

UTL AT DOWNSVIEW



D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 11 04 21 09 022 8

RECEIVED
HARVARD COLLEGE LIBRARY

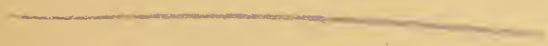
BM
522
.3
A5
v.2

Danushevski, Moses ben Abraham
Be'er Mosheh

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

16999



ס פ ר

באר משה

כולל

שאלות ותשובות ובאורי ענינים בכמה
מקצועות בהלכה בשלשה חלקי שו"ע
יורה דעה אהע"ז חו"מ

חלק שני

על אהע"ז חו"מ

חבר בעזר השית החונן לאדם דעה

מ א ת י

משה דאגושעווסקי באאמו חרב תפורטם בתורת ויראתי מו"ה אברהם זצ"ל
אב"ד דק"ק סלאבאדקא.

וויילנא

ברפוס ה' פראדעל מיין תהי.

שנת תרס"ה לפ"ק

БЕРЪ МОШЕ.

Респонсы по талмудическимъ вопросамъ.

Сочиненіе М. Данюшевскаго.

Часть II.

ВІЛЬНА.

въ типографіи Л. Л. Маца, на Завальной
ул., домъ Вендорфа.

1905 г.

84
522
3
A5
12

Дозволено цензурою 16 Ноября 1904 г. Вильна.

באר משה

חלק שני

אבן העזר

סימן א

עובדא דהוה בק"ק סוויר בח' אלול שנת תרפ"ב
שנהרג יהודי אחד שמו אברהם ליב בן שמואל
הכהן ע"י א"י וזהו תורף הגבי"ע.

ביום ד' שנת אברהם ליב הנ"ל עם בחור אחד ענגלון יהודי
סיסעו עמו לכפר, שיבאו בליה לשם... וכשאלו
סמוך לכפר כערך ח' ויארסט, העמידו את הענגלון עם
הסוס והעגלה שנסעו עליו ביער קטן, והמה הלכו לכפר...
ואמרו שימתין עליהם עת קטן, וכשאלו לכפר הרגישו
הומ"י הא"י שכפר ורדפו אחריהם, והבחור ברח, ואת
אברהם ליב הנ"ל תפסוהו הא"י והכו אותו מאד, והענגלון
שמע קולו שלטק, נוהלך רחטעוועט"י והבחור שותפו הנ"ל
בא הומ"י למקום שהענגלון עמד שם, ואמר שהרגו לאברהם
ליב, זה העיד הענגלון לפני ב"ד בתו"ע כד"ת. גם העיד
שלמה ביום ה' נסע לאשמינא, ושמע בדרכו שבאותו הכפר
הרגו הא"י ליהודי אחד שבה לכפר לנגיב סוסים, ואמרו של
אברהם ליב הנ"ל חקר אחריו למען ימלאהו ויביאו לקבר
ישראל, וע"י השתדלות איש אחד יהודי הדר בכביצה הריא,
אשר שמע במשך זמן הנ"ל ונדע לו מאת א"י אחד אשר
שלמו לו עבור זה, שיחקור ויודיעו אי' נמלא הנהרג, ויודיע
להם המקום שמוצא בתפירה שקברוהו שם, ואמר להם
שימלאהו שם בלא כובע ובלא בתי הגלים (שעוויל), ואחרי
שנדע להם השתדל אחיו של הנהרג שמו אהרן שלמה ובא
עם שוטרי הפאליזע לזמן שעה עשר יום אחרי הליה שנהרג,
ורפשו באותו המקום ומלאהו בקבר בבגדיו, היינו כחונת
יומנסיס והרבע כנפוח ובגד לעטניק, ואחיו הנ"ל העיד על
בגת בגדים ב"ע, וגם העיד שהכיר את אחיו הנהרג
ב"ע, וגם אמר סימנים על הבגד הלעטניק שהיו בו קעשינא
תחת שח"י, וכן ב' קנעשליך שנתסרו מן הבגד ורק התחתון
נשאר, וכן אשתו הוסיפה בהרבה ע"כ"ע על הבחורה ועל
הא"י, גם אמרה שיש לה סימנים על גופו היינו
קאלענעשוואלעז בעגל, זורנגעלעס, ברנליס שלו, ועוד
הסינים העלוינים היו בהם מים גדולים ורחבים ביותר, ועל
הא"י אמרה סימנים שנתסרו ערס רחתי אותו, כי איש
אחד לקח אותו ומסרו לאחד שהיא תגיד בו סימנים, וכן הגידה
עליו אשתו הרבה סימנים שנתסרו, כן נמלא על"י בהא"י
והיא אמרה שהיא בודיה תפירה העל"י ומגרת ב"ע את
תפירת העל"י שהיא תפירה אותו וימרת בגמולס את המקום
הגיטה להטלי, וכל זה נאמרו לפנינו בחזרה עדות כד"ה

א"ר

במוצב תלחא היינו הגדת הענגלון ואחיו של הנהרג ואמרו
ועוד אחיו השני שמו יומן, ועוד איש אחד שראה אותו ואמר
שמחלה לא הכירו מחמת שנשחזה הרבה, אך כשהסתכל בו
היבט הכירו, ועוד דברים אמרו בגב"ע ויוזן מוסך מה
שכתבו בהתשובה שהערכתי בידון זה, וזה אשר הערכתי
בצו"ה בידון הנ"ל:

א ראשונה אחקיר בעדותו של זוסמן ב"ר ברוך יחקר
(הוא הענגלון שנסע עמהם) שהעיד שהבחור
שברח אמר לו שאברהם ליב נהרג, אם כוננתו היה שראה
מרחוק שנהרג, הרי לנו עד מפי עד שנהרג אברהם ליב
ע"י הא"י אשר השיגוהו, רק שהיינו דנין בזה דין עד אחד
במלחמה, וזה דומה למה שאמרו בגמ' יבמות (קפ"ו ח) נפלו
עליו לסעים הוא מת ואני נלתי דאמרין שם דוקא באשה
משום דכלי זיינה עליה ואין יראה לכן נאמנת, אבל באיש
כיון שהוא ירא ג"כ הוה דין ע"א במלחמה ואין נאמן,
ובפרט בג"ד שאמר בעלמו שגם אותו רצו לתפשו בודאי
הנ"ל דין ע"א במלחמה, ובדין ע"א במלחמה קי"ל בשו"ע
(סימן י"ז סעיף ז') שאם נשאת לא תלך, וא"כ הרי יצאת
מה"ת מואסור א"א ואין לנו רק אוסור דרבנן שאסורה להנשא
לכהתלה, אך באמת לפה"מ מסיגנון לשון העד שאמר שנהרג,
מראין הדברים שלא הגיד לו ידיעה נמורה שודע שנהרג,
רק השערות חזקה שבעינו נחשב שבדאי נהרג ע"י הרבה
מנות שהכחו שראה שחוק או שמע, והוא אמר ברי ע"ז
בדמיון השערות, וא"כ בעדות כזה מלמא דפשיטא הוא שאם
ניסת תלך:

ב א"ך מה שיש לנו לדון להיתרה ע"י עדות של זוסמן
הנ"ל, הנה זה נודע לנו ע"י עדותו שה' אברהם
ליב במקום הנ"ל, וגם נתפש ביד הא"י בכפר כנגד והכוח
מנות רבות אכזריות קרוב לתשם מיתה, כאשר שמע מפי
הבחור הנ"ל, ומאז נאבד ואח"כ נמלא הרוב באותו המקום,
ח"כ לדעת המב"ע והשב יעקב שדמ"ש שגם בירעני שהלך
באזורי מקום ואח"כ נמלא שם מת, שאמרין בזה שמה"ת
תלין לומר שאותו שנאבד הוא המת הנמלא, ואף שרבים
מהאחרונים חולקים ע"ז, מ"מ במקום שאין השירות מלוזות,
הכדיע השב שמשתחא (שמשתחא) סוק י"ט) להקל, והבא בג"ד
עדיפא עפי כיון שאברהם ליב היה שם בחומת מקום בודאי
ונתפש ביד הנכדים, אין ספק שמה היה שם אחד שנהרג
על ידי הנכדים והוא נילא מוליא מירי ודאי כשברחו של
הש"ס הנ"ל. הוי לרון בג"ד אם נוכל להטליע לאותו
המקום שנמלא ההרג אין השירות מלוזות, לפי שצנרו כמה
ימים מן יום שנאבד האיש אברהם ליב עד עת שנמלא, ואולי
בהמשך

בהמשך אותו הזמן מליים עובדים וצבים אחרים ויחשב זה במקום שהשיירות מזויות, מ"מ נראה לענ"ד שיש מקום לגדל ולדון להיות ע"פ הערות שאמר שלמחרתיו נסע ואמון הג"ל לאשמינה וזמנע שנהרג שם יהודי שתפסוהו בנגב, וכפי עדותו שמע על אותו המקום שבציבה ההיא, וא"כ שפיר נובל לחושבו לחון השיירות מזויות הוא שבלילה חין מזוין ע"פ כל כך, ועוד שמה שמע על זה יהודי ג' וא"כ חושקו שיש נכבוס בשולם, מ"מ לא נובל לומר ע"ז שירות מזויות וזהו ודאי בחון שירות מזויות, וכיון שרענו שאברהם ליב היה שם בלילה שלמחרתו שמע השמועה שנהרג והוא הלך לנגב ונתפש בידם, ואין ספק שמה הוא ניצל מידם ואח"כ בא אחר לנגב ונתפש והרג מזוילי מירי ודאי שהיה שם, וכסברתי של השב שמשתתף הג"ל:

ג) ובאמת אם יש לסמוך על העדות ששמע מהנגברים שנהרג שם יהודי אחד נגב שזה נובל לחושבו ששמעו היה מה"י מסל"ת, ונראה לענ"ד שפיר יש לחושבו מסל"ת, דהא נעכרים שהגידו וספרו לו לא התכוונו להעיד ולא להתיר כיון שלא ידעו שמו וגם לא ידעו על היהודי הזה שיש לו ידיעה מזה הגם שלא ידעו אם היה בספור הא"י ששמע וזמנע מהאם קישור דברים, מ"מ הא לעיקר הדיון קיי"ל כד' הריב"ש דלא צענין קישור דברים, ורוב הסובקים נוטים לשיטתם ובדו"חיה (בסימן י"ז סעי' י"ד ונח"מ ו"ג ס"ג), ולכאורה יש לחוש בזה שאמר ששמע בנכסוהו לאשמינה ובחזרתו בזה ה"ו שנהרג יהודי נגב, אשר ודאי לא שמע מן הסורים בעלמם רק שמע מה"י אחרים, ושמעו ממשעה הריגה חולי נחשב זה רק קול הברה, ולא מוקרי זה מסל"ת וכדו"ח' (נח"מ סעי' ג'):

אמנם באמת מה קול הברה קשה מזה לגדר זאת כיון שמה מפי עד נכס זה מסל"ת כבר שיערות אשה, בשלמא להסורים דבעינן קישור דברים יש לחוש בקול הברה חולי מו שבה מהאו מקור השמועה לא היה מסל"ת, אך למהלך דלא צענין קישור דברים א"כ כל שמיעת קול וגם מן פסולי עדות לא יאלץ זה מן גדר מסל"ת, דהא הקול יאלץ מהלך שאמר זאת לכל הפחות, והנה דין קול הברה הוא מותרתו של הרשב"א בתשו' המזוהרות להרמב"ן, ומדברי הה"ד, אבל דעת רבינו מרובל שפסוקה הובא בתשו' (מהר"מ אלפקר סימן קי"ג) ז"ל, על ראוונ שהיה רגיל לילך בו פעם אחת הלך ולא חזר וכשמע שנהרג ולא בא אפילו נכדי אחד מסל"ת, שהשיב ביון ששמע מפי נכרים שנהרג, כיון שלא נשמע עליו שהוא קיס, סומכין על דברי הנכרים ומשיחין את אשתו ש' הרי דעתו שבהם שמועה מחוקקין במסל"ת, ובספר עזרת נשים למנה"י אפן חזין צביון צביוהו לסימן י"ז שלפל הרהר בזה, והוא לידד לחלק בין דרבינו מרובל להא דקול הברה, משום שס' בעובדא דרבינו מרובל מבורר שני דברים השמועה מזויה הוא בא שהוא נגכרים יגם כוונ המיתה יש"ש"ה שהאר"ק הרהר, עוד כתב בסוף דבריו לחלק בין היבא במשיקא אחר וכשמע שנהרג שלא חזר מדרבו נתפשט הקול, מהמנה זה הפלא בלא חזר, בזה לא מהני מה שאמרו שס' מענינו או שמועתי, משא"כ היבא שקרוב אחר שגאבד ערה נהפשת הקול כה חזר ואמר שמועתי שמה פלוגי או שנהרג ולא הגיד דמי שמע, בזה יש חוכמים הוא דעת מהריב"ל, ויש מתורנין הוא דעת מרן הפ"י ע"כ דברי שמש"ר בס' ע"ג הג"ל. — עוד היה נראה לענ"ד לעשות חילוק בין הא דרבינו מרובל לקול הברה, שדאי כל שאומר שמע מהלך, שאמר שמע שמה או הרהר פלוגי, לא נפיק מן מסל"ת, רק קול הברה מוקרי שלא שמע מהאו ששמע שמה או הרהר פלוגי, רק שמע חומרים ששמע על פלוגי, א"כ עיקר הדברים מחוקקים רק קול במועה ולא שמועת ע"ס המעשה, ולכן נקרא זה קול הברה ולא מסל"ת עד מפי עד. — אך צ"ד כולו איתמרו למעלותא, בהשמועה

מבוררת מומי שמע, וגם כוונ המיתה, וגם שמע מהא"י טרם עודע לשום איש שיש כאן נאכד, וגם חין מוכרים להגאבד כלל שמיש שמחמת שהריגו שחזרונו יאלץ הקול, וגם השמועה היה על ע"ס המעשה, ולא על שמועת קול ע"פ החילוק שב' ח"כ מלמא דמסבד הוא דעייפא מכולו עובדי שמדדים להקל ע"פ דעת רבינו מרובל, ועוד נוסף לזה יש לנו איש אחד ששמע מפי נכרים במשך ג' או ד' ימים אחר המעשה אשר לא עודע לו שום דבר מזה, שספרו שהרגו לאיש יהודי, וא"כ נראה שפיר יש לחשוב כמסל"ת להשמועה ששמע שנהרג יהודי שנתפש בנגב, בלוחו העת שהיה שגאבד שם האיש אברהם ליב שאזו דמין עליו אשר נתפש בידו הא"י, ועפ"י יסוד דעת וסברת הש"ס שהובא בדבריו יש להחזיק שנהרג אברהם ליב ואין לנו לחוש שמה אחר הוא שנהרג:

ד) ובעיקר היסוד של סברת הש"ס, דעת התכ"ל (נחש' סימן קצ"ד) שלא סני לן לחוד מה שרענו שהגאבד היה בלוחו הדרך שנמלא ההרוג, רק בלוחן שיש בו סימן חלוצי וגם שהוא במקום שאין השיירות מזויות, בזה סובר התכ"ל שלא חיישין לאחד דהארמי בסימן כזה, והשב שמשתתף כתב על ד' התכ"ל הג"ל שלא נלכך לן הסימן כדעתו וסברתו שסני בזה לחוד, בזה שרענו שהגאבד הי' שם במקום שאין השיירות מזויות:

ולענין נראה שחמור יותר כדעת התכ"ל, דהנה יסוד דעת וסברת הש"ס הוא על ראיית (מהרי"ו נחש' סימן ע"ט), של לוח מוש"כ הרח"ש בתשו' בעובדא דליהא בנמ' (בימות קנ"א ב') אבל על יהודי שהיה עמו בדרך שמת שהשו' את אשתו על מאמר של הנכרי שאמר כן, דמירי שלא הכיר את היהודי ולא ידע את שמו, אלא אמר שהיהודי שנתלוה עמו בדרך מת, ועדים בלו ואמרו שיהודי פלוגי נתלוה עמו בדרך, ולא חיישין שמה אחר מכולו דרבינו נתלוה ושוב נתלוה אחר עמו ומת, אלא כיון שרענו שאותו היהודי נתלוה עמו תליגן בודאי שאותו היה שמת, ועפ"י דנו המהרי"ו והש"ס יסוד דיגס, והש"ס כתב הגם שדרך שיירות מזויות, מ"מ כיון מוחזק שאחד מכולו דרבינו נתלוה עמו זה הא"י וזלת זה, הוה זה לא הוחזק ולכן שרי עכ"ד. ולענ"ד לפ"ז יש לתמוה על הרח"ש דח"כ ששעס זו הברייתא יהודי שנתלוה הוא דחף שהשיירות מזויות, משום דלא הוחזק לא חיישין לאחד, ח"כ הוה להבנמא לאתקוה מהאי ברייתא ארביי דחייש להדי יתחק, בצבובא דיתחק ריש גלותא שם (בימות קנ"ו ב') דהא מהאי ברייתא מוכח דלא חיישין לאחד במקום דלא הוחזק, והדרבה ודאס בצבובא דיהודי שנתלוה לפי פירושו על הרח"ש, יוס' להסתפק דרבינו אשר ראוים להתלוות עם זה הכוים, והפ"ה לא חיישין לאחד כיון שלא הוחזק, כ"כ בהא דרביי בתי יתחק שאין החשש רק באחד ואפי' אם נדמוק לומר שצדיי יפרש הא דברייתא בלומר הכוים ומפרש היהודי שנתלוה עמו זכאן, וכך הרח"ש מפרש להברייתא לקושטא דמיתא לאתי דקיי"ל ארביי דלא חיישין לאתי יתחק שיש לפרש שהברייתא משמעני רבוחא, ובאמת זה דוחק גדול לומר כן, דמ"ל להרח"ש דחליבא דרבא מתפרש הברייתא בלוחן אחר ממה שמתפרש אליבא דרביי, דלמא צפירוש הברייתא שוין אפי' ורבא:

ה) עוד קשה לי על דברי הרח"ש ודעתו כפי מה שמתפרש מהרי"ו והש"ס המחזיק בשיטתו זו מהרי"ו, דהא איתא (בב"מ י"ב ב') פלוגתא במקום אי הוה סימן או לא הוה סימן דארמיני כי רבי דלירך אחרמי האי מקום ה"ג לא אחרמי לחבדך, ורבה סבד מקום לא הוה סימן וקשיא למה שם, והחשש שמה שלו לקח אחר שגאלו ואחר הגיה שם ושכח, אין ספקיו של אחר מוזילא מירי ודאי של זה, ורבה לא

לא חייש גם באיסורא במקום שהשיירות מלויות היכא שלח
 הוחוקו, והבא לא הוחוק אחר שהיית שם עוד תפן באתוה
 המקום, ואפי"ה חיישינן לאחר גם בזמון, ואי"כ ע"כ לרדך
 לחלק שבמקום שהחשש הוא רק לאחד שמה יש אחר ששמו
 כשמו, סבר רבא דלא חיישינן לאחר כיון שזה ודאי
 היה שם ולאחר ספק, אין ספק מויליא מדי ודאי, משא"כ
 במקום שהחשש הוא לרבים דרבים ראויה להיות מניחים חפן
 בזה המקום חיישינן גם בזמון לאחר, ואי"כ איך נעשה
 פלוגתא רחוקה כל כך, דאליבא דרבא דאמר מקום היה סימן
 די לנו שחולק רק בזה על רבא שהא דאמר משבו לסימן, ולמ"ד
 סימנים לאו דאורייתא ודאי דראוי לחוש בזה באיסורא שלא
 לכמוך על סימן מקום, וגאמר כי היכי דאתמי האי מקום
 לדידך ה"ז אתרמי לחבדך גם במקום באין השיירות מלויות.
 ולכאורה אפשר לומר ולדחות זה, משום דאיתא שם (ב"מ
 כ"ג ב') לישנא אחריתא אמר רב מרי דמ"ד מקום לא
 הוי סימן כו', ופשטות הגמ' מתפרש דרב מרי אליבא דלישנא
 אחריתא סבר דמקום לא הוי סימן בכל מקום, האמס משנין
 פירש"י מוכח שהלישנא אחריתא קמי"ג על רקתא דנהרא,
 רק הלי"מ בין הני דרשינן דלישנא קמא רקתא דנהרא,
 לא הוי סימן משום דאמרין כי היכי דתא אנתוהו וכגירסת
 הרא"ש, ועוד כמה מהרש"שונים המובא בס' שטה מקובלת,
 או כגיר' ספרים דלין כי היכי דאתרמי האי מקום לדידך כו',
 ומי"מ אס מלמס המקום או הוי סימן, אבל ללישנא בתרא
 דרב מרי אף אס מלמס המקום לא הוי המקום סימן בקרתא
 דנהרא, ואי"כ נוכל לומר בטעמא דרבא דאמר מקום לא
 הוי סימן, לא משום דאמרין כי היכי דלדידך אתרמי כו',
 דזה בחמת אין אומרין בן משום דאין ספק מויליא מדי ודאי,
 רק הטעם הוא משום שהאובד מתיישב ואין סומך על סימן
 המקום, משום שחושב שהמואל לא ירדקך בסיון המקום
 וכל שהמואל רואה שאין סימן בנופו יעלנה ולא יכריז עליו,
 מ"מ נראה לעי"נ שהרא"ש מפרש האי לישנא בתרא דאמר
 רב מרי מ"ט דאמרי דבין מקום לא הוי סימן, שקאי על
 כל מקום, דאס נאמר דבין על רקתא דנהרא רוקא, והוסף
 בלישנא בתרא שגם אס מלמס המקום לא הוי סימן, הו"ל
 הרא"ש אליבא דת לישנא בתרא דרב מרי בפסקיו, דהא
 הרא"ש פסק בכמה דוכתי הכי, ובפרט שהוא מוונתא הוא
 לקולא בהתיק בידי המואל ההבדל, וכיון שפירש"ש לא הביא
 בפסקיו לישנא בתרא דרב מרי, מכלל דמפרש דה"ו לישנא
 בתרא דרב מרי קאי אבל מקום דלא הוי סימן, ולכן אין לו
 להביא אותו דהא אן קי"ל כרבא דמקום הוי סימן, ואי"כ
 מוכח לשיטת הרא"ש שפעולא דמ"ד מקום לא הוי סימן הוא,
 משום דאמרין כי היכי דלדידך אתרמי ה"ז אתרמי לחבדך
 האי מקום, ולא אמרין אין ספק מויליא מדי ודאי, ואי"כ
 גם החולק וסובר דמקום הוי סימן, די לנו שמעלין ליה
 לדרכא שחשבו סימן, אבל לא נאמר שזה חסוב חוקר אלימתא
 דאמרין עלה אין ספק מויליא מדי ודאי שיועיל גם באיסורא
 זה אין סברא לעשות פלוגתא רחוקה כל כך :

ואי"כ בזה עובדא שנתלוה בדרך עם הכותי שהוא חשש של
 רבים, למה לא נחוש שמה אורו שנתלוה עמו מכאן הלא לו
 ואחר נתלוה עמו ומת. והנהרה לעי"ד לומר בכברת הרא"ש
 שמשעס אחר אתי עלה, והוא שבמקום שידענו שהלך ככאן
 אורו פלוגי שאלו רדין עליו והאי"כ מנאל הרוב באותו המקום
 אין כהן חוקר תלמות עליו שהוא הנמאל, משום דאנו מהחלה
 בא בדרך הוי על אופן שישאר כהן, הלא הוא הלך על דעת
 שלא להשאר כהן ואין כהן חוקר שהוא הוא הנמאל, ואס
 מפני שנאבד זה אין עושה לנו הוכחה שהוא הנמאל כהן,
 ולכן ספיר חיישינן לאחר, משא"כ בעובדא דיהודי שנתלוה
 עמו בדרך כפי מה שביאר הרא"ש, זאת ועוד ע"כ עדים
 שהלך מכתן על דעת להתלוות עמו בכל הדרך, ואי"כ אין לנו
 מקום לנשות חשש עליו שהוא הלך באמלע דרכו מן הכותי
 זה ונשתנה דעתו ורעונו, ואחר בא על מקומו זהו חשש רחוק,
 ואין לנו להפקיע חוקתו שדמך דקלא חיישינן זה מתלוה עם
 הכותי, וזה דומה להא שביאר רבא מרבי חיישינן לתרי ילחך,
 ועדיפא מזה דהאי"כ לאביי דסבר דחיישינן לתרי ילחך, דשם
 מתחלה לא נודע לנו אס ילחך זה ישאר באספמית, או ילחך
 אחר בא לשם, משא"כ בזה דיהודי שנתלוה הוחוק מתחלה
 שהוא יהודי מתלוה עם כל דבר, ולכן חיי"כ שכתבנו הפוכי
 שהמתלוה עמו מת, ספיר תליגן עליו דהוא הוא מי שנתלוה
 עמו מכתן, ומפניה אין לנו הוכחה מועבדה דיהודי שנתלוה
 לענין של אס ידוע לנו שהיה במקום הזה ונאבד וגמולא שם
 הכוב, אפי"כ במקום שאין השיירות מלויות דלא הוי רק כדון
 סימן מקום לכל היותר :

אמנם בזה לרקו דברי הסכ"ד דהיכא שיש סימן אמלעי
 בגופו של הנכרד ויעדנו שהוא היה באותו המקום,
 והמקום הוא אין שיירות מלויות, כיון דזה הוי חששא דחיד
 ואי"כ לא חיישינן, און נלאמר דבני עינוגא קי"ל כרבה
 דבמקום שאין השיירות מלויות אפי"כ הוחוקו לא חיישינן לאחר,
 ואס נאמר דחשבין מה שהיה כהן לסימן מקום דלרבא דקי"ל
 כותי' בזמון דהוי סימן ולא חיישינן דלמא אתרמי נמי
 לחבריה, ואי"כ אי סימנים דאורייתא יועיל גם באיסורא דאי"א,
 ואס סימנים דרבנן למאן דסבר שגני סימנים אמלעיש
 מלטרפין שיחשבו כסימן מובהק, כפי דעת המאשאת בנימין
 וישיעתו כמובא (נ"ט ונחל"ט ס"ק ע"ה) ויעוין בפ"ה דק"י
 ק"ו) ואי"כ יש לחזק דינו של הסכ"ד לבד פעם שכתבו דקי"ל
 כרבה, רק מטעם שיש כהן המלטרפות שני סימנים, היינו
 הסימן מקום והסימן אמלעי שבגופו דנחשב זה לסימן מובהק
 ע"כ דעת המ"ב וישיעתו, ובפרט כ"ד שהשני סימנים אינם
 מסוג אחד זה בגופו וזה במקומו, וכבר העיר בס' מראות
 העובדות (ק"ו ח"ג הונא גפ"ה ס"ק ק"ו) שחילוק כזה, ואי"כ
 אפשר שגם החולקים על המ"ב וישיעתו בזירוק שני סימנים
 אמלעים יודו בזה. הוילא מכל זה כג"ד הסימן מקום שהיה
 כאן אברהם ליב ונתפס שם, והשמועה ששעטע בזים מחר
 שנהרג יהודי נב, בזירוק סימן אמלעי שנמאל אח"כ בגופו,
 יועיל בזה להחיר אשתי, משני טעמים, א' מנכרס החכ"ל
 הנ"ל ושנית מלד שני הסימנים שיערפו להיות זה סימן מובהק :

ז) עור נראה להשיב ביאר כג"ד מנותניתין (ינמוק"ק ב' ה')
 במשפחא דלמזון בלאחד שאמר איש פלוגי בן פלוגי
 נשכני נחש והוי אתי מה והלבו ולא הכירוהו והאשתי את אשתי,
 והתעוררתי בעלמי בזה ונולאתי שכבר קדמני האלון בעל
 מרותי ה' היבא (נפ"ה ס"ק י"ג) שדווקא הלכו, אבל לא
 הלכו אין סומכין ע"ז לומר שבודאי מת ע"י שפכת הנחש,
 דהא יש רשעה לנשיבת נחש כדאיתא (בבבא ק"ט ה') ואי"כ
 אכתי יש לעיין כשהלכו ונמלו שם מת ולא הכירוהו, למה
 לא נחוש שמה האיש שנעץ נשכני נחש כו' הלך ממש ונמלא
 רשעה לנשיבתו, ואינו נמלא שם מת אחר הוא, הלא ודאי
 דאמרין כיון שאותו האיש היה שם נחש שהיה קרוב
 למיתה

ו) אך לפי"ז בחמת נשאר דברי הרא"ש בקשיא, כיון
 שכתבנו התלוך בין ה"ה של רבא גבי סימן מקום
 חיישינן דלמא אתרמי נמי לחבריה, ואלו בנש של יוסף בן
 שמשון לרבה לא חיישינן לאחר, כל שאין השיירות מלויות כל
 שלא הוחוקו שני יוש"ש, ואלו הבא גבי מקום לא הוי סימן
 כלל גם במקום דלא שכיחי מניחים שם, דהא במקום דאיתא שם
 כנון רקתא דנהרא לבו"ע לא הוי מקום סימן דאיתא שם
 (כ"ג ב'), ואי"כ פלוגתתייהו גם בלא שכיחי מניחים, ואי"כ נחשב
 זה אין השיירות מלויות ואפי"ה לרבה לא הוי מקום סימן,
 ואי"כ ע"כ לרדך לחלק דלכך סבר רבא דלא הוי מקום סימן
 משום דהוא חשש על רבים, ומשא"כ בגמ' הוי חשש דחיד,
 ולכן בחשש דרבים חיישינן גם במקום שאין השיירות מלויות,

למיתה שבעה ימים וכו' ומתחילת שבתו שיהא איתו האיש שבעה ימים וכו' ומתחילת שבתו שיהא איתו היה אין השירות מלכות, קרב דלא אמרינן הוא שאבד הוא שגמלא כמ"כ לשל, הוא מתי למת שכל הימים אין עומדים למיתה, אבל בני שידעו שבעה יום קרוב למיתה שאלו האיש מחזיקין שהוא המת שגמלא, ובפרש א"ש נלמד שאלו האיש גמלא מת ניכר בו נשיכת נחש, ובפרש א"ש נלמד שאלו לנו להחיות לשני מאורעות קרות שאלו מניין כל כך, ואולי הוא אחרת דלא שכיחי שירחא ולכן לא חיישינן לאחר :

ואין להשיב על זה משובח דגברא חרובא (דינמות קפי"ו א') דא"נ דאמרה חזו גבראי ונעשה בו מקרה דאכילת אש שהוא קרוב למיתה, ואפ"ה חיישינן לאחר על אותו הגברא הויכא ואמרין דתרי גברי שלט בהא אש ואחד נייל ואחד נשרף, בחמת זה לא קשה מדי לא מייבטיח לשיבת רש"י שם דפסחא ידא דשדית קמה סוף חרז ודרי דק"מ משם, אך אפי' לשאריו מפרשים אשר מפרשים גמ' שלא היה מוכח בהחלט שהפסחא ידא היה של אחר, מ"מ איתו ספיר הא דחיישינן שם שמה אחר הוא הנשרף חליבא דר' חייא בר אבין, מפרש דשם הוה נשיכות מלכות ועליון לפי שהרבה חשבו שיהא להליל, ואולי לא נלתיח לאחר וקלטמו האש, וכן הא דחיישינן לגמל במים שאין להם סוף שאם העלוהו מן המים בזה שלא היכרוהו, שמה אחר הוא, הוא ג"כ מיעט זה דמיס שאין להם סוף חשיב שכחיחי שירחא דהא מלוי גופליס בניה, וכן במקום אחר יש לחוש שזה אכיל, אבל במקום דלא שכיחי שירחא לא חיישינן לשני מקרים של מיתה ותלינן בחד, וזה נראה לענ"ד לומר שזה סברת רבא שאמר שם "הדא דאמרה חזו גבראי כו' ועוד גברא חרובא דשדית ופסחא דריא, למחן דלא מפרש דהפס יד היה מוכר שיהא של אחר, והאי ועוד יתפרש שיהיה ביהד, וכעין זה חותא (נכחות פ"ט ב') ברוכ' ד"ה ועוד, וה"פ חדא דהא אמרה חזו גבראי הרי הוכחה שבעה שלט בו האש, ועוד דהא גברא חרובא דשדית, פי' כיון שזה נודע לנו ע"י שאמרה חזו גבראי שיהיה במקום שיהיה שגלע האש, הגם שיש לחוש שאמרה בדרמי ואפשר שניול מהאש, וע"י קאמר ועוד הא גברא חרובא דשדית כו' וכיון שגמלא אחר מת מהאש, ובעל האשה ידענו ע"י אמירתה שיהיה שם במקום המסוכן מהאש, לכן תלינן שהוא האיש שאמרה עליו חסרו חזו גבראי, ולא חיישינן שמה הוא נייל ואחר נכנס ג"כ במקום המסוכן מהאש ומת מהאש, ורב חייא בר אבין דפליג ממש דסבר כיון ששכיחי בני ארס אבר בלו להליל לכן חיישינן שמה אירע איוה סיבה גם לאחר שקלטמו האש, ולכן יש לחוש על בעלה הנאבד שניול מהאש, עכ"פ היוולא מזה שגבראו שכל שנודע לנו שבעה של האשה שאלו דנין עליה נעשה בו ענין קרוב למיתה, וכן גמלא אש מת מניין סוג המיתה כיו שאין מלוי, ובמקום שאין השירות מלכות תלינן שזה אחר הוא, וא"כ יש מקום להיתר לענין ג"ד ע"פ דעומו וזו וסמך הנ"ל שאמר שגיד לו הברור שחופו** שהבואו עד למיתה מתם לאומדן דעתו, ילמד שמע שבהרס שם אחר, ולמ"כ והעליותי שכל שנעשה בחמד מאורע קרוב למיתה, וא"כ גמלא ידעיה לנו

שיש מת במאורע כזה, יש לנו לסמוך על מה שאנו תולין שזה אחד הוא הקודע לנו, ממשעה דללמון, א"כ גם בנ"ד יש להקל מחמת זה, אך ע"מ בשביל שאנו מדמין, לא נוכל לעשות מעשה להקל מחמת זה, דיסוד הראיה ממשעה דללמון יש לומר אולי זה עירפא, כיון שאמר על עצמו "והרי הוא מת" חשבינן הרגשתו עצמו, קרוב לודאי שמת, שסתמא לא יחזיק ארס על עצמו שבהלע בזההר רק יזעק לרפואה, וכיון שאמר שהוא מת מסתמא הרגיש בנפשו סימני מיתה, משא"כ בנ"ד בהעדרת חזו ששמע מהבזרז עליו שמת מהכאתו, יש לומר שדמויו חזו לו, ועוד יש לומר על מעשה דללמון אולי ראו מרחוק תמונת איש שנתקע על עמוד, וראו שלא הלך משם עד שגלבו ולא הכירוהו, וא"כ אין ראיה משם כלל :

ה והנה מש"כ לעיל בדבריו חזו ו' להיתרא בנ"ד ע"פ דעת החכ"ל, שכל שידענו שהיה כאן הנאבד הנ"ל וגמלא א"כ שם איש מת ובהנמלא יש סימן אמנעי בגופו שהיה זה להנאבד, שיש לסמוך ע"י להיתרא, שאין לנו חוששין שמה הודמין עוד אחר שאלוהו מקום בסיומן כזה, יש להעיר ע"י סמוגיא (דינמות קפי"ו ע"ב) שבזבדא דשני ת"ח דמסקינן שם בגמ' דאסקיננה קמן וקאמרי סומינס, והנה התוס' פירשו דהאי וקאמרי סומינס למ"ד סומינס לאו דאורייתא דמייירי בסומינס מובהקים, אמנם מפרש"י מוכח לענ"ד שיש לפרש דהאי וקאמרי סומינס לאו סומינס מובהקים הוא, דהא שם בגמ' חותא סבר רב חסדא למימר היינו שני ת"ח ולא אמרינן הכך אולי לעלמא לא אחריני וינהו, ופירש"י שם וז"ל "היינו שני ת"ח דהתיא לשל וסאיא רבי נאומיין ע"פ גמ' ותדענא דאמרי סומינס ולא אמרינן הני אחריני וינהו וסומינס הכי אחרני" וא"כ מוכח מפרש"י שגם לפי מה דבשי רב חסדא מוקדמת אש נהגנו או מתו חלו האנשים, ויש להאריך ואש היינו מפרשים שהסימנים היו סומינס מובהקים, היאך קבבר רב חסדא למילף משם דלא אמרינן הכך אולי לעלמא, הא סומינס מובהקים משיאין על פיהם גם שלא היה לנו שום ידיעה מוקדמת אש נהגנו או מתו חלו האנשים, רק כל שאנו רואין אנשים בסומינס מובהקים, מתים, שידענו ע"פ עדים שהיה להאנשים בחיים סומינס מובהקים מעידין עליהם, וא"כ מאי סבר רב חסדא למימר היינו שני ת"ח דלא אמרינן הכך אולי והני אחריני וינהו דהסוגה שבעה הראשונה שהיו סומינס גורמת, הלא סומינס מובהקים המכירים אותם דמי, וא"כ ע"כ מוכח לפי שיטת רש"י דהאי וקאמרי סומינס היינו סומינס אמנעים, ורב חסדא סבר סומינס לאו דאורייתא, ואסימניס לחודא לא סומינן ורק הבא מפני שידענו שנתעבד כאן סומינן על סומינס, וגם אין לומר שמשני שחששא של מים שאין להם סוף הוא רק מדרבנן שהרי אש ניסת לא תלא, ולכן מהני סומינס אפילו אש סומינס לאו דאורייתא שבעה דרבנן מהני סומינס דרבנן, א"כ אבתי קשה מאי סבר ר"ח למימר היינו שני ת"ח לא דשומשמי הכך אין כאן ראיה דלא אמרינן הכך אולי לעלמא, שמשמע שזה גורם סברת ההיפך, הא עיקר העצם הוא מפני שברבנן מועיליס סומינס, אלא ודאי לדעת רש"י אמרינן שזה פשוטא ליה לרב חסדא שזה אין מילקי בין טעב במים

(*) הגה"ה ומס שהסוף רבא לומר ופסחא ידא דשדית לכאורה זה אין מעל כלל להוכחה שהוא הנשרף, נראה לע"ד לומר שדענו על פס"ד שהיה מושג ולא היה חרוב זה היה מזה שהיה בקנה האש שניול להליל עצמו פהאש אך קלטמו האש ולא היה ביכולתו לנחל ויזו שהניול לחזן נשארם חזן מקום האש חזן חרוב והאשה שנשארתו חזו גבראי רחשוה בקנה האש נכנר, ולכן מקום הוא להשערה שהוא כמו שאמרה האשה ולכן נכנר פס"ד חזן חרוב ולכן סברא שיש בזה סוכחה ויכרת שבעה נשרף כמו שאמרה שאש הוא נייל לפי שאמרה נדרתי ובעלה נייל א"כ ח"כ שחאמר אירע ג"כ כחוסן כזה וסברא שלשני מקרים קבוס כאן מעוס לא חיישינן ותלינן שהוא בעלם כמו שאמרה.

(**) הגה"ה ומה חלו כולם כאן וכן בחזו א' לסמוך על פתוח של כחזר כסנע להיות שותף עם אברהם ליב הנאבד, אף שנתקע לא כדא הוא וגזלן דאורייתא שכל לעדות אשה עיין (דנ"ד חזן ד' סי' ר"ח) שדענו שכל כה"כ יכיר התראה וכל שאנו סבורו לא מיפסל עיניו כס"ה (ח"ט) סי' ל"ד ס"ק ע"ה) מה שיהיה נכנס גליין הנחה הנזקין ל' ע"ה אך גניזנו דין בלא"ש נען דהא או בעת שהיגר לפני העד וסמך לא כיון להעיד והרי יש לו דין סג"ל ודק'.

במים של"ם שהוא דרבנן, לשאריו עדות אשה שלא חילקו חו"ל בזה, ואם סימנים דרבנן אין מועיל סימנים, רק ההימור בהא דב' ט"ח דמועיל סימנים, הוא משום שאין נעטבו שני הח"מ, ולחנם דהקד אזלי לעמלא ועל מקום זה נזדמנו אחרים בסימנים כאלו וזה חששא דחוקה דלא חיישינן גם בעדות אשה, ולכן סבר רב חסדא לרמותא הא דשומשי לכאן דלא חיישינן להזדמנות שהי כמו שהיה מתחלה שניחוס לומר הקד אזלי כו' ומדוקדק לטון רש"י עכ"ל. והרע"א דקאמר סימנים" גם בסברת רב חסדא, וכן משמעות נטעה בלשון הגמ' דקאמר רבא מי דמי ההם קאמרי סימנים, ומלישנא מי דמי, משמע שרבא לא חידש בדחוייו שדמי לדברי רב חסדא רק מה שאומר שאין דומה להם, וא"כ הוא סעד גדול לשיטת החכ"ל שאין לנו לומר שזה הלך ומלך ואחר זה על מקומו בסימן כזה שהיה במי שהלך ומלך משום דזה הוא חששא דמי ולא חיישינן לחששא דמי. — אמנם להחסי שחולקים על רש"י ומפרקים דמירי בסימנים מובהקים דוקא א"כ מוכח דלא סברי להאי סברא שגם בסימן אמלעי חוששים דילמא אחרמי על מקום זה בסימן כזה, מ"מ י"ל שבמקום שאין השיירות מזויות גם החוס' ודו דאמרינן סברא זו גם בסימנים אמלעיים, רק מה שהחוס' הליכו כאן לסימנים מובהקים משום שבמים חשיבין לייירות מזויות, ולדעת החוס' מוכרחים לומר לפרש הא דרב חסדא שם בגמ' שמפרש עובדא דשני ת"ח שהורה בלא סימנים רק רבא הוא שמדש זאת ובחמת כבר כתבנו שחשור יותר לפרש הגמ' כמו שבארנו לשיטת רש"י :

עוד נראה לענ"ד להעיר בענין ההכרה ב"ד דהא העיד אחי בעלה של האבא העלובה שאמר שהוליו אחו מן החפירה נתמלא שם מים [הגם שאחי בעלה השני אמר שלא ראה מים שם עד למחר אין לא ראונו לראיה להנחם השני], וא"כ כיון שבהמקום הנ"ל נמשך מים והעפר שהיה מבוסס שם היה מעורב בלחלוות מים, וכן העיד השני שהעפר שהיה מבוסס היה מעפר הלבנאצטנן שידוע שיש בו לחלוות מים, וא"כ יש לדון שיהיה לו הדיו כמו הנחמ"ל מונח במים שמלמח למים שגם לאחר ג' ימים ויועיל גם לאחר ג' ימים הכרה, כש"כ הכא עדיפא בזה שהיה העפר לח ממים המהעפר בהעפר, הגם שבג"ד אין מקום קולא מלד מים דהא יש בו מכה ומיא מרזו מכה, אך יש לומר דהא היכא שהושלך מת במים כתבו האחרונים שאין כלן רישותא דמים מרזו מכה לאחר מיתה ובמש"כ הבית מאיר, ומ"מ לענין לאחר ג' ימים מהני כמובא בפ"ח (ס"ק קצ"ו) בשם הרש"ע ומהר"י ארדבי ועיין בדבריו בארוכה, והף שבג"ד ע"פ הגב"ע יש ספק אם הושלך במים מחלה מי או מל, אך הא זה קי"ל דליגא שכל הספיקות בהכרה דאחר ג' ימים תולין להקל, וא"כ תליגן שבושלק מת מתחלה חוך המים ואח"כ לתוך חפירה או שנתסהה בעפר לח אם יהיה דינו כמים לענין מלמח למים, שיועיל הכרה גם לאחר שלשה ימים, ואם שע"ז לבד היה קשה להורות להקל במלמח חדתא שלא מזויות לזה ראה ברורה דמהני, מ"מ סוף הוא להקל ובפרט שהועד עליו שלא היה בו שום ניפוח או צעת שהוליו מהחפירה, ואם שאין לבנות הימור ע"י, מ"מ סעד הוא להימור שבארנו לעיל באות ט' ובאות ו' כנ"ל :

עוד סיף להמיר בענין נ"ד ע"פ מה שהעיר ר' ליב ב"ר מרדכי מהניגאן שהעירו ב"ע"פ שהועד עליו שראוה בחלי שעה אחר שהוליו אחו מהמקום שהיה מוקבר, וכן העיד אחיו של הנהרג שמו יוחנן, שלא היה נתפח כלל צמח שהוליו אחו מהמקום שהיה מוקבר, והנה ע"ז לחוד אין לסמוך כלל דהא היה לאחר שלשה ימים וגם הוא היה חבול בשניו, מ"מ יש לזקק להיתר דהא דעת הרע"א דחששא דשינוי פרלוף הוא חששא מדרבנן, וכן איתא בהרב המגיד (פ"ג דנישון ה"י י"א) וז"ל, ואיכא לומר כיון דמכירין אותו חוקה שזהו הוא אלא דחשו רבין כו', וא"כ הוה זה ספיקא דליגא, ובגמ' דהשטרפות סימן אמלעי יש לדון דהוה ספק ספיקא לגבי דאורייתא, ספק אם הכרה לאחר ג' ימים מועיל מה"מ, ובספק שאם סימנים דאורייתא דהא הוא צעיא דלא אפשעא, ובספק ספיקא כיה מועיל מדינא שהיה מומר לגמרי, ובמש"כ ה"ק (בי"ד סי' ס"ו) של שלבני דאורייתא הוה ס"ס ולגבי דרבנן הוה ספק אחר דשרי יעו"ש, והגם שיש חוקת איסורא דחשת איש מ"מ ספק ספיקא וספיקי דליגא מועיל גם במקום חוקה, ובמש"כ הפת"ג (בי"ד סי' ס"ו) בש"ד בסוף סימן הנ"ל, בשם כנה"ג ובשם הג"ה אלפסי, הן אחת שמתשובת הרא"ש המובא (עבוד אה"ש י"ב) שיש צריכה שזופרש שם דברי הרא"ש] מוכח שגם בסימנים מובהקים קלח היינו סימנים אמלעיים טובים, מ"מ לא סמכינן להמיר זה במקום שהעירו לאחר ג' ימים ולא סבר לה להאי ספק ספיקא שכתבנו, ואולי ס"ל להרא"ש כשיעור הכותרים בהכרה לאחר ג' ימים הוא פסול מה"מ להיבד דעדות אשה, עוד יש לומר שגם אם יסבד הרא"ש בהכרה לאחר ג' ימים הוא רק פסול דרבנן בדת הרע"א והרה"מ, מ"מ אחי שפיר שהמיר שאין סימנים מועיל בזה משום שחומר דא"ל לא חילקו בזה, וביון שגרינא קמיינן דלא סמכינן אסימנים בראיורא דחשת איש, ה"ה גבי הכרה לאחר ג' ימים אין סומכין בזה אף שיש סימנים, וכמו במליו בגמ' יבמות (דף ק"א) דמפשט שיעורא להניח' שגם במים שאין להם סוף שהוא רק מדרבנן ופ"ה לא סמכינן אהכרה לאחר ג' ימים ואין חילוק בזה, ומדש"י בגמ' מחוורא דרשב"ג דנבלת ואסקוהו לאחר חמשה ימים, והגמ' לא משגי משום דשם סמכו אהכרה

ע"ה אבוא להעריך מערכה להימורא בג"ד ע"י סימני הבגדים והכרתם בצירוף הסימן שבגופו, וערס כל אבאר כמה שהס"ל בתשובתו (סי' קל"ד) כתב להמיר ע"י סימנים מובהקים או טביעת אש בגדרים וסימן אמלעי בגופו מטעם דהא דמייסרין לא בשאלה הוא בשאלה דרבים, אבל לשאלה דימיר היינו לאיש שיש לו סימן בגופו כיה לא חיישינן, והבית מאיר חלק עליו בזה וסובר דשאלה דימיר אין

שפיר יש לנו לומר כצדק רבא יורה לסברת אב"י שגם אם היינו חוששים לנפילה יש לחלק בין נפילה דרבים לנפילה דיוחד :

ועוד נראה לענ"ד לומר שמה שרבה סובר באתיות נקבות במסורה שאין לירך להביא ראיה, לא משום דלא חייש לנפילה כלל משום דלא שכיח דהא באתת גמי לפקדון לא חייש רבא ובבאין אין מקום להסברא כיון דשמייה כשמייה לא משקיף נביה, ורק עשמו של רבא, שבאתת הוין בכל המעלותין והלכין אחר המוחזק בהם ואין אנו חוששים שמה בא לי בחזרת פקדון שם שאלתן גם אם יברר שהיו חזקה מרא קמא לאחר, ובמבואר (ב"ב דף ט"ו) בסוגיא דאומן וב"מ ריש פ' שנים אוחזין ובכמה דוכתי כל שאין להמרע קמא עדי פקדון, והא דאב"י סבר לירך להביא ראיה הוא משום השגשג אין גופו ממוון רק לירך לתבוע בו, לכן ח"א לנבות זו מהלוקה בלא ראיה שהוא בעל דיוט, ואין הכי נמי לנבי המלוה היה מושיל חזקה, ועל גוף השגשג רק שחי אפשר לנבות זו וממילא נשאר זכות החיוב שעל הלוה בחזקה המלוה הקדום, ובכ"ז זה כתבו התוס' (ביבמות קפ"ו ב') ד"ה אתיות בשם ר"י בס"ד יעו"ש, ורבה סבר כיון דלותיות נקטות במסירה ממילא יש לו דין מעלמלם שמש עניין שקונה אותו כמה שגמסם לידו חשבו בו כמוחזק, וממילא מושיל גם נבי הלוה עניין שם לו בחפסיתו חזקה קנין נגד המלוה ולכן יכול לתבוע מהלוה ג"כ שהרי יש לו כח של המלוה שהוא בחזקה קנין נגדו ולכן סבר רבא דלא חיישין לנפילה ופקדון: ואחרי שהעלינו שאין לנו הוכחה דרבא פליגי אב"י בסברתו דחייש לנפילה דרבים ולא במה דלא חייש לנפילה דיוחד גם חי חיישין לנפילה דרבים, דהריגין לכללין דאב"י נגד רבה הלכה כאב"י בדברתא הוא, וכמ"ש הרא"ש בסוף פ"ק דב"מ, והא דקיי"ל בדוגא בשע"ר שאין מושפין לנפילה, הוא מטעמא דרבא דאחר (ביבמות קפ"ו ב') גבי יתחק ריש גלותא דאמרינן כאן נמלא ובאין הוה מקודם, ובמא דאמר רבא ביבמות שגם למסירה לא חיישין, גם לאחי דקיי"ל אין אתיות נקטות במסירה :

יעוד נראה לענ"ד להוכיח מד' התוס' שם (ביבמות קפ"ו ב' וקפ"ו ב') שלעתים מוכח שרבה סובר החילוק בין חששא דיוחד לחששא דרבים, שהתוס' כתבו (שם קפ"ו ב') ד"ה והא, הוכחא פשיט רבא איסורא ממונא כי ועוד הא בהחזקה מודה רבא כי, ומיררו דמדמי רבא ממונא היבא דהחזקה לאיסורא היבא דלא החזקה, ושם (קפ"ו א' ו"ג מה"י) הקשו התוס' מהא דאיתא (בגיטין ב' ב') קמנה הוא דלא מני מגרש גדולה מני מגרש אחר רבא זאת אומרת שני יוב"ש מוזיאין שער על אתרים, ומאי ראיה מני הא בגט אין לחוש דילמא מסרה לחברתה ובשער יש לחוש, ומיררו ע"ז (לבר תירוצם דגרסינן רבה) שני תירוצים ומירוצם השני בשם רבינו אלחנן, דמדמי שער לגט שלא נזהרים בו ויש לחוש לנפילה ה"ל בשער על לחוש דילמא מסר, וקשה לענ"ד לפי דבריהם שבהחזקה מודה רבא דחיישין באיסורא, והא כאן בגט החזקה והיאך מני מגרש להגדולה כיון דיש לחוש שמה של השניה הוא ובאין הא החזקה, ואם נאמר שכנגד שאני לפי שהוא בירה זה ערפלה לן שגם בהחזקה אין לחוש גם באיסור, הא"כ הדרת קושיית התוס' דלעיל לדוכחא היבא פשיט רבא איסורא ממונא לענין דלא חיישין לחרי יתחק, ואם משום דגם החזקה הוה מוכח דרבא בעלמא סובר שמה שהוא מוחזק בהשגשג שבידו כל החזקה חשבו כלא החזקה, וא"כ הכי מני רבא ללאוד מזה דלא חיישין לחרי יתחק דילמא כממונא שאני דקיל מאיסורא. ע"כ נראה לענ"ד לומר שסברת התוספות ששם בגיטין הוה חשש דיוחד לכן לא חיישין גם בגט דלא מודהרסא ביה ויש לחוש לנפילה, מ"מ מי יומר דחיי ליד השניה שמה שמה, ובשער המסירה דחיישין דילמא מסר ליוב"ש השני אין חשבו בו, ובשער דיוחד לפי שהוא מוסר כבונה למי ששמו

אין דומה לנפילה דיוחד משום דנפילה לא שכיח דמוחר וזכר ביה, כדאיתא בגמ' (ביבמות קפ"ו א'), ומ"מ במקום דשאלה לא שכיח גם הבית מאיר מודה ג"כ דדמי זה לנפילה דיוחד לא חיישין, ובג"ד הוה דבר דלא שכיח השאלה, חדה דהא הוה שאלה כל הבגרות שלו, ועוד דלכתובת כתבו כמה מהפוסקים שהוא דבר דלא מושלי אוכ"ש, ובלל הפסות הוא מדי דלא שכיח, ובכ"ז קשה לומר שגם הוה מאיר מודה דלא חיישין ליוחד כמו נפילה אליבא דאב"י דחייש לנפילה ומ"מ ליוחד לא חיישין. — והתחם סופר (במש' סימן ס"ה) הוכיח מן דברי התוס' (בגיטין כ"ח א') שחלוק נפילה דיוחד משאלה דיוחד, מדמקשו התוס' האא דמלא בחפסיה כי' הא דלא חיישין לשאלה שמה השאלו לאחר ומיררו שמיירי שבהפסיה אבדו, והא אב"י קשה ניוחש שמה מלאו אחר והניח בו גיטו וג"כ אב"י שמה שהוא משום דלנפילה דיוחד לא חיישין, וא"כ לדבר התוס' ויוחשו לשאלה הא זה שאלה דיוחד, אלא ודאי דשאלה דיוחד אין דומה לנפילה דיוחד, עכ"ד. ולענ"ד יש להכח שמדברי התוס' לא קשה מדי על ההכ"ל ה"ל, דאין הכי נמי דשאלה דיוחד שיה לנפילה דיוחד, ומ"מ בגט חיישין משום שאפשר בנט אחר וכמו שכתב בענינו שם בתשו' הג"ל, ומה דקשה האא דחפסיה ניוחש שמה מלאו אחר והאחר אבדו ג"כ, נראה לענ"ד שמתרי עשמי לא קשאי, כיון דאבדה מורה לעפל בשמירתה לכן לא חיישין שמה המולא אבדה אבדו אח"כ שית, (ב' כיון דמולא אבדה אסור להשתמש באבדה ואפילו לזרוכה ולזרעו ג"כ אסור, וא"כ היאך נחוש לנפילה דלמא אחר מלאו והניח בו גיטו הא זה הוה דבר שיש בו סיון, וא"כ אסור להשתמש בו והיאך יניח בו גיטו, ואחזקין אוכ"ש ברשיעי לא מחזקין :

ובעצם דין וסברת ההכ"ל שדן לדמות שאלה דיוחד לדין נפילה דיוחד, תמהו עליו רבותינו הגאונים הו"כ בשבועות (במה"ס ס' י"א והי"ד ע"ה אינר ביהו" ס' ק"ו) דהא מוכח, מרבה שלמד הדין דלא חיישין לנפילה אפי' לנפילה דרבים מהא דשני יוב"ש מוזיאין ש"ת על אחרים, מכלל דלא ס"ל לחלק בין רבים ליוחד שאם חיישין גם ליוחד היה לנו לחוש, ונראה לענ"ד להתך דיוט של ההכ"ל, וראשונה חשפאל על מש"כ הגאון ב"ב"כ (שם נס"י ג"ה) וז"ל, גם אם נגרום רבה מ"מ מוכח דרבא לא חייש לנפילה דרבים, והא סבר שם בגט פשוט (דף קפ"ג) אתיות נקטות במסירה ואין לירך להביא ראיה, ורבה לא חייש לנפילה וכיון שרבה הסובר כן הולך להביא ראיה, א"כ גם רבא לירך להביא ראיה לדבריו וראיתו היה מהא דשני יוב"ש כמו שרבה הביא מבאן, ואיך מביא ראיה מנפילה דיוחד, א"ל דרבא סבר שאין חילוק בין נפילה דיוחד לנפילה דרבים, עכ"ד בקלרה. ולענ"ד ע"כ לירך לומר שאליבא דרבא אין להביא ראיה ממשנה דשני יוב"ש לרינו שאמר להביות נקטות במסירה מהא דלנפילה דרבים ולא חיישין לנפילה ופקדון, דהא התוס' כתבו (ביבמות קפ"ו א') ד"ה מאי דהוכח רבא מחבי בר נגחי כי' דאבנה בהו רבה בר אבבה וזו, הוא משום דלא חיישין דלמא מסר לו השני, ובחשש מסורה יש לו לחוש שבאת שאין זו נפילה ולא דיוחד, דהא בכונה מוסר את החוש ששמו בשם יוב"ש ההכ"ל בעלמא בתשו' הג"ל, ואכ"פ סבר רבא דלא חיישין ובהו באים עליו מטעמא כאן נמלא עתה ובאין הוה ובתחלה נכתב על שמו, וא"כ בעטם לוי וסיפק לנו ומהמיתין ששני יוב"ש מוזיאין ש"ת על אחרים שגם לא חוששים לנפילה מ"מ כאן נחלה שמתחלה נכתב על שמו ושלו היה מתחלה, וא"כ איך ילאוד רבא לרינו באתיות נקטות במסירה שאנו רואין שלא על שמו נכתב שלא ניוחש לנפילה, א"ל שגם שרבה הולך להביא ראיה מ"מ רבא אמרה לגלותיה בלא ראיה רק מסברת אמרה שאין לנו לחוש לנפילה אפילו לנפילה דרבים, ולכן

שמו כשמו וכמ"כ הח"ל שכתובתו הג"ל, ולכן כיון דלא חיישין בגט גם לחש דחיד מעלין לרנחא חד בנימון דלא חיישין למסירה הגם שאין זה חשש דחיד, ולפי מש"כ מוכח מדברי החוספות שמה שאין לנו חוששין לחששא דחיד הוא גם בדבר המלוי לחוש, ולאו דוקא כנפילה משום מזדהרנא ביה, דהא 'בבבא הוב' אליבא דר' אבהו שגם שיש לחוש לנפילה בגט משום דלא מזדהרנא ביה ואפ"ה לא חיישין, וע"כ זה הוא משום דהוה חששא דחיד :

ורפי דברינו הג"ל יחודך ג"כ למה הולך דאביי לרוסקא דבריו אי לנפילה מזהר וזכר ביה, אמשמש דלך לא חיישין משום דמזהר וזכר ביה, אבל לולי זה היינו חוששין גם בחששא דחיד, וכמה שדקדק מזה הבית מאיר דלא כסבורה הה"ל לענין שאלה דחיד, ולמש"כ אחי שפיר דאביי לפעמים פליגי ע"ש על רבא (בגיטין כ"ב ז') שאמר דהוי אומרנא שני יוב"ש מויליאין שט"ח על אחרים, ודאי דמייירי בפדי מסירה ור"ל הוא, והנה מה דמזהר רבא למירק מהא ממתנין דגיטין זאת אומרנא שני יוב"ש מויליאין שט"ח על אחרים, הא משנה מפורשת היא (בב"ב קע"ב א') שגם שהו בעיר אחד כו' מדרייק (ע"ש ז') דבא ממתינתין דהכא, דהם על אחרים מויליאין שט"ח, וגם אביי מודה ע"ש לדיוק זה, ואם משום דהם הברייחא פליגא אמתינתין ובררה דאין מויליאין על אחרים שט"ח ולכן מדרייק ממתנין דגיטין, מאי אולמא נמנה וז דגיטין מומנה דב"ב. ובררה לעג"ד דמתנינתין דב"ב לחורא היינו אומרנא דמתנינתין דב"ב פליגא בהא ע"ש הברייחא, דמתנינתין סברה דאותיות נקוטא במסירה, והברייחא סברה דאין אותיות נקוטא במסירה, ורבא בעי למפשט דאפילו אם אין אותיות נקוטא במסירה, דהכי סבר רבא לדינא כמש"כ הוב' ביבמות, ג"כ הדין בשני יוב"ש שכולין להוליא שט"ח על אחרים ולא חיישין לדמא חסר, ובגט לא חיישין לנפילה הגם שיש מוקס לחוש לנפילה, ואביי פליג בהא תסם כתריווייהו דיו, בשטר סובר שאל הדין שצ"ח אותיות נקוטא במסירה יש לחוש למסירה, ובגט דלא מזדהרנא ביה יש לחוש גם לנפילה דחיד, ולזה קאמר אביי שפיר הכא למאי ניוחש לה אי לנפילה מזהר וזכר ביה ובאופן זה דלא שכיח א"ן לנו לחוש לחד אפילו מויליאין, נמלא יולא מזה שברגנו בנ"ה שדברנא מוכח מזה דלרבא אלים עפי הכברה דלא חיישין לחששא דחיד מויליבא דאביי, ונמלא קס דינא של החכ"ל דלא חיישין לשאלה דחיד. וכן מדברי הבעה"מ הוובא בתומים (ס' ל' ס"ק ד') שכתב בטעם דשני יוב"ש מויליאין שט"ח על אחרים משום דלא חיישין לנפילה דחיד, וזכר החומים דבריו שלכן הולך לטעם זה דלנפילה דחד לא חיישין משום כי הכי דלא יוכל הלוה לטעון שלחור הוא אפי' במקום שיש לו מינו יע"ש, א"כ רואין הן שיש חילוק בין נפילה דחיד לנפילה דרביס :

יד) ואחר שברגנו וחקונו ב"ה לדעת החכ"ל שלא ניוחש לשאלה דחיד, וא"כ בסימן אמצעי בגטו וסימנים מובהקים או ע"כ בהגדרים מולטרפס יחד משום דלא חיישין ככה"ג לשאלה, לפי שהיא שאלה דחיד שזדמנא להשאל לניו ע"ש לו סימן אמצעי בזה, וא"כ תבעה לדינא לנ"ה שהשאה השת הנאדד הגידה שמואה בזה שמואל ליפורני רגלים מתינים שהיה כן בצעלה נקראים בלשון השולם (קאלטנאוועט בעגול), וזה חשב סימן אמצעי טוב בזודא, דהוי מובה (בבב"ה ט"ק ע"ד בשם מהר"ם שאדווא) דיפורני אלבעותיו ונקולקטא הוה סימן מובהק וישוין בספר קהלת יעקב (ס' י"ג) שהביא ג"כ לדבריו, ולכל הפחות הוה זה סימן אמצעי טוב הוא, ועוד דהא יש לנו שני סימנים בצמות היינו סימנים גדולים וליפורני רגלים שאין חתוכים, שוה דאמת הוה סימן גרוע כחיוור וסומקין לפי שמונין אגשים בליפורני רגלים חתוכים ושאין חתוכים, מ"מ שני סימנים

גרועים בלידוף הסימן אמצעי טוב בשניו ליפורני רגלים, לדעת הרבה מחכמים יחשב זה לסימן מובהק, וכדאיתא (במש' מהרי"מ ס' י"ח) שדעתו נוטה שסימן גרוע חד מולטרק לסימן אמצעי שנעשה סימן מובהק, וכש"כ כ"ד דא"כא חרי סימנים גרועים לבד הסימן אמצעי הטוב, ואמנם אפי' אם ניוחש לדעת החולקים שאין מולטרפין סימנים גרועים לסימן אמצעי שלא ניוחש לשאלה של הגדרים לאיש כוה שיהיה נמלאים בו הסימנים גרועים והסימן אמצעי, כמו שהיה בצעל הגדרים הגאדד. — והנה כ"ד בהגדרים היינו בהכחונת היא אומרנא שיש לה בו סימן בהעלאי שהייתה בהכחונת ונמלמלת המקום באמצעות הכחונת לבד פנים למטה בשוליו, וא"כ נראה דקטוב זה סימן מובהק וכמש"כ (ה"ט) ב"ק ל"א, נוסף לזה היא אומרנא שמכרנא צנ"ש שלה שהיא הכחונת שפירחה וגם נמכרת הלואי שניחמה שדך הגשים להכיר מלאכתן שעסקו בזה, בהלעטניק אמרנא שמכרת הקארט והקנעפליך שמהו הקארט תפירה כגד לבנה ג"כ, והנה סוג הקארט והקנעפליך הם נחשב זה בו כסימן אמצעי או רק כסימן גרוע, הנה איתא בפ"ה קהלת יעקב להנאון מקארלין (ס' מ') דכשמייחד המין שהכגד נעשה מזה זה נחשב סימן ולא הוה זה כחיוור וסומקין, ומביא ראה לזה משה דאמרוינן (ב"מ כ"ח א') הוה אומרנא סימני חוט, וספרך הגמ' אלימא בחיוור וסומקין דלמא כהדי דקטב ליה חותים, משמע דלולי זה הוה סימן והא חיוור וסומקין לא הוה סימן אלא דמייירי שמיידר מין הלבע ע"כ דבריו, ולעג"ד אין זה במשנתו כיון דסתמא קאמר הגמ' בחיוור וסומקין בלשון אחד כמו דאמר הגמ' לעיל משמע דכזה גוונא הוה, ועיקר דיון ג"כ אין וסתמברא כיון שמונין אחת נעשה כמה חתיכות כאחת וכמה בגדים נעשים מאכרט אחד וא"כ נכתבנא שוה הוה סימן גרוע, ובעיקר הקושיא מסימני חוט נלע"ד לומר דהא דחיוור וסומקין לא הוה סימן, הוא דוקא כשאינו דנין ע"ז לבדו, אבל כשהוא מולטרק לבדו אחר יש לו דין סימן, פיורשו, כשהוא אומר שאותו הכגד יש לו חוט לבן או שחור זה הוה סימן לפי שלא כל הגדרים יש להם חותים ואם יש להם חותם רק במכרה הוה, ולכן בהלעטרות זה הוה סימן, וה"כ בצנין הגט לא כל הגיטין יש להם חוט ולכן כשאומרנא שזוהי הגט הוה לו חוט לבן נחשב זה סימן אמצעי, וה"כ כשאומרנא שזוהי הכגד מקארט זה יש קנעפליך כאלו הוה סימן ששניהם א"ן מוכרת שמונין זה, ולבד זה הסימן משניהם כאחד הקארט וקנעפליך בחד, יש עוד שני סימנים אמצעיים טובים א' הפאלטעמניק שמתה השני, ב' שכל הקנעפליך שלו היו חסרים רק החתון היה בו, וא"כ לדעת הרבה מדכותיו הפוסקים ששני סימנים אמצעיים נחשבים כסימן מובהק, נחשב כג"ל סימן מובהק כפי הרבה הסימנים שבהכגד לעניק הג"ל, וגם יש בו פ"ע של אחי בצעלה וגם כשפוח נכפות יש בו הרבה סימנים טובים (ה) שבהתלק האחרון מן האר"כ היה בו ג' חתיכות, (ב) שאמרה שהיה פאלב אחד ובו היה ג' או ד' תפירות לוחטו, (ג) שאמרה שהיה בו משיחה שבו היה מקשר במקום הקרם (א) לפע"ד נראה לומר שלנוי (הק"ל) שכתב מחמו, וגם האר"כ י"ל בפרק סוג הכחונה יחשב לסימן חף למש"כ לפקע על שמונת נעשה האר"כ וכל אלו דינו של הקהלת יעקב לפי פסגו אחד נעשה כמה גדרים בטוב, מ"מ עיקר סוג זה נעשה לבגדי נשים ויכול שלא נעשה מהם כגד נצ"ח וכל שאם נמכר שיש מהם עור נחשב זה לסימן דוק :

מובהק אחרים שמונמלת המקום עם סוג קארטין אחר והוה זה ודאי סימן מובהק, נוסף לזה אומרנא שיש לו טב"ע בו, וא"כ כל הטב"ע שכלל השלשה דברים הכחונת והלעטניק והאר"כ

והאר"כ בזירוף כל הסימנים המה נחשבים ככדור נמור שהוא של אברהם לבי הנאבד ה"ל, וא"כ אין כאן רק חששא דשאלה ולמש"כ וזקנו וזקנו ה"ל שאלה לאיש שנמאצ בו סימן כמו שהיה צבעל הבגדים שזהו שאלה דחיד, ובש"כ ב"ד שיש בגופו הסימן אמצי והרבה סימנים גרועים לכמה מחברים נחשב זה סימן מובהק בגופו, ובג"ד איכה הרבה לדרוש לקולא של הח"ל הנערטות הנש"ע והסימן מובהק שבבגדים בזירוף סימנים שבגופו, וגם הוא בכל הבגדים ששאלה כזו אין מזוי וגם בבטנות אין מזוי להשאליו:

טו' ולכאורה יש מקום חשש לפי שכל הסימנים אמרה אחרי שראתה, וזלטה השלשה סימנים שבאר"כ אמרה קודם שראתה אותו וכן הסמך שיש לנו על טב"ע דידה וכו"ע של אחי בעלה. ולכאורה יש לחוש לנו בזה שהוא חשש ע"ה במלחמה לדעת הסופרים שגם בידע הטביעה אומרים בדמיו ובכחצת הריב"ש וכמס"ה (בצדע ביהודה מהדו"ק סי' כ"ח) וא"כ בג"ד יש לחוש אולי נחשב מה ששמעו שנהרג כמו שידע הטביעה ויש לחוש לאמרה בדמיו, אך באמת אין חשש לזה דאין דומה זה לידע הטביעה שך הידיעה הוא דבר ברור שחושבין זה לגמיה, משא"כ בג"ד אין כאן ידיעה ברורה רק קול, אך לבד זה נראה לעג"ד שפענין טב"ע בבגדים אין לחוש לבדדמיו, לשיטת רש"י (סי קי"ג) ד"ה וקאמרי סימנים ופדש"י דאין לאו סימנים חיישינן למאן אחריהם הם לפי שהמים שמים לורת הפנים ואין גיבר, ועיין מוס' שחולקים על דברי רש"י לפי שהמים מלמדת נמית, ולעג"ד נראה כוונת רש"י דודאי שטינו נמור אין עושה המים לפי שמלמדת נמיה, אך מופי שיש כאן חשש בדמיו חיישינן לשינוי מופע שמחמת זה ואחרו בדמיו, אבל במקום שאין שטינו בכל אין לחוש בדמיו כי לביקרא לא חיישינן, וא"כ בטב"ע בבגדים אין כאן מקום לחשש של בדמיו: אשגם לדעת החוס' שחולקים על רש"י וסבורים שאין כאן שטינו בפנים, רק סברתם שבט"ע יש חשש בדמיו יש להסתפק אולי גם בט"ע בבגדים יש חשש בדמיו, אמנם כבר העיר בזה הגו"כ בתשו"ב (סי' מ"ג) ודקדק מדברי מהר"ם פדוואה שבט"ע בבגדים אין כאן חשש בדמיו, וכתב שגם אם נאמר שיש חשש בדמיו גם בבגדים, מ"מ החליט ע"פ חכמת החוס' (דף קפ"ו ז') ד"ה וקאמרי ביה"ד בשם ר"י דמהני סימנים וע"פ טב"ע, ודעתם שהגם כשה חשש בדמיו מ"מ כל שיש לירוף סימנים אף שאין סומכין על הסימנים, מ"מ מהני לחוק הטב"ע שלא נחוש לחשש בדמיו בהטב"ע, וא"כ בג"ד שהיה בכל הבגדים בכל א"ה הרבה סימנים מהני זה לחוק הטב"ע שלא נחוש לחשש אמרה בדמיו, ולבד זה בג"ד אין כאן ידיעה ברורה שנהרג שניחוש שמא אמרה שממת זה בדמיו וכמס"כ. — מלבד הלין עעמי נראה לעג"ד שהשאה מ' רישא אשת אברהם ליב ב"ר שמואל הכהן מותרת מצבלי הענין ומותרת להנשא אחי שמירוב בג"ד של שלשה כדון הנשאה על פי עד אחד. ומחומר הנושא כתבתי כל זה הנאחז הגדול מן רבינו יצחק אלמגן ג"ה הנאב"ד דקאיונה והביי שפסדים להיתירא, וכתב לי בזמנתי"ה הטור שהשאה מותרת להנשא וישגו בג"ד שלשה והתרטוב. כל זה העליתי וכתבתי פ"ק סוור ח' שבת תרמ"ג לפ"ק. — משה החופ"ק ה"ל :

אליוסאן אשר העלה כת"ר בנחא דהיטורא, וכתב לי שכבר הסכים להיתירא הגאון הגדול רבינו יצחק אלמגן ג"ה הנאב"ד דקאיונה, ולזון יודיו שאלצקף ג"כ לשרויחא של אשה גם הג"ל, האומנם אשר לא לריך לזה כי כבר בנה כת"ר על יסודות חזקות ובאמנות אשר הדרך בקונטרסו ע"פ ספרים וסופרים ראשונים ואחרונים, ובפרט שהסכים להיתירא מן הגאון הג' דקאיונה, אך אחרי שגזון כתר"ה שהיה גם אנכי מהממזרפים להיתירא של העלובה הג"ל, אמרתי לא אמנע מזה ועברתי על כל דבריו הנחמדים, ולמנן שלא אחיה רק כמשייע כ' הגני לכתוב אשר מאלחי להעיר בענין זה בעו"ה :

הנה בגוף הענין של ספק שמא היה ההרג הנמאצ אשר הפדים אמרו שהכירו שהוא הערץ אליוסאן, או אליוסאן, אולי היה יותר מן שלשה ימים אחר מותו שאז ההכרה לא כלום היא, והעלה כת"ר לנרף שיטת ר"ח ויישעו בזירוף כל המחברים המתורים בספק אם הוא תוך ג' ימים או לאחר ג' ימים, ובזירוף הרגלים לדבר שהוא בתוך ג' ימים, הגני אומר שפיר קאמר מר, ואין בזה שום חשש וכאשר כתב החלקת מחוקק, (בסי' י"ז ס"ק ק"ח) וז"ל, "כבר נמנו ונמרו האחרונים שגל ספק ג' ימים הוא לקולא" נוסף ע"ז בגזון שלנו שרגלים לדבר שהוא בתוך שלשה ימים, ובאשר הביא בשם הגמרא דרך (ס' ק"ג) שהולבין אחר השבית בין להקל ובין להחמיר. ולבד זה נראה לעג"ד לחוק זה שבג"ד שמואלו ההרג במקום המלחמה שהיה ביום א' או ביום ב' ולמחרתו מלאו אותו שם, ולפמ"ש"כ הגו"כ (במה"ק סי' ל"א) בצעם האוסרים בספק ג' ימים משום דאיכא חזקה אשת איש נגד חזקה חיים של ההרג הנמאצ, וא"כ נלע"ד שיש לדמות זה לסכין שנמאצ לאחר שחיטה פגום דקיי"ל כר"ה כאן שיבר בה עצמות משום דחיישינן שמה צעור בפגמה, ואין מועיל חזקה הסכין הקדום מפני חזקה הפג"ח הנשחט שהוא בחזקה איסור, ואפ"ה צבייר בה עצמות קיי"ל כדב סהרא כיון שיש לפנינו דבר שדאי פגום לא מורעינן לחזקה הסכין הקדום מפני שאין ספק מוליא הודאי פגום, וה"כ בג"ד לענין ארועי חזקה אשת איש לחוש שמא היה הרגו מכבר, אמרינן ביום זה היה ההרגו ביודאי שנהרגו צאתו היום ומקודם לכן הוא ספק שמא היה כאן ואין ספק מוליא ודאי, וממילא מרעינן מלד זה לחזקה אשת איש של ההרגו הוה שהחוקנו אותו :

מיהו יש לתקן ולומר דבשלמא הסם כיון שהסכין היה מקודם השחיטה בחזקה דחוק והפגימה הנמאלת יש לתלות בדבר שדאי פגום חשוב זה כלא נמאל לפנינו פגום, רק שנאבד הסכין ומוקמינן הסכין על חזקתו שהיה שלם בלא פגימה, משא"כ בג"ד שהוא שעת חירום ויש לספק שמא היה הרגו אחר מקודם ג"כ בחיותו המקום ולכן נתי שאלו היום היה ודאי הרגוים שם מן המלחמה מ"מ יש להסתפק אולי היה עוד מונח שם איזה הרגו מקודם, מ"מ נראה לעג"ד ששפיר יש לדון לילך בתר בתרא כיון שדרך לפנות ההרגוים ולא להסוקים על השרה וכמו דאיתא (בפמ"ס ח' א'), ועוד שגם אם יהיה אפשר במציאות שנמאל שם איזה הרגוים מקודם מ"מ ההרגוים של אותו היום שהיה"ב מן המלחמה מרובים מהם בצמות הרבה, וא"כ כשאלו מצופקים על הרגו זה הנמאל מאין הוא בל אם מהרגו יום זה או שהוא מן הרגוים הקדומים, הלא לריך למיול בתר רובא שדודאי הוא מן הרגו יום זה המרובים, ורוב זה עשושה להכברה שהיה זה השרה ברורה, מוליא מן חזקה חיים חזקה א"ה של אותו האיש שהוא בעלה דרוב וזקנה רובא עדיף. — ומין להשיב הא מנינו בפסיקה שאברהם בים הנס שרובן לאבד דאיתא (ב"ד קט"ג ב') ואפ"ה נותנים עליה חומרי חיים ומומרי מותם, והוא מפני שיש כאן שני חזקות נגד זה חזקה חיים חזקה א"ה וזממת זה והתנים עליו חומרי חיים ואין מועיל הרוב להוליא

סימן ב

שכתבתי לניסי הרב הגאון מהו' אליהו נ"ה הרוב"ב בויטערסבך ונוף הענין של הגביע לא אהתיק ויובן בתוך התשיבה :

באשר שלח לי כתר"ה את קונטרסו הנחמד אשר העריך בתחמה דיון העגונה אשת הערץ ב"ר שלמה

כמו שהוא לפנינו במקום זה, וזה דוחק לומר שגבי שרלים לא חשיב חזקת חיותם חזקת חיים:

אמנם לברו על לעני' נראה להקשות על סדרתו של הנו"ב מתוספתא בפ"ד דטהרות דאיתא התם קבר הנמלא (גיל' הגל' זיל ב"ה) מטמא למפרע, בא אחד ואמר ברי לי שלא היה קודם לעשרים שנה אין טמא אלא משעת מליאה ואילך, ע"כ, הרי מוכח מתוספתא שגם ב"ה כל שנמלא קבר מטמא למפרע, ולמה לא נוקי לחזקת חי של המת הנמלא ולומר שלא הובא מקודם רק בזמן המאוחר האפשרי להיות, אלא ודאי שכל שאנו דנין על חזקת דהשאה הוא שעת מליאה אלו מטמאים למפרע ואין אנו חוששין על חיים מים שגם לא היה הובא לכהן בזמן המאופק לנו, או משום דהחזקה המאוחרת מבעלת לחזקת חיים, או שלפי שאין טרע לנו על מי שאנו דנין אין שייך לרון על חזקת חיים שלו כי מים מים נמלאים בעולם, ובזאת מתוספתא הג"ל שהבאנו נלמוד דין חיים, דהא מוצא בתוספתא הג"ל שאם בא אחד ואמר שלפני עשרים שנה לא היה כאן מת או אין טמא אלא משעת מליאה, ולכאורה יש להבין הא זה ידעינן שקודם שהובא המת למקום הזה לא היה כאן מת, ואפ"ה מטמאין למפרע וזה מועיל יותר מה שאומר אחד שלפני עשרים שנה לא היה כאן מת שזו אין מטמאין רק משעת מליאה, ולריך לומר בהסבר דבר זה שענין החזקה דהשאה, כל שלפני האנשים שאנו דנין עליהם לא היה כאן חזקה להיפך, אז מחזיקין למפרע כמו שהובא לפנינו ואף ב"ה מטמאים, אבל כשנמלא אחד שידע עם קודם שלא היה כאן טומאה, נמלא שלפניו ידוע לו שהיה שם טמא במקום הג"ל, אז אין טמא רק משעת מליאה אבל מקודם היה ספק וכמו שכ' מקודם שהשעם שבימים היה ספק, וספק דהוה ר"ע ע"כ טעור עד שעת מליאה, ואפ"כ שבה"כ היה טמא למפרע, משעת לענין הרוב הנמלא ודאי דבשעת הוה מהרי טעמי, חדא, שגם ביש לו חזקה הקדומה הנודעת לפנינו מקודם מ"מ בעת שבימים היה ספק, שנית, במקום שאין אנו יודעים איתו מקודם הגם שידענו שקודם מותו חי הוא, מ"מ אחרי שלא נודע לנו עם הקדום לו שהיה חי דיינינן לו כמת כמו שהוא לפנינו, והחזקה חיים אין יכול להחליט הדבר שיחשב כודאי שהוא חיה ג' ימים, ומ"מ לענין דינו של המהר"ם מינן שפיר יש לתלות להקל שמה הוא יוצר מן שלשים יום וכדעת הג"ע, מלד שנתשב זה לספק וכמו שבארנו:

עוד נראה לעני' לומר בעטם הדבר שאנו חוששים לשמא הנמלא יותר משלשה ימים ואח האיש שאנו דנין עליו שההכרה מתדמה עליו מעמידין אותו בחזקת חי, והענין הוא ששני סוגי חזקות נמלאים בחזקת הקדומה, יש חזקה שלא איתרעה היינו שלא נמלא לנו דבר שמודיע לנו שנתשנה, וחזקה זו אלימא, והוא מה שמלינו (נענינו כ"ז) משמעידין בחזקת חיים ומפקיעין אנו בזה מחזקה אחרת והיינו כל שלא ידעינן שום רישותא דנין לו בחזקה הקדומה, ומשעם זה גם בזמן וחולו ג"כ מעמידין עלינו לפי שלא ידעינן עליו שום השתנות, משא"כ היכא שנתהוה רישותא המספקת כמו הא דספק גירושין או קידושין (יבמות ל' ע"ג) דאמרינן ג"כ אוקי לחזקה, או כמו שני כתי עדים המכחשים וז"ל מ"ל תרי ותרי ספיקא דרבנן ומוקמינן לחזקה, וחזקה זו שאנו דנין ומוקמינן לחזקה קמייתא היא חזקה פחותה מחזקה שלא ידעינן בה שום רישותא וטעמי, וכן מה שנמלא השתנות אח"כ לפנינו ולא ידעינן מתי נעשה דמוקמינן לחזקה קמייתא, הוא ג"כ גרוע מחזקה שאין אנו יודעים עליו שום שינוי. — ומעתה נחקור בענין הרוב או מת הנמלא שספק לנו אם המת הנמלא הוא בתוך ג' ימים וההכרה היא הכרה אמיתית, או שהוא אחר ג' ימים וההכרה אין ברורה ומחמת חיים נעמד שמת חיה שלשה ימים, מ"מ אין זה רק חזקה שנתהוה בה רישותא

להוליא מזה, ה"ג בני"ד לא יועיל ההכרה שהיא בזה מלד הרוב שחולס אנו שהוא מהרוב יום זה להוליא מחזקת חיים וחזקת אשה אים של בעלה של אשה הלוא שאנו דנין עליה, ע"כ, דהא כתב הגו"ב שיש חזקת חיים של בעלה של בעלה חזקת חיים של הרוב זה וחזקת הכרת פנים שלו שלא נשתנה ממנו שמראה לפני העדים שראוהו, וחזקות אלו מסייעים לרוב הרובני יום זה שחולס שמהם בא הרוב הזה שאנו דנין עליו, ונוסף ע"ז כלן איתרע חזקת חיים של האיש שבעלה דנין עליו שהוא בעלה של האשה זו מלד העדות שאחד ראה שירד עליו החן והכה בלבו ונפל, וא"כ מומילא כיון שאין מנגד לנו החזקת חיים של בעלה כל זו ורוב יש עליו רישותא, יש לנו לרון לייך בחר בתרא שהוא רוב מהרובני יום זה, וממילא תהיה ההכרה של העדים שהכירוהו למחרתו של יום המלחמה שהוא בעלה של האשה זו שמת, ותלא האשה בהימר ע"י הכרתן של העדים הג"ל, ובזאופן זה גם המחמירים בספק ג' ימים יודו בזה:

והואיל ואחא לדין דברי הנו"ב (פי' ה"א) אמרתי להעיר מה שלעני' ד"לע על דבריו, והוא מש"כ בתשו' הג"ל ב"ה וגם, שכתב וגם מש"כ לעיל דלא מחזיקין חזקת חיים ממקום למקום לא שייך כאן, דבשלמא גבי נגע באחד בליילא אמרינן שפיר דשעת מליאה שהוא מת במקום הזה, אבל ואמרינן למפרע שכל זמן חיותו במקום הזה הוא מת, אבל כנמלא ואנו מסופקים על זמן היותו במקום הזה עלמנו אימתי בא למקום הזה, מה בכך בשעת מליאה הוא מת לפנינו, אדרבה ניולו בחר חזקת חיים שודאי חי היה פעם אחד, ונימול חזקה עד קרוב לעששו חי היה ומוקרוב הובא למקום הזה והוא עדיין חיה ג' ימים עכ"ל. — והנה יסוד חילוקו הוא שכל שאין מבורר היות דבר זה נמלא במקום זה, אין שייך לרון עליו מלד חזקה שנמלא לפנינו ע"כ שהוא, רק שגמאר שמקרוב הובא למקום הזה ועד עת שהובא לכהן חי היה מלד החזקה חיים שהיה חי מוקדם, ומועיל באופן זה החזקת חיים לאחד עת היותו במקום הזה, וקשה לעני' על דבריו, ח"כ למה שברך הנמלא במצוי מטמא למפרע עד שעת בדיקת המצוי, כינא אוקי השך בחזקת חי, ואי משום דבשעת מליאה היה השך מת יומא שהובא לכהן מקרוב מחמת שמקודם היה חי כפי חזקתו הקדומה. — ובזאת יש לדקדק למה במצוי מטמאין למפרע עד שימאר דבדקתי, כיון שהיה פעם אחת בדוק וא"כ זה דמי לראוהו חי מבערב, וטוקי המצוי לחזקה הקדומה והטהרות יהיו הטורים בחזקתן, ומה שאמרו בגמ' (בבב"ב ה') העטם כיון דאיכא שרטים דלתי מעלתא ושרטים דלתי מנופא כתרתי לרישותא דמי, משמע מופרש"י שם שזה הוא נלרך לתרך אליבא דמאמי אבל לב"ה לא אליטריך זה. והנראה לעני' לומר דענין חזקה דהשאה שעת מליאה ע"כ החזקה דהשאה שיהיה במקום הזה שמתנגדים זה לזה, מחשבים לכל משך זמן שבין שני הזמנים כספק שקול, וממילא אם היה ברה"כ ספיקו טמא וכמו שכתבו הוה"כ בגדה (ד' א' דה כי פליגי), שגם בראוהו חי מבערב ברה"כ ספיקו טמא אליבא דר' יוחנן, וכן הוא ברמב"ם (פי"ח טה"ל) אהו הטומאה ה"י י"ד שרק ברה"כ טעור כשראוהו חי מבערב, והאי מצוי מיירי במצוי סתום שדינו כרה"י וכן הוא מפורש בפ' השגחה להרמב"ם דמבוי רה"י הוא, וכן הוא בהרע"ב (בפסחים ס"ז דהדי), ושב"ל אנו רואין חזקת חיים של השך חן ומעיל להחיות לודאי בחי נגד מה שהוא מת לפנינו בשעת מליאה, רק כספק שקול, וא"כ מעתה אין קושא מזה שהקשה הג"ע ודעמייה טוקי לחזקת חיים, דהא כיון שהוא מת לפנינו נעשה זה כספק שקול וממילא לענין אשה איש נהמיר בספק שהוא אחר ג' ימים, ובגל משום דאיתרע חזקהו הקדומה מחזיקין לודאי לפי שבזאתו מקום לא היה חזקת חיים, ע"כ"ל רואין אנו שגם שאין ידוע לנו מתי הובא לכהן לא מוכרעא חזקת חיותו להוליא מספק מת

ביה על מקומו, תדא שזה ידוע שגם אהרן לא יתקבל מעלמו בלתי שיצלב ע"י הקאמיטעי, ועוד שיהיה חיי אומר שמכיר אהרן שהיה אלוואשליק אלל ביות בק"ק וויטעפסק, אלל ביות לא היה אחר בשמו הערך אלוואשן או אלינאשן אלוואשליק, וכן עדותו של מנעין מויעל ג"כ אחרי שטוע ע"י אשתו שבעלה היה בפאלק הנ"ל 3 ראטע וכן לא הוסיף רק אחד ששמו הערך אלוואשן וכיון שהשם משיר שמונתו הערך אלוואשן או אלינאשן [כי מדוברי העדים יוכר שמה שזה קרא אלוואשן ויה קורא אהרן אלינאשן תד הוא ולא דייק במצנא, וכעין זה נמצא בתשו' הר"ן (בסי' ל"ג וכו' ל"ד)] שהיה גם שבעטונע בחיותו הפאלק, מת במלחמה וקברוהו, הרי יש לנו עדות על מיתת בעלה של האשה זו אלל שאין או אלוואשן שבעדותו של חיים מצובר הדבר ע"י הכרתו מוויטעפסק ושם ובמזכור לעיל :

וראיתי בדברי כת"ר שכח שבהני תלת מילי דאבא יודן (בנתיב ק"ג) כי"ו שהמיתת בדורה מקילין ע"י אומדנא והוכחה שהיא בעלה, ובתב כת"ר אך אחת ישאר לפנינו ההוא דריתא (דף קפ"ו) גברא מרובא דשדי ופסתא דידא דשדי, דהתם המיתת בדורה לפנינו שהרי גברא מרובא דשדי ופסתא דאש או גני שם, ומיישין לאחרינא דהתי לאולי ופסתא דידא מיישינן דילמא נורא אחיליד ביה ומשום כיסופא ערק לעלמא דריתא התם, הרי אף שהמיתת בדורה מיישינן לגוונא רחוקא כו', ומיכר כת"ר ע"ז ע"פ דברי הא"ר כו' שמדחויא פסתא דידא וגברא מרובא, הוי הוכחה ששני בני אדם היו עם האהרן שלט בהם כו', ולכן שפיר מיישינן שחא נודע לנו מי הנות מן שני האנשים ע"כ. והנה זה נכון ע"פ פירוש" שהפסתא של אהרן הוא, אך הרייטב"א בחידושו מפרש לדברי הנמ" שאלה היה עם ידיעה בדורה שהפסתא דידא היה של אהרן ואהרן אשכר לומר שהפסתא דידא היה מן הגברא מרובא או מן אהרן וה"כ נדחה תירוץ זה, ולענ"ד נראה משמעות הכותב דגם בפומת הרייטב"א, שאם נאמר שזה גבור היה שהפסתא דידא היה של אהרן וא"כ שני אנשים נאסרו כו' ע"י הברכה ואחר שאר בחיים שאלכ נאמר ממנו רק יחד ואחד מת, הי"ך היה סומך רבא לומר שמופתת האשה, אחרי שאחד מן השנים סביו שם שנאסרו שאר בחיים והלא היה ספק שקול אם בעלה מת או לא, ואין לומר משום דקאמרה חזו גבראי ויהא אומרת שבעלה נקרא בודאי, וקאמר שבער לא הוא אהרן אומרת לאמנת לומר שבעלה מת בענין כזה רק במקום שמנגד לה חוקת חיים, משא"כ כאן שאחד מן שניהם מת ודאי יש לנו לאמניה שבעלה הוא המת, לענ"ד אין סברא לומר כן כיון שאחד נשאר בחיים ועדותה לא כלום שאומרת בדדמי וישוין (מש"כ לעיל בסי' א' אה"ז) וישין (בנו"ק סי' מ"ב) שזפרש ג"כ למלתא דפשיטא שאפשר להיות שהפסתא דידא היה של הגברא מרובא, ואין כאן הוכחה שהוא של אהרן. — ומ"מ נלענ"מ ליבש שיתת המפרשים דהפסתא דידא היה של אהרן, מ"מ אפשר במלימות ואולי קרוב יותר שגם האיש שהפסתא דידא נשאר מ"מ הוא נקרא ג"כ בשלמותו, ולכן אמר רבא ועוד גברא מרובא דשדי, היינו שזין שני האנשים החסדים מצינת האש אחד מת בודאי והשני יכול להיות שנשרף ג"כ באש, וה"כ אחרע חוקת חיים של בעלה, וע"כ סבר רבא לומר שהיה היא נאמנת לומר במה שאמרה חזו גבראי, היינו דשלט בו האור ושנשרף בו"ו שם. — ובצדק הקשיא שרקוק מודע בזה דגברא מרובא מחמירין להשחא רחוקא ואילו בזה עובדא דאבא וכו' לא מיישינן שאתרים בוא על מקומם והמה המתיים, נראה לענ"ד לומר שכל שהחשש צעת המיתה במא יגיל שפיר מיישינן משום דהטעם הוחק בהאדם לבקש הלאות וללחום מלחמת קיומו, ומזקקו שהוחק בחיים כהן לא יועיל בהאומרת שמת כי לא הלך למקום הזה בשביל שימות כהן או ירגי, ולכן לא אמרינן כהן הוא שנאבא הוא שנאבא

ריעותא, ושכחא בזה להוציא מן החוקה שהוחקו בתי שבעלה של אשה זו שלא ידעו כי ריעותא של מיסה, הלא חוקה זו עדיפא ואך נובל בהחוקה של חיים שמתת הנמלא שיש בה ריעותא, לבעל בזה החוקה שאין בה ריעותא של שכני, ואין לומר שכנין שמ"מ אחד מת, זה או זה הורע בזה חוקה חיים של הדים שאנו דנין עליו דמאי אולמא הוי או הוי, ו"א, דמיתו אכן אם אהרן יעב למרחק לעיר אחרת וישלח נט לאשתו או ישלח תפלתו שמעמידין אותו בחוקת קיים, ואם יבואו האנשים משם ויאמרו שידעו שמת שם איש אחד שצור הויא שיהי שם השלח הלא בודאי החטאת, הכי נחוש מחמת זה להגיד או להחטאת, בעל בודאי נאמר מה לנו מה שאנו מת עם מ"מ אהרן נעמידו בחוקת קיים שלא חיתרע החוקה של השלח בזה, וא"כ ה"ל ב"ד באיש המת הנמלא כיון שהכרה של אהרן ג' ימים אין נחשב הכרה כלל מומלא לא הורע חוקתו של בעלה של אשה זו אהרן דנין עליה, ואהרן חוקה של הנמלא אם כי מעמידין בחוקת חיים לאחר עת מיתתו, מ"מ הא חיתרע חוקתו שהוא מת לפנינו ולא אלימא כל כך וזהו הטעם של המחמירין בספק של ג' ימים, האנשים לפ"ז בענין ג"ד שאחרעי חוקתו של בעלה שאנו דנין עליו שהרי נעשה בו משהע שפולח לחיותה, בזה שפיר יש לומר שבחוקת חיים של ההוב שקברוהו, נבוא להרע חוקתו ונאמר שפגשו חוק ג' ימים מת ומומלא מתגבר שהוא מת :

ובעניו הנב"ש שכח כת"ר שהעידו שני העדים ששמועין הש"ד שהערך אלוואשן הלך עמו יחד מוויטעפסק לאינגלוקע פאלק 1 באשלין 3 ראטע והלכו למלחמת פלעוונא ושם נהרג הערך הנ"ל וזאת לא נודע לנו מזהו עיר היה הערך הנ"ל, והעד חיים הוסף בעדותו שקראו אלוואשן, ואמר שהוא היה מכירו מוויטעפסק שהיה אלוואשליק אלל ביות וכמאר עמו ביהר לאמ"ח והעד עליו ג"כ שהוא היה באינגלוקי פאלק 1 באשלין 3 ראטע ושם שבעטונא נהרג, ונקבר על יד עט עיר וידעוים אהרית, וחקר חיים אין לפסק כלל שאומר שם אביו, והנה בעדותו של העד חיים כת"ר בזה שלא אמרו עליו הרבה טומנים המצדדים שהוא בעלה של אשה זו וגם אומר עליו שנמאר לא"ח לפאלק זה אשה אשתו אומרת ג"כ שהיה בחיותו הפאלק ובתבה אלוו מתבב און קבלה משם מתבב מומנו, ובכאשע אחת און נמלא שך מרובא מיהודים נמשום שמת יש בה אהרן ששמו בשמו ואולי בעלה אהרן הוא ויהו שכיבו וקברוהו אהרן הוא, ויהיה נגדך לומר ששנים היו עם בעם הערך אלוואשן ושניהם מוויטעפסק ולפי משמעות עדותו של חיים הנ"ל לא היה עם רק אחד בראטע הנ"ל, וא"כ אין לנו שום ספק על עדותו, לא מוביעא על עדותו של חיים שהוא נותן בדבריו כדורים על הערך אלוואשן בעלה של זו, ובפרט שנבדק בפנקס הפרדיון ולא היה עוד אהרן ששמו הערך אלוואשן בחיותו השנה, וא"כ קודע שהוא היה עם ואהרן הכיר העד חיים לאחר מותו ורק אהרן, ואין זה נובע כלל לאה דיכמות (קפ"ג ז') ביחאק ריש גלותא אם חוששין שם לתרי יחאק, דגם מיידי לשיעת הרמב"ן ובייעתו שאין העדים יודעים אם זה היה עמוס שהלך מקורטבא לאיספמא, וזהו שהיה מוחוק לאנשי קורטבא שדר בעיר הנ"ל, ובקורטבא היה ידוע להם רק אחד ששמו יחאק ריש גלותא, וזון הלוכתו בדרך מקורטבא לאיספמא זה לא נודע לאנשי קורטבא אם זה הדר בעיר הלך בדרך, ולכן פליג אב"י בזה ותיים אחרי יחאק, וברבא תרי מועט כהן נמלא כהן היה ולא חיים לאחר, אבל בנ"ד כיון שנמאר לאמ"ח להיות שם וזו ידע העד חיים שהוא היה שם ומה יהיה נגדך עוד, וגם לאנשי דמייס לתרי יחאק הכא אין לחוש כלל, אחרי שידע שהוא הנמאר מוויטעפסק הוא שיהיה שבעטונא והוא שנהרג ונקבר, ובוויטעפסק לא נמאר רק אחד שבעטונא של זו וגם אין לחוש שמת ביה הוא ולא נמאר להפאלק ואחר

שנמא, מש"כ בני עובדי דאבא יודן ועוד, בכולהו אנו מחזיקים אותם בחייסם של אלו האנשים שהם היו מי שהיו מחזיקים בהם שהם שם, וכן הא עובדא דיתא ריש גלותא ג"כ בחיים מחזיקים שהיא האיש יתאק שמוחזק אלטיו מקודם, ואח"כ כשנתברר עליו שמת מומילא מוחזק הנ"ל למת, מש"כ הא דברא חרובא שבאנו ע"י האומרים להחזיקו שלא ניכל, ולזה אין מועיל האומדנא, וכמו דחייבין במים שאין להם סוף אף שהולאנו מת אחד מן הים, כל שלא נודע לנו ע"י סימנים או ע"י הכרה שהיו שאלו דנין עליו, כן נראה לענ"ד:

וע"ד

ההכחשה שהיא בין שני העדים ששומעין אחד שבלבו נפל הכדור, וחייס אמר שזאורו נחתק לו, ושלפל כת"ר בתחמה בחלוקת הסבוקים שבני עדים אחד אומר מה ואחד אומר נהרג שבאה"ע (כ"י י"ז כש"ע), ואף שא"א להקל נגד בני רבבני המתמירין באחד אומר מה ואחד אומר נהרג, מ"מ כתב כת"ר שבג"ד יש להקל מתרי טעמי, חדא ששומעין אמר אח"כ ומתק"ד דיבורו שלא ראה בביבור, רק מדר האומדנא שהיה הם על הכחונה שיער בהשערותו שהכדור נפל בלבו, ועוד דאפשר ששני כדורים נפלו עליו בלבו ובלואורו, ודברי כת"ר נכונים בזה שבג"ד גם המתמירים יודו בזה שלא חשבו הכחשה בדבר שאפשר לעשות, וכמו שאמרו חז"ל בגמ' בין חזיו לשערי טעמי אינשי (ב"ב י"ז ע"ב) — אמנם לבג"ד נראה שבג"ד בלח"ה לא תהיה החלוקת של אחד אומר מה ואחד אומר נהרג, דעטם הדבר שבאחד אומר מה ואחד אומר נהרג סבדי המתמירים דבי הכחשה נראה להסביר, דאחד שאומר מה על מצתו הלא מכחיש ואומר שלא נהרג, ומי שאומר נהרג הלא אומר ומכחיש שלא מת על מצתו, ולכן הוה עדות מוכחשת וא"א להשיאה על פיהם, ולכן נראה לענ"ד דהני מילי שכל עדותן היה רק זה הדבר שזה אומר שמת על מצתו וזה אומר נהרג וזה אנו באים להתירה, והוא דומה לאחד אומר בסיף הרגו ואחד אומר באריון, שעיקר החיוב בא על מעשה ההרגיה וכיון שמשעה ההרגיה נכנס זה מזה אין לנו עדים על ההרגיה, וכן בחזקה באחד אומר חטים ואחד אומר קטניות דלא טעי אינשי כיון שבעלו עדותן ע"י הכחשה שכל אחד נכחש מן חברו אין לנו במה ל"דן ע"פ עדותן, אמנם כאן בג"ד שעיקר עדותן שבלא אחד מת בלא מות חסידת המלחמה ועלעלוהו וקברוהו, וא"כ מה ח'כפת לן בהכחשה שזה הכחיש לחברו שאמר שבלבו נפל הכדור וזה הכחיש להשני שאמר שבלואורו נחתק, לוא יהיה ששני הדברים און אחת מחמת ההכחשה זה לזה, מ"מ בזה ששניהם אמרו ששני ששלעלוהו מת מן סיבת המלחמה ונקבר, ונהי שהוכחשו בסיבת ההרגיה מ"מ ע"י שאומרים שקברוהו בזה לא הוכחשו, וכמו דליתא (ב"ב ל"א) דאמר רב נתמון כתי דאתחמש בלביה באבהתא מי אתחכים וקיי"ל כרב נתמון דסבר כרב הוהא שכל זוג עדים מהנוכחשים נכרים כל אחד בזה עלמה להעיד, וממילא אמרינן דכשרים אפי' לאותה עדות במה שלא הוכחשו, וא"כ נראה באומר אחד מה ואחד אומר נהרג ואחד יאמר שהיה בעת הקבורה שראוהו וקברו בודא"י שנאמר בזה דיון נהי שאתחכים במיתה הקבורה לא אתחכים, וא"כ הדין כן באחד מהעדים אומר קברתיו אף שהכחש בעדותו על המיתה שמת, הא על הקבורה לא היה בזה הכחשה מהשני, וא"כ מהימין לומר וקברתיו דהא לא אתחכים בזה שאומר שקברו, וא"כ כיון שגם באחד מן העדים שאומר וקברתיו סני לן ואמרינן נהי דאתחכים במעשה המיתה הנעשה בקבורה הרי לא הוכחש ועש"י מתורין להאשה, וכש"כ היכא ששני העדים אומרים עדותן על מעשה הקבורה, וא"כ אפי' לרב החרף שפוסל שני עדים מוכחשים וז"ל להעיד לעלמא מ"מ אחד מהן כשר ממני, וכיון ששניהם נעשיתו על מעשה הקבורה, ובזה לא אתחכים ולכן שפיר מועיל העדות בזה, אף חין אנו

לריבס לזה כי קיי"ל כרב הוגא וכרב נתמון דאף לאותו עדות אמרינן שבמאי דלא אתחכים מהמיני :

אמנם

אם נאמר שגם באמרו וקברתיו מ"מ היכא שזה אומר מה כדרכו על מצתו וזה אומר נהרג אין אומרים שלא נחשב מוכחשת, רק מחשיבים אותם מוכחשים בעיקר העדות משום שאלו אומרים או אומר נקבר מה כדרכו וזה אומר נקבר הרגו וחשיבי עבור זה עדות מוכחשת, מ"מ נראה לענ"ד שבג"ד שאני, ולא נחשב עדות מוכחשת, שבשלמא הדם בניקבר מת או נהרג במקום שראו את המיתה מאיזה דבר בפרט והקבורה בזה אח"כ מפני שמת מקודם, וא"כ עיקר עדות הוה המיתה או ההרגיה וכשמתחשים וז"ל יש ל"דן שאפשר שחשבו זה מוכחשים בעיקר העדות, משא"כ בג"ד שלא ראו העדים את עלם מעשה המיתה וע"י לא העידו, רק עיקר עדותן הוה שראוהו מת בלי מות כלל ששלעלוהו ממקום לתקום וקברוהו, וסיבת המיתה ג"כ משתים שהיה ע"י מכת המלחמה, ולא היה נוגע לעיקר העדות לדעת ולחקור ע"י איהו סיבה היה מכת המלחמה בו שמת מחמת זה א"כ בלבו או בלואורו, וא"כ בהכחשה בזה אין לחוש כלל לומר שחשיבי מוכחשים בעיקר העדות, דודאי בעדותן שעי' זה הוה מתורים להאשה היינו ששלעלוהו מה וקברוהו בזה משתים הוה וזהו עיקר עדות, ומה שאומרים נחתק בלואורו או נפל הכדור בלבו הוה רק הכחשה בבדיקות, ולא בדרישות בעלם העדות, וזה דמי למש"כ הגאון רע"ק איג"ר ז"ל (ב"ב ס"ז) לענין הכחשה בחזות הקבורה שחשבו זה רק הכחשה בבדיקות, כיון שאין ל"דן לגוף העדות דסני במה שיאמרו ששלעלוהו ממקום לתקום, וא"כ ה"ל בג"ד לא היה נלמד כלל לגוף העדות באיזה מקום נמלא בנימו מצות הכדורי מות, ורק בשלעלוהו מה וקברוהו סני. — עכ"פ בעיקר דיון בהיתורא של האשה חייבנא שהיתה אשת הערך ב"ד שלמה אלינאן, הנני נעטל לעושי מזהו לאשכנזי להמתירין לה מכבלי העיגון, ונלמד להיתרה בג"ד של שלשה הגם שיש כאן שני עדים אחרי ששומעין לבד חין בו כדי להתירה כ"א בצירוף של העדות השני שהעיד חין חייס הנ"ל מפני שהעד שמעון קרא אותו אלינאן וגם חין מזכיר אותו מקודם ולא ידוע לו שם אביו ושם משפחתו, ורק בצירופו של העד חייס, שמוכח זה שמה שהדבר קרוין אותו אלינאן הוה שמוי בעלמא בזמנא, וגם הוה בצירוף הגדת האשה שקבלה מאת בעלה מתכחש שהיה שם במלחמה שלעווא באותו השאלה, ויובל כת"ר להוסיב ב"ד של שלשה ולהתירה:

סימן ג

ע"ד עובדא דאתא לקמן בשנת תרמ"ב בק"ק באלטרומאנין שבאת לידעה לאשה אחת שמת בעלה במגפה שהיה מטובת החולי השלמת שם במקום רחוק באמעריקא ותובין עינין הפסיקות והחששות יבואר בתוך התשובה ועינין הנביע שהיה מתירין זה בערך אצלי קנטרס סבל הנב"ע שהיה על עיני הנ"ל, וסה שנוגע לדינא יובן מתוך התשובה שכתבתי בג"ד בעוד"ה.

(א) **הנה** יש לנו על מיתת הבעל שנתו ב"ד יהושע בלטרומאנסקי שמונה אנשים שהמה באמעריקא שכולם אמרו ששומעו שמת שנתו הנ"ל, יש שנתו מוס מתבים לקרוביהם לבאלטרומאנסקי שנכתב שם, ששנתו בעל של האשה פלוגית שהיא היתה בבאלטרומאנסקי מת, ויש שנתו בעלם באמעריקא לבאלטרומאנסקי, והעידו לפנינו בג"ד ששמעו

ששמו שם ששכתי הג"ל מת, וכל זה הוגד לפניו. — והנה בעדותן של אלו די לחזיר אחרי שכולם אמרו שמת שכתי הג"ל, הגם שכל אלו לא היו מיתמו בלחובו מקום שמת שם, רק ניכר שאלוהים בא ידיעה ע"פ השמועה שמת, וחשוב זה כמו שהמה אומרים כל אחד ואחד שמעתי שמת פלוני ולא אמרו בשם מי שראה יחסו, מ"מ הא מבוחר ברמ"א (בסי' י"ז סעיף ה') שאפי' אמר שמת שמעתי כשר העדות ולא חיישין שמה עדות הראשון פסול היה, וכמובאר שם בב"ש (פ"ק מ"ו) שהוכח ש"א"ל לברר כשר גם כהמה שחין אלו יודעים ממי שמע, ובג"ד שהוא מקום רחוק מאוד חשוב כה"א לברר, ומסתמם לשון רמ"א שמתיר באומרת שמעתי סהם שמת פלוני נראה דלא חיישין שמעתי קול הכרה, וכן מבוחר בספר עזרה נשים (בסי' י"א), אך מביא שם בשם המבי"ט דבעינן שילמד שמעתי מפי פלוני, וא"כ לדידה לכאורה יש לפקפק על כל העדיות, כיון שכולם לא היו אלא שמעומו שהרי מת במקום אחר וא"כ רק מפי השמועה אמרו, וכיון שלא אמרו מאין נודע להם זאת חיישין לקול הכרה. — ולעקר הדיון כבר הביא שם בספר עזרה נשים הג"ל שמרן הבית יוסף כתבסוה חלק על המבי"ט והפעלה ששמעתי סהם מהני, והגם שכל עדותו של ר' ליב ב"ר יהודה שאמר שמעתי מן אבא ב"ר משה גאלדשטיין שמת, יש לפקפק ע"ז יען שאמר שהוא ראה בהמכ"ע וזה אין נודע לנו אם כותב המכ"ע הוא יהודי או אין יהודי, וא"כ יש לחוש שאין זה נכתב למסל"ת דהכי בעדות מפי כתב מבוחר (בסי' י"א) בשם הרמב"ם דבעינן שהיה כתב ישראל דוקא, והביא שם החלקת מחוקק (בסי' כ"א) שלא הוכשר רק מיטת לפ"ת ולא כותב לפי מומו, וא"כ יש לחוש לכל העדיות אולי תפסטי ידיעתם מן מי שראה כתוב בהמכ"ע שכתב ע"ז א"י, וא"כ אין לנו סמיכה שמה על עדותן של אלו הנזכרים בהגב"ע, מ"מ על עדותו של יעקב ב"ר לבי משה, שאמר שמעתי מחמתו שהיה שמעה מהכחורים, בן ישראל יוסף וכן נחום יצחק, ואולם הכחורים היו שם קרוב למקום שהיה האיש שמת שאנו דנין עליו והמה ידעו ושמו ע"ז חוזה העדות שלו שנתה ובמקום פטירתו, אם יהודים או אין יהודים, הגם שעל העדות של בן ישראל יוסף יש לדון שהוא כתב ערעור אח"כ שזכור בהגב"ע שיבאר להלן א"ה, מ"מ על העדות שנאמר בשם בן נחום יצחק שממונו אין לנו חרטה בעדותו של אח"כ יש לסמוך. — וגם על העדות מן המכ"ע יש להעיר ג"כ דהנה הרב ב"י כתב על מש"כ הרב המגיד על הרמב"ם שגלריך שידעו שהוא כתב ישראל, וכתב הרמ"מ שלא הוכשר א"י רק במסל"ת אבל לא כתב עכ"ל, וכתב בנדק הבית (בסי' י"ז) על זה, ומש"כ אבל לא כתבו אין לו טעם שאם כהבו כותב בדרך מסל"ת למה יגרע" עכ"ל, וראיתי בס' עזרה נשים שהכריעו בענין זה שהטעם אם כתב בן עם אחר בדרך מסל"ת אין מושיל הוא דוקא ככותב לישראל כיון שטרם לככות לישראל להודיעו אמרין שאינו מסל"ת רק כותבו לחזיר, ולכן ככותב א"י לא"ה חזרו וישראל ראה זאת שמעיל זה, וא"כ מטעם זה י"ל שאם ישראל ראה כיון שכותב א"י לא"י, מעמתה על כלק ע"פ כל אלו העדיות שבו לפה שאמר שמעתי שבוירא מחנשים שונים שכתבו הנידון שלנו מת, וכש"כ בג"ד שהוא רק ספק אם היה ידיעתם ע"פ המכ"ע או אולי שמעו מאחד שנודע לו הדבר וכמו דלמריגין היבא שהגיד א"י מסל"ת מפי א"י אחר, ולא ידעינן אם הא"י הראשון אמר זה בדרך מסל"ת דתלינן לפקל, וכמו שהכריעו האחרונים כדעת הפ"ה דתלינן מסתמא שהיה בדרך מסל"ת שזה מלוי יותר, וה"כ בספק לנו אם היה השמועה מידיעת המכ"ע או מידיעת מאחד באופן שמועיל זה, תלינן מסתמא כל שאומר שמעתי השמועה היה שלא מן המכ"ע לבד וא"כ גם העדיות האלו נראה שמועילים.

[ובאמת ע"פ הסכחה של מאקס פראנק שהועמק בהג"ש שכתב ביום ד' נח סת"ש כתב שם שהוא כתב לניוארק לויינשטיין נראה וקובו הדבר הזה תפסטי מעט] :

ב) ועתה נחקור בשארי העדות שיש לנו לדון בנוגע על היתר האשה העלובה הג"ל, והנה ממכתביו של ר' ליב ב"ר יהושע אחרי הגעדר שכתבי שאלו דנין עליו יש לדון, מתחלה כתב בעקבה חלודיע להאשה הג"ל שמת בעלה אחיו שכתבי וישראל בנו קדוש, ודבר ר' זה מספיק לנו דכתב ישראל אם מכירים את כתבו סומכין עליו לכו"ע, כמובאר (בסי' י"ז סעיף י"א) וכתבו של ר' ליב הג"ל ניכר לכמה אנשים וגם האשה הלזו מכתה היטב בכת"י, אך במכתבו השני ביאר שמתלה ידיעתו היה ע"י הטענעבראמת ואח"כ ביום ד' נודעו היטב מפי שמת, והנה נולד לנו ספק ממי ה' הטענעבראמת אם מיהודי או מא"י, וכן מש"כ שנודע לו ממי שמת לא נהדרר לנו אם ה' מיהודי או מא"י ע"פ כתבו, ואם נדרוש ממנו מלד מרתק א"ל להחזרר כ"ז בפטריות, ובאשר נדרשתי נעשיריבין או ער א"ז גישטארבין מסתמא ווייס א"ך וואס א"ך האב געשריבען" ויש לסמוך ע"ז במקום ש"א"ל לתקור מנין הוא יודע, וכמו שכתבנו לעיל בדבריו למדברי הב"ש (בסי' י"ז) שכל ש"א"ל לברר כשר גם כהמה כן הוא שטועד לו שמת, וה"כ נסמך על מה שאומר שידע בבירור שמת, הגם שידועים אנו שהוא לא היה שם, ומסתמא כן הוא שטועד לו ידיעה ברורה המועלת אם מיהודי או מא"י מסל"ת כדון. — והנה ע"י מכתבו של ר' ליב הג"ל ששלח אלי התפסח בשנת תרמ"ט שבו שלח אלי מכתב של איש אחד יהודי הדרר ברזעשטענוויל, המקום שהיה שם האיש שכתבי המנוח שאנו דנין עליו, והמכתב הג"ל נכתב ביום ד' נח ובא אליו ג"כ ביום הג"ל והמכתב הג"ל מועתק בקונטרס כתב הגב"ע, וכתב שם בזה"ל, "אונד א"ך שרייב א"ך אז אייער ברודער א"ז גישטארבין דען 20-טען עפעטעמבער ער א"ז גיווען קראנק 2 וואכין" וא"כ ניכר הדבר שמש"כ אז במכתבו בביום ד' נח נודע לו בבירור מפי שמת, הוא א"כ מכתב זה שהוא מיהודי וא"כ אין לנו שום ספק ע"ז, הגם שיש לדון לפי שכתוב במכתב הג"ל "ווען ער א"ז גישטארבין בין א"ך אליין קראנק גיוועשן" וכו', א"כ לא ראה בעלמו את מיתמו, מ"מ כיון שהוא בלחובו העיר שמת והוא כותב שמת תלינן שמסתמא נודע לו ידיעה ברורה אם ע"י יהודים אחרים או מא"י מסל"ת, ובפטר שכתב ע"י הפאליזיע נלקח הסחורה שלו להמנין ששים ויס, וכתב שהוא אמר שם שיש לו משפחה, וא"כ הרי ניכר שהיה לו דברים עם אשר דרשו עליו מן הפאליזיי, וא"כ היה לו דבריו הא"י מסל"ת ע"י מיתמו שהיו דרשו עליו, וא"כ לנו לדרשו יותר אחרי שכותב שאלך שיהו להאספיטאל ושם מת, והגם שכתב זה של מרדכי הנקרא מאקס פראנק אין ניכר לנו כתב ידו, אך הגעדר הג"ל והוא כתב לנו מו"ה ליב ב"ר יהושע אחיו, של הנעדר הג"ל והוא כתב לנו שהוא מכתבו של האיש שמת, ובלתיאח בתש"ו מרמ"ס לובלין (פ' י"ג) שגם אם ניכר לעד אחד מהני, וכן הובא בספר עזרה נשים (פ"ק מ"ו) ד"ה ויהא"ה שכתב בשם "מרמ"א ששון (פ' י"ו ו' י"א) דכונתו של הה"מ דבקום דעד אחד שיעד לו כתבו בני, וכן הכריעו בספר בני מאיר שם (בשינוי י"א) דקיום ע"ז בני, דלא כהרמ"ש שכתב שאם ע"י ההכרה ולא ראה בעלמו שכתב בעיניו שני עדים שיעידו שזה כתב ידו, רק קיי"ל כדעת מרמ"ס לובלין וההולכים בשיטתו שקיום ע"ז בני :

ג) אמנם מה שיש לחוש בג"ד הוא שני דברים, אחד שכל העדיות שהוגד עליו לא נזכר מקבוצתו רק שמת, ובהעיר הג"ל שנאמר עליו שמת שם היה דבר (כן כתבו פוסק) הנקרא יעלעפיבער, ובדבר יש מחלוקת אם הוא כמלתמה כדאיחא בנמ" (בימות קי"ז ע"ג) והוצא בשי"ט אה"ע (פ' י"א סעי' א')

און ליגין לוא וויסן אזי מיט זייז אין איינעמען וויא טוט מיר מוין הארץ ניט ווייא " ? כו', וא"כ הרי אומר ג"כ בדבריו שנקבר והגם שלא בירר לנו איך צא לו הידועה מן קבורתו שנקבר בין הא"י, מ"מ אין אנו מחויבים לרקוק הא"ר ידע זה במקום שח"א לנו לברר זה ותליקן שסתמא נודע לו ידועה המועלת, וכד' הכ"ש בענין שמעתי שמת שהבאנו לעיל. אך יש להעיר שאין דומה זה לשמעתי שמת, שבשלמא התם בצאמר שמעתי שמת בודאי שמת זאת ממי שיש לסמוך עליו דאל"כ מעלמו לא היה אומר דע איש שבחוקת מי הוא שמת, משח"כ במה שאומר מעלמו בתיק מכתבו שנקבר בין הא"י יכול להיות שאומר זה מדר אומדן דעמו אחרי שאלנו בבור שמת א"כ בודאי נקבר, ושם ידוע זה שהיהודים לא קבואו אז, מסתמא הוא נקבר בין הא"י :

סעי' ג"ה שמי דיעות איך קי"ל להלכה, וא"כ כנ"ד שאין לנו שני עדים כשרים שיעידו על מותו היה זה רק כע"א, ובע"א במלחמה היה צביא דלא איפשא, וקי"ל להלכה בע"א במלחמה לדעתין דוקא שיאמר וקברתיו, כמובא (סעי' ז), עוד יש לדון מדר הערעור שאמר כהב ומכתב ערעור שלא מת כאשר הופתק בהגב"ע מכתב של המערער ויש לדון אם יש לחוש לדבריו, כאשר נדבר להלן בזה בענין :

והנה קודם יש לדון מדר עלם הדיון גם לולא הערעור, מחשש של דבר, ולכאורה נראה לענ"ד שיש להקל מדר דער אחר במלחמה הוא ספקא דרינא, ואם דבר הוא כמלחמה, הרמב"ם פסק (נפ' יג מה"ל גירושין הלכה ז', לפי הירכא שפנינו וכן הוא ירשם ה"ת) שדבר אינו כמלחמה, וא"כ לגבי ער אחר בדבר הו"ל תרי ספיקו והיה לנו לפסוק להקל בע"א במקום דבר, אך מה נעשה, שד"ן בתשו' (ס' ז') כתב שע"א גבי דבר בעינין שיאמר וקברתיו, ואם הר"ן לא סמך על הכי תרי ספיקו דרינא, שמה ער אחר במלחמה הדיון להקל, ושמה דבר אינו כמלחמה להקל בלא אחר וקברתיו, וכמו שהביא הר"ן דעת החולקים על הרב אלפסי וסבורים דע"א במלחמה אפ"ש שלא אחר וקברתיו כאמון, וז"מ לא סמך הר"ן להקל מדר הכי תרי ספיקו דרינא גבי ע"א דבר, מאן תשיב ומוחו ספון להקל נגדו, מ"מ נראה שגא"ל כנ"ד שכתב מו"ה ליב הכ"ל במכתבו אלי המועתק בקוק' הגב"ע ששמע גם מח"י מסל"ת, ובא"י המסל"ת הביא רמ"א (בשע"ז) שיש מקילים בזה והוא המרדכי בשם רבינו שמחה ור' נתן וראב"ד, וישוין בש"ז שכתב שראה בילדותו שצובה אחת בעגונה אחת שנשאל לפני הדין מהו יתקן ב"ר בלאל והרש"ל וסמכו על דברי המרדכי אלו להקל, ובאמת מה שביא הע"ז שראה תשו' אחת בילדותו, נראה שהיה התשובה המובא בספר צ"ח החדשות (ס' ו' ע"ה) ושם יש בס"י ע' תשובה מהר"י ב"ר בלאל שביא לדברי המרדכי אלו, ובס"י ע"א הביא גם המהרש"ל בתשו' דברי המרדכי, ומש"כ הט"ז שראה שם בתשובת רש"ל שלא סברה הכנס הוא כ"א יש לזה הוכחה מן התלמוד, וכתב ע"ז הט"ז שלא ידע מאי ראה יש לו, ובאשר זכינו לראות תשובת רש"ל הלזו שם בספר תשו' הב"ח החדשות, נראה ברור הדבר שהחמת שלא היה אז למראה עיניו הק' של הט"ז תשובה הכ"ל ע"כ לא ברירה ליה אז דברי הרש"ל, כי באמת מש"כ הרש"ל שיש לו ראייה מן התלמוד הו"ל שיש לו שם שפניו הגדת מיתתו היה שאינו תלוי ביון מלחמה, רק על ההבנה שא"כ ועל הקבורה יעשה"ה. — ולענין עלם הדיון של המרדכי ומהרש"ל שכתבו שלא שייכא האיביעיא דע"א במלחמה בא"י שאין כאמון אלא במסל"ת וסברה הלב היא הו", כתב רש"ל שם ואפילו אח"ל מנין לנו להמיר מכת סברה הלב, וגאמר שאף הגדולים לא פסקו להלכה למעשה כן רק שהסכימו שסברה הלב כן הוא, ומהני הק' סברה לנרף עם טעמים אחרים להמיר עכ"ל רש"ל, מ"מ יש לומר שמספיקא לא נפקא, וא"כ כנ"ד שיש עוד ספק שמה דבר אין כמלחמה ופטרט שהרמב"ם פסק כן וכן פסק המחבר בש"ע, וא"כ פשוט יש לנרף ל' המרדכי שכתב שע"פ סברה הלב שבמסל"ת אין שייך בדדמוי, וכן כתב המשא"ת בנימוין (בפי' ג"ה) להקל במסל"ת בזה דבר בלא וקברתיו, כל שאימ"ת התם שמת שאפשר שגם הקבורה ראה יש"ש, וה"כ כנ"ד המסל"ת שכתב ששמע מהם אין מבורר זה שלא ידעו מן הקבורה שאפשר שגם מן שפיר ידעו :

ה (ה) נראה לענ"ד, שגב"ד אין זה מיקרי דבר כלל, הגם שהיה עם המחלה שלעת בירת שבת והרבה אנשים מתו שם ר"ל מזה, מ"מ כיוון שהיה זה בחד מחלה לא מיקרי זה דבר, ורואים לזה מהא דריתא (בפי' דף כ"ח ע"ב) חלה יום אחד ומת רחב"צ אומר זו היא מיתת מגפה שנתמר בן ארס הנני לוקח כו' במגפה וכתיב ותמת אשמי בערב כו' חרס שמימת מגפה הוא ביום אחד, וגם התק' דפליג ואמר חלה יום אחד ומת זו היא מיתת דחופה, טובל לומר דלא פליג על ר' חנינא בן גמליאל שאמר שמימת מגפה הוא ביום אחד, רק שסובר כיוון שאין העת עם מגפה ורק ארס פרטי מופ' ע"י חלה יום אחד לא מיקרי זה מיתת מגפה רק מיתת דחופה, וא"כ מויון שדרך מגפה ר"ל הוא שלא ימשוך החולי יותר מיום אחד, ואין לומר שדבר לחוד, ומגפה לחוד, וז"ל דהא מלניו כמה כתובים כגון (בשמואל ז' כ"ג) שאמר הגבאי גד לרוד ואם היות שלשם ימים דבר ואח"כ כתיב ויתן ד' דבר בישראל ובסוף נאמר ותעלה מגפה, וכן הוא בדה"י ח' כ"א, ובאמת שם מגפה הוא שם המגפה פתאום הן ע"י דבר או ע"י חרב שזה נקרא בשם מגפה, כמו שמצינו גבי אבשלום (שמואל ז' י"ח) ותדע שם מגפה גדולה, מ"מ כיוון שמצינו שדבר כתוב קורא להמית ע"י דבר מגפה, הרי חזוין שמתים בדבר מיקרי מתים במגפה, וכן בתפלת שלמה הנזקק ע"ה (במלניו ס' ח', ובה"ש ז' א') לאמר שן רעב כי יהיה, דבר כי יהיה, ובסוף הכתוב מסיים כל נגע וכל מחלה, הרי שמתלה אין נכנס בשם דבר, וכן מלאחי עוד ראייה למש"כ בדברי הב"י (בלחות תענית ב"ס) תקש"ו שביא דברי הרמב"ם בפ"ג מהלכות תענית (הרי שירד חולי אחד לאנשים הרבה והיו מתים מאותה החולי הרי זה צרת ליבור וגורוין להתענות" וכתב הב"י ע"ז, ויש לרקוק למה לא חלקו בין אם מתו ג' מתים בג' ימים לת"ק רגלי כו' כשם שחלקו בדבר, ואפשר דשאינו דבר שהוא שייך אורי הממית בלי שהיית זמן כו', וא"כ אנו רואין שדבר מיקרי הממית בלי שהיית זמן והוא כמו שהבאנו ממ"ק חלה יום אחד כו', אבל כל שמתהה החולי יותר מיום אחד מיקרי רק מחלה מהלכת, וא"כ כיוון שמצינו שרק בדבר אחד מהלכות אם הוא כמלחמה, וע"כ נראה שלא נסתפקו רק בדבר הממית מהר בלי שהיית זמן שזהו בדמיון כמלחמה וכשילוח נחשים ועקרים, משח"כ גידוין שלנו שבכר יוכר במתבים שהיה רק חולי השלמת שם, וממנה היו מתים שם וגם על האיש שבה שאנו דעין עליו, נכתב במכתב של פרנאק שהיה חולה שני שביעות, א"כ לא מיקרי זה דבר, וכן נראה מדברי הגמ' (סנהדרין דף כ"ג ע"ה) בצאום העדים דאמר רבא אמרינן לכו מפן ומרז ותן שנין איש עונה ברעוה עד שקר ופירש"י בעין עדות שקר דבר צא כו', הרי שהכתוב קורא לדבר חרב וכן שנון שכל אלו כמה ממיתים פתאום, וא"כ נראה שדבר נקרא הממית פתאום וכמו שהבאנו מדברי הב"י (בס' הקצ"ו ג' ח"ה). — ומכלל זה נראה כנ"ד שגם שלט החולי יעלם

ד **עוד** יש להקל כנ"ד שאפשר לומר שחשוב לנו כמו שאומר וקברתיו, שבמכתביו של מו"ה ליב אחי הנעדר שאנו רגין עליו המועתק בהגב"ע שכתב ש, אז איך זעה מיט מיינע אויגין אז מוין ברודער האט גיזארפט שטארבען איין יונגער מאן און פאר עווייגד מיייל פון דער היים

נדעת הרי"ו שגם בלא התירו להנשא אין נאמן להכניס גם לעד אחד האומר בשמו יע"ש :

הן אמת שלט"ו יש לזון בדבר זה, שאלו מה סבור הרי"ו שאין יכול העד הראשון שאמר שלא בב"ד שמת להיות חוזר ומגיד, הוא דוקא במקום שהתירו להנשא ומתרי עמי נומא הכי, (א) אפשר כי לומר שהתירו אין חוזר ומגיד על הגדו ואמר חן לב"ד, כאשר נגמר ענין הגדו היינו שהתירו להנשא ע"י העדות שהועד בשמו, אבל כל שלא התירו להנשא ע"י זה לא מיקרי נגמר הגדו ויכול להיות חוזר ומגיד, וכענין זה מלמתי להר"ן בתשו' (כס"י ל"ד) וז"ל, כל שנמנה עדותו ודבריו כו', וכבש כל לענין דיני ממונות שאין לרדק חקירה ודרישה שבין שנמנה עדותו ואין אלו לריבם עוד לדבריו הכי הגד ושוב אין חוזר ומגיד, ויעו"ש בדבריו שכתב שה"י עד שלא נחקרה עדותו שנאמר בדרישתו הוא רק במקום דבשי חקירה, אבל כל זמן שלא התירו להנשא ולא נאמרו דבריו לפני ב"ד ע"י האחר מיקרי לא נמנה עדותו, הכס שהתקת ממוק (בס"ק י"ו ה"ל) כתב שאין סברא לחלק דמה תועיל עדות של העד השני שלא יוכל הראשון לחזור מדבריו כו', ומ"מ לפי מה שהבאתי מלשון הר"ן בתשובה (פ"י ל"ד) שפיר יש מקום לומר כן. (ג) יש לומר דהר"ג שסבור הרי"ו שכל שהאמירה היה חן לב"ד גם במקום שאין לרדק הגד בב"ד מ"מ יכול לומר מבורה הייתי, וכשיטת הר"ן בתשו' (פ"י מ"ו), אך זה יסבור הרי"ו שהאמירה האחרונה אין מבעלת לגמרי כל האמירה הראשונה, אך חשיב האמירה השנייה נגד הראשונה כחד לגבי חד והיה ספיקא ליה אמת אם הגדה הראשונה או הגדה השנייה, וכל שהגדה הראשונה נמנה בהיתר שהתירו להנשא יש להאמירה היא דין שנים ואין יכול להכניס ע"א היינו האמירה השנייה :

אמנם שיטת הר"ן בתשובה (פ"י מ"ו) שכל שאומר חן לב"ד הגם שנאמן בעדותו ואין לרדק להשיב בב"ד, מ"מ יכול לומר אח"כ מבורה הייתי כיון שלא אמר זה בב"ד, ולענ"ד ל"ש ע"ז מהא דרוא"ב (דף קנ"ז ע"ב) אמר ר' יוחנן אמר בני הוא וזכור ואמר עבדי הוא אין נאמן, עבדי הוא וזכור ואמר בני הוא נאמן דמשמש לי עבדא קאמר, מיתבי היה משמש כבן כו' היה משמשו כעבד ואמר עבדי הוא וזכור ואמר בני אין נאמן, אמר רב נחמן בר יצחק דקרי ליה עבדא מילר מאה, הכי אנו רואין שגם על אמירתו חן לב"ד אם שאין לנו להשוות שני האמירות שלו אין אנו מבעלים את אמירתו הראשונה מפני השנים, ולפי שיטת הר"ן היה לנו לילך אחר השניה כיון שאמירתו הראשונה היה חן לב"ד, ואין לומר דהתם שאני לפי שהתורה נתנה לאביו נאמנות בקרא לזכור ולכן אמרין בזה כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד גם באמירתו חן לב"ד, וכמו שפירשם הרשב"ם בדבריו וז"ל שם בד"א נאמן, הוא"ל וזאת האחרונה אין פירוש כ"א הכתשה אין לנו לילך אחר טענה האחרונה הודאת פיו האמירה התורה במאי דאמר בני הוא כדכתיב יכיר וכיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד עכ"ל, ז"א, מרא דהא בסיפא באומר עבדי הוא וזכור ואמר בני הוא דנאמן, משום דמשמש ליה עבדא קאמר, וז"ל א"ל לא היה מקום לפרש כן לא היה נאמן לומר בני הוא לבטל דבריו הראשונים ולומר ששקר אמר בתחלה, ושם אין שייך לומר שהתורה האמינה במאי דאמר עבדי הוא, שרק ממילא הוא מבעל לאמירתו שלאח"כ שאמר בני הוא שגרי אמר מקודם שאינו בני, א"י בכל שדבריו מועילים גם באמירתו חן לב"ד אין חוזר ומגיד לבטל דבריו הראשונים, כל שא"י אפשר לומר שלא יהיו סותרים זה את זה :

ט **ובאמת** דברי הרשב"ם בלא"ה לרדק עיון לי, היאך כתב שהודאת פיו האמינה התורה במאי דאמר בני הוא מוכתיב יכיר, הא לקמן (דף קנ"ז ז') פירש רשב"ם בפירוש בד"ה לירוש', שאין נאמן לומר בני הוא רק בנכסים שיש לו נכסיו מטעם מינו דאי בעי יהיב ליה, והא דדרשין יכיר בשלדך הכירא הוא דוקא בני ענין בבורה, ומלמתי שעמד ע"ז (הנאון מהש"ש בנבואתו דנף קנ"ז ע"ב) בשתיות דבני הרשב"ם הג"ל, ומירן הוא דנדק קנ"ז כתב רשב"ם זה אליבא דרבנן, אבל לר' יהודה נאמן גם על בני הוא מוכתיב יכיר, ושם דנף (קנ"ז ז') יהיה אליבא דר' יהודה דק"ל כותיה, ולענ"ד ל"ש דבריו דהא התם בעל המימרא הוא ר' יוחנן ר' יוחנן פסק לקמן (קנ"מ ע"ב), דאינו נאמן כרבנן, ומתמת חומר הקושיא על דברי רשב"ם שלא יתירו דבריו זא"ז, נראה לענ"ד לומר אשר כוונת רשב"ם שהודאת פיו האמינה התורה במאי דאמר בני הוא, הוא מטעם מינו דאי בעי יהיב ליה במתנה, ומה שאמר כדכתיב יכיר פירושו הוא שזה שנאמן בדבריו לומר בני הוא הוא דין אחד כמו דרשין מקרא דיכיר, וכוונתו שלא לאמר דבריו שדוקא בענין הנאמנות מקרא שפיר אנו אומרים כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, משא"כ היכא שנאמנותו הוא מטעם מינו דאי בעי יהיב במתנה, בזה לא אמרין כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, וע"כ דייק ע"ז הרשב"ם כדכתיב יכיר, וכוונתו דבריו מדפריך הגמ' לקמן יכיר למה לי משום שדין אחד הוא לענין נכסים שיש לו אז, בין אם הנאמנות הוא מוכתיב יכיר ובין אם הנאמנות הוא מטעם מינו, דאם יש חילוק בין זה לזה לענין חוזר ומגיד לא היה הגמ' למיפך יכיר למה לי, והף שראו קתם דרך חמוק להשמיד זה בכוונת דברי הרשב"ם, מ"מ מלד חומר הקושיא בסתירתו דבריו נראה לענ"ד לומר כן בכוונת ד' הרשב"ם :

ח **אמנם** באמת מש"כ באופן הא' אין נראה לומר כן שכל זמן שלא התירו להנשא מיקרי לא נמנה העדות ויכול לומר מבורה הייתי, כיון דלא מיתסר אליו בעלם עדותו מטעם, ודמיון רביה נראה לענ"ד להביא מהא דכתובות (י"ח ע"ב) דעדים שאין כתב ידן יולא ממקום אחר ואומרים כתב ידנו הוא זה אבל אנוסים היינו, שאין נאמרים לומר רק אנוסים היינו מתנות ממון אבל אנוסים היינו מתנות ממון אין נאמרים, משום כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד וחק דהעדו לא נמנה עד שמתקיים העדות בב"ד. — והנה שם בגמ' לביבא קמא דאמר רמי בר חזא"ל ל"ש אלא אם אמרו אנוסים היינו מתנות ממון אבל לא אמרו אנוסים היינו מתנות נפשות הרי אלו נאמרים, ופריך רבא ע"ז כל כמניה כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד כו', והא נאמר שכל זמן שלא נמנה הדבר גם שלא יחסר להעד גופא לומר רק נלך לאמר לגמור הדבר מקרי לא נמנה העדות, הא מני גמ' לשוני דמיירי רמי ב"ה כשאפשר לקיים ומקום אחר והעדים אומרים בפה מנשה שנוכחים אחרים לקיים כתב ידן ועדיין לא קיימורו, וזו אומרים אנוסים היינו מתנות נפשות ולפי שערין לא נמנה עדותו שערך קיום לכן לא נחשבים חוזר ומגיד, הלא נמנה וזו טעם שערדים שפיהו אין נלביס לומר עדותו רק שאפשר לקיים כתב ידן ע"י אחרים, אמרין בזה כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד אף באנוסים מתנות נפשות שיש להם אממלא עובא על מה שחרמו מוקדם, וא"כ ה"נ בעד מפי עד כבוד אשה כיון שהעד הראשון אין לרדק לבוא לב"ד רק השני, מיקרי נמנה עדותו ואין חוזר ומגיד, וא"כ מהסתברא שפיר בשעת הרי"ו שגם קודם שהתירו להנשא אין חוזר ומגיד לומר שקר העדתי, אך אפשר שנאמר כפי האופן השני שכתבתי בד' הרי"ו, שקודם שהתירו להנשא מיקרי שני העדות כחד לגבי חד ודמ"ש מקודם :

י **והנה** הוולא לנו מכוונת הג"ל דב"ב שכל היכא שנאמן בדבריו גם באמירתו חן לב"ד אין חוזר ומגיד לומר

לומר שדבריו הראשונים אינם אמת, וא"כ יקשה על הר"ן בתשובה (סי' מ"ח) הנ"ל. ונראה לע"ד שטעמו של הר"ן בשיטתו שיכול לומר על אמירתו שחזן לב"ד מבורה הייתי והולבין אחר אמירתו האחרונה, הוא משום שמגלה בזה שאמירתו הראשונה לפי שאמר חזן לב"ד היה שלא בדרוק, וכלשון של הר"ן שם בתשובה "לפי שאין אדם מוקרק בדבריו במה שאומר חזן לב"ד" הנה שאלו דנין בעדות אשה להחיר ע"פ אמירתו חזן לב"ד, ואין לנו לריבם לחזור ולדרוש ממנו וכדמוכח משבועות (ל"ב ע"ג) ואין לנו חוששים שמה אמר זה שלא בדרוק, מ"מ כל שחזר אח"כ ואומר שדבריו הראשונים לא כן הוא לנו תולין שאמר דבריו הראשונים שלא בדרוק, משא"כ בצנין טרות על הוא וכן באומר עבדא מילר מאה, שבוה אכן שהדי שאין אדם אומר על עבדו שהוא בנו וכן אכן שהדי שאין אדם קורא לבנו עבדא מילר מאה, ואין מקום לחלות שלא אמר דבריו הראשונים לנכח ולכן מושיל חזרתו, משא"כ בצנין טרות על אחר להכנס באמון על זה גם שחזר אומר בב"ד, מ"מ כשחזר מעדותו אח"כ, אז תולין שערות הראשונה היה שלא בדרוק, הנה שאין לנו חוששים לזה לכשתלה, מ"מ כיון שגינה מדוברו אח"כ חוששים ותולין שדבריו שאמר חזן לב"ד אינם נכונים. ומ"מ מחזור הדבר לומר שכל שנאמר בדבריו שחזרו חזן לב"ד הנה שלשטעם הר"ן אין בזה משום חזר ומגיד, מ"מ נראה לעג"ד דבעינן שיאמר אמתלא מדוע אמר שקר בתחלה, ובמה שמיניו בכתובות (ק"ג ל"ב א') גבי אמרה מקודשת היא וכן באמרה עמאה אני ומורה ואמרה עיבורה אני, ובוה חלוק מדין ערות בב"ד ששם גם אמתלא אין מושיל לחזור ולהגיד כדאיחא בסנהדרין (פ"ה ב') ואין לך אמתלא גדולה יותר מהאומרים אנוסים היינו מחמת נשפות, ואפ"ה אין נאמנים בשכתב ידו ולא ממקום אחר משום שאין חזר ומגיד, ובאמת לא ראייתו בזה בתשובה (סי' מ"ח) הנ"ל הוא מברייחא, דאיחא שם העדים שהעידו בין לעמא בין לטער, בין להקק בין לקרב, בין לאסור בין להחיר, בין לזכות בין לחייב, אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבורין אנו נאמנים כו', וכלל כאן כל עדות אף אמתלא לריבוס ב"ד שמיניו בזה שנינו בין לאסור בין להחיר ואפ"ה אמרינן כל שלא נחקרה עדותן בב"ד יכולים לומר מבורין היינו. והנה דברייחא קתני בין לאסור, ובמקום שאמרו לאסור ודאי שזריך אמתלא, וכמו שמיניו באמרה עמאה אני, וא"כ בוכל לומר שבעדות אשה שאמר שלא בב"ד שמת עבלה ואח"כ חזר בו ואמר שלא מת לך אמתלא לומר מדוע אמר מקודם שקר, ובלא אמתלא לא יהיה נאמן לשנות דבריו הראשונים. אמנם באמת אין ראייה מהא דעמאה אני דבעי אמתלא, שיש לומר שבאמת לענין השויון הדברים שאמר מקודם לענין עדות על אחר הן לאסור וכדומה במקום שמושיל אמירה של אחר, כל שאמר מתחלה שלא בב"ד ואח"כ חזר ואמר שאמר מתחלה היה בזה בלא אמתלא, ויכול לומר מבורה אני פירושו שמתחלה היה בזה ואמר שקר ורק עמה אומר אמת, וכן בזה דעמאה אני ובהא דמקודשת אני שיש על האומר דינא דשויה אנפשא חתיבא דאיסורא, בזה בעינן אמתלא להסיר מעליו החתיבה דאיסורא שששה על עצמו, אבל לענין עדות אין שייך זה לגבי אחר, ולכן כל שחזר בו מהני גם בלא אמתלא, ובאמת אין משמע דעת הר"ן מדבריו שם בתשובה הנ"ל ד"ה ובוראי, שמשמע שגם בלא אמתלא יכול לומר מבורה הייתי, ומ"מ מסתברא לעג"ד אומר אמתלא בין אין ואמר אמתלא, היינו שכל שאומר אמתלא מחשיב את האמירה האחרונה לעיקר ומבטל הראשונה לגמרי, שהרי ראיין אנו שמואל שאל מרב, לבד ענין החתיבה דאיסורא שעליה שזריכה אמתלא שגם לגבי ידידה בעי אמתלא, והוא מוקדמא הנג' ואפ"ה לא עבד עובדא בנפשיה, ואם היינו אומרים' שלענין עדות אין לזיך אמתלא ויכולה לחזור

על נאמנות שלה מה שלא אמרה לפני ב"ד רק מזל שויה אנפשי' חתיבה דאיסורא, ולמה החמיר על עצמו, הלא כל האיסור אין שייך רק עליה אלא עליו כי אילו אף אמתלא לא לזיך, ומוקדמא בזה דאמר לנו רב אף בזה אש נתנה אמתלא נאמנת, משמע דשמואל שאל לרב גם על עצמו אם מהימנא בדבריה האחרונים, אם יש בזה כיון שהגיד שוב אין חזר ומגיד, משום דהמורה האמתיתא במה דאמר דאמרא דאספרא לה ובי הכי דמהימנא להיתירא ה"ה לאיסורא, דבאמת לענין שויה אנפשא חתיבה דאיסורא אם מהני אמתלא, הלא שפיר מינין למירק אם באמת אש מהני אמתלא כש"כ באיסור נדה, הלא נראה לומר דס"ד לומר שבגדה נאמנות שלה הוא לבד שויה אנפשא חתיבה דאיסורא, שהלא גם להקל היא נאמנת מזל גייה"כ וספרא לה, וס"ד שחשיב כמו עדות הגדלה ואין חזרת ומגדה, ע"ז קאמר שגם בזה מושיל אמתלא, וזה על לא עבד שמואל עובדא בנפשיה, וכן מלאחי לשבז שמעתיחא (שמעתיחא א"ח) שביאר כן דברי הנג' הנ"ל, וכיון שביארנו שגם לענין הגדה לגבי במקום שמהינן באיסורין גם באומר חזן לב"ד, אם חזר בו לזיך אמתלא, ובלא אמתלא אין נאמן דבריו האחרונים לעקור דבריו הראשונים, כי הכי שמיניו גבי איסוריה, וא"כ הלא מסתבר שכל שמשנה דבריו הקדומים שזריך אמתלא ובלא אמתלא אין יכול לשנות מה שאמר מקודם. — מהיו יש לומר דהני מילי דבעי אמתלא הוא דוקא במקום שדבריו הראשונים המה להחמיר, בזה חוששים לדבריו הראשונים כל שלא אמר אמתלא, אבל במקום שדבריו הראשונים שאמר חזן לב"ד לא להקל ודבריו השניים יהיה להחמיר, אפשר שגם בלא אמתלא חוששים לדבריו השניים ג"כ, אך הראייה שהביא הר"ן מהמסופספא א"ל לא הוכיח מינה להחמיר בלא אמתלא, דהא דברייחא סתמא קתני ולא חלק את הוא להחיר ונה שאומר מבורה או להקל, וריבא שחא להקל ודאי שזריך אמתלא, א"כ יכול להיות שגם אם הוא להחמיר ג"כ לזיך אמתלא. — אך גם אם נאמר שלהחמיר בדבריו השניים אין לזיך אמתלא, מ"מ לא יהיה העדות רק ספק, אם עדותו הראשונה אמת או עדותו השנייה, ובהשאלת עד איה עדות אף אחר יחשב עדותו השנייה כמר לגבי תרי, דקיי"ל גבי עדות אשה הלך אחר רוב דעות גם בפסולי עדות :

יא) ואחר כל האומר נשבו גלנד על דברי העשור שכתב בחבור אברהם בן ישראל יוסף הטובר בקונטרס הנב"ע בזה"ל "אז איר זאלט אזוי גוט ויין אוועק געבן לויס רב און עס זאגן אז מיר זאגן אז שבעתי איז ניט גישטארבין דאס האט מען אויס גיטראכט און'ער איז גישטארבין" הנה יש לדון על אמירתו כדון עד פסול לכל העדיות רק לעדות אשה, דהא מן הדין בכל העדיות מפייהם ולא מפי קבבם, רק בעדות אשה דאקילו בה רבנן וא"כ קיי"ל בפסולין הלך אחר רוב דעות ויש לנו הרבה המכחישים דבריו, הוא ר"ב לב"ד יהושע אחי המנוח הנ"ל ור' יעקב טהרלינסקי שכתב שמוסר בנזכרבו המועסק בנב"ע שכתב בזה"ל "אז מיר אלט מוויסן אז שצתי באלטרעמאנשקי איז גישטארבין [וזה אנו יודעים שזיון על שצתי זה שאלו דנין שהי יוכר מתוך מכתבו שכתב שהראה לו ר' ליב ב"ד יהושע עמכתב שאברהם גאלד שזיון כתב אלי כו'] ומ"מ מרדכי הנקרא מאקס פראנק ועוד כל העדים שמשע מפיה כמה אנשים שם שהגידו לפנינו בתו"ש המוזכר בקונטרס הנב"ע, וקיי"ל בפסולי עדות הלך אחר רוב דעות וכמובאר (נסי' י"ז סעי' ד') ומשאל לכתתלה :

אלא שיש לחוש לשיטת ר"ת המובא בתוס' כתובות (ב' ע"ג) שיכול לשלוח כתב ידו לב"ד כיון שזוכר העדות וביבמות (ל"א ב') ד"ה דחזו, דלא ממעטינן מקרא דמפיסס ולא מפי כתבם רק אלס שאין ראוי להגיד, וא"כ כיון שהוא שלח מכתבו לב"ד יש לו דין עד כשר, ואין לנו רק כל בני עדים

עדים שאין כשרים לשארי עדות שהמה עד מפי עד וגם כולם העידו בשם אנשים שהסיומו לפי תווסם שלא כוונו להעיד, ורק מו"ה ליב ב"ר ירושע כיוון להעיד על מיתת אחיו בשלמו לפני ב"ד מכתבו, ויש לדון עליו אם יש לו דין עד כשר או דין עד פסול מחמת שהוא קרוב להמת שהוא אחיו הגם שבלוחם העדות שהוא משיב שמת לגבי האשה הוא קרוב ונתרחק, וגמלא מיתתו של אחיו והתרחקותו באים כאחד בעדותו, מ"מ יש לו דין עד פסול שהרי ע"פ עדותו שהיה מותרת להשגא תקח כחובתה וזה נוגע לקרוביו הוא בן אחיו, וא"כ לא נקשר לנו עד כשר רק יעקב בן יוסף טארלינסקי שהוא כיוון להעיד בכתב ששלח לב"ד דפה להעיד שהוא מכחיש, וע"י יש לנו שתי ריעותות חדא שאין מקיים לנו כתי"ל כ"א ע"י הקרוב המסול להעיד מו"ה, שנית, זהו המסך רק חד לגבי חד ועוד קרובים מסויייע"ו, ובכנון זהו מהשפך רע"א בהנהגותו ביה"ע (ס' י"ז סעיף ל"ז) אם עד כשר וגם אשה מעידים שמת ועד כשר אומר לא מת, ל"ע לדינא אם נימא כיון שעדים הוכחשים וז"ל הם כשרים ממילא מסייע האשה לע"א שאומר שמת וכשר רוב דעות, או דכללא הוא שא"א לדמות עד כשר אלף ע"י שני עדים כשרים, אבל בלא"ה הוה פלגא ופלגא ויעושה"ה בהנהגותיו שם שנסאר בספק בדבר זה. — מ"מ לדינא נראה שאין לנו לחוש מעטם חשש שיטת ר"ת להחמיר על האשה העלוכה הג"ל, חדא דהא לעיקר דינא קי"ל כשיטת רש"י והרמב"ם דקיי"ל מפייה ולא מפי כתבם וא"כ יש לזה דין עד פסול שרק בעדות אשה כשר, וא"כ הולכין אחר רוב דיעות המעידים שמת וכן כתב רש"ל ביש"ש (פ' ד' אה"ס סו' י"ג), שנית, כתיב רש"ל שמהגב שנהגו לשלוח כתי"ל של העדים שזה רק בדיוני ממונות מלד תקנתא, אבל במקום ירוסל כנון לעדות אשה צוינתה בדמותה אין לנו לדון ע"פ הכתב, וכן הרשב"א הכריע ג"כ דעדות שכתב אין כשר אף היכא שראוים להעיד בע"פ כאשר כתב (נפ"י אף ר"ט) ולשיטת ר"ת יש להסתפק אולי הדין כשיטת ריא"ל שאמרינן גם בעדות שהעיד שלא בפני ב"ד ועד מפי עד כיון שהגיד טוב אין חוזר ומגיד ופטלה העדות האחרונה לגמרי :

יב) ולבר זה בעיקר הערעור הא"ח לתת לו דין עד כשר דהא במכתבו של המערער הוא אברהם בן ישראל יוסף המוזכר בגב"ע לא נכתב עם שראוהו י"ו וגם לא הוזכר ששמע מן אחד שראוהו חי, רק שכתב בזה"ל, "מיר ואנין אזי עד אזי ניט גיטשארדין" כיבר הלשון במשמעותו שגודל חומדא אומר כן ובחולצ' עותבתו כתב, "מוען זאל זיך ניט מאכטן גרינג ווארום מען ווייס ניט אזי עד לעצט אזי עד אזי גיטשארדין" הרי נכתב שספק הוא אללו אם חי הוא או מת ובסוף מכתבו כתב בזה"ל, "און מען האט אה"ס גיליינט אזי וויסן א"י, ווען עד וואלט גיווען א איד וואלט מען עס אויך גיליינט אזי וויסן ניט אזי עד דאס אזי ניט עד כשר א א"י אייבעט, ניכר ג"כ שחוזר לומר מלד האומדנא וכיון שכן אין לו דין עד כשר כלל רק גרוע מן עד מפי עד ולכל היותר אין לו רק דין עד מפי עד לפי אמירתו, גם אם היה אומר בלמות זאת ע"י איזה ציבור ידיעה שהגיד לו, דואת ידענו שבלוחם הוה שכתב עליו שמת שהוא יוסף א' דסוכות שהוא א"ל סעפעטעמעכער למספר של מו"ל לא היה או הכותב המערער הג"ל שם, רק רחוק היה משם,

וא"כ נשים הרבה מכחישים אותו גם שאין עדותם כשלה רק בעדות אשה, הוא העד מאתם פראנק שכתב בלשון ברור שמת, וכן העד יעקב טארלינסקי, וכן גיסה של האשה מו"ה ליב שכתב שזה טועד לו ברור, מלמא דפשיטא שכנון זה הוא הדין דהלך אחר רוב דיעות, ומה שהשנים אין מקיים לנו מכתבם זה אין מרע לנו, חדא שבשעת הדחק סמכין גם על כתב שאין מקיים, וכמוכרזו בחלקת מוה"ק (ס"ק ב"א) בכתובתו שם, שנית שר' ליב מקיים כתב ידו וכשנלטרף להם כל העדות הנשמע מרחוק עד מפי עד כאשר נכתב בהגב"ע, ממילא מוכחש הוא בעדותו שכתב הערעור, וממילא נקשרה עדותו הראשונה של אותו האיש גופו במה שכתב שכתב במכתבו הראשון כל החשבון מן הסחורה של הנפטר שנמכר בקארע (הוא הפאלעלייא) וככתב זה במכתבו שידוע לנו כתי" המועתק בגב"ע והחשבון שכנון ממש למש"מ מ' ליב אחיו של הנפטר מ' שתי הג"ל ענינו 50 טאלער וזשאר 58 טאלער כמוכרז במכתבו של מו"ה ליב הנ"ל שהמה ניכר 50 טאלער עבור הולאות, בעת עד אזי גילענין אזי נאך" והוא לא ביאר מהו, "זאז נאך" אך הכתוב אברהם הג"ל ביאר במכתבו שהוא עבור קבורתו, וכיון שכתב במה שכתב אח"כ במכתב הערעור ויכר הוא שכתב שכתב שכתב בשקר, ממילא נשאר מש"כ במכתבו קודם, ומלטרף מכתבו הראשון שהיה שם מש"כ לעדותו של ליב אחי הנפטר שבת שכתב עליו שנקבר בין אין יהודים, וכן כתוב במכתב הקדום של אברהם (שכתב אח"כ הערעור) שניכר מעות עבור קבורתו ויש כאן בעדותו המסל"ת שנקבר ג"כ, ובלא"ה ניכר הדבר מותר מכתביו הקדומים שגדלה מאוד שגלחתי על המנות שפתי ועל האשה העלוכה הג"ל וכבר כתב רש"ל (בהשג"ה סו' י"ג) לכתוף דשונא גמור שהוא פסול לעדות היינו שונא גמור שהוא כאחד מן יהודים ומבקש להתקדם ממנו עכ"ל (*), ובכ"ד שהוא הצבור אברהם כתב במכתביו הקדומים שאם היה שפתי בחיים היה הורגו בשוק ולא היה מביט על מה שהוא היה נהרג כ"כ, רק שנקמתו היה לוקח מאתו ובמכתבו השני שפך חמתו גם עליה, וא"כ על עדותו הערעור יש לדון ע"י בלאו הכי, ובפרט שלשיטת ריא"ל מן הדין אין חוזר ומגיד, ואף לשיטת הר"ן יש לומר כיון שלא הוזכר במכתבו שכתב הערעור שום דבר ממש"כ במכתביו הקדומים שמת ולומר שהשגי ידעה שלא מת, ואם היה בלמת אללו איזה ידיעה חדשה שלא מת היה כותב זה, ומסייע לו זה להראות לנו שמחמת שגלה כותב זאת. — וא"כ כחזור לענין כ"ד שלא מביעיה אם בעדות אשה לא בעי קוים, א"כ הרי יש לנו עדים המכחישים למערער הוא מכתבו של מאתם פראנק ומכתבו של יעקב ב"ר יוסף טארלינסקי, שכתב משרש להכחיש את כותב הערעור שידוע צבירור שכתב זאת מחמת שגלה, וידוע צבירור שמת וכבר כתב החלקת מוה"ק (ס"ק ב"א) בכתובתו שם שבשעת הדחק אין לר"ך קוים, ואף למאן דסובר דבעי קוים, כיון שהוא מו"ה ליב הג"ל שולח המכתבים והרי הוא מקיים אותם, חשוב כאלו הוא משיב בשמם וגם משיב בלעמם, וגם בזה דעת הב"ש (ס"ק קד"ח) דאחד בשלם רבים מהני להכחיש לאחד האומר בשם יחיד, וכיון שגם דאז ניכר בדבריו שכתב לערער ששמע זאת מרבים ודאי דיועיל להכחיש, וכש"כ בעכ"ד עוד יש לנו עדות רבים המוזכרים בגב"ע ששמעו עליו שמת מפי רבים, ומכל הדין טעמי

(*) הגה"ה עוד נראה לעי"ל שבענין הכחשה בעדות אשה גם החולקים על הגש"ל כבואו גמור יודו כאלו, דמיא חק אי חסם נשים שאין מעידות על האשה שמת בעילה שחששן אזי מחד שפאלס לה עיד שקר בכדי להכחיל אותה, ובכל העדות אמרינן לא נכתבו ישראל על קר, מיסוי יש לומר ע"י שלענין נאפשה של ע"א זאל אשה שאי דחשבו עם לטונא שיעיד שקר, דהם אמרו שג"ל נאמן וסא אמרו שלא להאמין לטונא, אך הא קשיא דאמרינן כיבואו שבהכחשה חד לגבי חד אם לזה אומרת שלא מת לא מהימנין לה ובאן הוא להקל הלא חד לגבי חד ככאמ"ס בנה אחת מן הדין אסור, ואין אזי אומרים לא נחשבו ישראל, אלא מוכח מהו שכלל הכחשה בעדות אשה כל שאין כאלו עדות נמורה ששה"ל אין ע"א נאמן, בזה אמרו חו"ל שגדות טונא חן כלום ולא היכחשה הכחשנו לנכסל העדות לנחמיה, וה"ל בג"ד בין שאנו רואין שגלחתי נדלה מלוד שכתב שהוא מנקב רעשם, מלמא דמסחרנא שער כזה לא יתכן הכחשתו שהוא רק אחד, לנכסל העדות הטועיל להחירי ודו"ק :

טעמי שכתבנו נראה לענ"ד שיש להחזירה להאשה העלובה אשה המנוח מו"ה שבתו במו"ה ויבטע נ"י באלטערמאנסקי מכבלי עיגונן, ויש להחזירה ע"פ ב"ד של משה כדין אשה הנזקקת ע"פ"א מחמת שהיא ע"פ עדים עם מי עד ומצי כהבס, ומחומר הנושא כתבתי כל זה להלכה, ולמעשה הצעתי כל הדברים לפני הגאון הגדול פאר דורינו מן רבינו יצחק אלהן ז"ל או בתחלה שנת תר"ג והסכים להיתירא של האשה הג"ל, והתירוט בב"ד של שלמה. ואחרי שהתירוט להאשה הג"ל בלא אח"כ שני עדים שהיו עם באמעריקא בעת מיתתו והעידו שידעים בבירור שמת באופן שאין בזה פקפוק ומשם, וככתבו כל הג"ל להתלמד במקום אחר :

סימן ד

כ"ח טבת שנת ה'תנ"ב באלטערמאנסקי
כבוד הרה"ג הגאב"ד בו' .

ע"ד מה שנשאלתי מאת כת"ר באשה אחת שמת בעלה בלא גנים והניחה מעוברת ואחר ששה חרשים מהכרת עוברת יורה וד' שנגמרו שעורו וציפורנו וחי שמונה ימים ופת, ולבעלה יש אה באמעריקא ולא גודע מקיבו, והאריך כת"ר בזה :

והנה קודם אשר יך על דברי כת"ר שכתב בזה ואח"כ בזה לדבר בזה לדינא בעזרה"ת, ובאשר כת"ר העריך דבריו על (ש' הגאון רע"א סי' פ"ט) שמסכים להגאון מהר"י מליבא פוסק' הסוגיא (ינמות ל"ו) דאין הכרה פחות משלשה חרשים, ותמה כת"ר על מה שהביא ראה מרש"י ד"ה וזו, דאי הוכר עוברת לא מספקא לן" וכו' הקשה כת"ר הא בזמן הש"ס היו יולדות לבעבע דוקא מלאים, אח"כ אשה זו מספקא לן במתניתין אם הוא בן ע' להראשון או בן ז' להראשון, ע"כ נכתבה קודם ה' חרשים שאנו מסתפקים להשני, שני חרשים קודם, ולפ"ו אם היה ניכר עוברת בכלות ג' חרשים להראשון הרי נכנס רק חודש אחד בספק עיבור משני, ובחודש אחד ודאי ליכא הכרה, אבל בשני חרשים מגיל דאין חרשים, ומת"ר כת"ר. — ובאמת נזק בהערה זו, מ"מ אמינא ליבש דברי הגאון רע"א שבאמת הא דאמרינן שבזמן הגמ' יולדת לנ"י אין יולדת למקוטעין לא מלאה פיקא היא, דהא ר"י ס"ל (גנה ל"ח א') יולדת לנ"י אין יולדת למקוטעין וכן הוא לשון הגמ' בכמה דוכתי "אפילו למ"ד יולדת לנ"י אין יולדת למקוטעין" משמע שרק יש מ"ד הכי, אבל לקוטעין אין הכרעה בזה, וסתומת לשון המשנה ספק בן טשעה לראשון או בן ז' לאחרון מביא אשם תלוי, דקדק הגמ' שהיה אחי אליבא דכו"ע נ"י יולדת לנ"י אין יולדת לנ"י למקוטעין, ואח"כ מה זו שהלגיש להו הוכר עוברת לא הוה מספקא לן, הא משכחת דהוכר עוברת לסוף שלשה חרשים לזמן שאנו מחשבים על עיבור הראשון, ויהיו שני חרשים ג"כ מספקא דעיבור שני וכגון שילדה לסוף חמשה חרשים ויהו אחד ממש הבהרה על העיבור, ובזה אין לנו הוכחה מההכרה דמלי להיות הכרה ג' חרשים מהראשון, וגם בערך שני חרשים מספקא דעיבור שני, ואח"כ שפיר מדקדק מזה שא"ל להיות הכרה בשני חרשים :

ג במש"כ כת"ר להקשות על דברי הגאון רע"א בזה שמת ראת הגאון מהר"י ז"ל מליבא מפרכת הגמ' (ינמות מ"ב) ותמתינ משהו, וכי מצינו ג' חרשים לבדקה, והגאון רע"א דחה זה ע"פ דברי הרמב"ן והרשב"א ורבינו"ב שפירשו הסוגיא דמייירי בלא שהה עמה בעלה הראשון רק

יוס אחד בו, וע"ה הקשה כת"ר אם מייירי בילדה לנ"י חסר הימים שהמנינה, ואח"כ אין כאלו רק חמש על השני שמת המתינה להתעבר עד שהתח זמן שבעה חרשים להאחרון, ואח"כ אין להסתפק בהכרה שהיה ב' חרשים ע"ה הבריקה דפרך הגמ', דהא אין כאלו רק חודש אחד להשני עכ"ד, ותמה אפי על כת"ר הא זה גופא אמר הגאון רע"א בעלמו אח"כ בדה"ג גם י"ל, שכיון שבעת שאין כאלו רק חודש א' לספיקא דעיבור שני אין חשש, שבה א"ל שיוכר עוברת, ומה שלא חיישין לשמא תלד לבעבע מעת שיתיה עם הראשון, ובזה יהיה הספק אם הוא מראשון והולד בן ז' חרשים שלמים או מהשני ויהיה ז' חרשים מקוטעים, ואח"כ יהיה מוכרח להוכיח גם לשיטת הרמב"ן וההולכים בשיטתו שהגמ' מקשה היכא שלא שהתה עם הראשון רק יוס אחד ומשך אח"כ זמן מה שפירש, ותהיית מזה הוכחה ברורה שא"ל להיות ההכרה שע"ה הבריקה בפחות מ' חרשים, ולענ"ד לומר בכוננת הגאון רע"א שבודאי לא נעלם ממנו דבר זה רק שסובר שמה שאנו מחשבים לכתחלה על חשש הבהנה הוא רק שהיה באמת יולדת לנ"י מראשון שכן הוא הרוב נשים, אך שאין נסתפק שמה הוא בן ז' מהשני מלד סיבת מניעת ההכרה, שזה מוזמן שמתא מן הרוב, אבל לכתחלה לחוש שמה שהיה יולדת לז' מהראשון ומחמת זה יהיה ספק על השני שמה ילדה לז' מקוטעין, לזה לא חיישין לכתחלה שמה תלד מן לנ"י, ובדאי תלד לנ"י, ולכן מנילה בהכרה ג' חרשים עם הימים שהמנינה שני, שרי ביולדת לחשבה מן הראשון לא יהיה לנו ספק רק שמה נתעברה אח"כ מהשני באופן שהיה לזמן לידתה ז' חרשים, ובזה מוועיל הבריקה שהחזיקה מעוברת בג' חרשים להראשון, ועוד יש להעשים סברת הגאון רע"א שמה שלא חיישין לשמא תלד לז' מהראשון, וגסתפק גם להשני יולדת למקוטעין ג"כ לז', משום דכיון שבין להראשון ובין להשני הוא רק יולדת לבעבע יש להעמידה בחוקת שלא נתעברה מהראשון, גם נאמר כאן נמצאה מעוברת וכאלו נתעברה :

והנה למש"כ באופן הראשון שהחשב על הבהנה שאנו מחשבים שמה מעוברת היא, אין אנו חוששין רק באופן שהיה לידתה ע"פ הרוב שהיה יולדת לנ"י, ומה שאנו חוששין שמה לא יהיה ניכר עוברת לשלש ימיה הוא מפני שזהו מיעוטא דרשיית, אה מפני שאשם מחפש עצמה שלא תתראה מעוברת למען יירש ביה, ומ"מ ברעבדע כשתראה אח"כ ספק אין אנו מחשבים בזה ואומרים כיון שלא הוכר עוברת איתרע לה רובא. והנה נוכל למדך בזה קושית התוס' שם (דף ל"ו) בדה"ר רוב היולדת, שהקשו שאכתי יכול לבוא לדי ספק גם בהמתנת ג' חרשים, שמה נקלט העיבור סוף ג' שלשה ימים והוא תלד לנ"י חרשים וג' ימים שיש להסתפק גם על השני, ולמש"כ נוכל לומר שזהו לא חיישין שמה לא נתעברה עד סוף ג' ימים כי רוב מהתעברות בעת מעשה, וכן מלאחי בס' קרן אורה על יבמות, ומעתה נבונים המה דברי רבינו הגאון רע"א שהוכחה זהו שאמרינן שא"ל שהיה הכרה בפחות מ' חרשים, הוא רק לשיטת רש"י דמייירי ששהתה עם בעלה משך זמן, שאו יש לחוש שמה נתעברה איזה זמן קודם מיתת בעלה או גירושיה, והיהיה באמת יולדת לנ"י וזה יהיה שבעה חרשים לנישואיה האחרונים, ומאוי מהני בזה שפיר דיקת ג' חרשים אחר מיתת בעלה כשאלה לנ"י ז' חרשים מנישואי השני, אלא ודאי שבהכרה שבג' חרשים מיתת בעלה, מהבדר שאנו מן השני שא"ל שהיה מהשני ויהיה הכרה פחות משלשה חרשים שלימים זהו כוונת הגאון רע"א בן נלע"ד. — ומש"כ כת"ר שכל זה אין מספק לנ"י רק בדריקה דין, אבל בהכרח שני אין הוכחה מפירש"י רק לדיכא לספקי בחודש אחד אבל בפחות משלשה חרשים אין הוכחה על הכרות עין, ולכאורה יהיה בזה הכרות עין נגד דריקה דיה דבר והיפוכו, שזה מוכח שהכרות עין מוזמן למיעוט

למיטע שאין ניכר בנ' חדשים, והכרת בדוקת דריה אין מודמן גם למיעוט שלא יהיה לסוף ג' חדשים, וכמוש"כ שם הגאון רע"א וכדומה יקוים הש"ס וכי מוטו ג' חדשים לבדקה, וא"כ רואין אנו שהכרת העין מתאחד לפעמים נגד הכרת הבדיקה, ולהיפך נאמר שהכרת העין מקדים לפעמים קודם ג' חדשים מה שאין כן שהכרת בדוקת בדריה, ומאין נאמר בלא הוכחה מהגמ', עכ"ל באמת הגני מורה בזה שהכרת העין יכול להיות לפעמים גם חדשים זמן ג' חדשים, אך שאין זה הכרה ברורה, רק הכרה מדומיית וכאשר יתבאר אי"ה בדברינו להלן :

עוד

כתב כתר להוכיח (פסויה גזיה ח' ע"ב) דליחא שם וכמה הכרה העובר סומכוס משום ר"מ כו', והשתא אם גם ביולדת לב' יש הכרה פחות מג' חדשים מאי מהני דלזילין בכה רוב נשים, ואם אזילין בזה בחד רוב, כש"כ דלזילין גבי חליה בחד רוב עכ"ד. והנה מה שעשה חומר במע"ל שגבריה שהוא רק מעלה בעלמא נגד איסור הששא נבי חליה לא ידעתי מנין לו, ואדרבה מנינו שהקילו גבי זקנה שפסקה ג' עונות שדיה שמה, ולא חיישין שמה תראה עוד שני פעמים בהפסק ג' עונות בלא קביעת ווסת שאז היא נעשית מוחזקת בדמים, וגם שיתבאר אח"כ איסורו, רק סמכו נשים דשתי שהפסק ג' עונות נעשית מוטלקת דמים בעת הסמוך לזקנה ולא חיישין שמה יתבאר להיפך, וגם אין חומרים בזה שבוש דבר שיש לו מתירין להתמין לפי דבריו בשיטת רש"י, ואדרבה שם (דף ט' ע"ב) ד"ה הרי היא, כתב רש"י שפע"מ שמתבאר אח"כ למפרע שאין זה סילוק דמים, מ"מ לא נמשאין למפרע בטומאת מע"ל משום דלא אחמור רבנן, וא"כ הכא שיש לנו רוב נשים יולדות לב' ח' ודאי שאין לנו לחוש בחומרת מע"ל שמה היא יולדת לו', גם מש"כ להתמיר מטעם י"ל"מ, לדעתו בעיני רוב כזה שהיא מלך הסברא, (לא ע"י הענווה) מקילין תמיד גם ביל"מ, וכמו דמקילין בקטן וקטנה ליבם ואין חוששין שמה ימלא סרים או היא איילוגית לרבנן דלולי בחד רובא, גם שאפשר להתמין עד שיגדלו, (ע' וכן ראה מגמ' יבמות ל"ז ע"א)

וא"ת הלך אחר רוב נשים ורוב נשים ודל מעליא ילדן, הכס שאפשר להתמין, ובאמת ודאי יש לסמוך רוב נשים שיוולדות לתעלה לענין מע"ל שבגדה שלא לחוש להתמיר, וגם ספק שקול דריו להקל במע"ל שבגדה שהוא רק מעלה בעלמא, וכמו שמלטינו בזה"ל נדה (דף ד' ע"ב) ו"אבע"ל הכא בטומאה דרבנן" וע"כ מקילין מוספיקא, וע"כ א"ל לומר לפרש הגמ' כמו טרזה כתר לומר שיעקר העיבור הוא ג' חדשים לענין דיה שעתה, וכן ע"י הכרה של העובר מחזיקין שהיא מועברת ג' חדשים, שבאופן דרואי לא היה לנו לחוש שמה היא יולדת לו', ובלי"ה א"ל לפרש הגמ' כן דלטו עיקר הדיון של דיה שעתה במעוברת לאחר ההלכה בעיבור של שלש חדשים, אה עיקר הדיון נאמר במשנה משוידע עוברת וזה העיבור נאחר שיעוברת לענין ד' שעתה רק סומכוס חזק משום ר"מ שחינוכי נקרא הכרת העובר, כי יש הכרה שאינה אמיתית, רק הכרה מדומיית, וע"ז אמר שג' חדשים נקרא הכרת העובר שזויה הכרה ברורה, ומייתי ראיה מהחוב שאלמד ויבי כחשלה הישגים שאז נהודע שהיא הרה, וקמתי הכי א"ל להתבאר ההריון, וא"כ נ"מ דלינא לירדן היבא שידעין שאין כלן ג' חדשים כנון בעלל ראשונה, נחמיר בטומאת מע"ל עד ג' חדשים, וע"ז הקשה הגמ' הא ראייה גדולה היא, ומשני משום דליבא יולדת לו' וא"כ בשדאין

בה הכרת העובר וידעין שאין כלן ג' חדשים מעת שתעברה, היינו חומרים להקל בטומאת מע"ל לומר שהכרה היא אמיתית, רק היא יולדת לו', קמ"ל דלא מקילין בהכי, ובזה נאמר בשני חופנים, או שאין אנו מקילים לתלות שהיא יולדת לו' שהולכין אנו אחר רוב נשים, או שגם יולדת לו' הכרתה נחשבת בג' חדשים דוקא, וכמו דמספקין בסנהדרין (פ"ט א') יולדת לו' חימיה עוברת ניכר, אם לב' חדשים או לשליש ימיה, וזה הנראה בפירוט הגמ' נדה :

ואררי

שהוכחו מסוכיא זו נדה שיש הכרה מדומיית והיא באה גם בפחות מג' חדשים, חמשה הכרה ברורה היא רק בג' חדשים שלימים ובדומה מוד' רש"י ביבמות, וכמו שהוכיחו הגאונים הג"ל וכן מהא דבן סורר ומורה שלא משעת הכרה ברורה לעיבור פחות מג' חדשים, ומשקיל וטרי הגמ' לענין אם ראוי לקרותו אב בפחות מג' חדשים, ומספקין אם אזילין בחד רובא לחיוב דיני נפשות, ואם נאמר שבכל יולדת לב' איבא מיעוטא שיש להם הכרה פחות מג' חדשים, א"כ אשי' אם יולדת לו' אין ניכר לשליש ימיה כ"ל בג' חדשים, ג"כ מוכח דלזילין בחד רובא בזה לחיובי מימה עד ג' חדשים, אלא ודאי הדבר ברור שכל הנשים אין להם הכרה ברורה פחות מג' חדשים בשום אופן, אך הכרה מדומיית יש גם בפחות מג' חדשים אך זה אין נקרא הכרה, ולכן שפיר בן סורר ומורה חיוב עד ג' חדשים, ומעתה יש להסתפק בכ"ז אם אפשר לסמוך על הכרה שהיה לה קודם ג' חדשים, אזלי לא היה זה הכרה אמיתית ברורה והיה זה קודם ג' חדשים. — ונראה לענ"ד שמתבאר שגם הכרה שאין אמיתית הבאה לפרקים קודם ג' חדשים, מ"מ היא בזה רק בשני חדשים ויום אחד ולא פחות, ומשך לדבר, מדברי התוס' (יבמות ל"ז א') ד"ה רוב שכתבו בס"ד "וי"ל שאין משתאה הכרת העובר מהראשון עד שלש ימיה של השני" ושליש ימיה של השני הוא שני חדשים ויום אחד, ואם מקודם תמלא הכרה שאין אמיתית אחי' יש לחוש שהיא היא מעוברת מראשון לתשעה, וההכרה תהיה בפחות ארבע ימים משני חדשים ויום אחד והשני יתלו זה בהכרה מדומיית להשני, וההכרה תהיה בפחות ארבע ימים משני חדשים ויום א' להשני, א"ל שפחות משני חדשים הוא שלש ימים של יולדת לו' למקיעטין אין שום הכרה כלל. עוד יש לנו משמעות איסוד זה ממה דליחא (יבמות מ"ג ע"א) שאל ר"ח בר אבא מארסין חוק ג', וכן עושין מעשה כו', והאי מארסין חוק ג' יראה פירוש שחוק חודש הג' מותר ליארס, וכן יראה זה ממה דבביא אח"כ וכן היה ר"א מלמדנו רובו של ראשון ורובו של שלישי והאמצעי שלש, שהוא קרוב לדבריו שבכלות שני חדשים שלימים מותר ליארס, ויש לדקוק בזה מ"מ"ל לא גזר אירוסין אטו נישואין אשי' קודם ג' יהיה מותר ליארס, כדעת ר' יוסי דאמר כל הנשים יתארסו, כי על דין הבחנה לענין נישואין ודאי שלא יתלוך דבעיני ג' חדשים שלימים כסתם מתניתין, וכן כתב בס' קרן אורח שלח החיבור רק ליארס, הגם שיש לומר שלכך לא נזכר בחודש הג' אירוסין אטו נישואין מפני שדרך להתמין מן אירוסין לנישואין שלשים יום כדתנן לאלמנה שלשים, וע"כ לא נזכר בזה אירוסין אטו נישואין, אבל לא קודם, אך משמעות הלשון של הגמ', שמציא וכן היה ר"ל מלמדנו בספ"ר"ח הגדול רובו של ראשון וכו' משמע שיש ע"ז לחא של ג' חדשים התירו האירוסין. וע"כ נראה לענ"ד לומר שבאמת הבחנה ברורה אינה רק בג' חדשים שלימים, רק במשך חודש הג' שגדור שהיה או קלה הכרה שהיא הכרה שאינה ברורה לה גזרו או אירוסין אטו נישואין, כיון שאז לא נמלא שום הכרה שמצינו שלא תמלא הכרה עוד"ג גם עד שיוקם החודש השלישי. גם נראה אחרי שמלטינו פלוגתא אלא דתנן מעוברת משוידע עוברת סומכוס אומר משום ר"מ ג' חדשים, וברוסלמי יבמות (ספ"ד הל' י"א) מייתי הא דסומכוס על

הגמ"ה

על עד כמה הכרת העובר, ועלה מיימי ר"ז ר' אבא בר זוטרא אמר ר"ח נכס ר' חייל רבה אפי' רובו של ראשון ורובו של אחרון ואמנעי שלם, ובמאי פליגי וכי פליגי במזילות מתי הוא הכרת העובר, אלא נראה שגמרו הכרה קלה בזמן הזה, רק הכרה ברורה הוא ב' חדשים שלימים, ובזה פליגי דהך סבר דבעינן הכרה ברורה ודך סבר דהכרה קלה ג"כ מהני, וזהו סברת מ"ד בגמ' דילן שמוחא ליארס תוך ג' וכמס' :

ובמזאתי בס' אור ורוע (ס' הרי"ב) דברים שיש להתבונן בהם לענין זה, וז"ל "היטוב בן יום א' וזקק ליבוט ופוטרי מן היבוט אם נולד לאחר מיתת אביו ומי שפה אחת, ומוקי לה בגמ' שם ק"ן שגלו חדשיו, וה"ד כו' כבר פירשנו דבתי שחם היטה מונח מעבילתה ע' מלפני זה לא הוה קים לן כו', אלא כיזי דמי קים בבניה כגון שפליה סמוך לעבילתה וקוב פירש ולא בא עליה עד חודש, ולבסוף ב' חדשים לביאה שניה סוכר העובר הרי הדבר ידוע שמשפת ביאה ראשונה נחשברה והוכר לנ' חדשים כמשפטו, אע"ג דהסיקנא ס' החולין רוב היולדות לנ' עוברת ניכר לשליש ימיה משמע דמישעט יולדות לנ' אין ניכר לשליש ימיה, ומ"מ פחות מן שליש ימיה אין ניכר לעולם, שמתה זה שניכר לאחר ב' חדשים מביאה שניה בידוע שמראשונה נחשברה, ורשב"א ז"ל כתב דקום לן בגויה שגלו חדשיו הוא כגון שבעל פירש וילדה לסוף רע"ג ימים" עכ"ל, והנה מדברי האו"י למדנו שלפעין אם יש לסמוך על ההכרה שהוא ג' חדשים בודאי הוא מחלוקת הראשונים, שלמה שהביא האו"י בשם רבותיו סומכין על ההכרה בשפחות מן שליש ימיה אין ניכר לעולם, ולדעת הר' ר' שמשון [הוא הרשב"א שבו"י] שהביא ח"א לסמוך על ההכרה כלל דאולי גם בזיר מהכי הוה הכרה, אלא שיש לדקדק בל' הא' של האו"י שסוכר שסומכין על ההכרה [ובודאי כוונתו על הכרת עין דהא מיימי מסוגיא דיבמות ל"ז ושם בהכרת עין קמייירן] וכמס' שם "מ"מ פחות מן שליש ימיה אין ניכר לעולם" ח"כ למה הולך שיהיה בעל אפירש חודש אחת הא אפילו לא פירש כיון שניכר לשלשה חדשים מעבילתה שהוא ו' חדשים קודם הלידה הרי ידוע שגלו לו חדשיו, כיון שבזיר מן שליש ימיה אין ניכר לעולם לפי שיטה זו של האו"י. — והנראה לענ"ד שבעת האו"י שדבריו אינם צדדים של יסוד הסוכרים שילדת לנ' אין יולדת למקוטעין, גם סוכר כמס' ל' לעיל שלפעין הכרה ג"כ יש לעשות בזהו ימים, אך בשני חדשים ח"א לעשות כל שחצר חודש שלם, וח"כ הלא כשפירש חודש אחד כיון שבשני חדשים ח"א לעשות בהכרה, מומלא ידעינן שנחשברה מקודם שהוא שלשה חדשים קודם ההכרה, וח"כ לדידן דקו"ל כמו שפסק הרמ"א [באה"ע ס' ק"י] שבו"י נשתנו הטבעים ויולדת לתשעה ג"כ יולדות למקוטעים, ח"כ כל שיש הכרה ששם חדשים מעבירה, ומתבט זה כלו חדשיו, הוא יותר מן שמונה חדשים מעבירה, שלדעת הרשב"א המובא אך עיקר דין זה הוא במחלוקת תלוי, שלדעת הרשב"א המובא בבו"י לא סומכין כלל אהכרה, רק אימתי מקרי כשפירש כל הזמן (וה"ה אם פירש עד שסוכר עוברת יותר מג' חדשים) ומאז היו תשעה חדשים שלימים עד הלידה, אך כיון שפיקר החשש שאנו חוששים לנפל לענין יבוס הוא חזק מדרבנן, וכמובאר ב"במ"ס ובש"ע (ס' ק"י), ולכן יש להקל לסמוך על לשון הא' שבו"י כנ"ל :

אך אחתי יש לדון בטעם היתרם על סמך ההכרה אחרי שהוכחנו בדברינו הקודמים מהא דנדה, ובפרט ממה שמוכח מפורש מד' האו"י שהי"ח ההכרה אין מושיל (במקום שלא פירש כלל) רק לעשותו נולד למקלט חודש תשיעי, אבל להחליטו שנולד לנ' חדשים שלימים זאת ח"א להתבאר מן ההכרה, וח"כ יש לדון כיון שלדעת הרשב"א המובא בבו"י אין לסמוך על ההכרה כלל, וגם לדעת הסומכים על ההכרה המובא בבו"י אין מושיל בני"ד רק לעשותו נולד למקלט חודש

תשיעי בודאי, ודין זה אם יש לסמוך על תשעה ח' מקוטעין, הוא מחלוקת הפוסקים [עיין ברביב"ס (ס' ה"א) שהאריך בזה] וח"כ יש להציר נהי דהוה זה מדרבנן, מ"מ הא יש כחן ס"ס להחמיר דילמא הדין כדעת הרשב"א שבו"י ש אין לסמוך על ההכרה כלל, ודילמא הדין שאין מושיל נולד למקלט ע' לעשותו כלו לו חדשיו, ואף שהרמ"א סתם לה כדעת הרשב"א שבו"י סימכין על מקלט ע', אפשר שלא סתם רק במקום ספיקא של סתם ולדות שהוא רק מדרבנן, וזה מבורר בבירור גמור שגלו לו ח' חדשים שלימים ומקלט חודש תשיעי, וע"כ סמך על התשב"ץ שמשם ספיקא דרבנן, אבל בני"ד שאין לו בירור גמור ע"ז רק מזד ההכרה כנ"ל, שזה גופא תלוי במחלוקת הראשונים הנ"ל, יש בזה ס"ס להחמיר ויש לחוש להחמיר גם בדרבנן, ובפרט שהלשון הא' שבו"י שהוא המיקל לסמוך על ההכרה, מדבריו בעלמא מוכח שהוא ספיקא דרבנן היבא שפירש חודש אחד, משום דבעינן שיהיה ע' חדשים שלימים, ואם שהלכות הראשונים והג' מהר"י מלישא סמכו על ההכרה, הוא משום שלא היה לפניהם ספר האו"י, ואילו היו רואים דעת רבניו שמשון הוא דעת הרשב"א מעבילתה תוס', שדעתו שאין לסמוך על ההכרה וגם דעת האו"י בעלמא שאין עשה מההכרה בירור במקום שלא פירש רק לעשות נולד למקלט ע' לא היו מקילים נגדו :

ובבאמת בעיקר הדין הזה של שני לדים להחמיר בספיקא דרבנן יש בזה לדון [עיין פ"ח ב"ה א"ש ס"ק מ"ז] וכבר התעורר בזה המל"מ (בש"מ מה' נמוזת) ד"ה עור, וז"ל להחמיר בזה יעו"ש, אמנם בש"מ ח"א מקוראות מביא מהסו"ס (עינוני ל"ה ע"ג ד"ה ספק) דדרבנן בטומאה אפי' ס"ס להחמיר ע"ה, וגם סתם מהר"ש גבי ידים שס"ס להחמיר מ"מ מותר, ומסתפק אם זה הקולא בכל איסורי דרבנן, או שדוקא בטומאת ידים הקילו, ובס' חקר הלכה הביא הוכחה שמקילין בס"ס להחמיר, מהא דנבי עירובין בס' ת"ד פסק הרמ"א שאם יש ספק אם הוא למעלה מעשרה אוליין לקולא, אף דהא שבתחומין למעלה מעשרה קי"ל לקולא הוא ג"כ מזד ספיקא דרבנן שלא נפשט האיביעיא עכ"ד, אך יש לומר דהני דרבנן קילי וכמו שזמנינו הלכה כרבני המיקל בעירוב, אפי' יחיד נדד רבים ולאח שיקילין ג"כ בס"ס להחמיר, אמנם יש לומר גם בני"ד מלינו שיקילו ח"ל בזהאי מלאח דרבנן כשפיקר דסתם ולדות גבי חליטה גבי אשת כהן, ולכן י"ל שכל ספק שיש לנו בזה יש להקל, גם יש לזד קולא משום דהאי ספק שחא יולדת לנ' אין יולדת למקוטעין, הכריע הרמ"א שסמכין מעיד שלא כן הוא לכן אין לזרפו לנ"ס להחמיר :

ועוד נראה לענ"ד שיון שכבר נגמרו שערז וליפירנו ואם שבש"ע ספקו שנס בגמרו שערז וליפירנו בעיני שזה ל' יום דוקא, מ"מ מלינו שהרשב"א ב' החולין וכן הריטב"א בחי' שם וכן הנימוקי יוסף כתבו, שבסתם ולדות הפוסקים אם המה בני ח' או בני ע' שלא נודע להם בבירור אם כלו חדשיו, אם נגמרו שערז וליפירנו אפי' לכתחלה תשעה, הנס שב' הערל הביאו בדבריהם שיטת הפוסקים דתרתו בני, ולגמרו שערז וליפירנו ששם שיהיה שלשים יום, לענ"ד האמת יורה דרכו שבזנותם ששם שב' החולין שהוא מקור הדין של מת הולד תוך ל' יום לענין חליטה שם כתבו כפי הכרעת דעתם לדינא, להקל בסתם ולדות בגמרו שערז וליפירנו, אך ב' הערל ששם בואו לפרש הסוגיא דנמ' מביאים שם לכל הסברות :

וראיתי להבית מאיר (בס' ק"י ע"ה ד') שכתב על הנימוקי הנס שב' החולין כ' בו' זה כתב ע"פ דברי הרשב"א ס' החולין אבל ב' הערל חזר בו ע"כ, ולענ"ד דחוק לומר שחזר בו ובפרט של הראשונים אלו הרשב"א והריטב"א והנימוקי כולם כתבו ב' החולין שבסתם ולדות שנגמרו שערז וליפירנו לכתחלה תשעה, וב' הערל הביאו כולם הדיעות

מוכח שבהחזקה ג' פעמים מג' אנשים להיות רואה דם מ"ח
 שהוא מקום עיגון שנאסרה לכל, שריגן לה ע"י בדיקת
 שפופרת גם בלא דיעבד, אך בצעל ראשון הדוח דיעבד
 שתלעך להתגרש, רק לפי שאין כאן עיגון שאפשר לה
 להתגרש ולהגשא לאחר שמוס שאין כל האלצנות שווא, לא
 שריגן לה ע"י בדיקת שפופרת להשאר אללו, והרי מוכח מזה
 שמקום עיגון שחאסר לכל חשוב יותר להסירה, מן דיעבד
 שכבר נגאח במקום שאפשר לה להתגרש ולהגשא לאחר,
 ולכן שפיר כתבו הגאון הגרע"א והח"ס שכיון שהמירו חו"ל
 באשת כהן בלא חליה שלא תיאסר על צעלה הגם שאפשר
 לה להתגרש ולהגשא לאחר אחי החליה, כש"כ שנתיר לה
 במקום שא"ל לה בחליה ותתעגן לעולם אם לא נחיר לה
 בלא חליה להגשא לכתחלה :

סימן ה

א"י הרנ"ש סלאבאקא

כבוד הרה"ג וכו' אב"ד דק"ק.

אחדה"ש. מכתבו בעיגן אחד שעבר על תר"ג
 ונשא אשה על אשתו הראשונה, ואח"כ עזב
 אשתו השניה והורו להראשונה הניעני, והנינו לכתוב
 בעצם העיגן שזיבורתי קודם לכתבתי וגם להשיב על
 דבריו ואעיר וכו' להקיר לעומק של הלכה באמת
 ובושר הסברא :

כתב כת"ד על מש"כ אם הגשאת באיסור תר"ג שלא
 לישא ב' נשים, שאפשר לומר לכאורה שאין לה
 כתובה במקום שהיא ידעה מזה, והבאתי מהא דלוחא (יגמח
 פ"ט ע"א) באשה שאמרו לה מה צעלה ושאת ואח"כ בא צעלה
 שאין לה כתובה, טעמא מאי תקינו לה רבנן כתובה שלא תהא
 קלה בעיניו להוילאה הא תהא קלה וכתב כת"ד ע"ז א"כ
 יקשה חייבי עשה אמאי יש להן כתובה, תמימי הלא כתבתי
 זה במכתבי הראשון דחייבי עשה יש להם כתובה משום שהוא
 מן הסורה ואין לריך חיווק, וטעמא דתהא קלה הוא הטעם
 שאמרו (יגמח פ"ט ב') דברי סופרים לריבים חיווק ולכן עשאו
 שמהא קלה בעיניו להוילאה, גם מה שכתב שליחא דאמרי
 אם דרבי קתני הא דמרגילה והלכה כמותו, ולכן קשה להש"ס,
 אמאי אין לה כתובה אלא זבחה שצ"ה צעלה ב' הולד ממזר
 ואינה מרגילתו, וע"כ הולך הגמ' לטעמא שתהא קלה בעיניו
 להוילאה, תמה אני עליו א"כ אך יאמר על חלוה שהרי
 מישאר הקושא למה יש לה כתובה הא ראוי שיהיה לה
 כתובה שתהא קלה בעיניו להוילאה, גם שכתב בטעם הג'
 יושל ע"ז הא דאינה מרגילתו, גם מה שכתב בטעם הג'
 דקשה להש"ס היכן מצינו שבצביל חטאו של איש נפסידנו
 ממונן שנתחייב כל לפני חטאו, הוא ג"כ תמוה הלא כמה
 הלאות קבועות דלוי כתובה כן הוא, בעוברת על דת משה
 ויהודים וכוונות, גם מש"כ שזה העשם לזינתה וכל העשם
 בהמורד שמפסידים כתובה אח"כ מטעם שתהא קלה בעיניו
 להוילאה, אבל אם חתלת הכושאין באיסור, תלוי זה בקל
 ותומר ובלריך חיווק, ומר"ג קל ואין לריך לחוק ע"כ דבריו,
 ותמה אני עליו בתרמי. (א) היכן חלעמו להסידה כמותו
 הקדומה קשה יותר ממה שלא יהיה בתחלה, ואם העשם
 שתהא קלה להוילאה מהני להפקיע חיובה הקודם, כש"כ
 שיוציל שלא יחול חיוב הכתובה מתחלה. (ב) מש"כ שאין
 אנו רשאין לחוק את חת"ג ללא הוא מאין לקח שאין ראשון
 זאח וכו' הגוזה לזולו בו, ועיקר הדבר שחודש שטעם בזינתה
 וכל השטום בהמורד ש שמפסידת כתובה, כדי שתהא קלה
 בעיניו להוילאה, לא מצינו אף בשום מקום, גם יקשה ע"ז
 א"כ

הדיעות והסברות שיש לומר דמסקינן דרשב"ג דבעינן שהיה ל'
 יוס דוקא בסתם ולדות, הכי כולם יהיו חוזרים מדעתה ממה
 שכתבו בפ' החולק, ובפרט שהרשב"א בפ' החולק שמכריע
 לדינא וכתב שבסתם ולדות ונגמרו שערו וליפרכי תגשא
 לכתחלה, כתב בסוף דבריו, ובפרק הערל נאריך בו יותר
 בס"ד א"כ הרי רחיה בדורה שאין כאן חזרה, אלא שבאן
 בפ' החולק לדינא פוסק להקל, ושם בפ' הערל בפ' הוסיא
 מביא לכל הדיעות והשטות, ואולי מהאי טעמא גופא מוס
 דהוא מדרבנן פוסק להקל בנגמרו שערו וליפרכי שתגשא
 לכתחלה. וע"כ נראה לעי"ד הגם שלדינא אנו פוסקים כדעת
 השו"ע (נסי' ק"ה) דבעינן דוקא שהיה ל' יוס בסתם ולדות,
 וי"א דבעינן נמי גמרו שערו וליפרכי, אבל על גמרו שערו
 וליפרכי לבד אין סומכין כל שלא היה ל' יוס, מ"מ לזרף
 דעת הרשב"א והרע"ב א"ל לנימוק"י לזינתה היתר ההכרה
 שהיה קודם עשה חדשים לידתה, ודאי שיש לזרף שהיה נחשב
 ביחד לעשות מזה ספק אחד להקל במירד רבנן, ובפרט
 במקום דחק ועיגון וגם שכבר יא' דבר זה להיתר ע"פ רבותיו
 הגאונים הג' מהרעק"א ומהר"א מליא, אך באופן שהיה
 ביורד גמור שיגידו בתו"ע על ההכרה שהיה קודם ו' חדשים
 לילדה ועל שהיו נגמרים שערו וליפרכי בעת הלידה :

ובסתם ולדות במקום שאין ריעותא מלד שערו וליפרכי
 דקו"ל שלכתחלה חסורה וכדיעבד באשת כהן
 אחרי שנתקדשה לכהן אין לריך חליה, וה"ה בצעלה ישראל'
 אם אין היסם כאן, והאך הוא הדין לכתחלה אם אינה
 יודעת היכן הוא היסם, או שא"ל לו לחזק, אם נאמר כיון
 שהיא תלעך להעניג כל ימיה, דמאי לו לאשת כהן שהמירו
 חו"ל, או שדוקא דיעבד שכבר נגאח אין מויליין אותה
 מצעלה, אבל לכתחלה לא נגאח הגם שחתעגן כל ימיה,
 והנה בפ"ת (פי' קס"ד ס"ק ה') הביא בשם מהכנות יעקב
 שאין לנו אלא מה שהמירו חו"ל צפירות באשת כהן דיעבד
 ולא להוסיף מדעתנו להתיר משום עיגון, אך בח"ס אה"ע
 (הק"ז ב' ס"ב פ"ט) כתב, וז"ל, והאפשר שבמקום עיגון כזה קיל
 ממשאת לכהן וכתב"ה ערק"א (פי' ז"ה) כתב וז"ל, אמונים
 צי"ד רחמי לדמות לאשת כהן ועיקר מנייה כיון דלית ליה
 קהנתא וכוונת חתני החלון ב"ב ע"כ, ובתפ"י (שם ס"ה ה"ק
 ג' ס' מ') מוסיף שם על דברי הגרע"א והח"ס שהחליטו
 שבמקום עיגון דמי זה לאשת כהן, והקשה ע"ז הא מוס
 שאין להם סוף ויבית דקו"ל במשאל"ם שאם נגאח לא תא,
 ומ"מ תמזריים לכתחלה כל במקום עיגון שלא נגאח שרי
 אין לך במקום עיגון יותר ממשאל"ם עכ"ל, ולענ"ד אין מזה
 קושא כלל על הגאונים הג"ל דהתם במשאל"ם עיקר דין חו"ל
 הוא לאסור במקום עיגון לכתחלה, ובשאלו מתירין דיעבד
 שכבר נגאח ח"כ אתי תרמי דיעבו ומוקים עיגון, דהא אם נלעךך
 להתגרש מבעלה שנשאלו, מיאסר לאחרים ג"כ, משא"כ
 בגדון זה שחו"ל המירו באשת כהן אין כאן רק דיעבד לחוד
 דהא אפשר שתתגרש מבעלה הכהן ותגשא לאחר שתחלוף שלא
 לכהן, וא"כ שפיר נובל לדון את מעלת הדיעבד להוילא
 מבעלה בלא עיגון, נגד שיעון בלא דיעבד, שיעון בלא
 דיעבד עדיף מדיעבד בלא עיגון וספיר אמרו הגרע"א והח"ס
 חתנו, שדאי לדמות לאשת כהן ועדיף מנייה כיון דלית ליה
 קהנתא". — ונראה לעי"ד להביא רחיה לזה שיעיגון בלא
 דיעבד עדיף מדיעבד שכבר נגאח בלא מקום עיגון, והוא
 ממה שמצינו גבי רואה דם מ"ח (י"ד ס' קפ"ו סעיף ג') לדעת
 ה"ה שהוא שיתת קש" והרמב"ם, שבצעל ראשון אין מתירין
 ע"י בדיקת שפופרת כיון שאפשר להתגרש ולהגשא לאחר,
 אמנם בצעל שלישי שפועת אסורה לכל מתירים ע"י שפופרת,
 וכתמא חתנו הוסיקים שנותרת ע"י בדיקת שפופרת בין
 שהיא תחת צעלה השלישי ובין אחר שנתגרשה מבעלה
 השלישי בכל אופן היא מותרת ע"י בדיקת שפופרת, הרי

א"כ בעו"ה הנכון עמי כאשר כתבתי. הנה בעיקר הדיון של הבאה"ט שם הוא במחלוקת שניה, ששפ"ח חולק על זה וכן הוא דעת התשב"ץ, והבית יעקב הסכים לדעת הפ"ח, ואם כי הפ"ח מורה היכא שהיא מחויבת מן הדיון לקבל גט ואין לו הכתובה, שאין מעכב לנתינת הגט עם שאין לו לשלם הכתובה, הני מילי היכא שאין לו, אבל אם יש לו לשלם מקצת הכתובה צעת הגירושין, ממילא אם אין משלם אין ראוי לגרשה בלא זה בעל כרחו, כיון שיש לו ומחויב הוא בכך וא"כ לך לעשות כפי חיובו, ובאמת רב גוברויהו להפ"ח והתשב"ץ והבי"ע נגד הבאה"ט. — ועוד נראה לענ"ד אפי' לדעת הבאה"ט, כיון שמחויב לתן הכתובה וכמה שיש לו מחויב לתן, והוא מחויבת מן הדיון לקבל הגט בלי עיכוב, מ"מ הב"ד שמוקדם לבקף לקיים כפי הדיון באמת, מאי חזית שיודקקו לכוף אותה לקיים מה שהיא מחויבת לקבל הגט, ועל לא יכופו לקיים בשגלום הכתובה כמה שיש לו לשלם, הכי לא יהיה זה עיוות הדיון, שאותו לא נכוף כמה שהוא מחויב, ואותה נכוף, וכל שאנו מודקקים לפניה לריכים לעשות כפי הדיון לשניהם בשוה :

ועתה אבאר את דעתי בדבר ענין השלשה גט, ואם יש לבקף אותה לקבל ג"פ בעל כרחו שבוה מחולק אני עם כת"י, ואבאר הדברים והקיים מאמרם ז"ל מפני מה זכו צ"ה ש' שאינו דבריהם ודברי צ"ה כו'. הנה דעת כת"י שהראשונה מותרת לו גם קודם שגירש לשניה, ויסוד סברתו כתב, היכן מלינו שיאסר אדם עליו בצמצוין את אשתו, והשניה אסורה ומחויב לגרשה תומ"י וכו'פין אותו ע"ז ככל הנשים האסורות, וגם אם ירצה לפרוש מנה לא מהני ההפרשה שנשפת אשה אסורה לו, וגם אותה נכפו ע"ז, אלו דבריו. ואומר ע"ז הנה השוסקים מחולקים הם חר"ג הוא רק על תחלת הנישואין של האשה השני', אבל לאחר שעבר ונשא אין עליו איסור להחיות שניהם, או שגם חר"ג יש עליו איסור, ודעת הרמ"א מוכח שגם חר"ג יש עליו איסור, והנו"ב הובית (במה"ש ע' 5) כשיטה זו, מהא שהסכימו השוסקים להשליש גט גם בנשמתים שיהיה מוכן לגרשה כשתתראפ, וא"כ מוכח מזה שגם אפי' נשאה בהיתר כיון ע"פ עד מחויב לגרשה, שהרי בזה נשמתים נושא בהיתר ואפ"ה כתבו לגרש מיד, וא"כ מוכח מזה שעלמ"א איסור שתי נשים מונח עליו כל שיש לו שתי נשים, גם שהיה נישואי שתייה בהיתר כענין נשמתים שלקח שניה בהיתר ב"ד, והראשונה ג"כ נישואי היתר ה"י, וא"כ רואין אנו שמה שיש לו שתי נשים יש עליו איסור חר"ג, וא"כ גם שמה שניה בציסורא של חר"ג אחרי שחלו הנישואין של השניה כי ר"ג לא יוכל הקידושין והנישואין, וממילא יש עליו איסור של שתי נשים גם כשהיה עם הראשונה, כל זמן שלא יגרש להשניה, כמו שיש עליו איסור של שתי נשים כשנשא אשה אחרת על אשתו שנשמתיה ואח"כ נתרפאה. ומעתה יש יסוד מוכח לסברתי שיועיל השלשת גט, כמו שנשמתים כל השניה גט עבור הראשונה שאף שהרפאה הראשונה מותר בשניה, גם שאין רגונה לקבל ג"פ, ובוזה ודאי יודה גם כת"י שאין לבקף להראשונה לקבל בע"כ גט, וזדאי מוכל לומר שצ"ה להתענן אולי תקבל השניה גט ברלוונה הטוב, וגם בעלה ירצה לגרשה וזו תשאר היא אשתו, שאין כאן הסברה שלא יהיה מוטא נשכר, רק בעיני שיהיה גט מלד בעלה כשתרלה הראשונה להתגרש, וא"כ לעמתי גם בנש"א השניה בציסור שאין לבקף אותה בע"כ, אחרי שבוה שמשליש גט עבור השניה ילא ידי חובת של איסור חר"ג בהחזקת שתי נשים, והרי מקור של איסור ברעש"א אחרי שעבר ונשא מנשמתים לחדו, וכש"כ למע"ש' שיש עוטלת בהשלשת הגט ע"י השצוה שנשכב שלא יבעל את הגט והשליח, וא"כ יהיה עליו איסור להתייחד עמה שהרי בזה שמתייחד עמה פוסל הגט

א"כ בצלמנה לכה"ג וכל דעותיהוה שיש להם כתובה שאסורה מן התורה, ואין אנו לריכים לחוק שחאה קלה להו"אה, מדוע אם ויתנה מפסדת כתובה, ובאמת איתא מפורש ב"טוטה ר"פ ארוסה (כ"ד ה') שאלמנה לכה"ג שזיננה מפסדת כתובה, ועי"ש שם, ובז"ל קשה דבריו בזה הא ויתנה דאורייתא הוא ואין לך חיזוק, ולמה לחז"ל לתקן שחאה קלה בעיניו להו"אה, — אבל האמת יורה דרכו של הנשים העשויים נגד חובתן לבעליהן מספרין כתובתן הקדומות מן הדיון, ולא בעיני ע"ז הטעם שחאה קלה בעיניו להו"אה, והא דמזריך הנ"י (יבמות פ"ט) לטעמא שחאה קלה בעיניו להו"אה, הוא משום דבאמת הוא שוגגת רק מטעם שהולרכו לתקן שחאל מזה ומזה, והולרכו לתקן גם שלא היה לה כתובה כדי שחאה קלה להו"אה, ומשום הוזה דברי סופרים שלריך חיזוק, שמה של הוא מרגילה אין מועיל כאן אחרי שהיא הורמת לזה שלא דייקא. — ומה שמציא ר"יה מדברי הש"ג (יבמות פ"ו) לטון רי"ז, ויולא ויקן כתובת"ן אין משם שום ראייה דשם כוונתו על הראשונה מפני שעשה לה נגד המנהג, אבל אין משם ראייה לענין השניה שנשאל בהיסור חר"ג שידעה ועברה, גם מש"כ להוכיח מדברי באה"ט (פי' א' ס"ב ב') שעליה אין איסור חר"ג שהיא מותרת להנשא לספרדי להיות אלנו שתי נשים, אין מזה ראייה, דהא בתקנת חר"ג יש לומר ע"ז שני טעמים, א' משום שחאה לתקן לטובת האשה הנשואה מקום, ועוד יש לומר שלא יהיה ממשול שיקח אחת במדינה זו ואחת במדינה אחרת, ולכן לטעם השני יש לומר שיחול גה עליה האיסור, אבל במקום שנבעלה מותר בשתי נשים אין עול נגד הראשונה וגם אין חיקוין שלא מנשא לו מועיל נגד טעם השני, כיון שהוא מותר בשתי נשים, אבל במקום שחל על הבעל האיסור חל ממילא גם עליה :

אמנם ליעקר הדיון לענין הכתובה גם אנכי מסכים שבאמת

יש לה כתובה כאשר כבר כתבתי כן במכתבי הראשון, ועמה נראה לענ"ד להביא ראייה לזה מדברי הרא"ש בתשובתו (כלל י"ג סימן ה'), שהשיב הרא"ש לענין מעוברת או מינקת חברו אליבא דר' מחיר, שלשואל היה פשיטא ליה שאל"בא דר"מ אין לה כתובה כיון שאם לה היתר דומיא דשנייה, וע"ז השיב הרא"ש שם, לחין דומה לעניות משני טעמים. חדא דשאני שניה שעומדת כל ימיה בציסור כו', לך ראייה להתמור שחאל שלא בכחוה כי שם שניה עליה כל ימיה, אבל מעוברת כו' איסור זה בשעת נישואין הוא ועמיד לופסק (פירושו אליבא דר"מ אם לא היה נושאה הוא כו' יע"ש, ועוד נראה דמעוברת חברו הוא מרגילה ולא היא מרגילת דאשה חסה על בנה, ע"ב, וא"כ לכאורה י"ל שדיון זה של חר"ג בנ"ד חלוי בבני חרי טעמי, שלטעם הראשון איסור חר"ג ג"כ חלוק משניה שאינה איסור עולמית שהרי יש לה היתר אם יגרש או תמות הראשונה, אבל לטעם השני יש לומר שאפשר שאין לה כתובה שהיא מרגילתו, אך באמת נראה לענ"ד שע"כ לא הולרך הרא"ש להוסיף טעם השני רק אליבא דר"מ אחרי שנשאת בציסור מעוברת חברו ואימיקת חברו נעשה איסור עולמית, חסובה זו כציסור עולמית של שניה, משא"כ בציסור חר"ג גם אחרי הנישואין בעברה, יש לה היתר אם יגרש להראשונה, וגם י"ל שבציסור חר"ג סתמא דמלתא אינה מרגילתו שאין אשה ירו"ל בזה כמאמרם (פנייה י"ג א') אין אשה מתקבלת אלא בדרך כרתה, ואין רגונה להנשא למי שחיה בשתי נשים וע"כ לא קנסו אותה כתובה :

ומש"כ עוד מה שכתבתי במכתבי הראשון שהיבא

שיש להבעל לתן אפי' מקצת הכתובה א"ל להזדקק לכופה לקבל הגט, כל זמן שהנשא אין מקיים לתן מה דאשכח לו, ובת"י כתב ע"ז, אבל כבר כתבתי מסקנת הבאה"ט (בס' ק"ט ע"ג ופי' ק"ד ס"ב כ"ד), והנה מוכרתי לבאר דברי

הגט *), ולפי שיטת התוס' (גיטין כ"ו) ד"ה לכשאכנסנה דהיכא דודאי חיובא ביאה בעל הגט, ח"כ זהו גופא הוא ביטול הגט והשלמות, והיה מועלת שהפרשה של בעלה ממנה תהיה הפרשה גמורה, אמנם לכוף להשיגה לקבל הגט לעב"ד נראה שאין לנו לבדוק בזה, כי שפיר מובל לומר אולי יגרש והראשונה ברזונה הטוב או שתמות או תהיה אשמו. ומש"כ כת"ר ע"ז שאין טעמיה ברובה שאלא תשא חטאת שכתב, לדעתו אין חשבו נשכרת אחרי שהיא בעיגונא שומרת, והראשונה מותרת לבעלה אחרי השלשת הגט וכמו שב' . ומש"כ כת"ר שיש לכוף אותה לקבל הגט להתגרם ממנו כדי שלא תבוא לירי איסור, לעב"ד נראה שבהאוש כזה שיש לה היתר לא נכוף לקבל הגט, ומה שמילוי נכפו מעוברת ומינקת חברו שבייפיון לה להתגרם גם שיש להם היתורא, הם קנסא קבוע חז"ל שלא יקלו בזה לקדם על לאחר זמן, אבל גבי חר"ג אין עליה בעלמיתה איסור רק משום האשה האחרת, דיו לנו בזה שהיא מוכרת להשלים גט, שבוה יהיה מופרש מאשתו השניה כל זמן שאשתו הראשונה אגידא לבעלה, ועוד דלא יחא אלא ספק אין לנו כח לגרשה בע"כ במה שלא מלינו מפורש בדברי רבותינו לגרשה בעל כרחא, ובאמת ענין השלשת הגט רואין אנו שהוא ענין גדול בראיור הר"ג, אחרי שאנו מזכירים להשלשת הגט גבי נשתתים, הים שיש פקפוק גדול מפני שעתה אין ראו' להתגרם, וכמוכר בזה ב"ב מהדו"ק (ס' ג'), מ"מ לא הקיל בלא השלשת הגט :

והנני בא לדון בזה לרינא, הגה אם בנידון זה לא היה שרף, ודאי שאין לחוש לקידושין אלו, כי זה מלמא דפשיטא דבעינן שיהיה הוכחה אשר היא מרובית בקבלת הקידושין להתקדם לו, ולכן בעינן או שתאמר אין או שתקבל המעות היתר שמקפון ידה או מקרבה לו לקבל כסף הקידושין, אבל כל שאין הוכחה אינה מקודשת, ובשמיקה לאחר מתן מעות יש מחלוקת הפוסקים איך קיי"ל לרינא, אם נחשב זה הוכחה מה שלא השליכה המעות אח"כ או לא, ולא בעינן השלכת המעות ההראות שאין חפילה בקידושין, ולכן כאן בעבודא רידן שהמטבע שקודשה בו נפלה תומ"י לאחר שלקח הוא אם ידו ממנה, שכל זמן שהיה ידו ע"ג ידה, נראה הדבר שמה שהמטבע היתה נחה ע"ג ידה או תוך פם ידה (שהו לא נבדבר בקבלת העדות), היה זה מלד שידו של המקדש היה על ידה ובמח"כ כת"ר במכתבו, שהמקדש אמר שהיה המטבע מונח בין ידו לידה, ומתוך מכתב כת"ר יוכר שהעדים לא דקדקו בזה לראות תוך שהיה מונח המטבע בעת הקידושין עד שפגל מידה, ומכל מקום מקום יכול להיות שזה מקרי היטח תוך ידה, דהא מה שידו ג"כ מונח למעלה עליו אין על ידה ובמח"כ כת"ר במכתבו, אך הוכחה קבלת קידושין אין כאן, וישוין בדברי הגהה בע"ז (ס' ג' ס"ג ב') שהאריך בעיניו זה, ולכן לא מביטא לדעת המפרשים דברי הרמ"ה המובא (בסי' י' סעיף ו') דבזכר לה קידושין במקום שלא אמרה מפורש שמרובית להתקדם לו ובכל לתוך חיקה, שגם בלא גערה לא היו קידושין, וא"כ מוכחא מלמא דבעינן ידיעה ברורה שהיא מרובית להתקדם, היינו שהיה מעשה קבלה, ובג"ד אין שום מעשה קבלה ממה שהרי על זמן שהיה המטבע בידה היה על המקדש על ידה ובשגטל ידו נפל לארץ — הגם שמהנפילה אין ראייה שהיא לא ניחא לה בהקידושין, כי יש לומר שגטל ממילא, מ"מ כיון שאין כאן מעשה קבלה, ואין כאן בירור שמרובית, לא הוה קידושין. — אלא שגם אם נאמר שדעת הגמ"ר חולק על דברי הרמ"ה, וכמו שביאר דעתו הח"מ (ס' מ"ג ס"ק ב'), מ"מ יש לומר שגם שמהנפילה של המטבע אין הוכחה לבעל הקידושין, כי אין זה דומה למה שאמרו (בקידושין ח' ע"ב) שדשיתינה קמיה דלא הוה קידושין, דהתם מה שהיא משלבת לכסף הקידושין הוה הוכחה שאין רלויה בקידושין, אבל בג"ד שפגלה ממילא אין כאן הוכחה שהיא אין רלויה בקידושין, מ"מ אין כאן הוכחה שהיא מרובית להתקדם, ולכן אין יחולו הקידושין, וישוין בהגהה של נכד הגמ"ר א"א ז"ל, שהוא כחש שם בהגהה מפורש דלא בעינן הוכחה שמתאמת בהקידושין, היינו שתשליך או תגער חיקה, אלא כל שאינה עושה מעשה או דיבור מוכח דניחא לה, שחיקה כה"ג לאו כלום הוא, אמנם גם לדעת החולקים ע"ז היינו משום שסברי שחיקה נחשב ג"כ להוכחה, אבל בג"ד הגם שהמטבע נפלה ממילא מ"מ אין כאן הוכחה: אמנם

ורברי תשובת הר"ש (בבלי ג"ה ס" ה') שהזכר לעיל בדברינו, שהשיב להשאל שרלה לומר דלר"מ סבוכר שהגושא מעוברת או מינקת חברו שהיא אסורה עולמית אין לה כתובה, והר"ש השיב יראה לי שאין ללמד משניות, ויש לה כתובה, ותמוה לעב"ד דברי רבינו הרא"ש, למה לא הביא ראה לרין זה ומשהי מפורשת (סוטה כ"ד א') דקתני מעוברת או מינקת חברו לא שומות ולא גוהלות כתובה דברי ר"מ, הרי מבוואר שגם לר"מ יש לה כתובה, רק מפני שגמורה אחרי הקינוי מפסדת כתובה, ודוחק לומר שלכך הולך הר"ש לדון מלד הסברא משום דמתניתין אפשר לחוקקי על התוספת שכתב לה ולא על מנה ומאחוס, ולכך הולך הר"ש ללמד מהלך הסברא שגם מנה ומאחוס אית לה, מ"מ הוה ליה להרא"ש להזכיר המשנה ודו"ק, וע"ז :

סימן ו

כבוד הרב המאוה"ב כו' הרב בקי
סכתב כת"ר נידון הקידושין הגיעני
והנני לכתוב את הגראה לעניד.

ושרם כל אשתיק את הגב"ע. אחד העיד שהוא היה עם השני ובכנסה הבתולה, פלוגות" אונד יחא האט זיך גיוארמינט אלל התנור איז אריון הבחור, פלוגין" ואמר להבטולה" הגיטל ויווי דין האנד איז אריון קאלט האב איך גיזשען ער האט געזען איהר האנד אין זיינע אויגן דאס איז אונדערע האנד האט ער ארויף גיליינט אין גרוינע בליי איר אויפן האנד ואמר לה הרי את מקודשת לי במטבע זו כדת מו"י אונד יחא ער האט דאס אב גיזאנט האט ער לו גיומנען זיין אויפן זיך דאס גרוינע גלייך ארויס גיפאלין, והיא

(*) הגה"ה ויעבדא בא לירי בחדא שאלא לאחור ג"כ ובתוך כך ראה לעשות קרוב פסה ונחיה ע"כ שלא יעבור על השטתה היט שהוא לא י-שה דבר, רק השליח נעלמו יקבע הגט והמילא נכשל, שחשתי שכתב שחיקה לאחור לקרוב אישית עשה וזהו גופא סוהל הגט וא"כ נחשב זה מכתבו ועובר על שטתו, ודאי ענה נכונה שלא לעבד להריר השטתה ועוד שהיה קשה לטול יתח חר"ג ודו"ק :

אמנם מה שנתע להסתפק בג"ד, חלוי זה הענין כפי טעם המקדש אשר הוא יולא ויכנס לביתה, והוא מדרבת ומשחקת עמו, ונתהוה להנשא לו" זה הוא כשד"ך, ואפילו אם לא נאמין בזה שאומר שנתרמה להנשא לו, שהיא א"ן מורה בדבר זה, מ"מ בזה שהוא יולא ויכנס לביתה ומדברת ומשחקת עמו אפשר שנס או חסוב מספיקא כשד"ך, וכמש"ל החתם סופר (נתיב"א סי' ק"ה) והוכיח מלשון מהר"ט בתשובה דהתמא חיישין שמא שד"ך, ובמקום שהיה דברי ריב"ז ופוסק הוא כאלו שד"ך, כן החליט הח"ס, וה"כ בג"ד שהוא כנגס ויולא לתוך ביתה ומדברת ומשחקת עמו, ונראה שהדברים שנס דיברו ביניהם וגילה לה דעתו שהוא רועה לישארה, ואף שהיא אומרת שלא נתרמה לו, היינו שהיא לא נתרמה בפירוש, ה"כ יש לחשב זה כשד"ך. —

כן אמנם מלשון רש"י (שם דף י"ג ב') "זה כשד"ך, פירש"י שדיבר זה קודם לכן ונתרמה להתקדש לו כו', משמע מלשון רש"י שכל זמן שלא נתרמה להתקדש לו, לא מקרי שד"ך בזה שדיבר בה לחוד, נראה לעג"ד לומר שלא יהיה זה נגד דברי הח"ס ה"ל, ומה שהביא בשם מהר"ל, דהתם לענין חשב ספיקא שמא זה הוא שד"ך לעשות ממנו ספק קידושין, מה שאין כן בזה דגמ' שם דמשמע דהוה קידושין ודאי, בזה בשינוי דוקא שד"ך ברור, היינו שנתרמה להתקדש לו. וה"כ יש לחוש שמקום שד"ך לא בעינן הוכחה שהיא נתרמה בקידושין אלו, שהרי שם (דף י"ג ב') דמ"י אמרה אין שקלי ודידי שקלי, ה"כ אין כאלו הוכחה מנילמה למשום הקידושין או לחשב הקידושין שהרי שם אמרה דידי שקלי, ואפ"ה במקום שד"ך הוה קידושין דאמרינן שהיא נתרמה בקידושין, וה"כ יש לחוש בכל מקום שהוא מקדשה והיא שותקת אפילו היכא שאין שם הוכחה כנוונה דהגמ"ר או כדון של הרמ"ה, שוכר לה קידושין לתוך חקא, מ"מ כשד"ך יהיה זה קידושין:

כלע שאני חייב לך ואח"כ אמר לה התקדשי לי בו דמתי בזה שד"ך כדאיתא (שם י"ג ב') הא כאלו נס כן אין הוכחה שמתרמה לקידושין, דהא מ"י אמרה מה שקבלה המעות הוא מבוס אין שקלי ודידי שקלי, ואפ"ה אמרינן בדשד"ך דהוה קידושין ולמה בשתיקה לאחר שנתן לקדון אין מועיל שד"ך:

ונראה לעג"ד לתנן משום דבדקשה בגול או בכנסי סלע שאני חייב ליכי ואח"כ אמר לה התקדשי לי בו, שאמר זה קודם הנתינה לידה ואח"כ קבלה א"כ יש כאלו מעשה קבלה על פי אמירתו לשם קידושין, רק שיש להסיר הקבלה לכיוונה אחרת לומר דידי שקלי ולא לשם קידושין, ולכן בדשד"ך תלינן שקבלה ועשה מעשה קבלה לשם קידושין, ואמרינן דאם איתא דלא ניחא לה להתקדש היה לה לנחמו בעת הקבלה לומר שהיא אינה רועה בקידושין והעשות לוקחת לשם חובה, ומדשקתא אמרינן שמרובה לקבל לשם קידושין כמו שנסמרה, אבל בגמלה לשם שקדון ואח"כ אמר לה התקדשי לי בו שאין כאלו שום מעשה א"כ רק השתיקה אמרינן דלאו מידי הוא, כיון שאין גילוי דעת ממנה שרצונה בקידושין, וה"כ לענין כ"ד תלוי ג"כ במתלוקת הג"ל, שלדעת הרשב"א והרמב"ם והריטב"א וה"ה"ן מעולם כתבו מפורש שסוברים שלענין שתיקה לאחר מתן מעות אין מועיל שד"ך, כל שאין מעשה שפועל לקבלת הקידושין, וה"כ בג"ד אין כאלו ממנה שום מעשה המראה שהיא נתרמה עתה להתקדש לו, שהרי מקודם אמרה בידה והיית בידה המעטע, והיא לא עשתה מעשה להראות שיחלה לה לקבל עתה קידושין ממנו, ולכן אין לחוש כלל לומר שהיא נתרמה בקידושין זה:

ולענין דינא כיון שהרמב"ם והריטב"א והרי"ט"א והר"ן כולם הכריעו שבענין השתיקה לאחר מתן מעות אין מועיל שד"ך, וכן בש"ע סתים לה ולא הוזכר שיש חילוק היכא דשד"ך, נראה שסובר שדעתם עיקר ואין מושגים לדעת המחמירים בזה, אך מ"מ משום חומר איסור אשת איש אפשר שרצו לדעת המממירים, מ"מ בג"ד עדיפת כיון שאמרה לו לאחר שאמר לה הרי איתל' כו', ויחאם האסטו דאם נישאין שנראה שהוא מחאה וגיילוי דעת שאין רצונה בזה, והוה זה כאומרת לא בפירוש, אלא שיש לחוש פן היה אמירתה לו לאחר כדי דיבור מן האמירה שלו הרי אית כו', מ"מ כיון שלדעת רוב הפוסקים אין זה קידושין כלל, ואין חוששין משום שד"ך, וגם לדעת המחמירים הוא ג"כ רק ספק שיזא היה המחאה שלה לאחר כדי דיבור, וה"כ הוה זה ספק ספיקא גמורה, שמא הלכה כדעת רוב הפוסקים המקילים ובתויתא בש"ע כוונתינו, ושנא היה דברי המחאה שלה תוך כדי דיבור, כי זה א"א להתברר כי נערים כאלו אין יכולים לעמוד על זה, [ולפי אמירה עד השני, אונג זי"א האבין ז"ך גינומען רייבין] ונראה הדבר שהיא רצתה לנתן ידה מידו א"כ נראה שהוא ג"כ מחאה] ולכן מבטל זה נראה לעג"ד שיש להקל שאין לחוש לחומרה ממשא שד"ך:

עוד יש לזכר כיון ששעה אביה התקשרות שד"ך לה עם אחר וגמר עם והיא הסכימה על זה, וה"כ יש בזה ענין הסברה של שארית ישראל כי לא ידברו כזב ולא יעשו עולה לשנות, וכמו דאמרינן בנמ' קידושין (מ"ה ב') אליבא דאביי שזכור חששא דשמא נתרמה האב משעם זה, דאמרינן שם בנמ' שחיישין שמא נתרמה היכא שדיברו, וה"כ חזינן ששברת שארית ישראל כו' מבטל (* ואף דשם הוה פ'גותא, מה שדרכו גורם לחוש *), ונראה שג"כ ולא סמך על זה רק וה"כ הכי נמי בג"ד יבטל האי מעשה שאין אדם עושה כשעוה ומספידים, יש לומר ופי' שלגב אין סברה דשארית ישראל לא יעשו זו סברה ממשא, פ"פ יהיה זה, עולה, מה שנתקשרה ובסכימה מיעא לחששא שמא נתרם האב למעשה אביה להתקשר עם אחר

ובאמת דין זה שכתבנו בשד"ך גם ביין הוכחה שנתרמה עתה בקידושין, כל כנסף קידושין בידה והוא אמר הרי זה מקודשת לי חיישין קידושין, הוא תלוי במתלוקת הראשונים, שלדעת הר"ן שכתב בשתיקה שלאחר מתן מעות נבי עובדא דליפתא דאחא שכתב שם הר"ן שזה חשוב כשד"ך, והוכיח מזה הר"ן שבענין שתיקה לאחר מתן מעות אין חילוק בין שד"ך ללא שד"ך, וה"כ מוכח מדברי הר"ן שם כשד"ך בענין הוכחה שמרובה עתה להתקדש בזה הקידושין, וכל שאין הוכחה אין כאלו קידושין גם בדשד"ך, אכן הריטב"א בשם החוב' הביא שהקשו אחא דקדשה בפקדון (שם מ"י ע"ה) דהוה קידושין, הא הוה שתיקה שלאחר מתן מעות, ומירך בשם החוב' דהתם איירי בדשד"ך, וכן הביא הרשב"א בידושיו בשם איכא מ"ד כששד"ך היא מקודשת, ודייק לה מהא דר"ב התקדשי לי בפקדון והלכה ונולאה שנגב או שנאכר כו', דאלמא א"ע"פ ששתקה א"ש נגמיר כו' מקודשת וקשיא דהא הוה שתיקה שלאחר מתן מעות, ומפרק לה דהתם בדשד"ך, אמנם הרשב"א בעלמא וכן הריטב"א וכן הביא הריטב"א בשם הרמב"ן, דבאמת גם כשד"ך אין מועיל שתיקה שלאחר מתן מעות, והתם לא נתימ' להאי דינא ומיירי בדאמרה אין, נמלא שלדעת הרשב"א והרמב"ם והריטב"א והר"ן שסוברים שתיקה שלאחר מתן מעות גם בדשד"ך אין מועיל, מכלל דס"ל שגם כשד"ך בעינן הוכחה שמתרמה בקידושין, אמנם לדעת החוב' הנובב בריטב"א והאיכא מ"ד שהובא ברשב"א דס"ל כשד"ך מועיל גם שתיקה שלאחר מתן מעות סכני' שצמקול ששד"ך מועיל לקידושין גם בלא שם הוכחה, רק מדשקתא ואין מוחה בקידושין אמרינן שבודאי נתרמה להתקדש לו. — ולבאורה קשיא להסוברים שד"ך אינה שום מעלה לחוש לקידושין בשתיקה לאחר מתן מעות, וה"כ לדעתם שהיא שאין הוכחה שמתרמה לקידושין גם בדשד"ך אין מועיל, למה מועיל בקידשה בגול יודע שד"ך, וכן בכנסי

אחר, ויבטל חששא דשד"ך, לעשות ספק, ובהו יודה גם רבא, ובפרט דשד"ך גופא יש מחלוקת, וא"כ ב"ד מניקף זה דש"ת וגם אם זה נקרא שד"ך היכא יבטל כו' לעשות ספק ביטול שלא נתלפתה בפירוש, דהא לחששא דשד"ך :

היא נאמנת על עגמה שלא נתרלטה לו להמקדש מקודש וכמוש"כ, וא"כ יש כאן שלש ספיקות להקל, א' שיטת הסוברים דשד"ך ג"כ בעינא הוכחה וכמוש"כ, ב' שמה היא המחאה תוך כדי דיבור להקדושין שאמר המקדש, ג' שמה זה לא הוה שד"ך, גם לירוק הלוי סברה דש"ת ישראל כו' לבעל ג"כ האי חששא דשד"ך :

אחרי כותבי כל זאת עיינינו בספר חוט המשולש (סי' ה') תשובת רבן של ישראל הגאון מוהר"ח ז"ל, וראיתי שהרבה דברים מוש"כ בענין זה הלכתי בדרכי וזכיתי לבזון בע"פ לדבריו הק', והוא מניקף לענין זה עוד סברה, שפי' הנכחו בתודינותינו שאין מקדשים רק חתה מחסבה בטל זה חששא דשד"ך, ובאשר כת"ר הביא זה במכתבו, ולכל הסמות ספיקא הוה, וא"כ יש לנרף זה לשמוך להקל בזה. — והנה כת"ר הביא במוכתבו דברי הגו"ב (סי' י"ג מהדו"ק) אשר הוכח זה בש"ס, שבמקום שאין הוכחה ברורה שקבלה הקדושין מועתה ורלונה נאמנת לומר שלא נתרלטה להתקדש מטעם עד אחד נאמן בחיסורין, גם בדבר שבערוה במקום דלא אחחוק איסורא, ועיין בשו"ת רע"א (סי' י"ג) שכתב על זה שלדעתו אין זה פשוט כ"כ :

ולענין נראה שיהיה בדבר זה מחלוקת הראשונים, והוא שח"ת בתשובת מיימונית להלכות אישות (סימן ה') תשובת מהר"ם ב"ב שהוכיח סם הדיכא שעדים רלו שזרק לה קדושין ולא ידעו אם קרוב לו או קרוב לה שאינה מקודשת, אפי' אם היא מודה שהיא קרוב לה, ומשום שהיא קדושין בלא עדים, דאם איתא דמוניה בזה הודאה היכא שהיא מודה שהיא קרוב לה, א"כ לוקמי הגמ' דמקשה בקידושין (סי' ה') בחיובו לאשה שקדשתין והיא אומרת לא קדשתי והוא חסור בקדומוהיה והיא מוותרת, דמקשה הגמ' למ"ד המקדש בלא עדים א"כ חוששין לקדושין, דלמא מייירי מתניתין היכא שלעדים מספקא להו אם היא קרוב לו או לה, והוא אומר שהיא קרוב לה והיא אומרת שהיא קרוב לו, יש"ש בדברי התשו' הג"ל, והם נאמר על היכא שהדבר מוסרף לעדים אינה נאמנת לברר הדבר על עגמה, א"כ לא יהיה רחיה מוהר"ם ראה, דהא בזה לא תוכל לומר לא קדשתי, אלא ודאי שיה שפשיטא ליה למהר"ם ז"ל שהיא מוותרת אם היא אומרת שדאי לה שלא היה קרוב לה, ולכן הוכיח שפיר דהפי' אם היא מודה שהיא קרוב לה, אין זה קדושין ומללא משני הגמ' בכה"ג, וא"כ מובא דעת מהר"ם שכל כה"ג דהוה ספק שפשיטא ליה למהר"ם שהיא מוותרת, בחומרת דלא הוה הקדושין כדון ולא הוה שהיא קרוב לו, ולכן הוכיח שפיר דהוכח רחיהו שבספ"ג לא חלו כלל אפילו א"כ היא מודה :

אנחנו באמת בעיקר הדון שידע מוהר"ם, שהיכא שלעדים הוה ספק ולא ידעו אם קרוב לה או לו, שאינה מקודשת אפי' אם היא מודה שהיא קרוב לה, שחשוב זה בקדושין בלא עדים, רבים מהראשונים חולקים על מוהר"ם ב"ב בזה, ובאשר כתב הגני יהושע בקונטרס אחרון לזמ" קדושין ב"ד"ה נתן הוא ומתרה הוה כו', שדעת הרשב"א והר"ן וכן הובא ברשב"א בשם ר"ח שפירסם הא דלחמינן בכה אחת הוה ספיקא דרבנן (ינמו"ל) לענין קדושין, מייירי ששני העדים מוסרקים בקדושין אם היה קרוב לו או לה והיסורה מוסק, וא"כ אם הדון הוה שבמקום שלעדים הוה ספק היא נאמנת על עגמה, א"כ ישאר קשית מוהר"ם לוקי שם הגמ' (קידושין ס"ה) דמייירי שפירסם שלעדים הוה ספק, והוה אומרת ברי שלא קדשתי. מייירי שהיא קרוב לו והוה אומר להיפק, אלא ודאי מוכח מזה שלשיטת הסוברים

דלית

שהיכא שלעדים מספקא להו בקידושין אם היה קרוב לה או לו הוה מקודשת מספק, אין היא נאמנת על עגמה להקל ע"י ברי דידה, ולכן א"א ללוקמי בכה"ג הא דהיא אומרת לא קדשתי, מ"מ א"א ליומר שהיא רחיה ברורה משום שיש לומר דהגמ' משני באופן אחר ככון יותר, היינו כגון שהעדים הלכו למדינת הים. אמנם נראה לענ"ד להביא רחיה שבמקום שהוה ספיקא לידון אינה נאמנת לברר היתירה ע"י ברי דידה גבי קידושין, הנס דלא אחחוק איסורא, מהא דאיתא בגמ' קידושין (י"ג ע"ב) דאמר רבא מנא אמרנא לה כו' לאחר מתן משות דמקודשת לא רחיה רחיה אינה מקודשת מתו רחיה כו', אולימא רחיה דלמרה אין לא רחיה דלמרה לא, מכלל דרישא כי אמרה לא הוה קידושין, אמרי הא אמרה לא כו'. והנה באמת יש לדרקוק היפק בעי הגמ' לזימור בס"ד דרלטה דלמרה אין לא רחיה דלמרה לא, הא יהיה בזה סתירה מרישא לסיפא הדיוקים כמובן, ומלאתי בספר המקנה שפירש דהסלקא דעתין היה כך שבאמרה אין הוה קידושין, ובאמרה לא לא הוה קידושין כלל, ובשתיקה הוה קידושין ספק ע"כ דבריו, ודבריו נכונים מאד לפרש כן הס"ד שגמ', אך אם נאמר שבמקום ספק היא נאמנת לברר הדבר להיתר משום דע"א נאמן בחיסורין במקום דלא אחחוק איסורא, א"כ יהיה סתירה להוכחת רבא בשתיקה לאחר מתן משות, מהקושיו דלמרה לא נמי הוה קידושין אמרי כו', הא מלינין לפרש רחיה דלמרה אין לא רחיה דלמרה לא מייירי שחמרה לא לאחר כדי דיבור, שאם היא מודה שהיא רלונה שבקידושין בעת מעשה הוה קידושין ודאי, וסופא דלמרה לא היינו שאומרת אחרי כדי דיבור, שבעת מעשה שאמר התקדש לי בו לאחר מתן משות לא היה רלונה שבקידושין, ולכן היא נאמנת, מפני שהיא ששקמה הוה ספק קידושין ולכן נאמנת א"כ לומר שלא רחיה בעת מעשה, ואילו ברישא בשעת מתן משות, שאמר התקדש והיא קבלה בסתם אינה נאמנת לאחר כדי דיבור שלא קבלה לשם קידושין, ומדלא מוקמינן בכה"ג, מכלל דשפשיטא להגמ' דאם איתא דשתיקה לאחר מתן משות עושה לספק קידושין כדבעי לזימור לפי הס"ד, לא היה מועיל ברי דידה לאחר כדי דיבור והייתה איסורה מספק, ולכן א"א לפרש לא רחיה דלמרה לא לאחר כדי דיבור שאינה נאמנת במקום ספק ג"כ, כן נראה לענ"ד להוכיח מזה שבמקום שאסורה מספק אין מועיל ברי דידה :

וב"ב לענין דינא נראה לענ"ד שלא נעשה פלוגתא דחוקה על סברתה הישרה של הגו"ב, שבמקום ספיקא דלא אחחוק איסורה נאמן ע"א גם בקידושין, והוא שמדברנן החמירו שלא סמדינן אברי דידה במקום שאסור הדבר מזה ספק, לולא אחייתה, וכי היכי שמנינו בשבירה שנס שע"א נאמן בחיסור שביה להסירה, מ"מ הוה ובעלה אין נאמנים משום שאין חדס נאמן על עגמה, והוא מזה שמועלה עשו ביוחסין, וה"כ בענין אשת איש ג"כ חששו לחומר האיסור, היכא שחיתרע חוקת שניה דידה ונעשה ספק לפנינו שלא נכנס ח"ו לחשש ממזכות, וע"כ אין נאמנת על עגמה להיתר במקום ספק. ועפ"ש במקום ספק ספיקא ובדי דידה ודאי שראוי להיתר ויבדליהא בפתובות (יד"ה) לה"ג א"לס ליה ברי ולר"י א"לס ליה ספק ספיקא, ולכן בהלשפרות שניהם ודאי שהוה יסוד להיתירא] וכן איתא בתשובת הגאון רע"א הג"ל, הנס שכתב שמדברי הר"ן מוכח להיפק מוסברת מוה"ב, מ"מ כתב שם הנרמק"ל שסניף להיתור וכל לעשות גורו שהוה אומרת כני, ולכן בענ"ד הנני מסכים לדעת כה"ר להיתרה אחרי שודיעו להבחולה חומר האיסור שהיה ח"ו כל ימיה בחיסור חמור אם היה כוונה בעת מעשה להתקדש לו, ובאשר אחרי האיום, תאמר שהיא לא רחיה או להתקדש לו בעת מעשה שקישה ע"י הקדושין שנתן לו היא מוותרת להנשא בלי ספקו, כן נראה לענ"ד, אך לחומר הענין

הענין רלוני שילעק עוד רב מובהק שסמך ע"ו ג"כ להימר של בתולה הנ"ל :

ומה שכתבו בענין זה, בענין תוך כדי דיבור אמינא לפרש ולבאר הדבר, הנס שלענין קידושין אמרינן שאין בזה דין תוך כדי דיבור לחורה, ואין יכולים לחזור ולבטל תוך כדי דיבור, כדאיתא בנדריים (פ"ו ח' ו"ב ק"ט ז'), אך זה הני מילי היכי שאמרה בפירוש שהיא מרובה בהקדושין או שעשתה מעשה ברורה שגילתה דעתה שרולה בקידושין, או אין יכולה לחזור אפי' בתוך כדי דיבור, אבל במקום שסתקא מומילא מועיל בתוך כדי דיבור לנלות תחלת המעשה שהיא שלא ברטונה בהתקדש לו, וכן תב' החכם לבי (הש"ו ס' קפ"ו) בפירוש, דלא לאמרינן בקידושין (ח' ז') נטלתן וזרקתן לאור או לים כו' דלא הוה קידושין וכן שם בשומריהו קמיה הפשיעא להנמי דלא הוה קידושין, דמיירי בזרקתן תוך כדי דיבור, ועיין בספר חוט המשולש בתשובת הגאון מוהר"מ זוק"ל כ"א ח' אות י"ג ודו"ק :

סימן ז

לכבוד יודידי ישי הרב הגאון מוה"ר אליהו נ"י מו"ינ בווישעבסק.

ע"ד שנשאלתי ממת כתר צביבדא דתתא קמיה שנשאל, ע"ד שנעשה קידושין וחובה על תנאי שהיה כתוב וחתום במעשה ב"ד שלא תזקק לחליה, והת"כ שבק ח' לכ"ח בעלה הנ"ל אם יש לכמוך ע"ו להסירה, או שנעמול להשתדל שתחפש אחרי אחי בעלה להשיג מאתו חליה אולי יעלה לה זה, וקידושי תנאי הנ"ל נעשה אחרי שנתגרסה מבעלה והת"כ חורה ונשאת לו על תנאי כדי שלא תזקק ליבוס שלא תזקק לחליה, וזה אשר כתבתי בזה בע"פ :

מכתבו השני מן כ"א שבט נכון גיענין, ובגוף הענין הגיעו מסים להימרה בלא חליה, כי בדבר שלא להלכה נעשה מאת גדולי גאונ' רבותינו האחרונים, הנו"ב והת"ס ומהר"ם מזבירסק, אין לנו להתמיר יותר, וע"כ לדעתו אין לך להתמיר עליה, מפני שאם נהדר לחזור אחר חליה ואולי לא נספיק להשיג זאת יהיה עליה לעו, ע"כ אין נכון להתמיר עליה וגם כדור הזה נזמלים איהו שתלויא בעינייה הוה פנס, לכן אין כדאי להתמיר בדבר שכבר יא להימרה, ועוד שגית מעמלא דווי שפוספתי במכתבי הקדום מחששא אמה אומר חוללת מתייבמת, וכמו דאיתא ביבמות (ז' א') ובג"ד שנתגרסה מקודם מבעלה והת"כ נשאת לו ויל תנאי הכי היא גרופת אחיו מן הדין, מחמת שהקדושין והחופה שאת"כ נהבטלו מחמת התנאי, הנס שכת"ר דהה חשש זה בדברי טעם, מ"מ אבאר בפ"ה שם מוקדם לחוס לחיזה ריעות הפוסקים שהובא (בג"ד ב"ד סי' ל') שטעם הפוסקים ש'חוששין להתמיר בספק טרופת בריעותא מחיים, נטוב דקו"ל כה"י ורבה דפליגי ארבה וכו' שמקום שהיה ריעותא מחיים כיון דהוה אז עליה חזקת איסור אחר, מחוקקין מאיסור לאיסור, וה"כ שפיר יש לומר שבגוף סברת רבה במקום שיש חזקת להימרה אז לכו להתמיר, מטעם אם אמה אומר חוללת מתייבמת, ובג"ד שהיתה גרופה מעיקרה והחזקה אז באיסור ליבוס והימרה לעמלא, והת"כ כשנתקדשה על תנאי החזקה בתנאה שהיא אינה מקודשת אם ימותה בעלה בלא ז"ק, ולא היה עליה מעולם שום איסור, וכש"כ שכל הפוסקים האחרונים הסכימו לדינא שהתנאי מועיל, והקדושין לא תלו משולם עליה, וה"כ שפיר י"ל שלפי שיטת הפוסקים שטעמא דה"י ורבה הוה רק מאוס ומחוקקים מאיסור לחיסור, לפי שהיה ריעותא מחיים, וה"כ סברת רבה שאמר אם אמה אומר חוללת מתייבמת אפשר שאין חולק על זה :

ולכאורה קשה חליבא דרבה, למה אמרינן ביבמות (ק"ט א') בקטנה שהיא ח' אמה ונתגרסה וחורה וישאת שאסורה ליבוס ומשמע שם שחליה לריבה, והא תס' כדור הוה שמו התורה היא אסורה ליבוס, וממילא מה"ת אין לריבה חליה, והש"ס מחמירין להלריבה חליה, ולא אמרינן אם אמה אומר חוללת מתייבמת ומ"ט לא מוסיב מינה אפי' לרבה, הן שלפי סברת כתר"ר גרופה לומר שבמקום שהיא פסולה לכהונה בלא"ה, והחליה אין פוסלתה בזה אין מקום לגיורה שאם אמה אומר חוללת מתייבמת, הוה אחי שפיר מהא דקטנה לפי שהיא גרופה נמורה מן הקדושין של אביה ופסולה לכהונה בלא החליה, אלא שגוף הסברא לא נהירא לענ"ד לחדש מה שלא נמלא בגמ', ועוד קלת יש להעיר דה"כ מאי פריך בגמ' מהא דנפל הבית עליו ועל בית אחיו דקתני חוללת, ולא אמרינן אם אמה אומר חוללת מתייבמת, הלא בגמ' מ"י לשני דשם איירי דהיתה גרופה מקודם, ודינא קמ"ל מהותיהו דמשכתח לה ספיקא שמומריהו, ודאי שם ביבמות (ס"ו ז') במשנה תלמי דייס ספיקות שמתמירין מזד הספק. אמנם באמת נראה לענ"ד שאין קשה משם לרבה, שבמקום שיש לרזון ע"פ שורת הדין להלריבה חליה, וממילא אם לא נתייר בחליה שישאר עונה, ודאי לא הקילו בלא חליה ולא חששו להא דאם אמה אומר כו', רק במקום שע"פ הדין שריא כמו במקום שם חזקה להימרה, הנס שראוי להתמיר מזד הריעותא שהרעפה ע"י איזה מעשה המספק לו, בזה כבר רבה שלא מחמירין מטעם שאם אמה אומר חוללת מתייבמת, ומעשה א"כ בקטנה שנתגרסה מקדושי אביה והחזירה משום שיש עליה קידושין דרבנן, דתקימו רבנן קידושין לקטנה וממילא היא וקוקה ליבוס מורבבן, ולכן א"כ להקל בלא חליה, אמנם בג"ד שע"פ הרמ"א וגם עוד ילא מגדולי רבותינו האחרונים הגאונים למעשה להימרה, ודאי שאין ראוי לחוס להתמיר בחליה לחוס לדעת רבה. וגם מש"כ כתר"ר בזה ד' שבג"ד אין חשש דאם אמה אומר כו' דמאי חששא יש כאן, לענ"ד שפיר יש כאן לחוס שיאמרו קמו רבנן בזה שמחלה ובעלה התנאי ותתקדשה לבעלה בריאה שלא תתא בעילת זנות :

והנה כתר"ר חושש בזה לדעת הגאון ר' ויגון ז"ל, שהלריך שהאשה תצבע שלא לבטל התנאי, ונראה מדברי כתר"ר שרולה לחוס לפ"ו גם בדיעבד, שכבר נעשה התנאי בלא שבועתה שישחש שח' ביולה התנאי, ובאמת נראה מזה הסברא הישרה שאף הגאון מהר"י ז"ל שהלריך שצבע שלא תצטל היא, מפני שחששים שח' תצטל היא שלא יהיה ז"ל, הוה רק לתחלה ובענין שח' ימות חיישין, ובכדי להסיר מןכיל ח"ו שיוכל להיות, אבל בדיעבד שכבר נעשה התנאי בלא שבועתה (וגם אם היה בלא שבועתו) אין לנו לחוס שח' ציטלו התנאי ומקמינן אחזקתו של התנאי שלא נהבטל, ואין דומה להא דקדשה על תנאי וכנסה סהם שחוששין בדיעבד ג"כ שח' ציטל התנאי, וזו מלד שאמרינן אומדנא של סהם בני אדם שאין רואים בצבילת זנות, ולכן חוששין שמעולם לא היה דעתו לצבול על תנאי, ורק כוונת תנאו היה רק על הקדושין היינו עד שיכנסנה, אבל בג"ד שהתנו על הביאה גופה וה"כ שמתחלה גילו דעתם שניחא לכו בתנאי זה גם על הצעירה, ולא איכפת לכו לאיסורא דכ"ו על הספק, מסתברא לומר שמספק אין לנו לחוס לביטול, ומקמינן התנאי בחזקתו שלא נעשה השתנות אלא לבטל התנאי :

אמנם יש לדקדק על זה מהא דאיתא בכחובות (ע"ג ע"ב) דמקשה גמ' למ"ד שבועות אשה אחת [הוא קדשה על תנאי וכנסה סהם] דכרי הכל אין לריבה גט מהא דהרי"ו שז"ל על מנת שירצה אבא, דת"ק אחר הת"כ שלא רלה האב מקודשת, ור"ש פליג ואמר אם רלה אב מקודשת ואם לאו אינה מקודשת, והא הכא דעשות אשה אחת ופליגי, ומשיי דפליגי

דפלוני בפירושא דע"מ שירא, וא"כ למאי דק"ל לדינא שנס
 בעשות אשה אחת פלני, וכדפסקין דהמקדש על תנאי ובעל
 לריבה נט, לא נלטך לשנויי דחוקי שהפלוגתא היא בפירושא
 דע"מ שירא ה"אך הוא דוכתא לשון התנאי, ונאמא דטעמא
 דת"ק משום שאין אדם עושה בעילתו זנות, ובאמת
 העירו הראשונים בשמ"ק שם, ודמוספסחא משמע ג"כ הכי
 שמופך שם בטעמא דר"ש משום שעל דעת הראשונה הוא
 עושה, וא"כ מוכח מזה דסברין שם שגילה בדעתו שרואה
 לבעול בתנאי ולכנס לספק בעילת זנות, אש"ה אמרינן שחזר
 מדעתו הראשונה וגמר ובעל לשם קידושין, ואף דביטבד
 מיישגין לזה. מיהו מדוברי הג"א שם בהמדר מוכח ומבואר
 שם שבהתנה בפירוש על הביאה, שאם לא יקיים התנאי לא
 יהיו הקידושין חלין, מהני זה אף לפי המסקנא, וא"כ מוכח
 מזה שם לפי המסקנא נלמדך לשנויי דהא דע"מ שירא
 באה. מיהו יש לומר בשיעת הג"א דהכריחא דהריני בועלך
 ע"מ שירא אה, דתלי הנמ' בהא אם בעשות אשה ג"כ הוה
 הפלוגתא, או לומר דמייירי דלא כפליה ולתנאי דאם לאו לא
 תהא מקודשת, רק כסתמא אמר ע"מ שירא אה, וסובר
 דע"מ אין לריך לכפול, רק משום שסתמא אמרינן דכוונת
 תנאו הוא רק לענין הכתובה, ולכן היא מקודשת בכל גוונא,
 ומאלו דאמא שבעשות אשה אחת לא פלני כיון שהאוצר תנאו
 אכולה מלתא קאי, ובאמת מסתבר לשנויי הכי, שזה קשה
 מאד מזה הסברא שאף בנייה דעמו בפירוש שרואה לבעול על
 תנאי, אש"ה נאמר שאין אדם עושה כז"ו וגמר ובעל לשם
 קידושין ודעמו שבתנה ממה שאמר מקודש :

עוד

נראה לענ"ד שם א"כ אמר רהנ"מ מפרש כשש"א,
 מ"מ מסתברא לומר שזה יהיה תלוי בתמלוקת הראשונים
 המובא ברא"פ ה' המדיר, בהא דהמקדש על תנאי ובעל סתם
 אם הא דלריכה נט הוא בודאי, כמו בהא דהמקדש קטנה
 וגדלה אללו, או שהוא רק קדוש ספק, ולכן נראה לענ"ד
 שאם נאמר שגם במקדש על תנאי ובעל הוה קידושין ודאי,
 משום שזה ביור מזה הרוב גמור שאין אדם עושה בעילתו
 כז"ו, ואין רואה לכנס בספק על הביאה, אין סברא לומר
 שגם אם התנה מעיקרא בפירוש על הביאה שמתנה על תנאי,
 שיהיה בו ג"כ קידושין ודאין, שהרי גילה דעתו שהוא יא
 מזה הכלל ורואו לכנס בספק בבעילתו, ע"כ בזה יהיה הדיון
 שאין מושגין דביטבד לשנויי דעתא, אך מאין דסבר שדקדשה
 על תנאי ובעל סתם הוה ספק קידושין, וכמו ש' ה"ה"מ
 (פ"ה פה"י אישה) שדעת הרמב"ם כן הוא, שפיר יש לומר
 שכיון שחיישין לספיקא חיישין גם באמר בתתלה בפירוש
 שרואה לבעול על תנאי שמה שבתנה דעתו ולא ריה לבעול
 כז"ו, ולכן שפיר יש לומר בשיעת הג"א סובר דהס"ד רהנ"מ
 דחוקשה מזה דהריני בועלך ע"מ כו' אולא לפי מה דאמרינן
 שהוה רק מוספיקא, וכדאמר רבא תנא ספוקי מספקא ליה,
 אבל למאי דאמרינן הכי תלתא הלכתא, המקדש ע"מ, בשמות
 משום פירושה, ובמלוה"ו ובי ריבי דהתם הוה קידושין ודאין,
 ה"כ בעל תנאי ובעל, וא"כ במותנה בפירוש ע"מ חשש בזה. —
 ובין שאין קול לדין חשש רק מזה הספק, בזה יש ללמד סברת
 כה"ר שהיכא שגילה דעת שלה היה חזק מואר, עד שהיתה
 רגוזה להתגרש מקודש כבעול זה שיהיה הכל על תנאי, והוא
 נשבע ג"כ שלא ישתנה דעתו, אין לנו לחוש דביטבד לשמא
 בעלה הוא התנאי משום שהיה כז"ו, ובפרש שג"כ יש עוד
 ספק מזה שהיבס הוא עובד דה ובעת הנמ' שאין זיקה
 לעובד דה, ועיין בש"ב לין (פ"ה ע"ג) :

ע"ד

נראה להוסיף טעמא להיתירא, והוא טענין הסברא
 דאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וא"כ לומר מתני
 טעמי. (ה) מזה שזה חמור על האדם איסור של כז"ו. (ב) מזה
 הכיוון שמוצא הדבר שהיה בזנות, וא"כ כז"ד טעשה תנאי
 בכדי לפצור אותה מן החליה חין לומר מזה חומר האיסור
 שיחשוף הבעל והאשה ויבעלו התנאי, הלא כיון שנעשה זה

ומדי עברי בענין זה קשוי לענ"ד על הגאונים הנזכ
 והתת"ם שכתבו בנוסח התנאים שהתכו לחלות הקידושין,
 שאם יחלוך לה הויבס תוך שנה אחר מיתא הבעל יהיו חלין
 הקידושין, והנה על יבוס לא הותנה וזה כלל במשפטי תנאים
 שאין מתקיים המעשה רק בחופש שהותנה שיע"ו יחול המעשה,
 ואין הולכין אחר האומד, וזהו שאין מועיל אונס לענין קיום
 התנאי במעשה, במקום שלא נתקיים התנאי במעשה, וא"כ
 אם לא יחלוך לה רק שייבס ארסה ודאי שיהיו הקידושין בעלין
 למפרע ולא יהיה עליה חלות היבוס, ואין לה מליאת היבוס,
 וכל שאין עולה ליבוס אין עולה לחליה, ולא תהיה חליה
 כשרה, וזה יהיה תלוי בתמלוקת הראשונים, היכא שהתנה
 התנה ע"מ שלא תבעלי פלוגי, ואש"כ נכארת לחלו על זה
 שהתנה עליו ומת ונפלה לפני האה הנ"ל, שדעת הרשב"א
 במדושו ריש יבמות שגריכה חליה ומתניא לה חליהו וזה
 לא מיקרי אין עולה ליבוס, שמתלתא אחריתא נרס לה
 יעוש"ה. אמנם דעת הרמב"ן וכן דעת הרשב"א לא כן הוא,
 רק שכה"ג לא לריכה חליה משום שאין ראויה ליבוס,
 א"כ כז"ד אם הוא מתנה על החליה שבוה יחול הקידושין
 למפרע ועל היבוס לא התנה אין עולה ליבוס, א"כ גם
 החליה אין כשרה, ומה הרימוו בתנאי החליה, ואפשר לומר
 שהרימוו בזה שלדעת הרשב"א נפטרות בהחליה והקידושין
 יחולו למפרע, ולהרמב"ן והרשב"א כיון שא"א לחול החליה
 משני שאין עולה ליבוס ולא הוה חליה כשרה, וממילא כבעלו
 הקידושין למפרע. — ולכאורה יש לחוש כיון שהתנה בתנאי
 על חליה כשרה בתוך י"ב חודש, והוא בלתי אפשר לפי
 שאין עולה ליבוס, וא"כ הוה תנאי שא"א להתקיים, וכל
 שהתנה תנאי שא"א להתקיים קו"ל דתנאו בעל והמעשה קיים,
 ויש לחוש שהקידושין יחולו גם כשלא נתקיים התנאי, כך י"ל
 שאימתי אמרינן בתנאי שא"א להתקיים שתנאו בעל הוא רק
 אם אין כאן רק אותו התנאי לבדו, אבל כשיש עוד תנאי
 שאפשר להתקיים והמעשה ראויה לחול ע"ו התנאי שאפשר
 לקיימו, לא איכפת לן בהוספת תנאי עוד שא"א להתקיים
 וזהו כמאן דליתיה. אך עוד נחשבת שמה שהתנה אם יחלוך
 לה חליה כשרה לא הוה זה תנאי שא"א להתקיים, דהא אפשר
 שתינה תנאי כשרה אם יקדשה אותה עוד על תנאי של יבוס
 ג"כ ואז תהיה החליה כשרה, וכיון שיש מליאות שהתנאי
 יכול להתקיים, כל זמן שלא נתקיים התנאי ממילא הקידושין
 בטלים למפרע, כל עכ"פ לדעת הרמב"ן והרשב"א אין שום
 חושלת בתנאי שכל החליה שכלה איקדשה אותה עוד על יבוס
 שלא העירו זה, ולכתתלה ראויה לתקן להיבוס היבוס ג"כ
 בתנאי חלות הקידושין, ובאופן זה תהיה חלות הקידושין ע"י
 החליה כיון, ודו"ק :

סימן ח

עוד בענין הנ"ל:

במש"ב פה"ק במכתבו מן כ"ו שבט, שהג"א כו' העיר על דבר העובדא הנ"ל מחשש אונס, משום שיערך לתן מעות הכתובה כאשר יגרש, והוא זה אונס מוזין, וע"כ מסתפק אולי לא יהיו הקידושין בטלים מפני שלא קיים תנאו הוא התנאי לגרשה קודם מותו, מפני שזה היה מחמת אונס, וכבר"ה כתב ע"ז דברים ברורים וישרים שאין ע"ז שם אונס כלל, אך לבד זה אני מתמיה עליו אפילו לפי דעתו שישנו זה אונס מוזין, מ"מ אונס זה נגלוי היה מהתלה וכבר אמרו (נדרים כ"ז ב') אונסא דמגילא שאני, ובכתובות אמרינן בזה אונס דשביח, ואף אם היה נעשה אח"כ שאין לו במה לפרוע אמרינן בירושלמי הביאו הר"ן (נדרים דף ס"ה ע"ב) שעינות שביחא, ולא מיקרי זה אונסא דלא שביחא, וא"כ גם אם נאמר שקידושין יש מענת אונס, האנס במידי דשביחא שלא יהיה לו מוזין לבלם הכתובה, ובפרט שנתנית הכתובה און מעטב הגירושין רק יהיה זה עליו חוב, וא"כ לא מוקרי זה אונס כלל מה שלא יגרשה, מפני שיערך לבלם הכתובה. — ולפי דעתו של המעורר לחוש חשש אונס על מה שלא נתקיים בנתינת הגט, היה לו לחוש חשש אונס מפני שאירע לו שנעשה סומא והעני ואין לו מי שימסגנו, והוא כעין שאמרו (נדרים כ"ה) ותלה בנו, ה"כ שהאנונימוס יכול לבוא לשבור חללו, מ"מ כיון שיש עיכוב אכלו מוכיבת אונס שדרכן של בני הדם להתעבב עבור זה, מוקרי זה אונס, וה"ל סיבת עיכוב הגירושין שאין לו מי שימסגנו ולאדם שנעשה סומא, הוא עיכוב מוגרש הנעשה מוכיבת אונס, ושפיר יש לחשוב זה אונס. — אך בזמננו לענ"ד אין לחוש בזה לאונס בתנאי שלא נתקיים, וכמו שהאר"ך כתב"ר, שכן נקטי כל האחרונים, שביטול קיום התנאי ע"י אונס לא מיקרי זה נתקיים התנאי, ועיין (בשרי"ח ס"ח מ"ח ס"א א') שהאר"ך ג"כ בענין זה:

עוד אוסיף בענין זה הנה בצלם סברת עיני מענת אונס בתנאים, שהנמ' מוקדקק בזה (רי"ט סוגיות ונדרים כ"ז) אם ייזול חבר לשון המתנה שהתנה מפורש בתנאו שאם לא יבא יבא גט ואם יבוא לא יבא גט, מה לנו אם היה אונס, מ"מ ע"כ דבריו אנו לריבים דלון, אלא עיני הסבר הדבר הוא שנגד אומדנא בדרוב של דעת בני אדם ומסיבת הענין הגורם לתנאי שנעשה בזימיה, נגזן בזה דאם לא באתי גבי גיטין, שמגד שהלך ממנה ומששו עליו שיגונה, ע"כ נתן הגט והתנה ששם לא יבא עד זמן פלוני יהיה מוגרשת, מפרשים אנו כוונת דבריו שמה שאמר אם לא באתי, שאנידו יהיה השיכוב שלא יבוא, ולכן אמרינן שם בכתובות שנס אם יש מענטס בגיטין, מ"מ במת אמרינן שמיקרי זה נתקיים התנאי ולא חשיב אונס מפני שניתח ליה שלא תישל קמי יבס, ה"כ שלכאורה יש לדון מה לו דימחא ליה דלא תישל קמי יבס, הא מ"מ מחמת אונס נתקיים התנאי, ולריך לומר דלנו אומרים כיוון דניחא ליה שלא תישל קמי יבס, נכלל בלשון תנאו שנס אם לא יבא מענטס זה מאונס מיתה ג"כ מוגרש אונס, ועיין רש"י שם, וא"כ כ"ד כיון של התנאי היה כדי שלא תזקק ליבוס, א"כ כשמתנה אם לא יתן לה גט קודם מותו, כוונתו ג"כ בכל גווגא שלא יתן לה גט מתנה שלא ימולו הקידושין כדי שלא תזקק ליבוס, וא"כ נראה שבגדודן בזה, גם לר"ם לקטש שבירושלמי, אין לחוש למה שהיה באונס במה שלא נתן גט קודם מותו:

אחא דאמר שם בגמ' ומי אירב מידי דמדאח' בטל גיטא ופירש"י שגלוי מענת אונס מה"ל שנמר ולנערה לא תעשה דבר, והוא לשון הגמ' (נדרים כ"ז א') אמר ליה רבה אונס הוא ואונס רחמנא פתמי שגאמר ולנערה לא תעשה דבר, ובאמת הוא לריך ביאור הדמיון דמדמי שם הגמ' קיום התנאי באונס, להא דרחמנא פתמי באונס, דזה ודאי אם היה מסיק אדעתיה אונס, ואש"ה מהנה תנאי זה הלא לא איכפת לן מה שהו' אונס, וכמו דאמרינן גבי אונס דשביח אף שהו' ליעך חזו דאתאי, לא אמרינן בזה אונס רחמנא פתמי, משום כיון שמקודם לא היה אונס בעת שנתן גיטו ונתרצה על כל אופן שהוא שביח ולא יבא יבא גט, והא דאונס דלא שביח מובטל האמעשה שהתנה על תנאי זה כשנתקיים ע"י אונס דלא שביח, משום דאמרינן דעמו שהיה כוונתו בעת שהתנה כשנתקיים הדבר ע"י רגלו ולא ע"י אונס, ולכן כשנתקיים ע"י אונס נחשב זה לא נתקיים תנאו, וא"כ ג"ע מאי מקשה רבה לרב הונא דאמר אונס אין מבעל לקיום התנאי, מהא דתנא רחמנא פתמי, הא ע"כ רב הונא שסובר דנס באונס חשיב נתקיים התנאי, הוא סובר שבכלל תנאו שאומר אם לא באתי בכל גווגא הוא בין שיהיה יבא ברלוני, וא"כ לסברת רב הונא דנחשב זה נתקיים תנאו, מה שידך ע"ז להקשות אונס רחמנא פתמי הא בעת שעשה האמעשה על תנאי זה איז עשה ברלוני, ולסברת רבה דסבר שבונת האדם המתנה על דבר הוא אם יבא יבא גט, ודוק, וכל שלא נעשה ע"י רגלו הלא לא נתקיים תנאו, גם אם התורה לא היתה פוערה באונס, מ"מ הא תנאו לא נתקיים והיאך יחול האמעשה שהתנה על תנאי שלא נתקיים, ומאי הוא כוונת רבה בקושיו מיהא דולנערה לא תעשה דבר: **והנראה** לענ"ד שבזמננו כוונת הגמ' משום דקרא דולנערה לא תעשה דבר מיידי בכל גווגא גם אם היה ע"י מעשה שמוזרהר ע"ז בגילוי עריות, שתיורה ואל תעבור או באופן שהיה סופה ברלון שבאמת אסורה להיות גם סופה ברלון על דבר העברה של האיסור ערוה, ומ"מ כיון דאונס גרם לזה פערתה התורה מעונס, וא"כ חזינן שכל משפטי התורה, כוונת התורה באם שיעבור ברלון דוקא יענש, ולא כשיעבור ע"י אונס, ולכן הכי נמי נאמר בסתמא דמלתא אל שאדם מחייב עלמו באזוהי דבר שישעשה, הוא מחייב עלמו באופן אשם התורה מחייבת ולא ויזה, ואם משום שהתנה סתמא ולא פירש באם שלא יבא לרגונו, ע"ז נאמר משום שלא חסיק אדעתיה, ובדאי אולי היה מסיק אדעתיה היה מתנה שבאופן בזה לא יחשב לקיום התנאי שיחול האמעשה מחמת זה, וגווגא של הוכחה רבה שהקשה לרב הונא ודייק מקרא, הוא רק להוסיף לנו את כוונתו, שבדאי לא חסיק אדעתיה אם יתקיים התנאי ע"י אונס. — והנה שם בגמ' דבר דהכי קאמר וז"ל קעלא גמ' כו', ולכאורה ל"ה הא בכל משפטי התורה אונס פטור גם ממוון וכדאיתא ב"ב (מ"ח ב') יעוש, אך למש"ל אחי שפיר שכל משפטי התורה אין ראייה מזה שנפטר באונס כיון שלא עשה דבר למה יענש, אך עיקר ראייה רבה הוא מקרא דולנערה כו' דמיידי גם שבערה ולא עשתה כרתה, שהיתה מחייבת למכור נפשה ולא תעבור, ואש"ה פטורה מעונס מפני שזו בא מחמת טיבת אונס, וכן נאמר במה שאדם מחייב גמ' ג"כ בכה"ג הוא, וע"ז דמי הגמ' קעלא שאני, דאין דומה חיובים אחרים לחיוב מיתה, ולכן אפשר שסתמא אדם מחייב עלמו בכל גווגא, עד דמסיק הגמ' ומוכיח מני דמי תנאי גמ' גופא בזה דנדרים, שאמרינן שבסתמא אין כוונת אדם באם שיקיים ע"י אונס, ומה שהתנה סתמא משום דלא חסיק אדעתיה:

עוד כתבתי שם בכתובות (כ" ע"ב) דמרייק גמ' מהא דמעפשוו אם לא באתי לטוף י"ב מודש ומת' מודש

עוד אוסיף לחוק הדבר שאין כאן חשש מענטס אונס, ומקודם אכתוב מה שכבר כתבתי במה' כתובות, בזה דאמרינן מענטס אונס בקיום התנאי, פירש"י (שם ג' א')

כנסתוך לא יהיו לי עלך כלום כו' דפלוני ר' יוחנן ור"ל בענין אונס יע"ש, וקאמר שם על דעתיה דר"ל "אין לריך למעשר וזין אתא יום פלוני ולא כנסתה לי לא יהיו לי עלך כלום". והנה צביאור דבר זה מה נתקן שבאופן זה לא יהיה על זה טענת אונס גם לרשם לק"ש, הנה הפני משה מפרש שהכונה היא שח"כ ג"כ התנה אונס יבא יום פלוני ולא חכונס אופי לא יהא לך עלי כלום, והוא דחוק מאד שאין כאן משמעות בירו' שכל הדעות הן מה שהיא ג"כ מתנה, ועוד שהוא מפרש ולא כנסתה לי שהיא מתנה שלא יהא לך עלי כלום, ואלו לפנינו הגירסא לא יהיו לי עלך כלום: ופירושו של הקרבן ערה ג"כ קשה שהוא מפרש ולא כנסתה לי שהיא לא תתברר בנישואין, ולכן בעת שאירע אלו אונס היא תאמר שהיא אינה רולה, והוא באמת דחוק וקשה, הא בעת שהיא מחכה עליו היא אומרת שאמרויות ואח"כ בשיתוף היום ולא יבא ע"י אונס, מה מועיל שח"כ תאמר שהיא לא תתברר בו אחרי שר"ל אונסא כמאן דעבד וכבר חלו הקידושין:

ורענ"ד נראה לומר שביאור הירושלמי הוא לפי מה שהקדמוני לעיל דברביו בסברת טענת אונס, מפני שאנו דקין שנות המתנה באם שיטתה הדבר ברזונו ולא יהיה ע"י אונס, והבי נמי סבר ריש לקוש גם בהתנאי מביטול הקידושין הוא ג"כ דין זה, כיון שעשה מעשה הקידושין ורק התנה אם לא יכנס אותה לזמן פלוני הוונגל, ואמר בלשונו אם לא כנסתוך ליום פלן, כוונתו שהוא לא יכנס אותה לזמן פלוני והמניעה תהיה מזדו ומסיבת שטונו עיבד מלהשגח לו בזה האופן והיא אותה קידושין, ולכן סבר ריש לקוש דבכה"ג גם אם היה עיבד מסיבת אונס זה לא מוקרי אי לא כנסתוך, הגם שמתחלה הוא בזה של הקידושין שאמר שמוקדשה ע"מ שיכנסה לזמן פלוני, וא"כ לאכורה גם שנעשה הפעיצו ע"י אונס מ"מ הא לא קייס תנאו, מ"מ סבר ריש לקוש שאנו מדייקים בסוף דבריהם לטונו האנוס שלא יהיה קידושין, דעיקר מצות התנאי הוא למעט שלא יהיה קידושין כשלא יתקיים שזו האנוס של התנאי, ובה דקין שחסם כוונת האדם שיהי' נעשה המניעה מרזונו ולא ע"י אונס, אבל כשאירע אונס ועבד זה היה המניעה שלא כנסה לזמן פלוני בזה יהיה כמו ראש דבריו שהיוו הקידושין וזה קאמר ר"ל אונסא כמאן דעבד, אבל ר' יוחנן סבר שמדייק הסן של הקידושין שהוא דוקא אם יתקיים שיכנסה לזמן פלוני, וכל זמן שלא נתקיים מחיזה סיבה שתהיה לא היה קידושין, מ"מ יכול להיות שזה יורה גם ר' יוחנן שאם שהיא צד לנטות ר' היא עיכבה שלא לתת להנשא, בזה אפשר דהוה קידושין שכונתו הוא אם יבא לנטעה שהוא יהיה מוכן ע"ו לנטות אותה. — וע"י אמרינן שם בירו' שאין יכול לעשות שלא יהיה טענה, אם שיכתוב בהתנאי אם יבוא זמן פלוני ולא כנסתה לי פירושו שלא תהא כנוסה בזמן פלוני, שנכלל בזה בכל גוונא בין שהמניעה תהיה מזדו או מזדו בכל אופן, רק אם לא תהיה כנוסה בזמן פלוני יהיו הקידושין בטלין, ובאופן זה גם אם באונס היה הפעיצו שלא כנסה הבטל לזמן הוונגל בהתנאי אמרינן שג"כ בטלה הקידושין, דקין שלא תלה הדבר ברזונו לבד, בזה אין שייך טענת אונס, זהו הגרסא לעיל דביאור דברי הירושלמי:

מועתה רואין אנו שדעת הירושלמי שם אליבא דר"ל כיון שאין הלוי הדבר בו לבדו אין כאן טענת אונס כי מצות התנאי הוא רק עלש הדבר שחשלים בקיום התנאי, וה"כ בג"ד שהוא התנה שאם לא תתניס קודם מותו, ואח"כ תאמר בלי ז"א ואחיו יהיה קיים או הקידושין בטלים, ופ"ו הלשון גם אם המניעה תהיה מזדו שהיא לא תרשם לקבל ג"ש ומחמת זה לא תתגרס, ג"כ הקידושין בטלים, א"כ מומילא אין כאן שום חשש מטענת אונס גם אליבא דר"ל

חודש הרי זה גט, מת וה"ה לחלה, ומשני דלמא מת דוקא דלא יחא ליה דמיפול קמי יבם, ולכאורה יש לדקדק למה להגמ' בהס"ל למידק דאין אונס מדקמתי מת וה"ה לחלה, הא ממת גופא נוכל לדייק שאין אונס דהא אין לנו אונס גדול ממיטה, ואמרתו לתוך דהגמ' בס"ד שמת בעלמותרו אין לדקדק דין זה דאין אונס משום שמתו אחר מעשיו, ע"כ כוונתו כדי שאם ימות באמצע הזמן יהיה הגט חל למפרע ולא יהיה גט לאחר מיתה, כי זה לא מסתבר לומר שחשש שמה יתקדע הגט, וא"כ מסתמא חסיק אדעתיה חשש מיתה ג"כ, מומילא חזינן שאם יחא ליה לגרס גם אם עיבד ביאתו יהיה ע"י אונס, מומילא ה"ה באונס אחר, וזהו דקאמר הגמ' מת וה"ה לחלה, ולפי זה הס"ד נומא, דרבא דאמר אין אונס בנישואין כבה"ג אחר כשנתן גט מעשיו ומצטעם זה הוא, שמדאמר מעשיו משום חשש מיתה מומילא ה"ה אונס אחר, ומשני הגמ' לא מת דוקא דיתא ליה דלא מיפול קמי יבם, ועיין רש"י שכתב בד"ה דלמא מת דוקא, "משום דכל עלמו שכתב לה גט ומחמת כן כתב שאם ימות יהיה גט למפרע, ובהאי אונסא יחא ליה, אבל באונסא אחרינא לא כו"י" ויש להבין מש"כ רש"י שכל עלמו שכתב לה גט ומחמת כן כתב, מאין ידוע לנו זה, דילמא כתב לה גט כדי שלא תתעב כשילך ויטהר זמן רב, וכנראה דכונת רש"י אהא שאמר מעשיו, משום חשש מיתה הוא, דאי משום שלא תתעבן היה די גם בלא מעשיו שאחר כלות י"ב חודש אם לא יבא תהיה מגורשת, ומדדסיק מעשיו מוכח שהיה כוונתו גם משום חשש מיתה שלא יהיה גט לאחר מיתה שלא יפול קמי יבם, ואף דנחיה לאונס זה, מ"מ באונסא אחרינא שאין שם טעם זה אמרינן שתמא שלא היה דעתי על זה:

ומברל זה שכתבתי יאל מודבריו שמהא שמקשה רבה לרב הוהא בדברים אונס דתמא פטריה, ורש"י הביא זה בכתובות (ל' ע"ה) שהוא טעם שמדאורייתא יש טענת אונס, שמוכת מזה הדבר שאומדן דעתו אדם אין מוקבל לקום עלמו או לגרס, רק כעושה הדבר שלא באונס, ומומילא במקום שאין עושה זה החיוב על עלמו משום שיטתה שלא כהוגן להשיג, אין שייך טעם זה וכלל גוונא גידון כפי לשון התנאי, בקיומו או בביטול של התנאי כפי מה שאמר התמא בלא שום חילוק, עוד מוכיחנן שמה שניכר מדבריו טענה שלא היפול קמי יבם שהוא ע"י אונס, ה"ה גם בשאר אונסין ג"כ רק שיהיה שם ג"כ טעם זה, מזה דאמרינן בגמ' מת וה"ה לחלה, וכמו שהבננו מוקדם שמוכח ומתנו שחשש לשמא ימות, ה"ה שארי אונסין, ומזה דמסיקנן מת דוקא הוא משום שחלה אין שם העצם שלא היפול קמי יבם. — ונעשה ניחוי אכן בג"ד גם לדעת ריש לקוש שדן טענת אונס גם על ביטול התנאי, נראה שמתברר לומר שרק במקום תנאי צביבדא דשם, שאמר אי מטי יום פלן כנסתוך ליבעלו הקידושין, שהוא כעין קנס על העול שיטתה לה שלא יכנסה לזמן המוזכר, אבל בג"ד שכל התנאים המדוברים לבעול הקידושין, היינו אם אחיו לא יתלך, ואם תישאר אלמנה אחר מות בעלה בלא ז"א, וכן אם אחיו יתאר אחר מותו, הלא כולם אין נעשים ע"י רצון בעלה שלא בלדק, וכן תנאי זה שאם לא יפטרה בגט קודם מותו הוא ג"כ מלוי שלא יהיה ע"י פשיטתו, שמוות בלא שידע לו מוקדם ולא יספיק לתן לה גט, ובזמן שבהתנאים שהתנה נכללים הדבר ענינים שביטול ע"י אונס ג"כ, ואפ"כ התנה תנאי לבעול הקידושין שלא היפול קמי יבם, מומילא נאמר גם מה שיהיה לו סיבת אונס שלא יהיה אפשר לו לגרסה, ומסיבת שנעשה סווא או מתבררן מוצתת תהינת הכוונה, ג"כ נכלל בזה שלא היפול קמי יבם:

עוד חוסיק דברים בביאור דברי הירושלמי (גיטין ס"ו הל"ו וקידושין ס"ג הל"ב) באומר דין אתא יום פלן ולא

דר"ל, ולכן נראה ב"ד שגם אם נחוש לדעת הסוברים שהיא ספק אם הדין כ"י וימנן או כ"י לקוש בזה, מפני שר"י חס ג"כ להא דרבי ליקש, מ"מ לענין נ"ד אין לחוש כלל לדו"ק :

סימן ט

נסתפקתי בדין איש שנשאת במזיד לאחר. היינו שהיא ידעה שיש לה בעל ואמרה שהיא פנויה או שהיא מפורשת ואח"כ גידע הדבר, האם צריכה שהשני נט או שתצא מהשני בלא נט.

הנה מצינו שבבב"ט (נסי' י"ז ס"ק קפ"ז) הביא בשם הר"מ לענין אם הולד ממזר מהשני לאחר גירושיו ראשון מדרבנן, שכתב שדוקא באשה שהלך בעלה למדינת הים והלכה ונשאת בעשותי שקנשו חז"ל מפני שלא דייקה, אבל במקום שנשאת במזיד לאיש אחר ואח"כ גירסה הראשון, הוה זה כמו זנתה מהשני בעודה הייתה אשת איש, שאז אחר גירושיו שאין עליה קדש איסור כוונה לכוויל, אז אין הולד ממזר ע"כ דבריו שם, ולפ"ז כיון שדעתם שחומר שהתמירו על האשה ב"ג דברים הנאמרים במשנה ריש האשה רבה (גימטו וגיטין דף ע"ג וף ס') הוא רק על הנשאת בעשותי, רק משום שפשה שלא דייקה התמירו עליה בכל הי"ג דברים, אבל במקום שהיא מזירה גמורה שידוע לכל חומר האיסור, בזה לא הולרזה לקטו ומוקמינן אדינא, היינו שתלא מזה וזוה משום שאסורה לראשון מדין כוונה, ולשני שכשם שאסורה לבעל כך אסורה לכוויל, אבל גט אין לריבה מהשני, וכן שארי דברים לענין הולד ממזר מראשון, ומשני לאחר גירושיו ראשון בזה לא קנסוה, לפי דברי מהר"מ הנ"ל. ולעני"ד ל"ע בזה, דא"כ שיהיה הדין של י"ג דברים שקנסוה רק בשוגגת ולא במזידה, א"כ האשה שבאה ואמרה מת בעלי, ואם אח"כ יתברר אשה בעלה חי לא תוקנס ב"ג דברים, וא"כ תקנס הי"ך האשה נאמנת בזה, הא אמרינן בגמ' שבאשה תקנס ע"א "משום שמחזיק חומר שהתמירה עליה בסופה הקלתה עליה בתחלתה" והגמ' פריך ע"ז לא ליחמיר ולא ליקול, ומשני הגמ' דמסו עיגונא אקילו בה רבנן, וא"כ משמע דלולא שיש חומר בסופה לא נוכל להקל בתחלתה שלא מן הדין, וא"כ הי"ך נאמנת אשה לומר מת בעלי הא מן הדין אינה נאמנת בעלמה לאלת מחזקת אשת איש, רק משום עיגונא ומסו מתוך חומר, וכיון שבבב"ט נאמר שלא התמירו על מזידה, א"כ אין כאן חומר בסופה, והי"ך הקילו עליה בתחלתה, ואין לומר כיון שבמזידה יש עליה חומר שאסורה מן הדין לבעל ולכוויל ולכן יש להקל עליה בתחלתה, ז"א דא"כ שדי בחומר זה לבד למה הולרזו להוסיף קנס בגשאת בשוגג ע"י נאמנות העד יותר מזה, הלא די גס שם לומר שרק זו יחמירו עליה שמהי שיהי כמו נשאת במזיד היינו שתלא מזה וקלו וגם כתובה תפסיד משניהם, אבל לענין הולד ממזר מזה ומזה וגם לענין להלרביה גט משני, לא היה ללרך לקנסה יותר מן מזיד משני (*):

הגה"ה

ולבאוריה אפשר לומר שבמקום שהולרזנו להקל עליה משום עיגונא להאמינה או להאמין להעד משום דייקה, התמירו על סופה בכל הי"ג דברים כדי שתוכל במחוק עליה משום חומר, אבל במקום שלא הולרזנו לזה כגון אשה שאמרה פנויה אני במקום שלא נודע

שהיתה אשת איש ואח"כ נודע שהיא אשת איש והיתה מזידה ממש, בזה לא הולרזנו לקנסה יותר מן הדין ומוקמינן אדינא, וזו תהיה כונת סברת הדין של מהר"מ, אך באמת זה אין מספיק הא מצינו בגיטין (פ"ט ב' וף ס' ע"א) בכל הדברים הנחשבים שם במשנה שהתמירו בכל הי"ג דברים, והנה שם לא שייך נאמנות בתחלתה בכל הדברים הנאמרים שם שבולחו היא מותרת מן הדין, כי הטעות שהיה בהכשר הגיטין וכן בגמלאת איילונית, בכלולה לא בזה מלד נאמנות שלה ואפ"ה קנסו בכל הי"ג דברים, הגם ששם לא נלרזנו להחמיר עליה בכדי שנקיל עליה בתחלתה ואפ"כ קנסוה בכל הי"ג דברים, וא"כ רואין אזו שלפי האמת קנסוה גס במקום דליכא טעם זה להחמיר בסופה להקל בתחלתה דלכתב שתיקנו החמיר להחמיר בסופה להקל בתחלתה משום עיגונא לא חילקו, וקנסו בה"ג דברים בכל שנישאו באיסור אשת איש, וא"כ הי"ג אחרי שבמקום שאמרה מת בעלי קנסוה להחמיר בכדי להקל בתחלתה, גס במקום שהיא מזידה, וה"י ראוין לקנוס בכל מזידות משום לא פלוג ובכ"ל :

ובאמת מלאתי מפורש להרשב"א הובאו דבריו (ב"י נסור סוף סי' י"ז) וז"ל שם כתב הרשב"א, שאלת רחל בזה ואמרה פנויה אני ותקדשה לשמשון לשם פלגש בלא כתובה, ושהיה עמו כמה ימים ונתמחה עמו ואח"כ נודע בעדים שכבר נתקדשה לראובן זה שנים, ואח"כ נודע שבבא לה אחיה מלאיבן בעלה הראשון גט לאחר זמן קדוש שני : תשובה. אשה זו לריבה גט בין מראשון בין משני ומה שאמרו התלמודים שאין לריבה גט משני עשות הוא, ומשנה שלימה שניו האשה שהלך בעלה ונשאת ואח"כ בא בעלה תלא מזה ומזה ולריבה גט מזה ומזה כו', יעו"ש היטב מה שהלריך הרשב"א שם בדבריו המובאים שם, וא"כ הרי ברור דעת הרשב"א שאין שום חילוק בין שוגגת למזידה ובכל גוונא לריבה גט גס מהשני :

אמנם לבאור דעת העור הוא כדעת מהר"מ וחולק על דעת הרשב"א, שכתב העור (נסי' קי"ב) וזה לשונו, ואם היא אומרת ויהי פורשתי ויהי מכתשה נאמנת, אבל שלא בפניו מעיזה ואינה נאמנת אפילו אם ניסת או נתקדשה וכשבא מכתשה והיא החזיקה בדבריה ואומרת לו שגירסה אינה נאמנת ואינה לריבה גט מהשני, ע"כ, הרי מפורש דעת העור שגם אשה שנשאת כשאמרה שלא בפניו גירשתי אינה לריבה גט מהשני, וע"כ הטעם שחילק זה מהא דריש האשה רבה משום שהיא מזידה, ובוה לא תקנו שתהא לריבה גט מהשני. — מ"מ נראה לעני"ד להשוות דעת העור שלא יהיה דבריו נגד דעת הרשב"א בתש"י הנ"ל, והוא שכן יהיה כללי דין זה, שכל שבצעת שהיה הנישואין ע"פ דבריה הותרה להנשא, ובעלה השני נאשה אז בהיתר ע"פ שורת הדין, ואח"כ נודע שהיה הטעמו ובאמת הוא באיסור אשת איש, אז יהיה עליה דין חז"ל שתקנו באשה שהלך בעלה ובאה ואמרה מת בעלי או בזה אחרים ואמרו לה מת בעלה ואח"כ בא בעלה, שיש עליה גט החומרות ולריבה גט גס מן השני, ואין חילוק בין אם היא שוגגת או מזידה, ולכן שפיר כתב הרשב"א כשאמרה פנויה אני שהיא נאמנת על זה מן הדין, ואח"כ כשנתברר שהיא אשת איש לריבה גט מהשני : אמנם כגדון של העור שהיתה ממוחזקת באשת איש, כשאמרה שלא בפניו בעלה גרשתי בעלי ומשאת, ואח"כ בא בעלה ומכתש אותה, כיון שגן הדין אינה נאמנת שלא בפניו לומר גירשתי בעלי, והנישואין היו באיסור, ודבריה נאמנת לא היו מועילים כלל, ושלא כדן בעלי עליה בעלה השני שנשאה, אז אין לריבה גט מהשני כלל, והיא נאמנת כאשה שזינתה תחת בעלה, ולא דמיא להא דאשה שהלך בעלה כו' :

אך לפי מה שכתבתי להשוות דעת הטור עם ד' הרשב"א המובא (נ"ג סי' י"ג הג"ל) יהיה קשה על הבית שמואל (פי' ק"ג ס"ק י"ב) שהעמיד דבריו שם על ספק ו' ששם לאמר אם יש עדים שהיה אשת איש אריה נאמנת לומר גרושה אני, אפילו אם נשאת קודם שבאו עדים שהעידו שהיה אשת איש שחלל, וע"ז הביא דברי הטור שחלל בלא גט, ולמ"כ מדברי הרשב"א ושהטור יורה לזה, שבמקום שבעת הנישואין היתה נאמנת בדבריה ונשאת בהיבט כדון ע"פ אמירתה אז לריבה גט מהשני גם שהיתה מזויה, וא"כ בנידון זה שלא היו עדים שהיה א"א קודם הנישואין שמון הדין היתה אז נאמנת לומר אשת איש הייתי וגרושה אני, בזה היא לריבה גט מהשני שבזה יש לה הדין של כל הדברים שגזרו על הנישאת על ע"פ אמירתה או ע"פ דיוקה יורה ואח"כ נודע שלא כן ה"ל, והוא אשת איש. וזה הגרלה לענ"ד :

ולכאורה יש להעיר על חילוק זה שכתבתי, מד' החוס' (יגמות ז"ב ע"ב ד"ה יתן) שהחוס' מסתפקים

אם במזיד אמרינן תלא מזה ומזה כו', ודעת החוס' נוטה שגם במזיד א"כ ישנו לדין זה דתלא מזה ומזה אם היה נישואין, מלשון א"כ מאינו חוטא נשבר משמע קלת דבמזיד איירי, ולא חילוק החוס' בחיזה כגון מויד, אם במקום שפ"פ דין היתה נאמנת שהותרה להנשא, והתאם מויד של יבמה הוא במקום שאינם נאמנת והיתה מוידה גמורה, וא"כ יקשה זה לפי דעת הטור ובפרט לפי מ"כ שיש לומר שגם הטור מודה בזה לדעת הרשב"א. וגרלה לפענ"ד לומר שיש לחלק עיני יבמה מנשאת איש, דבשלמא באשה איש במקום שהיא מוידה גמורה בלי שום חילוק לה, כיון שאם ידוע שאין קידושין תופסין באשת איש, והכל אמרינן שיוגלה בלי גט והוא כגונם בעלמה, ומוקמינן לה אריה של ביאת ונות באשת איש, משא"כ כאן ביבמה כיון קידושין תופסין בה למאי דקיי"ל כשמואל, וא"כ היא לריבה גט משני מריגא, וכיון דחלין הקידושין והנישואין, ממיילא אמרינן שמיחלפא בנשואי שהלך בעלה למדינת הים, היינו כגון החס' דאמרינן דבעיא גט משני ואמרינן כל הדרכים האלו בה"ל ביבמה שנישאת אפילו בנידון והנישואין חלו עליה, ולכן שפיר מיחלפא בנשואי שהלך בעלה למדינת הים ונשאת ע"י ומעלה ענות או ע"פ אמירת האשה עלמה דבעיא גט, ומיילא אמרינן בה שכל הדרכים האלו בה, אבל במקום שלא תפסו קידושין כלל במזירה ראשת איש, במקום שאמירתה לא הוסיף להו יולאת בלא גט, ממיילא חין כאן שארי קנסות שקנסו בה. — והגאון ר"ע איגר בתשובה (נ"ג ר"ה) כתב להעיר על דברי הש"ע (נ"ג ק"ט) דמוכת שאפי' במזיד תלא יבמה שנשאת, והקשה ע"ז מדברי הגימוק"י בשם הריב"ז א"א שמוכת מסס דעתם שבמזיד מותרת ליבם ואין כאן קנס למאי דקיי"ל דלית לן הא דרב המונא, וסריק ע"ז שהוכת הגימוק"י הוא חליבא דרב דאית ליה חין קידושין תופסין ביבמה כו' יע"ש, והוא כעין מה שכתבתי שבמקום שאין קידושין תופסין, אז במזירה במקום שאין ממיילא ע"פ דין דברים ואינם נאמנת, לכן שפיר לא בעיא גט וכדברי הטור (נ"ג ק"ב), אבל במקום קידושין תופסין ומיחלפא באשה שהלך בעלה למדינת הים, מסוס שסס בעיא גט ובמקום שמועיל אמירתה בעיא גט גם במזיד ודו"ק :

חשש קידושי תורה כדון המתקדשות בפני שני עדים או שאין עליה רק חשש קידושין של בפני ע"א, והוא שבדעותיו של עד השני פ' ב"ר י' כפי מה שאמר מוקדם ויהיה הגדת העדות שלו, כשהא את המקדש הנ"ל שהגבירה ידו ויהיה בידו מטבע של כסף והכניס ידו לתוך ידה ואמר אתם עדים (והוא השבז כמר זיינן דה) כי היה זה בלילה והכניס ידו לתוך ידה לא ראה, ופי' הושתת ידה על המתקדשת זאת חין וזכר אם ראה, וא"כ לא ראה מעשה הקידושין כי עיקר הדבר הוא נתינת הכסף לקידושין לידה זאת לא ראה שנתן לה, ואין לחוש ולומר כיון שראה מקדם מוכן בידו המטבע של כסף שהדין עלמו לקדש בה אותה, לכן מחזיקין את נקתיים שנתן לידה, וז"ל, לא מיבעיא למה שפסק הרמ"א (נ"ג מ"ב ס"ף ד') שלריכיים הגדוים לראות הנתינים ממש לידה או לרשותה וז"ל, א"ע"פ שמעשו שאמר התקדשי בחפץ פלוני, ואח"כ ילא מפתת ידה חין קידושין, עד שיראו הנתינים ממש ואין הולכין בזה אחר אומדנות והוכחות ע"כ, והוא מדברי הרשב"א, ודאי שאין עדותו של העד השני בלוס, אלא אפי' לדעת המדברי פ' האומר המובא ב"ב (ס"א י"ב) שכתב אפי' לא ראו את הנתינים חין לבעל הקידושין אם ראו דבר המוכיח ויכולים להעיד כאילו ראו גוף המעשה, והוא דרוה כדוני ממונות שמתקיים העדות בדיעה בלא ראייה, מ"מ נראה שבג"ד חין לחוש לעדותו של עד השני בעל מנין ש"ד גריעא מהא שבדלא שבמדברי הנ"ל ב"ב האומר, שסס אף שלא ראה נתינת הטבעת לידה, מ"מ ראה אח"כ הטבעת בידה, וא"כ שפיר תשיב ידיעה שנתן לה הטבעת, ואפי' שבדלא הרשב"א בתשובה שסס ראו בידה האתרוג אך כיון שלא ראו הנתינים לידה אינו בלוס, משום דבקיודושין ראייה בעינן ולא סגי בדיעה בלא ראייה, וכש"כ בג"ד שאף שראה בידו המטבע של כסף והדין עלמו לקדשה בו, אבל מאין לימא שקבלה דילמא זקקה תומ", ולא עוד אולי כפל מידו המטבע קודם שבא לידה וא"כ חין כאן גם ידיעה לקידושין, ובזה כו"ע מווד דהא לא תשיב עדות כלל, ולבד זה כיון שהרמ"א הכריע כרשב"א, ובאמת מסתבר כוותיה לפי שהר"ס שבמדברי פ' האומר חין אומר זה למלתא דפשיטא שכן לשון הר"ס, דהיכא דחמד מן העדים לא ראה נתינת הטבעת חין בך כלום חדא דחושין לגדרי רב פפא דאמר חוששין לקידושין, ועוד אם עד רואה דבר מוכיח ונראה שיכול להעיד ונדון כאלו ראה גוף המעשה כו', וא"כ נראה מדבריו שלא אפי' ע"כ בהחלט כשרי נתן טעם להלכירה גט משום העד אחד שראה, כי שם לאמר מתחלה לדחוד מהעדים לא ראה נתינת הטבעת, ואח"כ לירף שמחת הוכחה ואומדנא חשוב כאלו ראה, וא"כ כיון דלהר"ס ספוקי מספקא ליה ולהרשב"א פסוקא ליה להקל בזה, לא מכרעה ספיקא דהר"ס נגד פשיטתא דהרשב"א, ולכן הכריע הרמ"א כהרשב"א :

וע"כ בג"ד נראה שלכו"ע חין לחוש לעדות מה שראה מוכן בידו המטבע של כסף כל שלא ראה את

הכסף קידושין בידה לא בתחלה ולא בסוף, ובפרט שבג"ד חין ידוע לעד השני שהיא נכרית לקבל קידושין, ומה שהושיעה ידה על אמירת המקדש לגמור לא ידוע בידור הכוונה לגמור אם זה הוא על קידושין כי אולי כוונה אחרת היה לה בזה, וגם שהעד השני אומר שהושתת ידה מקודם צעת שאמר המקדש לה, "גמור" חין וזכר אם ראה, ויכול להיות שהוא כפי אמירתה שהיא אומרת שהוא חתף את ידה והוא לא הושיעה אצלו ידה כלל, שמכשת את העד הראשון שאומר שהיא הושיעה לו ידה, ובפרט שמתחלה צעת שגמורו לבא בהניגה עם המקדש לא ידעה רק מעד אחד, וא"כ גם אם היה הושתת בידה קודם לא נכרתה או על קידושין של אחד, ותיקף שמעשה אחר שאמר אתם עדים והשני אמר מיר זיינען

סימן י

עובדא קידושין שבאה לפני והיכנה ע"ז נכ"ע ורובן הענין של הגב"ע יתבאר בתוך דברינו בע"ה.
א ע"ד עיני הקידושין שקודם פלוני כן פלוני את פלוני בת פלוני, וראשונה ראייה לחקור אם יש עליה

זיינען דא' נחמדה אחר שמעיה קול השני מחמורי הגדר , אך הוא הפס או חת ידה :

ומגיד, וביאר שם הטעם שאין לנו יודעים לא נחשב זה הגדה כלל, ולכן אין שייך לומר ע"ו אין חוזר ומגיד, בלחם הראש' (בפסוקא' כלל ל"ט ה"ל) מזכיר להדיא דבריו, שמאין לנו יודעים העדות אם יחמרו אח"כ שיודעים העדות שזכרו להעדות מיקרי זה חוזר ומגיד, ואין מהימין לומר זה, אמנם אף לדעת הר"ן גופא הוא היינו טעמא משום שאין יודעים העדות לא מיקרי הגדה ולא שייך ע"ו לומר כיון שהגיד כו', ומש"כ ב"ד שאומר לא ראה או ואל"כ דבריו הוא עדות גמורה שלא היה על הקדושין רק עד אחד שראה, והוא רק קידושין דרבנן או לא חלו כלל הקדושין, ואל"כ הוא עדות גמורה, ואל"כ כיון שמשמעות האמירה שהיא החלטי שלא ראה, או לא ראה שיש ספק אם ראה או ומהיה מוספקת אם היה זה קידושין בפני שנים :

ב) אמנם מה שיש לעיין ב"ד לפי שאחר כן שאמר עד השני שלגמח המטבע לתוך ידה אחר, שכוונתו היה שאין זוכר אם ראה או הגמח המטבע לידה, והעד הראשון חומר שראה הגמח המטבע לידה, ואל"כ יש כאן ספק קידושי תורה שגמח ראה או הגמח המטבע מידו לידה, ואל"כ היה או קידושין בפני שנים, ועל מה שאמר העד השני מקודם שלא ראה הגמח המטבע בהחלט, ניתן אמתלא שכוונתו היה שאח"כ צעת גמר הקדושין לא ראה או בידה המטבע. — אך לבג"ד נראה שעל זה ג"כ יש לומר כיון שהגיד בפני ב"ד שלא ראה לא מהימין אח"כ לומר שכוונה אחרת כיון אחריו שלפי סיגנון לשונו שאמר לפני ב"ד, שהביע על מה ששאלו הב"ד ממנו אמר שלא ראה הגמח המטבע לידה, לא מהימין לומר שטעה בטעות השאלה ששאלו וכוונה אחרת היה לו בדבריו שזהו כעין אמתלא, וזכר אמרו בגמ' (ביה"ד פ"ד ט"ז) דא"כ דביי טעמא למלתייהו, מ"מ אמרינן כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, ואין לומר דוקא הכס שמ"מ מודים העדים שמקודם אמרו בתורת עדות שלא כמו שאומרים אחר כן ולכן לא מהימין אמתלא, מה שאין כן בג"ד הרי אומר העד שמקודם לא היה כוונת דבריו היפוך למה שאמר אח"כ, אולי ע"ו יושל אמתלא, מ"מ ואל"כ דהא מליני בתשובות (י"ב ב') באומרים אנוסים היינו מחמת נפשות שבמקום שכתב ידן ואל"כ מקודם אחר אמרינן ע"ו כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד ואין לנו חוששים לאמתלא שלהם שיהיו אנוסים מחמת נפשות ומחמת זה תהמו מקודם, רק אלו אומרים כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, לפי שהסם החומות נוגדת לנו שלא היו אנוסים, ואל"כ בג"ד כיון שחמירנו ב"ד ה' דדברים אלה שלא ראה את הגמח המטבע לתוך ידה, לאו כל כמיניה לפקוד דבריו הראשונים וכיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד, וכן יש להביא קצת ראיה מהא דליתא בגמ' (ב"מ כ"ח ע"ג) והבא זה בח"מ (פ"י כ"ט ס"ף ה') שבפדא דלבוה דר"פ שגביא עדים שמינו רמחי ששאלו אותם ידעונו ביה דרמואה הוא ואמרו אין, ואח"כ אמרו טעמו בשאלתו של רבה בר ר"ה וקאמר רבה בר רב הונא משתברא דלא מייתי לויג חובתא לנפשיה, ופירש"י וכן הר"ן ע"ו ולא היה חוזר ומגיד, ומשמע דלולא הוסיפה דלא מייתי לויג חובתא לנפשיה היה הדין דזה היה חוזר ומגיד ולא מהמיני לומר שטעו בדברי השואל, ואל"כ בג"ד שאין שום הוכחה שטעם העד השני בדברי ב"ד ששאלו לו, הוא חוזר ומגיד במה שאומר אח"כ שאין זוכר, אם רק אנו מקבלים לדעותו סתם שאמר בראשונה שלא ראה או, ונראה שגדון זה דמות להא דתשו' הרא"ש (כלל ל"ט כ"א ה') המובא (בסמ"ע כ"י כ"ט ס"ק ח') וישיין סם בע"ז שבאמת נדקו דבריו כמזכור למעיין בתשובת הרא"ש, וע"כ באומר שלא נתן לב לדעת כמה שנים היה דר שם לא מהימין לומר אח"כ נזכרתי, וזכרתי, ופחותו אין זוכר מהימין לומר אח"כ נזכרתי, הרי כל שאומר שלא נתן לב לדעת מחוקקין שלא ראה העדות, ואל"כ בג"ד שאמר שלא ראה לא מהימין לומר שיש ספק אלוהו אם ראה, דאם אפשר לפרש מה שאמר שהוא בספק אלוהו אם ראה או ואל"כ אמר לא ראה אח"כ יהיה תמיד מהימין לומר נזכרתי, דמה דהו ששאלו מוספק הדבר יכול לומר נזכרתי, וכן מזכור בתשובת הרא"ש הג"ל שאם אמר שאין יודע רק עדות לא מהימין לומר אח"כ נזכרתי, ולא יכול לתקן דיבורו לומר שאין יודע העדות מפני שעתה אין זוכר, והוא חוזר ומגיד, ואל"כ גם בג"ד מקרי חוזר ומגיד. — מפרשין שבהחלט אין יודע הדבר, דלולא זה היה מפרש דבריו, והוא חוזר ומגיד, ואל"כ גם בג"ד מקרי חוזר ומגיד. — ואפילו לדעת הר"ן בשבועות (פ"ק ד') שכתב שמאין לנו יודעים עדות אם אח"כ יחמרו יודעים לנו לא מקרי חוזר

ג) ואחרי שבארנו צ"ח שערותו של עד השני אין חשוב עדות גם לעשותה ספק מקודמת בפני שנים, נחזור עתה לדון עדות של העד הראשון פ' ב"ר א' שאמר שראה שקדשה, וראה הגמח המטבע לתוך ידה, וגם ראה שמקודם הטיטה את ידה, ובנה היה זה רק קידושי עד אחד, וכיון שהיא מכתשת ואומרת שהמטבע לא היה בתוך ידה כלל, ואל"כ היה זה עד אחד בהכחשה בללו בלבד, הנס שיש לפקפק בזה כיון שיש בדבריה הכחשה לפני העדים במה שהיא אומרת שהיא אחתה בידה למטה מפס ידה ובני העדים אומרים שגמיו ידו לתוך ידה והעד השני פירש בדבריו בדרך התוקפים כסם זה לזה, וכיון שהיא הוחזקת בדבריה נגד שני העדים, יש לדמות זה לכאורה לדניו מהר"מ פדוואה המובא בחלקת מחוקק (פ"י מ"ב ס"ק ה') באחד שמעיד שראה הקדושין והיא לא ראתה אותו שאין כאן רק דין קידושין דע"ו, ואפ"כ כתב שם כשהיא מכתשת שניהם ואומרת לה"ד שיש לה דין מקודם בעד אחד ובניהם מודים, לפי שדבריה הכחשה אין כלום כיון ששניהם מכתשים אותה, מיהו יש להקפד זה ומג"ד דהבא במה שאומרת שלא בא המטבע לידה היא מכתשת רק לעד אחד הוא העד פ' ב"ו הראשון, והרי זה דמות לאחד המובא מחברנו מאה וזו והוא מחמיר ועדים מעידים על חמשים, שעל החמשים השניים לא מיקרי סוחוק כפרין ועיין הוס' שבימים (ל"ד ע"ג ד"ה אה) שהקפו ע"ו, מוא דסבר רב נתנן הוחזק כפרין, וכן אין ליקש, אלא דב"מ באומר מנה לי בידך ובלה חומר און ב"ו כ"ד כלום ועדים מעידים שני צדדו חמשים וזו, אמאי לא הוחזק כפרין לגבי האומר, ופירלו דהבא דקאמר לא עברתי משמע דבעי למימר שאם עברתי אני חייב כו', אבל הסם לא הוחזק כפרין אלא ב"ו ואותן פורט. ובג"ד ג"כ יש לומר שלא הוחזקו כפרות אלא במה שהיא מכתשת שני העדים, אבל בעלמא משה הקידושין שבג"ד שהוא הגמח המטבע של הקידושין לידה, שאין נכתשת רק העד אחד לא הוחזקו כפרות ליה, ובצבירת הוסי' שע"ו הכתשה נאמר ג"כ שכוונתה שאם אינו כדברים, שהמקדש יהיה נתנן נגדה, לצד שזה אין שייך כאן קידושין ומגד הסבא, נוסף ע"ו בג"ד אין זה שייך משום שהכתשה היה אחי הגדת העדים, וע"כ אנו אומרים שמה שהיא נגד שני העדים אינה נאמנת, ומה שאין זה נגד שני העדים עסק נגד עד אחד, בזה היא נאמנת על עמלה ואין כאן חשש קידושין בע"ו אחר שהיא מכתשתו. — עוד יש להשיב בג"ד אם נאמר שבפדא דידן לפי עדותו של עד השני חשוב זה ידועה מגד האומרת שגמיו המטבע לתוך ידה, רק שבקדושין לא מהי זה, ומשום דבעינן רתייה ממנו, ובמזכור בג"ש (פ"י מ"ב ס"ק י"ב) לפי שיטת הרשב"א שהרמ"א פסק כוותיה, ואל"כ לענין קידושין עד אחד לא יושל הכחשה, אחרי שג"פ קדיעה ידענו זה משני העדים שבאו הקידושין לידה ובעלה הכחשה, ע"פ שני העדים המשיעין, אחד בראיה, ואחד בדיעה, ובאי הוה

הוא מוכתרת משני העדים, והוא זה כדן מקודשת בעד אחד ובניהם מודים, ובה"ל מבכ האלון רע"א ז"ל בשבועותיו (ס' י"ה נהדר"ה הגדס מחש) שדמיו זה מושג לדינו של מהר"ם פארווה המובא בחלקת מחוקק (בש"י מ"ג ס"ק ה') שהובא לעיל. אך למוש"כ בחו"מ א', ש"ד אין חשיב זה וידיעה ברורה, וה"כ שפיר נחשב הכתשה להכחש העד אחד, שלא יהיה עליה דין קידושין של עד אחד שחוששין היבא שמייה מודים:

ד) והנה על מש"כ לעיל שכלן אין לרון אותה שהחזקה כפרנית על מה שהיא מכתשת שני העדים שחמרו שהכניס ידו לתוך ידה, והיא אומרת שהחזיק ידו למטה מפס ידה, משום שכברת החזוק כפרן בדבר אין מקום לחייב ממתת זה רק מגד סברת המוס' דחשיב זה כלאומר לא עברתי שחם עברתי אני חייב, והוא ענין שהאמין לחברו כעצמתו עליו, וזהו רק אם דבריו והכחשתו היה קודם ביאת העדים, אבל אם לאחר ביאת העדים אמר אח"כ נגד העדים לא עברתי ולא לוייתי, בזה אין שייך לבוא עליו מתורת החתייבות, שהרי הוא מחזיק בדבריו נגד העדים, ואם שאין נאמן בזה, מ"מ על הטענה השניה של לא לוייתי לא החתייב בזה להאמין את הבע"ד שלו, ולענ"ד היא סברא ישרה מאוד. והנה דברי אלו בוא לפני הכס גדול אחד, ופקפק מהא דליהא בחו"מ (בש"י י' סעי' ב') ברמ"א לא נכנסתי ולא נעלתי והעדים נגדו עינינו שנגכס דמיבי, ואם שהרמ"א כתב משום דהוא מינו ראה עדים ויפקר הטעם הוא משום שהחזיק כפרן, דאי לא הכי הלא לא היה לדין למוינו דהא לא נעלתי כעצמותו היא טענה מעליא, וזונו הטענה בזה החכם ה"ל לעקור דברי המוס' מפשטות דבריהם, דלאו דוקא אמירתו גורם אלא הענין תלוי בזה. ולענ"ד לא כן הוא דודאי אין לנו להזיח מפשטות דבריהם, ועוד שגולד הסברא הישרה נכונים מאוד דבריהם, כי באמת איך נחייב מן מזה שהחזיק כפרן בדבר אחר שהוא הכנה לענין הדבר, כמו לא עברתי, על גוף הטענה שמתחייב, ובאמת האדם לומר מעיירי שגנבתו לא נכנסתי הוא קודם הביאה של העדים שאמרו שראונו כנגס, ומה שלא בירא זה בשו"ע משום שסתמו דמלתא כך הוא כי מ' פתי שיבא להכחיש העדים כדבר שאין נוגע בעבור לו, וגם אם נאמר שדין זה בכל גווניו הוא גם שהעדים שאמרו ראונו שנגכס היה קודם טענתו והכחשתו, אין מזה קוציא על מש"כ מוד' המוס', ד"ל שהחזיק כפרן לענין לחייבו ממוון, בזה בענין דוקא או בגוף עלש חירו ממוון, או כסברת המוס' שחשיב כלאומר שחם עברתי נגני חייב, אבל ענין החזוק כפרן דמש גבי נכנס לענין שחיה בזה הדין חז"ל שיהיה נכנסו נשבע וטוול, בכל גווניו הוא, ורחיה לזה, דיה מבוחר בנמ' מזה שהביאו המוס' שם בשבועות, ששהחזיק כפרן בחמושים אין מחייבו לחמושים אחרים, ואלו בזה נכסע וטוול אם העדים שמידיים על מעט שאו הדין ששכע וטוול הוא, ולכן מושיל בזה החזוק כפרן על הכניסה ג"כ, מש"כ לענין עלש חיוב ממוון בזה א"ל לחייבו מגד החזוק כפרן בדבר אחר על ממוון שלא החזוק כפרן ע"ז, וזאת רק כסברת המוס' שהבאנו מהא דשבעות, וה"כ הכא ב"ד לענין קידושין אין שהחזיק כפרנית בדבר אחר שאין זה מעצמות הקידושין, לא זועיל לבטל הכתשה על דבר שהוא עלש הקידושין שאין בזה רק עד אחד, וזה הגר"ה לענ"ד פשוט:

ה) תבנה לדיעה דנ"ד שבאנו לבטל הקידושין משום שאין כלן רק קידושין בעד אחד ולכן כיון שהיא

והנה יש לנו להקל בנ"ד מעטם שהעדים שנתקדשה לפנייהם היו נוגעים בזה הענין של חלות הקידושין שהבטיח להם המקדש כשניגמר הענין ויהיה נישואין ישלם להם בעד השתדלותם בזה, וה"כ בעת מעשה הקידושין היו פסולים העדים והוא לה דין ממקדשת בלא עדים וזה הודאחה אמת ג"כ אין לחוש להקדושין כלל. — והנה בזה הדין נוגעים בעדות שפסולים להעיד כמבואר בחו"מ (ס' י"ז סעי' ה') ויעו"ש בש"ך ובסו"ט שני טעמים בזה אם מחשש משקר או מנעם שהוא כקדוב, והנה יש לחקור לענין קידושין אם היא מודה שקיבלה קידושין כפני עדים נוגעים, אי סוה זה בקידושין בלא עדים, או כיון שהיא מודה שהיו קידושין והעדים אין משקרים נחשב זה מקדושין בעדים לדעת הסוברים דפסול נוגע הוא משום חשש משקר, ולכאורה תלוי דין זה במחלוקת של דעת הרמב"ם והרא"ש ע"ש ד' הר"ן והרשב"א, בזה דלמי נעשה עד בקידושין היבא שהיא מודה שקבלה כסף הקידושין, שדעת הרמב"ם והרא"ש שחשיבי עדים גם כקדשה בכסף וכמבואר בזה"ע (ס' י"ה סעי' ה'), ודעת הר"ן והרשב"א בחידושי קידושין שכיון שלריכוס להודאחה, ובלעיל הודאחה אין כאן עדים הוה זה קידושין בלא עדים, בזה דלמי נעשה עד בקידושין ש"מ"מ הוה קידושין ספק, התם היינו טעמא שחשש לדעת ר' יוסי בירושלמי *) שאמר כיון שהאמינתו חרה אפי' קדשה בכסף אין נוגע בעדותו, ואם שהרשב"א כתב שמתפק בדבר אולי היבא שחששתי שאו אין נוגע בעדותו, מ"מ הא הרשב"א שם בחי' על האופן הראשון שכתב שם שהיא מודה אינם לאמיני מתורת עדות רק מגד הודאחה, והוה זה קידושין בלא עדים שאפי' שניהם מודים שאינה מקודשת, כתב ע"ז שזה עיקר:

אך גם לדעת הרמב"ם והרא"ש, נראה לענ"ד שבנ"ד דהוה נוגע גם כשהיא מודה גם לדעתה לא יהיה נחשב לקידושין, דדוקא התם שכל הנגישה הוא משום שלריכוס שבעה על הכסף שקבלו, וה"כ היבא שהיא מודה ואינה מכתשת לא הוה נוגעים, וכמו"ש שם הרשב"א בחידושי באופן השני שזיכר לומר דהוה מקודשת בעדים אם היא מודה להשלוים, וז"ל י"יש לומר דמקודשת להשתא לאו נוגעים ניכרו ואין פסולין אלא מחמת נגישתן כסבלת מודה וזכרו להכשורין" ע"כ לשונו, אבל באופן שהנגישה היא באמת שגם כשהיא מודה מ"מ יש להם נגישה בחלות הקידושין, אין להם דין עדים, ולכן גם לשיטת הרמב"ם והרא"ש דהתם סברי דהוה קידושין נגמרים כשאין מכתשתן, הכא לא יהיה קידושין בעדים. — ולאברהם לדעת הסמ"ע וספ"ק שהכריעו ביום ס"ה

*) הגה"ה נדבדבי ר"י בירושלמי ונחזקי הראשונים היבא מיירי אם קודם תקנת שבעת היבא או בת" חקיקה ולענ"ד הים נראה לומר שהירושלמי מיירי קודם תקנה והא דלמר ר' איני סברה:ה בכסף הוא חסוב נוגע בעדות הוא מטעם שיכול להיות נוגע שחא יחייב שבעה ממקום אחר ויגולג עליו הפסול על זה אך ר' יובי חולק ע"ז שלא שם ב טעם מה שיכול לבוא לידי שבעה כיון שלע"ע הוא נאמן ואין נוגע בעדותו ונמ' דין קסבר כ"י:

(ס' ל"ג) שפסול נוגע מטעם חשש משקר הוא, וא"כ נראה הדבר כיוון שבעת שראו היה כן האמת כיוון שהיה מודה שכן היה ולא לא שיקרו יהיה זה נחשב קידושין בעדים, שהרי אז היו העדים נשבעים, אך אם נאמר כן יהיה ראייה שמיטת הר"ן והרשב"א שפסול נוגע הוא מטעם הקרוב ולא מטעם משקר, דהא גם שפאין מחמתן כפרי דלא היו קידושין. ונראה לענ"ד לומר שגם לשיטת הר"ן והרשב"א נוכל לומר שפסול נוגע מטעם משקר הוא, ומ"מ לא היה קידושין בעדים שפאין ראוים להעד אלא היה תחום אולם לא חשבו עדים והוא זה קידושין בלא עדים, וא"כ מטעם יש לומר גם להקד דכדרי שפסול נוגע מטעם חשש משקר הוא, מ"מ היבא שהוא נוגע בעדותו גם אם הבע"ד מודה ובגוונא דכ"ד, יש לומר שגם הרמב"ם והרא"ש יודו בזה לר' הר"ן והרשב"א שפאין כחן קידושין בעדים, דלמה נאמר לאשכחן, וכמו שגלתם הר"ן והרשב"א כל שהעדים נוגעים לא חלו כלל הקידושין, כן יהיה גם להרמב"ם והרא"ש וכמו שנבאר בע"ה :

ו) ונראה להביא ראייה לזה ממה דרובתא (נחומ"ס ס' ס"ו סעיף ב') שג"ח שם הרובתא לרובתא ששמוען ונתנו ללוי בכתיבה ומסירה, והיה שמוען אחד משני המתנה ואחד עמו, ושמוען רחובן שהשער פסול לפי ששמוען נוגע בדבר כו' שחשני נוח לו, הדין עמו והרי הוא חשוב נוגע בדבר ע"כ, והנה הש"ך (בש"ך ע"ב) פירש דמירי שראובן כופר אבל אם מודה רחובן קנה לו, וכן הוא דעת הסמ"ע (בש"ך ל"ד) וא"כ יראה דעתם שאש"פ דבעינן עדים וזוה"ל זה אין מושיל הקנין מ"מ בנגועים היבא שבע"ד מודה חשבו עדות. אמנם הקלה"ח (ס"ק כ"ה) כתב שפאין מירי מודה חשבו אחר וכו' וליבא עדי מסירה והעדי חתימה אחד מהם פסול א"כ ליבא שטר, וכן הסכים הנתיבות (בנתיבות ס"ק ל') וכתב ע"ז שלא ניתן לכתוב מרוב פשיטותו, הרי רואין אנו שדעת הקלה"ח והנתיבות שכל שלריך עדים, הנוגע פסול גם שבע"ד מודה ומשנה כנגעה עדי עדים, ולבאורה נראה שדש"ך והסמ"ע שדעתם שאם מוכר השטר מודה בכתיבתו גם כשהעד נוגע מ"מ נקנה לו השטר, לטעמיהו אזלי שפסול נוגע מטעם חשש משקר הוא, ולכן בבעת מעשה כיון שזה היה אמת נחשב כנגעה בעדים נשבעים, והספיקים שפסולים קנין זה השטר מזה שחבר מהם נוגע אף כשהבע"ד מודה, אשכחן שיסברו שפסול נוגע מטעם שמתבאר בקרוב וכדעת הע"ס :

ובאמת לשון הש"ך שם הרב"ם אחרי רכשו, שמפיקהא כתב דמה בכך ששמוען נוגע, אם רחובן מודה שנתנו לו בכתיבה ומסירה וששמוען עד בדבר, וה"ה בכל דבר שלריך עדים אם הבע"ד מודה שאלו הן עדים אש"פ שאחד מהם או שנים נוגעים כבר, ועוד שפאין א"ל עדים כלל דלא איבדי סדי אלא לשקרי, ובגוש"ל לעיל (ס"ק י"א) עכ"ל הש"ך. יראה מדבריו שמתלה הסכים לדיחא שגם אם לריך עדים, כיון שמודה ששמוען אמת כבר אף שהעדים נוגעים, וא"כ נראה דעתו שנוגעים מושלים לענין חלות הדבר ולפעמים אולי שפסול נוגע מזה משקר ובאמת הוא עד כבר, אך כפי מה שכתבנו לעיל שדעת הרשב"א לא כן הוא ולהדיא מוכח דעתם שנוגע אין נחשב כלל לעדות, מטעם כיון שגזרנים אנו להודות בע"ל לא נחשבו עדים כלל, ואולי סובר הש"ך שזה תלוי במחלוקת הר"ן והרשב"א עם הרמב"ם והרא"ש גבי שליח מעשה עד שכתבנו עליו, וע"כ כתב הש"ך „ועוד שפאין אין לריך עדים" כדי שיתכן דין זה שהיבא שמודה הבע"ד שנתנו בכתיבה ומסירה שקנה גם לשיטת הר"ן והרשב"א, או שכונת הש"ך שיתכן גם לדעת הסוברים שפסול נוגע מטעם חשש משקר הוא :

ז) והנה הקלה"ח הביא ראייה לחלוק על דין השני של הש"ך שסמך על מ"ש" (בשע"י ב' ס"ק י"א) שהוא

ע"ס מה דרובתא (לקמן ס' ק"ח), ועל דין הראשון של הש"ך שכתב שכל שהבע"ד מודה, נוגעים כשרים גם בדבר שלריך עדים, לא זכר מזה הקלה"ח, ומ"מ נראה מסתימת לשונו שדעתו לדיחא שכל שנוגע הוא העד גם כשהבע"ד מודה אין נחשב לקנין כלל, וכן הוא דעת הנתיבות, ולבאורה קשה הא הקלה"ח הגדיר (בש"ך ל"ג) מ"מ ס"ה) שנוגע שפאין לו זכות בעלם העדות ושיקר עדותו לאחרים הוא, רק שע"י זה יהיה לו איזה הנחת ממונן שהוא בשביל עצמו, אולם העדות אין לו בזה דין קרוב רק שיש בזה חשש משקר בשביל נגיטתו, וא"כ הלא שבע"ד מודה, למה יפסל הקנין של כתיבה ומסירה הא בעת מעשה אמת היה, ואין לומר שקנין שטר שאני וכל שהעד אין נאמן מתחת חשש משקר ממיילת אין לו דין שטר, מ"מ עדיין קשה הא אם יש לי קנין השטר בעת מעשה ע"י עדי מסירה, היינו העד הנוגע והמזכיק עמו שהרי בעת מעשה שראו העדים באמת היה, שהרי בע"ד מודה לו, ולקני השטר בעדי מסירה, ובאין אין לומר דהוא מוזיק מחובו שהרי יוכר לכל שהנוגע חרום עליו, שהעד שחתום עליו הוא הלוה, וא"כ לא חתי למסמך עליה על זה השטר ואין כחן מוזיק מחובו, וכמו שכתבתי בשמות מובהקים שרוב שפס א"י בעדי מסירה ישראל, מטעם דלא חתי למסמך עליהו, וה"ל בע"ד אין סומכין על זה השטר כשהבע"ד יהיה מחמישו, אלא ודאי שכל שהוא נוגע ואין רחוי להעד גם כשהעדים היו מטעם חשש משקר, ממיילת אין כחן עדות כלל ומיזילת לכל דבר שלריך עדים אין מושיל זה, וזהו טעמם של הר"ן והרשב"א לענין קידושין של כסף ע"י השליח כנגעה עד, ה"ס שהיא מודה, מ"מ כל שזלעדי הודאתה א"ל שיהיו עדים בזה ממיילת אין זה קידושין בעדים :

ואפילו לדעת הרמב"ם והרא"ש החולקים שם על דיוס של הר"ן והרשב"א, ולבאורה לדודוהו לא סבירא להו להאי שפירא שכל שפאין נאמנים להעיד אין להם דין עדות, וא"כ יש לומר שגם בגוונא זה דהמזכיר שטר יהיו נחשבים לעדות שמושיל הקנין בעת מעשה, מ"מ ז"ל דהתם על ע"ס הענין של הקידושין אין להם נגישה בעדותן רק על הממונ, וכל זמן שהיא לא תכפור בהממונ ממיילת אין נוגעים לענין הקידושין, ובאמת אין עומד לכך שכתבנו בהממונ ובאמת שקר, ולכן לא עומד לכך שלא יהיו ראוים להעיד בענין הקידושין, משא"כ במקום שיש להם נגישה בעלם חלות הענין שאלו זה לריך עדים, כמו בעת בקניית החוב להמקבל השטר, וא"כ אין רחוי להעיד כלל על הענין, ממיילת אין כחן עדות, ולדודו דברי הקלה"ח והנתיבות שכתבו שפאין שם עדות, ולא נקנה השטר גם שהמלוה מודה לו שהקנה לו בכתיבה ומסירה הנ"ל :

ח) והנה בספר שער משפט (ס' ס"ק כ"ה) העיר ג"כ בדברי הש"ך שמתבאר שאם המלוה מודה שהקנה שמושיל זה השטר קנין, והוכיח שמתמעות לשון בעה"ת כן הוא, ממש"כ בעה"ת ואין ממש בעדותן שפאין כחן רק ע"א כבר וכבר נפסל כשנזכרתי עמו בעדותן, ואם כוונת בעה"ת והע"י שפאין ששמוען נוגע דבר אין מעשה שטר כלל, למה ליה לומר שפאין כחן רק עד אחד כבר וכבר נפסל כו', תיפוק ליה ששטר בע"ל אנו שטר כלל ובפסול מהלוקייתא עכ"ד בקלה"ח ועושה"ה שהאריך בזה. ולענ"ד בלא"ה אין כחן דין שבעה כלל בע"ל בהתחלה לפני דבריו בבעה"ת, ואף שכתב השטר משפט שמירי בעדי שפאין בו חתימות נכסות שפאין זה נחשב כפירת שיעבוד קרקעות, ולענ"ל תמוה זה, הא בלא"ה אין כחן שבעות חמורה, דהא בהתחלה בקנין החוב אם הוא קנין להמקבל המתנה או שהוא להמלוה והמחלוקת הוא בענין השטר ושיעבודו אף שלא היה בו שיעבוד קרקעות, מ"מ היה זה שטרות שפאין נשבעין עליהם, וכמו שהמזכיר שפ"ח לחברו נתמטע מאולגה ה"ס שהחוב נמכר

סתמו הע"ו הכא כדברי בעה"ת, א"ז כנוס"כ דהתא שאני שאין עומד הדבר לכך שתכפור המזמון ולכן בעלה הנגיפה ולא נחשב גונע, משא"כ היבא שהנגיפה נשאר גם אם יודה הכע"ד או יש לו דין עד פסול מפני שאין ראו' להעיד ע"ו:

(א) היזבא מכל האמור שדין זה אם גונע נחשב כעד פסול בדבר הליך עדים בעת חלות הדבר במחלוקת שניה, שלדעת הר"ן והרשב"א מלחא דפשיטא הוא שאין לאן עדות כלל, ולדעת הרמב"ם והרא"ש יהיה תלוי במחלוקת, שלדעת הש"ך והסמ"ע חשיבי עדות כשרים לענין חלות הדבר, ולדברי הקה"ת והנתיבות וכן הפרישה היה עדות פסולת ואין מועיל במקום שלריך עדים, ואם כי אין בידות להכריע, מ"מ הראשו בע"ה שמשמעות בעה"ת והע"ו וכן מוכח זה ג"כ ממה שלא זכרו הע"ו שאם הלוה רוצה לסלק המעות ומכין בידו שמהימן, שהרי אז אין הלוה גונע בדבר ויכול להעיד, ואין לומר לאפי' שתחלתו היה בפסול גונע לכן לא מהימני אחר"כ כשנזכר הנגיפה, ז"א דהא בפסול גונע לא בעינן תחלתו וכופו בכשרות לדעת המחבר (בס' ל"ג סעי' ע"ו)). ולכאורה אמרנו להעיד לדעת הסבורים דגונע מחשב משקר הוא פסול, וא"כ בחמת בעת משעה אין עליו שם פסול, רק כשנזכר הנגיפה הדבר שאין נחשבים להיות עדים לענין חלות הדבר מפני שאין ראוי להעיד, למה לא נאמר שמקרי ראוי להעיד, דהא אפשר להם להסתלק מנגיעתם ולהעיד, שבלמא ביה דהר"ן והרשב"א בענין שליח נפש עד, שם א"א להם להסתלק מנגיעתם ב"ד דקידושין שאנו דנין שיש להם נגיפה כאשר נבאר א"י"ה להלן, הא אפשר להם להסתלק מנגיעתם והיו ראוי להעיד, ויהי נחשבים עדים לענין חלות הדבר, מ"מ מדברי הבעה"ת והע"ו ביה (דס' ט"ו) שבאחרנו למעלה וכפי שיטת הקה"ת והנתיבות מוכח, שגם שאפשר להעד הגונע להסתלק מנגיעתו היינו להניח המעות ולסלק אותם לנו שגינע ולא יהיה כשר להעיד, מ"מ יש עליו שם פסול בעת חלות הדבר מפני שלע"כ לא סליק עמו מנגיעתו, ולכן לא חל הקנין ע"ו עדים הללו, וע"כ לא זכרו הע"ו הענה שסלק הלוה ואף יהיה כשר השטר, מפני שזה אין מועיל שלא חל הקנין כלל ומתחלה:

(יא) מועתה נשוב לנ"ד לענין עדות של עד הראשון גם אם יהיה עדי הודאחה שקבלה הקידושין, כיון שבאחרנו לעיל (פ"ח א' וזהו ב') שעדות של עד השני בעלה מפני שאמר מתחלה שלא ראה נתינת כסף קידושין מידו לידה, וגם אין לחוש לקידושין ספק מפני שאמר אחר"כ שאין זוכר ואולי ראה בנתינת מפני שזה נחשב כמזכור ומניד, ואחרי שאין לנו רק קידושין בעד אחד שלדעת רוב פוסקים רוב בנין ורוב מניין אין חוששים לקידושין אפי' שניהם מודים, וזאת דעת הסמ"ע שחשב לדעת הרא"ש שקי"ל כד"פ דאמר מוששין נראה שהוא רק חשב שמדרכין, ועיין בנו"ב (פ"ה"ט ס' ע"ה נ"ב מהרי"ט) דמאי דאמר ר"פ מוששין לקידושין הוא רק מדרכין, וא"כ דאי שמדינא אין לחוש לדעת המחמירים, כיון דהוה פלוגתא בדרכין ופירט שרוב המה המקילים, ולכן פסק המחבר בשו"ע (סי' מ"ב סעי' ב') דאין מוששין כלל לקידושין ע"א אפי' שניהם מודים, והרמ"א שהמזכור מ"מ במקום דחק וישנן הקול ג"כ, לכן בנ"ד שיש עוד לירוק להקל מה שהעד אמר שהוא גונע, שלדעת הפוסקים הוא הר"ן והרשב"א מוכח שהוא פסול מנה"מ הוא גם שאין גונע בעיקר בעדות, שהרי כתב הר"ן והרשב"א בפ' האיש מקדש שהא דאמרו בירו' כיון שהאמינתו מוכרז אינו כגונע בעדות הוא רק להלכה נע, משמע דאם לא היה הסברא שאינו גונע

נמכר לו, הרי רואין אנו שהחוב הנמוכר דין שטרות לו וזה נחמטע מדין אונאה שאין גופו מזמון, וה"ל לענין הכחשת עד אחר, וא"כ הדר הקושיא לזכותה על הבעה"ת, למה כתב שהעד הכשר נפסל בזירופו להשני הפסול. ולכן נראה לע"ד לומר בכוננת הבעה"ת ביהא שכתב שהעד כשר נפסל בזירופו להשני בעדותו, שהשמיטנו שם אם היה עוד אחד שראה שנמכר השטר שכתבו בו קניית השטר, שאף אם העד השני לא היה נפסל היה נחשב זה כעדי מוסירה, וכנוס"כ למעלה שכאן אין זה מוזיק ומחוב, מ"מ אין מועיל זה מפני שהעד החתום נפסל בזירופו:

(ב) ולענין נראה שאדרבה מדברי בעה"ת מוכח שע"כ כוונתו הוא שאין מועיל זה מפני שאין כאן עדים, שאם נאמרו שכונתו כמו שהבין השער משפט, שבחמת בעת משעה כשרים היו, אלא שלענין הגדה אחר"כ יהיה עליו השם משקר, וה"ל אז בעת זירופו שנלצקף השני עמו לא היה עליו לירוק פסול כלל, רק הח"כ בעת הגדה העדים בב"ד או יש לו דין פסול מפני ששם משקר, ומאן לימא לן שמתירפסי יחד אחר"כ, הלא מושלם לא באו יחד להעיד הכשר והפסול, ועוד הא עיקר דין של נזמא אחד קרוב או פסול הוא רק על ראיות העדות, לפי מה דקיי"ל לדינא וכדומה (מ"ח ס' י"ו) דשיליגין לה למוחיו אחיתו כו', וא"כ כיון שבעת משעה כשרים היו לא יפסול השני בזירופו, ואין לומר כיון שבעת משעה ידוע שלענין הגדה העדות יהיה השני פסול מטעם שהוא גונע ותשם משקר עליו, מקרי לירוק השני לירוק פסול לענין הגדה, זה אין סברא לומר כן ומתרי לענין, חדא שהיא סותר ז"א שלענין הקנין חשבינן אז לו לענין כשר, ולענין לירוק פסול חשבינן לו ומתחלתו לפסול, שנית כיון שלענין קנין כשרים שניהם אז, ומאן לימא לן שזירופם הוא לענין הגדה עדותן, שז"א ברו רק לשבות שיקנה המקבל מהנה החוב אמריה יש לדחות זה דיי"ל דע"כ לירופם הוא בחתימתם שהשטר הוא לראוי, דאלו הקנין לחוד סני בעדי מוסירה לכד שהיה בעת משעה עדים במסירת השטר שנכתבו בו שנתן לו איהו וכל שיטבורן]. אך סברא הפשוטה נראה שאם נחשב עדים, אף יהי' נחשב לעד כשר ומועיל עדותו בדבר שלריך עדים, אך יהי' נחשב המוצקף עמו אז לנזמא אחד מוס קרוב או פסול, אלא ודאי שלריך לומר שבעת משעה מקרי עד פסול, כיון שאין ראוי אחר"כ להעיד על זה בליה הודאה בע"ד, ולכן השני המוצקף עמו מקרי מוצקף פסול, וא"כ אין לו דין שטר כלל ולא יקנה לו השט"ח בזה שטר המתנה אף שמתלוה מודה ובעת הקה"ת והנתיבות. וזאתה הסמ"ע שכתב (בס"ק ל"ד) דמיידי בצופה האלוה כו' סותר לדבריו בפרישה על הטור שב' שם מפורש שהשטר פסול לפי שחתם עליו גונע בדבר:

ובזה יתורן מה שהקשה השער משפט על הטור שאם שמועיל הודאת המלוה, למה לא יהיה נאמן קונה השטר כפי מה שהביא המחבר דעת הרמב"ם (בסעי' י"א) שמועיל טענת המזמון כשהשטר קנה בזמ"ס לענין קנייתו שיש שכתב ב"ע, ומכל זה מוכח שהדברים כפשוטן כמו שכתבו הקה"ת והנתיבות. וכן הוא דעת רוב בעה"ת והע"ו שאין נקנה בזה השטר כלל, וא"כ אינו רואין שם להגונע דין עד פסול לענין דבר שגורף עדים, ויש"ש בשמ"מ והרא"ש לגבי קידושין כפ"ע ע"ו שלח, ולע"ד שבדנין זה, חלה דין זה במחלוקת של הר"ן והרשב"א עם הרמב"ם והרא"ש שג"כ קידושין כפ"ע ע"ו שלח, והוכחה לזו לפי מה שב' בפ' דברי העור והאמחר שם אם הכע"ד מודה מ"מ הקנין ע"ו השטר בעל מפני שהשטר פסול, והוא זה יהיה ע"כ שיטת הר"ן והרשב"א, הלא המחבר ספק (נאה"ע ס' ל"ה בע' ב') כהרמב"ם והרא"ש וכן הטור שם פסק כן בהחלט, והיאך

שעומדים ומלפני ע"ו, חשוב זה שפיר נוגע שיופסל לעדות דבר זה בשביל כך :

ודמיון קצת לזה אביא מהא דריתא בחו"מ (סי' ל"ז סעי' ט) הגוזרים כל זמן שאין להם ולא לקרוביהם שום זכות בנכסי הקדש ולא בפירותיהם כשרים להעיד, משמע שאם יש להם זכות גם בהפירות אין כשרים להעיד, אף בהפירות חונס עדיין ומי יימור טיהרו פירות, אפי"ה אין יכולים להעיד מפני שהדבר עומד ע"ז שהיה פירות, ולכן לא חשבינן זה לספק וגומשב נוגע. — וכן יש להבאר רחיה לזה שאף נוגע ספק רק במקום שמלפני ע"ו חשוב נוגע, ומש"כ הכ"י (סוף סי' ל"ז) מי שאמר להבע"ד אין רגזי לקלון לי שכן, רק אם תזכה יעמוד כך אם תהלה לתן לי שום דבר, ופסק הכ"י דהוה זה נוגע שהדבר ודאי שישלם לו, והוא ודאי לאו דוקא הוא כי איך יאמר שהדבר ודאי הוא הלא אמר לו רק אם תהלה ואפי"ה אין יכול לתובעו בדיון, וע"כ לר"ד לפי ש מה שאמר ודאי היינו שהוא קרוב לוודאי ועומד לכך, וה"ל בג"ד עומד לכך שבחלות הקידושין ולא יראה לפוטרה בנע, בודאי תתלה סוף כל סוף לנישואין וגמשב זה נוגע :

יג) אמנם יש להעיר לענין כ"ד שיש לדון בזה אם יש להקל מטעם שהעד שהעד הוא נוגע, כיון שכל נניעתו רק מפי עלמו ידעתו זאת, ואפי"ה לבאורו יש לומר שנאמין לו בזה שאמר במינו דאי בעי לסקר היה יכול לומר שאין נוגע, והנה לשיטת הסבורים בפסול נוגע מטעם שנחשב כקרוב, ודאי דלא מהני מינו להכשירו לעדות, וכמש"כ הרע"ב"א בחידושו בשני מקומות (א) (בנחמות י"ח) בזה שהקדים ויהיו נאמנים לומר האנוסים היינו מתחמין ממין במינו האנוסים מתחמת נפשות, ומירך שם שהעד אין נאמן כשם בעדותו חש מתחמת גוף העדות, וכן כפל דבריו (סי' ע"ג) שהקדים הרע"ב"א, ואפי"ה יהיו העדים נאמנים במינו דאי בעי אמרו גולגלים היו, וי"ל דהא פרישנא לגעיל שאין העדים נאמנים במינו, (ב) (בקידושין מג ע"ג) באמצע ד"ה מאי קסבר וי"ל, ואפי"ה דלמרינן בעלמא שכל עד שאין נאמן ממוך עדותו אינו נאמן במינו, התם הוא שאין נאמן ממוך פסול אחר, אבל התם שבר לעדות הוא, אלא שחתה אומר שנוגע בעדות הוא ובהא אמרינן דלחו נוגע הוא כו' עי"ש, וכן מצינו להתוס' (בנחמות י"ג ב' ג"ה) (הרי) שהקשו שהיה נאמן במינו דאי בעי אמר שאינו בני, ותי' דהע"ג דריתא מינו לא מהימין לומר כו', שלדבריו קרוב הוא בדאמרינן בהחולק (מ"ו ח') לדברך ח"י אהא, וכן נאמר כאן לדברך טיבא אהא, וכן מלחתי בטיטה מקובלת (בנחמות י"ג ב' ד"ה וצאו) בשם הרא"ה וי"ל שם, והרא"ה תירך דעדים לא מהימניו במינו כל היכי דלא מהימניו מתחמת עדותן דלא הימנינהו רחמנא בהכי ע"כ, ובאמת התוס' (בנחמות י"ח ב') שהקשו להימנינהו במינו דאי בעי אמרו האנוסים היינו מתחמת נפשות, מה שלא תירצו שבעדים לא שייך מינו, שיש לתקן לדעת התוס' שסברי שלבשל השטר שפיר יש לומר שיועיל מינו ולכן ניהמנינהו ע"ז, אבל לא להאמין עדות פסולה ע"י מינו, וזה למדונו הרו"ם (בנחמות י"ג ע"ג) שבבאנו כאן :

אמנם יש לדון הא תינת אם נאמר שפסול נוגע הוא פסול בעצם מטעם קרוב הוא שפיר יש לומר שלא יועיל המינו להכשירו, אבל אם נאמר שפסול נוגע הוא רק משום חשש משקר אבל באמת כבר הוא, ואפי"ה נאמר שיועיל לו המינו שפי"ה זה ילא מתחש משקר וממילא יועיל עדותו אפי"ה אחר שבהמת עד כבר הוא, אמנם מדברי הרע"ב"א דלעיל שבקידושין שבהתייבאן מוכח שגם בפסול נוגע לא יועיל המינו להכשיר עדותו, ורק התם נבי קידושין מה שלבשל מועיל המינו דיכול לומר שהרע"ב"א ללוה משום שזה מסור הנגיפה, אבל במקום שהנגיפה נאמר גם אחרי המינו

נוגע בעדות אף גט לא בעיא, וכן בסוף דבריו של הר"ן לד' ר' ויסי המוזכר בירו' חושבת ולריכה גט, לשון חושבת משמע שהוא רק חיומה בעלמא, וכן מדברי הרשב"א בחידושו לקידושין משמע ג"כ שנוגע פסול חורה הוא שיהי כתב שם וי"ל, ומסתברא דספק מקודשת היא ובעיא גיטא מוניה" כו', ואם היה הרשב"א סובר שנוגע הוא רק פסול דרבנן היה להרשב"א לומר, ומסתבר דמה"ל מקודשת היא, והרשב"א בעלמו הכריע (במש' המיוחסת סי' קל"ה) לעיקר שהמקדש בפסולי עדות דרבנן לריכה גט מה"ל, והבא שאמר הרשב"א דהוה ספק מקודשת מפני שחשש לדברי ר"י ב"ר בון שצורולמו, שסובר שמה"ל לא הוה נוגע בעדותו, מוכח דזויל זה אם היה נוגע גמור לא היתה גם ספק מקודשת, הרי תובא דעתו שנוגע פסול מה"ל לעדות. וי"ל על הקלה"ח שהכריע (בסי' ל"ז ס"ק ה' ונס' ל"ד ס"ק ד') דנוגע בעלמא שאין מעיד לעלמו רק בשביל עלמו, אין זה פסול מה"ל ורק מדרבנן שזה נחשב כאלו נוטל שכר להעיד, דהא מדברי הר"ן והרשב"א הג"ל נבי קידושין מוכח שגם הנוגע בשביל עלמו ולא מעיד לעלמו פסול מה"ל, דהא בעדי קידושין עיקר העדות אין נוגע לעלמו דהא העדות הוא שנתקדשה, ורק הוא בשביל עלמו שפי"ו יופער משבוטע מן הכסף שקבל, מ"מ פסולו מה"ל כמו שהוכחתי מדבריהם ולשונם, ואם כי מהריב"ל מהפקא ל"י בפסול נוגע, אם מדרבנן הוא או מה"ל, יכול להיות שספיקו הוא אולי שאר פוקסין חולקים עליהם בזה, ומ"מ אחרי שהוכחו מד' הר"ן והרשב"א שנוגע פסול מה"ל הוא, ופוקסין ראשונים שהיה מבורר מדבריהם להיפך לא נתברר, אין לנו לזוז מדבריהם במאי דנשיטא להו. ועל הקלה"ח ל"ט, שפסלנו אפי' מניולוא"ה (סי' ל"ה ס"א) כתב דפסול נוגע הוא מה"ל, רק אם יסלק לו המשלה מתביעתו ויאמין לו בלא שבוטע, בזה כתב הרע"ב"א ועוד ראשונים שפסול מ"מ, מטעם שזה מוטל על המשלה דומה כאלו שכתב שזה רק מדרבנן דקין נוטל שכר להעיד עי"ש, ואפי"ה הוא סותר לדבריו בקלה"ח (סי' ל"ז) שכתב שנוגע שמעיד בשביל עלמו הוא מדרבנן, דהא התם בקידושין אין העדות רק בשביל עלמו ולא לעלמו, דהא העדות הוא מה שנתקדשה :

יב) וא"כ לפי"ד בג"ד אין לנו עדים כלל אם נוגע פסול מה"ל הוא, כיון שהעד המעיד על הקידושין הוא נוגע שהיה לו שכר אם יאחרו הקידושין, ולכך עתה עדותו הוא פסול בעת שמעיד, גם אם היא היתה מודה שנתקדשה לו (וידיה או הודיה) הקידושין של עמה, שהשני כבר התבטל עדותו והיא לא ידעה אם ראה השני בעמדו אחרי הברר או לא] אין לחוש, כיון שהוכחנו מד' הר"ן והרשב"א וכן כתב הח"מ (בסי' ל"ה ע"ג) שיש עליו שם פסול מתחלתו ונחשב זה מקדש בלא עדים. — ואין להפקק ולומר דג"ד לא נחשב נוגע מפני שגם אם יחולו הקידושין יוגמר אין צורך הוא אם יבוא על שכרו שהרי אמר כאשר יוגמר הדבר ויהיה לו נישואין עמה או ישלם לו, ואפי"ה יכול להיות שלא יבא על שכרו גם אם הקידושין יהיו חלין, פ"ל לא יהיה נישואין אח"כ שהיא לא תתרהל להשם ותתבענו עד שיוצרך לתן ג"פ והוה רק ספק בגניעתו, ויהיה זה זומא למש"כ התוס' (ב"ב דף מ"ה ע"א ד"ה מאי ני"מ) שבחשש שמא יתעבר ויהיה לו תועלת מעדותו ולא נחשב נוגע, כיון דהשתא אין מביח, והובא ע"ז (סי' ל"ז עי"ה), אך במקום לעני"ד אין כ"ד דומה לזה בשלמא התם שמא יתעבר הוא ספק שמא יבא לידי כך, ואינו אומרים מי יאמר שמלפני זה זה ולכן לא נחשב זה נוגע לפסולו, ומש"כ בג"ד שבתחלה הכניס העד עלמו בזה ובשתי לשונות משה"ל או בשביל המקדש, למען ישיג מערת חפלו, וכן עלה בדעונו של המקדש בן דעת העדים לשנות זה, ואפי"ה בתחלה עשו למען הנהא זו וכן הוא דעיה ניכר שעל ידי זה יבוא לידי נישואין עמה, ואפי"ה ספק זה

מוצטו אים שאז מתחייב לשלם עבורו מזל ערב מ"מ לע"פ לא שילם ואין יכול לתבוע מהשני כל זמן שלא שילם עבורו ואין לו רק דין גונג ולא דין בעד', ובגונג כל שיש לו מינו מובטל נגישתו, וכמו הא דב"ד ק"מ שהביא הקאזות ראייה לדבריו :

טו) ולענין נראה שיש לדון בזה אם שתילוקס הוא חילוק נכון, מ"מ להא דסו' ק"מ לא דמי כלל, דהתם לפי מצי שאלומרים העדים שדרו שלשה שנים, וממילא היה בחוקת המשכיר ח"כ לפי דבריהם אינם יומיים כלל למערער, וגם אם עדותן הייתה בעלה לגבי המחזיק כגון שהיו קרובים לו, מ"מ לגבי נפשייהו היו נפטרים לשלם למערער שהרי לפי ידועים הוא של המחזיק הוא המשכיר, רק כל נגישתם הוא ידועים שמה אין אמת כדברי הסבורים ודרו פחות מן שלשה שנים ומתחייבים לשלם להמערער, וע"ז מופיעל ספיר עשנת המינו שלשה להסיר הנגישה, משא"כ בהא דשותף כפי מה שאומר העד יש לו נגישה, שהרי אם לא ישלם השני הוא מוצרך לשלם ואח"כ הוא באמת גונג בעדותו, וגם אם עדותו לא תתקבל, מ"מ כפי מה שאומר והוא יודע שלוו ביחד מחויב הוא לשלם להמלוה, וע"כ נחשב גונג בעדות כפי מה שאומר הוא העדות, משא"כ הא דסו' ק"מ וכן א דאייתא בידון גבי הן שלוחו והן הן עדיו, ששם כפי מה שאומרים עששו שליחותן אין עליהם שום חיוב שתלומין רק מה שהולכרו לעשנת מינו משום שיש לחוש שמה שקר הוא ויצרך לשבע לאמת דבריו, ולכן גונג בעדות הוא לבעל ממנו חיוב הנגישה, ולכן כשיש לו מינו שכול לעשון עשנה אמת שיובטע בזה, ולכן ממילא בעלה נגישתו :

אך מה שיש לדון בהא דשותף שהרי הנגישה הוא אם דבריו של העד באות אצל אס אין זה אמת אין כאן נגישה ומילא לפסול באופן כזה לעדות, הא יש כאן מ"מ"א אם אמת כפי מה שהעיד הרי אמת הוא, ואם אין אמת הרי הוא אין גונג כלל, וע"ז ספיר הביא הגתיות ראייה מהא דכחובות מנקרא מהא שכתב הר"ן שם שאמר לאחר מיתה תפס, שכל נגישתו הוא מזל שאם אמת הוא תפס לאחר מיתה, אבל אם מוחים תפס אז לא היה עליו חיוב שתלומין שהרי כדון תפס, וא"כ גם בזה יש לדון מ"מ"א דאם מחשבינן ליה לגונג ע"ה האמת דבריו, וא"כ נכסול לו ממון גונג, ומ"מ אמרינן בו כיון שלפי דבריו הוא גונג פלגינן לו לפי שאומר עדותו לעלמו :

א"ל שעריו יש לדון, בשלמא התם בהא דקרא שנטשה בעל דבר ע"פ אמירתו, אף שיש כאן מ"מ"א פסול הוא להעיד משום שלפי דבריו הוא בעל דבר, וכמו שהביא ע"ז בספר נהל יצחק הא דכחובות (כ"ה ב') שלדבריו קרוב הוא, ואף שיש כאן מ"מ"א אס בנו הוא הרי הוא כהן, מ"מ אמרינן שאין יכול לומר עליו עדות בזה שהוא קרוב, וה"ל א"ל להתקבל עדותו מזה שאומר לאחר מיתה תפס, שערות אסר בזה העדות נעשה בעל דין א"ל להתקבל, משא"כ בהא דשותף שאין לו רק דין בעד', ובגינת הדבה דישות סבורים שאין עליו פסול בעד' רק מזל תשם משקר, וא"כ כאן א"ל לבוא עליו מזל נגישתו לחיש תשם משקר, דהא י"ל מ"מ"א אס הוא משקר הרי אינו גונג ואם גונג הוא אינו משקר, וא"כ לבארה אין פסול בזה :

טז) ב"מ נראה שספיר קאמר הגתיות, ומדברי הר"ן דכחובות מוכח שגם בגונג לחוד לא אמרינן הצי סברה דמ"מ"א להשכיר, דהר"ן כתב שם בסוף דבריו, ואפי' ענין גמי דתפס באוגם מנייה אפי' לאו כע"א הוא שהרי נריך לשבע ליתומים כו', ובזמן שגריך לשבע אינו כעד אלא כבע"ד כדאמרינן בקידושין, כו' עכ"ל, ויחזי אן יחזייה נקרא עד הגריך שנטשה, אס אנו גריכים להסיר מאת העד אט נגישתו, וכן הוא בקידושין (מ"ג ב') שמקודם מחשבינן

המינו אין מועיל לו המינו לפי דברי הריטב"א הנ"ל, שכיון שאין לאמן בעדותו אין מועיל לו המינו שחשב מחמת זה ע"ד, וזה אין סברה לומר מחמת זה שהריטב"א סובר שפסול גונג מנעם קרוב הוא, כי למה לנו לפשות מזה מחלוקת בין הראשונים לדברי הסבורים שפסול גונג משום שקר הוא, וע"כ נריך לומר שיהיה מחזיק עשם שיהיה שהוא פסול, יחד עליו שם פסול ואין מועיל לו המינו להכשירו, כבבול פסולים לעדות, וכן מוכח ממה שהריטב"א ר"ה לתקן בקידושין בעשם שלא יועיל מה שיסלק לו הלוה ויפטור אותו ומשבועה, משום דנעינן התלמו וסופו בשכרות, והנהה בעת התאמת הדבר עדות ור"ה אז הדבר באמת לא היה אז משקר, והפ"ה הקינן לו התלמו בפסול, ומביא שכן תיכך דבינו אשך ב"ד משולם הרי דקרינן לו עד פסול משום שאין ראוי להעיד מחמת נגישתו, וא"כ ה"ה שאין מועיל לו המינו מחמת שנקרא עליו שם עד פסול, וא"כ בנ"ד נחשב עד פסול מתחלת העדות, ואין לומר שבנ"ד מוקרינן ראוי להעיד מפני האפשרות לו שלא להגיד שראו גונג ומוקרי עד שם, ולכן לא יתשב בעת ראייה לעד פסול, ז"ל דאין סברה שיחשב ראוי לעדות בזה שיכסה ויעלים מאת ב"ד מה שהוא גונג, כיון שכשיאמר על האמת כמו שהוא לא נאמין לו ולא יהיה עליו שם עד מחמת שנפסל שראו גונג ומתלמו לא היה ראוי לעדות, וכמו שהבאנו כאן דברי הריטב"א ורבינו אשר ב"ר משולם וכן לעיל (בא"ה) כתבתי והוכחתי שדעת בעה"ת כן הוא. וע"כ אך שיהיה אס גונג מנעם משקר הוא או מנעם קרוב, שם פסול עליו מתחלה, וממילא בנ"ד אין לחוש להעד אחד שם אס נתייבד למודה, מ"מ"א כיון שהעד פסול מחמת נגישתו, לא מביעה אס הוא פסול תורה ודאי דבעל עדותו, אפילו אס נאמר שהוא רק פסול דרבנן הא דגונג, וכמו דמוספקא להר"ן ב"ל (פס"כ הקה"ת סו' ל"ד) כיון שקידושין בע"א הוא ל"ב דרבנן, לכן שפיר אהני פסול דרבנן לבעל הקידושין, דהם אמרו וחס אמרו, ועוד דבספק לבד נוכל להקל בקידושין ע"א דהוה רק ספק, והוה ספק ספקא להקל :

יד) ויש להעיר בנ"ד אס פסול מחמת גונג אפילו באייתא ליה מינו, בהא דאייתא בחי"מ (ס' ל"ז) סוף ד' ובס' ע"ז סוף ה' ראוונן שהעב משנים וכפר אחד והודה אחד שאין עדותו מחייב לחבירו והומדה יתחייב לשלם הכל, וכתב ע"ז הא"ת (פארוס סו' ל"ז סוף י"ד) שדוקא בתבטו כדרי, אבל בטיעבו שווא אין עליו שטעיה ודאי זה כמו שלוחים דנאמן כיון שאין גונג בדבר דהא יש לו מינו, וכן הקה"ת (ס' ע"ז סוף ד') כתב כן, ומדמי זה להא דסו' ק"מ (פס"ה) דאם אין ידוע למערער שדרו בה הסבורים לא הוו גונגים דמינו שיכולים לומר לא דיירינן [לא הזכיר הקאזות שכבר כתב זה הא"ת בסו' ל"ז], אמנם הגתיות חלק ע"ז בשני המקומות (בסו' ל"ז סוף ו' ובסו' ע"ז סוף ו') וכתב שם שכל שיש לו בעדותו נזכך לו דהא הוא ל"ב תובע המשותף שמועד עליו, הוא פסול מנעם קרוב, והגתיות הביא ע"ז ראייה מדברי הר"ן (בזוה"ס ע"ב) מהא שבתקרא אין נחשב לעד אחד נגד התופס, כיון שלפי דבריו שאומר לאחר מיתה תפס הוא חיוב לשלם ליתומים, הו"ל בעל דבר, ואף שיהיה יכול לומר מחיים תפס והוה נפטר מזה, מ"מ הוא פסול להעיד :

וראיה בזה שני מחברים גדולים ומבאים בסעינין אחד הוא בספר דברי נפש (ס' ע"ז סוף ל'), ובספר נהל יצחק להאן ה"ל זוק"ל מוקאונא (בס' ל"ז) לדחית ראייה הגתיות מהא דכחובות מ"ה הר"ן, ואתקן הא דשותף ומש, מצינו סברה דקרא ע"ד לו אין בעל דבר, שהרי הבקרא יכול לתבוע מן התופס עששו שהרי הוא חיוב לו מחמת שהוא מחויב לשלם ליתומים עבור הסור שנאמר אללו ע"י פשיעתו, משא"כ בהא דשותף במקום שאין התובע

שאמרו העדים קרובים של הגזברים שזה שהגזבר יתלק למוי סירב, כיוון שמקורם העידו על ההקדש סגס למוי כמינייהו לבטל את עדותן במה שאמרו סגן גועים, וזיון שהגיד בו, וא"כ ה"ג בנ"ד יש לומר שכיון שהיה אחר כדי דיבור מעיקר הגדת העדות, שוב אין חזרו ומגיד לבטל עדותן במה שאמרו סגן גועים :

ב"מ נראה לענ"ד שאין לחוש לזה וספיר מתיימן במה שאמר שהוא גונע עדותן ומשבטין ליה לנוגע, ומתרי עטמי אחינן עלה שאין נחשב חוזר ומגיד, תדא דליחא בסמ"ע (בב"ב כ"ט ס"ק ז') ה"ק ה"ס הפסיקוהו וחזר ואמר שרואה להשלים אלא שהפסיקוהו וכו' להשלים דבריו ובלבד שלא יסתור עדות לגמרי עכ"ל שם. והנה דברים אלו לקוחים מדברי מרן הרב"י (בב"ב כ"ט ס"ק מהות י"א) וז"ל שם באמצע הדיבור, ונראה לי שאם נגמר עדותו וקודם שיזכור התגחי ערערו עליו בע"ד, והפסיקו וחזר ואמר שהוא רואה להשלים דבריו אלא שהפסיקוהו, ועכשו משלים נאמן, אבל לומר דבר שסותר עדותו לגמרי לא מהימן כיון שעבר יותר מכדי דיבור, עכ"ל. הרי רואין אנו שזה אין נחשב כנגד עדות, דאם היה נחשב מוך ההגדה, הלא בתוך כדי דיבור של חברו יכול לחזור לגמרי מן העדות, רק כל שצריך בזהו ענין של העדות והגם שהוא לאחר כדי דיבור מן שיקר העדות, מ"מ יכול להוסיף דברים שאין נאמרים ואינן הראשונים מפי שבעיני לה נגמר לגמרי עדיון, ויכול להוסיף תגחי, הגם שעי" התגחי ויכל היות שפעמים יתבטל לגמרי העדות, מ"מ כיון שאין סותר דבריו הראשונים יכול להוסיף, וה"ל בנ"ד אחרי עסקוקים היו בענין זה וצריך ל"ד להגיד כל שידרשו לו, מהם, ועדיין לא סילקו אותו ב"ד, ומה שאמרו ב"ד שאביה המורסה שלה יא"א מוקדם מושב ב"ד כי נלך לדרוש דבר שלא במשמרו, צריך העדות לעשות ע"ז שידרשו מהם, נראה שהגם שהיה זה יותר מכדי דיבור מהגדת עיקר העדות, מ"מ כיון שאין זה נאמרים לעדות הראשונה ואין אומר נגמרה הייתי, רק אומר דברים נוספים, הגם שמהם נמשך ביטול להעדות שפיר מהני, ועוד מלאכי להתחם סופר (הא"ת סי' ק"ג ד"ה א"א) שכתב שם וז"ל מושג שדריין הוי עסקוקים דבריאות ושלמות להעדות ועב"ד, והכל נחשב כדיבור אחד בתוך כדי דיבור כמוב"ב הסמ"ע (בב"ב כ"ט ס"ק ז'), הרי שגם דרישת ושו"ת להעדים ובע"ד ה"ק שגם נראה שצריך עדותן אמרו מקודם, מ"מ מחשב זה הכל לדיבור אחד, וא"כ ה"ג בנ"ד :

ע"ה נראה לענ"ד לומר בענין כ"ד עממא שגאמיין למה שאמר העד שהבטיחו שבר עבור עסקו בזה כשיוגמר הדבר, הגם שבו יבטל העדות ה"ק שהוא אחר כד"ד מן אמירת העדות, והוא דאיהא (בב"ב קפ"ו ז') גבי הוא תבדא דחתיים עליה ל' רימיה ב"ר אבא דאמרה לאו אלא הואי בו', אמר אביי אפי"ג דאומר רבין כיון שהגיד שוב אין חזרו ומגיד לורבא מדרבנן לאו אורחיה למידק, ומיהוין לומר שטעה בה, והובא זה בסמ"ע (ה"ע סי' ק"י ס"ג א' ובח"מ סי' כ"ט ס"ג ז'), והנה זה ודאי אם היה בא השבור לפני ב"ד והלורבא מדרבנן החתום לא היה שם היינו דנין ע"פ השובר המקיים בח"ל הניכר לנו, שהוא שובר טיב ולא היינו חוששין שמה עשה בה בהכרחה הלורבא מדרבנן החתום על השבור, דאי לאו הכי שהמדין חוששין בלורבא מדרבנן בפתחא שמה עשה, א"כ מה תועלת שחמה הלורבא מדרבנן לעד על השובר של אשה, אחרי שלא נוכל לדון ע"פ השובר ומייסדין שמה עשה עד שחמה האשה שהיא עשה השובר, א"ו שכל שאלו רואין שובר חתום דנין אותו בחקוהו שכן הוא בהכרחה שמה עשה, ולא חיישי לן למה הולך לומר בעבודה השניה דאמר אבא אנת הואי חטי"ג לורבא מדרבנן לאו אורחא למידק כיון דדק דק, הא בפתחא נמי דיינין לשובר בחקוהו עד שאמר שטעה, י"א לומר שלכן הולך

מחשבין אותו לנוגע בעדות מפני שאם יאמר להד"ס לר"ך לשבע, ואם יבצע היסת שמסרו למלוה שאז אין גונע לו האמנת עדותו, אז נחשב עד הלר"ך שביעה ופסול מחמת זה, וה"ל כההיא דפקר"ג כן הוא דרך משל, אם היו שני עדים שומרים [נזכו כלל] כל ששנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייבו שבושה] אומרים שהפס לאחר מיתה, ואם היו מאמינים לעדותן הלא לא היו נזרבים לשבע על עטותם שהם צאנז מפני שהרי היו צ"ד נובין מן המלוה התופס, אך מוד שאנו דנין אותם לנוגעים בעדותן לפסול עממן מהשבושה המוטל עליהם, ולכן אינם יכולים להיות לעדים מפני נגיפתן, הגם שהיו יכולים לפסול עממן אם היו מודים להתפסם שמחים תפס, שאו מחייבים להניח לו לתפס כדיון כל ב"מ, מ"מ דיינין לכו לפי דבריהם לנוגעים, והנה א"ו רק גונע לפסול עממו מן השבושה וגוף ממון אין להשומר על התופס, רק הוא בא בשליחות המפקד בעל הבהמה הנה היתומים, סוף דבר אם נאמר שביעת הר"ן בנוגע בשביל עממו ולא לעממו הוא מושם משקר נפסל, מוכח מדברי הר"ן שגם בחשש זה בנוגע אין אומרים מ"מ שגאמיין לו להסיר החשש משקר כמש"כ לשל בדבריו, רק כיון שהוא גונע עתה ויש עליו שם עד פסול, שהרי כפי מה שהעד אומר שכן הוא הוא גונע באמת, ואין דומה זה לזה דקדושין (מ"ג ז') במקום שיש לו מנוח או בהיהו דבי"ק"מ במקום שאין המערער טוען עליהם כרי שדרו שיש להם מינו ואין לדיקון שבושה, שם הוא לפי מה שאמרים העדים אין עליהם נגיפה וכמש"כ מקודם, וה"ל דקרו דברי הגהות. ואין לומר כפי מה דאיתא בב"ב (ק"ה ז') נגנבה חתיים בו שקודם השבושה מוטל על השומר לפסול עד הגנב לב"ע, לכן יש לו דין בע"ד להפקר"א לאשתני דאית עם התופס, ז"א, דנהי שמתייב לעשות דין עם התופס מוד חיוב שמירתו, מ"מ גוף הממון אין ש"ו, רק מוד גונע אחינן עליו. — ועדין בש"מ"ק כתובות (פ"ד ז') א"א ה"ל דפקר"א וז"ל בשם הריב"ז א"א אית לך סהדי דלאחר מיתה תפס פ"כוס דהוה נפוהו אין נעשה עד דגונע בעדות הוא, וכבי ה"ל אין שליט נעשה עד וכדאיתא בקדושין, בו', הרי נראה דקרי ליה גונע כדאי בקדושין, והתם א"ו בע"ד דין גונע, וזה הנראה לענ"ד לחוק דברי הגהות בזה :

וב"מ גם לשיבת האו"ת והקלה"ח בשוקף שמעיד הי"א שאין תועלת תובטו בבדי, מ"מ בנוגעה כמו בנ"ד, נראה שגם אם יודו איש שאף שיש לו עדות מינו לומר שאין לו שום נגיפה, מ"מ כיון שגדע מתוך העדות שהוא גונע בעדותו שיש לו תועלת מזה הרי יש עליו חשש משקר ותועלת על נגיפתו א"א לבוא בלתי הגדת עדותו, וא"כ יש לו פסול על הגדת עדותו ממש, ואין דומה לה"א דשוקף (בב"ב י"ז) דשם אם לא היה מגיד עדותו לא היה לו נזק כלל, משא"כ בנ"ד שרק ע"י קיום עדותו ישיג תועלת לבוא על שכרו, וא"כ יש על עדותו שם פסול בעלמא, וע"כ לא יושל המינו להכשיר עדות פסולה :

יו מה שיש לחוש בנ"ד אם שכתבו הגב"ע שבעוד שהיינו עסקין דבריהם העדות אחר לנו העד הראשון פ' ב"א, שהבטיחו לו שפ"ב שכאשר יאמר הענין יהיה נישואין ויפול לו, מ"מ יכול להיות שעתה הגדת העדות יהיה זה יותר מכדי דיבור, וגם מה שאמרו הב"ד לאביה ש"א בכה להיות צבת קבלת העדות ללאה, ועד שהתחלנו לחקור ממנו דבר זה אפשר שהיה יותר מכדי דיבור, וא"כ כיון שהעדות נגמרה מקודם, אין יכול העד לעקור אותה במה שיאמר אח"כ שהיו נוגעים, וכדאיתא בח"מ (סי' ל"ו כ"ג ז') עדים שפעדו ואח"כ הודו שיש להם חלק בזה שאין בראותה הודאה ממש, וכמש"כ שם הסמ"ע (בב"ב י"ד) דנין שהעידו שוב אין יכולים לומר דבר שמקלקל עדותן, וכן איתא בסמ"ע (ס"ק כ"ג) שהביא בשם הריב"ז א"א לענין מה

לדבריו האחרונים של העד השני, יש כאן ספק ספיקא ספק מעשה, גם ספיקא דרינא של נגע, ובש"ס כוס במקום חוקת הימר, והלא נראה שזו שאלת לחוש להחזיר כלל, ודו"ק"ס. ולחומר הנושא הרלויתי הדברים ושלחתי לשלשה רבנים גדולים מובהקים ומפורסמים, והסביתו ג"כ שאין לחוש להקדושתו וי"א הדבר בהיתר:

סימן י"א

ע"ד עובדא בכתן שנשא בתולה ואח"כ אמר שלא מצא דם בתולים והוא מעשה בתולה אני אם מותרת להכהן הג"ל, וזה אשר כתבתי בזה בע"ה:

איתא בשו"ע אה"ע (א' ס"ח סעי' ז') כשאמרו שטענתו על הבתולים עונה, אם היא אשת כהן הרי היא אסורה עליו, וכתב ע"ז החלקת מחוקק שבזמן הזה שמקדשין בעת החופה וכו' ומסתמא כשלא נמצא לה בתולים זנתה קודם הקדושתו בעת שהיתה פנויה וטולין במלוי, ואז יש לומר שלא נאסרה על בעלה כהן, וכן העתיק דבריו הב"ש (בס"ו ו' ס"ק כ"ח) והן דברי הב"י על העור (בס"ו ו' והוא כפי"ז ע"ק י"ג). — והנה היות מאור (בס"ו ס"ח) השיג על דברי הח"מ והב"ש, וכתב עליהם שקלרו במקום שהיה להם להאריך, כי לא מהני זה כ"א בעיר שגלו ישראלים ואין שם לה שום קרוב הפוסלה בפירותו, אבל בעיר שנכרי או קרוב אחד שם, בשיעור דוקא תרי רובי דהיא כלומת המבואר (בס"ו ו' סעי' י"ח), וכן רמז הב"מ זה על דברי הב"ש (בס"ו ו' ס"ק כ"ח) שבכונן זה בשיעור תרי רובי דוקא. — ובאמת אשר השיג על דברי הח"מ והב"ש לא עליהם תלונתו כ"א על הב"י שכתב (בס"ו ו') בחיבורו על העור וז"ל, ואם קודם ובעל מיד, נראה שא"י באמת כהן מותרת דודאי לא נבעלה תחתיו, והכי דייק לשון רבינו ולשון הרמב"ם, ולאחר זמן ב"א עליה" ע"כ, הכי נאמר בפירוט דבריו שהמה דברו דוקא בדרה בעיר שאין שם שום א"י ופסול וקרוב אפי' אחד מהפסולים הפוסלים בפירותם להכהן, אם לא בעיר אם בעירן שתייה דמה לא ימיה בפירות כו', שאין בה שום אחד מהפסולים, דאם בציזו זמן קודם היתה בעיר שנמצא בה אחד מהפסולים, אחתי יש עליה ספק דילמא בציזוהו הזמן נבעלה לפסול לה, ואולי יש לומר שבכונן זה משיעור חוקת הגוף שלה שהיתה בתולה שלא נבעלה מקודם, רק אחר כן בזמן המזואחר, היינו נכבדה חוקתם הוא שכל הדברים שמה כפירים המה, ויש לעיין בזה:

והנה דעת הרמב"ם (פ"ח מהלכות א"ב) שאפילו בדאיכא תרי רובי לא כרי כ"א נבעלה בפרשת דרביס או מועיל לה תתרי רובי, אבל כל שאינו נבעלה בעיר או נבערה בעיר אין לה דין תרי רובי, רק כרוב אחד נחשב זה, וגם סיכר הרמב"ם שחליטה עונתה לגכר נבעלתו אפי' בעדכר תלא היבא לדיכא תרי רובי, וא"כ מן הב"י שדייק מל' הרמב"ם שכתב, ולאחר זמן כתב עליה" שאלת כהן ובעל לאתרא אחר שקידשה שמתרת לבעלה כהן, נפל זה בעירא, דלא משתכח לה רק כשאין בכל העיר אף קרוב או פסול או א"י אחד, ודבריו זה כמעט הוא בלתי אפשר במליאות לגמרי. — והריב"ז א' בחיבוריו כתב דק"ש" שאלת כהן שאסרה, משום ספיקא דתחתיו, אע"ג שנבעלה לפסול לה אסרה אפילו אינה תחתיו, להא ליבא למוחש כיון דרוב כפרים אגלה, הרי שום שאין עונתה כרי לגכר נבעלתו, מ"מ טובר שכרוב כפרים מותרת ולא מותרת תתרי רובי. ולכן

הולרך אביי לומר זה מפני שהאשה עמדה בפניו של ר"י ב"א ואמרה לו לכו איתי הוי, והוא איתא חוקת אין אשה מעיזה בפני לורבא מדרבנן, ואולי איתא בש"ס בה משום דלורבא מדרבנן לאו אורחיה למידק, ועוד אפשר לומר אולי היתה מופסת והיה לה מינו ואש"ס אמר אביי כיון דרק רק, והוא עדות גמורה שנתקבלה כמותה, וכן מוכח ג"כ לשון ח"ו"מ (ע' מ"ט) והיבא דסמוך אלפא או קרוב דאשתבה עותא ללורבא מדרבנן מקבלין, משמע דוקא דאשתבה עותא ע"פ מחמרו של הלורבא מדרבנן, אבל בסתמא לא חיישינן לעותא, וא"כ לרובין אנו בשובר תחום שהוא כחוקרה עדותן צב"ד, אש"ס באומר לורבא מדרבנן טעמה בה כיון דהכיח עותא מקבלין, ואין אנו מושגין לחורר ומגיד מפני ששבת הדבר ועומד לכך שאם יאמר כן יהיה עדותו בעלה. מעתה יש לומר צב"ד שדודאי מלוא דהכיח הוא שכל ההולכים ועוזרים בענינים מופיעים כליו שלא לחש בדיס ע"ז, ודודאי פסק להם שבר, ובפרט באלו שדושים שדרכן להתערב בענינים הרבה, רק לזעזע שבר, וכיון שאז דבר המלוי ועומד לכך שיהיה כן, ע"כ ראוי שיהיה נאמן העד על זה ולא יקרא זה חורר ומגיד. וכ"ד עדיפא דאם שם מהומינן ליה מלך דהכיח דלוי"מ לא ידוקק בה, ומבטלין לחתימתו הרבאונה שלא כן הוא וחזימותו מוכחשת, כש"כ כמ"ד שגלר דבר ששכיח יהיה נאמן בדבריו האחרונים שיש לו נגיעה, אף שמוציא תורה מנובלת העדות, מ"מ אינם מבחישים לדבריו הראשונים, בזה ודאי ראוי להאמין לדבריהם משום ששכיח הדבר, ובעת קבלת צב"ד להעדות היה השערה שכן היא, ובאמת מלינו שמה שהעדות מתבטל מוויאל, קיל הוא לעיני חורר ומגיד ממה שמבחיש לגמרי, דנחמו אגן תוך כדי דיבור מן הגדת העדות יכול לומר שקר אחרתי, ואלו אלוסיס היינו מחמת ממון אין נאמנים העדים אפילו אין כתב ודן יולא מותרת אחר, מופני שאין אדם משיס עליו רשע, והוא מנגד לגמרי להשטר שחתמו ע"ז וא"כ אין זה דומה לתוך כדי דיבור, ומ"מ אינוסיס היינו מחמת נפשות שזה אין מנגד לגמרי לחתימתן הראשונים, אע"ג שמה"מ השטר נבעל ע"ז זה נאמנים באין כתב ודן יולא מותרת אחר. סוף דבר שנראה שבכונן זה ראוי הוא ע"ג שירת הדין שיהיו נאמנים בזה שאמרו שהיה נגישים בעדות זה:

מבאר הדין ענינו שכתבנו ועברנו בזה נראה שמועיק הדין ע"כ כפינו יש עדים ראויין הקדושתו, ג"כ יש לבעל הקדושתו מלך הנגיעה, ואף אם נחוש לדעת התאמורים שיש לחוש בנגוע אם היו נגישים מודים, משום שבעת מעשה הדברים הנוגע לע"ג כבר הוא, לפי שאינו רק משום חשב משקר, או לדעת מהריב"ל שפסול נוגע אינו רק מדרבנן, מ"מ אין לחוש צב"ד מתרי עינשו (א') כיון שבארנו לעיל שאין כאן רק קדושתו בע"א שהשיג לא דאה, (ב') אפי' שחוש למה שאמר צב"ד שיש ספק אגלו אם דאה או, הרי הוא ספק ספיקא שחא לא דאה או, ולא היה רק קדושתו מדרבנן, ובה יבעלו מפני הנגיעה דעת הרוב פוסקים דלויסיס ואחרונים שבארנו לעיל בע"ה, ואם נחוש שחא היה או דאה, יש לגרף שדעת רוב הפוסקים שנוגע פסול גמור מוקרי, ולא חלו הקדושתו מחלה דהוא זה קדושתו בלא עדים, וא"כ לעיני שיהיה קדושי חיה היה ספק ספיקא גמור שחא לא היה אף העד השני ולא היה קדושתו בפני שנים, ואח"ל שראה או, שחא הדין שנוגע פסול גמור, ונגיעת השני היה נגיעה ברורה, שהיא אחר שנוגע שום שאמר שאללו היה ספק אף דאה, ולעיני קדושתו דרבנן הוא ספק אחר שחא משיס נוגע נכסל עמותו כגכר בדרנו לעיל, ולכן הסתמו או שהקדושתו אינם קדושתו כלל ואין לחוש להם כלל. [וזה שכתבתי כאן הפ"ס הוא רק לשעשה, כי לעיקר כנר כתבתי לעיל (באותו צ') שאין לחוש לאמירה השניה של העד השני, דהוא חורר ומגיד, אף כתבתי שם אם יתקן מי ע"ז, ג"כ אין חשב מפני שם

ולכן נראה לענ"ד לומר דמה דקיי"ל שצ"ל טוענת ברי לבשר
 נבעלתי בעיניו תרי רובי וכל דליתא תרי רובי אפילו ריעבד
 אסור, הני מילי היכא שהספק נולד קודם הישואין ונעשה
 הישואין באיסור, בזה אסור מלד מעלת ויחסין אפילו
 ריעבד, עד דליכא תרי רובי, משום גזירה שמה לא יהיה
 רק רוב העיר ובאמת יהי קבוע וזהו מהמוסדות, אבל
 היכא שהנישואין היה בהיתר שלא ידע בעלה הכהן שנטאח
 משום ספק, אלא ויחסין נבעד לו דה איסור הספק, בזה לא
 מחמירין ומוקמינן אדניא שפחד רובא שרי :

ולכאורה אמרתי להביא ראיה לזה, ממה שהקשו בתום
 כתובות (ט' א' ד"ה לה), נוקמא אחוקת
 כשרות שהיתה כשרה לכהונה, ולכאורה כיון שבאינה
 אומרת לבשר נבעלתי אפילו בחד רובא לא שרינן גס דריעבד
 עד דליכא תרי רובי, ורובא עדיף מן חוקה, וכיון דארובא
 לא סמכינן גס דריעבד עד דליכא תרי רובי, והי"ך נסמך
 אחוקה, אלא אלא סברת דבה הוסי' דהאי ריעבד שלא
 ידענו כלל מחשש איסור קודם הישואין, קיל יותר, ומוקמינן
 אדניא ולא מחמירין. — ואין לתקן ולומר שגם שרובא עדיף
 מן חוקה, מ"מ העיס דבעינן תרי רובי משום דבחד רובא
 גזרינן רוב סיבה אטו רוב העיר, ובכרוב העיר חיישינן
 שזמינן הוה קבוע ואין כאן רוב, משא"כ בענין לסמך
 על חוקה לא שייך הך גזירה, ולכן שפיר יש לסמך על
 חוקה דריעבד, וארובא לא סמכינן דריעבד, אך באמת
 ז"א, דהא גם כס אפילו אי אולא איזי לנבייהו דהוה קבוע
 ותבוב כמחנה על מחנה, מ"מ עדיין יש על חוקה להיתירא
 חוקת כשרותה שהיה לה שהיתה כשרה לכהונה, וא"כ רואין
 אנו שאפילו ברובא וחוקה לא סמכינן גס דריעבד באינה
 טוענת, לפי של רובא איכא גזירה ומעלה עשו ביוחסין,
 כש"כ אחוקה ודאי חייך נסמך, וא"כ ע"כ לריך לומר
 דהאי ריעבד שהיה בהיתר בלי ידעת שום ספק קיל יותר,
 וסמכינן על חוקה, וכש"כ על רוב אחד דרובא עדיף מחוקה :

כהן שמה תחתיו וינתה, וד הספק האסורה הוא שמה נעשה
 זאלא אחד הקידושין, ואלו היינו יודעים שהיה בה הירשואת
 שאין לה בתולים קודם הקידושין היתה ודאי מותרת דהא
 לאו תחתיו וינתה, ויכול שכל הספק הוא שמה נעשה בה
 איסור אחר הקידושין, בזה שפיר סברי התוספות דמוקמינן
 אחוקה חוקת כשרות ולא נחמיר על בעלה הכהן לנרשה
 מהספק נגד החוקה, וד"ק היעב בזה, כי הוא חילוק נכון
 בעומק הסברה ודבריהם נתישבו בעו"ה בטוב טעם שאין
 כאן סתירה. — ובעתה בנ"ד שאנו חוקרים היכא שיש כאן
 ספק שמה נבעלה לפסול לה, שהספק נתהוה בה קודם
 הישואין בזה לא מוקמינן אחוקה אפילו דריעבד, אך לענין
 חד רובא יש לעיין אם מועיל זה כה"ג דריעבד הרוב הזה,
 שלא ידע מוקדם שום דבר מן ספק האיסור שמחמירין
 ביוחסין עד דליכא תרי רובי, ומדברי התוס' אין לנו ללמד
 מזה, אך מדברי הרשב"א וכן ממשמעות שרייך מרן הב"י
 מדברי הרמב"ם, משמע ג"כ שפחד רובא שרינן דריעבד כזה
 שלא ידע שום רישואת ונטאח על האשה הזאת, להרי סתמא
 דנולתא נמלאים פסולים בעיר, ואש"ה לא אסרינן רק מחשש
 שמה תחתיו וינתה :

ובי"ב יש עדיין לדון בזה, והנה מה שחוקק זה הדיעבד
 שמתירין אנו בחד רובא כמו שזכרנו מדברי
 הרשב"א, מהדיעבד של האשה שנאנסה בו שאין מתירין גס
 דריעבד בחד רובא, יש לומר משום דהתם כיון שגודע הספק,
 הלא הישואין היה באיסור, משא"כ בהאשה שסיבת חוקת
 בתולה ואח"כ לא נגאלא לה בתולים כיון שלא ידע עליה שום
 חשש ספק קודם הישואין, לכן מקילינן ומוקמינן אדניא
 להיתר בחד רובא. ולכאורה יש לפקש ע"י, הרי דלנבי
 דריה הוה הישואין בהיתר משום שלא נודע לו שום שפך
 ספק קודם הישואין, מ"מ לנבי דידה הוה הישואין באיסור
 שהרי היא ידעה מזה קודם הישואין ונכנסה לגרן הספק
 באיסור, ומשום דידה היה ראוי להיות תאל. אך יש לומר
 שסברת הרשב"א בביאור דברי הגמ' נכון הוא, משום
 דהתם בפ"פ היא מחמתו בזה ואומרת בתולה אני, וכל מה
 שאנו מחמירים הוא מלד הפעם דשוית אנפשיה חתיכה
 דאיסורא, והאיסור אינו רק עליו ולא עליה שהוא אין נאמן
 לאיסור אותה, ולכן לדריה מוקמינן אדניא ובכרוב כשרים
 מחמירין לו דריעבד, אך במקום שלא נמאלא לה בתולים
 מטענת דמים שהוא דבר מבורר ואין אנו נלמדים בזה לענין
 דשוית אנפשיה חתיכה דאיסורא, רק אסור בזה מן הרין
 כדמשמע בגמ', ולכן בזה אפשר שגם בהיא מחמשת ואומרת
 בתולה אני כיון שזה ברור לן שהיא משקרת, יכול להיות שגם
 בכרוב כשרים יהיה הרין שתאל, שהרי היא ידעת באיסור
 שלא אמרה לשגד נבעלתי, ולכן יהיה זה הרין כמו דקיי"ל
 שהיכא שאין כאן אומרתה ברי לי שלכשר נבעלתי שאסורה
 ברוב אחד, וכדעת הבית מדרש שגם דריעבד הוה שלא נודע
 לו ולב"ד מוקדם הישואין תאל, ואין מדברי הרשב"א ראיה
 להפך. — אך מזה דייק מרן הב"י מלשון הרמב"ם שכתב
 ולאחר זמן בא עליה, שמשמע מזה שאם קודם ובעל לאחלת
 שמוחר ברוב כשרים לה מדהתים לה להאי דינא, ובפרט
 להרמב"ם שבעיניו דוקא נבעלה בדרך ובמושב לעיל, ומשמע
 שגם בעטנות דמים שרינן ג"כ דריעבד זה שלא ידע הבעל
 מהספק קודם הישואין ע"פ רוב כשרים, ולא משמירין על
 מה שלגבה דמי זה ככל הדיעבד כשנשא באיסור בחד רובא
 שאז הרין שתאל לדעת הרמב"ם, רק כיון שלגבי הבעל היו
 הישואין בהיתר שלא היה לו לחוש לשום ספק, שרינן
 אחרי הישואין ברוב כשרים אלאה בחד רובא לתור :

ביורה יש לומר שלשון הרמב"ם (נפ"ח מה' א"ב) שכתב
 כהן שקינס בו ואחר זמן בא עליה ועטן שמאלה
 דרוסת אים, ועיין בהרב המוגר שם שפירש סתימא דברי
 הרמב"ם

אך בהתבוננתי בעומק סברת דברי התוס', נראה שאין
 מדבריהם ראיה לענין שאנו דנין לסמך על רובא
 בכיולא בזה, דבאמת על דברי התוס' האלו עמדו הפ"י
 והשפלה והקשו מדברי התוס' לקמן (י"ב ע"ה) נבי וליחוש
 שמה תחתיו וינתה דמשי הגמ' כיון שקודם ובעל לאחלת,
 וכפשוט מהו ד"ס כיון דע"כ לריך לומר שהראשון נמי
 קודם ונכסה לאחלת, דאי לאו הכי ניחוש שמה תחת הראשון
 וינתה ונאסרה לכהונה, והקשו המפרשים הג"ל, הא לפי
 דברי התוס' כאן (נדף ט') שהקשו לוקמינן אחוקתה שהיא
 כשרה לכהונה אין לנו הכרח לומר שהראשון נמי קודם
 ונכסה לאחלת, דהא כאן אין מוגדר חוקת הגוף שהיתה
 בתולה, ומדרבה מסייע על החוקה הגוף להחוקת כשרות
 לומר שזינתה אחר מימת בעל הראשון, ועיין בס' השלח
 שתיך לתקן ע"פ טענת פ"פ לטענת דמים, והוא דחוק לתקן
 בין עטנה לטענת שלא נזכר בגמרא. — אך לענ"ד נראה
 שדברי התוס' נכונים בעומק הסברה, שס (דף י"ב) שפיר
 הוכרחו לומר שגם הראשון נכסה לאחלת, ואי משום חוקה,
 סברי התוס' דלא מוקמינן אחוקה היכא דליכא רישואת,
 ואסור משום מעלה עשו ביוחסין, וגם דריעבד אסור, לפי
 שבאמת הספק נולד בה קודם הקידושין והנישואין של השני
 רק אכן לא ידעינן, ולכן כיון שנתגלה הדבר שהיה בה דבר
 מהספק אותה קודם הקידושין ונישואין, שפיר אסרינן לה,
 והוה כמו דאמרינן ואסרינן דריעבד בכל רובא, דלא סמכינן
 אחוקת היתר היכא דליכא רישואת וכמו דגזרינן אטו קבוע,
 הגם שגם במקום קבוע יש ג"כ חוקת היתר שלה, משא"כ
 (נדף ט') שפיר הקשו נויך אחוקת היתר חוקת כשרות לכהונה
 ולומר דלאו תחתיו וינתה, דכל דה חשש האיסור הוא לאשת

הרמב"ם שכולל כל הטענות בין טענת דמים בין טענת פתח פתוח, מ"מ גם בטענת דמים מונקע לשון, וטען" יש לומר דמיירי שאין כאן צירור לפנינו שלא נמצאו לה בתולים באופן שגם היא היתה מודה ע"י, רק שהוא טוען זה והיא טוענת בתולה אני ויכול להיות שבגבד איבד בתולים, ואין לנו באים רק על הגבול מפני טענתו, ולגבי ידידי שרי משה דיעבד זה הטוב שלא ידע מקודם, אם קודם וכנסה לאחרי ע"י רוב כשרים אלה, אבל היכא שיש כאן צירור שאין לה דם בתולים, או שהיא ג"כ מודה לזה, שאז לא מפנהו על מה שהיא אומרת מ"מ בתולה אני, יש לאסור מחמתה גם בדיעבד מפני שהרי היא נישאת באיסור שעליה ולא מהני הרוב כשרים, כל שאינה אומרת לכשר נבעלתי, וזוה האופן ידקוק דברי הבית מדרש :

וראיתי בספר בני מלוואים (סי' ו' סעיף י"ה ס"ק ז') שהעלה דבר חדש, שאשה שנשאת לכהן הסת' ואח"כ נתברר שזינתה מקודם, שסתמא חשוב כמו שהגידה בפירוש לכשר נבעלתי דאם היתה נבעלת מקודם לפסול לא היתה ניטת, ומדמי זה להא דרמ"א ביו"ד (ס"ד ק"פ) בזה ששאלה עמא לאי שחינה לריכה להוי'א מפיה האמתלא אלא כל ששוכנת אלא בעלה כו', וכן מביא (מד' הרד"ך בית ח') בדיון שבזה דאם נשאת בפומבי ובפרהסיא בפני קהל ועדה שכל הקהל הם במקום ב"ד שבגדים, אין לך פה בפיני ב"ד שבגידו ואומרת להם טהורה אני והתירוה ב"ד להנשא גדולה מזו, דנישואין שנשאת בפנייה הרי הוא כאומרת להם שטהורה היא והם התירוה להנשא, וה"ל חשוב זה כאומרת לכשר נבעלתי, ועוד כתב לתרן זוה על מה שהקשה הפ"י על דברי ה"מ"ס הקבץ נוקי אחזקה ונאמר דלאו תחתיו זינתה, דנימא שנבעלה לפסול לה, ותיקן דמיירי ברוב כשרים אלה [והוא בלמות דברי הרמב"ם שהבאנו לעיל], ואפתי תיקף א"ל אפי' ברוב כשרים שביני טענת כרי ואם אינה טוענת כרי אפי' נשאת תאל, וגבי פ"ה ליבא טענת כרי כיון דמיירי בשותפתה או במנשיטתה ואומרת בתולה אני, ויותר כהן לפשע"כ דכל שנשאת לכהן הוה כעוטנת כרי וכשהיא דרד"ך, עכ"ד בקלרע :

והנה נוק הקורא כבר ביארנו לתרן בפ"ה על ביאור דברי התוס' הג"ל, אך ע"כ דבריו לענ"ד הם דברים תמוהים, אם דל"כ דהנישואין הוא כאומרת בפירוש לכשר נבעלתי, הגם שמתנגד זה אמירתה בוסק שאומרת בתולה אני, ואני תמה ע"י א"כ לדעת רבינו יצחק והרא"ש שפסקו שבאומרת נאכסתי מותרת לבעלה ישראל והיא נאמנת ע"י אפי' שרודע שנבעלה, א"כ למה אכריזן באשת ישראל המקודשת בפחות ומשלה שנים לבעלה מפני שהוא רק ספק אחד שמה באונס ושואר ברזון, נחשב שהנישואין שנשאת בהתור הרי היא כאומרת שנבעלה באונס, דל"כ לא היתה ניטת לו. (ב' מדברי התוס' (נדק"י"ב א') דפרקן הגמ', וניחוש שמה תחתיו זינתה שזמפשיס התוס' שהוא לענין אשת כהן, ומשיני הגמ' כיון שקודם ובעל לאחרי, והתוס' כתבו שג"ל שגם הראשון שקודם וכנסה לאחרי, דל"כ נייחוש שמה תחתיו דראשון זינתה, ולפי דברי האבני מלוואים הא אפילו לא נכסה הראשון לאחרי, ג"כ היא שריא לכהן אם היא תאמר מפורש שזינתה לאו תחתיו דבעל הראשון והיא דהיתה נאמנת זוה, דהא על ערוך מאומרת לכשר נבעלתי דהא בזמן הג"ל אין כשר על מי שנבעלה, וא"כ למה אסורה לכהן כשלא מלא לה השני בתולים, הא נישואים חשיב כאומרת לכשר נבעלתי, היינו שלא זינתה תחת הבעל הראשון. (ג' למה הולך הרמב"ם"א לשנוי דמיירי ברוב כשרים אלה, הא אפי' ברוב כשרים א"ל שאומרת לכשר נבעלתי נאמנת לכהן נגזילת ורא"ל דלאמי נאמנת, וק"ל דדיעבד כשנשאת מותרת באומרת כרי אפילו ברוב כשרים אלה, ולפי דברי הרא"ם שסתמא דמלתא הנישואין נחשב כאומרת לכשר נבעלתי א"כ גם ברוב

פסולים היתה מותרת, מכל זה מוכח דבעינן דוקא שתאמר לכשר נבעלתי, אבל סתמא כשאומרת בתולה אני או שותפת אין נחשב זה כאומרת לכשר נבעלתי, או ששרי היתרים כגון גבי אשת ישראל שיהיה נחשב כאומרת נאכסתי, רק כשאומרת בפירוש נאכסתי נאמנת ל' הרי" והרא"ש :

ומה שהביא רמ"א מדברי הרמ"א שאין נלכדת לומר בפירוש טהורה אני רק שבהא שטוב אלא בעלה זה מושל, ולענ"ד לא דמי לכאן, ששם אין לה היתר אחר רק כשהיא טהורה מנתנה, וידוע זה לכל הגסים ואינם חשודים ע"י כאשר העידה התוס' ק עליהם טונה בשושים, לכן נאמנת פתחם, והוה כמו שחבר ומוכר תבואה שהוא בחזקת מוקדשים שסתמא כאמירה נחשב, אבל הגסים נחשבות כחכרות לענין זה, וכמו דאמרו בגמ' הכל חפזים אלא בדיקת חזק, משא"כ זוה הענין של נבעלה לפסול אין הכל נחשבים כחכרות, ועוד לפי שאין לה היתר יש לחשוד אותה, ודי לנו מה שהאמינו חז"ל לאמירתה בפירוש כרי לי, אבל לא הסתם. — וכן משובדא דהרד"ך ג"כ אין ראייה, ששם היה ידוע הדבר שהיא אמרה שבתולה טהורה היא אלא שלא בזה לפני ב"ד לומר לפניהם, ולא השיגה מהם היתר ע"י, וע"י כתב הרד"ך שהמעשה הנישואין לפני קהל רב חשוב זה כבאה לפני ב"ד ואמרה לפניהם והם התירוה להנשא, משא"כ בנ"ד שהיא בזה בטענה אחרת שלפי דברי הבעל משקרת היא זוה מה שאומרת בתולה אני, ולכן אין נחשב כאן אמירה לכשר נבעלתי כ"א באומרת בפירוש לכשר נבעלתי, אבל לא באומרת בתולה אני, וע"כ אין לנו היתר בדיעבד חז"ל הנישואין, כ"א כאשר תאמר לכשר נבעלתי בפירוש. — ומעתה אין לנו שום היתר בדיעבד כ"א במקום שרוב כשרים אלה, וכמש"כ מקודם שבזה שהיא מכחשת ואין לנו צירור לבטל טענה שלה, אוליגן רק בתר ידידי, וכיון שהוא ל' נשא בעברה ורק היה בחזקת אחזקה להימירא, וגם אין מושל דרי ברובא דכשרים, וצ"ל דוקא חזקה להכשירא, וזוה האופן שריגן בדיעבד גם בלא תרי רובי גם ליוחסין, ובאשר כן הדעת נועה מדברי רבותינו הראשונים שהבאנו לעיל, שבכ"ס"ג בקידוש א"כ ולא חיישינן למיעוטא שמה נבעלה לפסול לה :

אך יש לחקור היאך יהיה הדיון אם היא היתה פעם אחת בעיר שרובא א"י ופסג בעיר שרובה ישראל כשרים אלה, והיה קידוש וכנסה לאחרי וצויען טענת בתולים אם היא מותרת לבעלה כהן, והנה לפי מה שהוכחנו מדברי (תוס' דף י"ב) שבמקום שנתברר אח"כ שהנישואין היה באיסור ספק, הגם שלא יודע זאת לבעלה מקודם והוא נשאה בחזקת היתר, מ"מ לא סמכינן אחזקה להימירא, וגם אין מושל החזקה שנעמידה על חזקת גובה לאחר את המעשה של חשש שנבעלה, וא"כ גם אם היתה במקום שרוב כשרים אלה מותרת הוא מוזמן היותה במקום שרוב פסולים אלה, הוא שהמקום שהיתה מקודם הוא רוב א"י, מ"מ נייחוש שמה נבעלה בחזות העת שיהיה רוב פסולים אלה, ומחשב זה ספק גמור, היינו תדא ספיקא בחזיה זמן נבעלה ואסורה לכהן :

ויש לדון היאך יהיה הדיון אם הזמן שהיתה במקום שרוב פסולים אלה היה פחות מן העת שהיתה במקום שרוב כשרים אלה, אם נלך בתר רובא וכיון דזמן שרוב כשרים אלה מרובה יותר, נזיל בתר רוב ותליגן שנבעלה בעת שהיו רוב כשרים אלה. ונראה דזמן נחשב כקבוע, כיון שיש לנו הספק בחזיה זמן נבעלה אם בזמן זה או בזמן אחר, מוקרי זה אם ספק בקביעות, ויש להביא ראייה לזה, מהא דאמרינן בגמ' לא לריכא חששת כהן דהוה ספק אחד שמה תחתיו או אין תחתיו, והלא רובא דרובא הזמן שזמן האירוסין

הכהן, כיון שנמצא דם מעט כל שהוא תלין שזה דם בתולים, והוא נאמנת לומר בצולה הייתי ולא היה זה שם דבר רישותא תלילה, כן נראה לע"ד :

סימן יב

אשר השבתי לרב אחד שנשאלתי ממנו ע"ד השאלה שבאת לפני כת"ר באשה אחת שע"י קישיי בלידה נקדע השלפוחות של מי רגלים והגיד לה רופא בומחה שהיא נצרכת לנסוע לח"ל ע"ד ראפארציאין וגם אח"כ תהי צריכה לקחת רפואות שלא תתעבר כי אם תתעבר אין לה לבטוח שיתחיה בעת לידתה, אם היא מותרת ליקח רפואות הנ"ל.

והנה נסתפק כת"ר ע"פ מש"כ בצ"ח (פי' ה' סי' י"א) גם שה"ס כ"ו (כ' ז') שבלא רשות בעלה אסור לה ליקח רפואות שלא תלד ולריכה לקבל ג"פ ממנו, והנה על מש"כ הח"ס ששם בגמ' בעובדא דר"ח לכך הותר לה לשמות כוס של עיקרין בלי רשות מבעלה, משום שבזמנם היה אפשר לבעלה לנרשע בעל כרחא או לישא אחרת, וכת"ר הקשה ע"ז פן אי אפשר לו לישא אחרת, וא"כ היה לו לר' חי"א לשאל אותה אם היא פנויה או נשואה, וכן אם בעלה קיים פריה ורביה שאם לא קיים בודאי אסורה לעשות כן לבעל אח בעלה מקום פרי' ורביה, לענ"ד לא כן הוא, וכל אשה שרצונה ליקח כוס שיתחיה מפני שמתיראת מוחמת קשוי לידתה איין לה לעכב מפני שבעלה לא קיים פריה ורביה כיון שבעלה אפשר לנרשע כפי מה שהיה בזמן הגמ', ורק כל שהיא מפקעת עצמה בע"כ בזה הפסידה כתובתה, אבל בלא כתובה כשהיא מתרנית להתגרס מזה חו"ב יש עליה שיהא תכניס עצמה לקשוי לידתה כבדי שבעלה יקיים פו"ר, הא אפשר לו לישא אחרת עליה, וגם לזון אותה ובי נשי שקלת מעלמא, ומה ששקשם פן איין יכולת ביד בעלה ליקח עוד אשה וגם לזון אותה, הלא אפשר לו לנרשע וליקח אחרת. — והנה החתם סופר גם מביים בדבריו שצוין הוא שא"ל לנרשע בעל כרחא ולא לישא אחרת ומתבעל מהמ"ע של בערב אל תנח ידיך, לריכה רשות מבעלה, או שתתראה לקבל ג"פ ממנו, ואם הוא אינו רוצה לנרשע וגם לא לתן רשות, נ"ל שאינה מחויבת לעכב מפני שיעבדה שמשועבדת לבעלה, והיינו לער גדול לפי ראות עיני המורה עכ"ל. ומסופק אני בבנות דעת הח"ס בצאפן כזה שהיא מתרנית לקבל ג"פ ממנו, שמותרת לה ליקח כוס של עיקרין גם בלא רשות בעלה, אם יש לה כתובה או איין לה כתובה, וטעם מ"ד הסברא נראה שזה תלוי אם הבעל לא קיים פו"ר שהבעל א"א לה להחזיקה גם אם ירצה, איין לה כתובה מתרי עמי, מ"ד דהא היא מפקעת עצמה ממנו, ודומיא לגודרת בחיי בעלה למ"ד הית נגתה ארבע בין סיניה וכדאיתא בצמוצות (ע"א ח' ה' ח"ב ח'), ועוד הא אמרינן ביבמות (פ"ה ח') לשלישי לא תנשא אלא למי שיש לו בנים ואם נשאת למי שאיין לו בנים תאלף שלא בכבודה, וא"כ הא גמי דבווהה כיון שהיא עושה זאת בעלדי הסכמתו, הרי דמיו זה כנשאת מתחלה וטעמו שסבור שיהא כסם נשים, ובאמת יש בה הסכמן שא"א לה להוליד. — אמנם אם הבעל כבר קיים פו"ר רק שרואה לקיים ובערב אל תנח ידיך, ומוחמת זה רוצה לנרשע שנקמה היום ש"ע שלא בשרותו, נראה לענ"ד דמלתא דמסתברא שיש לה כתובה ג"כ, דהא מראיתא שם ביבמות שמי ששהתה עם שני בעלים על כל אונ"א עשרה שנים ולא ילדה, שאם נשאת

האירוסין עד הנישואין הוא זמן מועט מן כל משך שנותיה, שכן האירוסין עד הנישואין הוא רק י"ב חודש, ואפ"ה נאסרה ולא חולין בחר רובא שנתלה שנבעלה ברוב ימיה שהיא צעק שהיחס פנייה, אלא מסתמא סבר הגמ' זמן הוה קצוב ולא שייך ע"ז למיזל בחר רובא, ואיין לומר דהזמן לא מיקרי קצוב, וכל ספק שהיה לנו בזיוזה עת היה הדבר ניוזל בחר רוב העם, אך הלא בספק חתמו ספק איין חתמו, לכך נחשב זה ספק שקול מפני שחתמו הוא בזמן מאוחר וא"כ איכא חוקה שנעמיד שנעשה הדבר בזמן מאוחר, וא"כ נאמר סמוך מיעוטא שהיה בזמן מאוחר לחוקה ומיילא חשיב זה מחלה, אך ז"א, מ"ד דהא איין ק"ל כרצנן ולא אמרינן סמוך חוקה למיעוטא, דהוה זה פלגא ופלגא, וקאמרינן רובא עדיף מחוקה ומיעוטא כמאן דליהא דמי, ועוד אפילו נאמר שזה דנתלה ברוב משך הזמן שקודם הקידושין נחשב ברוב שאיין נזמר, שיותר שיהו במשך הזמן שהיא מתנדלת להזמן מועט נגד כל המשך, וע"כ מלכופין שפיר החוקה למיעוטא והו"ל פלגא ופלגא, מ"מ מדברי הח"ס סקולרו לומר (בדף י"ב) שהראשון גמי קודם וכנסה לאחרי דל"ה חיישינן שמתחמו דראשון וינתה, ואם נאמר שבזמן שייך רוב הלא לא הוצרכו לזה כלל, דהא דראשון איין לנו לחוש מפני שזה הזמן הוא מועט נגד כל המשך, וגם איין כאן שבת חוקה דגופא לאחרי המועטא שדרכה זה מסייע ליתר, וגם הסברא השניה ששכיח הדבר בזנות שנותיה, שהרי אפשר לתלות שהיה הביאה במשך הזמן שאחר מיתה או גירוש ראשון, שלכל הפחות עשרה חודשי גירוש היה אחר מיתה ראשון ע"כ קידושי שני משום הבחנה, וא"כ יש לתלות על משך זמן הנ"ל, ולמה מרבי הח"ס שהיה הראשון מקדש ובינס לאחרי שלא יהיה שום ספק שחתמו דראשון וינתה, מכלל דס"ל להח"ס זמן נחשב קצוב ואיין נזין בזה רוב :

והנה כתבתי במקום אחר (בש"פ בתלך יוד' י"ד סי' י"ד) שיש לדון לבחורה מהא שמנינו בשקלים פ"ו והובא בגמ' פסחים ח' א' וצ"ג כ"ו א' שמונת שנתלחו בחר הבית לעולם חולין, ופירש"י שפסחוס שם ואפילו בשעת הרגל, משום דבחר רובא דסתא חולין ואמרינן לא האידנא נפל, הרי מוכח מזה לבחורה שגם בזמן חשיבין רוב. אמנם באמת ז"א, שניה שהזמן בעלמאות נחשב קצוב מ"מ המועט שנמצאו הנה פירש, שפירשו מן הזמן ולא נודע שאיזה יום פירשו שלא לפנינו, והרי הוא כפירש מן החנויות שלא בפנינו דאמרינן בזה כל דפירש מרובה פירש, וההרכתי שם עוד בגידון זה, אמנם ב"ק ד"ק שהספק הוא מתי נבעלה, וכיון דהיא היתה נבעלת עליה ג"כ הספק היא או יודעת, משבינן זה קצוב ממש ולא פירש, ובמו דחשיבין היכא שהיא אזלה לנבייהו לענין הולד, כל קצוב כמתנה על מחלה דמי, וכדאיתא (ע"ד חיישינן ע"ג) הגם שהולד הוא פירש מן הקצוב, ומ"מ כיון שהיא נאסרה נתעברה או במקום הקצובות מיקרי זה קצוב. ומועטה נראה לענ"ד שחאשה שאינו מסופקים עליה מתי נבעלה ולא אמרה לכשר נבעלתו, אם ידענו שאיזה זמן היתה במקום קרוב פסולים אלא שפסולים אותה ומנהגה, גם אם זמן יופר היתה במקום קרוב ישראל כשרים אלא, מ"מ לא חולין בזה בחר רובא, והוה כמתנה על מחלה, מחלה רוב כשרים ומחלה רוב פסולים, ונפסלת לבחורה. — ובעובדא זו דאחא לקדמנא אחרי שנראה לפנינו כתנות מלאני בזה עיפוס דקיס אדומים אם כי יש לתלות שהיו בכנות מתחלת, מ"מ יכול להיות שזה היה דם בתולים, ומלאתי בירי' (פ"א דכותובות סוף הלכה ח') תני טענת בתולים כל שהן (פ') שה"מ והק"ט אפ"י כל שהן שמאל איין יכול לעטון מעשה באשה אחת שלא נמצא לה בתולים אלא כעין התרדל, ובאת לפני ר"י בר ובי אמר לה כמותך ירבו בישראל, ועפ"י מסכתו והתריי אותה לבעלה

נשאת למי שאין לו בנים תלך שלך בכחובה, ומינה שאם נשאת למי שיש לו בנים יש לה כחובה, והגם מיירי שהטעמו לבעל ולא ידע מזה, דאם הבעל ידע מזה מסתברא שיש לה כחובה והיא נשאת למי שאין לו בנים, וכן כתב בש"ס (נבא"ע סי' קד"ט ס"ח ל"ג), שבנשאת למי שיש לו בנים אפילו לא הכיר בה יש לה כחובה, וא"ל אנו רואין שאם הטעמו לבעל בענין לערב בל תנח יודך את הפסידה כחובתה, וה"ל כשהיא מחזוה והיא עשאה בעלמה מום אז שאין חוק מקה עולה יקיים לערב אל תנח כו' שלא הפסיד כחובתה, שאם היה נחשב זה לטענה גמורה, א"כ גם אם הטעמו בזה מתחלה היה ראוי להיות שלא יהיה לו כחובה :

ואין לומר דאמרין שנשאת לשלישי בל בנים שגם אם לא הכיר בה יש לה כחובה, הוא משום שלענין מומן באמת רק בתלמא זמיני הוא חוקה, ורק לענין איסורא למי שאין לו בנים חשיבין לה' רבי דבתיא זמיני הוא חוקה, אבל בממון נחשב זה למוס לא יהיה נחשב מום רק בתלמא זמיני, ולכן בני שלישי שיש לו בנים שאין בלן איסורא לא נחשב זה מום, ז"ל, חדא דמוסיתות הסופקים לא משמע בן דה"ל לפרש שבנשאת לרביעי גם למי שיש לו בנים אם לא הכיר בה אין לה כחובה, ועוד משלשן התוספתא (ביבמות פ"ח) ועד כמה מותרת להנשא אף אשה שאין לה בנים, ויתר על כן לא תנשא אלא למי שיש לו בנים, נשאת למי שאין לו אשה ובנים תלך שלך בכחובה, מכלל דלמי שיש לו בנים גם ברביעי יש לה כחובה שהרי נקט מותרת להנשא עד שלשה ולא נקט עד שלישי, והוספתא זו אולא חליבא דרשב"ג, וכן פירש ג"כ במנחת בבורים שעל התוספתא דאחיו רשב"ג, וא"פ מוכח שדוקא שנשאת למי שאין לו אשה ובנים תלך שלך בכחובה, וזה מיירי בלא הכיר בה כמו שכתבו התוס' וכל הראשונים, וא"כ מוכח שלבני מי שיש לו אשה ובנים לא נחשב זה מום, והאי אשה ובנים מתפרש אף אשה או בנים דמי שיש לו אחת משתי אלה מותרת להנשא לו, וכי היכי דלא היה זה מום בלא הכיר בה מותרת הנישואין, כש"כ שלא היה זה מום כשנעשה בו א"כ ע"י פיעתה, שנאמר שהפסיד הכחובה עבור ששעה בה דבר זה :

ב"ב אחרי העיון יש לדון על ראהו ז', דהא מלינו דאילונית הוא מום, ומוכה מכל הראשונים שגם ביש לו עוד אשה נחשב זה ג"כ כמוס, כדאיתא ריש יבמות דמירי שיש לה לרה האילונית, וזו"ל כתבו כל הפוסקים שאם לא הכיר בה נחשב זו כמקח טעות, וכן אמרין בנתיב (פ"ו ח') הכיר בה ולא הכיר בה איכא בינייהו, הגם שהיה שם לרה לחזו של ר"ג, וא"פ אמרין לת"ק שזה נחשב מקח טעות מה שנמלאת אילונית, וכן הסתא דמתניתין בכחובה (ק"א ע"ג) דאילונית אין לה כחובה, ולא חילק במתניתין בין אם יש להבעל בנים או לא, ולכאורה רייתי לומר דאילונית אין חסרון שלה מפי שאינה בת בנים רק האילונית הוא נחשב מום גדול מפי אשר נזולה בה חסרונות הרבה שאינה דומה כשאר נשים, אבל אשמה ששתה כוס עיקרין דמיה במזוחקה בלן לה בנים משתה אנשים ולבני בעל שיש לו בנים לא נחשבה כבעלת מום, אך מדברי הנימוקין יוסף נבי לשלישי לא תנשא למי שאין לו בנים ואם נשאת תלך שלך בכחובה, וכתב שם הנימוקין, "וה"ל דק"י"ל כו' והושג דאמר מוקרא ולערב אל תנח יודך, מ"מ אין חוק מקה טעות, ואחא דלשלישי לא תנשא כתב הנימוקין", ומיהו גיטא בעי וא"פ שלא הכיר בה, דלא דמי לאילונית שאין לרביה נט בלא הכיר בה, דאילונית מקה טעות הוא, אבל זו שאין לה סימנים של עקרות אלא משום חוקה, קדושה גמורין הם, דהא אפשר שיהיה לה בנים מרביעי ע"כ, וא"כ מוכיחים דבריו שאילונית מום שלה הוא מומיעה הבנים, והא דמוקה שאינה בת בנים ע"י שלשה אנשים הוא שאני לן מחמת שאין דבר ברור שהיא עקרה, וא"כ מי ששתה כוס עיקרין שאין דבר ברור

שנעשית עקרה יחשב מום גם לבני מי שיש לו בנים :
ואחרי כושיא זאת בימותי בספרים, ומלאתי שכבר עמדו הראשונים על קישוי זה, מדוע באילונית הוא טענה גם שנשאת למי שיש לו בנים, הוא הרמב"ן בחידושו לתוס' יבמות וכן הרשב"א בחידושו למס' הכ"ל, וז"ל הרמב"ן ותמינה אישי נשאת למי שיש לו בנים תלך שלך בכחובה, שהרי קידושי טעות ודמיה לאילונית, דתנן אין לה כחובה ולא חילקו בין מי שיש לו בנים כו', וכל דמשום תלך נקט מי שאין לו בנים שמוציאין ממנו בעל כרחו, אבל מי שיש לו בנים לא תלך, אבל אם בל להוליאט וטען עליה מקה טעות אין לה כחובה דמיה דאילונית שלא הכיר בה, ודאייתו מקה מחבירה שלא כתבו בן, ואפשר לרחוק שמי שיש לו בנים אין יכול לטעון עלי' טענת מקה טעות כיון שאין בעלמה סימן של עקרות שאפשר שלא זכתה להבנות משתיין כו', עכ"ל הרמב"ן, והרשב"א בחידושו הקשה ג"כ הקישוי מאילונית, ותידיך ג"כ בחיובן השני של הרמב"ן משום שאין טענתה ודאי לכן מי שיש לו בנים אין יכול לטעון עליה מקה טעות עכ"ל. — נמלא למדנו מדבריהם של הרמב"ן והרשב"א שטעות אילונית הוא מדר שהיא מוחלטת בעקרה בסימניה, ולכן הוא מקה טעות גם למי שיש לו בנים, וא"כ ה"ל בשותת כוס עיקרין שהיא מוחלטת בעקרה הוא נחשב כמוס גם למי שיש לו בנים, שאם הטענה בזה מותרת נישואיה אין לה כחובה, ולכאורה ל"ע לו דאם נאמר שהיא שהיא מוחלטת בעקרה כמו אילונית, הוא מום מחמת הטעם שחשן אדם לקיים דברי ר"י ולערב אל תנח יודך, הא תינח למי שאין לו אשה אחרת רק יש לו בנים שייך בזה לומר דחשיב כטעות מפני שאין ראוי לקיים אל תנח כו', אבל במקום שיש לו עוד אשה ראויה לבנים, למה יהיה אלאו מום מטענת מום שאין ראויה לבנים, וכבר הוכחנו בלא דאילונית שגם ביש לו אשה אחרת חשיבין לה לטעות בקידושין מחמת מום האילונית, ונראה לומר שעיקר הדבר מה שהוא כמוס נחשב מה שאין ראויה לבנים מפני שנחשבת שהוא כשין זנות, ובסברת ר' יהודה (יבמות ס"א ע"ג) מקרא דהונו ולא יפרונו כו', ואם כי לרנאו לא ק"י"ל הכי מ"מ זילא

מלתא בעיני העולם, ולכן הוא נחשב למוס גם ביש לו אשה אחרת וגם בנים ואין לה כחובה, וכן יהיה הדון בכל שהוא דבר ברור שא"א לה להיות יולדת שלא ע"פ חוקה לחוד, כמו שנתת כוס עיקרין נחשב גם למוס גם למי שיש לו בנים וכנ"ל, וא"כ נקרא דה"ל גם אם עשתה זאת בלי ידיעה בעלה גם אחרי נישואיה הפסידה הכחובה עבור זה, הגם שחיוב הכחובה מתחלה חל עליו להשתעבר לה, ודאייה לזה נראה לענ"ד ממה שמלינו אשר נדרים ומומין שוין הם ודאחמר שם הגמ' כחובות (פ"ג ב') במתניתין שלענין כחובה בלא התנה הוא טענה שאין לה כחובה, הן אם נמלא בה מומין והן בממלא עליה נדרים שגם בהם עיניו נפש, וכמו כן איחא שם (דף ע"א ח') בנשאה שגדרה בניור, למ"ד היא נתנה אלצה בין שניהם שאם אמר אי אשפי בנשאה נדרית תלך שלך בכחובה, ועיון תוס' שם ד"ה ואם אמר אי אשפי כו', וא"כ ה"ל לענין מומין שיש בהם טענה מתחלת נישואין בטעות לפנין להפסיד כחובה, שאם היא עשאה בעלמה מום בזה אחרי הנישואין בפרה תחתיו, אם יאמר הבעל אי אשפי בנשאה כו' שיש מום הזה תלך שלך בכחובה, וא"כ ה"ל שותת כוס עיקרין כיון שהוכחנו מדברי הראשונים שגם למי שיש לו בנים הוא טענה לחשבו כטעות להפסיד כחובה, ה"ל אח"כ הפסידה כחובה בזה :

אמנם מ"מ עדיין יש לחקור בזה דהא מלינו באומרת נעולה אתי מי יהודים, הגם שהיא משקעת עלמה מבעלה מטיקרא האישות והכל יודעים כו', וא"פ ל"י משנה ראשונה יש לה כחובה, ופירש"י (יבמות ק"א ע"א) הטעם מדרסיה נפשה אכו"ע שמענין מיה שמשמש קשה לה ואיזה

דרשו בה רבים שומר פ' ד' אלז באשה זו שנטשה צם השתנות בגופה שיש מזה חשש סכנה כשתתעבר ותלד, ודלוי שלרובין לחוש לזה, ולכן לעג"ד אין ראוי לדמות הדבר רק להקדים [ואם באפשר שתשאל עוד מרובא מומחה ומוזכק ואולי יומללו לה רפואין שיושילו לה ע"פ אומדנא של הרופאים מומחים מה עוין] ובש"כ שבג"ד לא תפסיד כתובתה שהרי הוכרחה ע"י אמירת הרופא, ואם יש לבעלה גנים שכבר קיים פו"ר לא תהיה ממוינת לקבל ג"פ מבעלה כלל אחרי שלא פשעה בזה וכשתפחה שדחו :

והנה היכא שאין לבעלה גנים שמחויב בעלה לגרשה לקיים פו"ר, יש לחקור היכא שאין לה ציבור על

הדבר הזה שהיא חנוסה, ויש חשש שמא עיניה נתנה באתר [במש"כ למעלה בדבריו], כי אפשר לומר שלא מנינו לחשש שמא עיניה נתנה באתר, רק לענין היכא שעיני' תשאר אלז בעלה כמו בהא דמאמה אני לו, ובהא דטולה אני מן היהודים האמרינין יפר חלקו כן, אלז היכא שלגרשה הוא צריך מ"מ, כמו הא דמסתה כוס עיקרין ולבעלה אין לו גנים, והוא מחויב לגרשה בכדי לקיים פו"ר, ורק חששא דמאמ' עיניה נתנה באתר רק להפסידה כתובתה, יש לומר דלא מפסדינן לכתובתה מחששא זו דהוה כספיקא בפרטון והיא התובעת טוענת ברי. וגראה לעג"ד להביא רחיה שגם במקום שהיא נשאת בציבורה, ורק לענין להפסידה כתובתה גם כן אנו דנין מטעם של עיניה נתנה באתר להפסידה כתובתה, מהא דליתא ביבמות (ק"ב א') איבעיא להו גטולה מן היהודים ליבם מהו, ופירשו בתוס' שם ד"ה איבעיא וכן הוא פירוש הרי"ף, שהביא הוא אם מסקא אדעתא אזי בעת גדרה על היבם ומבקשין ממנו שיתלון ואין כופין, או דלא מסקא אדעתא וכופין חותמו שיתלון לה, וקשיא לי לפירוש זה מהא שיתעלת יהיה להיבמה במה שתחלון שכתוף מטעם זה לחלון, כיון שאסרה נפשה בתשמיש מכל היהודים וא"כ גם לאחר שתחלון לא תנשא לשום אדם, בשלמא במתינתון אחיא ספיר דכופין אותו לחלון בגודרת מיבמה שחיי בעלה משום עינוגא אידה כדי שיתעלה לאחר, אלז באמרה גטולה אני מן היהודים, הלא תישגן ותייבז גם לאחר תלניה, ומה הועלת לה בתלניה. וגראה לעג"ד לומר שהועלת הוא לענין כתובה שתוכל לגבות כתובתה, ולכן בלא מסקא אדעתא, שיש לה כתובה, כופין אותו לחלון לה ויתן לה כתובה ותתפרנס מזה, משא"כ היכא דמסקא אדעתא דמית בעל ותפול קמי יבם תשבין לנשונה אחרונה לעיניה נתנה באתר ואין נתינת לה כתובה, הגם שלענין בעלה לא הפסידה כתובתה דחפשי לו בהדה, מ"מ גבי יבם כיון דאי אפשר שהיה נותרת ליבם ע"י הפרה, תשידין לה לעיניה נתנה באתר, ודנין אותה שהיא היתה גורמת לה, ומפסדיס לה כתובתה ע"י מה שאין חולק לה, דע"כ לריך לומר שמן הרין הוא כל שאין רחיה להחייב, מוטל על היבם לתן לו כל סך כתובתה ע"י תלניה, דאל"כ גם בלא מסקא אדעתא נמי למה יתלון לה היבם, יאמר היבם למה תפסיד הכתובה ע"י שתחלון לה לטובה, אלא ודאי כל שאין רחיה להחייב מוטל על היבם מוב כתובה, ואפי"ה בתשרא דעיניה נתנה באתר מוסדינן לה לכתובתה, והבעיא שם בגמ' הוא רק לענין כתובתה. — וכן משמע בירושלמי שהיכא שלא הותרה להבעל כנון שלא תפסיד לה, למ"ד הוה נתנה אלזבע בין שיהיה הפסידה כתובתה, דאמר שם בירושלמי סוף גדרים אחיא ר' יוסי ור' שמעון (דאמרי היא נתנה אלא אלזבע בין שיהיה ואין לה כתובה) כמשה אחרונה, ואפילו תימא כמשה ראשונה מפני מה גדרה, טכ"ל הירושלמי, ופי' הפני משה ר' יוסי ור' שמעון דאמרי היא נתנה הוא כמשה אחרונה, ודחרו לומר שאין טעלת כתובה, היא מוכח דעת הירושלמי שלמ"ד היא נתנה אלזבע בין שיהיה אם לא תפסיד לה בעלה שהפסידה כתובתה מחששא שמא עיניה נתנה באתר וזל

ואנוסה היא, לפיכך יש לה כתובה, וא"כ הכי נמו בהאי איתתא ששתתה כוס עיקרין מפני לער ליה ודדומה, תהיה נחשבת כמנוסה ויהיה לה כתובה ואפילו למאי דקיי"ל כמשנה אחרונה דלא מהימנינן לה, ומיישגן שמא עיניה נתנה באתר, מ"מ הכא אין לחוש לזה שהרי מקולקלת אב"ע באמת, ובש"כ בזה שידעינן שהיא עשמה זה מפני לער ליה שחוששת שלא תהספן מכתבתה דיש לה כתובה, ולפי"ז גם בחין לו גנים הגם שמחויב לגרשה ע"פ דין ואין ראוי להחזיקה ומפקעת עממה ממנו, מ"מ יהיה לה כתובה כמו בטולה אני מן היהודים. — אך אפי"כ לענין אם אין לה גנים, נראה לעג"ד דיש לענין אם יש לה כתובה מפני שהיא חוכרת עממה עליו ויהיה מוכרת לגרשה, ויש לומר דמ"מ חיישינן שמא עיניה נתנה באתר ומתמתה זה עשמה זאת הפקיע עממה מבעלה, והיא יש לה ענה אח"כ שתנשא לאחר שיש לו גנים, וכמו באשת כהן שחיישינן שאוכרת עממה על ההניטי ותנשא לישראל, אך במי שיש לבעלה גנים שע"פ דין אין מחויב בעלה לגרשה, בזה לא שייך תקנת חכמים שלא תהא עיניה נותנת באתר כי למה תעשה זאת שתקלקל עממה לגמרי, וזאת אין יודעת אם בעלה יגרשה עבור זה ואולי ירלה לקיימה, וא"כ הדר דינא של משנה ראשונה שכל שבדחוי עושה זאת משום לער שלא תפסיד כתובתה, ואין לומר שמא היא עושה זאת שלא מתמת לער ופחד מלידה רק משום שאין רלוונה בגנים ומטעם זה לא יהיה לה כתובה, וכמוש"כ שהיא עושה עושה בעממה הוא דבר שיש ע"י קידורא לבעלה מפסדת עבור זה כתובתה, וז"ל כיון שהיא טוענת ברי שששמה זאת משום לער ליה ויש לה כתובה, ולבעלה הוה זה רק ספק שמא לא עשמה זאת משום לער ופחד מלידה, וא"כ הלא בעל הוא ספק אם הפסידה כתובתה או לא, ויהיה דין זה תלוי במתלוקת החכמונים, אם במקום שמוען הגחבע אינו יודע אם פרעתי אם גם במקום דלא הוה ליה למידע לריך לשלם (עין חומי' נחמ"א ס' ע"ה), וגם להפוסקים הפותרים בחין יודע אם פרעתי במקום דלא הו"ל למידע, מ"מ הכא נראה נפשה בעקבתה שחייב לשלם כתובה, דמא בגליס לדבר ביותר שששמה זאת משום לער ופחד לפי דעות הדיון, וכן יש להעיר מהא דליתא בגמ' יבמות (ס"ה ב') גבי הוא אומר אפלת בגו עקר והיא אומרת לא אפלת משום דאי איתא דאפלה נפשה בעקבתה לא הוה מוקמה, ובש"כ בג"ד שתינה עושה צדיבור לצד רק גם במעשה עשמה עממה לעקרה, ודאי דיש הוכחה שהיא אמת שטועה זאת משום לער ופחד ליה ולכן יש לה כתובה, ואין בעלה יכול להפסידה מספק ומהו הכותבה נשאר בחוקתו :

ועתה

לענין הגירון ששאלתי אותה כמ"ד ע"ז, והנה לעג"ד נראה שרשות בעלה כיון שלפי אמירת הרופא שתתעקר, גם בלעדי רשות בעלה כיון שלפי אמירת הרופא יש בזה חשש סכנת נפש, וש"כ לא תכח הני"ס אלז בעובדא דריוה לגבי לער ליה, ועובדא דמיימו הני"ס בדביחתי ור' חייה שמ"מ הוחזקה לחיים גם בלידות הראשונות, ולכן כתב שריכה רשות בעלה או שיוכס אלא לקבל ג"פ, כאשר בעלה ירלה לשר (ולענין הכתובה יהיה הדין כמש"כ קודם), אלז בג"ד ע"ז בזה שהתמה מכל הנשים היינו שנקרע השלפוחית, ולפי אמירת רופא מומחה היא בחשש סכנת נפשות כשתתעבר ותלד, ומנינו אשר חוששין לאמירת הרופאים גבי סכנת נפשות לענין ויה"כ אפי' בהתעלה חר לגבי חר, וא"כ ודאי שאין רשאי בעלה לעכב ע"ז. — ולענין ראה שאין בעלה רשאי לשמש בעלה כל שלא לקחה רשותה שלא התעבר כן יגרום לה סכנת נפש כשתתעבר, וכדעת ר' מאיר בשלם גסי' ביבמות (י"ב ב') וכמו שאמר ר' אליעזר (ל"ד ב' סג), וע"כ לא פליגי רבנן ואמרי מן השמים ירחמו, רק במה שכלל טעם העולם נובעם בזה וכוונתו ע"ז ולא נעשה א"כ השתנות, [וכענין שאמרו חז"ל בשבת (ק"ט ב') והאדנא

ולא מחייבין לבעלה מפני שלא הפך לה, הרי אנו רואין שנס במקום שלא הפך לה שמחייב הבעל לנרשה כדי שלא יהא שרוי בלא אשה, מ"מ אין לריך לשלם לה כתובה, והיא אינה נוטלת כתובה ע"י טענת ברי דידה, שהיא עשתה וזאת שלא מנעם עיניה נקמה באתר רק מטעם שקשה לה התשמים, רק שע"פ משנה האחרונה כיון שחשודה האשה בכך, הדרין לכלל שכל שלמינו היא נרמה הפקעה מבעלה, אין לה כתובה, ובעל כה"ג מפסידה לגמרי, וביבס אין שייך להפסידה לגמרי שהרי כתובהה בא לה מן בעלה שמה, רק שאין יכולה לבוא לדי גיבוי הכתובה כל ימי חי' היבס קודם החלילה, ודו"ק בזה :

סימן יג

אשר כתבתי לכבוד ידירי הרב הגאון כו' .

ברבר אשר כתב כת"ר בהמבואר (נאה"ט סי' ז"ה) באשה שישבה זמן ארוך בציוה בעלה שבוראי כלה הקרן, שני דיעות בזה, ובמקום שלא השביחה כו"ע מודים שהין גובית כתובהה, ובמקום שיש הקרקעות, העיר כת"ר להא דאיתא בגמ' בכחויות (ז"א ז') בזה דקטיגא דאבי דאמרינן מלוה קטביר, והביא תשו' (ח"י סי' ק"ז) שהיבא שקבלה לפרנסה אין שייך בזה לדרק וחסד, וכ"ל נכונים בזה, אך במה שכת"ר יאל לידון בדבר חדש שנהי שבלה השויו של הקרקעות שנשאר מבעלה המורשים בבחינת מונוות, מ"מ יכולה לבוא אח"כ לתבוע כתובהה מהקרקע, והביא כת"ר ראי' ע"ז מהא דהגמ' בעי למימר בכחויות (ז"א ז') שמוכרת למונוות מחזיר ותערוף לכתובה, ורק מאס דקבלה אחריות דנפשה לפי שהיא בעלמה מוכרה, אבל בנזקק שהיורשים מכרו ונתנו לה מונוות, או שלא מכרו כלל ונתנו לה מונוות, יכולה לגבות מהקרקעות הכתובה עכ"ל, לעג"ל לא היבא לומר כן, וסברתי הוא שכל שנתנו לה היורשים מעות למונוות כדי שיווי הקרקע, ומטללין לה נמאח"י שיהיו מחייבים משום מזה לפדוע חובות מוכרה, הוב כללו אמרו לה מופרש דהוא דמי דארעא, וכזה דאבי דאמרו ליה דמי דארעא קטיגא, וממילא חשוב זה קבלה מוכר בעלמה למונוות דאמרינן אחריות דנפשה קבלה עליה, והדרבה לעג"ד יש מקום לומר דאפילו למאי דבעי עליה ליימאר שחורות ויורשת לכתובה, מ"מ בנתנו לה סתם מעות ע"מ הנזואא ת"י ולא מכרו לאחר עדיפא, שקורא במכרה לאחר כיון שמיניו שלוקחים דארעא ליומא, ורק על האחריות שקבלו בפרוים סומכין על זה, אמרינן דחוזרה ויורשת לכתובה לפי שהיא לא קבלה עליה אחריות, וזה שני חובות המה כתובה ומונוות, ודמי כאלו אחר בא לערוף מזה, משא"כ במקום שנתנו לה סתם מעות ע"מ העזובן שגזואא ה", בזה נאמר כל שתבוע לערוף מהס נראה שתעטרך להחזיר המשנת שקבלה מהס, ואם שלא אמר זה בכתוב' מ"מ נראה שיש מקום לומר כן. אבל זאת נראה לעג"ד ברור שלמאי דמסקין דאחריות דנפשה קבלה עליה, ומוכרת למונוות לא ערפה לכתובה, וממילא כל שקבלה מהס מעות למונוות דמיא כאלו לקחה מהס בפרוים על הקרקע ומכרה להם השיעבוד שהיה לה על הקרקע, וביון דאחריות דנפשה קבלה עליה ממילא אי אפשר לה לגבות מהס הקרקע לכתובה :

ובש"כ כת"ר שאם הם בעלמם מכרו למונוות ובלקו לה המעות למונוות ויכול לערוף מלקוחות לכתובה, וכו' שכן מוכרח מוד' הגמ', וכן דייק מדברי ה"ע"ז ממש"כ (בס' ז'ד סי' ק"ה) וגראה דאפילו מכרו ב"ד בשבילה הוב כאלו נמרה ויהא ליה כו', ומנעם מהדרין, כאלו מכרה היא'

היינו, שלא נחשב כמכרו היתומים, עכ"ד. והנה מלתא דפשיטא לכת"ר, לדדיד ז"ע טובא, כי נלע"ד שאם היתומים מכרו בבורה בשביל מונוות שלה, נחשב כאלו מכרה היא, דמה לי הב"ד ומה לי היתומים בעלמם, כל שנתשה בשבילה חשוב כאלו מכרה היא, דבאמת יוחיז אף כל שהיתומים מכרו נכסי אביהם בסתם לדעת הרמב"ן והרא"ש וביעמם המיבא בחו"מ (בס' ק"ז פט' ד') שאין גובים מהס, ומשום דעל תשלומי דמי המכירה אין מוטל עליהם שיעבוד דלאו הני מעות שביק אבואון, ואך אם מכרו ב"ד שאני משום דחשיב זה כאלו הגבו לה, ולכן הדין במוכר הלוה לאורך תשלום בע"מ מוקדם, בע"מ מאוחר גובה מזה דבאי' בחו"מ (סי' ק"ד סוף ט'), אבל כשמכרו ב"ד לאורך בע"מ מוקדם אין בע"מ מאוחר גובה מהן, משום שכל ש"ד מכרו חשוב כאלו הגבו ב"ד להבע"מ ומכרו בשבילם, ונראה שקורא אם הלוה בעלמו מוכר נכסיו כיון שעליו רמיא מזה פרטון מובטו, שפיר אמרינן שהוא פרע משלו להמוקדם ממילא נשאר שיעבודו של המאחר על הקרקע, אבל היבא שהיתומים ימכרו קרקע אבואון בשביל לשלם להבע"מ מוקדם, שפיר יש לנו לומר שחשוב זה כאלו הגבו להבע"מ הקרקע ובשבילם מכרו הקרקע לשלם להבע"מ, לדעת הסוברים שאין חיוב על מעות הנקח עבור הקרקע, ובאשר באים היתומים לשלם מגלים שהמכירה הוא בשבילם, ויתפסד כאלו הבע"מ בעלמו מוכר להקונה ע"י היורשים :

ובענין אם היתומים משלמים בעלמם סתם להאשה עבור מונוות, במקום שאין מטללין שנשאר מאביהם רק הקרקע, שכתבנו למעלה אשר זה חשוב כמכרה היא דאמרינן אחריות דנפשה קבלה עליה, נראה לעג"ד להביא ראיה לזה, דהנה מלאחי בשיטה מקובלת למס' כתובות (גדף ז' ח"י) באיביעיא דמוכרת למונוות מהו שתרופך לכתובה שמביא סס בשם הרא"ש, איבא למימר דמכרה לכתובה שפשיטא ליה דאינה טורפת לכתובה, דשמוכרת למונוות לקוחות הוא דאפסידו אנפשייהו דה"ל לשוירי בנכסים כדי כתיבה, אבל כשמכרה לכתובה היו סבורין הלקוחות שתקבלה כל כתובהה, או שמה הוא הדין דמספקא ליה במוכרת לכתובה כיון דטעמא משום דלא קבלה אחריות עלייה, ומשום דאמרי כולה סוגיא במונוות נקט מוכרת למונוות כו' עכ"ל הש"מ שהביא בשם הרא"ש, וכן מלאחי ג"כ בתוספי הרא"ש על מס' כתובות ג"כ בזה"ל ממש, וא"כ לפמש"כ הרא"ש ומוכרת לכתובה היתה יכולה לערוף לכתובה הנשאר לה, רק משום דקיי"ל למסקנא דאחריות דנפשה קבלה עליה, וא"כ יש לנו הוכחה חזקה לסברתי שכ' שכל שהיתומים נותנים להבע"מ ואין עליה דין מזה, כגון שלא נשאר מטללין ונתנים עבור הקרקע, הוב בכלל אחריות דנפשה, ממה שהיבא שלא נשאר מטללין רק שנתנו היתומים משלהם, גם שלא אמרו דמיא חמשין דמי דארעא קטיגא הוא אין יכול לגבות הבע"מ מהקרקע עבור חזי חוב הנשאר, וא"כ יש לדרקק לשיטת הרא"ש ששבור איתו החוב היה ג"כ יכולת לערוף עבור הנשאר, רק שמשם דאמרינן שאחריות דנפשה קבלה עליה אין יכולת לערוף, וה"כ למה לא יהיה יכולת ביד הבע"מ לערוף עבור חזי החוב הנשאר, אלא ודאי שכל שהיתומים משלמים משלהם להבע"מ עבור המגיע להבע"מ, חשוב זה ללקח מאת הבע"מ מה שנתנה עבור שיעבודו, והוב בכלל אחריות דנפשה שקבלה עליה וכמש"כ, ואפשר דערוף מיניה שאין לריך לעצמא דאחריות דנפשה קבלה עליה רק שהנוות יתנו רק עבור הקרקע וכנביה לידה חשוב זה. — ויש לי לכתוב בזה"ל ראה על יסוד שנתנה עבור שכל שמשלמים לבע"מ גופא עדיפא, ממש"כ השיטה מקובלת, היבא שבע"מ מאוחר נתנו היורשים מעות ואמרו לו דמי דארעא קטיגא, וא"כ אם בע"מ מוקדם יערוף מיתומים הקרקע

הקרקע או לרוך הבע"ח מאוחר להחזיר המעות בחזרה, וכן הביא בשם הרמב"א, ונימוי אגן בזמכרה למוזגות, אם בע"ח מוקדם יטרוף מאת הלוקח ודאי שלא התטרך לסלק להם המעות בחזרה, משום שאין כאן אחריות דנפשה רק זה הוא אחריות דאחריות, ולמה הבע"ח מאוחר מוטרך לסלק המעות בחזרה, הלא מוכח מזה שהסדרה נכונה כמוש"כ מוקדם שכל שלא היה בחזרה מבינה אחריות שהתשלום הוא נכונה, וכל שהגביה בטלה התשלום ג"כ בטל מלמפרע, וע"כ כשהבע"ח מוקדם יטרוף ומבטל הגביה דבע"ח מאוחר שמה שגבה לא גבה, ומיילא לרדך להחזיר המעות :

ורברי הרא"ש הג"ל דהתא לידן ז"ע לעג"ד כיון שמכרה לכתובה הלא כח הכתובה ללוקח זה, ואיך תטרוף עוד לכתובה גם לולא העטם דאחריות דנפשה קבלה עליה, הא אפי' בשני בע"ח שזמנם שיה כל שקדם אחד וגבה גבה, כש"כ בחוב אחד שנגבה ממנו מחלית חובו היחיד יח' חפסטר לטרוף עבור מחלית חובו השני, ואין לומר דלא אחריותן שלהלוקח מבע"ח דין כח בע"ח זה לו, א"כ היה ראוי שיהיה כח גם לבע"ח מאוחר לטרוף מלוקח זה, והרי פסקוין בחו"מ (סי' קד' ע"ג' מ' ונסי' ק"ה ע"ג' ה') שכל שב"ד מכרו לזרדך תשלום לבע"ח מוקדם אין בע"ח מאוחר יכול לגבות, ועיין בסע"ע שם שכתב הדל"ס קיימותו מוצ"ש שמכרו לו כדי לשלם להמוקדם כאלו הוא ביד המוקדם, וא"כ ה"ג יהיה בשני חובות שזמנם שיה ביום אחד שיהיה הדיון שכל שהגבו ב"ד לאחר מה שגבה גבה, ומיילא הדיון כל שב"ד מכרו כדי להגבות לאחד דמה שגבה גבה, ומיילא אין יכול הבע"ח השני לטרוף מלוקח, ואיך יהיה יכולה לטרוף בעד חוב הנשאר מההכתובה מה שנגבה להכתובה, וא"כ דברי הרא"ש תמוהין בזה לעג"ד. — וכדי לישב דברי הרא"ש, נראה לעג"ד לומר דהרא"ש סובר שמכירת האלמנה למוזגות, אין בזה מדין גביה שיהיה נחשב כמו שכתבה ראוה"כ וגבה, רק היא בזה בחזרה שלוחן של היתומים למכור, כי כן נתנו לה חו"ל רשות בזה ותשוב זה כאלו היתומים מכרו, וקלה הכונה לזה מיסוד האיביעיא דמוכרת למוזגות אם תוכל לטרוף אח"כ לכתובה, ואם נלמד שמתדן גביה אחריות על מכירתה הא קי"ל בע"ח מאוחר מה שגבה לא גבה, ומוזגות גביה כמורה בחוב מאוחר הוא, וכיון שמה שגבהה לא היה גביה כלל, הלא לרובה הדין להחזיר המעות שלקחה עבור מכירתה למוזגות, דיון מוכר שאינו שלה אחרי שהגביה נתבטל למפרע, לכן דייקוין מזה שאין מכירתה של האלמנה מטעם גיבוי הוא רק שהיא שלוחן של היתומים למכור, וכיון דאחריות על היתומים ממיילא תהא יכולת בידה לטרוף לכתובה, והמכירה הקדומה תשאר מקיימת באחריותה על היתומים :

היוצא מכל האמור, שגראה בענין זה ש"פ הכרעה החוות יאר' שבענין בזה לא נובל לומר שהיתומים מזה קעבדו, רק אחריותן שמתחמת משלמים לה עבור הנשאר ביום הנכסים על צדיקים המרויח, ואין ביכולתה לגבות כתובתה מהנשאר תחת ידם, אחרי שכל שילמו לה עבור כל הנמולא ואחריות דנפשה שיק עליה ודו"ק :

סימן יד

באלטרומאנן ג' ב' רסו חרס"ו

כבוד הרב הנאב"ד דק"ק

ע"ד אשה אחת עניה שבאה לפ"ק, ובידה היה כתב פטור מכת"ר שנתגרסה אשתקד ומבטלה יתקן לצי המכונה

הירש בן יעקב, ובעלה המוגרש. הג"ל הוא יליד פ"ק באלטרומאנן וכאשר ראו הפטור, עמד ע"ז ידידי הרב הגאון מוה"ר יוסף ד"ר דפס, אשר ידוע לו שבעלה כשהיה פה, היה שמו רק לצי לבד, וכתבתי זאת להרה"ג דק"ק שנסדר אללו הג"פ, והשיב לי ע"ד הפטור שנתתי להאשה מינא בתי יעקב, עובדא הכי הוא שבעלה המוגרש קודם שגשאה פ"ק בא ללא, והיה בידו כתב משהש ב"ד מרבני ווילנא בלידך הגאון מוה"ר יוסף ק"מ מ"ל דסס, שלפנייה גירש אשתו והיה כתוב שמו יתקן לצי בן יעקב, ועפ"י הרשמי לסדר קידושין שלו, וכן נכתב בכתובה, ואחרי שגם או שלשה שבושות בא לפני לגרש אשתו שגשאה כאן, וחקרתי אללו אם נקרא בשני השמות יחד והמר לי ששני כל נקרא בשם הירש לבד, ורק לתורה עולה בשם יתקן לצי וענין השם הטפל כותבין ע"פ עלמן, וע"כ סידרתי הט' יתקן לצי המכונה הירש ע"כ, וראוי לחקור בוויילנא אלל הגאון מהר"י כ"י מ"ל דוויילנא, שבדאי נתחקו בשם הזה בוויילנא כי אמר שר שם כמה שנים, וגם לפני ארבעה שנים היה בפ"ק והיה נקרא דער ווילנער מוגרש, ודרש ממני הכרעה דעתי בזה, וזה אשר כתבתי לו בע"ה :

והנני אומר בזה, לפי"ק הוא שהחוק עלמן (ע"פ כתב התעודה) להקרא לתורה בשני השמות בידו בשם יתקן לצי, וא"כ הדיון הוא כחבר שיש לו שמות בשני המקומות בפה היה שמו שם הקודם שלו לצי לבד, ובוויילנא החוק בשם יתקן לצי עלתה בו לתו', ובכונן זה כיון שבא למחניכס והחוק את שם הקודם שלו יתקן לצי כמו שנקרא בוויילנא, הגם שלא היה במתנס שלשים יום בחוק או, הא מבוחר בס' (ק"ב סיפ"ק ג"ב) מי שיש שמות או שגבול או' ביהודה והוא ואשתו במקום שאין מכירין בו הלא בשם אחד, בין שהוא אחד משמות הללו כו', לכתובתו לרדך לכתוב כל השמות שיש לו, ואם לא כתב הלא שם הוא ואשתו שם כשר, וא"כ ה"ג בנ"ד כיון שכתב במתנס שהוא חסד הכתיבה והגתיקה השם שהוא החוק אליכס בו לשם הקודם שלו שכתבו בכתובה (ויבואי עלה לתורה במתנס בחזרו העת קטן שהיה במתנס פעם אחת או שתיים) והוא השם שהחוק בו בוויילנא, הגט כשר :

ולכאורה יש לפקפק ולומר אולי אימתי בני בכתב במקום אחר אחד מן השמות, כשהחוק שם בחזרו העיר בשם שם שלשים יום, אבל כאן שלא החוק במתנס שלשים יום, לא בני בשם אחד מן שני השמות ולרדך לכתוב שניהם ויהיה זה לעיבוב, אמנם נראה לעג"ד שזה יצוי, חדא כיון שבא עתה למתנס ממוקם השני שהחוק בשם יתקן לצי, נוכל לומר שזה העיר (הוא מתנס) היא מתחברת עם אותו המוקם, ובס"פ נכתב החוק בשם זה יותר משלשים יום, ונימוי אגן אצו בעיר אחת שיש בה כמה רחובות אם עשרה ימים היה במקום זה ועשרה ימים היה ברחוב האחר, הדי נלמד שלא יעשרו כל המקומות בחזרו העיר שישב זה החוק בשלשים יום, ובמה חלוק שני עיירות אחרי ש"ה בלי הפסק החוק רק בשם זה, ובלא"ה נראה לעג"ד כיון דמתמא קתי בצדיקתא הובא גימ' גיעין (ל"ד ע"ג) ילא למקום אחר וגירש באחד מהם מגורשת, ומדנקט לה שמתא, משמע בכל גונא מגורשת אם ילא במקום אחר אפילו לא נשתתה שם שלשים יום, ועיין פ"ח (בס"י ק"כ ס"ל ל"ד) הביא בשם הגט מקושר שיש מקנה שהלך האשה עם השליח למקום אחר כו', וכחכ שכתב"ל לא בעינן שלשים יום, וכן נראה ג"כ דעת החתם סופר (ח"ק ו' סי' מ"א) וז"ל שם, כל שהחוק ל' יום בעיר כו' אין חוששין כו' כדי לרמות ולעשות קטוילא, לכך בעינן שלשים יום, משא"כ באדם הבא לפנינו ורואה להחליף שמו, הלא מעשים בכל יום משמשים של חולים כו', וע"כ לא נכתבו רק במת בחזרו היום, וקודם מותו אחר שיני

שינוי השם נכתב הגט, בזה נתחבטו או חיישין לאותו השם כיון שלא נקרא בו עדיין, אבל זולת זה שלשים יום מאן דבר שמה, ע"ל. וא"כ לפי דבריו כאן ב"ד אין ענין שלשים יום, לכן ביאא למקום אחר וגירסא בחדר מהם שהחזיק בעלמו צבואו לשם אחר שנתחבטו במחמת, כיון שהוא בא והחזיק עמו בשם אחד לא בעינין שלשים יום, א"כ ה"י ב"ד שהוא החזיק עמו בשם הקודש שלו יחזק לבי, בזה שאל עם כתב רחיה על המעשה ב"ד שהעידו על פטורו בשם זה, וכן נכתב בהכחשה וקראוהו בכתובה בשם זה, וקרוז הדבר שמתמלא אחר ששאל קראוהו במחמת לתורה לכל הפחות פעם אחת בשם זה, הרי הוחזק שם לקרותו בשם הקודש בשם זה, וספיר ים לו דין של (פטיף י"ב) מי שיש לו שני שמות והוא ואלתו במקום שאין מכירין אלא בשם אחד כשר, גם שלא נקשהה שם שלשים יום :

שם טפל, ושם לבי לבד נחשב בכתיבת הגט ושם הירש שבו מתקשר הגט נכתב בגט זה, ולכן לא גרע זה מחילוי נכתב שם הירש לבד שהיה כשר בפשוטות כדון מניחה שהכל קורין בו, ומה שיש כאן ריעותא משום שנכתב שם יחזק לבי לעיקר, וצאמת אין נחשב רק לטפל לגבי שם הירש שהוא מניחה שהכל קורין בו בכל המקומות, וגם ניתן מעריסתו, אבל שם יחזק לבי נקרא בו לתורה ביוולגא וצמתם בזמן מועט שהיה שם, וגם אינו שם עריסתו לא נחשבו אותו רק לטפל, והורע בזה הגט שנכתב שם טפל קודם לשם עיקר, הנה בזה קי"ל לדינא (ש"ע) שם ששם נכתבו שניהם בגט אין הפרש בין שכותב זה ראשון או זה ועיין פ"ח (שם ס"א ו'). — ומ"מ גם שאנו מדמיין בסבדלר זו, יש מקום לבע"ד לחלוק ולומר שגם שאלם היה נכתב שם הירש לבד היה כשר מטעם הניחה שהכל קורין בו, מ"מ כיון הגאון בעל מורה שלמה שלו, ונכתב רק הטפל מן שם הקודש, ושם הקודש שניתן לו מעריסה ונקרא בו לתו' לבד במקומות אחרים לא נכתב, חשיב זה כשינוי ולא כמו שלא נכתב שם הקודש כלל, וסבדלר כיו נראה שכן הוא מהתפק בזה הגאון בעל מורה שלמה הובא דבריו בפ"ח (ש"ע ה'), בגט שנכתב שם אבי האשה אריה המנונה לבי, והיה לו שני שמות בשמו הקודש יהודא וגם אריה יעוש"ה, וכתב שאלם היה נכתב רק לבי לבד היה כשר בפשוטות רק בסתפקו שם ממת שנכתב שם אריה, וכיון שקורין אותו לתורה בשם יהודא גרע, ומדמי זה למי שיש לו שני שמות ונכתב רק אחד מהם, והמורה שלמה שכתב בגט ה"ל עמו משום שהיה זה רק באבי המהמרה, אבל במהרה עמו אם היה דבר כזה לא היה מיקל מטעם זה שנכתב התיבה שהכל קורין בו, וא"כ ללאורה ל"ע בג"ד. אמנם נראה לענ"ד, אם ביוולגא נקרא בקביעות לתורה בשם יחזק לבי כאשר אמר בעת סידור הג"פ כיון ששיבטו ביוולגא הוא מאוחר מעט שהיה פ"ק, וגם במקומם היה נקרא „דער ווילגער מולער" גם מקודם, וא"כ אין כאן ביה מחוש, כי השם נקרא בו ביוולגא ל"ס שהחזיק עמו שם בו לעלות בו לתו' חשב הוא שם עיקר, יען שהוא בעלמו שינה שמו בכונה, והוא נקרא על שם א"ש ווילגא, וגם יש לנהר בזו הסבדלר שהובא (בפ"ח) שם ב"ק ה' בשם הגאון המהר"מ מצריסלר לפי ששם אריה נכלל בשם לבי הנכתב יעוש"ה, וה"י ב"ד שם לבי לבד נכלל בשם הירש נקרא בו ונכתב בגט, ויחר הסבדלר שז"ק הגאון ה"ל ש"ך ג"כ בג"ד יעוש"ה :

ויעין

בספר גט פשוט (פי' ק"ט ס"ק ז') שהביא הרבה דיעות הראשונים והאחרונים בכתובה שמו בחלו וצא לכתוב תומ"י גט, והטלה לזמקא שאם פטרו ג' או ד' ימים אחר שינוי השם ונתפרסם שם השינוי, יש להסתפק איזה שם עיקר ולבחילה לר"ך לכתוב שני גיטין, ודיעבד שלא כתבו רק גט אחד הכריע אם כתב שם הראשון עם כל שום (וכמה שהפרדים) והן אם כתב שם השני עם כל שום כשר, ומסיים בסוף דבריו שיראה לו שכל שלשים יום הוא ספק ומשלשים יום ואילך הוא מוחזק בשם שני, עכ"ל בקלה. והנה למדנו מתוך דבריו, (א) שגם לענין שינוי הגזכר בדבריו שסובר עדין שלשים יום הוא רק לענין חשך רמאות. (ב) שז"מ הוא מהתפק אולי חשב נשתנה שמו גם בתוך ל' יום כיון שנתפרסם שינוי השם א"כ שאל החזק בו. (ג) למדנו בזה שמקשר דיעבד גם אחר ב' ימים או ג' ימים אם כתב בשם השני עם כל שום כשר דיעבד, וכתב העטם בזה משום דהוה הפק ספיקא, שאם כתב השם שאין ידוע ביותר עם וכל שום הוה בזה מחלוקת להרמב"ם פסול ולהרא"ש ויור כשר, ועוד שזאל נחשב שם השני לעיקר תומ"י כיון שנתפרסם שינוי השם עכ"ל. וא"כ חזינן שזה מופיעט ביה ליה לה"פ שנתבט לשם טפל לכל הפחות תומ"י גם בתוך שלשים יום, ולכן ב"ד נראה שהגט כשר לכ"ע ומשי עמימים, גם שאם נאמר שזו שיש לו שני שמות ביאא למקום אחר וגירסא בחדר מהם שמנורשת, שהוא דוקא אם הוחזק בשם זה שלשים יום, אבל בפחות משלשים יום יהיה לעיוב שז"ך לכתוב שני השמות. ויחזי אגן מאיזה טעם הוא, ולר"ך לומר שכאן לגבי מקום המדש חשיבין שני המקומות כמו מי שיש שקורין לו כך ויש שקורין לו כך וכל שא"י אפשר להכריע מי הוא הרובא ומי הוא השורחא שז"ך לכתוב שניהם, ואם נכתב רק אחד מהם נאמר שיש כאן חסרון שמו בגט אף שלא נוכל לקרותו שינוי השם, שז"מ שמו הוא זה, אבל מולד חסרון השם של המהרה לגבי אותו המקום יהיה עליו חשך פסול, ולכן כיון שנכתב שם הירש בגט שזה השם נקרא בו בפ"י כל בכל המקומות, ואילו שם זה לבד היה נכתב בהגט היה כשר לכל המקומות שהרי בכל מקום הוא מניכחו שהכל קורין בו, ושם יחזק לבי א"ך שהוא, מ"מ נחשב לשם טפל. (ה) מולד שביוולגא נקרא כן לעלייתו לתו' ולשאר עמימים שמתבט שם הקודש. (ו) גם במחמת שהוחזק פחות מול' יום, לכל הפחות שם טפל הוא מיקרי גם בפחות מול' יום, שהרי הוא החזיק עמו בו דלוינו במחמת ששם זה לא נתען הפטור שלו, ואולי היה לו איזה כוונה שמתבט אם החזיק עמו ביוולגא לרובים שאלו המנוח יחזק על שמו, וכבר הוכחש מדברי הג"פ שגם בפחות מול' יום בשינוי השם מיקרי זה שם פורחא, נמלא מה שנכתב בגט היה שם יחזק לבי לא יקרא זה שינוי השם רק שנכתב

אך

מה שיש לעיין בג"ד לפי שלא נתברר לנו אם הוחזק באמת בשם יחזק לבי בקביעות לעלות לתורה בשם זה ואין לנו רק הכתב מעשה ב"ד מרובי ווילגא, והנה באמת לבד הנאמרות שלו, יש להסתפק אולי שם בהג"ס נכתב שמהו שם לבי לבד ג"כ ובכתב המעשה ג"ד כתבו רק אחד מהשמות שיש לו, אך מעיקר הדין כתבו הפוסקים ששם טפל כותבין ע"פ עלמם וכיון שהוא אמר שכן נקרא בעלייתו לתורה ודאי דמהוין, אך יש להסתפק בג"ד כיון שמתחזק ריעותא, שהרי לא הגיד זאת אחר מאלו היה עלייתו לתורה בשם לבי לבד וכן הוא שם עריסתו, מ"מ לא הורע בזה חוקתו כי יכול להיות שאללו הוא דבר פשוט כי השנים האחרונים הוא אללו מחשבים לעיקר, ועליהם אמר שהוא נקרא בעלייתו לתו' בשם יחזק לבי, ובאמת מולד הסבדלר הפשוטה דרזי להיות המהרה לאתן בזה שאומר שזה שמו, ובזה הוא כשר לגרש אשתו, אחר שבידו לגרשה בגט כשר, וכיון שאומר הרי זה ניטך וכו' תהיה מנורשת וזאת הוא גלוי לכל ששינוי בשם הוא ריעותא בגט, וכיון שהוא אומר שהוא גט כשר יען ששמו כן הוא כאשר אמר ובכתב הגט ודאי ראויה להיות נאמן, שהרי בידו לגרשה, והע"ג דאגן קי"ל לדינא בצעל שאמר גירשתי את אשתי שגם על להבא מוששין להחמיר ואין ממירין לאשתו, הא כתב הרשב"ם ב"ב (ק"ה ע"א) ד"ה ואגן אשתי

ניקום ונסמוך דעטעמא דחושפין גס על להבא שלא יהיה נאמן
 מה שאומר גירסתו את אשתו משום דאי איתא דגרשה קלא
 אית לה, וכן כתבו מהו' (ק"ד ז' ד"ה או), אבל היבא
 דליבא היא ועמא ודאי דמן דהון נאמן הואיל שבידו לגרשה
 גבט כשר, ועד כאן לא אמרין דחושפין בלית שבה לגרשה
 אשתו שמה אין זו שמו, משום אהני חושפין שמה עשה
 קנויאה לגרשה אשה אחרת שאינה אשתו, אבל כל שידעינן
 בודאי שגירסה לאשתו, רק שחושפין אנו ומסתפקים אם מנרשה
 בשמות האמתים שלו או אולי אין אומר אמת בשמותיו, מאין
 לנו חשש זה אחרי שדנין שכל שבידו נאמן, ובאמת גנמ'
 (ב"ב קפ"ו ז') לא הוצרכ דין זה דרעינן ויבא מוכינן שזהו
 פלוגי רק בכותבין גט ליתא אע"פ שאין אשתו עמו, משום
 שחושפין אנו שמה יגרש בו אשה אחרת שאינה אשתו, אבל
 כל שידעינן בודאי שמגרש את אשתו גרשה שאין לריך שיהיו
 מכירין שזה שמו, שנאמן הוא עלמא כיון שבידו לגרשה,
 וכן ברמב"ם (פ"ג מהלכות גיטין הלכה ג') הוצרכ דין זה שיהיו
 מכירין ג"כ גבי כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו, אלא
 שמרן הב"י כתב בספרו על העור (בס"י ק"פ) ד"ה וכותבין
 לו גט שמו, וכתב שם הרב"י שמוכרי הרמב"ם (פ"ג מהלכות
 גיטין) למד דין זה, דאע"ג דהגן ובלבד שיהיו מכירין כו'
 גבי כותבין גט לאיש אע"פ שאין אשתו עמו איתניה, לאו
 דוקא הוא דה"ס כשאשתו עמו דלא שנה, ודברתא אשמינן,
 דאע"ג דמקלין לכתוב גט לאיש בלא אשה, אבל לענין
 ההיכרח לא מקלין כו' עכ"ל הב"י ינו"ש. ולפע"ד לא זכיתי
 להבין דבריו הק', מאי רתיב מיייתי מדברי הרמב"ם גבי
 שטרי ממון, ששבלמא תהא גס שנייה לפנינו המוכר והלוקה
 או המלוה והלוה שמה קנויאה אם עושיה המוכר והלוקה או
 המלוה והלוה ויוליא השטר על אחר ברבות הימים, אבל
 בלית אשה המתגרשת לפנינו במקום שידעים אנו שזו היתה
 אשתו עד עתה ועכשיו מגרש אותה לפנינו, מאי ניוסא לה.
 מ"מ אחרי שמרן הב"י כתב כן, ההכרח מוטל עלינו לבטל
 סברתו ונאמר שגם גבט יש לחוש בלית אשה הבאים
 לפנינו להתגרש שמה קנויאה עשו שניהם לפעור אשה אחרת
 שמה כשם אשתו, והפעל של אותו האשה שם אחר לו והיא
 מגרש עמה על שם אותו האיש, ובהסכם האיש ואשתו זו
 נעשה ההערמה, וכענין הערמה שחיישין במלוה ולוה או
 במוכר ולוקה הבאין לפנינו, אך לפי האופן שנהוג אללנו
 שהגט נשאר ביד ב"ד אשר לפנייה מתגרשים, וזאת ודענו
 בבירור שזה הוא אישה וזו אשתו ולאחרת לא יגנן רתיב,
 בזה רק הספק אולי לא אמר שמתו באתם, ודאי דהין לחוש
 לזה מדינה, ויש להפעל נאמנות, וכמו דמהוינן לו לומר שיש לו
 בנים משום שבידו לגרשה וכמוצאר בזה"ע (סי' קפ"ו ע"ד ו') :

(כלל פ"ב סי' א') שמעטע מהתם שיש לו נאמנות גם שיש
 כאן אף לפנינו (הב"מ לא הוכר מדברי הפרישה שם ס"ק
 כ"ד שהעיר זה בדברי העור שמציא בשם הרא"ש דין זה
 וכתב שיש לחלק משום דרגלים לדבר) ומוטעם זה כתב הית
 מאיר שתיקר הדיון הוא כדעיה הראשונה שגם ביש עדים שיש
 לו אחים נאמן משום שבידו לגרשה, ועל דברי רשב"ם נשאר
 בל"ע. — ולעני"ד נראה לתרן דברי הרשב"ם מלד חומר
 הקושא בסתירת דבריו, שקורא בענין הא דיש לו בנים
 שהמו אין טוב שהרי אם מנרשה מפסלה מהנהגה ובאומר
 יש לו בנים גם לכהנין כשרה, ועיין ברמב"ן במידותיו לב"ב
 שהעיר בזה דהוה בענין מנו לחיי עטניה ינו"ש, ולכן כיון
 שאין זה מנו טוב לכן לא מהני רק במקום חוקה לענין אחים,
 אבל לא במקום שיש בידיה בעדים שהחוקה ע"י עדים
 שקוקה היא ליבוס לאח הדוע לנו, משא"כ בענין בעל
 שאומר גירסתו את אשתו שמעטע שבידו לגרשה לולא הסברא
 דאם איתא דגרשה קלא אית לה, היה הואיל שבידו לגרשה
 טוב שהיה מוטיל, וא"כ בג"ד המחוקק עלמא בשמותיו קודם
 הגירושין לענין אשה זו שיוודע אנו שזו אשתו, ודאי דשרת
 הדיון הוא דמהוינן מעטע שבידו לגרש כשר בשמותיו
 האמתים, ולכן כיון שאמר קודם הגירושין שכן הוא שלא
 נקרא רק יחאק כבי לחורה, ודאי דנאמן או להכשיר הגט
 ואין לנו לחוש שמה שניה :

ועוד

נראה להוסיף סוף להקל בג"ד לומר שגם אם היה
 ביוולגא נקרא לפנינו לחורה גם בשם לבי לבד,
 שאז בודאי היה לנו לחוש לומר שכל שלא החזיק במקום
 כתיבת הגט וכתיתו שלשים יום בשם יחאק לבי לבד לעלות
 לחורה, שיש לחוש על הגט שיש נכתב בו שם לבי לבד,
 מ"מ נראה לעני"ד שאפשר לומר שבג"ד לא בענין ל' יום,
 דאימתי בעינן שבויי השם שיוחזק בו ל' יום (לדעת הסוברים
 כן במש"כ לעיל) במקום שידוע לנו שהיה לו שם אחר מקודם,
 או אם להתמגרשת גודע השם הקודם בעת גירושין שהיה לו
 שם אחר, משא"כ בג"ד שמתחלת גירושין החזיק בשם הקודם
 יחאק לבי, ובכל העת שהיה שם לא גודע שם אחר, בזה
 גם בפחות מן שלשים יום מהני, ודמיון רתיב למדתי מדברי
 הגאון מאיר הגולה מוהר"ם מוולאזין ז"ל בספרו חוט
 המשולש (בס"י י"ב) לענין מן שפניה שם אביו הגם ששם
 האב אין יכול לשנות לפי דברי תשובת הרא"ש, וא"כ השם
 שלשים כמו בג"ד פחות מן ל' יום, ואש"ה כתב שם, כיון
 שלא דעו כלל במקום הגירושין משינוי השם אין לנו אלא השם
 ובענין לדעתו, עכ"ל וזהב של דבריו הגאון מוהר"ם ז"ל.
 ומכל האומר נראה לעני"ד שיש לסמוך להכשיר הגירושין
 של האשה מניח בת יעקב שנתגרשה בהג"פ שקבלה מבעלה
 שכתוב שם שמו יחאק לבי המכונה הירש, גם ששם לבי לבד
 לא הוצרכ בו, ודו"ק :

סימן טו

בשוי"ע אה"ע כו' קמ"ב בסופו הביא הרמ"א
 לדינא שאם הביא השליח גט מקיים בחותמיו
 אע"פ שאין מכירין השליחות של דיניתיקא, קיום
 פ"ם בספקו ודוק ועינינו יש לחזק ולספק
 עליו אע"פ שלא אמר השליח בפני נכתב
 ובפני נתתם וכו' .

והט"ז שם השיג על דין זה כיון דקו"ל קיום ב"ד
 לריך קיום, מה לי קיום חותמיו הגט
 ומה לי קיום חתימות דייני הקיום, כיון שגם הם
 לריכוס

והנה בעיקר הדיון דמהוינן לו לומר יש לו בנים לדעת
 ה"א שם במקום שיש עדים ברורים שיש לו אחים
 אינו נאמן, וא"כ יש לפקפק לכאורה שבמקום שהחזקה באשת
 איש ע"פ עדים ברורים אין לו נאמנות מבעט בידו, אמנם
 באמת בעיקר הדיון יש לדקוק, כי מקור הדיון הוא מדברי
 הרשב"ם (ב"ב קל"ד ז') שפירש בזה דחומר זה בני נאמן
 דמייירי במוחקר בחתי, פירש"ם, חוקה שבלמא בלא עדים,
 ועיין ב"ב בטור בס"י הנ"ל שדון זה כתב הטור, וכתב ע"ז
 הב"י שהוא מדברי הרשב"ם הנ"ל, ותמוה לעני"ד דל"כ אחרי
 האדרי דברי הרשב"ם, דהא יליף מזה הא דאמרין בעל
 שאמר גירסתו את אשתו משום שבידו לגרשה, ושם
 היא מוחזקת גמורה באשת איש בפני עדים, וגם למאי דאמרין
 דהין נאמן כתב הרשב"ם שמעטע דאם איתא דגרשה קלא
 אית לה, שמעטע דלולא זה אין טעם לחלק מהא דמהוינן
 לומר יש לו בנים, ואמאי הא כהן המוחזק בחיבור אשת
 איש ע"י עדים שיוודעם שזו אשתו, והנה מלאחתי א"כ קושא
 זו בספר בית מאיר, גם הקשה הב"מ מדברי הרא"ש בתשובה

לריבוי קיום ולא נתקיים אין כאן שום עדות על אמתיות הנט, ושמה הכל שקד הנט והקיום, עכ"ל ה"ט, ולעני"ד נראה לומר צביאור דינו של הרמ"א שהוא מדברי הרב"י בשם המהש"ק, והוא שדוע מחלוקת הפוסקים המובא (ס' קמ"ג סעיף י"ג וסעיף י"ד) אם האשה מביאה גיטה ממדינת הים ואומרת שכבר נתגרשה בו, אם היא מותרת להנשא בנט זה שאין מקיים, והנה הרמב"ם ורש"י והר"ן והגמ"ד וכן הביא העור בשם הרמ"א, סבורים שהיא מותרת להנשא והוא הדיעה הראשונה (שנסעיף י"ג), אך היש חולקים הוא דעת הראב"ד וכן דעת הרשב"א בחידושו לגיטין שאינה יכולה להנשא בנט שאין מקיים, וכאשר נעיון יועב בספרות טעמי דין זה (אם כי מקיים המחלוקת הוא לחיי צביאור דברי הגמ' (גיטין כ"ד א') אשה מבי משה גיטא לידה אנרשה ביה כו' כמבואר למעיון) נראה לעני"ד לומר דזה הוא, דניחוי אכן בכל העטרות הגם שמה"ת אין לרדך קיום, מ"מ מדרבנן גם במקום שאין כאן מערער כגון מיתומים ומלקוחות, אפילו לא עבריון שבטא בשום שטר כל זמן שאין מקיים למקום כל זמן שאין הבעל מערער ומקבלין מיד השליח ומותרת להנשא למחילה, וכבר העירו בזה התוספות (דף ב' ע"א ד"ה וזה) וכבר שמש עיגונא אקילו רבנן, והנה יש לעיון אם זה היה תקנת חז"ל שבנט אשה אין כאן תקנת קיום כל זמן שאין הבעל מערער רק בחז"ל משום שמה יבוא בעל ויערער תקינו רבנן להרדך בפני נכתב ובפני נחם, ולכן כל זמן שלא נתקיים תקנת חז"ל שלא אמר השליח בפ"ג ובפ"ג הנט פסול, לר"מ כדאית ליה ולרבנן כדאית להו, אבל בעלם קיום לא הוריו כלל חז"ל בנט כל זמן שאין הבעל מערער, ולכן לפי טעם זה באשה המביאה נט ואומרת שכבר נתגרשה בו, והגירוסין היה במקום שאין לרדיו לומר בפ"ג ובפ"ג ולא עברה על התקנת חז"ל של אמירת בפ"ג ובפ"ג, ע"כ יהיה בה הדין שגם שלא נתקיים הנט בחותמו מותרת להנשא כל זמן שאין הבעל מערער כמו בח"ל, ותקנת בפני נכתב ובפ"ג לא היה לאחר גירוסין, ומלך שאין מקיים בחותמו אין אלו מושגים בנט, שאין אלו מושגים לזה כל זמן שאין הבעל מערער, זה הנראה להסביר בטעם המתירין. — אמנם דעת המחמירין נראה לומר דסבירה לכו כיון שבאמת הדין הוא שבאמת מקנת קיום לכל עדות שבשטר, רבנן זמן שאין נתקיים אין דין ע"פ עדות שבשטר, רק בנ"י הקילו משום עיגונא במקום שנתקל להשיג עדי קיום, אבל בנט בחז"ל לא הקילו, ונמלא מניילא באשה הבאה למדינת הים וגט בידה, הגם שהוא לאחר גירוסין ואין כאן תקנת חז"ל של בפ"ג ובפ"ג, מ"מ אסורה עד שתקיים גיטה המחלוקת חז"ל בכל עדות שבשטר. — והנה לדינא בענין המחלוקת של הפוסקים באשה המביאה נט שנתגרשה בו המובא (בס' קמ"ג סעיף י"ג) דעת רוב הפוסקים הראשונים להחיר, הוא הרמב"ם ורש"י והגמ"א והג"מ והר"ן ומא"ת דעת הרשב"א, כולם סבורים להחיר בלא קיום, לבר הראב"ד והרשב"א בחידושו כמה מחמירים בזה, והשו"ע כאן הביא המחלוקת (ובס' קמ"ג סעי' ט') פתח השו"ע כדעת המקילים, ונראה שהשו"ע גיטה לדעת המקילים :

ואם כי מי אנכי לדון ולהדיע אף הכרעה קלה כמו שהיא בין הרים גדולים מחלוקת גדולי הראשונים ז"ל, מ"מ אומר מה שגראה לפי דעתי הקלושה לדון לטיע לדעת המחמירין שהנה רובא דמוכרי מגדולי הראשונים ז"ל, והוא ע"פ מה שכתבנו שיקרא תקנת שלמה המחמירין, הוא משום שסברי שבנט אשה לא תקינו רבנן להרדך קיום כל זמן שאין מערער דבעל, ויש להקדק כן מזה דפריך הגמ' (דף ה' ע"ג), ור"מ משום דלא אמר בפני נכתב ובפ"ג יוניא והולד מומר, ומאי קושיא, כיון שבנט אין מקיים הרי יש עליו ספק זיין

זיוף מלך תקנת חכמים שכל זמן שאין מקיים הוא בספק זיוף, וא"כ הולד הוא ספק מומר, דע"כ לרדך לומר דהאי הולד מומר דקאמר ר"מ הוא רק ספק מומר, דהא אית יתקיים הנט בחותמו תהי מנושת למזנה מעת הנישואי הנט לידה, וא"כ אך נובל להליתו למומר ודאי, הא יש עדים במקום הכתיבה והחתימה של הנט, ובודאי אם יבואו ונשאל להם יאמרו שכתב יום הוא הוא מגורשה באמת, א"כ מאי קשה להגמ' למה לר"מ משום דלא אמר הולד מומר כיון דחיישין להפקא דמוזין מדרבנן, ואין זה דומה לתקנה אחרת שתיקנו בניטין שאין שם כלל לתא דפסול דאורייתא, אבל בכאן יש כאן חשד דספק פסול הנהיג בכל העטרות שחוששין לזיוף. ובידני ממונת שלדינא חיישין לזיוף גם בלא מערער, נראה שאף אם יתפוס בעל השטר שאינו מקיים גיטא מזהו, ורואי לזה מהא דקו"ל בעדים שאמרו שעדי השטר אטופים היו, או שם בעלמם אומרים אטופים היינו מהמת נפשות שקו"ל דנאמנים באין כתב ידם זינא ממקום אחר, והנה הקבו בתוס' הו"ך נאמנים הא הוה מזה מקום עדים, דאנן שהדי דלא הוה אגופים דחשבינן בגמ' לתרי ותרי, וסירלו שם (דף י"ח ע"ג) ב"ד הרי משום כיון דהלריבו חז"ל קיום הוא לא תשיב כלל קיום כו', וא"כ מוכח שכל שאמרו שנאמנים, הוא משום שאין כאן קיום, וזה מוכח שם (דף ב' ע"א) דהאי דנקט נאמנים, הוא שאין מועיל אפי' תפס המלוה, דהא כסיפא דנקט אין נאמנים הוא רק לענין שיעויל תפיסה כמבואר שם למעיון ברש"י וטוס' ד"ה וואקו, וא"כ כיון דחוינין שלענין ממונ מה שאין מקיים שתיב ספק גמור שאין מועיל תפיסה, וא"כ מה יקשה זאת על ר"מ דה"ל הולד ספק מומר, ואדרבה לרבנן גופייהו יקשה למה מקילין בזה שאין הולד מומר, פירש שמתשיבין אותו לכשר גמור שומרת בבית ישראל, למה לא יחוש שמה מוזיק הוא, אלא ודאי הטעם שזה פשיטא להגמ' לדינא דבניטין לא חייקנו חז"ל תקנת של הקיום כל זמן שאין הבעל מערער, יהיה מאזיה טעם, או משום עיגונא אקילו רבנן או שבנט אין לחוש לזיוף משום דמי זיוף, היא האשה המתגרשת מהיה יראה לזיוף מתוך חומר שבאמת עליה בסופה, והשליח למה יעשה כן להיות מוטא שביביל אחרים להשגיל להם להאחרים רק שיקר תקנת חז"ל שהלריבו לומר בפ"ג ובפ"ג הוא משום שמה יבוא הבעל ויערער, לכן תקנו חז"ל שיאמר השליח בפ"ג ובפני נחם, ולכן פריך הגמ' ור"מ משום דלא אמר בפ"ג ובפ"ג יוניא והולד מומר, כיון דבאמת אין טעם זיוף, רק הפסול על הנט הוא מפני שבערו על תקנת חז"ל שהלריבו לומר בפ"ג ובפני נחם, ע"כ פריך הגמ' וכו' משום זה יוניא והולד מומר, ונשני הגמ' אין ר"מ לשעמיה כו' :

והנה בעלם המחלוקת הראשונים בדין אשה המביאה נט שנתגרשה בו בלי קיום אם יכולה להנשא בו כל זמן שאין כאן מערער דבעל, הנה שני הדעות מחולקות צביאור הגמ' (פ"ד ע"א) דפריך הגמ' אשה מבי גיטא לידה איגרשא"ה והנה המתירים בלי קיום מפרישים, דהגמ' פ' לידה למה לריבה לומר בפ"ג ובפ"ג כיון שנתגרשה, ובפירש"י שם. אמנם שיבת המחמירים דסברי דבעי קיום גם שאין הבעל מערער, מפרישים להגמ' פריך דמי מצי גיטא לידה אנרשה ואין מועיל האמורים בפ"ג ובפ"ג אחר הגירוסין, דבעינן דוקא בשעת גירוסין, ובמו דאיתא לעיל (פ' ב') דשליח שהביא נט ולא אמר בפני נכתב ובפני נחם כו' כילי יעשה יבלנו הימנה ויחזור וייתנו לה בפני שנים ויאמר בפ"ג ובפ"ג, וכתבו שם בחסו"ד ר"ה יבלנו הימנה שמוכא מוכי פריך לומר בשעת נתינה, או בשעת שנטע יזיא מיד השליח לדי שליח אחר או ליד ב"ד שימנו לשליח אחר, והא דהגמ' פריך בחר הכי אהא דמשני רב הונא בחומר לא תתגרשי אלא בפני ב"ד פלוני, ופריך הגמ' סוף סוף מני מעי תתם איגרשה, הנה כהנבלקא

קיום חותמו כ"א כאשר יחזור ויתגנו לה אחרי הקיום, ועוד דגמ' קא מוקי סתם מתניין בלא הספיק עד שנתחדש, ותיבה סתם משנה דלא כר' מאיר, ואליבא דרבנן ג"כ קסה, אש נאמר שבאמרת בפ"ג מחברד הכשרות להכשיר נתינה הראשונה, הדר הו"ל הנתינה השנייה לא כלום הוא, וח"כ אין להואיל אמירת בפ"ג ובפ"ג של השלח אחרי שאינו שבעת נתינת הגט ויהי' תדמי דסתרי וז"ל, ע"כ נראה שקיום חותמו למפרע שמתברר שהגט לא הולך להחקה של אמרת בפ"ג ובפ"ג, אך במקום שהולך לאמרת בפ"ג ובפ"ג לא"מ בעלה הנתינה הראשונה עד שחולד ממזר, ותאז מזה ומה אם ניסת קודם הנתינה החדשה ששם האמירה של בפ"ג ובפ"ג, וחכמים עשאוה כחשט איש, ולרבנן היה נתינה לפנין שלא יהיה הולד ממזר, ומ"מ לפנין להיות עם בעלה השני לריך נתינה חדשה עם אמירת בפ"ג ובפ"ג, ויש להבין איזה סוג איסור הוצא עליה מן הנתינה הראשונה שלא חזר בפ"ג ובפ"ג עד אמירתו בפ"ג ובפ"ג בעת הנתינה השנייה:

והנה ברמב"ם איתא (פ"ו מה' גיטין ה' י"א), נתנו לה ולח הספיק לומר בפ"ג עד שנתחדש הרי זה יתקיים בחותמו ואח"כ ינתן לה, הרי שסובר שגט שנתן בחול' בלא אמירת בפ"ג ובפ"ג גם שאל"כ נתקיים בחותמו, מ"מ לריך נתינה חדשה עם קיום חותמו ותיבה אחת שכבר נתקיים בחותמו, הרי שסובר שנתנה הראשונה שהיה בלא אמירת בפ"ג כתיקון חול' גם כשנתקיים אח"כ אין מושילה לגמרי, ולריך נתינה אח"כ, ואלו (גמ' י"ג) לא הריך נתינה אח"כ כשנתקיים בחותמו. והגראה לעיל' בשיטת הרמב"ם שגט הניתן בחול' כשאלמו תשעה בלא אמירת בפ"ג ובפ"ג הוא רישותא בהמסירה, לפי שלפני מסירה לא נתברר אז כשרות הגט, ולר"מ הוא רישותא גמורה ובעל הגט מהאי טעמא (הגם שר"מ סובר עדי חתימה וחתום, אך כל שלא היה אמירת בפ"ג אין כאן עדי חתימה, ואמירת בפ"ג עושה לעדי חתימה מאל' ולהבדל, ור"מ סובר שבעל הנתינה חוסם משנה מומצע שבעו חכמים בגיטין), ולרבנן נתינה היה לפנין שלא יהא הולד ממזר, אך לפנין שהיה מותרת לבעלה שנושא אותה עשאו חול' שזין נחשב עדי מסירה וזמנו גט ולכן תאל', וע"כ מושיל אמירת בפ"ג ובפ"ג שזמנא אח"כ בעת המסירה לידה לפני עדי מסירה ובאמירת בפ"ג מחשיב לעדי מסירה, אבל כשנתקיים בחותמו אח"כ מוהי למפרע לעשות תדמי חתימה עדים טובים, והרמב"ם סובר לעיל (מה' גיטין ה' ג' פ"ו ט"ז) שלכתחלה גם כשגט עדי חתימה לריך עדי מסירה ג"כ, וידיעבד אם עבר ונתנו בלא עדי מסירה כשגט בו עדי חתימה כבר, ומביא שם שהורה מן הגאונים שהוא פסול, ע"כ פוסק כאן (גמ' ה' י"א) שאחר קיום חותמו ינתן אח"כ, והכוונה בעדי מסירה, לא לומר שלכתחלה חושש לדעת הפוסלים בלא עדי מסירה, או שגם לדעתו שסובר שכבר מ"מ כל זמן שלא ניסת ואפשר להקן, בריך לתנו בפני עדי מסירה גם כשעדי חתומים בו, אהגם (גמ' י"ז) קאי אהא שאומר שם "לע"פ ששאלת" לכן מוהי קיום חותמו, ואין לריך לתנו מחדש אחרי קיום חותמו, לפי שהקיום חותמו עושה להעדי חתימה טובים למפרע והגט שניתן בעדי חתימה בלא עדי מסירה כבר לדעתו, והגאון שהורה בגט שניתן בעדי חתימה בלא עדי מסירה שפסול, מ"מ אם כבר נשאל לא תאל, דהא חף הכתוב בכ"י בלא עדי מסירה שהוא מושלשה גיטין פסולים קי"ל ג"כ דלא תאל כדאיתא בגמ' (פ"ה ט"ז), וכן לעיל (פ"ו ה' ט"ו) ג"כ כתב הרמב"ם שגם עבר השליח ונתנו בינו לבניה יעלנו כשרה ויחזור ויתגנו לה בפני שנים, אך אם מות שאל"כ לתקן או יבטל בעדי חתימה שהוא מקום בחותמו, אך בלא קיום חותמו, ובלא אמירת בפ"ג ובפ"ג אז גם אחרי שניסת תאל, גם להרמב"ם דעללא כ"יל כל שנאמר

בהשלח דעתין דגמ' דמשי ר"ה בתר דפריך הגמ' אשה מבי מטי לידם איגרשה, לאופן השני שלדעת המחזירים ה"ל, שכוונת גמ' בקושיא ה"ל הוא שאין מושיל האמירה אחר חלות הגירושין, וע"כ מטי רב הו"א באומר לא תתגרסי אלא בפ"ג פלוגי, וכוונת התירוך לפי שלא חלו עדיין הגירושין, והאמירה יהיה בעת שיהיה השני הגירושין, ולכן יושיל האמירה גם בפ"ג ובפ"ג, ויש להבין מאי מקשה הגמ' סוף סוף כי מטי סתם איגרשה, הלא בעת חלות הגירושין תאמר אז בפ"ג ובפ"ג ויחשב זה כשעת נתינה, אך לאופן השני הוא, כהן לכהן דהבי קפדך גמ' דאיגרשה מוולא כ"י מטי להס, אין עליה שם שליח ולא האמינו רק שליח, ולא להאשה שאין עליה שם שליח, רק מוולא מתגרשת ע"י הגט שהוא בידה מאת בעלה. — אמנם לפירוש הא' לדעת המקילים בענין קיום, כיון דכוונת הקושיא בגמ' הוא שבין שכבר נתגרסה אז, ובעת הגירושין שיהי' אז בלא' ובמעמד העדים החתומים שכל לידה מאת בעלה, לא היה נלךך אז להגדת בפ"ג ובפ"ג ונתגרשה אז בהכשר, והיא מותרת להנשא ואין לריבה קיום עוד, ולמה תלךך לומר בפ"ג ובפ"ג, וע"כ מתוך רב הו"א באומר לא תתגרסי אלא בפ"ג פלוגי שהכוונה הוא שבעת חלות יהיה בחול' שלא במעמד בעלה לריך ע"כ לומר בפ"ג ובפ"ג או בקיום כמו המתגרשת ע"י שליח, וא"כ מאי מקשה הגמ' סוף סוף מבי מטי סתם איגרשה הא כי מטיא סתם הוא בחול' ולריך אז לומר בפ"ג ובפ"ג, ולכאורה הוא הערה חזקה על שיטת המחזירים בחול' אשה שנתגרשה כבר ואין בידה קיום ב"ד על הגט, כשאין הבעל מערער :

והנראה לענ"ד לומר, ובהקדים נבאר הא דק"ל בנתון גט בחול' בלא אמירת בפ"ג ובפ"ג שזריך אחד משני דברים אלו, או שיכלנו מידה ויחזור ויתגנו לה ויאמר בפ"ג ובפ"ג או שיתקיים בחותמו, והנה יש לחקור בזה כשנתקיים בחותמו אח"כ, אם הגט כבר למפרע ע"י נתינה הראשונה שנתן השליח לידה בלא אמירת בפ"ג ובפ"ג, או שזריך ג"כ שיכלנו ממנה ויחזור ויתגנו כמו באומר אח"כ בפ"ג ובפ"ג. והנה מוכח זה מנז" (דף ה' א' ודף ט' א') דמוקי מתניין של הוביא גט ממדינת הים ואין יכול לומר בפ"ג ובפ"ג, בנתן לו השליח הגט ולא הספיק לומר עד שנתחדש, דאמרין ע"י יתקיים בחותמו, ואם נאמר שנתנו הראשונה שהיה בלא אמירת בפ"ג ובפ"ג בעלה, מה מושיל מה שיתקיים בחותמו, דהא אין אפשר לעשות נתינה חדשה שהרי נעשה חרש ואינו בר שליחות, וע"כ לריך לומר שבעת הנתינה מתגרסה המנהג אח"כ יהיה קיום חותמו, ויש לעיין חי מושיל אמירת בפ"ג ובפ"ג להכשיר הנתינה המוקדמת, אחרי שגט מתקיים אח"כ ע"י אמירת השליח בפ"ג ובפ"ג, ולכאורה יש לומר שבאמת היה ראוי להכשיר הנתינה למפרע ע"י אמירתו בפ"ג ובפ"ג כמו ע"י קיום חותמו, אך מה שזריך לעילו הימנה ולחזור ולתן לה, מפני שאין אמירתו של בפ"ג ובפ"ג מושיל כי אם כשהיה האמירה שבעת נתינה של אח"כ בזה אש אמר אח"כ בפ"ג ובפ"ג בשעה שנתן לידה פתח שנית אז מחברד למפרע שנתגרסה בנתינה הראשונה, כך ז"ל דהא ח"כ היתך כתבו הסוס' (דף ה' ט"ז) דל"ה מאיר אין לו תקנה לאחר שניסת מוסס דתאל וכל הדרכים האלו בה, הא שגני הכא שמתברר למפרע הכשרו, הן אמת שיש לומר שזה נושא תלי שכלוגתא דר"מ ורבנן, דל"ה דאמר המנהג מומצע שפעם חכמים יוציא והולד ממזר, לא יושיל ג"כ קיום חותמו להכשיר הנתינה הראשונה, אבל לרבנן כמו דמהי קיום חותמו כן מהי אמירת בפ"ג ובפ"ג, ובשני הדרכים האלו בכל אחד מהם מתברר הכשרות של הגט למפרע שהוא אמת, ונתינה הראשונה מושלת להגט, אך זה דחוק לומר כן מתרי עמנו, חדא כל כי האי מלתא הו"ל לאדורי בני' גלר"מ לא מהי

שנאמר בו פסוקים וכו' לא תלא, מ"מ בלא אמירה בפ"ג כשאין מקוים בחיובי גמ' אם נשאת תלא, כדמוכה בגמ' (דף ה' א') דלחמירי משום דניטת סני בקיום בחיובי גמ' תלא, ה' א' לא תקיים בחיובי גמ' בניסת תלא, וכן מובאר (בבב"א ה' ב'), מה יעשה יחזור ויתגנו כו' ויאמר בפ"ג ובפ"ג, ופ' החוס' מה יעשה לרבין שלא תלא, והוא מושג כפסול בו שלא אמר בפ"ג חמור, מפני שזכיל ללאת מזה פסול גמור כשהבעל יערער. — ואחרי שבארנו טעם פסול הנתינה של הנט בלא אמירה בפ"ג בעת הנתינה, שדמי זה כמו בלא עדי מסירה, ובין סעדי חתימה אין מבוררין כשלא תקיים הנט בחיובי גמ' וכן כל זמן שלא אמר בפ"ג ובפ"ג תקנת חו"ל אין מועיל הנט הזה, אבל כשבעת נתינת הנט היה אז מבורר והוא היו עדי מסירה מועיל שפיר הנט הזה, גם כשחלות הנט היה מחומר חמ"כ, ולכן שפיר מקשה הגמ' סוף סוף כי מציא התם איגשה לה, לפי שבין שהנתינה של הנט שבוה היא מתגרשת חמ"כ בחו"ל לאחר זמן, היא או במקום ועת שהיה ידוע ומקוים בח"י שאין לרדך לומר בפ"ג ובפ"ג, וגם שהיה אז בלא לידה מיד הבעל שכל שהבעל נותן הנט בעלמו אז, זה היה בירור גמור שאין לרדך לאמירת בפ"ג נכתב ובפ"ג נחתם, וח"כ שפיר היה עדי מסירה בעת נתינת הנט, והיא מתגרשת חמ"כ על ידי הנתינה כשרה בעדי מסירה, ולכן אין כאן מקום לתקנת אמירת בפ"ג נכתב ובפ"ג ואין לרדך לדבר הזה. — ומעתה כיון שבארנו בע"ה שיטת המקילין שנט בחו"ל ג"כ בעלמות הדון אין לרדך קיום כל זמן שלא יערער הבעל, אחרי שכבר נתגרשה בלי ריעותא בעת הגירושין, ולכן אשה המצויה נט ואמרה שכבר נתגרשה בו כדון בעומד הבעל ובעדי מסירה, אין לרדכא קיום להגט ומותרת להנשא כל זמן שאין הבעל מערער, דאין כאן לתא של שובר על תקנת חו"ל, ובעת הראשונים המקוים בזה הרמזים והרמזים ורש"י וסיעתם :

אך לפי קשה מצי מוסקפא להגמ' אם שליה דשליה כי משני שליה אם הוא לרדך כב"ד, וישיב"י משום כיון שהשליה שני אין לרדך לומר בפ"ג ובפ"ג ע"כ אין לרדך לומר מ"מ במה נחמין להשליה בהגט שקבלו משליה שני שאמר שליה ב"ד אני, שמוא מוויף הוא והוא בעלמו ויישו והא יבוא הבעל ויערער ויאמר ששקר הוא שמעולם לא קבל הנט מיד השליה שני שאומר, הלא אין לזה במה לבעול ערער שני, וכיון דכל עיני בפ"ג ובפ"ג מזד זה הוא לפי שאין עדים מצינים לקיום הנט, לכך הריכו חו"ל כדי שיהא זה קיום אפילו אם יבוא הבעל ויערער. ע"כ נראה לעי"ד להוכיח מוסקפא של הגמ' מועיל אמירתה של השליה השני שאומר שליה ב"ד אני, הוא משום כל שנעשה בפ"ג ב"ד אין כלן חשש משום ערער משום שהשקר בקל לברר, ויש לזה דין מציא נט בח"י משום דהף שהוא במדינת הים כיון שנעשה בפ"ג ב"ד הו"ל כמציא בח"י, והאי"ט אם יבוא הבעל ויערער על זה שמעולם לא נעשה שליה ב"ד והגט מוויף יצטרך לעשות בירור שנעשה זה מכבר בפ"ג ב"ד, והא יערער על עשיית השליה הראשון להשני ומשום שהראשון לא נעשה שליה מומי. ע"ז יועיל אמירת השליה הראשון לפני ב"ד בפ"ג ובפ"ג, אבל השליה השני לשליה אין לרדך כלל, מפני שכל אמירתו אין כאן תקנה, ומסיק הגמ' דהשני לשליה ג"כ לרדך לעשות ב"ד דלא סמכין על אמירתו של השליה השני שאמר לפני השליה שהוא שליה ב"ד כל כמה שלא אמר זה בב"ד. ובעיקר הדון אם מועיל אמירתה של השליה שאומר שליה ב"ד אני, נחמשה זו כמו אומר בפ"ג ובפ"ג, אם מועיל זה שנט שבוה הבעל ויערער ששקר הוא מחמתו ועד סופו, אין לרדך לברר כלל, או שהשליה השני יערער לברר שהוא היה שליה ב"ד והראשון מומילא נחמין לבעול ערער הבעל ע"י אמירתו בפ"ג ובפ"ג זה ג"ע, דראשבר למסקנא אמירת שליה ב"ד אני הוא כאומר בפ"ג ממש הוא. — ואחרי הדברים האלה שביארנו, שבעלם הדון אין את חוששין לזיוף בנט להרדך קיום כל זמן שאין הבעל מערער, וגם הוכחתי שבדרך הבא מוב"ד אין חוששין לומר שאין מצי לקיימו, נכון רעיו של התשב"ץ בשליה שהביא נט מקוים שאין לרדך לומר בפ"ג ובפ"ג, לפי שהגט שנתקיים בב"ד יש לו דין מציא נט בח"י, שכל זמן שאין הבעל מערער מותרת להנשא, והי"ט כאן אם יערער הבעל יערער קיום, אך כל כמה שלא יערער מותרת להנשא ודו"ק :

שנאמר בו פסוקים וכו' לא תלא, מ"מ בלא אמירה בפ"ג כשאין מקוים בחיובי גמ' אם נשאת תלא, כדמוכה בגמ' (דף ה' א') דלחמירי משום דניטת סני בקיום בחיובי גמ' תלא, ה' א' לא תקיים בחיובי גמ' בניסת תלא, וכן מובאר (בבב"א ה' ב'), מה יעשה יחזור ויתגנו כו' ויאמר בפ"ג ובפ"ג, ופ' החוס' מה יעשה לרבין שלא תלא, והוא מושג כפסול בו שלא אמר בפ"ג חמור, מפני שזכיל ללאת מזה פסול גמור כשהבעל יערער. — ואחרי שבארנו טעם פסול הנתינה של הנט בלא אמירה בפ"ג בעת הנתינה, שדמי זה כמו בלא עדי מסירה, ובין סעדי חתימה אין מבוררין כשלא תקיים הנט בחיובי גמ' וכן כל זמן שלא אמר בפ"ג ובפ"ג תקנת חו"ל אין מועיל הנט הזה, אבל כשבעת נתינת הנט היה אז מבורר והוא היו עדי מסירה מועיל שפיר הנט הזה, גם כשחלות הנט היה מחומר חמ"כ, ולכן שפיר מקשה הגמ' סוף סוף כי מציא התם איגשה לה, לפי שבין שהנתינה של הנט שבוה היא מתגרשת חמ"כ בחו"ל לאחר זמן, היא או במקום ועת שהיה ידוע ומקוים בח"י שאין לרדך לומר בפ"ג ובפ"ג, וגם שהיה אז בלא לידה מיד הבעל שכל שהבעל נותן הנט בעלמו אז, זה היה בירור גמור שאין לרדך לאמירת בפ"ג נכתב ובפ"ג נחתם, וח"כ שפיר היה עדי מסירה בעת נתינת הנט, והיא מתגרשת חמ"כ על ידי הנתינה כשרה בעדי מסירה, ולכן אין כאן מקום לתקנת אמירת בפ"ג נכתב ובפ"ג ואין לרדך לדבר הזה. — ומעתה כיון שבארנו בע"ה שיטת המקילין שנט בחו"ל ג"כ בעלמות הדון אין לרדך קיום כל זמן שלא יערער הבעל, אחרי שכבר נתגרשה בלי ריעותא בעת הגירושין, ולכן אשה המצויה נט ואמרה שכבר נתגרשה בו כדון בעומד הבעל ובעדי מסירה, אין לרדכא קיום להגט ומותרת להנשא כל זמן שאין הבעל מערער, דאין כאן לתא של שובר על תקנת חו"ל, ובעת הראשונים המקוים בזה הרמזים והרמזים ורש"י וסיעתם :

ומעתה אומר שבוה ג"כ היתיר של התשב"ץ בשליה שהביא נט מקוים בקיום ב"ד, גם שאין אתו מכירין חתימה ודו"ק הב"ד החמומים על הקום, שאין השליה לרדך לומר בפ"ג נכתב ובפ"ג נחתם במקום דחק ועיגון, והוא שמוקד על דעת המקילין שבעט אשה אין כלן דין להרדך קיום כל זמן שאין הבעל מערער, ומחזיקין אותו כשכדורו ולא במוויף, ותקנת חו"ל היה להרדך בפ"ג נכתב ובפ"ג נחתם רק במקום שהגט אין עליו קיום ב"ד, והוא לרדכא לדון על חתימות העדים לבד, בזה חיקין חו"ל, אבל במקום שהוא מקוים בב"ד, נתי שאם הבעל היה ב"ד ומערער היינו מלרדכא לקיים את הקיום ב"ד, אבל קודם שערער הבעל לא מלרדכא על זה להשליה להרדכו לומר בפ"ג ובפ"ג, כי על זה לא תקינו רבנן, שלא מצינו לתקנתה רק על חתימות העדים ולא על חתימות הדיינים וממילא מוקמינן לה הדינא, והיה לזה דין מציא נט בח"י שמוותרת להנשא כל זמן שאין הבעל מערער :

איברה שם להרדך ע"ז מהתוספתא דפ"ה גיטין, דאיתא שם המציא נט ולא נכתב לפניו הדו זה מחזיקו למקומו ועשה לו ב"ד ומקיימו בחיובי גמ' ומוציא ואומר שליה ב"ד אני, הרי שנט בנט מקוים לרדך שיאמר שליה ב"ד אני, וקושיא זו הביא בשפתו תוספות (א"ח"ט כ"ה ת"ט) בסוף הסיון בשם הרב הגאון ר' ברוך מרדכי ז"ל, ונראה לעי"ד לומר שזו כוונת התוספתא שלך מהני מה שנתקיים הנט הפס שאין אתו מכירין את חתימות הדיינים, מפני שאומר שאינו שליה בנט מהבעל לבד שנתקינו בו רבנן לומר בפ"ג ובפ"ג, רק שליה ב"ד שידעם בבעט ב"ד, ובוה לא תקינו רבנן שהיה לרדך לומר בפ"ג ובפ"ג. — עוד יש ליטב התוספתא והי"דו' שמציא לתוספתא זו, שלך תני ואומר שליה ב"ד אני כדי שאם"ה אם יבוא הבעל ויערער לא משנתקין ביה, דאלו מטעם שבקיום אין לרדך לומר בפ"ג ובפ"ג חמ"כ בזה הדין

סימן טז

בענין שיור כנט חין במקום שהאט כתוב עליו, והשיור הוא של אחר אם הוא נחשב מחובר קציעה :

איראה ב"ה"ע (ס' ק"ג טע"ו ב') גזל נייר וכתב בו נט כשר אפילו קודם יאוש, וביאר חמ"ט שם משום דקוה

דהוי שטיין שאין חוזה שאף אם ימחקנו נייר מחוק מיקרי , וכתב ע"ו בספר תורת נישיון להגאון מולאש ז"ל (שם ס"א כ"ג) בציאוריס , שם נאמר חלק קרף גדול , שלא נכתב עליו שלא תפגע לעצם ולא קרף ליה הגולן , פסול למחקר דפסול מוחסר וקליטה בתלום (במ"ק ק"ז) , דאף שהי' משחקין קרף גדול ובשעת מלחמת הקרף נשאר הקרף קרף קטן , לא הוי שטיין כמבואר בחו"מ (בי"ט ס"ג בע"ו) עכ"ל , ובאמת דין מחודש הוא , דהא פשוט"ע סתם לה להאי דינא דגול נייר וכתב עליו גט דמגורשת , ומשמע שבכל גוונא היא מגורשת גם אם נשאר גילון , וישנן ע"ד ים לדון בעיקר יסוד דינו של ההוי"ל שאין זה מוכרח , ע"כ הגני לצאר הדברים בס"ד :

את הפרה , ומשמע שאם לא יתן לה כל הפרה בכתבה גמורה רק למקום הגט הוא הקרן לבד , והמותר יתן בפרשה בפורת פקדון אינו גט , ואין לומר שהפסול הוא משום שמחבר דבר של הפעל וזו פסולו בעצמותו , הא זה הוי בעיה ולא איפשרת בגמ' לשל בין שיטה לשיטה מהו , ועוד דזה משמע דכענין הוא דוקא בין שיטה לשיטה ובין מידה למידה באופן זה , אבל אם היה שיעור חתיכת נייר אחר בגילון הגט לא הוי מוספק להגמ' דהל"כ הוי להגמ' למיבעיא בסתמא היכא שנתעורר בנט מזה , וא"כ ע"כ טעם מוחסר קליטה פסול אם לא יתן לה כל הפרה , אע"כ שלא נחקר בחוקר דייטנין לה והוי מוחסר קליטה :

ב) ומ"ב נראה לעג"ד שאין זו ראייה מוכרחת מתרי עשמי , חדא יש לומר כיין שקרן הפרה או יד העבד קראים על סם הפרה או עיקר הגט על סם הפעל מיקרי , לכן לא מיקרי כריתות דרדיון עיקר הגט על סם הפעל מיקרי , הגם שהיא קונה את הקרן או את הוד , והוי כמו שמוציא (בב"מ ו' א') גבי גט בידה ומשיחה בידו בגם שהיא קונה להגט דכמתן דפסיק דמי , ואפ"ה אם יכול לנתקו ולהסביתו אללו חין מגורשת משום שאין זה כריתות , וה"ל יש לומר ביד של עבד או עבדן של פרה משום הפעל הוא הגט לדבר של הפעל , וחין זה כריתות . — ועוד יש לומר דהא חין קיי"ל דגלוו של מוכר ברכות לוקח ומעבד על הלוקח שלא יקנה מותרת חזר מה שמוצא בתוך כלי המוכר ובמבואר בגמ' (ב"ב פ"ו ו' ובח"מ ס' ר' בע"ו) ו"ה"כ ח"ך תוכל האשה לקנות הגט ע"י שתכניס אצלה בפרשה העבד או הפרה , הא הגט שהוא יד העבד או קרן הפרה מונח על כלי הפעל הנותן , ואף לדעת הסוברים שהא דקיי"ל שכליו של מוכר ברכות לוקח לא קנה הלוקח הוא מסיפיק דבעיה דלא איפשרת , וא"כ יש לדקדק אם נאמר טעם ומשנתנו כמה דרעינן שינתן לה הפרה והעבד מטעם זה הוא דרעיננין מכאן האיבעיא , אך הא כתבו החוס' בב"ב ס' ד"ה וזבלי , שם למ"ד כליו של מוכר ברכות לוקח קנה לוקח הוא דוקא כלי הפעל לבני הרשות אבל במה לא , וא"כ מלתא דרשיטא הוא שכל שאין נותן לה הפעל או הפרה בשלימות לא מיתשב נמיסה לבני הגט , הגם שמ"מ הא אפשר שתקנה הגט שהוא יד של עבד או הקרן של פרה ע"י משיחה העבד והפרה או ע"י הבעה , אך הא קנה לאו מלתא ברירה הוא אם מתגרשת בקמינין אחריים שחינם מגד יד או חזר שהוא כיר , וכיון דבמהה או עבד קובעטס שום לעצמן לא מיקרי הגט נחון בידה * :

אמנם

א) עיקר יסוד הדין שנקרא מוחסר קליטה למאן דפסול מוחסר קליטה פתלוס גם שלא נקץ קודם הגמיה רק שנתעורר בנט שלא יתן לה , הוא מודברי החוס' והראשונים (פנינין ס"ג ב') שהצ"ח הי"ה דמועט שנתקד חין פוסל משום מוחסר קליטה , מזה דבעי הגמ' (ב' ע"ב) בין שיטה לשיטה בין חובה לחובה מהו , ומיפוק ליה דהא הוי מוחסר קליטה , אלא ודאי שדבר מועט חין פוסל משום מוחסר קליטה , עכ"ל , א"כ הרי מבוואר דעמם שאם היה דבר מועט ג"כ פוסל בנתקד משום מוחסר קליטה היה פוסל גם בנתעורר שלא יתן להאשה ממונת מוחסר קליטה , ובאמת מה דרשיטא ליה דזה חשוב כמתקד קודם הכתיבה שם לרין כזה משום מוחסר קליטה , נראה שדקדוק זה מזה דפרדק שם הגמ' ומיפוק ליה דסבר אחד אחר רחמנא ולא שניס ושלם ספרים , הרי שיעור הנייר גם שלא נחקר עריין כמתקד דמי ורחמנא זה נחשב כשניס ושלם ספרים , ע"כ סברי החוס' דה"ה גמי שיחשב מוחסר קליטה , וכן יראה מדקדוק לבין הרא"ש ז"ל (שם ס' ג"ב) בסופו שצ"ח ראייה הנזכרת מבעיה דבין שיטה לשיטה ומוציא שם ח"ל ופרדק הגמ' עלה ומיפוק ליה דסבר אחד אחר רחמנא כו' כלומר לאחר שנתקד הפעל את הנייר שלו יתא כתיבה ספרים אלוה"ל ח"ל מוסל משום מוחסר קליטה עכ"ל , הרי הניב הרא"ש יסוד הראיה על מה דפרדק הגמ' ומיפוק ליה דסבר אחד אחר רחמנא כו' והוא כמש"כ שכתן מוכחא מלתא דדייטנין את מה שנתעורר שלא נחקר כמתקד , ואי"ל הלגן נכחה מה שיש לדון לחק עיין את דעתהיר חס ים לדגון משום מוחסר קליטה , מענין הא דדייטנין משום שניס ושלם ספרים . — אמנם לבד זה ים עוד מקום להוכיח בדבריהם שגם כשלא נחקר יש לפסול מטעם מוחסר קליטה , מהא דהיתא בפתמינין דתובת ע"כ קרן של פרה ונותן לה

* הגה"ה ועיין בתורת נישיון (ס' קל"ט סיפ"ק ס"ו) שיעוד לומד שקיין משיכה או הנכסה מועיל בנט כפולן שלא יהיה עלי נישך עט"ל קרקע , אך לעג"ד דנרין ק"ל חין מונעט , ויבוד דנרין בקיין משיכה והגבהה אינם דומים לקנייט אחריים ובקיין יד דמי ורלומו מאה דלח"ח (בב"מ ס"ג ב') מיד עמקך דבר הקניס ליה יד וזוא משיכה , ולעג"ד חין זה מוכרח דהא לא כתיב בקרא ביד הקניס רק מיד הסוכר וא"כ היכא מגורש משיכה ביד נחש , ועוד לא כתיב נאמר מיד ובלאחז משיכה מועיל גם מ"ה לסיפא , ובמנוח ברי"ס , אז לא היה מונח ביד הסוכר כלל ואפ"ה קני ליה מתנא מיד , אלא כיר נומר ין דמי דייק ריש לקיש מדכתיב אז קנה מיד עמקך והאי מיד ידו ממש הוא ולא כפואו דמחיה (ב"מ ל"ו ע"ב) דמהו ידו סם הנח' דמיינין כמש"ל'ין הפעל מיד מיד היינו שריכס אשכר להפועל בידו ממש , ומדקתנה או קניס מיד מוכח לריש לקיש שדקיין נחש ביד שיולא מיד הסוכר ליה הלוקח , וא"כ אי אפשר לומר שמתנת קונת ח"כ לא היה הקנין כשה שיולא מיד הסוכר , כ"א קודם כשה שציינו העבד ביד המוכר , ומדכתיב אז קני מיד מוחסר ספקיין הוא על ידי שיולא מיד הסוכר , וממילא דיעיין שמתוס דע"י משיכה יולא מיד המוכר ליה הלוקח או לידו ממש , וה"ל להסותו מה ידענין שפיקוס אחר כשהו דיון הנכסה להסותו או לחזרו או ע"י משיכה לסיפא שזה חשוב ג"כ קנין כיר יד יד , ומ"מ בידה חין מיקרי זה דהא אי יולא רכיינו הוא חמינא לענין גט שבעינין ידה ממש , ומכריבוו דונין וליפיין חזר והסותה לחזר כמו ננו וכו' אבל קנין אחר הנכס בקבול מ"ל כזהו הוא קנין כמו יד יד , היינו משיכה והנכסה , מ"מ לענין נתינת גט חין זה רחיה שמועיל , הגם שפענין גיבהה דמכריבוין שם ג"כ ננו כו' מ"מ משיכה והנכסה קונה ג"כ , משום דההם מכריבוין ממש הפולא מל"ל ולכן גם משיכה והנכסה מועילים גם כשישיכיה ומל"ס בידה , כמש"ל'ין חין מכריבוין מינתן לא נעול לרבות רק רכזו ולא ע"י המשיכה והנכסה לפי שאינן מגרימם ע"י נתינתו , הגם שאין סם משום עלי נישך מ"ל קרקע משום שהוא עשה היחחלה מ"מ חין זה נחכרה מקרא דונתן . — עוד הביא רחיה מדברי רשב"י (ב"ב פ"ה ס"ה ב') ד"ה סקתה הלוייה בה ח"ל דמי' הנכסה כקונה בכל מק"ל ע"ס והבאש כפ"ו ל"א דהא כפ"והה אע"כ שאין הלוייה ח"ל לפדח מטעם הנכסה כיון כנתכרה ע"י קרקע , ולעג"ד דמות רשב"ס אלו משום שהנכסה מועלת לגט , דכאזח כנע נעשה זול גיורושיין שיטתו כפ"ו בלי מה שהוא כתיבה ספאי מידה , אלא לפי מה סמ"ל דגלוו של לוקח ברכות מוכר לא קני מפני שאין להכי' חתיבות לחלוק רשיח לעצמו בתוך רשות הסוכר וכנ"ל הוא לגבי רבות הסוכר , ולא לה ליבעה מתי מה קולתה קבוס כה אע"כ כה זה הלויס בה משום כיון שקבוסה עני היכי שהיא חין כפולה לגבי רבות כשהו שהוא שם חן חין בעל מה שקבוסה בה לגבי רשות סוכה ע"כ , ולע"ד דסבר דבעיין דוקא ביה"ה תלויים ג"כ להם והצ"ח הרשב"ס לאוצף הפעם משום כיון שאין מונגה ענמה והגבהה דבר חשוב הוא שקבוסה בכל מקום וע"כ פמילא חין בעל הכלי לבני הרשות שגם הוא , וע"כ מועיל זה לענין הגיורושיין מה שהנע הונח

אמנם גם אם נאמר כדעת התו"ם שמתגרשת בקנין הנבחה או מקשה, מ"מ יש ליבש הא דקדן של פיה ע"פ דעת הקול"ה (פי' ר"י ב"ד) לתרן קשות הטב"א על רס"י בפ' הורקת שכתב רס"י שם מטעם קנין אגב, למה בעינן דחקיה האשה להאזן דוכתא דהא קיי"ל דלא בעינן ליבורים, ומירך הקול"ה"ם משום שנס א"ס המתגרשת בקנין אגב מ"מ לא, והגט מונח בתרו"ם מטעם שאין זה כריתות ודמי לגט בידה ומשיחה בידו עיי"ש, וא"כ יש לומר כיון שקיי"ל שגלו של מוכר ברשות לוקח מיקרי מונח בחלורו של מוכר ע"כ בגט שכתב על היד הו הקרן שמונח על גוף חלר הבעל אינה מתגרשת מטעם שאין זה כריתות. וזוה יתיישב קשות הפ"י והסו"ת גיטין שהקשו בגמ' (גיטין כ"א) לפי הס"ד דלא ידעינן מתירו"א דמחוסר קלי"ה דפריך הגמ' אלא קרן של פרה לקי"ה וליחביה לה, למה בעינן למקלי"ה כלל, ולמס"י אחי שפירש כיון שמונח ע"כ כלי של הבעל לא מיקרי כריתות כג"ל. — אמנם באמת נראה לעג"ד שאין מספיק בטעם הב' שכתבתי, דאכתי תיקשי למה הלריכו"הו במתניתין שינתן לה העבר והפרה ומשמע כתיבה גמורה כדון נתינת הגט שבעינן נתינה חלוטה, אבל נתינה לזמן אין מושל בגט, וכדמוכח מפירש"י לעיל (דף כ' ע"ב) גבי על מנת שמתחייב לי את הנניר משום דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה, הרי הטעם דמושיל משום שמה מתנה אבל מתנה לזמן אין מושיל, וכמו שביאר הרא"ש (סוכה פ' ל"ג ועכ"ה) התלוך בין מתנה לזמן למתנה ע"מ להחזיר, ואילו לעגב שלא יהיה ברשות הנותן בזה גם שאלה לזמן מושיל, וכדאמר הגמ' (גיטין ע"ג) כיון דאשלה מקום בחלורו וא"כ למה בעינן שיתן לה הפרה הא בני בשלה לזמן, אלא ודאי משום שהיא נופע על גט בעינן שיתן לה נתינה מותרת כמו הגט ואם ישיר בו חשביון ליה כמחוסר קלי"ה, (אך מטעם הא' שכתבתי יש לומר שהפסול מסיס שויר הגט בעלמאות) ובסמוך עוד נדבר בזה בעו"ה :

אמנם נכון זה דמחוסר קלי"ה נחשב כשיס שויר בגט שלא יתן לה גט כגמל"ה שסודר מהא דפריך הגמ' ספר אחד אמר רחמנ"א, או מזה דקדן של פרה שכתבנו, מ"מ לא מנינו רק אם השויר היה דבר של הבעל אבל אם השויר היה של אחד לא מנינו, וחילוק גדול יש בזה דיש לומר שכל שיש בגט דבר של הבעל שאין יוחקד יבטל כשרות הגט, או דבר שא"א לחבו"ה כלל, אינה מגורשת מפני שהגט תלוי בדבר של הבעל ואין זה כריתות, ולכן שפיר דקדקו רבותי מזהא דפריך הגמ' אפי"ן שיטה לשיטה שאם היה נפסג משום שכל שפסול ספרים ואין זה ספר אחד כשהיה נחתך גם כשלא נחתך פסול, ועצם הדבר כיון שא"א לחתוך דבר של הבעל בעת חלות הנידושים א"כ תלוי הגט בדבר של הבעל, א"כ יש ראייה מזה שאם יש קלק"ן זה לא מפסיל משום מחוסר קלי"ה, דאם היה זה נחשב למחוסר קלי"ה שזקיל"ו זה, גם כשלא נחתך מהגט ג"כ אין להכשירו דהא דבר של הבעל גורם כשרות הגט, אבל כגשתיר בגט דבר של אחד שחינו של הבעל יש לומר שכל זמן שלא נחתך קודם נתינת הגט אין פסול לא משום מחוסר קלי"ה ולא משום שנים ושלשה ספרים לפי שלע"פ לא נחתך קדוין. אמנם עומד נגד זה ש' דבריו הר"ן ורבינו"ב שכתבו הטעם א"א דפריך הגמ' :

ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנ"א וכו' משום דכל השומד לקלוך קלקוץ דמי הרי דריינינן ליה כקלוץ ממש, וא"כ גם בשל אחד יהיה ג"כ דרין כן. אך באמת סבירא זו לעג"ד מרפס"א חגיגי היאך הוא מוכרח לומר שמשום שהיא עומד לקלוץ שיהיה נכון כמו שהוא עכשיו קלוץ, עד שיהיה קשי"א להגמ' בפשיטות ותיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנ"א וכו' ומ"מ לן זה, ובכל המקומות האמרינן כל השומד לקלוץ קלקוץ דמי תולין (ע"כ ח') וכל השומד לזרוק (ג"כ ע"י ב') רבנן פליגי ע"ז ולא קיי"ל הכי, ולמה כאן פשיטא להגמ' נחשב קלקוץ, ואדרבה דוגמא בעין זה דהכא מנינו בסוכה שגמיה ע"ג קרקע חבדי דחיתא בסוכה (דף ל"א ע"א) דלרבנן כשריה משום דקרקע אין נגזלת והוא סוכה שאולה, ואמאי לא נאמר כיון דהקרקע והסוכה אינו של אחד ושומד הסוכה להגטל מן הקרקע ע"כ הוה הסוכה בלא קרקע והקרקע בלא סוכה שוה פסול, ולא אמרינן הכי רק אמרינן כיון דהשתא הוה סוכה עם קרקע לא חיבתא לן מה שעומד להחלק, וה"כ השתא ספר אחד הוא ומה לנו מה שסופו להקלק :

לבן נראה לעג"ד להעמיס בכונת הר"ן ורבינו"ב שהטעם הוא שאנו מוכרחים לדון כאלו הוא קלוץ וכל שאלו היה קלוץ היה כשר גם כשאינו קלוץ ג"כ כשר ולולי זה לא חשוב כרות גיט"א ובמש"כ, וזה יהיה כוונתם שכל השומד לקלוץ פירוש שהטעם שדבר של הבעל המחוסר להגט אין מטעם הכרות גיט"א משום שאפשר לקוללו, ולכן חשביון כאלו הוא קלוץ, ואם בקלוץ היה פסול גם עתה הוא פסול, אבל בשויר של אחרים שאין לדון בזה משום כריתות, אין הכי נמי שלא נחשב כקלוץ. — אמנם מ"מ יש לומר ע"פ דרך זה שחברנו שיש מקום לפסול גם אם השויר הוא של אחרים, והוא משום שהמורה אמרה שבעל יתן לה הסכר כריתות, וכל דבר הנגדר להגט שבלעדי זה כגון אם היה נחתך ממנו קודם נתינה היה הגט פסול כגמל"ה שוה נגדך להגט, וזה הדבר לריך שבעל יתן לה הוא בכלל נתינת הגט, ואם אין זה הדבר שלו אין נותן לה הגט, וע"כ יהיה מטעם זה פסול שויר בגט הן של הבעל והן של אחר, רק אם הדבר הזה הוא שאם נחתך היה הגט פסול, או משום מחוסר קלי"ה או משום ספר אחד וכדומה :

איברה ד בעל דמוין של דין מחוסר קלי"ה גם בשלא נחתך להא דפריך הגמ' ומיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנ"א ולא שנים ושלשה ספרים פסול זה ג"כ גם קודם שנחתך וכמו שדקדקו לעיל (מ"ה ח') מדברי הרא"ש, אכתי יש לדון בזה ולומר דאין הכי נמי שאנו דנין זה כאלו היה חתוך וכל שאם היה חתוך הוא פסול, הוא מעכב גם קודם שנחתך אם אינו ניתן להאשה מה שאלו היה חתוך היה פסול, אבל יש לומר שהיה הגט כאשר הוא חתוך מתחלתו וכל שאם ה' חתוך מתחילתו היה הגט נפסל כגמל"ה דכשרות הגט תלוי בזה שאם ניתן להאשה ובמש"כ, ע"כ בפסול של שנים ושלשה ספרים שגם אם היה חתוך מתחלה היה פסול, ע"כ הוא מעכב הגט גם כשלא נחתך, אבל בפסול של מחוסר קלי"ה שאם היה נחתך קודם כתיבה היה הגט כשר, ומ"ל שמעכב בלא נחתך כלל דהרי נזכר לדון בזה ממ"ל אם בתר מעשה אילונין היאך שהוא הכי לא נחתך כלל ולא היה מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה :

היה חתך הבעל לתוך כלי זה ואורי כלי זה כתיבה חתיב, וזוה נראה לעג"ד ליבש דברי רס"י (ע"ז ע"א ע"ב ח') דפריך הגמ' סוף ס' כי מסא לאיירא דכלי קי"ה יין נכך לא כו" עד דמסא לירע"א דמנא' וירס"י שם מוספי לאיירא דמנא דעירב כוכבים קי"ה עירב כוכבים בהנבחה, ע"כ. ולכאורה מזהא יראו יתק"ש עיר' ע"ז לומר טיקה הא' בהנבחה הא' והן יחיד עדיין ביר"א ולא ניעט; שילי הכלי וי"ן מנבחה מנח הא"י האוחז הכל רק עדיין הין מנבחה מנח המוכר הא"ל, ואך טיק' עיר' ע"ז והן יחיד בירבנה, והנה מנח"י שתיבט"א יקשה קישו"ו על כלי וישו"ס מה שתיקן בזה והיא דחוק מזה בהנחה בזה, אמנם לפס"ס יתיבש דברי רס"י והוא כיוונה רס"י יהיה ג"כ מטעם על ו' ופי' הס"ד דמ"ל כלי יהיה כו"ט נח הגמ' מטעם ספ"י השו"ב כוכבים קי"ה לין כס גמורו כחור, רק לפי יס"ד היה כוונה הגמ' לפי שא"י אוחז הכלי בידו ופי"א אפי" למ"ד כלי של יורק כ"שה מוכר לא קנה מ"מ כ"ן דקנע ליה בידו לכלי והוא מנבחה כגמל"ה קי"ה מה שמונח גמורתו כלי, וזהו כוונת רס"י שהוא קונס בהנבחה פירוש ע"י הנכחה הכלי תחילת קי"ה מה שמונח גמורתו. ע"כ :

לנתינה, ואם בחר מחשבה שנחשב כאלו היה נחלק המותר מה שלא ניתן לה ואלו דמין בשבירתו כאלו היה חתוך, נדון בו כאלו ה' חתוך קודם החללת הכתיבה, ומג"ל להראשונים לחשב חומרה זו כאלו הדין בו כאלו הוא חתוך אחר הכתיבה וקודם הנתינה אחרי שלל נמלא זה בגמ' בפירושו. ובכדי לבאר דעת הראשונים ז"ל שדקדקו בדיון מחוסר קליטה גם שלא נחקר, נלע"ד לומר שבאמת ענין מחוסר קליטה בדבר התלוג שהיה בשבירתו נתון הגט גם בלא הקליטה, לבאורה אין זה מבורר שיממש מקרא דוכתב ונתן שאין מחוסר אלא נתינה, שהרי לא היה מחוסר מעשה להנתינה כלל דאפשר להגט להתקן בלי מעשה כלל, ואי מוסיף שבאמת נעשה כאן מעשה קליטה בין הכתיבה להנתינה הרי כזה הרשב"א בחידושו לגיטין, ודקדק ממתניתין דאמר ר' יהודה עד שיהא כתיבתו וחתמתו בתלוג ולכאורה חתימתו מיותר הוא כיון שהיה כבר תלוג בשעת כתיבה, וביאר הרשב"א דאחי להשמיען שם היה תלוג ונתחבר אחר הכתיבה קודם החתימה ובעת החתימה הוסיף מחובר הגט, וכן הוסיף הרשב"א ד"ה ע"ד והוסיף מזה הרשב"א שם היה נחשב אחר החתימה ונתלג קודם הנתינה הוא כשר, וע"ש הרשב"א שהלריך בזה והביא שם שבירושלמי הוא בשיא דלא איפשטא, וא"כ הא חזין לפי דעת הרשב"א שמה שנעשה בו מעשה הקליטה קודם הנתינה אין פוסל, ולמה פסול בתלוג שנעשה בו מעשה אחר הכתיבה וקודם הנתינה:

ה) וראייתו להפסיק (בה"י גיטין ס' ק"ד סיף ד') שהביא לדברי הרשב"א הג"ל והביא קודם דברי הרשב"א וזה לשונו, וכתיב בסוף דבריו ומיהו בירושלמי (בירושלמי דילין גי' מהפכת שמקודם יאמר שם בזה בתיביתא שהוא אליבא דר"י) ובבבלי דביע' אליבא דרבנן שם בדר הכי, היתא בירושלמי דילין כתבו בתלוג חברו ותלשו, וחתמו אמנם המפרשים הגיטין חברו חתמו ותלשו וכו' וכן הוא מוכרח דהא ארבנן דמתניתין קאין איבעי להו כתבו בתלוג חברו חתמו ותלשו ונתנו לה מה אמרו ביה רבנן, כתבו וחתמו בתלוג מה אמר בה ר"י ולא איפשטא, ומדלא איבעיא לגמ' דילין משמע בדמתניתין שמייע לה כמו בפירושו ע"ל הרשב"א. וכתיב ע"י הפס"ח ובאמת שאינן אלא דברי תימה דמה בכך שלא איבעיא לגמ' דילין, והלא כמה בשמות איב"ב בירושלמי שלא נמלא בגמ' דילין ואפי' כולם הלכתא ניכחו כיון שלא איפשטא ב"ש דילין היפך בירושלמי, וכמה נחשב זר בעיניו שכל דיקדוק ח' עין בשמנה, שנחנה ונתחבר דברי מערבא ידוע להו פירושא דמתניתין טפי מינן עכ"ל הפס"ח שמהם על הרשב"א:

ולענין דלקו דברי הרשב"א דמה דרשב"א דיק מנותניתין וכו' לא דיק דר"י דר"י"ל דר"י"ל שובר גם אם נתחבר אחר חתימה פסול, וא"כ פסול החתימה במחובר שוכר בדברי ר"י אינה רביתא דהא גי' אחר החתימה ג"כ פסול ולא מוציין יחס החתימה לזה, ושיקר הדבחה השמיענו ר"י שם הכתיבה מוציין לשינובה עתהיה בתלוג וטעות הלשון עד שחיה כתיבתו וחתמתו הוא לאפקי מועת רבנן דאמרו דסני בחתימתו לחוד בתלוג, אחי ר"י ומוסיף שמהיה גם כתיבתו כמו חתימתו בתלוג, אבל גמ' דילין מוכח דלא סברי הכי דאם נאמר שם אחר החתימה אם נתחבר, פסול, א"כ אין יתרון להחתימה זה ואם נתחבר אחר הכתיבה שהיה גם אחר החתימה קודם הנתינה ג"כ פסול ואפי' לר"א דאמר עדי מסייה כתיב וחתמה בנתן אין מוכרחת, ויפסול ג"כ אם הכתיבה בתלוג והחתימה א"כ במחובר, וא"כ מג"ל להגמ' (גמ' משילין דף ד') לדקדוק ר"י"ל סבר דבעי כתיבה וחתמה דלא כר"מ ודלא כר"א, א"ו דגמ' דילין סברי להאי דיוקא מדקאמר עד שיהא כתיבתו וחתמתו מכלל דתרווייהו דוקא ניכחו ומשכחת זה בלא זה ושניהם נלכדים לגמ', ע"כ קפדינן הכתיבה וחתמתו שיהיה בתלוג, ולבד זה לא קפדינן הנתחבר

אח"כ, והשמיען בדברי הרשב"א יראה שיעקר יסוד דבריו בזה על הסוגיא שדקד' ד' שכתבתי, ומג"ל הרשב"א בלשון מדלא איבעיא לגמ' דילין, נראה לי שבאמת יש לפרש בירושלמי שזו גופא מיבעיא להירושלמי אם אש דאמר ר' יהודה עד שיהא כתיבתו וחתמתו, אם חתימתו דוקא הוא בגמ' דילין וא"כ יהיה מוכח מזה שאחר החתימה אין קפידא כתיבתו, וגם מוכח שתלוג ולבסוף חברו פוסל ג"כ, או שלא דוקא הוא רק מוסיף כתיבתו, לחתימתו דאמר ר"י, וזוהי יפה מדוקדקת מה דנקט היר' הפעיא זו דאם חברו אחר החתימה אליבא דר' יהודה הא כן הוסיף מיני למיבשי בעיא זו גם אליבא דרבנן, היינו אליבא דר"י, ולגמ"כ אחי שפיר לפי פסוק דר"י והספק מן שני הפעיות הן הפעיא קמייתא (לפי הגירסא דילין ביר'ו) והפעיא בתרייתא הכל תלוי בשבירת דקדוק פירושו מה דאמר ר"י חתימתו, וע"כ שפיר כתב הרשב"א שמה' הגמ' לא מיבעיא להו הכי, הוא מדקדק בנתן' סתמא בפשיטתו דר"י מלריך תרווייהו בדוקא כדליתא בגמ' ד' משמע דמתניתין שמייע להו הכי, ומעשה דברי הרשב"א נכונים ובהם תמיהת הפס"ח משעלו:

והריטב"א בחידושו לז"ח גיטין (כ"ה ט"ב) כתב ז"ל ולענין תלוג שחברו ובטלו איב"ב מ"ד דפסול ודייקי לה דבר"י דאמר עד שיהא כתיבתו וחתמתו בתלוג, דאם כתיבתו בתלוג חתימתו בתלוג (כיון בזה לה' הרשב"א שהבאנו) ורבינו נר"ו אומר בזה (לפס"ח הוא הרא"ה כי סתם רבינו הגו' בריב"א הוא הרא"ה בר גלונתיה של הרשב"א) דמכאן ליכא ראייה כלל דהוא אינערך דאם אמר עד שיהא כתיבה בתלוג הוסיף חתימה דר"י לא בעיא אלא כתיבה לשמה אבל חתימה לא בעי כו' ועוד דאפשר שיהא כתיבתו בתלוג וחתמתו במחובר, כגון שכתב גט על פל לח ונעשה ואחר ג' ימים שהקלט הנעשה דהו מחובר גמור חתמו העדים ומסו"ה נקט עד שיהא כתיבתו וחתמתו בתלוג הלך אפשר שתלוג ולבסוף חברו ובטלו לא חשיב כמחובר כו' עכ"ל הריב"א, ונראה מדברי רבו של הריב"א המובא בדבריו הגם שחילק על הרשב"א דבינא של תלוג ולבסוף חברו, מ"מ דבינא של נתחבר לאחר החתימה נראה דסבר כותיה, וסוכחה לוח הן מדבריו בחזון הראשין דלא משכחת שחתמה יהיה במחובר והכתיבה הקודמת שהיה בתלוג, ורק משמיעו האמת דמזכירין לחתימה במחובר לחומר למקום אחר על לשמה, ואם לאמר שכל שאחר הכתיבה נפסל במחובר גם בנתחבר אחר החתימה נפסל ג"כ א"כ אין ראייה מזה לענין לשמה בחתימה דילמא חתימה לא בעי, ובסול מחובר בחתימה מפני שאחר הכתיבה הוא נתחבר, וממסקנת דבריו שכתב דאשכחי מושבחה לה בלמה דהוי מוכח שפסול החתימה במחובר הוא רק מ"ד החתימה גופא שהיה במחובר ולא מ"ד שנתחבר אחר הכתיבה קודם הנתינה, ודבר משעס דר"י חתימה לשיקר בנתן זה פסול שבאגת דבריו על הריב"א שהביא בשם רבו. אלא בלפ"ז ל"ש י"ב סוף דברי הריב"א שם, זה לשונו, ותדע לך דמדרי' ליכא ראייה דהא בירוש' בעי לה כתבו בתלוג ולבסוף חברו ונתנו לה אחי לא פשיטו מדר', ומיהו בגמ' דילין דלא איבעיא להו אפשר דפשיטא להו דתלוג הוא כיון לענין השכר זרעיה ע"כ. אמרינן בעלמא דתלוג הוא וזה נכון מדרבינו נר"ו, עכ"ל. ולגמ"כ ל"ש מאי מייית מהירו' ראייה הא לפי מה שבארנו דבריהם מוכח שנתחבר לאחר החתימה קודם הנתינה אין חשש לזה, ואילו להיר' מיבעיא גם בזה אליבא דר"י ולא פשיט לה מדר', ואולם לר"י לומר שפשיטו ביר'ו הוא כגיר' הפני משה שהג"י גם בבעיא דאליבא דר"י שהחייבו היה קודם החתימה, וכל הבעיא בירושלמי הוא לענין תלוג ולבסוף חברו, אבל זה גם לירוש' חיבור שאחר הכתיבה והחתימה קודם הנתינה אין פוסל, וגם לפי הג' שבירו' דבבעיא הוא

הוא בנתחבר אחר החתימה, מ"מ לדינא יש לומר כיון דר"ח
 בחר הכי בעיא אליבא דרבנן דמתניתין בנתחבר אחר הכתיבה
 בשעת חתימה משמע שנתחבר אחר החתימה לא קפדינן,
 וכן מפרש הק"ע שבח"ל קבעי אס לאחזר דאחר החתימה לא
 קפדינן אס נתחבר, וכיון שכן ראו לבסוף בזה כר"א דלא
 שבקינן פשוטא דר"ח בצעיא בתרייתא מספקא דבעיא קמייחא:

ו) ואחרי אשר חוקנו דברי הכשב"א בזה שחיבור לאחר
 החתימה קודם הנתינה אין מוריד פסול להגט,
 וא"כ חזינו שהקליטה הנעשה קודם הנתינה אין פסול להגט
 כל שהכתיבה והחתימה היה בהשגב, וא"כ ל"ע טובא למה
 פסלינן מחוסר קליטה בתלום שנתחבר אחר החתימה קודם
 הנתינה הן הכתיבה והחתימה היו שם בהשגב. והנראה
 לענ"ד לומר בזה דהנה הגמ' פריך אהא דקדן של פרה
 לקליה ולתוביה לה ומשני אמר קרא וכתב ונתן מי שאין
 מחוסר אלא נתינה ימ"ו זה שמתחבר קליטה ונתינה, ולכאורה
 ל"ע מאי פריך הנמ' לקליה ולתוביה לה אם מתניתין היא
 בסמוך שמתחבר הנקט' אחר הכתיבה קודם הנתינה פסול
 ואס הגמ' שואל העטם אמתניתין גופא דפסלינן במחוסר
 הנקט' אחר הכתיבה קודם הנתינה הו"ל להגמ' לאקצועי
 ילפותא דקרא אמתניתין, והבא לא הוה להגמ' לאקשויי
 לקליה ולתוביה לה, אלא דנע"ד דהגמ' בס"ד קטבר דפסול
 דמחוסר מפני שמתחבר מעשה בעת הכתיבה ש"א להיות
 נתינת הגט בשום אופן עד שיוקט' דבעינן שיתן ליה או
 לדבוסה שהוא כידה, וזה א"ח בנטע שהוא במחוסר ואין
 להשגב ע"ז דאח אפטר גם במחוסר לקרקע ממש שיתן לה
 הגט בלא קליטה ע"י שיקנה לה כל הקרקע והגט המחוסר
 לקרקע תקנה ממורת חלד שמונת על הקרקע וכמו דאמרין
 בגמ' (כ"א ח') כהנ גט ונתנו בתלד וכתב לה שער מתינה
 עליו קלמיו ומתנתה בו, יש לומר דבעינן חלירה דומיא
 דיהה שגט יהיה מונח בתלירה הוא רק במחוסר ובע"ה דל"כ
 אחד, ובוה נראה לע"ד לבאר ד' הריב"ז א"כ שהביא בשם רבו
 שתלום ולבסוף חברו הוי בתלום כמו דאמרין בגמ' לעינן
 הכשר זרעיס וע"י, והנה זה ודאי דרתיבה הוה לפי שיטה
 דליה שדין מחוסר קליטה הוא רק במחוסר ובע"ה דל"כ
 להקד דסברי שגם בתלום יש דין דמחוסר קליטה אך שידן
 לדמות לזרעיס וע"י שגם בעינן מחוסר מונח, אך גם לשיטתו
 ל"ע היקד שידן לדמות לזרעיס וע"י, הא כ"ן כיון שאי אפשר
 לקיים הנתינה רק על מעשה קליטה מן זה שחברו, אך
 לפתש"כ אחי שפיר לפי שכיון שתלום ולבסוף חברו אין נקרא
 מחוסר א"כ אפשר לקיים הנתינה בלא מעשה קליטה היינו
 שיתן כל בקינן כל הקרקע שמתחבר שם הגט ותתגרם מוטעם
 חלד ודק":

ורנה הגיע דברי יהוה לפני ירדני הנגזן הג' מו"ה ר' באר
 שמתחב הבתן גי"ו בינו עלומוני בסויתו בביאליטצ'אך
 והקשה ע"ז מהא דריתא בגמ' (ב"ב ס"ג) משום תלום כ"ס
 קנה אמר רב שעת הבא בגמ' דאמר ליה ק"י יפה לי קרקע
 כל שהוא וקני מה שעליה, והתשובה ש"ס ד"ל אך כתבו שם
 הפירוש החוק בקרקע ע"י ופוי דהוי בעינן נעל כ"ו ותהא
 שאולה ק"ד להיות כתלדך לקנות מה שעליה, הרי נצולד שגם
 שהקנה הוא דבר אחר עם השגב מ"מ קונה בתורת חלד
 ואכ"ז שהבתי ע"י אס כי השגב התוס' קנה ר"ה מו"ה,
 אמנם הרשב"ם שם פי' שנתורת קרקע קנהה ה' המחוסר
 לקרקע, והרמב"ן בחידושו שם הביא בשם הר"ף והר"ב"ן
 מנח תלמודו שפירשו להגמ' זו מוטעם קנין אגב קרקע,
 ומתחשבו לנעם אחר ולא פירשו מוטעם חלד, המחוסר הוא
 דס"ל שלא מצינו קנין חלד שיעול רק בדבר שנתנת בחלד
 ולא שהקנה יהיה חלק מדבר שהוא שנתשוב לחלו, ומה
 שהר"ף ותלמודו הר"ב"ן ונח ירדני משיעת הרשב"ם, משום
 שפירשם הגמ' דמייירי בעומד ליתלם דלא הוה בקרקע, וזה

טעמן של התוס' שלא פירשו כשיטת פי' רשב"ם, ומה שנידרי
 התוס' מלפרש מוטעם אגב משום דתוס' סברי כשיטת
 הסבורים שגם בזבירים צעיקן אגב וכיון שלא הוזכר בגמ'
 לשון אגב, רק אמר סתם וקני מה שעליה, ע"כ סברי שא"ח
 לפרש מוטעם אגב, אמנם הר"ף והר"ב"ן מנח הרמב"ן
 יהיו סבורים כשיטת הרמב"ם המובא (בחו"מ סי' ר"ב)
 דבזבירים לא צעיקן אגב, וגם לדעתם של התוס' ג"כ יש
 ליטב שלא יהיה נגד הסברה ש' שהיבא שהוא דבר אחד עם
 החלד א"ח לרין בזה דין קנין חלד, משום שלשיטתם מייירי
 באין הפשתן לרדך לקרקע ועומד ליתלם לכן נאמר שכתלום
 דמי וחשיב כדבר מופרד המונח בחלד ושייך ע"ז קנין חלד,
 משא"כ במקום שהוא לרדך לקרקע ותשוב המחוסר דבר אחד
 עם הקרקע אין שייך בזה דין קנין חלד, וכנ"ל. — ובוה יש
 ליטב מהא דריתא שצ"ע גי' (ב"ב ע"א) גבי עינן של אחד
 וזרעיס של אחר מכה בכל זרעיס לבצע העינן לא קנה עד
 שיחזיק בזרעיס, ולמה לא יקנה מוטעם חלד שהזרעיס מונחם
 מוך העינן, ולמש"כ אחי שפיר כיון שהזרעיס מחוסר עם
 עפר העינן א"ח לרין ע"ז דין חלד לפי שהוא דבר אחד עם
 החלד המונח שם הזרעיס:

עוד נראה לענ"ד לומר שגם אס נאמר לפי סמיכות ד'
 התוס' שבב"ב פי"ז הג"ל שגם המחוסר לקרקע נקנה
 מוטעם חלד, ונאמר שהתוס' סתמו בכלל וכוני יוכל לקנות
 מוטעם חלד גם בזבירי לזרעא מכל מקום יכול לקנות ממורת
 חלד, מ"מ יש לומר שלענין גט שאני, דעתיא אכן שגט
 חלוק מקנינן שלענין קנין גם אס היה מונח בחלד הקונה
 מקודם יוכל המחוסר להקנות לו בתורה חלד, ואילו בנטע אין
 מועיל א"ח היה מקודם מונח בחלדה וא"ח' יאמר הבעל
 שמקנה לה בזה שמונח בחלדה שמתגרם בו, והטעם דבנט
 בעינן נתינה, ולכן בזה יש לחלק ג"כ שלענין קנין יכול שפיר
 להקנות בתורת חלד גם שהקנה המחוסר עם החלד (ואסויא)
 דגיטין בענין זרעיס לפי שיטה זו ש' בדעת התוס' נלדך
 ליטב באופן אחר ויש לי בזה דברים ואין כאן מקומן) כנראה
 מד' התוס' ב"ב הג"ל, אבל לעינן גיטין שבעינן נתינה ולכן
 אין מועיל כשהגט הוא דבר אחד עם החלד ובעינן שיהיה
 מופרד מהחלד ודוקא ובע"ה, ולכן כיון שצדדו מחוסר א"ח
 להיות בו נתינה ולכן פסול משום שמתחבר מעשה הכרחי
 בין כתיבה לנתינה, אבל בקנין של פרה כיון שאפשר שיתן
 הגט כפי מה שנתנה בלא שום מעשה היינו שיתן לה כל
 הפרה ליה לן לנעסל גם כשיקטן, ולכן פריך הגמ' לקליה
 ולתוביה לה, וע"י חתיה לן הגמ' בחירולא מדרשא דכתב
 ונתן מי שאין מחוסר אלא כתיבה ונתינה, והכונה הוא שפיר
 מה שיתן לה הגט בסוף צעיקן שיהיה כן בעת הכתיבה,
 שלא ילעךר למעשה אחר הכתיבה על נתינת הגט שפי' מה
 שיתן כסופו ובעינן זה דקדק הרשב"א ז"ל בחידושו כימה
 שהיבא לעיל בדברינו, שכתב בנתחבר אחר החתימה ונקטן
 כשר משום שבעת הכתיבה והחתימה לא היה מחוסר מעשה,
 הנס שבאמת כפי מה שנתהוה א"כ היה מחוסר מעשה,
 והקשה בעלמו מהא דפסול רבא על עלה של עינן נקוב
 גזירה שמה יקטום, ומאי איכפת לן אי קיים לה בסוף הא
 בעת הכתיבה לא היה דעתו לקנות רק לתן בשלימותו ולא
 היה מחוסר מעשה בעת הכתיבה, ומיךר ע"ז דתסל לפי מה
 שנתהוה א"ח"כ בעת הכתיבה שיקטן נתינה שבעת הכתיבה היה
 מחוסר מעשה זו עיי"ש עבת"ד, ונמלא שדבריו מתם כמש"כ
 דתהא דותנן צעיקן שבעת שכתב לא יהיה מחוסר מעשה רק
 הכתיבה והנתינה, אבל כל שכמו שנתן בסוף מחוסר לזה
 מעשה בעת הכתיבה בלעדי הכתיבה מיקרי מחוסר קליטה ופסול:

ז) ובוה נראה לענ"ד לבאר יסוד המחלוקת של הראשונים
 ז"ל בענין מחוסר קליטה בתלום שעת רש"י
 ורשב"ם ושייעתם שדוקא בעיקר דבר מוגדלו, ודעת ר"ת
 ור"י

ע"כ לר"ך דנשתתיר ג"כ פסול וכמו שג' באופן השני שכל שאם נשתתיר כשר ליבא למיזר בו פסול של מוחסר קליזה גם כשתתק, ולאופן הא' שכתבתי מוכח ג"כ שזה לא מוקרי מוחסר קליזה דהא גם בשיר כיוון שבעת הנתינה נתבצר קליזתו ובעת הכתיבה חסוב נתבצ על כילו יס לפסולו מדרשא דוכתב ונתן וכמו שכתבתי :

ח והנה לפי מה שבררנו ענין הפסול ממוחסר קליזה בתלוש, אין מקום לחלק בין היבא שבעת מעשה הכתיבה היה דעתו לקלוץ או לא בין כך ובין כך אינו כפי מה שנתן לה אה"כ בלתי מעשה, אמנם הר"ן הביא בשם רבינו האי גאון לחלק בין היבא שהיה דעתו בעת הכתיבה לקלוץ ממנו או לא, ולפי מה שדקדקו בענין דרשא הקרא דוכתב ונתן, ובכאורה אין כאן מקום לחלק בזה. והנראה לענ"ד לומר ששאר בשעת הגאון ז"ל שהוא סובר בהלכות עיקר הדרש דוכתב ונתן בפסול דאורייתא הוא דוקא בנט שכתב במחובר לקרקע שא"ל להנתן בלשני החלושה, ולכך הוא סבר הגמ' לפי הס"ד דקדן של פרה אפשר למקליה ולתיבוי לה מפני שאפשר להנתן בנט גם בלא קליזה, רק הנמ' קמשני אמר קרא כו' היינו דאסמינן אה"כ דוכתב ונתן שהוא לתימוד של פסול מחובר גמור שא"ל להנתן בלא קליזה, שה"ה שכל מעשה זה מופנה קליזה אחר הכתיבה פסול דרבנן ומוסר ליה למחבר נזרו בו, וע"כ סובר הגאון שלא נזרו רק דומיא דמחבר שהוא דבר שבעת הכתיבה דעתו לקלוץ, וכן בדבר שסוירו חסוב חלל הכל ושמו עליו כפ"ע כמו קדן של פרה שכתב הר"ן שפסול גם שהיה בדעתו בעת הכתיבה שלא לקלוץ ואפי"ה פסול ששקולו לבסוף קודם הנתינה משום כיוון שסוירו חסוב ויבצר דומיה ויזכר לקליזה מן המחבר ולהכי גזרינן ביה, וזה הנראה לענ"ד בשעת הגאון ז"ל, ואם שהב"ש כתב (בס"י קד"ו ס"ק י"א) שלמאן דסבר מוחסר תלישה בתלוש פסול, הוא מה"ת ובה"ה ר"הו מדגרינן שמה יקפוט אליבא דרבא, לענ"ד אין זה הכרח שיה"ל פסול שקרוב לשל תורה בנט, חסוב לחו"ל כענין של תורה וגזרינן ביה, ובחמת ראייתו לשון הר"ן ז"ל שבי"א שיצת האחרים הסוברים שלא אמרינן מוחסר קליזה רק במחובר לקרקע שמה יקפוט משום דעיקר דבר מגידולו ומכיון שם החילוק בין תלוש למחובר משום דתלוש אפשר להנתן גם בלא קליזה אבל במחובר ח"ל להנתן ח"ל בקליזה ובס"ח דמי למחובר עכ"ל, הרי מוכרח לומר לפי דבריו שזה הפסול גם בצע"מ וכדומה שאפשר ביה להיות נתינה הוא רק דרבנן כפסול פסול מחובר נופא חסוב בלחמת עוקר דבר מגידולו כתב הר"ן בעצם הפסול משום שא"ל ליתמו אלא בקליזה, משמע מדבריו שאם היה באפשר להנתן גם בלא קליזה לא היה נפסל, ובצע"מ כתב משום דמי למחובר ושם אין הטעם משום שא"ל להנתן, וע"כ לר"ך לומר משום דמי למחובר פסלוהו מדרבנן, ורק משום דמי למחובר החמירו בפסולו כמו בשל תורה ובפרט בא"ל החמורה וע"כ גזרינן גם כי שמה יקפוט. — וראיתי בספר נטע פשוט (ס"י קד"ו ס"ק י"א) שכתב על מש"כ המחבר, אבל לא יחזיק יד העבד וקדן הפרה ויתן לה" וכתב ע"ז הג"פ ואם עשה כן אינו נטע מחסר דכתיב וכתב ונתן כו' ומשמע מדבריו שזה ברור לדעתו שצדקה"ג הוה גט בעל מה"ת לכו"ע, ונפלאמי איך לא דקדק בלשון דברי הר"ן ה"ל אשר מוכח כוונת דבריו שלדעת הסוברים שדוקא בפסול מחובר ובע"מ פסלינן מוחסר קליזה, מ"מ בצע"מ לדבריהם הוא רק מדרבנן וכמו שכתבתי :

ט ועתה נקוב לענין מה שכתבתי להסתפק במה דאמרינן בצנשתיר בנט דבר של הפעל שאם יקלץ יהיה פסול משום מוחסר קליזה, שהדין הוא שפסול גם שלא נקלץ אם זה יהיה גם בצנשתיר של אחר או לא, והנה יס למקור בחלוקן

ור"י ופשיטת שגם בתלוש שנקלץ ממנו קודם נתינה הוה מוחסר קליזה ופסול, וישויון בתוס' ורא"ש והרשב"א והר"ן שביארו מהלוקטן. והיינו טעמא שדרעת הסוברים שדוקא בעוקר דבר מגידולו הוי מוחסר קליזה, משום כיוון שבחמת אין מוחסר מעשה הכתיבה קודם נתינה בנט ובמש"כ בה"א דקדן של פרה, ורק הפסול הוא משום דררשינן וכתב ונתן היינו מה שינתן בסוף יהיה ע"ז וכתב בלא שום מעשה אחר, ע"כ סוברים דבמה דהוה עוקר דבר מגידולו הרי נעשה בו התחדשות שבעת הכתיבה היה בו חיות ועכשוו אין בו, וגמלא טעמא בנט כנתינה מכמו שהיה בתלוש בעת הכתיבה, ולכן עיקר ע"ז דרשא הג"ל של וכתב ונתן שפ"י מה שנתן לבסוף לא היה ראוי בעת הכתיבה בלי מעשה, שמה"כ בתלוש מקלטון ממנו, בעלמא בנט הנימון לא נעשה בו שינוי והר"י הוא כמו שהיה בעת הכתיבה רק שיתחבר לו נקלץ. ולפ"י מיושב קושיות ר"י בתוס' שהקשה על שיצת הסוברים דבתלוש לא נמשך מוחסר קליזה, מה"א דאיתא בסוטה דערפ עפרה של עור הנדחה אין עשון שריפה משום דבעינן שאין מוחסר אלא קליזה ושריפה יא"ז זה שמוחבר תלישה קביזה ושריפה, אלאו חסבינן מוחסר תלישה גם שאין עוקר דבר מגידולו, ולמש"כ אין כאן קושיא. דהתם ודאי חסבינן מוחסר תלישה כיוון שא"י אפשר לעשות הקביזה ושריפה בלשני החלושה, והוא כמו דהוה סלקא דעתין לפסול מחובר, גם שדקדק של פרה ס"ד דאפשר למקליה ולתיבוי, משום דמחבר ח"ל להיות נתינה בנט בלשני הקליזה, אבל מאי דמחמדינן למסקנא דאמרינן שגם במה שראוי לנתינה בלא קליזה ואפי"ה נכתב מוחסר קליזה אם נקלץ לבסוף, הוא אמרינן שהוא דוקא במה שנעשה בעלמא הדבר שהתנה ומקרא דוכתב ונתן דרשינן שבכתיבה יהיה על דבר הניתן בלי השתנות :

ישימת הפוסקים הסוברים שגם בתלוש ממש הוי מוחסר קליזה שנקלץ אחר כתיבת בנט קודם הנתינה, היינו טעמא משום דסברי דוה חסוב ג"כ שינוי בנט שמוקריה היה גייר גדול ועכשוו הוא גייר קטן וחסידי דבר אחר מכמו שהיה בעת הכתיבה, וגמלא שהיה או מוחסר מעשה שהיה כמו שנעשה אה"כ בעת הנתינה, וזהו דמי המחמירים גם בתלוש. וכו"כ בא"ר דקדוקן של ראשונים שדקדקו מה"א דברי הגמ' בין שיצת לשיצת כו' שהגט שנקלץ מקלטו לא הוה מוחסר קליזה, והוא כיוון שכל העצם שפסול נקלץ אה"כ בתלוש הוא מה שכתב אינו מה שניתן והוא מוחסר מעשה שהיה כמו שניתן, וע"כ נראה שאם לנו אומרים שיר בנט מקום גיליון לעלמו כשר לא היה אפשר לומר בזה כשיקלץ שהיה פסול, כשפלטו מכשירין כששיר בנט גיליון לעלמו הטעם הוא מפני שאנו אומרים שהגט ניתן לה בלשני הגליון המשורי, וה"כ הי"ך גובל לומר כשיקלץ יהא פסול מפני שפ"י מה שניתן לה לבסוף היה אפשר ליתנו בעת כתיבה בלתי מעשה הקליזה, הא אפשר לתן לה זה הניט ממש כפי שניתן לו ממש גם בלא מעשה הקליזה היינו ששיר לעלמו, אלא שמוכרח לומר שעינו או בחמד משני אופנים, או שנאמר שהגט אשר נמלא בו שיר גייר לעלמו בעת נתינה חסבינן ליה כמו שקלנו בעם מעשה לפי שאין ניתן לה, ובעת הכתיבה לא היה חלוק הניט מן המותר המשורי, או אפשר שיש לומר לפי שנאמר שיר גדול בנט להבעל זהו פסול בנט לפי שיעקר שם הניט הוא על של הבעל, ולכן בנקלץ ג"כ פסול משום שכן הוא בחמת שכמו שניתן לה לבסוף לא היה אפשר להנתן לה כן להתגרס בו בלתי מעשה הקליזה, ולכן פסול הכתיבה מפני שהוא מוחסר מעשה בעת הכתיבה, ולכן שפ"י מובאר הראיה שהבואו הראשונים מה"א דברי הגמ' לאכזורי בין שיצת לשיצת כו' דנחתך מקלטו בין כתיבה לנתינה אין לפסול משום מוחסר קליזה דאי ס"ד דפסול א"כ

בחלקו של הטעמים שכתבתי בענין מחוסר קליזה בתלום (ועיל
 אות ו'), לאופן הא' שכתבתי שם שטעם הפסול הוא משום שבעת
 הנתינה כיוון שנשחית נחבדר קליזה אבל בעת הכתיבה נחשב
 כלא נקטץ, יש לומר כן גם בענין אם נשחית של אחר בגט
 בעת הנתינה שמה שאם היה נחחק פסול גם בשלא נחחק בנייר
 פסול משום שבעת הנתינה כיוון שנחבדר שזה שנשחית לא
 ניתן לה ונחשב כנחחק וכמוש"כ, אבל בעת הכתיבה שהיה
 אז באפשרות שהבעל יקנה כל הנייר ויתן לה, ע"כ נחשב
 זה מחוסר קליזה מפני שהכתיבה ונתינה אינם שוים בנייר
 אחד. אמנם לטעם השני שכתבתי שם שיעקר הטעם הוא
 משום ששור גדול בגט פסול בעלמאמו, וממדת זה נגדר
 פסול מחוסר קליזה משום שאפי' מה שניתן ההכרח לקוללו,
 לפי זה יש לדון הקלה בזה אם שור בגט של אחר שנשחית
 שור גדול אם יש לפסול בזה, וישור הספק הוא אם השור
 דבר חשוב פוסל משום שאין זה כריותות, א"כ יהיה בשור
 של אחר כשר, אמנם אם נאמר שטעם הפסול שאין זה נחשב
 נתינה של הגט כיוון שיעקרו ורובו לא ניתן לה וא"כ גם בשל
 אחר יהיה הדין כן :

וראיתי להריטב"א בחידושו שכתב אהא דאמרינן וכתב
 ונתן מי שאינו מחוסר אלא כתיבה ונתינה בו'
 וז"ל, ומכא נפקא לן לאיסור יד של עבד וקנן של פרה
 וכוזאל בזה חשב מחוסר קליזה כיוון שמה שנשחית אצלו הוא
 העיקר שיש לו חיות, וכיון שמה שנשחית אצלו הוא העיקר
 שנשאר בחיותו ומש"ל חשוב מחוסר קליזה בו, והא"כ כתב
 באמצע דבריו שז"ל, וכיון שכן אמרינן שאין מחוסר
 קליזה אלא בדבר שמה שנשאר הוא עיקר שנשאר בחיותו
 אבל בדבר אחר לא כיון אם מתה הפרה או העבד כשר,
 אע"פ שלא נותן לה כל הפרה או העבד משום דהא לא חשיב
 מחוסר קליזה כיון שמה שנשאר אינו עיקר והרי הוא כשור
 בטבלי או בנייר בו"ע ז"ל, ועו"ש היטב בדבריו הארוכים שם,
 והרי רואין אז בנייר בו"ע ז"ל, ולפירושו של הריטב"א ז"ל שלכך פסול
 שור בגט מפני שזה נחשב מחוסר קליזה כיוון שערך מעשה
 לחקו"ק ועי"כ נתינת גט כזה, וגם אח הנתינה פוסל
 השור משום שערך מעשה להפרידו ונחשב הנתינה בעלמאמו
 מחוסר מעשה לנמרה. — ולפירושו של הריטב"א נסתבר לנוכח
 לשון הגמ' אלא קרן של פרה לקליזה ולותביה לה, וכבר נתקפו
 שם המפרשים כיוון שלפי הס"ד לא דרשינן לקרא דמחוסר
 קליזה למה בענין שיקללנו (עין המש"כ בנח"ט), ולדברי
 הריטב"א אחי שפיר שזה דיע שהיו שבעת הנתינה בענין
 נתינה נמורה שלא יהיה מחוסר מעשה אבתרה וכיון שלהנתינה
 מחוסר מעשה ההפדרה לא נחשבת נתינה נמורה אלא שזה
 ס"ד הגמ' שהנתינה אין נחשבת מחוסר מעשה לפי שאפשר
 שנתן הגט כמו שהוא, ומסקינן הגמ' מה"מ של שנתקן לבסוף
 כיון שלפי ראונו לשייר לענאנו א"א להנתן להגט בלתי הקליזה
 נחשב מחוסר קליזה, ולפי שיטה זו מוכרחים אנו לומר להק
 דסברי גסם בתיבת נחשב מחוסר קליזה, וא"כ לדירה לר"ך
 לומר שהשור בגט היכא שנשחית בגט חלק גדול זה נחשב
 מחוסר קליזה על הנתינה ונפאל להפדרו חלק בתיבת מחלקה
 וכל זמן שלא נפדר לא נחשב נתינה, ועי"כ גם שנתקן קודם
 הנתינה פסול מפני שהכתיבה היה מחוסר קליזה לכפי מה
 שניתן בסוף והוא כעין אופן הב' שכתבתי לעיל :

אמרינן שם בגמ' סודרא כיון דתפיס שלג על שלג אמרינן
 כמאן דפסיק דמי ומקרי נתינה לגבי דבר שנתן וכש"כ אם
 יתפסו כל הסודר בידו על דעת לקנות בו שלג על שלג
 ונחשבינן זה נתינה, אלא ודאי הא דבגט אין נחשב נתינה
 הוא מפני שאניחא בדבר של הבעל ואין זה כריותות, וכי
 היכי דמתלק שם הגמ' בז"מ גבי גט בידה ומשיחה בידו.
 אך יש להסתפק אולי הקך דסברי שפסול מחוסר קליזה גם
 בתלוש לא ס"ל להריטב"א בטעם ששור שזה נחשב מחוסר
 קליזה בעת הנתינה, לכן גם כנחחק פסול, רק יהיו סודרים
 כלאופן הא' שכתבתי (באות ו') שנחשב השור כנחחק והכתיבה
 נחשבת על כולו ועי"כ אין זה מיקרי וכתב ונתן בלאופן אחר
 וא"כ יש לפסול גם שנשחית של אחר וכמוש"כ לעיל, אמנם
 מחור ויחד לומר כטעם הב' שכתבתי שהוא כעין דברי
 הריטב"א למה נתלק בנייהס. — אמנם אם נאמר שלדעת
 הסודרים לפסול מחוסר קליזה גם בתלוש שהיה זה רק
 מדרבנן וכמוש"כ בשו"ת רבינו האי גאון ובדברי הר"ן ז"ל,
 ומשום לתא של גזירה שו"ר מחוסר ממש נעשו בה, וא"כ יש
 לומר דהא דפסלינן שור בגט משום מחוסר קליזה, הוא
 מפני שלא יהיה גורם שור של הגט של הבעל לכשרותו
 וכמוש"כ מוקדם (באות ז') וגם זה יהיה פסול דרבנן, ומעשה
 יש להסתפק בשור של אחר אם פוסל או לא וכמוש"כ לעיל :

(ו' ונראה לעי"ד להוכיח שגם לדעת הפוסקים ששור
 בתלוש פוסל הגט, מ"מ בנשחית של אחר
 שאינו של הבעל אין פוסל הגט ולכל הפחות שאין כאן פסול
 מורה, והוא ממה דליתא בגמ' (גיטין כ"ט) גבי הווא
 נבדל דעל לבי כנישתא ושקל ס"מ ויהיב לדיבתיה ואמר לה
 הא ניטך דשקיל וטרי הגמ' לתא יומאם לה אי משום כריותות
 דלית בה הא בעינן לה לשמה וכו"ל דילמא אקדים ויהיב
 וזאל לספרא בו"א בעינן שמו ושמה ורב יוסף מאי קמ"ל
 שאין מו מילין ע"ג מו מילין ע"כ. והנה ניתו"א חנן היכא
 מיירי בעובדא דהאי ס"מ דשקל צבי כנישתא אם היתה של הבעל,
 ומשפצא דלישנא דגמ' משמע שהס"מ היתה של הכנסת, סברי
 סתמא נקט בגמ' דלבי כנישתא ושקל ס"מ, ועוד דליתא
 למימר דמיירי בעלמאמו"א בשלימותה היתה שלו א"כ לתא להגמ'
 לומר דילמא אקדים ויהיב וזאל לספרא, הא ברשותו לזו"ת
 להספיק לכתוב להכריותות לשם גירושין וליה כיון שהס"מ
 שלו היתה מסתמא כתבה ע"י ששכר סופר לכתוב הס"מ,
 והרי הוה להגמ' למימר דילמא אקדים ואמר לספרא מעיקרא,
 אלא ודאי משמע שהדבר כפשוטו שהס"מ היתה שייך להבי"ת
 הכנסת, ואפ"ה מיישינן דילמא אקדים ויהיב וזאל לספרא
 לכתוב הכריותות לגירושין דליה, ולא פסלינן רק משום דאין
 כאן שמו ושמה, ואע"כ דבכה"ג לא קנה עי"י המזני רק
 מקום של הגט הוא הכריותות הנאמר בס"ת ולא כל הס"ת,
 ולא פסלינן מטעם מחוסר קליזה, דליכא למימר שהשש
 דילמא אקדים ושילם עבור כל הס"ת הו"ל ששרי זה
 ודאי שבזו אחר לא סגי עבור כל הס"ת, ולכן מרקאמר
 וזאל משמע דזה לא הוה רק עבור מקום הכריותות, ואין
 לומר דבאמת הגמ' הוה מזי' ליטויי מטעם זה של מחוסר
 קליזה רק דעדיפא מקדוין, משי שאין כאן שמו ושמה שזו
 פסול מבורר וחד, דמ"מ קשה למה להגמ' למימר בלשון
 וזאל סהיה מקום להקדוין ומשאל מחוסר קליזה מטעם השור
 הו"ל להגמ' למימר דילמא אקדים ויהיב וזאל עבור כל הס"ת
 בלאופן שלא קשה משום מחוסר קליזה, ומיהו איכא לדיו"ל
 דהגמ' לא מלי למימר דילמא אקדים ויהיב וזאל עבור כל
 הס"ת כי זה אין ליה לחם כלל לעשות שפק מזה, מפני שזה
 סותר החוקה שהס"ת הוא בחוקת כהכ"כ שהוא של רבי' ,
 הגע בעלמך אם אחד נכנס לבית חברו ויקח דבר שמקדשים
 ע"ז ויקדש בו אשה הוי חוש להקדישין משום שמה קנה
 דבר זה מהכ"כ וסוף שלו, ודאי ומסתמא הוא שאין נחשב
 על

ומעשה נראה לעי"ד שמהחור הדבר שזה הפסול דוקא
 בנשחית בגט של הבעל דבר חשוב וזריכים אנו
 לעשות הפדרה שלא יהיה קשור בין של האשה לבעל וכל
 שיש להבעל דבר חשוב, ומסקינן להגט קשור בדבר שלו,
 אבל בנשחית של אחר גם שנשחית חלק גדול לא איכפת לן
 בעלמאמו הנתינה אין מעבד מה שדוק לדבר שניתן לה עוד
 דבר גדול של אחר בתלוש, וראיה ליה מהא דאמרינן ב"מ
 (ק"ו ז' ע"א) גבי קנין סודר שפקא כתיב ונתן לרעהו ואפ"ה
הית

לחלוק ווא"כ כל מקום שנכתב עליו הגע הוא ג"כ דבר שאינו של הבעל רק של שותפות לכל בני העיר ווא"כ אין נותן לה גע כלל כיון שגם מקום הגע אין שלו, וכתיב דלמירין בגזל נייר וכתב עליו גע דהוא גער משום שיש כאן שינוי מעשה ושינוי השם דמשקרא נייר והשתא נקרא גע, אבל בגט הנכתב על הס"ת ודתי שלא יהיה בו לא שינוי מעשה ולא שינוי-השם ע"י כתיבת הגט, דהאזו אס יהיה נכתב מעבר השני על הס"ת לא יהיה עליו שם ספר תורה, ווא"כ גמס לנו לחוש למי מילין ע"ג ס"ת זה. — ואפשר לזכר מה לפי המסקנא דחיישין למי מילין היה ג"כ החשש ע"י שנלמד לחוש שמה אקדים וזוהו לספרא עבור חתימת קלף אחד שיהיה שלו לגמרי לכחוב עליו ווא"כ הגע בני מילין, ווא"כ אפשר לרחות הרקיה שכתבתי לענין שיעור בגט של אחר, ד"ל דהגמ' דקאמר דלמא אקדים ויהיב וזוהו לספרא הוא עבור יריעה שלמה, ואין לתמוה שיהיה בזול יריעה שלמה כתובה עבור זוז אחד וכמו שדקדקתי מלשון וזוהו דהא ה"ל קאמר הגמ' (פ"ד דף ק"ג ע"ב) מילת אסתר בזוהר אסתר יריעה שלמה, ווא"כ ממתיה יחומר דלמתי נפסל שיעור בגט מעטס מחוסר קליפה דוקא במוחבר לו בחולדתו אבל לא בנתחבר לו ע"י תפירה, דהא בגט בידה ומשיחה בידו שאס אין יכול לגתקו ולהביאו אלוה מוגרשת ולא איכפת לן מה שמקשר הגע בדבר שלו, והגם שמתאן אלא הוכחה דמשיחה שאוה דבר מושט לבני הגט בשיעור כזה לא חיישין גם אס היה מגוף הנייר, וכמובאר בדברי הראשונים שהובא לעיל, מ"מ מזה הסברא נכון לחלק בדבר מחוסר קליפה בין מחובר בתוליה למחובר ע"י תפירה אפילו כאלו שחיברו על דעת שיהיה כן בתמידות, ויש להביא סעד לזה החילוק מדברי הירושלמי שהובא לעיל בדבריו (אוח"י) שמתספק הירושלמי בתלוש ולבסוף חברו אס כמחובר דמי, וניחוי אכן למאן דפוסל גם מחוסר קליפה בתלוש ה"אזו ופשוט הירושלמי דמאי ל"מ אס כמחובר דמי אס כתלוש, כיון שגם בתלוש יש בזה משום מחוסר קליפה, אלא ע"כ לריך לחלק בין היכא שהחיבור היה לו בחולדה ובין היכא שהיה נגער ומחבר אחר"כ שזוהו אס מיקרי חיבור לענין זה שהיה נכתב מחוסר קליפה. — אשנס נראה לענ"ד שלמסקנא דחיישין מעטס מי מילין אין לנו לחוש לזרף החשש שמה הקדים וזוהו לקנות את חתימת הקלף היינו כל היריעה שהגט נכתב עליו, שהחוקק שהוא מוחזק לנו קודם שכל קלף של הס"ת של שותפות הוא ולא שלו הוא ומכאן לזה החשש שנאמר שזו היריעה היא מיוחדת שלו לגמ' וכמ"כ לעיל, הגם שיש לומר דהאי גברא המגרט היה מבני הכנסת ואולי נעלה חלקו כמו כל היריעה, מ"מ מ"מ כיון שאין דין חלוקה ועומדת להיות משותפת לכל בני בית הכנסת בתמידות זהו ג"כ נגד החוקק שנתוס שמה יש בהס"ת יריעה אחת שלו לגמרי, וע"כ נראה לומר דלמאי דחיישין למי מילין החשש הוא שמה כתב על גליון הס"ת בני מילין ונאמר שזוהו החשוב שינוי מעשה ושינוי השם שמעיקרא היה גליון קלף והשתא גט :

על ספק כזה שהוא נגד מה שמוחזק לפנינו שהוא ממון של אחר ואינו שלו, ווא"כ כאן שהס"ת היא בבית הכנסת בחוקת של בית הכנסת הוא שהוא דבר של אותה העיר כדליתא (גדירס פ' השופים מ"ו ב', ודף מ"ח א') ולכן אין לנו לחוש גם לענין ריח הגט שמהל של הס"ת שלו הוא, רק חיישין שמה יהיב וזוהו לספרא על מקום הכריתות הנכתב בחורה לבר שאין זה סותר החוקק לגמרי שהרי גם הוא מבני העיר ויש לו חלק בהס"ת, הגם שער עתה החוקק הוא שאין לשום אחר בזה חלק מעובר דהא מירי דבי כנישתא הוא דבר שאין בו דין חלוקה כדליתא (גדירס מ"ו ב') והכא חיישין שמה ע"י וזוהו דיהיב לספרא בירר לו חלקו בהס"ת, מ"מ נאמר שזה אין נחשב מנגד לחוקק לכן בעינן מתיישב לזה, ווא"כ שפיר חלק מעטס מזי למפרך מעטס מחוסר קליפה לפי שמוסת ס"ת אין שלו רק דעדיפת פריך הגמ' כי הכי שלפי הס"ד פריך הגמ' אי משום כריתות דלית ביה, דהגמ' מלי למפרך הא הס"ת אין שלו ונמאז דהגט אינו של הבעל רק דעדיפת שזוהו של מקום הוא הוכחה ממסקנא דגמ' דמסקינן דרבי יוסף קמ"ל שאין מי מילין ע"ג מי מילין, ווא"כ מוכח דלולא זה היינו חוששים באמת לגט זה, ואמאי כיון שהס"ת אין שלו הגם שיש לו חלק בהס"ת ואפשר לומר שמברע שזוהו של מקום הוא הוא ע"י מ"מ המותר של כל הס"ת מחוסר קליפה הוא דהא שיעור גדול הרבה יותר ממקום הגט ואפ"ה חיישין ליה שמה הוא גט כשר, ווא"כ הרי מוכח דשיעור בגט של אחר שאינו של הבעל אין פוסל להגט :

יא) ולבאורה יש לחתום ראהו זו כיון שהרשב"א והריטב"א ביארו במידושיהם דהא דאמר הגמ' למאי נישוח הוא לענין לפסולה מכהונה להחמיר, דלדינא גם אס יש מי מילין ע"ג מי מילין ואפילו אי בדקין ופליגי אמרינן שמהא הוא דפליגי, וכדליתא בס' בגמ', ווא"כ מעתה יש לומר דאין הכי נמי דשיעור גדול בגט פוסל גם שנשתמיר של אחר שאינו של הבעל, אך מ"מ חיישין מדרבנן לפסול מכהונה וכמ"ד לקמן בפ' כל הגט כולן פוסלין מכהונה גם הראשון גם שהגט בטל מהס"ת, וכמו שהביא הריטב"א במידושיו בשם התוס' אהא דקאמר הגמ' אי משום כריתות דלית ביה, וז"ל והא דחשיק הכא דאפילו ריח הגט אין בו אחתי אפילו למ"ד בזה דכל הגט אפי' ראשון פוסל בו, ומהא שאני הסם דליתא דכל גמור בלישניה וכדוניהו בו, אבל הכא שאני כעין גט כלל כו"ע מודו בו' דליכא אפילו ריח הגט בו' יעוש"ה, ווא"כ יש לומר דחיישין למי מילין לענין ריח הגט אף שיש כאן שיעור בקלף גדול או שכל הקלף אין שלו. — אך מ"מ נראה לענ"ד דלמאי מוכח דכל כה"ג ליכא פסול תורה דאס איתא דכה"ג שנשתמיר שיעור גדול בתלוש פסול מה"ת גם שנשתמיר של אחר, אפילו היה מי מילין ע"ג מי מילין, לא היינו עושין לגט זה כלל גם לענין ריח הגט, דהא איתא בגמ' דכל הענין דמי מילין הוא רק חיישין, ולולא אז אפילו אי בדקין ופליגי שמהא הוא דפליגי, וכיון שכל החשש הוא רק ספק ווא"כ במקום שגם אס היה נכתב כהלכתן בקבוק היכיר לכל היה הפסול לכהונה רק מוגרבת, למא לנו לחוש בחשש דרובין ההלכות בדוקה במקום שגם אחר הדוקה יהיה רק חשש ספק דרבנן במקום חוקת היתר, ולא היה לנו לחוש כלל, ווא"כ מוכח מכלל שיש בו שיעור של אחר לכל הפחות הוא גט כשר מה"ת :

איברא דלמאי לא פליגינן מן קושי' א גם כאמר שיעור בגט שאינו של הבעל רק של אחר אין פוסל מה"ת או אפילו גם מדרבנן אין פוסל, מ"מ מסתברא אס הגט גופו יהיה של אחר שאינו של הבעל שמה"ת הוא פסול דבעינן יתכן וזה לא מיקרי תנינה כלל, ווא"כ הכא בס"ת שהיא של אותה העיר ואין בה דין חלוקה ווא"כ לו הכופס

הז אמת שיעור זה שכתבתי שצ"ע שמוחזק לנו שכל קלף הס"ת משותפות העיר ע"כ אין לנו לחוש לומר שמה שלו הוא, אין מוכרח, כי יש לומר אולי היה דרכן צעת כתיבת הס"ת לבית הכנסת שכל אחד ואחד נותן יריעות עור משלו על קלף הס"ת כאשר כן מצינו בס' בזה"י, הגם שמתאמת דמלתא גם בזאופן זה ודתי שנעשה הס"ת של שותפות לזיבור, מ"מ אסחא לומר דבעינן כזה שיש לחוש שמה לא מסר המגרט יפה לזיבור רק דעמו היה שיהיה שלו ורק נותנו בטובו לכל בני בה"כ תמיד לענין מזהו זה שיהיה לקריאה לזיבור, וכמו שמינוי בזומא (ל"ב ע"ב) חיישין שמה לא ימסרנו יפה (ועיין מוס"פ) ואין זה מנגד לחוקק שהס"ת מוחזקת מיוחד לכה"כ מ"מ כיון שהחששא של מי מילין הוא רק לפסולה לכהונה, ולפיה"ג הוא רק מדרבנן כי מדאורייתא אפילו אס דקין ופליגי

ופליט השתא הוא דפליט, וכל החשב הוא שמה בעת הגמיה עדיין לא נבלעו. מ"מ מוצרת הדין נראה כיון שח"כ כשהיה למראה עינינו קודם הבדיקה במ"א נראה היה נייר חלק לריבין אזו למיזל בחר חוקה דהשתא לומר הרי נבלע לפניך דאוקי בחוקת שלח הנגזרת, כמו דאמרינן גבי מקוה וכדומה דאליבין בחר חוקה דהשתא משום דרתי לריעותא, ואפילו מאן דמשיי לה ספקא כדאיתא בקידושין (דף ע"ט ע"ב) מ"מ כיון שזה דבר שדרבו נבלעו לא חשיב חוקה דמשיקרא שהיה ניכר בעת שכתבו חוקה מעלו, והוה כבוגרת ביומא דמשלם שית אזלינן בחר חוקה דהשתא לפי שאותו היום עשוי להשתנות, וכמס"כ התוס' ספ"ג ד"ה מי איכא לניומר והתם אזלינן בחר חוקה דהשתא לפי' נגד חוקה פגויה לפשות קידושין וא"ל, וכש"כ הכא דמשיי לה חוקת היתר דמשיקרא ולריבין אזו לייך בחר חוקה דהשתא שגריה לפנינו חלק, וא"כ כיון שגם בנט כשר מדאורייתא החשב בזה הוא רק לחומרא מדרבנן, כש"כ כשאם הכתיבה היתה טובה כשהיה ויכירת יש עדיין ספק שמה אינו גט מה"ת, מדר שמה הקלף אינו של הפעל ודאי שלא היה לנו לחוש מספק שמה היה זה הקלף מוקם שנכתב עליו גט, שלו כל הדיעה, ופשטא דמלתא המחזור שהחשב הוא מדר כתיבת הגט לבד חולי כתב על גבולין ונקלה לו בשנייה ודמס"כ, וגם שיש מותר קלף שאין שלו אין פוסל לו בגט ולכל הפחות הוא כשר מה"ת (ואחרי הערותיו כל זה ראינו בספר גט שני) (ס' הקד' ס"ב) שגה להוכיח משוגגא זו דהתא נראה על לבי כשהוא שאלו בדידות שנתן לה כל הפסד בעת הגמיה עי"הם בדבריו ולמס"כ דמיירי שה"מ אין שלו נספי' כל דבריו ודוק):

שיר לאחר, היאך פסק הרמב"ם והובא בשו"ע (סי' ק"ל סע"ט) בחמשה שכתבו שלכולן לריבוס עמי מסירה ואותה שהגט יולא מחמת ידה מגורשת גם בלא עמי מסירה, היאך תהיה בחוקת מגורשת האשה שהגט יולא מח"י בלא עמי מסירה, נהי שזה מוכח ממה שהגט הוא בידה שבעלה משכרה לידה, מ"מ מאן מוכח שכל החמשה נתנו חלקם כבנייר לבענה קודם גירושיה, ואי משום חוקה משום שהיא ת"י וכל לידה מבעלה, הא שותפים אין להם חוקה בדבר ידוע שהוא של שותפות כדאי' בתוס' ריש ב"ב ובכ"מ ריש פרק הבית והעליה וכן מבוחר בכמה דוכתי. — מיכא אפשר לישב ולומר שכיין שכל החמשה נשתתפו בתוך גט זה לגרש את נשוייהם וזה ידוע להם שא"ל לגרש בלתי שינתן כל הגט לכל אחת ואחת ולכן דמי כאלו התנו ואמרו בפירוש בעת השינוף שכל אחד ואחד ינתן כל הגט לו בחמשה ע"מ להחזיר להשני וכן השני להשלישי וכן לכולם, וכמס"כ התוס' בסוכה (מ"א ע"ג) ד"ה אלא לענין אחרונ של הקבל, וכן כתב הרא"ש והובא לריב"א בשו"ע אר"ח (סי' הגי' סעי' ט') שסתמא הוא כאלו התנו, ולכן כל שנתמא הגט ביד אשה אחת הוא שותף בחוקת גט כשר דמסתמא של בעלה הי' ע"מ להחזיר להשני כשיראה לגרש אשתו. — ובתמא לפ"י היה אפשר לומר שזהו כוונת לשון המשנה וינתן לכל אחת ואחת אשר הוא לשון מיותר, מי לא ידע שבלא נתינה לא תתגרש, וינתן בזה"ש (ק"ל גט"ו ס"ק י') שעמד ע"ז ופירושו הוא שחוקק להחזיר להשני ע"מ להשני וינתן לשון זהו כוונת המשנה שינתן לכל אחת כל הגט בלי שום שויר בו, אך מ"מ זה דמוק שחם והו כוונת מה שמשיעניו המשנה היה לרדך לומר התמא במתניין וינתן כל הגט לכל אחת ואחת, שהרי עניינה דמלתא דשפירא הוא שרדך לתן הגט להמתגרשת, רק כל הרבובות הוא שלא ישויר בעת הגמיה לכל אחת ואחת, וזה אין מבוחר בלשון הגמירא במשנה:

יב) עוד נראה לענ"ד להביא ראיה ששור בגט מה שאינו של הבעל רק של אחד אין פוסל בגט גם בדבר

שחם היה נחתו היה פסול הגט, מהא דריתא הגט, (גפיינן ש"ו ע"ג) במתניין דהמשט שכתבו כלל בגט, איש פלוני מגרש פלונית וכו' והעדים מלמטה כולן כשרים, וינתן לה' אחת ואחת, ואמרינן גם בגמ' (דף פ"ו ב') שלח' יומא מירי' בזמן אחד לכולם רק שיה כתוב ח"כ איש פלוני מגרש פלונית כו' קתיי סתמוה במתניין דכשרים כולם, והרי גיטור הוא מהתמא היה קתיי לכל אחד ואחד מהם המקום, ובגט והסתמא הכלול לכולם כמו הזמן והעדים שירך זה לכל החמשה ואפ"ה כשר, והרי אזו רחין שזה בני להגט שיעקר הגט היינו שנכתב שם איש פלוני מגרש פלונית יהיה של הבעל ויהו וזהו להאשה לנתן, ושאר הדברים הבאים להכשיר עיקר הגט כמו הזמן והעדים, שהיה רק גורמים להכשיר את עיקר הגט הנכתב בני בזכות שיש להבעל שם לענין זה גם שיש בזה שותפות להשני, ולא מופסיל לא מושם מחוסר קליטה, ולא מושם שויר, ולא מושם עדים ושלא שפדים, שיש כאן הפסק של אחד בין עיקר הגט של אחת מזה הנכתב מקודם ובין העדים דלמטה שנתפסקים בגירושין השניים, ואפ"ה כשר ולא נחשב כשנים ושלושה שפדים, ומשום שחוקא בשויר של הבעל מוכרחים אזו לרין כחתוך ודכתיבנא לעיל דבעינן שלא יתא הוא הנירם בשנתה הגט, אבל בשל אחר לא קפדינן ביה, וכמס"כ לעיל:

ולענ"ד נראה לומר בכוונת המשנה שגמיר שם וינתן לכל

אחת ואחת ולא בני בקבלת אשה אחת עבור כולם שתהיה עבורה שליח לקבלה או ששליח קבלה אחד יקבל עבור כולם, משום שאין שתי ממניגשות בנתינה אחת אע"פ ששמי גמיר מתקדשות בקבלה אחת בכפף קידושין, כדאיתא בקידושין (ז' ע"ג) ותמיד מקשינן גיטין לקידושין מקרא דוינא והי"ה אפ"ה בזה שאנו גירושין מקידושין, לפי שכפף קידושין המשותפ נפרדות הן ותקף של אחד לא לרדך לשל חברו אבל כאן בנייר אחד כל זמן שנתקח ח"א לגרש שניהם בגט אחד, ואם נאמר שזה משמיענו המשנה ח"כ לפ"י יהיה מוכח שאין לרדך שינתן כל הגט לאחת בלי שום שויר, שחם נאמר שנלדך לתן לכל אחת בלי שויר, ומה שאין מבוחר זה במשנה משום דמלתא דשפירא הוא שרדך להתן הגט בלי שום שויר ויכלל בזה הזמן והעדים וגם ביני וביני מה שיוכל לחלוק הגט למה שפדים, וא"כ איך היינו טועים בזה שהיה אפשר לאחת לקבל בעד כולם בקבלה אחת הא לכל אחת אין ניתן לה כל הגט בלי שויר, אלא ודאי שזה שמוכר בנתינה שרדך נתינה לכל אחת ואחת אין לרדך שינתן לה כל הגט בלי שום שויר, רק זכות גירושין שלה שבנייר היה זה תקנה בגט, וכיון שלא נאמר בגט שויר לבעלה המגורשת, וע"כ היינו סבורין לומר שגם חכמה מתגרשת בבת אחת שבקבלתה הגט גם עבור חברתה, קמ"ל דלא, רק שרדך נתינה לכל אחת ואחת. — ולבר זה מחסבר לענ"ד שא"ל לפדש כאן שהסתמא לכשרותו של הגירושין שינתן כל הגט לאחת בלי שויר, דהא לר"מ בצינן מורה מתויר, ומכריזתא מתיבא שם בגמ' מנהא שגם ר"מ מורה שחם היה כתוב כלל שכולם מתגרשות, וכאן כיון שבגט זה נכתבים כולם, ובחוקת כולם הוא, אין העדי חתימה מוכיחים שהיה של בעלה כל הגט בשלימות יהוא נתנו לחשיי כמו שהוא בכל הנישין ולרעת ההי"ב (דף י"ד ע"ב) כלל

אמנם מאלתי בס' תורת גיטין נהגו להגות מלישא ז"ל

(ס' ק"ל ס"ח) שעמד בזה ומוקד שזין זה של חמשה שכתבו וכו' מיירי שזלין גירושין הכל לאחד כל הנייר של הגט בנתינה ע"מ להחזיר עד שיגרש את אשתו, ואח"כ מוכנה האשה להשני שיגרש בו וכן כולם, ולענ"ד דבר זה דחוק מוד, דהא שחם זה מוכרחה לכשרותה גט ובלתי זה הוא פסול היאך לא היה נזכר זה בגמ' או דהבובקים הראשונים ובש"ע לעיקר זה, ומדכתבו התמא משמע שלא בזה האופן ג"כ כשר, ובזוהר ל"ט לענ"ד שחם יהיה הדין כדבריו התו"ג שאין הגט כשר עד שיתן כל הגט בשלימות להאשה בלי שום

בחדושו לניטין וזה לשונו „שהרי שיר בנופו של גט ואפילו
 במקום האותיות ואין זה כריתות, ועוד שאם חללו האותיות
 פורקות באויר“ עכ”ל הריטב”א, ושני הטעמים אין עולים
 בקנה אחד, שלטעם הראשון הוא רק דוקא אם נכתבו של
 הבעל, לפי שנלמד כריתות ממה אכל בשל אחר לא איכפת
 לו, ולטעם השני גם אם הנייר של אחר לא יהיה גט מפני
 שלא ניתן לה גט רק אותיות פורקות ממילא אין כאן גט כשר שניתן
 בכוונת דבריו בעצם הגמיה ודאי שזריך שניתן לה גט, ואם
 כל כשרות גיטה אין ניתן לה אינה מגורשת, וכיון שאין ניתן
 לה הנייר רק אותיות פורקות ממילא אין כאן גט כשר שניתן
 לה, רק שם מאוניה מוכת מפריש” דענין שניתן לה מתנה
 ע”מ להחזיר ששמה מתנה חלוטה רק תנאי חלוי בה, אבל
 אם תהיה רק מתנה של מתנה שלא במוחזר, תנאי, רק שלא
 ניתן רק לאותה שמה ואח”כ ממילא הוא של הנותן שלא נחשב
 זה מתנה נמורה לא מהני, וזה מוכח מ”שון הגמ’ שדוקא
 בעל מנת שחזיר” לי את הנייר מגורשת אבל לא אם התנה
 בתורת תנאי בעל מנת רק שנתן לה לשעתה אינה מגורשת,
 וע”ו כאן בבדיחא שחזיר לעצמו יש כאן טעם כריתות,
 ולכן מלרבינו דוקא מתנה ע”מ להחזיר. ועוד כתב הריטב”א
 טעם אחר פירוש שמו שמוזכר בהראש והנייר שלי שלא נתן
 לה גם לשעת נתינת הגט, בחזון זה יש טעם עוד שאין
 כאן נתינה כלל וגם בשל אחר אינה מגורשת, אבל הובא שנתן
 לה כל הגט לשעת הקבלה רק שהשחיר שיר שלאחר קבלתה
 לגירושין יוחזר לו ולא בתורת תנאי רק בתורת שיר, בזה
 סובר הריטב”א שנתנה מוקרי רק פסול משום שאין זה
 כריתות, ונראה להבין ראה לזה מה”א חזון דהגמ’ ב”מ
 (דף ז’ ע”ב) מדמי נתינת הגט לנתינת דקנין סודר שיש שם
 כתוב ונתן לרעהו רק משום כריתות מתקנין שם. והנה איתא
 בגדרים (ט”ב ע”ב) דסבר רב נתמן סודרני קני ע”מ להקנות
 הוא ולי מפיהם אם מותפים ר”ש שם דכתיב הלכתי רכב
 נתמן, וזה מוכח ג”כ דלרב נתמן לא חזרנו שהסודר קני
 להמקנה בנתנה על מנת להחזיר דהיא לא הוה פ”ג רב
 אפי דלא שמה מתנה, דהא קי”ל בכל מילי דמתנה ע”מ
 להחזיר שמה מתנה, ובאשה ובה”ב מוקדת רק משום
 גזירה אינה מוקדת, וע”כ לר”ך לומר שבהדר”ה דסתמא
 יהיה ליה להמקנה יודעין דעמו שלא נתן לו רק ע”מ להקנות
 בו, ממילא אחר הקנין מחויב להחזיר והוה רק מתנה לשעת
 ואח”כ נתקיים יש סתמו של ונתן לרעהו, וזהו בנתנה
 הגט בן הוא שנתנה לשעה נקרא נתינה רק כיון שיש להבעל
 זכות בהנייר גם בלתי העת שלאחר שמה יוחזר לו שלא
 בתורת תנאי גם כריתות, והרמב”ם (נ”ח מה’) גיטין
 ה”ו (יד) כתב בעצמא דהיה לו גיטך והגירי שלי שאינה מגורשת
 משום שאין זה כריתות, נראה שהוא מפרש דסתמא דמלתא
 כונתו שהנייר יהיה שלו אח”כ ולש”ע שתגרס בו וע”כ הולך
 לעצמא שאין זה כריתות וכמ”כ. — ולפי כל האמור נמלא
 שמה שבענין שיהיה ניתן לה הגט נתינה חלוטה ולא נתינה
 לזמן הוא כדי שלא יבאר בעט זכות של הבעל שוה אין כריתות,
 אבל אם היה נשתייר של אחר ולעת של מעשה הגירושין הוא
 נתון לה שפיר מיקרי זה נתינה והוה גט :

(יו) אגנים יש לחקור בענין זה כיון דענין שהגט יהיה
 משל הבעל קודם הנתינה שהוא נתון לה, או
 בענין שיהיה שלו לגמרי היינו דבר קניי וחלוט לו לעולם,
 או דסני גם אם הוא רק שלו לענין עת הגירושין, ומקודם
 אחריו בענין קניי סודר להקונה נתון להקונה הסודר ושני
 אם הוא רק קני ע”מ להקנות לא נתינה חלוטה, היאך הוא
 לענין שזריך שיהיה בו זכות הקונה הנותן הסודר להמקנה,
 אם בענין שיהיה קניי לו לחלוטין, או שחגי רק אם יש לו
 להקונה בהסודר רק זכות קניי ומה בו היינו לעת שנתנה
 להמקנה לקנות לו, ויש לרין בזה מהלך הסודר דהנחת מי
 כתב

שכל שאין מוכח מתוכו פסול לר”מ. אמנם אפשר לחלק
 ולומר שפסול שאין מוכח מתוכו אלא לר”מ אינו רק בעיקר
 הדבר אם הבעל כתבו ואם ניתן לה, אבל כל שזה נכתב
 מתוך כתב זה שהבעל כתבו ויזקן ליה לא מיישקן חו לפסול
 אחר, כי היכי דלא מלרבינו להוכיח מתוך הגט אם נכתב
 ונחתם לשמה ונכתב בתלוש ושאריו דברים, וה”ג הוא תשמי
 שמה יש כאן שיר בנט של אחר הוא פסול אחר ולא מיישקן
 לה מה שאין כשרותו מוכיח מתוכו, ומ”מ מסתבר לעי”ד
 כמ”כ שאין לורד שיהיה הגט ניתן לכל אחת ואחת בשלימות
 בלי שיר של השני מדלא הוזכר זאת בבעינין :

עוד נראה לעי”ד קולת הוכחה מהמנהג שם (דף פ”ז ע”א)
 שאם גיטין שכתבו זה בנד זה ועדים עברים כו’
 ועדים יוניס כו’ את שהעדים נקראים עמו כשר, ופסעא
 דמתניין ודאי איתא גם אליבא דר”א דלמר עדי מסירה
 כרתי, וזה דוחק לומר שסתמא דמתניין יהיה דוקא אליבא
 דר”מ דלא כהכחא כותים, ועוד דהריש”א ידיוקין לימא תנן
 סתמא דלא כח”א מדייקין גמ’ על משנה זו מכלל
 דאיתא שפיר גם אליבא דר”א. והנה לר’ הסוברים שם
 לר”א כשר בעדי חתימה לבד אפשר לחוקמי המתניין אם
 רולים לנרשם בעדי חתימה האלו בלבד ולגט השני נלרך עדי
 מסירה, אמנם קולת דחוק לשון כשר שמשמע שגט השני פסול,
 אך לדעת הסוברים שר”א בעיני עדי מסירה דוקא ולא בני
 בעדי חתימה לבד, ועדי חתימה לא מהני רק לר”א שניתן
 בעדי מסירה כד”ס, ל”ע לשון המשנה לשון כשר דאיתמר
 במתניין שמשמע שדוקא הוא כשר ולא לשני הא בעדי מסירה
 גם השני כשר, והמחזיר לומר דמיידי בנט הבא ממוקם אחר
 לכאן ששם עדי החתימה מוכרת להיות עדות לר”א על שלימות
 הגט שהגט שהוא בידו תחוס בעדי חתימה וזה מצד שהבעל
 אין ר”א שיהיה נלרך על את חתמו, משא”כ בלעדי עדי חתימה
 שהבעל מסרו ביד השליח, ומעתה כיון שהוא מיידי שהגט
 בא ממוקם אחר היאך נוכל לומר על גט כזה הבא ממוקם
 אחר הא משיקרא נכתב לשותפות שהרי גם למגדק השני
 חקן בו, ואח”כ כאלה חתמו רק על גט אחר ולא חתמו גם
 על גט השני אין לנו הוכחה ובידור שהשני נתן את חקו
 להדשון, שהרי אצל השני הגט פסול ולעולם לא יבא לדי
 אשת השני. — ואין לומר דנין גטיו של השני נפסל מסתמא
 כמות שחל חקו להראשון כיון שהוא בידו של השני מחזיקין
 ששלו הוא כולו, מ”מ עדיין קשה כי היכי דפסלינן מספיקא
 דילמא כוליה אחר הוא דחתימי, כן יש לנו לחוש היאך דילמא
 דאחריו חתימי ויטעיה דעתה לנרשם נשוייה, וא”כ משיקרא
 ניתן מתנה ע”מ להחזיר לבעל השני, וכיון שאנו פוסקים
 הדין שלא ינתן לאשת השני ואח”כ התבעל המתנה למפרע
 וממילא יהיה כאן שיר בנט זה, וזה דוחק לומר דמיידי
 דוקא ששורו של אחר השני הוא פחות מן גט הראשון עד
 שלא אפשר לפסול משום שיר בנט זה. ע”כ מסתבר לומר
 נובאן כמ”כ שאין אנו מושכים כלל לשיר של אחר בנט,
 וכל שהבעל יש זכות בכלליה הנייר ובה נכתב לנרשם בו אשתו
 ואותו הכותב כותן לחתמו והוא שיר לעצמו כשר
 הגט, רק בנשתייר לא הבעל אחא קפדין, ולא מיבעיא
 אם נשתייר של אחר מה שאפשר להפירו כי הוא דעני
 גיטין שאנו דנין שמתאן דפסיק דמי, ומחוסר קליה לא נחשב
 בזה כיון דאשירא לא קפדין ותכונא דבכריתו לשל, אלא
 גם במקום שחתימת העדים על נייר של שותפות הוא ובאופן
 זה משמע כשרותו של הגט שחרי אם שותק ממילא לא יושב
 הגט, מ”מ נראה דלא קפדין על מה שיש להשני ג”כ זכות
 בזה, וכל שיש לו זכות על שעת הגירושין כשר הגט ובאשר
 נכתב בסמוך עוד בזה ב”כ :

(יד) והנה בעא דאיתא בגמ’ גיטין (י’ ע”ב) הרי זה גיטך
 והיירי שלי אינה מגורשת, כתב הריטב”א

כתוב בפסוק שיהיה יסודר של היותן, רק הוא מלד שכתוב
 ונתן ואין אדם יכול לומר דבר שאין עלו, וכיון דזה ידעינן
 שקיי ע"מ להקנות ג"כ סגי וא"כ רואין לנו שאין לרד בהינה
 חלוטה ממילא סגי רק אם יש לו בזה הזכות שיוכל לקיים בו
 ונתן" היינו שיהיה לו הזכות הוא. ולכאורה אפשר לומר
 כיון דכתוב בו קרא "שלף איש נעלו" בעינן שיהיה שלו,
 שיהיה לו לומר כיון שזמינו ג"כ חילה כתוב נעלו ומרבינן שם
 שנעלו לאו דוקא ה"ג הכא נבי קנין סודר שצד בדברי קבלה
 נעלו, הוא ג"כ דומיא שנאמר בתורה נעלו, ולא בעינן
 שיהיה דוקא נעלו, רק משום דבעינן ונתן ממילא נאמר שגם
 שיהיה לו בו רק זכות זה שיהיה בידו יוכל לעשות בו היתכיה
 של נתן סגי. ונראה לענ"ל לדקדק מהא שזמינו מחלוקת
 הראשונים בענין הא שמהני קנין סודר שאחרים נותנים להמקנה
 עבור הקונה מזהו נדר הוא, אם שמה שהעדים נותנים
 סודר שלהם עבור הקונה שבנתינתו להמקנה קונה בזה הקונה
 את הסודר והשוב כמו שהקונה נותן סודר לו, או שמהבינן
 הסודר של העדים והמה נותנים להמקנה ומה שהקונה קונה
 הדבר הוא מדיון עבד כנעני כמו דאמרינן גבי קידושין
 הילך מנה והתקדשי לפלוני שאין אנו באים לומר שנחשב כאלו
 המקנה קנה גוף המשנה, וישתת המר"ך והרמב"ן הובא
 בש"ט מקובלת (פ"ג נ"ג פ' הובא) שהוא מטעם שנחשב
 ע"י נתינת האחד ליד המקנה עבור הקונה, שהקונה קונה
 בזה הסודר היותו להמקנה, וכבר דבר בזה הגאון הספרדי
 בצפ"ר דברי אבות (קונטרס ז' בענין קניני ס' א'), וא"כ לפי
 שיטה זו רואין אנו שמתחייבים את הנתינה ליד המקנה עבור
 הקונה ושהמקנה מקבל מזה העדים בזה קונה עבור הקונה
 וגם מקנה בזה הדבר להקונה, וא"כ לפ"ז מוכרח הדבר שאין
 לרד שיהיה קנין סודר של הקונה קנין הלוטין רק סגי
 שיהיה בו קנין זכות על מה שניתן להמקנה, היינו קנין לזמן,
 דנימוא אנו כיון שכל קנין של הקונה בהסודר שניתן אחר
 עבורו הוא רק כמה שלחן המקנה לידו הסודר מיד העדים
 לחולטו שהקנה בזה דבר הנקנה לו וא"כ אין לו להקונה
 בו יותר ממה שהמקנה קנה בו, וכיון שהמקנה קנה בו רק
 ע"מ להקנות, ממילא גם הקונה לא קנה בו יותר, וא"כ
 לפי שיטה זו יש לנו ראייה נפוצה שאין לרד שיהיה להקונה
 בהסודר קנין הלוטין, ורק קנין לזמן נמו מועיל, אמנם אם
 נאמר שבענין קנין סודר שאחרים נותנים הוא מדיון עבד
 כנעני, ואין אנו באים ע"ז שהקונה זוכה בהחזק ע"י לקיחת
 המקנה, ש לומר שאח"כ שבעינן שיהיה קנין להקונה בהסודר
 קנין גמור לחלוטין, וכאן שהאחרים נותנים סגי כמה שלאותן
 האחרים יש בזה קנין זכות, והקונה שזוכה מדיון עבד כנעני
 הוא, אין ראייה מזה. — ולפ"ז יש לומר שלענין זה מה שלרד
 שיהיה של הבעל קודם נתינת הגט הוא מלד דכתוב ונתן,
 וכן נראה מדברי רש"י גיטין (ג' ע"ב) בהא דבעי הגמ' היו
 מוחקינן בטבולא שהוא טהור ונתן כהוב עליה ויולא מת"י מי
 אצרינן כו' או דלמא אשה לא דעה לאקניי, ויורש"י שאין
 בלבה לתת לו ומתנה גמורה ולא גירסה אלא בשלה ואנן בעינן
 ונתן, הכי רואין מיד ר' ד"ר שטעם שבעינן שיהיה של הבעל
 קודם הנתינה כדי שיהיה נתן, וכן היתה גם בהנחת המינות
 בפ"ד נוהל' וירושין בשם ה"ה התרומה, דכתב הרוב"ל לכתוב
 גט לאשתו לרד שיהיה הקלף והדיו משל הבעל דהא וכתב
 ונתן כתיב, שומע שיעקר הראיה שבעינן שלו הוא מלד
 דבעינן ונתן [ואין לומר כזאת שה"ה משום וכתב וסחם
 כותב ע"כ] גם הקולומב לרד להיות של הבעל כמו סחם
 כותב אלא ודאי מוכח שהטובה דבעינן שיהיה נתן ונתן
 ואם זה אינו שלו הריהו מתקיים בו ונתן. [וכיון שאזכורנו בהא
 דק"ס שנאמר בו ונתן שא"ל להיות נתינה לקנין לנתינות רק
 נתינה לזמן מועיל, א"ה גבי זה אשה ערק משום כריתות
 יש בו חסרון אם ישאר בזה זכות הבעל, אך הוכחה זו שהיה
 דוקא אם נאמר שגבי קנין סודר אין לרד שיהיה לנותן

הסודר קנין חלוטין רק כדי שיוכל לקיים הנתינה, אבל אם
 נאמר דשם ג"כ בעינן שיהיה לנותן הסודר קנין חלוטין
 בהסודר אין קנין בזה. ואם נאמר כמו שאזכורנו מיד הרמ"ך
 והרמב"ן שבאים על האחרים הנותנים הסודר עבור הקונה
 קנה הקונה בזה, ולפ"ז מוכח שגבי שיהיה להקונה בהסודר קנין
 זמני, שיוכל לקנות בו היינו שיהיה אותו להמקנה לקנות ע"מ
 להקנות, ולא לתפוס לחלוטין דעת רב נתתן שר"ן פסק
 כותיה, וה"ל בגט נאמר, רק שעינן הגט נשתנה בזה שיהיה
 כריתות היינו שלא ישאר של הבעל בגט, מעשה אחי שפיר
 הא דתמשה שכתבו כלל בחוך הגט כו' שבעדים חתומים על
 הגירושין של כל התמשה ואפי' לר"מ שחתימת עדים משיק
 הגט הוא, מ"מ כיון שהם משותפים שיהיה לכולם זכות לגרש
 בו כל א"א את אשתו מיקרי זה שלו לענין שנחשב הנתינה
 לאשתו על שעת הגירושין להתגרש בו, ושפיר מיקרי זה ונתן
 [עיין לקמן סוף התשובה מה שכתבנו עוד בזה] על שנחשב
 בכל אחד חלק בהגירי מקום מיוחד שכתוב שם גיטו כמו שהיה
 דכתבו שני גיטין זה גדול זה שגמיה היה על מקום חלקן
 כמו שאזכורנו מקודם שגם זה מיקרי נתינה אצלו דיון חלקן
 זה היותו לה וגמולא בידה, מן המותר שבגט זה שהוא כמאל
 דפשיק דמי וזמי שזמינו גבי סודרא כן כדאיחא ב"מ (ז' ע"ז)
 והכא שהשורר של אחד הוא ואין כאן חשש כריתות, ממילא
 שפיר מיקרי נתינה וכשר הגט :

זאת תורת העולה מכל האמור שבראין הדברים שכל
 שנחייב בגט של אחד שאינו של הבעל אין קפידא
 בגט, לרדונו משום השיוור שיש בו, ולא משום מחוסר קליטה,
 ורק בגשתתירי של הבעל חלק גדול זה פסול משום מחוסר
 קליטה להגך דפסלי מוחסר קליטה בתלות, ובהו יש לומר
 או מטעם שהשורר גורם הפסול שאין זה כריתות או משום
 כיון שאלו היה נקלץ עתה היה פסול משום מחוסר קליטה
 א"כ הוא הגורם בשכרות הגט דבר של הבעל ומטעם זה
 אין זה כריתות וכמו שבארנו למעלה בע"ה, וא"כ בגול נייר
 וכתב עליו יש כשר גמולא אפי' גשאר. הרבה נייר חלק
 לבד מקום כתיבות הגט כיון שהשורר אינו של הבעל, ואחי
 שפיר שבש"ע סתים לה לאחי דניח דגול נייר וכתב עליו גט
 דמגורשת ומטעם שכתב גמולא הוא כשר וכמא" :

וייש לעצור בהא דאיחא (גיטין כ' ע"א) דבעי הגמ' למפסל
 גיטא שיהא משלמת שבר הכתיבה, ולכאורה קשיא
 כיון דבעינן שכתבנו הסופר בשליחות הבעל והוא מזהו
 להסופר לכתוב ושלמו של אדם כמותו למה נקרא זה דיניה
 כתבה לו אם היא משלמת שבר הסופר, ולא כבעינא
 להסופרים דבעינן שליחות בכתיבה, ודאי דקשה כיון שאז
 שלוחו וכותב בשליחות ולמה יקרא זה איחא כתבה ליה,
 ואפילו להגך דסברי שאין דין שליחות בכתיבת הגט, רק משום
 לשמה בעינן שכתבנו גיטין הבעל, הלא מ"מ נכתב גיטין
 הבעל, ולכאורה היה נראה לומר בטעם החשש דאיחא כתבה
 משום דתחמוס אחרת וכתב וסחם השוכב בעלזאו או בשלוחו
 שהוא כמותו ולמ"ד דאין לרד שליחות מ"מ בעינן שיהיה
 נכתב בפקדוהו, וכל כ"כ"ג הכותב על דבר שלו הוא כותב
 והכתיבה משלו וכל שהיא משלמת עבור הכתיבה הרי יש לה
 קנין זכות כמה שנכתב ואין זה שלו, וכיון שטעם זה הוא,
 יש לומר לכאורה דבעינן שיהיה הנייר שכתוב עליו הגט קניו
 לו לחלוטין כדך תתמוא דמלמא שאלם עשה על דבר שלו
 הוא עשה. — אמנם כלאשר הראנו מדברי רש"י ומדברי
 סה"ת שיקר הטעם הוא משום ונתן ולכן בעינן שיהיה נייר
 שלו וא"כ לרד עינן לזה מיישינן היכא שהוא משלמת שבר
 הסופר, והנראה לענ"ל לומר משום דבעינן ונתן, וכשהיה
 משלמת שבר הסופר נכתב חלקו הסופר כתב ונתן, וכשהיה
 כתיבתו שדעתו של אדם להקנות לבעל המשנה, וחסוב יש
 לה חלק בכתיבת הגט ואותו הכתיבה אין הבעל מקנה לה

שתי הוא מקודם שלה ואין כאן ונתן, ולכן חיישין בזה שיש לה חלק בהכתיבה, ובוו הסברה יתכן ג"כ מה שלבאורה יש להעיר דהא וכו' דין ידוע שכל שאחד נותן מעות לאחר שצבור זה יקנה לפלוני מושיע מדון עבד כהנעני וא"כ למה חיישין באומרת לסופר שיכתוב ותשלם היא עבור זה כיוון שכותב בשליחות העל, ובפרט למ"ד דבעיני שליחות בכתיבה וא"כ הוה כמשלמת מעות להסופר שיכתוב להפעל, רק באמת יש לומר שבי היכי שכתבו התוס' בהא דהיו מוחזקין בעבלה שהוא שלה בד"ה אשה לא ידעה לאקנויי, פירוש בדבר שהוא מתויר לה, עכ"ד, וה"ל במשלמת כבר הסופר, וכתב הגט הרי יוחזר לה צעת הנתינה ובשביל זה היא נותנת הסבר כדי ששאי הגט, אמרינן שחיישין שאל אינה מהבנות כנתינה לסופר עבורו רק עבורה שיבא הגט לידה ודו"ק:

הוספת דברים לסימן זה.

הנה הדברים שכתבתי (באות ו', ז', ח'), סובבים לביטת רש"י שכתב במשנה דאין כותבין במחזור לקרקע מטעם מחוסר קליטה מקרא דוכתב ונתן, וכן יראה שיטת התוס' שם בד"ה יאל, וכן נראה לענ"ד דעת הרמב"ם מוחשיב כל עיקרי הדברים הנלרכים בנט' ואחד מהם שלא יהא מחוסר מעשה אחר כתיבתו, וזה לא חשיב שיהיה הגט בתלוש, ומכל דכל הפסול של מחובר הוא רק משום מחוסר מעשה בין כתיבה לנתינה, אבל לתנו מחובר א"א כמש"כ לעיל בצ"ח ו', וכן יראה שיטת בעל העיבור (נמאמר ז' חלק א) שפסול מחובר הוא רק משום מחוסר קליטה לפי שא"א שיתן לה, וזה מוכח מדבריו שכתב שם ולענין תלוש ולבסוף אצרו לא מביע"א לן כי היכא דבעי גבי שחיטה, ומסבירא לן דמחויבר דמי דהא עמאון משום מחוסר קליטה הוא ע"כ דבריו יעושה, הרי נראה שציקר פסול הוא משום מחוסר מעשה הוא, אמנם הרשב"א בחיובו כתב אמתיותו שאין כותבין במחויבר לקרקע, משום דשקולין מון הקרקע ה"ל מחוסר קליטה ואפ"ל אם נתן לה את הקרקע פסול משום דכתיב ספר, מה ספר מיוחד שהוא בתלוש אף כל בעל הוא בתלוש, וה"ל לה בירושלמי, ואש"כ דבגמ' דילן אמרינן ספר לספירת דברים בעלמא הוא דהיי"מ מ"מ מהפקוס בשלון ספר קמ"ל דספירה בתלוש בעי, ולענ"ד דמוק הוא שיטת הרשב"א שכתב בגמ' דילן ס"ב לדרשא דירושלמי, מה ספר שהוא בתלוש, חדה דלשון הקושא בגמ' משמע דפליג אדרשא דירושלמי מה ספר שהוא בתלוש, דאם ס"ב כדכיר' מאי מוקשה בגמ' גיטין (כ"א ע"ג) בחר דקאמר עמאון דריו"צ מה ספר שאין בו רוח חיים, ורבנן"ן ה"ל גמ' לשנויי דרבנן בעי להאי בספר למעוטי תלוש, ועוד שהגמ' קאמר אי כתיב בספר דקאמרת, השתא דכתיב ספר לספירת דברים הוא דאחא, ולא למעוטי בזה שהוא לר"ך להכתב :

אפשר למכתב בספר שהרי בא לרבות שהכתב יהיה מדבר המתקיים, ע"כ קאמר לשון ספר פירושו שהספירה דברים בדבר המתקיים ומיילא ידעינן מזה שגם הנייר שנכתב עליו הגט יהיה מדבר המתקיים והכל נכלל בשלון ספר שהספירה דברים יהיה מתקיים ואם היה כתוב בספר לא היה הקפידא רק על הדבר הנכתב עליו השתא דכתיב בקרא ספר הוא כולל שניהם הן הכתב והן הנכתב עליו, וא"כ לפ"ז מה שלא אפשר להיות נכתב במחזור ולהנחן ג"כ במחויבר בזה אחינן למש"כ לעיל בדבריו שא"א להיתר מהתגרשת בקרקע כיון דבעינן נתינה לידה או לחלצה, ולא מביע"א אס קרקע אין נקבה ע"י הכנסת הקרקע בחצר, ודאי שא"א להיות מתגרשת, ובאמת ממה שמצינו חוס' ב"ק (דף ע"ג ע"א) ד"ה למה לי עומדין בצובה דמוכח שם שגם א"א בקרקעי דמי נקבה בתורת חצר אין ראה מזה שקרקע נקנה בתורת חצר, ד"ל דשאני עבדים דאמרינן בקידושין (כ"ג ב') עבד כהנעני נקנה במשיכה וזה לבו"ע גם למ"ד דעבדא כמקרקעי דמי, ושוד למ"ד משיכה קונה מה"מ ולענין דאורייתא כו"ה סברי דמקרקעי דמי, ואש"ה נקנה במשיכה ולכן גם חצר קונה דהא חצר לא גרע ממשיכה, ואלו בזרעים שבעינן נקוב אין מושיע קנין משיכה :

וראיתי בספר אור שמת על ידידי הגאון ר' שאיר ששחה בכהן ג" הנאצד"ק דווינסק (כה"ל גיוסין פ"א הלכה ו') הביא שלשה ראיות שקרקע נקנה, בקנין חצר (א) מדברי התוס' דפ"ק דב"ק, והנה כתבנו בזה שאין כאן ראיה. (ב) מהא דב"ב, והנה סובר כתבתי בזה להגאון ה"ל, וכמובאר לעיל בדבריו באות ו' שהרבה הראשונים חולקים עם צפ"ה הגמ' על דברי התוס' ולדירודו אין כאן הוכחה. (ג) הראיה השלישית שהביא מהא דב"ב, בהא דהכותב לבני מ"מ מהא ולאחר מיתה לאי שיטת הסוברים שהמחילה מאכז לבני הוא בשעת מיתה כפי מה שביאר הה"מ (ב"ב ע"ג מה"ל ז"ה ומתה הלכה ג'י), וכמה קנה הבן ע"כ מטעם חצר קנה, והיא ראיה עמומה לכאורה שחזר מושיע אף לקרקע. אמנם באמת הנוצר בהרה"מ, דהא מחילה על גזל הונח על דבר שבעין הנמלא בחצר אחר כמובאר ברמ"א (ס' נמ"א סיפ"ג) שאם אמר אדם לחברו על חפץ שיש לו בידי חברו מחול לך שאין מושיע זה והוא מתאספת הרא"ש (כלל ז' ס"ו י"י) והיאך כתב ושנה הה"מ לשון מחילה ע"ז והוא לשון הרי"ף לבידק מחול לו הפירות המחויברים בשעת מותו והיאך שייך ע"ז לשון מחילה שאין מושיע זה להקניט מה שיש לו ביד חברו. ע"כ נראה לענ"ד שענין קנין פירות במקום שנתן גוף הקרקע לאחר הוא ענין שיעבוד, לא מביע"א למ"ד קנין פירות לאו בקנין הגוף דמי לכן נחשב זה רק לשיעבוד בעלמא, ואף למ"ד קנין פירות בקנין הגוף דמי, מ"מ יש לומר שכיון שהפירות לא נגמרו עדיין אגם שיש לו קנין וזכות בהפירות מ"מ כיון שהדין הוא גם במקום שיש להלווק פירות הוא זכות בהפירות מ"מ עמומה הפירות המחויברים שייכים המה לבעל הקרקע שהגוף שלו ובכשתו נגמרו שהדין הוא ששמן את המחויברים, ואותו השומא לר"ך שחוייב בעל הקרקע ולוקח הפירות, ולא את גוף הפירות ולכן זה נחשב רק כשיעבוד וממהי מחילה, וא"כ אין ראיה מזה שיענין קנין אף מושיע, ודו"ק. — אך בעצם הדין כבר כתבתי באות ו' לעיל שגם לשיטת התוס' ב"ב דף פ"ז לדיודו מוציא להדיא שמהני חצר במחויבר לקרקע, לצד שיש לומר שמיייר בשיעב עמן הפשתן תלוש) מ"מ יש לומר שגבי גיטין אין מושיע לבעי כזו שזה רק נדר קנין ולא נתינה, דנתינה בעי שיהיה מופרד מהמקום שניתן לשם דומיא דונוקן בירה :

סימן יז

כ"ד ניסן תרס"ה סוויי.

אשר כתבתי לרב אחד ע"ד שגלה ג"פ על פלאג' לידי , ובהרהרשם השני בדבר מניני השליה השני שנמנהה ע"י כח"י וכו' שכתב שם , שהשליה הראשון עשה לשליה ע"פ כ"ד , את מאזיר הקטן הרב בק"ק סוויי" וזני נבוכ' בזה אחרי שלא נזכר שם אביו של השליה , ועובא מאזיר איכא הדריס בעיר סוויי ועל סימן הקטן קשה לסמוך ע"ז כאשר נכבד בע"ה , הגם שאני משער לאזיה מאזיר היה מוצרתי של המגדש אשר הגיד זאת לפני כח"י שהשליה בעיר סוויי ישגהו לשליה שני , כי יש בפה איש אחד שמו מאזיר והוא קצר בקומה ויש לו גז מחותנות עם המגדש והמגורשה שבפה , האגס מ"מ לא ע"פ אומדנות נוכל לבנות אסוד להתיר אשה איש , רק ע"פ שגזר מעשה כ"ד , שנכתב שם ונחמס מאת כ"ד הלשון שאמר השליה ראשון בעת שהוא ממנה את השליה שני שבעיר סוויי , והנה גם אם היה זה דבר ברור בהל"ג שאזרחו מאזיר הקטן של השערתי כיון עליו יסויה הוא השליה השני , הוא הקטן שכלל האגשים שגמם מאזיר בעיר סוויי , מ"מ כיון שבאמת הרבה אגשים שגמם מאזיר נמאל"ס באן , ומהם יש שהמה קטנים מהגדולים מהם , וא"כ זה תלוי בפלוגתא דר' מאזיר ור' יוסי (קידושין ס"ד ע"ב) קדשתי את בני הקטנה לבדדברי ר"מ כולם נכנסים בספק חוץ מהגדולה שבגדולות , הגם שבש"ע אה"ע (פי"ו ס"ג) פסקוין כדעת ר' יוסי שכולן מותרות חוץ מן הקטנה שבקטנות כדעת הרי"ף והגמ"ס והרא"ש שספקו כר' יוסי , ולא מחית איגם נפשיה לספיא , מ"מ הרי הרא"מ בעל ספר יריאים הוצא דבריו (בהמה מיימוניה כ"ע מלכות שול) לפסוק כר' מאזיר שכולן נכנסים בספק , לבד הגדולה שבגדולות , ולע"ד גם דעת ר"ת המוצא ברא"ש כ"פ הא"ש מקדש (נ"ט כ"ה) מוכח שפוסק ג"כ כר"מ , שכתב שם בשם ר"ת וז"ל , וגם נראה אם אמר לו בתר הגדולה ואין לו בנות רק מאשה אחת דליכא לספיקי מידי דבגדולה שבכולן קאמר , כדאמר לקמן בפרק האומר (ס"ד ב') אלוניג'י בשמה קרי לה ע"כ , ויח דעת ר"ת היה ג"כ לפסוק כר' יוסי למה הוצרך לומר ואין לו בנות רק מאשה אחת , דהא גם כתיב כתי בנות סיבר ר' יוסי דינן מותרות חוץ מגדולה שבגדולות או להיפך אם אמר קדשתי בתר הקטנה , אלא ודאי שר"ת חושש לדעת ר' מאזיר , ואולי עממו מדקל' וערי אביו ורבה ורב הוגא ברביה דר' יהושע אליבא דר' מאזיר אם המחלוקת בכת אחת או בשני בתי בנות , המהא הלכתא כוותיה , וע"כ ודאי דראוי לחוש למחלה לדברי ר"מ כיון דר"ת והרא"מ סברי הכי . — ואין לומר דב"ד גם אליבא דר' מאזיר יש להקל שלומאזיר הקטן נבולין נתביון דמדיא לבת אחת של בנות , שבו קיי"ל גם ר' מאזיר מודה כדאמרינן שם בגמ' כ"פ האומר וכמו שהבאנו דברי ר"מ , מ"מ עדיין יש לחוש לדברי הרא"מ שנובא בהג"מ שמוכח בהרובה דלא קיי"ל כוותיה דאביו בהא , רק אנו חוששים לכולן חוץ מהקטנה שבקטנות כיוון קדשתי את בתך הגדולה או להיפך אם אמר קדשתי את בתך הקטנה וכדעת רב הוגא כר"י דפליג אבאבי והוא כהרא"י יעושה"ה הויג' בהג"מ , וגם לדעת הסופקים שפסקו כר' יוסי ולא מחית נפשיה לספיא , עדיין יש לדון לענין כ"ד ע"פ מה דאזרח כ"ה של הנסר (ס"ו) , שגזר שם על מה שמוכח דברי דברי הרא"ש שגם ר"ת הג"ל כ"ד באומר בתר הגדולה מקודשת לי , למה לריך שתייה רק כת אחת הא אנו קיי"ל כר' יוסי דגם בשני כתי בנות כולן מותרות חוץ מהגדולה שבגדולות וכמו שפסק הרא"ש , והסוד בעמנו סימון הג"ל , וריכך הב"ח א"ה , וריקא היבא שאליו לשון המקדש כעשה שיקדש אותה , אלא שהאב אומר קדשתי את בני , התם

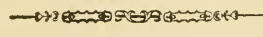
הוא דלא מחית נפשיה לספיא כו' , אבל שמקדש את האשה בסתם שלא פירש את מי הוא מקדש , אלא אמר בתר הגדולה מקודשת לי , איכא לפסוק דלמא גדולה שבקטנות קאמר וקרי לה גדולה , ובין דאיכא דווער' מינה קרי לה גדולה , וכיון דאיכא לאיסתפוק , אמרינן בודאי תלי לה בדעת האב וכולן בספק עכ"ל הב"ח , וא"כ אנו רואין בחילוק של הב"ח שדוקא באומר דבר על הנעשה מכבד , ובין אמרינן דלא מחית נפשיה לספיא , משא"כ בדבר מעשה גופיה החלה ע"י אמירתו בלשון זה , כל מה שאנו יכולים להסתפק אנו מסופקים בו , וא"כ הלא בנידון שלנו שלקון עשה לשליחות את השליה שבה היה בלשון זה , הגניי ממהה על פיס' ובסניכס את מאזיר הקטן הרב בעיר סוויי , כל מה שאפשר להסתפק אנו מסתפקים בכוננו לשנוי על מי שחל השליחות לפי שיטה הב"ח , גם לומר דסבר כר' יוסי :

ואף שבעממותן של דברי הב"ח ל"ע לי טובא , דהא הגמ' מודמי הא דנדרים לאלה קידושין , ולפי דברי הב"ח הא הגמ' מני לחלק דשם גבי קידושין הוא על מעשה שנעשה מכבד , וגבי נדרים ע"י דבריו המסופקים בא עתה מלות הנדר , ובחמת לולא דברי הב"ח , המחזור הוא לע"ד שר"ה ש' שהביא כ"פ הא"ש מקדש הביא רק לדברי ר"ת לפי שיטתו שסובר כדעת הרא"מ שפוסק כר' מאזיר , ואגמס כ"פ האומר פסק כשיטת הרי"ף דקיי"ל כר' יוסי (אך מ"מ דליכא מאן מאן משבו לפלוגי על הב"ח) . ובחמת הקוש'י אפשר ליבז והוא שזה יהיה תלוי בין מחמת הגמ' והס"ד , דלפי ה"ס ד' שנגמרא דפלוגתא דר"מ ור' יוסי נדרים הוא ג"כ בענין אי מחית נפשיה לספיא , על כן נאמר דלא מחלקינן בין אם אומר על מה שנעשה מכבד ובין אם עתה עושה הדבר ע"י הלשון מסופק , משא"כ לפי המסקנא שם בקידושין , דבגדורים בלישון דעלמא פלגי ואין שייך להא שחם מחית איגם נפשיה לספיא או לא , ולכן נוכל לומר שפיר לפי המסקנא לחלק בחילוקו של הב"ח , שהפלוגתא דר"מ ור' יוסי הוא רק אם אומר הוראה על העבר , או לא מחית נפשיה לשפך , אבל במקום במקום ששעשה עתה מעשה ע"י לשון המחשק , או מספקינן בכל הספיקות שאפשר , כדעת הב"ח :

ובר"ה נראה לע"ד שאפשר לחלק ולומר שגדוין כזה באומר פלוגי הקטן שבעיר זה , שני"ע ויוו בזה שיש לחוש לכל אשר יש להסתפק , אפי' מאן דפסיק תחס כר' יוסי אפילו במקום שמהיה עתה קידושין בחמירתי , משם דהתם גבי בנותיו דקיס להו בכולהו ולכן כאשר אמר גדולה או קטנה אמרינן דעל ודאי שיש לחלוק הגדולה שבכולן או הקטנה שבכולן , מיה שייך בן באומר על איזה באגני העיר , יש לומר דלא קיס להו בכולהו והרי יכול להיות שאזרח המדיר אין מעלה על דעתו לכולן בשום , ויכול להיות שקורא לאחר גדול לפי שהוא גדול מן הקטן שממנו או קטן מה"ג , וקרי לאחר קטן לפי שקטן הוא מן הגדול שממנו וכולם בספק , שאין אנו יודעים לאזיה איש הוא אומר . וקל"ת ראייה נראה להביא לזה תפא' דאזרח בגמ' כחובות (פי"ד ע"ב) בכנסי לטוביה ואחר רב טוביה , לטוביה אמר לרב טוביה לא אמר , וזו היא גימ' ביה הא גימ' ביה טוב , והנה כוננת הגמ' ודאי גם בדאיכא במתא עוד איגם אחרינא שגמו טוביה ולא נקרא רב טוביה , וע"י אמרינן לרב טוביה לא אמר ואמרינן כוונתו היה לאחר שגמו טוביה לבד , ובהא אמרינן אי איגם גימ' ביה הא גימ' ביה טוב ונס הא נכנס טוביה אמרינן , ולכן היה הדין שכל המקדש לבוא וזה , כי כן הדין התם באומר נכסי לטוביה שגם בדאיכא במתא איגם אחרינא ג"כ שגמו טוביה העוביה המקדש וכה כדאיכא בחי"מ (ס' י"ג) שפיר ל"כא' ג"ע כיון דקיי"ל כר' יוסי דלא מחית נפשיה איגם נפשיה לספיא , וא"כ אותו שגמו טוביה לבד הוא טוביה הבכור ואותו שקרא רב טוביה הגם שהוא גימ' ביה וקוריה ג"כ טוביה אינו טוביה בבכור

ובענין י"ד יש ספק גדול, שאין דומה להא דר' יוסי בקידושין דאמר כולן מותרים מן המקנהה שבקטנות ולא ממת נפשיה לספיקא, דתם הקטנה הוא קטנה שבכולן בהחלט בלי ספק הן בקומה וכן בשנים, משא"כ ב"ד דמאיר הקטן שאנו מחשבים עליו אם שהוא קטן בקומה מ"מ בשנים איך הרבה מאיר בעיר שהמה לעירים ממנו ומאן לימא לן דהאי קטן בקומה הוא דילמא קטן בשנים, דהא בגמ' (ב"ב ג' א') איתא פלוגתא, בגדול יהיה כבוד הבית האחרון, חד אמר בבבין, הוא בקומה, וחד אמר בשנים, ומאן דיעבדן בלישאל דעשיית ומיניו הסליח כוונת לשונו כמה שאמר הקטן, אם המאיר שהוא קטן בקומה או המאיר שהוא קטן בשנים, היינו שהוא לעיר מכל האנשים ששם מאיר בעיר הזאת, ומכל הנין עממי כראה שא"ל למוכר על המיניו הבה בכתב ההשאלה שאין מבורר בה מי הוא השליח :

בכירוד, למה לא נאמר שודאי להטובים הכבוד כיון, אלא ודאי שבדבר שכולל אנשים אחרים שאינם ב"ב בזה לא שייך לומר דלא תחיה לספק, דאולי בעת אמירתו לא אסיק אדעתיה בטובים האחר רק זה האיש עלה ברעיונו ולו כיון, וה"ג ב"ד אין לנו בזה דין ולא מחמת נפשיה לספיקא כי יש לחוש שמה לאחר כיון וכולן נכנסו בספק וכל שיש גדול הימנו יכולין לחוש שמה לו כיון וקורבו קטן לפי שהוא קטן מן האחר הגדול, וה"ג בענין הגונע לאיסור אשת איש יש לזה דין ספק כי אם שלאחר חלה השליחות אם יגרשנה אחר זולתו הרי זה הגנ בעל, ועיין בשפר אבני מלואים (סי' ל"ז ס"ה י"ח ובסי' מא"ס ס"ג ז') מה שצדא שם בשם הריטב"א והמור"ק ר"ד, ועיין בפ"ו (ב"ב ל"ז ס"ה י"ח), ובכלל יש בענין כזה ספק גדול אם מהני בזה כוונת דבריו כל שלשונו הוא עושה ספק על כולן, אך זה ודאי במקום שאין עושה לפנינו יש להסתפק על כל הנכנסים בספק זה :

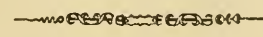


הוספה לסימן ט

הים, נאמר בהא, דרב אשי לא סבר לה כהאבע"א או שלמסקנא נפרש דמיירי לעיל רק בקידושין ולא בנישואין : **ועתה** אשוב למש"כ השם אריה שם שמה שלהתוספתא שמסקא ליה איכא שיבמה נשאת לשוק במזיד אם יש לה דין כל המאירי הנאמרים בחשה שהלך בעלה למדינת הים, והש"א מסתפק שם בנשאת איש יהיה הספק להתוספות אם במזיד יש לה כל הדרכים כו', ולמש"כ בדבריו לחלק היבא שהנישואין היו כדיון ע"י אמירתה שהיא היתה נאמנת אז מן הדיון לומר כדבריה שומרתם להנשא, אז יש לה כל הי"ג דברים גם במזידה, אבל במקום שנשאת במזיד שאין לה שום נאמנות בזה לא תקינו רבנן, וכל לומר בשעת התוס' ג"כ שכל הספק ע"י דין שהרי היבמה אין נאמנת לומר שלא היה לה נאמנות ע"י דין שהרי היבמה אין נאמנת לומר מת יבמי להנשא לשוק, וטעם הדבר שמסקא להתוס' הוא מפני שהליון הנישואין לענין שזריכה גט מן הדיון, וע"כ יש לחוש דמחלפא בחשה שהלך בעלה למדינת הים : **ועי"פ** דרכיו יתישב קושיה השער משפט שהביא השם אריה בתשו' הג"ל מהא דאמר רב בקטנה שלא מיאנה והגרילה ועמדה ונשאת דרב אמר אין לריכה גט מהשני, ואם יהיה הדיון כשע"כ הרשב"א שגם בנשאת במזיד לריכה גט משני אמאי אליבא דרב אין לריכה גט משני, ולמש"כ לחלק שבמקום שנאמנת מלד אמירתה פנייה הני ומחמת זה נשאת, בזה לריכה גט גם במזיד ויש עליה כל הדרכים שנאמרו בחשה שברו ואמרו לה מת בעלה, או שהיא באת ואמרה מת בעלי, אבל במקום שאין נאמנת ונישואיה היה שלא כדת בזה לא תקינו רבנן ומוקמינן אריגא שאין לריכה גט משני, וכדאיתא בשו"ע אה"ע (סי' ק"צ) שהוא דבריו לעיל, א"כ אין קשה קושיה השע"מ מהא דקטנה שלא מיאנה והגרילה ועמדה ונשאת ששם מיירי נשאת באיסור ולא היה זה ע"י אמירתה פנייה הני, כי היה נודע אז בעת הנישואין שנתקדשה בקטנותה ולא מיאנה והגרילה עם בעלה הראשון, בזה מוקמינן אריגא, ואין כאן תקנה חז"ל שהריונו גט לנשאת איש הנשאה ע"י עד בטעות, וכפי מש"כ בתשובתי בזה, והדבריה מחזירין בע"ה :

אחרי כתבתי כל הנאמר מאלתי שדבר בענין זה בספר שם אריה (ב"ב אה"ע סימן ס"ט) וכתב שמדברי רש"י ביבמות (ג"כ ז') מוכח שבמזיד אין לריכה גט מהשני ממש"כ רש"י שם דרב אשי לית ליה דרב המנוא, הרי יפרש רש"י להא דרב אשי דאמר אם היה יבמה ישראל נותן לה שני גט והותרה לו דמיירי בנשאת, ולריך לומר דמשום הכי מותרת לחזור ליבם ולא אמרינן תלא מזה ומזה משום דמיירי במזידה ובמזיד לא קסינן ומחמת זה רואה לומר שגם בנשאת איש במזידה יהיה לדעת רש"י כן שבמזיד לא קסינן. ובאמת דבריו תמוהין לפי מה שכתבתי והבאתי דברי רש"י (נדק ג"ד א') שגם נאמר בפירוש שגם היבא שהיא מזידה יש עליה חומר כל הדברים, וה"כ א"א לפרש בדעת רש"י (ג"כ ז') שמתעב שהיא מזידה לכך היא מותרת לחזור ליבם אחרי שנשאת :

ובב"א נפלאתי על השם אריה אך יוכל לפרש בפירוש"י שמשום שהיא מזידה היא מותרת ליבם הא רש"י כתב להדיא שם דרב אשי דלא היה יבמה כהן וזו נשאת לשוק בעד אחד או בשני עדים שאמרו לה מת בעלך והא"כ מת בך, וה"כ שם מפרש רש"י שבשוגגת מיירי והיאך נאמר חולך לה יבם ושריא לבעלה, הא ראויו לומר בזה תלא מזה ומזה כו', אלא ברור שדעת רש"י שלפי לישנא קמא דפריך גמ' אי קידושין אין בה נישואין נמי אין בה סבר גמ' שבידה לא אמרו בה דין של תלא מזה ומזה וכו', והא דאיתא בבבין (פ' ע"ה) במשנה שם גבי יבמה לשוק שנשאת בטעות שסברה שהיא לרת ערוה, או בפטורה ע"י כניסת לרתה שחלף מזה ומזה וכו' אולי זה אליבא דר"ע דר"ק, וכן הוא לקמן ביבמות בפירוש"י (נדק ז"ד א') ד"ה אלא שביבמה הנשאת אפילו בטעות דוקא אליבא דר"ע הוא הדין דתלא מזה ומזה וכל הדרכים האלו בה, ולכן פסיר קאמר רש"י (ג"כ ז') דרב אשי לית ליה דרב המנוא, שלא נאסרה מטעם זנות ע"י הנישואין, וכן מחמת מיחלפא בחשה שהלך בעלה כו' ג"כ לא סבירא לן להאי לישנא, ולמסקנא ליישנא בתרא דאמרינן לעולם כדאמרינן מעיקרא קידושין אין בה נישואין יש בה משום דמיחלפא בחשה שהלך בעלה למדינת



חלק חושן משפט

סימן א

עובדא דאתא לקמן בשנת תרכ"ב לפ"ק:

ע"ד שהיה נהוג שם שהסוחרים הגדולים מחזיקין הוואוואדיון היו מקדימים מעות להסוחרים הקטנים על תבואה שיקנו, וקולבים עמהם המקח לפי העת שהיה מעט רווח להסוחרים הקטנים שיקנו עבורם, והמה היו נוסעים ביערות או אל אדונים ומביאים התבואה לרשות הסוחרים הגדולים, וארבע פעם אחת סוחר אחד הקדים מעות על דגן לסוחרים הקטנים והמה קנו בעיר אחת אלל יהודי חיזה סך דגן וסילקו לו המעות לקבל בחיזה משר ימים אח"כ גם עשו עם יהודי הג"ל לושלאק כנהוג, ותוך משר זמן ארבע אונס שערף הבית שהיה מונח שם הדגן וגם הדגן שקנו גרף, ובאו לדגן הסוחר עם הקונים מקבלי המעות הג"ל, וטענת המוכר היה כאשר שטיין נתינה של המעות הוא רק שקונה מהאדם הדגן שיקנו עבור סך כזה לכל משקל וע"ז הוא מקדים לה מעות, וע"כ אין לו שום דין עם אחר רק עמהם ולא עם מי שהם קונים מהאדם, וכיון שגדלו לא היה קנין המושל ע"פ ד"ה שהרי לא היה רק מעות וגם אז לא היה להם הדגן שמכרו ע"כ ההפסד שלהם הוא, וטענת מקבלי המעות הוא שמהם רק שלוחים של הסוחר, שנותן המעות להם לקנות עבורו הדגן באופן שיעלה לו המחיר של התבואה עם טרחתם על מקח שקצבו כאילו יביאו התבואה לרשותו, וכן עשו שקנו עבורו בקנין המושל ע"פ ד"ה, ונתעלמו ברין בזה, על מי שייך הפסד שירע:

א) וְהַנְה, לדון בענין זה אם הוא סוג קנין או סוג שליחות המוכתש בזה בין הבע"ד, קשה מאוד לעמוד על זה כי זה הלוי בדקדוק הלשון איך שהיה נדבר בעת נתינת המעות על קניית התבואה, והבע"ד בעלמם בלתי אפשר להם לדעת בבירור איך היה מדובר אז סיגנון הדברים בריוק, כי הוא מלתא דלא רמי ארעתייהו כי לא העלו על דעתם אשר יארע אונס בזה בקנייתם, ובאמת יש כמה חושיים שישול להיות שדברו כזה והוא חילוק ברין ובאשר נבאר. א) אם אמר להם אני נותן לכם מעות שתקנו עבורי דגן שיעלה לי בסך מקח זה, הלשון הזה הוא לשון של שליחות בודאי, הגם שנותן המעות טוען ע"ז שכן הנהוג הוא שלא יהיה להסוחר שום דו"ד רק עמהם ולא עם מי שהם קונים מאלו זה אין ענינה, הגם שנהגו עם אדם יארע חיזה סיבה שאחד יקבל מהאדם על תבואה ולא יתן להם אח"כ התבואה שהיה על אחריות שלהם, והו מלד שאחריות הוא עליהם, הדא מפני שהם שומרי שבר ע"ז, ושד מלד המנהג אלס כן, משנין כמו שהם קבלו האחריות ע"ז ודמיו זה כמו שאמרו בגיטין (פ"ג ח') קבלו עליהו כל אונסא דמתיליד ומ"ו אמרינן אונסא דלא גביה שאינן וא"כ הכא בע"ד בלוגם בזה שהוא לא גביה ודאי שהוא שייך על אחריות המאלה שהתבואה הנקבה הוא שלו. ב) אם אמר להם אני נותן לכם מעות שתוכרו לי עבור זה הדגן שתקנו או שאמר להיפך שתוכרו לי דגן שתקנו ואני נותן לכם מעות ע"ז, זה פשוט שהוא סוג קנין ולא שליחות, וזה פשוט מלד הסברא

ב) אונסם ראוי לחקור לדינא בלשון המסופק בין לשון מכירה ללשון שליחות האידך נדון בזה, ואפשר שגדון זה כיון שהמעות לקח ודאי ואין יודע אם נפטר ע"ז מפעם שליחותו או שנאמר שלא היה לשון שליחות ולא נפטר בזה כלל, א"כ הוא מסופק בהפטרעון והמובע טוען ודאי שלא היה כוונתו לשום ענין שליחות, ולכן יהיה זה כדיון המוכר ודאי

ט"ז

לפי סדרתם, מדוע מחייבין באין יודע אם החורתי בפקדון, כיון שעל השומר אין מוטל חיוב כלל מן עת קבלת פקדון, וא"כ ניחא אכן במורה שקבל הפקדון ואין יודע אם החורתי א"כ מסופק הוא אולי לאבד אללו בפשיעה, או שאין יודע היכן הניחו שזה משיב פשיעה, או שמא שלח בו יד, וא"כ כיון שכל זמן שפקדונו היה בעין, אין עליו חוב חיוב, ורק אם לאבד אללו בפשיעה או שלח בו יד, או בשו"ש אם נגנב אז נחתיב, והרי אם החורתי בעין לא היה עליו שום חיוב מעולם וא"כ הרי הוא ממש אין יודע אם נחתיבתי, ודוחק לומר דמתימין דמחייב באין יודע אם החורתי בפקדון, מיירי בפקדון מעשה שהיה לו רשות להשתמש בהם ונשתמש בהם ויבזה הוא מסופק אם החורתי, דהא סתמא קמיני אין יודע אם החורתי בפקדון חיוב, ובכל גווני פקדונות חייבין:

ג) ונראה לענ"ד לומר בטעמו של דבר זה, דמחייבין באין יודע" אם החורתי בפקדון בשני פנים, ואופן א' משום דלמדין הגם שלענין חיוב אחרקפאה דגברי אין לנו מעט שקבל החפץ לכמור, מ"מ כיון שהיה החפץ בשטחו ומסופק אם יאבד ונרשמו, מועיל החוקה דמעיקרא, דמוקמינן שכמו שהיה מקודם ברשותו כן לא נעשה בפקדון דבר שלא מרשותו של הנפקד, וע"כ מחייבין בטעמו שאל"כ מהא דהא דשאלה חזי יום וכו' כיון שאין אנו מסופקים אם נעשה מעשה בהפקדן שהרי זה אנו יודעים שמתה, רק מסופקים אולי מתה בשעת שאלה שבוה נבוא לחייבו, ולכן כיון שהחיוב הוא דבר חדש שמקודם לא נחתיב הוא, פטור כמו בכל אין יודע אם נחתיבתי. או י"ל באופן שני, והוא ששני דברים נמלא בשאלה ופקדון, חיוב אחד שאם יארע איזה קלקול יחתיב בזה באופן שחייבתי התורה, ומיזב זה חל עליו בעת שהקלקול יהיה, עוד הוא מחייב בהחזרת הדבר אם הוא בעין ליד בעליו כשיגיע זמנו וזהו שמירתו שמוטל עליו, וע"כ באין יודע אם החורתי בפקדון, כיון שמקודם ידענו ממזמן על הבעלים היה ת"י הנפקד ולא ביד הבעלים, מוקמינן אחזקה שעדיין לא הוחזר ליד הבעלים, משא"כ בגידול שאלה חזי יום ושכרה חזי יום, שהבהרה מתה, ואין אנו מסופקין בחזרה המוטל עליו שהרי אין כאן מה להחזיר, רק הספק אם באלו הנחייבות בעור שתיבה שאלה, בזה מוקמינן אחזקה שלא נחתיב, ובין שני הטעמים שכתבנו לחלק הא דשאלה חזי יום, מאין יודע אם החורתי בפקדון, ולא חילוק לענין כ"ד, בהם שהיה שומר על המעות בודאי [להאופן שכתבנו שהמקבל מעות על קנין דבר שלא לא לשלם לא נעשה על המעות לזה], ורק מסופק אם נפטר השליח מן שמירת המעות בקניית התבואה, ואם היה להשליח דין מוכר נחתיב אז על המעות, שאופן הראשון כיון שנעשה מעשה בהמעות והרי, רק הספק אם נחתיב או על המעות, בזה תלינן שלא נחתיב על המעות כמו שהיה מקודם שלא היה עליו חיוב, שהרי מעשה הולאה המעות מרשות הנפקד היה בודאי, משא"כ לפי האופן השני שיש לדון על החזרה וראוי להעמיד שלא חזר לרשות הבעלים, כן ראינו כאן ג"כ לדון, שלא שבתלקוח מן חרות המעות שמוטל עליהם בקניית התבואה ולא חזר עדין ליד הבעלים, ובספק זה נדון כאין יודע אם החורתי בפקדון. והמחזיר לענ"ד כעטס חילוק השני שכתבתי, והוא מהא דיתא בחו"מ (ב' ה"א פ"ד ד') והוא מדברי הרמב"ם (ב"ב מה"ל שותין ומוטעין), שמי שנלה מזה או פקדון ע"י כתב חבירו של המפקד או המלוה, ואח"כ טען המפקד שלא היה כתב ידו ולא בזה אלא, והלוה או הנפקד אין יודע, שמחייב לשלם רק יחייב עליו ח"ם כו' יעו"ש, והטעם כתב חב"מ שם והובא בש"ך שהוא מטעם אין יודע אם החורתי, ואם נאמר כעטס חילוק הא' שכ', הא תינה במלוה, אבל בפקדון הלא יטעון הנפקד אלא לא נמלא בפקדון בודאי, ורק מסופק אני אם נחתיבתי או במה שהולאתי

ודאי והלא משיבו אין יודע אם פרעתי לך, או החורתי לך, ואם קנייה מסופקוס יהיה חיוב ללא יד שמים, ונראה לומר בזה שזה אין דומה לאין יודע אם החורתי לך, דהא הוסי' (ב"מ דף י"ג ע"ב) ד"ה והלא חומר כתבו דמתימין פריך שפיר לרב נחמן אע"פ דאין יודע אם החורתי חיוב כיון שמחזיר אחת הו"ל כאין יודע אם השאלתי את לכו ובין באין יודע אם מתה בעורה שאלה ע"כ, הרי גם שהפרה היתה בידו ואין יודע אם יתה מידו באופן שנפטר מהבעלים, אש"ה חשוב זה כאין יודע אם נחתיבתי מפני שאנו דנין על מיתה הפרה אם נחתיב אז השומר אם לא, וה"ל ב"ד אנו מסופקוס אם נחתיב על המעות שקבל או שלא חל עליהם חיוב מן המעות ה"ל, והרי זה כאין יודע אם נחתיבתי. — אלא שיש לדון בזה שזה יהיה תלוי אם המעות הניתן על מזה שלא נקנו הקנין כיון דבכר שלא באל לשלם ודמותה אם המוכר המקבל המעות יש לו דין לזה או שואל, או שהוא עליהם רק שומר, וכבר עמדו על מדוכה ספק זה בדומתי האחרונים הקלה"ח והנתיבות (ב"ב ס"ו) וגם המ"ע והש"ך דברו בענין זה, וא"כ אם היה זה סכ"ד מן סוג מכירה ונאמר שבמכירה גם שהמקבל לא נגמר עדיין בחיוב המוטל ע"פ ד"ת אש"ה המעות שקבלו ברשותן המה ונעשו בהם דין לוי, הרי הספק שאנו מסופקוס ב"ד הוא אם נעשו לויס מתחלה על המעות, או שהיו רק שלוחים ולא נעשו רק שומרים וממילא נפטרו בפשיעה שליחותם ולא נפטרו בזה, בזה ודאי שפטורים המה מספק שהרי הוא דומה כשעונים שאין יודעים אם לוו המעות והרי הוא אין יודע אם נחתיבתי, אמנם אם נאמר שגם המקבל מעות על מכירה מן דבר שלא בל לשלם הוי על המעות על שומר וכרשותו נתן המעות הם, וא"כ בין שנעשה על הענין שליח ובין שנעשה מוכר בין כך ובין כך הוי שומרים על המעות, רק הספק הוא בעת שהולאו המעות מרשותן על קניית התבואה, שאז הוי מוכרים בעת מעשה נעשו לויס ולא נפטרו בהמעות שהולאו על קניית הדגן, ואם הוי שלוחים נעשו או בהולאה שהולאו את המעות לקנות הדגן, וא"כ לכאורה יהיה זה דמי לאין יודע אם החורתי בפקדון שהרי מסופקוס אם היה חזרה או לאו:

ומ"מ יש לומר שגם אם נאמר שהמקבל מעות על מכירה דבר שלא בל לשלם שיש לו דין שומר, מ"מ ב"ד דומה זה לאין יודע אם החורתי, והוא דמות מדברי הוסי' שב"ב הגזר בעליל שגם בזה דשאלה חזי יום ושכרה חזי יום ואין יודע אם מתה בעורה שאלה ע"כ, שעררה הוא דומה לאין יודע אם נחתיבתי, הנס שדין שואל היה לו מקודם בודאי, ואין יודע אם יאבד מדין שואל הייט אם הפרה היה בעין בעת גמר השאלה או לא, ולכאורה הוא ממש דומה לא"י אם החורתי בפקדון, שהוא מסופק אם יאבד ידי חובת החזרת הפקדון שהיה ת"י, וכן נמי בשאלה חזי יום, ומ"מ סברי הוסי' שזה דומה לאין יודע אם נחתיבתי מה שמסופק אם מתה בעת שאלתה, ובאמת איתא בשמ"ק שם דחזי דסברי שבתאם האי' בזה דשאלה יום אחד או שאלה חזי יום וסבי כאין יודע אם החורתי, רק מה דמוכח מנ"ד דמי לא"י אם נחתיבתי, דמקשה הגמ' לרב נחמן ולר"י דאמרי מזה לי בירך והלא חומר א"י פטור, הוא מבכח דשאל אחת ושכר אחת שאנו מסופקוס על המתה אם היתה שאלה או שכרה מתחלה, אמנם מביא שם דעת הרמב"ן והרשב"א דאמרי דסברי כדעת הוסי', שזה דשאלה היום ושכרה למחר וכו' חשיב ג"כ כאין יודע אם נחתיבתי, והטעם הוא משום דק"ל דאין החיוב שואל בזה בעת שהולאה רק בעת שאירע האונס, וא"כ הוי הספק שיקרא החיוב אם אירע האונס בעת שהיתה שאלה, והרשב"א הוסיף שגם למ"ד מעדין משיכה נחתיב בחלוסי, מ"מ עיקר החיוב לא נגמר רק כשיבוא האונס יע"ש בשמ"ק שהר"ך בזה. ובאמת יש לעיין

שהולחתי מת"י שלא לשלוחך, והרי הוא ספק בחיוב, אלא ודאי שאני דנין על החורה ליד בעלים גם בפקדון, וכל שיש ספק אם החובר ליה מוקמינן לחוקה קמיימא שלא החורר ליד הבעלים בטענת שוא נגד ברי, וישוין בש"ך (ס' ה"א ס"ק מ"ד) ובקפ"ח (ס' ס"מ ס"ק ד') למה שדברנו בענין זה בטענת ח"י בפקדון:

וא"כ כיון שהכרענו באופן הב', ולפ"ז ב"ד נוטה הדבר לכאורה, שהוא כאין יודע אם החוררתי, כיון שהספק הוא אם ילאו בחורה הפקדון על המעות ע"י שהולחתי אותם על התבואה, ומ"מ נראה לע"ד לומר שאין זה מוכרח, כי יש לומר דג"כ נחשב ב"ד כאומר אין יודע אם החוררתי, והוא דשאי הספק של ח"י אם החוררתי, שספק החורה נהיה אחר החוקה המוקדמת לה ומנגדה, וע"כ מוקמינן כמו שהיה מוקדם, שכל"כ בספק זה שב"ד הספק היה עומד מתחילתו בעת שקבלו המעות לידם, אם הם בחורה שלימות וישערו בשולחנות על קניית התבואה, או שהיה בחורה מזכירה ולא ישערו בזה, וזוהי נשמרנו על חוקתו להקפין חובו של נתיביי בחופן זה, וזה נחשב כאין יודע אם נתחייבתי. (וסברא זו נראה לע"ד, שיש ללמוד אותה מדעת הסוברים (הפוגע בש"ק) בשאלה על ח"י או בשאלה היום ושכרה למחר שנסתפק חיימתי מזה, שזה חשוב כאין יודע אם החוררתי, מפני שאסור ששעור שגפער ע"י טענת אונס בטורח הוא נחשב כחורה, ומספיקו נחשב כאין יודע אם החוררתי, וא"כ בשני פרות אחת שאלה ואחת שטורה ואין יודע איזה מזה, סוברים גם הגך דמחייבי בתי"י אם בעידן שאלה, שמ"מ בשני פרות גם לשיטת זו הוא כאין יודע אם נתחייבתי, ולכן מקשי הגמ' לרב נתנו ור"י כו', וראוי לבאר טעם הליקוח בזה כיון שאסור שהשעור בחורה נחשב והרי שני הפרות היו בטורח ואין יודע אם נפטר מאחת, ולריך לומר ע"י שהסברא פשוטה משום שאני דנין על הפרה הנתנה היאך יהיה מתחלה אם שטורה או שאלה, וע"כ היה זה ספק בבידק חיובה אם נתחייב עליה באונסה או לא, וח"כ נאמר גם ב"ד תשיב זה ספק בפיקדון הדברי אם נתחייב מזהחלה באופן כזה שיתחייב גם בעת שמוציא המעות על התבואה או שלא נתחייב באופן הזה, וזו אשר בארתי הנוטה לע"ד ב"ד"י אם היה כאן מוספק אם מוסג שלימות או סוג מזכירה, וגם אם התפגע עתה עומד ברי ובנוגתי מזה דוקא מזכירה ולא שלימות, אפ"ה המוחזקים פעורים מספק שמה היה שלימות מתחלה, ומשום לא יודע עליו חיוב זה שיתחייב בעת שמוציא המעות לזרדך התבואה שקונה עבור בעל המעות:

ד) ועתה נבוא לרדן דבר חדש גם אם היה הלסון שדברו סיגינו מזכירה בודאי נתנו להם המעות בכדי לקנות מזה התבואה שקיפו, שלכאורה הוא פשוט שהפסד שלהם הוא וכוונתו שבענין טענת החיוב, ומ"מ יש לרדן שהפסד הוא על בעל המעות אחרי שהם טענים שלקחו עיברו וכוונתו שגבאר בעו"ה:

איתא בשו"ע ח"ו"מ (ס' ל"ט ס"ק ה') דבר שגא לעולם אלא שאינו בטוחו דיני כדבר שלא בא לעולם שלא קנה, והרמ"א כתב ומו"מ אם ערר המוכר וקנה הדבר שמוכר לרדך לקיים ונתן בו הטרח וקנה כי הוי דליקוי בדימויותה ע"י, ויש"ש בש"י שם שה"י דניח הוא דוקא שבשעתו להקנה הבעתה חוקה להמליט לו לקנות עבורו, או במקום שיהיה לו בחזקת טיט לו וחיובו בזה, ע"כ משרתי עלמו כי ערר הליקוי בהמותיה, אבל בסתם מוכר דבר שא"כ והליקוי ידע מזה לא חזרתינו הכי יש"ש, ויש להסתפק בחבור סתם דבר שאין ברשותו ולא הבעתה חוקה וגם הליקוי ידע שאין ברשותו, אולם המוכר מורה שא"כ קנה בכדי לקיים חוקתו, אם קנה הדבר ללקוח בחופן שהמוכר לא יכול להחריב בו, וזה שאני מסתפק בזה הוא

מפני שמקור הדיון הא דלמרינן קדעתא דהכי טרח כי הוי דליקוי בדימויותה הוא מוסוגו דב"מ (פ"ו ע"ב) גבי המוכר לחברו דבר שאין שלו וח"כ חזר ולקחה מבעלים הראשונים ופריך שם הגמ' מדרי האי לוקח במאי קנה לה לאחי ארעא כו' ומשני רבא תהא במחמינו ובההיא הגאה דמאך עליה כו', הרי משמע מוגמ' שכל עיקר הטעם שקנה ללקוח לאו מהאי טעמא לחוד שהמוכר קונה הקנה הפדה בכדי להעמידה ללקוח, שזה ידע הגמ' מוקדם מהאי טעמא דניחא ליה דליקוי בדימויותה או דלא לקריה גולגול, ואפ"ה פריך הגמ' במאי קנה האי לוקח, רק מסיק הגמ' מטעם בההיא הגאה כו', וח"כ גם אם המוכר מורה שקנה עבור הלקוח שיהיה לו הדבר שמוכר לו אין מועיל זה היבא דליבא טעמא דבההיא הגאה, אמנם באמת היה גופא טעמא בעי למה לא מהני מה שהמוכר מכוון בלקוח בקנייתו מאחר עבור הלקוח וממנו והלא הוא יודע עובר בלקוחו מאחר ולמה לרדך הגמ' להוסיף טעמא של בההיא הגאה כו' גמור ומוקנה ליה. והנה כבר עמדו הראשונים בזה והובא בשיטת מקובלת במס' ב"מ שם כמה סברות שנאמרו בזה, והנה דע"ה הר"ן ז"ל שכונת המוכר להקנותה ללקוח אח"כ ולא שתייה בקנייתו מן הנגזל להלקוח, וע"כ בשנין הקדמה שבוה יתהוה של הלקוח ולכן שפיר פריך הגמ' במאי קנה גה האי לוקח, אמנם מביא שם בשם הר"ב"ש וז"ל, אפילו נאמר שקונה עתה לזרבו של הלקוח, מ"מ לא קנה לה הלקוח שהרי הנגזל גזלן מכרה לא ללקוח ומי הודיעו להנגזל שקנה להלקוח, ואפ"י למאן דפליגי בב"כ ולא סבר לה לאחי סברא דמי הודיעו ה"מ בלקוח במוטת של האחר מוטת שדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות, אבל הכא גזלן במוטת שלו הוא לוקחה ע"כ יש"ש, ובשם הר"ב"ש ז"ל הובא שם דמאי דקאמר תהא בדימויותיה הווינה היא שבשביל שמאמרו ערר גזלן וקנה עבור הלקוח וניחא אפילו למ"ד ומי הודיעו משום שהנגזל יודע זה ג"כ. — אמאל מזה שלדעת הרא"ש ז"ל סבר לה הגמ' לפי הס"ד, שאין כוונת המוכר בקנייתו מהאחר עבור הלקוח ממוני רך שאלו אדורים לפי הס"ד שבדוריה ערתי לקיים הדבר אח"כ, ומשני הגמ' שבשביל שמאמרו כוונתו בזכירתו מן הנגזל עבור הלקוח, ולדעת הר"ן הכי למרינן שכונתו לזכות אחר קנייתו להלקוח, והיינו טעמא של סברה הר"ן מפני כיון שמאמרו היה מתחלה שלקוח קונה ממנו ולא שיהיה שלוחו לקנות עבורו, חמרינן גם בסיף הדבר ג"כ שהוא לוקח מן הנגזל לעצמו ולהקנותה ללקוח ממנו, אמנם לסברה הר"ב"ש מזה שהוא קונה בשביל שיהיה של הלקוח חשוב עוברו מן הנגזל, אבל דלא מאני מפני שאין הנגזל מקנה להלקוח וגם אין זה משרותו של הלקוח:

ולפי זה נבוא לבאר בידון שהעירטו במקום שהמוכר מורה שקנה עבור הלקוח ממוני רך, לדעת הר"ן כיון שהדבור היה שהלקוח קונה ממוני גם שהוא אומר שכונתו היה שיהיה להלקוח מאתו כפי שהבשעו, אמרינן שכונתו היא שאח"כ יהיה של הלקוח וישוין שאין כאן סברה בההיא הגאה ע"כ אין כאן קנין שיקנה בזה הלקוח, אמנם לדעת הר"ב"ש שכל מה שמקנה הגמ' מוכרי האי לוקח במאי קני היה הוא משני סברה מי הודיעו כו' ומשום שאין שם משותף של הלקוח, וח"כ היבא שבאמת היה מעות של הלקוח שפיר קונה הלקוח כיון שדעת המוכר בקנייתו עבור הלקוח, וכן לדעת הרא"ש ג"כ יש לומר שיהא שמוכר המוכר שדעתו היה בעת קנייתו עבור הלקוח ובמעותו הוא קונה שפיר היה קניי ללקוח הנס שאין כאן סברה בההיא הגאה כו', שהרי כל הטעם שמל"כיים לסברה בההיא הגאה לדעת הרא"ש הוא רק להחליט הדבר בודאי שכונתו היה בעת מותה מאת הנגזל עבור הלקוח, אבל היבא שהוא מורה שדבר שכן היה אם לא אין כאן סברה בההיא הגאה, מ"מ כיון שזה קנה עבורו ובמעותו הרי נע"י שלי

שלו. — הגם שיש לסקפק בזה בדעת הרמ"ט, דיש לומר כיון שחזוין לדעת הרמ"ט שגמ' חודש לנו דבר בזה נושא שבשביב שמאמינו קונה עבור הלווק מן הנגול, אבל לפי הס"ד היינו אומרים שגם שדעינן מחברת ינחל ליה דלוקו בהימנותיה ודעו להקנות ללווק, מ"מ אמרינן לפי הס"ד שאין כוונתו בעת קנייתו לזכות עבורו בעת קנייתו מן הנגול רק להקנות לו, רק מלד סברת בההיא הנאה אמרינן שקונה עבורו ממש, וא"כ יש לומר בהתמא דמלחא גס היכא שדעמו ג"כ למסור להלווק ממנו בהחלט, אפ"ה נמחר שדעמו הוא רק להקנות לו אח"כ ולא לזכות בקנייתו מהמוכר לו עבור הלווק ממנו כיון שאין כאן סברת בההיא הנאה. — מ"מ לקושטא דמלחא נראה לענ"ד שאין לחלק בכך, וכל שדעמו מוחלטת בעת הקניה שיהיה ללווק ממנו אמרינן שקונה עבורו מאת המוכר לו, וכל מה שנסתמא בגמ' לפי הס"ד דמקשה האי לוקה צמאי קנה לה ממי שהגמ' לא מחשב' לו הסברא דניחא ליה דלוקו בהימנותיה להחלט גמור שיהיה להלווק מאתו, וע"ז משני הגמ' תחא במאמינו כו' ונפשי זה אנו דנין דעמו מוחלטת לקנות עבור הלווק מאתו, כי אין סברא לחלק בהחלט הדעת, אפ"ה בטעם זה של ניחא ליה דלוקו בהימנותיה, או בטעם של בההיא הנאה, שבהחלט זה יהיה דעמו להקנות אח"כ, ובהחלט זה של בההיא הנאה יבין לזכות בעת מטעה עבורו, דמאי נפקא מינה בהחלט דעמו, ע"כ מסתבר יותר לומר בדעת הרמ"ט, שלמה"ס ומטעם ניחא ליה כו' אין זה חלטי גמור בדעת האדם רק גיטת כן לעשות ומטעם בההיא וכו', מחליטין לדעמו שיהיה להלווק, אבל כל שהחלט בדעתו [ובן אומר המוכר] שקנה שיהיה להלווק ממנו בהחלט צמדינן שקונה עבורו ושלמותו הוא כנ"ל, ומלשון הרמב"ן ז"ל המוכר בטעה ומוכר'ט ש שופר'ט מה דמטיי' הגמ' תחא במאמינו כו' גמר ומקנה, כלומר שדקנה ללרכו של לוקה והיינו לעצמא דניחא ליה דלוקו בהימנותיה עכ"ל הרמב"ן המוכר בשמ"ק שם, ויראה ג"כ שכובר שכל שדעמו מוחלטת להקנות להלווק ממנו שצמדינן שקונה עבורו לענין חמדי'ט אונס חמדי'טו הריב"ב למו"ט צ"מ ראויה שמתחלה כתב שמוטע שליחות הוא שצמדינן בקונה עבור הלווק, אך אח"כ כתב שלשון הגמ' אין מושמ'טן ומוכר'ט שבההיא הנאה קמקשה ליה וכו' שמליטו בקנין שליטין יעו"ט וא"כ נוטה דעמו בדעת הר"ן המוכר בשמ"ק שם שבההיא שליט. — ויולא מכל זה שדין זה היכא שהמוכר אומר שבעת שלקח היה דעמו שיהיה להלווק ממנו בהתמא דמלחא, אפ"ה אמרינן שדעמו היה שקנייתו מן המוכר לו יהיה עבור הלווק, או אמרינן שדעמו הוא להקנות אח"כ להלווק ובהקנה שאין שם סברת בההיא הנאה, במחלוקת הראשונים היא תלויה שלדעת הר"ב"ט והרמב"ן והרמ"ט שלמותו הוא תשוב, ולהר"ן והריב"ב"ט אין זה סוג שליחות דק הוא קונה ומקנה להלווק ממנו :

פתחו לו, וכבר הביא הנתיבות שם בביתוריס (ס"ק ו') לדברי הרשב"א והשמ"ח הג"ל אלא שנדחק הנתיבות שם על טעמא דהאי דינא של הראשונים הג"ל שלא נתחייב בפתח האונס, וע"כ רעה לפרש דמייירי היכא שהודיע להמשלח מהשינוי ונחמדה לקבל העסק ע"פ, אך קשה ודחוק להעמיד זה בדברי הרשב"א שהרי סתם להאי דינא שיהיה שיעור זה לשניו לדבר, ובשינוי דלבע גס אפ"ה חירט דלזכות קודם שקבל הלמך ע"פ לא נתחייב ג"כ באונס שהרי לא קנהה ושל בעלים הוא. — אמנם בעיקר הקנייה שהקנה הקלה"ח והנתיבות כיון שצברו על דברי המשלח, המטות נעשו הלוואה גבי, לענ"ד לא ידעתי מנין פשיטא לנו זה, דהא יש עליו דין גזילה ולא שמעולס לא נתחייב לקנות לעצמו לא ירד עליו דין גזילה ולא הלוואה רק פשיטא בשמירה הוא, וגוף הדבר של הבעלים הוא שיש עשה שיהיה לרדק להיות אלוו חטים והוא עשה שנעשו שיעור, וע"ז ראוין לדון כדון כל פושט וכל אונס הבא שאלו היה קונה חטים לא היה חירט דבר זה יתחייב בזה מלד פשיטתו כדון כל חתמות בפשיטתו וסופו באונס היכא שהאונס בא ע"פ גרס פשיטתו, אבל אונס שהיה בא על החטים ג"כ צא אין לחייב בשל להמנה, ולדקו דברי המב"ט ע"פ הסברא. הן אמת שכל לרדקא ולומר כיון שהוא לזה לו לקנות חטים והוא שיהיה ולא קנה החטים נחבעל שלימותו, והרי הוא כלוקח משותף וקונה עבורם מה שלא לזכר, רק מלד דלמדינן לדעתו שזכות הוא לו לקנות הריחו שיהיה בהשעור, מ"מ הוא נחייב בהמטות שהוליון הגס שהמליפן על שיעור מ"מ הוא שינוי ופשיטתו שהוליון ממות לשעורים, וא"כ נבוא לחייבו בכל אונסין הבאים על השעורים שלא היו באים על הממות חילו לו הוליון על השעורים הגס שגם על החטים היה בא אונס זה. — מ"מ באמת נראה לענ"ד שבדרי המב"ט נכונים וכן הוא דעת הרשב"א ז"ל כנ"ל, והוא כיון שזאה ודאי שקניטין ליה רק לרין שומר כיון שהמליפן ללורך המשלה וזכה בתמורתן עבורו, ודואי אפ"ה על הממות גזלן שהוליון שלא ברשות לא הוה חלי המה'ט בפלוגתא דר"מ ור"י אפ"ה מוצבר על דעמו של בעה"ב נקרא גזלן גבי שינוי דלבע, שהרי שם הדבר צמדינן של הבעה"ב וכו' יהודה לא ירד עליהם דין גזלן כלל, משא"כ כאן על הממות נקרא גזלן שזאה שהוליון ללורך הבעלים כמו שבדבר צמדינן חשבונן לה, וא"כ לדיכוס אנו לדון על גוף הדבר שנמסר לידו, שיהיה עומד שיהיה מזה חטים והוא ע"פ השינוי עשה מזה שעורים ולרדק לדון על הפשיטתו מחטים לשעורים, וזה הנראה לענ"ד שפוט מלד הסברא בדברי הרשב"א ז"ל :

והנה הקלה"ח הביא ראויה לדעתו שנתחייב בכל האונסין מדברי הר"ן במושד'ט נתיב ל' ח"א ומדברי הגמ'וק"י, והנה דברי הר"ן צמחא לדיכוס באור כאשר אכתוב בסמוך בע"פ, והם מקודס אצויה ליישב מה שדקדק מדברי הגמ'וק"י שכתב בנותן משות באופן שלא ילוח אלא על כספיים, ואם שינה ומלוא ע"ד אחרים אפ"ה פתחו פתחו לו, ומסיים שם אפ"ה שכל האחריות עליו כו' ומלשון כל האחריות משמע אפי' אונסין יעו"ט עכ"ד הקלה"ח, ובאמת לענ"ד שכן חייב בכל האונסין גס להסברת רשב"א הג"ל שכל מה שדקדקנו בטעמו של דינו של הרשב"א הוא משני שכוון שהמליפן על הסמורה עבור בעליהן מקרי'ט עדיין צמדינן גוף הדבר של הבעלים, רק נידון מדין פשיטתו וכו' לא שייך רק בקונה לממרי, אבל במלוה על האשכנן כיון שגוף הממון שמלוה אין צמדינן שהרי ניטול להולאה ובמשכנן אין כאן קנין גמור רק שיעבור בעלמא שהרי אפ"ה נאנס המשכנן גובים מחוב מהלוי, ולכן לא אשר להולאה הוה שלא ברשות בעל הממות שהרי שינה מדעמו ואין כאן שליחות יש לדון שפיר קדין

מאת הנפקד שיחזירו לו וכוון שאין בידו אז להחזיר מחויב לו לשלם דמי, כיון שהגיע עת חזרת פקדונו ואין לו מה להחזיר לו חייב לשלם לו התמורה, וזה המשיענו רבינו יר"ו בשם הגאונים שלא לחזור שאין לו חיוב על גופו של הנפקד כל זמן שעדיין הפקדון ישנו בעולם, וע"כ בזה להשיענו שכל שאין בידו להחזיר בעת ומקום הנגלג לו להחזיר הפקדון מחויב אז לשלם התמורה, ואין הכי נמי קודם התביעה של הבעלים מנופו של חפץ אם חירע אונס שלא גרם השינוי שזה ודאי דהיה פסור, אך כשנתבע ב"ד להחזיר מההוא שעתה רק ליה בדרשותיה שהרי ב"ד מחייבין אותו בתשלומין עבור החסרה, ואפשר לומר שכל שדויע הוא שבעת שיבא בעל החפץ לדרוש הפקדון שלו במקום הגדרש לו לא יהיה באפשר לו להחזיר ויולתך לשלם דמים עבורו בזה גם אם נאנס החפץ מוקדם גם באונס שהיה בל גם אם לא שינה, מ"מ חייב, וזה דומה למה שאמרו בגמ' ב"מ (ל"ו ע"ב) ומודה רבא כל הוהא דנגבא גבא ומהה דכרסה צביה נגב שחייב ממש שנס אם לא מהה צביהא דנגב הוי קיימא, וה"ל דמונתה כיון שנס אם לא חירע האונס ח"א הוא שהפקדון יוחזר ליד בעליו, והיה נלמד לו לשלם דמיו ולכן חייב לשלם כמו שהיה בלא האונס, ולכן חייב דברי רבינו ירוש' כפשטייהו שכל שהולכה למקום אחר בצופן שדויע שאי אפשר שיחזר לבעליו לעת הנגלג לבעליו החסרה במקום הגדרש להם מאז הוא באחריותו שהרי נחייב בתשלומין עבור הפקדון שלקח ממנו :

ו) והמשנה למדך (ב"מ מה' ע"ח) הביא שיש מחלוקה בד"ן זה ורבים יש שסבירים שחייב השליח באונסין שלא כדעת המצ"ט, ויש מרבותא שסבירים כדעת המצ"ט, ובשם מרן הרב"י הביא ג"כ שסובר שלא כדעת המצ"ט, ובשם אחר דבקת רובל מלאתי התשובה של רבינו המחבר ב"י שגילה רמז המל"מ והוא שם (ב"ס קס"ג) ומתוך דברי הב"י בתשובתו הנ"ל הגם שהיה נוטה שהשליח שגילה חייב באונסין, עכ"ל ומדבריו מוכח שלדעת הרשב"א חייב המשלח באונסין והביא שם דברי הר"ן בתשובה (ס' ע"ג) שהביא התפדושים פתחו הרשב"א ח"ו כפתת דברייחא קמייחא שס' אליבא דר"מ אפילו פתח באונס חייב, ופתחו דקמי דברייחא דברייחא דחוקיינא כר"י דלא קנה לה כה"ל שינוי הוה ליה כשינוי דלעב שס' פתחו באונס לא פתחו לו [והוא דברי הרשב"א ממש], רק שבה"ן בתשובתו כתב שג"פ דברי התפדושים הנ"ל נסתר הראיה שהביאו בתום' בשם ר"י מסוגיא זו שמוחר לתן על מחית שבר על מנת שלא תלוה רק על כסף וזהב כו' ואם תשנה יהיה בדרשותך לחייב עליהם אם פתחו דאין זה רצית, משום דלא דמי זה להא דלתמר בגמ' בשליח שגילה, ששם פסור באונסין ואלו הכא חייב באונסין, וסוים הר"ן ח"א שהו"ל נקט דברייחא כפשטא דאם פתחו פתחו לו לגמרי מהאי טעמא דלקיטו שדרתיך ולא לעותי חייב לגמרי באחריות הקדן, ולפ"י יפה דן הר"י בתום, עכ"ל הר"ן הנובא דקמי' ב"י, ומתוך זה דן הרב"י שכל הפוסקים הראשונים שביאו להאי דינא של החוס' שמוחר הלוות למחית שבר ולהתנות תנאי כזה שגולם ופדושים שנס באונס פתחו לו לגמרי, ואעפ"כ הביא בעלמנו בסוף תשובה הנ"ל שהמב"ס יסבור ג"כ שאין חייב רק בפתיחא הכא בדרם השינוי, ודייק זה מלשון הרמב"ם (נב"י סימן פ"ה ה"ג) שכתב שם בזה דשותף שגילה ונאן ונאן בשחורה אחרת כו' חייב לשלם כל הפתח שבה מומח שגבר ע"כ, וח"כ לשיטת הרב"י דין זה במחלוקת הראשונים הוא, שלהרמב"ם והרשב"א ולהתפדושים שביא דר"ן פשוט דעתם שהשליח פסור באונסין, אונסם לדעת החוס' והר"ש וכו' וסיפתח חייב בכל האונסין. — ובאיתו ידענא בנפשא שיהי אמי לחיות דעת נגד דברי הר"ן ו"ל ונרן הרב"י, עכ"ל חומר שלענ"ד לאו היסוד שכתב הר"ן שלדעת החוס' שביאו

כדין המחבר ממון חברו
 שנתחייב בתשלומין. (ט' וז"ל)
 כיון שהלוא נחייב ברביית
 ודעתו להתחייב לבעל המעות,
 וכן דעת המקבל ג"כ שהוא
 המלווה לאחרים ג"כ עבורו
 ע"כ אם הוחזרו הוחזרו לו
 רק אם יארע אונס מתחייב
 המקבל לשלם להנותן, ולכך
 זה ג"כ דברי הגמון"י מייירי
 מהסתמא לאו באונס שחרי
 הגה"ה
 (* ושינוי דברי הנ"ל בשבוע
 ס"ה ע"ג) שיהא דבריו כהפוך
 אחר' שם מצור להוא שם לדעת
 הסבורים בזה דאם פתחו דוקא
 פתח שלא באונס ודעית הרשב"א
 ודעיה, מ"מ בזה דהמלווה על
 מחית סבר ונתנה דוקא על כספים
 וכו' בזה אף הוה על דברים אחרים
 לגמרי בדרשותיה קאי גם לעין אונסין
 כמובאר בדבריו ונעשית שם
 והוא כמש"כ :

באונס היה החיוב מוטל על הלוי, ואפשר שבגדא ח"א לאו שאין לו שלא משלם, מ"מ הדבר נכון כמש"כ, אונס מה שהביא מדברי רבינו ירושם שכתב במוסרים נחייב ל' ח"א בשם הגאונים המפקד ח"ל חברו שחזרתו להולכה למקום פלוני והולכה למקום אחר חייב ובחירתו החסרה ונעשית מלוה וכו' ומכריחים אותו לפרוע לו, ומדכרתו נעשית מלוה ח"כ ודאי חייב בכל האונסין וכו' ע"כ דברי הקלה"ח, וכפלתו מאד על הקלה"ח ה"ל לפי סברתו ג"כ שסובר שהמסנה ומוליא מעות על דבר אחר שלא ליהו המשלח נעשית מלוה ונתחייב באונסין ג"כ, מ"מ ה"ל הוכח כמוליא המעות חייב בזה דר"י' שמשנה בגוף החסרה של הבעלים למה יתחייב על החסרה של הבעלים באונסין, ובי בשביל ששינה ופסע בהם נעשית שלו ה"ל מנינו ב"מ (ק"מ ע"ב) ביחוד שהיה שבעלים מקום ויולתה דוקא ללרובי חייב ומסוס שהיה שאל שלח מדעת שבעתה גזון להתחייב באונסין, אבל לולא זה היה פסור על האונסין וכן מוצא ב"מ (ע"ה ע"ה) ושם ע"כ גבי הא דהסובר להולכה בזה והולכה בבקעה וכו' שאינו חייב רק הוה שבגמרו של השינוי חירע האונס המוצא שם ובתום' :

ובכרי לטב שיטת הקלה"ח אך שהו מפדס דברי הר"י ובגדא רבה אחר מנהל לריכין אנו למשנוי נפסין לבאר שיטתי, וגדאה לענ"ד לומר שהקלה"ח מפרש לדברי הר"י דאחר חייב באונסין כו' ונעשית מלוה מייירי שהפקדון ח"ל להולכה למקום פלוני למוכרה שם, והוא הולכה למקום אחר למוכרה שם, ועפ"י פדס דברי הקלה"ח שהרי כל עיקר צדדת החילוק הוא נאמר כסבדה המצ"ט שהו צדדשות בעליו גם שגילה, אף מפני שסובר הגם שגילה מוכר בשליח והוליא המעות למה שלא נסתח מ"מ כיון שלדורך המשלח עשה זאת לא נכנסו המעות בדרשות השליח שגילה רק בדרשות בעלים הוא, אונסם הקלה"ח סובר הגם שלדורך המשלח קנה במעותיו של הנושח, מ"מ כיון שלא שיחיתו עשה זאת, היושח בדרשות השליח קאי משהוליא משהוליא על המשלח ח"א בצלחותו, ומעתה עפ"י יתבאר ג"כ דברי מהר"י כיון שהפקדון ליה למוכרין במקום פלוני, והנפקד הולכה למוכרה במקום אחר הגם שהיה כוונתו שמוכרה במקום אחר למוכר המשלח ומוליא מרשות בעלים שלא בשליחות הבעלים הגם שהו עשה זאת ללורך הבעלים, מ"מ נקרא ונעשה גזון על הדבר שמווליא מרשות בעלים ולכן כמובן את הפדן למוקם אחר בכרי לעשות הדבר שנתנה לעשות עשה יזהו לו דין גזון ע"כ, ומוליא בית מושבה נחשב כמוקם לגוול ונתחייב באונסין וברשותו עומד, וזו הגדאה לענ"ד כוונת הקלה"ח בדברי הר"י. — מ"מ באמת נראה לענ"ד שדחוק הוא לפרש בדברי מהר"י כן שהרי חסום להולא סובר כלל שמיורי שכוונת הנפקד להולכה למקום אחר למוכרה שם, וע"כ נראה לומר בציונת הר"י שהמפקד הפקדו למקום פלוני ששם נלכרת המפקד והנפקד הולכה למקום אחר חייב באחריות החסרה, כוונתו של האחריות נעשה ע"כ השינוי שארע שם, ומש"כ ונעשית מלוה כוונתו כל על שם המפקד בליתו מוקם שולך לו החסרה מוכתב

הראיה למלוא המחלית שבר על 'תנאי' כו' ומזכרת לומר שפחתו פחתו לו דקתני לגמרי הוא אלוני ב'חונסין', לדעתו הפניה אין זה הכרח, דשפיר יש לומר שגם הוסי' שבדי להאי דינא שהאונס שלא בא מזד השיגו פטור השליח, ואפ"ה מיימו ראי' כיון דמוטר לקח ריוח, הגם שהפסד וולא לא יקבל שדרי אין דרך שיהיה הולא לכל המינים בבור, ובענין קרוב לשכר ורחוק להפסד דאסור העיקר בדר וולא אולינן וכדאיתא בגמ' (ס"ד ע"ג) גבי הולך ד' ארבעותא דחמורא, וא"כ הכא דזולא יהיה על אחריות השליח שגינה ואפ"ה שרי להמשלה לקח הריוח, וה"ל נלמדו מזה שמוטר להלוות ולהתנות שאם ישנה יהיה ההפסד על השליח אפי' הפסד חונסין, שאין לו מילוק בזה אם הקרוב לשכר יותר זה מזה, כיון שבין זה ובין זה שרינן קרוב לשכר ורחוק מהפסד, מפני שאם לא שיהיה קרוב לזה ולזה. — וא"כ כיון שלדעת הרמב"ם והרשב"א והמפרשים המובא ברין (והנה"ח) משמע שנוטה ג"כ לזה) סבורים בפשיטות שהשליח שגינה פטור הוא מחונסין, ודעת ה'הוסי' והרא"ם והייעתם לא כדירא בהלשט שחולקים ע"ז, ודאי שדרינא רחוי למקטע כוונתייהו של הראשונים אשר דעתם ברור לנו, כל זה היה כראיה לפנינו, לולא דעת מרן הרב"י, ואף גם לדעת מרן הרב"י מ"מ ודאי דהוה ספיחא דדינא ותין לחייב השליח המזומן בחונסין :

ז) ואחרי שבארנו כל ה"ל נבוא בענין ג"ד, והנה אם נאמר שבהמור דבר שאין ברשותו ומקבל ע"ז משום עבור המקח הלז המקח עדיין לא נגמר, שהמשום שביד המוכר ברשותו הוא וכדין מלוה, ואם נאכסו המשום ביד המוכר ברשותו הוא, ודאי גם אם קנה הח"כ ונתכון בקנייתו שיהיה להלוקח וכמ"ש לעיל או אם יארע אוינס בקנייתו ודאי שברשות המוכר נאכס, הגם שהלוקח קנה את הסחורה וכמו שכתבנו לעיל מ"מ על חונסין אין נתייב, ודוגמא בזה מצינו בהא דניטין (י"ד ע"ה) הילך מנה לפלוני שאני חייב לו שקייל' הילך כזבי ואפ"ה חייב שהחרייתו כיון שלא נעשה בשליחיתו של המלוה לו הנפקד, וה"ל ב"ד גם שזכה בהסחורה, מ"מ לא נפטר המוכר מן האחריות שהיה לו מקודם על המשום :

אמנם אם נאמר שהמקבל המשום על קנין שלא נגמר עדיין יש לו על המשום רק דין שומר וכפקדון ברשותו הוא, בזה יהיה תלוי הדין בדיני של המבי"ש שכתבנו, והוא כיון שעל המשום לא היה רק שומר והמשום החליף על הסחורה הניקנית עבור בעל המשום, וכבר בארנו שהמשום שנתקף על דבר אחר עבור בעל המשום גם שהיה שלא בשליחיתו, מ"מ נחשב שאותן המשיב בעולם המזה ברשות הבעלים, ומדין פשיטת ג"כ אין לדון בזה שהרי לא שבע בזה בזה שהתקף עבורו המשום על הסחורה, אחרי שניחא ליה שהיה לו הסחורה הלזו גם שאין לו דין שליח בזה, ויש לדמות זה למה שאמרנו בגמ' ז"ק (ק"ג) ח"ב"א דר' מאיר דס"ל שניי קונה ואפ"ה ששמענה לסחורה שאין זה נחשב למיני גמור דדיעינן דניחא ליה גם שאין חזן שליחות, וכתב הרשב"א ז"ל דאם פחתו בחונס לא פחתו להשליח, וכמו שכתב דרין ח"ב"א דר' דר' שניי ב"מ (ק"ג) ח"ב"א דר' מאיר דס"ל שניי המשום האלו לקנות עבורו הדגן, מ"מ מה שקנה עבורו כיון שידענו דניחא ליה לקנות דגן, ע"כ אין נחשב מה שהחליפו משימו על הדגן עבורו לשינוי וע"כ לא נתייבוי בחונסין. אמנם לדעת החולקים על המבי"ש יש לדון בענין ג"ד כיון שכל שגינה שלא בשליחות בעל המשום ברשות השליח קאי, ורק לענין השבח כיון שנקנה עבור הבעלים קנו את השבח, אבל בניין הקנין כיון שלא נעשה שליח מציילא מחייב בחונסין, ולהפוסקם ה"ל גם בסחורה ח"ב"א דר"מ שאין נחשב זה לשינוי גמור מ"מ בחונסין ג"כ מחייב שהרי גם מפרשים הפחתו דקפני בבדייתא בתרייתא פחתו דבדייתא קמייתא שמתפרש

הפחתו פחתו לו אפי' בחונס, וא"כ ה"ל ב"ד יש להשליח להתחייב בחונסין גם שלא באו עולם המשום ברשותו, וזה הנראה לע"ד לדון בזה שאם המוכר היה על המשום כדון שומר ולא דין קודם שקנה את הסחורה מציילא ח"ב"א כשקנה עבור הקונה ממנו יהיה זה במחלוקת ה"ל, ולפי מה שהראינו פנים לדעת המבי"ש, ולכל הפחות הוא מחלוקת הראשונים, אין לחייב להשליח בחונסין מספיחא דפשיטתא כג"ל. אך בעיקר אין זה הבעל המוכר משום על אסור דבר שאין ברשותו אם יש להמוכר על המשום דין לזה או שומר הוא מלפא דתלי ברבותא וכבר הארכתי בע"ה במקום אחר, וכאן אכתוב בקצרה הנוגע לנדון זה, וישוין בקצ"ח (ס"ו ס"ו ס"ח) בזה שמחלק שבמקום שהדבר לר"ך גמר ולא נגמר בו קנינו המועיל לו וגם המוכר לא אוינס להלוקח בזה אסור להשתמש במשום ויש לו בזה דין שומר וכו' יע"ש, ולפ"ז ב"ד שהקונה יודע שערין לא בא לרשותו מה שמכרו לו והקנין יהיה כשיצא לשיקום והמוכר ימסרו לו ודאי שכל המשום יש להמוכר דין שומר ואסור להם להשתמש בהמשום, וזה על קניית התבואה עבורו כי לזה ניתן, וגם אם המוכר ידע שישגי התבואה או אם קנה עבורו בל"מ ודאי דאסור להשתמש בהמשום כל זמן שלא נגמר הקניה, וישוין בהנתיבות שם (ס"ה ה) שחולק על דברי הק"ה"ה וקשה עליו מהא דאיתא בבבב"ה שגם במכר מה שירש מציילא מ"מ הוה המשום הלוואה וחילק שם בחילוקים אחרים לחלק מה דאמרינן ח"ב"א דר"ש לחוש דהוה רק שומר שבר, ואלו הכא אמרינן דהוה הלוואה יע"ש בנתיבות, ולפי שברתו יש לומר בג"ד שהמשום הוה הלוואה, מפני שסומך על אמונתם שבדאי יווסרו לו גם שהקנין עדיין לא נגמר, ובאמת חילוקו אין מהסבר כל כך דעד אזיה מקום יגיע כח של סומך על אמונתו, שבענין זה דר"ש לקח בנותן משום ל"על הפלגא מלוה אמרינן שלא סומך על אמונתו ולא סמכה דעתו, ולכך אסור לו להשתמש במשום והכא מותר לו להשתמש במשום ואזיה גבול הניטין ע"ז :

ועוד נראה שבעובדא דג"ד אין להמוכר על המשום רק דין שומר גם לפי שיטתו של הנתיבות ודעימיה הסבורים שכל המקבל על המקח משום גם שלא נגמר, יש לו על המשום דין לזה, מ"מ הכא ב"ד שאני וכמו שכתבנו, והוא דהא ודאי מלפא דמסתברא בפשיטות שב"ד שיקנה דיע שהדבר אין ברשותו רק שיקנו עבורו במשומיו כדרי למסור לו, וכל כי האי גוונא אם ירצה המוכר להוויא את המשום על דרכיו שלא על גורף קניית הדבר הנלמד לבעל המשום שדאי אין רשאי לעשות כן, וזה דומה למה שאמרנו בגמ' ז"מ (ק"ד ע"ג) גבי עיסקא שגם על הפלגא מלוה אמרינן להדי אביי לך לעסוקי ביה ולא למשטא ביה שוכרא, וה"ל ב"ד ודאי מלפא דמסתברא שיאמר עותן המשום להמוכר לו להדי אביי לך משום לקנות את הסחורה הגדרשת לי ולא לגורף אחר, וכיון שכן הרי המשום לא נאסר רק אם היה לו לקנות עבור בעל המשום או קנה בחלו המשום עבורו, ולכן נראה לע"ד שבענין זה שנותן המשום יודע שאין לו הסורה אחרת לתן לו רק מה שיקנה עבורו ומשומיו, ע"כ גם אם נאמר שהמוכר דבר שלא נגמר המשום יש לו דין על המשום שמקבל, מ"מ בזה לא זמן שלא נתברר הדבר שיקנה עבורו הסחורה הגדרשת לו ויכול להיות שלא יודעו לו לקנות ויניטך להחזיר המשום לנותן המשום, אין לו דין לזה רק דין שומר, ודוגמא בזה מצינו בלוקח על מנת ללקחו וכן בספסירא שכל שלא נתברר קנייתו אין לו רק דין שומר ולא דין לוקח, רק בזבינא מרופא דהוה הגאה לוקח לבד יש לו דין שואל וזבינא מניעא יש לו דין שומר שבר, וה"ל ב"ד כל זמן שלא קנו את התבואה עבור הנותן להם המשום אין להם רק דין שומר שבר שהרי הנאת שתייהם הוא משום אחר להסחורה ונותן להם משום בנתיבות שישנו עבורו הסחורה הנלמד לו, ולכך מקדים להם המשום.

ישוין

ויעניו נדרים (ל"א ע"א וע"ב) ובר"ן שם שכתב דהא דהלוקח ע"מ לבקרו אוקימנא בהמוכר את הספינה בדקילו דמיה וכו' עד והוה ליה כשאל ומשום שכל הגאה שלו חייב באונסין, הרי שכל שלא נתברר קנייתו הגם שבירו לקחה וע"ו לקחה, מ"מ אין לו דין לוקח בזה רק מדין שאל אחינן עליה, וא"כ ממילא בנ"ד לא קנה את המעות בהתלם כדין לזה רק דין שומר שכן להמוכרים עליהם משום דהגהת שניהם הוא, ויעיין בב"מ (פ"א ע"א ונכ"ט) (ס) ועיין בשמ"ק שם מה שדקדק על דברי רש"י והביא החולקים ע"ו, ועיין ב"ב (פ"ה ע"א ונכ"ט) שם, ובהוס' שם פ"ו ע"ב ד"ה הלוקח ודו"ק, וכיון שאין להאקבלים המעות רק דין שומר כל זמן שלא קנו את הסחורה ממילא אחרי שקנו הסחורה לשם בעל המעות ונעשה שלו כמו שבארנו א"כ נאמר שלשיות ה"ל משולם לא ירדו השלוחים בקבלי המעות מוכרי הסחורה בדיון חיוב אונסין על המעות וכוונתו ש"ל. הולא מכל האזור שאין להאקבלים השלוחים המוכרים את התבואה באונסין שאירע אחרי שקנו עזרו, וגם אם מוכרים המ"מ אחרי שבארתי בע"ה שדעת הרב פוסקים שנקראים שלוחים הם כיוונו בקנייתם עזרו הרבה המעות הלוקח מהם, וגם בארתי שדעת כמה מהרובות קמחי שהולכים בשטת המוכ"ט, ע"כ א"כ חייב להמוכרים המחזיקים באונסין וגוסף לזה שלא נתברר בנ"ד אם המה מוכרים או שלוחים וכמוס"כ לעיל, לכן נראה לענ"ד שהאונסין על בעל המעות אחרי שישבעו שקנו עזרו, ושלו נאגס כן נראה לענ"ד ודו"ק:

סימן ב

נשאלתי ע"ד אחד שבספר מעות ביד שלוש ויסר ביד שליש הנ"ל שפור צוואה לזקנה לקרן קיימת תמיד מעכשיו אם לא אחזור בו עד לאחר מותי, ואח"כ הלך לדרבו ולא גורע סכנו רק נשבע עליו שמה, והשמועה עליו שמת היה באופן שלא היה ברור גמור אשר יהיה סיעול לירד עפ"ו לנהלה, ובאת אשתו לתבוע מוגנות פן השליש מהבטות הנ"ל האם יבולה לקרן פן הטעות הנ"ל לבטונותיה ע"פ שורת הדין:

נקודים נחקור בזה מה היה אם היה ברור גמור שמת, האם יכולה אשתו לתבוע מוגנות המעות לאלמנה מן המעות הנ"ל, ולבאורה הדעת נוטה כיון שברר מת ולא חזר בו מן מתנתו קודם מיתתו, וא"כ שנתקיים תנאו שלא חזר בו הרי חלה המתנה למפרע מן שעת הקנין, וכיון שהיתה מתנת בריא מקודם וזה קיי"ל לרובא בחין האשה גובה מן מעללי דמתנת בריא, ואפי' כתיבה אינה גובה זון מעללין הנ"ל, וכמבואר באה"ע (פ"י ג"ז סעי' כ') והא' מתנה נתי בנ"ד שבין שנת ובתברר שלא חזר בו, הדרג ממילא לדין מתנת בריא גמורה שחלה מחיים:

א) אמנם מנה שיש להסתפק בזה והוא דמתנת שב"מ קיי"ל שאשה גובה כרובתה ומוגנות מהם וכמבואר באה"ע (פ"י ג"ז ותי"מ פ"י ג"כ) והיא מתנה בריא שנתנה מעכשיו אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה עליה נאמר בגמ' ב"ב (ק"ה ע"ב) איהו מתנת בריא והוא דמתנת שב"מ ובפ"י ר"ח שם בתוס', וא"כ לבאורה יש לומר שדינה מוגס כמתנת שב"מ לכל הדינים של מתנת שב"מ וממילא גם בע"מ יגבו ממנה:

אך כאשר נעייין במקור דין זה שגובין חובות מליה ע"פ וכדומה ממתנת שב"מ מנה יראה להיפק לענין מתנה אל"ה, והוא דהא בב"ב (ק"ה ע"א) בעי הגמ' למימר לפי הס"ד שגם מן מתנת שב"מ אין אלמנה נזונית, רק דרמי הגמ' מדאורייתא

בק"ו השתא ירושה דאורייתא אלמנתו נזונית מנכסיו מתנת שב"מ דרבנן מיבישא, וכיון שכל היסוד שגובין חובות ע"פ ממתנת שב"מ הוא מנה שמתנת שב"מ דרבנן, א"כ במתנת בריא מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דזה הוא מתנה גמורה מדיון תורה דהא המתנה חלה כל שלא חזר בו ממתנתו קודם מיתתו, מאין נאמר שיהיה חוב ע"פ גובה הימנה כמו מיוורש, ובי תימא דהאי מתנה נתי כיון שיש בירו לחזור כל שעה אין נחשב זה מתנה מן הדיון של תורה דאורייתא קא גמרה של לאחר מיתתו ואז אין מתנה לאחר מיתה, וכל כח מתנה זו כעין מתנת שב"מ, ז"ל, דהא מלינו גם בקידושין (ל"ט ע"ב) במהיום ולאחר ל' יום לדעת רב דמספקין בתנאה ופירש"י מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר ל' יום, ומשבין זה לקידושי תורה מעת שנתקדשה ומפקעת קידושי שני שנתקדשה אח"כ קודם ל' יום אי הוה בריא לן מתנה הוה. הן א"כ שם שפרמב"ן הובא דבריו בחדושי הרשב"א לקידושין שם כתב לחלוק על פירש"י הנ"ל וזה לטוב שם לא מלינו מעכשיו שיהיה יכול לחזור בו, עכ"ל, וא"כ לבאורה נוטה דעתו שכל זמן שאומר שיהיה בירו לחזור, לא תשבין לזה שום חלות מעכשיו דאין שייך לומר שירדש או נתן וכדומה אחרי שבירו לחזור, ואין דומה לשאר מנאים הגם שהמה תלוים ביד הנותן או המגרש משום שאינו בנזק עירק המעשה, ז"ל, חדא שגם אם נאמר שדעת הרמב"ן כן הוא הא הרשב"א חולק על שיטת הרמב"ן ומסכים לפירש"י, ועוד דבר דייקאן שפיר בלשון הרמב"ן והמבוארם דבריו אין כוונת דבריו שלא יועיל מעכשיו אם לא אחזור בו שימולו הקידושין למפרע כשלא חזר בו, רק כוונת הרמב"ן שכתב „שלא מלינו מקדם מעכשיו שיהיה בירו לחזור“ פירושו שאין משמעות לשנוי כך, והריה לזה שהר"ן העתיק ג"כ דברי הרמב"ן וכתב בזה"ל שאין משמעות תנאו חזרה כלל, וא"כ לדינא כולם מודים לדעת רש"י שחשוב קידושין גמורים מעכשיו מד"מ הגם שבירו לחזור, וכן נראה להב"ה ראה מהא דאיתא בקידושין (ל"ט ע"ב) גבי קידושין יעוד לרבנן דאחרי מעות הראשונות לקידושין ניתנו, דדומה זה הגמ' שם דבריייתא שחשב זה כמעכשיו ולאחר ל' יום שאם בא אחר וקדשה שמתקדשת לראשון, והתם גבי יעוד הרי ביד המקדם הוא הארון לחזור עד שמיפרע שבירו תלוי ליעדה או שלא ליעדה ואפי"ה תלין למפרע, הרי שגם מה שיתנו בנ"ד המקדם ובידו לחזור, מ"מ הוה קידושין למפרע, וא"כ לענין ממון נתי כל שבין מהיום אם לא אחזור בו וכ' הוה קנין גמור למפרע ולא מלד התקנה, ועוד מוכח שזה נחשב מתנה גמורה מה"מ כשלא חזר בו, דהא כל לענין של מתנת שב"מ שעשו חו"ל תקנה בזה שתיבה קיימת הוא כדי שלא תערך דעתו עליו, משמע שלולא האו טעמא אין כאן מקום לתקנת חכמים, וא"כ דבריא שאין כאן טעם זה למת יהיה בזה תקנה מדרבנן, וא"כ דעת תורה נוטה שהיא מתנה של מהיום אם לא חזר בו עד לאחר מיתה ולא חזר בו, הוה ליה מתנה גמורה למפרע מחיים ע"פ דין תורה, אובראת שיש לומר כתי שפ"י ל"כ ז' מתנה זו שנימא השתא ירושה דאורייתא כו' כמו דאית הגמ' על מתנת שב"מ, מ"מ דרמי זה לירושא דאורייתא שכמו מירושא דאורייתא בע"מ גובה, ה"ה מהאי מתנה שגמרה לאחר מיתה שאז נגמר זמן החזרה גובה בע"מ מתנה הוה:

כ"ז פשטן של דברים אין נוטה לומר כך דהא באמת סברת רב אחא בר אבהו הוה שגם מתנת שב"מ עדיפא מירושא לענין שלא תגבה מזה האלמנה מוגנותיה, הגם שידע זה רב אחא שמתנת שב"מ מדרבנן וירושא דאורייתא, רק עעמיה הוה משום דשם מתנה עדיפא לענין שלא יוגבה מוגנה בע"מ משום דמי' רשות אחרים הוה על זה, וע"ז הקשה רבא דנז"מ הוה ק"ו דתי שיש מעלה למתנת שב"מ שהיא מלחא דמתנה, מ"מ הא הוה דרבנן ולא יגרע מוגנה ירושה שהיא מדאורייתא

מדאורייתא, נמצא שבזנות רבא בקושימו על רב אחא בר
 הבהה שגירעון ממנה שכ"מ שהיא מדרבנן לגבי ירושה דאורייתא
 הוא יותר ממעלתה שיש עליה שם מתנה, וא"כ ממילא לענין
 מתנה שרשעויה אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה שהיא מתנה
 מה"מ, גם רבא יורה לסברתו כי רב אחא שהיא ערופה מירוסה
 מפני שיש עליה שם מתנה וגם היא מה"מ וממילא לא תגבה
 ממנה האלמנה את מזונותיה. — ואף שהסו' בכתובות
 (פ"ט ע"ב ד"ה הוה) כתבו לענין מתנה אם התשה ניוזת ממקבל
 מתנה שרשעויה לומר רבא דאמרין בב"ב (קל"ג ה"ג) מתנה
 שכ"מ דרבנן לא כש"כ שנגזר מקבל מתנה שהוא מדאורייתא
 נהי דכש"כ לא הוה ה"ה מיהו הוה דלא אליה כח מתנה זכח
 יורשים, וא"כ גם לפי מהסקנת דבריהם שאין בע"ה על פה
 גובה ממנה, לאחר דהני מילי במתנה חלוטת בחיי הגותן,
 אבל מתנה חלילה נחמר ג"כ שם אין כ"כ ק"ו מירוסה מ"מ
 ה"ה מיהו הוה ויהיה כמו ירושה שבע"ה גובה מזה גם מלוה
 פ"ט שגובה מן היורשים, מ"מ לאמתה הדבר נראה שנקיטין
 הגמ' כששטא שרק משום דמתנה שכ"מ דרבנן הוא, לאמרין
 בק"ו מירוסה, אבל במקום שהוא מדאורייתא אין לנו מקום
 להוליא מחוקת המקבל מתנה, אמרי שלא נמצא בגמ' בפירוש,
 וכן מסגינן דברי הוס' לפי סבובים מתחלה העטם שמקבל
 מתנה אין גובה מפני שהוא מדאורייתא, ממילא יהיה דין זה
 גם במתנה של לא אחזור כיון שהוא מדאורייתא אין חוב ע"פ
 גובה הימנה, ממילא גם לפי המסקנא של הוס' שהיבואו
 ממקום אחד רחוק שבע"ה ע"פ אין גובה ממקבל מתנה, אף
 שאין משם רחוק לענין מתנה חל"ה, מ"מ מסתברא שהכל דין
 אחד אמרי שכלתאין אין גובה ממקבל מתנה ה"ה שאין גובה
 ממתנה אם לא אחזור, וריגונן דברי הוס' "אם נוטה שלפי
 התמת נקיטין הגמרא כששטא שכל שהוא מדאורייתא אין בע"ה
 ע"פ גובה מזה :

עוד נראה לענ"ד להוכיח מדברי הרי"ף ז"ל שכתב בפ'
 יב ותולין העטם שבזונה האלמנה מזונותיה ממתנת
 שכ"מ, משום דמתנה שכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה
 כדבא דפליג לאבאי דאמר עס גמר מיתה, ומשום דמזונות
 האלמנה ומתנת שכ"מ תרווייהו תקנתא דרבנן נינהו ובהדי
 הדרי קארו לאחר גמר מיתה הלכך לא דייחא חלה מנייהו
 לחברתה ותרווייהו קנו, עכ"ל הרי"ף. והנה דברי הרי"ף לריך
 ביאור מאי הוה גרע לו אם היה הדין כלכ"י דאמר מתנת
 שכ"מ קונה עס גמר מיתה, הא שיעבוד האלמנה למזונותיה
 חל משע שגבה שהיא ומתלה כחוביה ואי משום שלא בא זמן
 הגביה הם לא לחמ"מ לא בא עדיין זמן הגביה הלא היא גובה
 ממתנת שכ"מ מזונות כל ימי חייה, והיא אינה יכולה לגבות
 לקח המזונות רק לפי מה שהיא גרביה עכשיו כדאיתא בכתובות
 (י"ז ע"א) ולוקח משכנס התם לשלשים יום, ומדירתה הוא
 רק לשעה חדשה. ונראה לענ"ד שדברי הרי"ף נכונים על עומק
 הסברא דודאי מחיים אין חל שיעבוד מלוה ע"פ על הנכסים
 יהיה מחייה עטם שיהיה, אם מעטם שיעבוד לאו דאורייתא
 או מעטם שחול' עקרו השיעבוד מהנכסים שבמלוה ע"פ רק
 השיעבוד אקרקפתא דנדרת הוא בע"ה המתחייב בהדר,
 שאין אנו יכולים לומר שהנכסים נשתעבדו שהרי הוא יכול
 שיהך לומר ששפקינן שיעבוד החוב המוגיע להאשה דהא
 החיוב על צעלה מונח והוא יכול להשיג עוד נכסים אחרים
 לפצוע מהם החיוב המוטל עליו, ולכן אם היה מתנת שכ"מ
 קונה עס גמר מיתה שהוא כדנע אחרונה מן ימי חייו אז לא
 היה נחשב עיקרת התקנה מזונות שיעדין הוא מונח אקרקפתא
 דנגדרת ולא על הנכסים, משא"כ אם אינה קונה רק לאחר
 מיתה אז הוא עקירה לגבי תקנת מזונות שאז אין חיוב רק
 על הנכסים, ואז הוה שפיר הפקעה במתנת שכ"מ מעיקר
 השיעבוד של תקנת מזונות שהרי אין מקום אחר שיהיה עליו
 חיוב מזונות האלמנה כ"א על הנכסים, וזה הנראה לענ"ד
 לשיי.

בביאור עומק כוונת סברת הרי"ף ז"ל. — ועתה נשוב
 להוכיח לדינא במתנה של מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר
 מיתה האם תגבה האשה מזונותיה לפי סיגונן לשון הרי"ף
 ז"ל, שכל העטם שהיא גובה ממתנת שכ"מ הוא מפני שאינה
 קונה רק לאחר גמר מיתה ותרווייהו הוה דרבנן, עכ"ל אין
 דוחה את תקנת מזונות, וא"כ בגידול של מהיום אם לא
 אחזור דהוה מתנה מה"מ וכמ"כ נראה ודאי דחיי את תקנת
 מזונות שהוא מדרבנן, ובכל זה נראה ג"כ לומר שאין גובה,
 דהא ודאי במהיום אם לא אחזור בי כו' נראה דהקנין הוה עס
 גמר מיתה ולא לאחר מיתה, שסברת ענין עס גמר מיתה
 כבר ביארנו פירושה שהוא רגע אחרונה שאז נתברר שאינה
 בחזרה שלא חזר מהמתנה, דהא זה פשוטא עס לאבאי יכול
 לחזור במתנת שכ"מ כל ימי חייו, וא"כ במהיום אם לא
 אחזור אז כדנע אחרונה נתבררה מתנה שלא חזר במתני
 וממילא חלה המתנה למפע, הרי לנו הוכחה מדברי הרי"ף
 שהאשה אין גובה מזונותיה באלמנותה ממתנת בריא שנתן
 לה מהיום אם לא אחזור בי ומת כאשר נכתבא. — ובאמת
 מה שהרי"ף הוסיף עטם שלא הושר בגמ' דהא בגמ' איתא
 העטם משום דגרמין ק"ו מירוסה דאורייתא למתנת שכ"מ
 דרבנן, ולמה הולך הרי"ף להוסיף עטם משום דחינו קונה
 רק לאחר מיתה וע"כ דייחא תקנתא דרבנן של מזון האשה
 והבנות שהקנתה דמתנת שכ"מ, ובאמת ל"מ מיהו לדינא לענין
 נידון דין שהוה מדאורייתא רק שכלה לאחר מיתה שאז ח"ה
 לחזור בו [לכד מה שכתבנו לחלק דהתם במתנה ח"ל אחזור
 שהוא נחשב עס גמר מיתה] ולאמר דילפינן זה ביה"ה מירוסה
 דאורייתא וכמ"כ הוס' בכתובות. — ואיך שיהיה למה הולך
 להוסיף ולא כתב בפירוט כמה דאיתא בגמ'. ונראה לענ"ד
 לומר שבאמת יש לקדקד בלשון הגמ' דקאמר רבא לרב אחא
 ב"א השתא ירושה דאורייתא אמרת אלמנתו ניוזנת מנכסיו
 מתנת שכ"מ דרבנן מייבעיא, ומלשון "אמרת" משמע שכל
 קושיית רבא לרב אחא היא מדבריו שלא עמלו שאמר אם רחוי
 ליוזרו אלמנתי ניוזנת מנכסיו, ולולא זה לא הוה קשיא ליה
 על מה שאמר שמתנת שכ"מ אין אלמנתו ניוזנת מנכסיו
 וכי היינו אומרים שגם מירוסה דאורייתא אין אלמנתו ניוזנת
 מהנכסים, הלא משניות ע"מות שהאלמנה והבנות ניוזנות
 מירוסה ולא משכנת דין מזון האשה והבנות אלא מירוסה,
 והכי הו"ל לרבא לומר השתא ירושה דאורייתא אלמנתי
 ניוזנת מהנכסים. ע"כ נראה לענ"ד לומר דודאי לולא דברי
 רב אחא דאמר אם רחוי ליוזרו אלמנתי ניוזנת מנכסיו לא
 הוה קשיא לן אם אי היינו אומרים דאין אלמנתו ניוזנת ממתנת
 שכ"מ מדוע ניוזנת מירוסה, שהיינו יכולים לומר דשאני מתנת
 שכ"מ משום שהצעל הפקוע החוב של מזון האשה והבנות
 מן המתנת שנתן להמקבל מתנה וזה יכולת בידו להפקיע
 משא"כ ירושה ממילא וע"כ אין יורש מה ששטעבד למזון האשה
 והבנות, ויורש את הנכסים ואת החוב המוטל עליהם, אלא
 דכל קושיית רבא הוא דאמר אם רחוי ליוזרו אלמנתו ניוזנת
 מנכסיו הגם שמוזניו נתן לו בפירוש עדה זו בחזרת ירושה
 שזה יכולת בידו להגחיל לבניו לכל מי שיראה כר"י ב"ב מה"מ
 וא"כ יכול לומר זאת הנחיל אותי מירוסתי ואת החוב לא
 ירשתי על הנכסים, שזה לא הנחיל אותי, מש"מ לא אמרינן
 הכי רק שאלמנתו ניוזנת מהירוסה גם מה שהחיל לו בפירוש
 הנכסים אלו וע"פ פריך רבא השתא ירושה דאורייתא "אמרת"
 שאתה אומר אם רחוי ליוזרו אלמנתו ניוזנת מנכסיו, והיינו
 עשינוה שחכמים תקנו לקח מירוסה והפקעה לא מהני,
 ועכ"כ שלא מהני הפקעה דרבנן, ולכן ביאר הרי"ף העטם
 משום דחייב רק כמנה לאחר מיתה ולכן לא הפקעה
 משום דרבנן אין יכולים להפקיע תקנה הקדומה משום דחייבין
 בהדי הדרי, אבל אם היה חל מקודם שפיר היה מועיל
 ההפקעה, וזה הנראה לענ"ד בביאור דברי הרי"ף. — ויש
 לשיי.

אמנם דעת הרשב"א שמתנה של מהיום אם לא אחזור כל ימי חיי כל זמן שלא חזר בו יש לו דין מהנה גמורה כמוכר בבי' (פי' י"ט מהו' ה'), שכתב שם אלא ח"כ התנה בפירוש שיכול לחזור בו כל זמן שיחיה, ומ"מ לא נשתעבדו נכסיו למלוה שהרי הברית ממנו וקנאם בעל המהנה עד שיחזור בו היותו ע"כ, הרי שמוכר הרשב"א שמתנה זו מתנה גמורה היא בעת הנתינה כל זמן שלא חזר בו, ובאמת כן משתכר אחר שדין הנתי' זה דלא לא אחזור הוא הנתי' גמור ומשכסיו לענין קידושין שהקידושין השניים נקפעים ובטלים, ולמה לא יועיל לדון ממנו שיהיה נחשב כמתנה בריא גמורה כל זמן שלא חזר בו וע"כ לא יגבה ממנה, אולם בשכרת השמ"ק יש לומר שכונת הברית הוא מדין חזרה שכל זמן ששעבד עצמו בסתם אחר כתיבת נתינתו הנ"ל כשהמתנה היא בכל נכסיו דומיא דמתנה ש"מ אמרינן כיון ששעבד עצמו בודאי כוננו הוא על נכסיו שיש לו כשה יכולת לחזור, וזה דומה כאלו אמר בפירוש שמשתעבד אותם לבע"ח הנ"ל שזה היה מועיל בודאי דהא זה היה חזרה גמורה, אמנם במקום שהיה לו בשיור נכסים ודאי דלא ינאם הכי דהא השיעבוד יהיה לחלו על הנשאר לו אם שאל"כ נשאר, מ"מ מן המתנה לא יגבה [ואם נשאר לו קצת נכסים והחוב ששעבדו היה יותר מנכסיו שיווי הנכסים ששיר יש לענין אולי באופן זה אין כאן חזרה מהא דקטיגא דרביין] וא"כ יכול להיות שהרשב"א בהש"ק בשם תלמיד הר"ף לא פליגי בהדדי שהשמ"ק מיידי במקום שהיה שיעור דאו השיעבוד ששעבדו אין בזה חזרה וכמ"כ, וממילא אין גובה מהמתנה כל זמן שלא חזר בו. — אמנם שבהגמ"ר דב"ש פרק י' גומלין (אות תרס"ה) מביא שם אהא דקאמר הגמ' השתא ירשה דאורייתא כו', וז"ל הר"ד יעקב מצב"א היה רואה להוכיח דכוננת אשה ובע"מ נגבין ממתנת ש"מ היכא דכתיב בשטר מהיום ולאחר מיתה, כיון שאם ראה חוזר אין זה מתנה ומביא ראי' מסוגיא דב"מ שהבטנו לעיל, הרי אנו רואין שהגמ"ר לא אחי עלה מעשם חזרה, רק מעשם שפיון שאם ראה חוזר אין זה מתנה לענין זה שחל שיעבוד עליה, אמנם מ"מ נראה לע"ד שכונת הר"ד יעקב הנ"ל הוא לענין כתובה לגבות ממוקרקעי שכל זמן שאשכח בחזרה חל שיעבוד על הנכסים [וחלק בזה על הרשב"א שהבטנו לעיל] אבל לענין גביה ממשלטים ואפי' ממוקרקעי בחיוב מונוות שאין נגבה ממשעבדים, יכול להיות שגם הר"ד יעקב הנ"ל מודה למה שהוכחנו משיע"ף שכל שדבר גמור עם גמור מיתה שהרי מתנה זו אינה תלויה רק מעשם חזרה, נפקע ממילא מונה חיוב המונוות, כמו כל מתנת בריא שמקטעת שיעבוד מונוות, וקצת ראייה לזה שהרי בהגמ"ר קאי' עלה דהגמ' דאלמנטו מונוות מן נכסיו ולמה בהא דינא דה"ר יעקב לא זכר מדין מונוות רק נקט בדבריו אכטובה ובע"מ, מוכח מזה כמו שכתבתי שבמונוות מודה שאין גובה מפני שהמתנה מוקדמת :

ד אמנם מלאתי במדרשו של ש' נחולין (אות קקפ"ה) עלה דהא דאמר ר' פול אשתי כאלהד מן הבנים, שמוציא שם מה שפסק ר"מ באלהד שנתן לבתו ולחתנו במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה לעול כאלהד מן הזכרים שכתב שם לענין כתובה שיעול חלקו אחר פרעון הכתובה כו', וכבר שם ולא מצי למימר בחיוב מתנתו שנתן בריא ולא מתנת ש"מ מולא כתב בה מצינו אם לא אחזור בי ובכונה אינה גובה ממתנת בריא כמו שפיר"כ בש' נערה כו' יעו"ש הרי מוכח דעתו שאם היה שם כתוב בה מהיום אם לא אחזור בי היה משכיס ככתובה גובה ממתנה כו', וגימתי אף היכי מיידי אם במקרקעי ומיוב הכתובה היה אחר זמן כתיבת המתנה, זה אינו בשמעת שהרי כתב כמו שפיר"כ בש' נערה ושם מיידי לענין מעללי דמתית בריא שנתן לאחר חיוב הכתובה דאלו במתנת

לענין דין זה בדבריו הרמב"ן בחידושו למס' כתובות הנקראים בשם ח' הרשב"א (בדף מ"ז ע"ב) שכתב אהא דהכתוב נכסיו לבניו הוא ואשתו מונוות מהם לפי הס"ד, רפריך שם הגמ' גדולה מוז' אמרו וכו' אלמנטו מונוות מנכסיו כו' וכבר הרמב"ן למוסקת דבריו וז"ל, ונראה דמטיקא לטעמיה אקטי' ליה וכו' קאמר כיון דהמתה דלאומדן דעתא הוא שלא נתן לו אלא ע"מ שיוון מנכסיו, וכיוצא משוית ליה שלא היה דעתו אלא שיקנה גופא מהיום ופירות האחר מיתה במו"י דמשייר על מונוותיו שלא יקנו אחרים אבל הוא כיוון מן הגוף א"כ אלמנטו נמי כיוון מהם והיכי אמרת אשתי, עכ"ל יעו"ש, הרי דעת הרמב"ן דס"ד דהגמ' לפי מה דאמרינן שמוייר לעצמו לכל הנוטריכותיו לכל ימי חייו ואין מוקדה רק מה שמשייר אחר ימי חייו כדפ"ה גוונא אלמנטו נמי מונוות מהם, הגם שמתנה זו הלא ששירי נחברר שיקנה למשע, עכ"ל וה"ל כדמיהו אם לא אחזור בני הדיון כן שהרי משייר הכל לעצמו לעשות כל הנוטריכותיו. אמנם מ"מ נראה לע"ד שאין מזה כל כך ראייה שיש לומר דאין הכי נמי' אם נתן מתנה בפירוש מהיום אם לא אחזור, ככל שאל חזר בו ותלה המתנה למשע של מונוות, גובה הימנה, רק התם הוא נתן מתנה סתם רק שאמדינן לדעתו ששירי להנוטריכותיו ולא יתנה רק להנתינה מורשם אחרים וכדומה, ורק כיוצא שוי', בחומדתא הוהת כנכס נמי מונוות אלמנטו שודאי לא עלה על דעתו שהאלמנה שלו תשטרך לשלול על הפתחים, וראיה להסבדא זו בדבריו של הרמב"ן הנ"ל דהרמב"ן סיים שם ומייר' אף לא קי"ל הכי, דמהרהו ליה לאלמנטו ולא אחי אהו לפסיד דאפסיה ומחיים נמי קנה גוף אקנה פירות עכ"ל, ולכאורה ל"ע מה שאל הרמב"ן בענין זו אין אמדינן שגוף ופירות הקנה או גוף בלא פירות הא גם גופא מהיום ופירא לאחר מיתה כ"כ אין בע"מ של מע"ש גובה הימנה, וכמובחר בטוח"מ (נ"ט ס' י"ג) וכן הסביוו כל השוסקיס, ומה תלי זה בזה, אמנם נראה שכל הוא סיגנון דברי הרמב"ן לפי שהוא נתן סתם מונוות, ולא אמר הולכים אחר אומדנא לאומדינן שהפירות לא נתן רק הגוף בחייו וגם שירי לו ולאשתו ולשאר אמרינן שנתן במתנה גמורה והלוותה מעשכיו גוף ופירות, שכל האחזור כי סוגיא דגמ' וישינו דברי הר"ף מוכיחין לנו שמתנה מהיום אם לא אחזור ומה אין בע"מ של מע"ש גובה הימנו כמו בכל מתנת בריא, ומדברי הרמב"ן אין מנגד לזה :

ג ברם הא מילתא לריבא עיונא רבא בניו שנתן מתנה בתנאי אם לא יחזור עד אחר יום מותו והמתנה היה מוקרקעי ומרדכי' שבע"מ גובה מהם גם ממשעבדי, ואחרי שנתן המתנה לזה בשטר ונתן, האם גובה מתנה זו, אם אנו דנין המתנה למוכר מעת זמן כתיבת המתנה והרי קדמה המתנה להחוב או שאנו דנין על הגמור שנתברר שלא חזר בו ומתנה זו קונה עם גמור מיתה, ויש ללמוד דין זה מסוגיית הגמ' בב"מ (ע"ב ע"ב) גבי דייתקי ומתנתו דהשעס שלא יחזיר שחא נאמר עליהם שאל לתנן אבל אחר תנו נותנין, ופי' הירוש' שם בהא דמוקי' הגמ' בשכ"מ דבר מיהדר הוא ולכך יביטין ליה, ה"ל בחתנות מיידי בטותן מהיום אם לא אחזור בי, והקשה השע"ט מקובלת ע"ו הא אכתי קשה דינא הוא, שכתב המתנה ונאם אשה ואחר רואה לתן השטר מונוות זו בכדי שתיקדם להחוב יעו"ש, ות' שם בשם תלמוד הר"ף דלכ"ו ינאף כיון שח"מ אינה נגמרת עד לאחר מיתה כדפ"ס, שפיר יערפו מונה שהרי שעבד לו כל נכסיו שיש לו ויבטל בהם, והרי יש לו יבטול בהם המתנה לחזר בה כיון שאינה נגמרת רק עד לאחר המיתה ע"כ, הרי דעת שמו"ק דמתנה כו' משעבדת גם לבע"מ שאחר זמן כתיבת המתנה הוחל של מהיום בלא"כ בי עד לא"ו :

במתנת בריה שקודם הכתובה לזה לא היה לר"ך ראה, וא"כ דמיירי לענין מעלעלין ואפ"ה טורף מהם כתובת אשה לאחר מיתה הרי מוכח דעת רבינו מאיר שמתנה שני מהיום אם לא אחזור הוא יודן כמתנת ש"מ ממש. — וכבר יושב דברי הר"מ אשר באמת הוא פלא למה יהיה לה דין מתנת ש"מ גמורה אחרי שהיא חלה מחיים במתנת בריה מדין תורה, וכמנ"ש לעיל, ע"כ נראה לענ"ד דהר"מ לשיטתו חז"ל שפסק שם בריה יכול לחלק נכסיו לאחר מיתה, וחלה מדין מתנת ש"מ יעו"ש במרדכי שהביא זה בשם ר"מ (מהו קפ"א והק"ב) והביא ראה מהא דמהיום אם לא אחזור עד לאחר מיתה וסי' ויש"כ היבא דלא אמר מהיום יעו"ש, ונראה לומר שבדלי כוונת הרמב"ן כן הוא היבא שבירא וטן כל נכסיו לאחר מיתה דין מתנת ש"מ יש בזה אבל לא בנותן מקלט נכסיו, וכן בכתב מהיום אם לא אחזור בו נמי יהיה כן הדין, שהיבא שהוא מקלט נכסיו יש לזה דין מתנת בריה גמורה בתנאי וכמו ש"ל אבל שהרי קידושין ג"כ חלין כה"ג ומקדשין קידוש ש"מ, ועל בנותן כל נכסיו מהיום אם לא אחזור האומדנא שאין אדם רוצה לתן כל נכסיו מחיים, היא נוחקת לנו שמשולם לא היה נכחו שהנמר מחיים רק תתחיל מחיים ותגמור לאחר מיתה, וע"כ לא חלה מה"מ ומדין מתנת ש"מ אחינן עלה גם בבירא וזה הנראה בדעת מהר"מ, ולכן גם שם בעובדא שבאות תקפ"ה בנותן להתנו ובתו כאלה מן הגנוס דמיא כמו כתב כל נכסיו שהרי כלל כעת על הנכסים שיש לו בשלימות אותו וכל בנות, וזה הנראה לענ"ד בבירא דברי מהר"מ, ושנין שחשבות מהר"ס פלדווא שהאריך בבירא דברי מהר"מ בס' "כ"ב יעו"ש :

ה) ועתה נחקור לדינא כ"ג"ל לאחר שמת הגותן. הנה

לדעת הרשב"א ולדעת הר"ף שדוכחו מדבריו מלתא דפשיטא שאין גובה מוגנות מן מתנה זו וכמנ"ש, ולדעת השמ"ק וה"ר יעקב מבר"א שבהנמ"ר הראנו פנים שיוודו בזה לדעת הר"ף, ואף דעת הר"מ גם כן ישבתי שיודה בזה כ"ג"ל שלא היו כל נכסיו שהרי נתן סך מהיום, ומי יודע שהוא היה לו עוד וכמו דלמחרת כ"ג"ב (קפ"ט ע"ב) ש"מ שכתב כל נכסיו מתנתו קיימת חיישין שמה יש לו עוד נכסום במדינת הים, ומי יודע ג"כ כ"ג"ל שמה יש לו עוד ממון ביד אחר. — ולו גם אם נאמר לדעת הר"מ שם במתנה במקלט כהיום אם לא אחזור יגבה מוגנות מהם שנחשב כמתנת ש"מ לכל מילי, מ"מ הא במתנת ש"מ ממש במעלעלין מביא רמ"א בזה"ע (סי' י"ג ע"ב) שיש אומרים שאין גיונות מהם, והביא מואר שם כתב והאריך לחזק דעת זה ופסק שאין מוליאין מיד המחזק, בדעת כ"ג"ל שלדעת הרשב"א והר"ף שפיעט שאין גובה מהם למזונות דהוה כמתנת בריה גמורה לענין זה, ודאי שאין להוליא מחזקת הגדקה שהיא מוחזקת בהמון. — אמנם שיעודו בחיים שלדעת הרשב"א שאין מוליאין למזונות ומתנה כזו של לא חזר בו, אך לדעת הר"ר יעקב מבר"א ורבינו מאיר אפשיט שמוליאין למזונות, אם נאמר דחיהו לא מיירי דוקא בכתב כל נכסיו, ודעת הש"ך שכתבנו לעיל שמתעם חזרה אחינן עלה בודאי במזונות אין כאלן סברת חזרה שהרי קדם חזר של המזונות להמתנה ולכן בזה יורה השמ"ך לדברי הרשב"א שאין מוליאין לחזר ממנו, וכיון שדעת הרשב"א מזכרת לנו שכן הוא שנחשב כמתנה גמורה כל זמן שלא חזר בו ודעת החולקים עליו לא ביריא לן כל כך אם הם חולקים על הרשב"א, בזה ודאי שאין להוליא מיד המחזק נגד הרשב"א :

ובלא"ה נראה לענ"ד שגם אם נאמר להלכה כדעת החולקים על הרשב"א ובעודנו בחיים גובה למזונות ושהרי מוכות מן מתנה כזו, מ"מ כבר דברנו בענין יעו"ש שלאחר מיתה ראוי לפקוע הדין שלא לגבות מן המתנה הלזו,

סימן ג

מנ"א תרניא באלטרומאנין.
ע"ד עוברא דאתא לקרמאי.

ראובן ואשתו יוכבד קנו בית משמטין וכתבו בהשער קנין שהיה בח"י המוכר שמעון בזה הלשון השמוכר הקנה להזוג הג"ל במכירה גמורה להם ולב"ב ויו"א עד עולם" ובסוף השער אחרי שנתבארו אופני ופרכי המכירה נכתב כך, ומפורש הותנה שהיה כך שכל ימי חייהם של הזוג הג"ל שייך להם בשותפות ומה שמבואר מעל"ד ליורשים אחריהם היינו שהם יורשי שניהם ולא ליורשי ר' ראובן הג"ל שיש לו מאשה אחרת ולא ליורשי האשה הג"ל שיש לה מבעלה הראשון, אבל אם ירלו הזוג הג"ל למכור הבית שיהיה יש להם כות למכור בשותפות ונעשה הכל בקג"אם בזוה"מ הו"מ כ"ו ומעשיו בבד"ח, וע"ז חתם המוכר הבית להזוג הג"ל וקיימו זאת הרב הגאב"ד המנוח ז"ל דפס גבירוף הרב דר"ל ז"ל. והנה הזוג הג"ל שבקו חיים לב"ח האשה קודם ואח"כ בעלה ושאריו שגשה כמות מהזוג הג"ל שנים מהם שיעודו קולטו כתיבת השטר ואחר שיעודו אחרי כתיבת השטר מכירה הג"ל וגם העיבור היה אח"כ, ולכד השלשה בנים שזין הזוג הג"ל יש לו לאביהם המנוח עוד בן גדול מאשה אחרת הקודמת. — והנה בשאלנו ע"ז אם הבית שייך רק להשלשה בנים שמשיניהם כפי הכתב הג"ל, והנה מלך שכתב בהסכס אביהם שהבן שמאשתו הראשונה לא יירש, זה בודאי אין מושיל דאף שלא יירש בני און זה מושיל כדאיתא בב"ב (במשה קפ"ט ע"ב) וגם אם נאמר שזין הלשון חשוב כלאחר שפוחס הבנים יירשו אותו וכמו דק"ל כר"י בן ברקא שאם אמר פלוני בני יירש הכל

הכל שמועיל זה, מ"מ הא קיי"ל דבבירוי לא מהני זה כדליתא בב"מ (ס' ט"א סעי' ה')

א) אלא ש"מ יש לדון לקיים הענין הזה מטעם שזה דמי כאומר נכסי לך ואחר כך לירושק או לפלוני, ואף דאמרינן שהתובע בשטר מכירה שמוכר לך ולירושק אחריו לא תשוב זה כאומר ואחר כך לירושק משום הוהו זה רק כשופרא דשטרא, כדליתא בב"מ (נ"א רמ"א סעי' ז') ודבריו לקוחים מגדולי הראשונים שמוציא בשם הרשב"א (דף קפ"ה), מ"מ בג"ד שנאמר בפירוש שמה שמצוה לירושק אחרים היינו יורשים של שניהם ביחד ולאפוקי יורש של הבעל ויורש של האשה, וגם הולך לחזור ירשו למכור היינו הוגז הג"ל ביחד יש להם רשות, נראה שכונת של כתיבת השטר הכתוב ע"פ הלשון הקבוע שיהיה זה בדוקא שאופן קנייתו של הקנין הגוז הוא על אופן של שיהיה היות לירושק של שניהם אחרים שיהיה להם הקנין בזה, וגם שמד זה הולך לחזור הדבר שיהיה להם רשות לשניהם ביחד שלא יהיה זה ככל אחר כך לפלוני שלכתחלה אין להם רשות למכור, הנס שלכאורה יש כאן סתירה הא זה קיי"ל שכל האומר אחר כך לפניו אין לו רשות לתן במתנת ש"מ וכאן כתבו בתחלת לשון השטר שיש להם רשות למכור ולהוריש לכל מי שירלו הוגז הג"ל וז"ל בג"ד שכל לשון האחר כך שאנו דנין על זה, אמנם באמת שלא אם נאמר שלשון האחרון שבושק השטר מראה שרק אם יוכרח לאחר בזה יש להם רשות אבל זו"ז שייך לירושקים של שניהם סותר להלשון שנאמר מקודם שיש להם רשות להוריש למו שירלו הולכים אחר לשון האחרון ואנחנו שנסוף השטר ביארו ביחד עזו שרק למכור יכולים אבל צירוף ישאר רק לירושק יורש, ועוד שכיון שבפוסק השטר נראה שיהי קא"מ יראה מלשון זה שהיה הקנין על כל הדברים הנאמר בהשטר וממילא אין לנו לומר כ"ל באופן זה שמקנה להם המוצר הבית להם בחיובם ואחר מותם יהיה לירושקים, וממילא א"ל להם להוריש לאחר על לאחר מיתה שהרי כבר קדם כדליתא בב"מ (ק"ז ע"ה). — אמנם באמת יש ליבש הלשון שלא יהיה סתירה מה שנאמר מקודם שיש להם להוריש למו שירלו, היינו שיהיו בחיובם בחיובם אם לא יחזרו קודם מותם שזה תשוב בשלון בני אדם בענין יורש שהרי הבלית הנתינת על לאחר מיתה, ונתינת כזו שאל למפרע מחיים ומבעל זה להא נתינת דאחר כך אבל כל זמן שלא נתנו לאחר בחיובם ולא מכרו ממילא נשאר הקנין שפיקה לאחר כך, היינו לירושק שניהם, וכן יש לפרש שמה שנאמר שיש להם רשות להוריש ולהנחיל הריא שיבטל קנין האחר כך המצוה בשטר, דרך משל שמוותו יורשים האלו חשד נתן להם אחרים שא"ו יהיו יכולים להוריש ולהנחיל לאחרים, אבל כל זמן שיהיו יורשים שניהם המוצר בבושק השטר יהיה להם כפי מה שיבאר בסוף השטר:

זה מן הא דאת וחומר מפני שאין מיירי שלל בדבור אחד יחד שניהם בזה אף רק נחמנו מודה, וזהו יתכן כוונת דגנ' בקידושין (ג"ה) דסתמא דדמחא פריך דם הגמולא אי דאמר כולכם קני את וחומר הוא, שהקשו הראשונים שזה אינה אליבא דהלכתא לרב נחמן דקיי"ל הכי דאמר קונס מחסה ועיין בזה בתוס' ב"ב (קמ"ב ע"ה) ד"ה רב נחמן, ולפי דעה הראשונה שב"מ"א הג"ל שיהא שדדבור ככלל כתיבה אחת כולם ביחד גם רב נחמן מודה בזה והתם כלל בשלון כולכם לבולם ביחד, וא"כ לפ"ז גם בג"ד שכלל כולן בדבור אחד יורשים של שניהם וכיון שמקלת יורשי שניהם לא באו או לעולם ובעל לנבייתו הדבור בעל לנבי כולן, ועיין בענין זה בתשו' נו"ב (מ"ה חלק ח"מ מס' כ"ה עד כ"ה) בענין כזה. — אמנם נראה למג"ד לדון בג"ד ע"פ דברי הרמ"א (ס' רמ"א סעי' ז'), אחת נכסי לפלוני ואחריו לירושק והיה לו בשעת נתינתו בת אחת ואחר כך נולדו לו בנים ו"א שזכתה בהן הבת שלא הייתה כוונתה רק על היורשים שהיה לו בעת הנתינה, כן נראה לי עכ"ל הרמ"א, ועפ"ז נאמר בג"ד שהבית שייך לאחוסם שני הבנים שהיו אז בעת כתיבת השטר, אמנם צביאור הגר"א ז"ל (ס"ק כ"ז) כתב על זה כן דקרק בד"מ מדברי ה"ר שרד"ק או"ל הטעם הואיל ובשעת המתנה לא היה להו לשאר יורשים לירש כו', ודבריו תמוהין והטעם כמש"ל ובהדיוא כתב הרשב"ם שם בד"ה ולא היא כו' ומעיקרא כי אמר כו' [כוונת הגר"א בחיבת כו' מש"כ שם לירחאי, לירחאי שיהיה לי בנות וקנה קאמר] עכ"ד, וא"כ לפי דברי הגר"א ז"ל לא קיי"ל כדניגה של הרמ"א בזה רק ששורשים של עת חלות המתנה הוא קאמר, וא"כ גם בג"ד לכל היורשים בשעת מיתתן של הוגז הג"ל קאמר, אכן אחר שהיו בבטחון של מקור דין זה ב"ב (ק"ד) היטב לשיטת רשב"ם ושאריו השיטות שבדראשונים ש לדון בזה הרבה, לכן אמינא לבאר בעז"ה הסוגיא דב"ב הג"ל לשיטות הראשונים הג"ל ואח"כ יתבאר היולא מזה לדינא בעז"ה:

ג) גרסינן בב"ב (קפ"ה ט"ב) הוהו דאמר נכסי לסבתא ובתרא לירחאי הוה ליה בתרא דהוה נסיבא שכיבא בחיי בעלה ובחיי סבתא בתר דנסיבא סבתא אתא בעל קא תבע אמר רב הונא לירתי ואפילו לירתי ירתי ורב ענן אמר לירתי ולא לירחאי ירתי, והנה רשב"ם פירש שבעטוהו רב ענן הכי קאמר ובתרא לירחאי לאותן יורשים שיהיו לו בעולם בשעה שתמות הוקנה א"י נותן נכסי, כגון אם הייתה בתו קיימת או אחיו או אחיו דכל אלו קורא א"י בתן ירחאי אבל לא בן בתו והיינו ירתי ירחאי שמכר בתו הוא בא לירש ולא לבעלה כו' שדומה לאומר נכסי לך ואחר כך לפלוני שאל מת פלוני ירשו יורשי ראשון, והנה מדברי הרשב"ם נראה דבא פליגי רב הונא ורב ענן דרב הונא דאמר כאל לירתי ואפילו לירתי ירתי ע"כ יסבור שמה שאמר ובתרא לירחאי הוא כוונתו לאותו שהוא או ירחאי הוא בתרא דירתי, דאלו היה כוונתו על היורש שיהיה לו בעת שתמות הוקנה מה מהני לן מה דאמרינן בתר הכי אחר כך כאומר מעכשיו דמי ולכן ירתי בעל, הא מ"מ לבתו לא נתן לה נכסי אחרי שכוונתו הוא לאותו ירחאי שיהיו לו אח"כ בעת מיתה הוקנה לו הוא נותן מעכשיו והבעל אין נחשב אז ירחאי שהרי אז אין הוא יורש לההוא גברא כלל, וא"כ ע"כ לירך לומר לרב הונא שכונת דבריו מה שאמר לירחאי על ירתי דאית ליה עכשיו, וא"כ בזה דרב ענן דאמר ולא לירתי ירתי כיון דאיתו סובר אחר כך לאו כאומר מעכשיו דמי כמו דאמרינן בתר הכי לנבי מערבא, למה לנו לומר דפליגי ארב הונא כמה שסובר שכונתו לירתי דעכשיו, והוא סובר דירחאי הוא על היורשים שהוא ירשו, הא יש לומר שאין הכי נמי שיסבור כרב הונא בזה שכוונתו על היורש שיש לו עכשיו, אך כיון שלא נחשב כאומר מעכשיו וזו"ז של עכשיו לא

מסתבר טעמים דבני מערבא דלי קדים סבתא וזבנה זבניה ומעבדו ולכן הוה זה ראווי וגם לא אמרינן אחרך כאומר זבניה זבני, ואם אשילו אש גלמך דאש זבנה לא הוה זבני מערבא סבדי ברא כרע ענן דסבר גלמך ראווי הוה הירוש שאל בבעל טעל בראי כבמוחוק, וא"כ אין נחשב יורשו כלל או בעת מיתת הסבתא אלא ראווי לירשו אז כלל, וא"כ לא נחייס בו אז ובתרה לירחאי, ומה מושיל גם אם נאמר אחרך כאומר מעבדו דמי, מ"מ אחרי טעונתו במה שאמר לירחאי על ירחאי שיהי בעת מיתת הזקנה ואז ברו אין ראווי לירשה שברי כרע מהה וא"כ לא נתן לה אביה כלל. — ועוד קשה הא זה ידוע דרע הוה גדול הוא מרע ענן טובא ודלתיא ככתובות ס"ט ע"א, וא"כ לולי הכרעת בני מערבא וגם מה דאמר רבא מסתבר טעמא דבני מערבא היה לנו הדין כרע הוה נגר רע ענן, וא"כ קשה למה לנו לומר דבני מערבא פליגי ארבי הוה בסדרתו שוכר דלירחאי הוא הירוש עכשו היא ברתא דרדיה, וסבדי ברא כרע ענן דאמר לירחאי הוא על הירושא שיהיו לו בעת מיתת הזקנה, הלא שפיר יש לומר דסברי בני מערבא ברא בלמית כרע הוה דלירחאי עכשו קאמר, רק משום דלי קדים סבתא וזבנה זבניה זבני, ולשיטת רשב"ם והר"ף ז"ל מוכיחים מזה דלאו כאומר מעבדו דמי, ולכן הוה זה ראווי ואין בבעל טעל בראי כבמוחוק, ולכן אינו יכול לירש נכסי אשתו בחופן כזה ועל כפלה המנהג עבור בעלה הג"ל ואין יורש הנכסים :

נמא אז בעת מיתת הזקנה, מומלא בעלה אמירתו ובתרה לירחאי לפי הירחאי שכוונה היה עליו לא נמלא אז, וכמו דאמרינן נכסי לך ואחרך לפלגי שאם מת פלוגי בחיי ראשון שנשארים הנכסים ליורשי ראשון ולא ליורשי השני, שכל נתינת האחרך אינו בתורת ירושה אם נות קודם מיתת הראשון, וכמו שכתבו החס"ם כאן בפירוש שהוא כמו דאמרינן לקמן (ק"ז ע"ג) וכן מורה הש"ס ב"מ"ב במש"כ שומה לאומר נכסי לך ואחרך לפלוגי שאם מת אחת שני ירשו ירשי ראשון, וא"כ קשה למה הורכנו לומר שרע ענן חולק על רע הוה ככוונה לשון ירחאי אם לאותו הירוש שהוא עתה או לאותו הירוש שהוא אח"כ בעת מיתת הזקנה, הא אפשר לנו להסתמך בזה ומעטו במחלוקת עדיף לן :

והנראה לענין ליטב בזה הרשב"ם מדייק בליטב דרע ענן דאמר ולא לירשי ירחאי משמע שלכך בעלה הנתינה מפני שהוא יורש אצל אבי איה אז אחיו או אביו היה שפיר לוקח הנכסים מנעם שאמר במאמרו ובתרה לירחאי, ואם היינו אומרים שכוונת לשונו הוא ליורשו עכשו גם אביו או אחיו לא היה אפשר לטול הנכסים שברי הוא כיון רק לירחאי או שהוא ברו וכיון שכתו מהה בעלה המתנה, ומה דקדק הרשב"ם דרע ענן פליג גם בהא ארבי הוה וסובר דכוונה לשונו לירחאי שיהיה לו אח"כ בעת מיתת הזקנה וכל שנמלא לו או ירחאי מתקיים אמירתו ובתרה לירחאי, רק משום שלא נמלא לו או ירחאי וכן ברו לא מיקרי ירחאי לכן בעלה מתנתו, אבל אם היה אחיו או אביו שהמה נקראים ירחאי שפיר הוה ירשי הנכסים שעליהם חל אמירתו ובתרה לירחאי :

אלא דאחתי קשיא לן בדברי רשב"ם בתר הכי, בהא דבני מערבא אחרי הלבנת כרע ענן ולא מעטמים דאלו רע ענן אע"ג דהוה ליה ברא לברתא לא ירית ולא הוא דאלו הוה ליה ברא לברתא ירית ובעל היינו טעמא דלא ירית משום דהוה ליה ראווי ואין בבעל טעל בראי כבמוחוק, והנה רשב"ם פירש ב"ה"ה ולא היה דאלו ברא לברתא ירית הוה והוא ראווי לירש את אבי הנתנה בו דירחאי קרינא ביה הואיל והוא קודם לכל יורשו, ואש"כ שבא מכת כמו ומשיקרא כי אמר לירחאי, לירחאי שיהיה לו בנות הזקנה קאמר וכן ברו יורש אותו בו דלירושין הלאים לירושו מה"מ רגיל לקרות ירחאי, וטעמא דבעל לא ירית לא משום דהוה ירשי ירחאי דאלו היה ראווי לירש נתנה זו מה"מ ירחאי קרינא ביה אלא משום דאין ראווי לירשה דהוה האי ממון ראווי לירש ולא מוחוק שרדיין לא בא לידה ובעל אין טעל בראי, אש"כ א"כ א"כ דמי דמינו לירשה דהוה דבן טעל בראי, וקשיא לן טובא בזה חדא למה הורכנו לטעם שאין בבעל טעל בראי אפילו היה הדין שבעל טעל בראי מ"מ אין ראווי לקרותו ירחאי בעת מיתת הזקנה שאז אינו שם קרוב לאביו של אשתו שמה בין שהוא קרוב לו ויכול לומר נכסיו בעצמו, ומש"כ בנהג בין שהוא קרוב לו ויכול לומר מאביו דאבא קאחיה וה"ם מאבוב דאיינא קאחיה כדאיתא לקמן (ק"ז ע"ג) ועיין שם בחס"ם ד"ה ולימוד דק הכי הו"ל לבני מערבא לאומר יבעל היינו טעמא דלא ירית ממה של פליגי יורש של אבא אשתו שמהת כלל, מיהו זה יש לדחוק לומר שאם היה הדין שהבעל טעל בראי כבמוחוק מיקרי שפיר יורשו של אבי אשתו שברי אם היה טעל בראי היה יורש גם כשאשתו מתה קודם מיתת אביו את אביו ודלתיא כ"ב (ק"ז ע"ג) אמין לבעל שפיר טעל בראי כבמוחוק שגא' ושוב בו מלמד שגא' שוב גא' ומהת בחיי מורשים ומתו מורשיה וירשיה יריר, הכי דלולא הדין שאין טעל בראי היה יורש את אבי אשתו גם לאחר מיתתה ולכן הוה מיקרי יורש, רק משום שאין טעל בראי אין נקרא יורש אביו כלל. — אך זה קשה למה הולך לי לרעה לומר

ד והנראה לענין ליטב שיטת הרשב"ם ז"ל דהוה סובר דהא ברא תלי דודאי האדם האדם כאומר לירחאי אין מעלה על לבו מה שיהיה אח"כ ורלונו או ומשכנתו שיהיה ליורשו כפי מה שהוא לפניו, רק דבעינן שיחייס לשון דבורו בעת תלות המתנה, ולכן אם אינו אומר אחרך כאומר מעבדו דמי כדעת רב הוה אח"כ נגמר אח"כ למפרע עתה הנתינה לירחאי דחל להירוש עכשו וזבנה רע ענן מורה, רק דרע ענן סבר שאחרך לאו כאומר מעבדו הוא וא"כ תלות הנתינה יהיה אז אחר מיתת הזקנה ולכן בעינן שיהיה אז נקרא ירחאי ג"כ, ומ"מ בעינן הירוש אח"כ יבא גם מכת השם שעליו היה מערת כוונתו ואמירתו, ולכן בתחלה קסברי שדלוגמא אם בשלש בני אדם ירשי ירמי מיקרי ירחאי, ולכן חל לשון הנתינה הן עכשו בעת אמירה ואח"כ בעת תלות המתנה, ורב הוה סבר מטעם כאומר מעבדו אין אינו מביטום רק על מה שבעת מעשה, ורב ענן סבר דאחרך לאו כאומר מעבדו דמי ולכן בעינן שיהיה הירחאי ג"כ אותם שנקראים ירחאי בעת תלות הנתינה ג"כ ולא יתבטל לשון האמירה, ומ"מ יבואו ג"כ מכת של ברו שהיא יהיה אז יורשת, וע"כ אם היו נמלאים אביו או אחיו שיה יורשו וגם יורשי ברו היתה חלה הנתינה עליהם, ומש"כ כן ברו שכלשון בני אדם נקרא ירשי ירמי וע"כ אין חל נתינתו אחרי שבעת שכתב המתנה לחול, הוא במיתת הזקנה, לא נמלא אז הלשון של ירחאי וממילא גם אחיו ואביו נכסי בן לבתי ג"כ אין יורשים אחרי שאין יכולים לירש מכתה של ברו שזבנה הוא ג"כ, ואכן בעינן שיחייס ענן בדברים הן הירוש שבעת האמירה והירוש שבעת תלות הנתינה שהוא בעת מיתת הזקנה, אך כשאין ברא לברתא ירית משום אחיו או אביו, ובני מערבא סברי דברא לברתא ירית משום שנקראים ירחאי הוא ג"כ ובני מעבדו רשב"ם אצל בבעל לא ירית משום דהוה ראווי, וזה כולל שני דברים שאלד הדין שאין טעל בראי כבמוחוק לא יכול לירש הנכסים שהיה שייך לברא ע"י הירשת ברו שהיתה אשתו ומשום הכי ירשו שארי קרוביה שהם ממשפחת אביו, ועוד שהוא אין נקרא אז בעת תלות הנתינה יורשו של נותן הנכסים אחרי שלא יוכל לירש אותו כלל.

ענן דאמר ולא לירשי ירחאי משמע שלכך בעלה הנתינה מפני שהוא יורש אצל אבי איה אז אחיו או אביו היה שפיר לוקח הנכסים מנעם שאמר במאמרו ובתרה לירחאי, ואם היינו אומרים שכוונת לשונו הוא ליורשו עכשו גם אביו או אחיו לא היה אפשר לטול הנכסים שברי הוא כיון רק לירחאי או שהוא ברו וכיון שכתו מהה בעלה המתנה, ומה דקדק הרשב"ם דרע ענן פליג גם בהא ארבי הוה וסובר דכוונה לשונו לירחאי שיהיה לו אח"כ בעת מיתת הזקנה וכל שנמלא לו או ירחאי מתקיים אמירתו ובתרה לירחאי, רק משום שלא נמלא לו או ירחאי וכן ברו לא מיקרי ירחאי לכן בעלה מתנתו, אבל אם היה אחיו או אביו שהמה נקראים ירחאי שפיר הוה ירשי הנכסים שעליהם חל אמירתו ובתרה לירחאי :

כלל, ובאמת בטעם זה השני לחוד סני שא"ל לו לקח הנכסים מפני שאינו יורשו של הנותן או, אך זה ג"כ הוא מוטעם שבאמת הדין שאין נוטל בראוי כצמחוק ולכן אין ראוי לירש את אבי אשתו אחי מותם וכמ"כ לעיל (פאה"ג) ולכן לא נקרא לירחתי כלל, ופריך הגמ' מכלל דרב הונא סבר דבעל נוטל בראוי כצמחוק ומשני הגמ' דאחר כך כחומר מעשיו דמי ולא מיקרי ראוי, וממילא אמרין שמעטם אין נחתיים מאמר לירחתי (אף שבעל לא נחשב אז לירוש) לפי שכיון שהוא כחומר מעשיו הוא ונגמר חלות המתנה או בעת אמירתו של אביה ואז היא נקראת ירחתי, שהיה אז בתו בעולם לכן לא מיישנין אס אח"כ בעת מיתת הוקמה היה ירחתי ירחתי ולא יורשו כמו הבעל של בתו, ורבה אמר מסכתא טעמא דבני מערבא כיון דחי קדים סבתא וזונה זכינה זכיני לא נוכל לומר אחר כך כחומר מעשיו דמי, וממילא בעינין שהיה נקרא יורשו אח"כ גם כן דר"ק :

ובנה שכתבתי אתי שפיר דתיים הגמ' חליבא דבני מערבא דאלו הוה לה ברא לבתרא הוה ירית משמע דבעל נווגא גם שהבא נולד אחר אמירתו של אביה שחבר נכסי לסבתא ובתרא לירחתי, ואמאי נהי שנקרא יורשו הא הוה לדבר שאינו בא לעולם, אלא למש"כ אתי שפיר כיון שנקרא ירחתי ולא נחבטל דבורו ממילא תוכל בתו להוריש לו וזוהי יורש את זות אמו דבעינין רק שתיקיים לשונו, וגמאל לפי מה שבארנו בעו"ה היטב שיטת הרשב"ם, ח"כ בידון הדין שהביא הרמ"א בחומר נכסי לפלוני ואחריו לירשתי ד"א שכתב בסוף הכת, לפי שיטת הרשב"ם שבעינין שיתכן לשון לירחתי גם בעת חלוקת המתנה וסם בעת האמירה, וח"כ נהי שבעת האמירה עלתה כיון, מכל מקום אחרי שבעת חלות הגמיה אינה נחשבת לירשו שהרי היה אז בת בין הבנים, וח"כ איך תוכל לזכות בהמתנה וח"כ דברי הגר"א ז"ל שהשיג על הרמ"א מדרבי הרשב"ם נכון ומדויק לפי מה שבררנו דברי הרשב"ם ושיטתו, אמנם לפ"י לענין נ"ד גם לפי השגת הגר"א ז"ל על הרמ"א מ"מ שפיר אזלינן רק בתר האמירה בעת הקנין שהיה אז גם לפי שיטת רשב"ם, והא הכא גם בעת חלות הקנין נקראים המה יורשו ולא נחבטל מהם השם במה שנימוסוף להם האת, לכן לכו"ע שייך המתנה רק להם :

ובמ"ו נראה לענ"ד שגם לשיטת רשב"ם יש מקום לישב דיוט של הרמ"א, והוא אחרי שכבר הוכחנו בע"ה דלשיטת רשב"ם ג"כ מוכרחים לומר שלשעת אמירה ג"כ אנו הולכים אחרו שהיה אז יורשו, רק דבעינין שח"כ בעת שהיא איננה ואחר בא צמחוקו בעינין שהיה עליו שם ירחתי, ולכן נאמר לפי שיטת רשב"ם שגם אחי אביה או אחי אביה יורשים במקום בתו כשמתה בחיי הסבתא, ואחר כך כשהסבתא מתה המה בנים לירש ג"כ מפני שהמה יורשי הבת וגם יורשי האב הנותן ולכן נכללים בשם ירחתי, ע"כ נראה שאימתי אנו נזכרים לזה דרוק כשהוא איננה בעולם בעת מיתת הסבתא בעת שבה מועד חלות של המתנה שבה זמן האחרון שאמר בתיבתו לסבתא, ובזו שגבסו לפלוני ואחריו לפלוני שאם מת השני בחיי ראשון אין נוטל יורשי של השני, וע"כ שכן בחומר נכסי לירחתי מה שניטל יורשה אח"כ משום שכללים ג"כ באמירתו לירחתי, וזה וינייל גם כשמתה רק שגשאר בא נחמה של שם ירחתי וכמ"כ, מה שאין כן במקום שהיא בעלונה בעולם אז הני לן מה שבעת האמירה ירשה נקראת ירחתי ועליה כיון האומר, וכיון שהיא בעלונה יש כח לא גרעה הוא מנכסו לפלוני ואחריו לפלוני על זמן שהשני בעולם לוקח הנכסים, וחי"כ הוא בתו שהיה עליה שם יורש בעו"ה האמירה ולכן לוקחת את הנכסים אח"כ בעת שיקנין חל, כיון שזה היסוד באמירתו שהוא כיון על היורש שבעת האמירה ולא כיון על מי שילדו אח"כ

לכן הבת שהיתה יורשת בעת אמירתו והיא חיה אח"כ נוטלר הנכסים, כן נראה לענ"ד להפדיק דיוט של הרמ"א להלילו מקושות הגר"א ז"ל :

ה) והנה כל מה שכתבנו הורכבו לדיקדק לפי שיטת רשב"ם הג"ל, אך לפי מה שביארנו הראשונים המובא בספר שיטה מקו"ם, ש, שלכילס מובאר שנין רב הונא בין רב ענן תרומיתו סבכי דלחרי הוה אורח שהיו בעת אמירתו, והוא שהביא שם, בשם הרשב"א בסדרת רב הונא משום שאחר כך כאומר מעשיו דמי, ובעמיהם של רב ענן דאמר לירתי ולא לירתי ירתי ואפילו בנה וכן שארי יורשתי אותה רק שאלו הנכסים בחזקת יורשי הסבתא ולא לירשתי הנותן, וכבש שם וס"ל לרב ענן דהוה כנכסו לך ואחר כך לפלוני שקיי"ל אס מת שני בחיי ראשון שנשאר בחזקת יורשי הראשון, וה"ל כל האומר נכסי לפלוני וכתבה לירתי חשב כאומר נכסי לך ואחר כך לבתי שכזה היה הדין שאם מתה בחיי ראשון היא הסבתא שנשארים הנכסים בחזקת יורשי הראשון היא הסבתא, וה"ל לירתי מתפרש שהיא אותה שהיא עתה בעת האמירה ירתי וממילא אס מתה בחיי הסבתא מתבטל המתנה, ולגירסת הגאונים "ובתרה לירחתי" ג"כ מפרש הרשב"א שהמחלוקת בין רב הונא ורב ענן הוא שרב הונא סובר לירשה וה"ה לירתי ירשה, היינו משום שנאמר כאומר מעשיו והוא למי שהיא עתה משתדלת להיות יורשה היא בתה וממילא יורש לה בעל הים שבעת שגיבש עת מיתת הסבתא או לא תהיה לה יורשת אותה שהרי אין הבת יורשת להמה בקבר להחלי בעלה ולא לשאר קרובים, מ"מ כיון שעשיו היא בחזקת עומת להיות יורשת להמה לה כיון הנותן, ולרב ענן הטעם משום דאמרין דהוה כאלו מת השני בחיי ראשון, ולפ"י משום דאמרין שימרו לירשתי הראשון ולכן סובר דאפילו הוה לה ברא לבתרא לא ירית משום דכל כה"ש שמת שני בחיי ראשון ימורו לירשתי הראשון ומתבטל נתינת האחר כך שיי"ש, ואין קיי"ל דאלו הוה לה ברא לבתרא ירית מיתת יורש שם בשם הרשב"א דאפילו הברא נולד אחרי מיתת הנותן שנחשב כאלו אומר שאני נותן לבת וירשתי, הגם שאין הוא יורש של הסבתא או בעת מיתת הסבתא מ"מ הוא בא מוכח הבת. — וכן הביא שם בשם הר"ן שהאריך הרבה בסוגיא זו והוא הולך ג"כ בשיטה זו שלפי הג' ובתרה לירחתי, דלרב הונא חשב זה וכו' לראוי יורש אותה גם הבעל, ולדין דלפניו ארבע הונא לא משקינן אלא בעל שאין נוטל בראוי אבל אחי ומתפתח אביה יורשים אותה הגם שאינם יורשים של הסבתא, וח"כ קיי"ל לדינא דהוה מוכח דהוה ליתן לאותה היורשת לה עתה בעת האמירה, הגם שבעת מיתת הסבתא אינה יורשת אותה שהרי היא בקבר ואין האשה יורשת אמה בקבר כשאין לה בנים ואז יורשים אחרים יש לה, הרי שאין אנו הולכים רק כפי מה שהיא בעת האמירה, וכן הביא אח"כ בשם ר"ח, וח"ל נכסי לסבתא ובתרה לירחתי פי' לירשה שיש לה עשיו כו' וח"ל לומר לירש שהיא לסבתא שבעת מיתתה דח"כ הוה אמר רב הונא לירחתי ואפי' לירתי ירשה ובעל נמי ירית, נהי דאחר כך כאומר מעשיו דמי יומ' יורשה שהיא יורשת לירש בעת מיתתה כו' קמו מעשיו הנכסים, אלא דח"י זה ובתרה לירחתי היינו לירש שיש לה עשיו, ע"כ. — ועוד מתבאר דברי הראשונים שאובאן ירשה"ן שם מכלול מוכח שגפרדים שהם כבונת הלשון לירחתי או יורשתי הוא רב מי שהיא עשיו היורש, וח"כ דיוט של הרמ"א אחת זקוק לכל השיטות המובאים בשמ"ק שכל שעשיו יש לו בת ואחר אמירתו ינילו לי בנים שהיא הוה היורשת מלד אמירתו וכתבה לירחתי :

ובאמת לפי גירסת הגמ' ובתרה לירחתי יש עדיין לכאורה לתקן לענין דיוט של הרמ"א, דיש לומר דהני מילי דאמרין דאליין ברה אמירה הוא על שעת מיתתו של האמר הנינו

הטעם ולא על הירוש שיהיה בעת מיתה הסבתא מפני שסם ירתא הוה על שעת מותו, אבל אם קודם מותו אחרי אמירתו נשתנה הדבר שנשבו יורשים אחרים כעבודא דרמ"א שנולדו לו בנים אח"כ ונתבעל ירושת הבת והבנים המה יורשין, יש לומר שבה"ג לא חל שם יורש כלל, אבל בהא חומתי בה שם יורש על האדם בעת שמורישו מה, וכל שבעת מיתתו של האומר ובתרה לירתא נעשו אז יורשים אחרים לא יועילו לו מה שבעת האמירה היה הוא היורש לפי שבתיו על המוריש לא נקרא עליו שם יורש כלל, אבל בהא דנכסי לסבתא ובתרה לירתא שפיר מצינן למיזל בתר שעת של האמירה לפי שהוא היה בעת מיתתו וכל שפיר עליו שם יורש שזו נעשה יורש בעת מותו, מ"מ אף שיש שפיר לחלק בזה, אכן באמת אין לנו לחלק כיון שלירשת הגאונים והרבה מהראשונים ובתרה לירתא של הסבתא ג"כ אזלינן בתר שעת האמירה כמו שבארנו לעיל אף ששם היה הסבתא בחיים, ואפ"ה קרינן לה ירתה או בעת האמירה לפי שהיא מוכנת להיות יורשת של הסבתא הגם שבעת מיתה של הסבתא שהוא העת להיות יורשי הסבתא אז היא בקבר ואין רחוייה להיות יורשתה כלל, אפ"ה אזלינן בתר שעת האמירה וא"כ ה"ה בנידון של הרמ"א שאזלינן בתר עת האמירה, גם שערין מורשה בחיים אז בעת האמירה ובעת מותו שהגיע לעת הירושה נעשו אז יורשים אחרים, ומיזלה גם לפי גירסת דילן נכסי לסבתא ובתרה לירתא ג"כ לא מחלקינן בכך שזה הוא רק חילוק חדש מזה הסבתא שלא מצינו לרתייה בזה, ולכן כיון שלירשת הראשונים ובתרה לירתה א"א לומר חילוק זה לא נעשה בזה הסבתא פלוגתא חדשה. — וא"כ כ"כ בג"ד ששם יורשים עליהם נבאר גם אח"כ בעת מיתת מורשיהם וה"ה דאזלינן בתר אמירה שזו לא היה רק המה היורשים של שניהם והניחוסף אח"כ לא חל עליו אז אמירתו וע"כ זריכים אנו למיזל בתר אמירה :

עליו, אפשר לומר שהיינו דוקא באחרך לורשיי שהכוונה על היורשים שיש לו ועכשיו ולא על היורשים שיהיה לו בשעת מיתה, משום דאמרינן אילו היה כוונתו על היורשים של שעת מיתה הוה ליה למימר ואחרך לי משא"כ באחרך לירושך מהכי תיחי לא נאמר כוונתו על היורשים של שעת המיתה כו', ורתייה רכל הפוסקים חתרו למיזל נפקא מינה באומר ואחרך לירושך כו' ואם נאמר שלירשו בעת האמירה כוונתו, הא נ"מ לעינן אם יהיה לו בנים אח"כ, אלא וה"ה שסתם יורשים הוא על יורשים שבעת מיתה כו' עבד, וה"כ לפי דבריו בג"ד שאין כאן הוכחה בזה שאמר שיהיו לירשיו שניהם דהא הו"ל זהו את יורשיי הבעל מאשמו ראשונה, ושנית דזה היה באומר ואחרך לירושך ויהיה בזה גם הנולד אח"כ בכלל דהא לירשיו כל שעת מיתה כיון. ולע"ד תמרינן דבריו חדא בהוכחתו שכתב באומר ואחרך לירושך דאמרינן אילו היה כוונתו על שעת מיתה היה לו לומר ואחרך לי מתי רתייה הוא מזה הא כתבו הראשונים הנ"מ לעינן בע"מ שלא יגבה מהם ולכן אמר ואחרך לירושך יעו"ל בנימוק"י, וא"כ יש לומר שאם היה אומר ואחרך לי הו' בעלי חובותיו ונעלים מהם ועכשיו שבאומר אחרך לירשיו הלא לא יגבה הבע"ח מזה, ועוד נ"מ שלא יהיה יכולת בידו לתן במתנת שכ"מ לאחרים, וכיון שנסתרה ההוכחה מה שלא אמר לי הדרה קשותא לדוכתיא למה לא נאמר שלירשוישם של שעת מיתה כיון, ובאמת זה גרס שבמכתב"ה לא ראה כאלו את דברי המדרכי שכתב הטעם שלכן אמרינן שנכסיו להבת באומר אחרך לירשוי ביהו לא בת ונולד לו אח"כ בנים משום דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם, ונשמע שפיר שח"ס הדין שרדס מקנה לדבר שלא בא לעולם היינו אומרים שהבנים שילדו אח"כ בכלל הלשון הם לירושו בשעת מיתה כיון, אך מטעם שאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם לא מבעל"ן לישוי, והנה דאין שכוון למי שהוא עתה מעותד לירוש, וא"כ בג"ד ג"כ לפ"י לא תשיבין שהקנה אחריו למי שלא בא לעולם וזריכים אנו לקיים לשון דיעורו ולא לבטלו. — ומעתה זריכים אנו ליטב קושית הגהות למא לא כתבו הפוסקים לתרן הקשותא בזה דאמר נכסי לסבתא ובתרה לירתה שהנ"מ לבנים שילדו אח"כ שלא יעלו, ונראה לענ"ד לתרן בדרך פשוט שלכן לא אמרו הירושן זה משום דסתמא דמלתא הסבתא לא היתה בת בנים ולכן אין לחוש שמא יולדו עוד בנים לה, וע"כ הקושיא נשתרה למא אמר ובתרה לירתה הא בלא"ה הוה הוא ירית לה, וע"כ תרלו מורשים אחרים שבאמת כולם נכ"ס לדינא וגם לעינן בע"מ שלא יגבה ולעינן מתנת שכ"מ שלא תתן ולעינן האיבור לכתלה למכור שלא תהא רשף למכור, ובמקום שיש לרונ לעינן בנים הניחוספים גם על בכלל. — ולענ"ד נראה לעינן שמה שהולך הר"י ממגנלא לתת הטעם משום דאין אדם מקנה למי שלב"ל הוא לעינן הוכחה על היורשים של עתה או שהיה אח"כ בנים והבת לא תהיה אז יורשת שלכן עומד הדבר להיות בנים ונולדו, אבל לעינן הטעם שמת מתות בחיי הסבתא ואז יהיו יורשים אחרים שנאמר שלירשים של שעת מיתה כיון, דלכאורה י"ל כיון שבאין אין טעם שאין אדם מקנה למי שלב"ל יש לומר שלירשו של שעת מיתה נתכוון, מ"מ יש לומר שלכן אמרינן בזה שאמרי יורשים שאינם יולאי חלזיה של הבת אין לוקחים בתורה יורשי הסבתא משום שאמר בתרה לירתא, והטעם דסתמא דמלתא לא מייס למיהא גם לשמא ימות, ולכן אנו מעמידים לשון אמירתו ובתרה לירתא לאותה שיהיה אז, כן נלע"ד :

ז) ובר"י דבריו בעינן זה אע"פ על דברי הרמ"א שכתב באומר נכסייך לך ואחרך לי או לירשיו שאם נמנע המקבל המתנה שהוא יורשו מוסיאין מיד בלקוחות, ובתרה הכי הביא הגמ"א לדינא שאם אמר ואחרך לירשוי יהיה לו בם שאין שאר יורשים עומדים במקומה, ובאמת הוא תמוה

י) ובעיקר דינו של הרמ"א הוא מובא בג"י על הטור (בש"י רמ"א) שצ"ח שם הדין באומר נכסי לך ואחרך לירשוי ולא היה לו בשעת המתה רק בת ואח"כ נולדו לו בנים מי נטל הנכסים הבת או הבנים, עיין במדרכי פי"י, ע"ב, ובתב ע"ז הד"מ שם סק"ו ויגמתי ולא מלתא שם ולקמן כ"י זה נראה מדברי רבינו שאין כוונתו אלא לירשוי שהיו לו בעת המתה כו', ובאמת נפלתא בזה של הרמ"א שצפירוש נמלא דין הוא וצ"כ בתרברכי דילן כ"י שנתלין לאחר סיומן (תקע"ט) ונדושים ויולאי א"ה ס' הקט"ח) אילו היה ברא לבתתא ירית, ספר התכמה קבלתי ממורי הר"י וצ"מ ונמנע דאפילו אם יהיה לו בנים אחרים אח"כ אחריו שאמר נכסי שאמר נכסי יריתו לא היה לו שום יורש כ"א אותה בת דאין אדם מקנה דבר למי שלא בא לעולם כו', ע"ב. ומזה מובא שמה שאנו אומרים שבנותו שלירושם שבעת האמירה הגם שבעת האמירה הוא בחיי המוריש ובעת שבעת לרין יורשה היינו בעת מיתתו של האומר אז יהיו יורשיו אחרים, מ"מ כיון שלחיתו שולד לא חל אמירתו ע"כ ממילת אמרינן שלחיתו שהוא עתה בעולם עליו הוה אמירתו, וכל שאפשר לנו שלא לבטל אמירתו לא מבעל"ן ליה, וא"כ ה"ה בג"ד כיון שלחיתו שולד אח"כ לא חל אמירתו עליו אמרינן שאמירתו הוא לאותן הבנים שנולדו לו אז ולא לאותן שילדו אח"כ, וכיון שהמדרכי כתב כן מפורש לדינא ומשאר הראשונים ג"כ מוכח כן וכמו שצ"ח מקודם שמשטיט רשכ"ס לא משמע הכי הכי נקטינן, ובפרט לפי מה שכתבנו והארענו לעיל שיש ליטב שום שיטת רשכ"ס לחי יהיה נגד דין זה :

וראתי בנימוכות (שם ס"פ י"ד) וח"ל, והעיקר שכוונתו מל יורשים של שעת מיתה וכן שבר"מ ג"כ תמה

אם שכתב באחריו לי או לירשיו שאם המקבל מנח שמואל
 הוא או יורשיו מן הלקוחות, הא בגמרא אמרינן באומר
 ובתרה לירחתי שמשכר טעמא דבני מערבא דחי קדים
 שכתב וזכנה זכונה זכוני, הרי מובא שגם באחריו לירשיו
 אם מנח המקבל קיים, ובאמת כבר העירו בזה בס' המאור
 ובנימוק"ו ובשמ"ק והרמב"ן בחידושו (דף ק"ז ע"ב) והוכיחו
 מזה לקיים ג' הגאונים ובתרה לירחתי, אבל לגרסת הרשב"ם
 ודעימיה, שהג' הוא ובתרה לירחתי מוכרחים אנו לחלק בין
 שירר לעלמו בין לירשיו, או שנאמר כפירושו של הרמב"ם
 דהא דקאמר גמ' לעלמו היינו המוכירה הוא לעלמו כגון
 לבנו קטן וכמו שכתב (המ"מ בפ' י"ב מלכות זכיה), וא"כ
 לגי' לירחתי נשאר הדין באחריו לירשיו, שאם נזכר הראשון
 שלדידה שני הדברים שפסק סוהרים וא"ל שפסק באחריו
 לירשיו שאם המקבל מנח מוזילין יורשיו מהלקוחות, ובדין
 אחריו לירשיו מביא לדינא של העור שדוקא זרעה וירשום
 הנכסים ולא יורשיה האחרים, ואמאי כיון שאין להמקבל רק
 קנין פירות דאי לירשיו, ובדין פטל הו"ל בעל או שארי יורשיו
 לירש אותם דהא אין כאן סברה גמ' דאמר רבה מסתבר
 כו' דאי קדמה שכתב כו', ובאמת עבור לירחתי הדיון שאם
 אמר ואחריו לירשיו שבעל מביחתי זה המקבל מתנה רק
 באחריו לי בזה דעת העור שמו"א מיד הלקוחות, ועיין
 דרישה ס"ס שכתב ג"כ שדוקא באומר ואחריו לי אבל לא
 באחריו לירשיו מאניא ה"ל דכ"ב, ותמה על הרמ"א והרמ"י
 שכתבו דין זה גם גבי ואחריו לירשיו. — ונראה לענ"ד
 ליישב שהרמ"א שכתב דין זה גם גבי ואחריו לירשיו לא מלד
 ודאי פסק כן רק מלד שפירא שמו"א שמה הדיון הוא כשיבת
 הרבה הראשונים שאיברים שגם באומר נכסי כו' ואחריו
 לירשיו הוא כמו לעלמו, ובאמת לפ"ו יהיה הגי' ובתרה
 לירחתי ונלד ספק לא חל קנין הלקוחות מלד שאין בחזקת
 מ"ק שהנ"ל לא ניתן להנקה מוספק, והא שאין היורשים
 האחרים יורשים הנכסים באומר ואחריו לירשיו ומתה הבת
 כתיי המקבל שאין יורשים וירשום כמו בעל וכוונתו
 משום דהוא ספק בעלם יורשתי, אם שפיר לירשיו המקבל
 או לירשיו נזמן וכן ונפקין מוחקה המקבל מתנה שירשיו
 בניקוחו עומד ומתים המקבל היה תפוסה ברשות, ע"כ
 אמרינן ה"ב דקיימא ארעא סיקוס, מש"כ בהלוקה שהיא
 ספק בליקוחו והירש דהא יורש של הנותן שהרי אמר ואחריו
 לירשיו, רק שהספק הוא בחלות מוכירתו וניתנות של המקבל
 הראשון, האמרינן אין ספק מוזיל מירד ודאי, ובפרט אם
 מכירתו ומתנתו קיימת הוא ג"כ שלא כהוגן, דהא אין ראוי
 לכתחלה לנזכר לחזורין בזה בגמ' איזה רשע ערום זה
 המשיא עלה לנזכר כרשב"ג, ולכן כל כה"ג בסיפיקא היה
 תפוסה שלא ברשות ומקיימן אחזקת מ"ק לבעל הנוכירה ה"ל,
 זהו הגר"ה לענ"ד בשוב דברי הרמ"א ודו"ק :

סימן ד

כסלו תרכ"א ר"פ

בדין שבועת השותפין שמשביעין על טענת ספק, שבועה
 רובנן בנפיק, ומ"מ בעינן שיהיה להתובע עליו חשד
 רגלים לדבר, וכמו שביאר בט"ז (י"ט ס' ז"ט) וז"ל, וג"ל
 דקב"ל דע"כ בעינן שיהיה חשד בעיני התובע עליו טאזיה
 הוכחה שיש לו כו' אבל אם טורה שאין לו הוכחה אין
 משביעו בש"ש (בפ"ו ס"ו ס"א) דובל להפך לומר לו אשתבע
 לי דחשד ליח בכך :

ונראה לענ"ד לחשד בזה, שהיא דוקא שהתביעה היה על
 ריח שחובע אולי היה עוד ריח יותר נזכפי מה

שמארה שחשבונו, אבל הי"א שהשותף מראה שחשבונו
 הפסד בעסק ונפסד מהעסק ומקלח ממונו המשותף, בזה
 אין לריך להיות אלל התובע חשד רגל"ד ויכול להשביע בשפק
 לבד בלא טענת רגל"ד, וממילא לא יוכל להפך עליו לומר
 לו אשתבע לי דחשדנא, וכמש"כ הנוטפות (בפ"ו ס"ק א"ה)
 שדוקא בשה"ש יכול לומר לו אשתבע לי דחשד לי בכך משום
 דבעינן הוכחה כד' ה"מ"ו ה"ל, אבל לא בשאר שבעות
 הבאים על הספק, שבעות שומרים אין שייך לומר בזה וכן
 מוכח מסי' י"ג (בפי"ג), ויסוד רחיה לוח מלחתי מדברי
 השערי שבעות (בשער ח') שכתב שש שלשה דברים בשיתוף
 עיסקא. דין א', שיטעון המתמסק שנאבד כל הממון באחד
 מב' דברים הן על דרך ששומר שכר מייבד בו כגון גניבה
 ואבדיה, והן על דרך שנתמסק מן הממון בעסק אחר שלא
 התנה עמו כו' ולריך לשב"ש שה"מ שחייב ברבוי ח' במקום
 השבועה משלם את הקרן משלם. דין ב', שיטעון דבר שאין
 שומר שכר חייב כגון אונסין, ישבע שבועת התורה שכן היה
 ומשלם מחלית הממון שבתורה מלוה ויפטר ממחלית האחר
 וכו' וע"ש נ"ח שיש שהלריך שש דין זה, והא"כ כתב דין הג' במקום
 שיטעון זה המתמסק הפסד כל הממון או מקלחו, ולא
 שנגבד או שנאבד, הלא שנתמסק שחייב בזה מלפני
 שהתנו ביניהם בלא שינוי ולא עלתה יפה, נחתייב שבעה על
 מה שטעון וישלם חלק המיוזם וכו' יע"ש. והגר"ה מדברי
 השערי שבעות שבאופן כזה שהפסד היה ע"י הנו"מ עשה
 כפי האופן המדובר ביניהם מחלה אין בזה שבועת השומרים,
 אך אמר סתם ישבע, ולכאורה היה אפשר לומר שהטובה ע"ז
 מדין שבעות השותפים, אך משמעות הלשון אין מורה כן רק
 סתם אומר שישבע שבעה על מה שטעון, ועוד נראה לענ"ד
 להוכיח ממה שהשערי שבעות (בשער י"ח) מביא שם
 שבעות המתחייב על תביעות של חשד ועל שמו רכו', וכבר
 שם ושבועת השותפין שהזכרנו לא שחילוק זה על זה על
 חלקיהם שכבר פסקנו דברים המיוחד להם בשער המיוחד להם
 בזה הספר, יראה כוונתו למה שכתב (בשער ח') ששם דבר
 בכל הדינים בזה, וא"כ נראה ברור דעמו ששבועת הפסד
 במו"מ אינה מוגדר שבועת השותפין, רק היא שבעה אחרת
 מדרכנן שהיא אין לרביה טענת חשד וסוכחת רגל"ד דבעינן
 שבועות השותפין :

ובזה שכתבתו יתבאר לנו כוונת תשובת הר"א"ש (כלל ס"ט
 ס' י"ד) שכתב, ומה שאומר שמכר בהקפה יהודים
 ולא"ו וראובן אומר שלא הרשע כו', עד אבל אם מנהג
 הסוחרים לנזכר בהקפה, וילקו ההקפות שיה בשום ח"ט
 מנאס ואם רעה ראובן יכול להשביע לשמעון שאלו ההקפות
 הם ב"א מעסק הסוחרים ששאלם לטובת העסק, עכ"ל,
 והובא זה בשו"ע ח"מ (פ"ו י"ג סעיף י"ח), ואם לאמר שזו
 השבועה הוא מדין שבועת השותפים למה הזכיר הדברים
 בפרטים האלו, ועוד מה לריך להשמיענו על שבועת השותפים,
 הכי לא ידענו מדין שבועת השותפין, אך למש"כ נאמר שזה
 השמיענו הר"א"ש שכול להשביע על הפסד מעצנת ספק
 גם בלא חשד רגל"ד. ובמש"כ לחשד במקום שגפסד הקרן
 ממונות השותפות יכול להשביעו ע"ז גם בלא חשד רגל"ד רק
 בשפק לחוד, יהיה קשה על הגהת חידושי אנשי שם שכתב
 (בשער ח') מושערי שבעות ה"ל"ש שהגיה שם על דין ג'
 שכתב שם מוקדם שיטעון זה המתמסק כו' שנתמסק בו באותה
 המלכה שהתנו ביניהם בלי שינוי ולא עלתה יפה ונפסדה
 נחתייב שבעה על מה שטעון, וע"ז הגיה בחדושי אנשי שם
 כתוב בסמ"ג עיני פ"ו וז"ל, אי רחיתי שהשיב רבינו
 יעקב בתשובה שחש שהמלה הוכחה למחלית שכר אין יכול
 להשביעו בבענת חשד שאינו מוגדר היחזר לעלמו שהרי טעם
 כל שכר טרמי וכו' ע"כ דברי ר"ח, ונראה כוונת הגה"ה
 להשיג מודברי סמ"ג בשם ר"ת על דיו של השערי שבעות
 שהלריך שבעה להתמסק, ולמש"כ אין כאן מחלוקת, שדאי
 הי"א

היבא שבקמן לא נכתב רק שטוען אולי היה ריוח יותר מכפי שמרצה בשבועו, נלמד ע"ז הכחה רגל"ד ולזה בעיני חמד, ע"כ במקום שגולש אז מרד השעירות בדיון זה להורית אלוף נעורי יבול להשביעו מחמת חמד, משא"כ במקום הפסד ע"ז יש שבועה בלא רגל"ד לחמד, אז יבול להשביעו גם במקום שגולש סכר טרחה, וזה הנראה לענ"ד לחמד דין זה:

והנה הנלוות או מה שהשירותי בדיון זה להורית אלוף נעורי הגאון המפור' מהו' אהרן שאול ועלינו בהנהגה וצדקה היה הנאכז"ר ודענאבורג וזה אשר כתב לי ע"ז, וישנן מהביב לי שמעתא דמר אלוף נעורי הגאון ז"ל, יבול להשתוק מכתבו אלי ממנו כפי מה שכתב בזה, ואח"כ יבול מש"כ לו אח"כ על מכתבו שהארכתי בפרט דין זה בע"פ. וז"ל מכתבו ב"ה ג' דהנהגה ברכות לפ"ק דה"כ. חיים שש"ו וברכה לאהר' ודינ' כו' האבד"ק סוויר ובלל אשר לו הווי"ש ובט"ס :

מכתבו הנעים הגיעני לשמחה לבבי ונהייתי מדברים הנשימים עד מאוד ואכריון נמיטה ע"ז ומשתוקק אני עוד לשמוע ממנו בשו' החו"ש וה"ת ברוחב הנהגתו כאשר אמר עם הספר כי ערבים עלי דבריו הקרים. והנה אשר רצה מעצ"ת כעת לחסד מכתבו הנ"ל חילוק חדש בעיני שבועת השותפין שמ"כ דבעיני דווקא שיש רגל"ד לחושדו הוא דווקא אם רוצה להשביעו שמה העלים מן הריחו, אבל בטוען שהיה הפסד מן הקרן חייב שבועה דרבנן גם בלי חמד ורגל"ד, וכתב מעצ"ת שיש לומר שזה שהולך הרא"ש בתשובה (כל"פ פ"ט) להשמיטו שיכול להשביעו שאלו ההקפות כו' כדאיתא בסו' ז"ג (בש"ק י"ח), ועיקר דיוקן של מעצ"ת הוא מד' השערי שבועות של הרי"ף (בש"ק השמיני) דין ג' ע"י"ט, ובשער ר"ח כתב שבועות השותפין שזכרנו לך שזכרנו לא שחלקו ביתר ובחסר שכבר פסקנו לעיל שמשמע מזה שהשבועה שהזכיר בדיון ג' (בש"ק ח') אינה שבועות השותפין הבאה ע"י חמד אלא שבועה דרבנן כיון שמכר בידו משות ואינם, והנה מעצ"ת דברי החידושי אג"ש שם שהביא דברי הסמ"ג בשם ר"ת בע"ז, כי ל"ד מעצ"ת אין דברי מן המתנגדים להשערים כו' דר"ת איירי לענין להשביעו שה"ש שמה העלים מן הריחו והשערי שבועות איירי שטוען שנפסד מהקרן :

הנה יאמר נא יודידי אפי' אם היה כתוב דין זה מפורש בשערי שבועות ובתשו' הרא"ש הלא היה קשה לנו מגוון להס דין זה לחדש שבועה דרבנן מהקמת תמימה שלא הוזכר בש"ס, דאחר שמעצ"ת הרגיש בעלמו שא"כ לומר ישתחייב שבועת התורה כשבועת שומרין נאנסה כדמוכח (בש"ק ז"ג כשי"ג) שאפילו בטוען הפסד בקרן אינו רק שבועת השותפין ולא שבועת דאוריית', א"כ מנ"ל בזה שבועה דרבנן וזאת שבועת השותפין אפי' בטוען הפסדו מן הקרן, ואחרונה אפי' שבועת השותפין מה שיכול להשביעו על הקרן הוא ק"ת מדוע, עיין (בש"ק ש' שער י"ח) שם שכתב ולפי שהשבועה זו יש בה תימה וכו' ויש מפרשים וכו' והוא להדבירה וכו' משום דמורי וכו' ואומר אשקול מפירות ריוח זה דהנא עסקינא וטרחנא ומורא מדידיה ק"א אביל וכו' אבל על הקרן לבדו אין לו הוראת היסר כלל, אלא שמי' נראה שאפי' אין ספק לבעל המזון שהיה ריוח וזה טוען הפסדו גם מן הקרן, מי' יבול להשביעו שבועת השות' ברגל"ד על הקרן ג"כ משום דמורה היסר לקח מן הקרן על סמך שטרחה אח"כ ויתעסק להרויח ומלאות הקרן ונס ריוח, עכ"פ פשוט בעיני מה הסבירא דבטוען הפסדו מן הקרן ע"פ פרקמטיא שהזולה, שפיעטא דאינה רק שבועת השותפין וע"י רגל"ד, וזה מובאר ג"כ בדיון המובא (בש"ק י"ח) מתשו' הרא"ש הנ"ל שכתב שם יראה שביעו שאלו ההקפות כו', אלא שחין חין הב"ד פוסקים לו שבועה אלא שאם יראה שביעו (ככל שבועת השות' שחלו' ברלון השותף להשביעו אם חושדו ברגל"ד ודוק),

משא"כ אם היה חייב שבועה ומדבקן היו הב"ד פוסקין לו שבועה ככל שבועה דרבנן, ועיני' בתשו' הרא"ש שכתב שם בהשאלה ראובן ושמואל ק"ת שכתב על נגז' ששמואל ויתעסק בזמון לבדו ויקח ה' שמינית בריוח ובהפסד, וראובן ג' שמינית בריוח ובהפסד ושמואל יתעסק בזמון לבדו ויבלבד שלא ילוח להלוק ראובן ויבטי' ק"ת שכתב על ראובן שמואל ויתעסק בשחורה וחובות על ההודים וא"י בלא ריבית וכו' וראובן אמר שאינו רוצה לקבל חובות אלו כלל לא בקרן ולא ברביית וכו', הרי להדיא שאפילו על מקלט הקרן לא חייבו הרא"ש בהלשט שבועה מדרבנן, אלא אם יראה שביעו וכו' שבועת השות' וזה ברור :

ואולם השערים שכתב בשער השמיני בדיון הג', והוא שטוען לו המתעסק הפסד כל המזון או מקלמו ולא שננגז או שג'בד אלא שנתעסק בו באותו מלאכה שהתנו בעיניה בלא שבו' ולא עלתה יפה ונפסדה נתייבט שבועה על מה שטוען ומשלים כל המלוה, דמשמע להדיא שהב"ד פוסקין לו שבועה בהלשט [מתא"כ (בש"ק י"ח) כתב ואלו נשבעין שלא בטענה וכו' השותפין וכו' וכן הבית א"ל מה אחר טוענו רלוני שכתב לי חייב עי"ש], נ"ל טונתו פשוט שדייק בלשונו שלא טען שהפסדו בעסק משא ומתן ע"פ פרגומטיא שהזלה דהתם אין מחייבין אותו שבועה אלא אם יראה כשבועת השות' ברגל"ד, אלא הדכא איירי שטוען שנתקלקל שמיניו ג' מלאכה. וכן כתב השערים שם (בש"ק ח') לעיל מיניה. והב' שהוא זמון ומלאכה וכו' ואם יקרה הפסד באותו עסק כיון ימר שהקדיחמו יורה וכו', ודווקא בזמון זה כתב בדיון הג' שנתחייב שבועה על מה שטוען דרמיא ממש לשרל שאמר נאנסה מחמת מלאכה או שומר סכר שטוען נאנסו דחייב שבועה מן התורה, שגל ספק זה לא העלה על לבו בעת מוסירת העסקא והוא עיני' מלתא דלא שביח כ"כ, אבל אינו כן בטוען הפסד ומחמת יוקרנו וזולתו שגל ספק זה מסר העסקא בידו וקרוב לשגר וקרוב להכסד בעת מוסירת העסק לידו וזה פשוט מאוד. — פיעתה יש לומר שמת"כ כתי' א"כ שהביא ע"ז דברי הסמ"ג עיניו פ"ב בשם ר"ת, אין כוונתו שהביא שהסמ"ג בשם ר"ת חולק ע"ז, דאין הלשון משמע כלל בתו' א"כ כן שא"כ היה לו לכתוב אביל הסמ"ג כ' יב', אלא כתב בזה"ל, כתב בפס"מ וכו', וידינו דע"י הסמ"ג אדרבה מובין לנו דברי השערים, שלכאורה היה לו להביא עוד דין ר' שאם טוען שהפסד ע"ז מו"מ בפרקמטיא שהזלה שנגשע שבועת השותפין ומשלים פלגא דמלוה, אלא שיתכן שגם השערים ס"ל כר"ת דאין המלוה לחמית סכר יבול להשביעו שבועת שמה וק"ל :

והנה ראינו שהסמ"ג (ענין פ"ב) הביא שם דברי השערים דרב אלפס שער ח' והעמיק דין הא' ודין הב' בלשונו, ודין הג' לא העמיק, וכ"ל ש"ל שהסמ"ג לא חשבו ליה חידוש דין כלל שמתאר שכתב בדיון ב' שבטוען נאנסה שגשגו ומשלים מחמית המלוה א"כ ממי' לטען נאנסה מחמת מלאכה בלא שבו' שנגשע ג"כ שבועת התורה, וכן מובאר להדיא בשער השביעי ובקומקו שטוענו טענה הפטרות וכו' או שטייטן בו שנתעסקו עמו בתנאי' שהתנו עמו לבעל המזון כו' חייבין לבעד שבועת התורה וכנ"ל עי"ש, וכל זה נ"ל כיון בע"ה לויגא. — ואולם לבי אומר לי עוד שיתכן שמת"כ בשערים בשער ח' בדיון הא' ובדיון הב' שנגשע שבועת התורה ובדיון ג' כתב סתם נתייבט שבועה ולא כתב שבועת התורה הוא בדקדוק גדול, וכן מה שלא הביא הסמ"ג דין הב' ברווחה טפי ויתפסרו דברי השערים כמין חומר. — והוא דבשער השביעי כתב בדיון הא' הוא מודה במקלטה וכו' אמר קרא כו' וע"ז חייבה התורה שבועה בענין דיני השומרין בע"ל, וששאל דל'טיה משמע דס"ל דמן התורה אינו חייב שבועה על טענה דנאנסה

דנאנסה א"כ"כ היה עמה ג"כ הודאה, וכמו"כ התוס' (ב"ק ק"ו) ע"י"ש. והנה התוס' כתבו שם דלר"ם מוכרח לומר בהך הדמוכר את הבית (דף ע"ו) דמוכר שם דאפילו בלא הודאה במקלף חייב שבועה בטוען נאנסו דהוה שבועה מדרבנן שנתקנה בטוען נאנסה א"כ"כ שאין עמה הודאה במקלף ע"י"ש. — והנה יודע הדמחייב במקלף מותר טענתו חשוב כמודה במקלף, וע"כ דברי השערים בשם ח' מדווקק מאוד, דבדין הו', בטוען נגנבה או שגינה מתנאו, דמתחייב בכל הקרן משלם הקרן ומייב שבועת התורה על הספק דשמה הרווח ונתן עיניו בריוח, שא"כ"כ שבעל המזון א"י אם היה ריוח או לא, אשכ"כ חייב שבועת התורה כמו שחייב שבועת התו' בטוען נאנסה א"כ"כ שהוא ספק אם נאנסה או לא, הואיל ויש עמה הודאה במקלף או מתחייב בטענתו במקלף, ה"כ לענין הספק שמה הרווח חייב שבועת התורה, ואשכ"כ שכתב הש"ך (בב"י נ"ד ד') דבשילם דקני"ל משביעין אותו שבועה שאין ברשותו שמה עיניו נתן בה דליגה רק מדרבנן, שא"כ דהתם השבועה אינה פוטרתו מומן שהרי שילם בעד התקן, אבל כאן חיישין שמה יש בידו מומן ריוח והוא רוצה לפטור עלמו ע"כ, וע"כ הוא שבועת התורה וק"ל. ובדין הב' פשיטא דהיינו דין שבועת השומרים, ובדין הג' כתב שטען שנספד כל המזון או מקלפו וכו' תחייב שבועה וכו' כאן כתב סתם תחייב שבועה משום דיש חילוק, פעמים היא שבועת התו' ופעמים שבועה מדרבנן, שאם טען שנספד כל המזון ע"י אונס כנאלאכה שהקיימתו ויכח וכו' או חייב שבועת התורה שהרי מתחייב כל המזלה בטענתו והוה כהודאה במקלף עם טענת נאנסו, אבל בטוען שנספד מקלף פעמים טענתו הוא על מקלף הרווח, היינו שבעל המזון ידע שכבר הרווח קר וכו', רק שזה טוען א"כ"כ נספד מקלף מהריוח ע"י מלאכה בלא שינוי ולא עלתה יפה, בזה אין כאן רק שבועה מדרבנן דהרי הוותר שמתחייב הוא הילך ואין כאן הודאה מקלף, ומ"מ מדרבנן ב"ד פוסקין לו שבועת מעלמס שהרי מקלף דהוותר אה"כ מוכח ב"כ"כ מדרבנן חייב שבועה בטוען נאנסו אפילו בלא הודאה במקלף עמה, ודו"ק היטב :

וכל זה אם נימא דמון התו' בעינן הודאה עם נאנסה, אבל בסמ"ג ס"ל כשועת ריב"א והכי קו"ל דבטענת נאנסה חייב שבועה מהתו' אפי' בלא הודאה א"כ אין הכרח כלל לומר שהיה כאן תקנת שבועה מדרבנן וזאת שבועת התו' ממש או שבועת השות' הבאה ע"י חקר בגלג"ל, ע"כ לא העתיק בסמ"ג דין הג', ויעינין ש"ך (ר"ז ק"ג). — מיהו אפי' לפי השיטה הך, רק שזה טוען א"כ"כ נספד מקלף הפורה, דמוכח דהיה תקנת חכמים לחייב שבועה על נאנסה גם בלא הודאה, היינו דווקא בידוע הנופקד שהיה לו מומן ביד זה וטוען שגאבד א"כ"כ אפי' יודע שהיה ריוח וא"כ"כ טוען שהספד מקלף הרווח כנ"ל, אבל אם מסופק אם הרווח כלל, ע"ז לא ש"ך אפי' שבועה מדרבנן, דלא הוה כעין שבועה דאורייתא דחייב בטוען נאנסה וק"ל, ע"כ כתב השערים (בב"י י"ח) דבחומו שמה לקח מן הרווח והעלים ממוט שזו שבועת השות' שתלוי ברצון השותף להשביעו והוא מדרבנן משום דמורי הסימל וכו"ל :

ומעתה דעת לגבון נקל שאפי' יש פ"פ לבע"ד לחלוק ולומר שגם בטוען הספדתי מחמת שאל עלתה המלאכה יפה ונספדה, שגם זו אינה שבועה של תורה ממש אפי' בטוען שנספד כל המזון, ולא דמי לנאנסה, שגם הספד זה תעלה בספק על לבו בזה מסירת השיפוק, עדיין נובל לומר דע"כ מדרבנן חייב שבועה שהיא כעין שבועת נאנסה, אבל ג"כ דווקא אליבא דש"ת ר"מ דבשי"ת מו"מ הודאה עם נאנסה דמוכח ומג"מ שהיה י"ב תק"ח לתקן שבועה מדרבנן

בנאנסה בלא הודאה, ויחייב ג"כ על דרך הג"ל. אלא שבחמת נראה לפענ"ד לדינא כיון דהשערים נקט בדבריו נספדה ע"י מלאכה, ולא נקט שנספד ע"י מו"מ בפרקמטיא שהזלה משמע דכה"ג לכוונת נאנסה ממש, וחייב שבועת התורה ועיניו בנתיבות (רי"ם סי' נ"ג). — ובתשו' הרא"ש (כלל פ"ט ה"ל) יש קלף מידום בשאלה מש"כ שהתנו ששמונת ידעסוק לבדו ויקח ה' שמינית בריוח והפסד ג' שמינית וארובין ג' שמינית בריוח והפסד א"כ"כ יש כאן ריבוי דרבנן, ואפשר דנתן לו שכר עמלו ג"כ, עכ"ל מוכח שגם במזלה על מחלות שכר ס"ל דיכול להשביעו בשמא כדון שבועת השות' ואפשר שזו הוא שהולך הרא"ש להשמיענו, ואם ירלה יכול להשביעו לאפוקי מד' ר"מ שבסמ"ג הג"ל, ועוד יש ליכב דברי הרא"ש בכמה אנפי מה שלריך להשמיענו ואכ"מ להאריך יותר, עכ"ל לדינא כבר גיליתי דעמי הקלוסה למעלה, והגני מוחס באהבה רבה ואה"ע ודושו"ט כה"י כחצלו וכחשן אז"כ אהרן שאול זעליג הבן.

וזה אשר כתבתי א"כ"כ לכבוד מורי אה"ק נעורי הגאון המפורסם הג"ל על דברי מחבנו, נוטס גיה"ק של גאון כח"מ מן ה' דמנוכה הגיעני, ודברי קדשו הגאמרים שם האירו לנגד עיני ומאוד שמחתי בזה ובאשר ידעתי רב אהבתו אלי ומדת טובו, אמרתי אידין ואדון דבריו הק' ואדברה נגד מלכתי מלכי רבנן ולא אבוס ומטיבות' אמר קאמיני. ראשון כתב גכת"ד על מה שרציתי לחזק שותף שטוען טענת הפסד יש עליו שבועה גם בחין השותף טוען שיש לו רגלים לדבר שיש לו חסד על טענתו שהיא בשקר, ורציתי ללמוד מדברי משמעות תשו' הרא"ש (כלל פ"ט) ומדברי השערי שבועות של הר"ף (שער ה' ופער י"ח), וע"ז כתב גכת"ד וז"ל, יאמר נא אפי' אם היה כתוב דין זה מפורש בו' ומנין היה להם לחזק דין זה שלא הזכיר בש"ס בו', הנה ע"ז אומר אשר לפענ"ד יש סמוכים למקור דין זה מן הש"ס אם כן הוא דעת הראשונים, מתרי טעמי. א' הרבה מרבומינו הראשונים אשר מובא בדבריהם בש"ך בחו"מ (פ"ו סי' ס"ק ע"ד) שגם בדבריהם שאין נשבעים עליהם מה"ת כגון בשערות וכדומה מ"מ נשבעין עליהם שבועה שאין ברשותו שהזכרה בש"ס ריש המפקיד ואף במקום שיגזול את שלו לגמרי [אם טענתו בשקר הילין], מ"מ נשבעים עליהם שבועה שראשו, ומעשה יש לומר דס"ל להני רבנן, דה"ל ככאן בהפסד הקרן מן המטות המשותף ביניהם משביעין אותו שבועה שאין ברשותו מהמטות שהוכנס לידו לזורך עסק השותפות, הגם שיש לפקפק ולומר דכי הכי נשבעות התורה שבה על לקלול הדבר שבצית השומר מתלקיין בין הפסד הבא ע"י משא ומתן להפסד שבה בגוף הדבר שלכך נתנו לו ושע"ז, וא"כ ה"ל יש לומר שעינין שבועה שאין ברשותו שחכמים תקינה, לא תקינה רק לגבי טענת נגנב או גאבד וכדומה דלא שיה, אבל לא לגבי טענת הפסד במשא ומתן ששבת, מ"מ אין זה מוכרח, כי יש לומר שדווקא לגבי שבועת התורה כיון שלא מלינו בקרא רק נשבר או נשבר, או נגנב בשומר חס, לא מתייבין שבועת התורה אלא כפי האי גוונא, אבל שבועה שחז"ל תקינה לשבט שאין ברשותו, כל שיש משא ומתן שראשו הוא הדבר הנמסר לו מתייבין ליה לשבע שאין ברשותו, ולא מיעבי לטעות הראב"ד שאוב"ב בש"ך הג"ל שכובר ששבוטת שאין ברשותו גם בשערות הוא מו"מ, וכבר הקשה עליו הטור (בב"י י"ח) הא מקלף מתעבינן מיעקר השבועה ממילא ה"ה מכל השבועות, ובתש"ע הש"ך שטעם שברחו בו' אבל שבועה שאין ברשותו אפילו אי לאו קרא הוה מתייבין ליה מסברא, דהיא"ך יעלה על הדעת שיפטר בלא שבועה, דשמש ברשותו הוא ולא שבת חיי לכל מפקידים, ע"כ שיה זה אף בשערות וכן שו"ת סברא חזקה, שכל שדאי חזק נאמן שישן שנתהוה א"כ"כ

הפסוק, כיון שבטלים אין יודעים מזה וגם לא הוה להו
 לדעת זאת, ואין זה דומה ליענה פדעיה שהודיעה אין
 יכולים להשיב עלה על חוב ע"פ שטען שרע שחל לא
 פרע, משום דפרעון שאני שכל חוב עומד לפרעון. אמנם
 הרמב"ם וביעו שאין מחייבין שבוה שאין ברשותו במקום
 שלא דין שבוה שמוי"ט, יש לומר לדרוה שאין דאמר
 ההשבוה שבמחמתיו דהעברת מבוה ברוך האומיין הוא
 שבוה שלא בזונה שברתיה היא שבוה מחודשת כאן שהיה
 נראה להם לחז"ל לתקן זאת, ואולי מומך שקילעו על
 הפועלים לפוטרים גם שפטיה החמירו על הפועלים שיטענו
 גם על הפסק שמו"ט דלא שבוה ואלא ילפיין מינה
 לדוכתא אחרינא :

וְזָמַן אף לדעת הרמב"ם שזכות מדבריו (כפ"י מה"ל שמוחן
 ופתיחים) שגם בהפסד הבא ע"י מו"מ בטעם השוהות
 אין שבוה וזלת שבוה שבוה ולא שבוה אחרת מדון
 שבוה שאין ברשותו, מ"מ היה נראה לעי"ד לומר שאבאין
 זה אין לר"ך רגלים לדבר, רק טענה הפסד בעלמו נחשב
 כרגלים לדבר משום דלא שבוה לעסק שיהיה הפסד וסחמא
 דמלתא מנחמל כל אדם שבוטין שיהיה ריוח ויהיה קרוב
 לשכר לא להפסד, וסבוחין לזה נראה לעי"ד דמלתא מהא
 דיתא (כ"ב דף ע"ג) גבי שטר כים היוזא על היתומים דלמאן
 דסבר דלא מהימין לומר החזרתי בזמן דנאכסו נשבע וגובה
 כולו מן היתומים אף הפלגא פקדון, והקפו תחום"ס כ"ד
 מאן דאמר נשבע וגובה כולו, אכתי אחאי גובה כולו נטעון
 להיתומים נאכסו, ותיירו דמלתא דלא שכיח הוא לא טעינין
 ליתמי דנאכסו קלא אית לה, ואכתי ל"ע למה לא נטעון שהיה
 הפסד בזמ"מ בעסק, כתי דהא ליכא להקשות על מאן
 דאמר דטעינין החזרתי בזמן דנאכסו וע"כ הדין דנשבע
 וגובה רק מחלה, למה לא אמר בגמ' שנטעון החזרתי בזמן
 הפסד ע"י מאש ומתן, שיש לומר ע"י שזה לא שכיח כלל
 וכלל שיהיה הפסד על כל העסק שיופסד ע"י מאש ומתן שיהיה
 כלה כל הקרן לגמרי, ע"כ אמריין רק שיהיה נאכסו לומר
 החזרתי בזמן דנאכסו, הוא שאירע אונס וסביע שאלה הכל
 באונס, אך מ"מ יקשה למ"ד דסבר דלא טעינין החזרתי
 בזמן דנאכסו, וכאכסו גופא ל"ע טעינין משום דלא שכיח,
 מ"מ אחאי גובה כולו שאם היה הפסד בזמ"מ ונפשות הממעות
 שיער האשכנזי שבוה בעסק מו"מ, אלא ודאי דטעינין
 על חזקתו שלא היה הפסד בטעם ע"י מו"מ משום דלא שכיח
 הדבר שיהיה הפסד, וכיון דחזוין לפי שיטת תוס' דאומרינא
 שסתמא לא נחסר מהקרן ע"י מאש ומתן חזקה כל כך עד
 שמוילין מן היתומים בזה ממון מחוקקת, ודמי זה כמו
 טענת נאכסו, כש"כ שהסבדא נוטה שיהיה זה מועיל להחזיק
 את החשב עליו פן משקר באומרו שהיה הפסד וזה יהיה
 מועיל כמו רגלים לדבר, ובה יחזק לנו מש"כ מקודם
 שלדעת הסוברים שהדין דיתא בגמ', משביטין אותו שבוה
 שאין ברשותו מדרכין גם במקום ששאר כירו גוף הממון,
 שגם על הפסד הבא ע"י מאש ומתן ג"כ הדין שמשביטין
 אותן שבוה שאין ברשותו היינו שכן הוא שיהיה הפסד כך,
 שאין לחלק שדווקא בנאכסו דלא שכיח, שהרי כבר הוכחנו
 שגם הפסד בטעם מקרי לא שכיח [ומחלף נראה לעי"ד להביא
 ראיה לדעת הסוברים שאלמא דסבדי דלא טעינין ליתמי
 נאכסו ה"ה גביה וזכירה אם היה אביו שומר תכס ג"כ לא
 טעינין ליתמי וזה נחשב ג"כ לא שכיח דהא הפסד מו"מ
 ודאי לא עדיף מנטיה ואביה, ועיין תמוס (כפ"י ק"מ ס"ק
 ה') שהוא ג"כ הכריז כן, וכן נראה לעי"ד קלת משעות
 בלשון הרמב"ם וש"ע (סי' י"ג סעי' י"ג) הג"ל דיתא אין
 אומרים שישבע שבוהת האוספין כו' אלא ישבע שבוהת
 השותפין וילך במנה שדירו, ולמה להרמב"ם לפתוח בחיוב
 שבוהת האוספין שיה דווקא אם יש לו חשב כרגלים לדבר
 וזהו בכל עסקי השותפין, הכי הו"ל להרמב"ם לומר שאין
 קובל

אח"כ שכלה וכאבד והמפקיד אין יודע מזה, לר"ך לשבע
 לאמת דבריו, וא"כ מומלא סברא זו שייך גם בהפסד ע"י
 מאש ומתן. (ב) אף לכל שיטות הראשונים החולקים על הרמב"ם
 וסוברים שגם שבוה שאין ברשותו אין על הדברים הפטורים
 מדיון שבוהת השומרים וכדומה, מ"מ לעיין אם מדרכין חייב
 הלא הוא מחלוקת הראשונים בזה, והיי"ד הכריז לר"כ
 כדעת הפוסקים הראשונים שמדרכין מחייבין שבוה שאין
 ברשותו גם בדברים שאין נשביים עליהם, וכאב שגם הרשב"א
 והטור הכי סבירא להו, וכמשה"כ הש"ך שאין לחלק ולומר
 שדווקא היכא שמשלם מיישגין שבוה עיניו נתן זה אכל היכא
 שאין משלם לא חשבו שגזול את של אחר נגמרי, שדורשה
 איפכא מסתברא דכיון דאפי' היכא שמשלם חשבו לשמא
 עיניו נתן זה, כש"כ היכא שלא שלם, דאל"כ לא שבתת חיי
 לכל מפקדי שטרות דיהאמר אבד ויפטר לגמרי, והאי סברא
 שייך גמי בהפסד מו"מ דלא שבתת חיי לכל ומניס לשוהות
 שיאמר שהיה הפסד בטעם :

עוד

נראה לעי"ד שלפי דעת רבנו מאיר הובא במדרכי
 ר"פ המפקד והובא בש"ך (סוף סי' ק"א) שבוהת אין
 לי הוא מדינא דגמ', ולמאן זה ממה שמשביטין אותו שבוה
 שאין ברשותו, ונחשו א"כ בחאי דמוין אז לזה, ולר"ך לומר
 כי היכי שמשלם ספק שמו עיניו נתן בה מחייבין לו אף
 ע"י טענת ספק ולר"ך לומר שהטעם הוא לפי שמשקלה היה
 אללו הפקדון בודאי, וה"ג בטוען אין לי שמשקלה היה אללו
 ודאי ממות המלוה וטעה טעונו אין לי, מטעם שהפסיד במשא
 ומתן או מטעם שכלה מחיובת אחרות הנוודמנות אנו
 נשביים ע"י, והפסק שמו"ט יש לו ממות והפך להשתמש בהם
 לעלמו, ומקור שבוה זו מתקנת החכמים בדין שבוה שאין
 ברשותו, וע"כ לעי"ד לפ"י מלתא דשיטתו הוא שבוטין
 הפסד ע"י מאש ומתן, לר"כין אנו להשיבו שבוה שאין
 ברשותו היינו שכן הוא כפי מה שטוען שגפסד אללו קרן
 העסק והוא שבוה דרבנן בק"ח. — ולפ"י נראה לעי"ד
 לומר, דמה דיתא ברמב"ם (כפ"י מה"ל שמוחן ופתיחים)
 והובא זה בב"ע (ח"מ סי' י"ג סעי' י"ג) ישבע שבוהת
 השותפין שפחתו משמע דאין שם רק שבוהת השותפין
 ולא מחייבין שבוהת שיהיה הפסד מבלעדי שבוהת השותפין
 מדיון שבוהת שאין ברשותו, משום דהרמב"ם לשיטתו אייל טע"כ
 מחלף טעון סובר שאין בשטרות שבוהת שאין ברשותו אף
 מדרכין, ולכן גם בטענת הפסד גם כן אין לחייבו רק משום
 שבוהת השותפין, אבל לדעת הפוסקים שסוברים שמחייבין
 שבוהת שאין ברשותו מדרכין גם במקום שטוען על גוף הממון,
 ובהכרעתה ע"י פ"ד שבוהת הוא השותפין, יש לומר שגובל ללמוד
 זה מהא דיתא בגמ' (פ"ג ע"ג) סוף פרק האומנין במעביר
 חבית ממקום לתקום שגם למ"ד נתקל פושע הוא מ"מ
 תקינו רבנן שיופטר בשבוהתו, ופרך דגמ' מאי נשבע,
 ומשני שבוהת שלא בזונה שברתיה, ולכאורה יש לדרוקה,
 הא הוה זה רק טענת ספק שמו היוקו בזונה והיאך מחייבין
 אותו לשבע בעסק, וגם זה אין סברא לומר שזה שכיח,
 הכי נאמר זאת שסופלים העוסקים בפעולתם למען ישגו
 שגם בעמלם יוקו להזונה שברתיה, ולכאורה יש לדרוקה,
 אמריין להיפך אומן לא מרע אומניו, והאיך יהו העוסקים
 בהעברת החביות מועדים לשבור בזונה, ואפי"ה אמריין
 אליבא דר"מ דאמר נתקל פושע ונתקת חז"ל היה לפוטרו גם
 על הפשיעה רק על היזק בזונה לר"ך שלם שר"ך לשבע
 ע"י, ולר"ך לומר שהטעם הוא שכל שהיה אללו ממון חזרו
 ונפסד תחת ידו לר"ך לשבע מתקנת חכמים שגפסד באופן

נוטל גם שבועת השתופים אלא ילך במנה שבידו ושבועת השות' ממילא ידעינן שיכול להשביעו, ואין לומר דהשמיטנו כרובא שנס על הקרן שייך שבועת השתופים בטענת ספק וכמו"כ גכת"ל דזה הוא דבר חדוש שנס על הקרן שאין שייך ע"ז כל כך מורה התירא אפי' משביעין בטענת ספק, הכי הו"ל הרמב"ם לומר ואם ירלה משביעין שבועת השתופים ומדקאמר בתם אלא יבעע שה"ס שפחתו כן וילך במנה שבידו, משמע דריגא קאמר שכן מורין לו ב"ד שיבעע שה"ס שפחתו כך. — והנה על מה שבאתי משמעות תשו' הרא"ש שעל הפסד מקרן משביעין גם בלי חסד ורגל"ד, וכתרה"ה כתב ע"ז אדרבה משמעות תשובת הרא"ש הוא להיפך מדקאמר סס ואם ירלה יבשיעו שאלו ההקפות הם מעסק השתופות משמע מלשון ואם ירלה, שב"ד אין פוסקין לו ע"ז שבועת רק אם ירלה היינו שמושו ברגל"ד, לפעו"ד נראה דבכל לומר דהאי ואם ירלה לא שבתלה בלשון השאלה של הרא"ש בכלל (פ"ס סי' י"ד) שם בטענות ראונו לא לומר שאין מאמין לו שזה היה מעסק השתופות רק שטען שלא הדרשו למכור בהקפה וע"כ אין מחויב לקבל זאת על חשבון השתופות, ע"כ קאמר הרא"ש אחרי שפסק שאם מנהג כו' לריך לקבל ההקפות, ע"כ אמר ואם ירלה היינו שיטעון שאין מאמין לו ופשוט :

(דסי' ר"א ע"י כ"ג) שהסומר מחויב לשבע שנתן לחמו אפי' שיש לו רשות לתן לחמו, עכ"ל. ולעג"ד יקשה ע"ז מדין המובא במהרה"י שהוא מדי' הרמב"ם והמ"ג בשלח מוטע ע"י שליח לפרוע לבע"ח דאם מת הבע"ח א"ל להשביע את השליח, ואפי' שזריך לשלם שנית ליורשתי כו' והתם הרי תחאבדו משותפו שמסר להקבל ולמה לא ילעזר לשבע שבועת השומרים שנתן המשותף לבע"ח ולא שינה בזה, אלא ודאי אמרינן שכיון שפי' ניתן לו המשותף לנזקך זה אין שייך בזה שבועת השומרים ורק משענת ספק רמזין עליו שבועת וכמו"כ מהרה"י וה"ג כשם רישותא היינו שהמקבל מחמישו ובג"ל, ולריך לחלק זה מנהג דלקוח (סי' ר"א) שזריך לשבע שמסר לחמו, דהתם היה נגיבה במעות הסקרון, ולא נסתלק מדין שמירת הסקרון במסורת לחמו שערין הסקרון בעין בעולם משא"כ בזה דהשליח מסר לבע"ח בצוה נחשד להחזרת הסקרון ממש לגבולו ונגמר שמירתו לכן אין על זה שבועת השומרים, וכן גמי בנתן בהקפה הרי בזה נסתלק מהמעות שהרי בשליחותו נגמר שמירת סקרון ע"ז שהרי נמכרו להמקבל בהקפה רק לריך לגבות חובות מאלת הקונה ויהיה זה קבלת סקרון מחדש, ולכן אין לזה עליו שבועת השומרים, ובאמת מלשון הרא"ש ואכן ירלה יבשיעו שאלו ההקפות הוא ממועות השתופות אין נראה מלשון של הרא"ש שהוא שבועת השומרים, דהיה להרא"ש להזכיר ויבשיעו שבועת השומרים ומדקתא סתמא משמע שהוא שבועת דרבנן כג"ל :

עוד

כתב נכת"ל אופן השני ליבש דברי השערים בשער ח' שבדין א' ובדין ב' כתב שגשבע שבועת התורה ובדין ג' כתב רק שגשבע ולא כתב שבועת התורה והוא שדעת השערים הוא כדעת ר"מ דלא מחייב שבועת השומרים מה"מ רק היכא דהוה שם הודאה במקצת וע"כ בדין הג' מיירי שמה שמורה הילך הוא, והוכיח נכת"ל מלשון השערים בשער ד' שכתב גבי שבועת ביהודה מקלת הטענה וע"ז חייבה תורה שבועת בעטון דיני שומרים, ובהו ייבש נכת"ל דברי השערים שלא הביא הדין הג' מפני שהשט"ח יהיה סובר דלא בעטון הודאה במקצת בשבועת השומרים, אלו דבריו, אכן אם כי הוא דבר נאה, אצל מה נעשה אחרי שמאלתי מפורש שהשערים אין סובר כדעת ר"ת שגשבע ע"י בדיני משכון כתב שגשבע שבועת התורה לא טענה נגיבה במשכנו בשעת הלוואה שפסק שדינו כשומר חנם שגשבע שבועת התורה שכן היה שנגיבה ויטול מעותיו, וכן במשכנו שלא בשעת הלוואה שדינו כשומר שכן שאם טוען שאלמס נשבע שבועת התורה ופטור כשומר שכן, וכן שפ"ט דריג"ס שבמשכנו שלא בשעת הלוואה קאמר שם בעטון ג' ובעטון ה' ובעטון ה' שהמלוה נשבע שבועת התורה שנאבד המשכון אף שאין שם שום הודאה במקצת להמלוה, ודו"ק :

ובדרי

דברי דיוט שפ"ט בשערים הג"ל דבר חידוש גדול נאמר שם, על שבועת שאין ברשותו היכא שמשלם עבור הסקרון כמו בזה דמשכון שלא בשעת הלוואה שהוה שומר שכן ונאבד המשכון שמוכר מחובו עבור שיוו המשכון, ואפי' האמר שם בעטון א' ובעטון ג' ובעטון ה' ובעטון ו' שביבולן איהא שם שהמלוה נשבע שבועת התורה שנאבד המשכון, אף שנגיבה מחובו עבור המשכון כמה ששוה ע"פ דבריו, ואפי' נשבע שבועת התורה שנאבד והיינו שבועת שאין ברשותו מה"מ הוא, ולריך לומר שסברת השערים הוא שבעטון הגלה גוף החפץ בדמים ששוה לבד משלמוהו א"כ תשוב זה מוזן ולריך השומר לשבע ע"ז שאין בידו, וכדעת הרמב"ם שפשוט הכתוב על שבועת השומרים אם לא שלח ידו היינו שאין ברשותו החפץ הנפקד אליו, וכן אמר שלפ"ז לא יהיה מוקד למש"ל בעטון שיש על הפסד במשא ומתן דין שבועת שאין ברשותו, אחרי שזה דין שומרים, שנגיב או נאבד וכדומה שזריך לשבע שאין ברשותו גם במשלם הוא מה"מ ובפסד מו"מ אין כחן שבועת מה"מ, וא"כ אין ללמוד מזה, מ"ו

אדרי וקובי כל הגיל לכבוד מר, מלאחי לפי דעת הקלושה עוד רחיה למה שכתבתי שיש לבוא על הטוען שהיה הפסד בעסק חברו מדין שבועת שאין ברשותו, מדברי מהרה"י בתרומת הדשן (סימן ש"ח) שכתב על מי שמסר כ' והו' ביד משכון להלווים ללוי שיקנה עבורו בזה וכו' ולוי אמר שלא קבל משמעון ושמעון אומר שמסרם ללוי, שהדין שגשבע משעון, וזה לשונו שם, והפי"ג שפחה הוא דהא לא ידע אי יביב ליה, נראה דהיינו טעמא דכל היכי שנאבד או נהקלקל או בחיוב עיני שגשבע מן הבעלים, לריך לשבע שהוא נכתביו ופי' חברו שנגנזו אין יודע בודאי להכחישו, והכי איהא בפרדכי פ' שבועת הדינים בתשו' רבנו ברוך ורבינו שמוה ומייתי ראייה מהא דאמרינן פרק המפקיד שמשביעין אדפו שאין ברשותו, וה"ל איהא בהשפעת מהר"מ כ"ב המפקיד אהא דמשביעין אותו שבועת שאין ברשותו (נראה כוונתו על מש"כ רבינו מנחם מדין שבועת דין אין לי, מדין שבועת שאין ברשותו שהבאנו לעיל), הרי דמהרה"י סובר שכלל הוא שכל היכא שבה מוזן חברו לידו והא"כ נכסד אצלו לפי טענתו בחיוב אופן שיהיה מחויב לשבע ע"ז הנס שחברו לא ידע, הן אמת שבגידון מה שמסר ליד השליח בעיני דווקא שיהיה בדי של המשכונ וחו מחייבין להשליח וכו"ז אין נשבע, ע"ז השיך מהרה"י בחותמו תשובה וכתב וז"ל, ולא קשיא לן אסברא זו מש"כ הרמב"ם וכת"ל דאם מת הבע"ח אין יכול להשביע להשליח אפי' שזריך לפרוע שנית ליורשתי כו' ואפי' אין יכול להשביע להשליח בטענת שמה, ו"ל דהתם דשוא גרוב דלמה יס לנו לומר דלא עשה שליחותו הואיל שאין מוכיחו והוא האמין לו להיות שליח ע"כ, הרי מוכח מדברי מהרה"י דעיקר חייבו של השבועה להשליח מוטענת ספק הוא מפני שגשבע מן הבעלים, והבדי של חברו בחיוב אין זה מוביל לחיוב השבועה על השליח, רק במוקד שאין מי שמכחישו להשליח ריעא טענתו של המשלם בשמא דליה מפני שאין שום רישותא שהיה שיינו בשליחותו שהאמין לו בתחלה ע"ז, וא"כ לפ"ז במקום טענת הפסד במו"מ מן הקרן כיון שטוען שגשבע מן הבעלים מוצת חברו שיהי מה"מ מחייב ע"ז שבועת מדין שבועת שאין ברשותו וכ"ד מהרה"י, גם בטענת שמה של הרוכב שותף השני, וכמו"כ לעיל. — והאיתי להנתיבות (כס' ג' סוף ח' א') בבירורים שכתב שאם נתן להמתק רשות לקרן והחובות שסקין א"ל לקנות לריך לשבע שבועת השומרים שבועה דלורייחא שנתן בהקפה ומייתי ראייה מהא

מ"מ י"ל שהשערים יסבור כדעת האומרים שגם בשטרות שאין שם שבושה מה"ת מ"מ יש שבושה שאין ברשותו מדרבנן ולכן גם בפסד ע"י מו"מ יש ג"כ לחייבו שבושה מדין שאין ברשותו מדרבנן והסמ"ג אפטר סיפוקו כדעת הרמב"ם שאין על שטרות דין שבושה שאין ברשותו אפילו מדרבנן :

ומצאתי להסמ"ג בה"ל תובע ותבע (דף ס"ח ע"ג ד' קאפוס) וז"ל הורו הגאונים שהאומר לחברו שער שם לי בידך וזאת יש לי בו וזה אומר איני מוילא שטרי כופין אותו להוילא, טען שאבד ישבע היסת, ולכאורה יש לדקדק ביוון דחזינן שסובר שאין משביעין לו על טענתו באבירת השער שבושה שאין ברשותו, ולמה ישיבנו לו שבושת היסת הא זכו טענת ספק שמה אמת דרבנן שאבד השער אללו, ואולי יש לומר דמייירי שיערק תביעת הזכות הוא על המחזיק בהשער, ולכן כיון שיש לו טענת דברי על עיקר תביעתו מחייב שבושת היסת כדון מנה לי בידך והלה אומר אין יודע, שאף שהתובע אין יודע אם יודע הוא מ"מ מחייבין לו שבושה שישבע שאין יודע, ודו"ק. עכ"פ נראה הדברים שהסמ"ג סובר בזה כשיטת הרמב"ם, וע"כ השמיט דין הג' שם בפסד הבל"ע מו"מ לירך לבוא מדין שבושת השותפין, אמנם לדינא אחרי שדעת המרדכי שהביא בשם רבינו מאיר ולדעת מהר"ל לעיל מבורר שכל הפסד יש לחייב מדין שבושה שאין ברשותו, וכן לדעת השערי שבושות ברור הדבי ס"ל, וגם לדעת הרמב"ם ושיטתו שמוכח לדעתה שאין לבוא ע"י מדין שבושה שאין ברשותו, ומ"מ כתבנו שיכול להיות שבוה הדיון ג"כ שזה הדבר גופא יש לבוא על זה מדין חסד ולא נלמדך רגלים לדבר יותר, וגם לזה יש סמוכין מדברי השערי שבושות שער י"ע שכתב על שבושת שאין לו מה לפרוע ואומר שהיא שבושה של חסד, ובראה שהשערים לשיטתו שהוכחנו דעתו סבור שבושה שאין ברשותו שגמ' ריש המקפיד היא מה"ת וזה שייך רק בגניבה ואבירה ונדומה אבל שבושה שאין לו במה לפרוע שאינה בזה מדרבנן כאלו אין בזה מקום לחייבו לפי דעת השערי [שאין סובר בשיטת הר"מ שבמדרבי ריש המקפיד המובא בד' מהרא"י] ורק בא עליה מטעם חסד, והטעם שכל אבירת מומן שאין ראוי להיות כן כל בע"מ לירך לזכר שלא יופסד ע"י מומן חברו שלא יהיה לו במה לבל"ע וע"כ הפסד אין דבר מצוי שהיה בזה ע"י איהו ביה וע"כ הוא מקום של חסד, וה"כ בענין שותפות על טענת הפסד כיון שלא שכיח זה ע"כ הוא מקום לחסד, ולכן יש להשביע ע"י שבושה בנק"מ, וכיון דלא ירק פוסקוס ברור שיש ע"י שבושה בנק"מ בלא רגלים לדבר, והמחליקים ג"כ י"ל שיש ע"י שבושה של חסד גם בלא טענת שיש לו רגל"ד ודאי דראוי לפסוק כן, ובפרט שהש"ך הכריע לדינא שגם במקום שאין שבושה מה"ת כגון בשטרות מ"מ מדרבנן יש עליו שבושה שאין ברשותו, ולכן נראה שבמקום הפסד מהקדן לא יוכל להפק לומר אשתבע לי דהשדנא לפי שהיא באה על הפסד, וכנ"ל ודו"ק :

דבר של חברו שלא מדעתו והוא דבר שידוע לו שיתרצה , חשוב זה היסור מתחלתו ונתקרא בהיתירא אחל לירו ואין דומה ליאוש מפני שגם בע"כ מתיראש ולא ברלונו הטוב, ואילו היה יודע היכן הוא נמצא לא היה מתיראש, אבל כאן שידוע שיתרצה מותר במקום שידוע לו שלא יקפיד, ומסתפק איני בכונת דבריו של הש"ך אם הדבר שנטול נעשה שלו בניטילתו שלא מדעת חברו, או שאין לו בזה רק היסור לקח אבל מ"מ של אין נעשה. והנראה לענ"ד שנטוה משמעות דברי הש"ך שכל שמותר לקח נעשה שלו ג"כ שהרי הש"ך דקדק בסוף דבריו, והע"כ דבש"ס זומה תרומה וטומאה ליואש ההס ידיעה ממש בשנין, ואכונת דבריו הגם שגם הוא ג"כ ברלונו ולא בע"כ ואכ"פ זומה הש"ס להא דיואש משום דגם ידיעה ממש בשנין, ולכן מדמי הגמ' לסברה אביי דאמרין שמה שנעשה אח"כ גם שגומר לכך לא חשוב כאלו נעשה מתחלה, וא"כ לא חשיב השעריה התרומה וכן ראו ההסגר מ"מ ומחשבתו לענין זה כאלו נעשה ע"ה, ואם כוננת הש"ס היה שאין כאן רק היסור לקח זה כל שדעינן שיתרצה לבסוף אבל קנין אין לו בו, א"כ שפיר מדמי הגמ' לתרומה שגם בעינן שחיל התרומה בעת קריאת ההס תרומה זזה חשוב כקנין ממש. — אמנם הגו"כ (במה"ס סי' ע"ג) כתב אהא דליתא בשו"ע חו"מ (סי' שני"ט סי' א') שאם הוא דבר שאין מקפיד עליו שרי לנטול, וכתב הגו"כ ע"י שקנין אין לו בו רק שמותר לו ליעול, ולענ"ד ל"ע בזה דהא מקור דין זה הוא מהירושלמי (פ' דמאי) דהתקין ירק ומחזיר לבלבלי שירך לתקן וקאמר מן העלוין ופריך ע"י ואין אסור משם גזל ומשני בהא דר' שמעון ב"ר כהנא כו' יש"ש והובא בהגר"א בחידושו שם, הרי מוכח מדבריהם דמותר לקח דבר שאין הבכ"צ מקפיד שלא מדעתו ולקרות על זה שם תרומת מעשר ומעשר, וזש בשנין שיהיה ע"ה ממש ואת שקין שלו אין יכול לעשותו תרומה ומעשר. — הן אמת שיש לומר שבושת הירושלמי יהיה שמתקן מן האגודות שלקח שאתם קנה במשיכה משום דקני' דמייחו כמבואר שם, הוא דפריך הירושלמי "ואין אסור משום גזל" כונת הירושלמי הוא, הלא מקפיד האגודות הרי יש בזה משום גזל כיון שאינן שלימות כמו שחיו בתחלה, אלא שזה דחוק לומר דלא שייך לומר ע"י גזל רק להא דאוגיה וטעות שמעשה את בעליו שסובר ששלימות הן, אלא ודאי שמשמעות הדברים שטעם נטיית העלוין הוא משל המוכר דומיא דעובדא דמייחו ברת הוי שהוא יכול דבר שמועט משל אחרים. — עוד יש לומר גם אם נאמר דמייירי בלוקח משל בעלים ואפ"ה יחיא ג"כ הירושלמי לשיטת הגו"כ, דהא הגו"כ כתב שגם שאין קונה הנוטל דבר שאין אדם מקפיד שלא מדעת הבעלים מ"מ כיואש נחשב ויחיא כשיש שינוי רשות קנה כמו ש' שם בגו"כ, וא"כ יש לומר גם בתרומה ומעשר שכל התרומה והמעשר דהוי שינוי ההס כדליתא בב"ק (ס"ו ע"ג) דגנב וגזלן הקדישן הקדש, אך סברא זו אין נראה לומר כן, דאם שנחשב כיואש ודאי לענין שינוי רשות היה אפשר לומר כן, אבל לא לענין שיועיל שינוי ההס ושינוי מעשה לקנות בו אחרי שלא ירד עליו שם גזלן אחרי שבהיתירא לקח זאת לפי שלדעתו היה הדבר שאין מקפיד ע"י, ואם היה בזה ואמר שנקפיד איני ורואה איני בהפקן היה מחזיר לו בודאי ולא חשב לגזלו ומאין יבוא עליו דין קנינים הנאמרים בגזילה, אחרי שמועט לא נעשה עליו גזלן כי לקיחתו מתחלה היה בעטות כי סבר שלא יקפיד וא"כ היאך שייך בזה קניני גזילה, וגם מה שהגו"כ רואה לומר שלכן מועיל הקידושין בדבר שאין מקפיד כמה שכתב הרמב"ם משום דהוי כיואש ושינוי רשות וע"כ כשיבוא זה ליד האשה היא קונה ביאוש ושינוי רשות שאחר היאוש יש"ש היטב בדבריו, ולענ"ד דבר זה קשה מאוד שאם נאמר שבעלם אין קנין בלוקח דבר שאין מקפיד רק מותר ליקח זאת להשתמש בו ואין על זה לתת דגזלן, מ"מ של חברו הוא, לכן לא נראה ע"י לדון דין יאוש ושינוי

סימן ה

בעי"ה הקירה ופשא ומתן דבריו הש"ך בחי"ט סימן שני"ח בענין לקח שלא מדעתו של חברו ברבן שירדענו דניחא ליה על פי אבטונא ברורה :

הש"ך בחו"מ (סי' ש"ח ס"ק א') כתב שלולא דעת התוב' והג"א והבהמ"ד (ב"ש פ' א"מ) היה דעתו שגם דקיי"ל באכזבי דיואש שלא מדעת לא הוי יאוש, מ"מ היבא שלוקח

ושאמרי יכוו זה, וא"כ כמה שאין מקפיד לחוד סגי וא"כ ע"כ לריך לומר שהגמ' מדייק משלשן הפקר, וטעם הדבר שהולך לומר הפקר נאמר כמש"כ ודוק :

ובבב"י לבב"ר איך הוא כוונת הש"ך אם רק שיש לו הימ"ר לקח דבר שבודאי יתירה לבסוף וגם עכשיו אם יודע לו, או שגם יש בזה ק"ל להלוקח בדבר הזה ג"כ, אקדים לבד"ב זע"נ זה בעיקר ד' הש"ך ודעתו ואח"כ לבב"ר בעו"ה בדבר זה לבב"ר דעב"ר כס"ד. אימא בקידושין (י"ב פ"ב) ההוא הסמיא דקדוש בפרומא דשיכרא אחא מריה דשיכרא אשכחיה אמר ליה אמאי לא מתיבי מחאי חריפא אחא לקמיה דרבא אמר לא אמרו לך אלל יפות אלל לפנין תרומא בלבד כו', וכתבו שם בתוס' ד"ה אם, התם (ב"מ י"ג) מוקי לה דשוייה שליח כו' וא"כ לריך לומר גבי פרומא דשוייה שליח דחי לאו הכי מורי מימירי, עכ"ל. — והנה כוונת התוס' לרקדק דמאי מושיל ג"כ מה שגילה דעת לבסוף לחומר כלך אלל יפות דהולך רבא לומר דלא אמרו אלל לפנין תרומא אבל הכא משום כיסופא וכו', דמשמע דלילו היה זה גילוי דעת באמת דניחא ליה היה מושיל, הא שם בב"מ מוקמינן דווקא דשוייה שליח ולולי זה אין מושיל דאמרינן השתא הוא דניחא ליה, ולבאור"ה יש לבדקק על דברייהם הא סברא זו דאמרינן השתא הוא דניחא ליה אבל מעיקרא לא הוא סברת אביי ולכן מוקמינן שם אליבא דאביי דשוייה שליח, אבל לרבא לא נלך לאוקמא דשוייה שליח רק משום דבעינן אחס לדעתיה, והכא דרבא קאמר לה למה נלעךך אליבא לאוקמא דשוייה שליח, אך באמת כוונתם מדוקק היטב משום דאמרינן שם בדבב"ר שיש בו בימנן גס רבא מודה דיאוש שלא מדעת לא הוה יאוש ואע"ג דשמענו דמיאש לבסוף מעיקרא לא הוה יאוש, והכא דמייירי בדבב"ר שדךך אדם להקפיד בזה שם באותו המקום מדפסיק רבא לנולתיה דגס קידושי ספק לא הוה, וא"כ בזה גס רבא מודה לדעת אביי דאמרינן אע"ג דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא ניחא ליה, ולכן נלךך לאוקמא דשוייה שליח, אחרי כותבי זאת מלאמי כעין דברי בספר המקנה יעו"ש אך מ"מ שיטת התוס' דמוקא מאוד לפרש הגמ' דשוייה שליח כיון דרייקוין מסתמא דהמורק דאפילו ספק קידושין לא הוה, ואם מייירי שויה להסרסויא לקדש בהשכר, והספק הוא רק אולי יבול היה לקח הגרוע מזה למה לא יהיה הקידושין כלל, ולעג"ד אם עדיפא מאח דתרומה דתסי ידעינן שסתם דרכן של בני אדם להתוס בצינומית והשליח שויה ממנהג סתם בני אדם ותוס מיפות, אבל הכא כיון שויה לקדש משלו ולא פרט בזה, ראוי לומר שסתמא דמלתא כל מה שיראה לו דעתו לקח לכך נתן לו רשות סוף דבר ששיטת התוספות דמוקא מאוד, והרע"ב"א כתב הובא דכדו בספר אבני מלואים (ס' כ"ח ס"ק מ"ו) וזה לשונו, והלך הכא גבי קידושין דלא בעי שליחות ובזכוי סגי לה אלו הוה אמרינן דכלך אלל יפות הוה גילוי דעת דניחא ליה בבחי סגי לן, דכין דהשתא אייתגרו לקידושין ביד האשה בעינן שלא נסתכלו וכהו אידך כדו השתא וימקדשא ביה וכו' ומכאן נמשך וכו' והנה הוה וזה מבוחר, עכ"ל הרע"ב"א ממש, והנה רואין אנו דעת הרע"ב"א דאם היה באמת עתה ניחא ליה הייה מוקדשת ע"י שהמעות הוה בעינן ביד האשה, ובס' אבני מלואים שם הקשה ע"ז כמה קנה המעות, ואם שם היה דעתה לא יביב לה המוקדשת המעות, וסתם שם האבני מלואים, ואפשר דהכא כיון דבעלים רגוים לתן לשם קידושין אמרינן דיבב לה לאשה ומזין עבד כעניי היא מתקדשת להמוקדש עכ"ל, ולעג"ד הוא תמוה מאוד דזה ידוע שבקידושין בעינן שיקדש האיש את האשה ובעינן אמירה שוארה לה הכי את מקדשת, ובזה מדבר עמה על עסקי קידושיה ונתן לה סתם דהוה קידושין הוה משום דכיון שהיה מדבר מקודש בעינן זה ונתן לה סתם נתינתו דמי כאלו אמר לה בפירוש שמקדשה, וכן קבלתה ג"כ

ושוינו רשות, בשלמא ביאוש אמתי התורה עשתה להפך שבעליו מתיאש שמתה לכל אדם לקח ולקוחו אותו רק הראשון שבאיסורא אחא לידו לא יוכל לקנות אותו ועליו מוטל חיוב החזרתו להבעלים, וע"כ מושיל הסינוי רשות שאחר היאוש, משא"כ כאלו אם נאמר שאין יכול לקנותו הלווקח דבר שאין חברו מקפיד, מה יושיל הסינוי רשות, הלא כמו שבאים על הראשון מדין דבר שאין מקפיד כן אנו באים על השני בזה שהימרו הוא רק משום שאין כאלו קפידא לקח אותו אבל איוו קנין יפשה הסינוי רשות, הכי נתיחדש יאוש אחר לקיחת הראשון עד שכל ליד השני :

ע"ב נראה לעג"ד לומר שמהסבר הדבר שכל שאם דנין שמתה לו לקח נעשית שלו ממש וקונה כמה שנוטל ומגביה לזכות בעלמו, ומה שהקשה הנ"כ מהא דאמרינן בב"מ (ל' ע"ב) גבי הא דר' שמעאל ב"ר יוסי דהובא דאמר לב"ע אפקריניהו ולך לא אפקריניהו ליה הוה הפקר, ולמה יגרע זה מדין דבר שאין מקפיד כ"כ שמתה לכל לקח ולגבי ההוא נבדא מקפיד ר' שמעאל ע"כ לא היה הוא רשאי לקח, אך כבר ישב בספר אבני מלואים (ס' כ"ח ס"ק מ"ח) דמשלשן הפקר דייק הגמרא אבל אין הכי נמי כל שנתן רשות ואין מקפיד אם יטלו שפיר קונה, עיי"ש, ובאמת גם לולי דין של איוו מקפיד יש להקטין את האפשר היה לר"י לומר כל הרוצה לזכות יבוא ויזכה ואני אקנה לו, בזה לא יהיה גרע ומשליחיה שמושיל באומרו כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום שמושיל זה אם יקנה, ובזה היה יכול להתנות חוץ מהא נבדא אביוהו לא רצה ר' שמעאל לבדוק בה, ולכן נראה לעג"ד להוסיף על דברי הא"מ שלכך דקדק ר"י בר"י לומר בשלשן הפקר משום דאם לא אמר לשון הפקר רק שאינו מקפיד על כל מי שיעול, מ"מ כיון שבאמת הוא דבר שדרכו להקפיד וא"כ יש מקום לחוש אולי חזר בו ומקפיד עליו ולכן אמר בשלשן הפקר שאו אין יכול לחזור בו רק לזכות בתורה זכות ולכן שפיר פריך הגמ' וכהא' גוגא מ' הוה הפקר. — וקולת ראיה נראה גמור, והוא דאיתא שלהי ב"ק (ק"ט ע"ב) בהגבהו בקנין גמור, והוא דאיתא שלהי ב"ק (ק"ט ע"ב) מסתמי אבנים אין בהם משום גזל מפסגי אילנות כו' בזמן שבעה"ב מקפיד עליהן יש בהם משום גזל אין בעה"ב מקפיד עליהם הרי אלו שלו, וזה מוכר דקדקתי בזה מודע ברישא גבי מסתמי אבנים קמני אין בהם משום גזל, ובסיפא קמני כאלו מקפיד עליהם הרי אלו שלו, ואמרת בזה משום דברישא גבי מסתמי אבנים אין בהם משום גזל האומן המסתמי האבן מגביה את הטטר מוחתת הסימות ולא קנאן עדיין בהגבהה ע"כ קאמר אין בהם משום גזל, שאם ירעה האומן לזכות בהטטר מתחת הסימות אין בזה גזל ויכול לזכות, אבל כל זמן שלא זכה בהם המסתמי בהגבהה אינם של האומן עדיין, משא"כ בסיפא במפסגי אילנות מפסגי נפטים ומקפי היגי ומגכסי רעיס ושוודי ויקתו כבולן עוקר הפועל בידיו ומגביה אותם בידיו, ולכן לא שדיו בעה"ב מקפיד ממילא הרי אין של הפועל שקנאם בהגבהה בידיו ולכן קמני שפיר הרי אלו שלו, א"כ הרי אנו רואין שכל שאין דרכו להקפיד כל המגביה לקנות קנה לעלמו ונעשית שלו :

רגם שלענין לקח שלא מודעת אין ראיה מזה דיש לומר דהני מילי בדבר שידוע שבעה"ב שיש כאלו דבר שאין מקפיד שאתה יקח זה, או יבול הובכא לזכות בזה ונעשה שלו, אבל לקח שלא מדעתו של בעה"ב שאין הבעה"ב יודע מזה ומאומה, ולא נודע לו אם יודרש זה לאוש מזה שאין מקפיד עליו, וא"כ אפשר שגם אם נאמר כדעת הש"ך שמתה זה מ"מ אולי אין קנין דין קנין מדעת לזכות ב"ב, מ"מ לעינן ראיה הנ"כ מזה דר"י בר"י שפיר מוכרת מהאי כוגיא דשלהי ב"ק שלא כדכדו שהבוא ראיה הנ"ל שהרי בשבדא דר"י בר"י ג"כ יודע מזה שיש דבר שאין מקפיד עליו ע"ז

על להבא הים זה ספק קידושין פן יניח לו עתה באמת אך על למפרע כל שאין הוכחה דמיחא לא לא מקרי עומד לכך שיהיה רשאי ומעטעט שלא מדעתו וע"כ דאמרינן הו"ל והיה הלקיהה שלא מדעתו, הוה לקיחת גזל שלא נתברר שעמד לכך שיהיה דבר זה דבר שמיחא לבעלים שיהיה קידושין, רק הוא בחוקתו הקדום שהוא דבר כשע"כ מקפיד ע"ז ולכן לא הוה קידושין, ומעטעט אז דאמרינן דהקידושין לא חלו כלל ואפילו קידושין ספק אין כפן פן אמר זה באמת ולא מחמת כיוסוף, והוה מעטעט זה שכל זמן שלא נתברר שוה הוא ניחא לבעלים ועומד על שילקח בחזעו זה בלא דעתו, ממילא הוה בחוקת חבירו שילקח שלא מדעתו, ובחוקת גזל הוא ולא הוה קידושין כלל. — עכ"פ למדנו דעת הרמב"ם וכן הוה לענ"ד דעת הר"ן שכל היבא שיהיה בירור לנו. שלא אמר מחמת כיוסוף רק באמת אמר שיהיה לו ליעול מיעוט או הוכחה אחרת דמיחא ליה מוטיל גסם משקרא יהיה הקידושין, אך דמי זה לענין יאוש שלא מדעת, וכן הוכיח המחנה אפרים בזה' גזילה סימן ז' שדעת הרמב"ם והעורר כן הוה, והרמב"ם סיים בסוף דבריו ואם קידשה בדבר שאין בעיה"כ מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז מוקדשת מוספק, והנה המח"א שם וכן הביא בשם התשב"ץ וכן מהל"מ כולם פירשו דברי הרמב"ם בסיגנון אחד שהספק הוה משום שוה פירות צמדי, דמירי שהוה פחות משה פרוטה וא"כ מוכח דעמיו שאם היה שוה פרוטה בכה"ג שהוה דבר שאין הבע"כ מקפיד בודאי יהיה מוקדשת בודאי, של אמת שדקדקו לפי שיטה זו למה"ל למינקת הכא הוה דינא של קידוש ספק פירות משי"כ, והרמב"ם הכי הו"ל למימר שאם קידשה בדבר שאין מקפיד הוה מוקדשת ודאי וממילא ידעינן שפחות משה פרוטה הוה קידושין ספק וכמו שהב"ב הרמב"ם לעיל (פ"ד הל' י"ט), ואפשר לומר שלכך נקט הוה גזולא משום דלמה מיימינן שבעינן דבר שאין מקפיד בודאי ובירור, ולכן הביא לדוגמא כגון תמרה או אגוז והכי אין שוה פרוטה, ואין הכי נמי אלו היינו יודעים שאין מקפיד על הסוה פרוטה הוה הקידושין קידושין ודאין. — אמנם הב"ב והש"י והב"ש וכן דעת הגר"א ז"ל שכולם פירשו שהספק דקדק הרמב"ם ז"ל הוה שחא מקפיד יעוש"כ, והעטעט שלא סמיכין בבידור על האומדנא שאין מקפיד כי אולי מ"מ מקפיד הוה יעוש"כ, ולדברי הש"ך בסי"ג שג"ח המובא לעיל מוכרחים אנו לפרש דברי הרמב"ם כדעת הרשב"ץ והמח"א וההל"מ וסיעטפם שיהי חומין אחר ומימר רבא אשכח ע"ל האומדנא דודאי יתרלה ואכלו—מיהו יש לומר דאין הכי נמי דלענין ממון סמיכין על האומדנא ומותיר לאכלו, רק לענין במקום חומר איסור דאשת איש מספקינן מ"מ אולי אפשר מקפיד הוה זהו, במקום שיהיה טועם להקל, כגון אם פשטה וקבלה אח"כ קידושין מאחר וכדומה, וכן ששמינן שלענין ממון אנו סומכין על האומדנא ידוקדק לשון הרמב"ם לשיטת המפרשים שהספק הוה אולי מקפיד והיינו דקדק בלשונו "ואם קדשה בדבר שאין בעיה"כ מקפיד" הרי כתב ספק דבר שאין בעיה"כ מקפיד בעה"כ ולמה אח"כ כתב דהוה ספק שאין מקפיד לדעת המפרשים כן דבריו הג"ל, והכי הו"ל למימר אם קדשה בדבר שאין בני אדם מקפדין, או הוה לו לומר בדבר שגורמה ע"פ האומדן שאין מקפיד, אך למש"כ יתפרש הכי שכוונתו דבר שאין בעיה"כ מקפיד היינו שלענין דין ממון דיינינן זהו למלאת דפשיטא שאין מקפיד, מ"מ לענין קידושין חשיבין זה למקודשת מספק מזה חומר האיסור דח"א, עכ"פ למדין אנו מדברי הרמב"ם הג"ל וכן מהר"ן שכתבנו שהוה הולך ג"כ בשעטת הרמב"ם שכל שלמו באין מזד שאין מקפיד הרי הוה כשלו שהרי מוטיל זה גם לענין קידושין אשה, ולא שנאמר שאין לו זהו רק היתר לקח ולאכול אבל לא שיהיה שלו :

ונראה לענ"ד לומר בדין זה אם הולקח דבר שניחא ליה לחבירו שלא מדעתו אם קנינה זה הלוקח, או לא, לפי

ג"כ מוכיח שמתקדשה לו היינו שרלונה בזה, אבל הכא שנתן לה קודם בלי ידיעת הבעלים וקידשה, ואח"כ במה שהבעלים נזילו דעתן שניחא להו בזה מה מוטיל זה שיהיה חלין הקידושין הלא אח"כ לא קידשה וכמה דמיחא להו בקידושין בזה לא מקדשה, ודברים שבע"כ אינם דברים ושתיקומה אח"כ ג"כ לא מוכיח לנו שעתה היא מתקדשת לו, ובקידושין הבאין מדיון עבד כשע"כ בעינין שם אחד משני דברים או שיהיה הנותן שלוח של המקדש לקדשה, או שהמקדש בעלמו יאמר התקדשי לי כמה שנתן לך פלוני ובמבואר בזה"ע (סימן כ"ט כ"ט כ"ו), אבל הכא היך חלין הקידושין אח"כ כיון שקידושין הראשונים לא חלו לפי שאז היה שיעורו, וההכרח לענ"ד לדחוק בדברי הריב"ז דלכך השמיטנו רבא שלא אמרו כלך אלא יהיה אלא לענין תרומה בלבד כבדו שגם אם היה מקדשה אח"כ והיה אמר לה שמקדש בהשכר שגילה בעל השכר דעתו דמיחא דעתו בזה לזה ג"כ לא מהני משום דאמרינן דנחמת כיוסוף אמר זה, אמנם בר"ן איתא בזה הלשון "אבל הכא לענין מי שנטל לעלמו משום כיוסוף הוה דאמר לו כי היכי דלא ליכסוף אבל למפרע לא ניחא ליה" עכ"ל, ורעה שדעת הר"ן איתו כשיטת הריב"ז שרלה לומר שיהיה הקידושין מאן ולהבא. אך באמת דברי הר"ן לרוב בירור כיון דאמרינן שמשום כיוסוף אמר ליה הכי, אח"כ גם מאן ולהבא אין לו בזה שום קצין בהשכר, ולמה הולך הר"ן להוסיף, שלמפרע לא ניחא ליה" ונראה לענ"ד לומר שדעת הר"ן שמתחיל ולהבא אמרינן שולא יהיה דבריו משום כיוסוף, מ"מ הוה זה נתייבא כל שאומר שולא יהיה שמתרלה על נתייבא, ואין לומר בזה דהוה הוה תלוה ויהיב דהא זה הוה אוכסיה דנפשיה שואגם עלמו לתן ודברים שבלבו שיוכל להיות שאין רלונו בכך באמת אינם דברים, (ואף שמנינו לומר וזכרה בב"מ שגם לבהר דאמר אמרינן לא יהיב לרבנן מהנך שפירחה ג"כ לא אכיל, ההם מדת חסידות היה שכל שלא ניחא ליה באמת אין רלונו לאכלו), רק כוונת הר"ן שבאמת אם היינו אומרים שלכך אלא יהיה הוה גילוי דעת ברור שגם למפרע ניחא ליה, בזה היה מוטיל גם שהקידושין יחולו למפרע משום שהוה עומד לכך שהסריסא רשות לו לקח על דבר בזה, רק כיון דאמרינן שרק משום כיוסוף אמר ליה הכי ובאמת אין ניחא ליה בזה אין מוטיל לענין למפרע :

ונראה לענ"ד לומר שיהיה שיעט הרמב"ם שכי' (נפ' ה' פה' א' פה' ה' ח') הנכנס לבית חבירו ולקח כלי או אוכל וכיוצא בהן וקודם בזה אשה ובא בעיה"כ אח"כ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוה טוב ממה שנתת לה אינה מקודשת שלא אמר לו דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו, והואיל וקודם כיון חבירו הוה מדעת חבירו היה זה גזל ואינה מקודשת, וכו'. והנה בדברי הרמב"ם יש לדקדק חדא מוכח מדבריו שאם היה זה כוונתו באמת ולא משום כיוסוף היתה מקודשת למפרע, והרמב"ם לא הזכיר שזוהו מקודש כמש"כ המוס' וגם דבריו אינם ע"פ שיטת הריב"ז שהקידושין רק חלין מאן ולהבא גם אם היה ניחא לו באמת, שדרי רבא בלשונו דקדוק שני העצמים שלא אמר אלא כדי שלא יתבייש עמו, ואח"כ סיים בדבריו הואיל וקודם כיון חבירו הוה מדעת, משמע מדבריו הק' שאם היה כוונתו באמת שניחא לו דבר זה או לא היה חסדן רק שלקח מתחלה שלא מדעתו והיה הקידושין קידושין. ועוד מוכח מדבריו, שזו הסברא שאמרינן שלא אמר רק מחמת כיוסוף הוה רק עושה שלקחה שלקח מתחלה שלא מדעתו אינה לקיחה והרי זה גזל אבל אם מתחלה לא היה לוקח המעטעט רק אחריו מתחלה הוה מוטיל דא"כ היה לו לומר שלא אמר אלא כדי שלא יתבייש והרי זה גזל ואינה מקודשת ולמה הולך להוסיף טיבות אלו, "הואיל וקודם כיון חבירו הוה מדעתו" נראהו הדברים שהוה כמש"כ בשעטת הר"ן והוה א"כ שיעט הרמב"ם שעל להבא יש לומר אף שאמר מחמת כיוסוף מ"מ אמירתו אמירה, או לכל הפחות

חלין הקידושין, וכיון שדעתם שלקנות לעצמו אין יכול גם דניחא לבעלים בך והיך חלין הקידושין נתי שמותר לקח הדבר שאין מקפיד מ"מ אין בזה קנין ובחמי מקשה, וסברת הג"צ שמתעם יאוש ושינוי רשות חתינן עלה כבר כתבנו למעלה שלא מחזור לומר כן, ובראה לומר כיון שכל בעד הוא משום שאין כאן קנין משום שאין כאן מי שיקנה לו ובסדרת הרשב"א ושיעור שהבנינו לעיל, וא"כ לזה מושיל מה שמקנה לה שהיא קונה את הדבר שאין מקפיד כיון שיש לו לתן נעשה כמו שמקנה לה ברשות הבעלים, ובשלימותם הוא עושה זאת כיון דניחא להו באמה גם שלא מדעתו זה הנראה לעני"ד לומר כן. ובציקר דבר זה שאין השליח יכול לעבד לעצמו כבר כ' שני מוליקים ע"ז ומבואר בחמ"א שם בארובה, וגם הביא דברי מהר"ט (ש"ק ק"ז) בתק"א שם שמפקק קמת על דין זה והקשה ע"ז מהא דשם דמינן ומינין שאין קנין לך מן שמקנה לו, ולעני"ד אין מזה קושא כלל ד"ל דנהי שאין כאן קנין כל זמן שאין כאן מי שיקנה לו מ"מ מותר לקח ולהשתמש בו ולעשות בו חפלו ולאכול, ובכגון זה התחייבות הדמים שמנית ע"ז הלקוחה חל עליו לענין שיש פתח או יאבד יכול עליו התחייבות הדמים עבור שלקח החפץ הנ"ל והשתמש בו, ואם יתייקר חמ"ז ויבואו הבעלים וירלו לקח החפץ בחזרה כל זמן שהוא בעין כיון שלא היה כאן מקנה לא נגמר הקנין, ולכן שם כ"ח א"כ אכפת לן אם יגמר דבר הקנין או לא ע"כ רשאי להשתמש בו, אבל לענין מלות וגמר הקנין יש לומר שכל זמן שאין כאן דעת מקנה או בשלימות לא נגמר הקנין *):

הויצא מכל האמור שדין זה אם הזוכה שלא מדעת בעלים בדבר דניחא ליה במחלוקת שניה אם הוא קניי לו או שהוא רק היתר בעלמא, ולכ"ו"ע נראה דאפשר שאם טען לאחר וכאופן האמור בתוספתא בפ' הגזול בן אלל אביו ועבד אלל אדוניו קולך ומוקן פרוסה יקנה ולבטו ולעבדו שן אוהבו ואין מושש שדך נגנו, וכל כה"ג יקנה האחד כזה קנין גמור וזה יהיה הסכר באה דקידושין, שכל כה"ג יאכא שהוא מזיכו וסתמא נוחא ליה שיקח דבר מועט לזורך קידושין, וישב נתינתו להאשה נתינה גמורה שזוכה האשה בחזרת קנין לזורך קידושין של המקדש ונמשך שיש כאן דעת מקנה:

אך לדעת התוס' והרא"ש והגהמ"ר דב"מ שם גבי הא דאמימר וזר וזוטר ואי דאיך דאיך לעל לבוסתא דמרי צר חוסק שדעתם שאין להם לסמוך לאכול על מה שיתרלה לבסוף משום כיון דשייחא לא ידע וזה היה כדן ויחא שלא מודע, והוא נגד דעת הרמב"ם והטור והשו"ע שכתבו דהוה קידושין בדבר שאין מקפיד באמת, ומה דהוה רק קידושין ספק הוא או משום פחות משהו פרוטה או משום שמת מקפיד, אמנם מ"מ נראה לעני"ד לומר שגם לדעתם של התוס' והרא"ש והגמ"ר הנ"ל לא קאמרי אלא במלוא דלא ברירא כולי האי אם הבע"ב אין מקפיד, וחילי אפשר יקפיד או אסור לקח גם אם יתרלה לבסוף, אבל מלאת דברייתא שאין מקפיד גם לשטית התוס' וישעמם יהיה מותר גם שלא מדעתו ואין זה דומה ליאוש שלא מדעת משום דשם ביאוש הוא כע"כ ובסברת

לפי שלא היה מי שיקנה לו, שזה יהיה תלוי במחלוקת הראשונים, והוא דניחא במרכי פ"ק דב"מ בענין מי שהביא חסורה למזכר בבית רחוב ואמר שלא צפוי המזכר שזכחה לו חזירו ואח"כ הקנה המזכר לאחר שיש מחלוקת אם זכה הקונה או בעל החצר, והוצא זה בש"ע (ח"ט סי' נ"ח) ומחלוקתם לא הוכרעה, וא"כ ניחא חקן לדעת הסוברים דזכה בעל החצר הם שהמזכר לא ידע שלוקח הבע"ב לעצמו את החסורה הנמכרת ואח"כ כיון שידעין שניחא למזכר למזכר במחקה הוה, ויול לקנות ולזכות בזה לעצמו והוה זה קנין גמור שנובעל בזה קנין גמור שעשה המזכר והקנה לאחר חמ"כ, וא"כ חזין שמה שהיו יודעים שיחא לבעל החפץ יכול הזוכה לזכות בזה שלא מדעתו הוה לבעל החפץ ונעשה בזה שלו ממש, וא"כ מלאת דשיעורא של שלוקח דבר שאין מקפיד עליו בצבור נעששה שלו ממש בלקוחותו לצד, ואמנם לדעת החולקים שם וס"ל שזכיינו לא כלום הוא והסחורה ש"ך הלקונה ולא לבעל החצר, עכ"ז עדיין יש לומר שבעל הדין של הלווקה דבר שניחא ליה לחברו שלא מדעתו יודה ג"כ שיכול לקח ולקנות בזה, ומה דהתם לא הוה של בעל החצר הגם שניחא ליה להמזכר למזכר במחקה שרצה הזוכה הוא בעל החצר לזכות באופן זה, אפ"ה יש לומר שעמם של החולקים הוא משום שדין שאין דעת המזכר להקנות רק עבור מותו וכל זמן שלא שילם לו המעות עבור הסחורה, או שהתחייב לו בפירוש בכסום המעות שיסמוך דעתו ע"ז אין רוצה המזכר להקנות באופן כזה ומעולם לא ניחא להמזכר להקנות באופן כזה, אבל אין הכי נמי בדבר שלא מוסר נתינת מעות, או שהזוכה מוכה המעות עבור המזכר ע"ז אחר בזה גם החולקים יודו שקונה שלא מדעתו כיון דניחא ליה באמת בך:

ואשר אחיה עוד להעיר בזה והוא הרשב"א והר"ן כתבו בפ' אלמנה שמי שגרשה לשלוחו למזכר חיזה דבר שלו במחקה קטוב שאין השליח יכול לעבד לעצמו במחקה שקלבו הבעלים, משום שלא הרשהו רק למזכר אבל לעצמו אין מושיל כי אין לו מי שיקנה לו והוצא בעור ויש"ע (ח"ט סי' קפ"ה) יש"ע, וא"כ ישיעו יו מלאת דשיעורא שדבר שאין מקפיד רק שהוא בתי יושעם בעל החפץ, הגם שנוכל לומר ע"ז שדעתו הלקנות לתי שירצה לזכות בזה מ"מ אין קונה הדבר משום שאין כאן מי שמקנה לו, שהרי גם בלאן הרי ניחא לבעלים למזכר במחקה הקטוב שאמר לשלוחו ואח"כ אין חל קנינו שקה זה לעצמו, ומשי בעלת הדבר הזה לא חשב להקנות להשליח בעצמו, וישע"ז במתנה האפים (ה"א שלחן סי' ב')

שהחריך בזה והביא דעות רבים מהגאונים החולקים ע"ז וגם הוביא שדעת רבינו האי גאון לחלק בין מוטעלין לקרקע שבקרקע בעינן שיהיה דעת א"ש מתינה לשיכובא ולכן אין השליח יכול לעבד לעצמו, ואלו הני שישע"ז יכול לעבד לעצמו ולקנות בהבטחו, — והנה הטור והשו"ע סתמו כדעות הסוברים שהשליח אין יכול לעבד לעצמו ולא חלקו בין מוטעלין לקרקע, ואולם בדבר שאין מקפיד כתבו והעתיקו כלשון הרמב"ם וכמו שהוכחנו לעיל בדברינו שמוכח דעת הרמב"ם שדבר שאין מקפיד גם שלא מדעתו של בעל החפץ

(*) הגר"ה ויס להעיר לענין זה מהא דניחא (בב"ק דף נ"ז) חיהתר החוקק פסימו של חבנו ועשה לה מלכסה אמר רב רצה שכרה טעל רצה שחפה טעל, ובמחל אמר חינו טעל אלא שחפה וקאמר שם נבמרה דלא פליגי הא דטבדי לה: אנראה וזה דלא עבידי לאמר, ונבצי"א הא וזה דעבידי לאמר הא דמתיא דהתעא דלגרה וזה דמתיא דהתעא דנזולתא, ובתם שם הר"ש"א שסיכא דלא קיימא לאגרא אטילו נתיא דהתעא דלגרה אין פסל אלא שחפה, ויחא דמכריו שישע"ז הוא משום שנמשך כגולן היחא דלא קיימא לאגרא במה שנמשחם בסעינת חבנו, ולכן אין מחויב לשלם אפי' נתיא דהתעא לאגרה, אמנם היחא דקיימא לאגרה ונתיא דהתעא דנזולתא חבנו שאל מדעתו של בעל הסעינת, ויחא דמתיא להשתמש שאל דהתעא לאגרה, אטילו אם קיימא לאגרה, כתב הטור שיש לו בין גולן צריך לשלם אלא שחפה, וא"כ צריך לומר שהשע"ז ספקוב דקיימא לאגרה נחשב היורד נחשב אפ"ה דלגרא שאכר שמתחייב שפסולם שפסול ולא כגולן, הרי את רואין שכל שמומר לך ותסתמא ניחא לבעלים כ"כ לשול שכר עבור הסעינת וישעמם חבנו חשבינן זה בהיחיא ולא נחשב כגולן, אך צריך עיון למה לא יהיה נחשב כאוכר משום כיון דמתינן דהנעלים ניחא להו כ"כ, ואפשר לומר שאין כאן ניחא גמורה אחרי שחשך שיהיה שחפה ויחר על חברו, ויש לעיין בזה:

וכסברת הש"ך הג"ל. — ונראה להביא ראיה לזה דהא
 הרא"ש הולך בשיטת התוס' שלא מהני מה שכתובתע יהיה
 נוחא דמשיב יאוש שלא מדעת, ואולי שבוין צפ"ל כל הבשר
 (ס' כ"ו) כתב שנהגו להתעטף בטליתו של חברו ולבדק והמכו
 על זה דניחא לאיניש לקיומי מניה בממוני, והמחוי נהי
 דניחא ליה כתיבדע מ"מ השתא לא ידע והרי הוא כיאוש שלא
 מדעת לשיטת הרא"ש, ועי' לריך לומר שע"כ לא אמרו
 התוס' והרא"ש רק במקום שאין לו דבר ברור, אבל במקום
 שהוא דבר ברור כו"ע מודו דמוטר לקח גם שלא מדעת
 חברו על סמך דניחא ליה, וזה ראה ברורה לענ"ד. והנה
 מדברי הרא"ש שכתב שנס יכול לבדק עליו נראה מוכח
 שעל סמך דניחא ליה לא לבד שמוטר לקח גם יכול לזכות
 בזה בתורת קנין הגם שאין כאן מקנה, אמנם המג"א (כ"ט
 י"ד ס"ק ה') עמד ע"ז מה שכתב שיכול לבדק ונראה
 שהמג"א פיתקא ליה שניה שמדך נוחתא שרי ליה לאל קנין
 וזכיה לא ויכל להיות שלא מדעת חברו ולפי מה שבררנו לעיל
 דעת הרמב"ם וסיעתא ויכל להיות גם קנין וזכיה מדך הסברא
 דניחא ליה רק למש"כ לעיל שלענא לא ויכל לזכות לפי שאין
 כאן דעת מקנה יהיה קשה על הרא"ש קושית המג"א, ואולי
 נדחוק בכוונת הרא"ש שכשר"ל לבדק יקח ע"י אחר שיתן
 לו הטלית של יבשרו בבתנה על מנת להחזיר אחר התפלה
 בכדי שיהיה יכול לבדק ודו"ק בכל זה, אמנם מה שמבואר
 לקמן בס' תרמ"ט שמוטר לקח אחריו של חברו בשאר ימים
 אבל לא ביום א' משום שריך קנין שיהיה שלו וזה א"א שלא
 מדעת חברו יקשה זה לבאן, והאמר שם מיירי לנעין
 שבענא ויכול ויבדק זה הוא רק בשאר ימים, אמנם ביום
 ראשון יהיה ג"כ ענה לקח ע"י אחר בתנה ע"מ להחזיר,
 או שנאמר כתיבולו של המג"א שרשות לבדק גם על טלית
 שאולה, ודו"ק בכל זה :

סימן ו

אשר כתבתי להשיב לרב אחר על שאלתו
 לענין דינא ובארתי איזה דברים בענין פעולה .

א) **הרא"ש** בתשובותיו כלל (ק"ד ס' ו') המובא בחו"מ
 (ס' ט"ז ע"ה') כתב אמר לאומן עשה לי
 דבר פלוני ואקחני ממך ועשאה' האומן כ' והוא דבר שאם
 לא יקחני יסגוד חייב המלוה לפרוע לאומן כל הפסדו, ומדמי
 זה להלכו חמרים ולא מלאו תבואה שהפסדו על ידן מלאכת
 היום כו'. והנה מדברי הרא"ש מוכח שהתשלומין הוא רק
 מטעם דיני דגרמי ולא מדין שחייב לשלם לפועל עבור פעולתו
 כדאיתא בב"ק קמ"ו, דהתם אין לבוא מדך דיני דגרמי שהרי
 לא פגע השוכר להפועל עשה מלאו שמת או שהכריא ורק
 מדך שפעה את שליחותו כמבואר בגמ' שם, וז"ע למה מחולק
 זה העובד שמשאל הרא"ש מהא דב"ק, וביומר קשיא לענ"ד
 דברי רבינו הגר"א ז"ל שם (ס' ט"ז ס"ק מ"ה) שז"ין שני
 מקורות על דין זה, (א' שפ"ב דברו הספד חייב מדיני
 דגרמי כמו הדין זמרים ובב"ק קי"ו השוכר את הפועל, עוד
 הוסף בליקוט שם, במש"כ בתוספתא ולקמן (ס"ג ס"ג) שכרו
 להביא תפוחים לחולה כו' והרי שני המקורות סותרים וא"ו
 שלטעם האחד אין חייב רק מ"מ שהפסד ואם בעת הזאת
 שפעה לא היה לו להכריח במקום אחר הלא יפטר על שך
 פעולתו שלבד הפסד הקרן, וכן אם אירע לו אונס שאין
 לריך להבלי ג"כ יפטר, ולטעם ה' משום דעביד שליח
 שליחות והוה חייב בכל גוואל והיאך כתב שני מקורות אשר
 אינם שוים לריבא ;

והנה הנתיבות שם (ס"ק ט"ו) הקשה על זה הא גם בשכרו
 לעשות בשל הפקר ואמר שכך עלי חייב לשלם ואין
 יכול לומר עול מה שעשית בשכרך, ותירונו עוד לא בגדר
 פעולה רק בתורת קנין לפי שזו, ובאמת אגוד מה נקרא
 קנין ומה נקרא פעולה הוא בלי יסוד ככון לגדר בזה, כי
 באמת לענ"ד נראה שגם לשון ואקחני משמע שהוא רק
 הבטחה לקנין מה בכך מ"מ כיון שעבור פעולתו מצביע לו
 לקנות ממנו, וכגם זה בגדר החמיבות עבור פעולתו לקנות
 ממנו הדבר הזה וכמו כל תשלום שמחייב לשלם עבור
 הפעולה שהפועל עשה לזורך המלוה לו לעשות, ויחוי אכן
 למ"ד אומן קונה בשבח כלי, וכל אומן נחשב כמוכר השבח
 שלו לבעל התפך הכי נאמר שאין עליו חוב מלך פעולתו
 לקח השבח שהשביח האומן ולשלם כפי מה שקלצ עמו, אלא
 שזה בעלמותרו בחיוב תשלום הפעולה שמחייב לקנות ממנו כפי
 מה שקלצ עמו, וה"כ בידידן זה של שאלת הרא"ש ג"כ
 אכתי ישאר הקושא למה לא נאמר שמלך חייב תשלום פעולתו
 מחייב לקנות ממנו כפי מה שקלצ עמו בעת שליחו, וע"כ
 לא כתב הר"ן (כפ"ה דע"י) גבי הבעלי כי בטלה זה דפריך
 הגמ' והא מחסרה מוכיח שמוה למדנו שהשוכר את הפועל
 ופסק עמו לתן לו כור חטים עבור פעולתו שלא קנה החטים
 רק ויכול לתן דמי, וזה הטעם משום שחייב הונח סתמא
 על המעות שזיו של הדבר הזה, אבל כאן איך שייך דבר זה
 דהא אין דורש רק דמים דמי החפץ, וא"כ הלא למה לא
 יתחייב לקנות ממנו ולשלם לו דמי המכירה כפי מה שקלצ
 עמו. — אמנם שיתא דרבינו הנתיבות לא ידענא, בזה
 שכתב בקושיתו הא גם בשכרו לעשות בשל הפקר ואמר שכך
 עלי חייב לשלם כו', היכן נמאל דין זה שבשכרו בשל הפקר
 ואמר שכך עלי שחייב לשלם ואין יכול לומר לו פול מה
 שעשית כו', אם מהא (דס' ט"ז ס"ט) ב' בשכרו ללקט בשל
 הפקר, הלא כיון שחלקתו עבורו הרי נקנה לו הדבר כדיון
 המגביה מליאה לחברו וא"כ עשייתו הוא בדבר שהוא של
 השוכר להפועל, ושם בסעי' ג' בשכרו לשמור הלא שם באמת
 הדין הוא שיכול לומר עול מה שעשית בשכרך :

ב) **וראיתי** בשיטת מקובלת (בג"מ דף ק"ח) שמביא בשם
 ההשב"א שהקשה למה פטור בשל הפקר מאי
 שנא מהשוכר לעשות בשל חברו ואמר שכך עלי שחייב לשלם
 אע"כ דלא קנה מידי הפקר סתמא כאומר שכך עלי
 הוא, ותירך דבשוכר לעשות בשל חברו כיון דחברו נהנה
 חייב מדין ערב וחייב כאלו הוא נהנה ממנו, משא"כ כאן לא
 נהנה לא הוא ולא אחר כיון שלא קנה החפץ ע"י שמירתו,
 וא"כ מעתה אין שום קושא של הנתיבות על גידון של האומר
 להאומן עשה לי כלי כו' שאין חייב חוב שכירות לולא דינא
 דגרמי שהרי לא עשה לו שום דבר שעדיין הוא של האומן
 ולא נעשה לו משהו, והא דשכרו לעשות בשל הפקר שאני
 שקנה עבורו בהגבהו, אבל דבר של האומן אין יכול להקנות
 בהגבהו עבורו שהגבהה המוכר אין מושיל לקונה כ"א
 כשנעשה ע"י אחר ולכן אין לדון מדך שכירות פועל בזה רק
 מדין קני' וכל זמן שלא בא לרשותו לא קנה, ורק מדך דינא
 דגרמי אחינן עליה. — ומעתה תתורך הקושא על הרא"ש
 שהולך לעמא חן דינא דגרמי, מאי שנא זה מהא דשכרו
 להביא תפוחים לחולה ומלאו שמת שחייב, דסם מיירי שקנה
 עבור המשלח מאחר, וא"כ הפעולה הוא בשל המשלח, וזהו
 משא"כ בהא דעשה לי דבר פלוני שם עשה לו מעלו, וזהו
 נראה ליישב דברי רבינו הגר"א ז"ל ששני המקורות הים
 מתחלקים כפי שהיה בהשעובדא הו, שאם הדבר שפעה היה
 משל הפועל האומן אז אין לחייב רק מדינא דגרמי, אבל
 אם הדבר שפעה המומר שהוא נעשה מוז קנהו מאחד אחרי
 שליחו לעשות עבורו וקנה עבורו המלוה, בזה ניתי
 מדין פועל דעביד שליחותו וכמו הא דתפוחים :
 והנה

והנה כתב לתוך קטורת הנתיבות, והוא שלח חומר הכלי ששכר ע"ו אין לבוא מלך פעולה רק מלך דינא דגרמי, ועל טורחו ועשייתו בזה נבוא מלך פעולה, והרא"ש שהלך לומר מלך גרמי הוא על הפסד החומר שנעשה מזה הכלי, והנה בתלפת ראותו את דבריו, עלה בדעתו שצוה יתרוך דביו רביו הגר"א ז"ל שני המקורות והטעמים שניהם נלרכו, שטעם גרמי יהיה על הפסד חומר של הכלי, וטעם השני שהיו מהא דתפוחים מ"ב ק"ו יהיה על שכר הפעולה, אמנם אמרי גמיתבתי ריתוי אשר מוכח מגמ' שא"ל לומר כן, ובאמת גם הפסד החומר שנעשה מזה הפעולה נכלל ג"כ בשכר פעולה, והוא דליתא שם (ק"ו) בצעיה דירך להליל ולא להליל אין לו אלא שכרו ופירך הגמ' מהא דהשוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקין בו' ומלאו שם או שהבירא נותן לו שכרו ומשלם, וא"כ לפי הקושא צעיה הגמ' לומר ששלם עבור הפסדו ג"כ שהפסדו את חמורו או ששך יינו ומדמי זה הגמ' להא שהביא כרוב ודורמסקין ששלם עבור מה שעשה עבורו גם שלא הגיע לו תועלת, ומאי דמיון הוא הא הדין שנעשה לו אין זה נכנס בפעולה רק למיור ששלם עבור הפסדו וירך לשלם מלך שגרם נזק לו בפקודו, ואפ"ה חשיב זה הגמ' כפעולה ורק משום דלא עבד שליח שליחו וכשכר עבור זה ורק טרחו משלם לו, וה"ל נבדון של העושה כלי עבור המלוה גם הפסד החומר שנעשה מזה היה נכנס ג"כ בשכר הפעולה ויבין דעבד שליח שליחו יתחייב לשלם כל הנעשה עבורו, וזאת דוחק לחלק בין היבא שהנזק בפני עצמו הוא לנזק שהיה לו יכולת לעשות הפעולה, ובין הפסד של גוף הדפן שקנה ממנו לנזק הפעולה רק שלא נגמר קנין שצאמר שזה לא יוכנס בשכר הפעולה:

(ג) והנה במה שכתבתי לחלק הא דתשובת הרא"ש מהא דשכרו להביא תפוחים או הא דכרוב וכו' לחולה מפני שש מיירי בקנה עבורו וחסוב עושה בשלו, וזהא דהרא"ש הוא נוטל בשל המלאכה, יש לעיין דהא דברייתא התמא קנט שכרו להביא כרוב ודורמסקין, ומשמע שזה הדין גם אם היה שכרו להביא ומשלו שיש לו במקום שהוא נמלא שם ואפ"ה לא חייבין שיתון לו שכרו ומשלם משום העבד שליחו, וא"כ מה יש לחלק הא דהאומר לאומן עשה לי דבר פלוני מה עוד שצוה לריבין בזה לבוא רק משום דינא דגרמי. — לכן נראה לענ"ד לומר בביאור הדבר שגדר פעולה מיקרי כל שנעשה דבר לתועלת חברו הן שהשביח ממנו או שעשה רעונו לתועלת איזה ענין ודבר כמו שאדבר עליך לשלשון, או שחוק תועלת רב לפני כדליתא בקידושין (ס"ז ע"ב), וא"ל לכאורה לר"ך להבין מדוע באומר לו לשמור דבר של הפקר לא מיקרי זה פעולתו, הלא עשה לו בזה את רעונו ובקשתי, ולכן נראה לענ"ד לומר שגדר החילוק הוא כך, כל שהוא תועלת למנון שראוי הוא בין לו ובין לאחר, ע"כ הדין כל שהמנון לא נעשה שלו לא מיקרי זה עשיית פעולתו, ולכן בשכרו לשמור דבר הפקר זה לא מיקרי פעולתו שהרי שמונה זו היא תועלת להמנון שראוי בין להמנון בין לאחר, ומש"כ בזה דכרוב ודורמסקין, וכן בזה שירך להליל שחין בזה שום תועלת רק להנאות בזה יש לבוא מדיון פעולה שפועל לתועלת המלוה, ולכן בזה דהרא"ש באומר לעשות דבר פלוני שאינו דבר ראוי גם לאחר לקומתו בזה לא מיקרי פעולתו כל שאינו עשה בו וזה דמי כמו שכרו לשמור דבר של הפקר:

והנה בזה דליתא בגמ' בשכרו לשמור בשל הפקר שיכול לומר לו עול מה שעשית בשכך וכוונת מדברי הרשב"א הנובב בשו"ק שחין על השוכר להפועל סום חיוב לשלם כולל, ומשמע שם אם שם שעשה אדם חיוב כפי מה שעשיו אין עליו חיוב לשלם אחר שמה שעשה לו מאומה בעצמו, וגרסא לענ"ד שזה יהיה תלוי בנחלקות הפוסקים

יב

הראשונים אם אחד אומר לחברו השלך חפצך לים ואשלם לך אם חייב מדיון ערב על זה, וכוונת זה בר"ן (ב"ק קדקדוין) נבי תנס ע"ג הסלע שלדעת הרמב"ן ז"ל כשאומר לו מפורש זרוק מנה לים ואחתיב לך מתחייב מדיון ערב, אמנם שיטת הרשב"א ודעת קצת חכמי ארפתים שחיוב דין ערב הוא רק כשצא לרשות בין דעת עו"ש וכן הוא שיטת הרא"ש (בבב"ש פק א' סי' י"ג), ומעתה נאמר שלדעת הרמב"ן יש לומר גם בשכרו בהבעה בהפקר ואומר שהוא ישלם לו מחייב לשלם מדיון ערב גם דלא אחא לידו דלא גרע זה מאומר השלך לאיבוד, ולפי שיטה זו של הרמב"ן ושיטתו נלמדך לפרש שם בסוגיא הג"ל (נב"ק י"ח) שבאמת יש חיוב עליו לשלם על השוכר לשמור בשל הפקר אם לא ישוה מה שעשה כדי חיוב ששירתי שקלך עמו רק שיכול לומר לו עול מה שעשית על חשבון התשלום שדך כיון שלא נעשה הפעולה לעצמו, אמנם לשיטת הרשב"א הרא"ש ואשתי הראשונים הסוברים שעל זה אין עליו חיוב ערבות כל שלא קבל בר דעת ע"י אמירתו בזה הוא פטור לגמרי, וכיון שכתבנו לעיל שענינו של תשובת הרא"ש באומר לו עשה לי ואחמנו מתוך דמי בשכרו לשמור בהפקר, ולדעת הפוסקים הג"ל והרא"ש בכללם כל שלא אחי לדין בן דעת אין כאן התחייבות עליו, ולכן בזה אין עליו חיוב שלומין על מה שאמר לו לעשות רק מלך דינא דגרמי שגרם לו הדין בזה שחזר ושלח לקחו ממנו, אמנם לשיטת הרמב"ן דלעיל שצוה שצוה עבד זה גם שהולך לאיבוד מתחייב מדיון ערב אפסר שיש לומר גם בזה שליוה לו לעשות גם דלא אחא לידו מתחייב מדיון ערב על כל מה שהבטיח לו שעל פיו עשה את פעולתו, ומעתה נראה לענ"ד שאפשר לומר ששני המקורות שז"ן רביו הגר"א ז"ל בשני והטעמים מועט גרמי, ומעט הרא"ש דב"ק בשכרו להביא לחולה בו' יהיה טעם האחד לשיטת הרא"ש הג"ל והשני יהיה לפי שיטת הרמב"ן:

ורב"ר הרא"ש בתשובתו הג"ל הואיל וזאת לידן אפיר מה שלע"ד לענ"ד דבריו הך שכתב מחייב מלך גרמי ונוייתו ראוה מהא דהלכו חמרים ולא מלאו תבואה, וקשה לי בזה דהא דהבלו חמרים משמע מדברי תוס' (ב"מ ע"ו ע"ג) שכל החיוב מלך גרמי הוא, שגרם להם נזק שנתבעלו על פעולת היום, ולפי"ז אם גם אחמול צות ששכרם לא היה להם מקום אחר להריות להשכיר היה פטור, או אם שארי פועלים מתגרי בתלתא ואיזה שכר בארבעה אין לר"ך לשלם רק שלשה שלא גרם להם יותר הדין, אמנם הרא"ש בעצמו כתב בפ' האומן שיהיו חמרים מתחייב בשכר פעולת היום גם אם אחמול לא ילך מולאים להשכיר עצמם וכן אם פועלים נשכרים בג' ואיזה שדך בו' והמה ימלאו להשתכר בג' שנושלים להם עד ו', וא"כ לדעת הרא"ש מוכח שהא דהלכו חמרים חשיב כהתחילו במלאכה שמתחייב בכל שדך גם לולא דינא דגרמי, וא"כ לדין של הרא"ש בתשובתו דלא אחא עלה רק מלך גרמי אין להביא ראוה מהא דהלכו חמרים, ששם יש החלה שחייב מרינא גם לולא טעמו דגרמי, וגרסא לענ"ד לתוך מלך ההכרח שהרא"ש מיייתי מקור לרינא מן דעת הסוברים שבהלכו חמרים החיוב הוא רק מלך גרמי, הנה שלפי שיטתו בעצמו אין ראוה משם לחייב מרינא דגרמי, רק באמת הרא"ש דן בזה מלך הסגרא שיש כאן דינא דגרמי וראייתו משעט הפוסקים הסוברים בן דהלכו חמרים החיוב הוא רק מרינא דגרמי:

(ד) ומה שהעיר כת"ר בשכרו לשמור של הפקר למה לא נתחייב לו לשלם מלך דינא דגרמי כמו עובדא דהרא"ש באומר לו לעשות לו כלי מה לי אם הוליא ממנו על פיו או הוליא ותרחה על פיו (לשון הניחוי עליה ס"ק ב') עב"ד. והנה לא ביאר כת"ר היבב כוונתו, אם מרינא דגרמי שאם לא שכרו היה נשכר לאחרים בזה ודאי שיש לחייבו מרינא דגרמי שהרי על ידו הפסידו מלעשות ולהשתכר וזה דמי ממש דהלכו חמרים

להלכו חמרים ולא היה לו לומר משום שהוליא תחתיו על פיו רק שהפסיד מלהשתכר, אלא חסיגנון ד' כ"ח יראה דערו שיש לבוא עליו מדינה דגרמי גס אלא היה מוצא להרויח אלא אחר רק שעל ידו הטעיה עצמו וע"ז ישלם לו מזל דגרמי, וזוה נראה לעג"ד כיון שבכלל דינה דגרמי לשיטת רוב הפוסקים הוא קנסא או חקיקתא דרבנן ולא מליניו רק בהפסד ממון שהפסד ע"י רמתו או בחקום שהפסידו מלהשתכר בפעולה, ובאשר כבז האר"ה"ה בזה לפי שמיניו בתורה חייב תשלום שבת על ביטול מלהשתכר במלאכתו ולכן גס דגרמי חייב בזה, וועיינון בקצ"ה (ס' ע"ג) שהאר"ך בזה אצל דגרמי על טורח שגרס לו לא מליניו חייב על זה. — וגראה לעג"ד להביא דאיה לזה מהא דאיה"א (ג"מ ע"ו א') דמשני הגמ' הא דהטעו זא"י דאטעו פועלים אהדדי דבעה"ב אמר בתלמוד ואיהו אמר להו בארבעה, דמסקינן בגמרא דבעה"ב דמסקינן דאמרי ליה אי לאו דאמרת לן בארבעה זילא לן מתלמידי לראשונים, ואפ"ה חייבין ליה להפועלים לתבוע מהשליח הוא הפועל שכרם מפני שלא אמר שכרם עלי, ומ"מ למה לא יתבעו מן הפועל שגרס להם כמה ששיקר להם שבעה"ב אמר בארבעה וע"ז הטעיהו עמם לעשות הפעולה ובפחות זמור חיון לרובם לעשות, ואולם פלעתיא וטורחתם יקר, אלא אנו רופין שעל כל הפסיד להם ממון חיון לחייב מדינה דגרמי, וכן בהא דאמר בגמ' דאיה"א דמתגרי בתלמוד ואיה"א דמתגרי בארבעה דאמרי אי לאו דאמרת לן בארבעה טריחין ומתגרינן בארבעה, ג"כ חיון לבוא על השליח מדינה דגרמי שאין זה נזק ברוב אולי לא היה משגיב מי ששיקר אותם בד' ולכן חיון לבוא מולד דינה דגרמי מספק. והנתיבות שכתב הא"י שברא מה י"א א"ס הוליא ממון מה י"א א"ס הוליא טריחין, הוא רק לחייבו מדין פועל בחיוב שכר פעולתו וע"ז שפיר קאמר שדך י"א א"ס הוליא על פיו ממון או הוליא פעולתו, אצל במקום שחיובו רק מולד דינה דגרמי חיון לנו שום מקור בתלמוד עורחו במקום שאין עליו חיוב תלמומין מולד עלמות הפעולה, וזוה אנו אומר ג"כ כדבריו במקום ששכרו ג"כ לשמור בשל הפקר ואמר לו שהוא ישלם לו והוא היה יכול להשתכר במקום אחר, לא א"ס היה נשכר בלחן, שגם להרשב"א שאין מחייבו משום פועל שיש לחייבו מולד דינה דגרמי, וזוה שפיר חמירין שיוכל לשלם גם בשרה כסף במשלעלין, ואם נאמס גם שלא בפשיטת השומר יפטר השוכר לשומר משלם לו, דהגרמי הוא רק שהבעיות לו לשלם ולקבל הדבר הנשומר על ידו וכשחיוו רוצה לקבל יש עליו חיוב דגרמי, אצל כשנאמר הדבר גם שהוא שלא בפשיטת השומר, מ"מ כיון שח"א לו לקבל הדבר חיון לחייבו מולד דינה דגרמי. — ובאמת בהא דשכרו לשמור בשל הפקר שיכול לומר לו עול מה שעשית בשכרך, שכתבתי לעיל (באה ג') שלשיטת הרשב"א א"ס מה שעשית חיון שיהי שכר פעולתו שהשכיר אוסו חיון לריך להשלים לו, מ"מ זהו נראה לי שא"ס היה יכול להרויח במקום אחר והוא סתך עליו שישלם לו כפי מה שקב בשכרו והוא יוכה בהשפק, ויחייבו לשלם מדינה דגרמי, אך א"ס לא היה לו כמה להרויח במקום אחר לא יחייבו לו להשלים לפי שיטת הרשב"א, ודו"ק :

עוד העיר כ"ח"ר למה בהא דזכור מנה לים ואני אשלים לך גם למחן דלא מחייב מדין ערב למה לא יחייבו מדינה דגרמי, וכח"ר תירך ע"ז דיכול לטעון משנה אני בך, לעג"ד לא כן עמדי ואפ"י שאמר לו מפורש שהוא בלא השטתה מ"מ יכול לחזור בו לשיטת הסבורים שכל שהולך לחיוב חיון בזה דין ערבות, דאילו לא היה חשך משנה גם בפעולה לעמוד שיש ע"ז דין התחייבות כמו עול דינר והעבירי יכול לומר משנה אני בך ויפטר, וא"כ מטעם משנה היה לפטורו גם מדין ערב גם למ"ד שיש ע"ז ערב, אלא ע"כ לריך לומר שחלוקתן של הפוסקים א"ס מוחייבו באומר זכור מנה לים גם במקום שאין מטעם משנה, וא"כ לריכוין ליישב מדוע

לא יחייבו מטעם דגרמי, ונראה לעג"ד לומר בעטם הדבר שאין כאן גרמי משום דאין יכול לבוא מטעם חיוב דגרמי רק במקום שהוא גרמי שיפסיד חבירו מפני שהוא סתך עליו, אצל כמה שהניזק גרם לעצמו הניזק חיון כאלו חיוב דגרמי, ולכן בזה דזכור מנה לים הוא גרם לעצמו, כי מי הכריחו לזרוק ולהטובע ומחברו הניזק לא מזכור ולא תחבש, וכיון שחיוב מדינה זה על מטעם אמירתו חיון כאן, המאל"א חיון לבוא עליו מתורת גרם הניזק, משא"כ בהא דהרא"ש בעשה לי דבר פלוני הוא סתך עליו שלא יעריך לתבוע ממנו נזק כי לא יהיה בזה נזק כי הסחורה תהיה נזרפת לו כפי אמירתו שיקנה מאתו רק נעשה הניזק מולד שינוי דבורו, לכן יכולים לבוא עליו מטעם דגרמי, ולפי"י יחייבו הא"י עובדא דמש"י באומר הלואה, או הא"י עובדא דהגרע"א בתשובתו במקום אשר הסחורים הביאו הסחורה למי שבשעיים לקח מאתו ואמר לו שיביא להם הסחורה, בטלוח לא אמירתו לא היה נזק א"ס היה לחברו שחוט פרה זו והם תמלא טרפה אתן לך כך וכך בעד הכשר טרפה וחזר בו הקונה ששפרו הרא"ש שס, שהקבו הב"י והמל"מ בהל"י עושין והגרע"א והנתיבות למה לא יחייבו מטעם דגרמי כמו עובדא דהרא"ש בעשה לי כלי פלוני, ונראה לעג"ד לומר שבסדרו של הרא"ש שאין הכי נמי א"ס היה כוונת האומר שנגדך לו הכשר טרפה והוא ישלם לו כפי המקח שקב ועל סתך זה שחטה ודאי יהיה מתחייב לשלם מזל דגרמי א"ס היה חוזר בו, ודעתי על הרא"ש בזה דעשה לי כלי פלוני ואחיקטנו מך, אך הכא בתש"י הרא"ש מייב"י ששמוען הקונה מעולם לא היה לריך לבשר טרפה, וכן שמוען בעובדא ה"ל ששכר נאמר לאהיים ושמוען גבה השמות, רק כוונת שמוען היה שמקבל עליו להעמיד לו סך המזות מבשר הערפה שיהיו שא"ס לא יהיה כפי סך הג"ל שיהלך לו משלו, והוא כמו שכתבתי שבמקום שאומר לו עשה הניזק בשלך ואני אשלים הניזקן שאין לבוא בזה מטעם דגרמי לחייבו, כי על מה שמכת לעשות הניזקן בשלך שאני אשלים לך, לא תעשה ולא תקבל תשלומין, כי הוא לא הכריחו לזה, ולכן לא זמן שאן הדיון חיון כאלו נזק קצין וחייבו חיון לחייב ג"כ מטעם דינה דגרמי, רק דין זה תלוי בהא דאומר זכור לים ואחייבו אני לך א"ס יש על זה דין ערב, והרא"ש לטעמו שסובר שבזכור מנה לים חיון כאלו דין ערב :

ה **עוד** אמרתי לנאר בעיקר הדבר בצנין הא דשכרו בשל הפקר, והנה מש"כ לעיל (באה ג') שלשיטת הרמב"ן וסויעתו שס"ל שגם בזכור מנה לים חייב מדין ערב וא"כ בשכרו להטובע בהפקר דלא קנה, שמתחייב לשלם באומר שכרך עלי, מ"מ יכול לומר לו עול מה שעשית בשכרך מפני שהפעולה לא נעשה לעצמו רק שמועלו עליו להשלים לו מה שנחסר משויו לכל תשלום השכירות שקב עמו, עתה הדריגא בזה, כי מוכח מדברי הרמב"ן המובא בשמ"ק שם בב"מ שמתפרש הגמ' דלכך בשכרו לשמור בשל הפקר דשפיר, משום דמייב"י שודע שהוא הפקר, ולכן כל שכרו לשמור בשל הפקר הדבטה בהפקר לא קנה, הוה כשכרו לעשות בדבר שאין שלו. נמלא לשיטת הרמב"ן כל שכרו לשמור בשל הפקר, דמאי אמר ששכרו לעשות בשל שכרו שא"ס ידע שהוא של חבירו או שהוא של הפקר או חיון עול מייב"י כלל, וא"כ אמר שהוא שלו או דמי כמו א"ס אמר שכרך עלי שחייב לשלם, וכן מדברי הר"ן המובא בשמ"ק נראה ג"כ שמתפרש מטעם דשכרו לשמור בשל הפקר הוא ג"כ בהרחא לעשות בשל הפקר שפירוש יב"ש בדבריו, והנה הרמב"ן לשיטתו אולי דסבר שבזכור מנה לים חייב מדין ערב ודאי דא"ש שחלו שכרו בשלו והרחא בשל הפקר דהוה זה כחומר שכרך עלי שאין יכול לומר לו עול מה שעשית בשכרך שנתקב כפועל שלו, ואין חלוק בין חיון הפקר ובין של חבירו, אלא בדברי הר"ן נכרך אני כפחות הר"ן בקידושין הביא שמי השעות באומר זכור מנה לים א"ס יש לזה

לזה דין ערב שחולק הוא להתקדש בזה ולא הכרע, וא"כ יש לומר בדברי הר"ן שבב"מ המובא בשמ"ק או שדבריו סובבים רק לשיטת הסוברים שזרוק מנה לים יש על זה דין ערב ורואה ליישב הסוגיא דב"מ כוותיהו ג"כ, אבל לדעת הסוברים שאין על זה דין ערב יסבור ג"כ בהשב"א שגם באומר שצדק עלי בשל הפקר בהבטת א"ן עליו חיוב תשלומין, או שהיה חוקק בזה על דברי הרשב"א שגם למאן דסבר שבזרוק מנה לים א"ן עליו חיוב תשלומין מדין ערב, מ"מ זה עדיפא שיתשב כאלו שוכר פועל לעשות לתועלתו לפי שמנפה לזכות בזה אח"כ. — וב"מ א"ך שיהיה, לא היה להנתיבות להקשות בפשיטות על דברי הר"א"ש מזה שגא משכרו בשל הפקר ואמר שצדק עלי, אחרי שמופסד לא נאמר זה בצור ובב"א"ש, ודלמא יסבור הר"א"ש ג"כ בהשב"א דהא צדוק מנה לים וחתייב לשלם לך סובר הר"א"ש בהשב"א, וא"כ לא יקשה עליו מה שהולך הר"א"ש לבוא בזה מדין גרמי. — ובעיקר הדבר שהרמב"ן והר"ן מפרשים להסוגיא דב"מ שהא דשכרו לעשות בשל הפקר (היינו לשמור דלא קנה עבורו), צידע שחולק של הפקר ולא אמר שצדק עלי וע"כ שכרו מוטל על מה שעשה ולא עליו וכמו ששכרו לעשות בשל שכרו, יש לעג"ד לדון בזה ע"פ הכשר הישרה, בשלמא בשכרו בשל חצרו ולא אמר שצדק עלי יש לומר שאוכר הפועל שבעל הדבר בקשי לשכרו, או שאוכר שחולק מוכרו ואוהבו וכל שיטתו עבדו ויסבור למענו יומלא הבעה"כ דבר זה וישלם, ולכן יש מקום להעשו ששכרו וקולב שכרו, אמנם בשכרו לשמור בשל הפקר גם שידע שהא של הפקר וגם ששכרו סתם ולא אמר לו שצדק עלי, הלא ראו לומר שהוא כאומר שצדק עלי, דאם שהוא א"ן מתכוין להתחייב בתשלומין למה בא לשכרו ולקולב לו שגר על האופן שיזכה בשל הפקר לפול מה שייעשה בשכרו, ומה לו להפועל לשכור עלמו ולדבר עמו ע"י קנה"ה ששכרו ומה לו להשוכר להיות אדון ושוכר על ההפקר, הלא כמיהו לו להשוכר כן הוא בעלמו, וגם בלערו יכולת בידו לזכות בההפקר ולקבל את חט שכרו מזה, והא א"ן זה אלא עלה טובה ונוראה לו מקום שיט כאן דבר שיש כאן דבר הפקר שיוכל לזכות ולהרויח בזה שגר פעולת שמירתו ולא לשון שכירות, וא"כ ראו לומר בזה שגם בכה"ס שכוונת השוכר להפועל שהוא ישלם שכרו עבור פעולת שמירתו לפי שיתחייב לזכות אח"כ בזה :

ונראה לעג"ד לומר שדאי כוונתו של השוכר להפועל להבטיח בשל הפקר שהוא יזכה אח"כ דבר הדבר הנשאר וישלם לו שגר הפעולה כפי הקצבה שקצב לו, ומ"מ לא תשוב זה כשצדק עלי אחרי שגודע להפועל שלע"פ א"ן הדבר של השוכר ולע"פ לא זכה עדיין, א"ן עליו חיוב תשלום פעולתו רק אח"כ כשיזכה בזה או אח"כ בתשלום פעולתו, וביורה הסבר יש לומר שכל כה"ג א"ן מתחייב השוכר להפועל עכשיו בתשלומין רק כשיזכה אח"כ, דהא הפועל בעלמו יש ביכולתו לזכות בהדבר ששמו וא"כ א"ך יחליש להתחייב לו בזה עבור שמירתו, ולכן כל כה"ג א"ן מתחייב בשגר פעולתו ומשכר רק כשיזכה א"ך דבר המופקר ויהיה לו תועלת מן הפעולה שמירתו של הפועל, רק אם יאמר בפירוש שצדק עלי שהוא מתחייב בעלמו ומשכרו ב"ן אם יזכה לו א"ן זכה, בזה יהיה תלוי בתחלוקת של הרשב"א והחולקים עליו :

ו) ובעתה על פי מה שכתבתי גם אם נאמר שהר"א"ש לא יסבור בהשב"א, רק יסבור שגם בשל הפקר אם שכרו לעשות בשלו והראתו בזה ולא אמר לו שהוא של הפקר או שאמר בפירוש שצדק עלי מעתה שיתחייב לשלם עבור פעולת הפועל וכפי שכתבנו למעלה כשיטת הר"ן, מ"מ בזה העליתו מן הסוגיא דב"מ שכל שאוכר לעשות דבר עבורו שיזכה אח"כ לרשותו א"ן עליו חיוב תשלומין עבור הפעולה קודם שיוזכה ויבוא לרשותו, כל שלא אמר בפירוש ששכרו עליו מעתה, וא"כ ה"כ בדברי הר"א"ש בדיוט של האומר עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, כיון שגוף החומר שיהא נעשה מזה הדבר שאמר להאומן הוא של האומן, וכל הפעולה של האומן הוא, רק אח"כ כוונתו שיזכה לרשותו ויהיה פעולתו לו, וא"כ כל זמן שלא בא פעולתו ליד המזוה הלא הפעולה נעשה בשל האומן ולא עדיף זה אלאו שכרו לעשות בשל הפקר שא"ן עליו חיוב תשלומין כל זמן דלא אתא לידו בשכרו סתם וידע שהוא של הפקר, וכמ"ש מקודם בהסבר הדבר, בשכרו בשל הפקר שלפי שהפועל יכול לזכות בעלמו אם ירצה, א"ן כאן חיוב תשלומין בהחלט כל זמן שלא זכה השוכר להדבר הנעשה ע"י הפועל, א"כ ה"כ בעובדא דהר"א"ש אחרי שגוף הנפעל הוא שלו, וא"כ ממיולא הדבר הנעשה לא נקנה להמזוה לעשות, ואם יודמן להאומן קונה אחר שיתן לו ביוקר עבור דבר הנפעל, הלא ביכולתו של האומן לחזור מזה ולא יהיה עליו רק לתא דמחוסר אמנה כי א"ן בזה שום קנין לא משותף ולא משיכה, וגם אם ירצה האומן למכור זה שעשה במחשבתו עבור המזוה ולעשות לו אחר שיעלמו זמן הנדרש להמזוה ג"כ יהיה רשות בידו ולא יהיה אפילו מחוסר אמנה, וזה עדיף מכל זמן קונה בשבח כלי, דהתם מ"מ אם ירצה האומן אח"כ כשהשבח נעשה בהכלי למכור השבח לאחר או שיעבד זה לעלמו ודאי שא"ן רשאי, ומחויב למכור להבעה"כ את הדבר הנעשה וא"ן יכול לדרוש יותר עבור שבתו גם שיתייקק וישוה שבתו ביותר, ולזה יש להבוא ראיה מנ"מ מפורשת ב"מ (ע"ו ז') שרו לעשות בב' בלטיס כו', דאל"ה יקשה מזה למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי, וע"כ ל"ך לומר שנהי שיש לו קנין בזה להאומן בשבח הדבר שעשה, מ"מ יש עליו לענין המחייבות גמורה ולכן יאמר שצדק על הדבר הנפעל שכל שישלם לו כפי מה שקצב מחויב למכור לו את הדבר, ומעתה דברי הר"א"ש נכונים מאוד בעמדם שא"ן לבוא מלד שגר אומן מדין תשלום פעולה גם באומר אקחנו ממך, גם שכונתו עלתה עבור חומר שייעשה מזה הכל כפי השינוי ועבור פעולתו כפי הקצבה, מ"מ א"ן בזה עליו חיוב תשלום כל זמן דלא אתא לידו שהרי הוא כשוכר לעשות בשל שכרו או בשל הפקר, וזה עדיף משם שהרי שוכרו לעשות בשלו רק אח"כ כשיבוא לידו אז יהיה מוגיע לו שגר פעולתו, ויכול לו טול מה שעשית שצדק, רק מדין גרמי אפשר לבוא ע"ז מלד שמתחרט וא"ן הוזה לקח מאתו, ודו"ק בכל זה " :

ז) וע"פ הלענת דבריו בענין שכרו בשל הפקר, נראה לעג"ד לבאר דברי רש"י וליישב מה שפסק רמב"ן והר"ן על דברי רש"י במש"כ שם (ב"מ דף ק"ו) דלא דמי לשכרו בשל חצרו דהתם א"א לומר זכי בו אתה, והקשו על זה דהיבא שאמר שצדק עלי אפילו אם היה יכול לומר בו זכי בו אתה מאי הוה. ונראה לעג"ד ע"פ ש"ס שבכאורה כל האומר

(*) רמב"ה ודאי דברי בענין זה הכתוב מה שקשה לי לנאורה אחרי כנס למ"ד א"ן קונה בשבח כלי מ"מ מחויב הוא למסור לבעל סתמין לה הכנה בפקח שיתן עמו, א"כ אמרו בב"ק שפסקה א"ן מילס רק דמי ע"פ ולא רה שבתו ששום הסכמ יתור ממני שכרו כל האומן, הלא לא נרע זה מתיק שיעבדו של חבירו אלא מחייב לשלם מדינת דנמי, והתם האמר בנ"ס הלא דהקדחתו ויזכה דמי אמר א"ן ולא דמי אמרו ובכחו משום דלמון קויה בנכח כלי, והתם שפירע דב"מ מודה בהא ג"כ שהרי יחייבי כהא מחתימין בסיפא, ודאי חיה ליה מתיק שיעבדו של חבירו חייב דכא חיה ליה ויזא דנמי, וינראה לי להקך כהא א"ן לבוא מלד דינא דנמי משום דלמסר לקוח ע"פ חתים ולתן לאומן לעשות כלי וישגי ריח שבח בזה, רק נפקי דמדינת מחייב בתשלומין א"ן יכול לומר כן, אבל במקום שמדינת א"ן כהן חיוב תשלום הסכמ לפי שא"ן שלו רק מלד דינא דנמי, כל כה"ג א"ן בזה תשלומין מדינת דנמי. עד כאן :

האומר וסוכר לעשות בשל הפקר] הוא כאומר שכך עלי שחי לומר שהוא יזכה וישלם עבור פעולתו, וע"ז פירש"י דכאן שכוונתו רק כשיזכה אבל כל זמן שלא יזכה יכול לומר טול מה שפנית, משא"כ בשל חברו כיון שאין יכול לומר טול מה שפנית מיד נגמר עליו חיוב תשלום השכירות. — עוד נראה לע"ד לומר בשיטת רש"י ז"ל, דהנה בספר דברי משפט (סי' ט"ז סיף ב') והובא דבריו בפה"ס (סי' ט"ז סי"א) דקרק מזה שהיבא דלא עבר בכל תלין כיון ששלה שיהא לשכור פועלים ואמר להם שכרם על צעה"כ הגם שצעה"כ מחויב בתשלומין מ"מ כיון דלא עבר בכל תלין יכול לומר טול מה שפנית בשכר עכ"ד, וה"כ לפ"ז למאן דסבר אומן קונה בשבת כלי דאין עובר בכל תלין כדאיתא (ב"מ ק"ג) ויכול לתן לו גם שיהא כסף. — והנה יש לדקדק בלשון רש"י שכתב כלי תלין"כ בשל הפקר כו', ומלא שחין פעולתו עליו ואין כח כל תלין"כ למה הולך רש"י להוסיף כאן, ואין כאן כל תלין"כ אחרי שחין עליו חיוב תשלומין כלל, לכן נראה לומר בדעת רש"י דסבר דאין הכי נמי שיש עליו חיוב לקיים דברו שהצטיין לו לקבל המטעה שפשה שהגביה של הפקר או ששמר הדבר והשלים לו פעולתו כפי מה שהתנה עמו וזו"ל סוף ופסל עבורו, אך מ"מ כיון שעדיין חין עליו חיוב יכול לומר לו זכי בו אהיה כי הדבר מושפעת לו לגבות ממנו שכרו, וכיון שבידו לקנות הדבר לזורך שכרו עדיף זה מאומן קונה בשבת כלי שחין בזה כל תלין שלטע"פ שפולתו אהך, ורק הפעולה מועלת על הדבר הפקר שזיה בו הוא לזורך שכרו, ובשל חברו לפי שחין מה לזכות לכן הפעולה מועלת על הסוכר באומר שכך עלי, או בשהתאם שזה נחשב כאומר שכך עלי, ומה שכתבנו בדברי רש"י שמשמע מדבריו שכל שחין עובר בכל תלין יכול לשלם גם שיהא כסף אין זה מוסכם וכמנ"כ הדברי משפט בשם הרשב"א דלא ס"ל כוהיה :

ח) תבנא לדינא ע"פ מה שצארונו בפה"ס בסברת הרא"ש שכתב בתשובתו בפשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך, שחייבו מטעם גרמיו הוא ולא מדין שכר פעולה כמה ש(י' ג'הו ו') שהוא כעין דבדי הנתיבות ולא מטעמיה, שהוא כחב שחזר הלשון ואקחנו ממך הוא לקחה ולא לשון שכירות לפועל, ולעני"ד החילוק הוא משום שזכר קנין ולכן דמי זה לשכור בשל הפקר כהצעה, שמתאם דמלתא אמרינן שחין דעתו להתחייב בתשלום השכירות כל זמן דלא אהא לידו והוא עשוינו בשלו ולא בשל הסוכר, ומ"מ מחורר לי כפי מה שכתבתי לעיל (הוג"ג) שכל שהפעולה אין ראיה רק להסוכר המזכה לעשות ולא לאחר, בזה שחייבו מדין תשלום פעולה גם העושה בשלו, וה"כ באחד שמזוה לכתוב עבורו כתובה או שצ"ח ופדומה גם בנייר של הכופר ודאי שמחויב לשלם כפי מה ששכר ולא מזד גרמי. — ומה שהביא כה"ד מדברי מהר"א שחין התובה בקצה"ח (סי' ט"ז) ראיה לדברי הנתיבות, לעני"ד אין כוונת מהר"א שחין שחין עליו חיוב כללם כפי מה שקצב, לא כן הוא ודאי מחויב לשלם, רק שהוא כעין מזד לענין איסור כל תלין, מפני שחזר למ"ד אומן קונה בשבת כלי חף שהיו מחויב תשלום להאומן הקבלן גם לולא דינא גרמיו, מ"מ שחין כל תלין לשלם זה כהולאה, ה"כ הא דכתוב לי כתובה בדבר של הכותב הוא כעין מזד לענין כל תלין דבזה כו"ע מודו שקונה האומן אחרי שהכל שלו, אבל לענין חיוב תשלומין מוטל עליו לשלם מזד שכירות פועל וקבלן שמחייב לשלם כפי מה שקצב עמו :

ט) עוד חוסף הסדר דברים בדיוני של הרא"ש בתשובתו הנ"ל באומר עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך ובאומר לחברו לעשות בשל הפקר, והוא אחרי שזה ראינו מפורש דעת הרשב"א שכתבו בשל הפקר דלא מהני שכרם עלי מפני שחין נהנה מזה לא הוא ולא חברו, ולכן חלוק זה מדבר של חברו דמהני שכר עלי מדין ערב, והחילוקים עליו בזה הוא הרמזין"ו והר"ן שהמה סוברים שיש בדין זרוק מנה לים דין ערב, ולדידהו ודאי דראוי להתחייב בשכרו בשל הפקר ואמר שכך עלי כמו בשל חברו כי הכל אחד הוא זרוק מנה לים עשה פעולה לים, וכמו שזרקו מנה לים הוא כמו תן מנה לפלוני ה"כ עשה פעולה לים הוא כמו עשה פעולה לפלוני, וזה ידוע כלל גדול של שאנו יכולים להשוות מחלוקת חין אנו לריבוי לעשות מחלוקת חדשה, ובזין שזה מצינו שחלוקים ומכבר בדין דזרוק מנה לים, אם נאמר שיש עוד מחלוקת שגם אם זרוק מנה חין בזה התחייבות על האומר, מ"מ באומר עשה פעולה להפקד לפי שמתחב לזכות, ה"ל כעושה פעולה בשלו ויחייב מדין שוכר פועל בשל חברו ואומר שכך עלי ושלט מטעם ערבות, הלא יהיה זה עוד מחלוקת חדשה, ומני"ל לעשות מחלוקת, ואם מצינו לדעת רש"י וכן התוס' שמשמע מדבריהם שמחייב בשל הפקר באומר שכך עלי, הלא בדעת התוס' יש לומר שש"ל גם בזרוק מנה לים יש ע"ז דין חיוב ערבות, דהא הר"ן ביקדושין שהביא דעת הסוברים שחין בזה דין ערבות כתב שש שכן דעת קלח חזמו הלרפתים והרשב"א, משמע מזה שרוב הגמיו הלרפתים דעתם לא כן הוא, וה"כ שפיר יש לומר שדעת התוס' בב"מ חייב מדין ערב דעת הסוברים שגם בזרוק מנה לים יש ע"ז חיוב מדין ערב (ואפשר שגם רש"י סובר כן) אבל הרא"ש שסובר שהרשב"א בדין זרוק מנה לים שחין ע"ז דין ערב כמבואר בפסקיו ביקדושין (נפ"ח סי' י"ג), למה נאמר

זכר שדקדק כה"ד בזה דלא אהר אליל את שלך והתה נותן לי דמי שלי שחייב לתן לו, למ"ד בזרוק מנה לים חין חיוב מדין ערב כל מחייב כחן, ועל מש"כ שהוא נכנס בשכר פעולה לחברו יחייב כחן, הנהי לחזק דבריו ה"ל, דכן משמע לשון הגמ' דמדמי זה לטול דינר בשכרך

וזהו שדקדק כה"ד בזה דלא אהר אליל את שלך והתה נותן לי דמי שלי שחייב לתן לו, למ"ד בזרוק מנה לים חין חיוב מדין ערב כל מחייב כחן, ועל מש"כ שהוא נכנס בשכר פעולה לחברו יחייב כחן, הנהי לחזק דבריו ה"ל, דכן משמע לשון הגמ' דמדמי זה לטול דינר בשכרך

נאמר שחולק על הרשב"א בדינו בשכרו בשל הפקר. — והנה בשכרו בשל הפקר ואחר לו ואקנה מוכן, היינו שהבטיחו מופרש שיוכח בהפקר וישלם על עבור פעולתו, אם חל עליו החיוב לקח את הדבר המופקר וישלם להפועל כפי מה שקבע עמו, הנה לדעת הרמב"ן ברור הדבר שסובר שצדוק מנה לים חל עליו הערבות כן חל עליו תכלוס הפעולה וכלשון הנתיבות הוא לעיל, מה לי אם הוליא ממונו על פיו, כן הוא אם הוליא את פעולתו על פיו וחל עליו החיוב לזכות בהפעולה וישלם לו כפי הדמים שקבע, ואמנם לדעת הרשב"א לא יחול עליו החיוב של ואזכה ותשלם, כמו שלא חל החיוב של ואשלם תכלוס הפעולה עבור העשיה בשל הפקר. — ופערתה נראה לעג"ד שיש לומר שבדינו של הרא"ש באומר עשה דבר פלוני ואקחנו מוכן, וכפי מה שהוכחנו שהוא כמו בהפקר סתמא שאומר ואקח הפקר של הפקר, וה"ל לומר שבזה גם הרמב"ן ובישעו יודו בזה כדעת הרא"ש שאין לבא בזה מדין שבר פעולה שהוא מותר ערבות, שאינתי חל ערבות על האומר ורוק מנה לים שהוא הולך לאיבוד בחלת, משא"כ בזה דעשה לי דבר פלוני אין הולך לאיבוד, ולא דמי לעשה לי בשל הפקר במקום דלא קנה הנס שיכול גם הפועל לזכות ולקנות הדבר בהפקר, מ"מ כל זמן שלא קנה דבר ההפקר פעולתו הולכת לאיבוד, לכן שייך ע"ז דין עניות להרמב"ן ובישעו, משא"כ באומר לו עשה דבר פלוני ואקחנו, ל"ע אין פעולתו הולכת לאיבוד שהרי נכנסת לרשותו ואלו הוא מושב, ולכן כיון שאין על זה דין ערבות נראה שגם לביטא הרמב"ן ובישעו לא נחשב עושה לו פעולה ולא נתייב לו מדין תכלוס פעולה, ואחיינ דברי הרא"ש אליבא דר"ע, ודברי הנ"ל ש"ן שני המקורים נלעזך לומר לביטא שקנה האומן עבורו את החומר שמהו נעשה הכלי שאז יבוא עליו מדין פועל. ודו"ק :

סינון ז

שאלה ראובן ושמואל אחים נאמר מאביהם זכות חוקת הארענדע שהיה אביהם מחזיק אחיה תמיד ואחר מותו לקח ראובן הארענדע מהאדון, ואח"כ היה בין ראובן ושמואל האחים ד"ת בבמה נו"ת וביבסוכים שהיה ביניהם, וגם עבור חלק חוקתו בארענדע בג"ל תבע ממנו ויאל פס"ד וכן כתבו בו שקבלו ראובן ושמואל חובות לקיים כפי מה שיאל ממונו ע"פ ד"ת, וזה אשר יאל ממונו כו', ובסוף הספ"ד כתב וע"ד תביעה שמואל מהראובן בחוקתו בארענדע הגדו ע"פ פשר קרוב לד"ת שכל זמן שיחזיק ראובן את הארענדע ישלם לשמואל הרבעים ר"כ לכל שנה ושנה, ואחר מכן כמה שנים תבע שמואל הפך הרבעים ר"כ לשנה ומה, ואחר שעברו וראובן השיב שחילק לו שנה בשנה כפי מה שהוטל עליו—אם יש לחייב לראובן לשבע שבעת היסת על תביעה זו שתובע שמואל ממנו או לא :

תשובה בעו"ה

הנה מוד הפס"ד שכתב בו שקבלו בגא"ס לקיים הוליא מב"ד ואח"כ נמרו ב"ד שיתן ראובן הס"ך הג"ל לשנה שגדון זה כחוב גמור שהחייב בחיוב זה עליו כל זמן שיחזיק ראובן הארענדע, וז"ל, חדא דהא בהפס"ד נאמר בתחלה "שקבלו בגא"ס לקיים הוליא ע"פ ד"ת" וא"כ לא היה הקנין רק שלא יחזירו מפקק הדין שיאמרו הדיינים כמו שהביא הש"ך (סי' ג"ב סי' ה') בשם הגימור"ק ווד' רש"י בפרק זה בורה, ואין שהביא שם בשם הראב"ן שכתב ש"ר"ך לעשות הקנין שטעם כמה שיעוד הפסול כו', לשיקך נראה

דקטיונין כדעת רש"י והגימור"ק נגד הראב"ן דייחודה הוא, הן אחת שבאו"ס ס' ק"ו ז' תמה על הש"ך למה הפלים עין מוצרי המרדכי בפ"ק דסנהדרין גבי פשרה לריכה קנין שכתב ש"ר"ך להקנות החפץ דל"כ הוא קנין דברים, והביאו לעיל הרמ"א בסי' י"ב, עב"ד. — ועב"ד לזקו דברי הש"ך שאין ענין זה לזה, דודאי בפשרה שהקנין על דבר שאין מחויב ע"פ דין שם בעינין שיהיה קנין בחפץ שיהיה כמו כל הקנינים הנעשים בין אדם לחברו שמוקנים איהו דבר, משא"כ בנידון שמוקבל אחת לדיונים, שמתחלה ריעותא גם בלא קנין בקבלה לחודא מהני לאחר נמר דין, בזה מהני הקנין לעשותם כדיונים גמורים שגם קודם נמר דין לא יוכל לחזור בהם, והקנין בא לחוק הדבר לעשות אחת כדיונים גמורים עליו, ואף שבמירושי אשכ שם כתב ג"כ על דברי הגימור"ק ה"ל ומיהו במרדכי פ"ק כתב דהחפץ לריך להקנות כו' עכ"ל, מ"מ נראה דשפיר יש לחלק כך כמש"כ דהבי עדיף למעט המחלוקת ולהשוות דברי המרדכי גם עם דברי הגימור"ק, ושלא נחמר דהש"ך הפלים עין מוצרי הרמ"א. — ועוד נראה לעג"ד שב"ד ע"כ לריך לומר כדברי הגימור"ק ורש"י, דניחו אכן שיש חילוק גדול בין שתי השיטות דאם קבל פאולוס לדיונים ודמי בדינו ש"ר"ך לשבע ע"ז לא שייך קנין זה ודאי הוי קנין דברים שהרי אין כאן חפץ להקנות, אמנם לדעת רש"י והגימור"ק שחקנו מחוק שלא לחזור ומיאלא יש עליהם תורת דיונים גמורים ומה שדמי דוניהם דין גם בשבועה וכל דבר, וא"כ בב"ד ע"כ לריך לבוא בזה מתורת דיונים שהקנין עשו להם בב"ד גמור שמה שידונו יהיה דוניהם דין, שאם נאמר שהקנין שמתחייב לדבר זה שיאמרו הדיינים והיה כהחייב ומשלמו החיוב גמור על הפך שאמרו אח"כ הדיינים, הא בנידון זה גם אם החייב בפריוש משלמו בקבל"ס לא היה מועיל, שהרי ההתחייבות הוא שישלם כל שנה ושנה שיחזיק הארענדע ואינתי חל בכל שנה ושנה שמחזיק חל החיוב ולא קודם והיהו שעתא כבר הדר סודרה למריה, כדאיחא בגדרים (דף מ"ח ע"ב), ואין לומר בזה כיון שעשה קנין וכל קנין מעשיו הוא הוה כאלו התחייב מעשיו ולכשיחזיק, וז"ל דהא עשה הקנין להתחייב בדת"כ כפי שיגידו הדיינים הדין והדיינים לא אפשר להם להטיל החיוב קודם שכל השנה שמחזיק, וא"כ איך יחול הקנין על גוף הממון וא"כ אין הקנין רק שיהיה כדיונים גמורים שלא יוכל לחזור הב"ד קודם נמר דין. — ואם כי זה פשוט לעג"ד ואין לריך לראיה שאין לומר בזה קנין מעשיו, מ"מ אביא ראייה לזה ג"כ ממה שהובא בספר סיטרה מקובלת (בפ"י ג"מ ז"ה) בשם תלמוד הר"פ גבי מתנה שומר שבר להיות כשואל, דפריך במחזיק קנה דברבים אמר שמואל שבקנו מידו והקשה הא קנין דברים בעלמא הוא, וי"ל דחל הקנין על גופו להיות כשואל, ולבאורה ל"ע למה הלריך לזה הא כל ענין של שואל חיוב ממון הוא הלא נוכל לומר שמתחייב בתשלומין לכשיארעו האונסין, אלא ודאי שלכן לא אמר כן משום כיון שכל שואל דיו מחיוב התשלומין בא בשעת האונס כדאיחא בפ"ק (ק"ג א') ונכחונא ל"ד ע"ב) ואז כבר הדר סודר למריה, ומדין מעשיו אין לומר כמש"כ כיון שכל קנינו הוא להיות כדיון שואל, ודין שואל הוא שלאחר זמן בא החיוב, וע"כ הולך לומר ולייבב שבקנין נעשה גופו כשואל. עכ"פ מגל העובר מוכח ומבואר שהקנין הנעשה על קיום הוליא מב"ד אינו מחזק יותר מאלו היה פסק דין גמור מב"ד של ג' בלא קנין, ועוד ש"פ מיקר הדין בחיוב התשלומין אחר אשר עבור חוקתו :

ב) **הנה** התתם סופר בחלק חו"מ (כ"י ק"ל) כעובדא דרדיה בחדא שתיקו נבול חברו בכפר שהחזיק יהודי שם ודר שם בו כו', וז"ל כי לפענ"ה יפה דקדוקו בלאונס שימוש לגבשו מהלבד כמורה כו' ששטעו שלא פסקו אלא דיני איסור והיתר שימוש לנפשו מחומרת חר"פ, אבל לא פסקו שלא הועיל קנינו כו', כי פשוט שר"ג לא הפקיר נכסים ולא ביטל קנין אלא

היה במדינת פ', וע"כ מטעם זה גזרו ועשו תקנה גם בארבעה עשר כאשר רצו הלוך לכך, ובאמת נפלאתי על הגאון בעל חת"ס אשר ערוכים לפניו כל ספרי הפוסקים, שלא הביא מאומה מדברי מהרש"ל שתקנת ר"ג אינה בארבעה עשר והוא מסתפק בזה :

ג) ובאמת מולד שורת הדין לפי דעתי הקלושה אין מקום לומר שיהיה חיוב ממוון על המשיג גבול חברו דהא ודאי גוף הממוון של הארון הוא בעל הנכסים, והשובר אין לו קנין בה רק כפי שמקנה לו בעל הנכסים על אותו המשך זמן ומהו הקנין שיש לו על לבדו דבר בעל הנכסים לא הקנה לו, והם זמני שתיקו שאין רשאי האחר להשיג גבולו והלא לא השיג גבולו היה נשאר בזה העסק אין זה רק מניעת ריוח, והלא גם נעיל בית חברו ומונע פריסתו פסקו הוב"ט והרא"ש ז"ל בפ"ק דה"ק דפסור מלשלם לו, כש"כ בגדון כזה, ואין לומר דהוה דבר דיעבד דבר מולד ומלאקנין להלוקח ומולד תקנת חז"ל דיינינן אשר הלוקח שלוחו של המלצר הוא, שהרי העדים לבדם כותבין שטר על זה בשם המוכר להמלצר ונותנים לו וה"ל נימא בגדון זה, שגדון את השוכר כמושיג גבול שואב מחשב בשלוחו של המחזיק הראשון וע"כ יהיה השני משלם כאלו חבל חסרונו של זה ויהיה לזה דין ממוון גמור, וז"ל לענין, הדין המלצר להמליץ דבר חדש, אם מלינו כן דיעבד דבר מלצר הלא לא מלינו כזה בשאר מקומות כמו בעני המהפך דמחרה סקונה האחר נקרא רשע, ולא אמרינן שיקנין יהיה שייך לעני המהפך, וכן בעני הנוקף בראש היום שיש בזה גול מפני דרכי שלום, ואש"ה הדין הוא שאין מולדינן דיינינן מן השני שזכה בזה ולא אמרינן שהשני הוזכר והוא הוא וזה עבוד המהפך, ובאמת הוא דבר מלצר גופו המהפך כאלו לקח עבדו בשליחותו, והוא הראשון ג"כ לא עלה על לבו ולא חשב עבדו ואין לנו אלא חידושו ולא ללמוד ממנו למקום אחר. — ועוד נראה לענין דבגדון של השנת גבול הארבעה עשר ח"ל לדמותו לבר מלצר כלל שיהיה נחשב כאלו לקח עבדו בשליחותו, והוא הראשון בתש"ו מיימוניה לספר קנין סו' ל"ב שכזה דעמא דאמרינן בגמ' דזבן לבכרי לית ביה נשום דיעבד דבר מלצר משום דבכרי לחי צר שליחות הוא דאין שליחות לבכרי עכ"ל, וה"ל מעתה נראה לענין שבתן אין לומר שזה הלוקח חזק חברו משום כאלו לוקח עבדו בעל החזקה משום דהא חף אם היה מחשב להדיח עבדו בעל החזקה לא היה מושיל דהא מי הודיעו להאדון המקנה שיקנה עבדו השני, וכדאיתא (ב"ק ק"ז ע"ג) וכבר נראה שראש"ה דהא דמאמר באומר לחברו זיל זבין לי במשותף עבדו כשהשליח לקח עבדו ג"כ כשהשנת הוא של השליח משום שמתאן דאופניהו דמי וכמ"כ העור (סו' קפ"ג ונש"ה שם ס"ק ח') יעו"ש, והבא אפילו אם נאמר דהוה כשליח של המחזיק מ"מ הא לא חשב כמתן דאופיהו המשותף שהיה המשותף אינם באחריות הראשון ואם לא יראה לקיים המקח לא יקנה, וה"ל לא נוכל להחליטו להראשון מסבבת בר מלצר, וכמו ששם הוא דיעבד שמוחלע להראשון, דהא הלא כיוון שאפי' אם כיוון במחשבו להראשון לא היה מופיל ולכן ח"ל לתכנסו לתקן שיהיה כשליח של הראשון, וכמו ש' התשו' מיימוניה שהבחי לעיל דזבן לבכרי משום חזק, ודמי שליחות לבכרי אין שם דיעבד דבר מלצר, אונס לכאורה לפי זה מדוע בני גמ' למימר בעעמא דזבן מוכרי לית ביה משום דיעבד דבר מלצר משום דהריהו אברחיה ממלךך תיפוק ליה משום כיון שהנכרי מכוון להקנותו להלוקח אין מושיל שליחות להיות של המשלל, אך יש לומר דהגמ' קאמר הטעם דהריהו אברחיה ממלךך שיהיה מושיל אפילו היכא שהנכרי המוכר יודע שיש בלא מלצר, ובדיני ישראל פעמים שהמלצר מוליא מיד הלוקח וא"כ הוה כיועד שיש בלא מושלל :

ד) ועוד נראה לענין שיש לומר ששני דברים יש במלצותו (א) המלוה של ופסתי הישר והטוב שגם לולא שלטנו דנין

אלא החריש שלא לעשות בו יעו"ש מש"כ בארובה בענין זה, וא"כ הכי נמי בג"ד מה שדנו ב"ד שיתן לו ראונון כך . . . לכה הוא שזכה יגלל מאיסור השנת גבול ואין זה מנוון גמור שנתייב ראונון עבוד תלקו בארבעה עשר, כי באמת הארבעה עשר שייך למו ששוכר אותו מהאדון רק כבדי להגלל מאיסור ח' של השנת גבול דייך לשלם כפי מה שדנו ב"ד שיווי חלק חברו, וא"כ זה דמי לנשבע לחברו שלא יעשה דבר פלוני אם לא מדעתו ואח"כ לא נתן לו רשות כי אם שיתן לו כך וכך ואח"כ עשה הדבר שמחייב מולד שבעתו לכן לו כך וכך, שאם לא יתן יהיה עובר על שבעתו, והוה זה חובע ממוון זה ממנו והנשבע אומר שכבר סילק לחברו שקי"ל דפסור ע"ז מנשבע היתה, כמבואר בח"מ (סו' פ"ה סעי' ה"ד) ברמ"א ורק בג"ד יזהירו לו על שבעתו, והף שפקנה"ח (פ"ק ל') שם שרי ביה גרסא דרין זה ודעתו נוטה לומר שבתאם יש חשד שבעת גבול רק עעם הפסור הוא משום שנטעה דבר חשוד בשבעתו דלהבא וע"כ אין להשביעו משום ממה נפשך, מ"מ דיעבד מסתימת דברי הרמ"א וכן דעת הגר"א ז"ל (ס"ק ק"ו) הפסור מן השבעה הוא משום שאין בלא חיוב ממוון ורק מושיל עליו איסור לקיים שבעתו, ודעת התומים להכריע לכל הפחות ששבעת היתה פסור כנון זה, וה"ל בג"ד כיון שאין בלא רק איסורא דח' קדמונים שגורו בהשנת גבול דארבעה עשר ומחמת זה מחייב לקיים לתן השטר כפסקו הב"ד שיווי תלקו ע"כ אין עליו שבעת היתה בהשנת, רק ויהיו עליו שאם לא נתן לשמעון המשותף כפי הגמרא של הב"ד, יש עליו ח' קדמונים של השנת גבול :

אמנם יש לדון שמדברי הח"ס מוכח שלא נתפשט במדינתו תקנות של חזקות בארבעה עשר בתשו' בתש"ו הב"ח המובא במסכת הלחן, שהרי הוא מסתפק שם אם יש בארבעה עשר תקנת ר"ג כלל, ואלו בתשו' הב"ח נאמר בפירוש שתקנתו וגורלו על הארבעה עשר וא"כ יש לומר שמש"כ הח"ס שאין בזה רק איסורא לחוס לנפשו הוא רק על חדר"ג, אבל תקנת החזקות הנשע מרבותינו הגאונים החמי מדינת פולין המובא בתשו' הב"ח ה"ל, אפשר דהוה עדיפא והוה לה דין ממוון גמור ופסור משבעתין עלה היתה. — מ"מ נראה לענין שהיא היא וכמו סייד הח"ס סבבתה על תקנת חדר"ג שדלתי לא הבקיר חדר"ג הנכסים ולא בעיל קנין על החריש שלא לעשות, וה"ל ג"כ נאמר בתקנת חמני המדינה במדינת פולין המובא בב"ח בתשובתו שנאמר שם ג"כ בזה"ל "שגורו והסכימו שכל המחזיק ג' שנים בארבעה עשר בו' שוב אין רשות לישראל אחר להשיג גבולו כל ימי חייו" וא"כ לא נאמר בתקנתם רק שלא להשיג גבולו כמו שהוה בתקנת ר"ג, וכי יהי שבתקנת ר"ג כתב הח"ס שאין בלא רק איסור והיתר, ה"ל כדווחה בג"ד לפי תקנת מדינתו אין בלא רק איסור והיתר שמוטל על המשיג גבול חברו לתפסו מאיסורא ולהשיבו למו שהחזיק בה, אבל מנא לן להמליץ שבעל תקנתם היה שמחייב המשיג גבול חברו לשלם מה שהזיק להמחזיק הקודם כפי שהיה לו ריוח אם היה נשאר בחזקתו על מקומו. — אין לומר שמוכרחים אנו לומר שתקנתם הוסיפו על תקנת חדר"ג, ואולי זאת הוסיפו ששואם כהוון גמור דל"ל למה הכריזו לעשות תקנות החזקות תיפוק ליה ממחר"ג המובא בש"ע, זה לא קשיא מיד דלולי חששו הגדולים לאותם הסיבבים שברבעה עשר אין שייך תקנת חדר"ג, או אולי לא נתפשטה תקנת חדר"ג בכל המדינות והקילו בה, וע"כ חזקו הדבר והסכימו וגזרו בזה, ובאמת נראה לענין שדעת הגאונים היה שתקנת ר"ג אינה בארבעה עשר כלל וכן מורה לשון השוכח הב"ח מתחלתו המובא בס' מסגרת השלחן יעו"ש, וכן מלאתי מפורש דעת מהרש"ל בספרו יע"ש קידושין (פק"ג סימן ב') שכזה מפורש שתקנת ר"ג אינה נתפשטה, ועוד שתקנת ר"ג לא היה רק דווקא בזמנים והמוות אבל לא בסחורה ומכסא עכ"ד, ופסק שם לדינא שאין תקנת ר"ג בארבעה עשר והוא

יעו"ש, והקשו שם בתום קצת תימא דרבנן נמי לא איירי אלא בההיא דלא הוה גזילה אלא מפני דרכי שלום, אבל היבא דהוה גזול גמור מוורו נחתין לניכסיה, וה"ל היבא דאיכא שבויה דרבנן ע"כ, והגררף לעג"ד לומר בביאור בוגת ד' הגמ' והוא דהגמ' סבר של תקנת חכמים כלל אחד להם, אך בזה יהיה חלוק שכל שיער תקנת חכמים היה על גוף המזון שע"י דבר זה יתהוה זה המזון של פלוני ע"פ תקנתם, כמו קנין משיכה והבטחה וכמו מחמת ש"מ וכדומה, כו"ע ונודו אפי' דרבנן דמתקנת חכמים לריך למסור המזון למי שהוא לו ע"פ תקנתם ומוילאין בדיינים, ורק אסור המחלוקת שבין ר' יוסי לרבנן הוא על דבר שתקנתם היה על אופן אחד, כמו בהני מיליאת חשו"ק ועני המנקה בראש הית המזרות חיות ועופות שהם לא בלא חו"ל לתקן שבדריס האלו המה קנינים מדרבנן, שלום לא נלכך להם לעשות קנינים חדשים מדרבנן כי מוילא יהיה שלהם אחרי שאחר לא יזכה אותם, א"כ ישאר ביד החשו"ק והעני המנקה יזכה בהם אח"כ וכן בעל המזורה יקח אותם לידו, ע"כ היה בזה התקנה רק שאחר חוץ רשאי לקח מהם מפני דרכי שלום ובאמת תקנתם שמשני דרכי שלום הוה תקנה ככל התקנות יהיה מה שהיה שמחויב לקיים תקנת חכמים, אך כיון שיער התקנה לא היה על זכיות המזון רק אסור על הלוקח מלת החשו"ק ומהעני המנקה וכו' וכן נכלל בהתקנה שם אחר שלקה יש עליו שם גזול מפני דרכי שלום מוילא מוטל עליו חיוב לתקן גזילו ולהחזיר להגזול מפני דרכי שלום, מ"מ כיון שיער מטרת התקנתם לא היה שם שחיבו להחזיר למי שעבר וזכה מידם, מוילא חוץ ע"כ שם גזול גמור להולאו בדיינים רק שיש עליו מזוה לקיים דרכי חכמים ולהחזיר להם המזון, ור' יוסי סובר שמחמת מזוה קיום תקנת חכמים נחשב זה לגזול גמור מדבריהם, וע"פ יסוד סברא זו מדמי הגמ' הא' שבועת היסת להא' פלוגתא דר"י ורבנן, דבאמת זה כלל גדול בשבועת המורה שכל שאין לשבע לריך לשלם המזון שעליו לריך לשבע, שכן נאמר בכחוב ולקח בעליו ולא ישלם שהשבויה שבעלים לוקחים פוטר מתשלומין, וה"ל שבועת היסת דכל דתקינו רבנן כעין דאורייתא תוקנו בלא חוץ איש הפקר להיות חקיים תקנת חכמים ולא יהיה עובר על דבריהם, אם חקיה להחמיר על עצמו שלא לשבע גם שידע שהאמת איתו מ"מ מחויב לשלם כדי לקיים תקנתם ודבריהם וזה נכלל בתקנת השבויה, רק כיון שיער התקנה היה על השבויה ולא על תשלומי המזון ע"כ סבדי שתשלומין חוץ מוילאין בדיינים רק שעליו מוטל לקיים דרכי חכמים, ור' יוסי סבר ש"מ מוילאין חוץ בדיינים, וזה הגררף לעג"ד בביאור סברת הגמ' שמדמה שבועת היסת להא' דמיליאת חשו"ק וכדומה. — וכיון שזכינו לדון שבאמת חכמים השוו בתקנתם וע"כ מדמינן בגמ' שפיר תקנת שבועת היסת וכל שבועת שמדרבנן, להא' דמיליאת חשו"ק וכל הני דמינן התם שמפני דרכי שלום, וא"כ ה"ה בהאי תקנתא דהשתת גבול גם אם נאמר שמד קיום התקנה מחויב להחזיר לו מה שהשיג גבולו וגם שווי של היתו שהשיג גבולו, מ"מ כיון שיער התקנתם היה שלא ישג גבול חברו ולא מוילא היה נכנס ברשותו הדיווח, כל כה"ל לרבנן לא נחתין לניכסיה ורק עליו מוטל לקיים תקנת חכמים שלא יהיה על ידו השגת גבול, ומוילא לא נחשב זה חיוב גמור במזון רק חיוב לקיים תקנת חכמים:

דין כשליחות מוטל עליו לקיים המזוה להחזיר השדה להמלך במקום שאין שום פסידא ללוקח קודם שירד הלוקח להקרקע, (ב' שחכמים בתקנתם עשאוהו כשליח וממילא בע"כ נעשה של המלך גם אם יאמר לא בעינא למיעבד מזוה, והנה על עעם השני הולך חשו"ק מיימו' להוסוף שבכרי א"ל לדוני כשליח המלך משום דנכרי לאו בר שליחות, ושנאמר שיהיה על הנכרי מוטל המזוה דועפית הישר והטוב לקיים המזוה הו' ובמקום שירד ישראל תקיפה עליהם נלוה לו לעשות אותה, ע"ז אמר הגמ' משום דנכרי לאו בר ועפית הישר והטוב הוא. — וע"כ זה יתייבב ג"כ מה שהנתיבות כתב (סי' רל"ז ס"ק א') על תקנת ר"ג שלא להשיג גבול בשבירות בתים שהוא על שלא להוסוף בדמים, אבל על התקנה הראשון או על מקח חרש אם השני רובה ג"כ לתן מקח זה מחויב השני לבין לו בלאו המקח משום דיעבד דבר מנרא, ובוה גם בזבין מנכרי אית דינא דבר מנרא משום דלא שייך כאן הסברא דהריה אכרחיה מומרך ע"כ, ולמ"כ הא' המוכר א"ל לדוני מטעם שליחות משום מי הודיעו, אך יש לומר שמ"מ מלך המזוה שאחר מכירה מוטל עניו לקיים ועפית הישר והטוב לבד השליחות, אך בלא זה יש ליטב ג"כ דברי הנתיבות דמירי א"ל המעביר יודע ג"כ שאפשר שיקח השוכר הראשון ממנו, אך שהוא דוחק, ומסתברא יותר לומר כחופן הראשון שבחתי שאין במשענות דבריו כן מפני שכתב שלא נלכך תקנת ר"ל רק בזבזין זה כו'. — ואין להשיב על יסוד זה שהיבא ש"א ללון מחמת שליחות לית ביה משום דינא דבר מנרא חו"כ להאי פירושא שבהיו המוס' בב"מ (ק"ו ע"ב) דבר המחזיק בני אדם שותפי שמפדשים שם דמירי במחזיק מן המלך, וא"כ איך מחלוקין ליה בדינא דבר מנרא, הא כאן א"ל מטעם שליחות לפש"כ כיון שהמלך מקנה להמחזיק ולא להמלך, יש לומר דבמחזיק הבאה מן המלך לטסקא חוץ זה כקונה ר"ל כוכה מן ההפקר, שהמלך מתרעה לכל הקודם וזהו הנכנס לאכול הקרקע ולפרוע הטסקא, וא"כ בזה מהני דעת הלוקח אם הוא שליח מאחר, וכיון שחו"ל בתקנתם עשאוהו כשליח מוילא וזה הוא בחוקתו עבור המלך. — ע"כ מובאר מכל האמור שבמשגי גבול חברו גוף המזון שיהיה לו החזון הנכסיה בלקחתו ממנו הוא להשני, רק שמוטל עליו לתקן האסור שלא יהיה עוד עומד באיסורו כהשגת גבול להחזיר להראשון בעל החוקה, אבל לאחר שילא השני ואכל הלוקח החזיו גבול את הארבעה עליו להראשון בעל תביעת מוזון ואיסורא הוא העבד, הגם שיש לומר שאפשר להיות שך חזיון הגזוים חכמי הדור ההוא בפירוש שהמשגי גבול חברו ישלם לו כל מה שנהנה מגבול חברו כפי מה ששאו ההנהגה, ואז ודאי יהיה לזה דין מוזון, או שתקנו שישלם לו כל מה שגמר לו היקף אפי' בגרמתו שביטול מעסקו וזה וחקיון שיהיה יותר מאלו מבעלו מנוף מוזון של חברו ממש שלא נהנה מזה, והוה לזה דין מוזון על פי תקנת חו"ל ככל דיו מוזון שחכמים זכרו לו, מ"מ כל זמן שאין מלטי פירוש שך חזיון, מאין לנו לתדה שם וכל זמן בתקנה מוקינן אריא, וע"כ נראה שכל תפיעה זו אי אפשר לחייבו שבועת היסת רק להודיעו ולהחזירו שאם לא ישלם כפי ההשוואה יש עליו חומר גזרת חו"ל עד שמשלם:

ה) עור נראה לעג"ד שגם אם כן היה תקנת חו"ל שגם אחר התשיג גבול חברו בחזקת ארבעה וכדומה מחויב לשלם, מ"מ נראה לעג"ד לומר שאין כאן שבועת היסת, וטעם כל הקדים הא' דאריא בגמ' שבועת (ר' מ"א) גבי מאי איבא בין שבועת דאורייתא לשבועת דרבנן, איבא בייביה דבדאורייתא נחתין לניכסיה ורבנן לא נחתין לניכסיה, ולר' יוסי דאמר דרבנן נמי נחתין לניכסיה דתנן מיליאת חשו"ק יש בהם גזול מפני דרכי שלום ר' יוסי אומר גזול גמור מדבריהם למאי נפקא מינה להולאו בדיינים כו' והוכיח

ו) ומעתה נחקורה נא בהני דאמרינן דלא נחתין לניכסיה אם יש בזה הכחשה בין העג"ד אם יש בזה דין שבועת היסת, ולכאורה כיון דמוזון זה לא ניתן להולאו בדיינים מה ענין ב' כאל לחייבו שבועת אחרי שבודאי רק משמחין ליה על שעבר תקנת חכמים, ומספק א"ל לא לשמוחי ליה, אינני רחמי' להקלה"ח (סי' ס"ז ס"ק ק"ד) שכתב מפורש אהא דמיליאת חשו"ק קיים דבר שבועת היסת, והוכיח

תקנה זו אחרי שיקרה בזה מלך שאין רשאי למכור לאדם לגרום היות לישראל חברו וע"כ חייב בנרמי היוקותיו בתקנה כזו לא נחתין ליוכסיה רק מגדוין אותו עד שיקבל עליו לשלם מעלמו ונדויו ויהיה שלשים יום, וכן בנמ" שאמר משמתינן ליה עד דקבל עליו כל אוגרא הוא ג"כ כזה שמגדוין אותו שלשים יום בנדי שיקבל עליו, וע"ז חייב כתב הרמ"ם הלא אותו הגדו יכול להיות ג"כ אחר שבא הדין כזו ששלם אז [אבל לירד לנכסיו ח"א כנ"ל], וע"ז כתב הרמ"ם שחמירו עליו לגדות מקודם עד שיקבל עליו בשועבוד נכסיו ואז נרד לנכסיו כשיהיה היות, ומש"כ ויחול השועבוד משה, פירושו שיהיה בשועבוד נגמר משה שלל יהיה יכול לחזור בו אח"כ, וע"ז יהיה אפשר לירד לנכסיו, מיהו אם יקבל עליו הגדו ולא יקיים תקנת חו"ל לא נוכל לירד לנכסיו, ורק עליו מוטל החוב לקיים תקנת חו"ל לשלם כשיהיה ההיזק אבל אין יורדו לנכסיו:

ייעויין בספר מחנה אפרים (ה') נקי ממון סי' י"א שרצה להשוות דעת הרמ"ם עם דעת הגימטריק, שכתב שאם לא קבל אין לירד לשלם, וכל יסוד דבריו מזה שהביא הגימטריק בשם הרמ"ם פ' הגזול בפרק שאם לא קבל אין לירד לשלם וע"כ משהו דבריו הרמ"ם שכתב עם דבריו הרמ"ם שבגימטריק, ולא ראה המחנה אפרים את דברי היש"ש בב"ק שכתב מזה שהביא הגימטריק בשם הרמ"ם דב"ק שאם לא קבל אין לירד לשלם הוא ע"כ, ולירד להיות בשם הרמ"ם ע"י"ש, והמחבר שהרמ"ם וההולכים בשיעמו דעתם שנתקם לחמס לא היה לענין תשלומין דביעבר כלל רק שיקבל עליו, ואולי יוסר ע"ז מלמזכר או יסד את השרה, ואם רצונו לקבל עליו היותו ממויל יתייב, אבל להתייב בעצמותו של שיש עליו חוב תשלומין וכמו שכתבתי בדבריו. — היוצא מכל האמור שגלפ"ד שאין לחייבו היות מטעם הא' שרצה שאין זה תביעת ממון רק תביעת איסור, והממון הוא רק להגלל מן האיסור, ע"כ מה דמשמע מדברי הרמ"ם, ואם החל דמלתא גם תקנת הגלגול כזו שחייב מדינת פולין היה ג"כ באופן זה, ועוד שנית לבטח שגם אם יש כאן דין ממון ג"כ יכול להיות שאין בזה שבעת הדין וכמו שהאמתי בע"ס יסוד ומקור מאותה השבעות הנ"ל:

הוכיח מדברי רבנו ירוחם במישרים (מיז"ה ח"א ח"ה) שכתב מי שחייב שבעה משום דבר מדבריהם כגון מילתא חשו"ק דיש בה גזל מפני דרכי שלום ואינו רוצה לשבוע אין מויליין בדוינים ואין יורדוין לנכסיו אלא מדיים שלשים יום ומלקין לאחר ל' יום ע"כ, ולעני"ד הדבר תמוה שיעקר הדין בשבועות היסת לא נחתין ליוכסיה דאחא בנמ" לא הביא רבנו ירוחם, רק כתב להאי דינא על שבעת גזל מילתא חשו"ק שאפילו בממון ברור שאין בהם הכחשה אין בזה רק לגדות שלשים יום ולא נחתין לנכסיה, ועוד שרבינו ירוחם סיים ע"ז (שבועות פ"ו) ואילו בשבועות לא הווכר שבעה של מילתא חשו"ק וכדומה, ע"כ נראה לעני"ד שקטת ט"ס בחילוף הדברים וכן ל"ל מי שמתחייב שבעה משום דבר מדבריהם [פירושו כל שבעה דרבנן] ואין רוצה לשבוע כגון מילתא חשו"ק שיש בהם גזל מפני דרכי שלום, [פירושו שדין זה של אינו רוצה לשבוע שבעה דרבנן הוא כגון מילתא חשו"ק פי' שדין אחד הוא כמו במילתא חשו"ק] שאין מויליין בדוינים ואין יורדוין לנכסיו כו', וזהו דאחא בנמ" בשבועות פ"ו דמדמיין הא לא, אבל אם יש הכחשה במילתא חשו"ק גופא יש למור שאין לאן שבעה. — עוד נראה לעני"ד להביא רחיה שאין על מילתא חשו"ק שבעת היסת מהא שהביא הש"ך (פי"ו סי' ס"ה) שפסק רבנו האי גאון שאם יש הכחשה בשבועה דאורייתא שמתביעין ע"ז היסת משום דשבועה ג"כ ממון הוא דאחא ע"כ, והלוי שבעת היסת גם רבנו האי גאון מורה דבעי בהכחשתו משבעה משום דתקנתא לתקנתא לא עבדין, ח"כ קהנין דעל תקנתא ח"א לחייב ע"ז שבעת היסת, וה"כ מילתא חשו"ק דמדמיין בנמ" זה לזה ח"א לחייבו ע"ז שבעת היסת, ואחרי שכתבנו בעו"ה שכל כהנ"א ח"א לחייב ע"ז שבעת היסת, וכבר בארנו שהא דג"ד הוא תקנתא דמי ג"כ למילתא חשו"ק שאין בזה דין גזל גמור מדבריהם, וממילא יהיה פטור ע"ז ג"כ משבועת היסת:

ויע"פ מש"כ בזה דמדמי הנמ" שבעת היסת להא דמילתא חשו"ק לענין דלא נחתין לגיבוע, נראה לעני"ד לומר בזה דאמרינן בנמ" בב"ק (ק"ג ע"א ועכ"מ ק"ה ע"ב) דובין לאגס אמרנא דישאל חבירי מהמתין ליה עד דקביל עליה היוזק, שכתב שם הרמ"ם בב"מ והא דהין ממתניס לו עד שיבוא לו היוק ויגדורו או עד שיפטר לו, משום שהחמירו בחמס לקווסו שיעבוד על נכסיו ויחול השועבוד משה, עכ"ד הרמ"ם. ולכאורה דברי הרמ"ם ל"ע אחרי שעת הרמ"ם שגם בלא קבל מקודם לירד לשלם, [שלא כדעת הרמ"ם דהרשב"א וההולכים שביעמם וכמו שפסק הרמ"א בסי' קע"ב] ח"כ למה אמר הרמ"ם והא דהין ממתנין עד שיבוא היוק ויגדורו כו', כשיבא היוק למה לגדות הלא אפשר לירד לנכסיו ולגבות ממנו, וכי השתא כשקבל עליו ושועבר נכסיו אם לא ירצה לשלם אז כשביא היוק מאי עבדין ליה, הלא נחתין לגיבועי ואם יבדוה נכסיו או שלא יזיית דינא או ויהיה חלם, או מגדוין ל' לשלם, ומלשון הרמ"ם משמע שאותו הגדו משמתינן ליה עתה מקודם אם לא היינו שושין זאת נענך לגדות לבסוף כשיבא היוק שהרי כן כתב הרמ"ם והא דהין ממתניס לו כו', וגם תירונו של הרמ"ם שכתב שקיסויו בחומר זה שיכתוב שער שיעבוד על נכסיו ויחול השועבוד משה, מה הועלת יותר להישראל שיהיה לו שיעבוד מקודם, ואם נאמר שהוא לענין לגבות גם ממשועבדים למה חשבו על נזק או יותר שיהיה גובה ממשועבדים מכל היוקות שאדם יזק מחברו, הלא די לנו שכן יהיה עליו הדין שכל שיהיה נזקך לשלם עבור הניזוקין שיגע לו מהאכס, ככל הניזוקין שאדם עושה בעלמו. — ע"כ נראה לעני"ד שזה יסוד הדבר של דעת הרמ"ם שזה ודאי מוכח מדעתו תקנה לגדות אותו עד שיקבל עליו שילקח כל ההיזוקים, לכך הסכימו חו"ל שכל המוכר לאגס אמרנא דישאל חבירו שירד לשלם כל גרמי היוקותיו שבאו ע"ז — אמנם

סימן ח

תרכ"ח לפ"ק סויו

בענין מי שמכר לחברו שחורה וקבל מעות עבור שחורתו במקום שעדיין הקנין לא נגמר בקבלת המעות מה"ת או מדרבנן אם מותר המוכר להשתמש באותן המעות ואם הוא חייב על המעות באונסין.

ראשונה אמרתי לבאר את כוונת הסוס' בפי' המפקד (מ"י ע"א) ד"ה מאי בסוף דבריהם, שכתבו דל"ר יוחנן ולר"ב הוגא דהית להו דבר תורה משום קונות מותר להשתמש בהן, ולר"ם לקים אסור להשתמש בהן וכו', מהו הדין לענין חוב אוגוסין חליבא דמ"ד משום קונות מה"ת, לפי מאי דקו"ל כרב נחמן דהיתר תשמיש בהמעות אין מחייבו רק בשומר שכו'. — ולעני"ד נראה משמעות דברי הסוס' שהרי כתבו בלשונם דל"ר יוחנן ולר"ב הוגא כו' לא הפקיעו כמו שיש לו למוכר במעות דיוכל להשתמש בהם כיון דקונות מה"ת

מה"ת והוא שואל עליהו, ומדכתיב התום' סתמא והוא שואל עליהו, ולא כתבו דלכך הוגא הוא שואל עליהו משמע דס"ל דלכ"ע הוא שואל עליהו כיון דלית לן משות קונות מה"ת ולכך לקחן שיהיה המשות שלו, עדיפא זה מהיתר השמים דהכא שפקדון, וכמו שנבאר עוד בזה. — ומלאהי הוכחו להם בשיטה מקובלת ד"ה ומה עטם, שבעמיקו דברי התום' שאנן והרואה צניגא פקחא יראה שהן הן הדברים של התום' בפ' המפקד, שכתבו מפורש אחר שכתבו התירון דלר"ל אין יכול להוית'ן ולר' יוחנן אליס עפי שיכול להוית'ן, וכתבו דהא דאמר הגמ' בעובדא דשומשמי לא מיבעיא דלא הוא שומר שכר לאו דווקא אלא דכשאל ממש הוא לחייבו באונסין רק כלום לא חשיב יע"ש ביטב, והאמס יש לדקדק בהא דרבה בהא עובדא דשומשמי דקרי ליה שומר שכר ואחרי קשיא ליה בזה הא דרבה סובר כריש לקיש דאמר בשם (נ"ג מ"ע) קרא ומתניתא מסייע לריש לקיש, ויש לומר דהתום' שהובא שם בשיטה מקובלת סוברים כשיטת הסבורים דרבה באתא סבר כר' יוחנן, אמנס דברי הרח"ש לכאורה נוטה שנס אליבא דר' יוחנן אין לו רק מותר שומר שכר על המשות שהרי כתב הרח"ש (ב"ד ד"מ ס"ו י"ג) שאלו דברים לפי מה שפסק כר"ת שאנו תשובין כשולחני, ואם נאמר שלדעת ר' יוחנן אליבא דשיטת התום' חייב באונסין הרי יש חילוק דבר, מ"מ אין זו מדרתא לעשות מחלוקת בזה, שיש לומר בצוונת הרח"ש שאין ג"מ בפסקו זה היינו צענין אם מותר להשתמש במשות, אבל מ"מ לענין אונסין יש ג"מ. וכן מוכרח לומר בדברי התום' שאנן המובא בשמ"ק שהבחנו לעיל שבסוף דבריהם כתבו וז"ל, וכמה שפירשתי אם יכול להוית' המשות אע"פ שאנו נגמור הקנין לא ג"מ מודי לירידן לפי מה שפסק ר"ת שאנו תשובין כשולחני דתנן בפ' המפקד מותרין ישתמש בהן, ע"כ מהתום' שאנן, והרי הם כתבו בצלמם שחיבי גם באונסין כדון שואל ואי"ל הרי יש ג"מ, וע"כ לרד"ק לומר בצוונתם שאין ג"מ לענין אם מותר להשתמש, ולכן כן נאמר גם בצוונת הרח"ש שכל זה הוא ממדרי התום' [אך ההגהת אשר"י כתב בהדיא בפ' המפקד דלא הוא רק שומר שכר]:

ב) ובשיטת הר"ק"ו רב האי גאון שהובא בדברי הר"ק"ו, נראה לענ"ד ג"כ שהוא מחזור לומר שהוא כשיטת התום' בתירוק השני הג"ל כמו שכתבנו לעיל דהוא שואל — אך כדאי לבאר היטב דבריהם יקדים להקיר בהיוה דמים בזה ונבאר שיטת רש"י בצו"ה:

והנה יש להסתפק בהא דקד"ל כר' יוחנן דאמר דבר תורה משות קונות ורק רבנן תיקנו קנין משיכה, מהו הדין אם קנה במשות ואח"כ גמר ועשה משיכה, אם הקנין חל למפרע משת קבלת המשות שאז חל הקנין מה"ת, כי רק תכניס נהנו לו פה שיכול לחזור כל זמן שלא נגמר ע"י משיכה אבל אם לא חזר נקנה למפרע, ואם שאל נגמר תקנת תכניס כל הקנין הוא רק בהמשיכה ונקודת אין שום דבר, וגי"מ בזה אם קודם המשיכה הקנה לאחר הלווקה, במשות או בק"ש או הקדים אם חל הקנין וההקדש, דאם הקנין למפרע חל אחרי שמשך המוחלל לא הקדשו והקדישו למפרע, כי היכי דאמר הגמ' בפסחים (ל"א ע"א) דלמ"ד למפרע הוא גובה אי הקדישו וזבין מלוה שפיר הקדישו וזבין כשנתברר בסוף שנה, וה"ו יהיה הדין כן אם נאמר שהקנין חל למפרע, גם שיהי ביד המוכר דשומשמי לחזור. — ונראה לענ"ד לומר שזה יהיה דעת רש"י (נ"ג מ"ט ע"א) שכתב דג"מ לענין איסורא אם קודם בו את האשה דלר' יוחנן הוא קידושין ע"כ, ומדאורייתא קנין עדידי הוא ולר"ל לא היה קידושין ע"כ, ולבארה נראה דעת רש"י דהוא קידושין לפי שמה"ת הוא שלו הגם שמדרבנן אין זה שלו מ"מ אין כח תקנת חז"ל להפיק קידושין תורה, ובאמת הוא דבר פלא מה בכך הא מ"מ לא היה נמוחן שלו, כיון שחכמים הפיקשו ממנו הממוחן

אין נתינתו כלום, ובפרט במזון שיש כח לחז"ל להפקיע דהפקד ב"ד הפקר, וכמו דררש הגמ' מקרא דמה ענין ראשית אלל חבות מה חבות בו' חף ראשית מנחמילס את העם כל מה שירנו כדאיתא יבמות (פ"ט ע"ב), וכבר הקשה כן הרשב"א וז"ל על רש"י, והנה באמת על כוונת רש"י אם דקאי על הלווקה, אם קודם בו את האשה, לבארה יש לענין כיון שקידם בו הלח יש משיכה ג"כ, מיהו יש ליבש זה כגון שהקנה לה החפץ בק"ש ובעבור זה מקדשה, אך זה תלוי בדבוקא, עיין ב"ה"פ (סי' פ"ט נ"ג ס"ק כ"ו) שצניח בזה שתי דעות הן קידושין ויש לענין בזה הוא קידושין ובסם הש"ג כתב דלא כד' רש"י יהיה רחוק מכאן לשיטה אחת, מיהו יש לומר באגפא אחריתא, דהיה לקחת החפץ שלקח הלווקה שלא בפני הבעלים וא"כ אין כאן משיכה שמשכה לרד"ק לומר לו לך משוך וקני, או שיהיה זה בפני המוכר:

אך זה קלת דוחק שלקח חפץ שלא מדעת חברו שלא בפני בעלים, מיהו יש לומר שמכר לו כור בשלמים והוא לקח סאה אחת וקדשה בו שטר משכב כיון שלא משך בשלימות אין כאן משיכה, וכי היכא דאמר בגמ' צ"מ (מ"י ע"א) באמר לו חמורך פברה ועלה ומשך את הפרה ולא משך את הגולה דלא הוא משיכה מעליה, ובכה"ג יהיה תלוי הקידושין רק על הקנין משות שיש לו ע"י שקנה מהמוכר. — אמנס דהריב"א מביא בשם רש"י אם קודם כפון את האשה ומפרש זה שהמוכר קודם בהמעות את האשה, וכזה חלוק הדין בין ר"י לר"ל, דלר"י המעות הנה שלו היינו של המוכר כיון דמדאורייתא קניה ולר"ל לא היה קידושין וע"י כתב הרשב"א ואינו מחזור דכיון דמדברין משות אין קונות הפקר ב"ד הפקר ואף לר"י חיינה מקודשת למ"ד דלית ליה למוכר רשות לאפוקינן ע"כ ל' הריב"א המביא בשיטה מקובלת, ובאמת אם היה כוונת רש"י בהמעות היינו יכולים לומר שבה גופא הדבר תלוי שאם מדאורייתא קונה ומותר להשתמש במשות ומחילא הוא קידושין ולר"ל אסור להשתמש במשות, אך להריב"א אין זה במשות, דלכ"פ לא הו"ל לרש"י לומר הו"ל ומדאורייתא קניה בו' אך לפי הגורסא שלפנינו בשם"י אם קודם בו את האשה נראה מלשון בו דקאי על החפץ, ולרד"ק להבין איך תהיה חלון הקידושין אחרי שמדרבנן נעקר הקנין. — לכן נראה לענ"ד שדעת רש"י וז"ל שלמ"ד משות קונות מה"ת גם שחזר הקנין מדבריהם, מ"מ דבר תלוי ושומר וכל זמן שלא חזר בו ונגמר חז"ל הדבר ע"י משיכה חל למפרע, וא"כ הקידושין חלון ג"כ למפרע שבעה של מן אז שקנה בכסף להמטלטלין, אבל לריש לקיש דמשיכה קונה מה"ת ואז היה הקנין ונקודת אין חל שום דבר לכן אין הקידושין כלום, וא"כ לפ"ז באמת גם לרש"י אם המוכר החפץ חזר בו קודם שמשך הקונה נחבטלו הקידושין למפרע, כל זמן שלא חזר תלויין הם ועומדים שיחולו הקידושין דמסתמא בודאי לא יחזור המוכר כי קרוב הדבר שסתמא לא יראה לקבל עליו עונש מ"ש:

ג) אמנם דין זה במחלוקת שטוה לדעת התום' (נ"ג ע"א ע"א) מוכח דלא ס"ל הכי, דאיתא שם בגמ' גבי חתנן דפריך הגמ' אהא דבא עליה ואח"כ נתן לה חתי חדא אחגנה מותר וחתי חדא אחגנה אסור, דמשני הגמ' הא דאמר הבעלי זה בעלה זה, והא בעלה סתם, ופריך שם בגמ' עלה זה נמי הא מותרא משיכה, ולבארה למש"י אין קשה כלל דגם כשמתברר משיכה מ"מ אח"כ כשנגמרה המשיכה חל הקנין למפרע בעת שבה עליה שזהו הכסף שצבור הבעל ולכן היה חתן. אמנס הגמ' יש ליבש דעני הגמ' לשניי שלא יקשה על אליבא דריש לקיש שמבטיח דקחתי אחגנה אסור, ובזה יח' מדווקק מה דמשני הגמ' בוגה כותית וכי' דלא איתו זה אליבא דר' יוחנן וכמו שכתבו החוס' שם ולר'

מסוביא דלקמן (מ"ט ע"ג) דרב חסדא אמרה גס אליבא דר"ש גבי הא דפרזק רופילא ששס גס ר"ש מודה וכמו שכתבו התוס' — לכן נראה לענ"ד לומר צביאור דברי הגמ', והוא דניחו' אכן גדר קנין משום של קנין וכן בקידושין הוא כן, שנותן המעות מקנה המעות והמקבל שיהיה שלו ועבור זה שנהגה שמקבל משותפו הוא מקנה לו הדבר או הארבע מתקדשת לו עבור ההנאה שנתן לה המעות, וא"כ כיון שהקונה מקנה לו להמוכר המעות ועבור זה מקנה לו החפץ ולכן סברת ר"ש הוא נתי דתקינו רבנן שיכול לחזור מקניית החפץ מ"מ מהקנאת המעות אין יכול לחזור שיהי הקנה לו מקודם המעות ונהי שקנין החפץ נתבטל מ"מ בחד דהתעב שהקנה לא הול ויכול לשלם לו עבור המעות בהחפץ הג"ל דהא הוא לא התחייב לו לתן לו מעות בתשלומין והו סברת ר"ש, ורבנן סבדי כיון שנתבטל הקנין ע"ז חזרתו מן החפץ נתבטל הקנין ג"כ ממה שהקנה לו המעות וסבי הוא נעשה ככל בעת' שאם יש לו מעות אין יכול לשלקן בשוה כסף, וכן אם אותן המעות המה בעין מחייב להחזיר אותן המעות דווקא, וזהו כוונת הגמ' דמשקרא ס"ד להקני' גמ' כבבדא הפשוטה שתקנת חכמים הוא שיכול לחזור בדבר הקנינו' כיוונו בהתעב שהקנה, אבל במעות השלומי המכר לא היה מקנת חכמים בחזרה, ולכן כיון שהמעות נקנה לו מקודם המה שלו ואין מחייב להחזיר, ולכן פריך הגמ' מאי איכא בין ר"ש לרבנן פי' מ"ע דרבנן, ולכסוף מסיק הגמ' דרב חסדא איכא בינייהו, וזהו פירושו במלמא דרב חסדא כדרך שחקינו משיבה במוכרים פי' בדבר של המוכרים היינו הדבר שקונה תיקנו בו משוכה שכל זמן שלא משך ישנו בדיון חזרה, כן חוקנו בלקוחות היינו במידי בלקוחות' כיינו המעות שנותנים בלקוחות או בהם חוקנו החזרה, רבנן אית ליה דרב חסדא ור"ש לית ליה דרב חסדא, וכן הכוונה (בדף מ"ט ע"ג) גבי הא דפרזק רופילא דלמך רב חסדא כדרך שתיקנו משוכה במוכרים כו' היינו ששס אמר הלוקח הב לי זוזי ולא צביאור חמרא, וע"ז אמר רב חסדא שני דברים א' בעיקר הדיון שיכול לחזור בקניית הוין, ושנית שיכול לתבוע משותפו בחזרה ופסיד טען הב לי זוזי, וזה הנראה לענ"ד לומר צביאור הגמ' (ושווין פסיוה מקובלת בדף מ"ו ע"ג אהא דמאי איכא בין ר"ש לרבנן בשס תלמיד הר"ש בשס מהר"פ וקובז הוא לדברינו יו"ש) :

ח) והנה גם לשיטת התוס' הגס שלדעתם הוא שהקנין נגמר צעת המשיכה, מ"מ כיון שיש כאן קנין מה"ט שמעות קונות מה"ט, נראה לומר שמתחיל אז והמעות לשם קנין ניתנו ועבור זה מחייבין צמי שפירע, דסברת דברים ואיכא בהדיהו מעות הוא רק לריש לקיש, אבל לר' יוחנן המי שפרע הוא עבור הקנין מה"ט, ולכן מוכרת לומר שהמעות מקנה לו ועבור זה יהיה החפץ הנקנה קניו לגמרי צעת המשיכה ע"פ תקנת חכמים שכל זמן נמשך לא חל עליו הקנין משום, ומלינו קנין כזה במעות, בקידושין' ד' ג"ע האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר ל' יום דמקודשת אע"פ שנתבלו המעות דהני זוזי לא למלוה דמו ולא לפקדון דמי, רק לשם הקנין ניתנו שצבידל או הוא מקנה לו את המעות שיקנה לו התמורה לאחר ל' יום וכדומה לאחר שיהא כן, (גס אפשר לפרש כמש"כ לניל בהא דאיתא בגמ' כדרך שתיקנו משוכה במוכרים כו' ונאמר כן, גם לפי שיטת התוס' ודוק'), ולכן כל זמן שלא חזר בו המעות קניו לו לגמרי ומותר להשתמש בהם וע"ז צבאוסין עליהו כל זמן שלא קבל מ"ש, ולא נתבטל הקנין מהמעות שניתנו לו ע"ז שיקנה לו אח"כ צעת המשיכה להחפץ. — וזהו הנראה לענ"ד ג"כ כוונת דברי הר"ף ז"ל דקאמר מאן דריבי זוזי אזביאור אדעתא בלית ליה גבי חבדיה אלא הויא אלא זביאור בלתי קיימו הנהו זוזי ברשותא דמוכנה כו', הוא ג"כ ע"פ מה שכתבתי בכיון דקיי"ל מעות קנות מה"ט א"כ המעות ניתנו לקנין שוקנה

לר' יוחנן לא מתרלא מידי, ולמש"כ לפי שיטת רש"י אתי שפיר דכל הקניוא אינה רק אליבא דריש לקיש ובג"ל. — אך התוס' שם כתבו דהקניוא גס אליבא דר' יוחנן, ונדרקו שם לומר דלר' יוחנן קאי היתרון האחרון כיון שקאי בחלטה, וא"כ מוכח דעת התוס' שהקנין אין חל למפרע גס אליבא דר' יוחנן, רק מעת המשיכה, רק מקודם שי עליו עוגש מי שפרע לפי שנתן מעות כמו לריש לקיש, ועתה ניחוי אכן לשיטת רש"י דהקנין חל למפרע צעת נתינת הכסף וא"כ כיון שהמעות אחי שקנה עבורו החפץ א"כ מוכרת לומר שהמעות המה קניו להמוכר לגמרי צעת שנתן אותם הקונה להמוכר, דהא לא נקנו צמה ויקנה התמורה להקונה כיון שאין כאן נתינת מעות כלל אחרי שהמה רק בחזרה פקדון ביד המוכר עד המשיכה שיוצא אז המקח, דהא כל קנין מעות כך הוא שצבור המעות שקנה המוכר הקנה התמורה לבעל המעות, וא"כ בודאי קנה המוכר את המעות קנין גמור וע"כ נתייב גם צבאוסין :

ו) וז"ל גם לדעת רש"י נראה לומר שאם חזרו בהם וקבל החזור בו מי שפרע שנתבטל הקנין למפרע, והמעות אם המה עדיין צעו שלא הוליה המוכר המה בחזרה פקדון, כי הוא גילוי מלמא למפרע שאין קניוין לו להמוכר שלא נעשה בהם קנין, וזהו מדוקדק לשון רש"י ז"ל (דף מ"ט ע"ה) גבי וזה צבי לקבלי מי שפרע, והלמא לא היה מקבל והשתבח דזווי דידיה הו"א וגמלא כ"ן קווא לשיטת רש"י ענין נתינת המעות שמתחלה צעת נתינת את המטלטלין הסם נימן שלא יהיה חזרה ויש כאן קנין המעות להמוכר והמקח הלוקח, וע"ז יש רשות להמוכר להשתמש בהם ואין לריך לחוש להחלטה החזרה שנתבטל הקנין למפרע ויהיה המעות פקדון, ואם חזר אח"כ החזרה מגלה למפרע שנתבטל הקנין מהמעות, ומ"מ נתינת רשות להשתמש במעות עד החזרה נשאר שהיה רשות לו לקח המעות בחזקת שהקניה השאר, וגם כשהמוכר חזר בו, אם צעת שלקח המעות להשתמש בהם אז היה דעתו לחזור ודאי דיהיה נחשב ההשתמשות בהמעות גול ובלתימות יד, אבל אם אז לא היה בדעתו לחזור רק שאחר כן נשתנה דעתו יהיה מחויב שיבה שיהיה אם בפשיעה או שלא בפשיעה, מ"מ צעת הלקוחה נחשב שלקח בדעתו, ולכן שפיר כתב רש"י גבי הא עובדא דשומשמי אם שהיה האונס אחרי חזרתו מהמזירה, ואז בודאי דאסור לו להשתמש אחרי שטומד לחזור ויהיה המקח בטל מתחלתו והמעות יהיה פקדון מתחלתו, אך זאת הקשה הגמ' דילמא לא ידלה לקבל מי שפרע ואז תשאר הקניה המתלה ויהיה המעות של המוכר מתחלה כי הקניה מתבכרה למפרע והמעות המה של המוכר מן עת הקניה :

ד) ובה נראה לענ"ד לומר צביאור דברי הגמ' (דף מ"ו ע"ג) דקאמר הגמ' בשלמא לריש לקיש היינו דאיכא בין ר"ש לרבנן, אלא לר' יוחנן מאי איכא בין ר"ש לרבנן ומשני הגמ' איכא ביניהו דרב חסדא דאמר ר"ה כדרך שתיקנו משיכה כו' רבנן אית להו דרב חסדא ור"ש לית ליה דר"ל, ודברי הגמ' מוקפין ע"ז דרך הבנה הישרה, דהא ניחוי אכן הגמ' גס משיקרא ידע דפליגי רבנן ור"ש רבנן סבדי דלוקח יכול לחזור ג"כ, ור"ש סובר דלוקח אין יכול לחזור, רק דהגמ' פריך מאי איכא פירוש צבאור סברא הוא טעם פלוגתא, ומשני הגמ' כדרך חסדא קמפילגי וצמה יאלנו חובת היתרון על השאלה צבאור טעם פליגי דהא זה ידע גמ' גוס משיקרא דלרבנן יש תקנת חכמים גם על הלקוחות, ביות קשה לפי מה שכתבו התוס' לקמן וכן הוא מוכרת לומר שגס אליבא דר"ש יש תקנת חכמים בלוקח לחזור בכהי' תרעי, ובדאיתא לקמן (ע"ד ע"ג) וא"כ הקניוא היא רק צמה פליגי בחד תרעא ר"ש ורבנן ובצבאור סברא הוא, ומה מירן לנו דפליגי כדרך חסדא, ועוד דלפי מה שגירסה

ובאמת מהא דגבי תרומה חושש לאסור להאכיל הפרה שמכר הכסן לישראל בכסף קודם המשיכה משום שבדבר תורה משות קנות און להביא לחיה לזה, ד"ל דסבד כמש"כ לדעת רש"י שחוששין שמא לא יחזור בהמקא וגמלא המזכירה חלה מעיקרה מעת נתינת המעות בקנה או מה"ת, והקנין ישאר בתוקפה וגמלא בהמת ישראל אוכלת תרומה. — אך ח"ך שנאמר בדעת הרמב"ם אם שמעוכם שבמקום שנוגט לאיסור תורה אלו דמיס כמו שהוא מה"ת דין המזון, או שנאמר שבקנין משות הוב הקנין מעיקרה כשלא חזר בו והיה משוכה לבסוף, קשה עובא אהו דאתין כשלא חזר בו והיה נתן לה גם בהצבלי לי בטלה זה שפסק הרמב"ם כדאיתא בגמ' (ע"ו ס"ג) דבונה ישראל און אסור משום אתנין רק בדקיימא בחיירה משום דמיחסרה משיכה, והא מה"ת משות קנות סו ההבאה תשכב במעוה, וא"כ מדאורייתא הוב הטלה ואם משום שיכול לחזור בנתינת הטלה ולתן דמיס תחת הטלה, מ"מ כשלא חזר בו ונתן לה הטלה למה לא תחול האתנין למפרש, וגם אם נאמר ששיות הרמב"ם הוב כשיטת התוס' שהקנין קשה לבסוף, מ"מ כיון שהוא פועל לטענה איסור תורה דנין כפי מה שהוא מה"ת באמת, א"כ כיון שמה"ת קשה להטלה צביאה והוב אתנין, ולמה פסק הרמב"ם (פ"ד מהלכות איסורי מצוה הלכה י"ג) דאין אסור רק או בזונה כותית או בזונה ישראלית וקיימת הטלה בחזרה, אבל בזונה ישראלית ולא קיימת בחזרה אין איסור משום אתנין הא אתנין איסור תורה הוב והיה לריך לחוש למה שמה"ת משות קנות והוב אתנין :

ז) והנראה לענ"ד לומר דזה, דעינין אתנין שאני מכל הני דלחמירי ביה בזה, שזיו בקנין משות לבד, והוב דהר"ש והר"ן כתבו שמהא שמעינן שהאסור פועל והבטיח לתן בשכר פעולתו תתן זה בשכרו שיכול לתן דמי התפך בשכרו שרואי נתייב לו התפך או הדמיס, אבל גוף התפך א"ל לו לקנות אלא בחיוב או צביאה ברשות הפועל בשעת המלאכה, ומסתיימת לשון הר"ש יראה שאין לריך לקבל מ"ש על זה רק קאמר שיכול לתן לו דמי התפך בשכרו, ועיין בקל"ח (פי' ס"ג ס"ק ז') ועיין בספר ראשי שמים להגאון מהר"ם מ"ז ז"ל הגאב"ד ד"ק דאוקטס בפי' פ"ד שהאר"י בשער בטיני זה הרבה בענין דישנה נתינת משות ועד סוף שדבר בזה הקלה"ת. — ולענ"ד ל' לומר דזה דאיתא אמרינן שקנין משות הנס שיקרו אורו חז"ל בתקנתם שדווקא משיכה קונה, מ"מ יש עליו דין מש"פ וכן יש עליו לתת דקנין מה"ת, או ע"פ מש"כ לדעת רש"י שהקנין יכול אח"כ בעת משיכה למפרש מן עת נתינת המעות, דוקא במקום שנתן המעות לשם קנין, ושם תועלת אחר לא י"א לנותן המעות ע"י נתינתו על נתינת מעותיו ליד המוכר, לכן אמרינן דהוב זה קנין לטיני מש"פ או שהקנין יכול למפרש כשלא יחזור ויהא אח"כ משיכה, משא"כ בדידון זה של שוכר פועל ועבור השפולה הבטיח לו לתן חתך שלוני, שאמרינן ע"ז כיון משות אין קנות, ע"כ יכול לתן דמי התפך בשכר פעולתו, וא"כ נאמר פעולתו, לעשות ממנו החייבות על תשלום הדמיס, ולכן אמרינן ששתי פעולות לא ישאו השפיות של הפועל להשכרו, שיטעמו החייבות על תשלום דמיס, וגם יעשה קנין למש"פ זה או שיעשה קנין לכשמוקח אח"כ את התפך שיקנה למפרש או אין הנו עושים ע"י דבר פעולתו, בשלמא אם היה משות קנות לגמרי או כגון בזונה כותית שאלה משות קנות לגמרי שפיר אמרינן שהפעולה עושה לקנות הדמיס, ובזה נגמר הקנין ואין כאן החייבות כלל, אבל במקום שאין כאן קנין שיוגמר לגמרי לפי שמעוה אין קנות, ורק הוב בה לעשות החייבות על שילום הפעולה בהתפך או בדמיו, כיון שעושה החייבות אין עושה קנין כלל, כעט בעמך אם היה להקנות שקדון שיהי ביד המוכר וקנה ממנו חתך ואמר לו שכלשך ימשוך

שיקנה לו עבור זה התמורה, ולשיטת רש"י הקנין בעת מעשה ולשיטת התוס' הקנין יהיה אח"כ מ"מ המעות לקנין ניתנו שיקנה לו עבור זה התמורה, ולכן המעות קונים לו מעטכו והתמורה נקנה לו עבור זה לשיטת רש"י מעטכו אם לא יחזור עד המשיכה, ולשיטת התוס' הקנין ע"י משות אלו חול בעת המשיכה [ואל תשיבני ע"ז אימתי נדרש לומר שבכסף או יקנה אח"כ, במקום שאח"כ או נדרש להקנין בכסף שניתן עטשו כמו בקידושין שבלעדי זה א"א שחול הקידושין או בקניית קרקעות, אבל הכא במטלטלין כיון שהמשיכה לבדה תקנה אז ולא נלךד לירוק המעות, וא"כ למה לנו לתבדד שניתן לקנין של משות בעת המשיכה כיון שהמשיכה לבד קונה, יש לומר שסבירין שאדם רואה שיהיה הקנין חל גם מה"ת ע"י המעות, ויש לזה סוכין מהא דלחמירין בגמ' (ב"ב דף ק"ב) דעוה של אדם להקנות לבעל המזון], ולכן כיון שהמעות נקנו לו קיימי ברשותיה כל כמה דלא הדר ביה שנתבטל אז הקנין למפרש, וזה אלא אליבא דר' יוחנן שהמעות שושין פעולת קנין ולכן דקדק הר"ף לכתוב מאן דריבז וזוי אוזיבא פי' שזווי עושים זוי, אבל לר"כ לקיש לא לתבדד לנו לדעת הר"ף אליבא, דאפשר לומר כיון שהקנין הוב רק המשיכה והמעות לא ניתנו לשום קנין במטלטלין המה רק בצורת פקדון בידו עת הגמר שיהיה אז הקנין ע"י המשיכה, ולפ"י שפיר כתב מן הרב"י שדעת הר"ף הוב כתי' הב' של התוס' :

ו) וברעת הרמב"ם יש לתקור אך שסובר בענין זה הא דמעות קנות מה"ת, הנה (בפ"ט מה'ל' תרומה ה"י) כתב גרמה לי שאם מנר הכסן פרתו לישראל ולתן הדמיס ועדיין לא משך הלווקה הרי זה אסור להאכילה תרומה שדין תורה משות קנות כו', ואם מכר ישראל לכהן אע"פ שנתן הדמיס לא תחלב בתרומה עד שתמושך עכ"ל, והנה יראה דעוה שלטענין הנוגט לאיסור דאורייתא מושטין לקנין משות ולריך להתבונן בטעמו, ועוד שלשיטת הרמב"ם שבמקום שנוגט לענין דאורייתא אין לנו להקל ע"פ קניי דרבנן, א"כ היה להרמב"ם גם לכתוב דין זה שאם ישראל מכר פרה לכהן ומשך הפרה, אם שעדיין לא נתן דמיס שאין להכחן להאכילה תרומה עד שיקן דמיס לפי שמדאורייתא עדיין אינה שלו. — מיהו זה יש לתרד, ד"ל דבמקום שבענין שיהיה שלו ממש אין מושיל מה שמדרבנן הוב שלו כיון שמה"ת אין שלו, אמנם בענין תרומה קני"ל שבהן שספ פרה מישראל, היינו שקבל עליו החריים אוכסא וזולו אין דוקא הגל הוב שייך לכהן אף שאין שלו באמת והישראל יכול לתן גוף הפרה בחזרה בשורה, מ"מ כיון שלענין השומא הוב ברשות הבהן יכול להאכילה כרשני תרומה כדאיתא ביבמות (פ"ו ע"ג), וא"כ הקונה במשיכה הנס שמדאורייתא אין שלו מ"מ כיון דמדרבנן הוב שלו וממילא כל האחריות עליו הוב מלך תתת החכמים, א"כ ממילא הוב מותר להאכילה תרומה שהרי האחריות נומה עליו, ולא גרע זו המשיכה ממלו קבל עליו אחריות אונסא וזולא. — משא"כ בהא דקנה בכסף הלא לא קבל עליו אחריות המוכר שחייב לא יראה לקבל מ"מ אינה על אחריותו, ולכן אין יכול הבהן המוכר להאכילה תרומה משני שמדאורייתא אין שלו ואינה באחריותו, אך מ"מ יש לענין על שברא זו אם הרמב"ם הסור להאי כללא שלענין דאורייתא אין מושיל מה שמדרבנן הוב שלו, והנה הרבה מרבותיו האחרונים הביאו מדברי הרמב"ם אלו שדעוה שבמקום דאורייתא אין מושיל קנין דרבנן, ולענין הנוגט לדאורייתא אלו חוששים אך שהוא המזון ע"פ ד"ת, וכן הביא המחנה אפרים דעת הרמב"ם בה"ל גלוב שפוסק ראשון אין לתן לקנין מפני שאין מקנה מה"ת, ומשום דמירייה חניג לענות הפעוה שמדרבנן יכול להקנות, ואפ"ה כיון שמה"ת אין יכול להקנות, אין יולא בזה :

באריך ברייתא נתנה לספר וכו' לא מעל עד דמשך משמע דמשך מעל בודאי הא גם זה לאו מלמא פסיקא הוא דהא אם הוליאן המקבל טרם המשיכה של הקונה נותן המעות או שניהם לא מעלו לפי שיטת הרמב"ם, וא"כ למה ימעול בשעת המשיכה כיון שהמעות או חצי בעין אלא, ומה מויליא או מרשות הקדש, ואין לומר דמעילתו יהיה מלד שנהגה בקנייתו ה"ה הפך תמורת המעות של הקדש, זה ח"א לומר כן כיון שהמעות או חצי בעין ליכא למימר ע"ז דשקיל חליפי ההקדש כי חין להלווק עליו רק חוב, וכי היכא דאיתא בגמרא (ט"ז ס"ג ע"ג) גבי חליפי שביעות, ושם (ס"ג ע"ג) גבי חתנן דבא עליה וחח"כ נתן לה לא היה חתנן גם שנתחייב לתת לה בעת המעשה, והוא נותן עבור החוב שנתחייב עבור הנחל הבאה ואפ"ה לא היה חתנן, וה"כ בג"ד בהקדש מה שולוקא הפך עבור המעות שהוליא חין או עבור המעות גופא כשאינם בעין, כ"א רק עבור חוב של המעות שהוליאן ואין לו במה שיחול עליו דין מעילה :

ט) ולכן נראה לענ"ד לומר בשיטת הרמב"ם דלר' יוחנן מותר להמכר להשתמש במעות וגם חייב באונסין כשיטת הר"י, אבל ראוי לקיים אסור לו להשתמש במעות, ולכן לריש לקיש ניחא הברייתא דקתני גבי ספר לא מעל עד דמשך וכשמך מעל בודאי, משום דמסתמא הוה המעות בעין כיון דחסור להמוכר להשתמש במעות, ולכן חליבא דריש לקיש חין כ"א שור רחוי לדרות הברייתא דהמפקיד, רק הרחיה היא חליבא דר' יוחנן דהא למש"כ לדעת הרמב"ם הך ברייתא חתיין גם חליבא דר' יוחנן, ואיכא סביר דמותר להשתמש בהן וכדעת הר"י והגאונים, וא"כ אך חתיין חליבא הא דקתני לא מעל עד דמשך, הלא לכל הפחות כשהוליאן המעות היה לו למעול, ולכן הברייתא מזה הרמב"ם לדימו דלא קי"ל בברייתא דהמפקיד משום דמשמע ליה דמסתמא קתני לא מעל עד דמשך נס כשהוליא המוכר את המעות, דלא משכת לדין מעילה אלא כשמך, וגם קישיא השניה שהקטנו האריך פסקא בברייתא דכשמך מעל, גם אם הוליא המוכר המעות מקודם ואינם בעין, יהיה ניחא לשיטת ר' יוחנן וכמש"כ לעיל שחליבא דר' יוחנן שהמעות ניתנו לקנין, ובאמת הקנס להמוכר צעת שנתן חותם לידו, רק צעת מעשה ח"א לו למעול שמה שנתן ח"א ויבטלנו הקנין למפרע כשהמעות ולכן גם ע"י שהוליאן לא ימעול בשיטת הרמב"ם הנ"ל, אבל כשמך נחברר שנגמר הקנין בהמעות למפרע, ויחייב במעילה על מה שנתן המעות לידו. — והנה מדברי הרמ"ם משמע שגם לפי דעת הרמב"ם אם הדין כרב הו"א דהיתר תשמיש מחייבו באונסין היה דין מעילה שכן כתב (פסק' ז' י"א) שכיון שאין חנו מחייבין אותו עד שזוליא והוליא דוקא לרב נהגון דהלכתא כוותיה שאין חייב באונסין ע"כ, וא"כ קשיא האך פטור ממעילה לדין דקי"ל כר' יוחנן למש"כ שחליבא מחייבין להמוכר באונסין, וביותר קשה לפי מדויקו של הרמב"ם הוא ממלתיה דרב שסתמא לא פליג עליה רב הו"א תלמידיה דסבר משום קויות ומותר להשתמש במעות, ולרב הו"א היתר תשמיש מחייב באונסין והיה ראוי להיות דין מעילה גם כספר וכו' הלכך משיכה. — אבל באמת חין זה קשה לדמש"כ הו"ס' דר' י"ג ע"א (דף ק"ה דלמ"ד דהיתר תשמיש מחייב באונסין גם אם היה המעות בעין חין מחייב להחזיר והיה ליה עליהו ולכן מחייבין במעילה גם טרם שהוליאן כו' יע"ש, ולכן יש לומר דוקא ה"ה בהמפקיד שהיתר תשמיש ב"ה ה"ה הנובע משום המפקיד להפקיד, ולכן סבר רב הו"א דהוה כהלוואה גביה ממש ואין מחייב להחזיר אותן המעות, מה שא"כ במעות שניתנים על המוכר שלכך ניתן לו רשות להוליאן ומתחייב גם באונסין, משום שצוים לקנין, אבל כשהחוב ע"ה ח"כ נובטל הקהל המעות למפרע מחייבין או להחזיר המעות בעלמאן אם הן בעין, וכן מוכח משמעטא דשומשי ומדברי הר"י שם, שלמחר שקבל מ"ש המעות

ימשך ממנו את הפך יקח התשלום מהפקדון שיש אלו הכי לאחר בזה שיש לו ע"ז קנין משום אחריו שלא יקח המעות לקנין, וה"כ בידון זה כיון שהפעולה עושה החייבות על התשלום שוויו של הפך שמכתיב לו לחן, הגם שאומר שבאשר יתן לו הפך יופטר בזה מהחייבות תשלום פעולתו, מ"מ אין כ"א נתינת דמים על הקנין הפך, שהפעולה שנחשב כנתינת דמים הוא נעשה על החייבות התשלום עבור הפעולה, מוילא חין כ"א קנין תורה כלל אחרי שרצונו עתה בהחייבות משני שכל הקנין הרי יכול לחזור ע"פ תקנת חו"ל, וגלכך שיטתה החייבות וכויו הפעולה החייבות מוילא חין כ"א קנין כלל :

ח) וכיון שיצטנו בעו"ה שמוכר דע"ז חין כ"א קישיא לעיני הדין משמות קויות מה"ת, נבוא לבאר שיטת הרמב"ם בענין זה והוא שהרמב"ם פסק (פ"ג מה"ל מעילה ה' י') קנה זה הפך ולא משך אם מישראל לא מעל, והנה הרמ"ם כתב יש לתמוה דהתם חליבא דר"ל קאמר דאמר משיכה קונה מה"ת, ואין קי"ל כר' יוחנן דאמר דבר תורה משום קויות, וגשאר בתומא ובאמת גם הרמב"ם לא השיג כלל על הרמב"ם וראוי למסכנין הפסין לבאר שיטת הרמב"ם אך יפרנס הסוגיא. — והנראה לענ"ד לומר בשיטת הרמב"ם ליכא דבריו והוא דיסוד דעתו שדמאמר רבא קרא ומתנימא מטייע לריש לקיש ולא קאמר דמתנימא הוה תיובתא לר' יוחנן, משמע ליה דגם לר' יוחנן יש ליכא באמת את הברייתא, רק לריש לקיש מרווח יותר, אבל באמת גם לר' יוחנן יהיה מיושב דינא דברייתא, שנית, קלת רחיה יש שגם למ"ד מעות קויות מה"ת יש ליכא הא דריבא דברייתא דהא מר"ה שמתחא דאמר דווקא ב"ה כו' הו"א רב, וזה דמוק לומר דרב יסבור מעות חין קויות מה"ת חין דרב הו"א תלמידיה חית ליה בפירוש משום קויות מה"ת כדאיתא (ב"מ דף מ"ו), ובשבת קכ"ח, ובגילה מ' ע"א פריך הנ"מ מרב הו"א אהרב משום דרב הו"א תלמיד דרב הוה, ולכן מזה הוכיח הרמב"ם שזוה רק מטייע לריש לקיש אבל באמת גם לר' יוחנן ניחא דין זה דבמקום שרריך משיכה לא מעל עד דמשך, רק דרב"ה אמר דבכר"ה המעטה נטיה לומר כיון שאינו אומרים מעות קויות מה"ת שסתמא לומר שהקנין חל למפרע, ובמש"כ מקודם ולכן מוכרח הוא להקנות המעות להמוכר צעת קנייתו בהמעות מהמוכר ויתן לו המעות ע"י, וכן הוא חליבא דר"ה באמת, וגם הוא מחייב באונסין ולכן מוסבד ליה לרבא דלשיטה זו שמעות קויות מה"ת לרדך להיות דין מעילה חו"ל, גם קודם משיכה, מ"מ באמת יסבור ר' יוחנן וכן רב דליכא מעילה קודם המשיכה אף אם מעות קויות מה"ת, משום כיון שאפשר בחזרה והקניית המעות מתלת תלי וקאי וכל שיחזור מהמקד יחזור ג"כ מקנין המעות, ואם המעות בעין לריכיה המה להיות חורים להלווק נותן המעות, לכן ח"א לחייבו ע"ז עתה במעילה :

והנה הרמב"ם (פ"ג מה"ל מעילה ה' ט') פסק בהמפקיד משום אלא שולחני משום מותרין, שניהם לא מעלו אפ"י כשהוליאן השולחני, וכתב ע"ז הרמ"ם בשם הר"י קורקום משום דהך ברייתא, דקתני דווקא ב"ה והא דקתני נתנה לספר לא מעל פליגי האך דלעיל ב"ה המפקיד ור"ל דביתר תשמיש חין מחייב במעילה, ולכאורה הוא קשה לעי"מ מנ"ל לעשות פלוגתא בין הברייתא ולדמות ברייתא דהיתא ב"ה המפקיד מלמא, הא חליבא לניימר דהא דקתני כ"א דווקא ב"ה, ריינו דב"ה הוא מעל מיד, ובהך לא מעל עד דמשך, היינו בלא הוליאן המוכר, דהילוי משום היתר תשמיש חין מחייב משום מעילה עד שהוליאן המקבל המעות וכדאיתא (פ"ה המפקיד דף מ"ג) חליבא דרב נתון דהלכתא כוותיה, ועל קשה לענ"ד אם נחמר שגם לריש לקיש מותר להשתמש במעות ורק שדיתר תשמיש חין מוטל הניטון גם כשהוליאן המקבל כפי שיטת הרמב"ם הנ"ל, ח"כ יקשה האך קתני

המעוט במורה פקדון גם קודם שבאו ליד הקונה במורה, ולכן כיון שלכך פנור ממעילה משום שמה יופקע הקנין במורה של אחד מן ויתבטל דין הקבלת המעות מומילא חין לחייבו במעילה עבור חיוב ראויה גם חליבא דרב הונא ודו"ק:

י' ובענין מקח טעות אם מותר להשתמש במעוט וכבר האריכו בזה הרבה רבותינו הפוסקים והאשר ידו הכנ הגאון כו' מ"ה שלמה מרדכי ברורא נ"י מ"ד סמנאן שהיה האב"ד דק' כסופי העריך או ג"כ בענין זה קונטס אור, ובא"ה דברים שהיוחיו על דבריו יובא כפן בדבניטן ועל מש"כ כתר"ס זה שלדעת הרמב"ן והרמב"ם אחי ספיר כל הני דוכתי דמוכחי שגם במקח טעות זווי היו כהלוה לגביה וחייב באונסין ספיר שגם חליבא דריש לקיש חייב באונסין ומותר להשתמש עכ"ד, והנה כפי שצא לנו לעיל בדבריו דברי הרמב"ם נראה שחליבא דריש לקיש מלתא דפשיטא דפטור מאונסין, וגם נראה דאסור להשתמש בהן כמש"כ לעיל, אמנם גם לדעת הרמב"ן אשר מובא בשמ"ק לתרויך הראשון שלו דמוכח שגם חליבא דריש לקיש מותר להשתמש וחייב באונסין, מ"מ לענ"ד עדיין לא נתיישב לנו לומר לענין מקח טעות קנ"ג מותר להשתמש, והרררה מוכח איפא, אם לא תחלק כפי חילוקי הפוסקים (הק"מ והגינות), דהא בהדיא כתב הרמב"ן דאחר שקבל מי שפגע הדד הוה ליה עומר על המעות ואסור להשתמש בהן ופטור מאונסין, לפי שנתברר ביטול המקח ומומילא בטל גם קנין המעות לפי ששל דעת מקח נתינו, רק כל זמן שלא קיבל מש"פ מותר להשתמש לפי שסתמא עומד שיוגמר המקח כי שחרית שרי"כ כו', אבל במקח טעות שנמלא מום במקח או חסורי האה וכדומה או שובא דפרדיסא שהמקח עומד להתבטל בלי סוס קבלת מ"ש, ואין אדם מתפייס בזמיון משהמקח דמלחה, מאין לנו היתר להשתמש במעות ושיבא עליו חיוב אונסין אם לא תחלק חילוקים המוכר בדבריהם של רבותינו הפוסקים, או חילוקים אחרים במלחה דמסתברא:

ובעיקר הדבר לחלק בגלל הני דהמקח בטל ואפ"ה מובאר בד' הפוסקים שיותר להשתמש כפי מנה שכתבו הקה"מ והגינות (נשי"ף) נראה לענ"ד לומר קרוב לדבריהם, והענין סברת החילוקים, והוא דהא חליבא דריש לקיש המעות לא הקנה לו כלל רק נתן שיהיה בידו ולפת שיוגמר המקח יהיה שלו וכן לר' יוחנן ג"כ כשקבל מ"ש וחזר מהמקח, לא נפתר עליו הקנה לו המעות כלל וכמו שצארינו, מש"כ במוקד טעות שנמלא או בעבורא דפרדיסא, כיון שהוא נתן המעות לשם מקח, וכבר כתבו שהנותן מעות על המקח הוא מוקנה לו המעות וחברו מוקנה לו החפץ וע"כ הקונה כשתנן המעות הקנה לו אותם בלתי, רק אלו באים לבטל הקבלת המעות אחרת המעות שיש בזה שקנה, ע"ז אומרים מאן אמר לנו שדעתו לבטל הקבלת המעות כי יותר טוב הוא לו שיהיה המעות קניין להמוכר ויהיה ברשותו להתחייב גם באונסין ולא יהיה במורה פקדון, וזה כלל גדול בדיון שכל שנטעם ממשע קנין דבר בענין תומורה בורה לבטל הדבר והוא חין לנו חומר שגאמר אשר ראונו לבטל הקבלת המעות, והלוקח הקנה לו המעות עבור התמורה שטמן לו או שערך לתן לו, ואם שאין כן תמורה שנתבטל המקח מן התמורה ישלם מעות תמורתן ע"פ מה שקבל ממנו, אמנם בהכיר זו שאינו שלו חין שיש עמו זה רק שיש לע"ה לומר טעם אחר משום כיון שנתן אותם במורה מקח ואין לעשות קנין אחר שהרי יודע שאין לו אפשרות שיעיל קנינו, על מה נתן לו, אם לא שיהיה בידו כמו כל המעות אשר ניתנם על מקח שמתמנה בהם, ויחייבי באונסין עליהם עד עת שיהיה חוזקת ח"י. — אמנם בהני עובדי הנובחרים בבבב"ס נבי מה שאירש וזכר בהסתמא שיש במורה עד עת שיהיה גמר הדבר שיחזר הדבר ליד הקונה, בזה ל"פ והסם

למה מותר להשתמש במעות, וחילוקו של הקה"מ והגינות לא נתבררו לפנינו, ואם שבמורכ בהסתמא יש מקום לדברי הגינות, אך בזה דמה שאירש מאבא לעמ"ד ל"ע לחלק זה מהא דר"ל דמעות חין קנות דאמרינן שנתן המעות בפקדון עד עת המשיכה, וה"ל דמעות שיהיה להשתמש וחייב באונסין, ועוד שיבא לידו ירושת אביו וימסור לידו, ונראה דהבב"ס חיל בשטות הרמב"ן רבו וסובר כפי דעת הרמב"ן בתי' הראשון שלו שבשמ"ק הנוכר לעיל בדבריו, שגם לריש לקיש כל זמן שלא חזר מהמקח מותר להשתמש וחייב באונסין, ועוד אפשר לומר דהא דמה שאירש מאבא מכור, והא דמוכר בהסתמא מייירי שפשו קנין לבד נתינת המעות א"כ כיון שסבורים היו שנגמר הקנין, ונתן לו המעות נתינה גמורה ולכן גם שבמאמ חין כחן קנין מ"מ הקבלת המעות לא נתבטל, מש"כ במוט לריש לקיש שלא עשה שום קנין רק מסירת מעות אמרינן שיועד שגמר הקנין יהיה המשיכה והמעות נתן לו בחורב פקדון עד עת המשיכה שיהיה אז גמר המקח. עוד יש לחלק הא דמה שאירש מאבא מהא דריש לקיש, משום דבמאמרה שיוול להיות שמתמנה לא תחלחך אמרינן שנתן המעות שיהיה בפקדון עד עת המשיכה שאז יהיה שלו, מש"כ בזה דמה שאירש מאבא, שאין יודע הזמן ולמה מבר אם לא שיהיה לו המעות לזכרו:

ורנה זה שכתבו הוא לדעת הפוסקים שסבורים שמה דאיהא בירושלמי בקידושין גבי מכרין וקדש דמיהן חין לפי גמרא דילן, אבל הרא"ש פוסק שם כהירושלמי ומה שלגאוריה דעת הרא"ש בריש פ' הפרה בב"ק נגד זה שכתב שם דהוה כבש"ס בזה דמקח טעות, ופה כתב כתר"ד שדברי הרא"ש לא בלו לענין היתר תשמיש בהמעות לכתחלה, רק אם הוליא את המעות דשם מייירי דליכא בעינייהו משבו כבש"ס ולא כמ"מ. גם מה שהביא כתר"ד בדבריו מד' ירוש'י הרשב"א (שלא הוזכרו), הנה כתר"ד ראה בדברי הרשב"א שם בד"ה מכרין וקדש דמיהן הראשון, ולא עיין שם בסמוך בד"ה מכרין וקדש השני ששם בסוף דבריו מציא הירושלמי דאמר זאת תומרת שמקדש בגזילה, ובכתב לדרידן מוקמינן בידע או בא", ובתב שם ח"י אפילו לישראל כיון דלאפקינהו יהבינהו גיבליה לאו גזל הם בידו ובעין הוליה הוא, ואש"ג דמקחו בטל הוא כי תחא למוהדר ביה ישלם מביטו, הרי שגם הרשב"א מתפקד דבין זו, וקדקוין של כתר"ד שיעקר כוננת הרשב"א הוא משום דאסורי הגאה גינהו וליה ליה דמי כלל חין זה מוכרח דהאמת קאמר שמתמנה זה הוא מקח טעות, ועוד נראה לומר משום שאם היה בזה דמים, הנס שהיה מקח טעות היה יחא דהוי קידושין, מאם שגם שאסור להשתמש במעות, מ"מ הא משועבדים המה הדמים על החזרת החפץ הנמכר ולא יהיה גרע זה ממקדש במשכון דאחרים דאמרינן (קידושין ח' ב') דמקודשת, ולכן כתב הרשב"א דליה ליה דמי, והוי גזל נגמר הדמים שאין לו עליהם שום זכות. — ומש"כ כתר"ד בזה עובדא דפרדיסא שגם לא חאמר שפוטב להשתמש במעות מ"מ חייב באונסין דלאו כל כמיניה למשקל זווי דתבדיה ולא יחייבי באונסין, והוה ליה כנגד וגזלן, לענ"ד לא כן הוא ויפסד מהסתברא וכן דתברו עשה לו שלא כהוגן ודאי דמותר לו לעשות זאת וכן הוה דאחר הגמרא בב"מ (ק"א ע"ב) גבי הריה אימתא דאגרה שקוליא ממארא דתבדיה ואגמיה בשבילא מפני שנמולו ישיב בראשו, וה"ל להאי גברא שרלי לקח קרקעו בעל כרחו שלא כדון, וע"ז קאמר ועם עקב כו' ואם חין ראונו להשתמש במעות של הקונה ודאי דלא הוה רב שומר מנס עלייהו ולא יהיה זה עדין מפורסם ממונן חברו למשכון דאמר הגמ' בב"ק (ל"ו ע"ב) דעכא שומר שבר לגזוקין, אבל באונסין לא מתחייב משום דבכרית קטביר דמותר לו להפסד וה"ל ברשות קטביר, והסם

זה קודם לקנייתך, והגם שלאחר שישא מתי' אין נאמן מ"מ יהיה נאמן במינו שהיה אומר שלא נתן רשות כלל להפקד למכור כי הפרה בחוקתו עומדת בחוקת מ"ק, וע"כ יהיה נאמן לומר שביטל להנתינת רשות למכור במה שהקנה מקודם לשמעון. — מ"מ נראה לפני"ד דהבא לא היה יכולת גם ביד הא"י, בעל הפרה להוליא מיד המוחזק דהא הא"י שהפרה אללו שמכר לראובן יש לו מינו לומר שלקח הא"י המפקד במינו דהחזרתיה, שהרי בעת קנייתו ומכירתו ליד ראובן הקונה לא היה על זה עדי ראהו בעת מעשה וא"כ היה נאמן בעת מעשה לומר שניתן לו רשות למכור במינו זה, והגם שעתה אין להא"י הג"ל המינו שהרי אינה ת"י וגם להקונה ממנו אין לו טענת זרי שהוא לא היה בעת נתינת הרשות שנתן להא"י למכור, מ"מ הא"י הפקד דין שליש יש לו כיון דהמוחזק הפרה בצלון המפקד ודאי דהימניה בזה במה שאומר, ואין זה דומה למה שאמרו בגמ' (ב"ב י"ג ע"ג) בהאומר ממלגלי זבנית דאמר לו דזבנה ממך שלריך להחזיר לו הקרקע, דמטלטלין שאני כיון שהיו ביד הנפקד והוא נאמן במינו דהחזרתו ואין לו עדי ראהו אז גם להקונה מידו טוענין בזה כמו שכללא הוא טוענין ולוקח, ועיין בש"ך (בס' קמ"ו ס"ק י"ג) וד"ק. — אך זה ל"ע מזד דאין שליחות לא"י וא"כ מטעם זה יש להא"י בעל הפרה להוליא מיד הקונה לראובן שקנה מהנפקד, והנה בזה יש מחלוקת לרביתו הפוסקים המשתתת בנימין הלויט בפשטות שא"י לא"י יש שליחות, ועיין במג"א (בי"ה מה"ס ס"ק ד' והי"ש בה"ש סוף סימן ה') שהביאו החולקים בזה, והמג"א הביא ירושלמי מפורש שא"י לא"י ג"כ אין שליחות, האמנם הגאון ר' עקיבא איגר הביא שם בגליון בשם הרי"ק, וזכר מהר"ם מינך שפסקו ג"כ דא"י לא"י הוא שליח, והמחנה אפרים והמסנה ליתך (ב"ב מהלכות גיטות ופוסקים) הביאו הירושלמי הנוכח שהובא במג"א, מ"מ כיון שדין זה במחלוקת שגויה נראה שאין להוליא מיד המוחזק :

והתם לפי שחופם למשכון נעשה שומר שכר והכא מהסתברא שלא הוה רק שומר חנם, אך לכל הפחות בזאונסין ודאי דאין מתחייב. — עוד הביא שם כ"ת בשם גיסו ידויה הרב הח"י שו" (הוא הרה"ג מוה' יצחק כהן ז"ל מטשארנאן), ראה מתום (ב"ק ק"ט ע"ב) ד"ה מי הודיעו לזבב כו' שהקשו ה"ה"ם אם אין בעת המנין ע"ג למר הא"י פירי, ותיירו כיון דאין הזבב מקנה לזבו להאשה א"כ הזבב יכול להזבב שכרו מהאשה א"כ ליהוי הקדש המעות שנתן הבעל להאומן, והוכיח מזה שאם נימא שהמעות הניתנים עבור מקח טעום הוה הלואה לא הוה קשה מיד, דעל המלוה שביד חברו אין חל ע"ז שום הקדש, וכת"ר כתב ע"ז יוסף כיון, ולבאורה היא ראי' נפלאה. — אך באמת לפני"ד אין כאן ראי', דבאמת דברי התוס' לבאורה הוא פלא אך כהבו דהמעות הם הקדש דאין שכירות כיון דהאשה חייבת השכירות, הלא הבעל ג"כ מחייב לשלם דהא זה לא נרע משוכר פועל לעשות בשלו והראוהו בשל חברו דנותן לו שכרו משלם וטובל מזהב"ב מה שההנהו, וא"כ מחייב הוא הבעל לשלם מן הדין להאומן כיון שהאומן לא ידע שהוא עבור האשה, ולהבעל אין על האשה כ"ל חוב מה שהנהה אותה, וע"ז אין חל הקדש, ועוד אחרי שדעת הבעל להנות אותה בחנם וע"כ אין על מה לחול ההקדש, וקושיא זו הקשו מכבר, ולחומר הקושיא נראה לפני"ד לחרך דבריהם שטונות התוס' דהתמא קתני דבריהא אין לו בלזבב שלבב לשמן, וגם בשלא שילם עריין עבורן להזובע ואפ"ה מחייב הבעל לשלם להאומן מפני שחיובו קדם להקדש, והוה כוונת התוס' דהכי פריך הגמ' שאם האשה לא קנתה, א"כ יכולין להזובע מהאשה מפני ההנהה שהנהה אותה, וא"כ אין לו להבעל לשלם ממעות הקדש כיון שאפשר שישלם ומקום חזר, והלזובע ביכולתו להזובע מהאשה ההנהה, אבל זה ודאי אם כבר שילם הבעל להזובע לא הוה מקשה בגמ' מדיי וכתר הראיה הג"ל וד"ק :

והנה כי על מדוכת פסק דין זה יצבו רבויטי האחרונים גדולים מקרי לב רביתו המג"א והמתנה אפרים והמל"מ וכולן הביאו הירושלמי, ובודאי קשה ליתך נגד הירושלמי במקום שאין לנו ראי' מגמ' דילן שחולק על הירושלמי, אך נראה לפני"ד לתת מקום לדעת רבויטי המשתתת בנימין ומהר"ם מינך והרי"ק שם שלא יעליס הא"ך המה מנגדים הירושלמי, והוא דמשתע להו ששיר שגמ' בבלי דילן חולק על הירושלמי, והנה קמא משמע מלישנא דגמ' (ב"ק ק"ט ע"ב) גבי דינא דמלכותא דינא דאחרא שם גמ' שלוחא דמלכא במלכא, והנה מעיקר הדין שגויה שלח הילך נוטל הדקלים בע"כ הגם שאין זה הזכות לו דק להמלך, וא"כ אם אין שליחות לא"י מא"י לבאורה יתקב זה כגזל וכעין זה מלינו גם (ב"ב י"ה ע"א) הני דהרזי רזבין ארעא לטסקא זבינייהו זביני ופי' רב"ש שם שקוני' הקדה משעבדי המלך עבור הטסקא והברגא והחוב הוא למלך לבדו, ומהה בתיב בשליחותו למכור ומהני ואם אין שליחות לא"י מא"י מדוע מוטיל המכירה, הא אף גוף הנכסים היה נכסי הילך הא"ך היה מוטיל מכירת עבדיו כיון שאין שליחות לא"י בבכ"ז, מיהו יש לומר על כל זה שזו גופא בכלל דינא דמלכותא דינא, שכן הוא דינא דמלכותא שמכירת עבדיו ומה שהמה עושים בהורמנא דמלכא יהיה עשוי, שהרי א"א למלך לעשות לבדו, אך מלשון הגמ' שלוחא דמלכא כמלכא קמא משמע שמדין שליחות הוא :

עוד יש להעיר להביא ראי' מהא דחיתא בזבחים (קמ"ו ע"ב) גבי שא"י אין מלווין על שמיני חוץ דלמך שם הגמ' ולאורינהו שרי, ומיימי הגמ' דחיתא ורמיז שדרא קורבנא לקמי' דרבא, שלוח להקריב ע"י תרי שלמי גולאי, והנה בכהנים המקריבים קרבנות דייק הגמ' (קדושין כ"ג ע"ב) ששלמי דרממנא גינהו משום דמי איכא דאין לא מליגין למיעבד ושלוחי דידן מלי עבדי, ובקידושין

סימן ט

ראובן ושמעון נתעצמו בדין כדבר שהיה עומד אצל א"י אחר פרה של רעהו א"י אחר, ולהא"י הנפקד ניתן רשות מהא"י בעל הפרה לטבור אותה במקח קצוב ולקח ראובן סאת הנפקד האי' הגי' את הפרה במקח שקצב לו בעל הפרה והיה עבורה ולקחה לרשותו, ושמעון הלך אצל הא"י בעל הפרה בעצמו וקנאה שמינו ונתן לבעל הפרה את הרמים עבורה, ושמעון טוען ואומר שקנייתו קרסה באת קניית ראובן באת האי' הנפקד וראיבן טוען שאין באיבן לו בזה :

ונראה לפני"ד לזון בזה שהדין עם מי שהפרה ברשותו וא"א להוליא ממנו, אם לא נראהו שיתברר שהא"י בעל הפרה מוכר למשמון קודם שיהי מוכרת הנפקד לראובן, כיון שזה שיהי מודים שהיה נתינת רשות להא"י הנפקד למכור וכתמרה המפקד קודם או נכתבל השליחות דדין המצוחר גבי קידושין מי שנתן רשות לשלוחו לקדש בזה והלך הוא וקדשה, הבל בלא ראי' אין להוליא מהמוחזק כי הוא חופס ברשות, ולא מייבטיא כמו שהעבדא בל לפינוי הלא בל בא שאל לזבב לבעל את מכירתה הא"י הנפקד, ודאי שאין מחייב המוחזק לראובן למכור למשמון את הפרה שמכרה לו הא"י הנפקד, כי יאמר לו לאו בעל דברים ידוי את כל זמן שלא ציררת עבדים כשורים שהיא ניקיית לך קודם שבא בידו להפקיע מכירת הנפקד מכירה לראובן כטענתו, כאשר יאמר שיודע הני צבירור שרואה הבעה שמכרתו למשמון היה

ובקידושין (מ"א ע"ב) דייק הגמ' מהא דשמיטת הפסח שעלומו של אדם כמותו, וזוהו חין לנו אומרים שהשומטים את הקרבן שלוחו דרחמנא כינוס מפני שפסח ע"י הבעלים ולכן אתו באים זוהו מותרת שלוחות, וזוהו לא יקשה מהא דח"י נודרים נדרים ונדבות בישראל וזה ודאי השמיטת יבוסע בקרבנותיהם לזכרה להיות ע"י ישראל דווקא דשמיטת ח"י נצלה, ואין שלוחות לא", אך ע"פ מ"ש' שבין ש"א"ל להח"י לשחוט זוהו גם על השמיטה הוו שלוחי דרחמנא השומטים להגדרים והגדבות של הח"י, וכענין זה מלאתי להפני יבוסע בקידושין שם (פ"א ע"ב) צמודשו, אמנם לענין הקרבה צבמה דאפשר להם להח"י לשחוט בצמון למה ויעיל בשלוחות שילוח לאחריהם, כיון שאין שלוחות לא"י וא"כ לאכורה נראה מוכח מזה שאינו יהודי לא"י יש שלוחות. — מיהו יש לדחות דאמית' בעינין בקרבן שלוחות בדבר שאפשר לו לעשות בעלמו, דווקא בקרבן מוכה המוטלת על הבעלים או בקרבן נדר שאמר הכי עלי שרדך לנחת ימי נדרי, אבל בקרבן נדבה באומר הכי זו על בעלים המנדבים שום יפוי כח יותר מאחר, וכל אחד ואחד יכול להקריבו, ולכן גם צבזמים מייירי בקרבן נדבה ואין כאן מקום ענין שלוחות כלל. — וקצת הוכחה לזה דהא אמרינן התם שמלך איסור הקרבה לחן אסור לסייען ולעשות שלוחות, וישראל לא"י ודאי חין שלוחות ואפ"ה משמע שלוחו איסור הקרבה של שומטי מוח היה אפשר להיות שולח להקריב עבור הח"י, וא"כ מוכח מזה דע"כ לריך לומר דלא בעינן זוהו שלוחות, מיהו יש לדחות הוכחה זו דיל' דאין הכי נמי בח"י המקריב עבור ח"י אחר הוא מטעם שלוחות, ורק ישראל המקריב קרבנו ח"י היה אפשר להיות שולח נדבה שלוחי דרחמנא דהא שם ח"א"ל להם להקריב ממזילה גם צבמה לא גרע :

ומדרי דברי צבוגי'א זו ל"ע היאך אפשר לא"י להקריב צבמה הא שמיטתן נצלה ואכן בעינין משקפה ישראל מן המותר לישראל, ואין לומר דפסולת של שאין מותר לישראל שלפינן מקרא ה"ל הוא רק במקדש ולא צבמה, וז"ל דה"כ למה מלרכינן בנמי' (מחמת ו' ע"א) הכי תרי קראי ממשקה ישראל וקרא דכל אשר יעבור תחת השבע, מה א"כ למימר דקרא דכל אשר יעבור דמועטענין טרפה הוא שם צבמה קטנה לא יובשר להקריב, מיהו זה יש ליטב דע"כ קרא דכל אשר יעבור ג"כ לא קאי אצבמה קטנה, דמעשה צבמה אין קרב צבמה קטנה רק כגוב וצבגון, כדליתא צבזמים (ק"ט ע"א) עיי"ש, אך מ"מ ח"א"ל לומר דקרא דמשקה ישראל לא קאי אצבמה קטנה ועריפה יהיה אשר כשר צבמה ג"כ דבין דהני שני הפסוקים לא קאי אצבמה, דא"כ ליחשוב וזאת בדברים המחולקים בין דקטנה לצבמה גדולה דחשוב צבזמים (דף ק"ב ע"א) עיי"ש, ולכן נראה לענ"ד ליטב דקרא דמשקה ישראל דרשינן מן המותר לישראל לא קאי רק כש"שארליס מקריבים, אבל כשא"י מקריבים לא נאמר עליהם דין זה כלל כיון שהמה מקריבים כל שומרת להם יכולים להקריב לנבזה. — וזוהו נראה לענ"ד ליטב קסית הוסי' (צבזמים ע"א) ח"א"ל דאמר רב חמי לביעין ולעשות שלוחות, שהקשו שם בתוס' לר' יוסי דאמר קדשי ח"י השוחטין בחון חייב לא סוה ליה לומר לשון אסור, ולנש"כ אחי שפיר דוראי כשהישראל שוחטין איכה חיובה כששמיטתן בחון כיון דראוי להקריב בפתח אהל מועד, אבל לשון לביעין וישראל ח"י מסייע לו דאפי' כשנשיטה ביהא שוחטין הלא צבמה"ה הוו חשיטתן נצלה ואין ראוי חשיטה כזו להקריב בפתח אהל מועד, וזוהו ודאי דפטור משום חוב ולכן רקב לשון אסור. — ובאבת לשון אסור לביעין לא"י לעשות שלוחותן תורה לענ"ד כיון דאמר שאסור אפי' לביעין כש"כ שאסור לו לבדו לעשות שלוחותן עבור הח"י להקריב הקרבן, ולכאורה ר"מי לומר דתרי גוונא יש בהקרבת הקרבן של הח"י, ששעשה בעלמו הקרבת הקרבן של הח"י שלא בחזרת שלוחותו של הח"י,

וזוהו קאמר דאסור לסייען דלהקריב לבדו צבמה"ג שלא בחזרת שלוחותו של הח"י ודאי דאסור דהא צבמה"ג איכה חיובה דזוהו הקרבה גמורה, וע"ז אמר דאסור לסייען דהוה שמיטה פסולה שאין ראוי לפתח אהל מועד ואפ"ה אסור. (ב' ל) להיות כה במקום הח"י ולהיות עושה בשלוחותו ויהיו חזרת דהוה כיון דהיהו מותר לו להקריב בחון לשם שמים, מותר לישראל ג"כ שהיה שלוחו להקריב בעדו שחשב זה כאלו הוא עושה בעלמו ההקרבה שלוחו של אדם כמותו, רק מלך שאין שלוחותו לא"י ג"כ אסור זוהו ולכן מסיים ח"י"כ שם אסור לעשות שלוחות. — אך צבמת זה דחוק מתרי טעמי, חדא דזוהו מלכת דפשוטא שאין ישראל נעשה שלוח לא"י שחול ע"ז דין שלוחות ולא הוה ליה להשמיטתו כאן, ועוד דא"כ משמע דצבמת בחזרת שלוחות גלוחא הדין שאין שלוחות לא"י היה מותר לעשות במקום הח"י שהיה נחשב כאלו הוא עושה ההקרבה, שלדידיה שרי להקריב בחון, וא"כ מאי קמ"ל רבה דלאוריניהו שרי, הא זהו מלכת דפשוטא שמתיר שמוכת מדברי רב ח"י גופיה שהרי כשמורה הח"י עושה בעלמו הקרבם התקבן. — ולולא דמתפנינא לתדש דבר שלא מלינו צראשונים ז"ל, הייתי אומר לפרש דהאי ולעשות שלוחות הוהוה לעשות שלוחות לזוהו לא"י אחרים שהיה התם שלוחים של הבעלים להקריב הקרבן זוהו ג"כ אסור, שהוא העושה שלוח להקריב עבור בעל הקרבן בעליו בשלוחות חשבו זה כעוסק במעשה ההקרבה ומסייע לו, ובאמר זוהו הגם שאין ישראל נעשה שלוח לא"י מ"מ ע"ז שהוא אומר בפקודו לא"י אחר שהוא עושה אותו ע"י הישראל שלוחי מהני, לזה מושיל אמירתו שבה בצמנית הישראל להח"י לעשות אותו שלוחי, ודוגמא לזה מלינו בשליח שלא ניתן לגרוסין עיין בגיטין (כ"ט ע"ב וצומס' כ"ד ע"א ד"ה וכו') שם שהוא בעלמו חין יכולת בידו לנרשה ולכן חין יכול לעשות שלוח אחר לנרשה, מ"מ לעשות כמו שאמר לעשות שלוח יכול לעשותו וכמ"ש התוס' ה"ל, ואמנם ע"פ שיטת התוס' חין דמיון לכאן דהם הוא בר שלוחות ונסן לו הבעל כח זה לעשות שלוח אחר ולענין זה סוה כמו הבעל, אבל לשנות מן כפי מה שזוהו חין לו רשות, אבל כ"כ דהישראל אינו בר שלוחות להח"י היאך יכול לעשות להח"י שלוחי אף שהישראל ע"פ דין ח"י לא"י יש לו דין שלוח, אך מה שאני מדמה הוא ע"פ שיטת הריטב"א בחידושיו ובכ"ן זה הוא דעת התשב"ך חלק א' (פי' כ"ה) שמשפסע הוא עובדא דאבא בר מנימוי צבגינן (כ"ט ע"ב) שכל שמיחד אותו האדם שחמה תמן ומתמור לפגיו שהיה שלוחי מיקרי' שהוא עושה אותו לשליח ולא השליח עושה לשליח, וכל הרישומא הוא שם משום דה"ב לא מיקרי' שלוח ואין יכול לומר צפני נכתב עיי"ש בדברי הריטב"א בחידושיו בשם הר"ר פנחס, ובדברי התשב"ך בס' כ"ה בצרכיה, ועפ"ז אומר גם בב"יור כוונת הגמ' שאסור לעשות שלוחות, היינו למנות עבורו של בעל הקרבן את הח"י שהיה שלוחו ואומר בעירוב שהוא ממנה אותו לשליח ע"י הודעה של היהודי שידוע, ולכן כיון שחכ הקרבם הקרבן נעשה בשלוחות של בעל הקרבן והשלוחות נעשה ע"י הודעת הישראל חשבו זה כמו שסייע לו בעת העשיה והקרבה של הקרבן, ואל לרצב אחא בר הונא זילו ודברו ח"י עולמי גולאי כו' ואסקוה לשם אמריה ברי ג' שטעו ע"י לוי שהי סמורא, ומקרי זה רק לאוריניהו, דנראה לענ"ד לומר שמתר גוונא יש בחזון הקרבת קרבן של אחר, ח' שעושה זאת מעלמו וזמו שבאמתי למעלה, שכל שהקרבן הוא נדבה שאמר עליו הכי זה קרבן יכול גם אחר להקריב, ומאותו הקרבה נחשב על המקריב רק מלכות נדבת הקרבן הוא על המנדב, במקום שחזמו בעל הקרבן רולה שההקרבה מחשב עליו זוהו הוא כח ע"ז משעם שעושה שלוחי הוא עושה בשלוחותו, וע"ז האופן אס יהיה הדין שא"י לא"י יכול להיות שלוחי היינו שימסור

שימורו הוא דברי המשל והשליח, הנס שבאמת אוני הוא העושה שליח רב באמת בעל הקרבן עושה ע"י אמירת ומסירת הדברים של החנוכי של ישראל, מ"מ כיון שע"י אמירתו נגמר עשיית השליח של המשל מחוב זה כמשיע בדבר ולא מקרי זה הוראה לבד שמורה אין אך לעשות, ובעובדא דרבה שמר זה לרב ספרא ולרב אחא ואמר לכו זילו דברו דברי עולמי כי"ט שם כל בארי הני תרי עולמי בחרות שליחות של אישרא הורמיזו רק מועלמט עשו זאת ההקדבה ע"י הוראת רב ספרא ודעמייה שיעלי לשם שמים, ואם נפרש כן יהיה מזה ראייה שא"י לא"י נעשה שליח ועושה שליח ככה"ג דאם אין זה תורת שליחות הרי זה בעובדא דרבה, ונאמר דגמ' דילן סבר כן, אך באמת הוי ליכנא ממס איחא נמי בירושלמי (פ"ק דמנייה הלכה י"ב) ר' בא בשם רב יהודה אסור לישרא לסייע ואסור להעשות לו שליח, והירושלמי הלא סבר שם א"י לא"י אין דין שליחות וא"כ א"ל לפרש כמש"כ. אך לפי מה שאכתוב לקמן ואבאר בע"פ מה שאפשר לומר שיכול להיות שנס הירושלמי יסבור שכל החורה א"י לא"י עושה שליח, ואם נאמר כן נובל לפרש כמש"כ, ואף שישת המוס' ושרי הראשונים שאינם מפרשים הרי עובדא דרבה בר מנימוי שבזינן שמיירי שראו עושה בדברו לשליח רק שנמסר להשליח שהוא יעשה שליח, מ"מ יש סבירות שלדיוט מודים ג"כ שאם אומר מפורש שהוא עושה לפלוני השליח לשליח ויהיה תלות השליחות בעת שודיעו השליח ראהו הממונה ע"י שיכול לעשות זאת, וא"כ גם אליבייהו נובל לפרש הוי ולעשות שליחותן ככה"ג ועיין ר"ן בזינין פ' התקבל ודוק :

עוד נראה לענ"ד להוכיח שא"י לא"י יכול להעשות שליח לפי שיטת המוס' ב"ב (ע"א) שהצובת קודם מ"ת אין להם דין ישראל וכן הוא שיטת חכמי לרפמים שהביא הרמב"ן בזיבורו על התורה סוף פ' אמור שקודם מ"ת אין להם דין ישראל רק כבני נח, וא"כ ל"ל שבני נח יש להם דין שליחות זו לזה, שהרי גמ' מוכיח מ"ן שליחות מושטחו אותו כל קהל ישראל כי"ו וזה הוי קודם מ"ת בפסח מזרים, א"כ מוכח מזה דא"י לא"י יש להם דין שליחות רק שבזינין שיהיה מסוג אחד השליח והמשל, הנס ששיטת הרמב"ן הוא חולק בזה עליהם וסובר דמעת שנתקדש אברהם בזמילה דין ישראל להם, וי"מ מהחייב ע"י שליחות המוס' ומכרח הוא שגמ' דילן סובר שא"י לא"י יש בהם דין שליחות. — ובאמת מלשון הגמ' דב"מ (ב"א ע"ב) משמע ג"כ שא"י לא"י הוה שליח דהא בירושלמי קמי תרתי מה אחס בני ברית אף שלוחם בני ברית, אחס עשין שליח ואין הא"י עושה שליח, ר' יוסף סבר שאין הא"י עושה שליח להא"י חברו אבל לישראל עושה ומדייק מרשא כמו שאחס עושין שליח בישראל הוא כן ואין הא"י עושה שליח ג"כ אפילו בישראל ע"כ, ונאמר דלפי הס"ד של הירושלמי שרנה לומר שא"י עושה שליח א"כ זה מודה וסבר לה להדרשא דאחס עושין שליח לחטויי לא"י הוא. — ובגמרא דילן בב"מ שם כדבשי גמ' למימר לישראל לא"י נעשה שליח דקאמר שם הגמ' בב"מ ה"מ אינהו לידון אבל אכן לדידהו נעשה שליח, קאמר בתר הכי הגמ' דהא רבב אשי ברתא הוי ג"כ לקרא אינהו לידון דלא דמה אחס בני ברית אף שלוחם בני ברית, אכן לדידהו נמי מה אחס בני ברית קאמר, ולדברי הירושלמי אין להוכיח מהא דאחס בני ברית דאין לדידהו לא, דהא נס אס נאמר דא"י לישראל עושה שליח ברתא הוי ג"כ לקרא אינהו לומר שאין א"י עושה לא"י חברו, אלא שמוה נאמר דגמ' דילן סבר שא"י לא"י פשיעא שבושה שליח, ולכן שפיר קאמר הגמרא דהא רבב אשי ברתא הוי מוסס כשכלאו דורשיי קרא דאחס מוכח דאין לדידהו לא עושה שליח. — ומדברי הירושלמי בעלמין יש לרקוק, והוא דלפי מה דסבר ר' יוסף דאין הא"י עושה שליח לחברו אבל לישראל עושה, וא"כ גריעותא שאין

נעשה שליח הוא מזד שהא"י אין לו יכולת להעשות שליח, א"כ למה לי קרא לחטויי היינו קרא דאחס שאין עושה שליח לאין יהודי חברו הא מקרא דנס אחס דרבינן דבעינן שיהיה שלוחם בני ברית ירעינן ליה שאין ראויה הא"י להעשות שליח מי שאין בן ברית, כיון דזה סבר הירושלמי דמה ששייחם אין בני ברית מנרע גרע :

ולכן נראה לפי ענ"ד שאפשר לומר שנס שיטת הירושלמי שלענין שליחות מנרע גרע מה שהמשל והשליח אין שוים, ולכן ממה דאמרין שגם אחס דרבינן שיהיה שלוחם בני ברית לא נובל למילף מזה שא"י לא"י לא יעשה שליח דהמיעוט הוא רק שיהיה שליח בן ברית כמו המשל, והעם כהא דאיתא שם בירושלמי (פ"ו דמתי) ר' יוסף סבר דאין הא"י עושה שליח לא"י חברו אבל לישראל עושה ולפי מה שאמרנו אדרבה הא עדיפא לענין שליחות כשנייהם שוים וא"כ כש"כ הוה שאל ויעיל השליחות לישראל מא"י, נראה לענ"ד לומר כונת הירושלמי מטעם אחר הוא, דאיתא במהרי"ט (ב"ח ס' קנ"ו) דהאומר לחברו הקדוש נכסיי הוה זה מולי ולא ממסרי לשליח וע"ש שהעיר לחלק מ"ש מתרומה שנס מועיל השליחות אע"ג דהוי ג"כ מילי, ולענ"ד היה נראה לומר לחלק דתרומה שא"י לפי שמוחי בעל הפירות ולכן כיון שמוטל עליו החיוב לעשות תרומה יכול ג"כ לעשות שליח ע"ז, מא"כ בהקדש ובדומה אין חל השליחות על הדברים, ומעתה ח"ס מה דפשיעא להירושלמי דאין א"י יכול לעשות שליח לא"י חברו יותר מלישראל מוסס דאין על הא"י חיוב להפריש תרומה, אע"פ שהפירות מוטל עליהם חיוב תרומה ובמוס' התוספות גיטין (כ"ג ע"ב) ובקידושין מ"א (ט"ז), ואיתא זה אליבא דרבנן שם"ל ה"י והכתיי שתרמו דתרומת תרומה, ולכן כיון של הא"י אין מוטל חיוב להפריש תרומה הוה לנבייה כמו שרוא שהוא מנרע להפריש תרומה שהרי אין עליו איסור אכילת עבל, ולכן אין יכול לעשות לא"י חברו מוסס דהוה זה כמילי דלא חלי ע"ז שליחות, אך זה סבור בירושלמי ר' יוסף שכשעושה הא"י לישראל לתרום כיון שלגבי השליח נאמר העובד מחוב בעל השליח של תרומה כמו לנבי ישראל לישראל מפני שאלו הוא נחשב הכרת האיסור המתבואה של הא"י ולא נחשב זה מילי, ומעתה לפי המסקנא עיקר מיעוטא דרחה ולא הא"י ארי למועט בלא ה"א נעשה לישראל שלוחו של הא"י, שא"י לא"י אימתעט מזד מילי וישראל לא"י נתמעט מזד שאין דומה להמשל ומטעם זה ירעינן לכל התורה בכלל דבעינן שליחות וזה הנראה לענ"ד מה שאפשר ליישב דברי הירושלמי שלא יקשה לגיטת ברותי הסובדים שא"י לא"י שליחות, ועכ"פ מירי ספיקא לא נפקא ואין להוסיף מהמחוקק :

עוד נראה לענ"ד שגם לדברי הפוסקים הסובדים שא"י לא"י אין דין שליחות, אפ"ה בזינן דידן המכירה שמכר הא"י שהפרה אללו עומדת ומועילת, ולא יהיה כח ביד בעל הפרה לבעלה מטעם זה, כיון שהא"י בעל הפרה גילה בדעתו ונתן רשות להא"י שהפרה אללו למכור אותה במקח זה, ניה שהשליחות לא חלה, מ"מ מזד הבילוי דעת שרוא למכרה בזמין זה שקבל לתשלום מקח של הפרה חלה המכירה בשמייה כיון שמשך הקונה, וכני שקנין כסף אין כח שהרי כיון שהשליחות לא חלה נאמא שלא נתן הכסף לבעל הפרה, שהרי יוד של הא"י שפירה עומדת אללו אין נחשב כיד בעל הפרה מפני שלא נעשה שלוחו, אבל המשיכה והדי מועילה כיון שנתחל ליה בהדי וברשותו של בעל הפרה נעשה הדבר הזה, ולמ"ד משיכה קונה בא"י תועיל משיכה כמילינן אע"פ שאין כחן דין שליחות, והרי זה דומה כמו וסקול קרא קרא דאמר שם בגמ' שכוין קריי דמיה הוה דבר שאינו של המוכר שקנו הלוקחים, אע"פ שלא אמר להם שמקנה להם במקח זה מ"מ אמרין כיון שדמיו קלובים וגיחא ליה

קוף בעלמא, ומדמי זאת למה שאמרו בגמ' במעילה השולח ביד חשו"ק עשו שלימותו בעיה"ט מעל, לחמירין שם בגמרא שיה דומה כאלו נתנו על הקוף והוליו יעו"ש במחנה אפרים שהאריך בזה בתשובה הנ"ל, עכ"פ רואין אנו שכל שהועתק משמותיו של המשלח ליד אחר בפקודתו כפי מה שאמר תשוב כאלו הוא המשלח מפרין ליד האחר, והנ"ל חפזן הנמסר לשליח שיקנהו לאחר נאמר ג"כ כסברא זו שכל שהועתק ע"פ פקודתו ליד הקונה תשוב כאלו הוא מסור לידו וקנה :

הן אמת שבנידון דרין יש קלת לחלק מהאי דינא של המחנה אפרים משני ששם בירר המשלח למי שימסור המעות, לקנות הקרקע או לשכור לכן שפיר תשוב זה מעשה קוף בעלמא ויהא כאלו הוא בעלמא עשה זאת, ולכן לא נדרש לנו שיהיה בזה דין שלימות המושל ע"פ חוק דין שלימות, משח"כ היכא שלא בירר המשלח למי להקנות בפרט או ממי לקנות ונתן כח זה ליד השליח לכן נחשב זה מסוג שלימות וכל מקום שאין חלה השלימות בעל כל המעשה, אלא שמסינינון לשון דברי המחנה אפרים בתשובתו הנ"ל לא משמע שירד לחלק בכך, וזלנ"ה ככר הוכחנו מדברי הרב"ש שהשוב ההלואה שהלוה האי"ה האפטרופוס מעות ישראל ברביית לרביית קלוה, שבעה"ג נחשב כאלו הישראל בעלמא עשה ההלואה ושמ משמע ע"כ שלא נתיחד בפרט מאת בעל המעות למי שלימות, היה מסר הכח ביד האפטרופוס כנהוג סתם אפטרופסון, כי אלו היה דין זה מחולק ע"פ אופן זה, היה לרבותינו הפוסקים להזכיר חילוק זה :

ודע שדין זה המובא בתוס' ושאר הרמב"ם דישאל מותר להיות אפטרופוס על מעות האי"ה ולהלוותם ברביית ולהיפק אש אי"ה יהיה אפטרופוס על מעות ישראל יהיה זה רביית קלוה, אם כי בשו"ע הדין זה מוסכם בלי חולק (בס' קפ"ט סעי' כ"ג והע"י כ"ד) יעו"ש, מ"מ אירתי בשיטה מוקבלת שם בתוס' ב"מ שמביא בשם תשובת שאלה לר"י בן מנ"ש, וז"ל ראונו בקם משמעון שילוח את אי"ה אחד ק' בק"ב ונתן אותן שמעון לראובן וראובן ראונו ראונו להא"י. תשובה. קי"ל שאין שלימות לא"י וא"כ אפי' הוליק לא נכנס להיות ערב במתן זה ריק היה זה אסור, מכיון שלא יעמידו אלא האי"ה וישא ויתן ביד דכיון דקי"ל דאין שלימות לא"י, אשתכח דישאל קא מוויף מיניה ברבייתא, ומדמי זאת לסוגיא דב"מ (דף ע"א ע"ב) ישראל שלוח ובי' דאם לא נשא ונתן ביד אסור מיה שחין שלימות לא"י יעו"ש, ודבריו נ"ע לעני' דכיון שנתבאר מהאי דינא דירוש' שכל שהועתק בפקודת המשלח לרשות אחר לא חתימן בזה מסוג שלימות, וה"ג בנידון של הר"י בן מנ"ש, הרי בפקודת האי"ה בל לירו משותפו של הישראל השני, ומשלם לא נכנסו המעות ברשות ראובן שיחשב שהוא הוב המלוה להא"י והלוה משמעון, ולפי דבריו ז"ל שניכסא אחרת היה לו ביירושלמי כאשר מוכח בשמ"ק שניכסאות תלוקות יש בדברי הירושלמי. — ואולם נראה לעני' דלחוק ליבש דבריו של הר"י בן מנ"ש שיש עוד לפקפק על דבריו למה לא יחשב ראובן שלוח על שמעון להלוות להא"י, וישראל לישראל שפיר יכול להיות שליח, וע"כ נראה לעני' דלומר כבונת סברתו שודאי אם היה מוסר שמעון לראובן המעות שיהיה בתורת שלוחו על ההלואה להא"י ודאי דשרי, רק העברא הנ"ל היה בראובן בלתי שולוח של האי"ה ואמר שבלקחתו המעות מיד שמעון לידו נשתעבד האי"ה בקרן ורביית, ולכן כל שלימותו בעלה הרי המעות ברשות הישראל המקבל המעות בתורת פקדון ואינו בתורת שליחות מבעל המעות למסור לא"י הלוה שהרי לעת שמעון כבר נחשבו נכסיה לרשות להא"י הלוה, ולכן בשמסרן אח"כ ראובן ליד האי"ה הלוה הוא כאלו הוא מוסר מעלמו ומעותיו של שמעון מיה בידו והא"י משמעבד לו והוא ממילא משמעבד

ליה להמוכר למכור במקור זה הוה כמו שמשכו ע"פ ליווי לקנותם, וה"ג הכא בנ"ד כל שהא"י בעל הפרה גילה בדעתו שבמחיר מעות אלו הוא רוצה שימכר ע"י האי"ה שהפרה עומדת אלו להלוך משך על אופן מחיר זה שקצב קנה בזה, ואין לחלק ולומר שכיון שכל ע"י שלוחו הרי בעל הפרה אמר לשלוחו שהיא יקנה להלוך הפרה וכל שבעלה השלימות בעלה גם הגילוי דעת, ומגורר גרע זה מהא עובדא דקרי דב"ב שחובא לעיל לפי ששם מתחלה בא בדבר ע"י הגילוי דעת, ועוד דתתם בפניו הוה אכל כאן שכל ע"י השלימות של שלוחו האי"ה אפטר שכל השלימות נתבטל גם הגילוי דעת בעל, נראה לעני' דזה אינו ורצויה לזה מהא שהתוס' ב"מ (דף ע"א ע"ב) ד"ה כגון הביאו הירושלמי דאיתא תתם, וישראל שמינה אורו האי"ה אפטרופוס או כנטר מותר ללות הימנו ברביית, אי"ה שמינה אורו ישראל אפטרופוס או כנטר אסור ללות ממנו ברביית, והנה לכאורה יש לדקדק בשני הבבות הנ"ל, הנה ברביית על הימנה באפטרופוס ישראל ללות ממנו ברביית מעות האי"ה שנתת ידו כיון דאין שלימות לא"י והרי השלימות בעלה ומנאל שיה מישראל ברביית, ובאמת שם גופא הביאו התוס' שמעות של אי"ה המופקדים ביד ישראל אסור ללות ממנו ברביית, וע"כ לר"ד לחלק ולומר משום דאסור הוה שלא ברשות בעל המעות והרי הוא על אחריות הישראל הנפקד, וא"כ הרי נמי נאמר ברביית בתחמה הישראל לאפטרופוס כו' כיון שהשלימות בעלה נעשה כשולח יד במעות האי"ה, אלא מוכח מזה שאמרינן כל שבעל המעות גילה דעתו ומסר לשלוחו ע"פ אופן זה הלוות אפי"ה שאין השלימות חלה, מ"מ כל שלקח הלוה המעות לידו חשיבין זה כאלו לקחט מיד בעל המעות. — מיהו מירש"ה לדחיה שהסב נהי שלימותו בעל מ"מ לא תשוב שלוחו כשולח יד שלא ברשות אחר שטעם זה ברשותו, וע"כ אפטר לומר שאין הכי נמי שבעה"ג לא תשוב קניה ואם ירצה בעל המעות להתחמט ולקח בצורה המעות יהיה ביכולת לחזור מהלוואתו לפי שבעלה השלימות, אבל מ"מ כיון שהמעות לא נכנסו ברשות הישראל השליח, לכן מותר לו ממש ברביית ואין זה דומה לדין על מעות המופקדים ברשות ישראל, לפי ששם שולח יד שלא מדעת בעל המעות ונעשה גולן עליהם, לכן תשוב כאלו הוא מלוה את שלו ברביית להלוה. — מ"ה מהיבא שפיר יש להביא ראייה שההלואה הבאה מידו של האפטרופוס והסגור תשוב כאלו לוח מבעל המעות, והוא דקתני בסופא אי"ה שנתמנה לישראל לאפטרופוס אסור ללות ממנו ברביית, והנה הרב"ש כתב בתשובה (ס' ע"ה) והבואו דבריו דב"מ וי"ן וע"ז (נסי' קס"ט), דוהו (הוה) רביית קלוה והוכחת הרב"ש דאם היה רביית דרבנן לא היה אסור זה על הלוה כמו שכתב הרמ"ש בפ' אהרה"ש נשך, ואלו הכא קתני אסור ללות ממנו ששעמו דעת הלוה נמי אסור וע"כ מוכח דהוה הוי רביית קלוה אפי"ה שאין שלימות לא"י, ואם נאמר כיון שאין חלה השלימות ממילא בעלה מעשה המשיכה וההלואה, למה יחשב זה רביית קלוה ואסור מן התורה הא לא חל עליו ההתחייבות בעת הלוואתו על הרביית כי ההלואה בעלה, והוה כמו שהלוח שולח יד מעלמו על המעות של המחיה וא"כ כשיתן אח"כ רביית הוה רביית מאחרת שאין קלוה בשעת ההלואה שהרי כח הקלוה בעלה, אלא ודאי שכל שבעל המעות גילה לשלוחו לעשות בחופן זה הגם שאין חל השלימות, מ"מ מעשה המשיכה לא בעלה והוה כאלו היה לו למשך המעות על אופן זה, וע"כ שפיר נחשבה ההלואה כמו שהלוח היה לוקח מישראל המעות ברביית, הגם שלקח אחרת מיד האפטרופוס ובי' האי"ה כיון שכל אופן זה לקח המעות ומשך אותם לכתותו. — ועניו על פת המצוה אפרים (ס' ע"ו) בגלותו (סו"ן) בנעשה הישראל שליח לא"י לקנות או לשכור עבורו קרקע במעותיו של המשלח שאף שאין שלימות להא"י, מ"מ קנה האי"ה את הקרקע במעותיו לפי שזה תשוב כמעשה

מוכח בסוף דבריו בתשובתו הנ"ל שכתב שם בד"ה וכל זה "שאת"פ שאין ישראל נעשה שליח הא"י, משותיו של משלח קונות לו", וכוון שכן הוא מה ענין זה לדין עבד כנעני, דהא ודאי אם אחד יגיביה משות המפקדה ואמר שעבור זה מקנה חפץ שלו לפלוני דלא מהני ולא מדי, ובצדק שאחד יתן משות וזוהו אנו אומרים שכמו שהמקבל יכול להקנות בהמשות לנותן המשות בעלמו כן יכול המקבל להקנות בזה לאחר ע"פ פקודת נותן המשות, וא"כ הכא בנ"ד שהמשות של הא"י המשלח ממ"י אם אנו מוסיבים זה כמו שהמשלח בעלמו נתן המשות ליד המסכיר ומה שהגיעו לידו ע"י השליח הישראל משביען במעשה קוף בעלמא, א"כ אין אנו לריבים בזה לדין עבד כנעני כלל, שהרי הוא כמו שהמשלח בעלמו נתן המשות, ואם נכתב שמה מ"מ צדיק בזה שלימות ובלעדי זאת לא יקנו המשות להמסכיר א"כ אין כאן מקום מדין עבד כנעני, שהרי שם יש שנותן המשות הוא מקנה לבעל העבד והוא עבדו זה ומקנה העבד אבל הכא אין כאן תמינת משות כלל :

אמנם

כד משיינין בדברי המחנה אפרים אשכחין שפאא שדבריו נכונים ומכוונים לעומק ברכת השעין, והוא ששני אופנים אפשר לומר בענין המוכר ממנוו שילך וימכרה לאחר לקנות איוה דבר, א' מטעם שלימות שחשוב שלוחו וכאלו הוא בעלמו עושה הדבר הוה והממון שמכר לשלוחו חשוב כאלו הם ברשות המשלח וכאלו הוא נותן אותם ליד מי שמשלח לתן לו, ובן יש לומר בנ"ד המוכר משות לשלוחו ישראל לקנות עבורו אם זה חשוב מעשה קוף בעלמא ודמי כאלו הוליצין הא"י המשלח בעלמו ומסכן ליד הא"ש שגדרש לקנות ממנו בהמשות האלו, ולזה לא היה לר"ך המחנה אפרים להביא מדין עבד כנעני. — אך יש אופן שני ב"אם שלאמר שכל שניתן מיד אחד שלם מבעל המשות, וכל שאין חל בזה שלימות ע"פ דין מורה לא חשוב כאלו הוא המשלח נתן ליד הא"ש שנלמד לקנות ממנו, מ"מ זאת הוא פשוט למחנה אפרים אשר המצד הסבירא הישרה שא"ה הא"י יטלח ע"י שלוחו לאחר המשות הגם שאין כאן שלימות, יכול להקנות המשות המקבל ע"י שלוחו מפני שבמה שנותן המשות לשלוחו הרי הוא קונה המשות לענין זה ששיעשה בזה הדבר נמסר לידו המשות ללוך זה והוא צדיק ענין קני על מנת להקנות, ואך זאת יש לחקור אם יהיה יכולת ע"י לקנות הדבר שרצונו לקח בהמשות ועל זה שפיר בא המחנה אפרים לדין מדין עבד כנעני כמו שציינו שם דאמרינן קבלת רבו גרמה גם שלא בחורת שלימות, והבינו יוכל שלוחו של הא"י בנתינת המשות המזלזלם בידו להמסכיר להקנות בזה להא"י עבור זה הגם שאין לו דין שליח כמובן. — וע"כ בתר הכי נדסקיל וצרי המחנה אפרים היבא שמכר המשות להמסכיר ולא הגיד לו שעבור הא"י הוא נותן לו, וזוהו א"י"א לבא מדין עבד כנעני וגם לא מדין שליח שהרי אין שלימות לא"י, וע"כ כתב בזה הסבירא כמו שכתבנו בלוחין הראשון לפי שאלו דנין כאלו המשות המה של המשלח ודעתו להקנות לבעל המשות, וע"כ כתב המחנה אפרים מקור לדין זה מזה דאמרינן במעילה בשלח ביד חבוק"י שהיבא שלא שינה בשלימות מעל המשלח מפני שהוא כמו שכתבו לקוף והוליצו ורייטין כאלו הוא בעלמו עושה הדבר הוה, ודו"ק בזה היטב כי הוא נכון לענ"ד צביאור דברי המח"א :

ודברי

המחנה אפרים (בה"ש שמו"ן סי' ט"ו) שהבאתי לשלח הוציא ואחא לדין אכחוב בזה אשר דבריו ל"ע לענ"ד, שבה שם על הדבר שנכתב בא"י ששלח לישראל שעבור לו בית מישראל, וזה לשונו אבל כד דייקנין נראה דלא לר"ך בזה שלימות וזכות, ואמינא לה מהא דאמר רבא בקידושין (פ"ק דף ז') הילך מנה והתקדשו לפלוני ונקודשת מדין עבד כנעני ואמר רבא וכן לענין ממונא, ובעבד כנעני קאמר רבא בסיקרון (לסמן כ"ג) דכסף קבלת רבו גרמה לו ואפילו שלא מדעתו, הרי אנו רואין שכל שזה נתן הכסף למוכר כדי שיקנה לאחרים קנה אותם האחרים ולא משום שלימות וזכה, וא"כ בנ"ד גם דאין שלימות וזכה לא"י קנה כדאמרינן עב"ד. — ולענ"ד דבריו הך' נפלאו מומי דפתח בדבר אחר שאין סיוס דבריו מתאמינים עם זה, דהא משמעות דבריו שגוף המשות המה של הא"י המשלח וכן

משמעות לשמטון מלך שהוליא משותיו שלא בשלימותו, וזה הללע"ד סברת דבריו של הר"ן בן מנ"ש, ומעשה שפיר יש לומר שדין אפוטרופוס או סנטר ישראל במשותיו של א"י דאיכא (בב"א ק"ט ע"ב) גם לדעת הר"י בן מנ"ש יהיה מותר כיון שלכך נמסר שהיה בירו ע"מ להלוות לאחרים ונחשוב כאלו בעלמא הלוה להם וכמס"מ מקודם שהרי כאן לא נחית השליח שהיה חשוד בלוואת בלוחין ברשות השליח עבור הלוים כמובן, ומתחלה ברשות בעל המשות שומדים המשות, וכמו שהביא השיטה מקובלת בשם הרמב"ן ז"ל הכא במש"ה הנמסרים ליד האפוטרופוס או ביד הנפקד, וז"ל שם "אש"פ שאין שלימות לא"י משות דא"י הם ולכך מותר" הרי מוצא מודברי הרמב"ן ג"כ כמס"מ מקודם שכל שיעשה עבור משותיו הגם שאין השלימות חלה, הלא הדבר נעשה הריבית שלו, וה"נ כל שבה החפץ ליד הקונה בשלימות של המקנה בעל החפץ הגם שאין חלה השלימות, מ"מ חל הדבר ונעשה של הקונה אותו. — והנה אף שיש לחלק הא דהלוואה בריבית מזה כי יש לומר דההלוואה בריבית הגם שאין כאן שלימות, מ"מ כשכא המשות ליד הלווה הלווה רואה להתחייב בריבית עבור ההלוואה כיון שבין כך ובין כך הוליא המשות הרי זכות לו מה שהחייב בריבית כיון שרצונו לו, אבל בקניית חפץ יש לומר כל שלא חל השלימות שפיר יכול בעל החפץ לחזור ומקנין ולקח החפץ בחזרה שהרי הזכות אין ברור כי שמה טוב יותר להמוכר אם לא היה נקנה להקונה, וכן מחמת אחריותו אנו באים לקיים הדבר לכן שפיר יש לומר שכל שהשלימות בעלמא הקנין ג"כ בטל. — אך באמת מ"מ אין סברא זו נכונה לחלק מהא דא"י המלוה משותיו של ישראל בפקודתו שחשבינן זה לריבית קלוזה כן שמתחייב הלוה מיד הא"י משותיו של ישראל, הגם שאין כאן זכות כי בודאי לא זכות הוא לו שיעשה איכור דאורייתא של הלוואה בריבית, ואש"ה מושיל גילוי דעתו, שמכר המשות בשביל זה ליד האפוטרופוס הא"י שיושב זה הלווה לא ריבית קלוזה, כמ"כ בקניה ומכירה שדרך המסחר בכך וכל שגילה דעתו דניחא לו בזה ודאי שמתחייב רצונו בכך ובאלו הוא מקנה לו. — ולדעת הפוסקים הסבורים היבא שרשה אחד לשלוחו למכור כך וכך שיוכל לבעד גם בעלמו בכך שיהיה למכור והמקח קיים, עיין בש"ן (סי' קפ"ה סי' ג') ועיין במחנה אפרים (בה"ש שמו"ן סי' י') שהאריך בזה ותיקוף דעת הסבורים כך (וכבר כתבתי בענין זה בארכובה בתשובה אחרת) ויסוד סברתם של שניה דעתו שרצונו למכור במקח זה חשבינן כאלו הוא בעלמו מקנה לזה, א"כ מלוא דמסתברא הוא שמושיל המחנתי של הא"י שיעשה המכירה שמתר להא"ש שמשך מאת הנפקד הפרה במחיר שקלם לו בעל הפרה, ולכן מכל הדין טעמי נכאם ברור שאין ביכולת הוליא המחנתי הוא הקונה שקנה מהנפקד ברשותו גם אם אין שלימות לא"י מא"י. כל זה העליתי ביום ה' י"א מרחשון תרל"ט לפ"ק, פה סוור :

עוד

ראיתי בתשובה הנ"ל של המח"א שמביא דברי הטור בב"י ק"ל שכתב בן א"ה אחר אומר למוכר כסף השדה קח ממני ומכור שדך לפלוני ואותו פלוני עשה לשליח חלף שהנותן נתן מעות משלו או אפילו לא עשה שליח ואמר הוא למוכר שדך קנייה לי בכסף שנתן לך פלוני קנה, ותמה המחנה אפרים בשני דברים, הרא' דאמאי צדיק עשה שליח אש"י כי לא עשהו לשליח נמוי חרי זה קונה דוכין להא"י שלא בפניו, עוד דמדין עבד כנעני ילפינן לה וגבי עבד כנעני קיי"ל

קיי"ל בכסף ע"י אחרים אפי' שלא מדעתו של עבד ונשאר בל"ש. ולענ"ד נראה לישב דברי העור, וראשונה אישכ קושיא השניה שאין דוכה לעבד בזה דבעבד בלתי יכול להשתרו גם בלא דעתו כמו שמשחררו בע"כ, רק בשטר בעיני שיהיה אהל לידו או ליד שלוחו, ושלומו ר"ל להיות בלתי דעתו ולכן בכסף כיון שעל עמם נתינת הכסף אין אלו לריבוי שיהיה העבד נותן הכסף ולכן השחרור שקונה העבד עלמו יוכל להיות בלא דעתו, אבל בשדה וכדומה שנס עלם הקניה אין יכולים להקנות לו בע"כ אם אין רוחה לקנות בלתי בעיני דעת הקונה, והקושיא הראשונה שהקשה המח"א למה בעיני שיהיה שלוחו או זכין לאדם, נראה לענ"ד דאין הכי נמי אם נותן המעות כוונתו להקנות להאחר בלא מיעוט ומה שנותן עבדו יהיה זה ממנה ודאי יוכל לזכות עבדו שלא בפניו, אך העור מיייר בהתמא דמלמא שכונת מותן המעות לקבל אח"כ מאת המוכר דהא התמא המהנה את חברו יכול לתבוע ממנו כדא"כ בס' רמ"ו ולכן לא נחשב זה לזכות ובעיני דעתו ודק" :

סימן י

אירי תר"ה

נשאלתי בדבר אחד ששבר בית שלי ונתת בהשטר סבירה שכתב להקניה בזה"ל והמותר כך קב"ה ר"ב זמן הברעון ובלתי חיי שלי המוכר ויסק לזירשו של המוכר או לטי שיצוה. והמוכר צוה לפני מותו לפני עדים שיתן לפלגני כך ולפלגני כך :

ונסתפקתי בזה אם יש לדון בזה דין ומתנת שכ"מ ומלוה מחמת מיתה, משום שלא אמר החוב שלי שעל הקונה שייך כך ממנו לפלוני וכך לפלוני רק אמר שיתן כך לפלוני, והמעות שיוגבה אח"כ מהחוב אינם בעיני שיחול עליהם מתנת שכ"מ והוא זה כמו שאמר בניטין (כ"ו ע"ה) חמרא לא קאמר דמי חמרא לא קאמר, מחמרא קאמר, והקשו שם בתוס' ד"ה דמי חמרא הא אפילו אמר דמי חמרא הוא דבר שלא בא לעולם, ויתרלו שם שני תירוטים ע"ש ולתירוק הא' נמי שכתבו טוון שאזכיר דמי חמרא הוא כאלו אמר חמרא לדמי, מ"מ בנ"ד כיון שלא אמר חוב שלי יהיה מזה לפלוני כך שיתן ומעות לפלוני רק אמר סתם שיתן לפלוני כך ומעות ולע"כ מן המעות בעיני שיקנה אותם מי שאמר השכ"מ שיתן לו במתנת שכ"מ, ובעת שישלם הקונה היום עובר חובו שאמר שיקנה המקבל מתנתו בדין ומתנת שכ"מ הוא דבר שלא בא לעולם, וזה ודאי אם היה אמר המעות שיוגבה מהחוב הזה יהיה היתרון או היה הדין תלוי בתירוטים של החוס', שלפי היתרון הלא' של החוס' שכתב שיוון שאמר דמי חמרא הוא כאלו אמר חמרא לדמי וה"כ שאן היה זה נחשב כאלו אמר שנותן חוב זה לדמי, אבל בנידון זה לא אמר דמי החוב יהיה לפלוני רק אמר שיתן הבע"ח לפלוני וה"כ אין על מה שיחול המתנת. — ולבארה יש לדון ולומר שכל שאומר שבע"מ שלו יסקל לפלוני כך וכך הוא כאלו נותן לו החוב ומעבדו ודוקא דמי חמרא שכוונתו על הדמים שיהיה כשיומכר היין אותם הוא נותן ולכן הוא דבר שלא בא לעולם לסבת קושיא החוס' ולתירוט הב', משא"כ בנ"ד שאמר שבעל חובו ישלם לפלוני כך וכך, וה"כ אותה המעות ומשעל לא נכנסו ברשות הנותן אלו דין בזה כאלו אמר בפירוש שנותן החוב שיש לו מעבדו לפלוני, מ"מ לדינא נראה לענ"ד לרחות מילוק זה דהא זה הוא כאומר פלוני ידור בבית זה או יאכל פלוני פירות דקל זה דאמרינן

בגמ' ב"ב (דף קמ"ז ע"ב) שלא אמר כלום כל זמן שלא אמר תנו דקל לפלוני ויאכל פירותיו, וה"כ בנ"ד להא דמי שכל זמן שלא אמר שעלמות החוב יהיה לפלוני רק שאמר שישלם לו, היאך יוכל עליו חיוב תשלומין אחרי שלא קנה גוף החוב, אמנם יש עוד לדון בדבר זה בדאמת יש לדקדק לתירוק הראשון של החוס' בניטין הגו' לעיל שצוהו שכל שאומר דמי חמרא הוא כאלו אמר חמרא לדמי נתינוס לו, מאי שנא מהא דאומר יאכל פלוני פירות דקל זה אף שהזכיר הדקל בדבריו מ"מ לא אמרינן בזה שיהיה חשבו כאלו אמר שנותן לו הדקל לפירותיו. — ולבארה יש לחלק דשם באומר יאכל פלוני פירות דקל זה, אין בלשוננו נתינה כלל רק שנותן דקל זה זכות אכילה, לכן לא נוכל לומר שכיון שאמר פירות דקל יאכז כמו דקל לפירותיו ללשון אכילה אין מוצא רק על פירות ולכן לא נוכל לומר בזה שהוא כמו דקל לפירותיו שעל עמם הדקל לר"ד להיות מונח ע"ש שם נתינה, וכן בידור פלוני בבית זה לא הוזכר ע"ש שם נתינה רק ידור ולכן לא נוכל לומר שיחשב כאומר בית לדירה כיון שלא הוזכר לשון נתינה רק ידור, אף שאין בהתמא שאומר הבו לו דמי חמרא כיון שאמר לשון נתינה והזכיר חמרא אמרינן שזה כאלו אמר חמרא לדמי, אך מ"מ אין זה במשמע דא"כ לפ"ז אם היה אומר פירות דקל זה לפלוני היה מועיל דהוא זה כדמי חמרא לתירוק הא' של החוס' שבאומר דמי חמרא הוא זה כאלו אמר חמרא לדמי, א"כ למה מסיים שם הגמ' בב"ב עד שאמר תנו דקל לפלוני ויאכל פירותיו משמע שדוקא באופן זה הוא הדין המועיל, אבל כשאומר תנו פירות דקל לו ויאכלם לא הוה לשון המועיל, ועוד שמליתו סתמא דמי בכמה דוכתי דמקנה פירות דקל הוא דבר שלא בא לעולם כל זמן שלא אמר דקל לפירותיו, (עיין ב"ש ל"ג ע"ב וגיטין מ"ב ע"ב) וא"כ מוכח שבלשון פירות דקל לא אמרינן דהוא דקל לפירותיו וה"כ יש לעיין לתירוק הא' של החוס' בניטין כ"ו בדמי חמרא שסתמא אמרינן דהוא כאלו אמר חמרא לדמי (ודוקא לחלק שזה הדבר אמרינן רק גבי שכ"מ או יולא בקולר) :

והנראה לענ"ד לחלק לפי תירוק הא' של החוס' בניטין הגמ' בין פירות דקל לדמי חמרא, דבפירות דקל כיון שגוף הדקל לא מכר ולא נתן לו ונשאר הוא להמוכר או להנותן או לזרשו, לכן לא אמרינן בזה מהסתמא דמלמא דהוא כדקל לפירותיו עד שיאמר בפירוש כן, מה שאין כן בדמי חמרא שלפי מפרש כונת אמרינן שנותן לו דמי חמרא, הוא נתינה שלא ישאר זכות להנותן וזרשו בהתמא של כך הנתינה שדמי נתינוס להקבל מתנתו, ולכן אמרינן בזה הוא כאלו נתן כל החמרא לדמי. — ובעתה יש מקום לחלק ולומר גם בעיני ג"ד כיון שכל החוב יהיה שייך לפלוני המקבל המתנתו כאשר נאמר שהבע"ח ישלם לו כפי מערת שונת הנותן, וה"כ כל שאומר שיתן הבע"ח לפלוני כך וכך נחשב זה כאלו אומר שעלם החוב שייך לפלוני לך, אחרי שלא נשאר בזה זכות לעלמו ולזירשו. — מ"מ אין לנו להחליט מילוק זה לומר שסתמא יהיה נחשב כאלו אמר חוב זה לפלוני ושפיר יש לומר שכל שלא הזכיר שנותן לו החוב נופי, רק שאומר שיתן לו הפירעון שהבע"ח ישלם יהיה לו, ומעות הפירעון המה דבר שלא בא לעולם, וכש"כ לשיטה החוס' בתירוט השני שאפילו אמר דמי חמרא כל שלא נמלא לו או בעת אמירתו דמי חמרא שכוונתו אין מועיל זה, מפני שהוא דבר שלא בא לעולם :

ולבארה יש לדקדק מלשון הרשב"ם בב"ב (שם ע"ה) גבי הא דאמר הגמ' תתם שכ"מ שאמר הלאותי לפלוני הלאותי וכתב שם הרשב"ם על הלאותי לפלוני ממון שחייב לי פלוני במלוה ע"ש אני נותן לפלוני ויפרעם לו הלוה במקומו מקיימו הדברים עכ"ל, והנה מזה שואר כך הרשב"ם להוסיף אני נותן לפלוני ויפרעם לו, ולא כתב סתמא

שדמי חמרא הוה' כאלו אמר חמרא לדמיו, וזריך לחלק זה מהא דיאלכל פטרוס דקל זה או יודר פלוני כחש'כ לעיל משום דכאן אין בזה שוור לעלמו ודוק', ועיין בזמרדכי בפרק האומר שהביא שני התירושים של התוס' וז"ל עבדור וז"ל לא הזכירו לתירוץ השני של התוס', ואולי דעתם שלפי המסקנא דאמרינן מחמרא לייפות את כמו, ה"ל לעיין זה אמרינן גם באומר דמי חמרא מייפון כמו ומפרשים שזה באומר יין לדמיו וז"ל:

סימן יא

נסתפקתי בדין שיטורים בדבר שאין מתחייב עליהם מדין תורה בחיובי שטירה, כגון קרקעות ושטרות וברובה, אם הקדים שכרו לשומר שכר והתנה עמו שיתחייב באחריות ע"ז. אם מתחייב בקבלת האחריות בלי קנין:

הנה ב"מ (נ"ח ע"ה) איתא דקנו מידו מועיל וכן הובא דין זה בחומ"ס (סי' ס"ו עט"ו ח') גבי שטרות (ובסי' ז"ה ובסי' ס"א עט"ו ד') דקנו מידו מועיל, ויש לעיין אם הקדים לו מעות עבור השמירה והתחייב ג"כ באחריות צעת שדברו עמו אם מועיל קבלת אחריות. והנה מצינו מחלוקת (בסי' רנ"א עט"ו ה') אם מתחייב באחריות בלא משיכה כשילקו העגלים משמירתו והשומר קבל עליו לשומר, וכן (בסי' ע"ז עט"ו ח') גבי שומר שכר, סתם המזכר בזה דבשי משיכה דווקא ויעיין שם בב"מ ע"ק א', וצוה כתב החתובות מפורש (בסי' ל"א ע"ק י"ג) שזהקדים לו שכרו מהני גם בלא קנין משיכה דזה הוי כקנין יעו"ש, וה"ל יש לומר שאפשר שה"ה לענין החתובות באחריות יועיל קנין הכסף שהקדים לו שכרו כקנין סודר. — ונראה לענ"ד שדין זה ויהי תלוי במחלוקת, שדעת הר"ן בכתובות בר"פ הנושא שגם אתם עדיי, ובח"ב שער מהני כמו קנין כסף יש לומר שגם קנין כסף מהני לענין זה שמתחייב בדבריו על אחריות, אבל לדעת הס"ך (בסי' ע"ז ע"ק ז') שהביא לדברי הר"ן אלו חלקק עליו דלא מהני אתם עדיי משום דהוה כחכתובתא, וכן משמע מדבריו שה"ה שטר ג"כ אין מהני רק קנין כי כן נאמר בלשון הס"ך שם, וה"ל נראה לומר שה"ה הקדמת מעות לא מהני דחשוב זה כעין האכתובת, ורק קנין מועיל להסיר האכתובת כו'. — ועיין בספר שער משפט (סי' ס"ו ע"ק ל"ה) שדקדק בצעמא דמלתא דשומר שכר שנוטל שכר על שמירתו למה לא יתחייב במשיכת דבר הנשומר בהיה הגאה שמקבל שכר שמירה שיהיה על אופן זה שיתחייב לשלם עבור הפסד, ומביא לדוגמא מה שמחובר בתש"ו הרא"ש כלל א' הובא בעור ובמחבר סוף (סי' עט"ו) ראובן ששכר נער משמשון [כהגהה הקה"ח בסי' ה"ג] שמתחייב משמשון בהצטחו צעת השטרות להנער שיטלם כל הפסדו שופסוד לו נוער מטעם שכל תנאי בשטרות אין לזרך קנין, וה"ל נמצא בנידון דכל השומרים במקום שתי מתחייבים מדין שמירה, מ"מ במתנה צעת משיכת השומר שכר שיקבל שכר ויתחייב באחריות שיעיל זה, ומהו מסיק השער משפט העשם כיוון שהסורה פטרתו מדין שמירה אע"פ שהתמא דמלתא משתעבדים עלמן לכך, ה"ה נמי בכל החתובות אין מועיל לבד קנו מידו, א"כ ממילא מוכח לפי דבריו שגם תשלום כסף אין מועיל לחייבו בזה רק קנו מידו. — וב"מ עיקר קושית השער משפט לענ"ד לא קשיא כל כך, דיש לומר דהאס כיוון שבלה"ה הנער מתחייב ולכן מומילא הוא מתחייב מדין ערבות ומ"מ ערבות כזה אין לזרך קנין, ובאמת יש לעיין על לשון תשובת הרא"ש שכתב שכל תנאי שטרות אין לזרך קנין מה שידך זה להסתמכות על

סתמא ממון שחייב לי פלוני יפרעם הלוה לפלוני במקומו, משמע מזה שדעתו של המש"ב שזאת הוא הכרח לומר אני נותן לפלוני עלם החוב ולא בני בלשון ויפרעם לחוד. — מ"מ לדינא נראה לענ"ד שפטר יש לדון גם בנ"ד דין מתנת שכ"מ אף שלא אמר מפורש שנותן עלם החוב לפלוני רק שמר שפרעם לחוד, שהרי הא דמהני בש"מ שנותן הלוואה לפלוני אמרינן בגמ' (שם קמ"ט ע"ה) תרי עשמ, א' הוהיל ויורם וירסה. ב' הוהיל ויתאם צבריא במעמד שלשמן, מעתה נראה לענ"ד לומר שלפי העשם משום הוהיל ויורם וירסה לזרך לומר דווקא בלשון זה שנותן עלם החוב לפלוני דהא יורם נמי יורם עלם החוב וחיוב הפרעו לו ממילא קאתי, ולכן לא בני בלשון ויפרעם לפלוני לחוד, אמנם להך לישנא דאמרינן הוהיל ויתאם במעמד שלשמן, ובמעמד שלשמן לא מצינו בגמ' שיערך לומר הלוה במעמד שלשמן ששלמות החוב הוא נותן לפלוני המקבל שיהיה שידך לו נוף החוב רק כל שאומר הנותן להב"מ תנאו לפלוני סגי, וקנה ממילא החוב ע"פ תקנת חז"ל ע"י מעמד שלשמן, וה"ל ה"ל במתנת שכ"מ כל כה"ג קנה המקבל מתנה במתנת שכ"מ, שהרי כל דאיתא בצבריא ע"י קנין מועיל בש"מ בדיבור בעלמא, וכיון דצבריא במעמד שלשמן קונה באומר הנותן הלוה בלשון תנאו לפלוני או פרע לפלוני ה"ל בש"מ כה"ג מהני:

ובעתה אחי שפיר דברי רשב"ם שהוסף דברים בלשון הסהור ממון שחייב לי פלוני אני נותן לפלוני ויפרעם כו' ולא בני בלשון ויפרעם לחוד, זה כתב הרשב"ם ללישנא קתא דרב פפא שהעשם דמהני הוהיל ויורם וירסה, ולכן בעינן שלשון נתינו יהיה דווקא באומר שנותן עלמות החוב לפלוני, משא"כ ללישנא צבריא דרב אחא דרב דרב איקא דמוטעם הוהיל ויתאם צבריא במעמד שלשמן הוא, אין לזרך להזכיר את הנתינה על עלם ההלוואה, רק בני באומר שיתלך החוב לפלוני. — ולדינא הרא"ש בפסקיו הביא רק העשם השני הוהיל ויתאם צבריא במעמד שלשמן, וכן הוא משמעות לשון הרמב"ם (בפי' מה' זביה ומתני), שכך שם שכ"מ שאמר הלוואה או פקדון שיש לי ביד פלוני תנו אותו לפלוני דבריו קיימין וה"ל למעמד שלשמן, ומדאזכור כאן מעמד שלשמן יראה שזה מרמז לפי שיתאם צבריא במעמד שלשמן וכן בש"מ איהו חוב לזרך למעמד שלשמן, ובאמת לשון זה שברמב"ם איתא בר"ף שמיביא הא דאמר רבא אמר רב נחמן ש"מ שאמר הלוואתי לפלוני הלוואתי לפלוני והוסיף בזה ואין לזרך למעמד שלשמן, ויראה לענ"ד שזה כוננת הר"ף שלא הביא הגמ' הא דפליגי בצעמא דמלתא אם משום שירם וירסה או משום מעמד שלשמן, רק מה שהוסף ואין לזרך מעמד שלשמן שזה אין נאמר בגמ' מרמז זה שהעשם הוא שיש צבריא קנין מעמד שלשמן ובאן אין לזרך ולכן הרא"ש שכתב הוהיל ויתאם צבריא במעמד שלשמן שפסק בטעם זה לחוד משום שסמך על דברי רי"ף שדרכו להעמיד דבריו, וע"כ כיון שלדינא קי"ל כהא עעמא מהני בש"מ תנו לו חוב זה או מחוב כן כך וכך כן נראה לענ"ד:

והיבא שאמר מפורש תנו לו דמי חמרא, או דמיו חמרא סך זה, ודמי חמרא לא היו לו רק חמרא או כדומה שארי דברים ככה"ג יש לדון בזה אידך הוא לדינא, אם כתירון האי' של התוס' שזה כאלו אמר חמרא לדמיו, או כתירון השני של התוס' שדווקא נשנה לו דמי חמרא ג"כ, אבל כשאין לו דמי חמרא אמירתו בעלה משום דהוה דבר שלא בא לעולם, ובש"ע חו"מ הוה"כ (בסי' נ"ג ע"ק י"ג) שיתאם שם וכן אמר תנו לו דמיו ייני מתאם זו ונמכר והחברו קנת ומהמעות ההפסד לפי השבון, וא"כ משמע מזה שלא היה כאן דמי היין, והלוואה קיימת רק שההפסד הוא לפי השבון, נראה שהכריעו כתירון הראשון של התוס' בפשיטות

על שמעון, אך לפי מה שהגיה הקה"ח שם ראובן שסבר
 גער משמעון, יש לומר דמירי שהעבר היה משועבר לשמעון
 על משך זמן כדרך השועלים המשועבדים לבעליהם והוא
 השבירי ע"כ שלו לראובן, ולכן כיון שהרובן משמעון
 ושמעון הוא המשכיר ע"כ הוא ממנחי השבירות שעל אופן
 זה התחייב לשמעון לשלם דמי השבירות עבור העבר באופן
 שיכלם הפסדו, ולכן לא דברת שפיר עבור העבר, אך
 מ"מ עלם התחייבותו הוא עבור זה שהעבר מע"כ שורה
 הדין, או אפשר לומר שהתם היה להעבר ומעת ביד שמעון
 המשכיר וכמובאר בשלון של השאלה שבחשבות הרא"ש הג"ל,
 (ובשו"ע השמיטו זה) ויש לומר שכן היה המנחי בשבירות
 שהמעות יהיו מוגמים לשיעבור על נזקי העבר שיוק לראובן
 ולכן נחשב זה ממנחי השבירות, אבל לענין שיחייב בחיוב
 תשלום אחריות במקום שאין ע"ז חוב מן החורה יש לומר
 שהגאון הבאים בעת מועסה ההתחייבות ליד המתחייב בפרט
 על זה שפיר יכול להתחייב עבור זה, אבל ההגאון מה שהוא
 קונה התחייבות תלום עבור השבירה כיון שאין זה
 בעין רק שיעבור לכן לא מני להתחייב עבור זה שהרי אין
 זה כסף. וכבר לדוגמא שהגהת מחילת מלוה חסוב זה ככסף
 ומלוה גופא אין נחשב לכסף וה"ל ההתחייבות עבור השבירות
 לא נחשב זה נתינת מעות, שיחול עבור זה התחייבות בדבר
 שאין מחויב מן הדין :

אח"כ יתחייב, אין מועיל בזה להתחייב מעטם בזהיה הגאה
 דדמי בעין אסמכתא, ורק קנין דאלימא מלתיא דידיה,
 מועיל גם בזה, ולכן במקום שיש בזה עליו דמי שמירה
 על אותו המזון מהני חובו מעטם בזהיה הגאה שע"כ זה
 נעשה עליו עתה שאל, וממילא מחייב כאשר יבוא הגזק
 מדין שאל, משא"כ במקום שאין שם חובו שמירה כלל וא"כ
 לא מכל לומר שנתנה שומר או שאל כיון שאין יכולים לחייבו
 מחמת שומר או שאל שרי פטר בו את הכל, ורק אז
 באים לדון על עלם החיוב שיחייב לשלם כשזדמן אח"כ
 ההפסד, ולזה בענין קנין דווקא ולולא הקנין הוה זה בעין
 אסמכתא. — וכן נראה לענ"ד להוכיח כן משיטת רש"י
 בה"א דריתא בגמ' (ע"ג ע"ב) מאן דהיב זוזי למזנת ליה
 חמרא ופשיע ולא זבין ליה משלם ליה כדקאזיל אפרותא
 דזולשפיט, ורבי אשי אמר אסמכתא היא כו' ופירש"י שם
 אפילו הציטו ואמר האי אינו קונה עבורו אפרע משלין שם
 זו אלא אסמכתא אוסיל ולא קנו מירו, עכ"ל רש"י, ואם
 לאמר שבמקום שנותן דמים ומחייב עבור זה חלה ההתחייבות
 כמו בקנין, זאת אמת שבהווי שנותן לו על היין לא יקשה
 מדוע לא חל ע"ז זה התחייבות כמו קנין משום שזה אין
 נחשב נתינת דמים לו משום שזה היה עבור המשלח לקנות
 בהם עבורו יין ולא ילכו מחמת המותן. אך זה יקשה לנו
 אהא דפריך הגמ' מ"ש מהא דאם אויבך ולא אעביד אשלם
 במיעבדא, מתי קשיא האי שם יש נתינת דמים שנותן לו השה
 על שכירותו על העסק זמן קצוב עמו, ושבירות ליומא ממכר
 הוא וזה בהשגה על אופן שאל לא יעבור ילם אמושבא,
 דודחי מיירי במקום שנגמר הדבר בקנין חזקה שהחזיק
 בהשגה שאז חלה התחייבותו על הנתינת שמדוברים בנייטם
 שבו נכלל הא דאם אויבך כו', וא"כ יש כאן קנין מעות
 הוא קבלת הקרקע לשבירות, משא"כ כאן בהא דהיב זוזי
 למזנת חמרא חין ולא מחמת כסף, אלא ודאי שבחיוב כזה
 שהוא התחייבות באם, אין מועיל רק קנין ולא כסף, והכי
 נמי במתנה להתחייב במקום שאין עליו חיוב שמירה רק
 באמתה להיות כשאל ובש"ס, משום שמתנה עמה שומר שבר
 או שאל עבור האלה שמחייב מחויב מן הדין, ומשום המזון שומר
 אח"כ ודוק. — וכתבתי כל זה יען שראיתי בספר מחנה
 אפרים בה"ל שומרים (פי"ח) בסוף הסיומן ד"ה בללא שדקדק
 לדעת הנזכרים והבורים שאין מחייב באיכור כל מלא
 בחזק הנפקד מה", רק בקבלת אחריות של גניבה ואכזרה
 והיכא שבטח שהיה השרחל חייב בגניבה ואכזרה על חזק
 הנפקד מה"ל כיון שנתמעטו מדין חובו שמירה, אם לא
 שגאמר דמירי שהקדים לו שכרו, שניתלת ממון עבד קנין
 על מה שהתנה להתחייב בזה כפי מה שהתנה ובמש"כ הריטב"א,
 ע"כ דבריו. ובאמת על עיקר קושימו הקדמנו לתוך בזה בספר
 חק יעקב (בה"ל פסח סי' ח"ט) שמעטם ששם בדיניהם הוא
 הריטב"א והוא ממש"כ הריטב"א ולא קבל עליו אחריות בפירוש
 והוכיח מזה שקבל בפירוש מושיל וזוה"ל דבריו שהקדים לו שכרו,
 יש לומר שבין כך ובין כך חסר ביאור בדברי הריטב"א, ויש
 לפרש מה שזכרנו שלא קבל עליו אחריות היינו באופן שמועיל
 הקבלה היינו ע"י קנין, ודוק כי כבר הוכחנו לעיל מדברי
 הריטב"א שלא בדעת המח"א בזה כן נראה לענ"ד :

ואין להקשות ע"ז מהא דריתא בגמ' (ב"מ פ' ע"ג), בזהיה
 הגאה שהפיק כו"ע ואמר ליה לרדייה הגם שיעקר
 הגאה זו שהמזיל לו חוב תשלום שכירות וזה האלה הגאה
 לו עכשו, ואף שבמסקנה לא פירא לן הכי, יש לומר שזהו
 משום דהגמ' סבר במסקנה דזה לא נחשב להודא לבד השכר
 מלאכה ומנו דלא חשבו לר"מ תשלום שכר המלאכה לתשלום
 שמירה, הגם שיש לו האלה מן התפץ שטעוה בו מלאכה ויש
 ריוח בו, ומ"מ סובר ר"מ שזה חוב חסוב שכר שמירה
 דבעינן שכר על שמירה גופא, ומ"מ רואין אנו מן הס"ד
 דגמ' שמתחב הגאה ענין ט"ס זה התחייבות שכירות, מ"מ
 אין זה סתירה לה"ל מש"כ ע"ז אין נחשב לקבלת המעות
 שיקנה עבור זה להתחייב בו בדבר שאין מחויב מן הדין,
 בשלמא ההם לענין שיחשב שומר שכר שפיר מהני גם מה
 שיבוא לו אח"כ כמו כל שומרי שכר שגם בלא הקדים לו שכרו
 רק שפסק עמו שהיה לו שכר מההוה עבור זה שומר שכר,
 שכן חייבוהו התורה, משא"כ במקום שהפקיעה התורה ומנו
 דין שומר שכר, רק קנין מלך התחייבותו, בזה בעינן שהיה
 נותן דבר בעין בעת מועסה ההתחייבות שיעבור זה יכול
 ההתחייבות. — ומ"מ לדינא שפיר מוסתברא כדעת השער
 משפע שיוון שהפקיעה התורה קבלת השמירה עבור שכרו
 ממילא אין חל עליו התחייבות ע"י שום הגאה רק בקנין,
 ועיין עוד בשער משפט (פי' שמו"ג) שכתב גבי שאלה בבעלים
 שאפילו התנה מפורש שיחייב באחריות מ"מ שפיר, הגם
 שיש כאן הגהת שאלה שמושך הכלי על זמן שאלתו :

עוד נראה לענ"ד להוכיח מלשון הריטב"א בחידושו למס'
 (ב"מ פ"א ח' א') שדקדק אהא דריתא שם דבעינן קני
 מירו במקום שאין בו דין שומרים מ"ש מהא דמתנה שומר
 תמוס להיות כשאל מוסם דבהתיא הגאה והיתנות ליה גמר
 ומשעבר נפשי, ומדך הריטב"א מוסם שיו הסברא דבהתיא
 הגאה אין מועיל רק להתחייב חיוב השיך על אותו המזון
 אם היה על עליו כשאלה, מה שאין כן במקום שאין שייך
 מוסם חיוב שמירה על אותו המזון לכן בעינן קנין, ומובח
 אדם חייב הריטב"א שסוב הגאה אין מועיל לחייבו במקום שאין
 שם חיוב שמירה מן התורה כלל. — ובסברת טעם הדבר
 בזה שלא יהיו דברים אלו חוק בלא טעם, נראה לענ"ד
 לומר שטעמן של בזהיה הגאה גמר ומשעבר נפשיה אין מועיל
 רק לתן עליו חיוב גמור כעת, משא"כ חיוב שאם יתהוה דבר

וע"פ מש"כ שאין להתחייב באחריות במקום שאין בו דין
 שמירה כלל, אפי' בהתנה בפירוש כי אם בקנין,
 יש לעיין בדברי הגאונים המובא בב"י בח"מ סי' ר"ז וז"ל
 מועסה בהתח שגלה אחר חברו כתב בבוא אלו וקבל לפאותו
 מכל הפסדו ונתפס בדרך ופערותו למשלח אחריו כי לא
 היה מסוכן ואונסא דלא שכיח הוא עכ"ל, ויש לעיין בדבריו
 שגולסין וקבל עליו משמע שלא היה קנין דבר רק בקבלה
 לתוך בואן עליו לחייבו, רק פערותו משום דהוה אונסא דלא
 שכיח

מעטם שאל כפי מש"כ בדעת הר"מ רק האגודה מתורם תנאי אחי עלה, ולכן בלונסא דלא שכיח פוטור רק הכא מועיל תנאו, משום כיון שפעה עמו בחסם ועל ידו עשה מעשה בדיון הוא אשר יתחייב בדיבור על כל מה שיערוס-לו ע"י נסיעתו, ויש לדמות לדיון זה דאיתא בתו"מ (בס' ק"ח פט"ו ז') שכל הערב צד ישראל חזרו יבול חזרו להתחייב הישדלל חזרו להערב אפילו אם העליל הא"י על הערב מלך הערביות, וכתבו שם העשם משום דא"י אלם דרכו להעליל ומתחלה נכנסו ג"כ על דבר זה שלא יהיה לו היזק מזה, וא"כ מתיין כל שפעה אחד לזכות חזרו יבול חזרו להתחייב בדבורו על כל מה שיהיה לו הפסד בציבת דבר זה, ובערב התמא הוא כאלו התנה שפילס לו שלא יהיה נזק מלדו ומשום שהנזק שכיח הוא שיבא כאשר דרכו להעליל, ולכן כדיון זה שפסק שחזרו יבול אללו וקבל עליו הפסדו מתחייב כדך בדבורו עבור הנחה שליית ו, משום שכיון שמלך היושר והלךק ראוי להיות כן, ואין זה דומה לאסמכתא כלל כי כבר כתבנו שאין מועיל התחייבות בדבורו וגם לא עבור הנחה במקום שאין מחייב בשמירה משום דמיו זה קלת לאסמכתא, אך כל שראוי להיות כן אין משום אסמכתא וזה הנראה לענ"כ לומר בדיון זה של האגודה :

עוד יש לי לכתב דבריו של רבינו מאיר שכתב שחייב לפדות עד כדי דמיו, אבל יותר מכדי דמיו אין מחייב לפדות שאין פודיון ארתי השבויין יתר על כדי דמיוין ע"כ, ולכאורה יש לעיין הא' תינתן אם פדיון האב את בנו יהיה מתורה לרקק אחי שפיר דיוו ודאיתא בנינין (מ"ה ע"ה), אבל אם ההתחייבות הוא מדיון שאל ואל"כ שלו הוא ומשלו יכול לפדות גם ציבת עד כדי דמיה, וגדלה לענ"כ ששני גדרים יש בנזקי אדם, עלם הדבר שהוא נזק ששמיין אותו כעבד, שנית רפוי וקצת וזה יעלה כמה פעמים יתר מכדי שוויין של העבד רק כל שפסקר לרפואתו מחייב לרפואתו, והנה בנזקי שומרים שבאים שלא ע"י משעויו של גופו לא מלניו חייב רק על קרקן כפי שוויין, וכמו שאל על דמיו ודומה ששם אין משלם רק קרן כפי השוויין ולא יותר, וא"כ השאל את האדם לפי סכמת הר"מ ר"ה אין לשלם רק החיוב של כדי דמיו שאוה שיה למוכרו לעבד, וזה מחייב לפדות כמו שומר שילקם לקדם ברושים ומקלות שחייב לחלו, ואם א"ה לפדותו ישלם ג"כ שוויין של האיש שנתפס שהוא שוויין של עבד שגזב הזיקו שהוא נחשב עתה עבד של השבאים, אבל יתר על כדי דמיו אין בזה חייב מלך השאלה שאין זה קרן, ואם שבצבת ורישוי מלניו גם על יתר מן כדי דמיו, והנה בנזקי חבלה שהתורה חייבתו בחמשה דברים, ומש"כ במקום שאין עליו רק מתורת שאל אין לחייבו רק קרן ולא יותר, כן נראה לענ"כ :

עוד נראה לענ"כ דבריו של הר"מ המוצא ברמ"א (סי' קע"ו) אחרי שכתרנו שאין לחייבו מתורת שאל בסתמא בלא התנה בפירוש רק בנזקי גופו ולא בנזקי ממונו, ולכן מהסתברא לפי ענ"כ שדיון זה לא יהיה רק בנתפס גופו כמו בימים הקדמונים שהשבאים היו מוכרים בעבד או שהיו הורגים אותו וזוהו מחייב לקדם ברושים ומקלות להלילו הללת גופו שכבר כתבנו לעיל שגופו הוא שאלו לו, ולכן מחייב בו שיהיה חשפי כחוקדם שיהיה שייך לו לעלמו בלי שכות אחרים עליו וכשהוא בצביה מקרי עבד של השבאים, משום אם נתפס בזה אין מחייב המשלל לפדותו דהא זהו רק שבת כמו הדקיה ביינדרגויניא ובחיוב של שבת אין לחייבו מעטם שאל, ואם שאין עוב להיות מאוסר וכלוא צבית הסוהר, ויתרלה להוסיף ממוון למשן השיג את חפשייתו כאשר היה ערס נתפס, והו רק נזק בנמונו ולא נזק איבוד גופו, ולכך זה עיקר הדבר יש לדון דהא בשומרים אומרים לו הרי שלך לפניך וכאן אותו האדם הוא בעלגמויותו כמו שהיה ערס אירע לו

שנים, ואין לומר שס"ל להאגודה כדברי הר"מ המוצא במדרכי פרק השובר את הפועלים שהלך עבורו בתוס נעשה שאל על גופו, וכמוצא ברמ"א (סי' קע"ו פ"ה) דאם היו מחייבין מתורת שאל א"כ גם בלונסא דלא שכיח יתחייב דהא בשאל לא חילקה התורה בין לונסא דשכיח ללונסא דלא שכיח ורק בנתה מחמת מלאכה פטרה התורה. — ובאמת בעיקר דיוו של הר"מ הג"ל שמחייב מתורת שאל על גופו להלך בדברי שאלם חשוב כקרקע אפילו בן חורין ובהכרעת הש"ך (בס' י"ה ס"ק י"ח) כשיטת רש"י בקידושין (דף ז' ע"ה) ושיטת הראשון ע"י המוצא שם א"כ אין לחייבו מעטם שאל על גופו, וא"כ נאמר שהר"מ שבמדרכי הג"ל יסבור כשיטת התוס' בקידושין ועוד מהראשונים דס"ל שכן חורין לא הוקש בקרקע עבד רק :

אמנם עוד יש להעיר בדברי המהר"מ מהוטנבורג הג"ל שבמדרכי פ' הפועלים הג"ל שמועיקרא כתב מתרי טעמי, (א') מהא שאב מחייב לפדות בנו כדאמר הגמ' בקידושין כופין לבני משפחה שכלן אין שייך הטעם האיל ומזוין בפשה כיון שנתפס בע"כ, (ב') כהך דהוה שאל על גופו, וא"כ כתב שאם אית ליה לנן ל"ע, הנהה כבר עמד ע"ז התוס' סופר (סי' י"ב נהק"ח"ה) שמתחלה כתב מלך הדיון ששאל הוא על גופו וזה לא גרע מצדמתו ומחייב לפדותו כדרי דמיו (אבל יתר על כדי דמיו אין לכופו משום שאין פודיון השבויין לו) וא"כ כתב שאם אית ליה לנן ל"ע, וכי פשה הוא כיון שע"י הדיון מחייב הוא לו הלא גם אם יש לו למה לא יפיה אותו, ועיין שם ב"ח"ה הג"ל שכתב הטעם שבדאית ליה כל העלילה הוא מתחלה רק על הממוון ולא אונס ממווני לא לחייבו מעטם שאל, ולענ"כ נראה לומר כיון דבריו ובאופן אחר קלת ויתבאר זה היטב. הנה ידוע שכל אשר יש לו יתן האדם בעד נפשו וא"כ מתחלה כשנשבע ואפשר לפדותו לא דמיו לזורק תן וסמינין בידו שנתפס שהוא לא הרגו כהקן שזקק עניו כיון שבידו להתרפא צעת מעשה וזהו הוא עמוד, ולכן פטור בעבד סמוך לו כיון שבידו לברוח, וכן בהניח גחלת על לב עבדו, וה"כ ששים לו להבן מעות משלו כיון שבידו לא יעמוד עלמו מלפדות עלמו בממוון שלו, ומעיקרא נחשב כפדוי האונס הוא מתחלה רק על הממוון, ותשוב זה מתחלה רק גיוון בממוון בגרם השלימות וא"ה למיתי עלה מדיון שאל שאין שייך זה לגופו שנסאל לו, מש"כ במקום שאין לו לנן דלאו בריוו הוא שהתרים ופדויו ובפרט במקום שמלך מלות הלדקה ג"כ האב קודם, וא"כ מתחלה האונס מושלל לפדות, וע"ז כתב הר"מ שאלו אותו וממילא מחייב הוא על פי הדיון, כי אם לא יפדה אותו האב ממילא יסאר מוחלט בשביה. — ומעתה אחי שפיר מוס שרבינו מאיר פתח בתחלה בחיוב לדקק שמוטל על האב, וא"כ סיים מלך שהוא שואל על גופו, ולכאורה לייפך היה להר"מ לסדר דבריו בתחלה בחיוב מלך הדיון מדין שאל, וא"כ היה לו להסיק שגם לולא הדיון יש לחייבו מלות לדקק ולזאת נראה לענ"כ שפסקר לומר שגם בזה הר"מ מסופק אולי כיון שבני ישראל מחייבים לפדות השבויים א"כ מתחלה האונס נחשב רק על הממוון וממילא הדקה על הציבור רק על האב וממילא הדר דינא שמחייב הוא מלך הדיון מדין שאל, ובאמת ליה להבן כבסיס בזה מסופק ג"כ הר"מ אם נחשב האונס בגופו ובממוון מתקן זה, או שמתחלה נחשב האונס רק על הממוון ובמש"כ. — שכלן אין חייב מלך הר"מ שבמקום שהאונס הוא על הממוון אין לחייבו, וא"כ ל"ע על האגודה שחייבו לשלם מלך תנאו, במה התחייב בתנאו לכד בלא קיון :

ונראה לענ"כ לומר בצטטם דיוו של האגודה שזה ודאי סובר כיון שיש לו ממוון לפדות עלמו בודאי נחשב זה אונס בממוון, ואפשר שגם באין לו, בהאר שלא בנן גם אין לו כיון שהציבור מחייבים לפדותו מספקא אין לחייבו

לו כן הוא עתה שלו הוא, ואין דומה למה שמלינו בב"ק (מ"ה ע"ג) חתפסתיא לתוראי' כו' שחשבינן זה להיזק ניכר, הם שאלו כיון שנגמר דינו להריגה וע"י פסיסתו זה יהיה מאובד מצעליו, משא"כ בנידון דידן, ואמינא עמאף שיש לחלק זה מזה דהתם התמון מאובד מצעליו כשהוא ברשות אחרים, ולכן נחייב אז לשלם ממון עבור השור שנחמד לו מטעם חיוב שמירתו, משא"כ כאן הוא לעגמו סמיד סמוך וגררה ולמה לא נגמר לו הרי שלך לפניך פירוש הרי אהה לעגמך, מ"מ על דברי הר"מ לא יקשה לנו מן דינא דהרי שלך לפניך משום שהתם היה כיון שנתפס ומוקרי עבד של השבאים כמו שדרכם היה למכור וכדומה נפקע ממנו רשותו ושמו, ונעשה עבד של השבאים, ולכן חשוב היזק ניכר על גופו, משא"כ בעת שהיה רק מאובד וכלוא שאין עליו שם עבד של אחרים ורק הוא ברשות שלו, ורק תפסימו ניטל ממנו בזה אין לבוא מלד חיוב דין שואל שלא מוקרי נזק גופו, רק חיובו הוא מלד חמשה דברים שאין לבוא בזה מלד דין שואל ודוק:

בג"ד למה הוא דומה. והנה התיבות (ס' רכ"ו ס"ק י"ט) הביא בשם מהר"ט (תמו"ט ס' י"ט) שהקשה אהה דנושא ונותן באמנה מהא דש"מ שאין לך עלי אונאה וכן בזה דקונה מצבע"כ, ויסוד תירולו של התיבות הוא משום כיון דלא ידע דמחיל ממיילא המאנה עובר בכל סוגו וחיוב השבשבה דהוה לאו הניתק לעשה, משא"כ בזה דקונה מצבע"כ דלא נחית ארעטא דשויו כלל וכן בזה דהנו"כ באמנה דלא נחית ארעטא דשויו כלל, וא"כ ממיילא אין המאנה עובר בכל סוגו ולכן אין לו אונאה, ובהא דמכור לי באלו מירי שהמכר יש לו אומדנא כמה חפץ זה ד"ד בקורה, ויעו"ש מה שהאריך התיבות שם בדברים אלו:

והנה יסוד דעת התיבות שיעקרו של חיוב תשלומין באונאה הוא מפני שהמאנה עובר בכל סוגו ולכן ממיילא חיוב להחזיר האונאה לסקן הלאו, ולענ"ד זה לריך עיון אי"כ מאי קאמר רבא (דף ס"ו ע"ג) לענין מחילה בעשות בשיא לאותביא אונאה דמחילה בעשות הוא ולא היה מחילה, ואח"כ קאמר רבא דאונאה לא היה חיובתיה משום דלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, הא בללא"ה לא היה אונאה מויבתא כלל משום כיון דאזהריה רחמנא בכל סוגו ממיילא מחויב להחזיר האונאה לסקן הלאו, ואין לומר דראיימו מהא דאזהריה רחמנא בכל סוגו, ז"ל, חדא מלד הסברא דלטו אס מחילה בעשות הוי מחילה יהיה מותר להטעות את חברו, ועוד קשה מאי ראייה ממה שאסרה תורה הא מלינו שאסרה תורה ריבית גם ידע דמחיל ואס"ה אסרה תורה, וא"כ שפיר יש לומר שגם להטות במקח אסרה תורה גם שמחילה בעשות יהיה מחילה, איברא שיש לפרש שווה כוונת הגמ' דלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, פירושם שלא בעשות מוכרתו לא ידע שיש אונאה זהו שאסרתו תורה ומיילא מחויב להחזיר המשום שנתאבה מלד תיקון הלאו של כל סוגו, ומעיקרא ס"ד הגמ' שהזרת האונאה הוא מלד דהוה שיש מ"י משום אחרים שלקח שלא כדיון בעשות, ומזה דקדק רבא דמחילה בעשות לא הוי מחילה, ולכסוף מסיק רבא דאונאה לא הוה מויבתיה שהעטם הוא משום דלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, ועבור זה עבר בכל סוגו ולכן מחויב הוא המאנה לסקן הלאו. —

ולפ"י היה מיושב לנו דברי החוס' ב"ב (מ"א ע"ג) ד"ה אהר ליה מחילה בעשות הוא שהקשו מהא דרב נתמן סבר בב"מ (מ"ו ע"ג) מחילה בעשות הוי מחילה גבי הא דחי שמיט ואכיל לא מפקין מיניה, ודברי החוס' מוקימם דהא התם קאמר רבא דבמקום דלא ידע דמחיל גם רב נתמן מודה דמחילה בעשות לא הוי מחילה כהא דאונאה, ולמט"כ יבואר לנוון דבאמת סברא דלא ידע דאיכא אונאה דאמר רבא אין כוונת רבא שכסוף עשות כזה הוא חלוק משארי מחילה בעשות, שבאמת קשה הוא גדר החילוק בענין טעום דמה לי טעום זה או טעום אחר, רק למט"כ יהיה זה כוונת רבא ש"י. האי דלא ידע דאיתיה אונאה עבר המאנה בכל סוגו, ומיילא מחויב להחזיר אונאתו. — אבל באמת שם בב"ב כתב הרמב"ן כחידושי לתרך קוביה העו"ם משום דמחילה בעשות הוא דלא ידע דמחיל דומיא דאונאה, וא"כ לפי דברי הרמב"ן אי"כ לפרש כמש"כ, ורק כפשטא מפרש דעל כן הוא דלא הוה מחילה ומחויב להחזיר האונאה, הוא משום דלא ידע דמחיל, וא"כ הכרח לומר דחזרת אונאה אינו בא משום תיקון לאו של כל סוגו, רק ממוכא אית ליה גביה משום דבעשות איתא מונחא דאחרניה גביה. — ועוד יש לי לענין בזה לשמט"כ הרמ"ש בפרקין דאונאה פחות משתום נמי אזהר רחמנא בכל סוגו ואונאה הוא והא דפסור מלהחזיר האונאה משום דהקונה מחל הרי שאין מחויב להחזיר גם שעבר הלאו ואין מחויב להחזיר למען קיום הטעם לסקן הלאו, ומזה דעה כדרי שיראה להנר לא קשיא לן אהה דלריך לסקן הלאו, שיש לומר דהא נופא חשוב תיקון הלאו מה שחל לו האונאה וכמו שקיים חזרת האונאה כיון שהמאנה מחל לו אח"כ, וע"כ לא

סימן יב

יוס ג' כ"ג אדר א' תרבי"ד סוודר .

עוברא בא לפני, ארון אחד שהיה רלונו לעקור דירתו למקום אחר ועשה מכירה בפומבי (ליטעאליש) על חפציו, ובה רלוזין ונתן יוניגער שלו להאיש הא"י אשר העמיד הארון שהיה מכריו ומוכר, שימכור גם את היוניגער שלו בתוך כל החפצים הנמכרים, והיוניגער הג'ל של רלוזין קבלהו שמעון ויטלם עבורו ואח"כ שקבל שמעון הקונה חותו לידו ורעה אותו היעב, וחוטרע לו שנתאבה בו יותר משתות וגם שהוא של רלוזין והמעות המה עדיין ביד הארון בעל הליטעאליש, ובזו רלוזין ושמעון שניהם לדון, וטענת שמעון הקונה משום שנתאבה בו יותר משתות וגם חותו לידו רעהו שהיה לו לשמור שלא יתאבה מכרו... והרלוזין טוען מה לך שהוא שלי, אם היה של הארון לא היה ביכולתך לחזור מטענת אונאה, וזה אשר העליתו בענין זה הגררה לענ"ד בעור ד', ויש לחקור בענין דין זה כמה פריטא כאשר יבוא בע"ה:

א) מצד האונאה יתר ששתות, והנה טענת רלוזין הוא שע"ד כן קנה שלא יהיה לו טענת אונאה כאשר כן הנהוג בזה, ובאמת כן הדבר שאין בהקונים בליטעאליש שום טענת אונאה חף יותר מפגלים כאשר נודע לי בבידור, ואלך בעבורה יש לומר דהאי סתמא דמלתא שקונה על דעת שחין כאן טענת אונאה, לא יהיה עדיף ממה שהתנה מופרש ע"מ שאין לך עלי אונאה והלוקח נתהלה ע"ז, דלדמינן דקיי"ל כרב שזוקא כמפרש יודע אני וכו' אבל בסת"ס הו' אונאה נמשך דלא ידע, דאיתיה אונאה דמחיל, כדלמא דהו' ב"מ (נ"א ע"ג) והכי נמי נהי שנתהלה על אופן שלא יהיה לו טענת אונאה, מ"מ הא לא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה:

אך יש לעיין בזה משום דהא מלינו בקונה מצבע"כ שידוע שבענ"כ אין מוכר בזול דיקורי עליה מאני תפוזשתיה אין שם טענת אונאה, הגם שהקונה לא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, וביורה קשה מנושא ונותן באונאה שאין לו אונאה הגם שלא ידע דאיתיה אונאה דמחיל גביה, ובאמת חקונה מצבע"כ אין קשה לנו דהא כתב הרמ"ש שזו כמפרש יודע אני שיש בזה אונאה יעו"ש, אבל מנושא ונותן באמנה קשה לנו אין זה דומה למנהג בפירוש ע"מ שאין לך עלי אונאה, וכאשר יתבאר לנו החילוק שבין זה לזה אז נדון

לא נאמר זה גבי רבית מה שמתל לו החורה של הריבית משום שהוא גופא אסור מה שנתון לו מתנה עבור ההלוואה, מש"כ בצוואה, אבל בענין אונאה פחות משמות שבעת הקנייה הוא מחילה, ואז הוא עובר בלאו דכל תנו, וכיון שהוא עבר בכל חובו במה שחייבה אותו שבעת הקנייה, למה לא יהיה מחויב להחזיר לו תומו? ערם בכדי שיראה שאז עדיין לא היה מחילה חדשה שצריך שבו תיקן הלאו כמו בחזרת האונאה:

ולבאורה יש להוכיח דעיקר חיוב חזרת האונאה, הוא מלד איסורא דכל תנו, דאם נאמר שחזרת

האונאה מסבירה הוא, משום דלא ידע דמחיל ולא נגמר נמית הדמים שלו לחזרו והוא גזל בידו, וע"כ מחויב להחזיר לו עבור זה, א"כ הא"כ ממעטיין קרקעות ושטרות ועבדים מניין החזרת האונאה מקראי דובי תמכרו כו' הא התם לא ממעטיין רק במה שנאמר שם בהכתוב או איסורא דכל מניין חזרת האונאה מסבירה הוא מלד הסבירה משום שמחילה בטעות הוא מלד נומא לן שמיטתה התורה הא זה לא נאמר בכתוב הזה. — והנראה לענ"ד לומר בזה והוא דלילא מה שכתבה לנו התורה איסור כל תנו, היינו אומרים שאין נכנס זה בגדר איסור כלל, משום דזה אינו לו רשות לומר שאין רועה את שאלת שם כ"א בדמים הללו, וכן הקונה יש לו רשות שאין רועה לקנות רק בדמים אלו ולא יותר, וכיון שנתרמה לתן חפץ זה בדמים אלו וכן הקונה נתרמה לתן דמים אלו בעד חפץ זה וקנה באופן זה כיון שנתרמו על כך זה ועל החפץ הזה וזה אין כאן טעות, ושעות שיווי המקח טעות שמקום אחר הוא ולא בגופו של דבר הוא, לזאת גלי לן דמתנה בקרא דובי תמכרו ממכר וכו' אל תונו פירושו שבעל המכירה לא נכנסה האונאה וח"כ טעות האונאה נמולא ביד המאנה שלא כדון, וטעות יהיה תלוי בדון מחילה בטעות וכמו שנבאר בע"ה, וממילא קרקעות ועבדים ושטרות שמיטתה התורה אללם אין שום דין אונאה כלל כי נכנס כל התשלום כפי מה שקצבו המוכר והקונה בתשלום המכירה, ולא נחשב טעות במזמן שבה ליד המוכר עבור החפץ ולא בהחפץ שנתון תמורת הדמים. — ועתה יבאר לנו כל הענינים שזמנינו בענין זה היינו שפחות משמות היו מחילה לאלתר הגם שאסור להזנות חזרו אפילו פחות משמות לדעת הרא"ש, מ"מ כיון שכל הלוואות מוחלים לו ובעת הקנייה נכנסו לגדר ספק זה אולי נחלנו פחות משמות ומחל לו ולכן הוא מחילה, ואין זה דומה למה שאמרנו במתנה על מנת שאין לך עלי אונאה דלא מהני משום דלא ידע דמחיל, וה"כ הא לא ידע שיש כאן אונאה פחות משמות, ז"א, דכל שנכנס בדעתו בספק אולי כן הוא ואפ"ה מחל זה, לא קרא לא ידע דמחיל, רק בכל אונאה אמרינן שבעדו מחיל, כיון שבעדו אונאה ולכן לא מהני מחילתו כי לא מחל כלל, כיון שבעדו חשב שאין כאן אונאה ודין מש"כ הוסיף לחלק דביני אסמכתא בב"מ (דף ע"ד ע"ה) ובע"ה התם לאו בידו ובכמה דוכתי, מש"כ בפחות שפחות משיב אחרים שא"ל לזמנא המקח, ועל דעת כן נגמר מקחו ולכן הוא מחילה לאלתר:

ובן בהא דקונה מבע"כ כיון דלורחא דמילתא שבעה"כ

מוכר במקח היוקר יותר משווי והלוואה ממונו משיב ארעמיה שאפשר שיש כאן אונאה לפי שכן קרוב הדבר היכא שבעה"כ מוכר זה והוא קונה על דעת כן ונתחלה לתן הסכום שקצב, ע"כ הוא מחילה גם שהוא יותר משווי. — אמנם בהא דנושא ונותן בצמנה שאין לו עליו אונאה הגם דלא ידע דמחיל, כגבורה שיש לומר כמ"ש הגמיונות שזה לא נכנס בגדר כל תנו שלא אסרה תורה לשא ולתן ע"פ האמת, ונאמר כיון שאין כאן איסורא דכל תנו יהיה דומה כמ"ש בעבדים וקרקעות שמיטתה התורה אותן מכל תנו, וממילא אין אללם דין החזרת אונאה וכמ"ש לעיל שנכנס כל התשלום בתשלום דמי המכירה:

אך באמת לא מחזור לומר כן דהא אונאה בתשובת הרא"ש ומוצא בש"ע ח"מ (פי' רכ"ו סי' כ"ה) במוכר ולוקח

שנתרמו לגמור המקח ע"פ שומת לוי שיש בזה דין אונאה ואין לך נושא ונותן בצמנה יותר מזה, שהרי הוא לא חייבו דבר בזה והוא ספק על אומדן דעת איש אחר שאין יוגע בדבר ולא עבר על כל תנו כלל, ואין לומר דאמרינן סתמא דמלתא נודע לבעיה"כ שיווי חפץ שלו, ולכן גם ששמו לוי ביותר משווי לא היה לו למכור בזה ועבר על כל תנו כי היה לו לפחות משומת האחר עד שיווי האמת, זה דוחק, ועוד הא משמע שדון זה גם נגמרו המוכר והקונה בקנין או במשיכה ע"פ שומת לוי ונחתיב כפי שומת לוי שצוה לא ארצה כלל, ובמה ידע שלוי יעשה בצוואה ואפ"ה דייקנן לו בטעות בצומד דין אונאה, ועוד גם בטוא ונותן באמנה לזוה לא נאמר ג"כ סתמא דמלתא נודע להמוכר שיווי של החפץ כמו שהוא באמת ונודע לו שיש בו אונאה, אלא ודאי דלא אמרינן שבראו ו, וא"כ סברת הנתיבות, וא"כ מוכח מזה יהיה בזה דין אונאה כפי סברת הנתיבות, וא"כ מוכח מזה שאין לנו דנין כלל אם יש כאן איסור כל תנו או לא, רק כל שיש בקנין החפץ אונאה שבו אסרה התורה בכל תנו והסתמא לא ידע מזה האונאה חוזרת, מש"כ בקרקעות ועבדים ששם אין דין אונאה כלל והכל נכנס בגופו של תשלומין עבור המקח, וכמ"ש לעיל. — ונראה לענ"ד לומר בטעם של נושא ונותן בצמנה הוא ג"כ משום שנכנס בספק מתחלה שיכול להיות שהתנה קנייה הראשונה שקנה בממוכר לו, וגם אולי נעשה מלד לזוה שפחות ולכן גם שיש לומר שהוא דין בצומד דעתו עתה שהוא שוה כן, וע"ז לא נכנס אצלו ספק אם יש כאן אונאה, מ"מ אחרי שמוכר על מעשה המוקדמת בצמנה כפי מה שקנה מכבר, וזה הוא מוכיח עליו, וגם אולי יעשה מלד לזוה שפחות ולכן גם ואעפ"כ גומר בדעתו אך שיהיה, והוא כונת הגאון בעל הגמיונות שלא נחית ארעמיה דשווי כלל, פירושו שאין נכנס לחקור בזה ובמוכר אך שיהיה אם יש בזה אונאה או לא, רק שמוכר עלו האמונה לקנות, וע"כ מיקרי זה ידע ומחיל כיון שנכנס אצלו ספק, ואעפ"כ נגמר בדעתו ע"פ אמונתו אך וכמה שנתן עבור זה. — ודע שבהא דתשו' הרא"ש המוכר לעיל בדבריו כתב שם שיש פעמים וזה לשונו (כלל ק"ב סי' ג' והוא בקיצור בסמ"פ) יראה ששמשון יכול לחזור בו כיון שיש כאן ביטול חפץ דמה שנתרמה שמשון לקחנה לא עדיף ממה שאם פירש לו ע"מ שאין לך עלי אונאה דקיי"ל כרב דאמר לו יש אונאה, אם לא שפירש בפירוש וידע איני כו', וכמ"כ בגדון זה כיון שלא כיון ראובן למכור ביותר מדמיו ולא שמשון לקחנה ביותר מדמיו, אלא שהיו רמזקים זה מזה וכו', וכוננו שלוי ימלא המקח בדיעה ויעמידה על שומת דמיו וכו' עכ"ל:

ורברי הרא"ש אלו לריבין ביאור מה שדקדק כאן שזה לא

יהיה עדיף ממה שאם פירש ע"מ שאין לך עלי אונאה הידך יהיה דומה זה לזה כלל אחרי שלא הזכירו זה כלל, ולמה חשב לזה הרא"ש שצבור זה הולך להביא דקיי"ל כרב, והנראה לומר שהשאלה היה זה גופא ספק בכונת המוכר והקונה במה שנגמרו שיסמכו ע"פ שומת לוי, אם כונתם היה אך שישו לו כן יקום, גם אם שווי יותר משווי או שפחות מדמיו שווי לא יהיה שום טענה לא להקונה ולא להמוכר זה על זה וכפי אשר יאמר לוי כן יקיימו, וע"ז דקדק הרא"ש שיש לא עדיף מזה שהתנה ע"מ שאין לך עלי אונאה ידע שגלגורה אך שישו לו דומה לזה, כיון שנגמרו בדעתם אפ"ה אם ישו לו ויאמר יותר משווי לפי דעתם כן יקום ולא יהיה להם טענה, וא"כ דומה כהתנה ע"פ אופן שלא יהיה עליו טענה אונאה, ולכן דקדק הרא"ש שלא עדיף זה מהתנה ע"מ שאין לך עלי אונאה דקיי"ל, כרב דלא מהני, והוא מניח שלא ידע דאיתא אונאה דמחיל מפני שכל אחד אם שאומר

סמוך ע"פ שומת לוי, מ"מ סומך בדעתו שבדלוי יכונן לוי את השומא כפי האמת, הגם שסיגנון דבורס מורה שגם אם יהיה אוגלה בשומת לוי מ"מ יהיה כפי שאמר לוי, מ"מ סומך כל אחר שבדלוי יסו לוי כפי האמת הוא שווי האמתו ולא יעדיף ולא יחסר, וזהו כפי הדין הראשון וכש"כ שלא כיון ראובן כו' פירושו שלא היה במשמעותו לשונו שיהיה כפי שומת לוי הן אם יגרע או אם יוסף רק ומשמעות ענין הנגור של ראובן ושמשון שזהו ירדו שניהם שלוי ומצא המקח ביניהם וישום השומא כפי השווי האמתו, ולעולם לא היה סיגנון דבורס שגם אם יאמר לו שלא כפי האמת שכן יקום, וזה הנראה לעי"ד כבונגה דברי הר"ש. ובהא דמורס לו באלו, נאמר בזה או דכש"ה הנתיבות שמיירי שלהמורס לו לו אומר כזה חפץ, או יש לומר שמוכר סומך על הקונה שבדלוי לא יוגע אצלו, וכיון שהיא יודע כמה שמתו יש בידו מסתמא כן נמאץ שם כפי שווי של הנמכר לו, כי לשון מוכר לוי משמעות הדברים שכן הוא המוכר כפי הראוי להיות שיהיה כשווי של המקח. — ועיין במחנה אפרים דגני אוגלה (סי' י"ד וכו' סי') שהאריך במעשים אלו וביאור בשם מה"ר בללאל בשם הרי"ב שפעמא דאוגלה משום דסבר אלא בדוקא בבינא וסוי כמה דריבנא, וזהו כמו שכתבנו בפעמא דסברא דאוגלה דלא ידע דמחיל :

אבנים

חובה עלינו לבאר דברי החס"י ב"ב (דף ל"א ע"ב) ד"ה הכא שהקשו מהא דפסק רב בכתובות דף פ"ד ע"ה אם ונתה אינו יורש ופריך שם הגמ' מהא דאמר רב יש לו עליו אוגלה, ומירלו החס"י דהתם נמי לא ידע שמתום אשתו קודם, ולפי מ"ש"כ בפעמא דלא רדיתייה אוגלה שהוא משום סמוך על אומגן דעתא, ומש"כ שם בכתובות גבי ירושת אשתו הכי נביא הוא לפי דעתו שיתלע שאתמו תמות אחריו וכו"כ ה"א לומר כסדרת החס"י דהתם דמי לאוגלה. — והבית מלחתי שהרמב"ן במלחמות שם בכתובות פ' הכותב כתיב דכוניה דהתם זוכחת דסברא דרב אמר בר' מאיר והולכת אליבא דרבי או בזאפן אחר כמוש"כ שם, דתי לפי מה דהמרינן דאוגלה שהני משום דלא ידע דמחיל, קשה מואי פריך הגמ' שם בכתובות וכו"כ מוכח דהרמב"ן ז"ל אין מפרש לא ידע כמו דמשמע מדברי החס"י משום דמסופק אללו, רק מפרש הא דלא ידע דגבי אוגלה הוא שהמוגן דעתא הוא שאין כאן אוגלה והתם היה ספק אללו, וכן מוכרח לומר לפי שיטת הר"ף והרמב"ם ז"ל שפסקו לדינא הכא דאוגלה כרב, והלו התם פסקו דנתיה קיים ואינו יורש וכן פסק הרא"ש ז"ל. — אמנם לשיטת החס"י שמוכרחים לפקש לפי דבריהם לא ידע מועטם ספק ה"כ לדידהו חובה עלינו לבאר החילוק שבין נושא ונותן בחומה למתנה ע"מ שאין כך עלי אוגלה. — והנראה לעי"ד לומר דעת החס"י שבענין אוגלה דאמרין לא ידע דמחיל, יש בזה בני ענינים. א' שנהאמר שגם שהקור בכל טונו אש"ה הא הלוקח נתן המעות נתניה גמורה ולא יוכל לתבוע המעות בחזרה, ועל זה דקדק רבב א"ל דבשי לחתובי אוגלה שהבאנו לעיל ובה לריבין הני לומר שהכרח שלא ידע דריתיה חוגלה דמחיל היינו שלא נכנס אללו גדר ספק כלל, אבל אם היה אללו ספק ואש"ה נתניה הלוקח בזה, לא מיקרי מחילה בפעמא וזהו מחילה ובהו מתוך הא דנו"כ באמנה וכמש"כ בעיל. — אכן בחתמי מלתא חתרימא הוא דתא כיון שמתנה וכיונת נתנו שלא יהיה לו כן אוגלה והיינו כמש"כ לעיל גבי קרקעות ובדומה, כל הני שמיטתה החורה מדין אוגלה, האמרין בזה שכל מה שמתנים בכנס בגדר דמי המקח, וזהו הענין שרונה בחתמו לשיקור מה שגזרה החורה, שעל דעת כן יהיה המוכר אבמו בירובה גמיר כן יהיה נגיפתה וכן הה דלא יהיה לה עלי חוב שאר כסות וכו', ולוין בזה ענין לגר מחילה רק הגמ' מחלק דהתם גבי שאר כסות כו' ידעה וקומתה, ופירושו לאי מתורת מחילה החינון עלה רק

הגמ' קאמר שבמקום שבעל דינו יודע מהו, יש ביכולתו להתנות ולעקור היות שזכתה לו התורה ע"י נתנו בדבר שבמזון, מש"כ במכירה בענין אוגלה שמתנה שמוכרה זו ישיה בזאפן שלא יהיה זו אוגלה היינו שיהיה כמו כל הני שאין בזה דין אוגלה כיון שאין יודע לבע"ה דהתלע אם שיקר וכות און ביכולתו להפקיע זכותו שיש לו מה"מ, ובזאפן והגם במקום שהבע"ד יודע מהספק, מ"מ כיון שאין מוכר אללו אם מפסיד בחתמו, יש לומר בזה שאי אפשר לו לעקור דבר מה"מ וזה הנראה לעי"ד לומר לפי שיטת החס"י, הוולא מכל הנ"ל שבמקום שהלוקח חשש שיש כאן אוגלה ונתחלה בזאפן שלא יהיה כאן חזרה אוגלה בזה אין לו דין אוגלה. ומעתה נחקור לענין ל"ד הגם שירחל המוכר עבר בכל חובו, מ"מ כיון שאינה קנה על דעת שאין כאן תביעה אוגלה, וע"כ יש לדון בזה אם הקונה כאן מתנה שלא ראה אותו היטב רק סומך בדאייתו מרחמו, ולמש"כ במכור לי באלו העטם סמך על המוכר, כאן אין שיקר סברא או כוונן, ואם נאמר שם העטם שיהיה לו אומגן דעת כמה יש כאן בחפצו, בכאן בנ"ד ל"ע הדבר איך לדון בזה אם יש השערה על היוניגר כמה שראוי ביד האיש המכריז למכור ולא פתחו, ולבד זה כאן כיון שבעל הלייטמאיש הוא צעה"כ, וזה יודע שבע"כ אין מוכר רק בדמים יחידים, ויש דעת הסוברים שאש"י ביתר משתות אין אוגלה בקונה מבעה"כ, גם כאן אין אוגלה שהרי הצעה"כ עמד אלל המוכר, ובכשר יראה שמוזלוים הקונים לפי דעתו לא ינח למכור וא"כ יש בזה דין קונה מבעה"כ, ע"כ אין לנו הכרעה לבעל המקח מלד האוגלה יתר משתות :

אבנים

ב) מעמאם אחרים יש לדון בזה לבעל המכירה, וקודם נאמר שבנ"ד המעות של תשלום דמי היוניגר הגם שולאו מיד הקונה ליד האיש הא"י המכריז למכור, מ"מ מקרי הקונה מוחזק במעותיו שהרי א"י אינו בר שלימות וזכיה, וא"כ לא זכה הישראל ראובן המוכר במעותיו של הקונה שבר הא"י, והמכירה לא תהיה חלה רק מלד המשיכה שמשך הקונה החפץ לרדו, וא"כ יש לדון בזה לבעל המקח כיון שאינה צעת קנייתו לא אמר לו המוכר משוך וקני וקני"ל שלא בפניו ל"ל לו משוך וקני ובפניו מה שגומר אללו ורואה אותו מושך החפץ דמי כאומר לו, וכאן שהא"י אינו בר שלימות ומה שהא"י מוכר להקונה לא נחשב כאומר לו משוך וקני, ולכאורה יש לומר שכיון שהמוכר משר החפץ ליד הא"י על דעת כן שכל שיגומר המקח הא"י עם הקונה וימסור לו יהיה חל המקח, וע"כ נחשב זה כאומר לו משוך וקני כיון שגילה דעתו דריתא ליה בזה, אמנם באמת זה הלוי בפלוגתא דרבננתא בניו שנתן לשלוחו למכור חפץ שלו וקצב לו הדמים, שבדמים אלו ימסור, שאין לו רשות להשליח לעבד לעצמו וכדאיחא בשו"ע ח"מ (סי' קס"ה סעי' ב'), ולמדו זה מחלמנה שמה לעצמה לא עשתה ולא כלום, ומעמו של דבר דבעינן שיהא מקנה להחפץ וכיון שנתשלם מסר לשלוחו שיהיה הוא המקנה לאחר, הגם שלבע"ד ודאי ניחא ליה גם כשהשליח יעבד לעצמו כמעות האלו דמאי ארפת ליה, מ"מ לא קנה אותו ע"פ דין שאין כאן המקנה לו, והא ודאי אם המשלח היה אומר שכל מי שאין משותף אלו עבור החפץ זה אני מקניו לו היתה חלה המכירה בפשימות גם אם השליח מעבד לעצמו, אך היכא שמוסר לשלוחו שיהיה הוא המקנה לאחר ולכן לעצמו אין כאן מקנה לכן לא קנה כמה שעיבד לעצמו, ועיין במחנה אפרים (הא' שאלות סי' ב') שהאריך בדברים בזה והביא שהוא פלוגתא דרבננתא הגם שפשו"ע סתים לה סהוינו [וכבר דברנו בענין זה לעיל (פס' ה' ופס' ט') יעו"ש] וכיון שהמעות תשלום החפץ עדיין לא בלו ליד ראובן והתה מוגשים אלל האדון כמה עדיין בחוק מ"ק במקום שפיקד דריגא:

ויש להעיר לפשוט"כ דבעינן מקנה לדעת הסוברים כך בזה דהרשב"א פלגו למכור ועבד בעלמא שלא קנה וכל שאין מקנה לא הוא בעלמא ולא שלוחו לא קנה הקנה, וה"כ הא דתמר בגמ' ז"ב (פ"ו ע"ב) האולת לחנוני פוגדיון ע"י בנו הקטן ושלה לו בחיוב שמתן ואיסור וכו' דפליגי ר"י ורבנן דרבנן דכברי לארדויי ליה שדריה ור"י סבר דלשדורי ליה שדריה ולכך פטור החנוני, ולמה יופטר החנוני נתי דלשדורי ליה שדריה מ"מ בזה קנה החנוני את הפוגדיון שגבלה לו ע"י החנוני, הא אין שליחות לקטן עומד קנה לו ובמה דתימא ליה שיקח החנוני הפוגדיון מידן עבד זה השמן והאיסור הלא לא קנה, ויש לומר דהתם שתימא השולח לקטן שיעשה דבר זה למסור להחנוני הפוגדיון אין תיגזק זה עבד שום דבר רק מעשה קוף בעלמא שמשך לידו, והוא בעלמא נחשב המקנה פוגדיון שלו והמקנה משא"כ גבולת שמסר לו ענין השליחות שיהיה הוא עושה הדבר שיכיר הקונה ויקלוז עמו הדמים, בזה אנו אומרים את הסתם שסמך על שלוחו שהוא יהיה המקנה, עד שיאמר בפירוש שהוא המשלח מקנה בעלמא למי שניע לידו חפץ זה. — ובאמת יש להקשות בכוונת זו לר"י דסבר דלשדורי ליה שדריה מ"מ במאי קנה המשלח את השמן והאיסור הא משיבית הקטן לוינה בלוחו דליתו בר שליחות ומשום אין קונו, מ"כ ברשות החנוני הוא השמן והאיסור, ולמה אמר ר"י בהלוק הוא של בעל הפוגדיון, וראיתי להשמו"ק שכתב שזה דומה כאלו אמר שלמה לי ביד בני וביד עבדי כו' ושלה לו ביד בני ומהה פטור, והנה בעלמא בעל בזה דתמר לו שלא לי ביד בן כו' הקשה שם בשמו"ק שם הראשונים מה מושיל זה הא לאו שלוחו הוא, סברי המשחיל משלח אותו והשואל לא דבר עמהם מחומה, והירבו שם שכוונה המשחיל בעת שיעשה אותם לשלוחים שזהו בפקודת השואל עושה חוסם לשלוחים ומתהלך נעשה עבדו לשליח, עוד הביא שם תירוקן שהוא מדין ערבות כיון שאמר לו להוליך הפנה ומרשותו ולשלחה ביד עבדו נתייב מדין ערב, ועיין בגמ' (כ"י ט"ז ס"ק י"א) שכתב שג"מ בין שני התיובות היכא שאמר לו שלח לי ביד חש"ק ושליח בר שליחות, שלמעט הא' הוא פטור כיון שאינו בר שליחות ברשות המשחיל הוא, ולמעט שהוא מדין ערב הוא חייב הפי' באינו בר שליחות והמשחיל יכול לחזור בו אפי' אם הוא בר שליחות. והנה מה דאמרין כאן ז"ב בזה הא' ברובו בנו פוגדיון בידו לקח שמן ואיסור שכתב בשמו"ק שהעבד הוא משום דרמי כחילו לקח לו שלמה לי ביד בני, ולכך פטור על האיסור והשמן שמסר ביד בנו הקטן למ"ד דלשדורי ליה שדריה, והנה הקטן אינו בר שליחות, וע"כ לר"י לומר שהוא מזד ערבות, וגם יש לי מקום עיון לדעת ההש"א והרמב"ם שדין ערבות לא הוגח רק באומר תן לחייב בר חיובא וע"י סוף ערבות סיחייבי עבדו, אבל באומר זרקו מנה לים אין ע"י דין ערבות (ועיין לעיל דגדונו סו' ו' שהחננו בעיני זה) איך נחמר על מוסר לקטן להוליך לחבר דין ערבות הא עליו אין כחן שום חיוב, ומותרת שליחות ז"כ אין כחן סורי חינו בר שליחות :

ונראה לענ"ד לומר גדר אחר בזה שכל האומר לחבירו לעשות דבר זה, כמו שלח לי ביד בןך כו' הסתם כוונתו הוא שאומר לו שלח שיהיה בזה החיובים כמו שיהיה אח"כ כשיטע לידו, ולכן באומר המשחיל להשואל שלח לי בשעה שמחירה כוונתו שיהיה כמו שהוא הדין שביא לידו, ולכן לא מביעה בשאלה שנוף דבר של המשחיל הדרה בעינא ע"י אין אנו לריכים לשום דבר שהרי ע"י נגמר שאלתו וממילא בשאלה המשחיל הוא, האגס בדבר שנוף הדבר של השולח הוא רק חוב מגיע עליו כמו במלוא, וה"כ לבאורה שבה אנו נדרים לבוא ע"י מדין שליחות שיקנה המעות שניתן לו הלוה שהרי שלו המה, כי המלוה להואל ניתנה אפי' במחיר ארון המעות עלמא זכ"כ בנותן לו תשלום חובו מעות שלו, ואם אין המלוה קונה אותם הרי המעות של הלוה הוא,

מ"מ נראה לענ"ד שיהי ג"כ אין לר"י עמם של שליחות, רק כיון שבארנו שכל שאומר שלח לי כוונתו שיהיה כפי הדין שיהיה לאחר שיבא לידו, לפי שבעלמא זה הוא שולח לו בפקודתו, וע"כ במלוא כמו שלחתי שיבא לידו של המלוה יופטר הלוה בודאי, כן גם בחומר לו שלח ג"כ כוונתו כשיבא המעות ליד האיש שאומר שלח לי זה יהיה פטור מחיוב שלך והוא כלאומר הנתן שפטר ע"י אחרת, וזוהו א"ש דברי הרמב"ם (שפ"ג מהל' שלוחין ה' ג', והש"ע בבי' קפ"ח הביאו זה בספ"י ג') האומר לחבירו שלח לי בין מלוה בין פקדון ביד פלוני אפי' הוא קטן נפטר הלוה או הנפקד, והנה בפקדון נכון בפשיטות אחרי שסתלק משמירתו ע"י אחרת, הלא במלוה הלא לא דא המעות ברשותו הוא והמלוה לא קנה את המעות בלקיחת הקטן שאין בר שליחות, אך למש"כ אתי שפיר שהוא מנדר והפטר. — אך למש"כ זה דוקא על החומר השלוח והפקדון מושיל זה אפילו שהוא ע"י קטן, אך לכחולת ברשע דמתינתין דקתני בהשאלתי פתך והגד לו שלח לי ביד בני וכו', שמתייב השואל בכל חיובי שאל מעט משיבית הבן ועבדו ושולחו הן של משאלו והן של שואל, לפי דברינו, ולפי מש"כ הנתיבות שלמאן דמפרש מתינתין מזה שליחות, יהיה זו דוקא אם הוא גדול ובר שליחות אבל בקטן לא יהיה דין זה. — אך לפי זה יהיה זה נגד דברי הכ"מ שכתב שם ברמב"ם על מש"כ שם האומר לחבירו מנה שיש לו בידך בין מלוה כו' שלחתי לי אפי' הוא קטן אם רצה לשלחו בידו נפטר, וכבר הכסף שמהנה שזה נלמד ממש"כ דכ"מ (ש"ח ה') השואל את הפנה וחמר לו שלח לי ביד בני כו' חייב השואל הדול' כאלו הגיע לידו ובנו דנקט משמע דקטן הוא דאלו גדול הרי הוא בכלל שלוחו, ולמש"כ ע"כ הרישא בהתחייבות השואל בעיני שיהיה גדול דוקא וגם לומר שהוא מטעם ערבות הוא זה יהיה תלוי במחלוקת הדין אי יש דין ערבות היכא שהאוסר ח"י מתייב בזה, וגם בזה"ה קשה לומר מדין ערבות, שכלן מתייב גם אם ירעה חובסין אח"כ ובעת מעשה לא היה הולך לחיוב ומה שמסר ע"י לקטן שאין בר שמירה, וגם מש"כ הנתיבות הנעש לפי שעה"ה ערבות הרמב"ם שמהיה וממילא מתנה ש"ח להיות בשאל, לענ"ד נכון ערבות הוא סוג חיוב בפ"ש ואין לבא ע"י מדין שמירה. — וביותר קשה לענ"ד דהרמב"ם הרי להעמיד חידוש דיון שאומר אפי' הוא קטן שם באומר השואל להשחיל שלח, ודין זה אפי' אם הוא קטן, ע"כ נראה לענ"ד המחזור בבעט הרמב"ם שברין משחיל ושואל בעיני דוקא גדול שיהיה בר שליחות, וע"כ לא כתב שם הרמב"ם דין זה, ולענין החומר דקו"ל אפי' בקטן נפטר המקד הרמב"ם על הדין שנאמר כאן בבל' שלוחין ועיקר לימודו של הרמב"ם הוא מדין השולח פוגדיון ביד בנו דכ"ב וכמוש"כ גם הרמב"ם בראש דבריו, ודקדוק של הכ"מ מהא דקתני בב"מ בנו דמשמע אפילו בקטן דגדול בכלל שלוחו ע"י י"ל דלרבותא נקט בנו ברישא היכא דלא אמר לו שלח, שגם ביד בנו לא מיקרי אחא לידו שלח נאמר כמו שכל המפקד על דעת אשתו ובניו הוא מפקד ה"ל במחלת שאלה ובחומר ג"כ הוא שנכתב בנו כחילו ויקטן בידו קמ"ל דלא כן הוא :

ואהרי שבארנו דין זה שפטור מזה מותר מלוה או קטן באומר לו שלח על ידו שהוא באומר לו הפטר, נחזוק הבהנח מש"כ בראש דבריו בזה דכ"ב שפ"כ לר"י לומר, שהיבא שלח לשדורי ליה כדעת ר' יהודה או לרבנן היכא שפטרם שלשדורי ליה שדריה, שפ"כ לר"י לומר שקנה החנוני את הפוגדיון בקבלתו מיד החנוני, דאם נאמר כדיון שאין שליחות לקטן לא קנה החנוני להפוגדיון כלל, וזהו מה שיפטר עלמו מחמת הפוגדיון הוא מטעם שיש אחריות להשולח על השמן והאיסור שבד החנוני שבאזד מטעם ערבות, הרי לפי שכתבנו שגנבי התחייבות אין מושיל באומר שלח ע"י קטן, רק לענין לפטור את השולח על ידו ולא להתחייב מחמת זה

זה כיון שאינו בר שליחות, וא"כ נלמדך לומר שהטעם קנה הפורדיון מפי שקך אחר לו שיחמו לירו וחשיב שהוא בעלמא ומקנה לו ונתינת הקטן הוא מעשה קוף בעלמא, וכיון שקנה להפודיון ורק י"ה התחייבות לתן התמורה הוא השמן והאיכר אפ"ר מופיע מה דאמרין אליבא דר"י לשרויה ליה שדריה, שבו נפטר במסירתו להקטן בפקודתו שהוא נחשב כאילו אחר לו והפטר, ועצם קניית הפודיון הוא כמש"כ. — ולענין כ"ד אין ללמוד זה משם דשם שיחד את עם הא"י ששולח אתו חסבו זה מעשה קוף מש"כ ב"ד שלא ייחד את הקונה ולא נקבז הסכום, רק הכל נחשב להשליח הא"י וכיון שאין לו דין שליח לא חלה הנזירה. — אך זה י"ע לפי מש"כ שבתיבא ליה לבד כל שאין עם מקנה לו להודו לא קנה עם ב"ב"ב (פ"ו) דקאמר ש"ה הנמ' בבעיה"ב מוכר ללוותים עסקינן ונטלו ע"מ לבקרו וכדשנואל, ומסתמא דסוגיא משמע כפי הנראה צבעת שליחו ע"י הקטן שלא הללוים לקח שמן בחבור רק מחמת שחיבו ומוכר ללוותים ייחא ליה הדבר שיקח לקנותו אם ירצה התנוי, וכמה קנה את הללוים כיון שאין כאן דעת מקנה, לפי מש"כ שבתיבא לבד לא קנה עד שיהיה גלוי דעת שמקנה לו, והכא אין כאן גלוי דעת מפירוש על מירוחו אורה לו רק אומדנא דחיותא לבד, מיהו לפי מה שכתבו התוס' שמעטם אלה לא יתייבן עלה אחי ספיר טיש לומר כיון שנטלו ע"מ לבקרו ולפי ידוע להתנוי שאם ירצה לקח הללוים ולשלם עבורה לא ינעם ממנו הבעה"ב וגם לפתש"ב במקום אחר (לש"י נכ"ה) ע"פ ד' הש"ך (נכ"ה ע"ה) שהרשות לו להשתמש בו במקום שידוע עלה דניחא ליה לקבל משתמו, לכן מוזיב מטעם שואל דכל הנאה של, אמנם אם יימכר שהוא יהיה המקנה או קונה ע"פ שיקול דעתו לא יהיה יכולת להמכר לקח הדבר שהמה ברכות בעל הדבר המשלם אם לא שיקנה הדבר להקטן, ואז יוכל למוכרו מתקנה חכמים שהפעטות מתקן מקח אבל לא בחורט שליחות, וז"ע בזה. — וא"כ בענין ל"ד שאין שליחות להא"י המכרוז והוא המשלם מסרו להספן בידו שיהיה הוא המקנה וקוף דמי המקח, הגם דניחא ליה להשתלם שיקנה הקונה, מ"מ כיון שאינו מסר שליחות שיהיה הוא המקנה והקאחו בעל מזד שחיבו בר שליחות מומילא בעל הקטן, ונגד דניחא ליה לומר לא נחשב לומר שיהיה זה כמו שמקנה לו בעל הספן בעלמו, ותלי זה בפלוגתא דרבנן אם השליח יכול לעבד לעלמו שב' לעיל, ואחרי שהרשב"א ורבינו וכן הוא שתינוט השו"ע סי' קפ"ה סע' ב' שאין יכול לעבד לעלמו, הגם שהמח"א הביא שיש הרבה חולקים כיון שמוחקר בחוקת מ"ק על המעות, אין להוסיף מחוקקו בספיקא דריגא:

והתחייבות לבעל הספן. — אמנם אם בסוגיא הנ"ל חולק בזה הרשב"א ז"ל בחי', וסובר שבעצם הדבר אמרין דעתו של אדם להקנות לבעל המעות, ולא מזה זכות השליח עבור בעל המעות, וכבר דברו בענין זה גדולי המחברים המח"א בזה' שלוחים (סי' ט"ו), והקלה"ה הביאו (נכ"ה קפ"ה ס"ק ג' די) בשם הרמ"ה שחלק על הר"ש וסובר שדעתו של המוכר להקנות לבעל המעות, לבד טעם של זכיה, ושני המחברים הנ"ל מתבארים בסגנון אחר ששיטה זו היא שיטה מחוררת, והמתנה אפרים ח"ק השיטה הנ"ל דקו"ל דעתו של מוכר להקנות לבעל המעות במסמרות נטושות דהכי הלכתא, וכן הוא שיטה הרה"ק והרמב"ם שדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות מזה דפסקו במקבל עסקא מחבורו שכל מה שקונה גם שהתנה בפירוש שלמדך עלמו קונה שייך מתנה לחבורו ולא אמרין מי הודיעו, ולפ"ו ב"ד יש לומר לכאורה הדקונה שקנה הספן במשיכתו התחייב לבעל הספן גם שלא ידע שהוא של אחר, ואף דליכא טעמא של זכיות השליח עבורו:

ומ"ב נראה לענ"ד שב"ד לכו"ע יהיה הדין דאמרין סברת מי הודיעו שהספן של אחר הוא שיחייב במשיכתו לשלם לו כפי המקח שקבל ומשך את הספן על זה, והא דאמרין שדעתו לבעל המעות וכן לבעל הספן, הני מילי בענין הקאה שמקנה איזה דבר עבור מעות, או בתשלום מעות שמשלם אמרין שנותן ומקנה אותם עבור בעל הספן, אבל בענין התחייבות דהא מטעם אין נקנה ע"י מנושות הספן מטעם אין נקנה בחליפין רק התחייבות עליו, וכמבואר ב"מ"ה ע"ב) שנתחייב לשלם עבור הספן במשיכתו וקנייתו את הספן כפי מה שקבץ, בזה אמרין דלא חלה עליו רק לאותו אדם שהתחייב בכונתו ולא לאחר ע"כ לאחר אין חל עליו שם חיוב שהתחייב, ומנא אמרין לה להאי אבדא מהא דאמרין בב"ק (כ"ה ע"ה) גבי דרז בחזר חברו שכתב מאחר ומאלו אח"כ הבעלים דאין נדיב לשלם לאחר בחזר דלא קיימא לאגרא, הגם שהוא נכנס על דעת שישלם תשלומין עבור הדירה של בעה"ב שדר בתוכה, ואפ"ה לא אמרין שיחול חיוב התחייבות לתשלומין האלו על דרז בבית לשלם לבעה"ב משום שדעתו של אדם לבעל הבית, רק אמרין עלמי שהתחייב עלמו לשלם התחייב ולאחר לא התחייב ולכן כיון דלא קיימא לאגרא עבור לגמרי. — ואין לדחות ולחלק דשא"י הגם כיון דלא קיימא לאגרא כלל, והדר בבית זה שלא מדעתו עבור לגמרי, בזה לא שייך לומר שישלם על אדם להתחייב לבעל המעות שהוא בעל הספן ישינו בעל הבית שדר עם, כיון שאין דירתו שום כלום לשלם עבורה אין שייך לקרותו בעל המעות, הגם מלבד שהסברא בעלמא דאין נכונה לומר כן, עוד יש להביא ראיה דלא אמרין הכי מהא דיתא בחו"מ (סי' ע"ג ע"ה) בשוכר בית מראובן ומגאל של משנין אם שכרו בדמים יקרים אין לרדך לפרוע אלא כפי מה ששוכרים אחרים גם בחזר דקיימא לאגרא, והתם שייך לקרותו בעל המעות אפ"ה לא חל עליו חיובם השכיחות שנתחייב לשלם לראובן, שיהיה חיוב לשמשן שהוא בעל הטרז, אלא מוכח מזה שלענין התחייבות לא אמרין בזה שנתחייב מומילא לבעל המעות, הוא בעל הספן ששבורו התחייב, רק למי שהיה בכונתו להתחייב לו, או אם הוא שולחו של בעל הספן משום ששולחו של אדם כמותו, ולכן מה שנתחייב לשלחו כמו שנתחייב לבעה"ב דמי. — גם אין לומר דהתם ה"ע שלא חל עליו החיוב לשלם לבעל הבית משני שראובן המשכיר בחורט גזל בלא על הבית ולכן אין מושלם השכירות כלום, וז"ל דהא להרה"ק והרמב"ם שהבאנו מעלה גם שהשליח זקפן עליו במלוה בשני עדים ונזיל דעתו שבתורת גולותא ב"א עליהן אפ"ה פסקו שהמקח של משלם, וכמוכח דעתם (נכ"ה קפ"ה ע"ה) אלא ודאי שכלל גוונא אמרין דעתו של אדם להקנות לבעל המעות, וכן יהיה הדין שנתחייב מעות עבור

ג נראה לענ"ד שבפוסדא דין אובא טעמא אחריתא לבעל המכירה והוא כיון שבעת הקניה סבר בדעתו שהוא של האדון בעל הליעטאליב אמרין בזה מי הודיעו להקונה שיחייב במשיכתו לבעל הספן ולהקנות לו משתמו דמי בחי. והנה מוקד דבר זה הוא בסוגיא ב"ק (ק"ג ע"ב) דמקמי בני מוערבא מי הודיעו לבעל חמיס קניה חמיס לבעל המעות, ועם ביוק הסוגיא מזהו עם הנמ' גם בקנה כיתנא דרב כהנא שלא ידע הקונה שהוא של רב כהנא לא קני"ל דבני מוערבא דמי הודיעו יעו"ש בנמ', ואין לדניא לא קני"ל כבני מוערבא דמקמי הכא רק אפילו בשניה חמיס לשעורים נמי קנה בעל המעות, וכתב הרא"ש וז"ל וליהא לחובא דבני מוערבא, ודמי שליח מ"מ אין מתחיל לקנות לעלמו ודעתו לזכות ללורך בעל המעות ואפ"ה שבעל חמיס מוכה לשליח מ"מ ידו כיד בעל המעות שהוא מתחיל לזכות עבורו, וכל הטעם שנקנה לבעל המעות הוא מזד שקנה השליח עבורו, ואפ"ה דמי שליח מ"מ אין מתחיל לקנות לעלמו ודעתו שזוכה המעות עבורו בעל הפסקן, ולולא זה לא היה המעות שייכים לבעל הפסקן, וא"כ לפי טעם זה של הרא"ש בעבדא דין כיון שאין שליחות לא"י מומילא אין כאן קנין

עבור חיזה דבר אמרין שדעתו של אדם להקנות אותם לבצל החפץ וכשזכרה דתיבתא דרב כגאא, אבל במקום שהמקבל לא זכה המעות עבור בעל החפץ ובהוא דשוכר בית מראובין, אם השוכר שילם המעות לראובין אש"ה אין לירך לשלם אותם לשמעון אם לא קיימא לאגרא, או שכר בפחות ממה שנתן אין לירך לשלם רק כפי שיהי בחמת, דכללו דבר דבר כסוין שהמעות לא נתנו בקנין און כאלו רק חיוב התשלומין שנתייבב עבור מה שקנה או מה ששכר, ולמי שהתייבב התייבב ולא לאחר. — וא"כ לענין הגדוון שלנו שהא"י אינו בר שליחות ולא בר זכיה ואין אנו באין רק מחמת שמוך את החפץ על דעת לשלם עתדו עבור חוב המעות שקבל ומתייבב בחיובו כסוס המעות עקוב, ובזמן שפארטו שהתייבבות און חל במקום שבכוונתו לא היה להתחייב לו רק לאחר, וממילא בעל הקנין שקנה אחרו שהתייבבותו בעלה, ע"כ מכל הלין עמיני שנתיבב נראה לענ"ד הדמיונה בעלה ויכול לחזור בו כל זמן שלא הגישו המעות ליד בעל החפץ בפשיטות ורוק, כן נראה לענ"ד :

סימן יג

חקירת ספק ברין אם אחרי הויק הפין של חברו שבא לו מירושא ובששילם לו אם יש להתשלום לין של הפיין גופא לענין השלום הובות של מירושא או לא, ויש בענין זה תמא פרטי דינים ויתבאר בדברינו בעז"ה :

א) איתא (בב"ק ל"ג ע"ג) במשנה בני שורדים תמים שהזיקו זה"כ כו' מועד בתם משלם במותר נוק שלם, שירש"י. א"ש הויק הוא את התם יותר ממה שהזיקו התם" ועיין ברא"ש שם (כ"י י"ג) שמדקדק מדברי רש"י אלו שהתם משלם נוק שלם בניניה זו, כגון אם המועד הויק בתם תממים ותם במועד ארבעים הדין נתן שישלם המועד שלשם, וקמ"ל שאין משלם רק עשרה היינו יותר על מה שהזיקו התם, וסברתו ממש שהתחילו כחמת און כחן חבלה אלא המותר ולשון במותר משמע כפידושו, והתוספות לא הסכימו על זה, ובאמת הרמב"ם כתב מפורש (בהלכות מקו ממון פ"ט הלכה י"ג) כמו שכתב הרא"ה לדרבי הוב"ט, שהרי כתב שאם הראשון המועד והשני התם התם הויק ארבעים משלם הראשון המועד שמונים שהזיקו של התם חושבין כ' והזיקו של המועד ק' ולירך לשלם שמונים, וכן השור והסו"ע פסקו כולם כדעת הרמב"ם שחושבין הגזוקין כפי מה שמוציא ע"פ הדין לשלם כן חושבין זה כנגד זה, אך לפי סברא זו ל"ע בחמת בטעם הדין שכתבו הוב"ט שהשיעוטו מתניתין אפילו אם אחד נאכד שלא יאמרו הבעלים של הנאכד אגבה כל חי נוקי ואתה תפסיד נוקך שנאכד שורי עכ"ל, וז"ע בטעמא דמלתא כיון שחשבין לכל אחד צ"ע כמה שמחייב לשלם למה לא נאמר בחמת כן, אחרי שזאת און אנו באים לומר שמה שזה כנגד זה לא נחשב בדיון תשלום חבלה רק המותר, שהרי יתם ומועד חשבין לכל אחד ואחד כפי המוטל עליו לשלם, ולמה און חומרים כן בגאכד, ולבאורה ריטי לומר בטעמא דמלתא תמס שהמעות המגיע לשלם מן מי שלא נאכד לבעלים של הנאכד חשבין זה כחלק מן השור גופו ויחשבין של השור תשוב עבור, וזה הרי לא נאכד לכן יוכה זה מחשבון התשלום שהשני לירך לשלם עבור הנאכד. — אך בחני ל"ע ה"א תימא הרי הנאכד הויק מקודם את הישנו כאלו והשני הויק אח"כ את הנאכד, שפיר הוא שלקב לא מני בעל הנאכד לומר אגבה כל חי נוקי משלך ואתה תפסיד לפי ששורי נאכד, ומפני שהבעלים של שאין נאכד יאמרו שהמעות שאנו לירכים לשלם הרי כמה כמו השור הנאכד שהמה חלק מהשור הנאכד, וזה דומה כנאכד מקל

ב) אך בעיקר הדין יש להסתפק הובא שאחד הויק השני ואח"כ בא שור אחר והזיק להשור המזיק הראשון עד שאין הניבלה שיה כולם אם בעל השור הניזוק הראשון גובה מהמעות שיגבה בעל השור המזיק, מהמזיק לשורו השני, דהא ודאי שהניזוק הראשון און יכול לגבות מן השור המזיק השני מעטם שהזיק השור אחר הוא מוטעבד לו, דהא און זה אלא מויק שיעבודו של חברו, דהפילו למחי דדינין דינא דגרמי ומתייבב מויק שיעבודו של חברו, מ"ו על משטה שורו ודאי שאין לחייב לבעל השור מנ"ד דינא דגרמי ודלתימא בחו"מ (ב"ש פ"ו סיפ"א ה' גימ"א שם) ועיין שם ב"ש"ך (ס"ק ה'). — אך בזה יש לשיין כיון שלירך לשלם לבעל השור ממילא יגבה מזה התשלום הניזוק הראשון, כיון שהמוטב באים לתשלום גופו של המזיק תשוב המעות כגופו, או שנאמר שמוטבו דווקא מני למינבי מניה, אבל כל שנישו נאכד המעות שנשם עבור זה און נחשב כגופו רק במילתא אחריתא הוא ולא מני הויק לגבות זה, ולבאורה נראה שיש לדמות דין זה להוכח שירש קרקע ויש עליו מלוה ע"פ שדדן הוא שמן קרקעות גובה מלוה ע"פ, אם מנכ הירוש הקרקע ויש בידו מעות שלקח עבור הקרקעות שירש אם גובה הבע"מ מן המעות של המלוה ע"פ, מי אמרין כיון שהקרקעות היו משועבדים לשלם מהם אף המעות הבאים מן הבע"מ יכול הבע"מ לגבות מהם משם

משום דמה לי הן ומה לי דמיין, או כיון דשכחו חזן זה קרקע יש להם דין ממלטלין שלא משעבדי לבע"ח לפי דינא דגמ' דמלטלי דתמי לא משעבדי לבע"ח. וכן יש להסתפק לדין אחר תקנת הגאונים שנוצרים גם ממלטלין של הורסים אם מזה הנשאר מאזו ובקל עבורם מותא לא גובה לבע"ח מאותן המעות, מי אמרינן הוה שגאמר שהמעות שנתקבלו עבור קרקע אינם קרקע לפי שאלין בחר דידה שהמעות ממלטלין ניגהו, מ"מ לא גרישו מכל ממלטלין הנשאר מאזו שגובין מן הורסים לדין בחר תקנת הגאונים, או נאמר שהני מותא כיון שהמה לא נשאר מאזוים לא חיל עלייהו שיעבור כלל. — והנה מנינו בזה ממלוקת הראשונים והא הראש"ם בריש פ' מי שמת בב"ב הביא דעת הרב האי גאון שהא דאמרינן יתומים שגובין בככסי מועטים הם שגובו מכרו, הוא דווקא לדינא דגמ' שגאוי כתובה חזן נגבה ממלטליים, ולכן כיון דהמכירה חלה ועל המעות חזן חל שום שיעבור של המעות דמלטלי דתמי לא משעבדי, ובפרט שגאוי כתובה חפילו מנינו לא נצי ממלטלין מדינא דגמ', אבל לדין דקרקעו שגובין ממלטלין גובין מהיתומים שקבלו היתומים ממכירת הקרקעות, האמנם הראש"ם שם חלק ע"ז וכבש שבדרי רב האי תמוהין דהני זוי לא ששתעבדו לבנות, אלא שיעבורן הוא על נכסי אביהן וכיון שמכרו ואין יכולים לטרוף מהן הפסדו, וא"כ דעת הגמ' שגאוי שגובו מהיתומים שגובו ממכירת הקרקעות גרישו גם ממלטלין ולא חל עלייהו שום שיעבור חפילו לדין שגובין מן המלטלין, משום דלא הני מעות שבה אבותן :

ובאמת

דעת התוספות כתובות (ז' א' ד"ה וסוף) שהקשו מאי נפקא מינה לא הם ממכרו למוזנות או לכתובה, ותרצו ש"מ אם הנשא אחר המכירה למוזנות, שמוזנות אז חזן לה אחר נישואיה ולא תוכל לנכות מהן לכתובה דהא ממלטלין ניגהו, וא"כ מוכח דעת תוס' שמעות הבאים ממכירה של קרקעות דין הקרקעות להם, ולענין זה אנו אומרים שהיה ממלטלין של אביהם, ודעתם שלא אמרינן כשיטת הראש"ם שאפי' אם גובין ממלטלין, מהני מעות שבהו ממכירה חזן גובין משום דלא הני מעות שבה אבותן, דהא תוס' לא כתבו רק משום דמלטלין ניגהו אבל לא כתבו דגרישו ממלטלין ועלייהו חזן שום שיעבור, ואי"ה בדברי לקמן נכתוב מה שיש לחלק בדברי תוס' הוסיפה אלו ולומר שבה שלדברי תוס' יש לומר שגם הראש"ם מורה שגנב ממלטלין של המוריס, שאמר יבואר (פאה ז') בע"ה :

והנה דין זה אם המעות הבאים ממכירת קרקע שמכרו הורסים יכול בע"ח לבנות מהם נמצא גם להראש"ם

במשנה (כלל ע"ט סי' י') וז"ל שם, ויתומים שמכרו בככסי אביהם ויאלו על אביהם בעלי חובות ואינן יכולים לבנות מן הלקוחות, חזן בע"ח יכולים לבנות מן המעות האלו מן היתומים ש שלהן מכרו כו' יעו"ש, ותבט עוד והמעות שקבלו לא נשתעבדו לבע"ח מעולם ואע"פ שבאים מזה קרקע לענין מדינת בע"ח, ודמיא לזה המור דהוי בזה תמוה בפסחים (דף ז"ב) ראוהו שגביר דהא לשמועין כו' ומה ראוהו ואתא בע"ח דראוהו כו' ופיסייה שמעון בזוי דינא הוא דחתו בני ראוהו ואמרו לשמעון חזן ממלטלי שביק אבון גבך ומלטלי לבע"ח לא משעבדי, אלא שאלו המעות שהן דמי הקרקע שגביר לא באתיות חזן יכול לעבדן בעבדל הקרקע, כש"כ בגדון זה שגבירו היתומים כו' שלא נכנסו המעות לשעבוד בע"ח תחת הקרקע, עכ"ל הראש"ם בתשו', ודברי הראש"ם דרך יבואר לענ"ד, הא פסק כהן שהמעות ממעבדים לבע"ח אפילו לדין, וא"כ דרך לומר שהיה גרישו ממלטלין הנשאר מאזוים וכמו שכ' הראש"ם בריש פ' מי שמת שהבאנו לשל, ובתור הכי הולך הראש"ם לבידא חזן שחזר קרקע מהאי מומרא דרמי ב"ח בפסחים ה"ל דאמרי בני ראוהו חזן ממלטלי

שביק אבון גבך ומלטלי לבע"ח לא משעבדי, ומהאי הוכחה אינם רק שאינם קרקע, אבל מנין לנו לומר שאינן חפילו ממלטלי הנשאר מהיתומים, ולריך לומר בכונת הראש"ם שהא פשיטא ליה מזה הסברא שאינם ממלטלין שגאמר מאזוים משום דלא הני מעות שבה אבותן, מ"מ מוטעף אס הבא מן הקרקע תמורתן שגובו כמו הדבר שבה ממנו משום דמה לי הן כו' לי דמיוהן, וע"ז הביא חזן דלא שגובו שהני ומלחא שבה מזה זה מולחא נחשב קרקע גבי ראוהו שגביר שדה לשמעון וחזקו עליו בזמניה בזה דפסחים ה"ל, וכיון דלא שגובו כהדבר הבא תמורתו, ממילא הוסיף להראש"ם מזה הסברא הישרה, שהמה גרישו ממלטלין הנשאר מאזוים משום דלא הני מעות שביק אבותן ועלייהו לא היה מעולם שום שיעבור. — אפ"ה עיניך הוכחת דברי הראש"ם שהוכיח שהמעות הבא ממכירת הקרקע לא נחשב קרקע מהא דאמרינן (פ' כל שעה ל"א ע"ה) דעל מעות המכר שחייב שמעון אמרי בני ראוהו חזן ממלטלין שביק אבון גבך, הכי שאף שהמעות המה תמורת הקרקע משכר אפי"ה חשיבו זה כמלטלין ולא אמרינן דהוי קרקע משום שהמה באים תמורת הקרקע, לענ"ד הרבה חלוק זה מענין הגדון של הראש"ם, שיש לומר שבהא דהמוכר נכסי אביו הקרקעות שפיר נאמר ע"ז דקבוי קרקע לענין שיעבורם של בע"ח לא אביו עליהם כיון שבאים מן הקרקע על אביו שגביר שיעבור מוב אביו עליהם, אך זה דווקא במקום שאלל היתומים נעשה הסתנות זה מקרקע למלטלין, לכן נאמר שהשיעבור שחל על היתומים לפרוע מוב אביהם מהקרקע שגאמר לבנו לא גם על המעות הבאים מן תמורת הקרקע, משא"כ בזה דפסחים שם נעשה השינוי מהקרקע למלטלין בחיי אביהם, ובשיעור הבנים אז כבד היה זה ממלטליים, ולכן כל אשר הועתק ובה לרשות אחר, הן יורש או מקבל מתנה וכדומה והיה אז ממלטלין שגביר נידון זה כמלטלין דלא חל שיעבורא על הורסים וכדומה :

והנה זה מוכר הערומי היחך יהיה הדין כמי שניח

לו אביו פירות המחוברים לקרקע שדיים קרקע לענין שמשעבדים המה לכל בע"ח אביהם, ואח"כ תלשן היורש אם נגיבים המה לבע"ח לפי שחל עליהם השיעבוד ערם נהוו ממלטלין (לפי דין התלמוד שמלטלין לא משעבדי לבע"ח), או שגדון אותם כמו שהמה עתה שנתהו ממלטלין, ומלטלין דתמי לא משעבדי לבע"ח. — ולבאורה נראה לדקדק מהא דאיתא כתובות (י' ע"ב) שהיא דאחא לקמיה דרב וסוף ואמר הכו לה תמרי דעל בורא, א"ל אבוי אלו בע"ח כה"מ מי הוה יחיב ליה מר, א"ל דחויא לבוריא קאמינא, סוף סוף כל העומד לגזוז כגזוז דמי, דלריכא לדיקלא קאמינא, ואלו מהני דלא לריכי א"ל לבנות מהס אפי"ה שקודם היו לריכי לדיקלא, שיה דוחק לומר שביאת לב"ד היה תומ' בעת מיתת אביהם ממש בזאופן שהיה שבעת מיתתו לא היו לריכי לדיקלא, רק סתמא משמע שבהו אח"כ לדין, וא"כ בשוד שהיו לריכי לדיקלא חל עליהם השיעבוד, ואפי"ה אמרינן שגביר הכי כשהמה עומדים לקזור שחבויים כחלוש דין ממלטלין עליהם ולא משעבדי לבע"ח. — אך לפי"ו קשה לענ"ד לישנא דגמ' בכתיבות (פ"ב ע"ה) בשומרת יבם שהדין שכל נכסי הבעל מושעבדים לכתובה ורק היבם אוכל פירות דאיתא בבתניתין שם וכו' ומהא מחוברים לקרקע שלו ושפיר הגמ' והא כל נכסים אחרתין ועבדתיין לכתובה ומשני הגמ' אמר ר"ל תני שלה, ובסיפא קתני והתלושין מן הקרקע כל הקודם והוא אכל פירות, ובמחויבים לקרקע וילקח קתני והוא אכל פירות, ובמחויבים לקרקע סתמא קתני שלה ומשמע שגם אס יקדם הוא ויתלשם לא ויעיל זה לאפירי משיעבוד, ואחאי' כיון שהיא יקדם ויתלשם ויעשה אותם למלטלין נפקת מהם השיעבוד, וביותר קשיא לי הא דקתני סתמא שלה ולא אמרינן שגריבה לתלשם אותם קודם שיהיו

שהיו עומדים לקור, שהרי צעת שיטתו הפירות המחוברים עד שהיו עומדים לקור ויהיה להם אז דין מטלטלין וממילא הבעל מהם השיעבוד, וא"כ נראה מאלן שכל שחל עליהם השיעבוד צבדו שהיה עליהם דין קרקע של הורשים לא נפקע מהם השיעבוד גם כשהיו נעשים מטלטלין. — ואפשר שיש לישב מה שהקטנו מהלך המחוברים לקרקע שלה ולא ממלקיין בין אם תלשן היבם או שנשארו על הקרקע עד שנעשו עומדים לתלוש שכתלושן דמי, משום כי היכי שמלמי בחשה שמזכרת הקרקע לנביית מונוטה הגם שהמעות מן מזירת הקרקע מטלטלין נינהו וכמו שכתבו הוס' בכתובות (נדף פ"ג) שאין כתיבה גובה מזה, אפי"ל למונוט לוקחים מזה, הגם שהמונוט ג"כ אין גובה מטלטלין, מ"מ כיון שמזכרת הקרקע למען חוב מונוט חשיב זה כנביו מנת המזכרת לחוב זה שלמונוט ליום הבאום לכל שעה ושעה חששים, הגם שצעת המזכרת לא הניעה לה החוב ממונוט שיבא אח"כ, לפי שכן תיקנו חכמים לנבות באופן זה, ה"ל ניומא בזה דמזכרת יבם כיון שכן תיקנו חכמים אלהם השיעבוד על כל הנכסים אפי"ל ביותר מזדי שישור שהיו אחריו וערבחו לכתובה, ולכן חומ"י שמת בעלה חל השיעבוד על כל הנכסים המחוברים לקרקע שחל עליהם השיעבוד, והתלישה לריכה להיות למען זכות שיעבוד, ונעשה זה כנביו לענין שגם אם אח"כ יעשה מזה מטלטלין אפי"ל חל השיעבוד:

עוד

אפשר לומר גם שלא תלקט שבמקום יבם שאני, שחוב מונוט חלוק משארי חובות דמונוט כיון שאין החוב ברור שמה תמות או תנשא וכן למונוט הבעט של זמן שלא בא העת לנבות מונוט או מיקרי השיעבוד שיעבוד מוחלט, ולכן כל שנעשה מהמחוב לקרקע מטלטלין נפקע מהם השיעבוד כיון שצעת שבאו לנבות מזה המה נעשו מטלטלין, משא"כ לענין כתיבה או לענין שארי חובות שחל החוב בהחלט צעת מיתת הבעל, או החייב בחוב, לכן כאן שמת הבעל ופלה לפני היבם שחל השיעבוד על הנכסים שהיו מוכנים על שיעבוד הכתיבה לקות מהם הקרקע, ולכן כל שחל עליהם השיעבוד לא נפקע, ולכן בזה שבפ' האשה שנשלו שחל עליהם שיעבוד הכתיבה צעת שהיה מחובר לקרקע לכן גם שנחלש אח"כ לא נפקע השיעבוד שחל עליהם צבדו שהיו מחוברים לקרקע, משא"כ בזה שמלמי (בנחמות פ"ח) לענין מונוט שפיר לחזר שכל זמן שלא בא לירי גביה עד שנעשו מטלטלין דין מטלטלין להם, ועכ"פ מוכח מזה החילוק שכתבתי לעיל על הראיה שהביא הרא"ש בכתובה שאין לומר שהבא מן הקרקע קרקע דמי שהיה מחובר בראש פסאחית דאמרי דמי ראוהו אכן מטלטלין שבוך אבון נבך, וכתבתי שאין רחיה משם משום שנעשה צבדו אביהם היה חי ואח"כ בא לירי הורשים, והוא כמש"ל והוכחו בזה דמחוברים לקרקע (בנחמות פ"ח) שגם כיון שהיה מחובר לקרקע צעת מיתת הבעל לא נפקע מזה דין קרקע גם כשיתלש אח"כ אחרי מיתת הבעל, אבל אם תלש בחיי הבעל ואח"כ מה מלחא דפשיטא הוא דהוה מטלטלין:

(ה ולמש"כ)

חלקן בני חוב כתיבה לענין מונוט, שפיר נובל לומר שלענין שארי חובות כל שזכרו הורשים את הקרקע של אביהם חל על המעות דין השיעבוד שהיה על הקרקע ועל הורש מוטל לפרוע מהם, אך מש"כ רבינו האי נאמן שלכך אין ניוונין הבעות מן המעות שנמכרו הקרקעות דאמריס יתומים שמכרו בנכסים מועטים מן שמכרו מכרו מוס' יתומים מטלטלין נינהו ואין גובין מן מטלטלי דיתמי ולדידן דגובין ממטלטלין גם מהמעות ניוונות, יש לומר שלענין מונוט שאני משום שחשבו לא נגמר השיעבוד עד שעת גביה, ולכן כל זמן שצעת הגביה נעשה מטלטלין היינו שמכרו הקרקעות שפיר חשיב מטלטלין, אבל לשארי חובות הבאים על יתומים שהיה קרקע אביהם בידיהם ואח"כ מכרו הם, שפיר יש לומר שגובים אח"כ מהם מן

המעות שבידם כיון שחל עליהם החוב צעת שהיה קרקע לא נפקע מן המעות כשנעשה מהם מטלטלין. ובאמת לענ"ד מוכח שדעת רש"י כן הוא שב"ק (י"ד ע"ב) דאמר שם בפני ב"ד פרט למוכר נכסיו ואח"כ בא לב"ד, ופירש"י שם פרט למוכר נכסיו ובינה המעות ובה לב"ד שאין ב"ד גובה מן הלוקחות, ומדהוב"פ רש"י בלשונו הטהור ובינה המעות משום שאם לא כילה המעות היה גובה מן המעות ואף שהם מטלטלין, ובמתניתין קמי וסוה כסף דמניה דייקנין ומציא הגמרא הברייתא דמפרש למתניתין שאין ב"ד נוקקין אלא לנכסים שיש להם אחריות ומוקמינן בגמ' דביטמי עסקינן משום דמטלטלי דיתמי לא משתבעדי לבפ"ח, א"כ מוכח מדברי רש"י שאם המעות ממזכרת הקרקעות היה צעין שלא כולם היו ב"ד גובין מהמעות אפי"ל יתמי, וא"כ דעת רש"י שהמעות בזה ממזכרת קרקע יש עליהם דין קרקע לענין גביה מיתומים. [הגמ"ה ולכאורה היה אפשר לומר שלכך כפש רש"י ויולה המעות משום שם היה המעות היה צריך ללש מה מיק שיטתו של הכרו ונעטע דקא משתריש ליה ובמש"כ הש"ך (ח"ט סי' ק"ו ס"ק ח') אך באתה יראה שזו אינה רש"י דלמא היה לרש"י לזכור ז"ל דכילה המעות שזה רק למ"ד מיק שיטתו של הכרו חייב וזה קשה לומר רש"י יסבור שהיה דקא משתריש ליה כוונ' מורו, דהא צמיל שפ"ח משמע שם בגמ' (כתובות פ"א) ובסו"ס שם דלמא ללא דאין דינא דנמי גם בחול' לענין דקא משתריש ליה פסור, ועוד שלשן, וכילה המעות' לכן המעות משעב שכוונה הוא למעות יתומים היינו וסו"ס שקבל ענין הנכסים ואם משעב מיק שיטתו היה לרש"י לומר ואין לו משעב ודוק, ע"כ]. — וא"כ היה דעת רש"י בזה שמזכרת מוכרו מוכר קרקע המועבדים לבפ"ח חל על יתומים המוכרים חוב לשלם מהמעות גם למ"ד מטלטלי דיתמי לא משתבעדי לבפ"ח הוא נגד רבינו האי נאמן שהבאנו לעיל לענין מונוט. — ולכאורה יקשה על דברי רש"י מהגמ' דיתומים שמכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מוכרו שמשעב שגם מהמעות שלקחו צבור הנכסים אין להבעות לנבות מהם לצורך חוב המונוט שלהם, ומדשבינן המזכרת ע"ז להבעות והמשיא עשה ע"ז קרינן ליה רשע פרום וכמו שהוכיח הרא"ש ושארי ראשונים, ומיהו הגמ' יש לישב ונאמר שדיון זה הוא מחושב רק גבי מונוט הבעות דאקילו גבי חיוב זה שהאק קנתה דרבנן, אך דעת רבינו האי שכתב ע"ז משום דמלוה ע"פ לא גבי מטלטלי. וזה נראה שהיה נגד דעת רש"י, אומנם למש"כ לעיל החילוק בין חיוב מונוט לשארי חובות, מפני שחוב מונוט נחשב לא נגמר עד שעת גביה, וא"כ יש לומר שדעת רש"י לא יהיה נגד דעת רבינו האי נאמן שהגאון לא אמר זאת רק גבי מונוט, אבל גבי שארי חובות שחל השיעבוד על הקרקע, לא נפקע במזכרתן השיעבוד מן המעות שלקח עבורם. — אבנב דעת התוס' מבוחר בכתובות (דף י"ז ע"ב) שהבאנו לעיל (אוח"ב) דאפילו גבי כתיבה שהיא חוב מוכר, מ"מ אם נמכרו הנכסים אפילו ע"ז האשה לצורך מונוט והמעות נשתיירו שלא הולכרו למונוט, אין גובין מהמעות מפני שמטלטלי נינהו ומטלטלי לא משתבעדי לכתובה, וכן מוכח מדבריהם שאם היה הדין שמוטלטלין גובין היה נגבה גם מהמעות שבה מוכרת נכסיו וכמו שדקדקנו לעיל שם, אך לפי זה ישארה מה שהוכחו לעיל (אוח"ב) מהא דכתובות (דף פ"ג) מפירות המחוברים לקרקע שכל שחל על זה השיעבוד צעת שהיה קרקע לא נפקע השיעבוד גם אם נתורה אח"כ מטלטלין, ומדוע חל המעות שבה מהקרקע שנמכר חשיבו מטלטלין ואין גובין מזה לכתובה, ובראה לענ"ד לומר דהגם בפירות המחוברים שאחזו דבר גופו נעשה מטלטלין בזה אמרינן שחל ע"ז השיעבוד שהיה עליו צבדו שהיה מחובר ולא נפקע ממת הורשים לפרוע מהם גם אח"כ כתיבה נעשה מטלטלין, משא"כ במעות שבה מוכרת קרקע שחלה מלחא אחריתא היא ונהי שלענין זה אמרינן דהוה כנשאר מעות מאביהם שאם גובין ממטלטלין גם מהם גובין, מ"מ לענין ז"ס

זה שחשבו בקרקע כאותו הדבר שהיה מקודם שחל ע"ז השיעבוד, וזה אין לנו דנין כן משום דמי"מ מילתא אחריתא היא רק תשובים שנשאריו מאביהם שהרי בלא מן דבר שהיה של אביהם וראוי ש"ן נקשר ממוס שאפשר לעשות אותן תמיד למכור הנכסים ולקח עבורם מנוח — ובצדק מה שחלוק חוב ממונות מחויב כתובה ושאריו חובות, זה מכל לומר גם לשיטת התוספות כמש"כ לעיל * :

ו) ובעצם דין זה שכתבנו אם מן הדין גובה חובות על פה הנשואים על היורשים מן המשותף שאלו ממכירת קרקעות כשישנו המשותף בעין, נראה לדיקוק כמה שמלינו בגמ' שרב אבי אומר ר' יוחנן חידש לנו הדין, שאמר יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו, ויש לעיין מזה החידוש שנסמיכו, זה זה הדין שהמכירה קיימת ואין טורפין מהם למוזנות הבנות, זה הלא הוא משנה שפורשת אין מויליין למוזן האשה והבנות מנכסים משועבדים (גיטין מ"ח ע"ב), ואם נאמר הריהו אמינא דהא דאין מויליין מהנכסים משועבדים למוזן הבנות הוא דווקא אם הלא מכרן אבל היורשים אין להם רשות למכור מה שמשועבד למוזן האשה והבנות והוא"ל דיכול לפרוק ממה שמכרו הם, הא גמי רבי אמר להאי דינא (כתובה ס"ח ע"ה) שהשיב לרב בזה דשלח ליה האחיים ששיעבוד מהו והשיב לו רבי בן מכרו בין משכנו מויליין לפרנסה ואין מויליין למוזנות, וה"כ מאי חדיש לן רב אבי בשם ר' יוחנן דדינא של האחיים שמכרו בנכסים מועטים שמה שמכרו מכרו, ולכאורה ריחוי לומר שלפי שיטת רש"י יהיה החידוש דמה שמכרו מכרו ואין גובה מהנכסים משועבדים למוזן הנכסים לזורך מוזנות, שבשאריו חובות הוא הדין שצריך לשלם להבע"ח מהמנושות שלקחו מן מכירת הקרקעות המשועבדים לפרוע מהם חובות אביהם, ואלו בתקנתא דרבנן של נכסים מועטים כל שאין לבינו אותם הנכסים ממש נפקע שיעבודם מהם ולא חל על המנושות שלקחו תמורת הקרקעות, אך בחמת ליגנא דהאי מיורא מה שמכרו מכרו לא משמע הכי, רק שיעקר 'הרבוהא הוא שהמכירה קיימת והבנות אין יכולות לבטלה, וכן משמע בגמ' פ' הנושא (ק"ג ע"ה) דמוקינן מינה על דינא של מה דיתומים אין יכולים למכור מדור האלמנה ואם מכרו לא עשו ולא כלום, ופריך בגמ' מאי שנא מהא דאמר רב אבי אמר ר' יתומים שמכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו, משמע שיעקר הדושה הוא מה שהמכירה נשארה בקיומה והבנות אין יכולות לבטלה, וה"כ ל"ג מה שדקדוקהא הא רבי אמר מויליין לפרנסה ואין מויליין למוזנות :

ולכן נראה לענ"ד שמה שאמר רב אבי אמר ר"י האי דינא דיתומים שמכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו, שיעקר הדמות האשה ע"פ שאלו על המנושות אין חל שיעבוד לגבות נושא מוונות וכמש"כ מוקדם וה"כ מבעליה תקנת חכמים בהתלש ולכן ככה"ג והיא שלכתלה אין לו שום רשות למכור ולעקור תקנת חז"ל, וה"כ לכאורה היה ראוי שיהיה הדין בזה כי הוי דהמירין בכמויות (פ"ה ע"ב) כל היכא דלמור רבנן לא לייצבין וי זבין לא הוה זבניו, ולכן אין דומה לכל המכירות של היורשים שיש עליהם מלוה ע"פ הע"פ שמתקיימן השיעבוד ע"י המכירה, מ"מ כיון שזמן המנושות מחויב לפרוע לה גיעקר בהמכירה תקנת חכמים ומויליא

אח"כ גם כשכילה את המנושות ואין עורף מוזשעבדי מ"מ נשאר המכירה קיימת, משא"כ במקום שזין חל השיעבוד על המנושות ואין מנוח לתן מוונות משאריו נכסים כמו בזה הנכסים מועטים, והבנים אין להם זכות בהנכסים מועטים לקח לעצמם, וה"כ במכירתם מיעקר תקנת חכמים וראוי היה להיות שיעבוד זה שהיה בטלה המכירה, ואעפ"כ השמינו ר' יוחנן שגם בחופן זה אפ"ה מה שמכרו מכרו, ולכן מקשה מינה הגמ' אהא דמדור אלמנה ששם יש לה מתקנת חכמים וזוהי להיות בהמדור גובה ואין להם רשות לשכור דירה אחרת עבורה ולכן הוה הדין שאין להם רשות למכור ואם מכרו בטלה המכירה, משום שבעליהם תקנת חכמים וע"ז פריך הגמ' מ"ש מן נכסים מועטים. — ולשיטת הר"ש שסובר שבכל החובות המוכר את הקרקע אין על יורש שום חיוב על הדמים, א"כ ל"ג לפי דבריו מה חייב יש בדינא שהמליא ר' יוחנן ביתומים שמכרו בנכסים מועטים שמה שמכרו מכרו, הא כבר פסק לה רבי מויליין לפרנסה ואין מויליין למוזנות ובכל החובות ע"פ כממכרין יתומים נפקעים מהם השיעבוד והמכירה קיימת, וגראה לומר שבכל מקום אשר שיעבוד הנכסים אין מסוים שהוה היה עבור שיעבודה למוזנות בזה מלתא דשיעולא הוא שהמכירה חלה ואין מויליין מנכסים משועבדים לזורך מוונות, אך בנכסים מועטים הוא אמינא כיון שפ"ה תקנת קיימת, לדין להיות כל הנכסים משועבדים למוזנות הבנות והבנים אין להם זכות בזה, היה ראוי לחוק שהיה המכירה בטלה, וע"ז חדיש לן ר' יוחנן שמה שמכרו מכרו, וזהו דמקשה הגמ' בכמויות חדינא דמדור אלמנה שהיא ג"כ דבר המסוים ותמחת זה בטלה המכירה, בהם שמכרו הוא חז"ל לדין להיות כל הנכסים שאין מויליין למוזנות מ"מ במדור לפי שהוא מסוים בטלה המכירה, וע"ז מקשה הגמ' שפיר מ"ש מנכסים מועטים, ומשני הגמ' דשם חל השיעבוד מחיים ותבשר השיעבוד עדיפא :

ז) הוינא מכל האמור לפי מש"כ דעת רש"י הוא שהמנושות שלקחו היורשים תמורת הקרקעות לריכוס מהם היורשים לשלם עבור חובות המוריש שחל על הקרקעות, ובדעת רבינו האי גאון בהם שמוכר מדבריו עדין ממלטלין להם כהבנו שיש לומר שדווקא לענין חוב מוונות המירין הכי אכל בשאריו חובות יש לומר כפי שיטת רש"י שגם מהמנושות ניגבה כיוו מהקרקע ואמירין מה ין לן מה ילי דמיסה, רק שיטת התוס' בכמויות (דף י"ז) מוכח ברור שגם לכתובה שהחוב ברור אין ניגבה מן המנושות שגם ממכירת הקרקע, רק בשיטת הר"ש יש דבר חדש שגם לדין שגובין מן הממלטלין מ"מ הכי משום שבעינן להו למדתי ואינם בכלל נשאר מחיבה ואין עליהם שום זכות גביה כלל לחובות של אביהם. — וזוין על הובא ג"כ ברמב"ן דמוקדוין למס' ב"ב וכתב ג"כ בשו"ת הר"ש ששילבו למאי דקיי"ל לדינא לדין שגובין ממלטלין, מ"מ ממשותף שגם ממכירת קרקעות אין גובה דהני משיות לא שביק תבואון, כן כתב בחידושו לפי מי שמת, ולכאורה מדבריו התוס' הנ"ל בכמויות מוכח שחלוקים ע"ז, שהרי כתבו שבעטש שאין גובה לכתובה ממשותף של מכירת קרקע משום דמלטלין גיבהו, אבל אם ממלטלין היו ג"כ בהם דין שיעבוד לגבות חוב היה גובה מן. — איבנס נראה לענ"ד לומר שאפשר שגם התוס' יודו לשיטת הר"ש

(*) הנה"ה אחי שהבחי לו זה מלאכי בירובלמי כתובות פקח ח' הלכה י' אהא דתמכרין לרקע שאל קום היוכס ותסמ מויליין מידו ומסיים כס ומי כן חילנות וקליים וקיים ועברים מויליין בידו ועיין שם כל הסיניא בירובלמי ויש"י הקבין עדה שפירוסו מחור יוחר פסי' הס"מ שם, וה"כ חדין כס דעת הירובלמי שסם גבי יבכ לא חלי מהי מה כעשה המחויב למלטלין ורויליין מן גיבה, אחס לנדי נט"ח ככה"ל משמע ס' הירובלמי שאין מויליין מן יורש אם קדם והסם, גיינו כעטש ממלטלין והספן הירוש' רק כיבמה משיי שבוטע לחס שכונהה רק על נכסי בעלה האלאו יפה כחה לענין זה, והוא בעין פס"כ לעיל שם לומר שגם יבכ שחיקי כחה שכל מה שחל ע"ז שיעורל לא נפקע גס אח"כ כעטשו ממלטלין. אחסנ נבי כע"ה יש לעיין אם כעטשו מהמחויב ממלטלין אם גובין מהם לפי דינא דגמרא, כ"ל דוקא אז חסס הירוש' אז אין מויליין לפסי"ח, אבל כעל חסס יכול הנפ"ח לגנוה גס מה כעטשו אח"כ ממלטלין, וכן משמע מירובלמי הנ"ל וה"כ :

היוק האחרון לראשון, ויגבה הראשון מן האחרון עשרה דינרין מותר חלי נזקו לקחה מדת הדין, שהרי האחרון אין לו לשלם רק כ' דינרין כפי שווי סתם ואין משלם אלא מנופו, והראשון כשהשמוע שמונים, להאחרון עדיין שוה מנה והאחרון יכול לאשתלמו מיניה חלי נזקו שהוא ארבעים, ולפיכך דין הוא שגוליא עשרים נגד עשרים חלי דריבא לאשתלמו מהדרי כו' יע"ש, ומדרייק הנימוק כ"ג א"ג כתב במתא כנון שאחד שהיה שוה מנה היוק לחברו שוה ר' ונשאר כו' להראשון בשמונים שלא שוה רק כ' שהדין כך, ורק כתב הגי' דיוקא באופן זה שהשור שהיוק בשמונים ונשאר בשווי כ' הוא היה השני בהיוקו להראשון במנה, ובחמת אדרבה שכיח לאשתלמו שהיוק יזיק להלם ביותר והיה לו לכתוב שהשור ששוה ק' לאחר הנזק היוק להשור ששוה ק' בשמונים ונשאר רק כ' בשווי, ומדרייק רק לכתוב ככה"ל שהשור שניוק ונפחה שווי עד שאין שוה רק כ' הוא היה השני שהיוק להשור ששוה מאתיים והיוקו במנה, ומכל דס"ל בגמרא הוא דיוקא ככה"ל כעצם שנגמ' להשור שוה מאתיים בק' או לא היה שוה רק עשרים, אבל אם הדייק שהשור שוה ק' היוק להשור שוה ר' במנה, ואח"כ היוקו השור הניזוק ששוה לאחר שניזוק ק' להשור ישנו בשמונים ונשאר רק בשווי של כ' מ"חזי לאשתלמו מיניה כל החמשים שמגיע לשלם מחמת שהיוק מתחלה להשור שוה ר' בק' והוא היה שוה מנה, ואח"כ כשהיוק מאת השור הניזוק בשמונים יזיק ממנו ארבעים בלירוף שווי שלו עשרים ישנו להשור ששם דינרין יזיק הניזוק הראשון מזה את החמשים המגיע לו, ויכנה לו ארבעים שמיים לו ויסקן לו עשרה המותר מהמעות שצריך לשלם לו עבור נזקו חשוב ג"כ כגופו, והנימוק בעלמנו ס"ל בריש פ' מי שמת כשיטת הרמב"ן שהמוכר נכסיו שרש מחביו הן קרקעות והן מטלטלין אין גובה מהמעות אפילו לדידן דהיה לן שגובין מן המטלטלין משום דלאו הני זוזי שביק אבוהון, ואח"כ ה"ז הילך גובה חלי נזקו מן המעות שצריך השני לשלם להראשון הא אין זה גופו, ואח"כ קשה שהדרי :

הדמים מיד הלקוחות ואינה יכולה לחזור לעורפן מחמת כתובתה דהוה לה מטלטלי ולא משתעבדי לכתובה כו' יע"ש, ואלי תמה בזה הא כמו שאינה יכולה לערוף המעות לכתובה הנוקדת מהמעות שביד הלוהק מפני שמטלטלין לא משתעבדי לכתובה, הא כמו כן גם המלוה בשטר לא יוכל לערוף מן המעות שביד הלוהק משום דמטלטלין ניכחו ומטלטלין דמיין לא משתעבדי לבע"ח, דהוה מוצא דהר"ן סיבר שמטלטלין שבאו ממכירת הלוהק שיש להם דין מטלטלין דמיין, ואח"כ איך יכול לנכות מהמעות המלוה בשטר הא זה דמי למה שאמרו בפסחים (דף ל"ב) בהא דראובן שמכר שדה לשמעון וכו' דלמדי בני ראובן אמן מטלטלין שביק אבון נגד ומטלטלי דמיין לבע"ח לא משתעבדי. ונראה לענ"ד לישב זאת והוא דהתם שצ"בוס מוכר השדה ולכן הגם שהבע"ח יכול לערוף השדה, מ"מ המעות לא יוכל הבע"ח לנכות אותם משום שהמה הוא מטלטלין כיון שאינו עורף להשדה ועלם המכירה נשארה, משא"כ כאן שהאלמנה מכרה אמרין כל שבא מלוה בשטר המוקדם לחוב של המזונות שפיר יכול לומר כיון ששערי מוקדם ודין בתיב השדה שייך לי חלי הנני משאר המכירה שמכרה האלמנה לחובי ומקבל חלי המעות מותרת המכירה, יפן שמכירתה היא בתורת שליח ב"ד ותשבינן ליה למכירה למה שאריו להמכר לפרעון מבוזבז, והא שיש יכולה לנכות לכתובה מהמעות, הוא מזה כיון שהיא מכרה את השדה והמכירה מלידה קיימת, דלמירין אחריות נדפשה קבלה עליה וה"כ המכירה נשארה בתוקפה מלידה, ורק בלא משום מן המעות רק עלם המעות דא לא היה נשאר אלא המכרה, שהרי האשה היתה עורפת מן הבע"ח השדה דמה שהיא מכרה, השדה למזונות בדיון שהיה יכולה לערוף אח"כ לכתובה, רק משום דלמירין אחריות נדפשה קבלה עליה, ואח"כ היה דומה למה שאמרו לעיל בגמ' (דף ל"ב), באשה שכתבה הלוהק דין ודברים אין לי עמך, ששאינה מויליאה מן הלוהק והראשונה מן השניה והלוהק מן הראשונה וכו' עד שישעבד פשרה, וה"כ כן היה אם הבע"ח יערוף השדה שמכר למזונות מן הלוהק והוא פתרוף האשה עבור כתובה המוקדמת מן הבע"ח והלוהק מן האשה מפני שהיא מכרה לו ואחריות נדפשה קבלה עליה, אבל כשבא על המעות, ובעלת הכתובה כיון שהיא עשתה מן השדה שמכרה למזונות מטלטלין, היינו שעשתה מזה משום אין יכולה לתבוע מהם, משא"כ נבי הבע"ח כיון שהוא לא מכר תשבינן עתה כאלו המעות עומדים במקום הלוהק ע"בזה מזה, וזה הנראה לענ"ד בדברי הר"ן, והוא דבר חדש. אבל זה מוכח מדברי הירושלמי (נ"ג הלכה ה' ג') ר' יוסי אומר מוכרת סתם ובזו כחה מיופה באת מלוה בעדים אומרם למזונות מכרתי, באת מלוה בשטר אומרם לכתובה מכרתי, מכל זה מוכח שאם בא מלוה בשטר ואומר שמכרה למזונות או יגבה המלוה מן המעות שביד הלוהק. — עור נראה לענ"ד לומר באופן אחר, שהגיון שנכתב דמי המכירה מן הלוהק למטלטלין, הוא מועיל לגבי דירה שמכרה למזונות, וכן מועיל לגבי בע"ח של אביו, רק מה דמיין אביו כלן הוא מיעש אחר כיון דהבע"ח יכול לערוף השדה, והוא הלוהק יבא לפנות את הבע"ח שלא יערוף ממנו השדה בהמעות שיש מ"ח, כיון דקיי"ל ארמלחא דובין אחריות אימתי, ובין דהחוב נעשה עתה אמרין שהחוב של פלוני אחריות מהמכירה נעשה אחר מיתת המוריש ע"י היתומים או ע"י ב"ד שבאים בתורת בע"ב על מעות היתומים או האלמנה שיש להם כח זה, חשוב זה חוב חדש ואל גם על המטלטלין שנעשה ממעות מורישם, ובין שבידו הוא יכול לעכב לערוף ע"י של המכירה שבאו לערוף ממנו, הא זה יכול לבע"ח הרבה שבאו על מטלטלין

ונראה לענ"ד לומר שיש חילוק היבא שמוכר הנכסות בשאר מחביו ששקיע השיעבוד ויבטלו למכר שהיה המעות לו, אין חל על המעות שום שיעבוד משום דהני מעות לא שביק אבוהון, משא"כ בידידן של החלי נזק שהוק אח"כ כיון שחייב תשלומין חל מיליאל וזכר אדם לא הפקיע זה, שפיר תשיב כנופו, ועפ"ז אחי שפיר טפי שדברי החוס' שכתבו לעיל בדבריו שבב"ק (דף מ' ע"ב) אינם מנגדים לדברי החוס' בכתובות (ז"א א') משום שם בכתובות לא הפקיע שום אדם השיעבוד מן מועות המכירה שהרי הורשים לא מכרו ולא נתכוונו לזכות בעלמם בעת המכירה להמעות, ולכן שפיר חל על המעות שיעבוד החוב אם היה דין שנגבה מן המטלטלין רק לפי שאין גובין מן מטלטלין, וזה נחשב כעשה מטלטלין מיליאל, ולכן מדינא דגמ' אין גובין חובות מזה מפני שמטלטלין דמיין לא משתעבד לבע"ח ולכתובה, ולדין ככה"ל היה גובה מן לבע"ח ולכתובה, משא"כ בב"ק שהוא מוכר בכונה להשור, באופן שהיה המעות לעצמו נפקע השיעבוד מן המעות, פירושם שלא חל מתחלה על המעות שום שיעבוד והיורש וזכה בהמעות, ואין נחשב זה במקום השור, אבל במקום שהיוק נכסיו מואחר, או התגלוש שילעזק המזיק לשלם הניזוק נכנס בדיון של גוף הדבר שניוק, והשיעבוד שהיה על עולם הדבר חל אח"כ גם על התגלוש ודו"ק :

יא) ונדרי דברי בענין זה אמרנו אכתוב מה שיש להעיר בדברי הר"ן שכתב בכתובות כפ' אלמנה ד"ה אחר לה, שכתב שם אהא דלמירין גמ' מוכרת מר כדי כמותה שעה טובה קמ"ל שלא תמכר הכל לערוך מועות, שאם תעשה כן אפשר שיבוא בע"ח מלוה בשטר ויערוף

מהיום ופירות לאחר זמן קיום התנאי :

והנה תשובו בכתב ביום ד' א"כ שיעקר הקטילה הוא מניעות תוס' שיהיה עליה צעת המצבה וא"כ אין מקום לקבוע הר"ן, אמנם עדיין נשאר לנו לחקור בענין זה שכתבו תוס' שהקטילה הוא מניעות וולדות שיהיה עליה צעת הנגיבה, והוא נכבד נחשקו בהא דאמרינו מן מניעותיה וולדותיה או זה דווקא גיבור וולדות שעת המצבה, או שעד שאמר הריני משלם, או אפילו גיבור שא"כ ג"כ אינו להנפקד, ועדין ש"ך (פ' י"ה ס"ק ט') שאומרים מדברי תוס' והרא"ש גבי יוקרא דכופי שכתבו דהוה נכחא דתנאי מעלמא, משמע דאלו הוה נכחא שכתב דמונא היה שייך זה להנפקד, וא"כ מוכח שם אחר הנגיבה שייך שכתב דמונא להנפקד ללשנא דאמר ר' זירא חוק מניעותיה כו', וללשנא דאמר ר' זירא שנעשה כאומר סוחר לגיבתה קנייה לך וא"כ שכתב דתנאי מעלמא ושכתב דמונא הכל אחד הוא, ואחר הנגיבה שייך הכל להשומר המשלם, וא"כ נפקא מינה דינאי בין הני תרי לשני, ולפ"ז יש לעיין למה אמר הגמ' א"כ קושא דר' זירא הרי יש נפקא מינה דינאי שניעות וולדות של אחר הנגיבה, ולר"ך לדחוק שזהו כוונת הגמ' ג"כ דאמר איכא בינייהו קושא דר' זירא היינו תולדות הריני הוולאס מקושא דר' זירא, ומ"מ לענין יוקרא שנתייקר עד שעת הנגיבה לפמש"כ תוס' דיוקרא הוה שכתב דתנאי מעלמא לכאורה ראי' להיות להשומר המשלם אחרי שמקנה לו מעכשיו, מ"מ אמרתי זה מבשרא ומלתי ש"הש"ך אומר כן (ב"ק ס"ז), שהא שמירך לתן שכתב דיוקרא שעת הנגיבה להנפקד, וא"כ מטעם אחר כיון דתנאי ההקנאה הוא לכשתגב ותראה ותשלמינו וא"כ לר"ך לשלם התשלום המוטל עליו כפי הדין שמוטל עליו בלעדי ההקנאה, וכשמשלם זה, מתחלה מזד זה קיום התנאי וע"ז זה נקנה לו למפרע, וכל שאין משלם לו דנין לא מקרי קיים תנאו, ולכן מוכרח מזד זה לשלם את היוקרא שעלה עד שעת גיבה מהאי טעמא, משום שאם לא ישלם לא מקרי שקיים ותשלמינו :

אלא דלפ"ז קשה הני נמי נימא כן אניעות וולדות שהיי לר"ך לשלם מה שנמלא מושבם עד שעת הנגיבה הן גוף הבהמה והן הגינות וולדות, וא"כ ממילא יחייב לשלם מזד קיום התנאי, והנה הש"ך כתב שם ע"ז דכוונת הגמ' שנוק הגינות וולדות יתיה שייך להנפקד, והבדילתה דתני חוק מניעותיה וולדותיה משמע שזה שייך להנפקד לגמרי עיי"ש בש"ך, ולדעתו הקלושה לא אבין תירומו של הש"ך, דהא כשאלו באים לדון את הנפקד לחייבו להחזיר הפקדון והוא אומר שנגבד ומשלם עבור זה ודאי שאלו דנין לו כן שכל מה שנמלא בעין מן הפקדון כמו הגינות וולדות יחזור בעין כמו שהוא, ומה שנחסר לו ישלם עבור זה, וא"כ כן הוא הדין של התשלומין, ואם לא יחזור לו בעין מה שנמלא אינו מקיים התשלום המוטל עליו ואין נקנה לו למפרע הנגיבה, וכעין דבריו ומלתי שהקשה כן הקה"ת ב"ק ע"י"ש בד"ה אמנם, ונראה לענ"ד לומר בדב"אור הגמ' דמקשה, או הכי אפילו גינותיה וולדותיה נמי, משום דבשלמא לענין יוקרא, אם נתייקרה קודם שעת הנגיבה ד"מ צעת קבלת הפקדון היתה שעתה זהו שיהי אומ"כ מתייקרה שעת חמשה עשר סלעים אשם ישלם רק עשרה הרי אינו משלם רק שני שלישי הפקדון ולא מיביעא אש שילם מחלה לא מקרי שילם כלל ודאי דלא קנה למפרע, אך גם אם שילם מחלה חסוי שילם, מ"מ אין קונה רק המחלה שילם והמותר לא קנה וא"כ באופן זה לא קנה רק שני שלישי הפקדון וממילא היוקרא תחזור להנפקד, רק מניעות וולדות שפיר מקשה הגמרא דהיי שמזד דין התשלומין לר"ך לשלם את הבהמה ואם הגינות וולדות הנמלאים אלו בעין, אך מ"מ אם לא ישלם את הבהמה לחזרה כן נמי שדועינן הרלו המפקד להקנות להנפקד כששילם, א"כ נוכל לומר שנעשה כאומר לכשתגב כו' בפירוש גושא

מטלטלין שקדם אחד ותפס אין מוילאין מזדו, וזהו כוונת הירושלמי בזה מלוי בעדים אומרת למונתי מכרתי שחזב זה כנבוי על חוב זה של האשה, ועוד שלל גבי חוב אחר נחשב זה מטלטלין ואין יכול המלוה בעדים לגבות מזה, בזה מלוי בשטר וזהו אם תאמר שמכרה למונתי הלא יערוך הבע"ח הקנה, ואז יפלה הלוכה במצות אלו ויפסוד אומת עבור חוב שיעבורו, שמוטל עתה על הירושלמי מאשתי אביהם, ויהא לא מוכל לגבות הכחשה ממנו מפני שאחריות דנפשה קבלה, ע"כ טוב יותר לפניו שתאמר אז לכתיבה מכתתי :

וראתי להחמיים (ב"י ק"ו ס"ק ז') על מחלוקת הפוסקים שיש שם כשע"ך ד' אם מכר הירוש' נכסי אביו ואין בע"ח יכול למרוק מהם כגון שמכרם לאלם וכדומה אם גובה מהדמים, או אין גובה, ומ"ד גובה יש בזה שני טעמים ואחד מהן משום מוין שיעבורו על כבודו מדינת דגרמי, וכתב שם החומים, ונראה דאם הדמים כד לוקח עדיין יכול לעכב ומביא ראי' מד' הר"ן שזמנא לירושלמי ה"ל שהדמים כד לוקח, ומדלא פירש שהדמים כבד ביד האשה ומלוה בשטר טוען הוקח שיעבורי, ש"מ דלא מני מפיס מהאשה, ומ"מ קאמר כשהדמים כד הלוכה דיש להבע"ח טענה עליהם, ש"מ דלא הם בחזקת המוכר עכ"ל, והני תמה על דבריו היאך יוכל לבוא על האשה שמכרה למונתי מטעם מוין שיעבורו של חברו מהרי טעמי, או מה הוין הלא יוכל למרוק מן הלוכה כיון שהיא מלוה בשטר ומה הוין, ומאן אמר לן שמירי בבוון דהוי הלוכה אלם וא"כ הלוכה ממנו, שנית והיא תמיה דכתב עליו הא כהן לא הוה מוין שיעבורו של הבע"ח כלל, דהא כבודתה קודמת לחובו ואי הוה בעיא הלא היא יכולה למכור לזרך ככותב ואין שיעבורו של הבע"ח חל לגבות הוונתה מן שדה זו, וא"כ אין כלל שום ריוח כלל, והירושלמי לר"ך לפרש באחד מהנך גווי שכתבנו למעלה ודו"ק :

סימן יד

ביאור דברים בהסתייגא דריש פרק הפקדון (ג"ז ע"ה) אמר רבא נעשה כאומר לבעשתגב ותרצה ותשלמיני הרי פרתה קנייה לך מעכשיו כו' מתקפה לה ר"ז אי הכי אפילו גינותיה וולדותיה נמי כו' :

ראיתי שהקשה הר"ן במדושוני נימא דקאמר גושא מהיום ופירא לכשתגב וכמו שזמנינו בב"ב גבי מהיום ולאחר מיתה, ומיך דהוה תנאה יעו"ש, וקשה לענ"ד על תירומו של הר"ן הן אמת אם היה המפקד מדבר בפירוש בזה"ל לכשתגב ותראה ותשלמינו קנייה לך מעכשיו והיינו מסופקים בכונתו אם תנאה הוא או שכונתו גושא מהיום ופירא לכשתגב כו', והוי דהיינו מפרשים שזה רק תנאה לחוד הוא שסתמא דמלתא מפרשים שזה קנין לגמרי הוא כל שאין מדבר בפירוש ששפיר בלגמו איזה דבר נזון, ואין דומה להא דמהיום ולאחר מיתה משום דשם אין נזון לפרש תנאה לחוד שהיי הדבר יבוא בודאי, ולהסוף אם לא תחזור עד שעת התיא הלא לר"ך כהן תופסת דברים, וע"כ מפרשים לדבריו מהיום גושא ופירא לאחר מיתה, משא"כ כהן גבי מעכשיו ולכשתגב ש"כ מפרש לון תנאי, וא"כ די לנו בזה שהוא תנאי, ושורר פירות אין לנו לומר מעלמינו כל שלא פירש, אך זה הוא רק דבירור בפירוש, אבל הכא בזה דאמר נעשה כאומר שכתבת על נדבר זה כלל, רק שאנו דנין כן מזד שדועינן הרלו המפקד להקנות להנפקד כששילם, א"כ נוכל לומר שנעשה כאומר לכשתגב כו' בפירוש גושא

יהיה שייך הגיונות והולדות להפקדן ולא יעטרך לשלם עבור זה, וא"כ נראה שקושיה בגמ' אי הכי אפילו גזומויה כו' קאי דוקא למ"ד שילם מחלה מהני לענין מה ששילם ממילא תאלא הכוללת מזה שיהיה הדיון שצבור גזומויה וולדות לא יעטרך לשלם וישארו של הנפקד ממילא :

אד לפ"ז לא יתכן מש"כ החוס' שהכוונה הוא בקושיה בגמ' מהגיונות וולדות של שעת המשיכה דהא בחזון זה הוה שני דברים אללו הבהמה והגיונות וולדות וכשמשלם עבור הבהמה והגיונות וולדות שטרך להחזיר בעין ואין מחזיר, א"כ עבור הגיונות וולדות הרי לא שילם כיון שלא שילם כפי הדיון שמוטל עליו, וא"כ חשוב זה כמו ששאל שני פרות ושילם אחת מהן, וא"כ לא מיבעיא אם הדיון יהיה בשאל שני פרות ושילם אחת מהם שאין קונה להכפל כל שאין משלם בפלימות, ה"ל יהיה כאן כיון שחייב בהשלמות להחזיר בעין הגיונות וולדות ואין מחזירם הרי מקרי שאין משלם כפי המחוייב, וא"כ לא חשוב זה שילם כולל, אך גם נאמר ששילם אחת מהן מחייב לענין מה ששילם, וא"כ הגיונות לא נקנו להנפקד אחרי שלא שילם עבורם כדון המוטל עליהם, ע"כ נראה לעי"ד לולא דברייכם ה' שיעקר הקושא יהיה מגוונות וולדות ושיתפסו אחרי המשירה קודם הגניבה, הנה שפלימות ג"כ ש' לחקור ולדון ג"כ מזד הסברא כיון שמוטל על הנפקד להחזירם, א"כ לא מקרי זה שילם כדון אם לא יחזיר הגיונות וולדות, ע"ז נראה לעי"ד שיש לומר שלא מיבעיא אם שילם מחלה מהני לענין מה ששילם וא"כ ממילא הועיל התשלום לענין גוף הפרה, ונמילא יקנה הגיונות וולדות למפרע, אך גם אם הדיון יהיה ששילם מחלה אין מועיל וא"כ לכאורה אין כאן מקום להקשו"א דאי הכי אפילו גזומויה כו' דהא מחוייב הוה להחזירם מזד תנאי התשלום, על זה נראה דיש לומר דהרמ"ה הוא שששילם מחלה אין מועיל, או ששאל שני פרות ושילם אחת מהן אין מועיל כשהפקדו שניהם ביחד, אבל הא שפטי"ח שאם היוס קבל פקדון ומחר פקדון שני ושילם עבור פקדון הראשון ודאי דמועיל התשלום לענין אותו פקדון ופקדון השני אין מועב כלל, וא"כ הנה גזומויה וולדות שניהם כהר כן הרי עלם הפקדון ששאלו אללו בלא הגיונות וולדות כיון ששילם אותו נקנה אחר"כ למפרע, וא"כ מומילא יאל מזה שהגיונות וולדות יהיו של הנפקד בלא תשלום, וזהו דפריך בגמ', וכל הקושא של הגמ' הוא לפ"ז מגוונות וולדות שח"כ, ודברי החוס' לא זכינו לבין שיטהם בל"ז. — אך מעשה ישאר קושיה הר"ן למה לא נאמר דההקאה יהיה בהוף בעת המשירה והשיכות לאחר ששילם, ונראה לעי"ד לומר משום דח"כ יאל מזה דין חדש שאם יגבד הפרה והולדות שהכפל זהו הפרה יהיה שייך להשומר שאת הולדות לא קנה כלל, מן הולדות לא יהיה שייך להשומר שאת הולדות לא קנה כלל, ומתקיי"ן התמוה קהני כל ששילם וכמאל הגנב ונשלם תשלומי כפל להשומר, א"כ לא ילך הגמ' לתרין כן, ורק מתרין הגמ' שמקנה לו ששאל דהתא מעמלא ואפילו וולדות ונשן קניי לו לענין שבהא דתתא מעמלא, אבל לענין נזה שמשכמה וניתוספו הולדות והגיונות וזדומה לענין זה לא הקנה לו, ולכן כל הולדות של הגיונות וולדות שייך הכל להנפקד :

שילם, וא"כ אין ראייה משם דיוקרא הוה שבהא דתתא מעמלא, דהא חשי' אי היה יוקרא תשוב כשבהא דמונא ג"כ היה קונה כיון שכבר שילם, הן שיש ליישב דברי הגמ' ויהיה לומר שאין הכי נמי שאחר התשלומין גם שבהא דמונא נקנה להנפקד ששילם, רק דיוקא של החוס' והרא"ש הוה שדקדקו על"ל דיוקרא דכפי הוה שבהא דתתא מעמלא הוה רק מקושא בגמ' שהקשה רבא לרב נגמון מהתקיי"ן ששילם ולא ילך לשבע וממתקיי"ן אין דקדוק ליוקרא, אם היה זה מקרי שבהא דמונא דהא במתקיי"ן הוה שבהא דתתא מעמלא, וע"כ דקדקו החוס' והרא"ש מזה דשבהא דיוקרא דכפי הוה שבהא דתתא מעמלא, מ"מ בחמת אין מיושב גם דברי הגמ' ויהיה שבהא אחרי שלפי דבריו אחר תשלומין הוה גם שבהא דמונא להנפקד ששילם, וע"כ לריך לומר שזוהי מזד הסברא הוה אחרי ששילם, וא"כ למה הולך רבא לבדא וממתקיי"ן כיון שזה פשוט מזד הסברא שלאחר התשלומין עדיפא מדיון משנתנת שגם שבהא דמונא מקנה ליה, וע"כ לריך לומר שבהא דמונא לולא משנתנתו היינו אומרים שאין כאן קנין כלל גם במקום שמשלם, אך במשנתנתו שמועיל לענין כפל שהוא שבהא דתתא מעמלא וא"כ חזוין שדעתו של אדם להקנות על תנאי שמשלם אחר"כ, מומילא מהסברא ששנאמר התנאי היינו התשלומין ממילא נקנה לו לגמרי אפילו לשבהא דתתי מנופה, וזה הגרסא לומר לפי שיטת הריטב"א, וא"כ ממילא מוכרח ההוכחה מדברי החוס' והרא"ש דלא סבירא להו הכי וגם אפילו לאחר התשלומין אין קנה רק שבהא דמעמלא הוה שבהא דמונא, ומדבריהו מתלן דשבהא דיוקרא דכפי הוה שבהא דתתא מעמלא :

וזה מכבר נשא ונתן עמי בזה ידו"ד הראון המפורסם מו"ה שלמה מרדכי ברודא ז"ל בסמנאן ורלה לומר שחוס' ס"ל בשו"ת הרמב"ם שגוף הבהמה בעלמאה אין יוקימא להנפקד, רק ששייך להנפקד לכל השכחים דתתי מעמלא, ובעיני הוה רמוק לומר כן דרדו"י לא הוה שתקי התוספות מלהזכיר מלתא דתתא דא, וזיתר משמעות לשון הרא"ש מפורש כפי כיפי כסברת החוס' ובריש המפקד כתב סתם שמקנה לו גוף הפרה חוץ מגזומויה וולדותיה ולא קאמר שמקנה לו הפרה לשבהא דתתא מעמלא, ויש לומר כסברת החוס' שכל זמן שלא בא הפקדון ליד הנפקד אחר התשלומין לא נחשב נגמר דבר, וע"כ חולק התנאי של המפקד שהקנה לו חוץ מגזומויה וולדותיה, דודאי אין היה אומר מפורש אשר מעכשיו יחול הקנין ולכשישלם יוגמר הקנין, היינו אומרים שבעת התשלומין נגמר, אבל בחמת אנו אומרים שקנינו הוא מעכשיו לגמרי רק התשלומין תנאי הם ונקיטו התשלומין מתברר שקנה למפרע לגמרי ובההה חוץ מגזומויה וולדותיה ושארי שבהא שמנופה, וכיון שלא הגביל בשימוש משך התנאי של חוץ מגזומויה וכו', הנו אומרים שהוא עד שיבא התפך לרשותו, שאז הוה גמר ההקאה שהשומר נגמר דעתו שזה התפך שלו הוה :

עוד נראה לעי"ד שיש לומר שבהקאה הבהמה או שאר פקדון מלניו שני דברים מהתנאים שעי"ז זה נקנה הפקדון להנפקד למפרע בעת המשירה, א' תשלומין נמורים, ב' שהשומר אומר הריני משלם לו, שאמר שפטי שמתחייב בתשלומין, ובזה ג"כ נוטה דעתו של המפקד ועל קיוס תנאי זה הקנה לו למפרע בעת שמסר לו הפקדון, ולכן אפשר לומר ע"פ הסברא הירשה שבשילם ממש שאז נגמר התשלומין וגם אז נגמר דבר ההפקדון סילק עלאזו מן הפקדון ובשי שמוכר שפעתו לישא דחלמודא (ב"ק ק"ט ע"ב) אהון בין דשלקתו דמי הסתלקתו מהכא, משמע שהבעלים נסתלקו לגמרי, אבל בחומר הריני משלם הגם שבעור זה ג"כ מקנה הפקדון מ"מ הבעלים עדיין לא נסתלקו לגמרי, ועוד דהא אם יחזור הנפקד ולא ירצה לשלם מיבעי"ל הקאהו, ודבר עדיין תלוי לא נחשב אז נגמר דבר וכלן בזה אחרנין שמשך

ולענין יוקרא כתבו החוס' לקמן (ג"ה ע"ה) גבי הא דביי שיל' דיוקרא הוה שבהא דתתא מעמלא, ורמתי להנתיבות שכתב (ס"י ג"ה ס"ק ח') לתלמא דשפטי"ח שבהא דמונא שבהא אחר התשלומין שייך להשומר, ודייק זה מדברי הש"ך (ס"ק ט') מדויק דבריו שכזה דשבהא דמונא חשי' תתי אחר הגניבה לא קני ולא כזה דשבהא דתתא מעמלא אלא אחר התשלום לא קנה, ומייתי ראייה לזה מדברי הריטב"א בשעתא דכפי, ובהתא דבריו תמהוין דמייתי ראייה מד' הריטב"א, הלא מדברי החוס' והרא"ש מוזכר להיפך שהולרטו לומר דיוקרא דכפי הוה שבהא דתתא מעמלא ושם הרי כבר

שנתקף התגאו של חזן מניזותיה בו' עד שיוגמר דברי התשלומין בפועל ממנו. — ועפ"י נוכל ליישב גם דברי התוס' אהר"ש בצבורה דכ"פ והגם שהיה שם תשלומין אמתיים, מ"מ נראה שגם לפי מה שהקשה רבא מהא דשילס ולא רצה לשבץ אין זה דומה לשילס משום רק לאומר דרבי משלם, והוא דרב נחמן אמר תרי מילי, "דדרי כ"פ למרייהו, והדרי אהר"ש והטעם שדרי כ"פ למרייהו הוא משום ששילס שלא ברצונו ואזרחיה לפי דינא, ולכן לא מקנה לו, והא דהדרה אהר"ש למר"ה הוא משום דשומא בטעות דהוה כ"פ משיקרא, ויחזי א"ן א"ס היה הדין שגם בצבורה לבי דינא מקנה ליה שבתא והוה שבתא דיוקרא דכ"פ שייך להנפקד, א"פ"ה האהר"ש הדר למרייהו משום דשומא בטעות הוא דהוה כ"פ משיקרא, דאי לא תימא הכי למה ליה לרבא לומר העטם דלא אהדר ליה רב נחמן משום דאזרחיה לבי דינא הישוק ליה שבתא בטל התשלומין משום דשומא בטעות הוה א"ן ב"ן תשלומין כלל, ולדין לומר שטעם הוא משום הא דאמרין שומר חנם כיון דאמר פשעתי בה מקנה ליה כשילס משום דאי כפי פטר נפשיה בשקר גם קודם תשלומין, ולכן כאן כיון שגאברו הסיפי ממנו והנפקד הוה שבפשיעמו הוא בזה דאמר לא ייעשא היכא אוזביגו, הגם שתשלומי האהר"ש הוה שומא בטעות, מ"מ שבצט שייך לו משפט אמירתי שפצע, וכיון שא"ן כאן רק דין אומר הריני משלם ולא שילס מוצא, ולכן שפיר דקדקו התוס' שבתא של יוקרא דכ"פ הוה שבתא דאחא מעלמא, דאי הוה זה שבתא דמונפא לא היה צריך כלל להנפקד שא"ן כאן דין אומר הריני משלם ולא שילס מוצא, שהתשלומין בטלים משום דהוה שומא בטעות דהא הוה כ"פ משיקרא :

שקבל מהנפקד בחזרה, אבל לגירסתו שהטעות בזה רק משום שהכ"פ היו בביית אבל במקום שנגנבו וא"ן בביית גם כשהדרי אח"כ אין התשלום בטעות, וא"כ יש לדון באיזה זכות יבא הנפקד ששילס כבר להמפקד, לנכות הקרן ששילס הנגב להמפקד מלד שורת הדין, וזה אין סברא לומר שיקח שתי פעמים תשלומי קרן מן השומר וגם מן הנגב, ולדין לומר שמוטל עליו חיוב להחזיר לו מה שלוקח מן הנגב, על מה שקבל ממנו התשלומין. — וגראה לעי"ד לומר ע"ז ביותר ביאור שודאי מדינא התשלום הוא כיון שמשלם עבור הדבר שנגנב או שנאבד וכדומה נחשב שמקבל התשלומין מקנה לו עבור זה מה שקבל ממנו התשלומין את הדבר ששילס עבורו הגם שהוא לא קנה את הדבר שנגנב מלד שא"ן ברשותו מ"מ הוא מקנה לו עבור דמי התשלום שקבל ממנו. והנה בכל הקונים דבר שא"ן ברשותו שלא חל הקנין שהיה יכולין לחזור בהם הן הקונה והן המוכר היינו הקונה נותן המעות לדרוש מעותיו בחזרה, והמוכר להחזיר לו המעות ולבטל המכירה, אמנם כאן במקום ששילס שהיה מחויב אז לשלם, הקונה הוא הנפקד הוא שילק עמו כזה בהתשלומין מה שהיה מחויב וא"ן יכול לחזור מזה מפני שהיה אז מחויב מן הדין לשלם, והמקבל התשלומין כדור הבדירה לחזור ולקבל החפץ מן הנגב או האבדו, ולהחזיר המעות שקבל, או שיאשר החפץ להמשלם כפי מה שהקנה לו. — וגראה לעי"ד שיש עוד להעיר נפקא מינה לדינא דין שני הגירסות, אם החפץ ששילס השומר עבורו נמלא והוול מן המקח ששילס לו הנפקד עבורו, שלפי גירסת הרמב"ן ויטעו "דהא הדרי כ"פ" וא"כ כל שהדר הגניבה למרייה גם כשהוול אח"כ, אשפ"כ מחויב להחזיר לו כל התשלומין שהרי התשלום היה בטעות, כל אשר אח"כ נמלא, משא"כ לפי גירסתו שרק היכא שהיה בביית אז הוה תשלום בטעות [בזה גם אם הוול לדין להחזיר התשלומין] משא"כ אם נגנב באמת ולא היה הפקדון בביית הנפקד והתשלומין הוטל עליו ע"פ דין מומילא אם הוול אין יכול הנפקד ששילס רק לקח את הפקדון הנמלא תמורת דמיו, ומה שהוול אין לו בזה שום טענה על הפקדון [גרידה ומשינון לפת הרמב"ם נראה שדעתו כנ"ל של הרמב"ן שכן הוא לשון הרמב"ם (נפ"מ מה"י שבה"ה נ"ג) אבל אם הוה שפצע בו' ולא נתן עד שספכו כ"ד יחזור לבעלים כמו שהוא ומחזירם לשומר הדמים שקבל ממנו ואם כלים או רקקע נגבו ממנו מחזירים לשומר כ"פ, ומשיקרא קאמר ואח"כ הוה נגנב מוכח שגם בגניבה דין דמי שומא בטעות כשנמלא הגנב ונגבו ממנו נוף הגניבה, וגם מדחזיב האי דינא דשומא בטעות במקום דאזרחיה לבי דינא שפצע דא"ס לא אזרחיה לבי דינא אין כ"פ שומא בטעות, והוא משום שקנה עבור זה את החפץ שנגנב וכמ"ל לעיל] :

הן אמת שראיתי בשמ"ק שהביא בשם הריטב"א והרמב"ן ששפרכים הא דהוה שומא בטעות לא משום שהכ"פ היה ברשותו, רק כיון שנגמלא הכ"פ והכ"פ באמת הדרי למרייהו שלא קנהו הנפקד משום דאזרחיה לבי דינא, ולכן הוה שומא בטעות לפי שא"ן עליו חוב ממוון כ"פ דהכ"פ הדרי למרייהו, וא"כ קושיא רבא שרצה להקשות על דברי רב נחמן מזה דשילס ולא רצה לשבץ יהיה זה קושיא אחרתי מילי דאמר רב נחמן כ"פ משיקרא וכ"פ והדרי אהר"ש הוה תלוי בזה, שא"ס נאמר שרבי הכ"פ שייך להנפקד מומילא תשאר שומת האהר"ש באמת שלא תהיה שומת שומא אהר"ש לפי קושיא רבא הוה ב"ן תשלומין גמורין ולא רק אמירה של הריני משלם, אך השמ"ק כתב שרש"י והר"ם לפי גירסתו "דהוה כ"פ משיקרא" חולקים ע"ז ולדבריהם השומא בטעות הוא משום שהכ"פ היו בביית, וא"כ לפ"י שגאר הוכחתי שגם לפי הס"ד דרבא שרצה להקשות מזה דשילס ולא רצה לשבץ הוה שומא בטעות דהא הוה כ"פ משיקרא, ואפ"ה רצה רבא לומר שהשבח משיפי יהיה שייך להנפקד משום דהוה כ"פ אומר הריני משלם בזה שאמר שפעימי, והתוס' והר"ם א"כ סברי ג"כ כגירסת רש"י והר"ם ופירושהו ולכן הוכרחו לומר דיוקרא דכ"פ הוה שבתא דאחא מעלמא, וכן הוא מפורש בלשון הרא"ש דהא הוה כ"פ משיקרא :

ודע שיש להעיר ע"פ שורת הדין לולא ההכרח דנעשה כלאומר לכשתנב בו', וכן לדין היכא דאזרחיה לבי דינא בזה אין אנו אומרים נעשה כלאומר לו וכו' ואם נמלא נגנב שייך תשלומי הכסף וקרן הגניבה הכל להמפקד, וגוף הדבר של המפקד הוא מחויב גרד יהיה השבח הקרן ששילס הנפקד להמפקד הא יכול לומר לו הנפקד אמה צדין שילמת לי שברי' אז לא היה שההדון בידך להשיב לי ומה שגביתי פה ממנו הקרן של הגניבה הוא שלי, שאמת לא קנית אותה, בשלמא לגירסת הרמב"ן וכיפתו שומא בטעות הוא "דקא דרי כ"פ" ולכן שפיר אמרינן שכל שנמלא קרן הגניבה מתברר למפרע שהתשלום היה בטעות ולדין להחזיר התשלום

והנה ידירי הגאון הג"ל כתב להוכיח שדעת התוס' הוא כהרמב"ם שנוף הפקדון חוזר לבעלים, דמג"ל להתוס' להוכיח דיוקרא הוה שבתא דאחא מעלמא דלמא יוקרא הוה שבתא דמונפא, והא דקשיא ליה לרבא משי"ס וכו' הוה על מה דאמר רב נחמן דאזרחיה לבי דינא מעלמא, ולעומד אין כאן הוכחה מתרי טעמי חדא מודנקט הגמ' במלתא, ואיךר משמע שהקריה בדינא היה על יוקרא דכ"פ וזהו חדתי רב נחמן דיוקרא שייך לבעל הכ"פ, וע"ז הקשה רבא, שנית דע"כ לדין לומר שמו שבו דנין הוא דקשה ליה לרבא הוה על יוקרא, דהא אמרינן דשומא בטעות הוה דהא הוה כ"פ משיקרא א"כ הא כוה לו יותר ששאלה דאחא יאמר של הנפקד והכ"פ שיהיה למרייה, ומעומד אמרינן לא היה להנפקד שהיה לא שילס, וא"כ אם נאמר שעל יוקרא לא היה קשה לרבא משום דהוה שבתא דאחא מנופא ודאי דלא היה קשה ליה על חזרה הכ"פ, וגם לפי ההוה אמרנא משום דשומא דרי כ"פ משינון דמות לו שיחזרו לו האהר"ש וימן להמפקד הכ"פ וזה פשוט. גם שיהיה חר"ה הג"ל למה ליה להתוס' לחזיר דלהכי לא דמי יוקרא לגיזות ולודות דאזרחיה שבת כיכר

בגוף הבהמה משת"כ יוקרא, עפי ה"ל לומר דגיונות וולדות נפרדים הם מגוף הבהמה משת"כ יוקרא כיון דמקמי ליה גוף הבהמה היינו נמי יוקרא שאין זה נבדל מגוף הבהמה, אלא ודאי שאין מקרה לו גוף הבהמה עכ"ד, ולדעתו אין זה הוכחה להכריע מזה דעת החכם שאין נקנה לו גוף הפקדון, דיש לומר שבאמת הו"ל לא נכרך ביה"מ מיוקרא רק מלד האומדל הוא, וכיון שאנו רואין האומדן דעת שעל ריוח דלתי מנופא אין רואה המפקד להקנות זה להשומר וא"כ אם יוקרא חשוב שבחא דלתי מנופא ודאי שנס זה אין רלונו להקנות להשומר שמשלם לו ודון כאלו התנה חוץ מיוקרא ג"כ וע"כ שפיר הוכיחו החכם' לומר שיוקרא חשיב כשבחא דלתי מעלמא : **ובעיקר** דברי הרמב"ם שכתב (ב"פ מה' שאלה ופקדון הלכה ה') שהבהמה עלמה חוזרת לבעליה, נראה לענ"ד לומר שהרמב"ם סובר שהשבחא דלתי מנופא גם שבחא אחר התשלומין שייך להמפקד, וסובר דבשדא דחיותא ג"כ בכלל שבחא דמנופא הוא, ולכן כיון שמקנה חוץ ומניווייה כו' כמו כן הוא גם כושדא דחיותא ונעשה כאומר לו חוץ משבחא בישדא דחיותא, ולפ"ו אחי שפיר שם בב"ל ג' גבי תבואה ופריות כבח הרמב"ם שהרי הן של שומר משום שבפירות שאין כאן שום שיווי ויתרון בפירות אלו מפירות אחרים, ולכן הפירות המה שייכים להשומר ששילם, או שאמר הריני משלם. — ועוד נראה לענ"ד לומר וע"פ מה שכתבתי לעיל לפי שיטת החכם' לחלק בין אומר הריני משלם לשילם ממנו, ולכן יש לומר שמש"כ הרמב"ם חזרה הבהמה עלמה הוא כל זמן שלא שילם רק שאמר הריני משלם, ולא הזכיר שם שילם כלל. הגם שלפי שהיה הכסף משנה בשם חלמיץ הרשב"א המקור לדברי הרמב"ם אלו המבואר (ד"ק"ה ק"ח ע"ג) בלד"ה האיבועא דאמרי הבעלים, שקלנה הני דידן ושקול את דידך כו' משמע שגם אחרי ששילם שקלי מן הנגב דידתי, אמנם לפע"ד אין משם ראייה שיש לפרש לשון הנגב' שקלנה את דידן על העבר שאנו לקחתי את שלנו בתשלומין ושקול את דידך הקדן עם הבעל ובאמת יהיה הדין כמו שאמר הנגב' האון כיון דשקליתו דמי אשתלקיתו מהבא, שמשמע שגשתלקו לנגמרי הבעלים ואין להם שום זכות, כי דוחק לומר שהיו שני הדידים המסופקים הם בהאיבועא חלוקין בדין זה אם קרן הנגיבה חומר לבעלים אחרי השלומין מהשומר, רק כל זמן שלא שילם באמת רק שאמר הריני משלם כבר אמרנו שכושרא דחיותא ג"כ כשבח הוא חשוב, והוא נחשב שבחא דלתי מנופא, ולכן חומר הקדן בעלם להבעלים, אבל לאחר התשלומין נשתלקו הבעלים כפשעא דנמ' בב"ק ושייך להפקד ששילם :

וברברי הראב"ד שכתב שם (בה"ג ז') על מש"כ הרמב"ם שמה שנתייקרי הרי הוא של שומר שאמר הריני משלם, וע"כ כתב הראב"ד דווקא מה שנתייקרי אחר ששילם או שאמר הריני משלם והש"ך (ב"פ ד"ה סי"ח ז') דרקק ע"ז, וכתב שפעמו משום שלריך לשלם תשלומין המחייבים עליו ולא ידענו אימתי נגבב אם אחר שנתייקרי או קודם, ולכן כל שאין נשבע לריך לשלם כפי השעה שאמר הריני משלם שמה חז' נגבב או נלבד ממנו, והקד"מ תמה למה דהו"ל מספק תהי' מחייבין ליה לשלם כשעת היוקר משום שמה עכשיו נלבד ממנו וע"ז אין מניע לו שבועת השומרים שהרי הוא ספק אם נכנס היוקר בשמירתו, ועיין בשער מושפץ שהאריך בזה, ותש"כ להרן ע"פ דברי הש"ך לפי שריך לשבע שבועת שאין ברשותו ותקנה חז' ומזילה יגלגל עליו שנלבד ממנו כשעת הזול שלא נשבע היוקר, זה הירון דחוק על ד' הראב"ד היוקר כ"לל לשבח מיוקרא הוא של הבעלים עד שאמר הריני משלם אי עד ששילם, מי לא עסקין שנשבע שכבר נלבד ממנו היינו שאינו ברשותו כלאחר רב הונא אשתתיהן אך זה אין רואה לשבע שכדרכה מההו נגבב שלא בפשיעה, ובוה לריך להיחזק הבעלים משעת נגיבה של הפקדן כקושיא

המ"מ. — והנה הקלה"מ תירך שהראב"ד יסבור כשיטת הריטב"א שיוקרא הוא שבחא דלתי מנופא, מ"מ כשאמר הריני משלם או ששילם כבר נגמר ההקנה ולכן מאז הוא שבחא דיליה, אמנם זה דחוק ג"כ ודור"י במקום ששילם מסתבר שנכנס ברשות הנפקד גם לענין שבחא דמנופא, אבל כשאומר הריני משלם הרי דמקרי למפרע עבור דעביד נייח נפשיה מ"מ לא נחשב נגמר הדבר עד ששילם ממנו, וממ"ז אי חשוב שבחא דלתי מעלמא יהיה שלו משעת נגיבה שאז לריך לשלם מטעם חיובו של השמירה ואם זה הוא שבחא דלתי מנופא יהיה של המפקד עד ששילם ממנו :

ורענ"ד נראה לומר בטעם דיוני של הראב"ד ע"פ מה דאיתא בב"ק (ק"ה ע"ג) שבנגבב באונס והוכר הנגבב דק"ל כרבא דאפילו שומר חנם עושה עמו דין ואינו נשבע, ופירש"י משלם לבעלים והוא נכפרע מן הנגבב, ומה שפירש"י משלם, ז"ע למה הוטל עליו חיוב תשלומין לפי שהוכר הנגבב, ולריך לומר שש"ס סובר כיון שהוכר הנגבב והוא עדיין לא נשבע ולא נחת מחיוב השמירה המוטל עליו, ולכן עליו להוליא חז' הנגבב את החפץ הנגבב וכל שאין רואה להוליא מן הנגבב מחיוב הוא עבור זה לשלם לבעלים, וזה דומה כפשיעה בהנגיבה, כי הכל אחר הוא פשיעה בעיקר הנגיבה ופשיעה אח"כ במה שאין עושה החובלות להמליץ הדבר שנלבד, או שננגבב, וא"כ לפ"ו נאמר שכל הנשבע שלא פשע כמו שכתבנו הוא על הנגיבה שלא לריך בפשיעה, כן לריך לבלול בשבועתו שמה שהוא אבוד עכשיו אין זה ע"י פשיעתו היינו שאין ביטולו להמליצה. ויחזיקו אכן אם יכול להמליצה ואין עושה כן כפי המוטל עליו, ודאי דמחויב לשלם וכשנלרך לשלם עבור זה ודאי שלריך לשלם כפי שגוה החפץ בעת פשיעה הוא, ולכן כל זמן שלא נשבע שלא פשע ולא קבל עליו לשלם, אם אינו נשבע שלא נפקע ממנו חיוב שמירתו לריך לשבע שלא פשע בה עד עת ההיא היינו עד השבועה או התשלומין, ואם אין רואה לשלם לריך בפשיעה כפי המקח השוה בעת התשלומין כפי מה שהיה מוטל עליו לשלם אם היה פושע בעת ההוא, היינו שיכול להמליצה ואינו ממליץ החפץ שננגבב או נלבד, אמנם מה שנתייקרי אחר התשלומין או אחר שאמר הריני משלם בזה אין להמפקד טענה עליו שמה פשע שהיה יכול לקחור אחר הדבר ואין עושה כן מתרי טעמי, א', כיון שקבל עליו הדין לשלם או שילם נפקע ממנו חיוב השמירה והוא כאיש אחר הוא שאין ממליץ לו להשיב אבדתו. שנית, מלך תחלו שאומר לבשתנגבב ותרצה כו' וכל שמקבל עליו לשלם כפי הדין המוטל עליו אז בעת שמקבל לשלם נקנה הדבר למפרע והוא ברשותו לענין יוקרא ג"כ דוח הוא שבחא דלתי מעלמא, אבל בעת אמירתו הריני משלם לריך לקבל עליו לשלם או לשלם חז' כפי מה ששאו או מלך הדין שאין נשבע ע"ז שאין לו בזה פשיעה ובמש"כ ורו"ק :

סימן טו

אשר כתבתי בכבר בשנת תרכ"ז לפ"ק.

נפתקתי הלכה למעשה בתביעות טחובות ישנים כפקוס שרתובוע נשבע ונוטל האם יש לנלול בתוך שבועתי שלא מחל לו בלבו (ובכונן שהנתבע טוען זה), חאם האמילה שכלבו הוח מחילה פן הדין שלא יבול התובע לחזור אחרי שגמר לטחול :

הנה המסגרת השולטת (כ"ה י"ב ח' ה') הביא בשם מהרש"ל שכתאומר שכלבו היה למחול רק עתה מחמת כעסו עליו

עליו רועה לתבועו, אין יכול לתבוע כי מחילה בלבד הוא מחילה. — אמנם השער משפט (סי' י"ח ס"ק ח') מביא דברי (מהרי"ט חלק מ"ח סי' מ"ה) שפוסק להדיח המחילה שבלב לא היו מחילה משום שדברים שבלב אינם דברים, הם לא להיחשב אומדנא דמוכח שמחלו לו אז היו מחילה, ולכן חילק הא דהסתה כ"ה שנים ולא חטפה כתובתה שאברהם כתובתה משום דאמרינן שדבר שמהלה בלבה, ומשום דגם הוה הוכחה בדורה שמחלה, משא"כ במקום שמהוין לומר שלא מחלו בלבו, גם אם הכמות מחלו בלבו לא הוה מחילתו כלל, אמנם הוכיח שם מדברי הרשב"א שמחילה בלבד הוה מחילה, אך השער משפט האריך שם להקשות על דברי הרשב"א והכריע לרינא כדעת מהרי"ט. והנה יסוד דברי הרשב"א בקידושין שהא דאמרינן דברים שבלב אינם דברים, הוא רק במקום אשר הדברים שבלב באים להיות נגד מה שאמר בפיו סתם וכו', ומייתו הרשב"א ראייה מהא דמהיית מחשבה בתרומה כו', ומהא דלומר אהא הרי זה נזיר, והשער משפט הקשה על הרשב"א בתרוי, חדא דא"כ למה בעינן שיהיה נזיר עובר לפניו כיון שמחשבתו שבלבו אין סותר לשום דבר, ועוד הקשה אך ל"ף הרשב"א מהא דתרומה ניתלת במחשבה, הא בהדיא אמרינן ומעשה הוה (כ"ו ע"ב) דתרומה וקדשים הוו שני כתובים הבאים כאחד ואין מלמדים, אלו דבריו בקה"ד:

עובר לפניו, ויש לומר דהא ודאי אם אין כאן נזיר עובר לפניו ואמר אהא לבדו כיון שאין כאן משמעות לזירות בדבריו, רק מה אשר נחשב במחשבתו, זה דומה לנגד בלבו בדברים ושבושת שאין מופיל מעט שאין במה לחול עליו ואין שם נזיר עליו, רק באומר אהא ונזיר עובר לפניו יש כאן משמעות ונזיר שבושתו לזירות וחשוב כהוי"ח בפיו, ואפ"ה אם מחשבתו אהא בתענית אין חל עליו נזירות, ורק בעינן שמחשבתו יהיה לזירות, וע"כ אם נאמר שדברים שבלב אין נחשבים כלל ובעלים מהם, למה יועילו כלל להכריע אהא אהא שיהיה לזירות, וכן יראה סיגנון שאון הרשב"א שהעיר מהא דנדר בתרם וכו' ונזיר בקרבן וכו' שכל עיקר מה שדן הרשב"א שלא נאמר שדברים שבלב אין אנו מושפין עליהם כלל, גם במקום שאינם מתנגדים לשום דבר כלל. —

גם מש"כ השער משפט שרי"ן בקידושין שם חילק על דברי הרשב"א, לענין נראה שאין כל כך הכרח וקולת נראה להפיק שהרי על קושיא דנדר בתרם הרי"ן דבי אמרינן שדברים שבלב אין דברים הגי מילי שמה שבלב סותר דבור וע"כ, ואי משום שכתב הרי"ן על הא דקשה מהא דאהא הרי זה נזיר דגם אין זה דברים שבלב כו' האמת קמשיי שכך הוא סבבה הרי"ן, אלכ בהמת הוה מני' לשוני כמו דמשיי אהא נזיר בתרם, ומה שהביא השע"מ מהא דכתב הרי"ן פ"ק דפסחים דהפקר בלב לא מהני משום שדברים שבלב אינם דברים ושם אין סותר הדברים שבלב את דיבורו, נראה לענין לומר שלשון מושאל כתב הרי"ן וטוונת הרי"ן דגם בהפקר הא דתל דבור בעלמא, נכתב הפוסקים דעינן הרי"ן הוא שמיין נדר שחל בדבור וזהו כוונת הרי"ן שדברים שבלב אינם דברים, פירוש לענין הפקר לפי שבעינן לענין חלות הדבר דבור דוקא, וא"כ מלאנו בדבריו דברי הרשב"א כנונים, ונס דברי הרי"ן הולכים ומגשים לשיטת הרשב"א, ודאי דהוה לן למיזל בשיטתיה של הרשב"א ז"ל בזה:

ולענין נראה שדברי הרשב"א כנונים, ומקודם נבאר על הקושיא השניה אשר היא לכאורה חזקה מאוד, והוא דהא ודאי במקום שבעינן מנל שורת הדין דיבור כנון כדברים ושבושת שלאמר בתורה מולא שפחד, ובהו נעשה חלות הדבר ובעינן זאת אין במה לחול הדבר, ולכן הנס שדברים שבלב נחשבים שאין סותרים להדיבור ומעשה הוה דברים, מ"מ אין יכולים לעשות חלות הדבר בחיוב מפני חסרון המולא שפתיו, כי הוי שדיבור אין נגמר דבר האריך קנין, וה"ל לנבי שבעות ונדריה דיבור הוא הקנין שלהם, וכמו קנין להדברים הלריבים קנין, והוא כמו שהמרו בנמי' אמירתו לנבחה כמסירתו להדיבט שהאמירה נחשב כמעשה, וע"ז אמרו בנמי' שתרומה וקדשים הוו שני כתובים הבאים כאחד, לעינן ששם נחשבת המחשבה לחייב אותה ולעשות נגד וחלות הדבר כמו אם הוילוחו בפיהם, ואלאפוקי בכל הגורים ושבושת אין נחשב לחול הגדר וע"ה המחשבה עד שוילוחו בפיו, אבל הרשב"א בא לרון במקום שהדברים אינם באים לעשות חלות דבר, רק שבאים למעט הדבר, כמו בהא דלמר הגמ' שם בקידושין (דף נ"ו) דברים שבלב אינם דברים שבאין הדברים שבלב למעט המצירה שכלל האיהי רק על אופן זה וכל הני דמיימי שם, שכל הענינים האלו אין הדברים שבלב עושין מעשה רק ממעשין להמעשה שעשה, ובהו אין מקום לומר דבעינן דוקא דיבור פיו וזולת זה אינו, כי מה מקום להדיבור לעפעול יותר מהמחשבה אם מחשבה נחשבת, וה"כ כוונת הגמ' בזה דאמרינן דברים שבלב אינן דברים, שהדברים שהמה רק בלב אין נחשבים כלל, והמה כמו שאינם כלל בעולם, ולכן שפיר דקדק הרשב"א כיון שאין נחשב כלל המחשבה למה מושיל זה בתרומה וכו' וכמו שדקדק הרשב"א שגילף משם דהוה דברים, ואין לומר וע"ז הוה תרומה וקדשים שני כתובים הבאים כאחד ואין למדין מהם, משום דכל עיני חידוש השני כתובים אינם רק לענינן שמועיל המחשבה שחול התרומה וההקדש וע"ז, זה משא"כ בשאר גדרים ושבושת, אבל בעלם הדברים שבלב שיש להם חשיבות ואינם בטלים לנמרי בזה שפיר אמרינן למה לא גילף מינייהו זהו טוונת הרשב"א לענין:

ומעיקרה נחקר לענין מחילה שאין לריכה קנין, אם הוא מהדברים הלריבים דיבור כמו הפקר ונזיר ושבושת, או שהוא מהדברים אשר גם מחשבתו מועלת בהם, והדעת נוטה שענין תועלת המחילה שהיא מועלת גם בלא קנין אינה מולד הדיבור רק שמחילה מועיל מולד סילוק התובע את עלמו, ובאמת מנינו בכמה דוכתי שמועילה מחילה גם בלא דיבור רק מולד הוכחה המחשבה שהיה כאן מחילה, כמו מה דהסתה כ"ה שנים שאברהם כתובתה מטעם מחילה כדאייתא (בכתובות ק"ד) וכמו מה דמועיל בשהה יותר מכדי שיראה לתגר גבי אוחזה דאמרינן דהוי מחילה כדאייתא (בנ"מ י'), איברא דמהרי"ט המובא בשער משפט הג"ל כתב ששם שאני משום דהוה אומדנא דמחל, ומ"מ מוכח זה בהחלט שאין מחילה חשובה מטעם הדיבור וכמו בהפקר ונזיר וקדושה, דהא (פנדרים דף ז') בעי הגמ' אם יש יד להפקר ופי' הרי"ן דביד מוכיח בעני הגמ', ולכאורה למה בעי הגמ' הא לו ידא שידים מוכיחין ג"כ אין ידים בהפקר מ"מ למה לא תועיל מולד הדברים שבלבו אשר יש אומדנא דמוכח שכן הוא בלבו אלא ודאי דבהפקר ונזיר בעינן דיבור דוקא וכל שבלל דיבור אין מועיל כלום לחול הדבר, ולכן בעי הגמ' על ידים הא הוה זה כמו דיבור במקום שכן מוכיחות או לא, ובאמיתו לבי"ט סגי היכא דמוכח דבר. — והנה לפי שיטת מהרי"ט וההולכים בשוטתו שאימתי מהני מחילה שבלב היכא שאיכא אומדנא ברורה, וה"כ ל"ע בהא שכתב הגהות אשרי והביאו הש"ך (בפי' ר"ז ס"ק ד') שלא המחלטה לא נתן מעות וכל לעכב עובר אונאתו, מטעם מינו שיכול לומר נחתי לך המעות ויכול ג"כ לומר שלא נחתי, והנה לפי"ע ע"כ נריך לומר שהיכא שהמעות בידו אין זה אומדנא ברורה דמחל, שאם הוה זה אומדנא ברורה למה הוה מועיל המינו והוה מינו במקום שם, וע"כ ע"כ נריך לומר שכיון שיש לו מינו

סומך ע"ז ואין חושש לתבוע מהר (ועיין חינוח נס"י ה"ב ס"ק א' גניאוריס) וא"כ במקום שלא נתן משותף הלא לריך להיות שנס אם אין אומר שלא נתרשתי, מ"מ יהיה יכולת בידו לחזור וממילתו ולתבוע לעצב עבור אונאתו משום שבכה"ג אין כאן אומדנא ברורה, ממילא הוה זו המחילה הדברים שבלב ואמר דברים ואין מועילה ונחלתו בלבבו, וזה אין במשמע, וכן יש לדקדק בשהתה כ"ה שנים דאמרינן שודאי מחלה ואמרינן בגמ' שהם צאת שעה אחת קודם חלות כ"ה שנים יכולת לגבות כתובהה, וא"כ אם נימא שמחילה בלב לא הוה מחילה רק היבא דאיכא אומדנא דמוכח וא"כ עד שעה אחרונה של סוף כ"ה שנים אף אם תורה שמתלה בלב, מ"מ יהיה הדין שיש לה כתובה וא"כ יקשה לנו על תקנת חז"ל שתיקנו בשהתה כ"ה שנים שאברהם כתובהה מי מזרית לנו שהשעה אחרונה חשבה אודות חובתה ועלתה או על רעיונה וזה ונחלתה או כתובהה, וא"כ אין מנוי הדבר ששעה אחת יתעלה ענין כתובהה מרעיונה, בשלמא אם נאמר שמחילה בלב הוה מחילה תמיד אחת שפיר, שיש לומר שתיקנה כ"ה שנים מזרית לנו ששעה אחת מחלה בלב לא אחת הכתובה, ושתיקנה פחותה ונ"ה שנים אין מזרית על מחילה כלל, וכך קיערו חכמים וכל מדות חכמים כך הוה, אבל שזה יכרית לנו לומר שבשעה אחרונה מחלה הי"ך יכרית לנו, וזה אין סברא לומר כן :

ולכאורה יש להקשות לפי מה שכתב הר"ן שם בפ' הנושא דאמרינן דמה שהזכירה כתובהה מועלת לבטל המחילה לגבי הירששים, וגם אם לא הזכירה רק בפני הירששים צריה לביים לבד הוה מבעל ג"כ דהמחילה, כמש"כ הבית מאיר שם בח"ר"ע (ס' ק"א), וכתב שם שגם בהשקפה היא אומרת שזכירה וירששים ינועטעם על הזכירה היא נאמנת, משום הנוטען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום . והנה יש להקשות לפי' לתם לא תהיה נאמנת לומר שלא מחלה בזמנו והיתה יכולת לעטון שהזכירה להם בהגיעת הכתובה, וכן הקשה הבית מאיר שם, ותיקן משום דהוה מינו להוליא, אך דבריו תנווהין שהא במקום שמוחק שטר בידו קי"ל דאמרינן מינו להוליא כמבואר שם ב"ד בגלגל מינו (נסי' ס"ב ס"א ק"א) וא"כ מאי קמיבעי להנמ' שם (בדק ק"ד ע"ג), בשטר כתובה יולא מת"י או באין שטר כתובה יולא מת"י, דאי הא מוכרח לומר שמיירי באין שטר כתובה יולא מת"י, דאי בשטר כתובה יולא מת"י תהיה נאמנת לומר לא מחלתו במנו דהזכירה להם הכתובה, שבמקום שטר אמרינן מינו להוליא [ובחמת יום נאמר שמחילה בלב במקום שאין הוכחה אין מועיל יהיה אפשר לתקן קושיא זו דיש לומר שבפני של הגמ' יהיה גם במקום שמודיה שמתלה בלב, ורק אם נאמר שגם בשטר כתובה יולא מת"י שין הוכחה שבלב, אבל אם במקום ששטר כתובה יולא מת"י אין דין הוכחת מחילה בשהתה כ"ה שנים, ממילא גם אם היא מודה שמתלה בלב אין מועיל זה, אך זה דוחק הוא לומר שמיירי הגמ' במקום שהיא מודה שמתלה ודו"ק] חתום באמת בלא"ה תנווהין דברי הב"מ שבה שמשום מינו להוליא לא מהימנא לומר שלא מחלה במנו שהזכירה, דהא היא הוה ברי והירששים ינועטעם שמה מחלה ובמקום ברי ושמה הירששים דאמרינן מינו להוליא. — ובצאתי בספר הפלאת שהעיר ג"כ בקונטרס אחרון שלו (נה"ל חינוח נס"י ק"א) להא' דינא כפי דעת הבית מאיר שהיא נאמנת לומר שהזכירה בתוך כ"ה שנים, והקשה ג"כ דלמהימנא בזמנו שלא מחלה, ור"ל לתקן שמשום מינו להוליא, ור"ל לומר שמה העשם אמרינן בגמ' שבשטר כתובה יולא מת"י לא אברהם כתובהה בשהיית כ"ה שנים, וא"כ הקשה גם בשלמא דהא במקום ברי ושמה אמרינן מינו להוליא עד דמוסיק אח"כ שמוטעס דזה הוה חזקה אלימנא שמתלה, ע"כ לא מהני ע"ז מנו, והוה כעין מנו

במקום עדים דלא אמרינן . — ועפ"י תתחוק לנו הראיה דע"כ המחילה צעת שמוחלת בלבב בתוך כ"ה שנים חלה אז, דאם לא כן שנאמר שרק בסוף כ"ה שנים כשהוה אומדנא דמוכח אז חלה המחילה ומקודם לא חיילא משום שהיא מחילה בלבב ודברים שבלב אין דברים, א"כ למה לא תהא נאמנת בזמנו לומר שבשעה האחרונה לא עלה אז על דעתה מעיין כתובהה ולא מחלה אז, הכי נאמר שגם זה נקשב לחזקה נמורה כמו אין סודי שבאותה שעה האחרונה הסכימה או למחול הכתובה, ועיין בספר בית יעקב להגאון מהר"י מליסא שהוא הוה הכרעו בשפיעות שלא מהימנא האשה לומר שכתבה או הזכירה להירששים לתבוע מהם הכתובה בתוך כ"ה שנים (ונספר הוכחתי ה"ל), וחולק על ההפלה וסבית מאיר, ולא הביא לדעתו צוה, ולדינא למעשה ז"ע אך לפסוק אם כדעת הבית מאיר יתקב אז כדעת ההפלה וכו', ומ"מ מסברא קשה לומר אם שבתוך כ"ה שנים לא מהני מחילה שבתחשבה, שחייבין הדין על השעה האחרונה מש"כ למעלה :

אמנם נראה דאפשר לומר שמחילה שבלב שאין מועילה משום דדברים שבלב אין דברים כדעת מהר"י וישער משפ"ט, רק במקום שמתלה הדברים שבלב לאחרי שאלו חלה המחילה, ונאמר שגם אם הגילוי הוה אח"כ מהני שהמחילה היא צעת מחשבתו . פירוש הדברים שכל שהדברים עתידים להתגלות לאחרי אם חל הגילוי למפרע מן עת שהיה הדבר בלב, רק כל זמן שלא נכתבו ממה שגמר בלבבו טרם שנחלה הדבר, ולכן בשהתה כ"ה שנים, וכן בשהה בכדי שיראה לתגר או לקרובו המחילה שבלב שהיה קודם התגלות מועילה אח"כ צעת שהוה מתגלה, וע"כ שפיר מועילה המחילה גם שהיה בתוך כ"ה שנים אח"כ כשגמר הכ"ה שנים, ומ"מ הראיה מה שדקדקו מהאי דינא של הגהת אש"י ומדברי הפוסקים שבידו לרין זה נראה שהוא הוכחה שמועיל גם במקום שאין כאן הוכחה ברורה. — והנה סברא זו שכתבתי להגך דסדרי שמחילה בלב אין מועיל, רק היבא דאיכא הוכחה ובתנאי שמוחלה בשכחך מועלת למפרע, יש להעיר ע"ז מדברי החס"י (נישן ל"ג א') ד"ה מהו דמימא שכתבו שגרביא דאמר גילוי דעתא בגיבוי מלתא היא הוה דוקא אם נודע הגלוי דעת קודם שבה הגט לידה, אבל אם לא נודע אורו הגלוי דעת עד אחר שנתה הגט לידה לאו כלום הוא, כגון דהוה רהיט בחר שליח לבטוליה אך השליח חשב שמה שרהיט ביהייה לחומר אשור הב לה כו', וכי מבעל אחר שבא הגט לידה לפי שסבר שביד שליח הוא אגלא מלתא למפרע דלבטוליה ר"ע, קמ"ל מתניתין דלאו כלום הוא, משום דכיון שבאותה שעה שהוא רץ לא נודע לו להשליח ולא לאשה ולא לב"ד והוה להו דברים שבלב ואינן דברים כו' עיי"ש, הרי מוכח שאף שנתגלה הדברים שבלב מ"מ אין מועיל לעשות להדברים שבלב דברים למפרע, מיהו יש לחלק ולומר דהתם בלא הגלוי דעת מן הדברים שבלב צעת שאי אפשר לבטל היינו לאחר שנמסר הגט ליד האשה ע"כ בטלים המה הדברים שבלב, מא"כ כן במחילה שבא הגלוי דעת מן הדברים שבלב שראוי למחילה מועיל למפרע מן עת שהיתה המחילה בלב, וכיון שאנו רואין שסברא זו עלה להנמ' לומר דמהו דמימא דגלגלי מלתא למפרע דבטולי בטליה, א"כ יכולים לומר היבא שבא הגלוי דעת מן המחשבה צעת שחיו לחול הדבר מהני גם למפרע :

ובעצם הדין לענין מחילה בלב אז הוה מחילה נראה שזה הוה מסופק להר"י בעל החס"י שאימא בגיטין (ל"ג ע"א) בחס"י ד"ה מהו דמימא לאופן האחד שבידו שם בש"כ ר"ה דלא מהני מזה שבתחשבתו היה לבטל קודם הרחיבה, וכתבו שזה הוה משום דברים שבלב אינן דברים, ובתנאי שם אע"פ שאין דומה להא דקידושין משום דשם מודלא חשש לפרש כו' אבל כאן עושה כל מה שיכול לעשות מ"מ, עשאוהו דברים שבלב, וא"כ נראה מדבריהם

מזכירים שבחמת מן הדין ראוי שביטולו בלב יהיה נחשב לביטול רק עשויה מזכריים וביטולו חכמים לביטול, וא"כ נראה שכן הדין הוא כל שאין מנגד להדברים שבלב מדיבורו בע"פ הוה דברים מן הדין, וא"כ המחילה שבלב שפיר הוה מחילה, עוד כתבו שם החוס' ועוד נראה לה"י שדברים שבלב אינם דברים אפילו היבא דקיימא לן שהאדם מלפדשה כו' הרי סיבירי הוה' שדברים שבלב אינם חסויים כלל רק היבא שירוע מן הדתו ומחויבים שבלב אנה כלום, כמו דאמרינן שביטול הגט היינו שאין חפץ בהגט אינה כלום מה שבלבו למנוע הנידושין. — והנה מסינינן דברי הוה' לקמן (דף ל"ג ע"א) משמע שם מזכריהם בד"ה רבי, שגם בביטול בפני ע"א אין מושיל מן הדין משום דאין דבר שבערוה פחות משנים, וא"כ כש"כ במקום שהוא רק בלבו ולא נתגלה הדברים והוא דאין כלום מן הדין דהא אין כאן עדים, ונראה לענ"ד לומר שזה יהיה הסבר שלישי לבעלי הוה' לא כמו שכתב הר"י בתירוול הא' שהוא רק שחז"ל עשויה כדברים שבלב, ולא כמירולם השני שדברים שבלב אין ביכולתם לפעול מאומה, רק לענ"ד נראה שזהו כעין מה שכתב הפני יהושע (דף ל"ג) על דברי הוה' שם שחקרו בהטעם שאין מושיל הביטול בלבו שכתב שם וילולא דבריהם נראה לו טעם אחר, שגם לא היה דין בהא דקידושין שדברים שבלב הוי דברים, שם בעת מעשה מחילת הדברים שבלב את מה שנעשה ע"פ, שהוליא בפיו ובזה חוקרים אם דברים שבלב דברים או לא, משא"כ כאן כיון שמתחלה היה פיו ולבו שוין לעשות השלימות, אין כח אח"כ להמחשה לבעל הדיבור המוקדם, וכי הוי שמלינו שאין דיבור מוליא מידו מעשה, וכמו דאמרינן שלענין טומאה לא אתי מחשבה היינו דיבור ומוליא מידו המחשבה הקדומה משום דכמעשה דמי, וריש לקיש סבר שגם דיבור לא אתי בדין' אצל מחשבה אין מבטל דיבור, וסברא זו תהיה כוונת דברי הוה' (דף ל"ג ע"א) ש"ס שביטול בפני אחד מן הדין אין מושיל משום דאין דבר בפני עדים שדבר שבערוה, אצל חשבון יוכל לעקור הדיבור הראשון שנעשה בפני שנים, או במסירת הגט החתום בעדים, שזה ג"כ כנעשה בפני שנים הוא, ולכן אין מושיל לבעל זה מה שנעשה שלא בפני שנים, ומילתא מחשבה שבלבו או גלוי עתה לאביי אין יוכל לעקור המחשבה הקדומה שנעשה לשליח או שנתן הגט על לאחר זמן הנס שזה לא נחשב מעשה רק דיבור למזל דקיי"ל כו' יומתן, וא"כ לפ"ז גם דברים שבלב חסויים מן בחמת במקום שאין עוקר למעשה הקדום ע"י הדיבור, ולפ"ז מחילה שבלב יהיה נחשב למחילה וכמו דאשכחן גבי שפתה כ"ה שנים ולא נאטרך לחלק הדיבורים ה"ל, ואין לומר שגם במחילה מיקרי ג"כ עקירת דבר הקדום היינו השיעבוד שהיה לו על הלוה וכדומה, וז"ל דא"כ גם דיבור לא היה ראוי שיעשה דהא השיעבוד נעשה מעיקרה ע"י מעשה קנין והלוואה וכדומה, שאלו ע"כ לריך לומר שחשב לא מיקרי עוקר דבר הקדום שמתחילה נעשה השיעבוד לעובדו שכל זמן שירדה המחילה להחיות השיעבוד, אבל לכשימחול ויסלק מהשיעבוד משם ולהלאה אין לו שיעבוד, וא"כ ה"ה מחילה בלבו לריך להיות כן, וא"כ מראין הדברים שמתחילה בלב ג"כ הוה מחילה לפי שיעות הרבה פוסקים, ולכל הפחות הוה זה שפיקא דרינא :

סימן טז

אשר כתבתי בימי עליומי בשנת תרי"ט לכבוד הנאון טו"ה אברהם שמואל זצ"ל לק' ראשיון שהיה אז אב"ד דשם על גופא דעובדא שנשאלתי אז ובתבתי אז בזה להנאון הנ"ל והשיב לי על דברי הוה' ובתבתי לו ע"ז, ותוכן הענין יובן מתוך דברי שכתוב כאן :

ראשונה השיב מר על מה שכתבתי שהפגלג מלוה יכול להשתמש לעצמו (עד שיבורר שמת ואז יומסר להדקדק בפני מה שנוה) מהא דקיי"ל כרבא (ב"מ ק' ב' להבי יהבי לך לעסוקי כו'), לענ"ד יש לרזן בזה לענין נ"ד, והוא שיש לחקור בסבירת הטעם דאין לו רשות להשתמש בהמעות לעצמו כיון שח"מ הפגלג מלוה הוא ומעות שלו הן ונצ"חיה איסור יעבור עליהם, אם איסור גזילה היאך יהיה חל איסור גזילה על מעות שלו. — וכמאמר הוה נראה לומר שהטעם כמו שאמר בגמ' להבי יהבי לך לעסוקי כו' וא"כ נמצא שעל זה לא הלוה והרי הן מעותיו של הנותן בעיסוקא, אך עדיין יש לחקור הא מינה קודם שעסק בהמעות שפיר ויכול לומר שלענין זה הם מלוה לעסוק בהם אבל לא לענין אחר, וכל שרואה לעשות בהם דבר נחשבלה מלוה וחוזרים המעות להיות של נותן העסק, אבל לאחר שעסק ונתחלק המעות של הנותן לדבר אחר ונעשה פגלג מלוה מהו האיסור שחשור להלוה להשתמש בהם שהפגלג מלוה, ונראה שליך לומר שזה נחשב כאלו התנה שיהיה בידו רק בעסק וכל שישלח בו יד יתבטל שם הפגלג מלוה למפרע והרי נעשית כולה של הנותן, אך זה ל"ע דהא שפ"י יתחדש לנו דין חדש, שאם ישלח ידו בהמעות מלוה לעצמו יתבטל למפרע וכל הרווח שהיה מקודם יהיה שייך להניחן, ובזאת נראה שיש דבר הנ"ל דבמ"ד הכי דאמר רבא דלהכי קרו ליה עיסוקא שם מת לא יעשה משלטינן אלל בניו, ופירש"י כיון שלריבה שיהיה קיימת סמיכות עליה וכמו קרקעי דמיא, ולמה לנו להוסיף כל זה הא רבא דסבר לשל דאמרינן להכי יהבי לך לעסוקי, וכל שלא לעסוק אין עליה שם מלוה והכל נחשב מעות של הנותן, והיבאך יעשה משלטינן אלל בניו כיון שאין מעות שלו, ומדברי רש"י נראה שבחמת עמאל דרבא הוא שמעות של הלוה הם נחשבים רק משום שלריבה להיות קיימת כמקרקעי דמיא, ולכן נראה לענ"ד לומר בטעם הדבר דאין הכי נמי דחשובה מלוה, אך כיון

מזכרים שבחמת מן הדין ראוי שביטולו בלב יהיה נחשב לביטול רק עשויה מזכריים וביטולו חכמים לביטול, וא"כ נראה שכן הדין הוא כל שאין מנגד להדברים שבלב מדיבורו בע"פ הוה דברים מן הדין, וא"כ המחילה שבלב שפיר הוה מחילה, עוד כתבו שם החוס' ועוד נראה לה"י שדברים שבלב אינם דברים אפילו היבא דקיימא לן שהאדם מלפדשה כו' הרי סיבירי הוה' שדברים שבלב אינם חסויים כלל רק היבא שירוע מן הדתו ומחויבים שבלב אנה כלום, כמו דאמרינן שביטול הגט היינו שאין חפץ בהגט אינה כלום מה שבלבו למנוע הנידושין. — והנה מסינינן דברי הוה' לקמן (דף ל"ג ע"א) משמע שם מזכריהם בד"ה רבי, שגם בביטול בפני ע"א אין מושיל מן הדין משום דאין דבר שבערוה פחות משנים, וא"כ כש"כ במקום שהוא רק בלבו ולא נתגלה הדברים והוא דאין כלום מן הדין דהא אין כאן עדים, ונראה לענ"ד לומר שזה יהיה הסבר שלישי לבעלי הוה' לא כמו שכתב הר"י בתירוול הא' שהוא רק שחז"ל עשויה כדברים שבלב, ולא כמירולם השני שדברים שבלב אין ביכולתם לפעול מאומה, רק לענ"ד נראה שזהו כעין מה שכתב הפני יהושע (דף ל"ג) על דברי הוה' שם שחקרו בהטעם שאין מושיל הביטול בלבו שכתב שם וילולא דבריהם נראה לו טעם אחר, שגם לא היה דין בהא דקידושין שדברים שבלב הוי דברים, שם בעת מעשה מחילת הדברים שבלב את מה שנעשה ע"פ, שהוליא בפיו ובזה חוקרים אם דברים שבלב דברים או לא, משא"כ כאן כיון שמתחלה היה פיו ולבו שוין לעשות השלימות, אין כח אח"כ להמחשה לבעל הדיבור המוקדם, וכי הוי שמלינו שאין דיבור מוליא מידו מעשה, וכמו דאמרינן שלענין טומאה לא אתי מחשבה היינו דיבור ומוליא מידו המחשבה הקדומה משום דכמעשה דמי, וריש לקיש סבר שגם דיבור לא אתי בדין' אצל מחשבה אין מבטל דיבור, וסברא זו תהיה כוונת דברי הוה' (דף ל"ג ע"א) ש"ס שביטול בפני אחד מן הדין אין מושיל משום דאין דבר בפני עדים שדבר שבערוה, אצל חשבון יוכל לעקור הדיבור הראשון שנעשה בפני שנים, או במסירת הגט החתום בעדים, שזה ג"כ כנעשה בפני שנים הוא, ולכן אין מושיל לבעל זה מה שנעשה שלא בפני שנים, ומילתא מחשבה שבלבו או גלוי עתה לאביי אין יוכל לעקור המחשבה הקדומה שנעשה לשליח או שנתן הגט על לאחר זמן הנס שזה לא נחשב מעשה רק דיבור למזל דקיי"ל כו' יומתן, וא"כ לפ"ז גם דברים שבלב חסויים מן בחמת במקום שאין עוקר למעשה הקדום ע"י הדיבור, ולפ"ז מחילה שבלב יהיה נחשב למחילה וכמו דאשכחן גבי שפתה כ"ה שנים ולא נאטרך לחלק הדיבורים ה"ל, ואין לומר שגם במחילה מיקרי ג"כ עקירת דבר הקדום היינו השיעבוד שהיה לו על הלוה וכדומה, וז"ל דא"כ גם דיבור לא היה ראוי שיעשה דהא השיעבוד נעשה מעיקרה ע"י מעשה קנין והלוואה וכדומה, שאלו ע"כ לריך לומר שחשב לא מיקרי עוקר דבר הקדום שמתחילה נעשה השיעבוד לעובדו שכל זמן שירדה המחילה להחיות השיעבוד, אבל לכשימחול ויסלק מהשיעבוד משם ולהלאה אין לו שיעבוד, וא"כ ה"ה מחילה בלבו לריך להיות כן, וא"כ מראין הדברים שמתחילה בלב ג"כ הוה מחילה לפי שיעות הרבה פוסקים, ולכל הפחות הוה זה שפיקא דרינא :

ומה שהעיר בשער משפט שם (בס"י ז"ח) להביא ראיה דמחילה בלב אין מושיל מחויב (ע"כ ז"ל ע"א) יש לאו שהוא כהן, והקשה על מה שאמר שם בגמ' שגבי קרע את כסותו בלאומר הקורע ע"מ לפטור, והוא אומר לאו מפרשינן הלוא כהן, למה דאמרינן גבי ממון שלא כהן כיון שאפשר לפרש בלאו ממש למע עדיף זה ממה שאמר קרע את כסותו לחוד שגם כן יש להסתפק בכוונתו אם בלא תשלוש דמים

כיון שענין זה לא הלוה לו, הוה ליה כמלוה שהגיע זמנה לפרוע ואיסורו לא משום לא תגזול הוא, רק משום שאין מקיים המלוה של פריעת החוב והמלוה יכול להוילא ממנו המעות כדין בעל חוב, ואין חילוק בזה בין שהוילא המעות על סחורה ובין שהמעות עדיין בעין דהא אין קו"ל במלוה שתיכף שקבל הלוה המעות אין רשות לבעלים לחזור גם קודם שהוילאין הלוה, כדליתא בקידושין (מ"ז ע"ב):

אמנם

ומברי הר"ף לא משמע הכי דהא כתב דחי עבר ופליגי ורווחו בשלגא דליה שייך הריוח ג"כ לשותפות, ולמ"כ שמשעם פריעת מלוה אחינן עלה הכי נאמר שאם ירויה במעות מלוה אחר שהגיע הזמן פרעון יהיה שייכים להמלוה, וא"כ ע"כ לריך לומר משום דהמלוה מתבעלת ונעשה פקדון, וא"כ נראה לומר העשם שבחמת כל דבר שהוא של שותפות כל פרוטה ופרוטה שייך חזיו לזה וחזיו יש לבוא לברר שבוט שלא זהו של זה, וכל שותפות הנחלקים לאו לברר שבוט כל אחד לחברו דמי שיש לו בחלק שחברו עובר עליו של חברו שיש לו בחלק שהוא עתה לוקח לעצמו, או מלך ברירה שנתברר מעיקרא שזהו חלק שלי מתחלה ובמזמון אחינן ברירה, [וכן כתב מהר"פ (בני' כ"ג בחלק ח"מ) בהא דתשו' הרא"ש בדיון של אחד שכתב בו כל המוילאין], ואם נאמר בחלוקה מטעם מכירה לכאורה הדבר ז"ע היאך יכול לחלוק שלא מדעת חברו כיון שאין כאן חברו לפנינו המקנה לו, ומיהו הדבר הנחלק ע"פ ב"ד שפיר י"ל שיש רשות ביד ב"ד למכור לו חלקו של חברו של בחמתה שלו, כיון שהיו נתן שיש לו רשות לחלוק, אבל הא קשיא ל"י בהא דקאמר הגמ' זווי במחן דפליגי דמי ויכול לחלוק גם שלא בפני ב"ד היאך יקנה לו חלק חברו שלא מדעת חברו, ומיהו בזה יש לומר כיון שבחמת יכול לתקוע ע"פ ב"ד, ולכן בדבר שאין לו היות כלל אחינן הנה דע אדם כי אין מוקפד בזה אם יקח מעותיו המובלעים בחלק שיקח חברו כיון שמשלם לו במעות וזה דומה למפקד מעות ה"ל חברו שמוחה להשמש בכם, אך הא קשיא מהא דליתא בב"ק (קט"ו ע"ג) דבמקום פסידא שותף חולק שלא מדעת חברו ופירש"י אפילו לא ירלה חברו ואין לריך ב"ד, והיאך יקנה חלק חברו בעל כרחו של חברו, ע"כ לריך לומר שמשעם ברירה אחינן עלה והיינו טעמא לפי שכל שותפות לחלוקה עומד ולכן נשתתפו מקודם שהחלק שיבדור אח"כ בעת חלוקה לאחר מות יהיה שייך לו, ולכן במקום פסידא כיון שאז הוא זמן החלוקה יכול לחלוק על מודעת חברו והחלק שלוקח לעצמו מתברר שלמפרע לכך נשתתפו שיהיה זה חלק שלו, ובהו יהיה אחי שפיר דברי הר"ף לפי שכן הדין שיקון לו רשות להשתמש במעות הפלגא מלוה וכל זמן שהיו רוצה לעסוק עבור חברו נגמר ההולאה מחובו לפרוע לו, ונמלא שלא ניתן רשות משולם לו לחלוק את העיסקה, ועל כן דינא הוא כמו שהוא קודם שנתחלק בשביל פרוטה ופרוטה יש חזיו של חברו ניתן המעות בעיסקה, וזה הגרסא לעג"ד בביאור דברי הר"ף:

לדבר אודי ב"ר אחינן אם מה יוכלין לחלוק השותפות כדין כל השותפין וימסרו לו להניחן מחליטן הפקדון ומחליט המלוה ויאירו לעצמם, ולפ"י נראה שכן במקום פסידא ג"כ יכול לחלוק לעצמו חלק המלוה. מיהו אין זה ראייה דעם כיון שיש חלק המלוה השייך לבניו לאחר מיתת מקבל אליבא דרב אודי ע"כ לריכוס לחלק, אבל לענין פסידא כיון שלא ניתן רשות לחלק ומשום לא עמד בשעת השותפות ע"ד לחלק, גם במקום פסידא אי אפשר לחלק. — אך כד משיינינן בה שפיר אשכחן דין חלוקה בעיסקה של חסידה חסידה שקנה בעיסקה אם ירלה המקבל לקח חזי חסידה לעצמו ולסלק עבור זה הוא חלק המלוה במעות וחזי החסידה ומסור להנותן ודחי שיהיה בייבולפו, וא"כ כיון דליתא גווגא דמשכחת חלוקה בעיסקה שפיר יכול להילי לעצמו חלק המלוה ויחמר לעצמו חזי מילי, ואם שהעסק בעל מעכשו, לריך לפרוע תומ"י להמלוה חלק המלוה שהילי אחרי שכתב על חלק הפקדון לעסוק עבור הנותן, ויפרע לו עתה מה שהילי. — ובהו נראה להסביר שבתעבד הרבנותא שפירא הר"ף דליתא פקדון מדתי מיה שחלק שפיר עבד דליתא חברי כיון דליתא גווגא דמשכחת חלוקה, כל שחלקו סוברר חלקו, ואם שאין לו רשות להשתמש במעות המלוה מפני שמחויב לפרוע תיכף כיון שאין עוסק בחלק חברו, מ"מ הרווח שייך לעצמו ממנו מלוה היא, וזולת זה לעג"ד אין מקום לדינא דרבנותא שמשעם שליחות יד אין שייך כאן כיון שסביר ששלו נוטל דמלוה שלו היא, וזה דומה למה שאמרו בגמ' יבמות (נ"ב ז') עורר דבכסי הגר וקסבר שלו כן לא קנה משום דלא מחוון למיקנא, וה"ל לא מחוון לקנות חלק חברו רק שלו:

ומעתה אשובה ל"ד בעיסקה שלנו שידוע הוא אשר המעות

של העיסקה אין מונחים מעורבים בפני עצמן, רק מובלעין בתוך זמון של המקבל העסק ורשות נתונה לו להלקח הקדון עם הרויח הקבוצ בשל עת שרובה, גם כשיש בידו חסידה הקנייה ממועות העיסקה שכן הוא התנאי, וא"כ בנ"ד שהמקבל רוצה ללוקח עצמו מהעסק והנותן חזיו לפנינו שיקבל ממנו וא"כ למה לא יוכל לחלק, אחת המחלה פקדון יהיה מופקד בידו ד"ט שיבא המפקד או יתברר ע"י ביורג גמור המושיל ע"פ ר"מ שמת ויתלו ג"כ אין אנו יכולים לומר כיון אין תקנה שתייה מונחת שע"י זה לא יפטר מן האחריות אוכסין וגיבוי, וא"כ אין כאן משום עיובד פרעון שהוא אין מקיים פריעת חוב שהגיע זמן, שהרי אין מי שיקבל ממנו, ונוטעם שלא נתברר לו ויתלו ג"כ אין אנו יכולים לומר כיון שכן אין המעות של העיסקה מונחים בעין רק הוא מסלק מכיסו שהרשות בידו, ויכול להלקח עבור הפקדון והמלוה יאמר אליו, וע"כ לריך להיות כן דהא גם אם יפריש כל המעות של העיסקה מ"מ לא יהיה פולוק רק למעות הפקדון שהוא עליהם שומר אבל לא לחלק המלוה, וא"כ למה יעטרך זה להפריש מעות המלוה וזה הגרסא לפי דמתי הקלושה:

עוד כתב כבוד מר בענין ינדון רילן טעמה שסבר שמתיר

להשתמש, וכל שמתחת טעום הוא הדר והיו לבעלים ולא חשיב שליחות יד, ורלה כ"ג לומר שבוה בוא"ע מודו גם הדיעה הראשונה שבסימן קפ"ה, גם לין כבוד מר לדברי השו"ע חו"מ (בי' קע"ו ונבמ"ט ס"ח מ"ו), הנה בחמת כן הדבר שבמקום טעות כ"ע מודו להרי"ף והדמ"ס גם הדיעה הראשונה (בנב"י קפ"ה ע"פ ג'), וכתב הרב ברוך כבוד מר מהמדרש שדעת רש"י ברעת הרי"ף והדמ"ס. אך מ"מ נראה לעג"ד שקד במקום טעות סובר רש"י דלא הוה שליחות יד וכבר האריך הרשב"א בחידושו לביק (גק ק"ג) בשונו"ה והנותן מעות לשלומו, דשליחות יד מהני רק בלא גילה זה בפני עדים, אבל בלי עדים אין נאמן והריות כן מסובלי דעם ודבריו נכונים וכן מתיין דברי הרא"ש שבסקיו שדווקא משום דלא נתכוון השליח לקנות לעצמו לכך קנה המשלם יעו"ש, וכבר הביא הד"מ בח"מ שם כמה דעות הסוברים כן, ובאמת המעיין בדברי

וכסופק חזי לפי זה בעיסקה שנודמן לו הפסד פתאום

אם יכול מקבל העסק לחלוק להילי מחלה ולומר לעצמי הללתי חלק המלוה שלי במקום שלי אפשר להילי חלק חברו, מי אחינן כיון שעלמות העסק לא עמד לחלוקה ותמיד אחינן בעל פרוטה נמוא מחלה מלוה ומחלה פקדון, או שאנו אומרים כיון שיש כאן הפסד גם כאן אחינן שהגיע זמן חלוקה יש רשות לחלקו שלא מדעת חברו, ויראה מופשטות לשון הגמ' דרב אודי ב"ר אחינן דחמר אם מה נעשה מטלעלין הלל בניו לא פליג אדברא דחמר שלהכי יבבי לך לעסוקי ביה ולא לפשות לו דבר אחר, דהא דברי רב אודי הוא דוקא לפי דברי נהרדעי הו"ל למשמך מ"מרה זו למימורה דנהרדעי, ומימורה דפלוגתה דרבה ג"כ הנהווייבו לומר להכי קרי ליה עיסקה לנכסוקי ובאם מת לא יעשה מטלעלין, וה"כ הרי מוכח

מעות נשאר שייך להמשלה, ובאמת היה יכול לחזור בו ולקבל מי שפרט אבל בסתמא שאין חוזר בו יכול הבעל המעות לנכות את גופו של הסחורה מן השליש. ועוד נראה לומר שכל ככה"צ המעות קונות לגמרי לדין דקוי"ל כר' יוחנן שמעות קונות מה"ט, כהאי גוונא דלא שייך לומר כשרפו חטיף כעליו שהרי השליש חייב עלוהם כדאוסין מדין שלימות יד שהוא כגזון, וגם כל ככה"צ הוא מלתא דלא שכיחא:

אך לפי"ו יסתפק דין חדש שבמקום שהמקנה ידע שמעות הללו של המשלה הן בשלם כהן יד וקנה לעצמו, והוא הקנה להשליש שיהיה שייך לו, וכן אם קנה סחורה מן א"י יהיה זה שייך להשליש, משום שאין א"י משיכה קונה ולא מעות, להרבה מדבוחא, והמוכר כיון דמטי זוי לידו אסלק ליה ורק על השליש מוטל לשלם המעות שמסרן להאי"ל בשלימות יד, אמנם בשעתא דכ"ח השליש שוכה מן דעת משלחו אם שדעת המקנה לבעל המעות מהני ע"י אמליעת השליש, אבל כשהשליש חושב לעצמו בשלם הקנין לגמרי, וכן לר' מאיר שאמר כששינוי נעשה גזון, ולא כן שייך לומר מש"כ משום שהמעות עדיין של הנגזל, דמ"מ הסחורה א"ל שיוקנה לבעל המעות אחרי שאין רלונו בזה ובמה יקנה לו, ואין הכי נמי אם היה המוכר חוזר ודאי שיכול לומר שמקח טעות הוא לפי שהמעות שקבל אינם של הלווק והיה יכול לחזור, אבל מסתמא יכול השליש הקונה לתן מעות שלו להנגזל הוא בעל המעות ולשלם לו עבור מעות שלו שביד המוכר וממילא יופטר המוכר מתשלומין, וכשאר הקנין שייך להלווק ממילא אחרי ששאר מעותיו של השליש ביד המוכר, והמוכר לא הדר ביה ממירתו כי מסתמא לא חזר בו ממירתו ודבריו, כל כונה דלא חייבן מחמתו, וישוין תוספות ד"ה מי סודישו ודבריהם ז"ע לפ"ו:

ובערתה יש לומר שזהו שיטתו של רבינו ירוחם שהטעם כשיעסקא בשלם יד בכל המעות ואחר לעצמי חזי קונה שכתב שייך להמקבל שקנה אבל לא בשלם משום דאזיבו ג"כ סובר כמש"כ להמכרת בעל מחיבות משום דיוון שהמשלה רוצה בזה הסחורה שקנה הממוכר והמוכר מקנה לבעל המעות ע"כ נעשה שו"ל כל שלא שינה ממה שמאר לו לקנות עבורו, אך במקבל העסק לשותפות שקנה יד וקנה בכל המעות לעצמו לא נוכל לומר שהמוכר משלם כולו לבעל המעות שהרי אין רלונו של בעל המעות כ"ח במחלה מזה שקנה, והמחלה של המחלה שהוא למקבל העסק, אין רלונו כהקניה להיות שותף עם הנותן וזה לא נוכל לעשותו בעל כרחו לשותף עם בעל המעות, לכן כיון שנעשה גזון על המעות וכונתו לקנות לעצמו, ע"כ לא נוכל לומר שבעל המעות קנה מחלה, מפני שזה נחשב לשינוי לגביה שהוא לזה שיוקנה חלקו על ידו של המחטסק דוקא ולא להיות שלו כפ"ע, וע"כ יכול השליש הוא מקבל העסק לסלק לבעל המעות עבור המעות שמונחים ביד המוכר והסחורה תישאר של השליש, וזה הנראה לעינינו לומר בשיטת רבינו ירוחם. אמנם הר"ף והרמב"ם ההולך בשיטת הר"ף לא ס"ל הכי רק גם במקבל השיעסקא נקרא זה כלא שינה וקנה מחלה ותשיבין סתמא שניתח ליה להנותן לקנות מחלה כי בודאי יתעלה אח"כ לפסקו כהעסק הנ"ל:

ערתה אדברה כמה שמקד כבוד מר אם שיהיה זה השפה מעליא מזה שקונה אח"כ עבור השותפות ישוין להמקבל ולבעל המעות כפי השיעסקא מחלה. והנה כאשר בדבריו הק' שזה תשוב השפה מה מחזור לסחור עבורו ולא שייך בזה כלתה שמירתו משום דניחא ליה שיהיה בידו כבדי שניע לו ריוח ודומה זאת לדברי המבי"ט שהבילו שה"ך (פ"ט) שיש לומר דבריו הק' על עיקר הדין שכתב שהטעם בשומר שכלתה שמירתו משום שיוון ששלם בו יד אין הבעלים רלוים

כדברי המגיד (פ"ט מהלכות מניה) יראה שכתב שם שקרוב לזה הוא דעת ההלכות בפסק הדמקבל יעו"ט, והיינו שיעקר הפסק הדמקבל כשיעסקא שחוקתו אין מועיל, אין רחיה לדין זה שלא יועיל מה שהשליח משנה וחוזרו לעצמו הוא עושה, דהתם מדין טעות הוא, רק מלשון הר"ף דהש יתבאר מ"מ שגם בשליח ששינה נמי הדין כן דמוכח שם שגם אם שינה בכל המעות, אין מועיל תלמו, ולכלן זה הוא ג"כ לשון הרשב"א בחידושו שם כב"ק יעו"ט, ע"כ נראה לומר שגם הרשב"א וכל שיטתו החולקים בשליח, בפסק הדמקבל כשיעסקא מודים דלא מהני תלמו, ועטמו משום דשיעוסת הוא שכתב ששלו הוא טעל, ולא נכתוון מועיל לגזול, אבל מ"מ כב"ד אין כבדא לומר שמחמת טעות הוא נחשב ולכן יבטל מה שהמר שיטתו שמסלק עצמו מהעסק וחוזר העסק מחלה להטותן שאין זה דומה לזה, שהרי נכתוון לשלם ליה שרי ידע שכל העסק שהיה חזרו של המקבל וידוע הוא לו שהמחלה הוא של הטותן רק כסבור שמוכר להשתמש במעותיו וחוזר מותר הוא, הכל בעיקר הדבר אין כלן טעות, ורחיה לזה מדברי הג"ח פ"ה הנוול קמא דמביא שם בשם אביו, דנאמן לומר לעצמו עשה שלי דעתו כרצו לשלם לראובן מעותיו היסורא עבד עכ"ל, הרי ששם אין מוגרע לו הסדרה דעשות שכבר היסורא הוא והדרבה אלוהי קא מאלם בזה לעצמו, ומ"מ גם מדברי הג"ח הנ"ל חזו למדין שדעת הרב"ם שהובא שם ודעת אביו של הכותב שם סבורים ג"כ שתנאי מועיל, הם היה משנה לפני עדים לעצמו (*).

גם מה שכתב (בסימן קפ"ו ע"ט) (* וישוין במל"מ פ"ד מהלכות י"ח) שאין מועיל החלוקה שחולק שותפין שביא גבס הפמ"א שלא מדעת חברו וגם הריחוק שייך ודבריו לא נראו לו ומביא גבס בשותפות ודעת החולקים גם שהרשב"א והרא"ה חולקים בהפסד, הוא ג"כ מטעם זה כיון מל דינו של הרב פ"ח וישוין שסובר ששלו הוא נוטל את חלק דינא נראה מדבריהם שפוסקים המחליט שלו לכן לא קנאן בתורת שכתב לפני שמועיל:

והנה כבוד מר הביא בהנה"ה דברי רבינו ירוחם שמחלק בין שליח לשותף כגבי מקבל עסק כגבי כ"ח במימרים פתח וכן אמר בפני עדים לעצמו חזי קונה נעשה גזון על המעות והכל שלו, ובתנאי כ"ח נבי שליח כתב דעתו חזר בפני עדים לעצמו חזי קונה דהם לא שינה לה מהני תנאי, והתפלא גב"ט על חוקו, חמיא משיבושים דמר נראה לעינינו לתרץ. וקודם הכתוב מה שאמרנו בעת לימודי שם כבדו"א (ד"ק ק"ב) על מה שהיה הרשב"א בחידושו שם בשם בעל מחיבות דלא חזי מה שהשליח גילה דעתו בפני שנים וחוזר לעצמו הוא קונה, ותמה מן הסוגיא דהם שאזכיר הרשב"א שם כדבריו שייך שקנה לפני עדים ובפירוש לעצמו, שהריחוק אין שייך למשל, ישוין שם היטב, ובאמת דעת הר"ף והרמב"ם ג"כ כדעת בעל מחיבות, ורחשיית אומר כטוונתם דזה ודאי מודו שנעשה גזון על המעות כמה שאומר שקנה לעצמו, חמיס זה ידוע שגזול ולא נתיאשו הבעלים ובה חזר ונעלו רעה מזה גבס שמה צרעות המוכר ופ"ח הלווק ודאי לא נקנה הסחורה שהרי מקח טעות הוא שנתהוין להקנות עבור מעות והוא לא קבל מעות, חמיס הם זה נקנה להמוכר נראה לומר לפי דעתו של הבעל מחיבות ז"ל כיון שקי"ל לפי המסקנה שדעתו של מוכר הקנות לבעל המעות וזמן שהעלה הרשב"א ז"ל שזה סדרת המחאה, ולכן כהן קנה של בעל המעות עשה שליח על סחורה אחת ידועה וזאתה קנה השליח לעצמו וכיון שבעל המעות רלונו בזה הסחורה והמקנה הקנה לו ג"כ קנה, לה מוציאה בקרקע כשיון עובדא דקידושין ודאי שקונה הבעל המעות לגמרי חלה שגם שבתלמידין כדבשין משיכה והשליח משך לעצמו, ומ"מ כיון שהמשיכה נכתבטלה מפני שבעשות היתה נתינת המעות וכדכתבינא והקנין

רוים בו, אבל כאן רזויס ורוים, ולעג"ד לא מן השם הוא זה. וגם אם זה זכות להבעלים, מ"מ לא נעשה השבוע מעליא ולא נפטר מחובסין, ורואה לזה מהא דריתא בניטין (י"ד ע"א) בהולך מנה פקדון לפלוני דאם בל לחזור אין חוזר ומוקי הגמ' בהחזוק כפין שזכות הוא להמפקד, והפ"ה לא נפטר מחברותו הרי שכל שלא גיע ליד בעלים אין נחשב השבוע מעליא, ושומר שאני שכל זמן שלא בלקח שמירתו כוד בעלים הוא, אבל בשבועה בו יד נכתבלה המעירה ראשונה ואח"כ אינו יד בעלים גם, דינחא ליה זכותה הוא לו כל זמן שלא עשאו לשומר שפירוש מזה ועל הלשון בלקח שמירתו שמהא אין לו דין שומר, אמנם יש לדמות ראהו זה דהתם נהי שזכות הוא להבעלים מה שמזנחים ביד זה הנאמן ממה שמזנחים ביד הנפקד, מ"מ אין מזה בעלים ויתר ממה שאם יבא זה הפקדון ליד הבעלים מזה ועל הנפקד הראשון מעל החוב להמליח ליד הבעלים ע"כ לא קיים בזה השבוע ליד בעלים, משא"כ כאן הדרבה עוב יותר מה שיהיה מונח ביד זה בעסקא שגיגע לו עי"ו ריוח, ומתחלה לכך נמסר לידו שירויח בהם, ודאי דזכות הוא לו וידו נעשית ביד הבעלים ונתקיים השבוע מעליא :

וב"ב נראה שגם בעסקא להרויח לא חשוב השבוע ורואה לזה מהא דריתא במדריב ב"ק פ"ק הגזול קמא סו' קכ"ב בשם תשובת רבינו ברוך שהלריך לנטון לשיסקא להתנות שיהיה לו רשות להגזיל לגורבו ולזכות לו ע"י אחרים, ואם לא לקח רשות להגזיל כשליטתך ולהחזיר, הרי שלח יד בפקדון והרי הן מלוה עליו ואינן ברשות הבעלים, ע"כ. הרי גם בעסקא יש הדין של בלקח שמירתו, ואין כאן השבוע מפני שכתבלה שמירתו על המעות ואין לו עליהם שם בעלים והשבוע בעיני ליד בעלים דווקא ולא במקום שזכות הוא לו, והפ"ה ג"כ בתשו' מיימונית ספר משפטים סו' כ"ט, וכן מלמתי שהב"י הביא בסיומן קע"ו תשובת הרשב"א [בזאת ל"ו] שפקק שם דמדיה התנה בפני עדים שקבל לעלומו, ובתב שם ועוד משבחה לו שפילו חזיר למקום שנקל אותו מקלח ששלא בו יד והרויח בו מה שהותר בו הותר לבעל המעות או לאמלע כמו שאמרנו, ומזכר מדבריו שאילו הפסיד שייך להשליח הגם שלא שיהי מחטים למעורים רק עשה כפי מה שנהו השבוע, אפ"ה כל ששלא בו יד מקום המחבריות עומד לענין הפסד, הרי מוכח מאלן שזה לא מיקרי השבוע מעלייתא שיפטר לגמרי כן כתב הרשב"א בחידושו. ואם נחלק בין דינים אלו לכ"ד משום דכנ"ד אין יכול למסור לבעל המעות בחזרה, משא"כ כהני דינים מיידי במקום שהיה יכול למסור לבעל המעות לכן לא הוי זכות מזה שפועה לזכות בעל המעות, שיכול להחזיר לו המעות, משא"כ כנ"ד ח"א להחזיר לו, ולכן אפשר דהוה זכות באופן כזה, אמנם הר"ה שהבאתי מגיטין יזכיר שגם שם אין הבעלים לפינוי ואפשר לומר שהבא שאני דתרווייהו איתגברו שיש לו זכות בריות ואין הבעלים לפינוי, אך מאין נמלא חלקה אחרי שיעקר השבוע לא מלינו שזכות מושיל להחשיב בהשבעה גמורה ומה מצדע לגו בין זכות קטן לזכות גדול :

והנה לכהורה פליגי הרשב"א עם תשובת רבינו ברוך שהבאתי לעיל, שהרי רבינו ברוך סובר שגון הדין לא קנה הרויח גם אם מחזיר המעות ששלא בו יד וקונה עבורו את הסחורה, שהלו היה סובר שהרויח שייך לאמלע רק לגבי הפסד אין נחשב להשבעה, למה יחסר זה מטעם ריבית הא קו"ל שמקבל השטק מותר לבנות מליטוי על הנותן, הגם שגן ההפסד לא יהיה על הנותן עבור השינוי, מ"מ מותר לו לקבל ריוח משום שהרויח מניע לו מנח שהרויח במעותיו, ומפיקאה צעת הניתנה היה קרוב לשכר ולהפסד, והוא שפע זאת בעיניו, וה"ל דבוחה, שהוא שפע צמה ששלת יד

בהמעות ומחמת זה ההפסד עליו הוא, ומ"מ הרויח שייך להנותן מפני שזוכה המעות או הסחורה עבורו, ח"ו שדעת רבינו ברוך הוא שכל ששלת יד בהמעות כמעות שלו הן נחשבים לגמרי וכיון שדעת המוכר לבעל המעות הוא מקנה לכן לא שייך הרויח להנותן, ואם שאל הרויח הרי הוא ריבית אחרי שלא נקנה הסחורה במעות של הנותן רק המה חוב עליו, אמנם הרשב"א סובר שכל שהניח המעות שייך הרויח להנותן. — ואולי יש ליבש דבריהם שלא יתקלפו זה על זה שאין הכי נמי דעמם הרשב"א שהמעות של ריוח שקנה הסחורה עבור הנותן שיהיה לו חלק בו שייך להנותן מן הדין, ויהיה זה הרויח לאמלע, אך מ"מ איסורא איכא בזה כיון שכל ההפסד שייך על המקבל ואין דומה לשינוי דבר אחר שהאחריות הוא מחמת זה על המקבל ומותר לעשות כן שגם הדין שבהפסד שאין השינוי גורם לזה הוא מן הדין על הנותן וכמבואר בסמוך, ועוד ביארתי בעו"ה במקום אחר, ועוד שם צעת קיימת הסחורה היה בחפשו לנשות שלא יגיע לו הפסד להמקבל שהיה קונה את הדבר שיווהו, משא"כ כאן צעת קיימת הסחורה עבורו לא היה לו שום אפשרות לנשות שיהיה בהפסד מחלה על הנותן כמו הרויח ולכן גרע זה :

הגה"ה [אחר כותבי וזה מלמתי שהנאון ר"ש אינו ביי"ד (ס' קע"ו)] שם הובא דמ"א בעי"ו ה' הדין של תשובת מיימוני הל"ל שאמר שלקח לעלמו גם אם עבדתי אח"כ לשהותם אחר ליתול והוה ריבית, וכזה שם הרשב"א, שהרשב"א שכתב ה"י נמחו"ל בסי' קע"ו דמ"מ (הוא הכש"א ה"ל) הוא חלק על דין זה של הפ"י מיימוני, ודבריו שכתבתי אז להנאון הל"ל היה זה קודם שדפסו הנהוה רע"א על י"ד, ולעג"ד נראה נכון שאפשר להשוות הרשב"א עם ד' רבינו ברוך הל"ל וכמס"ב :

ובמ"ב כבוד מר להביא שמעמם זכות חוזר לדין שומר גם ששלת בו יד מקודם מהא שכתב הש"ך בשם המב"ט (נסי' קע"ו ס"ק ע"ב) שאין חיוב בחובסין בשליש ששניה, לא אוכל להבין דבריו, הרי לא מבואר בכל הסוגיא (ד"ק ק"ב) שכל המעט שאם הותר והחזיר לאמלע הוא מותר להחזיר כד"י דאמר שמינו במקום שלא נתכוין לגזול, לא ירד עליו שם גזלן, וחלו כדברי תר"ה שמעמם זכיה הוא אפילו לר' מאיר נמי כיון שקונה עבורו את השעורים וזכה בזה. אבל עיקרן של דברים יראה המעיין בסוגיא במה דמדמי הגמ' שינוי השעורים לשינוי דלבע, גם ששינוי השעורים הוא בחילופם של המעות, ושינוי דלבע הוא בגוף הדבר של הבעלים, והיינו טעמא שחילופם של המעות כמעות עלמן דמי במקום שלא נתכוין לגזולם בפירוש, רק לר"מ שגוף ענין השינוי מחשיבו לגזול גם שלא נתכוין לגזול, ולכן כאן נמי מה שקונה את השעורים בזה נעשה גזלן על המעות ויולא מרשותן של הבעלים, משא"כ לר' יהודה מעולם לא נעשה עליהם גזלן ולכן שייך הרויח להנותן הוא בעל המעות, אמנם ההפסד מחמת שהוא גרם ע"י שינוי שלו שייך זה עליו, וכבר העירונו בגמ' שזכות שכל הטעם שמחויב השליח בפחת הוא מחמת הטעם דלחקויי שדרתיך וכו', ומטעם זה אין שייך רק בפחת שהיה צעת מעשה הקנין שעימות השליח בשליחותו בלקיחתו, אבל לא בהשבעת אח"כ, מהיו גם בהשבעה אח"כ חיוב מטעם תחלתו כפשיעה ומפני שאינו שפ"י מעשה שפעמו אז נעשה אח"כ האונס, ובפ"ה מלמתי כדברי בחידושי הרשב"א וזה לשונו שם, ויש לומר דהא' פתחו דברייחא בתרייתא אינו כפתוח דברייחא קמייתא דבריייתא קמייתא דמוקי לה כר' מאיר אפילו בפחתו באונס, ובבריייתא בתרייתא דמוקי לה כר' יהודה לא קנה אלא כשינוי דלבע אבל לא בפחתו באונס ע"כ. כל זה כתבתי אז בשנת תרע"ט להנאון מה"ר אברהם שמואל ז"ל ועיין לעיל (ס' ח') שההר"ה בפסוקה אחרת ג"כ צעתי זה של המב"ט שהובא בש"ך בעור"ה :

סימן א בענין היתר אשת אברהם ליב בן שמואל הכהן שבעלה נהרג ע"י א"י וידובר בכמה פרטי דינים בענין סימונים ובענין הכרה אחר ג' ימים ובענין דברי התכ"ל בסו' קל"ד ותיראמי שיטתו מקומית הנו"ב והגרש"א ועוד כמה דברים בענין זה ויאלת הדתה :

סימן ב שכתבתי לגיסי הג' ר' אלי' לויטעבסק בענין עגונה שבעלה נהרג במלחמה פלעגונא ומדובר שם בד' הנו"ב בענין ספק חוק ג' ימים , ובענין הכחשה בדברי העדים אם זה נקרא הכחשה :

סימן ג באשה שחא מתבט ממקום רחוק שבעלה מת במלחמה ומכונה שהיו שלטת שם בעת ההוא בפרטי העדות , ואם זה נקרא דבר , לחוש לדיון אם דבר הוא כמלחמה , ובענין חוקר ומגיד בתי שאמר שלא בפני ב"ד פלוגתי מת לעדות אשה :

סימן ד שכתבתי לרב אחד בענין זקוקה לחליצה לסמוך על ודל שמת חוקר , ל"י יום ע"י הכרת עובר שהוא כלו לו חדשו ובלירק גמרו שעריו ויפטרנו ועוד אזהר פרטים בדיון :

סימן ה שכתבתי לרב אחד בענין מי שעבר על חדר"ג וכשא אשה על אשתו ואח"כ רואה לחזור להראשונה , אם יש לבקו להשגי' לקבל ג"פ , ואם יש לה כתובה במקום שהיא ידעה מזה ג"כ , ועוד דברים בענין זה :

סימן ו שכתבתי לרב אחד בענין קידושין , מה נקרא שוקר ואם בדשדוך בענין הוכחה שנתרמה לקבל קידושין במחלוקת הראשונים בזה , והערה בד' הנו"ב אם נאמתה היא במקום ספק בקידושין :

סימן ז שכתבתי לגיסי הגא' בלויטעבסק בענין שעה חגלי בקידושין למען שלא תלערך חליצה , אם יש לסמוך ע"י להתיר בלי חליצה שלא לחוש שמת נתרמה בהמשך זמן , שיהיה קידושין גמורין לבטל התגא' במקום שהיא לא קבלה בשבועה שלא לבטל התגא' , והערה על נוסח של הנו"ב והח"ס בענין זה :

סימן ח בענין הג"ל בענין חשב אונס כמה שלא קיים תנאו לגרשה קודם פטירתו , ובענין המחלוקת בירושלמי באונס בדביול התגא' :

סימן ט בענין אשה איש שנשאת במויד שאמרה פגוי' אפי' ואח"כ נודע הדבר , אם יש עליה דין חומר של אשה שהלך בעלה למורה"י בכל הי"ג דברים , והערה בענין ד' הב"ש בסו' קל"ב , וגם יש ע"י הוספה בפרק ח' אה"ע בענין דברי הספ ארי' בענין זה :

סימן י תשובה ארוכה בענין עדי קידושין ובענין נוטע בערות , ועוד אזהר פרטים בענין זה :

סימן יא בענין אשה שנשאת לכהן בחוקת בתולה , אם לחוש לר' הבעל שאומר שלא מאלה דם בתולים לחוש לאיסור , וידובר שם בכמה דברים בענין זה :

סימן יב שכתבתי לרב אחד באשה שצ"י קישי בומרה קרע השלפוחית . וע"י הסכם הרופא בומרה היא מוסגת אל התעבר ותלד , ואם מוהר לה לקחת רפואתה שלא תתעבר בלי הסכם בעלה , ואם תפסיד כתובתה ע"י דבר זה :

סימן יג שכתבתי להרשב"א , בענין אשה שיבשה זמן ארוך בבית בעלה אחר מותו שבדלי' כלה הקרן מכל הנשאר מבעלה , אם יכולה לגבות כתובתה זמן הקרקעות של בעלה , ובארתה שם דברי הראשונים ובפרט בד' הרא"ש הובא בשו"ק :

סימן יד בענין גט בחשבם שיכוי השם שזעריהם הי' שמו לבי בכיטי הירש והחיוק בקיום אחר בשם ילחק לבי , ואח"כ בא למוקם אחר וגשף שם אשה , וגירסה אח"כ בשם ילחק לבי המוגה הירש ולא היוכר שם לבי לבד , והעליתי להעט בשם :

חלק חו"מ

סימן א עובדא דאחא לקמאי בד"ת שהי' באחד שהקדים משות על הבואה שיקנה והוא לקח עבורו ואח"כ אירע אונס שנספק הבואה שקנה , ונסתפקתי אם הי' זה מקבל המשות דין שליח , או דין מוכר , וגם אפי' אם היו מוכר מ"מ כיון שענה עבורו נקנה בזה , בקנין גמור לנותן המשות ויהי' הדיןק עליו והארכתי בענין זה :

סימן ב באחד שמשך ביד שליח משות וכשב ע"י זואה ללדקה במהיום אם לא אחזור עד לאח"מ והיו עליו שמועה ששבק חלכ"ח לא לא בירור גמור , אם יש לאשתו של הנותן לתבוע מזה מזווגותיה וחקרתי בזה בפרטי הדיון אם מותרה כזו גזבין בע"מ וכמוכה ובארתי בזה בד' הראשונים ז"ל :

סימן ג בעובדא דאחא לקדמאי בזוג שקנו בית וכתב בשטר שקבלו מהמוכר ששיך להם הבית ואחריתם לזוכשי שניהם נולד להם עוד בן אחד , אם שיך לכל בניהם או רק להבנים שהיו להם בעת הקנין וביאור ארוך בסוגיא דב"ב נכסי קר ובתרא ליראהי ברש"ש שם ובשאר ראשונים וגם יבאר ד' הרמ"א בסו' רמ"ח ובנתיבות שם :

סימן ד בענין שבעת השותפין ושם בענין זה תשובת הגאון ר"א שאול זעליג הנאב"ד דינאבדורג ז"ל ומה שכתבתי אליו בענין זה :

סימן ה בדברי הש"ך בחו"מ סי' של"ח בענין לקח שלא מודעת של חברו בדבר דניחא ליה ודל' הנו"ב מה"מ סי' ע"ז וכתב אהא דאחא בחו"מ סי' שט"ז והארכתי לברר בענין זה בע"ה :

סימן ו שהשכתי לרב אחד על שאלתו לדינא ובארתי אזהר דברים בענין פשוטה ובדברי הרא"ש בתשו' התובא בחו"מ סי' של"ג , באומר לאומן עשה דבר פלוגי ואקחנו מורך בדבר שאם לא יקחנו יפסיד , ודברתי בארוכה בענין זה בע"ה :

סימן ז בד"ת שהי' בענין הגמר לשלם לחמו עבור חלק חוקרו בארענדה והי' הכחשה בזה אם שילם , אם יש ע"י דין שבעת היסם :

סימן ח בניו שזכר לחברו וקבל משות עבור מזירתו במקום שהקנין לא נגמר בקבלת המעות אם מה"מ או מדרבנן , אם מותר לו להשתמש במעות ואם חייב על המעות באונסין ובארתי בזה בעז"ה בד' התוס' פ' המפקיד מ"ג א' ובדברי הר"י"ה והרמב"ם בענין זה ובענין שהי' מוקח עשות אם מוהר להשתמש בהמעות :

סימן ט בענין פרה של א"י שהיתה אלל א"י חברו ונתן בעל הפרה להא"י רשות למכור אותה וקנה יהודי אחד ממנו ויהודי אחר קנה אותה מבעל הפרה ולא נודע מי קדם, וחקרתי בזה במחלוקת האחרונים אם א"י לא"י יש שליחות ע"פ דין, ועוד איזה דברים בענין זה :

סימן יג בדיון אם תשלום היוזיקו של חפץ נחשב כגוף ההפך לענין תשלום חוב של מורישו שה' בעל החפץ ויהבאר בענין זה כמה פרטים, והמחלוקת שיש בראשונים, הרא"ש עם הר"י אבן מנחם ריש פ' מי שמת :

סימן יד בענין הסוגיא דריש המפקיד שהארכתי בענין זה גם בכמה דברים :

סימן טו בתביעת חובות ישנים אם יש לגלגל על התובע שחל מחל בלבו ובענין מחילה בלב אם הוא מוטיב ע"פ ד"ת :

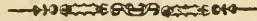
סימן טז בענין פליגא מליה ופליגא פקדון שכתבתי בימי עלומי להגאון ר' אברהם שמואל ז"ל שה' אז הגאב"ד דק' ראסיין :

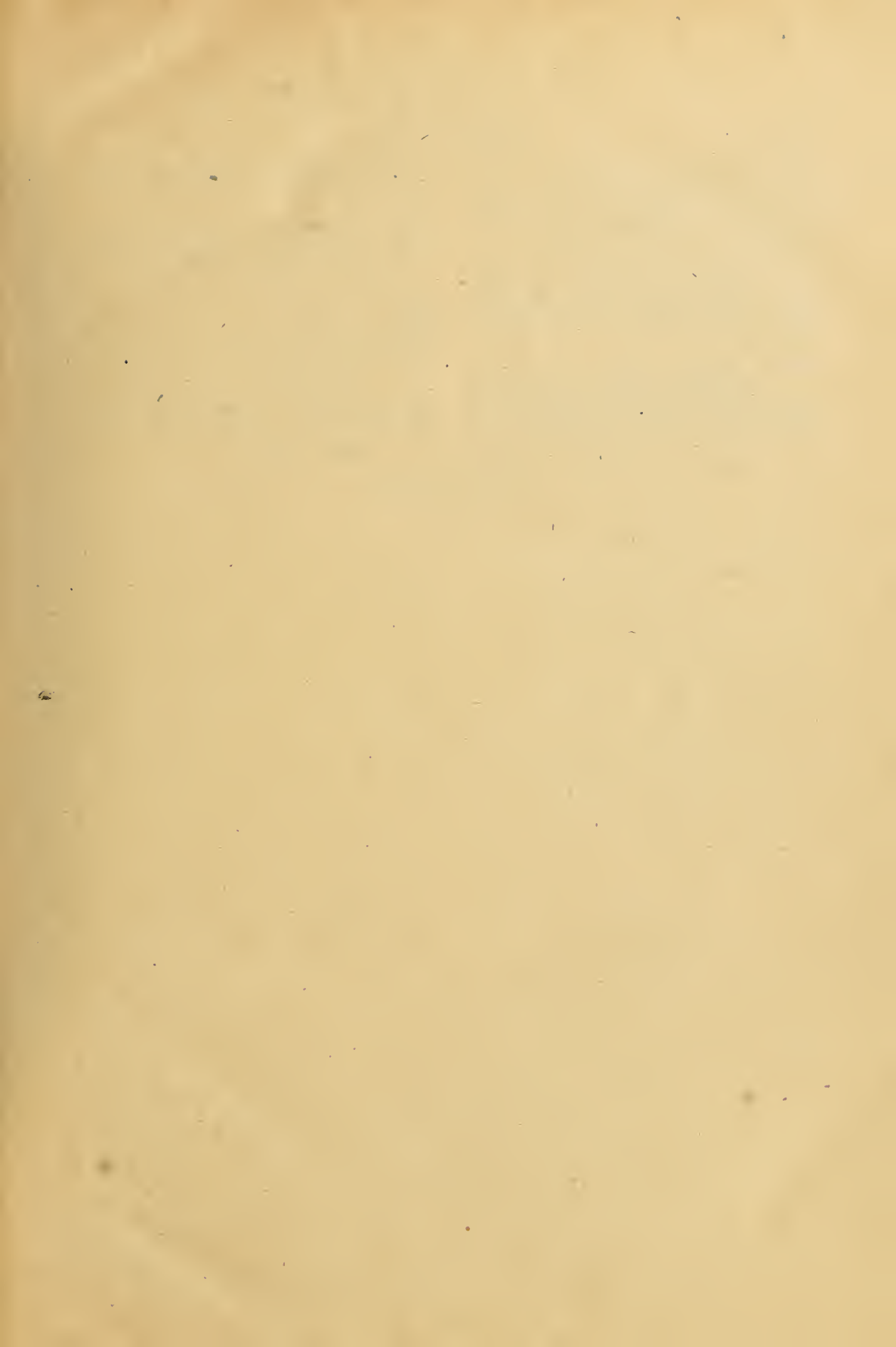
אחד ממנו ויהודי אחר קנה אותה מבעל הפרה ולא נודע מי קדם, וחקרתי בזה במחלוקת האחרונים אם א"י לא"י יש שליחות ע"פ דין, ועוד איזה דברים בענין זה :

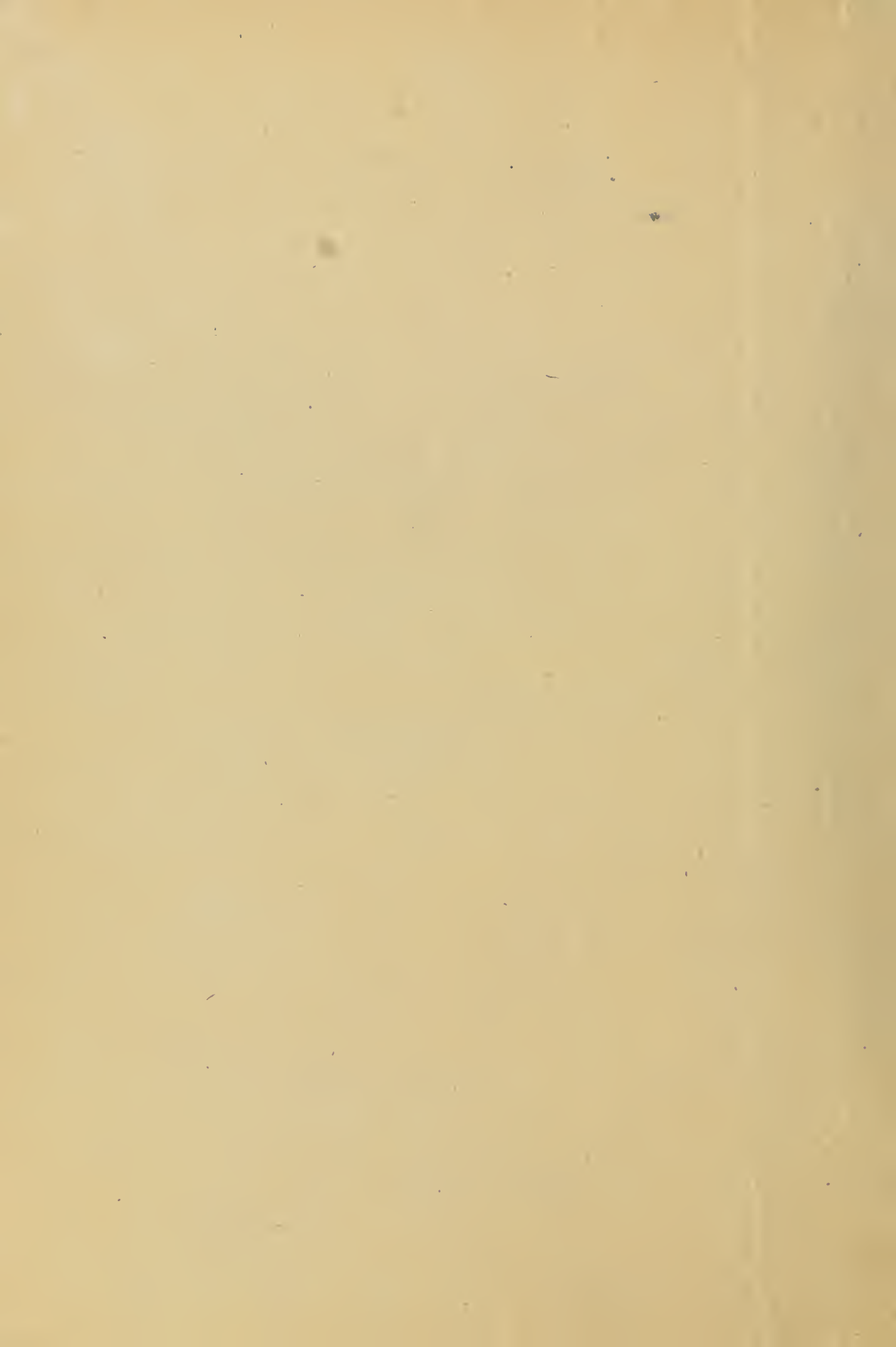
סימן י באחד שמכר ללוקח וכחב שסך מהמעות ישראל אלל הלוקח שיסלק ליורשו או למי שיזוה ליתן ולזה לתן לפלוני המעות, ונסתפקתי ע"פ ד' הגמ' והתוס' בניטין ס"ו חמרא לא קאמר כו' ובארתו בע"ה שמוטיל זה ובארתו ד' הרשב"ם ב"ב קמ"ח טלכאורה יש סתירה בלשונו :

סימן יא בדיון שומרים במקום שמחויב מה"ה דיני שומרה אם התנה בפירוש שיה' עליו דיני שומרה, והקדים מעות להשומר ע"ז אך לא קנו מירו :

סימן יב חקירה בעובדא אחת דיני אונאה וגם בביטול הקנין מטעם אחר שהלוקח חשב שהוא של א"י









3 1761 07286019 0