא דבגיטין בגוי ע"כ הפקר הוא וכן הרמב"ם בהלכות גזלה כתבנו דמוכרח דמיירי ביאוש בפירוש יעו"ש ולפי הנ"ל י"ל דבאמת מיירי כגון דאמר ווי לחסרון כיס אלא דאף עפ"כ א"ש התירוצים שכתבנו דעכ"פ קרוב לומר דמיירי שאמר בלשון יאוש ממש כיון דע"כ לאו ביאוש סתמא מיירי וגם בלא"ה מצינן לומר כן וכו' עכ"ל שהשבנו להגאון הנ"ל מה שצריך לנדון זה: והנה הא ודאי גם זה רופ"מ מודה דאע"פ שנאמר דסתמא הוי יאוש בעלים בודאי שאין אנו אומרים דמן הסתם אפקורי מפקיר להו דלאיזה ענין יעשה זאת רק אנו אומרים דסתמא הוא מצטער עליו וסובר שלא יוחזר לו לעולם וזה לא עדיף מאם אמר בהדיא ווי לחסרון כיס ולפ"ז אף אם הוא באמת מפקיר ליה בלבו לא מהני דהוי דברים שבלב וזה ברור ודבר זה למדנו מתורתו של הר"ן.

ומ"ש מההוא דאין אדם עושה כו' נימא דהוי קידושין בלבבלא"ה אין ענינו לכאן התם היה בההוא דהיו מדברים על עסקי קידושין ונתן לה בשתיקה דמקודשת כמ"ש בשיטה מקובצת בשם הרשב"א ז"ל וההוא לאו דברים שבלב הוא כיון דקעביד מעשה המוכיח ע"ז הוי כאילו אמר והכי מוכח מהא דאמרינן מקיבלתיה אחילתה ולא אמרינן דהוי דברים שבלב אע"פ שהפ"י בדף י"ג באמת הקשה כן לענ"ד הנכון כמ"ש וכמבואר בדוכתי טובי דבאומדנא דמוכח הוי דברים.

אמנם מהר"ן משמע דאע"ג דאיכא אומדנא דמוכח שבלא"ה אנו אומדין דעתן כן אפ"ה לא מהני דהרי התם נמי איכא איסור חמץ ולאיזה ענין הוצרך הר"ן לומר מחמת חמץ אינו ברשותו של אדם ודוחק לפרש דבאמת כן הוא כוונת הר"ן דלכך לא הוי דברים שבלב וצ"ל דהר"ן מחלק בין היכא דקעביד מעשה המוכיח ודלא כהרא"ש בתשובה הביאו הב"י בח"מ סי' ר"ז אמנם אף אם נחלק בין נדון דהר"ן לדידן מ"מ הכא לענין הפקר ודאי דהוי דברים שבלב ומ"ש רופ"מ דבגיטין איכא פלוגתא לענין גלוי דעתא אי מילתא הוא הנה לא עיין בזה בתוספות ריש השולח ודוק שם: ומ"ש דהרי בהפקר יכול לחזור תוך ג' ימים.

במח"כ שגה בזה ברואה דהיינו דוקא כל כמה דלא אתי ליד זוכה ובנתיאשתי מפלוני עבדי נמי זכה העבד בעצמו כמבואר בפ"י שם גם כן וזה פשוט ועוד דמאן לימא לן דבאמת אין הדין כן שיכול לחזור בו ודינו כהפקר ולכאורה לדבריו היאוש עדיף מהפקר וז"א ורופ"מ בעצמו מסיק דהוא מטעם הפקר ולכך בעינן ונודע דאל"כ יכול לחזור בו וליקשי מר לנפשיה דהרי לא נרמז כן בשום מקום ומ"ש דבהפקר בעי שלשה הא ליתא בנ"ד דטעמא מאי אמרינן הכי כדי שלא יהיה אחד זוכה וב' מעידין ובכל יאוש ע"כ מיירי שיש עדים בדבר שנתיאש בפירוש ואם כן כיון דהכא בלא"ה הדבר הוא ביד זוכה אין צריכין רק להעדים ומהני מטעם הפקר.

וזה ברור בלי פקפוק. אמנם בלא"ה דעת התוספות ס"פ אין בין המודר דדוקא בקרקע דינא הכי ולענין מעשר יעו"ש באריכות וכן משמע להדיא דעת הרמב"ם בסוף פ"ב מהלכות נדרים ודעת הש"ע ג"כ מתוס' בשבת דף למ"ד ע"ב לא משמע הכי ועיין בנ"י שם אמנם בלא"ה נלענ"ד דכל הנך דוקא היכא שהדבר בידו וברשותו ואם כן לאיזה ענין הפקיר זה את חפיציו ומי הוא הסכל לעשות שטות כזה וע"כ כי ערום יערום הוא כדי לפטור עצמו מן המעשר וכה"ג א"כ אין ההפקר בלב שלם ולכך הפקיעו אותו חכמים משא"כ כאן שבאמת כבר יצא הדבר מת"י ואינו מצפה שתשוב עוד אליו וא"כ מסתמא מפקיר אותו בלב שלם וא"צ ג' וכמ"ש התוס' בשבת ובב"מ דאנן סהדי דמפקיר ליה בלבו כו' וה"ה שאינו יכול לחזור בו דחד טעמא הוא ובהך דנתיאשתי כו' באמת מיירי בפני ג' וא"צ להאריך בזה.

ומ"ש רופ"מ דהרי הרמב"ם ס"ל סתם גזילה לאו יאוש בעלים וע"כ מיירי ביאוש בפירוש וא"כ ל"ל ש"ר ואין זה קושיא לפי מ"ש דדוקא ביאוש בפירוש בלשון יאוש. (אמנם בלא"ה אין זה קושיא דהרי מבואר ביש"ש ב"ק): ומ"ש ועוד קשה כו' גם ביאוש סתמא למה מחזיר הדמים וניחוש שמא נתיאש בפירוש כו' כיון דגוף הכלי קנה ממ"נ כו' יעו"ש.

הן אמת שגם אנחנו כתבנו סברא כזו בתשובתינו ומדמינן לה לבור ואילן אמנם לא דמי להא דהכא תיכף ומיד בשעה שקנה הכלי נתחייב ליתן הדמים לנגזל ובאמת זה היה עיקר תקנת חכמים הואיל וקונה מגנב מפורסם יצטרך ליתן הדמים ואם נאמר כסברתו מה הואיל חכמים בתקנתם דאכתי כל אחד יקנה ויטעון שמא הפקרת ונתת לו במתנה ונתיאשת בפירוש וזה ברור.

ועוד נלענ"ד דבכה"ג ודאי לא אמרינן אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דלא שכיח כלל ומ"ש דמ"ש דלא אסיק אדעתיה ג"כ מופרך כו' דהגזלן רוצה לזכות בו כו' דבריו תמוהים דהגזלן רוצה לגזלו אבל עכ"פ לא אסיק אדעתיה שזה הפקיר ורוצה לזכות ע"י חצירו מן ההפקר ומ"ש דתיקשי מחמסן דיהיב דמי אין זו קושי' כלל דבחמסן ודאי לא אמרינן סתמא יאוש בעלים להרמב"ם אפילו למ"ד דהרמב"ם סובר דגזלה סתמא הוי יאוש היינו דוקא בגזל ממש וכמ"ש רש"י בב"ק דף ס"ו דכיון דלענין גזל מיניה אינש אלמא הוא משא"כ לענין חמסן כיון שנותן הדמים עכ"פ וגם דמימר אמר הלזה אין יודע שיש איסור בדבר דלא תחמוד דבלא דמי משמע כמ"ש הב"ש בסימן כ"ח יעו"ש ולכי ידע אזיל ומהדר ולא מיאש.

וזה ברור לענ"ד לדינא: ולכאורה בלא"ה קשה דהרי קי"ל תלוהו וזבין וזבין זביני' זביני' ואפי' לא אמר רוצה אני לדעת הרמב"ם וש"ע כמ"ש ה"ה והסמ"ע סי' ר"ה ואם נאמר דהכא מיירי במסר מודע' א"כ ודאי א"ש הא דבעי דוקא ונודעו. אמנם לפי מ"ש הלח"מ בהלכות אישות באמר איני רוצה בהדיא לא הוי זביניה א"צ לזה ועוד כתבתי בחדושים ליישב קושית הלח"מ בדרך אחר נכון מאד אין להאריך בכאן גם מה שתמה במ"ש דרבה ס"ל דבאיסורא אתי לידיה מהני וע"ז תמה דביאוש של"מ טעמא משום ברירה ותדע כו' הנה יש לתמוה דאדרבא בשיטה מקובצת בשם הראב"ד תמה ע"ז דהיאך שייך לומר דפליגי בדיני ברירה אלא באמת הא ליתא דהא ודאי שבשעה שבא לידו ולא היה שם יאוש לא היה בו שום זכיה כלל והיה מחויב בהשבה אלא דרבה סבירא ליה דאמרינן דהוכיח סופו על תחלתו דאם ידע הוי מייאש אז ואף ע"ג דבאמת לא ידע אז ואתי לידיה באיסורא שנתחייב בהשבה סבירא ליה לרבא דאפ"ה מהני ואביי ס"ל דלא אמרינן דהוי יאוש למפרע ומ"ש ותדע דא"ת כו' דבריו תמוהים דהרי ע"כ כל ראייתו של רבה הוא מיאוש של"מ אפילו למאי דקיי"ל וכמ"ש התוס' שם דעכ"פ קונה החפץ יעו"ש והרי לאביי בודאי באיסור אתי לידיה מיקרי ואפ"ה קאמר או דילמא לא דמי א"ו פשוט דאע"ג דיאוש הוי באיסורא אין רצה לומר באיסורא ממש דהרי לא גזל שום דבר רק ר"ל שנתחייב בהשבה וכן מבואר בשיטה מקובצת יעו"ש וגם בלא"ה א"ש כמ"ש: אמנם באמת יש מקום עוד לומר דהך עובדא דרבא מיירי בלא גילה לה שהוא גנוב ודלא כהפ"י וא"ל דא"כ תאמר אין רצוני להתקדש בגניבה וכל סברת הב"ש הוא אליבא דר"י אבל התוס' רי"ד שם פירשו דר"ח ורבא פליגי עליו ע"ש במה שפירש בהא דבעי מיניה רבא אשה אינה מתקדשת כו' א"כ לרבא אין הטעם משום דלא ניחא לה בהכי ומ"ש מהך דמכר לו פרה אין קושיא דבמטלטלין נמי אין רגילות להתיאש בפירוש ומ"ש ומכ"ש לפמ"ש הרשב"ם כו' ודאי לק"מ דהרי יאוש בפירוש בקרקע נמי מהני כמו שכתבנו בתשובה גם דעת רש"י ג"כ וא"כ בלא"ה לק"מ ומ"ש דהרי נלמד מהך דוהבאתם כו' גזל דומיא דפסח כו' תמהני וכי לא משכח תקנה אלא בכה"ג והא איכא תקנתא במחל לו הנגזל עליו או בשינוי רשות וחזרה אצל הגזלן כה"ג אע"כ לומר דההוא לא גזול מקרי וה"נ בנידון דידן שזה זכה בו עתה מן ההפקר ושוב אין שם גזילה עליה כלל אבל ביאוש דקני מ"מ גזילה הוי אלא דרחמנא הוא דאמר ניקני והרי ע"י הגזל מיאש זה אבל אין צורך להפקירו: ומ"ש על הדרך השני דהתם שפיר כו' דאטו רובא דעלמא לא מחלי שטרא כו' דוק בדברינו ותמצא זה סברא נכונה מאד דהרי התם נמי אמרינן דאיכא סברא דלא שביק לדידי ומחל לאחריני ואפ"ה קסבר הך מ"ד דאיתתא לא סמכה דעתה וסברא דילמא מחיל ואע"פ שאין הדרך כן מ"מ הוא חששת כל מה שיש לחוש בענין זה וה"ה בנ"ד האשה חוששת לכך ועוד דהרי חזינן דמש"ה עשו תקנת השוק לשיטת הרמב"ן דלא משכחת בגוונא אחרינא וחששו חכמים לכך ועשו תקנה משום זה ואיך לא תחוש האשה לכך והדבר ברור לענ"ד: ומ"ש עוד דא"כ אף במכר דבר הגנוב כו' לא ירדתי לסוף דעתו דלדבריו במוכר שט"ח נמי נימא דאינו מכור משום דלא סמכה דעת הלוקח דילמא מחיל א"ו דהא ליתא דדוקא גבי האשה המקדשת עצמה אמרינן איתתא דייקא שיהיו הקידושין ברורין בלי שום פקפוק אבל לענין מכר ל"א הכי ולא ידעתי כלל מה ענין זה לזה דדוקא לענין להקנות אמרינן דלא סמכה דעתיה דמקנה אבל להקנות מאחר

דבר לאחרים לא איכפת לן בדעת הקונה כלל: אמנם בלא"ה היכא שיודע שהוא גנוב הן לקנות או להקנות לא מהני כמבואר בש"ע סי' שנ"ג דבכה"ג הוי המעות מתנה ואפילו מגנב אינו מוציא כלום וא"כ בנתן לו מטלטלין בעבור הגניבה קנאם בתורת מתנה וקרקע לא קנה בלא חזקה ודעת רמ"א בהג"ה ומה זה שכתב וזה לא שמענו מעולם.

ומ"ש דאיך מתורץ קושית הפ"י דאכתי לישני דחזה הוית שגזל דבריו תמוהים דהא גניבה נמי קתני התם ודוחק לומר דמיירי נמי דידעה שכבר ידעו הבעלים בגנבתם ג"כ. ומ"ש דקשה אסברא גופא כו' דאף אם הוא גנב מפורסם מ"מ היא קאמר אנא סבירנא דידי שקלית כו' הדבר תמוה דמבואר בש"ע להיפוך דהרי בסי' שנ"ו ס"ב מבואר הגונב ומכר ולא נתיאשו הבעלים כו' מפני תקנת השוק ואם גנב מפורסם הוא לא עשו בו תקנה כו' הרי דקאי אהך מילתא גופא דלא נתיאשו הבעלים דאל"כ ל"ש בזה תק"ה דסתם גניבה יאוש בעלים כהרמב"ן וכ"כ הש"ך שם ואפ"ה אמרינן דלא עשו תק"ה ואע"פ שהש"ך שם ס"ק ו' כתב סברא זו דהלוקח סבר דהיה יאוש לא כתב זה אלא לענין דיכול הלוקח לגבות מעותיו מן הגזלן ול"א דהוי מתנה אבל לא לענין תק"ה דמשום הא לא הוי תק"ה בזה דבאמת לא יקנה שום אדם מגנב מפורסם ולא שייך בזה תק"ה.

ומ"ש דאיהי נמי עבדה איסורא כו' תמהני דמי לא ידע בכל אלה דטעם דתאמר לא ניחא הוא משום דאסור לקנות מהגנב. אמנם כ"ז במזיד הוא אבל בשוגג אין כאן איסור בדבר כיון שבאמת לא ידע שגנוב הוא אתו וכבר כתבנו שם בתשובה דה"ט דיאוש ואח"כ ש"ר קנה משום דבהיתרא אתי לידו אלא שהגאון מהר"י נ"י כתב שלא ראינו כן בשום קדמון וע"ז השבנו שכן מבואר בש"מ ובמלחמות כו' יעו"ש ועוד דע"כ מוכרח לומר כן דאי ס"ד דיש איסור בדבר ולכך בטלו הקידושין ולפ"ז הא דאמרינן בש"ע דאם נתיאש מהגזלה קנה בש"ר ובלא ידע שגנוב אין מחזיר אפילו הדמים תיקשי דבאמת יתבטל המקח דנימא איסורא לא ניחא ליה דליקני ובכה"ג בטל מקח כמבואר בי"ד ס"ס קמ"ו בט"ז גבי גרוטאות של עכו"ם כו' יעויין בתשובה להגאון מהר"י נ"י ומ"ש דלענין גוף הנדון פשוט דהוי כמנה חסר דינר הן אמת שזהו העיקר ויסוד ההיתר אמנם בלא צדדים אחרים עדיין יש ספיקות הרבה חדא דהוי דבר הנמכר בחנות וכמ"ש בתשובה באורך ועוד הארכנו ביותר להגאון מהר"י נ"י ועוד דהוי דבר שאין בעה"ב מקפיד לגבי דידיה כיון דבאמת מיקרי שדיך אם נאמר דלא כמהרי"ט שהבאנו שם וכ"כ הגאון מהר"י נ"י אלא דבאמת הגאון מוהר"י דחה זה וגם אנחנו הארכנו בזה ובשאר צדדים יש להתירה: ועתה לבוא לתורף דבריו מה שתי' דברי התוס' משום דלא הוי הפקר לעניים דאסור לזכות כדי שיקיים הגזלן כו' יש לתמוה בזה הרבה חדא דלפי דבריו הא דלא הוי הכא יאוש הפקר וקא מחלק בין בהיתרא היינו משום דאינו יכול להפקירו לכל א"כ בלא"ה היאך מצי למילף מאבידה דשאני התם דהיאוש הוא הפקר גמור דמי מעכב עליו והוי כההוא דנתיאשתי כו' ועוד דעדיין הקושיא במקומה עומדת מהא דאמרינן אמתא דמר שמואל כו' ושם פירש"י יאוש הוי הפקר ועוד שם גבי הא דקני ליה שבאי בחזקה ואם יאמר דהתם בנשבה לכותים לא שייך הך סברא דצריך לקיים מצות השבה יהיה סותרים דברי הש"ס בכמה מקומות דגם בנכרי בעינן יאוש ושינוי רשות ועוד לדבריו מדוע באבידה בדבר שיש בו סימן אע"ג דשמעינן דמייאש לא מהני הרי הפקירו יותר היה לו לחלק מטעם דאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו כו' אמנם באמת לא ירדתי לסוף

דעתו במ"ש לפרש דברי התוס' דודאי אין כוונתם לומר מטעם דלא הוי הפקר לכל שהרי לא כתבו סברא זו אלא אח"כ שכתב ועוד דבסתמא אינו מתייבא כו' עד שיהיו הפקר לעניים כו' א"ו הדבר ברור לענ"ד דהא ודאי הא דאמרינן דאין הפקר עד שיהא לעניים ועשירים בתר מפקיר אזלינן שהוא צריך עכ"פ להפקיר לכל אבל אם הוא עושה את שלו והפקיר לכל אלא שאסור לזכות בה מטעם אחר ודאי דהוי הפקר גמור רק התוס' כתב שם דבאמת בהפקר כי האי הוי אין לו חלק ונחלה עמך דהרי כל אדם אסור לזכות בה ולכך אינו פוטר מן המעשר (ועוד דבאמת התוס' ס"ל דיאוש אין לשון הפקר כלל ולכך כל אדם אסור לזכות בה אע"פ שהיא לאחר יאוש כיון שאינו מטעם הפקר אבל בהפקר ודאי דכל אדם מותר לזכות בה אחרי כן) ועוד דבסתמא אינו מתייבא אלא לגבי עניים ואין מועיל לפטור מן המעשר עד שיהא הפקר לעניים ולעשירים ר"ל כיון דבאמת אין דעתו רק לגבי עניים לא מהני וזהו באמת בכל דוכתי הדין כן דאינו הפקר אבל היכא דבאמת הוא הפקר לכל מהני בכל דוכתי מלבד גבי מעשר: ומ"ש לתרץ קושית הש"ך בסי' שנ"ג ורצה לרפאות שבר על נקלה תימה דמבואר להדיא דקושית הש"ך מפסק הרמב"ם והש"ע ואינו מיירי בלקח מגזלן ולא מיורש גם מ"ש בסוף דבריו דביתמי יאוש כדי קני לכ"ע מטעם הפקר דבריו סותרים סוגיא דהגוזל ומאכיל גבי זאת אומרת כו' ועוד דוכתי טובי ומ"ש לומר סברא חדשה טעם דיאוש וש"ר קונה דנסתלק מצות השבה אלא דאפ"ה אסור לאחר לזכות שלא להפסיד ללוקח מרפסין איגרי דלפ"ז בטלה לה תורת יאוש וש"ר שהרי יכול לזכות בה וליתן הדמים בעד הכלי וע"כ לא כתב התוס' שם אלא שגנב שני משלם לגנב ראשון אבל כתב בהדיא דכל המחזיק זכה וא"כ ביאוש וש"ר נמי נימא הכי (ועוד דלא דמי להתם כלל דהכא אין כאן פסידא ללוקח דבאמת יתבע מעותיו מהגזלן) ומ"ש דין חדש דבמתנה א"צ דזכה מן ההפקר יש להקשות עליו דא"כ להך מ"ד דקסבר חיוביה דמוכר לאחר יאוש הוא דאהני מעשיו עיין בב"ק דף ס"ח דסברי הכי ר"ש ור"א ולדידהו תיקשי הברייתא דף ע"ט דקתני התם גנב והקדיש כו' גנב ונתן במתנה כו' ואמאי משלם ד' וה' הרי באמת מהפקירא קא זכי לא אהני מעשיו כלום וכן אינך דקתני התם שוים למתנה ועוד יש לדקדק בזה מדוכתי טובי אם לא שתאמר דמש"ה חייביה רחמנא לגזלן הואיל ואינו רוצה לקיים מצות השבה וסילק נפשו ממנה וזה אינו במשמע ועוד תיקשי דבאמת מנ"ל דחייב בכה"ג דילמא דוקא במכרו להדיא דאין זכותו מן ההפקר הא לא"ה לא.

ומ"ש עוד לתרץ קושית הב"ש דבמתנה א"צ להחזיר וקידושין דומה למתנה והוי הפקר כו' תמה אני אם אמרה דהרי אדרבא כיון שזכתה מן ההפקר פשיטא תיקשי במה מקדשה הלא אין הדבר שלו כלל ואינה אלא זוכה מן ההפקר גם מה שהקשה דילמא נודע לו ע"י עדים מי הוא הגנב לענ"ד אין זה קושיא דסתם גנב מיטמר מאינשי והרי לכך אמרינן סתם גניבה יאוש בעלים ולא אמרינן דאינו מייבא שסובר שיתוודע לו ע"י עדים אע"כ דהא ל"ש כלל א"כ גם אנו אין חוששין לזה ואם באנו לומר גם תירוצו אינו מספיק דשמא בפעם ראשונה נתוודע לו ע"י עדים.

ומ"ש אח"כ לפרש דברי הרמב"ם והש"ע כבר כתבתי לעיל ומלבד זה יש כמה קושיות אין להאריך בהם: ועל כל דבריו כולם יש להקשות דאיך עלה על הדעת לומר דאם הפקר בשעה שאין יכולת בידו להפקיר ואח"כ הגיע השעה שיכול להפקר לחול אם

הוא חל הגע עצמך כגון שלא היה הדבר ברשותו שאינו יכול להפקיר ואח"כ חזר לרשותו ודאי לא מהני ההפקר של אז וא"ת כל שעתה הוי הפקר דאסח לדעתיה מיניה א"כ א"צ להך דיכול לחזור בתוך ג' ימים תיפוק ליה דבלא"ה יכול לחזור בו כיון דבשעה שהפקיר מקודם לא היה ההפקר חל ומ"ש ומעתה נבא לתורף שאלתו כו' מ"מ הא תוך ג' ימים יכול לחזור בו כו' הנה מבואר מדבריו דלענין גזל דאחרים לחוד קאמר דהרי כתב אח"כ ואע"ג דמ"מ קנתה ביאוש וש"ר אח"כ ולפי זה תמוה דאיך זה יכול לחזור בו כיון שבא ליד האשה וקנתה מן ההפקר ודוקא כשעדיין לא זכה בו אדם הוא דיכול לחזור.

גם מה שכתב דבגמרא גבי גזל לא שייך חזרה דהגזלן אנסיה לענ"ד אין חילוק ואדרבא התם שייך טפי לומר כן דהרי אמרינן בש"ס ובח"מ סימן קי"א דמצוין בעלי זרועות ליפול וא"כ צריך לומר דכיון דתיכף קידש אותה וידע הנגזל שעדיין הגזלן איניש אלמא הוא וא"כ בנ"ד נמי כן הוא ול"ש חזרה: ומ"ש להוכיח דהך דיאוש בעלים לאו ודאי חשיב אלא רוב דאל"כ תיקשי הא דקאמר רבה כו' לפע"ד לק"מ ולדבריו תיקשי יותר דהרי ר"ש סובר חמץ לאחר זמנו מותר בהנאה וא"כ ממון גמור הוא ואפילו לרבא דקניס הכא לא שייך זה דהנגזל אינו עובר על בל יראה ולא שייך לקנוס לגזלן משום זה א"ו דלא קאמר אלא לר"ש דס"ל דבר לגורם ממון כו' למאן דסבר כוותיה בהא חייב לדידן אליבא דהלכתא ואנן באמת ס"ל סתם גזילה לאו יאוש בעלים ועוד דמאן לימא לן דלא מיירי דבאמת בעלים מרדפין אחריו וכה"ג ועוד יש ליישב בכמה גווני אמנם עיקר סברתו אין נלפענ"ד דהנך דאין מתייאשין מיעוטה דמיעוטה נינהו ואין חוששין להם ותדע לך דאל"כ תיקשי מנ"ל לר"א דסתם גניבה יאוש בעלים דילמא אדרבא רובא לא מייאשו ומיעוטה מייאשין ואפ"ה אהני מעשיו במכירה דהלוקח מוחזק ואין הולכין בממון אחר הרוב להוציא וכיון דאהני מעשיו חייב אע"כ דלא כסברתו.

ועוד קשה גבי עורות של בעה"ב נימא דסמיך מיעוטה לחזקה והוה פלגא ופלגא וספיקא הוי ועוד קשה כן בדוכתי טובא ועוד דלפ"ז קשה היאך קאמר רב דלאחר יאוש קנאו גנב הראשון וגנב שני משלם כו' והא הוי להוציא מן גנב שני שיוכל לטעון פן לא נתיאשו הבעלים ואף אם נאמר דרב לטעמיה דס"ל הולכין בממון אחר הרוב או דמיירי בידוע שנתיאש מ"מ קשה מאי פריך מהך ברייתא ותו דקתני רישא גנב ובא אחר וגנבו מכדי לאחר יאוש קיימינן כו' ודילמא התם מיירי באין ידוע שנתיאש ולא ס"ל כרב בהא דהולכין בממון אחר הרוב דבלא"ה אתי כתנאי בהמוכר פירות: דברי זעירא שארו ה"ק אפרים: שאלה נב תשובה שניה לבד"ז הרב הנ"ל למאן דזכי והוי לאורייתא כו' ה"ה בד"ז הרב כו' מוהר"ר מרדכי נ"י: גוף כו' ואכתוב בקצרה שעדיין אחר החילוק בין יאוש בפירוש בלשון יאוש כו' עדיין לא יוסר התלונה מהך דשור הנסקל זכורני כי אז ישבתי את זה על נכון דהא קי"ל דבאומדנא דמוכח דברים שבלב הוי דברים ובנדון דשור הנסקל ידוע לכל שזה הסיח דעתו ממנו לגמרי וסובר שבודאי סקל יסקל מסיח דעתו לגמרי ממנו ובודאי הוא נותן רשות לכל אדם שירצה לזכות בו משא"כ בגזל סתמא בודאי אין היאוש ממנו לגמרי דהרי אמרינן דמדמי לא מייאש אלא דאעפ"כ סתמא הוי יאוש בעלים כווי לחסרון כ"ס וכה"ג וההוא דשור הנסקל דמי לאבידה ששטפה נהר כו' ויבואר לקמן מזה וכן הוי ההוא דאמרינן בב"ק גבי חמרי' דרב ספרא אדעתיה דארי

אפקריה כו' וכן ההיא דמייתי דגיגית נר וקדירה כו' דאנן סהדי דמפקיר להו וזהו באמת דעת רש"י בפסחים דס"ל דהביטול בלב מטעם הפקר ודלא כהר"ן משום דהתם נמי מחשבתו ניכרת שרוצה להפקירו כדי שלא יפשע באיסור חמץ.

ובחידושים תמהני על הפ"י בקדושין דף י"ג אהא דאמרנן מדקבילתיה כו' דהא הוי דברים שבלב ובאמת אין זה קושיא דהוי כאומדנא דמוכח כיון שאנו דנין כן מתוך מחשבתה וזה ברור והארכנו שם הרבה: וגם מ"ש רומפ"מ להשיג בקונטרס ראשון מהך דגילוי מילתא בגיטא זכורני שאמרתי דאגב שיטפיה לא עיין בתוס' ריש השולח ע"ש ומ"ש על מ"ש דהרי מדרב דאמר לא שנו כו' מבואר דדוקא לפני יאוש לגמרי וע"ז כתב דדילמא רב נקט בלישנא אף לר"ש הנה מלבד הדוחק אשר יש בזה דהרי נפיק מיניה חורבא לענין דינא וה"ל למימר ל"ש אלא שלא היה יאוש בפירוש כו' והוה נמי אתי ככולהו תנאי אלא דבלא"ה לפמ"ש דווי לח"כ יאוש סתמא היא גם הא לק"מ דהרי אפילו לר"ש משכחת יאוש סתמא ואכתי איך קאמר רב ל"ש אלא לפני יאוש.

ומ"ש עוד דאכתי קשה מסוגיא דריש הגוזל דדייק זאת אומרת רשות היורש כו' ודלמא מיירי ביאוש בפירוש הנה אדרבא בזה יש מקום לענ"ד מה שתמהו על הרמב"ם מסוגיא זו דס"ל דאע"ג דהי' יאוש וש"ר צריך להחזיר הדמים והכא מוכח להיפוך ולפי הנ"ל י"ל דאם רשות יורש לא כרשות לוקח והוי ככרעא דאבוהן ע"כ צריכין להחזיר הדמים אע"ג דמהפקר זכו אכתי מחויבים לשלם כמבואר במ"ש הפ"י שם לתרץ דברי רש"י שכתב מדלא נקט פטורא באבוהן יעו"ש דמבואר אף אי אבוהן ביאוש כדי קני מ"מ כיון שצריך להחזיר הדמים גם אינהו דהוי כרעא דאבוהן חייבין להחזיר וה"ה הכא אע"פ שכעת יש לי קצת הרהורי דברים בזה מטעם די"ל כיון דאבוהן קני וליכא רק חוב מטלטלי דיתמי לא משעבדי וכן משמע קצת כזה במ"ש הפ"י לקמן בשיטת התוס' ד"ה ר"ח מוקי מ"מ י"ל דרב"ח ס"ל דמתני' סתמא מיירי אף בהניח אחריו אחריות נכסים דאיהו מפרש סיפא בדבר המסוים ואין הפנאי מסכים עמדי לעיין היטב בזה.

אבל אי כרשות לוקח דמי ולא הוי כרעא דאבוהן אז ביאוש בפירוש היורשים א"צ להחזיר אפילו הדמים אף בהניח אחריות כו' כיון דלאו כרעא דאבוהן הם ועיין בפ"י מ"ש על דברי התוס' ד"ה קטנים. ואע"פ שאין הדברים ברורים עדיין כי הנני כותב אותם בלא עיון כלל רק לפום ריהטא: וכ"ז כתבתי לפלפולא בעלמא אבל באמת בלא"ה אין קושיא משם דקשה וליטעמך איכא כמה גווני כגון שמפקירו בפירוש וא"ל דאפילו הפקיר בפירוש לא מהני דדילמא אתי' כצנועין דלדידהו ודאי מהני הפקר וע"כ לומר דא"כ איך קתני סיפא בדבר מסוים חייבין להחזיר כיון דבאמת מהפקירא קא זכו אין צריכין לחוש בזה משום כבוד אבוהן ועוד דאבוהן גופא לא הוה מחויב להחזיר גופא דחפצא רק הדמים וא"כ אינהו פטור לגמרי ועיין בדף צ"ד ועוד יש ליישב בכמה גווני וגם מההוא דהנזקין מבואר להמעין שם דלק"מ.

ומ"ש על מ"ש דדבריו תמוהים דהרי ע"כ עיקר ראייתו של רבה מיאוש שלמ"ד אפילו למאי דקיי"ל כאביי כו' וע"ז כתב ודבריו מרפסין איגרא דתוס' לא כתב כן רק למאי דס"ד דיאוש קונה ואין חילוק בין בהיתרא וע"ז היה קשה להם הלא באבידה גופא לא מהני בתר דאתי לידיה באיסורא והוכחתו לומר דהפלוגתא הוא לענין הממון אבל לענין

הכלי שוין דמהני ולבתר דקאמר או דילמא אף ביאוש של"מ לא מהני נגד הכלי גם כן משום דאתי לידיה באיסורא כו' עכ"ל והעתקתי לשונו מפני שתמהתי על מה שהביאו כוונת התוספות מה שלא עלה על לבם דלפי דבריו קשה חדא דאי באבידה גופא מבעיא ליה א"כ הו"ל למיבעיא באבידה גופא של"מ ועוד דמאי קאמר או דילמא לא דמי לאבידה כו' הא אדרבא לאבידה דמיא דהיכא דבאיסורא הדין כמו באבידה דלא קני (והיכא דבהיתרא כגון ליד הלוקח קני) ועוד דלפ"ז מאי קמבעיא ליה לרבה כלל הרי הדבר פשוט לומר דלא קני באמת אף באבידה ביאוש ש"מ מיאוש מדעת ומדוע נשוה אותם לענין הכלי ולא נחלק בין בהיתר או בין באיסורא אלא עכצ"ל דס"ל להתוס' דהא ברירא ליה לרבה דעכ"פ קנה הכלי וטעמא דהא הוא דיאוש ש"מ אסור מסקינן בב"מ דיליף דאל"כ לא איצטריך לאבידה ששטפה נהר רק בכה"ג יאוש בתוס' ד"ה ואיסורא ובפ"י וא"כ אין משם הכרח רק דה"א דצריך להחזיר הדמים ואשמעינן קרא דבאבידה ששטפה לגמרי שרי אלא דאעפ"כ מחלק בין אבידה לגזל כמבואר באורך בקונטרס: ומ"ש על מ"ש על סברתו שכתב לתרץ קושית התוס' דלכך לא הוי כהפקר כו' משום דנתחייב בהשבה ועל זה הקשיתי היאך יליף מאבידה דשאני התם דהיאוש הוא הפקר גמור ועוד מדוע בדבר שיש בו סימן לא מהני וע"ז כתב דהתם נמי אסור לכל אדם לזכות דכיון דנתחייב בהשבה דאתי לידי באיסורא ולכך אסור כדי שיקיים הגזלן מצות השבה ולכך לא קני ודבריו מתמיהין מאד בזה דהיאך ס"ד לומר דמה"ס לא ליהני הפקר באבידה ומדוע יהא אסור לכל אדם לזכות והתם כתבו התוס' מפני שהיא צריכה להגזלן להפטר מן הנגזל כו' יעו"ש והיינו משום דאף לאחר היאוש עדיין לא נפטר הגזלן דבאמת לא נתיאש אלא מפני אלמותו ולכך צריך לשלם משא"כ מה איכפת למוצא אבידה איהו באמת לא נטלה לגזלה ורשות בעלים עליה ויכול למוכרה ולהקדישה כמו פקדון דנמי נתחייב בהשבתו ועיין באשרי בסוגיא דמסותא במה שהביא מהך דאייתי קרי יעו"ש ומ"ש דלסברת פ"י נמי תיקשי כמו כן דהרי באבידה יכול להפקיר הנה הגאון מופת הדור מוהר"י נ"י דחק עצמו דבאמת רבה כצנועין ס"ל וא"כ שפיר יליף מאבידה ולפ"ז גם קושית התוס' מנתיאשתי א"ש.

ועל קושיא השניה דמדוע בדבר שיש בו סימן לא מהני יאוש לא השיב דבר: דברי שארו נד"ז הק' אפרים שאלה נג תשובת דודי מ"ו הגאון המפורסם מוה' סענדר ז"ל עלתשובתינו ותשובת הגאון מפראג ז"ל: פתח דברי הגאון נ"י לפרש דברי הרמב"ם דבעינן נודע קודם קדושין דאל"ה הוי מקדש בלא עדים לא כן אנכי עמדי דעד כאן לא מצינו למור"ם מרוטנבורג רק בספק קרוב לו או לה שלא נתברר כלל לעולם אבל כל שמדדו אח"כ ומצאו קרוב לה ודאי הוי קדושין דאיגלאי מלתא למפרע דקרוב לה היה ומה בכך שטעו העדים בשעת מעשה כיון שאח"כ נתגלה הדבר ויודעים בבירור שקדשה תדע דהרי עיקרא דמלתא דבעינן עדים לקדושין משום דילפינן דבר דבר מממון כשחב לאחרים ובממון ודאי דמהני גילוי מלתא למפרע ומנ"ל להקל בקדושין יותר מממון וגם לעשות פלוגתא רחוקה בין הר"מ מרוטנבורג ובין הרשב"א ור"ח דס"ל דאפילו בס' קרוב לו ולה הוי ס' קדושין עיין בחידושי רשב"א ביבמות דף ל"א ויותר מזה פלא בעיני לפי מה שמחלק עוד דאם לא ידעו העדים שהוא גזול הוי קדושין אתמהא אטו במחשבת העדים תליא מלתא זה לא נראה ולא נשמע מעולם ומה לנו למחשבת וטעות העדים ויש

לי להביא קצת ראיות דהיכא דנתברר הדבר הוי קדושין למפרע חדא מהאי סרסי' דקידש בפרמוז' דשכרא ומבואר ברש"י דאי לאו משום כסופא הוי מקודשת למפרע אף קודם שבא הבעל הבית היתה בתורת גזילה והנה עיקר ראיית מוהר"ם דבספק קרוב לו ולה לא הוי קדושין משום לשון רש"י שפירש א' אומר קרוב לו ולא פירש שהכת עצמם מסופקים ומכאן מוכח דרש"י גופיה סובר דמקודשת למפרע ואף דבריטב"א מבואר דבלא"ה מקודשת מכאן ולהבא אמנם מרש"י מוכח דאינו כן כמ"ש הב"ש בעצמו ועוד דלשיטת רש"י ע"כ ליכא למימר דקאי אמכאן ולהבא וכמבואר בהדיא בב"ש סימן ל"א ס"ק א' וגם בלא"ה קשיא דמכאן ולהבא הוי שתיקה דלאחר מתן מעות ואף אי אמרה הן צריך לחזור ולקדש מחדש כמ"ש הט"ז והשיג על הש"ג ואף שהב"ש חולק בסימן כ"א ס"ק ב' בין פירש הרא"ש והר"ן אמנם המעיין בתו' רי"ד יראה דפי' כהר"ן ואפ"ה כתב בפירוש שצריך לחזור ולומר התקדשי לי ולענ"ד הדבר ברור שכן הוא דעת הרמב"ם וכאשר אבאר דהנה הב"ש הקשה איך אפשר לומר דמקודשת למפרע הא ס"ל גבי יאוש דלא אמרינן כי היכי דאתיאיאש השתא אתיאיאש למפרע ולענ"ד באמת לק"מ דלא מיבעיא לדעת הש"ך סימן שנ"ח שהביא הגאון נ"י דלק"מ אלא אפילו בלא"ה לק"מ דאטו אנן אמרינן דודאי לא ניחא ליה מעיקרא אנן הכי קאמרינן דאין ראייה ממה דניחא לה השתא דילמא מעיקרא לא ניחא ליה וא"כ פשוט אי לאו משום כיסופא ע"כ הוי ספק קדושין דילמא כיון דחזינן דהשתא ניחא ליה דילמא גם מעיקרא הוי ניחא ליה לכן קאמרינן דמשום כיסופא קאמר וגם השתא לא ניחא ליה ובזה מיושב היטב מה שכתב הרמב"ם באותו בבא ואם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד עליו מקודשת מספק שנדחקו האחרונים בזה הספק וגם תימה דאיך דין זה שייך לכאן ויותר תימה שכתב ואם כאלו הוי סיפא דרישא וגם אין דרכו של הרמב"ם לכתוב דין מדעתו שלא נמצא בפירוש בגמרא וירושלמי ותוספתא שהרי לא כתבו נושאי כליו מראה מקום על דין זה אבל האמת הברור דקאי אדלעיל מיניה ולא מוסיף על ענין ראשון דאם אמר כלך אצל יפות היכא דקידשה בדבר שאינו מקפיד עליו בעה"ב א"כ ודאי לא תלינן בכיסופא כיון דאין דרך להקפיד אלא ודאי קאמר ובאמת אינו מקפיד גם הוא ולכך מקודשת מס' דשמא גם מתחילה לא היה מקפיד ובזה מיושב מה שהקשה הגאון מפראג נ"י דמה בכך שאינו מקפיד אכתי במה זכה ולפי מ"ש א"ש וזה ברור ומ"ש הוא דקני ביאוש לכאורה י"ל דהוי שלא מדעת ויש ליישב אבל מה שכתב עוד לקמן שם דבעינן שינוי רשות וא"כ לא קני ביאוש לחודא מאחר דבהיתרא אתי לידיה אני תמה מאד אי מיקרי בהיתרא אתי לידיה מאחר שאינו מקפיד ודאי דקני ביאוש לחוד מדאורייתא כמוצא אבידה כמבואר להדיא בב"ק דף ס"ו דרבה אינו מחלק בין אבידה לגזל רק מטעם דבגזל באיסורא אתי לידיה נחזור לענינינו דעכ"פ מבואר דאי לאו מטעם כיסופא הוי מקודשת למפרע ולא אמרינן דהוי מקדש בלא עדים: עוד נ"ל להביא ראייה מקידשה אביה בתוך ו"ח דמשמע מרש"י דהוי קידושי ספק וכן פסק בש"ע וגם משמע אילו נודע אח"כ בבירור שהיו הסימנים מבואר היו קדושי האחרונים קדושי ודאי ולא אמרינן דתוך ו"ח בחזקת קטנה והוי קדושין בלא עדים דהעדים היו סוברים שהיה קטנה עדיין: עוד יש להביא ראייה מהא דכתב רש"י דאם בדקנוה ואמרה שחפצה בקדושין לרבי מעשר והקדש.

דהוי קידושין דמשמע למפרע וכדכתיבנא למעלה וגם הרב עצמו בהשיגו עליו מוכרח שהביא כן: עוד יש להביא ראיה מהא דפסק הרמב"ם קידשה בחצר של שניהם מדעת מקודשת מספק וכתב המ"מ הטעם משום דחיישינן שמא השאיל לה מקום ונראה מדבריו דהספק הוא אם השאיל או לא השאיל והדין עמו אף דבב"ש משמע קצת דהספק הוא די"ל דדחי' בעלמא קאמרה וכן פירש הר"ן אמנם ברמב"ם א"א לפרש כן דהרי כתב מדעתה אף שידוע שהוא מדעתה כגון שאמרה תחלה הנח בחצר השותפין ואתקדש עיין בח"מ ובב"ש סי' למ"ד ס"ק י"ג וכן משמע סוף לשון הרמב"ם שכתב ואפילו אמרה ודוק אלא ע"כ דהספק הוא אם הן אם לאו וא"כ בזה ממש כספק קרוב לו אע"כ דהרמב"ם לא סבירא ליה כמוהר"ם מרוטנבורג ומ"ש הב"ש פחות מש"פ צריך יישוב במ"ש דהספק הוא לעדים ואכמ"ל ובאמת על כל הספיקות והאבעיות פירש הפני יהושע דלשיטת מוהר"ם מרוטנבורג הוי מקדש במקום עדים והנה ידעתי כי שערי תירוצים לא ננעלו כי יש מקום לדחות ולחלק בין ספק אם הגיע הממון לידה או ספיקא דדינא או ספק קטנה ויתר הספיקות או דנוכל למוקמי דהעדים לא ידעו מזה אבל האמת הברור כמ"ש למעלה דגם מוהר"ם מרוטנבורג מודה היכא דנתברר או שיכול להתברר ונתברר דהוי קדושין ואם לא יכול להתברר הוי ס' קדושין וזה ברור בעיני כשמש אף שראיתי להמבי"ט שהפריז על המדה וכתב דאף בהיה פני הכלה מכוסין בשעת קדושין ואח"כ הכירוה העדים דלא הוי קדושין אבל ג"כ לא הביא שום ראיה לדבריו ואין דבריו נראין וראיתי לבאר היטיב שהביא הרדב"ז שחלק עליו באמת ואינו תירוץ אבל אני תמה על כולכם שלענ"ד נראה דברי הרמב"ם פשוטים מאד במ"ש ונודע שקנה הוא משום המקדש והמתקדש דאל"ה יכולין לומר משטים היינו ולשחוק נתכוונו כיון שידענו שהוא גזל של אחרים ואין מקדשין בגזל ולענין יאוש השתא ס"ל סתם גזילה לא הוי יאוש וזה פשוט מאוד: בענין מה שהשיג דאינו יכול להפקיר יפה השיג דאף דיכול ליתן לו במתנה או למחול מ"מ להפקיר לכל העולם אינו יכול מאחר דאינו ברשותו: מה שתמה על התוס' דאי מטעם הפקר תקשה היאך יכול להפקיר והביא ממרחק לחמו תמהני הלא ממקומו הוא מוכרע דאי יאוש קונה דאורייתא א"כ תקשי ליה מהקדש כמבואר לקמן דף ס"ח וצ"ל דסבירא ליה כצנועין כמבואר וא"ל דאף דאתי כצנועין מכל מקום הוא לא סבר כן דז"א דהרי איכא עוד סתמא ואיכא תרי סתמי: מ"ש דלא מצא לשון נתייאשתי תמוה הלא הוא גמרא ערוכה פעמים ושלוש: ומ"ש בפירוש הגמרא דגם ר"י סבר לא ניחא ליה והאריך בזה אין דבריו ברורין לענ"ד כאשר אבאר ותחלה אני אומר דלשון הגמרא בהא דאשה אינה מתקדשת ומכ"ש המדקדק בלשון רש"י יראה לעיין שפירש היפך פירושו ואיך יתכן שהב"ש יפרש פירוש אחר מדעתו ולא יביא שום רמז גם הדין שכתב דאף ע"ג דהקדושין היו בטעות כיון דבאמת אעפ"כ נתחלל ניחא לה ומקודשת מבואר בתוס' רי"ד להיפך ולא מצינו עליו חולק בזה ומלבד כל הנ"ל לא יתכנו דבריו כאשר אבאר דהנה הדבר ברור שא"א לומר גזירת הכתוב רק מצד הכרח אבל כל שאינו מוכרח לומר שהוא גזירת הכתוב אין אנו יכולין לומר גזירת הכתוב והנה גם הוא מודה דבאמת המקח קיים וקדושיה קדושין א"כ מנ"ל לומר דאף אם לא הוו הקדושין קיימים אעפ"כ יצא המעות לחולין כיון דבאמת הקדושין קיימים ומקח קיים דילמא הגזירת הכתוב עצמו הוא שיהא המקח קיים כדמשמע פשטא לישנא דקרא אין

מעילהאלא לשון שינוי דהיינו שינוי רשות כמבואר במעילה דף י"ח וכמו שבאמת כתב הפני יהושע דהגזירת הכתוב שיהא המקח קיים וכמבואר ברש"י אשה אינה מקודשת מעות איך יצאו לחולין אבל עדיין מוכרח דברי הב"ש דכאן אינו רק גזירת הכתוב אבל אחר העיון גם זה אינו דאי ס"ד דטעמא דר"י הוא רק מטעם גזירת הכתוב א"כ תקשה הא תינח לגבי מוכר אבל גבי לוקח מנ"ל דגזירת הכתוב דלמא קרא איירי דלוקח הוא מזיק והמוכר הוא שוגג או שבדקו ללוקח ואינו מקפיד וא"כ אמאי קידש כיון דאיהי לא ניחא לה אע"כ דטעמא דר"י לאו מגזירת הכתוב רק מצד הסברא דלא אמרינן איהי לא ניחא לה אבל באמת דיש הכרח אחר עכ"פ דנג' המוכר ודאי גזירת הכתוב דאי ס"ל מצד הסברא תקשה ממ"נ לא משכחת קרבן מעילה אליבא דר"י דאי לא ניחא ליה א"כ לא יצא לחולין ואינו חייב קרבן מעילה ואי ניחא ליה אף אם היה מזיק א"כ אינו שב מידיעתו ואינו מביא קרבן על שגגתו והסברא זו מוכרחת דאלת"ה מאי מקשה לר"מ מהא דחנוני מעל וגם הא דאמרינן אין מעילה לר"מ אלא באוכל הא משכחת ליה בבדקוהו ואמר דניחא ליה ותחלה היה שוגג אלא ודאי דא"כ אינו שב מידיעתו (וצ"ע במשנה למלך הלכות שגגות שדעתו נוטה דגם לענין שב מידיעתו בפעם א' מביא קרבן יעו"ש) וא"ל דא"כ ממילא מוכרח דגם לענין לוקח הוא גזירת הכתוב דאי ס"ד דסבירא ליה גבי לוקח דניחא א"כ כ"ש מוכח דניחא כמבואר בגמרא איהו ניחא ליה דנקני אתתא ממילא זהו טעות גמור דודאי אין הכוונה דוודאי ניחא דלמעול בהקדש כדי לקדש אשה או לקנות חפץ ח"ו לא נחשדו ישראל רק כוונתו דבשביל ניחא במזיד לא הוי אומר ר"מ דלא קידש דאולי ניחא ליה לפעמים והוי ספק מקודשת וגם זה בעצמו הכרח לומר שהוא גזירת הכתוב דמסתמא ודאי לא ניחא ליה ואפ"ה חייב קרבן מעילה רק דר"מ ס"ל דלא קידש דאיהי לעולם לא ניחא ור"י סבר דגבי דידיה הוא גזירת הכתוב ע"ז ודברים אלו ברורים בס"ד.

ואני חדשתי בשמועה ענין על קושית תוס' על רש"י שפירש דקדושין לא חיילי עד ירושלים מהא דבכורות דמשמע דהקדושין חיילי בגבולין ולזאת פירשו התוס' באמת דהקדושין חיילי בגבולין והב"ש הקשה בסימן ל"א סק"ו דאם הקדושין שוין ש"פ במקום אחר אינה מקודשת מדאורייתא דאין להקדש אלא מקומו ושעתו וא"כ אמאי מקודשת כאן בגבולין ובכורות משמע שהוא דאורייתא ולענ"ד לק"מ דהנה התוס' כתבו בריש קדושין הא דאין קדושין בפחות מש"פ משום דאין דבר חשוב לקנות על ידו שום קנין ולא גרסי' מקנ"י נפשה והנה זה שייך דוקא היכא דבאמת אינו ש"פ ואינו דבר חשוב אבל המעשר הזה ודאי שוה כמה וכמה פרוטות שהרי הלוקח יתן עבורו כמה פרוטות רק שהמעות שיהיה ת"י המוכר יתפסו בקדושת מעשר ולא יהנה ממנו עד ירושלים ומה לנו להמעות שביד המוכר או עכ"פ הפירות דבר חשוב וש"פ וראוי לקנות על ידו ממילא הקדושין קיימים ונתינה ודאי מקרי כיון שנתן לה דבר שיכולה להעלותן לירושלים ולהנות ממנו וגם יכול להיות דגם בכאן עכ"פ שוה פחות פחות שאין פחות מש"פ נתפס בקדושת פדיון אמנם רש"י פי' שם הטעם דגנאי הוא לאשה למקני נפשה בפחות מש"פ וכבר כתבתי שם דגם רש"י מודה דאין קונין בפחות מש"פ משום דאינו דבר חשוב רק דכוונת רש"י ליתן טעם על חליפין בכלי דחשיב אף דאינו ש"פ וכן מבואר בר"ן ולפ"ז איכא טעמא אחרינא בשיטת רש"י דאין אשה מתקדשת בפחות מש"פ משום דגנאי

לאשה אבל לטעם זה מהני פשטה ידה וקבלה כמבואר בתוספ' שם וא"כ לק"מ קושית התוספת דבכורות מקשה ממזי' דפשטה ידה וקבלה ודאי מהני אבל הכא כתב רש"י לענין שוגג ליכא למימר פשטה ידה ודוק ועיין בב"ש בעצמו שם סימן ל"א סק"ו וכל זה הוא כפתור ופרח: גם מ"ש הגאון על מה שכתבתם דטעמא דיאוש ושינוי רשות הוא משום דבהיתרה אתי לידיה שלא נמצא בשום קדמון הנה כן מבואר בתשובת הרשב"א סימן תתקס"ח ועיין שם.

ומ"ש בדברי המרדכי אם בא להחזיר מחזיר לבעלים הראשונים והוא ממש לשון הגמרא ומ"ש בכוונתו לענ"ד אין נכון דאיך ס"ד להיות קנוי להגזלן אם אין הלוקח רוצה לקנותו וליכא שינוי רשות כלל אבל אני אומר דהכוונה אף דהוי ממדת חסידות ואינו רוצה בשל אחרים אף על פי כן כיון שאומר שלא היה דעתו מתחלה לקנות של אחרים ממילא מחויב הוא מן הדין להחזיר לבעלים הראשונים ואם לא החזירו מחוייב לשלם להם משום השבת אבידה כמבואר בש"ע סימן שמ"ח סעיף ז' וסעיף ח' ודוק היטיב אבל אין ראייה מכאן לקידושין דאיכא למימר דמסתמא ניהא לה: ולענין אם יש חילוק בין ישראל לא"י האריך לפלפל והיות לענ"ד בחנם השיג הש"ך על הטור ויש מקום להצילו מכל קושיות הש"ך אמרתי לבאר לך דהנה מיבעיא לן אי רבי כגזלן דר"ש או דרבנן ובעי למפשט ממתניתין ומתרומה וקשיא לכאורה אמאי לא קאמר דלעולם ליכא למפשט דאיכא למימר דמיירי בידוע וצ"ל דוודאי דוחק לאוקמא מתניתין בידוע כיון דקתני מפני שנתייאשו הבעלים ויותר נכון למפשט האיבעיא מלאוקמא בידוע והא דבעי לאוקמא לעיל בידוע היינו משום דאכתי לא ידעינן משום אוקימתא לשנויי מתניתין וא"כ ע"כ מוכרח הגמרא בלסטים מזויין מלאוקמא בידוע והנה הש"ך הקשה דמאי מקשה הגמרא ארבה ממתני' דלמא מתניתין דעורות מיירי בא"י ומתניתין דהכא בישראל וכן הקשה הרב מפראג דלמה ליה לעולם לאוקמא בידוע הא שפיר מצינו לאוקמא מתניתין דהכא ודתרומה בישראל ולענ"ד פשוט ליישב דלפי ס"ד דהמקשן דלא הוי ידע בלסטים מזויין ע"כ אצטריך לאוקמא בידוע דאל"ה תקשה רישא לסיפא ונצטרך לומר רישא בישראל וסיפא בא"י א"כ תקשה סיפ' אי רבנן קשיא גזלן אי ר"ש קשיא גנב וזה ברור מאוד אבל אי מוקמינן בידוע לא קשיא רישא לסיפא אבל לפי האמת דמוקמינן לרבה בלסטים מזויין ואליבא דר"ש א"כ אין צורך לדחוק לעולם לאוקמא בידוע דמצינן שפיר למימר דמתניתין דעורות מיירי בעכו"ם וסיפא דמתניתין לא קשיא דמוקמינן לה בלסטים מזויין וכן המקשן שהקשה מתרומה לא אסיק אדעתיה דסתם לסטים היינו מזויין ואם כן ע"כ מתניתין דהכא בידוע אם כן ע"כ גם תרומה מיירי בידוע כי היכי דלא תיקשי ממתניתין דהכא אדהתם ולפי מ"ש נמצא אליבא דאמת אתי' מתניתין דהכא כרבנן ולא מיירי בידוע ורישא בישראל וסיפא בעכו"ם ומתניתין דעורות מיירי בעכו"ם אבל לרבה ק מתניתין דהכא כר"ש אם כן ע"כ צ"ל דמתני' דעורות מיירי בישראל ודוק היטב דאל"ה תקשה סיפא ועתה אבוא לבאר ההכרח שהביא להטור לפרש כן בדעת אביו הרא"ש דהוה קשיא ליה דשינה לשון הרי"ף שלא הביא הרישא דמתני' והרא"ש הביאו אע"כ דהרי"ף ס"ל דמתניתין מיירי בידוע ולכך לא הביא רישא דמתניתין דחזא הוא עם הסיפא אבל להרא"ש ס"ל דרישא לא מיירי בידוע רק בישראל וסיפא מיירי בעכו"ם כמו שהביא דברי רב אסי וע"כ צ"ל משום דס"ל דאליבא דאמת לעולם לסטים היינו לסטים מזויין

ומתניתין דעורות בעכו"ם והיינו ממש כדעת הטור ועתה אבוא ליישב כן קושית הש"ך והרב מפראג דהנה מה שהקשה הרב מפראג ממה שהביא הרא"ש ראייה דלית הלכתא כרבה דאל"כ לא משכחת אליבא דרבנן יאוש והקשה דהרי משכחת לה בישראל והנה מ"ש הרב מפראג ליישב ע"פ סברת הש"ך וסברתו לא שמיע' בוודאי גם לרבה איכא לחלק בין עכו"ם לישראל דהרי טעמא דרבה דאינו מייאש בלב שלם וא"כ יש לחלק בין עכו"ם לישראל אבל לפי מ"ש בלא"ה לק"מ דהרא"ש ה"ק לרבה הדבר מוכרח דמתניתין דעורות איירי בישראל כמ"ש למעלה ואם כן לא משכח ר"ש יאוש בגזלן אליבא דרבנן ודוק היטב: ובזה מיושב גם כן מ"ש הרב מפראג דמה מקשה מתרומה ארבה ומ"ש הש"ך דהאיך מצינן לאוקמא מתניתין דעורות בעכו"ם דהרי לענין טומאה פליגי הוא תמוה דאטו יש חילוק בין ישראל לעכו"ם בענין זה.

ומ"ש עוד האיך בעי למפשט דגזלן דרבי היינו גזלן דר"ש וכו' במהני דאף לפי שיטתיה אין כאן ראייה דהרי הפשיטות דגזלן ומאכיל מבואר בגמרא א"ל רב אשי לרבה ולרבה כתב בעצמו דאין חילוק אבל גם לשיטתו אין ראייה כלל מכל הפשיטות דהנה מגזלן ומאכיל אין ראייה שכבר כתבתי דלרבה מוכרח דמתניתין דעורות מיירי בישראל וממאי דבעי למפשט ממתני' דהכא ודתרומה אין ראייה כלל דלרבה כבר כתבתי דאין ראייה ולעולם גם כן אין ראייה דכיון דלא מוקמת ליה בידוע רק כרבי צ"ל דרישא בישראל וסיפא בעכו"ם כי היכי דלא תיקשי רישא לסיפא ואם כן אי מוקמת מתניתין בעכו"ם ע"כ רבי כגזלן דרבנן קאמר כי היכי דלא תיקשי סיפא ואי מוקמת מתניתין דעורות בישראל ע"כ רבי כגזלן דר"ש קאמר כי היכי דלא תיקשי רישא ולענין דינא ליכא שום נ"מ דוק ותשכח וא"כ אין צורך לדחוק ולאוקמא מתניתין דעורות בעכו"ם ופליגי עם רבה דהרי בפשיטות מצינו לאוקמא בישראל ורבי כגזלן דר"ש קאמר כיון דליכא שום נ"מ לענין דינא ודוק היטב ומאי דפשיט מתרומה נמי לק"מ לפי מ"ש ודו"ק: ומה שהקשה הש"ך מהאי דסוכה אין ראייה דמצינן לפרש קמ"ל דלאו כדידיה דמי משום דיאוש כדי לא קני אבל לרבה וודאי קשיא.

והנה ת"ל עלה בדינו דברי הטור בדעת הרא"ש כהוגן והוא כפ"פ: ומה שהאריך עוד לפלפל דנשאל לנגזל הנה בדין ע"א בדבר שבערוה הארכתי לבאר דאפי' היכא דלא אתחזק לא איסורא ולא היתרא אינו נאמן אבל הכא הוי קצת אתחזק היתרא אבל מ"ש לומר דאתרע החזקה מסתם גזילה יאוש בעלים הוי כרובה דעדיף מחזקה אמנם זולת זה לכאורה היה מקום לתמוה דלדעתי פשוט אף אם עד אחד היה מעיד דלא נתייאש לא מהימן כיון דעיקר העדות על הממון ומזה נמשכו הקידושין וכיון דאינו נאמן על הממון ממילא הקידושין בחזקת האשה והם קיימים ואף ע"ג דהאשה רוצית להחזיר הקידושין מה בכך הוא מתנה בעלמא אבל העד אינו נאמן להוציא הממון מחזקת האשה והגע בעצמך ע"א המעיד שחפץ זה גזול הוא ואחר כך קידש בו אשה וודאי דמקודשת אמנם לשיטתו דס"ל דאם האשה אינה רוצית לא הוי קידושין רק אי יאוש לחוד קני לחומרא אם כן אין אנו דנין רק על היאוש שביד המקדש לענין קידושין ובזה שפיר קאמר.

והואיל והנוסע לחוץ קצרתי ולא כתבתי יותר: דברי הק' אלכסנדר סענדר מרגליות מבראד: שאלה נד שאלה זו נשאלה מלפני כבוד הדרת. ש"ב הרב הגאון הגדול מופת

הדור מוה' שמואל אב"ד דק"ק טארניפאל והקרייז יע"א והגאון נ"י כתב שכבר דקו רבנן הא מילתא גדולים חקרי לב וברוחב בינתו העמיק בזה הענין בחריפות ובקיאות ובהסכמה עלה שלכתחלה יש לכופף להאיש הבליעל הזה לגרשה ואם לא יחפוץ האיש איתתא שרי בלא גט ומאשר יקרתי נכבדתי בשלחו לידי תשובתו הרמתה לשים עיני עליו ולחוות דעי גם אני: וז"ל השאלה מעשה אירע בק"ק זוקיב שנער א' הוציא קול שקידש בתולה א' ואדון העיר קרא להעדים והעידו בפניו ע"פ שבועה כמנהגם ואח"ז נתגלגל הדבר ובא לפני ב"ד של ישראל והיה הכחשה בין העדים דהיינו שע"א מעיד שהיה המעשה ביום ב' בחודש אדר והיה אז יומא דשוקא הנקרא יריד בקהלתם לפני הפורים בשנה זו ולא היה יריד אחר קודם פורים אחר יריד שהיה המעשה וא"י כמה ימים בחודש היה המעשה רק אמר אני יודע שהיה ביריד קודם פורים ועד השני אמר שאינו יודע החדש שהיה או סוף שבט או אדר ובאיזה יום ג"כ א"י רק אני יודע שהיה ביריד קודם פורים עש איז ניט גיוועזין באותו שבוע וואש פורים איז גוועזין וידוע לכל אנשי העיר שיריד הנ"ל לא היה ביום ב' רק ביום ה' גם העידו שני אנשים כשרים על ע"א מב' עדי קידושין הנ"ל שפעם א' היה על חתונה וע"א היה שמה ג"כ ונגנב פארטשיילא חדשה לא' מהם וצווח האיש והכריזו בקהל בחרם ולא אמר כלום ואח"ז נתוודע הדבר שא' מהעדים הנ"ל גנב אותה וצוה הפ"ח שיחזיר הגניבה ולא הודה העד הנ"ל רק אח"כ אחר כפיית המנהיגים החזיר הפארטשיילא והעד התנצל שהודה קודם לפני הבע"ד רק שרצה שיתן לו שני זהו' ושאל השואל אם יש איזה חשש בקידושין אלו או לא והבתולה אשר הם אומרים שקידשה מכחשת העדים ע"כ השאלה כפי אשר העתקה ש"ב הגאון נ"י: תשובה אם אמנם המשכילים יזהירו.

על מי שאינו יודע בטיב גיטין וקדושין לא יהא לו עסק עמהם ושפתיו אחור יזורו כאשר חכמים הגידו ומבין שורתם יצהירו. בפרקא דקידושין פתח דבריהם יאירו.

לפתוח ראשון. כי עריות מדור המבול קשין ומזקנים אתבונן.

כי יתחמץ לבבם וכליות' ישתונן. בבואם אל בית הנשים.

עתים חשים. ושמעתי שפורשים.

במקום שיש אנשים וכתובה לא בעו. אף כי חכמים המה ולהיטב לא ידעו.

לא ערבה נפשם לגשת. להתיר חבלים וצירים מעשה רשת.

מדאגה מדבר פן יראו התלמידים שאינם בני תורה. וירומו ראש להקל בדבר ערוה החמורה.

מתוך חומר בלי צורה. זה דרכם מעולם.

עדיים לבלום וישמחו כי ישתוקו ועזבו לאחרים אשר דעתם יפה. להמציא מזור ותרופה ונתתי בלבבי מורך.

כי אנכי היום רך. ואם לפני גדולים חקרי לב כך עלתה במחשבה.

אני אנה אני בא. ושאני מר שמואל דרב גוברין ופקיע שמיה כרב נחמן בדרי'.

הן יסגור ויפתח בדורו כשמואל בדורו ואנן מה נעני אבתרי'. ואמרתי דבר וחזרתי כי אמרתי.

הנה דבר זה יפתח ברבוותא. וכל דאתי אדעתה דידהו אתי והם אמרו דבעו רבנן עלה דמילתא.

ובטלוהו ואמרו דהא בקידושין ליתא. ומר שארי דורש כמין חומר.

וגזר אומר על המקדש לכוף כאגמון ראשו. ותקצר נפשו.

לפוטרה בנימוס וחוקה. ולא יהא לו זאת לפוקה.

זאת ועוד אחרת. ואם באלה לא יווסר אז יורה יתיר וכ' לה ספר הרי את מותרת.

דהנך קידושי לית בהו מששא. ואנא אתינא לאימשוכי בתרייהו ולמילף מחידושא שחידשו בה רבנן דברים.

מפנינים יקרים: וזה החלי בעזה"י. דין זה יפרד והיה לשלשה ראשים הראש האחד יפנה אם יש מקום לבטל העדות שהעידו על הקידושין מחמת שהם מוכחשין בחקירות שהא' אומר שהיה ביום ב' וביריד והוא מוכחש בעדותו מפי בני העיר שהכל יודעים שלא היה רק ביום ה' והשני שאומר ביריד סתם ואינו אומר באיזה יום הוי כאומר ביום ה' וק"ל בש"ע ח"מ סימן ל' דאע"ג דק"ל דד"מ א"צ דו"ח מ"מ אם נחקרה עדותן והוכחשו בחקירות עדותן בטילה וא"כ אפילו תימא דקידושין לדיני ממונות דמי דלכתחילה לא בעי דו"ח יש לבטל הקידושין.

ואע"פ שהש"ך שם הביא דעת הרמב"ן סימן מ"ג שהשיב לרבני רעגנשפורג דאף הכחשה בחקירות כשר בד"מ כבר כתב בזה ש"ב הגאון נ"י דיחידאה הוא וכל הפוסקים פסקו דלא כוותי' כמ"ש הש"ך שם ובסי' ל"ג וגם הביא ראיה מהש"ס דלא כהרמב"ן ז"ל מהא דמוקמינן הא בריש פ' אד"מ בדרישה וחקירה בדין מרומה וזה ניחא אי אמרינן דאם מכחישינן בחקירות פסול שיש שפיר להוציא לדין לאמיתו אבל אי אמרינן דאפילו יוכחשו בחקירות כשר מאי שייך להוציא הדין כו' ואני תמה על שכתב הגאון נ"י בראי' זו דהא באמת הוא דבעינן חקירות כדי שנוכל לקיים בהם דין הזמה אם יוזמו אלא דבד"מ משום שלא תנעול דלת עקרו רבנן לדו"ח והעמד עדים אלו על חזקתן שכשרים הם ולא ימצא עליהם עידי הזמה משא"כ בדין מרומה אז צריכין דו"ח שקרוב הדבר שימצא עידי הזמה וכשלא יחקור אותם לא יהא יכול להזימם וכה"ג אמרי' בכריתות דף ק"ד גבי עידי שור הנסקל שהוזמו כו' מסתברא היכא דאמר שורך נרבע אבל אם אמר אתה רבעת לא מפקיר דמימר אמר טרחנא ומייתנא עדים ע"ש.

וה"נ בדין מרומה אז יש לחקור אותם כדי שאם יבואו עידי הזמה יוכלו להזימם משא"כ כשאין הדין מרומה לא חששו לעידי הזמה דלא שכיח ואף לפמ"ש הטעם דבעי דו"ח בדין מרומה כדי להוציא הדין לאמיתו נמי א"ש דמחמת החקירות י"ל שיוודו ויחזרו בהם וא"ל דא"כ ישאלו להם בדיקות ז"א דבחקירות שפיר יחושו לעצמם מדאגה בדבר פן יוזמו וכמ"ש רש"י בב"ק דף ע"ה ע"ב ה"מ היכא דאמרי לא ידענא באיזה יום כו' דליכא למימר להכי עבדי דמסתפי דלא ליתו סהדי דלזמנהו כו' משא"כ בבדיקות שאין הזמה

תליא בהם כלל: ועוד נלפע"ד ברור כיון שטעם הרמב"ן כ' הש"ך בשמו דס"ל דלא קי"ל כר"י דאמר המכחישינן בבדיקות כשרה דמשמע הא בחקירות פסולה כיון דקי"ל דד"מ לא בעי דו"ח הלכך אף אם הוכחשו בחקירות כשרה וע"כ דסבירא ליה דגם בזה שייך נעילת דלת אם נפסל העדות כשמכחישינן זא"ז בחקירות ולפי"ז בדין מרומה שלא חששו לנעילת דלת ואוקמי אדינא דאורייתא להצריך דו"ח ממילא חזר הדין דבדין מרומה אם מוכחשין בחקירות פסולה ואף הרמב"ן מודה בזה דמלתא דמסתבר הוא כיון שנראה להב"ד שהדין מרומה וגם לא כיוונו דבריהם בחקירות פשיטא דבכה"ג לא תקנו לעקור ד"ת דמן התורה עדים שהוכחשו בחקירות פסולה ולפמ"ש הריב"ש שדו"ח שבדין מרומה היינו שצריך לחקור בו כל מה דאפשר וכן כ' הרמ"א בסימן ט"ו פשיטא דלק"מ דהנך חקירות שבדין מרומה אינו ענין לחקירות דאיזה יום אלא כההיא דסוף יבמות לא כך אמרת לי אריה דמכפר שיחין כו' והיינו שעל מה שחושש שיש בו רמאות הוא חוקרו פן יוכחש בדברי עצמו וכה"ג אין זה ענין להכחשת חקירות דאיזה יום.

ואמנם באמת הך דהריב"ש לאו דכ"ע הוא ורוב הפוסקים חולקים עליו וכמ"ש בשו"ת הגאון מוהר"ר בצלאל אשכנזי סי' ה' ולקמן אבאר אי"ה בזה: ואמנם באמת מ"ש הש"ך שהרמב"ן סימן מ"ג בתשובה כתב כן עמדתי משתומם על המראה שהרי הרמב"ן כל יומא שמעתתיה מרגלא בפומייהו דהרשב"א והריטב"א והר"ן והריב"ש ובכל יום הם מחבבין את דבריו ואיך לא הזכירו דעתו כלל אף אם היה לבבם פונה שלא לפסוק כמותו מה זו שתיקה שלא להזכיר דעתו כלל ועיינתי בשו"ת הרמב"ן ולא מצאתי שם כלל מזה ופקחתי את עיני וראיתי שט"ס נפל בש"ך ובמקום הרמב"ן צ"ל והראב"ן שכן הוא שם להדיא שהשיב כן לרבני רעגינשפורג וכתב שם שחכמי רעגינשפורג הסכימו לדבריו וכתבו שנראין דבריו בעיניהם יעו"ש באורך וכן בס' התרומות (הביאו ב"י סימן ל' בקצרה) שער כ"ט ח"ד כ' שי"א דאף בחקירות כשר והא דנקט בדיקות משום דקי"ל שא"צ דו"ח בדיני הודאות והלוואות (ר"ל דחקירות דד"מ בדיקות קרי ליה כיון דקי"ל שא"צ דו"ח גם החקירות בכלל בדיקות הם) וכתב שם שיש מי שחולק ואומר דלא מצטרפי וזה דעת הר"מ בס' שופטים וכו' וראיתי שחכמי לוני' הכריעו דלא מצרפי ולא מטעמ' דידיה דודאי מתחזי דאפילו בחקירות אם אין מכחישינן זה לזה כגון זה אומר בשנים בחודש ראינו אני ואתה שלוח פ' מפ' מנה וזה אומר בחמשה לחודש ראינו אני ואתה שלוח פ' מפ' מנה אע"ג דלא מצטרפי בד"נ מצטרפי בד"מ דתרווייהו מודו דמנה הלוחו אבל הכא דמכחישינן זא"ז דלאו בא' בניסן הלוחו אילו שתקו ולא אמרו בתשרי הלוחו אי אתה מודה דע"א בהכחשה לא מהימן ולא הוי דינו כע"א ואפילו בשבועה לא מחייב השתא דאמר בתשרי הלוחו מחייב ומחשב עד קמא עד אלא בודאי משמע דעד קמא לא חשבינן ליה לעד והוי דינו כע"א דאתי לשבועה ע"כ עכ' סה"ת: וראיתי באורים ותומים סי' ל' סק"ד שדקדק בדברי בעה"ת מה זה שכתב ולא מטעמיה דמאי נ"מ ס"ס הדין אמת ועוד דילמא גם טעם הרמב"ם משום כך יש א' דנ"מ לענין שבועה ע"ש ולענ"ד פשוט בכונת חכמי לוני' דלפמ"ש הרמב"ם הטעם שגם בד"מ אם הוכחשו בחקירות ודרישות בטלה א"כ פשיטא דגם בכה"ג שזה אומר אני ואתה ראינו שהלוחו בניסן וזה אומר אני ואתה ראינו שהלוח באייר ג"כ בטלה העדות כיון דבכה"ג בד"נ לא מצטרפי ומ"ש הרמב"ם שזה אומר לא כי אלא באייר ודאי שאין ר"ל לא כי שאני יודע

שלא הלוה בניסן כלל רק כוונתו אותה הלוואה שאתה אומר שאני ואתה ראינו בניסן לא כי אלא באייר היתה וזה מבואר ג"כ ממ"ש אבל אם אמר האחד מנה שחור והא' מנה לבן עדותן קיימת ולא נקט לא כי משום דשם פשוט הכוונה אותה מנה שאתה אומר שהיה לבן אני אומר שחור היה ומ"מ בבדיקות עדותן קיימת בחקירות בטלה דלא הפקיעו חכמים דין תורה רק לענין לכתחלה אבל כל שהוכחשו לפנינו ד"מ כד"נ דמי ואין מצטרפין וע"ז חכמי לוני' חולקין וכתבו דודאי מתחזי דאפילו בחקירות אם אין מכחישין זה לזה (ר"ל שאינו אומר מה שאתה אומר שהלוהו בא' בניסן כל היום הייתי עם המלוה ולא הלוה כלום דבכה"ג מיירי בסה"ת שם כמבואר בתחלת דבריו ע"ש) אע"ג דלא מצטרפי בד"נ מצטרפי בד"מ דתרווייהו מודו דמנה הלוהו ר"ל דהכחשה דחקירות איזה יום בחקירות לא מחייב בה בד"מ אבל הכא דמכחישין כו' והוי דיני' כע"א דאתי לשבועה ר"ל שהשני דין ע"א יש לו כיון שאין הראשון מכחישו לומר שהיה עם המלוה בא' בתשרי ולא הלוהו דבכה"ג מיירי בעה"ת בתחלת דבריו שם דלא כמ"ש באו"ת שם דזה דוחק דמיירי בכה"ג שאין הראשון מכחיש השני אלא הטעם דמ"מ יש כאן ע"א כו' ולהרמב"ם בטל לגמרי אף לשבועה ע"ש ולענ"ד ברור דאם היה גם הראשון מכחיש השני לגמרי פשיטא דאין כאן מקום לשבועה לחכמי לוני' ע"ש והארכתי בזה אף שלענ"ד הדברים פשוטים לפי שראיתי שהגאון באו"ת נטה לדרך אחר והוא תמוה בעיני ולענ"ד שגם דעת הראב"ן שהבאתי הוא כדעת חכמי לוני' דבמכחישין זא"ז בחקירות סתם מצטרפין אבל לא כשאחד מכחיש את חברו להדיא והיינו שהביא שם ראיה מהודאה אחר הודאה כו' וכן מבואר ג"כ ממ"ש שם בתשובה שהשיב שנית לרבני רעגינשפורג דבאחד אומר מנה וא' מאתים אז במנה דשוין מצטרפין לסהדותיהו ומנה השני לא הוי הכחשה אבל כי מכחשי אהדדי בכל העדים לא כו' ור"ה במכחישין זא"ז בכל העדות או שאומר כת א' מנה הלוה פ' לפלוני ביום פ' וכת אחת אומרת הלא המלוה היה עמנו ביום פ' כו' דמכחישין זא"ז בכל העדות פליגי ר"ה ור"ח כו' ע"ש הרי דס"ל דכל שאחד מכחיש השני להדיא שלא הלוה ביום פ' הכחשת כל העדות מקרי ולא מצטרף כדעת חכמי לוני' רק היכא שזה אומר סתם אני ואתה ראינו שלוה ביום פ' וזה אומר ביום פ' ס"ל להראב"ן וחכמי לוני' דשפיר מצטרפין בכה"ג: וא"כ הרי לפנינו דעת הראב"ן וחכמי לוני' ורבני רעגינשפורג דהכחשה בחקירות בד"מ מצטרף וגדולה מזו דעת הי"א שהבי' בסה"ת דאף בהכחשה גמורה שזה אומר באותו היום שאתה אומר שלוה המלוה הי' עמי ולא ראיתי שלוה אפ"ה מצטרף ע"ש והאו"ת כתב שיש לפסוק כדברי המכריעין דהיינו חכמי לוני' ע"ש וכן נראה שהוא דעת בעה"ת גופיה כחכמי לוני' וקשה לדחות דבריהם בפרט בדבר שבערוה.

ויש להביא ראיה לזה מדברי הר"ן שכתב בפרק מי שאחזו על הרי"ף דמייתי התוספתא ראוה שניה שנתייחדה עמו כו' א' שחרית וא' בין הערבים זה היה מעשה ואמרו אין מצטרפין וכתב הר"ן אע"ג דלגבי ממון קי"ל דהלוואה אחר הלוואה מצטרפין לגבי אישות דשייך בד"נ בבת אחת בעינן להו עכ"ל וצ"ל הא דלא ניחא ליה להר"ן לפרש טעמא כמ"ש הב"י בח"מ סימן למ"ד כיון שהבעל והאשה לא ראו אלא ע"א לא נתכווין לקידושין אלא לשם זנות בעלמא וכ"כ במ"ב סימן נ"א דלישנא דאין מצטרפין קשיתיה דמאי אריא דאין מצטרפין תיפוק ליה שהרי לא היו שם בשעת היחוד בכל פעם רק עד

אחד ועד אחד בקידושין לאו כלום הוא ולכך מפרש דמיירי שכ"א אומר שנסתרה לפניו ולפני עוד ע"א ואפ"ה אין מצטרפין כיון דשייך בד"נ וכ"כ מהרי"ט בס"י בפירוש דברי הר"ן והשתא קשה דמאי דוחקיה לומר דהוי כד"נ נימא דמיירי שזה אומר נסתרה לפנינו בשחרית וזה אומר נסתרה לפנינו בין הערבים ובכה"ג שאומר אני ואתה ראינו כו' אף בד"מ אין מצטרפין דאיתכחיש להו בחקירות ולא דמי להלוואה אחר הלוואה דהתם התובע תובע שניהם משא"כ בקידושין לא שייך זה אלא ע"כ דבכה"ג אי לד"מ דמי שפיר מצטרפין וכדעת ראב"ן וחכמי לוני"ל.

ובאמת לפי דעת רוב הפוסקים החולקין על הר"ן וס"ל דקידושין לד"מ דמי קשה ליישב התוספתא דא"ל מטעם ע"א בקידושין דאם כן למה נקט אין מצטרפין ואי מיירי שאומר שנסתרה לפניו ולפני עוד ע"א תיקשי למה באמת אין מצטרפין כיון דבד"מ בכה"ג מצטרפין וצ"ל דס"ל כדעת הרמב"ם ודעימי' דאף בד"מ הכחשה בחקירות מהני דתו לא מצטרפי וא"כ א"ש דהתוספתא מיירי בכה"ג שכ"א אומר אני ראיתי עמך שנסתרה שחרית כו' וכמש"ל: והשתא בנ"ד י"ל דממ"נ אין כאן קידושין דלפי מ"ש הר"ן בפירוש התוספתא א"כ ע"כ קידושין לד"נ דמי ופשיטא דהכחשה בחקירות לא יצטרף ולשיטות ש"פ ע"כ דהתוספתא מתפרש כגוונא שכתבתי ולומר דכל שהוכחשו בחקירות אין מצטרף אף בד"מ וא"כ ממ"נ אין כאן קידושין.

ונלע"ד דבנ"ד ג"כ הר"ן יודה דאפילו תימא דיני קידושין לד"מ דמי אפ"ה לא מצטרפי דבשלמא בההיא דתוספתא דבאמת העדים לא שמעו שום קידושין רק שראו שנסתרה ואמרינן דהן הן עידי יחוד כו' ואין אדם עושה בב"ז ובעל לשם קידושין וא"כ אף אם אומר ראיתי שנסתרה עמך שחרית אין זה הכחשה גמורה שהרי כמו כן יכול להיות שנסתרה גם בין הערבים והוי כמו שאומר אני ואתה ראינו שלוח בניסן כו' דמצטרפין בכה"ג להראב"ן וחכמי לוני"ל וזה דוחק לאוקמי שמכחישין להדיא שזה אומר שלא נסתרה רק שחרית ולכך הוצרך הר"ן לומר דקידושין כד"נ דמי משא"כ בגוונא דנ"ד שזה אומר שנתקדשה לפניו ולפני השני ביום ב' ולפי דברי השני נתקדשה לפניו ביום ה' וזהו הכחשה גמורה שאין קידושין אחר קידושין דאם נתקדשה ביום ב' שוב לא נתקדשה ביום ה' וא"כ זה הוי כמכחישין להדיא שזה אומר נתקדשה ביום ב' ולא ביום ה' כלל וזה אומר להיפוך ובכה"ג כתבו חכמי לוני"ל כיון שכל אחד מכחיש חבירו להדיא אף בהלוואה כה"ג לא מצטרף וזה ג"כ דעת הראב"ן וכמ"ש וא"ל שגם בזה לא הוי הכחשה גמורה שגם לדברי האומר נתקדשה ביום ב' יוכל להיות שנתקדשה ביום ה' ג"כ וכגון שגירשה בינתיים מ"מ מילתא דפשיטא שאין זה במשמעות דברי העדים כלל לומר שהיה שם ב' פעמים קידושין וגירושין בינתיים ועוד דהא כתב הרשב"ם בב"ב דף קל"ה דאם איתא דאיגרשה קלא אית לה למילתא כדאיתא בהאשה שנתארמלה וכ"כ התוס' שם ואע"ג דבכתובות שם אמרינן קמ"ל דעבידי דמגרשי בצנעה היינו משום דהתם איכא עדים ע"ז ע"כ לומר זימנין דמתרמי דמגרשי בצנעה משא"כ כאן אין לנו לתרץ דברי העדים בכך שלא יהא מוכחשים כיון דליכא קלא דאיגרשה וכ"כ הר"ן חילוק זה הביאו הב"ש סי' קנ"ב: ועוד נראה דאפילו תימא דבעלמא כה"ג הכחשה גמורה חשיבה להו כיון דאיכא למימר שנתגרשה בינתיים מ"מ בב"ד שביחנו דבריהם שעל מעשה קידושין א' הם מעידין ולא עוד אלא שפירשו להדיא שזה היה מעשה ביריד קודם פורים ולא

היה שם רק יריד אחד אלא שזה אומר בב' והוא מוכחש מדברי בני העיר והשני אומר ביריד סתם והיינו בה' א"כ בכה"ג הוי כהכחשה גמורה שהרי א"א לומר שהיה גם בב' כיון שהוא עצמו אומר שהיה ביריד ובכה"ג כ"ע מודו דעדותו בהכחשה לאו כלום הוא.

ובזה ג"כ יש ליישב מ"ש ש"ב הגאון הנ"ל דאם הכחשה בחקירות כשר למה צריך חקירה בדין מרומה מה הוצאת הדין לאמיתו שייך בזה. ולפמ"ש א"ש דמ"מ יש לנו לחקור שמא יהיו מוכחשים בחקירות הכחשה גמורה שזה יאמר לא היה בניסן כלל רק בתשרי או יהא מוכחש מדברי עצמו ונוציא הדין לאמיתו דלא מצטרפי: ובהכי א"ש נמי מה דקשה לכאורה לדעת הראב"ן ודעימיה מהא דאמרינן בב"ב דף נ"ו אלא מעתה אחד אומר אכלה בד"ו ואחד אומר אכלה אג"ה ה"נ דהוי חזקה וע"ש בדברי התוס' דמיירי במכחישי ולכאורה קשה דמאי קושי' כיון דתרווייהו אחזקה קמסהדי שדרך להניח שנה א' בורה כמבואר שם אלא שיש הכחשה ביניהם איזה שנים החזיק א"כ אין זה כ"א הכחשה בחקירות דס"ל לראב"ן ודעימיה דבד"מ מצטרף ולפמ"ש א"ש דשם הוי הכחשה גמורה שהרי לפי דברי כ"א לא החזיק רק אותן ג' שנים שאומר הוא ולא יותר וא"כ השני משקר ולא מצטרף: ותבנא לדינא דבנ"ד כהכחשה גמורה דמי כיון שזה אומר אני ואתה ראינו שהיה ביום ב' כו' בענין קידושין מיקרי הכחשה ואמנם אין לשון הגב"ע שהוגבה בב"ד לפני.

ואפשר שלא אמר אני ואתה ראינו כו'. אך דע"ז פשיטא שאין כאן מקום לקידושין שהרי זה לא הזכיר בעדותו שהיה עוד עד אחר עמו.

והשני שמעיד ג"כ על הקידושין הרי הוא מעיד על יום אחר וא"כ דמי להיא דתוספתא נתיחדה עמו כו' א' שחרית כו' אין מצטרפין וכמ"ש הב"י דהא בכל פעם אין כאן רק ע"א על הקידושין ועדיין צריך לדקדק אם כ"א מהעדים אמר סתם שהיה שם אחרים בשעת קבלת הקידושין ולא נשא שמותם על שפתיו דהשתא בכה"ג לא הוי הכחשה גמורה וא"כ אם קידושין לד"מ דמי שפיר מצרפין בכה"ג וגם לפי מ"ש הב"י בש"ע בשם הרא"ש בתשובה כלל נ"ט עד המעיד ראיתי דבר זה ופלוגי היה עמי ואותו פלוני אמר לא ראיתי ולא הייתי עמך אין זו הכחשה כי בגוף העדות לא איתכחיש כלל כי לא רמיה עליה דסהדי למדכר מי היה עמו בגוף העדות עכ"ל ולפ"ז אין זה אלא כאומר אני ואחר עמי ראינו שנתקדשה ביום ב' וזה אומר ביום ה' דבד"מ מצטרפין ומ"מ י"ל דבכה"ג דקידושין דלא שייך לומר שנתקדשה ב' פעמים אז השני שאומר ביום ה' הין הוי כמכחיש שלא היה עסק הקידושין ביום ב' כלל ובכי האי גוונא לא מצטרפי.

אלא שעדיין צריך עיון לשיטת יש מי שאומר שהביא בעה"ת דס"ל דאף בהכחשה גמורה שזה אמר לא הלוהו בניסן רק בתשרי שפיר מצטרפין כיון דתרווייהו אמנה מסהדי א"כ בקידושין נמי אי לד"מ דמי נימא דתרווייהו אקדושין קמסהדי: אמנם נלענ"ד דלכאורה קשה לדעת זו מסוגית הש"ס שהבאתי לעיל דפריך אלא מעתה אחד אומר אכלה בד"ו כו' ומאי קושיא דאה"נ דהוי חזקה אע"פ שזה הכחשה גמור שלדברי כל אחד לא אכל רק אותן השנים מ"מ כיון דתרווייהו אחזקה קא מסהדי ואין זה רק הכחשה בחקירות לבד מצטרף לדידיה.

ולשיטת הראב"ן היה אפשר לומר לתרץ קושי' זו אף אם היה סובר דהכחשה גמורה מצטרף מ"מ לק"מ שהרי הראב"ן נתן טעם לדברים הא דבחקירות ג"כ מצטרף אע"ג דר' יהודה קאמר עדות המוכחשת בבדיקות משמע בחקירות לא משום דלא קי"ל כר' יהודה מדר' חנינא דאמר דלא בעינן דו"ח וא"כ בב"ב דפריך ר"נ לר"י דאמר א' אומר אכלה חטים כו' ושפיר פריך ליה ר"נ לשיטתיה דנקט במילתיה בדקות משמע דחקירות בטילה קשה בא' אומר בד"ו כו' משא"כ הראב"ן פוסק דלא כר"י בזה משא"כ הי"א שבס' התרומות כתב טעמא דנקט בדקות משום דקי"ל ד"מ לא בעי דו"ח ור"ל דחקירות דד"מ בדקות קרי ליה כיון דקי"ל דלא בעי דו"ח א"כ קשה מש"ס דב"ב.

ולכן נלפע"ד ע"פ מ"ש הראב"ן בטעם הדבר דכיון דקי"ל דא"צ דו"ח א"כ אין זה הכחשה בגופה של עדות ולא מיקרי הכחשה. נלע"ד לבאר יותר דבשלמא אי בעינן דו"ח, א"כ עיקר העדות לא נגמר עד שיחקרו העדים וא"כ כשנפל הכחשה ביניהם בחקירות הרי יש כאן הכחשה בטרם נגמר העדות ונפסל משא"כ למאי דקי"ל דא"צ דו"ח א"כ מיד שהעיד עדותו בב"ד הגדתו מועלת ושוב אע"פ שחקרו אותם והוכחשו בחקירות וא"כ הרי יש ביניהם חד דמשקר מ"מ אין פסולו רק מכאן ולהבא ולא שייך לפוסלו למפרע והרי זה כאותה שאמרו נהי דאיתכחיש באכילתו כו' ולכך ס"ל דכשר.

והשתא אתי שפיר דבהך דב"ב זה אומר אכלה אג"ה כו' הרי יש כאן הכחשה בתחלת העדות ובגופו ולא שייך לומר בזה אחר שהוכשר אם יחזור ויפסול שבאמת מעולם לא הוכשר שמיד שהעידו עיקר העדות קא מכחשי אהדדי ובכה"ג כ"ע מודו דאף בד"מ עדותן בטלה. ולפ"ז בנ"ד שדרך העד לומר את יום המעשה אשר ראה ענין זה והשני הוא מכחישו בזה וא"כ אין זה דומה להכחשה דחקירות באיזה יום ובאיזה שעה משום דשם מיירי שמתחלה העידו שניהם סתם פלוני לזה רק אח"כ כשהתחילו לחקור אומר הא' בניסן היה המעשה והשני אומר בתשרי הלכך שפיר י"ל דכשר בכה"ג אף אם אומר לא היה בניסן אלא בתשרי כיון שלדינא א"צ חו"ד כבר נגמר עדותן בכשרות משא"כ בזה שאמר דבר שקר בתחילתו וזהו עונשו של בדאי שאפילו אומר אח"כ דבר אמת אין שומעין לו כיון שכבר הוכחש עם חבירו ביום המעשה.

ואין לפני הג"ע לעיין בו באיזה לשון אמר עדותו שאם מתחלה אמר פלוני קידש פלוני א"כ אע"פ שסוף דבריהם באיזה יום יש הכחשה ביניהם וחד מינייהו משקר מכל מקום אפשר שראש דבריהם אמת שאז עדיין לא נפסלו: ובאמת מלשון הבעה"ת שכתב והיכא דקא מכחשי אהדדי שזה אומר בא' בניסן לזה פלוני כו' ואהא כתב שי"א שמצטרפין משמע מדבריו דאף בכה"ג שהיה הכחשה בתחלת דבריו נמי מצטרפין וא"כ צ"ל דבהוא דב"ב דמשמע שם דאין מצטרפין צ"ל דהנך י"א ס"ל לפרש כפי' הרשב"ם שם ע"ש והתוס' חולקים שם וכן דעת הרמב"ם וכל הפוסקים ואף להרשב"ם י"ל דמודה בהא דהיכא דמכחשי אהדדי בתחלת העדות לאו כלום הוא רק דלא ניחא ליה לפרש הסוגיא במכחישין דא"כ פשיטא ליה דבהא לא אמר רב יהודה ע"ש והדין דין אמת: ולכאורה יש להביא ראיה להך מילתא שכתבתי שיש חילוק בין אם הוכחשו בתחלת העדות או בגמר דבריהם מדברי הרמב"ם פי"ב מהל' גירושין הלכה יו"ד וז"ל אשה ושנישבאו ממה"י זה אומר זה אשתי וזה עבדי וזה אומר זה אשתי וזה עבדי והאשה

אומרת שניהם עבדי הרי מותרת לכל ואע"פ ששניהם החזיקוה באשת איש הואיל וכ"א מעיד לעצמו אינם נאמנים עכ"ל ולכאורה דבריו תמוהים דתלי טעמא הואיל וכל אחד מהם מעיד לעצמו דמשמע הא אם כל אחד מעיד שנתקדשה לאחר כגון זה אומר נתקדשה לראובן וזה אומר נתקדשה לשמעון הרי היא מוחזקת בא"א ואמאי הא עדות מוכחשת היא ולפי מ"ש י"ל דטעמא דידיה הוא דע"כ לא הוי עדות מוכחשת אלא כשהכחשה בא בתחלת דבריהם משא"כ כאן שהעד מתחיל לומר פלונית נתקדשה עדיין אין שם הכחשה ועדותו מתקיימת רק אח"כ כשאמר למי נתקדשה נופל הכחשה ביניהם הלכך אדבורא קמא קסמכינן שאמרה נתקדשה והוחזקה בחזקת א"א: ומסתייעא הך סברא מהא דאמרינן בכתובות דף כ"ב שנים אומרים מת כו' ב' אומרים נתגרשה כו' תרגמה אביי בע"א ע"א אומר נתגרשה וע"א אומר לא נתגרשה תרווייהו בא"א קמסהדי והאי דקאמר לא נתגרשה ה"ל חד דבריו של א' במקום שנים והקשה הר"ן דהיאך תרווייהו בא"א קמסהדי דהא עדות מוכחשת הוא ואפילו לר"ה דאמר בב' כתות זו בא בפני עצמו ומעידה מ"מ לצרף אחד מכל כת לא ותירץ דמיירי שזה אומר קרוב לו כו' דעבידי דטעי והנה הרמב"ם כ' דין זה בסתם בפ"ב מהל' גירושין הלכה ט' וז"ל האשה שלא הוחזקה א"א ובא ע"א ואמר א"א היתה ונתגרשה ובא ע"א ואמר לא נתגרשה הרי שנים מעידין שהוא א"א כו' ונראה מדבריו דאפילו מכחישין זא"ז הכחשה גמורה הדין כן וכ"כ הב"ש סי' קנ"ב ולכאורה תימה איך יתירץ הרמב"ם לקושית הר"ן דהא חד מינייהו הוחזק כפרן וצ"ל דהרמב"ם ס"ל דכיון שבשעת העדות שהעידו שהיתה א"א עדיין לא הוכחשו אע"פ שאח"כ הוכחשו בגירושין לא נפסל העדות שהעידו בכשרות למפרע וכן ביאר בשיטה מקובצת בשם כמה מפורשים ע"ש בלשון תלמיד הרשב"א שכ"כ להדיא דכי אמרינן דלא מצטרף מכל כת וכת בעדות אחת ה"מ להבא אבל למפרע לא מיפסלי והכא כשמכחישין זא"ז כבר היתה עדותן שהעמידוה באשת איש עדות גמורה ועדות זו שמכחישין בה זא"ז עדות אחרת הוא דנשואין לאו בגירושין מתלו דתרתמי מילי נינהו: ולפ"ז גם בהא שמעידין שפלונית נתקדשה לפלוני הך מילתא למי נתקדשה עדות אחרת הוא דלענין להחזיקה בא"א לא איכפת לן למי נתקדשה וכבר נגמרה עדותן בזה וזה שמכחישין עצמם למי נתקדשה כהכחשה בעדות אחרת הוא ולא נפסל למפרע אך דלפ"ז קשה שהרי דין הרמב"ם נובע מסוגית הש"ס דקדושין דמייתי התם לאותובי אמ"ד המקדש בע"א אין חוששין לקדושין מברייתא דשנים שבאו ממה"י זה אמר זו אשתי וזה עבדי כו' אילימא דאיכא סהדי להאי כו' אלא לאו בע"א כו' ולכאורה קשה דמאי ראייה מהתם דילמא שאני התם כיון דעכ"פ יש כאן שני עדים שמחזיקין אותה בחזקת א"א אע"פ שזה אומר לזה נתקדשה ומ"מ שניהם החזיקוה בא"א ומכ"ש שיש להקשות אהא דפריך ותסברא ע"א בהכחשה מי מהימן ומאי קושי' דהא אין הכחשה ביניהם רק למי נתקדשה והוי כמכחישין זא"ז בגירושין דמהימני על עדות הקדושין ועדיף מיניה דהתם תברא בצידו של דברי הא' הוא עכשיו פנויה משא"כ בזה דתרווייהו בא"א קמסהדי: ועל דרך הפלפול יש ליישב ע"פ מ"ש אא"ז מהרש"א ז"ל שם בשם תוס' ישינים שכתבו אהא דפריך אי איכא סהדי להאי כו' מי מציא אמרה כו' דאין לומר שגם להאשה יש עדים דא"כ לא היתה צריכה שני גיטין כדין שנים אומרים לא נתקדשה וע"ז הקשה אא"ז דהא בכתובות שם אמרינן דמ"מ לכתחלה לא תנשא ותירץ כיון דהנך שאומרים

נתקדשה מכחישין זא"ז בכה"ג אמרינן אם היה לה עדים שלא נתקדשה אית לן למימר דאף לכתחלה תנשא ע"ש ולכאורה היה אפשר לומר בפשיטות דהתוס' לשטתיה אזלי שהקשו בכתובות דבאמת אית לן לאוקמי אחזקת פנויה ותנשא לכתחלה ותירצו דמיירי שזרק קדושין ס' קרוב לו כו' דכיון שפשטה ידה לית לן לאוקמי אחזקה ולפ"ז כאן שאין בזה דררא דקדושין כלל שפיר מוקמינן לה אחזקת פנויה אך דז"א דע"כ לא כתב התוס' התם אלא לענין חד לגבי חד משא"כ תרי ותרי דקי"ל דעכ"פ ספיקא דרבנן הוי שפיר הוי קשיא ליה לאא"ז דילמא לעולם מיירי דגם לה יש עדים אלא דמ"מ לכתחלה לא תנשא והנה הש"ך כתב בשם חכמי בריסק שנסתפקו בהא דקי"ל דאין לצרף ב' עדים מב' כתות המכחישות זא"ז דשמא זה דווקא בב' כתות לפי שכ"א הוכחש משני' משא"כ בכת א' שע"א עם האחר מכחישין זא"ז מצטרפין לפי שכ"א לא הוכחש רק מא' ולפ"ז י"ל דבאמת ה"ט דהרמב"ם דס"ל גבי ע"א אומר נתגרשה וכן במכחישין למי נתקדשה משום דמ"מ העדות קיימת שהרי כ"א לא הוכחש רק מא' וכהך סברא שנסתפקו בה חכמי בריסק והש"ס א"ש דהש"ס קאמר מאי לאו בע"א ורוצה להוכיח מזה דע"א בקידושין אינו כלום שהיה סובר שאין לצרף שני עדים המכחישין זא"ז ועלה באמת פריך ותסברא ע"א בהכחשה לאו כלום הוא י"ל דלדבריהן ע"כ צ"ל דגם האשה יש לה עד דאל"כ לא מוכח מכאן מידי דדילמא מיירי שכ"א מעיד שנתקדשה לפני שנים ואע"פ שמכחישים זא"ז למי נתקדשה עכ"פ מצטרפין לעדות אחרת שמקודשת היא וע"כ לומר שגם לה יש עד א"כ קשה נוקמא אחזקת פנויה דהא א"ל שמצרפין עדותן דמידי הוא טעמא שמצטרפין לפי שכ"א מוכחש מא' ואם גם להאשה יש עד א"כ כ"א מוכחש מב' וע"א בהכחשה לאו כלום הוא: אמנם יש לפרש דברי הרמב"ם שטעמו משום דהך סהדותא שמעיד למי נתקדשה סהדותא אחרני היא ולא איכפת לן במה שיש הכחשה ביניהם צ"ע שהרי הרמב"ם פ"ב מה' עדות ס"ל דבמה הרגו בסייף או בארירן דרישות מיקרי ע"ש והטעם כיון שהיא בגופה של עדות ע"ש במפורשים ובשו"ת מהר"ב אשכנזי סי' ה' וא"כ נראה דבעדות למי נתקדשה כדרישות דסייף וארירן דמי וגם בהא דע"א אומר נתגרשה כו' שכתבתי בשם המפורשים שתירצו לקושית הר"ן משום דנשואין וגירושין תרי מיילי נינהו לכאורה ג"כ צ"ע דהא משמע דהך סהדותא א"א היתה ונתגרשה בחד דיבורא הוי וא"כ הא קי"ל דבחד עדות אם בטל מקצתו בטל כולו שהרי בב"ק דף ע"ג אמרינן לימא כתנאי כו' ור' יוסי סבר למפרע הוא נפסל וכיון דמכי אסהידו הוא דמיפסלי כי איתזמי להו אטביחה איתזמי להו נמי אגניבה דהא תכ"ד כ"ד כו'.

ונראה שמזה למד הר"ן לומר דכל שהעדות בדבור א' נאמרה והוכחש בסוף דבריו אם היה תכ"ד אמרינן עדות שבטלה כו' כדאמרינן התם דאי מיתזמי נמי אגניבה ולכך הוצרך לתרץ דמיירי בקרוב לו וכ"כ בשיטה מקובצת שכ"כ כמה מפורשים בשם התוס' אך דלפ"ז צריך ליישב הא דאמרינן בב"ב נהי דאיתכחיש באכילתא דהתם נמי ע"כ בתכ"ד מיירי דאל"כ לא פליג רבא למימר דעדות מוכחשת הוא וכן מבואר מדברי התוס' שם ובב"ק וא"כ קשה דלמה לא נימא דבטל כל העדות וצ"ל דיש חילוק בין הזמה להכחשה דבהזמה דווקא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אבל לא בהכחשה ומצאתי בפ"י לב"ק שהרגיש בזה וכתב ג"כ שיש חילוק בין הזמה להכחשה.

אלא שרצה להוכיח מזה דלא כא"ז מהרש"א שם שכתב דמ"ש רש"י איפסלו להו
אגניבה משום פסול עדות הוא תימא דהא מסיק לעיל והלכתא שהעידו בב"א כו' אלא
דלכך נפסלו נמי אגניבה דה"ל כמו עדות מוכחשת כיון דהוזמו על הטביחה ה"ל
מוכחשים על הגניבה ובטלה כל העדות דתכ"ד כ"ד עכ"ד אא"ז והפ"י כתב דז"א דאם
איתא דמחמת תכ"ד דינם כמוכחשין ואמרינן עדות שבטלה כו' א"כ בכל הכחשה כו'
ועוד דבההוא דפ' חזקת כו' אלא ע"כ דהא דבטלה גניבה דווקא מטעמא שפרש"י דשאני
הזמה שנפסלו העדים גופייהו שייך בהו שפיר עדות שבטלה מקצתה כו' ע"ש: ולענ"ד
אין זה ענין לזה כלל דודאי הדברים כפשטן כמ"ש אא"ז ז"ל דלא שייך שם פסול על
עדות זה שהעידו קודם שהעידו העדות שהוזמו עליו כיון שעדיין לא העידו שקר ולא
יצא דבר שקר מפייהם ועל עדות הטביחה גופה נמי לא נפסלו אלא לאחר כ"ד וקשה
שאין לומר שפסולים היו בשעת עדות גניבה לפי שהעידו אח"כ עדות הטביחה בשקר
רק דכיון דקי"ל דתכ"ד כ"ד ואינהו בחזא מחתה אמרו עדות גניבה וטביחה בטלה כולה
דהוי עדות אחת שבטלה מקצתה וגם אא"ז שכתב דה"ל מוכחשים על הגניבה ר"ל אין
מוכחשים ממש דהא ליכא דמכחיש להו אגניבה ואין דומה למ"ש התוס' דכשהוזמו על
הגניבה ה"ל הכחשה על הטביחה דשאני התם שאם אין גניבה אין טביחה אלא ר"ל דהוי
כמו הכחשה לענין שנתבטל העדות אבל מ"מ אין שום פסול על העדות דאטו מי שמעיד
ובתכ"ד חילל שבת וכדומה נימא שנפסל העדות רק עיקר טעמא משום דבתכ"ד כ"ד
ואמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' ומ"מ החילוק בין הכחשה להזמה מבואר דדווקא
בהזמה שהעדות בטל לגמרי אמרינן דבטלה כולה משא"כ בהכחשה כיון שגם אותו
העדות שהוכחש עליו לא נתבטל בבירור רק מצד ספיקא דתרי ותרי ולגבי עדות אחרת
אמרינן זו באה בפ"ע ומעידה הלכך לא איכפת לן מה שהוא תכ"ד והיינו דאמרינן נהי
כו' ולפ"ז הדרא קושיא לדוכתיה על הר"ן ז"ל דלמה הוצרך לתרוצי סוגיא דע"א אומר
נתגרשה דמחולקים בקרוב לו כו' תיפוק ליה דבכה"ג לא בטלה עדות הקודמת דאסהידו
עלה בא"א מחמת הכחשה בעדות גירושין שאחריו אע"ג דתכ"ד הוי דאית לן למימר
במה דאיתכחוש כו' והיה אפשר לומר דהר"ן אזיל לשטתו שכתבתי לעיל בשמו גבי
ההוא דנסתרה א' שחרית כו' דדיני אישות כדיני נפשות דמי ולפיכך שפיר קא מוטיב
כיון שהוכחשו בדיבורם בענין הגירושין יש לנו לבטל העדות ולא דמי להא דאמרינן
נהי דאיתכחוש דבד"מ שפיר דיינינן הכי שעל המקצת שלא הוכחש עדותו נאמנה מאד
משא"כ בדיני אישות דשייך בהו ד"נ אף הכחשה כה"ג מחריב בה דלא מצטרף ולא גרע
מהכחשה בבדיקות דעדותן בטלה.

אמנם מדברי הר"ן דנקט הקושי' בפשיטות מהא דב' כתי עדים דחד מכל כת פסול
להצטרף משמע דס"ל דגם בד"מ בכה"ג פסול כל העדות אף בהכחשה דאל"כ מה קושיא
דילמא מיירי שזה אומר נתקדשה ונתגרשה וזה אומר נתקדשה ולא נתגרשה ולא מיפסל
עדות קדושין מחמת הכחשה בעדות הגרושין שלאחריו.

וכן יש להוכיח מדברי הש"ס דב"ב שהבאתי לעיל דפריך ר"ן לר"י אלא מעתה א' אומר
אכלה אג"ה כו' וכתבתי טעמא דשם הוכחשו בגופה של עדות בתחלתו ולפ"ז קשה מאי
קשי' אדר"י דילמא ר"י שפיר קאמר אכלה חטים הוי חזקה כיון דמעיקרא מסהיד
אאכילתא שזה אכל קרקע זו שלש שנים אלא שאח"כ אומר שאכילת הקרקע היה ע"י

שזרעה חטים וזה אומר שאכילת הקרקע היה ע"י זריעת שעורים ואין זה אלא הכחשה בבדיקות כמו במה הרגו בסייף או בארירן כו' דבכה"ג בד"מ כשירה רק לשיטת הרמב"ם כה"ג דרישות מיקרי וכבר כתבתי דלשיטת הראב"ן ודעימיה אף הכחשות בחקירות כשירה בד"מ וע"כ דטעמא משום כיון דבחד דיבורא קאמר דאכלה חטים כו' ויש הכחשה ביניהם באותו דבור אין מצטרפין אף שהכחשה נופל בסוף העדות.

וזה סיוע לדברי הר"ן דאף בהכחשה הדין כן וא"כ צ"ע ליישב הך דבב"ב דאמרינן מה דאיתכחוש איתכחוש: אמנם אחר העיון יראה דלק"מ מההוא דב"ב נהי דאתכחוש על הר"ן ז"ל ועל סוגיא דאחד אומר אכלה חטים משום דעיקר החילוק בין הכחשה להזמה משום דבהזמה הנך סהדי ודאי שקרי נינהו והלכך איפסיל כל האי דיבורא לגמרי משא"כ בהכחשה דתרי ותרי כגון הא דזה אומר של אבותי ואייתי סהדי דאבותי הוא ואכלה שני חזקה דאיכא למימר דהנך סהדי בכלה מילתא קושטא קאמרי והלכך לא מבטלינן הך סהדותא דאבהתי' הוא דבהא לא אתכחוש כלל משא"כ הר"ן בכתובות דמיירי בהכחשה דחד שזה אומר נתגרשה וזה מכחישו וא"כ חד מינייהו ודאי שקורי קא משקר לענין הגירושין א"כ א"א לצרף עדות שניהם לענין זה דודאי א"א היתה כיון שע"כ א' מן העדים שקר ענה באותו דבור עצמו אית לן למימר דבטלה כל העדות כיון דלא מחמת ספיקא דילמא משקר אמרינן הכא דהא הכא ודאי חד מינייהו משקר בעדות הגירושין וכן בההוא דאחד אומר אכלה חטים דבעדות חטים ושעורים ודאי חד מינייהו משקר לפי מאי דס"ד דבין חיטי לשערי לא טעי אינשי והלכך פריך ר"נ דה"ל דבטל כל העדות כמו בא' אומר אכלה אג"ה כיון דהוכחשו תכ"ד כ"ד ובכה"ג דחד מינייהו משקר בבירור הכחשה להזמ' דמי ואמרינן גביה עדות שבטלה מקצתה כו': איברא שלענ"ד סברת הפ"י צ"ע דלמה לא נימא בהכחשה עדות שבטלה מקצתו כו' ואע"ג דגבי הכחשה דתרי ותרי ספיקא הוא מ"מ דמספקא לן מילתא דילמא הנך סהדי דמסהדי אשני חזקה לחוד קושטא קאמרי והנך סהדי דמסהדי שזה אכל שני חזקה משקרים בזה וא"כ גם עדות אבהתי' שלהם בטלה ומה לי הזמה דבטל העדות שאמר תכ"ד אמרינן גביה דבטלה כולה הכי נמי בהכחשה נימא דבטל מספיקא כמו דמבטלינן עדות שני חזקה מספיקא ואף ע"ג דקי"ל כר"ה דזו באה בפ"ע והיינו משום דמוקמינן להו בחזקת כשרות מ"מ בהא דחד עדות הוא ממ"נ כיון שאין אתה מאמינו שאכל שני חזקה כיון שהוכחש בזה ומספקינן דילמא משקר אם כן גם מה שהעיד דאבהתי' הוא היא בטל ממילא משום דעדות שבטלה מקצתה כו' ולכאורה נלענ"ד דלכאורה אין טעם לדבר דמה"ת נאמר עדות שבטלה מקצתה כו' דהא מה דעד זומם למפרע נפסל משעתה דאסהיד הו"ל רשע ולמה יפסול הדבור שהעיד קודם לו אע"ג דתכ"ד כ"ד מ"מ הרי לא היה אז רשע כלל שעדיין לא יצא דבר שקר מפיו ולכן נראה בטעמא דמילתא דכיון דקי"ל נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטילה אם הפסול העיד עדותו תכ"ד והיינו מגזה"כ דמקיש שלשה לשנים ואם כן ה"נ כיון שהיה תכ"ד מה שאמר עדות זה שהוזם עליו אם כן הו"ל כנמצא אחד מהם קא"פ דעדותו בטילה ולא עדיף הוא מאחר ואע"ג דעדות טביחה הוא עדות אחרת ובנמצא אחד קא"פ דבטל העדות היינו כשהעיד על אותו הדבר בעצמו מ"מ כיון דבחד דבור אמרו ותכ"ד כ"ד והו"ל כאילו העידו שני העדיות בבת אחת פלוני נתחייב לפלוני חמשה בקר לפי שגנב וטבח וכיון שנצטרף כאן פסול באותו העדות של חמשה בקר

נתבטל העדות דהו"ל כנמצא קא"פ אחר ואפשר לומר עוד דכמו דמקשינן שלשה לשנים לענין נמצא אחד קא"פ דבטלה ה"נ מקשינן להיפוך שנים לשלשה מה שלשה עדותן בטל אם נצטרף הפסול תכ"ד אף שנים אם נפסל תכ"ד עדותו בטילה: והשתא לפ"ז א"ש דיש לחלק בין הכחשה להזמה שהרי התוס' בסנהדרין דף ל"א הקשו אהא דאמרין לא נחלקו בכת אחת אומרת מנה כו' דהא מ"מ הו"ל כנמצא אח' קא"פ ותירצו כיון שאין הפסול ידוע לית לן בה ואם כן א"ש דבשלמא בהזמה שהפסול ידוע אע"פ שלא נפסל אלא לבסוף מ"מ הא תכ"ד כ"ד מ"מ הו"ל כנמצא קא"פ אחר ומקשינן שנים לשלשה משא"כ בהכחשה שפיר אמרינן מאי דאתכחיש כו' דא"ל בזה עדות שבטלה מקצתו כו' דמה בכך שהוכחש אח"כ דלו יהא דחשבינן ליה כנמצא קא"פ אחר מ"מ כל שאין הפסול ידוע לית לן בה וא"כ אין לפסול עדות אבהתא כלל כיון שגם על עדות החזקה אין פסול ידוע ולפ"ז צדקו דברי הפוסקים שתירצו על קושית הר"ן בכתובות דגירושין וקידושין תרי מילי נינהו ובשעה שהעידו שהוא א"א עדיין לא נפסלו.

ולכאורה הך סברא שכתבתי בשיטת הר"ן היא נכונה דכיון שאחד מהם פסול בבירור להזמה דמי דאמרין עדות שבטלה מקצתה כו' ולפי מ"ש א"ש דאע"פ שאנו צריכין לצרף אחד מהם שהוא לע"ע פסול בודאי מ"מ אין אנו יכולין לפסול תחלת העדות לדונו על שם סופו כיון שאין הפסול ידוע מי הוא וכמ"ש התוספות בכת אחת אומרת מנה אע"פ שכת אחת ודאי משקרת כיון שאין ידוע איזה כת אין לפסול העדות מטעם זה: אך קשה דהא הך דב"ק דבעדות אחד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה רבי יוסי קאמר לה התם וא"כ א"א לומר טעמא דהוי כנמצא אחד מהם קא"פ דהא ר"י סבירא ליה במכות דבד"מ תתקיים העדות בשאר ואפשר לומר דבהא גם ר' יוסי מודה שהרי התוספות כתבו במכות שם דשפיר מודה ר"י דמקשינן שלשה לשנים אלא דמחלק בין ד"נ לד"מ דבד"נ שאין האחד מועיל כלל בשנים גם בשלשה אינו מועיל משא"כ בשנים שהא' מועיל לשבועה עכ"פ הלכך ס"ל דבשלשה תתקיים העדות בשאר ע"ש ולפי זה יש לומר דכ"ז בדבר שבממון משא"כ בקנס דקי"ל אין נשבעין על כפירת קנס שפיר סבירא ליה לר"י דבטלה כולה דמקשינן שלשה לשנים דבקנס אין אחד מועיל כלום ואם כן גם בג' ונמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה ולפי זה צ"ל הא דקאמר איתזמו להו אגניבה ובטלה כולה היינו לענין זה דאינו משלם תשלומי כפל אבל מכל מקום מחויב לשלם דלמנין זה לא שייך לומר דבטלה כולה כיון דר"י ס"ל בד"מ תתקיים העדות בשאר: אלא שעדיין יש להקשות מהש"ס דב"ב דפריך ר"נ לר"י אלא מעתה אחד אומר אכלה אג"ה כו' ומאי קושיא נהי דר"נגופיה פסק במכות דהלכה כרבי דאחד ד"מ ואחד ד"נ נמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה מ"מ דילמא רב יהודה לשטתו דסבירא ליה במכות שם משמיה דשמואל דהלכה כר"י דבד"מ תתקיים העדות בשאר ואם כן מ"מ לא נפסל העדות שהעידו שאכלו שני חזקה מפני שהוכחשו היאך היתה אכילתו דאין זה אלא הכחשה דבדיקות לבד ואף ע"פ דתכ"ד כ"ד מ"מ אין לומר עדות שבטלה מקצתה משום דמקשינן שנים לשלשה דהא בשלשה גופא תתקיים העדות בשאר וגם בלא"ה אפשר דאין שייך שם פסול מחמת זה שהוכחש במה היתה אכילתו כיון שבזה אין נ"מ לענין הקרקע שדנין עליו וגם דלפי תי' התוספות הנ"ל דבעינן שיהא הפסול ידוע אם כן גם כאן אין הפסול ידוע ואם כן נראה מזה דכל שהעיד תכ"ד ונמצא שקרן בעדותו אף שהוא

בסוף העדות עדותו בטיילה ולפי זה בנ"ד אף אי לד"מ דמי אם העיד הכל בתכ"ד ונמצא הכחשה באיזה יום העדות בטל: וגם כי מ"ש לחלק בין הכחשה להזמה לכאורה מדברי התוספות יש להוכיח דגם בהכחשה אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' שהרי התוספות בב"ק ובב"ב הקשו אהא דקאמר רבא עדות מוכחשת הוא דהא רבא ס"ל דמכאן ולהבא הוא נפסל וכתבו דלטעמא משום חידוש ניחא ור"ל דלהך טעמא דווקא בהזמה הוא נפסל מכאן ולהב' אבל בהכחשה גם רבא מודה דנפסל למפרע והלכך אמרינן דבטלה כולה ע"ש אלמא דאף בהכחשה אמרינן הך סברא דבטלה כולה.

אך י"ל דבאמת בהא פליגי רבא ור"נ דר"נ סובר דבהכחשה לא בטלה כולה ואמרינן במאי דאיתכחוש כו' וקי"ל כר"נ דס"ל כר"ה דזו באה בפ"ע כו' ולפ"ז יש לפרש מאי דקאמר שם ורבא אמר לך ע"כ לא קאמר ר"ה אלא לעדות אחרת אבל לאותו עדות לא ר"ל דבאותו עדות עצמו אם הוכחש שפיר אמרינן דבטלה כולה אף בהכחשה דהא מספקינן דילמא הם משקרים באותו עדות עצמו לענין שני חזקה וממילא דבטלה כולה דהא תכ"ד כ"ד.

אך מדברי התוספות נראה שמפרשים בענין אחר שהרי כתבו דלטעמא משום פסידא דלקוחות א"ש לפי מאי דמחלק הש"ס בין אותו עדות כו' וכ"כ בב"ב בשם ריב"א ולפי מ"ש ז"א דהא לטעמא דפסידא אף בהכחשה מכאן ולהב' הוא נפסל ואם כן לא שייך הך טעמא דעדות שבטלה מקצתה כלל: והנה יש מקום אתי גם כן לתרץ שלא יסתרו סוגיות הש"ס דב"ק דאמרינן אי תכ"ד כ"ד כיון דאתזום אטביחה אתזום נמי אגניבה עם סוגיית הש"ס דב"ב.

דקאמר ר"נ נהי דאתכחוש באכילתה כו' משום דכבר כתבתי דהך מילתא דנימא בטלה כול' אף העדות שקודם לו טעמא בעי ואלמלא מקרא כתיב א"א לאומרו לכך נראה לענ"ד דה"ט משום דקי"ל דעד שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו אף ע"ג דבעלמא קי"ל כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כתב הר"ן בתשובה סימן דבכל ד"מ מיקרי הגדה משסיים עדותו כיון דלא בעי דרישה וחקירה כבר נגמרה עדותו מה שא"כ במידי דבעי דו"ח אין זו הגדה כל שלא נחקר עדיין לא נגמר העדות כלל ע"ש ולפי זה נראה לענ"ד דנ"מ אם נפסל העד בטרם נחקר אותו דפשיטא מילתא דכל היכא דבעי דו"ח העדות נפסל משא"כ במקום דלא בעי דו"ח הרי כבר נגמר העדות ומה איכפת לנו במה שנפסל אף שהוא תכ"ד ולפ"ז א"ש דבב"ק בדיני קנסות מיירי ובדיני קנסות קי"ל דבעי דו"ח ואם כן כיון שעדות טביחה העיד בתכ"ד מעדות וגניבה ולא דרשנוהו כמשפט על עדות הגניבה ובשעת חקירתו כבר הוא נפסל שהרי הוזם עליו ולמפרע הוא נפסל ואפשר שזהו כוונת רש"י במ"ש דנפסל אגניבה משום פסול עדות ור"ל פסול ממש שאותו עדות עצמו נפסל משום פסול עדות שאחריו קודם דו"ח משא"כ בב"ב וכן בכתובות דד"נ לד"מ דמי דלא.

בעינן דו"ח שפיר כתבו דלא אתכחיש אעדות דא"א כלל כיון דלא בעינן דו"ח ומיד שיצא מפייהם נגמרה עדותן ומה לנו בדבור שאחריו שנפסל על ידו ובכה"ג לא אמרינן דבטלה כולה: אלא דקשיא לי דהא הש"ס תלי טעמא משום דתכ"ד כ"ד. וכן אמרינן התם דכ"ע ס"ל למפרע הוא נפסל אלא הכא בתכ"ד קא מפלגי דרבנן סברי דתכ"ד לאו

כדבור דמי כו' ולפי מ"ש קשה דמה בכך דלאו כדבור דמי ס"ס הרי לא היה הפסק ביניהם בדו"ח והרי נפסל טרם דרשנו מעמו וכיון דבשעת דו"ח פסול הוא בטלה העדות וכמ"ש וע"כ צ"ל דמיירי שכבר נדרש ונחקר על עדות הגניבה קודם שהעיד על הטביחה אלא דכיון שהעיד על הטביחה תכ"ד של הדו"ח של עדות גניבה תכ"ד קרי ליה שזה גמר העדות של הגניבה וכדבור דמי.

אך דלישנא דש"ס לא משמע הכי אלא משמע שהעידו על הגניבה ועל הטביחה בב"א ולא נחקר בנתיים כלל. ולכן נלענ"ד דודאי אין לומר טעם דעדות שבטלה מקצתה לפי שהועד עם העדות הזה עדות שהועד גם כן בפסול בתכ"ד דז"א דהא אף בשעת עדות טביחה עדיין לא היו פסולים כיון שהיו יכולין לחזור בהם תכ"ד כמ"ש רש"י ותוספות גבי והלכתא שהעידו בב"א אלא טעמא דכל עדות שהועד בדבור אחד אם אינו יכול להתקיים כולו הוא מתבטל לגמרי וכעין שאמר נדר שהותר מקצתו כו' או שליחות שבטלה מקצתה כו' ואפשר דיליף לה מקרא יקום דבר דווקא היכא שכל הדבר מתקיים ולא חצי דבר בלבד והלכך כיון שבטלה עדות טביחה בטל נמי עדות גניבה ולא מטעם פסול וכמ"ש בדברי אא"ז מהרש"א רק מטעם שהוא תכ"ד עם עדות טביחה שמתבטל אבל אי תכ"ד לאו כדבור דמי אין מקום לבטל עדות גניבה מצד שלא נחקרה העדות עד שהעידו עדות טביחה שהוזמו עליה והיתה חקירת העדים בפסול ז"א דאף דנפסלו למפרע מ"מ אין פסולו מתחיל אלא לאחר כ"ד ולאחר גמר חקירות עידי טביחה שהרי עד שלא נחקרו הם יכולין לחזור ולומר מבודין היינו וא"כ כשנחקרו על הגניבה באותה שעה כשרים היו עדיין דמהני כשהעידו בב"א והוזמו משלמין נמי אטביחה אף ע"פ שהוזמו על הגניבה לא אמרינן דהם פסולים בשעת עדות טביחה משום שהיו יכולין אז לחזור מעדות גניבה שהיא תכ"ד: ולפ"ז נ"ל דע"כ לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה כו' אלא היכא שהעדות הוא על שני ענינים כגון הכא שהעידו על הגניבה ועל הטביחה ונתבטל מקצתו אמרינן דבטל כולו דיקום דבר כתיב משא"כ היכא שהעדות הוא על ענין אחד וכגון ההיא דב"ב דמסהדי דאבהתי' הוא ואכלה שני חזקה שאם אנו מקיימין העדות כלא הוכחשו עליו ופסקינן לדינא אפומייהו להחזיק הקרקע ביד ראובן אין כאן ביטול אף במקצת העדות כלל ועדות של שני חזקה כמאן דליתא כיון דתכלית הכוונה להעמיד הקרקע ביד זה והרי לא נפל דבר מדבריהם ארצה בגוף הממון שמעדינן עליו ויקום דבר קרינן ביה משא"כ בההיא דב"ק דאיהו בעי לחיובי גברא לשלומי ה' צאן על הגניבה ועל הטביחה והרי איבטול סהדותייהו על תלתא מינייהו דאיתזמו להו על הטביחה ובטל כל העדות דלא קרינן ביה יקום דבר ולפי"ז א"ש נמי דברי הר"ן בכתובות דהתם נמי כיון דמעדינן על שני ענינים על קידושין ועל גירושין בתכ"ד ואתכחשו להו בחד' שע"כ חד מינייהו משקר וכיון שהתבטל מקצת הדבר לענין גירושין אית לן למימר דבטל כולו אך לשון הר"ן משמע דעדות אחרת מדמי לה אלא דמ"מ אין לצרף א' מכל כת ע"ש: ועתה אלכה ואשובה אל עיקר הדין בנ"ד שנראה דלא מבעי' אם התחילו העדים להעיד על יום המעשה הרי קדמה הכחשה לעדות וא"כ אף אי לד"מ דמי הוי כההיא דאמרינן זה אומר אכלה אג"ה כו' דאף ע"ג דתרווייהו אחזקה קמסהדי מכל מקום כיון דאשתא דמסהיד האי לא מסהיד האי לאו כלום הוא ה"נ אף ע"ג דתרווייהו אקידושין קמסהדי לא מצטרפי: אמנם אם נאמר אפילו דבקידושין כה"ג הכחשה בחקירות מיקרי אע"פ

שהוכחו בתחילת העדות ומכ"ש אם באמת כך היה המעשה שמתחלה העידו על הקידושין ואח"כ פרטו יום המעשה והוכחו בחקירות בד"מ עדותן בטילה ואף לשיטת הראב"ן וחכמי לונל שכתבתי שלדבריהם י"ל דכל היכי דלא מכחישי אהדדי הכחשה גמורה עדותן מתקיימת מ"מ כבר כתבתי דבכה"ג דנ"ד גם אינהו אזלי ומודו דבטל העדות דזה הוי הכחשה גמורה ולא נשאר לנו רק סברת הי"א שבבעה"ת דסבירא ליה דאף במכחיש ואומר בניסן הייתי עמך מכל מקום מצטרפין כיון דתרווייהו מודו דמנה הלוהו מכל מקום בכה"ג שהעד מוכחש מדברי עצמו שאומר שהיה ביום ב' ואומר שהיה ביריד וידוע שהיריד היה ביום ה' גם הוא מודה דלאו כלום הוא וגם כי לדבריו צריך ליישב התוספתא דנסתרה בפני א' שחרית כו' משום דקידושין לד"נ דמי וכמ"ל ואם כן פשיטא דאין מצטרפין ואפי' תימא דמפרש כמ"ש הב"י וכן נראה מהרשב"א שטעם התוספתא לפי שלא נמצא בעת הקידושין כ"א ע"א מכל מקום בנ"ד נמי לא דמי לדהתם דבד"מ סבירא ליה להנך י"א דאף ע"ג שזה אומר שלא ליה בניסן מ"מ כיון דס"ס תרווייהו מודו שהלוהו מנה מחויב לשלם ולא איכפת לן בהכחשה דהיאך כיון שעכ"פ גם לדבריו מנה הלוהו וא"צ עדים רק לאמת הדבר משא"כ בזה שלדברי האומר נתקדשה ביום ה' לא נתקדשה ביום ב' כלל ואע"ג דלדבריו נתקדשה ביום ה' מ"מ אם באנו להאמין לכל עד בפ"ע ג"כ אין כאן קידושין שהרי לא היה שם רק ע"א לבד שא"א לצרף השני עמו על אותו היום שהרי הוא אומר שלא היה אז קידושין כלל: אלא שהדבר צ"ע אם אמר כל עד נתקדשה עמי ועוד היה שם אנשים דהשתא יש לדמות זה לד"מ לשיטות בעה"ת דבכה"ג מצטרפי וכן יש לפקפק לפי מאי דאיתא באה"ע סימן מ"ב בח"מ ס"ק ה' באם הוא אומר שהקידושין היו כדין כ' ומשמע היכא דאיתרע חזקת פנויה דהיינו ששניהם מודים שנתאספו יחד לקדש ואחד אומר נתקדשה בפני שנינו ואח' אומר לא נתקדשה הרי זו לא תנשא לכתחלה וכ"ז שאין א' מהם מודה לדברי העד כו' ועיין בב"ש שם ולפ"ז נראה דבנ"ד נמי דחזקת פנויה וודאי איתרע לה כיון שעכ"פ לדברי שניהם ודאי נתקדשה ועדיף ממ"ש הח"מ בנאספו לקדש דהתם זה אומר לא נתקדשה לגמרי משא"כ בנ"ד שאומר נתקדשה אלא שהוכחו בזמן ואם כן י"ל דלא עדיף מאחד אומר לא נתקדשה כלל.

אך שלענ"ד ז"א דמבואר להמעין בתה"ד מה שפלפל אם יש הכחשה בין העדים אם יש להתיר ומסיק דמותר מחמת חזקת פנויה קאי התם על מ"ש אם נאמר שאין מקום להתיר מחמת הכחשת האשה על זה כתב שאין מקום להתיר ג"כ מחמת הכחשת העד שני אם לא מחמת חזקת פנויה. אבל באמת ס"ל דודאי הכחשת האשה לחוד מועיל במקום ע"א כמבואר שם ממ"ש דהמעין בתוספ' יראה דלא מוכח ומשמע שם כלל וגם קשה לסתור ש"ס פשוט כו' ע"ש.

ודברי הח"מ דמשמע דאף בהכחשה מהני היכא דאזד' ליה חזקת פנויה צ"ע ואפשר שכוונתו מ"ש דאין אחד מהם מודה כו' אין ר"ל דמכחיש ליה דבכה"ג פשיטא דלאו כלום הוא אף באיתרע חזקת פנויה רק ר"ל שאינו מודה אבל מ"מ אינו מכחיש העד ג"כ רק שאינה יודעת אם קיבל אביה קידושין גם כן וכה"ג וכן מבואר מדברי הב"ש שם ובסימן מ"ז ס"ק ד' הביא בשם תשובות מהר"ם מפדווה סימן ל"ב שחוכך להחמיר אי הכחשת בע"ד מהני ובסימן ל"ז חזר בו ועיינתי בתשובות מהר"ם מפדווה ז"ל ובכ"א

צירף שם טעמים בסימן ל"ב צירף טעמים להחמיר ובסימן ל"ז צירף טעמים להקל והגאון בח"צ סימן קט"ו כתב ג"כ שלא חזר בו רק מחמת צירוף טעמים אחרים.

וגם י"ל דע"כ לא אמרו דע"א בהכחשת בע"ד לאו כלום הוא אלא היכא דליכא רק חד מה שא"כ בזה דלגבי הכחשת האשה הרי איכא תרי דקמכחשי לה ואומרים שודאי נתקדשה רק שמחולקים באיזה יום וא"כ הכחשת האשה כמאן דליתא ואי הוי הבעל תובע ממנה כסף הקידושין היתה מחויבת להחזיר לדעת הפוסקים דהכחשה בחקירות כשרה בד"מ אף אם נאמר דקידושין לד"נ דמיין ואינם מצטרפין לענין קידושין מ"מ הם מצטרפין לענין כסף הקידושין ואין הכחשת האשה כלום וא"כ בכה"ג י"ל דע"א אי הוי מהני בקידושין מהני גם הכא ולא איכפת לן בהכחשת בע"ד.

ובהכי א"ש דדברי רש"י שפירש ע"א בהכחשה היינו דמכחיש ליה חד סהד. ולכאורה לא היה צריך לזה דהא בהכחשת בע"ד נמי לאו כלום עיין בש"ך ב"ד ס"ק ק"ז ולפי מ"ש י"ל שכבר כתבתי שמה שזה אומר נתקדשה לראובן וזה אומר לשמעון כהכחשה בחקירות דמי דע"כ תרווייהו בא"א קמסהדי ולפי זה אף דהאשה מכחשת ואומרת דלא נתקדשה מ"מ לגבי דידה הא איכא תרי סהדי דמשקרת וא"כ אין הכחשתה כלום ולכך מפרש רש"י דמאי דקאמר מאי לאו בע"א היינו שגם האשה יש לה עד על טענה שלה וא"כ פריך שפיר דהא הוי ע"א בהכחשה שהרי איכא סהדא דמכחיש ואומר לא נתקדשה.

ויותר נלענ"ד דרש"י ס"ל דמ"ד חוששין לקידושין היינו בהכחשת בע"ד גם כן וכמ"ש בהא דרב אחדבוי אלא לאו בע"א אלמא ע"א מהימן אפילו אין האשה מודה ולפי זה היה קשה לרש"י דאיך שייך לומר ותסברא ע"א בהכחשה כו' מאי קושיא דאה"נ דלהך מ"ד אף בהכחשה מהימן כמו גבי ממון דקם לשבועה אף שבע"ד מכחישו ואין זה סוגיות הש"ס בשום מקום ולא ניחא ליה לרש"י לפרש בכוונת הש"ס דר"ל דעד אחד בהכחשה לא מהימן אף בשאר איסורין כל שכן בדבר שבועה כיון.

שסברת המקשה היה דבאמת מהימן בעד אחד בהכחשה לא שייך על זה לשון ותיסברא ולכך פירש רש"י דר"ל בהכחשת ע"א אף אי לא הוי האשה מכחשת אותו אין להאמינו מחמת חד סהדא דמכחיש ליה ולפ"ז לדעת הסמ"ג ודעימיה דסבירא ליה דחוששין אף בע"א כמ"ד חוששין לקידושין אם כן י"ל דאף בהכחשת בע"ד חוששין.

שוב מצאתי בפ"י שכתב כן בכוונת רש"י וגם כתב שם דלפ"ז י"ל דהך מאי הוי עלה קאי גם במכחישין ושמחתי שכוונתי לדעת הגדול ת"ל: וראיתי בשו"ת נ"ב סימן ס' שכ' להוכיח דהך ותסברא ע"א בהכחשה היינו הכחשת האשה דאי הכחשת העד מנ"ל דמכחיש ליה דילמא אין מעידין על שעה ידועה כו' מכל מקום הרי משכחת לה שלא מעיד בבוקר נתקדשה ע"י אביה ביומא דמשלים שית כו' לענ"ד אין זה הוכחה דכיון דכ"א טוען זו אשתי וזה עבדי א"כ למאי דמוקי שיש לכ"א עד שמעיד כדבריו א"כ הרי מעיד ע"ז שזה עבד ובודאי לא קידשה כלל ואף לפמ"ש הרשב"א והריטב"א שם דמיירי שאין להם עדים ע"ז שהוא עבד רק על הקידושין ועל החבילה מ"מ עכ"פ משמע שהעד אומר כמו שאומר אותו האיש שאומר שהוא בעל האשה והרי בעל האשה אומר בבירור זו אשתי דמשמע שאין כאן שום ספק זיקת קידושין מאחר וא"כ מסתמא גם העד מעיד

כדבריו שאם הוא מעיד קצת בענין אחר ממה שהם טוענין א"כ הו"ל לפרושי דבכה"ג מיירי.

והנה הרשב"א כתב בשם הראב"ד אהא דקאמר אי דאיכא סהדי להאי כו' דמיירי שאין מעידין על שעה ידועה ואין מכחישיין זא"ז דאיכא למימר גירש זה ונשא זה דאל"כ לא היתה צריכה גט מאחד מהם שאין כאן עדים. והרשב"א השיג עליו דבמכחישיין נמי הוי כב' אומרים נתקדשה כו'.

ובחידושי כתבתי שי"ל בכוונת הראב"ד דלכאורה יקשה אהך ברייתא דקתני צריכה שני גיטין דאמאי לא קתני אחד נותן גט ואחד כונס כדקתני במתני' דף ס"ג בא א' ואמר אני קדשתיה כו' ואם רצו א' נותן גט וא' כונס. אך אם נימא דמיירי שאין מכחישיין זא"ז באופן שי"ל גירש זה ונשא זה א"כ אסורה לשניהם אפילו אחר שגירש זה משום מחזיר גרושתו כיון דלא ידעינן איזה מהם גירש ואיזה מהם נשא אבל אי מיירי במכחישיין א"כ עכ"פ אין עדים לומר שנתקדשה בזה אחר זה וזה כוונת הראב"ד שכתב לא היתה צריכה גט מאחד מהם ר"ל שאם היה אחד מגרש היה די בזה והיתה יכולה לישא השני ואמאי קתני צריכה שני גיטין והארכת בחידושי שם והבאתי דברי הראב"ד ללמוד מזה דכל שאין מעידין על שעה ידועה אין זה הכחשה דאמרינן האחד גירש והשני נשא.

ולפ"ז גם בנ"ד אין זה הכחשה גמורה מה שזה אומר נתקדשה בב' וזה אומר בה' כיון דאיכא למימר שהיה גירושין בינתיים אלא שכבר כתבתי דז"א דע"כ לא אמרינן הכי אלא כל שהעדים אומרים שנתקדשה ושנים אומרים ראינו כו' דע"כ לומר דמגרשי בצנעה וכן י"ל בהך דהראב"ד כיון דתרי לא שכיח שיהא משקרים אמרינן דשמא גירש זה משא"כ כשאין כאן רק חד לגבי חד לית לן לתרץ דבריהם כך דאית לן למימר אם איתא דגירשה כו' וטפי יש לומר כיון דאיכא הכחשה שקורי משקר ואמנם כבר כתבתי דלשיטת בעה"ת בשם י"א אף בהכחשה גמורה מצטרפין וא"כ אף שכתבתי דבכה"ג שהוא תולה דבריו בחבירו והוא מכחישו לא דמי לד"מ ובכה"ג בקידושין אין כאן רק ע"א בלבד כיון שא"א לצרף השני על עדות הקידושין שזה מעיד שנתקדשה באותו היום ולדברי השני לא נתקדשה אז כלל מ"מ היכא שאומר נתקדשה בפני ואני ואנשים אשר היו עמי ראו את המראה ואע"פ שגם בזה יש מקום לחלק דהתם י"ל ששניהם אומרים אמת ובכל פעם הלוהו מנה ובאמת מיירי שהתובע תובע שניהם משא"כ בזה דאי קמא קושטא קאמר שנתקדשה ביום ב' בתרא משקר שע"כ לא נתקדשה ביום ה' ואפילו תימא שנתגרשה בינתיים מ"מ ע"כ לדברי סהדא בתרא פקעי זיקת קידושין דמסהיד סהדא קמא מינה וא"כ אין כאן רק ע"א ואפילו שאומר שנתקדשה בפני עדים מ"מ אין דבר שבערוה כו' מכל מקום צ"ע לדעת תה"ד שחוכך להחמיר בכה"ג והכא עכ"פ איתרע לה חזקת פנויה כמ"ש וגם הכחשתה אינה מועלת כיון שעכ"פ היא מכחשת שני עדים דקי"ל לענין ממון דמצטרפין ולא דמי לשאר הכחשת בע"ד בע"א ומכ"ש לדעת אא"ז מהר"מ פאדווה סימן ל"ב בהכחשת בע"ד ולפי דעת תה"ד צ"ל לא חזר בו בסי' ל"ז וא"ל כיון דחד מינייהו מוכחש ושקורי קא משקר א"כ שוב אין חשש גם בשביל העד השני ז"א דמבואר בסימן מ"ב אם קידש בפני שנים וא' מהם קרוב הוי כמקדש בע"א ולא נפסל השני בצירופו כמ"ש בח"מ דמיירי שלא נצטרף בשעת ראייה כו' ועיין בב"ש ואם כן כ"ש כאן

דבשעה שראה מעשה הקידושין אכתי כשר הוי רק עכשיו מחמת הכחשה פסלינן ליה וכיון דבשעת ראייה לא היה שם פסול אינו פוסל עדות השני: איברא שצ"ע מדברי התוס' שהבאתי לעיל שכ' בסנהדרין דף ל"א להקשות אליבא דב"ש דסבירא ליה בכת א' נחלקה עדותן א"כ בב' כתות נמי תפסול דהו"ל נמצא א' מהם קרוב או פסול ולדברי התוספות צ"ע כיון דקי"ל היכא דבשעת המעשה פסול לא אתי לאסוהדי כ"א לאח"ז אע"פ שהעיד אח"כ עם הכשרים ביחד לא בטלה העדות וכמ"ש הש"ך סימן ל"א ס"ק י' ובח"מ משמע בסי' מ"ב ס"ק ו' דדווקא לדעת הרא"ש דבעי תרתי הדין כן והוא כדעת מהר"ם אלשקר ובש"ך השיג עליו ע"ש ולפ"ז בב' כתי עדים המכחישים בשעת ראייה לא היה פסול כלל ובאותה שעה כשרים היו וצירוף דשעת הגדה לא מהני לבטל העדות.

גם צריך להבין לפ"ז גבי הזמה דקי"ל שאם הוזם א' בטלה כל העדות להרמב"ם אף אחר כ"ד ולהתוס' בתכ"ד וצריך טעם למה יובטל העדות אף בתכ"ד כיון דצירוף הגדה בב"ד לית לן בה ובשעת מעשה לא נצטרפו שהרי באמת הוזמו ואין אמירתן אמת כלל וכמ"ש הש"ך בשם התוס' בטעם הדבר דבעינן תכ"ד לפי שאין אמירתו אמת.

ולפ"ז קשה דאף תכ"ד לא יועיל וראיתי בחידושי הריטב"א על מכות בדף ו' ע"ב שכ' אהא דאמרינן אלא מעתה בד"נ תציל שפירש"י שתציל את הזוממין ואת הנדון שתהא בטילה העדות וע"ז כתב בשם הרמב"ן שהקשה דאפילו בעדות צרופה ליכא למימר הכין שאם נמצאת כת זוממת למה תיפסל חברתה הרי אפשר.

שאילו הן הזוממין שלא היו שם ואלו מעידין אמת ואם מפני שנמצא א' קא"פ זו אינה טענה כיון שהוזם שלא היה שם אינו מהם אלא הנכון שלא הקשו כאן אלא יהיו העדים נהרגין כו' ואח"כ כתב שהרמב"ם סובר כדברי רש"י ואפילו אחר כ"ד וכ' שכבר השיבו עליו וכו' וכן הוא בחידושי הרמב"ן גופיה למסכת מכות אלא שיש שם ט"ס וחסור לשון ע"ש הרי להדיא כמ"ש ומ"ש הריטב"א שהשיבו על הרמב"ם שלא ידעו זו מנין לו ולפענ"ד שלמד כן ממה דאיתא בסנהדרין דף ס' והשלישי אומר אף אני כמוהו סתמא כר"ע דמקיש שנים לשלשה ופירש"י דאם נמצא הג' קא"פ עדותן בטילה הלכך בדקינן להו בהדייהו דאי מתזם או מתכחש מבטלין לסהדותיהו עכ"ל.

ולדברי הריטב"א צ"ל דלכך מצרפין השלישי להעיד עמהם שמא ימצא קא"פ ויתבטל העדות ועכ"פ תיקשי על רש"י והרמב"ם וכ"כ גם התוס' במשנה דהיו שנים רואין אותו מחלון כו' דאם הוזם א' מן הכת עדותן בטילה כולה וצ"ע למה תבטל כיון שהוזם ובאמת לא היה בשעת ראייה. ומצאתי בב"ח ח"מ שהרגיש בזה וביאר הטעם דכיון שהעדים אומרים ראינו אלא שהוזמנו חשיב כאילו היה שם בשעת ראי' כיון שלפי דבריהם היה שם: ובהכי א"ש לפענ"ד מה שהקשו התוס' בסנהדרין דף ט' בסוגיא דחוששין ללעז דלפי דברי ר"ת דהסוגיא מיירי בהוכחשו עדי הבעל וחיישינן ללעז דשמא יבואו עדים אחרים ויבא לידי נפשות דא"כ למאי דמוקי דמיירי באתכחוש בבדיקות ובפלוגתא דבן זכאי דסבירא ליה הכחשה בבדיקות לא מצטרף א"כ אכתי קשה למה ס"ל לר"מ מש"ר בשלשה הא יש לחוש שמא יבואו עדים אחרים ואנן השתא ס"ל דכ"ע חוששין ללעז.

ולפי דברי הב"ח הנ"ל י"ל דבלא"ה קשה לשיטות ר"ת שכ' דמיירי דהוכחשו עדי הבעל דע"כ מפרש שהעדים עצמן הכחישו זא"ז בחקירות דאל"כ לא היה הבעל צריך ליתן ד'

סלע אף לר"ת שהרי יכול לומר העדים שלי אמת אתם וכ"כ להדי' בחידושי הר"ן דע"כ מיירי שהיו ביניהם הכחשה בחקירות.

ולפ"ז קשה לפמ"ש לעיל בשם התוס' דכיון דע"י הכחשה נחלקה עדותן הו"ל כנמצא א' מהם קא"פ א"כ קשה אליבא דרבנן דמצרכי ד'ג משום שמא יבואו עוד עדים דמה בכך אף שיבואו עוד עדים מכל מקום כיון שהעיד בעדות זה עד פסול יש לנו לפסול כל העדות ומה שתירצו שם לחלק היכא דאין הפסול ידוע לא אמרינן דעדותן בטילה לא שייך כאן דהכא שאנו חוששין שמא יבואו עדים ויעידו כדברי האחד א"כ ממילא יהא הפסול ידוע ומכ"ש דקשה להך תירוצה שכ' התוס' שם בב"ב דהך דב' כתות המכחישינן א' אומר מנה אתי כמ"ד תתקיים העדות בשאר וזה לא שייך כאן דלענין ד"נ איירינן גם מ"ש התוס' שם לתרץ דבזא"ז לא אמרינן עדותן בטילה התוס' גופייהו במכות ובסנהדרין לא כ"כ וכן מוכח סוגיא דשמעתתא לפירוש ר"ת בהך אוקמתא דמוקי כגון שנמצא א' מהם קא"פ א"כ מוכח דאי אמרינן עדותן בטילה אין לחוש שיבואו אחרים דתהא עדותן בטילה אלמא דבנמצא קא"פ אף בזה אח"ז בטילה אך י"ל דבאמת אין לפסול מחמת קא"פ כיון דאנן אמרינן דהפסול משקר וא"כ אפשר שלא היה שם כלל וע"כ לומר כדברי הב"ח גבי הזמה כיון שלדבריו היה שם ואומר ראינו אלא שהוזמו חשיב כהיה בשעת ראייה א"כ דברי הרב נכונים דזה שייך דווקא בהכחשה דכת א' אומרת מנה או הבע"ד היה עמנו או בהזמה ע"פ עדים האומרים עמנו הייתם כיון שלפי דבריהם היה שם משא"כ הסוגיא דהכא לפר"ת מיירי שהיה ביניהם הכחשה בחקירות דאיזה יום ואיזה שעה וכגון שזה אומר שהמעשה היה בחדש ניסן וזה אומר בחדש אייר אם כן שפיר חוששין ללעז שיבואו עדים אחרים כדברי האחד ואין מקום לפוסלה מחמת נמצא קא"פ כיון שהוא אומר על יום אחר א"כ אף לפי דבריו לא היה עמהם ומעולם לא נצטרף עמהם בראי' כלל.

וזה כפתור ופרח: ולפ"ז בנ"ד אין מקום לפסול העדות מטעם נמצא קא"פ דלא מבעיא להך תירוצא דכל שאין הפסול ידוע לא בטלה העדות אם כן גם בזה אף שאנו אין מצרפין השני מטעם הכחשה שביניהם מ"מ אין הפסול ידוע אלא אפילו להך תירוצה דאתי כמ"ד תתקיים העדות בשאר וא"כ אנן הא קי"ל כר"י יוסי דבטלה כולה וכן להך תירוצה בלא נפסלו משום שבאו זאח"ז ובנ"ד משמע שהעידו כאחת מכל מקום אין מקום לפסול העדות דדוקא גבי הכחשה דאחת אומרת מנה או בהזמה כיון שהפסול מעיד ג"כ על יום א' עם העד הכשר ולפי דבריהם הם אומרים היינו שם אלא שהוכחשנו או הוזמנו שפיר מחשב צירוף לפסול כל העדות משא"כ בנ"ד שהיה ביניהם הכחשה בחקירות וכ"א אומר על יום אחר אם כן אין מקום לבטל העדות מחמת קא"פ כיון שזה אומר על יום אחר א"כ אף לפי דבריו לא היה שם ולא נצטרף עמהם בראייה כלל.

וכמ"ש בדברי התוס': איברא שדברי הב"ח בזה לפע"ד הם תמוהים דמה טעם יש בדבר לבטל העדות לפי שלפי דבריהם היה שם דאטו מפיהם אנו חיים ופסול שאר העדות ע"י צירופם כיון דבאמת לא, נצטרפו עמהם כלל ולא היה שם וכן בב' כתות המכחישות נמי יש מקום לומר כיון דהנך סהדי שקרי נינהו באותו עדות עצמו א"כ אין לבטל שאר

העדות דדילמא משקרי ולא היה שם בשעת מעשה כלל ואת"ל היו שם מכל מקום באותו שעה כשרים היו ואין כאן צירוף פסול בשעת ראייה כלל.

והנלפע"ד ברור בזה דלכאורה בלא"ה צריך להבין טעמא דמלתא דבעינן נתכווין להעיד דווקא ולדעת הרבה פוסקים תרתי בעינן ראייה והגדה ולכאורה הא מלתא מנ"ל דהא כיון דמהיקיש' ילפינן דמקיש שנים לשלשה מה שנים נמצא א' מהם קא"פ עדותן בטילה אף ג' כן וא"כ הא בשנים העדות בטל אף שלא נתכוונו בשעת מעשה או לא כיון דס"ס הגדת פסול לאו כלום הוא ואין כאן רק חד ומה לי נצרף בשעת ראייה או לא.

וא"כ דכוותיה בשלשה נמי יהא פסול אף ע"פ שלא נצרף בראייה וע"כ לומר דאנן לא גמרינן אלא היכא שהוא דומיא דשנים שהם עדות אחת לעולם וא"א לחלקם לעשות כ"א עדות בפ"ע וה"ה בשלשה כשהם עדות אחת והיינו כשנצטרפו יחד בראיית המעשה משא"כ כשלא נצטרפו בראייה אז אמרינן דהעדים הכשרין הם עדות בפ"ע והפסול הוא לעצמו ולא דמי לשנים דכל חד לעצמו אין עדותו מועיל והם עדות אחת לעולם ולפ"ז י"ל דהיינו דווקא אם היה הפסול בשעת מעשה ולא כיוון להעיד וכה"ג אז זה שהכשרים כיוונו להעיד והפסולים לא כיוונו להעיד נחלקה העדות מחמת הא מילתא גופא שהיו שם ולא כיוון להעיד לאו עדות אחת הם שזה כיוון לבו וזה לא כיוון לבו משא"כ היכא שלא היה כלל לא שייך בזה לומר נחלקה העדות וא"כ לכך שפיר חשיב צירוף ע"י הגדה לחוד וכמו דבשנים אם הוזם א' מהם עדותן בטילה כמו כן בג' דאין כאן כוונה לחלק עדותן ולפ"ז בב' כתות המכחישינן שפיר קשיא להו להתוספות דהו"ל כנמצא א' קא"פ דממ"נ אם הנך שקרי לא הוי בשעת מעשה הרי נצטרפו בהגדה לחוד ואם היה שם נמי שפיר מיקרי עדות אחת אע"פ שכשרים היו מ"מ ס"ס הא לא נחלקה עדותן אז ואדרבא נצטרפו יחד וכיון שלא נתחלקה עדותן בשעת ראייה ונעשו עדות אחת ועתה בעדות שהעידו בב"ד נפסלו א"כ הרי כעדות אחת שנמצא א' קא"פ ואין זה מועיל מה שהיו כשרים ראיות העדות וזה ברור לפענ"ד.

וראיתי באורים ותומים סימן ל"ח דף פ"ד ד"ה ודע דאף לדברי הריב"ש כו' שמבואר מדבריו הטעם דבהזמה אם הוזם אחד נתבטל כולו אף ע"פ שלא היו בשעת ראייה באמת חידוש הוא והוא מתנאי ודיני הזמה וכ"כ שם ע"ב ד"ה אמנם זה כמעט כו' ונראה מדבריו שבסימן ל"ז הרחיב הדבור בזה אלא שחסר מן הספר בריש הסימן ע"ש ולענ"ד כמ"ש בזה.

ומצאתי בס' קצה"ח שעמד ג"כ בזה בדברי התוס' וכ"ג"כ הך סברא שכתבתי דלא איכפת לן במה שהיה כשר בשעת ראייה כיון שעכ"פ נצטרף עמהם ע"ש. אמנם מ"ש דאם נימא בעדים זוממין לא שייך צירוף ראייה.

מי יתננו לדעת לפרש המשנה היה שנים רואין מחלון כו'. ולק"מ דודאי שיחשבו עדות א' להזמה ולא יהרג עד שיוזמו כולם או כשאין מקצתן רואין שהם שני עדות שפיר אזלינן בתר אמירתן וגבי דידהו גופייהו שהרי ע"פ דבורם שהעידו שקר אנו דנין אותם משא"כ לפסול עדות אחרים עפ"י עדותן וצירופן של הניזומין כיון דבאמת לא היה שם כלל איך נאמר שיצטרפו ע"י אילו המעידים בשקר שהמה ראו עמהם והי נינהו מילי דכדיבי וכבר כתבתי דבאמת דעת הרמב"ן והריטב"א לומר דבהזם א' לא בטלה כל

העדות וטעם הרמב"ם והתוספות דס"ל דבטלה צ"ל כמ"ש דבהזמה כיון שלא היה שם כלל א"כ אין כאן הוראה על חילוק העדות שפיר מצטרפין ע"י הגדה לבד.

וגם מ"ש בקצה"ח שם דלדעת הרי"ף דבעי שיכיר הכשר בפיסולו א"כ כיון שהיה כשר בשעת ראיה לא מיבטל דהא לא הכירו בפיסולו דכשר היה ולפמ"ש ליתא להאי כלל' דהא דס"ל לרי"ף שאם לא הכיר הכשר בפסול לא מצטרף להרי"ף היינו מטעמא דאנן סהדי שאילו היה יודע בפסולו לא היה מצטרף עמו וזה דוקא אם היה פסול משא"כ אם היה כשר אז הרי שפיר נצטרפה העדות ונעשית אחת ואין סבר' לומר שאם היה יודע שסופו לפסול לא היה מצטרף כולי האי לא אמרינן כיון דעכשיו מיהא כשר הוי ולא קרינן ביה אל תשת ידך כו' וכיון שהוא עדות אחת בטל הכל דומיא דשנים דאף אם היה כשר בשעת ראיה ונצטרפו מ"מ משנפסל בשעת הגדה אין כאן רק ע"א ולא כלום הוא: ומעתה בנ"ד יש מקום לומר דבטל כל העדות אע"פ שכ"א מעיד על יום אחר ולפי דבריו לא היה שם מ"מ כיון שלא היה שם לא שייך לומר דנחלקה העדות מחמת חסרון הכוונה בשעת הראיה וא"כ שפיר חשוב צירוף ע"י הגדה בב"ד ומה בכך שהיה כשר בשעת ראיה מכל מקום אמרינן ממ"נ אם היה שם הרי נצטרף בשעת ראיה ואם לא היה שם אם כן לא נחלקה העדות ושפיר מצטרף ע"י ההגדה בב"ד ונתבטל כל העדות.

אך לפי דעת התוס' דס"ל דכל שאין הפסול ידוע אין לבטל כל העדות וא"כ בזה שאין הפסול ידוע לא בטלה כל העדות (רק אם נאמר דנתבטל מחמת גניבה וחרם שהועד על א' מהם א"ש דגם בזה בטל גם השני כיון שהפסול ידוע) אמנם התוספות בב"ב השמיטו תירוץ זה ונראה לכאורה מדבריהם דס"ל שאין תירוץ זה עיקר לפסק הלכה וגם כן נראה מדברי הפוסקים שסתמו וכתבו דכל שנמצא א' מהם קרוב או פסול העדות בטל ולא ביארו דבעינן דוקא שיהא הפסול ידוע משמע דלא ס"ל כהך תירוץ וכו"נ מדברי הסמ"ע ס"ק ב' סימן ל"א שכ' בב' כתי עדים המכחישות זא"ז שבא ע"א מכת זו וע"א מכת זו והעידו בעדות אחרת אין כאן עדות שהרי בודאי א' מהן העיד שקר וע"ז כ' הסמ"ע ס"ק ב' ואף ע"ג דאית בהו חד דכשר א"צ לישבע נגדו ש"ד וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאו ב"י וד"מ סימן ל"ו כו' וכוונתו למ"ש שם בשם הרשב"א דבדין נמצא קא"פ בטל לגמרי דכל שבאו להעיד ונצטרפו מדעת נפסלה ונתבטלה אותה עדות לגמרי ע"ש ולכאורה מאי ראיה מייתי מהתם דשם הקא"פ ידוע משא"כ בזה שאינו ידוע ולא נתבטלה כל העדות וא"כ י"ל דבכה"ג דמסהיד חד מכת זו וחד מכת זו שעכ"פ איכא חד דכשר ואין הפסול ידוע שפיר מחייבו שבועה אע"כ דלא ס"ל לחלק בין פסול ידוע או לא ובכל גווני ס"ל דבטל כל העדות: אמנם ראיתי באגודה בסנהדרין דמייתי תירוץ התוספות בזה וגם בפסקי התוספות דסנהדרין הזכיר תירוץ זה וחזינא להפוסקים שמביאין ראיה מפסקי התוספות לפסק הלכה ובאמת התוספות שם כתבו עוד לחלק בין באו בבת א' לבאו בזא"ז והוזכר ג"כ בפסקי התוספות שם וכבר כתבתי שזה סותר למ"ש התוספות במכות ובסנהדרין דף ט' דלענין נמצא קא"פ אף לאחר כ"ד עדותן בטילה והכי מוכח' סוגיא דשמעתא התם דתו לא חיישינן שמא יבואו אח"כ עדים אחרים שג"כ יופסלו מחמת הקא"פ אלמא דאף אחר כ"ד העדות בטל ולכן נלע"ד דס"ל להתוס' דלענין פסול דחשדינן ליה במשקר לעד זומם דמי דבעי דווקא תכ"ד מטעם דאין אמירתן שאומרים שראו אמת וה"נ בהכחשה כיון דהאי משקר אמרינן אימור לא היה שם ולא

נצטרף מעולם ולכך אין לבטל העדות כ"א בהעידו תכ"ד וע"כ לא כ' התוס' בנמצא קא"פ עדותן בטלה אף לאחר כ"ד אלא היכא שהדבר ידוע שהיה הפסול שם בשעת ראייה המעשה ונעשה עדות אחת עם הכשרים שוב אין חילוק בין העידו תכ"ד או לאחר כ"ד וגם בהוא דסנהדרין דמוקי כגון שנמצא קא"פ י"ל דמיירי בכה"ג שהכשרים מודים בדבר שהיה הפסול עמהם דלא חשדינן להנך כשרים במשקרים בזה שאומרים שהפסול היה עמהם: ועפ"ז יש ליתן תבלין למ"ש התוספות דהיכא דהפסול ידוע לא אמרינן דעדותן בטלה ולכאורה אין טעם לדבר וגם קשה דהא מקשינן שנים לשלשה וגבי שנים קי"ל דפסול אף היכא שאין הפסול ידוע לנו ולפמ"ש י"ל בטעמא דמלתא דכיון דבעינן שיהא עדות אחת ע"י צירוף דאל"כ לא דמי לשנים והצירוף הוא ע"י ראיית המעשה ביחד או ע"י הגדה בב"ד שכיון שהב"ד קבלו עדות הכשרים והפסולים ג"כ ולא הפרישו הפסולים מכלל הכשרים בזה נצטרפו ונעשו אחד ולפ"ז שפיר כתבו התוספות גבי ב' כתות שכת א' אומרת מנה כו' דבראיית המעשה לא נצטרפו דאמרינן שאין אמירתן אמת ולא נמצאו שם כלל גם ע"י הגדה בב"ד אין כאן צירוף כיון שאין אתנו יודע מי הם הפסולים ומי הם הכשרים לא סמ"י בידן לברורי להבדיל את הפסולים מתוך עדת הכשרים אין זה צירוף ולפיכך הם שתי עדות ולא נתבטל עדות הכשרים כלל.

ומכ"ש דא"ש לדעת הרא"ש ודעימי' דתרת"י בעינן ראייה והגדה א"כ אפילו תימא שגם אותן המכחישינן היו שם מ"מ אין זה צירוף ע"י הגדה בב"ד כיון שאין הפסול ידוע ומעתה א"ש במה שהשמיטו הפוסקים בדין נמצא א' מהם קא"פ ולא הזכירו חילוק התוס' בין פסול ידוע וגם אין סתירה לדברי הסמ"ע שהוכחתי מדבריו שכ' שא' מכת זו וא' מכת זו העדות בטל לגמרי אף לשבועה אלמא דסבירא ליה דאין לחלק בין פסול ידוע ולפמ"ש א"ש דבשלמא בב' כתות המכחישות כיון שע"כ לומר דחד מינייהו משקרי נינהו א"כ אמרינן שלא היו בשעת מעשה כלל וצירוף הגדה ג"כ אין כאן כמ"ש משא"כ היכא שאין כאן הכחשה על אותו העדות עצמו רק שהם מוכחשים מחמת ענין אחר ונפסלו מכבר ועתה באים להעיד עדות אחר שפיר אמרינן דגם הפסול היה בשעת מעשה וא"כ יש בכאן צירוף מחמת ראיית המעשה ובטלה העדות ואף לשיטת הרא"ש דסבירא ליה דגם הגדה בב"ד יחד בעינן י"ל דבזה שהיה צירוף בשעת ראיית המעשה וגם הגידו יחד בב"ד גם הרא"ש מודה דבטל אע"פ שאין הפסול ידוע דבשלמא בעלמא אמרינן אע"פ שנצטרפו בראיה מ"מ בזה שלא הגידו יחד נתחלקה העדות משא"כ כאן דבאמת הגידו יחד רק דמחמת זה לבד לא מצטרפי כמ"ש כיון שאין הפסול ידוע לא היה אפשר להפריש הכשרים בפ"ע אבל מ"מ חילוק העדות אין כאן ושפיר מועיל הצירוף הראי' לכ"ע: ולפ"ז בנ"ד כיון שעכ"פ לא היה שם צירוף דראי' שהרי כ"א אומר על יום אחר אם כן אפילו תימא דחילוק העדות אין כאן אע"פ שלא היה שם דחילוק העדות לא מיקרי אלא אם היה שם ולא נתכווין להעיד משא"כ כשלא היה שם כלל וכמו גבי הזמה דבטל כל העדות מה"ט וכמש"ל מכל מקום זה דוקא היכא שנצטרפו אח"כ ע"י ההגדה בב"ד משא"כ בזה שלא נצטרפו בראי' גם בשעת הגדה בב"ד אין כאן צירוף כיון שאין הפסול ידוע אם כן אף ע"פ שאין כאן חילוק העדות מ"מ גם צירוף אין כאן ולא נתבטל כל העדות אם כן נשאר עד אחד ויש מקום חשש לדעת אא"ז מהר"מ מפדווה שחושש להפוסקים דע"א בקדושין חוששין לו: אמנם צ"ע דהא בהזמה לדעת הרמב"ם ותוס'

בטלה כל העדות והרי לא היה שם צירוף דראי' כלל כיון שהוזמו גם מחמת הגדה יחד בב"ד אין לצרפם כיון שאז לא היה פסולם ידוע לא היה מקום להבדילם עד שהוזמו.

אך י"ל דהזמה שאני כיון דבשעה שהעידו לא היה עליהם חשש פסול שפיר נצטרפו עם הכשרים ע"י הגדה בב"ד יחד אע"פ שלא היה אז פסולם ידוע כיון דסוף סוף נתקבל עדותן יחד בב"ד הוי צירוף משא"כ בזה שבשעת הגדה בב"ד ג"כ ידוע שיש כאן פסול אלא שאין אתנו נביא ולא יודע עד מה אם דבר אמת בפיו וחבירו משקר או להיפוך ובעל כרחם הבית דין מקבלין עדות שניהם ומכל מקום דעתיהו דבית דין אעדות דכשרים לבד ולא אפסולים והוי כאלו הפרישו הפסולים ואין זה צירוף: ומצאתי בס' טורי אבן להגאון בעל שאגת ארי' ז"ל במסכת ר"ה שהקשה שם גבי א' אומר גבוה ב' מרדעת כו' דאמאי מצרפין לעדות אחרת הא הו"ל נמצא א' מהם קא"פ כקושית התוספות בסנהדרין ומה שתירצו דאתי' כמ"ד תתקיים העדות בשאר ל"ש התם וגם הך תירוצה דאין הפסול ידוע נמי לא שייך כאן כיון דאיכא אחרינא בהדיה האי ממילא נודע לנו דהאיך פסול וכ' דצ"ל כיון דבשעת הגדה לא נודע מי הוא הפסול אע"פ שנודע אח"כ לית לן בה אלא שכ' שתי' התוס' לא מחוור כיון דמקשינן ב' לג' ובב' אף בלא נודע עידותן בטל עכ"ל בקצרה והנה מ"ש בפשיטות דאם בשעת הגדה לא נודע הפסול אע"פ שנודע אח"כ לית לן בה צ"ע כמ"ש דמ"ש מהזמה דג"כ בשעת הגדה לא נודע הפסול ואפ"ה בטל העדות כיון שנודע אח"כ אם לא שנחלק כמ"ש דבהזמה שאינו ידוע לב"ד כלל שיש פסול שפיר מצטרף ע"י הגדה ומ"ש על תירוץ התוס' דלא מחוור כ"כ טעם לשבח דבכה"ג לא מקשינן ב' לג'.

אלא שצ"ע דהא קה"ח נצטרף הפסול עמהם ודוחק לומר דמיירי שאילו הכשרים אומרים שזה לא ראה עמהם. אמנם נלענ"ד דגבי קה"ח אין ראיית הפסולים פוסל כלל דאי לא תימא הכי תיקשי לשיטת גדולי הפוסקים דבראיה בלבד מצטרפים אף בלא הגדה בב"ד א"כ בעדות החודש נצטרך לקבל עדות מפי כשרים אשר הוצבו לבדנה מבלי היות שם ערוב נשים ועמי הארץ הפסולים לעדות זו ולפעמים יעשו הצדוקים כוונים להעציב הפרושים ולפסול העדות ע"י צירופם.

וגם קשה הא דאמרינן בר"ה דף כ"ב מעשה בטוביה הרופא שראה את החודש הוא ועבדו ובנו כו' כשבאו לפני ב"ד קיבלו אותו ואת עבדו ופסלו את בנו וקשה דאפילו אותו ואת עבדו היו להם לפסול שהרי נצטרפו יחד ובאו להעיד ולשיטת הפוסקים דס"ל דתרתיה בעינן ראייה והגדה א"ש דפסלו את בנו שלא יעיד עמהם ולא נצטרף אבל לשיטת ש"פ קשה ודוחק לומר דמיירי שלא ראו כאחת עמו וגם א"ל דבנו אתי למחזי ולא כיוון להעיד דהא ר' יוסי הוא דקאמר לה ולר' יוסי אין חילוק בין נתכווין להעיד או לא כדאיתא במכות ולכן נלע"ד דע"כ ל"א דע"י ראייה מצטרפין לר' יוסי אלא בענין שהוא בא ע"י מעשה אז כיון שגם הפסולים ראו עמהם ונעשו עדו' אחת וקרין ביה יקום דבר במקיימי דבר הכתוב מדבר משא"כ בקה"ח שהוא נר' בעליל לארץ וכ"ע חזו ורחמנא אמר דבעי קידוש בפה וכדתנן ראוהו ב"ד כו' ואין הענין תלוי בראי' המעשה רק בקבלת העדות דווקא לא איכפת לן במה שנצטרפו הפסולים עם הכשרים בראיה כלל כנלע"ד.

ואיך שיהיה בההוא דקה"ח מיירי שלא היה צירוף בראיה הלכך בהגדה זו שהגיד הפסול עמו בב"ד לא נצטרפו. ועפ"ז יש מקום להמתיק יותר הך סברא דהיכא שבשעת מעשה לא נודע הפסול אף ע"פ שנודע אח"כ לית לן בה ולכאורה תיקשי מאין הרגלים לומר כן דהא סברת התוס' גופא דבלא נודע הפסול אין עדותו בטילה חידוש הוא ואנן ניקום ונימא דאף אם נודע אח"כ גם כן לא בטל ולפמ"ש בטעמא דמילתא א"ש דכיון דבשעת העדות לא נודע מי הוא הפסול אין מצטרפין ע"י קבלת הב"ד שקיבלו עדות שניהם דכיון שלא נודע אז א"כ הי מינייהו מפקית וע"כ הוצרכנו לקבל עדות שניהם ואח"כ כשנודע לנו שפסול הוא נפרדו איש מעל אחיו כיון שלא נצטרפו לא ע"י ראייה ולא ע"י הגדה ואין זה דומה להזמה שלא היה ידוע תחילה בשעת עדותן שיש כאן פסול שפיר נצטרפו ע"י הגדתן בב"ד משא"כ כאן דגם בשעת העדות הכחישו זא"ז והיה ידוע לב"ד שיש כאן פסול וכיון שיש כאן ידיעה בתחלה דעתייהו דב"ד רק על העדות הכשר בלבד ושפיר מצטרפין הכשר עם עוד אחר וכמש"ל ואע"פ שבסוף נודע לנו מי הוא הפסול לית לן בה כיון דלא נצטרפו כלל: ולכאורה היה אפשר ליישב מה שהקשיתי לעיל מהא דאמרינן בר"ה מעשה בטוביה הרופא כו' דהא הו"ל נמצא א' מהם קא"פ וא"ל דלא נתכווין להעיד דהא לר"י אין חילוק בדבר והיה אפשר לומר עפמ"ש בחידושי ליישב קושית התוס' בסנהדרין ובב"ב שהקשו על הרשב"ם דאי אליבא דר' יוסי בראיה בעלמא הוי עד איך פריך בפשיטות בר"ה.

לא תהא שמיעה גדולה מראיה כו' ע"ש וע"ז כתבתי די"ל דהרשב"ם ס"ל דאפילו לר' יוסי דווקא כשהי' מתכווין לראות המעשה עכ"פ אע"פ שלא נתכווין להעיד משא"כ היכא שלא נתכווין לראות המעשה כלל רק ממילא מחמת שהיה נראה בעליל לארץ ראוהו בלכתם בשוק ולא נתכוונו אפילו לראות בכה"ג אפילו ר' יוסי מודה דאין מצטרפין והא דאמרינן בר"ה דף כ"ד ראינוהו מאלינו כו' אין מעידין עליו דאימר כוביתא בעלמא הוא דחזו אלמא דבכה"ג אין מעידין כלל יש לחלק דשאני התם שאחר שחזרו שנים לראותו היטב כדי להעיד שוב לא ראוהו אבל היכא שנראה בעליל מאליו רק שלא נתכווין עליו אף ע"פ שלא נתכווין אפילו לראות שפיר מעיד עליו רק דבכה"ג אין מצטרף עם מי שכיוון להעיד אף לר' יוסי ולפי זה יש לומר דגם בעובדא הנ"ל בנו של טוביה לא כיוון אף לראות ולפיכך לא פסלו אותו ואת עבדו: אמנם בחידושי שם חזרתי והקשיתי ע"ז דא"כ מאי פריך הרוג יציל הא ההרוג לא כיון אפילו לראות רק ראייה דממילא הוא וכיוצא בזה הקשה באו"ת סימן נ"ו על דברי הרשב"א בתוס' דסנהדרין דס"ל דר' יוסי לעולם התראה בעי א"כ מאי פריך הרוג יציל וכתבתי ליישב ע"ד הפלפול דאיתא במכות דף ז' ר"ט ור"ע אומרים אלו היינו בסנהדרין לא היה נהרג אדם.

וע"ש בתוס' שהחשש הוא שמא זה שעובר עבירה הוא טריפה וה"ל עדות שאילה"ז. אך דמ"מ אכתי משכחת לה דנהרג כדאיתא בסנהדרין דטרפה שהרג בפני ב"ד חייב ועפ"ז פירשו המפורשים שם דברי התוס' שהם מגומגמין שם לכאורה ע"ש.

אך דהכא לר' יוסי קיימינן ואיהו ס"ל דבראיה בעלמא נעשו עדים ואין נעשין דיינים, א"כ בטריפה שהרג בפני ב"ד ג"כ פטור דה"ל עדות שאילה"ז. אך לפמ"ש אכתי איכא

לאשכוחי כגון שהב"ד לא כיוונו כלל אף לראות המעשה רק שממילא הרג זה בפניהם ובכה"ג אין נעשים עדים רק דיינים.

והשתא א"ש הא דפריך הרוג יציל וא"ל דלא מצטרף ז"א דהא הש"ך סי' ל"ו ס"ק ג' כתב דאם הכשרים ג"כ לא כיון להעיד רק לראות שוב הפסולים פוסלים הכשרים אע"פ שלא כווננו להעיד ע"ש. ולפ"ז כיון דהכא ע"כ בהרג לפני ב"ד מיירי וגם לא כווננו אף לראות דאל"כ הרי הם עדים וה"ל שאילה"ז וא"כ כיון שכולם לא כווננו אפי' לראות שפיר ההרוג מצטרף.

ועד"ז יתיישב ג"כ קושית האו"ת בזה והארכת עוד בחידושי שם והבאתי ג"כ דברי התוס' ישינים בכריתות דף י"ב ד"ה לא נתכוונתי שלכאורה היא תמוה ואין כאן מקום לקבל ארוך ועכ"פ יצא לנו מפלפול הלז דלפום הך סברא דאם לא כיוון אף לראות אין מצטרף אף לר' יוסי צ"ל כסברת הש"ך הנ"ל ולפ"ז אין מקום לומר בעובדא דטוביה דמיירי שבנו לא כיוון לראות שהרי מתחלה באין לפני הכהנים וקבלו אותו ואת בנו ופסלו את עבדו ולפ"ז עכצ"ל דמיירי שהעבד לא כיוון לראות דא"כ הו"ל לפסול כל העדות כולה וא"כ ע"כ כשפסלו הב"ד את בנו אפילו תימא שבנו ג"כ לא כיוון לראות מ"מ שוב מצטרף העבד עמו כיון דתרווייהו לא כיוונו וכסבר הש"ך אלא מחוורת' כדכתיבנא שאין צירוף ראיה פוסל בקה"ח כלל או דמיירי שלא היה יחד בשעת ראיה וכמש"ל: ומעתה בההוא דנ"ד הרי אין הפסול ידוע ודא' בטלה כל העדות איברא שלענ"ד לחלק בסברא זו דאין פסול ידוע שע"כ לא אמרינן דבכה"ג אין עדותן בטילה אלא בב' כתות כיון שיש לפנינו כת א' שכשירה אמרינן דדעתיהו דב"ד רק אל הכשרים ואין הפסולים מצטרפין עמהם אע"פ שהיתה הגדתם בב"ד כאחד משא"כ היכא שאין כאן רק שנים ואחד מהם פסול אין לנו לומר שנחלקה עדותן כיון דעיקר סהדותא בתרי שפיר הם מצטרפין כיון שאין העדות נגמרת בא' ואף למ"ד המקדש בע"א חוששין לקדושין מ"מ לא קאמר אלא חוששין והיינו כמו דבעלמא גבי ממון ע"א מחייב שבועה כמו כן גבי קידושין חוששין לקדושין אבל מ"מ שתהא עדות גמורה לעשותה כע"א לכל דבריו אינו אלא בשנים והלכך בתרי לחוד שפיר הוי צירוף עדות וכיון שאחד מהם פסול שהרי הכחישו זא"ז בטלה העדות ומכ"ש אם באנו לחוש למ"ש לעיל אליבא דתה"ד היכא שמעיד שנתקדשה עמו בפני אחרים דמדינא אית לן לאוקמי אחזקת פנויה וכמ"ש התה"ד רק דהכא אית לן למימר דאיתרע חזקת פנויה כיון שעכ"פ יש כאן עוד ע"א שאומר נתקדשה א"כ צריכין אנו לצירוף שני העדים גם יחד וכיון שאחד מהם פסול העדות בטל: איברא שצ"ע מסוגיא דר"ה דבתרי מיירי התם ואפ"ה קאמר דמצרפין לעדות אחרת ולא מבטלינן סהדותא מטעם דנמצא א' מהם פסול וע"כ כמש"ל בשם הטורי אבן דלהך תירוץ צ"ל דגם בזה כיון שאין הפסול ידוע לית לן בה אלמא דאף בכה"ג איתא להך חילוקא דאין פסול ידוע אע"ג דבשעה שהכחישו לא הי' שם רק שנים וסהדותא דחד בלא חברי' לאו כלום אפ"ה לא מיחשב צירוף אמנם לענ"ד היה אפשר לומר דע"כ לא הקשו התוס' דגבי כת א' אומרת מנה תבטל העדות משום דנמצא פסול כיון דבשעה שהעיד זה אלא משום שיש הכחשה בגופה של עדות משא"כ היכא דבגופה של עדות אין כאן הכחשה כגון בההוא דקה"ח רק שאח"כ הוכחשו בחקירות ל"ש לומר שנמצא פסול כיון דבשעה שהעיד זה עדיין לא היה פסול רק דרחמנא אמר שתבטל עדותו

מחמת הכחשת חקירות וא"כ מההוא שעת' דאתחיל פסול דידיה והלכך כי קאתי אחרינא ומצטרף עם הכשר ש"ד.

ובהכי א"ש נמי להך תירוצא דהתוס' בסנהדרין דאתי כמ"ד תתקיים העדות בשאר או דמיירי בזא"ז קשה בסוגיא דשנים אומרים מת דאוקמי הר"ן וכ"כ בש"מ בשם התוס' דמיירי באחד אומר קרוב לו כו' ולפ"ז קשה דל"ל לאוקמי בע"א דשפיר מצי לאוקמי בב' עדים ולא איתחזקה א"א כ"א אפומייהו והשתא בב' אומרים נתגרשה דלא הוי עדות מוכחשת דמיירי בקרוב לו כו' דעבידי דטעי א"כ שפיר הוחזקה א"א אפומייהו וכיון דאיכא עכ"פ תרי דאמרי קרוב לו היה ולא נתגרשה לא מהימנא איהי לומר גרושה אני משא"כ בשנים אומרים מת כיון דע"כ עדות מוכחשת הוא זו אף להחזיקה בחזקת א"א לא מהימני דה"ל כנמצא קא"פ דקי"ל דאף בד"מ עדותן בטילה וא"כ שפיר מהימנא לומר מת בעלי ודוחק לומר דכיון דגבי נתגרשה מיירי בגוונא דעבידא דטעי גם לענין מיתה בכה"ג מיירי היכא דאיכא למיתלי בטעות ואין כאן פסול כמו גירושין.

אך לפמ"ש א"ש שהרי כבר ביארתי לעיל דהא דאמרינן בב"ק כיון דאיתזמו להו אתזמי להו אנגיבה ר"ל כמ"ש אא"ז מהרש"א ז"ל דבאמת לא נפסלו על עדות גניבה כלל רק דממילא בטל העדות גניבה כיון שהעידו תכ"ד דעדות שבטלה מקצתה כו'. ולפ"ז גם בזה א"א לבטל העדות שמעידין עליו שא"א היא רק מחמת שהוכחשו אח"כ בענין הגירושין וה"ל עדות שבטלה מקצתה אבל מ"מ אין מקום לומר שיעשה פסול למפרע וא"כ באותו שעה שהעידו עליה בא"א עדיין לא היה פסולים שם כל ושפיר מועיל העדות של כת האחת שעכ"פ א"א היא כיון שעכ"פ יש כאן כשרים שהוא א"א ולא חל שם פסול עליהם עד שהוכחשו בעדות המיתה ואין לפסול מחמת זה העדות שהעידו בראשונה מטעם נמצא פסול וזה ברור.

ולפ"ז גם בעדות קה"ח נמי אין חל שם פסול מחמת הכחשה שהוכחש אח"כ בחקירות כיון שלא היה פסול בשעת הגדה: ולפ"ז בנ"ד נמי תליא מלתא שאם העידו בתחלה בסתם על הקדושין ואח"כ הכחישו זא"ז בחקירות אפילו תימא דהכחשה בחקירות מבטל העדות בד"מ מ"מ עכ"פ נשאר ע"א בקדושין אם באנו לחוש למר"מ פדוואה היה קצת מקום לחוש בזה ומ"מ נלע"ד דודאי אי הכחשה בחקירות מבטל העדות בד"מ אין לחוש אף למ"ד בע"א חוששין לקדושין שהרי כתבתי טעמא דהך חששא בלחוד כמו בד"מ דע"א מחייב שבועה והרי בהכחשה דחקירות כ' הסמ"ע בסי' ל' ס"ק ט' דאפילו שבועה א"צ ואע"ג דבס"ק כ"ה כתב דהיינו דווקא בהכחשה דלא כי וכיוצא כבר כתבתי לעיל דהכא בנ"ד כהכחשה דלא כי דמיא שא"א לומר שנתקדשה ב' פעמים ואע"ג שבאו"ת השיג עליו מדברי חכמי לונל שהביא הבעה"ת כ"כ דלענ"ד ברור דחכמי לונל שם מיירי שהשני מכחיש הראשון בלא כי אבל מ"מ הראשון לא הכחיש השני הלכך השני זוקק לשבועה משא"כ היכא דתרווייהו מכחישין זא"ז שלדברי האומר נתקדשה בב' לא נתקדשה בה' וכן להיפוך הלכך בד"מ כה"ג אין מקום לשבועה וה"נ בכה"ג אין כאן חשש קידושין ולפ"ז גם לסברת היש מי שאומר שמביא בעה"ת דמצטרפי אף בלא כי אין לנו לחוש כאן דכ"כ דגם לדידיה עכ"פ בנ"ד אין כאן שני עדים על הקדושין וא"כ לית לן למינקט חומרא לחוש לדעת היש מי שאומר שבבעה"ת וגם לדברי מי שחושש

בקדושין בע"א בהכחשה דתרווייהו הם סברת יחיד והגאון ח"צ כתב שגם מהר"מ מפדאווה גופיה בסי' ל"ז בצירוף טעמים לא חשש לסברת החושש לקדושין בע"א.

והנה מ"ש לתרין גבי קה"ח דהכחשה בחקירות שאח"כ אינו מבטל כל העדות מחמת נמצא פסול צ"ע דהא מקשינן שלשה לשנים דמה שנים עדותן בטל כשהוכחו בחקירות אף שלשה כן וכמ"ש הרמב"ם כן לענין ד"נ דבטל גם בשלשה כשהוכחו בחקירות ומצאתי באו סי' למ"ד סק"ג שהביא דברי הב"י בתשו' בענין אם היה ג' והוכחו אחד בחקירות דבטל שכתב דקה"ח שאני דלא בעי דו"ח כלל ע"ש לענ"ד היה מקום לומר דגם קה"ח אין צירוף קא"פ פוסל כלל לפמ"ל דבראיה ל"ש צירוף כיון דהוא מידי דממילא קחזי לה או דמיירי שלא נצטרפו יחד בראיה אין מקום לפסול רק מחמת שנצטרפו בהגדה יחד בב"ד וזה לא אמרינן גבי קה"ח לפמ"ש רש"י בד"ה דף ח' אהא דפריך לא תהא שמיעה גדולה מראיה.

ופרש"י דגבי עדות קה"ח לא כתיב עדות אלא כזה ראה וקדש ע"ש ובתוס' ולפ"ז י"ל דלא דמי לד"נ דבעינן עדות וכל שנצטרף קא"פ עדותן בטלה משא"כ בזה דלא כתיב עדות אלא רק כזה ראה כו' ולא מקשינן בין ג' לשנים כלל. ובהכי א"ש גם בההוא דנזיר דקאמר לא נחלקו כו' ע"ש שהקשה בטורי אבן דנימא כיון דאיכא פסול עדותן בטילה ודווקא בד"מ תתקיים העדות בשאר ולפמ"ש א"ש דבנזיר אין ענינו לעדות כלל דנימא ביה מקיש ב' לג' וראיה לחוד מהני אף דלא מהני בעלמא ואין ההגדה בקה"ח באה רק כדי שישמעו ב"ד ויאמר מקודש הלכך אין פסול פוסל כלל כשנצטרף בהגדה ומכ"ש אם נמצא א' מהג' שהוכחו בחקירות.:

וראיתי להב"ש שכתב סברא כיוצא בזה לענין קידושין ע"ש בסימן מ"ב סק"ח שכתב דלשיטת הרא"ש דס"ל דבעינן ראיה והגדה אם נמצא פסול שנתכווין לשם עדות והעיד עם הכשרים אע"ג דהב"ד אין יכולין לפסוק ע"פ עדותן מ"מ בעת הקדושין לא נתבטל עדותן עדיין א"כ היה הקדושין קדושין כשרים ולפי שהארכתי בענין זה בכמה תשובות אני מקצר ועולה בהסכמה עם כבוד נד"ז הגאון הנ"ל: דברי זעירא הק' אפרים שאלה נה פרצודא דתותי קלא כו' כש"ת מוהר"ר ישראל זלמן נ"י הנה דברך בזה שבאו בארוכה לבנות ולסתור ולעקור ולנטוע לרחק ולקרוב המרוחקים בזרוע וכבד עלי הדבר לגמור את כולה.

ולארוב אצל כל פנה. רק יצאתי להשכילך בינה אשר השקפתי שנים ושלושה גרגרים מידי עברי בין בתרי דברך.

למען תדע כי יקרו בעיני אמריך. אף כי טרידנא טובא בענינים אחרים אמרת ישוב אשוב אליך הא דמנינא לאהדורי ע"י הדחק ועדיך יבא.

ע"י ב"א העילום מכאן בשבוע הבא: פתח דברך יאירו לפלפל בדברי הגאון מופת הדור מחו' בנ"ב ז"ל לענין אי בעינן בד"מ עדות שאילה"ז וקא מהדרת אפירכא ונפלאתי עליך דשבקית פתחא רבה שהרי דברי הגאון ז"ל כל רואיהם יכירם שהם תמוהים מצד עצמם לפום מאי דסבר התם דבד"מ א"י בחקירות כשר אף מדאורייתא א"כ מה האי דתקון

רבנן דלא בעי דו"ח משום נ"ד שהרי להכחשה לא יחוש המלוה ולא"י פשיטא שאין לו לחוש כיון דבאמת כשר והיה להם להעמיד דיניהם על ד"ת שהרי אין כאן נ"ד כלל.

וראיתי בדבריך שכתבת שהיה להם לחכמים לתקן דא"י כשר והיה להם להניח דו"ח אדוכתי כו' ומשום הא לא איריא שאפשר לומר דקי"ל לחז"ל דהא דאצריך רחמנא דו"ח לא מטעם הכחשה שבאמת אין לנו לחוש לזה שהרי אף במקום שמכחישין אם יש לתרץ דבריהם שלא יהיה כמוכחשין מתרצינן להו רק דרחמנא אצריך דו"ח מטעם דשמא אינם יודעים ולפי"ז אחרי שבע"כ אנו צריכין לחלק דא"י בחקירות יוכשר ממילא דלא בעי דו"ח כלל שאנו מכשירין העדים בסתם ואמרינן מסתמא לא יפול הכחשה ביניהם והרוצה לשקר יאמר א"י והא דצריך בדיקות אע"ג דבבדיקות א"י כשר היינו באמת רק בד"נ מטעם והצילו העדה משא"כ בד"מ ותמהני שלא הרגשת דבפשיטות תיקשי טורח תקנה זו למה לעקור דו"ח מן התורה משום נ"ד שהרי אין כאן נ"ד כלל אף לד"ת גם מה שהפלגת בדבריך דברי הגאון ז"ל דלענין א"י יש חשש נ"ד וכתבת שלענין דיעבד לא שייך נ"ד כיון שלכתחלה א"צ דו"ח ולשמא איתרמי שיחקור והעד ישכח שכולי האי לא יחוש אני אומר שאף בזה הדין עם הגאון ז"ל שהרי דעת הרמב"ן (והוא הראב"ן כמ"ש בתשובתי) דאף הכחשה בחקירות כשר מדר"ח דתיקון רבנן כדי שלא תנעול דלת מבואר מפשיטות דבריו דאף לענין דיעבד שייך נ"ד (ומה שרצית להעמיס בדברי הרמב"ן שכוונתו כיון דלא בעי דו"ח מעיקרא לא רמי' עליו ולא אדעתיה ובדיעבד נמי כשר אבאר לקמן דליתא (אלא ששאר הפוסקים החולקים עליו וס"ל להגאון נ"ב דע"כ לא פליגי עליו אלא דס"ל דלא שייך נ"ד שיחוש המלוה להכחשה אבל לא"י שפיר חייש ואיכא נ"ד אף לענין דיעבד ומסתבר הכי כדי שלא נשווי' פלוגתא רחוקה ביניהם אבל מ"מ קשה דמני' וביה אבא כו' לפי סברתו דא"י כשר מדאורייתא א"כ למה עקרו הדו"ח לכתחלה: וכדי להצדיק את הצדיק דמעיקרא הגאון ז"ל אנו צריכין לומר דס"ל דאע"ג דא"י בדיעבד כשר מ"מ הוצרכו חכמים להפקיע דו"ח משום נ"ד שהמלוה יחוש שהעד ישכח הזמן ואע"פ שא"י כשר מ"מ עי"ז נדמה להדיין שהוא דין מרומה ויסלק עצמו מן הדין וידונו מי שלבו שלם בדבר ויש בזה נ"ד דהא מה"ט לא בעינן מומחין שלא תנעול דלת שלא יצטרך לטרוח אחר מומחין משא"כ להכחשה אין המלוה חושש כלל ולכך אפילו בדיעבד פסול דלא שייך נ"ד וגם מה שהארכת לדחות קושית הש"ך דמ"ש חקירות מבדיקות והראית פני' לחלק בין לכתחלה לדיעבד דלכתחלה סמכו על חזקת כשרות משא"כ כשמכחישין ועוד שיש כאן פסול בגופו של עדות וא"כ א"ש החילוק בין חקירות לבדיקות דבבדיקות עבידי דטעי ונפלאתי עליך דודאי החילוק בין לכתחלה לדיעבד ערוך הוא בפי הש"ך דלכתחלה ל"ח שיהא מוכחשין וכמש"ל דאף במכחישין לפנינו מתרצינן דבורם ומכ"ש באין הכחשה.

וגדולה מזו צריכין לומר לדעת הש"ך ז"ל דס"ל דאף בא"י פסול ע"כ דלכתחלה אמרינן דמסתמא יודעין הזמן שאל"כ לא היו באים לב"ד להעיד וכיון דלא אברי סהדי אלא לשיקרא מהני רק דעיקר קושית הש"ך הוא דע"כ מה שנפסל בדיעבד אם הכחישו זא"ז מטעם עדות שאילה"ז דאם אתה אומר שהוא פסול בפ"ע מ"ש מבדיקות דכשר בד"מ ומ"ש דבבדיקות עבידי דטעי כבר קדמוך רבי' הגאון באורים ותומים והגאון בנ"ב שם לדחות דברי הש"ך: אך לענ"ד אין זה כדאי לדחות ראיית הש"ך שמה שאמרו דבבדיקות

עבידי דטעי הוא בבדיקות שאינם בגופן של עדות וע"כ חקירות נמי כיון שאינן בגופן של עדות למה לא נאמר שלא דקדקו אחר המקום והזמן היטב אע"כ דטעמא בחקירות משום דה"ל עדות שאילה"ז ובזה אני תמה על האו"ת שהביא ראייה מזה אומר יין כו' לדעת הרמב"ם דאין מצטרפין אע"ג דלא שייך הזמה ואין זה קושיא כלל שהרי רש"י פ"א להדיא החילוק בין חקירות לבדיקות שהזמה תלוין בהם ועלה אמרינן אמר רבא מסתברא כו' אבל אחד אומר מנה שחור כו' אין מצטרפין ופרש"י הואיל ובעיקר העדות מיתכחושו וא"כ ע"כ דטעמא דחקירות דס"ד כשר משום שאינה בעיקר העדות לכך מדייק בבדיקות אבל בחקירות לא כיון דה"ל עדות שאילה"ז וא"כ בזה אומר חביות של יין שפיר ס"ל להרמב"ם דפסול שהרי הוכחשו בעיקר העדות דבזה לא עבידי דטעו ולא מצרפינן להו ועיינתי ברמב"ם פ"ב מהל' עדות ומצאתי מבואר כדברי ע"ש במ"ש דבחקירות שבגוף המעשה ג"כ אם אמר א"י בטל בד"נ והכ"מ תמה ע"ז דהא בש"ס אמרו הטעם דהו"ל עדות שאילה"ז דזה ל"ש בחקירות שבגוף המעשה והלח"מ והמ"ל תרצו דע"כ לא הוצרך הש"ס למיהב טעמא משום עדות שאילה"ז אלא בחקירות הזמן והמקום שהם חקירות חיצונות ואיכא למימר דלא יהבי דעתייהו משא"כ בחקירות דגוף יע"ש ותמצא כדברי ואמטי להכי שפיר קא קשיא ליה להש"ך דגם לענין הכחשה בחקירות מ"ש מבדיקות דהא חזינן דמנה שחור ומנה לבן ס"ל לנהרדעי דמצרפינן אע"ג דבזה מסתבר טפי דדייקי כמ"ש התוס' בב"ב דף נ"ו דאע"ג דבין חטין ושעורין לא דייקי מ"מ בין לבן ושחור דייקי שפיר שהרי צריך לשלם המנה שהלוהו אף שהוא בגוף המעשה כמ"ש התוס' שם בב"ב דף מ"א וא"כ ק"ו הדברים דחקירות הזמן והמקום שאינה תלוין בדבר המעשה עצמה שי"ל דלא דייקי אע"כ דחקירות ה"ט משום דה"ל עדות שאילה"ז וכמ"ש רש"י.

וזהו כוונת הש"ך: איברא שלולי דברי הש"ך הייתי אומר שאין הכרע מהא דמחלקינן בין חקירות לבדיקות לענין הכחשה וגם כוונת רש"י אינו כן ועיקר החילוק הוא דבשלמא בבדיקות שאין הזמה תלוי בהם אין הכחשה פוסלת דאיכא למימר לא דייקי מימר אמרי ולא אדעתייהו משא"כ חקירות אע"פ שאינם תלוין בגוף המעשה מ"מ כיון שהם חקירות הזמן והמקום שהזמה תלוי בהם נהי דתיקון רבנן דלא בעי חקירה לכתחלה מ"מ השתא מיהא דשיילינן להו הזמן והמקום ע"כ צריכי למירמי אנפשייהו ולמידכר וע"כ שברור ליה הדבר כאחותו כי הוא יום זה שאומר עליו שהרי יש לו לחוש שמא יבא עי"ז לידי הזמה כשיטעה ויאמר על יום אחר משא"כ כששואלין אותן בבדיקות אינו מדקדק כ"כ שא"א לבא לידי הזמה דיומא הוא דקא גרים.

וזה כוונת רש"י מ"ש בבדיקות שאינה מז' חקירות שהזמה תלויה בהם ר"ל כיון שבזה הזמה תלויה הם מדקדקים שלא יוזמו עי"ז. ומצאתי בחידושי הר"ן שכתב וז"ל ונהרדעי ס"ל דנפקא מכלל בדיקות לגמרי לומר שבדיקות מחמת שאינה עיקר העדות שאם אמר א"י עדותן קיימת ואין הזמה תלויה בהן כו' משום דבבדיקות קילא טפי מחקירות ואין דרך העדות לדקדק בד"מ אלא בראית הזמן שלא לפחות ושלא להותיר כו' מכל מקום בחקירות אע"פ שיהיה העדים שוין בראית הממון פסלינן עדותן מאחר שהזמת העדים תלוי בחקירות א"א לומר שלא יהיו העדים מדקדקין בהכו' עכ"ל ונראה מבואר כוונתו כמ"ש: ובאמת שלפום ריהטא לא הבנתי מה שרוצה אא"ז הש"ך ז"ל ליתן טעם בהכחשה

בחקירות משום עדות שאילה"ז שלא מצינו זה בש"ס כ"א גבי א"י בחקירות דבזה שייך לומר שאין בו דין הזמה שהרי א"א להזימם בעמנו הייתם כיון שזה אינו מגביל מקום וזמן כלל משא"כ היכא שהעדים ביחנו דבריהם כפי הצורך לחקירות רק שהכחישו זא"ז מניין לנו לומר דהוי עדות שאילה"ז שהרי כשזה אומר בלוד וזה אומר בירושלים הרי העדים יכולים להזימם לומר באותו היום עמנו הייתם בחברון וכה"ג לענין הזמן שזה אומר בג' וזה אומר בה' הם יכולים להזימם בג' וה' עמנו הייתם והרי הש"ס אומר כן בפסחים דף י"ב חקירות דאיזה שעה נמי עדות שאילה"ז הוא דאמר מיטעי קטעינן ומשני דיהבינן להו כולה טעותייהו כו' וא"כ אף אם יש הכחשה ביניהם יותר מכדי שהדעת טועה נמי שפיר יכולין להזימם אלא עיקר הטעם שהכחשה בחקירות פסול כדפרש"י שם דף י"א עדותן בטילה דבהא ליכא למיטעי וקרא כתיב ודרשת וחקרת והנה אמת נכון הדבר שתהא עדותו מכוונת כו' וכ"כ התוס' שם ד"ה באיזה יום כיון דז' חקירות מקראי ילפינן צריך שלא יכחישו זא"ז כו' וכן משמע לישנא דר"ח א' אומר בסייף כו' אין זה נכון ולפי דברי הש"ך דס"ל דגם בד"מ בעינן עדות שאילה"ז קשה בא' אומר בדיוטא עליונה כו' דהוי הכחשה בחקירות אמאי מצרפינן סהדותייהו וכתב הר"ן טעמא שע"י שהמקומות קרובים הוא הצד קולא בד"מ שאין העדים מדקדקים כ"כ בד"מ וכ"כ הריב"ש סימן קצ"ג ורס"ו ע"ש.

ולדברי הש"ך אכתי קשה דהא מ"מ עדות שאילה"ז הוא ומה לי שיש להם מקום לטעות בד"מ או לא אע"כ דבכה"ג שפיר הוי יכול להזימן עמנו הייתם במקום שא"א לראות שני הדיוטות ואם כן אף אם אי אפשר לטעות שייך הזמה וע"כ דהכחשה בחקירות טעמא אחרינא הוא דפסול וכמ"ש דכיון דלא עבידי דטעו אין זה נכון ובב"י סימן ל' כתב על דברי הטור שכתב דמיירי ביכולין לראות מזה לזה דאז ליכא הכחשה בחקירות דטעמא דאמר א"י בחקירות בד"מ בטל משום דהו"ל עדות שאילה"ז כו' וכ"ש באחד אומר במקום פלוני ואחד אומר במקום פלוני דבטל כו' ודבריו תמוהים קצת ונראה שהם נוטין למ"ש הש"ך דטעמא דהכחשה בחקירות משום דהוי עדות שאילה"ז ועיין בשו"ת ר"ב אשכנזי סימן שכתב בשם הרמ"ה דמפרש דמיירי שהעדים אמרו שעמדו במקום אחר אלא שהמלוה והלוה היו בדיוטא כו' ואין הפנאי מסכים עמדי לעיין היטב כי אני כותב כ"ז כמעט מבחוץ בהשקפה ראשונה וסמכתי על רוחב כונתך כעת ולעתות הפנאי אשיב אראה לתקוע בה יתד במקום נאמן כי לענ"ד דברי הש"ך צ"ע שא"ל לפי שהוכחש האחד מפי חבירו באיזה זמן היה תו לא שייכא ביה הזמה דלא עדיף מהוכחשו בגוף המעשה דקי"ל הוכחשו ולבסוף הוזמו נהרגין דהכחשה תחלת הזמה היא אלא שלא נגמרה וכאן אין הפסול בעדות מחמת הכחשת החקירות לדעת הש"ך ואין לנו לומר שתהני הכחשה זו להוציא מידי הזמה לכ"ע וצ"ע: והנה לפי מ"ש החילוק בין חקירות לבדיקות דבחקירות הכחשה פסולה כיון שהזמה תלויה בהן לא עבידי דטעו ולפי זה הי' מקום לומר דבנ"ד לא מהני הכחשה בחקירות לפסול העדות דכיון דלא שייך דין הזמה בקידושין כלל ממילא דאף בחקירות עבידי דטעו.

אך דבאמת ז"א דהא בכל ד"מ לא דיינינן בזה"ז דין הזמה ואפ"ה קי"ל דהכחשה בחקירות פסול והיינו משום דמ"מ דייקי כיון דאם תפס לא מפקינן מיניה או כמ"ש הש"ך בסימן ל"ח ואם כן כאן גם כן שפיר אמרינן דדייקו שלא יבואו לידי הזמה ויפסלו

לעדות עי"ז כמבואר בהג"ה שם: ועתה אשובה אראה מ"ש שי"ל דאף הריב"ש מודה בקידושין ועיקר הטעם דכיון דבעי רבנן ובטלוה לחקירות ודרישות שוב הו"ל כמילתא דלא רמיא כו' משא"כ בקידושין שהוא דין מרומה אם תכחיש האשה והו"ל למידק ורצית להעמיס זה גם כן בדברי הרמב"ן שהביא הש"ך דס"ל דהכחשה בחקירות כשר וזה מטעם דכיון דא"צ דו"ח לא רמי' עליה למידק אהובי ידידי אם אמנם כי ערבו לנפשי פניני אמריך ושמחתיני בפעליך בראותי כי אתה מתחקה על שרשי סלעי הראשונים ז"ל להוציא מימיהם ואתה חותר בקיר לעיניהם ויפה כוונת ע"ד הפלפול והחדוד.

אולם שפת אמת תכון תקום ותתעודד כי לא נאמרו הדברים אלא בבע"ד וכגון ההוא דאמר בצד עמוד פלוני כו' וכיוצא בו בדבר שאין בו תועלת אין איש שם על לב להיות מעלה בזכרו את אשר כבר עשוהו מה שא"כ בעד המעיד לפני ב"ד כל ששואלין אותו ואמר חזקה מידק דייק ורמי אנפשיה ומידכר ואם לא יזכור בבירור יאמר א"י ולא יעיד היפוך הענין בבירור.

ומה בכך שבשעת העדות לא נתן על לבו לפי שהיה סבור שלא יחקרו אותו משא"כ עתה ששואלין ודורשין ממנו היה לו לדקדק שלא לדבר תהפוכות. ובפרט לפי מ"ש דסברא גדולה היא כיון שהוא דבר שהזמה תלויה בו שהוא מתיירא פן יתבדה ויאחז (וצ"ע בשו"ת הריב"ש סימן קכ"ה לענין ביטול מודעי כתב שם סברא זו דלמילתא דלא רמיא גם לענין העדים כיון שלא הוזמנו להעיד אפשר שאמר הבעל הן ולא נתנו על לב והביא ראיה מההוא דשבועות היכא שבאו עדים והכחישוהו דמחלק בעל המאור בין הזמינם להעיד וכ"כ הש"ך דעת הרבה פוסקים כן וס"ל דלדינא שניהם אמת עיין בס"ק ו' ומהריב"ש יש לדחות דנראה דלא ס"ל לדינא כבעל המאור רק דמייתי דטפי יש לסמוך על העדים שהוזמנו אך מדברי בעל המאור ושאר פוסקים שהביא כאן חסר איזה תיבות) ולדבריהם אם כן בטלה עתה דין הזמה שהרי מצוי למימר מטעי קטעינן ביום המעשה דמילתא דלא רמי' עליה הוא כמו דפריך בפסחים אחקירות דאיזה שעה ול"ש תירוץ הש"ס הכא ועוד שלדבריהם דחקירות דפסלה בהן הכחשה הוא לפי שהצריכה התורה דו"ח והוי מילתא דרמי' עליו בשעת ראיית המעשה וכה"ג כתבתי סברא זו לענין בדיקות.

אם כן הגע עצמך היכא שלא כווננו בשעת ראייתם להעיד רק לראותם בלבד דנימא בזה דאם הוכחשו בבדיקות כשר כיון דממילא קא חזו ולא עלה על לבב להעיד אף אנו נאמר שלא שמו על לב לדעת פרטי הענין ויהא הכחשה בדו"ח בכה"ג כשר אף לד"ת. וזה דבר שא"א לאומרו דאם כן בבדיקות לא נצטרך לבדוק אותם כלל כיון דאף הכחשה כשר היכא שלא כווננו רק לראות א"ו דליתא.

גם מ"ש דבקידושין שפיר נותנין על לבם לפי שהם חוששין שמא תכחיש אינו מוכרח דמה"ת יעלה על לבם כיון שהם יודעין האמת כמו שהוא וכמו שאין חוששין לדין מרומה מה"ט ובאמת בריב"ש סי' רס"ו שכתב שם דעתו דדין מרומה אם אמר אינו יודע בחקירות לא בטלה העדות שם מיירי לענין קידושין ואפ"ה כתב כן: ואם באנו לחלק מסברא לשיטת הראב"ן דס"ל הכחשה בחקירות כשר היה אפשר לומר דודאי כל שהוא עד והב"ד שואלין אותו בחזקת חקירה ל"ש כלל לומר לאו אדעתיה רק אם אומר א"י

אבל אם הוא מגביל המקום והזמן אית לן למימר שחזקה שכך ברור לו שאל"כ לא היה אומר בבירור כיון שהוא רוצה שתתקיים העדות ואם יאמר על יום אחר יש לחוש פן יוכחש עם חבריו ויפסל העדות והשתא י"ל דבאמת חכמים לא רצו לעקור ולהפקיע ממון היכא שדבריהם סותרים זה את זה בחקירות כיון דהתורה גזרה שהעדים שלא דקדקו בחקירות יופסל עדותן וראו חכמים שיש בזה נ"ד בפני לויין לכך העמיקו עצה לחתוך הדין דהכחשה בחקירות כשר וממילא שאין כאן חקירות ד"ת כלל דכיון שהכשירו הכחשתם ממילא דלא קפדי לדקדק כיון שלא יפסל העדות בכך ולכך אומר היום שעולה בדמיונו ועבידי דטעו וגם מדיני דאורייתא אין כאן פסול ולפי זה בקידושין שעניניהם הרואות האשה הנצבת בב"ד וזאת אומרת לא נתקדשה וכחשם בפניהם תענה דבכה"ג הו"ל כדין מרומה ופשיטא שהיה להם לדקדק בעדותן לומר דבר על אופניו כיון דבכה"ג לא אמרו חכמים להכשיר וממילא דשפיר נפסל כשיש הכחשה דהא בהא תליא: ולפ"ז א"ש נמי מה שהקשית דנוקמי הך דחבילה במכחישינן זא"ז בחקירות דלענין קידושין לא בעינן עדות שאילה"ז ולענין ממון בעינן.

ולפי מ"ש א"ש שהרי ע"כ לומר דהש"ס אינו רוצה לאוקמי שלא היו עדות הקידושין והחבילה בענין א' דאם כן בפשיטות מצינן לאוקמי שאומרים מעשה הקידושין ביום א' ועל חקירות הקידושין לא נפסלו או שלא היו העדים מעידים רק על הקידושין ולא על החבילה כלל וע"כ דהש"ס לא ניחא ליה לאוקמי בכה"ג דמשמע ליה דמיירי שעדות הקידושין והעבדי' והחבילה היו נחקרים בחקירה אחת וכמות זה כן זה ולפ"ז א"ש דאפילו תימא דעדות המכחישים בחקירות כשר בקידושין מ"מ היינו מטעם שאין מדקדקין בחקירות בקידושין כיון שאין בו דין הזמה.

אך כ"ז בעידי קידושין בלבד כיון דאין בזה משום עדות שאילה"ז ממילא שלא היו להם לעדים לחוש שמא יופסל העדות ע"י הכחשתו או שמא יבא הדבר לידי הזמה כיון שאין כאן דין הזמה אבל בהוא דחבילה שבאו גם על עסקי ממון שאלו אומרים זאת אשתו וזה עבדו וזו חבילתו אם כן שוב הו"ל לדקדק בחקירות כדי שלא יבואו לידי הזמה וגם כדי שלא יופסל העדות לענין ממון ואם כן העדות פסול אף לענין קידושין: וכל זה לפלפולא אבל באמת עיקר הטעם כמש"ל דודאי עדי' מדקדקין בחקירות כיון שהזמה תלויה בהן והלכך א"י כשר אם נאמר דלא בעינן עדות שאילה"ז והכחשה בחקירות פסול בכל גווני אף בקידושין וכן מבואר בריב"ש סימן רס"ו והראב"ן סבירא ליה דהכחשה בחקירות כשר משום נ"ד תקנו רבנן שיהא כשר ואין הטעם כמ"ש שאין כאן עקירת ד"ת דהשתא אינם מדקדקין לפי שיודעים שלא יופסל העדות ע"פ תיקון חז"ל דז"א דאם כן לא יועיל הזמה דשמא מטעי קטעי אע"כ דלעולם הם מדקדקים באמירת איזה יום ושאר חקירות מחמת הזמה התלויה בהם אלא דסבירא ליה לראב"ן דגם זה בכלל התקנה דלא בעינן דו"ח וכמבואר בתשובתי בשמו ועיין באה"ע סימן י"ז הסכמת הפוסקים דהכחשה בחקירות פסול אף לענין עדות אשה שמת בעלה ואין להאריך ומה שתמה על דברי הב"ש מ"ש דהכחשת האשה הוי דין מרומה שהרי בכל ד"מ לא חשבינן ליה ד"מ מחמת הכחשת הבע"ד כו' אמת שעמדו בזה חקרי לב.

אולם לבבי ידמה שכוונת הב"ש בזה כמ"ש הריב"ש סימן רס"ו וז"ל ובודאי אין לך מרומה גדול מזה שיאמר אדם שקידש אשה חשובה בלתי שידוכין ושלא בפני קרובים ושלא בעשרה ובהכמנת עדים דרך ערמה עכ"ל. ונראה דמריב"ש לאו דווקא מחמת צירוף כל אלה סבירא ליה דהוי דין מרומה אלא אפילו בקצת מאומדנות אלו סגי למשווי ליה דין מרומה כיון שיש אומדנא שלא נתקדשה בצנעה והיא מכחשת וכדאמרינן בכתובות מ"ד אם איתא דנתקדשה קלא אית לה למילתא קמ"ל דעבידי אינשי דמקדשי בצנעה והיינו דווקא התם כיון דאיכא סהדי קמן ואמרי ראינו שנתקדשה הא לא"ה אמרינן דמסתמא קלא איכא כו' וכמ"ש בתשובתי סברא זו לענין גירושין והלכך הו"ל דין מרומה וזהו כוונת הב"ש אלא שקיצר בלשון כדרכו.

ומ"ש דלענין זנות פשיטא שיש לתמוה דמה בכך שהוא מכחשת שאין הדעת נותנת שתודה כו' גם בזה י"ל לפי מאי דאיתא בש"ע י"א שאם באו עדים שא"א זינתה צריכין דו"ח ודאי סברא טובה היא דהוי כדין מרומה דהיאך יש לנו לאמת דבריהם בפשיטות שזו תעשה מעשה אשה זונה שלטת ועיניהם רואות ולא מנעו אותה מבא בדמים בחיל או בכח ולאל ואף אם מענה בפיהם שלא היה יכולת בידם להציל אף באחד מאברים מכל מקום כל כי האי מילתא דו"ח בעי כי היא צועקת לא פעלתי און.

והדבר פשוט דזנות בעדים ל"ש ואע"פ שהתוספות כתבו בכתובות ובגיטין דזנות בעדים והתראה ל"ש ולר"י אף בכה"ג חששו ותקנו זמן מ"מ נראה דל"ש כ"כ דנימא שהוא פשוט וטפי לא שכיח מההוא דהריב"ש דקרי ליה דין מרומה לפי שמעידין שקידשה בלא שידוכין כו' רק דמ"מ שפיר דמי למיעבד תקנתא כיון דזימנין דמתרמי הכי ועיין במפורשים שם ולקצר אני צריך ועיין בכנה"ג סימן ל' שכתב בשם תשובת הרא"ם דאם האשה מכחשת אף הרשב"א מודה דצריך דרישה וחקירה ורמז לו הב"ש שם וכ"כ בתשובות ר"ב אשכנזי וז"ל חדא כיון שהוא מכחשת וצועקת על הדבר הרע הזה והלכך מחזי כרמאות וכמ"ש ר"י כו' ומה שתמהת דלדברי הב"ש דרמ"א מיירי בשניה' מודים מאי רבותיה דרמ"א דגם להפוסקים כד"נ דמי הא א"צ עדים רק לקבלת הקידושין כו' פשוט דנ"מ אם קיבלה אח"כ קידושין מאחר שא"צ גט דהעדים הראשונים אף שלא נחקרה עדותן יש בהן מועיל כיון שלא הכחישתן וגם נ"מ שאינה מכחשת שקיבלה רק שאומרת לשחוק כוונתי ובוזה מועיל עדותו אף שלא נחקרה.

איברא שדברי הב"ש בזה ובסי' י"א הם מוקשים ממ"ש בסימן י"ז סעיף ק"א ובקונטרסים השייך לתשובתי כתבתי בזה. גם ביארתי שם דברי המרדכי שהביא הב"י בח"מ סי' ל' והנה במ"ש דנוקמי הך דחבילה כגון שהוכחשו בחקירות י"ל דלכאורה קשה דלמה לא קתני א' נותן גט וא' כונס ואמאי קתני צריכה שני גיטין.

אך י"ל דגם השני אסור כיון דאיכא שני עדים שהוא עבד ואסור בבת חורין. ועוד י"ל ע"פ מ"ש הראב"ד שם דלכך לא הוי עדות מוכחשת דמיירי שאין מעידין על שעה ידועה ואיכא למימר גירש זה ונשא זה.

והשתא א"ש דלא מצי למיתני א' כונס שהרי יש לחוש שמא זה הנושא הוא היה המקדש בראשונה וגירש דהא מה"ט השני צריך ליתן גט דאמרינן שמא הוא קידשה באחרונה אחר שגירש זה וא"כ אף הגט אינו מועיל שיכנסנה האחר כיון שכבר נשא וגירש ונמצא

מחזיר גרושתו משנשאת. ואפשר שזהו כוונת הראב"ד במ"ש דאל"כ לא היתה צריכה גט מא' מהם ר"ל שעכ"פ מא' מהם לא היתה צריכה גט שא' מהם מותר לישא אותה.

והנה לכאורה בפשיטות י"ל שלכך א"א לאוקמי בהוכחשו בחקירות כיון דעכ"פ לכתחלה אין לדיין לחקור אותם לא בקידושין ולא בד"מ ודחיק' ליה להש"ס לאוקמי שעבר הזמן וחקר אותם אף שלא היה צריך. אך י"ל כיון שיש ב' כתי עדים המכחישים הו"ל דין מרומה.

ואף לכתחלה צריך דו"ח. אך לשיטת הראב"ד דס"ל שאין מעידין על שעה ידועה ואין כאן הכחשה בין העדים אבל אין כאן דין מרומה כלל והשתא א"ש בממ"נ דלהראב"ד אף דלדידיה א"ש דלא מצי אי כונס כמ"ש מ"מ א"א לאוקמי בהוכחשו בחקירות שהרי א"צ חקירות כלל שאין כאן דין מרומה ושיטת הרשב"א א"א לאוקמי בהוכחשו בחקירות דאע"ג דלדידיה שפיר צריך חקירות כיון שנראה כדין מרומה מ"מ תיקשי למה לא קתני א' כונס וא' נותן גט ובשלמא אם לא הוכחשו בחקירות א"ש כמ"ש לפי שיש כאן עדים שהוא עבד משא"כ כשהוכחשו בחקירות הרי לענין עדות שהוא עבד הוא דבר שבממון והכחשה בחקירות פסול וא"כ שפיר יכול לישא אותה וא"ל מחמת דשווית' נפשה חד"א שהרי אמרה אלו עבדיי ז"א דא"כ אמאי קתני וגובה כתובתה מן החבילה שהרי זה השני מצי טען היה לך להודות האמת שאת אשתי ולא היתה צריכה גט ממנו וא"כ היא נתנה אצבע בין שני' כו' ואין לה כתובה משא"כ השתא דמוקי בע"א א"ש דלא מצי למתני א' כונס דאיך שאומר זה עבדי פלגי' דיבורי' ומצטרפינן הוא והעד לענין זה שזה אסור לישא בת חורין.

גם יש לומר דלמאי דמוקי בע"א שפיר מצינן לאוקמי שיש ע"א גם להאשה ושניהם מצטרפין לאסרו בבת חורין (וקצת יש לדחות דכה"ג הו"ל כהכחשה בחקירות ואין מצטרפין ועיין בתשובתי בזה) משא"כ לס"ד לא מצינן לאוקמי שגם לה יש עדים דא"כ אמאי צריכה שני גיטין וכמ"ש אא"ז מהרש"א ואף לכתחלה תנשא בכה"ג כיון שאומרת ברי לי ויש עדים על טענתה וכמ"ש במקום אחר.

ודו"ק: ובדרך אחר י"ל דלא מצי לאוקמי בהוכחשו בחקירות דהא הו"ל דין מרומ' וע"כ צריך לאוקמי בא"י בחקירות ואם כן תיקשי אמאי צריכה שני גיטין וא"ל משום דבקידושין לא בעינן עדות שאילה"ז ז"א דמידי הוא טעמא אלא משום דא"א לקיים בו כאשר זמם תו לא בעינן עדות שאילה"ז והתם ליכא למימר הכי דהא קושית הגמ' הוא אליבא דרב דאמר המקדש בע"א אין חוששין ורב הוא דאמר בירושלמי דיבמות הכחיש עדי' בתוך עדים לא בטלה כו' והוכיח מזה הגאון בנ"ב סימן מ"ו דרב ס"ל דאף ע"ג דבעינן עדות שאילה"ז מ"מ לא בעינן שנוכל לקיים כאשר זמם יעו"ש באורך וע"ז יש לומר דאף לענין קידושין דלא מצינן לקיים כאשר זמם מ"מ בעינן עדות שאתה יכול להזימה ואם כן א"י בחקירות פסול בקידושין ואמאי צריכה שני גיטין אלא ע"כ דמיירי בע"א ועוד יש לתרץ בכמה גווני ולחכם כ"ב די בהערות אלו תן לחכם כו'.

ובאמת לפי מה שרוצה הש"ך לדון ולהורות דבממון בעינן עדות שאילה"ז יש לפקפק שאיך יועילו העדים הללו לגבי האשה שלא תהיה מותר החבילה שלה בספק דהא הו"ל עדות שאילה"ז דהא האשה אין לה ראייה כלל שהחבילה שלה ואף בלא עדים אלו דינא

הוא שהחבילה תהיה מונחת עד שיבא אליהו אם כן אי מתזמי הנך עדי' א"צ לשלם להאשה שהרי מכל מקום אין החבילה בחזקתה עד שנאמר שהם הפסידוה ואף היום היא תלויה ועומדת בס' ואף שצועקת שלי הוא לא מפ' אנו חיינ עד שתביא ראיה לדבריה וגם אם תביא עכשיו ראיה שהוא שלה מכל מקום אין העדים צריכין לשלם שהרי מצי אמרי מי ידעינן דאתי עדים שהחבילה שלה וכן קשה בכל מקום דקי"ל יהא מונח דלא יועילו העדים בזה וכה"ג איכא לאקשוויי בריש ב"מ בכמה דוכתי וזה שקשה בד"מ במקומות הרבה ואין קונטרס קטן זה מכילתו וצריך לעיין להעמיד דבר זה דבעינן בד"מ עדות שאילה"ז על מכונו.

ולא עת האספ פה ומ"ש מסוגיא דסנהדרין ותמהתי על הגאון בנ"ב מ"ש דכיון שידעו הזמן אמרו האמת זכורני שעמדנו בזה לפני ימים כביר וגם שמעתי רבים מתמיהים בזה. ועתה עיינתי וראיתי שכ' ואקדים לך מ"ש רמ"א בתשובה כו' דאי להפסידה כתובתה כיוונו לא היו צריכים להעיד שראו ששכבו כו' מבואר מזה דבלא הקדמה זו מתשובת רמ"א היה מקום לומר שאע"פ שיש להם מקום להמלט ולומר באופן אחר מ"מ מצי למיטען אנו לאוסרה כיוונו ואעפ"כ לא אמרנו בסתם משום שאמרנו האמת כמות שהוא ואף ע"פ שמזימין אותם מכל מקום הם לעצמם מתחזקים במעוזם ואומרים עדיין שהאמת אתם והנך סהדי שקרי נינהו אף ע"פ שאנו מאמינים לבתראי שהראשונים משקרים מכל מקום אין מחמת זה הכרח שכיוונו להורגה דמ"מ אמרינן דסתמא קאמרי כפי מה שהיה מדומה להם במחשבתם או שמעו מפי אחרים ולא איכפת להו ואפשר שלא ידעו אם יש כאן חיוב מיתה כלל כמ"ש התוס' ומה שאמרו בדבריהם הזמן והמקום הם מתנצלים שאמרו כפי מה שידעו האמת ואף דאנן לא מהימנין להו מ"מ כיון שעכ"פ אין הכרח מזה שבאו להורגה שהרי אפשר שלא ידעו מזה כלל.

ולכך לא דקדקו לומר א"י לכך אין נהרגין: ואמנם לכאורה י"ל דבלא"ה קשה אם נימא דלאוסרה על בעלה לא בעי דו"ח א"כ איך יכולין לומר לאוסרה כו' שעייניהם הרואות שהב"ד דורשים וחוקרים והיה להם להרגיש שלא על חנם באו החקירות הללו ומסתמא הם רוצים לדון אותה להריגה וראיתי בדבריך שהרגשת בזה אלא שכתבת דאף שהעדים מרגישים שבאים להורגה ג"כ יכולין לומר אנו לא באים להורגה רק לאוסרה וכה"ג ז"א כדמוכח בב"ק בסוגיא דליעודי תורא עיי"ש.

וא"ל דאף ע"פ שהרגישו בחקירות מאי הו"ל למיעבד ז"א דהא קי"ל דעד שלא נחקרה עדותן יכולין לומר מבודין היינו. אך י"ל דנהי דעדי זנות כד"מ דמי א"צ דו"ח מ"מ בדין מרומה צריך לכוון שהעדים ידעו בעצמם שבדו מלבם דברי שקר הוא מדמין שהדיין מרגיש בדבר ונראה לי דין מרומה כי כן אורחות כל אדם כאשר כוזב, בכל דבר ותפעם רוחו בקרבו בחשבו כי האדם יראה ללבב ומכיר בשקרו ולכך סבורים שהדיין דורש וחוקר אותם כדי להוציא הדין לאמיתו לאוסרה על בעלה ולא על לב לשום דבר אחר ולפ"ז תו לק"מ דה"ל א"י בחקירות ז"א כיון שלפי דעתם עיקר החקירות בזה משום דין מרומה וא"כ בע"כ הוצרכו לומר איזה יום שאם היו אומרים א"י לא היו יכולין לאוסרה משא"כ היכא שאין הדין מרומה יש לומר דלאוסרה כד"מ דמי ואפילו א"י בחקירות כשר ואף לשיטת הריב"ש דס"ל דא"י בדין מרומה כשר מכל מקום נראה

דמודה בהא שאף עפ"כ יכולים הם להתנצל שלכך אמרו הזמן כיון שנדמה להם שהדין למראה עיניהם ישפוטו לדין מרומה וכשיאמרו א"י סלקו עצמן מהדין וגם אפשר שיפסול העדים עי"ז אם יתחזק בלבו ביותר דהא מילי דכדיבי ניהו כשרואים שהם למדו לשונם לומר א"י ועבידי לאחזוקי שקרייהו: איברא שלפע"ד מעיקרא לק"מ דע"כ לא אמרינן התם דהיכי דאמרו דאיתרו ביה מעיקרא או מעידין שזינתה וחזרה וזינת' דמיקטל' היכא שהוא מורגש מתוך העדות עצמו שאז ע"כ בשעת עיקר העדות היתה כך כוונתם מה שא"כ היכא שבשעת עיקר העדות שפיר מצי למימר לאוסרה באנו ואף ע"פ שע"י תשובתם בדו"ח מחשבתם ניכרת שבאו להורגה מכל מקום אין מקום להזמה על כוונת גוף העדות שלא היה מוכח מתוכו שבאו להורגה ועל עדות החקירות עצמו לא שייך ביה חיוב הזמה וגדולה מזו נראה פשוט דאם תיכף אחר העדות מילא בפיהם לומר שנפשם יודעת שיש בעדותן כדי לחייבה מיתה מכל מקום כיון שבשעה שהעידו לא מוכח מידי לא איכפת לן במה שאמרו אח"כ ואף ע"פ שעדיין היה אז בידם לחזור מכל מקום משום זה אין לחייבם מתורת הזמה.

וזה ברור לענ"ד ואפשר להעמיס גם זה בכונת הנ"ב שהעדים מתחזקים במעוזם ומתנצלים שאומרים האמת ואף דלא מהימנינן להו מ"מ בזה אין חיוב הזמה כיון שיכול להיות שבשעת העדות לא כיוונו רק לאוסרה תו לא איכפת לן במה שיש לנו ידיים מוכיחות מהרגשת החקירות שבאו אח"כ ואם אמרו מעצמם ביום פלוני זינתה פלונית נראה פשוט דבכה"ג נמי א"ל דע"כ רצו להעיד להורגה דפשיטא די"ל לפי מה שלא עלה דעתם שהב"ד ידונו להריגה אמרו ולא אדעתייהו ואין להאריך: והנה יש לי פלפולים הרבה בסוגיא זו ובדברי אא"ז מהרש"א ז"ל אך מוכרח אני לדלג ולקצר זולת עוד דבר אחד אכתוב איידי במה שהבאתי קושיא בשם הגאון החסיד מוהר"ר שמעלקי ז"ל דין הניין לי כי זה ימים כביר שעמדתי על קושי' זו בחידושי ושמחתי דהוינא בר מזלא להא מילתא ומ"ש דיש מכאן ראיה להנ"ב אין מכאן ראיה דאף ע"ג דלא בעינן שיוכל לקיים כאשר זמם כיון דבלא"ה לא שייך כאשר זמם בקידושין מכל מקום יש לומר דעדות שאילה"ז בעינן וכמש"ל בשמו שכ' כן אליבא דרב בירושלמי אף היכא דמצינן לאוקמי ולקיים כאשר זמם י"ל דסבירא ליה דאף דאינו מתחייב בהזמה מ"מ ראוי להזמה בעינן ועיקר פלפול הנ"ב הוא רק לומר דכיון דא"א לקיים כאשר זמם תו לא בעינן עדות שאילה"ז וזה לא מוכח מכאן ובחיבורי הקשיתי לשיטת הש"ך וכתבתי שם גם כן דלהסוברים דלא כהש"ך בד"מ ולדברי הנ"ב לענין קידושין א"ש: ומ"ש לפרש הירושלמי אבל בכסף לא ופירשת דכיון דבעי דו"ח בשביל הקידושין למ"ד כד"נ דמי א"כ לענין הכסף הוי עדות שאילה"ז.

תמהני דודאי אם נאמר כד"נ דמי ודאי בעיקר עדות שאילה"ז לענין הקידושין גופייהו. גם דלענין הכסף מאי עדות שאילה"ז שייך ביה דהרי אף אם יוזמו העדים מה יצטרכו לשלם הלא לא הפסידו כלום לא להאיש ולא להאשה דאע"פ דמשכחת לה כגון שאומרים שקידשה במחילת מלוה וכה"ג טובי מכל מקום רחוק לאוקמי בהנך גווגי.

והדבר מבואר דמטעם נוגעין בעדות אתי עלה כמ"ש כל הפוסקים. ובחבורי כתבתי לפרש דברי הירושלמי באופן נכון וגם תרצתי פוסקים הנ"ל ועוד חזון למועד.

ומ"ש דיש לפקפק על הקושיא הנ"ל דשאני בנידון דהרמב"ם שא"א להיות בשום צד בעולם כו' נפלאתי אטו התם מי לא משכחת לה שהם אומרים שלא היה המעשה בשעה פלונית ואפשר היה קודם לו או אח"כ או במקום אחר אע"כ כיון דבשעה ומקום שהם מעידין ע"כ לא היה ואין ע"ז תורת הזמה וא"כ ה"נ דכוותיה כיון דעיקר טעמא הוא לפי דבעינן שסרה גופו של עדות ע"י הזמה וכבר סרה גופה של עדות ע"י הכחשה והך הזמה תו לא מהני ביה ואע"ג דבהכחשה מאחריני אמרינן תחלת הזמה הוא מכל מקום בכה"ג שאותן המזימין הם מכחישינן לא אמרינן הכי וא"ש.

הגע עצמך אם עדים מעידים שראובן ושמעון היו שלוחים לקדש אשה פלונית ואח"כ באו עדים ואמרו אתם וראובן ושמעון השלוחים עמנו הייתם במקום פלוני ולא היה קידושין כלל דינא הוא שאין הזמה ההוא מועלת להרמב"ם כיון דפתיך בין הכחשה בהדה ואם כן הכא דהן הן שלוחיו והן הן עדים הוי ממש כה"ג ואין מקום לנטות.

ועיין באו"ת שהביא קושיא כזו בשם הגאון מוהר"ר חיים יונה ז"ל בסוגיא דפלוני רבעני ומחמת כי הנוסעים אצים יצאו מבוהלים ודחופים. כצפרים עפים וגם כי מקול המונם ראשי נמלא וידי רפים.

הוצרכתי להפסיק פה ואמרתי אציגה נא עמך מה שעלה ראשון במחשבה. וד' הטוב יישר חילך לאורייתא וחיית ורביית תחזקנה ידך והיה שדי בצריך ולהני לך חמרא דאבוה להשיבך על מי מנוחות.

לשקוט על שמריך דברי אוה"נ דורש"ת: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה נו אלה דברי בד"ז הגאון המפורסם מוהר"ר יעקב נ' האב"ד דק"ק קאליש וכעת איתן אושבו בק"ק ליסא יע"א: שלום לאהו' ש"ב הרב הגאון המפורסם מהורר זלמן נ"י: קבלתי דברי תשובתו ע"י הרבני המופלג מהו' הירץ בחה"מ פסח ותיכף אחר פסח לא היה לי פנאי לעיין בו כי נסעתי מפה מחמת עסק משפט בעזבון ובאתי בשבוע זו ותיכף פניתי עצמי לעיין בדבריו הנחמדים והמה הרהיבוני כי ראיתם שהם בנוים על אדני השכל ומאירים כספירים אך עדיין לא היה לי פנאי לעיין בכל דבר ודבר מדבריו כראוי רק כמציץ מן החרכים ואמרתי אכתוב לרומכ"ת מה שעלה בתחלת רעיוני שלא ידמה רומכ"ת שאיני עוסק בדבריו ואי"ה אקח מועד לעיין בכל דבריו בעיונא בתר עיונא ואטייל לפניו ארוכים והנה בנידון אשר השווה מחלוקת הפוסקים בענין הכחשת חקירות בד"מ מכח הסברא המוזכר בבעה"ת הוטב מאוד בעיני אך מה שכתב ר"מ מכ"ת שבנ"ד בקדושין אף הר"ן מודה משום דהוי כהכחשה גמורה והאומר נתקדשה ביום ה' הוה כאומר ידענא שלא נתקדשה ביום ב' דאין קדושין אחר קדושין קשה בעיני דנ"ל דהראב"ן דסובר בד"מ אינו פוסל הכחשת חקירות כשזה אומר אני ואת' ראינו ההלוואה בניסן וזה אומר אני ואתה ראינו באייר נראה דס"ל דכשר אפילו כשאין המלוה תובע שני המני' דאי בתובע שניהן כ"ע מודו דמצטרף דהא הוי כהלוואה אחר הלוואה ואי משום שזה אומר שהיה עם השני בניסן וזה מכחישו שלא היה עמו בניסן כלל הא כתב הב"י דאם העד אומר שפלוני היה עמי והלה מכחישו שאין זה הכחשה ועוד ראייה דהא משוה חקירות לבדיקות ובבדיקות דעת רוב הפוסקים דאפילו אינו תובע שניהם וגם בראב"ן גופיה כתב בהדי' בדין זה וז"ל ראובן טוען מנה הלוייתך אלמא דבטוען מנה

אחת מיירי וכיון שכן הא בממון ג"כ הוי הכחשה דמאן דאמר באייר הרי אומר בפירוש שלא הלוח בניסן דהא מוכחש מפי התובע ואפ"ה מצטרפי וע"כ הטעם כיון דמשוה חקירות לבדיקות וכמו שבבדיקות מצטרפי אפילו אינו תובע שניהן משום דלא דייקי ה"נ י"ל גם כן בחקירות דלא דייקי א"כ ה"נ דכוותי בקדושין מיצטרפי משום דלא דייקי בד"מ אפילו בחקירות א"נ הטעם כיון דהכחשה אינו בגוף העדות רק בחקירות ובבדיקות הוא דמשקר אין ההכחשה פוסל בגוף העדות והא דאמרינן הטעם בבדיקות משום דלא דייקי היינו דווקא בחטין ושעורין ומעות שחורות ולבנות שהשחורות הם בזול יותר מהלבנות כדמשמע מהטור וכתב שמשלם הפחות או במנה ומאתים שלכאורה היה קשה אמאי מיצטרפי במנה ומאתים הא הוי מוכחשין על המנה השני' שזה אומר לוח וזה אומר לא לוח והכחשה גמורה היא ונהי דהמנה הא' הוי כעדות אחרת מכל מקום הא חד מכת זה וחד מכת זה לא מיצטרפי וע"כ צ"ל הטעם דלא דייקי וי"ל דהעד האומר מנה לא אמר מנה רק משום דלא דק על מנה השני' אינו מעיד רק על סך הפחות ולא חשבינן ליה כמעיד על מנה השני' שלא לוח רק כמעיד על הלוואת מנה הא' ולא כמעיד על מנה השני' כלל אבל אם מעיד בבירור על מנה השני' שלא לוח אפשר דלא מיצטרפי דהא עדות מוכחשת הוא במנה השנייה ומש"ה הצריך הטור שיהיה תובע שניהם ופירושו שהיה תובע הסך היותר גדול דאז יש לתרץ דברי העד השני כנ"ל אבל אם התובע תובע רק סך הקטן הרי העד השני שמעיד על הסך היותר גדול מוכחש מפיו אבל א"צ שיתבע שני ההלוואות דהיינו שלש מאות זהובים ובזה מסתלק קושית הט"ז בסי' למ"ד על הטור ע"ש ועוד קשה לי ע"ד דנהי דהכחשה גמורה פוסל בד"מ מ"מ בקדושי כסף לא הוי הכחשה גמורה כלל דכמו דבנסתרה שני פעמים דאף דהסתירה השנייה בודאי לא היה לשם קדושין דאין קדושין אחר קדושין מ"מ הוי שני עדות ואין זה הכחשה וה"נ בקדושי כסף אפשר דנתן לה קדושין השניים לשם צחוק וכי אם שני עדים יעידו על קדושי ניסן ושני עדים יעידו שראו קדושין בתשרי יהיו נדונין כמוכחשין ובודאי תהרג ג"כ על זנות שבין קדושי ניסן לתשרי כשלא יהיה לה עידי גירושין שגירשה בנתיים דמכח הוכחה לא הוי כעידי גירושין דאלת"ה יחפה על בת אחותו שיקדשה פעם שנייה אחר הזנות גם מה שהקשה רומכ"ת אשיטת יש מי שאומר מהא דא' אומר אג"ה וא' בד"ו נראה דל"מ לדעת הסובר דאם אכלה רצופים באתרא דמוברי דלא הוי חזקה ל"ק כלל דלפי דברי שניהם אין כאן חזקה כלל משא"כ בהלוואת ניסן ותשרי דאף אם נאמר ששניהם מעידים אמת יש לו מנה אצלו עכ"פ אלא אפילו לדעת הסובר באכלה רצופים באתרא דמוברי דהוי חזקה יש לחלק דאף לדעת היש מי שאומר דבחקירות ג"כ כשר דלא דייקי גם בחקירות מכל מקום הא ע"כ בהכחשה גמורה כגון שאומרים עדים השניים המלוה או הלוח או העדים עמנו הי' ביום פלוני ודאי דפוסל בד"מ דכי לית להו הכחשה והזמה בד"מ וע"כ היש מי שאומר דמכשיר בד"מ אף בהכחשה גמורה היינו ככה"ג שאומר העד השני המלוה היה עמי בניסן רק אותה הלואה שאתה אומר שאני ואתה ראינו אותה באייר ראינו אותה אני ואתה ומש"ה מכשיר משום שגם העד הב' מודה שהעד הא' אומר אמת בגוף ההלוואה רק שטעה או משקר בהיום של הלואה שאינו בגוף העדות אבל כשאומר העד הב' או בתרי ותרי שאומרים העדים השני' המלוה היה עמו או עמנו בניסן רק באייר ראינו בעצמינו ההלוואה ואתם לא היה שם באייר ודאי

דהוי מוכחשין או מוזמין כדמוכ' במכות ד"ה דמשמע דמשלמין שם אף הקרן ולפ"ז לא קשה מהא דא' אומר אג"ה דשם איירי דאינו מעיד העד הב' אני ואתה ראינו אכילת בי"ו רק כל אחד אומר שראה בפני עצמו גם מה שחילק רומכ"ת בין אם אומר פלוני לזה בניסן ובין אם אומר בניסן לזה פלוני דוחק גדול הוא דהא משהו חקירות לבדיקות וכמו שבבדיקות אין חילוק כ"ה בחקירות דהא הקשה אהש"ס דלמה נקטו בדיקות ולא חקירות אלמא דדמו אהדדי וגם כל חקירות בתחלת עדות היא כדכתב הר"ן בחי' פרק אין בודקין גם מה שהביא ראייה מהרמב"ם פרק י"ב מהלכות גירושין שכתב הואיל וכל אחד העיד לעצמו נראה דטעם הרמב"ם משום דפסק בפרק ט' מהל' אישות בא' אומר נתקדשה והב' מכחישו דאף שגם היא מכחשת הקדושין לא תנשא משום כיון דאיכא דמסייע לה מעיזה וכאן נמי יש לה נגד כל א' עד המסייע לה שלא נתקדשה לזה ואפ"ה כאן תנשא לכתחלה משום דכל א' לעצמו העיד אבל ודאי דאם א' אומר נתקדשה לראובן וא' אומר לשמעון דהוי הכחשה בגוף העדות דהאסור לה לזה מותר לזה לא מיצטרפי דגרע מחביות יין ושמן דלא מיצטרפי לד"ה כדמוכח בסנהדרין וכן הוכיח רומכ"ת בעצמו בש"ס דקדושין ויתר דבריו הנחמדים לא היה לי פנאי לעיין בהם וגם כי אינו נוגע כ"כ לנ"ד רק רומכ"ת רצה לסלק כל החומרות אף שהמחבר ומור"ם והאחרונים הסכימו בהיפך ומה שלבי מגמגם בנ"ד הוא דהנה אם שני עדים היו אומרים שנתקדשה ביום ב' ובאותו יום היה ג"כ יומא דשוקה או יום המעונן ובאו שני עדים ואומרים שאותו יום לא היה יומא דשוקה או יום המעונן דלא הוי רק הכחשת בדיקות וכן נראה דאם משיבין על חקירות בכמה בשבוע ואומרין סימן בהיום כגון שהיה ביום השוק או ביום המעונן אין ממש בתשובתם וצריכי להשיב בכמה דוקא דסימנא לאו מלתא הוא דהא אפילו אם אמרו אמש הרג כתב הר"ן בחידושו פרק אין בודקין דאם טעו בכמות הימים דעדותן בטילה ואין לך סימן גדול מזה ואפילו מאן דפליג התם הוא משום דסבירא ליה דזה הוי כמעיד בכמה אבל בסימן אחר ודאי דלא היה עדות וכן אם הוכחשו בהסימן שהיה באותו היום לא הוי רק כהכחשת בדיקות דהא אפילו בסיף ובארירן וכן שאר בדיקות גדולות אמרין דלא דייקי וכן אם הוכחשו באמירתן דהאי סימנא והאי סימנא אפילו סימן מובהק שבמובהקין כיון דאין מקבלין עדותן על איש מחמת סימן כדאמרין בחולין ההכחשה בזה לא הוי רק בהכחשת בדיקת ואין העדים מדקדקים וזוכרין רק על כמה בחודש ואין מדקדקין וזוכרין במה שהיה באותו היום כל זה כתבתי לרומכ"ת מה שעלה ברעיוני במהירות בלא עיון היטב ואי"ה אחר העיון אכתוב לרומכ"ת אחר שישבני על הדברים הללו ותו לא מידי והיה בזה שלו' מנאי ש"ב האוהבו כנפשו ודו"ש וטובתו כ"ה ומתאוה לראות עמו פנים בפנים שוחקות: הק' יעקב בהרב מוה' יעקב משה ז"ל ולכל סיעת מרחמוהי שלום: יעקב שלום בתורתו.

על ישראל הדרתו. בחוץ תרונה חכמתו.

אשרי יולדתו והורתו ה"ה כבוד אהו' בד"ז הרב הגאון כו' מוהר"ר יעקב נ"י: אחד"ש דבריו הנעימים הגיעני על תשובתו בעסק קדושין וענוותו תרבינו ואחר כבוד יקחנו והגדיל על שמי אמרתי כו' וכע' מלתא מני אזדא אך דבריו הנעימים הניעו את לבבי לתת עיני עליהם ואבוא בקצרה לברר קאמינא במאי דכתיבנא דהראב"ן סבירא ליה כחכמי לוניל וכ"ת כתב דהראב"ן סובר כן אף בהכחשה גמורה וראיתו דהראב"ן מיירי

שאינו תובע רק מנה א' וא"כ הו"ל הכחשה גמורה דהא מוכחש מפי התובע וע"כ משום דלא דייקי ולדידי חזי לי דהראב"ן בהכחשה גמורה ס"ל דבטלה העדות כמבואר בדבריו שכתב דר"ה ור"ח דמכחישינן זא"ז בכל העדות כגון כת אומר ליטרא זהב כו' או שאומר כת א' מנה הלוח ביום פלוני וכת א' אומרת הלא המלוה ה' עמנו או שכת א' אומרת מנה ולא מאתי' והשני' אומרת מאתים ולא מנה כו' ע"ש ובאמת לא היה צריך לזה דבפשיטות הוה מצי למימר דמיירי כת א' אומרת הלוח וכת א' אומרת לא הלוח דומיא דמ"ש שם כת א' אומרת מת ואחת אומרת לא מת אלא דאתי לאשמועינן דאפילו בכה"ג הכחשה בכל העדות מיקרי ונראה דגם בהא דכת א' אומרת הלא המלוה היה עמנו נמי ר"ל רק שאומרים שהלו' ביום אחר וכת ראשונה אומרים שאותו היום שמעידים אחרים היה המלוה עמהם דומיא דמ"ש אח"כ במאתים ומנה אלא שלא רצה להאריך וכן מוכח להדיא מהא דכתב בכת א' אומרת מאתים ולא מנה כו' והכחשה בכל העדות הוא וא"כ כ"ש אם זה אומר ביום ב' ולא ביום ג' וזה אומר ביום ג' ולא ביום ב' שהרי בראש דבריו הביא ראיה דמצטרפין במחולקי' בזמן מהא דמנה ומאתים כו' וכתב ע"ז וכ"ת ה"מ היכא דמכחשי אהדדי בבדיקות כו' אבל היכא דמכחשי אהדדי בחקירות כגון באיזה יום כי הכא לא מצטרפי ועדותן פסולה ליתא דד"מ לא בעי דו"ח ואם כן הו"ל חקירות כבדיקות אף ע"ג דמכחשי כו' ע"ש הרי דבמנה ומאתים פשיטא מלתא טפי דחזי לאיצטרופי דה"ל בבדיקות מחולקים בזמן דה"ל חקירות אלא דכיון דא"צ חקירה הו"ל כבדיקות וא"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון ולא גרעי חקירות מבדיקות לענין הכחשה גמורה דבטל העדות בא' אומר מנה ולא מאתים כמו כן במחולקים בזמן וכן מבואר ממאי דסיים בה התם וז"ל ומדאמר ב"ש נחלקה עדותן ולא אמרו בטל עדותן משמע דהכי קאמר נחלקה העדות במנה דמסהיד האי לא מסהיד האי וב"ה סברי כיון דתרווייהו אמנה קמסהדי מצטרפין לעדות עכ"ל מבואר דס"ל דדווקא היכא שאין א' מכחיש דברי חבירו ואפשר שיהיה שניהם אמת אלא שנחלקה עדותן ודנין על כל א' בפ"ע ולב"ה אף בכה"ג מצטרפין מטעם שכתב שם תחלה דמשום תקנת המלוה שלא תהא נ"ד מצטרפינן ואזלינן בתר מה דשווה סהדותיהו וכי אמר א' מנה וא' מאתים מנה דשוה מצרפינן ומנה השני לאו הכחשה הוא כו' ור"ל דכיון שזה אינו מכחישו לומר שלא היה רק מנה ולא מאתים מצטרפין לחיבו מתוך דברי שניהם ואף ע"ג דבמאי דקאמר רשב"א לא נחלקו בב' כתות כו' ע"כ דמיירי במעידין על שעה ידועה מכל מקום הך דכת א' לא מיירי בהכי וגם ס"ל דגם בב' כתות לא מיירי בשעה ידועה רק מצד התובע שאינו תובע רק כדברי הכת א' לא מחייבינן לנתבע רק מנה משום שבכלל מאתים מנה וקצרת: ועכ"פ מבואר שהראב"ן סובר בהכחשה גמורה בטלה העדות דקשיא ליה למר מחמת הכחשת התובע הנה באמת דעת הרמ"ה שהביא הרא"ש והטור וכ"כ הנ"י בהלואה אחר הלואה צריך שיתבע שניהם והראב"ן חולק ע"ז וס"ל כדעת הר"א אפרים שהביאו הב"י בסימן למ"ד בשם בעה"ת וטעמם נראה דס"ל דבכה"ג שיש לו זכיה ע"פ עדים אין תביעתו בפחות פוסל העדים דאמרינן שמא העדים זכורים יותר וכמבואר בפ"י"נ בהא דאמרינן שט"ח היוצא והלוח אומר פרעתי מחצה ועדים מעידים שפרעו כולו כמבואר בבעה"ת ור"ן ונ"י ובש"ך בסימן פ"ב דייק מדברי הר"ן דדווקא בשטר הוי קצת הכחשה לעדים משום הכחשת הבע"ד ובצירוף חזקה דשטרא בידי כו' אבל בתביעה בע"פ הוא פטור ע"פ

העדים דאמרינן שהם זכורים יותר ע"ש והנ' הסמ"ע כתב בשם הנ"י דבשחור ולבן א"צ לתבוע שניהם ובתשובה אחת בענין עגנו' הארכתי הרבה בזה כדברי הר"ן בחידושו ובדברי הנ"י והטור ושם כתבתי ליישב קושית הט"ז שהקשה דברי הטור אהדדי במ"ש בסימן קמ"א לענין שני חזקה שלענ"ד דבאמת צריך להבין כו' (עיין בשו"ת שבק"ע סימן ט' משם תדרשנו) ומ"ש כ"ת שהטעם משום דלא דייקי יקש' בעיני דא"כ כשמעידין פ' הלוח לפ' ביום פלוני א"א להזימן או להכחישם דנימא דלא דייקי מה שאומרים על יום זה ומ"מ המעשה אמת והיה ביום אחר ומהאי טעמא גופא י"ל דמידק דייק שמתירא שמא יאמר על יום אחר ויתבדה ויאחו כיון שחקירות הימים הוא ענין שהזמה תלוי בו ועיין בתשוב' שכתבתי באורך בענין זה ומדברי הראב"ן נראה שטעמו כיון שקל הוא שהקילו בד"מ שא"צ חקירה משום נ"ד ואי שתקי ולא מדכרי ליה לא חקרינן להו כי אמרי ליה אינהו ומכחשי אהדדי לא מפסל עדותן בהכי כו' ע"ש ונראה דס"ל דמשום נ"ד לא תפסינן מדבריהם רק מה שצריך לעיקר העדות וכל היתר כנטול דמי וכאלו לא אמרו ולא מידי אף בהכחשה בפירוש שמכחיש כל עדות חבירו לומר שלא היה ביום זה שאומר שום מעשה כלל פשיטא שאין לדין זה כאילו לא אמר כלום דהא אם זה לא היה חוזר להעיד על המעשה ולומר שהיתה ביום אחר היתה העדות מוכחשת ואם כן מעיד על מעשה של יום אחר מ"מ סלק מעשה ראשון כמי שאינו שהרי הוכחש והך עדות עדות על מעשה אחר בפ"ע ולא שייך בזה צירוף כלל וגם מ"ש מכ"ת לחלק כשאומר שקר בדבר שאינו בגוף העדות הארכתי בענין זה גם כן בתשובה בסוגיא דפלוני רבעני ולא נפניתי כעת אפס מ"ש מכ"ת בענין מנה שחור שהוא גרוע מלבן כו' (עיין בתשובה בענין עגונה הנ"ל ובתשובה שאחריו) ושם הבאתי דברי אא"ז מהרש"א שכתב כן להדיא וגם מ"ש כ"ת שיש בזה ליישב קושית הט"ז נראה שכוונתו על הדרך שכתבתי בתשובה הנ"ל ואיך שיהיה אמת נכון הדבר שלהראב"ן אם העדים עצמם מכחישין זא"ז הכחשה גמורה אין מצטרפין ולא מסתבר לחלק דדוקא במנה ומאתים שהוא בקיום גוף הממון דהא משמע להדיא דמחולקים בזמן עדיף טפי לבטל העדות לפי שהוא מחקירות וכמ"ל וזה אפילו בתביעת ממון דכיון דדיינינן השתא על גוף החיוב אין נ"מ כ"כ בזמן לחשבו עיקר העדות ומכ"ש בקידושין דודאי נ"מ טובה באיזה יום נתקדשה ונעשית א"א אם יבואו עדים שזינת' קודם וכמה ענינים דודאי כגופה של עדות חשיבה ואם מוכחשין בזמן הכחשה גמורה היא ואין עדותן מצטרפת ומ"ש מכ"ת על מ"ש דאין קידושין אחר קידושין דהא אפשר דנתן הקידושין שניים לשם צחוק נפלאתי דאנן לענין צירוף קיימינן שנוכל לצרף יחד היוצא מבין שני העדים וזה שייך בדבר שבממון דעכ"פ לפי דברי שניהם חייב מנה וכן בסתירה לפי דברי שניהם היו כאן סתירה וזה אם אין זה מכחיש דברי חבירו אף כשנצרף אותם משא"כ בזה שאם נצרף אותם האחד מהם אין בעדותו שהמעשה היה לשם קידושין ומה לי שלא היה כלל או שהיה לשם צחוק ואם כה יאמרו האחד יעיד שהיו ביום ב' לקידושין וביום ה' לצחוק והשני אומר שביום ב' היו לצחוק וביום ה' לשם קידושין פשיטא דכה"ג הוי הכחשה גמורה ואין מצטרפין: ויותר תימא מ"ש כ"ת וכי אם שני עדים יעידו על קדושי ניסן ושנים על קידושי תשרי יהיו נידונין כמוכחשין ובודאי תהרג כו' וזה פלא דזה לא עלה על לב מעולם שיהי' הוכחה מקידושין שניים לבטל הראשונים רק לענין אם צריכים לצרף שניהם יחד ולומר דבכל פעם היה

קידושין גמורים ובענין הלואה אחר הלואה דאע"ג דאמנה דמסהיד האי לא קמסהיד האי מ"מ מצטרפין כיון שעכ"פ מתחייב לו מנה בין למר ובין למר וזה אין לו שייכות בקידושין (וכן מצאתי בטורים שנדפסו מחדש בד"פ בח"מ סימן למ"ד בהגהות פרישה שם שכ"כ לענין צירוף שני עדים על מתנה שנתן לו חפץ ידוע שזה אומר שנתנו בניסן וזה אומר שנתנו בתשרי דכה"ג ודאי מכחשי אהדדי ואפילו שבועה אין צריך ע"ש ולזה מטין דברי הסמ"ע בשם הד"מ (אך בד"מ גופיה מבואר דמשום דהמקבל מתנה מודה שאינה רק אחת ומדמי למ"ש הרמ"ה בתובע רק מנה אחד אך דלפ"ז היה צריך שבועה ולכן כתב בהגהת פרישה הכא אמתנה אחת קמסהדי כו' ובאמת שלשון ביטל שני את הראשון משמע דלאו מטעם ששניהם מכחישין זא"ז אתינן עלה וצ"ע): ומ"ש כ"ת לתרץ מה שהקשיתי על דברי הי"א שבבעה"ת דאפילו בהכחשה גמורה מצטרפין מהא דשני חזקה אחד אומר אג"ה כו' וע"ז כתב דגם לדעת הי"א היינו דוקא כשהשני אומר אני ואתה ראינו באייר כו' וחילו' זה תמוה מאוד דאטו אם אח' מעי' שפלוגי הרג נפש בניסן ובאותה שעה שקר היה ואחר כך באייר נתאמת הענין שהוא היה שם בעת ההריגה ואח"כ הוזם על עדותו שבניסן פשיטא שאין ההרוג שבאייר מציל אותן מדין הזמה בשביל שנתאמת הענין אח"כ ואפי' אם הוא ראהו וראוי להעיד ע"ז מ"מ בשעת עדותו שקר ענה באחיו ועושים לו כאשר זמם וכן לענין הכחשה כה"ג ודאי דהוי עד מוכחש ולא מהני כלל מה שראה אח"כ ואם כן מה מקום יש לחלק בין אם עד השני אומר שבשעה שראה הוא היה הראשון ג"כ עמו או לא דס"ס העדות שהעיד על מעשה שבניסן נתבטלה ע"י הזמה או הכחשה ואמנם בלא"ה נראה שלא עיין מר בבעה"ת גופיה שאע"פ שבדברי חכמי לונל איתא אני ואתה ראינו מ"מ היש מי שאומר לא מיירי בכה"ג שהרי ז"ל בעה"ת והיכ' שהעיד ע"א ואמר באחד בניסן לזה פלוגי מפלוגי מנה וע"א מכחישו ואומר לו והלא כל היום הייתי עם המלוה ולא ראיתי שהלוה לו כלום אך באמת באחד בתשרי ראיתי שהלוה לו מנה מאי שיצטרפו מי אמרינן אע"ג דאכחשו זה לזה כיון דתרווייהו אמנה מיהא מסהדי דהלוה לו מצטרפי דקי"ל עדים המכחשת כו' כ"א דמצטרפין כו' ע"ש הרי מבואר דלא מיירי באומר ראינו אני ואתה ואפ"ה מכשיר ומ"ש מכ"ת דאטו לית ליה דין הכחשה והזמה בד"מ כבר הרגשתי בזה גם אני לפי מה שרצה מכ"ת לומר אליבא דהראב"ן דטעמא משום דלא דייק אך הי"א אילו לאו מה"ט אתו עלה אלא ס"ל דהם מכחישין זא"ז בחקירות ומיקרי מוכחשין והיו יכולים להזימם השתא מיהו דלא הוזמו רק הוכחשו אע"ג דלגבי נפשייהו הוו מוכחשין מ"מ כיון דבגוף החיוב המוטל על הלוה אין ביניהם הכחשה מצרפינן להו וע"ז חולקים חכמי לונל וכתבו כיון דאילו שתק ולא אמר בתשרי כו' דס"ל דבכה"ג לא שייך צירוף וכמש"ל: ומ"ש כ"ת על מ"ש בדברי הרמב"ם פי"ב מהלכות גירושין שכוונתו לפי מ"ש בפ"ט מהלכות אישות דאם עד מסייע לה גרע שלא תנש' משום דמע"ז כו' הוא תמוה מאוד שהרי שפתי הרמב"ם ברור מללו ואע"פ ששניהם החזיקוה בא"א כו' אלמא דלאו מטעם ע"א המסייע לה אתו עלה רק מחמת שני עדים האוסרים אותה ואמנם גם גוף סברתו צ"ע דנראה שאם כה"ג שזה אומר נתקדשה לראובן וזה אומר לשמעון אין כאן דין צירוף יש להתירה להנשא לכתחלה אף להרמב"ם דזה לא מיקרי ע"א מסייע כיון שעכ"פ גם הוא לאוסרה אתי ואי אתי אחרינ' מצטרף בהדיה ונהי שאינו מכחיש במה שאומרת שלא נתקדשה

לראובן מ"מ סיועי לא מסייע' במה שאומרת שהי' פנויה לגמרי וע"כ לא אמרינן דהיכא דמסייעי לה מעיזה אלא העד המסייע אומר כדברי' ממש אבל לא היכא שגם לדברי המסייע היא שקרנית וכמדומה שכן איתא בפוסקים וקצרת: ומ"ש כ"ת דזה שמוכחשין מחמת היריד הוה כבדיקות דסימנא לאו מלתא הוא והאריך בזה וסיום דבריו שאין העדים מדקדקין וזוכרין במה שהיה באותו יום עכ"ל ולבבי לא כן ידמה שאם היינו דנין על אמירתם יום פלוני ביריד ואותו היום לא היה יריד היה מקום לומר שאין מדקדקין כו' אבל כאן אנו דנין על אמירת העד שלא אמר על איזה ימים בחודש רק נתן סימן ביריד וכיון שידוע שהיה היריד כך ימים בחודש כפורט היום דמי וכמו אם אומר בשנת כך למלך פלוני והכי אמרינן בב"ב שטר שזמנו כתוב בשבת כו' ופירש רשב"ם שיש מקומות שמונין החודש לחדשי החמה כו' וה"נ כיון שזה אינו יודע לסיים היום כ"א ע"י סימן זה כפורט היום דמי והגע עצמך אם מעיד שאחד עשה מלאכה ביו"ט או ביוה"כ נצטרך לפרט בכמה ימים בחודש הוא פשיטא שז"א דחושבנא בעלמא ידעינן ומכ"ש בזה דתרווייהו ביריד קמסהדי והכל יודעין שהיריד הוא ביום ה' ואין זה רק גילוי מלתא שלא היה ביום ב' כאשר העיד הראשון ולא שייך בזה לא דייקי שהרי זה אינו מגביל יום המעשה רק עי"ז שידוע שהיה יריד ביום ההוא וגם מצד הסברא הוא סימן מובהק דמדכר דכירי אינשי ומ"ש כ"ת מהך דחולין פלני' דהאי סימנא כו' נפלאתי התם משום דלא סמכינן אסימנ' דשמא יש עוד אחד בסימן זה ובהכי מיירי התם בהא דקאמר ט"ע עדיף מסימנ' אבל בגוונא דנ"ד לא שייך זה ובקשתי מכ"ת לעיין מר במילי וכי יבא דברו אענדם עטרה לראשי וישעשעו נפשי דברי שארו נ"ד המתעלס באהבתו ד"ש ושלוש תורתו מחכה ויגיע עלות אורו אור בהיר נהיר וזהו כנפשו ונפש הצעיר זעיר מן חברייא: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה נז איש אחד נשוי יצא קול שביום השבת קידש אשה בלא שידוכין וחקרו הב"ד אחר הקול והי' שם בשעת מעשה שני אנשים ר' יואל ור' שבתי והאחד הוא בעל אחותו של השני.

וגם אשה אחת היתה שם. ולפי דברי המקדש.

לקח המקדש טבעת מהאשה ושאל לר"י בפני הבתולה איך יהי' אם אקדש אותה והשיב לו שיהי' מוכרח ליתן גט לשתיהן ותיכף לזה קידש את הבתולה הנ"ל בטבעת ההוא. בנתינה מידו לידה.

ובאמירת הרי את כו' עד וישראל והבתולה קיבלה הטבעת על ידה ושתקה. ואחר זמן מה החזירה הבתולה.

הטבעת להאשה הנ"ל. ואחר זמן מה חזר ולקח הוא הטבעת מיד האשה הנ"ל וקידש פעם ב' את הבתולה הנ"ל בנתינת הטבעת על ידה ובאמירת הרי את כו' עד וישראל ואמר ג"כ לר"ש ור"י הנ"ל אתם עדים ועל ענין עשיית הקידושין אמר שלא עשה רק לשחוק בעלמא מלבד שחוץ לב"ד אמר כמה פעמים שעשה הקידושין להוציא ממון מהבתולה עבור הגט שתהי' מוכרחת לקבל ממנו והבתולה מכחשת ואומרת כי היא לקחה בעצמה הטבעת מהאשה לראות מה הוא והמקדש חטף הטבעת מידה ושאל לר"י כנ"ל ור"י השיב לו כנ"ל והבינה ושתקה ואח"ז נתן הטבעת על ידה ולא אמר שום דבור כלל ואח"ז תבעה האשה ממנה הטבעת והחזירתו לה ושוב אח"ז לקח המקדש הטבעת מיד

האשה הנ"ל ואחז בידה בחזקה ואמר איזה דיבור שלא הבינה והיא חטפה את ידה מתוך ידו.

ולא בא כלל הטבעת על ידה והלכה לה תיכף מאתו ור"י הנ"ל מעיד שראה שלקח המקדש הטבעת מיד תינוק שהי' ביד האשה הנ"ל ואחז הבתולה בידה ומיד גער בו מה אתה עושה והשיב הייתי רוצה לקדש' לשחוק ולא ראה אז נתינת הטבעת להבתולה כלל ומיד הלך לו המקדש והטבעת בידו ושאל לו איך יהי' אם אקדש אותה והשיב לו כנ"ל ואחר זמן מה הי' בחדר הפתוח לבית ההוא ששם עמדו המקדש והבתולה וראה אותם משם וגם הם היו יכולין לראותו משם וראה איך שלקח הטבעת מיד האשה והלך ועמד אצל הבתולה ובשביל שהי' צעקת ילדים קטנים לא הרגיש בענין ולא שמע רק שאמר המקדש כדת משה וישראל ובשמעו זה נכנס תיכף אל הבית ואמר לו המקדש אתם עדים ואז ראה שהמקדש אחז בידו אחת יד הבתולה ובידו השני אחז הטבעת בסמוך לאצבע הבתולה וגער בהמקדש מה אתה עושה אז תיכף הלך המקדש והטבעת בידו ולא ראה כלל מעולם שהי' הטבעת על יד הבתולה או ברשותה ע"כ דברי ר' יואל ור' שבתי העיד שהוא הי' בבית ההוא והי' עסק באמירת תהלים ולא שת לכו לשום ענין שהיה שמה רק שמע שאמר המקדש הרי את ולא יותר ואח"כ בא אליו המקדש ואמר אתם עדים והאשה שהטבעת שלה אמרה שבעלה קנתה הטבעת ונתן לה במתנה והמקדש לקח הטבעת מידה אבל לא ידעה שיבא הענין לידי כך: ע"כ לשון השאלה תשובה תלמוד ערוך בקידושין דף ס"ה אמר רב נחמן אמר שמואל המקדש בעד א' אין חוששין לקידושין ואפי' שניהם מודים איתיביה רבא לר"נ האומר לאשה קדשתך והיא אומרת לא קדשתי הוא אסור בקרובותיה והיא מותרת בקרוביו אי דאיכא עדים אמאי מותרת בקרוביו ואי דליכא עדים אמאי אסור בקרובותיה ואפילו מודה אלא לאו בע"א הב"ע דאמר לה קדשתך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למד"ה וכה"ג פריך התם אפולגתא דב"ש וב"ה גבי המגרש את אשתו ולנה עמו בפונדקי כו' אי דליכא עדים מ"ט דב"ה ופירש"י שם אי דליכא עדים אמאי אסור בקרובותיה אפילו מודה דע"פ עצמו אינה קידושין אפי' נאמר דבע"א הוי קידושין בשניהם מודים היכא שאין ע"א לא אמרינן דע"א חשוב לחייב שבועה בדיני ממונות הילכך בערוה נמי חשוב להתקיים קידושין בפניו ובלבד שיהיו שניהם מודים וכן פירש"י שם דהא דבעי מיניה דר"י שניהם מודים לדברי העד ובהא אמר ר"י הן ולא ורפ"י ביד"א אבל בשניהם מודים ואין כאן עד כלל אין ספק שאין כאן מקום קידושין בזה כלל וכן מבואר שם ע"ב דקאמר מאי הוי עלה ר"כ אמר אין חוששין לקידושין ור"פ אמר חוששין א"ל רב אשי לר"כ מאי דעתך דילפת דבר דבר מממון מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אף כאן הודאות בעל דין כמאה עדים דמי אמר ליה התם לא קמחייב לאחריני הכא קמחייבה לאחריני מבואר מזה דלענין קידושין לא מהני הודאות בע"ד ולא מקיימי מלתא אלא בסהדי ואע"ג דהאי למ"ד המקדש בע"א אין חוששין לקידושין קאי מ"מ אף למ"ד חוששין לקידושין ל"פ דלא אמרינן הודאת בע"ד בקידושין דאיכא חובה לאחריני רק דלענין ע"א דס"ל דשפיר חוששין כיון שגם בד"מ קם לשבועה לחייב לאחריני אלמא דעכ"פ ע"א מפיק הדבר מחזקתו ומטיל הדבר בספק להצריך שבועה וא"כ גם בקידושין אע"ג דשבועה לא שייכה בקידושין.

וכמ"ש רש"י שם בד"ה ע"א בהכחשה מ"מ מהני העד לחוש בקידושין מחמת ספק ומהאי טעמא נ"ל דלמאן דס"ל דבע"א חוששין אפ"י בהכחשת בע"ד חוששין כיון דגבי ממון ע"א בהכחשת בע"ד קם הוא לשבועה א"כ גם בקידושין דלא שייכי שבועה מ"מ חששא איכא. ובזה מתיישב הגירס' שברש"י ע"א בהכחשה דאיכא חד סהדי דמכחיש ליה ולא קאמר בפשיטות דע"א בהכחשת בע"ד לאו כלום הוא ועיין בש"ך בי"ד סי' קכ"ז ולפמ"ש אתי שפיר כיון דהכא קיימינן למ"ד בע"א חוששין לקידושין והיינו משום דבממון קם הוא לשבועה א"כ לדידי' י"ל דגם בע"א בהכחשה יש לחוש לו ולכך הוצרך רש"י לומר דאיכא חד סהדא דמכחיש ליה אלא דלפ"ז צ"ע מה דסיים שם רש"י דאין ע"א בא אלא לשבועה וכאן שבועה לא שייכה דהא אפ"י במקום שבועה נמי נימא ע"א בהכחשת בע"ד לאו כלום הוא: ונראה דרש"י אזיל לשיטתו דהרמ"ה שהביא בטור ח"מ ס"ק מ"ו בעד א' אומר הי' תנאי וע"א אומר לא הי' תנאי ישבע הנתבע להכחיש את העד אע"ג דע"א מכחישו לא אמרינן אוקי חד לבהדי חד דרחמנא הימני' לחד לחייבי' שבועה וכ"מ שהאמינ' תורה ע"א הו"ל כשנים כו' ע"ש והב"י שם כתב דהרמ"ה סובר שעד המסייע אינו פוטר כו' (וע"ש בש"ך ומ"ש בסימן פ"ז ובחיבורי בית אפרים סי' ל"ט) וא"כ שפיר כתב רש"י והכא שבועה ל"ש דאי הוי שייכה שבועה לענין ע"כ הוי אמרינן דע"א הוא כשנים לחייבו שבועה ואין הכחשת העד השני פוטר אותו אבל באמת שבועה ל"ש רק שאנו למדין קידושין מממון דעכ"פ ע"א מפיק מחזקה לחוש לו א"כ לא שייך בו לומר שהוא כשנים דדוקא לענין חיוב שבועה אמרינן דכל כמה שזה לא נשבע הע"א נאמן כאלו הי' כאן שנים אבל בקידושין דלא שייך לומר עליו שהוא נאמן רק שאנו אומרים שמועיל להטיל הספק שוב שפיר אמרינן אוקי חד להדי חד ואוקי איתתא אחזקת' ולכך פירש"י והכא שבועה ל"ש ושוב אף חשש אין להחזיק ע"פ ע"א כיון דאיכא חד סהדא דמכחיש ליה ולכן כתב רש"י דאפ"י אם היתה האשה מודה נמי לאו כלום הוא כיון דסלק עד נגד עד והודאת בע"ד לאו כלום הוא ומבואר מדברי רש"י כמ"ש דאף למ"ד חוששין מ"מ בשניהם מודים לבד לא חיישינן: וראיתי בשו"ת נו"ב במהדורא תניינא סי' ע"ו כתב לתמוה בהא דע"א בהכחשה ל"כ הוא ואפילו העד אומר שנתקדש' בפני שנים דילמא לא תצטרך לישבע להכחיש העד ונימא לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם לאסור לחלוטין אבל קם הוא לשבועה שתצטרך לישבע להכחישו וכ' לתרץ דמפי השמועה למדנו היכא דאין שנים מחייבין ממון אין א' מחייבו שבועה ובקידושין שאין כאן עסק שבועה אף ששנים עושים אותה א"א אין כאן חיוב שבועה בע"א לענין התרתה לינשא ע"ש.

ואני תמה אם יש מקום לפרש הך קרא דלא יקום כו' גם על מה שאינו ממון אלא עונש או איסור דקם הוא לשבועה מנ"ל לומר דמפי השמועה קבלו דאין בזה כיון שאין שנים מחייבין ממון ואימ' לרבות לחוד בא לענין טענה שתי כסף וכה"ג אבל לא למעט במקום דליכא חיוב ממון וגם כי הך מלתא גופא שאמרו כ"מ ששניהם מחייבין כו' והרמב"ם כתב לה בלשון מפי השמועה נראה שהוא מהך קרא גופא דלא יקום כו' ע"פ שני עדים יקום דבר ודרשינן שהוא קם לשבועה במקום שע"פ שנים יקום דבר.

והך דבר ילפינן מיני' לקידושין להצריך עדים וא"כ נלמד נמי מרישא דקרא דע"א קם לשבועה: אך לענ"ד נראה דלא מבעיא לדעת רש"י והראב"ד ולזה הסכים הש"ך סי' 14

צ"ה דאדם הוקש לקרקע ואפילו בן חורין והביא ראיה מקידושין דף כ"ח דאמרינן עד היכן גלגול שבועה השבע לי שלא נמכרת לי בע"ע כו' ע"ע גופיה קני ופריך א"ה היינו קרקע כו' אלמא כל היכא דהתביעה על גופי' של אדם אתקיש לקרקע דלית ביה שבועה וה"ה לענין קנין האשה בקידושין כאלו תובע קנין דגופה הוא ומכ"ש בקידושי כסף למאי דיליף קיחה משדה עפרון ואתקש היות להדדי.

אך אף לפי שיטת התוס' שהביא הש"ך שם והוא ג"כ דעת הרמב"ם לפי מ"ש הה"מ שם דדוקא עבד כנעני איתקש לקרקע מ"מ הרי לדבריהם צריך ליישב הא דקידושין דקאמר א"ה היינו קרקע ע"ד שכתב הר"ן בקידושין שם ובסוף שבועות דאף דלא איתקיש ב"ה לקרקע מ"מ לא אשכחן שבועה על גוף אדם רק בדבר שבממון והא דפריך א"ה היינו קרקע ר"ל דמאי רבות' דאשמועינן דמשביעין ע"י גלגול על טענת ע"ע דהא היינו קרקע ר"ל כמו שאתה אומר שבקרקע מגלגלין גם בזה יש לגלגל ע"ש וא"כ מבואר ג"כ דעכ"פ על תביעת גוף האדם אין מקום להשביע כיון דלא אשכחן טכסיס שבועה כ"א לענין ממון ולכן על טענת שלא נמכרת לי בע"ע אע"פ ששנים מחייבין אותו ממון שהע"ע גופי' קנוי לו לעבוד בו עבודתו מ"מ בע"ע אין בו חיוב שבועה כ"א ע"י גלגול וא"כ מהאי טעמא נמי ליכא חיוב שבועה בקידושין כיון שלא מצינו שבועה כי אם על חיוב ממון ועיין בתה"ד סימן ובש"ך סימן פ"ז ס"ק הקשה עליו דהא בסוטה נמי משביעין אותה ומינה ילפינן גלגול שבועה עיין שם ובשו"ת נ"ב ר"ל בהגהת בן המחבר הביא זה וכתב דקושיות הש"ך לק"מ דבסוטה אין השבועה שתהא נאמנת דהא באמת אינה נאמנת ומשקין אותה ע"ש.

והדבר ברור שז"א שאע"פ שאינה נאמנת בשבועה לטהר עצמה לבעלה כיון דרגלים לדבר שהרי קינא לה ונסתרה דמהאי טעמא משביעה על הספק מ"מ אין השקאה לבד מועיל בלא שבועה וטפי מועיל מה שמתירין אותה לבעלה ע"י השבועה מע"י ההשקאה דהא על השקאה י"ל דהזכות תולה לה. או שאין הבעל מנוקה מעון וכה"ג.

ומה"ט ילפינן מסוטה לענין ג"ש. וכן בשבועות דף ל"ג אמרינן אואין דסוטה יוכיחו כו' ולא אמרינן ואל יוכיחו אואין דסוטה שיש עמהן השקאה אלא ודאי מ"מ כיון שהשקאה בלא שבועה לאו כלום הוא.

הרי מצינו אואין שיש עמהם שבועה. בלא תביעת ממון.

ולכן בשבועת עדות דכתיב אואין ילפינן בג"ש משבועות הפקדון דמיירי דווקא בתביעת ממון. אבל בשבועות הדיינים דלא כתיב ביה אואין אין הכרח דמיירי בתביעת ממון.

אבל באמת לענ"ד שפיר כתב תה"ד ורמ"א. שהרי בשבועת הפקדון פשיטא ליה להש"ס דתביעת ממון דווקא.

משום דלהדי' מיירי קרא בהכי כדכתיב בפקדון או בתשומת יד כו' ואם כן מהאי טעמא גופא בשבועת הדיינים נמי כסף או כלים כתיב ואין חייב שבועה רק על תביעת ממון. ואין ראיה מסוטה שאין מחייבין אותה שבועה על תביעת זנות לאיסור כלל ואם לא

תרצה לישבע מה בכך רק לפי שנעשית סוטה ונאסרת בכדי שתחזור להתירה הראשון צריכה שבועה והשקאה.

אבל לא מצינו שהב"ד יחייבו שבועה על תביעה שאינו ממון כלל וזה גם כן דעת הר"ן דכיון דלא אשכחן שבועה כ"א על תביעת ממון אין מחייבין שבועה על תביעת גוף וה"ה על תביעת איסור ועיין בספר יראים. ובסמ"ג מצוה רי"ג הביאו הספרי לא יקום ע"א כו' ולמדנו מכאן שע"א היודע בחבירו עון דבר שאין ראוי להשביעו שלא יקום להעיד עליו כו' ועיין סימן כ"ח ובט"ז סי' פ"ז ובהגהת הח"צ שם קצרתי: והנה מה דמשמע מדברי הש"ס.

דכיון דאיכא חד דמכחיש ליה אינו נאמן לכאורה צ"ל דנהי דבוודאי חד מנייהו משקרמ"מ חד מינייהו לא משקר. ואם כן עכ"פ יש כאן המקדש בע"א וראיתי בספר המקנה שכתב לפי מה דקי"ל דעדים המוכחשים בחקירות עדותן בטילה.

אפילו לענין שבועה. א"ש דכיון דכל חילי' דע"א בקידושין.

לפי שבד"מ חייב שבועה בע"א. ובע"א בהכחשה דליכא שבועה לא הוי קידושין.

וכתב ובזה זכינו לפרש דברי רש"י שכתב ותסברא ע"א בהכחשה כו' וכאן לא שייכא שבועה ור"ל כיון דמוכחש ליכא שבועה ע"ש. ואני לא זכיתי להבין דברי קדשו ז"ל שמלבד שאין זה במשמע לשון רש"י שכתב לא שייכא שבועה.

בלא"ה נראה שאין ללמוד כאן מהכחשה בחקירות בד"מ שאין שם שבועה דהתם הם מכחישים זא"ז והנתבע אומר ששניהם משקרים. הלכך א"א לחייבו שבועה ע"פ שום אחד מהם שהרי השני מסייע להנתבע ומכחיש לעד ואומר לא כי שלא היתה ההלוואה בזמן ההוא שאתה אומר.

וכן בזה אומר חביות יין וזה אומר ל"כ אלא שמן. וכיון דאפשר ששניהם משקרים הנתבע פטור.

שלא חייבה תורה שבועה בע"א אלא היכא דליכא מאן דמכחיש ליה. ומסייע להנתבע משא"כ בקידושין.

וודאי אם היה כאן הכחשת הבע"ד שפיר הוי מדמינן להו משא"כ לפי מ"ש רש"י כיון דאיך מכחיש ליה אף אם היה כאן הודאת האשה ל"מ. על זה יש לתמוה כיון דהוא לדברי אחד מהעדים שנתקדשה לפלוני הא שוויה אנפשה ח"ד שהרי הקידושין שע"י ע"א שפיר הוי קידושין.

כיון דבד"מ קם לשבועה שפיר מועיל שיתקיימו הקידושין ע"י ולא איכפת לן במה שיש ע"א המכחישו. דהא אין אנו צריכין לדון בזה על אמתת הדבר דבתר הודאת האשה אזלינן רק על קיום הקידושין ושפיר הם קידושין של קיימא כשנאמין שנתקדשה לפני ע"א.

וכמו אם הודית שנתקדשה לפני שנים. אף שיש שני עדים המכחישים.

מ"מ בתר הודאתה אזלינן דשווית' נפשה ח"ד. ובזה י"ל הגרסא שהביאו ע"א בהכחשה בהכחשה בע"א מי מהימן ולפי מ"ש י"ל דלא מטעם בהכחשה בעד לחוד קאמר.

די"ל דמאן דס"ל בע"א חוששין היינו אפילו בהכחשת הבע"ד כיון דקם לשבועה אפילו בהכחשת בע"ד וכמ"ל רק י"ל דהש"ס קאמר ע"א בהכחשה היינו סהדא אחרינא. דמכחיש ליה וע"ז הוסיף רש"י לומר שהכוונה היא כיון דאיכא נמי הכחשת הבע"ד דהיינו האשה גם כן דאל"כ להך מ"ד דבע"א חוששין שפיר מהני אם היתה מודה שנתקדשה לפני ע"א אף דאיכא דמכחיש לי' אך כיון דאיכא נמי הכחשת הבע"ד פשיטא דלא מהימן ואפשר דלזה כיוון אותו גדול שמביא בתה"ד סי' ע"ש.

אך דלפי הנוסחא שלפנינו נראה כמ"ש ועכ"פ מבואר שאין שום דיעה הסוברת לחוש בשניהם מודים לבד ואין שם אפילו ע"א דבכה"ג פשיטא שאין הקידושין חלין כלל וכ"כ בתה"ד סי' הנ"ל וכן מבואר בדברי כל הראשונים והאחרונים ולפי מ"ש הדבר פשוט בנ"ד שאין כאן בית מיחוש לקידושין כלל כי מחמת דברי המקדש פשיטא שלא מפיו אנו חייין.

דא"כ לא הנחת בת ישראל שלא יתעוללו בה אנשים ריקים לומר קדשתיך ומצד העדאת עדים הרי ביחנו דבריהם שלא ראו שום נתינת טבעת כלל ולא מיבעי' עדות ר' שבתאי דלאו כלום הוא אחרי שאומר שלא שמע אותם מדברים בענין קידושין כלל ולא ראה שום נתינה ולא שמע שום דיבור של קידושין רק תיבת הרי את ובכה"ג פשיטא שאין להעלות על לב שיהיה זה עד קידושין אלא אפילו בעדותו של ר' יואל אין בו ממש כיון שמעיד בפירוש שלא ראה בשום פעם הטבעת ביד הבתולה רק ביד המקדש ובכה"ג אף אם היה שומע שאמר הרי את מקודשת לי ל"מ דאמירה בלא נתינה לאו כלום הוא ומכ"ש בזה שמעיד שלא שמע רק מה שאמר כדת משה וישראל.

ואם היה רואה הטבעת ביד הבתולה אחר שראה אותו ביד המקדש היה מקום לדון בזה מחמת שלפי עדותו שאל ממנו תחילה לפני הבתולה בעסק הקידושין ואף בזה לא היה מקום לחוש כיון שלא היה רק בדרך שאלה להיתול ושחוק כדרך שהלצנים עושים וזה השיבו לפי דרכו וכה"ג לא מיקרי מדברים על עסקי קידושין וגם כי לא ראה הנתינה ואינו יודע אם אמר לה בשעת קידושין וקבלה בשתיקה או לא אמר כלל או שמא נתן לה ע"מ להחזיר להאשה שהטבעת שלה וגם מצד שאין הכסף שלו.

אך לא ראיתי לפלפל בזה כיון שבנ"ד לא ראה הטבעת בשום פעם ביד הבתולה ואין כאן לא ראיה ולא ידיעה שיהיה עד כלל וא"כ לא נשאר מקום פקדון רק מצד שהבתולה שבפעם ראשון קבלה הטבעת מידו בשתיקה אחר ששמעה ששאל את ר' יואל איך יהיה אם אקדש אותה ופשיטא שאין לחוש לזה כלל אפילו אם היתה הטבעת שלו והיא קבלה לשם קידושין כמ"ל דבהודאת בע"ד בלא שום עד כלל לא פרכס אדם מעולם שיש בזה חשש קידושין וכן מבואר בשו"ת מיימוני בהלכות אישות סימן א' דהיכא דליכא אפילו חד שראה שהגיע הקידושין לידה אינה מקודשת אפילו מדרבנן אע"פ שהיא בעצמה מודה שנפל הטבעת בחיקה כו' וגדולה מזו מבואר שם דעת מהר"ם שאפילו אם ראו עדים שזרק קידושין לתוך חיקה והעדים מסופקים אם נפל לתוך חיקה אם לאו אע"פ שהיא מודה שנפל לתוך חיקה הו"ל כמקדש בלא עדים ע"ש וע"ש שמבואר

שאפילו חזו סהדי שנכנס עמה לקדשה בכסף ולא ראו שקידשה לא בעי' גט ודוקא בקידושי ביאה דאמרינן הן הן עדי יחוד דאיתא בגמרא כו' ע"ש.

ובנ"ד דליכא כל הני ולפי דברי ר' יואל כשבא אצלם ראה הטבעת בידו ולא עלה מעולם על לבו שנתן לידה כלל רק שנידון מצד הודאתה שבא לידה פשיטא דאף אם היתה אומרת שקיבלה לקידושין ל"מ ומכ"ש שכפי הודאתה לקחה היא הטבעת מיד האשה והוא חטף מידה שזה כקידשה בגזל דידה ולא שידך ולא אמרה הן דאינה מקודשת משום דאמרה אין שקלי ודידי שקלי ואף אם היינו רוצים לחוש בגזלן ישראל מסתמא מייאש ולחוש למ"ד ייאוש כדי קנה או שנאמר שהאשה בעלת הטבעת שהיתה עומדת שם נתייאשה ואם כן אפשר דהו"ל שינוי רשות לגבה מ"מ פשיטא שאין בזה בית מיחוש דאין ספק שלא היה דרך גזילה ממש עד שנאמר שעלה בלב הנערה או האשה להתייאש רק שהיה דרך שחוק והיתול ומכ"ש בזה שהוא נשא אשה והיה יום השבת ובלא ברכה ובלא שידוכין שלא יעלה על לב האדם לומר בזה דשייך ניחא לאינש למעבד מצוה הבא בעבירה ואין צריך להרבות בראיות וכ"כ הגאון בעל ט"ז בתשובה הנדפסת ב"ח החדשות סי' שאין לומר שבעל השולחן הקנה השולחן שלו לצורך שתזכה להתקדש בלא ברכה ובלא שידוכין כו' ע"ש.

והנה אף כי יש בענין זה שרשים וענפים מרובים עם תילי תילין הלכות אך הכל הולך על מקום אחד שאין בקידושין ממש ולא באתי בארוכה מדאגה מדבר פן יראו התלמידים ויסברו שמתוך פלפול ומשא ומתן של הלכה אנו באים להתירה ולכן חפשתי דרך קצרה שהתירה של זו הוא פשוט מתוך הלכה ברורה והאיש המקדש המתנצל ואומר משחק אני וכמתלהלה זיקים יורה וחותר חתירה להיות אשה עצורה עמל הרה בבור כרה וראויה למותחו על העמוד ולהזהירו באזהרה ובגזירת התורה שישמור פיו ולשונו הס כי לא להזכיר מענין קידושין אלו ברמז או באמירה ולהשמיע לאזנו כי כל ליצנותא אסורה ואי לא ציית לישדו עליו גודא רבא.

ותחת גערה לעשות כדת וכשורה, ובפני הפרצה יגדרו גדרה ועלינו יערה רוח הבורא. הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

אחרי הדברים והאמת האלה. הגיע לידי מה שהשיב בענין הלז כבוד מחו' ידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם מוהר"ר יהושע העשיל נ"י.

ובגמר דבריו ענוותו תרבני לחות דעי אף אני אפס כי כבר עמד השואל ושאל את פי. והסכימה דעתי לדעתו הרמה שאין בית מיחוש לקדושין אלו.

אך ידידי הגאון הנ"ל פולפל בדין קלא דקמי נשואין וגם יצא לדונו בדבר החדש באיש אחד אמר לה שצריכה לכסות ראשה כדין הנשים וכן עשתה. וזו הלכה העלה שאין שום חשש מחמת זה וגם זה דעתי כדעתו.

אך לכבודו אמרתי לישא וליתן בדבריו הנעימים: והנה הקשה בהא דגיטין דף פ"ט דקדיש באציפא דתוחלאי כו' דניחוש שמא ש"פ במדי וע"ז כתב בקדושי ספק לא חיישינן לקלא כמו באמתלא דספק קרוב לו עכ"ד בקצרה ולענ"ד אין הנדון דומה לראיה דהתם מימר אמרי קמו רבנן במלתא דקרוב לו היה ותו ליכא לספוקי במידי משא"כ

בהא דאפילו אמרי עיינו רבנן ולא היה ש"פ מ"מ א"א להם לעיין שאינו ש"פ במקום אחר וכיון שא"א להתברר אית לן למיחש לקלא.

ולדעת הרמב"ם והר"ן הך חששא דש"פ במקום אחר הוא חשש דאורייתא ודוחק לומר כתי' הרב נ"י די"ל שאינו מתקיים להוליכו. ולדעת התוס' ודעימיה שהוא מדרבנן מ"מ הרי דעת הראב"ד דלקול חליצה נמי חיישינן.

אך בדברי הש"ס י"ל בפשיטות דאביי קאמר לה. ובקידושין דף י"א משמע דלית ליה דלשמואל דלא פליג אדר"ח התם אלא מטעמא דאם הקלנו כו' אך מדברי הפוסקים קשה.

ואפשר לומר דמיירי היכא שאמר שמקדשה בש"פ דבכה"ג כתב הרשב"א בקידושין דף י"ג דליכא חששה דשמואל וצ"ע על בעל שער המלך שנסתפק בזה ואף לפי תי' שם דלהרמב"ם באמת בכה"ג ליתא לדשמואל רק להתוס' דהוי דרבנן שמא יהיה אחד מאנשי מדי כו' י"ל דאף פירש לא מהני. וא"כ י"ל דהרשב"א לטעמי' שם בחידושיו שנראה שמסכים להרמב"ם מ"מ הו"ל להזכיר דברי הרשב"א בזה.

אך נראה דאם אינו רק חששא דרבנן שמא יהי' כאן אחד מאנשי מדי. שפיר יש להקל בקול.

אפילו למאן דמחמיר בקול חליצה התם הוא ודאי דבריהם וא"כ שייך חשדא ולעז דעברי אדרבנן משא"כ כאן דאינו רק ס' דדבריהם לא חיישינן ללעז כה"ג. והכי מחלקינן בשבת דף כ"ג לענין ברכה ע"ש.

וכיון דגוף החשש שמא ש"פ במקום אחר ליתא כאן שהרי הרמב"ן ס"ל דאפילו בספק שמא ש"פ כאן ולא נתברר לב"ד תולין מסתמא להקל גבי קלא ומכ"ש שאין לחוש לשמא ש"פ במקום אחר מאי אמרת ניהוש לחשדא דעברי אספק דבריהם. משום זה אין להחמיר ודוקא בחליצה שהוא ודאי דבריהם וכדכתיבנא.

ומקרוב באו לידי חידושי הריטב"א למסכת גיטין וראיתי שעמד בזה. וכתב וז"ל ואי קשיא לך והא אמרינן בקידושין דחיישינן שמא ש"פ במדי איכא למימר דהא לא קשיא דלאו כ"ע דינא גמירי עכ"ל.

וע"ש דהריטב"א מפרש הסוגיא דמיירי דאיגלאי מלתא שהקול שקר ולא היה שם קדושין כלל והחשש מפני לעז הקול ולכן כתב דללעז זה שמא ש"פ במדי לא חששו דלא דינא גמירי לדעת שיש בזה חשש ספק. וגם לשיטת הרמב"ן דס"ל דתולין מספק להקל שאינו ש"פ כאן ומכ"ש שאין חשש משום ש"פ במקום אחר ומחשש לעז שמא ש"פ כאן.

אמרי עיינו ביה רבנן רק מחשש שמא ש"פ במקום אחר לא חיישינן ללעז כזה דלאו דינא גמירי ולפ"ז אתי שפיר מ"מ נ' דלהרמב"ם דהוי חשש דאורייתא. נראה דלא שייך לאו דינא גמירי מ"מ לדידי' שפיר מצינן למימר בפירוש שמקדש בש"פ דליתא לדשמואל וכמש"ל בשם הרשב"א.

ולהתוס' ולטעמייהו שהוא דרבנן משום שמא יראה כו' וא"כ י"ל דאף בפירש שייך דשמואל כמש"ל בשם שער המלך מ"מ לדידהו אין לחוש ללעז בכה"ג דגרע מקול

חליצה כמ"ש או משום דלאו דינא גמירי כתי' הריטב"א: ומה שהקשה הרב נ"י על דברי הלח"מ פ"ט מהל' אישות בהא דאמרה קדשתני שהקשה דממ"נ אם נתן גט כו' וע"ז השיב דבמת מיירי יפה כיון.

וכ"כ בספר שער המלך. וכ"כ בספר המקנה סי' ס"ח.

ואני מצאתי שהדבר מבואר בבה"ג דף פ"ב ע"ב שכתב וז"ל וכיון דיהב לה גט בין מדעתא בין בעשוי' איתסר בקרובותי' ואלא מתני' דקתני קדשתני והוא אומר לא קדשתך הוא מותר בקרובותיה מכדי כיון דאמרה לי' קדשתני לא סגי לה בלא גט בין מדעתה בין בעשוי' וכיון דיהב לה גט קאמר מר הוא מותר בקרובותיה דקתני למאי הלכתא דהיכא דמתה מקמי דיהב לה גט שרי באמה ובבתה ואצ"ל בקרוביה דילה עכ"ל ולכאורה מה שמדייק דיהב גט מיירי הוא מחמת הסיפא דקתני שאסורה בקרוביה דמשמע הא לעלמא שרי וע"כ ע"י גט הוא.

וכדדייק הלח"מ וא"כ הוי מצי לפרושי שמת הוא ואפשר דאה"נ שפיר מיירי במת הוא וחדא מינייהו נקט דמיירי רישא במתה היא אלא דלכאורה טפי הל"ל לאוקמא במת הוא. דלאוקמא דאיכא נתינת גט בסיפא הוא דוחק גדול.

דהא מתני' בא לאשמועינן דשוי אנפשה ח"ד. ואי בקבלה גט מיירי בלא אמירת קדשתני נמי מיתסרא מחמת קבלת הגט כמו שהוא נאסר בקרובותיה אם נתן גט אע"פ שאומר לא קדשתך אך י"ל דנתן גט יש לחלק בין דידיה לדידה כמ"ש במרדכי בשם ר"י הלבן ע"ש.

ויותר נראה דבה"ג לא משמע ליה דמתני' מיירי כשאינו רוצה להשגיח על בקשת ועשוי הב"ד שאין לה גט ואין רוצה ליתן לה גט ואז מותר בקרובותיה דמסתמא לא מיירי בהכי. ולכך מוקי לה במתה היא דמותר באמה ובבתה שאם היה מודה בקידושין היה אסור בהם אף לאחר מיתתה אבל כיון שהוא הכחיש מותר בהם: והנה לפי מה דכתיבנא לעיל דהיכא דהחשש הוא דבר שאין עומד להתברר לא שייך עיינו רבנן במלתא והוא פשוט בסברא קשיא לי על דברי הב"ח שכתב דלפי דברי המרדכי בחד כתי עדים דמספקא להו אי קרוב לו אוקמה אחזקתה רק בב' כתי הוי ספק.

א"כ גם כאן אמתלא דקדושין בספק קרוב לו כו' נמי באומרים נתקדשה ויש ב' כתי עדים ע"ש. וא"כ בכה"ג לא שייך עיינו רבנן ואשתכח קרוב לו דהא תרי כמאה ואין הספק עומד להתברר כלל ועידי הזמה לא שכיח.

כתי' הרא"ש בב"ק דף י"ז גבי שור הנסקל שהוזמו עדים ע"ש. ואפשר לחלק כיון שכבר הוכחש גם עידי הזמה שכיח.

ועיין בסנהדרין בסוגיא דחוששין וזה דחוק. ויותר נראה דבזה אפשר שיבא לידי בירור ע"י העדים שאומרים מפיהם שראו שהיה קרוב לה והלכו למד"ה שהם נאמנים לומר שלא ראו כן.

וכמבואר בטור וש"פ. משא"כ היכא שא"א לבוא לידי בירור כגון בהך חששא דשמא ש"פ במקום אחר ודאי דלא שייך עיינו רבנן ואיכא לעז וצ"ל כמ"ש ועדיין צ"ע בהך

דב' כתי עדים שלדברי הקול שהעדים אומרים כן והלכו למד"ה א"כ לית להו לאסוקי אדעתיהו שיבואו ממד"ה ויאמרו שלא כן הוא שהרי לדברי הקול הכי קושטא דמלתא שאמרו שראו קרוב לה.

ואף שאומרים דאיכא נמי סהדי שקרוב לו היה מ"מ א"א לבוא לידי בירור לדבריהם ואפשר דכיון דהעדים לא נחקרו בב"ד רק שאמרו ששמעו מפיהם אמירה בעלמא שפיר מסקי אדעתיהו שחזרו ממדה"י ונחקרו בב"ד וחזרו בהם ובפרט דאיכא נמי דאמרו קרוב לו ה'י אך באמת אין מוכרח דהראב"ד יסבור בזה כמהר"ם אלא כהרשב"א ביבמות שהביאו הפוסקים.

וגם אליבא דמהר"ם משכחת בכת אחת שהעדים שהוציאו הקול מסופקים עם העדים שהלכו למדה"י אמרו שראו שהיה קרוב לו או אמרו שראו קרוב לה. וא"כ שוב בכה"ג שפיר שייך עיינו רבנן כו' שחקרו ועמדו על אמת הדבר שאמרו שראו שהיה קרוב לו: אך אכתי קשיא לפי מ"ש הפוסקים לשיטת הראב"ד דמיירי באיתברר לב"ד דקושטא הוא דלא הוי רק פחות מש"פ א"כ תיקשי נימא דלמא ש"פ במקום אחר כיון שעכ"פ ידוע לב"ד שהאמת כן הוא ונתקדשה אלא שהי' פחות מש"פ וא"כ ודאי דאית לן למיחש לדשמואל לא מצד הקול רק מצד שנתברר לב"ד והריטב"א אע"ג דגם איהו ס"ל דבנתברר מיירי מ"מ א"ש לפמ"ש שנתברר שהקול שקר לגמרי ולא איקדשה כלל רק דמטעם לעז הקול דייקנין עלה משא"כ לפי מ"ש הרשב"א והר"ן בשם הרמב"ן לדעת הראב"ד שנתברר שלא הי' ש"פ וכ"כ הב"ש בשיטת הרמב"ם תיקשי ולכן נלענ"ד דאין כוונתו דאשתכח דקידשה בפחות מש"פ ע"י עדים ברורים דבכה"ג הי' מקום לחוש לדשמואל אלא משכחת לה שנתברר ע"פ שני עדים כשרים ששמעו מפי העדים שיצא הקול ע"פ והלכו להם למדה"י שהי' פחות מש"פ ואפילו למ"ד דקול הוי תרי מתרי.

מ"מ הי' שכל א' שמע מאחד ועתה העידו ששניהם שמעו משניהם. או בקול ע"פ נרות דולקות.

והעידו שהיה באותו מעמד וראו החפץ שאומרים בו נתקדשה אינו ש"פ אבל מ"מ הם עצמם אינם יודעין מעסק קידושין כלל: וראיתי בספר המקנה שכתב על דברי הב"ש להרמב"ם דמיירי בנתברר שז"א דאם התברר שאין הקידושין כלום כ"ע מודים דמבטלין הקול ואפילו אין שום אמתלא ולא הוצרך לומר מימר אמרו עיינו רבנן כו' ובל"ז א"א לפרש כן שאם נתברר לב"ד שהיו הקידושין פמש"פ הי' ספק מקודשת לשמואל שמא ש"פ במדי כמ"ש הב"ש עכ"ל.

וכוונתו להקשות כמ"ש להראב"ד. ונפלאתי לא על ב"ש תלונתו שהרי כדברים האלה כתב הרמב"ן בחידושיו להראב"ד וכמ"ש ג"כ הרשב"א והר"ן.

ולענ"ד כמ"ש דאף לענין פמש"פ משכחת לה שיתברר שאף לפי דברי הקול עכ"פ לא הי' החפץ זה ש"פ ועוד דמשכחת לה בפשיטות דהא יציאת הקול היה שקידשה באציפא דתוחלא ונתברר לב"ד דאציפא דתוחלא בהאי שעתא לא הוי ש"פ אבל מ"מ גוף ענין הקידושין לא נתברר לב"ד כלל רק מחמת הקול וגם מה דסיים הגאון ז"ל כמ"ש הב"ש נראה לכאורה דכיון למ"ש הב"ש שם וז"ל ואע"ג דקי"ל דחיישינן שמא ש"פ במקום

אחר ולא תלינן לקולא מ"מ בקול לא מחמירין בזה ועדיף טפי מקול חליצה ומפרש לה הגאון ז"ל דכוונת הב"ש להקשות דגם הכא נימא שמא ש"פ במקום אחר וע"ז מתרץ דבקול לא מחמירין ותירוצו עולה יפה למאי דקאי שם בשיטת הרמב"ן דמיירי בלא נתברר לבד משא"כ בלא קול ניהוש לדשמואל: אך לענ"ד אין זה כוונת הב"ש דהא להרמב"ן כיון דתלינן לקולא אף שלא נודע שמא הי' כאן ש"פ מכ"ש שאין לחוש לש"פ במ"א וכמש"ל ואי קשיא ליה מחמת הלעז שאין הב"ד חוששין הך חששא דש"פ במ"א לא הו"ל למנקט בלשונו ולא תלינן לקולא ופשיטות כוונת הב"ש דקשיא ליה מ"ש לענין קול דתלינן לקולא ואמרינן בסתמ' שאינו ש"פ במקום זה ובעלמא אע"ג דידעינן שאינו ש"פ במקום זה חיישינן שמא ש"פ במקום אחר ולא תלינן לקולא שאינו ש"פ בשום מקום ובזה מחלק דהתם מעשה הקידושין ברורים הם ולכן חיישינן למאי דאיכא למיחוש משא"כ כאן שאין הקידושין עצמם רק מחמת קול לבד אין להחמיר אף בספק שמא ש"פ במקום זה דמדינא לית לן למיחוש לקלא כלל ואוקמי' אחזקת פנוי' רק משום לעז משכחת וכיון דאיכא למימר עיינו רבנן כו' שרי.

אך מ"ש הב"ש דעדיף טפי מקול חלוצה לא ידענא טעמא ואפשר דס"ל דקול חליצה עכ"פ לפי דברי הקול יש כאן איסור חליצה וודאי דרבנן משא"כ בספק ש"פ אף לדברי הקול יש לנו ספק שמא אינה ש"פ ואית לן לאוקמא אחזקת פנויה רק משום דפשטה ידה איתרע חזקת פנויה והפשיטות יד גופא אין לה בירור כ"א ע"פ הקול הלכך עדיף מספק חליצה כך נראה לענ"ד בכוונת הב"ש בזה וגם אפשר לומר דבקול חליצה עכ"פ הלעז של הקול דעברי אדרבנן הוא במקומו משא"כ בזה דספיקא הוא אין לחוש ללעז ואנן לדידן בלא"ה לא חיישינן לקלא מדינא: ואמנם מ"ש הגאון ז"ל לדחות בזה דברי הב"ח שכתב וז"ל ומעשים כמה פעמים כשנעשה מעשה קידושין ויצא קול בעיר פ' נתקדשה לפ' ועיינו ביה רבנן ושולחים לגדולים אשר בארץ המה ויסכימו שאין ממש בקידושין דנשאת בלא גט אפי' למ"ד ל"מ קלא ליכא למימר דכיון שהחזקת הקול בב"ד ע"י שנים הראשונים תו לא מבטלינן קלא אלא כיון דכבר עומדים כל שעה לחקור ולדרוש אם לבסוף נתברר ששקר הי' בטל הקול ואצ"ל אם כפי הדין אין במעשה הקידושין ממש דפשיטא דל"ח לקול שיצא דאין כאן חשד ורינון כדאמרינן בגמרא מימר אמר עיינו ביה רבנן כו' עכ"ל.

וע"ז כתב בספר המקנה שז"א שאם נודע בבירור שהקול הוא שקר ואינם קידושין לכ"ע מבטלין ולא פליגי אלא היכא שנתברר שמה שהחזקת בב"ד הוא שקר אבל הקול אפשר שהוא אמת כו' ע"ש שכתב ליישב בדוחק הא דאמרינן אי לימא דאי מיגלי' מלתא כו' ע"ש. ולענ"ד ז"א דא"כ הא דאמרינן בדף פ"א בהא דקאמר שמואל והדבר צריך בדיקה לחקור שאם יתברר שהקול הוא שקר לגמרי אין לחוש בו אף באתרי' דשמואל דאין מבטלין קלא אלא ע"כ דבכל גווני תלי' בפלוגתא אי מבטלין קלא וכבר כתבתי שהראשונים כתבו לשיטת הראב"ד דמסתמא אין תולין אם לא שנתברר וא"ז א"ח לקול וסומכין על אמתת הענין ומשום חשדא נמי ליכא דמימר אמרי עיינו רבנן ביה הא לא"ה באתרא דנהוג דלא מבטלי קלא אין מבטלין: והנה מ"ש ידידי הרב נ"י בפשיטות דקול בספק קידושין ל"ח כדמוכח במתני' בספק קרוב לו כו' באמת הוא מלתא דתלי' באשלי רברבי הרמב"ן והראב"ד והובא בב"ש ולדעת הב"ש דעת הרמב"ם כהראב"ד וכ"כ

בש"ג בשם ריא"ז והרשב"א בגיטין הביא הפלוגתא בסתם ובחידושי קידושין משמע שדעתו כהראב"ד שכתב וז"ל וא"ת אביי ורבא כו' ואביי גופי' קאמר התם בההוא עובדא דציפת' כו' י"ל דשאני התם דקמו רבנן בקידושין ולא הוי בהו בשעת נתינה ש"פ וליכא אלא קלא בעלמא כו' ע"ש ובאמת יש להפליא על הב"ש שכתב על פלוגתת הרמב"ן והראב"ד ביצא קול שנתקדשה וגירש ע"ת וי"ל דתלי' בפלוגתא הנ"ל למ"ד תלינן לקולא שלא היה ש"פ תלינן ג"כ לקולא שנתקיים התנאי כו' ונראה שכותב כן מסברת עצמו והרי הדבר מבואר ברשב"א ור"ן שהביא הב"י שכתבו כן להדי' בשם הרמב"ן וגם מ"ש הב"ש מיהו אינו מוכרח די"ל דשאני התם כיון דנתקדשה כו' לכאורה צ"ע כיון דלא נתקדשה ודאי רק קלא בעלמא ומדינא אין חוששין לקול (דאל"כ גם בספק ע"ת או ספק ש"פ וכיוצא אין לתלות לקולא אלא ודאי שאין הקול כלום אף בודאי קידושין ואינו מוציא מחזקת פנוי' רק משום לעז משפחות ולכן תלינן לקול' וזה מבואר בדברי הרמב"ן) רק משום לעז משפחות א"כ כיון שיצא שוברו עמו שנתגרשה אף שאומרים נתגרשה ע"ת נימא דקמו בה רבנן במלתא כו' ואם כוונתו לומר דמצד לעז הקול גופיה יש לחלק כיון שהקול אומר שנתקדשה ודאי אין דעתן של בני אדם מתיישבת לומר קמו רבנן במלתא מחמת הגירושין שעל תנאי דברים אלו מבוארים בר"ן והביאו הב"י ולא הו"ל לכתוב בסתם כאלו הוא סברא דנפשי' אבל דעת הרמב"ן נראה דס"ל לדעת הראב"ד דודאי אם לא היישין לקלא מדינא רק מצד לעז משפחות אף בנתקדשה ונתגרשה ע"ת אין לחוש לקול הקידושין שהרי שוברו עמו שנתגרשה ע"ת אמרו קמו רבנן במלתא כו' ולא מסתבר ליה חילוק הר"ן שכתב דבזה לא תצא מלבן מחזקת מקודשת מחמת קול הגירושין שיש בו ספק כו' וגם הר"ן גופי' י"ל דקאי לפי מ"ש שם קודם לזה שיטת רש"י דאמתל' דגירושין יצא אח"כ ולא עם קול הקידושין ביחוד ובזה כתב הר"ן דאיכא לעז בגירושין ע"ת וכמבואר בדבריו שכתב אדרבא אמרי אם איתא דעיינו רבנן קלא הוי למלתא כיון שמתחלה החזיקוהו במקודשת גמורה ע"ש משא"כ לפי מ"ש שם בשם הראב"ד דמיירי שהקול של גירושין עם קידושין יצא ביחוד א"כ אם מדינא אין קול הקידושין כלום רק משום לעז אף בגירושין ע"ת ליכא לעז ולא שייך סברת הר"ן כיון שיצא עם קול הקידושין ומעולם לא החזיקוהו במקודשת גמורה ולכן ס"ל להרמב"ן דאליבא דהראב"ד מדינ' היישין לקלא רק אם יש אמתלא ונתברר לב"ד שאין הקידושין כלום אע"פ שאין ידוע לעולם בזה אמרינן קמו רבנן במלתא ולכן במתני' שיצא הקול שנתקדשה ונתגרשה ע"ת כיון שלא נתברר לב"ד שנתקיים התנאי אין תולין לומר שנתקיים התנאי לקולא אבל היכא שנתברר לב"ד שנתקיים התנאי אף ללעז ליכא למיחוש כיון שיצא יחד עם קול הקידושין והר"ן ג"כ אין חולק בזה דמיירי ביצא הקול הגירושין אח"כ דבזה י"ל אדרבה אם איתא דעיינו כו' וכדכתיבנא: אך צ"ע לענ"ד לפי שיטת הראב"ד ז"ל דבסתמא אין תולין עד שיתברר לב"ד וא"כ איך קתני מתני' אמתל' דקידושין ספק ק"ל ושרי' לעלמא משום אמתל' זו אע"פ שלא נתברר לב"ד ואף לפי מ"ש לעיל דשפיר משכחת לה שיתברר אף בב' כתי עדים כגון ע"פ העדים שהוציאו הקול והלכו למדה"י מ"מ הא לפי מה שמפרש הראב"ד אמתל' דגירושין גירש על תנאי על רישא קאי ע"כ מיירי בלא נתברר לב"ד וכמש"ל א"כ איך נפרש רישא דאמתל' דגירושין בלא נתברר וסיפא דאמתל' דקידושין בנתברר וגם בלא"ה דוחק לומר

דבנתברר מיירי כיון דסתמא קתני אמתל' דקידושין זרק לה קידושין ספק ק"ל משמע דבסתמא שרינן לה אף שלא נתברר כלל וגם על הרמב"ן קשה דאדמייתי דברי הש"ס לענין פמש"פ וקטן דמשמע דבסתמא תלינן טפי הו"ל לאתויי ממתני' מאמתלא דקידושין דספק ק"ל דמשמע דבסתמא שרינן לה ואפשר לומר דבספק ק"ל מודה הראב"ד דשפיר תולין בסתמא דאפילו לפי מ"ש הב"ח דמיירי בתרי ותרי מ"מ קיימא לן דתרי ותרי ספיקא דרבנן ומדאורייתא אוקמי אחזקה וכדעת הר"י בתוספות כתובות דף כ"ו ולזה כבר הסכימו הרשב"א והריטב"א בקידושין דף ס"ה וכיון דאין כאן רק דרבנן אפילו אם היו העדים לפנינו אין חוששין לקלא בעלמא.

ואע"ג דבקול חליצה ס"ל להראב"ד דחוששין התם אע"פ שהוא דרבנן שייך לעז משא"כ כאן דספיקא הוא וליכא לעז כמש"ל וגם יש לחלק בין ודאי דבריהם וכמש"ל משא"כ לענין ספק ש"פ וספק קטן הוי ספיקא דאורייתא ולא אמרינן אוקמה אחזקת פנוי' כיון דהא קמן דפשטה ידה וקיבלה קדושין איתרע חזקת פנויה אבל בזריקת קדושין ספק ק"ל כיון שהס' שמא לא הגיע לידה קדושין כלל לא איתרע חזקת פנויה מחמת ספק שמא בא לידה.

והחילוק זה צ"ל לדעת מהר"ם בתשובה דספק לעדים אם הגיע לידה הוי מקדש בלא עדים אע"ג דבעלמא לא אמרינן הכי. ומ"ש התוספות בכתובות דף כ"ג כגון שזרק לה קדושין כו' ההוא לענין להתירה להינשא לכתחילה אמרינן דאיתרע קצת חזקת פנוי' כיון שעכ"פ היא נתרצית בזריקת הקדושין אבל מ"מ לאורועי חזקת פנויה לגמרי להיות ס"ק דאורייתא לא כיון שאין ידוע שבא לידה קדושין כלל וכבר עמדתי על זה בארוכה במקום אחר ועיין בריטב"א ור"ן בקדושין גבי האי דקדיש באבנא כוחלא וכמ"ש הר"ן גבי נתן הוא כו' ובדברי מהרי"ט והפ"י שם א"כ כיון דאי הוי סהדי קמן דקדיש ויש ספק אי הוה ש"פ או ספק קטן הוי ס"ק דאורייתא גם בק"ל עם אמתלא כזו יש להחמיר אם לא נתברר לב"ד וכמ"ש: ובזה נתיישב לענ"ד קושית אא"ז מהרש"א בגיטין שם שהקשה דמאי פריך מדרב אשי דלקלא דבתר נשואין א"ח דילמא מתני' לענין שאסורה לכהן אחר מות בעלה דבכה"ג איתא לעיל בדף פ"א והנה ידידי הגאון אב"ד הנ"ל הביא ג"כ קושיא זו.

וביקש למתקה ע"פ דברי הפ"י שמתרץ דקדוק שהקדים המשנה אמתלא דגירושין לאמתלא דקדושין ע"פ מסקנת הש"ס ולפיכך רוצה הש"ס לתרץ בענין זה כו' ובאמת שפ"י גופיה שם רמז לתרץ קושי' זו עד"ז וע"ש שמתרץ גם לפ"ד המקשן עד"ז והוא דחוק לענ"ד אך לפמ"ש נראה דא"ש דלכאורה קשה אליבא דהראב"ד כמש"ל דהא משמע דמתני' בסתמא איירי ואפ"ה מהני אמתלא.

ואף לפמ"ש דאמתלא דספק ק"ל מודה הראב"ד דתולין בסתמא מ"מ זה א"ש למסקנא דאמתלא דגירושין מצי קאי ארישא משא"כ בס"ד דכל חד מיירי לנפשיה וא"כ איך קאמר אמתלא דגירוש ע"ת ומשמע דאע"פ שלא נתברר מהני וקשה דמ"ש דאמתלא דפמש"פ ואמתלא דספק קטן או אמתלא דקול מקודשת ומגורשת למסקנא ואם נאמר דבס"ד באמת תולין בסתמא.

א"כ מנ"ל להראב"ד לפרש דלמסקנא אמתלא דגירושין אגופא דרישא ולעשות פלוגתא בין הס"ד להמסקנא בזה. אך י"ל דא"ש דלהראב"ד דס"ל דלקול חיישינן ליה כאלו איכא עדים.

ולכן כשאין שם אמתלא אסרינן לה. ואע"פ ששניהם אומרים ברי לי שהקול שקר משא"כ היכא שאף לדברי הקול יש אמתלא שנתגרשה ע"ת והבעל והאשה אומרים ברי לי שלא נתקיים שפיר מהימני ועיין בפ"י בכתובות דף כ"ב דבמקום ס' אף נגד החזקה מהימני באמירת ברי לי ע"ש ומ"מ שפיר כתבו דבספק פמש"פ וס' קטן צריך שיתברר לב"ד דשם אע"פ שהיא אומרת ברי מ"מ למי שרוצה לישא אותה אין לו ברי ואמתלא דזרק קדושין ספק ק"ל אע"פ שגם שם אין לו ברי א"ש כמש"ל דבזה אין צריך להתברר ולפ"ז ממילא נתיישב קושי' מהרש"א דהמקשה לא הוי מצי לפרושי דמיירי לענין כהן שישא אותה אחר מות בעלה דא"כ תיקשי סיפא מאי מהני אמתלא דגירש ע"ת כשלא נתברר לנו וגם להבא עליה הוא ספק.

וע"כ לומר דמיירי לענין כהן זה עצמו שיצא עליו קול שגירש דלדידיה מהני אמתלא כיון ששניהם יודעים בברי ושפיר קשיא ליה דאף בלא אמתלא למה אסרינן על גברא דהא הוא קלא בתר נשואין: ועוד נלענ"ד לומר בדעת הראב"ד אליבא דהרמב"ן דס"ל דחיישינן לקלא היכא דאיתרע לה חזקה ודאי כגון מקודשת ומגורשת ע"ת דע"י קול הקדושין איתרע חזקת פנויה ואע"פ שגם קול אליו שנתגרשה הרי שוברו של הקול השני עמו שנתגרשה ע"ת.

ולא מרעינן ביה לקלא קמא שמספק עלינו חזקת פנויה שלה. ולכן ס"ל להרמב"ן דגם בס' פמש"פ או קטן כיון שהקול יוצא בסתם שנתקדשה איתרע חזקת' ודאי ואף שיש לנו פתח אמתלא דשמא היה ע"ת אין זה מתקן חזקה פנויה דאיתרע ע"י הקול שיצא בסתם ולכן בעינן נתברר שאז אין חשש בקול רק משום לעז ולפי זה א"ש במתני' באמתלא דקדושין.

כיון שמפורש יוצא האמתלא דספק ק"ל מאותו הקול עצמו וכן א"ש לפי הס"ד הא דקתני אמתל' דגירושין גירש ע"ת דאשה זו היתה בחזקת היתר לבעל' כהן ואף שיצא הקול שגירש לא יצא בסתם אלא שוברו עמו שהי' ע"ת וקול כזה מעיקרא לא מרע לחזקה כלל שאין זה פתח אמתלא רק שהקול עצמו אומר אמתל' השוברת הקול ולא איתרע החזקה כלל.

והנה מבואר דעת הפוסקים הסוברים שמחזיקין מאיסור לאיסור אע"פ שודאי נסתלק איסור הראשון והדברים עתיקין לפ"ז ממילא לא קשי' קושית מהרש"א דלא הוי מצי לאוקמ' לענין שתנשא לכהן אחר מות בעלה דלזה ל"מ אמתל' דגירש ע"ת ולא נתברר לב"ד דשפיר יש לנו לחוש לקול. ואע"פ שהקול מבשר ואומר שנתגרשה ע"ת מ"מ בספיקא כה"ג אית לן למיזל לחומרא כיון דבעודו בחיים היתה אסור' ע"ז משום א"א אע"פ שעתה מת בעלה מחזיקין מאיסור לאיסור מחמת הקול שנתגרשה ע"ת וחוששין לה שמא נתקיים התנאי וגרושה היא ואסורה לכהן.

ואפשר דאף למאן דס"ל אין מחזיקין מאיסור לאיסור אלא כגון היכא דשכיח טפי לאיסורא נמי א"ש דהא במתני' סתמא קתני גירש ע"ת ומשמע בכל תנאי אפילו שתלוי במעשה והתנאי בשב ווא"ת ובאירוסין לפני עדים ע"ת אינם נאמנים לומר שלא נתקיים וע"כ דבקטן מקילינן משום דאיכא חזקת היתר נגדו וסומכין על דבריו שלא נתקיים אבל עכ"פ שכיח טפי לאיסורא שנתקיים ובכה"ג דשכיח מחזיקין מאיסור לאיסור ולכך מפרש לענין בעלה כהן מיירי שיש לה חזקת היתר לבעלה.

ואין הקול שנתגרשה ע"ת מרע החזקה שהרי שוברו עמו ולהכי שפיר פריך דאף בלא אמתל' לא אסרינן לה אגברא משום קלא דבתר נשואין והוא נכון לענ"ד: אך לשיטת הרמב"ן יש לתמוה ביותר דהרמב"ן מפרש למסקנא הך סיפא דאיזה אמתלא לאו ארישא קאי כו' ומתני' ה"ק בקול שיש בו אמתלא כיון שהוציאה קול על האשה שנתגרשה ע"ת ואח"כ מת בעלה.

וכן בקדושין אין חוששין לאותו הקול עכ"ל. ולפ"ז כיון דבאיכא אמתלא דסיפא גם לתירוץ הש"ס בהכי מיירי.

א"כ מאי דוחקי' לפרושי ברישא דחדא קתני דבפשיטות מצי לפרש דבלא אמתל' חיישינן בכה"ג. ומצאתי בחידושי הריטב"א גיטין שהקשה ג"כ קושי' זו שהקשה אא"ז מהרש"א ז"ל וכתב וז"ל ואיכא למימר דלא משמע ליה מגורשת לאוסרה על בעלה הב' משום דמגורשת דומיא דמקודשת וכי היכי דמקודשת אסרינן לה לאלתר וה"נ במגורשת רבינו נר"ו עכ"ל.

ולכאורה יש מקום ליישב בפשיטות דלא מצי לאוקמא בהכי דא"כ תקשי הא דלעיל דשלח ר"י ב"ל מדויל לשמואל ילמדנו רבינו יצא קול וכו' דמאי קמיבעיא ליה הא מתני' הוא וגם שמואל משמע דמסברא פשוט ליה ולא שלח לי' מתני' היא ולכך הוצרך לשנוי' דחד קאמר אך לפמ"ש הרמב"ן לפרש הסיפא אכתי קשה תפשוט ממתני' דהא מסיפא מוכח דדוקא באמתלא שגירש ע"ת היא דשרי' ודוחק לומר דמתני' הוי מצי לדחוי' ולפרש כהראב"ד.

גם דוחק לומר דתצא אתא לאשמועינן דמתני' לא מוכח רק דבלא אמתלא לכתחלה לא תנשא. ויותר נראה דהתם קא מיבעיא ליה כיון שהקול יצא פ' כתב כו' אע"ג דקרי לנתינה כתיבה מ"מ כיון דקרו נמי לכתובה כתיבה הוי אמתלא ופשיט ליה דזה לא הוי אמתלא כמ"ש שם הרמב"ן והר"ן בשם התוס' טעמא משום דלא לחנם יצא הקול זה כ"א בכדי לאוסרה על בעלה וראיתי בספר המקנה בק"א סימן מ"ו ס"ג שכתב דהרמב"ם נפקא ליה מהך סוגי' דאף ע"ג דאיכא דקרו לכתובה כתיבה חיישינן לקל' ולא אמרינן דהוי אמתל' משמע דליתא לדרב זביד דס"ל לפי שיש למצוא פתח מהני ע"ש.

ולענ"ד הוא תימא דבש"ס ליתא להך לישנא דכתב דאיכא דקרו לכתובה כתיבה אלא הכי אמרינן התם וכי קרו לנתינה כתיבה וכתובה גופא מי לא קרו כתיבה. ור"ל דוודאי הנך גופייהו שקורין לנתינה כתיבה מ"מ ודאי דלכתובה לחוד ג"כ קורין כתיבה והוא פשוט ומבואר ברש"י ור"ן שם.

ואם איתא דשייך בזה אמתל' אין זה פתח אמתלא אלא אמתל' ממש והרי האשה אומרת שלא הגיע הגט לידה ולעז ליכא שיאמרו שהב"ד חקרו ומצאו שלא היה רק כתיבה לבד וע"כ כמ"ש שבודאי לא לחנם יצא הקול רק כדי לאוסרה עליו וא"כ י"ל דאף פתח אמתל' אין כאן ודוחק לומר דהרמב"ם ס"ל מסברא דאף מהאי טעמא לא הוי אמתל' גמורה מ"מ פתח אמתל' הוא דמנ"ל הא דלמא הך טעמ' מהני בה ולא חשבינן ליה פתח לאמתל' כלל.

וגם בסעיף וא"ו שם כתב בספר המקנה וז"ל אלא נראה כל שיש הכחשה בין שני הקולות כו' ודמי להא דגיטין דף פ"א דאע"ג דאיכא דקרו לכתובה כתיבה כיון דאיכא נמי דקרו לנתינה כתיבה כו' ע"ש ולפמ"ש דהתם הנך גופייהו קורין לכתובה כתיבה אלא שגם לנתינה קורין כתיבה ומדברי הראשונים דלאו מהאי טעמא אתינן עלה אלא מחמת שלא לחנם יצא הקול וכו' וכדכתיבנא וצ"ע: ועוד נלענ"ד דא"ש דלא מצי למפשט דשמואל ממתניתין לשיטת הרמב"ן משום דהתם פרכינן א"כ אתה מוציא לעז על בניו של ראשון ומשני אתי למימר סמוך למיתה גירש' א"כ טובא אשמועינן שמואל דבמתני' איכא למימר דמיירי שיצא הקול בהיותה נשואה לישראל ולכן שפיר מוציאין משני משום דליכא לעז על בני ראשון אם לא היכא דאיכא אמתלא שגירש ע"ת משא"כ התם שהקול יצא בהיותה נשואה לכהן ואעפ"כ לא אפקוה מיניה מחמת קלא דבתר נשואין אפ"ה משני מפקינן לה ולא חיישינן משום לעז על בני הראשון שיתלו לומר שלא מחמת אותו הקול הוציאוה רק שנתוודע להם שסמוך למיתה גירשה וראיתי בפ"י גיטין ועיין בב"ש סימן ז' סק"ח שכתב דמ"ש בש"ע כהן מיותר דבישראל נמי דינא הכי ולפי מ"ש פשוט דהוי רבות' דאפילו בכה"ג הוה כיצא הקול שגירש אשתו ואם נשאת לכהן אחר תצא ואין חוששין ללעז בני הראשון ואף שי"ל דהא מסעיף הקודם גבי פ' גירש אשתו שמעינן י"ל דהכא הוי רבותא טפי דאפשר לומר דבזה דקרו נמי לכתובה כתיבה ואין הקול ברור אית לן למימר דמשום לעז בני הראשון לא תצא וס"ל דאפ"ה תצא משני וראיתי בפ"י גיטין דף פ"ט ע"ב ד"ה הלכתא כו' שכתב דמספקא ליה טובא אי אמרינן שהקול חוזר וניער דבשלמא לעיל בהזורק אף שיושבת תחתיו לא נתבטל הקול לגמרי דאיכא למימר מעיקרא גירשה הראשון ע"ת שלא יחול אלא סמוך למיתה כדמסיק הש"ס אימ' סמוך למיתה גירשה ויש לפרש כדפרישית כו' ע"ש.

והוא תמוה לענ"ד דא"כ דהמקשה התם דפריך נמצא אתה מוציא לעז כו' דלא ידע מהך סברא דסמוך למיתה גירשה אדקשיא ליה מחמת הוצאת לעז ה"ל לאקשוויי כיון שנבטל הקול מחמת שישבה תחתיו שוב אינו חוזר וניער ועוד דאם נימא שיעלה על דעתם שגירש ע"ת דסמוך למיתה למה נוציאה מהשני נימא דאתו למימר מסתמא ע"ת גירש ולא נתקיים התנאי אלא ודאי כיון שהקול בסתם לא יעלו על דעתם תנאי כלל וכמ"ש הפ"י גופיה שם ד"ה אמר ר"כ וא"ל דווקא תנאי שגירשין אינו עול' על הדעת כיון שהקול בסתם משא"כ בתנאי דסמוך למיתה שעכ"פ יש ממש בגירושין אלא שאין חלין מיד דא"כ בקידושין נמי אם קידשה אחר נימא שיתלו דהראשון קידשה על תנאי שיחולו אחר למ"ד יום ולכן הב"ד מחזיקין קדושי השני ואפילו תימא דכה"ג לא מיחשב אמתלא גמור' מ"מ תיקשי למאן דס"ל דכפתח אמתלא סגי וכן קשה בהא דפריך ואסרינן

לה אגבר' והאמר ר"א קלא דבתר נישואין כו' ה"ל לאקשווי' למ"ד פתח אמתלא סגי דהכא איכא פתח אמתלא דע"ת סמוך למיתה גירשה.

אך האמת יורה דרכו דוודאי לא חיישינן לתנאי כלל אפילו בתנאי סמוך למיתה כיון שהקול יצא בסתם מסתמא עכשיו גירשה וגם אפשר דגם בזה שייך הך סברא דלא לחנם יצא הקול אלא כדי לאוסרה והיינו שגירשה מיד אלא דאנן מבטלינן ליה משום קלא דבתר נישואין ומ"מ לגבי שני חוזר וניעור והא דאמרינן אימר סמוך למיתה גירשה אין הכוונה שיתלו שהקול אמת ונעשה ע"ת אלא ר"ל שהם יוכיחו לעצמם מדלא אפקוה מראשון ומשני אפקוה ש"מ שחקרו הב"ד ומצאו הקול שקר ומה שהוציאוהו משני הוא מלתא אחרת שנודע להם שגירשה אח"כ סמוך למיתה וכן משמע מלשון רש"י והר"ן וכ"כ להדיא בראב"ן דף קל"ט ע"ג וז"ל וליכא למיחש ללעז של בני הראשון כו' דכיון דבראשון לא הוציאוהו באותו הקול יאמרו העולם לא בשביל אותו הקול הוציאוהו דלא היה כלום אלא ודאי דהראשון גירשה סמוך למיתתו ולפיכך הוציאוהו עכ"ל ועכ"פ מה שהקשיתי להרמב"ן דלפשוט שמואל ממתניתין דדווקא באמתלא דע"ת מותרת לשני אבל בלא אמתלא לא י"ל בפשיטות דמתני' מצינן לפרש באשת ישראל שיצא הקול שנתגרשה מותרת לאחר מיתתו לכהן דווקא באמתלא ובלא אמתלא לא משום דאין כאן ביטול הקול במה שיושבת תחתיו כיון שהיא אשת ישראל משא"כ באשת כהן איכא למימר כיון דע"כ מבטלינן הקול דבתר נישואין אינו חוזר וניעור לגבי שני ולכן קא מבעי' ליה ופשט ליה דאמרינן חוזר וניעור ותצא מהשני וכן מבואר מהפוסקים דבכל גווני חיישינן לקלא דקמי נישואין ודלא כהפ"י דמספקא ליה בהא ע"ש: וראיתי בספר המקנה סעיף ג' שכתב דרבה בר"ה דקאמר אפי' לאחר עשרה ימים קשיא ליה דאי באמתלא מיד היינו רישא דקתני מקודשת ומגורשת ה"ז מגורשת והדר תנא דאפילו גירשה ע"ת הוי אמתלא לקדושין כמ"ש הרמב"ן דאף דהקידושין ודאי והגירושין ספק כו' וע"כ דמיירי באמתל' אחר יו"ד ימים א"כ מיירי שיצא הקול מקודשת ומגורשת ואחר יו"ד ימים יצא הקול שהגירושין ע"ת דבזה ליכא למיח' שיאמינו לקול הראשון כו' ע"ש ומאוד נפלאתי עליו ז"ל בזה שנראה דס"ל דלהרמב"ן דסובר דגירשה ע"ת הוי אמתל' השוברות הקדושין מתפרש מתניתין איזהו אמתל' בגירושין גירש ע"ת קאי ארישא ור"ל דאף בכה"ג הוי אמתלא לקדושין והוא דבר שא"א לאומרו שהרי על בבא ה"ז מגורשת קתני ובלבד שלא תהא שם אמתלא ולהראב"ד דמפרש דקאי ארישא באמת מתפרש איפכא דכה"ג דגיר' ע"ת אינו מבטל קול הקדושין ולהרמב"ן אף דבכה"ג אין מבטל קול הקדושין באמת לא קאי ארישא אלא מיירי לענין להנשא לכהן אחר מיתת בעלה וכמש"ל.

והדברים מבוארים בהרמב"ן ורשב"א ור"ן להדיא ומכ"ש מ"ש לפר' דמיירי שבתחלה יצא הקול מקודשת ומגורשת יחד ואחר יו"ד ימים יצא הקול ע"ת א"כ מה זה דקאמר רבה בר"ה אפילו אחר יו"ד ימים דהא אדרבא באחר יו"ד ימים פשיטא טפי שאין בו כח לבטל קול הגירושין הראשונים שהיה אמתלא לקדושין ולומר דלא קאי רק אמתלא דקדושין לבד אין זה במשמע כלל והגאון ז"ל במחכ"ת אגב שיטפיה רהיט ליה וסבר דלהרמב"ן נמי מתפרש סיפא דאמתלא ארישא ודחיק ומוקי לה דבדרך אפילו קתני לה

ובאמת ליתא וכדכתיבנו ועיין בב"ש ס"ק י"ט וכתב לראב"ד לא תלינן שנתקיים התנאי והוא בחזקת מקודשת.

ודוקא שיצא בפ"א קול שגיר' עם קול שנתקדשה כו' הך ודוקא לא קאי על גירש ע"ת אלא ה"ק דמ"ש בש"ע וגירשה היינו שלא ע"ת דאל"כ לא תלינן שנתקיים וגם אפילו הקול יוצא שגירשה בלא תנאי נמי דוקא שיצא בפ"א קול שגירש כו' ובב"ש מהדורא קמא איתא הלשון להיפך לרמב"ן תלינן כו' ולהראב"ד לא תלינן ודוקא קול שגירש יוצא בפ"א כו' והוא מתיישב יותר דמ"ש בסוף ודוקא קאי אדברי ש"ע ועיין בלשון הטור והש"ע סימן וא"ו שם איתא ג"כ ודוקא שיצא האמתלא עם הקול כו' ושם קאי אכולה מלתא דאמתלא דחשיב התם.

וכתבתי זה לפי שראיתי בספר בית מאיר שגמגם בדברי הב"ש אולי גם היה לפנינו נוסחא מוטעת ודוקא שלא יצא בפ"א כו' גם מ"ש בכוונ' הר"ן דאפילו אם יצא קול הקידושין עם הגירושין בפ"א שייך סברת הר"ן כיון דעכ"פ נתחזק לב' ב"א כו' נלע"ד ליתא וכמש"ל מלשון הר"ן שכ' אדרבא אמרי אם איתא דעינו רבנן כו' ע"ש ודברי הב"ש נכונים כפי הנוסחא שלפנינו וכ"ה בב"ש מ"ק ובב"ש הנדפס בפ"ע מהדורא בתרא ג"כ הוא כמ"ש ולא ידעתי באיזה דפוס מצא הנוסחא שהביא שהוא מוטעת בודאי: אמנם דברי הב"ש בס"ק י"א שכתב על דברי הרמב"ן שהב"י כתב דהרמב"ם נמי ס"ל הכי ובטור לא משמע כן דהא הביא דברי הרמב"ם בלשון פלוגתא על דעה קמייתא כאשר הקשה הב"י בעצמו עכ"ל והוא תמוה מאוד למעניין בטור וב"י שלא נזכר שם כלל מדעת הרמב"ם לענין זה.

ומ"ש שהטור הביא בלשון פלוגתא קאי שם על מלתא אחריתי באם לא יצא אמתלא אלא לאחר זמן וע"ז כתב הב"י שהטור הביא לשון הרמב"ם כאלו חולק ובאמת שאין חולק שדברי הרמב"ם פירוש לדברי רב זביד ר"ל דמ"ש הרמב"ם אם נראין הדברים לב"ד. כך מפרש הרמב"ם מה שאמר ר"ז במקום אמתלא חוששין לאמתלא וכמבואר מדברי ה"ה שם אבל אין זה ענין כלל להך מלתא אם תולין בסתמא או לא ובדוחק י"ל דכוונתו דרוצה להוכיח דהרמב"ם ס"ל דלא תלינן לקולא דאל"כ תיקשה האיך כתב והרמב"ם כתב וכו' דהא באמת לא פליג אהא דאינו רק פי' לדברי רב זביד ולכן פירש דכוונת הטור מ"ש בלשון פלוגתא לפי דסבירא ליה דלא תלינן לקולא וזה נכלל במה שכתב אם נראים הדברים לב"ד כו' וא"כ קאי הלשון פלוגתא על מ"ש הטור קודם לזה או אם יש להסתפ' כו' דהיינו דתלינן לקולא ובב"ש סימן מ"ו מבואר יותר שכתב וז"ל ונכלל דינים אלו בכלל מ"ש בדין כ"ד יצא עליו קול וכו' אם נראים לב"ד שהוא כן דהיינו שהביא הטור דברי הרמב"ם עליו בזה כו'.

ומ"מ מ"ש בשם הב"י דהרמב"ם ס"ל כהטור לא נמצא כלל בב"י. ומ"ש בב"ה ודברי רבינו או אם יש להסתפק קאי על הטור ומצאתי בספר עצי ארזים שהרגיש קצת על הב"י בזה ומ"ש שם שהטור לא הביא לשון הרמב"ם שכתב הב"ש שממנו יש לדייק כן כבר כתבתי שהכוונת הב"ש למ"ש הרמב"ם אם נראים הדברים לב"ד כו' וכאשר ביאר במ"ק ולשון זה באמת הביא הטור אך באמת אין זה כוונת הרמב"ם ז"ל כלל רק כמ"ש

ה"ה שם וכ"כ הב"ש גופיה בס"ק שאח"ז נראין הדברים לב"ד היינו שיש הוכחה שאמתלא אמיתות הוא כיון שזרק קדושין כו' ולא מיירי לענין בירור כלל.

אבל יותר יש לתמוה על מה שרוצה הב"ש לפרש בדברי הרמב"ם שסובר כהראב"ד דבעינן דווקא שיתברר שהרי בדברי הרמב"ם מבואר שא"צ שיתברר שהרי כתב אלא שואלין אותה וסומכין על דבריה הואיל ואין שם ראיה ברורה ולא קול חזק ולשון הזה הועתק בש"ע ואם כן היאך אפשר שצריך שיתברר לב"ד מה זו סמיכה ומה זו שאלה בדבר שהוא ברור לנו והדבר פשוט דמיירי בלא בירור כלל וראיתי בשו"ת נו"ב סימן ס"א נראה מדבריו שמפרש דהב"ש מיירי בקול שאינו מפורש האמתלא רק פתח אמתלא כגון הך דפמש"פ וקטן ובזה ס"ל אליבא דהרמב"ם דלא תלינן לקול' אבל אם מתחילה יצא קול שמפורש בו אמתלא כגון ע"ת או ספק קידושין מודה דמהני אע"פ שלא נתברר ובהא קאמר סומכין על דבריה וע"ש ולענ"ד ז"א כמבואר מהב"ש גופיה שם במ"ש ואם יצא הקול שנתקדשה וקידש ע"ת כו' וי"ל דתלי' בפלוגתא הנ"ל ולדבריו אין זה ענין לזה דאמתלא מפורש אין צריך בירור אלא ודאי שאין לחלק וכן מבואר בדברי הרמב"ן שהביא הרשב"א והר"ן דמדמי להדדי קול שנתקדשה ונתגרשה ע"ת לאמתלא דפמש"פ וקטן אף שי"ל דמתורת ק"ו אתי עלה דהרמב"ן דס"ל בהנך עובדי להקל אם כן כ"ש באמתלא מפורשת ולהראב"ד דמפר' אף באמתלא מפורשת להחמיר כ"ש דבהנך עובדי יש להחמיר.

אך באמת שם משמע דדמי להדדי גם מצד הסברא אין מקום לחלק בזה דאם יש לתלות לקולא גם בזה דפמש"פ וקטן למה לא נתלה לקולא דהא אנו חושבין פתח אמתלא כאלו נתפרשה עם הקול כיון דע"כ לומר דמה שחוששין לקול לאו מדינה רק משום לעז בעלמא וכמש"ל בדברי הרמב"ן ז"ל אך מדברי הש"ג בשם ריא"ז משמע גם כן שמחלק בזה דמתחלה כתב באמתלא דע"ת או ספק ק"ל אין חוששין לקול ולא כתב צריך שיתברר לבד ואחר כך גבי קידשה בחפץ ק"ל ויש לומר שלא היה ש"פ כתב אם נתברר לב"ד וצ"ע.

והנה במה שכתב הרמב"ם ז"ל ששואלין אותה וסומכין על דברי נראה דהיינו טעמא דכיון שלא נתבררה האמתלא לב"ד שנתבטל מחמת התנאי או מחמת שהוא קרוב לו וכיון שהיא שותקת כהודאה דמיא להחזיק הקול ושוב צריך שיתברר שלא נתקיים התנאי או שהיה קרוב לו. וראיתי בספר המקנה שכתב די"ל שהרמב"ם למד דין זה מהא דבקידושין דף י"א אביי ורבא חיישו לקלא דאיכא סהדי באידית והרי התם לא היה קול ברור שהיה בו ש"פ אלא דאיכא סהדי שיודעין מזה וכל זמן שלא העידו בב"ד אין בדבריהם כלום ויכולין לחזור בהם ואלו בגיטין בהני עובדי ס"ל דהוי אמתלא ומבטלין הקול ע"כ צ"ל הא דמקילין באמתלא היינו באומרת ברי לי שלא היה ש"פ משא"כ התם בקידושין שלא היתה יודעת שהוא אמר התם אמרה לי אם כו' עכ"ל.

ולא הבינותי דמה אמתלא יש בהא דקידושין כיון דאיכא קלא דסהדי במה"י יודעין שש"פ הוי כאומר' שיש עדים שראו שנתקדשה והלכו למדה"י שהוא קול גמור בלא אמתלא אע"פ שלא העידו בב"ד ויכולין לחזור דמה"ת נאמר שיחזרו בהם כיון שאלו המוציאין הקול מאמיתת הדברים שכך הוא שיודעים בזה מה שא"כ בגיטין שהאמתלא

הוא שמא פמש"פ או קטן וכבר הבאתי דברי הריטב"א והר"ן דס"ל דהתם בקידושין אף בלא אתחזק חיישינן כיון דפשטה ידה וקיבלה ואיכא קלא דאיכא סהדי שהיה ש"פ בשעת קידושין ואין כאן אמתלא על הקול הזה כלל מה שא"כ כאן דאף אי אתחזק בג' יש כאן פתח אמתלא ומדברי הרמב"ן נראה דבסתמא תלינן להקל ואף ע"פ שאינה אומר' ברי לי וטעמא דהרמב"ם כדכתיבנא דאם שותקת לא גרע הקול מע"א כמ"ש התוס' בכתובות והוא כע"א אומר שנתקדשה קידושי ספק ותו ליכא למיתלי' לקולא גם מ"ש בספר המקנה שם סעיף א' להקשות בהא דקידושין דהא הו"ל קלא דבתר אירוסין ולא חיישינן דוחק לומר שכבר יצא הקול קודם קידושי שני כו' ע"ש.

הנה הר"ן בקידושין כתב שם בשם הרא"ה דמיירי דנפק קלא קודם שנתארסה כו' אך בהגמרא שם כתב שהיה קול דבתר נישואין וכבר עמד על דבריו בחידושי מהרי"ט ובתשובה ח"א סימן צ"ב ולקמן אכתוב מזה. ועיין במשנה למלך פ' וצ"ע ומבואר ממ"ש שדעת הרמב"ן והר"ן והטור וכן דעת הרמב"ם דבסתמא תולין להקל ובדברי הטור והש"ע צ"ע שממ"ש בסימן מ"ו מבואר דקיימו בשיטת הרמב"ן ובסימן וא"ו נקטו בפשיטות כדעת הראב"ד דאם יש אמתלא בגירושין ולא בקידושין חוששין לקול הקידושין לאוסרה לעלמא ולכאורה נראה מזה דס"ל כהר"ן דמחלק ביניהם אבל צ"ע לפי מ"ש לעיל דסברת הר"ן א"ש אם הקול של גירושין ע"ת לא יצא בב"א עם הקול של קידושין וא"כ הטור דס"ל כהראב"ד דאף בגירושין בלא אמתלא בעינן דווקא שיצא יחד עם קול הקידושין כמ"ש הב"ח והב"ש בסימן וא"ו וע"כ דבגירושין ע"ת ס"ל דחיישינן לקול הקידושין אף אם יצאו שניהם בב"א ובהא לא שייך סברת הר"ן וכמ"ש"ל וגם המחבר נראה מפשיטות לשונו שכתב יצא עליה קול שנתקדשה לפלוני א"ח לאוסרה משום הקידושין ומדלא נקט כלשון הרמב"ם בפ"י מהלכות גירושין ואח"כ יצא עליה קול שנתגרשה כו' דהוי רבותא טפי משמע דסובר ג"כ כהראב"ד דדוקא כשיצא הקולות יחד וא"כ מ"ש בסימן וא"ו דאמתלא בגירושין חוששין לקול הקידושין היינו אפילו ביצא יחד עם קול הקידושין ולכאורה לא שייכה בזה סברת הר"ן וכמ"ש"ל וע"כ לומר דסבירא ליה לחלק דאפילו בכה"ג שיצאו יחד מ"מ אין קול ספק הגירושין מבטל קול ודאי קידושין ואפשר שלזה כיון הב"ש שדייקתי עליה לעיל שהיה לו לכתוב וכ"כ הר"ן.

ולפי מ"ש י"ל שאין כוונתו לחילוק הר"ן רק סברא דנפשיה קאמר כיון שנתקדשה תו לא מקלינן שנתגרשה כיון שאף לפי הקול יש ספק בגירושין ואף ע"פ כן צ"ע שהיה לו לכתוב שהחילוק מוכרח לדעת הטור והמחבר וכמ"ש ולפי מ"ש דבאמתלא תולין בסתמא להקל א"ש מתני' דקתני אמתלא ע"ת או סק"ל כפשט' אע"פ שלא נתברר והא דקתני במתני' סתמא גירש ע"ת ומשמע דאף בתנאי דשב וא"ת תלינן לקולא שעבר על התנאי במעשה משמע כהרמב"ן דבקל' בעלמא שאינו רק משום לעז מקלינן ואף שהתנאי בשב וא"ת לא יתלו בוקי סריקו בב"ד אלא יאמרו שבאמת עבר על התנאי ולכך התירוה לשני אחר מות בעלה משא"כ להראב"ד דמלתא דתנאי ארישא קאי צ"ע דלמה לא יועיל בגירושין ע"ת בשב וא"ת לבטל קול הקידושין דהא קי"ל בסימן קמ"ג דבתנאי שבידה ובשב וא"ת מותרת לינשא מיד ואין חוששין שמא תעבור וכן אם אמר שעבר על התנאי צריך לברר כמבואר בסימן ל"ח וצ"ע.

ולפ"ז מוכח דלהפוסקים המקילין לתלות בסתמא אם יש אמתלא או פתח אמתלא תלינן להקל אף במלתא דלא שכיח כולי האי כגון לתלות שעבר על התנאי במעשה וא"ל דמתני' באמת מיירי בתנאי שאינו תלויה במעשה או שהוא בקום ועשה ז"א דהא בגיטין שם אמרינן ההוא דנפק עלה קלא דאיקדשה לבר בי רב כו' על תנאי דלא אזיל לבי חוזאי ואזל א"ל כיון דבעידנא כו' וע"ש שהרא"ש כתב כלומר בירור כך יצא הקול בעיר.

וכתב הב"י פירוש לפירושו מתחל' יצא הקול סתם ואח"כ יצא הקול דע"ת קידש כו' דאל"כ אמתלא דתנן דל"ח לקלא והיינו דקאמר כיון דבעידנא דהוי קלא לא הוי אמתלא כו'. והתם התנאי הוא בשב ווא"ת אלא שאביו אומר דאזל ועבר ע"ת ואפ"ה אם הוי אמתלא בעידנא דנפק וקאי לא הוי חיישינן לקלא מבואר כמ"ש דאף בתנאי דשב ווא"ת תולין לומר שמא עבר על התנאי בפועל ולכאורה משמע נמי מזה דלא כהראב"ד שצריך שיתברר לב"ד.

ואם נימא דבאמתלא מפורשת א"צ שיתברר כמ"ש"ל הוה א"ש. ואפשר לומר להראב"ד דמיירי גם הכא שזה בירר עתה לב"ד שכן הוא ואפ"ה חשש מחמת שלא היה ידוע האמתלא בעת יציאת הקול והרמב"ם פ"ט מהלכות אישות כתב מעשה באחת שיצא עליה קול שנתקדשה לבנו של פלוני.

ולאחר זה שאלו לאביו ואמר ע"ת נתקדשה ולא נתקיים ולא סמכו על דבריו אלא אמרו הרי זה ספק מקודשת כאלו אין שם אמתלא עכ"ל ואפשר דמיירי גם כן שבירר שכן האמתלא בעיר כמ"ש הרא"ש רק הרמב"ם דרכו לתפוס לשון הש"ס. והנה ס"ד מחמת אמיר' האב הוי כאמתל' הנראית לב"ד דמהני אף שיצאה אח"כ וכמ"ש שם קודם לזה קמ"ל דלא סמכו חכמים על דבריו ומפשיטות לשונו נראה דהוי ס"ד לסמוך עליו אף בלא יציאת אמתלא דמה לו לשקר קמ"ל שלא סמכו עליו והריטב"א בגיטין שם כתב דמיירי שנתברר הדבר שע"ת קידשה אבל לא נודע שנתקיים התנאי אם לאו דאבוה הוא דקאמר דאזלאבל לא נתברר שאם נתברר ודאי שמבטלינן קלא דהלכת' כרב דמבטלינן קלא ואמתלא הוי תמן אבל בשעת הקול לא יצא האמתלא מש"ה אפ"ל דלאו כל כמיניה שיחזיק אמתל' לאחר זמן אלא כשיוצאה עם הקול כו' עכ"ל.

ואני תמה דלפי דבריו דנתברר בב"ד דע"ת קידשה אלא שלא נודע אם נתקיים אם כן דל מהכא הקול לגמרי כיון שבוודאי היה כאן קידושין גמורים ע"ת שהוא בשב ואל תעשה פשיטא שאין אביו נאמן לומר שעבר על התנאי בפועל וצריך לברר שעבר על התנאי ואפשר שר"ל שנתברר גם כן דאזל לאיזה מקום אבל לא נודע אם לבי חוזאי או לאו ואבוה קאמר דאזל לבי חוזאי וגם ז"א דמ"מ פשיטא דאין האב נאמן בזה להפקיע הקידושין ואפשר שר"ל שנתברר הדבר שהיה אמתלא דע"ת קדשה וכמ"ש אחר כך דאמתלא הוי תמן.

ואע"ג דהריטב"א שם הביא פירוש הראב"ד ולדידיה צריך בירור שלא נתקיים דאל"כ אין תולין לקולא אפשר דסבירא ליה דדוקא לענין אמתלא דגירושין וקידושין אמרינן הכי וכמ"ש שם דלא אתי ספק גירושין ומבטל קידושין גמורים משא"כ בקידושין ע"ת א"צ בירור ותולין להקל. ולכן אם היה אמתלא יוצאת עם הקול היינו תולין להקל אף שלא נתברר דאזל והו"ל תנאי דשב ווא"ת אבל אחרי שהאמתל' יוצאה אחר זמן רק דהוי

ס"ד דכיון דאבוה אמר דאזל הו"ל כנראה לב"ד ומהני אף אחר כך ולזה אפשר לומר לאו כל כמינך כו' וכמש"ל בלשון הרמב"ם ולא סמכו חכמים על דבריו ועדיין צ"ע בלשון הריטב"א דמשמעות לשונו שנתברר לב"ד דע"ת קידשה ועוד שסיים שם דאם נתברר שמבטלין קלא והיינו בירור לב"ד ואם כן הדברים צ"ע כמ"ש: ומצאתי בשו"ת מהרי"ט צהלין סי' קצ"א שהאריך קצת בזה וראיתי שכתב ג"כ בהך עובד' דבי חוזאי מיירי שבירר בעדים שהיה ע"ת והוא אומר שלא נתקיים.

ואם היה הקול יוצא כך היה הוא נאמן לומר שלא נתקיים ע"ש והדברים צ"ע כמ"ש ואין העת מסכים לעמוד כעת על דבריו: והנה הארכתי בזה לבאר שלדעת גדולי הפוסקים באמת' תולין בסתמא להקל ואפי' אם לא שכיח כולי האי כגון אמתלא דתנאי ושב וא"ת ודון מינה דעכ"פ אף בפתח אמתלא ומלתא דשכיח' תולין להקל בסתמא וכ"ז כדי להתלמד במקום אחר דבנ"ד אין אנו צריכין לכ"ז שהקול לא הוחזק בב"ד ובשעה שהוחזק בב"ד שוברו עמו שנתברר שאין עדים לא על הנתינה ולא על האמירה ועיין בשו"ת הריב"ש סימן רס"ו ובשאר תשובות הראשונים והאחרונים.

וכבר הבאתי דברי הב"ח וספר המקנה ומכ"ש דאף בקול הקידושין שיצא קודם שהוחזק אין ממש רק מה שהוציא המקדש קול הברה בעיר וכה"ג פשיטא דלא חיישינן ליה ומבטלינן ליה ושרי' לאינסובי לעלמא: ועל דבר אשר אחד הורה להבתולה לכסות ראשה בצעיף כדת הנשים הנשואות נראה דלא מיבעיא בזה שלא עשתה כן מעצמה אלא ע"פ הוראות מאן דהו דאין בכך כלום.

ויפה כתב ידידי הגאון אב"ד הנ"ל דגם בנדה שלבשה בגדי נדה ע"י הוראות החכם בטעות לא חיישינן למלתא ואע"פ שע"י שכסתה ראשה החזיקה עצמה כמקודשת אין בכך כלום דטעותא הוא דהדר' וכמ"ש הריב"ש סימן תצ"ח בענין מי שבדק בהמה של עצמו וכסבור טרפה הוא אף ע"פ שקר' עליה שם טרפה במוחלט וטעה בדבר משנה חוזר ומכל שכן אם אין כוונתו שהוא אסורה במוחלט אף בטועה בשיקול דעת יכול לחזור בו ע"ש באורך.

ומכ"ש בזה שאין לחלק בין דבור לבד למעשה כיון שידוע שכל מעשיה לא עשתה רק עפ"י חכם בעיניו ואף זה האיש שצוה לעשות שטות הלז מסתמא לא ע"ד מוחלט רק עד כי יצא כאור משפטה אך אפילו אם לא היתה כן ע"פ הוראות טעות רק מעצמה עשתה כן וא"כ היה מקום לומר שהחזיקה בזה א"ע למקודשת ומוכח' מלתא דקיבלה לקידושין מ"מ אין בכך כלום שהרי אפילו אם היתה מודה בפירוש שקבלתה היה לשם קידושין אינו כלום כיון שהיה בלא עדים ופשיטא דלקידושין אחרים בעדים לא חיישינן כלל שנראה בעליל שמחמת מעשה הקידושין הללו עשתה כן וגם כי היא נאמנת באמת' זו שמחמת מעשה הקידושין הללו עשתה כן ואע"ג דבלבשה בגדי נדות אין מועיל אמת' לפי שאין אמת' על הלבישה משא"כ בזה שעל המעשה עצמה היא האמת' כיון דעכ"פ מעשה זו מחמת קידושין עשתה שפיר נאמנת שמחמת קידושין אלו הוא ואין לך אמתלא הניכרת לב"ד יותר והדבר ברור דמי שהחזיקה לפנויה וכסתה ראשה כדרך הנשואין מבלי אמירה שנתקדשה שאין חוששין לה כלל מחמת המעשה ועיין בשו"ת חות יאיר

סי' קצ"ו ועיין בדברי אא"ז בתשו' סי' א' ס"ק ע"ו דאשכחן בכמה דוכתי דאפי' מעשה עבדי לכוונת איזה ערמה היכא שצריך למעשה ומייתי בח"מ סי' פ"א במי שכתב על שטרו שם יתום א' כו' ושם בס"ק ע"ח כתב בשם הש"ך שכתב דמשמע מהב"ח דאם נתנה אמתל' על הלבישה נאמנת ואע"פ שאא"ז שם מפקפק בזה מ"מ העלה דכל שאין לב השומעים חלוק ובשעת אמירתו ומעשה שלו הוחזקה הדבר שהוא כן לא כל כמיני' לגרע החזקה ע"י אמתל' משא"כ אם מתחלה יש מקום לאמתל' כו' ע"ש והכא פשיטא דמתחלה יש מקום לאמתל' שלא בשביל שמוחזק למקודשת ודאי היא זאת וגם האמתל' גלוי' וידוע לב"ד בכה"ג פשיטא דלא אמרינן שויה נפשה ח"ד כלל ועיין בספרי בית אפרים סי' ל"ט שהארכת בדברים בענינים כאלו ומכ"ש בזה שנראה מענין השאלה שהדבר ידוע שלא עשתה כן מעצמה אלא ע"פ ציווי מי שלא הגיע להוראה שאין כאן בית מיחוש כלל ועכ"פ יש לקחת מזה תוכחת מגולה לאנשים שאינם יודעין בטיב הוראות איסור והיתר שיש להם לשים מחסום לפיהם וק"ו שלא ישימו אצבע בטיב גיטין וקידושין אפי' יביע אומר לדרוש כמין חומר כי בקל חללים יפיל ויאפיל בטליתו כמרדעת של חמור כאשר עשה זה שלא כהוגן והיה קרוב הדבר להביא בתולת ישראל לידי עיגון אם היה דרך לקיים הקידושין בלא עדים רק מחמת הכחשת האשה הוא הביטול וע"כ כשיש קצת הודאה מהאשה שכסתה ראשה היה מקום לדון בדבר ולענין האיש קרוב הדבר שאע"פ שלפי דבריו הוא מחזיק הקידושין מ"מ מותר בקרובותיה אבל לא נעמיד עתה על פרק האיש מקדש הלז לברר את דינו בהחלט אחרי כי בלא"ה הוא נשוי אשה והב"ד שבמקום ההוא יודיעו לעם כי הקידושין בטילין ומבוטלין והקולות יחדלון ומאליהם הם כלין ומוציא דבה בקול גדול קללה תחשב לו שמביא תקלה וקלון ושומר פיו ולשונו נפשו בטוב תלין: דברי זעירא מן חברייא.

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה נח גבר חכם בעוז ותושי'. טוחן ומוציא סולת נקי'.

ה"ה כבוד אהו' ידידי הרב המופלג החריף ובקי בחדרי תורה. על דרכיו נגה אורה כש"ת מוהר"ר יעקב נ"י: אחד"ש הן בדבר הקידושין ראיתי קונטרסו והנאני כי ידיו רב לו לכלכל ולפלפל מראה פנים לכל צד כמראה האופן אנה ואנה אני בא לקחת אשכול הנוטף מיערות דובשו שנים או שלשה גרגרין בראש אמיר כפי הזמן המוכשר ובעיקר הענין כתבתי בקונטרס בפ"ע וג"כ בדרך קצרה מטעם שכתבתי שם.

והנה כ"ת האריך לפלפל בענין שהעדים האחד בעל אחותו של העד השני ורמי דיקלא וזקיף ושפיר חזי במה שתמה על הפ"י שרצה לומר דברכות דאורייתא מדאמרינן סברא הוא אך אשר הוליד כ"ת מזה דכל היכא דאמרינן סברא הוא הוי דרבנן ולכן רצה לומר דהא דאמרינן בסנהדרין ב"נ לעלמא מנ"ל אמר רמי ב"ח סברא הוא משום הזמה כו' א"כ אינה רק מדרבנן ולקמן בסוף הקונטרס אדבר מזה אך באמת תמהני על כ"ת דאטו יש איזה שמץ עדות בהגדת ר' שבתי עד שנאמר שיש בו כדי צרוף לעדותו של ר' יואל שיופסל גם עדותו של ר' יואל אם היה ממש בעדות ולומר שנמצא אחד קא"פ והלא עדות ר' שבתי הוא שלא ראה ולא שמע כלל וכי תעלה על הדעת שסיפור כזה פוסל עדות הכשר ומצרף עמו ופשיטא שאין עדות ר' שבתי בזה מעלה ומוריד בין להחמיר

ובין להקל ואמנם אף עדותו של ר' יואל אין בו ממש כמ"ש בקונטרסי ואפשר שעלה על דעת כ"ת שלפי ששמע הרי את וגם אח"כ אמר לו המקדש אתם עדים הוי ג"כ כמעיד על אותו ענין לא אאמין שיעלה על לבו כזאת שהרי אף אם היה כאן שני עדים וראו נתינת טבעת ושמעו שאמר הרי את ותו לא אין כאן קידושין כלל שאפילו מאן דמחמיר היכא דלא אמר לי עכ"פ הזכיר לשון קידושין מה שאין כן היכי שלא הזכיר לשון קידושין אפילו יד שאינו מוכיח לא הוי ואפילו למ"ד ידים שא"מ הוויין ידים מודה בהאי ואף שהדברים פשוטים לרווח' דמלתא אברר הדבר שכן מבואר בנדרים דף ו' בעי ר"פ יש יד לקידושין או לא היכא דמי אי לימא דאמר לאשה הא"מ לי ואמר לחברתה ואת נמי פשיטא היינו קידושין עצמם אלא כגון דאמר לאשה הא"מ לי ואמר לחברתה ואת מי אמרינן ואת נמי א"ל לחברתה או דילמא ואת חזאי אמר לה ולא תפסי קידושין בחברתה והביאו בעי' זו כל הפוסקים הרי מבואר דאפילו בכה"ג שקידש אשה תחלה קידושין גמורים וא"ל ואת דדמי לנזיר עובר לפניו מספק' ליה דלמא בזו לא כיוון לקידושין רק ואת חזאי קאמר והתוס' שם כתבו דהא דצ"ל ואת חזאי קאמר אע"ג דבנדרים אי לאו דמרבינן ידות נדרים לא הוי מהני אע"ג דליכא מידי למיתלי' משום דבנדרים לא הזכיר מקודם לכן ענין נדר משא"כ כאן שכבר הזכיר לשון קידושין לאחת מהן ואמר האמ"ל אי לא דאיכא למיתלי בואת חזאי היה משמע לשון קידושין גמורים ולא יד ובזה ניח' קושי' אחריתי דמשמע דהך בעי' אם יש יד מהני אף ע"ג דאיכא למיתלי' בואת חזאי ואמאי והלא ס"ס ידים שא"מ נינהו ולמ"ד לא הוי ידים אינו מועיל אלא ודאי כדפרישית דכיון שהזכיר קודם לכן לשון קידושין גמורים שפיר הוי יד מוכיח עכ"ל ועיין בריב"ש סי' ס"ו שהביא ממה דאמרינן דאי אמר ואת נמי היינו קידושין עצמם אע"פ שלא פירש מי המקדש אפ"ה כיון שמפני קידושי הראשונה מוכיח שדבור השני הוא דבור שלם לעצמו האמ"ל כו' וע"ש: ובזה נלע"ד ליישב מה שהקשה הב"ש בס"י ל"ו ס"ק ח' על מה שכתב שם בשם הר"ן דאם נתן לשניה פרוטה ואמר ואת הוי קידושין מהא דסי' כ"ז דאם קידש אשה ואמר לחברתה בפניה תהא מקודשת ולא אמר לי הוי ספק קידושין ולפמ"ש הוי קידושי ודאי כו' ע"ש.

ולפמ"ש א"ש דהא אם אמר ואת נמי דאמרינן היינו קידושין עצמם ואע"ג דלא פירש שמקדשה לו וע"כ היינו טעמא דכיון דליכא למיתלי בהא במילתא אחריתי רק דכוונתו על קידושין וכיון דלא הזכיר ל' קידושין כלל ע"כ דאדבורא קמא סמיך שהזכיר ל' קידושין והרי שם הזכיר ל' קידושין גמורים ואמר לי אז גם הדבור השני הנסמך אל הדבור הראשון דבור שלם לעצמו הוא כמ"ש הריב"ש וה"נ אם נתן פרוטה לשניה ואמר ואת שכתבו הרשב"א והרא"ש והר"ן וה"ה דהוי קידושין מבואר הטעם ברשב"א שם דבזה לא משמע ואת חזאי דא"כ למה יהב לה כסף כו' וכיון דליכא למיתלי במלתא אחריתי ממילא דהך ואת הוי יד לעיקר דיבורו הראשון שפ"י ואמר האמ"ל ויד כזה הוי כעיקר הדבור הראשון שהוא דבור שלם משא"כ בהך דסי' כ"ז שאמר בשעת נתינה תהא מקודשת והזכיר ענין הקידושין בפירוש מיגרע גרע דמה"ת להסמיכו על דבור הראשון אלא הוא דבור בפ"ע רק שהוא כמו יד מוכיח שרוצה לקדש גם אותה כאשר קידש חברתה דומי' דנזיר עובר לפניו.

ובזה ס"ל דלא דמי לנזיר די"ל רק מדקידש אחת לעצמו קידש השני' לחבירו כמ"ש הב"י שם ולדברי הב"ש הך דינא דסי' כ"ז הוא סותר הדין שכתבו הרשב"א וסייעתו דלעיל דלדידהו הוי קידושי ודאי ועכ"פ היה לו להטור להזכיר דעת אביו הרא"ש בזה שחולק על הרמ"ה שהביא הטור אך לענ"ד אין כאן מחלוקת והדבר ברור כמו שכתבתי: והנה בפירוש האיבעיא דיש יד לקידושין יש בזה שני שיטות שיטה אחת היא שיטת התוס' והרשב"א והרא"ש והר"ן דמפרשי דהאשה שאנו מסופקים עליה אם מקודשת היא לא קיבלה כלל רק לאשה אחרת קידש ונתן לידה שני פרוטות ואמר לאשה זאת ואת ואם ואת נמי קאמר הרי קיבלה הראשונה ע"י השניה בשליחותה ולשיטת הרמב"ם והטור והש"ע מיירי שאשה זו שאנו מסופקים עליה היא קיבלה לידה קידושי חברתה מדעתה ונתן לה שני פרוטות ואמר לה ואת.

ולפ"ז הדברים ק"ו בנ"ד דלא מיבעיא לשיטת הרמב"ם וטור והש"ע שהקידושין קיבלה בעצמה ואמר לה ואת לא מהני להיות קידושין ודאין אלא דספיקא מיהוי דכיון דקידש אשה אחרת ואמר לה ואת ידים מוכיחות נינהו דטפי משמע ואת נמי מואת חזאי אלא דאם נימא דאין יד לקידושין הרי הוא כאלו אמר ואת חזאי עיין בחידושי הרשב"א והרא"ש בזה משא"כ היכא שאין כאן שום זכר מקידושין אין כאן יד כלל מצד האמירה ומכ"ש כשאין ידוע מהנתינה ג"כ אלא אפילו לשיטת התוס' וסייעתם שהיא לא קיבלה מ"מ אין זאת שום יד מוכיח רק מחמת שקדמו לו קידושין אחרים אמרינן שהיא נעשית שליח לזו ג"כ משא"כ בלא קידושין שקדמו אף אם היה בלבה להתקדש דברים שבלב נינהו כמו בנתן בשתיקה ולא היה מדברים ע"ע קידושין ומכ"ש בלא ראית הנתינה ג"כ ועיין בתוס' שכתבו שי"מ שנתן גם לזו פרוטה והקשו דאמאי לא קאמר או דלמא ואת שקילי לשם מתנה קאמר ותירצו דמשמע ליה דואת דקאמר קאי אדבור האמ"ל שאמר מיד ע"ש וא"כ פשיטא דאי ליכא דיבור סמוך לו מצינן לפרש דלאו לקידושין קאמר ואע"ג דהכא ספיקא הוי משום דקאי הדבור הסמוך לו היכא דליכא דיבור אפילו ספיקא לא הוי שאין זו דומה לידות כלל.

והנה בטור וש"ע כתבו הך בעי' ע"פ פירושו של הרמב"ם שנעשית שליח וקיבלה וא"ל ואת ולפום הך פירושא י"ל דהיכא דהיא לא קיבלה כלל רק חבירתה קיבלה לא מספקא ליה דכה"ג לא הוי יד מוכיח כלל מה שאמר לאשה שאינו נותן לה מאומה וא"מ וכמבואר ברשב"א ור"ן שמחלקין בין גט לקידושין דנתינת הגט שהוא מעשה הוי טפי מיד ועיקר מוכיח מיקרי משא"כ בבעי' זו דלחברתה לא יהיב מידי וא"כ לשיטת הרמב"ם ז"ל דהיכא דלא יהיב מידי אפילו יד מוכיח לא מיקרי ולפ"ז תימא על הטור וש"ע שסתמו דבריהם עפ"י פירוש הרמב"ם והשמיטו פירוש התוס' וסייעתם ויותר תימא על הטור שלא יזכיר דעת הרא"ש אביו ואפשר לומר לפמ"ש במשנה למלך פ"ז מהל' אישות הל' כ' להסתפק באומר לשליח צא וקדש לי אשה והלך וקידשה בספק קידושין דאפשר דזה הוי שינוי בשליחות ואינה מקודשת כלל ולפ"ז כיון דבעי' זו עלתה בתיקו ממילא אנן לדידן דמספקא לן אם יועיל שליחות שלה לחברתה אין כאן קידושין כלל לפי שהשליחות בטל לפי שלא היה רצונה על קידושין גמורים ואפי' להך צד ספק דס"ל דהוי קידושי ספק י"ל דווקא בשויתה שליח בפירוש משא"כ בזה שנעשית שליח מעצמה מחמת גילוי דעת שרצונה בקידושין אין זה מועיל רק לודאי ולא לספק ולפ"ז לפי מ"ש

הרשב"א והר"ן בבעי' דקידושין אזלינן לחומרא א"כ יש לפשוט ספיקו של המ"ל דמ"מ
הוי קידושי ספק אלא שיש לדחות דאדרבא כיון דזה אמר ואת והיא גילתה דעתה דניחא
לה הוי הגילוי דעת על מלת ואת שאמר הוא ואם כן סברה וקיבלה על האמירה זו וממילא
הוי ספק קידושין ואין זה שינוי בשליחות כלל (אך בתוס' משמע שמירי דשויתה שליח
לחברתה בהדיא) ואם כן אכתי קשה על הטור והש"ע שלא הזכירו פירוש זה וגם אפילו
תימא דבטל השליחות בכה"ג לא היה להם להשמיט זה כיון דנ"מ טובא לדינא דאי
ספיקא הוי אין כאן קידושין וצ"ע.

ועכ"פ מבואר דאף מאן דמחמיר בלא אמר לי מ"מ אם לא אמר רק הרי את ולא קדמו
לזה קידושין אחרים אין כאן קידושין. וגם לפי מ"ש בתשובה אחת בענין מי שביטל גט
דאפילו היכא דנימא דידים שא"מ הוי ידים היינו כשאמר דבור זה לבד ולא יותר כגון
ששמעו העדים שאמרו ה"א מקודשת ושוב שתק ולא אמר מידי.

וכן אם קידש אשה ואמר לחברתה ואת ולא יותר שאם נימא יש יד לקידושין יד מוכיח
הוא דואת נמי קאמר משא"כ היכא שהוא המשיך הדבור עוד אלא שהעדים לא שמעו
מה שאמר אח"כ אם כן י"ל שמא באמת אמר הא"מ לפלוני או איזה תנאי וכיוצא או גבי
ואת שמא אמר ואת חזאי או ואת שקילי לשם מתנה וכל כה"ג יצא מדין זה ונכנס לכלל
ספק אחר שמא אמר אח"כ איזה דברים המבטלים דבור זה.

ואם כן אפילו תימא דלענין אם אמר הרי א"מ ואמשיך הדבור רק שלא שמעו העדים
יש לחוש לקידושין דמסתמא אקדשה לעצמו. מ"מ היכא שלא שמעו רק אמירה הרי את
לבד ומה שאמר להלן לא שמעו כלל פשיטא שי"ל שאח"כ אמר דברים אחרים שאינם
לקידושין ובפרט האידנא שדרך הלצנים לומר תיבות אלו.

וגם ערב רב אתם כדרך השוטים בחרוזים ואנן בעינן שיהא הדבר ברור לעדים וכמ"ש
לקמן ומכ"ש בזה שאין דרך ארצינו לקדש בלא שידוכין וחופה ומכ"ש שידוע לעדים
שהוא נשוי אשה וגם יום שבת מה"ת יעלה העד על לב מחמת ששמע אמירת הרי את
שאומר אחר כך עסק קידושין: שוב מצאתי בשו"ת דברי דוד סימן ס"ו שכתב ג"כ בעד
ששמע מפי המקדש אמירת הרי את לאו כלום הוא והאריך להביא מכמה שו"ת ובאמת
שהדבר פשוט ומכ"ש אם לא ראה נתינה ולא שמע אמירה רק הרי את פשיטא שמי
שחושש בזה להחמיר אינו אלא מן המתמיהים.

ומכ"ש שאין מקום להקל עי"ז לומר כיון שהוא גיסו של העד השני יש לפסול על ידו
השני מטעם נמצא אחד מהם קא"פ. ודאי ליתא שאין ע"ז שום שם עד כלל.

ולכן אם היה איזה ממש בעדותו של ר' יואל היה מקום לחוש למאן דחייש במקדש
בע"א. אבל באמת בלא"ה אין עדותו של ר' יואל כלום כיון שלא ראה נתינה כלל ואפילו
הטבעת בידה לא ראה רק בידו וגם לא שמע רק שאמר כדת משה וישראל ולכן הוי דינא
כמקדש בלא עדים כלל דאינה מקודשת והנה במ"ש בתשו' דאפילו בהתחיל הוא לדבר
אם רצונה להתקדש אם נתן לה צריך עכ"פ שתשיב לו הבה מיהבי כמ"ש התוס' והר"ן
והרמ"א שם סעיף ט' בהגה"ה אבל שתיקה לא מהני כלל עכ"ד ולא כיון יפה שהתוספות
הוקשו דלמה לא מהני הב דלא גרע מאומרת תן לפלוני וע"ז תירצו דהכא טעמא משום

דאדבורא קמא סמכא ומזה מדייק הב"ש היכא דהתחיל הוא דמהני גם לשון הב שהוא לשון טוב מצד עצמו רק במקום שי"ל דסמכא אדבורא קמא אבל שתיקה פשיטא דמהני במתחיל הוא רק שהב"ש בא לומר דאף לשון הב מהני בכה"ג וכן מבואר בח"מ שם ס"ק י"ט שכתב אבל אם שאל כו' והיא שתקה וסמכה על דבריו הראשונים כו' וכן דברי הר"ן שהעתיק רמ"א בהתחיל לדבר ואמרה בלשון שחוק תן הוי ספק קידושין אבל שתיקה כהודאה דמיא והוי ודאי קידושין ואף ע"פ שהר"ן שם כתב בשם הרשב"א אם איתא דנתרצית הו"ל להדורי מקדישנא לך נראה שר"ל כיון דהדרי ליה הו"ל למיהדר לשון ברור שרצונה בכך ומדלא אמרה הכי הא קמן דבדיחותא קא מהדרי ליה לא איכפת לן באומרת רק תן (ולפענ"ד נראה שזה כוונת רמ"א במ"ש ואמרה לו בל' שחוק תן כו' ר"ל דתשו' זו בל' תן מפרשינן שהוא ל' שחוק ולפי שזה טעם הדבר לא מהני תן להרשב"א והר"ן לפי דאמרינן דהך תן ל' שחוק הוא מדלא אהדרי ליה אין מקדישנא לך לכך נקט רמ"א שאמרה לו בל' שחוק תן שאמתת הדבר הוא כך של' זה לשון שחוק הוא והח"מ הניח בצ"ע.

והב"ש נדחק בזה ולענ"ד כמ"ש) וכן מבואר להדיא במשנה למלך פ"ד מהל' אישות שכתב עוד כתב הר"ן כו' אבל הרשב"א ז"ל כו' ויש להסתפק לדעתו ז"ל היכא דשאלה היא והשיב בלשון שאלה ושתקה מאי דינו דמדייק דבריו מדלא אהדרא כו' שכוונת דבריו הוא שאם היה דעתה לומר הב לשם קידושין היה לה לומר הן כו' אבל אין ה"נ בשתקה נמי מהני דכהודאה דמי וכ"כ הרשב"א ז"ל בחידושיו בפירוש דשתיקה מהני כו' עכ"ל ובאמת מ"ש היכא דשאלה איהי צ"ע לענ"ד אבל בלא שאלה איהי רק היא התחילה קבלתה בשתיקה מוכיח שהיא מקבלת ע"פ מה ששאל אותה ומתרצית בקידושין.

ונפלאתי על מ"ש הרמב"ם והח"מ והב"ש בשם הר"ן דבזה הוי ספק קידושין דמבואר למעין בר"ן שהביא דברי הרשב"א ואפילו בהתחילה היא ואמרה הב כו' לא מהני. ואח"כ כתב י"ל כל שלא אמרה בלשונות האמורים בגמרא איכא לספוקי בל' קידושין וצריכה גט שכל כיוצא בזה אין לנו אלא מה שאמרו חכמים עכ"ל.

והנה הרמ"א וח"מ וב"ש פירשו דברי הר"ן שזה שכתב י"ל וכו' הוא בא לחלוק על מ"ש קודם דודאי לא מהני וע"ז כתב שנ"ל שהוא ספק והוא תמוה מאוד שבאמת מ"ש י"ל לא קאי כלל על מ"ש תחילה פלוגתת הרא"ש והרשב"א והוא מלתא באפי נפשיה שי"ל שדווקא שאמרה לשון הב אשקי כו' דכה"ג שמביא הש"ס אבל כשאירע ענין שהאשה השיבה בלשון אחר שלא מלשונות אלו אין לנו לפרשה מלבנו שהוא ל' שחוק אף שאפשר שדומה ללשון המבואר בגמרא אין לנו ללמוד מזה ואין לך אלא מה שאמרו חכמים ולכן הוי ספק קידושין אבל לא מעייל נפשיה בפלוגתא דהרא"ש והרשב"א כלל וצ"ע.

גם מ"ש הב"ש דהר"ן חולק על הי"א בל' הבה מיהבה אבל הב הוי קידושין הוא תמוה שמבואר בר"ן שכתב דאפילו לא אמרה כו' אלא אמרה ליה הב או הבה מיהבה כו' ואע"פ שבסוף דבריו לא נקט אלא הבה מיהבה לחוד פשוט דאמ"ש בתחלה סמיך ולא סבירא ליה חילוק בין הב או הבה מיהבה וצריך עיון: הב"ש ס"ק כ"ג אם אמרה הן אבל

שתיקה לא מהני כאן כיון ששאלה בתחילה שלא לשם קידושין והוא אמר דרך שאלה כו' משמע מזה דאם אמר בל' הגוזר שרצונו לקדשה וקיבלה בשתיקה מהני אף שהיא התחילה לשאול שלא לשם קידושין וכן משמע ממ"ש אח"כ ולא הוי כעסוקים בעניני קידושין כיון שלא אמר לה כלל שרצונו לקדשה כו' משמע דאם אמר מהני ואע"פ שהיא התחילה כיון שהוא גילה לה שרצונו לקדשה לא היה לה לקבל בשתיקה על סמך מה ששאלה בתחילה ומדשתקה ש"מ ניחא לה בקידושין וזה סיוע לדברי המ"ל שהבאתי לעיל: והנה בח"מ סימן ל"ו ס"ק ט' כתב על מ"ש הרמב"ם והש"ע ולפיכך קבלה הקידושין היא כלומר דל"ת מאחר שקיבלה הקידושין ולא החזירה לו ש"מ שהסכימה להתקדש ע"כ אמר מאחר שהוא שואל אותה מה בלבה גם היא נמלכת בעצמה כדת מה לעשות ולא הסכימה מיד כו' ע"ש וצ"ע לפי מ"ש דאם לא שאלה היא תחלה אף שאמר בל' שאלה וקיבלה בשתיקה מקודשת וא"כ גם בזה מה בכך שהוא שואל אותה מ"מ הרי היא מקבלת בשתיקה.

וראיתי בספר המקנה שכתב שיש לתמוה על הרמב"ם שכתב המקדש האשה ונתן הקידושין ביד חברתה דלמה לא כתב כלשון הש"ע שהיתה שליח לקבלה ממש כו' ומזה הוציא דכיון דש"ק צריך שיאמר הן מהני נמי לגבי עצמה כו'. ולענ"ד מלשון הרמב"ם ליכא למידק מידי שדרכו לתפוש לשון הש"ס דאמר לה לאשה הא"מ לי ואם היה בדרך שליחות לקבלה היה צ"ל הרי פלונית ששלחך מקודשת לי ולכך מפרש שלאשה עצמה אמר התקדשי לי אלא שהרשות לחברתה לקבל ואדרבא על הטור והש"ע קשה ששינו מלשון הגמרא שמבואר שלאשה עצמה אמר התקדשי וטפי הו"ל לדייק מלשון הש"ס גופה דלמה לא נקט בדרך שליחות וגם מ"ש הגאון ז"ל באמרה הן בשביל הקידושין השליחות מהני גם לגבי עצמה אפילו אמר לה בלשון שאלה כיון שנתרצית לו ולכך כתב הטור והמחבר ע"כ מיירי שאמרה במהירות הן טרם שאמר הוא ואת כו' והוא דחוק ובאמת שצ"ע כמ"ש דאף אם לא אמרה הן רק קיבלה בשתיקה מהני אע"פ שהוא לשון שאלה ואין לחלק דדוקא בקידושי אשה אחת שפיר אמרינן כיון ששתקה כשקיבלה הרי נתרצית להתקדש דאל"כ למה קיבלה משא"כ בזה כיון שיש לתלות שמה שקיבלה הוא בשביל חברתה א"כ שתיקה זו לאו כהודאה דמי' לומר שנתרצית בקבלה זו להתקדש לו אך ז"א דא"כ גם באמירת הן נימא שקאי על שליחות חברתה לבד כיון דהשליח צריך שיאמר הן אלא ע"כ דהיכא שכבר שמעה שאמר לה ואת שעכ"פ יש במשמעות הזה ל' שאלה ששואל אותה אם תרצה להתקדש לא הי' לה להשיב הן בסתם אלא היה לה לפ' שכוונתה על השליחות לבד א"כ גם בשתיקה כיון שכבר אמר לה ואת והיא מקבלת חת"ה מה זו שתיקה היה לה לפרש שאינה מקבלת אלא בשביל חזוה כמו דמהני שתיקה בהך דהמוכר מיני כלים כו' והכא עדיף טפי כיון שיש לפרש ג"כ לשון ואת שר"ל ואת נמי שאינו ל' שאלה אלא לשון גוזר שרוצה לקדש פשיטא דבכה"ג לא היה לה לקבל בשתיקה ומכ"ש להב"י שם דס"ל דשתיקה מהני אף ששאלה תחילה שלא לשם קידושין וא"כ ודאי דאיכא למיתלי שמה שמקבלת היא על דעתה הראשונה שלא לשם קידושין אלא ע"כ דז"א דאף בשתיקה אמרינן היה לה לפרש וא"כ גם בהא דואת אף שנפרש שהוא ל' שאלה מ"מ כיון שקבלה בשתיקה ולא פירשה שאינה מקבלת רק על שליחות חברתה לבד למה לא יהיה קידושין אך לכאורה משמע מל' הח"מ שכתב מאחר שקיבלה

הקידושין ולא החזירה כו' נראה שמפרש שמירי שאחר קבלת הקידושין אמר לה ואת וע"ד שכתב בבדק הבית הביאו הב"ש שתכ"ד לנתינה אמר ואת ולכן נקט בלישנא שאין ראייה ממה שלא החזירה די"ל שהוא נמלכת בעצמה וע"ש בב"ה דקאי שם על מ"ש הטור ואחר שנתן לידה אמר כו' ע"ז כתב שאינו מדוקדק שאחר שנתן הקידושין לאחת מה יועיל כשאמר לאחרת ואת נמי אלא מיירי שאמר לה בשעה שהיה נותן כו' וכך הם דברי הרמב"ם ויש לקיים דברי רבינו כשאמר תכ"ד כו' ע"ש ולפ"ז אפשר שבמתכוין שינה המחבר מלשון הרמב"ם שהרמב"ם כתב ואמר לחברתה כשנתן הקידושין דלשון זה משמע שאמר כן בשעת נתינה ממש והמחבר היפך הלשון וכתב וכשנתן הקידושין אמר לה דלשון זה סובל ב' פירושים דיש לפרש שאמר כן בשעת הנתינה וגם יש לפרש לאחר שנתן אמר כן תכ"ד (וגם הרמב"ם בסיפא נקט לישנא אבל אם נתן בידה ואמר לה ואת וכו' וכדי לרמז על מ"ש בב"ה שיש לקיים דברי רבינו באמר תכ"ד וגם הח"מ ארכבה אתרי ריכשי שכתב מאחר שקבלה הקידושין ולא החזירה דבאמר קודם הנתינה שייך לומר מאחר שקבלה הקידושין ואמר אחר הנתינה שייך ולא החזירה ואפשר שגם קאמר בשעת נתינה שייך לשון ולא החזירה לפי שבשעת נתינה בשביל חברתה היתה האמירה ואם כן אין הוכחה מן הקבלה לבד רק ממה שלא החזירה וקצרת.

ועפי"ז מקום אתנו לישב דברי רבינו הטור שכתב ואחר שנתן לידה ואף לפי מ"ש בב"ה דמיירי תכ"ד מ"מ מי הכריחו לכך ולמה לא נקט כל' הרמב"ם שאמר בשעת נתינה ממש ולפי מ"ש י"ל דקשיא ליה דאם אמר בשעת נתינה אף אם אומר בל' שאלה ואת לראות מה בלבה אם רצונה להתקדש מ"מ כיון שמקבלת בשתיקה היה לו להועיל ומכ"ש לפי מ"ש בשם ספר המקנה דלפי מ"ש הטור דמיירי בשליחות א"כ צריכה לומר הן ודוחק שאמרה במהירות טרם סיום ואת אם נאמר שבדבור אחד ממש נאמר ולכן נקט הטור ואחר שנתן בידה אמר כו' ואם כן אתי שפיר דקידושי השליחות ואמירת הן היה בשעת הנתינה ובתכ"ד אמר ואת ועל זה שתקה ולפי זה א"ש מה שהקשיתי לעיל שמה חילוק יש בין אמרה הן לשתיקה שהחילוק מבואר כיון דמיירי שאמירת ואת היה אחר הנתינה, א"כ בשתיקה שייך לומר דמה שלא החזירה הוא לפי דמימלכי בעצמה משא"כ באומרת הן א"כ מ"מ מ"ש הגאון ז"ל דמיירי שאמרה במהירות א"צ לזה דהא בפשיטות משכחת לה כמ"ש שאמר פלונית ששלחך מקודשת לי בנתינה זו ואמרה הן ובתכ"ד לנתינה אמר ואת ומה צורך למהירות אחרי שאמירת ואת לא נאמר בדבור אחד.

אך הגאון ז"ל לטעמיה אזיל שכתב שם על דברי הב"ש בשם הב"ה וז"ל דודאי אם אמר ואת נמי קודם שנתן לה מהני אפילו אחר כ"ד אבל אם נתן לה ואח"כ אמר ואת לא מהני אף תכ"ד כיון שאמר בתחילה שמקד' חברתה זכתה בשתי הפרוטות בשביל חברתה וא"י לחזור שתתקדש בפרוטה אחת כמש"ל בסי' כ"ח דאפילו בכל מתנה א"י לחזור אחר הנתינה אפילו תכ"ד עכ"ל ומה שנראה מדבריו דמספקא ליה בכוונת הב"ש בשם הב"ה אי מיירי קודם הנתינה או אח"כ נראה שלא היה לפניו אז ספר ב"ה דמבואר שם להדיא דקאי על מ"ש הטור ואחר שנתן לידה כו' וכמש"ל והב"ש קצר במובן וכתב הדברים על לשון הש"ע ולכך נסתפק הגאון ז"ל בכוונתו בזה: אך בגוף הדבר שכתב הגאון ז"ל דבכל מתנה א"י לחזור אחר הנתינה אפילו תכ"ד וכ"כ בסי' כ"ז ובסי' למ"ד שלא מצינו בשום מקום במוכר או נותן לחבירו וקונה במשיכה או בקנין שיוכל לחזור

בו תכ"ד וכ"כ כמה פעמים בק"א ובחידושים והוא תימה גדולה שכ"כ בפשיטות נגד מה שמבואר להדיא בש"ע ח"מ סי' קצ"ו דבקנין יכול לחזור כ"ז שעסוקים באותו ענין ובשאר קנינים א"י לחזור אחר כ"ד הא תכ"ד פשיטא שיכול לחזור בו.

ואמנם באמת שגם הט"ז הביאו הב"ש בס"י ל"ח כתב בנותן מתנה ותכ"ד אמר ע"ת בכך וכך ל"מ התנאי כיון שקודם לזה זכה בסתם והוא תמוה ונתתי פני לעיין בדברי הגאון ז"ל סי' הנ"ל ומצאתי שהביא ג"כ דברי הט"ז ועפ"י שדחה ראייתו מב"מ מהא דמשנתנו לו אמר אני זכיתי בה תחילה דהתם גבי מציאה שאני שלא זכה בה מעולם אע"פ שהסכים לדבריו מחמת הראיה שהביא בס"י ק"ז מהקד' דאינו יכול לחזור תכ"ד וכתבו התוס' במנחות דף פ"א הטעם דהוי כמסירה להדיוט ושם הרגיש ממ"ש הש"ע דבשאר דרכי הקניות א"י לחזור וכתב דהיינו בקנין כסף ואג"ק וכיוצא בו חוץ ממשיכה עכ"ד.

ועיין מ"ש עוד שם בסעיף ל"ד ובסי' נו"ן. ולענ"ד מהך דאמירה לגבוה אין ראייה כלל דאף אם נימא דבהדיוט יכול לחזור בו תכ"ד מ"מ א"ש הא דאמרינן דהוי כמסירה להדיוט דכיון דדינ' הוא בהדיוט שיכול לחזור תכ"ד נמצא דאין התחלת הקנין עד אחר כ"ד דבתכ"ד הוי כאילו לא נעשה מעשה המסירה כלל כיון שהי' בידו לחזור וכשאמרו כמסירה להדיוט דמי הכוונה היא לענין הקנין דהוי כאלו כבר נגמר הקנין בהדיוט דהיינו כאלו הוא אחר כ"ד דהדיוט וכ"כ הש"ך בח"מ סי' ס"ז לענין שטרות הוי כמסירה להדיוט דהיינו כהקנאתו וכאלו הי' שם כתיבה ומסירה וה"ה לענין חזרה הו"ל כהקנאה להדיוט שהוא אחר כ"ד ולכן אין ראייה משם ואדרבא לכאורה משמע דאף בדבר שיש בו מעשה שייך חזרה תכ"ד דאל"כ תיקשה מהא דאמרינן במקד' ומגרש א"י לחזור תכ"ד וקשה ת"ל דבכל דבר דאיתעביד מעשה לא מהני חזרה תכ"ד.

ומ"ש הגאון ז"ל דהתם בדבור הדבר תלוי צ"ע לענ"ד דהא גם בקדושין וגירושין בעסוקים באותו ענין ונתן בשתיקה סגי וה"ה לענין קנין נמי בדבור תלויה שצריך שיאמר לו לך חזק וקני אלא שאם החזיק בפניו הוי כאומר לו כן ואפשר לומר דקדושין וגירושין כיון דלא מהני שניהם מודים שנתכוונו לשם קדושין א"כ ע"כ דבאמירה תלי' מלתא וגם זה אינו דהתם לאו מטעם אמירה הוא אלא משום שאין ידוע לעדים וצריך שיהיו יודעים שהוא לשם קדושין: והנלע"ד בזה שהדין דין אמת כמ"ש הט"ז והגאון ז"ל דתכ"ד דמשיכה וכיוצא לא מהני לבטל המעשה דכי גמיר דתכ"ד כדבור דמי לענין שיתבטל הדבור של תכ"ד אבל לא לענין לבטל המעשה אך נראה כיון דמעשה לא מהני רק מצד הכוונה שהוא מתכוין להקנות.

וכל שמחזיק בפניו כאומר חזק וקני דמי דמסתמא כיון המוכר שיזכה הלוקח במשיכה זו וכן הלוקח וכיון שהוא חוזר תכ"ד שפיר מועיל חזרתו על הכוונה שנתכוין להקנות או לקנות וכיון שבזה מתבטל מחשבת הקנין המשיכה בטילה ממילא אבל במקדש ומגרש אע"פ שחזר בו תכ"ד ואמירה הרי את מקודשת הכי גמירי לה דבקדושין תכ"ד לאו כד"ד ולא נתבטל הדיבור כלל ולפ"ז נראה דהיכא שאמר אני נותן לך חפץ פ' לך חזק וקני ונתן לו ובתכ"ד של הנתנה חזר בו אבל כבר עבר כד"ד משעת אמירה לא מהני החזרה דעל מעשה הנתנה אין שייכא חזרה בדיבור רק מחמת שנתבטל הדבור מתבטל המעשה וכיון דכבר עבר כ"ד משעת אמירה אין הדבור הראשון בטל וא"כ מאחר

שבשעה שהחזיק זה הדבור במקומו עומד ולא נתבטל שוב אין מועיל החזר' כלל כיון שהחזיק ע"פ הדבור: ולפ"ז א"ש ראיית הט"ז דלכאורה יש עדיין פתחון פה לומר דאע"פ שדבור חזק וקני הוא קודם כ"ד של החזרה מ"מ הדבור לא חל עד שעת זכיה וכיון שתכ"ד של זכ"ל חזר בו הרי הוא מקלקל בזה הכוונה שנתכוין בתחילה שיקנה וה"ל כאלו הכל תכ"ד וע"ז מייתי הט"ז ראייה מב"מ דלא אמרינן הכי דהא קאמר התם פשיטא תחלה קאמר דאי לא אמר תחלה אין יכול לחזור אחר שכבר זכה בה וע"ז כתב הט"ז דדילמא מיירי שאומר עתה תכ"ד של הנתינה שרוצה לזכות בו ומהני בכה"ג אע"ג שאין מועיל לבטל מעשה הנתינה משום דחזרה של המזכה אינו מועיל לבטל משיכה קנין של הזוכה דאף שהמזכה חוזר הזוכה במקומו וכוונתו עומד מ"מ י"ל דמועיל לבטל הכוונה שכיוון בשעת הגבהה לזכות בו לשם זה ותפוס לשון אחרון שאומר שרוצה לזכות לעצמו והרי הוא כאילו כיוון אז לזכות לעצמו וממילא מה שנתן אח"כ לחבירו אין זה מועיל שיהא זוכה בה כיון דלאו אדעתא דהכי יהיב ליה שהוא רוצה לזכות לו בתורת מתנה רק לפי שהגביה תחלה ע"ד שיהא של חבירו וכיון שאין לזה זכות מחמת שהגביה זה ע"ד שיקנה משום דהמגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו ואף שאח"כ נתן לו ע"ד כוונה זו שכיוון בתחילה לשם חבירו מ"מ הרי אין נתינה זו לשם מתנה והכוונה נתבטלה מחמת שהי' חזרה תכ"ד והכוונה שיזכה חבירו אין לה חלות עד שעת הנתינה לידו והוי כאלו חזר בתכ"ד של הכוונה שבשעת הגבהה ואם נימא הכי אין קו' למה נקט אני זכיתי תחלה דאי לא נקט הכי הוה ס"ד שאינו אומר תחלה אלא שאומר שחוזר בו.

והוא תכ"ד ואפילו בכה"ג לא אמר כלום לכך נקט תחלה למימרא דדוקא בכה"ג לא אמר כלום אבל אם אמר שחוזר בו והוא תכ"ד שפיר מועיל חזרתו לקלקל מחשבתו אשר חשב בשעת הגבהה וזכה בה הוא ולא חבירו וא"כ פריך שפיר דל"ל למתני תחלה אלא ע"כ דבאמת קושטא דמלתא הכי הוא ואף אם חוזר בו תכ"ד מהנתינה לא מהני כיון שכבר עבר תכ"ד של הגבהה ועל גוף הנתינה אין מועיל חזרה ועל הכוונה של שעת הגבהה אינה מועיל כיון שכבר עבר תכ"ד וממילא שזכה זה בנתינה ע"כ כוונתו לזכות לו בנתינה זוכה בה בשעת הנתינה מיד ושוב אין זה יכול לחזור בו וזה ודאי לא היה צריך להשמיענו רק היכא דאמר זכיתי תחילה ולהכי פריך ל"ל למתני תחילה פשיטא תחלה אמר.

וא"ל דמ"מ היה צריך למתני תחלה דאל"כ הוי טעינן דמיירי שחזר בו תכ"ד של הגבהה ז"א חדא דלא משמע ליה שלא יהיה שהות בין הגבהה לחזרה כשיעור כ"ד כיון שהנתינה הפסיקה באמצע ועוד דבכה"ג אדרבא פשיטא דמהני כמש"ל וא"כ ליכא למיטעי כלל דבכה"ג מיירי דא"כ באמת תקשי אמאי לא אמר כלום כיון שתכ"ד שנתכוין להגביהה לחבירו חזר ורוצה לזכות לעצמו והוי כאלו נתכווין כן בשעת הגבהה והנתינה לחבירו בלבד לא מהני שאחר כוונת הלב הן הן הדברים והרי לא נתכוין לשם מתנה והכוונה של הגבהה איתא בחזרה וא"כ באמת אמאי לא אמר כלום.

והארכתי בזה לפי שלכאורה דברי הט"ז וראייתו מהך דב"מ תמוה כאשר כתב הגאון ז"ל וכן ראיתי שהשיגו עליו בספר בי"ת ובספר קצה"ח ח"ב ס"י: ולענ"ד המעיין יראה שכנים דברי ואף שאפשר שהט"ז לא כיוון לזה מ"מ הדברים מצד עצמם הם נכונים

שיש לחלק דהיכא שהוא אחר כ"ד של האמירה א"י לחזור בו אף אם הוא תכ"ד של המשיכה ואם הוא תכ"ד של האמירה שפיר מהני חזרה דתכ"ד אמרינן אתי דבור ומבטל דבור והמשיכה בלא כוונה אינו קונה.

שוב מצאתי בקצה"ח סי' רנ"ה כתב ע"ד התוס' דמנחות דבהקדש לא מהני אמירה תכ"ד דאע"ג דמסירה להדיוט מהני משום דשם הקנין ע"י האמירה לך חזק וקני יכול לחזור תכ"ד וה"ל משיכה או מסירה בלא דבור משא"כ גבי הקדש הדבור כמעשה ע"ש וקצרת: ואמנם בעיקר הדבר שפירש בב"ה דברי הטור דמיירי שאמר לה תכ"ד ואת נמי צ"ע דבלא פקפוק הגאון ז"ל שא"י לחזור ממה שזוכה בשני פרוטות לחברת' נמי תיקשי דאפילו תימא דמהני חזרתו מ"מ כיון דבשעה שקיבלה לא ע"ד לשם קדושין דידה א"כ מה ששתק' אח"כ הו"ל שתיק' דלאחר מתן מעות וכאן לא שייך אי לא ניחא לה תשדינהו כיון שעיקר קבלת הקדושין בשביל חברת' וסברה שאם היא אינו מרוצה לקידושין שייך הכל לחברתה ואפשר דכיון דדינא הוא שיכול לחזור תכ"ד א"כ מיד ששמע' חזרתו ושהוא רוצה לקדשה ה"ל למישדי או להחזיר לו כמש"ל בשם המ"מ ומש"ה א"ש באמר ואת לפי צד האיבעיא ואת חזאי שהוא בלשון שאלה א"כ כך הוא הכוונה שאם הוא אינו רוצה כל הנתינה בשביל חברתה הוא וא"כ אף אם שתקה הוי שתיקה דלאחר מתן מעות לפי מ"ש הטור דאמירת ואת היה תכ"ד וא"ש דברי הטור דנקט בכה"ג דאל"כ אף שאמר בלשון שאלה כיון שקיבלה בשתיקה מהני אם לא שאלה בתחילה שלח שלא לשם קידושין וכמש"ל.

וגם י"ל דע"כ לא מהני בזה חזרה תכ"ד אלא בחזרה ודאית אבל בחזרה כה"ג שאינו אלא על הספק ובלשון שאלה לאו כלום הוא אף תכ"ד ולא אתי דבור מסופק ומבטל דבור ודאי אף שהוא תכ"ד ול"ד למטיל תנאי תכ"ד וכיוצא שדבור ודאי הוא: אך לענ"ד צ"ע אם מהני חזרה אף בלשון ודאי וכמ"ש הגאון ז"ל שא"י לחזור ממה שזיכה לחברתה בשני פרוטות ואע"פ שכתבתי שמ"ש הגאון ז"ל לתלות הדברים בדין מתנה צ"ע דבמתנה משמע דיכול לחזור תכ"ד מ"מ בקידושין דקי"ל תכ"ד לאו כד"ד ואינם יכולין לחזור מגוף הקדושין כלל ממילא שא"י לחזור ולזכות בכסף שנתן לה בתורת קידושין והיא זוכה בכל הכסף שנתן מיד ואף שחוזר תכ"ד לא מהני כלל כיון שהקדושין חלין ממילא שקנת' הכסף קנין גמור ותמהני על הגאון ז"ל שהוצרך להביא לזה מדין המתנה דבקדושין נראה בפשיטות דלא מהני חזרה ואפשר דמק"ו אתי עלה דאפילו במתנה אינו יכול לחזור ומכ"ש בקידושין אך באמת אף לפי מ"ש דבמתנה יכול לחזור מ"מ נראה דבקדושין לא מהני חזרה כמ"ש וצ"ע.

ומצאתי בקרית ספר להמבי"ט ז"ל שזה דרכו להמתיק בקצרה לשון הרמב"ם וכתב אם נתן קדושין כו' אבל אם אמר לה ואת הוי ספק דאורייתא שמא לא נתכוין לקדשה עכ"ל נראה שמפרש דברי הרמב"ם ע"ד שכתבתי: אמנם לפי לשון הרמב"ם דאמירתו ואת ה' בשעה שנתן בידה צ"ע מה בכך שנאמר שהיה בלשון שאלה כיון שקיבלה בשתיקה וכמש"ל ומכ"ש בזה דיד מוכיח הוא ומ"ש הח"מ מאחר שהוא שואל אותה מה בלבה גם היא נמלכת בעצמה היא תמוה דהא משמע דדוקא בשאלה תחלה שלא לשם קידושין אמרינן הכי דאי אמרינן שסומכת על דבריו הראשונים הא לא"ה אף שאמר דרך שאלה

לא אמרינן דמימלכה בעצמה וכבר כתבתי לעיל דברי הח"מ גופיה בסי' כ"ז בהא דהי' מוכר פירות כו' ולולי דמסתפינא הוי אמינא שכוונת הרמב"ם ע"ד זה שפירוש הח"מ שבאמת לשון הרמב"ם בזה שכתב וז"ל אבל אם נתן בידה וא"ל ואת ה"ז שקיבלה הקידושין מקודשת בספק שמא לא נתכוין אלא לראות מה בלבה וכאלו אמר לה ואת מה תאמרי בדבר זה ולפיכך קבלה הקדושין היא שהרי זה עדיין שואלת לראות מה בלבה ומפני זה הוא ספק מקודשת עכ"ל והוא מגומגם מאוד מ"ש ולפיכך קבלת הקדושין היא שהרי כו' דמה טעם יש בדבר.

והח"מ ז"ל מפרשו דר"ל דגם היא קבלה ולא החזירה ע"ד להמליך מחמת שזה שואל אותה כו' ועין רואה תשוב שהוא דחוק מאוד דודאי הוא שואל אותה לדעת אם תרצה להתקדש בזה שאי אפשר לו לקדש' בלי שאלת פיה וכי בשביל זה שהוא שואלה נאמר שנוטלת עד להמליך וגם דלפ"ז אם אומרת אחר שעה שהיא מרוצה בקידושין נימא דמהני והרי בש"ס אמרינן דאי נימא ואת חזאי לא תפסי קדושין בחברתה ומשמע דבכל ענין לא מהני וגם אינו מיושב מ"ש שהרי זה עדיין שואלה כו' דלשון עדיין משמע שאינו על דבר מחודש ולפי פירוש הח"מ היום החל לשאול אותה ומהו עדיין ואף שיש לדחוק ולפרש מ"מ הלא ידוע דרך רבינו הרמב"ם בכ"מ לדבר צחות ובאמת שהטור השמיט לשון זה ולפיכך קיבל' כו' ובנקל יש לפרש דר"ל וכאלו אמר ואת מה תאמרי בדבר זה אין ר"ל בדבר זה שאני רוצה שתתקדש לי כיון שעדיין לא נדברו מאותו ענין קדושין שלה מהו שכתב בדבר הזה אלא נראה דמפרש ואת חזאי ר"ל ואתה אראה אני אם דעתך מסכמת למה שאני מקדש חברתך ולפי הנוסח' שלפנינו דמסיים בה ולפיכך כו' נמי י"ל דר"ל ולפיכך קיבל' הקידושין שהרי זה עדיין שואלה כו' ר"ל לפי שאע"פ שאמר לחברתה בפני' הא"מ לי לא היתה רוצה לומר שתקבל חברתה רק קיבלתן היא בשביל חברתה כיון שזה עדיין שואלה כו' ובזה שהיא מקבלת היא מורה שמסכמת לדבר זה שקידש את חברתה אבל בקדושין דידה לא מיירי כלל ובהכי א"ש מ"ש הרמב"ם שנתן הקדושין מדעתה ביד חברתה ולא נקט שנעשית שליח וכמו שדקדק בספר המקנה משום דאם נעשית שליח לא שייך הך מלתא ואת חזאי אראה אם אתה מסכים שהרי בתחילתו נעשית שליח משא"כ אם לא נעשית שליח רק שחברתה הסכימה שיתן לידה שפיר י"ל ששואל אותה אם דעתה מסכמת לזה לקבל הקדושין של חברתה ובש"ע דנקט שנעשית שליח וסיים ולפיכך קיבלה כו' צ"ע: והנה בתשובה פלפל בדברי הב"ש בענין קדושין בידיע' בלא ראייה והשיב עליו האו"ת דאין ראייה מד"מ דלא איברי סהדי אלא לשקרא משא"כ בקידושין גזירת מלך הוא שמקד' בלא עדים אין הקדושין חלין ובקצה"ח סי' צ' כתב ליישב ע"פ דברי הר"ן דאף לר"א דע"מ כרתי מהני ע"ח כע"מ שהרי הגט יוצא מת"י כו' ונמצא כאלו הם בעצמם מעידים על המסירה וא"כ ה"נ כיון שידוע לעדים הללו שבודאי מסרה לה ע"פ ידיעה הו"ל עדים ממש עכ"ל.

ולענ"ד קרב את המרוחקים ולדבריו דמחמת שעתה הגט יוצא מת"י חתי' בעדים הללו איגלאי מלתא למפרע שנמסר מידו לידה וה"ל כעדים על המסירה ומחמת זה מדמה עידי קדושין כידיעה אחר מעשה א"כ למה היה צריך הר"ן לכתוב בין שהם מעידים על המסירה עצמו או על גוף הדבר כו' וכ"כ אח"כ לא משום דס"ל ע"ח כרתי אלא שהמסירה כורתת כיון שיש עדים על עיקר הדבר כו' ולמה לו להאריך בשפת יתר שיש

עדים על גוף או עיקר הדבר שהרי אנו אומרים שע"ח הם לנו כע"מ בידיעה שהבעל מסר לה.

אך הדבר ברור דודאי אין תועלת בידיעת העדים אחר שעברה המעשה אע"ג דאיגלאי מילתא למפרע ואף בד"מ דלא איכפת לן כלל בעדים רק באמתת הדבר משא"כ במקום שצריך שתעשה המעשה לפני עדים איגלאי מילתא למפרע לא אמרינן וגם בכתב ידו ואין עליו עדים פסול אע"ג דהשתא רואים העדים הגט בידה ואיגלאי מילתא שבא לידה מיד הבעל שמסר לה לא מהני כיון שאין עדים בשעת מסירה.

אך סברת הר"ן הוא שאותן עדים שאנו צריכים שיהיו בשעת מסירה א"צ שיהיה עדים על המסירה ממש רק שיהיה עדים על עיקר הדבר שזה מגרש את אשתו בגט אך אותן העדים צריכים שיהיה בשעת מסירה שהמסירה היא הכורתת וצריך שיהיה אז עדים על המסירה ואם אין אז עדים על המסירה צריך שיהיה עכ"פ עדים על עיקר הדבר שהוא הגירושין ולכן כיון שיש כאן ע"ח ובשעת המסירה כבר היו העדים חתומים על הגט אף שאין שם ע"מ שפיר כורתת המסירה ע"פ עדי החתימה שהם עדים על עיקר הדבר ולכן כל שהאשה מוציאה עתה גט לפנינו חתום בעדים הרי יתברר לנו שהיה מסירה מיד בעל לידה ובשעת המסירה היה עדים על עיקר הדבר דהיינו ע"ח שפיר מתקיים בזה גזירת המלך שיהיה עדים בשעת המסירה ומ"ש הר"ן ונמצא כאלו הם בעצמם מעידים על המסירה אינו ר"ל שמה שאנו רואין עכשיו הגט בעדים מוכיח למפרע שהיה מסירה אלא ר"ל דכיון שנמסר מיד הבעל חתום בעדים אלו שמעידים על גוף הדבר אנו דנין שעת המסירה שהיא הכורתת כאלו היה שם עדים על הגירושין ואפשר שחסר תיבה אחת וצ"ל כאלו הם בעצמם מעידים על שעת המסירה ואע"פ שהלשון דחוק שבקי' דדחיק ומוקי נפשיה כמבואר למעיין שכל כוונתו שע"ח שהם עדים על עיקר הדבר הם מועילין בשעת המסירה הכורתת כאלו היו עדים על המסירה עצמה אך אפילו את"ל שכוונתו דהוי כאלו הם מעידים על המסירה אין זו דקידושין דומה להאי דהתם דעדותן נופל על שעת המסירה עצמה אך אנן לדידן צריכים לגילוי מילתא למפרע מחמת שאנו רואין בידה הגט חתום בעדים משא"כ היכא שהעדים עצמם צריכים לגילוי מילתא למפרע זה לא מהני כלל דגזירת מלך הוא שיהיה ידוע לעדים בשעת הקידושין ממש וכיון שבהוא שעתא לא ידעו בטלו הקידושין ואין תועלת מידיעתם שלאחר המעשה בין בקידושין בין בגיטין כה"ג אף לדעת הר"ן ומכ"ש לדעת שאר פוסקים דס"ל גם בגט דאיכא ע"ח לא מהני בלא ע"מ ומכ"ש כאן: והנה הב"ש סימן מ"ב ס"ק ח' כתב לענין קא"פ אף שנתכוין להעיד והעידו אינו פוסל דאף שאין הב"ד יכולין לפסוק ע"פ מ"מ המקדש קידש לפני כשרים ע"ש והריטב"א כתב הסברא להיפך דבקידושין אפילו בראיה לבד ובלא העידו גם כן מתבטל כיון שאין העדות לאמת הדבר אלא בגזירת הכתוב כו' כן הורה רבינו כו' כך הם דבריו בפרק האיש מקדש ועתה בא לידי חידושי הריטב"א גיטין וראיתי שכתב גם כן בדף י"ח וז"ל ואומר רבינו נר"ו דהיינו דוקא בדבר שתלוי במעשה כגון הלוואה או שהרג את הנפש דסהדי לא עבדי מעשה דאינן אלא לשקרי אבל בקידושין שאין הענין תלוי אלא בראייתן של עדים שאע"פ שקידשה בפנינו וידוע הדבר כל שלא קידש בעדים אינה מקודשת וראייתן של עדים הוא שעושה המעשה כל זמן שיהיה קא"פ אין הקידושין כלום ועדות הכשרים בטלה דהרי זה כמו בעלמא שאם

באים כולם להעיד בטלה דהכא עיקר עדותן הוא עכשיו בראייתן וכמו שכולם באים להעיד דמי והלכך עדות כולם בטלה ומיהו שפיר דמי לחומרא והצריכה גט זהו סברת רבינו בענינים האלו והיא נכונה עכ"ל (ומ"ש דאינן אלא לשקרי לא בא ליתן טעם על שהרג הנפש דבזה ודאי עדים בעינן אך דבד"נ ודאי שאין הראיה מעשה כלל בלא הגדה אך בראות הלוואה דבזה הוי אפשר לומר דהראיה הוה מעשה לזה אמר דשם המעשה מתקיים מצד עצמו וסהדי אינם אלא לשקרי משא"כ בקידושין וגיטין דתרווייהו ליתנייהו שאין הענין תלוי בהגדה בב"ד וגם המעשה אין מתקיים מצד עצמו כ"א כשיש עדים ולכן ראייתם הוי עיקר העדות) העתקתי אמריו כי נעמו ומבוארים יותר ממ"ש בקידושין.

וראיתי למכ"ת שכתב שהתוס' והרא"ש שהכריחו דתרווייהו בעינן נתכווין להעיד והעידו מקידושין הנעשים בפומבי לא ס"ל הכי דהא להריטב"א ע"כ שמיחדין עדים כו' והריטב"א לטעמי דס"ל גזירת הכתוב הוא וכו' והאריך והא ליתא דודאי גם התוספ' והרא"ש מודים דגזירת הכתוב הוא בקידושין שצריך עדים אלא דלא נחית להך סברא שכתב הריטב"א דקידושין שבאים לקיום הדבר חשוב כאלו בא להעיד אלא ס"ל דמחמת הראיה לבד אין הכרח לצרפם יחד ואמרינן כל חד לחודיה קאי והריטב"א גופ' בחידושי מס' כתב כדברי התוספות וז"ל ועוד דאם כן היינו צריכים לסיים עדים בשעת קידושין שאל"כ כשיש קא"פ או נתכוונו להיות עד כו' ע"ש ובקידושין וגיטין הביא סברת מורו דבאמת צריך לסיים עדות בקידושין לפי שקיום הענין נעשה מיד בראיה וכמש"ל: וראיתי לכ"ת שכתב על הב"ש שכתב גם י"ל דלא נתכוון לשם עדות ומ"מ מה שמעידים היום מהני כו' דזה דלא כדברי הש"ך בח"מ שאם גם הכשרים לא נתכווין הוי צירוף לפסול כל העדות.

ולענ"ד דברי הב"ש בזה א"ש גם לדעת הש"ך דדעת הש"ך בזה הוא דודאי אם העידו יחד והכשרים נתכווין והפסולין לא נתכוונו אע"פ שנצטרפו בהגדה מ"מ כבר נחלקו בשעת ראיה שזה כיון לבו להעיד וזה לא כיון וכל שנחלקו פ"א שוב אין מצטרפים משא"כ אם גם הכשרים לא כיוונו נהי דע"י ראיה בעלמא לא הוי צירוף דעדיין אין שם עדים עליהם מחמת הראיה בלא כוונה מ"מ גם חלוקה אין כאן כיון שגם הכשרים לא כווננו להעיד ואם כן שוב מצטרפי מחמת הגדה אך זה שייך בד"מ משא"כ בקידושין דהעדים לקיום הדבר ואם כן הרי יש כאן קיום ע"י העדים הכשרים שקדש לפניהם ובראיה בעלמא מתקיים העדות ואין הפסולין מצטרפים דבראיה בעלמא אין זה צירוף דכ"א ממילא חזי לנפשיה וכמש"ל בשיטת התוספות והרא"ש דלא ס"ל סברת הריטב"א בזה ותו לא איכפת לן בצירוף הגדה שאחר כך וכמ"ש הב"ש אח"כ דמ"מ המקדש קידש לפני כשרים אלא דהשתא ס"ל להב"ש דמ"מ כשנתכוין הכשרים והפסולים להעיד אם כן בשעת חלות הקידושין גופא גם כן יש צירוף כשרים ופסולין שהכוונה להעיד מצטרפים בהגדה שאח"כ נצטרפו וא"כ אי בתר שעת חלות הקידושין אזלת יש צירוף מחמת הכוונה ואי בתר הגדה גם כן יש צירוף.

ושוב כתב דאפילו נתכוונו י"ל דהכוונה לבד אין מצטרפים לפסול קיום העדות רק מחמת שלא נחלקו בכוונה וכיוונו שניהם ממילא מועיל צירוף הגדה ואין הב"ד יכולין לפסוק

הדין ע"פ אבל קיום הדבר נעשה בלא הגדה אין צירוף הכוונה פוסל והיינו באם נתכוונו גם כן אבל בלא נתכוונו פשיטא ליה להב"ש דהראיה לבד אינו עושה צירוף ומהני לקיום הקידושין משא"כ בד"מ נהי שאינו עושה צירוף מ"מ גם חלוקה אין כאן ונפסל העדות ע"י צירוף הגדה שאח"כ וכמ"ש: ועתה אבוא לבאר מה שיעדתי בתחילת דברי בענין השגת כ"ת על הפ"י בברכות שר"ל דהא דאמרינן סברא היא אסור לאדם שיהנה בלא ברכה הוא דאורייתא כדאמרינן בעלמא ל"ל קרא סברא הוא כו' והנה ודאי יש לתמוה על הפ"י בזה בפרט מה שרוצה להעמיד כן גם דברי התוספות וז"א כמבואר בתוספות דיומא דף ע"ט ובתוספות דסוכה דף מ"ו ובחולין דף ק"ז שמבואר מדבריהם דס"ל לדינא דברכה שלפניו דרבנן וכן שם בריש פרק כיצד מברכין גופיה כתבו התוספות כן בד"ה לפניו לא כ"ש והביאו ראיה מהא דבעל קרי אינו מברך ודוחק לפרש שכתבו כן לפי הס"ד דמק"ו אתי עלה משא"כ למסקנא דסברא הוא י"ל דבעל קרי שמונע עצמו מפני כבוד השם לא שייך הך סברא וכמ"ש הפ"י שם דאין זה במשמע והתוס' כאן קוצרים ובמקומות שהבאתי לעיל הביאו גם כן ראיה מהא דפועלים אינם מברכין לפנייהם וכ"כ הרא"ש בברכות דף ל"ט (ועל הרא"ש צ"ע שלעיל דף י"ז מבואר דגרס גרסת הרי"ף דמברכין לפניו ע"ש ברמזים וגם צ"ע על ראיית התוספות והרא"ש מהא דפועלים לפי מ"ש התוספות גופייהו ד"ה וחותם דיש כח לחכמים לעקור דבר מה"ת הואיל וטרודים במלאכת בעה"ב א"כ אין ראיה משם אך לפי מ"ש הב"י והמ"א סימן קצ"א א"ש ע"ש) וכתב שם דהוי מדרבנן דלאו ק"ו גמור הוא דשאני כשהוא שבע שנהגה כבר וכוונתו למה שאמר שם דף כ"א והפ"י שם כתב ג"כ כזה וצ"ע שלא מדברי הרא"ש ז"ל) אבל משום שאמר בש"ס סברא הוא לא חיישו לומר שהוא דאורייתא וכ"כ הרמב"ם בריש הלכות ברכות ומד"ס לברך על כל מאכל תחלה והכ"מ בפ"ג ה"ל י"ב.

ב ואכתיקשיא לי מה ראו חכמים להחמיר בברכה שלפניו שהוא מדרבנן יותר מברכה אחרונה שהוא מדאורייתא ונ"ל שלכך אמרו שבתחלה יברך על כל שהוא שמא ימלך ויאכל כשיעור כו' ע"ש ולענ"ד אינו צריך לזה דלענין ברכה שלפניו דמטעם אסור לאדם להנות כו' והנאת גרונו בכל שהוא נמי איתא דהא חצי שיעור אסור מה"ת ועכ"פ מדרבנן משא"כ בברכה שלאחריו שלא חייבתו תורה רק על אכילה כשיעור ותיקנו דוגמתו ג"כ בשאר מינין וכעין דאורייתא תיקנו דוקא כשיעור וכן דעת כל הפוסקים דברכות דרבנן.

ואיך לא הרגישו בל' הש"ס דקאמר סברא הוא כו' אך מ"מ הדין בזה עם הפ"י דעל הרוב לשון זה סברא הוא מלתא דאורייתא וכדאמרינן בריש הזורק אשכחן הוצאה הכנסה מנלן סברא הוא מכדי מרשות לרשות היא מה לי אפוקי מה לי עיולי כו' ובתוס' שם כתבו דבזריקה נמי איכא סברא כו' ואי לא הוי במשכן לא הוה עלה מסברא דמלאכה גרועה היא ועיין בתוס' ריש שבת ד"ה פשט בעה"ב כו' ובתוס' בשבועות דף כ"ב ד"ה אב"א קרא כתבו ותימא כיון דאיכא סברא קרא ל"ל דהכי פריך בכתובות ל"ל קרא סברא היא איהו אסרה ויש לחלק דיש דברים דאין הסברא פשוטה כ"כ וצריך הפסוק להשמיענו הסברא עכ"ל והוא ע"ד שכתבו בהזורק כמש"ל ועכ"פ דבר ברור הוא דמה דאמרינן סברא הוא דאורייתא וכל הש"ס מלא מסברת התנאים והאמוראים וסומכים על זה בדאורייתא בין להקל ובין להחמיר וכן אשכחן חזקה אין אשה מעיזה וחזקה אין אדם פורע ת"ז כו' שהם מצד הסברא ומהני אף להוציא מחזקת א"א ומחזקה ממון ומ"מ

א"ש הא דאמרינן סברא הוא אסור שיהנה כו' הוא סברא שאינה פשוטה כ"כ שנאמר שהוא ד"ת רק דרבנן דתיקון זה מחמת הסברא וכמש"ל בשם התוספות דלפעמים צריך קרא להשמיענו הסברא וכה"ג כתבו התוס' בכתובות דף ט' לענין רוב ברצון שאינו רוב גמור רק מדרבנן וכן חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו שאינו מועיל רק לחייב שבועה דרבנן וה"נ דהוי סברא דאסור שיהנה סברת חכמים הוא ויותר נלענ"ד דבמקום שעיקר הדבר מבואר בתורה אלא שיפול ספק בענין אז יש לילך אחר הסברא מדאורייתא וכגון הך דכתובות דגלי קרא דנאמן האב לאוסרה וא"כ יש לספק אם נאמן ג"כ לחזור ולהתירה בכה"ג אמרינן סברא הוא וכן בהך דהכנסה דחזינן דהתורה אסרה מרשות לרשות בהוצאה ויש לספק בהכנסה ובזה אמרינן סברא הוא וכן כל כיוצא בזה אבל במקום שהענין מחודש לגמרי ולולי הסברא לא הי' מקום לספק שיהי' זה מה"ת וחכמים החזיקו הענין מצד סברתם וכגון ברכה שלפניו שלולי הסברא שאין להנות מהעה"ז בלא ברכה לא היה מקום לספק שיצטרך ברכה לפניו דהק"ו אינו ק"ו גמור כמש"ל ולכן כשהחזיקו החכמים הסברא זהו שנקרא מדברי סופרים והרבה דברים שתקנו חכמינו ז"ל שהם מצד סברא כגון נר חנוכה וכיוצא שחייבה סברתם שראוי לעשות זכר לנר בהדלקה וכן שאר תקנות חז"ל ודאי שדרכיהם דרכי נועם מצד הסברא הישרה ומ"מ אינן ד"ת רק דברי סופרים לבד: ומ"ש הפ"י דלכך ספק ברכות להקל משום שאם יברך שנים יעבור משום לא תשא יפה הקשה כ"ת דהא דעת התוספ' שהוא דרבנן ובלא"ה קשה דא"כ במסופק בברכת המזון נמי נימא דאינו חוזר ומברך משום ספק דלא תשא וע"כ כיון דדינא הכי דמשום ספיקא הוא צריך לחזור אין זה בכלל לא תשא שוב ראיתי שדברי הפ"י שקיצר כאן האריך בזה למעלה דף י"ב בד"ה לא לאתויי נהמא ושם הביא מה שכתב כאן די"ל דסבר' דאסור להנות הוא מדאוריית' וכו' וכתב שם הוא גופיה דאם חוזר ומברך מחמת הספק אינו עובר משום ברכה לבטלה ואשכחן טובא שהחכמים תיקנו כמה ברכות על הספק כו' תדע דהא לכ"ע אין יכול לברך בלי הזכרת השם אלא בלשון תרגום וע"ש שכתב חילוק אחר דאף אם הברכות דאורייתא א"ל ספק דאורייתא לחומרא כיון שהוא בשם וא"ת וכו' וע"ש וצ"ע שאין חילוק זה עולה יפה מכמה מקומות בש"ס וגם בברכת המזון ואמת ויציב דאמרינן חוזר ומברך ועיין בפ"י דף ק"א גבי ספק קרא אמת ויציב וכן בדף ק"ט ד"ה מפני שיכול כו' האריך הרבה בענין זה ובדף ל"ג ד"ה תני רב אחא הביא שם דברי התוס' בד"ה דהא דקאמר עובר בלא תשא אינו רק מדרבנן אלא דאסמכוה אקרא יעו"ש.

ולפי שהדברים האלה חוץ לענינינו לא ראיתי להאריך בזה ובגוף הדין שלנו כבר כתבתי בקונטרס בפני עצמו שאין כאן בית מיחוש כלל ועיקר. דברי זעירא מן חברייה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד.

שאלה נט איש אחד בא למקום שאין מכירין אותו ואת משפחתו ושידכו לו שם יתומה אחת ובעת השידוכין שאלו בני משפחת היתומ' את האיש על ארץ מגוריו ומהות משפחתו ואמר שיש לו אב ואחין סביבות ק"ק יערסלב ששמם כך וכך והשיאו לו אחי' ואמה של היתומה את היתומה ובימים מועטים נפטר בלא בנים ושלחו הב"ד של העיר ההוא לק"ק יערסלב לחקור אם ימצאו שם האחין של האיש והב"ד דשם חקרו ודרשו היטב בכל סביבות העיר ההוא גם עשו חיפוש מנרות שכל איש נכתב באסטרטיא שלהם

אין נקי ופשפשו ולא מצאו וגלל כן ישבה האשה האומללה עגונה יותר מי"א שנה ובראותה כי לא עלה ארוכה למחלתה ותלך לדרוש בתי דינין שבישראל והוציא לאור משפטה והוגבה ג"ע בב"ד של מקום האשה שיום הולדת שלה היה בתענית אסתר ומלאו לה כ"ג שנים בתענית אסתר תקע"ג וכניסתה לחופה עם האיש ההוא בר"ח אדר ראשון תקס"ב לפ"ק והיה שם עד אחר הפסח ונסע משם לעיר אחרת ונפטר שם קודם חג השבועות שנת ה"ל וע"ז העידו שני עדים כשרים וגם העידו שני עדים כי משעה ראשונה לא רצתה לדור עמו והיתה בורחת מפניו ולנה כמה פעמים אצל השכנים כאשר באו הדברים ברוב ענין בגוף ולפי דברי האשה לא היה מתדר לה עמו ועדיין בתולה היא: תשובה מתחלה נבאר שלפי דברי העדים שהעידו שיודעי' בבירור שיום הולדת האשה היה בי"ג אדר בתענית אסתר ובשנת תקע"ג נעשית בת כ"ג שנה א"כ היתה שנת לידתה שנת תק"ן שהיא שנה פשוטה והנשואין שלה היה בר"ח אדר ראשון תקס"ב והיא לא נעשית י"ב שנה עד י"ג אדר שני כמבואר בא"ח סימן נ"ה ואף שהפר"ח שם בשם שו"ת מהר"ש הלוי חילק בזה ואומר שנעשה בר מצוה באדר א' כ' הפר"ח שם שאינו מחזור והעיקר כדברי מהר"י מינץ והביא ראיה מהירושלמי דמגילה דאדר ראשון תוספת וכן מוכח בש"ס דידן בר"ה דף י"ט כו' וכן מבואר מדברי המג"א סי' נ"ה וקצת צ"ע בס' תקס"ח.

ואמנם אף לדברי מהר"ש הלוי היתה בשעת נשואין פחות מי"ב שנה וכיון שהיתה יתומה מן האב אין כאן רק קידושין דרבנן אם לא בעל כמבואר מדברי כל הפוסקים ומ"ש הב"ש סימן קנ"ה ס"ק ל"ב שדין זה נובע מבעיא דלא איפשטא אי גדלי בהדה כו'. ולפ"ז תימא על הפוסקים שאינם רק קידושי דרבנן אני תמה על תמיהתו דהא רב פשיט האיבעיא שם וכן מסקי שם ר"פ ורב אשי בעובדא דנרש דרב סבר אי בעיל אין אי לא בעיל לא ובלשון הרי"ף בשם הגאון כבר תמה הראב"ד הביאו הרא"ש והרמב"ן בס' הזכות והרשב"א בחידושו פירשו דבריו דמ"ש לא סמכינן אשנויי היינו מאי דמשמע מהך שנויי' דאי לא בעל ממאנת אף מדרבנן אלא דמדרבנן לא מהני מיאון (ועיין בחידושי הרשב"א מ"ש בשם ר"ח ולא היה כו' נראה שט"ס הוא ומקומו בתחלת דברי ר"ח שהביא אח"כ שכ' למסקנ' כו') אבל מ"מ אין כאן רק קידושי דרבנן כדמסיק הרי"ף להדיא ומ"ש הרמב"ם בפ"ד מהל' אישות שאם ישבה עם בעלה עד שגדלה גמרו קידושין ונעשית א"א גמורה ואינו צריך לחזור ולקדשה כבר פירשו ה"ה שם דהיינו דווקא כשבעל אחר שגדלה אבל אם לא בעל אינה א"א אלא מד"ס ובכ"מ הביא שם דברי הרד"ך דמפר' דברי הרמב"ם דאם בא עליה אחר שגדלה הואיל ועשתה דבר שמתקדשת בו מה"ת אף ע"פ שלא היה לשם עדים הרי גמרה בלבה שהיא רוצה בקידושין הראשונים וחלו קידושי כסף והכ"מ כ' שדברי הרמב"ם בפ"א מהל' גירושין נראה שהם כדברי הטור והמפורשים שבבעיל' הוא בועל עתה לשם קידושין ולא על סמך קידושין הראשונים כלל וסוגיא דגמ' הכי משמע כו' ע"ש וכן מבואר מדברי כל הפוסקים דאליבא דרב דאי בעל א"צ גט משני היינו מסתמא הוא בועל לשם קידושין: ולפ"ז בנ"ד נראה דאין כאן קידושין דאורייתא דאע"ג דקטנה שהגדיל' ובעל הוי קידושין דאורייתא היינו דווקא היכא דאיכא יחוד בפנינו ומ"ש הב"ש דמסתמא כל שדר עמה כדרך איש ואשתו אמרינן שבעל אע"ג דליכא עידי יחוד כמ"ש ר"ס קמ"ט עכ"ל זה לא שייך בנ"ד

לפי דברי העדים שהיו שכינים של האשה שהעידו שיודעים בבירור שלא רצתה לדור עם בעלה משעה ראשונה והיתה לנה כמה לילות בביתם של שכינים שלא להיות עמו בבית אחד ודבר ברור דבכה"ג אין כאן עדים משעה ראשונה שהרי כל חילי' דהב"ש שם מדברי הרא"ה שהביא הריב"ש שהקשה גבי קטנה שהגדילה דהוי מקדש בלי עדים ות' דמידי דכ"ע חזו כ"ע סהדי ובנ"ד הא לא חזו ולא מידי ואדרבא מאן דחזי ידע כי לא מתדר לה עמיה ואם כן פשיטא שאין לנו לומר דודאי בעל ומכ"ש שאין לנו לומר שבעל לשם קידושין וגם כי כל הפוסקים חולקים בזה על הרמ"ה וכמ"ש הריב"ש גופי' הביאו הב"ש ס"ס ל"ג שכת' שכל הראשונים כתבו שצריך עדי יחוד.

והרבה בזה הארכתי בימי חורפי בתשובה א' ושם כתבתי דהרא"ה מיירי בענין שידוע לכל שהיתה קטנה והגדילה ומסתמא יש עדים הרבה שראו שנתייחדה עמו רק שהם באים לפנינו להעיד ע"ז כ' דמידי דכ"ע חזי כ"ע סהדותא ר"ל וא"צ שיבואו לפנינו להעיד שבועל לשם קידושין וע"ד שכתב רש"י בכתובות דף ט' מעשה שהיה מפני מה לא אסרוהו שהרי עדים הרבה ידעו בדבר וגם ההוא דתשובות מיימוני' מיירי בכה"ג שבאמת נתפרסם הדבר שהטבעת לא היה ש"פ והלכך מסתמ' בעל לשם קידושין אבל היכי שאינו ידוע ומפורסם שזה דר ומתייחד עם מי שלא היה לו בה קידושין עד עתה פשיטא דמה שעניניהם הרואות שהם דרים יחד כאיש ואשתו לא יעלו על לב שיש בעסק זה עסק קידושין פשיטא שאין זה מועיל לעשות קידושין דאורייתא ומכ"ש כי הדבר ברור שהאיש הזה שלא היה מתושבי העיר רק אכסנאי הבא לעיר שלא העלה על לבו כלל כי לא הגיעה לכלל שנותי' בעת הנשואין עד הפורים ובזמן קצר מן פוריא עד בתר פסחא ששהה שם נתכווין שוב שנית לקדשה בביאה דודאי אין לנו לחוש לזה כלל ומכ"ש אחרי שידוע דארגילה קטטה בהדיה מיום הכניסה אף שאפשר שנתפייסה לו באיזה זמן אין לנו לחוש שאמר שרוצה לקדשה בביאה ונתרצית דודאי גם היא לא ידעה מענין זה כלל שצריכה קידושין חדשים והיא דבר שאין השכל מקבלו.

ולא רציתי להאריך בזה שכבר יצא הדבר בהיתר מרוב גדולי אשכנזי כאשר המה בכתובים תחת ידי והגאון בעל שאגת ארי' ז"ל כתב בסוף תשובתו וז"ל ועוד יש לצדד בנדון שלנו קצת להיתר' מצד הסבר' דמה שאמרו חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות ולשם קידושין בעל אינו אלא בדורות הראשונים שהיה דרכם לקדש בביאה וא"א לקדושי בביאה אלא ע"י עידי יחוד היה דין זה ברור וידוע לכל.

אבל בזמנינו ובמדינות הללו שאין דרכם לקדש בביאה אין דין זה ידוע אלא לחכמים הבקיאין בהלכות קידושין אבל זה שהוא רך בשנים הדבר קרוב לומר שלא היה ידוע ובקי בהלכות קידושין דנימא שבעל לשם קידושין ובעדי יחוד משום חזקה זו דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות והלוואי שרוב המורי' בזמנינו ובדורינו ידעו הלכות קידושין על מתכונתם ועוד יש לצדד בנ"ד שמתוך השאלה נראה שזה הנאבד והאשה לא היו פניהם צהובות זה לזה ואין לבו גס בה ולא היה לה נחת רוח ממנו אלא שאין רצוני להאריך עוד בזה כי די להתיר אשה זו במה שכתבנו עכ"ל הגאון ז"ל שהשיב לנו בשנת תקמ"ב לפ"ק והאריך בחריפות ובקיאיות כדרכו בענין ההיתר שאין כאן עדי יחוד וגם הגאון מוה' רפאל ז"ל האב"ד דק"ק הומברג והיא לו נדפסת בספרו שו"ת ושב הכהן

סימן למ"ד וגם הגאון מברלין מוהר' צבי הירש ז"ל ודודי מ"ו הגאון מוהר"ר סענדר ז"ל והגאון בעל קצות החשן ז"ל וכל הני היתרים שייכי בנידון דידן ונראה לפענ"ד דאפילו לדעת מהרד"ך שכתבתי לעיל דמפרש דברי הרמב"ם דכל שבעל אף שלא היו עדים הרי גמרה בלבו שרוצה היא בקידושין הראשונים מודה בנ"ד דלכאורה אין טעם לדבר כלל כיון דבשעת קידושי כסף קטנה היתה איך יחולו קידושין אילו ע"י ביאה שאחר הגדלות ונראה שכוונתו על דרך שכתב הרשב"א ביבמות דף ק"ט בהא דמבעי ליה דילמא כי גדלה גדלי קידושין בהדה אע"ג דלא בעל וז"ל קשיא לי טובא כיון דמתחילתן לא היו אלא מדרבנן לאחר גדלות במה היא מתקדשת מדאוריית' וי"ל דעשאום כמתנה בשעת קידושין הרי את מקודשת לי לאחר גדלות וכאותה ששינו הרי את מקודשת לי לאחר למ"ד יום כו' ע"ש וס"ל למהרד"ך אליבא דהרמב"ם דאף לפי מאי דקי"ל כפשיטתיה דרב דהא מילתא דקטנה מתלי תלי וקאי אי בעל אין אי לא בעל לא נמי אמרינן הכי דעשאום כאילו התנה בשעת קידושין הרי את מקודשת לי בפרוטה זו לכשתבעל לאחר גדלות ע"ש בלשון מהרד"ך שהביא הכ"מ שכתב ומפ' רבינו מילתא דקטנה מתלי תלי כו' נראה קצת שהביאה מעמיד הקידושין הראשונים שהיו תלויים ואם כן נראה שלא נאמרו הדברים אלא בידע המקדש בשעת קידושין שהיא קטנה דאז אמרינן אדם יודע שאין קידושי קטנה כלום ולכן מסתמא דעתו שיחולו לאחר גדלות כשתבעל ואף שלא התנה סתמו כפירושו משא"כ היכא שזה לא ידע כלל שהיא קטנה ולא עלה על דעתו שקידושיו קידושי קטנה הם מאין הרגלים לומר שכוונתו שיחולו כשיבעול לאחר גדלות ואף שהרשב"א כתב דעשאום כמתנה כו' פשיטא שאין הכוונה לומר דלב ב"ד מתנה עליו דודאי לא שייך לומר הכי לענין קידושין רק ר"ל דהוי כאומדנא דמוכח דע"ד כן הוא נותן הקידושין לזה דווקא כשידע בשעת קידושין שהיא קטנה ולהדיא אמרינן בכתובות דף ע"ד מר סבר אדם יודע שאין קדושיו כלום וגמר ובעל לשם קידושין ומר סבר אין אדם יודע כו' וכי בעל אדעתא דקידושין הראשונים בעל מבואר להדיא דהיכא דלא שייך אדם יודע כו' כ"ע מודים דאמרינן ע"ד קידושין הראשונים בעל ואין כאן קידושין דאורייתא כלל ובאמת מדברי הש"ס אלו דכתובות איכא לאקשוויי טובא על שיטות מהרד"ך.

וקצרתי כיון דמשיטות כל הפוסקים ראשונים ואחרונים מבואר דהא דאמרינן דכי בעל הוי קידושין היינו מחמת קידושי הביאה גופא ולא מחמת קידושין הראשונים כלל. ואם אמנם בשו"ת נ"ב מהדורא תנינא הרחיב לפרש שיטת הרי"ף והרמב"ם דס"ל דכי בעל בלא עדים אם כן י"ל מחמת חזקה דאין אדם עושה בעילתו ב"ז דמסתמ' היה דעתו שיחולו לאחר גדלות והביא שם דברי המשנה למלך בקטן שקידש שיחולו לאחר גדלות ע"ש מה שהשבנו לו אני וחבירי ורבתי והגאון ז"ל החזיק במעוזו כאשר נדפס שם בארוכה בסימן נ"ב נ"ג נ"ד.

אני מלאתי את ידי והארכתי להחזיק יסודות ההיתר ככתוב אצלי באורך בעזה"י ונלאתי להעתיק כיון דבלא"ה בנ"ד אף הגאון מודה כמ"ש דזה לא שייך היכא שלא ידע כלל בשעת הקידושין שקטנה היא ופשיטא שאין כאן פתחון פה לומר מדחזינן דבעל בלא עידי יחוד מסתמא ידע בשעת קידושין שקטנה היא וקידשה שיחולו לכשיגדיל דאדרב' אמרינן דגם מה שנתייחד עמה אח"כ בלא עדים היא מחמת חסרון ידיעתו שלא ידע

שהיה קטנה ובעל על דעת קידושין הראשונים (ובאמת על סברת מהרד"ך צ"ע לפמ"ש
דהוי כהתנה שיחולו אחר שיבעול בגדלות דזה הוי כמתנה על דבשלב"ל והגאון נ"ב ז"ל
כתב לסברתו דכתב דהוי כמקדש שיחולו אחר גדלות ולא תלה בבעיל' שפיר י"ל דלא
הוי כדבר שלבל"ע כיון שחלה בזמן הגדלות וזמן הגדלות ממילא קאתי כמ"ש בשו"ת
הנ"ל באורך משא"כ אם נאמר שתולה התנאי כשתבעל בגדלות דהבעילה אינו בידו:
ועתה אבא לבאר בענין שמבואר בשאלה שזה אמר קודם הנשואין שיש לו אב ואחין
סביבות עיר פלוני ויבוקש הדבר ולא נמצא הנה בקידושין דף ס"ד איתא מי שאמר
בשעת מיתתו יש לי בנים נאמן יש לי אחים אינו נאמן ומוקי לה אביי דלא מוחזק לן
באחין ולא בבנים ולכן אם אמר יש לי אחים אינו נאמן לאו כל כמיניה דאסר לה אכ"ע.

והנה בדברי הש"ס אין מבואר רק במי שאמר בשעת מיתתו יש לי אחין דבשעת נשואין
עדיין לא הוחזקה בחזקת שתהיה זקוקה ליבם והרי היא בחזקת היתר לשוק ולא כל
כמיניה במה שאומר בשעת מיתתו לאסור אותה משא"כ אם קודם הנשואין והקידושין
אמר שיש לו אחים הרי נתחזק בשעת קידושין שיש לו אחין וממילא שהיא בחזקת
זקוקה.

אך בטור וש"ע כתבו בסתם לא היו מוחזק באחין ואמר יש לי אחין אינו נאמן בא אחד
ואמר אני אחיו אינו נאמן ואפי' ע"א מעיד עליו שהוא אחיו אינונאמן להוציאה מחזקת'.
ולא ביחנו דבריהם דדוקא באמר כן אחר הקידושין וכן הרמב"ם פ"ג מהל' יבום וחליצה
כתב אמר זה אחי או שאמר יש לי אחין אינו נאמן לאסור את אשתו ולהניחה זקוקה
ליבם שהרי זה מתכווין לאוסרה אחר מותו עכ"ל.

וגם לא נתבאר חילוק בין אם אמר קודם קידושין או אח"כ ולכאורה יראה מדבריו
דדווקא בכה"ג שאמר אחר קידושין דבכה"ג לא מהימנינן ליה דתלינן שהוא מתכווין
לאוסרה אחר מותו וכ"כ רש"י דכי אמר יש לי אחין איכא למימר דלצעורה קא מכווין
משא"כ היכא שאומר כן קודם הקידושין מה"ת לא יהא נאמן דמה לו לשקר ולומר שיש
לו אחים דאדרבא כדי להשביח מקחו היה לו לומר שאין לו אחין ולא תזקוק ליבום.

אבל באמת ז"א שהרמב"ם לא כתב כן אלא לאמתלא בעלמא שי"ל שאמר כן בכדי
לאוסרה וה"ה בכל ענין שיש אמתלא ואפילו קודם הקידושין וכגוונא דנ"ד ששאלו אותו
על מהות משפחתו לבית אביו בשעת שידוכין ולא הוי ניחא ליה לומר שהוא גרגיר יחידי
ואין לו גואלים שיחושו לו שמא הוא אסופי מן השוק וכיוצא בו ולא ירצו לתת את בתם
לו לאשה.

וכן דרך העולם לחקור אחר משפחתו של המשודך לבית אביו וע"ד שאמר יהודה אדוני
שאל את עבדיו היש לכם אב או אח בתך היינו מבקשים כו' ולא אסיק אדעתיה שיש
גריעותיה לענין יבום דמה"ת יחושו לזה דרוב נשים מתעברות ויולדת גם הלא מראה
מקום היא להם מקום תחנותם ולכן כחש להם לומר שיש לה חזקה דאבהת' ובעל
משפחה ובמרמה דבר ורגלים לדבר זה שבדקו בדוכתיה ולא אשכחו והרמב"ם דמיירי
לענין אחר קידושין או נשואין נקט האמתל' שמתכווין לאוסרה אבל עיקר הטעם שאינו
נאמן להוציאה מחזקה דהיתר' וא"ל דדווקא בלאחר נשואין כיון דבשעת נשואין לא
נודע לנו משום אח הוי כאיתחזק היתרא ולא כל כמיניה לאוסרה אכ"ע דאפשר דמשקר

כדי לצעור' משא"כ באומר קודם נשואין דלא איתחזק היתרה כיון דבשעת קידושין כבר אמר שיש לו אחין נלענ"ד דמשום הא לא נתבטלה חזקה שהיה לה קודם נשואין חזקת היתר לשוק ואע"פ ששוב נאסרה ע"י קידושין של זה ויצאה מחזקתה לשוק לענין זה שתהיה אסורה כל זמן שלא תתאלמן או תתגר' שהרי נתקדשה לפנינו מ"מ בזה שאין איסורו ברור שיחול עליו איסור אחר מיתת הבעל מחמת שמא יש אחין לבעל כיון דהא מילתא ספיקא הוי הדרינן לחזקה קמייתא דהוה לה להיות מותרת לשוק דמאי דנפיק מחזקתיה בודאי נפיק מאי דלא נפיק לא נפיק ומבואר בתשובת הרא"ש דאפי' איכא חד סהדא לא מהני ע"ש ובב"י סימן קנ"ז הביאו שכתב דאפי' עד כשר לא היינו חוששין לעדותו דכל היכא דאיתחזק היתר' ואמר ע"א שהיה אסורה אינו נאמן כו' ואמנם מהרי"ט בתשובה ח"א סימן פ"ב כתב דבכה"ג שאנו מסתפקין מעיקרא אם יש לבעלה אחין הוי לא איתחזק לא היתרא ולא איסורא וע"א נאמן וכ"ת העמד בחזקת היתר שהיתה עומדת עד שלא תנשא ואף כשנשא' הוחזק איסור א"א מ"מ כשמת פקע חזקת איסור א"א ונשארה מותרת לשוק כמו שהיתה אין לך לומר כן אלא משנתקדשה הוחזקה בחזקת איסור לכל העולם ולא תתירנה במיתת בעלה מספק דמחזקינן מאיסור לאיסור כדמוכח בנזיר דף ס"ה גבי ירד לטבול במערה כו' שחזקת טמא טמא כו' וכן בחולין בהמה בחיי' בחזקת איסור עומדת כו' ומחזקינן מאיסור לאיסור דהיינו מאיסור אמ"ה לאיסור נבלה כו' ע"ש באורך.

וכבר עמדו על ראייה זו מנזיר בספר דברי אמת להגאון מוהר"י בכר דוד והגאון בעל קצות החשן בספר שב שמעתת' ודחאוה גם במ"ש ראייה מחולין דמחזיקינן מאיסור אמ"ה לאיסור נבלה הקשה עליו שבאמת התוספות תמהו על זה על רש"י וכתבו משום איסור שאינו זכוח הוא ע"ש וכבר כתבתי בענין זה במקום אחר.

אך לענ"ד אפי' תימא דבעלמא מחזיקין מאיסור לאיסור אין זה ענין כלל לכאן דהתם הספק שאנו מסופקים הוא ע"י מקרה וסבה שנתחדשה בפ"ע מבלעדי האיסור הברור שלפנינו מכבר וכיון שלידת הספ' היא בעת שיש עליו כבר איסור ברור כגון בהא דאיסור אמ"ה שא"א לך לומר בחזקת היתר עומד כיון דאיסור' רביע עליה וכן בנזיר שהטמאה כבר חלה עליו א"א לאוקמי בעת התחדשות הספק בחזקת טהרה משא"כ בזה שקידש אשה ואין ידוע אם יש לו אחין או לא כיון דקודם הקידושין היתה בחזקת היתר לכל העולם ובחזקת שאינה זקוקה ליבם וע"י מעשה הקידושין נסתר חזקת היתר לכל העולם ונפל ספק אם תהיה זקוקה ליבם אחר מיתת הבעל שפיר אמרינן דלמאי דאיתרעי חזקה איתרעי למאי דלא איתרעאי כלל כיון דעדיין לא היו עליו שעת חזקת איסור עד שהוא שעתא גופא שנתקדשה אמרינן דמעשה זו אינה מוציאה מחזקתה שלא תהיה זקוקה ליבם כשלא תהיה א"א ודווקא כשכבר חל חזקת איסור מחמת ענין אחר טרם נתחדש סיבה זו שנפל עליו הספק מחמתו משא"כ היכא שהתחדשות סתירת החזק' בודאי והספק באים ע"י מעשה אחד ובאים שניהם בבת אחת דשפיר י"ל דכל שהאיסור ודאי הלך אין לאסור מפני הספק משום דמוקמינן אחזקה: אמנם ראיתי בספר שב שמעתתא שם שכתב ובעיקר הדין אשר עליו כרכר כרכוריו כו' וכד דייקינן נראה דבכה"ג לא הוי חזקת היתר אפי' נימא דאין מחזיקין מאיסור לאיסור.

וראיה ברורה מדברי התוספות ביבמות דף ד"ה אשה זו כו' וא"ת תינח כנס ואח"כ גירש כו' א"כ לא הוי מקשי התוספות דבגיר' ואח"כ כנס נמי הוי חזקת היתר קודם שנישאת ואיסורא דא"א פקע במיתת הבעל והדר' להיתרא קמא כו' וטעמא נראה דודאי כל שנולד הספק בעידן איסורא תו לא מיקרי חזקת היתר ואף ע"ג דאין מחזיקין מאיסור לאיסור מ"מ חזקת היתר נמי לא מיקרי כו' וארווחנ' בזה ספיקו דמהרי"ט דהוי ליה כמו גירש ואח"כ כנס דהספ' נולד תיכף עם נשואי הבעל אם יש לו אחין ודאי לא מוקמינן בחזקת היתר דקודם שנשאת עכ"ד בקצרה.

ולענ"ד אין משם ראייה כלל דהתם כשאנו דנין על כניסתו לזו שמחמת זה אנו נכנסים לבית הספק אז אמרינן דלא די שקידושין אלו הם דוחין לחזקה בהיתר לשוק ומכניסין אותה בחזקת איסור א"א אלא אף גם זאת שהם מכניסים אותה בחזקת שתהיה זקוקה ליבם כשימות בעלה שהרי יש לו אחין אלא שאת' בא לסתור חזקת זקוקה הבא ע"י מעשה זו מחמת מעשה הקודם שהיתה ערוה נשואה לו והרי נעשה בה מעשה ספק גירושין וא"כ אפי' תאמר כיון שקדם ספק זה שהוא נשוי ערוה לקידושין אלו שאנו רוצין להחזיקה עי"ז בזקוקה ליבם אזדא ליה חזקת זקוקה עכ"פ חזקת היתר שאין זקוקה אין כאן ולכך הוצרכו התוספות לומר דמוקמינן הערוה בחזקת שלא נתגרשה.

אבל בגוונא דנ"ד שהספ' הוא על אותו המעשה דהיינו הקידושין שנתקדשה זו שמא אין כאן מקום להחזיקה בחזקת זקוקה ליבם כלל דשמא אין לו אחין הרי על זה אין כאן סתירת החזקה כלל דאע"ג שהיתר שלה נסתר ע"י המעשה של הקידושין ואיתחזק איסורא דא"א מ"מ לא איתחז' איסורא דזקוקה ליבם כלל ואין להוציאה מחזקת היתרה לענין זה עד שיודע לך במה נאסרה ודאי ולא ע"י ספק וכמו אם היו ספק בגוף הקידושין היכא דאיכא למימר העמידנה בחזקת פנויה כמו כן לענין הספ' שנסתבב ע"י קידושין אילו לחוש ליבום אין להוציאה מחזקת' אם אין מחזיקין מאיסור לאיסור.

וכבר כתבתי שלענ"ד יש מקום לומר דבנ"ד עדיף טפי דאף אם נאמר דמחזיקין מאיסור לאיסור מ"מ הכא דגם איסורא קמא גופא אכתי לא איתחז' ובהדי אהדדי קאתי עם הך ספיקא ובהואו שעתא דלידת הספק נולד האיסור לא שייך לומר שיחזיקו מן האיסור לספק ואמרינן שלענין הספק כשיסתלק האיסור בהיתרו קאי כדמעיקרא.

ועיין במהרי"ט שכתב כן להדיא ושכן מוכח מהא דאמרינן פר' י"נ אם הקלו בשבוי' נקל בא"א אלמא דאכתי חזקה דא"א קאי עלי' ועיין בספר ש"ש שדחה זה מחמת גירסא דמנוול' נפשה כו'. ומצאתי בשיטה מקובצ' לב"ב בשם עליות רבינו יונה ז"ל שכתב אם הקלנו בשבוי' דאיכא למימר אוקמי אחזקה ראשונה ולא נטמאת נקל בזו דאיכא לאחזוק' באיסור יבמה לשוק דעיקר חזקה דמוחז' לן דאית ליה אחי לאו וודאי הוא וכיון דנפק קלא דאיכא עדים הקול יוצא להכחי' עיקר החזקה הראשונה וכיון דאפשר לברר הדבר חיישינן כו' עוד יש לפרש נקל בא"א כיון דהוחז' באיסור א"א ובעוד' בחזקת איסור א"א יצא הקול דאית ליה אחין לא מפקינן לה מחזק' איסור כשמת הבעל דמחזיקינן לה מאיסור לאיסור ולא נהירא האי פירוש' מהא דאמרינן פרק ד"א אשה זו בחזקת היתר עומדת מספ' אתה בא לאוסרה עכ"ל מבואר להדיא דסבירא ליה דכה"ג דלא איתחז' באחי איתחז' היתר' מיקרי שאין מחזיקין מאיסור א"א לאיסור זה ועיין בחדושי

הרשב"א קידושין שכתב וז"ל וההוא דשלהי י"נ כו' בדנפק קלא דאית ליה אחין דאי מספ' לא חיישינן כלל דאם כן בכל אדם ניחוש שמא יש לו אחין כו' עכ"ל: ונפלאתי על מ"ש מהרי"ט מדברי הר"ן בפ"ק דקידושין גבי ההוא דקדיש באבנ' דכוחל' שהביא ההוא דפרק י"נ דלא מוחזק לא באחי ולא בבני דחיישינן לקלא אף ע"ג דהוי קלא דלא איתחזו משום דאשה זו בחשש איסור היתה עכ"ל.

ונראה מדבריו שהוא מפרש דברי הר"ן שר"ל כיון דאשה זו חזקת איסור א"א עליו מחזיקין מאיסור לאיסור. וליתא דהר"ן לאו אהא לחוד' קאי אלא גם אההוא דקדיש כו' וי"ל כמ"ש שם קודם לזה דלא דמי ליצא בעיר שמה מקודשת כיון דאי הוי בחזקת פנויה קיימא כו'.

אבל הכא דפשטה ידה וקיבלה קידושין כו' ודכוותה גם גבי שבועה כיון דידיעינן דודאי נשבית אלא דלא ידעינן אי טמאה היא אי טהורה וכן בהא דלא מוחזק באחי כיון דנתקדשה ודאי ולא ידעינן אם יש אחין למקדש או לא שפיר חיישינן לקלא ע"ש וא"כ לאו מה"ט דמחזיקין מאיסור לאיסור אתינן עלה דהא בההוא דקדיש ליכא חזקת איסור מכבר וכן בההיא דשבועה אי לאו משום דמנוול' כו' לא היינו מקילין משום דקלא מהני בכה"ג היכא דאיתרע לה החזקה ע"י מקרה שנתחדש אבל עכ"פ לא מטעמא דמחזיקין מאיסור לאיסור אתי עלה.

ונראה דשפיר סבירא ליה להר"ן דודאי בשביל הא לחוד שנתקדשה או נשבית לא יצאה מחזקת היתרה לגמרי רק לענין שניחוש אם יצא הקול אבל אם אין כאן קול שפיר סמכינן אחזקת היתר וכמו שכתב הרשב"א דמספק לא חיישינן כלל דא"כ בכל אד' ניחו' שמא יש לו אחין והא ודאי שאין אנו מתירין הספק משום דאמרינן דמסתמא לית ליה אחים דמה"ט נאמר כן דודאי ספק השקול הוא וכמבואר ברשב"א בקדושין דף ס"ד רק דבסתמא היכא דליכא קלא סמכינן אחזקת היתר ומתירין הספק הזה רק היכא דאיכא קלא חיישינן ועכ"פ ראיית מהרי"ט מהר"ן הוא ראייה לסתור דהא מהר"ן מוכח דאין מחזיקין מאיסור לאיסור דאל"כ איך מדמה הך דפרק י"נ להך דקדושין ולהך דשבועה ואפשר שכוונת מהרי"ט לומר דכמו דמה"ט דכיון דודאי נתקדשה נכנס לספיקא חיישינן לקלא ה"נ מה"ט גופא נמי יש לחוש בכה"ג לע"א המעיד והיינו שכתב אח"כ וההוא דנתנסך יינך כו' שאף לדבריו מעיקרא היו הטהרות בחזקת טהרה אלא שנטמאו אבל כאן לפי דברי העד מיום שנתקדשה הוחזקה ג"כ באיסור לשוק ומעולם לא היה לה חזק' ברורה שעה א' כו' ומ"ש הוחזקה ג"כ באיסור לשוק אפשר דלאו דווקא קאמר הוחזקה אלא ס"ל שנכנסה לספק ואיתרע לה חזקה לענין דמהני קלא.

אבל מדבריו נראה דר"ל דכאן העד מעיד להיפך מן החזקה ראשונה לומר שהיינו מוחזקין בה בטעות ובכה"ג כ' בעליות רבינו יונה לחלק בין הא דהקילו בשבועה לקלא דהכא איכא סהדי דאית ליה אחי שהוא להכחיש החזקה ראשונה ומכ"ש שיש לחלק בזה בין הא לנתנסך יינך. ואם היה כוונת מהרי"ט ללמוד מהך דקל' לע"א ומטעם שכתב הר"ן דחיישינן לקלא אם כן בפשיטות הוי מצי לחלק בין ע"א אומר נתנסך יינך משום דלא איתרע חזקת היתר כלל וכמ"ש הר"ן לחלק בין ההוא דיצא שמה בעיר מקודשת.

אך נראה דמהרי"ט ס"ל דגם בזה לא שייך לומר דאיתרע חזקת שאינה זקוקה ליבם מחמת הקדושין דמה שפשטה ידה לא מרעי החזקה שהיינו מחזיקין את המקדש דלית ליה אחין רק הריעות' הוא כיון דבהוא שעת' שאתה רוצה לומר העמידנ' על חזקת' היה עליה זיקת איסור א"א ואם כן י"ל דגם בהוא שעת' חל עליו חזקת שתהיה זקוקה ליבם.

אבל לפי מה שנראה מדברי הרשב"א בקדושין דף ס"ד שכתב ואם היה מוחזק דאין לו בנים ואינו מוחזק באחין אם יש לו או לא ובשעת קידושין אמר שאין לו אחין ובשעת מיתה אמר שיש לו נאמן להתיר כו' ומוחזק דאין לו בנים הרי אינו עוקר לומר שיש לו אלא מתירה מצד אחר ואומר שאין לו אחין ולא שאנו צריכין לדבריו בכך כיון דאינו מוחזק באחין אלא משום חזרתו דאמר יש לו אחין ואיצטריך כו' והיינו דאיצטריך להימנותא באמר יש לו בנים במוחזק באחי דאל"כ לישקול להימנות' ולשדיה אחיזרי' דמסתמא לא חיישינן ליה ע"ש מבואר דלאו דוקא כשהיה מוחזק לנו שאין לו אחין אלא כל שלא היינו מוחזקין שיש לו ולא ידעינן אם יש לו או אין לו בסתמא לא חיישינן ליה אלמא דבשביל שנתקדש' והוחזק' באיסור א"א לא חיישינן לה מספיקא וכמ"ש ג"כ בפרק קמא ולא אמרינן שנחזיק מאיסור לאיסור מ"מ בקל' ס"ל דשפיר חיישינן ומה דמשמע ממהרי"ט ללמוד משם לע"א מבואר מתשובת הרא"ש דסבירא ליה לחלק דקול דאיכא עדים שאני שראוי לחוש לקול ולהמתין עד שיחקרו העדים אבל בנדון זה אפילו אם היה מה שאמר אחיו אינו קול כלל הלכך אין לחוש כו' ע"ש.

והנה מ"ש אפילו אם הוא אמת כו' כ"כ לפי מה שהיה סבור שאין אחיו יודע אלא מפי אחר וכמ"ש אח"כ שם שכך הבין מתוך השאלה: אמנם כתב שמתוך מכתב השואל הבין שאחי האשה אומר שהכיר שהיה בעל אחותו ואף עפ"כ כתב שהאשה מותר' משאר טעמים שכתבתי מבואר דסבירא ליה לחלק בין קול לע"א ודוחק לפרש דדוקא התם שהמגיד היה אחי האשה ופסול אבל עד כשר דעלמא נאמן שלשונו שכתב משאר טעמים שכתבתי משמע דקאי על מ"ש ואפילו עד כשר כו' משמע דאף בכה"ג לא מהימן ולא דמי קול לע"א דהתם כיון שהקול הוא שיש שני עדים להגיע לדבר ברור צריך להמתין וכ"כ הר"ן בקדושין הביאו הב"י דהתם שאני דאיכא קלא דאיכא סהדי במה"י וכל היכא דאפשר למיקם עלה דמילתא אפומא דסהדי נטרינן להו כו' משא"כ בע"א לא כל כמיני' להוציא מחזקת היתר וכיון דאם אין כאן ע"א היתה מותר' אין לאוסר' ע"פ העד: ומ"ש מהרי"ט לדמות להחזקה שלא נתברר בשעתה לענ"ד שאין הנדון דומה דהתם אנו באין להמשיך החזקה מאותו שעה ואילך לומר דמסתמא לא נולד ההשתנות אחר הזמן ההוא כמו בנגע דאמרינן דלא בציר שיעורי' בימי הסגר וכיון שאינו דומיא דנגע שהרי אותה שעה לא היה ידוע לנו דכשירה היתה שפיר י"ל דאע"ג דאיגלאי מילתא דהיתה כשירה אז שמא אח"כ נטרפה אבל זו נתבררה בשעת' שהיתה בחזקת היתר לשוק אלא דאיתעביד בו מעשה לאוסרה ומה דאיתרעאי ודאי דאיתרעי ומה דאיתרעאי ספק בחזקת קמייתא הוא שאם מסתלק האיסור ודאי חוזרת החזקה למקומה.

וצ"ע במ"ש מהרי"ט אף כאן הואיל וחזקה זו לא נתברר' אלא דמסתמא הוי שרינן משום דלא איתחזק באחי דין הוא שיהא ע"א נאמן לאוסר' עכ"ל דאם נאמר דזה כחזקה שלא

נתברר גם מסתמא לא הוי לן למישרי מחמת ספיקא דשמא יש לו אחין דהא אף אי שתק הבעל ולא אמר מידי מתירין אותה ולא חיישינן לספיקא וכ"ש באמר יש לו אחין שהיה לנו לספק כיון דאין כאן חזקה וא"כ גם ע"א לא עדיף מה"ט משום דכיון דבלעדו היתר מותרת ודאי לא מהימן ע"א לאסור: ומ"ש דהרא"ש מיירי בתשובה שישב כמה שנים ולא נשמע שיש לו אח שזו חזקה אלימת' דקי"ל סוקלין על החזקות אין זה במשמע בדברי הרא"ש שהרי הרא"ש מייתי מהא דאמר יש לו אחין אינו נאמן דמיירי דלא מוחזק באחין והיינו כמש"ל בשם הרשב"א דמספק' לן אם יש לו אחים אם לא.

אך אין לנו להוציא דברי הרא"ש מפשטן דכל שלא נודע לנו שיש לו אחין מוחזק דלית ליה אחין קרינן ליה ואין לנו ליתן דבריננו לשיעורין בין זמן רב או מעט ואם באנו לדמות להא דסוקלין על החזקות היה די בזמן שלשי' יום כמ"ש הרמב"ם וטור וש"ע סי' י"ט והוא מהירושלמי דקדושין: אך באמת אין הנדון דומה דשם החזקה הוא בפועל שאנו מחזיקין שהוא אשתו או אחותו ע"י שכרוכים ונמשכין זע"ז ומחזיקים עצמם בכך משא"כ כאן שהחזק' הוא בשלילה שע"י שלא נודע לנו ולא נשמע שיש לו אח נאמר שזה חזקה שמלקין וסוקלין ע"י וע"א אינו נאמן להוציא מחזקה זו.

זה דבר שאינו מתקבל לענ"ד כיון שבא ממרחק ואחר זה כמה שנים לא השמיענו כזאת אין זה מחזיק לומר שאין לו אח דשמא איזה טעם כמוס עמו הס שלא להזכיר והרי לפנינו אמתלא קרובה שלא לצער את אשתו שתצטרך להיות זקוקה ליבם במקום רחוק או שתרגיל עמו קטטה שיגרשנהוכיוצא בזה ולא אשכחן כה"ג דמיקרי חזקה ופשיטות הדברים דהרא"ש ס"ל דכל שאין כאן אח ידוע לנו יש לה חזקה דהיתר לשוק וזהו הוא ששנינו אמר יש לי אחין אינו נאמן דלאו כל כמיני' למיסר אכ"ע אע"ג דהשתא מיהא אסורא וקיימא משום א"א אין להחזיק עליו איסור ליבם ומה שדקדק מהרי"ט מ"מ"ש הרא"ש דבחזקת שאין אחין לבעלה קיימא ולא אמר דבחזקת היתר עומדת אין דקדוק כלל דלשון הש"ס נקט דלא מוחזק לן באחין ודוק מלשון הש"ס לאיפוך דקאמר לאו כל כמיניה לאסרה אכ"ע משמע להדי' דמטעם חזקת היתר דידה אתינן עלה וכיון דמטעם חזקת היתר אתינן עלה ממילא דגם ע"א נאמן להוציא מחזקת היתר וכך הם פשיטות דברי הרא"ש בזה.

שוב מצאתי בריטב"א שכתב להדיא כדברי וז"ל מתני' דלא מוחזק באחי ולא בבני פירוש ואשתו בחזקת היתר כו' דאלו ברישא א"צ לנאמנות כו' וכ"כ אח"כ ר' סבר וכו' ותו דמסתמא כל איתתא בחזקת היתר קיימא לשוק במיתת בעלה עד שתאסר בזיקת יבום לפנינו כו' וכ"ת ל"ל דמרע לה נימא דכי הדדי נינהו ואוקי תרי להדי תרי ואוקי איתת' אחזקתה דהיתרא כו' ע"ש: אך אע"פ שבררנו דהא הוי חזקה להיתר' מה שאין ידוע אם יש לו אחין מ"מ אין זה מעלה ארוכה לנ"ד כמ"ש דהתם מיירי אחר נשואין משא"כ קודם נשואין הו"ל כהחזק שיש לו ושפיר נתחזק ע"פ ומ"ש לעיל דאף קודם קדושין לא נתבטלה חזקה דהיתר לשוק י"ל דכיון שאמר קודם קדושין הוא נאמן אז על עצמו והחזק באחין מפי עצמו וכמ"ש הרמב"ם פט"ז מה' סנהדרין א"צ ב' עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א הוחזק כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה כו' גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו לוקה כו' וכיון שהטעם לפי

שקודם מעשה אמרה מידי להחזיק בע"א שנאמן באיסורין אין לחלק בין ע"א למי שמעיד על עצמו למחזיק עצמו בכך.

אמנם הרמב"ם פ"כ מהל' א"ב כתב מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני כו' אבל אוסר עצמו בגרושה כו' ואם נשא או נטמא אינו לוקה והנבעלת לו ספק חללה וכו' ה"ה שם דהאשה אינה לוקה ע"פ ובטור ובש"ע כתב כדברי הרמב"ם ועיין בב"ש שם והנה המשנה למלך שם תמה על הרמב"ם שלא ביאר דבהחזק למ"ד יום מיירי וכבר כתבתי בתשוב' א' שדבריו תמוהים דבהחזק גם הוא לוקה ע"פ כמ"ש בפ"א דבהחזק אחרים נהרגים ע"י רק הרמב"ם מיירי בלא החזק רק דלגבי דנפשיה לא בעינן למ"ד יום ומצאתי חילוק זה בב"ח סי' י"ט ועיין בח"מ וב"ש שם ולפמ"ש בתשובה שם דהא דכתב הרמב"ם בפ"א אם החזק בעיר למ"ד יום שזהו אשתו כו' ר"ל שהם מתנהגים כדרך איש ואשתו וכמ"ש שם קודם מי שהחזק בשאר בשר כיצד כו' וכ"כ בשו"ת נ"ב סי' נ"ד ע"ש א"ש מה שלא ביאר הרמב"ם אם מיירי בהחזק או לא החזק דכיון דכתב שאינו נאמן לקרות בתורה ולישא כפיו ולאכול בתרומה א"כ אין כאן התנהגות כלל רק מה שאמר שהוא כהן לבד זה מועיל לגבי דנפשיה אבל לא לגבי אחריו ודווקא החזקה נדה דעבדה מעשה ועיין בספרי בית אפרים סי' ל"ט ס"ק קס"ח וקע"ו שכתבתי ג"כ בדברי הרמב"ם אלו בתשובה שהארכתי: ונראה דבנ"ד דאמר קודם הנשואין יש לי אחין מ"מ לגבי דידה לא קרינן החזק באחין כיון דלא עבד מעשה הניכר ואף ששהה שלשים יום בדבור זה ולפמ"ש הח"מ והט"ז דאם אומרת למ"ד יום שהיא נדה לא מהני אמתלא לענ"ד לא נהירא דבאמת הך מילתא דלמ"ד יום למדנו מדברי הירושלמי ואף שה"ה ציין מקומו מש"ס דב"ב דף קס"ז כל שהחזק שמו שלשים יום בעיר אין חוששין לו הוא תמוה וכבר עמד בזה בשו"ת נ"ב וה"ה גופיה בהלכה שלפני זה הביא הירושלמי ועיין בב"ש בשם הש"ג ואפשר שה"ה הביא מב"ב ללמוד מזה טעם הדבר כמו דהתם בהחזק שלשים יום אין חוששין לרמאות כמו כן כאן חזקת שלשים יום מועיל שלא תועיל אמתלא ועכ"פ נראה דדוקא התם שהיה בחזקת התנהגות ול למ"ד משא"כ באמירה בעלמא שפיר מועיל אם אומר אמתלא למה אמר כן ולמה שהה בדבורו שלשים יום ומ"מ נראה דאף להח"מ דווקא כגוונא דנדה שע"י אמירתה שהיא נדה היא נעשית גלמודא מבעלה ואע"ג דלאו מעשה גמור הוא כלבשה בגדי נדות דזה אינו רק שב ואל תעשה מ"מ הוא ענין הניכר היוצא מגדר ההנהגה והוי כמעשה קצת וכיון שהחזק באמירה זו למ"ד יום תו לא מהני אמתלא וחשבינן ליה כודאי משא"כ בזה שאמר יש לי אחין ושוב לא נשמע ממנו כדברים האלה ולא דיבר עם שום אדם מזה פשיטא דבכה"ג בשביל שאמר פעם אחת לא החזק ולא חשוב כודאי ויוכל לחזור בו ולתת אמתלא שאמר כן שלא יחשבו שהוא גר שאין לו גואלים או שארי אמתלאות ומכ"ש לגבי האשה דלא חשבינן זה כאילו החזק ומהני חזקה דידה לענין דלאו כל כמיניה לאוסרה אכ"ע: וגם א"ל דכיון שאמר קודם נישואין שיש לו אחים והוא ניסת לו ע"ד כן א"כ הוי כקיבלה עליה וכאילו שוויה נפשה ח"ד דז"א דא"כ גם אם אמר אחר נשואין יש לי אחין דלא מהימן (דמה דנקט במתני' בשעת מיתתו לאו דווקא כמבואר בפוסקים) נמי נימא כיון שנתרצית לדור עמו אח"כ ולא ארגילה קטטה בהדי' שיגרשנה קיבלה עלה למיסרה אכ"ע לאחר מותו אלא ודאי דז"א די"ל דלא חששה לדבריו לתפוס אותם בודאי שיהא

נופל עליו שם שוי' נפשה ח"ד דאפשר שהוא הן ולא ורפיה בידה אם האמת אתו אם לא ובכה"ג לא אמרינן שויה אנפשה ח"ד ולא דמי לע"א אומר אשתך זינתה ושותק דהתם מטעם דשתיקה כהודאה אתינן עלה כמבואר שם בפוסקים ומצד מה שהעיד על עצמו כבר כתבתי שאינו נאמן בלא אתחזק וגדולה מזו כתב הרמב"ם דאפילו באב שאמר שקידש בתו אין סוקלין עד שיהא עדים אע"ג דרחמנא הימניה לאב.

והך דאמר חלב כליות צ"ל דמיירי ג"כ בהחזק כן ע"פ העד שפירשו מאכילתו וגם הוחזק כן למ"ד יום ובתשובה כתבתי ליישב דברי הרמב"ם ע"פ דברי מהרי"ק בתשובה דמחלק בין מלקות למיתה אך הב"ש כתב דמשמע דהרמב"ם לא סבר כמהרי"ק ועוד הארכת בדברי הפ"י ובקידושין בק"א) ואמנם בנ"ד נראה דבלא"ה לא שייך שוויה נפשה ח"ד כיון דאפשר שהיא לא ידעה מזה כלום רק אמה ואחיה שמעו כן מפיו וגם דהא קטנה היתה בעת ההיא ואי משום דאפשר דנתייחדה עמו בעת גדלותה נראה שאין להחמיר בשביל זה לומר דשויה אנפשה ח"ד דמסתמא לא אסק' אדעתה אז הדברים שהיה בין בני משפחתה וכינו קודם נשואין ומכ"ש אם נימא דאי ליכא עידי יחוד אין חוששין ואין כאן רק קידושין דרבנן: ועוד נראה כפי משמעות לשון השאלה אין כאן עדים כשרים ששמעו מפי הבעל שיש לו אחין רק שנודע הדבר ע"י בני משפחתה שספרו שכן היה הענין שקודם נשואין שאלו אותו על מהות משפחתו ואמר שיש לו אב ואחין סביבות יערסלב ובכה"ג שאין כאן עד כשר משמע מדברי הרא"ש דבזה פשיטא שאין להוציאה מחזקתה ע"פ מאמר אחין דתנן כו' וכ"ש אחין שאינו נאמן להוציאה מחזקתה אפילו עד כשר לא היינו חוששין לו כו' ואפילו תימא דעדיף טפי אמירת הבעל קודם נשואין מה שאומר יש לי אחין מן לאחר נשואין משום דאז לא יהא דבריו נגד חזקת היתר של האשה מ"מ בעדות.

זה שמעדין לנו בני משפחתו שזה אמר כך אם אין כאן עדות כשרים רק קרובים לאו כל כמינייהו לאוסרה בסהדותיהו אכ"ע וכן מבואר במהרי"ק סי' פ"ז שכתב וא"כ פשיטא שאין הקרובים נאמנים להוציאה מחזקתה ותדע שהוא כן דהא ע"א כשר עדיף טפי משני עדים קרובים שהרי ע"א מחייב שבועה כו' ואשכחן בהדיא דע"א אינו נאמן להוציא מחזקת כשרות אפילו להחמיר כ"ש קרובים ואפילו שנים דהא גרוע מע"א כו' אלא שיש מקום לחוש בזה דמסתמא בני משפחתה נאמנים לה כבי תרי ולפ"ז לפי מה שמבואר בסימן קט"ו לענין אשתך זינתה דאפילו מהימן כבי תרי אין מחוייב להוציאה בידי אדם דהא אין דבר שבערו' פחות מב' רק אם בא לצאת י"ש חייב להוציאה וא"כ כאן לענין זיקת יבם נמי דבר שבערוה היא כמ"ש המרדכי פרק י"ג וכן מבואר בשו"ת מהרי"ט סימן פ"ב שם דחשיב ליה דבר שבערו' (אלא שסובר דאפילו בדבר שבערוה אי לא איתחזק איסורא ע"א נאמן ויש בזה מחלוקת הפוסקים כמ"ש במקום אחר ועיין בספר דברי אמת דף מ"ה) וא"כ פשיטא שיש להקל בזה כיון שאף אם היה אומרים שהם יודעים שיש לו אח לא היה בידם לאוסרה רק לצאת י"ש והרי באמת הם אינם יודעים מאומה רק מפיו הם חיים והרי הוא אם היה אומר עתה לא היה נאמן כיון שהוא להוציא מחזקה רק שניחוש ליה מחמת שאילו אומרים ששמעו מפיו קודם נשואין עכ"פ הוחזק אין כאן שהרי במה שהוחזק עצמו לפני אלו לא מיקרי חזקה שהרי מדינא אינם נאמנים על דבריו אלו רק לענין לצאת י"ש ובפרט לפמ"ש שכאן אין רק קידושין דרבנן

ושארי קולות שכתבנו אין להחמיר בזה אף לצאת י"ש: ואמנם בשו"ת נ"ב כתב לפקפק בדברי המרדכי שכתב דחליצה הוא דבר שבערוה ע"ש ולענ"ד מוכח בש"ס דחליצה הוא דבר שבערוה דבדף ו' אמרינן חלצה בינו לבינה מנא ידעינן ומוקי לה כשהעדים רואין מבחוץ ופירשו הרשב"א והנ"י דליכא לאוקמי בשניהם מודין משום דלא מהני בדבר שבערוה ועדים דווקא בעינן וכ"כ מהריב"ל סי' ח' בשם הריטב"א דחליצה הוא דבר שבערוה אך לענ"ד אף בשאר איסורין הוא רק דרבנן דאל"כ אין לנו להקל בדבר שבערוה טפי ואפשר שזהו דעת ר"ת ביו"ד סי' קכ"ז דמלמדין לומר איני מאמינך ועיין בש"ך שם ובמ"ש בשם או"ה להקל באיסור דרבנן וגם נלענ"ד דכאן עכ"פ אין כאן חזקה ע"פ מה ששמעו אלו מפי הבעל כיון שלפי דעת רוב הפוסקים בעינן שלשים יום להיות קרוי איתחזק וכיון שנישאת מיד איזה ימים אחר האמירה ומשעת נשואין ואילך בטלה אמירתו נגד החזקה וא"כ אין כאן חזקה דהא לא מלו ליה תלתין יומין קודם הנשואין שנאמר שהוחזק קודם נשואין באחין וכיון דהנשואין קדמו טרם מלאו לו שלשים יום ואדרבא משמעות הענין שלא היה שהות בין השידוכין והנשואין כלל א"כ אין כאן הוחזק: ועוד אפשר לומר דע"כ לא אמרינן חזקה אלא בכה"ג שאומר חלב הוא זה או גרושה זונה וכה"ג שהעד קורא עליו שם איסור וקי"ל דע"א נאמן באיסורין מוספרה לה וכיון שחל עליו שם איסור איתחזק האיסור מיקרי וכן לענין גרושה שהרי מיד כמות שהיא אסורה לכהן חל עליו שם איסור לכהן ואיקבע איסורה מיד באמירת העד משא"כ באמירה זו דיש לו אחין ואמר כן קודם נישואין אין כאן חלות שם איסור כלל שנאמר שהוחזק ע"י אמירה זו שהרי אין לו אשה כלל ואין לנו לדון כעת על אמירתו כלל עד שעת נשואין שאז יש לנו לדון על אמירתו אם נאמר שהאשה המתקדשת חל עליה שם איסור לשוק כשימות בעלה ואז הרי יש לאשה חזקה היתר שלה ולא משגיחינן על אמירתו כלל ובפרט שלא היה אמירתו בבית דין ובכה"ג יש להקל טפי שאין זה בגדר עדות וכמו שהארכתי בתשובה וכ"ש במקום שיש לחוש שמה שאמר כן לא היה רק בשביל שהיה צריך לאותו דבר ואם היה חוזר בו והיה אומר אח"כ שאין לו אחין ודאי שהיה נאמן דבכה"ג ודאי מהימן וכמ"ש הרמב"ן בספר המלחמות בקידושין וז"ל ועוד קשה שהם מפרשים דבשעת קידושין אמר אין לי אחים הוא מיקל על אשתו כדי שתתרצה בקידושין וא"כ לא היה לנו להאמין כדאמרינן בפ' י"ג וחלופא אבית המכס כו' וכן היה לנו לומר כאן דכדי שתתרצה בקידושין אמר ולשעת מיתה שמעינן כו' ע"ש והכא דהוי איפכא יש לי אחין הוי כדי שיתפייסו ויתרצו לתת לו הנערה לאשה ואין זה מלתא דעל"ג כיון שלא פרט להם המקום סבור היה דמצי לאשתמוטי שכבר עקרו משם והא קמן אם היינו תופסין דבריו לאמת ע"כ לומר דאח"כ אזלו לעלמא שהרי הב"ד של העיר הקרובה פשפשו ולא מצאו שם אדם כשמות אשר קרא לאחין וגם לא חש שיחקרו אחר זה רק שרוצים לשמוע מפיו מה הוא וכנוהג שבעולם לשאול היש לו אב או אח אבל אין נותנין לב לחקור זאת בין משפחת הבינונים וכאשר באמת כן הוא שלא חקרו לעמוד על אמיתות דבריו וכן אפשר שכדי שיתרצו אמר כן ודבורא מיקרי ואמר ועכ"פ אין לנו לומר שע"פ הדבור בעלמא הוחזקו בכך.

וכבר הבאתי ראיה מדברי הרמב"ם במי שאמר כהן אני שאין האשה לוקה על פיו ואינה רק ספק חללה וכבר כתבתי שלענ"ד מ"ש המ"ל דמיירי בהוחזק לא נהירא לענ"ד וכ"כ

אא"ז בבכור שור די"ל מ"ש הוחזקה נדה בעלה לוקה עליה היינו דלענין בעלה בעינן הוחזק משא"כ בדידה דסגי באמירה מיייתי ראייה מהא דאמר כהן אני לוקה ע"ש.

ומ"ש המ"ל דבלא הוחזק אמאי לוקה וכ"כ בס' ש"ש על דברי אא"ז בבכ"ש דבפ"א מהלכ' א"ב מבואר דע"פ עצמו אינו לוקה לק"מ דודאי לגבי דנפשי' שפיר מהני אמירתו כמו דמהני הוחזק לגבי אחריו דכיון דהתרו בו וקיבל ההתראה ולא אמר שחוזר בו ממה שאמר תחלה אין לך הוחזק גדול מזה ועדיף טפי מלבישת בגדי נדה משא"כ בהך דנתקדשתי אין סוקלין אותה על פיו עד שהוחזק ל' יום דהא קי"ל אין דבר שבערוה פחות משנים ואין אנו יכולין להתרות בה כלל ע"פ אמירתה לבד שהרי הוא לנו בחזקת פנויה כל כמה דליכא סהדי רק שהיא אסורה משום שויה נפשה ח"ד אבל לא מחמת נאמנותה וא"כ א"א להתרות בה כלל וכל שמדינא אין יכולין להתרות בה אף אם התרו בה וקבלה התראה אין זו חזקה דמצי למימר אחוכי קא מחייכנא ועיין בפ"י מ"ש דאין יכולין להתרות על הזנות מחמת אמירת האב ובסוגי' דנכתב ביום משא"כ במילתא דאיסורא דע"א נאמן וכן בע"ד נאמן על עצמו שפיר מתרין בו מדינא וכל שקיבל ההתראה ולא סתר דבריו הראשונים הו"ל כהוחזק ולוקה עליו ולפמ"ש א"ש קושית הפ"י דלמה לא נאמר שהוחזקה על ידי נאמנות האב וסוקלין על החזקה ולפמ"ש א"ש דהחזקה היא מחמת שקיבלה התראה ואין זה מועיל רק לענין קבלת קידושין דידה ומ"מ צריך ל' יום דאל"כ אין קבלת ההתראה מועיל דמצי למימר אחוכי כו' משא"כ כשהוחזקה ל' יום אבל לענין האב אין זה מועיל מה שהיא קיבלה התראה דאכתי לא איתחזק מחמת זה שהוא קיבל הקידושין וגם שעדיין בידו לומר אמתלא.

ועפ"ז נפתחו לי שערי אורה בדברי הרמב"ם בפרק א' מהלכות איסורי ביאה דגבי נאמנות האב כתב דאין סוקלין עד שיבואו עדים שנתארסה וגבי אמרה נתקדשתי כתב עד שיבואו עדים או עד שתוחזק ובספר שב שמעתא כ' דהך עד שתוחזק דסיפיה קאי נמי ארישא באומר האב שקידשה וליתא למעיין בדברי הרמב"ם ולפמ"ש א"ש ונלענ"ד לבאר יותר לפי מאי דקי"ל דילפינן דבר דבר מממון דאין דבר שבערוה פחות משנים ובאמר לו ע"א זינתה אשתך ושותק ואפילו מהימן כבי תרי אינו נאמן רק בבא לצאת י"ש.

ולפי"ז צ"ל הא דסוקלין ושורפין על החזקות משום דחזקה כאיכא סהדי דמי וכמ"ש הר"ן לענין גט דמהני עדי חתימה שאנו דנין אותו כעדי מסירה שהרי ממה שהגט בידה אינו יודעין שמיד הבעל בא לידה וה"ט בחזקות כשאנו רואין שהם מתנהגין יחד כדרך איש ואשתו ל' יום ה"ז כאלו באו עדים לפנינו והעידו על שעת הקידושין ולפ"ז אם האב אמר קדשתי ואין כאן עדים כלל על הקידושין לקטלה לא הימנא רחמנא וצריך שני עדים ככל דבר שבערוה ואף אם הוחזקו שהאיש שאמר עליו האב שקדשה לו נהג עמה מנהג ארוס וארוסתו אין זה מחזיק את האב שקידשה לו שידמה עליו כב' עדים שקיבל קידושי בתו וכיון שאין כאן עדים על האב שהוא אשר תלוי בו ענין הקידושין ולא שייכא ביה חזקה כלל פשיטא דלא מיטלא משא"כ באומרת נתקדשתי כל שהוחזק ל' יום על פי הנהגתם שפיר סוקלין דמה שהוחזקו כעדים דמי.

ועפ"ז נלע"ד ליישב קושית התוס' שהקשו בהא דאמרינן לקטלא לא הימניה רחמנא דהא קרא כתיב וסקלוהו. ולפמ"ש י"ל דכבר כתבתי שהפ"י הקשה דלמה אין סוקלין שהרי האב נאמן וא"כ הוחזקה על פיו.

ולפמ"ש לק"מ דלענין קידושי האב לא שייך חזקה דמה יושיענו זה שהאיש והאשה מחזיקין עצמן כארוס וארוסתו להעיד על האב שקיבל קידושו. אך זה דווקא בקידושין אבל במסירה לחופה י"ל דשפיר שייך חזקה זו על האב ג"כ דכיון שהוא אומר שהשיאה להאיש הזה ומסרה לו להביאה לביתו ומתנהגין כאיש ואשתו שפיר הוי חזקה גם על האב וכיון דהאי קרא במוציא ש"ר כתיב דמיירי ע"י נשואין ואז שפיר י"ל דחזקה זו כעדים על האב דמי שהשיאה לזה ואפשר דמהא ילפינן דסוקלין על החזקות ושפיר התרו בה עפ"י החזקה ולהכי אמר קרא וסקלוהו משא"כ הש"ס דמיירי לענין קידושין ואין כאן חזקה על האב רק מחמת אמירתו לבד אמרינן דלקטלה לא הימני' ובהכי מיירי נמי הרמב"ם בקידושין לבד ולכך לא כתב עד שתוחזק והדברים ברורים לענ"ד ועיין בס' המקנה שכתב לחלק בין בפני ב"ד דמהני אמירה שתהיה מוחזקת אח"כ עפ"י עצמה וכ"כ בספר ש"ש ומ"ש שם תחלה לתרץ עפ"י דברי הוראה דלפלוני לא מהני אמתלא ובש"ס מיירי דלא אמר לפלוני ז"א ועיין בשו"ת פ"י סימן א' שהביא דברי רש"י כי הימני' רחמנא לאב דכתיב את בתי נתתי כו' ולדבריו ליפלגו רב ורב אסי לענין אם לאב מועיל אמתלא כיון דהא בהא תליא) ובאמת קושית הפ"י הוא משום דאין כאן התראה אם לא שנאמר שהוחזקה ומ"ש בספר המקנה דהאב אמר להעדים לפני הזנות ועפ"ז התרו בה דמסתמא יעיד האב בב"ד הוא תמוה וכי משום שהתרו בה עפ"י אומד דעתם שהאב יאמר כן בפני ב"ד נוציא את זו לסקילה הא י"ל שלא יעיד בב"ד ואפשר שיחזור בו ע"פ אמתלא מבוררת ואע"ג דהשתא מיהא לא הדר ביה מ"מ התראת ספק היתה ואין קבלת התראה זו כלום שיכולה לומר אחוכי קא מחייכינא כי היה סמוך לבו בטוח שלא יעיד אביו בב"ד.

אך לפמ"ש א"ש ועיין בספרי בית אפרים סימן ל"ט ס"ק קס"ח שכתבתי שם דאף במקום דמהני חזרה היינו משום דהוי כע"א אחר שחוזר ומעיד משא"כ כשכבר נעשה מעשה ולפ"ז י"ל דגם אב דהימניה רחמנא לא מהני שיחזור ויאמר אח"כ שלא קידשה דלענין הא לא הימניה רחמנא ואע"ג דאיהי גופא מהימנא באמתלא משום דאין נאמנות דידה רק משום שויה נפשה ח"ד ולזה מהני אמתלא משא"כ היכא דהימניה רחמנא שוב אינו חוזר ומגיד אלא באמתלא ולפמ"ש בספר המקנה י"ל דבאמת לא הימניה רחמנא רק כשמעיד בב"ד כדכתיב ואמר אבי הנערה אל הזקנים ולפ"ז יש לעיין דמנ"ל דלאיסורא הימניה רחמנא חוץ לב"ד ועיין בכתובות דף כ"ב ובתוס' שם שקצרת: ועתה נבא לברר ההיתר בנידון דידן אחר שכבר ביארנו שאין כאן רק קידושין דרבנן אליבא דכ"ע כיון שהיתה קטנה בשעת קידושין ואין כאן עדי יחוד וגם האשה אומרת לא נבעלתי וא"כ איכא חזקה דגופא ואיכא דיעות דס"ל דמהני אמירתה לענין זה וכמ"ש בתשובה א' באורך בזה ואף לפי שיטת הרא"ה דאם דרים יחד הו"ל כעדי יחוד דמידי דכ"ע חזי כ"ע סהדי מ"מ לפי מה שמבואר מהגב"ע שהיתה קטנה ביניהם משעה ראשונה אין ספק שגם הרא"ה מודה בזה ומכ"ש בזה שלא נבדקה משהגדילה ודעת הרבה גדולים דחזקה דרבא אינו רק ספיקא לחוד ועיין בס' המקנה דף ס"ג שכ"כ לשיטה קמייתא דהתוס' שם

ובדף ע"ט נראה מדבריו דס"ל דאינו רק מדרבנן ומדאורייתא בעינן שנים וסימנים דאוקמי אחזקת קטנות ואף לשיטה הב' שבתוס' שם כתב דאף דס"ל בשיטה זו דגם לעונשין שייך חזקה דרבא מ"מ לא מחזיקינן שבאותו יום הביא שני שערות כדינו אלא משערינן לפי שיעור ערך זמן גידול השערות שצמחו משנת י"ג וי"א עד זמן שיגיע לכוף ראשן לעיקרן.

וכן השיב לו הגאון החסיד ז"ל בשנת תקנ"ב לפ"ק בתשובה וכתב שם שי"ל פשוט שאם בדקו והוא כמה שנים אחר גדלות והוא כדי לכוף דאזדא ליה חזקה דרבא דא"א לומר שהתחילו לגדל בשנת י"ד בתחלתה כו' ועיין בס' המקנה שם ובדף ע"ט דאף לשיטה זו דוקא כשנמצא לה שערות אח"כ מחזיקינן לה בגדולה משעה שהגיעה לכלל שנים אבל אם לא ידעינן אם הביאה שערות אף לפי שיטה זו לא מהני חזקה דרבא (ועיין בח"מ סימן ל"ה בשם תשובות הרא"ש דמחזיקינן בגדול למפרע והב"י באה"ע סימן מ"ג כתב בשם מורו הרב הר"י ביה רב שהרשב"א והרב דראן חולקין בזה והארכתי במקום אחר בזה) ונראה דבזה שעתה הוא יותר מבת עשרים אין ראייה משערות של עכשיו להחזיק למפרע והוי כלא ידענא אם הביאה שערות.

אמנם אפילו תימא דמחזיקינן למפרע מ"מ עכ"פ לא מסתבר לומר שבמה ששהה עמה מפורים עד בתר פסחא נתייחד עמה ובעל לשם קידושין כיון דאז לא נודע עדיין אם גדולה היא ואם לחוש שמא הוא בדק בה וידע שהביאה שתי שערות גם ז"א דהא ודאי לא הגיעה בזמן הזה בכדי לכוף ראשן לעקרן ואם נפשך לומר דמ"מ מחית נפשיה לספיקה כבר ביארנו דודאי לא שייך לומר כן כיון שהוא בא ממקום אחר בודאי לא עלה על לבו שזו קטנה היא והגיע לפרק גדלות בזמן ההוא שניחוש לו שנתייחד לבעול לשם קידושין ומכ"ש מצד העדים פשיטא דלא מהני מה שנחזיק למפרע לומר שהעדים כיוונו לשם קידושין או מה דכ"ע חזו שאין מי שמעלה על לב עסק קידושין שהרי לא העלו על לבם עסק קידושי קטנות ואדרבא הרי שכיני' העידו שהיתה ממאנת בו ומסתמא בעיר קטנה ואנשים בה מעט היה הדבר מפורסם וחברא חברא אית ליה שהיתה ממאנת בו ובורחת מפניו ומסתמא דנו שאינה מתייחדת עמו ודבר פשוט הוא דכל כה"ג לא שייך לומר כ"ע סהדי וגם הגאון בעל נ"ב במהדור' תנינא מודה בכה"ג כמ"ש בחלק אה"ע ס"ס נ"ב וז"ל ואין זה דומה להך עובדא דק"ק בענדין אשר הזכרתי בנ"ב ס"ב (ר"ל שהתירה בלא גט) ששם כבר נולדו ביניהם קטנות ומריבות קודם שהגדיל כו' ע"ש ואדרבא מדבריו שם יוצא לנו קולא גדולה לנ"ד שכתב שם שקטנה שלא מיאנ' בפירוש אבל אמרה שאין רצונה לדור עמו להבא ואח"כ גדלה אף שצריכה מיאון כיון שלא אמרה רק על להבא מ"מ יכולה למאן גם אחר שגדלה ולפ"ז בנ"ד כיון שהעידו שעכ"פ לא רצתה לדור עמו ולישב עמו אף שעתה היא גדולה וממאנת והולכת וקי"ל דכמו שממאנת בבעל כן ממאנת ביבם ועוד כתב שם הגאון הנ"ל שאם לא מיאנה בבעל ומת בעודה בקטנותה אף שלא מיאנה ביבם עד שהגדילה והביאה סימני גדלות ממאנת והולכת כו' ע"ש וא"כ בכאן נמי עכ"פ ספיקא איכא שמא לא הביאה שערות אלא אחר מיתת הבעל וא"כ ממאנת לזיקת היבם וכיון דאפילו אם נימא שהביאה שערות משהגיע לכלל גדלות אין כאן רק קידושין דרבנן ספיק' דרבנן הוי ואזלינן לקול' ואמנם בלא"ה נלע"ד לפי הלשון שהעידו שני עדים בלשון זה שיודעים בבירור שלא רצתה לדור עם

בעלה משעה ראשונה והיתה בורחת המנו לבית אחרים והאחד סיים בה שהיתה רגילה תמיד לברוח ממנה מחמת זיא האט אים ניט גיקאנט אן קוקין וידוע שא"א שיעידו ע"ז בבירור אם לא ששמעו מפיה שאינה רוצה בבעלה ואם כן מיאון גמור הוא וכמבואר בש"ס ופוסקים דאפילו שלא בפני הבעל ושלא בפני הב"ד הוי מיאון אם יש שנים מעידין על הדבר ועיין בשו"ת מהר"י מינץ ויש"ש שהביאו בשם רבינו שמחה דאפילו מיאנה בינו לבינה והבעל מודה סגי בהכי ומכ"ש כאן שיש עדים לפנינו המעידים על המיאון צריך שיתברר להם שהיא קטנה היינו לענין שאין להם לב"ד לכתוב או לקבל עדות כמבואר בבית יוסף מטעמא דלמא נפיק מיניה חורבא כמבואר בבית יוסף שם שהביא ראה מדאמרינן אין ממאנין אא"כ מכירין כו' וכ"כ בשו"ת שער אפרים סי' והאריך בזה וכ"כ בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סי' ז' ומ"ש בנ"ב מהדורא תנינא סי' נ"ב לחלק בין חזרה למיאון והביא לשון הרמב"ם פ"ד דאישות כיצד מקודשת למיאון שאם נתקדשה ולא רצתה לישב עם בעלה צריכה למאן בפני שנים הרי שאף שלא רצתה לישב עם בעלה אפ"ה לא מהני דמה שאינו רוצה לישב עמו היה ראה שאינו רוצה בו להבא אבל אין זה ראה שרצונה לעקור קידושין הראשונים ולכן צריכה למאן ולומר שאינה רוצה שיהא בעלה כלל או אינה רוצה בקידושי אמה כלל כו' ע"ש לענ"ד הוא תמוה מאוד דמאי עדיפתא דלשון אי אפשי בפלוני בעלי שנפרש אותו שרצונה לעקור הקידושין ולא נאמר שכוונתה שאין רוצה בו להבא וגם לא נזכר מזה בש"ס ופוסקים דאדרבא משמע מדאמרינן דף ק"ז מיאנה בו מותרת לאחיו דאמרה ליה לא רעינא כך ולא צבינא כך כך הוא דלא רעינא הא בחברך רעינא כו' משמע להדיא דאינה עוקרת הקידושין למפרע ואם נפשך לומר דמ"מ אם אומרת לשון זה שאינה רוצה לישב עם בעלה אינו לשון מיאון גם ז"א ומבואר בלשון נוסח הגט מיאון שכ' הרמב"ם והטור והשתא גליתי דעתי דלא צבינא ביה ולא קאמינא עמיה מבואר דגם לשון זה דלא קאמינא עמיה הוא לשון המועיל במיאון דאל"כ לא היה לו להזכיר לשון זה בגט מיאון כלל כיון שאינו לשון המועיל ומה שמדקדק מל' הרמב"ם שכ' ולא רצתה בו צריכה למאן כו' אין זה דקדוק כלל שאין ר"ל שאמרה כך ר"ל אם רצונה שלא תשב עמו אז תמאן בפני שנים והאומר שכנגדו מוכיח שבר"פ י"ג מהל' גירושין כתב שהנושא קטנה יתומה ולא רצתה בבעל ממאנת והולכת כו' הרי שלא הזכיר לשון ישיבה רק ולא רצתה בבעל שהוא גופיה לשון המיאון כמ"ש שם דין ח' כיצד ממאנת אומרת בפני ב' עדים אין רצוני בפלוני בעלי כו' וע"כ מ"ש ולא רצתה בבעל היינו על מחשבתה או אם אמרה כן בפני אדם אחד שאין רצונה בבעל אזי יצוה לה שתמאן בפני שנים וה"נ מתפרש הך לישנא דפ"ד דאישות ובאמת הטור והש"ע לא הזכירו ל' זה דולא רצתה ואם איתא דס"ל לחלק בזה לא הוו משתמטי להשמיענו כזאת ואמנם בנ"ד שהעדים העידו שלא היתה רוצה לדור עם בעלה נראה דגם הגאון מודה דודאי שמעו מפיו לשון מיאון אלא שדברו כלשון בני אדם שדרכם לומר כן באשה שאין רצונה בבעלה ובפרט לפי מה שהעיד עד השני פשיטא שהוא לשון מיאון.

ועיין בשו"ת שער אפרים שנראה משם דכל הלשונות שמשמעותן מיאון מהני וכתב לצדד שם דאף אם אמרה אמה בפני' לאחר והיא היתה שם ושתקה אפשר דמהני ע"ש וא"כ כיון שנתברר לנו שהיא קטנה ומיאנה פקעי להם קידושי דרבנן ועידי יחוד אין

כאן (ואם היה כאן עידי יחוד שנתייחד עמה כשהגדילה היה אפשר לומר דהוי כמגרש אשתו ולנה עמו בפונדקי כו' דאמרי' הן הן עידי יחוד כו' אע"ג דהוי נשואי קטנה ובטלו ע"י מיאון וא"כ נימא דהוי כפנוי המתייחד עם פנויה שאין חוששין לקדושין אך ז"א דמ"מ כיון שעכ"פ היה כאן נשואין מעיקרא אמרינן אין אדם עושה ב"ז וגם לבו גס בה כיון שעכ"פ היתה נשואה לו וגרע ממשודכת שכתב הרמב"ן דלא חיישינן לקדושין עיין באה"ע סי' קמ"ט) וגם לא שייך סברת הרא"ה במידי דכ"ע חזו כיון שיש כאן עידי מיאון לפנינו וגם הם מעידות שהיתה קטטה ופירוד באותו פרק שהיה שמה אין כאן בית מיחוש כלל ועיין פי"א מהל' גירושין בדברי ה"ה והלח"מ שמפרש דברי הרמב"ם דאף אחר י"ב שנה כל שלא נבדקה אין ידוע בבירור אם הביאה ב' שערות אם לא בעל אחר י"ב שנה ממאנת והולכת וגם דעת בעל מתיבות ומקצת הראשונים והביאו דעתם הרמב"ן והרשב"א ביבמות דאף בגדולה ממש בשנים וסימנים אם היה נשואי קטנה ממאנת בגדלות והולכת אם לא בעל וכיון דאיכא צידי צדדים שאף אם היה אח לפנינו אינו זוקק ליבום נקיט מיהא בידך בכה"ג דמספקא לן דילמא ליכא אחין כלל דנקטינן לקולא דעכ"פ אין כאן רק קדושין דרבנן ואזלינן לקולא: אמנם ראיתי במכתב ב"ד הצדק שבזמן קדום שמעו מפי האשה שבשעת נשואין הגיעה לפרק גדלות וא"כ לפמ"ש הרשב"א הובא בי"ד סי' א' אף היכא דאיכא עדים שוי' נפש' ח"ד.

אך במ"ל הלכות אישות הוכיח ממהרא"י להיפך וכתב דמהרא"י מיירי כשחוזר ומודה לדברי העדים ואף הרשב"א מודה בזה. ובתשובה הארכתי בזה וא"כ בנ"ד שעת' האשה אומרת כדברי העדים ובפרט דאיכא אמתלא שמצאו לטעות בזמן מועט כזה דהא אף בעדים אמרינן אמתלא כי האי כמבואר בח"מ סי' מ"ג דאם אמרו טעינו בשנת המלך או בעיבור' דירחי שפיר חוזרין ומגידין.

ולפמ"ש המ"ל אף בלא אמתלא רק שחוזר ואומר שקר ענה מתחילה נאמן כיון דאיכ' עדים דמסייע לדבריו הראשונים א"כ כ"ש באמתלא טובה כי האי דרוב ב"א אינם יודעים בדקדוק ערך שני' שלהם וצריכין לסמוך בזה על אחרים וא"כ תפס לשון אחרון ומעיקרא טעתה ואנן אעדים סמכינן ומכ"ש בענין זה דלא מוחזק לו באחין רק מחמת עדות בני משפחה שהבעל אמר בשעת שידוכין שיש לו אחין כבר הרביתי טעמים שכדאי הם לסמוך עליהם במקום עיגון אף אם יש חשש קדושין דאורייתא (ובשו"ת מאיר נתיבות ושו"ת בגדי כהונה העירו לצדד בנידון זה דשמא מה שאמר יש לי אחין אחים מן האם קאמר ע"ש אך בנ"ד שאמר שיש לו אב ואחין נראה דסתמו כפירושו דאחין מן האב קאמר כיון שהיה מעלה האב בזכרו אם איתא שכוונתו לאחים מן האם הו"ל לפרושי) וגם יש לצרף לזה כיון דחזינן בפשפש שפשפשו הב"ד במקומות שאמר האיש שיש לו אחים שמה וחקרו ודרשו היטב ואין שם מי שידע או יזכור שהיו שם מהאנשים אשר פרט שמם רגלים לדבר שכדי להשביח מקחו אמר כן מדאג' מדבר כי בוז יבוזו לו כי הוא איש שאין לו גואלים וקרובים ולא יאותו האנשים לתת לו הנערה להאשה ובכה"ג גם במקום חומר א"א אשכחן דסמכינן על החיפוש כמבואר בסי' י"ז ע"ש בק"ע בשם תשובת הרא"מ ואף שכתב מהריב"ל ששני פסקי הרא"מ סותרים זא"ז מ"מ כתב מהריב"ל שעיקר כפסק שני להתיר וגם בתשובה אחת כתבתי שלענ"ד אין הפוסקים סותרים דדוקא בלא הזכיר שמו רק אמר סתם יהודי ממקום פלוני מחמיר

שמא נשכח זכרו משא"כ כשמזכיר שמו אם איתא שהיה שמה היה נזכרים כשהיו שומעין השם כי הזכרת השם מעורר כח הזכרון: ואמנם בתשובה א' כתבתי דבכה"ג שאנו צריכין לפרש סביבות העיר בכפרים החיפוש קשה בזה בזה"ז דלא שכיח יהודים בכפרים ואולי רוח המושל עבר עליו וזה כביר כי דלו מאנוש נעו ולא יכירנו עוד מקומו מ"מ אם אמרנו להחמיר בא"א יקל באיסור יבמ' לשוק דמסתמא בי דינא דייקי וידעי כי אשר ישבו בה לפנים עודם שמה ויודעים כי לא היה שם אנשי שם כאלה ואע"פ שדעת הרבה פוסקים שאין לחלק בין א"א ליבמה כדאמרינן ביבמות מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת מ"מ דעתי לחלק בזה וכבר הארכת במקום.

ועיין בספרי בית אפרים ואפילו תימא שאין לחלק בזה מ"מ בזה שאינו רק זיקת יבום דרבנן וגם עוד צדדים להקל יש לצרף גם בהחיפוש הזה להיות סניף להקל מכל הלין טעמי נלע"ד להתיר אשה זו לעלמא: דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה ס' שלום וברכה למאיר עיני חכמים בהלכה ה"ה כבוד אהו' מחו' ידידי הרב הגאון הגדול החריף ובקי המפורסם מופת הדור באורו נראה אור.

כש"ת מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד דפ"ק יצ"ו: אותיותיו המאירים ראיתי ואשתומם על המראה כי כפי הנראה אידי דטריד בגירסי' קרא בדברי דרך העבר' ולכן שם למטרה אשר כתבתי בכחא דהיתרא לפי שהבעל לא ידע שהיה קטנה ודברי שם אמורים כלפי מ"ש הכ"מ פ"ד מהלכות אישות בשם הרד"ך ומכ"ת העתיק הדברים לענין חשש שבעל לשם קדושין כאשר עיניו תחזינה משרים בקונטרסי הראשון וגם יבואר לפנינו אי"ה.

אך רגע אדבר נפלאות בדברות קדשו שכתב באריכות להוכיח במישור דלענין מומין ונדרים בקידוש וכנס סתם אמרינן דמסיק אדעתיה ומספק בועל לשם קידושין. ובנ"ד נמי יש לחוש שמא עכ"פ היה מסופק אחר שנשאה דילמא היתה קטנה בשעת נשואין בפרט שזה דבר מצוי שאחר נשואין שאל אמה ובני משפחתה כמה היא לבושת שנים או שנתוודע לו ממילא ואיכא חששא דלמא בעל לשם קידושין ושוב הוסיף לדחות היתר זה דכיון שלא ידע שהיה קטנה אין בועל לשם קידושין דאף אם נאמר דחששא דקטנה היא כמו חששא דאיילונית מ"מ הא בלא"ה צריך לבעול לשם קידושין מחמת חששא דמומין אם כן ממילא נתקדשה אחר שגדלה ואף דלכאורה ז"א דמחששא דמומין הוא בועל תיכף לשם קידושין אחר כניסה לחופה והיא לא נעשית גדולה עד י"ג אדר שני וא"כ ל"ל לבעול לשם קידושין אחר שנתגדלה כו' יש לדחות כיון דזמן מועט היא לזמן גדלות שלה יש לחוש דילמא לא בעיל כלל עד שהגיע זמן גדלות ואז היה הכרח לבעול לשם קידושין מחמת חששא דמומין וממילא נתקדשה כשנעשה גדולה ואף שכתבו על זה דאין זה מנהג ותיקין מ"מ יש לחוש לזה ע"כ תירץ דברי קדשו בקצרה.

והואיל וחביבין עלי שמעתתיה דרב נהור'. אמרתי אחכמה והיא רחוקה ממני כטעמי פרה ותמה אני אם אמרה כי לפי דברי מכ"ת קורא אני על האיש הזה כמה צנוע או גרוע האיש הזה שנשתנו עליו סדרי הקידושין של כל ישראל וכמה שנים גדלנו בבית המדרש ולא שמענו הלכה זו והרי כל ישראל מקדשין סתם ולא אחד בהם שיכווין בביאה לשם קידושין מדאגה מדבר שמא ימצא מומין או נדרים ועוד שהרי דעת כל הפוסקים דאין הביאה מועיל לשם קידושין בלא עדי יחוד שהן הן עדי ביאה לשם קידושין וא"כ כל

נושא אשה היה צריך להעמיד עדי יחוד בביאה ראשונה בכדי שיוכל לבעול לשם קידושין ועכ"פ כל חכם לב יבואו ויעשו כן.

אך בלא"ה דבר ברור הוא שאין שום אדם שיכווין בביאה לשם קידושין וכל שהוא מקדש בסתם ועוד דלפ"ז תיקשי בהא דאמרינן בכתובות שם אתיביה מודים חכמים לר"א בקטנה שהשיאה כו' התם נמי בהא פליגי דמ"ס אדם יודע כו' ומר סבר אין אדם יודע כו' ולפי סברת מכ"ת תיקשי כיון דכ"ע אית להו הכא דאין אדם עושה בעילתו ב"ז רק דבתנאי של טעות אשה אחת אמרינן דאתנאי סמך ולא בעל לשם קידושין וא"כ בקידשה סתם וכנס' סתם דליכא תנאי אמרינן א"א עושה בב"ז ובעל לשם קידושין ולפ"ז מאי קאמר מר סבר א"א יודע כו' אדעתא דקידושין הראשונים בעל דהא בלא"ה ע"כ בועל לשם קידושין כיון דקדשה וכנסה סתם בועל לשם קידושין וממילא דמקודשת ג"כ מחמת שבעל לשם קידושין משגדלה וא"ל דהתם מיירי שיש זמן בין כניסה לחופה לגדלות והבעולה לשם קידושין תיכף אחר כניסה לחופה ז"א דהא הרי"ף מפר' טעות אשה אחת היינו שקידש ע"ת ובעל לאלתר והש"ס קאמר דבקטנה טעות אשה אחת היא אלמא דמשמע ליה דהך ברייתא מיירי שהבעולה היתה בחופה וקידושין (ומצאתי בש"מ בשם הרמב"ן שהר"י בן מיגש הקשה על הרי"ף דמנ"ל דהא דקטנה היה לאלתר והרמב"ן מיישב שיטת הרי"ף ולפי דבריו אפשר לומר דשפיר מיירי שזמן הגדלות היה רחוק מהביאה ואפ"ה מדמי לאשה אחת ע"ש) ועוד קשה דהא אמרינן התם המקדש במלוה ובעל ע"ת ובעל בפחות מש"פ ובעל ד"ה צריכה גט וכתבו התוס' דרב ושמואל בכנס ולא בעל פליגי ובבעל ס"ל דצריכה גט משום דאין בב"ז ולפי סברת מר קשה דל"ל למימר הא דמקד' במלוה או בפחות מש"פ דודאי הכי הוא כיון שקידשה וכנסה סתם צריך לבעול לשם קידושין מחמת מומין ומכ"ש דקשה למ"ד במלוה ובעל א"צ גט משום דטעי כו' ומה בכך דטעי דהא נהי דגם במקדש ע"ת ס"ל דא"צ גט משום דטעי וסובר כיון שהתנה ואעפ"כ היא נישאת לו מסתמא נתקיים התנאי ואין עליה נדרים אבל מ"מ לענין קידשה סתם וכנסה סתם מודה דצריכה גט מחמת שאין בב"ז דליכא למיטעי כיון דלא התנה וא"כ גם מקד' במלוה תהא צריכה גט דאע"ג דטעי בהכי מ"מ בלא"ה בועל לשם קידושין מחמת חשש מומין ונדרים כיון דלא התנ' וקידש סתם מסיק אדעתיה שמא יש בה מומין ונדרים ובעל לשם קידושין אלא ודאי דהא ליתא.

ולענ"ד גם מכ"ת לא אמר כן להלכה אלא לאצטרופי בעלמא וחומרי חומרי נקט וכנראה גם כן ממ"ש כ"ת וז"ל יש לדחות כיון דזמן מועט הוא יש לחוש דלמא לא בעל כלל עד זמן גדלות כו' ופשיט' שאין סברא להחמיר מחמת זה לבד דא"כ נתת דבריך לשיעורים איזה מקרי זמן רב או מעט ועוד דהא הנשואין של האשה היה בר"ח אדר ראשון וי"ב שנה שלה כלו בי"ג אדר שני לפי דעת מהר"י מינץ ופר"ח כתב שכן עיקר וא"כ הא קי"ל דטפי מתלתין יומין לא מוקי נפשיה וע"כ שבעל בעילה הראשונה בעודה קטנה ואם נאמר דמוקי אנפשיה טפי א"כ י"ל שלא בעל כלל שהרי אחר פסח נסע משם והאשה אומרת לא נבעלתי וגם מכ"ת הרגיש בזה בעצמו שכתבו שאין זה מנהג וותיקין אלא דמ"מ יש לחוש עכ"ל וא"כ הא קמן שאנו חוששין שלא היה וותיק ואנן ניקום וניחוש דבשביל שקדשה סתם חשש למומין ונדרים ובעל לשם קידושין שלא תהיו בב"ז מה שאין נוהגין כן אף ת"ח הנוהגין בחסידות ופרישות יתירה ואיזה סימני טהרה הכרנו בו

שנאמר שהיה חושש למילתא דלית דחש לה ומלבד זה אני תמה דאם נאמר שלא בעל עד שהגיעה לימי גדלותה שכבר עברו יותר מארבעים יום שהיה לבו גס בה ובודאי כבר בדוקה היא אצלו וידע שאין עלי' מומין ונדרים ואף אם בועל אז אין בועל לשם קידושין והך דקדשה סתם וכנסה סתם היינו משום דמסתמא בועל לאלתר ועדיין לא נודע לו אם יש בה מומין ונדרים או לאו ואם נפשך לומר דלא נתן לב לחקור על מומין ונדרים בזמן מועט למה ניחוש שנתן לב לחקור שמא קטנה היא דהא מומין ונדרים שכיחי ומר מדמי לה חששא דקטנה לומר דשכיח גם כן ועכ"פ לא שכיח טפי מנדרים ומומין ודוחק לומר דבאיסורא מזדהר טפי ונחית לספוקי ומחזורתא כמ"ש דגם מכ"ת אין דעתו להחמיר משום זה וכדי נסבה: ודאתאן עלה בענין קדשה וכנס סתם דבעי גט ופירש מכ"ת דגם בזה אמרינן דאין בב"ז ובעל לשם קידושין אם כן נחפשה דרכינו אם היא הלכה למה אין מורין כן לעם את המעשה אשר יעשון בכדי שלא יבואו לידי ב"ז שיהיו מעמידין עידי יחוד לביאה ראשונה וא"ל שסומכין בזה על דעת הרא"ה דא"צ עידי יחוד ממשי.

הא בורכ' דודאי אף אדירי התורה המדקדקין במעשי' לא נהיגי הכי ולית מאן דחש לבעול ביאה ראשונה לשם קידושין מהאי טעמא. אמנם האמת לענ"ד דהא דקידשה סתם וכנס סתם צריכה גט אליבא דרב לאו מטעמא דבעל לשם קידושין אתינן עלה אלא מטעמא דכיון דאין עושה בב"ז א"כ מדבעל אמרינן דלא קפיד וממילא נשאר קידושין הראשונים בתוקפן ואם לא בעל אמרינן דמסתמא קפיד או עכ"פ ספיקא הוי כדמשני לשמואל תנא ספוקי מספקא ליה משא"כ כשבעל ואליבא דרב הא קמן דלא קפיד דמסתמא אין דעתו לעשות בב"ז וחלו הקידושין של כסף וכן מבואר בח"מ וב"ש סימן ל"ט דאם שתק כשנודע לו המום אע"פ שצווח לבסוף הוי קידושי ודאי וטעמא משום דבקפידא תליא מילתא וכ"כ הב"ש שם ס"ק ז' דאם שהה עמה אח"כ הוברר הדבר שאינו מקפיד ומקודשת בודאי וכשבעל סתם הוי הוכחה גמורה דלא קפיד משום דלרב אין בב"ז א"כ חזינן דהאי דלא התנה משום דלא קפיד הוא ודווקא בקידשה ע"ת אמרינן דכיון דאין בב"ז בועל לשם קידושין כמ"ש התוס' ד"ה אלא טעמא כו' והיינו משום דהתנה בהדיא שלא יהיו נדרים ומומין וכיון דבאמת היו בה מיד בטלו הקידושין דכסף כמ"ש התוס' ד"ה לא תימא כו' דבס"ד דאחולי אחלי' נמי א"א לומר משום דחלו קידושי כסף אם לא שנאמר דבשעת הקידושין היה דעתו לכך כו' דכיון דקידשה ע"ת ולא נתקיים בטלו הקידושין לגמרי וס"ל לאביי דלא אמרינן משום דאחולי אחיל ובשעת קידושין היה דעתו לכך דהוי מהני בכנסה אע"ג דלא בעיל אלא טעמיה משום דאין בב"ז וקידושי כסף קמאי בטלו מחמת התנאי רק שהוא מכווין לקדשה עכשיו בביאה וכל זה בהתנה בהדיא בשעת קידושין שהרי הא קמן דקפיד ולא הוי קידושין משא"כ בקידש' סתם דאין ידוע אי קפיד או לא וכל שלא כנסה ונמצא עליה נדרים או מומין וצווח מיד בטלו הקידושין אבל אם כנס ובעל כיון דאין עושה בב"ז זה מורה דלא קפיד והוי כאילו חזו להו ושתק בההוא שעתא דאף שצווח אח"כ נתקיימו הקידושין כמש"ל בשם הח"מ וב"ש ואין אנו צריכין לומר שכיוון בביאה זו לשם קידושין כלל ומ"ש התוספות בריש יבמות ובגיטין דאיילונית דלא שכיחא לא מסיק אדעתיה לבעול לשם קידושין לאו דווקא לבעול לשם קידושין אלא ר"ל דאין הכרח מביאה זו דמחיל על זה שלא יקפיד אם תמצא איילונית ויהיו הקידושין שקידש קיימין אלא לא מסיק אדעתיה שתהיה איילונית כלל

וסומך דעתו שבודאי אינה איילונית ואם באמת נמצאת איילונית בטלו הקידושין ואידי דנקטי התוס' ברישא לענין נדרים ומומין דמייתי מ"ד דצריכה גט ומיירי לענין ע"ת דאז צריכין לומר דבועל לשם קידושין נקטו נמי לענין איילונית הך לישנא לבעול לשם הקידושין אבל הכוונה דלא מסקי אדעתיה לבעול אדעתא שיתקיימו הקידושין כיון דלא מסיק אדעתא דהא באיילונית בקידשה סתם ובעל סתם מיירי ובוזא אין צורך שתהיה הביאה עצמה לשם קידושין כדפרישית ועיין בדברי הרא"ש שכתב ומיהו גם לרב הונא הכי דהא אפילו בקדשה ע"ת כו' כ"ש בקידשה סתם וכנסה סתם שרוצה שתהיה אשתו אף אם ימצאו עליה נדרים ומומין לענין להצריכה גט וכונתו כדפרישית דבקידשה סתם וכנס סתם ברצון תליא מלתא דכל שהוא מרוצה שתהיה אשתו אף שיש עליה מומין ונדרים סגי בהכי להצריכה גט שלא נתבטלו הקידושין.

והדברים ברורים לענ"ד ועוד יש לאלוה מילין וקצרתי כעת. דברי זעירא מן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה סא צפרא דמכ"ת טב כבוד אהובי מחו' מופת הדור והדרו הגאון המפרס"ם מוהר"ר מאיר נ"י האב"ד דפה ק"ק יע"א ענוותו תרבינו.

הנה ראיתי דברי מר בענין האשה הנשואה לבעל ובא אחד ואמר שאשתו היא זאת והיא טענה שנתגרשה ונתבררו גירושין ממכתב ב"ד איך שקיבלה גט מאיש הזה אך אח"כ מחמת גזרת המלכות נתגרשו האיש והאשה משם ובאו לכאן לאכסניא אחת והעיד בעל אכסניא שהאשה אמרה בפניו שהי' בעלה והאשה מכחשת אותו וכ"ת התירה לבעלה דע"א בהכחשה לאו כלום הוא.

ודבריו א"צ חיזוק שבזה שהיא מכחשת אפילו אם לא נישאת עדיין שריא להנשא ומכ"ש בזו שכבר נישאת שאפילו אם היתה מודה שנתיחזה עם זה בעדים ונבעלה לו לשם קידושין לא היתה נאמנת כמבואר בהג"ה ס"ס מ"ו דדווקא אם יצא הקול גם כן אז מהני הודאתה וכמ"ש שם הב"ש בשם הד"מ ומ"ש הח"מ שם דאם הוי הודאה היה ראוי דרך עצה טובה לחוש לדבריו ויגרש אותה כיון שלפ"ד אסורה לו היינו התם שהיא בעצמה מודה אבל היכא שהיא מכחשת ולפי דבריו מותרת לו בשביל אמירת העד לבד אפילו דרך עצה טובה אין לעשות וטעמא רבא איכא דבשלמא כשהי' אסורה לפי דבריו אם כן ליכא חרגמ"ה משא"כ כשהיא אומרת מותר אני ואינה רוצה להתגרש פשיטא שאין להשיאו עצה דהא אדרבא י"א דמנדין אותו על שעבר חרגמ"ה מה שא"כ הח"מ מיירי שהיא עומדת בהודאתה וצווחת להתגרש ואין כאן חרגמ"ה ועכ"פ במכחשת פשיטא דאין להשיאו עצה דאפילו היכא שאין מכחשת רק שאין הודאתה הודאה גמורה כתב דאין להשיאו עצה כיון שאפילו חתיכה דאיסורא לפ"ד אין כאן ע"ש שפירש כן לדברי הרא"ש והרא"ש מיירי אף בלא מנהג חרגמ"ה אבל לפי חרגמ"ה אף שיש כאן ע"א אין להשיאו עצה לחוש לדברי העד כיון שהיא אומרת שלא נעשה ח"ד כלל ומכ"ש כשמכחשת לגמרי: אך אני מסתפק אם הבעל מעצמו יאמר שמאמין לדברי העד שאומר שהאשה הודית בפניו וגם מאמין להודאה זו שהודית האשה מה דינו כיון שהרמ"א כתב בהג"ה סימן קע"ז שני דעות בזה אם נאמן לומר שמאמין לדברי האשה או העד בזה"ז דאיכא חרגמ"ה ואפשר דזה חמור טפי דהתם לענין זנות אינו רק איסור לאו משא"כ לענין קידושין דאיכא חיוב מיתת ב"ד וכרת אפשר שגם הסוברים שם דאינו נאמן בזה"ז

יחמירו בזה ואף דאמרינן ביבמות מה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת מ"מ בכמה דוכתי אשכחן דבאיסור א"א מחמרינן טפי ויש בזה אריכות דברים בתה"ד ומהרי"ק ואין כאן מקומו ועכ"פ מאן דסובר התם שהוא נאמן אפשר שיהא נאמן גם בזה ולא דמי למ"ש בסימן קט"ו בהודית לפני אחד שזינתה ואח"כ אומרת שקר הוא ומכחשת העד מותרת אף אם בעלה מאמין לעד דהתם טעמא קאמר דאמרינן שהודית מחמת שענייה נתנה באחר ועכשיו חוזרת בה ומשמע היכא דליכא הך טעמא מהני מה שמאמין לעד והכא ליכא הך טעמא כיון שלפי דברי העד היתה הודאה זו קודם שנישאת דלא שייך ענ"ב וכיון שמאמין לעד נאסרה עליו ואפשר לומר דאף בכה"ג לא נאסרה אע"פ שאומר שמאמין להעד שאמרה לפניו שהוא בעלה מ"מ לא ביחן דבריו שאמרה שעתה היא בעלה רק סתם ואפשר שכוונתה היה שהוא בעלה מקודם שנתגרשה ולפעמים משתעי אינשי הכי ומקצרינן בדבריהם ובפרט בזה שהיתה רוצה להסתיר חרפתה לפני בעל אכסניא אמרה לישנא דמשתמע לתרי אפ"י ומה שמכחשת עתה אין זה כאומר לא לוייתי כו' דאפשר אמרה ולא אדעתא כיון שלפי כוונתה בדבור זה היה שהוא בעלה מכבר והוי ככל מילתא דלא רמיא כו' דלא אמרינן הוחזק כפרן הלכך אף אם נאמין להעד כבי תרי שאמרה שזהו בעלה לא הוחזקה כפרנית ומצינן לפרש כוונתה שהיה בעלה.

ומצאתי ראיה ברורה לזה מגיטין דף מ"ב דאמרינן א"ל רפרם לרב אשי ודילמא עבדיי שהיו כבר מי לא תנן הכותב כל נכסיו לעבדו כו' אלא עבדי שהיו כבר כו' וה"נ יש לפרש בעלי שהיה כבר ואע"ג דדעת הרא"ה הובא באה"ע סי' מ"ז באומרת נתקדשת לפלוני לא מהני אמתלא מ"מ היינו באם רוצה לחזור מדבורה שצריך אמתלא ולא כל כמינה לחוב לפלוני ע"י אמתלא אבל בענין זה שכתבתי שאינו רק לפרש כוונת דבריו הראשונים ואדרבא אין בנו כח לאוסרה מחמת זה כיון שאף אם הוא אמת שאמרה כן מצי לפרש כוונתה באופן זה שלא תהי' אסורה וגם י"ל דאיהו הוי קמטעי נפשה דסברא כיון שבא עלי' אחר הגירושין וגם אפשר שהיה דעתו שתחזיר להיות עמו אמרה כן ועיין בתה"ד במ"ש די"ל שטעו וסברי שניהם עדיפי מעדים ובאמת לא היה כאן ע"י כלל ואין כאן קידושין וכעת לא נתחוויר לי כל הצורך באם כה יאמר הבעל שהוא מאמין וענין זה צריך הסתר דבר שלא ליתן אצבע בין שיניו של הבעל השני וכל שאינו אומר שמאמין אין לנו לחוש ובפרט אם יש לו קטטה שאינו נאמן לומר שמאמין כמבואר סימן קע"ז.

ולעיקר הדין אין ספק שדברי מכ"ת אמתים דאתתא דא שריא דהא ע"א בהכחשה לאו כלום הוא ואף שהמגרש אומר שבא עליה אחר גירושין ואף שאינו נאמן להעיד לעצמו מ"מ נימא פלגינן דיבור' ונצרף עדותו עם העד שאומר שהודית בפניו שזה בעלה ואם כן הרי כאן שני עדים. וא"ל דאי פ"ד א"כ עדותו על אחר שאחר קידוש' ועדות ההודאה הוא שזה בעלה ואין מצטרפין ז"א דהא בכל פ"ד מצרפין כה"ג כגון בפלוני רבעני שהוא ואחר מצרפין להורגו דפ"ד אע"ג שהשני מעיד עליו שהוא הנרבע ובעדותו צ"ל שאחר הוא הנרבע כמ"ש התוספ' בסנהדרין דף ט' אם לא שנאמר דהשני מעיד פלוני רבע סתם וכדעת הראב"ן.

אך הראב"ן לאו מה"ט אתי עלה רק מטעמא דא"כ השני מעיד עליו שהוא רשע ע"ש. ומדברי הפוסקים נראה דאף בכה"ג שהשני אומר שרבע לזה מ"מ מצטרפין ולא אמרינן

דהוי כסותרין זה את זה דהרי באמת אין כאן סתירה שהרי באמת הוא אומר על עצמו שנרבע אלא שאנו אין מאמינים ע"ז ואנו לוקחין התמצית שעכ"פ פלוני רבע.

ומדברי הרמב"ם פי"ב מהלכות גירושין משמע טפי דאפילו אם אחד מעיד שנתקדשה לראובן ואחד אומר שנתקדשו לשמעון היו נאמנים וצ"ל דמדמי לה לבדיקות וקצת צ"ע שזה גופה של עדות היא ודמי לסייף וארירן ובמקום אחר כתבתי מזה ועכ"פ לענין פ"ד נראה דשפיר מצרפין העדות אע"פ שאנו אומרים שפלוני רבע ולא לו והאחר מעיד שהוא הנרבע ולא משגיחין רק על עיקר העדות שזה רבע וכן מבואר להדיא בסי' קט"ו דאם ע"א מעיד על אשה שזינתה עמו מצטרף עם עד אחר לאוסר' אפילו השני אומר דזינתה עם הראשון עיין בב"ש וא"כ ה"ה לענין קידושין כה"ג ואע"ג דנ"ד הא' עד קידושין והשני עד הודאה שפיר מצטרפין כדקי"ל בד"מ עד הודאה ועד הלוואה מצטרפין וכן מבואר שם סימן קט"ו בהודית לפני אחד שזינתה הנחשד מצטרף עם זה לאוסרה ואם כן ה"ה כאן ומ"ש הב"ש שם ס"ק ט' דמיירי דאיכא רגלים לדבר היינו דאל"כ אפילו הודית בפני ב' עדים לאו כלום הוא דאמרינן ענ"ב משא"כ בנ"ד דלא שייך זה כמש"ל.

אבל באמת ז"א דא"כ בכל מקדש בע"א נימא הכי אם המקדש בר עדות הוא אלא ודאי דז"א דבנוגע לא אמרינן פ"ד כמ"ש הש"ך סימן ל"ד על דברי הריב"ש וכ"כ בפ"י בקידושין דף ס"ה דר"י קמ"ל דלא אמרינן פ"ד במקדש בע"א וכן מוכח מהרמב"ם פי"ב מהל' גירושין גבי זה אומר זהו אשתי כו' וגם להריב"ש צ"ל דדווקא בנגיעת ממון אמרינן הכי אבל לא בקידושין שאמירתו הוא שנתקדשה לו ומותרת לו ואסורה לכל העולם ואם נפלוג דיבור' שנתקדשה לאחר אם כן נהפוך הוא שאסורה לו ומותרת לא' מבני העולם וזה סתירה מן ההפך אל ההפך כה"ג לא פ"ד כך נלענ"ד לכאורה לדעת הריב"ש שלא יסתרו דבריו מה שמבואר מכל הפוסקים דמקדש בע"א א"ח לקידושין ומסתימת דבריהם נראה דאף היכא שהמקדש היה כשר להעיד על אשה זו וע"כ כמ"ש דגם הריב"ש מודה בקידושין דלא אמרינן פ"ד ועוד נראה דבנ"ד מה שאומר הבעל שבא עליה אחר הגירושין אין מקום לומר פ"ד דהא אף אם נאמר פ"ד ואחר בא עליה אין כאן חשש קידושין דדווקא במגרש אשתו חיישינן כשבא עליה אחר גירושין ואמרינן אין אדם עושה בעילתו ב"ז אבל בפנוי הבא על הפנויה דעלמא אין חוששין לקידושין כמבואר ברמב"ם וש"פ: ומ"מ אפשר לומר דאם היה בא לב"ד ואומר שבא עליה לפני עדים לשם קידושין אם היינו אומרים פ"ד כך היינו אומרים שאין נאמן שבא עליה לשם קידושין אבל כיון שלא בא לב"ד להעיד כך רק קול דברים שמענו שאומר כן שבא עליה אחר הגירושין וגם אין בכלל אמירתו זאת שהיו עדי יחוד ובעל לשם קידושין רק שנאמר דמסתמא כוונתו כן הואיל ואין אדם עושה בעילתו ב"ז פשיטא דאנן ל"א הכי כיון שאין ע"י לפנינו וא"כ אמירת הבעל שבא עליה אחר גירושין בסתם לית ביה חששא ולא חזי לאצטרופי ומשווי' א"א ולא נשאר לנו רק אמירת העד שהאשה אמרה שהוא בעלה וע"א בהכחשה לאו כלום הוא וכ"ז לרווחא דמלתא אבל באמת א"צ לכל זה שאנו אין לנו אלא דברי הפוסקים שכתבו בסתם מקדש בע"א א"ח לקידושין ולא חילקו בין המקדש כשר להעיד עליה שנתקדשה או לא מוכח דס"ל דל"א שהמקדש יהא כע"א

מחמת פלגינן דבור' כלל והדבר פשוט שהדין דין אמת כמ"ש הדרת כ"ת שהאשה זו מותרת לבעלה השני בלי ספק דברי מחותנו זעירא מן חברייה.

הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד: שאלה סב רב שלום לכבוד אהובי שארי נ"ד מחמד לבי בר פחתי ובריבי חריף ובקי בחדרי תורה מר ינוקא ומר זוטרא לגברא רבא בפלפול וסברא רב ספרא ובר חכים יתיר דקיים בדרא נגיד ונפיק מגו רבא יתירא שושילתו דבי נשיאה ועזקתא דחקיק עליה שמא טבא ותגא ביה קטירא כש"ת מוהר"ר מאיר הלוי איש הורוויץ נ"י: אחד"ש מכתבו הנעים עם קונטרסו נמסר לידי בעש"ק העבר וקראת לשבת עונג אשר נשאת ונתת באמונה ופלפלת בחכמה ואהבתך אלצני להשיבך אף כי אלך בלא כח וידים רפות אך לא אוכל להרחיב הדברים כחפצי והנה הא דחזית לן מרן הגאון החסיד זקינך ז"ל בספר המקנה בק"א שם רא"י דשע"ש בקידושין מהא דהאומר לשלוחו כו' בכל הנשים שבעולם ע"ש ורמזת לזה במכתבך ועפי"ז דקדקת מדברי הר"ן וה"ה פ"ט מהל' אישות להיפך דאין שע"ש דא"כ איך מייתי ראייה שיכול להוליך קידושין לקרובתו כו' והנה לולי שאין משיבין הארי חזי ז"ל הייתי אומר דאם איתא שיש לדקדק מתיבת שבעולם שאסור אף במדינות רחוקות שלא הגיע השליח שמה אין זה מעלה ארוכה מה שנאמר דשע"ש שנלענ"ד ברור דאף מ"ד דס"ל הכי היינו בשולח לקדש אשה ידועה דלא קפיד המשלח כלל כיון דשליחותו יבוא לידי גמר כחפצו לא איכפת ליה אם יוגמר ע"י זה או ע"י אחר ואדרבא ניחא ליה שאם הראשון יהיה מתעצל בדבר ימסור לאחר ולא יהיו דבריו לבטלה משא"כ כשמוסר שליחות לקדש אשה בסתם אין ספק ששליחות כזה אין מוסר כ"א לאוהבו וריעו כנפשו שידוע בו שלא ישקר באמונתו ונכון לבו בטוח באהבתו אותו שיברור לו ההוגנת לו פשיטא דקפיד טובא אם זה יפרוק עולו וימסור השליחות לאיש אחר שאינו ריע אהוב לו שזה יהיה לו משפט הבחירה אשר תיטב בעיניו וכ"ע מודים בהא דבכה"ג אין שע"ש וא"ל דגם בזה אמרינן שהוא סומך על השליח שכשירצה לעשות אחר יהיה ג"כ מאוהביו ואיש נאמן ויודע לבחור בטוב פשיט' דהא ליתא שאם בממון הקל אמרו לא ישלחנו ביד אחר לפי שאין רצונו שיהא פקדוני ביד אחר ולא אמרינן דסמוך עליו שימסור לאיש שיהיה ישר בעיניו וח"ו הדברים לבנות לו בית זו אשה מה"ת נאמר שמרוצה שימסור לאחר שיעשה כרצונו ולענ"ד נוטה דבכה"ג קפיד טובא שיעשה זה בעצמו ואינו יכול לעשות שליח אחר כלל לכ"ע: ובר מן דין נלענ"ד דהא טעמא דאמרינן אסור כו' משום חזקה שע"ש ולולי חזקה לא היינו מוציאים אותו מחזקת היתרו בכל הנשים דאמרינן שזה לא קידש רק מצד חזקה שע"ש הוי כאילו ידוע לנו שזה קידש אשה אחת וכיון שא"י איזה היא אסור כו' וכ"ז שלא נאמר שלא קידש כלל ולא קיים שליחותו אבל כשאנו יכולים לומר שקיים שליחותו וקידש מנין לנו לבדות מלבינו שנעשה כאן מעשה חדש לאחזוקי איסורא ולפי"ז הדבר ברור דאין כאן מקום לחשש זה דשע"ש כלל דבשלמא אם היה ידוע לנו שלא קידש הראשון באשר הוא שם היה מקום לומר שמא לא מצאה ידו לגמור שליחותו כאן ולכן הוצרך לעשות שליח אחר שיקדש במרחקים שחזקה שהוא משתדל בכל עוז לעשות שליחותו אבל אחרי שאין ידוע לנו אם קידש או לא ומחמת חזקה אנו אומרים שקידש ובפשיטות אנו יכולין לומר שגמר שליחותו במקום שהיה שם א"כ אזדא ליה חזקה שע"ש ומנין לנו לבדות מלבינו שלא מצא פה כרצונו ומסר שליחותו לאחר לקדש

במרחקים כיון שאנו יכולין לומר שלא נתחדש שום מעשה ונתקיימה החזקה כראוי ועליך לברר שנעשה המעשה ואם לאו אין חוששין לו והדברים ברורים לענ"ד: ואמנם מה דדייק הגאון ז"ל מדקאמר בכל הנשים שבעולם דמשמע דאפ"ל במקומות רחוקים שידוע שלא היה שם השליח אפ"ה אסור משום דשמא עשה שליח אחר כו' אני מתפלא על גודל רבנותו דאטו החשש הוא שמא המשלח המקדש עכשיו אשה יקדש אותה שקידש לו השליח עד שנאמר שאין לחוש למקומות רחוקות שהשליח לא היה שם והלא עיקר החשש הוא שמא השליח קידש לו קרובות האשה שהוא מקדש עכשיו וא"כ פשיטא שאף שזה מקדש עכשיו אשה ממקומות שלא היה השליח שם מ"מ חוששין שמא השליח קידש לו כאן אשה שהיא קרובתה של האשה שהוא מקדש עכשיו ואטו האשה וקרובותיה שהם עריות צריכין להיות הכל במדינה אחת וא"ל דמ"מ לשתרי לי' לקדש אשה ממדינה אחרת שאין לה קרובים במדינה זו שהשליח היה שם ז"א דזהו שאמרו ומודה ר"י באשה שאין אדם כו' דמעיקרא דאיירינן בסתם אשה דלא דייקינן בתרה לבודקה בקרובותיה לדעת אם יש לה אם אין שפיר קאמר דאסור בכל הנשים שבעולם ואפילו במקום רחוק דשמא השליח במקום שהיה שם קידש קרובת ארוסתו ואהא קאמר ומודה ר"י כו' דהיינו במקום זה שאנו חוששין לו שקידש שמה השליח א' מקרובות ארוסתו אם אין שמה קרובים שהיה פנויה אז אין לחוש בין אם האשה שרוצה לקדש עכשיו היא מרחוק או מקרוב וא"ל דבמקום רחוק שלא היה השליח שם אין לנו לאסור משום שמא קידש קרובת ארוסתו במדינה זו משום דאית לן לאוקמי אחזקת כשרות דאבוא דארוסה לא עבר אדראב"י דאמר לא ישא אדם אשה במדינה זו כו' דפשיטא דזה לא שייך בהא שאנו אוסרין מחשש שש עריות קרובים ומכ"ש למאן דס"ל לחוש לשניות ג"כ וגם למאן דס"ל כהך תירוצה דפקיע שמי' שרי ועיין בבית מאיר דהלשון משמע דלא שייכא דראב"י כ"א כשהראשונה כעת ח"י ועודנה אשתו ע"ש ובאמת שכן מעשים בכל יום באחד שמתה אשתו או גרשה כשמזדמן לו להזדווג במרחקים הוא הולך שמה ונושא אשה אע"פ שמניח הבנים כאן ומ"ש בבית מאיר טעמא משום דמסתמא מוליך הבנים עמו ואם יאורע שמניחם הוא מלתא דל"ש ולא גזרו ע"ש אין נלענ"ד רק נ"ל הטעם דשאני היכא שאינו מניח אשה במקומו ועוקר דירתו לגמרי ממקום זה וקובע דירתו במקום אחר דההוא קלא אית ליה וידוע לבנים שגלו מעל שולחן אביהם וקבע דירתו במקום אחר משא"כ היכא שמניח האשה וילדיה והולך למקום אחר לא להשתקע אלא לגור שם כאורח נטה ללון ודעתו לחזור לביתו אחר זמן ובינתיים נושא שם אשה ומוליד בנים קטנים ושב לארצו ולאחוזת אבותיו ישוב ומה נעשה לנער היולד שידמה בדעתו כי זה יולד שם סלה ולא יפול לבו לחוש שאביו ממדינה אחרת וגם אותם שהוליד במקומו הראשון לא יעלו על לב לעולם שאביהם היה לו בנים במדינה אחרת כיון שמה שהרחיק נדוד אקראי בעלמא הוי ולקבעא קמא הדר ולית לי' קלא כלל והיינו דאמרינן עלה דראב"י דהא דרב מכריז מאן הוה ליומא שאני רבנן דפקיע שמייהו משום דההוא דראב"י נמי בכה"ג הוא שהולך באקראי למדינה אחרת והדר לניחותיה אבל במתה או נתגרשה והוא הולך אל ארץ אחרת שמוצא שם זווגו ודר שם עם אשתו בקביעות אין כאן בית מיחוש כלל ודאתאן עלה במאי דאמרינן הכא לא צריכנ' להא דודאי למיחש מיבעי שזה השליח קידש כאן אשה שקרובותיה נסעו למדינה אחרת או

שקרובות האשה שזה רוצה לקדש באתה ממדינה ההוא ממקום שהשליח היה שם וקידשה וכדאמרינן בנזיר דילמא בשוקא אשכח וקידש ואמרינן הדרא לניחותא וכאן נמי ניחוש שבאה לכאן וקידשה ומה בכך דשוב הדרא לניחותא ודוחק לומר דלא חיישינן להא משום דלא שכיח טלטול דאתתא משום כל כבודה כו' או משום אין דרכה של אשה לחזור אחר איש ועיין בדברי הגאון ז"ל דא"ל שמא עשתה שליח לקבלה דע"ז לא שייך חזקה שע"ש כו' ע"ש ולדידי צ"ע דאנן לא אמרינן רק שחזקה שזה משתדל להשלים שליחותו ומקדש אשה להמשלח ויהיה באיזה אופן או לאשה עצמה או לשלוחה ולמה נרחיק זה יותר משנאמר שנתרצה לו אדם אחד להעשות שליח לקדש במרחקים ומכ"ש לפי מ"ש דאין חזקה שע"ש חזקה גמורה דשמא לא תאבה האשה אלא שאין סברא שלא יאבו כל הנשים דטב לה למיתב כו' אבל מה"ת לומר שיתרצה לו איש אחד להיות שליח למרחקים ושפיר י"ל או שגמר שליחותו וקידש במקומו או שלא קידש ולא מצא מי שיתרצה להיות שליח למקום אחר סוף דבר דברי הגאון ז"ל שגבו ממנו וצ"ע: והנה גם בדברי הר"ן והמ"מ שהבאתי צ"ע מ"ש לדקדק מדלא קאמר דמותר בקרובות השליח ולכאורה י"ל דהא לאו מלתא דפסיקה הוא דיכול להיות שהוא קרובות השליח מ"מ אסור בה כגון אם רוצה לקדש אחות השליח אם אינה אחותו רק מן האב בלבד או מן האם לבד אכתי לא פלטינן מחששה שמא קידש השליח קרובתה ואינה קרובתו וצ"ל דלישנ' קיטא נקטו וכוונתם דהו"ל למימר שמותר באשה שקרובותי הם קרובות השליח אך עדיין צ"ע שהרי מבואר למעיין בש"ס שם דעיקר הרבותא במאי דקאמר רבא ומודהר"י באשה שאין לה אם כו' היינו דעכ"פ שהיה לה אחות ונתגרשה לאחר מכאן וכן בנוסחת רבינו הרי"ף בקידושין איתא להדיא דפריך פשיטא ומשני לא צריכה כו' וא"כ נימא שהדין נותן שאין נעשה שליח לקדש קרובתו פשיטא שאין זה רבותא כלל כמו אשה שאין לה קרובים או שהם נשואים ואין ראויות להתקדש וא"ל דהכי קשיא ליה דמנ"ל להש"ס למימר דרבא אשמעינן בנתגרשה לאחר מכאן לימא דאשמעינן בקרובות השליח דל"ח כיון דלא מצי עביד אך ז"א דהך דנתגרשה שפיר יש מקום לפרש כן דברי רבא דקאמר באשה שאין לה אם דהיינו שבשעת שליחות לא היו לה קרובים הראויות להתקדש כלל משא"כ לפרש הא דקאמר אין לה היינו לפי שהן קרובי השליח פשיטא שאין להעמיס זה בלשונו כלל וע"כ שכוונתם דהו"ל לרבא להשמיענו גם זה דמודה בקרובות השליח וזה לק"מ דאם אין יכול להיות שליח לזה אין כאן רבותא כלל וצ"ע: אך מ"מ הדין דין אמת שיכול להיות שליח לקדש קרובתו בין להולכה ובין לקבלה ויפה תמהתי על הגאון בעל נ"ב ז"ל שכתב שלא ראינו בפוסקים והטבת לראות שהדבר מפורש בר"ן וה"ה ויותר אני תמה שהרי הב"י הביא דבריהם בסוף סימן ל"ו וגם בח"מ שם כתב בפשיטות דבשליח להולכה שהאב יוליך הקידושין לבתו בזה אין חשש איסור כו' ומיהו עפ"י הדין בין שליח להולכה כו' וכמ"ש המפורשים והובאו בב"י עכ"ל וגם הוסיף תימא על תמיהתו בנ"ב מהדורא תנינא שנשאל מבנו הרב נ"י שדברי הש"ס בבוגרת דשווית' לאביה שליח וכתב לחלק בין ש"ק לשליח הולכה שכל זה לא נמצא בפוסקים והנה בהך דשווית' כו' הביאו ראי' לסתור דברי הרשב"א שמחמיר בש"ק ופלפלו בזה הגאון ז"ל העלים עיניו מיני' וצ"ע: ועתה אני בא בדבריך שכתבת להוכיח מהר"ן והמ"מ דאין שע"ש דאל"כ אין להם הוכחה שיכול להיות שליח לקרובות' דשמא

התם טעמא דחוששין שמא עשה שליח שני והוא קידש מקרובותיו של ראשון והנה לא מיבעיא לפי מ"ש דמסתבר' דבזה א"ח לשליח שני כלל שאין כאן הוכחה מדבריהם ואף שהגאון ז"ל לא ס"ל הכי הרי הוא רוצה להוכיח מזה שע"ש ואנן ניקום ונימא דהר"ן והמ"מ ס"ל דאין שע"ש מחמת הכרח מהוכחה שלהם ועל זה י"ל דאין הכרח שיהיו חולקים על הפוסקים אלא דס"ל לחלק בין שע"ש דעלמא ובין הך דהאומר לשלוחו כו' דבהאי מודה דאין שע"ש וכפי הסבר' שכתבתי אך דאפילו נתפוס לדבר ברור דגם בזה שייך שליח עושה שליחותו למ"ד דס"ל דמהני מ"מ אין ראיה מזה כמו שהרגשת בעצמך שי"ל דשליח שני לא מצי מקדש קרובות דשליח ראשון כיון דשליח ראשון לא מצי עביד ומ"ש להשיב ע"ז דז"א דכולהו מכח בעל קאתי כדאיתא בגיטין דאפי' מת הבעל לא בטלו כו' עכ"ל לדידי חזי לי דשפיר איתא להא דכיון דבשעה שעשה המשלח השליח אכתי לא הוה השליח שני בעולם וכי משוי אינש שליח אדעת' דהאי דמצי עביד וכיון דלא הוה מצי לקדש הקרובים לא עשאו שליח כלל ע"ז וממילא שאין לנו לחדש שליחות לשני מה דלא סליק אדעת' בשעה שחל השליחות שהרי שליח ראשון גופי' אמרינן דלא חל השליחות על אשה שהיתה א"א בשעת הקידושין אף ע"פ שנתגרשה אחר שנעשה שליח שאין אדם עושה שליח לקדש לו אלא אשה שיכול לקדשה בשעת חלות השליחות ואין סברא לחלק בין אם העיכוב מצד האשה שאינה ראויה להתקדש בעת ההיא לא מהני אף אם מצא אחר כך מקום לחול ובין אם העכבה מצד השליח שאין ראוי לקדש דמהני כשמצא אח"כ מקום לחול דמה"ת לחלק בזה כיון דאמרינן שאין דעת המשלח כ"א על מה שחל השליחות בשעת מעשה יהיה העכב' מאיזה טעם שיהיה אין דעת המשלח ע"ז.

שוב ראיתי בקרבן העדה פ' כל הגט ד"ה מה בין גיטין כו' כתב ג"כ כדבריו בזה והוכיח מהר"ן והמ"מ דשע"ש אלא שהמתיק קצת יותר וכתב דאי ס"ד דשע"ש אם כן מעיקרא מינהו המשלח שיכול השליח לקדש קרובותיו דכולהו מכח בעל קאתי כו' ע"ש ואפשר שגם כוונתך כן אך מ"מ לענ"ד גם הא ליתא דא"כ שליח ראשון גופי' מכ"ש שהיה לנו לומר כן שמינהו לקדש כשימצאו מקום לחול דהיינו לכשתגדל ולא מסתבר לומר דשאני בזה שבידו לעשות שליח שני משא"כ התם דאין בידה לגרש עצמה והכי מחלקינן בקידושין לענין דשלב"ל ועיין בתוס' דנזיר לענין חלה ומ"מ נ"ל דבזה מצד הסברא אמרינן דלא משוי שליח רק על היתר' דאיכא קמיה א"כ למה נאמר דמסיק אדעת' שזה יעשה שליח אחר ויקדש קרובות הראשון ואדרבא מסתבר מדעשה זה לשליח ומסתמ' יעשה שליחותו ויקדש בעצמו ממילא שאין דעתו לקדש אחת מקרובותיו כלל וגם בלא"ה נראה דגם זה אין בידו דמי יאמר שיזדמן לו מי שירצה להיות שליח וכדאמרינן בקידושין מי ימר דמזדקקי ליה תלתא וע"ש: והנה במה דכתיבנ' לתמוה על מרן הגאון ז"ל זקינך בהא שנראה מדבריו דשע"ש אף בשליחות סתם דמסתבר דקפיד שלא ימסור שליחות כזה לאחר יש להליץ קצת בעדו ולומר דהחשש הוא שבאמת לא ימסור לו השליחות כמות שהוא שיקדש מי שירצה רק הוא פורט לשליח השני אשה ידועה וכיון שאין ביד השני לעשות רק מה שהוא מצווה מפי הראשון אין לו קפידא בדבר ולכן כיון שלא עלתה לו לקדש כאן חוששין שעשה שליח למדינה רחוקה ופרט לו אשה ידועה שמה ובזה לא מעל בשליחות ואע"ג דאמרינן דשליח שני נמי מכח בעל קאתי ושליחות

המשלח היה ע"ד סתם מ"מ יש ביד ש"ר להטיל תנאי בשעה שעושה שליח שני כרצונו ואמנם בדבריו שהמה אמורים על הוכחת הר"ן וה"ה קשה לומר כן שפרט לשני לקדש אחת מקרובותיו הרי ארכבי' אתרי ריכשי שבזה שאינו מוסר לו שליחות המשלח כמות שהוא רק צריך לחדש בה דבר כחו של שליח הוא ומ"מ צריך לתלות השליחות במשלח עצמו שהרי השליח לא מצי עביד לקדש קרובתו לזה ולא מצי משוי שליח ע"ז רק צ"ל שזה המקדש אשה זו בא בכחו של המשלח וקצת י"ל דע"כ לא אמרינן דמאי דלא מצי עביד לא משוי שליח היינו שיעשה שליחות שלו כשהוא הבע"ד משא"כ בזה שאינו עושהו להיות שליח שלו רק של המשלח הראשון לא איכפת לן מה דאיהו לא מצי עביד לקיים שליחות זה ולכן שפיר ש"ר יכול לעשות שליח לקדש להמשלח את קרובתו והדברים צ"ע ושכלך הזך יקליט את הסולת.

ומה שכתבתי על הנ"ב שכתב דאף דשליח לקדש הוי חב לאחרים מ"מ י"ל מיגו דזכי לנפשיה וע"ז כתבת דלית' דהא איכא נמי חב לאחריני דהיינו לקרובות האשה שיהיו אסורים על המשלח ובזה לא שייך מיגו דזכי לנפשי' שהם חפצים במשלח ולא בשליח עכ"ל ושמחתי בסברתך הישרה אף כי על קו האמת לא נשקלה אין עליך אשמה בזה כי התעוך שני גדולי הדור יבדלו לחיים כו' הארי החי הגאון בעל קצה"ח ז"ל ואחריו יאיר נתיב שארי הגאון מליסא שיחי' בספרו נתיבות משפט כאשר הבאת הדברים בקונטרסך בוויכוח שביניהם בענין הודאת ר"ג לטבי עבדו ואתה דרכת בנתיבותיהם ושדדת עמקים אחריהם והנה אשר כתבתי שנתעלמה מהם הלכה בגיטין האומר עשיתי כו' לא צדקת אענך והנה בקצה"ח שם בסוף הסימן הזכיר מסוגיא זו וכתב דהתם טעמא משום שבידו לשחררו (וכן הוא באמת בספר תמים דעים ועוד מפורשים) ולכן חזר והקשה שם לפי מ"ש לעיל דהודאה חוץ לב"ד מהני ר"ל שא"א לתרץ שלא היה ר"ג נאמן משום חב לאחריני דהא שפיר מהימן משום מיגו ומרשיע א"ע לא מיקרי בהודאה שחוץ לב"ד ע"ש אך אני תמה על הגדולים הנ"ל שנחלקו והשוו ענין חב לאחרים הנאמר לענין שליחות וזכין שלא בפניו לענין חייב לאחריני הנאמר לענין הודאת בע"ד והבריכו והרכיבו זה בזה והוא הרכבה שאינה קולטת: ומתחלה אבאר מה שנלענ"ד בהא דאמר הכא חייבה לאחריני דבאמת גבי ממון איכא תרי קראי חדא עפ"י שני עדים ואידך דילפינן מיניה הודאת בע"ד מדכתיב כי הוא זה ולולי דגלי לן קרא כי הוא זה הייתי אומר דדווקא עדים ממש בעינן ולכאורה סותרים זא"ז דהך קרא מורי לן דהודאת בע"ד מהני והך קרא משמע שאין הדבר מתקיים אלא עפ"י עדים ויש מקום לומר דעדים בעינן בהכחשת בע"ד אבל בהודאת בע"ד חשוב כנתקיים עפ"י עדים וגם י"ל דהתם דכתיב כי הוא זה היינו דמהני הודאת בע"ד להפסיד לעצמו אבל במקום שע"י הודאתו מגיע חוב לאחרים אין משגיחין בהודאתו ואין הדבר מתקיים כ"א בעדים והנה המקשה דלא סליק אדעתיה שיש לחלק בין חייב לאחריני הוצרך לפר' דאף דמהני הודאת בע"ד מ"מ שפיר קאמר קרא עפ"י עדי' דהיכא דאיכא הודאת בע"ד כעדים דמי ולכן פריך ליה מה להלן הודאת בע"ד כו' דהא מה דאיתמר עדים בממון גם הודאת בע"ד בכלל ומשני ליה התם דמהני הודאת בע"ד היינו היכא דלא מחייב לאחריני הכא דאיתמר עדים במחייב לאחריני הוא ובזה לא מהני הודאה כ"א עדים דוקא ומיניה ילפינן לקידושין דאין קידושין בלא עדים ולא מהני הודאה ולפי זה הך דאמרינן דמחייב לאחריני לאו

אקידושיין קאי דבקיודושיין לא איכפת לן אי מחייב לאחריני או לא רק דאנן מדבר שבממון דמיירי בענין שצריך עדים דוקא ילפינן וממילא דלעולם צריך עדים בזה דבקיודושיין לא שייך כ"כ מחייב לאחריני כיון שבידם לעשות חוב זה לאחרים כאדם העושה בשלו ובכה"ג גם בממון לא מיקרי חב לאחריני ואפ"ה ילפינן דצריך עדים כך היה אפשר לפר' לולי דברי רש"י והבאים אחריו שפירשו דהך חייב לאחריני אקידושיין קאי ומצאתי בחידושי הרשב"א שכתב קצת כמ"ש ומ"מ לא זו מלפר' הכא מחייב לאחריני לענין קידושיין וע"ש שהאריך בדברים נכוחים וכתב דלכאורה מה חוב שייך בזה שהרי בידם לחוב ואעו המודה שמכר שדהו חב לאחריני קרינ' ביה אך דמ"מ כיון דבקיודושיין יש בהם צד חוב הוקשו לצד חוב שבממון ונראה כוונת דבריו דלכאורה י"ל כיון דלולי דילפינן דבר מממון מצד הסבר' היינו מקבלין הודאתו וזה מבואר מדקאמר מה דעתך דילפת דבר כו' ור"ל דמה דעתך לפסוק שלא תועיל הודאה שהוא כנגד הסבר' משום דילפת כו' וא"כ אף למאי דמשני הכא מחייב לאחריני י"ל דאימא בממון דוקא בהא דאית שם חוב לאחריני בעי עדים וזולת זה מהני הודאה ה"נ קידושיין מה שהוא חוב לאחריני לא תהני הודאה ומה שאינו חוב לאחריני יועיל הודאה ולכן כתב הרשב"א דה"ק כיון דעכ"פ כל עניני קידושיין יש בהם צד חוב לאחרים אם כן א"א לומר שאותן שיש בהן צד חוב דומה לממון של חוב דבעי עדים ואותם קידושיין שאין בהם צד חוב נלמד מממון דתהני הודאה דכיון דכל ענין קידושיין פתיך בהו צד חוב אין לנו לחלק גוף הקידושיין לחצאין וממון שאני שהענינים עצמם חלוקים שיש ענין שהוא חוב לאחרים ויש ענין שאין בו חוב לאחר כלל רק הפסד לעצמו משא"כ קידושיין שאין בו ענינים חלוקות רק כל עסק קידושיין אחד הוא או שתדמה אותו לממון של חוב או לשאינו של חוב וכיון שא"א לך לדמותו לממון שאינו של חוב שהרי יש בו צד חוב עכ"פ א"כ יש לנו לדמותו לדבר שבממון שיש בו חוב שצריך עדים וממילא שכל מעשה הקידושיין בטלים הם אף לגבי עצמם שגוף המעשה אחד הוא ואין מחלקין אותן לחצאין אלא אנו מדמים גוף המעשה כמות שהוא שמתבטל בלא עדים והנה הארכת קצת בכדי להסביר דברי הרשב"א שהם סתומים וראיתי ברפ"י שכתב ג"כ בזה ויש לפקפק קצת במ"ש שאין קידושיין לחצאין כיון דלגבי אחריני לא מהימני וזה צ"ע דזו מנין לנו דשמא באמת אנו לומדים מממון דאף דלא מהימן לגבי אחריני לגבי נפשיה מהימן וה"ה בקידושיין ולפי מ"ש להסביר דברי הרשב"א א"ש הכל בס"ד ואף שאין צריך לענינינו כ"כ כתבתי בעידנא דעסיקנה בהאי ענינ' וכדי להתלמד במקום אחר.

והנה רש"י פיר' דחב לאחריני שקרובותי' נאסרו בו וקרוביו נאסרין בה ולכאורה קשיא א"כ נימא כשהקרובים מצדו ומצדה גם הם מודים ואומרים שהיו בשעת הקידושיין נימא דמהני הודאה ועיין ברשב"א שהקשה גר וגירות מאי א"ל ולפי מ"ש הרשב"א והר"ן דחוב לאחריני דאסר לה אכ"ע ניח' אך נראה בעיקר הכוונה דאם נתפס הודאת בע"ד כעדים ונפסוק דין קידושיין ע"י הודאה זו וקרובותיה נאסרין וכן נאסרת אכ"ע וסוקלין ושורפין ומלקין עי"ז א"כ אין זה דומה להודאת בע"ד שבממון שאף שאנו תופסין הודאתו כעדים אין הפסד רק לעצמו ולא לאחרים וא"כ כשאנו מדמין קידושיין לממון שיהיה תועלת בקידושיין אלו הלימוד הוא מצד ממון שיש הפסד לאחרים וכיון שמעשה הקידושיין הוא אחד אין לחלק המעשה לחצאין לומר מה שיש במעשה הזה לתועלת

לעצמו מועלת ההודאה ומה שיגיע הפסד לאחרים אין הודאה מועלת אלא הג"ש שאנו לומדים על מעשה הקידושין בכללי' אנו למדין מממון בצד חוב שאין תועלת בהודאה בלא עדים וממילא שאין חילוק אף אם יהיה הודאת הקרובים ג"כ שאין הענין תלוי בזה כלל רק כשאנו באין לחקור כוונת הלימוד מממון אם תועיל הודאת בע"ד ובע"ד היינו אותם העושי' עסק הקידושין דהיינו האיש והאשה וכיון דבהודאתם יש צד חוב לאחריני אנו צריכין ללמוד מממון דבעי עדים על מעשה זה וקצרתי ועכ"פ מפורש יוצא שזה שאנו אומרים דלא מהני הודאת בע"ד משום חב לאחריני היינו לקרובים או לכ"ע אבל אין אומרים שיש כאן חוב שהם מחייבים לעצמם שהוא נאסר בקרובות' והיא נאסרת אכ"ע ובקרוביו דפשיטא שלזה מועיל הודאת בע"ד שהרי הם מקבלים עליהם וחפצם בזה וכמו גבי ממון דמועיל ההודאה לחוב לעצמו אך בשביל החוב שיש לזולתם אין המעשה מתקיים בלא עדים אף לענין עצמם אמנם ענין חוב הנאמר לענין זכי' ושליחות עיקרו תלוי בבעל המעשה והוא להיפך מחוב דגבי הודאת בע"ד ששם אין תלוי בחוב הבע"ד רק בחוב של זולתו וכאן הוא להיפך דלא איכפת לן לענין זכי' אם יגיע לאחר מזה זכיה או חוב רק אם לזה הזוכה יהיה זכיה ואפילו אם יש בו צד חוב ג"כ מ"מ אם הזכי' רבה על החוב מהני לזכות לו שלא בפניו רק לענין שליחות נסתפקו אם דעת תורה שיכול להיות שליח לזכות לזה ולחוב לזה ומ"מ מה שהוא של המשלח ורצונו בכך אין זה נכנס בגדר חוב לענין זה והשולח מנה לחבירו מתנה א"ל שאם לא היה זה נעשה שליח להוליכם לראובן היה נותן לשמעון או היו יורשיו יורשים אותו פשיטא שאין זה נכנס בגדר חוב כלל וגם לענין דבר שביד המשלח לעשותו לא חשיב חוב וע"ש בגיטין אי בעי זריק ליה גיטא ובמ"ש התוספות שם בשני תירוצים ועכ"פ מבואר שמה שהרכיבו חוב הנאמ' לענין זכיה בחוב שלענין הודאת בע"ד ליתא שזה תלוי בחוב של עצמו וזה תלוי בחוב אחריני: ועתה נבוא לדברי הני תרי גברי רברבי והנה מ"ש דהך דר"ג חב לאחריני שאסר העבד על השפחה כתבת שהם דברי זרות כי העבד קנין כספו הוא כו' ושורש דבריך שהרי בידו לבלתי תת אותו להיות נכבש על השפחה אין זה חוב לשפחה ולכן כתבת שדברים אלו לא יזכרו ושרא ליה מרא להגאון ז"ל והנה לא ידעתי מה צורך לאריכות ובפשיטות הוי לך לדחויי שהרי בידו לשחררו ולאסרו בשפחה וכבר כתבתי שהוא ז"ל הרגיש בזה בסוף הסימן שם ובכלל זה כל מה שהארכת שבידו להיות שליט בעבדו והא עדיפא דהוה כמו בעל שאומר גרשתי כו' אף כי הארכת בהרצאת דברים אין בדבריך כלום שכבר הודית בעצמך דבשביל דחב לקרובי האשה שהם חפצים במשלח הו"ל חב לאחרים אע"פ שהמשלח אינו חפץ בהם ובידו לאסור איסור על נפשו שלא ליקח אחת מהנה וגם בלא איסור מי שליט עליו לכפותו ליקח אשה כ"א חפץ בה אך אין צריך להודאתך שהרי כל ענין חב לאחריני דגבי קידושין כך הוא דנאסר בקרובותיה והיא בקרוביו ובידם לחוב לעצמם שלא ליקח הקרובים או לקדש בפני עדים וכן במ"ש התוספות בגרושה דאסר לה אכהן חשוב חוב אע"ג דפשיט דבידו לעשות לה חוב זה ופשיטא שאין כוונתם שהחוב הוא לאשה שנאסרת על הכהן דל"ל הא שנאסרת לכהן דפשיטא דגירושין חוב לאשה הוא אך התוספות שם מיירי בהודאת בע"ד ופשיטא דאם היתה האשה מכחשת דלא מהני אף בלא טעמא דחב לאחריני ועל כרחך דמיירי בהודאה ומ"מ לא מהני מטעמא דבקיודושין חב לקרובים ובגירושין חב לכהן ואם נתפוס

הגירושין מחמת ההודאה ילקה הכהן הבא עליה אחר מות בעלה ואינו נאמן ע"ז הלכך אין ההודאה כלום והמעשה בטל כמ"ל ואם כן שפיר מייתי בקצה"ח מדברי התוס' כמו דהתם הוי חב לאחריני ולא מהני ההודאה לפי שחב לכהן כמו כן בזה חב לשפחה ולקמן אכתוב בזה: אך אני תמה בזה על קצה"ח דנהי שנאמר דזה חב לאחריני מכל מקום שייך לומר כן לענין שטר שחרור דצריך עדים דוקא כמו גט מדכתיב או חופשה לא ניתן לה וילפינן לה לה מאשה וכיון דג"כ מחייב לאחריני דומה ממש לגט והמעשה מתבטל כשהוא בלא עדים ולא מהני הודאה כמ"ש התוס' לענין גטבלא עידי מסירה משא"כ היוצא לחירות ע"י שן ועין לא איתקש כלל לגט וכל שיודע בנפשו שהפיל את שינו יש לו להוציאו לחירות אף שאין שם עדים אם לא שיהיה נפטר בהודאתו מטעם מודה בקנס אבל זולת זה לענין שלא יעבור בעשה רשאי הוא לשחררו כיון שידע בנפשו שעשה מעשה שראוי שיצא לחירות ואין מעשה זו מתבטל כלל אף שהיה בינו לבין עצמו בלא עדים וכן מבואר בש"ס שם דמה שלא היה עדים בדבר לא הוה מבטלינן המעשה והיינו מקבלין ההודאה אם לא מטעם מודה בקנס וכמו בכל קנס דעלמא ע"ש שוב ראיתי בלשון קצה"ח שכתב ואפשר דר"ג אינו נאמן בהודאת עצמו משום שהוא חב לאחריני כו' וא"כ י"ל שאין כוונתו לומר שיש כאן ביטול מעשה רק מטעם נאמנות אתי עלה דבכל ממון דינא הכי דכל שהוא חב לאחרים אין הודאתו כלום והיינו דקשיא ליה בסוף הסי' שם דמה בכך דהא אף בחב לאחרים כגון בעל שאמר גרשתי נאמן וא"כ גם בכאן יהיה ר"ג נאמן אף שחב לאחרים כיון שבידו לשחררו אלא שלפי"ז לא עלו דבריו כהוגן מה דמייתי מדברי התוס' דגיטין שאין הבעל נאמן משום הודאת בע"ד כיון שאסר לה אכהן שאין זה ענין לכאן דהתם לאו מטעם נאמנות אתינן עלה דודאי נאמן כיון דמיירי בשניהם מודים וכמ"ל ובכה"ג בשאר שטרות אפילו עומדים לקנין מהני הודאת בע"ד כמו עדים וגבי קידושין וגט דלא מהני לא מטעם דלא מהימני דא"כ להימני לגבי דנפשיהו עכ"פ אלא גוף המעשה נתבטל כמ"ל משא"כ בזה כיון דאין ביטול לגוף המעשה רק שתאמר שאין נאמן משום דחב לשפחה באמת לא יהיה נאמן בזה לחוב לשפחה ואם יבא על השפחה באמת לא תלקה ע"י הודאתו ומ"מ לגבי דנפשיה תועיל הודאתו כמו כל דבר שבממון וכמו בקידושין קדשתי בפני פלוני ופלוני כו' וגם א"ל דמ"מ לא מהימן ר"ג בהודאה שלו להתירו בבת חורין כיון שהוא מוחזק לנו בעבד דאם באנו לומר כן א"כ פשיטא שאין זה ענין לדברי התוס' וגם לא נ"מ בהא דהוי חב לאחריני דאף אם אין כאן חוב כלל מ"מ לא הוי ר"ג רק כע"א ואין נאמן להוציא מחזקת איסורו אם לא מחמת שבידו לשחררו וכמ"ש הראב"ד בהא דעשית עבדי ב"ח וא"כ גם חב לאחריני אין מזיק בזה וכתבתי זה לפי דברי בעל קצה"ח אבל לענ"ד לפי מ"ש דבזה שיוצא בשן ועין לא איכפת לן בעדים בשעת מעשה ולא בעינן רק אמתת הדבר שוב אין כאן מקום כלל לומר שלא יהא ר"ג נאמן שכל עיקרו שלא רצה ר"ג ליתן לו ג"ש כדי שלא יעבור בעשה ועכשיו שהפיל את שינו שמח ואע"פ שלא יהיה נאמן בהודאתו לבד להתירו בב"ח מ"מ הרי עכשיו יתן לו גט שחרור גמור כיון שיודע בנפשו שהדין נותן לשחררו לא יעבור בעשה ור"י אמר לו כיון שאין לו עדים הרי נפטר בהודאתו ושוב אין רשאי לשחררו והיינו דקאמר בירושלמי מהו שיאמרו לו צא ידי שמים נשמעין מן הדא מעשה בר"ג כו' עילה מצא לשחררו כו' ומכ"ש למ"ד יוצא בשן ועין צריך ג"ש

דפשיטא דלא שייך כאן דין נאמנות ולכן שפיר כתב הש"ך ביו"ד דאם נימא הודאה חוץ לב"ד מהני קשיא מעובדא דר"ג והדברים ברורים לענ"ד.

ועתה נבוא לדברי בעל נתה"מ שהשיג על קצה"ח וכתב שטעה בדבר פשוט דהא זכי' הוא לעבד כו' ובעל קצה"ח בקונטרסו מדקדק בחלוקו להפכו כדרכו שהחוב הוא על השפחה ולפי שנבעת מקול הקורא בתוך נתיבות המשפט לומר שטעה בדבר פשוט הטה כוונת עצמו לצד אחר ולא נתן לב לראות שבעל נת"מ דימה נושאים שאינם שוים דהתם לענין שליחות איירינן ובוזה שפיר אמרינן דכיון דזכיה הוא לו נעשה שליח אע"פ שאוסרו בשפחה ופוסלו מהתרומה כמבואר בש"ס שם משא"כ לענין הודאת בע"ד שלא יהיה נאמן בהודאתו ממ"נ אם אין העבד מודה ג"כ פשיטא דלא מהני מה שנאמר זכיה הוא לו שהרי הוא מכחישו על פניו ואומר להד"מ ומה מקום יש להתירו בב"ח עפ"י הודאת האדון ואם העבד ג"כ מודה כאשר הוא באמת שגם טבי אומר כן פשיטא דלא איכפת לן בזכות וחוב של העבד כיון ששניהם מודים וכמו גבי ממון דחב לאחריני אם אותו שחב לו מודה ג"כ ודאי דמהני ההודאה ולא היה צריך לההיא דזכיה הוא כו' וגם דמה איכפת לן בחוב של השפחה דלגבי נפשייהו ודאי מהימני וכמש"ל וגם מה שסיים בעל נת"מ דגירושינן שכתבו התוס' שאני דחוב הוא לה דבריו תמוהים דא"כ מ"ש התוס' דאסר לה אכהן הוא שפת יתר דהא בלא זה גט אשה חוב הוא אך באמת התוס' מיירי לענין ביטול המעשה אף ששניהם מודים כיון דאיכא צד חוב לאחריני גזה"כ הוא דלא מהני וכמש"ל ואם דעת בעל נת"מ שזה דומה למ"ש התוס' בגרושה דלא מהני הודאת בע"ד והוי ביטול מעשה (מה שבאמת ז"א וכמש"ל דיוצא בשן ועין אף בלא עדים מהני) רק שבא לחלק דכאן לא הוי חוב לאחריני דזכות הוא לעבד כו' באמת ז"א דלענין שליחות תלוי בזכות וחוב של העבד עצמו משא"כ כיון שעכ"פ ע"י הודאת הרב יש חוב לעבד אע"פ שהוא יכול לעשות לו חוב זה אין הודאתו כלום ומתבטל המעשה ואף אם העבד ג"כ יודה מ"מ א"צ למ"ש בקצה"ח דהחוב לשפחה שי"ל שהחוב הוא ג"כ אם יקדש בת חורין תאסור אכ"ע עפ"י הודאתו וגם י"ל דלענין גט שחרור לא איכפת לן אם מחייב לאחריים או לא רק כיון דמגט ילפינן ממילא הכי הוא כמו גט דלא מהני המעשה עפ"י הודאתו בלא עדים אף לגבי דנפשייהו אך האמת יורה דרכו שהעיקר בזה כמ"ש דבשן ועין לא שייך ביטול מעשה ולענין נאמנות פשיטא דלא שייך בזה שהרי היה רוצה ליתן לו גט שחרור בעדים ובוזה נפלו כל דבריהם ואף שאין מדרכי להאריך בדקדוק דברי המחברים כל מה שטרחתי לא טרחתי אלא בשבילך למען הראותך את כח העיון האמיתי כי שני גדולי הדור מאחר שלא פלשו אחר מדת הדין במתון מתון והעמידו דבריהם על מושכלים הראשונים יצאו בערבוביה וגרמו הטורח הזה לברר וללבן הדברים להעמידם על בוריים: ועתה שוב אשוב אליך במ"ש על דברי הנו"ב דלא שייך מיגו דזכי לנפשיה דהא אי זכי לנפשיה אין חוב לקרובותיה שאין חפיצים בו שהם חפיצים במשלח כו' הנה תשכיל ותדע מן מוצא הדברים אשר לפניך שז"א והנושא אשר אתה בא לקחת ממנו לסמוך ענין לו אקיף להו ולא מידמו דהא לענין הודאת בע"ד חשבינן חב לאחריני מחמת הקרובים אע"פ דהא קמן שהם רוצים בכך היינו שמחמת שיש צד חוב ילפינן מממון של צד חוב וכמש"ל בארוכה בשם הרשב"א אבל לומר שזה לא יוכל להיות שליח לקדש אשה לזה בשביל שקרובותיה חפיצים בו ואמר דהוי חב

לאחרים זה אין לו קיום והעמדה כלל שהרי לפנינו ששולח לקדש אשה זו ואינו רוצה בקרובותיה וכמו עושה שליח למכור שדה שלו כמ"ש הרשב"א להדיא שזהו החילוק בין תופס לבע"ח שאין הדבר שלו ע"ש וכבר כתבתי לעיל שאין ספק שיכול אדם לעשות שליח לתת מתנה לחבירו אע"פ שי"ל שהוא חוב ליורשים או לאחר שהיה חפץ במתנה זו והנ"ב שם בתחלת דבריו היה רוצה לדון דין חב לאחרים מצד שהאשה אף ע"ג שגם איסור האשה אינה מחפצה ורצונה היינו לפי דס"ד התם דאשה בכל דהוא ניחא לה ובקל היא מתקדשת למי שרוצה לזכות בה וכמו הפקר ומציאה דמיא וא"כ יש מקום לומר דכיון דבשעה שזה מקבל עליו השליחות יש מקום לומר שאם לא היה זה מקבל השליחות היה אחר מקדמו וזוכה בה הו"ל חב לאחרים ואין השליחות חל וגם בזה תבריה לגזיזה כיון דאין אשה מתקדשת אלא לדעתה והרי היא רוצה בכך לאסור עצמה אכ"ע לא מיקרי חב לאחרים (מ"מ אע"ג דלענין שליחות לא הוי כה"ג חב לאחרים מ"מ לענין הודאת בע"ד שפיר חשבינן כה"ג חב לאחריני כמ"ש הר"ן והרשב"א בשם ר"ח משום דהתם לא דיינינן מה שבידו ורצונו רק כיון דבעיקר דמלתא יש בו צד חוב כמש"ל) וזה דווקא מצד האשה שבשעת מעשה השליחות אין כאן גילוי דעת ממנה אבל מה שהוא מצד המשלח שאנו רואין דעתו שאין לו חפץ בקרוביו פשיטא שאין מקום לבטל השליחות מחמת שמא קרובותיה חפצים בו ואף לפי מ"ש הנו"ב אה"כ דלא שייך חב לאחרים באשה יש נ"מ בזה לפי מ"ש שם בקידושי יעוד דהוא בע"כ הו"ל חב לאחרים ואם אינה ערוה על האב אמרינן מיגו דזכי לנפשיה כו' וכן ביבמה זקוקה לכמה אחין וא' שלח אחיו לעשות מאמר אע"ג דלכאורה שייך חב לאחרים כיון שהוא בע"כ הו"ל הך יבמה לגבייהו כמציאה והפקר ומ"מ י"ל דשפיר מהני מטעם מיגו דזכי לנפשיה ולא איכפת לן בחוב שיגיע לקרובים של המיועדת או היבמה שחפצים בו דווקא ולא בשליח דזה אנו רואין מרצון המשלח שאינו חפץ בהם ולמה יחוש השליח לרצונם בזה ולומר ששליחותו הוא כדי לחוב להם ולכן צדקו דברי הנו"ב בזה: אך דברי הנו"ב צ"ע מטעם אחר דלמאי דס"ד דהו' חב לאחריםאם כן איך נאמר מיגו דזכי לנפשיה דבשלמא במציאה והפקר שייך מיגו דזכי לנפשיה שבידו לזכות מה שא"כ בזה שאין בידו לזכות כלל דהא אינה מתקדשת אלא מדעתה ואע"ג דהשתא הוה ס"ד שיש לזה דין חב לאחרים שהיו יכולין לזכות בה הדבר ברור שלא עלה על דעתו לומר שיש בודאי חוב לאחרים שהיו יכולין לזכות בה כמו מציאה והפקר דפשיטא שאין זה עולה על הדעת רק שי"ל דיוכל להיות שיהיה חוב לאחרים דאתתא בכל דהוא ניחא לה ואכתי לא ידענו גילוי דעת ממנה שבדעתה להתקדש אבל לומר מיגו דזכי לנפשיה על דרך זה זו לא שמענו וכל שאין בידו לזכות בודאי כעין מציאה והפקר נראה דלא שייכא הך מיגו כלל וגם מ"ש שם לענין יעוד לבנו קטן שי"ל דבתורת קידושין מהני ובזה י"ל פרפרת אחת כו' ולענ"ד ז"א כיון דבנו דומיא דידיה אמר רחמנא ובקטן אין תורת יעוד כלל וא"כ הכסף שנתן מעיקרא לאביה לא ניתן ע"ד בנו הקטן ובין לרבנן ובין לריב"י מה שמיעדה עתה בלא דעת אביה גזירת הכתוב וכיון דתורת יעוד אזל ליה בקטן א"כ בנו הקטן כאחר דמי ואינו יכול לקדשה בלא דעת אביה כלל ומכ"ש שאינו יכול לכפותה בע"כ משום מיגו דזכי כו' כמו שאינו יכול לכפותה על אחר מטעם זה דלדידיה זכי ליה רחמנא ואשה הקנו לו מן השמים אבל אינה ברשותו לעשות בה כחפצו ואם אינו רוצה ליעדה ישלחנה

לנפשה וקצרתיה והנה במה דכתיבנא לעיל דבקיודושין וגירושין כשנעשו בלא עדים אע"פ שהם נאמנים לנו מ"מ לא מהני ראיתי להזכיר מה שנתקשיתי זה ימים רבים בדברי הנ"י בפרק מ"ח גבי חלצה בינו לבינה שכתב שאפילו שניהם מודים ויהיו נאמנים אלינו אין זה כלום משום שאין דבר שבערוה כו' וכיוצא בזה בשלהי יש נוחלין וכתבתי שדבריו סותרים זא"ז וכתבתי ליישב דבריו בדוחק והבאתי שם גם דברי חידושי הרשב"א והייתי רוצה להגיה ויראתי לשלוח יד ועתה זכני ה' שבא לידי חידושי הריטב"א מיבמות וראיתי שכתב וז"ל בינו לבינה מנא ידעינן פירש דבהודאתן לא סגי ואף ע"פ שבידן לחלוץ וכדאמרינן התם בבעל שאמר גרשתי את אשתי שאפילו להבא אינו נאמן לגמרי וכדאמרינן התם זיל חוש לה ויש שפירש דהך מנא ידעי דהרי אין דבר שבערוה פחות משנים וכי אמרינן לעיל שמא חלצה סנדל של אחד מהם בפני עדים קאמר ומאי דפרכינן הכא מנא ידעינן לאו דוקא אלא ה"ק מנא ידעינן דמהני שאפילו הם מודים ויהיו נאמנים אלינו אין זה כלום כיון שהיה בינו לבינה בלא עדים וה"ז כאומר גרשתי את אשתי בלא עדים שאינו כלום ונכון הוא עכ"ל הריטב"א ומעתה מבואר נגלה שט"ס נפל בלשון הנימוקי יוסף ונתערבב הלשון וצריך להגיהו ע"ד לשון הריטב"א כידוע ומבואר למעיין שרוב הלשונות של הנ"י לקוח מחידושי הריטב"א ואין בזה ספק כלל ולפירוש קמא של הריטב"א וכן הוא ברשב"א דמדמי לבעל שאמר גרשתי כו' צ"ל דחליצה אין לדמות לקידושין וגירושין שהמעשה בלא עדים בטל מאליו וקצרתיה כעת דברי שארו: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה סג שאלה ראובן נתקשר בקשרי תנאים לתת בתו לבן שמעון בק"ס בקנס חצי נדן מצד העובר לצד המקיים ובחרם כמנהג ובמשך זמן מה שלח שמעון לראובן היות שיש דרך לפניו לנסוע על זמן מה ורוצה לידע אם ראובן רוצה בקיומו כי אולי יקרה ה' לפניו איזה שידוך הגון ולכן רוצה שיהיה נכון לבו בטוח שהקשר הוא קשר אמיץ ובגלל הדבר הזה השליש ראובן מקצת הנדוני' שנתחייב לתת תחת יד שלישי מרוצה שיש' ויתן וירויח לטובת הזוג וזה היה בידיעת המשודכת וברצונה וכבר עבר פרק הנשואין ואבי הבן תובע את אבי הבת לעשות נשואין שבנו מבקש תפקידו ואבי הבת טוען כי לא עליו תלונתו כי בתו ממאנת ואינה רוצה להנשא לבן שמעון.

מה דינו: תשובה מתחלה נדון מצד חיוב הקנס שאבי הבת בא לפטור עצמו באמרו שאין העכבה מצידו רק מחמת הבת נראה שלא זכה בטענה זו כלל שאע"פ שהרשב"א כתב דזה מיקרי אונס הרי מהר"מ מרוטנבורק חולק עליו כמבואר במרדכי פ"ק דב"מ דדוקא אם מת חשוב ליה בכה"ג אונס שאם האב היה חי היה מרצה את בתו להתקדש לזה מבואר שם להדיא דדוקא מת אבל אם היה האב חי מה שהבת אינה רוצה לא מיחשב אונס וכ"כ בד"מ שהמרדכי בריש פ"ק דמציעא חולק על הרשב"א וכ"כ הב"ש וכן מבואר מתשובת מהרי"ו סימן ק"ה שסובר כמהר"ם שכתב כגון זה פתח פ"ך לאלם יש בידי תשובות מיימוני כו' ושקיל וטרי מהר"ם בהא מלתא כו' ועיקר ראייתו כיון דמת שמעון קודם הגעת זמן הוי אונס כו' והאי עובדא דמיא ממש לעובדא דמהר"ם ואם המשודך אינו רוצה לקיים עליו מה שקיבל עליו אביו הוא והאחין פטורין מן הקנס עכ"ל מהרי"ו והיינו משום דמיירי נמי דמת האב כמבואר וא"כ איכא אונס מיתה אבל אי לאו אונס מיתה לא חשיב אונס מה שהמשודך אינו רוצה שיהיה הם פטורים מחמת זה מקנס

שקיבל האב עליו וכן נראה מדבריו סימן קס"ב ע"ש (ונפלאתי על מה שכתב הב"ש בסימן נ"א סק"ט דמהר"י סימן ק"ה מיירי כשאין מגיע לחלק ירושה כסף שפסק האב כו'.

ולענ"ד ליתא ומבואר למעיין שם דהדין שבסי' ק"ה הוא הנדון אשר בסימן ק"ד ומבואר שם שיש די בירושתו לקיים מה שפסק האב רק שבסימן ק"ה בא מהרי"ו לפסוק על טענת המשודך שאומר שכיון שאין האחים רוצים ליתן לו חלק בראש אינו מרוצה בשידוך וא"כ ממילא שיצטרכו לתת קנס למשודכת וע"ז כתב מהרי"ו כגון דא פתח פיך כו' דבכה"ג שהאב מת והמשודך אינו רוצה שיכנס למשודכת חלק ירושתו הוא פטור כעובדא דתשובות מהר"מ): והנה כדי להשוות המחלוקת היה נראה לענ"ד דלכאורה באמת צריך להבין סברת הרשב"א בזה שכתב דאונס' דלא שכיח הוא שכל הבנות מתרצות למי שיתרצה האב והרי אמרו אסור לאדם שיקדש את בתו כשהיא קטנה עד שתתגדל ותאמר בפלוני אני רוצה אלמא דחיישינן למלתא שמא תחזור בה ולא תתרצה לזה שנתרצה האב וצ"ל דדוקא בקטנה חיישינן להכי וכן מבואר בחידושי הרשב"א בקדושין ר"פ האיש מקדש שכתב ואתיא הא דאמרינן טב למיתב טן דו וכו' י"ל דדוקא בגדולה מדלא הקפידה חזקה ניחא לה אבל קטנה דלמא משתגדיל לא תתרצה בו וכ"כ הר"ן שם דהא דאמרינן טב למיתב וכו' היינו בגדולה דשוי' שליח מדעת סברה וקבלה ולא חיישינן לאמלוכי כו' ע"ש ולפי"ז כעובדא דמהר"מ שבמרדכי שמעון היה לו בת קטנה וראובן בן קטן כו' שפיר ס"ל למהר"מ דדוקא מחמת מיתת האב הוי אונס שאם האב חי לא מחשב אונס מחמת מיאון הבת דאונסא דשכיח הוא כיון שבשעת חיוב הקנס היתה קטנה ואיכא חששא טובא שמא כשתגדיל לא תתרצה בו וה"ל לאתנויי משא"כ הרשב"א מיירי שבת בתו היתה גדולה בעת התחייבות ושפיר ס"ל דבכה"ג הוי אונסא דלא שכיח דהא טב למיתב טן דו וכיון שבשעת התחייבות ידעה וסברה וקבלה לא חיישינן לאמלוכי וא"ש נמי הא דקי"ל דאב שקיבל קדושי בתו בוגרת אינם קדושין ואף לפמ"ש הרא"ש בתשובה דצריכה גט מספק משום דאע"ג דשמא נתרצה הבן לא אמרינן מ"מ איהו ניחא לה בכל דהוא הרי כתב הח"מ ססל"ו דרק לכתחלה צריכה גט מצד חומרא וגם הב"ש שם הקשה דהא דקי"ל שמא נתרצה האב לא חיישינן והרי האב נמי בכל דהוא ניחא ליה לקדש בתו ע"ש ולכאורה לא דמי דדוקא שיתרצה האב למעשה הבת לא חיישינן אבל להיפוך כיון דאתא בכל דהוא ניחא לה וגם כל הבנות מתרצים למי שיתרצה האב שפיר יש לחוש שנתרצית: אך לפמ"ש י"ל דדוקא היכא שידעה ששידכה האב ונתרצית תו לא חיישינן לאמלוכי משא"כ באב שקיבל קידושין לבתו בוגרת בלא דעתה כיון שלא היה גילוי דעת ממנה שהסכימה למעשה האב שפיר י"ל דמעיקרא לא נתרצית כלל ולפ"ז ג"כ יש ליישב ההוא דמהר"מ שבמרדכי די"ל דמיירי שהאב התקשר בלא ידיעת הבת כלל וכמ"ש שם וכיון שמת מאי הו"ל למעבד הבנים לא היו יודעים בתנאי אביהם כו' וא"כ י"ל שגם הבת לא היתה יודעת וא"כ אזל ליה טענת אונס מחמת מיאון הבת רק מחמת מיתה דאמרינן דסמכה דעתיה שירצה אותה ועתה שמת מאי ה"ל למעבד משא"כאם ידעה בשעת מעשה וסברא וקבלה גם מהר"מ אפשר דמודה דהוי אונס מה שחוזרת בה ואפילו אם האב חי דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שתחזור בה אחר שכבר נתרצית (אך לשון הרשב"א משמע דאף בכה"ג שנתקשר בלא

דעתה לא שכיח שלא תתרצה למי שנתרצה האב) וא"כ אין כאן מחלוקת בין הרשב"א למהר"מ: והנה בנדון השאלה שלנו לא נתבאר אם המשודכת היתה קטנה בשעת התקשרות או גדולה ואם היתה גדולה מבואר בשו"ת עבודת הגרשוני סימן ע"ד שכתב וז"ל כללא דמלתא שראובן החוזר מחויב ליתן קנס כו' גם יחוש לעצמו שלא יכווה בגחלת החרם כו' אבל אם האמת אתו שבתו ממאנת כו' ואחר שהיתה מרוצה וקיבלה המתנה לבשתה רוח אחרת רוח טועים ודאי עליה נאמר שלא ינוח שבט הרשעה על גורל הצדיקים וחוזר הדין לשנואה במעשיה והיא חייבת לשלם דמי בושת ואם אין לה יעשה לה כמשפט הבנות המתפרצות כאשר חרץ הסמ"ע לנדוטה ולפרסם קלונה ברבים כו' והיה מקום ללמוד וכו' שאין כוונתה לבייש אבל אין ממש בזה שכבר היתה מרוצה וקיבלה המתנה בפנים יפות אין זה כ"א שנתנה עיניה באחד מן רוכבי הסוסים ואת לומדי התורה מאסה ע"כ נקה לא תנקה.

ועוד נלע"ד שגם ע"פ הדין אין המבייש שלא בכוונה פטור אלא כגון ישן כו' כללא דמלתא נלענ"ד שיחול חיוב הקנס כו' ואם הוא נקי בתו חנקי כתיב ויושת עליה כאשר כתבתי עכ"ל העתקתי דבריו כי אולי אין הספר מצוי מקום המשפט שמה: ולפי"ז יש כאן חיוב עליו או על אביו ממ"נ דאם היתה גדולה ונתרצית הרי יש כאן חיוב עליה כמ"ש ואם היתה קטנה או שלא ידעה מהתקשרות והחיוב א"כ מוטל על אביו שהרי אין כאן אונס דה"ל לאסוקי אדעתיה שמא כשתגדיל לא תרצה וה"ל לאתנויי ואף הרשב"א מודה בזה למהר"ם דבכה"ג לא נפטר האב מהקנס וכמ"ש וכל זה אפילו אם נימא דהרשב"א ומהר"ם לא פליגי ומכ"ש אם נאמר כמ"ש הד"מ והב"ש דפליגי וכן מוכח גם כן ממהרי"ו דלמהר"ם בכל גווני לא הוי אונס מה שאין המשודך מרוצה אם לא מחמת שמת האב א"כ כיון שהושלש הנדן ביד שלישי לטובת הזוג דאז חשוב כגבוי והבעל מיקרי מוחזק כמ"ש בסימן נ"ג ובב"ש כמה פעמים וכבא לידו דמי ומצי למימר קים לי כמהר"ם ומהרי"ו שאין זה אונס וגובה מהנדוניה עבור הקנס והשליש בזה אינו רק כמו נפקד של החתן ואינו יכול ליתן לאבי הבת ואם נתן מחויב לשלם כמבואר בח"מ סימן בדין שלישי שעשה שלא כדין ע"ש ועוד אני עתיד לבאר בעזה"י.

הרי בררנו זכות החתן נגד אבי הבת בחיוב הקנס ועתה אבא לברר לענין מעות הנדוניה עצמו שהושלש ביד השלישי לטובת הזוג הנה הח"מ כתב דטענת אונס מחמת מיאון הבת אינו פוטר אלא מחיוב קנס אבל אם מחייב עצמו בשט"ח דהיינו שמתחייב עצמו לחתן מנה בלי תנאי והוא נתחייב שימחול כשיתן לו הכל והנדן אז לא נפטר מחיובו מחמת מיאון הבת וסיים שם שמעשים בכל יום שמניחים שט"ח על כך ואין מועיל מה שהיא אינה רוצה.

והב"ש כתב דאם לא נתן איכא אומדנא שאין כוונתו ליתן רק שתהנה בתו כמ"ש סי' ע"ז מיהו בט"ז כתב בממרני הוי כאילו סילק כו' ובסימן ע"ז ס"ק ט' כתב ועיין בהג"מ דמדמה דינים אלו לדינים המבוארים בסי' נ"ג כו' ואם הנדוניה ביד שלישי תליא בדינים המבוארים בסי' נ"ג עכ"ל מבואר מזה דבכה"ג מודה לדברי הח"מ אם נתן ממרני או השלישי לטובת הזוג דהוי כגבוי וכן מבואר להדיא ממש בס"ס ע"ז גבי ארוס שאינה רוצה לינשא כו' ומדינים אלו נשמע מכ"ש לשדוכים שלנו אם היא ממאן אין אביה

חייב ליתן מה שפסק עכ"ל מבואר מזה דאם נתן ממרני או השליש דינו כמו בארוסה שכתב קודם לזה דאל"כ ה"ל למימר דאפילו נתן מחויב להחזירו וכמו דמדייק שם הח"מ והב"ש מדברי הטור והש"ע לענין ארוסה שכתבו אינו חייב ליתן מכלל דאם נתן אין מוציאין ממנו וא"כ ה"ה בממרני או הושלש כמבואר שם ואמנם דברי הב"ש תמוהים בזה שנראה מדבריו דהך מילתא דהח"מ שמתחייב להחזתן כו' היינו הך דינא דנתן שט"ח על הנדן דשייך למימר ביה שנתן ע"ד שתהנה בתו והא ליתא דדינא דח"מ אינו בשט"ח הניתן על הנדן רק הוא מיירי בשט"ח על הבטחת השידוכין המבואר שם לפני זה בדברי המחבר שמחייב עצמו בלי שום תנאי רק שאם יקיים השידוכין ויתן לו הכל והנדן יהא מחול נמצא דעיקר החיוב של השט"ח הוא על אופן אם יתבטלו השידוכין מחויב לשלם לו מה שהתחייב ולא תהנה בתו רק בנתן שט"ח שלא להבטחת השידוך רק על חיוב הנדן אז אע"פ שטענת אונס הוא שמת האב והיורשים אין רוצים לקיים לא מהני לפוטרם כיון שכבר נתחייב בשט"ח גמור מ"מ אונס כזה שהבת ממאנת וכה"ג שאר טענות שהשידוכים בטלין א"צ ליתן שלא נתחייבו אלא ע"מ שתהנה בתו וגדולה מזו מבואר בשו"ת הרא"ש שהביא הטור בסימן נו"ן דאף שנתן לידו מקצת נדוניא צריך להחזיר ובגוף התשובה מבואר שכתב ראייה מההוא דר"ת שפירש הך דכתובות כתב לה פירות כו' במן הנשואין כו' וכן בנדון זה לא פסק ליתן לו נדוניא אלא ע"מ שישא בתו ואין לחלק דשאני התם שלא בא עדיין ליד החתן אבל היכא שכבר באה מקצת נדוניא ליד שמעון לימא ליה נתת לי מעות הללו ע"מ שאשא בתך אנא הא קאימנא לקיים תנאי לישא בתך ולא אחזיר מה שנתת לי הא ליתא דהא פסקינן בב"ב בין מת הוא או היא מוהרי הדרי אלמא כשהבעל חוזר צריכה להחזיר הסבלונות משום דאדעתא שתנשא לו שלחם לו כו' וכ"כ הב"י בשם הרשב"א בתשובה המשדך בתו לחבירו ושלח בגדים כו' דכי היכא דהדרי סבלונות דשלח איהו לה כו' ע"ש והביאו לדין זה בש"ע ואמנם מזה אין ראייה כלל דלענין סבלונות מיירי ובזה י"ל דאומדן דעת הוא שאינו שולח אלא ע"מ לכונסה וכמבואר להדיא בלשון הרמב"ם פ"י מהל' זכיה ומתנה השולח סבלונות כו' שהדבר ידוע שלא שלחם אלא דרך נו' בלבד משמע הא אולי שלח בדרך דורות ומתנה לא היה חוזר אך תשובת הרשב"א הלזו שהביא הב"י מצאתי ראיתי באריכות בשו"ת הרשב"א חלק ג' סי' צ"ו ושם איתא שראובן טען ששמעון יחזור לו מה ששלח שהוא לא שלח לו אלא לפרעון מה שפסק לו ושמעון טוען שלא שלח בפרעון אלא במתנה כו' תשובה כו' דאפילו לא שלחם בפרעון מ"מ סבלונות הם ואין הפרש בין סבלונות ששלח החתן כו' מבואר מזה דאם שלח בפרעון מה שפסק לו פשיטא שהיה צריך להחזיר וא"כ כיון דאפילו בא לידו ממש צריך להחזיר כשנתבטלו השידוכין מכ"ש כשלא בא לידו ממש אלא דחשיב כגבוי ולכאורה צ"ע על הב"ש שדימה דין זה למורדת דמ"ע דהתם כל שהוא בידו אין מוציאין ממנו מחמת דין מורדת ואפילו תפסה מעות לא מהני ובכה"ג שלא נתן דמהני משום אומדנא מ"מ במונח ביד השליש הוי כבא לידו ואזל האומדנא משא"כ כאן דאפילו בא לידו מוציאין ממנו ואע"ג דבארוסה מבואר מהטור וש"ע דדוקא בלא נתן עדיין שאני התם דגם בארוס' שייך דין מורדת כמבואר שם סעיף ב' (וע"ש בב"ש ס"ק שכתב דנקט כדי לצערו דבמ"ע אין מפסדת דאין לה כתובה וצ"ע דהא מפסדת הנדוניא כשבאה לידו ואפשר שאין דרך לתת הנדוניא לידו באירוסין וגם י"ל

דהתם במ"ע באמתלא מבוררת ואז מוציאת הנדוניה כמ"ש הב"ש כאן ואם אינם מבוררת היינו כדי לצערו ויותר נכון לשיטת הרמב"ם במ"ע בנדוניה וקצרתיו) והלכך אם נתן והאמתלא אינה מבוררת הוי כמורדת דבעינא ליה ואם כבר ניתן לידו אין מוציאת ממנו אבל בשידוכין אדם איך יזכה במה שניתן לידו בתורת נדוניה שהוא ע"מ לכונסה ומכ"ש במה שהושלש לטובת הזוג ולפ"ז דברי הב"ש בזה הם תמוהים והנה מה שהקשיתי מתשובת הרא"ש שהביא הטור י"ל דא"ש ע"פ מ"ש הב"ש שם על דברי תשו' הרא"ש וז"ל וצ"ל דהך עובדא דהרא"ש לא נעשה בקנס ובקנין וגם לא השלישו שטרות דאל"כ הא כתב הרא"ש דיש לשליש לקיים שלישותו כו' אלא כדפרישית שלא היה שם אלא פסיקא בעלמא בפני עדים כמה אתה נותן לבתך כך וכך כו' והיו שניהם יכולים לחזור בהם ולפיכך פסק דכאן צריך מה שקיבל כו' ע"ש נראה מזה שסובר דאותן שמשלישין על הנדן הם ג"כ לקיום שלא יחזיר אחד מהם ולפיכך כתב שלא היה רק פסיקא בעלמא כו' דאל"כ הא מצינו לומר דשפיר היה שטרות מושלשין על הנדוניה אך לא עדיף מאילו נתן לידו ממש אלא ע"כ דבכה"ג שמשלישין שטרות על הנדוניה הרי הם כמושלשין על הקיום של השידוך וזה עדיף טפי מנתן לידו דאינו דרך קנס רק דרך פקדון או הלואה וכיון שנפסק הקשר צריך להחזיר כמו בסבלונות משא"כ בהשליש שטרות שהוא ע"ד כן שיהיה השטר חלוט לו בין יעבור אולא יעבור ושפיר כתב הב"ש דבכה"ג שהשליש שט"ח לנדן אמרינן שלא נתן רק ע"מ שתהנה בתו ור"ל דנהי דהשט"ח הוא לבטחון ג"כ ואדעתא דהכי השליש שאם לא יקיים כפי התנאים יוחסר לו השט"ח מ"מ כיון שכל עיקרו של השטר הוא על נדוניה א"כ גם אם השטר בעצמו הוא בידו מ"מ אינו יכול לגבות בו כשנתבטלו השידוכים שלא נתן אלא לנדוניה דהיינו על מנת שתהנה בתו ולפי זה בממרני דהוי כבא לידו ונסתלק אומדנא שלא פסק אלא ע"מ שלא תהנה דכל שהוציא מידו אסח דעתיה ואם כן כיון שהשט"ח שניתן על הנדן הוא מושלש לבטחון למסור ליד זה ואם כן כשזה עבר על התנאי השליש מוסר לצד המקיים השט"ח והשט"ח הוא חשיב כגבוי וליתא לאומדנא שלא נתן ע"מ שלא תהנה בתו דכל שנתן תו ליכא אומדנא זו ושפיר הוי דידיה וא"צ להחזיר ולא דמי להך דהרא"ש שנתן לו מעות נדוניה ופסק דצריך להחזיר משום דמה שנתן מעות לידו אינו דרך בטחון רק בדרך מלוה או פקדון כיון שלא השלישו שטרות ומכ"ש לפי מ"ש הב"ש שלא היה שם רק פסיקא בעלמא בלא קנין א"כ י"ל דכיון ששניהם יכול לחזור בהם לא מסתבר שנותן מעות ליד החתן לחלוטין כיון שבקל יכול לחזור ואומדן דעת היא שאינו רק דרך הלואה משא"כ כל שהיה שם קנס וקנין והשלישו שטרות טפי מסתברא שמעות הנדוניה נותנים לו במתנה כיון דלא אסיק אדעתיה שיחזור הצד השני לבטל קשר אמיץ זה ובכה"ג באמת א"צ להחזיר אך לא משמע כן מהב"ש וגם דהא ראייתם מהך דסבלונות דמיירי לאחר אירוסין ואפשר דסבלונות שאני כמש"ל דאומדן דעת שאינו רק להתקשט ולנוי אלא דמייתי ראייה דלא מצי למימר אנא הא קאימנא כו' דכמו בסבלונות אף ע"פ שאבי הבת מוחזק מוציאת מידו ה"ה בממון של נדוניה שניתן לו באירוסין כיון דאיכא למימר דהלואה או פקדון היא אע"פ שהוא מוחזק מוציאת ממנו אבל היכא שנתקשרו בקנין דליתא בחזרה אז אפשר דאם נתן לידו ממון לחלוטין נתן דלא מסיק אדעתיה שירצה לחזור וגמר ומקני:) ולהיות כי דברי הב"ש באו קצרים כדרכו ראיתי לבארם ביאור

רחב בעז"ה לכן מוכרח אני להאריך קצת הנה דברי תשובת הרא"ש שהביא הטור דמעות שניתן לחתן בתורת נדוניה אחר שידוכין כשנתבטלו השידוכין צריך להחזיר הם דברים פשוטים שהרי כל עיקרה של נדוניה הבאה מן האשה לבעל לעולם איתנייהו בחזרה שהרי הם נכסי צ"ב ואפילו אם נשאת הם שלו לישא וליתן בהם ולחזרה קיימי כשימות או תתגרש רק אם מתה אז הוא יורש בתורת ירושה אבל זולת זה אין מקום זכיה לבעל בנדוניה שלא יצטרך להחזיר שמעיקרא לא ניתנו לידו אלא כל זמן שתהיה תחתיו ומשמשתו אבל כשיוצאה ממנו היא נוטלת הנדוניה שלה אם לא בנשואי עבירה דאיכא דקנסוה וא"כ כשנתבטלו השידוכים והיא נפרדת ממנו מאין יהיה לו זכות בנדוניה שלה יותר מאם תופרד מאתו אחר הנשואין ולפי"ז צריך להבין בדברי הרא"ש שכתב שא"ל דלימא שמעון לראובן נתת לי מעות ע"מ שאשא בתך אנא הא קאימנא לקיים התנאי ולא אחזיר לך מה שנתת לי הא ליתא דהא פסקינן הלכתא מוהרי הדרי כו' ולכאורה לא היה צריך לזה דבפשיטות הוי מצי למימר דלו יהא שכבר ניסת דודאי זוכה בנדוניה מ"מ כשיוצאה ממנו צריך להחזיר והרי הרא"ש לאו מטעם קנס אתי עלה וגם צ"ע במ"ש דקי"ל מוהרי הדרי ולא מצי למימר אנא הא קאימנא לינשא לך ולא אחזיר לך הסבלונות משום דאדעתיה שתנשא שלחם לה וכשחזר בו צריכה להחזירם לו וכן בנדון זה יחזיר לו כו' ולכאורה היא גופא קשיא דבאמת גבי סבלונות תטען ותימא הכי אנא הא קאימנא דהא הכי קי"ל בכל המחייב עצמו ורוצה לקיים תנאי ונראה דודאי אם המעות שניתן לידו אינו אלא [על] דעת נדוניה בלבד פשיטא שאינו זוכה כלל בטענה דאנא הא קאימנא שהרי כל נדוניה יצאה ממנו כשנפרדת ממנו וכמ"ש רק שיש מקום לטוען לטעון כיון שאין דרך ליתן הנדוניה אחר השידוכין ליד החתן א"כ י"ל שניתנו לטבועין שהמעות יהיה שלו אלא שהוא מתחייב לישא בתו ואז יהיה שלו בתורת נדוניה ולכן שפיר מצי למימר אף שנתת לי ע"ד לישא בתך אנא הא קאימנא ורצוני לקיים תנאי והעכבה היא ממך וא"כ אין אני צריך להחזיר שהמעות ניתנו להיות שלי רק שאני מחויב לישא הבת ואתן כתובה עליהם ומחמת עכבה דידך איני מחויב להחזיר וכה"ג אמרינן בריש כתובות חלתה היא מהו מצי אמר לה אנא הא קאימנא כו' שפטור מחיוב מזונות שנתחייב אם לא ישאנה כיון שהיא מזומן לישאנה וה"נ המעות הם שלו אלא שמחויב לישא ולתת לה כתובה ע"ז וכיון שהיא מזומן לישא אותה והעכבה ממנו היא פטור ולזה הביא ראייה מהך דסבלונות דהדרי ולא מצי אמר אנא קאימנא כו' משום שלא ניתנו לה לטבועין רק שהיא התחייבה עצמה לינשא ואם לא תנשא תחזור דאז אם אין עכבה ממנה לא היתה צריכה להחזיר רק איפכא אמרינן דכל עיקרם של הני מוהרי אינם רק להתקשט ולנוי ע"ש שתנשא וע"ד שלא יהיה נישואין לא נתן כלל וא"כ ממילא אף שחזר בו הוא כיון שלא נתן כ"א ע"ד נשואין בטלה ולא מהני בזה טענת הא קאימנא וה"ה במעות שניתן לו לנדוניה ג"כ לא ניתן לטבועין ואם לא ישאנה ויקיים תנאי מחויב להחזיר דאז הוי מצי למימר אנא הא קאימנא אלא מעיקרא לא ניתנו לטבועין רק דרך פקדון או הלואה ע"ד שכשתנש' לו יהיו שלו לנדוניה וא"כ כל זמן שלא נשאה אף שהעכבה ממנה אין לו זכיה במעות כלל וזה ברור: ועתה אבוא לדברי הב"ש והנה הך דינא דהח"מ במחייב עצמו לחתן בלי שום תנאי כו' הוא דבר ברור וכאילו נתחייב לו מנה שהלוה לו ואמר לו אם תנשא בתך לי יהא מחול לך דאף אם לא נשאת לו מחמת

אונס מ"מ זה לא מחל כ"א כשתנשא לו וכן מבואר בב"ש סימן קמ"ד וז"ל ותנאי שהוא לטובתו שהיא תעשה זאת לא מהני טענת אונס כי הוא לא התרצה ליתן גט כ"א בתנאי שתעשה זאת כו' ע"ש ולענ"ד פשוט דאף למ"ד אונסא כמאן דעביד מודה בזה כמ"ש לקמן וגם בלא"ה הרי התנאי הוא אם ישיא לו בתו ובודאי דעל נשואין ברצון הבת קאמר שהרי אין בידו לכופה וכיון שלא נתקיים התנאי אין כאן מחילה ומה איכפת לן במה שהיה טועה וסבר שיפייסה במה דאפייס ולקמן אבאר עוד בזה שכתב וכו' ושוב סיים בה הח"מ ומעשים בכל יום שמניחים ביד שלישי שט"ח על הנדן שכשיתקיימו השידוכין הוא פורע השט"ח על הנדן ואם אינו רוצה לקיים התנאי השלישי נותן השט"ח של העובר לצד המקיים וכאשר נוהגים גם עתה וס"ל להח"מ דגם בכה"ג שעיקר השט"ח הוא על הנדן דינא הכי כאשר הוא מעשים בכל יום ולכן כתב הב"ש ובסימן ע"ז כתבתי בשם הג"מ כשבתו טוען מ"ע א"צ לשלם לחתנו השט"ח שנתן על הנדן כו' כי אומדנא דמוכח היא דכוונתו היא ליתן הנדן באופן שתהנה בתו וכו' ור"ל דבכה"ג נהי שתאמר שאין מועיל טענת אונס והשלישי ימסור השטר חוב להחתן מ"מ אינו יכול להוציא בטענת הא קאימנא לישא את בתך אלא שהיא מעכבת שהרי זה טוען לו יהא שנשאת לך וטוענת מ"ע איני צריך ליתן לך דבר כיון שעיקר השט"ח רק על הנדן וא"צ ליתן רק כשתהנה בתו וכל שטוענה מ"ע א"צ ליתן א"כ כ"ש כשמסרב' קודם הנשואין אך כ"ז בהשלישי שטר חוב שכתוב בו שם המלוה אבל בשט"ח ממרני שהוא כגבוי כיון שהוא מושלש ע"ד זה שיהיה שלו בכל גווני אלא שהוא מחויב לישא הבת ויהיה לנדוניה אם כן אם הבת מעכבת מצי למימר אנא הא קאימנא לקיים תנאי לישא אותה ולא מצי למימר לו יהא שנשאת לך הרי טוענת מ"ע ז"א דאם טוענת מ"ע באמתלא שאינה מבוררת אינה יכולה להוציא מידי אף הנדוני' כמבואר בסימן ע"ז וא"ש מ"ש הב"ש בסי' ע"ז בשידוכים שלנו שא"צ ליתן מה שפסק אבל אם כבר נתן הנדוניא או ממרני וכיוצא בזה בשידוכים שלנו שהיא להבטיח את השידוך שיהיה קיים אין מוציאין מידי בטענת מ"ע באמתלא שאינה מבוררת דהא מצי טעון הא קאימנא לקיים תנאי ולישא בתך ובזה לא שייך לומר כמ"ש הרא"ש דאדעתא שתנשא לו נתנם לו שהרי אדרבא ניתנו לו לבטחון והם שלו אף אם לא תנשא אלא שהוא נתחייב שישאנה ואם יהיה עכבה ממנו שלא ירצה לישא אותה באמת הוא מחויב להחזיר אבל אם אין עכבה ממנו אלא מאביה או ממנה לא איכפת ליה כלל כיון שהוא מזומן לקיים התנאי ודברי הרא"ש הם אמורים בנותן מעות לנדוניא ולא עלה על לב מעולם שיהיה לבטחון לקיום השידוך.

דבזה אין ספק כלל דכל שנתבטלו השידוכים לא זכה כלל בנדוני' וכן דברי הרשב"א בסבלונות שמעולם לא ניתנו לו לטבועין רק לפי שעה וע"ד שישאנה וכל שלא נשאה מאיזה צד שיהיה לא זכה בסבלונות כמ"ש בתשובת הרשב"א ח"ג סימן צ"ו באורך דמהשעה אהאלצה אהאלה שאיה יאה שעהאא ששש שאמרו בשלח סבלונות חוזר אינו הלכתא בלא טעמא אלא דירדו חז"ל לסוף דעתן של בריות שהמשלח לבית חמיו לא על דעת ליתן לחלוטין ולטבועין הוא שולח אלא משום אחתוני ועל דעת שישביכו לו מבית חמיו עם אשתו שע"ד לכונסה שלח כו' וה"ה והוא הטעם כששלח חמיו לבית החתן שלא שלח אלא ע"ד שתנשא לו בתו ואפילו נתארסה לא מחל עד שתכנס בתו אצלו כו' ע"ש וה"ה במה שנתן לו אבי הבת אחר השידוכין במה שפסק לו לנדוני' כשלא נתן לבטחון

לקיום הענין שהרי נדונית הבת הוא ולא לשם מתנה רק ע"ד שישא אותה לכתוב לה כתובה על סך זה וכן מבואר בשו"ת הרשב"א ח"ג סימן רמ"ד וז"ל הדבר ברור שאין שמעון זוכה במתנת הגן והבית ואפילו עכבה לאה לפי שלא ניתן רק לנדוניה וכל שלא נשאת לו מאיזה צד שיתבטלו הנשואין לא זכה שמתנת הקרקעות נגררת אחר הנשואין והוא היה חייב לכתבן לה בנדוניה כו' ע"ש ל כל שניתן לו או ביד שלישי שימסור לצד המקיים לבטחון לקיום הענין וכאשר הענין מתקיים הוא לנדוניה פשיטא שיעשה השליש מה שהושל' בידו וכמ"ש הרא"ש בתשובה כלל ל"ד ועל שידוכין שעשה כ"א שטר בקנס על עצמו כו' יש לשליש לקיים שלישי וכן שטר נדוניה שכותב על עצמו בחוב גמור כיון שחייב בו עצמו חייב הוא ואם עבר על תנאו תוכל האשה לגבותו עכ"ל: שוב מצאתי הדבר מבואר שיש חילוק בין נותן לנדוניה סתם בין נותן דרך הודאה וחייב שהרי כל חיליה דהרא"ש ששמעון צריך להחזיר מה שניתן לו בנדוניה מהא דמוהרי הדרי והנה בב"י בריש סימן נו"ן כתב בשם רבינו ירוחם וז"ל נדוניה שנהגו לכתוב באלו הארצות שמחייב עצמו החתן כשמשדכין ומודה שקיבל כך וכך ומחייב עצמו חוב גמור נראה שנגבית בכל ענין אפילו חזרו בהם היא או הוא שכבר הודה וחייב עצמו ושעבד ושאלתי לרבותי ע"ז והודו לדברי עכ"ל הרי מבואר דלא אמרינן שלא התחייב את עצמו כ"א באופן שתנשא לו אלא כיון שכבר זכתה בחוב לא איכפת לן בחזרה ואפילו חזרה היא ולא דמי לסבלונות שלא זכתה מעולם כלל (אך מ"ש אפי' חזרה היא צ"ע מתשו' הרא"ש שהבאתי שנראה מדבריו דדוקא אם עבר הוא על תנאו היא גובה אבל לא אם חזרה היא ואפשר דמיירי שחזרה ע"י אמתלא מבוררת וניכרת לב"ד שא"א שתנשא לו דמ"מ החוב לא בטל כיון שכבר נשתעבד ועל החזרה היא אנוסה וגם זה צ"ע) ונראה שדרכם היה בשעת קישור התנאים לכתוב שהחתן קיבל מן הכלה סך כך וכך ומחייב עצמו לשלם הסך ההוא ולכן הוא מחויב אפילו נתבטלו הנשואין ולכאורה נימא דלא עדיף שטר חיוב זה מאילו נתן מעות ממש לידה דצריכה להחזיר אלא הוא הדבר אשר דברתי דודאי נתינת מעות ממש בתורת נדוניה או סבלונות נגרר אחר הנשואין וכל שבטלו הנשואין צריך להחזיר אבל המנהג ההוא נתיסד שהחתן יתחייב עצמו לבטחון לקיום הענין וזה נגבה אם בטל ע"י חזרה וכן אם נתן מעות לבטחון ונתבטלו השידוכין מחמת חזרה פשיטא שא"צ להחזיר וכ"ש הוא מנתן שט"ח לבטחון ולפ"ז דברי הב"ש עולים כהוגן ככה"ג דמעשים בכל יום שמניחים שט"ח לקיים הענין ועולה לכאן ולכאן שאם יתקיים הוא נותן הסך לנדוניה ואז היכא דא"א לדחותו בטענת מ"ע כגון בממרני דחשוב כגבוי שפיר זוכה בו החתן כמ"ש רבינו ירוחם שכבר הודה ונתחייב ונשתעבד ודברי הב"ש בזה עולים יפה לדינא כפתור ופרח: ועתה נחזי אנן בנ"ד לפי שהשאלה באה סתומה אני צריך לבאר כל החילוקים ונראה ברור דלא מיבעיא אם נעשה הענין על פי השלשת שטרות לקיום התנאים ושוב לוקחין שטרות אלו מיד השליש ומשלישין במקומם מעות ביד השליש או וועקסלין על שם הזוג הרי הדבר מבורר וידוע שמעות זה או וועקסלין אלו המה תמורת השטרות שהונחו לבטחון לקיום הענין ובמקומם הם לכל דבר ולא יפול לב מתעקש עליו לומר שדעת הצדדים היה לבטל הבטחונות והקיומים שנעשו בשעת התקשרות רק משלישין עתה לצורך נדוניה ואין חוששין לחזרה מחמת קנס המבואר בתנאים דא"כ מעיקרא מאי קסברי שלא סמכו על חומר הכתוב בתנאי על צד

העובר והשלישו שטרות לחזק במסמורים לא ימוטו ועוד דמה"ת יעשו זאת לבטל מה שמחזק הענין ביותר וגם נראה דאף אם היה רצון הצדדים כן אין בכחם לבטל בלי רצון הזוג שהרי כל עיקר הענין הוא לטובת הזוג וזכין להם שלא בפניהם אבל אין חבין להם וכן מבואר באה"ע סימן קי"ד לענין חיוב מזון הבת אם האם פטרו מלזונה אין הפטור כלום וכתב שם הב"ש בשם הפרישה שאם האב עשה חיתון עם בתו ונתרצו האב והחתן לבטל השידוך אין רשות לאב לבטל החיתון בלא רצון בתו וק"ו שאין לו רשות לבטל השט"ח שהשלישו לקיום ההתקשרות וע"כ דבאמת אין מבטלין אדרבא מחוזקין הבטחונות ביתר שאת במה שנותנים ליד השליש מעות מזומנים ע"ש הזוג שיסתחר בהם לטובתם והם הם הבטחונות והקיומים על השידוכים שהמעות קנוי לצד המקיים ואם יתקיים הענין הוא הנדוני' שהתחייבו הצדדים ולא גרע מעות בעין שהושל' תח"י השליש או מממרני שהושלש לידו לנדוני' ולקיים הענין.

ומעתה בנ"ד כפי אשר היה למראה עיני גב"ע ופס"ד מהנברר מצד אבי החתן וז"ל ע"ד הטענות כו' א"כ אף אם לא היה מושלש שט"ח מתחלה רק זה החילו להשליש אף אם לא היה בפירוש ע"ד קיום השידוך אומדנא דמוכח הוא שהשליש לבטחון לקיים השידוכין שיהיה דעת אבי הבן סומך על זה וכל כה"ג פשיטא דעדיף מהניח שטר לבטחון וחייב עצמו שכתבתי בשם הרא"ש ורבינו ירוחם דשפיר גובין בו אלא שהבית שמואל כתב דבשטר שנזכר בו שם המלוה לא מהני כיון שעיקר השט"ח לסילוק הנדוניא וא"כ אנו דנין כטוענת מ"ע אחר הנשואין (והרא"ש ורבינו ירוחם מיירי בשט"ח שהחתן נותן על עצמו להכלה שפיר מתחייב למשתעבד משא"כ הכלה להחתן דמהני טענת מ"ע) ומ"מ בממרני כתב הב"ש דמהני וא"כ מכ"ש בהשליש מעות בעין לטובת הזוג דכבא ליד החתן ולא מהני מה שחזרה בה שיצטרך הוא להחזיר וק"ו הדברים בזה שבפירוש התנו להשלישו סך כו' וגם שטר חוב על המותר לקיום השידוך שהדברים מבוארים ברא"ש ורבינו ירוחם דשפיר גובין בו אף שלא נתן ויעשה השליש מה שהושלש בידו ויכול לגבות אף בשט"ח דסתם שט"ח שאנו משלישין עתה הוא ע"ד הבטחות של חכמי ספרד ואין מועיל טענת אונס ואבאר עוד אי"ה: ועוד נלענ"ד ברור דגם הרא"ש שכתב דצריך להחזיר מה שניתן לו על הנדן מודה בנ"ד דא"צ להחזיר דהא שפיר קאמר אנא הא קאימנא לקיים התנאי ואי משום אומדן דעת שלא נתן אלא ע"ד שתנשא זה לא שייך אלא בסתם משא"כ בנ"ד שזה התרה בו שאם רוצה בקיומו של השידוך שישליש הנדן לקיום ואם לאו אולי יזדמן לו שידוך אחר יעשה וזה מילא רצונו והשליש הא קמן שכל כוונת השלשת המעות בזה היה כדי שיתקיים השידוך בכל אופן א"כ אזל ליה האומדן דעת ואדרבא איכא אומדן דעת שזה שכנגדו לא להיות תלוי ועומד בקשר שאינו של קיימא וע"ד כן השליש אבי הבת להראות פנים מסבירות לאבי הבן כי הקשר הוא קשר אמיץ והקנה בכל אופן שהרי הנה זה בא לעשות רצון מחותנו אבי הבן והוא רוצה שיהיה קנוי בכל אופן מדאגה מדבר שמא יחזור בנו או היא או בתו מעצמו או ע"י הסתת קרובים וכל שהוא דבר שתלוי ביניהם אין מועיל אומדן של האחד כלל כמ"ש התוס' בב"ק דף ק"ד ובכתובות דף מ"ז וכמ"ש לקמן בזה: ועוד נראה לפי מ"ש הרא"ש בתשובה סי' לענין נדונית חתני' שאם נהרגה האשה א"צ להחזיר דלא אסיק האב אדעתיה שתהרג וגמר ויהיב אדעתא דהכי ומשם למד בתה"ד סי' רס"ז דגם בנשתמדה

א"צ להחזיר לאב ואפילו לא נתן צריך ליתן דבמלתא דלא שכיח לא אמרינן אומדנא וכן הסכמות כל אחרונים ס"ס קי"ח וכ"כ בשו"ת ב"ח סימן מ"ח לענין מי שמכר עורות והזכיר שחיטה בדבריו ע"ש (ובזה נדחה מ"ש הח"מ לענין השלישו שטרות דצ"ע שמא אומדנא היא שלא התחייב אלא ע"מ שהבת לא תסרב ע"ש שהניח בצ"ע ולפי מ"ש ז"א דכיון דסירוב הבת הוא אונס דלא שכיח א"כ לא אזלינן בתר אומדנא זו).

ולפי"ז צ"ע על הראיה שכתב שחזר בו הוא מחזיר הנדוניא דאומדנא שלא נתן אלא ע"מ שתהנה בתו ודמי לה להיא דפליגי ר"נ ורבנן בכתב לה פירות כו' ומתה דאמרינן שלא זכה הבעל ולכאורה י"ל דוקא מתה שאינו אונס דלא שכיח משא"כ בזה שהוא עצמו העושה התקשרות הלז ומלתא דלא שכיחא שיחזור בו הוא עצמו ויבטל התנאין ויותר לא שכיח מסירוב הבת וכיון דלא אסיק אדעתיה שהיא יחזור בו אזדא ליה האומדנא ואם נפשך לומר דשפיר שכיח שיחזור בו ע"פ שמועה קרובה או רחוקה או איזה סיבה שבגלל הדבר הזה יחזור בו א"כ גם סירוב הבת שכיח שמצא ע"י איזה שמועה או סיבה ועינינו רואות רבות בנות עשו כזאת ובפרט האידנא דשו בה רבים ובדוחק י"ל דחזרת עצמו שכיחא ליה משא"כ חזרת הבת סתמא ניחא לה במה דעבד אבוה וכיון שאביה אינו חוזר רחוק שהיא לבד תחזור בו נגד רצון האב ואיך שיהיה עכ"פ נראה דבגוונא דנ"ד שנתחייב בקנין ובקנס להשליש ממרני או מעות לטובת הזוג ממש זכה החתן דאי תימא כסברת הרשב"א דסירוב הבת לא שכיח אם כן מצי טעין אנא הא קאימנ' דליכא אומדנא שלא נתן אלא ע"מ שתהנה והיא מסרבת ז"א דכיון דסירוב לא שכיח הרי זה כנהרגה או נשתמדה דלא אזלינן בתר אומדנא זו ואם כן זכה במעות השלישות.

ואי תימא כסברת הר"מ ב"ר ברוך במרדכי דלא חשיב ליה אונס כ"כ ושפיר אמרינן אומדן דעת שלא השליש ונתחייב אלא ע"ד שתהנה דודאי אסיק אדעתיה א"כ שוב יש לחייבו קנס דהו"ל לאתנויי וממ"נ זכה או בקנס או במעות שבעין תח"י השליש אם לא שנאמר דסירוב הבת הוי אונסא דשכיח ולא שכיח וכדמשמע קצת מלשון הרשב"א בתשובה שהביא הב"י ואפילו אונסא דשכיח ולא שכיח לית ליה לאתנויי וא"כ י"ל דלענין קנס לא הו"ל לאתנויי משא"כ לענין אומדנא דוקא בלא שכיח כלל לא אמרינן אומדנא אף כפי פשיטות לשון הרשב"א בתשוב' סימן תשע"א שכתב לא היא דאונס דלא שכיח הוא דכל הבנות מתרצות למי שירצה האב או הקרובים ואפילו שכיח ולא שכיח לית ליה לאתנויי כו' עכ"פ מבואר דמספקא ליה בהא אם שכיח ולא שכיח או לא שכיח כלל ומבואר בתה"ד בפסקים סימן שכ"א דהואיל ולא אתינן רק מכח אומדנא כל שיש כאן ספק לא תבטל והביא ראייה מדברי האשר"י פרק מי שמת גבי ש"מ שהקדי' כו' וכתב האשר"י כיון דהמתנה ודאי ומכח אומדנא אתינן לבטלה בעינן אומדנא ודאי וא"כ בנ"ד הואיל והאב כתב ונתן בודאי לחתנו ואפילו לפר"ת לא אתינן לבטל המתנה אלא מכח אומדנא בנ"ד ספיקא היא ולא יתבטל מכח ספק אומדנא ואפילו לא"ז דפסק התם כנ"ל אפשר דחזקת ממון עדיפא כ"כ דאפילו ספק אומדנא מהני אבל נ"ד דהממון ביד שלישי והו"ל לבעל תפיסת יד אית לן למימר דספק אומדנא לא תבטל המתנה ודאית עכ"ל הרי מבואר דבכה"ג היכא דליכא אומדנא ודאית לא אזלינן בתרה אך באמת להרשב"א שבתשובות הראשונים נתקצרו וגוף תשובה זו כלשונה היא בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' רי"א ושם כתב וז"ל ואל תשיבני שהיה לו להתנות כנ"ל דלא היא דלא אמרו

אלא באונסא דשכיח כהפסקת נהר אבל אונסא דלא שכיח או אפי' שכיח ולא שכיח כמיתה ואולי לית ליה לאתנויי ויש טענת אונס וזה ודאי אונס דלא שכיח שכל הבנות כו' הא קמן דלרווח' דמלת' כתב דאפי' בשכיח לא שכיח לית ליה לאתנויי וא"כ כ"ש בזה שהוא ודאי אונסא דלא שכיח וכן מתפרש הלשון בתשוב' הרשב"א ה"א במ"ש ואפילו שכיח ולא שכיח כו' לא בא לומר דהך דהכא י"ל דהוא שכיח ול"ש אלא ר"ל דגדולה מזו דאפילו שכיח ול"ש לית ליה לאתנויי אבל הך דהכא ודאי ל"ש היא וכמ"ש להדיא בח"ג ופשיטא שאין לנו לבדות מלבינו לומר דהוא אונס' דשכי' ול"ש שניהם לטובת אבי הבת לענין המעות המושלש הוי אומדנא ולענין הקנס לא הו"ל לאתנויי אלא או כדעת הרשב"א דל"ש כלל או כדעת מהר"מ דאין זה אונס לפוטרו מקנס וא"כ ממ"נ זכה המשודך בממון המושלש או מטעם שזוכה לו הממון לקיום השידוך וליכא אומדנא או משום חיוב הקנס וגם כי יש פוסקים הסוברים דוקא באונסא דל"ש כלל אבל שכיח ול"ש לא ומדייק הכי מלשון הרמב"ם שכתב פרק י"ט מהל' מכירה שלא עלה על דעתו זה הפלא כו' משמע דוקא באונס פלא דל"ש כלל וזה דעת מהרשד"ם בתשובה ועיין בשו"ת מהר"מ אלשיך סי' ס' ושם כתב שהתוס' בגיטין בתירוץ הב' נראה שאין מחלקין בין אונס שכיח ובין שכיח ול"ש וא"כ פשוט דנ"ד שהחתן מוחזק כיון שהושלש לטובתו א"כ אף אם כה יאמר דהך אונס הוי שכיח ול"ש אין מוציאים מידו כיון דאיכא דיעות ואיכא שינויא דאף דשכיח ול"ש דינו כשכיח אך באמת צ"ע לזה דברשב"א מבואר דס"ל דהוי ל"ש כלל דסיים שם שאותן שאין מתרצים הם מיעוט מן המיעוט כו' וא"כ בכה"ג לא אזלינן בתר אומדנא כמו בנהרגה או נשתמדה דאמרינן דאע"פ שלא נתן צריך ליתן ומכ"ש בנתן כבר דאין מוציאים מידו והדברים שכתבנו הם ברורים בס"ד: ועוד ראיתי לברר דברי הרשב"א בתשובה דלעיל שכתב ומיהו אין דברינו אלא במי שהוא אונס ודאי ולא במסבב וגורם האונס והלב יודע אם לעקל או לעקלקלות עכ"ל ולכאורה צ"ע דא"כ איך כתב שטענת אונס שטען הדין עמו דלמה יהיה הדין עמו כיון שאין אתנו יודע מה בלבו אם לעקל כו' ושמא באמת הוא סיבב וגרם סירוב הבת ואם כונתו שיברר ע"י שישבע או יקבל בחרם לבתו כלל נראה שאין זו טענה לפוטרו מקנס דטענה זו של אונס במקום קיום התנאי קאי ובתנאי שהיא בקום ועשה צריך לברר שקיים התנאי וכמו כן צריך לברר אם טוען שהיה אונס וכ"כ להדיא באורים ותומים סימן כ"א שצריך לברר אונסו אף אם הוא מוחזק והביא ראיה מלשון הרמב"ם שכתב ואם הביא ראיה שאנוס היה כו' ע"ש וא"ל דכיון שהבת לפנינו ואומרת שאינה רוצה מסתמא האמת כן הוא שהרי רוב בנות מתרצות אין זה ראיה של כלום דאיהי בתר אביה גריר' וכיון שהאב נשתנה דעתו מאיזה טעם שיהיה נמשכת היא אחריו ושינוי דעת האב פשיטא דלאו מילתא היא לדון דין אונס מחמת זה ואמנם למעיינ דברי הרשב"א באורך בח"ג שכתב ראובן שידך בתו כו' ועוד חייבו עצמם לקיים השידוכין בקנס ידוע וקנו מהם סך ידוע ולהיות אילו שט"ח ביד שלישי עד זמן הנשואין כמנהג המקום ועוד נשבעו שניהם זה לזה להשלים התנאים ולאחר שנתיים חזר בו ראובן ואומר כי בת בתו אינה רוצה ורוצה לפטור עצמו מן השבועה ומן הממון שפסק מחמת נדוניה בטענת אונס ומן הקנס רוצה לפטור עצמו בטענת אסמכתא ושמעון טוען שאין כאן אסמכתא לפי שיש בשט"ח של הקנס מעכשיו כו' ועל הפסק טוען שהוא חייב כיון שנשבע אפילו הוא אונס כמו

שטוען אינו אנוס על הממון ועוד שאינו אנוס וטענת הרמאי הוא כי מרצונו שידכה עם אחר כנ"ל והרשב"א השיב שאם היא כמו שטען ראובן שאין סיבת הביטול מרצונו אלא מחמת סירוב הבת טענותיו טענות וטענת אסמכתא טענה כמו שטען ואע"פ שיש בשטר הקנס מעכשיו דכיון שנמסר ביד שלישי ואין השלישות מעכשיו אין לשליש להחזירו שאין האסמכתא מצד חיובו של שטר הקנס אלא מחמת החזרת השלישות שהיה להם לומר לשליש אם לא אקיים החזר בלא שום אסמכתא או יהיה בידך מחמת פלוני מעכשיו ותדע לך שהרי שנינו פרק ג"פ מי שפרע מקצת חובו ע"ש והאריך בזה וכתב ועוד כי יש לרמב"ם וראשונים דברים עתיקים אפילו באמר מעכשיו כו' וטענת האנוס שטען הדין עמו לפי שזה אנוס גמור הוא כו' ע"ש הנה מבואר שאבי הבת לא בא לפטור עצמו מן הקנס מחמת אנוס רק מחמת אסמכתא והרשב"א השיב שהדין עמו שהיא אסמכתא וטענת אנוס שטען הוא לפטור עצמו מן מה שפסק לנדוניה ומשבועה ועל זה היתה תשובת הרשב"א כי גם בטענת אנוס שטען הדין עמו והיינו לענין פטור השבועה (ואע"פ שסיים בה ועל הפסק ג"כ פטור שלא נתכוון זה ליתן אלא בנדוניה ונישואין אין כאן נדוניה אין כאן ועל השבועה ג"כ פטור אם הוא אנוס שהאנוס פוטר גם את השבועה ולשון זה משמע דמעיקרא לענין פטור הקנס מיירי אפשר דמ"ש ועל השבועה ג"כ כו' הוא חוזר על מ"ש בראשונה בפטור השבועה וצ"ע) ולכן שפיר כתב ומיהו אין דברינו אלא במי שהוא אנוס ודאי ולא במסבב וגורם האנוס והלב יודע כו' משום דלענין שבועה שהוא בינו לבין קונו אחר כוונת הלב הן הדברים אכן אם רוצה לפטור מקנס צריך לברר אונסו ואין זה בירור מה שהבת צווחת ואומרת איני רוצה שהרי אינו רק מיעוט' דמיעוטא שמסרבת אחר מעשה האב כמ"ש הרשב"א וא"כ יש לנו לדון ששותא דידה דאביה היא וערום יערים הוא ואין זה בירור כלל ועוד נראה דכיון דמחמת אומדנא אתינן עלה א"כ אדרבא איכא אומדן דעת להיפך שזה שכנגדו לא היה מתרצה בכך שיהיה יכול לבטל הקשר בדבור בעלמא כי מי הוא הפתי שלא ידע בכל אלה שנפש האב ונפש הבת אחת המה וכשלא ירצה האב יתלה הסרחון בה ליפטר וא"כ כיון שיש כאן דעה אחרת שהוא מתחייב עצמו נגד חבריו וחבירו מדאגה מדבר שלא יבגוד בו הוא משביעו ומחייבו קנס אומדן דעת הוא שלא נתכוון זה לפוטרו ע"י אמירה בעלמא אנוס אני וא"ל דכיון שהם מתחייבים זה כנגד זה איהו גופי' ניחא ליה בהכי כדי שגם הוא יוכל לחזור בו באמתלא כזו ז"א דא"כ מה הועילו בתקנתן וטרחו בכדי לקנוס עצמם כיון שהמסרב יכול להפטר ממנו בדבור בעלמא וא"ל שבאמת צריך לישבע שכדבריו כן הוא שהבת מסרבת ז"א דמ"מ טורח זה למה שהרי בעובדא דהרשב"א שם נשבעו שניהם ובכל שידוכין תקעו כף ומקבל חרם על עצמו וא"כ קנס זה לא מעלה ולא מוריד ואומדן דעת היא שההתחייבות נעשה על אופן שאם לא יהיה אנוס מבורר בב"ד מחוייב ליתן קנס ואין זה אנוס מבורר והדבר מבואר בתוס' דכתובות דף מ"ז ובב"ק דהיכא דאיכא דעת אחרת לא אזלינן בתר אומדן דעת דהאי דשמא חבירו אינו מתרצה ע"ד כן ועיין במשנה למלך פ"י מהל' זכ"ל באורך ושם בדברי מהר"ש הלוי ד"ה אלא שנלענ"ד לפ' כו' וא"כ בנדון זה שנגמרו השידוכים ע"פ החיובים והיה הקשר אמיץ ביניהם ע"י הקנסות ואריה דשבועה רביע עלייהו דאי בא למיהדר לא מצי הדרי מי איכא למ"ד דסמכינן אאומדנא דמתחייב ולא חיישינן לדעת שכנגדו שלא היה מתרצה לדעת

המתחייב כו' ועיין בדברי המ"ל שם במ"ש דשאני נידון דהרא"ש דלא היה שום חיוב בדבר כ"א מכח שבועה וכיון שהם דברים שבינו ובין קונו שייך לומר אדעתא דהכי לא נשבע אף דאיכא דעת אחרת אבל היכא דאיכא חיוב כגון בלוקח מקח וכן באותה דמהר"ם לאפקועי קידושין בזה יודה הרא"ש דהיכא דאיכא דעת אחרת לא אמרינן אדעתא דהכי ע"ש וא"כ נראה דלענין חיוב קנס אין טענת אונס שהבת אינה רוצה פוטר אותו מדין קנס כיון שאינו אונס מבורר והרשב"א שם לענין השבועה מיירי שהוא בינו ובין קונו ובהכי ניחא מ"ש והלב יודע כו' דלענין השבועה במחשבתו תליא ומצאתי הדברים מבוארים בשו"ת הרשב"א המכונים להרמב"ן בסימן רע"ב שכתב וז"ל אם באו עדים שראובן זה אירעו אונס גוף או אונס דרך דבר ברור הוא שפטור כו' דרך כלל שאונס כשמו ואין הרצון אונס ואילו זה מסבב אונסין לעצמו כגון שסבב על ידו או שלוחו או שאחרים עושים על דעתו שיהיו אדוני הארץ מאיימין אותו ומשימין עליו קנס אין זה אונס אלא רצון אבל אם מאיימין עליו שלא בסבתו כו' וכן הדין במי שאיימוהו באונס הדרך שכל דרכים אלו בחזקת סכנה הם והלב יודע אם לעקלקלות אבל כל זמן שהעידו עליו שני עדים שמכירים באונסו פטור מקנסו אם יש קנס בדבר ופטור מדיני שמים אם יש לו אותו אונס שהוא טוען כו' ע"ש (ובח"מ רמז לתחלת תשובה זו לענין מסבב האונס כו') הרי מבואר שאם יש קנס בדבר והוא טוען טענת אונס לפטור ממנו צריך שני עדים שמכירים באונסו והרשב"א שכתב דאונס סירוב בתו חשוב אונס לענין שרוצה לפטור עצמו מן השבועה שהוא דיני שמים והיינו דנקט הך לישנא דוהלב יודע אם לעקל כו' שהוא אותו לשון עצמו שכתב בתשובה המכונות לענין שבועה ולשון זה הוא היא לקוח מש"ס דסנהדרין דף ופירש רש"י לעקלקלות להעביר על דת וזה שייך גם כאן לענין השבועה ולא לענין הקנס וכן היא במדרש איכה רבתי שאמר ר' יוחנן בן זכאי לבן פנגר שאמר שוברין את החביות כו' והשיב לו ריב"ז הלב יודע כו' וסופו היה שהלך לחרפות ולדראון עולם ואמר במדרש שם בסוף שפגעה בו קללתו של ריב"ז ולכן שפיר נקט לשון זה לענין איסור שבועה שאם אין האמת אתו סופו לקבל עונשו אבל לענין קנס אינו פטור רק אם יברר בעדים ואין זה בירור כיון שאונס כזה קרוב שבא ע"י סיבוב שמסבב לעצמו ואין זה אונס אלא רצון אלא לענין קנס פטור מטעם אחר שטען דהוי אסמכתא ותדע שהרשב"א לא בא לפוטרו מקנס מחמת אונס שהרי עובד' דידיה קנו בקנין ונתנו שט"ח ביד שלישי עד זמן הנשואין כמנהג המקום ומשמע שהיו עושין על דרך הבטחות שהנהיגו חכמי ספרד ובכה"ג אין מועיל טענת אונס במ"ש הח"מ וכן מבואר במשנה למלך פרק י"א מהלכות מכירה הלכה י"ח בשם מהר"ש הלוי דלכך הוזקקו לעשות התנאי במחול לך אף דלהרמב"ם מעכשיו מסלק האסמכת' משום דכיון דהחיוב מוחלט והתנאי במחול לך אף שנאנס חייב ליתן ע"ש ומה שנסתפק הח"מ דשמא אומדנ' דמוכח שלא התחייב אלא ע"מ שבתו לא תסרב כבר כתבתי לעיל דליתא דכאן לא אזלינן בתר אומדנ' דמוכח שלא התחייב אלא ע"מ שבתו לא תסרב כיון דלא שכיח והוה כנשתמד' או נהרגה דמה דלא אסיק אדעתיה כלל שפיר נחית נפשיה לספק זה (ואף לפי מה דס"ד לפרש דברי הרשב"א בפשיטות דפוטרו מקנס משום אונס דלא שכיח לא הו"ל לאתנויי אין זה מטעם אומדנא דאדעתא דהכי לא חייב נפשו אלא כל מי שנתחייב לעשות איזה דבר ונאנס ולא עשאו אין עליו עונש הקנס שקיבל עליו כיון דלולא האונס

היה מקיים חיובו אלא שאם היה מתנה בפירוש שמחויב קנס בכל אופן שלא יעשה היה חייב והיה מקום לומר דהוה כהתנה בפירוש כיון שחייב נפשו סתמא ע"ז אמרו דאונס דלא שכיח לא ה"ל לאתנויי אבל היכא שאין מקום לפוטרו משום אונס כגון בחייב מוחלט והתנאי הוא על המחילה דלא מהני אונס כמש"ל רק שנאמר לעקור את גוף החיוב משום אומדנא שלכ"ע התחייב א"ע מפני שהיה סובר שיוכל לקיים התנאי ויהיה מחול אז אפילו תימא דאף בכה"ג אמרינן אומדנא מ"מ לא אמרינן אומדנא על אונס דל"ש וכמו בנהרגה או נשתמדה ונקוט האי כללא בידך דכל שהפטור מחמת אונס אז אונס דל"ש עדיף דלא הו"ל לאתנויי וכל שהפטור מחמת אומדנא אדעתא דהכי לא התחייב אז כשאירע דבר דל"ש לא אמרינן הך אומדנא אלא אמרינן דהכניס עצמו על ספק זה כיון שרחוק הוא שיארע כן ועיין מ"ש בק"א לספר כתובה סימן קי"ח) ומכ"ש לפי מ"ש במשנה למלך שהבאתי לעיל שהבטחות אלו הם נעשו ע"ד כך לבטל טענת אונס דפשיטא דלא מהני טענת אונס לבטל הקנס וע"כ דהרשב"א דקאמר דמה שטוען טענת אונס הדין עמו היינו לענין השבועה והקנס פטרו משום אסמכת' ואע"ג דבתשובת הרשב"א חלק א' סימן שע"א משמע דגם מקנס פטרו משום אונס נראה שהמקצר תשובת הדפוס לא דקדק יפה בזה שהרי בטענות שם העתיק הרשב"א שטען על הקנס אסמכת' ועל הפיסוק והשבועה טענת אונס ודוחק לומר שהבעל דין טעה בזה והיה סובר דא"א לפוטרו מן הקנס משום אונס דא"כ היה לו להרשב"א לבאר זה בתשובתו שלא ליתן מקום לטעות ועוד נראה דאי תימא דאונס כה"ג פוטר משבועה א"כ נפל קנסא בבירא לפי מש"ל בשם הפרישה והב"ש דהאב אין יכול לבטל השידוך בלא ידיעת בתו וא"כ ממ"נ אם הבת רוצה לקיים השידוך הראשון הרי אף אם ירצה ליתן קנס אין בידו לבטל השידוך ואם הבת אינה רוצה להנשא לזה אם כן ממילא דהיה פטור מהקנס וא"כ לא משכחת קנס אלא בקטנה ונערה שבידו לקדשה כמ"ש הט"ז שם ופשיטא שא"ל דעיקר חיוב הקנס היא על סילוק הנדן ולא על הנשואין דנהפוך היא דעיקר הקנס הוא על הנשואין וע"כ לומר כמ"ש דמה שהבת אומרת איני רוצה אינו פוטר מקנס כיון שאינו מברר טענת האונס ואמנם סוף הל' של הרשב"א שם משמע שפטור גם מקנס משום אונס וכ"כ להדיא בשו"ת הרשב"א חלק ב' המכונה תולדת אדם להרשב"א ששם בסי' ל"ה כתב בדין קלקל המשודך מעשיו וכתב שם וז"ל ועוד שאם אין הבת רוצה לינש' לו אנוס הוא זה ויש טענת אונס בממון כו' ע"ש וגם תשובה זו הובאה בקצרה בב"י אה"ע סי' נו"ן ואמנם לפ"ז צ"ע דהא שם נמי איתא בשאלה שנתחייבו זה לזה בסך ידוע בחוב גמור ומעכשיו והשלישו השטרות ביד אחר וא"ל שכל המעכב מהם אחר הזמן שיתן את השטרות ליד חברו המתרצה בנשואין ובתוך הזמן קלקל המשודך כו' ואם כן בכה"ג שעשו שטרות בחוב גמור והשלישו שהוא ע"ד חכמי ספרד וא"כ למה יועיל טענת אונס וע"כ לומר דעובדא דידיה לא היה ע"ד שלישות זה דאם אקיים מחול לך אם כן הך דהרשב"א ח"ג נמי י"ל דבהכי מיירי ואמנם נראה דאף אם נפרש דגם על אונס ממון קאי מ"מ היינו כגוונא דהרשב"א בח"א שהיה שם אמתלא מבוררת שתשנא אותו שאין לו אומנות אלא לשחוק בקוביא ומצחק את בגדיו ואף דהאחרוני' בסי' ע"ז כתבו דזו אמתלא שאינה מבוררת היא שהרבה ריקים ופוחזים נשותיהם שרוים עמהם בשלום זהו דוקא אחר הנשואין אבל קודם הנשואין פשיטא דאמתלא גמורה היא שאין רצונה

להנשא לו ולכן שפיר מצי פטר נפשיה מקנס' בטענה שהבת מסרבת דכיון שהיא עומדת וצווחת שאין רצונה להנשא וגם יש רגלים לדבר שראוי שתשנא אותו ובהכי אפשר דמיירי בתשובת הרשב"א חלק ג' וזהו שכתב מיהו אין דברינו אלא באונס ודאי מה שאין כן היכא דליכא אמתלא מבוררת אין זה נפטר מהקנס בשביל אמיר' בעלמא של הבת דאין זה בירור כלל ולא מפ' אנו חיינן עד שיביא רא' לדבריה וכיון שיש ספק בדבר והלב יודע כו' לא נפטר מחיוב ודאי של הקנס ועוד נראה דאפילו בכה"ג דמיירי הרשב"א דאיכא אמתל' מ"מ ע"כ לא קאמר הרשב"א התם אלא שאין להוציא ממנו קנס כיון שהוא מוחזק וטוען ברי שהוא אונס מחמת סירוב הבת ואע"פ שהשלישו שטרות כבר כתבתי דע"כ אונס ע"ד חוב גמור ובתנאי דמחול לך דאל"כ לא הוי מהני טענת אונס כלל ולקמן אבאר שזה דעת הרשב"א משא"כ אם המשודך מוחזק והוא בא להוציא בטענת אונס אף שרוצה לישבע לאו כל כמיניה להוציא בשבועתו דאף שהאמתלא מבוררת דאפשר שתהיה מואסת בו מחמת זה מ"מ הטענה אינה מבוררת שתוכל להוציא על ידי זה ומכ"ש בגוונא שכתב הרשב"א די"ל דאין זה בירור כמ"ש האחרונים דהרבה רקים ופוחזים כו' וה"ה לכל אמתלא כיוצא בזה וכבר כתבתי דהאו"ת כתב דאף אם הבא לפטור עצמו בטענת אונס הוא מוחזק אינו נאמן עד שיברר אונסו וכאשר מבואר ג"כ בדברי הרשב"א בשו"ת המכוני' וא"כ מכ"ש אם המשודך הוא מוחזק שאבי הבת צריך לברר ואין מוציאין מיד המחזיק אם לא שיברר אונסו בעדים ולפי"ז נראה ברור בנ"ד אף לפי דברי הרשב"א דזה הבת ממאנת הוי אונס דלא שכיח מ"מ כיון שהלב יודע כו' ואין טענתו מבוררת בזה שהרי מיעוטא דמיעוטא הוא שתעיז פניה להמרות פי אביה כמ"ש הרשב"א וקרוב הדבר שמאתו תצא הרע' שמסבב הסירוב ע"י עצמו או שליח או אחרים עושי' על ידו שאין זה אונס אלא רצון ולענין החרם הוא צריך לחוש לנפשו והלב יודע ולענין ממונ אינו נאמן לומר אונס אני בלא בירור הדבר וכיון שאין כאן אמתלא מבוררת אין זה מועיל לפטור עצמו ואפילו אם באה בטענה ואמתלא מבוררת אף שי"ל דבכה"ג אין להוציא מיד המוחזק ובכה"ג י"ל דמיירי הרשב"א ורמ"א שהביאו מ"מ בנ"ד הרי החתן מוחזק כיון שהמעות שתחת יד השליש הוא על שמו וכן השט"ח ולא הושלש, רק לטובת הזוג ודאי ברור שאין מוציאין מידו ואפילו תאמר דכל שנתבטלו השידוכין הנדוניא חוזרת מ"מ ברור שעכ"פ הם שלו עד עתה רק שבביטול השידוכין הוא צריך להחזירם והרי זה כאילו לזה ומחויב לפרוע שכל כמה דלא פרע דידיה נינהו והבא להוציא ממנו עליו הראיה ומה שהם ביד שלישי אין זה אלא כנפקד ובשביל זה לא בטלה חזקתו של זה וזה מבואר בדברי מהרי"ל והח"מ והב"ש וקצרותי: והנה בשו"ת מהרמ"ע מפאנו סימן פ"א הביאו בח"מ בקצרה כתב לזכות אבי הבת בטענת סירוב הבת מטעם אונס דלא שכיח וכתב שם דאף שהוציאוהו מדין אסמכת' וקבלו עליו בחוב גמור כו' וסמך על דברי הרשב"א דלעיל ולא היה לפניו תשובת הרשב"א הארוכה שהבאתי לעיל שעל הקנס פטרו מדין אסמכתא ונראה מדבריו שלולי האסמכתא אין מקום לפטור בטענת אונס ותשובת הרשב"א בחלק תולדות אדם כבר כתבתי דע"כ לא מיירי בכה"ג שהיה החוב חוב גמור והתנאי במחול לך דכה"ג לא מהני טענת אונס כאשר כתבתי לעיל באורך וכמ"ש הח"מ והמשנה למלך וכן מבואר מדברי מהר"מ אלשקר בשם הריב"ש הביאו במ"ל פרק י"א מהל' מכירה דאם נתבטל התנאי מחמת אונס לא מהני דלא שייך

לומר דלא יחשב ביטול כיון שהיה באונס ולכן כיון שלא מחל אלא ע"ת ונתבטל התנאי אף שהיה באונס אין כאן מחילה ודברי הח"מ בזה הם הם ע"פ דברי הר"ן המבואר בריש סימן ל"ח כיון שהאשה אינה מתקדשת אלא לדעתה הרי אינה מסכמת בקידושין אלא אם יקיים תנאו אבל כל שלא נתקיים אע"פ שנאנס אינה מתרצה בקדושו וא"כ ה"ה כאן דכיון שקיבל עליו בחוב גמור המחילה הוא מדעתו ע"ת שזה יקיים תנאו וכיון שלא קיימו אף שהביטול הוא מחמת אונס מ"מ אין החוב מחול דמה לו ולאנסו וכ"כ הש"ך בח"מ סימן כ"א דאונס רחמנא חייביה לא אמרינן ועיין בח"מ וב"ש ר"ס ל"ח: וראיתי בק"א שבספר המקנה שכתב דכששניהם נותנים שט"ח להבטחת שידוכין יכול לומר אני לא מחלתי לך חוב שלך אם יהיה המניע מצידו אלא כשל" יהיה אונס אבל אם יהיה אונס לא מחלתי לך החוב שלך ויצאו החובות זה בזה עכ"ל ולענ"ד הוא תמוה דלפ"ז היכא שלא נתן שט"ח רק אבי הבת ואבי הבת רוצה לקיים רק הבן אינו רוצה אעפ"כ יגבה השט"ח שיאמר שאין זה עכב מצידו אלא מחמת אונס וע"ד זה לא מחלתי החוב אלא דז"א דכל עיקר התנאי הוא נגד השני שצריך לעשות מה שהוטל עליו ואם לא עשה בין באונס בין ברצון אין כאן מחילה אבל אם צד השני יכול לקיים תנאו ורוצה לקיים אמר ליה אנא הא קאימנא לקיים תנאי ואם המניעה מצד שאין זה יכול לקיים התחייבותו שפיר הוא נמחל לחבירו העומד וצווה שרוצה לקיים תנאו וכמו דאמרינן כשהתובע רוצה לקיים והנתבע אין רוצה לקיים בין שהוא מרצון או מחמת אונס הוא חייב לשלם כמו כן אמרינן איפכא דאם הנתבע רוצה לקיים והתובע אינו רוצה לקיים בין מחמת רצון או אונס הוא פטור וע"ד זה השלישו השטרות למוסרם לצד המקיים והיינו שהחוב של זה נמחל כיון שהוא עומד ומוכן לקיים והחוב של זה לא נמחל כיון שאינו מוכן לקיים הן מחמת אונס או רצון כנלענ"ד ברור: והנה בשו"ת מהר"מ אלשקר סימן ל"ב כתב על דברי הר"ן שצ"ע דמחלק בפלוגתא דר"י ור"ל בין גיטין לקידושין ואשכחן בפרק מי שאחזו בירושלמי דתלו מילתייהו דקדושין בפלוגתא דרבנן ורשב"ג בגיטין ואיכא למימר דהתם לאו דוכתא וכיון דהכא בקידושין דדוכתא לא מייתי הך עובדא דר"נ (ר"ל דבירושלמי בגיטין מייתי עובדא חד בר נש אקדים פריטין לאילפא ונגב נהרא אתא עובדא קומי דר"נ אמר הא אילפא אייתי נהרא אבא ב"ר הונא בשם ר' אבא הוי מצלי דינגב נהר בגין דניסב פריטוי אשכח ר"י ור' אבא לא סברין כרשב"ג ורשב"א ור"נ סברי' כרשב"ג כו') ולא כולה מלתא דרבנן ורשב"ג ש"מ דליתא להך מלתא כו' וכמ"ש הרשב"א בגיטין לענין טענת אונס כו' ע"ש וכן בקרבן העדה בגיטין בתוספותיו כתב דלמאי דגרסינן בסמוך ר"י ור' אבא לא סברי לדרשב"ג ש"מ דקסבר הש"ס דגיטין וקדושין שוין לענין טענת אונס כו' ע"ש.

אך לענ"ד אני תמה עליהם שדברי הר"ן ברורים בפשיטות שהרי עיקר חילוקו של הר"ן דבגיטין שהדבר תלוי בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על התנאי ברצון וזה דוקא בתנאי שמתנ' על עצמו ועבר מחמת אונס משא"כ בתנאי שמתנה עליה שהיא תעשה והיא עברה על התנאי אז אע"פ שעברה מחמת אונס מכל מקום אדרבא אמרינן דמה לו ולאונסה הוא אינו רוצה לגרש אלא כשתקיים התנאי דוקא ודמי ממש לפלוגתא דר"י וריש לקיש לענין קדושין דס"ל לר"י כיון דבעינן דעתה והיא אינה מסכמת בקידושין אלא כשיתקיי' התנאי וה"נ לענין גט כשהיא צריכה לקיים איזה דבר מחמת תנאי ועברה

מחמת אונס וזה פשוט וכ"כ הב"ש סי' קמ"ד סק"ח הבאתי דבריו לעיל: ואמנם מלתא דפשיטא להר"ן לחלק בין גיטין לקדושין לכאורה לא משמע הכי מדברי הרא"ה פ"ק דכתובות שכתב אם אמר אתה מקודשת ונאנס ולא בא בזו ד"ה אין אונס ואפילו בגיטין כו' אע"פ שנתבטל מתוך אונס ליכא למימר דחשבינן כלא נתבטל דמ"מ הרי לא נתקיים התנאי וראיה לדבר איצטלית דלא סגי בדמי' ונתינה בע"כ למ"ד ל"ש נתינה ובטל גיטא דמ"מ לא נתקיים התנאי כו' עכ"ל וכ"כ בשיטה מקובצת בשמו ובשם תלמידו דון ווידאל קרשקש ז"ל והן הן דברי הריב"ש ג"כ שהביא המ"ל בשם תשובות מהר"מ אלשקר כמש"ל ולפי דברי הר"ן אין ראיה מאיצטלית ונתינה בע"כ דהא י"ל אם באתי ונאנס ולא בא שפיר יש טענת אונס לקיים או לבטל הגט והיינו משום דתולה בדעת עצמו ואיהו לא התנה רק ע"ד שיהיה כן מרצונו ולא לאונסו משא"כ בההיא דאיצטלית ונתינה בע"כ דהוא תנאי שחל על האשה ובזה ודאי לא מהני טענת אונס להר"ן דמה לו ולאונסה דמ"מ הוא אינו רוצה ליתן גט אלא אם תקיים התנאי כמש"ל אלא ע"כ דלא ס"ל הך חילוקא דהר"ן ז"ל מיהו הך חילוקא שחילק הרא"ה וסייעתו בין נתקיים התנאי ע"י אונס בין נתבטל התנאי על ידי אונס וכ"כ חילוק זה הריטב"א ז"ל נראה דלא ס"ל להר"ן ז"ל שהרי הר"ן כתב דר"ל מדמי לה לההיא דפסקה מברא דשמי' מתי' וה"נ אונסא כמאן דעביד ולפי סברת הרא"ה ודעימי' אין הנדון דומה דהתם שהתנה ה"ז גט אם לא באתי ונאנס ע"י דפסקי' מברא ולא בא דהוי נתקיים התנאי וקיום ע"י אונס לא חשיב נתקיים וכמ"ש הרא"ה שם בטעמא דמלתא דתולה בדעת עצמו היה סבור לקיים תנאו וכשהוא אונס עכשיו עליו ולא יכול לקיים תנאו הרי היא כנאנס על עיקר המעשה למפרע והיינו דאמרינן יש אונס וזה ראוי לומר בתולה בעצמו א"נ בתולה בדעתה אם תבא או לא תבא כו' ע"ש והנה מ"ש סבור היה לקיים תנאו ר"ל שהוא התנה שאם לא יבא יהיה גט והוא סבור לקיים תנאו היינו שיבא ולא יהיה גט דזה מקרי אצלו קיום התנאי כיון שבשעת נתינת הגט אומר שאינו רוצה בו אם לא שלא יבוא נראה שברצונו היה לבא וכיון שכן אם לא בא מחמת אונס הוי כנאנס על המעשה למפרע ע"ש ולפיכך בפסקיה מברא אי לאו דאין אונס בגיטין הוה אמרינן דשמי' מתיא דאע"ג דנאנס ולא בא חשיב כנאנס על עיקר מעשה הגט משא"כ בפלוגתא דר"י ור"ל דמיירי שנאנס ולא יכול לקיים התנאי ונתבטל א"כ מה בכך שנתבטל מתוך האונס מכל מקום הא לא נתקיים וגם מ"ש הר"ן בפירוש דברי ר"י דלא דמי להתם שהדבר תלוי בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על התנאי ברצון כו' דאיפכא מיבעיא ליה אלא אם יתקיים התנאי ברצונו דהא התם בכה"ג מיירי וע"כ דהר"ן לא ס"ל הא דהרא"ה אלא ס"ל דקיום התנאי ובטול התנאי כי הדדי נינהו ועיין בשו"ת ב"י בהל' קדושין ומ"ש מהר"ש הלוי וקצרת.

והנה בנ"ד שבמה שנתחייב לחבירו אין בו שום תנאי רק דמה שמוחל לחבירו יש בו תנאי והוא אינו מוחל אלא אם יהיה התנאי מקוים ולא איכפת ליה באונס של המתחייב וגם לשיטת הרא"ה בכה"ג בטל התנאי ואף שנתבטל ע"י אונס מ"מ לא נתקיים והוא לא מחל כ"א כשיתקיים ובין למר אין החוב מחול מחמת האונס של המתחייב וא"כ צ"ע על מהרמ"ע שכתב בפשיטות דאפילו בקיבל בחוב גמור פטור משום אונס ודוחק לומר דס"ל כמ"ש הח"מ מתחלה דצ"ע דשמא אומדן דעת הוא שלא התחייב אלא ע"מ שלא תסרב דז"א כמש"ל דבכה"ג דלא שכיח לא אזלינן בתר אומדן דעת כמו בנהרגה ועוד

דא"כ איך כתב מהרמ"ע דאף שהוציא אוהו מדין אסמכתא כו' דהא כיון דאמרינן שנתחייב ע"ד שלא תסרב א"כ לא הוציא אוהו מדין אסמכתא וכמ"ש בח"מ סי' ר"ז בסמ"ע ס"ק מ"ה שגם בדרך ספרד מצי להראות השטר הרי לפניכם דחוב זה נעשה עלי באם לא אקיים דבר פלוני וסברתי אז לקיימו ע"ש וא"כ לא היה צ"ל מטעם אונס דת"ל דאכתי אסמכתא הוי אלא ודאי שז"א דכיון שעושין לתקן אסמכתא קבלת החוב בחוב גמור כמבואר שם בלי שום תנאי והיינו שלא באומדן דעת ג"כ אלא הוא חיוב כולל והתנאי הוא בענין המחילה וא"כ יקשה האיך כתב דמהני טענת אונס ואפשר לומר דסבירא ליה כמ"ש הב"ש ר"ס ל"ח בשם הר"ן פרק האומר וה"ה בשם העיטור דתנאי בקדושין שנתבטל ע"י אונס הוי ספ' קדושין אם כן גם כאן אין להוציא מיד המוחזק כשיש לו טענת אונס אף שהוא על מחילת החוב ומצאתי בספר בית מאיר שכתב ג"כ דאליבא דהר"ן ובעה"ע א"א להוציא מהמוחזק אך לפי מ"ש אין ראיה מהעיטור די"ל דס"ל כמ"ש ל שיטת הרא"ה וסייעתו וא"כ שפיר י"ל דגם בקדושין דהוי אונס אך דוקא בקיום התנאי אבל לא בבטולו וקצרתיו: ולכאורה צ"ע על הרשב"א שכתב לפטור משט"ח שנתנו על קנס דהוי אסמכתא כיון שלא ניתן לשליש ע"ד מעכשיו ע"ש באורך וקשה ע"ז לפי מ"ש הב"י בח"מ סימן ר"ה שדעת הרשב"א כהרמב"ן דאם התנה בדבר שתלוי ביד אחרים לא הוי אסמכתא וא"כ הא בשידוכין תלוי ביד אחרים שהוא מחייב את עצמו להשי' בתו ועל מ"ש הפוסקים בטעמי שידוכין דלא הוי אסמכתא וכיוצא בזה לא תיקשי דת"ל דהוי דבר התלוי ביד אחרים דז"א דאף דבשביל שסמכה דעתה שלא תסרב הבה לא הוי אסמכתא מ"מ כשחוזר בו הוא עצמו אין מחייבין אותו משום אסמכתא שהוא דבר שבידו וזה מבואר בסי' ר"ז בסמ"ע ס"ק ל"ד שכתב א"כ בשידוכין שהוא בידו למה לא מיחשב אסמכתא כו' כמ"ש דלענין חזרת עצמו דבר שבידו הוא אך בנדון דהרשב"א שכתב אח"כ לפטרו משום דהבת אינה רוצה ומאי ה"ל למעבד מבואר דמיירי שהוא אינו חוזר כלל רק הבה מסרבת ואנו באים לחייבו משום שאינו מקיים תנאו וכמ"ש שם להדיא ואפילו אם התנה שאם תסרב שיפייסנה כו' א"כ תנאי התלוי ביד אחרים הוא ולא אסמכתא הוא ואפשר לפמ"ש הב"י שם לענין קניית היין דכל שהוא תולה בעצמו שמחייב עצמו לקנות הוי אסמכתא ואם אמר שימכרו לי לא הוי אסמכתא ה"נ אם הוא מחייב עצמו להשיאה לפלוני והוי אסמכתא וגם לפי מ"ש שם בשם תלמידי הרשב"א בתולה בדעת אחרים בדבר שהוא מצוי הוי כתולה בדעתיה דנפשיה וא"כ י"ל דגם כאן עכ"פ דבר מצוי מקרי שהרי הרשב"א כתב דרובם מתרצים למעשה האב וסמכה דעתיה שבודאי תנשא לו הלכך שפיר הוי אסמכתא וקצרתיו ועכ"פ יש ללמוד דאין ספק שגם הרמ"ע יודה היכא שהשלישו שטרות ע"ד חוב גמור שהוא ע"ד תנאי במחילה אין טענת אונס מועיל להוציא מיד המוחזק ומ"ש הרמ"ע אח"כ בענין אם יש לחייב אבי הבה שבועה הנה דבריו שם אמורים ע"פ תשובת הרשב"א אשר בח"א בקצרה ועיין בשו"ת עה"ג מ"ש על דברי מהרמ"ע בזה אך אני לא באתי לידי מדה זו דאיהו מיירי בענין שטענת אונס מועיל לפוטרו מן קנס וע"ז פלפל אם עכ"פ צריך שבועה אבל בנדון שלנו אף אם היה ברור שכדבריו כן הוא שהבת מסרבת אין זה פוטר מקנס וכ"ש אם יש ספק בדבר שאין האונס פוטר עד שיתברר וכמ"ש ל מדברי הרשב"א המכונים וכן במ"ש שמסבב אינו אפילו כו' גרמא ונדחק כדברי הרשב"א במ"כ לא ראה דברי הרשב"א שם

והח"מ הביאם בקצר' וגם כי במ"ש הרשב"א דאפ"ה התנ' שיפייסנה אטו תרקבי דדינרי כו' אמת שכ"כ הרמב"ן בחידושו דשמעין מינה דמאן דמקבל עליה לחבר'ה לפיוסיה בכל מה שבידו לעשות פטור דאונס בעלמא הוא עכ"ל ומ"מ מבואר דהיינו דוקא כשפייס בכל מה שבידו לעשות וכן מבואר בשו"ת הריב"ש סימן ר"ן דכל שעשה בבנו כפיות וחזקות וניכר לכל שהיה ראוי שתתפייס בסך ההוא ולא נתפייסה דהוי טענת אונס אפילו למ"ד אין אונס בגיטין משום דלא עלה על דעתו שיפייסנה בשיתן לה כל הון ביתה כו' וכ"כ יותר באריכות בסימן צ"ט וסיים שם שאם לא פייס אותה כראוי לפי מראה עיני הב"ד ועבר על קבלתו ונשא אשה שלא ברצונה חל עליו הנדוי כו' ע"ש וגם בלא"ה דעת הב"ח הביאו הב"ש דמשום אונס ממון הרבה לא נפטר משבועה ולדעת הט"ז וש"ך כתב דאם יש אומדנ' דמוכח דאדעתא דהכי לא נשבע פטור ולפי"ז בנ"ד שיש כאן חרם בתנאים מלבד חרמי הקהילות א"כ לדעת הב"ח צריך לפייסה בסך שראוי לכמותה שתתפייס בזה וכמ"ש הריב"ש אפשר אפילו ביותר מזה כיון דמשום אומדנא דמוכח אתינן עלה ובנידון זה הוגד לי שאבי המשודכת הוא עתיר נכסין וחשק' נפשי לדבק בענבי הגפן ופזר נתן א"כ אף אם יונח שהאמת אתו שהוא עמד בו טעמו וריחו לא נמר ואשר עשה בו מאמר דעתו לקנות קנין גמור רק הבת מעכבת א"כ י"ל דמ"מ מעיקרא כך גמר בדעתו לפייסה בכל ממון שאפשר לו לפייסה וכל זמן שלא עשה כזאת אין טענת אונס הלזו מתיר את החרם כלל ומלשון הרמב"ן שכתב ולא אפייס במה שבידו לעשות מבואר דעכ"פ צריך לעשות כל מה שבידו ולא דוקא לענין שבועה אלא אפילו לענין ממון ולשון רמב"ן בזה הוא לקוח מלשון רש"י שם שכתב דאטו תרקבי דדינרי והרי אין לו ואונס הוא שפייסה במה שבידו לעשות ולא אפייסה וראיתי בספר עצי ארזים שהביא שם לשון רש"י וכתב דמוכח דצריך לפייסה בכל אשר יש לו וע"ש שכתב לפרש גם לשון הרשב"א ונראה מדבריו שלא ראה לשון הריב"ש שהבאתי לעיל והר"ן בפירוש ההלכות ובחידושו כתב ג"כ כלשון רש"י והרמב"ן בזה וזה לא כביר זכני ה' שבא לידי חידושי הריטב"א על מסכת גיטין והלום ראיתי שהביא ג"כ דברי הרמב"ן וז"ל דמה' שמעין מאן דמקבל עליה לחבר'ה לפייסו לפלוני שיעשה כך וכך ויקנוס עצמו במנה או מאתים והלך ופייסו ולא אפייס פטור דהא פייסה במה שיכול לפייס ודווקא דאמר האי לישנא אבל אי חייב עצמו במעכשיו שיתן לו ר' זוז אם פלוני לא יעשה כך וכך ואינו עושה דבר פשוט הוא שהוא חייב ואינו דומה למ"ש עכ"ל ולכאורה נראה שכוונתו דדוקא אם החיוב הוא לפייס לעשות דבר זה ומתנה שאם לא יעשה יתן כך וכך מהני טענת אונס שלא רצה זה אבל היכא שהחוב הוא המעות שמחייב עצמו חוב גמור והתנאי הוא על הפטור מחוב הנ"ל אם יעשה אמלא יעשה כיון שלא עשה אע"פ שהוא מחמת אונס מ"מ הרי אין כאן קיום התנאי וכ"כ שם לעיל מיניה ואומר רבינו דדוקא כשנתקיים התנאי מתוך האונס כו' והן דברי הרא"ה שבכתובות שהבאתי לעיל אבל אחר העיון נראה שכוונתו דרישא שהוא תולה בעצמו שהוא מחייב נפשו שיפייס לפלוני שיעשה כך אז הוא פטור כיון שעשה את שלו ופייסו ואף דלא אפייס אונס הוא בזה משא"כ במחייב עצמו ליתן ר' זהו' אם פ' לא יעשה כך כיון שאינו תולה בעצמו אלא באותו פ' אם יעשה או לא יעשה לא שייך לומר שהוא אונס מה שלא עשה חבירו שהרי זהו עיקר התנאי שתלה בעשייתו והרי זה כמקדש ע"מ שירצה אבא שאם לא רצה האב אינה

מקודשת ולא שייך לומר שהיה אנוסה מה שלא רצה האב דרצון האב אינו החיוב שנאמר שהיא אנוסה רק רצון האב הוא עצמו התנאי וכן במחייב עצמו סך פ' אם לא תנשא בתו לבן ראובן דפשיטא דאם היא אינה רוצה אין זה בכלל אונס רק ביטול התנאי ונשאר החיוב במקומו ולפ"ז נראה דהרשב"א שם מיירי שזה חייב את עצמו להשיא בתו לבן שמעון או התנה אם תסרב הבת יפייסנה בזה ס"ל להרשב"א דיש טענת אונס כיון דמפייס ולא אפייס אבל הני דידן שאנו כותבין שבן פלוני ישא בת פלונית בחופה כו' ואין כותבין החיוב על אבי הבת שהוא ישיא אותה א"כ אין זה אונס רק תנאי שבן פ' ישא ואם לאו בטל ומ"מ י"ל דמצד הכתיבה בקשרי התנאים הנהוגי' עתה אפשר דאין לחייבו קנס שהרי כותבין חצי נדן קנס מצד העובר כו' וכיון שהוא רוצה עדיין רק שהבת אינה רוצה א"כ לא שייך לקרותו צד העובר ומ"מ אפשר דשפיר מיקרי צד העובר כיון שהוא מצדה והי' עוברת לכן כותבין בתחלה העומד מצד ועכ"פ כשמחייבין א"ע חוב גמור בשטרות לקיים זה מה שכתב בזה ולשון הנשואין לא נזכר בתנאי על אבי החתן והכלה שהם מחויבים להשיאם רק כותבין החתן פ' ישא כו' וכשיעשו כך החוב מחול לא שייך כלל לומר שאם אין הבן או הבת רוצה הוי אונס שאין זה רק ביטול התנאי כמ"ש והרי זה ממש כשטר שכותב ראובן לשמעון שלוי ימכור שדהו ליהודא ואם לא ימכור אני מחויב ליתן מאה זהו' שאין ספק בו שהוא מחויב ליתן ואין דנין בו דין אונס (רק אם כותב שקבל על עצמו שיפייס ללוי שימכור בכה"ג אמרינן מי בעי למיהב תרקבי דדינרי הרי טרח לפייסה בדבר גדול ומשמע דאם אמר אם לא תתפייס אפילו יהיב תרקבי דדינרי ולא אפייסה הוי גיט' כיון דמ"מ לא קיים תנאו כיון שתלה בה קיום התנאי ומשמע לענ"ד דהתם קאי כמ"ד אין אונס בגיטין בזה לא תלי בהכי דאף אם יש אונס מ"מ אין כאן קיום התנאי כדמשמע לשון התוספות בקושייתם דלאו משום דאין אונס בגיטין נגעו בה ואפילו תימא דהתם אליבא דמ"ד יש אונס בגיטין אי קאמר ע"מ שתתפייס ויהיב תרקבי דדינרי ולא אפייסה לא הוי גיט' משום אונס לשון פיוס שאני דאונס' דלא שכיח הוא שיתן תרקבי דדינרי ולא תתפייס ואדעתא דהכי לא אתני אבל בלא תלה בלשון פיוס רק סתם שפלוני יעשה דבר פלוני ואינו רוצה לעשות ודאי לא שייך ע"ז שם אונס רק תלוי בדין אסמכתא ועיין בח"מ סי' ר"ז שכתב בשם הרמב"ן ואפילו תולה בדעת אחרים כגון שאמר לחבירו שדי נתונה לך אם לא בא איש פלוני מכאן ועד י"ב חודש משמע דלאו אסמכתא הוא כו' ע"ש ופשוט הוא דאף ששלח לאותו פ' שיבא ולא רצה דאין זה אונס אף אם נאמר דאם יברר שאותו פ' רצה לבא ואירע אונס שלא בא לא זכה משום דלא סילק אדעת' שיאנס ואין חילוק בזה בין התנ' על עצמו או על אחר מ"מ אם לא אירעו אונס רק שהוא מעצמו ומרצונו לא ר"ה לבא פשיטא שלא נתקיים התנאי שזה עיקר של התנאי על דעתו ורצונו אם ירצה לבא או לא ירצה וכן בנ"ד אם מתנה שדי נתונה לך אם פ' תנשא לבן פלוני ואחד מהם לא רצה אין זה פטור בטענת אונס כלל ומ"ש הרשב"א דאם הבת אינה רוצה הוי אונס היינו לפי מה שהיו נוהגין בימיהם שהאב הי' מחייב עצמו שהוא יזמין את בתו לנשואין כמ"ש בשו"ת המכונות סימן רנ"ט נשבע לפרוע לזמן פ' או להזמין בתו לפלוני לנשואין ליום כו' ובכה"ג מיירי גם בתשובה זו דח"ג סימן רי"א וכן מבואר הרשב"א שם ואפילו התנה שאם תסרב שיפייסנה כו' אלמא שתולה החיוב בעצמו וכן הך תשובה דהרשב"א

בתולדות אדם סימן ל"ה בכה"ג מיירי שכתב ובהגיע זמן הנשואין תבע מאבי הבת שיתן לו בתו וישאנה כו' וכן העתיק המחבר בש"ע יו"ד סי' רכ"ח סעיף מ"ג נשבע לתת לפלוני בתו לאשה ובתוך הזמן קלקל המשודך מעשיו כו' ובכה"ג מיירי גם מהרמ"ע בתשובה וכן הלשון אומרת בהג"ה הרמ"א ראובן שפסק על בתו או בת בתו או קרובתו שתנשא לפלוני ואח"כ הבת אינה רוצה כו' ובכה"ג שתלה החיוב בעצמו שפיר אמרינן דאם אין הבת רוצה הוי אונס משא"כ אם הוא מתחייב עצמו בסך כך ותולה דרך תנאי בנשואי הבת אז מה שאינה רוצה הוא ביטול התנאי ולא שייך בו טענת אונס שע"ז גופא ה' התנאי אם תרצה או לא תרצה וכמש"ל מדברי הריטב"א ז"ל ומעתה הדבר מבואר שאין מחלוקת בין הרשב"א למהר"ם כלל דבעובדא דמהר"ם איתא שכתב לו לכשיהיה בנך ראוי לקדש אם לא אקבל קדושין או בת בעצמה לא תקבל הקדושין אם תהיה ראוי לקבל קדושין אתחייב לך מעכשיו שני זקוקים ומת שמעון והבת גדלה ועמדה ונשאת לאחר וא"כ לא תלה החיוב בעצמו רק שהתחייב עצמו בתנאי אם בתו לא תקבל קדושין וכיון שאינה רוצה לקבל הרי לא נתקיים התנאי שהי' על אופן זה שהוא תולה לקבל קדושין והיא לא רצתה ולא שייך בזה טענת אונס מחמת שאינה רוצה רק מחמת שמת חשוב אונס שאם ה' חי ה' מפיס בתו וגם הרשב"א הודה בכה"ג שתלה התנאי בבתו שאין כאן טענת אונס והדברים ברורים וקלורים לעינים בס"ד: שוב מצאתי בשו"ת מוהר"ר יחיאל באסאן סימן כ"ט שכתב וז"ל והנלע"ד דלענין המאמים פרחים כל שיש עיכובא אפילו מצד בתו אין אומרים בזה אטו תרקבי דדינרי כו' שלא נאמרו הדברים אלא במי שהתנה לפייס לפלוני או לעשות לפלוני שיעשה דבר פלוני שהתנאי הוא שהוא יפייס או הוא יעשה ולכן יכול לומר לא אמרתי אלא שאעשה כל הראוי לעשות אבל לא לתת תרקבי דדינרי אבל המתנה ע"מ שיהיה דבר פלוני על מציאות הדבר הוא מתנה וכל שלא נהיה הדבר ההוא בטל התנאי ולא שייך שם טענת אונס תדע דהא אדם מתנה ע"מ שירדו גשמים ואם מתי או לא מתי אע"פ שאין הדבר בידו כדכתב רש"י פרק כל הגט כו' הרי שהיה תולה בדעת הקב"ה ואפ"ה אמרו מה היה לעשות כבר הרבה תחנונים לפני המקום ולא נענה אלא כיון שמת הגט גט וכן משמע מדברי התוספות שם בפרק כל הגט בד"ה מי יהיב לה תרקבי דדינרי כו' וכן משמע ממ"ש הרמב"ם פ"ו מהל' אישות אבל אם התנה עליו שיתן לי פ' חצירו או שישלי בתו לבני וכיוצא בו תנאו קיים שהרי אפשר בידו לקיימו ותתן לפלוני ממון רב עד שיתן לו חצירו ועד שישלי בתו לבנו עכ"ל משמע בהדיא שהמתנה שיתן חצירו או בתו אינו כמתנה שאעשה לפלוני שיתן חצירו או בתו והדברים ברורים וא"כ בנ"ד שאמר ואם ח"ו יבא שום עיכוב מצד ר' חיים או מבתו וכמ"ש אין כאן טענת אונס ואם עכבה בתו אפילו טרח הרבה ולא נתרצית לא נמחל החוב עכ"ל: ושמחתי כמוצא שלל רב שנראה סברתו בזה כמ"ש דכל שהתנאי על מציאות הויות הדבר כל שלא נהיה הדבר בטל התנאי ופשיטא שא"ל שלא ראה דברי הרשב"א בזה שהוא עצמו הביא דברי הרשב"א אלו בתשובה סימן נו"ן וגם לכאורה ראייתו מהך דאם מתי צ"ע דהתם לא הוי מלתא דל"ש דאונס חולי ומיתה מקרי שכיח לענין אונס ממון מה שאין כן סירוב הבת שכתב הרשב"א דלא שכיח וצ"ל דודאי אם לא היה נזכר כלל בשעת התנאים ענין סירוב היה מקום לומר דלא אסיק אדעתיה אונס דל"ש אבל כיון שהזכיר ענין הסירוב ממילא דלא שייך לא אסיק אדעתיה (והרשב"א

דרך את"ל קאמר דאף אם היה מתנה אם תסרב יפייסנה ואז לא שייך דלא אסיק אדעתיה מ"מ א"צ ליתן ממון כו' ושוב כתב על גוף נידון דידיה שלא התנה כלל דנימא שהיה לו להתנות שאם תסרב יהיה פטור ז"א דאונסא דל"ש ולא אסיק אדעתיה כו' כן מבואר למעיין שם אבל ודאי שאם התנה בעסק סירוב לא שייך לומר דלא אסיק אדעתיה (שתסרב) אלא שי"ל דווקא אם לא יטרח לפייסה לזה אמר כיון שלא הזכיר שהוא יפייס אלא על מציאת הדבר התנו אם תעכב או לא תעכב כל שהמציאות שלפנינו היא בביטול התנאי ולא בקיומו הוא חייב ובהכי א"ש הא דהתם בעובדא דמהר"י באסאן מבואר שם התנאי שנתחייב להביא בתו מרצונה לקבל קידושין וא"כ דומה להא דהרשב"א שקיבל על עצמו והוא אונס דל"ש אך דבאמת מהר"י לא דן ע"ז רק על מ"ש שאם יהיה עכבה מצד הבת דאז אף שאונס הוא בזה העכבה מצד הבת שטרח הרבה לפייסה ולא הועיל מ"מ אין בזה טענת אונס כיון שהוא על מציאות הויות העכבה והרי יש עכבה לפנינו ולא נמחל החוב וכן אם חייב עצמו באופן המועיל הוא חייב שהרי לא נתקיים התנאי שיהיה פטור וממילא נלמד לנ"ד דאף דהתם הזכיר בפירוש עיכוב מצד הבת מ"מ היה מקום לומר שהוא אונס כיון שטרח לפייסה אלא שכיון שהתנאי על הויות הדבר אין בזה טענת אונס וה"ה כשלא נזכר בתנאי עיכוב הבת רק מציאת הנשואין דמה לי שהתנאי הוא אם תעכב אי לא תעכב ומה לי שהתנאי אם תנשא או אם לא תנשא כיון שאין זה לשון החיוב אלא לשון התנאי שיהיה הדבר ההוא ולא נהיה הוא חייב או אין החוב מחול והראיה שהביא מדברי הרמב"ם פ"י מהלכות אישות היא ראיה ברורה לענ"ד דמבואר דמהני התנאי בכה"ג שאם אותו פלוני לא השיא בתו לבנו או לא נתן חצירו אינה מקודשת ודברי הרמב"ם כתבם הטור בסימן ל"ח והרמ"א בהג"ה שם לענין קידושין וברמב"ם גופא כתב דין זה גם לענין גירושין וז"ל התנה על האשה בשעת קידושין או בשעת גירושין כו' וכתב שם שיש כל הדברים של התנאים לנגד עיניך תמיד וכ"מ שאתה שומע המקדש או המגרש או המוכר או הנותן על תנאי תדע שהתנאי יש בו ד' דברים שבארנו כו' והב"י סימן ל"ח כתב ראיית הרמב"ם בזה מהא דאמרינן פרק המגרש על מנת שתבעל לפלוני אפשר דמשחזא ליה בממונא כו' מוכח דכל היכא דלא הוי מלתא דאסורא אף ע"פ שהוא תלוי ביד אחרים כיון דאפשר דמשחזא ליה בממונא תנאו קיים ע"ש מבואר דאם לא נתקיים התנאי אינה מקודשת ואינה מגורשת והמכירה והמתנה בטלה ואפילו שיחדתו בממון ולא רצה אין אותו אונס מועיל שיתקיים המעשה והיינו כמ"ש דכל שהוא על מציאת הדבר אין כאן טענת אונס שעיקר התנאים כן אם יהיה הדבר שירצה פלוני לבעול אותה או להשיא בתו לבנו או אם לא ירצה ואם היה אומר על מנת שתפייסו לפלוני שיעשה כן שאז תלה הדבר בה אפשר דמהני טענת אונס כדאמרינן אטו תרקבי דדינרי כו' ואמנם לשיטת הרא"ה וסייעתו אף בכה"ג לא מהני דאונס בביטול התנאי לא מהני כיון דמ"מ לא נתקיים וכן לפי מש"ל בדעת הר"ן דכל שתלה התנאי בדידה מצי למימר מה לי ולאונסך אני איני רוצה לגרש אלא ע"ד זה שתקיים התנאי וא"כ בנ"ד לא מיבעי' לפי מ"ש דתנאי במציאת הדבר אין טענת אונס אם כן בתנאים שלנו שהתנאי על מציאת הדבר לא מהני מה שהבת אינה רוצה לפטרו מחיוב הקנס שע"ד זה התנה שאם לא יתקיים המציאות ההוא מחויב ליתן קנס וכן לדעת הרא"ה וסייעתו דבביטול התנאי לא מהני אונס אך אפילו אם נימא דאין חילוק בין

מציאת הדבר ובין ביטול התנאי עכ"פ מוכרח כסברא הר"ן דאם מגרש או מוכר ונותן על תנאי וזה טוען שנאנס מצי אמר מה לי ולאונסך שהרי הרמב"ם והטור והרמ"א כתבו בפשיטות בכה"ג שמתנה ע"מ שישא פלוני בתו לבנו כו' התנאי קיים ואם כן הדבר פשוט דאם אומר לו חובך יהא מחול כשתנשא בתך לבני שאף אם לא נשאת לו מחמת אונס המחילה בטלה וכדברי הח"מ: שוב מצאתי בשו"ת מהר"מ אלשיך סימן למ"ד ראובן שידך יתומה כו' והקרוב עשה שט"ח עליו ונוסחו שמודה שחייב לפלוני חוב גמור בתורת הלואה וקיבל פלוני עליו שאם יקיים התנאים יהיו מחולין ועתה טוען שהבת אינה רוצה את המשדך בשום צד לפטור מקנס: תשובה ולענין טענת אונס חזינא להר"ן כו' וה"ז דומה לאומר הרי את מקודשת ע"מ שיתן לי פלוני חצירו או ע"מ שיתן בתו לבני שכתב הרמב"ם והטור כו' משמע בפירוש דעד שיעשה בעינין ואם פייס ולא הועיל הוי קידושין מטעמא משום דהוי למזכי במאי דלא הו"ל ביה זכיה דהיינו קניית האשה ועוד ראיה מפרק י"א מהלכות מכירה בנתן מתנה ע"מ שילך לירושלים כו' ולא מהני טענת אונס שנאנס שלא יכול לילך לירושלים ביום התנאי וא"כ גם במחילת חוב כו' (וזה צ"ע לענ"ד דהתם לא קאמר אלא בדין אסמכתא דהחזיק אינו אסמכתא ואם עבר ולא הלך אפשר דהיינו מרצונו אבל אם נאנס באמת מהני טענת אונס בזה ועיין ביו"ד סימן רל"ו בט"ז וש"ך שם לענין אם מחייב עצמו לעשות דבר לזמן ההוא ונאנס בזמן ההוא ואע"ג דכתב הרשב"א כו' דשאני הכא שהוא חוב גמור כו' ובזה נמצא למדין טעם נכון למ"ש הרמב"ם שנהגו חכמי ספרד כו' לחייב עצמו תחלה בתורת חוב לא מצי למטען טענת אונס (ע"ש שיש חסרון איזה תיבות ועיין לעיל שכתבתי זה המ"ל שכ"כ בשם הר"ש הלוי וקלסוה ובאמת כבר קדמו מהר"מ אלשיך) כו' הלכך אין טענת הקרוב טענה במה שפייסה ולא אפייס' והחוב שנתחייב קיים עכ"ל הרי מבואר להדיא דבכה"ג אין מועיל טענת אונס ומפרש דברי הרמב"ם והטור בהך דע"מ שיתן לי פלוני חצירו כו' מהך טעמא אתי עלה משום דבעי למזכי במאי דלא הו"ל זכ"י כו' אך לפי מ"ש א"צ לזה דבכה"ג דלא קאמר ע"מ שתפייס לפלוני שיתן לי חצירו כו' אלא סתמא קאמר ע"מ שיתן לי עיקר הכוונה על המעשה ההוא ותלה במעשה אם יעשה המעשה ההוא אם לא ולא איכפת לן באונס כלל וכמש"ל מדברי הריטב"א בגיטין ואף שיש לפרש גם דברי הריטב"א במ"ש אבל אם חייב עצמו במעכשיו ר' זוז ע"מ שיעשה פ' כו' ג"כ כוונתו מהאי טעמא כיון שחייב עצמו מעכשיו רק שהיה נפטר ע"י שיעשה פלוני וכיון שלא עשה החיוב במקומו עומד דאין זה פטור שאין החיוב אלא על אופן שיעשה ולא עשה ואם כוונתו מחמת דבביטול התנאי לא מהני אונס כבר כתב זה שם בשם רבינו וכמש"ל: שוב ראיתי כי דבר זה הוא מפורש יוצא מדברי הרא"ה בכתובות והביאו בש"מ שכתב ז"ל ולא אמרינן נמי יש אונס אלא בתולה בדעת עצמו כגון אם לא באתי או אם באתי וכן בתולה בדעתה אבל בתולה בדעת אחרים כגון אם יבא פלוני אם לא יבא לא אלא כל היכא דנתקיים התנאי אע"פ שנתקיים מתוך האונס המעשה קיים שאין כוונתם בזה אלא שתעשה המעשה והרי נעשה אבל בתולה בדעת עצמו סביר הוא לקיים תנאו וכשנאנס ולא קיימו הרי הוא כאלו נאנס על עיקר המעשה למפרע וזה ראוי לומר בתולה בדעת עצמו א"נ בתולה בדידה כו' משא"כ בתולה בדעת אחרים וכן הדין במתנה וכן הדין במכר עכ"ל מבואר דאם אמר שדי מכורה או נתונה לך אם תבעל פ' לפלוני ונבעלה

באונס המכירה קיימת כיון שכוונתם שתעשה המעשה והרי נעשה ומכ"ש אם התנה ע"מ שתנשא פ' לפלוני ולא נשאת מחמת אונס שהמכירה בטלה דבביטול התנאי לא מהני אונס אף בתולה בעצמו ומכ"ש אם מה שלא נשאת לא הי' מחמת אונס מצד אחר רק מצד שלא רצתה פלונית להנשא לפלוני דאין בזה טענת אונס כלל דזה עצמו התנאי שתינשא לו דהיינו שתרצה ותנשא וכמש"ל וא"כ פשיטא כשאומר אם לא תנשא פלונית לפלוני אתן לך מנה ולא רצתה אותה פ' להנשא לפלוני אף דפייסה בכל מה שיכול לעשות ולא אפייסה מ"מ לא נתקיים התנאי שהרי כוונתם שתעשה המעשה והרי לא נעשה ודוקא בתולה בעצמו שמחייב עצמו לפיוסי לפ' כו' וכמש"ל בשם הרמב"ן ובהכי מיירי הרשב"א אבל לא בתולה בדעת אחרים ועיין בדברי הרמב"ן בגיטין שכתב ויש לבעל דין לחלוק כאן ולומר שכל התולה בדעת אחרים אע"פ שפייסו בכל מה שבידו לעשות אין זה אונס שמשעה ראשונה גמר ומקנה דלא ידע אי ציית חברה אי לא ושאני אשה שהוא סבור לפייסה שהנשים נוחים להתפייס לבעל כו' ואין דינו מחזור שאין לך ברזל קשה כאשה רעה כו' עכ"ל אין זה סותר לדברי הרא"ש דהרמב"ן שם קאי במאן דמקבל עליו לפיוסי לחברה שהענין תלוי בו שהוא יפייס או הוא יעלה והרא"ה מיירי שלא תלה הענין בעצמו רק באותו פלוני אם יעשה או לא יעשה וכמש"ל וכיון שאין כוונתם רק שתעשה המעשה ההוא לא איכפת לן והדברים ברורים לענ"ד.

וא"כ בנ"ד הדבר ברור שזה הבא לפטור עצמו בטענת אונס לפטור עצמו מקנס צלל במים אדירים והעלה בידו חרם או חרס אם לא יפייסנה בכל מה שבידו לעשות כמ"ש הרמב"ן ושאר פוסקים שהבאתי ואף לדעת הריב"ש דסגי במה שכמותה ראויה לקבל פיוס ע"ש סימן צ"ט שהרחיב הענין בזה וסיים שאם לא פייס אותה כראוי לפי מראה עיני הב"ד ועבר על קבלתו כו' חל עליו הנדוי כפי קבלתו כו' ע"ש ולענין הקנס הוא חייב בכל גווני שע"י כן חייב עצמו אם לא תנשא בתו לפלוני יתן קנס וכל זה אף אם לא היה מושלש מעות לשם הזוג ולטובתם לקיום השידוך ובנ"ד דאיכא נמי כל הני והחתן מוחזק לית דין צריך בשש שיצא המשודך זכאי בדינו ואין אבי הבת יכול להוציא כלל רק השליש יעשה מה שהושלש בידו למסור להחתן מה שהושלש בידו שאף שנכתב בשטר שלישות ששייך להזוג מ"מ הוא הזוכה בהם שהרי אף אם יהיה הזוג הגון הוא לשם נדוניה שהם נצ"ב ואם פחתו פחתו לו ועוד שהרי כשחוזרת בה המעות חוזר לאביה כמ"ש סי' נ"ג שאינה יכולה לומר לאביה מה לך חתן זה מה לך חתן אחר כמ"ש הח"מ שם ולענין מוחזק ודאי דחשיב מוחזק כמבואר שם וגדולה מזו כתב בשו"ת מהר"מ אלשיך סי' ל"ג בנתן המעות ליד החתן וקנה סחורה ומסרה לאבי הבת ושוב נתבטלו השידוכין אם היה שם ריווח לא מיבעיא אם החזרה מצד ראובן אלא אפילו אם החזרה מצד שמעון אין לראובן אלא הקרן והריווח שייך לשמעון דלא אמרינן הדרי פירי אלא מאי דמעיקרא הוי בטעות כו' אבל בכה"ג דמדעת שניהם קיבל שמעון המעות לעצמו אלא שאח"כ נולד ביטול השידוכין ודאי דפירי דשמעון הוי כו' וסיים בה ועוד כי נראה דומה לאומר לחבירו הילך מנה בשכר מלאכה שתעשה לי מחר ועשה סחורה היום במנה והרויח מנה ואח"כ נתחרט ולא רצה לעשות המלכה האם יאמר בעל המעות תן לי מה שהרווחת במעות ודאי שזה לא חשב אנוש עכ"ל והרי דאף בחזרת החתן אמרינן דעד עתה ברשותיה הוו קיימו ומוציא מיד אבי הבת ומכ"ש אם החזרה מצד אבי הבת ואף

בנ"ד אכתי לא נמסר לידו הרי מבואר בסי' נ"ג דשליש כה"ג חשוב כגבוי: ועוד נלענ"ד דעכשיו שנוהגין לכתוב בתנאים מחמת עידור וקטט יתנהגו ע"פ תקנת השו"ם א"נ אזדא לה סברת הרשב"א מ"ש שלא עלה על דעתו שהבת לא תתרצה שהרי חששו לזה שיהיה קטט ביניהם וא"כ שוב אית לן למימר דה"ל לאתנויי וכן הוכחתי לעיל מתשובת הר"י באסאן ז"ל שכיון שהזכיר אם יהיה עיכוב מהבת הרי שהעלה על לבו כזאת ואע"ג דהך קטט הכוונה על אחרי נשואין איך יתנהגו כשיפול קטט ביניהם עיין בנחלת שבעה ואחר נשואין שפיר סליק אדעתיה דשכיח הוא שאין זיווגם עולה יפה משא"כ קודם נישואין לא אסיק אדעתיה שתסרב אחר מעשה האב מ"מ זו מנין לנו דאף דאשכחן בכתובות דף נ"ח דאמר דבין היא בין אבי יכולין לעכב ואמרינן דאביה מצי אמר השתא לא ידעה למחר מימר דא ונפקא כו' התם בקטנה ובקטנה גם לענין קידושין חיישינן כדאמרינן אסור לקדש בתו כו' וכמש"ל אבל בגדולה י"ל איתתא בכל דהוא ניחא לה ואדרכא אחר נשואין י"ל רוצה אשה בקב ותפלות וקשין גרושין אבל בשידוכין היה לו לחוש דלמא ממלו לה מילי עליה והדרה בה ובפרט בעקבות משיחא בת קמה כו' והא קמן שחוששין לקטנה והיה לו לחוש דלמא תחזור בה ולא תרצה ומדלא אתני קיבל עליה לקיים דברי התנאי והברית ביניהם בכל אופן שיהיה וא"כ אין מקום להיות פטור מקנס: והנה נשלח לידי עלה אחד לתרופה של אבי הבת אשר כתב חכם אחד וראיתי כי לקח פשוטן של דברים מ"ש בש"ע דאם הבת ממאנת פטור מן הקנס ובאמת אין הנושאים שוים דהרמ"א כתב הדין בפוסק על בתו כו' ומיירי בגוונא שכתבתי שאינו דרך תנאי רק דרך חיוב על עצמו משא"כ אנן בדידן שהענין דרך תנאי וגם כותבין מחמת עידור וקטט וגם כי הוא פלוגתא דרבוותא וכמו שכתב הרמ"א בלשון י"א וכיון שהשלישו הנדן החתן מוחזק וגם דהרשב"א גופיה מודה שאין נאמן באמתלא זו אלא היכא שהאב מוחזק והחתן בא להוציא ועוד שאר טעמים שכתבתי וגם דעכ"פ היה לו לבאר שהאב מחויב לפייסה בכל עשרו ויכולתו או עכ"פ כפי שאומדין שצריכה להתפייס בזה ואם לאו חל עליו הנדוי שקיבל על עצמו ועכ"פ צריך ליתן קנס כדי לפרוק מעליו חרם הקהלות שלזה מועיל נתינת הקנס ועיין בשו"ת נ"ב סימן: ואמנם מלבד חיוב הקנס שבתנאים זכה החתן במה שהשלישו לנדן לקיום השידוך כאשר הארכתי לעיל והחכם הנזכר גם בזה תפס פשוטן של דברים מה דאיתא בש"ע בשם תשובת הרשב"א בסבלונות דצריך להחזיר וה"ה הנדן כמ"ש הטור בשם תשובת הרא"ש אך דברי הב"ש בסימן נ' ובסימן ע"ז הוציאם מפשוטן וכתב וז"ל והב"ש סימן נ' דמדמי לנדוניית חתנים היינו לענין הקנס אם היה בענין שזה נתן לו שט"ח סתם והחתן התחייב שאם יתן לו הכלה והנדן יהא החוב מחול דלא שייך הכא אומדן דעת דאדעת' לכונסה דאע"ג דלא נפטר משום אונס מ"מ מפטר משום אומדן דעת לשיטת ר"ת דאם טוענת מ"ע מפטר משום השט"ח וכ"ש קודם נשואין כו' ע"כ דבריו וסותר דברי עצמו תכ"ד שכתב דבשט"ח לא שייך אומדן דעת ותיכף כתב דאף דלא מפטר משום אונס פטור משום אומדן דעת גם פתח לומר דהיינו לענין הקנס וסיום מאומדנא דר"ת בנדוניית חתנים ופשיטא דבקנס לא שייך אומדן דעת זו שהרי הוא דבר והפוכו שאם נותן קנס היינו ע"ד שלא יכנוס אותה וכן הוא בנותן שט"ח להבטחה ע"ת דמחילה פשיטא שאין כאן אומדן ואיך יאמר הב"ש דבר כזה דבכה"ג בשט"ח סתם ע"ד שאם יתן לו הכלה והנדן יהא מחול שייך אומדנ' דר"ת ויחלק בזה בין

שט"ח לממרני דאיך שייך בשט"ח כזה לומר שנתן אותו לטובת בתו שתהנה ממנו דנהפוך הוא שאם ישא בתו אין כאן חוב כלל וגם מ"ש בדברי הב"ש ס"ס ע"ז דמ"ש הב"ש אין אבי' חייב ליתן מה שפסק דכולה מלתא דשידוכין פסק קרי' ליה אפילו ממרני ואפילו השלישו הנדן כו' ונפלאתי הנה פועל חכם לפרש פירוש זר בדברי הב"ש אף למאן דרגיל לעיולי פילא בקופא דמחטא ואם כי דברי תשובת הרא"ש דחקוהו והכניסוהו בתגר זה מוטב היה לו להשאיר דברי הב"ש בצ"ע והנה בדברי הב"ש סימן נ' עמד גם כן בספר המקנה לפי מה שהדברים מראין לפי פשוטן והניח בצ"ע: ואני עיינתי ומצאתי בעזה"י ביאור דבריו על ענין כמש"ל ואוסיף מיא אוסיף קמחא בפירוש דבריו שבודאי אין סותרים דברי הרא"ש ואין חולק ע"ז דכל שנתן לנדן הוא מחוייב להחזיר והרי הב"ש עצמו בסימן נ' בריש דבריו כתב לעיין במרדכי פרק מי שמת (וכ"כ בד"מ) ושם במרדכי בשם שפתיו ברור מללו דכל שאומר שנתן לנדוני' צריך להחזיר מה שקיבל וכן מבואר בשו"ת מהר"מ אלשיך שהבאתי לעיל שהקרבן צריך להחזירו כ"כ בשו"ת ב"ח סימן מ"ט ואמנם כבר הבאתי דברי הב"ח שכתב דהרא"ש מיירי בפסיקה בעלמ' בפני עדים כמה אתה נותן כו' ושניהם יכולין לחזור בהם כו' וא"כ ודאי שדין הרא"ש אמת שצריך להחזיר דענין מעות לנדוני' כנותן מעות על המקח וכשמטבטל המקח מאיזה צד שיהיה הדמים חוזרים דבמה יזכה במעות אלו שלא ניתנו אלא ע"ד שיזכה במקחו אבל בנותן מעות ערבון על מקח בענין דלית ביה משום אסמכתא ואין יכולין לחזור כך ענינו שהערבון הוא על אופן זה שאם הלה חוזר בו זוכה זה בערבון ואם אינו חוזר בו המעות אלו הם לפירעון דמי המקח ואם פסק הנדן בתורת חוב גמור שלא יהיה יכול לחזור בו והוא שמחייב עצמו סך הנזכר בשטר לחתנו בתורת חוב גמור ואם הוא חוזר מחוייב לשלם השט"ח ואם אינו חוזר ג"כ משלם אלא שהוא פרעון על חיוב הנדן שהתחייב בתנאים והוא ממש כמו ערבון על המקח שבודאי זה זוכה וגובה חובו בכל גווני וכבר כתבתי שכ"כ הרא"ש בתשובה שהביא הב"ח וכ"כ הב"י סימן נ' בשם רבינו ירוחם שבין חזר הוא בין חזרה היא גובה שהרי נשתעבד ונתחייב (ומ"ש אפילו בחזרה היא כתבתי לעיל) ובכה"ג מיירי הב"ש הכא במ"ש שנתן שטר חוב על הנדן דהיינו שיהיה להחתן עליו חוב גמור בכל גווני דאל"כ שט"ח זה למה הוא לו שהרי כבר נתחייב בתנאים פסיקות הנדן בקנין גמור (ואם נפשך לומר שנתנית השט"ח הוא להוציאו מקנין חתן ולחייב את היורשים וכמ"ש בסימן נ"ח מ"מ עכ"פ חוב גמור הוא עליו בלי תנאי כדי שיתחייבו גם היורשים וכמ"ש הב"ש שם אך דלא כמ"ש שם ואם יתן הכלה יהיה מחול דבאמת א"צ למחול דאם מקיים התנאי השט"ח הוא על הנדן ובין כך ובין כך צריך לפרוע לו השט"ח) אך באמת השט"ח הוא להבטחת הקישור שבתנאים וכאשר הוא נהוג בכל תפוצות ישראל שעל הבטחת הקישור משלישים שט"ח כפי סך הנדן ובמשך זמן עד הנשואין הצדדים פורעים השט"ח שביד השליש ומשלישים המעות תמורתם ולכן הב"ש התם דקאי על דברי הח"מ שמביא ראייה ממעשים בכל יום שמניחים שט"ח ואין מועיל מה שהבת אינה רוצה ע"ז קאי הב"ש וכתב ועיין בהגה"מ כו' ודבריו מתפרשים לפ"ז כמין חומר דכיון שהשט"ח הוא ערבון על קיום השידוך ולסלק הנדן א"כ .

אם הבת טוענת מ"ע אין ממש בערבון זה דיוכל לומר מה הערבון אשר אתן לך המעות שהרי אף אם אקיים כפי הקישור אינך יכול להוציא ממנו המעות עמו במקח כה"ג אם שזה יש לו טענה שאף אם יתן לו המקח לא יוכל להוציא ממנו המעות או נצטרך להחזיר לו פשיטא שרואין כאילו כבר נעשה מעשה ה"נ דכוותה וע"ז כתב דבממרני שאף שטוענת מ"ע באמתלא שאינו מבוררת צריך לתת וא"כ גם בזה צריך לתת דכיון שקיבל עליו הנדוניא בחוב גמור שצריך לפרוע בין יתקיים הענין או לא רק אם לא יתקיים צריך לפרוע בתורת חוב ואם יתקיים הוא בתורת נדוניא א"כ אין הפרש בזה בין קודם נשואין לאחר נשואין דכל שאינו יכול להוציא ממנו אחר, נשואין מחמת מ"ע גם קודם נשואין אין יכול להוציא וכל שהוא יכול להוציא אחר נשואין גם קודם הנשואין מוציא ממנו כיון שממרם זה ניתן בו לגבות בו לחלוטין בין יהיה הדבר בין לא יהיה לכן אם היה בענין שנעשה מעשה לא היה מועיל טענתו נגד הממרם גם עתה אין מועיל כלום (ומ"ש הב"ש ובאונס שמת הוא יש לחלק כחילוק הח"מ ר"ל בנותן שט"ח גמור דכאן לענין מיאון הבת אין לחלק בכך וזה צ"ע דבעיקר מלתא דמחלק הח"מ הוא בתנאי דמחול לך ובהך תנאי נראה דאף בנותן שט"ח שאינו ממרני ע"ת זה צריך ליתן לו דלא שייך לומר שלא נתן אלא ע"מ שתהנה כו' שזה אינו תובע ממנו הנדן רק תובע חוב שלו וכאילו הלואה לו מחמת בעין ושוב הבטיח למחול לו כשיתן לו בתו והנדן דפשיטא דלא מצי למימר לו יהא שקיימתי תנאי שלי ונתתי לך והיא טוענת מ"ע ז"א דאם תטעון מ"ע לא תוכל להוציא באמתל' שאינה מבוררת ואותן המעות עצמן שבשט"ח פשיטא דלא מצי אמר ע"מ שתהנה דהא חוב הם ולא בדידיה קיימא למשדי תנאה ואדרבא ניתנו ע"ד שאם תהנה אין כאן חוב כלל ועיקר החוב כשלא תהנה ומדברי הב"ש סימן נ"א ס"ק י' משמע נמי דהחילוק בשט"ח במת הוא היינו כשעושה ע"ד חכמי ספרדים דאז מחוייבים היורשים לשלם ובכה"ג דחכמי ספרדים נראה דגם כאן יש חילוק זה כמ"ש דלא שייך אומדן דעת בזה רק היכא שנותן בתורת חוב ובתורת נדוניא וכמ"ש ואם כן מ"ש הב"ש דבאונס שמת הוא שיש לחלק כח"מ משמע דהכא אין חילוק בזה וצ"ע) ומעתה מ"ש בסיומן ע"ז דאין אבי' חייב ליתן מה שפסק דמשמע אם כבר נתן א"צ להחזיר כמו דדייק שם גבי ארוסה משום דמיירי בכה"ג שנותן לידו ערבון ובטחון ואם יתקיים הוא בתורת נדוניא אבל בין כך ובין כך יהיה המעות חלוט בידו דומיא דנדוניא שנותנין ליד הבעל בשעת נשואין ולכן דוקא אם לא נתן אף שנתן שט"ח מ"מ הוי כאחר נשואין וטוענת מ"ע אבל בממרם או הושלי' הנדוניא או נתן לידו מעות בעין ע"ד ערבון אין מוציאין ממנו אבל אם נתן לו מעות שלא בתורת ערבון רק לצורך נדוניא ע"ד שישא בתו מזה לא מיירי כלל דלזה א"צ שום טענה רק חזרה בעלמא דומיא דמקח הנעשה בלא קנין ונתן עליו דמים ואנן אמרינן באופן שא"א בחזר' דומי' דנשואה או ארוס' דאי לאו טענת מ"ע אית לה דין מורדת ובכה"ג נמי אמרינן בשידוכין במקום שאינו יכול לפטור עצמו בחזר' בדבור בעלמא (דבהכי מיירי הרא"ש כמ"ש"ל בשם הב"ח) שאם יחזור בו מחויב לשלם בתורת חוב ואין יכול לפטור עצמו רק שיאמר לו יהא שאיני חוזר והוא אחר נשואין אני פטור במ"ע אך זה דוקא שלא יצטרך ליתן אבל אם נתן או בעין או ממרם או השליש דבנשואין כה"ג לא מצי טעין גם קודם נשואין לא מצי טעין והוא ברור למעיין ולפי שרבים נבוכו בזה הארכתי לברר הכל ומובטחני כי לפום מה דמשתבחי לי

בגוי דהאי חכם שהוא נקי השכל ודיין אמת לאמתו ישמע ויאמר אמת ומלתא אגב אורחא קשיא לי בדברי הח"מ והב"ש דאם נתן א"י לתפוס בשביל בתו שהרי בסימן נ"ג איתא דאב שפסק לבתו לא קנתה הבת עד שיכנוס ומשמע שם דאף אם נתן להחתן דינ' הכי ע"ש סעיף ד' ובב"ש ס"ק ח' וא"כ אין תפיסת האב בזה בשביל בתו שיהיה לו דין תופס לבעל חוב רק תובע בשביל עצמה ובנשואה שאני דכיון שנשאת אין לאביה רשות בה וכמ"ש הח"מ גופיה שם ס"ק כ"ט ע"ש וצ"ע: היוצא לנו מזה דמלבד הני טעמי דברירנ' בחיוב הקנס וביטול טענת אונס יש זכיה להחתן מחמת המעות שהושלש על שמו ולטובת הזוג דחשיב כגבוי וכיון שהושלש לקיום השידוך ומעיקר' אדעתא דהכי אתיהיב לשליש שיהיה תפוס בהם בחזקת הזוג ולא בחזקת האב כלל וע"ד שינתנו לעולם ליד החתן בין יתקיים השידוך או לא שאם יתקיים ינתנו לו בתורת נדוניא ואם לאו הם שלו במתנה וכן אם נתן ממרם ליד השליש דהוי כגבוי וכל זה אפילו בסתם ומכ"ש בזה שבפירוש הושלש המעות לבטחון לקיום השידוך אחר שהתרה בו הצד שכנגדו וכן מבואר בלשון הפסק שהעתקו לעיל שעשו מעמד ומצב שמהר"ד מסלק סך לקיום השידוך כו' וכן עשה מהר"ד כו' לקיום השידוך כו' א"כ לית דין צריך בשש שאין זה ענין כלל לההוא דהרא"ש שנתן לו בתורת סילוק מה שהבטיח על הנדוניא ומלוה אית ליה גביה משא"כ בנותן לו לבטחון כמש"ל וגם כבר בררתי דאי פטרינן ליה מקנס משום דמה שהבת מסרבת הוא אונס' דלא שכיח אם כן זכה בנדוני' דמצי אמר אנא הא קאימנא וכמ"ש הרא"ש רק דאיכא אומדן דעת והיכא דהוה מלתא דלא שכיח ליכא אומדן דעת והוי כמו נהרגה או נשתמדה דאף שלא נתן צריך ליתן ואם תאמר דשכיח וכדעת מהר"מ ומהרי"ו אם כן אין לפוטרו מקנס דה"ל לאתנויי וממ"נ זכה החתן במעות שביד השליש עד כדי קנסו.

(וע"ש בתשובת מהרי"ו סימן ק"ה שיש שם ט"ס וכצ"ל ומה שטען כיון ששאר האחים רוצים ליטול כמותו אז הם צריכים ליתן הקנס למשודכת ור"ל שזה טוען שעל אופן זה שאין נותנים לו חלק בראש אינו מרוצה בהשידוך שיכניס לה חלק ירושתו וממילא שיצטרפו לתת קנס וא"כ לא ירוויחו בזה שאין נותנים לו הנדוניא חוץ מירושתו וע"ז כתב כגון דא פתח פיך לאלם כו' ר"ל דבכה"ג שיאמר אינו מרוצה יהיו נפטרים כולם מהקנס כיון שמת האב וכן בסימני הספר שם כתב מי ששידך בנו ומת האב והמשודך אינו רוצה לקיים) ועיין בד"מ ס"ס נ"א כתב ג"כ שצ"ע באותן ב' תשובות דסתרי ומיהו יש לתרץ שאם קבל האב קנין כו' ולענ"ד צ"ע והמעייין שם יראה כמ"ש ואין כאן סתירה וגם צ"ע על הב"ש סימן נ' ס"ק י"ט במ"ש אבל א"ל דלא איירי כאן לענין אם היורשים חייבים ליתן כו' אלא איירי לענין דאין חייבים לעשות השידוך כו' דז"א שהרי השידוך תליה ברצון כו' והוא תימא לענ"ד דמהרי"ו סימן קמ"ד איירי לענין הפסיקה אם יטול בראש ובסימן ק"ה מיירי לענין קיום השידוך אם צריך לתת קנס כשמת ואין המשודך רוצה לקיים מה שקיבל עליו אביו מטעמא דמהר"מ ולפי"ז לפי מ"ש הרמ"א תחלה דעת הרשב"א דאם אין המשודך רוצה אין כאן קנס מחמת התקשרות של אביו א"כ הך דינא שהביא הרמ"א מתשובת הריב"ש צ"ע וכמ"ש הב"ש דאם הם מרוצים אין היורשים יכולין לעכב ואם אין מרוצים פשיטא דיוורשים פטורים מקנס ומהרי"ו מיירי דיוורשים אין מרוצים דהיינו שהמשודך אינו רוצה באופן זה ומ"מ אי לאו דאיכא אונס מיתה הוא

חייב קנס משא"כ להרמ"א אף בלא אונס מיתה פטורים ונראה דהרמ"א מדמה מת הפוסק ולא הניח נכסים כדי צורך הסילוק להיכא שיש כאן נכסים אלא שאין המשודך רוצה לקיים מה שקיבל עליו ולכן כתב הב"ש בס"ק י"ח וכן בשאר אונסים כגון שמת הפוסק או העני כו' וקצרתיו.

ועיין במשנה למלך פ"ו מהל' זכיה דין י"ז מ"ש בכוונת מהרי"ו והמעייין יראה שאין לפרש כן וגם בח"מ מפרש מ"ש שאיכא שט"ח כפשטיה ע"ש: ועכ"פ למדנו ממהרי"ו דנקיט מרגניתא דמהר"מ דוקא במת האב וכן הרמ"א בש"ע לא כתב דינו של הרשב"א בהחלט רק כתב י"א דמי שפסק כו' והיינו משום דפליג עליו מהר"מ ומהרי"ו ואף דבד"מ כתב על דברי הרשב"א דמהני טענת אונס במיאון דבת בתו ע"ז כתב ועיין בתשובת הרא"ש דאף באב דינא הכי וכן בהגהת ש"ע כתב י"א דמי שפסק על בת בתו כו' (ונרשם שם הרא"ש כלל מ"ג והכוונה לדברי הרא"ש כלל מ"ג והכוונה לדברי הרא"ש שבטור סימן קנ"ד דמשמע שם בב"י שהוא בכלל מ"ו ואף שלפנינו לא נמצא מסתמא הוא בתשובות הנוספים ואינם כעת תח"י) דהפוסק פטור מקנס כו' ונראה מזה דהרא"ש והרשב"א אמרו ד"א ופליגא אדמהר"ם ומהרי"ו אבל הא ליתא דבאמת הך דהרא"ש אינו ענין להרשב"א דהרשב"א מיירי לענין הקנס ופטר ליה משום אונס והרא"ש מיירי שם על חיוב הפסיקה ועל הפסיקה אינו אונס דזה יטול ממנו המעות בלא הבת וכמו שטען הטוען בשו"ת הרשב"א ח"ג ולזה כתב הרא"ש שאין מחויב ליתן משום אומדן דעת ולענין הקנס לא מיירי כלל דאפשר דס"ל כדעת מהר"ם דכה"ג לא מיחשב אונס דל"ש והו"ל להתנות ונראה כוונתו דמפ' מ"ש בשו"ת הרשב"א וחייב עצמו לתת לו דבר ידוע היינו שפסק לו נדוניא דבר ידוע וכן הוא באמת בשו"ת הרשב"א ח"ג והרשב"א השיב דפטור משום דאנוס הוא היינו שפטור אף מפסיקה וע"כ אף שבזה שאינו רוצה ליתן הפסיקה אינו אנוס מ"מ כיון דאנוס על גוף הנשואין נשואין אין כאן נדוניא אין כאן שלא פסק אלא ע"מ שתנשא והן הן דברי הרא"ש סימן קנ"ד וזהו שכתב רמ"א דבתשובת הרא"ש דאף בבתו דינא הכי דס"ד כיון שהפסיקה לבתו היא מדברים הניקנים באמירה קני טפי לענין שאם אין רוצה ליתן הפסיקה יתן קנס משא"כ בת בתו דהוי כמו פוסק לאחותו שאין נקנה באמירה כדאיתא סי' נ"א קמ"ל דאף בבתו הדין כן ובלא"ה צ"ל כן דאם כוונת הד"מ לענין קנס מה"ת יהא גרע בתו מבת בתו עד שהוצרך להביא מדברי הרא"ש דהא הטעם דאונסה דל"ש שייך טפי לגבי הבת מלגבי בת בתו כמבואר מדברי הרשב"א והכי מסתבר אך לפי מה שכתבתי אתי שפיר: והנה במ"ש מהרמ"ע מפאנו ועה"ג ושב יעקב בעסק אם להצריך שבועה לא ראיתי להאריך בזה כאשר כתבתי כי אין כאן עסק שבועה כשאנו דנין על אבי המשודכת.

ולענ"ד אף מהרמ"ע מודה בגוונא דנ"ד שלא נפטר מהקנס והגע עצמך אם נאמר דלמהרמ"ע בכל ענין הוא פטור בדבור הקל של הבת ואף מה שהושלש ביד השליש צריך להחזיר א"כ לשוא עמלו קושרי קשר שאינו של קיימא ולשקר עשה עט סופרים כי יאריכו לשון ויפוי כח ואת כלם ישא רוח ודבר שפתים אם ירצה הלה להיות כמתלהלה יורה זיקים ינזר לבושת ויתלה בצואר בנו או בצואר בתו אלא לא קאמר אלא היכא שתלה בעצמו להזמין בתו לנשואין וגם לא השלישו כלל וזה בא להוציא קנס ממנו ועוד צדדים שכתב שם לפטור אבל בכה"ג דנ"ד האומר לפוטרו בלא כלום שכר

הרבה יטול מכת השדכנים ולהם בשורה מוצאת כי בטלו דיני קנסות מישראל ושפיכות דמים הוא דזול והיוצאים בקשרים יהיה טורחים בסעודה ומפסידין מלבד שכר שדכנות ויציאה יתירה ובושת יתירה ואיך לא חשו חכמים לעשות תקנה לדבר מן התורה אפס הוא הדבר אשר דברתי שעל כן משלשין שטרות או מעות לקיום השידוך לדין קיומין שע"ז נכון לבו בטוח שלא יבוש ולא יכלם כי שלישי אלה יעשה להם כפי מה שהושלש בידו: ועיין בתשובת מיימוני הביא שם תשובה בשם רש"י ז"ל וז"ל ששאלת ראובן ששידך בת אחיו וקיימו דבריהם והניחו תשומת יד ביד קבלנים ע"מ שהחוזר בו יפסיד ערבונו וחזר בו ראובן ושמעון תובע מיד הקבלנים את הערבון שהחזירו לראובן ותלמיד מסייע לראובן ואמר דקבלן דכתובה לא משתעבד טעה התלמיד בכל צדדיו כו' אבל זו אינה אלא ערבון לקיים תנאיהם ואסמכתא זו ודאי קניא אם נעשה הדבר בפני חשובי העיר כו' וכ"ש שידוכי אשה שהנהיגו הראשונים בו שלא לבייש בנות ישראל ויש מן הדין לקונסו ממון וברידיי הגוף ותלמיד המסייע אין חולק כבוד לתורתו ולהחזיק יד מרעים מן השמים מנעוהו מכבוד ונכסו ממנו גלותי' שלא יבין במעמקים ולמוכיחים ינעם ועליהם תבא ברכה טובה שלמה בר יצחק ול' זה איתא בשו"ת מהר"מ בר ברוך סי' תתנ"ד והעתקתי לשון זה שיש ללמוד ממנו שאם השליש שהחזיר שלא כדין אף שהחזיר ע"פ מורה שפסק לו כן יכולין לתובעו וגם יש לנו לילך בעקבות רבינו רש"י ז"ל למשדי גודא רבא על המבייש ולהפך בזכות המתבייש ביותר וכ"כ בעבודת הגרשוני כי מי שמהפך בזכותו יותר תיתי לו ויהיה גופו מכובד על הבריות: סיומא דפסקא מכל הלין טעמי אין ספק שהסך המושלש לקיום השידוך עם הפירות שעלה עד עתה מחויב השליש למסור ליד החתן ובכל זאת לא נפטר מן החרם שקיבל עליו עד שיברר שטרח לפייס את בתו בכל ממון ושאר דברים אשר ביכלתו היה לעשות ועכ"פ לפי ראות עיני הב"ד ראוי היה שתתפייס בזה ולא נתפייסה אפילו אם יברר שעשה כזאת ולא נתפייסה יש לקונסה בממון ורדוי הגוף ומכ"ש אם לא יברר שאז אף אם היתה קטנה לא נפטר הוא מהחרם ולא מהימן לאחריני מובטחני בשני הצדדים כי ישמיעו בנחת לדברי חכמים ויבצעו תמימים: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה סד תשובה לכבוד א"א מ"ו הרב הה"ג ז"ל לק"ק דינאויץ ומותיבנא תיובתא כלפי הדיין שהיה מפטפט נגדו והוכחתו שדברי א"א מ"ו המה אמיתים וישרים וכן הסכים כבוד דודי מוריני ורבינו הגאון ז"ל בתשובותיו: בדבר המשפט באיש ואשה שלוו לעצמם מעות ע"י סרסור ונתנה האשה להסרסור להשכין בגדים ועתה בא אבי האשה ותבע להסרסור להחזיר הבגדים לפי שעדיין לא עברו שני שנים מזמן הנשואין והורה מורה אחד שהסרסור מחויב להחזיר על פי מ"ש בסוף סימן נ"ג דהיורשים יכולים למחות שלא ימכור נכסים אפילו היא מתרצה וכ"כ הב"ש סימן קי"ח דאינה יכולה למחול דהוה כנתן מתחלה על תנאי זה: תשובה לכל באי שער התורה.

נודע משפט עשה המורה שלא כדת וכשורה. ודבר זה תינוקת של בית רבן יודעין.

ולא חיישינן לב"ד טועין. והא דיינא דמי כדלא גמיר שמעתא.

או גמר אמר ולא אדעתא. והוא לא ראה או ידע ונעלם מעיניו.

ואיזה רוח עבר לפניו. לעוות אדם בריבו ע"פ החדש אשר בדה מלבו.

כלי טעם וריח. לא שיג ולא שיח.

כ"א כמוץ אשר תדפנו רוח. ואף כי הדבר פשוט כביעתא בכוחחא.

כל כי האי ריתחא אורייתא הוא דקא מרתחא. להורידו אל עמק יהושפט ונשפטתי אתו כי הפך ללענה משפט.

לעשות התורה פלסתר ולכפות על האמת פסכתר. כי במקום אשר חשב לא עמד ולא ישב ואם המורה הוא דיין אמת ותלמודי.

מובטחני בזה כי לא יבוש מלומר דברים שאמרתי טעות הם בידי. וזה החלי בעזה"י הוא יגמר בעדי.

ראשון תחלה אבאר דאף אם מתה האשה בתוך ב' שנים לנשואין ועדיין יש להמלוה פתחון פה להוציא מעותיו וכמו שדן בזה א"א מ"ו הרב המאור הגדול המפורסם נ"י שהרי יש בזה משום תקנת השוק שהרי אף בבעל שמשכן בגדי אשתו בלא דעתה מבואר באה"ע סוף סימן ע"ג שאין מוציאים מתחת ידו בלא כלום ומקורו משו"ת הרשב"א שביאר שיש כאן תק"ה ואם מי שאין לו מוח בקדקדו יאמר דהוה כגנב מפורסם מאן ציית ליה דאטו המלוה מני יומי ומני שבוע לידע אם הוא מקץ שנתיים ימים וגם דמאן לימא ליה דהני מאני דידה דאבוה נינהו שמא מרבדים עשתה לה בבית בעלה ועיין סוף סימן פ"ו בדין אשה שהשכינה בלא בעלה שכתב הח"מ דאם תקף מיד הקונה צריך להחזיר לו הדמים מפני תק"ה והב"ש שם שכתב שא"צ להחזיר הדמים כתב הטעם שלא יקנה מן א"א כלום וכאן שהאיש והאשה שניהם לומר הדבר פשוט דאף אם מתה האשה והאב מברר בעדים שחפצים אלו נתנם לנדן בתו צריך עכ"פ להחזיר המעות ליד הקונה או המלוה מפני תק"ה.

ועוד נראה לענ"ד דאף לענין גוף החפצים אם מכרה אותם לחלוטין נלע"ד דאין האב יכול להוציא מהלוקח אף שמתה תוך שנתיים אף אם רוצה להחזיר הדמים מפני תק"ה ומתחלה אבאר דהך דינא דסוף סימן נ"ג מקורו מדברי הש"ג סוף פרק מציאת האשה בשם ריא"ז ושם איתא וז"ל ונראה בעיני שלפי מה שאנו מתנין שמנהגינו שאם תמות האשה קודם בעלה בלא בנים תחזור נדוניתה ליורשי אביה אין רשות לאשה ולא לבעל למכור הנכסים שהכניסה לו וכן בקרקע ששעבד לה לכתובתה פן תתאלמן או תתגרש ותצטרך לגבות כתובתה מהן וכן יורשי אביה יכולים לעכב למכור הנכסים או קרקע המשועבדת לכתובתה פן תמות היא בלא בנים ויצטרכו היורשים לגבות מהן שכמו שהבעל משועבד לאשתו אם תתאלמן או תתגרש כך הוא משועבד ליורשי אביה אם תמות בלא בנים עכ"ל וזהו שכתב רמ"א בס"מ נ"ג אחר שכתב מנהג החזרה וי"א אם החתן רוצה כו' ולענ"ד צ"ע על א"א רמ"א בזה דלענ"ד אין הנדון דומה דש"ג בשם ריא"ז מיירי שהוא מחויב להחזיר מצד התנאי שמתנה בו בפירוש שהוא מתחייב להחזיר נדוניתה אם תמות ואז אף מה שכבר הוציא הבעל ואינו בעין הוא מחויב להחזיר שפיר היורשים יכולים למחות דשמת תמות ויצטרכו לגבות ולא יצטרכו לטרוח אחר בתי דינין וכמו שהאשה יכולה למחות בבעלה שלא ימכור נכסים אלו או קרקע המשועבד לכתובתה פן תתאלמן או תתגרש ותצטרך לגבות כתובתה מהן ע"ש דמדמי להו להדדי

משא"כ אנן בדידן דבמנהג' תליא מלתא ובתר תקנת שו"מ גרירן והרי מבואר שם בסימן נ"ג דמה שהוציא הבעל ואינו בעין אינו צריך להחזיר כ"א מה שנמצא בעין בשעת מיתה ואם כן אפילו תימא דמחמת דהאידינא נהוג עלמא הכי הוה כאילו נתן האב ע"ת זה מ"מ י"ל שנתן ע"ד המנהג והתקנה שמה שיהיה בעין בשעת מיתתה יחזיר לו הבעל דמעיקרא הכי איתקין ומ"מ כל שהבעל הוא מוציא מקודם מאן לימא לן שיש בידו למחות: ואמנם גם דברי ריא"ז גופייהו לכאורה צ"ע דמדמי ליה לשעבוד הבעל לאשתו דאפילו תימא דס"ל דאם מכר הבעל בנכסי צ"ב המכר בטל מיד וכמבואר מדברי הש"ג בשם ריא"ז שם בפרק מציאת האשה אהא דקאמר התם ברי"ף בשם הירושלמי הדא אמרה אין אדם רשאי למכור כלי אשתו מכל מקום נראה דזה דוקא גבי האשה וכמו שכתבו הפוסקים בשם הירושלמי שאשה רוצה לבלות כליה וגם בקרקע של נכסי צאן ברזל למאן דסבירא ליה שהמכר בטל מיד דוקא לאשה תיקון כן כדי שלא תצטרך לטרוח ולחזור אחר בתי דינין וכמבואר בפוסקים ועיין באשר"י פרק אלמנה ביבמות מה שאין כן יורשי האשה אף על פי שקיבל עליו הבעל להחזיר הנדוניא אם תמות בלא בנים מכל מקום לא שייך גבי הנך טעמי ולגבי היורשים אין זה רק כחוב על הבעל ומה"ת לא יוכל למכור נכסים אלו שקיבל עליהם אחריות: וראיתי בשאלות תשובות מהרי"ט חלק א' סימן ל"ח וח"ב חלק ח"מ סימן נ"ו שהביא דברי ריא"ז הללו וכתב שהדברים אמורים באב הנותן נדוניא לבתו דאמרינן שמתחלה נתן על דעת כן שתחזור ליורשים ואין לו לבעל ולאשתו שום זכות באותן הנכסים אם לא יהיה להם בנים שכך התנה האב בשעת נתינת הנכסים משלו יעויין שם.

ולפי עניות דעתי מסתימת דברי הריא"ז שלא פירש דמיירי בנתינה דאב דוקא לא משמע הכי וגם דהא משמע דמדמי לה לשעבוד שמשועבד הבעל לאשתו ואם איתא דטעמא דידיה משום שמעיקרא נתן על תנאי זה ואם תמות אז למפרע אין לבעל ולאשה זכות באותן הנכסים אין זה ענין כלל לשעבוד הבעל לאשה ועוד דהא בדברי ריא"ז מבואר להדיא דאף הקרקע ששיעבד לה בכתובתה יכולים היורשים לעכב מלמכור ואם כן אפילו תימא שהאב נתן הנדוניא ועל תנאי שתחזור ליורשים מכל מקום מה להם לעכב המכירה בקרקע של הבעל ששיעבד לה בכתובתה ולא יהא אלא אפותוקי להיורשים הרי בעשאה אפותוקי שפיר היא מכורה והלוקח יחוש לעצמו רק דלענין האשה גופה יש פוסקים כרשב"ג שאינה מכורה שלא עלה על דעת שתהא מחזרת אחר בתי דינין והכי סבירא ליה נמי לריא"ז אבל אם גם האשה היא מתרצית במכר זה מנ"ל דעבדינן תקנתא ליורשים שלא יצטרכו לחזור אחר בתי דינין ואף בחפצים של הנדוניא עצמם שנתן האב אין טעם דמהרי"ט מספיק לפי מה שכתוב מהריב"ל בתשובה כלל י"ב שאם ירצה הבעל לסלק היורשים במעות בעין או במטלטלין שלא יהיה משום שהכניסה לו אשתו הרשות בידו ולא יוכלו היורשים לומר כלים שהכניסה לו אשתו אנו נוטלים משום שבח בית אביה כו' ומה שבח בית אביה שייך ביורשים כו' אדרבא ראינו להיפך שהבעל נותן ליורשים מהשום שהכניסה לו אשתו מה שהוא רוצה והוא בוחר ולא הם ולפעמים נותן מטלטלים אחרים והמנהג הוא מסכים עם הדין כו' עיין שם ולפי זה אין מקום ליורשים למחות שלא ימכור חפצי הנדוניא כיון דלגבי היורשים לא שייך שבח בית אביה והרשות בידו ליתן להם מה שלבו חפץ: אמנם ראיתי בכנה"ג לאבן העזר סימן קי"ח בהגהות

הטור אות כ' שכתב שמהרש"ך ומהרשד"ם סבירא ליה דבאי כחה כהאשה עצמה וצריך להחזיר גוף החפצים ולפי זה יש לומר שכן הוא דעת ריא"ז גם כן ולפיכך יכולים היורשים למחות דמעיקרא אדעתא דהכי נתן הנדוניא שיחזור גוף החפצים עצמם אבל מכל מקום קשה מה שכתבתי דלמה הפריז על המדה שיכולים למחות אף בקרקע המשועבד לכתובתה: ולכן נראה לפי עניינת דעתי בדעת ריא"ז אף על פי שכתב שיכולין לעכב מלמכור היינו לכתחלה אבל אם מכרו הבעל והאשה בלי ידיעת יורשי האשה המכר קיים כיון דלא שייך בזה הנך טעמי דשייכי גבי האשה עצמה ואם תמות באמת שעבודא אקרקפתא דגברא מונח לסלק היורשים אלא דלכתחלה כיון שאם תמות יש להם זכות בגוף החפצים יכולים לעכב המכירה וראיתי בכנה"ג באבן העזר סימן קי"ח בהגהת בית יוסף אות כ"ג שכתב וזה לשונו אמר המאסף כתב מהר"מ מטראני ז"ל בח"א סימן של"ד וזה לשונו אפילו היו מתנים עמה אביה ואחיה שמתנה זו שנותנים לה תחזור להם החצי או ליורשיהם אם לא יהא להם זרע הרי זה כמו שאומר נכסי לך ואחריך לפלוני דאין לשני אלא מה ששייר הראשון שאם נתן במתנת בריא מעכשיו מעשיו קיימים כו' ולפי זה יש לומר גם בדעת ריא"ז הנ"ל דאף על גב דלכתחלה יכולים למחות שלא למכור כמו גבי אחריך לפלוני דקיימא לן איזהו רשע ערום המשיא עצה למכור בנכסים אבל אם מכר ונתן קיים כמו גבי אחריך לפ' ואף להנך פוסקים דמיירי התם בכנה"ג שאינה יכולה ליתן במתנה היינו דווקא במתנה שאם תמות בלי זרע יחזור החצי ליורשים אבל הכא שאין כאן תנאי רק מחמת התקנה והתקנה היתה שמה שימצא בעין יחזיר אמרינן גם כן דהנתינה מעיקרא היה על דעת כן וכמו באחריך לפלוני שכתבו הפוסקים דאפילו אי אחריך הוי כמעכשיו הוי כאילו מעכשיו מה שתייר אחריך יהיה לזה ע"ש בס' המאור ובנ"י וה"ה כאן ובאמת באם אביה ואחיה מתנים עמה שתחזור להם שכתב המבי"ט דאפ"ה יכולה לתת במתנה כמו גבי אחריך ובכנה"ג נדחק שם בטעם הפוסקים החולקים ולדידי צ"ע דהא מבואר בטור ח"מ סי' רמ"ח דדוקא באחריך לפלוני אבל באחריך לעצמי אם מכר הראשון ונתן בטל והוא ע"פ פירושם בש"ס דב"ב בעובדא דרב ביבי יעו"ש ואם כן בזה הוי כאומר אחריך לעצמי ולא מהני מתנתה ואף באומר אחריך ליורשי דעת הרבה פוסקים דהוי כאומר לעצמי וכן פסק שם רמ"א בהגה"ה ואפשר דהמבי"ט אזיל בשיטת הרמב"ם דמפרש דברי הש"ס באופן אחר והובא בש"ע שם סעיף ד' ולדידי אף באחריך לעצמי נמי אם מכר הראשון ונתן אין לשני אלא מה ששייר הראשון וכ"כ בהג"ה מרדכי דב"ב בשם ריב"א בתשובה שכתב דלפי ר"ח דמפרש אפילו לרשב"ג כו' דבנו כעצמו ולפי זה לא מצינן חילוק בין אמר אחריך לפלוני או לעצמי ונ"ל כדבריו כו' ע"ש וגם ה"ה בה' זכיה ומתנה כתב דמגירסת הגאונים דגרסי נכסי לסבתא ובתרה לירתאי מוכח שאין הדין הנזכר למעלה בפ' הב' אמת שהרי זה אמר ואחריך ליורשי ואעפ"כ אמרו בגמרא שהיתה הראשונה יכולה למכור ע"ש ובדעת הטור נ"ל דס"ל לחלק בין אחריך לעצמי ובין אחריך ליורשי שהרי נראה מדבריו ג"כ דגרסי בש"ס ובתרה לירתאי אלא ודאי דס"ל דבאחריך ליורשי יכול למכור ודוקא לעצמו ס"ל דאינו יכול למכור ומש"ה שפיר פסק הטור בח"מ ובאה"ע סי' צ' באחריך ליורשי והיה לו בת כו' דאין יורשים דהיינו אחי אביה יורשים אותה וגם בעלה אינו יורש דה"ל ראוי ואחי אביה אינם יורשים משום דאחריך ליורשי לאו כמעכשיו הוא

שהרי המקבל הראשון יכול למכור וא"כ אין יורשת בקבר להנחיל לאחים מן האב כמבואר כ"ז בדברי הר"ן שהביא הב"ש ובדברי הנ"י ע"ש וכן הוא ג"כ דעת הריב"א בהגמ"ר שם דאף לפי הפי' דאם אמר אחריו לעצמי יכול לעכב המכירה לא משתמע כ"א לגבי נפשי ולא לגבי יורשים ע"ש וכ"כ הסמ"ע ס"ק ק"ה דלפי גירסת הטור צריך לחלק בכך אמנם דעת הרמ"א צ"ע דהוא משהו לעצמי וליורשי וכתב הסמ"ע דס"ל כגירסת ובתרה לירתאה א"כ למה העתיק דברי הטור באומר אחריו ליורשי והיה לה בת אם אין לה זרע אין שאר יורשים עומדים במקומה דהטור לשיטתו דס"ל באחריו ליורשי המכירה קיימת דהוי כאומר לפלוני א"כ אין יורשת בקבר להנחיל כו' משא"כ אם נפסק דהמכירה בטלה והיינו דאין לראשון כ"א קנין פירות והגוף הוא נתון מעכשיו ליורשים א"כ מ"ט לא יעמדו שאר יורשים במקומה ואע"פ שהד"מ והסמ"ע ס"ק כ"ז כתבו דכיון דאם היתה הבת קיימת הו"ל שאר קרובים כאחרים כיון שלא היה דעת הנותן עליהם אין זה מספיק כ"א קושית הב"י שהקשה דהא אמר לירתאי והנך הא ירתי דידיה נינהו וע"ז תירוצם עולה כהוגן דלא היה דעת הנותן עליהם אבל מ"מ קשה דלמה לא יהיו יורשים זכות הבת עצמה דהא ל"ש בזה אין הבת יורשת בקבר כו' דהא כשמת המקבל הראשון הבת היא יורשת מעכשיו דהא מה"ט אינו יכול למכור כשאמר ליורשי ובכה"ג שאומר מעכשיו ודאי יכולין אחיה מן האב לירש דהא גם הבעל יכול לירש והנה הש"ך באמת כתב בס"ק ח' וז"ל ג"כ בעל יורש אותה נ"ל ודלא כסמ"ע עכ"ל וטעמו כמ"ש דס"ל דלשיטת הרמ"א אין זה ראוי: אך תימא דא"כ שאר יורשים נמי יעמדו במקומה ועיין באה"ע בש"ע סי' צ' שם מבואר ג"כ הדין כמ"ש הטור כאן והב"ש שם באמת מקשה דלשיטת הרמ"א למה לא יהא הבעל יורש וכתב ליישב ע"פ המרדכי שכתב דאיצטריך טעמא למ"ד אחריו כמעכשיו ואנן קי"ל דאחריו לאו כמעכשיו וזה תימא דהא ע"כ דוקא אחריו לפלוני אינו כמעכשיו אבל אחריו ליורשי אליבא דרמ"א הוה כמעכשיו דאל"כ למה המכירה בטלה ואדרבא להך תירוצא דבש"ס אזיל אם נאמר אחריו כמעכשיו א"כ ע"כ לומר דאע"ג דהוה כמעכשיו יכול למכור משום דה"ל כאילו אמר מה ששייר ראשון יהיה שלך מעכשיו וכמש"ל א"כ באחריו ליורשי דהמכירה בטלה נ"ל דעדיף טפי וא"כ למה מיקרי ראוי ודוחק לומר דבאחריו ליורשי לא הוה כמעכשיו וטעמא דהמכירה בטלה משום דאמרינן דלא נתן זה רק הפירות דלגבי יורשי הוא משייר הגוף וכמ"ש הרשב"א לענין לעצמו ומ"מ שפיר מיקרי ראוי לגבי הבעל דבאמת אין לבת זכיה בגוף מעכשיו אבל ז"א דא"כ היכא שמת הנותן אבי הבת קודם הבת א"כ כבר ירשה הגוף נאמר שיורש הבעל ממנה ועוד שהרי דעת המרדכי וכן פסק הרמ"א דאם אמר ואחריו ליורשי והיה לו בת אע"פ שאח"כ נולדו לו בנים זכתה הבת שלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו בשעת נתינה: ולפ"ז ע"כ צ"ל שזכות הבת הוא מחמת מתנת הנותן ולא מחמת ששייר הגוף ליורשים דאל"כ כיון שנולד בנים בטרם תבא הבת אל הנכסים יזכו הם אלא ע"כ דאמרינן דבמה שאמר ליורשים זיכה לה מיד לכשימות המקבל הראשון וגם דאכתי קשה דמ"ט דשאר יורשים אין עומדין במקומה ומצאתי בס' כתובה סי' צ' שתמה ג"כ על הב"ש והש"ך ע"ש והגאון דעתו דע"כ לא אמרינן דאחריו ליורשי הוה כמעכשיו שאין הראשון יכול למכור אלא כשיש הבת בעולם או זרעה דוקא משא"כ במתה בלא זרע בטל המתנה דמעכשיו ואני תמה דמנין

לבטל האומדנא כיון שאמר ואחריו לירשי כוונתו מעכשיו ולא הקנה לראשון רק הפירות וא"כ כיון דאין לראשון רק קנין פירות לבד וא"כ מה שאמר ואחריו לירשי כוונתו מעכשיו ולא הקנה לראשון רק היינו שיקנו הגוף מעכשיו דאיך יתכן לומר שהיתה הכוונה שאם ישאר זרע מבת תקנה הבת מעכשיו והראשון לא יהיה לו רק קנין פירות ואם לא ישאר זרע אז יקנה הראשון מעכשיו הגוף דאל"כ במה חזר הראשון וקנה הגוף כשאין כאן זרע וזה רחוק להעמיד כלל בכוונת הנותן שסתם לדבריו ואחריו לירשי ואנן ניקום ונפרש דבריו דלצדדין קאמר ודוחק לומר דודאי כל שאמר ואחריו לירשי לא נתן לראשון רק הפירות לבד בין ישאר הבת או זרעה בשעת מיתת המקבל או לא אלא דלענין זה יש חילוק שאם הבת או זרעה קיים הוי אומדנא כאילו נתן מעכשיו ולפיכך אין מכירת הראשון כלום אבל כשלא נשאר זרע אז לא הוה כנתן מעכשיו ואע"ג דגם לראשון לא נתן כ"א הפירות לבד מ"מ חזר הדבר אצל הנותן אבי הבת והלכך אין הבעל יורש אותה דמ"מ קשה למה אין שאר היורשים עומדים במקומה דהא נהי שחזר הדבר לנותן הא הנך יורשים שלה יורשים זידיה נינהו: ואע"פ שיש למצוא נ"מ בזה אין זה כוונת הרמ"א וגם קשה לדברי הגאון נ"י דאפילו היכא דאמר להדיא נמי נימא דאומדנא היא דוקא אם ישאר זרע מהבת ומה חילוק יש בין אם אמר לירשי סתמא כפירושו דהוה מעכשיו או אם פי' ואמר מעכשיו דבתרווייהו י"ל דוקא אם ישאר זרע ועוד דמנ"ל לרמ"א לחדש סברא זו שהרי נראה לעין שדין זה הוציא מהטור וי"ל דהטור אזיל לשיטתו דס"ל דלירשים אינו כמו לעצמי והמכר קיים אבל הרמ"א דס"ל דהם שוים א"כ י"ל דלא הוי ראוי כלל וצ"ע.

ותבנא לדינא דלדעת המבי"ט אף בהתנה בפ"י שאם תמות יחזור לירשים ס"ל דמתנת קיימת וכבר כתבתי שאפשר דס"ל כשיטת הרמב"ם והריב"א וכ"כ ה"ה לשיטת הגאונים דאף באומר לעצמי אם מכר המקבל ונתן קיים עוד נלע"ד דע"כ לא ס"ל להטור ודעימיה באומר אחריו לעצמי אם מכר הראשון ונתן בטל אלא דוקא שחזרה בו חזרה מוחלטת כגון התם שהוא אומר למקבל נכסי לך ואחריו לעצמי דכיון דאדם מעותד למות ואף הוא שתצא ותחזור לבית הבעלים הראשונים או יעמוד חי בעת ההוא או ליד יורשיו עכ"פ והלכך אמרינן דמעיקרא לא נתן לזה כ"א הפירות ושייר הגוף לעצמו משא"כ היכא שאין חזרה זו מוחלטת אלא ע"ת כגון הכא שלא התנה שתחזור אלא אם תמות בלא זרע ורובא דרובא שלא יהיה כאן חזרה כלל ויוחלט אצל המקבל בכה"ג ודאי לא אמרי' שלע"ע לא נתן רק הפירות ואם יהיה לה זרע תקנה הגוף דמחמת חשש רחוק שאפשר שיסובבו הדבר שיחזור לידו לא משייר הגוף לנפשו רק נותן בעין יפה הגוף והפירות אלא שמטיל תנאי שאם יחזור לידו וא"כ ה"ל כמו אחריו לפלוני דקי"ל דנתן הגוף והפירות לראשון ואין לשני אלא מה ששייר הראשון וכל זה בהתנה בפ"י וק"ו הדברים היכא שנתן סתם רק דדינא הוא שצריך להחזיר מכח התקנה אם מתה כיון דודאי לא אסיק אדעתיה למיחש למיתה דלא שכיחא ודאי שנתן לגמרי גוף ופירות מעכשיו ושפיר יכולה לישא וליתן ולמכור כאות נפש' רק שאם מתה שעבודא אקרקפתא דגברא מונח לעשות כדת התקנה הנהוגה: וראיתי בכנה"ג סי' צ' אות נ"ט שהביא דברי הש"ג בשם ריא"ז הנ"ל וכתב ע"ז וז"ל אמר המאסף נער הייתי וגם זקנתי וכל ימי.

גדלתי בין החכמים בעיר גדולה של חכמים ושל סופרים קושט"א יע"א ולא ראיתי לאב או ליורש שמיחה באשה שאין לה בנים או בבעלה שלא ימכרו נכסי נדוניתה עכ"ל הכנה"ג ופוק חזי מאן גברא רבא דמסהיד עלה דמלתא שלא נהגו למחות כלל ואמנם לכאורה היה נלענ"ד בטעם הדבר שלא חששו לזה דהריא"ז דאיהו מיירי לפי המנהג הקדום שהבעל מקבל כל כלי בשומתה משא"כ למנהג שלנו שאין פורטין שום דבר וכמ"ש בב"י ובש"ע סי' פ"ח ס"ב דכל שכוללים הכל וכותבים הכניסה לו בבגדים ובתכשיטין כך וכך מעות הרי סך אותו המעות חוב עליו כו' ולפ"ז שפיר הבעל יכול למכור אלא דמ"מ אם לא מכרם וישנם בעין שייך בזה שבח בית אביה וכ"כ בסי' צ' ס"ק מ"ז וז"ל ולדידן שאין פורטין כו' אבל מ"מ יכול למכור הכל כמו ולד שפחות ובהמות נ"מ וכן מצאתי להדיא בב"ש מהדורא קמא סי' פ"ח סק"ד וז"ל כי לא שמענו מוחה בזה כשהוא מוכר מכל מה שהכניסה לו ואפשר בזה"ז מקבל הכל למכור כדי שיהא המעות בידו לישא וליתן בהם וכן נראה מבואר מהט"ז ססי' פ"ח ע"ש ולפי זה צ"ל מה שכתב הב"ש בסימן צ' ס"ק נ"ח וז"ל גם נ"מ לדידן אם מכרה או מחלה כו' מיהו בתנאי שלנו שכותבים מחמת עידור וקטט יתקיים כתקנת שום נראה דאינו יכול למחול או למכור כי הנותן נתן על תנאי זה ולמ"ש בסמוך לא מהני המחילה למנהג שלנו כו' עכ"ל נראה דדוקא מחילה לא מהני לענין שהבעל צריך להחזיר הנדוניא בסך מעות כך וכך אבל מ"מ שפיר יכולים למכור גוף החפצים כיון דמיירי שנכתב הנדוניא ע"ס מעות ממילא שיכול למכור וכמ"ש"ל ודמי ג"כ למ"ש בסי' קי"ח סי"ג הנוהגים שאשה המכנסת קרקע כו' והוא מתשובת הרא"ש ע"ש ומ"ש הב"ש מתחלה דאינו יכול למחול או למכור היינו משום דמתחלה מיירי כשכותבין בכתובה הכלים בהדיא ולא נכללו ביחד ע"ס כך וכך ולכך ס"ל דא"י למכור כי הנותן נתן הנדון ע"ס זה ואף לפמ"ש"ל עכ"פ לכתחלה א"י למכור א"כ י"ל דר"ל שאינה יכולה למכור זכות שיש לה בנכסים אלו באופן שלא יצטרך הבעל להחזיר אלא צריך להחזיר דאין בידם להפקיע כח הניתן שנתן ע"ת זה אבל מ"מ לגבי הלוקח המכירה מועלת דהוי כאחריו לפלוני וכמ"ש"ל אך יש לעיין דכ"ז לענין מה שהכניסה דהיינו נצ"ב וכיון שנכללו בכתובתה ע"ס כך וכך ודאי דיכולין למכור אבל בגדי אשה דקי"ל שהם נ"מ כמבואר בסי' סי"ד ובסי' ע"ז בח"מ ס"ק ל' כתב מאחר שלא שמו לחתן בנדן שלו אין להם רק דין נ"מ וכ"כ בסי' פ"ה בח"מ סק"ה דאע"פ שכתב שהבגדים שהכניסה הם נצ"ב היינו ששמו הבגדים ה' אבל בגדים שהכלה לובשת אין דרך לשומן בנדן רק הם נ"מ שלה וכ"כ הב"ש שם (ולפי"ז צ"ל מ"ש בסי' צ' סי"ד בהג"ה ובגדי אשה שהכניסה לו אין להם דין צ"ב רק נ"מ אין ר"ל שהכניסה לו בנדן דא"כ הוי צ"ב אלא ר"ל שהיא לובשת והכניסה לו לא מתפרש בדוקא אנצ"ב וצ"ע על הח"מ סימן פ"ח סק"ז שנראה מדבריו דהכניסה לו שייך דווקא בנצ"ב וכבר השיג עליו הב"ש ממ"א ע"ש) לפי"ז י"ל דבכה"ג דהם נ"מ ולא נכללו ע"ס מעות א"כ אין ביד הבעל למכור וגם היא אין לה רשות לפי שמתחלה ניתן ע"ת זה אמנם נלענ"ד ברור כמ"ש דאף בזה שפיר יכולים שניהם למכור דמעיקרא נתן אדעתא דהכי שאם ישאר יחזור לו אבל לא על אופן שיהיה בידו למחות מלמכור וכמ"ש מלתא בטעמא ואדרבא נ"מ הם גרועים יותר לענין חזרה וכמ"ש סימן קי"ח בשם הרא"ש ואע"ג דבח"מ שם ס"ק כ"ג כתב שמעשה בא לידו ופסק דכל בגדי הכלה שהם נ"מ יחזיר

ליורשים דהרא"ש מודה בזה דשייך בהן עגמת נפש וכ"כ הב"ש מ"מ היינו דוקא כשהם בעין שיש בזה עג"נ שיאכלו זרים חילו והלכך כל שהם בעין ת"י הוא מחויב להחזירם אבל אם בתו מכרה אותם ודאי מהני המכירה ואין בזה עגמת נפש כיון דליתנייהו בעינייהו ת"י הבעל ומעיקרא אדעתא דהכי יהבינהו ניהלה שתעשה בהם כאות נפשה באין מוחה רק אם תמות יחזרו לו וכדין אחר כך לפלוני ואפילו תימה שזה דומה כמתנה ע"מ להחזיר לזמן קצוב דהיינו אחר מיתת אשתו וכיון שלא החזיר שהרי מכרם א"כ המתנה בטלה למפרע ואין המכירה כלום ז"א דהא קי"ל במתנה ע"מ להחזיר אף אם לא החזיר גוף החפץ רק הדמים בלבד הוי חזרה וכן הלכה רווחת באה"ע סי' כ"ח ס"ק הנותן מתנה לחבירו ע"מ להחזירו והלך וקידש בו אשה ה"ז מקודשת והוא מדברי הרא"ש בפ"ק דקידושין ודבריו בתשובה באורך ע"ש ובא"ח סימן תרנ"ח ומ"ש הב"ש בסימן ס' סק"ד בחד תירוצא דהעיטור מדמי למתנה ע"מ להחזיר ולא ס"ל כהרא"ש דיכול ליתן להנותן דמים בעד הכלי כבר תמהתי עליו בחידושי לאה"ע דבכ"מ אשתמטתי דברי הרא"ש בר"פ לולב הגזול שכתב להדיא בשם בעל העיטור דודאי חזרת דמים מהני בעלמא ע"ש ובש"ך סימן רמ"א בשם מהר"א ששון ובמ"א הארכתי ואין כאן מקומו וא"כ כיון דחזרת דמים מהני פשיטא דהמכירה הוי מכירה גמורה שהרי יכול לקדש בו אשה.

וכל מה שכתבתי בזה אינו רק להגדיל תורה ולהראות למורה שאפילו מתה בתוך שני חזרה מועלת המכירה מכל הלין טעמי שכתבתי דמעיקרא אדעתא דהכי אתיהיב ומכ"ש לדעת מהריב"ל שאין הבעל צריך לתת אותן החפצים עצמם ומכ"ש לדעת המבי"ט דמדמי לאחריך לפלוני שאם מכר ונתן הראשון קיים וכבר כתבתי דאף מאן דסובר באחריך לעצמי בטל מכל מקום הכא שאין החזרה מוחלטת כולי עלמא סבירא להו דקיים ואף אם נדמהו למתנה ע"מ להחזיר נמי יכולה למכור ואם תמות באמת יחזיר הבעל הדמים ואע"פ שלדעת החולקים על מהריב"ל אם החפצים בעין צריך להחזיר להם הגוף היינו משום שהם במקומה עומדים והיא היתה ניקחת הגוף משום שב"א משא"כ אם היא בעצמה מוכרת א"כ אין באים רק בתורת חיוב התנאי להחזיר בחזרת דמים סגי ומכ"ש לדעת הגהה התשובה שהביא בנחלת שבעה סימן ט"ז ס"א דהוספת שלישי מלבר הוא שמשערין שהמלבושים ובגדי לבן ושאר הוצאת עולים ערך שלישי כו' א"כ המלבושים הם בכלל הנדוני' שמקבל עליו וכ"כ אח"כ בסעיף ד' בשם מהר"מ מינץ סימן צ"ו דכיון דנוהגין לכתוב בכתובה בין בכסף בין במאני דלבושא הוי כל מלבושים בכלל שומת הנדוני' ע"ש וכבר כתבתי לעיל דכל שהוא בכלל שומת הנדוני' ודאי יכול למכור כיון שכבר קיבל עליו בסך מעות וא"כ אף נותן הנדון אין יכול לתבוע אחר מות האשה כ"א טענת דמים אבל אין לו על גוף החפץ לבטל המכירה ומ"ש בנ"ש ראייה מהרמ"א שכתב הדין שבגדים שהכניסה אין להם דין צ"ב ואע"פ שעכשיו אין כותבין פרטי אין זו ראייה לענ"ד דודאי מצינן למימר דמיירי שלא נכתב בכתובתה בין במאני בלבושא ואע"פ שבזה"ז כותבין כן ועיין בסימן צ' סק"ס בב"ש ובס"ק ס"ה וכן בסימן צ"ו סק"א שמבואר שבש"ע סתם בכמה מקומות הדין לפי המנהג הקדום שהיו פורטים כ"א בפ"ע וכ"כ בס כתובה סימן ע"ז סקי"ב לענין מ"ש שם בהג"ה דינא דמתיבת' גבי נצ"ב שנפחתו דלפי המנהג עכשיו שכוללים הכל אינו אלא חוב בעלמ' א"י להחזיר אלא

בשומא ואין חילוק בין נפחת מחמת שומא ובש"ע מיירי בכתב הכלי בפרוטרוט כו' ע"ש (והניח בצ"ע על האחרונים שלא כתבו זה ולענ"ד י"ל דס"ל בלא נכתב כל כלי בפרוטרוט מ"מ כותבין בכתובה שהחתן קיבל עליו הכלים בסך כך וכך ואומדן דעת הוא דאדעתא דתיפוק מיניה בטענת מאיס עלי לא קיבל עליו וחוזר הדין לאמתת הענין דכל שהוא בעין מכלים ונפחת מחמת שימוש ועושיין מעין מלאכתן נוטלתו כמות שנישום אז דדינא דמתיבת' הכי אתקנו) ועכ"פ חזינן דאיכא דוכתי טובי דקא פסיק ותני למאי דנהגי מעיקרא שיש מקומות שנוהגין כן גם עתה וכמ"ש הב"ש ומכ"ש לדעת המבי"ט דס"ל דכל שיש רשימה ת"י הסופר מהמטלטלים אינם כחוב וכמבואר ג"כ בשו"ת מהרי"ט סנ"ו ונראה שמסכים לזה ג"כ יעו"ש א"כ פשיטא דנ"מ טובי בהא אבל לדידן שכוללים הכל י"ל דאם בא האב לתבוע החזרה א"י לתבוע כ"א כפי הסך המוזכר בכתובה וא"י לתבוע הבגדים בפ"ע: ומעתה אין מקום בשום אופן לבטל מכירה אף אם מתה האשה ומה שדן המורה ממ"ש הב"ש שאינה יכולה למחול שע"ח כן נתן אביה אין זו ראייה של כלום דמחילה שאני שהיא באה להפקיע כח אבי' לגמרי שלא יצטרך הבעל להחזיר אחר מותה וכבר הוקבע עליו חובה אלא שמ"מ גוף החפצים יכולים למכור וכמ"ש"ל וגם כי הרבה מהפוסקים דס"ל דהמחילה מועיל גם בזו וכבר הבאתי דברי המבי"ט לעיל וגם ראה זה מצאתי לשון רבינו הב"י בתשובה סימן ד' וז"ל ומ"ש בשאלה אי אמרינן הואיל והנדוני' נתן לה אביה וכשנתן לה אדעתא שהוא יזכה בירושה אינה טענה דאע"ג דפסק הרא"ש כו' נראה שלא כ"כ אלא לפי לשון תקנות טולטילה כו' וכ"ה דעת הרשב"ץ שכתב מקומות שיש להם תקנה כו' והרי דברים אלו לכל הנשים הם בין שאביהם נתן להם הנדוניא בין שהנדוניא משל עצמן דאל"כ הו"ל לאפלוגי ולא ה"ל למסתם אלא ודאי אף בשהאב נותן הנדוניא איירי הרשב"ץ ועוד כ' דע"כ לא קאמר הרא"ש כו' ובסימן ג' כתב מדין תורה האשה יכולה למחול כו' אבל מה שמוחלת מעכשיו אין דבר נוגע בתקנה כלום ומחילתה מחילה עכ"ל ומסתמא מיירי אפילו כשנתן לה האב הנדוני' עכ"ל תשובת הב"י שם וגם בכד"ה סימן קי"ח הביא בשם הרמ"ה דמוחלת או נותנת במתנה לאחר קיים ולפי דבריו בתשובה הנ"ל מיירי הרמ"ה ג"כ בסתמא אף באב הנותן הנדוניא ועכ"פ הדבר ברור שזה שנמכר לו או נתמשכן ברשות האשה קיים וכן מבואר להדיא בשו"ת ב"י סי' ט' וז"ל תשובה מענין השאלה ששאל כ"ת על מי שמתה אשה בלא זרע ובא לחלוק עם היורשים כמנהג כי כן כתב בתנאי כתובה ולא נמצא מהנדוני' כ"א חלק מעט והשא' נמכר או נתמשכן ברשותה וכתב כ"ת שיש שהורה שחייב הבעל לפדותו אם משכנם או לפרעם אם מכרם כו' תמה אני אם יש מי שיורה כן כי מעולם לא נשמע שיחלקו כ"א במה שנמצא מנדונייתא בעין אבל מה שנמכר או נתמשכן ברשותה לא עלה על הדעת שיצטרך לשלם מביתו כו' ולענין החפצים הממושכני' מה ששומם יותר על מה שהם ממושכנים הרי הוא בעין וחולקים בו אבל במה שהוא כנגד החוב כו' הרי הם כאילו נאבדו ואינם בעין כו' שבכל ספק שיפול בדבר זה יד הבעל על העליונה שהוא מוחזק כו' עכ"ל הרי להדיא שלא עלה על הדעת להוציא המשכנות מיד המלוה ואף הבעל הוא פטור לאחר מותה דברשות קעביד כמ"ש הב"ש ז"ל ולומר דהתם מיירי שמושכנים ביד עכו"ם וכה"ג דלא ציית דינא אין זה אלא דרך עקש ופתלתל וכל זה באם מתה האשה אבל בעודה בחיים דעת שוטים הוא לומר

שמוציאין מתחת יד המלוה שהרי מקץ שנתיים ימים איגלאי מלתא למפרע שאין לאביה רשות בזה כלל וצריכה לפרוע הקפותיה ובפרט כשיש לחוש לבזבוז שיכול הנושה להחזיק עד אחר ב' שנים ולהפרע מהם אמנם הדבר מבואר דאף במתה האשה נמי אין להוציא מזה: טרם אכלה לדבר אעתיק לעין הקורא מ"ש בשו"ת רבינו בצלאל אשכנזי סימן י"ח בסופו (והיא שייכת לתשובה שכתב שם בסימן י"א והוכפלה בסימן י"ז) שכתב וז"ל ועוד כתב בתשובה להרמב"ם ז"ל בלשון ערבי והעתיקם ללה"ק שאלה במדינה שמתנים בה שכל אשה שתמות בלא וולד יחזירו חצי נכסים לבית אביה כו' ורצתה האשה א' שתקח נדוניא של בית אביה הכתובה בשטר כתובתה ותתנה לאיש אחר מבלעדי אישה ובית אביה והסכים בעלה על ידם כו' וכתבה מתנה לאיש הנזכר כו' תשובה המתנה קיימת בלי ספק כו' לפי שפסק ההלכה ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר הראשון וכ"ש וק"ו בתנאי הזה שלא נפסק הענין אלא שנתלה בתנאי וכאילו אמר נכסים אילו לך ואחריך אם תמותי בלא ולד לפלוני ומכרה ונתנה שהדין בלא ספק אין לשני אלא מה ששיירה וזהו דין התנאי בכל מקום אין הפרש אם פירש זה ואמר ואם תמות בלא ולד יחזור חצי מה דישתאר מנדוניא זו לבית אביה כמו שכותבין אנחנו בקצת כתובות או לא יפרשה לפי שהוא ידוע שאין לו לעכב מלעשות רצונו בנדוניתה ואין הפרש בין אם היתה לובשת לבוש עד שיכלה או עד שנקרע או שנתן אותו או תמכרנה כו' ע"ש באורך ודבריו מתוקים וערבים לאוזן שומעת ומ"ש דהוי כאחריך לפלוני נראה דאזיל לשיטתו דאחריך לעצמי נמי הוי כאומר לפלוני ומ"מ אף להנך דס"ל דלעצמו לא מ"מ הרי כתב הרמב"ם דכ"ש וק"ו בזה שנתלה בתנאי ובכה"ג אין ספק שאין לשני אלא מה ששיירה והוא הסברא שכתבתי למעלה דכל שאין החזרה מוחלטת לכ"ע המכר קיים אלא שלא מצאתי ראיה לדברי ועכשיו אני אומר בטח שהוא יתד שלא תמוט שהרי הרב אומר כן בפשיטות שזהו דין התנאי כו' גם המתיק הענין דכיון שהרשות בידיה לבלות בגדים וללובשם בתמידות עד שיקרעו ומכסי ואזלי עד דבלי ממילא שבידה ג"כ ליתן ולמכור אותו ונלענ"ד שגם הדין שכתב הרמ"א בתקנת שו"ת שמה שהוציא הבעל פטור כך היה התיקון מתחלה והיו כותבין מה דישתאר מנדוניא זו ועל תקנה זו סובב הולך המנהג של עכשיו ג"כ ואף דלא נכתב ככתוב דמי וא"כ פשיטא דיכולה למכור וכדמשמע להדיא מדברי הרמב"ם דאם כתב מה דישתאר כו' הדבר פשוט שיכולה למכור אלא שהוא ז"ל הוסיף לומר דאף אם לא פירשו כן שפיר מוכרת ונותנת וקיים ועכ"פ מבואר דבכל גווני המכירה קיימת והדין דין אמת.

עוד אבאר מה דמריש הוה אמינא דלפי לשון התקנה שהעתיק בשו"ת מהר"מ ב"ב משמע לכאורה דאף בשנה שניה אף ע"פ שהנזן יחזור החצי מ"מ בגדים מחזיר כולם ולשון רמ"א ואחרונים משמע דאין חילוק בין נדוניא לבגדים ובין הכל נוטל החצי ומצאתי בשו"ת להגאון החסיד מוהר"ר אלעזר ז"ל האב"ד דק"ק אמשטרדם נקרא טורי אבן שכתב בסימן ה' לדחות ראיית מהרי"ל לענין נ"מ כו' דעיקר כרא"ש דלא נתקן בנ"מ אף מה שנתן לה אביה כדמוכח בשו"ת בנימן זאב ודלא כח"מ ומה שסיים ופסקתי דכל בגדי הכלה כו' פשוט דהמעשה היה בשנה ראשונה כו' ושמעתי מפקפקים משו"ת מהר"ם ב"ב כו' ואני עומד על עמדי כו' מדלא הביא רמ"א האי סיומא כו' ואפשר קים ליה שאותה תקנה לא היתה אלא בריינוס כו' וכל מה שנוהג בבירור ע"פ רמ"א שקבלנו

עלינו נהוג ומה שלא נזכר בדבריו דהיינו חזרת הבגדים שהמה נ"מ יותר מסתבר שאין צריך להחזירם כלל ומכ"ש שלא נימא דעדיפי מנדן וכל דיין שלא דן הכי לאו דיינא הוא עכ"ל הגאון הנ"ל הרי לפניך שדעתו נוטה שלא יצטרך להחזיר בגדים כלל ועכ"פ לא עדיפי מנדוניא ואצ"ל שאין להוציא מלוקח ואין צ"ל זו שהאשה קיימת והנה פ"ק אירע עתה גט אשה שנפלו בו איזה ספיקות וישבתי במושב זקנים עם הגאון האב"ד דפה ק"ק יצ"ו ובדרך שיחה הצעתי לפניהם וספרתי להם המאורע ויפלא בעיניהם הנמצא כזה איש הרוח.

קטוף מליח עלי שיח. והוראתו שלא בקדושה תעיד על עצם עצמי שאין בו מוח. כי הדין פשוט וברור לכל מבין עם תלמוד והעושה כוונים לסלף דברי צדיקים. ויעוות משפט וחוקים.

וכולי תנויי בנזיקים. אל יהי לו מושך חסד וחונן.

והישר הולך ומ'קנים יתבונן. בצל שדי יתלונן.

ואני על משמרתי אעמוד לחלות ולחנן. להסיר לב אבן הטועים.

ולהנחותם הדרך הישרה לפקוח עינים. איפה הם רועים.

ועינינו תראינה בבנין אריאל ושלום על דייני ישראל פי המדבר זעירא מן חבריי' מדרש לפרושים: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד הלכות כתובות שאלה סה בדבר המשפט בילדה החולנית שנעשה בה מעשה יתומה בחיי האב ואין לה על מי להשען רק בזה הנערה באה בפרוזבטי על המחייב עצמו לזונה ולפרנסה ולהספיק לה כל צרכי' ונלענ"ד שבזה הכל מודים שהוא מחויב ברפואתה שאע"פ שאמרו במקבל עליו לזון את חבירו אינו חייב ברפואתו.

הרי מבואר טעם הדברים באשר"י דכתובות פרק הנושא דאע"ג דבמזון האשה רפואה שאין לה קצבה הרי הם כמזונות ה"מ באוכלת בתנאי ב"ד שהוא מחויב להספיק כל צרכי'. אבל המקבל עליו לפרנס אין הרפואה בכלל והביאו הש"ג סימן ס' ודבר ברור הוא שלא בא לחלק בין אוכלת בתנאי ב"ד או מחמת חייב סתם רק עיקר החילוק הוא דרפואה אינו בכלל פרנסה והלכך כיון שזה לא פרט בחיובו רק לפרנס אין רפואה בכלל משא"כ אם חיוב מזונות מחמת תנאי ב"ד שתנאי ב"ד היא שהבעל מספיק לה כל צרכי' גם רפואה הוא בכלל זה ונמצינו למדין מזה היכא שמתחייב חייב א"ע בכתב בהדיא להספיק כל צרכי' פשיטא שגם רפואה בכלל ולענ"ד אין זה צריך בשש.

ועוד נראה ברור דבנידון זה פשיטא דהוי כתנאי ב"ד ועדיף מיניה שהרי כל עיקרא דמילתא דתנאי ב"ד בזה אינו רק מצד אומדן הדעת שכך אמדו חכמים דעתו של אדם שהנושא אשה דעתו לחייב עצמו בדברים אלו. ולכן אע"פ שלא נכתב כנכתב דמי אבל אם ידעינן שאין מרוצה בכך אינו מתחייב כלל ולכן אם התנה שלא יתחייב תנאו מועיל וכמבואר בש"ס ובאה"ע שבכל אלו התנאי מועיל לבד מג' דברים ולכן שפיר כתב הרא"ש דגם לענין רפואה הרי הוא כמזונות לפי שאומדן הדעת של הב"ד הוא כך שזה מחויב להספיק לה כל צרכיה דמעיקרא אדעתא דהכי נשאה שיתחייב בכך משא"כ

במחייב עצמו לזון שאין לנו אומד הדעת אלא מה שפירש ומה אומד הדעת יש כאן לחייבו ברפואה.

ולפ"ז הדבר ברור בנ"ד שהמתחייב קיבל על עצמו ילדה זו לתת לה די צרכה וסיפוקה באופן שלא תצטרך לאביה כלל כי כן נתפשרו בשעת הפירוד אין לך אימוד הדעת גדול מזה שהכל היו בכלל החיוב ומכ"ש שמבואר בכלל שאין על אביה מהיום שום התחייבות אף על פ"א ואין לה שום זכות על אביה כלל מהיום הרי נראה בעליל שקיבל עליו כל מיני התחייבות שהיה האב חייב לבתו והוא קיבל הכל על עצמו וסילק כל התחייבות מעל אבי'.

וזה היה כל תכלית כוונת אביו שנתפשר בכך וגם נתן מעות לידו בכדי שלא יצטרך לטפל בעסק הבת בשום דבר בעולם. והוסיף בתנאי שאף אם תועדר הבת ויצטרך להחזיר לו מסך המעות שנתן לידו אע"פ כן לא ינכה לו עבור הוצאות רפואות ודאקטורים.

ודבר פשוט הוא שזה מורה ג"כ שהוא מחייב לדרוש ברופאים ולהוציא עליה כפי הצורך. שאל"כ היאך התנה שלא ינכה הוצאת רפואות שהרי הוא אינו מחויב בהם כלל ואם נאמר שהכוונה תסוב שאף אם האב ירחיק נדוד מכאן ועל י"ז בע"כ תהיה מוטלת עליו לרפאותה וע"ז בא להתנות שאף עפ"כ לא ינכה ממעות החזרה הוצאות הרפואות.

לענ"ד לא יאמר כן אף מתעקש גדול דבאמת למה לא ינכה מה שהוציא דברים שאינם מוטלים עליו וכדין מוציא הוצאות על חבריו ממה שהיו ת"י משלו שמנכה לו ואם יתעקש לומר דכך התנה עמו אע"פ שאינו מן הדין ותנאי שבממון הוא מ"מ הדבר זר מאד שידוע שהכל נעשה לשקוד על תקנות הילדה ואם נאמר כך אין זה תקנה אלא תקלה גדולה שהרי כשתהיה חולה המתחייב זה יעצור לבלתי הוציא עליה רפואות כפי הצריך כיון שאינו מחויב בדבר וגם אינו יכול לנכות ממעות אביו והניח מעותיו על קרן הצבי ובודאי מילתא דפשיטא הוא שזה התחייב בכל אלא שהיה מקום לומר שלא התחייב אלא באופן שלא יוחזר ליד האב הסך מעות שנתן לידו אבל אם יהיה צריך להחזיר לידו מחמת העדר הבת שפיר ינכה לו הוצאות רפואות כיון דהאב משתמש ליה במיתת הבת את הכסף המושב לידו לזה ביארו בכתב שאף שיוחזר ממון לידו מ"מ לא ינוכה לו עבור רפואות: ובר מן דין אומר אני כי בנ"ד זה המתחייב שמונע עצמו מרפואת' לא זו הדרך מוציאתו מידי עבירה שאף ע"פ שבש"ע הביא דעת הריטב"א דהמקבל לזון אינו חייב ברפואו' הרי הש"ך שם הביא דעת התוס' דס"ל דחייב ברפואות ומ"ש הש"ך דמהירושלמי משמע כהריטב"א והרא"ש ז"א לענ"ד שהרי הרא"ש הביא דברי הירושלמי ולא הביא ממנו ראיה כלל רק כתב בפרק הנושא ובפ' מציאת אשה מסברא כן והדבר פשוט דהירושל' דקאמר חלתה כמו שנישאת לא מיירי לענין חולה הצריך רפואה כלל דבאמת אין דנין על הרפואה רק לענין מזונות שהיא חולה ואינה יכולה לאכול כמו הברי' שאוכל יותר וע"ז קאמר דחלתה הוי כמו שנישאת שאע"פ שאינה יכולה לאכול צריך לשלם לה דמי מזונות כמו אלו היתה בריאה וגם כוונת הריטב"א

אינה להביא ראיה מהירושלמי לענין הוצאות רפואה רק לענין שצריך לתת דמי מזונות כמו לבריא.

ובאמת הדבר תמוה דפשט' דמלתא משמע בש"ס דכל רפואה שאין לה קצבה דינה כמזונות ומאי דמחלק הרא"ש בין תנאי ב"ד צ"ע דהא גם בשותפין שחלה א' קאמר רשב"ג לחלק בין רפוא' שאין לה קצבה וע"ש בב"ב ברי"ף ורמב"ן דרשב"ג לטעמיה גבי כתובה ואם כן מבואר דלאו בתנאי תליא מילתא (ולפי מ"ש לעיל דתנאי בית דין מטעם אומדנ' יש ליישב דגם גבי שותפין הטעם משום אומדנא משא"כ היכא שהענין בא מצד מחייב עצמו בכתב אך כבר כתבתי דכאן עדיף טפי מאומדנ' דתנאי ב"ד) והסמ"ע סימן ס' הרגיש בזה וכתב ולא דמי לסימן קע"ו ולא ביאר החילוק ולפי שמצאתי שכבר עמדו בזה הגאון מהר"י באו"ת והגאון מוהר"ד בספר קרבן העדה לכן קצרתי ות"ל שכוונתי לכל דבריהם וע"ש באו"ת שכתב שדעת התוספות והרמב"ן והרשב"א ובעה"ת מבואר מדבריהם דחייב ברפואה וכן מבואר בר"ן בחידושי גיטין ועיין בש"ך ס"ק שכתב ליישב קושית הרשב"א ובעה"ת בשם הרמב"ן ע"פ שיטה זו א"צ לרפאות' והוא כדברי או"ת הסובר שלדעת פוסקים אלו חייב ברפואה ולכן כתב באו"ת דהוי ספיק' דדינ' ומדברי קרבן העדה נראה שנוטה לומר דחייב ברפוא'.

ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא ונראה ברור בעיני דבס' כי הא אזלינן לחומרא אף ע"ג דבכל ס' ממון אזלינן לקולא לנתבע מ"מ נ"ד אינו ספק ממון אלא ספק נפשות וכל ספק נפשות להחמיר. וגדולה מזו מצינו דעת כמה פוסקים לענין ספק צדקה וספק ריבית אזלינן לחומרא דהו"ל ספק איסורא ואף הסוברים דהו"ל ספק ממון ואזלינן גם בזה לקולא כבר נאמרו בזה חילוקים.

ולענ"ד דזה לא נאמר רק לענין לירד לנכסיו אבל מכל מקום ודאי דחיובא אקרקפת' דגברא מנח ליזהר בנפשו שלא ליכנס לבית הספק ואין זה ענין לספק ממון אע"פ שיש בו ג"כ לאו דגזל שכך אמרה תורה המוציא מחבירו ע"ה ואין כאן איסור גזל כלל. ומצאתי שכ"כ האו"ת בסוף קיצור ת"כ ע"ש.

אך כ"ז באיסור מדברים הנוגעים בממון משא"כ בגוונא דנ"ד שע"י מניעת דרכי הרפואה היא מתנוונא והולכת ומסוכנת מאד פשיטא כי זה המתחייב ח"ו מתחייב בנפשה כי כל חטאת אשר יבא מדמה אפשר שמידו יבוקש כי עליו המשא הזה לדרוש ברופאים אולי ימצא מי שיהיה דן דינה למזור ותעלה ארוכה וספק סכנתא לחומרא: ועוד שלענ"ד אין מקום בזה לומר ספק ממון כלל דהא אמרי' בסנהדרין דף ע"ג הרי שראה חבירו טובע בנהר כו' חייב להצילו שנאמר לא תעמוד על דם רעך ופריך מוהשבותו לו נפקא לרבות אבידת גופו אי מהתם ה"א לאצולי אבל מיטרח ואגורי אימא לא קמ"ל וכן פירש הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת נפש ובש"ע ח"מ סימן תק"ה שמחויב לשכור אחרים להציל את זה אף בממונו אלא שהרא"ש כתב דאם יש ממון לניצול חוזר וגובה ממנו ועיין שם שהג"מ כתב שאפילו בספק סכנה מחויב להכניס א"ע ודבר פשוט הוא דאף בחולה של סכנה שייך דין זה כמ"ש הרמב"ן בתה"א הביאו הטור ביו"ד ריש הל' אבל ולפי זה מדינא מחויב אף מטרח ואגורי אלא דזה מצוה אכ"ע רמיא וכיון דכ"ע מימנעי מינה לפי שזה המתחייב קיבל עליו הכל ולדעתם גם הרפואה בכלל לו יהא דטעו בזה

שבאמת לא קיבל עליו מ"מ המצוה המוטלת עליו שלא לעבור על לא תעמוד על דם ריעך לא פקע מיניה ובמה נפטר מרחם על זו העלובה ובפרט הכצעקתה של ריבה זו כי הוא גרם לה במה שקיבל על עצמו ומי ביקש זאת מידו ולולי זה היה אביה מטפל עמה או חזו אינשי אחריני מבני משפחתה או מעלמא ומרחמי עלה ועתה צעקה הנערה ואין מושיע לה.

ועכ"פ אין כאן מקום פקפוק שעכ"פ זה המתחייב נכנס בספק חיוב רפוא' ואין דרך מצוא לפטור אותו לגמרי ואם מעלים עין עובר בלאו דלא תעמוד ועשה דוהשבותו לו וגם ה"ז כו' ואסור לו להתעצל בדבר כלל דלא גרע מעובדא דנחום איש גם זו שפגע בו עני וא"ל המתין עד שאפרוק מן החמור כו' וקיבל עליו מה שקיבל וכן ביו"ד סימן רנ"ב לענין פדיון שבויים איתא שם דעובר על לאו דלא תאמץ כו' ועל לא תעמו' כו' כל רגע שמאח' לפדות השבויים היכא דאפשר להקדים הוי כאלו שופך דמים ע"ש וא"כ ק"ו בנ"ד שהוא חולי שיש בו סכנה שמחללין עליו את השבת ואפילו בספק סכנה קי"ל דהזריז ה"ז משובח והשואל הרי זה שופך דמים כדאיתא ביומא וא"ח סימן שכ"ח ואם אמרו לענין שבת החמורה ק"ו לספק ממון שיש מקום לחייבו על פי הכתב שלו מלבד מצוה שהוטלה עליו מה"ת פשיטא שביותר צריך לזרז ולענ"ד מ"ש הש"ך סימן ס' שכן המנהג שלא לחייבו ברפואה אפשר שלא נהגו אלא היכא שאין כאן מיחוש לסכנה או בגוונא שזה יש לו במה לרפאות עצמו רק שבא לתבוע את חבריו מצד החיוב שהתחייב נגדו וכיון שאין כאן ספק נפשות רק ספק ממון לבד בזה סמכו על מ"ש הרא"ש והריטב"א דהמקבל לזון איש נכרי אינו חייב ברפואתו כיון דהוא קולא לנתבע משא"כ היכא שיש סכנה וזה אין לו במה לרפאות עצמו מי גבר לא יחוש לדעת התוס' שהלכה כמותם בכל מקום וכדבריהם משמע ברמב"ן ורשב"א ור"ן ובעה"ת ויכניס עצמו באיסור חמור זה שאף השוגג והאונס חמור מאד והאריכות בזה אך למותר וק"ו בן בנו של ק"ו בנ"ד שביארתי שהכתב מוכיח בכל פרטיו ודקדוקיו שזה המתחייב קיבל עליו כל די צורכה לסיפוקה ופרק עולה מעל צווארי אביה ובשעה שנכתב היתה פחותה מבת שש שנים שהיתה מוטלת מדינא על אביו להספיק כל צרכי' וגם רפואה בכלל ממילא שזה שהריק חוב זה מעליו וקיבלו על עצמו א"צ לפנים שנתחייב ברפואתה ולא בן חורין הוא להפטר ממנה ואף אם לקח אח"כ כתב שובר מאביו על כתב זה אין זה כלום כמבואר בתוספתא ר"פ הנושא הביאה הרא"ש וז"ל כתב לזון את בת אשתו ושברה האשה לבעלה שכתבה לו שובר ופיצת אותו ממזונות בתה לא הועיל לו כלום שזכין לקטן ואין חבין לו עכ"ל וכן מבואר באה"ע סי' קי"ד.

ועוד ראיתי לבאר בענין זה שמה שעושה המתחייב שדחף לילדה זו בשתי ידיים ושלחה מביתו ומנע ממנה מאכל הצריך לה הדבר פשוט שעשה שלא כדין כי הדבר פשוט שמחוייב להחזיקה אצלו ואם רוצה לשכור לה דירה צריך לשכור לה שפחה לשמשה כמבואר בב"ש ר"ס קי"ד וגם לענין המזונות שאין בדעתו רק לתת מזונות כאילו היתה בריאה אע"פ שמחמת החולי צריכה מאכלים קלים וצריכה יותר על מזונות ויצא לו טעות זה ממ"ש בש"ע סי' ס' שאם חלה הניזון אינו חייב ברפואתה רק בדמי מזונות כמו שהיה בריא ובאמת ז"א דהתם הפירוש להיפוך דמיירי שחלה הניזון ואינו יכול לאכול כאיש בריא אעפ"כ הוא צריך לתת לו דמי מזונות כאילו היה איש בריא ויכול לאכול

וזה מבואר במקור הדין שהביא הב"י ס"ס ר"ז בשם הריטב"א שלמד זה מהירושלמי דאיתא שם חלתה כמו שנישאת ור"ל דצריך לתת לה דמי מזונות אע"פ שחלתה ואינה יכולה לאכול וכן מבואר באה"ע סימן קי"ד ע"ש בב"ש אבל אם הדבר בהיפוך שמחמת חולי הוא צריך לאכול מאכלים קלים הוא מחויב ליתן אע"פ שאינו חייב ברפואתו מ"מ כיון שחייב עצמו במזונות הרי הוא צריך לתת מזונות הראוים לפי העת והעונה ההיא והיא דאיתא בח"מ סי' תקי"א דצריך ליתן ג"כ תוס' מזונות הצרוכין בחוליו ממה שהיה אוכל כשהוא בריא וכתב הרמ"א ע"ז ונ"ל דבכלל רפוי יחשב משא"כ הכא שהוא חייב במזונות בלא"ה צריך הוא לזון במזונות הראוים לו באותה שעה ומצאתי בשו"ת ב"ח סימן מ"ו שכתב בענין מי שנתחייב א"ע לזון חתנו ובתו על שלחנו אם חייב לזון במזונות קלים בימי לידתה והביא דברי הריטב"א שנותן דמי מזונות שהיה צריך כשהיא בריא וכתב דז"א אלא כשחייב עצמו לזון בסתם אבל אם התנה בפירוש לזון על שלחנו אם אינה רוצה לזונה צריך לתת כל דמי המזונות שצריכה ולפ"ז אם חלתה אינו נפטר בדמי המזונות כשהיתה בריאה אלא צריך לתת לה כל מזונותיה כל יום ויום בין בריאה בין חלתה שעל זה התחייב והא דכתב הרא"ש שאינו חייב ברפואה היינו דוקא רפואה ממש כגון שכר הרופא דמזונות קיבל ע"ע ובלשון ב"א אין שכר הרופא בכלל מזונות ולא דמי למזון האשה והבנות שהב"ד כך התנו לספק צרכיה אבל המזונות שהיא צריכה כל יום ויום אפילו היא חולה צריך לתת לה ותדע שהרי אם בתו או חתנו היה קצת חלשים כגון שחש בראשו או במעיו או בכל גופו היה חייב לתת להם מזונות הראוים לאותו שעה דאינו יכול לפטור עצמו מהם כו' ובסוף דבריו צידד לומר דאין דין יולדת כדין חלתה דעלמא דזאת הבעל גרם לה כו' ע"ש ועכ"פ מבואר להדיא דצריך לתת לה מזונות הראוים בחלייתה ושמחתי שכוונתי לדעתו ת"ל אלא הוספתי שלענ"ד אף במתחייב לזון סתם הדין כן והריטב"א לא קאמר אלא לענין חיוב דאם מחמת חולי אינו יכול לאכול אפ"ה מחויב לתת דמי המזונות הצריך לבריא כמבואר בירושלמי ועכ"פ בנ"ד שמבואר בכתב שקיבל עליה בקנין ובחיוב גמור להחזיקה על שלחנו אין ספק שצריך לתת מזונות כאשר היא צריכה לפי העת והזמן כמ"ש הב"ח: דברי זעירא הק' אפרים שאלה סו כה הראני כבוד מחו' ידידי הרב הגדול החריף ובקי מו' יעקב קא סג"ל לנדא נ"י מה שהעלה בישוב דברי הרמב"ם פך"א מהל' אישות הי"א פסקו לה מזונות הראוים כו' והובא בש"ע סי' פ' וכל הראשונים עמדו על דבריו דהא קתני ולא תאכל עמו דברים הרעים לחלב והח"מ כתב דלא מסתבר דבמקום סכנת הוולד צער גופה קודם ולכן כתב הרב נ"י בישוב דבר זה דהש"ס מיירי היכא שאין חולי התאוה אז כופה אותה שתניק קודם כיון דמשעבד' ליה ומזהירין אותה שלא תאכל דברים הרעים וכן אם הבעל רוצה לשכור מינקת מחמת שאוכלת דברים הרעים והיא אומרת שתניק בעצמה שומעין לו ולכן דייק הרמב"ם בהל' י"ג והוא אינו רוצה שתניק שלא תתנוול ר"ל דוקא בכה"ג שומעין לה אבל אם היא רוצה דוקא מאכלים הרעים שומעין לו והרשות בידו לשכור אחרת אך זה דוקא באין לה חולי אבל אם יש לה חולי התאוה אז אע"פ שאין שומעין לה אם היא רוצה דוקא להניק בעצמה מ"מ גם ביד הבעל אין לכופה שתניק דוקא ולעכב על ידה שלא תאכל אלא אוכלת כמו שהיא צריכה מפני צער גופה והבעל באמת ישכור מינקת משום סכנת הוולד ע"כ תוכן דבר ידידי הרב הגדול נ"י בקצרה והנה אף שהדברים

עריבים ונכונים בישוב גוף הענין ובפרט לקו' הח"מ דלמה יהיה צער גופה קודם במקום סכנת הוולד ובוזה יפה אמר הרב נ"י שאין כאן סכנה שהבעל יחוש לעצמו לשכור מינקת או ימסמס לי' כיון שאין בידו לעכב עליה שלא תאכל אבל מ"מ מה נעשה ביום שידובר בנו לשון הרמב"ם שנתן טעם שאין הבעל יכול לעכב כו' ימות הוולד מפני שצער גופה קודם לחשש סכנת הוולד והרי לפי מ"ש הרב נ"י ס"ס אין כאן חשש סכנה לוולד ולא איירינן אלא לענין הכפי' אם יכול לכופה שתניק ולא תאכל והכי הו"ל למימר ואין הבעל יכול לכופה להניק ולעכב כו' מפני שצער גופה הוא ואז היינו מפרשים הכוונה שר"ל שצער גוף שלה אלים טפי משעבוד שיש לו עליה להניקה דאדעתא דהכי שתצער גופה לא נשתעבדה לו אבל הלשון שצער גופה קודם מורה דאף בכה"ג שחששת הבעל חזקה שיש עמה טענה מחמת סכנת הוולד כגון שהוא מכירה או שאינו מוצא לשכור דבכה"ג אף בגרושה כופין אותה ומניקתו, מ"מ א"י לעכב שלא תאכל לפי שצער גופה קודם:.

והנה בדברי ה"ה והכ"מ ושאר מפרשי הרמב"ם לא מצאנו מונח קיים ומקור נפתח לדין הרמב"ם בזה ומצאתי כי דברי הרמב"ם מיוסדים על אדני פ"א רב האי גאון ז"ל הביאם בשיטה מקובצת כתובות שם שכתב וז"ל שוב מצאתי בליקוטי הגאונים ז"ל שכתוב בשם רבינו רב ה"ג הא דת"ר הרי שנתנו לה בן להניק לא תניק עמו בנה אי אקטן קאי מאי עבדא ליה שבקה ליה ומאית ואי אבן ר"ד חודש קאי לא ידעינן ופסקה עמו קמעא אוכלת הרבה מאי פירושי דאשכחינן בה פירושי דלא מסתבר לן הכין נקט לה בהני תרי מילי דהכי קא מגמר לן שלא תשכיר אשה עצמה להניק עד שתגמול את בנה או שבנם נטלו אביו ונתנו למניקת אחרת וכיוצא בזה ולעולם אם נטלה בן להניק לא תניק את בנה עמו ואם היה בה חולי וקשה לה שתאכל קמעא כדי צרכה והיא בחלי' מצטערת אם לא תאכל הרבה בתאוותה אינה חייבת לעשות כמו שפסקו עמה אלא שאם פסקו לה מזונות כדי צרכה אין לה לתבוע אותם במה שהיא מתאוות אלא אוכלת משלה ואע"פ שמוסיף חולי' עכ"ל שו"ת לרב ה"ג עכ"ל השי"מ (וע"ש שכתב אח"כ וז"ל הר"י הלוי כו' הא קמן דכולהו הני רבוותא אזלי בשיטת הרמב"ם ז"ל והוא פלאי שהרי דברי הר"י מיגא"ש מבוארים כרש"י ולא כרמב"ם ואפשר שיש ט"ס בדבריו) מבואר שזה מקור דברי הרמב"ם ומפרש מ"ש ר"ה גאון אע"פ שמוסיף חלי' ר"ל שע"ז נעשית חולי' ביותר ואפשר שיזיק לולד לולי דברי הרמב"ם היה אפשר לפ' דברי ר"ה מ"ש ואע"פ שמוסיף חוליה ר"ל שהנקה זו הוא מוסיף חולי' שע"ז היא צריכה למזונות יותר מכדי צרכה ומתאוה ביותר וכדמשמע בסוף פ' אע"פ דקאמר ומוסיפין על מזונותיה כו' ודלמא משום דחולה היא הא קמ"ל דסתם מניקת חולות נינהו ע"ש הא קמן שההנקה גורמת תאות אכילה ביותר ולכן ס"ד שהיא יכולה לתבוע מה שהיא מתאוה יותר כיון שע"י ההנקה בא לה ולכן אמר דאין יכולה לתבוע מה שמתאוה אע"פ שההנקה מוסיף חולי' שהוא חולי' תאוות האכילה לא איכפת לן בהכי כיון שפסקו קמעא דהיינו כדי צרכה ונראה דהרמב"ם ס"ל דודאי הברייטא לא אתי לאשמעינן דינא שהיא יכולה לאכול הרבה כיון דר"ש מפרש דאוכלת משלה פשיטא דמי יעכב על ידה לאכול משלה ואם הברייטא היה רוצה לאשמעינן הדין שאין יכולה לתבוע המותר הא הו"ל לאשמעינן דאוכלת משלה אלא ודאי דאתי לאשמעינן שהיא יכולה לאכול הרבה אע"פ שאפשר שיזיק לוולד וכמ"ש ר"ה גאון אינה חייבת לעשות כמו שפסקו עמה כו' והאי דקאמר אע"פ שמוסיף

חוליה ארישא קאי דאע"פ שאם תאכל הרבה הוא מוסיף חוליה ואפשר שיזיק לו ולד יכולה לאכול מפני צער גופה ואף שמדברי ר"ה נראה דמפ' גם הך בבא דמיירי במי שנתנו לה בן להניק ס"ל להרמב"ם דה"ה במניקה את בן בעלה וכ"ש הוא דאפילו בנתנו לה בן להניק שמדעתה דנפשה קבלה עלי' אמרינן דאדעתא הכי לא נשתעבדה להכניס עצמה בצער גופה ומכ"ש בשעבוד הנקה לבעל דאמרינן הכי וממוצא דבר אנו למדין דדברי הרמב"ם מתפרשין כפשטן כמו שהבינו ה"ה והכ"מ בדברי הרמב"ם שהרי ר"ה מיירי בנתנו לה בן להניק דמותרת היא לאכול הרבה אע"פ שמוסיף חלי' ופשיטא שא"ל שפירושו שעי"ז באמת בטל השעבוד שנשתעבדה לזה להניק שהרי כתב שאין יכולה לתבוע במה שהיא מתאוה ואם נימא שהשכירות בטל פשיטא שאין מקום לתביעה זו אלא ודאי שר"ל שהיא מניקה ואע"כ אין אבי הבן מעכב על ידה לאכול הרבה כמו שצריכה מחמת החולי וכגון שמכירה או שאינו מוצא אחרת ואין חוששין לסכנת הוולד דאדעתא דהכי לא נשתעבדה להכניס עצמה בצער גופה וה"ה במניקה את בן בעלה מיירי אפילו בכה"ג וכ"ש הוא וכמ"ש: ובלא"ה נראה דממקומו הוא מוכרע שהרי הרמב"ם כתב הרי זו אוכלת משלה מה שתרצה והוא דברי הש"ס דקאמר אוכלת הרבה מהיכא אמר ר"ש משלה א"כ ע"כ שהכוונה דמיירי שהיא מניקה בעצמה ולכן ס"ד שהבעל צריך ליתן גם המותר כיון שדינא הוא במניקה דמוסיפין על מזונותי' קמ"ל כיון שכבר פסקו לה מה שהוא צורך להנקה כדי צרכה ומה שהיא מתאוה יותר לא די שאינו מועיל אלא שהוא מזיק א"צ ליתן לה אע"פ שאינו יכול לעכב על ידה לאכול משלה מה שתרצה שאם נפרש דכיון שאוכלת מה שמזיק לוולד האב שוכר מינקת אחרת א"כ מה בא להשמיענו בזה שאוכלת משלה וא"ל דאשמעינן דלא תימא כיון שהוא חייב ברפואתה הוא מחויב ליתן לה מזונות הצריכים קמ"ל שא"צ אלא אוכלת משלה שדין זה אין ענינו לכאן רק בדין רפואת אשתו אם מחויב ליתן מה שמתאוה מחמת חולי ולענ"ד שהבעל מחויב ליתן לה מזונות אילו שהיא צריכה מצד חיוב רפואת' וכן מבואר מדבריהנ"י פרק החובל והביאו רמ"א בהג"ה סימן ת"ך דצריך ליתן תוס' מזונות הצריכין בחלי' ממה שהיה כשהיה בריא ונ"ל דבכלל רפוי יחשב וגדולה מזו כתב בשו"ת ב"ח סימן מ"ו דאפילו אם אין חייב ברפואה רק במזונות הוא מחויב לתת מזונות הראיות לאותה שעה ע"ש וקצת ויעיין בשי"מ ס"פ אע"פ בשם הר"י בן מיגאש מאי איריא מניקה ליתני חולה דמשמע כל חולה שבעולם שהוא צריך להוסיף על מזונותיה כדי שתאכל הרבה וישוב כחה לכמות שהיה ויברי' גופה כו' ע"ש ואין לחלק דהתם עי"ז שתאכל יותר רבה בריאת גופה משא"כ בזה שהחולי כך הוא לאכול הרבה דז"א דעכ"פ היא צריכה לכך מפני צער גופה כשלא תאכל וזהו רפואת'.

ואמנם כן גם למאי דפרישית שבאמת היא מניקה ואוכלת הרבה ולא איכפת לך בחשש סכנת הוולד קשיא דכיון שהתירו לה לאכול מפני צער גופה למה באמת תצטרך לאכול משלה ואי משום שהוא דבר המזיק לוולד מה בכך כיון דדינא קעבדה ועל ר"ה לק"מ דמ"מ זה אינו מחויב ליתן רק מה שפסק לתת כדי צרכה אבל על הרמב"ם קשה כיון דהבעל חייב ברפואתה במה יפטר וצ"ל דס"ל דכמו דאמרינן שהיא לא נשתעבד' להניק ע"ד זה שלא לאכול מה שצריכה מפני צער גופה כמו כן אמרינן דהוא לא נשתעבד לתת לה מזונות ורפואה מה שיזיק לבנו ולגבי דידיה אמרינן מה חזית דדמא דידה סומק כו'.

ואין דוחין נפש מפני נפש אבל איהי לגבה דנפשה אם רוצה לאכול משלה אין לעכב על ידה דאבדת גופה קודם כדאמרין חייך קודמין לחיי חבירך וזה א"ש לפי מ"ש דמיירי שע"כ היא מניקה שא"א בע"א אבל לפי דעת הרב נראה לפרש שבאמת מבטלינן שעבוד ההנקה ואינה מניקה כלל וא"כ למה תהיה אוכלת משלה והרי חל שעבודה על הבעל מדין רפואה וא"ל דכיון דמחמת חולי זה אין יכולה להניק והוא צריך לשכור מינקת הוא פטור משעבוד זה ז"א דמה ענין רפואה להנקה דאטו אשה שחלת' ואינה יכולה להניק מחמת חולי הוא נפטר מרפואת' פשיטא דחייב ברפואת' וה"נ אנן אמרינן דחייב ברפואת' ולתת לה מזונות שהיא צריכה ומתאוה מחמת חולי הן מצד חיוב רפואה או מצד חיוב מזונות הראוים לה לאותה שעה וממילא שהיא פטורה מחיוב ההנקה כיון שאפשר לשכור אחרת לא נכנס הוולד לספק סכנה ואם נפשך לומר דה"ט דאוכלת משלה משום דחולי כזה אינו במקרה כ"א מצד טבעה הרע שהרגילה להיות גרגרנית לאכול יותר מכדי צרכה ואין זה בכלל רפואה ובכלל מזונות וכמו משרה אשתו ע"י שלישי שא"צ ליתן רק כפי אומד הדעת שהוא כדי צרכה אף אנו נאמר שהיא מחויבת לשכור מינקת כמו בנדר' שלא להניק וכמ"ש התוספות דף נ"ט ע"ב ד"ה כגון שנדר' דלב"ה כופה שהיא תשכור לו מינקת ואף ב"ש לא פליגי אלא משום דכיון דקיים לה איהו הוא נתן אצבע כו' ע"ש ובאה"ע רסי' פ"ב בדברי הח"מ והב"ש שם ולא היה להרמב"ם לסתום אלא לפרש שמחויבת לשכור לו מינקת אלא ודאי דליתא להאי פירושה וחזרנו לפי הראשונים ז"ל דעכ"פ היא מניקה את הוולד משום דלא אפשר בע"א ומכל מקום אין לעכב על ידה משום צער גופה וצ"ע על המחבר בש"ע סימן פ' סעיף י"ב שכתב הך דינא דהרמב"ם ולא ביאר כמ"ש הרמב"ם דאוכלת משלה וכדברי הש"ס ואפשר דכיון שכתב שאין הבעל יכול לעכב כו' ממילא שמעית מיני' דעכבה אינו יכול לעשות אבל מכל מקום ליתן גם כן אין צריך וצ"ע.

והנה הב"ש שם ס"ק ט"ו כתב די"ל דאף שיש ספק סכנה לוולד מ"מ מותר כדאמרין דף פ' כביסתם קודם לחיי אחרים מיהו ר"י הוא דס"ל הכי ורבנן פליגי ומנ"ל לרמב"ם לפסוק כר"י עכ"ל ומשום הא לא אירי' שי"ל שהרמב"ם סמך בזה על ר"א גאון בשאלות פ' ראה דפסק כר"י בהא ע"ש אבל צ"ע דהתם טעמא משום דכתיב בקר' ולכל חיתם והיינו כביסה אלמא דקרא קרי לכביס' חיות וחייהם קודם לחיי אחרים משא"כ בזה דצער וחולי בעלמא הוא אפשר דל"ד לכביסה גם צ"ע על הרמב"ם במה שהשמיט הך דינא דכביסתן וחי אחרים ובשלמא מה שהשמיט הך דינא דאיתא התם חייהם וחי אחרים חייהם קודמין אע"ג דודאי הכי קי"ל וכדאמרין באיזהו נשך שנים שהיו מהלכין בדרך וביד אחד מהם קיתון של מים כו' עד שבא ר"ע ולימד וחי אחיך עמך חייך קודמין לחיי חבירך והביאו שם הרי"ף והרא"ש וגם דר"י ורבנן תרווייהו מודו בהא והרמב"ם לא הביא זה בחבורו י"ל שסמך על מ"ש בפ"א מהלכות רוצח גדולה מזו העוברה שהיתה מקשה לילד כו' יצא ראשו אין נוגעין בו מפני שאין דוחין נפש מפני נפש וכ"ש בזה שאין מחויב לדחות נפשו מפני נפש חבירו אבל הך דינא דכביסתן וחי אחרים הו"ל למנקט לאשמעינן הלכת' כמאן ואפשר שסמך בזה על מה דאיתא בירושלמי דנדרים פי"א דמייתי ברייתא כביסתן וחי אחרים כביסתן קודמת לחיי אחרים אמר ר"י מאן תנא כביסתן חיי נפש ר' יוסי דתני אין נותנין מהם לא למשרה ולא

לכביסה ר' יוסי מתיר בכביס' כו' ע"ש ובפני משה פיר' הך דאין נותנין מהם כו' על ערי מקלט קאי משום דכתיב ולכל חייתם וליתא אלא אפירות שביעית קאי וכדאיתא פלוגתא דרבנן ור"י לענין פירות שביעית בב"ק דף ק"א ובסוכה דף מ"ם ע"ש וכן פ"י בס' קרבן העדה וכן מבואר להדיא בירושל' דשביעית פ"ח הך ענינ' גופא דנדרים ע"ש והרמב"ם בפ"ה מהל' שמיטה ויובל פסק בהא כרבנן דאין נותנין פירות שביעית למשרה ולכביסה וא"כ ממילא ש"מ דכביסה לאו חיי נפש הוא ואף ע"ג דבש"ס דידן מוקמינן פלוגתא דרבנן ור"י בטעמא אחרין' מ"מ עכ"פ ממילא ש"מ דכביסה לאו חיי נפש נינהו דר"י מרבה כביסה ששוה בכל אדם והיינו דחיי נפש הוא ומ"מ במידי דמיקרי חיי נפש דומיא דכביסה אליבא דר"י הוא קודם לחיי אחרים דגם רבנן לא פליגי בהא וא"ש נהי הך דהכא שפסק הרמב"ם דצער גופה קודם משום שהוא חולי שבגופה ולא גרע מכביסה אליבא דר"י ומכ"ש דא"ש לפמ"ש בערוך ערך בולמס שהוא חולי האוכל הרבה הרי שחולי מסוכן הוא וזהו תקנתו שיאכל הרבה (והרמב"ן פ"י ביומא בולמס בענין אחר וכן רש"י פ"י בע"א אך מלשון המדרש רבה מי שלהוט אחר בולמס של עריות כו' הביאו בערוך שם משמע כפי' הערוך וגם לפרש"י יש ליישב לשון זה) ומ"ש בח"מ שאם החולי של סכנה לא ידעתי מי שחולק דחיי קודמין בודאי לענ"ד דגם אינהו לא פליגי אלא על מ"ש הרמב"ם במתאווה לאכול דברים רעים לחלב דזה אין בו סכנה וכדמשמע ביומא בעובדא דר' יהודא ור"י דקפחי' לרועה ואכל לרפתא ולא מצינו שיהא סכנה למתאווה לאכול איזה דבר בעוברת שהריחה או כשאוכלין לפני' דבר דאית ליה ריחא וקיוהא בעובד' דכתוב' דף ס"א ומ"מ נראה דס"ל להרמב"ם דאם מתאווה מחמת חולי לאכול דברים הרעים לחלב אע"פ שאין סכנה בכלל חיי נפש הוא אף לרבנן כמו כביסה לר"י דאע"ג דשמאל אמר ערבובית' דמאני מייתי לידי שעמום ס"ל לרבנן שאין זה בכלל חיי נפש שאין זה רק כמו סיבה קרובה ומיעוט המצוי אבל כשהחולי לפנינו וצער גופה למלאות תאוה לא גרע מכביסה לר"י וכל שהוא בכלל חיי נפש אף רבנן מודין שחיי קודמין: וראיתי למחזוני הגאון החסיד ז"ל בק"א למסכת כתובות שכתב על דברי הב"ש דהתם בנדרים לא מיירי ביש סכנה לעיר האחרת אלא שיכולין להביא מים ממקום אחר או שילכו משם תדע דא"כ נימא נמי בודאי סכנה דכביסה זו קודמין לחיי אחרים כו' ולעני' דעתי נראה דודאי מיירי אף בכה"ג דומיא דהא דחיהם וחיי אחרים דמיירי אפילו בודאי סכנה כמבואר שם בנדרים כפירוש המפרש לנדרים ובדברי התוס' והרא"ש והר"ן שם דילפינן מוחי אחיך עמך ובירושלמי דנדרים ושבועות משמע דר"י אתי על ההוא דכביסה ג"כ משום הא דחיהם וחיי אחרים ומייתי לה מקרא דתהיינה הערים האלה ואח"כ ולמגרשיהם סביבותיה וע"ש בפירוש פני משה דלא מייתי מקרא דוחי אחיך עמך דאפשר דס"ל דהתם ארביית קאי אהדר ליה כו' וגם בשאר דבריו יש מקום עיון ופשוט דגם להח"מ והב"ש אין בזה ודאי סכנה לוולד כ"א ספק סכנה וקצרתי שלענ"ד ליושר האמת הא ודאי שבמה שהיא אוכלת הרבה או דברים הרעים לחלב לא נכנס אף בכלל ספק סכנה לוולד רק מיחוש בעלמא וזה מבואר מדאמרינן דברים הרעים מה נינהו אמר ר"נ כגון כשות וחזיז ודגים קטנים כו' ואפי' כמכא והרסנא מינייהו פסקא חלבא מינייהו מיעכרי חלבא ופשיטא דלא מסתבר לומר שכשאוכלת דברים אלו דחשיב התם הוא ספק סכנה לוולד שע"ז יפסוק או יעכר החלב ועוד דא"כ למה נקט התנא דין

זה לענין מי שנתנו לה להניק דהא פשיטא דכולהו נשי בעי חיי התינוק וחלילה להם מעשות כדבר הזה להכניס נפש הילד בספק סכנה אלא ודאי שאין זה רק מיחוש בעלמא וכדאמרינן גבי זכרנו את הקשואין כו' שלא טעמו טעמים אלו במן לפי שקשין לתינוקת משל אומרים לאשה אל תאכלי שום ובצל מפני התינוק (ועיין בפירש"י פ' בהעלותך וביומא דף ע"ה ובס' כתוב המליץ עפ"י זכרנו את הדגה כו' משום דבש"ס חשיב נמי דגים קטנים בהנך דברים דקשים למינקת ע"ש דפח"ח ונראה הא דהזמין דגים קטנים בכדיהן אע"ג דקשה למינקת ודוחק לומר שהאשה לא היתה אוכלת מהן רק שהיו מאכילין לבעליהן אך התם איתא שהיו יולדות בשדה ומזמין להם עגולים לינק דבש ושמן וא"כ לא היו הנשים מניקת כלל) ובעלמא אמרינן למה נקרא שמם קישואין שקשין לגוף כו' וכיוצא בדוכתי טובא ופשיטא שאין זה נכנס בכלל ספק סכנה ומ"ש הרמב"ם ואין הבעל יכול לעכב ולאמר אם תאכל יותר מדאי או מאכלין רעים ימות הוולד פשיטא שלא בדרך ודאי קאמר אלא בדרך אפשריות שיכול להיות שיסובב מזה חלישות הוולד ואפשר שיסתכן וימות אבל מ"מ אין זה ברי היזקא וכן בלשון רש"י פסקו קימעא מזונות מועטין אוכלת הרבה משלה שיהיה לה חלב הרבה ולא תמיתם ופשיטא דלאו סכנת ודאית קאמר אבל חשש' וכיון שקבלה עלי' צריכה היא לאכול כדי צורך להנקה וכיון שכן גם זה אינו רק צערה דגופא של התינוק שהוא צריך לחלב הרבה ואין לו כדי ספוקו ולמיחוש מבעיא שמא יזיק לו צערו זה שלא מלא ספק ויוכל להיות שיבא מזה לידי סכנה ולכן שפיר כתבו ר"ה גאון והרמב"ם שאם האשה יש לה חולי בבטנה שצריכה לאכול הרבה או מאכלים הרעים לחלב צער גופה קודם דמאי חזית דצער' דגופא דתינוק עדיף מפני חששא דשמא מפני מיעוט או עיבור החלב שיבא מצד אכילתה יסתכן שמא גם היא אם תמעט באכילה או שלא תאכל דברים שמתאוה להם תצטער הרבה עד שתסתכן וצערה דגופא קודם אבל גם אינהו מודה אי בריא לן דהתינוק יבא עי"ז לסכנה והאשה לא יהיה לה רק צער בעלמא שיש לעכב על ידה כדי לקיים נפש הילד וכמ"ש הח"מ והשתא א"ש בפשיטות מה שהקשו על הרמב"ם דהא קתני ולא תאכל עמו מאכלים הרעים לחלב דהא באמת יש לדקד' על הברייתא דנקט האי דינא בנתנו לה בן להניק ולא נקטי' בכל מינקת דעלמא שאפי' אשה המניק' את בנה אנו צריכין להזהירה ע"ז שלא תביאנו לידי סכנה אלא ודאי שאין זה חשש סכנה ממש רק מיחוש בעלמא וכמ"ל שמאכלים הרעים קשים לתינוק וכו' ג אמרינן בנדה ג' חדשים הראשונים קשה לאשה וקשה לולד כו' וכו' ג טובי וכיון דאינו רק מיחוש וזהירות בעלמא לא הוה צריך למיתני הך דינא בכל מינקת דסתמא דמלתא אשה חסה על בנה ודרך נשים להיות מרחם בן בטנה ולשמור עצמה מדבר המזיקו ואם יקרה כה שהיא צריכה לדבר הרבה משום קולי שבה וצער גופה הרבה אין אנו אחראין לעכב על ידה מחמת שאפשר שיגיע מיחוש לתינוק וכמ"ש רק הברייתא דינא אשמועינן היכא שנתנו לה בן להניק דבזה סלקא דעתך אמינא שאבי הבן יכול לעכב על ידי שלא תאכל הרבה דאדעתא דהכי פסק לה שכר שלא תאכל רק כדי צרכה ואפילו על מיחוש לבד נמי קפיד קמ"ל כיון שיש לה חולי המרגיל אותה לאכול הרבה אינה מחויבת לעשות כמי שפסקה אלא שאינה יכולה לתבוע מה שהתאוה ואח"כ נקט הברייתא הדין באשה זו שקבלה עליה בן איש אחר אינה יכולה לאכול עמו דברים הרעים לחלב ולאו בחולי המתאוה מיירי דבזה כבר אשמעינן דכל

מחמת חולי אינה חייבת ואין חילוק בין מתאוה אכילה הרבה או דברים הרעים וכמ"ש הכ"מ אלא בסתמא מיירי דבזה שפיר אבי הבן יכול לעכב על ידה ומזהירין מן הדין שלא תאכל דברים הרעים דסתמא אדעתא דהכ' קבלה עליה לעשות כדת הנשים המניקים ביניהם שזהירות לאכול דבר שיוכל לבא לידי מיחוש ונשמרים מכל דבר רע ולא אהך בבא דפסקו קמעא קאי אלא בבא בפ"ע הוא וכך הם דברי ה"ה דההיא בשאין מתאוה להן מיירי ר"ל שאין להם חולי המתאוה למאכלים אלו והרמב"ם דקעסיק השתא בדין מניקה את בנה לא נקט הכא רק דבר הצריך לענינו שאם יש לה חולי אין הבעל יכול לעכבה וק"ו הוא מדין אשה שקבלה להניק בשכר ומה שלא כתב הרמב"ם דין הברייתא במניקה בשכר לפי שאין ענינו לכאן ומקומו בדין שכירות פועלים ומה שהשמיט דין זה שם באמת צ"ע דהא עכ"פ הו"ל למנקט הך דינא שלא תניק עמה בנה או בן חבירתה ובש"ס אמרינן דבן חבירתה הוי רבותא טפי דסד"א אי לאו דהוה לה מותר לא הוי ממציא לי' וא"ל שסמך על מ"ש שהבעל מעכב על ידה שלא תניק בן חבירתה וא"כ ה"ה בנתנו לה בן להניק ז"א דה"ל לאשמועינן דבנתנו להניק לא תניק בנה עמו דהא המקשן מסתבר ליה דבנה מסתבר טפי שתוכל להניק עמו ואף התרצן לא קאמר אלא דגם בן חבירתה צריך לאשמעינן אבל מ"מ מודה לסברת המקשה שי"ל דגם השוכר מסתמא לא עלה על דעתו שלא תניק בנה עמו ותשכור לו מינקת אחרת כי התשכח אשה עולה ועיין מש"ל בשם ר"ה גאון וכמו כן ה"ל לכתוב בהל' שכירות פועלים הך דינא שלא תאכל מאכלים הרעים לחלב וצ"ע גדול על הרמב"ם בזה הנלע"ד כתבתי: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה סז שאלה אלמנה באה לגבות כתובתה ונדונייתה והאפוטרופוס טוען שאין נזקקין לנכסי קטן על הנדוניא והנדוניא עדיין מונחת ביד שלישי לטובת הזוג מה דינו: תשובה הנה לענין הכתובה הדבר מבואר בש"ס ופוסקים דנזקקין לנכסי קטן משום חינא ויש סוברים דאפילו סבר נשאת נמי נזקקין בזה"ז ולא חיישינן לצררי וכמ"ש הב"י באה"ע סי' צ"ו ובב"ש שם ובד"מ סי' ק"א ולענין הנדוניא אין ספק שאם הנדוניא בעין דודאי נזקקין שע"כ לא אמרו אין נזקקין לנכסי קטן אלא היכא שהבא לגבות מיתומים גדולים צריך שבועה משא"כ כשהם בעין שא"צ שבועה כמ"ש הרמב"ם פי"ח מהלכות אישות וז"ל והנכסים עצמם שהם נדונייתה נוטלת אותם בלא שבועה ואין ליורשים בהם דין לעולם כו' ואם מתה האלמנה בלא שבועה יורשיה יורשים נדונייתה כו' וכתב ה"ה שם בבאור דברי רבינו הוא בשאופן נכסים שמכניסין לו הם בעין קיימין כו' אבל וודאי אם נאבדה הנדוניא כו' אין יורשין נוטלין כלום דלא עדיף מחוב דעלמא ובמשנה למלך שם כתב שדינו של ה"ה מוכיח מהתו' וכמה רבוותא גבי הא דנפל הבית כו' אבל מ"ש דלא עדיף מחוב דעלמא ראיתי גדולים אחרונים תפסו בזה דחוב דעלמא נמי בגו זמניה א"צ שבועה כו' וסתם הדברים ולא פירש לתקן דברי ה"ה אחרי שדבריו מוכרחים מדברי התו' ורבוותא.

והב"ש ריש סי' פ"ח הביא דברי ה"ה וכתב דלפי מ"ש התוס' בריש ב"ב ובהשולח דטעמא דחיישינן בכתובה לתוך זמנו משום דאית לה מתקנת חכמים לפי"ז נ"מ ונצ"ב א"צ שבועה אפילו ליתא בעין ובריש סי' צ"ו כתב דלפי תירוץ התוס' דחיישינן שמא סמוך למיתה התפיס צררי לפי"ז יש לחוש אף בנ"מ ונצ"ב כו' ע"ש ומבואר מדבריו דאף אם אין הנדוניא בעין תליה בתירוץ התוס' דלפום הך תירוץא דמחמת תנאי ב"ד

אתינן עלה א"צ שבועה בנצ"ב אף שאינו בעין וכן לפי מ"ש הרמב"ן בריש ב"ב דבכתובה חיישינן טפי לפי שרגילות להסמיך דעתם כדאמרינן הרי כתובתך כו' ע"ש.

א"כ לא שייך זה בנדוניה ועכ"פ יש ללמוד מזה היכא שהיתה הנדוניה בעין בשעת מיתת הבעל ונאבד אח"כ בזה כ"ע מודו דא"צ שבועה דהא אין חשש אלא שמא התפיס סמוך למיתה וכל שהוא בעין אין חוששין שמא התפיס כלל ואיהו גופיה נמי לא מצי למטען אפילו בברי שהתפיס ואם נאבד אחר מיתה או נפחת היורשים מחויבים לשלם ואין יכולים לטעון שמא התפיס אביהם צררי ומכ"ש אם הוא בעין גם עתה שאין בזה חשש צררי כלל וא"צ לישבע ופשיטא דנזקקין בזה לגבות אף מיתומים קטנים כיון דמסקינן בעירוכין שאין הטעם משום פריעת ב"ח מצוה ויתמי לאו בני מעבד מצוה אלא משום צררי וכיון דבהא לא חיישינן לצררי היא גובה וכדמשמע נמי לשון הרמב"ם ואין ליורשים בהם דין לעולם: ואמנם אם לא היה הנדוניה בעין כבר כתבתי שהמ"ל כתב שהאחרונים הקשו על ה"ה דהא הוא חוב דתוך זמנו אפשר ליישב דה"ה ס"ל דנצ"ב שפירושו שמקבל אחריותו על הנכסים האילו שיהיו קיימין לעד לעולם כברזל וא"כ מיד שנאבדו הוא מחויב להעמיד נכסים אחרים שתהא סמיכתה עליהם ואע"פ שלא מצינושאם נאבד מנצ"ב יהא מחויב לקנות אחרים וגם יש סוברים דבדיעבד אם מכר ונתן קיים הרי מבואר בב"י ריש סי' צ"ג בשם בעה"ע דנדוניה ניתנה לגבות מחיים ואף שהרשב"א לא כ"כ ע"ש בד"מ מ"ש מהגמ"ר דכתובות דמשמע שיכולה לומר בחייו שיתן לה נצ"ב ולקנות בהם תכשיטין כו' אך אפי' למאי דקי"ל דנדוניה הוא ככתובה לענין זה כדמשמע בש"ע ר"ס צ"ג ועיין בשו"ת רמ"א סי' צ"ג מ"מ דרך הוא להסמיך דעתה על קרן קיימת והוא רגילות טפי מהתפסת צררי לכתובה משום סמיכות דעתה וכמ"ש הרמב"ן וא"כ אין כאן תוך זמנו כלל שמיד כשנאבד זמנו הוא להתפיסה צררי מצד חיוב אחריות שקיבל תחלה ואע"פ שלא הגיע זמן הגבייה מ"מ בנצ"ב לאו בזמן הגבייה תלי' מלתא דבעודם בעין נמי קיימי קמיה ודידיה נינהו לאשתמושי בגוייהו ומ"מ הוי כפקדון גבי' ולכן כשנאבדו י"ל דמתפיס צררי כי היכא דתסמוך דעתה כבראשונה משא"כ בחוב דבזמן הגבייה תליא מלתא ובתוך זמנו לא מתפיס צררי והלוואי שיפרע בזמנו כן נלענ"ד נכון בזה.

ומה שיש לדון בזה הוא לפי מ"ש הב"ש ריש סי' צ"ו דבזה"ז שכוללים הכל בסכום אחד וכותבים כל הסך שהוא חייב לה סך כך וכך י"ל לכ"ע צריכה שבועה אפילו אם הכל בעין כגון שהחוב שלה היא על סך מעות ע"ש. אך איהו גופיה כתב דבתשובות רלב"ח ומהר"י הלוי לא משמע כן וכן נלע"ד ברור לפי המבואר לעיל סי' ק"ד דאפילו בזה"ז אם עדיין אותן מטלטלין שהכניסה בנדוניה הם בעין יכולה לומר את כלי אני נוטל א"כ מה שכותבים שלא בפרטות אינו רק לענין שמורידים אותם בעת הגבייה לשומם מחדש אבל מ"מ לא נסתלק זכותה מהנכסים כלל כמו אם היה נכתב בפרטות אך אפילו תימא דבכה"ג שכותב על מעות חזר לדין חוב מ"מ הדבר ברור דהב"ש מיירי לענין שהיא הכניסה בגדים ותכשיטין ושמה אותם במעות כך וכך ולכן ס"ל דאע"פ שהנכסים הם בעין מ"מ הרי נתחייב במעות וה"ל מלוה משא"כ אם נתנה נדוניה במעות והמעות עדיין בעין נראה דאפי' אם כבר בא המעות ליד הבעל מ"מ הו"ל כהכניסה לו כלים וכתב אותם בפרטות שאין דין ליורשים עליהם ואף דמעות להוצאה ניתנה היינו שישא ויתן

ויסתחר בהם משום רווח ביתה אבל מ"מ כיון שהם בעין לא פקע רשותה מינייהו ועיין בסי' צ' סעיף ט' לענין אשה שמכרה בנ"מ כו' אם הדמים שלקחה מהלקוחות קיימים בעצמם ושם בב"ש הבי' דברי הב"ח בח"מ סי' צ"ו לענין בע"ח וסחורות שלו בעין כו': אך בנ"ד בלא"ה לא תלי מידי ברשות אלא אנן ה"ק דכל שנצ"ב שלה הם בעין אין דרך שיתפס לה צררי אחרינא שהרי דעתה עלייהו דהני נצ"ב שהכניסה לו ולכן פשיטא דבהכניס' מעות והמעות עדיין בעין אין חשש דמתפס לה צררי כנגד סך המעות ודווקא במכניס' כלים וקיבלם במעות ס"ד דהב"ש דבכה"ג הו"ל הכלים כמכירה והמעות שהם חוב עליו הרי אינם בעין ואף בזה נראה שלא עמד על דבריו וביטל אותם מפני משמעות מהרלב"ח ומהר"י לוי והכי מסתבר כמש"ל וכל זה היכא שעכ"פ כבר הגיעה הנדונה ליד הבעל אבל אם בגונא דנ"ד שהנדוניה עדיין לא יצאה מתחת ידה שליש פשיטא שהיא גובה אותם מיד השליש בלא שבועה ופשיטא דאפילו איכא יתומים קטנים שהיא לוקחת את שלה מתחת יד השליש אף לפי מ"ש בסי' נ"ב בהשליש לטובת הזוג שירוויח לטובתה ומתה זכה הבעל היינו דמיקרי נפיק מרשות האב שלא יוכל לומר שנתן ע"מ שתהנה בתו אבל מ"מ לגבי האשה פשיטא שידה כידו כמבואר בתשו' מהר"מ שם שמדמי לה למ"ש התוס' שהנפקד תופס בחזקת שניהם ועכ"פ אין מקום להפקיע זכותה מחשש צררי דע"כ לא חיישינן הכי אלא כשהנושה בא לקחת ולהוציא לנכסי יתומים אבל במה יזכה נער זה בנדוניה שביד השליש בשביל שנטעון בשבילו שמא אביו התפס צררי להאשה והוא זכה בנדוניה שזה דבר שאין לו שחר דלמה יעשה כזאת שיוציא שלו מתחת ידו ויתפס להאשה ושלו לא הגיע והוא מונח ביד שלישי ואבי האשה מחזיק בשטר שלישות וזימנין דאתי לידי פסידא ובלא"ה כתב הרא"ש ואחריו שארי פוסקים דבזה"ז לא שכיח צררי והדברים ק"ו דבכה"ג לא חיישינן כלל וזה מבואר בתה"ד סי' שלמ"ד לענין אין אדם מוריש שבועה כו' דאם אין היורשים משני צדדים מוחזקים אלא הממון מונח ביד ב"ד בחזקת שניהם היה נראה דזכו יורשי האשה הואיל וא"צ להוציא דבחזקתייהו נמי מונח ואע"ג דלא מוחזקין נמי אינון מ"מ בטעם כל דהוא דחינן א"א מוריש כו' ותו דכתבתי לעיל מתשו' אשיר"י דמהר"ם הקיל בכה"ג משום דהאידינא בלא"ה התפס' צררי לא שכיח וכ"ש בנ"ד דלא הוי אמיד כו' ולכל הפחות נראה דחולקין אפס כמדומה לי דסוגיא בעלמא לא אזלא הכי כו' ע"ש.

ודבר ברור הוא דמה דמספקא ליה בהא לפי שדין א"א מוריש כו' הוא מדינא דש"מ רק מחמת דאמרינן הבו דלא לוסיף עלה מספקא ליה אם יש לחלק בזה או לא וכמבואר שם משא"כ הכא שהאשה לפנינו וטוענת ברי שלא קיבלה צררי והוא ת"ז ובנצ"ב דדמי לחוב כשהוא בעין מדינא נוטלת בלא שבועה רק שהב"ד יעקלו הנכסים דשמא לכשיגדלו יבררו שקיבלה צררי פשיטא דלא חיישינן כמו דלא חיישינן בנדוניה בעין להצריכה שבועה דכל כנגד הנדוניה לא מתפס צררי ואפילו בגוונא דס"ד דהב"ש דבזה"ז שכוללין הכל והחוב במעות צריכה שבועה היינו אם היורשים מוחזקים והיא באה להוציא מהם ומכ"ש לענין זה דאין נזקקין לנכסי קטן דמבואר ביש"ש פרק הגוזל שלא נאמרו הדברים אלא שלא להוציא מידם אבל להחזיק פשיטא דנזקקין ועיין בח"מ סי' קיו"ד ומבואר שם דלאו להחזיק ממש קאמרינן אלא כל שאין אנו צריכין להוציא ממש מיד הקטן שפיר נזקקין וא"כ פשיטא דבנ"ד שאין אנו צריכין להוציא מידו וגם

גוף הנדוניא הוא בעין ביד השליש פשיטא שנזקקין להגבות לה נדוניתה: ומצאתי הדבר מבואר בשו"ת להרשד"ם חלק אבה"ע סי' קט"ז הביא שם דברי התה"ד וכתב דאף שמתוך דבריו נראה אין ולא ורפי' בידי' אני הייתי עושה כן הלכה למעשה כיון דאפילו בזמנם התפסת צררי לא שכיח כולי האי ובזמן הזה לא שכיח כלל ועוד שהרי כתב הרא"ש דהאידינא נהגו להגבות כתובות כו' וכ"ז כשאין נאמנות בכתובה כו' ואפילו לא היה נאמנות יש חלוקה שלישית שהנכסים ביד שלישי וע"ז ראיתי שכתב בתה"ד כו' ושם בסי' קל"ב בנדון שטען קרוב היתומים שאין נזקקין הביא דברי הרמב"ם הל' מלוה מ"ש הורו מקצת הגאונים שאם הנכסים כנגד הכתובה כו' שראוי לב"ד לזקק כי כבר כתב המ"מ כו' ואין לחוש לסברא זו אחר שרי"ף והרמב"ם וכל האחרונים הסכימו שנזקקין אפילו לנכסי מועטים ואפילו נשאת כו' והכא במה רחוק מן השכל חשש צררי דבזמנינו זה לא שכיח כלל ועיקר ועוד שאפילו שכיח גבי זה לא אמיד כלל כו' ועוד נלענ"ד דלהגבות נדוניא א"כ זה אפילו שכיח צררי ואמיד כו' שהרי הנדוניא כשאר חוב וקי"ל חזקה א"א פורע תוך זמנו כמ"ש התוס' בגיטין דדוקא בתנאי ב"ד ואע"ג דהתוס' בפרק מי שמת נראה כו' מ"מ נראה דתוס' דגיטין עיקר כו' ואפשר דתוס' דב"ב מיירי היכא דליכא שטר כתובה אבל היכא דאיכא שטר כתובה לכל הפחות בנדוניא אינה צריכה לישבע וכדמשמע כה"ג באשרי פרק הכותב כו' וז"ל משמע דנזקקין כו' א"כ זכינו לדין מטעמא דצררי לא שכיחא גם שהאיש לא היה אמיד והספיק למהר"מ אפילו להוציא מנה ומאתים כו' דנ"ד לא הוי כהוציא לגמרי כו' ואינה אלא נדוניא שהוא חוב כמו שמוכיח לשון הטור בבירור שאפילו שבועה א"צ א"כ גם מטעמא שכתוב נאמנות ובפרט אם היא אמת ששלחה בעד ב"ד קודם שנישאת להראותה מה שהיה זה לישבע כו'.

נראה בעיני דדבר ברור היא דנזקקין עכ"ל: ומצאתי בשו"ת הרדב"ז ח"ב סי' צ"ב שאלת ממני אודיעך דעתי על מה סמכו האידינא להגבות כתובה ונדוניא מיתומים קטנים כו' והביא שם תשוב' הרמב"ם וכתב ליישב המנהג שהוא לתועלת היתומים כו' והוי יודע שאין הדברים אמורים אלא בנכסי נדוניתה שאכלן הבעל או שכלו אבל אותם שהם בעין נוטלתן בלא שבועה ולא הפסידה מזונות' ואפילו מיתומים קטנים שהרי הם שלה בכל מקום שהם ואינה בהם כשאר בע"ח אלא באותן שאבדו או אכלן הבעל שחזרו אצלו מלוה כו' עכ"ל.

וא"כ בנ"ד אין שום ספק פקפוק כלל כיון שהנדוניא בעין ואפילו אם לא היתה בעין ממש רק דאתי מחמת' כבעין דיינינן ליה אלא שלענ"ד האידינא אין לחלק בין בעין או לא בכל גוונא נזקקין אם לפי אומד דעת הב"ד לאלא הי' שם התפסת צררי וכמ"ש בד"מ לענין נתנה קודם שנשבעה שאם נראה לדיין שלא התפיסה צררי ושמה שמכרה או נתנה ראוי להיות שלה בגבוי כתובתה שמכירתה קיימת ועיין בחלקת מחוקק סי' צ"ו ס"ק י"ח וקצרת' וראיתי בספר בית מאיר סי' צ"ו שכתב על דברי הב"ש במ"ש ובוזה"ז כו' י"ל לכ"ע צריכה שבועה א"י מה זה לכ"ע שכתב ונתן טעם כיון שחוב על סך מעות דמה בכך מי גרע עבור זה מאינם בעין דנמי החוב תו על מעות אך צ"ע אם לא שייך לפלוגתא שבטור סי' ק"ב בשם רש"י (כי במטלטלין שאינם בעין נמי פליגי) דס"ל כיון שמצורף לעיקר כתובה דינה ככתובה וכן מצאתי במהרי"ק שורש צ"א ואפשר באופן

זה שנכלל בסך אחד אף הרמב"ם מודה דדינו ככתובה עכ"ל: והנה מה שתמה על הב"ש במ"ש לכ"ע הדין עמו לפי מה שמובן מלשון הב"ש שלפנינו אך באמת המעיין בלשון הב"ש במהדור' קמא יראה שהוא נכון (והרבה גמגומים נמצאים בלשון הב"ש שלפנינו שהוא המהדורא בתרא מחמת שבקצת דברים השמיט הלשון שבמ"ק וקיצרו ושוב חזר ללשון שכתב במ"ק ולכן אין סידור הלשון נאות כהלכתו וכן אירע כאן וז"ל במ"ק שם ועיין סי' צ' מ"ש בשם הג"א ב"ב שם דמשמע מדבריו דאפילו כשנצ"ב בעין צריכה שבועה ועיין בד"מ מ"ש בשם המרדכי והתה"ד והניח בצ"ע ובזה"ז שכוללין כו' ובתשובת רלב"ח והובא בתשוב' מהר"י הלוי משמע אף למנהג שלנו א"צ שבועה עכ"ל ולשון זה הוא מתוקן דמ"ש לכ"ע לא קאי אהנך דעות דס"ל אף שאינו בעין א"צ שבועה בנדוניא רק בכתובה משום תנאי ב"ד חיישינן לצררי אלא שלפי מ"ש דאיכא דיעות אפילו בעין צריכה שבועה וע"ז כתב דבזה"ז לכ"ע ר"ל אף אותן הסוברים דבעין א"צ מודים בזה דצריך אבל מאותם הסוברים דבנצ"ב אע"פ שאינו בעין א"צ שבועה פשיטא דכ"ש כשהוא בעין רק מחמת בזה"ז שכוללין כו' דא"כ דלא גרע מאינו בעין וכמ"ש הבית מאיר ובב"ש במ"ב קיצר הלשון וכתב ועיין סי' צ' לרמוז דשם משמע דאיכא דיעות דאף בנצ"ב צריכה שבועה אף בבעין וע"ז כתב ובזה"ז וכמ"ש במ"ק ועיין בב"ש במ"ק בסי' צ' ס"ק כ"ב נפל הבית כו' עוד משמע מתו' והגמרא שתירצו כו' זו שמתה בלא שבועה משום הכתובה וחצי נצ"ב כו' ונראה אם הנ"מ ונצ"ב אינם בעין לא שייך לומר שהם בחזקתם כו' אלא ע"כ איירי כשהם בעין ומ"מ חייבת שבועה ולא כרמב"ם וטור סי' צ"ו כו' ע"ש.

וע"ז כיון מ"ש בסימן צ"ו ובב"ש מהדורא בתרא סי' צ' השמיט גם לשון זה שם: ומ"ש בספר בית מאיר דתליא בפלוגתא שבטור בשם רש"י וכ"כ מהרי"ק עיינתי במהרי"ק וז"ל ועוד מאחר שלא נשתעבד בשטר הכתובה עצמה שהוא מנה ומאתים אלא נשתעבד בשטר לבדו מן הנדוניא לא שייך תו דין דאין אלמנה נפרעת אלא בשבועה דהא לא שייך טעמא דאית לה בתנאי ב"ד דדוקא כשצרפתן עם הכתובה שהוא תנאי ב"ד כמ"ש רש"י ריש פרק נערה על ענין אחר וא"כ איכא חזקה א"א פורע ת"ז כו' עכ"ל: ולפ"ז א"ש בפשיטות מה שנוהגין לגבות הנדוני' מהיתומים קטנים אף שאינה בעין דכיון שנוהגין לגבות ע"פ שבועה א"כ ממ"נ אם נאמר דמה שנצטרף עם הכתובה דינו ככתובה הרי בכתובה נזקקין לנכסי יתומים קטנים ואם תאמר אף שנצטרף מ"מ דינו כחוב א"כ א"צ שבועה מחמת חזקה דא"א פורע ת"ז וכמ"ש מהרי"ק ובהא קי"ל דנזקקין להוציא מיתומים קטנים וכמ"ש הש"ך ח"מ סי' ע"ח ופשיט' דליכא לארכובי אתרי ריכשי למימר דבזה נצ"ב ככתובה לחוש לצררי ובזה שיהיו נזקקין לנכסי קטנים דינו כחוב אחר זמנו דאף שצרפתן עם הכתובה לא שייך חינא לענין הנדוניא דז"א דא"כ מה"ת להכניס כלל נדוניא לדין כתובה והכי משמע לענ"ד לפי דעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ה דאף שתבעה כתובה ותוספות אוכלת מזונות בשביל הנדוניא כמבואר בסי' צ"ג ולפי"ז לפי מה דאמרינן בעירוכין מעיקרי דנזקקין לכתובת אשה משום מזוני ע"כ דגם לנדוניא נזקקין מהאי טעמא ולפ"ז אף למאי דקאמר בתר הכי דמשום חינא מתנינן לה אף לנדוניא נמי מזדקינן וגם י"ל דאף למסקנא דקאמר טעמא משום חינא לא הדר ביה מטעמא דמזוני לגמרי אלא אף משום חינא קאמר ונ"מ לגרושה דלא שייך טעמא דמזוני לחוד

נמי מזדקקין כדאמר מעיקרא וכן נראה מדברי הרמב"ם פי"ב מהל' מלוה שכתב לפיכך אם קפצה ונשאת אין נזקקין עד שיגדלו היתומים שהרי אין לה מזונות והרי נשאת עכ"ל משמע דאף למסקנא נמי לא הדר מטעמא דמשום מזוני ובוזה היה אפשר ליישב דברי מקצת הגאונים שהביא הרמב"ם והשיג עליהם שלא חשו לחן האשה דאפשר דאינהו לענין נדוניא מיירי ואע"ג דנקטו בלישנייהו כתובה מ"מ לנדוניא כתובה קרו לה כדאמרינן כתובתה תחת קבורתה וקאי על הנדוניא כמ"ש רש"י ותוס' ע"ש בדף מ"ז ע"ב ולכן שפיר כתבו כיון דבהא ליכא טעמא רק משום זכות היתומים משום מזוני כדאמר הש"ס מעיקרא ולכן כשאין הנכסים רק כנגד כתובתה אין כאן זכות ליתומים ואפשר דגם הרמב"ם מפרש כן דברי הגאונים אלא דס"ל דגם בנדוניא שייך משום חינא ומכ"ש היכא שמצורף עם הכתובה שכן היה דרכם לצרף יחד כמ"ש רש"י דף פ"ו גבי הא דלבע"ח יהבינן כו' וכן בדף מ"ז כתב אם מתה ירית איהו נמי נדוניא שאף היא בתוך השטר נכתבת דהכי כתבינן דא נדוניא כו' וצבי והוסיף לה כו' ובהכי א"ש דברי התוס' בב"ב גבי נפל הבית דס"ל דאף נצ"ב צריך שבועה כמ"ש המ"ל והב"ש וכבר כתבתי לעיל דמהרשד"ם כתב דהתוס' מפרשים דמיירי באין לה שטר כתובה.

וז"א כמבואר בתוס' שכתבו דלכ"ש א"ש ועיין ביבמות דף מ"ז בתוס' שם ולפי מ"ש י"ל דודאי מיירי בנקטה שטר כתובה ומצורף עמה הנדוניא וכשאינו בעין לא שקלא בלא שבועה ומבואר דאם אינו בעין לא שקלא וכמ"ש ל"דברי ה"ה ולא מטעמיה דמדמי ליה לחוב דעלמא אלא אדרבה כיון דמצורף לכתובה בכלל כתובה הוא ושפיר צריכה שבועה כשאין הנדוניא בעין ועיין בריטב"א שהביא הב"י סי' ק"ג לענין מוכרים שלא בב"ד משמע מדבריו דבנדוניא ליכא משום חינא לכן ס"ל דאינה מוכרת אלא בב"ד אך מבואר שם שהוא סובר שאין לה מזונות בשביל הנדוניא ולפי"ז להרמב"ן ודעימיה דאוכלת מזונות בשביל הנדוניא כמ"ש ל"מהב"ש סי' צ"ג א"כ גם בשביל הנדוניא מוכרת שלא בב"ד וא"כ צ"ע על הרמ"א שם שכתב בפשיטות דנדוניא הוי כחוב ולא תמכור אלא בב"ד וגם דברי הב"ש שם צ"ע וקצרתי: ועכ"פ לפי מה שכתבתי נראה דאף אם אין הנדוניא בעין כיון דלהרמב"ן ודעימיה שייך טעמא דמזוני א"כ אפ"י תימא דגבי נדוניא ליכא טעמא דחינא מ"מ מזדקקין משום מזוני וא"ל דמ"מ היכא שאין נכסים רק כנגד כתובתה אין להזדקק שאין כאן טובת היתומים וכמ"ש ל"ממקצת גאונים שהביא הרמב"ם ז"א דהגאונים מיירי שידוע בבירור שאין כאן שום נכסים לנפטר כגון שצוה קודם מותו או שנתברר לה בענין אחר אבל במי שלא נזדקקו הב"ד אחר מותו מיד לדעת מה שיש לו בבית והנכסים נשארו ת"י אביו שמא יתברר שיש לו נכסים הרבה במקום אחר והאשה תאכל ביני וביני מה שהוא בעין לפנינו בתורת מזונות וחוב כתובתה ישאר בתקפו אם מצא לו עוד נכסים תגבה אותם ועד שאתה חושש שלא להזקק לנכסים עד שיגדלו שמא יתברר דאתפסה צררי יותר יש לך לחוש שאחרי אכלה הנכסים בתורת מזונות ימצא עוד נכסים ותגבה אותם לכתובתה ולכן אין לספק כלל דודאי נזקקין אף לנדוניא אפילו אינה בעין ומכ"ש אם הוא בעין ומכ"ש בכה"ג שעודה ביד השליש כמ"ש ל"ופשיטא דאין מקום לחוש דשמא אבי הנפטר שהגיעו נכסי בנו לידו פרע הכתובה להאלמנה ולא לקח הכתובה מידה דודאי אפילו לפרוע ולוקח השטר כתובה מידה לא היה יכול לעשות בלא רשות ב"ד שישביעוהו מתחלה כדין ואע"ג דקי"ל בסי'

קכ"ז בפורע חובו של חבירו אם היה בידו משל חבירו מה שעשה עשוי מבואר שם הטעם משום דמצי למימר אם לא הייתי פורע היו הב"ד שולחים שאפרע לו משא"כ בזה דודאי לא היו הב"ד מצווים לפרוע בלא שבועת האלמנה ולקרוע שטר כתובה וגם כיון דשטר כתובה בידה אם היה פורע ומניח השטר הוא פושע וחייב לשלם כדין אפוטרופוס שפשע ופרע מנכסי יתומים ולא לקח השטר ופשיט כל כה"ג לא טענינן ליתמי אך נראה דאפילו בלא שטר אין טוענינן ליתמי כה"ג דאל"כ הא דקיי"ל מלוה נגבית מיתומים באחד מג' דרכים דהיינו שצוה בחליו או נדוהו או לא הגיע הזמן נימא שמא כשיגדלו יבררו שאחד שהיה בידו ממון אביהם פרע לזה ומ"מ כשיש ביד זה שטר ואח"כ בא אחד ואומר שהיה בידו ממון אביהם ופרעתי לזה ולא לקחתי השטר אין היתומים נפטרים בזה והוא מחויב לשלם ליתומים ע"פ הודאתו שהיה בידו ממון אביהם והדבר פשוט דביתומים אין חשש רק מפרעון בחיי אביהם ולא שמא נפרע אחר כך על ידי אחר וקצרת: ומה שטען האפוטרופוס ברי שתפסה בחיי בעלה כלים ומטלטלין שהיו שווים הרבה והיא השיבה שלא נשאר בידה מזה שהיה לה הוצאות בעת חוליו של הבעל ופרנסתה אם האפוטרופוס טוען ברי ורוצה שתשבע שלא נפרעת מכתובתה נראה דיש להשביעה ע"ז אע"ג דקיי"ל דשבועה שלא תפסה בעצמה אינה אלא ע"י גלגול כמו שהכריע הב"ש בסי' וכו"כ כמה פוסקים ומכ"ש בזה שלא היתה שמה קודם מות בעלה דאף חשש שמא תפסה בעצמה אינו אלא על סמוך למיתה ובכה"ג שלא היתה שמה לא חיישינן וכמ"ש אא"ז הגאון בעל שארית יוסף בתשובתו וכו"כ הגאון בשו"ת נודע ביהודא חלק ח"מ סימן ט"ז דאם מת מתוך חליו והיה בו דעת לצוות ולא הזכיר ליכא חשש צררי כלל דשמא תפסה בלא רצונו ליכא למיחש שא"כ היה מצוה בשעת מותו ולתפיסה בשעת מיתה ליכא למיחש שהרי לא היתה שם אך בזה שהאפוטרופוס טוען אשתבע לי דלא פרעתיך וגם היא מודה שתפסה מרצונו אלא שטוענת שהוציאה לפרנסה ואע"ג דעל מזונות א"צ שבועה ומכ"ש כשתפסה שגם הרמב"ם מודה שעל מה שתפסה א"צ שבועה עד שתבא לגבות יותר וכמ"ש הב"ש סי' צ"ג ס"ק מ"ב וס"ק מ"ה ע"ש ואפילו תפסה יותר מכדי כתובתה והיתומים קטנים כמבואר במ"ש ריב"א דכל נשים גבורים ויש להם בנים קטנים יאספו כל הממון כו' ולא קיי"ל כוותי' כמ"ש הטור והב"י בסי' צ"ג ע"ש מ"מ כאן באמת אין להשביעה מחמת התפיסה על המזונות רק מחמת שהאפוטרופוס טוען טענת פרעון על הכתובה וגם זה צ"ע כיון שאין האפוטרופוס יכול לטעון ברי רק שמא יש עדיין בידה מותר ויהיה לפרעון הכתובה או מקצתה וא"כ אע"פ שהיא מודה בתפיסה שיכולה לומר למזונות תפסתי ולא גרע מלוה שפרע למלוה וטוען המלוה שקיבלו על חוב אחר והלוה מודה בשני ההלוואות שהדין עם המלוה וכאן פשוט שהנדוניא דינה כחוב לענין זה ואין ספק שיכולה לומר למזונות תפסתי דבמה שתופסת למזונות אינה מפסדת הכתובה ואע"פ שבגביית הנדוניא לבד אינה מפסדת המזונות מ"מ הא עדיפא לה שבכתובתה יש טריפת לקוחות וכן מבואר בש"ס ובטור סי' ק"ג לענין דמוכרת סתם ואם תרצה תאמר למזונות מכרתי כו' ע"ש ומכ"ש כאן שיכולה לומר למזונות תפסתי משא"כ אם תקחם בפרעון הכתובה שתפסיד המזונות והדבר מבואר בסי' צ"ג בתפס' למזונות אפילו ככר זהב אין מוציאין מידה ופשיט דלא מיירי שביחנה דברים לפני עדים או לפני ב"ד שתופסת למזונות אלא תפסה סתם ואנן אמרינן דלמזונות

תפסה וא"צ שבועה וכיון דמצד תפיסתה למזונות א"צ שבועה ומצד גביית כתובתה א"צ שבועה על הנדוניא שהיא בעין ושמא על האפוטרופוס אינה מעלה ומוריד דהא גם בלעדו היינו טוענין ליתומים שלא נשאר בידך מתפיסה זו שתפסת למזונות וצריכה לקבל חרם סתם ועיין בספר נחלת שבעה ס"ס י"ז שכתב דאם הנדוניא בעין ופיחתו צריכה לישבע על המותר אבל מה שהוא בעין נוטלת בלא שבועה ע"ש ופשיטא אף במעות נדוניא שייך לומר שהם בעין אף שהם ביד אחרים בעיסקא ועיין בשו"ת הריב"ש וא"כ בנ"ד אינה באה לגבות מנכסי יתומים רק להחזיק בנדוניא שהוא בעין ביד השליש אפילו שבועה א"צ אך מה שאין בעין מהנדוניא יש להצריכה שבועה כיון שעכ"פ באה להוציא מיתומים ויש חשש צררי מחמת התפיסה אבל בשבועה נוטלת אף מיתומים קטנים שהרי דעת כמה פוסקים שאף בזה נוטלת בלא שבועה משום דהוי כחוב ת"ז וכמש"ל ומה"ט הקילו בה לענין א"א מוריש ש"ל וכ"כ בשו"ת שבות יעקב ח"ג וז"ל גם בשו"ת מהר"ש הלוי דנדוניא דהווי' כבע"ח דעלמא יורשים נוטלין אף שלא נשבעה ולא חיישינן לצררי כיון שמת ת"ז וכן מסיק בספר חוסן ישועות לאה"ז וכן נ"ל עיקר כו' וקרוב לזה מצאתי בסוף ספר מסגרת השולחן בתקנת ד' ארצות בענין הבורחים שאשתו בנדוניתה קודם לכל בע"ח ע"ש וזה מלתא דמסתבר וכן הסכימו עמי ב"ד ועשינו כן להלכה ולמעשה עכ"ל ולענ"ד ברור דהך דאין נזקקין לנכסי קיל טפי דהתם מפסדינן לבע"ח ונותנין ליורשי האשה ואמרינן דכה"ג א"צ שבועה משום חשש צררי ומכ"ש בזה דאף אם לא יזדקקו עכשיו יזדקקו כשיגדל אלא חששא בעלמא הוא דניחוש ליה שמא ימצאו עדים כשיגדל ויברר שכבר נפרעה לכתובתה פשיטא דב"ד אביהם של יתומים ובאבנתא דלבא תליא מלתא שאם לפי ראות עיני הב"ד לא יבא הדבר לידי ברור לעולם פשיטא דכמו שהם מחויבים לעמוד לימין צדקם של היתומים כמו כן הם ממונים לדיין אלמנות ואין להם לענות את דינה עד אשר יגדל הנער והרי אפילו במקום שיש חשש צררי אמרו דכשיש איזה תועלת ליתומים כגון שהבע"ח רוצה לוותר דבר מה מזדקקין ואין חוששין שמא יביא עדים ומכ"ש במקום שברור לב"ד שלא יברר כשיגדיל אין להם למצוא עלילה נגד האלמנה ומחויבים להוציא הדין לאמתו וא"ל דדוקא תועלת ליתום בעינן גם זה בכלל התועלת שלא תתעגן אמו בחנם וקרו ליה עולא משגש אורחתא דאמא וגם יש תועלת ליתום משום דא"כ תקח הכל למזונות וכבר כתבתי דאף בכה"ג שכתובתה מרובה מהנכסים שייך טעמא דמזוני דשמא ימצאו לו נכסים במקום אחר ואם לא תגבה כתובתה ותקח למזונות שוב תגבה כתובתה מהנכסים שימצאו ומכ"ש אם אינה לוקחת כל הנכסים ונשאר דבר מה לפני היורש דפשיטא דמהני כמו תועלת וויתור הבע"ח וא"ל דמחמת תועלת מזונות אין כאן כיון שתבעה כתובתה בב"ד שוב אין לה מזונות ז"א דהא בש"ס אמרינן הא לא קשיא בתובעת כתובתה כו' א"ה איזדקוקי לא מזדקקין ליה אלא כיון דאזדקינן מעיקרא מזדקקינן לבסוף ופירש"י כיון שמזדקקין מעיקרא בתחלת תביעת כתובתה להפסיד מזונותיה מזדקקין לה לבסוף להגבותה כתובתה והר"ן בכתובות כתב כלומר אם אין אנו נזקקין הרי היא נמנעת לבא ויש כאן הפסד מזונות וכבר כתבתי דלהרמב"ן ודעימיה דאוכלת מזונות בשביל הנדוניא אע"ג דיש חולקין כבר כתב הב"ש דקיי"ל בפלוגת' זו דאוכלת כיון דנכסי בחזקת אלמנה קיימי וא"כ פשיטא דנזקקין לנדוניא משום מזוני וגם כי דעת הפוסקים בתבעה מדוחק

שלא נתנו לה מזונות אינה מפסדת מזונות כלל ע"י התביעה בב"ד כמבואר בטור וש"ע ועוד נראה דאם תאמר דשמא יברר א"כ כשלא יברר יש לה למפרע מזונות דמה שמפסדת היינו כשנפרעת לבסוף הפסידה מיום התביעה אבל אם אין היורשים רוצים לשלם לא הפסידה וא"כ שוב יגיע לה הכל למזונות ויש הפסד ליתומים בהמתנה זו ויש לפרש עפ"ז דברי הש"ס כיון דמזדקקין מעיקרא כו' ופשיט דלא מסתבר לומר כיון שמן הדין אין נזקקין לנכסי קטן אף שלא יתברר לבסוף אין לה מזונות משעת תביעה דז"א דמה לה לאשה בכך וכל שלא יהיה מהנכסים לסלק לה כל דמי כתובתה תקח הכל בעד מזונות והכתובה תשאר חוב עליהם (ואפשר לדחוק דממ"נ אם ימצאו נכסים לתשלום כתובתה אז יצרפו הכל לתשלום כתובתה וממילא שאין לה מזונות מיום התביעה אך המעיין יראה דליתא וקצרת) אך בלא"ה א"צ לזה שהדבר מבואר כמ"ש דאם נאמר שמפסדת מזונות מחמת תביעה זו יש לנו להזדקק להגבותה ג"כ ואם נאמר דלא הפסידה כ"ש דמזדקקין בשביל תועלת היתומים וכמ"ש והדבר ברור כמ"ש שאף בנדוניא נזקקין לנכסי קטן ובפרט בזה"ז דלא שכיח כלל חשש צררי: אך בענין התפיסה שתפסה למזונות יש לי לדון קצת בדבר דדרך העולם שאבי הבת מתחייב לתת מזונות על שולחנו להזוג משך כמה שנים אחר הנשואין ואם בנדון הזה ג"כ התחייב אבי הבת כן א"כ י"ל שאין לה ליקח משל בעלה עבור מזונות לא בחייו ולא לאחר מותו ומכ"ש דברי האפוטרופוס שטוען שהיתה אוכלת על שולחן אביה בחנם ובזה יש מקום לומר דמאן יימר דלמא השכינה ביד אביה מה שהיה עמה מבית בעלה ומכ"ש אם תברר שכן הוא אבל אם היה מגיע ממנו מזונות להזוג אין לה ליטול מנכסי הבעל ואע"פ שהבעל חייב במזונותיה בחייו ואף כי אחרי מותו שנתחייב בשטר כתובה נראה שאין לנו לדון בזה דין בת אשתו שאחד זנה ואחד נותן דמי מזונות דהתם אין חיוב של זה בא מחמת המתחייב השני משא"כ בזה שחיוב האב אף לבתו הוא ע"י שמשאיה לזה ואומדן דעת הוא שמקבל עליו לסלק חיובו של הבעל אלא שאם לא סילק אז הבעל בחיובי קאי ומעולם לא שמענו שהאשה אוכלת אצל אביה או חמי' בתורת התחייבות מזונות שתתבע את הבעל לשלם לה דמי מזונות וא"כ לאחר מיתת הבעל נמי כיון דלא פקע ההתחייבות כמ"ש הט"זבח"מ סי' ס' ואף למאי דפליג עליה בשו"ת שבות יעקב התם איכא אומדן דעת שלא נתחייב לכלתו משא"כ הבת אצל אביה ליכא אומדן דעת וא"כ י"ל דהאב הוא מחוייב לזון הזמן שקיבל עליו ואכתי לא פקע מיניה וא"כ בעת ההוא שהאב זן ומפרנס לא רמי חיובא אנכסי דבעל אף לאחר מיתה שהאב זנה בחריקאו ומסלק החיוב מנכסי הבעל ואפשר שיש חילוק בין בחיי הבעל ובין אחר מיתה וזה זמן רב שנתעוררתי בזה ולא היה סיפוק בידי לעיין וגם עתה לא נפניתי וגם כי הגיעו הימים יומי דחושבנא והדברים צריכים לפנים ולכשאפנה אתיישב בדבר בל"נ להעמיד הדברים על בוריין והנראה לענ"ד כתבתי: דברי זעירא דמן חברייה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה סח שאלה איש ואשה שהקנו לחתנם קרקע מנכסי מלוג של האשה בקנין המועיל ושוב נתגלה שג' שנים קודם לזה הקנית' האשה לבנה הקרקע ההוא בק"ס לפני עדים בלא דעת הבעל ונשאלתי מכבוד מחותני הרב המאה"ג מוהר"ר מרדכי זוסקינד אב"ד דק"ק לאשצוב לחוות דעי בזה אף כי האיש והאשה עודם חיים ורצונם שיתקיים הקנין השני שהקנו לחתנם אך הבן רוצה בקיומו של הקנין שהקניתה לו אמו אם ימות האב

תחילה והני תרי גיסי בקשו ממנו להגיד להם דבר חוק ומשפט איך יפול הדבר כשימות האב תחלה אם זכה הבן ע"י קנינו מהאשה לבד או לא: תשובה ראיתי את המעשה כי היא דבר הלמד מענינא דסוגי' דתק"א אשר היא ענין גדול ורחב ידים ומטרדותי בכמה ענינים שונים הנצרכים להלכה למעשה לשעתה היה מהראוי להניח ידי כעת עד כי אפנה אי"ה אך נעתרתי לבקשת הרב המאה"ג הנ"ל וראיתי להשיב מפני הכבוד בדרך קצרה והנה הרב הנ"ל הביא פלוגתות הפוסקים הרמ"א והב"ש סימן צ' וספוקי מספקא ליה מי קרוי מוחזק ואען ואומר הנה מדברי הב"ש ס"ק מ"ו משמע שדעתו לחלק בין מכרה בטובת הנאה בין מכרה מהיום לזה צ"ע כיון דהב"ש אתי עלה מכתובות דף נ"ט והתם אמרינן דאמרה לכי מגרשה ועלה פריך מי איכא מידי כו' ואף לפי מ"ש התוס' ד"ה לכשאקחנה מבואר דאין לחלק ועיין פירוש דברי התוס' במ"ש אא"ז מהרש"א שם דע"פ אומדן דעת הוי כאמרה עכ"פ חזינן דבכל גווני אמרינן מי איכא מידי ובפ"י בב"ק דף פ"ח הקשה ג"כ כקושית הב"ש גם על מוכרת בטובת הנאה ולפי תירוצו שם ג"כ לדידן זבינ' דידה לאו כלום היא אפילו בטוה"נ והתם לר"פ ור"ה בדר"י איתמר ומיישב בזה שיטות הרי"ף והרמב"ם ורש"י והג"א ע"ש ובאמת מ"ש כן על הרמב"ם צ"ע דהרמב"ם ס"ל דאינו מוציא הגוף וא"כ שפיר יכולה למכור הגוף מהשתא אם לא שנאמר כמ"ש הש"ך בח"מ ס"ס ק"ג שגם הרמב"ם סובר שמוציא הגוף בחייו ע"ש ובאמת בגוף הקושיא שהקשו הפ"י והב"ש לכאורה יש להפליא שלא הזכירו בדבריהם מדברי התוס' בכתובות שם בהך סוגיא גופא שכתבו דמ"ש מנ"מ שיכולה למכור לכשתאלמן כו' ולכך כתבו דבאמת יכולה להקדיש מ"י כמו שיכולה למכור רק שאינה יכולה לאסור בקונם משום מי איכא מידי ע"ש.

וראיתי בס' כתובה בק"א שם ובס' בית מאיר שהשיגו בזה על הב"ש ע"ש וע"ש בספר כתובה שכתב דהתוס' שכ"כ בפשיטות היא מסוגיא דהחובל וס"ל דאין לחלק בין מוכרת בטוה"נ למוכרת מיד דעכ"פ לא הוי דשלב"ל דהא יכולה למכור בטוה"נ כו' והיינו ע"כ דיש לה זכות למכור הגוף מחיים כו' ע"ש ונלע"ד דודאי לא נעלם מהב"ש ופ"י דברי התוס' אלו אלא דמפרשי דברי התוס' שאין קושיתם ממה שיכולה למכור נ"מ לכשתאלמן אע"ג דהא איכא תק"א דהא מצינן למימר דבאמת גם לאחר תק"א יכולה למכור הגוף כשיטת הרמב"ם וגם די"ל כתי' הפ"י דבב"ק לר"ה ברי' דר"י ור"פ איתמר ולמסקנא דר"א דס"ל כקושית הש"ס דאי לקמיה לא קדיש אהשתא נמי לא קדיש באמת לבתר תק"א א"י למכור נ"מ.

אך עיקר קושית התוס' הוא אף קודם תקנת אושא איך יכולה למכור שיזכה הלוקח לכשתאלמן או תתגרש דהא השתא אינה יכולה למכור הפירות דמשעבדי ליה לבעל ודמי ממש להקדש דמ"י דאף שהידים עצמם שלה הם מ"מ לפי שעתה היא נשואה לבעל ומשעבדי ליה מעשה ידיה א"י להקדיש מ"י אף על אחר גירושין וע"ז שפיר כתבו דלמה לא תוכל להקדיש מ"י כמו שיכולה למכור נ"מ שיחול לאחר שתתגרש לפי שהגוף גם עתה שלה רק הפירות משועבדים לבעל ולכשסילוק השיעבוד חל המכר וה"נ הידים שלה רק מ"י משועבדים עתה ולכשיגרשנה שפיר חל ולכן הוצרכו לחלק דבאמת בהקדש כללי שפיר חל כמו שיכול למכור רק לאסור בקונם פרטו אף כה"ג אינו חל וביאור חילוק התוס' בזה נלענ"ד דבשלמא במכר והקדש שפיר הוי חי' מהשתא כיון

שהיה מקדיש הגוף אלא שאין לו עתה על מה לחול כיון שהפירות משועבדים לבעל ומתל' תלוי וקאי ולכי משכח רווחא חייל ולא שייך בזה מי איכא מידי דהשתא לא קדיש דשפיר חלה הקדושה גם עתה על הגוף אלא שהופקע מן הפירות לע"ע מחמת שעבוד וה"ז כאלו לא עשת' השדה פירות כמה שנים שההקדש חל לכשתעשה פירות מה שא"כ בקונם שאין האיסור על הגוף רק על מעשה ידיה או הפירות עצמם אם כן שפיר שייך על הפירות מי איכא מידי כו' וזה מבואר להדיא במ"ש התוס' אח"כ ועוד יכול להיות דאפילו היה מקדש' ידיה לשמי' לגמרי לא היה ראוי לחול כמו על שדה דבשדה חל ההקדש על גוף השדה כו' ע"ש שמבואר כמ"ש רק דמתחלה ס"ל דגם במעשה ידיה שייך לומר שחל קדושת הגוף על הידים והוה כהקדיש או מכר שדה ולא דמי לקונם ושוב כתבו דגם הקדש ממש שייך במ"י והוה כמו קונם שאין חלות על גוף השדה ולכך שייך ביה מי איכא מידי וזה ברור בפשט דברי התוס': וכל זה קודם דאתינן לתק"א או אפילו לאחר תק"א לשיטת הרמב"ם שאין התקנה בחי' על הגוף כלל רק על הפירות משא"כ לשיטת הרא"ש דמחמת התקנה גם הגוף של הבעל בחייה שוב שייך גם לענין מכירת הגוף גם כן מי איכא מידי כמו דקשיא ליה בקונם לענין מ"י או לענין איסור בקונם למלוה שדה הממושכן אם לא היה בידו לפדותו דכיון שאין הקונם רק על הפירות שייך ביה מי איכא מידי וה"נ כיון שחל גם עתה השיעבוד על הגוף שייך מי איכא מידי וזה קושית הב"ש והפ"י דלבתר תק"א איך יכולה למכור לכשתתאלמן או תתגרש ואין זה ענין כלל לדברי התוס'.

אך לענ"ד נראה ליישב קושית הב"ש והפ"י דבאמת הך דינא א"ש לפי המסקנא דמסיק רב אשי קונמות קאמרת כו' ונקדשו מהשתא אלמוה רבנן לשיעבודא דבעל כו' וכתב הר"ן בנדריים ואם תאמר ואי אלמוה כו' הדרא קושיא לדוכתי' כיון דהשתא לא חייל כו' ויש לומר כיון דמדינא חייל אי לאו דאלמוהו כו' ה"מ כל היכא דקיימא קמיה לא ליחול אבל נתגרשה כאלו חייל מעיקרא דמי כיון דמדינא ראוי לחול כו' וכ"כ הרא"ש שם ושאר מפורשים הובאו בש"מ כתובות ע"ש והנה רש"י בב"ק דף פ"ח כתב אהא דתק"א אע"ג דבעלמא ק"פ לאו כקה"ג אלמוהו רבנן לשיעבודא דבעל משום איבה כו' ע"ש ואם כן ודאי הא דהבעל מוציא מיד הלקוחות בחי' הגוף משום אלמוה לשיעבודא אתינן עלה ובכהאי גוונא אין זה מעכב רק היכא דקיימא קמיה אבל אין זה מעכב אם אינה מוכרת מהשתא רק על לאחר מיתה ול"ח בזה להך דמי איכא מידי כמו בהקדש דמ"י וזה ברור לענ"ד.

וראיתי בספר כתובה שכתב די"ל דאם נתאלמנה הוה להו מכר למפרע שאם ימות הוא אין כאן תקנת אושא כלל ומתרץ בזה קושית הב"ש. ונפלאתי שלא הזכיר מדברי הח"מ ס"ק כ"ט שכתב כן להדיא דלמפרע חל המכירה אף לדעת הרא"ש דכשנתאלמנה איגלאי מילתא למפרע שהמכירה היתה כדין עד כאן לשונו.

אך שעדיין צריך עיון לתרץ בזה קושית הב"ש דהא בש"ס קאמר התם דדמי לשדה זו שמשכנתי לעשר שנים כו' וקאמר ר"א דהתם בעשר שנים מיהא בידו לפדותה הכא אין בידה לגרש עצמה לעולם מבואר מזה שאין קפידא הא דלא מצי מקדיש מהשתא דהא התם נמי אין ההקדש חל בתוך העשרה שנים רק עיקר הקפידא אם בידו שעל כל פנים

יחול ההקדש וכיון שבידו לפדותה שפיר חייל מה שאין כן כשאפשר שלא יחול ההקדש לעולם ואם כן מה בכך שהמכירה חל למפרע מהשתא מכל מקום כיון דעל כל פנים לא היה ברור שתחול המכירה בשום פעם יש לומר דהמני אך אפשר לומר דתרווייהו בעינן לענין חלות ההקדש דבשדה משכנתא נהי שאין מקום שיחול מהשתא דהא התם לא הוי הקדש למפרע מכל מקום בידו שיחול על כל פנים או כשיפדנה וכן בנ"מ אף שאין בידה לגרש עצמה מכל מקום אם נתגרשה חל המכר למפרע והוי מכר מהשתא מה שאין כן בהקדישה מ"י דאיכא תרווייהו שאין מקום שיחול מהשתא וגם לקמיה אין בידה שיחול הלכך שפיר אמרינן מי איכא.

אך מה שיש לעיין בזה לכאורה היא דאם נימא דאין מקום שיחול המכר לכשתתגרש דווקא משום דמי איכא רק דלכשמת היא תחלה אגלאי למפרע שחל המכר בשעת מיתה לכאורה זה תלוי בדין ברירה דדווקא אם מתנה על להבא ל"ש ברירה אבל כשמתנה שיחול למפרע תלוי בברירה כמבואר בפוסקים ואין לומר דכאן אין תלוי בברירה אלא דגלוי מילתא בעלמא הוא שיהיה המכר קיים בשעת מעשה כמו ההיא דעירובין וכבר בא חכם דזה אינו דהתם בשעת חלות הענין כבר היה מבורר באמת רק שזה היה מחוסר ידיעה ולא איכפת לן בהכי מה שאין כן כאן דבשעת מעשה לא היה כאן בירור שיהא כן שימות תחלה ושמא אז לא היה עתיד להיות כן רק דאיזה סיבה גרמה שמת תחלה וכמו שכתב הנ"י ביבמות גבי החולץ למעוברת והפילה דתיגלי מילתא למפרע לא אמרינן דאפשר שלא היתה עתידה להפיל כו' עיין שם וכיון דבשעת מעשה לא היה מבורר לא אמרינן הוברר למפרע וכמו שכתב רש"י בגיטין בעל מנת שירצה אבא דכל שהתנאי אין בידו לקיים ובשעת התנאי הדבר ספק והתנאי מתקיים מאליו תלוי בברירה אמנם לפי מה שכתב התוספות בדבר העומד להתברר שפיר אמרינן ברירה כגון בגט שכיב מרע שעומד להתברר אם יחיה או ימות והכא נמי הרי עומד להתברר בודאי מי ימות תחלה וגם יש לומר דכיון דמדינא אף מתה תחלה המכר קיים דהא נ"מ שלהם הם רק משום תק"א א"כ הו"ל כמילתא דרבנן דקי"ל בדרבנן י"ב ויש להאריך בכ"ז ואין הפנאי מסכים עמדי: ואמנם נלענ"ד דאף אם נימא שחל למפרע היינו אם מבררת דברי' שמוכרת מעכשיו לכשתאלמן יחול למפרע משא"כ כשקבלה קנין בסתם או שדעתה היה שיחול מיד או שיחול בשעה שיש מקום לחול וכיון דהשתא ודאי לא חייל א"כ לא חל אלא מההוא שעתא ולא למפרע כלל ומ"מ א"ש דל"ת מי איכא משום דכיון שאם היתה מבררת דבריה שרצונה שתחול מהשתא היה מהני אף בכה"ג שמוכרת אלכשתאלמן כיון שאם היינו יודעין שיתברר הדבר שימות תחלה היה בידה להקנות מהשתא בשביל חסרון ידיעה שלנו א"ז עכבה שלא יחול כשתאלמן או תתגרש וא"ש דברי הרמ"א דאם נתאלמנה מכרה קיים ודלא כמ"ש הח"מ דקיים למפרע שהרי לא בחנה דברי' שמוכרת מעכשיו לכשתתגר' ועכשיו לא חלה המכירה וע"כ דאמדינן דעתה שתחול כשימצא מקום לחול וכמש"ל מתוספות ואא"ז מהרש"א בהך דאמרה לכי מגרשה (ובאמת מ"ש מהרש"א דמוכח הכי דאל"כ מ"ט דת"ק צ"ע די"ל דת"ק סובר דאף בכה"ג לא מהני כמ"ש בש"מ בשם הרמב"ן והרשב"א וש"מ ע"ש ומדברי הר"ן בנדרים והריטב"א נראה דמפורשים דמיירי שאמרה כן בהדי') וכן לפי מ"ש בס' כתובה גם להרא"ש יש להאשה גם עתה קצת זכות בנכסים נמי אמרינן דאין המכירה למפרע

וגם לפי מ"ש לתרץ קו' הב"ש דתק"א היא מטעם אלמוהו אינו מעכב לענין שיהא מכר לכשתתגר' גם כן א"ש בפשוט שהמכר היא קיים משעת דנתאלמנ' וכדמשמע מפשיטות לשון הרמ"א.

ונחזי אנן בנ"ד ל"מ לדעת הב"ש והפ"י מה שהקנית' לאו כלום הוא אלא אפילו למאי דכתבי' בישוב לשון הרמ"א מ"מ נראה שאין הקנין מועיל לפי מ"ש דאין המכר חל אלא כשתתגרש וא"כ זה מועיל כ"א כשקנה הלוקח בכסף או בשטר והשטר עדיין קיים בעת ההיא אבל בקנין ל"מ כמבואר בח"מ סימן קנ"ה במקנה בקנין אלאחר ל' יום ל"מ דההוא שעתא הדר' סודר' למריה ואף שכתב הרמ"א שם דבמקבל קנין בסתם אמרינן דהוא מעכשיו מ"מ כאן שא"א להקנות מעכשיו וע"כ שדעתא שיקנה לאחר זמן והך קנין לא מהני ופשיטא דלא מסתבר לומר דכיון דא"א להקנות מעכשיו דעתה כשתתאלמן שקנה למפרע והוי כמעכשיו לאחר ל' יום דמהני אף בקנין ועיין בסמ"ע וש"ג.

הך נלענ"ד פשוט דודאי נשי לאו דינא גמירי ויותר נראה שהיה דעתה שלא להקנות מעכשיו כלל ואף כשתתאלמן רק לאחר מיתתה דלא שבקה נפשה ויהבי לאחרינא וגוף הענין היאך היה הקנין נעלם מאתנו כעת שלא הראה זה לפני ב"ד שטר קנינו איך היה ועכ"פ אם היה באופן זה שיקנה לאחר מות אישה או לאחר מיתתה נראה ברור דלאו כלום הוא דההוא שעתא הדר סודר למריה: ועוד נראה לפום מה דכתיבנא דגם הרמ"א ל"ק רק שהמקח קיים משעה שנתאלמנה אבל לא למפרע א"כ נראה דהיינו דווקא כל שלא חזרה בה בחיי בעלה ולכן כשמת חל הקנין ממילא כמקנה בכסף או בשטר לאחר ל' אבל נ"ד שחזרה בה בחיי בעלה פשיטא דמהני חזרתה כמבואר בקידושין ר"פ האומר ועיין בח"מ ס"ס קצ"א וא"כ אין לנו לדון שיזכה הבן בקנינו כ"א לשיטת הרמב"ם דס"ל דלוקח קונה הגוף מיד מ"מ הרי דעת הרא"ש והטור והרשב"א והר"ן דאינו זוכה בגוף והש"ך בח"מ ס"י ק"ג כתב שבאהע"ז כ' די"ל שגם הרמב"ם סובר כן ודלא כאחרונים ונראה מדברי הש"ך שם שכן עיקר להלכה ופשיטא שאין לדון את הבן כמוחזק מחמת הקנין שעלי' אנו דנין בספיקו ואין ספיקא מוציא ודאי של הקנין השני שהיה מן הבעל והאשה כ"ז אמרתי בחפזי מאפס פנותי אף לעיין בדברי הרמב"ם ונושאי כליו בענין זה ולפיכך איני מחליט הדין למעשה ובפרט שאינו רק על דרך את"ל שימות הוא קודם וגם כי לא נתברר ענין הקנין שקנה הבן מאמו ועל איזה אופן היה ולכשיטתוודע בבירור נחכם לו וכעת לא כתבתי רק להפקת רצון הרב הנ"ל ויורה ידן כפי הענין שיתברר לפניו ולענ"ד הדברים שכתבתי אף שעדיין לא באו בכור הבחינה יש בהם גופי תורה והמסלת בנפה שלו יבור להבין דבר מתוך דבר: דברי זעירא זמן חברייא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה סט אלף שלומי' לכבוד ש"ב הרב המאה"ג החרוף ובקי המפורסם מו"ה מרדכי זיסקונד נ"י: אחד"ש כל"ש אען ואומר כי גי"ק הגיעני ע"י מוכ"ז וראיתי שכתב על מ"ש ליישב דברי הב"ש והפ"י כי לא נעלם מהם דברי התוס' בכתובות דף נ"ט רק שהתוס' תרצו שפיר לפי מאי דקיימי התם קודם תקנת אושא כו' וע"ז כתב שזה פלא שהרי נראה בעליל מדברי הרא"ש פרק נ"ש כי זה שמוציא בחייו הוא מחמת אכילות פירות כו' ולפ"ז נסתר ד"ק דהא אף קודם תק"א ליכא לתרץ כמ"ש התוס' דהא הגוף מוציא מחמת הפירות מתקנת המשנה עכ"ד בקצרה ושגגה היא בידו דודאי קודם תק"א היא ביד האשה למכור הגוף אף שהקרקע משועבד לבעל לפירות מ"מ היא יכולה

למכור הגוף שלה כיון דק"פ לאו כקה"ג דמי וכמו דכותב נכסיו לבנו דאף שהאב שייר לעצמו הגוף לפירותיו מכר הבן הם מכורים ולכי מיית האב קונה לוקח לפי שהאב אין לו זכות בגוף עצמו כ"א לפירותיו וה"נ בנ"מ כמבואר להדיא בב"ק בעובדא דרמי בר אבא והכי אמרינן בהדיא בפרק האשה שנפלו מתני' בחייו ולפירות דהבעל יכול להוציא הגוף לצורך הפירות לאכול אותם כל ימי חייו שזכו לו חכמים פירות תחת פרקונה ויש לו זכות בגוף השדה לפירות ומ"מ האשה יכולה למכור הגוף עצמו ואין הבעל יכול להוציא מלקוחות אדרבא אפילו כשמת' היה הם מוציאים מיד הבעל השדה ואוכלין פירותיו ולפיכך אין מקום להקשות מי איכא מידי דהשתא אינו מכור כו' משום דבאמת המכירה חייל מהשתא לענין הגוף רק שהתוס' מביאין ראיה מזה דאף דעיקר השדה לפירות קיימא ואין מקום שיחול על הפירות דמשעבדי לבעל מכל מקום חיילה המכירה על הגוף וה"נ לענין הקדש כו' וכמ"ש בביאור בתשובתי הראשונה משא"כ אחר תק"א לפי שיטות הרא"ש דמכירה בטילה מיד לענין הגוף שפיר קשיא להו להב"ש והפ"י דנימא מי איכא מידי לענין מכירת הגוף: ועתה אהו' ירא וישפוט אם יש כאן מקום ללין מדברי הרא"ש פרק נ"ש שהרי דברי הרא"ש שם אמורים לאחר תק"א ע"ז כתב שהבעל מוציא מיד הלוקח הגוף שמכרה לו מעכשיו ומ"ש ומוציא לאו דוקא דכל ימי האשה הקרקע ביד הבעל ואוכל פירות לשון מוציא קשיא ליה דאיך שייך לומר שהיא מוציא לאחר מיתה מיד הלקוחות דמשמע שבחייו היו ביד הלקוחות ופשיטא שז"א שהרי ודאי בחייו היתה הקרקע ת"י לאכול פירות ומה איכפת לן במכירה ולא שייך מוציא בדרך שהוא ת"י לזה אמר דלאו דווקא דלענין הפירות באמת לא היו להם עדיין זכות כלל רק שהיו להם זכות הגוף מחמת המכירה וזכות זה מוציא מידם וכך הם דברי הרשב"א שהביא הר"ן ומה שהיא מוציא זכות זה שהיו להם בגוף מחמת המכר היא מחמת תקנת אושא כדאמרינן תק"א בגופה של קרקע ולאח"מ אבל קודם תק"א אין מי שיאמר שהמכירה לענין הגוף בטילה מחמת ק"פ של הבעל אדרבא המכירה חלה מעכשיו כמו מכירת הבן ואף שהאב יש לו קנין בגוף לפירות ואפילו מתה האשה הלקוחות מוציאים מיד הבעל ומ"ש כ"ת מדברי רש"י בר"פ האשה שנפלו מתני' בחייו קאמר הבעל מוציא כדי לאכול פירות כו' דמי לההוא עובדא דאייתי נורא לקניא שהרי אדרבא מבואר שם דלא בטלה המכירה מחמת הפירות שיש לבעל וחיילה המכירה מהשתא רק שאין בכחה להפקיע שיעבוד הבעל על הפירות ואכיל להו בחיי האשה ולכי מייתי פקע שיעבודא אף של הפירות ואכיל להו בחיי האשה אבל הגוף הוא מכור מיד ומפקיע מידי ירושת הבעל ומ"ש מדברי הב"ש סימן פ"ה ס"ק ט"ו שכתב דלתוס' והרא"ש המכר בטל מיד והרשב"א כתב כו' הדבר פשוט ומבואר שאין ענין לכאן כלל דהתם טעמא רבא איכא לפי שלא ע"ז זה נתן לה שתמכור לאחרים כמבואר בדבריהם להדיא אבל פשיטא שאין הביטול משום פירות דבעל שהרי לכ"ע אין הבעל אוכל פירות מקרקע שנתן לה מתנה ומ"ש מדברי המרדכי ר"פ האשה שנפלו דאיתא שם אמור מעתה מה שהבעל מוציא מיד הלקוחות מה שמכרה זהו שהקרן משועבד לפירות כו' תמהני מה היא רוצה להביא מהם על קודם תקנות אושא הלא הני רבוותא שם דינא קבעי למפסק ולא נכחד מהם תק"א וישמעו אזניו מה שהוא מוציא מפיו שהוא רוצה להביא ראיה משם על קודם תק"א ולדבריו ע"כ לומר דס"ל להגן רבוותא כהרמב"ם דגם לאחר תק"א אינו מוציא

בחיי הגוף רק הפירות כמבואר שם שזיכו לאפוטרופוס של האשה מחמת זה שאין הבעל מוציא רק מחמת שהקרן משועבד לפירות אבל הגוף לא ע"ש וא"כ תמה על עצמך שממקום שבא שם מבואר מן ההיפך אל ההיפוך שכ"ת רוצה להביא דאף קודם תק"א אין מוציא בחייו רק הפירות: אך באמת מבואר למעיין שם דהתם לא מיירי שמכרה היא רק שזה בא להחזיק בשריון מכח הבעל שחייב לו ורצו לזכות אותו משום דהבעל יש לו זכי' בנכסי' כדרב ושמואל שאם מכרה מוציא וע"כ שזכה בהם וע"ז השיבו הנך רבוותא שגגתם קצת כו' דודאי אין לבעל זכי' ומה שמוציא בחייו היינו שהוא משועבד לפירות ומ"מ אין לו זכי' בגוף הקרן שיוכל הבא מכחו להחזיק בהם ע"ש אבל לא מיירי כלל מענין זה אם מכרה היא אם מתק"א דשווי' כלוקח ראשון לבטל המקח מיד לענין הגוף או שיועיל המכר עד לאחר מיתה משום דאפילו תימא שבטל מיד כשמכר' היא מ"מ פשיטא דהוא אינו יכול למכור כלל נ"מ שלה שאין לו רק הגוף לפירות אבל בגוף ממש שיהיה לו כח למוכרו פשיטא דלא די בזה דנימא שידו כידה לעכב שלא תועיל מכירתה.

ומ"ש כ"ת ומצאתי גוף הסברא באו"ח סי' ק"ג ס"ק י"ז כתב בפירוש דזה הוי תקנה מתקנת המשנ' לטרוף אף הגוף מחיים ואתו באושה כו' וששתי כי כוונתי לדעת הגדול עכ"ד וראיתי כי שמח ללא דבר ובמחילה מכ"ת שקר ענה בשם או"ת שלא נמצא באו"ת מ"ש בשמו שתקנה קדומה לטרוף הגוף ואיך יאמר דבר כזה אשר אין לו שחר שהרי בפירוש אמרינן מתני' בחייו ולפירות ור"ל דאף אם ירדו הלקוחות לקרקע לאכול הפירות הבעל מוציא מהם לאכול הפירות כתקנ' חכמים אבל גוף הקרקע הוא מכור לצמיתות והם מוציאים מיד הבעל כשמתה האשה ואתו באושה ותקנו כמ"ש רש"י שם אך דלפי פשטא דמלתא הא דאמרינן בחייו ולפירות אין זה משום דשווי' רבנן כלוקח רק תקנת חכמים לאכילת פירות בעלמא ובא האו"ת וחידש לומר דהא דבחייו ולפירות ג"כ הוא מצד תקנה דשווי' רבנן כלוקח שדה לפירות ולכן הוא מוציא הפירות מיד הלקוחות בחייו ונ"מ בזה דאם תקנת אכילת פירות בעלמא אז לענין שומא מהדר ומהדרינן משא"כ אם נימא דשווי' כלוקח לא מהדר ולא מהדרינן: ובזה מתרץ האו"ת הא דנקט שמע מינה דאשה ומתה כו' משום דבחייו בלא תק"א יש תקנה שיהיה כלוקח גוף לפירות וכל שיש שם לוקח עליו לא מהדר ולא מהדרינן ואמנם דעת רש"י והרא"ש דדוקא ומתה דהוי כלוקח גמור על הגוף אבל בחייו אף דהוי כלוקח לפירות מ"מ מהדר ומהדרינן עיין בח"מ סימן צ"א ועכ"פ לא יעלה על הדעת שקודם תק"א יטרוף הגוף מחיים וזה לך האות שהרי האו"ת רוצה לתרץ דברי המחבר והרי המחבר באה"ע לא הביא כ"א דעת הרמב"ם שאף לאחר תקנת אושא אינו מוציא הגוף ומכ"ש קודם תק"א.

ומ"ש דעל דברי הב"ש שכתב דלדברי הנ"י לא מהני רק במוכרת ע"ת קשה מב"ב פרק י"ג גבי מכר הבן דשם אף בסתם המקח קיים והאריך בזה כמדומה שמכ"ת שכח דהב"ש שכתב דלא מהני רק ע"ת היינו משום דמחמת תק"א הוי כלוקח ראשון גם בחייו אף לענין הגוף לדברי הנ"י והרא"ש ולכן אם מכרה סתם הוא בטל משא"כ במכר הבן דמועיל המכירה בסתם כיון דק"פ לאו כקה"ג הוא והרי הוא מוכר הגוף שלו מעכשיו וגם מ"ש על דברי הגאון בעל ס' כתובה מדברי הסמ"ע סי' רי"ב שאינה יכולה למחות לבנות ולהרוס לא ידעתי מה ענין זה לזה דמחמת תק"א הוי כלוקח והרי הסמ"ע שם

קאי בשיטות הרמב"ם דבחייו אינו מוציא כלל ואפ"ה כתב לחלק בינה ללוקח (דאילו להרא"ש ס"ל להסמ"ע דאף הלוקח א"י למחות כמבואר שם בסמ"ע ובדרישה באה"ע) דהיא א"י למחות והלוקח יכול למחות ובספר כתובה קאי לשיטת הרא"ש היכא דנתאלמנה דאגלאי מילתא למפרע דאין כאן תק"א ובחייו ס"ל להסמ"ע אליבא דהרא"ש דגם הלוקח א"י למחות והח"מ והב"ש פליגי עליו וס"ל דאף אליבא דהלכתא דהרא"ש יכולה למחות בין היא ובין הלוקח משום שמא ימות הוא ויתקיים המקח ומכ"ש דהכי הוא אליבא דהרמב"ם ובאמת דברי הסמ"ע שכתב לחלק בינה ללוקח אינם מובנים לי דמי עדיף יד הלוקח מידה שאם נאמר שהיא עצמה א"י למחות ומה יהא הלוקח יכול למחות ואפשר לומר דה"ט דהלוקח יכול למחות כיון דמדינא קנה הגוף מיד לגמרי ופירות לאחר מיתתה בין ימות הוא ובין תמות היא וא"כ בודאי יכול למחות ר שחכמים תקנו שאם מתה ירשנה בעלה ויוציא מיד הלוקחות אבל מ"מ אכתי לא פקע זכות הלוקחות לענין זה שיהא מוחה בידו לבנות דשמא ימות הוא והם נכנסין לנחלה משא"כ אם לא מכרה רק שהיא בעצמה רוצית למחות אז כיון דמדינא אם מתה ירשנה ואין מחאתה רק על הספק אף מדינה אמרינן דסברה וקבלה שכל שלא תמכור יהיו קנוי לבעל לעשות בו בימי חייו כרצונו וצ"ע ומ"מ מה שמבואר מדברי הח"מ והב"ש דאף לפי שיטת הרא"ש דמוציא הגוף אין הלוקח יכול למחות לא משמע כן מדברי הר"י בן מיגש בב"ב דף מ"ט ולקצר אני צריך: והנה הארכתני בכל זה אף שהדברים פשוטים אחרי רואי כי מכ"ת קיצורי גרם לו שקרא ולא כיוון לכו או קרא כמתנמנם ויפה כתב התנצלותו כי היה נחפז ללכת ובקשתי על העתיד כי יבואו דברי לא יהיה נבהל להשיב כ"א אחר העיון והדיקדוק היטב ובחפזון לא ימצא חזון כי ת"ל אנכי תרגלתי אפרים להיות האמת אהובה אצלי מצד שהוא אמת וגם בשעת חפזון אני מסלת הסולת ומשליך השאר וטרידנא טובא בעניני' הנוגעים למעשה ואף עפ"כ לכבודו פניתי ולפי שראיתי כי צמרתו בין עבותי' נארג בסכך דברי הפוסקים הארכתני אף כי כל דברי אחד הם שדברי הב"ש המאמורים אחר תק"א ואליבא דהרא"ש דבחייו מוציא הגוף אבל קודם תק"א או במכר הבן אף שהבעל זוכה בגוף לפירות וכן האב מ"מ ק"פ לאו כקה"ג הוא ומכירת הגוף מועלת מעכשיו מובטחני כי ישמע ויאמר אמת: ולפי שאין בית המדרש בלא חידוש אמרתי לכתוב מה שעלה אז על רעיוני ולא כתבתי לפי שלא נתחוור לי כל הצורך וכעת עיינתי ולענ"ד הדברים כנים.

ובעיניי יפלא על הטור ונמשכו אחריו הב"י וכל אחרונים דהרא"ש סובר דבחייו מוציא הגוף ולא ידעתי מקור הדברים והב"י הראה מקום לדברי הרא"ש בפרק נ"ש ונראה שכוונתו למ"ש הרא"ש שם והבעל מוציא הגוף שמכרה לו מעכשיו וישאר אצלו ומפרש מ"ש מעכשיו קאי על תיבת מוציא ור"ל שהוא מוציא מעכשיו הגוף וישאר אצלו ולענ"ד ז"א אלא דבריו הם כלפי מ"ש תחלה והאשה מוכרת הגוף מעכשיו וע"ז כתב דכשמתה האשה הבעל מוציא הגוף שמכר' האשה מעכשיו ומ"ש וישאר אצלו ר"ל כאשר היו אצלו בחייו והיינו כמ"ש שם דלשון מוציא הוא לאו דוקא ואדרבא משמע להיפך שהרי הך לשון מוציא הוא לשון ריב"ח דקאי היכא דמתה וע"ז כתב הרא"ש דלשון מוציא הוא שמוציא הגוף שמכר' כו' משמע מזה דעד עתה היה מכירתה קיימת כמו מכירת הבן רק שע"י מיתתה פקע זכות הלוקח ונשארת גוף הקרקע אצל הבעל בתק"א ואין לדקדק

ממה שהוצרך הרא"ש לומר דמוציא לאו דוקא אלמא דס"ל דהגוף הוא שלו גם בחייו מחמת התקנה ולכך קשיא ליה מהו מוציא לאחר מיתה דא"כ לא הוי משני מידי כדמשמע שבא להעמיד לשון מוציא ומי הכריחו לומר שמוציא הגוף בחייו שיקשה לו לשון מוציא והרי פשטא דש"ס אמרינן דתק"א בגופה של קרקע ולאח"מ משמע דמחיים כדקיימא קיימא ואין כאן תקנה חדש' על בחייו כלל ואדרבא משמע לי דהרא"ש סובר כהרמב"ם שבחייו אין לו בגוף הקרקע והצעת דברי הרא"ש כך הם דקשיא ליה לשון מוציא דלא שייך בדבר שהוא ת"י ואוכל פירות ולפרש דקרו היה מוציא מחמת הנפקותות שכתבו האחרונים אליבא דהרמב"ם אין זה במשמע ולכן כתב דלאו דווקא רק דזה גופא קרי ליה מוציא הוא לשון הפקעת זכות לפי שהאשה מכרה הגוף מעכשיו ועתה ומתה מוציא הבעל זכות זה שמכרה להם מידם וישאר אצלו וכך שם דברי הרשב"א שהביא הר"ן וכך מבואר למעיין בדברי הר"י מגאש בב"ב ובדברי הרא"ה בכתובות וכאשר כתבתי בפירוש דברי הרא"ש כך נלענ"ד מדברי רי"ו בס' מישרים נתיב כ"ג ח"ד ע"ש: ומ"ש הרא"ש בכתובות דף מ"ז שהבעל זוכה בגוף לפירות כו' פשיטא דאין הכוונה רק שהוא כשאר ק"פ שזוכה בגוף קי"ל דלא כקה"ג ויכולה למכור הגוף רק דכשמת' מוציא מתק"א כמבואר בב"ק ומ"ש הרא"ש דאי איתנייהו להני דמי בעין מהדר ליה דגזל הוי כיון דהמכר לא הוה כו' היינו דכיון דמתה איגלאי מלתא למפרע דהמכר אינו כלום אבל מ"מ לא נשמע מדבריו דהמכר בטל מיד ובב"ב דף נו"ן כתב הרא"ש לענין אם מכר הוא הנ"מ כתב דמכרו בטל לאלתר כו' והאי נקט גמרא דידן דזבין איהו ומת כו' אע"ג דה"ה היכא דמתה היא ואפילו לאלתר מכרו בטל משום דעיקר חידוש דברי אמימר לאשמועינן דאשה שמכרה כו' והתם דווקא שמתה כו' ע"ש שמבואר מדבריו דבכה"ג שמכרה היא אין המכר בטל מיד רק לכשתמות וכן נראה מדבריו שם אח"כ בענין הנותן מתנה לאשתו כיון דאם מכרה ונתנה בטל והכי מסתבר דאף ע"ג שנתן בעין יפה כו' ועוד מטעם אחר דנ"מ הם ומשמע דמטעם זה אין המכר בטל לאלתר דא"כ הו"ל למימר בפשיטות דמטעם זה מחשב קנוי לבעל שאין יכולה למכור לאלתר כיון דנ"מ הם ולקצר אני צריך: ויותר אני תמה מ"ש הב"י בדברי הר"ן בשם הרשב"א מבואר כהרא"ש ז"ל והביאו הב"ש ולענ"ד אדרבא דברי הרשב"א שכתב בלשון מוציא היינו שזכותו תלוי ועומד משמע שאין המכירה בטלה כ"א לאח"מ וכן מבואר להדיא בתשובת הרשב"א שהביא הב"י שם אח"כ לענין נצ"ב שכתב וז"ל ושאמרת שאם מכרה כו' והדברים מוכרעים ממקומו שגוף הנכסים להאשה הם ואין לבעלה בחייו אלא אכילת פירות בלבד וזה שהוצרכו לתק"א לגופה של קרקע ולאח"מ ועוד דבהדיא אמר בירושלמי כו' ע"ש וגם מדברי הנ"י פרק חזקת נראה כן ובאמת מ"ש הטור אם מכרה אחר שניסת כו' מכירה בטל לאלתר כו' וא"א ז"ל כתב כסברא הראשונה כו' וכעת לא מצאתי בפוסקים מי שסובר כן רק ראה זה מצאתי בש"ג ריא"ז ר"פ האשה שנפלו שכתב לפיכך הוא מוציא מיד הלקוחות גוף הנכסים ופירותיהם בין בחיי אשתו ובין לאחר מיתת אשתו וע"ש דמבואר דמכל מקום בטובת הנאה דהיינו שמוכרת בהדיא על הספק מהני המכירה דאף שנתנה הדמים לבעלה אינו משלם דמים וכן הוא בס' המכריע סימן מ"ו אבל מה שכתב הרא"ש והרשב"א במוציא הגוף בחייו צ"ע כעת.

והנה מוכ"ז נחוץ לדרכו ואני מוכרח לקצר. ואודות תשובתו בנידון בוקא דאטמא דבריו הגיעני ביומא דחושבנא והנחתים עד עבור המועד וצריך אני לחפש אחריו וכשיבא לידי אראה להשיב בל"נ אי"ה והיה זה שלום ותמו דברי אוהב לנצח שארו הד"ש: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד אחר זה הובא לידי שטר קנין בעדים שעשתה האשה לבנה ונראה לעינים כי זהו מכת פרושים נגעו בה שנתנו טופס זה להעדים לכתוב כן אחר שנעשה הקנין לחתום באשה והדר בעלה ובכדי לבטל קנין זה כתבו בתוכו הרבה שופרי דשטר' שיהיה בו מועיל לבטל הקנין שאח"כ אף שלאמיתות הדברים נראה שלא היו רק קבלת קנין סתם כדרך שאר קנין סודר אך אף לפי הטופס הזה שנכתב עתה נראה שהצול צלל במים אדירים והעלה חרס בידו שכתב בתוכו שהיא נותנת במתנ' בריא מעכשיו רק כל ימי חייו ויותר בנה נגד' להיות תחת יד האשה להשתמש רק לצרכה וזה אינו מועיל דהא לדעת הרא"ש והטור ודעימי' אף הגוף אינו יכול למכור מעכשיו והוי כמו נצ"ב דאם מכרה מהיום בטל לגמרי ואף אחר מיתתו אינו חוזר וניעור וכמ"ש הב"ש ס"ק מ"ו ואף לפי מ"ש הטור דנתאלמנה או נתגרשה מכרה קיים ומשמע אף שמכר' סתם מהני המכירה לכשתאלמן היינו משום די"ל מסתמא היא מוכרת ע"ד כן שתחול המכירה כשיבא לידה וכמ"ש"ל מדברי אא"ז מהרש"א בפירוש דברי התוס' בכתובות בהא דאמרינן דאמרה לך מגרשה דהיינו מחמת אומדן דעת אמרינן הכי ואף בזה יש מחלוקת הפוסקים ואיכא דס"ל דבעינן אמירה ממש אבל במפרש מעכשיו כ"ע מודו דכיון דלא מצי חייל מעכשיו לא מהני כלל ומצאתי בשיטה מקובצת ב"מ דף ט"ו גבי ההיא דמה מכר ראשון לשני כו' דאפילו לרב דאמר אדם מקנה דשלב"ל וה"מ כשאמר כשיבוא לידי קנה מעכשיו אבל מכר לו סתם ואח"כ באו לידו יכול לחזור בו וכ"כ שם בשם הריטב"א בהא דפריך לוקח במאי קני השתא להווא ארעא כלומר דהא לא זכה בה משעה ראשונה שאין אדם מוכר דשלב"ל ע' אליבא דרבנן ואפילו לר"מ דוקא כשפירש לשאקחנו קנוי לך כשמכר סתם וכדמוכח לקמן ובכל דוכתי וכ"כ בשם הריצב"א בהא דמתיב רב ששת כו' דע"כ לא אמר ר"א אלא באומר בפירוש לכשיבואו לעולם אבל זה שנתכווין לקנות עכשיו ואינו קונה לא אמר ר"מ שיקנה כשיבא לעולם וע"ש מ"ש בהא דאמר ר"ה האומר לחבירו שדה שאני לוקח כו' ותמיהא מלתא מה מעכשיו שייך הכא דהכא א"א שיזכה בה הלוקח מעכשיו כו' וי"מ דאהני מעכשיו שלא יוכל לחזור בו כו' ואין זה כלום כו' אמאי לא יוכל לחזור בו אבל הנכון כדפירש ר"י דנקט מעכשיו לומר שהוא מוכרה בכסף ושטר של עכשיו שיקנה בו באותו שעה שתבא לידו כו' והיא שאמר בפירוש לכשאקחנה וכדתניא לקמן לר"מ לאחר שאתגייר כו' ע"ש: שאלה ע' שאלה מאחי החריף ובקי מוהר"ר אליקום געציל נ"י בדבר התוס' בב"ב דף קנ"ט שדבריהם צריכים ביאור במ"ש ואע"ג דשטר מברחת נמי איכא פלוגתא כו' ובאמת שדבריהם תמוהים דהא אמרינן התם דוקא במקצתן אבל בכולן כ"ע מודו וכן כתב הרשב"ם להדיא ואדרבה הוה להו לאקשווי להיפך דהא דקאמר ר"נ מברחת צריכה שתכתוב כל נכסים אתי' בפלוגתא דלרשב"ג אף במקצתן יש לה דין מברחת ודוחק לומר דדוקא לענין גוף הדין לא מיירי בפלוגתא אבל בהא דמצריך כולו לא איכפת לן בפלוגתא דאדרבה טפי אית לן למימר דלא מיירי בפלוגתא בהך כללא דכייל ר"נ דבעי כולן דוקא וע"ז ליכא לתרוצי כתירוצם ז"ל גם מה שתירצו דהיכא דגליא דעתה כו' הוא תמוה לפי מ"ש התוס'.

התוס' בעצמן לקמן דבכה"ג אפילו במקצת נמי לא קני ועיינתי במהרש"ל ומהרש"א ז"ל וראיתי שעמדו בזה ודבריה' דחוקי' כאשר העיד אא"ז מהרש"א ז"ל בעצמו ולפום ריהטא רציתי לומר דכוונת התוס' דאתי' בפלוגתא דר"ש ורבנן בנכסים שאינם ידועין וע"ז כתבו דבגליא דעתה כ"ע מודו דדוקא היכא רק עפ"י אומד הדעת משום דחזינן דנשאת אח"כ בזה אמרינן כיון שעכ"פ היתה מתנתה בסתם אלא שיש לתלות דעשתה כדי להבריה אז י"ל כיון שלא הועילה הברחתה ודאי סברה וקבלה שתהיה המתנה מתנה גמורה משא"כ היכא שפירשה דבריה שאינה עושה כ"א בשביל לאנסובי ולהבריה הרי לפנינו שלא גמרה והקנה למקבל מתנה כלל הלכך אף ע"ג דטעתה בזה שסברה שיועיל להבריה מ"מ לענין המקבל מתנה לא מהני המתנה דבמה יקנה זה כיון דאיהי לא גמרה להקנות לו ומתנה בלב שלם בעינן דגמר ומקנה: וזה מוכרח לפירוש הר"ש דהא ר"ה בריה דר"י אמר אפי' מ"ד מברחת קנה כו' ולכאורה מנין לו זה דהא איכא למימר מ"ד מברחת קני היינו משום דס"ל כחכמים דר"ש בנכסים שאינן ידועין אלא ודאי דאף לחכמים מ"מ בגליא דעתה לא קני ומצאתי באו"ת סימן צ"ט שכ"כ בכוונת התוס' ומ"מ לפענ"ד אין זה במשמע שהרי התוס' כתבו כדפי' רשב"ם שם וברשב"ם שם מבואר להיפך ואף דהרשב"ם שם הזכיר בדבריו עשאום כנכסים שאינם ידועין אליבא דר"ש מ"מ לא כתב זה אלא לענין דלא קני בעל מהאי טעמא אבל מ"מ אין הכרח דלחכמים קונה המקבל מתנה וכפירוש הר"ש.

ומפשוטי' הרשב"ם משמע דמפרש כהרא"ש דמקבל מתנה לא קני לכ"ע וגם דעדיין קשה כמ"ש דהא אתיא בפלוגתא דרשב"ג דאף במקצת מועיל מברחת וכן הקשה רש"ל ומכ"ש לתירוצם דגליא דעתה. שוב ראיתי בספר כתובה כתב ג"כ לפרש דהפלוגתא היינו דר"ש ורבנן ותירוצם דגליא דעתה היינו לפי שיטת רש"י בכתובות דמשמע מדבריו דגליא דעתה נמי דוקא בכולן ולא במקצתן ע"ש בדברי הרא"ש במה שהקשה על מה שפירש"י והודיעה לעדות כו' ומ"ש התוס' בגלי' דעתה אף במקצתן מהני אתי' כתירוץ הראשון דתוס' דמיירי אף בפלוגת' וגם דבריו דחוקים לפענ"ד בפ"י התוס' אשר אני אחזה לי בפירוש דברי התוס' דלכאורה דברי התוס' במ"ש בעובדא דרב ביבי שצ"ל דמיירי במקצת נכסים אינם מוכרחים דאף ע"ג דהש"ס מוקי שם פלוגתא דרשב"ג ורבנן במקצתן היינו לשמואל ור"נ דפסקו מברחת לא קני אבל רב ענן שם דסובר מברחת קני מפרש הפלוגתא דבכולן מיירי וס"ל כחכמים וע"ז שפיר אמר ר"ה בריה דר"י אפי' למ"ד מברחת קני דס"ל דבכולן פליגי והלכתא כחכמים ה"מ היכא דלא גלי' דעתה.

ומצאתי בתשובת מיימוני לספר קנין איתא שם תשובת הריצב"א בעל התוס' שכתב ג"כ להוכיח דהך עובדא במקצת מיירי דהא מ"ד מברחת קני היינו במקצת וכתב דלא משמע רב ענן דפליג אפילו בכולו דאיהו הדר ביה לכאורה כי אייתי ליה מר עוקבא הא דרב חנילאי כו' ע"ש אין זה הכרח ואדרבא משמע קצת בתוס' דכתובות דרב ענן ורבא פליגי וכן מבואר מדברי אא"ז מהרש"א ז"ל כאן ואפילו תימא דהדר ביה כי שמע הא דרב חנילאי מ"מ שפיר י"ל דר"ה בריה דר"י דקאמר אפילו למ"ד מברחת קני היינו לפום מה דס"ד דרב ענן ורבא.

וכן נראה לפי דעת ר"ש דלרבנן דפליגי אר"ש בנכסים שאינם ידועין מברחת קני אף בכולן וא"כ למה נוציא הברייתא מפשטא דהא בפשיטות י"ל דכולן מיירי וחכמים דפליגי ארשב"ג סברי כרבנן דפליגי אר"ש ולפירוש רש"י צ"ל דהא דמוקי ר"ז במקצתן דוקא היינו כי היכי דתייתי פלוגת דרשב"ג ורבנן כר"ש דקי"ל כוותיה ואתו חכמים דרשב"ג כהלכת' או י"ל דבאמת למאי דמשני אביי דטעמא משום דעשאום כנכסים שאינם ידועים ואליבא דר"ש ממילא דלא צריך לאוקימתא דר"ז דשפיר מתוקמא אף בכולן וחכמים כחכמים דפליגי אר"ש ורשב"ג כר"ש דקי"ל כוותיה ולפי"ז אין הכרח למ"ש התוס' דהך עובדא דרב ביבי במקצת מיירי וצ"ל דהתוס' לא ניחא להו לפרש דמאי דקאמר ואפי' למ"ד מברחת קני היינו אליבא דרב ענן אלא קאי על גוף הפלוגתא דרשב"ג ורבנן וכמ"ש הרשב"ם שם ולהך אוקימתא דמוקי ר"ז במקצתן צ"ל דהך עובדא נמי במקצתן מיירי ולפי פירש"י ז"ל י"ל דבאמת לפי מאי דמסיק אביי א"כ תלי' בפלוגתא דר"ש ורבנן א"כ י"ל דכולן הוא דקאמר הכי ולכאורה מוכרח דגם ר"נ מפרש פלוגתא דברייתא בכולן למ"ש התוס' דמיירי בפלוגתא א"כ איך אמר ר"נ עד שתכתוב כל נכסים דהא לרשב"ג אף במקצת נמי יש לה דין מברחת וכמ"ש רש"ל אלא ע"כ דר"נ מפרש הפלוגתא בכולן ובמקצתן גם רשב"ג מודה דלא מהני ומה שפסק ר"נ כרשב"ג היינו משום דס"ל דהלכה כרשב"ג אף בברייתא וכמ"ש הש"ך בח"מ סימן קע"א ע"ש ומה שפסק בכתובות דף ע"ז הלכה כחכמים לגבי דרשב"ג משום דהך כללא ליתא אלא כי איכא טעמא וכמ"ש הש"ך שם בשם הרי"ף והכא איכא טעמא דלא שביק כו' ומכ"ש דאתי שפיר לשיטת הר"ש דלדידיה כיון דרשב"ג כר"ש דהלכתא כוותיה קי"ל כרשב"ג ורבנן דברייתא כרבנן דמתני' ור"ז דמוקי במקצתן לתרוצי דשמואל אף אליבא דחכמים דברייתא אבל ר"נ ע"כ סובר דברייתא בכולן פליגי רבנן ורשב"ג ובמקצתן אף רשב"ג מודה ולפי"ז שפיר קשיא להו להתוס' דכיון דנימא דלא מיירי בפלוגתא ע"כ דמפרש דהפלוגת' בכולן ופוסק כרשב"ג א"כ ס"ס איירי בפלוגתא ולזה שפיר תירצו דמיירי בגליא דעתה כו' דהא למאי דס"ל השתא דהפלוגתא בכולן גם עובדא דרב ביבי שפיר מיירי בכולן דוקא ואהא קאמר החילק בין גליא דעתה אבל במקצת אף דגליא דעתה דבשביל אנסובי קעבדה מ"מ י"ל דלמתנה גמורה מכוונת משא"כ בכולו כיון דגליא דעתה הוי כמתנה בהדיא לכשארצה והתוס' לקמן לאוקימתא דר"ז דמוקי במקצתן שפיר כתבו דע"כ לפי"ז הך עובדא נמי במקצת מיירי אבל אליבא דר"נ ולפום תירוצם דהשתא דלא מיירי בפלוגתא ע"כ דמפרש בכולן פליגי שפיר י"ל דגם הך עובדא בכולן מיירי ובמקצת אף גילוי דעת לא מהני וזה ברור לפענ"ד דברי אחיך: הק' אפרים זלמן מרגליות: וזאת שנית על ענין הנ"ל: עא אהובי אחי החריף נ"י אמש ראיתי הלילה מ"ש בפ' דברי התוס' דמיירי בגליא דעתה ולא נשאת ואינו נוח לי דאם נימא דגליא דעתה בלא ניסת מהני ע"כ משום דמה שגילת' דעתה הוי כהתנה דהא אין כאן אומדנא לפנינו כלל וכיון דהוי כהתנה בפירוש פשיטא דאין לחלק בין במקצת לבכולה וממ"נ אי בלא ניסת לא מהני כלל ואי מהני אף במקצת מהני דהא בבריא הנותן אין חילוק בין מקצת לכולו וע"כ משום גילוי דעתה הוא דהוי כהתנה וא"כ אף במקצת יועיל התנאי וגם כי אין זה במשמע מל' התוס' וגם האיך תלו התוס' דבריהם בדלקמן שהם ענינים רחוקים דהתם מיירי בנשאת ובמקצת והכא מיירי בלא ניסת ובכולו: דברי אחיך הק' אפרים

זלמן מרגליות: מה שחזר להשיב אחי החרוף נ"י על ענין הנ"ל עב במה שכתבת דר"נ פוסק כרשב"ג דהרי בכתובות דף ע"ז ובב"מ דף ל"ח פסק ר"נ כחכמים ומ"ש דטעמו משום דס"ל כמ"ש הש"ך בשם הרי"ף דהך כללא ליתא אלא היכא דמסתבר טעמא לכן פסק שם כחכמים ז"א דהש"ך סימן שפ"ו ס"ק י"ב כתב טעמא של הרי"ף דצריך דמסתבר טעמא היינו משום דאמרינן אמוראי ניהו אליבא דר"י והאמוראים המה רבב"ח וראב"א לכך ס"ל דאיצטריך טעמא דמסתבר והנה הכא בההיא דהמדיר ודהמפקיד פסק ראב"א כרשב"ג ע"כ דמסתבר טעמא ואפ"ה פוסק ר"נ דלא כחכמים ומ"ש ומכ"ש דא"ש לשיטת הר"ש דלדידה כיון דרשב"ג אתי כר"ש דמתני' דהלכתא כוותי' תליא תניא בדלא תניא דהא דאמרינן דהלכתא כר"ש נגד חכמים היינו משום דפסקינן דמודו רבנן בכולה במברחת דלא קנה אבל אי נימא דבכולהנמי פליגי הלכתא כוותייהו ולית הלכתא כר"ש: ומ"ש על דברי לפענ"ד אף דלא הוי כהתנה הוי אומדנא טובא דלא שביק לדידה ובשעת מתנה אמרה דדעתה לאנסובי והוי אומדנא כמו בש"מ אבל במקצת אין זה אומדנא כמו בש"מ ששייר מקצת: דברי אחיך הק' אליקום געצ'ל: עג אהובי אחי החרוף נ"י מ"ש דר"נ פוסק כחכמים אע"ג דאיכא טעמא כיון דר' אבא פסק כרשב"ג נפלאתי שהרי הרי"ף ס"ל הך כללא דהלכה כרשב"ג היכא דאיכא טעמא ואפ"ה פסק בהך דהמדיר ובב"מ כר"נ דהלכה כחכמים וע"כ דס"ל דר"נ דפוסק כחכמים התם משום דלא מסתבר טעמא דרשב"ג ופליג בהא אר' אבא ולעולם גם ר"נ מודה היכא דמסתבר טעמא דרשב"ג הלכת' כוותי'.

ומ"ש על מה שכתבתי דכ"ש דא"ש לשיטת הר"ש דתלינא תניא בדלא תניא נפלאתי שנהפוך הוא שאתה תולה תניא בדלא תניא שכתבת דלכך אמרינן הלכה כר"ש משום דמברחת בכולן לא קני דמודו בה רבנן והא ליתא דאטו תניא בכרייתא דבמקצתן פליגי ובכולן מודו שיהיה מוכרח מזה דהלכה כר"ש והמעיינן בש"ס שם ותוס' ורא"ש שם יראה שלפי שהיה מקובל בידם דהלכה כר"ש בהא ומסתבר להו הך סברא דלא שבקה נפשה כו' לכך פסקו דמברחת לא קני ולכן הוצרך ר"ז לאפוקי הברייתא מפשטא ודחיק ומוקי דבמקצתן פליגי ובכולן מודו כי היכא דליתו רבנן דהתם כהלכתא דקי"ל כר"ש ולולי שהיה מקובל אצלם דהלכה כר"ש הוה מוקמו ברייתא כפשטא דבכולן פליגי וס"ל לרבנן דמברחת קני מטעמא דאי לא קני ליקנינהו בעל וכפירוש הר"ש והוה פסקינן לדינא אפומייהו דרבנן דמתני' ורבנן דברייתא אף כיון שמקובל בידם דהלכה כר"ש דחיק ר"ז לאוקמי במקצתן ור"נ מוקי ברייתא כפשטא דבכולן פליגי ואפ"ה פסק דלא כחכמים אלא כרשב"ג דרשב"ג כר"ש דהלכת' כוותיה וזה ברור: ומ"ש דגם לפי אשר תרצתי צריך לחלק בגליא דעתה בין מקצתו לכולו אין הנדון דומה דלדידי י"ל דבכולו כיון דאיכא אומדנא דהא אינסבה מחמת זה אמרינן דהא דגליא דעתה הוי כתנאי אבל במקצת דליכא אומדנא לא חשבינן הגילוי דעת לתנאי משא"כ לפי מ"ש דמיירי בלא נשאת אין כאן אומדנא אף בכולן דדוקא בש"מ אבל בבריא הנותן נכסים לאחרים אפילו כולם ודאי קנה וא"כ אין לנו לבטל המתנה רק מחמת הגילוי דעת וע"כ דהגלוי דעת מצד עצמו חשוב כתנאי אם כן אין לחלק בין כולו למקצתן כנראה לענ"ד.

דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות שאלה עד אהובי אחי הגאון נ"י אל נא ירע בעיניך על אשר דברתי עד כה והנני חוזר לדברי דר"נ לא ס"ל האי כללא דכ"מ ששנה רשב"ג

במשנתנו כו' כיון דפסק בהמדיר ובהמפקיד דהלכה כחכמים. ונקדים לתרץ מה שהיה קשה לכאורה על זה ואח"כ אשיב על אשר הקשית.

והוא אי א"ל לר"נ האי כללא מדוע הוצרך ר"נ לפסוק הלכה כחכמים וכמו שהקשה הרשב"ם בב"ב דף קל"ב על האי דפסק ר"נ הלכתא תקרע כתובתה כחכמים דפשיטא דיחיד ורבים כו' רק דלק"מ דלהכי הוצרך לפסוק כחכמים בכדי דלא נימא כר' אבא משמיה דר"י דהלכה כרשב"ג ולאפוקי נמי מרבב"ח דכללא כייל כרשב"ג והשתא מוכח דלא ס"ל לר"נ הכי מדאמרין בב"מ דף ס"ח אמר ר"נ הלכה כרשב"ג ואי א"ל האי כללא היכא דמסתבר טעמא לא היה צריך לפסוק הלכה כיון דכללא היא ממילא הלכתא כוותיה וכ"כ התוס' בע"ז דף ל"ב ע"ב ד"ה הלכה כרשב"ג הני אמוראי ל"ש כללא דכ"מ ששנה כו' מדאיצטריך למיפסק כוותיה אי לא אמר בהדיא דאין הלכה דאי משום להשמיענו דהכא מסתבר טעמא א"כ נפל האי כללא בבירא ואין לומר דהוצרך לומר הלכת' משום דרב ושמואל ס"ל ריש עגלה לפטומיה ז"א דרב ושמואל לא פליגי עליה דרשב"ג דרשב"ג דוקא בעגל עם אמו דליכא טרחה אמר הכי עד דמוקי דשיטה איתמר ואז ס"ל כר' יהודה בשיטה אחת: ומ"ש שנפלאות לפי דברי שהרי הרי"ף ס"ל הך כללא כרשב"ג היכא דאיכא טעמא ואפ"ה פסק בהמדיר ובב"מ כר"נ דהלכה כחכמים.

יותר מזה גם בעיני יפלא דהלא התוס' בב"מ דף ס"ט ד"ה אלא שיטה כתבו אומר ר"ת דמ"מ הלכה כרשב"ג דכ"מ כו' הרי דס"ל האי כללא והם לא חילקו בין איכא טעמא או לא ואפ"ה כתבו דאין נראה משום דרב ושמואל כו' ולדבריהם אין לתרץ כאשר כתבת אלא ע"כ דאין למידין מן הכללות דהיכא דהוא נגד כללא דקי"ל כשמואל בדיני אין למידין ממנו והיינו טעמא דהרי"ף פסק בהמדיר ובהמפקיד כר"נ דבתראי הוא וקי"ל כוותיה בדיני וכן בכתובות פרק נערה לענין אין פודין יותר מכתובתה פעם פסק כרשב"ג ופעם פסק כרבי: ועוד דודאי האי כללא לאו ר"נ משמיה דנפשיה אית ליה אלא דשמיע ליה מר' יוחנן הכי דלא מצינו מי שאמר האי כללא כ"א ר"י ואם ר"נ פליג עליה דר' אבא דאמר משום ר"י הלכה כרשב"ג לא הו"ל למימר סתם הלכה כחכמים רק לא אמר ר' יוחנן הכי.

ועוד מדמפליג הרא"ש על הרי"ף שם בהמדיר וסיים ונראה דהלכה כר"י וכשמואל ואי דר"נ ס"ל דגם ר"י לא אמר כ"א היכא דאיכא טעמא והכא ליכא טעמא א"כ אין מר"י שום ראייה כיון דר"נ פליג א"ר אבא דלא אמר ר' יוחנן הכי ודוחק לומר דר"נ פליג כך דמודה לר' אבא דאר"י הלכה כרשב"ג דס"ל לר"י דאיכא טעמא ור"נ ס"ל ליכא טעמא בהא דמנ"ל להרא"ש לומר כן ויפלוג על הרי"ף ועוד דבב"מ דף ס"ח דקאמר ר"נ הלכה כרשב"ג ה"ל להגמרא להקשות והא רבב"ח אמר ר"י הלכה כו' ולתרץ תרי תנאי אליבא דר"י דאף דר"נ נמי ס"ל האי כללא ס"ל דלא קאמר רבי יוחנן אלא היכא דאיכא טעמא: ומ"ש שאני תולה תניא בדלא תניא אפרש שיחתי כי קצרתי מקודם דהנה התוס' ד"ה עשאום הוכיחו דהלכה כר"ש מדקאמר ואליבא דר"ש משמע דכל הני דס"ל לא קני ס"ל כר"ש וכ"כ הרא"ש כהאי לישנא והא דהוצריכו הגמרא לתרץ ואליב' דר"ש היינו מכח קושי' דליקנינהו בעל ורש"י פירוש דהקושי' היא לשמואל בכותבת כיון דעל הברייתא אליבא דרבנן ובכתבה לכשארצה ל"ק וליקנינהו דכשירצה בעל לקנות תאמר רוצה אני

ואליבא דרשב"ג לא שקיל וטרי כיון דלית הלכתא כוותיה ועוד מדסתם הגמרא הך קושיא אחר תירווצא דר"ז ולא מקודם אברייתא לפרש הברייתא ואח"כ להקשות אשמואל סוף כל סוף חזינן דהאי דוקא דהלכה כר"ש הוא מטעם דפסקינן דמברחת לא קני ואם אפשר לתרץ כי אם דעשאום כו' מהא שמעינן דהלכה כר"ש: ומ"ש איפכא דממה דהוי קי"ל כר"ש לכך מוכרח לומר דמברחת לא קני לא ידעתי שום הכרח דמי הכריח להם לעשות מברחת כנכסים שאינם ידועין.

ומה שכתבת שלכך מפיק ר"ז הברייתא מפשטיה דבמקצתן פליגי כי היכא דליתו רבנן כר"ש גם אם היו סבורים דבכולן קני היו יכולים לסבור כר"ש בנכסים שא"י ובמברח' שאני דלא עשאום כנכסי' שא"י אלא נ"ל דהוציא הברייתא מפשטא כי היכא שיהיה דברי שמואל ור"נ כרבנן דמברחת דהלכת' כוותייהו וע"כ לומר כן כי לפי הנראה ר' ענן הוא דמקשה האי מיתבי וכמ"ש אא"ז מהרש"א בב"ב ורב ענן מקשה על ר"נ דסמך אדשמואל ואז היה הא דר"נ ס"ל כללא דהלכה כרשב"ג אין זה קשיא אלא סייעתא וגם ר"ז לא היה צריך לתרץ ולהוציא הברייתא מפשטיה דמי הגיד זאת דלא מסתבר טעמא לר"נ ולשמואל ולכך פסקו כרשב"ג: ומ"ש דהיכא דלא נשאת אין כאן אומדנא דמוכח אף בגלוי דעת ובכולה ודדוקא בש"מ במתנה בכולה הוי אומדן דעת והכי בבריא ע"כ אין הגלוי דעת מועיל כ"א דהוי כמו התנה הנה תפסת דברי הרשב"ם אבל הרא"ש בכתובות ס"ל דגלוי דעת הוי מטעם אומדנא כהוא דזבין נכסי' אדעתא כו' ובלא גלוי דעת רק היכא דעומדת לינשא מדמה לש"מ בכולו ומחלק אני דהיכא דלאניסת אין בכח הגלוי דעת להיות כאומדנא דזבין נכסים כ"א בצירוף עם המתנה שהוא בכולו דאיכא אומדן דעת דלא שבק נפשה ויהיב אחרים כמו בש"מ אבל במקצת ליכא אומדנא ולא נשאר כ"א הגילוי דעת לבד והיא לא נשאת ואז קני כמו שחיישינן שמא יש לה נכסים במדינה אחרת אם לא הוכיח סופו על תחילתו וכמ"ש מקודם ראי' מדברי התוס'.

בההיא דסנהדרין דף ל"א אמר רבה בר ר"ה אר"י הלכה כדברי חכמים יש להקשות למה להו להביא ואמר כו' מדוע לא מקשה סתם והא אמר רבב"ח כו' חוץ מערב כו' כמו שמקשה בהמדיר ובהמפקיד אר"א ב"ר יעקב. למה ליה למימר הלכה אך י"ל דה"מ לתרץ אמוראי נינהו לכך מקשה דידיה אדידיה.

דברי אחיך הק' אליקום געציל שאלה עה אהובי אחי החרף נ"י ראיתי דבריך במ"ש להשיב על דבר בענין הלכה כרשב"ג במשנתינו והוא מקצוע גדול בראשונים ואחרונים וכעת טריח' לי מלתא לשום עין בכל הספרים המדברים בענין זה. ואולם בכדי להשתעשע עמך אמרתי לבאר קצת בענין הלז מתחלה אבאר כי דעת התוספות שהם ר"ת ור"י לפסוק בכ"מ בכלל דכ"מ ששנה רשב"ג כו' אם לא היכא דפסקו בש"ס להדיא דלא כוותיה כמבואר בב"מ דף ס"ט אומר ר"ת דמ"מ הלכה כרשב"ג והתוס' שם לא נחלקו עליו אלא משום דרב ושמואל פסקו איפכא ודעת ר"ח משום דאין הלכה כשיטה ובב"מ דף קי"ד כתבו ר"ת פסק בספר הישר דאין מסדרין לבע"ח דהא רשב"ג דמתני' כו' וקי"ל הלכה כרשב"ג במשנתינו היכא דלא פסק בגמרא כמאן דפליג עליו ולא מצינו בכל האמוראים דשמעת' שום אמוראי דאמר בהדיא מסדרין כו' ובע"ז דף כ"א ד"ה תני ארישא כו' ולפ"ז ניחא מה שהקשה רבינו אלחנן דאמאי לא קי"ל ברשב"ג בההוא דפ"ק

דשבת דהא אמרינן כ"מ ששנה כו' ובכתובות דף יו"ד ד"ה אמר ר"נ כו' ואומר ר"ת דסמכינן ארשב"ג במתני' וקיי"ל כרשב"ג במשנתנו כו' וכ"כ הרא"ש שם בשמו וגם בכתובות דף ס"א ד"ה הלכה כר"א כתבו והא דקיי"ל בכ"מ ששנה רשב"ג כו' אין זה אותו שהיה בימי ר"א עכ"ל הנה נדחקו להעמיד הך כללא אף דאפשר דהכא מסתבר לר' אדא בר"א שלא לפסוק כוותיה וכדאשכחן בכמה דוכתי והרא"ש שם כתב דגם בהא הלכה כרשב"ג משום דבכ"מ ששנה כו' ולא אפסוק כר"א אלא במאי דפליג את"ק ע"ש וכן בכתובות דף ק"י גבי רשב"ג אומר אף לא מנוה היפה כו' כתב הרא"ש רב אלפס לא הביא מלתא דרשב"ג כו' אבל ר"ת ור"י ז"ל סברי כר"י דאמר כ"מ ששנה כו' וכן בברכות דף י"ז גבי הא דאמר רשב"ג לא כל הרוצה כו' כתבו בשם ר"י ור"ת דהלכה כרשב"ג במשנתנו ע"ש וכן בגיטין דף ע"ה ע"ב ד"ה כלל אמר רשב"ג כל עכבה כו' הקשה הר"ר אלחנן כו' והלכה כרשב"ג והרא"ש שם כתב שר"ת ור"י פוסקים בכ"מ כההיא פסק' דפסק ר"י הלכה כרשב"ג במשנתנו וצריך להבין דמנ"ל למפסק כההיא כללא כיון דאמרינן אמוראי נינהו אליבא דר"י מאין הרגלים להכריע כמ"ד דכללא הוא ומכ"ש כיון דאשכחן ר"נ דהוא בתרא לית ליה האי כללא ופסק בב"מ דף ל"ח ובהמדיר כחכמים וגם בכתובות דף כ"ט דפליגי רשב"ג וחכמים לענין שום הדיינים פסק ר"נ כחכמים וכ"כ הרשב"ם בב"ב דף קל"ג אהא דקאמר התם ת"ש דאמר שמואל לר"י לא תהוי כעבורי אחסנת' דשמואל לית ליה האי כללא וכן רבא בע"ז ע"ש וכ"כ התוס' בע"ז דף ל"ב דאמרי' שם אמר רב יוסף אמר רב יהוד' אמר שמואל הלכה כרשב"ג אמר ליה אביי הלכה מכלל דפליגי כו' וכתבו התוספות שם הנך אמוראי לית להו כללא דכ"מ ששנה רשב"ג מדאיטצרך למפסק כוותיה ע"ש וכהאי לישנא איתא נמי בביצה ר"פ אין צדין אמר ר"י אמר ר' שמואל הלכה כרשב"ג א"ל אביי כו' ע"ש וכיון דאיכא אמוראי טובי דפליגי אהאי כללא וגם אליבא דר"י גופיה איכא אמוראי דס"ל דלא אר"י הכי מה"ת להכריע דהך כללא עיקר להלכה לכן נראה דהתוס' סוברים דהא דאמרינן אמוראי נינהו ואליבא דר"י לאו למימרא דחד מ"ד סבר דלא אמר ר"י כלל להך מלתא דודאי אמרה דהא אשכחן בסנהדרין דף ל"א דרבה בר ר"ה בשם ר"י ס"ל דאפילו בערב וצידן הלכתא כוותיה רק בראיה אחרונה אין הלכה כרשב"ג ואין לנו לעשות פלוגתא רחוקה כולי האי רק דחד מ"ד פליג אהא דארבב"ח משמיה חוץ מערב כו' ולא מפיק רק הנך תלת מכללא ואיהו ס"ל דאיכא כמה הלכות שיוצאים מן הכלל הזה והיכא דהוה מסתבר להו טעמא דחכמים טפי פסקו כוותייהו והיכא דלא מכרעה מלתא כ"כ טעמא דמאן מסתבר טפי אי חזי הך אמוראי להכריע כטעמא דרשב"ג הוצרך לומר בהדיא הלכה כרשב"ג דלא ליתי למיטעי להכריע טעמייהו דחכמים לגבי רשב"ג והיינו דאמרינן אמוראי נינהו ואליבא דר"י דהך מ"ד ס"ל שאין זה הכלל כולל בכ"מ ששנה חוץ מהני תלת דאיכא טובי שנראין דברי חכמים לגבי רשב"ג ולכך הוצרך לומר בפירוש הלכה כרשב"ג לאפוקי ממאן דס"ל להכריע בזה כטעמא דחכמים והתם נמי הא קמן דר"נ מסתבר ליה טעמייהו דחכמים ופסק כוותייהו לכך הוצרך ר' אבא בשם ר"י לומר דהלכה כרשב"ג אף בהא ולפ"ז שפיר כתב ר"ת דהיכא דלא אשכחן בהדיא אמוראי שפוסק דלא כרשב"ג א"ל למפסק כוותיה ואין ראייה מר"נ שפוסק כחכמים משום דמסתבר ליה טעמייהו דחכמים וכן בכ"מ שפוסק בש"ס דלא כוותיה לא נסתר בזה הך כללא דכל

מקום ששנה כו' כ"א מה שאמר רבב"ח בשם ר"י חוץ מערב כו' דמשמע הני תלתא ותו לא וכן מבואר מדברי הרשב"ם אחר שכתב דשמואל לא ס"ל האי כללא והלכתא כרבנן דקם שמואל כוותייהו וכן רבא לית ליה האי כללא כתב הלכך כל כללות שבגמר' כו' כרשב"ג במשנתנו כו' כולהו קי"ל הכי בר מהיכי דמפרש בגמרא דלית הלכתא הכי עכ"ל הרי מבואר דאף מאן דלית ליה האי כללא לא נייד מיניה לגמרי וקי"ל הכי רק היכא דמפרש שאין הלכה כמותו והיינו משום דמסתבר ליה עפ"י טעמא דמאן דפליג עליו וכן נלענ"ד ממ"ש בהג"א בסנהדרין דף ל"א אמר רבב"ח אמר ר"י ב"מ ששנה כו' מפסקי מהרי"ח אבל בא"ז כתב דלא קי"ל הכי דר"נ לית ליה האי כללא כו' ונראה שכוונתו להך דב"מ וכתובות פרק המזיר ופרק אלמנה שהבאתי ובב"ב דף קל"ג כתב בהג"א בשם א"ז כדברי הרשב"ם שהבאתי לעיל ואם כן דברי הא"ז סתרי אהדדי ולפי מ"ש אין כאן סתירה דבסנהדרין לא בא אלא לומר שאין לתפוס הכלל הזה לגמרי אף היכא דאיכא אמורא דפסק להיפך ולומר דהלכתא כר"י לגבי דהך אמורא זה לא אמרינן דזמנין דמסתבר טעמא דחכמים טפי ומהאי טעמא פוסק ההיא אמורא כוותייהו וכגון בההיא דב"מ דף ס"ח שהקשו התוס' דהא רב ושמואל פליגי וכן בההיא דמסדרין לבע"ח אי הוה משכיחנן אמורא דפוסק דלא כוותיה או כההיא דכתובות דף ס"א וכיוצא בו אבל היכא שלא מצאנו בש"ס מי שמכרי' טעמייהו דחכמים לעיקר שפיר סמכינן אהך כללא למפסק כרשב"ג וכן מוכח לענ"ד מדברי הרא"ש בכתובות דף יו"ד אחר שכתב דברי ר"ת דכתובה דאורייתא דקי"ל כרשב"ג כו' כתב ותימא מ"מ קשה הלכתא אהלכתא דקי"ל הלכתא כר"נ בדיני וי"ל דלית הלכתא כר"נ כו' ולכאורה קשה דכיון דעיקר טעמו דר"ת משום דהלכה כרשב"ג במשנתנו ואע"ג דר"נ פליג בכמה דוכתי ופוסק כחכמים מ"מ איהו ס"ל דנקט האי כללא לגבי דר"נ א"כ מאי קא קשיא ליה מהא דקאמר ר"נ והם האמינוהו כו' והלכה כר"נ בדיני דהא איכא למימר דר"נ לטעמיה אזיל דלא ס"ל הך כללא דכ"מ ששנה כו' ולכך פוסק כרבנן אבל אנן דקיימינן בהך כללא ממילא דאית לן למפסק דלא כר"נ אלא ע"כ דמה שפוסק שם ר"נ כחכמים אינו סותר להך כללא כלל ולכך שפיר קשי' ליה להרא"ש דאיך נסמוך כאן על כלל זה כיון דר"נ דהלכתא כוותיה בדיני סובר להיפוך וכבר כתבתי דהכי מוכח מדפוסק ר"ת בפשיטות הך כללא ואם איתא דר"נ פליג עליו לא ה"ל למפסק הכי דר"נ בתראה הוא לגבי דר"י והלכתא כוותיה בדיני ומה"ט פסק הרי"ף בפרק המזיר ובב"מ כר"נ וכן הכא דר"נ סובר כתובה דרבנן ור"ת סובר דכתובה דאורייתא שום דהלכה כרשב"ג.

וא"ל משום דרב אשי דהוא בתראה פליג ז"א דמדברי התוס' משמע דהא טעמא אחריןא הוא שכתבו ועוד אומר ר"י דלא קי"ל כר"נ ועוד שהרי ר"ת חולק על פי' ריב"ח כההוא דכל שלא מושמש וס"ל דרב אשי אינו חולק על ר"נ ע"ש בתוס' ישינים דף י"ב וע"כ לומר דהא דסובר ר"נ כתובה דרבנן אין בזה סתירת הכלל דהלכה כרשב"ג רק דר"נ סברא דנפשי' הוא דמסתבר ליה כחכמים דפליגי וס"ל כתובה דרבנן ואנן דנהגינן למכתב מדאורייתא יש לנו על מה שנסמוך דהלכה כרשב"ג ואף דר"נ לא סבר הכי מ"מ נהגו בזה כרשב"ג ואין זה אלא סמך למנהג לבד ועיין בשיטה מקובצת שם ושם הביא דברי הריטב"א שכתב על דברי ר"ת שאין נכון דסוגיא דתלמודא דכתובה דרבנן ור"נ דהלכתא כוותיה בדיני סבר הכי והך כללא דרשב"ג לאו דוקא ואמוראי פליגי בה בפרק

המדיר ועוד שלא נאמרו הכללות במקום שחולקין סוגיית האמוראים כו' וכ"כ הריטב"א שם סוף כתובות כתב ואע"ג דאר"י כ"מ ששנה כו' לא סמכינן אהאי כללא דאמוראי נינהו ואליבא דר"י וכ"כ הרי"ף בפרק ג"פ דהדין כללא לאו דוקא דלא אמרינן הלכה כרשב"ג עד דאיכא טעמא כו' ע"ש: ומצאתי בחידושי הר"ן לסנהדרין דף ל"א שכ' רבותינו הצרפתים סומכים ע"ז ופוסקים בכ"מ הלכה כרשב"ג במשנתנו ורוב הגאונים ז"ל אין סומכין על כלל זה וראייתם דר"נ פליג עלי' בפרק המפקיד ובפרק המדיר וכאן יצא המחלוקת בכתובת בתולה אם דאורייתא או דרבנן עכ"ל ובשיטה מקובצת ב"מ דף קי"ד הביא בשם הרמב"ן והרשב"א והר"ן שכתבו ר"ת פסק דאין מסדרין כרשב"ג כו' ואין ראייה דהאי כללא לאו דוקא הוא ואין הלכה כרשב"ג ואפילו במשנתנו כ"א היכא דמוכחא מלתא לפום גמרא וכ"כ רבינו הגדול תדע דהא בפרק המדיר כו' אמוראי נינהו ואליבא דר"י והתסו נמי קי"ל שאין הלכה כרשב"ג ובפרק ז"ב רבה בר ר"ה פליג עליה דכלל' והלכתא כבתראי ובפרק קמא דמגילה אמר ר' אבוהו אר"י הלכה כרשב"ג שאף בספרים כו' פליגי ר' אבוהו נמי אכלל' כר' אבא בר"י ואין דבריו של אחד במקום שנים ואשכחן טובי אמוראי דפסקו כרשב"ג בחזא וכההיא דביצה פרק א"צ כו' ובפרק בתרא דע"ז אמר רבא הלכה כרשב"ג הואיל ותנן סתמ' כו', ובפרק י"נ בענין הכותב נכסיו לאחרים מוכחא סוגיא דלא כרשב"ג במשנתנו וש"מ מכולהו דכל מקום ששנה כו' אין הלכה פסוקה כמותו אלא עד דאיכא טעמא וכדברי רבינו הגדול ז"ל עכ"ל ונפלאתי על מ"ש דבפ' ז"ב רב' בר ר"ה פליג עליו דכלל' דהא אדרבא מוסיף הוא דאיהו ס"ל דדוקא בראיה אחרונה אין הלכה כרשב"ג אף בערב כו' ע"ש וצ"ע: סוף דבר אין זה במחלוקת הוא שנוי ולדעת רבותינו הצרפתים נקטינן האי כלל' לעיקר היכא דלא אשכחן בש"ס אמוראי שפוסק דלא כוותי' וס"ל דאף החולק דס"ל דר"י לא אמר הכי ולא פליג אלא אהא דאמר רבב"ח משמו חוץ מערב כו' דליתא דאיכא עוד כמה דוכתא דלא קי"ל הכי אבל מ"מ כל שאין הכרע בש"ס יש לנו לפסוק כרשב"ג ועיין במרדכי פ"ק דכתובות שנראה מדבריו דדוקא הכי מדאמרינן דף ע"ה והא בהא קי"ל דלא כרשב"ג משמע שהש"ס תופס לעיקר דבעלמא היכא דלא איתמר יש לפסוק כוותי' ולדעת הרי"ף ושאר גדולי הראשונים נהפוך הוא שאין אנו תופסים הכלל זה לעיקר ומכל מקום לא נדחה הכלל הזה לגמרי דהרבה פעמים נקטינן כוותי' אף לגבי חכמים היכא דמסתבר טעמיה וזה נראה דעת הרא"ש גם כן אליבא דהרי"ף עיין בתוי"ט פרק ז' דעירובין ועיין בכתובות דף ס"ו רשב"ג אומר הכל כמנהג המדינה וכתב בש"מ בשם הרשב"א דפסקו רבותינו ז"ל כוותי' דמסתבר טעמיה כו' וכן נראה לפע"ד בדברי רש"י בכתובות דף ק"ב ד"ה לימא בהא פליגי כו' והאי נמי דבר משנה הוא אף ע"פ שנחלקו חכמים על רשב"ג הרי נתן טעם לדבריו כו' ובש"מ שם כתב בשם רש"י במהדור' קמא משום דהלכה כרשב"ג במשנתנו ולפי מ"ש יש לומר דחזא קאמר כיון דהלכה כרשב"ג במשנתנו היכא דמסתבר טעמיה והכא הרי נתן טעם לדבריו וא"כ חשיב כטעה בדבר משנה: ומכל זה מבואר דלדעת התוס' עכ"פ פשיטא שלא נסתר הכלל הזה משום דפסקו כר"נ דפוסק כחכמים דודאי לפעמים מצינו דפוסק כחכמים היכא דמסתבר ליה טעמא דחכמים טפי ומכל מקום היכא דלא מכרעה מילתא טעמא דמאן עדיף כ"ע מודו דהלכה כרשב"ג ומכ"ש היכא דמסתבר ליה טעמא דרשב"ג כההיא דמברח' דאית ליה למימר לא שבק'

כו' אפשר דגם לשיטת הרי"ף וסייעתו א"ל למפסק בהא כוותי' אי הוה מוקמינן לה דבכולן פליגי אלא דר"ז בעי לתרוצי מלתי' דשמואל אליבא דכ"ע ומוקי לה דבמקצתן פליגי ומכ"ש דא"ש טפי לפום מאי דכתיבנא לעיל שהרשב"ם כתב דשמואל לית ליה האי כללא וכ"כ התוס' בע"ז דף ל"ב וה"נ מוכח בביצה ומהתם משמע דשמואל לגמרי לית ליה האי כללא בהא א"ל אביי הלכה מכלל דפליגי כו' משמע שאין סברא שיחלקו על רשב"ג בהא כלל ומסתבר כוותיה עיין בפרש"י בביצה שם ואפ"ה הוצרך לפרש דהלכה כרשב"ג בהא ואלמא ס"ל דבכל גווני הלכה כרבנן לגבי רשב"ג ומטעם זה דחיק ר"ז לאוקמי אליבא דהך ברייתא במקצתן וכמ"ש מה שא"כ אליבא דר"נ שפיר י"ל דפוסק כרשב"ג בהא מחמת דהך כללא ומסתבר טעמי' ומצאתי סעד לדברי בש"מ כתובות בסוגיא זו דמברחת שכתב בשם מהרי"ט ז"ל וז"ל טעמא דכתבה לי כו' וקשיא לר"נ ואי קשיא אדמותבית מרבנן תסתייעי' מרשב"ג דכ"מ ששנה כו' הא אמרינן לעיל אמוראי נינהו ואפילו לרבה דוקא במשנתינו קאמר ולא בברייתא עכ"ל ולפי"ז לפי מ"ש הש"ך להוכיח מהתוס' דס"ל דכלל זה איתמר גם בברייתא שפיר מצינן למימר דלא תקשה לר"נ מהכא וכדכתיבנא והרי לפניך שהביא סוגיא דהמדיר ולא דחה משום דר"נ שם פוסק כחכמים משום דמה שמצאנו שפוסק כחכמים אינו סותר הכלל כלל אדרבא משמע איפכא מדאיצטריך למפסק כחכמים מכלל דבעלמא ס"ל כרשב"ג ומ"ש לדחות דאתי לאפוקי מדרבה בב"ח אמר ר"י ז"א דא"כ בכ"מ שמצאנו פלוגתת רשב"ג וחכמים היה ר"נ צ"ל הלכה כחכמים לאפוקי מדרבה בב"ח ומ"ש הני דנקט גם מ"ש דאתי לאפוקי מדר' אבא בר"י דפסק כרשב"ג יש לדחות לפ"ז מ"ש הריטב"א שם שיש גורסים איכא דאמרי אמר ר' אבא בר"י אר"י אין הלכה כרשב"ג ומי אר"י הכי כו' ולפ"ז להך א"ד למה הוצרך ר"נ לפסוק כחכמים כיון דכללא לית ליה ודוחק לומר דבאמת להך א"ד לא אמר רבא בשם ר"נ ולא מידי שאין זה במשמעות ולפום דהך א"ד עכצ"ל דגם ר"נ א"ל דבעלמא הלכ' כרשב"ג במשנתינו אלא דלא ס"ל דהך חוץ מהני תלת דאיכא נמי עוד דוכתי דלא מסתבר טעמא ולא קי"ל כוותי' אך אף לפי גרסת רש"י שם עכ"פ אין משם הכרע דר"נ לא ס"ל בעלמא הלכה כרשב"ג כ"א בהנך דפסק ב"ה בהדיא הלכה כחכמים וכדאשכחן בדוכתי טובא דפסק להיפך משום דמסתבר ליה כחכמים וכמ"ש ר"ת בב"מ דף קי"ד ושאר פוסקים שהבאתי לעיל: ומ"ש מהא דאר"נ בב"מ דף ס"ח הלכה כרשב"ג פשיטא דלק"מ דהא באמת הא דר"נ שיטה קאמר ולא אתי למפסק כוותי' אדרבא בא לומר שאין הלכה כמותו ואף למאי דס"ד דבא לומר דהלכתא כוותי' א"ש כיון דעכ"פ ס"ל דאיכא דוכתי דלא קי"ל כוותי' הוצרך לומר דבהא שפיר הלכתא כוותי' וגם דא"ש בפשיטות דהתם י"ל דלית הלכתא כוותי' כיון דטעמא משום גללים ואנן קי"ל דגללים אפקורי מפקר להו ועיין בכ"מ הל' שותפין שכתב דמה"ט פסק הרמב"ם דלא כרשב"ג בהא והוצרך ר"נ להשמיענו דמ"מ הלכתא כוותי' וכמו שכתבו התוס' לחלק דהכא שרוצה לפטור עצמו ע"י הגללים שפיר אמרינן הכי ע"ש ומ"ש שבעינך יפלא שמ"ש התוס' שם ואין נראה דהא רב ושמואל כו' והם אין מחלקים בין מסתבר או לא לק"מ דר"ת גופי' מודה היכא דאיכא אמוראי דפסקו בהדיא דלא כוותיה וכמ"ש ל' מתוס' ב"מ דף קי"ד ושאר דוכתי איברא דקשיא לי לפי מ"ש דשמואל לית ליה האי כלל' כלל א"כ

מאי ראייה מיייתי מדשמואל וגם מדרב אין כאן ראייה לפי מה דמשמע בבכורות דף כ"ד דאמר ר"נ בשם ר"נ בכולהו פרקין כו' ע"ש.

מיהו בהא י"ל דמ"מ מסתמא גם רב לא פליג אהך כללא לגמרי רק דלא ס"ל חוץ דר"י וכמש"ל לר"נ ואמוראי דפליגי ארבב"ח ומש"ה איצטריך למפסק שם כרשב"ג אבל מה שהביאו מדשמואל צ"ע לפי מ"ש לעיל דמוכח מהך דביצה וע"ז דשמואל פליג אהך כללא לגמרי וכיון דהתוס' סוברים לפסוק כהך כלל' אין ראייה ממה ששמואל אין סוב' כן דשמואל לטעמי' אזיל דפוסק בכ"מ הלכה כחכמים נגד רשב"ג משא"כ לדידן וצ"ע: אמנם במ"ש הש"ך סימן קע"א דהך כללא איתמר אף בברייתא כבר כתבתי שמהרי"ט לא ס"ל הכי וכן מבואר ברשב"ם דף קל"ח ודף קע"ד וכן נראה לענ"ד מדברי התוס' בשם ר"ת בע"ז דף י"ג גבי הא דארשב"ג לא ישכור אדם כו' שכתבו לפסוק כוותי' משום דסתם מתני' כוותי' משמע דאי לאו האי טעמא לא הוה פוסק כוותי' והיינו משום דבמשנתנו משמע במשנה דוקא ולא בברייתא וכן אמרינן בכתובות דף ק"ט לענין כ"מ שאמר ר"ג רואה אני כו' א"ל רבא לר"נ אפילו בברייתא א"ל מי קאמרינן במשנה בכל מקום קאמר אלמא היכא דקאמרינן במשנה אין ברייתא בכלל וראיתי בספר שאילת שלום שהעיר בזה מכמה מקומות בש"ס וגם הביא דברי מהרש"א בכתובות דף ע"ז ומ"ש הש"ך ראי' מדברי התוס' בב"מ דף ס"ט תמה עליו שהתוס' כוונתם להך דרשב"ג דאיתמר שם במשנה דף ס"ט ע"ש ובאמת הוא תמוה מאוד וזה מאוד וזה שנים רבות שראיתי תמי' זו ואמרתי הקשה אדם קשה כברזל וכעת ראיתי ליישב קצת דס"ל להש"ך דרשב"ג דמשנתנו י"ל דמיירי היכא שאין מנהג המדינה להעלות שכר כתף למעט בכה"ג דלא נפיש טירחא ובכה"ג גם ר"מ ור"ש מודו כיון שאינו משנה ממנהג המדינה ועיקר מילתי' דר"י דאמר אפי' טבל עמו כו' היינו לומר אע"פ שמנהג מקבלי עסק לקבל שכר עמלו כראוי וזה לא מוכח מדרשב"ג דמתני' רק מברייתא דקאמר רשב"ג בהדיא אפילו במקום שנהגו להעלות שכר כתף למעט ורש"י מפרש שם שנהגו כן כשהם לבדם נישומין אבל מתוס' לא משמע כן ומפרשים דמיירי אף כשבא לשנות ממנהג המדינה ולכך מוקי ליה בשיטה עם ר"י ור"י ב"י ע"ש.

וא"כ עיקר מ"ש ר"ת דמ"מ הלכה כרשב"ג כו' היינו בברייתא ויש בזה אריכות דברים בפירוש דברי התוס' ועיין בפ"י ולקצר אני צריך ועיין בנימוקי יוסף שכתב דלית הלכתא כרשב"ג כו' ועוד דעיקרא דרשב"ג ברייתא היא ע"ש ואפשר שכוונתו למ"ש: דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד עו אהובי אחי החריף נ"י מה שהוקשה לך בב"ב דף ק"נ למה לא חשיב דר"ש בן מנסיא עיין בה"ה הובא בבאר הגולה סימן רמ"ו ובחידושי הרמב"ן לב"ב ותמצא שם הכל באר היטב.

גם מה שהקשית על התוס' דהא ש"מ נמי פלוגתא הוא נ"ל דש"מ כיון דסתם לך תנא כר' שמעון בן מנסיא לא חייש לפלוגת' דברייתא משא"כ הך דתקרע כתובתה דליתא במתני' כלל ובברייתא פליגי בה. גם מה שהקשית על מה שכתב התוס' דלאו דוקא כל נכסים דא"כ מה פריך מהא דעשא' אפוטרוף' עיין בש"ע אה"ע סימן ק"ז ובתשובות הרא"ש כלל מ"א דהא דלא מוקי בדשייר משום דברייתא קתני כתב כל נכסי' לאשתו.

ומ"ש דהא מברח' אף בגליא דעתה הוי פלוגתא לדעת רבינו שמשון ליתא לפענ"ד דכיון דגליא דעתה אף דנימא קנה בעל וכרבנן דפליגי אר' שמעון בנכסים שאינם ידועים מכל מקום עכ"פ מקבל מתנה לא קנה דהרי זה ככותבת מהיום ולכשארצה כמ"ש הרשב"ם דף קנ"א אך הא קשיא לי לפי מ"ש התוס' דף קנ"א ד"ה אפילו למ"ד דבגליא דעתה אף במקצת נכסים הדין כן וכן הוא באמת לפי מה שכתב הרשב"ם דהוי ככותבת מהיום ולכשארצה ואז אף במקצת הדין כן ואם כן האיך אפשר לומר דבהנך דחשיב ר"נ מברחת מיירי בכה"ג דגלי' דעתה וצ"ע ולא עיינתי במפרשים כלל מחמת שאני כותב כי קאימנא חד כרעא דברי אחיך הק' אפרים זלמן מרגליות שאלה עז אשה אחת שיש לה שטר חצי זכר מאביה כמשפט הבנות ומת האב והניח אחריו נכסים מועטים והבת לא תבעה אז ובמשך הזמן נתרבו מחמת שנתייקרו הבתים וגם מחמת שהשביחו היתומים ע"י הוצאה והשבח יתר על היציאה וכעת באת הבת לתבוע או ליתן לה החוב כפי המבואר בשטח"ז או ליתן לה חלקה בנכסים והיורשים טוענים כי אין לה בשבח כלל ועל ריב יעמדו למשפט ונשאלתי לחוות דעתי בזה: תשובה יראה שהדין הזה נחלק לכמה דרכים ומתחלה אבאר אם היורשים רוצים לברר להם שלא ליתן לה חלק בנכסים מחמת כי כפי שיוי הנכסים עכשיו יעלה חצי חלק זכר סך הרבה שהוא עולה יותר מכפי שיוי כל הנכסים בשעת מיתת האב ולהם משפט הבחירה שלא לדין אותה כיוורשת חלק בנכסים רק כבעלת חוב ובזה באנו למחלוקת אם בע"ח גובה מיתומים מן השבח והנה הרבה שיטות נאמרו בזה ודעת התוס' בכמה דוכתי דבע"ח גובה אפילו משבח שהשביחו היתומים בהוצאתם ואפילו ההוצאה א"צ להחזיר ולזה מטין דברי הרי"ף בפ' המקבל שנראה מדבריו דמשוה יתומים ללקוחות וכן משמע מדברי הרא"ש שם שמתחלה כתב כדברי התוס' והביא ע"ז לשון הרי"ף ע"ש וכן הראב"ד מפרש לשון הרי"ף ג"כ דיתומים דמו ללקוחות כמבואר בשיטה מקובצת שם אך הרמב"ן כתב ולא דאית לן דיתומים דמו למקבל מתנה כו' ומשמע שם שמפרש כן גם דעת הרי"ף ע"ש ואחריו נמשך ה"ה פ' ד"א מהל' מלוה בדעת הרי"ף וכבר עמדו בזה הב"י ועיין בלח"מ שם ובסמ"ע וש"ך סס"י קט"ו ואמנם גוף סברת התוס' הוא תמוה דאף ביורשים כרעא דאבוהן נינהו מ"מ מה שהוציאו למה יפסידו שהרי אין עליהם לפרוע חובת אביהם משלהם וכבר עמדו בזה הפוסקים והפ"י בב"ק דף צ"ה וכדי לתת קצת תבלין בדבריהם היה נלענ"ד לפי מה דאמרינן בב"מ דשמואל ס"ל לחלק בין הלואה למכר דבמכר לא אמרינן אחריות ט"ס משום דזבין אינש ליומא ופירש"י לספק יום א' שמא לא יטרפוה ממנו ואם יטרפוה ממנו שמא לזמן מרובה ואוכל בתוך כך פירות הרבה ונראה דטעמא בתרא עיקר שקונה על הספק שאף אם יטרפוה יאכל הפירות בינתים ובשביל זה מוחל על הקרן כדמשמע בלישנא דזבין ארעא ליומא ומבואר שם דמה"ט אפילו מבני חרי לא גבי כמ"ש רש"י שם זיל לשלמא שמחלת על הכל וכן מבואר בתוס' שם ובאמת לכאורה קשה לפי שיטת ר"ת בכתובות דס"ל דפורע חובו של חבירו מחויב לשלם לו ודוקא גבי מזונות אשתו קי"ל הניח מעותיו כו' אם כן קשה לשמואל נהי דאחריות לאו ט"ס מ"מ דל אחריות מהכא הא פרע עבורו את חובו וראיתי בס' כתובה שעמד בזה אך לענ"ד י"ל דדוקא הכא פטרינן ליה לגמרי משום שמחל לו על הקרן בשביל אכילת פירות אבל בפורע בסתם חוב של חבירו ל"ש זה אך קשה לפי סברת שמואל דמחמת שסבור לאכול פירות

בינתיים מוחל על הקרן א"כ ביורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות שנוטל היציאה למה לא נימא שמוחל מה שהוציא בשביל אכילת פירות שיאכל בינתיים דלא עדיף הוצאותיו של זה שמוציא על שדה חבירו מלוקח שמוציא מעותיו על השדה בשביל שבדעתו לאכול הפירות אך באמת ז"א דהתם כשיבא בעל השדה הוא מחויב להחזיר לו כל הפירות שאכל וכיון שיודע שלא לו יהיה הזרע אשר יזרע לא מחל היציאה כלל משא"כ היכא דאכיל פירות וליתנייהו בחזרה אך עדיין צריך ליישב הא דאמרינן תדע שכך כותב לו כו' ובמתנה דלא כתיב ליה הכי ה"נ דלא טריף שבחא ולא אמרינן דמוחל על הפירות בשביל הקרן אך באמת ז"א כיון שמחמת המכירה או הנתינה יצאה קרקע זו מרשות נותן ועמדה ברשות לוקח א"כ מה דאשכח ברשות לוקח אשכח והבע"ח אין משועבד לו רק גוף הקרקע ואף שכתב לו דאקני מ"מ כל שאין הלוקח או הנותן מקנה לו הרי לא קנה המוכר כלל ולכך הוצרך לומר תדע כמ"ש לקמן וא"כ בכה"ג מה"ת יאמר דמחיל דאדרבא זה הב"ח אין לו שום קנין בשבח כלל אפי' בשבח היתר על היציאה אי לאו משום שכך כותב לו ולפי"ז א"ש גבי יתומים כיון דכרעא דאבוהון נינהו וה"ז כאילו מעולם לא יצאה הקרקע מרשות הלוה דהא עלייהו רמי לפרוע חובת אביהם מקרקע זו וא"כ השבח היתר על היציאה ודאי שייך לבע"ח וממילא שי"ל דגם היציאה גופא מחלו דמעיקרא אדעתא דהכי נחית לאכול פירות השדה עד שיבא הבע"ח ואם יבא הבע"ח ויטרוף מחלו הקרן שהוציאו בשביל הפירות וכמו במכירה בלא אחריות ואע"ג דלא קי"ל כשמואל בהא דסבר אחריות לאו ט"ס במקח וממכר וגם לשמואל י"ל דוקא כשנזקק לשטר כו' כמ"ש הרא"ש בב"ב ועיין סימן רך"ה היינו דוקא לענין שיקנה גוף הקרקע ויעמוד לרוח זה לא אמרינן אבל מ"מ למדנו דסברא גדולה היא לומר דבשביל שיאכל פירות זמן מה הוא מוחל מעותיו על הספק והכי אשכח בכתובות גבי המוציא הוצאות על נכסי אשתו דאמרינן מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל ואע"ג דאינו דומה ממש דהא בעינן עכ"פ שיאכל כל שהוא משא"כ הכא דלאו באכילה תליאמלתא שפיר מצינו דמחל הוצאותיו בשביל אכילת הפירות וכמו כן י"ל דמחלו היתומים על הוצאות בשביל ספיקא דאכילת פירות זמן רב ובזה נתגלה לנו טעם החילוק דבאפותיקי צריך לשלם הוצאות וזה תמוה לכאורה דכלפי לאיי וכבר תמה בזה הפ"י ע"ש אך לפמ"ש א"ש דאפותיקי כיון דהוה כמכורה למפרע וצריך להחזיר הפירות שאכל וכמבואר בש"ך שכ"ד הרבה פוסקים א"כ מעיקר' ודאי לא נחתי ע"ד שיטרוף בע"ח שיש לו אפותיקי מהם בלא הוצאות דהא בזה ליכא ספיקא דאכילת פירות וכלום למדנו סברא זו דמחיל בשביל אכילת פירות אלא ממוכר שלא באחריות וקי"ל התם דדוקא בע"ח אבל אי אתי נגזל ושקיל צריך להחזיר אף בלא אחריות כיון שצריך להחזיר הפירות וה"נ דכוותי' ומכ"ש לפי מה דאמרינן דאפותיקי קלא אית ליה וידעי לה למלתא שיש על אביהן בע"ח אפותיקי ואף אם יבא אחר זמן מרובה יצטרכו להחזיר הפירות שאכלו ובודאי מעיקר' אדעת' דהכי נחתי להיות נידונין ככל יורד שלא ברשות ולכך צריך להחזיר ההוצאה ובאמת הב"י כתב לדעת הרי"ף דבאפותיקי א"צ להחזיר ההוצאה והסמ"ע והש"ך דחו דבריו ולענ"ד אין זה מוכרח כ"כ שהרי לפי דברי התוס' צ"ל דכי מסיק הש"ס באפותיקי שוב מיירי אף במסיק שיעור ארעא ושבחא וכבר כתב הרא"ש שזה דוחק וגם מה שיפה כח היתומים בשוי' אפותיקי כו' ע"ש שכתבו דכמו שיפ' כח היתומים מכח לקוחות

במקצת כמו כן כולו כו' ולפי שיטת הרי"ף י"ל דבאמת לא נתיפה כח היתומים מכח הלקוחו' כלל כדמשמע מדבריו והך דפ' המקבל יתומים אומרים אנו השבחנו כבר כתב הראב"ד שם ליישב שיטת הרי"ף אמנם הב"י שם קאי לשיטת ה"ה דמפר' דעת הרי"ף דיתומי' כמקבלי מתנה היכא דלא שוי' אפותקי ולפי"ז צ"ל דאפותקי עדיף לענין זה ואפשר דא"ש לפי מ"ש בשי"מ שם בשם הראב"ד דמסתבר' דגבי יתומים אפילו מסיק שיעור ארעא ושבחא לא שקיל בע"ח האי שבחא בלא דמי ול"ד ללוקח דלוקח יורד שלא ברשות דלא איבעי למזבין לה (ר"ל דמה"ט אפילו הוצאה אינו נוטל והא דנקט יורד שלא ברשות לאו דוקא אלא דמה"ט אלמוה לשעבוד' דבע"ח משום שלא תנעול כו' כמ"ש הרא"ש) ואילו יתומים ירושה ממילא הוא וברשות נחתי לה הלכך שקלי לכולי שבחא כו' ע"ש ולפי"ז י"ל דבאפותקי כיון דדינה כמכורה אף היתומים דאתו מכח ירושה לאו ברשות נחתי לה וגרע ממכורה לאחר וירדו שלא ברשות דהרי מחמת מלוה היא והוי דינם כלוקח לגבי בע"ח כיון דלאו ברשות נחתי אמרינן דאלמוה לשעבודי' ולא איכפת לן בזה שאין להם על מי לחזור כלל ואין להאריך כי לא באנו רק ליישב שיטת התוס' ועוד כמה מגדולי הראשונים הסוברים כן דבע"ח גבי שבח מיתומים בלא חזרת ההוצאה ואפותקי גרע שצריך להחזיר ההוצאה ולכאורה הוא כהלכתא בלא טעמא ולפמ"ש יש טעם לשבח ולפום ה"ט דכתיבנא נראה שגם התוס' ודעימייהו יודו דבכה"ג דנ"ד לא אמרינן דגובה השבח בלא הוצאה לפי שאם תבא לטרוף מחלי לה ההוצאה בשביל אכילת פירות דז"א שהרי עדיין אין החוב מבורר כלל ואינהו גופייהו לא הוו ידעו איך יהיה הדבר בשעה שירדו לנחלה שאולי יתנו לה חלק בנכסים וכיון דמספקי לן אי שותפי נינהו או בע"ח היא וזווי היא דמסקא בהו לא גמרי ומקני ההוצאה כלל דמעיקרא אדעת' דנפשייהו קעבדי כנלענ"ד.

אמנם בלא"ה רוב גדולי הראשונים חולקים בזה וסוברים דיתומים כמקבלי מתנה אלא דבמקבל מתנה גופיה נחלקו לענין השבח היותר על היציאה שלדעת הרמב"ן דינו כשבחא דממילא וגבי ליה ממקבל מתנה ומיתמי ומפרש כאן דעת הרי"ף ואא"ז הש"ך בס"ק ל' ג"כ כתב דדברי הרמב"ן עיקר בזה והביא ראיה ממה דקי"ל דאקני משתעבד ולפיכך גובה שבח וא"כ מה לי לוקח או מקבל מתנה הא ס"ס אשתעבד מעיקרא לבע"ח ומה לבע"ח בזה שנתן לו במתנה כו' ולכאורה יש לתמוה לפי דעת הפוסקים דטעמא דמתנה לפי שאין לו על מי לחזור לאו אדעתא דמוכר נחית אם כן מה בכך שזה שעבד לו דאקני מ"מ המקבל מתנה לא הקנה לנותן כלל ומה"ט גופא השיג בסק"ג על אא"ז מהרש"א ז"ל ע"ש וכן בפ"י והאו"ת השיגו על מהרש"א דאף שאין ללקוחות על מי לחזור כיון שמת המוכר מ"מ בשעתא דאשבח לאו אדעתא דשקיל מבע"ח כ"א ממוכר כיון דכתב ליה כו' ולפי"ז במתנה דלא כתב ליה הכי מעיקרא כי אשבח אדעתא דשקיל מבע"ח אשבח ולא אדעתא דנותן כלל וא"כ מה בכך שהנותן כתב לבע"ח דאקני שאין זה קנינו כלל ואמנם מה דחשי' להו על אא"ז מהרש"א ז"ל אומר אני שהדין עמו מתרי טעמא חדא י"ל שהוא מפרש החילוק דיש לו על מי לחזור כמ"ש הרא"ש דלכך תיקנו חז"ל שבע"ח יגבה השבח ולא חשו לפסיד' דלוקח כמבואר מסוף דברי מהרש"א שם ולפי"ז נראה היכא דעתה אין על מי לחזור ואיכא פסידא דלוקח היה לנו לומר דבכה"ג לא תיקנו רבנן דמאי חזית דחיישת לפסידא דכתובת אשה אדרבא ניהוש לפסידא דלוקח

כיון שאין לו על מי לחזור אך לפי הטעם דאדעתא דמוכר נחית שפיר קא מוטיב מהרש"א ז"ל דודאי אין סבר' שבדעתו על כל שבח שיהיה שייך למוכר דמה"ת נאמר כן ועוד דא"כ אף בע"ח אחר שהלוה למוכר קודם שהשביח זה יגבה ג"כ משבח זה וזה ודאי אינו ופשוט שהכוונה דבשעה שהוא משביח דאף אם יטרוף איזה בע"ח הקרקע גם את הכל יקח דהיינו השבח ג"כ ואני אחזור על המוכר שכך כתב לו כו' אבל במקום שאין לו על מי לחזור כגון במתנה אין רצונו להשביח על דעת הנותן כלל דלמה יעשה זאת שהוא יתן שלו לבע"ח של מוכר ושלו אבד ולפי"ז בההיא דבכורות דע"כ שאין לומר דבשביל בע"ח כיון להקנות למוכ' וממילא יגבו האשה והבנות דז"א וכמ"ש שאין הכוונה רק בשביל אותו בע"ח הטורף הקרקע ועוד דהא בשעה שקנה נכסים חקר ודרש שאין לזה בע"ח עליו ומלוה בשטר קלא אית ליה וע"כ אם באנו לומר דאדעת' דמוכר נחית פירושו שבשעה שהשביח עלה בדעתו אם תבא האשה ותטרוף בכתובתה שלא תמצא נכסים ב"ח לגבות מהם אז תגבה השבח ג"כ וא"כ פשיטא דלא אמרינן הכי שהרי אז לא יהיה לו על מי לחזור ופשיטא שלא יעשה כן להשביח על דעת שהם יאכלו וחדו ושלו נפסד ובודאי דלאו אדעתא דהכי אשבח וזבל ומה שנלענ"ד ליישב על מהרש"א אין כאן מקומו ועכ"פ על הש"ך שכתב לטרוף שבח היתר על היציאה בשביל דאקני אף במקבל מתנה צ"ע דבכה"ג דאין לו על מי לחזור לאו אדעתא דמוכר אשבח ואין כאן דאקני כלל: ונראה דאזיל לשיטתו בס"ק ט"ז שהשיג על הנ"י דמחלק בין היכא שהמוכר מת שאז לא קנאו מעולם דז"א דעיקר הטעם כיון דשבח זה מארעא דיליה קאתי הו"ל כקנאו מוכר וא"כ מה לי שהמוכר חי מה לי שהמוכר מת כו' וכן מוכח ממ"ש לקמן דגבי מיתמי שבח היותר על היציאה ואמאי נימא הא שבח זה לא קנאו המוכר מעולם כו' אלא ודאי כיון דהאי שבח' מארעא דאבוהון קאתי קני ליה בע"ח לשעבודי' כו' ע"ש ולפי"ז שפיר כתב במתנה אע"ג דאין לו על מי לחזור ולא להשביח ע"ד הנותן נחית מ"מ מהני הך דאקני דכיון דשבח זה מארעא דיליה קאתי הו"ל כאילו קנאו ואין הדבר תלוי בדעת הנותן כלל וכן מבואר מדברי הרמב"ן במלחמות שהביא הש"ך בס"ק ל' דאפי' הוציא הוצאה ונטע נטיעות והשביחו יתר על ההוצאה כיון שהקרקע הזו קנויה לו לשיעבודו כו' ולכאורה לפי האי טעמא אפשר שאף בלא דאקני שפיר יש לו לגבות כיון דארעא המשעבדא לדידיה אשבחה ומדברי הש"ך מבואר דמ"מ מטעם שכתב לו דאקני אתינן עלה וכן מבואר להדיא בדבריו ס"ק ה' דבשבח היותר על הוצאה בעינן דאקני וגובה חצי שבח: וראיתי בקצה"ח שכתב שהש"ך אחז החבל בשני ראשין ע"ש בס"ק ב' ובסק"ט אך אחר העיון הדין עם הש"ך בזה כאשר אבאר לקמן אך צריך ביאור מה שנדחק הש"ך לעיל סק"ג בהשיגו על מהרש"א וכתב דאפילו מת המוכר שפיר גובה דמ"מ חושש דלמא ימצאו לו נכסים אצל היתומים כו' ובס"ק ט"ז לא הזכיר מזה אלא כתב טעמא משום ששבח זה מארעא דיליה קאתי כו' ונראה דבהך טעמא לא סגי ליה דא"כ במתנה נמי ליגבי שבחא דהא שבח זה מארעא דיליה הוא ואפ"ה משום שאין לו על מי לחזור לא גבי ולכך הוצרך למימר דגם כשמת המוכר מיקרי יש לו על מי לחזור דחושש שמא ימצא נכסים כו' ומ"מ שפיר הקשה שם על הנ"י אף בלא הך טעמא דחושש כו' דהנ"י והרמ"א שהביאו מבואר מדבריהם דמשבח שלאחר מיתת המוכר לא גבי אף בשבח יותר על היציאה ואהא שפיר קא קשיא ליה דהא מצי אמר ארעא דמשעבד' לדידי

אשבחא ואף במתנה גבי בכה"ג כמבואר בשיטתו ס"ק ל' וע"ז הביא נ"י ראייה מיתומים דגבו שבח היתר על היציאה לדידיה אבל לענין שבח שכנגד הוצאה פשיטא דאין זה טענה ארעא דמשעבד לדידי אשבחא דמ"מ אין לו ליטול מה שהוציא זה מעותיו וצריך להחזיר במתנה רק במכר דאדעתא דמוכר נחית דיש לו על מי לחזור גם ההוצאה אינו נוטל וכיון דמהרש"א ז"ל התם קאי על דברי התוס' דמיירי לענין שבח שכנגד הוצאה והתוספות רוצים להוכיח דגבי מיתמי כולי שבחא אף שכנגד הוצאה כמבואר שם וזה תלוי ביש על מי לחזור ובזה הוצרך הש"ך לבא לסברתו דגם לאחר מיתת המוכר מיקרי יש על מי לחזור שחושש שמא ימצא נכסים אצל יתומים כו' ומ"מ אמת נכון מ"ש לעיל ליישב דברי אא"ז מהרש"א ז"ל דגבי בנות במזונותיהם אין לומר אדעת' דמוכר נחית אף בהשביח בחיי המוכר כיון שכל עיקר שעבוד האשה והבנות הוא לאחר מיתה וגם א"ל דנחית אדעתא שיגבה כשימצא נכסים ליתומים דפשיטא דז"א דע"כ אם יסוב הדבר שיצטרכו לטרוף ממנו ע"כ שלא יהיה נכסים כלל דאל"כ אף גוף הקרקע לא מצי גבי אף אם היו יכולין לגבות ממשועבדים כיון דיש שם ב"ח וע"כ אם נימא דנחית ע"ד זה היינו ע"ד שלא יהיו שם נכסים כלל ובכה"ג לא אמרינן דעביד ע"ד מוכר ע"מ לאבד את שלו ולפי"ז מ"ש הש"ך דחושש שמא ימצא אצל יתומים ז"א כיון שהיתומים א"צ לשלם משלהם א"כ ממ"נ אם יהיה נכסים לא יגבה ממנו כלל ואם לא ישאיר המוכר נכסים מה יסמוך על היתומים או ריווח והצלה שיעמוד לו ממקום אחר ולא שדי זוזי בכדי ובודאי דבכה"ג ע"ד לאשתלומי ממוכר נחית.

סוף דבר דברי הש"ך נעוצים סופם בתחלתם ככדור הזה והעולה מדבריו דשבח היותר על היציאה נחשב כשבחא דממילא לענין דגבי לי' ממקבל מתנה ומיתומים ומלקוחות שהשביחו לאחר מיתת המוכר יש לגבות אף שבח שכנגד הוצאה ובשבח היתר תמך יתידותיו על טעם דארעא דמשעבד' ליה אשבחא וזה הוי כאילו קנאו המוכר ולכך השיג על הנ"י דמחלק בין מת המוכר אמנם דברי הנ"י כבר נפתח ברבוותא כמבואר בשי"מ שהן הן דברי הר"ן שכ' דכיון דאמרינן דאינו גובה שבח אלא מטעם דאקני טעמא דמלתא לפי שאנו רואין שבח זה כאלו קנאו המוכר לפי שהלוקח אדעתא למשקל מיניה השביח וכאילו מכרו ללוקח שהרי לוקח זה הוציא בו מעותיו והו"ל מוכר זה כלוה ולוה כו' ואח"כ הביא שם דברי הרמב"ן שהקשה דהיכא משתעבד לבע"ח ממנו של לוקח משום דאקני והא לא קנה מעולם ואפילו תימא כיון דלוקח אדעתא למשקל ממוכר עבד כמאן דקנה הוא דמי אשבח לבתר דמת מוכר מאי דאקני איכא וע"ז כ' לחלק בין נוטע ובונה לשבח שהוא בגופו של קרקע כגון שעידר וניכש כו' והנהו כעין גופן של קרקע נינהו וכאילו ארעא דידיה אשבח ע"י תנאו שהתנה עמו וכתב אנא איקום כו' אבל ההיא דאיבעיא לן התם דאקני מאי התם בשבח מחודש וההיא לא גבי בע"ח אלא בדכתב דאקני כו' מיהא אכתי תמי' לי הא דאקשינן לעיל היכא שייך דאקני הכא ואי לאו דמסתפינ' ה"א דל"ש הכא דאקני אלא בבבא בתרא הכי קאמר בשלמא אי דאקני משתעבד דין הוא שיגבה בעל חוב השבח דסתמא כמאן דאמר ליה לישתעבד לך האי ארעא וכל שבחא דאית בה לעולם דמי וכיון דלוקח אדעתא דמוכר עבד כדכתב ליה אנא איקום כו' אי פריש הכי משתעבד כדמשתעב' דאקני בעלמא ומסתמא נמי גבי דכמאן דפרי' דמי כו' ומיהו חזינא טובא מרבוותא דפירשו לה כפשוטו ואמרי דלא גבי שבחא אלא בדכתב

ליה דאקני וצריך תלמוד דשמא נאמר השביח לוקח לאחר שמת מוכר אינו גובה השבח
דה"ל כהשביחו היתומים כדלקמן פ' המקבל עכ"ל הרמב"ן והר"ן כתב על זה שלפי
דרכו בשבח מחודש דוקא בחייו המוכר אבל לאחר מיתה לא גבי מידי כיון משום דאקני
אתינן עלה לבתר דמית הרי לא קנה מעול' עכ"ל ולכאורה מה שסיים הרמב"ן וצריך
תלמוד כו' לאו אשיטת רבוותא קאי דאפשר דאף לפי מה שר"ל דלא צריך כתיבת דאקני
דמסתמא כמאן דפריש דמי מ"מ כיון דעיקר מה דאתו עלה כיון דלוקח אדעתא למשקל
ממוכר עבד כו' והיכא דהשביח לאחר מיתת המוכר ל"ש זה והיינו דקאמר דה"ל כאילו
השביחו היתומים דכיון שאין להם על מי לחזור לאו אדעתא דמוכר אשבחו וה"נ בלוקח
שהשביח אחר מיתת המוכר אבל אחר העיון נראה דז"א רק שבא לתרץ לפי שיטתו
שהקשה איך שייך בזה דאקני הא לא קנאו מוכר על זה מתרץ דבאמת כך הוא שהמוכר
לא קנה רק שהוא משעבד בשעת מעשה השבח העתיד לבא וכיון שזה משביח ע"ד
שיטול מן המוכר או ממאן דאתי מחמת' והיינו אף שמת המוכר מ"מ זה עושה ע"ד כן
שמי שיגבה הקרקע יגבה השבח וכסברת הש"ך דעכ"פ לאו ע"ד לאשתלומי מבעל חוב
עביד וכיון שזה היה דעתו בשעת מעשה להקנות לו השבח העתיד שפיר גביה מיניה
ומזה מוכיח הש"ס דדאקני משתעב' משא"כ אם נימא דבעינן למיכתב דאקני בכדי לגבות
השבח קשה דבמה קנה לממונו של לוקח ואף דשבח זה מארע' דמשתעבדא ללוקח הוא
מכל מקום הרי כבר מכר השדה ללוקח זה והסיח דעתו מכל מה שעתיד להיות בתוכה
ואיך נכלל זה בכלל דאקני שכתב ללוקח וע"כ לומר שאנו רואין כאילו קנאו המוכר כו'
אם כן אין מקום לגבות שבח שאחר מיתת המוכר דהא ודאי שלא קנאו מעולם.

אך לענ"ד צ"ע דלפי"ז משמע דהכל תלוי בכתיבת דאקני דאם צריך למכתב דאקני אז
דוקא בהשביח בחיי מוכר וכן מבואר מדברי הר"ן שמבואר שמחלק בזה לפי דעת
הרמב"ן בין שבח מחודש דאז בעי דאקני ובעינן בחיי המוכר משא"כ בשבח בגופן של
קרקע דסובר הרמב"ן דלא בעי דאקני אין חילוק בין בחיי המוכר או לא ולכאורה לפי
מ"ש הרמב"ן והנהו כעין גופו של קרקע וכאילו ארעא דיליה אשבח עם תנאו שהתנה
עמו אנא איקום כו' ולפ"ז י"ל דבהשביח לאחר מיתת המוכר פשיטא דלאו ע"ד המוכר
השביח דא"ל ע"ד לגבות מיתומים ז"א דכשיבא הבעל חוב לגבות השדה עם השבח ע"כ
שלא ימצא אצל היתומים ב"ח כלל ולא יהיה לו על מי לחזור וכמש"ל על דברי אא"ז
מהרש"א ז"ל ומזה משמע כדברי הש"ך דאם בשבח לאחר מיתת המוכר מיקרי יש על
מי לחזור אלא דלאחר מיתת המוכר ל"ש דאקני אבל אי לא בעינן דאקני הך תנא' שפיר
מתקיים: והנה מה שמבואר בדברי הרמב"ן לחלק בין שבח מחודש או לא לכאורה נראה
דמיירי הכל לענין שבח כנגד הוצאה דאילו השבח היותר על הוצאה אף בבנין מחודש
ס"ל דגבי ליה ממקבל מתנה ומיתומים והיינו משום דהיא בכלל שבחא דממילא לדידיה
כמבואר בש"מ ובמלחמות וא"כ מה שמחלק בשבח מחודש היינו כנגד ההוצאה וכן נראה
מדברי הריטב"א שהובא בש"מ שם שכתב דשבחא דממילא כו' ואפילו השבח היותר
על ההוצאה דהוא ארעא גופא אשבח ופשיטא דכל היכא דגבי לארעא גבי ליה נמי
בחוב' ואפילו ממקבל מתנה ומיורשים כו' הלכך ע"כ לא אתי שמואל אלא לחדותי שבח
שכנגד הוצאה וא"כ תמה על עצמך דהא דאקני הוא ומבעיא ליה לשמואל ורבינו הגדול
תירץ דהוא בשבח מחודש כו' ובסוף דבריו שם מסיק דבמתנה שאין בה אחריות גובה

כל השבח חוץ מן ההוצאה ולפי"ז משמע נמי דאף בשבח מחודש צריך דאקני וממילא דגובה חציה דהוי כלוה ולוה מ"מ שפיר מיקרי שבח דממילא לענין דגבי ליה ממתנה ומיורשים וכ"כ בש"מ שם ד"ה אין יפה דהרמב"ן סובר לדעתו של הרי"ף דיותר על הוצאה אפילו בשבח מחודש טריף ממקבל מתנה שלא יפה כחה של מתנה אלא כנגד ההוצאה לבד אבל במה שיתר על הוצאה גרע כחה דבמכר אינו גובה בשבח היתר על הוצאה אלא חציו: ולפי"ז צ"ע דודאי מ"מ מיקרי דשלב"ל כיון שהוא שבח מחודש ולכך צריך דאקני אבל ממקבל מתנה שפיר טריף הבע"ח אע"ג דלא כתב לי' אנא איקום דבזה השבח יותר על היציאה לא איכפת לן בכוונת המקבל מתנה אם עבד לה אדעתא דנותן או לא דמסתמא קנינהו בע"ח כיון דכתב לו דאקני וזה סברת הש"ך ממש דס"ל בשבח היותר על היציאה צריך דאקני ואפ"ה ממקבל מתנה גבי דהא ס"ס שעבד לו הנותן השבח הזה בדאקני אך באמת הר"ן ז"ל שם כתב דאין זה מחזור בעיניו כיון דמקבל מתנה שדה שלו השביח ול"ל דהוה כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות וכל מה שהשביח קרקע מחמתו יש לו ליטול ועוד דהיאך אפשר לומר דבע"ח גובה ממתנה היותר בשבח מחודש של בנין כיון שאת' אומר דבמכר חולקין מטעם דאקני אתה בא עליה ובמתנה א"א כיון שלא כתב לונותן למקבל מתנה כמו שכותב מוכר ללוקח לא קנה נותן שבח זה מעולם ולפיכך נ"ל שהרי"ף לא נתכוון אלא לכגון דיקלא ואלים וכל שבחא דכוותי' דלא אתי מכח מקבל מתנה כלל אבל שבח היותר על היציאה אינו גובה וכך הם דברי הרמב"ם כו' ודברי רש"י כו' גובה כולו בשבחא דממילא בין במכר ובין במתנה היכא דמסיק שיעור ארעא ושבחא ע"ש הרי מבואר דסבירא ליה כמ"ש לעיל על דברי הש"ך דכיון דמטעם דאקני אתינן עלה שוב אינו גובה מן המתנה דכיון שלא כתב לו לאו אדעתא דידיה קעביד ולא קני ליה כלל: אך נראה דאף לפי שיטת הרמב"ן ז"ל דוקא בשבח בגופה של קרקע גבי לשבח היותר ע"ה ממקבל מתנה ומיורשים כיון דלזה א"צ דאקני אבל בשבח מחודש כיון דבלא דאקני לא גבי כמש"ל א"כ נהי דגבי ליה ממקבל מתנה היכא דכתב ליה לבע"ח דאקני משום דאף ע"ג דלא כתב ליה אנא איקום כו' מ"מ אין אנו צריכין בזה להסכמת המקבל דארעא דמשעבדא אשבח מ"מ מיורשים לא גבי כיון דע"י דאקני הוא והרי לא קנה מעולם וכמש"ל מדברי הרמב"ן והר"ן בלקוחות שהשביחו אחר מיתת מוכ' והרמב"ן כתב דאינו גובה השבח דה"ל כהשביחו יתומים בפר' המקבל אלמא דלא גבי מיתומים שבח היתר על הוצאה ואף דלפי מ"ש הרמב"ן די"ל שאין צריך דאקני לענין שבח א"כ גם בלאחר מיתת המוכר שפיר גבה מכל מקום הרי הרמב"ן גופי' כתב ומיהו חזינן טובא מרבוות' כו' משמע שביטל דעתו נגדם וכ"כ בש"מ בשם הרמב"ן בפ' המקבל דלא טריף בע"ח שבחא אלא בדכתב ליה דאקני כדברי רוב המפורשים כו' ולפי"ז צ"ל מ"ש הרמב"ן שם ולא דאיק משום דיתמי דמי למתנה דכיון דלא כתב כו' לא טריף מיניה שבח' דמחמת הוצאה ה"נ בדיתמי לא טריף ומיהו שבח' דממילא טריף בתרווייהו כדברי רבינו הגדול ז"ל עכ"ל נראה דמיירי בשבח דבגופה של קרקע דבההוא שוו יתומים למתנה אבל בשבח מחודש שצריך דאקני אף ע"ג דלענין מקבל מתנה קרוי גם זה שבח דממילא מכל מקום לענין יתומים לא מהני כיון שלא קנאו מעולם.

אמנם מדברי הריטב"א שכתב וע"כ בשבח' דממילא עסקינן דאילו אשבחו יורשי' דידהו הוא כל מה שהוא כנגד ההוצא' וכדאמרינן לקמן במכילתין יתומים אומרים אנו השבחנו כו' ורבינו הגדול תירץ דהיא דג"פ בשבח מחודש כו' והא דאותבינן לקמן ממתני' לשמואל ולא מוקמינן בשבח מחודש גמור ולא כתב ליה דאקני משום דא"כ איך פסיק ותני דלא שבח שקיל כנגד הוצאה כו' נראה מדבריו דעיקר חילוק הרמב"ן לענין שבח שכנגד הוצאה הוא וכמש"ל אבל היותר על היציאה לעולם בכלל שבח דממילא הוא אע"פ שהוא מחודש וא"צ דאקני לענין היותר על היציאה אך לענ"ד עיקר בזה כדברי הר"ן שמבואר בדבריו דגם ביותר על היציאה בשבח מחודש בעי דאקני ובמכר אינו גובה אלא חציו ומה"ט כתב דביתר על היציאה גרע כח מתנה מכח מכר דבמתנה גובה כולו והכי משמע לענ"ד דלענין שבח שכנגד הוצאה לא מסתבר לחלק בין שבח מחודש או לא דאפילו בשבח שבגופה של קרקע שמעמיד הקרקע בשבחו שלא יכסוף כגון חורש ומנכש כו' מ"מ כיון שע"י הוצאה יעשה ואין כאן שבח רק כנגד הוצאה האיך אפשר לומר בזה ארעא גופה אשבח ולענין היתר על היציאה שפיר מצינן לחלק בכה"ג וכן נראה מבואר מדברי הרמב"ן שם שכתב וה"ט דלא מפרקינן בשמעתין הא מתני' בדלא כתב דאקני כו' דאי בשבח דלא הוה לעולם לא משתעבד ליה לבע"ח כלל והיציאה ושבח שקיל מנגזל עד גמירא כו' ולשונו אח"כ שכתב ניחא ליה לאוקמי בכל שבח כו' צ"ע קצת ויש ליישב ואין להאריך: והנה מ"ש הש"ך ראייה דיותר על היציאה גבי ממקבל מתנה דהא יתומים כמקבלי מתנה כמו שהסכימו הפוסקים וקי"ל דאי דאקני משתעבד גובה מן היורשים אע"ג דאין להם על מי לחזור כו' וראייתו נכונה לפי שיטתו דסובר דשבח הוה בכלל דאקני אף היכא שאין לו על מי לחזור וא"כ כיון דבכלל דאקני הוא מוכח מהתם דגובה מן היורשים אף ע"פ שאין להם על מי לחזור אך לפמ"ש דשבח לא הוה בכלל דאקני משום דאמרינן משום דאדעתא דמוכר נחית הא לא"ה אע"ג דהשבח יתר על היציאה מ"מ הלוקח והיתומים בארעא דידהו אשבחו דהא השתא נפלי נכסי קמי יתמי והיוצא השדה לאו לרשות המוריש והמוכר הדר רק בלוקח שכתב לו אחריות אמרינן דע"ד המוכר נחית וממילא הוי בכלל דאקני הא לא"ה אינו בכלל דאקני כלל א"כ אין ראייה מהא דקנה והוריש כלל דהתם קנה הוא עצמו ושפיר נשתעבד ע"י דאקני וכן אם השביח הוא עצמו והורי' משא"כ אם השביחו יתומים ולא אדעתא דאבוהון נחיתו ובאמ' שלכאורה יש להקשות לפמ"ש הרא"ש הא דבע"ח גובה שבח משום נ"ד וע"ז קאמר רבא תדע כו' ר"ל דלא חשו לפסידא דלוקח בזה כיון שיש לו על מי לחזור א"כ קשה לפי מ"ש הרשב"ם בדאקני הטעם גם כן משום דאלמוה לשעבוד שלא תנעול דלת כו' ולפ"ז נימא בדאקני וקנה ונתן בלא אחריות כיון דאין לו על מי לחזור יש לחוש לפסידא דמקבל מתנה וכמו שחששו לפסיד' דידהו לענין שבח וכן קשה בקנה והוריש לפמ"ש הרא"ש דחיישינן לפסידא דיתומים גם כן כמו לפסיד' דמקבל מתנה ולא ס"ל סברת התוס' משום דיתומים כרעא דאבוהון למה אמרינן דגבי מינייהו שהרי אין להם על מי לחזור ואפשר דדוקא בשבח שהשביחו הם עצמם חיישינן לפסידא ואף ע"פ שמחזיר להם ההוצאה מכל מקום על ידם נעשה השבח הזה ומיקרי פסידא דידהו מה שא"כ בקנה והוריש שקנה הלוה עצמו הקרקע ל"ש בזה פסידא דיורשים דאף ע"פ שאין להם על מי לחזור מ"מ אינהו לא קעבדי ולא מידי: כלל העולה מזה שלדעת הרמב"ן

שבח היותר ע"ה גבי ליה ממקבל מתנה אף בשבח מחודש כבנין וכיוצא בו וצריך דאקני אף בשבח שאינו מחודש רק הוא תיקון בגופו של קרקע אף דאקני א"צ וכבר כתבתי שלענ"ד אף דיתומים כמקבלי מתנה לדידיה מ"מ ה"ד לענין שבח שאינו מחודש שא"צ דאקני והרי כבר מת הלוח ולא קנסו מעולם ואע"ג דהש"ך סובר דאף היכא דצריך דאקני נמי גבי אפילו משבח שלאחר מיתת המוכר משום דהוי כאילו קנאו המוכר כיון שבקרקע שלו נעשה השבח מ"מ אין זה דעת הפוסקים הראשונים שנראה מדבריהם דמשום הא לא הוי דיינין ליה בדאקני כיון שבשעה שנולד השבח כבר יצאה מרשותו ומה זכות יש לו למוכר בו שנאמר שיזכה בו הבע"ח מחמת דאקני ואף במתנה דעת הר"ן שאין לחלק בין שבח מחודש או לא ובכל גווני בעינן דאקני וכתב שזה דעת הראשונים וכדבריהם נראה דכיון דלוקח זה אי לאו משום תנאו של מוכר שכתב לו אנא איקום כו' הוה יכול למימר הב לי גריווא כו' שהרי לוקח זה שדה שלו הוא משביח וא"א שיגבה בע"ח את כולה אלא מטעם דאקני וגם במ"ש הרמב"ן דשבח היותר כו' טריף ממתנה ואפילו בשבח מחודש כו' נחלק עליו הר"ן וכתב שאין זה מחוור כו' והרי"ף לא קאמר אלא כגון דקלא ואלים כו' וכ"כ הרמב"ם כו' וכן דבריו של רש"י וכן בסוף הענין כתב שם בש"מ בשם הר"ן נמצאו כללי השמועה כו' אבל במתנה לא גבי בע"ח שבח' כלל ואפילו מסיק כנגדו אלא בכגון דקלא ואלים אבל בשבח היתר ע"ה לא ואצ"ל כנגד ההוצאה אבל לפי דרך הרמב"ן ז"ל כל שבח שהוא יתר ע"ה הרי הוא כשבחא דממילא גמור וגבי ליה ואין דרכו מחוור כו' עכ"ל.

ולפמ"ש גבי יתומים ובשבח מחודש גם הרמב"ן מודה כיון דבעינן דאקני והרי לא קנה אביהם מעולם ומכ"ש לפי דעת הפוסקים הסוברים דאין לחלק בכך ולעולם בעינן דאקני וכבר כתבתי שגם שבח היותר ע"ה גובה ממקבל מודה דעכ"פ דאקני בעינן (אלא דאיהו ס"ל דמיקרי דאקני לפי שקנאו המוכר מחמת שקרקע שלו היתה וארעא דמשעבדא לבע"ח היא וא"כ אף מיתומים שפיר גובה אך מדברי הראשונים לא משמע כן ולקמן יבואר עוד בזה) לענין שבח היותר ע"ה ואפילו בחפירה והוי שובלי רק בשבח' דממילא חולק על הרמ"א שם וכתב שהרמ"א כתב ע"פ ה"ה בשם הרשב"א שהגאונים חולקים וכן הרז"ה והרמב"ן כו' ובאמת חפשתי ולא מצאתי בשום מקום שהגאונים כו' ולבי אומר לי שלא כתבו דבריהם אדברי הרמב"ם בנתיקרה כו' אבל מדברי ה"ה לא משמע הכי אלא משמע דאכל שבח דממילא חולקים על הרמב"ם כו' עכ"ל ובאמת נפלאתי על ה"ה בזה שכתב כן בשם הרמב"ן דנהי שאין ראייה ממה שהרמב"ן סובר דמקבל מתנה גבי שבח היתר ע"ה דמ"מ שפיר צריך דאקני כמש"ל אבל מ"מ מ"ש שחולק על הרמב"ם הוא תמוה דאדרבא הרמב"ן סובר יותר מהרמב"ם דהרמב"ם לא סבר הכי כ"א בשבח דממילא בלא הוצאה והרמב"ן סובר דאפילו ע"י הוצאה כל שאינו מחודש גובה כולו וא"צ דאקני וכמש"ל כ"פ וכן מבואר מ"ש הר"ן נמצאו כללי השמועה כו' לפי תירוצו של הרמב"ן בשבח שאינו מחודש גובה את כולו ואע"ג דלא כתב ליה דאקני כו' וכ"כ הריטב"א בשמו וגם מבואר בש"מ שעל תירוץ הרמב"ן שכתב לחלק בין שבח מחודש ע"ז כתב הרשב"א שאין הגאונים מודים ע"ש והנה במ"ש שהרמב"ן סובר דמקבל מתנה גובה השבח היתר ע"ה אפילו בשבח מחודש היכא דכתב ליה דאקני כך דעת הריב"א ג"כ וכתב שלזה הסכים הרא"ה וכן מבואר שם דעת הריב"ש ז"ל וכן דעת

הש"ך וכתב דלפ"ז גרע כח מתנה בחד ענינא דמלוקח לא גבי אלא חצי השבח דמחמת הוצאה כו' ומקבל מתנה טורף כל השבח ולכאורה צ"ע ע"ז דנהי דמחמת אחריות של השדה עצמו אין יכול ליטול חלק בשבח כיון דלית ביה אחריות מ"מ הרי נתן לו השדה והיינו עם כל השבח שעתידה לעשות כמ"ש הש"ך בס"ק י"ב וא"כ הרי חזר בו ממ"ש לבע"ח דאקני ודמי ללוה ולוה מאחר וכתב ליה דאקני משתעבד לשניהם וה"נ קודם שקנה השבח חזר בו והקנה אותו למקבל ולפי שיטת הרמב"ן בב"ב סוגי' דפרה וטלית דשעבודא דדאקני מהשתא חייל ושוב אינו יכול לחזור ולזה הסכים הש"ך בסי' קי"ב וכתב טעמא דלוה ולוה משום דמסתמא קנה ממעות אחרון כו' א"ש וכן נלענ"ד מוכח מהתוס' בב"מ ובב"ב שהקשו אהא דלוקח גובה הקרן ממשועבדים דא"כ היה לו לטעון הנחתי ור"ל דע"כ שכתב לו דאקני דאל"כ איך טורף השבח עיין ש"ך ס"ק י"א ולכאורה מה קושיא דלמא מיירי שחזר בו מדאקני לאחר שכבר נגמר השבח והנכסים קנה אח"כ ולכן לא היה יכול לגבות מנכסים אילו שקנה אחר חזרה משא"כ מהשבח גובה כיון שכבר הי' בעולם לא מהני חזרתו אלא ע"כ כשיטת הרמב"ן דאינו יכול לחזור בו מדאקני ובזה ארווח לן קושי' אא"ז מהרש"א ז"ל אמ"ש התוס' דאמאי דחיק בב"ב לאוקמי כר"מ יעמיד כשעשאו אפותקי דהא בע"כ צריך לאוקמי בהכי משום קו' הנחתי ולפי מ"ש א"ש דנראה מהתוס' דעל הפשטן לא הוה קשיא להו דע"כ צריך לאוקמי באפותקי משום דאפשר דבאפותקי נמי אין גובה השבח כ"א באמר ליה מעכשיו דוקא וכמ"ש הש"ך לשיטת כמה פוסקים ודוחק ליה להש"ס לאוקמי בכה"ג רק אמאי דדחיק לאוקמי כר"מ שפיר קשיא להו יעמיד כו' וכיוצא בזה כתב מהרש"א דאפשר דלא ידע כו' רק על התרצן קשיא ליה יעמיד אך דבזה עדיין לא הועילנו דהא אף למאי דמוקי כר' מאיר ע"כ מוכרח לאוקמי באפותקי משום האי קושי' דהנחתי אם כן אכתי קשה לישנא דיעמיד כו' דעדיפא הול"ל דהא למאי דדחקית נמי צריך לאוקמי באפותקי אם כן נימא דלאו ר"מ הוא רק דמיירי באפותקי מעכשיו (או הו"ל לאודעי דדינא הוא באפותקי דנוטל כל השבח לדברי מהרש"א ז"ל) ולשונם משמע דלא הוה צריך לאוקמי באפותקי ולפי מ"ש א"ש דלמאי דמוקי כר"מ לא הוה צריך לאוקמי באפותקי כלל דלא קשה הך קושי' דהנחתי די"ל דמיירי בחזרה כמ"ש משום דלר"מ שפיר מהני חזרה דדוקא אליבא דרבנן שהוצרכנו לאלם כח השעבוד מקנין משום נ"ד וכיון שחידשו תקנה שיועיל דאקני נכלל בה ג"כ שאין יכול לחזור משא"כ לר"מ דלא הוצרכנו בדאקני לתקנה כלל ממילא דשיעבוד וקנין דין אחד להם ובשניהם יכול לחזור מצד הדין וא"צ לאוקמי באפותקי כלל ולכך כתבו התוס' יעמיד כו' שוב מצאתי באו"ת שכתב לסייע להרמב"ן מקושית התוס' ונימא הנחתי כו' ושמחתי: אך לשיטת הרשב"א שסובר דיכול לחזור מדאקני לכאורה קשה על הש"ך שכתב דבמתנ' גובה כל השבח היותר ע"ה ואף שי"ל דהש"ך לשיטתו בסימן קי"ב מ"מ לא הו"ל לסתום הדברים ולומר דבכה"ג שנתן השדה לאחר הוי כמו חזרה ומועיל לדעת הרשב"א וא"ל דא"כ בכל דאקני קנה ומכר נימא הכי דמה שמכר השדה ע"כ שהוא מוכר השבח הוי חזרה ז"א דהתם מיד שקנה חייל שעבודו של זה מחמת דאקני ומה שמכר אח"כ אפי' תימא דמיקרי חזרה לא מהני כיון שכבר בא לעולם ונשתעבד משא"כ לענין השבח דבשעה שמכר לזה עדיין לא היה השבח בעולם והיה בידו לחזור מדאקני ונלענ"ד דא"ש אף להרשב"א דודאי אם חזר בו ממ"ש דאקני

מהני אבל אם מוכר או נותן לחבירו ואינו באופן המועיל אין זה חזרה כגון אם כתב לבע"ח דאקני ואח"כ כתב לאחד שדה זו לכשאקחנה קנויה לך כיון דקי"ל דהך לישנא לא מהני אין בזה תורת חזרה ודוקא בלוה ולוה שגם מה ששעבד לשני דאקני הוא לישנא דמהני ביה דיכול לשעבד אף בדשלב"ל משא"כ בלשון מכירה ולפ"ז אף שנתן לזה השדה אח"כ מ"מ אם באנו לדון מצד שנתן לו השבח שהשביח השדה זה לא מהני מצד עצמו דהוי דשלב"ל ואין בזה משום חזרה מה תאמר הרי נתן לו גוף השדה וממילא קנה גם השבח שהשביח השדה הרי על הקנין שיש לו בגוף השדה קדם שעבודו של הבע"ח ולגבי שעבוד של הבע"ח הוי קנינו של זה כמאן דליתא ושפיר טורף הבע"ח כל השבח ועוד נראה דודאי אין מכר או מתנה חזרה על שעבוד כלל דאין זה ענין לזה דלזה הקנה שיהיה שלו ולזה שעבד באם לא ישלם לו יטרוף מזה ואין כאן חזרה כלל וכיון שקדם שעבודו של הבע"ח למתנתו של זה אע"ג דחלות השעבוד והקנין בהדי הדדי קאתו בשעה שבא השבח לעולם מ"מ גוף התחייבות השעבוד קדם למתנה ודינו כמו בדקנה שטורף הכל וראיתי בקצה"ח שעמד בזה ותמה על הש"ך וכתב דלהרמב"ן דשבח היותר הוא כמו שבח דממילא א"צ דאקני וגם בע"ח גובה כולו ולמאן דסובר דצריך דאקני שבע"ח גובה חצי השבח אם כן ממתנה לא גבי כלום והש"ך שכתב שבע"ח גובה מלוקח חצי שבח וממתנה כולו תמוה דלא עדיף בע"ח מכח מקבל מתנה שזוכה בגוף הקרקע ע"ש שרוצה לפרש החילוק בין מקבל מתנה ליתומים דמקבל מתנה הוי כמו חזרה כו' משא"כ יתומים וכבר כתבתי שז"א דאין כאן חזרה וגם מ"ש להרמב"ן ז"א כמ"ש דשבח מחודש ס"ל להרמב"ן דבעי דאקני ואין גובה רק חצי השבח ואפ"ה כתב במלחמות דגובה אותו ממקבל מתנה ומשמע דאפילו כולו הוא גובה ובאמת שכדברי הש"ך מבואר בשי"מ בשם הר"ן שכתב והרמב"ן סובר לפי דעתו של הרי"ף כו' אבל במה שיתר על ההוצאה לא יפה כחה מכח מכר אדרבא גרע כחה דבמכר אינו גובה משבח היותר על ההוצאה אלא חציו משום דהו"ל כלוה ולוה ואילו במתנה גובה כולו משום דהו"ל לוה וקנה לחוד שהרי ממקבל מתנה לא לוה שלא קיבל עליו אחריות עכ"ל אלא שהר"ן השיג ע"ז במש"ל ע"ש וכ"כ שם בשם הריטב"א דאי כתב דאקני לבע"ח ולא כתב אנא איקום יפה כח מכר מכח מתנה דאלו מלוקח לא גבי אלא חצי שבח משום דהו"ל כלוה ולוה כו' אבל ממתנה שאין בה אחריות גובה כל השבח חוץ מן ההוצאה דמקבל מתנה שאין בה אחריות אינה כמלוה והו"ל בע"ח דאקני קנה ומכר משתעבד עכ"ל הרי מבואר מ"ש כדברי הש"ך ותמהני על בעל קצוה"ח שהעלים עינו מדברי ראשונים אלו: ותבא לדינא דאף לדעת הרמב"ן שגובה שבח מחודש ממקבל מתנה משום דכיון שזה כתב לו דאקני לא איכפת לן בדעת המקבל מתנה דמ"מ גם השבח מחודש הזה בקרקע המשועבדת הוא וזה שעבד לו אותו בדאקני אבל בלא דאקני א"א שיגבה אותו כיון שעתה הוא שנתחדש ע"י בנין זה וכיוצא לא נכלל בכלל שעבוד הקרקע וכיון שעל ידי דאקני משתעבד לו ממילא שהשבח שנעשה אחר מיתת הלוה א"א לגבות ממנו דהוא שעתא דהשבח אתי לעולם הוא אינו בעולם וגם נראה דלא עדיף שיעבוד לרבנן מקנין לר"מ דקי"ל בנפלו לו נכסים כשהוא גוסס אינו יכול להקנותם ע"ש ואע"ג דקנה והוריש שפיר משתעבד שאני התם שהוא קנה בעודו חי ומיד נשתעבד לבע"ח ולכן כשמת תו לא פקע והלכך אף שלא כתב דאקני שפיר טריף משא"כ כאן שלא

נתחדש השבח אלא לאחר מיתה ומכ"ש לדעת הפוסקים בסימן קי"א דאף בקנה והוריש לא גבי כ"א ע"י דאקני אם כן מכ"ש בקנין מחודש הבא לאחר מיתה כיון שא"א לגבותו כ"א מחמת דאקני ובזה שכבר אינו בעולם ל"ש לקנות משום דאקני ומ"ש הש"ך סימן ק"ד דשבח הו"ל ראוי יבואר לקמן וגם פשוט דהש"ך מיירי בשבחה דממילא דוקא כהיא דב"ב לענין בכור וגם הרבה פוסקים ס"ל דאין בע"ח גובה מראוי ואין להאריך ולדעת הר"ן ובשיטה המכונה להריטב"א וכ"כ הרא"ש שהוא שיטת רבינו יונה וכ"כ בשי"מ פרק המקבל בשם הרמ"ך ועוד כמה פוסקים דבכל שבח שע"י הוצאה אין גובה ממקבל מתנה ומיתומים והיא שיטת הרמב"ם ורש"יג"כ וא"כ פשיטא שאין להוציא מיתומים: אמנם דעת רבינו אפרים והרז"ה והרשב"א דאף שבח דממילא לא גבי ממקבל מתנה והש"ך כתב דאפשר דדוקא במתנה אמרו ולא ביתומים ולענ"ד ז"א ועיין בש"מ פרק המקבל בשם הרשב"א שכתב דרש"י כתב דשום שבח לא גבי מיתומים ויש מקשים עליו מדתנן בבכורות כו' ורש"י נשמר שם מקושי' זו ופירשה במזון בת אשתו כו' והרמב"ן הקשה עליו כו' ואפשר כיון דמחמת נשואין הוא מתנה לזון את בתה הרי היא כתנאי כתובה דכל מה שהבעל מוסיף ונותן לה הוי תנאי כתובה וכדאיתא בר"פ אע"פ וה"ה מה שמוסיף ונותן לבתה מחמתה בשעת נשואין עכ"ל הרשב"א ז"ל ומדדחיק לתרוצי סוגיא אליבא דרש"י משמע דכוותיה ס"ל וכן נראה ממ"ש הרא"ש ואני אומר כמקצתו כן כולו ואין בע"ח גובה שבחא דיתמי כיון דאין להם על מי לחזור כי היכא דלא גבי ממקבל מתנה כו' ולעיל מינה הסכים להרז"ה דלא טריף שבחא דממילא ממקבל מתנה וא"כ נראה דה"ה מיתמי וכן מבואר מדעת הטור ומ"ש הש"ך לדייק בדברי הטור שלא כתב דין יתומים כמקבלי מתנה לכל דבר י"ל דלא מיירי אלא בשבח מחמת הוצאה כו' נפלאתי שדרכו דרך הקודש לעיין ברמזים ושם כתב בביאור היטב ומי שנתנה לו במתנה או יתומים שהשביחו כו' אינו גובה שבח כלל ל"ש שבח דאתי ממילא ל"ש שבח דאתי ע"י הוצאה ע"ש איברא שבפרק המקבל כתב כמ"ש הרא"ש שם והדברים סותרים כמ"ש במע"מ ובש"ך.

ומ"ש הש"ך דשבח דנתייקרה כ"ע מודו דב"ח גובה כדמוכח בבכורות גבי דקלא ואלים וטעמא משום דהוה דקנה הנה מדברי סמ"ע והב"ח סימן קט"ז מבואר דנתייקרה דמי לשאר שבח לדעת הרא"ש והטור וכ"כ במ"ל פכ"א מהל' מלוה ואמנם נלענ"ד דאפילו תימא דשבח דממילא כגון נתייקרה ודקלא ואלים גבי ממקבל מתנה מ"מ י"ל דמיתומים לא גבי דבשלמא מקבל מתנה ולוקח כיון שזה המוכר עודנו חי והוא הוא שלוה אלף זוז אצל זה שעבודא אקרפתא דגברא מונח ונכסוהי אינון ערבין ביה ואף ע"פ שמכר או נתן לא פקע שעבודא מקרקע זו כיון שלא היה מקום בשום פעם לדון על החוב לומר שנפקע ונגרע מערך הסך אלף זוז וא"כ השתא דנתייקר שפיר גבי מקרקע זו שנכנסה ערבתה בעד בעליה הלוה משא"כ כשמת הלוה ולא הניח אחריו נכסים בכדי שיעור החוב אם כן אין לנו לתת ערך דמים לחוב ההוא רק כפי שיווי הקרקע שבעת ההוא ואם אינה שוה רק ק' זוז מצו יתמי למיהב ליה ק' זוזי ולסלקא ליה ואם כן ממילא אין כאן חלות חוב על היתומים רק בשיעור הזה לבד וא"ל דמ"מ אנו חושבין החוב כפי כל הסך שלוה אע"פ שאין כאן נכסים יותר דשמא יתייקרו ז"א דמשום הא אין לחשוב החוב ביותר דאין לנו אלא מקומו ושעתו שהרי אלו רצו היורשים מסלקים אותו כפי הדמים

ששוא עכשיו אף שאפשר שיתייקר אח"כ אם לא שדרך להתייקר (ועיין בב"י סימן ק"ט פלוגתת הרשב"א והרשב"ץ ובט"ז שם) כמבואר בסימן ק"ט שאם המלוה אומר אני אקבל השדה בלא שומא בפרעון חובי והיורש אומר לא כי אלא ישומו בבית דין שומעין ליורש ועיין בסמ"ע שם ואף לפי מ"ש הש"ך דמצי למימר לדידי שוה לי דוקא אם אומר כן לדידי שוה לי אין היורש יכול לסלקו בעל כרחו אבל סתמא דמלתא הנכסים הם כמוחלטים ביד היורש בעד הסך שהיו שוים כשמת אביהם דהא ההיא שעתא אין שווים יותר ומכ"ש לדעת הפוסקים דלא מצי למימר לדידי שוה לי ומצי לסלקו בזווי כפי השומא בע"כ של המלוה אם כן ממילא דלא חייל חיובא על היתומים רק כפי שיווי הקרקע בשעת מיתה והוי לדידהו כאלו לא מסיק רק שיעור ארעא דלא גבי רק כשיעור חובו ולא יותר אף שנתייקר אח"כ ומכ"ש בשבח שמחמת הוצאה דמסתברא כיון דנחתו לנכסים אלו להשביח גלו אדעתיהו דבעו לעכובי הני נכסייהו לנפשייהו ולסלוקי לבע"ח בזווי דלא מסתבר שרצונם לעסוק בשביל הבע"ח וכיון דבדידהו תלי' מלתא דמצו לסלוקי ליה בזווי ממילא שאין כאן חוב עליהם יותר משיווי הנכסים ואף שעתה אין להם מעות וטורף הקרקעות מ"מ אין לו בשבח דאין כאן חוב יותר משא"כ בלוקח שהמוכר חי והחוב מוטל עליו ועל נכסיו כמאז כן עתה דאז י"ל דגם השבח הבא לאחר מכאן הוא משועבד לו וכמ"ש ובזה נתגלה לנו טעם סברת הרא"ש שכתב דאי לאו דמקולי כתובה שנו הוי גבי משבחא דיתמי אף ע"ג דשאר בע"ח לא גבי מנייהו משום דל"ד מזונות הבנות לשאר חוב שעיקר חיובו היה בחיי אביהן הלכך משבחא דיתמי לא שקיל אבל חוב דמזון הבנות עיקר חיובו על היתומים הלכך הוי שקיל משבחא אי לאו דתנאי כתובה ככתובה עכ"ל והש"ך כתב דמנ"ל להרא"ש האי סברא דחוקה כו' ולפי מ"ש סברא מרווחת הוא דבשלמא חוב דעיקר חיובו בחיי אביהן וכשמת פקע החוב אשר הוטל על האב והוטל על היתומים ואינו מוצא מקום לחול עליהם כ"א כפי שיווי הנכסים בעת ההיא משא"כ במזון הבנות שעיקרו של החוב הוא על היתומים שהם יקחו מן הנכסים שהניח אחריו לזון את אחיותיהם יום אם כן מאי דאשכח בנכסי דמשעבדי למזונות דידהו אשכח הלכך הוה שקיל משבחא אי לאו משום תנאי כתובה והוא נכון לענ"ד: ולפי מ"ש י"ל בטעם הרמב"ם והש"ע שכתב בלא שויה אפותקי אם רצו היתומים לסלק בדמים מסלקין אותו ומשמע אף במסיק שיעור ארעא ושבחא והש"ך תמה בזה וכתב בשם ד"ז הגאון בעל ת"ח דבכה"ג מצי למימר לדידי שוי לי' ולפי מ"ש לעיל י"ל דאף דקודם דאשבחו יתומים מצי למימר לדידי שוה ולא כל כמינייהו לסלקי ליה בזווי פחות מהחוב מ"מ השתא דאייתי יתמי ראה דאינהו אשבחו אמרינן דמסתמא הבע"ח ידע מזה וגלי דעתיה דניחא ליה במה דעבדו שיהיו הנכסים שלהם והחוב כפי שוים יהא מוטל עליהם וממילא הוי כאלו מסיק שיעור ארעא ביתמי גופייהו דמצו יהבי ליה קרקע כשיעור החוב ומסלקי להבעל חוב ומותר הקרקע שלהם ולפ"ז י"ל גם בלקוחות שהשביחו אחר מיתת המוכר אין לטרוף השבח מהם מהאי טעמא דמאז חשבינן החוב כפי שיווי הקרקע ובהכי א"ש מה שהקשה הש"ך על הנ"י דמאי פריך מהא דאמר שמואל שלשה שמין השבח כו' דלמא מיירי במה שהשביחו לאחר מיתת המוכר ולפי מ"ש א"ש דזה הוי כאלו מסיק שיעור ארעא בלקוחות וא"כ אית ליה למיתן גריוו' דארעא ומ"ש הש"ך דלמה שביק יתומים ונקיט לקוחות דהו"ל לאקשווי איתומים יש

ליישב גם כן ולפי שענין זה לא נתחוויר לי עדיין כל הצורך וצריך להתיישב בדבר לעת הפנאי קצרותי: ועוד יש לצדד בזה לדעת הרשב"א הסובר דיכול לחזור מדאקני והש"ך הקשה מהא דשט"ח מאוחרין כשרים דאתי למטרף לקוחות שלא כדין ולכאורה בפשיטות הו"ל לאקשוויי בכל לקוחות כי אתי למטרף מדאקני יטענו שמא קודם שקנה הלוח חזר בו ממה ששעבד לך דאקני וע"כ דל"ח לחזרה כיון שהלקוחות קנו סתם אע"פ שיש קול שזה יש לו שטר בדאקני אינהו דאפסידו אנפשייהו דאף שידעו שחזר מדאקני היה להם לבא בפני ב"ד וליקח ע"ז שטר חתום בעדים משא"כ שטרות מאוחרין פריך שפיר דשמא באמת היה ידוע בעדים ומ"מ כיון שהם איחרו השטר נעשה דקנה ולפ"ז אפשר דגבי יתומים שפיר מצי למטען על השבח דכיון דאינו משתעבד אלא מחמת דאקני שמא חזר אביהם מן הדאקני בפני עדים ואפשר דמלתא דלא שכיחא הוא ולא טענינן ליתמי ומ"מ נראה דלהרשב"א שיכול לחזור בו קודם שבא לעולם ה"ה אם מת קודם שבא הדבר ששעבד לעולם לא משתעבד וכמ"ל ומצאתי באו"ת סימן קט"ו ס"ק ט' שכתב כן בקצרה וע"ש: ולענין אם היתומים נקראים מוחזקים נלענ"ד דנקראים מוחזקים לא מיבעיא לדעת התוס' ודעימייהו גבי יתומים אומרם אנו השבחנו כו' דעל היתומים להביא ראיה דוקא באפותקי אם כן פשיטא דה"נ דכוותה אלא אפילו לדעת שאר פוסקים שהסכים הש"ך לדעתם דאף בלא אפותקי על היתומים להביא ראיה דוקא התם שהבע"ח טוען אביכם השביח די"ל דמוקמינן השדה אחזקתו שהיה ביד אביהם כן כמ"ש הסמ"ע שם אף כי דבריו צ"ע לענ"ד אך נראה דאף לפי מ"ש הש"ך דסברא נכונה היא לפי מ"ש לקמן במסיק שיעור ארעא ושבחא דינא ליטול הקרקע ונותן דמים אף בלא אפותקי משום דמצי אמר לדידי שוי לי אם כן ס"ס השתא ארעא לגוביינא קאי כו' אין זה מוכרח כמ"ל דאפשר דהכא לא מצי למימר לדידי שוה לי ועוד נראה דגוף סברת הש"ך בזה צ"ע דנהי דנימא דמצי למימר לדידי שוה לי מ"מ אין זה מועיל לענין מוחזק דהא עכ"פ אם יסלקו אותו כפי כל החוב מסתלק הוא מן הקרקע מה לי שצריכין כל החוב או מקצתו ס"ס אין לבע"ח חלק ונחלה בקרקע אם ירצו היתומים ול"ד לבור ואילן דבע"כ של זה קוצץ ונותן דמים משא"כ כאן וראיתי בקצה"ח סימן ק"ד רוצה לדחות ראית רבינו יונה דתפיסה לא מהני בלוה ולוה מדגובה חצי שבח די"ל כיון דמסיק שיעור ארעא ושבחא לא יכול לסלוקי בזוזי אם כן הלוקח מוחזק ע"ש ולא הזכיר שהיא סברת הש"ך כאן אך לפי מ"ש ז"א כיון שעכ"פ ביד הלוקח לסלקו כפי כל החוב אינו קרוי מוחזק לגבי הלוקח ולענין השבח אומר הלוקח כיון שיד שנינו שוים בו שפיר מועיל תפיסתי כיון שאני מוחזק בקרקע ואע"פ שעתה איני רוצה לסלקך בזוזי מ"מ כיון שהבחירה בידי לסלקך שפיר אני נקרא מוחזק ודוקא למ"ד דלא מצי לסלוקי בזוזי כלל או באפותקי הוה מוחזק וצ"ע.

וראיה לדברי שהרי הראב"ד הוא ראש המדברים בזה דיכול לומר לדידי שוה לי כמ"ש הש"ך מדברי בעה"ת והראב"ד גופיה סובר דדוקא באפותקי על היתומים להביא ראיה כמ"ש הרשב"א הובא בש"מ פרק המקבל אך לענ"ד בלא"ה י"ל לפי מה דמספקא לן מלתא דלמא מצי היתומים למטען קים לן כהרא"ש ודעימיה דכל שבח דממילא אין גובה אפילו שבח דנתייקרה אם כן ממילא דהוי מוחזקים גם כן שהרי אף אם יאמר לדידי שוה לי לא עדיף מאם באמת נתיקרה דאעפ"כ אינו גובה רק כשיעור חובו וממילא דמצי

לסלוקי ליה בזוזי ואין צריכין ליתן לו קרקע כלל וסברא זו כתבה מחותני הגאון החסיד האב"ד דק"ק פפד"מ ז"ל בחידושויו להלכות כתובות סימן ק' ס"ק ד' ד"ל דהרא"ש בח"מ סימן ק"ט לשיטתו דאין בע"ח גובה משבח דיתומים אפילו משבח דנתייקרה כו' ע"ש שהקשה לפ"ז על הח"מ שהביא דברי הר"ן שיכולה להעלות בדמים דלפי מ"ש הוא גופיה שאין גובה כתובתה משבח דנתייקרה אם כן כ"ש דאינה יכולה להעלות בדמים כו' ע"ש ואפשר ליישב לפי מש"ל בטעמא דמלתא דאין לגבות שבח דנתייקרה מיתומים דכיון דמת הלוח לא מצי החוב חייל רק על היתומים כפי שיווי הנכסים דאי בעי מסלקו בזוזי ולפ"ז הא בהא תליא דאם נימא דמצי למטען לדידי שוה לי אם כן אין כח ביד היתומים לסלקו ושוב החוב חל על הקרקע בעצמה ושפיר גבי כולה וזה דוקא בטוען לדידי שוה לי מה שאין כן אם באמת נתייקרה י"ל כיון דבעל חוב דיניה בזוזי ודאי דבשעתא דמת הלוח דעתיה אזוזי כפי שיווי נכסי הלוח ואין לו על היתומים כ"א כשיעור שהיו שוים אז ומה שנתייקרה ברשות יתומים הוא וצ"ע בזה דאפשר דכה"ג כל כמה דלא סלקוהו בזוזי חייל שיעבודי' אהיא ארעא כפי חובו כיון דמצי אמר לדידי שוה לי גם צ"ע במ"ש הרא"ש ובש"ע סי' קי"ד גבי לוקח אם המלוה אמר אקבל הקרקע בכל חובי כו' אין שומעין ללוקח לפי שהוא תועלת הלוח ע"ש דלכאורה לשיטת הרא"ש בנתייקרה גובה חצי שבח א"כ יצטרך ליתן ללוקח החצי מה שמעלה בדמים יותר משומתו ואין זה במשמע: ומצאתי בס' כתובה בדף צ"א שהקשה על מ"ש הרא"ש שאם ימצא אדם שיעלה יותר ממה ששמוה ב"ד צריך המלוה לקבל באותו עילוי כו' שהרי הלוקח גובה חצי שבח דנתייקרה להרא"ש וע"ש מה שתי' ואפשר לומר דלא מיקרי נתייקרה אלא אם בשעה שלוח זה לא היתה שוה יותר כ"א כפי הדמים שנתן הלוקח עבורה ועתה בשעת טריפא נתייקרה אבל אם בשעת הלואה היתה שוה כשער של עכשיו ובינתיים הוזלה ומכרה ללוקח בפחות ועתה הוקרה וחזרה לקדמותה בזה שפיר טורף הבע"ח אף להרא"ש דהא מעיקרא סמיך על קרקע זאת בשיווי דמי' אלו ובזה יש לתרץ כמה קושיות אך מדברי הפוסקים רסי' קט"ז לא משמע כן ועיין בב"ח וח"מ וב"ש באה"ע סי' ק' דכתבו ג"כ דאין גובה בנתייקרה ובס' כתובה הקשה עליו מבכור וחילק דשאני בכור דזכה משעת מיתה משא"כ בע"ח דגובה מכאן ולהבא וכ"כ באו"ת סי' קט"ו דבבכור אמרינן דברשותו גדל משא"כ בבע"ח דל"ש ברשותו אלא על הגוף ובקצה"ח שם סק"א האריך בסברא זו ולפי מש"ל בלא"ה יש לחלק בין יתומים לבכור דביתומים אין לחשוב כ"א כפי שיווי הנכסים בשעת מיתה משא"כ בבכור דלאו מחמת חוב קאתי ועיקר זכייתו בנכסי' וברשותו אשבחו ועיין בס"ב סי' צ"ה ס"ק יו"ד שכתב לענין שבח דממילא כגון נתייקרה נראה פשוט שהאשה גובה כתובתה כו' ולכן נלענ"ד שטוב לפשר בזה: ועתה אבאר באם היורשים רצונם ליתן חלק בנכסים לפי שאם ידינו אותה כבע"ח עכ"פ יצטרכו ליתן לה כפי השיווי של הנכסים בעת מיתת אביהם ואף אם לא יתנו לה מן השבח שהיה אח"כ כלל מ"מ יעלה לסך רב ולכך הם מטים עצמם כלפי הצד שתקח חצי חלק זכר אלא שאעפ"כ אין רצונם ליתן לה חלק במה שהשביחו הנכסים אחר כך ומתחלה אבאר איך בנדון בכה"ג שהם נותני' לה חצי חלק זכר אלא שהם רוצים לסלקה במעות כפי שיווי הנכסים והיא רוצה חלקה בנכסים ממש ונראה דבכה"ג הדין עם היורשים הזכרים שיכולים לסלקה במעות כפי שיווי הנכסים אע"ג דקי"ל בסי' רפ"א

דשטח"ז דינו כירושה מ"מ לענין זה שפיר מצו לסלקה בזווי וזה נלמד מהא דאמרינן בגיטין גבי אצטלית דכל היכא דליכא למימר לצעורי קא מכוין רק להרווח אמרינן מה לי הן מה לי דמיהן והכי קי"ל בח"מ סי' רמ"א דהמתנה עם חבירו לתת לו חפץ יכול ליתן דמי החפץ ומה שהקשו ע"ז בתשובת האחרונים מהא דאמרינן בש"ס דוקא היכא דליתא בעיני כתבתי ליישב בתשו' אחרת ולא רציתי להאריך ועיין מ"ש בזה בק"א לשו"ת ב"ח החדשות על סי' פ' ועיין בתה"ד סי' שי"א שאף שכתב שם דוקא היכא דאיתא בעיניה כתב שם אח"כ דדוקא כשהוא מתנה על החפץ שאם היה רוצה בדמיו היה אומר תן לי שוה אבל במחליף עם חבירו שכל עצמו לא באו אלא לברר מי שיש לו נכסים מרובים ומי שיש לו מועטים כו' אפילו איתא בעיני מצי לסלוקי בדמיו ואף דמשמע שם שלא הכריע מ"מ רמ"א פסק כן להלכה בח"מ ססי' ר"ג וה"נ כל עצמו לא בא אלא ליתן לה חצי חלק זכר ומ"מ לא היתה כוונה על הנכסים עצמם דוקא ועיין בתה"ד בכתבים סי' ר"ל דמשמע דפשיטא ליה דהיכא דל"ל לצעורי אמרינן מה לי הן מה לי דמיהן: ומעתה פשיטא שמחמת זכות זה שמחויבים ליתן לה חלק בנכסים אין לה זכות בשבח שהרי הם יכולין לסלקה בדמים וכיון שכן אין יכולה לומר ארעאי אשבח אך אנו צריכין לדון בדבר מטעם התנאי כמבואר בשו"ת אא"ז רמ"א ובשו"ת רש"ל שחלקו בזה על אא"ז הגאון בעל ש"י וכן האריך בשו"ת אא"ז מהר"מ לובלין לענין ראוי ולענ"ד בנ"ד שזה תלוי בלשון השטר דכפי הנוסח הכתוב בספר נחלת שבעה וכן נוהגין עתה לכתוב וכשיגיע זמ"פ ויאותרו בני הזכרים לירד לנחלה כו' נראה שהם צריכים ליתן חלק כפי שיווי הנכסים של עכשיו שהרי הוא התחייב חוב גמור אלא שהטיל תנאי בדבר באם יתנו לה חלק בנכסים הלכך אף שיכולין ליתן לה דמים מ"מ צריכין ליתן כפי שהם שוין עכשיו בעת קיום התנאי ואף דאם היו מסלקין אותה אחר מיתה מיד בעת שלא היה עדיין שבח והיה שעת הזול לא היו צריכין ליתן לה כ"א כפי שווין אז ולא היתה יכולה לומר שאינה רוצה לקבל עכשיו אלא תמתין עד שעת היוקר דהא אפי' בהקדש קי"ל בעירובין שאין ממתנין פרה לאטליז ומרגליות לשוק אלא אין להקדש אלא מקומה ושעתה ודווקא כשמכר הקרקע בזמן שידוע שיהיה שוה יותר לאח"ז כמבואר בסי' ק"ט בשם תשובת הרשב"ץ וגם בזה יש חולקין הלכך שפיר מצי מסלקי לה בעת הזול כי זולא דהשתא מ"מ אחרי שלא קיימו את תנאם בזמן ההוא ע"כ שצריכים ליתן לה כפי מה ששוה בעת קיום התנאי וכן נראה במתנה ע"מ להחזיר שיכול ליתן דמיו מ"מ צריך ליתן כפי הדמים ששוה עכשיו ולא מהני כשיתן הדמים שהיה החפץ שוה בזמן הקודם או בשעה שנתן לו המתנה דבתר שעת' דקיום התנאי אזלינן אבל אם כתוב בשטר אם ירצו לתת לה חלק מהנכסים שאניח אחרי וכיוצא מלשונות אלו נמצא שלא נתחייבו היורשים רק לתת חלק מהנכסים שנמצאו בעזבונו בשעת מיתה או הם או דמיהם וא"כ א"צ ליתן רק הדמים שהיה שוה אח"ז בשעת מיתה כשמקיימין התנאי עכשיו מתבטל החוב ואין זה דומה לירושה שנפלה לאחר מיתה שכתבו הגאונים הנ"ל דצריך ליתן לה מזה כיון שפ"י בין בראוי כו' דהתם הרי נמצאו נכסים אלו בראוי והרי ירושה זו היתה ראוי ועתידה לבא שהרי זה מעותד למות ולשמא יעני אחר זמן וערום ישוב אל העפר לזה ל"ח וכיון שהתנו שיתנו לה גם מן הראוי יכול להתנות בדשלב"ל ובודאי אם התנה שיתנו מן השבח שיהא קודם חלוקה הן שבח דממילא או

שבח מחמת הוצאה כל תנאי שבממון קיים ואפילו כתב סתם שאם בעת שירדו לחלוק יתנו לה כו' ובעת ההוא כבר היה השבח צריכין לקיים כפי התנאי שהרי לא נפטרו מהחוב כ"א באופן זה אבל פשיטא דלא נכלל בשבח דאתי ממילא או מחמת הוצאה בכלל ראוי לומר שע"ז העמיד התנאי שהרי פשיטא אם היו מסלקין אותה תיכף אחר מיתה בעוד שאין שם שום שבח והיו נותנין לה הדמים ששוה אז היו יוצאין מידי התנאי ונפטרו ידי חובתה וכמש"ל ואין יכולה לטעון שתהיה מתון עד שיהי' שבח כיון שהתנה שתטול בראוי דא"כ אין לדבר סוף שהרי השבח הוא דבר שאינו קצוב ועד אימת ליצטערו וליזלו ואף דהש"ך ססי' ק"ד כתב להוכיח דבע"ח גובה מן הראוי כיון דכב"ב מוכח דשבח הוי ראוי וקי"ל בע"ח גובה את השבח עכ"ל.

ולפי"ז מכ"ש להפוסקים הסוברים דאין בע"ח גובה מהראוי ואפ"ה גובה שבח א"כ כאן נמי שהתנה שתטול בראוי כ"ש שתטול בשבח: אך לענ"ד ז"א ודברי הש"ך תמוהין דמבואר ברמב"ן במלחמות ב"מ ובחידושי לב"ב והרא"ש בבב"מ ושאר מפרשים בש"מ דודאי שאני שבח מראוי והא דמשני מקולי כתובה אשבח אבל ראוי אפ"ה לא גבי והחילוק בין שבח לראוי הוא דשבח הוא באותן נכסים שעכ"פ הנכסים גופייהו איתנייהו בעולם משא"כ ראוי דהנך נכסים אכתי לא אתו לידיה כלל וזה מבואר ברשב"ם דף קכ"ב ע"ב בהא דפריך אי דלא אתי לידי דאבוהון ראוי הוא דל"ד לשבח שהשביחו הנכסי' דכיון דהוי אבוהון מוחזק בנכסים והן עצמם הושבחו כמי שהוחזקו בשבח דמי אבל הני מתני' לא זכה אבוהון כלום מחיים והוי שבח עכ"ל ועיין דף קכ"ד בתוס' ד"ה אבל מוחכרת כו' וזה מבואר שהרי הש"ך גופיה סובר דבע"ח שקיל כל שבחיו ואפילו משבח שע"י הוצאה ואלו לענין בכור אפ"ה חפורה והוי שובלי מיקרי ראוי אלא ע"כ דל"ד ראוי דבע"ח לראוי דבכור דהא דאין בע"ח נוטל בראוי היינו היכא שלא זכה הלוא בדבר זה כלל לא מיניה ולא מקצתה משא"כ בזה שהשבח נעשה ע"י קרקע המשועבדת לו ואמנם אף שלענין זה עדיף טפי שבח מראוי מ"מ אם התנה על ראוי אין בכלל זה שבח דמ"ש ובשטר שיטול מהראוי היינו דבר הידוע שהוא ראוי לבא ועביד דאתי כגון ירושה ובכלל זה נמי חפורה והוי שובלי כו' משא"כ דבר שאין ראוי שיבא אע"ג דאפשר דאתי אין שם ראוי עליו ולפי"ז לענין זה גרע דקלא ואלים כו' או נתייקרה מחפורה והוי שובלי דזה שם ראוי עלי' ודקלא ואלים או נתייקרה לא עביד דאתי אין ליתן שם ראוי עליו ואין ללמוד בק"ו זה מזה דבאמת דייקנין בשמא דזה יש לו מעלה דאתי ממילא ולא אישתני אלא שאין ראוי לבא בודאי ולכן אין עליו שם ראוי רק שם שבח סתם משא"כ בחפורה כו' דהו גריעותא כיון דאישתני ומ"מ יש לו מעלה שהוא ראוי ואמור רבנן גבי ירושה העתידה לבא אע"ג שהוא ראוי לבא מ"מ לא גבי כיון דהשתא מיהא אין בידו כלל משא"כ בראוי כגון חפורה כו' או שבח אחר הבא מחמת אותן נכסים עצמם כיון שעכ"פ הנכסים עצמם מוחזקים בידו שפיר גבי מנייהו אבל מ"מ לא יתחייב מזה שאם זיכה לו בראוי לבא שיתחייב מזה שזיכה לו בשבח אע"פ שאינו ראוי ועביד דאתי מחמת שהושבח בנכסים עצמם דאנו אין לנו אלא מה שהתנה עליו כגון ירושה שתבא לאחר מיתה או כגון חפורה כו' דזה עכ"פ ראוי הוא משא"כ שאר שבח דאתי ממילא כגון דקלא ואלים או נתייקרה אע"ג דלענין גוביינא מעליותא הוא מ"מ לענין תנאי גרע דשמו יוכיח עליו שנקרא ראוי אבל מה שאינו ראוי אע"פ שאפשר שיבא ויהיה מכלל הנכסים עצמם

אין נכלל בכלל התנאי הזה כיון שאין עליו שם ראוי וזה ברור לענ"ד: וזה נלענ"ד
בכוונת אא"ז הגאון מהר"מ מפדווא ז"ל בסי' נ"א שכתב וע"ד אשר תבעה דינה מחלקה
אין בידי לחייב ראובן לתת לה שבח דלא מצינו שבע"ח או מקבלי מתנות יכולין לתבוע
ריווח מן היורשים במה שהשביחו היתומים במטלטלין ואפילו במקרקעי אמרינן
בהמקבל אם אמרו יתומים אנו השבחנו מביאים ראיה כו' ויהיה מה בנדון זה שאינו
אפותקי ולא קרקע רק מטלטלין ואין שייך לומר שהחוב בשיעור קרן ושבח באשר
החוב הוא כשיעור חצי ח"ז הנמצא בשעת מיתת יעקב אין שייך לומר שהשבח הוא
שלהם וכן בשאר בע"ח אשר יהיה לו לקבל סך מה בעזבון המוריש ונתאחר מלתבוע
פשיטא שלא יוכל אח"כ לתבוע שום שבח שהשביחו היתומים המטלטלים כו' ע"ש:
והנה אין מקום לפרש דבריו דעובדא דידיה הוה שהחוב הכתוב בשח"ז לא היה כ"א כפי
חצי ח"ז הנמצא בשעת מיתה כדמשמע ממ"ש באשר החוב ההוא כשיעור כו' שהרי
מבואר בשאלה שדינה תבעה המנה או כחצי ח"ז וגם תבעה חלקה בשבח והשיב ראובן
שיבחר לתת לה כחצי חלק זכר אך ינכה תחלה נדוניה שנתן לאחותו כו' הרי מבואר
דלפי בחירת ראובן לא יצטרך ליתן מנה כפי החוב רק פחות מזה ועל בחירת ראובן
ליתן לה חלק בנכסים פסק שא"צ ליתן לה חלק בשבח וא"כ איך דימה זה לבע"ח אך
לפי מ"ש א"ש שזרכם היה לכתוב הברירה ביד היורשים לתת לה חלק בנכסים שימצאו
בשעת מיתה ומ"מ ח"ל שיש לה זכות בגוף המטלטלין דאף דהתנה לתת חלק בנכסים
א"צ ליתן הנכסים עצמם רק כדי דמיהם כמ"ש ל"ו וא"כ אין כאן רק חוב כפי חצי ח"ז
בדמים בלבד ואין לה חלק בשבח שעלה אח"כ כמו שאר בע"ח שמתאחר כו': אך צ"ע
בלשונו שכתב שאינו אפותקי ולא קרקע רק במטלטלי כו' ג"כ מן היתומים לא יוכל
לתבוע כשאין כאן לא אפותקי ולא קרקע המשועבד כו' משמע דאם היה כאן קרקע
המשועבד היתה יכולה לתבוע השבח וז"א דאף בקרקע נמי אין לגבות השבח בכה"ג
דלא מסיק רק שיעור ארעא אם לא באפותקי ונראה דלרווחא דמילתא קאמר דהא אפילו
קרקע אין כאן רק מטלטלין לבד אבל לקושטא דמילתא אף בקרקע דינא הכי וכמ"ש
בסוף דבריו וה"ה לבע"ח אע"פ דגובה השבח היינו כדי חובו כדמסיק שם דמסיק שיעור
ארעא ושבחא ויהיה מה לא מצינו בשום מקום שבע"ח יקח מן השבח יותר מחובו אם
לא בקרקע ואפותקי כו' וכוונתו כמ"ש דלא הוי רק כבע"ח על הסך העולה כפי שיווי
הנכסים בשעת מיתה כיון שכן נכתב בשטר כשיתנו לה חלק מהנכסים שימצאו בשעת
מיתה ובנתינת דמים סגי כיון שלא הקנה לה גוף הנכסים רק בדרך תנאי וא"כ מה
שהשביחו הנכסים ונתייקרו ברשותא דיתמי הוא דאשבח ואייקור וע"ש בשו"ת הנ"ל
סי' מ"ה שכתב כי כל שטרי הבנות ככה הם ליטול חצי חלק בכל אשר ימצא לאביהן
בעת ההיא כו' ור"ל אשר ימצא לאביהן בשעת מיתתו ונכסים אלו כבר ירש בחייו וה"נ
בכה"ג מיירי שכתב הנכסים שימצאו בשעת מיתה אך כפי הנוסחא אשר בנחלת שבעה
כשיגיע זמ"פ ויאותרו בני הזכרים לירד לנחלה ולחלק עזבוני יהיה הברירה כו' חח"ז
מכל נכסי שימצאו לי בעת ההוא בראוי ובמוחזק כו' אבל אם יעברו יורשי שלא יתנו
לבתי הנ"ל כשירדו לנחלה לחלוק כו' מלשון זה משמע שהתנאי היה שיתנו לה מנכסים
שימצא בעת ההיא שירדו לנחלה לחלוק עזבונו ואם בשעת ההוא כבר נשבחו הנכסים
ונתייקרו לכאורה נראה שצריכים לקיים התנאי וכמ"ש אא"ז רמ"א ומהרש"ל ומהר"ם

מלובלין והש"ך וכמש"ל דאף דבנתינת דמים סגי מ"מ גם במתנה ע"מ להחזיר נראה שאם בא לקיים התנאי בדמים צריך ליתן דמי שיווי החפץ בעת קיום התנאי ולא בתר מעיקרא אזלינן ועדיין הדברים צריכים לי עיון ואיני מכניס עצמי בזה להלכה למעשה רק להפקת רצון השואל אף כי כמדומה באמת משל היה ואם הדברים נצרכים להלכה למעשה ואהיה נשאל ע"ז מהיושבים על מדין אשובה אראה לעיין בה כפי הראוי לשקול בפלס ענינים הנוגעים למעשה: דברי זעירא מן חבריא הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה עח רב שלום וברכה.

ברבי' והמשכה. לכבוד אהו' ידידי הרבני המופלג החריף ושנון חכם וסופר כש"ת מוהר"ר דוד יוסף נ"י: אחד"ש אקדמה פניו בתודה על דבר הכתב המושב ספר מעשה רוקח כת"י.

ברוך אתה לשמים שחזרת לי אבדתי. הנה זה כביר אשר רצתה נפשי להשיבו בענין שבח אשר כתב שוב שנית ולא עלתה בידי ושמרתי הדברים עד אקח מועד לשפוט משרים ולהיות כי ארכו הימים יצא מלבי והעתיקו ממני מילין וקשה עלי למגמר בעתיקא אעפ"כ אנכי פניתי מעט לעיין בדבריו הנעימים ואמינ' אנקוט בידאי כל דהו שנים ושלשה גרגרים בראש אמיר אחרי רואי כי הוא מיחל למלקוש דברי אמרתי לרוות נפשו השוקקה וצמאה להגמיאו מים מכדי ויספיקו לו לעת הזאת כדי גמיאה ועוד ידי נטויה בעזה"י בעתים לטובה: מתחלה אבאר במ"ש התוס' דאף שמואל דס"ל במו"מ אחריות לאו ט"ס מ"מ בנגזל מודה והפ"י שם כתב דל"ש דעביד אינש כו' משום דצריך להחזיר גם הפירות וזה סיוע לדברי דתפוס לשון אחרון שכתב רש"י דעיקר סמיכתו שאם יטרפוה ממנו עכ"פ יאכל פירות בינתיים והלכך בנגזל שטרופ גם הפירות ל"ש זה אך לכאורה צ"ע דנהי דהנגזל טורף ממנו הפירות מ"מ הוי פסיד' דהדר שהרי הוא יחזור על הגזלן המוכר ויגבה ממנו הפירות שטרף הנגזל ממנו וכ"כ הפ"י בתוס' ד"ה מאי גזלי מינך ע"ש והכא עדיף טפי שהרי אף אם נימא אחריות ט"ס היינו שדעתו שאם יטרפו ממנו יחזור על המוכר לגבות ממנו דמי גוף הקרקע וא"כ כיון דלשמואל אמרינן עביד אינש דזבין כו' ודעתו על הפירות שפיר י"ל גם אם יטרופ ממנו נגזל דעתו שיחזור לטרופ הפירות מהמוכר ודוחק לומר דכיון שע"כ יצטרך לטרוח בב"ד לתבוע המוכר מחל על הקרן דמנ"ל להתוס' חילוק זה דהא בפשיטות י"ל כיון דמוכחא מלתא שלא נכתב בשטר אחריות תלינן שעשה כן מחמת ספק אכילת פרס דאפשר שבזמן מרובה יעלו הפירות יותר מדמי הקרן ולא תלינן בט"ס וה"נ בנגזל י"ל כן וכדי ליישב זה צ"ל דמידי הוא טעמא אלא לשמואל ושמואל ס"ל דלוקח מגזלן נ"ל שבחא וה"ה פירות כדמוכח מהא דמקשה אדשמואל ממתני' דלאכילת פירות (וכ"כ הפ"י והש"ך בהא דמקשה מדאמר שמואל אמליך כו' ודברי ד"ז הגאון בת"ח שם תמוהים ע"ש) וא"כ א"א לו לחזור על הגזלן כלל ושפיר כתבו התוס' דבנגזל מודה שמואל: ולפי"ז א"ש מ"ש דקשיא לך לשמואל נימא אף במו"מ אחריות ט"ס היכא שטרפה ב"ח אפותקי כיון שטרופ גם הפירות ובאמת שבאו"ת כתב בזה כדבריך ורוצה להכריח מזה דלא כהש"ך אלא אפותקי אינו טורף פירות שכבר אכל אבל לפי מ"ש א"ש דדוקא בנגזל כתבו התוס' כן משא"כ בבע"ח אפותקי אף שהוא טורף הפירות מ"מ שפיר הוא חוזר על המוכר כדמוכח מהא דנוטל השבח מבעל הקרקע וכמ"ש התוס' שם דשמואל מודה בהא כיון

שעכ"פ חל המקח ול"ח בהא למחזי כרבית ולכן בכל גוונא אמרינן בזה אחריות לאו ט"ס דעביד אינש דזבין כו' שהרי אף אם יטרפו ממנו יחזור על המוכר: ונפלאתי על הש"ך בס"ק ששם בסוף דבריו הקשה דאי אפותקי הוה כמכירה א"כ למה נוטל השבח לשמואל הא מחזי כרבית ונפלאתי שהעלים עיניו הטהורים שכבר עמדו בזה התוס' בד"ה דשויה אפותקי ותירצו דמיירי שמכרה קודם שחל הזמן כו' ואם לא נתחווור לו תי' התוס' בזה עכ"פ היה לו להזכיר דבר' התוס' בזה: איברא שצ"ע על התוס' במ"ש דניחא הא דקאמר שמואל אמליך כו' ולא קאמר שעבוד משום דמיירי בגזלן כו' וזה צ"ע שהר' התם מיירי בענין שהלוקח חוזר וטורף הפירות מהגזלן המוכר אף לשמואל כדמוקי התם שיש לו קרקע או שקנו מידו ולפי"ז אכתי קשיא דה"ל למכתב שעבוד דאם לא כתב איכא למימר דזבין ליומא וסמיך על טריפת הפירות לבד ולהך אוקימתא דיש לו קרקע י"ל דא"ש דל"ש בזה עביד כו' דזבין כו' שיחזור על הגזלן דמי יודע אם לעת כזאת יהי לגזלן קרקע שיגבה ממנו משא"כ לאוקימתא שקנו מידו קשה דהא בזה שפיר ידע שיוכל לגבות פירות מהמוכר כיון שבשעת מכירה קנו מידו ובזה נדחה ג"כ מה שהיה אפשר לומר דהתוס' לענין נגזל מיירי בלא כתב אחריות לא לקרן ולא לפירות ואם כן כיון שעכ"כ צ"ל אחריות ט"ס טפי יש לומר שהאחריות ט"ס על הקרן וכדאמרינן סתמא כי תבע אינש קרנא תבע ברישא ודוקא בטריפת בע"ח דבזה אמרינן שאין כאן ט"ס כלל דזבין ליומא בשביל אכילת פירות שהרי אין בע"ח טורף כלל אך דמהיאי דאמליך כו' ולא קאמר שעבוד קשה דהתם דכתב פירות בהדיא ואצ"ל אחריות ט"ס לענין הפירות א"כ אם אינו כותב שעבוד שוב י"ל אחריות לאו ט"ס על גוף הקרקע דעביד דזבין כו' ואם יטרפו ממנו גם הפירות יחזור על המוכר וכמו אם נימא אחריות ט"ס דע"כ על המוכר סמיך וא"ל דבשלמא על אחריות גוף הקרקע שפיר סמיך על המוכר כיון שדינו לטרוף ממשועבדי' משא"כ בפירות שאף אם חוזר על המוכר אין דינו כ"א לגבות מבנ"ח ובכה"ג לא סמיך על המוכר ז"א שהרי בכל גווני כתבו התוס' דבנגזל לעולם חוזר עליו אף שלא כתב אחריות והיינו אף היכא שאין ביד המוכר קרקע אחרת כלל בשעה שקנה ממנו וא"כ ע"כ דאם נימא דסמיך על המוכר היינו שיגבה ממנו ממה שימצא בידו ב"ח ואפשר מטלטלין ואפי' מגלימא כו' וכמו כן י"ל שדעתו על הפירות אם יטרפו ממנו יחזור על המוכר לגבות מב"ח שלו וזבין ליומא: לכן נראה כדעת התוס' דלא איכפת לן באכילת פירות בשדה גזולה דאף שבידו לחזור על הפירות מ"מ כיון שאין כאן חלות מקח כלל לאו שטר זביני הוא אלא שטר הלואה הוא דהא אף אותן הפירות שאוכל ליומא אינו מצד מכירה רק מצד קבלת האחריות ועל כ"פ בעינן שיהא שם זבינ' עליו ליומא וליכא וזהו שלא הזכירו התוס' בדבריהם הך טעמא שכתב הפ"י דל"ש עביד דזבין לפי שצריך להחזיר הפירות רק תלי טעמא לפי שאין שם שטר מקח עליו כיון שהוא בטל לגמרי וכן משמע מדברי כל המפורשים שהביא בזה בשי"מ ע"ש ולפי"ז דון מינה בטריפת בע"ח אפותקי כיון שעכ"פ המקח קיים עד שעת טירפא אין שם שטר מקח מסתלק ממנו וקורא לו שם חדש שטר הלואה כיון דבשעת כתיבת השטר היה מקום למקח לחול ומחמת לא שדי כו' אין לומר אחריות ט"ס דשפיר שייך זבין ליומא דהא איתי' בחזרה על המוכר וא"כ שפיר קאמר שמואל במו"מ בכל גווני אחריות לאו ט"ס דעביד אינש דזבין כו' אך באמת אפי' תימא דגם באפותקי אית לן למימר לשמואל דמודה

בזה דאחריות ט"ס הא הך דשמואל מכללא איתמר מדקאמר דצריך לימלך והיינו משום בע"ה דלאו אפותקי צריך לימלך דמשום בע"ה דאפותקי א"צ לימלך כמו שאין צריך לימלך בשביל שדה גזולה דתרווייהו חד דינא הוא דהא נמצאת שאינו שלו ועובדא דרבא בר איהי דא"ל זיל לשלמא התם בע"ה דלאו אפותקי הוה אך מחוורת' כדכתיבנ' דווקא בגזולה קאמרי התוספות אבל לא בע"ה דאפותקי ומטעמא דכתיבנא ומה שכתבת שפ"י והאו"ת חולקים על הש"ך במ"ש דבע"ה דאפותקי טורף הפירות שאכל.

ראיתי דבריהם והם צ"ע לענ"ד כמ"ש האו"ת לחלק בין פירות שאכל לפירות בעין הוא דחוק וכהלכתא בלא טעמא דכיון דהשבח והפירות שהם בעין בע"ה נוטלן מחמת אפותקי דידיה וטוען ארעאי אשבח וכמבואר בדברי הרא"ש דהו"ל לגבי דמלוה כאחת משדותיו והאי דאשבח יורד שלא ברשות הוא וא"כ פירי שאכל זה מקרקע של המלוה מחויב להחזיר לו ומה בין זו לגזולה ומ"ש הפ"י בטעמא דמלתא דהוה כמו ליה ולוה כו' ובע"ה מאוחר שקדם וגבה מה שגב' גבה דזה הלוקח ג"כ כבע"ה על מעותיו ע"ש זה תמוה דא"כ נצטרך לתת דברינו לשיעורין שהפירות שאכל נגד הדמים שנתן בעד השדה א"צ להחזיר ומה שאכל יותר מזה צריך להחזיר וזה לא שמענו וגם שעדיין קו' הש"ך במקומו עומדת כיון דאכתי משכחת דטריף בע"ה אפותקי הפירות שאכל יתר מן הדמים שנתן בעד השדה אך בלא"ה צ"ע דודאי אין מקום לאפותקי לקנות הפירות בתורת שעבוד דא"כ אין לו לגבות יותר מחובו רק בתורת קנין השדה ומ"ש הפ"י שם דאין קנינו של זה עד שיסולק ממנו השעבוד של האפותקי לא ידעתי למה כיון שאין קנינו של בעל האפותקי עד שעת הגוביינ' שפיר היה יכול להקנותו עד שעת גוביינא כמו כל בע"ה שהלוקח אוכל פירות עד שעת טריפא ואף דאפותקי עדיפא מ"מ הא קי"ל כמ"ד דגם אפותקי שפיר היא מכורה לשעה כמבואר בסי' קי"ז ומ"ש הפ"י דאף דלא אסיק רק כשיעור ארעא מכל מקום היה משועבד גם השבח שמא יוזלו הקרקעות ע"ש צ"ע דאף אם נימא כדבריו מ"מ אין שעבוד זה מבטל המכירה והשתא מיהא איגלאי מלתא שאין לו בשבח כלום וגם בלא"ה השבח שע"י יציאה לא משתעבד לבע"ה כלל אם לאמטעם שכך כותב לו מוכר כו' וא"כ מה מקום לחלק לענין שבח בין אפותקי או לא וע"כ הא דעדיף אפותקי לענין שבח היינו שאנו מעמידין הקרקע בידו למפרע ומצי"ל ארעאי אשבח וכיון דארעא דידיה הוא פשיטא דגם לענין פירות כן הוא שצריך להחזיר פירות שאכל מארעא דחברי' כמו גזולה וכמ"ש הפ"י מדברי הרמב"ם וה"ה וה"ה הביא ראייה מן המקרא השב לה כו' ואף שמשם אין ראייה לענין הלוקח דאפשר דהתם לענין לגבות הפירות מן המחזיק בשדה עצמו בגזלנותא מיירי אך בלא"ה מוכח בכמה דוכתי דאף הלוקח מגזלן צריך להחזיר גם הפירות שאכל וכן מוכח להדיא בר"פ חזקת דקאמר הני נוגעין דאי לא אמרינן להו הבו אגר ביתא להאי ע"ש בדברי הרמב"ן בחידו' ובש"ע סימן שס"ג ועיין בשו"ת הרא"ש כלל צ"ה דקרקע כיון שאינו נגזל' ותמיד הוא עומד בחזקת הבעלים וברשותם דאם שטפה נהר אומר לו הש"ל כו' וכי היכא דלטובת הגזלן מוקמינן ליה ברשות הבעלים ה"נ לחובתן והפירות שגדלו על הקרקע של הבעלים הם והגזלן נכנס לתוך רשות בעלים ואכל פירותיהם וחייב לשלם להם כו' ע"ש ואף דגם איהו שם לענין הגזלן גופיה מיירי מ"מ דוק מיניה גם לענין הלוקח ממנו כיון דקרקע זו עדיין בחזקת בעלים עומדת זה התולש פירות עתה הו"ל כגזלן וכמבואר בסוכה בסוגיא

דאונכרי ולפי"ז נראה דה"ה באפותיקי מפורש כיון דקרקע ברשותי' דמלוה קאי ומה"ט קי"ל דשטפה נהר אינו גובה משאר נכסים דמצי א"ל נסתפחה שדך א"כ גם הפירות הם של המלוה: אך שעדיין צ"ע דגזלן שאני שמעולם הקרקע הוא של הבעלים וזה המוכר שאינו שלו לאו כלום הוא אבל באפותיקי דמהני מכירתו עד שעת טרפא דהא קי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה אם כן הנך פירות דאכל עד שעת טרפא דידיה נינהו ואע"ג דשטפה נהר אינו גובה משאר נכסים לאו משום דהוי דידיה למפרע רק דמכי מטא שעת גוביינא שפיר אמרינן כיון שאין לו חוב על הלזה לגבות מקרקע זו וכיון ששטפה נהר נסתפחה שדהו אבל מ"מ עד שעת טרפא דלוה הוי ובמה נפקע זכותו למכרו עד שעת טרפא וכבר האריך הש"ך בצדדי קניית אפותיקי והביא דברי התוס' דכתובות והר"ש בב"מ שכתבו דמיירי באומר אם לא אפרעך כו' יהא שלך מעכשיו כו' ובכה"ג ודאי פשיטא שגם הפירות שלו הם למפרע כדאיתא בב"מ דף ס"ה דאי א"ל מעכשיו הוי כמכירה למפרע ע"ש ברש"י ד"ה הא דא"ל מעכשיו וכן מוכח בפסחים לענין חמץ אך הש"ך גמגם בזה שאין זה במשמעות בש"ס רק דמיירי הכא ככל אפותיקי מפורש דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו ולכן מפרש דזה הוי כאומר מעכשיו ע"ש ולענ"ד צ"ע דמאין הרגלים לומר כן דמסתברא דכל שאין מפורש מעכשיו לא מקני ליה מהשתא ולא מידי ומ"ש הש"ך מדברי הרא"ש בב"מ דף ס"ה צ"ע לענ"ד ע"ש והיה נלענ"ד לומר דודאי אין סברא לומר שיהיה קנוי למפרע כל שלא אמר מעכשיו ואנן הכי קאמרינן דכיון שאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו נמצא דבשעת קבלת המעות הקנה לו מעכשיו שיהיה קנוי לו כשיגיע זמן פרעון ולא יסלקנו בזווי אז יחול הקנין וכמו שמצינו האומר לחבירו שדה זו לכשאקחנה קנויה לך מעכשיו דאע"ג דל"ש חלות הקנין למפרע מ"מ הכוונה שעכשיו בשעת מתן מעות הוא מקנה לו שיחול הקנין בעת שיקחנה וה"נ דכוותה אלא דהתם אינו מועיל רק למ"ד אדם מקנה דשב"ל כיון שאין בידו להקנות עכשיו משא"כ כאן שבידו להקנותו עכשיו שפיר מצי מקני ליה על לאחר זמן ובהכי א"ש מ"ש הש"ך דכבר קדמה קניית הלוקח דבאמת מה"ט נקטו התוס' והרא"ש מעכשיו דכל שהוא מקנה לו באופן שיחול הקנין באותו זמן תו לא מהני חזרה דידיה מה שמוכר ללוקח ולהכי קי"ל דאינה מכורה ממכר עולם רק מכורה לשעה וגם הלוקח גופיה אדעתא דהכי קני לה כיון דאפותיקי קלא אית ליה ועיין ברשב"א וריטב"א קידושין דף ס"ג ובפ"י שם שכתב שע"י הקנין דעכשיו הוא מתחייב לאחר זמן ומהני אף בדשלב"ל ומכ"ש כאן בדשב"ל ואף ע"ג דלא אמר מעכשיו מכל מקום כיון דבשע' מתן מעות אומר לו לא יהא לך פרעון אלא מזו הו"ל כמקנה מעכשיו על לאחר זמן וכעין זה כתב הש"ך אלא שהוא ז"ל נראה מדבריו דהוי כמעכשיו שיקנה למפרע ובאמת אין זה במשמעות הלשון כלל רק דלענין שיהיה הקנין לאחר זמן שפיר הוא חל מעכשיו: ולפי זה נראה דודאי תוך הזמן שפיר חל המקח כדקי"ל שהיא מכורה עד שעת טרפ' והפירות והשבח ברשותא דלוקח קיימא אבל משהגיע זמן פרעון אז בטל המקח של לוקח וחל המק' של הבע"ח והרי זה כמוכר קרקעו לזה עד זמן פלוני ואחריו לפלוני דמהני וכמ"ש הר"ן בנדרי' ר"פ השותפין דודאי יכול אדם להקנות חודש א' לראובן וחודש א' לשמעון ובזמן כ"א קנוי הוא לו לגמרי דהיינו נכסי לך ואחריך לפלוני כו' ע"ש ובזה נתבאר החילוק שאין יכול לטרוף פירות שאכל הלזה עצמו אף ע"פ שעשאו אפותיקי ומלוק' טריף משום דהלזה

עצמו שפיר מצי לסלוקי בזוזי אף לא' שהגיע זמן פרעון ומה"ט מבואר בח"מ סימן ק"ג דאף ע"פ שהוא אפותיקי והגיע הזמן אם מכר המלוה לא מהני לפי שבידו לסלקו במעות ולפיכך אינו טורף גם הפירות ולדעת החולקים שם וס"ל דמהני מכירתו היינו משום דע"י מכירתו חשבינן ליה כאלו גבה השדה וברשותיה קיימא מהאי שעתא אבל כל כמה שלא החזיק בה המלוה ע"י מכירה וכיוצא אכתי ברשות' דלוה קיימא והפירות שאכל הם שלו לכ"ע מהאי טעמא שהיה יכול לסלקו בזוזי משא"כ מלוקח שפיר טריף הפירות שאכל אחר שהגיע הזמן פרעון כיון דקי"ל דלוקח לא מצי לסלוקי בזוזי באפותיקי אם כן מההיא שעתא שהגיע הזמן פרעון הו"ל כדדידה (ובהכי א"ש מה שהקשה הש"ך דא"כ כי אקדיש או זבין נימא דמהני כו' ולפי מ"ש א"ש דאחר שהגיע הזמן פרעון באמת דעת קצת פוסקים דמהני מכירה ואף לדעה קמיית' שם היינו משום דביד הלוח לסלקו משא"כ לגבי הלוקח שאין יכול לסלקו והלכך כשבא לטרוף ממנו הפירות מצי טעין ארעאי אשבח ולפ"ז מ"ש הפוסקים ז"ל דבאפותיקי השבח והפירות של הבעל חוב דארעאי אשבח היינו מה שגדלה הקרקע אחר שהגיע הזמן פרעון דההיא שעתא ברשותיה קיימא ולכאורה מדברי הרא"ש נראה דאף מן הלוח גופיה טורף מה שהשביח לאחר שעבר הזמן שכתב וז"ל וי"ל דמיירי שעשאה אפותיקי כו' והגיע הזמן לאחר מיתת אביהן ולכאורה הוא שפת יתר דהא כ"ש הוא כשהגיע הזמן בחיי אביהן דחשיב של המלוה משעת הזמן וע"כ דמשום סיפא נקטי' שכתב אבל אם אביהם השביח כיון דלא הוחלט ומצי לסלוקי בזוזי שקיל ארעא והיינו דוקא כשעדיין לא עבר הזמן שלא הוחלט משא"כ אם עבר הזמן קודם שהשביח אף שהוא הלוח גופיה מ"מ הו"ל תו כיווד שלא ברשות ונוטל הוצאה ומינה דשבח ופירות של מלוה הם כמבואר ברא"ש דהא בהא תליא אבל אין זה מוכר' בדעת הרא"ש אלא נראה שר"ל ועבר הזמן כו' דהיינו כיון שעכ"פ אחר מיתת אביהן עבר הזמן והם השביחו אח"כ הוי להו כיוודים שלא ברשות ולאפוקי אם השביחו קודם שעבר הזמן אז גם מיתומים אינו יכול לטרוף כיון שעדיין לא הגיע שעת זכייתו עד הזמן שקבע לפרוע לו אבל לענין השביח האב אין חילוק דאפילו עבר הזמן לא מיקרי שדה המלוה כל זמן שלא חלטהו הב"ד בידו ועדיין מצי לסלוקי בזוזי כמ"ש לעיל מש"ע סימן ק"ג ואם כן לא הוי כיווד שלא ברשות וגם לא מצי למטרף מיניה פירות שאכל וכמ"ש"ל: איברא שלא זכיתי להבין דברי הרא"ש במ"ש אבל אם אביהם השביח כיון דלא הוחלט ומצי לסלוקי בזוזי כו' וזה תימא שהרי הרא"ש שם כתב דע"כ הך דאביכם השביח מיירי במסיק שיעור ארעא ושבחא דאל"כ מה בכך שאביהם השביח מ"מ אינו גובה יותר מחובו ע"ש ופשוט דגם למאי דמוקי הרא"ש באפותיקי מ"מ לא מיירי כ"א בגוונא דמסיק שיעור ארעא ושבחא דאל"כ מאי קטעין הבע"ח אביכם השביח (ומ"ש הרא"ש וכי מסיק כו' לא נצטרך כו' דאפילו מסיק שיעור ארעא ושבחא כו' דמשמע מזה דמיירי גם במסיק שיעור ארעא לחוד זה לא קאי רק על גוף הדין דמסלק ליתמי שבחא דידהו היכא דהם השביחו בזה שפיר כתב דמיירי בתרווייהו דמ"מ מחזיר ההוצאה אבל האיבעיא שבע"ח אומר אביכם השביח ע"כ דמיירי דוקא במסיק שיעור ארעא ושבחא) וכן מבואר בדברי ה"ה בשם הרמב"ן ובש"מ בשם הרמב"ן והרשב"א דהיכא דלא מסיק רק שיעור ארעא אדרבא יפה כח היתומים יותר אם אביהם השביח ע"ש ובב"י סימן קט"ו ובלח"מ ולפ"ז מ"ש הרא"ש כיון דלא הוחלט ומצי לסלוקי כו'

הוא אך למותר דאפילו אם הוחלט בחיי האב ולא מצי לסלוקי בזווי והו"ל יורד שלא ברשות מ"מ כיון דזה שמגיע לאביהם בעד היציאה אינו יותר על החוב שהרי הבע"ח מסיק כשיעור כוליה ארעא ושבח' למה לא יגבה מזה דהא הני זוזי שביק אבוהון ואפשר לומר דהרא"ש סובר דאם היה לאביהן דין יורד שלא ברשות אם כן הנך זוזי מגיע לו מהבעל חוב נגד היציאה הו"ל כהלואה ביד המלוה ולא מצי מלוה למיגבי מינייהו דמטלטלי דיתמי לבע"ח לא משתעבדי ואף ע"ג דהם ביד המלוה כמבואר בטור סימן ק"ז שאפילו מופקדים ביד המלוה וכן מוכח בכתובות דף צ"ב גבי ראובן שמכר כו' ופייסנו בזווי דינא הוא דיתמי אמרי אנן מטלטלי שביק אבון גבך כו' ואף ע"ג דאמרינן באם תפס מחיים מהני עיין בב"ח סימן ק"ז דמחלק דוקא בתפס מחיים לשם תפיסה משא"כ היכא שלא בא לידו בתורת תפיסה ע"ש אלא שעדיין יש פתחון פה לומר דאם אביהם השביח שפיר גבי הבע"ח אף מה שכנגד הוצאה דהיינו שיגבה להם קרקע עבור המגיע להם בעד הוצאה והדר גבי מינייהו כדאמרינן התם אי פקח הוא מגבי להו ארעא כו' משא"כ אם הם עצמן השביחו אף שאביהם חייב גם כנגד ההוצאה אין צריך לשלם משלהם באפותיקי ולא היה הרא"ש צ"ל הטעם דבע"ח טעין אביהם השביח כיון שלא הוחלט דת"ל דאפי' הוחלט שפיר גבי מינייהו אם אביהן השביח כיון שהוא חייב כנגד הכל וכמ"ש וצ"ע כעת: ותבנא לדיננא דהא דאפותקי חשבינן ליה כשדה המלוה היינו משעה שהגיע הזמן ואילך ולפ"ז צ"ל מ"ש התוספות ד"ה דשויה אפותיקי דמיירי שמכרם קודם שחל הזמן היינו שהמכירה היה קודם דאל"כ יש מקום לומר שלא חל המקח כלל והוי כרבית אבל מ"מ השבח שהשביח הלוקח היה אחר הגעת הזמן ואף ע"ג דמהיה' שעתא בטל מקחו של לוקח מ"מ כיון שעכ"פ חל עליו שם מכירה תו לא מחזי כרבית ואינו דומה לגזולה ושוב כתבו דאף במכר אחר שחל הזמן מ"מ י"ל שחל המקח לפי שסבור היה לפייס הלוקח בזווי וחל המקח עד שעת טריפא ור"ל אף ע"ג דבשעת טריפא איגלאי מלתא שלא נתפייס בזווי ויעיל קנין שלו שוב צריך המוכר לשלם ללוקח השבח והפירות שטרף הבע"ח ולא מחזי כרבית ומ"מ הבע"ח שפיר טריף השבח והפירות משעת הגעת הזמן ואילך דבשביל שזה היה סבור שיפייס הבע"ח בזווי לא נגרע כח הבע"ח בזה ומה איכפת לו בטעותו של זה כיון דהשתא איגלאי מלתא שלא נתפייס בזווי הקרקע ברשותיה קיימא מהגעת הזמן ואילך ולפ"ז יש ליישב קושית אא"ז מהרש"א במ"ש התוספות יעמיד כשעשאו אפותיקי דהא ע"כ באפותיקי מיירי דאל"כ יטענו הלוקחים הנחתי ולפי מ"ש י"ל דלתרוצי הך קושי' דיטענו הנחתי מצינן למימר דמיירי באפותיקי שמכרה קודם שחל הזמן וגם השבח היה קודם שחל הזמן שבזה אין מקום לטורפו אי לא מסיק רק שיעור ארע' מטעם ארעאי אשבח רק אי מסיק שיעור ארעא ושבח' טורף לפי שכך כתב לו מוכר ללוקח ושפיר מוכח דדאקני משתעבד וע"ז קשיא להו דמכל מקום יעמיד כשעשאו אפותיקי וטורף השבח שהשביח אחר שעבר הזמן דזה מצי לטרוף משום דארעאי אשבח אך קושית אא"ז מהרש"א דלשון התוס' לא משמע הכי דאם כן עיקר חסר מן הספר אמנם כדי ליישב קושית התוס' דהנה התוס' בד"ה דשויה אפותיקי השוו מדותיהם בין מכרה קודם שחל הזמן ובין מכרה אחר שחל הזמן ולענ"ד יש מקום לחלק בדבר דבמכרה קודם שחל הזמן אי לא מסיק ביה רק

שיעור ארעא לא משכחת לה דטריף לוקח פירות דממ"נ אם השביח קודם הזמן אז הבע"ח לא טריף מלוקח כלל דעל מה שהשבי' קודם הזמן לא מצי טעין ארעאי אשב' כמש"ל ואם השבי' אחר הזמן דאז שפיר טריף מלוקח משום דאמר ארעאי אשב' אם כן אין הבע"ח יכול לחזור על המוכר דהא אין שבח זה פוטרו מחובו דהא לא אסיק ביה רק שיעור ארעא וזה הבע"ח שנוטל הבע"ח דידיה קשקיל מה שאכל הלוקח פירות משדה שלו שלא ברשות וגובה היציאה מהבע"ח ואע"ג דהמוכר כתב לו אחריות אין קבלת אחריותו רק על משך הזמן שהיתה מכורה לו עד שעת פרעון המלוה וכמש"ל דהא אפותיקי יש לו קול ולכך גובה ממנו אף ע"פ שיש שם עוד נכסים ומסתמא ידע הלוקח שהיה אפותיקי והוה כמוכר לו שדה לזמן ואחריו לפלוני דאם נמשך והיתה בידו אחר שהגיע הזמן השני מוציא ממנו הפירות שאכל ואין לו על המוכר כלום אע"פ שקיבל עליו אחריות שאין אחריותו אלא כל זמן שהמכירה קיימת בידו וה"ה בזה דדמי למוכר חודש לזה וחודש לזה כמש"ל ואף אם פירש לו אחריות גם על השבח מ"מ אין קבלת אחריות רק שאם יבא בע"ח דמסיק שיעור ארעא ושבחא שזה טורף אף מה שהשביח קודם שהגיע הזמן או משום נגזל ואפותיקי שכבר הגיע זמנו אך באפותיקי שמכרה אחר שחל הזמן שפיר חל חיוב האחריות על המוכר דהו"ל כמוכר שדה ונמצאת שאינו שלו ובכה"ג שפיר טריף הבע"ח אף בלא דאקני ולא מסיק אלא שיעור ארעא דארעא דידיה אשבח ומכל מקום שפיר חוזר הלוקח השבח מהמוכר כיון שהמוכר קיבל עליו אחריות והו"ל כמקבל אחריות שדה גזולה ולא מחזי כרבית כמ"ש התוס' דסבור היה לפייסו בזוזי ולפי"ז א"ש מ"ש התוס' דיעמוד בשעשאו אפותיקי משום דאף ע"ג דע"כ מיירי בעשאו אפותיקי מ"מ א"א לאוקמי במכר קודם שחל הזמן וע"כ דמיירי שמכר אחר הגעת הזמן וכמש"ל ואם כן ממ"נ אינו יכול לגבות מלקוחות שהם יכולין לטעון ללוקח זה שהשביח קרקע האפותיקי דממ"נ מה שהשכחת לאו עלייהו דאותן נכסים שקנית סמכת דאם היית סבור שנתפייס הבע"ח בזוזי א"כ ממילא שלא יבא לידי טריפת השבח כלל וא"ת שהשכחת ע"ד שהבע"ח לא יתפייס בזוזי ויטרוף השבח מחמת טענה דארעאי אשבח פשיטא שאינך יכול לטרוף בעד השבח דהא בכה"ג לא חל המקח ומחזי כרבית ולא היית יכול לגבות ממוכר כלום אם הוא ידוע שבוודאי לא יתפייס בזוזי והלכך אע"ג דמהמוכר גופי' שפיר גבי משום דאע"ג דחל המקח מחמת דסבור שיתפייס השתא דלא נתפייס אחריותו עליו וטוען הלוקח למוכר היה לך לפייס הבע"ח בזוזי שלא יטרוף הכל מכל מקום מלקוחות לא מצי טריף מטעמא דכתיבנא וא"כ א"א לאוקמי מתני' בכה"ג דא"כ ל"ל טעמא דמפני ת"ה דאף בלא תיקון העולם לא מצי גבי מלקוחות אלא ע"כ דמיירי באפותיקי קודם שהגיע הזמן ומסיק ביה שיעור ארעא ושבחא והא דטורף משום דאקני ושפיר מוכיח מש"ס דאקני משתעבד ובזה י"ל גם קו' הש"ך דמקשה מהא דמוכיח מלאכילת פירות דמיירי בגוזל ונגזל דדלמא מיירי באפותיקי ולפי מה שכתב' א"ש ואין להאריך: אך במ"ש לעיל דמ"ש התוס' והרא"ש שאמר מעכשיו היינו שמקנה לו מעכשיו כשיגיע הזמן אע"פ שיש מקום לפרש כן בדברי התוס' והרא"ש אבל בהגמיי' פך"א מהל' מלוה מבואר שהכוונה על מעכשיו ממש שכתב וז"ל וההיא דפ' המקבל איירי כשעשה אביהם אפותיקי כו' והו"ל מההוא יומא שהתנה עמו כאילו קנאה כו' ע"ש ולכאורה היה אפשר לומר דהתוספות בכתובות והרא"ש והגמיי' סבירא ליה דאף

באפותיקי כיון דאיהו גופיה מצי לסלוקי בזוזא יורשים נמי מצי לסלוקי בזוזי דהא כרעא דאבוהון נינהו ואם כן אי אפשר לחשוב אותו שדה דאפותיקי כאחת משדותיו של מלוה אם לא שאמר מעכשיו ועבר הזמן דאז הקנין חל למפרע משא"כ כשלא אמר מעכשיו נהי דאפותיקי הוה למיגבי מיניה מ"מ מצי לסלוקי בזוזי כמ"ש הרא"ש פ' א"נ ואף שיש לדחות ולומר דהתם מיירי דוקא בשעת הגעת הזמן מ"מ מדברי הטור וש"ע בסי' ק"ג מבואר דאף לאחר זמן נמי יכול לסלקו במעות וכמ"ש בעה"ת שער ג' בשם הרמב"ן שהקדוק מדברי רבא אינו כלום דטעמא דרבא כיון דאילו הו"ל זוזי כו' וה"ט איתא אפילו אחר זמן פרעון ואפ"ל לאחר הכרזה ושומא עד זמן שטר אחלטתא והשתא הוא דקא קני דקאמרין השתא כשהב"ד מגבין לו בחובו הקרקע קאמר כו' ע"ש ומבואר בבעה"ת דהתם מיירי בדאית' למשכנתא בידיה שדומה לאפותיקי מפורש ע"ש ומ"ש הרא"ש בפסחים בהגיע הזמן ק"פ אע"פ שלא אמר מעכשיו קנה ואינו עובר עליו התם במשכונא מטלטלין מיירי אבל בקרקע לעולם יכול לסלוקי בזוזי אף אחר הזמן רק דלהכי אהני מה שהוא אפותיקי מפורש שא"י לסלקו בקרקע אחרת ועיין בח"מ סימן ר"ז (אמנם אין ראייה משם לענין אחר הגעת הזמן ולפי"ז י"ל דיתמי נמי כיון דבמקום אבוהון קיימי יכולין לסלק במעות אף אחר שהגיע הזמן וכ"מ בשי"מ ב"ק דצ"ה בשם המאירי וז"ל ואם היה אפותיקי מפורש כו' ע"ש ולפי זה נראה לפמ"ש דהלוה גופיה יכול לסלק במעות אחר הזמן וכיון שעבר הזמן לאחר מיתת אבוהן ולא סילקו ברשותיה דמלוה קיימא למפרע משא"כ אם אביהן השביח דעדיין היה תוך הזמן ולא הוחלט ומצי לסלוקי בזוזי לאו ברשותיה דבע"ח קיימא ול"ה כיווד שלא ברשות ומ"ש הטור סי' ק"ז דאם היורש רוצה לסלקו במעות יכול לסלקו אף ע"פ שלא ירש מעות מאביו א"כ עשה אביו נכסים יכול לסלקו אף באפותיקי וכן יש לפרש בלשון בעה"ת שער ד' ע"ש והרא"ש לא ניחא ליה לפרש הסוגיא דפ' המקבל בכה"ג שלא ירשו היתומים מעות דא"כ איך קאמר סתמא ארעא כיון דלגוביינ' קיימא דהא אם היה להם מעות ירושה מאביהן לאו לגוביינא קיימא וז"ל דמיירי בידוע שלא ירשו מעות מאביהן ואמנם ה"ה פ' ד"א מהל' מלוה הביא בשם הראב"ד והרשב"א דהיורשים אין יכולים לסלק במעות והביאו הש"ך סי' קי"ז (ע"ש שט"ס מ"ש הש"ך בשם הרמב"ן וצ"ל הראב"ד) וכן מצאתי בשי"מ דף ק"י בשם הרשב"א שכתב ומהא שמעינן דכל דשויה אפותיקי מפורש אפ"ל יתומים לא מסלקי ליה בזוזי דכמכר הוא כיון דלא פריק ליה האב ולא פקיד ליה דלפרקים איאוש מיניא ושבקיה ניהל"ל לפרעון ואפ"ל יורש דכרעא דאבוהן הוא לא מצי פריק וכ"כ הראב"ד עכ"ל ואיכא לדחויי דהתם נמי בכה"ג מיירי שהם רוצים לסלק במעות שלהם וס"ל להרשב"א והראב"ד דהסוגיא מיירי בידוע שלא ירשו מעות מאביהן אך לשונם משמע דבכל גוונא אין יכולין לסלק במעות לפי שלא ציוה האב לפדותה ומכל מקום נ"ל שאין הדברים אמורים אלא בהגיע הזמן בחיי האב דאז שייך למימר כיון שלא ציוה לפדותה איאוש איאוש מינה משא"כ אם עדיין לא הגיע הזמן מה היה לו לצוות כיון שעדיין לא הגיע הזמן והרא"ש ניחא ליה לאוקמי בכל גוונא אף שעבר הזמן אחר מיתת אביהן ולכך כתב דמיירי מעכשיו ואפשר שהרא"ש חולק בזה על סברת הראב"ד והרשב"א וס"ל דבמעות שירשו מאביהם שפיר יכולין לפדותו אף בכה"ג שעבר הזמן בחייו והכי מסתבר טפי דאל"כ ל"ל לדחוקי לאוקמי במעכשיו שלא נזכר

בש"ס כלל מזה רק סתם שאמר לא יהא לך פרעון אלא מזה וטפי הוה עדיף לאוקמי כפשטי' בלא מעכשיו והגיע הזמן בחיי האב אלא ע"כ דס"ל דדוקא במעכשיו דינא הכי ומ"מ מ"ש הרא"ש אבל אם השביח האב כיון דלא הוחלט כו' צ"ע כמש"ל דהא אף לפי מה דמוקי באפותיקי ע"כ במסיק שיעור ארעא ושבחא מיירי וא"כ מה שמגיע להאב בעד המציאה מצי מגבי להו בקרקע והדר גבי מינייהו ויש ליישב ומחמת אפס הפנאי הוכרחתי לקצר: אך עדיין צ"ע במ"ש דלהרא"ש באפותיקי בלא מעכשיו היורשים יכולים לסלק על כל פנים במעות שירשו מאביהם דלא משמע הכי בב"ק גבי אחין שחלקו ובא בע"ח וטרף חלקו של אחד וכתבו התוס' שם דמיירי שעשאה אפותיקי רק דלא מיירי כאפותיקי דפ' המקבל דמשמע התם דירשים לא מצו לסלוקי בזוזי והרא"ש שם כתב שם פירשו התוספות שעשאו אפותיקי ולא אפותיקי דמפורש בפרק המקבל דא"ל אם לא אפרע לך לא יהא לך פרעון אלא מזה אלא שעבד לו כל קרקעותיו וסיים לו קרקע זו להיות לו תחלה לפרעון דאל"ה לא היה יכול ליטול חלק א' מהם לפרעון כו' ע"ש ונראה ברור שר"ל דאי באפותיקי מפורש שאמר לא יהא לך כו' ל"ה קאמר רב אסי דנוטל רביע במעות דהא יורשים לא מצו לסלוקי בזוזי בכה"ג וכמבואר בדברי התוספות דרב ורב אסי בהא פליגי ע"ש ובפרק בית כור ונפלאתי על הטור בסימן ק"ז שכתב באפותיקי יגבה מא' מהאחין הכל ול"מ בכתב לא יהא לך פרעון שנוטל מא' הכל ומכלל' דברי הרא"ש שמיע לן שמפרש הסוגיא בכה"ג ששעבד לו כל נכסיו כו' מ"מ מה שנראה מדבריו שכל עיקרו של הרא"ש בא להשמיענו דאף בכה"ג נוטל מא' הכל וז"א דזה מלתא דפשיטא לדידיה רק עיקר כוונתו לומר דמיירי באפותיקי כה"ג ששעבד לו כו' ובזה ס"ל לרב אסי שנוטל אותו הרביע במעות דכיון דבכה"ג ודאי מצי יורשים לסלוקי לבע"ח בזוזי מצי האח השני לסלק לזה שטרפו ממנו גם כן בזוזי דמצי אמר אנא לבע"ח נמי מסלקנ' בזוזי ורב אינו חושש לאותה סברא ובכה"ג ג"כ בטלה מחלוקת כמבואר להדיא בתוס' דב"ק וב"ב ועיקר רבותא זו היה לו להטור לכתוב בסימן קע"ה ששם כתב אם גבה חלקו של א' מהם כגון שעשאו אפותיקי בטלה החלוקה כו' ושם הו"ל לבאר דאף בכה"ג ששעבד לו כו' נמי בטלה מחלוקת ולא מצי אמר אנא לבע"ח נמי הוה מסליקנ' בזוזי וע"ש בב"י סימן קע"ה שכתב וז"ל וכתב הרא"ש דדוקא היכא שיכול לגבות שדה שלימה כו' ורבינו לא חש לכתוב כאן דברי הרא"ש לפי שאין אנו עסוקין לברר באיזה ענין בע"ח גובה כו' ובסימן ק"ז שהוא מקום לדברי הרא"ש שם כתבה עכ"ל ולענ"ד אין זה מעלה ארוכה דטפי הו"ל לאשמעינן הכא בסי' קע"ה הך מלתא דאפי' לא עשאו אפותיקי אלא שלא היה יכול לגבות שדה שלימה כו' ששעבד כל נכסיו ומצר לו שדה זו להיות תחלה לפרעון דאע"ג דבכה"ג יכולין לסלק בזוזי מ"מ בטלה מחלוקת וצ"ע: ועכ"פ לפי דרכינו למדנו דבאפותיקי שאמר לא יהא כו' לא מצי יורש לסלוקי בזוזי ומשמע דאף בירשו מעות מאביהן דינא הכי דאל"כ ל"ה צ"ל דלא מיירי באפותיקי דמיירי בפרק המקבל כו' דהא שפיר מצי מיירי בכה"ג וכגון שירשו גם מעות מאביהן ואפשר דס"ל כיון דרב אסי סתמא קאמר נוטל רביע במעות משמע דכל גוונא קאמר אף אם לא ירשו מעות מאביהן דינא הכי והוא דוחק וצ"ע: והנה מדברי התוס' ושאר פוסקים שכתבו סתם דמיירי באפותיקי נראה דאף בלא מעכשיו הוי כמאן דגבי' (רק התוס' בכתובות נקטו בדבריהם מעכשיו אבל בשאר דוכתי לא כ"כ) ומ"מ

נראה כמ"ש דדוקא כשהגיע זמן ולא סילקו בזווי וכ"כ התוס' בברכות דף נ"ב וי"ל כגון דאמר לא יהא כו' וכשהגיע הזמן הו"ל כמאן דגביה וכשאר שדות של בע"ח כו' ע"ש מבואר כמ"ש דמשעת הגעת הזמן ואילך הוא דחשבינן ליה כגבוי ואפשר דהתוס' ס"ל דאם הגיע הזמן ולא סילקו אפילו הלוח עצמו תו לא מצי לסלוקי בזווי ומ"מ אם אביהם השביח שפיר שקל הבע"ח השבח ואין מחזיר אפ"י היציאה כיון דבמסיק שיעור ארעא ושבחא מיירי כמ"ש התוס' שם אבל מדברי הפוסקים משמע שיש חילוק באפותיקי בין הלוח גופיה בין יורשיו והך מלתא טעמא בעי דהא יורש הוה כרע' דאבוה וכבר כתבתי לעיל שהש"מ כ"כ בשם המאירי גם לענין לוקח שהסכימו כל הפוסקים וכן מוכח בש"ס דלוקח ל"מ לסלוקי בזווי באפותיקי וצריך ליתן טעם בדבר דהא בכל דוכתא אמרינן מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ומכ"ש דקשה אהא דאמרינן לחד מ"ד דלוקח ל"מ מסלק בזווי אף בבע"ח דלאו אפותיקי ולמה יגרע כח הלוקח מכח הלוח גופיה דמה מכר ראשון לשני כו' ונראה דהך מ"ד ס"ל דע"כ לא אמרינן הך סברא דמה מכר כו' אלא שאנו רואין קרקע זו כאלו היתה ביד המוכר ולכן כל זכות שיש להמוכר גם הלוקח יש לו אותו הזכות עצמו שהלוקח טוען מאי אפסדתיך אלו היה ביד המוכר גם כן היה לו זכות זה ומה"ט קי"ל שאם בא המוכר לסלקו בזווי שפיר מצי מסלק ליה כדאמר אביי דינא דאזיל מוכר ומפצי ליה כו' וכתב הרא"ש ונ"י דנ"מ בעשאה אפותיקי כו' ע"ש והיינו משום דאנו רואין כאלו הקרקע עודנה ביד המוכר והוא מסלק בזווי ולא נגרע שעבודו בע"ח במה שקנה זה משא"כ אם המוכר לא משתעי דינה בהדי של לוקח רק הלוקח בא לסלקו בזווי של עצמו אז מצי א"ל הבע"ח לאו בעד"ד את וה"ז כאלו הקרקע ביד המוכר ואיש אחר בא לסלקו בזווי דל"מ לסלק ליה ועיין סימן קי"ד והבע"ח מצי טעין אנא אדעתא דהכי נחיתנא להלוות לזה ואם יפרע לי מוטב ואם לאו אגבה ממנו קרקע בחובי וכן מבואר בסימן קי"ד דאם אין מי שיעלה בשומא לוקח המלוה הקרקע באותו השומ' ואם כן הלוקח הפסידו במה שנכנס בשעבודו שאלו היה הקרקע תח"י המוכר היה גובה הקרקע בחובו ולכן השתא נמי לוקח לא מצי לסלקו בזווי ומאן דפליג וסבר דשפיר מצי לוקח לסלוקי בזווי סבירא ליה דכיון דלא עשאו אפותיקי א"כ הבע"ח מעיקרא אדעתא דזווי דנחת ולא עלה בדעתו ליקח קרקע כלל אם כן גם בזווי דלוקח הוא מסתלק ואף אם יבא לידי גוביינא בקרקע מכל מקום לא נתברר שעבודו על קרקע זו מה שא"כ בעשאו אפותיקי גם הך מ"ד מודה דל"מ לסלוקי בזווי דהא חזינן דבשעת הלואה סילק נפשיה מכל מילי שלא יוכל לגבות חובו ממ"א רק מקרקע זו וזו היא שעבודו בבירור הלכך אף ע"פ שהמוכר היה יכול לסלקו בזווי מכל מקום הני זווי לאו דמוכר נינהו ויש לו לגבות שעבודו שהיה על קרקע זו באם שלא יסלקנו המוכר בזווי דידיה ול"ש כאן מה מכר ראשון כו' דאם היתה הקרקע ביד המוכר ול"ל זווי בודאי הוי גבה מקרקע זו כמו שהתנה עמו בשעת הלואה ועפ"ז יש מקום אתי ליישב מה שהקשה רש"י אהא דקאמרינן הא דמסיק שיעור ארעא דהו"ל למיתני נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע וגם קשה דהך הניחא הו"ל למפרך בלא הך דשמואל וגם קשה מה שהקשה הרמב"ן ושאר מפורשים דדלמא באמת יהיב ליה גריוו' דארעא ולפי מ"ש יש לומר דלכאורה קשה הא דפריך הניחא למ"ד כו' וקשה דלהך מ"ד מי ניחא דלפי מ"ש עיקר טעמא שאלו היה ביד המוכר ל"מ מסלק בזווי דלוקח וא"כ בקרקע זו אלו היתה ביד

המוכר היה מסלק לו כשיעור חובו והמותר היה נשאר ביד המוכר כשיעור גריווא דארעא היותר על החוב ואם כן אף להך מ"ד צריך ליתן הלוקח גריווא דארעא שהרי הוא טוען מאי אפסדתיך שלקחתי הקרקע שהרי אף אם היתה ביד המוכר הייתי צריך להניח קרקע בעד הדמים שיתר על החוב אך י"ל דז"א דהתינח לענין השבח היותר על היציאה שזה יכול לטעון מאי אפסדתיך לא יהא שהקרקע ביד המוכר ואני ירדתי בה להשביחה שאז השבח היותר על היציאה הוא של המוכר והיית צריך להניח גריווא דארעא וכמוהו כמוני דמה מכר כו' אבל השבח שכנגד היציאה שהוא חשוב קרקע של הלוקח אין המוכר יכול לסלקו בקרקע של הלוקח והלכך אם הלוח לו מאה זוז והקרקע שוה נו"ן זוז ובא א' והוציא עליה נו"ן זוז והשביחה ועמדה על ק"ן זוז דינא הכי שהקרקע והשבח היתר על הוצאה שהוא שייך למוכר הבע"ח טורף בחובו ואותן הנו"ן זוז המגיע לאותו שהשביח בעד הוצאותיו אין צריך הבעל חוב ליתן לו הנו"ן זוז בקרקע כ"א במעות שהבע"ח שגובה הקרקע במקום המוכר קאי ליתן לו השבח כנגד היציאה במעות וכיון דלהך מ"ד דל"מ לסלוקי בזוזי הלוקח נחשב כאיש אחר ל"צ למיתב ליה גריווא דארעא רק מעות כנגד היציאה ולפי"ז א"ש מה שהקשה רש"י דנימא נוטל כנגד החוב מבעל הקרקע דז"א שאם היה החוב נגד מקצת השבח לבד אז נגד מקצת השבח הנשאר צריך ליתן לו גריווא דארעא שהרי גם למוכר היה צריך ליתן ולפיכך צריך לאשכוחי בכה"ג שהחוב הוא כנגד הקרקע והשבח היותר על היציאה ואף שצריך להחזיר היציאה ללוקח מכל מקום מחזיר לו במעות והשתא א"ש הא דלא פריך בל"ז הניחא למ"ד כו' משום דה"א באמת כמ"ש הרמב"ן דיהיב ליה גריווא דארעא אבל השתא דקאמר דמיירי דלא מסיק ביה רק שיעור ארעא ע"כ מוכח דהך נוטל היציאה מבע"ח דקאמר היינו במעות דאל"כ למה לא קאמר נוטל כנגד החוב כקו' רש"י אע"כ דבדמים קמיירי והלכך לא מצי למנקט נוטל כנגד החוב משום דבכה"ג שהשבח היתר על היציאה הוא יותר על החוב צריך ליתן לו גריווא דארעא כמו שהיה צריך ליתן למוכר וצריך למנקט נוטל השבח מבעל הקרקע והוא נכון לענ"ד: ועכ"פ מ"ש דהא דאמרינן דחשבינן לה כשדה המלוה היינו משעת הגעת הזמן פרעון ואילך כמב' מדברי התוס' דבכורות ונפלאתי על הש"ך שהאריך בצדדי קניית האפותיקי ומשמע מדבריו דעכ"פ משעה שהגיע השדה ליד הלוקח הוי כמכורה לבע"ח ובאמת ז"א דכל שלא הגיע הזמן ודאי דאכתי ברשותא דלוקח קיימא אם לא שאומר מעכשיו ומעתה מה שהקשית דא"כ היכא דטרף אפותיקי אמרינן אחריות ט"ס אף לשמואל וכבר כתבתי שכ"כ האו"ת גם כן ולפי מה שכתב' לק"מ דהא מ"מ י"ל דזבין ליומא שבין כך יאכל פירות טרם שיגיע הזמן ואף אם מכר אחר שהגיע הזמן מ"מ כבר כתבתי דבכה"ג שהוא מקח טעות והשטר בטל מתורת מכר שוב באמת דמי לגזולה ואם נתפוס דברי התוס' כפשוטן דאף בכה"ג חל המקח לפי שסבור היה לפייס הבע"ח בזוזי ולא נתבטל השטר א"כ מה"ט גופא י"ל דל"ה ט"ס שהוא קונה על הספק שאף אם יבא בע"ח שמא יתפייס בזוזי לא יבא לידי טריפא כלל ואף שיצטרך ליתן מעות מ"מ תשאר הקרקע בידו עם פירות הרבה שיאכל עד הזמן ההוא ודוקא בנגזל שבודאי אין להעלות על הדעת שיתפייס בזוזי ובודאי ירצה בקב שלו ויטרוף הקרקע עם הפירות ואף הפירות שאכל משא"כ באפותיקי שיש סברא שיתפייס בזוזי דזוזי יהיב וזוזי שקיל ומצאתי בשו"ת הרי"ף סימן ר"ד שכתב וז"ל ומה שאמרת

היכא דכתב לא יהא כו' אין לו בה אלא שעבוד לאו הכי היא אלא גופה של קרקע יש לו.

אבל אין לו פירותיו עד הזמן שהתנו ביניהם הלא תראה שאילו היה רוצה הלוח לסלק שעבודו משדה זו לאחרת דלא אפשר ליה למעבד ש"מ דשדה זו גופה קנויה לו וכן אמרינן הא דמסיק ביה שיעור ארעא ושבחא כלו'. יהא גובה אותה בע"ח כולה ויתן המוכר ללוקח כו' הניחא למ"ד כו' הב"ע דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו נתברר לך מזו שהיא קנויה לו כו' עכ"ל וקצת נראה להגיה שצ"ל דמסיק ביה שיעור ארעא כלומר גובה הבע"ח כולה ויתן המוכר ללוקח השבח והיציאה מבע"ח כצ"ל דהא אהא קאי קו' הש"ס הניחא ותירוצה דמוקי באפותיקי ועכ"פ למדנו מדבריו שסובר דלענין השבח שהוא שייך לגוף הקרקע קני ליה הבע"ח כיון שגוף הקרקע קנוי לו שהוא דבוק ומחובר מה שא"כ הפירות הם שייכים ללוח עד הזמן שהתנו ביניהם ומ"מ משמע מדבריו דלאח"ז הפירות הם של הבע"ח ואפשר דר"ל כשמגיע הזמן שהתנו ביניהם הוא בא לידי גוביינא בב"ד וצ"ע: ומ"ש מהא דשומא הדרא ומחזיר לו יציאותיו אף ע"פ שאין מחזיר הפירות שאכל אין הנדון דומה דהתם הקרקע הוא שלו ממש שהחליטוה הב"ד ומארעא דידיה קאכל רק שחז"ל תקנו משום ועשית הישר שיחזיר כשיהיה לו מעות והשתא הוא שצריך לחזור ולקנות לו ופשיטא שאינו מוחל יציאותיו בשביל שאכל הפירות מקרקע שהיה שלו ואפילו בשבח הוא נוטל חלק כמ"ש הסמ"ע ולהש"ך נוטל כשאר שתלי העיר ונראה טעם הסמ"ע דהכי עדיף טפי שהיתה קרקע שלו ממש ולא אסיק אדעתא דהדרא ואדעתא דנפשה קעביד ואשבח ועדיף מיורד ברשות משא"כ ביתומים דאף אם נימא דעדיפי משאר יורד שלא ברשות כיון דבתורת ירושה נחתי לה וכמ"ש השי"מ בשם הראב"ד מ"מ הפירות שאוכלים אינם מקרקע שלהם ממש דהא ארעא דמשעבדא לבע"ח היא הלכך שפיר אמרינן דמחל ההוצאה בשביל הפירות שאוכלים כמו לשמואל דאמרינן שמוחל על גוף הקרן מה"ט.

ובשאר דברין לא היה פנאי לעיין כעת כי טרידנא טובא בענינים אחרים ואף דברים הללו כתבתי בהפסקות משמשות ולא נסדרו כראוי וסמכתי על שכלו הזך שאעפ"כ ימצא בהם טעם ויערב ויבוסם לו כו': דברי עבד לעבדי ה' זעירא מן חברייה הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד שאלה עט ב"ה יום א' כ"ט סיון תקס"ך לפ"ק פה ק"ק בראד חריפא סכינא שעתא תרמיניה.

ה"ה כבוד אהובי ידידי הרב הגאון החריף ובקי בחזרי תורה כש"ת מוה' נפתלי הירץ נ"י: בפניא דמעלי שבתא הגיעני אמרותיו וקראתי לשבת עונג ומאוד נכספה וגם כלת' נפשי לטייל עמו קצרות ואריכות אפס כי עז המוני טרדותי אשר השיגוני כעת לא יכולתי לראות שרשי הדין בתלמוד ובפוסקים בהרר קודש וסודם כדרכי מעולם ת"ל להיות נוקב ויורד עד שתעמיק המחרישה מחרשת עיוני ואבינה לאחרייתו לא כן עתה אין בידי אף לקצור ראשי שבליים ורק יונקתם לקטוף ולכן רציתי להיות מן הנמנעים ומושכים ידיהם עד אשר יניח ה' טרדותי מסביב אשובה אראה אך לכבודו דרומכ"ת ואהבתו אמינא כיון דלאו דינא קא בעינא ולא עלי קא סמיך ואמטויי שיבא מכשור' לא דלינא אנקוט בידיאי כל דהו מה שעלה מתחלה במחשבה לפני: מ"ש מכ"ת לתקוע יתד על דברי

הרשב"א כשהקנין בא באחרונה מתקן הלשון הנה מבואר ברשב"א שלמד כן מהא דר"פ הכותב ושם כתב רבינו יונה חילוק זה הביאו הריטב"א ז"ל.

והנה הרא"ש שם כתב שיש לקיים דברי רש"י דכיון שאומר לחבירו שהוא שיתוף עמו והקנה לו מוכח שהוא מקנה לו השדה ורב אלפס כתב כו' וקשה כיון דטעמא דלא נסתלק משום דיד בעל השטר על התחתונה כו' מאי מהני קנין לדבר שאינו במשמעות הלשון וכן בכ"מ שאנו אומרים יד בעהש"ט עה"ת אטו אי קני מיניה תהיה על עליונ' ופרש"י עיקר עכ"ל הרי מבואר להדיא כמו שנומיתי למכ"ת מסברא דנפשי דכל שאינו במשמעות הלשון אף קנין אינו מועיל לזה ואף הרשב"א נראה דמודה בזה ודוקא בהא דהקנה לו לדור בו שפיר סבירא ליה להרשב"א בתשובות המכונות לרמב"ן דמהני וכדאשכחן בדף נ"ח לר"מ דאין מוציא דבריו לבטלה נעשה כאומר יקדשו ידיך כו' וכן בדוכתי טובי וע"כ לא אמרינן הכי אלא אם י"ל כן במשמעות הלשון שמקנה לדור בו אמרינן שמקנה הבית לדור בו דבקנין אמרינן דמסתמא בכדי לא הוה עביד וכמ"ש בסימן קצ"ה בשם מהרא"י ואף שאין הדבר מוכרח במשמעות הלשון הקנין מתקן וכ"כ בתולדת אדם לרשב"א סימן ש"א וז"ל וכן בכל מקום הקנין מחזק ומתקן ומכניס בכלל המתנה או הסילוק מה שלא היו כן במשמעו לולי הקנין.

ותדע שהרי שנינו בפרק י"נ בין אקני' וקנינא מיניה לא צריך אלמא דאף על גב אי לא קני מיניה לא הוי מתנה כלל אליבא דר"י דלא נתכוין לכתחלה אלא לאחר מיתה כי קנו מיניה לחזוקי להאי מתנה גלי דעתיה דמחיים מקני ליה עכ"ל והיינו דווקא כה"ג שאפשר לפרש כוונת הלשון דמקנה מחיים ואפשר לפרשו דמקנה לאחר מיתה ומחמת הקנין אנו מכניסין בלשון כאילו פרש"י דמקנה מחיים אף ע"פ שלולי הקנין לא היינו מוכרחים לפרש הכוונה כן והיינו אומרים שהכוונה חל על לאחר מיתה הקנין מחזק ומתקן הענין לפרש הכוונה על אופן המועיל מה שא"כ לומר דמחמת הקנין מסתמא קיבל על גופו זו מנין לנו ואמרינן יד בעהש"ט עה"ת ומסתמא היה הקנין בסתמא שלאחר מיתה יטול כא' מן הבנים וכמ"ש בסימן מ"ב דכל שאפשר שטעה בו הנותן כגון דאמר לישראל דלא מהני במתנה ודאי נתבטל השטר והוא מדברי מהרי"ק ומה שנרשם שם הרשב"א י"ל שהוא ט"ס ואף לפמ"ש הש"ך שם שצ"ע היכא דליכא למ"ד דמהני כו' מכל מקום בכאן יש לומר דעבידי דטעי וסבר דמהני בכה"ג וכמ"ש לקמן ועוד שהרי מבואר בסימן ל"ט מחו' כ"א בשם תשובת הרשב"א שהיה מסופק אם הכוונה שהוא מודה שכבר חייבה עצמה ונטלה בקנין או שנטלה בקנין עכשיו וכתב שאילו נתחייבה עכשיו וה"ל לומר וחיובה עצמה לפנינו וכיון שכן אף מ"ש ונטלה בקנין נגרר הוא אחר תחלת הלשון פלונית הודית שיש עליו חוב ונטלה בקנין וכל כיוצא בזה יד בעהש"ט עה"ת עכ"ל וא"כ ק"ו הדברים בנ"ד שלא נזכר לשון חוב כלל שי"ל דהך ואף נעשה בק"ג המוזכר בשטר הוא נגרר אחר תחלת הלשון שהודית שעשתה לחתנה יורש וגם קיבלה בקנין ע"ז ומנין לנו להוסיף לשון חיוב ויש לומר שטעו בהך שכתב הב"י בסי' רנ"ג שרי"ו כתב בשם הרמב"ן ביוחסין ויורש שאם אינו ראוי ליורשו נוטלו משום מתנה ופשיטא דלא קי"ל הכי ופשיטא דבכה"ג ודאי אמרינן דאטו כולו נשי דינא גמירי ואף ע"פ שהש"ך סימן ס"ח כתב דא"כ בטלת כל דיני מיגו מכל מקום בזה שהדבר ידוע דרובה דעמא דארעא הכי סברי שיכול להנחיל למי שירצה ובעהש"ט לא ידע בענין זה בין ימינו לשמאלו

וע"פ האשה היה חי והיא טעתה וסברה דמהני בכה"ג וע"ד כן קיבלה בקנין וגם בלא"ה מצינו הרבה חולקים על הרשב"א בזה כמבואר בב"י ובתשובת מהר"מ אלשיך ובשאר תשובות נלאיתי לכותבן וע"ש במהר"מ אלשיך סימן פ"ז דאפילו הקנין בא באחרונה והביא ראיה מתשובת הרא"ש.

וגם שנלענ"ד לחלק דהתם דסילק אף בלא קנין מהני רק באמירה בעלמא אם כן אמרינן שהקנין בא לתקן לשון דין ודברים וקאי הקנין אגופה של קרקע משא"כ היכא שאין הדבר מועיל באמירה לחוד וצריך להקנות כגון במתנה אז אם הנתנה באה בלשון שאין מועיל גם הקנין שאחריו לא מהני ועיין בב"י רק א"נ הביאו פד"מ וסמ"ע היכא שצריך להוסיף על השטר לא אמרינן ע"ש ועוד שהרי מבואר בהג"א דכתובות ובהג"א פרק חזקת דלפר"ח ור"י בר שמואל והרי"ף והריב"ם לא מהני עד שיקנו בפירוש מגופה של קרקע.

ועוד נראה דאף לפרש"י ז"ל דדוקא היכא שי"ל שהוא מקנה גוף החפץ אלא שאמר לשון גרוע דדו"ד בזה אמרינן דהקנין מתקן הלשון משא"כ היכא שהקנין הוא ע"ד שאין נתפס כגון שקיבל קנין לבנות דס"ל להרא"ש דלא מהני ולא אמרינן דהקנין מיפה כחו שהרי אין לקנין על מה לחול וא"ל שחל על גופו דמנין לנו לומר כן דע"כ לא מצינו אלא שחל על גופה של קרקע כיון שהוא עסק בה וספק אם בא להקנותה או מדו"ד בלבד ולזה מועיל הקנין אבל שיחול על גופו לא מצינו וכן מצאתי בספר בני יעקב והכי משמע בסי' קנ"ז בקנין לבנות לא מהני אבל בקנין דמחייב נפשו מהני ומשמע דאין חילוק אף אם מתחלה נתרצו לבנות ואח"כ קנו מידם סתם ל"א דמסתמא הקנין הוא על חיוב ע"ש בתוס' והרא"ש ובטור ולכן אם באנו לומר דהקנין הנכתב אח"כ אינו נגרר אחר הלשון שלמעלה והיה ק"ס בפ"ע ע"כ אין לומר שהיה בלשון חיוב נראה דלא מהני ולא מידי כיון שלא חייבה עצמה ליתן בחייו רק לאחר מיתה ואז פקע לה רשותה וקיימי נכסי בחזקת יורשים וע"כ לא אמרינן בסי' ס' דמהני לשון חיוב אף בדשלב"ל אלא אם מחייב עצמו אבל לא אם מחייב את יורשיו וכ"כ בשו"ת נ"ב בשם הגאון מהר"י נ"י אב"ד דק"ק פוזנא בנידון כזה וחותנו הגאון הסכים לזה ע"ש וא"צ לפנים ופשיטא שאינו נופל בזה לשון מהיום ולאחר מיתה כלל רק אם באנו ליפות כח הקנין שהוא כמעכשיו אנו צריכין לומר שהיה במתנת בריא בקנין ולזה יש סיוע מלשון השטר שכתב בו שנעשה ככל מתנת בריא וא"כ הדין מבואר בהדיא בההיא דתטול אשתי בין הבנים דדוקא בנכסים של עכשיו והוי ממש כנידון שכתב במרדכי פרק י"ג בשם תשובות מהר"מ דדוקא בנכסים של עכשיו הידועים בשעת המתנה וכ"כ הרמ"א באהע"ז סימן ק"ח מדברי הנ"י וכבר העלה הב"ח והש"ך סי' ס' דלעולם על המקבל להביא ראיה וכן מבואר בב"י שם בשם פוסקים הרבה ובשם תשובת הריטב"א וכתב שם דאם היה על מטבע אין מטבע נקנה בחליפין: ולענ"ד דבכה"ג דנ"ד גם הרשב"א מודה דלא שייך כאן נמצאו כאן היו רק דווקא במטלטלין שם כלי ביתו ותשמישו אבל בסחורות שהדבר ידוע שעומדים למכור ובודאי כבר מכרה הסחורות שנמצאו אז בידה וזה מקרוב שקנתה אחרים פשיטא שלא חל עליהם הקנין כלל וא"כ על המקבל להביא ראיה שהיה עולה אז לסך כזה שעולה עתה ומצאתי בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' קכ"ח שכתב ג"כ לחלק דדוקא בקרקע אמרינן כאן נמצא כו' לפי שאין עשוי למכור קרקעיתו כמ"ש באשר"י

גבי ההוא גברא דזבין אדעתא למיסק כו' אבל המטלטלין אדם עשוי למוכרם ולהחליפם באחרים אלא שמצאתי להרשב"א אף במטלטלין כו': ושוב כתב לחלק להיפוך דבמטלטלין אמרינן כאן נמצאו.

ומ"מ דבר ברור הוא דלא נאמרו הדברים אלא במטלטלין שאדם לוקח לצורך תשמישו כדאמרינן בפרק הזהב לענין אונאה דמאני תשמישתי' דיקירי עליו לא מזבני אלא בדמי יתירי אבל בדברים העומדים לימכר ודאי דהא אזדו לעלמא והני אחריני ומכ"ש בנ"ד שכן הוא שיוכל להתברר שכבר מכרה האשה בחיי' הך הרבה מאז שכתבה השטר עד עת מיתתה ולא שייך בזה כאן נמצא ויש לי ראיות הרבה אלא שאין צורך שהדבר פשוט לענ"ד שוב ראיתי במהרי"ט אח"כ שכתב חילוק זה להדיא והביא ראיה מהך דב"מ ושמחתי שכיוונתי לדעת הגדול ושם כתב דאדרבא איכא חזקה אחריתי שאין אדם עושה מעות אנפרות וע"ש שכתב דבנ"ד שידוע שנשא ונתן והחליף כמה פעמים ודאי לא שייך חזקה דכאן נמצא וכתב שם דאפשר גם הרשב"א מודה במזכה לחתנו חלק בנכסים ועדיין נשאר זכות היורשים וחזקתם במקומו ע"ש ועכ"פ בנ"ד פשיטא שעל המקבל מתנה להביא ראיה שלא נתרבו הנכסים בשעת מיתה כמבואר במרדכי שם וכך מבואר בתשובת מהר"מ בב' הקטנים סי' למ"ד באם כתבמהיום ולאחר מיתה הוי פירוש גופא מהיום והריווח לאחר מיתה ועד אותה שעה כל הריווח ליורשים ואין לחלק בלשון מהיום ולאחר מיתה בין קרקע למטלטלי כמו שמוכח מדברי ר"י כו' אבל מועטים בשעת נתינת המתנה ונתרבו בשעת חלוקה לא יטול מקבל אלא כפי שהיו שוים בשעת כתיבה ונתינה כו' ואם פשעו בנכסים ונאבדו חייבים באחריותן דלא גריעי מש"ח.

מיהו בגניבה ואבידה ואונסין פטור דאע"ג דהריווח שלהם לא הוו כמו לזה כו' דלכאורה איהו גופא כל זמן שהוא חי והריווח שלו אינו חייב באונסין שהרי אינו לזה אלא נתן מתנה ושייר לעצמו הפירות שלענין הפירות לא יצא מעולם מרשותו ע"ש: ומ"ש מכ"ת דהוי כאילו הקנית הסחורות לפירותיהן כמו שכתבו בההוא דמחמר' כו' אינם בעיני אלא דברי תימא ומכ"ש לפי המבואר שם דעת הפוסקים דאי לדמי קאמר אין אדם מקנה והתם לר"ה מיירי דס"ל אדם מקנה עיין במהרי"ק סי' צ"ד וא"כ לפמ"ש דאין מקום לקיים השטר רק אם נאמר דהקנין הוי כמעכשיו ולאחר העדרתה א"כ יש להסתפק אף על הנכסים שהיה ביזה לפי דעת הפוסקים דכל שהקנה דבר שברשותו ואינו ברשותו כ"א הוי קני את וחמור וא"ל דא"כ יתבטל השטר לגמרי ז"א דהא איכ' למיתלי שטעה וסבר כדעת הפוסקים דמתוך שקנה זה קנה זה ועיין בכה"ג סי' מ"ב שכתב דלהרשב"א אף אם מתבטל לגמרי היכא שיש ספק שהשטר לא נעשה כדינו כגון ההוא דהרשב"א דאפשר לא נטלו קנין אמרינן יד בעהש"ט עה"ת גם יש לעיין לפי דעת ה"ה בהל' מכירה אליבא דהרמב"ם דסתם קנין לא הוי כמעכשיו וכן נראה מתלמידי הרשב"א עיין בב"י סי' ר"ז א"כ מה מועיל מ"ש ואף אם היו בק"ג א"ס כיון שעיקר הזכיה הוא לאחר מיתה וה"ש מכ"ת ממ"ש המרדכי דכיון שכתוב בשטר כתיקון חז"ל הנה אם נאמר כמ"ש דהשטר מועיל לענין הנכסים שיבורר שהיה לה אז א"כ אין מזה הכרח כלל להעמיס בלשון השטר ענין אחר שלא נזכרו בו כלל ועוד דע"כ לא אמרינן הכי אלא כשהעדים מדברים בלשון עצמם ומעידים שהשטר נעשה כתיקון חז"ל ובהכי מיירי רבינו ברוך משא"כ היכא שכותבין הלשון בשם הנותן שאין בכלל עדותן שהנותן פרט דרכי הקנאות

רק שאמר להם לשון זה בכלל וכיון שלא פרט אופני ההקנאות לא מהני מידי וכמ"ש בפ"א ח"ב בשם שו"ת פני משה ח"ב והביא ראייה מתשובת הרא"ש ע"ש וא"כ אף אנו נאמר בכאן שאין עדים כלל רק כתב ידה מעידה שהיא עושה כן וכיון שלא פרטה אופני ההקנאות אינו מועיל ואף שי"ל דהודאה עדיף טפי כמבואר בש"ע סי' ס' ועוד דוכתי באמת ז"א דע"כ לא אמרינן התם אלא היכא שהוא נותן הודאה לשעבר ואומר נתתי כו' משא"כ כאן שכתב ובכן מודה אני ח"מ אשר אנכי עושה את חתני כו' ומה יועיל מה שכתבה כי כל הנ"ל נעשה כתוקף כל מעב"ד ושטרי מתנות אשר תקנו חז"ל ועל דעתם דרבנן נעשה כל הנ"ל ועינינו הרואות כי מ"ש שנעשה כתוקף שטרי מתנות שתיקנו חז"ל היה ניהי מילי דכדיבי וגם לפי מה שכתוב בפמ"א שם לחלק דדוקא היכא דליכא פלוגתא דרבוותא מהני לשון כתיקון חז"ל משא"כ היכי דאיכא פלוגתא מי יימר שנזכרו לעשות וליחוש גם להני רבוותא דפליגי בהא ע"ש בפמ"א ח"ב סי' ט' אם כן אף בנ"ד כיון דאיכא דיעות הסוברים מתוך שקנה זה קנה זה וכך היתה סבורה שהוא תיקון חז"ל וגם שלענ"ד אין זה כ"א כשיש כן במשמעות השטר משא"כ כאן שלענין גוף ההקנאה לא נזכר בדבריו שום לשון מתנה או לשון הקנאה באופן המועיל רק כתבה אזי חתני הוה ליה יורש בעזבון ופשיטא דלאו כלום הוא ואטו אם אחד הודה שעשה לחתנו יורש ונתן לו שטר כתיקון חז"ל מי מהני כיון שידוע תיקון חז"ל להיפוך שבת בין הבנים לא תירש ולשון כתיקון חז"ל אינו מועיל רק אם אפשר לפרש דלישנא דמהני ביה קאמר ומה שכתוב בשטר נעשה כמו כל מתנות בריא מסתפק אני אם יש בלשון הזה גם כן מתנה ואפשר דרצה לומר שנעשה כמו מתנות בריא אבל לא מתנה ממש וכמ"ש מהרי"ו סי' נ"ט בא' שאמר אתה מכחיש כמו ממזר שי"ל כהא דדרשינן היתה כאלמנה ולא אלמנה ממש או כדאמרינן ביבמות כמעשה דער ואונן דלא הוי כמעשה ער ואונן ע"ש ואם אמרתי אספרה כמו מחול ירביון ואפשר דהכא שכתבה לשון כמו כל יש במשמעותו שגם זה מתנת בריא הוא ומכל מקום קשה להעמיד יסוד ע"ז וגם על הלשון שכתב נעשה כתוקף כל מעב"ד ושטרי מתנות אין בכלל זה הקנאה וע"כ לא אמרינן בין שנזכר לשון מתנה בתחלה כו' היינו שנזכר בשטר גם כן הקנאה בתורת מתנה אז לא איכפת לן בלשון ירושה ואף לשני ב"א מ"מ אמרינן דהך ירושה נמי מתנה הוי כמו לאידך אבל אם לא נמצא בשטר קנין מתנה כלל מאין הרגלים לומר לפי שהוא נרמז בשטר שהוא ע"ד מתנה דמהני והיה אפשר לצדד ע"פ תחילת הלשון אשר אני עושה את חתני וב"כ וי"א להיות לו חלק אחרי העדרי כו' (ובפרמ"א הביא בשם המבי"ט ח"א סי' קצ"ג במי שאמר בית זה יהיה לפלוני בני דהוי לשון מתנה כמו יטול יזכה וכן כתב הש"ך בשמו בלשון יהיה ומכל מקום נראה דהך לישנא אשר אני עושה את חתני כו' לאו לישנא דמהני הוא וגם נראה דקאי אסיפא דלישנא אזי חתני יורש כו' וגם שהרי כללה גם יורשים אחריו והוה כלישנא דמהני הוא וגם נראה דקאי אסיפא דלישנא אזי חתני) כהקנה לנולדים גם כן גם מה שכתב מכ"ת לפי שכתוב בשטר ואם אנשא לבעל חוב עלי להתנות כו' לענ"ד אדרבא לשון זה מגרע דאם איתא שנתנה במתנה גמורה מהיום לאחר מיתה מה צורך להתנות עמו דהא בלא"ה מכר האב אינן מכורין וגם אם נאמר שקיבלה עליו לחוב הלא החוב הוא כשיעור שישאר נכסיו אחר מיתה ומה ענין תנאי הבעל בזה ואפשר לפי דקי"ל לוותה ונישאת כו' ומ"מ לא מחוור להעמיד בשביל זה לשון חיוב: ומצאתי

בתולדות אדם לרשב"א סי' ל"ו וז"ל ראובן הוציא שטר מתנה משמעון חמיו וז"ל תנו לחתני מחמת שרציתי והקניתי לו ד"א בחצירי במתנת בריא מעכשיו לאחר מותי שיטול בנכסי כא' מבני הפשוטים הן כלים כו' והקניתי לו כח וזכות וקנין מעכשיו לאחר מותי כו' וקנינא מפלוני הנ"ל אכל מה דכתוב ומפורש לעיל במנא דכשר למיקני ביה והשיב ערבובי דברים אני רואה שמעיקר לשון ראשון נראה שלא נתן מה שנתן אלא אגב כו' ואם כן לא זכה כלום דאין קרקע ניקנית אגב קרקע ועוד דשטרות לא קנה כו' וכן מ"ש לאחר מכאן זכותי הקניתי כו' אינו מועיל שאם הוא נגרר אחר קנין ד"א כבר כתבתי שאין בזה ממש ולכשתמצא לומר דקנין מחודש הוא שחזר ונתן לו בק"ס מעכשיו ולאחר מותו כל זה אינו שוה לגבי השטרות דהא בעינן כתיבה וקנין אף על גב דסתמו לכתובה מכל מקום אנן כתיבת קנין בעינן וכן אם היה מטבע לא קנה כו' וכן כל הנכסים שעתידי לקנות והרווח שעתידי להרוויח אינו יכול להקנות דדשלב"ל הוא ולא קי"ל כר"מ כו' אבל הנכסים שיש להם אחריות ואפילו שאין להם אחריות אם היו לו בשעת המתנה קנה מכל מקום אם מכרן אין לחתנו בהם כלום לפי שלא הקנה לו חלק אלא באותן נכסים שישארו אחריו וקיימא לן כרשב"ג דאין לשני אלא מה ששייר הראשון ואפילו מכר או נתן במתנת בריא מה שעשה עשוי ואפילו במכר במעות ומאותן מעות קנה אחרים אין לו בהם כלום לפי שאילו נכסים לא היו לו בעולם ולא קנה כמ"ש ומכל מקום מה שנמצא שם מקרקע ומטלטלין ונפל בהם הספק אם היה בשעת מתנה אם לאו באלו ודאי קנה אם הקנה לו נכסים בקנין כלשון אחרון שבשטר והטעם משום דכאן נמצא כאן היה ומי שטוען שלאחר מכאן חזר ולקח עליו הראיה וכן דעת הגאונים ז"ל עד כאן לשון הרשב"א ז"ל וצ"ע על מה שנסתפק הרשב"א אם הוא קנין מחודש שהרי בפירוש איתמר בסוף השטר וקנינא במנא כו' ועל כל פנים עינינו הרואות דהרשב"א גופא נשאל ענין כנ"ד ממש ועדיף מיניה שיש גם כן שני קנינים וכנדון דאיתא בתשובת הרמב"ן ופסק הלכה למעשה דדוקא אם הנכסים שהיו בשעת הקנין הם עכשיו בעין ממש קנה אבל הנכסים שבאו אחר כך אפילו קנה מאותן מעות עצמן לא מהני וע"כ כמ"ש לחלק דאין לנו לחדש ולהכניס בלשון מה שא"א לומר שנכלל בו ואין הקנין מועיל רק לפרש דבריו ולא להוסיף ולסמוך לו ענין מבחוץ ואנו אין לנו אלא דברים ככתבן וכבר כתבתי דלדידן אין להוציא בטענה דכאן נמצא כדעת האחרונים ומכל שכן בסחורה העומדת למכור וכמש"ל ולכן אף אם היו נמצאבאיזה פוסק או תשובה מהאחרונים היפוך זה נראה שלא היה לפנייהם דברי הרשב"א הנ"ל וגם לו יונח שיש ממש בשטר זה עדיין אנו צריכין למודעי אם קאי על כל נכסים לפי הלשון השטר הן מזומנים כו' דיש לומר דשאר דברים שאינם בכלל זה לא הקנה לו והכי קאמרה ליה מכל שימצאו לי אז הן מזומנים הן מתכשיטין ומלבושים אבל משאר דברים כגון סחורה ושטרות לא ואף על פי שמתחלה אמרה להיות יורש בעזבון ואפשר דלשון עזבון כולל הכל מכל מקום הרי לשון יורש לאו כלום הוא וגם הא קיימא לן דהלך אחר התחתון ואחר הפחות שבלשונות ועיין ס"ס רנ"ג בתשובת הרשב"א שכתב שם דלשון הן תוספת ביאור של עין יפה הוא היינו משום דשם יש לפרש דעליונות שבעליונות קאמר אבל בלא"ה אין בכלל אלא מה שבפרט ועיין בתשובת הרא"ש בטור ס"ס רכ"ה דאע"ג דאיכא למידק מדברי המוכר איפכא מכל מקום כיון שמהלוקח איכא למידק איפכא אוקי

ממונא בחזקת מרי' דאחריות טעם לבד קיבל עליו וע"ש בענין פירוש מקצת אחריות וידעתי כי הוא בפיו תלמיד ערוך בכלל ופרט ובעל הדרך לנגדי ירט וקול המוני הטרדות עתקו גם גברו מושכין אותי אילך ואילך ממושך וממורט ולכבודו כתבתי זה המעט דברי ידידו לנצח: הק' אפרים זלמן מרגליות מבראד תם ונשלם חלק שני מחלק אבן העזר