ספר העיקרים

ביאורים בעיקרי הלכות

מאת

הגאון רבי שלמה איגר זצ"ל

יו"ל בפעם הראשונה מתוך כתב־יד יחיד בעולם עם ציוני
מקורות, הערות, ביאורים ומפתחות

על־ידי

הרב מאיר יהושע קצנלנבוגן

כרך ראשון

מוסד הרב קוק

הוצאת מוסד הרב קוק • ירושלים

נדפס בישראל
Printed in Israel
דפוס "המקור" בע"מ, ירושלים

לעילוי נשמת

צבי (הנרי) דובקוט (דובקובסקי) ז"ל

גדול המעש ורב חסד

נלב"ע בי"ח טבת תשנ"ב

הקדמה

ספר העיקרים מהגאון רבי שלמה איגר זצ״ל - ביאורים בכללי הלכה - שאנו זוכים עתה להוציאו לאור עולם, הוא חלק מתוך ספר שכתב רבינו על כל כללי ההלכות שבש״ס על פי סדר אלפ״א בית״א, ובידינו לא נותר מהם אלא על ענינים המתחילים באות א׳ וענין ״ברכות״ ו״ברירה״.

מחברים רבים ייסדו את חיבוריהם על עניני ההלכה שבש״ס על פי סדר א״ב, ראשון להם הוא רבי יצחק למפרונטי בספרו ״פחד יצחק״. חכמי דורו שבחוהו על חידוש זה בדרך הכתיבה המיקל על המעיינים למצא את חפצם. בעקבותיו הלכו הרבה מן הגדולים וסידרו את חיבוריהם בשיטה זו. נזכיר רק שלשה מן הספרים הנודעים: ״מלא הרועים״, ״כסף נבחר״ ו״שדי חמד״.

הצד השוה שבכל הספרים הללו הוא בשיטה, אך כל מחבר הציב לו בדרך כלל מטרה מסוימת, ולכל ספר יש את הייחודיות שלו, הן בסגנון, והן בסידור הדברים.

כדי לנסות להגדיר את הייחודיות של הספר שלפנינו, נקדים את דברי הגר״א (מובאים בספרו של אחיו ״מעלות התורה״) על הפסוק במשלי (ג,יח) הממשיל את התורה ל״עץ חיים היא למחזיקים בה״, ומפרש ״כמו שעץ שורש אחד נתפשט לכמה ענפים, וכל ענף וענף לכמה שרביטים, וכל שרביט ושרביט לכמה פירות, וכל פרי יש בו כמה גרעינין, וכל גרעין יש בו כח להצמיח אילן שלם עם השרשים וענפים ושרביטין ועלין ופירות וגרעינין בתוכם עם כח המצמיח עוד אילן, וכן לאין תכלית, וכן מכל ענף יכול לנטוע אילן שלם עם כל פרטים הנ״ל, כן הוא בדיבורי התורה והמצוות, כל דיבור ודיבור ומצוה כולל כל המצוות וכל דיבורים״.

דברי הגר״א הנ״ל שייכים בעיקר לחלק הנסתר שבתורה, שכן אין לנו ידיעה איך נכללות בכל דיבור שבתורה כל המצוות כולן, אך הספר שלפנינו ממחיש גם בחלק הנגלה שבה את משל התורה לעץ שמתפשט ומתרחב ואין לו הפסק עולמית. כל סוגיא מחולקת לשרשיה, לענפיה, לאשכולותיה לענביה ולגרעיניה, והגרעינים הם למראית עין קושיות והערות קצרות בלבד, אך המתעמק בענין רואה כי מכל גרעין אפשר להצמיח אילן שלם, ורבינו שתל את הגרעין, והניח ללומדים מקום להתגדר בו, ״עץ חיים היא למחזיקים בה״.

*

קוים לדמותו של רבינו כבר העלינו במבוא לשו״ת ר״ש איגר, איננו ראויים

לתת הערכה לגדלותו בתורה, לגאונותו הכבירה של רבינו, ולא נבא כאן אלא להצביע על נקודה המשתקפת מתוך מכלול ספרי רבינו. אם מתוך גליון מהרש"א הכרנו את הבקיאות העצומה בכל מכמני התורה, ומתוך חידושיו המובאים בספרי אביו הגרע"א הכרנו את עמקותו וחריפותו, מספר השו"ת הכרנו את המידה של לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא, הרי שבספר העיקרים שלפנינו מתגלית דמותו של בנאי מומחה אשר על ידי כל היסודות הנ"ל בנה בנין לתפארת. דומה כי ההגדרה הקולעת על אישיתו של רבינו היא כי הוא "איש האשכולות" וכדברי חז"ל (סוטה מז,ב) "איש שהכל בו".

על יצירתו של ספר זה מספר רבינו במכתב לבנו "אגלה לך בני עוד אשר לבי מהרהר כעת, שאלתני אז, באיזה ענין דעתי להוציא חיבור, באמת לא עלה על לבי, ומאין שמעת כזאת? היה זה בעתים שחולייה של זוגתי תי' השכיח אותי מלימוד בעיון, לקחתי לי עת לעשות לי רשימה מחידושי אשר בכתובים בערבוביא דרך המוטרד... דאקטר יאפפע, שמצאני כל היום כותב, היה פשוט בעיניו שכוונתי על חיבור, וממנו נתפשט כן, אח"כ שכבר רשמתי החלק היותר גדול ועשיתיו על פי אלפא ביתא נזכרתי בשאלתו, ונדמה לי, שאולי יהיה תועלת ממנו כי ימצא כל איש כמעט רוב עניינים שירצה לידע כי למעט יהיה איזה עיקר עניין שלא בא ברשימה, וימצא חידושי דינים מן אחר ש"ע ונושאי כליו, גם מקודמים שלא הובאו בהם, והערות ממני לפעמים, וקצת פלפול בכל או ברוב עניינים, וירויח, שעל ידי יודעו העיקר, כבר יוקל לו לחפש אחר היתר בגמרא או בש"ע שיובילוהו לשם העניין הנרשם". (מתוך כתב היד, ומצוטט במבוא לשו"ת ר"ש איגר).

רבינו מזכיר בגליון מהרש"א כמה פעמים את ספרו זה. (לדוגמא בערכין ג,ב "ועיי' בספר העיקר שלי עיקר אונן ואבל"). אילו זכינו היה בידינו ספר על כל עניני ההלכה בש"ס ועץ החיים הזה היה מושלם, וכפי דברי רבינו "כי למעט יהיה איזה עיקר עניין שלא בא ברשימה" אך בצוק העתים אבד החלק הארי של הספר וחבל על דאבדין. רבינו לא זכה להשלים את היצירה כחפצו, שכן כפי הנראה הכוונה היתה לתת מתכונת שוה לכל העיקרים, לחלקם לשרשים וענפים וכו', ורק בחלק מן העיקרים הושלמה המלאכה, ובעיקרים אחרים חסרים שרשים וענפים.

*

הזכות בהוצאת דבריהם של גדולי הדורות מתוך כתב יד אינו רק בפרסום הדברים החדשים, כי אם גם בהסבר והרחבה של דבריהם שכבר פורסמו, דוגמא אופינית לכך היא קושיית רע"א בשו"ת סי' קעב בענין עובר ירך אמו, אשר רבים שראו את דבריו השתוממו על קושיתו, ועל פי דבריו ודברי בנו הגר"ש בשו"ת ר"ש איגר (ח"ב כתבים סי' ל) הדברים ברורים ומובנים,

וכפי שכתבו לנו כמה גאונים ותלמידי חכמים אשר שמחו על המציאה כמוצאי שלל רב. (פרטי הענין ראה בהע' לשו"ת שם).

הספר שלפנינו, מלבד הדברים המחודשים שבו, יש בו גם כדי להשלים דברים שכבר נודעו בשם רבינו, דוגמא לכך היא המחלוקת בין רבינו לאביו בסוגיית אנוסים היינו בכתובות דף יח, דברים הנוגעים ללב ליבה של הסוגיא, קירות בתי המדרש של כמה ישיבות זעו מעוצמת הוויכוח של התלמידים בהבנת המחלוקת הזאת, גדולי ראשי הישיבות כמו הגאון ר' שמעון שקאפ והגאון ר' ברוך דב בעל ברכת שמואל האריכו בספריהם לבאר את הצדדים השונים, וזכינו עתה כי רבינו עצמו בעיקר "אין אדם משים עצמו רשע" מבאר את כל הענין, ובהרחבה יתירה.

מלאכה רבה היתה מוטלת עלינו בסידור הספר, שכן היו כמה ענינים שנכתבו במהדורות שונות, וצירפנו אותן אחד לאחד, כן הוספנו מראי מקומות והבאנו מקבילות מדברי אחרונים אחרים שדנו בענינים שנידונו בספר.

במהדורות מסוימות חילק רבינו את הענינים לפי חלוקה שונה "שרשים" "שריגים" "פירות" "גרגרים" ו"גרעינים", אנו בחרנו את החלוקה הנראית כגירסא המאוחרת יותר.

שוחרי התורה ודאי יכירו בזאת טובה למוסד הרב קוק ולמנהליו אשר לקחו על עצמם את מלאכת הקדש להדיר את ספרי הראשונים והאחרונים. ברגשי כבוד אזכיר את אבי מורי הרה"ג ר' משה חיים שליט"א ואת הגאון רבי שילה רפאל שליט"א אשר לא חסכו כל מאמץ להוציא דבר מושלם ומתוקן מתחת ידם. תהי משכורתם שלמה מן השמים.

תודה וברכה מקרב לב למשפחת ר' ישראל יצחק אייגר ז"ל ולפרופ' משה פיינמסר, נכדי המחבר זצ"ל, שהעמידו לרשותנו את כתבי היד של המחבר.

אני תפילה לפני בורא העולם כי זכותו של רבינו תעמוד לי ולביתי שלא תמוש התורה מפינו ומפי זרעינו וזרע זרעינו עד עולם.

בס"ד כח תשרי תשנ"ג

מאיר יהושע הלוי קצנלנבוגן

תוכן העניינים

עיקר אבר מן החי א — טז

אשכול א: אם איסור בשר מן החי הוא גם בלא פירש הבשר מהאבר (א); אשכול ב: מי שהיה אנוס לאכול בשר מן החי ואכל אבר מן החי ברצון אם חייב (ג); ענב א: אם איסור אבר מן החי תלוי בחיוב שחיטה (ז); גרעין א: לר״מ דאין אמה״ח אלא בבהמה, הא דלא קשה לדבריו דמי איכא מידי דלנכרי אסור ולישראל מותר (י); גרעין ב: קו׳ על הוכחות הגמ׳ בכבורות דבחלב אין איסור אמה״ח, דאולי התם איירי בחלב שחוטה (יב); גרעין ג: קו׳ בענין הנ״ל דאולי לא התירה התורה חלב רק בבישלו (יד); גרעין ד: קו׳ על דברי התוס׳ בחולין שמדמים הא דנכרי לאו בני שחיטה להא דנכרי לאו בני כיבוש (טו).

עיקר אומדנא יז — נז

אשכול א: בדעת המהרי״ט דלא אזלינן בתר אומדנא כשהיה לו לפרש (יז); אשכול ב: בהסבר דברי הרא״ש דלא אמרינן אומדנא אלא כשהיא ברורה בודאות (כ); אשכול ג: הסוברים דגם בספק אומרים אומדנא איך יתרצו את ראיית הרא״ש (כד); אשכול ד: גדר שיור כל שהוא לענין אומדנא בשכיב מרע (ל); אשכול ה: הנותן כל נכסיו ושייר חובות אם יש אומדנא דנתן ע״ד מיתה (לג); אשכול ו: באיזה אופנים יכול הדיין לפטוק על פי אומדנא (לד); אשכול ז: עוד בענין דין ע״פ אומדנא, קושיות והוכחות לחילוקים שבאשכול הנ״ל (לט); ענב א: בשכ״מ שנתן נכסיו לכמה בנ״א מגלן דלכולם נתן ע״ד מיתה (מד); ענב ב: בשכ״מ שנתן מקצת נכסיו אמאי לא הוי ספק דאולי נתן על דעת מיתה (מח); ענב ג: קו׳ דבשכ״מ שנתן לכמה בנ״א הרי לראשונים הוה אומדנא לאחר המעשה (מט); ענב ד: בחתן ששלח סבלונות ונתבטלו הקדושין ויש ספק באומדנא אם מחל עליהם (נא); גרעין א: קו׳ על הט״ז שכתב דאין מבטלין מקח מחמת ספק אומדנא (נד); גרעין ב: קו׳ דבעייל ונפיק אזוזי האומדנא היא לאחר המעשה (נה); גרעין ג: סתירה בדברי הרא״ש בענין ספק אומדנא (נה); גרעין ד: קו׳ על דברי רש״י בבכורות דהפודה את בנו בתוך ל׳ המעות מתנה (נו); גרעין ה: קו׳ בדברי תשו׳ הרא״ש דכל דיין מומחה רשאי לדון ע״פ אומדנא (נז).

עיקר אומן קונה בשבח כלי נח — עא

אשכול א: באומן ובעה״ב שנחלקו על הקציצה אם נאמן האומן (נח); אשכול ב: במה פקע קנין האומן בשבח הכלי (סא); ענב א: הכותב גט על קלף של אחר אם אומרים בזה אומן קונה בשבח כלי (סב).

עיקר אונאה עב — צ

אשכול א: בדין אונאה שהיא יתר על שתות ופחות משוה פרוטה (עב); אשכול ב: דין המחייב עצמו

להעמיד סחורה במקח קצוב ועלה המקח (עז); אשכול ג: באומר טול דינר והעבירני למה לא פוטרים מלשלם מטעם אונאה (פג); אשכול ד: הנותן מלאכה בקבלנות ומתנה שיתחיל מיד במלאכה אם דינו כקבלן או כפועל לענין אונאה (פה); גרעין א: קו׳ בהא דקבלן יש לו אונאה (פט); גרעין ב: קו׳ על דברי התוס׳ דלשוכר אין קנין בגוף כלל (צ).

עיקר אונן ואבל צא — קלו

אשכול א: דין מי ששמע שמת לו מת ואינו יודע אם כבר עברו שלשים יום (צא); אשכול ב: חתן שמת אביו והפסיק רגל באמצע שבעת ימי המשתה אם נפקע האבילות (צו); אשכול ג: ת״ח שציוה שלא יספידוהו אם שומעים לו (צז); אשכול ד: כהן שמתה אשתו ואחד משאר קרובים למי מהם צריך הכהן ליטמא (ק); אשכול ה: בדין אונן שיש לו בן למול (קב); אשכול ו: דין אבלות על ספק אביו (קט); אשכול ז: בדין מאבד עצמו לדעת אם אוננים עליו (קיא); ענב א: ביאור קושיית הגמ׳ ביומא דנגזור שכ״ג אונן לא יעבוד ביוה״כ (קיד); ענב ב: הוכחה לדעת הרמב״ם דברגל אינו נוהג גם דברים שבצנעה (קכ); ענב ג: בטעם דאבל אינו נפטר מסוכה משום דאסור בתשמיש המטה (קכב); ענב ד: בענין יבום וחליצת אונן (קכה); ענב ה: מקור לשיטת גאון דז׳ ימי אבלות בעי רצופים (קכט); ענב ו: ביאור שני הטעמים בירושלמי בפטור אונן (קל); ענב ז: מקור לדין שאינו אונן ואינו אבל על אשתו ארוסה או פסולה (קלב); גרעין א: קו׳ בענין איסור אכילת קדשים לאונן (קלג); גרעין ב: קו׳ לשיטת הרמב״ן דאונן אסור בתשמיש המטה מה״ת (קלד); גרעין ג: קו׳ על הלח״מ שכתב דחתן שמת אביו בועל בעילת מצוה מיקרי שב וא״ת (קלה).

עיקר אונס רחמנא פטריה וכמאן דלא עביד דמי קלז — קנז

שרשים וענפים (קלז); ענב א: בביאור סוגיית הגמ׳ בנדרים אם אונס רחמנא פטריה הוא רק בקטלא (קמג); ענב ב: בטעם הדין דהמוכר קברו ובית הספדו קוברין אותו על כרחו (קמו); ענב ג: בדברי הר״ן שמחלק בדין אונס בקיום התנאי בין אם הדבר תלוי ברצונו או ברצונה (קמז); ענב ד: עוד בדברי הר״ן הנ״ל (קמט); ענב ה: בדעת המרדכי דאונס בידי שמים אינו אונס (קנא); ענב ו: בדין מי שאכל מצה או מרור באונס (קנד); גרעין א: קו׳ על המהרי״ט בעניין נדרי אונסין (קנה); גרעין ב: קו׳ על המהרי״ט בענין שבועה שלא אוכל זו אם לא אוכל זו (קנה); גרעין ג: קו׳ על דברי הר״ן שכתב דנדרי אונסין לא הוה אונס גמור (קנו); גרעין ד: קו׳ על דברי הריטב״א דמחילה מחמת השבועה לא מהני דהוה מחילה באונס (קנו).

עיקר אותו ואת בנו קנח — קסב

ענב א: בטעם דהשוחט או״ב שחיטתו כשרה ולא אמרינן אעל״מ (קנח); ענב ב: מה החידוש במה דקתני דהשוחט או״ב שניהם כשרים (קנט); ענב ג: ביאור בדברי התוס׳ דס״ד דאו״ב לא נוהג במוקדשין (קס); ענב ד: תי׳ על קו׳ התוס׳ על הס״ד דאין איסור או״ב נוהג אלא בקדשים (קסב).

עיקר אי עביד לא מהני קסג — רכז

אשכול א: בענין אי הלכה כאביי או כרבא (קסג); אשכול ב: אם יש הוכחה מדברי הרמב״ם דהמוכר לצמיתות לוקה דהלכה כרבא (קסח); אשכול ג: בשיטת הגרע״א דהרמב״ם סובר שהדבר בספק אם הלכה כאביי או כרבא (קעא); אשכול ד: לסוברים דהרמב״ם פסק כאביי מה טעמו (קעד); אשכול ה: טעם בדברי רבא דאעל״מ, משום דהוה כמעשה בלא דעת (קעט); אשכול ו: אם באיסור דרבנן אמרינן אעל״מ (קפג); אשכול ז: בדעת הש״ך דבאפשר לעשות בהיתר ל״א אעל״מ (קפד);

עיקר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו רכח — רעז

עיקר אין אדם מקנה דבר שאינו שלו או אין בו ממש או אינו ברשותו רעח — שח

דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם (שג); ענב ה: בענין הפקר בדבר שאינו ברשותו (שה); ענב ו: הקונה קרקע אדעתא שיהיה לעניים אמאי לא זכו (שו); גרעין א: המוכר דבר שאינו ברשותו וחזר וקנה איך מועיל מדין זכין (שז); גרעין ב: קו׳ בהא דכל אדם מותרים בלקט כשנתיאשו העניים והרי אינו ברשותם; גרעין ג: קו׳ בענין מקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם (שח).

עיקר אין אדם משים עצמו רשע שט — שפה

שרשים וענפים (שט); אשכול א: אם במיגו נאמן להשים עצמו רשע (שיג); אשכול ב: בדעת הגהות אשר״י דלפטור מממון אדם משים עצמו רשע (שכב); אשכול ג: אם באיסור דרבנן אין אדם מע״ר (שכד); אשכול ד: במוכח מענינו שמודה שעשה מעשה רשעות אם אומרים אאמע״ר (שכז); אשכול ה: אם בעבירה שאינו פוסל עצמו לעדות אמרינן אאמע״ר (שכט); אשכול ו: בדין אם העדים אומרים שההלואה אמת אבל חתמנו שלא מדעת הלוה (שלח); אשכול ז: בהא דאמר לדידי אוזפן בריביתא אם צריכים לבא לדין פלגינן דיבורא (שמ); אשכול ח: בשב ואל תעשה אם אומרים אאמע״ר (שמב); אשכול ט: במי שמוחזק לרשע אם אומרים בו אאמע״ר (שמד); ענב א: כשאינו מהווה את האיסור אם אומרים אאמע״ר (שמז); ענב ב: בביאור פלוגתת רבא ורב יוסף סנהדרין ט,ב אם חולקים בכללא דאאמע״ר או בכללא דפלגינן דיבורא (שנ); ענב ג: בדעת האביאסף דאדם משים עצמו רשע בצירוף עד אחד (שס); ענב ד: בדעת הנ״י דלאותו עדות שנפסל בשבילו לא בעי הכרזה (שסז); ענב ה: ביאור בב׳ הלשונות דרמי בר חמא בכתובות יח,ב (שסח); ענב ו: בדברי הרשב״א דבקינוי וסתירה והחשוד מעיד שבא עליה נאמן (שעא); גרעין א: בהוכחת הר״ש מקינון מפלוני רבעני לרצוני דבמגו אאמע״ר (שעה); גרעין ב: בהוכחת הש״ש דל״א אאמע״ר רק בעבירה שפוסלת לעדות (שעו); גרעין ג: קו׳ על הסוברים דל״א פלגינן דיבורא כשא״א לחלק אחד ללא השני (שעו); גרעין ד: בדברי האביאסף בסוגיא דנסכא דר׳ אבא (שעז); גרעין ה: קו׳ על האביאסף דבצירוף ע״א אדם משים אצמו רשע (שעח); גרעין ו: בדברי התוס׳ דבאנוסים היינו ל״א פלגינן דיבורא דקיום שטרות דרבנן (שעט); גרעין ז: בדעת הב״י דהא דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד הוא משום דאאמע״ר (שפא); גרעין ח: ביאור בגמ׳ בסנהדרין כה בעובדא דבר ביניתוס (שפב); גרעין ט: קו׳ על הרשב״א דבאומר אני זניתי עם אשתך לא פלגינן דיבורא (שפה).

עיקר אבר מן החי

שני אשכולות, ענב אחד וארבעה גרעינים

אשכול א

[אם איסור בשר מן החי הוא גם בלא פירש הבשר מהאבר]

הנה עד כאן לא מצינו בתוס׳ פרק גיד הנשה (במסכת חולין דף ק״ב ע״ב סוף ד״ה שאין), אלא שאין איסור בשר מן החי כל זמן שלא פירש האבר, אבל שלא יהא אסור אלא בפירש הבשר מן האבר הא לא מצינו, גם אין הסברא נותנת כן על פי הטעם שנתן הרמב״ם ז״ל בהלכות מאכלות אסורות (פרק ד׳ הל׳ י׳) בבשר מן החי, וזה לשונו ״שהרי בשר זה מבהמה שלא נשחטה ולא מתה מה לי טרפה אותה חיה מה לי חתכה בסכין מה לי בכולה מה לי במקצתה הרי הוא אומר ובשר בשדה טרפה לא תאכלו כיון שנעשית הבהמה בשר בשדה הרי היא טרפה״. וטעם זה שייך גם בלא נפרש הבשר מהאבר, וא״כ ראוי לאוכל אבר מן החי שיש עליו כזית בשר להתחייב שתיים, משום אבר מן החי ומשום טרפה.

ובגמרא [שם קג,א] דאפליגו רבי יוחנן וריש לקיש באכל אבר מן החי מן הטריפה ליכא למידק דאינו חייב משום בשר מן החי עד שיפרוש הבשר מן האבר, מדלא תני פלוגתתם באבר מן החי מן הכשרה (ר״ל ובלא נטרפה בנטילתה), דלר״י דסבירא ליה לאיברים עומדת ואיסור טרפה דבשר מן החי ואיסור אבר מן החי בהדי הדדי קאתי חייב שתיים, ולר״ל כיון דלדידיה אבר מן החי ובשר מן החי מחד קרא אתי (כדאיתא שם סוף דף קב) אינו חייב אלא אחת, דזה אינו, דהא כתבו התוס׳ [הנ״ל] דגם למ״ד לאיברים עומדת, מכל מקום בשר מן החי אין בו כל זמן שלא פירש האבר, וא״כ גם לר״י אינו חייב שתים דהא אינו איסור בת אחת. (ומוסיף נמי ליכא אף דגם לבן נח בשר הפורש מהחי אסור כדאיתא בהרמב״ם הל׳ מלכים (פרק ט׳ הל׳ י״א), אכן הלא אבר מן החי ודאי נוהג בבן נח ואין כאן מוסיף).

ותו, גם אם נימא לא כהתוס׳, מכל מקום ל״ק ולא מידי, די״ל אי הוי תני סתם אבר מן החי ר״י אומר חייב שתיים הוה אמינא דס״ל לאו לאיברים עומדת, ומאי דחייב שתיים משום דכשנתלש בא אבר מן החי ובשר מן החי כאחת וא״כ הו״א דאם נטרפה עם יציאת רובה לא אתי אבר מן החי וחל אטרפה ואינו חייב אלא אחת. והא נמי ל״ק, השתא דאיירי בנטרפה לחייב שלש משום אבר מן החי וטריפה ובשר מן החי, דהא לר״י ילפינן

בשר מן החי מן ובשר בשדה טרפה ול״ש לחייב שני פעמים משום טרפה דמה לי נטרפה פעם אחת מה לי נטרפה שתי פעמים.

גם ממ״ד שם להלן ״אב״ע דכ״ע לאיברים עומדת וכגון שנטרפה לאחר מכאן ובמיתי איסור טרפה חייל אאיסור אבר קא מיפלגי״ ליכא למידק מדר״ל דטרפה אינה חלה על אבר מן החי, דמכל מקום נימא כשנולדה חלין שניהם אבר מן החי ובשר מן החי כאחת ולחייב שתיים, דהא לר״ל מחד קרא נפקי ולא מחייב שתיים וכאמור.

אבל מאוקימתא דרבא ״כגון שתלש ממנה אבר וטרפה בו ר״י ס״ל לאו לאיברים עומדת ואיסור אבר וטרפה בהדי הדדי קאתו״ ולכאורה שפיר מוכח, דאם איתא דאיסור בשר מן החי איתא גם בלא פירש מהאבר, א״כ הך ״וטרפה בו״ למה לי, תיפוק ליה דלר״י מחייב שתים משום אבר מן החי ומשום בשר מן החי. ומכל מקום אינו הכרח גמור, די״ל דלרבותא דריש לקיש נקיט מן הטרפה, דבלא נטרפה אף אילו היה חל טרפה על אבר מן החי פשיטא דלר״ל אינו חייב אלא אחת כיון דלדידיה אבר מן החי ובשר מן החי מחד קרא נפקי, אבל בנטרפה הוה אמינא דמחייב ר״ל שתיים קמ״ל דלאברים עומדת ולא אתי טריפה וחל על אבר.

אמנם ממ״ש הרמב״ם ז״ל בהל׳ מאכלות אסורות (פ״ה ה״ה) ״תלש אבר מן החי ונטרפה בנטילתו ואכלו חייב שתיים״ אלמא דבלא נטרפה אינו חייב משום טרפה דבשר מן החי, וצריך להבין למה זה[1], דנהי דע״כ ס״ל דהכא גזירת הכתוב דלא אמרינן ביה איסור חל על איסור גם במוסיף, דאל״כ ל״ל נטרפה בנטילתן דכתב, דהא גם בנטרפה כבר ליחול אבר מן החי דמוסיף הוא לגבי בני נח. (וקושיא זו של בעל פרי חדש היא (ביו״ד סי׳ ס״ב [ס״ק ג]), ובספר שער המלך הל׳ איסורי ביאה (פי״ז ה״ח) כתב

1 עיי׳ ראש יוסף חולין קג,א ובספר תפארת יעקב שם שמקשים כן, ועיי׳ מנחת חינוך מצוה תנב. ובתפארת יעקב שם כתב ליישב דכל זמן שהבשר מחובר לאבר לאו שמיה בשר מן החי אלא אבר. ודבריו קרובים לדברי רבינו. ועיי׳ חדושי הגרי״פ לרס״ג ל״ת סב (דף ס ע״א) שגם כתב דכשאוכל אבר אינו חייב על הבשר שבו, וביאר הטעם, דאבר מן החי הו״ל כדבר שהיה בכלל ויצא לדון בדבר חדש שאין אתה יכול להחזירו לכללו עד שיחזירנו הכתוב בפירוש, וכיון שהכתוב הוציא את אבר מן החי מכלל בשר וחייב עליו אפילו במשהו בשר גידין ועצמות, אית לן למימר דלגמרי יצא ואין בו אלא אסור אבר בלבד אפילו היכא דאית ביה כזית בשר. עיי״ש שמבאר בזה את דעת הרס״ג שמונה את איסור אבר ללאו בפני עצמו, ולפי כללי הרס״ג במנין המצוות, הרי מכיון שכל פעם שאוכל אבר חייב גם מצד בשר [אפילו אם הוא רק איסור חצי שיעור] לא היה לו למנות זאת ללאו בפני עצמו, ולפי הנ״ל א״ש דכשיש איסור אבר אין איסור בשר.

ועיי׳ להלן הע׳ 12 בשם הנחלת יעקב והמרחשת דכשאוכל אבר מן החי בגידין ועצמות בטל הבשר ברוב, עיי״ש שתירצו בזה את מה שמקשים [מובא להלן אשכול ב] מאי נ״מ באיסור אמה״ח לב״נ, דאי לא הוזהרו על אבר מן החי לא היו עוברים בשעה שאוכלים משום בשר מן החי, דבשעה שאוכל ולועס את האבר היה הבשר מתבטל בתוך הגידין ועצמות ולא היה בו משום איסור בשר כלל, עיי״ש. ולפי״ז נראה דה״ה בישראל האוכל אבר מן החי אינו חייב על הבשר שבו ומטעם ביטול. אמנם לדעת רבינו להלן, בכה״ג לא מתבטל, רק בנתמעך. ועיי׳ עיקר ״אין איסור חל על איסור״ אשכול ז ובהע׳ 37.

דגזירת הכתוב הוא[2]), מכל מקום הא אבר מן החי ובשר מן החי איסור בת אחת הוא, נראה מזה לכאורה דאם לא פירש הבשר מן האבר אין בו משום בשר מן החי.

אשכול ב

[מי שהיה אנוס לאכול בשר מן החי ואכל אבר מן החי ברצון אם חייב]

מן החקירה מי שכפאוהו פרסיים לאכול בשר מן החי ואזל הוא ואכל אבר מן החי אם מתחייב על זה משום אבר מן החי או לא, מי אמרינן נהי דמשום בשר מן החי אין לחייבו, דהא על הבשר היה אנוס, דאילו לא אכל הבשר מהחי היה קטיל רישיה, מכל מקום הלא על מה שעבר על אבר מן החי לא היה אנוס, כי מן האנס היה ניצול אילו אכל בשר לחוד, ע"כ חייב משום אבר עכ"פ, או אפשר דאמרינן כיון דאבר מן החי בעי שיהיה משהו בשר עם הגידין ועצמות, ומאחר דהוא היה אנוס על אכילת בשר שבאבר א"כ אי אתה יכול לחשוב לו למאכל הבשר כלל לאיסור לצרפו להגידין ועצמות כי אם הוה כאלו אכל הגידין ועצמות לחוד, וממילא אין לחייבו משום אבר.

ובכה"ג יש לחקור במי שאנסוהו לאכול כחצי זית מן האיסור, ואזל איהו ואכל ממנו כזית שלם, די"ל אף דכל אוכל כזית איסור נמי אינו חייב על חצי זית הראשון שאכל, ואילו פסק ולא אכל יותר היה פטור, ומכל מקום כשהשלים לכזית חייב, מ"מ בהיה אנוס על חצי שיעור שאני, דמה דחייב בעלמא אם השלים אין החיוב על המקצת שהשלים בו הזית לחוד, אלא דכך אמרה התורה דעד כאן אינו פטור על חצי זית, אלא בחצי שלא בא לידי השלמה לכזית שלם, אבל חצי זית שיושלם לשיעור כזית לא. (וכעין מה דמחייביה רחמנא על נזק שן ברה"ר אף דאילו לעסה לחוד היה פטור, ובבליעה לא הזיקה כלל דאי נמי היה שבקתיה לא היה שוה עוד, מכל מקום הכי אמר רחמנא דכשתבלע מה שלעסה, תחייב משעת לעיסה וכמ"ש בתוס' בב"ק דף כ' ריש ע"ב [ד"ה הא אתהנית]), משא"כ כשהיה אנוס על אכילת החצי, מסתברא דא"א לצרפו לחייבו כשהוסיף עליו עד כשיעור ונכתוב בזה אי"ה בעיקר חצי שיעור[3].

2 דדרשינן [חולין קב, א] "כל שבשרו מותר אתה מצווה על איבריו, וכל שאין בשרו מותר אי אתה מצווה על איבריו". וסובר הרמב"ם דיסוד הדין הוא מטעם אין איסור חל על איסור, וגלי קרא דאף שאבר מן החי על בהמה טמאה הוי איסור מוסיף, מכל מקום לא חל, אך בכה"ג שחל בכת אחת לא ממעטינן מקרא דתפסת מועט תפסת כו' עיי"ש. ועיי' שו"ת רעק"א סי' קפא ומהד"ת סי' קיט וסי' קלו.

3 עיקר חצי שיעור לא הגיע אלינו. ונראה דהחילוק בין אוכל כשיעור שחייב, אף שעל החצי הראשון לא חייב, לבין אם היה אנוס על החצי הראשון, דכשלא היה אנוס הרי שהחצי הראשון הוא אכילת איסור, אלא שהוא פטור על אכילתו, משא"כ בהיה אנוס הרי שאכילתו היא אכילת היתר. ובאחרונים ביארו דזה טעמו של רינ"ח דחצי שיעור אסור מן התורה משום דחזי לאיצטרופי, היינו דמדחזינן דחזי לאיצטרופי זה מוכיח שהחצי הוא ג"כ אסור, דאילו החצי היה מותר לא

והנה האחרונים תמהו, מה אהני לן חיוב דבן נח באבר מן החי, תיפוק ליה דחייב על בשר מן החי שבו, דבשלמא בישראל דצריך שיעור, נ"מ כשאין בבשר לחוד כזית כי אם בצירוף גידין ועצמות, אבל בבן נח מאי נ"מ יש בזה. הן להתוס' [חולין לג,א ד"ה אחד] דגם בן נח אינו חייב בפחות מכזית, ובאבר מן החי גם בבן נח סגיא בכזית בין הכל בשר גידין ועצמות (עיי' ע"ז בפרי מגדים ליו"ד סי' ס"ב במשבצות ס"ק א[4]) ניחא. אך להרמב"ם [הל' מלכים פ"ט ה"י] דכתב דבן נח נהרג על משהו קשיא. (ועיי' ע"ז בתשו' חתם סופר לגיסי הגאון זצ"ל חלק יו"ד קרוב לסוף סי' ע[5]).

היו מצטרפים שני חצאי איסור כיון שכל אחד בפני עצמו הוא היתר גמור, (עיי' אמרי בינה בשר בחלב סי' ב ובמשך חכמה פרשת צו ז,כג. ובאמרי בינה הנ"ל דן בכעין השאלה שלפנינו, אך לא בהיה אנוס על ח"ש כי אם בהיה שוגג).

ולפי זה היה נראה לתלות את השאלה שלפנינו בהיה אנוס על חצי שיעור, במחלוקת ריו"ח ור"ל, דלריו"ח דחצי שיעור אסור מן התורה, היינו דהחצי הראשון הוא גם איסור ורק שאין לוקין עליו, ממילא בהיה אנוס עליו יהא פטור, דלדידיה הא דחייבה התורה בשיעור שלם, זה משום שהחצי הראשון היה באיסור, אך בהיה אנוס על חלק מן האכילה הרי שאין כאן אכילה שלמה באיסור, אך לר"ל דסובר ח"ש מותר מן התורה, הרי שאף שחצי מן האיסור היה בהיתר מכל מקום בהשלים את השיעור חייב, א"כ י"ל דגם בהיה אנוס על ח"ש חייב, (אא"כ נחלק דאכילת אונס לאו שמיה אכילה כדלהלן).

אמנם מדברי רבינו נראה דאין זה תלוי במחלוקת ריו"ח ור"ל, משום די"ל דאף אליבא דר"ל, אה"נ דחצי שיעור הוא היתר גמור, אך כל היתירו הוא על תנאי שלא ישלים, אך כשמשלים איגלאי מילתא דגם החצי הראשון היה איסור, וממילא שוב גם לר"ל יש חילוק בין היכא דאכל שיעור בלא אונס שאז כל אכילתו היא אכילת איסור, לבין אם אכל חצי שיעור באונס דאז חלק מן האכילה הוא בהיתר.

ונראה להביא ראיה ליסוד זה דאליבא דר"ל ההיתר בחצי שיעור הוא על תנאי שלא ישלים מהירושלמי תרומות פ"ו ה"א "מודה ר"ל בעתיד להשלים", ופירש בביאור הגר"א "פי' אם רוצה לאכול כשיעור מתחיל האיסור מתחילה אף בפחות מכשיעור והא דאמר ר"ל אוכל פחות מכשיעור מותר היינו כשאינו עתיד להשלים".

4 עיי' גם בספריו ראש יוסף חולין שם לתוס' הנ"ל ובגינת ורדים כלל מ"ה שכתב כן דהתוס' פליגי בזה על הרמב"ם, וכ"כ במלא הרועים מערכת בן נח כלל טו, כא. ועיי' תשובת רע"א בשו"ת רבינו ח"א כתבים סי' ל. ועיי' שדי חמד מערכת ט כלל יא שמביא בשם כמה אחרונים דגם תוס' מודו לרמב"ם ומה שהזכירו שם בקושייתם בשר גידין ועצמות לא נחתי לזה בקושייתם והקשו בפשיטות, עיי"ש.

5 שמביא קושיא זו בשם רבו רבי נתן אדלר שהקשה לו כן בעל ה"שאגת אריה" בעברו דרך פפד"מ, ועיי' גם בשו"ת ח"ס או"ח סוף סי' קמ. ועיי' מנחת חינוך מצוה תנב בשם שו"ת פני אריה. ועיי' הגהות מעשה חשב על השער המלך פי"ז מאיסורי ביאה ה"ח (אות טו) שהביא קושיא זאת בשם הבית אפרים חאה"ע בשם השאגת אריה. והמעשה חשב מתרץ כדברי רבינו דנ"מ באנסוהו לאכל בשר מן החי ואכל אבר מן החי דחייב מיתה, דהא על האבר לא היה אנוס, וכתב "אבל מכל מקום י"ל דגם על האבר פטור, דכיון דבשר שבו מותר לו לאכל משום דאנוס הוא עליו, א"כ תו ליכא כאן אבר מן החי דהא חסר הבשר ממנו, ואעצמות וגידין בלא בשר אין בן נח נהרג עליו כיון דלא כל האבר אסור". ועיי' חידושי כתב סופר חולין קג,א, מרחשת סי' כג אות ג, שו"ת נאות יעקב סי' יב וחידושי הגרי"פ לרס"ג ל"ת סב שכתבו כמה דרכים ונ"מ

אולם אם יהיה כצד הראשון של הספק דחייב, שפיר משכחת לה נ״מ בכה״ג שאנסוהו לאכול בשר מן החי ואכל הוא אבר מן החי, דמשום בשר מן החי שבו אין לחייבו דעל הבשר היה אנוס, ואף דבן נח א״צ התראה ונהרג על השוגג, מכל מקום על האונס פטור ומותר כדאיתא בהרמב״ם הל׳ מלכים [פ״י ה״ב], דהשתא מכל מקום חייב מיתה משום אבר מן החי. ויהיה א״כ דינא הכי גם בנידון ספק השני באנסוהו לאכול חצי זית איסור והוא אכל כזית שלם מן האיסור דחייב.

אבל נראה דהדבר דנידון דידן שאני, דהוי דומה למי שהיה לו בהמה חיה טרפה, ובא אנס ואנסו לאכול כזית מבשר בהמה זו וחתך הישראל ממנה כזית ואכלו, או נחרה ואכל ממנה כזית, דודאי חייב משום אבר מן החי או משום נבלה, דהא אי בעי הוי שחט לה והיה אוכל טרפה לחוד, והשתא אכל טרפה ואבר מן החי, או טרפה ונבלה וחייב משום איסור השני בודאי, וה״נ להאי דמי, דהא עכשיו כשהבשר הזה שהוא מן החי מחובר עם הגידין ועצמות יש עליו שני איסורים, איסור בשר מן החי ואיסור אבר מן החי, וזה האנס כשכפאו לאכול בשר מזה האבר, אי בעי הכן נח היה מפריש את הבשר ואוכלו והיה עליו איסור בשר מן החי לחוד, והוא דומה ממש להמשל דאי בעי שחט לה והיה אוכל טרפה לחוד[6].

ובזה אפשר ליישב מה שהשמיט הב״י באו״ח (סי׳ ר״ד) דינו של רשב״א דכתב דבאנסוהו לאכול ולשתות אע״ג דנהנה אינו מברך עליו דאכילת אונס לא מיקרי אכילה, (ע״ש במג״א ס״ק כ[7]), דהרי ע״כ הרמב״ם חולק על זה, דאם איתא דאכילת אונס לא שמיה אכילה, א״כ בנאנס לאכול בשר מהחי ואכל אבר מן החי הוי שוב כאכל גידין ועצמות לחוד, דעד כאן לא יתכנו דברינו שהוא חייב, אלא אם נבא עליו שיהא פטור משום אונס רחמנא פטריה, בזה נכונים דברינו דכיון דהיה יכול להפריש הבשר שפיר חייב משום אבר, אבל אם נאמר דאכילת אונס לא שמיה אכילה הרי הוא על הבשר כאילו לא אכלו כלל[8].

לתרץ קושיא זו. ור׳ להלן הע׳ 12 בשם הנחלת יעקב.

ויל״ע לדעת רבינו באשכול א דאין חיוב בשר מן החי אלא א״כ פירש הבשר מהאבר, אך בעודו מחובר לאבר אינו חייב מצד בשר מן החי א״כ אין מקום כלל לקושיא, דכשמחובר לאבר חייב רק משום אבר מן החי.

6 לכאורה יש לחלק, דבאנסוהו לאכל טריפה ואכל נבלה או אמה״ח, הרי על הנבלה או האבר אינו אנוס כלל, וכל האכילה באופן הזה היא ברצון, אך בנידון דידן שאנסוהו לאכל בשר מן החי ואכל אמה״ח הרי על חלק מהאכילה היה אנוס. ונראה בביאור דבריו כפי שמתבאר מהמשך הדברים, דכאן לא דן מצד דאכילת אונס לא שמיה אכילה, אלא מצד דאונס רחמנא פטריה, ולכן, אף שיש כאן פטור מצד הבשר, אך כיון שהוא אכל את הבשר בתורת חלק מהאבר ועל זה לא היה אנוס הרי שלא אומרים בזה אונס רחמנא פטריה, וגם על הבשר חייב.

7 הרשב״א [סי׳ תשצד] קאי לעניין חולה שאוכל ביוה״כ אם חייב לברך ומסיק שחייב [וכ״פ בשו״ע סי׳ רד ס״ט], וכתב המג״א שהבר פלוגתא של הרשב״א הוא הרא״ה הסובר שפטור, ולעניין אנסוהו לאכל הביא הב״י שם בשם אהל מועד בשם הרא״ה דפטור, וכן פסק הרמ״א שם ס״ח, אך המחבר השמיט דין זה, וכתב המג״א שם דכיון שפסק דבחולה חייב הוא הדין באנסוהו, אמנם כתב שאפשר לחלק בזה, עיי״ש.

8 לכאורה היה מקום לחלק, דהתם היינו טעמא כיון דאנוס ואינו רוצה לאכול אינו יכול לברך על זה

אך יש לדחות, דבאמת קושית האחרונים לא קשיא כ״כ, דיש ליישב ולומר נ״מ בפשיטות היכי דהבן נח שכיח לפניו רק בשר מן החי, ואבר מן החי אין לפניו, דאז אם היה עליו רק איסור בשר מן החי לחוד היה מותר לישראל להושיט לו אבר מן החי, מאחר דלא קאי בתרי עברי דנהרא[9], משא״כ עתה שיש על הבן נח גם איסור אבר מן החי אסור להושיט לו אמה״ח, שהרי לגבי איסור אמה״ח היה קאי בתרי עברי דנהרא[10].

וכן יש נ״מ לענין חולה שיש בו סכנה דמאכילין אותו הקל הקל תחילה[11], ולשיטת רש״י חולין (דף ק״ג ע״ב [ד״ה חלקו]) דחלקו מבחוץ דפטור אינו אלא באכל החלקים זה אחר זה, וממילא נמי בנתמעך מבחוץ לא אמרינן דפטור משום דאין עליו שם אבר, אפשר לומר נ״מ עוד בהיה בשר מעט ונתמעך ונתערב בגידין ועצמות דלענין איסור בשר מן החי הוא נתבטל, דאז הוא עדיין חייב מכל מקום משום אבר מן החי, ויש לעיין אם יש דין ביטול בבן נח להרמב״ם דחייב אכל שהוא. ועיי׳ מה שכתב בפרי מגדים במשבצות שם לענין בטול בבן נח[12], ומ״ש אבא מארי הגזצוק״ל בתשובותיו (ח״א[13]).

ברכת הנהנין כיון שאין לו חפץ בזה, אך אין ראיה מזה דאכילה זאת אינה נקראת אכילה כלל. ועיי׳ מ״ב סי׳ רד ס״ק סה.

9 כדאיתא ע״ז ו,ב. ועיי׳ שו״ת רבינו ח״א כתבים סי׳ כח שגם שם כתב דבהיה לו אבר מן החי מותר לתת לו, וראה שם הע׳ 1 דיש סוברים דלעניין זה גם באית ליה אסור משום שמוסיף לו איסור, ובגמ׳ קאי לענין ע״ז שאינו מקריב רק אחת ולא מיקרי שמרבה לו איסור.

10 עיי׳ חי׳ הגרי״פ לרס״ג ל״ת סב שמביא תירוץ זה, ודוחה ״דהא גבי ב״נ אבר ובשר מן החי מחד קרא נפקי לכו״ע, דהא ליכא בהו קרא אחרינא זולת קרא דאך בשר בנפשו דמו לא תאכלו, [עיי׳ רשב״א חולין קכט,ב בשם הרמב״ן], וא״כ בין על אמה״ח ובין על במה״ח על אזהרה זו בלבד הוא דקעבר, וא״כ כמו דאם אית ליה לדידיה בשר מן החי שרי להושיט לו במה״ח אחר, ה״נ שרי להושיט לו אמה״ח, ולית ביה משום לפני עור כיון דבלאו הכי בידו לעבור על לאו זה עצמו על ידי במה״ח שבידו דחדא איסורא נינהו״. ובדעת רבינו שמיישב כן צ״ל דכיון ששתי איסורים ילפינן מהך קרא, אם יש בידו לעבור רק איסור אחד מיקרי נחיגת מכשול כשנותנים לו איסור נוסף.

11 בשו״ת ח״ס הנ״ל [חיו״ד סי׳ ע] כתב גם נ״מ לענין חולה, וז״ל ״אם אוכל קצת בשר מאבר שנחתך שלם מהבהמה אית ביה ב׳ איסורים משום אבר ומשום בשר, משא״כ כשאוכל קצת בשר שנחתך ולא נחתך אבר שלם ליכא ביה אלא חד איסור, והשתא נ״מ למ״ש תוס׳ ס״פ בן סורר ומורה [סנהדרין עד,ב ד״ה בן נח] דגם בב״נ אמרינן וחי בהם ולא שימות בהם, ונמצא כשהוא מסוכן ורפואתו ע״י בשר ויש לפניו במה״ח ואמה״ח ומרפא עצמו באמה״ח נהרג עליו, דאיסור במה״ח הותר לו לרפואתו ולא אמה״ח״.

12 עיי׳ שדי חמד מערכת הג׳ סי׳ ו אות ג בשם ספר נחלת יעקב לבעל הנתיבות ח״ב סי׳ ב שהוכיח ג״כ מכח קושיא זו דיש דין ביטול ברוב בב״נ, אך דעתו שם דאפילו בלא נתמעך מתבטל, וז״ל ״ועוד ראיה ברורה מהרמב״ם פ״ט ממלכים דב״נ חייב באבר מן החי ובבשר מן החי בכל שהוא ואבר מן החי הוא כשיש בו בשר גידין ועצמות, וא״כ תיקשי למה לי אזהרת אמה״ח, הא בלא״ה בן נח חייב על הבשר בכל שהוא שישנו על האבר, ועל כרחין דאי לאו אזהרת אבר מן החי היה פטור כשאוכל האבר דהבשר בטל ברוב בגידים ועצמות שבו דלא בכלל בשר נינהו למאן דאמר אין בגידין בנותן טעם״. ועיי׳ מרחשת סי׳ כג אות ג שכתב

[14]עכ״פ אין מכאן הכרח לומר דהרמב״ם חולק על דינו של הרשב״א, וכש״כ שאין לפשוט ממנו את ספיקתינו וכדאמרן.

ענב א

[אם איסור אבר מן החי תלוי בחיוב שחיטה]

מדי עברי על דברי הרמב״ם הל׳ שחיטה (פרק א׳ הל׳ ג׳), במה שכתב ״דגים וחגבים אינן צריכין שחיטה לפיכך אם מתו מאליהן בתוך המים מותרין ומותר לאכלן חיים״, חשבתי דמילת לפיכך שכתב לא קאי אלא על אם מתו תוך המים, אבל לא על סיום דבריו דמותר לאכלן חיים (דר״ל כשחתך ממנו אבר בעודו חי, דלאכלו כולו הא אסור משום בל תשקצו[15]) דזה אינו מטעם דא״צ שחיטה, דהא אבר מן החי לבן נח נמי אסור אף דלי׳ א״צ שחיטה.

וחשבתי דטעמא דמותר לאכלן חיים הכי הוה, דהנה בפרק גיד הנשה (במסכת חולין סוף דף קא) דאמרו רבי יהודה ורבי אלעזר אבר מן החי נוהג בבהמה חיה ועוף בין טמאין ובין טהורין וחכמים אומרים אינו נוהג אלא בטהורין. א״ר יוחנן ושניהם מקרא אחד דרשו רק חזק לבלתי אכול הדם לא תאכל הנפש עם הבשר, ר״י ור״א סברי כל שאתה מצווה על דמו אתה מצווה על איבריו, והני טמאין נמי הואיל ואתה מצווה על דמן אתה מצווה על איברין. ורבנן סברי לא תאכל הנפש עם הבשר אלא בשר לחודיה, כל שבשרו מותר אתה מצווה על אבריו וכל שאין בשרו מותר אי אתה מצווה על איבריו. ואיתא התם עוד ר״מ אומר אינו נוהג אלא בבהמה טהורה בלבד כו׳, אמר קרא וזבחת מבקרך ומצאנך (וכתיב בתריה אבר מן החי).

והנה לר״י ור״א וכן לר״מ הטעם בדגים וחגבים דמותר לאכלן חיים נגלה בעליל, דלר״י ור״א הטעם כיון דדמן מותר אין לקרות בהן כל שאתה מצווה על דמו, ולר״מ הטעם דכיון דבקר וצאן כתיב והרי אינן בקר וצאן, אלא דלרבנן דקיי״ל כוותיהו דדרשו כל שבשרו מותר אתה מצווה על אבריו בעינן לאהדורי בתר טעמא דדגים וחגבים, דהא הני נמי בשרן מותר.

ובזה י״ל דפירוש הסוגיא הכי היא, דר״י ור״א דרשו כל שאתה מצווה על דמו, ובאיסור דם לחוד תלתה התורה איסור אבר מן החי, ורבנן מודי לר״י ור״א לדרוש כל שאתה מצווה על דמו, אלא דס״ל כל מה דאפשר למדרש דרשינן, וכיון דאיכא בקרא דם ובשר דרשינן נמי כל שבשרו מותר כו׳, ובתרוויהו תלה רחמנא לאיסורא דאבר מן החי, ואינו אסור משום אבר מן החי עד שיהיה דמו אסור ושיהא בשרו מותר, ועל כן

כדברי הנחלת יעקב, וכתב דאף אם אין דין ביטול בב״נ שאני הכא שאוכל על ידי תערובת. וראה לעיל הע׳ 1. ועיי׳ עוד בעניין זה אם יש דין ביטול ברוב בב״נ בספר דרכי תשובה סי׳ סב ס״ק ה.

13 בענין ביטול בב״נ לא מצאתי בשו״ת רעק״א.

14 על קטע זה נרשם קו למחיקה.

15 ר׳ הגהות מיימוניות שם אות ג ובשו״ע יו״ד סי׳ יג ס״א.

אינו נוהג בטמאין כיון שבשרו אסור, ועל כן אינו נוהג בדגים וחגבים כיון דדמן מותר[16].

וכסבור הייתי דזה נמי טעמא מה שאינו עובר בלאו על בשר אדם מן החי[17], (דגם לרמב"ם פ"ב ה"ג מהל' מאכלות אסורות דאסור מן התורה, מכל מקום אינו אלא בעשה כמ"ש דזאת החיה אשר תאכלו הא חוץ מהני שבעה מינים דמנה הכתוב לא תאכלו), משום דדם אדם מותר וכדאיתא בפרק דם שחיטה (במסכת כריתות ריש דף כב) דילפינן מן וזה לכם הטמא, זה טמא ואין דם מהלכי שתים טמא.

והריטב"א בפרק אעפ"י (כתובות דף ס' ע"א) כתב "אבל יש אומרים דבשר מהלכי שתים אסור בלאו כו' ומיהו בלאו הכי נמי לא אשכחן בשר מהלכי שתים להתירא דאי בעודו חי הא איכא משום בשר חי[18] ולא אשכחן דשרא לן מידי רחמנא בלא שחיטה חוץ מדגים וחגבים כו'". ויש לי דקדוק בדבריו דמשמעו דזה אפשר דלאו דאבר מן החי לית ביה, אלא דמכל מקום ודאי אסור מן התורה לאכול משום דמחוסר שחיטה (והיינו דאית ביה עשה דאינו זבוח, דאף דוזבחת דבקרא א"א דקאי על אדם, מכל מקום הוא בכלל השלילה ששלל הכתוב שלא לאכול אינו זבוח, דהוא לא ס"ל כהרמב"ם, והרמב"ם לא ס"ל כהריטב"א דהא כתב דאיסור עשה בבשר אדם הוא מן זאת החיה, ואילו ס"ל כהריטב"א בלא"ה בפשוטו הוי עשה משום דאינו זבוח), והשתא אם איתא דאלו דלית בהו לאו דאבר מן החי הטעם הוא משום דאינם טעונים שחיטה, א"כ לסברתיה דהריטב"א דיש גם באדם איסור אינו זבוח ממילא ע"כ אית ביה לאו דאבר מן החי ולא הו"ל לומר בלשון "ומיהו בלא"ה נמי כו'" אלא הו"ל להוכיח דע"כ אית גביה לאו דאבר מן החי כיון דלא אשכחן דשרי מידי בלא שחיטה ל"ש ביה טעם מפני שאינם טעונים שחיטה, ואולם למ"ש הרי זה נכון, די"ל דס"ל דמה דאתמעט מהלאו משום דדמו מותר.

אלא דלקושטא דמילתא בבשר אדם א"צ לכך, דאי נמי נפרש הסוגיא כפשטיה דלרבנן תלוי רק בכל שבשרו מותר, וגם כשת"ל דאין בו איסור דאינו זבוח, הנה בל תוכל לומר דבשרו מותר[19] דהא אדם מת אסור בהנאה כדילפינן [ע"ז כט,ב] מעגלה ערופה, ואי בפירש ממנו בשר בעודנו חי, הא על זה עצמו אנו דנין עכשיו אם אבר ובשר מן החי דידיה שרי או אסור, ואיך תוכל לדון לו דבשרו אסור משום אבר

16 עיי' פר"ח סי' יג ס"ק א שכתב כן דהא דדגים וחגבים מותרים הוא משום דדמן מותר. ובפרי תואר ס"ק ה משיג עליו דההיקש אזיל לחומרא ולא לקולא. ועיי' פמ"ג שם משבצות ס"ק א, ובהגהות יד אברהם לשו"ע שם שדחו את השגותיו. ועיי' רש"י חולין קב,א ד"ה וכל שאי אתה מצווה על דמו שפירש "דגים וחגבים", ולכאורה מבואר דההיקש לקולא. ועיי' פמ"ג סי' סב ש"ד ס"ק ב שהוסיף עוד טעם להא דדגים וחגבים אין בהם איסור אמה"ח כיון דנפש דידהו לאו נפש מיקרי.

17 עיי' פמ"ג סי' סב ש"ד ס"ק ב שכתב ב' טעמים בהא דאין איסור אמה"ח בבשר אדם, למ"ד בשר אדם אסור מתמעט מכל שבשרו מותר כו', וטעם ב' משום דדמו מותר. ועיי' מנחת חינוך מצוה תנב, ואור שמח מאכלות אסורות פ"ב ה"ג.

18 בריטב"א בשימ"ק וכן בחי' הריטב"א הוצאת מוסד הרב קוק: משום אבר מן החי. ועיי' גליון רבינו יו"ד סי' יג ס"א וסי' עט ס"א.

19 כלומר לדרוש לגבי בשר אדם את הדרשה דכל שבשרו מותר אתה מצווה על איבריו.

מן החי כיון דבשרו מותר, דהא אם תאמר דאסור משום אבר מן החי אין לך בו מציאות בשרו מותר[20].

אפס אחר שנזכרתי במה שכתב רש״י ז״ל בהאי דחגב טהור חי דאית ביה משום בל תשקצו, בסוף פרק אמר רבי עקיבא (במסכת שבת דף צ ע״ב [ד״ה אי הכי]) בזה״ל ״ואי משום דאין בו איסור אבר מן החי דחגב אין טעון שחיטה אית ביה מיהא משום בל תשקצו״, ובמה שכתב הרמב״ן גבי בשר אדם (והוא בפרק אעפ״י בהר״ן [כד,ב] בד״ה ת״ר) ״אפ״ה בשר מן החי מותר דכיון דאינו טעון שחיטה ליכא משום אבר מן החי״, חזרתי לפרש גם דברי הרמב״ם כפשטן, דמילת ״לפיכך״ שכתב קאי גם על מה שכתב ״ומותר לאכלם חיים״[21].

ורואה אני שהדין עמם שהוצרכו לטעם זה, דהטעם שרציתי ליתן עפ״י שרציתי לפרש הסוגיא דפרק גיד הנשה, דלרבנן בעי תרוויהו שיהא בשרו מותר וגם שיהא דמו אסור, אינו דבר המתקיים. דא״כ מה פריך בגמרא שם [קב,א] ״ור״י ל״ל קרא ליתי איסור אבר ליחול על איסור טומאה שכן איסורו נוהג בבני נח״, ומאי קושיא והלא בין כך וכך צריך קרא לידרש מיניה כל שאין אתה מצווה על דמו כו׳ דדגים אין בהם משום אבר מן החי, ויליף מיניה נמי הא.

[[22]ועוד, דהא בן נח מוזהר על אבר מן החי, וכתב רש״י פרק גיד הנשה שם [ד״ה אבל] וז״ל ״אבל בן נח מוזהר על הכל (אף בטמאין), דכל דקרינן ביה בשר לחודיה אכול קרינן ביה אבר מן החי לא תאכל״. והרי גבי בן נח לא קרינן ביה כל שאתה מצווה על דמו דהא אינו מוזהר על דם[23], אלא על כרחך לרבנן לא דרשי אלא כל

20 עיי׳ אור שמח מאכ״א פ״ב ה״ג שמביא משו״ת הרשב״ש סי׳ תקיח שכתב דבשר מן החי של אדם אסור לסוברים בשר אדם מותר, דכל שבשרו מותר אתה מצווה על איבריו, והאו״ש משיג עליו כהשגת רבינו ״דאנן הכי קאמרינן דבמקום שבשרו מותר כתיב לא תאכל הנפש עם הבשר, מוכח דבשר לחודיה מותר, והיינו בטהורים דבשרן איכא היתר ע״י שחיטה, אבל באדם דבמיתתו אסור ושחיטה לא שייך ביה, ואיך נימא דאמה״ח נוהג בו ובשר מן החי ג״כ נוהג בו דא״כ בשרו אסור בכל אופן שיהיה ואיך כתוב עם הבשר״. ועיי׳ שו״ת הרשב״א סי׳ שסד שכתב דהא דדרשינן כל שאתה מותר בבשרו אתה מוזהר על אבריו, היינו בכל מה שטעון שחיטה או נחירה וכתב דכיון דמהלכי שחיים אינם טעונים שחיטה אף איסור בשר מן החי ואמה״ח אינו נוהג בהן לישראל. וכתב עוד טעם דילפינן מ״לא תאכל הנפש עם הבשר״ אלא בשר לחודיה, כלומר שפירש לאחר שחצא נפשו ואילו בשר מהלכי שחיים לאחר שחצא נפשו אסור דמת אסור בהנאה.

21 כן מבואר גם בדברי הכס״מ שם וז״ל ״דדוקא היכא דאמר רחמנא דליפוק חיותא בשחיטה הוא דאי לא נפקא בשחיטה אלא במיתה הויא נבילה, וכן אם אכל ממנה בעודה חיה חייב עליה משום אבר מן החי, אבל הני כיון דלא בעי דליפוק חיותיה בשחיטה אם מתו בתוך המים מותרים ומותר לאוכלם חיים״. ועיי״ חי׳ הגרי״פ לרס״ג ח״ג מילואים סי׳ ח שכתב עוד הוכחות דאבמה״ח תליא בשחיטה: תוס׳ שבת צ,ב ד״ה דלא, חולין סו,א תוד״ה דלא, סמ״ג עשין סוף עשה סב, מובא בהגהות מיימוניות הל׳ שחיטה פ״א אות ג, עיטור שער שני ח״ג. ועיי״ עוד במאירי שבת שם. ובמהר״ץ חיות שם מקשה, דיש להוכיח דאין אמה״ח תלוי בשחיטה, דהא למ״ד אין שחיטה לעוף מן התורה ומכל מקום יש בו איסור אבר מן החי. ומתרץ דמכל מקום נחירה בעי.

22 נרשם קו למחיקה על קטע זה.

23 יש לעיין, דא״כ תיקשי ליה גם על ר״י ור״א דדרשי להאי דרשה א״כ איך ב״נ חייב, ואולי

שבשרו מותר, ולא דרשי כלל כל שאתה מצווה על דמו].

ומה שהוקשה לי האיך אפשר דאיסור אבר מן החי תלוי בצריך שחיטה, והא לבן נח א״צ שחיטה ומכל מקום אבר מן החי אסור לו, נ״ל לישב בדוחק דודאי אף דרבנן לא דרשי כל שאתה מצווה על דמו כו׳, מכל מקום א״א להכחיש דקרא קאי באיסור דם ועל כרחי׳ בבהמה חיה ועוף משתעי ובהני אין בשרן מותר לישראל אלא בשחיטה, וממילא כשדיברה התורה לישראל כל שבשרו מותר מונח בו כל שבשרו מותר ע״י שחיטה, ועל כן אמרינן דרק בצריך שחיטה תלה הכתוב אבר מן החי, ואולם כשדיברה התורה לבן נח כל שבשרו מותר ע״כ מותר בלא שחיטה קאמרה וע״כ אמרינן הא כדאיתיה והא כדאיתיה, דבישראל דרשינן כל שבשרו מותר לך על ידי שחיטה, ומשום הכי בשר אדם ובשר דגים וחגבים שאינן טעונין שחיטה אין בהם איסור אבר מן החי, ואולם בבן נח דאין צריך שחיטה מתקיים ביה כל שבשרו מותר בלא שחיטה[24].

וא״ת, א״כ תיקשי דיהא בן נח מוזהר גם על אבר מן החי דדגים וחגבים, כיון דלדידיה גם אם הבשר מותר בלא שחיטה יש בו משום אבר מן החי, י״ל דבזה אמרינן שוב מי איכא מידי דלישראל שרי ולנכרי אסור, וכיון דבישראל ליכא בדגים וחגבים משום אבר מן החי על כן גם לבן נח שרינן.

[ומכל מקום לפרש הסוגיא דרבנן דרשו נמי כל שאתה מצווה על דמו לא שייך על דרך זו, ולומר דאבר מן החי אסור לבן נח אף דאינו מצווה על דמו היינו׳ משום דהא כדאיתיה כו׳, דכשדיברה התורה לבן נח, ע״כ לא אמרה כל שאתה מצווה על דמו, כיון דליכא מידי דדמו אסור ליה, אי אפשר לפרש הכי, משום דא״כ הוא, מהראוי היה לומר שהתורה לא דיברה כלל בבן נח, כיון דא״א למידרש ביה כך כל שאתה כו׳, משא״כ אי דרשו רק כל שבשרו מותר בזה מִדְּבָרָה נָאוָה גם לבן נח דשפיר תאמר בין לישראל בין לבן נח כל שבשרו מותר לך, דכן הוא דבשרו מותר עכ״פ לשניהם אלא דלזה ע״י הכשר שחיטה ולזה גם בלא הכשר].

גרעין א

[לר״מ דאין אמה״ח אלא בבהמה, הא דלא קשה לדבריו דמי איכא מידי כו׳]

בפרק השוחט במסכת חולין (דף ל״ג ע״א) הקשו בתוס׳ [ד״ה אחד] לר״מ דאין אבר מן החי נוהג אלא בבהמה טהורה לבד, ולבן נח מיהו אסור גם בטמאה ובחיה ועוף, וא״כ נהי דמאבר מן החי דטמאה ל״ק א״כ משכחת לה מידי דלנכרי אסור ולישראל

כוונתו דע״כ דכל דרשה זו היא רק לחומרא דכל שאתה מצווה כו׳ אך לא להיפך וכדעת הפרי תאר המצויין לעיל הע׳ 16.

24 עיי׳ חידושי הגרי״פ שם שכתב כעין דברי רבינו בזה. ועיי׳ שו״ת נאות יעקב סי׳ יב (תשובת הג׳ ר׳ יצחק מפונביז׳ ומובא גם בספרו זכר יצחק) שמבאר בשיטת הרמב״ם דחלוק דין אבר מן החי בישראל מב״נ, דבישראל הוא בגדר נבלה, דכמו שמיתת כולה אוסרתה כן מיתת מקצתה, ובב״נ דבמתה מותרת, האיסור הוא משום שניטל מן החי ולא מתה.

שרי, דהא מכל מקום גם לישראל אסור משום טמאה, מ״מ מחיה ועוף קשיא. ותירצו דמכל מקום גם החיה ועוף אסור לישראל משום דבעי שחיטה, אע״ג דנכרי אסור אפילו במשהו בשר גידים ועצמות ולישראל לא אסור אלא בכזית בשר, מ״מ הא לר׳ יוחנן חצי שיעור אסור מן התורה.

הנה מתוך תירוצם זה יש ללמוד, דאף דאיסור חצי שיעור אתיא לן מן לא תאכל כל נבלה[25] ושמענו איסור חצי שיעור באיסורי לאוין, אבל בעשין לא שמענו, וי״ל דגם לר״י אין איסור תורה בחצי שיעור (וכתבנו בזה בעיקר חצי שיעור), מכל מקום מסוגיין דהכא שמענו דגם בעשין חצי שיעור אסור מן התורה, דהא דמשהו בשר גידים ועצמות אסור משום דחסר שחיטה אינו אלא מאיסור עשה דוזבחת[26] ומכל מקום ע״כ אסור מן התורה, דאל״כ משכחת לן מידי דלנכרי אסור ולישראל שרי.

ואפשר דהתוס׳ במסכת שבת (דף צא ריש ע״ב [ד״ה כגון]) דהיה פשיטא להו דאיסור חצי שיעור הוא גם באיסור עשה, דהקשו מאי שנא כזית תרומה מחצי זית, דהא בתרומה ליכא אלא עשה כו׳ וחצי זית נמי הא קיי״ל כר״י דחצי שיעור אסור מן התורה, סמכו עצמן על הך סוגיא, דהכא מוכרח כאן לומר כן. ולשיטתם אזלי.

אולם אני בעניי חשבתי דאינו מוכרח, דא״צ לתרץ כאן דמשהו בשר גידין ועצמות אסור משום שחיטה, דמכדי טעמא דר״מ דאבר מן החי אינו נוהג אלא בבהמה טהורה בלבד, הוא משום דכתיב וזבחת מבקרך ועליה כתיב לא תאכל הנפש עם הבשר (דברים יב, כג) זה אבר מן החי, כדאיתא שם (שם קב ע״א), וא״כ בשר מן החי לר׳ יוחנן דס״ל דנפק מקרא ובשר בשדה טרפה (שמות כב, ל וכדאיתא שם סוף דף קב) דלא נזכר בקר וצאן יהא אסור גם לר״מ אף בעוף, וא״כ ל״ק ממשהו בשר גידין ועצמות דעוף דלנכרי אסור ולישראל שרי לר״מ, דהא גם לישראל נהי דשרי משום אבר מן החי מכל מקום אסור משום בשר מן החי וזה הוי חצי שיעור דאיסור לאוי, ולר״ל דגם בשר מן החי אתיא מקרא דלא תאכל הנפש, הא לר״ל גם תירוץ התוס׳ לא עלה דהא לדידיה חצי שיעור מותר מן התורה כמ״ש בתוס׳ שם דצריכין לומר דר״ל לא ס״ל למי איכא מידי כו׳[27].

25 בגמ׳ יומא עד, א איתא דילפינן מ״כל חלב״, אך עיי׳ שו״ת הרשב״א ח״א סי׳ תלט דלנבלה ילפינן מ״כל נבלה״.

26 עיי׳ שו״ת רעק״א מהד״ת סי׳ קג אות ט (תשובה אל רבינו) שמתקשה בכוונת דברי התוס׳ מנלן דאסור בלא שחיטה ״אם לא דכוונתם מחמת עשה דאינו זבוח״, ומקשה ע״ז, דלר״מ כיון דבקרך וצאנך דוקא לעניין אמ״ה, מכ״ש דהוי דוקא לענין איסור אינו זבוח דנפקא מהאי קרא עצמו דוזבחת, והניח בצ״ע. ועיי׳ ספר חקרי לב חיו״ד סי׳ א שהביא בשם תוס׳ רא״ש שכתב במפורש משום איסור שאינה זבוחה. ועיי׳ חי׳ רעק״א לשו״ע יו״ד סי׳ כז. ואחיעזר חיו״ד סי׳ ב אות ג.

27 עיי׳ חי׳ רעק״א לשו״ע שם שצידד לומר כן דתליא בפלוגתת ריו״ח ור״ל אם בשר מן החי נוהג לר״מ בחיה ועוף, וכן כתב בשו״ת ח״ס יו״ד סי׳ ע ובספר דבר אברהם ח״ב סי׳ ט אות יא. ועיי׳ פמ״ג פתיחה להל׳ שחיטה סוף שורש ה שנראה מדבריו דלר״מ דאין אמה״ח רק בבהמה, ה״ה בשר מן החי. (ע״ש שמתקשה, דלדעת הריב״א דאין איסור דאינה זבוחה אם כן חיה ועוף לר״מ לפני שחיטה אינו עובר כלל על איסור, ולא מסתבר. ואם נאמר שיש איסור בשר מן החי, הא לא קשה).

גם להתוס׳ דלא תירצו כן (ואולי טעמייהו דס״ל דאיסור בשר מן החי אינו עד שיפרוש הבשר מהאבר וא״כ אכתי משכחת לה באכל בשר גידין ועצמות עודנו מחוברים יחד דליתא לאיסור בשר מן החי וכמ״ש (לעיל אשכול א׳), וע״כ כתבו משום איסור שחיטה) עדיין לא היה צורך לומר איסור חצי שיעור לר״י ודיהיה מוכרח דגם בעשין אמר ר״י, אלא י״ל דהכא בשחיטה שאני, אף דעשין גם מן התורה שרי חצי שיעור, מכל מקום הכא אסור, דעד כאן לא בעי כזית אלא משום דסתם אכילה בכזית, אבל הכא דלא כתיב אכילה אלא כתיב וזבחת, ע״כ אינו תלוי בשיעור כזית כלל, ועשה דאינו זבוח גם במשהו אסור, והיו מרויחין בזה דלא היה צורך לומר דר״ל דס״ל חצי שיעור מותר מן התורה ס״ל דמזמנין כותי על בני מעיים, דהא טעם זה דלא כתיב אכילה בזביחה גם לר״ל עולה. (ובעל פרי מגדים בפתיחתו להל׳ שחיטה [שורש ב] נסתפק דעשה דאינו זבוח הוא במשהו וכמדומה אני שנשמט ממנו דברי תוס׳ אלו דמבואר דס״ל דדוקא משום חצי שיעור אסור[28]).

גרעין ב

[קו׳ על הוכחות הגמ׳ בבכורות דבחלב אין איסור אמה״ח, דאולי איירי בחלב שחוטה]

בפרק קמא דמסכת בכורות (דף ו ע״ב) בעי למילף הא דחלב בהמה טהורה שרי ולא אמרינן אבר מן החי הוא, מדכתיב [ש״א יז, יח] ואת עשרת חריצי החלב, או מדאסר רחמנא בשר בחלב, מכלל דחלב לחודיה שרי, או מדאסר רחמנא חלב פסולי המוקדשין, ובתוס׳ לקמן שם (דף כ״ה ע״ב ד״ה שער) בעי להוכיח מזה דחלב פסולי המוקדשין לאחר שחיטה שרי, דאל״כ דילמא איצטריך חלב פסולי המוקדשין לחלב שחוטה דבחולין שרי, דהא לית ביה איסור אבר מן החי.

והנה על הוכחת הש״ס מבשר בחלב, ל״ק נמי דילמא מאי דלחודיה שרי היינו חלב שחוטה, דהא חלב שחוטה אינו אסור מהתורה [בבשר בחלב], אבל על ההוכחה מחריצי חלב קשיא, דכאן תעמוד קושית התוס׳ דילמא היו החריצין עשויין מחלב שחוטה[29].

28 בהגהות יד אברהם ריש הל׳ שחיטה גם מקשה מדברי התו׳ הללו על הפמ״ג, ואמנם בספרו ראש יוסף על חולין שם ביאר על פי שיטתו, דמה שכתבו התוס׳ דאסור רק מצד חצי שיעור, לא קאי על איסור דאינה זבוחה אלא על איסור דבהמה טמאה, שהוקשה להם על מה שכתבו שם לפני כן, דלענין בהמה טמאה לא שייך לומר מי איכא מידי, כיון שאסור לישראל מצד טומאה ועל זה הקשו דהא אסורים רק בכזית ותירצו דחצי שיעור אסור מן התורה, עיי״ש. ועיי׳ אמרי בינה דיני שחיטה סי׳ יח שמוכיח דגם לענין זה חצי שיעור אסור מן התורה, מדברי התוס׳ שבת צא (הנ״ל בדברי רבינו) דבאיסור תרומה טמאה יש דין של שיעור, והא המקור לאיסור זה הוא (יבמות עג) מדכתיב בשעריך תאכלנו הטמא והטהור לזה ולא לאחר, וה״תאכלנו״ שם הוא רשות. ועיי׳ בדברי רבינו בשו״ת ח״א כתבים סי׳ ה שכתב דבעשה שאינה זבוחה הוא גם בשלא כדרך אכילתו כיון דלא כתיב ביה אכילה לענין האיסור.

29 עיי׳ נוב״י מהד״ת חיו״ד סי׳ לו ומהרי״ט אלגאזי שהקשו כן. ועיי׳ פלתי סי׳ פא ס״ק ז, ועיי׳ שדי חמד

ולולי דברי התוס׳ היה נ״ל, דסברת הגמרא שאילו היה בחלב איסור אבר מן החי היה גם חלב שחוטה אסור, דהשחיטה לא היתה מתרת להחלב[30], דהחלב בכחל ככנוסה בכלי דמי, וכעין דלא מתירה שחיטה לתולעים שנתהוו בין עור ובשר בחיי הבהמה (ש״ע יו״ד סי׳ פד סעי׳ טז), וכמו דאין ביצה נעשית נבלה מן התורה ע״י מיתת העוף מפני דנגמרה קודם וחשוב כדבר הנפרד (ש״ע שם סי׳ פ״ו ס״ג), כן החלב לא היה נעשה היתר ע״י שחיטת הבהמה. (הן אמת שבב״י (שם סי׳ פ״ז) כתב דחלב מתה אסורה משום נבלה, ויש להבין מה בינה לבין ביצה[31], ואי משום דבחיי הבהמה היה החלב אבר מן החי (אלא שהתורה התירה) נעשית במיתתה נבלה, הא ביצה נמי בחיי העוף אבר מן החי היה (והתורה התירתה) כדאיתא בש״ך יו״ד סי׳ פז ס״ק ט. ועיי׳ ש״ך שם סי׳ פד ס״ק מב[32].

פאת השדה מערכת הב׳ סי׳ ד בשם ספר ערוגת הבשם כדברי רבינו כאן, ועיי׳ שו״ת משיב דבר חיו״ד סי׳ נח וספר זכרון שמואל [לגר״ש רוזובסקי] סי׳ סח.

30 בעיקר דברי הגמ׳ דס״ד לאסור חלב נחלקו אחרונים למה כוונת הגמ׳, י״א לאיסור אמה״ח, והקשה הנוב״י [הנ״ל] דהא לא הוי לא אבר ולא בשר, (ועיי׳ בזה בשו״ת האלף לך שלמה חיו״ד סי׳ שכב). ותי׳ דס״ד לאסור משום איסור אינה זבוחה, והקשו (עיי׳ פרי יצחק ח״א סי׳ כא ועוד) דע״כ כוונתו לאיסור יוצא מאיסור אינה זבוחה, והא כתב המ״מ (הל׳ מאכלות אסורות פ״א ה״ג) דליכא דין יוצא מאיסור עשה. ועיי׳ שו״ת נאות יעקב סי׳ ז אות י שמבאר דבאיסור אינה זבוחה לא בעינן לטעם יוצא ״דבקרא דוזבחת דאתי לעשה דאינה זבוחה לא נזכר כלל בשר, והעשה קאי על כל הנמצא בגוף הבהמה שלא לאכלו בלי שחיטה ובכלל זה גם החלב״, ומוכח לפי ביאורו דמהני שחיטה לחלב, דאל״כ לא מסתברא דיהיה על זה איסור שאינה זבוחה.

ולכאורה יש סמך מהגמ׳ חולין סט, א דמהני שחיטה לחלב, עיי״ש דמיבעיא ליה מהו לגמוע את חלבו של עובר שהוציא ידו והאבר נאסר לעולם משום אבר מן החי, ״חלב דעלמא לא כאבר מן החי דמי ושרי, ה״נ לא שנא, או דילמא התם אית ליה תקנתא לאיסוריה בשחיטה, הכא לית ליה תקנתא לאיסוריה בשחיטה״. ובשלמא אם שחיטה מהני לחלב מובנת כוונת הגמ׳, דבחלב דעלמא כיון דלאחר שחיטה מותר לכן התירתו התורה גם קודם שחיטה, אך בחלב של עובר שהוציא ידו, שלעולם לא יהני לן שחיטה, אולי לא התירתו תורה. אך אי נימא דגם בעלמא השחיטה כלל אינה מועילה לחלב א״כ מאי נ״מ בזה שלאבר מועילה שחיטה. ויש לדחות.

31 עיי׳ גליון רבינו סי׳ פז לש״ך ס״ק טו שמקשה כן. ועיי׳ דרישה סי׳ פז ס״ק ה שכתב כן דחלב נבלה מותר ודמי לביצים, ובב״ח בקונטרס אחרון שם כתב: ״ולפענד״נ דלא דמי לביצת נבלה דנגמרה ומונחת בנבלה כמונחת בכד, אבל החלב שנבלע בגומות דינו כנבלה עצמה כאבר מאיבריה״. ועיי׳ פמ״ג פתיחה להל׳ מליחה, ובסי׳ פא שפתי דעת ס״ק א, ובסי׳ פז ש״ד ס״ק יד, אמרי בינה דיני טריפות סי׳ יא, ושדי חמד מערכת הב׳ אות צג, ובפאת השדה מערכת ב׳ סי׳ ד, ובשו״ת נאות יעקב סוף סי׳ ז.

32 יש להוסיף בענין זה את קושיית רבינו בגליון יו״ד סי׳ פ״א לש״ך ס״ק יב וז״ל ״ועל הוכחת הש״ס מבשר בחלב ק״ל, הא איצטריך לאוכל חצי זית בשר וחצי זית חלב, דמשום אבר מן החי אין כאן שיעור שלם, ועל בשר בחלב חייב, עיי׳ רמב״ם הל׳ מאכלות אסורות פ״ט ה״א ״וכן האוכל כזית משניהם מן הבשר והחלב שנתבשלו כאחד לוקה״. ועיי׳ גליון בכורות ו,ב. ועיי׳ נוב״י מהד״ת סי׳ לו בהגה מבן המחבר ובמהרי״ט אלגאזי בכורות שם (ג,ד ד״ה ואולם) שמקשים כן. ועיי׳ חידושי הגר״י וינוגרד בכורות שם (מכון ירושלים תשמ״ה).

גרעין ג

[קו׳ בענין הנ״ל, דדילמא לא התירה התורה חלב רק בבישלו]

קק״ל על שיטת התוס׳ והר״ן דדם שבשלו אינו מן התורה[33] מסוגיא דפ״ק דבכורות (דף ו׳ ע״ב) דאצטריך גמל גמל חד לאסור עצמו וחד לאסור חלבו, משום דהו״א כיון דחלב בהמה טהורה חידוש הוא דדם נעכר ונעשה חלב, ולמ״ד דאברים מתפרקים מכל מקום האי חלב כאבר מן החי הוא ושרי, בטמאה נמי לשתרי קמ״ל, ומקשינן וחלב בהמה טהורה מנ״ל דשרי, ומשני דנפקא מארץ זבת חלב ודבש דלא משתבח קרא במידי דלא חזי, ומן לכו שברו ואכלו כו׳ ובלא מחיר יין וחלב. והשתא למ״ד דם נעכר כו׳ אכתי דילמא לא התירה התורה כי אם איסור אבר מן החי שבחלב, אבל איסור דם שבו לא התירה וחלב חי אימא דאסור, ומה דמשתבח קרא היינו משום דיבשל החלב ויאכל.

וממילא קשה נמי דלמאי דלא אסיק אדעתיה דחלב דמי לאבר מן החי, גם חידוש ליכא כלל, דהא מה שראוי שיאסור הוא רק משום איסור דם, והא דם עצמו נמי שרי מן התורה אחר שבשלו[34]. (ועיי׳ פרי חדש ריש סי׳ סט[35]. ועמ״ש מזה בחידושי).

33 תוס׳ חולין קט,א ד״ה הלב, ר״ן שם לט,א ד״ה לא שנו.

34 עיי׳ שו״ת נודע ביהודה מהד״ת סי׳ לו בהגה מבן המחבר שהקשה יותר מזה, דדם נעכר ונעשה חלב לא עדיף מדם שבישלו, דהא טעמא דזעירי בדם שבישלו הוא משום שלא ראוי לכפרה, וכיון שנעכר ונעשה חלב הרי אינו ראוי לכפרה. וכתב דע״כ הסוגיא בבכורות שם דלא כזעירי. ויש להעיר על דברי רבינו, דכיון דנחית להקשות מצד דם שבישלו, מדוע הקשה רק באופן שבישלו, ולא הקשה כקושיא הנ״ל, דחלב גם כשלא בישלו הוא כבישלו, שהרי אינו ראוי לכפרה.

ונראה, משום דעל קושיית הנוב״י אפשר ליישב כמו שתי׳ בזה בקובץ שמועות לר״א וסרמן חולין קט,א דכונת הגמ׳ לאסור מטעם יוצא, ולגבי זה לא איכפת לן במה שאינו ראוי לכפרה וכתב שם ״ואילה״ק דא״כ דם שבישלו יאסר משום יוצא, דזה אינו, דודאי אין תמיד בדם ב׳ איסורים איסור דם ואיסור יוצא, שהרי הוא דם ולא יוצא מן הדם, ואם כן אף כשבישלו לא חל עליו איסור יוצא, דלא נעשה בבישולו יותר יוצא ממה שהיה קודם הבישול, משא״כ דם שנעכר ונעשה חלב, הוי החלב יוצא מן הדם״.

וכן יש לתרץ את קושיית הנוב״י על פי דברי החזו״א בכורות טז,יג שכתב בהא דלא נאסר דם שבישלו מטעם יוצא, דרק בנעשה ממילא הוי יוצא דמיקרי שהאיסור יצרו, אך בנעשה ע״י אדם אז מיקרי שהוא עשה ולא שנעשה על ידי האיסור לכן לא הוי יוצא. ומיושב קושיית הנוב״י דדם שנעכר הוה כמו דם שבישלו, דאה״נ, אך כאן כיון שנעשה מאליו יש לאסור מדין יוצא.

ומבואר בזה מה שהקשה רבינו דאולי ההיתר רק בבישלו, אך מצד קושיית הנוב״י דדם שנעכר הוה כמו דם שבישלו לא הוקשה לו, דלענין זה אפשר לומר כמו התירוצים הנ״ל. אלא שיש להבין דכיון שכל ההיתר בדם שבישלו הוא משום שאינו ראוי לכפרה, וכאן הרי גם לפני הבישול אינו ראוי לכפרה, אלא דמ״מ יש לאסור מדין יוצא, אם כן אחר כך כשבשל אותו אינו מעלה ואינו מוריד, דמה גרע הבישול שיפקע ממנו האיסור.

וייתכן לבאר באופן אחר, דס״ל דהא דדם שבישלו מותר אינו מטעם דאינו ראוי לכפרה, אלא הוא גזה״כ דאם בישל התירה התורה, והילפותא היא מהא דכתיב שהדם בא לכפרה, וחזינן

גרעין ד

[קו׳ על דברי תו׳ שמדמים הא דנכרי לאו בני שחיטה להא דנכרי לאו בני כיבוש]

ק״ל להבין תמיהת התוס׳ פרק השוחט (חולין דף לג ע״א [ד״ה אחד]) שהקשו היכי אמרינן דמזמנין נכרי על בני מעיים משום מי איכא מידי דלישראל שרי ולעכו״ם

שיש בזה מיעוט על מקרה שאינו ראוי לכפרה, ומסתברא לן למימר דהוא קאי על דם שבישלו, אך ההיתר לא נובע מחמת שאינו ראוי לכפרה, אלא ההיתר הוא משום שהוא בישלו, ורק הילפותא היא באופן זה.

ומישבת בזה קושיית הנוב״י, דבחלב [לולא שבישלו] אין להתיר מטעם שאינו ראוי לכפרה, כיון דמה שאינו ראוי לכפרה אינו כלל סיבה להתיר, אלא שקשה דאולי כל מה שהתירה התורה חלב הוא רק בבישלו שאז אין איסור דם, ולא קשה מה שהקשינו דמה הוא מוסיף כשבישלו דהא גם לפני כן הוא לא היה ראוי לכפרה, דמכל מקום יש להתיר מצד עצם הבישול דדם שבישלו פטור.

ועיי׳ גליון רבינו ליו״ד סי׳ סט לש״ך ס״ק א שמקשה כקושייתו כאן, ומוסיף עוד קושיא בענין זה, וז״ל ״עוד יש להקשות, דהנה קיי״ל אין היקש למחצה, וא״כ בפסחים כב, ב ״שאני אבר מן החי דאיתקש לדם״, ולמה אבר מן החי אסור במבושל, ודילמא רק בחי אסור, ובעוף דרכיך דאינו שלא כדרך הנאתו (עיי׳ פסחים כד,ב בתוס׳ [ד״ה פרט]) אבל במבושל נימא דאיתקש לדם. (והצל״ח פסחים כב, א ד״ה והרי דם הקשה דאם דם שבישלו מותר א״כ י״ל ק״ו מה חלב שאין היתר לאיסורו מותר בהנאה דם כו׳, וא״כ מה הקשה והרי דם), ואי אפשר לומר דאה״נ, דאם כן לקמן [פסחים כג,ב] דשאיל מאי בינייהו יאמר דנ״מ לאבר מן החי מבושל, דלרבי אבהו לא לקי ולחזקיה לקי״.

ולכאורה היה נראה ליישב את קושייתו, דלענין זה אין להקיש אבר מן החי לדם, דהא דדם שבישלו מותר זה משום שהתורה אסרה דם הראוי לכפרה, אך דם שאינו ראוי לכפרה אינו מסוג דם שאסרה התורה, וא״כ מה שייך להקיש לענין זה לאבר מן החי, שבודאי אין שם ענין של ראוי לכפרה. ולפי מה שביארנו לעיל דדעת רבינו דעצם הבישול הוא ההיתר, ורק הילפותא היא מהא דאינו ראוי לכפרה מובנת גם קושייתו זאת, שנקיש לענין אבר מן החי שגם כן לא יאסר במבושל.

ועיי׳ שדי חמד מערכת הד׳ כלל יא שדן בקושיית רבינו הנ״ל דנתיר אבר מן החי במבושל, ומתרץ לפי מה שדן שם דדם מן החי שבישלו אסור. ומתרץ בעוד אופן את הקושיא הזאת: ״דהא בחולין (קב,ב) דרשינן לר׳ יהודה ור״א כל שאתה מצווה על דמן אתה מצווה על איברן ולרבנן דרשינן כל שבשרו מותר אתה מצווה על אבריו. נמצא דמוכחי קראי דאבר מן החי נוהג על כל פנים גם בבהמה טהורה ולאו דוקא בעוף, ואליבא דר״מ דרשינן התם דמשום הכי סבירא ליה דאינו נוהג אלא בבהמה טהורה מדסמיך אזהרת אבר מן החי לקרא דוזבחת מבקרך ומצאנך, ואם כן לכולי עלמא אי אפשר לומר שלא ינהוג אבר מן החי בבהמה טהורה נגד האיסור המבואר בתורה, דהא לפי מאי דקיי״ל בפסחים (כד, ב) דכל איסורין שבתורה אין לוקין אלא כדרך הנאתן והתוס׳ שם ד״ה פרט כתבו דבשר חי דבהמה הוה שלא כדרך הנאתן, אם כן על כרחין אבר מן החי שבישלו עובר עליו, דאם לא כן אזהרה דאבר מן החי דבהמה במאי מוקמית לה״.

35 שמביא את שיטות הפוסקים בעניין דם שבישלו, ועיי׳ גם פלתי סי׳ סט ס״ק א. וראה עוד בעניין דם שבישלו בשאגת אריה החדשות סי׳ טז, דרכי תשובה סי׳ סז ס״ק ה וסי׳ סט ס״ק א. וראה בהערות הרה״ג ר׳ שילה רפאל שליט״א על הריטב״א חולין (הוצאת מוסד הרב קוק) קט,א ד״ה הלב.

אסור, והא בסנהדרין [נט,א] מקשינן אמאי נכרי אסור ביפת תואר נימא מי איכא מידי דלישראל כו׳, ומשני שאני נכרי דלאו בני כיבוש נינהו, וה״נ נימא שאני נכרי דלאו בני שחיטה נינהו. ואיני מבין, דהא ודאי על יפת תואר שכבשה ישראל לא היתה קושיא שתהיה מותרת לנכרי משום מי איכא מידי, דהא גם לישראל אינה מותרת כי אם לאותו שכבשה ולא לישראל אחר[36], והנכרי אחר הוא, והנה הכיבוש מתיר היפת תאר והשחיטה מתרת בהמה, ובאמת כמו שכיבוש נכרי אינו מתיר לו היפת תואר משום דלאו בני כיבוש נינהו, ה״נ אין שחיטת נכרי מתרת לו הבהמה משום דלאו בני שחיטה נינהו, אבל שחיטת ישראל שמתרת הבני מעיים גם לישראל אחר שלא שחטה, אמרינן דע״כ מותרים המעיים גם לנכרי, דמי איכא מידי דלישראל שלא שחטה מותרת ולנכרי שלא שחטה אסורה[37].

והן אמת שפשט קושית הגמרא בסנהדרין ג״כ לכאורה מוקשה, דמאי מי איכא מידי שייך ביפת תאר, והא זו שכבשה נכרי גם לישראל אסורה. ואין לומר דמכל מקום יש מי איכא מידי, דאילו עשה ישראל מעשה זו שעשה הנכרי, היינו הכיבוש, היה מתיר לו ולהנכרי לא יהיה מעשה זה מתיר, דזה אינו, דא״כ גם בשחיטת נכרי נימא דהבני מעיים מותרים לו דמי איכא מידי דאלו עשה הישראל מעשה השחיטה היו מותרים לו, ולהנכרי לא תהיה מעשה זו מתרת לו. וכזה הקשה לי מחותני הרב רבי בעריש אשכנזי נ״י הגאון אבדק״ק לובלין[38].

והנלענ״ד דבאמת מהראוי היה לומר גם מי איכא מידי כזה, ומה דלא אמרינן ליה משום דנכרי לאו בר שחיטה הוא, וע״כ טרם שחידש בגמ׳ שאני נכרי דלאו בני כיבוש נינהו שפיר הקשה מיפת תאר.

36 נראה דמקורו מהא דקדושין כב,א ״שלא יקחנה לאביו״. ולכאורה יש לחלק, דכוונת הגמ׳ שלא יקחנה לכתחילה לאביו, אך אם לקח לעצמו הכיבוש כבר התירה גם לאחר. ועיי׳ מרחשת סי׳ כג בהגה שכן נראה בדעתו. אמנם עיי׳ ריטב״א קדושין שם שנראה כדעת רבינו, דכתב שהטעם הוא משום שכל ההיתר הוא משום שדיברה תורה כנגד יצה״ר ולכן אין ההיתר אלא לו,

37 עיי׳ רש״ש, תפארת יעקב, וכתב סופר חולין שמקשים כן. וכן במרחשת המצויין לעיל. ועיי׳ חידושי בעל הברכת שמואל בספר ״וזאת ליהודה״ (ירושלים תשל״ז) עמ׳ תלז שמבאר את קו׳ התוס׳ וז״ל: ״דאימתי שייך דין דמי איכא מידי אלא אם בישראל ליכא גוף האיסור ובעכו״ם יש האיסור כמו גזל פחות משוה פרוטה, משא״כ ביפת תואר דלגבי ישראל הוי הכיבוש היתר באשת איש ובעכו״ם ליכא ההיתר, וזה לא מיקרי מי איכא מידי דהא גם בישראל איכא איסור אשת איש אלא דע״י הכיבוש הוי היתר, וע״כ תמהו דה״נ לגבי ישראל איכא איסור אבר מן החי ורק דשחיטה הוי היתרא ובעכו״ם ליכא הך היתרא״. ועיי׳ קובץ שמועות חולין שם.

38 לכאורה היה מקום לומר דלענין שחיטה מעיקרא לא היה קשה כיון דשחיטה היא חלות שלא מועילה אלא בישראל, ובנכרי לא מיקרי שחיטה כלל, משא״כ בכיבוש ס״ד שזה עניין מציאותי וממילא לא שייך לומר דלאו בני כיבוש, רק שהכיבוש לא מהני, ולענין זה ס״ד דליכא מידי דלישראל יהני ולנכרי לא יהני.

עיקר אומדנא

אשכלותיו שבעה, ענביו ארבעה וגרעיניו חמישה

אשכול א

[בדעת המהרי"ט דלא אזלינן בתר אומדנא כשהיה לו לפרש]

בתשובת מהרי"ט (ח"א סימן כז) כתב שעד כאן לא אזלינן בתר אומדנא, אלא בלא ידע שיפרש, או דיש טעם למה לא פירש, כהאי ששמע שמת בנו ונתן נכסיו לאחרים, וכן שכיב מרע שנתן כל נכסיו[1] כיון דסבר שודאי מת בנו ושודאי לא יקום מחליו, על כן לא פירש שאם בנו חי ושאם יעמוד שלא יהא מתנה, אבל כשידע ולא פירש לא מועיל האומדנא, דהוי דברים שבלב כו', והיינו במכר אדעתא למיסק לא"י ולא הזכיר בשעת מכירה שדעתו כן, אף דאומדנא דמוכח שלא מכר אלא על דעת זה מיקרי דברים שבלב (קידושין פרק האיש מקדש סוף דף מט)[2].

ולכאורה יש סמך לדבריו, כי יתיישב בזה היטב לשון הגמרא בהכיר בה שאינה שלו ולקחה, ובמקדש אחותו, דאמר שמואל אדם יודע כו' וגמר ונתן לשם מתנה (פ"ב דב"מ דף טו ע"ב), ואיתא שם: "ונימא ליה לשום מתנה כסיפא ליה מילתא", דלשון זה אינו מתוקן כ"כ, דהכי הוה ליה למימר: אי הכי - דלשם מתנה נתן - למה לא אמר לשם מתנה, אבל על פי דברי מהרי"ט י"ל דאין כוונת המקשן דמוכרח שלא נתן לשם מתנה, אלא דהכי פירושו, ונימא ליה לשום מתנה, וכיון דהוה ליה

1 כ"ב קמו,ב.

2 עיי' שו"ת רעק"א מהד"ת סי' סט שכתב מדעתו כסברת המהרי"ט לפרש את דברי הגהות מיימוניות פ"ט מאישות בשם הרא"ם, במי שאמר בתך מקודשת לי ויש לו כמה בנות, שכתב "ואפילו אם מבורר לנו דעתו של המקדש על הגדולה אין מחשבתו מבטלת דבר שהוצאת פיו משמע איפכא, שדבריו שבלב אינם דברים, הואיל ושינה מלשון העולם שמבררים הקדושין" עכ"ל, ומשמע מלשונו דכל אומדנא שבעולם לא מהני, ותמה רעק"א, דא"כ איך מצינו כל האומדנות שבש"ס, וכתב "וסבור הייתי לומר דדוקא היכי שלא היה עולה בדעתו לפרש דבריו, כמו בהלך למדינת הים, אף דמתנתו היתה בשביל שבנו מת לא הו"ל לפרש דבריו, דהא לדעתו דבנו מת אין נפקותא לבאר דבריו, וכן במתנת שכ"מ בכולו, כיון דחשיב בנפשיה דודאי ימות, היה סבור דאין נפקותא לבאר דבריו, משא"כ הכא דאם כוונתו היתה על המשודכת, למה לא בירר קדושין דלמה סמך על זה שנבין דבריו מעצמו, א"כ מש"ה היה אומדנא בהיפוך, דבאמת דעתו שאחת מהן סתמא תהיה מקודשת". ועיי"ש שדוחה פירוש זה בדעת הרא"ם.

לפרש לשם מתנה ולא פירש לא ניזיל בתר אומדנא דהוי דברים שבלב, ומשני דכסיפא ליה מילתא ויש טעם למה לא פירש ועל כן אינו דברים שבלב.

אפס דיש מקומות נראה מהם היפוך דינו של מהרי״ט, והם: א. בפ״ק דגיטין דף ט ע״א דאמר רב נחמן שכיב מרע שכתב כל נכסיו לעבדו ועמד אינו חוזר בעבד. וקשה גם אם לא עמד איך נושא העבד בת חורין והא מתנת שכיב מרע אינו אלא לאחר מיתה ואין גט לאחר מיתה, ובתוס׳ [ד״ה ואינו חוזר] הקשו כן. ותירצו ״דכיון דדעת השכיב מרע לשחררו דעתו שיקנה בשעה שראוי לשחררו דהיינו מחיים״. והרי זה אינו אלא אומדנא, והא ידע והיה לו לפרש שיקנה מחיים.

הן קושיא זו יש ליישב[3], שי״ל דמה שהיה לו לפרש ולא פירש עדיין אין האומדנא נכחדת לגמרי בדרך ודאי, אלא שמסופקת בידינו האומדנא, ומה דאין דנין בו כדין הספיקות, היינו טעמא דכיון דמכח דהוי דברים שבלב אתי מוהרי״ט עלה, י״ל דהסברא כך, דהיה ראוי ודאי שבכל מקום לא יועיל אומדנא, דנהי דכך היה בדעתו, הא אינו אלא דברים שבלב, אלא הטעם דמועיל הוא משום דהא כל היכי דאיכא גילוי דעתא דמוכח להדברים שבלב הדין דהוין דברים, וכיון דיש לנו אומדנא דמוכח, הרי יש גילוי דעתא דמוכח. מיהו זה כשהאומדנא היא ודאית, אבל כשהיא מסופקת בידינו הרי אין לומר דיש כאן גילוי דמוכח, דנהי דהוא אפשרי ומסופק, מכל מקום מוכח כבר אינו, ועל כן גם ספק ליכא, דעכשיו אי נמי היה דעתו כן אין בדעתו ממש משום דהוי דברים שבלב. (ועמ״ש אשכול ב״[4]).

ומעתה לא קשיא מהאי דכותב כל נכסיו לעבדו, והוא די״ל תינח דבספק אומדנא גם דין ספק אין נותנין לו, היכי דצד שני הוא מעצמותו לא משום אומדנא, אבל בכתב כל נכסיו לעבדו מה דנימא דלא הקנה אלא לאחר מיתה נמי אינו מעצמותו, דהא הנותן סתם מתנה דעתו דתחול מעכשיו, אלא משום אומדנא דלא שבק איניש נפשיה ערטילאי אנו אומדים בשכיב מרע שנתן כל נכסיו, שמחמת מיתה נתן, והקנה רק לאחר מיתה, ועל כן כל שיש אומדנא מתנגדת לומר דנתן מחיים אף דהיא מסופקת

3 עיי׳ שו״ת רבינו חלק חו״מ סי׳ יח (עמ׳ קצז) שמתרץ באופן אחר קצת על קושיא זו, דסברת המהרי״ט דבהיה לו לפרש ולא פירש לא אזלינן בתר אומדנא היא דכיון דידע לא היה לו לסמוך על דעתינו אלא לפרש, אך כאן שגם מה שחל לאחר מיתה הוא מחמת אומדנא וע״כ הוא סומך על דעתינו, לכן סומך גם לעניין זה שכאן רצונו שיחול מחיים. וראה הע׳ 8.

4 עיי״ש ובאשכול ג דנחלקו הראשונים אם בספק אזלינן בתר אומדנא. ונראה די״ל דכאן כו״ע יודו דאם נאמר דבהיה לו לפרש הרי זה ספק באומדנא, הרי לא אזלינן בתרה, דבשלמא בספק אם יש לו נכסים, י״ל דכיון דלצד דאין לו, הרי זה מוכח שלא הקנה אלא לאחר מיתה, הרי זה ספק אם יש כאן אומדנא דמוכח, וכן לענין ספיקא דדינא ג״כ הספק אם יש אומדנא דמוכח, אך בנ״ד י״ל דכיון דהיה לו לפרש הרי החסרון הוא בעצם האומדנא, דכהאי גוונא לא הוי אומדנא דמוכח, כיון דאם כן הוא היה לו לפרש. וכן במה שכתב לעניין דברי התוס׳ דבשטר שחרור דעתו שיקנה בשעה שראוי שישתחרר, דזה רק מספק עלינו את האומדנא שודאי כיוון לתת לאחר מיתה, י״ל דכו״ע מודו, ולא דמי לספק אומדנא, כיון דכאן הספק הוא בעצם האומדנא, דבדבר כזה שלא יועיל לאחר מיתה אין ודאות שלא רצה ליתן מחיים דלא למישבק נפשיה ערטילאי. וראה הע׳ 39.

מפני שהיה לו לפרש, עכ״פ ספק של אומדנא זו גורם לספק עלינו את האומדנא הראשונה, דלצד דלא חייש לפרש ומכל מקום נתן מחיים הרי אין אומדנא ראשונה מוכחת דלא להוי דברים שבלב.

ב. בפ״ק דקידושין דף ח ע״ב: ״ת״ר התקדשי לי במנה תנם על גבי סלע אינה מקודשת ואם היה סלע שלה מקודשת. בעי רב ביבי סלע של שניהם מהו״, וכתב עליה הר״ן [ד,ב בדפי הרי״ף ד״ה ת״ר] ״אעפ״י דקיי״ל בפרק הספינה (ב״ב דף פד,ב) דחצר השותפין אין קונין בו מקח זה מזה, הכא כיון דניחא ליה לקדושי אקנויי אקני לה מקום באותו סלע וקנויה לה״. והרי זה אינו אלא אומדנא, והיה לו לפרש שמקנה לה מקום להקנות לה המנה של קידושין על ידו[5], וטעם כסיפא ליה ודאי לא שייך הכא.

ונלענ״ד, דעד כאן לא אמר מהרי״ט הכי, אלא היכי דאם נבטל האומדנא יהיה נייח לן דנניח הדבר כפשטות משמעותו, וכנידון שנשאל עליו במי שמינה שני אפוטרופסים ואחד מהם דר במקום אחר, דרצה השואל לומר שיש אומדנא שכוונת המצוה היתה ליתן חצי עזבונו למקום שדר בו זה האפוטרופוס, והשיב ע״ז שגם אם ניקח זה לאומדנא, מכל מקום כיון דהיה לו לפרש לא אזלינן בתר אומדנא, אלא הנכסים ישארו במקומן ולזה האפוטרופוס עשאו לחשוב חשבונות ולהשגיח על זה שבמקומו. והרי התם אפשר להניח הדבר כפשוטו שכל הנכסים יישארו כמו שהיו, אבל בהני, אם לא תלך בתר אומדנא, מה תאמר? שתאמר בכותב לעבדו דכוונתו היתה כפשטיה דמתנת שכיב מרע שלא יקנה מחיים, זה אי אפשר, דאם כן האיך דעתו לשחררו בזה שהרי אדם יודע שאין גט לאחר מיתה, וכן בהיה סלע של שניהם, אם תאמר דלא הקנה לה מקום האיך דעתיה לקדשה שהרי יודע דחצר השותפין אין קונין בו זה מזה.

ואם תקשה לי, א״כ מאי ונימא ליה לשום מתנה דקאמר (המוזכר לעיל), והא אי נמי תפרש לשם קידושין, הא יודע שאין קידושין תופסין באחותו. ונ״ל דאין הכי נמי לא היתה קושיא ונימא ליה אלא משום דידע דיש כאן סברא לומר דלשם פקדון נתן, כדסבירא ליה לרב באמת, דבזה לא שייך היה לו לפרש כדאמרינן בגמרא, דקסבר לא

5 לכאורה היה מקום לומר, דהמהרי״ט לא אמר את דבריו אלא רק כשהאומדנא היא לשנות את המשמעות הפשוטה שבדבריו, דאז אמרינן, כיון שאמר בצורה זו ולא פירש, מוכח או מסופק לנו אם האומדנא נכונה, אך כשהאומדנא אינה על דבר שעשה לשנות משמעות, אלא דבר בפני עצמו, כגון כאן, שיש אומדנא שהקנה לה מקום י״ל דהוה אנן סהדי שהקנה אף שלא פירש. אמנם יש לעיין לפי מש״כ המהרי״ק בשרש קכט, דהא דאזלינן בתר אומדנא היינו דוקא כשהמעשה מבורר אלא שאנו מסופקים בכוונתו, אך כשגוף המעשה לא התברר אלא ע״י אומדנא לא אזלינן בתרה. ולכאורה בדברי הר״ן כל הקנין ידוע לנו רק ע״י האומדנא (ועיי׳ שו״ת רבנו ח״ב כתבים סי׳ כג-כד שמבאר באיזה קנין הקנה לה), וצ״ל דכיון דאיכא מעשה קדושין מיקרי שיש מעשה לפנינו וספק אם לצורך מעשה זה הקנה. ולפי״ז ייתכן דאין לומר כדברינו, דכיון דהמעשה קדושין לפנינו בלא קנין ואנו אומדים שהיה קנין היה לו לפרש. (אמנם לכאורה נראה דהתוס׳ לא ס״ל כסברת מהרי״ק, עיי׳ תוס׳ שבועות לד, א ד״ה דאי שכתבו דגם מאן דלית ליה דר׳ אחא בגמל האוחר מודה בעלתה לו נשיכה אף שכל המעשה הוא מכח אומדנא).

מקבל, אלא דמסתברא ליה לשמואל יותר לומר דנתן לשם מתנה, וזה אם יש גם במתנה טעם מה דלא פירש, אבל טרם אמר טעם זה שפיר היה לנו לומר דלא לשם מתנה נתן, דא"כ היה לו לפרש, אלא על כרחך נתנו לשם פקדון ועל כן לא פירש משום דסבר לא יקבל.

ועדיין לבי נוקפי מהאי דפרק שני דבכורות (דף יח ע"ב) בחצר בעה"ב ורועה כהן דסבירא ליה לר' טרפון אקנויי קא מקני ליה בחצירו דניחא ליה דליתעביד מצוה בממונו שיגדלו בכורותיו של כהן בחצרו, והא מכל מקום הוי דברים שבלב, דטעם דכסיפא ליה לא שייך הכא, ונימא היה לו לפרש שמקנה לו בחצרו ולא ניזיל בתר אומדנא כיון דיונח לנו לומר שלא הקנה לו מקום.

גם בפרק האיש מקדש (דף נ ע"ב) דחיישינן לסבלונות, ופירש רש"י [ד"ה חיישינן] "דכיון דאורחייהו לקדושי ברישא חיישינן דשדר הני לשם קידושין" ונימא נמי דהיה לו לפרש דלשם קידושין שולח, ומדלא פירש לא אזלינן בתר אומדנא אלא נימא דלמתנה בעלמא שלח[6]. (ומהכא נמי יש סתירה קצת למ"ש למעלה, דכל שיש ספק בהאומדנא גם לספק אין לדונו משום דממילא הוי דברים שבלב, דא"כ הכא כיון דרק חיישינן לסבלונות, הרי אין האומדנא ודאית, וממילא ראוי שלא לחוש, דאי נמי כיוונו לקדושין הוי דברים שבלב. ואין לומר דהאי חוששין לסבלונות באמת אינו אלא מפני לעז שלא יאמרו אשה מוצאת בלא גט, דזה אינו, דכל כי האי גונא דאף לפי דמיונם שכיוונו לקידושין מדינא אין כאן קדושין, לא שייך חשש לעז, וכמו שפירש המהרש"א בפ"ק דגיטין (דף ט ע"א) בתוד"ה ואינו חוזר).

אשכול ב

[בהסבר דברי הרא"ש דלא אמרינן אומדנא אלא כשהיא ברורה בודאות]

בהרא""ש ב"ב פרק מי שמת (סי' כא) על מה דאמר רב אחא בר מניומי אמר רב נחמן [שם קמח,ב] "שכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במדינת הים", כתב בזה"ל: "והא דחיישינן מספיקא לאפוקי ממונא, היינו טעמא משום דיש כאן מתנה גמורה בקנין, אלא דמחמת אומדנא הוא דאמרינן אם

6 עיי' תוס' שם ד"ה חוששין שהקשו על רש"י דהא בעינן שידבר עמה על הקדושין, ודעת רבינו דכוונת רש"י שיש אומדנא שכיוון לקידושין, ועיי' ספר חידושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם הל' אישות שמבאר כדברי רבינו דהוא מתורת אומדנא, אך יש לעיין בדבר לפי מה שכתב הרא"ש קידושין שם [פ"ב סי' כ] לתרץ את דברי רש"י וז"ל: "ואע"ג דנתן לה סתם ולא פירש לא הוו קדושין אלא א"כ דיבר עמה תחילה על עסקי קדושין כו', מ"מ חשש קדושין איכא". משמע לכאורה דכדי שיהיה ספק קידושין לא בעינן דיבור מפורש, אלא כיון שנראה מהעניין שכיוונו לקדושין די לנו, וייתכן דלפי"ז לא בעינן לתורת אומדנא, ועיי' תשו' רעק"א מהד"ת סי' נג, אך י"ל דשם הנידון מצד דבעינן דיבור בקדושין ורבינו דן דהוה דברים שבלב. ועיי' המקנה קידושין שם שמתרץ את שיטת רש"י דכוונתו דחיישינן שדיבר עמה לפני כן על הקידושין, ולפי"ז ודאי אין להוכיח מכאן לעניני אומדנא.

עמד חוזר, והאי אומדנא לא אמרינן אלא היכא דבריר לן בודאי דהוי מתנה בכל נכסיו, אבל היכא דמספקא לן לא אמרינן אומדנא".

ויראה לי ראיה לסברת הרא"ש מהתוס' פ"ק דבב"מ (דף טו ע"ב ד"ה ונתן), דטעמא דשמואל במסכת ערכין [כט,ב] במוכר שדהו ביובל דמעות חוזרין, ולא אמרינן אדם יודע שאין מכר ביובל ונתן לשום מתנה, משום דאיכא מאן דאמר דסבירא ליה מכורה ויוצאת אין זה פשוט. וכן כתבו בפרק שור שנגח ארבעה וחמשה [ב"ק מה,א ד"ה מכור] גבי שור הנסקל, דמשום הכי לא הוי המעות מתנה, דאין הכל יודעים דין של שור הנסקל[7]. וק"ל, אטו אי אפשר דזה יודע הדין, וכיון דהמוכר תפס הממון נימא דילמא ידע הלוקח ונתן לשם מתנה ולא יוציא ממון מספק, אלא על כרחך דכיון דהאי דאמרינן גמר ונתן לשם מתנה אינו אלא אומדנא, כל שאפשר שלא ידע הלוקח ולא ברירא האומדנא לא אזלינן בתרה כלל[8].

לכאורה טעם הדבר[9], דכל אומדנא אינו ודאי כל כך, ואף דנתן כל נכסיו, כבר

7 עיי' גם קידושין סז,ב תוד"ה מנא ה"מ.

8 לכאורה היה נראה דכאן אין זה שייך לדברי הרא"ש בספק אומדנא, וגם לחולקים (ראה אשכול ג), כאן לא אזלינן בתר אומדנא, דבשלמא בדברי הרא"ש הרי יש כאן ספק אם יש אומדנא או שאין כאן אומדנא, דאם יש לו נכסים אין אומדנא ואם אין לו נכסים יש אומדנא דמוכח שאינו נותן אלא לאחר מיתה, וזה מיקרי ספק אומדנא, אך בנוונא דהתוס' אפילו אם נאמר שהוא באמת ידע את הדין שאין מכר ביובל וכיוון לשום מתנה, מכל מקום כיון שגם לפי מחשבתו אין זה דבר ברור לכל העולם, הרי אין כאן כלל אומדנא דמוכח. ור' כעין זה בהע' 3.

9 עיי' שיטה מקובצת ב"ב קמח,ב הביא ב' פירושים בשם רבינו יונה בדין זה. א "דכיון דאיכא קנין ליכא לאורועי אלא באומדנא דמוכח כו', וכשאנו מסופקים אם נתן כל נכסיו אם לאו אין כאן אומדנא והקנין בחזקתו". ב "דהוה ליה אומדנא כעין דברים שבלב כיון דלא מוכח". וזה כסברת רבינו להלן. וראה גם בשו"ת רבינו חו"מ סי' יח שמסיק כן. ועיי' קצות החשן סי' רנ ס"ק ה שמסיק כטעם הזה דהוה דברים שבלב. ועיי' עיקר "אין אדם אוסר דשא"ש" סוף אשכול ז. ועיי' שו"ת באר יצחק חאה"ע סי' י ענף ד.

ועיי' מהרש"א קדושין מט,ב לרש"י ד"ה לנכסי שנראה מדבריו דספק אומדנא הוה ספק, וראה בזה באמרי בינה דיינים סי' מא, אמנם הוא אזיל שם כשיש ספק אם אמרינן בכלל את הכלל דדברים שבלב אינם דברים וא"כ להסבר דספק אומדנא ל"ה ספק משום דברים שבלב אין לכאורה ראיה מהמהרש"א לגידון דידן, דאימתי שייך לומר דספק אומדנא לא הוה כספק כלל ונחשב לדברים שבלב, אחר שקיי"ל דדברים שבלב אינם דברים, לכן כל כמה שאין האומדנא מבוררת הוה דברים שבלב, אך אם יש לנו ספק אם אומרים את הכלל דדברים שבלב אינם דברים, הרי שלפי הצד שדברים שבלב הוו דברים מהני הדברים שבלב.

ועיי' חזו"א אה"ע סי' מט ס"ק יב שכתב דבדא"ש לא משמע שהטעם משום דברים שבלב, אלא מטעם דכיון דהמתנה ודאי והתנאי ספק הוי כעין אין ספק מוציא מידי ודאי, ועיי' תרומת הדשן סי' שכא, מחנה אפרים הל' צדקה סי' ד, ובמשנה למלך הל' זכיה ומתנה פ"ו ה"א [ד"ה ראיתי] שנראה כדעתם כן. ועיי' שו"ת שם אריה קונטרס רוב וספק בממון אותיות מג-מז.

וראה עוד בעניין זה בשו"ת רבינו חו"מ סי' יא (עמ' קסד) שרצה לומר דהרא"ש לאו כללא כייל, ורק באומדנא דלא שביק נפשיה ערטילאי כתב כן. ומדייק כן מדבריו "והאי אומדנא לא אמרינן אלא היכי דברור לן"

אפשר דלא חש למשבק נפשיה ערטילאי ונתן גם על דעת שיעמוד מחוליו. ועל כן כשמספקא לן בהאומדנא עצמה, הוא ב׳ ספיקות, דילמא יש לו במדינת הים, ואת״ל דאין לו במדינת הים דילמא מכל מקום לא נתן רק מחמת מיתה כי אם מתנת בריא. וסבירא להו להרא״ש ותוס׳ הנ״ל, דבספק ספיקא מוציאין ממון כסברת התוס׳ פ״ק דכתובות (דף ט ע״ב ד״ה אי[10]).

אלא דיקשה על מה שפסק הרא״ש מהאי טעמא נמי דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד אינו חוזר (שם סי׳ כג), אף דהוא ספק איבעיא דלא איפשטא (ב״ב שם קמח,ב), והכא הוה כשם אונס חד הוא, ספק דילמא לא חש למשבק נפשיה ערטילאי, ואם תאמר דחש, מכל מקום דילמא לגבי הקדש לא חש למשבק נפשיה[11].

ונלענ״ד בכונתו (על פי מש״כ באשכול א׳ ד״ה הן), דאמנם מהראוי שלא יועיל אומדנא כלל, משום דנהי דהוא עשה כן על דעת זאת, מכל מקום הוה דברים שבלב, אלא הטעם כיון דכל היכי דאיכא גילוי מילתא דמוכח לדברים שבלב הויין דברים, ומה שהאומדנא מוכחת היינו גילוי מילתא דמוכח, וכן מצאתי כעת בתשובת הרא״ש כלל קז [סי ו ד״ה עוד שאלוהו הרבה] וזה לשונו: ״ורשאי דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח כזה, ואין זה נקרא דברים שבלב מאחר שהיא סברא מוכחת״ עכ״ל. ועל כן י״ל, תינת היכי דברור לן האומדנא, אבל כשהיא מסופקת כבר עכ״פ אין כאן מוכח, וממילא אינה מועלת מטעם ודאי, דהא אי גמי נתן רק על דעת שימות, מכל מקום אינו אלא דברים שבלב[12].

10 עיי׳ שב שמעתתא ש״א פכ״ג בענין זה אם יש הוכחה מן התוס׳ דבס״ס מוצאים ממון, ובעצם סברת רבינו יש מקום לעיין, דהא ודאי אין כוונתו דכל אומדנא הוא ספק גמור, דא״כ למה נקרא אומדנא, ובודאי דאם היה ספק לא היינו מבטלים את המתנה בגללה, אלא ודאי דזה נוטה לצד האומדנא, וא״כ כשיש ספק ספיקא הוי כספק ספיקא ורוב לצד אחד שלשיטת תוס׳ כתובות ט,א ד״ה ואיבע״א לא הוי ספק ספיקא.

11 ראה להלן הע׳ 15.

12 נראה לבאר את סברת המחלוקת אם ספק אומדנא מיקרי דברים שבלב או לא, די״ל דתלוי מה הסיבה שבאומדנא דמוכח אין את החסרון של דברים שבלב, צד אחד הוא דכשהדברים הם בלבו ובלב כל אדם ממילא שוב אינם דברים שבלב, ״יען ענין הדיבור הלא הוא להוציא חוצה מחשבתו הטמונה בקרב לבו עמוק ולהגיעה לזולתו״ (לשון רבינו בחיו״ד סי׳ א לבאר את הסברא שכתיבה כדיבור), ולכן מאי נ״מ אם הוא מוציא את הדברים מפיו, או שממילא מבינים מתוך הענין את דעתו, כיון שסו״ס מתוך מעשיו רואים את הדברים הרי זה כאילו דיבר. אך יש לומר צד אחר, דבאמת אין זה נחשב כאילו הוציא את הדברים, אלא שיסוד הדין הוא דאף שהדברים הם עדיין דברים שבלב, מכל מקום דברים שבלב שיש גם הוכחה למחשבה, הרי דינם שהם דברים.

ועל פי שני צדדים אלו נראה לבאר את סברת המחלוקת הנ״ל, דלצד הראשון שנחשב כאילו אמר, הרי שבספק אי אפשר להחשיב כאילו אמר, כיון שלא שמענו את הדברים, שהרי ספק הוא אם יש כאן אומדנא, אך לפי הצד השני דגם באומדנא דמוכח הדברים הם דברים שבלב, אלא שדברים שבלב שיש הוכחה שחושב כך הם דברים, אם כן כאן גם כן יחשב הדבר ספק דברים, שהרי אנו מסופקים אם יש הוכחה אל הדברים.

ועיי׳ שו״ת באר יצחק הנ״ל שהקשה על יסוד זה [דספק אומדנא לא נחשב כלל] מהגמ׳ כתובות עג, ב דבקדשה סתם וכנסה סתם מספקא לן אם סתם בני אדם קפדי על מומין וצריכה

ואולי יש לייחס סברא כזו גם להרמב״ם, להסר תלונה ממנו אשר הר״ן בקידושין (בפרק האיש מקדש [כא,ב] ד״ה המקדש בפחות משוה פרוטה) מדייק מדבריו דפסק דחופה - אם לא קדמו לה קדושין - א״צ גט. ובאמת בגמרא לא אתברר דאין הלכתא כרב הונא דאומר חופה קונה (בריש מס׳ קדושין [ה,א]) וראוי להצריך גט, וכאשר באמת פסק הר״ח בקניין חופה דספיקא הוא. (בהר״ן רפ״ק דמס׳ קדושין [ב,א] סוף ד״ה מניינא דרישא). וי״ל, דהנה דיוקו של הר״ן ממה שכתב הרמב״ם [הל׳ אישות פ״ז הכ״ג] דבמקדש על תנאי לא לבד בבעל אח״כ סתם כי אם גם בכנס לחוד צריכה גט, ואילו במקדש במלוה או בפחות משוה פרוטה אינה צריכה גט בכנס לחוד, ועל כרחך היינו טעמא, דבשלמא במקדש על תנאי, כשאמרינן דבכניסתו לחופה סתם מחל לתנאי הרי יש כאן קדושין הראשונים, אבל במקדש במלוה ובפחות משוה פרוטה דאינן קדושין, אי נמי רצה לקדשה מחדש בכניסתו לחופה מאי בכך, כיון - דסבירא ליה להרמב״ם — דחופה אינה קונה.

ולדרכינו נאמר דליתא לדיוק זה, דאמנם י״ל דבעלמא סבירא ליה לרמב״ם במקדש בחופה צריכה גט מספק, והכא במקדש במלוה וכנס שאני דגם ספק אינו. והוא על פי שתי הקדמות: האחת, למ״ש אי״ה בעיקר ״דברים שבלב״ בדין מחילה בלב[13], דאף אם נאמר דגם בה אמרינן דברים שבלב אינן דברים, מכל מקום מחילת תנאי שאני, על פי דברי הר״ן בכתובות פרק המדיר [לג, ב] דטעם דמועיל מחילת תנאי אף דמיד נתבטל המעשה כיון שהתנה שלא יהיו עליה נדרים והיו עליה נדרים, משום דדעתו אם יהיו ויקפיד בהם, אבל אם לא יקפיד לא יתבטלו הקדושין, וכיון דרק בהקפדתו תלה, מסתברא דגם מחילה בלב הוי מחילה, דהא מכל מקום לא קפיד.

והקדמה השניה, אחר שבכל דבר דאיכא פלוגתא, כיון דאינו פשוט לא שייך ביה אדם יודע, אף דההלכה ידועה לנו כמוזכר לעיל, כש״כ במידי דאנן לא ידעינן מה הלכה, דלא שייך לומר אדם יודע, שהוא ספק דאפשר הוא סבר דהלכה כאחד הצדדים.

והנה באמת כל מה דנימא שכיוון בכנס או בבעל הוי דברים שבלב, אלא כיון דהכניסה או הביאה מוכיחים על כונתו הוי גילוי מילתא דמוכח, אך תינח בבעל וכן בכנס אילו היה בריר לן כרב הונא דחופה קונה, אבל כיון דמסופק לנו אי חופה קונה, כבר אפשר דהוא סבר דודאי חופה אינה קונה, ואף אי יקדש בחופה

גט מספק ולא אמרינן דהוי דברים שבלב. ועיי׳ גם קובץ שיעורים ב״ב אות תקל וחזו״א הנ״ל שהעירו בזה וכתבו דבספיקא דדינא ודאי לא הוי דברים שבלב, דכיון דתנא ספוקי מספקא ליה בסתם אדם אם הוא מקפיד במומין, ואי קמי שמיא גליא שסתם אדם מקפיד הוי אומדנא דמוכח, והשתא מספקא לן אי איכא אומדנא. והחזו״א ביאר ״שבעצם הדבר מוכרע אלא שנעלמה מאתנו הכרעת הדבר״. וכעין זה ביאר בשו״ת שם אריה הנ״ל אות מה. ורבינו כנראה לא ס״ל לחילוק זה כיון שבראי״ש כתב כן גם לגבי הספק בשכיב מרע שהקדיש נכסיו דהוא ספיקא דדינא. והקובץ שיעורים לפי דרכו מבאר, דבהקדש הטעם דס״ל דההקדש חל מהיום בתנאי שלא ימות ובתנאי ס״ל לרא״ש דספק תנאי לא מבטל מעשה. אך באמת ברא״ש משמע בהדיא דהכל מטעם אחד. ור׳ להלן הע׳ 15.

13 עיי׳ שו״ת מהרי״ט ח״ב חו״מ סי׳ כה, וקצות החשן סי׳ יב ס״ק א. וראה להלן ענב ד.

זו לדעתו לא יועיל להציל ביאתו שבל תחשב ביאת זנות, וממילא אינו מכווין כלל לקדש. ואף דאפשר דסבר להיפוך דחופה קונה, או יודע שחופה ספק קונה וע"כ מכווין לקדש להסיר עוון זנות, או להקל החטא לעשות מודאי זנות ספק, מכל מקום כיון דאין אנו יודעים ודאי אי מכויון, אין כאן גילוי מילתא דמוכח, והדר להיות דברים שבלב, והיא ודאי אינה מקודשת בכנס לחוד אף אילו היתה לו כונה לקדש, אך במקדש על תנאי וכנס, אם מסופק לנו איך קסבר זה בדין חופה, נשאר הספק כהויתו, דאף דליכא גילוי מילתא דמוכח דמחל, מכל מקום לצד ספק דמחל הוי מחילה, דבמחילת תנאי די במה שמוחל בלבו, דכיון דאינו מקפיד סגיא כאמור למעלה[14].

אשכול ג

[הסוברים דגם בספק אומרים אומדנא איך יתרצו את ראיית הרא"ש]

בהגשו"ע חו"מ הל' מתנת שכיב מרע (סי' רנ סעי' ג) על מה שכתב שם המחבר דאם הקדיש כל נכסיו אם עמד נתבטל, כתב "ודלא כדברי החולקים". והנה החולקים שהם הרא"ש והטור מבואר טעמם וראייתם לעיל באשכול ב. ולכאו' עדיין יש לשקול לדינא, דהא צריך דעת מה יענו החולקים [וסוברים דנתבטל] על ראיית הרא"ש דאומדנא המסופקת לנו כלא נחשבת. ובסמ"ע שם (סק"י) העיר[15], אבל אין די באר ליישב.

14 דברי רבינו צ"ב, דמשמע מדבריו דבעצם יש אומדנא דמוכח שרוצה לכנוס ללא תנאי, אלא שהספק כיון שאינו יודע אם תועיל לו כוונתו, דאולי חופה אינה קונה, וממילא בקידש על תנאי, למה הוצרך לומר מצד דמחילה בלב מהני בכה"ג, והרי בלא"ה כאן יש אומדנא דמוכח שהרי אינו צריך לחופה שתקנה.

15 עיי' קצות החשן (ס"ק יב) שמתרץ על קו' זו כדברי רבינו, דהטעם בהא דחיישינן שמא יש לו נכסים במדינת הים הוא כרשב"א דהקנין מוכיח. ובשו"ת באר יצחק המצויין לעיל (הע' 9) מיישב כפי החילוק שהוזכר לעיל בין ספיקא דדינא לספק במציאות, וכפי ההסבר שהבאנו, דבספיקא דדינא לא שייך לומר דמיקרי דברים שבלב כיון שזה גופא הספק אולי האומדנא מוכחת ואז לא הוי דברים שבלב. ועיי' שערי ישר ש"ד פט"ו (ד"ה וכן מוכח) שכתב דהספק בשכיב מרע שהקדיש הוה ספק במציאות ולא ספיקא דדינא דלכל אחד הוא ספק בפני עצמו עיי"ש.

ולפי ההסבר כדעת הרא"ש דהא דלא אזלינן בתר אומדנא הוא מטעם אין ספק מוציא מידי ודאי, נאמרו חילוקים אחרים, עיי נתיבות שם ס"ק ה שמתרץ דבספק בהקדש הוי ספק בכוונתו ואמרינן דלא מחית נפשיה לספיקא, ואין כוונת המקדיש אלא על הודאי שבלשונו, אך כאן הוא ספק במציאות ואין מבטלים קנין ברור מחמת ספק. וראה בדברי החזו"א המובאים לעיל שנראה עוד חילוק בזה, דבספק אם יש לו נכסים שייך לומר אין ספק מוציא מידי ודאי, כיון שהוא נתן בסתם ואנו באים לחדש שהוא נתן על דעת מיתה, ולכן כל זמן שאין לנו ודאות שאין לו נכסים ונתן רק על דעת מיתה אין ספק מוציא מידי ודאי, אך בהקדש היכא דודאי אין לו נכסים, ואילו זה היה מתנה אחרת היינו יודעים שרק על דעת מיתה נתן, אלא דבהקדש יש ספק אם גם מתנה זאת נכללת בכלל, אין אנו מחדשים בזה אומדנא, אלא מסופקים אם האומדנא הרגילה שיש בנותן כל נכסיו קיימת גם במקרה זה.

ויתכן לבאר בזה בעוד אופן, דהנה ידועה חקירת האחרונים בגדר חזקת מרא קמא אם

והנלענ״ד, דהם יאמרו בטעם רב אחא בר מניומי אמר רב נחמן דאינו חוזר, לאו משום ספק הוא אלא דחשבינן לודאי שנשארו לו נכסים, והטעם כמו שכתב הרשב״א בתשובה [אלף נח], כיון דבלא היה קנין ודאי חוזר, דהא אם תאמר נמי דנשארו לו נכסים הוי מתנה במקצת דגם בשכיב מרע בעי קנין, ועל כרחך מיירי ראב״מ אר״נ בהיה קנין, וא״כ הקנין עצמו מוכיח דנשארו לו נכסים, דאי כל נכסיו הן, מאי לו לקנין, הא מתנת שכיב מרע בכוליה לא בעי קנין. (וג״ל דצ״ל דהאי ״חיישינן שמא״, כמו ״חיישינן שמא זיכה לו על ידי אחר״ (בגיטין פרק השולח דף מ ע״ב), שר״ל ודאי זיכה לו, ככתוב בתוס׳ שם [ד״ה חיישינן], וכן פי׳ ״חיישינן שמא במי מילין כתבו״ (בפ״ב דגיטין דף יט ע״ב), וכן בפרק המגרש (דף פז ע״א) דתניא ״עדים חתומין על שאילת שלום בגט פסול חיישינן שמא על שאילת שלום חתמו״, וכתב הר״ן [מח,ב] דהא פסול ודאי).

ולפי זה, למה שהניח המשנה למלך (פ״ט מהל׳ זכיה הכ״ב) דברי תשו׳ רשב״א אלו בתימה, ממה דאיתא במתני׳ פרק מי שמת (דף קנג ע״א) בלא כתב בה שכיב מרע והוא אומר שכיב מרע הייתי, דס״ל לחכמים דעל המקבל להביא ראיה דבריא היה (דמיירי נמי על כרחך בהיה קנין, דאל״כ מהו טענת המקבל דבריא היה, הא בבריא צריך קנין), אלמא דלא מוכיחין מהקנין, דאי הקנין ראיה נוכיח נמי הכא מהקנין דבריא היה, דאל״כ למה עשה קנין, ולא היה יכול לחזור גם באין המקבל מביא ראיה, וא״כ דאין טעם לסברת הרשב״א, עומדת ראיית הרא״ש על מכונה, דבספק באומדנא מוציאין ממון, וקם הדין בשכיב מרע שהקדיש דאינו יכול לחזור.

הוא בגדר חזקה דמעיקרא, או בגדר חזקת ממון (עיי׳ קונטרס הספיקות כלל א, ועיי׳ להלן עיקר אין הולכין בממון אחר הרוב). וי״ל דלפי הצד דחזקת מרא קמא הוא בגדר מוחזק, הרי שאם היה ודאי מכר וספק אם היה אומדנא לבטל את המכר, הרי שאין ספק מוציא מידי ודאי, ולא מועיל חזקתו בכה״ג כיון שידוע שהיתה כבר מכירה, אך אם גדר חזקת מרא קמא הוא מדין חזקה דמעיקרא, שעיקרה הוא שאנו תולים שהדבר לא השתנה מכפי שהיה, ממילא גם כאן שיש ספק האם החפץ כעת שייך למוכר או ללוקח יש לנו לומר שהוא שייך למוכר.

וי״ל דיש לחלק בענין זה בין ספק הקדש לספק מתנה, דבספק מתנה אין לדון אלא מדין מוחזק, ולא שייך לומר בזה דהחזקת מרא קמא הוא משום חזקה דמעיקרא, משום דבלא״ה אין אנו באים לשנות מאום מהחפץ, דחפץ שהוא של פלוני או של אחר אין זה שינוי כל שהוא במצב החפץ, ולכן כשאין כל שינוי במצב הדבר לא שייך לדון מצד חזקה דמעיקרא אלא מצד מוחזק, ובכה״ג אמרינן דכיון שהיה ודאי מכר וספק אם יש אומדנא לבטל, דשמא יש לו נכסים במדינת הים, הרי שלא מועילה מוחזקותו, אך בספק הקדש, כיון שהקדש הרי הוא שינוי במצב החפץ, ממילא כשאנו מסופקים אם יש על החפץ עתה דין הקדש, עלינו לומר מדין חזקה דמעיקרא שאינו הקדש, ואף שהיה ודאי הקדש וספק אם נתבטל, סוף סוף יש עתה ספק האם המצב של הדבר השתנה או לא ואמרינן מדין חזקה דמעיקרא שלא השתנה. ולכן פסק השו״ע דבספק הקדש חוזר, שלענין זה מעמידים על חזקה דמעיקרא, ובספק אם יש לו נכסים במדינת הים אינו חוזר.

ולפי מש״כ רבינו באשכול ב דהטעם דספק אומדנא לא נחשב כלל משום דהוי ספק ספיקא, יש לתרץ את דעת השו״ע דלעניין הקדש הוה ס״ס משם אחד וכמו שכתב רבינו שם.

אך נ״ל דתמיהת המשנה למלך לא קשה כלל, דהא צריך הבנה מאי זה טעם שהנותן אומר שכיב מרע הייתי, הא מכל מקום אינו יכול לחזור משום שמא נשארו לו נכסים במדינת הים וכרב אחא בר מניומי אמר רב נחמן, ועל כרחך צ״ל דמתני׳ מיירי שהיתה המתנה באחד האופנים דאיתא שם (דף קמח ע״ב) דיכול לחזור, והיינו בכתב בפירוש שאלו הן כל נכסיו או במוחזק דלית ליה נכסים חוץ מאלו שנתן, וא״כ לא קשה כלל קושיית המשנה למלך, דאם תבא להוכיח דהיה בריא מדעשה קנין, אומר הוכחה להיפוך דמה שנתן כל נכסיו מוכיח דהיה שכיב מרע, דאילו היה מתנת בריא הא לא היה שביק איניש נפשיה ערטילאי, ואוקי הוכחה בהדי הוכחה ויכול לחזור עד שיביא המקבל ראיה שהיה בריא, אבל רב אחא בר מניומי אר״נ שפיר אמר דהקנין מוכיח שהיה מתנת בריא כי נשארו לו נכסים במדינת הים, והוכחה נגדית ליכא, דכיון דיש לו נכסים במדינת הים אינו ערטילאי[16], והרי זה נכון ופשוט כל כך עד שאני תמה על תמיהת המשנה למלך.

וכבר חשבתי דסברת המשנה למלך, כיון דההוכחה מהקנין שעשה על כרחך לסברת הרשב״א חזקה אלימא היא, דהרי על כן אינו חוזר, ומוציאים ממון על ידה. ואולם חזקה דלא שביק איניש נפשיה ערטילאי אינה פועלת כי אם להחזיק ממון, שעל כן יכול השכיב מרע לחזור. ועל כן לא שייך לאוקמי הוכחה זו בהדי זו. אבל באמת אין זה כדאי לדחות סברת הרשב״א, חדא, נהי דלא מצינו כי אם להעמיד ממון על ידי חזקה דלא שביק איניש כו׳, מכל מקום לא ראינו אינה ראיה דאינה חזקה אף להוציא ממון על ידה. ותו, דילמא עד כאן אין מוציאין ממון על ידי ההוכחה מהקנין, אלא באין עומד דבר לנגדה, משא״כ בעומד לנגדה איזה הוכחה, אף שאינה גדולה כמותה, מכל מקום מצטרפת היא לחזקת ממון, ואין כח בהוכחה מהקנין נגד חזקת ממון והוכחה קטנה שאצלה. והרי כהאי גונא מצינו, דאף דהחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו עדיף ממיגו, דהא מיגו להוציא ממון לא אמרינן, ובטוען פרעתיך תוך זמנו מוציאין ממנו ממון, מכל מקום מיבעי בגמ׳ (ריש מסכת ב״ב דף ה ע״ב) אי אמרינן מיגו במקום חזקת אין אדם פורע תוך זמנו, והיינו, דדילמא עדיפה חזקה זו רק מחזקת ממון לחוד וממיגו לחוד, ולא עדיף מחזקת ממון וממיגו יחד, כמו שכתב בשיטה מקובצת שם [ו,א ד״ה עוד כתוב].

גם על כרחך מוכרח דהאי חזקה דלא שביק אלימא להוציא גם נגד הוכחת הקנין, דהא הנותן כל נכסיו וחזר ונתן לאחר הדין דנותנים להשני ואף בהקנה לראשון בקנין, והשתא אם איתא דחזקה דלא שביק כשעומדת נגד הוכחת הקנין עושית המתנה בספק, א״כ בהא הוי ספק בין המקבלים ואמאי מתנה כולו להשני, אלמא דחזקה דלא שביק עושה לודאי דלא נתן לראשון עד שימות, אף דהקנין מורה להיפוך.

מיהו ממקום אחר יש פירכא לכאורה לסברת הרשב״א, דהנה יש שם [ב״ב קמח,ב]

16 עיי׳ אור שמח הל׳ זכיה ומתנה פ״ח הט״ו שמתרץ כרבנו. ולכאורה לפי זה נראה, דאדרבה יש ראיה לרשב״א מכאן, דלולי דבריו נקשה איפכא אמאי צריך להביא ראיה ששכיב מרע הוא, נוכיח מהא שנתן את כל נכסיו. ועיי׳ קוכץ שיעורים ב״ב אות תקנו שמקשה כן, ולרשב״א א״ש דיש גם אומדנא הפוכה. וראה מש״כ הקצות בסי׳ רנ ס״ק יא בענין קו׳ המל״מ.

עוד מימרא אחרת מרב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן, והיא בשכיב מרע שכתב כל נכסיו רואים אם כמחלק מת קנו כולן עמד חוזר בכולן, אם כנמלך מת קנו כולן עמד אינו חוזר בכולן אלא באחרון. ומקשינן בגמרא ודילמא עיוני קא מעיין, ופירש רשב"ם [ד"ה ניחוש] "דילמא האי דשתיק וחישב בין מתנה למתנה לא הוי כנמלך אלא עיוני מעיין בלבו מה יתן לכל אחד ומעיקרא היה בדעתו לחלק את הכל ויחזור בו כשיעמוד מחליו ואמאי קנו קמאי", עכ"ל. והנה הכא על כרחך נמי מיירי בהיה קנין, דאל"כ אמאי קנו קמאי, דנהי דהיה להן מתנת בריא, הא מתנת בריא אינו נקנה בדברים וא"כ לא קשה קושיית הש"ס כלל, די"ל דר"נ לשיטתיה דדייקינן מהקנין דע"כ מוכח דלא היה מעיין כי אם נמלך, דאי לא נמלך היה, אלא כשנתן לקמאי היה בדעתו מיד לחלק הכל א"כ למאי צורך עשה קנין, דהא בכולו הוה מתנת שכיב מרע ואין צריך קנין.

ואין לומר, דהכא א"א למיעבד הוכחה, דהא חזינן דהאי גברא אינו חש לעשות קנין גם בלי צורך, דהא מסתמא מיירי בהקנה בקנין לכולם, ולכולם ודאי לא היה צריך להקנות, דזה אינו, דודאי כיון דהיה כבר צריך לקנין לא איכפת ליה שיהיה לכולם קנין, אבל אם לא היה צריך לקנין כלל וכלל יש הוכחה, דלמה יעשה מעשה ללא צורך, ועמ"ש בזה עוד באשכול ד ובענב א.

ונ"ל, דדבר זה דאמרינן שמא יש נכסים במדינת הים מצינו עוד במקום אחר, והוא בסוף פרק שלישי ממסכת פאה [משנה ח] איתא במתני' "הכותב כל נכסיו לעבדו יצא בן חורין, שייר קרקע כל שהוא לא יצא בן חורין, ר"ש אומר לעולם הוא בן חורין כו'". ותני עלה בתוספתא [פ"א הט"ז] (הובאה בתוס' פ"ק דגיטין דף ט ע"א ד"ה לעולם): לעולם אפילו אין שם אלא אותה עיר או אותה שדה. ולישנא "אפילו אין שם" קשיא לי דהוה ליה למימר "אפילו אין לו".

ונ"ל דבדקדוק גדול שם מילת שם תחת לו. והוא, דרש"י שם [ח,ב ד"ה לא יצא] כתב בטעמא דת"ק דשייר קרקע כל שהוא לא יצא בן חורין בזה"ל: "הכא דנחית לשיורא אמרינן לדידיה נמי שייר, וכי אמר כל נכסיי לך, אשאר נכסים קאמר ולחנופי ליה קאתי ולא שחרריה כיון דלא אמר ליה עצמך ונכסיי". ובתוס' שם דף ט ע"א (ד"ה הלכה) כתבו על פירש"י כך "ולפי זה באין לו אלא אותה העיר דלא שייך למימר מדנחית לשיורא שייר נמי עבד, (דא"כ כל נכסיי לך דאמר אהיכן קאי), מודה ר"מ (היינו ת"ק). ואין משמע כן בתוספתא כו', דלשון אפילו אין לו אלא אותה העיר משמע דכ"ש (אם) יש לו שאר נכסים דיצא לחירות, ואדרבה ר"מ לא פליג אלא ביש לו שאר נכסים". ונ"ל ליישב פירש"י דבאמת גם באין לו שאר נכסים פליג ר"מ והטעם דאמרינן שמא יש לו נכסים במדינת הים וכמו דאמר רב אחא בר מניומי, וכי קאמר כל נכסיי לך על אותן נכסים שבמדינת הים קאמר.

והנה בפרק מי שמת (קמח,ב) מקשה בגמרא על האי דאמר רב אחא בר מניומי אר"נ שכיב מרע שכתב כל נכסיו ועמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת "ואלא מתני' דקתני לא שייר קרקע כל שהוא אין מתנתו - של השכיב מרע - קיימת

היכי משכחת לה. א״ר חמא באומר כל נכסי, מר בר רב אשי אמר במוחזק לן דלית ליה״. והאי במוחזק לן דלית ליה פירש הר״י לא שיש עדים דלית ליה, אלא שהבריות מחזיקים אותו דלית ליה, לאפוקי שאין יודעין לו נכסים במדינה אחרת וגם לא נשמע שאין לו (סמ״ע סי׳ רנ ס״ק לא). ואומר עתה דזה כונת התוספתא במילת ״שם״ שכתב, דאילו כתב ״אפילו אין לו״ היה משמעו דידוע שאין לו במדינה אחרת, והיינו כמו דאמר מר בר רב אשי במוחזק לן דלית ליה, ולשון זה לא נכון היה הכא, דהא בזה אפילו ר״מ מודה וכקושיית התוס׳, דכיון דאין לתלות דהאי ״כל נכסיי לך״ דקאמר על נכסי שבמדינת הים שהרי ידוע שאין לו, ואולם לשון ״אפילו אין שם״ נכון וישר, ומשמעו שם במדינה שדר בה השכיב מרע אין לו, ומה שבלעדי אותה מדינה דממנו לא הזכירה התוספתא ממילא נשמע דמה שהיה שם אינו ידוע ואפשר יש לו ואפשר אין לו, ובזה לא מודה ר״מ. באופן שהתוספתא שממנה דחו התוס׳ פירש״י, ממנה עצמה יש עוד סיוע לרש״י.

אלא דעדיין אין פירש״י מרווח כל כך כפירוש התוס׳, דלפירוש התוס׳ בטעמא דר״מ משום דכל שיש בשטר שחרור זכות מה להמשחרר לאו כרות גיטא, שוה לר״מ בין יש לו חוץ מאותה עיר ששייר עוד לבין אין לו, דבין כך ובין כך יש להמשחרר זכות שיור מה בזה השטר. אולם לפירש״י גם לפי דרכנו יש באין לו אלא אותה עיר חידוש זה עצמו דחיישינן שמא יש לו במדינה אחרת, והיה לר״מ נמי לומר זה החידוש דמכל מקום לא יצא לחירות, כמו שאמרו ר״ש לסברתו החידוש דמכל מקום הוא בן חורין.

ונחזי נא מה לשון הת״ק ״שייר כו׳ לא יצא בן חורין״ אומרת, אם הכונה דנשאר עבד כמו שהיה, או הכונה רק דאינו בן חורין ודאי, אבל גם עבד ודאי אינו. הנה לשון רש״י ״הכא דנחית לשיורא אמרינן לדידיה מי שייר״ הוא לשון החלטי, דאל״כ הכי הוה ליה למימר ״אמרינן דילמא לדידיה נמי שייר״. ולדעתי מוכרח כן, דאילו היה ספק בדבר היה הדין שאינו יכול רבו להשתעבד בו שהרי העבד מוחזק בעצמו, דעד כאן לא אמר הרא״ש בגיטין פרק השולח גט (סוף סי׳ לח) באיבעיא דלא איפשיטא במוכר עבדו לנכרי לשלשים יום או חוץ ממלאכתו אי יצא לחירות או לא דיכול הרב להשתעבד בו, אלא משום דהתם גוף היציאה לחירות משום שמכרו לנכרי אינו אלא מדרבנן. וזה מבואר מלשון הגהשו״ע הל׳ עבדים (סי׳ רסז סעי׳ פ). וא״כ דלהשתעבד בו אינו יכול, ומה שלא יהיה בן חורין הוא רק דלישא שפחה אינו יכול וגם בת חורין אינו יכול, א״כ לא היה לו לומר ״לא יצא בן חורין״, אלא היה לו לומר ״יצא בן חורין וצריך גט שחרור״ כלשון דאמר ר׳ יוחנן בפרק השולח (דף לט ע״א) ״המפקיר עבדו יצא לחירות וצריך גט שחרור״.

ויש לשאול לפי זה כאן שאלת הרא״ש הנ״ל, תינח ביש לו עוד נכסים חוץ מאותו קרקע כל שהוא ששייר, אבל באין אלא אותה עיר האיך משום שמא יש לו במדינה אחרת אנו מוציאין ממון, היינו לשעבד עם העבד והוא מוחזק בעצמו. גם האיך אנו מתירין אותו בשפחה משום ספק שמא יש לו במדינה אחרת, והכא מה שיצא לחירות לכשתאמר דאין לו נכסים אינו מכח אומדנא, (כי אם מכח לשון השטר דעבד

בכלל נכסים) דיהא שייך תירוץ הרא״ש שם, ולא יתר קנין שיהא שייך סברת הרשב״א בתשובה[17].

אבל הא לא קשיא ולא מידי, דהכא יש לפנינו שתי לשונות הסותרות זו את זו, והיינו דאשר לא אמר עצמך ונכסי קנויין לך, מורה דשייר להעבד ולחנופי ליה אמר כל נכסי ולא שחרריה כמו שהעתקנו לעיל מפירוש רש״י, ואשר אמר כל נכסי מורה דלא שייר להעבד, דכיון דאין לו אלא אותה העיר או אותה שדה ששייר כל נכסי דקאמר אהיכי קאמר, וע״כ מוכיחים דיש לו נכסים במדינה אחרת ומיישבים הלשונות שפיר, דאמרינן דשייר להעבד, וכל נכסי אהני שבמדינה אחרת קאי.

ומעתה סר ג״כ מה שדקדקנו עוד כיון דמכל מקום יש באין לו אלא אותו עיר יותר חידוש דלא יצא לחירות, הוה ליה לר״מ לאשמועינן זה, די״ל דבאמת מצד אחר יש חידוש יותר ביש לו חוץ מאותה עיר, והוא דאם יש לו וא״כ הקנה לו בלשון כל נכסי גם נכסים אחרים זולתי העבד, הנה לא היה לשון אלו כתב עצמך ונכסי קנויין לך יותר מתוקן מלשון כל נכסי כי אם שהיה יותר מבואר, דהא הלשון כל נכסי נמי נכון, דעבד נמי קרוי נכסי, וכיון דנתן נכסים עם העבד כללן בחד דיבור, אבל אם אין לו אלא אותה עיר ששייר, ואם כן לכשתימצי לומר דאין לו עוד נכסים במדינה אחרת אין במתנתו מאום זולת העבד, ודאי אילו אמר עצמך קנוי לך היה לשונו מתוקן הרבה יותר ממה שאמר עכשיו, או שלא היה צריך לעקם לשונו לומר חוץ מאותה עיר, ואו דמלת כל נכסי לא יפול יפה אם אין בהקנייתו כי אם פרט אחד והיינו העבד, וכן לא יכון מלת קנויין לשון רבים על יחיד היינו העבד. וע״כ אין כל כך חידוש אשר אנו מוכיחים מזה, כדי לתקן לשונו, שיש לו נכסים במדינה אחרת למען יהיה נכון כל אלה הקושיות שבלשונו. אבל בידוע לו נכסים כאן חוץ מאותו שיור ששייר, הא דאנו אומרים מדנחית לשיורא שייר נמי העבד וממה אנו מוכיחים דשייר נמי להעבד מדלא כתב ליה עצמך ונכסי זה אפשר חידוש יותר כיון דלשונו עכשיו גם כן לשון מתוקן יפה, וקושי אין בו כי אם משום שלא אמר לשון שהיה מבואר יותר ניקום ונידוק כך, ועכ״פ אין

17 למסקנת הסוגיא בגיטין שם מבואר דהוא מצד כרות גיטא, וכפי שפירש רש״י שם ד״ה התם ״כיון דאיכא למימר דשייריה דהא נחת לשיורא והוא לא הוזכר בתוך המתנה דלא כתב לו עצמך ונכסי קנויין לך לאו כריתות גמור הוא״. ועיי׳ תוס׳ רעק״א פאה שם שמפרש דברי רש״י וז״ל: ״ביאור הדברים דאף דודאי ראוי לומר דמה דשייר שייר ומאי דלא שייר לא שייר, ולקושטא דמילתא לא דנין דשייר להעבד כדמוכח מלישנא דלאו כרות גיטא, ולא קאמר בפשוט דדילמא שייר להעבד. וגם בעלמא בכל שטרי מתנות אם שייר דבר ידוע דפשיטא דקנה השאר, אלא בגט בעי כריתות מוכח דלא יהא נדנוד ספק בלשון השטר, וכיון דאיכא לספוקי קצת דשיירו אין עליו שם כריתות״. ולפי״ז י״ל דל״ק קו׳ רבינו, דכיון שיש ספק לאו כריתות גמור הוא.

אמנם נראה דדוקא כשהספק הוא אם שייר לעבד או לא, דאז אמרינן דכיון דיש צד שלא שייר לעבד לא מיקרי כריתות גמור, אך כאשר יש ספק אם יש לו נכסים, ועל צד שאין לו נכסים הרי שודאי התכון לשחרר את העבד, הרי שכאן הוא ספק אם יש כרות גיטא או לא, דאם האמת היא שאין לו עוד נכסים הרי שיש כאן לשון ברורה בשטר.

בכל אחד חידוש יותר מבחבירו, דביש לו, חידוש דדייקינן גם ממה שהיה רק יכול לבאר יותר, ובאין לו, חידוש אשר מיחסים לו נכסים לא נודעים לנו שיש לו.

אשכול ד

[גדר שיור כל שהוא לעניין אומדנא בשכיב מרע]

בהאומדנא דשכיב מרע שנתן כל נכסיו ולא שייר לנפשיה כל שהוא לא נתן כי אם על דעת שימות משום דלא שביק אינש נפשיה ערטילאי, נחלקו בו הראשונים נ״ע. דהרא״ש [פרק מי שמת סי׳ כו] סבירא ליה דכל דלא שייר מנכסיו כדי פרנסתו איתא לאומדנא זו ואם עמד חוזר, ומכל מקום תני ״שייר קרקע כל שהוא״ דהכי נמי מצינו ״חמש רחלות גוזזות כל שהן חייבות בראשית הגז״ (ב״ב דף קנ ע״א). ולדעתי עוד מקום במסכת אהלות (פרק יא סוף משנה א) ״וב״ה אומרים כל שהוא״ ובעי כחוט המשקולת. והרי״ף [שם ע,א] סבירא ליה דכל ששייר גם מעט מזעיר ליתא כבר להאומדנא ואינו חוזר אם עמד. ובשו״ע חו״מ (סי׳ רנ סעיף ד) הובאו שתי הדעות בלא הכרעה.

ולכאורה נ״ל להכריע, דהנה הקשינו (אשכול ג) על מה שכתב הרשב״א בתשובה [אלף נח] בטעמא דרב אחא בר מניומי דחיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת שהוא משום דהקנין מוכיח עליו, קושיא חזקה ממאמר אחר של רב נחמן דרואין אם כמחלק כו׳, דמקשה עליו בגמרא ודילמא עיוני קא מעיין והיה מתנה בכוליה, והא לרב נחמן לשיטתיה לא קשה מידי, דהכא נמי י״ל דהקנין מוכיח דלא היה מתנה בכוליה דהיה נמלך ולא מעיין.

והן בהשקפה ראשונה היה נראה לי ליישב, דהא יש עוד פירוש אחר זולת פירוש רשב״ם בקושיית הש״ס ״ודילמא עיוני קא מעיין״, והיינו דהקושיא על רישא דמילתא דרב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן אם כמחלק כו׳ עמד חוזר בכולן, ואמאי, דילמא - אף דלא שתק בינתיים - מכל מקום כשנתן לקמאי היה בדעתו שלא לחלק הכל עד שבא אל האחרון בא ברעיונו לתת גם הנשאר לו עוד, ואמאי חוזר בכולן שקודם האחרון, וזה פירוש הריב״ם בהרא״ש שם (סי׳ כא).

אבל האי תירוצא אית ליה פירכא, דהא פירוש הריב״ם צריך ביאור, דאטו משום ספק וחששא דילמא עיוני נוציא ממון מחזקתו ונימא דאינו יכול לחזור ממתנתו בכולן שלפני האחרון. ואולם פתרון הדבר הוא על פי סברת האשר״י דכל שעצם הדבר רק משום אומדנא, כל שיש ספק מה בהאומדנא לא אזלינן בתרה. וכן מבואר להמעיין בהרא״ש, דאחר שכתב סברא זו דבספק באומדנא לא אזלינן בתרה, הקשה א״כ מאי מקשינן ודילמא עיוני קא מעיין ויהא חוזר בכולן, והא הכא דיש ספק אינו יכול לחזור, ועל זה כתב דהריב״ם פירש דהקושיא ודילמא עיוני קאי ארישא דרב יוסף בר מניומי דאמאי חוזר. ומעתה על כרחך נסתר מה שאמרנו דהרשב״א יפרש כפירוש הריב״ם, דהא אילו היה הרשב״א סבירא ליה סברא זו של האשר״י דכשאומדנא בספק כמאן דליתא היא, לא היה צריך בטעמא דרב אחא בר מניומי דחיישינן שמא יש

לו נכסים הוא מכח שהקנין מוכיח, אלא ע״כ הא סברא לא סבירא ליה[18], אלא ס״ל דכדין כל ספיקא הוי, ואין מוציאין ממון ויכול לחזור, א״כ א״א שיפרש כהריב״ם שהיה הקושיא אמאי חוזר בכולן דהא משום ספק לא אמרינן דאינו חוזר.

ורציתי להעמיד פירוש הריב״ם בשיטת הרשב״א כך, שהוא מפרש נמי דהקושיא על סיפא דמילתא דרב יוסף בר מניומי, והוא כחכם יודע פשר בפירוש רשב״ם דאין קושיא ודילמא עיוני דלא יהא חוזר בכולן חוץ מן האחרון כמו להרשב״ם, אלא דהקושיא שלא יהא יכול עכ״פ לחזור מן הראשון, דדילמא מה דשתק אחר הראשון היה רק לעיוני, והיה הראשון מתנת בריא ובזה אינו משום ספק דאין מוציאין ממון מספיקא, אלא דודאי הוא כן דעיוני קא מעיין ומטעם סברת רשב״א עצמו דהקנין שעשה מוכיח דאם איתא דגם בהראשון כבר רצה לחלק הכל, קנין למה לי. (דהא על כרחך מיירי בדקני מיניה, דאל״כ קמאי במאי קנו, הא מתנה במקצת בעי קנין, וכן מפורש בהר״ן [בנמוקי יוסף שם סט,ב] דבקנו מיניה מיירי). וא״ת א״כ מאי ודילמא עיוני דקאמר, הא ודאי הוא. (ובשלמא אי קאי אכולהו ניחא דלכולהו לבר מהראשון אינו ודאי דהיה מעיין, די״ל כשנתן להשני כבר היה מחלק, והקנין איצטריך ליה משום הראשון), י״ל דהאי ודילמא הכי פירושו, ודילמא עיוני, ומכיון שיש אפשרות דעיוני כו׳, ממילא נחזיקנו לודאי דכן הוא מכח הוכחה מהקנין. וכעין סוגיא זו מצינו בפרק המגרש (גיטין ריש דף פז ע״א) ״מתקיף לה כו׳ ליחוש דילמא כי חתמו סהדי אבתרא הוא דחתימי, מי לא תניא עדים חתומין על שאילת שלום בגט פסול חיישינן שמא על שאילת שלום חתמו״. והנה לפירוש הר״ן שם האי פסול דקתני בחתומין על שאילת שלום ודאי קאמר, ומאי דאמר חיישינן הוא טעם הפסול, דכיון דיש לחוש ע״כ הוא פסול ודאי ע״ש. ולפי זה גם האתקפתא היה דיהיה פסול ודאי, וע״כ צריך נמי לפרש ״וליחוש דילמא״ על דרך שפירש הר״ן פסול חיישינן, והיינו וליחוש דילמא, וכיון דדילמא כן הוא יהיה ודאי פסול.

אבל לא עלה בידי פירוש זה, דא״כ דהיה הקושיא מכח הוכחה, מאי משני סתמא דשכיב מרע מידק דייק, דמכל מקום ההוכחה להיכי אזלא, ונימא עדיין דעל כרחיה האי גברא לא דייק. (דבשלמא להריב״ם דהקושיא היתה משום ספק וחשש דילמא עיין, שפיר משני דסתמיה דייק ואין לחוש שיעיין). ועמ״ש סוף ענב א עוד דרך פלפול דיחוי לפירוש זה.

ונלענ״ד, דהן דעת הרי״ף דשייר כל שהוא הוא כל שהוא ממש הוא מתמיה

18 עיי׳ חידושי הרשב״א ב״ב שם שמביא פלוגתא אם להלכה בהקדש יכול לחזור או לא. ועיי׳ גם שו״ת הרשב״א ח״א סי׳ תרנו. ועיי״ש בסי׳ תתקעב שכתב דהיכא דהיה מכר ודאי וספק תנאי לא אמרינן חזקת מרא קמא. ולפי מש״כ רבנו כאן דהרשב״א פליג על הרא״ש וסבירא ליה דבספק אומדנא מוקמינן בחזקת מרא קמא, צריך לחלק או כמש״כ הבאר יצחק חאה״ע סי׳ י ענף ד דלא כתב הרשב״א כן רק בירד לשדה ברשות, עיי״ש. או דדוקא לעניין תנאי ס״ל לרשב״א הכי, אך בשכיב מרע שהספק מתי קונה לא שייך לומר כן. ועיי׳ אחיעזר חיו״ד סי׳ כב אות יא, קובץ שיעורים ב״ב אות תקכח ובספר זכרון שמואל עמ׳ רלה, ולהלן הע׳ 33. ועיי׳ באר יצחק שם סי׳ יא שמוכיח מהרשב״א דספק במציאות באומדנא הוה דברים שבלב.

לכל הרואה, דאטו מי שמשאיר לנפשיה שוה פרוטה לאו ערטילאי הוא, והאיך יהיה נופל האומדנא דרק על דעת שימות נתן. (ומרן הב״י בספרו בדק הבית [סי׳ רנ] עמד בזה[19] ולא מצא מה שיתיישב הדעת בו). ואולם המהרי״ט בתשובה (ח״א סי׳ לג) אמר דבר חכמה, דודאי כל כמה דלא שייר כדי פרנסתו מקרי ערטילאי, אלא באם שייר, אף דהשיור הוא כבר מעט מזעיר בל תוכל לדייק על פי אומדנא מדנתן הכל ולא שביק לנפשיה כדי צרכו על כרחך מחמת מיתה נתן, דאימא לך זיל בתר איפכא, מדשייר לנפשו מה, על כרחך נתן על דעת שיעמוד מחליו, דאם על דעת שימות נתן, למה השאיר זה השריד, ושפתיים ישק.

ולפי זה יש להבין, מאי קשיתיה להרא״ש לשיטתיה דביש ספק באומדנא אינו חוזר מקושיית הש״ס ודילמא עיוני, עד שהוצרך לפרש כהריב״ם דהקושיא על הרישא דרב יוסף בר מניומי, והא יש לפרש הקושיא על הסיפא בדרך רחבה, והיינו דהא רב יוסף בר מניומי אר״נ לא קצב כמה יהיה המתנה של האחרון ולא חילק בין רב למעט מכדי פרנסתו, ויהיה קושיית הש״ס בהיות מתנתו לאחרון מעט, אמאי קנו קמאי, ניחוש דילמא עיוני קא מעיין והיה קדמאי נמי מתנת שכיב מרע ויהיה חוזר גם בהם, ולא מחמת ספק אלא משום ודאי, דנוכיח דאם איתא דעד האחרון היה דעתו ליתן גם בחיים אין שבק נפשיה ערטילאי, וכאן לא שייך לומר דוק לאידך גיסא, דאילו היה בקדמאי נמי דעתו רק על דעת מיתה למי השאיר זה המעט שנתן אח״כ לאחרון, דהא באמור דהיה מתחילה על דעת מיתה, מיד היה דעתו ליתן גם להאחרון ובאמת לא רצה להשאיר לעצמו כלום, אבל כפי שאתה אומר שעד שהגיע אל האחרון היה מתנת בריא, הרי יש לפניך השאלה איך רצה לשייר רק זה המעט שנתן אח״כ לאחרון ולשבוק נפשיה ערטילאי.

אך התשובה בזה, הא להרא״ש לשיטתיה דשייר קרקע כל שהוא לאו דוקא, דכל שאינו כדי פרנסתו לאו שייר מקרי, לא היה צריך לפרש שיעור המתנה שנתן להאחרון, דממילא מובן דצריך שיהיה כ״כ שאילו לא נתנו והיה משאירו לעצמו היה מספיק לפרנסתו, דאל״כ היה כבר המתנה על זה שלפני האחרון מתנה בכוליה ומתנת שכיב מרע, דהא השיור אז לא היה עוד כדי פרנסתו, ושפיר היה קשיא ליה להרא״ש.

ואולם עכ״פ כבר שקטה התלונה מעל הרשב״א, די״ל דהוא אזיל בשיטת הרי״ף והרמב״ם דשיור משהו נמי די להוציא מכלל מתנת שכיב מרע, ומפרש שפיר הקושיא על הסיפא ועל דרך שאמרנו.

והנה שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו דהוא איבעיא דלא איפשיטא אם יכול לחזור, יש בזה צדדים, דלהרא״ש אינו יכול לחזור כיון דהוא סבירא ליה דכאשר יש ספק באומדנא כהאי דראב״מ דספק שמא יש לו עוד נכסים מוציאין ממון ואינו יכול לחזור, ה״נ אינו יכול לחזור מההקדש מספק האיבעיא וכמבואר בהרא״ש עצמו. ולשאר הפוסקים גם בספק אומדנא אין מוציאין ממון ויכול לחזור. וכבר העלינו (באשכול ג) דהחולקים על הרא״ש בזה ע״כ ס״ל בטעם ראב״מ דאינו יכול לחזור

19 וז״ל ״נ״ל לדעתם שאע״פ שאין בשוויה כדי פרנסתו שמא דעתו לחיות חיי צמצום מאז והלאה״.

משום שמא יש לו נכסים עוד כטעם שנתן הרשב"א דהאי שמא הוא ודאי ומשום דהקנין מוכיח עליו.

והנה בדין שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו הכריע בשו"ע (סי' רנ סעי' ג) כהחולקים על הרא"ש ויכול לחזור בו. ולמה שהעלינו הרי יהיה בהכרעה זו ג"כ מוכרע כסברת הרשב"א דהקנין מוכיח, ומהכרעה זו השניה נוציא הכרעה שלישית במה שאנו בו, והיינו דשיור המוציא מתנה מלהיות מתנת שכיב מרע היא בשייר כדי פרנסתו דוקא, דהא על זו הכרעה השניה דהקנין מוכיח, קשה קושייתנו בקושיית הש"ס ודילמא עיוני קא מעיין, ואין יישוב על זה, כי אם דקושיית הש"ס משום דסתמא קתני באין קצב ושיעור כמה עלה המתנה להאחרון, וזהו לא נכון כי אם הדין דבשיור כל דהוא סגיא וכאמור. ועמ"ש הכרע היפוך זה לקמן (בענב ב).

אשכול ה

[הנותן כל נכסיו ושייר חובות אם יש אומדנא דנתן ע"ד מיתה]

בשייר קרקע כל שהוא דנפלה האומדנא דנותן רק על דעת שימות, הוא לאו דוקא קרקע, דהוא הדין מטלטלין (שו"ע חו"מ סי' רנ סעי' ד). ולשון הגמרא פרק מי שמת (ב"ב קמט,ב) "קרקע טעמא מאי דאי קאי סמיך עליה מטלטלי נמי אי קאי סמיך עילויהו", וא"כ מסתברא דהוא הדין בשייר חוב שיש לו ביד אחר דשייך נמי האי טעמא אי קאי וכו'.

ונ"ל דיש חילוק בין חוב דהלואה לחוב דשכירות לענין שיעור וכמות השיור. דאף דלהרי"ף והרמב"ם סגיא בשיור כל דהוא, מכל מקום בחוב דשכירות יהיה תלוי בפלוגתא אחרת אם די בכל דהוא, או צריך שיור כדי פרנסתו, דהא בשייר כל דהוא באמת עדיין אי קאי אין לו על מה לסמוך, והיה ראוי לומר, דרק על דעת מיתה נתן, אלא הטעם משום דאיכא הוכחה להיפוך, דאי אמרת דעל דעת שימות נתן לא היה לו לשייר כי אם לתת גם זה המעט וכמ"ש (אשכול ד), ובשכירות נראה דלא שייך זה, דהא כל טעמא מאי דמלוה על פה נקנית במתנת שכיב מרע, אינו אלא משום דאיתא בבריא במעמד שלשתן (ב"ב ריש דף קמח), דהא טעמא משום דיורש יורשה אינו מספיק, דא"כ דבר שאין בו ממש נמי יקנה במתנת שכיב מרע דהא יורש יורשה. (ומה שכתבו התוס' שם [ד"ה שכיב מרע] "ואע"ג דיורש יורש נמי דירת הבית, היינו לפי שיורש גם הבית והדקל" זה אינו מובן לי כלל, דהא גם במכר והשאיר לעצמו דירת הבית נמי יורש יורשו[20]). שוב ראיתי כן להר"ן, והב"י (סי' רנג [ד"ה שכ"מ שאמר הלואתי

20 עיי' שו"ת ח"ס חו"מ סי' קנ (ד"ה ואני) שביאר דברי התוס' וז"ל: "פי' לדבריהם שהרי א"א שיהיה להמוריש פירות דקל מבלי שיהיה לו בגוף הדקל, שאפילו מכר דקל לאחר ושייר פירות לעצמו אמרינן שהשאיר לעצמו מקום פירותיו כמבואר בב"ב קמח,א, וא"כ מוריש לבניו מקום הפירות" עיי"ש. ובעיקר הדברים שכתב רבינו בפשיטות שיורש יורש דבר שאין בו ממש, צ"ע שלא הזכיר מפסק הרמ"א סי' רעו ס"ו דאין היורשים יורשים דבר שאין בו ממש. ועיי' נתיבות שם ס"ק ד ומחנה אפרים הל' טובת הנאה סי' א.

ופקדוני שביד פלוני] הביאו (ומדברי התוס׳ לא הזכיר), דעיקר הטעם משום דאיתא בבריא במעמד שלשתן[21], והרי שכירות אף המגיע מימים שכבר חלפו מהזמן אינו נקנה במעמד שלשתן כיון דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף לדעת השו״ע חו״מ (סי׳ קכו סעי׳ יח). וא״כ נראה דחוב שכירות ודאי אינו נקנה במתנת שכיב מרע, דכל דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע, וא״כ ליכא הוכחה מדלא נתנו גם להשכירות דהא לא היה מועיל הנתינה וליכא אומדנא אא״כ השיור הוא כדי פרנסתו. ולהש״ך [שם ס״ק עו] שחולק על השו״ע א״כ נקנה במתנת שכיב מרע ודאי בשיור כל דהוא.

אבל אחר ההתבוננות מעט נ״ל דגם בעלה השכירות כדי פרנסתו גמי לא נפלה האומדנא, משום דשכיב מרע שאמר כל נכסי נתונים לפלוני ודאי אין מלוה על פה בכלל דבריו, דלא מצינו שנשאל הרא״ש [תשובת הרא״ש כלל עה סי׳ ב] כי אם בשטרי חוב, ועל זה השיב שהן בכלל נכסי, וכן בשו״ע (חו״מ סי׳ רמח סעי׳ יג) לא כתב כי אם שטרי חובות. ותו, הא שטרות עצמן דייק בגמרא פרק מי שמת (סוף דף קנ) ממה דשטר נקנה אגב קרקע, ואגב קרקע הוא משום דנכסים שאין להם אחריות נקנים עם נכסים שיש כו׳ אלמא דאקרי נכסים, ומלוה על פה הא אינה נקנית אגב קרקע, וא״כ יקשה, כיון דאם לא כתב השכיב מרע בפירוש כל נכסי אף דלא ידעינן ליה נכסים יותר מאלו שנתן חיישינן שמא יש לו במדינה אחרת, א״כ גם בפירש שזה כל נכסיו עדיין ניחוש שמא יש לו חוב בע״פ, ואותו החוב הוא ששייר לנפשיה דהא אינו בכלל נכסיו שנתן, ועל כרחך צריך לומר דבכלל לא שבק כו׳ מונח ג״כ דאין אדם נותן מה שיש לו בעין ונשבוק לנפשיה רק חובות ע״פ שיש לו ביד אחרים, א״כ כש״כ דלא שבק שכירות שלא הגיע זמנו לשלם עד לבסוף.

ואין אני יודע, דאולי גם בשייר בפירוש חובות שבשטר לא מקרי שיור וחוזר, וממה דלא התנו הפוסקים (ולא השו״ע סי׳ רנ סעי׳ ד) דחובות שבשטר לא חשוב שיור אינו ראיה, דהא שתקו מלהתנות דחוב ע״פ אינו שיור אף דנראה דכך הוא דלא מקרי שיור.

אשכול ו

[באיזה אופנים יכול הדיין לפסוק עפ״י אומדנא]

מצינו בדיין שעשה דין על פי אומד דעתו שלשה פנים. האחד שיהיה הדין רק בשב ואל תעשה (או שיחמיר על הבעל דין להטיל עליו שבועה, דזהו אף שהוא במעשה, מכל מקום אין לחושבו בכלל זה, כי בלאו הכי יכול הדיין להטיל שבועה גם שלא מן הדין). והשני קצת יותר, שיטול הדיין שבועה מזה על פי אומדנא שהוא חשוד על השבועה ולהופכה על שכנגדו, והשלישי עוד יותר, שיעשה מעשה להוציא ממון מהמוחזק. ומקור כולם מפרק הכותב (כתובות דף פה ע״א וע״ב).

21 עיי׳ מהרי״ט חו״מ סי׳ צה וקצות החשן סי׳ קכה ס״ק ב שדנים אם רב פפא ורב אחא בריה דרב איקא פליגי, או מר אמר חדא ומר חדא. ומביאים פלוגתת ראשונים מה העיקר. ועיי׳ תשב״ץ ח״ב סי׳ רלה, ואור שמח זכיה ומתנה פ״י ה״ב.

האחד, בעובדא דאייתי גברא שטרא קמי רב אדא בר מתנא, א"ל רב פפא ידענא ביה דשטרא פריעא הוא כו', א"ל מר לא קים לי בגויה, כגון אבא מר ברי דקים לי בגויה קרענא שטרא אפומיה, קרענא ס"ד, (להוציא שטר חתום אפוקי ממונא הוא. רש"י) אלא מרענא שטרא אפומיה (ולא אזדקק לגבות בשטר זה ומקרע נמי לא קרענא ליה, רש"י. ובתוס' פירשו מרענא ויצטרך בעל השטר לישבע).

והשני, בעובדא דההיא איתתא דאיחייבה שבועה בב"ד דרבא, אמרה ליה בר רב חסדא ידענא בה דחשודה אשבועה, אפכה רבא אשכנגדה (משום דהיה קים ליה בבת רב חסדא דלא משקרה).

והשלישי, בעובדא דהאי גברא דאפקיד כסא דכספא בי חסא, שכיב חסא ולא פקיד, ואמר רב נחמן ידענא ביה בחסא דלא אמיד, ועוד הא קא יהיב סימנא (והוציא הכסא דכספא מהיורשים). ועוד עובדות כאלו הן בפרק הכותב שם.

והנה העובדא שבאות א דמבואר דלהוציא ממון אין כח לדיין על פי אומדנא, וכדאיתא "קרענא סלקא דעתך" בתמיה, נראה כסותר להעובדא שבאות ב, דהיפוך השבועה שישבע התובע ויטול נמי אפוקי ממוניה הוא. והמהרש"א הרגיש בזה וכתב "כיון דשבועה מיהא בעי לא הוי כ"כ אפוקי ממונא, משא"כ הכא דבעדות האחד לחוד מקרע השטר"[22]. ובלעדי שאינו מסכים עם הסברא, עכ"פ אינו חילוק פשוט כ"כ עד דתמה תמוה בגמרא "קרענא ס"ד", דכיון דמפקינן ממון ע"י שבועה, אינו פשוט דלא נפקי ממון גם בלא שבועה. אבל יותר מזה ק"ל עוד, מהאי שבאות ג דהוציא רב נחמן ממון באומדנא דחסא אינו אמיד. (ואף דשם יהיב התובע נמי סימנא, מכל מקום להוצאה מיתומים אין הסימן פועל כלום, דמכל מקום לא עדיף מהיה ידוע שהיה של זה כל שהוא ביד אחר וליכא עדים וראה הוי בחזקת שלו, והסימן צריך הכא רק דבלעדו נהי דאמרינן שהכסא אינו של חסא, מכל מקום מנא ידעינן שהוא של האי גברא, אבל מה שמוציאין מהיתומים זה רק משום האומדנא לחוד[23]).

והנראה בטעם אשר היפוך שבועה אינו דומה לקריעת שטר הוא דמשום אומדנא אין לדיין לעשות מעשה לקרוע שטרא, אבל בשב ואל תעשה יכול, והיינו דלא קרעינן ולא מגבינן. והנה בכל שבועות הדין דאו ישבע או ישלם, דהשבועה מצילתו מן

22 עיי' שיטה מקובצת כתובות שם שכתב כדברי המהרש"א בשם רש"י במהדו"ק וז"ל: "משום דלאו אפוקי ממונא להדיא הוה אלא אפוכי שבועה אפכה רבא אפומא דבת רב חסדא". ועיי' פני יהושע שם שמקשה על דברי המהרש"א, דא"כ גם גבי שטרא פריעא למה לא קרעינן, היה לנו לומר דקרעינן וישבע שכנגדו שהוא פרוע, עיי"ש מה שתירץ. ועיי' נחל יצחק סי' צב אות ח מה שתירץ בזה. וראה עוד מה שכתב בנחל יצחק סי' פב אות ה.

23 דבריו כאן לכאורה כרשב"א בתוס' כתובות פה, ב ד"ה ועוד, ולתי' הראשון בעינן לסימן גם לעניין שלא אומרים שזבנה מיניה יעו"ש ובמהרש"א. ועיי' רמב"ם הל' סנהדרין פכ"ד ה"ב ובשו"ע חו"מ סי' טו סעי' ה שפוסקים דבזמן הזה לא סמכינן על אומדנא, כתבו בתוך דבריהם "אין מוציאים מהיתומים אלא בראיה ברורה לא בדעת הדיין ולא באומדן המת או הטוען". ועיי' ביאור הגר"א ס"ק יט,כ דמה שכתב "לא באומדן המת" כוונתו לגמ' "דלא אמיד" ומש"כ "או הטוען" כוונתו לגמ' "דיהיב סימנא", ומשמע מלשונו דהאומדנא דסימנא המוזכר בגמ' הוא לגבי ההוצאה מהיתומים, דלעניין זה אמר דאין מוציאים.

התשלומין, ואם אינו נשבע חוב התשלומין עליו, וא״כ כשאין מזדקק הדיין להשביעו, חיוב התשלומין ממילא עליו וזה שאין הדיין משביעו הוא רק שב ואל תעשה, ומה שמשביעו להתובע שהוא מעשה, בו ליכא הוצאת ממון, דאם לא יזדקק להשביעו יהיה הנתבע חייב מ״מ לשלם לו, כמו בנשבעין ונוטלין (שאלי״מ) [שאינם יכולים לישבע] דנוטלים בלא שבועה כיון שמעיקר הדין כל שהנתבע אינו נשבע חייב לשלם, רק חכמים הטילו שבועה זו על שכנגדו וכמ״ש בהר״ן [שבועות כט,ב[24]].

ואשר לקושיא ממאי דהוציא רב נחמן באומדנא, נ״ל לומר חד מתלתא, או דחילוק הוא בין שיש אומדנא להדיין בעצם הדבר שכך הוא דאז גם להוציא ממון יכול, לבין שבעצם הדבר אינו אומד כלל כי אם אומד שזה שהגיד לו שכך הוא, הוא גברא דלא משקר[25].

או דלדון דין להוציא אי אפשר כלל לדיין על פי אומדנא כי אם על פי שני עדים, אלא דהוצאת פקדון שאני, דאינו מטעם דין אלא מטעם השבת אבידה, והרי כל אדם דלאו דיינא הוא נמי כל שבידו להשיב לבעליו חפץ שהוא אבוד או שהוא ביד גזלן חייב בכך, וכהאי דראובן שראה שלוי גונב משמעון אם החפץ ביד ראובן חייב להחזירו לשמעון, ואם החזירו ללוי חייב לשלם לשמעון (שו״ע חו״מ סי׳ שמח סעי׳ ז), וכיון דזה הדיין חזק בלבו על פי אומד דעתיה שהחפץ הזה של התובע ובידו להשיבו לידו, שהרי כל מה שיצא מפיו ישמעו ויעשו חייב לפסוק הדין להשיבו לבעליו, דמה לי אם בידו להשיב במעשה או בידו להשיב בדיבור[26].

24 עיי׳ שיטה מקובצת כתובות שם בשם הרי״ד כדברי רבינו, וז״ל: ״ואי קשיא מאי שנא מהיפוך שבועה דדבא דאפיק ממונא על פי בת חסדא, לא דמיא, דהתם כיון דאיחייבה שבועה דאורייתא, שבועה במקום תשלומין עומדת עד שתשבע ותפטר וכיון שלא היתה יכולה לישבע מפני שהיתה חשודה בעיניו ולא היה מניחה לישבע הויא לה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דמשלם, משום הכי אפכה על שכנגדה״. ועיי׳ אור שמח סנהדרין פכ״ד ה״א דזה תלוי בשני תירוצי תוס׳ ב״מ ה,א ד״ה שכנגדו אם שייך בחשוד מעיקר הדין לומר ״מתוך״, דלתירוץ השני דכיון שהוא ברצונו היה נשבע ורק אנו לא מניחים אותו לא שייך מתוך, ורק זאת תקנה דשכנגדו נשבע ונוטל, א״כ הוי הוצאת ממון.

ולכאורה זה תליא גם בעיקר חיוב שבועה, דאי״נ דכל המחוייב שבועה הוא בעצם אינו חייב רק שבועה אלא שיש דין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם, א״כ כיון שכל זמן שלא ידענו שהוא חשוד אינו חייב אלא שבועה, ועל סמך אומדנא שהוא חשוד אנו אומרים שהוא אינו יכול לישבע וחייב ממון, א״כ הרי אנו מוציאים ממון באומדנא. אך אם נאמר שבעצם הוא חייב או לישבע או לשלם אתי שפיר, דגם קודם שידענו שהוא חשוד היה עליו חיוב ממון עם אפשרות ליפטר על ידי שבועה, א״כ לא מוציאים ממון באומדנא, דהאומדנא רק סילקה את האפשרות להיפטר, ויש לדחות. ועיי׳ בזה קצות סי׳ פז ס״ק ט ועוד.

ועיי׳ אור שמח שם שמבאר בעיקר העניין באופן אחר, דכשהופך את השבועה אינו מפסיד לו ממון בהדיא, דמאן יימר דישבע.

25 עיי׳ נחל יצחק סי׳ טו שמיישב כן.

26 לכאורה צריך ביאור, דשם חייב להחזיר כיון שראה את הגנבה ויודע בבירור ששייך ללוי, אך כאן שהדיין יודע רק על פי אומדנא, הרי שסוף סוף מיקרי שהוציא ממון על פי אומדנא, וזה מה שהקשה דאי אפשר להוציא על פי אומדנא. ונראה לבאר, דידיעה שיודע על פי אומדנא

או י״ל דבאומדנא גם פקדון אי אפשר להוציא, דאף דהאומד מוכיח, מכל מקום אינו נמנע שיהיה הדמיון כוזב. אלא דבעובדא דהכא בגמרא היינו טעמא, דהנה כל חפץ שמוחזק לאיש אחר והיתומים אינם יודעים לטעון עליו, מדינא היו מוציאין מידם ומשיבים אותו לבעליו, לולי דכללא בידינו דכל מה דמצי אבוהון למיטען אנן טענינן ליתמי, וכיון דליכא עדים וראה והיה אביהן נאמן לטעון לקוח, טענינן גם ליתמי שאביהן לקחו. והנה כאשר האומדנא חזקה שאביהן לא קנה חפץ זה, אף דאינו בלתי אפשרי שהאומד כוזב, מכל מקום נעשה טענה זו דלקוח מילתא דלא שכיחא, וקיי״ל מילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי, וכמוכרח גם במקומו, דהא ודאי אילו היה חסא קיים וטוען מצאתי - באופן שנתייאשו הבעלים - או במתנה נתתו לי היה נאמן, אלא דמכל מקום ליתמי לא טענינן כן משום דמציאה ומתנה מילתא דלא שכיחא, וכמו שכתבו בתוס׳ הכא [כתובות פה, ב ד״ה הכא]. אלא אילו היה חסא איש אמיד הי׳ טענינן לקוח ליתמי, עכשיו דלא אמיד ונעשית גם טענת לקוח מילתא דלא שכיחא, לית לנו למיטען לקוח, די״ל דאין הפרש אם הטענה שאנו רוצים לטעון היא בעצם לא שכיח, או שהוא לא שכיח מצד אחר, כל שרחוק לנו שהיה כן לא טענינן להו, וממילא הדין שחייבים היתומים להשיב החפץ לבעליו כיון דצריך טענה, וטענה אין[27].

ולכאורה כל אחד מהטעמים אית ליה פירכא, דעל הטעם הראשון קשיא מהיו העדים קרובים לבעל דין, או קרובים זה לזה, דאין דנים על פיהם ואפילו הם כמשה ואהרן. ואיך לא אישתמיט בשום מקום ובפוסקים לומר דאם עדים קרובים הם מוחזקים בחסידות דמהפכין שבועה ומרעינן שטרא על פיהם, דהא לאפוכי שבועה ולאורועי שטרא א״צ שתהיה האומדנא בעצם הענין. ותו, הא עד המעיד או שראה בלילה אינו נעשה דיין, ונקשה הא מה שיודע הדיין בעצמו ודאי עדיף מאומדנא[28], וכן מפורש בהרמב״ם אחר שכתב (פכ״ד מהל׳ סנהדרין ה״א) דאם קים ליה להדיין בגויה, מהפך השבועה

הוי ידיעה ברורה, והא דלא מוציאים ממון על ידי זה הוא מגזירת הכתוב דעל פי שני עדים יקום דבר, ובמה שיודע על ידי אומדנא אינו יכול לפסוק להוציא ממון, אך להשיב חפץ לבעליו אין זה בתורת דין אלא השבת אבדה ואז חייב כיון שיודע בבירור ששייך לו.

27 עיי׳ אמרי בינה הל׳ דיינים סי׳ כד שכתב כדברי רבנו.

28 עיי׳ נתיבות סי׳ טו ס״ק ב שמקשה כן, וז״ל: ״ולכאורה תימא דהא אפילו ראה כשנעשה עד אינו נעשה דיין ואין לך אומדנא דמוכח גדול מזה, שהוא בעצמו ראה המעשה ואפ״ה אסור לו לדון. ונראה דלא מהני אומדנא רק לענין אורועי שטרא, תדע דאמרינן בכתובות קרענא ס״ד אלא מרענא, או לעניין מיפך שבועה, אבל לעניין להוציא ממון אין שום הו״א כדאמרינן שם קרענא ס״ד, והא דמהני אומדנא להוציא מיתומים, נראה דוקא אומדנא שהוא אומדנא לכל העולם כגון ידענא ביה בחסא דלא אמיד, דכשם שידוע לו כך ידוע לכל העולם, ובדבר שהוא אומד של כל העולם אין זה בגדר עדות כמ״ש תוס׳ ר״פ האשה רבה, אבל בדבר שהוא רק ידוע להדיין פסלו רחמנא בגזירת הכתוב״. עכ״ל. ועיי׳ אמרי בינה הנ״ל שמקשה על דברי הנתיבות דבעינן שיהא ידוע לכל העולם, דלא משמע כן. ועיי״ש מה שתירץ בזה. ועיי׳ גם נחל יצחק סי׳ טו ובספר דמשק אליעזר (לר׳ אליעזר ניצבערג) שם.

על פיו, כתב "ואין צריך לומר אם ידע הוא עצמו שזה חשוד", והרי הכא הידיעה היא בעצם הענין, ובכי האי גוונא גם מוציאים ממון על פי אומדנא, ונהי דעל העדות של עצמו פסול לדון, מכל מקום ידון ויורה בכח אומדנא אף להוציא ממון. ומשה ואהרן דפסולים להצטרף להעיד ופסול גם כל אחד מהן להעיד לקרובו היכי משכחת לה[29].

ועל טעמים השניים נמי קשיא, נהי דממון אין מוציאים על פי אומדנא כי אם על פי עדים, מכל מקום על פי עדים כמשה ואהרן, וכן עד שראה בלילה יהיה נעשה דיין עכ"פ ונוציא חפץ מטעם השבת אבידה לטעם שני, או גם לטעם השלישי היכי דידוע החפץ שהיה של זה התובע אותו מיתומים שצריך הנתבע לטענת לקוח, אם עד קרוב והוא מוחזק בחסידות מעיד שלא לקח נוציא על ידו, דנעשה עכשיו טענת לקוח טענה רחוקה על פי האומדנא שזה המעיד אינו משקר.

ונ"ל, דהקושיא מן עדים קרובים לא קשה כלל, דודאי רב פפא דא"ל רבא מר לא קים לי בגויה איש חסיד היה, אלא על כרחך צריך לומר דאין זו אומדנא לדון עליה, דאדם יראה לעינים, ועל כן אינו אומדנא אלא היכי שמתוך רבוי ההרגל ונסיון הכיר הדיין באיש המעיד שאינו משקר בעד כל חללי דעלמא. ומצאתי כדברי בתשובת מהרי"ק [שורש פב] הביאו הבית שמואל (בסי' קטו סעי' ז ס"ק לג) בהאי דאי מהימן עליה - העד שאומר לו אשתך זינתה - כבי תרי חייב לגרשה, כתב "דוקא גברא דגיס ביה ומצוי אצלו כעובדא דש"ס דאמר רבא שאני בת רב חסדא דקים לי בגוה טובא, אבל אם מאמין לו מחמת שמוחזק בחסידות ולא קים ליה בגוויה לא". (מה שכתב "אבל אם כו'" כיוון למ"ש, ליישב וכי רב פפא לא מוחזק בחסידות היה), ואם יהיה לדיין קים ליה בעד קרוב המעיד, זה באמת לא נשמט מגמרא ומפוסקים, דהיינו עובדא דבת רב חסדא דפסולה לעדות, והיפך רבא שבועה על פיה, וכן אבא מר ברי דמרעינן שטרא על פומיה ר"ל אף אם הוא קרוב כמ"ש בתוס' שם [ד"ה מרענא]. ודינים אלו הביאם הרמב"ם הל' סנהדרין (ריש פכ"ד).

והקושיא מן עד אינו נעשה דיין נראה נמי לא קשיא, לטעם ראשון ושלישי לא קשה, דנהי דלטעם ראשון אומדנא בעצם הדבר יפה כמו העדאת עדים, מכל מקום דין הוא וצריך לדיין שידון בדבר, וזה אם הדיין כשר לדון דין זה, אבל הכא הרי זה הדיין פסול לדון בדבר זה, ואיך ידון על פי האומדנא. וכן לשפוט שפוט שלא לטעון עבור יתומים מה דהוי מצי אבוהון לטעון (כמו שהוא לטעם השלישי) דין הוא, וצריך לדיין, והרי זה הדיין פסול לדון בדבר זה. ואולם גם לטעם שני לא קשה, דודאי כל זמן שהדיין כשר לדון ודינו דין, ועל פי הכרעתו כופין לבעל דין לשמור מוצא שפתיו של הדיין, שייך שידון הדיין כך משום השבת אבידה, דהא בידו הוא להשיב האבוד על פי שיכריע להשיב, אבל אחר שהוא פסול לדין זה הרי הוא כאיניש

29 עיי' אבי עזרי תניינא הל' סנהדרין פ"כ ה"א שמבאר דהא דמשה ואהרן פסולים היינו מתורת עדות, אך אה"נ אם לדיין יש אומדנא ברורה שהדין כך אין נ"מ אם האומדנא על פי משה ואהרן או באומדנא אחרת.

דעלמא שאינו דיין, ודבריו אינן נשמעין, ואין כופין את הבעל דין לקיים מאמרו של הדיין ואינו בידו.

ולכולהו טעמי איני מבין מה שכתב הרמב"ם (ריש פרק כ"ד מהל' סנהדרין) אחר שכתב דדנין על פי עד אחד דקים ליה בגויה להפוך שבועה ולאורועי שטרא ולהוציא החפץ מיתומים על פי אומדנא, בזה"ל: "אם כן למה הצריכה תורה שני עדים, שבזמן שיבאו לפני הדיין שני עדים ידון על פי עדותן אעפ"י שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר". ואיני יודע מה קא קשיא ליה, דהא בעד אחד אף דיודע שבאמת העיד משום דקים ליה בגויה, מכל מקום אין עושין על פיו כי אם להפך שבועה ולאורועי שטרא ולהוציא חפץ (לפי טעם ראשון ושני בכל גווני, ולפי טעם שלישי רק בצריך הב"ד לטעון טענה) וא"כ עדיין צריך שני עדים להוציא ממון לא חפץ גם לטעם שני ושלישי, ולטעם ראשון גם להוציא חפץ[30].

מיהו לטעם שני יש להעמיד קושייתו קצת על פי מה שפירש האבן עזרא, דקרא [דברים יט, טו] "על פי שני עדים" קאי אקרא [שם פסוק יד] "לא תסיג גבול רעך", וי"ל דהיינו דקשיא ליה להשיב הגבול שהוסג לכבראשונה הוא רק השבת דבר האבוד, וזה דנין גם על פי עד אחד אם קים ליה בגויה.

אבל האמת יורה דרכו, דהרמב"ם נראה דלא נחית לחילוק הכוחות שבריש מאמרינו, וסבירא ליה דהכל לפי ראות עיני הדיין לדון על פי העד אחד, פעם רק יהפוך שבועה, ופעם יוציא ממון, ופעם יסלק עצמו לא יקרע השטר ולא יגבה בו. ומכל מקום אפשר שיהיה לדברינו פנים בהלכה דיש כוחות חלוקות כנראה מפשטא דהסוגיא. וביותר דלרמב"ם דתלוי בראיית עיני הדיין גם להוציא ממון קשה טובא מאי קא מקשה הגמרא קרענא ס"ד, ולמה אי אפשר לאסוקי זה אדעתא דאולי אבא מר בריה היה כל כך קים ליה דהיו עיניו רואות גם להוציא ממון על פיו.

אשכול ז

[עוד בענין דין ע"פ אומדנא, קושיות והוכחות לחילוקים הנ"ל]

הנה הראינו פנים (אשכול ו) לשלשה חילוקים בדיין שדן על פי אומד דעת, דיש שאינו כי אם כמסלק את עצמו ואינו עושה מעשה, ויש שמהפך השבועה שיהא התובע נוטל, ויש שמוציא ממון לגמרי גם בלא שבועת התובע. והראינו ג"כ שלשה פנים בטעם חילוקים אלה, למה פעם יכול לעשות מעשה על פי אומדנא ולהוציא, ופעם אינו יכול כי אם להיות בשב ואל תעשה. ואמרתי אנסה נא לעבור על מקומות אשר ידעתי לפי שעה שנזכר בהן לדון על פי אומדנא לראות אם אינם סותרים לעצם החלוקות שעשינו, או לטעמי החילוקים שהנחנו. והנה אשר מצאנו:

א. בהאי דאמר נכסי לטוביה שכיב אתו שני טוביה שניהם שוים כו' שודא

30 עיי' אבן האזל הל' נזקי ממון פ"ח הי"ד.

דדייני (כתובות פרק הכותב דף פה ע"ב). ופירש רש"י [ד"ה שודא דדייני] "לפי מה שיראו הדיינים שהיה דרכו של מת לקרב את זה יותר מזה...שיש לומר בו נתכוין המת לזכות". אף דכאן עושין הב"ד מעשה, מכל מקום לא קשה אליבא דכולי טעמא דידי, דהא הכא אין מוציאין על ידי האומדנא ממון מחזקה כי אם מבררים החזקה, דהא ע"כ אחד מהני שניים זכה בנכסים, ואין לאחד יותר חזקה מלחבירו.

ב. בדברים שעשויים להשאיל ולהשכיר, דהמוחזק אינו נאמן לומר לקוח, הוא לפי ראות עיני הדיין, כי יש אדם קשה שאינו משאיל כליו, ויש שמשאיל לכל אף לאינו רגיל אצלו, ויש שמשאיל רק לרגיל, (טור חו"מ סי' עב אות יד), והובא בהגשו"ע שם (סעי' ט) בקצרה, והרי כשהדיין אומד שהתובע אינו קשה כי אם משאיל מוציאין החפץ מזה המוחזק. ולטעם האחד וכן לטעם השני שכתבתי ניחא, אבל לטעם השלישי תיקשי, דהא הכא הנתבע עומד וטוען לקוח ואינו צריך לדידן שנטען עבוריה.

י"ל דהכא שניא, דהא עצמו מי הוא המוחזק עדיין לא ידעינן שתקשה איך מוציאין על פי אומדנא, אלא על זה עצמו דנין עכשיו מי הוא המוחזק, וכשהדיין אומר שהתובע הוא המוחזק אינו מוציא מהמוחזק בהאומדנא כי אם מברר על פיה מי הוא המוחזק. (ועמ"ש לקמן סוף אות יב). ורצוני, דהא ודאי יש להתובע כאן חזקת מרא קמא, ואף דבמטלטלין חזקה דהשתא, היינו התפיסה, עדיפא מחזקת מרא קמא, הלא זה רק מטעם חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, והאי חזקה הוא משום דאל"כ חפץ זה ברשותיה מה בעי, והרי על כן בגודרות דאפשר לומר דמאליהן באו לרשותו אין התפיסה חזקה, וא"כ כשתאמר שזה התובע אינו אדם קשה ומשאיל, הרי זה דומה לגודרות דאין לו חזקה להנתבע כלל.

ג. במוציא כתב יד וזה טוען פרעתי, כתב הריב"ש בתשובה (סי' תנד) אם ייראה בעיני הדיין שהאחד דבריו מכוונים יותר מן האחר יצוה הדיין לזכותו, והביאו בהגשו"ע (חו"מ סי' סט סעי' ב) בקצרה. והרי אם אומד שדברי התובע מכוונים יותר הוא מוציא ממון על פי אומדנא. ולטעם הראשון דידי ניחא, אבל לשני טעמים אחרים קשה.

וי"ל, דהכא דאיכא רבוותא מערכה מול מערכה, הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן סבירא להו דעל כתב ידו נאמן לומר פרעתי, והר"ז הלוי והרשב"א והרא"ה סבירא להו דאינו נאמן לומר פרעתי, וכיון דהדבר שקול י"ל דמאן דעביד כהאי עביד, ולא מיקרי הוצאת ממון על פי אומדנא לבד[31]. (ועמ"ש לקמן אות יב).

ד. במרשה שאמר להמורשה אם תוציא לי ממון יהיה שכרך תלוי בי אם ארצה ליתן לך,

31 נראה לדייק מלשון הריב"ש כדברי רבינו, דאחר שמביא את שיטות הראשונים אם בכת"י נאמן לומר פרעתי, כתב: "ואני לא אכניס את ראשי בין שני הרים גדולים להכריע ביניהם אבל הדיין ירבה לחקור הבע"ד, ואם יראה בעיניו כו'". דמשמע שמשום שיש כאן שתי שיטות לכן מהני הכרעת הדיין. אמנם יש להעיר דבש"ך סי' סט ס"ק יד מאריך להוכיח דנאמן לטעון פרעתי, וכתב דגם קים לי לא מהני. ולבסוף כתב דמכל מקום כשהדיין רואה אומדנא שלא היה מניח הכת"י בידו אינו נאמן כריב"ש, משמע דלא רק משום מחלוקת השיטות סמכינן אאומדנא.

כתב בתרומת הדשן [ח"א] (סי' שנד) דתלוי בעיני הדיין אם זה המורשה יוחשב עי"ז נוגע כיון דאין שכירותו ודאי, והביאו הסמ"ע (בסי' קכג סעי' י ס"ק טו). והרי אם אומד הדיין שאינו נוגע ומעיד שהנתבע חייב להמרשה - אם יש עוד עד המצטרף עמו - מוציאין ממון מזה. וזה קושיא לכל תלתא טעמי דידי.

וי"ל, דהנה לשונו של תרומת הדשן כך הוא: אם כו' שכרך יהיה תלוי בי לא מיחשב המורשה נוגע בדבר ויכול להעיד, אלא דאם הדיין אומד שזה האיש גם שכירות דמים שאינו ודאי, עושה אותו נוגע, אז אינו נאמן להעיד. וא"כ אין הדיין מוציא בהאומדנא כי אם מחזיק.

ה. בטוען אין לו לשלם ורץ לישבע שאין לו והוא אמוד שיש לו, אין משביעין אותו כי אם מעשין ומנדין אותו עד שישלם (רמב"ם פ"ב ה"ד מהל' מלוה ולוה ומובא בשו"ע חו"מ סי' צט סעי' ה). וכאן לא שייך מ"ש לעיל (באשכול ו) דמניעה מלהשביעו שב ואל תעשה הוא, ושוב מעשה הוצאת ממון מדינא הוא מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהכא שבועת אין לי אינו שבועה דאורייתא דיהיה בו דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, גם אין לומר דהכא היינו טעמא דלית כאן חשש פן האומדנא והדמיון כוזב, דהא אם ישלם על פי הנידוי הרי יוודע הדבר שיש לו, דזה אינו, דהא כתב נמי הרמב"ם (והשו"ע שם סעי' ד) דגם להיפוך כשיש אומדנא שהתובע מכיר שאין לו נמי אין משביעין אותו דהתובע מיצר לו בשבועה למען יקח נכסי אשתו או ילוה מעכו"ם ויתן לו, וא"כ כבר אפשר דבהפכו כשאומדין אותו שיש לו נמי, אף שיהיה הדמיון כוזב מכל מקום ישלם מנכסי אשתו או ילוה מעכו"ם. ויקשה איך מוציאין ממון על פי אומדנא[32].

מיהו בזה י"ל, דזה האפשרי שמשלם ואינו שלו הוא רק מיחוש, דהא חזקה יש שכל מה שביד אדם הוא שלו וע"כ כשישלם על פי העישוי אין אנו מוציאין בכח אומדנא לבד, כי אם בסיוע החזקה דמשלו הוא נותן.

ו. בתשובת רשב"א (סי' תתקן) אח ואחות אינם כאב ובן ויש להם חזקה (של ג' שנים) זה על זה, ומכל מקום אם ייראה בעיני הב"ד שזה סמוך על אח זה בעסקי נכסיו אין להם חזקה, ומובא בקיצור בהגשו"ע חו"מ (סי' קמט סעי' ו). והרי מוציאים הקרקע מיד אח המחזיק בה.

י"ל דזה לא מיקרי הוצאת ממון, דבקרקע אין התופס מיקרי מוחזק כי אם המרא קמא, וכדאיתא במסכת כתובות [כ,א] "אוקי תרי בהדי תרי ואוקי ארעא בחזקת בר שטיא".

ז. בהגהות אשר"י ב"מ פרק המפקיד סי' ט (ד"ה והלה) "שתיקה כהודאה דמיא וכל היכי שיש לתלות שתיקתו בעבור שמחשב בלבו מה לומר לא אמרינן שתיקה כהודאה, אלא הכל כפי שהב"ד יוכל להבין דעתו של שותק". הנה כאן אינו כלל להוציא כי אם להחזיק דאמרינן דלא הודה שחייב לו.

32 לכאורה נראה ליישב, דאין זה הוצאת ממון כיון שסוף סוף משלם מה שחייב.

ח. ובשכר מלמד וחזר בו, כתב בתשובת רשב״א אם נראה לב״ד שהמלמד נהנה בלימודו יותר מביטולו אינו יכול לפטור עצמו מתשלומי שכר כפועל בטל אלא נותן שכרו משלם, והגשו״ע חו״מ (סי׳ שלה ס״א) העתיקו. והרי מוציאין ממון היותר מן שכר בטלה באומדנא.

י״ל דאמנם בסי׳ תרמג כתב הרשב״א כלשון הגהשו״ע הנזכר, אבל המעיין במה שכתב הרשב״א בסי׳ אלף מכ יראה דלשון זה לאו בדוקא, אלא דסתמא נמי המלמד דמי לאוכלוסי דמחוזא [ב״מ עז,א] דאי לא עבדי חלשי וצריך לשלם שכרו משלם, ורק להיפוך צריך ראיית ב״ד, דאם רואים שזה נוח לו ביטולו יותר מלימודו נוטל רק כפועל בטל, ובזה האומדנא מועילה להחזיק ממון. (ובלא״ה נמי נראה שלא דקדק הרשב״א ז״ל בלשונו בסי׳ תרמג, דהא כתב אם נהנה בלימודו יותר, וזה ודאי שיהנה יותר לא בדוקא הוא, דאי נמי הלימוד והבטלה שוים בעיניו נמי נוטל שכרו משלם, דמה דאיתא באוכלוסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי, נראה דהוא טעם אשר לא נוח להם בביטול מלאכה יותר, דאלו לא חלשי אי לא עבדי ודאי היה נוח להם הביטול יותר מהעבודה, אבל הדין הוא כך גם כששניהם שוים בעיניו).

ט. בשנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות לצאת חפשי, גם השני שמוציאים על ידי ההשתדלות של זה חייב ליתן לו כפי מה שנהנה לפי ראות הב״ד (הגהשו״ע חו״מ סי׳ רסד סעי׳ ד). וקשה איך מוציאין ממון באומדנא [וראה אות י].

י. ובשור המזיק שמצוה על הבעלים לשוחטו, אם בא אחר ושחטו שלא מדעת בעלים חייב לשלם כמו שיראו הדיינים, שהרי הפקיעו מלעשות מצוה (בשו״ע חו״מ סי׳ שפב סעי׳ א).

יש להשיב, דבהני תרווייהו ודאי מגיע לו ממון, והאומדנא אינה כי אם לאמוד כמות הממון, שהרי בהאי דשנים שנתפסו לא כתב חייב כו׳ אם נהנה לפי ראות ב״ד, כי אם כתב חייב כו׳ כפי מה שנהנה, משמע דודאי נהנה, והאומד לכמה עולה הנאתו. וכן בהאי דשור המזיק, הא פירש הסמ״ע [ס״ק א] דראית ב״ד היא כמה חשוב בעיני בעל השור המצוה וכמה מדקדק במצוות הוא. ובאמת כן משמעות הלשון ״חייב לשלם כמו שיראו הדיינים שהרי כו׳״. משמעו דראיית הדיינים רק על כמות התשלומין, וא״כ שני אלו אינם דין, כי אם שומא, ככל שומת בקיאים.

יא. ובדין עייל ונפיק אזוזי דהמכר בטל, דעת הטור (בחו״מ סי׳ קצ) דשייך נמי במטלטלין לא כבעה״מ שבב״י, וסבירא ליה עוד להטור דגם בלא עייל ונפיק באותו יום שמכר, כל שיראה הדיין שהיה דחוק למעות המכר בטל, והשו״ע פסק כהטור בדין ראשון בסעי׳ יא, ובדין השני בסעי׳ טו, וא״כ מ״ש בסעי׳ טו בכל עת שיראה הדיין שהוא דחוק למעות אמטלטלין נמי קאי, ומשמע אף דכבר משכן הלוקח לביתו. ותיקשי לטעם השלישי שכתבתי באשכול ו, איך מוציאין החפץ מיד הלוקח על ידי אומדנא [וראה אות יג].

יב. ובמשכן שדהו ומכרו לבעל המיצר, י״א דבעל משכונא מסלק את המצרן, והוא

שנראה להדיין שלא הערים למשכנו כדי שיסלק המצרן (בהגשו"ע חו"מ סי' קעה סעי' נז), ומשמע דמסתמא מחזיקים דהיה ערמה בדבר. ותקשי האיך על פי אומד הדיין שלא היה ערמה מוציאין מיד בעל המיצר.

וי"ל בזה, דאדרבה דמשמע שם דהאי "והוא שנראה להדיין" קאי רק על הי"א דגם בשכבר מכרו לבעל המיצר בעל משכונא מסלקו, אבל בדין הקודם כשמכרו לבעל משכונא דאין בעל המיצר יכול לסלקו, בזה א"צ לראיית הדיין. ואם איתא דסתמא מחזיקין דהוי ערמה, אמאי לא יצטרך גם בזה ראיית הדיין. אלא על כרחך צריך לומר דהוי ספק השקול אי הערים או לא, ועל כן בכבר מכרו לבעל משכונא, מספק אין בעל המיצר יכול להוציא ממנו. ולהיפוך נמי במכרו כבר לבעל המיצר, אין בעל המשכונא יכול להוציא אא"כ נראה לדיין שלא הערים. וא"כ י"ל דעד כאן אין מוציאין ממון על פי אומדנא, אלא היכי דבלעדי האומדנא לא היינו מסופקים כלל בדבר, כהאי דקרעינן ס"ד, דלא היינו מסופקים כלל לומר דילמא כבר נפרע השטר, אבל כאשר גם בלעדי האומדנא יש ספק, יש כח באומדנא להכריע לצד אחד מהספק אף להוציא (ועמ"ש לעיל אות ג).

אלא דמכל מקום מ"ש בשו"ע (שם סעי' נח) כשהמצרן בא בשעה שרוצה זה למשכן שדהו ואמר אני מלוה לך, דיכול בעל השדה לאמור זה נוח לי ואתה קשה ממנו אלא א"כ יראה לדיין שיש בו ערמה אז דוחין את המלוה. הנה אם יהיה פירושו דוחין את המלוה, לא לבד דדוחין אותו מלהלוות לו, אלא דגם אם כבר הלוה וקנה אח"כ נמי דוחין אותו מהשדה שקנה כל שהמצרן רוצה להלוות לו, תיקשי איך מוציאין.

(מיהו אפשר לומר כיון דבמטלטלין ליתא כלל לדין בר מצרא, וכדאיתא בשו"ע שם סעי' נג, ובקרקע לא שייך חזקת ממון כלל ע"י הקנין כי אם חזקת מרא קמא. ויותר עוד י"ל כיון דיש ללוקח רחוק דין שליח של המצרן וכדאיתא בשו"ע שם (סעי' ו), א"כ האומדנא על החזקה עצמה אם זה קנה או זה, והאומדנא רק מבררת מי הוא המוחזק ע"י הקנין, ואין זה נגד חזקה וכעין שכתבתי כבר לעיל באות ב).

יג. בשותף בחנות או במטלטלין דאין בהו דין מצרנות, מכל מקום אם נראה לב"ד שיש לשותפו היזק ממכירתו חלקו לאחר, השותף מסלק ללוקח (בשו"ע שם סעי' נג). וקשה - במטלטלין דאיכא חזקת ממון — איך מוציאין החפץ מהלוקח.

ויש ליישב הני תלתא (מן אות יא עד כאן) בחדא מחתא, די"ל דעד כאן אין לדון על פי אומדנא להוציא מיד המוחזק, אלא כשאנו באין להוציא בולא כלום, אבל כשדנין בין החפץ ודמי תמורתו, כיון דהפסד ממון ממש ליתא בזה להמוחזק אלא מה שהוא רוצה יותר בהחפץ מבממון, בכי הא לא מיקרי מוציא ממש, ויש די כח לאומדנא לדון בזה על פיה. והרי כעין זה מצינו במיגו דאין כחה חזק להוציא ממון, ומכל מקום בטוענים הבעלים גנובים הן נאמן במגו דהשאלתים לך, דכיון דצריך להחזיר להלוקח דמי המקח שנתן מפני תקנת השוק ואין הלוקח מפסיד לא מיקרי מגו להוציא כדמשמע בהתוס' ב"ב (דף נב ע"ב סוף ד"ה דברים), דרק הר"ר דודי רצה לחדש דאף דיחזיר לו הדמים אינו נאמן במגו דמקרי מגו להוציא. וא"כ מה דמבטלין המקח בעייל

ונפיק אזוזי ביומא אוחרא, וכן מה דמוציאין מיד הלוקח משום דינא דבעל מיצרא, ומהלוקח חלק מהשותף בחנות ובמטלטלין, כיון דאי מפקת מיניה דהלוקח אינו מפסיד לגמרי, דהא צריך המוכר או המצרן או השותף להחזיר לו דמי המקח שנתן, בכי האי גוונא שפיר מוציאין ממנו על פי אומדנא[33].

ענב א

[בשכ"מ שנתן נכסיו לכמה בנ"א, מנלן דלכולם נתן ע"ד מיתה]

פשיטא מילתא באומדנא שגם החולה המדמה שלא יקום והתהלך בחוץ עוד, בל ימנע עצמו מהחזיק טובה למאן דעביד ליה נייח נפשיה ולתת לו מתן ירחיב לו, כמו שאדם עושה לפעמים בהיותו בריא אולם. ומה שבשכיב מרע שנתן כל נכסיו מחזיקין לודאי דמשום דסבור היה שימות נתן רק בתנאי שימות ולא יעמוד, היינו על כרחך דעצם החזקה דלא שביק איניש נפשיה ערטילאי כך היא, דבשביל חוב החזקת טובה כיון שאינו חוב גמור לא שביק איניש נפשיה ערטילאי ונותן כל אשר לו בחיים חיותו.

ויש כאן שאלה, תינח בנותן כל נכסיו כאחד לאדם אחד, אבל בנותן ליותר מאחד ועשה קנין, אף שלא הספיק להיות נמלך בין נתינה אחת לחברותה, דאמרינן כיון דמנתינה להאחרון דלא שייר לעצמו עוד מאומה ניכר שסבר שימות, גם מיד בתחילה הסכים ליתן גם לאחרון, כי היה סבור כבר שימות ולא יחיה (ב"ב דף קמח ע"ב מאמר ר' יוסף בר מניומי). מכל מקום מאן מפיס דהנתינה זולת להאחרון לא נתן משום החזקת טובה וגם אדעת שיחיה נתנם, אף שסבר שימות, אלא דמשום שימות הסכים מיד לתת גם להאחרון, ולולי שהיה סבור כך, היה נותן רק עד שדה זו שנתן להאחרון, כי אותה היה משייר לנפשיה כי היכי דלא לשבוק נפשיה ערטילאי, ולמה הדין דחוזר גם בקמאי.

וא"ת אה"נ דאיכא לספוקי בהכי, ומאי דאם עמד חוזר בכולן, הוא דמשום ספק אין מוציאין ממון מידו, אכתי תיקשי לסברת הרא"ש (המובא לעיל ריש אשכול ב) דגם בספק אי נתן רק על דעת שימות או נתן גם בחיים, כיון דחזרתו רק משום אומדנא אינו יכול לחזור אלא באומדנא ברירא, והא הכא נמי אין האומדנא ברירא כי אם בהאחרון לא בקדמאי.

הן אמת בנתן כל נכסיו כאחת, דאמר כל נכסי נתונים לפלוני ופלוני, אפשר לא קשה זה, דמכיון שיש אחד בהם שלא היה נותן לו אילו היה סבור שלא ימות, כדי לשייר לנפשיה, ומזה האחד יכול לחזור מחמת ודאי, דהא על אחד מהן האומדנא ברירא, על כן דוחה לכל אחד ואחד מהם. אבל אכתי בפירט לכל אחד, ואמר שדה זו לפלוני

33 עיי' שו"ת רבינו ח"ב חו"מ סי' ג' ובכתבים סי' לב משכ"כ בעניין זה. ועיי' שו"ת חלקת יואב קונטרס קבא דקושייתא קו' נא שמביא סתירות בדין זה אם תביעת חפץ נקראת תביעת ממון. ועיי' קצות סי' שנג ס"ק ב, ובאור שמח הל' שבועות פ"ח ה"ח.

וזו לפלוני כו׳, דידעינן איזהו הודאי שלא היה נותן לו, והיינו האחרון, אכתי תיקשי.

ויותר, דבנותן כל נכסיו כאחד לאדם אחד נמי תקשי על הרא״ש לשיטתיה דידיה בפ״ק דגיטין (סי׳ ז) שהשיג על פרש״י בכתב כל נכסיו לעבדו חוץ מבית כור קרקע ולא פירש איזה קרקע, דלית ליה כלל, דכל חד וחד איכא למימר היינו היא דשייר. והשיג הרא״ש וכתב דאין הדין כן, אלא שיד האדון על העליונה שיקח לו לעצמו מעידית שבנכסיו בית כור, ואינך שדות כולהו בעי למיתן ליה. וא״כ בזה שנתן כל נכסיו לאדם אחד הא אפשר יש דחייב להחזיק לו טובה, ואילו היה סבור שיעמוד נמי היה נותן, אלא דאז היה משייר שדה אחת לעצמו, ונהי דלא ידיע לן איזה שדה מהשדות שנתן היה משייר שיכול לחזור בה, מכל מקום יהא הדין דיד הנותן על העליונה, שיקח לו לעצמו מעידית שבשדות ואינך כולהו יהא בעי למיתב להמקבל.

ונלענ״ד, דהנה אין אנו עושים ספק אלא או ביש לפנינו שני דברים שקולים ולא ידעינן איזהו, או יש רק דבר אחד ויש סיבה הגורמת לנו להסתפק, דאם אין סיבה גורמת להתספק אינו ספק כלל, דאמרינן מהיכי תיתי, והיינו טעמא דלוקח דגים מלוחים מעכו״ם דאינו צריך לספוקי ולחשוש אולי יש בהם דגים טמאים (הגהשו״ע יו״ד סי׳ פג סעי׳ ה ובש״ך שם ס״ק יא), וממילא מסתברא דאם יש לפנינו שני ענינים שוים ויש לתלותן באחת משתי סיבות, כל שנתוודע לנו שאחת מהסיבות גרמה לענין אחד מהשניים, שוב אין אנו מספיקים עלינו העניין השני ששוה להראשון בסיבה השניה, דכיון דאחת מהסיבות כבר נתאמתה לנו, מהיכי תיתי לנו לחדש ולהוסיף סיבה.

והנה בנתן נכסיו לכמה בני אדם, הענינים - היינו מתן המתנות - שוים הם, והסיבות האפשריות לתלות בהן שתיים הנה, או החזקת טובה היתה הסיבה, או משום שסבר שלא יעמוד מחליו היתה הסיבה. והנה הסיבה השניה נתאמת כי באין מנוס היתה כאן, דאל״כ איך נתן להאחרון ולא שייר לנפשיה, וכן בנתן כל נכסיו לאחד איך לא שייר אחת לנפשיה, ועל כן אין אנו עושים מזה ספק לחוש דילמא סיבת נתינה לקדמאי או נתינת כל השדות חוץ מאחת מהן היתה החזקת טובה, דאמרינן מהיכי תיתי לחדש שהיתה כאן עוד סיבה אחרת.

אפס דברים אלו לכאורה מופרכים הם ממקומו (ב״ב שם), דהרי שם אמר רב יוסף בר מניומי שכיב מרע שכתב כל נכסיו רואים אם כמחלק (שנראה שהיה דעתו משעה ראשונה לחלק הכל כי לא הפסיק בין אחד לחבירו להימלך) אם מת קנו כולן עמד חוזר בכולן, אם כנמלך, מת קנו כולם עמד אינו חוזר אלא באחרון, ועל הרישא דרב יוסף בר מניומי (לפירוש הרא״ש שם סי׳ כא בשם הריב״ם) מקשינן בגמרא דילמא עיוני קא מעיין, ואמאי עמד חוזר בכולן, ודילמא מכל מקום כשנתן לקמאי לא היה בדעתו ליתן לאחרון, (ומספק אינו יכול לחזור כיון דבעי שיהא אומדנא ברירא), ומשני סתמא דשכיב מרע מידק דייק, והיינו דסתמא בשעה ראשונה מידק דייק מה ליתן ובתחילת נתינתו כבר היה מסכים ליתן את הכל.

ולדברינו, דליישב הדין (והיינו המסקנא אחר שנתחדש סברא דשכיב מרע דייק ורצה מיד כשהתחיל ליתן לתת את הכל) צריך סברא זו דאין אנו מספיקים עלינו

לחדש ולהוסיף סיבה, א״כ לא היה צריך כלל לחדש סברת שכיב מרע מידק דייק, דבסברא זו לחוד נמי תתיישב קושיית הש״ס, דאימא להמקשן את לאו קא מודית שכל תנועה צריך מניע, ולכשתאמר דהנתינה לקמאי לא היה מפני שסבר שימות, על כרחך צריך לומר שהחזקת טובה היה סיבתן, ואת לאו קמודית שסברא זו שסבור שימות היא היתה כאן באין מנוס, דאל״כ איך נתן לאחרון ושביק נפשיה ערטילאי, וכיון שזו הסיבה נתאמתה, מהיכי תיתי לך לחדש ולהוסיף שהיתה כאן עוד סיבה חיוב החזקת טובה.

ברם נ״ל לקיים דברי כך, דהנה כל דבר המוחזק לן ונשתנה להיות מוחזק לנו הפכו ולא ידענו מתי באיזה זמן בא שינוי זה, הדין דאמרינן דרק משעה שברור לנו הפכו בא השינוי, דחזקה דמעיקרא עדיפא מחזקה דהשתא, ועל כן במי שהעידו עליו שעבר עבירה ואינם יודעים אם עבר קודם שהעיד איזה עדות עדותו כשרה (הגהשו״ע חו״מ סי׳ לד סעי׳ כג), וכן שוחט שהיה ידוע לנו שיודע הלכות שחיטה ואחר ימים בדקו אותו ונמצא שאינו יודע אין מטריפין מה ששחט למפרע (הגהשו״ע יו״ד סי׳ א סוף סעי׳ א).

והנה לכאורה מוכרח דחזקה יש שסתם חולה אינו אומר נואש כי אם מקוה שיקום מחליו, דאי לא תימא הכי תיקשי בשכיב מרע שכתב מקצת נכסיו אמאי בעמד אינו חוזר, נהי דאין ראיה שנתן על דעת שימות מכח חזקה דלא שבק איניש נפשיה ערטילאי שהרי שייר לנפשיה מנכסיו, מכל מקום גם להיפוך אינו ראיה, ודילמא סבר שימות, ולולי על דעת מיתה גם זה לא היה נותן, וכיון דאיכא ספק איך מוציאין ממון ממנו לומר שאינו יכול לחזור בו. אלא על כרחך צריך לומר דלית לספוקי בזה כלל, דחזקה לאדם שגם בחליו דורש את ד׳ ומקוה לקום מחליו. אך השכיב מרע שנתן כל נכסיו אתחזק להיפוך שע״כ הוא מייאש וסובר שימות, דאל״כ לא הוה שבק נפשיה ערטילאי, (ואף דלהרא״ש אין זה מוכרח, דהא הוא סבירא ליה דמחמת ספק אינו חוזר, וא״כ י״ל דבאמת ליתא לחזקה דמעיקרא כלל והוא ספק ומכל מקום אינו חוזר, מכל מקום מדברי החולקים על הרא״ש נשמע לנו שסברא היא לומר חזקה זו, נוכל ליחסה גם להאשר״י אף בלא הכרח).

והנה זה החולה נתהפך בתחבולותיו בהחזקות, דעד שראינו שנתחזק למייאש עצמו, בסתם היה מוחזק דאינו מייאש עצמו, ומעתה אם לא ידענו מתי ובאיזה זמן בא לו זה ההתהפכות והשינוי איך יש לנו לדון, ודאי יש לנו לדון דהשינוי רק ברגע שנתברר לנו, דעד רגע זו מעמידים אותו על חזקה דמעיקרא, דהא היה עד אז נמנה בין סתם בני אדם חולים שאינם סבורים שימותו, וכמו שמעמידים העדים בחזקת שלא עברו עבירה מפני שהיו עד רגע שבודאי עברו עבירה בין סתם בני אדם הכשרים.

ומעתה הרי זה נכון, דהמקשן דלא אסיק אדעתיה דשכיב מרע מידק דייק ואין לנו בירור ששכיב מרע זה נשתנה מסתם שכיב מרע דעלמא כי אם ברגע שנתן להאחרון, שפיר תוכל לספק דילמא לקדמאי נתן מפני חיוב החזקת טובה, דאין להשיב מהיכי תיתי לך לחדש שיש כאן עוד סיבה שנתן להקודמים גם בחיים, דהא החזקה דמעיקרא מוכחת עליו דבעת שנתן לקדמאי לא היה סבור שימות, ועניין זה לייאש עצמו לא

בא במחשבתו כי אם ברגע שברור שבא, היינו כשנתן להאחרון, ועל כרחך היתה עוד סיבה היינו חיוב החזקת טובה, או אי נמי תאמר דאינו ודאי, משום די״ל דזהו עצמו לחדש סיבה הוא ג״כ נגד חזקה, מכל מקום אי נמי מוקמת חזקה דעד השתא לא היה סבור שימות נגד חזקה דלא היתה כאן עוד סיבה, הוי ספק עכ״פ, ומספק אינו יכול לחזור להרא״ש, אבל אחר שחידש התרצן דשכיב מרע מידק דייק והרי אתברר לנו הזמן שנשתנה זה השכיב מרע מסתם בני אדם חולים, והיינו בשעה ראשונה כאשר החל ליתן כבר היה סבור שימות ואתה בא לספק דילמא היה משעה ראשונה כשנתן לקדמאי עוד סיבה אחרת דהחזקת טובה, אומר לך דבזה אין להסתפק, דמהיכי תיתי.

והנה לעיל (באשכול ג וד) תמהנו על סברת הרשב״א בתשובה דכתב דטעמא דר״נ דהקנין מוכיח שלא היה מתנת שכיב מרע, והרי הוא על כרחך מפרש דקושיית הש״ס הנזכרת ״ודילמא עיוני קא מעיין״ כמו שפירשה הרשב״ם דקאי על הסיפא דריב״מ אר״נ דבנמלך ועמד אינו חוזר אלא באחרון אמאי אינו חוזר גם מקדמאי. ולדידיה מאי קושיא, נימא דר״נ לשיטתיה דסבירא ליה דהקנין מוכיח ע״ש. וכתבתי (באשכול ד ד״ה ורציתי) דאין זה כ״כ קושיא, די״ל דלהרשב״א יהיה קושיית הש״ס רק על אותן שאחר הראשון כיון דאינו עושה מעשה קניין בייחוד עבורם ואיך אר״נ דאינו חוזר אלא באחרון, ודחיתי ישוב זה שם.

ואולם על פי יסוד זה שאין לנו להסתפק לחדש סיבה אחרת עוד, יהיה ישוב זה לא נכון מעוד טעם, והוא דלפירוש רשב״ם, הנה ברואין דנותן בנמלך (והיינו דמפסיק ומחשב מה ברעיונו), יש ג״כ לתלות ההפסק והשתיקה למען לחשוב מחשבות, באחת משתיים, והיינו, או דחושב ומעיין רק מה יתן לכל אחד, ומעיקרא היה בדעתו לחלוק הכל (וכסברת המקשן). או דמחשב ומעיין על עצם המתנות, אם יתן עוד עד בלתי השאיר לעצמו שריד כלל (וכסברת התרצן). והנה לסברת הרשב״א דאמרנו דגם הכא הקניין מוכיח עכ״פ שבנתינתו להראשון לא היה דעתו לחלק הכל, יהיה להפסק והשתיקה זאת הסיבה השניה כאן באין מנוס, דהרי על כרחך חשב באיזה שתיקה ונתיישב לחלק את הכל, או שהיה בזה באותה שבין האחרון לבין הקודם לו, או בין הראשון לבין זה שאחריו, או בשתיקה שבין שניים מהאמצעיים (אם יהיו המקבלים יותר משלשה), דהא חזינן דחילק הכל מה שעל כרחך לא היה בדעתו לעשות כן כשנתן להראשון, ואולם הסיבה ראשונה, לעיין מה שיתן לכ״ע, אינה מוכרחה לנו אלא אם תאמר דבשתיקה בין ראשון לבין השני היה מתישב והסכים לחלק, דאז שתיקות שאח״כ בין מתנה למתנה מה זו עושה, אם לא לענין מה ליתן לכל אחד מהנהו האחרונים. אבל לכשתאמר דגם בשלישי גם ביתר המתנות עד שבא ליתן להאחרון שבכולם, היה דעתו שלא ליתן עוד, ואחר שנתן להשני נחיישב שוב ליתן עוד גם לשלישי רק, והדר נתישב בדבר אחר שנתן להשלישי ליתן עוד לאחד, וכן תמיד היה מוסיף והולך רק מתנה אחת עד שגמר כל המתנות, אז אין לנו הכרע כלל שהיתה כאן גם סיבה זו שהיה מחשב ליתן לכל אחד, דאפשר דעל זה לא היה צריך לעיין, דזה היה פשוט ליתן לכל אחד ואחד כפי ערכו בחשיבות וקורבה ואהבה אליו, השדה הגדולה והעידית

להגדול ואהוב יותר, וכן כולם לפי ערכם.

ואחר הצעה הזאת, לא יתכן לפרש דקושיית הש״ס היתה אמאי אינו חוזר בכולן שאחר הראשון כיון דהקנין אינו מוכיח כי אם על הראשון, דא״כ כשתאמר דכשנתן להראשון, מיד בשתיקה שבינו לבין השני גמר בדעתו לחלק הכל, על כרחך תאמר דהיתה כאן עוד סיבה להשתיקות שמן השני ואילך, והיינו הענין מה יתן לכל אחד, (דהא לעניין לחלק עוד מתנה לא היה צורך, דכבר היה גמר דעת בין ראשון להשני לחלק הכל). והסיבה השניה ע״כ ג״כ היתה, דהא כשנתן להראשון על כרחך לא היה דעתו עוד לחלק, והרי אתה מספק עלינו הדבר, שאולי היה בהשתיקה שאחר הראשון גמר דעת לחלק הכל ע״י שנתחדש והוסיף שהיה כאן עוד סיבה, וזה לא יכון לספק, דאמרינן מהיכי תיתי.

ענב ב

[בשכ״מ שנתן מקצת נכסיו אמאי לא הוי ספק דאולי נתן על דעת מיתה]

אומדנא בשכיב מרע שנתן מתנה דלא נתן אלא משום שסבר שימות, ושעל כן אם עמד חוזר אינה אלא בנתן כל נכסיו, דחזקה היא דלא שביק נפשיה ערטילאי, ולכאורה קשה גם בנתן מקצת מנכסיו, נהי דלא מוכח, מכל מקום אפשרי הוא דמשום דסבור שימות נתן וכבר כתבתי בזה לעיל (ענב א).

ונ״ל דלק״מ, על פי מה שכתב מהרי״ט [ח״א סי׳ לג] (הבאתי לעיל אשכול ד ד״ה ולענ״ד) דבשייר קרקע כל שהוא, אף דגם ביש לו זהו הכ״ש עדיין יהיה ערטילאי, והיה לנו לומר דע״כ נתן רק משום דסבר שימות, דהיינו טעמא, דאיכא הוכחה להיפוך, דאם איתא שהיה סבור שימות למה ליה לשייר מה, וא״כ לא קשה דבנתן מקצת ג״כ אפשרי הוא, דהא אינו אפשרי, דא״כ מה לו לשייר.

אך תינח להרי״ף והרמב״ם דסבירא להו דבשייר משהו נמי אינו חוזר, אבל להרא״ש דבעי שישייר כדי פרנסתו, על כרחך לית ליה סברת מהרי״ט ותעמוד הקושיא. אבל זה אינו, דהא התחלת הקושיא היא רק כיון דאפשרי הוא עכ״פ, והוה ליה ספק, ואיך מוציאין ממנו ממון מספק אם חוזר, והרי הרא״ש סבירא ליה דכל שהאומדנא לא ברירא אינו חוזר ומוציאין ממנו, א״כ להרא״ש הקושיא מעיקרא ליתא, דאימא לך, דבאמת הוה ספק, ומכל מקום אינו חוזר כיון דאין האומדנא ברירא[34]. ובאופן, דממה נפשך ליכא קושיא, דלהרי״ף דמספק נמי חוזר, הא הוא סבירא ליה דבשייר משהו נמי חוזר ועל כרחך אית ליה סברת מהרי״ט, ולהרא״ש דלית ליה סברת מהרי״ט, הא הוא סבירא ליה דמספק נמי אינו חוזר. ולפי זה להכרעת השו״ע (סי׳ רנ

34 לכאורה היה נראה דגם לשיטות החולקות על הרא״ש לא קשה, דכשיש ספק אם כיון להתנות ודאי הוה דברים שבלב, וכל הנידון דיש סוברים דספק אומדנא הוה אומדנא, היינו רק כשהספק הוא אם יש כאן אומדנא דמוכח, אך כאן אין זה כלל אומדנא כיון דספק הוא, וכפי שכתבנו לעיל הע׳ 4.

סעי׳ ג) דמספק יכול לחזור, מוכרע ג״כ דסגיא בשיור כל שהוא, דאי לא תימא הכי אלא דלא סגיא בשיור כל שהוא, א״כ על כרחך ליתא לסברת מהרי״ט ותעמוד הקושיא דגם במתנה במקצת אם עמד יהא חוזר כיון דגם בספק חוזר.

ענב ג

[קו׳ דבשכ״מ שנתן לכמה בנ״א הרי לראשונים הוה אומדנא לאחר המעשה]

על הא דהסברתי לי (באשכול ב ד״ה ונלענ״ד) בטעמא דהאשר״י דכשיש ספק באומדנא דאולי יש לו עוד נכסים במדינת הים אינו חוזר, דהטעם דכשיש ספק הויא גילוי מילתא דלא מוכח, ואף אם היה בלבו ליתן רק על דעת שימות מכל מקום הוי דברים שבלב, קשיא לי מפירוש הריב״ם דעל מה דאמר רב יוסף בר מניומי דרואין דאם במחלק נתן עמד חוזר בכולן (ב״ב דף קמח ע״ב) קאי קושיית הש״ס ודלמא עיוני קא מעיין, והיינו דילמא אף דנראה כלא נמלך, דילמא מכל מקום לא היה בהתחלת מתנתו דעתו לחלק הכל, הרי קושיא זו אינה כ״כ חזקה, דהא טעמא דתוך כדי דיבור כדיבור דמי הוא משום דאין דרך אדם לשנות דעתו כ״כ מהר, וכשחוזר תוך כדי דיבור מסתמא בתחילה בטעות עשה (הר״ן [נדרים פז,א]), וא״כ י״ל דמ״ש רב יוסף בר מניומי אם במחלק מיירי שהיה הכל תוך כדי דיבור וע״כ לא היה דעתו תחילה לתת רק מקצת דהא חזינן דנתן הכל, וא״כ שינה דעתו כמו רגע וזה אינו דרך. ולמה לא הקשה עדיפא מיניה, דנהי נמי דיהבינן דמתחילה היה דעתו מיד לחלק הכל, הא מכל מקום לא נודע לנו זה עד שנתן לאחרון. והרי עד כאן אין גילוי מילתא דמוכח מועיל על הדברים שבלב שיהיו דברים, אלא בהיה מוכח בשעה שהיו הדברים בלבו וכמו שכתבו בתוס׳ גיטין ריש פרק השולח גט [לב,א ד״ה מהו דתימא] דברהיט אחר השליח לבטלו וכשהגיעו אמר שיהא בטל, אם אז כבר מסר השליח הגט לידה, אף דאגלי לן למפרע שבעת שרהיט היה בלבו לבטל מכל מקום הוי דברים שבלב ואינן דברים, וא״כ כאן שלא מוכח לנו בשעה שנתן לאותן שקודם האחרון שדעתו ליתן רק על דעת שימות הוי דברים שבלב ואמאי חוזר בכולן, יהיה הדין דחוזר רק מן האחרון[35].

35 צ״ב מה שתלה רבינו קושיא זו במה שפירש דעת הרא״ש, והא בלאו הכי נמי, כל הדין שלא קונה מיד הוא בתורת אומדנא כמבואר בגמ׳ ב״ב קמו,ב ועיי׳ רשב״ם שם במתני׳, ובגמ׳ ד״ה מאן תנא, ובדף קלז, א ד״ה ה״ג בה״ג ורמב״ם פ״ח מזכיה הי״ד. מבואר דזה בתורת אומדנא. וא״כ יש להקשות דהא בשעה שנתן עדיין אין את האומדנא. ונראה דלולי דברי הרא״ש אפ״ל דהא דבעינן לאומדנא הכא אינו כדי להוציא מתורת דברים שבלב, אלא דאם לא האומדנא לא היה נאמן שכן היה בלבו, ולכן מהני גם באומדנא שאחר המעשה, אך לדעת הרא״ש שהאומדנא היא להוציא מתורת דברים שבלב קשה לו, דאמאי מהני אם האומדנא אחר המעשה. עיי׳ רמ״א חו״מ סי׳ רז שי״א שבמתנה דברים שבלב הויין דברים, ובביאור הגר״א שם מביא דיליף לה ממתנת שכ״מ, ולשיטה זו נצטרך לומר דהא דבעינן לאומדנא הוא משום דאל״כ לא היה נאמן, וכן ביאר באבן האזל הל׳ מכירה פי״א ה״ט.

ובענין זה אי אמרינן אומדנא שבאה לאחר המעשה, עיי׳ שו״ת רעק״א מהד״ת סי׳ סט ד״ה ולזה נראה.

ואף לצידוד התוס׳ בפרק השולח גט שם דמדרבנן הוא, אבל מדאורייתא הוה דברים שבלב אף בגילוי מילתא דמוכח שאחרי כן, מכל מקום הא יהבי טעם אשר מדאורייתא הוי בכי האי גוונא דברים משום דאנוס היה דרהיט בתריה ולא הגיעו, והכא מאי אנוס איכא, דהא הריב״ם עצמו ביאר מה דסליק אדעתא דהמקשן ליחוש לעיוני, ולא קשה ליה מתני׳ דשכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים אם עמד חוזר, ודילמא עיוני כו׳, היינו דהיה מוקי לה למתני׳ דאמר תחילה כל נכסיו לפלוני ופלוני ואח״כ פירש מה יתנו לכל אחד ואחד (ע״ש באשר״י פרק מי שמת סי׳ כא). וא״כ בהאי דרב יוסף בר מניומי אינו אנוס, דהיה יכול לומר טרם שחילק לכל אחד ואחד כל נכסי לפלוני ופלוני.

אבל וכי זה לבד דהוה מצי להקשות בחזקה יותר, הלא יותר מזה יקשה גם להמסקנא דהתרצן שחידש סברא דשכיב מרע מידק דייק, והיה דעתו מיד לחלק כל נכסיו, דמכל מקום מאי אהני לן כיון דהא עצמו דדייק לא יודע לן עד שנתן לאחרון, יהיה מה שחשב בקמאי מיד לחלק את הכל וליתן רק על דעת שימות דברים שבלב.

והנלענ״ד, דהן רב יוסף בר מניומי מיירי בהקנה בקנין (דאל״כ איך ברואין שנמלך ועמד אינו חוזר אלא באחרון וקנו קמאי), אבל לא פירש מתי עשה קנין. וי״ל דמיירי בנתן ואח״כ הקנה, וע״כ לא שייך לבא עליו מטעם דבשעה שפרט הנתינות בקמאי היה דברים שבלב ואינן דברים ושעל כן קנו קמאי אם עמד, דממה נפשך, אי מתורת מתנת שכיב מרע אתית עלה דא״צ קנין הרי שכיב מרע אם עמד חוזר, ואי מטעם מתנת בריא, הא כל כמה דלא הקנה בקנין לא קנו, ואימת קנו, כשעשה קנין, ובהאי שעתא אינו דברים שבלב, דכבר היה נותן גם לאחרון והוי גילוי מילתא דמוכח שדעתו רק שעל דעת שימות הקנה.

וא״ת, א״כ לא היה צורך כלל לחדש סברת שכיב מרע מידק דייק, דלו יהא דהיה מתחילה דעתו שלא לחלק הכל, מכל מקום בהאי שעתא דהקנה הוי מתנת שכיב מרע, וכן יקשה איך אפשר דהתרצן מוקי בעשה הקנין לבסוף, א״כ יקשה סיפא דבנמלך אינו חוזר אלא באחרון וקמאי קנו, ואמאי והא בשעת קנין כבר היה נמלך והיה מתנת שכיב מרע.

וי״ל, דזה לק״מ, דאטו אי אפשר שגם מי שסבר למות רוצה ליתן גם על דעת שיחיה, אלא בשכיב מרע דעלמא, כיון דברירא לן דזה השכיב מרע שנותן כל נכסיו סבור שימות, מהיכי תיתי לן לומר שיש עוד סיבה שיגיעהו ליתן גם כשיעמוד. מיהו הכא דרואים שהוא היה נמלך, וידוע שיש לו סיבה שיגיעהו ליתן לקמאי אף אם יעמוד, דהרי כשנתן לקמאי לא היה דעתו לחלק הכל ונתן מתנת בריא, ע״כ אף שבשעת קנין נודע לנו שסבר שימות, מ״מ כיון דלא נודע לן שחזר ממה שהגיעו אליו הסיבה אז ליתן לקמאי גם אם יעמוד, לא תלינן בחזרת דעת, וע״כ בנמלך קנו קמאי. אבל במחלק, כיון דאמרינן דשכיב מרע דייק והיה דעתו מיד בתחילה לחלק הכל, אין לנו ראיה כלל שיש כאן עוד סיבה זולת המוות, ועל כן גם קמאי לא קנו אם עמד. אמנם זה אחר שחידש התרצן דשכיב מרע מידק דייק, אבל

אילו לא חידש זה, לא היה מפריע לאוקמי בעשה הקנין אח"כ, דכיון דתיקום סברת המקשה דעיוני קא מעיין, הרי רצה ליתן מתנת בריא, ואמרינן דגם בשעת קנין, אף דסבור שימות, מכל מקום זה לא מנעו מלהפק זממו ליתן גם אם יעמוד, ונכון תירוצא דגמרא.

ומעתה סר ג"כ מה שהקשינו, דהמקשן עדיפא הו"ל להקשות דהוי דברים שבלב, די"ל דהא ידע גם המקשן לאוקמי מילתא דריב"מ בעשה קנין לבסוף, אלא דלא ידע לסברת התרצן דשכיב מרע מידק דייק, ועל קושיא דברים שבלב שפיר מספיק זה לבד, דהקנין היה לבסוף, דאי עיוני קא מעיין לא אמרינן, א"כ רצה מיד ליתן אך מתנת שכיב מרע, א"כ אין אומרים כלל שהיתה כאן סיבה לתת לקמאי מתנת בריא, אלא דתאמר דמכל מקום מה שנתכוון למתנת שכיב מרע הוה דברים שבלב, אומר, מאי בכך, הא אז מכל מקום לא קנה, כיון דעדיין לא הקנה וכשיבא לקנות, היינו בשעת קנין, כבר גלוי ואינו דברים שבלב עוד. אבל קושיית "ודילמא עיוני מעיין" ודאי קושיא היא כנ"ל, דאז אמרינן דגם בשעת קנין שכבר היה סבור למות נמי רצה להקנות מתנת בריא. (ועמ"ש ענב א).

ענב ד

[בחתן ששלח סבלונות ונתבטלו הקדושין ויש ספק באומדנא אם מחל עליהם]

מתני': שלח לה סבלונות בק' מנה ואכל שם סעודת חתן אפילו בדינר אינן נגבין (פרק מי שמת ב"ב דף קמו ע"א). ובגמרא מיבעיא אי אכל ואם שם דוקא, או אפילו שיגרו לו לביתו לאכול או האכילו לשלוחיו. וכתב הרא"ש [סי' טו] לא איפשיטו ואינן נגבין, וכתב עליו הב"י (בטור אה"ע סי' נ ד"ה ומ"ש שלח לה) "וכן בדין דכיון דספק הוא המוציא מחבירו עליו הראיה, ושלא כדברי נמוקי יוסף שכתב דכיון דלא איפשיטא לית לן בה אלא מאי דתנן במתני' אכל הוא בבית חמיו או בפתח בית חמיו, לאפוקי אכל שלוחו או שלחו לו".

ולי לכאורה איפכא מסתברא, דעל הרא"ש קשיא ולא על הנמוקי יוסף, כי איני יודע מה בין זו להאיבעיא שבגמרא בשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו ועמד אי יכול לחזור דגם כן לא איפשטא (שם דף קמח ע"ב), ופסק שם הרא"ש [סי' כג] דעמד אינו יכול לחזור ומוציאין ממנו, משום דאומדנא כל דלא ברירא היא אינה כלום אף להחזיק ממון, ונימא הכא נמי כך, כיון דהאומדנא דהאוכל סעודת חתן בדינר מוחל הסבלונות, אינו ברירא אם היא גם בשיגרו לו, ועל כן לא תועיל בשיגרו לו אף להחזיק ויהיו נגבין. וע"כ על הנמוקי יוסף לא קשה כ"כ, די"ל דסבירא ליה בהא כהרא"ש דאומדנא דלא ברירא אינה כלום, (אך ממ"ש הנמוקי יוסף [סט,ב] על האי דרב אחא בר מניומי דחיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת "ואע"ג דהוה לן לאוקמי ממונא בחזקת מריה דספק הוא אם יש לו נכסים במדינה אחרת" משמע דלא סבירא ליה כהרא"ש. וכן נראה ממ"ש שם לקמן באיבעיא דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו), אבל על הרא"ש ודאי קשיא, דלשיטתיה איך ס"ל דבספק אין מוציאין הסבלונות.

ונלענ״ד, דהנה הדין בנותן לחבירו סתם ולא פירש כלום דהוה מתנה וכדאיתא בהר״ן רפ״ק דקדושין בשם הרשב״א. ולפי זה עצם דין החזרה של הסבלונות בלא אכל החתן שם אינו מפשטא דדינא, שהרי כיון דשלחם סתם הוי מתנה, ועל כרחיה משום אומדנא הוא דלא שלחם למתנה כי אם שיחזרו עמה אליו מבית חמיו. והשתא לא קשה על הרא״ש, והוא, די״ל דעד כאן לא אמר הרא״ש דאומדנא דלא ברירא גם להחזיק אינו מועיל, אלא כשאין הכוחות שוות, דשכנגדו בא בכח הדין שהוא אלים, וזה בא בכח האומדנא שהוא רפה, אבל אם שניהם באים בכח האומדנא דהכחות שוות, שוה לי שוב לשניהם באים מכח הדין, דבספק אין מוציאין ממון.

אמנם כן, זה יכון אם טעמיה דהרא״ש — במה דסבירא ליה דאומדנא דלא ברירא אינה מועלת גם להחזיק - הוא, דמה שאנו דנים מכח אומדנא אינו חזק כ״כ ככחא דדינא, כי אז נכון הדבר, מה דספק באומדנא אינו דומה לספיקא דדינא דמועיל להחזיק ממון, דבספיקא דדינא ליכא כי אם חולשת הספק לבד, והכא איכא תרתי, אבל למ״ש לעיל (באשכול ב ד״ה ונלענ״ד), דטעמיה דהרא״ש משום דכשיש ספק בהאומדנא לא הוי גילוי מילתא דמוכח והוי דברים שבלב, א״כ הכא מה שדנין האומדנא שבשעת שילוח הסבלונות, דין גמור הוא, דהא לית ספק באומדנא זו שיהא נידון לדברים שבלב, ומה שדנין דמחל מהאומדנא שבשעת אכילה, בה יש ספק בשיגרו לו והוי המחילה דברים שבלב ולאו מחילה היא. ויקשה שוב אמאי אין מוציאין הסבלונות. (ולמ״ש אי״ה בעיקר ״דברים שבלב״ צידוד דמחילה סגיא בלב, ניחא, דאז ספק ההוא באומדנא דמחילה נשאר ספק, ועל דרך שכתבנו לעיל (אשכול ב ד״ה ולדרכנו). אבל לקושטא דמילתא גם מחילה בלב אינו מחילה, ותישאר הקושיא).

ונראה, די״ל דסברת הרא״ש, דבסבלונות אנו מכניסין את האומדנא השניה בהראשונה. ורצוני, דאומדין שדעת המשלח מיד בשעה ששולח הסבלונות, שאם לא יאכל סעודת חתן בדינר ישובו עמה מבית אביה, וכיון שכן הוא, מה דאינן נגבין באכל שם א״צ לבא לאומדנא דמחל בעת שאכל שם, אלא כיון דהאומדנא שמה שהקפיד שישובו עמה היא רק באם לא יאכל שם, א״כ אם אכל דליתא להאומדנא זו, נשאר על הדין דהנותן סתם דהוי מתנה. וכאשר מיבעיא לן בשיגרו לו, הנה מה שאתה מספק לזכותה, אינו מאומדנא, כי אם מדינא, דהרי הספק הוא אולי היה דעתו בשעה ששלח, דדוקא אם לא יאכל כלל בדינר יחזרו הסבלונות, אבל אם יאכל בין בעצמו, בין שיאכילו לשלוחו, בין ישגרו לו לביתו לאכול יעמוד על דין כל נותן סתם שהיא מתנה חלוטית, והוי ספיקא בדינא לא ספק באומדנא[36].

36 נראה ליישב לפי דברי רבינו את קו׳ הב״י על מה שמשמע מדברי הטור דדווקא כשאכל בשעה ששלח אינו גובה, ומקשה מנ״ל הא, ונראה דקושיא זו קשה רק אם ההסבר בהא דבאכל אינו גובה הוא משום דמחל, דאז קשה מגלן דרק אם אכל בשעה ששלח מוחל, אך לדברי רבינו דלא דהאכילה היא מחילה, אלא דבעצם כששולח יש כאן מתנה גמורה, אלא שאנו באים לבטלה מחמת אומדנא, בזה אמרינן דאם אוכל אין אומדנא, ולכן מסתבר דאם לא אכל בזמן ששלח, שוב יש אומדנא באותה שעה שיחזור אם נתבטלו הקדושין, ואף שאוכל אח״כ לא יהני לבטל את האומדנא. ועיי׳ המקנה סי׳ נ שם.

ומצאתי און לי בלשון הרשב״א בתשובה, הביאו הב״י בטור אה״ע סי׳ נ, בענין סבלונות מרובין דתמיד חוזרין לו, בזה״ל: ״ירדו חכמים לסוף דעתן של בריות, שהשולח לבית חמיו לא על דעת ליתן לחלוטין הוא שולח, אלא על דעת שישובו לו מבית חמיו עם אשתו, ואפילו אכל בבית חמיו דינר כו׳ היינו סבלונות מועטים כו׳ העשויין לבלות שהדעת נותנת על אלו שמחל כל שאכל שם סעודת חתן בדינר, אבל כו׳ וכלי כסף וזהב הכל חוזר ואפילו אכל שם כו׳ לפי שלא שלח אלא ע״מ נישואין״. הנה למה שכתבתי דעצם החזרה בלא אכל הוא רק מטעם אומדנא יש מתחילת לשון הרשב״א ראיה גמורה, ואולם גם למה שרציתי דמכניסין אומדנא שניה בראשונה ולא דיש בשעת אכילה אומדנא חדשה, זכר לדבר יש מסוף לשון הרשב״א, ממ״ש בטעם דסבלונות דאין עשויין לבלות לפי שלא שלח אלא ע״מ נישואין. משמע דסבלונות מועטין מיד כששלחן שלח אותן לא על מנת נישואין כשיאכל שם בדינר אלא לחלוטין, ואילו כפי ההבנה הפשוטה דבשעה שאוכל אז גמר בלבו למחול, הכי הו״ל להרשב״א לסיים ״לפי שאותן (הסבלונות מרובין) לא מחל כשאכל שם״, דהא בעניין השולח אלו ואלו שוין, דגם המועטים שולח ע״מ נישואין, אלא שאלו מחל אח״כ כשאכל, ואלו לא מחל. אבל לדרכי לשונו מתוקן ומדוקדק היטב, דסבלונות מועטין מיד שולח לא ע״מ נישואין אם יתהוה אח״כ שיאכל בדינר, אך הסבלונות מרובין (אינם בתנאי זה וגם אם יאכל אח״כ מ״מ) לא שלח אותן אלא ע״מ נישואין שיחזרו עמה. ומ״ש בלשונו ״שהדעת נותנת כו׳ שמחל כל שאכל כו׳״ אינו סותר לדברי, דהא לא כתב שמחל כשאכל, כי אם כתב שמחל כל שאכל, ור״ל כל שאכל אח״כ מחל בשעה ששלח שלא הקפיד על החזרה כי אם כשלא יאכל.

וסמך עוד מלשון הנ״י [סח,ב] (ומובא ג״כ בב״י סי׳ נ) ״שבח סבלונות (מהו) כלומר בסבלונות מועטין שאינן נגבין כשאכל, אם לא אכל דנגבין מאי, נגבין עם שבחן כו׳, מי נימא כיון דבשעת נתינה היה דעתו לאכול שם ויישארו להם, לא יפרע אלא כמו שהיו שוות אז״. משמעות לשונו ״כיון דבשעת נתינה כו׳״, דמה שיישארו הסבלונות להם אם יאכל, זה בא מיד מדעת שהיה לו בשעת נתינה.

אלא דא״כ יהיה איפכא, דצד הספק באיבעיא שיחזרו לו הסבלונות גם בשיגרו לביתו יהיה ספק באומדנא, דהא כל עצמות החזרה רק מטעם אומדנא, ולא יועיל הספק גם להחזיק ממון, ואף אם שבו הסבלונות לידו והוא המוחזק מוציאים ממנו. אך תלונה זו אינה על הרא״ש, דהא לא כתב דהטעם דאין גובין מספק מטעם המוציא מחבירו עליו הראיה, אלא הב״י הוא שכתב על דברי הרא״ש ״וכן בדין כיון דספק הוא הממע״ה״. וי״ל דהב״י כתב דכן בדין גם לדידן דלא קיי״ל כהרא״ש בהא, דסבירא ליה דאומדנא שיש בה ספק לא מועיל אף להחזיק ושמוציאין הממון מהמוחזק, אלא קיי״ל דשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו אם עמד וחוזר אין מוציאין ממנו, א״כ לדידן נאמר דינו של הרא״ש דלא חוזרין הסבלונות [לא] משום ספק איבעיא, רק מטעם המוציא מחבירו עליו הראיה, אבל אם הוא מוחזק בהסבלונות אין מוציאין אותן ממנו.

גרעין א

[קו׳ על הט״ז דאין מבטלין מקח מחמת ספק אומדנא]

״אי בעי לזבוני במאה ולא אשכח ואי טרח הוה משכח ולא טרח וזבין במאתיים וקא עייל ונפיק אזוזי מאי כמוכר שדהו מפני רעתה דמי או לא תיקו״ (פרק השוכר את האומנין במס׳ ב״מ ריש דף עח). ובשו״ע חו״מ סי׳ קץ סעי׳ יג כתב ״ה״ז ספק כו׳ ולפיכך הרוצה לחזור משתיהן אינו יכול לחזור, ואם תפס המוכר ממקח שמכר כנגד המעות שנשארו לו אין מוציאין מידו״. וכתב עליו הט״ז ״וא״ל נימא דמוקמינן בחזקת מרא קמא, דהכא כבר יש מכר גמור, רק שע״י אומדנא דמוכר עייל ונפיק אזוזי אמרינן דנתבטל המקח למפרע, וכיון שיש כאן ספק אין לנו כח לקלקל המקח הברור, וזה נ״ל דאף כו׳ אין יד שניהם שולטת בה (בהקרקע) הוה של לוקח, אלא שאם הקרקע תחת יד המוכר ואמר ברי לי שהייתי עייל ונפיק בדרך שנתבטל המקח מהני ליה תפיסתו״.

התמיהה בשתים, האחד שלשון הט״ז כממציא סברא זו דמכיון דרק משום אומדנא יתבטל המקח, כשיש ספק אינו מתבטל, ולא זכר שסברא זו ממש כתובה בהרא״ש בפרק תשיעי דבתרא (סי׳ כא) גבי אומדנא דשכיב מרע שנתן כל נכסיו, דאם יש ספק מפקינן ממונא, כיון דרק מכח אומדנא הוא[37].

והשנית, מכדי לא קיי״ל בהא כהרא״ש, דהא בשכיב מרע שהקדיש דהוי איבעיא דלא איפשטא אי חוזר כשעומד קיי״ל דחוזר (שו״ע הל׳ שכ״מ סי׳ רנ ס״ג), ולא צריך שיהא הנותן תפוס, ומ״ש הכא דהצריך בשו״ע שיהא המוכר תפוס, והלא מ״ש הט״ז דהכא כבר יש מכר גמור רק כו׳ זהו שייך נמי שם דיש הקדש גמור, רק שעל ידי אומדנא דלא שבק איניש נפשיה ערטילאי אמרינן דאם עמד נתבטל ההקדש למפרע[38].

37 עיי׳ נתיבות סי׳ קצ סק״ט שכתב על דברי הט״ז ״ומסתבר כדבריו, דהא הרשב״א כתב בתשובה סי׳ תתקעב דאם הקנין ברור אין מבטלין אותו מפני ספק תנאי״. ועיי׳ אמרי בינה דיינים סי׳ מא שמחלק, דהתם הוי תנאי לבטל המעשה, ובכה״ג לא אמרינן, אך בספק עייל ונפיק אזוזי הוי ספק לקיום הקנין. ובסברא זו אפשר ליישב את קושיית רבינו [למה לא הביא הט״ז מדברי הרא״ש], דס״ל דגם בשכיב מרע שהקדיש הוה כתנאי לבטל המקח, וכן כשנותן להדיוט בקנין, וכמו שנראה גם בדעת המחנה אפרים צדקה סי׳ ד (ועיי׳ זכרון שמואל עמ׳ רלד). ולכן לא הביא הט״ז מדברי הרא״ש, דמשם אין הוכחה לנידון דידן דגם בספק לקיום הקנין אמרינן כן, וחידש דגם כאן אומרים דאין לבטל מעשה קניין ברור משום ספק באומדנא.

ועיי׳ שו״ת מהרי״ט ח״ב חו״מ סי׳ כ שדייק מהרא״ש דפסק דשניהם יכולים לחזור בהם, והביא שכן הבין הטור בדברי הרא״ש ברמזיו, ומקשה על הרא״ש, דלשיטתו דספק אומדנא לא הוי כלל כאומדנא א״כ ה״ה כאן. ועיי׳ שו״ת באר יצחק שם מה שמתרץ לפי שיטתו בטעם דברי הרא״ש משום דהוה דברים שבלב. ועיי׳ עוד בכל זה בשו״ת רבינו חו״מ סי׳ יא, וראה הע׳ 3 שם.

38 עיי׳ שו״ת מהרי״ט שם שעמד בזה ותירץ וז״ל: ״ויש לתרץ דבריו ז״ל, דההיא דכתב כל נכסיו, כיון שיש ספק בעיקר המתנה אוקי ארעא אחזקתיה, אבל בההיא דפרק האומנים, שאני התם דמשעה

ומצד הדחק נ״ל לחלק כך, דבשכיב מרע, החיים והמוות שלו אינן ביד המקבל מתנה, אבל נתינת דמי המקח באותו יום או לזמן שהגביל, ביד הלוקח היה, ועל כן בשכיב מרע אם רק על דעת שימות הקדיש, הנה לצד דלא ימות היה מיד אין מקום להקדש לחול, ולא שייך לומר כבר יש הקדש גמור, משא״כ בעייל ונפיק, דאי נמי היתה מכירתו רק עד שיתן הלוקח הדמים לקניינו, מכל מקום בשעת המכירה היה ביד הלוקח לקיים התנאי ושייך לומר ביה כבר יש מכר גמור.

גרעין ב

[קו׳ דבעייל ונפיק אזוזי האומדנא היא לאחר המעשה]

ק״ל הא דפרק השוכר את האומנין (מס׳ ב״מ דף עז סע״ב), איך מכח אומדנא דלא מכר אלא משום דדחוק להמעות מדחזינן דעייל ונפיק אזוזי מבטלים המקח, והא כיון דמכר סתם ולא פירש הוה דברים שבלב. ואי דהוה גילוי מילתא דמוכח ע״י מה דעייל ונפיק, הא כל שהגילוי אינו כי אם אחר כך אינן דברים, כדאיתא בתוס׳ גיטין ריש פרק השולח גט [לב,א ד״ה מהו דתימא] (הבאנוהו [ענב ג]).

ואולי י״ל, למאי דמבואר בנימוקי יוסף שם [מח,א], דהא דבעייל ונפיק אזוזי חוזר הוא דוקא בהזכיר בשעת מכירה לשלם מיד או ליום ידוע, וא״כ י״ל כיון דפירש למתי יחוייב הלוקח ליתן לו דמי המקח, ודאי רק דוחק המעות לאותו זמן הניעתו למכור, (אך אי לא עייל ונפיק אח״כ, אגלאי דלרווחא בעלמא הגביל זמן לנתינת דמי המקח, ולא שהיה צריך להם הרבה). וא״כ ל״ק מה שהקשינו דהא הגילוי מילתא לאו בשעה דעייל ונפיק אזוזי איגלי לן, אלא דבשעה שמכר איתגלי לן כבר ממה שהגביל זמן לתשלומי דמי המקח, והעיולי ואפוקי אזוזי צריך רק שלא יגולה לן היפוך דהאי הגלוי לנו בשעת המכר טעותא הוא דלאו משום דוחק דמים הגביל זמן.

גרעין ג

[סתירה בדברי הרא״ש בדין ספק אומדנא]

בכתב כל נכסיו לאשתו או לאחד מבניו לא עשאן אלא אפוטרופוס (פרק יש נוחלין דף קלא ע״ב) מיבעי לן (שם קלב,א) בבריא היאך, וכתב הרא״ש סי׳ לב ולא אפשטא הלכך לא קנתה. וכן בכתב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא דאיבדה

שמכר נפקא ארעא מחזקת המוכר לגמרי, שאילו נתן לו הלוקח מעותיו לאלתר לא מצי מוכר מעכב, הילכך כי חזינן השתא דעייל ונפיק אזוזי דאיכא למיחש דמשום צורך זוזי הוא דזבין וכל שלא נתנם נתבטל המקח, היכא שאין דבר זה מתברר לא מבטלי המקח בכך דאין ספק מוציא מידי ודאי, דמשעת דזבנה קמה לה ברשותיה דלוקח ונפקא מרשותיה דמוכר ומספק אתה בא לבטלה אל תבטלנה מספק״. וסברא זו היא דלא כאמרי בינה המובא בהע׳ הקודמת שנקט דבעייל ונפיק אזוזי הוא ספק בקיום הקניין.

כתובה מיבעי נמי בגמרא [קלב,ב] איך הוא בבריא, וכתב נמי הרא״ש (שם סי׳ לד) ״תיקו ולא מפקינן מיתמי״ (וכ״כ בדין הראשון בשו״ע חו״מ סי׳ רמו סעי׳ ד, ובדין השני בשו״ע אה״ע סי׳ קו סעי׳ א, ושם כב״י דהרמב״ם בפירוש המשניות [פאה פ״ג מ״ח], ולגירסא אחת בהרי״ף כיון דהוא ספק לא איבדה כתובתה[39]).

ולא ידעתי מאי שנא הנהו, מספק איבעיא בשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו דסבירא ליה להרא״ש דאומדנא שיש בה ספק אינה כלום אף להחזיק, ועל כן אם השכיב מרע עמד אינו חוזר ומוציאין ממנו, והכא נמי דמכח אומדנא אתה מבטל המתנה ומאבד כתובתה, כל דיש ספק באומדנא אינה כלום ויוציא הוא מתנתו והיא כתובתה[40].

גרעין ד

[קו׳ על דברי רש״י בבכורות דהפודה את בנו בתוך ל המעות מתנה]

״איתמר הפודה את בנו תוך שלשים יום רב אמר בנו פדוי ושמואל אמר אין בנו פדוי. דכו״ע מעכשיו אין בנו פדוי״ (בכורות דף מט ע״א) ופרש״י ״דכו״ע אי אמר לו מעכשיו יהא בני פדוי לא פדוי הוא אלא מתנה בעלמא דהא בתוך שלשים לא שייך פדיה״.

וק״ל מה דסיים רש״י ״אלא מתנה בעלמא״ על מה דהחל לומר ״דכולי עלמא״, והא רב לשיטתיה בפ״ק דבב״מ (דף טו ע״ב) במקדש אחותו ובהכיר שאינו שלו ולקחה המעות פקדון לא מתנה, והכי קיי״ל להלכה כרב דפקדון הוה[41].

39 עיי׳ ב״י שמביא רק את דעת הרי״ף. והמ״מ פ״ו מזכיה מביא את דברי הרמב״ם. ועיי׳ שו״ת מהרי״ט ח״א סי׳ קיט.

40 עיי׳ שו״ת שם אריה קונטרס רוב וספק בממון סי׳ מג שמביא קושיא זו [בעניין כתב נכסיו לאשתו] בשם ספר חוסן ישועות, ותירץ ״דהתם כיון דלא כיוון רק לעשותה אפוטרופוס א״כ מעיקרא אין כאן קנין כלל והרי כאן ספק בגוף המתנה אם כוון כלל לשם מתנה, לכך המתנה בטלה אע״ג דהוי רק ספק אומדנא, ולא דמי כלל להא דשכיב מרע שהקדיש נכסיו דהתם הוי קנין ברור רק שיש ספק אם היתה כוונתו שיהיה יכול לחזור בו אם יעמוד לכך הוי כמו ספק בתנאי דהקנין קיים״. ומ״מ כתב דלטעם דספק אומדנא הוי דברים שבלב אכתי קשה. ועיי״ש באות מז שמקשה גם מהא דכתב קרקע כל שהוא ומתרץ דלעניין כתובה הקילו אף בספק אומדנא, דאף בשכ״מ האומדנא דמחלה לא ברירא והיא רק מספק עי״ש.

ונראה ליישב בעוד דרך את קושייתו מכתב לאשתו קרקע כל שהוא דאיבדה כתובתה, דהא הטעם שם משום דאומדנא דמחלה, וא״כ לדעת רבינו דהטעם בהא דלא אזלינן בתר ספק אומדנא הוא משום דהוה דברים שבלב, ולפי מה שהביא (באשכול ב) די״א דמחילה בלב הוי מחילה א״כ הוי ספק מחילה ואינה יכולה להוציא.

41 לענין הכיר בה שאינה שלו פסקו כרב ר׳ רמב״ם הל׳ גזילה ואבדה פ״ט ה״ז, אך לעניין מקדש אחותו פסק בזכיה ומתנה פ״ו ה״כ כשמואל דהמעות מתנה, ועיי׳ רא״ש פ״ק דב״מ סי׳ לט דיש לחלק בין אחותו לנוכראה, ועיי׳ גם לחם משנה ושער המלך הל׳ זכיה ומתנה שם. ועיי׳ ש״ך חו״מ סי׳ קמו ס״ק יז ונתיבות שם ס״ק כה.

ועיי׳ בגליון רבינו בכורות שם שמקשה קו׳ זו. ועיי׳ רי״ט אלגאזי פ״ח סי׳ עד (ס,ב) שדן בקושיא זו.

גרעין ה

[קו׳ בדברי תשו׳ הרא״ש דכל דיין מומחה רשאי לדון ע״פ אומדנא]

כמו שחכמי התלמוד בכמה מקומות פסקו דבריהם על פי אומדנא, כמו שכיב מרע שכתב כל נכסיו אם עמד חוזר, ושכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפוטרופוס, כך רשאי כל דיין מומחה לדון באומדנא דמוכח. תשובת הרא״ש (כלל קז סי׳ ו הביאו הב״י חו״מ סי׳ טו אות ג). ויש שם בתשובה עוד דברים בזה״ל: ״דכיון שנראה לדיין שאם היה זה משיב על שאלותיו היה הדבר מתברר ומחמת שלא יתברר הוא כובש דבריו כו׳ אומדנא דמוכח הוא ורשאי לדון באומדנא דמוכח כזו ואין זה נקרא דברים שבלב מאחר שהיא סברא מוכחת, ובעמוד ג שם כתב וכן חכמי התלמוד בכמה מקומות כו׳ כנ״ל.

ואיני מבין מאי שייטי דדברים שבלב הכא, זה שייך כשהדיין אומד כוונת האיש כהאי דשכיב מרע שנתן כל נכסיו דאומדין דעתו שנתן רק על מנת שימות מחליו, ושייך להקשות נהי דבמחשבתו היה תנאי זה, מכל מקום הא דברים שבלב אינן דברים וכמ״ש באשכול ב, אבל בנידון הרא״ש שהוא טוען טענה כגון פרעתי ואינו רוצה לברר היאך היה הפרעון, והדיין אומד שאילו היה מברר אופניו היה מהדין שאין זה נחשב פרעון, מה זה ענין לדברים שבלב. גם הראיה מחכמי תלמוד משכיב מרע שכתב כו׳ הוא ענין אחר, דשם אומדים כונת הנותן איך היתה וכאן אומדין שבמרמה כובש דבריו, ויותר היה לו להרא״ש להביא העובדא דשב מרגניתא בפרק הכותב (דף פה ריש ע״ב) דאנפיק רב אמי מיתמי באומדנא דר׳ מיאשא לא היה אמיד, דבזה אומד הדיין על המעשה איך נהייתה.

ועיי׳ אבני מילאים סי׳ כח ס״ק ס״ב על דברי המחבר במוכר איסורי הנאה ולא ידע הלוקח שהם איסורי הנאה, והביא דברי הרא״ש שכתב דאם ידע הרי המעות מתנה, והקשה הב״ש דהא קיי״ל דהמעות פקדון. וכתב הב״ש דלא נחית הרא״ש למחלוקת רב ושמואל, ואמת הוא שגם לרב המעות מתנה אלא שצריך להחזיר אחרים ולכן יכול לקדש בזה, ובדוחק קצת יש ליישב כן גם את דברי רש״י כיון דקאי גם אליבא דשמואל ולדידיה הוה מתנה לא נכנס רש״י לזה וכתב בסתמא כיון שאמת הוא גם לרב המעות מתנה אלא שצריך להחזיר אחרים.

עיקר אומן קונה בשבח כלי

שני אשכולות וענב אחד

אשכול א

[באומן ובעה"ב שנחלקו על הקציצה, אם נאמן האומן]

ההלכה פסוקה כראי מוצקה בהרמב"ם [הל' שכירות פי"א ה"ח] ובש"ע (חו"מ סי' פט סעי' ה'), באומן ובעה"ב שנחלקו בקציצה, והטלית עודנו ביד האומן, דהדין דהאומן נאמן, כדאיתא פרק כל הנשבעין (דף מ"ו ע"א), דמ"מ זהו אינו אלא אם הוא בענין שיכול לטעון לקוח, אבל אם אין להאומן מגו דלקוח, אין האומן נאמן, אלא הדין דהמוציא מחבירו עליו הראיה, והוא באמת כן בגמרא פרק חזקת הבתים (במסכת ב"ב דף מ"ה ע"ב) "מתיב רבא כו' אומן אומר שתיים קצצת כל זמן שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראי' כו', היכי דמי, אי דאיכא עדים לחזי עדים מאי קאמרי, אלא לאו דליכא עדים וקתני אומן מהימן מגו דאי בעי א"ל לקוחה היא בידי מהימן נמי אאגריה".

ומכל מקום כבוא עובדא זו לפני פה ק"ק פוזנא הייתי קוהה בזה טובא, די"ל דרבא דמפרש טעם הברייתא דהאומן נאמן דהוא משום מגו, לגרמיה עביד, דהוא אמר בפרק הגוזל עצים (מסכת בב"ק דף צ"ט ריש ע"ב) "דכ"ע אין אומן קונה בשבח כלי", ולשיטתיה אי אפשר לומר דתנא דברייתא סבירא ליה אומן קונה בשבח כלי, דהא ליכא שום תנא דסבירא ליה הכי, ומכיון דהטלית והשבח כולו דבעה"ב יכול בעה"ב ליטלו מהאומן בלא ראיה שקצץ רק דינר אחד, דהא אין בעה"ב מוציא כאן כלום מחבירו, דהא ידוע להב"ד בוודאי דכל הטלית שלו היא. והש"ע גם הוא לשיטתיה דפסק בחו"מ (בסי' ש"ו ס"ב) בהחלט דאין אומן קונה בשבח כלי. (אף דבאה"ע (סי' כ"ח סעי' ט"ו) במקדש בשכר מלאכה שיש לו עליה הביא י"א דמקודשת משום דאומן קונה בשבח כלי, נ"ל דהתם רק משום חומרא דאשת איש חשש למאן דסבירא ליה דאיכא תנא דאומן קונה בשבח כלי ושההלכה כמותו, וכרב אסי דס"ל כפרק הגוזל עצים (דף צ"ח ע"ב) דאומן קונה בשבח כלי, או כמו שכתב בסמ"ע (סי' ש"ו סק"ו) דמצא נוסחא אחרת בש"ע אה"ע, ועל כן פסק דבלא מגו אין האומן נאמן דהוא המוציא ועליו להביא ראיה.

אבל אנן לדידן, אחר שהעלה הש"ך בחו"מ (סי' ש"ו ס"ק ג) דהוי ספיקא דדינא, דאפשר הלכה כר"ת ורבים דעימיה דס"ל להלכה אומן קונה בשבח כלי, מסתברא דאם אומן קונה בשבח כלי, כמו דהאומן נקרא מוציא משום שהטלית בעצמותו היא של בעה"ב, הכי נמי הבעה"ב נקרא מוציא משום השבח שעל הטלית דהוי של האומן, על כן אף באין להאומן מגו דלקוח אין יכול בעה"ב להוציא ממנו הטלית בלא ראיה שקצץ לו רק אחד, דאיך יוציא השבח הקנוי להאומן בלא ראיה[1]. וממילא גם אנן דמספקא לן אי אומן קונה בשבח כלי, אין יכול בעה"ב להוציא, כיון דהאומן מחזיק בהטלית אומר לו הבא ראיה דאין לי קנין בהשבח וטול, וכיון דאי אפשר לך לברר כן אומר קים לי דהשבח קנוי לי ואי אתה יכול להוציא הטלית ממני בלא ראיה שלא קצצת לי כי אם אחד, משום החלק שיש לי בו שעליו אתה נקרא מוציא.

אלא שבגדון שבא לפני, כדי להניח דעתי הנחתי לשום מבקיאים כמה שוה הכלי עכשיו יותר ממה שהיה שוה קודם שעשה בו האומן מלאכתו אשר עשה, וכאשר נמצא שהיתרון בשויא כעת אינו יותר מדינר אחד שאומר בעה"ב, ואילו היה בעה"ב מביא ראיה שקצץ לו רק דינר, היה כופה את האומן שיחזיר לו הטלית עם השבח בעד הדינר שנותן לו, השתא נמי דמחולקים בהקציצה, הא מכל מקום גם לפי דברי האומן שקצץ לו שתיים, מכל מקום קנין בהטלית אי אפשר שיהיה לו על דינר השני, דהא כל השבח אינו אלא דינר, אלא דלדבריו חיוב דמים יש מ"מ על בעה"ב לתת לו עוד דינר, אף דלא נשבח הכלי כ"כ, מפני שפסק לו שני דינרין,

1 עיי' קצות החשן סי' שו ס"ק ד שכתב דגדר אומן קונה בשבח כלי אינו בגדר קנין ממש, אלא קצת קנין הוא והוה ליה כבעל חוב שקונה משכון, עיי"ש שמאריך בזה, ולפי"ז י"ל דלא שייך לדון כאן המוציא מחבירו עליו הראיה, דאינו מוחזק. ועיי' גידולי שמואל ב"ק צט שכתב מכאן ראיה לקצות. אמנם יש סוברים דגם במשכון, המלוה על המשכון הוא מוחזק במשכון, ונאמן ללא מגו, ועיי' קצות סי' עב ס"ק כג ובנתיבות סי' פט ס"ק י שמקשים דלפי דעות אלו גם למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי הול"ל שנאמן האומן ללא מיגו.

ועיי' שו"ת בית אפרים אה"ע סי' קיז שמשיג על הקצות ודעתו דאומן קונה בשבח כלי הוא קנין גמור. ועיין גם בשו"ת עין יצחק ח"א אה"ע סי' עו שכתב דגדר אומן קונה בשבח כלי הוא כקנין גמור, ואח"כ כשמחזיר לבעלים הרי הוא כמוכרו לו וכמו שכתב רש"י בקדושין מח,ב ד"ה והכא באומן, (ומה שכתב רש"י כמוכרו לו, ביאר בחזו"א ב"ק סי' כב ס"ק ח דאינה מכירה ממש כיון שאינו רשאי לעכב את החפץ שלו אחר שקיבל את שכרו). ועיי' דברי חיים קדושין סי' ט. ומוכיח העין יצחק כדבריו דזה קנין גמור, ממה שיש פוסקים ביו"ד סי' קכ סעי' י דהנותן לאומן עכו"ם לעשות כלי צריך טבילה, משום דאומן קונה בשבח כלי, ואם אין זה אלא משכון אמאי צריך טבילה. ועיי' שו"ת מהרש"ם ח"ד סי' קיח, ובחלקת יואב חו"מ סי' טז. ועיי' שימ"ק ב"ק צח,ב בשם ר' יהונתן דהא דאומן קונה בשבח כלי הוא משום דקניא בשינוי מעשה, ומשמע דזה קנין גמור.

וייתבן עוד להוכיח לענין זה מדברי המג"א סי' רכ"ג ס"ק ו דהנותן לאומן כסף לעשות כלי מברך שהחיינו בזמן שמקבל האומן את הכלי, משום שאז נתחדש לו קנין (ר' מחה"ש שם ובשו"ת משיב דבר ח"א סי' מז לשו"ע סי' כב מג"א ס"ק א שמתבאר כן בכוונת המג"א) ולכאורה משמע שיש לאומן קנין ממש. אך יש לדחות, דברכת שהחיינו מברכים על השמחה, וכיון שהיה לאומן קנין מסויים בכלי, ועתה הכל קנוי לבעה"ב יש לו שמחה.

ואהני דמים כיון דאין לו קנין נגדם בהכלי פשיטא דהוי האומן המוציא ועליו הראיה כשאין לו מגו[2].

ובהכי י"ל עוד, דא"צ למה שכתבנו דטעמיה דרבא דהוכיח מהאי דאומן דמהני מגו גם בראה הוא לשיטתיה דליכא תנא דס"ל אומן קונה בשבח כלי, (דזה באמת אינו מוכרח מדברי רבא, דמה שאמר דכ"ע אין אומן קונה בשבח כלי, י"ל דרצונו דאין הכרח דטעמיה דר"מ משום דס"ל אומן קונה בשבח כלי, אבל מ"מ אינו מחליט דא"א שיסבור איזה תנא כן, וא"כ אין הכרח מהכא דמועיל מגו, די"ל דלאו מטעם מגו מהימן האומן, אלא משום דבעה"ב נמי מקרי מוציא כיון דיש להאומן קנין בהשבח), אלא דהוכחתו משום דאי נמי מוקמית להברייתא כמ"ד אומן קונה בשבח כלי, מכל מקום הא פסק ותנא כל זמן שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה, ואטו לא משכחת ליה דאין השבח שוה יותר מדינר אחד, ואז מ"מ אין להאומן קנין כיון דהשבח דינר שיש בהכלי משלם לו בעה"ב, ויותר שבח אין דליקניה ליה האומן, ואמאי צריך בעה"ב להביא ראיה, אלא על כרחך דמשום מגו דלקוח נאמן האומן.

אלא שמדברי רמב"ן יש לי להוכיח דלא סבירא ליה הכי, דהנה על התמיהה שעל הרי"ף שכתב דבתובע על המשכון היכי דנאמן משום מגו דיש לו צריך לישבע שבועת המשנה כיון דאינו תובע בגוף החפץ, וקשה מהאי דאומן דכל זמן שהטלית בידו, גם לישבע אינו צריך (מדקתני נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל), וכתב עליו הר"ן פרק כל הנשבעין [כז,א] בשם הרמב"ן ז"ל למ"ד אומן קונה בשבח כלי ודאי לא קשה, דלדידיה הרי תובע בגוף החפץ. והשתא אם איתא לדברינו דרבא דסבירא ליה דטעם נאמנות האומן הוא רק משום מגו הוא מפני דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי, א"כ אם הרי"ף יהא מתרגם ברייתא זו משום דס"ל להאי תנא אומן קונה בשבח כלי, ודלא כדרבא, יקשה א"כ מאי צורך כלל להמגו, ואת"ל דאה"נ, דגם בזה נוטה הרי"ף מדברי רבא, אלא מפרש דנאמן האומן גם בלית ליה מגו, א"כ ממילא אין נידון הברייתא מענינו של הרי"ף כלל, דהוא ז"ל אמר לדיניה היכי דנאמן רק ע"י מגו, (בכה"ג דטענתו על ממון והמגו על החפץ, לא אלימא המגו לחוד עד שיצורף גם שבועה), אבל הכא דנאמן מעצמותו בלא מגו מאי שייטיה דשבועת המשנה הכא, וא"כ לא היה ליה לרמב"ן לסייע דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי לא קשיא משום דהכא טוען בגוף החפץ, ורצונו דהא בטוען בגוף החפץ בזה גם הרי"ף מודה דסגיא המגו לחוד וא"צ לישבע, אלא כך היל"ל דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי ל"ק, דהא באומן נאמנותיה לאו מטעם מגו הוא. אלא על כרחך סבירא ליה להרמב"ן, דגם אי אומן קונה בשבח כלי לא מיקרי בעה"ב כלל מוציא גם על השבח הקנוי להאומן, ואיני יודע טעם הדבר.

ופשיטא מילתא, דגם במה שאמרנו דאפילו אי אומן קונה בשבח כלי משכחת לה דצריך לבא מטעם מגו, אינו עולה ארוכה להשוות דעת רמב"ן הגדולה לדעתינו הקלה,

2 דעת רבינו דהא דאומן קונה בשבח כלי זה רק לענין השבח, ועיי' קצות החשן סי' שו ס"ק ד שמביא מתשובת מהר"ש הלוי חו"מ סי' ד דאומן קונה לא רק את השבח כי אם את גוף הכלי. ועיי' קצות שמשיג עליו. ובבית אפרים הנ"ל מאריך בזה. ועיי' חזו"א ב"ק סי' כב ס"ק ח.

דהא מה דאשכחנא אופן זה, היינו דיש אופן דלא שייך ביה לומר אומן קונה בשבח כלי, וא"כ ממה נפשך, אי בא הרמב"ן ליישב הקושיא שעל הרי"ף מגוונא דנאמנותו דהאומן צריך למגו, וכגון דהשבח שוה רק אחד, יהיה תירוצו דאומן קונה בשבח כלי ללא יועיל, דהא לגבי דינר השני לא שייך כלל לאומן קונה בשבח כלי, ואי בא ליישב הקושיא על אינך גווני דהשבח שוה שתיים, תירוצו דרמב"ן ללא צורך, דהא בהני גווני אין נאמנותו מטעם מגו עד דיקשה שיהא צריך שבועה.

אשכול ב

[במה פקע קנין האומן בשבח הכלי]

לשיטת ר"ת באשר"י פ"ב דקדושין (דמ"ח ע"ב [סי' יא]) ורבים מרבוותא דעמיה דהלכה כרב אסי פרק הגוזל עצים (ב"ק דף צ"ח ע"ב) דאומן קונה בשבח כלי, ולפי שהעלה הש"ך בחו"מ (בסי' ש"ו ס"ב) בהחלט דאין אומן קונה בשבח כלי. אף דבאה"ע (סי' כ"ח סעי' הכלי שמעכשיו יפקע קנייתו, כי יש בזה אופנים שונים לכאורה.

האחד בהחזיר האומן הכלי לבעה"ב וגם הבעה"ב שילם לו שכרו. **והשני** בהחזיר האומן הכלי והבעה"ב עדיין לא שילם השכר. **והשלישי** בשילם בעה"ב השכר והאומן עדיין לא החזיר הכלי. **והרביעי** את"ל בשילם שכרו ועדיין לא החזיר הכלי פקע קניית האומן, לא החזיר הכלי ומחל לבעה"ב על שכירותו מאי.

והנה אופן הראשון א"צ לפנים דבזה נפקע קנינו דהאומן, דאלא במה יופקע קנינו, אך באשר לאופן השני והשלישי יש לעיין ברש"י פ"ב דקדושין שם [ד"ה והכא באומן] דכתב בזה"ל "ר"מ סבר אומן קונה בשבח כלי כו' דכל מה שמשביח אינו מלוה על הבעלים, אלא בכלי הוא זוכה, וכשמחזירו לו בשכר הקצוב, ההיא שעתא הרי הוא כמוכרו לו". דאם נפרש כוונתו ז"ל באמרו "בשכר הקצוב" דרצונו בנתינת השכר, ומה דאשה מתקדשת כשמחזיר לה האומן את הכלי, יהי' צ"ל משום דהא נמי הקידושין שמתקדשת לו היינו נתינת השכר, לפירוש זה יהא תרווייהו נשמע מיניה, היינו דבהחזרת הכלי לחוד וכן בנתינת השכר לחוד לא נפקע עדיין קנין האומן.

אלא דאא"ל לפרש הכי, דבשלמא מה דשילום השכר לחודיה לא מהני, יש טעם לדבר, דכיון דמעות אינן קונות במטלטלים, לא קנה בעה"ב שבח הכלי בהמעות שנותן להאומן, דאף דלכאורה במוכר חצי חפץ שלו לחבירו ראוי שיהיו מעות קונות, דהא לא שייך החשש דיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה, דע"כ יהיה מוצל מאש על ידי שיחוש המוכר על חצי שיש לו באותו חפץ, ויש לדמותו להיתה עליה של המוכר שכורה ביד לוקח, דכיון שיצטרך המוכר לטרוח ולהציל ביתו קונה לוקח המטלטלים שמונחים בעליה במעות[3]. מכל מקום הכא לא שייך למימר הכי, דהא כשהאומן מוכר השבח לא נשאר לו עוד בזה הכלי כלום. [גם באמת נ"ל דמוכרח דגם במוכר חצי ושייר

3 עיי' חו"מ סי' קצח סעי' ה.

לעצמו חצי ג״כ אין מעות קונות, דא״ת דבכה״ג מעות קונות, א״כ בנותן דינר לטבח על בשר מדינא מעות קונות לו, וגם בכל ימות השנה. ולמה אינו קונה כי אם בארבעה פרקים ומטעם תקנה שהתקינו להעמיד על דין תורה (פרק אותו ואת בנו במסכת חולין דפ״ג ע״א) וכתבנו טעמא בעיקר משיכה[4]] אבל לשלא יועיל חזרת כלי לחוד ליכא טעם, דמאי שנא מכל מוכר חפץ דמשיכה קונה ודמי המכר חוב עליו, הכי נמי יקנה השבח במשיכה, ויהיו דמיו חוב עליו, דמה לי קונה כל החפץ או מקצתו, דעד כאן לא מצינו סברא דלא יועיל משיכת החפץ לקנותו למשכון, אלא משום דלא בא לקנות בגוף החפץ, לא בכנדון זה, דקניית השבח הוא קניה בגוף החפץ.

וכן נראה מהרמב״ם הל׳ שותפין (ריש פרק רביעי) לעניין עשיית שותפות בחפצים שיש לכל אחד, כתב ״כללו של דבר בכל הדרכים שקונה לוקח, באותן הדרכים עצמן קונין השותפים זה מזה״. (ובסמ״ע (סי׳ קע״ו [ס״ק ב]) ביאר דכל הדרכים ר״ל הגבהה משיכה כו׳). הרי לך דראובן קונה חצי החפץ של שמעון במשיכה, וכן קונה שמעון חצי חפץ של ראובן במשיכה, ונראה דכש״כ בשני שותפים בחפץ ואחד מהן בא להקנות חלקו לשותפו דכבר יש לשותפו קנין באותו חפץ דקונה החלק שאין לו במשיכה. ונידון דידן להאי דמי, דעכשיו האומן ובעה״ב שותפין בהחפץ, כשמחזיר האומן החפץ קונה בעה״ב חלק האומן שבו במשיכה.

ותו, דהא דאמרינא לעיל דבקדושין מה שמתקדשת לו הוא שילום השכר אינו נכון, דהא קבלת כסף הקדושין צריך שיקדים לקידושיה, לא הקידושין להכסף, ועל כן אם תאמר דבחזרת הכלי לחוד לא קנתה השבח, א״כ עד שתהיה מקודשת דלא קיבל שכרו לא קיבלה עדיין ממנו כלום, ובמאי מתקדשת. למה הדבר דומה, לאומר התקדשי לי ואתן לך דינר דהדין דאינה מקודשת. והרי אילו היינו אמרינן דמקודשת וודאי היה חייב ליתן לה הדינר, ככל קונה דבר דחייב ליתן מה שקצב בדמיו, והמחייב עצמו מנה לאשה באופן דמועיל החיוב ומקדשה בהאי חיוב מנה מקודשת, ולמה בהתקדשי ואתן לך דינר אינה מקודשת, אלא דהיינו טעמא, דבמחייב עצמו בשטר מנה הגיע לידה החיוב קודם הקידושין, משא״כ בהתקדשי ואתן דהחיוב אינו אלא אחר שתתקדש ועדיין לא קיבלה מה שתתקדש על ידו, ע״כ אין כאן לא קידושין ולא חיוב, וא״כ לכשת״ל דהקידושין גומרין קנין השבח לה דבחזרת הכלי לחוד עדן לא קנאתו לא יהיו כאן לא קידושין ולא שילום שכר.

וע״כ מ״ש רש״י ״בשכר הקצוב״ כוונתו רק שאם עדיין לא הוקצב ביניהם כמה יהא שכרו לא קנה בעה״ב השבח, והטעם נ״ל דדינו כמו במשך חפץ בלא פסיקת דמים ואינו דבר שדמיו קצובים דלא קנה (ש״ע חו״מ סי׳ ר סעי׳ ז), אבל לא שלא קנה השבח עד שישלם לו.

ובהכי יתיישב אשר לכאורה יש לעיין בזה בש״ע אה״ע (סי׳ כ״ח סעי׳ ט״ו) אמר לה התקדשי לי בשכר מלאכה זו כו׳ אינה מקודשת וי״א שהיא מקודשת אם הוא

4 עיי׳ מה שהאריך רבינו בענין זה בחלק חו״מ סי׳ י. וראה הערה שם.

קבלן על המלאכה דאומן קונה בשבח כלי. וכתב עלי׳ בהגהש״ע ״ואם הכלי עדיין אצלו וקדשה בשכרו לכ״ע מקודשת דהו״ל כמלוה שיש עלי׳ משכון״ וא״כ הני ב׳ דעות שבמחבר דפליגי אי מקודשת מטעם אומן קונה בשבח כלי אי לא, מיירי באין הכלי עדיין אצלו כי אם החזירו לה כבר ואח״כ בא ומקדש בשכרו, וכן פירש בחמ״ח שם [ס״ק כז]. וקשה א״כ גם אי קיי״ל אומן קונה בשבח כלי, הכא דהחזירו לה דנפקע קניתו בשבח הכלי, והיא קנתה אותו השבח, א״כ אח״כ כשמקדשה שוב אינו נותן לה כי אם השכר שיש לו בידה והוי שוב מקדש במלוה, ונדון מכאן היפוך דברינו לומר דבחזרה לחודה לא נפקע קנין האומן.

ולדרכינו ה״ז נכון, דהפלוגתא שכתב המחבר מיירי בהחזירו האומן ועדיין לא קצבו השכר, דבכה״ג עדיין השבח קנוי לאומן, מיהו מלוה על משכון אינו עוד, דהרי החזירו ואינו תופסו למשכון עוד וע״כ למאן דס״ל אין אומן קונה בשבח כלי ס״ל דאינה מקודשת.

ועדיין יש לעיין, דהא טעמא דבאין דמיו קצובין לא קונה במשיכה משום דלא סמכא דעתיה דפן לא ישוו עצמן בדמי המקח, ובהסכימו כדשיימי אינשי אינה קונה במשיכה. והנה באומן אם לא יבואו לעמק השוה בדמי שכירות נראה דבעה״ב צריך לשלם כדשיימי הב״ד, דודאי אי״ל להאומן עקור וקח שבחך מן הכלי [ועשה מן השידה והתיבה עצים כמו שהיו וזיל], דכיון דהאומן עשאו על פיו של בעה״ב אינו יכול לומר לו הכי, דהא אפילו עשה אומן מעצים דידיה עפ״י אחר אין האחר יכול לומר שלא לקחתו כדאיתא בש״ע חו״מ (סי׳ של״ג סעי׳ ח׳) דבאמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך ועשאו האומן חייב לקחתו ממנו, וא״כ תיקשי דבהחזיר גם בלא קצבו השכר יהיה בעה״ב קונה השבח.

אלא די״ל דנהי דבעה״ב אינו יכול לומר טול שבחך ולך, מכל מקום האומן רשאי ליטול שבחו מהכלי, אם לא ירצה לקבל עליו לוקח כפי שומא, וע״כ שוב שייך לא סמכא דעתיה, ולא קונה במשיכה.

ואשר לאופן השלישי, הנה מדברי רש״י אין הכרע די״ל דה״ה דגם שילום השכר לחודיה מהני, ומה דנקט רש״י ״וכשמחזירו לו״, משום דצריך לענינו דהסוגיא, דטעמא דמ״ד דמקודשת באומן המקדש בשבח הכלי משום דהוי כמוכר לה השבח בשעה שמחזיר לה הכלי. אלא דמ״מ מסברא שכתבנו ייראה דעדיין לא קנה בעה״ב את השבח, כיון דמעות אינן קונות במטלטלין.

אך לכאורה סתירה לזה מדברי השלטי גיבורים בפרק הגוזל, [לה,א בדפי הרי״ף] מובא גם בש״ך חו״מ (סי׳ ש״ו סוף סק״ג), דכתב מה דס״ל לרב אסי דלקח עצים ועשאן כלי שידה תיבה וקלקל, דאין האומן משלם כי אם דמי עצים משום דאומן קונה בשבח כלי, מ״מ אם קיבל דמי השכירות מודה דחייב לשלם דמי שידה תיבה. אמנם צריך להבין באמת במה קני ליה׳ בעה״ב, אחר דמעות אינן קונות.

ונ״ל, דהתוס׳ פרק המפקיד [מג,א ד״ה מאי איריא] כשהקשו ״מה הועילו במה דתיקנו דאין מעות קונות שלא יאמר נשרפו חיטיך בעליה, השתא דלא קנו יאמר נשרפו

מעותיך בעליה", לא הקשו כן עד שהקדימו להוכיח דהמוכר אסור לו להשתמש במעות שקיבל. וכתבו "ולא הוה המוכר על אותם מעות כי אם שומר חינם לכ"ע, וא"כ לר' יוחנן מה הועילו במה שתקנו כו'" כנ"ל. וכן בתירוצם כתבו "וי"ל דאע"ג דלא הוי על המעות כי אם שומר חנם לא מצי א"ל נשרפו מעותיך בעליה, דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע". מבואר דאילו היה המוכר שומר שכר על המעות, לא היה קשה להם כלל מה הועילו כו' דהשתא יאמר נשרפו מעותיך כו'. ונראה דטעמם, דהא וודאי משום דליקה שאי אפשר להמוכר להציל לא תיקנו, דהא אם יאמר נשרפו חיטיך, כדין יאמר, דמה היה לו לעשות, ומה שתיקנו הוא משום דליקה שאפשר לו להציל. וכן הוא בגמ' בטעם התקנה (בפרק הזהב דמ"ז ע"ב) "אי מוקמת להו ברשותיה כו' טרח ומציל, ואי לא כו'". והנה כל אונס שיש ביד השומר להציל ממנו יש לו דין גנבה ואבדה כדאיתא ברועה שיכול לקדם ברועים ובמקלות, ומשום הכי אילו היה להמוכר דין שומר שכר על המעות לא הי' קושיא כלל שיאמר המוכר השתא נשרפו מעותיך, דממה נפשך, אם היה אפשר לו להציל, גם בנשרפו המעות חייב עליהם משום שומר שכר, ואי לא היה אפשר להציל, יאמר ויאמר נשרפו, דהא כדין אומר, דמה היה לו לעשות.

ולפי זה ניחא דבשבח הכלי שהאומן מוכרו שפיר מעות קונות, דמה תחוש שתפול דליקה ולא יהא האומן טרח ומציל ויאמר נשרף הכלי בעליה, זה אינו, דהא מ"מ יהא האומן חייב, דהא באפשר להציל הוי כגנבה ואבדה דשומר שכר חייב, והרי קיי"ל כל האומנים שומרי שכר הן, ובאי אפשר להציל, כדין יאמר נשרף כליך בעליה[5].

ואשר לאופן הרביעי, מסברא היה נ"ל, דמחילת השכר לחוד לא מהני להפקיע קנינו דהאומן בשבח הכלי, דאף להסוברי' (בהגהש"ע חו"מ סי' רמ"א סעי' ב') דבמשכון מועיל מחילת החוב אפי' לא החזיר לו עדיין המשכון, היינו התם דאין להמלוה אלא קנין שעבוד משא"כ הכא דגוף השבח קנוי להאומן.

ולפי זה החלוקות שכתב בחמ"ח (שם בסי' כ"ח סעי' ט"ו) דבלא החזיר האומן הכלי כלל וקידשה בהשכר תלוי בפלוגתא במחל מלוה ולא החזיר המשכון אי מקודשת, ובעדיין הכלי ביד אומן ומחזירו כשמקדשה לכ"ע מקודשת, ובהחזיר הכלי כבר וקדשה אח"כ תלוי אי הלכה דאומן קונה או אינו קונה בשבח כלי, לדברינו לא היה כוונתו דבחלוקה הראשונה תלוי רק בפלוגתא דמחילת מלוה, דהא גם בפלוגתא דאומן קונה בשבח כלי מתלי תלוי, דהרי למאן דס"ל דהל' אומן קונה בשבח כלי, גם אי ס"ל דמועיל מחילה בלא החזיר המשכון, מ"מ מחילת השכר ביש שבח בכלי לא מהני, אלא כוונתו כך, דתחילה כתב לדעת ראשון שבמחבר דאין אומן קונה בשבח כלי וכתב שני חלוקות, וכתב שוב שהפלוגתא בין שתי הדיעות, די"א דמקודשת משום דס"ל אומן קונה בשבח כלי לא מיירי אלא בחלוקה השלישית, דאילו בחלוקה שניה ליכא

5 עיי' מחנה אפרים הלכות מכירה סימן ו שכתב כן דהיכא דנתן לו שכרו קונה "ובכה"ג ליכא למימר דאין מעות קונות דלא שייך הכא הטעם דשמא יאמר לו נשרפו חטיך דכיון דהוי שומר שכר תו לא מצי לומר הכי וכן מצאתי בשה"ג". וכ"כ גם הנתיבות סי' שו ס"ק ד.

נ״מ מהאי פלוגתא, דהא גם לדעה ראשונה מקודשת, ולחלוקה ראשונה דיש נ״מ, מ״מ הנ״מ להיפוך ממ״ש בש״ע, דהא הנ״מ הוא כך, אם נניח דהוי מחילה אפילו בלא החזיר אז למאן דס״ל אין אומן קונה בשבח כלי מקודשת ולמ״ד אומן קונה בשבח כלי אינה מקודשת[6], ובדין שבש״ע איתא להיפך, דהאי דס״ל דמקודשת הוא משום דס״ל אומן קונה בשבח כלי, וע״כ לא מתוקמי הפלוגתא שבש״ע כי אם בחלוקה השלישית.

אחר זמן ראיתי בספר קצות החשן סי׳ שו [ס״ק ד] בזה דברים מתנגדים לדברינו יעו״ש[7].

ענב א

[הכותב גט על קלף של אחר אם אומרים בזה אומן קונה בשבח כלי]

בפרק שני דגיטין (דף כ סע״ב) ״בעי רמי בר חמא היו מוחזקין בטבלא שהיא שלה וגט כתוב עליה והרי היא יוצאה מתחת ידו מהו, מי אמרינן אקנויי אקניתא ליה, או דילמא אשה לא ידעה לאקנויי״. וכתבו בתוד״ה אשה ״אשה לא ידעה לאקנויי פי׳ בדבר שהוא מחזיר לה ולא גמרה ומיקניא ליה אלא בתורת שאלה שאילתו לו, אע״ג דאמרינן לעיל דדמי כתיבת סופר אקנו ליה רבנן מדידה מ״מ טבלא דידה לא מקנו ליה, וא״ת וכי לא ידע מתני׳ דפשיט מינה (רב אשי) בסמוך דאשה כותבת את גיטה,

6 עיי׳ תוס׳ בב״ק צט,א ד״ה אלא במאי מקדשה שכתבו ״אור״י דסברא הוא שאין מקודשת במה שמוחל לה שכרו אפילו לא יהא אומן קונה בשבח כלי, אלא מלוה יש לו עליה והוא מוחל לה אין מקודשת שאין דעתה להתקדש עד שיבאו השיראים והנזמים לידה״. ופירש המהרש״א וז״ל ״אבל אי הוה קונה בשבח כלי ולא הוה ליה מלוה גביה גרע טפי כיון דלא באו לידה הנזמים ולא הוה מקודשת״. משמע לכאורה כדברי רבינו.

7 שמבאר לפי שיטתו דהא דאומן קונה בשבח כלי אינו קנין ממש, כי אם כמשכון, וכמו לענין משכון, אם הלוה משלם פקע קנינו של המלוה במשכון, הכי נמי לענין שבח הכלי אין לו קנין בו אלא עד שישלם לו, אך כשמשלם פקע קנינו. ועיי׳ שו״ת עין יצחק ח״א אה״ע סי׳ עו אות יב שמפרש דהא דאומן קונה בשבח כלי, הוא לפי דאמדינן דעת הבעלים דהקנה להאומן כדי דיהיה בטוח בשכרו ולא יתחייב לילך לב״ד שיגבו לו בעד שכירותו, וכן כדי שלא יצטרך לשלם אם הזיקו, וע״כ בקדם ופרע שכרו אינו זוכה בשבח, לפי דעיקר הקנאת השבח אליו זהו כדי שיהיה בטוח במעות ולא יצטרך לגבית ושומת ב״ד, וזה לא שייך רק בלא פרע שכרו, אבל בקדם ופרע שכרו אז אין הבעלים מקנים לו השבח, כיון דעיקר הקנאת השבח הוא כדי שיהא בטוח במעותיו, ועל כן בקדם ופרע לו שכרו אז לא הקנה לו מעולם השבח כלל. ועיי״ש שמוכיח כפירוש זה ולא כפירוש הנתיבות שהוא מצד קנין מעות, דלשון השלטי גיבורים ״דאילו קיבל דמי שכירותו ליכא למ״ד שלא יתחייב להחזיר״. ואי נימא שהוא מצד קנין מעות, לא שייך לומר ״ליכא למ״ד״, דהא איכא ר״ל דלשיטתו אין מעות קונות. ומתבאר שיש ג׳ אופנים לבאר הא דבשילם לו שכרו השבח לבעל הבית: א דעת הקצות דכל קנינו כמשכון וכיון שפרע לו נפקע קנינו. ב המחנה אפרים, הנתיבות, ורבינו מטעם קנין מעות דכאן לא שייך הגזירה דנשרפו חטיך בעליה. ג העין יצחק כל הקנין מחמת אומדנא, ובפרע לו שאין אומדנא ממילא שייך השבח לבעלים.

וי״ל דמצי לדחויי דכותבת על קלף דבעל אלא שנותנת שכר הכתיבה, ורב אשי דפשיט מינה משמע לי׳ דאיירי בקלף שלה״.

והנה עדיין אינו מחוור היטב כי לא נדע למה רב אשי משמע ליה הכי, ואי משום דבאמת דחוק לפרש שמשום שהיא נותנת שכר הכתיבה מכנה התנא הכתיבה לה ותני האשה כותבת את גיטה, א״כ שוב מאי טעמא דרמי בר חמא דלא משמע ליה הכי, וגם בלעדי זה הלא דחוק הרבה לפרש כותבת כו׳ דר״ל נותנת שכר הכתיבה.

ולולי דבריהם היה נ״ל דודאי תרווייהו מפרשי ״כותבת״ כמשמעו שהיא כותבת בידיה, ותרווייהו ס״ל דאפשר לפרש בכותבת על קלף דבעל, דהא אין זכר ולא רמז במתני׳ דמיירי אף על קלף דידה, אלא דרב אשי ס״ל דמ״מ איכא למיפשט האיבעיא. והוא בהקדם דברישא דהאי מתני׳ דהאשה כותבת כו׳ (דכ״ב ע״ב) תני ״הכל כשרים לכתוב את הגט אפי׳ חרש שוטה וקטן״. ומקשינן בגמר׳ ״והא לאו בני דיעה נינהו״, ומשני רב הונא ״בשגדול עומד על גביו״. ופי׳ בתוס׳ שם [ד״ה והא] דס״ד דהמקשן ודר״ה דאפי׳ לר״מ דוכתב לה קאי אחתימת עדים, מ״מ מדרבנן בעי גם הכתיבה לשמה. ורב נחמן בסמוך דמוקי להא דקתני כתבו נכרי פסול כר׳ אליעזר דאמר עידי מסירה כרתי, א״כ מתני׳ כפשטיה, דגם באין עומד על גביו וגם בנכרי כשר, דאתיא כר״מ, ולדידיה לא בעי כלל כתיבה לשמה.

ובהקדם עוד, אשר טעם פלוגתת דר״מ ורבנן במקדש בשכר פעולה עשיית שירים ונזמים שעשה בשבילה, דר״מ ס״ל דמקודשת ורבנן ס״ל אינה מקודשת, לחד לישנא בפרק האיש מקדש (במסכת קידושין מ״ח סע״ב), הוא דר״מ ס״ל אומן קונה בשבח כלי (ופירש״י [ד״ה והכא באומן קונה] בכלי הוא זוכה וכשמחזירו לו בשכר הקצוב האי שעתא הרי הוא כמוכרו לו), ורבנן ס״ל אין אומן קונה בשבח כלי והוי מקדש במלוה, ואיכא עוד לשונות שם דכ״ע ס״ל אין אומן קונה בשבח כלי.

והנה הקלף עד שלא כתבה האשה עליו הגט לא היה ראוי לגרש בו ועל ידי פעולת הכתיבה דידה עשאתו ראוי לגרש בו והרי שבוחי אשבחה ולמ״ד אומן קונה בשבח כלי יש לה קנין בהאי גיטה[8].

ומעתה י״ל, דרב אשי ס״ל כהאי לישנא בקדושין דטעמא דר״מ משום דס״ל אומן קונה בשבח כלי, ומכיון דמתני׳ דהאשה כותבת כו׳ ע״כ אתיא כר״מ כדמוכח מרישא דמתני׳ וכאמור, א״כ גם בכותבת על קלף דהבעל יש לה קנין בהגט[7], ומה שיש לה בו ע״כ צריך שתקנהו לבעל, דהא כוליה גיטא צריך להיות מדידיה, וכשמגרשה בגט זה חוזר שוב לידה מה שהקנתה לו, ונפשט היטב בעי׳ דרמב״ח דגם מה דחוזר ליד האשה ידעה לאקנויי, אבל רמב״ח י״ל ס״ל כאידך לישני בקידושין דכ״ע ס״ל אין אומן קונה בשבח כלי, ועל כן אף דמתני׳ זו דהאשה כותבת ר״מ היא, מ״מ לא קנתה האשה כלל בהאי גיטה, [ואפילו דמים אינו חייב לה הבעל, דהא האשה נותנת שכר הסופר כדאיתא פרק גט פשוט (במסכת ב״ב דף קס״ח סע״א), ואף דאיתא

8 ראה להלן הע׳ 11 בשם האחרונים בכמה דרכים דלא שייך הכא אומן קונה בשבח כלי.

במסכת גיטין שם דף כ ע״א, דלקיים ונתן מדידיה, הוצרכו רבנן לאקנויי ליה האי זוזא מדידה, והוה כמאן דיהיב ליה איהו דהפקר ב״ד הפקר, וכמ״ש רש״י [ד״ה אקנויי], מ״מ כש״כ דהב״ד יכולים לאקנויי ליה האי זוזא שחייב לה בעד שכרה שיהא מחול לו מטעם הפקר ב״ד, (אבל לרב אשי דקנתה בגוף הקלף מפני דאומן קונה בשבח כלי, לא שייך אקני רבנן, דהא טבלא וה״ה קלף וכל מידי חוץ מדמים לא אקני ליה רבנן כנ״ל בשם התוס׳). ואם גם לחשך אדם לומר דכשתקנו דהאשה תתן שכר הסופר תקנו מיד דהאי זוזא דאשה יהבית לסופר יהי׳ קנויי׳ להבעל, אבל כשהיא כותבת, וחוב היא שיש לה על בעלה אין החוב המגיע לה בכלל לשון התקנה, מ״מ ל״ק דהכא כשמחזרת לו הקלף עם מה שכתבה עליו הרי היא מוחלת לו דמי שכר כתיבתה, והדמים אלו שמגיע לה ממנו שפיר יודעת להקנות ולמחול דע״כ לא איבעי׳ לי׳ לרמב״ח אלא בדבר שחוזר אליה כנ״ל והרי הדמים אלו אינם חוזרים לה.

ודרך פלפול קצת י״ל עפ״י דרך זה עוד אופן אחר, והוא דבפרק הגוזל עצים (ב״ק דף צ״ט ע״א) בהאי דנותן צמר לצבע והקדיחו יורה דאינו משלם אלא דמי צמר לחוד ולא דמי שבחו, רצה שמואל לפרש בהקדיח בשעת נפילה אבל בהקדיח לאחר נפילה דאיכא שבחא משלם גם השבח. [ואמרינן בגמ׳ לימא שמואל לית ליה דרב אסי, ומשני דשמואל] כרב אסי דאומן קונה בשבח כלי, אלא דמיירי בצמר וסממנים דבעה״ב וצבע אך אגר ידיה הוא דשקיל, ולא שייך ביה אומן קונה בשבח כלי, (אבל ודאי אומן שהסממנים שלו קונה בשבח כלי ואינו משלם אלא דמי צמרו. רש״י) ומסתברא דמה דבכה״ג (בסממנים דבעה״ב) לא שייך אומן קונה בשבח כלי נמשך על פי סברא שבש״ס לקמן (דף קא ע״א) דאין שבח סממנים ע״ג הצמר, והיינו דאין ממש מן הצבע על הצמר כי אם חזותא הוא דאיכא וחזותא לאו מילתא היא.

וע״כ איתא להרא״ש בתשובה (כלל י״ב סי׳ ו׳) בעובדא שנשאל באחד שנתן טבלא לאומן לצייר אותה בסממנים, והאומן הצבע אחר שציירה אסרה בהנאה. והשיב הרא״ש דאין יכול הצבע לאוסרה אפילו למ״ד אומן קונה בשבח כלי מפני דצבע אין בו ממש, ומהאי סוגיא דאין שבח סממנים על גבי הצמר למד כן, ומובא בש״ך יו״ד (סי׳ רכ״א ס״ק מ״ח) בקיצור. ונלענ״ד, דעל כרחיה העובדא שבהרא״ש היה דבעל הטבלא נתן גם את הסממנים[9], דאל״כ הא מבואר (ריש דף צ״ט) דבסממנים של הצבע קונה בשבח כלי, אבל אילו הי׳ אמרינן דיש ממש מסממנים על הצמר גם בסממנים

9 עיי׳ שו״ת נוב״י מהדו״ק או״ח סי׳ א שכתב כן דהרא״ש איירי בנתן הבעה״ב את הטבלא והסממנים משלו והאומן רק צייר, ועיי׳ גליון רבנו לשו״ע יו״ד (סי׳ רכא ש״ך ס״ק מח) שמציינו. אמנם הדברים קשים קצת, דא״כ מה הוצרך הרא״ש להביא מהגמ׳ בדף קא דאין שבח סממנים על גבי הצמר, והרי היה יכול לומר בפשיטות דלא שייך כאן אומן קונה בשבח כלי כיון שהסממנים היו של בעל הבית ומבואר בגמ׳ דף צט דבכי האי גוונא לא אמרינן אומן קונה בשבח כלי. גם הנתיבות כתב בפשיטות דודאי הרא״ש קאי בסממנים דאומן, דאי בסממנים דבעל הבית הרי לא שייך לומר אומן קונה בשבח כלי. ועיי״ש מה שמבאר בדעת הרא״ש. ועיי׳ קצות סי׳ שו ס״ק ב שמביא שכבר התקשה בדברי הרא״ש בתשובת מוהר״ש הלוי חח״מ ס׳ ד. ועיי״ש בקצות שמבאר דכל מה שכתב הרא״ש הוא לענין שאינו יכול לאסור עליו כיון שאין בו ממש, אך לקנות

דבעה"ב הי' שייך אומן קונה בשבח כלי, דאטו בעה"ב הנותן לאומן קרסים ומיתרים וכדומה לחברן בבגד נימא אגר ידיה הוא דשקל ולא שייך ביה אומן קונה בשבח כלי[10], א"כ גם בעושה שיריים ונזמים ולא הוסיף מה מדידי' כי את הכל הכסף והאבנים ששיבץ מדידיה שקל נימא גמי אגר ידיה הוא דשקל ולא שייך בו אומן קונה בשבח כלי, והרי אינו כן, דהא בסוגיא דקידושין הנ"ל איתא לשון אחר דאמר דכ"ע ס"ל אין אומן קונה בשבח כלי ובהוסיף האומן נופך משלו ופליגי במלוה ופרוטה, הרי דלישנא דפליגי ר"מ ורבנן באומן קונה בשבח כלי מיירי בלא הוסיף האומן מדידיה כלום, אע"כ הטעם מה דבסממנים דבעה"ב לא שייך אומן קונה בשבח

הוא קונה. ועיי' ביאור הגר"א יו"ד שם ס"ק לב שנראה שגם הבין כמו הקצות, דטעם הרא"ש משום שאינו יכול לאסור. ובשערי ישר שער ג פרק כה מיישב את שיטת הרא"ש, דהגמ' קאי לפי הצד דיש שבח סממנים על גבי הצמר ולכן שייך בזה אומן קונה בשבח כלי, אך לפי הצד דאין שבח סממנים על גבי הצמר אה"נ דלא שייך כלל בזה אומן קונה בשבח כלי. ועיי' לבוש מרדכי ב"מ סי' יד שמחלק בין צביעת צמר ששם קונה האומן דאף שאין בסממנים ממש מכל מקום הצמר שיש בו ממש הושבח, אך בצייר על טבלא שאין הציור משבח את גוף הטבלא, אלא הציור עומד בפני עצמו, לא שייך בזה אומן קונה בשבח כלי כיון שאין בזה ממש. ועיי' עוד ביישוב דברי הרא"ש בשו"ת עין יצחק הנ"ל אות כג, ובחזו"א ב"ק סי' כב ס"ק ט.

10 עיי' חידושי הרשב"א ב"ק דף צט שעמד בשאלה זו, וז"ל "וא"ל א"כ מ"ש נתן לו עצים לעשות מהן שידה תיבה ומגדל ואמאי קונה האומן בשבח כלי והלא האומן אין לו אלא שכר ידיו. תירץ הראב"ד ז"ל דלגבי צמר סממנין הוא דעבדי לשבחא ואומן לא קנה בהו ולא מידי אבל עצים כיון דלא צריכין לסממנין אלא לאומנתיה של אומן אומנותיה זה הוא סמניו". ועיי' תוס' רבינו פרץ. ועיי' נתיבות סי' שו ס"ק ג ובתורת גיטין אבן העזר סי' קכ ס"ק ו שמבאר את תירוץ הראב"ד, דבצבע עיקר השבח הוא מהסממנים, שהם עשו את השבח, אך בשידה תיבה ומגדל, העצים אינם השבח, ורק שעל ידי אומנות האומן נהפכו לכלים. ועיי' שו"ת בית אפרים שמתבאר דעיקר החילוק הוא, בין מעשה גדול כמו בניית שידה תיבה ומגדל שאז אף בכלים של בעל הבית קונה, לבין מעשה קטן שאינו קונה אלא א"כ גם הסממנים שלו. ועיי' גם בשו"ת בית אפרים שם סי' קיח.

ובדברי רבנו מתבאר שהחילוק הוא בין סממנים שאין שבח סממנים על גבי הצמר ולכן כל מה שיש כאן הוא פעולתו של האומן ואינו קונה, אך בשידה תיבה ומגדל, שהשבח ניכר והאומן עשה את השבח הרי שהוא קונה אותו אף אם הדברים של בעל הבית. ואם הסממנים שלו קונה משום דאז אמרינן שהאומן גרם בסממנים שלו להשביח את הבגד וקונה, אך כשהסממנים של בעל הבית, לא מיקרי שהוא גרם להשביח, דהסממנים של בעל הבית השביחו את הכלי. וזה צ"ב. ונראה בהסבר דבריו, דההבדל בין עשה שידה תיבה ומגדל לבין צבע צמר הוא, דבנתן לו בעל הבית עצים והוא עשה מהם שידה תיבה ומגדל, הרי שאין לומר בזה שהעצים של בעל הבית לפנינו, דהא פנים חדשות באו לכאן, דבעל הבית אמנם נתן עצים, אך לפנינו שידה, והאומן הפך את העצים דבעל הבית לשידה ובזה האומן קונה בשבח כלי, אך בצמר, כיון שאין שבח סממנים על גבי הצמר אי אפשר לומר שהסממנים של הבעל הבית נהפכו על ידי האומן לבגד, כיון שאין הסממנים קיימים כלל. אך אם יש שבח סממנים על גבי הצמר הרי שהסממנים הם כמו העצים של בעל הבית ויש לומר בזה אומן קונה בשבח כלי.

ועיי' במקנה קדושין מ"ח שהבין דגם בסממנים דבעל הבית אמרינן אומן קונה בשבח כלי, אלא שכיון דיש גם שבח של בעל הבית הוצרך שמואל לומר לאחר נפילה דליכא שבחא, עיי"ש. ועיי' בית אפרים הנ"ל שמשיג עליו.

כלי הוא משום דאין ממש מסממנים ע״ג הצמר, כי אם גרם יש מהם שהן גרמו שיהיה חזותא, ומכיון דהאי גרמא נמי מסממנים דבעה״ב בא לא משל אומן, על כן לא אמרינן ביה אומן קונה בשבח כלי.

והנה מצינו חילוק בהא אי יש ממשות בין דיו לשאר צבע, כדאיתא בש״ע יו״ד הל׳ נדה (סי׳ קצ״ח סעי׳ י״ז) שהצבע שהנשים צובעות על פניהן וידיהן ושערן אינו חוצץ, והרי קיי״ל שדיו חוצץ בטבילה, והטעם לחלק הוא בהרשב״א דדיו שעל ידיו יש בו ממש וצבע שעל ידיו אין בו ממש וחזותא לאו כלום הוא (כמובא בש״ך שם ס״ק כא). ולשון הש״ע הל׳ נטילת ידים [בא״ח סי׳ קסא סעי׳ ב והוא לשון הרשב״א שבב״י] ״אם היו ידיו צבועות ויש ממש בצבע על ידיו הרי זה חוצץ. שהדיו היבש חוצץ״ הרי בצבע התנה ״אם יש ממש״, והיינו דבסתם צבע אין בו ממש, ובדיו החליט שכל שהוא יבש חוצץ והיינו משום דדיו סתמא יש בו ממש.

ויש קצת חקירה, והא לא מיבעיא לי בנותן צמר לצבע לצובעו שחור כדיו, אלא לא היה אפשרי להמציא שיהיה גוון שחרות כזה על הצמר כי אם בצביעה בדיו, וכן עשה וצבעו בדיו, אף בסממנים של בעה״ב וודאי היה שייך ביה אומן קונה בשבח כלי [לדרכינו שאילו הי׳ שבח סממנים ע״ג צמר לא הי׳ אומר שמואל דלא שייך אומן קונה בשבח כלי בסממנים דבעה״ב), כי קא מיבעי לי באם יש צבעים אחרים שמולידים שחרות כזה ממש, ואין עילוי ושבח יותר להמצטבע שחור בדיו מהמצטבע שחור בשאר צבע, וזה האומן צבעו בדיו דבעה״ב והקדיחו אח״כ היורה, מה דינו. דיש סברא לכאן ולכאן, י״ל דפטור מלשלם השבח, כיון דיש ממש מהצבע, גם בסממנים דבעה״ב שייך אומן קונה שבח כלי כאמור, וי״ל סברא לחלק, דבשלמא אילו בכל צבע היה ממש מהצבע, ובלא ממש גם חזותא לא היה, שפיר שייך ביה אומן קונה בשבח כלי, דהא השבח שעל הצמר ע״י הממש בא, אבל אחר דגם בשאר צבע דאין ממנו ממש כמו שיש מדיו נמי היה מושבח כ״כ כמו שהוא עכשיו, וא״כ הממש שיש אינו מעלה ומסייע כלל אל השבח וי״ל דאינו בחשבון השבח כלל, ואשר בהשבח בזולת הממש, הא בזה לא שייך אומן קונה בשבח כלי.

והנה כמו דנוח לפרש לשון ״כותבת את גיטה״ על פעולת הכתיבה לחוד אבל הקלף הוא של הבעל, הכי נמי נוח לפרש דגם הדיו של הבעל, וא״כ נעשה השבח בסממנים דבעה״ב, והנה הגם דודאי מתני׳ דתני האשה כותבת מיירי גם בכותבת בדיו, דהא סתמא קתני, מ״מ הא גם בכתב גט בצבע אחר שאין בו ממש כשר הגט כמו בנכתב בדיו כדאיתא (במס׳ גיטין דף י״ט ע״א במתני׳) בכל כותבים בדיו כו׳ ובסיקרא פירש״י סיקרא צבע אדום, וא״כ סברא זו שאמרנו לומר דיש להאשה קנין בהגט משום אומן קונה בשבח כלי, הגם דמתני׳ מיירי גם בכתיבה בדיו וכתבנו דבדיו יש ממש ושייך גם בדיו דהבעל אומן קונה בשבח כלי, מ״מ הלא יפול זה בחקירה הנזכרה, דהא השבח הזה היינו שמעתה נעשה הקלף ראוי לגרש בו, שבח זה אינו ממה שיש בו ממש, דגם אילו נכתב בשאר צבע מן הצבעים דאין בו ממש נמי היה ראוי לגרש בו.

ונוכל עכשיו לומר, דצדדי זו החקירה הוא דאיכא בין רמי בר חמא לרב אשי, דר״א ס״ל

כצד ראשון, דכיון דמכל מקום יש ממש הדיו על הקלף שייך אומן קונה בשבח כלי ושפיר פשט ממתני׳ דאשה ידעה לאקנויי, דהא קנתה השבח וצריכה להקנותו להבעל, ואולם רמב״ח ס״ל כצד שני דכיון דלא בא העילוי והשבח להקלף ע״י ממשות הדיו, דהא אף אילו כתב בצבע דאין בו ממש היה הגט ג״כ כשר וישר, לא שייך ביה אומן קונה בשבח כלי, וע״כ אין לפשוט מהאי מתני׳ די״ל דמיירי בקלף ודיו של הבעל ואין לה קנין ביה שיהא צורך שתקנהו להבעל.

אך מה דיש לדחות דברי הוא, דא״כ דע״כ תנא דמתני׳ ר״מ היא, ודס״ל לר״א דר״מ ס״ל אומן קונה בשבח כלי, תיקשי איך יתרגם ר״א רישא דמתני׳ דהכל כשרין לכתוב אפי׳ חשו״ק, והאיך אפשר שיהיה הגט כשר דהרי יש להן קנין בהגט משום אומן קונה בשבח כלי וחשו״ק קנויי קני אקנויי לא מקני וא״כ אין הגט כולו של הבעל[11].

ומ״מ אין לדחות, די״ל דאדרבה דלדרכינו בטעמא דר״א עוד ירווח לנו מה שיש לדקדק מפני מה שינה התנא לשונו מרישא לסיפא, דבחשו״ק תני כשרים לכתוב, ובאשה תני כותבת את גיטה, גם למה חילקם בשתי בבות, והלא יכול היה לתנויי לן ״הכל כשרים כו׳ ואפי׳ חשו״ק ואפי׳ האשה עצמה״, או לתני כך ״חשו״ק וכן האשה עצמה כותבים את הגט״, ונ״ל דלק״מ, דבחשו״ק החידוש דהו״א דעצם כתיבתן פסולה משום דלאו בני דיעה נינהו לכתוב לשמה, וע״כ שינה לן בדידהו קתני דכשרים לכתוב לומר דאין בהם פסול לכתוב דלא בעי כתיבה לשמה, ואולם במה שאין האשה בעצמותה פסולה לכתיבה, זה אין בו חידוש מאום דמהיכי תיתי שתהי׳ פסולה לכתוב, אלא דהו״א נהי דכשרה לכתוב מ״מ נוח לה שלא תכתוב, דהרי מ״מ לא יהי׳ אפשר לגרש בגט זה דאשה לא ידעה לאקנויי וחינם תעשה כלה הקלף והדיו (ועצה טובה הוא שאף שכתיבתה כשרה שמ״מ לא תכתוב), לזה שינה לנו בדידה ותני ״האשה כותבת״, לומר דגם עצה טובה ליכא שלא תהיה כותבת אלא כותבת דאין מיחוש מלגרש בו דאשה נמי ידעה לאקנויי. אלא דעדיין תינח דלא תני האשה כשרה לכתוב גיטה, דהו״א כשרה ולא תעשה כן משום עצה טובה כנ״ל, אבל מ״מ לתני גם בחשו״ק

11 עיי׳ פני יהושע גיטין כ,א שמקשה כן, ועיי׳ נתיבות סי׳ שו ס״ק ג שמתרץ דאם הדיו של הבעל ממילא הוי כסימנין והצמר דבעל הבית דלכולי עלמא אין האומן קונה, עיי״ש. ועיי׳ בשו״ת בית אפרים שמשיג עליו, דכיון דזה מעשה גדול קונה האומן גם בדיו של בעל הבית. ובחלקת יואב חו״מ סי׳ טז כתב על דברי הנתיבות ״לא דמי כלל, דשם בב״ק בצבע אין הנאת בעלים רק מהמראה, ואילו היה אופן שהצבע יהיה קופץ מאליו על הבגד היה ג״כ ניחא להו לבעלים, והאומן הוא רק כשליחא דאיגרתא, אבל בגט הרי צריך לשמה, ואם נכתב על ידי אדם, שפיר יש כאן שבחו של אומן כמו באומן שעושה דבר מעצים של בעל הבית״. וראה גם בשו״ת עין יצחק הנ״ל ענף ג. ועיי׳ קצות סי׳ שו ס״ק ד שמיישב את קושיית הפני יהושע לפי שיטתו דקנין האומן הוא כקנין משכון ולכן כשמשלם לו אפילו בעל כרחו פקע הקנין. ובשו״ת עין יצחק הנ״ל מתרץ לפי שיטתו שלקנין האומן הוא כעל מנת שיחזיר ואם נאמר שאינו יכול להחזיר מעיקרא לא הקנה להם. ועיי׳ חלקת יואב הנ״ל ובשואל ומשיב מהדורא א ח״א סי׳ רסב שמיישבים דכיון דאם תאמר שיקנו ולא יוכלו להקנות הרי שאין תועלת בגט וממילא אין כאן שבח. ועיי׳ שו״ת שאילת דוד חלק אה״ע סי׳ כה. ועיי׳ בספר טבעת החשן סי׳ שו.

כלשון דתני גבי האשה היינו חשו"ק כותבים, דאי אפילו דרך עצה אין אומרים להם שלא לכתוב, ממילא ידעינן שבעצם הן כשרים לכתיבה, ואולם לדרכינו ניחא, די"ל דא"א לתנא למתני הכי, משום דבאמת נותנים להן עצה שלא לכתוב, דהא לא יהי' אפשר לגרש בו יען דאומן קונה בשבח כלי ויהיה להם קנין בהגט והן אקנויי לא מקני, ולא יהיה הגט כוליה דהבעל, מיהו לשון כשרים לכתוב שפיר תני דהא בעצמותן כשרים הן לכתוב.

וא"ת מאי נ"מ במה דבעצמותן כשרים אחר דמ"מ א"א לגרש בגט זה, הא לאו קושיא דאטו ליכא מציאות שישתפה החרש ויתפקח השוטה ויגדל הקטן ואלו הי' בעצם פסולים לכתיבה לא הי' אפשר לגרש בגט זה שכתבו כשהיה חשו"ק ועכשיו דכשרים והכתיבה כשרה והרי כעת שבאו לכלל דעת יכולים להקנותו להבעל ושפיר יכול לגרש בגט זה, ולשון כותבים מ"מ ל"ש למתני בהו, דודאי מייעצים אותן שלא לכתוב פן לא ישתפו ולא יתפקחו.

עיקר אונאה

אשכלותיו ארבעה, גרעיניו שנים

אשכול א

[בדין אונאה שהיא יתר על שתות ופחות משוה פרוטה]

נסתפקתי במוכר חפץ שוה שתי פרוטות וחצי בשלש פרוטות והרי מאנהו בחצי פרוטה, והרי בעבר ומכר ודאי אין ב"ד מחייבין אותו להחזיר האונאה כיון דהוא פחות משוה פרוטה, מי אמרינן דמכל מקום אסור לו לעשות כן, או לא אלא דמותר גם לכתחילה.

ולכאורה מבואר דכל פחות מפרוטה אין בו איסור במקח וממכר כלל, מהא דכתב הרא"ש [ב"מ פ"ד סי' כ] (והוא בש"ע חו"מ סי' רכ"ז סעי' ו') בזה"ל "יש להסתפק אם מותר להונות את חבירו בפחות משתות אם יש באונאה שוה פרוטה" משמע דבפחות משוה פרוטה פשיטא ליה דליכא איסורא כלל[1].

אך טעמא דידי משום דעל הא גופא לכאורה קשיא לי, כשתמצא נמי לומר דקרא דלא תונו הוא בשתות מכל מקום האיך אפשר יהא מותר להונות בפחות ממנו, הלא יהיה מכל מקום איסור משום חצי שיעור שהוא אסור מן התורה.

אכן הא לא קשיא, דהא טעם הספק (מבואר בסמ"ע שם ס"ק יד בשם הטור) כך, מי אמרינן דטעם דפחות משתות הוא משום דאי אפשר לצמצם, אבל ביודע עובר על לא תונו, או כיון דדרך מקח וממכר בכך לא מקרי אונאה כלל ואין בו לאו דלא תונו. וא"כ לצד השני של הספק גם חצי שיעור אינו, דאינו דומה לנבילה חלב ודם, דחצי זית מהם נמי הוא זה המין שאסרה התורה בכזית משא"כ הכא, דאונאה אסרה התורה וזה לא מיקרי אונאה כלל.

ברם הא ק"ל לצד ראשון של הספק דכל שיודע ממנו מקרי אונאה, וא"כ אף דודאי שיעורו הוא שוה פרוטה כשיעור כל ממון שבתורה, אך למה כתב "אם יש באונאה

1 עיי' מנחת חינוך מצוה שלז שכתב שיש איסור חצי שיעור בפחות מש"פ, ולדבריו מה שכתבו "אם יש באונאה שוה פרוטה", היינו שאם יש שוה פרוטה יש צד שיש גם לאו אך בפחות מזה לאו ודאי אין, אך מכל מקום אסור מדין חצי שיעור. ועיי' שו"ת ברית יעקב או"ח סי' ג שכתב את שני הטעמים שמזכיר רבינו להלן, או משום שלא נאמר איסור חצי שיעור רק באיסורי אכילה, או משום שפחות משוה פרוטה ודאי הוה דרך מקח וממכר וליכא איסור כלל. ועיי' חקרי לב חו"מ ח"ב סי' כא.

שוה פרוטה", דמשמע דבפחות מזה ודאי מותר, ואמאי והא לצד האיסור נימא דגם פחות משוה פרוטה אסור מטעם חצי שיעור.

ולומר דפשוט בעיניו דבפחות משוה פרוטה ודאי דרך מקח וממכר בכך ולא מיקרי אונאה, ושוב גם חצי שיעור אינו, כאמור, זה רחוק, דמנ"ל זה דבשוה פרוטה אין דרך מו"מ בכך, ובשוה פרוטה חסר משהו דרך מו"מ בכך, דבשלמא בפחות משתות דמצינו בהש"ס שייך לספוקי בטעמו דילמא מש"ה חלוק משוה פרוטה, משום דזה דרך מו"מ כך, אבל בין שוה פרוטה לפחות משוה פרוטה מהיכי תיתי לנו להמציא חדשות, ונניח הישנות דטעם שוה פרוטה הוא כפשוטו משום דכך בכל התורה כולה שיעור ממון הוא בשוה פרוטה[2].

ועל האשר"י היה אפשר לומר דס"ל דחצי שיעור אינו אסור אלא באסורי אכילה דיש בו ריבוי דכל חלב בפרק יוה"כ (במסכת יומא דף ע"ד ע"א[3]), אבל משום סברת חזיא לאצטרופי לחוד לא היה אסור, דלא כרש"י פרק כלל גדול (במסכת שבת דף עד ע"א) דכתב על קושיית הגמ' "וכי מותר לאפות פחות מכשיעור", דנהי דחיוב חטאת ליכא מיהו איסורא איכא דקיי"ל חצי שיעור אסור מן התורה ביומא (דף ע"ד).

אבל על הש"ע אא"ל הכי, דהא כתב בריש הל' גניבה (סי' שמ"ח סעי' א') "אסור לגנוב אפילו כל שהוא מן התורה". ובסמ"ע [ס"ק א] משום דחצי שיעור אסור מן התורה כמו באיסור חלב ודם[4]

2 לכאורה ייתכן לומר, על פי מה שכתב בספר התרומות שער סד ח"א דכל אונאה הוא דרך מקח וממכר, אלא שגזירת הכתוב לאסור, ולכן מה שנכנס בכלל פרשת אונאה היינו שיש לזה שם ממון חידשה התורה שיש לזה שם אונאה, אך בפחות משוה פרוטה שאין לנו חידוש זה כיון שהתורה בפרשת אונאה לא דיברה על פחות משוה פרוטה, ממילא אין לזה שם אונאה כלל.

3 כדעת החכם צבי סי' פו (המוזכר להלן בדברי רבינו). ורבנו בגליון יו"ד סי' קפ סעי' ט כתב טעם אחר לחלק בין שאר איסורים לאיסורי אכילה, לפי דעת הרא"ם (מובא במשנה למלך פ"א מחמץ ומצה ה"ז) שסתם אכילה היא בכל שהוא וההלכה למשה מסיני באה לומר שאעפ"כ לענין עונשים זה רק בכזית, ולכן לענין איסור נשאר בכל שהוא, משום שסתם אכילה היא בכל שהוא, אך באיסורים אחרים שנאמר בהם שיעור, השיעור נאמר לא רק לענין העונשים כי אם גם לעיקר האיסור. ואף לשיטות שיש איסור חצי שיעור בכל התורה, יש סברא לומר דלענין ממון ליכא איסור חצי שיעור, דלא ילפינן ממונא מאיסורא, עיי' יד המלך ריש הל' גניבה.

4 עיי' שו"ת ברית יעקב חאו"ח סי' ב שהוכיח בדעת הרמב"ם דח"ש אסור מן התורה רק באיסורי אכילה. וכתב דהא דכתב הרמב"ם דאסור לגנוב ולגזול כל שהוא זה לא מדין חצי שיעור, אלא שיש לאו דגזילה גם בפחות מש"פ. וכן ביאר בספר יד המלך על הרמב"ם ריש הל' גניבה, דיש לאו גם על פחות מש"פ אלא שיש כאן גזילה והשבה.

ועיי' חידושי הרשב"א ב"ק קה,א ד"ה אע"פ שכתב דהא דאסור לגזול פחות מש"פ הוא משום דצערא מיהא איכא כדאיתא בסנהדרין דף נז,א. ואם נפרש בדעת השו"ע כדברי הרשב"א מיושבת קושיית רבינו, דבאמת י"ל דליכא איסור ח"ש רק באיסורי אכילה והא דאסור לגזול כ"ש זה מטעם דצערא אית ליה.

ועיי' שו"ת אריה דבי עילאי סי' ה שמפרש גם בדעת המ"מ והסמ"ע, דבאמת עיקר האיסור הוא משום שצערא אית ליה, ומה שכתבו דומיא דחצי שיעור, הוא רק לדוגמא, שלא תימא דכיון דילפינן

גם על הרא״ש עצמו נמי אינו מספיק, דהא לא הזכיר בספיקו איסור תורה לומר יש להסתפק אם מותר להונות מן התורה בפחות כו׳, ומשמע דלצד ספיקו דמותר, מותר לגמרי אף מדרבנן, והרי אי נמי נימא דס״ל דרק באיסורי אכילה אסור חצי שיעור, מכל מקום ודאי דמדרבנן מיהו אסור בכל האיסורים[5], דאל״כ איך מקשינן ״וכי מותר לאפות פחות מכשיעור״, וא״כ עדין לא היה לו לכתוב ״אם יש באונאה שוה פרוטה״, דהא גם בפחות משוה פרוטה איתא להספק אולי אינו מותר לגמרי.

שוב נזכרתי מ״ש הרא״ש סוף פרק אלו מגלחין (במסכת מועד קטן סי׳ צ״ג) דשיעור קרחה (על המת) למלקות כדי שיראה מראשו, ואיכא דאמרי כגריס, ואיכא דאמרי שתי שערות, הא לענין איסור, אסור למיתלש בשעריה כלל, ובודאי מרוצת לשונו משמע דאסור מן התורה קאמר, הרי דגם הוא ס״ל דבכל איסורי נמי חצי שיעור אסור מן התורה.

ובשו״ע יו״ד (סי׳ ק״פ סעי׳ ט) כתב ״קרחה כו׳ על המת ושיעורו כו׳ כגריס, וי״א שתי שערות, ויש מי שאומר דאיסורא איכא אפי׳ בשער אחד״. ואיני יודע למה כתב ויש מי שאומר, נהי דר״ל דאסור גם מן התורה (לעומת מ״ש ״ושיעורו״ דהיינו למלקות), מכל מקום מי איכא למ״ד דאין הלכה כר׳ יוחנן דחצי שיעור אסור מן התורה[6],

ונ״ל מהכא דלא ברירא ליה להמחבר אם גם באיסורים זולת איסור אכילה נמי אסור חצי שיעור מן התורה ועיין תשובת חכם צבי סי׳ פ״ו ד״ה וגם ראייתו, דמעצמו בלי ראיה רוצה לומר כן ובהגהת משנה למלך ריש פרק י״ח מהל׳ שבת השיגו מדברי רש״י הנזכרים למעלה, ולדברי יש מקום לדברי החכם צבי בשו״ע.

וכבר היה נ״ל לסייע מזה למ״ש בתשובת חכם צבי שם, די״ל דחצי שיעור דאסור מן התורה הוא רק בעושה מעשה שמחשיבו לאותו פחות משיעור, אבל במשהה חמץ פחות מכזית דאינו עושה מעשה אלא מניחו בביתו ואינו מבער ל׳א חזי לאצטרופי, וי״ל דהכא נמי כן, ואף דהכא עושה מעשה דמכירה, מכל מקום מעשה זו אינו ראיה דמחשיב לחצי פרוטה דאונאה, דהא צריך אל המעשה לעצם ענינו שרוצה המוכר או הלוקח למכור או לקנות חפץ זה.

ובהכי ניחא לי מה דהקשה בלחם משנה (בעשירי משביעי מהל׳ אישות) עמ״ש

שאין גזילה אלא רק במה שיש השבה, ולכן אינו עובר על הלאו בפחות משוה פרוטה, דא״כ מנלן שיש איסור, ועל זה הביאו דוגמא שמצינו כן גם לענין חצי שיעור, שאף שכתבה התורה אכילה, ואכילה היא כזית מכל מקום יש איסור גם בפחות מכזית, והוא הדין כאן. והנה בענין זה אם יש איסור ח״ש בגזילה פחות מש״פ עיי׳ תשובת רע״א בשו״ת רבינו ח״א כתבים סי׳ ל, ובחאה״ע סי׳ יז. ועיי׳ חלקת יואב יו״ד סי׳ ט.

5 עיי׳ חכם צבי שם לענין בל יראה שנראה שהתיר גם מדרבנן, ובין הסברות כתב גם משום שאינו איסור אכילה. ונראה שרבינו הבין בדעת החכם צבי, שרק לפי הסברא שבעינן לחצי שיעור מעשה להחשיבו כתב להתיר גם מדרבנן, וכפי שנראה בדעת רבינו להלן.

6 עיי׳ שו״ת חכם צבי הנוספות סי׳ יא שכתב ״בקורח קרחה איסורא איכא אפילו בשער אחד. הרב״י ושאר מפרשים נתחבטו בטעמו של דבר והוא פשוט דהוה ליה חצי שיעור דאסור מן התורה״. ועיי׳ גליון רבנו יו״ד סי׳ קפ סעי׳ ט.

הרשב״א [קדושין נט, א] בקידשה בשטר לאחר שלשים יום ונשרף או נאבד השטר תוך שלשים יום דאינה מקודשת, דזה רק באין השטר שוה פרוטה, דאל״כ הא יש כאן כסף, דקיי״ל דדעתיה נמי אנייר, ובקידושי כסף אעפ״י שנתאכלו המעות תוך שלשים יום מקודשת. והקשה הלח״מ, א״כ גם באין בו שוה פרוטה ניחוש דלמא שוה פרוטה במדי[7].

ולדרכנו י״ל, מכדי הטעם דבנתאכלו המעות נמי מקודשת מבואר בחדושי הרשב״א ובהר״ן משום דאם אין הקידושין נגמרים היא חייבת להחזיר הדמים הוה כמקדש בהנאת מחילת מלוה, ולפ״ז י״ל נהי דבכל ממון שאינו שלו גם אם הוא בפחות משוה פרוטה דאין ב״ד נזקקין לו, מכל מקום עליו חובה להחזירו, היינו משום דאסור לו להחזיקו משום איסור חצי שיעור. ואולם בקידשה בשטר ויש בו פחות משוה פרוטה אף שהוא עשיית מעשה, מכל מקום הא אין העשיה זו מעידת שהיא אחשביה להאי פחות משוה פרוטה, דהא צריכה היא בלא״ה למעשה זו כדי להתקדש בתורת שטר אם לא יהא נשרף או נאבד תוך השלשים יום, א״כ גם אם לא יוגמרו הקידושין אינה צריכה להחזיר, וממילא בזה אינה מקודשת בו משום כסף כשנתאכלו המעות[8].

אבל נ״ל למה שכתבתי בעיקר חצי שיעור עמ״ש הר״ן בכתובות בפרק נערה [טז, ב בדפי הרי״ף] ״ומיהו ודאי מדרבנן אפילו בקרקע ואפילו בפחות משוה פרוטה מיתסר״ (נתינת הריבית). והמשנה למלך [הל׳ מלוה ולוה פ״ו ה״א] כתב וי״א דבפחות משוה פרוטה אסור מן התורה משום חצי שיעור. וכתבתי דאפשר דגם הר״ן סובר כן דאסור מן התורה, אלא דרוצה להשמיענו דמדרבנן מיהו אסור גם להיכא דליכא איסור תורה. ומשכחת לה כשלא פסק עמו בתחילה, כי אם בשעת פרעון נתן לו רבית

7 וראה מה שתירץ בלחם משנה ומה שהקשה עליו בשער המלך סוף פרק ה.

8 יש לעיין שהרי עיקר הקושיא משום החשש דשמא שוה פרוטה במדי, ולענין חשש זה מה הרויח בתירוצו שאינה צריכה להחזיר, והרי היא צריכה להחזיר משום שמא שוה פרוטה. אלא דבאמת ל״ק משום שבאמת מעיקר הדין אין לך אלא מקומו ושעתו, ולגבי דיני ממונות אין זה שוה פרוטה, ורק לענין קדושין מחמירינן שמא הוא שוה פרוטה במדי, ולכן אינה צריכה להחזיר מטעם החשש דשמא שוה פרוטה במדי. ויש לעיין בענין זה, דהנה הקשה האחיעזר בחאה״ע סוף סי׳ כד ״דלכאורה בפחות משוה פרוטה לפי מה שכתב הר״ן דהאי חוששין שמא שוה פרוטה במדי אינו אלא מדרבנן, דמדאורייתא אין להקדש אלא מקומו ושעתו, ולפי זה הא מדאורייתא שאינה שוה פרוטה שייך להמקדש, וקדושין הדרו להמקדש וא״כ במאי תתקדש, דלא שייך לומר דהיא מוחזקת והוי תפיסה ברשות כיון דאין זה אלא מצד חומרא. אולם אפשר לומר כיון דבפחות משוה פרוטה אין ב״ד נזקקין ואין זה יכול להוציאו בדיינין ועל כן חיישינן שמא שוה פרוטה במדי״. וא״כ לכאורה גם בקדושי כסף בפחות מש״פ לא יועילו הקדושין בנתאכלו המעות, שהרי מטעם מה תאמר שתהיה מקודשת משום שאם לא תתקדש צריכה להחזיר את כסף הקידושין והרי גם אם תתקדש צריכה להחזיר את כסף הקדושין, דהא דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי, זה רק לגבי קדושין וכקו׳ האחיעזר, ואי מטעם שאין ב״ד נזקקין לפחות מש״פ, הרי גם אם לא תתקדש אין נזקקין, וא״כ אינה יכולה להתקדש במה שצריכה להחזיר את הכסף, משום שבין אם תתקדש ובין אם לא תתקדש, היא בעצמה צריכה להחזיר את הכסף מדין ח״ש, ואי מטעם ב״ד, בכל גווני אינן נזקקין.

חצי פרוטה יחד עם הקרן שהחזיר לו (וכהסכמת רוב פוסקים (בֵש״ע יו״ד סי׳ קסו סעי׳ ב׳ עיי׳ בטור שם), דגם בלא קצץ וצ״ל בתחילה כי אם בשעת פרעון נתתי לו בפירוש לשם ריבית הוי ריבית דאורייתא, דדוקא היכי דנתנו אחר שכבר פרעו הוא דהוי ריבית מאוחרת בש״ע שם סי׳ קס ס״ו). דלא שייך ביה עוד חזי לאצטרופי דהא אזדא ההלואה[9]. וא״ת אפשר שיחזור וילוה הימנו ויתן שוב חצי פרוטה רבית, י״ל דהלואות נפרדות ודאי אינן מצטרפות, א״כ י״ל הכא נמי כיון דמקח זה נגמר וא״א לאונותו בו עוד פעם בפחות משוה פרוטה הרי לא חזי לאצטרופי, ואי דימכור לו עוד חפץ ויאנהו שוב בפחות מש״פ במכירות נפרדות ודאי אינן מצטרפות (ואף דברבית מכל מקום איסור דרבנן איכא, י״ל דהכא דבפחות משתות לא אסרו, פחות משוה פרוטה נמי לא אסרו).

אבל יותר נ״ל דהיינו טעמא דנידון דידן חלוק מפחות משוה פרוטה דגזל וגניבה, דהתם דאף דאין ב״ד נזקקין לפחות משוה פרוטה, מכל מקום עליו החיוב להחזיר הפחות משוה פרוטה שגזל, ועל כן שפיר מצטרף אליה החצי פרוטה שגזל שנית, אבל הכא הרי כל שהוא פחות משתות אינו חייב להחזיר האונאה והטעם בש״ע (שם [חו״מ סי׳ רכז] סעי׳ ג׳) משום דכל פחות משתות דרך הכל למחול בו, וכיון שנמחל לו אין כאן מה אשר אליו מצטרף החצי פרוטה השניה.

(אפס למה שרציתי לעיל דכל עיקרו מה דחייב להחזיר ממון פחות מפרוטה הוא דאסור להחזיק ממון שאינו שלו משום איסור חצי שיעור, א״כ יש להסס בהא דאמרינא דחצי פרוטה דגזל יש מה מצטרף אליו ח״פ השניה כיון דחייב להחזיר, דגם הח״פ הראשונה היה חייב להחזיר, והרי החיוב להחזיר נובע רק ממה דיש בו איסור חצי שיעור, וא״כ איך תדון בו איסור חצי שיעור מפני דחייב להחזיר, זיל בתר איפכא ואמור דאינו חייב להחזיר, ומפני כן אין בו איסור חצי שיעור דאין לך מה אשר אליו יצטרף).

ועל אלה הישובים ינוח הספק שבריש המאמר, דאם נתפוס כישוב הראשון מותר למכור שוה שתים וחצי פרוטות בשלש, ולא אמרינן דאיסורא מיהו איכא משום חצי שיעור דהא לא אחשביה להחצי פרוטה וכאמור, וכן לישוב השני ג״כ מותר, דהא מכיון דנגמר המקח מיד ולא חזי לאצטרופי אליו עוד אונאה חצי פרוטה במקח הזה.

ואולם לישוב השלישי, דעד כאן לא נזהר הרא״ש לכתוב בספיקו דידיה ״אם יש בו שוה פרוטה״ אלא משום דדן על אונאה פחות משתות, דבזה גם בשוה פרוטה אינו חייב להחזיר וא״כ אין כאן מה אשר אליו יצטרף, אבל בנדון דידי שהוא אונאת שתות, דאם היה שוה פרוטה היו הב״ד מחייבים אותו להחזיר, שוב אונאה דפחות משוה פרוטה דומה לגזל פחות משוה פרוטה דאסור מן התורה.

9 עיי׳ כרתי ספר המדע יו״ד סי׳ קסא שכתב דכל ריבית לא חזי לאיצטרופי.

אשכול ב

[דין המחייב עצמו להעמיד סחורה במקח קצוב ועלה המקח]

עובדא בא לפני באחד שהיה מחייב עצמו לחברו להעמיד לו סחורה סך מסויים במקח קצוב לזמן ידוע שיבוא ובתוך כך עלה המקח רב, והיה רוצה לחזור בו באמרו כי יש בו אונאה יותר משתות, כפי מצב המקח כעת בשעת העמדה.

השבתי, חלילה וחלילה להעלות על הלב כזאת, פוק חזי מאי עמא דבר, מעשים בכל יום כאלה ואין מי פוצה פה לבטל המקח כ"א הוא דרך איש הפכפך וזר. ולא רק בעובדא שלפנינו דהמוכר היה יכול לקנות ולהכין בשעת מעשה סחורה זו במקח הזול שהיה אז, כי אם אפילו היכי דמחייב עצמו להעמיד לו סחורה לזמן ידוע במקח פחות ממה שהמקח עתה בשעת התחייבותו. היינו היכי דעלול המקח לירד באותו זמן שהגביל להעמדה, כגון לאחר הקציר וכדומה ג"כ אין בזה משום אונאה, משום דדין אונאה נופל רק על מה שהוא בעצם המכירה, משא"כ מה שהוא ע"י התחדשות והשתנות שנתהוה אח"כ, כדאיתא בש"ע חו"מ (סי' רכ"ז ס"ט) "במה דברים אמורים בשלא נשתנה השער אבל אם נשתנה השער ומפני כך רוצה לחזור אינו רשאי". וכש"כ עוד בנ"ד דהא ירד מתחלה להעסק אדעתא דהכי והוא נתרצה וקבל על עצמו שכר והפסד, שבאם יירד המקח בשעת ההעמדה ישתכר, ואם יתיקר המקח אז יפסיד. וכן איתא נמי בגמרא בב"מ (דף עד, ב) אי פסק כשער הגבוה מוכר קא הדר ביה מקבל עליה מוכר מי שפרע, וכן פסק הרמב"ם (בפ"ט מהל' מלוה הל' ה') ובש"ע יו"ד (סי' קע"ה ס"ז). ועי' עוד ברמב"ם הל' מכירה פכ"ב ה"ג ובש"ע חו"מ סי' ר"ט סעי' ו' ובש"ך שם [ס"ק יג]. וצ"ע לכאורה בהכ"מ שם, שכתב "מנין ללמוד משם לענין קיום המקח" והביא ממרחק ראיה לזה, ונשמט ממנו גמרא הנז'). ומדנקט סתמא ודאי איירי אפילו ביש הפרש בהמקח יותר משתות, מכל מקום חייב במי שפרע, וזהו בשלא חייב עצמו בקנין אחר רק בדברים, משא"כ היכי דהיה קנין בודאי הוי מקח גמור (ועיי' בש"ך יו"ד שם [ס"ק יב], הרי דבכה"ג אינו נופל בו דין אונאה.

והנה לכאורה היה נ"ל עוד בטעמו של דבר, מה דלא שייך בכגון זה דין אונאה, שהרי בהסחורה אין לו קנין מאחר שהוא דבר שאינו ברשותו, וכש"כ עוד באופן הנז' דמחייב עצמו לקנות להעמיד לו סחורה אחר הקציר הרי הוא נמי דבר שלא בא לעולם, ואין כאן אלא חיוב גופו שהוא עצמו יכול להתחייב גם על דבר שלב"ל כדאיתא בהגש"ע חו"מ (סי' ר"ט סעי' ד'), על כן ליכא בזה דין אונאה, דגופו כקרקע דמי. ולמה הדבר דומה, להשוכר את הפועל אף לעשות עמו במטלטלין דאין בו אונאה מטעמא דאמרן כדאיתא בש"ע שם (סי' רכז סעי' לג) ובסמ"ע שם[10]. ואף

10 ס"ק נט וז"ל "השוכר את חבירו פי' ששכרו על עבודתו יום יום דהוא כפועל גמור ודין עבד יש לו ואע"ג דיכול לחזור בו אפילו בחצי יום כל שלא חזר בו דין עבד יש לו, אבל קבלן דגומר המלאכה דשוכרה לצורכה אימת שירצה אין לו דין עבד". ועיי' עוד בענין ההבדל בין פועל לקבלן לענין זה בשו"ת מהרי"ט ח"ב חו"מ סי' יט, ובאבן האזל על הרמב"ם הל' מכירה פי"ג.

דבשכר פועל עם סוס יש בו אונאה משום הסוס, והכא נמי הסחורה היא מטלטלין, מכל מקום ודאי אינו דומה, דהתם אילו שכר הסוס לחוד נמי היה חל השכירות, על כן בשכר פועל עם סוס חל השכירות על הסוס ג"כ, משא"כ בנדון דידן דאי אפשר לחול הקנין על הסחורה שלא באה לעולם ושאינה ברשותו, ולא מיבעיא לדעת הרמב"ן בהה"מ (פי"ג הלכה ט"ו מהל' מכירה) דגם בקבלן אין בו דין אונאה, כי אם גם למה דפסקינן בש"ע שם (סעי' לו) דבקבלן יש לו אונאה, הנה הסברא נוטית, כיון דטעם ההבדל בין שכיר לקבלן, דהראשון חייב לעשות בכל יום ויום ודומה לעבד, משא"כ השני דיכול לעשות מעשהו אימת שירצה, א"כ בנ"ד שמחוייב להעמיד הסחורה ביום המוגבל לא אימת שירצה, לפועל דמי, דאפשר דגם בשכר פועל לעשות שעה או שתיים ביום, אף דאינו מגביל איזה שעה ביום נמי אין בו אונאה, כיון דחיוב היום מוגבל[11].

אך יש לדחות, חדא אפילו אם בשוכר פועל על איזה שעות ולא מגביל לו איזה שעות יהיה הדין דאין בו אונאה, שאני פועל דהגביל לו עכ"פ את היום, משא"כ בנ"ד אף דהגביל לו הזמן, ודאי אין לו קפידא אם יקדים או יאחר יום או יומיים מלהעמיד הסחורה, ובלבד שיעמיד מקחו.

גם י"ל דפועל וקבלן שאני, דהתם שיעבד את גופו לעשות מעשהו, ובאמת גם בנידון זה אם היה מחייב עצמו להלוקח רק על הטורח לחוד, שהוא יטרח בשבילו להשיג הסחורה לקנות על חשבון שולחיו, היינו שישלם לו משלחו כמה שהוא ישלם בעדה, זה היה דומה לפועל, דהא שיעבד לו גופו לעשות מעשהו, משא"כ בנ"ד, הלא כל עיקר התחייבותו רק בדבר המקח שיעמיד לו הסחורה על מקח הקצוב, כי זאת כל מטרת הלוקח שבל תעלה הסחורה ביוֹקר אם יתייקר השער בשעת המוגבל, דהא גוף הסחורה מצויה ויש לקנות, וכל עיקר התחיבותו ושיעבודו של המוכר רק על ממונו, א"כ אינו דומה לפועל.

ויותר עוד י"ל, דשאני פועל דיש לבעה"ב קנין בגופו של פועל, וכמו דנתן בהרמב"ם הל' מכירה (פרק י"ג הט"ו) טעם דאין אונאה בפועל מפני שהוא כקונה אותו לזמן, וכן הוא בש"ע שם ובהה"מ שם "מפני שהוא מכירה ליומא"[12].

הן ממה דקי"ל בהגהת ש"ע (שם סוף סי' שלג [סעי' ח]) באמר בעה"ב להפועל לך מעמדי פטור בלא מחילה, אלמא דלא אמרינן דיש לו קנין בגופו של פועל, דא"כ היה צריך קנין כשפטרו כמו באמר מסתליקנא מהמשכנתא דאיתא בפרק איזהו נשך (במסכת ב"מ דף ס"ז ע"ב) "והלכתא צריך למקני מיניה", וכן בש"ך שם [ס"ק מז] כתב

11 ראה אשכול ד ובהע' 23.

12 עיי' מחנה אפרים הלכות שכירות פועלים סי' א שמוכיח מדברי הרמב"ם אלו דפועל גופו קנוי. ועיי' אגרות משה חלק חו"מ א סי' פא שמוכיח מדברי הראשונים שיש ג' שיטות בענין קנין פועל א. קנין בגוף הפועל כמו ע"ע. ב. קנין התחייבות שיש לכל אחד על חבירו. ג. אין קנין כלל אלא התחייבות בעלמא. ע"ש.

דמה דאמרינן במס׳ ב״מ [י,א] דכעבד עברי דמי, היינו רק לקולא, שעל כן יכול לחזור בחצי היום, אבל לא שיהא גופו קנוי[13].

אך לדברי הש״ך אלה יהיו פסקי הש״ע הנ״ל (שבסי׳ רכז ושבסוף סי׳ שלג) סותרים אהדדי. וצ״ל על פי מ״ש הנמוקי יוסף בפרק הזהב [לב, א] על מתני׳ אלו דברים שאין להם אונאה ״והא אמרינן דשכירות מכירה ליומא הוא וקניא היינו לענין שישתמש בו כל ימי שכירתו, אבל גוף הדבר אינו קנוי כלל, ומש״ה אסרינן להשכיר בית דירה לגוי, דכיון דגוף הבית של ישראל קרינן ביה לא תביא תועבה אל ביתך״. וצ״ל עוד, דע״כ לא מועיל מחילה בדבר הקנוי לו אלא צריך להקנות חזרה, אלא כשגוף הדבר קנוי לו, אבל כשהגוף נשאר של בעלים ראשונים א״צ קנין לחזרה מה שקונה זה קנין התשמיש. ויש לדמותו קצת דהוי כעין קנין אילנות דצריך קנין בכל אחד מהן, ואולם אם החזיק בקרקע קונה אילנות שעליהם בלא קנין (בשו״ע חו״מ סי׳ קצג) וה״נ כעין זה, דקנין לתשמיש הוא כמונח על עצם הגוף שהוא שלו וקונה לו מכח חצירו, מיהו מכל מקום משום דהפועל קנוי לו לתשמיש דינו כקרקע, וע״כ י״ל דבנ״ד דאינו קנוי לו כלל כי אם חיוב גרידא יש עליו, אין דינו כקרקע.

אפס י״ל דהיא הנותנת שלא יהיה בנ״ד דין אונאה, דמכדי כל הטעם דיש אונאה לשכירות הוא משום דהדבר השכור יש להשוכר קנין בגויה להשתמש בו והוה כמכר כדאיתא בגמרא בב״מ (דף נו ע״ב) ״מי כתיב ממכר לעולם, ממכר סתמא כתיב והאי נמי ביומא מכירה היא״. וכן הוא ברמב״ם (שם הל׳ י״ז) ובש״ע שם (סי׳ רכ״ז סעי׳ ל״ה) השוכר את הכלים כו׳ יש להם אונאה שהשכירות מכירה בת יומא היא. וא״כ בנ״ד דאינו קנוי לו כלל כי אם חיוב גרידא יש עליו כמו שאמרנו, היא גופא נותנת שאין בה דין אונאה.

וכן להתוס׳ בפרק הזהב (ב״מ דף נו ע״ב ד״ה והאי) דהעלו מכח קושית הנ״י הנ״ל ומקושיא דישראל ששכר פרה מכהן דמאכילה כרשיני תרומה, דבשכירות לא קנוי לו, אלא דגזה״כ דשכירות יהיה בו דין אונאה, י״ל נמי דשכירות דאתרבי אתרבי, אבל היכי דאינו אלא חיוב גרידא כמו בנ״ד לא אתרבי לאונאה. (ועי׳ בזה תשו׳ פנים מאירות חלק ב׳ סי׳ ח׳ ד״ה ועתה[14]).

13 עיי׳ שו״ת רבינו חלק חו״מ סי׳ כד שמאריך בעניינים אלו.

14 הנה לדעת הפנים מאירות עולה איפכא מדעת רבינו, אלא דיש כאן אונאה, וז״ל ״ואם עשו קנין והתחייבות באופן המועיל ולא נתן הלוקח למוכר שום מעות רק התחייבות שמחוייב להעמיד לו משך שנה תמימה עורות או שאר סחורה הנ״ל בכך וכך, וכמו כן קיבל עליו הלוקח ממנו עורות או שאר סחורה משך שנה תמימה חייב להעמיד לו העורות אף אם נתיקרו אין המוכר יוכל לחזור בו, וכמו כן אם הוזלו אין הלוקח יוכל לחזור בו. אכן נראה לי אם נתייקרו או הוזלו כל כך עד שנתאנה המוכר או הלוקח שתות כיון דלא היה למוכר באותו עת הסחורה ההיא ברשותו אלא שהתחייב באופן המועיל כשיהיה לו שמחוייב למכור לו, וכיון שעכשיו יש במקח הזה אונאה חוזר, אע״ג דקיי״ל בסי׳ רכז סעי׳ ט דאם נשתנה השער דאינו יכול לחזור, התם מיירי במטלטלין שהם בעין בשעת המכירה, אבל בנידון שלפנינו שמתחייב במה שאינו ברשותו והתחייב לקנות, א״כ באותו זמן שקונה יש בו אונאה, בשלמא אם נותן כל המעות על המקח חשבינן כאילו קנה מיד לפי סך המעות ואשתכח דכי אייקר ברשותו דלוקח אתיקר וצריך המוכר

ולכאורה היה נ"ל להסביר בזה טעם פלוגתתם ז"ל, מה דסובר הרמב"ן דגם הקבלן אין בו דין אונאה, והרמב"ם וכן הש"ע פסקו דבקבלן יש בו דין אונאה. והוא, דלכאורה תמוה, דמכדי כל הטעם דיש אונאה לשכירות הוא משום דדבר השכור יש להשוכר קנין בגוויה להשתמש בו והוה כמכר וכנ"ל, ומובן ממילא מה דצריך טעם לפועל דאין לו אונאה כנז' ברמב"ם ובש"ע (שם סעי' ל"ג), היינו משום דגם בפועל יש לבעה"ב קנין בגופיה שיעבוד לו במשך ימי השכירות. (וע"כ בשיטה מקובצת במס' בב"מ שם דס"ל דבקבלת מלאכה ושכירות פועל אין לו קנין בגופיה נתן טעם פשוט דאין להם אונאה, וכתב משום דבהני ליכא מכירה כלל ולא שייך הטעם שבגמרא דכשכירות ליומא ממכר הוא, ולא הוצרך לטעם שבשו"ע דפועל הוא כעבד). ומכדי הטעם דפועל אין לו דין אונאה הוא, דזה הדבר עצמו שיתן לו דין אונאה היינו משום דיש להשוכר קנין בגויה, זה עצמו גורם שוב שלא יהא לו דין אונאה וכמ"ש בשו"ע (סעי' לג כנ"ל) "מפני שהוא כקונה אותו לזמן והוה כעבד". וא"כ קשה מה שקבלן יש לו אונאה הוא כארכביה אתרי רכשי, דאם שייך ביה דין אונאה, ע"כ תאמר דיש לו קנין בגויה וע"כ מכירה בת יומא הוא, ומצד דלא אמרינן הפך דהוא כעבד וכמו הפועל ואין לו דין אונאה, ע"כ צ"ל דשאני קבלן דגומרו מתי שירצה ע"כ אין להשוכר קנין בגויה[15].

לזאת היה נ"ל לומר דהם ס"ל כהתוס' דבשכירות לא קנוי לו כלל, אלא דגזירת הכתוב הוא דבשכירות יהיה בו דין אונאה. ומש"כ דבשוכר את הפועל אין לו אונאה, היינו משום דנראה כקונה אותו וכעין קונה עבד ואין אונאה בעבדים, וזהו שדייק הרמב"ם בלשונו שם (פי"ג הי"ד) וכתב "מפני שהוא כקונה אותו כו'" ולא כתב "מפני שהוא קונה אותו כו'"[16]. (דהא גם להתוס' הנ"ל בע"כ צריכים לפרש כן מ"ד בגמרא

לקיים תנאו, וכמו כן אם הוזל ברשות לוקח הוזל, אבל היכי שלא נתן שום מעות למוכר אלא עשו שטר התחייבות, נהי דלא יוכלו לחזור דחשבינן כאילו הוי ברשותו וקנו בדרכי הקניה, מכל מקום עכשיו שנתאנה למה לא נדון בהם דין אונאה בשתות וביטול מקח ביותר משתות".

15 עיי' מ"מ הל' מכירה פי"ג הי"ח שהקשה על דברי הרמב"ם דקבלן יש לו אונאה "וצריך לי עיון דהא קיי"ל דאין אומן קונה בשבח כלי". ועיי' במשנה למלך שם שמיישב דרק פועל דמי לעבד ולא קבלן. וכתב בשו"ת בית אפרים חאה"ע סי' קיז דגם המ"מ סבר את עיקר חילוק זה דקבלן אינו דומה לעבד, אלא דהוא התקשה, דאף דאינו דומה לעבד, מכל מקום הא בעינן שיהיה לו קנין בגויה, ובשלמא אם אומן קונה בשבח כלי הרי שיש כאן מכירה על השבח, אך אי אין אומן קונה בשבח כלי, הרי אין כאן כל קנין. ולפי הסבר זה הרי שקושיית המ"מ היא כקו' רבינו, אלא שבדברי רבינו יש תוספת על הקו', דכיון דאין אומן קונה בשבח כלי, הרי שאם יש כאן קנין הוא בגופו, וא"כ הקנין שיש הוא כעבד ותיפוק ליה דאין אונאה משום שהקנין הזה הוא כעבד. ועיי' בית אהרן ב"מ נו,ב.

16 עיי' לחם משנה פ"ז משכירות ה"א שמוכיח דהרמב"ם לא סבר כהתוס', דכתב שם "כשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח וממכר כך מתנה בשכירות שהשכירות מכירה לזמן קצוב היא". וכתב דע"כ הרמב"ם סובר כנ"י שהוא ממכר לתשמיש. ולפי זה מתרץ הלח"מ את קושיית הב"י חו"מ סי' שיג על דברי הרמב"ם (פ"ו ה"ה שם) שהחצר של המשכיר זוכה לו, והא שכירות ליומיה ממכר הוא. (עיי" מל"מ שם) "ולפי האמור אתי שפיר דלא הוה ממכר אלא לענין להשתמש בו אבל מכל מקום הבית בחזקת המשכיר הוא, וביתו מקרי" ועיי' ש"ך סי' שיג ס"ק א.

שם גבי שכירות "והאי נמי ביומא מכירה היא", היינו כיון דהוא כעין מכירה משום הכי אמרינן דיתורא דקרא בא לרבות שכירות). וס"ל דבקבלנות נמי שכירות היא ומפני שאינו נראה כקונה אותו לזמן אינו כקרקע וניחא שפיר דיש בו אונאה. אמנם הרמב"ן ס"ל כטעם הנ"ל, וא"כ קבלן ממה נפשך אין בו דין אונאה, דאי אינו קנוי אינו כמכירה, ואי קנוי הוה ליה כקרקע.

אולם על הרמב"ם לא מספיק זאת, שהרי הוא ז"ל כתב בהל' מכירה (פרק ג הלכה ז) "ואם שכר המקום שאותן מטלטלין מונחים בו קנה כו' ואע"פ שלא הגביה ולא משך". מוכח דס"ל כהנ"י דיש עכ"פ קנין להשוכר לתשמיש, דאי ס"ל כהתוס' דאין לו קנין כלל, איך יהיה נחשב לחצירו שיקנה לו.

הן היה אפשר מכל מקום לתרץ דעת הרמב"ם ולומר בהפך, דהוא ס"ל כהס"ד דנ"י דקנוי לגמרי להשוכר כל ימי השכירות, והא דכתב הרמב"ם הטעם בפועל דאין בו אונאה "מפני שהוא כקונה אותו לזמן", רצונו דקונה אותו לגמרי[17].

ולכאורה מוכח דהה"מ ג"כ מפרש כן דס"ל להרמב"ם כהס"ד דהנ"י דקנוי לגמרי להשוכר, והוא דעל מה שכתב הרמב"ם שם (הלכה ו') בהי' חצרו של הלוקח מושכר ביד המוכר קונה הלוקח המטלטלין שבו שמכר לו המוכר בלי משיכה, תמה הה"מ על מה דמשמע מהרמב"ם דמטעם חצר קונה, (והכ"מ דחק דכוונת הרמב"ם נמי כמו שפירש רש"י דמשום דטרח הלוקח להציל חצירו ל"ש לחשש שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה וע"כ המעות קונות לו. אבל מטעם חצר ל"ק), משמע דתמוה בעיניהם לומר דהרמב"ם יסבור דחצר המושכר יהיה חשוב חצירו של משכיר במשך הימים שהוא שכור אלא דקנוי הוא לגמרי להשוכר בימי השכירות ויהיה השוכר כקונה לזמן דקנוי הוא, כן זה קנוי לו עד תום זמן השכירות[18].

אבל נ"ל דבלעדי שאי אפשר לומר כן, משום דא"כ מה יענה הרמב"ם על קושיית הנ"י שקדם זכרה ממשכיר בית דירה לגוי כו', הנה מהרמב"ם גופיה מוכח דסבירא ליה דיש בה קנין להמשכיר, דהא כתב בהלכות שכירות (פרק ו' הל' ה') במשכיר חצר לחבירו דהזבל דאתי מתורי דעלמא הוא של משכיר, הרי דמיקרי חצירו של משכיר, וע"כ יש לו קנין בו גם בימים שהוא שכור.

וכי היכי דלא יקשה ממ"ש בהל' מכירה דהמקום השכור קונה המטלטלין להשוכר, נ"ל להוכיח דס"ל כהנ"י דהמשכיר יש לו קנין בעיקר, והשוכר יש לו קנין בהגוף

17 באמת מדברי הרמב"ם פ"ז ה"א מדוייק כן, וכפי שהבאנו בהערה הקודמת, אמנם הלח"מ דחה זאת מסוגיא דע"ז וכפי שגם רבינו דוחה להלן. ובעיקר דברי רבינו לא מובן לכאורה מה מרויח במה שכתב דס"ל להרמב"ם דקנוי לגמרי, והא אם כן, הדרא קושייתו לדוכתא מדוע בקבלן יש לו אונאה, וכפי שהקשה לעיל, דממ"נ, אם יש לו קנין הרי הוא כעבד, ואם אין לו קנין לא שייך אונאה, ולעיל תירץ על זה על פי דברי התוס' דאף דאין לו קנין ילפינן דיש אונאה, אך אי ס"ל כס"ד דהנ"י דהא דיש אונאה בשכירות היינו מטעם דיש קנין גמור א"כ גם בקבלנות דהוא קנין גמור הוה כעבד.

18 עיי' מחנה אפרים הלכות קנין חצר סי' ג. ועיי' שו"ת רבינו חלק חו"מ סי' כד, ושם כתבים סי' ג (עמ' רלה).

לשמש בו כל ימי שכירות, ועל כן לכל אחד מהם קונה, דהוי חצירו של משכיר משום קנינו בעיקר המקום, והוי חצירו של שוכר מפני קנין הגוף לשמש בו, אלא בדבר הפקר ששניהם ניחא להו שיקנה להם המקום, יפה כחו דהמשכיר שהעיקר קנוי לו מכח השוכר שאין לו בו כי אם לשמש בו, ועל כן הגללים דאפקורי מפקיר להו הוא של המשכיר[19].

והה"מ והכ"מ גם הם ידעו היטב שהמשכיר ודאי יש לו בו קנין שקונה לו מטעם חצר, ומכל מקום יפה תמהו, דהשתא דביארנו שיוצא מהרמב"ם דלכל אחד מהם, להמשכיר ולהשוכר יש לו בו קנין, ומכדי קיי"ל בפרק המוכר את הספינה (במס' ב"ב דף פד ע"ב). וכן פסק הרמב"ם בהל' מכירה (פרק רביעי) דבחצר השותפין אינן קונין זה מזה. וס"ל להה"מ והכ"מ דמקום השכור שקנוי לזה ולזה הוה כחצר השותפין וע"כ בחצר המושכר איך יהי' קונה להלוקח המשכיר מטלטלין דהמוכר שהוא השוכר של מקום זה כיון דאין קנין לזה מזה בחצר השותפין[20]. ולא יקשה עליהו מדינו של הרמב"ם הנ"ל דאם שכר הלוקח המקום שמטלטלין הנמכרים בו דקנאם מטעם חצר, דהתם לא נזכר ששכור לו המקום מהמוכר, ואינהו מפרשי לדין זה בהיה שכור לו מאיש אחר, ואילו היה שכור לו מהמוכר אה"נ דלא קנה המטלטלין שבתוכו משום דהוי חצר של שניהם.

וזה מדוקדק מאד בלשון הרמב"ם, דעל כן לא כתב בדין זה שיהי' חצרו של מוכר מושכר להלוקח ושיהי' הפכו ממ"ש בהלכה שלפניו בהיה חצרו של לוקח מושכר להמוכר, דה"ט דאז באמת לא היה הלוקח קונה כיון דהוא ג"כ חצרו דהמוכר דהמשכיר והוה חצר של שניהם.

ובהכי נ"ל לסלק תמיהת הרב הש"ך עמ"ש בש"ע (חו"מ סי' קצח סעי' ה) על דין זה דשכר הלוקח המקום דקנה המטלטלין "והוא שתהא חצר המשתמרת לדעת השוכר", ותמה הש"ך [ס"ק ח] מלקמן (ריש סי' ר) דהכריע הרמ"א דבמכר אם משומר לדעת המוכר נמי סגיא וקנה, ונ"ל לפי דרכי, דבשלמא אילו היה מיירי כאן שהמקום שכור לו מהמוכר, היה מונח בדברי הש"ע במ"ש "והוא שתהא כו' לדעת השוכר", מיעוט שמשומר לדעת המשכיר לא מהני, ותהיה קושיית הש"ך חזקה, דהא זה המשכיר הוא המוכר, ובמשומר לדעת המוכר נמי קנה. עכשיו דאני מפרשו דמיירי דין זה דוקא בשכר מאחר, א"כ נתמעט רק משומר לדעת המשכיר והרי הוא אחר ומשומר לדעת אחר לא סגיא אא"כ עשאו שליח לכך וכדאיתא בסמ"ע (רסי' ר').

ואל תקשני איך סברו הה"מ והכ"מ לומר דחצר המושכר מקרי חצר של שניהם

19 עיי' מהרי"ט אלגאזי בכורות פ"ב אות כב שביאר כדברי רבינו כאן. וחידש לפי זה "דלדעת הר"מ אם איכא דעת אחרת מקנה שרוצה להקנות לבעל החצר ולשוכר בשותפות זוכין שניהם בשותפות בקנין חצר זה כיון דלשניהם יש להם כח לקנות כל אחד ואחד בפני עצמו מדין חצר ביש דעת אחרת מקנה".

20 עיי' הגהות אמרי ברוך לש"ך חו"מ סי' רג ס"ק א שכתב כדברי רבינו בדעת העיטור. ועיי' בית הלוי ח"ג סי' סו אות ג.

ואין קונין בו זה מזה, דהא זה נגד סוגיא מפורשת בפ״ק דמציעא (דף יא ע״ב) במעשה דר״ג וזקנים, דאמר ר״ג עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו, והיינו דיקנה ר״י העישור בקנין חצר, אלמא דבחצר המושכר קונה השוכר גם מטלטלין מהמשכיר, ותאמר דעל כרחי׳ חצר השותפין שאני, דהתם כחו של האחד בהקרקע ככחו של השני, משא״כ בחצר השכיר דקנינו של זה בהקרקע חלוק מקנינו של השני בה, ובמה דהוא חצירו של המשכיר היינו עיקר הקרקע, אין השוכר משתתף בו, וכן להיפך, במה שהוא חצירו של השוכר היינו הקנין בגוף לשמש בו אין המשכיר משתתף בו, דהרי במשך ימי השכירות אין להמשכיר לשמש בו.

דאשיב לך הא איכא התם טעמא אחרינא בגמרא דבאגב קרקע קנה ר״י העישור, ויהיה קושיא רק מהאי אוקימתא דהש״ס דמשום חצר קנה, וי״ל דלהאי אוקימתא הי׳ סבר באמת דר״ג כר׳ ינאי שם בפרק המוכר את הספינה דבחצר השותפין קונה זה מזה.

אבל איני צריך גם לזה, דהא כתב רש״י שם (ד״ה טובת הנאה אינו ממון), דר״ג ״אפקורי בעלמא אפקר גבייהו וכי אוגר להו מקום קנתה לו חצירו בתורת חצר כשאר הפקר״, א״כ לא היה כאן קנין זה מזה, דלא מר״ג המשכיר קנה השוכר כי אם מהפקירא קא קני[21].

אשכול ג

[באומר טול דינר והעבירני למה לא פוטרים מלשלם מטעם אונאה]

נראה לי לכאורה לדון בהני תלתא דכחדא נינהו בדינא, היינו האומר טול דינר והעבירני, והאומרת ליבמה חלוץ לי ע״מ שאתן לך מאתים זוז, ומי ששטף נהר חמורו וחמור חבירו ואמר לו אני אציל את שלך שוה מאתים ואתה נותן לי את שלי שוה מנה, דבכולן אין לו אלא שכרו כדאיתא במסכתא יבמות (דף קו ע״א), ובמסכתא בב״ק (דף קטז ע״א), ובש״ע חו״מ (סי׳ רסד סעי׳ ז׳), ובש״ע אה״ע (סי׳ קסט סעי׳ נ), דטעמא דכולהו דאמר לה משטה אני בך, אשר בפשוטו יש לדין זה שני תנאים, האחד שפוסק לו דבר גדול יותר הרבה ממה שדרך ליתן, (ועיין שם ביבמות בתוס׳ [ד״ה אין לו], דבזה נראה דשחק בו, והשני דאמר שהשטה בו, או דעכ״פ אינו מודה שלתומו פסק לו בלי שכיון להתל בו, אבל בחסר אחד משניהם, היינו אם לא הי׳ פסיקתו במופלג הרבה, א״נ הי׳ במופלג והוא מודה שלא שחק בו אלא שעכשיו רוצה לחזור ממה שפסק לו חייב ליתן לו כמו שפסק. כך היה נראה בפשוטו דלפטור צריך שני תנאים.

אבל באמת נראה לי דנהפוך הוא, דלחייב אותו ליתן כפי שפסק צריך שני תנאים, היינו שיהיה פסיקתו בהפלגה, ושיודה שלא כיון להשטות, אבל שיהיה פטור א״צ

21 ואף שכתב רבינו לעיל דהמשכיר כוחו יפה מכח השוכר לזכות בדבר הפקר, מכל מקום כאן שאין המשכיר חפץ בזה דהא ר״ג רצה להקנות זאת לר״י זוכה בזה השוכר.

לתנאים, כי אם משכחת ליה בלי תנאי האחד מאלה השניים, אלא בשני תנאים אחרים אחד הפכו מאחד מתנאים אלו, היינו פסיקתו לא בהפלגה מרובה, והשני שיהיה היתרון שבפסיקתו לא פחות משתות השכר שראוי ליתן על מלאכה זו. (רצוני שכר המעבורת ושכר הצלת החמור ששטפו נהר ושכר החליצה דבחליצה נמי שייך שכירות, דמכח התנאי אינה חייבת ליתן לו, דאין מחייבים לאדם לקיים תנאו, וכן אין החליצה בטלה אם לא נתקיים התנאי משום דאין תנאי בחליצה כיון דא"א לקיים ע"י שליח, אלא כיון דעביד עבידתיה לחלוץ לה מטעם שכירות היתה חייבת לשלם לו מה שהבטיחה לו לולי טעם דמשטה כיוצא מפירש"י ביבמות שם ומהרא"ש ומש"ע אה"ע שם).

וטעמא דידי, דהנה מלאכות אלו הן בקבולת, דהא לא שכרו ליום כי אם לגמור לו דבר זה, והרי אנן קיי"ל (בשו"ע חו"מ סי' רכז סעיף לו) דקבלן יש לו אונאה, וא"כ גם בשכבר נתן לו היתרון שבשכירות אם הוא אינו פחות משתות חייב להחזירו מטעם אונאה, וממילא אם עדיין לא נתן לו פטור מליתן לו דאפוכי מטרתא למה לי.

ולכאורה היה קשיא, למה ליה בגמרא כלל לטעם משטה, תיפוק ליה דהויא אונאה[22], עד שהיה נראה לי מכאן ראיה לשיטת רמב"ן (בהה"מ פרק יג ממכירה הל' טו) דאף הקבלן אין לו אונאה.

אבל לשיטת הרמב"ם נ"ל, דה"ט דכיון דהפליג להבטיח, הנה הוא יותר מכדי שהדעת טועה, והוה מתנה, ואין בו טענת אונאה, וא"כ תינח כשהיתרון הוא בכדי שאין הדעת טועה, אבל כשאין ביתרון השכר הפלגה יתירה והוא בכדי שהדעת טועה אינו צריך ליתן לו גם במודה שלא שחק בו. באופן שההפלגה יתירה שבפסיקה אינה גורמת תמיד הפטור (במה שיכול לטעון משטה), אלא גורמת פעמים החיוב (במה שאין בו טענת אונאה).

שוב מצאתי בשיטה מקובצת בב"מ (דף נו ע"ב) שכתב דפועל וקבלן אין להם אונאה. (וי"ל דהוא ז"ל לא נחת לחלק בין פועל לקבלן כמו שמחלק הרמב"ם וע"כ כתב שהוא סעד גם לפועל), ומביא לזה מטול דינר והעבירני דפטור רק משום טעם דמשטה. וכתב דאין לומר דהתם משום דהוי בכדי שאין הדעת טועה, דהא סתמא קתני, ומשמע דאף אם הוא בכדי שהדעת טועה. ולכאורה דבריו אינם מובנים, דמאי בכך דמיירי בכל גוונא, הא מכל מקום מה דבעי בגמרא שם להוכיח דאמרינן משטה היה בו כדי להקשות על מה דתנן אם א"ל אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי דמחויב ליתן לו שפיר מוכח, דהא גם בכדי שאין הדעת טועה מיירי, וביה לא שייך לפוטרו מדין אונאה, וע"כ פטור מטעם משטה, ע"כ גם באני אציל את שלך כו' אע"ג דהוא נמי בכדי שאין הדעת טועה ואינו יכול לפטור עצמו מטעם אונאה מכל מקום יפטור עצמו מטעם משטה.

22 עיי' נתיבות סי' רסד ס"ק ח. ועיי' שו"ת פנים מאירות ח"א סי' צז, ובשו"ת שבות יעקב ח"ב סי' קנז שנראה מתוך דבריהם דהא דאין לו אלא שכרו בטול דינר והעבירני דהוא מטעם אונאה.

ולמ״ש יש ליישב קצת, דכוונתו רצויה כך, דהא קושית הש״ס על המתני׳ אינה כ״כ חזקה, די״ל דמתני׳ מיירי במודה שלא כיון להשטות. ואם איתא דשייך ביה גם דין אונאה הו״ל לגמרא להזכיר גם טעם אונאה והיה הקושיא חזקה יותר, דהא כמו דס״ל להש״מ דהברייתא מיירי גם בכדי שהדעת טועה, ה״נ דמתני׳ מיירי בכל גווני אף שדמי החמור שישלם אינו מרובה כ״כ עד שיהא בכדי שאין הדעת טועה, ובהא אף במודה שלא נתכוון להשטות מכל מקום יהא פטור מטעם אונאה, אע״כ אין לפועל וקבלן דין אונאה וגם בכדי שהדעת טועה אינו פטור אלא משום משטה וע״כ לא היה יכול להקשות בחזקה יותר.

ועכ״פ מצאנו מה שרצינו, דגם היכי דלא שייך טעם משטה היכי דיש דין אונאה פטור מדין אונאה, וא״כ למה דקיי״ל אנן כהרמב״ם דקבלן יש לו אונאה הנה היכי דאין בהבטחתו הפלגה ואף דמודה שלא היה כוונתו לשחק בו הוא פטור וא״צ ליתן אלא שכרו (וכן למה דמשמע לי מדברי הרא״ש דלא פטרינן ליה אלא דוקא גבי אונס שכתב בפרק מצות חליצה שם סי׳ ט״ו בטעם שא״צ ליתן לו ״כיון דאינו הגון לה ולא בעי ליה היא כעין אנוסה וגם הוא לא פסיד מידי״. וג״ל דכך נשמע ליה מדקתני בברייתא הרי שהיה בורח מבית האסורים כו׳ וא״ל טול דינר והעבירני, משמע דדוקא בבורח שהוא כעין אנוס, י״ל דזה דוקא כשפסק בהפלגה יתירה דצריך לפוטרו מטעם משטה וזה ל״א אלא באנוס, דבלא אנוס כלל מהיכי תיתי ישטה ויהתל ברעהו, אבל אם היתרון שבפסיקתו אינו בהפלגה גם בלא אנוס פטור מטעם אונאה).

אשכול ד

[הנותן מלאכה בקבלנות ומתנה שיתחיל מיד במלאכה, אם דינו כקבלן או כפועל לענין אונאה]

מסופק אני קצת, בנותן מלאכה בקבלנות, ומתנה שהשכיר יתחיל מיד בהמלאכה ויגמרנהו, היכי דנין ליה להאי שכיר לענין אונאה, כקבלן או כפועל, מי אמרינן דקבלן הוא, דהא לא שכרו ליום כי אם לגמור מלאכה זו, או כיון דטעמא דקבלן יש לו אונאה הוא כיון דגומר מתי שירצה אינו דומה לעבד כמ״ש בסמ״ע (סי׳ רכז ס״ק נט), והכא הא אינו גומר מתי שירצה כי אם צריך לעבוד עבידתיה מיד ויש לו דין פועל[23].

23 ר׳ אשכול ב. ועיי׳ מרדכי פרק השוכר את האומנין אות שמ״ו בשם רבינו יואל וז״ל המשכיר עצמו ללמוד נערים לשנה יכול לחזור בו כל שעה שירצה כדין פועל שיכול לחזור בחצי היום ואין דינו כקבלן שאין יכול לחזור דפסקינן כרבי דוסא, שאינו קורא קבלנות אלא אדם המקבל קמה לקצור הן לזמן מרובה הן לזמן מועט לכשיגמור יתן לו כל שכרו. ועיי׳ הגהות מיימונית הל׳ שכירות פ״ט אות ה שמביא שתי שיטות בזה. ועיי׳ נתיבות סי׳ רסד ס״ק ח. ועיי׳ שו״ת אגרות משה חלק חו״מ א סי׳ פא שמבאר בשני צדדים אלו את מחלוקת הראשונים ב״מ מח,א אם ספר שמשכו ממנו תספורת יכול לחזור.

ויש לכאורה סעד לצד השני של הספק, דהא השיטה מקובצת בב"מ הבאנו דבריו באשכול שבסמוך הוכיח מטול דינר והעבירני, מדבעי לטעם משטה לפוטרו מליתן יותר מכדי שכרו, ותיפוק ליה דפטור משום אונאה, על כרחך מוכח דפועל וקבלן אין להם אונאה, והרמב"ם דסבירא ליה דקבלן יש לו אונאה יקשה עליו קושיית השיטה מקובצת. וי"ל דלרמב"ם לא קשיא, דהא בפועל סבירא ליה גם הוא דאין לו אונאה, ושפיר צריך לטעם משטה. אבל הא מלאכה זו להעבירו במעבורת הוא מלאכת קבלנות, ובקבלן הא ס"ל לרמב"ם דיש לו אונאה, וצ"ל כיון דזה בורח מבית אסורים ועל כרחיה צריך שיעבירנו מיד טרם יפגעו בו הרודפים אחריו, על כן אין לו דין קבלן כי אם דין פועל.

ובזה יונח לכאורה יפה מה דק"ל, אחרי דלא מצאנו להרמב"ם (בפי"ב מגזילה ה"ז) ולא בשו"ע חו"מ (סוסי' רסד) ובאה"ע (סי' קסט סעי' נ) הטעם שהוסיף הרא"ש לטענת משטה משום דכאנוס הוא (הבאנוהו סוף אשכול הסמוך), א"כ לדידהו לשון הברייתא "הרי שהיה בורח מבית אסורים" הוא למותר, והיה לה למתני רק כך מי שהיה מעבורת לפניו ואמר טול דינר והעבירני כו'. ולדרכי הוא נכון מאד, דכיון דבא להשמיענו דפטור מטעם משטה, הוצרך למתני בהיה בורח, דעל כרחיה נחוץ לו להעבירו מיד דדין שכיר זה כפועל, אבל אילו לא היה תני בבורח לא היה נשמע דטענת משטה טענה, דהוה אמינא מאי דפטור הוא משום אונאה כיון דקבלן הוא דא"צ להעבירו מיד וקבלן הא יש לו אונאה.

אמנם נ"ל שהסעד הזה אינו משען יפה להשען עליו מתרי ותלת טעמים נכונים, חדא דדברי השיטה מקובצת מוקשים לדעתי מאד, דלדרכו מיירי גם בכדי שהדעת טועה, ושגם בזה טעמא דפטור הוא משום משטה, וזה קשה בסברא הרבה, דהא לא אשתמיט שום פוסק בהני דינים דטול דינר כו' ובחלוץ לי ע"מ כו' ובאני אציל לומר בשום מקום דצריך שיטעון משטה הייתי בך, כמו שכתבו במודה שחייב לחבירו מנה ול"א אתם עידי דדוקא בטען משטה הייתי פטור אבל אנן לא טענינן ליה (חו"מ סי' פא סעיף ג). ונראה דהדין עמהם, דאם איתא דהכא נמי דוקא בטען משטה, א"כ מאי פריך בגמרא על מתני' ואם א"ל אציל כו' ואתה נותן לי את שלי חייב, לישני דמתני' דחייב מיירי בלא טען איהו משטה.

והטעם מה דהכא א"צ לטעון נראה, משום דבלא"ה צריך הבנה, דמכדי בהא דמודה דחייב לו מנה, ע"כ אין מקום לטענת משטה אלא בתבעו וא"ל מנה לי בידך והוא הודה לו שיכול לומר כשם שהשטת בי כו' (שו"ע חו"מ שם סעיף ה), והכא בטול דינר כו' הא לא אמר ליה השכיר ולא מידי ול"ש כשם שהשטית בי כו', ועכצ"ל דש"ה דיש לנו טעם וסיבה לתלות במשטה כיון שהבטיח לו יותר ממה שהדרך ליתן עבור מלאכה זו ולא שדי איניש זוזי בכדי, וע"כ אף שלא השטה שכנגדו תחלה תלינן במשטה, משא"כ במודה שחייב לו אם תלינן דלא השטה בו אלא דבאמת הלוה לו, אין כאן שדיית זוזי בכדי, עכשיו דסיבה זו המביאה אותנו לומר דהשטה בו, הנה היא עדיפא עוד מסיבה דכשם שהשטית בי כו', וע"כ אף דהתם אנן לא

טענינן ליה, הכא אנן טענינן ליה, דמה דהסברא והדעת מסכים לו אנו חוששים לומר אם איתא דהכי הוי הו״ל לטעון כך.

ויותר עדיף י״ל עוד, דא״צ לומר דהסיבה דלא שדי כו׳ עדיף מסיבה דכשם שהשטית כו׳, אלא דהן שוים, אלא דהתם א״א לנו לטעון כשם שהשטית בי כך השטה הוא בך, דהא על ההתחלה לומר השטית בו אין לנו סיבה, דמה יניענו לומר שהתובע השטה, וכל שאין לו התחלה אין לו סוף, דכיון דא״ל סיבה לומר שהתובע השטה ממילא אין לומר שהנתבע השיבו רק דרך שחוק והשטאה, דמאיזה טעם ישטה בו כיון דכנגדו לא החל להשטות, ורק כשהוא עצמו טוען שזה החל להשטות בו טענתו טענה כיון דאפשרי לא רחוק הוא נאמן ככל כופר הכל, משא״כ הכא דיש לנו סיבה לומר שהשטה בו משום חזקה דלא שדי כו׳ א״צ שיטעון הוא.

ולפי״ז אומר, תינח אם המותר שהבטיח הוא בכדי שאין הדעת טועה, ועל כרחיה ידע שהוא יתרון ואיכא חזקה לא שדי איניש כו׳, יש לנו טעם וסיבה לטעון משטה, אבל להשיטה מקובצת דמיירי גם בכדי שהדעת טועה, וא״כ י״ל דהן אמת לא היה שדי זוזי בכדי, ומה דהבטיחו יותר משום שהדעת היתה טועה וקסבר שאינו מיותר כלום ושוב א״ל סיבה כלל לומר שהשטה בו ואמאי נטעון ליה משטה, וא״כ אין מקום לדעת השיטה מקובצת כלל לומר דמיירי גם בכדי שהדעת טועה ושמכל מקום הטעם רק משום משטה דתיקשי אמאי טענינן משטה.

ונהפוך, אם נחזיק בדברי השיטה מקובצת דמיירי גם בכדי שהדעת טועה, נידוק מהכא הפוך דעתו אלא דיש לקבלן אונאה דאל״כ בכדי שהדעת טועה אמאי פטור כיון דמשטה ודאי אין לנו לטעון.

ולהסר השגה זו מעל דברי השיטה מקובצת איני יודע לפי שעה כי אם לומר דהוא סבירא ליה דלשון הש״ס בפרק מצות חליצה (דף קו) ובפרק הגוזל (דף קטז) על האי דא״ל טול דינר והעבירני, אלמא דאמר ליה משטה כו׳, הוא דוקא בדאמר ליה, אבל אנן לא טענינן ליה (נגד משמעות כל הפוסקים), וסבירא ליה דחזקה דלא שדי כו׳ אינה סיבה לעצמה כ״כ שנהיה אנן טוענין ליה משטה. ועל הוכחתנו דא״כ יקשה מאי מקשינן בגמרא ממתני׳ ואם א״ל אני אציל כו׳ דילמא מתני׳ מיירי בלא טען, י״ל דסבירא ליה דסברת המקשה דנהי דחזקת לא שדי כו׳ אין כחה יפה כ״כ שנטען אנן משטה כיון דיש ריעותא קצת ממה דהוא אינו טוען, מכל מקום להכי מהני האי חזקה היכי דגם בלעדה אילו טען הוא משטה היה נאמן, עכשיו בצירוף חזקה זו דלא שדי כו׳ טענינן ליה אנן גם בדלא טען הוא, דנגד הריעותא מדלא טען הוא עומד מעלת החזקה דלא שדי, וע״כ יפה הקשה בגמרא דהא במתני׳ לא קתני דאומר זה הצל את שלי ואני אתן לך את שלך, אלא קתני דשכנגדו אמר אני אציל כו׳ וכיון דתבע יותר ממה שהדרך ליתן הרי התחיל הוא להשטות בו לתבוע מה שאינו מגיע לו והיה הוא יכול לטעון כשם שהשטת כו׳, ובצירוף חזקה דלא שדי המורה דהמשיב השטה בו טענינן ליה משטה אף דאיהו לא טען.

ואין צורך גם לזה, אלא בפשוטו, דלא סבירא ליה להשיטה מקובצת כלל סברא

זו דמשום חזקה דלא שדי, אלא דסבירא ליה דעד כאן לא צריך במודה שהוא חייב, לטעון בעצמו משטה, אלא משום דלא ידעינן אנן שהתובע החל להשטות, אבל הכא דחזינא שזה שכנגדו תבע יותר מהראוי והשטה בו, ודאי אנן טענינן כשם שהשטית בו כו׳ גם בלא טען הוא.

ועל כן הוסר קושיתי מעל השיטה מקובצת במ״ש דגם בכדי שהדעת טועה איתא לטעם משטה, דלדרכו טול דינר כו׳ מיירי בדטען הוא משטה ובזה א״צ לטעם מה דנאמן, כיון דאפשר דלא טעה, נאמן [לומר] לא טעיתי בדעתי וידעתי שהוא יתרון אלא משטה הייתי בך.

ואין להשיב ע״ז, דאכתי תיקשי על השיטה מקובצת, דהא במודה שחייב מנה, עד כאן אינו נאמן משטה אלא בטענה כשם שהשטית בי כו׳, דעל כן בלא תבעו אידך והודה אינו יכול לטעון משטה, וא״כ הכא בטול דינר כו׳ דלא התחיל חבירו לשטות בו אמאי נאמן דידע ושהשטה בו. די״ל דשאני התם דאין לו דבר יניענו להשטות בחבירו חינם, ע״כ אינו נאמן שהשטה (וא״ת א״כ אמאי נאמן לומר דחבירו השטה בו חינם דהרי טוען כשם שהשטית בי ונימא נמי מה דבר הניע לחבירו להשטות בו, י״ל דה״ט דעל עצמו אינו נאמן, משום דהמשטה בחבירו יש בו איסור משום אונאת דברים, וע״כ אף דנאמן לומר שחבירו השטה בו, מכל מקום אינו נאמן לומר כן על עצמו, דהוא כאומר שעבר איסור ואין אדם משים עצמו רשע), משא״כ הכא דיש דבר יניענו להשטות, היינו הצורך לעבור המעבורת הביאו להשטות ולהבטיחו יותר ממה שהדרך ליתן כדי לזרזו שיהיה מהר לשמוע לו להעביר אותו את הנהר עד לא ישיגוהו הרודפים ע״כ נאמן לטעון משטה אף שכנגדו לא השטה בו תחילה.

וע״כ אין לנו לסעוד סעד הנ״ל בסברת הרמב״ם כיון דלשיטתיה דידיה בהאי טול דינר כו׳ אנן טענינן ליה, וע״כ אא״ל דמיירי גם בכדי שהדעת טועה, דהא בהא ודאי אנן לא טענינן ליה, ואדרבה א״ת דמיירי בהכי יהיה עוד ראיה דאינו נחשב כפועל, כ״א כקבלן ופטור משום אונאה דבזה א״צ טענה כלל. הא חדא.

ועוד קאמינא בביטול סעד הזה, דכיון דניחס להרמב״ם פירוש השיטה מקובצת דמסתמא מיירי בכל ענין גם בכדי שהדעת טועה, ומכל מקום אינו פטור כי אם מטעם משטה אבל משום אונאה לא, אף דלהרמב״ם קבלן יש לו אונאה משום דזה צריך לעשות מלאכתו מיד, דתיקשי ע״ז, תינח בטול דינר כו׳ דכיון דבורח מבית אסורים נחוץ שיעש ויגמור המלאכה מיד לא מתי שירצה, וכן במתני׳ באמר ליה אני אציל כו׳ שדימה הגמרא בפרק הגוזל לטול דינר כו׳, כיון דמיירי בשטף נהר חמורו נחוצה מלאכת ההצלה לעשותה מיד, אבל בהאי דחלוץ לי ע״מ שאתן לך מאתים זוז שדימה בגמרא בפרק מצות חליצה לטול דינר כו׳ דאינו מוכרח דנחוצה שיחלוץ לה מיד, והרי ע״כ תאמר ג״כ כיון דסתמא קתני מיירי בכל גוונא גם בכדי שהדעת טועה ומכל מקום צריך לטעם משטה משום דטענת אונאה ליכא, והא הכא א״א לומר כן, דכיון דיכול לעשות אחר שעה וגם ליום מחר כי יבא ודאי דינו כקבלן, והרי קבלן יש לו דין אונאה, ובלא טעם משטה א״צ ליתן לו היתרון על דמי השכירות.

ועוד בזה שלישיה, והוא דהשיטה מקובצת על כרחיה לא סבירא ליה דטעם דטענינן משטה הוא משום דהבטיח דבר גדול, וכקטן וכגדול שוה הוא, דכל שיש בפסיקתו יותר מדמי השכירות יש לטעון משטה, שהרי הרב אומר כן דמשמע דגם בכדי שהדעת טועה פטור רק מטעם משטה. ונ״ל דמרוצת לשון הפוסקים אינו כן, גם מדלא אשתמיט אחד מהם בדין שכתבו דשכירות בהמה וכלים יש להם אונאה בשתות לכתוב דבעוד לא נתן הדמי שכירות יש גם טענת משטה, דיש בזה נ״מ בידע שיש בו אונאה דמטעם אונאה ליכא (או אפשר דגם בפחות משתות דמשום אונאה ליכא מכל מקום משום משטה איכא ויכול לטעון ידעתי שיש בו אונאה והשטתי בך) וא״כ א״א להו כך לפרש כהשיטה מקובצת דגם בכדי שהדעת טועה מיירי ושגם בזה פטור מטעם משטה.

גרעין א

[קו׳ בהא דקבלן יש לו אונאה]

בש״ע חו״מ סי׳ רכז סעיף לה ״השוכר את הכלים או את הבהמה יש להם אונאה שהשכירות מכירה בת יומא היא״. ובסעי׳ לג ״השוכר את חבירו לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה״. (וזה שהשכיר עצמו כפועל שם עבד עליו, סמ״ע [ס״ק ס]). ואיתא עוד בסעי׳ לו ״הקבלן יש לו אונאה״ (כיון דגומר המלאכה אימתי שירצה אינו כעבד. סמ״ע ס״ק נט).

וק״ל, מכדי כל הטעם דיש אונאה לשכירות הוא משום דהדבר השכור יש להשכיר קנין בגויה לשמש בו, וכדאיתא בנימוקי יוסף בפרק הזהב בסוגיא שבדף גו ע״ב והיינו מ״ש בש״ע (סעי׳ לה הנ״ל) ״שהשכירות מכירה בת יומא היא״. ומובן ממילא דמה דצריך טעם לפועל דאין לו אונאה (כנ״ל בסעי׳ לג) היינו משום דגם בפועל יש לבעה״ב קנין בגופיה שיעבוד לו במשך ימי השכירות, ועל כן בספר שיטה מקובצת במסכת בב״מ שם דס״ל דבקבלת מלאכה ושכירות פועל אין לו קנין בגופם נתן טעם פשוט דאין להם אונאה וכתב משום דבהני ליכא מכירה כלל ולא שייך הטעם שבגמרא דשכירות ליומיה ממכר הוא, ולא הוצרך לטעם שבש״ע דפועל הוא כעבד. ומכדי טעם דפועל אין לו אונאה הוא דזה הדבר עצמו שיתן לו דין אונאה היינו משום דיש להשוכר קנין בגויה, זה גורם שוב שלא יהא לו דין אונאה וכמ״ש בש״ע (סעי׳ לג כנ״ל) ״מפני שהוא כקונה אותו לזמן״ והוה כעבד.

וא״כ מה שקבלן יש לו אונאה הוא כארכביה אתרי ריכשי, דאם שייך ביה דין אונאה, על כרחך תאמר דיש לו קנין בגויה, וע״כ מכירה בת יומא היא, ואם יש לקבלן אונאה ואינו כעבד כמו הפועל, עכצ״ל דשאני קבלן דגומרו מתי שירצה ע״כ שאין להשוכרו קנין בגויה. (ועיי׳ אשכול ב).

גרעין ב

[קו׳ על דברי התוס׳ דלשוכר אין קנין בגוף כלל]

בתוס׳ בפרק הזהב (במסכת בב״מ דף נו ע״ב) על מה דאיתא התם דשכירות יש לו אונאה ״דביומיה מכירה היא״ כתבו (בד״ה והאי), דבפ״ק דע״ז [טו,א] בישראל ששכר פרה מכהן ומן לא לבית דירה אמרו משום דהמשכיר יעבור על לא תביא תועבה אל ביתך, מוכח דאין קנין להשוכר. אלא גבי אונאה כתיב ממכר מיותר לרבות שכירות (ולא נחית למ״ש הנ״י שקדם זכרו בגרעין א׳ דהאי דפ״ק דע״ז הוא משום שהעיקר קנוי להמשכיר ע״כ המשכיר עובר על לא תביא תועבה אל ביתך, ומכירה הוה מפני שיש להשוכר קנין בגוף לשמש בו).

וק״ל והאיך אפשר כסברת התוס׳ דאין להשכיר קנין בהגוף כלל, והא בפ״ק דבב״מ (דף יא) במעשה דר״ג וזקנים דאמר רבן גמליאל עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו. מבואר בגמרא דרבי יהושע קנה המעשר מטעם חצר, וכן פסק הרמב״ם בהל׳ מכירה פרק ג הל״ז דאם המטלטלין הנמכרים מונחים במקום המושכר ללוקח קונה המטלטלין מטעם חצר, והשתא אם איתא דאין להשוכר קנין כלל בגוף מקום השכור לו, איך הוא חצרו שיקנה לו[24].

24 עיי׳ קהלת יעקב למהרי״ט אלגאזי שמאריך בענין זה בגדר הקנין שיש בשכירות, ולענין הא דחצר קונה לשוכר מבאר שם דאף אם אין החצר שייכת לשוכר, מכל מקום שייך לומר שהיא קונה לשוכר, דכיון שכל התשמישים של החצר שייכים לו הרי החצר כפועל שלו, וכשם שמציאת פועל לבעל הבית ה״נ החצר זוכה לשוכר. ועיין קצות סי׳ שיג ובאבני מילואים סי׳ ל ס״ק ה שמבאר דעיקר קנין חצר לא תליא במי שיש לו קנין בדבר אלא מי שיש לו רשות בו.

עיקר אונן ואבל

אשכלותיו שבעה ענביו שבעה גרעיניו שלשה

אשכול א

[דין מי ששמע שמת לו מת ואינו יודע אם כבר עברו שלשים יום]

במי ששמע שמת אביו ואינו יודע אם תוך שלשים או לאחר שלשים יום, דעת מהר"מ מינץ [סי' צה] דחייב להתאבל, דלא אמרינן דספק הוא וספק אבילות להקל, דהעמיד אותו על חזקת חי ועכשיו הוא דמת, כהאי דפרק כל הגט (דף כ"ח ע"א) המביא גט והניחו זקן או חולה נותנו לה בחזקת שהוא קיים. והט"ז הל' אבילות (סי' שצז סק"ב) האריך והעלה דלא מוקמינן על חזקת חי אלא היכי שי"ל שגם עכשיו עודנו חי, לא כשהוא מת לפנינו. אף דבכל מקום אלימא חזקה דמעיקרא מחזקה דהשתא הכא כיון דאדם עומד למות אין חזקה דמעיקרא אלימא כ"כ[1].

1 עיי' ש"ך יו"ד סי' שצז סק"א. ובנקודות הכסף שם משיג על הט"ז. ועי' נודע ביהודה מהדו"ק אה"ע סי' לא. ועיי' עוד בעיקר השאלה בשו"ת שבות יעקב חלק א סימן צ"ח וחוות יאיר סי' רא, פתחי תשובה ליו"ד שם, ובגליון רבינו שם.

ועיי' רש"ש יבמות סח,א לתוד"ה רישא שמוכיח כדעת הט"ז מדברי התוס' שם שהקשו בהא דספק בן ט' פוסל בביאתו ולא מוקמינן ליה אחזקה קמייתא דהוא פחות מבן ט. ותירצו דכיון דהשתא דאתי קמן הוי ודאי בן ט', אף על פי שהיה ספק כשבא עליה לא מוקמינן ליה אחזקה קמייתא אלא אזלינן בתר השתא. ודבריהם צ"ב דהא בכל מקום חזקה קמייתא עדיפא מחזקה דהשתא, אמנם לדעת הט"ז אתי שפיר דכיון דזו חזקה העשויה להשתנות לא אזלינן בתר חזקה זו כשיש נגדה חזקה דהשתא. ועיי' מהרי"ט סי' נא.

ובהסבר הענין י"ל, דשני דינים בחזקה, א בתורת בירור, שאמרה תורה שכל זמן שלא ידענו על דבר שמשתנה מסתמא לא השתנה, ב דאמרינן מהיכי תיתי לנו להתספק על דבר שאנו מוחזקים בו במצב מסוים. וי"ל דכשיש חזקה דהשתא כנגד חזקה דמעיקרא לא שייך הטעם השני לומר מהיכי תיתי להסתפק, דודאי יש סיבה להסתפק כשאנו רואים לפנינו שהשתנה. אלא דמכל מקום אזלינן בתר חזקה דמעיקרא משום דיש דין בירור שעל הזמן שאנו לא יודעים אם השתנה מסתמא לא השתנה. אמנם כשהחזקה עשויה להשתנות י"ל דלא שייך לומר דהחזקה היא בתורת בירור שמסתמא לא השתנה, אדרבה, מסתמא כן ישתנה, אלא מה דבחזקה העשויה להשתנות אזלינן בתרה זה רק משום שמהיכי תיתי להסתפק, אך ביש חזקה העשויה להשתנות כנגד חזקה דהשתא אין לנו לא תורת בירור משום דעשוי להשתנות, ולא את הסברא דמהיכי תיתי

ובחפזי תמהתי דהרי משנה מפורשת היא בסוף פרק מי שאחזו (במסכת גיטין דף עו ע"ב) "הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן עד י"ב חדש כתבו ותנו גט לאשתי כו', כתבו לאחר י"ב חדש ונתנו לה כו' ומת, אם הגט קודם למיתה הרי זה גט, ואם מיתה קדמה לגט אינו גט ואם אין ידוע זו היא שאמרו מגורשת ואינה מגורשת" ויקשה, אם אין ידוע אמאי הוי ספק גט, נימא דהוי גט דהעמיד אותו על חזקת חי ועכשיו הוא דמת וכמו במתני' הנ"ל דנותנו לה בחזקת שהוא קיים ועכצ"ל דשאני התם דאמרינן דעדיין הוא חי, משא"כ הכא דעכשיו מת לא אוקמינן על חזקה דמעיקרא[2].

ואחר ישוב קצת נ"ל דמהא ליכא ראיה, די"ל דהיינו טעמא, דכמו דאנו עושים הספק בהבעל מתי מת, כך יש לנו לעשות ספק בדידה אם נתגרשה בגט זה שקיבלה מפני שבעלה היה עדיין חי באותה שעה, או לא נתגרשה מפני שכבר היה מת ואין גט לאחר מיתה, ולגבי זה הספק יש לאוקמה אחזקת היתר ליבם ואיסור לשוק לומר דלא נתגרשה כי כבר היה בעלה מת.

ואולם בהאי דהמביא גט דנותנו לה בחזקת שהוא קיים ל"ש נמי כך, לומר אוקמה אחזקת היתר ליבם ואיסור לשוק, דזה אינו, דהא גם אם אתה אומר שהוא עדיין חי אי אתה מוציא אותה מחזקה זו, דהא בשעה זו עוד לא נתגרשה, ועדיין אסורה לשוק ומותרת ליבם לכשימות. ומה שאתה אומר שיכולה היא להתגרש, זה מסכים עם החזקה, דהא מעולם יכולה היתה להתגרש, ואדרבה אם תאמר שבעלה אינו קיים ושכבר הותרה ליבם ושאינה יכולה להיות ניתרת ע"י גט לשוק, זה נגד החזקה דהרי מלפנים עדיין לא היתה מותרת להיבם משום איסור אשת איש ואשת אח, וכן מלפנים יכולה היתה להיות ניתרת לשוק ע"י גט ועכשיו אתה

להסתפק משום החזקה דהשתא. אמנם יש ביאורים נוספים באחרונים בדברי התוס' הנ"ל, עיי' א"ת חי"ג עמ' תקעד.

2 עיי' ר"ן גיטין שם [לט,א בדפי הרי"ף] שכתב "דלא מוקמינן ליה בחזקת חי ונימא דלאחר י"ב חדש מת, אלא כיון דהשתא מת, מקמי הכי מספקינן ליה דילמא בתוך י"ב חדש מת". ובגליון רבנו הנ"ל מביא הוכחה זאת בשם תשובת מוצל מאש סי' כה. ועיי' שו"ת שאילת יעבץ ח"א סי' קכח, ובחדושי הגרשוני בגליון השו"ע שם.

ועיי' נודע ביהודה מהדו"ת חיו"ד סי' רח [תשובה מבן המחבר] שמתרץ כעין דברי רבנו, דהתם מוקמינן בחזקת איסור יבמה לשוק, וכתב "ואין להקשות לפי זה למה צריך הר"ן לומר כיון דהשתא הוא מת, אמאי לא מתרץ דלא מוקמינן אחזקת חיים הואיל וחזקת איסור מתנגד לחזקת חיים, זה אינו, דאילו לא מת לפנינו בודאי אלים ליה חזקת חיים אף נגד חזקת איסור כמו שמפורש בסוגיא דגיטין כח ע"א המביא גט והניחו זקן או חולה ע"ש דשמא מת לא חיישינן, ולכך צריך הר"ן גם להך טעמא דהרי הוא מת לפנינו, אבל היכא דאין חזקת איסור מתנגדת לחזקת חיים אוקמינן ליה אחזקת חיים ואמרינן השתא הוא דמת".

ועולה מהדברים דיש בזה ג' שיטות א. שיטת הט"ז דלא מוקמינן בחזקת חיים כשמת לפנינו. ב. שיטת בהמ"ח בנוב"י דכשהמת לפנינו ויש חזקת איסור לא מעמידים בחזקת חיים, אך אם אין חזקת איסור מעמידים על חזקת חיים גם כשהמת לפנינו, וכשאין מת לפנינו מעמידים על חזקת חיים גם כשיש חזקת איסור כנגד. ג. שיטת רבינו, דאף כשאין המת לפנינו אם יש חזקת איסור כנגד לא מעמידים על חזקת חיים. ובהמביא גט והניחו בחזקת זקן כו' אין חזקת איסור כנגד כמבואר להלן ד"ה ואולם.

אומר דאזל מינה איסור אשת איש ואשת אח וגם נשללה ממנה האפשרות להיות ניתרת לשוק ע״י גט.

ותו, שאם אתה אומר שבעלה קיים אין חזקה מנגדתו כלל, שזה שתאמר שתהא אחר נתינת הגט לידה אסורה ליבם ומותרת לשוק, דומה למה דאיתא שם בסוגיא דפרק כל הגט דדוקא לשמא מת לא חיישינן, אבל לשמא ימות חיישינן, דהא עכשיו בשעה שאתה דן עדיין לא ניתן הגט, וההשתנות מהיתר לאיסור ומאיסור להיתר לא יבא עד אחר הזמן.

וכן מוכח לכאורה ממה דאיתא בסוגיא הנ״ל, באומר הרי זה גיטך שעה אחת קודם למיתתו אסורה לאכול בתרומה מיד דלשמא ימות חיישינן. וק״ל הא בלעדי חזקת חי איכא עוד חזקה, חזקת אשת איש, ואתה חושש שימות ויהיה גט ותיפקע האישות[3]. וצ״ל דבזה נמי איכא האי טעמא. דהחשש שיהיה גט להבא, נמי דומה לשמא ימות.

אלא דעדיין לא מחוור, דהא בשעה שאתה אוסר לה לאכול תרומה על כרחי׳ את חיישת שמא כבר נתגרשה מפני שימות תוך שעה מעת שעכשיו, דהא אי חיישת רק שימות שעה למן אחר רגע אחת כי יעבור, מאי בכך, דהא ברגע זו שאוכלת עדיין לא נתגרשה ומותרת בתרומה. ואין לומר דילמא במשך הזמן שאוכלת למן אז אחר שעה ימות ונמצא שטרם שגומרת לאכול תתגרש ויהיה סוף האכילה באיסור, ומ״מ כעת הזאת שאתה חושש הוא חשש דלהבא והוי כשמא ימות, זה אינו, דמ״מ תהא רשאית לאכול, דהא כשאוכלת כל שהוא הראשון אי אתה חושש שכבר נתגרשה, ושוב רשאית לאכול גם משהו השני וכן השלישי וכן עד גמר האכילה, דתמיד הוי החשש רק שמא חלו הגירושין כבר, דמשום חשש שיחולו אחר רגע אינה עושה איסור בהאי משהו שאוכלת, ושמא חלו הוי נגד חזקת אשת איש דהוי כשמא מת ולא חיישינן. ולמה הדבר דומה, למ״ש התוס׳ בפרק האיש מקדש (דף מה ע״ב) בקטנה שהלך אביה למדינת הים דמותרת היא להינשא, דדילמא קידשה אביה לא חיישינן דהוי נגד החזקה. ומ״ש הר״ר מנחם מיוני דחיישינן שמא יקדשה, השיב עליו ר״ת, דהא בשעה שנשאת לו אין איסור בנישואיה ממה שיקדשה אביה אח״כ מיד, ועל כן כשאתה אוסרה הכא בתרומה ע״כ אתה חושש ברגע שבא התרומה לתוך פיה שמא עתה כבר חלו הגירושין כי מות ימות בעוד שעה מכוונת מעכשיו וזה נגד חזקת אשת איש.

גם נ״ל מוכרח, דכהאי מקרי נגד החזקה מהתוס׳ ריש פרק השולח (דף לג ע״א [ד״ה ואפקעינהו]) דהקשו איך הורגים לאשת איש שזינתה, דילמא ישלח לה הבעל גט ויבטל השליח שלא בפניו ויפקיעו רבנן הקידושין מיניה ונמצאת פנויה. ותירצו דחשש זה הוי נגד החזקה. וע״ז יש להקשות לכאורה, הא חשש זה הוא מה

3 עיי׳ שו״ת נודע ביהודה מהדו״ק חיו״ד סי׳ נו שדן בענין זה מצד חזקת היתר שיש לאשה לאכול בתרומה, וכתב שחזקה זו הורעה על ידי הגט שניתן, ואף שניתן לשעה אחת קודם מיתתו, מכל מקום יצאה מחזקתה. ומדמי לה לדברי התוס׳ כתובות דף כג ע״א ד״ה תרוייהו דכיון שזרק לה קדושין אף דמספקא לן אם קרוב לו שוב ליכא למימר אוקמה אחזקת פנויה. ונראה שכן אפשר לתרץ גם את קושיית רבנו שדן מצד חזקת אשת איש. ועיי׳ שערי ישר ש״ב פ״ט שמקשה כקו׳ רבנו. ועיי׳ גם קובץ הערות יבמות בהוספות בסוף הספר הוספה ג.

שיעשה אחר הזמן ודומה לשמא ימות[4], וע"כ צ"ל הא חיישת דיעקרו הקידושין ותהיה פנויה למפרע, זהו שפיר נגד חזקה, דהשתא היא אשת איש לפנינו ואת אומר דתהיה מהשתא פנויה.

ואולי דא ודא אחת היא בסברא, דמאי דלשמא ימות חיישינן, אולי נמי אשר זהו לא מיקרי נגד חזקת חי, הטעם משום דמעולם לא היה בחזקת שלא ימות בעת מהעיתים, וכמו שאמרנו דאשה זו לא היתה בחזקת שלא יאסור אותה הגט ליבם ויתירה לשוק בעת מהעיתים.

ולפי זה, בנידון שאנו עומדים עליו, באיני יודע אם מת קודם או תוך שלושים, דאין לך חזקה מנגדת לחזקת חי, שפיר י"ל דמעמידין אותו על חזקת חי ושעכשיו מת וחייב באבילות, דזה דומה למתני' דפרק כל הגט הנ"ל, לא למתני' דפרק מי שאחזו דהוי ספק, דהתם החזקות עומדות זו נגד זו וע"כ הוי ספק שקול.

ואין לך לומר, הכא נמי איכא חזקה המנגדת לחזקת חי, היינו חזקה דלא נתחייב באבילות, דכבר כתב מהריב"ל (בספר שני תשובה ע"ב) דלא מסתבר כלל לומר "העמד אותו היהודי בחזקת שאינו חייב להתאבל". ובתשובת הרדב"ז (סי' סב) כתוב לאמר "עוד כתבת כו' אוקי האחים בחזקת שאינם חייבים באבילות, והא וודאי ליתא שהאחים אין להם חזקה זו מחמת עצמם אלא מחמת אחותם דמוקי לה בחזקת חיות, וזו החזקה בעצמה גורמת (אם אינם יודעים מתי מתה) שיהיו חייבים באבילות שלימה דמוקי לה בחזקת חיות".

וטעם סברתם נ"ל, דחזקה לא נתחייב באבילות היה שייך אילו היה ספק לנו בו עצמו, כגון בנעשה גדול ושמע שמת קרובו ואינו יודע אם מת אחר שנעשה גדול או קודם לזה, אבל אדם מישראל כבר עליו חיוב להתאבל על קרובו שימות.

ואני מסברא דנפשאי אמרתי טעם אחר, והוא כיון דאבילות אינו חל עד שישמע וידע ממיתת קרובו, שהרי בעוד לא נודע לו, אחרים רשאים לעשות לו דברים שהאבל אסור בהם, והיה ראוי להיות אסור לעשות לו משום לפני עור לא תתן מכשול, אלא הטעם דשרי משום דאין עליו חיוב אבילות עד שישמע מהמיתה, ועל כן זה השומע שמת קרובו, ואינו יודע אם הוא תוך שלשים, הבא לפניך לשאול, אי אתה יכול לפוטרו משום חזקה שאינו חייב באבילות, דהא גם לדבריך שהוא חייב, אי אתה דן שכבר נתחייב משעה שמת קרובו. כי אם שיחוייב מעכשיו ולהבא, וזה דומה שוב לשמא ימות דחיישינן, ומצאתי ראיתי אח"כ תוכן סברתי זאת בתשובת חכם צבי (סי' ק"ו) [סי' ג].

ועובדא היה באחד ששמע ובא שאביו זקן בן שנים ותשעים שנה נפלו ליסטים לביתו והכוהו הכה ופצוע במוחו וחלה ומת, ולא נודע לו מתי מת, אך שמע שיום שנפלו

4 עיי' באר יצחק חאה"ע סי' א ענף ד שמקשה כן, ומתרץ לפי דברי הנודע ביהודה הנ"ל ובמהד"ת יו"ד סי' קג שיסוד הדין של "שמא מת חיישינן" הוא משום שאדם עומד למיתה ובודאי ימות, אך במקרים אחרים אומרים חזקה גם להבא. ועיי' שערי ישר הנ"ל שעמד ג"כ על קושיא זו.

הליסטים עליו היה קודם שלשים. והשבתי דבנדון זה גם הני תלתא סבי, מהר״ם מינץ ורדב״ז ומהריב״ל שמחייבים באבילות בספק אי מת תוך שלשים יום, י״ל דבנדון זה יודו דפטור מתרי טעמי, והיינו:

חדא ממ״ש בשלטי הגבורים בשם ריא״ז בהאי דפרק כל הגט בהניחו חולה דנותן לה הגט בחזקת שהוא קיים, שזה דוקא בחולה בידי שמים, אבל חולה ע״י אדם שעשאוהו טריפה לא אמרינן חזקה שהוא קיים, וא״כ בנידון דידן ליתא לטעמם שבעבורו חייב להתאבל משום חזקת חי, והרי דברי הריא״ז הובאו להלכה בהגשו״ע אה״ע (סי׳ קמא סעי׳ סח).

שנית דעל מתני׳ הנ״ל בהניחו זקן דנותנו לה בחזקת שהוא קיים איתא בגמר׳ ״אמר רבא לא שנו אלא שלא הגיע לגבורות (בן שמונים שנה מן ״ואם בגבורות שמונים שנה״ [תהלים צ], רש״י) אבל הגיע לגבורות לא, וא״כ בנידון זה שהי׳ האב זקן יותר מן שמונים ליכא חזקת קיים.

הן איתא עוד התם בגמרא דהקשו על רבא מדתנן דנותנו לה אפילו הוא בן מאה שנה, ומשני שאני הכא כיון דאפליג אפליג, ופירש״י דמן היותו בן שמונים עד תשעים היינו גבורות, ומן תשעים ולהלן מקרי אפליג, ורצונו ד״אפילו בן מאה״ לרבותא קתני[5], (וכש״כ בן תשעים). וא״כ הכא דאביו היה זקן יותר מבן תשעים, אף דעד מאה לא הגיע, מכל מקום לשיטת רש״י כבר שייך ביה כיון דאפליג אפליג, ואיכא שוב חזקת חי וחייב באבילות לסברת תלתא גאונים הנזכרים זכרם לחיי עד.

ואל תאמר שדעת רש״י דעת יחידאה היא, דנ״ל ראיה דגם התוס׳ אזלי בשיטתיה דרש״י, והוא דבפרק המפקיד (במסכת בב״מ דף לט ע״ב) בעובדא דסבתא וברתא שנישבו, מבואר שם (לענין מורידין לנכסי האי סבתא) דחיישינן פן מתו שתיהן והקשו שם בתוס׳ [ד״ה דילמא] האיך חיישינן שמא מתה הסבתא והא איכא חזקה שהיא קיימת, וכתבו דאין לומר דמיירי בהגיעה לגבורות, דאכתי קשיא איך חיישינן למיתת ברתה, ואי דהיא נמי הגיעה לגבורות א״כ ע״כ הסבתא כבר אתפלגא ויש לה שוב חזקת חי כיון דאפליג. וקשיא לי אטו לא אפשרי דהאי סבתא ילדה לברתה בהיותה בת ט״ו או בת ח״י שנה וברתה הגיע לגבורות והיא בת שמונים והסבתא תשעים וחמש או תשעים ושמונה, וא״כ גם היא עדיין בגבורות[6], אע״כ סבירא להו כרש״י דמן תשעים ואילך כבר שייך כיון דאפליג, ופחות מתשעים א״א שתהי׳ הסבתא אם ברתה בת שמונים דהא קטנה אינה יולדת.

אלא מ״מ, כיון דסברת רש״י ותוס׳ לאו דכ״ע נינהו, ויש מהסוברים דבן מאה דוקא,

5 וכ״כ הב״ש סי׳ קמא ס״ק קז.

6 עיי׳ שיטה מקובצת שם שכתב כן בשם תלמיד הר״פ לתרץ את קושיית התוס׳ וז״ל ״י״ל דלא אמרינן כיון דפלג פלג אלא בשהגיע לק׳ שנה ושמא עדיין לא הגיעה האם לק׳ שנה דיכול להיות דאע״ג דהבת הגיעה לגבורות האם לא הגיעה לק׳ שנה״ וכן כתב בחידושי הריטב״א החדשים שם. ועיי׳ טור אה״ע סי׳ קמה שכתב בשם הרמ״ה דרק מבן מאה שנה נחשב להפליג. ובקרבן נתנאל גיטין שם סי׳ ד אות ל כתב שטעמו כדי ליישב את קושיית התוס׳ הנ״ל בבב״מ. ועיי׳ חידושי ח״ס ב״מ שם, ובישועות יעקב אה״ע סי׳ קמא ס״ק לב.

א"כ הדרינן לכללא הלכה כדברי המיקל באבל. ואף דדעת מהרשד"ם בתשובותיו חלק יו"ד (סי' רא), ות' מהר"א ששון [סי' קסז] דכלל זה אינו בדברי הפוסקים, מכל מקום הא דעת הב"י [סי' שצו] אינו כן[7], וכש"כ בדין זה שכבר הביא בהגהש"ע אה"ע (סי' קמא סעי' סח) להלכה דרק בבן מאה אמרינן כיון דאפליג א"כ כבר לא הי' לאביו של זה חזקת חי דנחייב את בנו באבילות.

אשכול ב

[חתן שמת אביו והפסיק רגל באמצע שבעת ימי המשתה אם נפקע האבילות]

מן החקירה בהאי דמת אביו של חתן כו' דנוהג שבעת ימי המשתה ואח"כ נוהג שבעת ימי אבילות (ברפ"ק דכתובות דף ג' סע"ב), מהו אם פגע בו רגל תוך שבעת ימי המשתה, אי רגל זה מפסיק שבעה דאבילות או לא[8].

ומסברא היה נ"ל דאינו מפסיק, מידי דהוי כשני רגלים שפגעו זה אחר זה, היינו סוכות ושמיני עצרת, דאם לא נהג שעה אחת קודם להן גם שמיני עצרת [לא] מפסיק (ש"ע סי' שצ"ט סעי' ב) אף דכבר נהג ברגל ראשון כל דברים שבצנעה, כש"כ הכא דלא נהג בימי המשתה כי אם באיסור תשמיש המטה[9].

ומצאתי בספר כנה"ג יו"ד סוף החיבור אות י"ז, דכתב דבכי האי גוונא הרגל מפסיק השבעה דאבילות, וצריך טעם. ונ"ל הטעם דלא העדיפו שבעת ימי המשתה כי אם שיהיה כמו שבת לא כרגל, ובשבת ערב הרגל ששמע בו שמועה קרובה, אעפ"י שלא נהג אלא דברים שבצנעה הדין דרגל מפסיק (ריש סי' שצ"ט).

ונ"ל קצת ראיה לסברא זו דימי המשתה יש להם רק חשיבות שבת, ממה שכתב הרמב"ם (פ"י הל' ג' מהל' אבל) דבמת לו מת ברגל, כיון דלא חלה עליו אבלות קודם הרגל אינו נוהג ברגל גם דברים שבצנעה (ולא כהש"ע או"ח סי' תקמ"ח ס"ד). ודבריו ק"ל קצת, מ"ש זה ממת אביו של חתן כו' "דבועל בעילת מצוה ופורש ונוהג שבעת ימי המשתה", והרי הכא כשבא האבילות לחול עליו, היינו כשנקבר המת כבר פגע בו הרגל, היינו החתונה, וכמ"ש רש"י שם (ריש דף ד') בזה"ל "ופורש ויקברו את המת מיד דכיון דחל עליו חתונה הוי לגביה כרגל ולא אתיא אבילות וחייל ונוהג שבעת ימי המשתה". והרי איתא התם "וכל אותן הימים הוא ישן בין אנשים כו" וכתב רש"י "וכל אותן הימים של ימי המשתה ושל אבילות הוא ישן

7 עיי' שדי חמד כללים מערכת הה"א אות קיח.

8 עי' חידושי רעק"א סי' שמב סעיף א שכתב "ואם בתוך ימי המשתה פגע בו רגל מפסיק ליה גזירת שבעה. שכנה"ג בסופו בקצת ליקוטים אות יז בשם תשובת עדות ביעקב סימן יא. ולענ"ד דין זה צ"ע דבפשוטו כיון דעדיין לא חל עליו אבילות אין הרגל מבטלו וצ"ע לדינא". ועיי' גליון רבנו שם שכתב כדבריו בעיקר שלפנינו. ועיי' שדי חמד אסיפת דינים מערכת אבלות אות קפד.

9 עיי' ט"ז סי' שצט ס"ק ד שמשמע מדבריו דהטעם הוא משום דלשמיני עצרת אין חשיבות לבטל אבילות, ואם כן אין הוכחה לנידון דידן שפגע רגל בתוך שבעת ימי המשתה.

כו׳ ואין מתיחדין זה עם זה שמא יבעול ואבל אסור בתשמיש המטה ואף בשבעת ימי המשתה שהן כרגל נוהג הוא באבילות של דברים שבצנעה[10]״. אמנם לפי מה דאמרינן דימי המשתה יש להם רק חשיבות שבת ניחא[11].

אשכול ג

[ת״ח שציוה שלא יספידוהו אם שומעים לו]

כאשר נשבה ארון אלקים, כי נפטר אבא מארי אבי ישראל זצוק״ל ציוה שלא להספידו, והדין פשוט בש״ע הל׳ אבילות (סי׳ שד״ם סעי׳ י׳) דמי שציוה שלא יספידוהו שומעין לו, דהאיבעיא בפרק נגמר הדין (במסכת סנהדרין דף מו סע״ב) אי הספידא יקרא דחיי או דשיכבא. — ונ״מ באמר לא תספדוהו להאי גברא, דאי יקרא דשכבי הוא שומעין לו, — איפשטא דהספידא יקרא דשכבי הוא. ובפשוטו אף דלא מבואר בהש״ס והש״ע דמיירי גם בת״ח, מ״מ זיל בתר טעמא, דהרי הטעם משום דמחל על יקריה, והרי גם ת״ח שמחל על כבודו כבודו מחול. ואין לומר גברא רבה כהאי אשר האיר עולמו בתורתו וקדושתו שאני, דהא הטעם דת״ח יכול למחול על כבודו משום דתורה דיליה היא, וזה שייך גם בגברא רבה[12].

10 עיי׳ בחידושי הריטב״א כתובות שם שמחלק בזה בין רגל דאורייתא לבין חתן דהוה רגל דרבנן והחמירו שינהוג דברים שבצנעא, ובשימ״ק שם בשם שיטה חילק בזה בין רגל דיחיד לרגל דרבים.

11 יש להעיר בזאת מדברי הרמב״ם פי״א ה״ז ״שבעת ימי החתנות הרי הן כרגל ומי שמת לו מת בתוך ימי המשתה אפילו אביו ואמו, משלים שבעת ימי השמחה ואחר כך נוהג שבעת ימי אבלות״, הרי שדימה את ימי החתנות לרגל. ולכאורה הרי הם כשבת ולא כרגל.

ואולי יש לחלק בין היכא שכבר נשא ואח״כ מת אביו, שאז ימי החתנות הם כרגל, לבין היכא שמת אביו קודם שנשא, שכיון שבזמן שנשא כבר מת אביו אין לשבעת ימי הנשואין חשיבות של רגל רק של שבת. אלא שיתחדש לפי זה דבאופן זה שכבר נשא ואח״כ מת אביו, כיון שהוא כרגל לא ינהוג גם דברים שבצנעא, לדעת הרמב״ם דברגל אינו נוהג דברים שבצנעא, ויש לדייק כך קצת, דבהלכה ז׳ שם לא הזכיר הרמב״ם שנוהג דברים שבצנעא, רק בהלכה ח׳ שאיירי כשמת ואח״כ נשא הזכיר הרמב״ם שנוהג דברים שבצנעא. ואמנם בשו״ע נפסק בהדיא (סי׳ שפ״ג ס״ב) דגם בכנס לחופה ואח״כ מת לו מת אסור בדברים שבצנעא, ורק ביחוד מותר, אך השו״ע לשיטתו בסי׳ שצט ס״א דגם ברגל נוהג דברים שבצנעא.

12 עיי׳ פתחי תשובה סי׳ שד״מ ס״ק א שמביא מתשובת בית יעקב סי׳ פג שגדול הדור שצוה שלא להספידו המיקל שלא לשמוע לו לא הפסיד. והוכחת הבית יעקב היא מתוס׳ סנהדרין מו,ב המובא להלן שכתבו דבמלך דאיכא בזיון טפי אין החיים יכולים למחול על כבודו גם אם הספידא יקרא דחיי, והרי ת״ח עדיף ממלך, עיי״ש. ועיי׳ גליון רבנו לשו״ע שם שכתב שהראיה אינה מחוורת לו כלל. ונראה כונתו, משום דהתם רק חזינן דאף אם יקרא דחיי הוא, מכל מקום גבי מלך זה גם יקרא דשכבי, אך מנלן שאם המלך בעצמו יצוה שלא להספידו שלא ישמעו לו. ורבנו שמוכיח להלן מתוס׳ הנ״ל, זה רק לגבי זה שמניעת הספד הוא בגדר בזיון, וממילא ת״ח אינו יכול למחול על בזיונו.

ועיי׳ תשובה מאהבה סי׳ קעד שמוכיח לענין זה מהא דשבת קנג שרב שמואל בר שילת הקפיד

ומ״מ צדדתי ממה שכתב הר״ן בחידושיו בסנהדרין שם (דף מו ע״ב ד״ה ניחא) ז״ל ״ומעתה איכא למידק האיך למדו דהספידא יקרא דשכבי כו׳, דקתני שסימן יפה למת כשלא נספד, דהא אנן אמרינן לעיל דאפילו למ״ד דהספידא יקרא דחיי, מ״מ מניעת ההספד הוא עונש למת על שלא הגיע כבוד לחיים בשבילו, ותי׳ הר״ר דוד ז״ל כו׳, דאי אמרינן הספידא יקרא דחיי ואין המת מתבזה ואינו מתכבד בין שמספידין אותו בין שאין מספידין אותו, א״כ א״א שתעלה לו כפרה כשאין מספידין אותו כו׳. וכיון כו׳ דהספידא יקרא דשכבי כו׳, כיון שהבזיון הוא בגופם הוא עונש הראוי להועיל להם״. המורם מסוף דבריו דאם יקרא דשכבי הוא, הוי שלילות ההספד לא מניעת כבוד לחוד, כי אם גם בזיון לו. וכן נ״ל לדקדק מלשון התוס׳, דהם ז״ל שם (סוף דף מו) הקשו על צד האיבעיא דהספידא יקרא דחיי הוא, א״כ היכי אמרינן אל שאול ואל בית הדמים, אל שאול שלא נספד כהלכה, והרי ישראל מחלו על כבודן. ותירצו בתירוצם השני בזה״ל ״ועוד דאפילו הוי יקרא דחיי, שאני מלך דאיכא בזיון טפי לגביה שלא נספד כהלכה״. וכוונתם סתומה, אי ר״ל במלת ״לגביה״ שכתבו לגבי החיים, ושעל בזיון טפי — אף דדידהו הוא — אינם יכולים למחול[13]. או דכוונתם במלת ״לגביה״ לגבי המת. ומדכתבו בזיון טפי מבואר דגם בשאר מת אית ליה קצת בזיון אם לא נספד, אף אי הספידא משום יקרא דחיי, ויהיה ס״ל בהא כהר״ן הנ״ל במה שכתב בריש דבריו דאף אי יקרא דחיי הוא, מ״מ מניעת ההספד לא יפה למת על שלא הגיע כבוד לחיים בשבילו. והיינו אצלם בזיון קצת, ולא סבירא להו בהא כהר״ן במ״ש בסוף דבריו בשם הר״ר דוד דאין המת מתבזה ולא מתכבד כו׳, וסברתם דמשום בזיון קטן כ״כ של המת אין חוששין, והחיים כשמוחלים שפיר דמי דיקרא דידהו הוא, ואולם במלך שבזיונו טפי לאו כל כמינייהו דהחיים לבזותו.

וא״כ ממה נפשך, אי כדרך הראשון בכוונת התוס׳, מוכרח עכ״פ דמאמר יקרא דחיי ר״ל דבמניעת היקרא בזיון נמי איכא להחיים, וא״כ ה״נ יפורש יקרא דשכבי,

שיתחממו בהספדו, ומסתמא טעמו משום שלא יהיו כמתעצלים בהספדו של חכם, ויש לשאול מדוע לא מחל על כבודו שלא יספידוהו, ומוכח שלא היתה מועילה המחילה. ועיי״ש עוד בתשובה מאהבה הנ״ל (הדברים מובאים בפתחי תשובה הנ״ל) שכתב שבעל הנודע ביהודה הספיד את בעל הפני יהושע, אף שציוה שלא להספידו. ועיי׳ שדי חמד מערכת אבלות אות צ בשם ספר נחלי מים דרוש כג שדן בענין זה, וכתב בתוך דבריו ״ובאותו פרק באה שמועה שנפטר רבנו הגדול החסיד רבן של כל ישראל אשר שמו הולך מסוף העולם ועד סופו הוא רבינו עקיבא איגר ז״ל, ולא הארכתי כ״כ בשבחיו כי נשמע שציוה שלא להספידו דקיי״ל שומעין לו, אף שבקצת תשובות כתבו שהוא דוקא לחכם מופלג אבל לא ליחיד הדור כמו רבנו ז״ל שהיה יחיד בדורו ממש בתורה וחסידות, עכ״ז אנכי עשיתי בדרך ממוצע לקצר בשבחיו רק להזכיר שמו הגדול זי״ע״.

13 קשה, דא״כ היה להם לכתוב ״לגביהו״. ומכל מקום לפי ביאור זה בדברי התוס׳ מיושבת קושיית המהרש״א שם, דמאי פריך מצדקיהו שנאמר לו ״הוי אדון יספדו לך״, ואי יקרא דחיי מאי נפקא ליה מיניה, והקשה דבמלך הרי זה גם יקרא דשכבי. ולפי מה שמצדד רבינו לבאר בכונת התוס׳ דגם במלך הוה רק יקרא דחיי, אלא שמכיון דהוה בזיון טפי אינם יכולים למחול, מיושבת קושיתו. ועיי׳ ספר מרגליות הים סנהדרין שם מה שמביא לבאר בכונת התוס׳.

דבמניעתו בזיון דשכבי נמי איכא. ואי ככוונה השניה הרי אי נמי הוי יקרא דחיי הוא בזיון להמת קצת אם לא יספדו לו כש״כ אי הוי יקרא דשכבי דהוי לי׳ בזיון אם לא יספידוהו.

והנה מה דאמרינן ת״ח שמחל על כבודו כבודו מחול, היינו רק היכי דבמניעת הענין אינו לא כבוד ולא בזיון, אבל היכי דבמניעתו איכא בזיון אינו יכול, דלמחול על כבודו יכול, לא על בזיונו. ואמינא לה מהאי דזקן ואינו לפי כבודו להחזיר אבידה בעיר דפטור מלהחזיר, דכתב בהגהש״ע הל׳ אבידה (סי׳ רסג ס״ג) דאיסורא נמי איכא אף אם רוצה להחזיר. והטעם בהרא״ש [ב״מ פ״ב סי׳ כא] מובא בסמ״ע שם [ס״ק ה] ״דאסור לזלזל בכבוד תורתו״.

ותו, אף דלהמחבר שם דאם רוצה להחזיר רשאי, והוא דעת הרמב״ם [הל׳ גזילה ואבידה פי״א הי״ז], הא כתב הב״י סוף סי׳ רסג די״ל דטעמיה דשרי משום דלא מקרי זלזול גביה כי אם כבוד שמים (הביאו גם הסמ״ע סי׳ ער״ב ס״ק ו׳), וזה שייך באבידה כיון דאיכא מצות עשה דהשבה. ושם בסמ״ע במפורש כתוב דטעם הרא״ש דאסור להחזיר ״דלא אמרו אלא חכם שמחל על כבודו כו׳ לא שיבזה את נפשו[14]״.

וא״כ אחר שהעלינו דמניעת ההספד אינו רק העדר כבוד, כי אם גם בזיון, הנה ת״ח שאמר לא תספדוה להאי גברא, י״ל דאין שומעין לו.

ותו, דלפי דרך ראשון הנ״ל בכוונת התוס׳ בפרק נגמר הדין, דבמלך איכא בזיון טפי לגביה היינו לגבי החיים, ע״כ הסברא דגנאי להם שאיש אשר מכניעים עצמן נגדו וכבוד גדול כ״כ כבדוהו בחיים יהיה בלא הספד במותו, שנראה כאילו לא מחכמה עשו מה שעשו לו בחיים כי לא היה ראוי לכבוד הזה, ובודאי בזה אין חילוק בין אם הספידא משום יקרא דחיי או דשכבא, דבזיון זה תמיד ישיגו החיים ממניעת הספד למי שחשבוהו גדול כ״כ. וע״כ ממילא אם אדם כזה אמר שלא להספידו, אף למאי דקיי״ל דיקרא דשכבי הוא אין שומעין לו, דלאו כל כמיניה לעשות בזיון להחיים. ותו, דקו״ח דהא החיים עצמן אינם רשאים לעשות לעצמן בזיון כזה לפי דרך זה בכוונת תוס׳, כש״כ דאחר אינו רשאי לעשותו להם. וא״כ גם את״ל כהרמב״ם בדין אבידה, וגם תאמר דלא כטעם הב״י הנ״ל אלא דת״ח רשאי גם לבזות נפשו, דגם זה בכלל ת״ח שמחל על כבודו, מכל מקום באדם גדול אשר כל פינות הארץ היו מכבדין ומנשאין אותו והיו חרדים לקול דברו, הוי העדר ההספד בזיון גדול דהחיים ולאו כל כמיניה לעשות להם בזיון כהאי.

14 עיי׳ ריב״ש סי׳ רכ שכתב בשם הראב״ד דאין הרב יכול למחול על בזיונו והביאו בכס״מ סוף הל׳ ת״ת, ועיי׳ גליון רבנו יו״ד סי׳ רמב סעי׳ לב, טורי אבן מגילה כח,א, שד״ח מערכת כף כלל לא, מצפה איתן שבועות ל,ב ושו״ת פרי יצחק ח״א סי׳ נב. ועיי׳ מהרש״א שבועות ל,ב שמקשה דכשם שעדים ת״ח רשאים לשבת משום עשה דכבוד תורה, ה״ה יהא רשאי הדיין לעמוד לפני בע״ד ת״ח משום עשה דכבוד התורה, ונראה דלפי שיטה זו דעל בזיון אינו יכול למחול א״ש, דבשלמא כשהעד ת״ח עומד הרי זה בזיון לו ולכן מותר כמוש״כ הט״א הנ״ל, אך מי שאינו עומד לפני ת״ח אינו מבזהו כי אם שאינו מכבדו, וכיון שעל זה מועיל מחילה לא דחינן את המצוה שהדיינים ישבו.

אשכול ד

[כהן שמתה אשתו ואחד משאר קרובים, למי מהם צריך הכהן ליטמא]

עובדא היה בכהן שהיה מוטל לפניו מת אחד מקרוביו שחייב ליטמא לו, ומוטלת לפניו גם אשתו מתה, ואי אפשר לו לטפל בשניהם כי אם באחד מהם, והיתה השאלה אי יטמא לאיזה שירצה משניהם, או לא, אלא דיש אחד שצריך ליטמא לו ולהניח השני.

והנה הרמב"ם בפרק שני מהל' אבל ה"ז כתב "אשתו של כהן מתטמא לה על כרחו ואינו מטמא לה אלא מדברי סופרים עשאוה כמת מצוה כיון שאין לה יורש אלא הוא". ובכ"מ תמה מהסוגיא דריש פרק האשה רבה (דף פט ע"ב) דמקשה עמ"ד דמיטמא לאשתו קטנה והא הכא מדאורייתא מטמא לה אביה (דמן התורה אינה אשתו) ומדרבנן מטמא לה בעל (אלמא דיש כח ביד חכמים לעקור ד"ת) ומשני כיון דלא ירתי לה קריא ולא ענו לה והוה כמת מצוה ומשמע שלא הוצרכו לכך אלא באשתו קטנה אבל בדולה מדינא מטמא לה[15]. וכתב "וי"ל דכיון דה"ט דקריא ולא ענו לה שייך נמי בגדולה נקט טעמא דשויא בכולהו".

ובעיני הוא דבר זר, וכי משום דשייך נמי תקנתא דרבנן שיטמא הוציא הרמב"ם ח"ו דבר שקר מפי קן קולמסו ויכתוב "ואינו מטמא לה אלא מדברי סופרים", וזה אינו אמת דהא גם מדברי תורה מטמא לה.

וכש"כ דיש גם נ"מ לדינא דידן הנ"ל, דלדעת הכס"מ דלאשתו נמי מיטמא מן התורה, יטמא לאיזה מת משניהם שירצה לטמא לו, ולפי לשון הרמב"ם דלאשתו מטמא מטעם דעשאוהו כמת מצוה ומד"ס א"כ חייב ליטמא למת השני שחיובו מן התורה, וחיובו לאשתו אינו מן התורה.

והנלענ"ד, דהרמב"ם הוכרח להניח משמעות הסוגיא ולדחוק אנפשיה כי ראה לבלתי אפשרי שיהיה מטמא לאשתו מן התורה. והוא לשיטתיה שם (הל' ו') דטעם ההיתר והחיוב ליטמא לקרובים הוא כדי שיתעסק ויתאבל, והרי העסק באשתו אינו מן התורה כדאיתא במסכת כתובות [מז,ב] דחכמים חייבוהו בקבורתה תחת כתובתה, והאבילות באשתו נמי אינו מן התורה להרמב"ם לשיטתיה ריש פרק שני מהל' אבל, א"כ דבטל טעמא בטל דבר, כיון דליכא מן התורה לטעמא שיתעסק ויתאבל עליה, ממילא ליתא להדין שיטמא לה מן התורה. וע"כ גם באשתו גדולה רק משום תקנה מטמא לה, וזו ראיה שאין עליה תשובה לכאורה.

15 עיי' שו"ת הרדב"ז לשונות הרמב"ם סי' קעב שכתב שדן בקושיא זו, ומוסיף לדקדק בדברי הרמב"ם דלענין אבלות כתב בריש פ"ב "ומדבריהם שיתאבל האיש על אשתו". ולענין טומאה כתב "ואינו מטמא לה אלא מדברי סופרים". וכתב שאבלות היא באמת מדרבנן שלא הוזכר בכתוב כלל, וטומאה הוי מן התורה אלא שהסופרים למדו אותו באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהם ולכן קורא לו ד"ס "ונתן הרמב"ם טעם למה דקדקו חכמים למצא בכתוב שאמר שכהן מטמא לאשתו לפי שעשאוה כמת מצוה ולפיכך טרחו למצוא בכתוב שיטמא כהן לאשתו". ועיי' עוד בענין זה בלחם משנה פ"ב ה"א ובערוך לנר יבמות שם.

ולהכ״מ[16] אולי י״ל ע״ד דמצינו דחייבה התורה להקונה עבד עברי במזונות אשתו ובניו כמובא ברש״י פרשת משפטים [שמות כא, ג] על ויצאה אשתו עמו, והטעם דחמלת ד׳ עליהן כי עיניהן של אשה ובניה נשואות להבעל לזונם, ועתה שנמכר וא״א לו לזונם יעמוד האדון במקומו ויזונם ואף דמזונות אשה ובניו אינו אלא מדרבנן, מ״מ מזונותיה על האדון מן התורה, יען שדרך הבעל לזונם אף שאינו חייב, מ״ה חייבתה התורה בשביל זה להאדון כדאיתא בפי׳ רמב״ן שם. ועל דרך זו צריכין נמי לפרש מה דאיתא בגמרא קידושין (דף ד ע״א) ״אי כתב רחמנא מעשה ידיה לאביה משום דקא מיתזנא מיניה״ אע״ג דמדאורייתא אינו חייב במזונות בתו, אלא דאורחא דמילתא הוא שאביה זן אותה, כדאיתא בתוס׳ גיטין (דף מז ע״ב) ד״ה ולביתך, וה״ט נמי מה שאמרה תורה שהבעל מביא בכורי אשתו, אע״ג דמן התורה אין לבעל פירות ולא שייך בו לומר קנין פירות כקנין הגוף דמי, אע״כ נמי משום דדרך נשים היה שנותנות פירות לבעליהן כדאיתא בתוס׳ שם, וא״כ גם הכא י״ל כעין זה אף דהבעל אינו חייב מן התורה להתעסק עמה לקוברה ולהתאבל עליה מ״מ דרכו לעשות לה כן וחמלה התורה על כבודה וחייבה את הבעל ליטמא לה למען ממילא לא ימנע לעשות בה כדרכו בעסק ובאבלות.

גם המשמעות שבסוגיא דבאשתו גדולה מטמא מן התורה שכתב הכס״מ, אינו חזק כ״כ לענ״ד, דמאי דאמר המקשן ״והא הכא דאביה מטמא לה (ולא הבעל) ומדרבנן מטמא הבעל״ (ואם איתא דגם באשתו גדולה אין הבעל מטמא מן התורה, לא הו״ל למימר ״והא הכא״, דהא גם בשאר מקום באשתו גדולה נמי בעלה מיטמא לה רק מדרבנן). י״ל משום דתחילה הקשה ממאי דיורש את אשתו הקטנה וקאמר ״והא הכא דמדאורייתא אבוה ירית לה ומדרבנן בעל ירית לה״ ובקושיא זו הוצרך לומר ״והא הכא״, על כן גם בקושיא השניה מן מה דהבעל מטמא לקטנה, כיון דעכ״פ אמת הוא מ״ש והא הכא כו׳, נקט האי לישנא דאתחיל ביה. (ובאמת הו״מ להקשות נמי מאשתו גדולה דמטמא לה בעל, אלא משום דהתחיל להקשות מירושה דאשתו קטנה, נקט גם קושיא מטומאה דאשתו קטנה, א״נ מפני דהו״מ למדחי כפירש״י [ויקרא כא, ב] דשארו זו אשתו, וכמו שהביא גם הכס״מ שם וא״כ מטמא לאשתו גדולה מן התורה. נקט קושייתו מאשתו קטנה, ואמרו ״והא הכא״ רצונו דבקטנה ודאי אינו מטמא מן התורה, אבל לקושטא דמילתא י״ל דשאירו זו אשתו אינו אלא אסמכתא וכמ״ש האבן עזרא[17], ואינו מטמא גם לאשתו גדולה מן התורה. ועיי׳ ברמב״ן על התורה בפסוק שארה כסותה ועונתה בפרשת משפטים [כא, י]).

וע״כ בנ״ד נראה דיטמא לקרובו ולא לאשתו, כיון שגם למאן דסבירא ליה דמטמא לאשתו מן התורה מטמא לאיזה שירצה, מלמדין אותו שירצה בקרובו, כיון דלרמב״ם חייב לטמא לקרובו ולהניח מלטמא לאשתו.

16 כלומר, דעתה קשה, מה יענה הכס״מ שסובר שחייב ליטמא לה מדאורייתא, והרי האבלות היא מדרבנן. אמנם לכאורה ל״ק, דעיי׳ כסף משנה ר״פ ב שכתב דבאמת חייב להתאבל עליה מן התורה, ומכיון שאינו מפורש בתורה קרי ליה מדברי סופרים.

17 ז״ל האבן עזרא ״היה נראה לנו כי פירושו כמו איש איש אל כל שאר בשרו [ויקרא יח, ו] שם כלל, ואחר כן פרט לאמו ולאביו״.

אשכול ה

[בדין אונן שיש לו בן למול]

אונן שיש לו בן למול, כתב בט"ז הל' אונן (ביו"ד סס' שמא [ס"ק ו]) אם אפשר לקבור המת קודם שיוצאין מבה"כ בשחרית דאין דוחין זריזות המצוה יקברנו קודם דהרי אא"ל לברך להכניסו בברית כשהוא אונן, אבל אם א"א ימול בשחרית ויברך הסנדק, דהא איתא בסי' שס "מת ומילה, מילה קודמת". ואני בעניי קוהה בדין זה מכמה טעמים. והן:

האחד, דענין מעלת עשיית מצוה בזריזות על כרחי' הוא או מדרשא דקרא ושמרתם את המצות (שמות יב, יז) "אל תהי קורא את המצות כי אם את המצוות דמצוה הבאה לידך אל תחמיצנה" [רש"י שם]. או ממ"ש ז"ל [יבמות לט,א] "כל שיהוי מצוה לא משהינן". והרי וודאי אא"ל לקרות מצוה הבאה לידך כו' אם אין איש אשר מוטל עליו המצוה, וכן לא שייך כל שיהוי מצוה לא משהינן אם אין לפניך מי שמצווה במצוה, ובנדון זה באונן שיש לו בן למול בל אדע מי הוא זה שמוטל עליו מצות מילת בן זה בשעה זו, על האב לא, דהא אונן פטור מכל המצות, ועל אחרים נמי לא, דהא מצות מילת הבן הוא על האב כדאיתא פ"ק דקידושין (דף כט ע"א). והחיוב על הב"ד למולו אינו אלא אם עבר האב ונמנע למול אותו כמפורש בהרמב"ם והטור ביו"ד (סי' רסא ומובא להלכה בהגש"ע שם), וכ"ה לשון הגמרא בקידושין "היכא דלא מהליה אבוה מיחייבי בי דינא למימהליה". והכא לא עבר האב ולא נמנע אלא דאנינותו מעכבתו ובדעתיה למימהלי' אחרי הקבורה בעודו יום השמיני, דודאי אין חיוב על הב"ד למימהליה[18], ותו דאטו בעבר על זריזות המצוה ואנו רואים שעבר שעה ושתיים בבוקר, יהא נחתינן לביתיה דהאב ונימהליה לבריה, זה ודאי לא, דלא מקרי נמנע למול עד צאת יום השמיני, ואם כן הדין בעבר על הזריזות מרצונו,

18 עיי' תשובה מאהבה סי' פה (מציינו בפתחי תשובה סי' שמא ס"ק כ) שנראה מדבריו בביאור דברי הט"ז כך, דהנה תחילה הביא הט"ז את שיטת המהרש"ל דבכי האי גוונא לא אמרינן כלל שהאונן נפטר, ועיי' שם בדבריו סי' ע שמבאר דבמצוה שמוטלת באופן מיוחד על אדם לא נפטר אף שהוא אונן, והט"ז סובר גם כן כוותיה שבעצם הוא לא נפטר מן המצוה, אלא שאם אפשר לקבור מקודם ולא יאחרו את זריזות המצוה, עדיף לעשות כן, אך אם יאחרו ימול משום שאינו פטור מן המצוה. ורבינו הבין בדעת הט"ז שאף שמכריע דלא כמהרש"ל, אלא סובר שהאונן פטור מן המילה, מכל מקום אם אי אפשר לקבור קודם שיוצאין מבית הכנסת ימולו קודם, ומשום זה התקשה בקושיותיו. ונראה שמה שהביאו ללמוד כך, הוא משום שכתב הט"ז "אבל אם אי אפשר, יברך הסנדק וכו'", ואם נאמר שסובר כמהרש"ל שלגבי מצוה כזאת לא פטרו אונן, א"כ יוכל לברך. ועיי' בזה בהגהות יד שאול.

ולכאורה היה נראה לבאר בעוד אופן את דברי הט"ז, דס"ל דמצות מילה שעל האב, אין הביאור שהאב הוא המצווה במצוה, אלא בעצם המצוה היא על הבן, והאב הוא זה שמוטל עליו לדאוג למצוה הזאת, ומכיון שעיקר המצוה על הבן א"כ כשהאב אונן אין לנו לדחות את זמן המצוה.

ועיי' קהילות יעקב קדושין סי' כח. ועיי' עוד שו"ת ח"ס חיו"ד סי' שכה, ובח"ו ליקוטים סי' [illegible]

כש״כ בלא זירז המצוה מחמת אונס כנ״ד. ואל מי תאמר עכשיו בבוקר בעודו אונן מצוה הבאה כו׳ או כל שיהוי מצוה כו׳ אם אין לפניך מי שבא לידו המצוה[19].

וא״ת אה״נ דמצות עשה דמילה הוא גם על אחרים כיון דמהמול לכם ילפינן (בקידושין שם) דחייבים הב״ד למימהליה, הרי איכא קרא שהוא מצות עשה גם לאחרים, ומה דעיקר המצות עשה דמילה על האב היינו דמצוה מן המובחר הוא אם האב מוהלו. ואשר אין חיוב על הב״ד למימהליה כי אם כשהאב עבר ומונע למול, היינו נמי משום דיש על הב״ד ג״כ להניח להאב למול כדי שתהא המצוה עשויה מן המובחר, וע״כ מלין בבוקר ולא משהינן עד אחר קבורה כיון דיש מצוה על הב״ד שייך ביה שוב מצוה הבאה לידך כו׳, וכן שיהוי מצוה כו׳, משום שתהא עשויה מן המובחר אין משהין המצוה. ותאמר לדמותו בשתים וללמד באחת, ממצות יבום, דמצוה בגדול לייבם, ומכל מקום כשהאח הגדול במדינת הים אין אומרין נמתין עד שיבא הגדול ממדינת הים אלא מייבם הקטן ממנו כדתני במתני׳ בפרק החולץ (דף לט ע״א), והטעם בגמרא ״כל שיהוי מצוה לא משהינן״. ותאמר לדמות הענינים, דכמו דהתם ע״כ אנן נאמר דמצוה בגדול לייבם אינו שולל המצוה מהקטן ממנו כל זמן שרוצה הגדול בהמצוה, כי אם רק מן המובחר הוא שתהא המצוה עשויה ע״י הגדול, ואף דהמצוה גם על האח הקטן[20], מכל מקום אינו חייב ואפי׳ רשות אינו שיעשה הוא המצוה כל זמן שאין הגדול ממנו מונע עצמו מעשות המצוה, והיינו משום דראוי להקטן להניח המצוה לגדול כדי שתהי׳ עשויה מן המובחר. ותאמר דהכי נמי אומרין דמצות המילה על האב אינו שולל המצוה מאחרים, אלא דמן המובחר הוא שתיעשה המצוה על ידי האב. וכן דומה עוד הכא לדהתם, דכמו דהתם אף דהמצוה גם על האח הקטן מכל מקום אין לו לעשותה עד יעבור הגדול וימנע מלייבם, ה״נ הכא אף דהמצוה גם להב״ד, מכל מקום אין להם למול בע״כ דאב להיות מונע האב מלמוליה משום דכך יפה וראוי שיניחו הב״ד להאב שימול כדי שיהיה מן המובחר. ותלמוד ג״כ מהתם, כמו דהתם אף דהוא מן המובחר שהאח הגדול מייבם, מכל מקום אמרינן ביה שיהוי מצוה

19 עי׳ תשב״ץ ח״ג סי׳ ח שכתב ״ואם לא עבר ונמנע אלא שמתעצל אין ב״ד חייבים לעשותה בזמנה אבל היו כופין על ידי מכות כשלא היה אונס״. והרי זה כסברת רבינו שאין חיוב על הב״ד אלא כשהאב נמנע מלמול. ועי׳ בית מאיר שמשיג על הט״ז כרבנו. ובשו״ת בית יהודה למהר״י עייאש ח״ב סי׳ ע הוסיף להקשות דאין כאן כלל חסרון זריזות כיון שמיד כשיסתלק האונס דהיינו כשיקבר המת מיד יתעסק במילה הרי שבזה מקיים גם את מצות הזריזות.

ולכאורה היה נראה לומר דאה״נ אם האב לפנינו וחייב במצות המילה אלא שלא זריז אין על הב״ד חובה ליכנס לחיוב, שהרי הוא לפנינו וחייב, אך כאשר האב פטור שהוא אונן, אף שאנו יודעים שיספיק עוד היום למול, אך מכיון שעתה הוא פטור חל על הב״ד חובה למול, ועיי׳ מה שכתב בענינים אלו בספר אבן יעקב (להגרא״י ולדנברג שליט״א) סי׳ יח.

20 עיי׳ קצות החשן סי שפב ס״ק ב שמביא מהתבואות שור סי׳ כח שכתב דמה שבאין הגדול מייבם מיבם האח הקטן הוא בתורת שליחות. והקצות דוחה דהתם לא שייך שליחות אלא כיון דהגדול אינו רוצה מחזירין על שאר האחין ואפילו אם הגדול אינו רוצה שייבמו אחד מאחיו, ומשום דיבום הוא בכל האחין ומצוה בגדול ואם לא רצה הרי מצותו בשאר אחין.

לא משהינן. ה"נ הכא, אף דמן המובחר שהאב ימול את בנו, מכל מקום שיהוי המצוה לא משהינן ומוהלין אותו קודם הקבורה ע"י אחרים.

אומר לך, אף דהלימוד לכאורה נכון, מכל מקום הדמיון לדהתם אינו אמת. דהתם אמנם ע"כ כך הוא דהמצוה תמיד על כל האחין, אבל הכא ע"כ אינו מתחיל המצוה על אחרים עד אחר שיעבור האב וימנע מלמולו. ומנא אמינא לה, ממה שחלוקים הני תרתי בדינא, דהתם גם ברצה הגדול לייבם ובא הקטן ממנו וייבם אותה אין מחייבים את הקטן לשלם ממון להגדול על שהפסידו שכר מצוה וכדין כל העושה מצוה המוטלת על אחרים שלא מדעתו דחייב לשלם, כהורג שור העומד להריגה, וקוצץ אילן העומד ליקצץ שלא מדעת הבעלים, כדאיתא בפרק החובל (במסכת בב"ק דף צא ע"ב), דהא תנן בפרק כיצד (במסכת יבמות דף כד ע"א) "מצוה בגדול לייבם ואם קדם הקטן זכה", והיינו ע"כ משום דביבום אומר הקטן ממנו שיבם, אנא מצוה דידי עבידנא ולא מצוה שגזלתי ממך היא, דכמו דמחייבת בה את, ה"נ מחייבנא בה אנא. ואילו במילת הבן, הדין דכל שלא מנע האב ודעתיה למולו, אם בא אחר ומל שלא מדעתיה דחייב לשלם להאב, כדאיתא בהגש"ע חו"מ (סוף סי' שפב), וע"כ הטעם משום דהאי אחר מגזל גזליה להמצוה מהאב, דלאו מצוה דאחר היא כלל כי אם דאב היא כל זמן שדעתיה ורצונו למולו. וממילא אף אם יהיה הלימוד אמת דמשום לעשות מן המובחר לא משהינן המצוה, מכל מקום הכא שאני דהא אינו שיהוי מצוה, דעדיין ליכא מצוה על מי כלל וכלל. הא חדא.

והשני גם לכשת"ל דמקרי גם הכא שיהוי מצוה, מכל מקום נראה דליתא הכא לכללא דכל שיהוי מצוה לא משהינן, והוא מדאיתא בפ"ק דמסכת יומא (דף ו' סע"ב) דלמ"ד טומאת מת דחויה היא בצבור (ולא הותרה בצבור) מהדרינן אטהורים דבית אב אחר. הרי מאחרים ומשהין הקרבה כדי לעשותה יותר מובחר[21]. ולכאורה קשיא סוגיא זו אסוגיא דיבמות הנ"ל דאמרינן "כל שיהוי מצוה לא משהינן".

והנלענ"ד, או דהחילוק דהתם ביבום המצוה גם עכשיו עשויה כתקונה, ומשום מצוה מן המובחר לחוד הוא דלא משהינן, משא"כ הכא כיון דלא הותרה הטומאה, אין המצוה עכשיו כתיקונה, וכדי לעשות כתיקונה שהויי משהינן, או דיהיה ראיה למה שכתב בתה"ד דדוקא ביבום שהגדול במדינת הים ואפשר שלא יבא כלל, אבל היכי שאין לחוש לביטול המצוה, כגון הרואה לבנה בחידושה בחול, ומוצאי שבת הקרוב חל בשביעי או בשמיני לחודש, דאפילו אם יהיו כמה לילות מעוננים עדיין יהיה זמן בלילות שאח"כ לברך, אז לא יברך בחול ולית ביה משום כל שיהוי מצוה, כיון דליכא למיחש

21 עיי' שו"ת שבות יעקב ח"א סי' לד שהביא הוכחה זו לענין מי שיש לו אתרוג כשר למצוה, ואם ימתין יהיה לו אתרוג מהודר יותר, שיש לו להמתין לאתרוג המהודר, כשם שמהדרינן על טהורים אף אם הטומאה דחויה כדי לעשות הקרבה מן המובחר, ועיי' גליון רבנו יומא שם שמביא את דבריו. ועי' עוד בענין זה, בנשמת אדם כלל סח, פנים מאירות חלק ב סי' א, שדי חמד מערכת ז כלל א, ומערכת ל כלל קמא אות ו. ועי' עוד שו"ת ח"ס חאה"ע ח"ב סי' פא, ושו"ת רבינו חאו"ח סי' יב.

לביטול המצוה (ע"ש בסי' לה). וע"כ בהאי דפ"ק דיומא כיון דא"א שלא ימצא בבתי אבות אחרים כהן טהור ואין חשש ביטול, מש"ה לית ביה משום כל שיהוי מצוה כו', והרי לכל אחד מאלו שני החילוקים ליתא הכא גבי מילה משום כל שיהוי מצוה כו', דהכא לא משום מצוה מן המובחר לחוד הוא, אלא דעיקר המצוה הוא על האב, וגם חשש ביטול מצוה לית כאן, דודאי אחר הקבורה אין דבר ימנע למולו.

והמג"א ריש הל' ציצית (סי' כה סק"ב) [על מה שכתב הרמ"א] "אם תפילין מזומנות בידו א"צ להמתין על הציצית", כתב דשיהוי מצוה לא משהינן כדאיתא בסוגיא דיבמות. ולדברינו כיון דאין חשש ביטול המצוה כאן אין זה דומה להסוגיא דיבמות. אלא נ"ל הטעם, דעד כאן לא משהינן משום מצוה מן המובחר אם אין חשש שיבוטל המצוה, אלא אם יהיה אח"כ עילוי ושבח בעשיית המצוה, כהאי דחליצת גדול וברכת הלבנה במוצאי שבת, דעצם החליצה עדיפא אם הוא מגדול האחים, ועצם הברכה עדיפא כשהמברך מבושם וכליו נאים, משא"כ בתפילין שלא יהיה בעצם הנחתן אח"כ שום עילוי ושבח, אלא ענין חוצי הוא שיש להקדים ציצית משום מעלין בקודש, ובכה"ג גם באין מיחוש שיבוטל המצוה לא משהינן[22].

והשלישית נ"ל, דאף למשמעות הרמב"ם [הל' יבום פ"ב ה"ט] והטור [אה"ע סי' קסא] גבי אין ממתינים עד שיבא הגדול, דלא נקטו כלשון המתני' "מדינת הים", כי אם כתבו "בעיר אחרת"[23], ומשמע אף דליכא חשש שלא יבא, ואפילו השהיה רק לזמן מעט מכל מקום לא משהינן, וכמו שרצה לדייק בלשונם בתשו' עבודת הגרשוני סי' יב, מכל מקום ודאי מסתברא דזה אינו אלא אי אין בו אלא משום מצוה מן המובחר, אבל במקום שהאדם שעליו חיוב המצוה יהא בטל לגמרי מן המצוה, בודאי מאחרים ומשהינן עשייתה כדי שיקיימה, והכא דמצות עשה זו מוטלת על האב תחילה, ואם יהא הבן נימול קודם קבורה, אף דהבן יהיה מהול, מכל מקום לא יהיה האב מקיים המצוה, ואיך נבטל המצוה מהמחוייב בה משום לעשותה בזריזות.

וא"ת, אטו כל אב מל בעצמו ואינו נותן לאחר למול, אלמא דלא חיישינן למה שבל יעשה האב המצוה המוטלת עליו, א"כ הכא באונן ג"כ מאי בכך שגם עכשיו לא יעשה האב המצוה. או תאמר, דהט"ז מיירי באין האב מוהל, וגם אם נמתין ע"כ ימול אחר והאב בין כך ובין כך יהא בטל מהמצוה. זו אינה טענה, דודאי גם אם נותן לאחר למול מכל מקום הוא מקיים ועושה המצוה משום דשלוחו של אדם כמותו וכן הוא בדרכי משה יו"ד סי' רסד, עמ"ש בא"ז אם האב מוהל אסור ליתן למוהל אחר, כתב הד"מ "וצ"ע מ"ש ממצוה אחרת דיכול לעשות שליח במקומו" [והתבואות שור סי' כ"ח סקי"ד כתב דגם הא"ז כוונתו רק משום מצוה בו יותר מבשלוחו והשיג גם על הש"ך בחו"מ סי' שפב סק"ד ד"ה ומדברי, ובספר

22 עיי' שבות יעקב הנ"ל שכתב סברא זו. ועיי' שו"ת דברי מלכיאל ח"א סי' י.

23 לפנינו הגירסא "מדינה אחרת". אמנם במרדכי יבמות פ"ד סי' כז העתיק "בעיר אחרת". ועיי' יש"ש יבמות פ"ד סי' טז שכתב דאף לפי גירסתינו הכונה לעיר אחרת, שכן הוא פירוש מדינה לרמב"ם. ור' רמב"ם הל' מגילה פ"א ה"ד "ומדינה זו היא נקראת עיר". ועיי' ש"ך יו"ד סי' קמא ס"ק ב.

קצות החשן [ס"ק ב] טרח ליישב]. ברם הכא באונן אא"ל לומר דמי שיהא מל יהיה ג"כ נחשב כשלוחו של האב, דהא האב בעצמו א"י למול מפני דפטור מכל המצות מפני אנינותו ושוב לא שייך שליחות, דמי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד כו'[24], ועל כרחי' מה שאנו מוהלים הוא רק מדין ב"ד ככל מקום שאין האב מל את בנו דמוהלין אותו הב"ד, ולא משום שליחות, דהא אפילו אם האב צווח שלא למולו דלא שייך שליחות מוהלין הב"ד בעל כרחיה דהאב. וא"כ באב אונן אם ימול אחר יהא האב בטל לגמרי מעשיית מצוה זו ובכזה ודאי לא חיישינן לשיהוי מצוה. ומאי שייטא דמת ומילה מילה קודמת שהביא הט"ז להכא, דהתם המת של אחר והמילה של אחר וכשמקדימין המילה אין מבטלין האב ממצותו ואדרבה עילוי הוא לו לעשותה בזריזות, משא"כ בשניהם דחד, המת והמילה, והוא אונן.

והרביעית, איני יודע וכי היכן מצינו שיהא אדם מחוייב לבזבז ממוניה משום עשיית המצוה בזריזות, דעד כאן לא מצינו אלא לבזבז (חומש מנכסיו) שלא לבטל מצוה עוברת, וכן (עד שליש בשויא) משום הידור מצוה, אבל משום לעשותה בזריזות לא מצינו שנאמר לו לבזבז ממון, וכיון דאנו רואים עשיית מצות האב למול את בנו לשוה כסף, דהרי על כן אם קדם אחר ומל שלא מדעת האב מקרי מזיק וחייב לשלם לו ממון כמובא למעלה, א"כ איך נומר להאב להפסיד השוה כסף משום זריזות שלא לאחר המילה עד אחר קבורה[25].

הן אמת שע"ז י"ל שהתשובה בצידה, דהרי סיים בהגש"ע חו"מ "אבל נתנו (האב) לאחר לימול ובא אחר ומלו פטור". אלמא דכל דאינו מקיים בעצמו המצוה אף שמתקיימת ע"י שלוחו לא חשוב שויא ממון, דאל"כ לחייב גם בזה האחר להאב לשלם לו, א"כ י"ל שוב דדינו של הט"ז הוא באין האב מוהל, וע"כ יעש ע"י שליח, וע"כ גם אם נמתין למול, אין כסף לאדון זה במצוה זו, וא"כ אינו מפסיד במה שעושים קודם הקבורה ע"י אחר.

24 נזיר יב,ב. ולכאורה יש לדון מכמה טעמים אם שייך כאן הכלל דכל מידי דאיהו לא מצי עביד לא מצי עביד שליח, א. לפי מה שכתב המחנה אפרים הל' שלוחין סי' ט דהיכא דאם היה עושה היה מהני לא אמרינן כלל זה, וכאן הרי אם היה מל היה מהני.

ב. לפי מה שכתב הקובץ הערות סי' עו אות יז דיש שני מיני שליחות, או שללא השליחות לא היה מהני המעשה, או שבאמת היה השליח יכול לעשות זאת בעצמו אלא דצורך השליחות הוא שיהא המעשה נחשב על המשלח, ולא אמרינן כלל זה אלא בסוג הראשון, שבכה"ג שכל כח המעשה הוא מהשליחות, אזי אם המשלח לא מצי עביד, אינו יכול לעשות גם שליח. אך בסוג של שליחות שיכול השליח לעשות בעצמו אלא שצורך השליחות שיועיל למשלח, בכה"ג לא נאמר כלל זה. ואם כן גם בנידון דידן לא שייך כלל זה, שהרי הוא יכול לעשות את המילה.

אמנם נראה דבלא"ה היה יכול לומר, שהרי כיון שהוא אונן, ואונן פטור מלקיים את המילה, הרי שנפטר גם מלעשות שליח על המילה. ועל כרחך דאין זה מטעם שליחות אלא מטעם ב"ד.

25 עיי' לעיל הע' 21 שהבאנו שיש דעות באחרונים אם זריזות עדיף מהידור או איפכא, ויש לדון דלסוברים דזריזות עדיף, א"כ אם על הידור יש להוציא ממון, כ"ש שעל זריזות יש להוציא ממון.

אלא דג"ז אינו, דהא האי גופא קשה טובא, אמאי לא ישלם להאב נזקו, דבשלמא מה דאינו משלם להמוהל שנתן לו האב למול הטעם נכון, דבמה זכה במצוה זו, ואפילו הקנה לו האב בקנין אינו אלא קנין דברים כמ"ש בלבוש (ומובא בש"ך שם סי' שפב ריש סק"ד), אבל הטעם שכתב עוד שם דפטור גם נגד האב "שהרי לא מנע ממנו המצוה", אינו מובן היטב, דמכיון שהמוהל עושה בשליחות האב כמו דס"ל להגהש"ע בעצמו בד"מ כמובא למעלה, א"כ אילו מל זה שנתן לו האב למול היה כעושה האב עצמו ושוה המצוה ממון ואמאי לא ישלם זה הזיקו.

והנלענ"ד בטעמו של דבר, דזה שמל יאמר גם אני כוונתי היתה למול בשליחותא דידך, דזכין לאדם שלא בפניו, ואם אתה אומר כי לא חפצת בשליחות דידי, את הוא דאפסדת אנפשך, דאף שאיני יכול לכופך לעשות אותי שליח, מכל מקום לשלם הזיקך ל"ש, כיון שבידך לנער ממך הנזק כיון דלא נ"מ לך מידי אם פלוני שנתת לו למול עושה שליחותך או אני עושהו. ובשלמא בלא נתן האב לאחר ובא זה ומל שלא מדעתו, דיש טעם בדבר שלא יחפוץ בשליחותא משום דמצוה בו יותר מבשלוחו, דהוי השליחות חוב להאב, וממילא א"י לעשות שליח דהאב שלא מדעתיה, דאין חבין לאדם שלא בפניו, וע"כ דהמצוה לא נעשתה מהאב ע"י שלוחו של אדם כמותו, א"כ שפיר ניזק האב על ידו וצריך לשלם לו, אבל ודאי בל נכחיש דהיכי דנעשה בשליחותו חשוב כאלו עשאו בעצמו דשלוחו של אדם כמותו.

וא"כ בנ"ד, גם אם אחר קבורה ג"כ ימול ע"י האחר, מכל מקום יש נזק והפסד ממון מה דעכשיו נימול הבן בעודו אונן דלא שייך שליחות כנ"ל, משא"כ אחר הקבורה דשייך שליחות יהיה כאלו מל בעצמו [שוב ראיתי שגם בספר קצות החשן עמד ע"ז למה אינו משלם להאב כיון דהראשון היה שלוחו כמותו והלך ליישב בדרך אחר. ועכ"פ רואין מזה דגם בעיניו היה פשוט דאין חילוק בין מל האב בידיו לבין מל ע"י שליח[26]].

עוד יש לעיין על פי מה שכתבנו בהע' 19 די"ל דמה שאנו מטילים על הב"ד למול אין זה משום קיום חובת זריזות, אלא משום שהאב כעת אינו מצווה לכן מוטל הדבר על הבית דין, וממילא לא שייך לדון שהוא מפסיד ממון משום זריזות.

26 ז"ל הקצות "ואפשר לומר כיון דכבר גילה האב לעשות הדבר ע"י שליח א"כ בקדמו אחר נמי ה"ל שליח דאב. והא דאמרינן בפ"ק דחולין האומר לשלוחו צא ותרום לי ושמע אינש אחרינא ואזל ותרם אין תרומתו תרומה דה"ל תורם שלא מדעת, יש לומר התם שאני וכמ"ש בתרומת הדשן סי' קפח משום דדעת בעל הבית דשלוחו דוקא יתרום משום דיודע ומכיר כו', אבל אם האב בעצמו רוצה למוהלו ומשום דמצוה בו יותר מבשלוחו וקפיד לעשות בעצמו אין האחר שקדמו נעשה שלוחו כלל". אמנם הקצות דוחה תירוץ זה משני טעמים א. דלא הוה שליח לענין כזה בלא מינוי, דזכיה לא שייך אלא כשזוכין לו דבר חדש אך בכה"ג לא שייך זכיה. ב. דחזינן דקפדי אינשי לכבד לאוהבו ולקרובו ולאומן וא"כ אחר שקידמו לא הוי שלוחו כלל.

והנה לגבי הקושיא הראשונה, האחרונים הוכיחו דלא כקצות אלא דגם בכה"ג מהני זכיה, וכפי שהקשה הקצות בעצמו באבני מילואים סי' לז ס"ק י. ולענין הקושיא השניה, שחזינן דקפדי אינשי ואין זה זכות, מבואר בדברי רבינו תי' על זה, דאה"נ כיון שמקפיד אינו שליח, אך כיון שזה רק מחמת הקפדתו, הרי איהו דאפסיד אנפשיה, שהיה יכול שלא להקפיד. אלא שזה

גם תחילת דברי הט״ז שנתן טעם עמ״ש שאם אפשר לקבור קודם שיוצאים מבית הכנסת, דיקברנו קודם ״דהרי אא״ל לברך להכניסו כשהוא אונן״, א״י מה לו לתלות משום ברכה, ותיפוק ליה, משום דאא״ל לקיים העשה דמילת בנו כשהוא אונן וכאמור לעיל[27].

ודע דעמ״ש לעיל דכדי לעשות המצוה מן המובחר משהינן המצוה, קשה לכאורה מסוגיא מפורשת בפ״ק דמסכת מ״ק [ט,א] דרמי ר׳ יונתן כו׳ קראי אהדדי, כתיב פלס מעגל רגליך [שקול המצוות איזהו הגדולה משתיהן ועשה הגדולה], וכתיב אורח חיים פן תפלס [כל מצוה שתבא לידך עשה ואל תניח קטנה מפני גדולה]. **ומשני** כאן במצוה שאפשר לעשותה ע״י אחרים [עשה אתה הגדולה וחבירך יעשה הקטנה], כאן שא״א לעשותה ע״י אחרים [אז מצוה שבאה לידך בין גדולה בין קטנה עשה]. והשתא קשה ממה נפשך, אי ר״ל דהקטנה בידו לעשות עכשיו והגדולה א״א לעשותה כי אם לאחר זמן, ואינו יכול לעשות כי אם אחת מהן, ובזה הדין דלא יפלס כי אם יעשה הקטנה, א״כ מבואר דגם משום מצוה גדולה לא משהינן, ונראה דכש״כ דלא משהינן משום עשיה לא גדולה כי אם שיהיה מן המובחר. ואי ר״ל דגם הגדולה א״צ שיהוי ויוכל לעשותה מיד ומכל מקום אל יפלס, הרי מכל מקום כש״כ וקל וחומר דאם הגדולה צריך שיהוי, דעושה הקטנה ולא משהינן עד יבא העת שיוכל לעשות הגדולה, ושוב כש״כ דלא משהינן משום עשיית אותה מצוה עצמה רק משום מעלת עשיה מן המובחר[28].

ונ״ל ליישב על פי מה שכתב בתשובת שבות יעקב (חלק ג׳ סי׳ לז), דאף אם יודע שישיג שמן זית לנר חנוכה אח״כ הדין דימתין ולא ידליק נרות אחרים, מכל מקום אם כבר לקח בידו נרות אחרים להדליקן והשיג שמן זית בל יניח מהדליק באותן שכבר החל לעסוק בהן. והביא ראיה מפ״ק דיומא דף ו׳ ע״ב. ולפי זה י״ל דהסוגיא דמ״ק הנזכרה מיירי כה״ג דכבר הֵחל לעסוק במצוה הקטנה, ולשון רש״י הנ״ל ״כל מצוה שתבא לידך עשה כו׳״ מסייע לי, וי״ל דקל וחומר שלי אמת דכש״כ

צ״ע מסברא, דאילו היינו אומרים שעתה אחר שיודע שהוא מל אותו הדבר תלוי בו, שאם יאמר שמתרצה בכך חלה המילה, אפשר להבין שלא מיקרי שהוא הזיקו משום שיש באפשרותו שזה לא יהיה נזק, אך הרי באמת אין ההתרצות של אח״כ מועילה אם בשעת המילה לא התרצה, וא״כ מה שייך לומר בזה איהו דאפסיד אנפשיה, והרי בשעת המילה אינו צריך לחשוב על כך שהוא מתרצה לתת גם לפלוני, ועתה מגלה את האמת שלא היה מתרצה, ומה שייך בזה איהו דאפסיד אנפשיה.

27 לכאורה היה מקום לבאר דברי הט״ז כך, דהנה בתחילה הביא הט״ז את דעת המהרש״ל בסי׳ ע שיש למול קודם, והא דאין האונן נפטר ממצות מילה לדעת המהרש״ל, היינו משום שאין האונן נפטר אלא ממצוות כלליות אבל לא ממצוות פרטיות המוטלות עליו, ועיי׳ שו״ת חתם סופר יו״ד סי׳ שכה וראה הע׳ 18. וי״ל דבעצם גם הרמ״א (שמביא שם הט״ז דדעתו שיקברו קודם) לא פליג על המהרש״ל בזה, ומכל מקום דעתו שיקברו קודם כדי שלא יפסיד את הברכה, דאף שהוא מצווה במצות מילה, אך מהברכה נפטר. ועל זה מסיק הט״ז שאם לא יאחרו את זריזות המצוה יש לקבור קודם אך אם יאחרו את זריזות המצוה יש למול קודם, והיינו כמו שנתבאר דבעצם הוא לא נפטר ממצות מילה וכל הנידון אם הוא נפטר מהברכה, על זה אמרינן דתלוי אם נאחר את זריזות המצוה או לא.

28 עיי׳ שו״ת רבנו חאו״ח סי׳ יב ובהע׳ 6, ועיי׳ שערי תשובה סי׳ תרעג סק״א.

דמשום מצוה מן המובחר לא ישהה אם כבר החל לעסוק בהאי מצוה באופן לא מובחר כ״כ, אבל בעוד לא החל לעסוק משהינן משום מצוה מן המובחר, ואה״נ דכש״כ דמשהינן קטנה כדי לעשות גדולה אחר הזמן.

שוב מצאתי בתשובת חכם צבי (ססי׳ ק״ו) שחילק בין מצוות שונות דאין מעבירין קלה מפני החמורה לבין אותה מצוה עצמה דיש להמתין כדי לעשותה מן המובחר, ושזה החילוק בין נידון דתה״ד דימתין עם ברכת הלבנה עד מוצאי שבת כנ״ל, לבין סוגיא דמ״ק הנ״ל דאינו ממתין כדי לעשות הגדולה, והוצרך לדחוק ולומר דמוספין כיון דתרווייהו עבודת הקרבנות כחד מצוה חשיבי, ולפירושא דידי א״צ לזה הדוחק. וכן מ״ש שם שדינו של רדב״ז [שו״ת ח״ד סי׳ יג] באסיר שנתנו לו רשות לצאת פעם אחת בשנה יצא ביום שיוכל לקיים מצוה ואל ימתין לצאת אחה״ז כדי לקיים גדולה מזו, הוא מפורש בסוגיא זו דמו״ק, ולפירושי אינו מפורש בסוגיא זו.

אשכול ו

[דין אבילות על ספק אביו]

בהגהשו״ע הל׳ אבילות (סי׳ שעד סעי׳ ח׳) ״ספק בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון שניהם מתאבלין עליו״, ומקורו במסכת שמחות הספיקות אוננים ומתאבלים עליהם. ופירשוהו בתוס׳ פרק החולץ (דף לו ע״ב ד״ה הא) דר״ל בספק בן תשעה לראשון בן שבעה לאחרון, דאף דכל ספק אבילות להקל, כאן החמירו משום דגנאי היה לו אם לא היו מתאבלין עליו כלל. [והט״ז סק״ג כ״כ בשם המרדכי[29], ובתשובת רדב״ז סי׳ סב כתוב לאמור כיון דהוחזק זה שמהצורך להתאבל עליו אך לא ידעינן מי הוא[30]].

ובפשוטו נראה דספק בן תשעה שכתבו בתוס׳, לאו דוקא אלא דה״ה בבן תשעה ודאי או בן שבעה ודאי, והספק רק אם הבן של ראשון או של אחרון, וכגון שבא עליה השני סמוך אחר שבא עליה הראשון. אבל אני נבוך דאולי בדוקא נקטו, והטעם, דלכאורה יקשה בספק בן תשעה לראשון כו׳, מהראוי דהראשון יתאבל משום ודאי והשני יהיה פטור משום ודאי, דנימא בנו של הראשון הוא משום רובא דרוב נשים מתעברות ויולדות, כדאיתא ריש פרק האשה בתרא (במסכת יבמות דף קיט ע״א). והרי א״ת דבן שבעה לאחרון הוא, ע״כ תאמר דלא נתעברה מהראשון, וה״ז נגד הרוב[31].

29 עיי׳ גם תוס׳ נדה מד,ב ד״ה דקים לן. ועיי׳ פתחי נדה שם לגר״ב רנשנבורג שהעיר ג״כ על הט״ז שהביא מהמרדכי ולא מהתוס׳.

30 עיי׳ הגהות יד שאול לשו״ע שם מה שכתב על דברי הרדב״ז.

31 עיי׳ גליון רבינו סי׳ תב סעי׳ ב. וצ״ב מה שייך כאן רוב זה, והרי לא דנים אם נתעברה מראשון או לא, אלא אם הבן הזה הוא מהראשון או לא, והרי ייתכן גם דאיירי באשה שכבר נתעברה כמה פעמים וילדה, ומהיכי תיתי שנוכיח שגם בן זה הוא ודאי מהראשון. ואולי כוונת רבינו להקשות בציור כזה שעדיין לא ילדה, דאז אם נאמר שבן זה הוא לא מהראשון, אם כן יתברר שאשה זו אינה יולדת, והרי זה מתנגד לרוב, דרוב הנשים מתעברות ויולדות.

וי״ל בזה, דה״ט דאיתא רוב המנגד להאי רובא, היינו רוב יולדות לתשעה עוברה ניכר לשליש ימיה כדאיתא בסנהדרין (דף סט ע״א), וזה העובר דלא ניכר על כרחך דשל שני הוא. אך א״כ בבן תשעה או בן שבעה ודאי דאין רובא דעובר ניכר מנגדו, דהא א״ת בן שני הוא ג״כ הו״ל להיות ניכר, וכן אם היה ניכר י״ל נמי דהשני הוא, י״ל דבזה הדין דהראשון מתאבל ולא השני משום רובא דרוב נשים מתעברות.

אך לכאורה אי אפשר לומר כן, דהא הקשו בש״ס פרק החולץ (דף לז ע״א), על מתני׳ דהכונס את יבמתו ונמצאת מעוברת ספק בן תשעה לראשון כו׳ יוציא וחייבין באשם תלוי והולד כשר, נימא רוב נשים יולדות לתשעה, ומשני רוב יולדות לתשעה עוברה ניכר לשליש ימיה, והאי מדלא הוכר לשליש ימיה אתרע לה רובא. ולדבריי יקשה, הא איכא עוד רובא, דרוב נשים מתעברות ויולדות והוה תרתי, רוב מתעברות ורוב יולדות לתשעה נגד חדא רובא דעובר ניכר לשליש ימיה.

מיהו הטעם אשר באמת לא מיקרי תרתי נגד חדא, נ״ל עפ״י דברי התוס׳ שם (ד״ה וזו), דהקשו אמאי לא נימא סמוך מיעוטא דיולדות לשבעה לחזקת היתר ליבם והוי פלגא, ושוב נסמוך ארוב עובר ניכר לשליש ימיה. וכתבו ״וכ״ת דאיכא רובא אחרינא דרוב נשים מתעברות ויולדות לפיכך יש להחזיקה מעוברת מהראשון, דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהן כמה שנים ולא עיברו ומתו בעליהן דרוב מעוברות, ולקמן הוא דאמר לה גבי האשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים״. וא״כ ל״ק מהסוגיא דנימא דהוי תרתי רובא נגד חדא. [אלא דק״ל לכאורה למה לא הוכיחו התוס׳ דבריהם דאין סברא כו׳, והיינו דא״ת דיש סברא, ודגם כאן איכא האי רובא דרוב נשים מתעברות אמאי חייבין אשם תלוי יהיו חייבין חטאת משום דהוי תרתי רובא דהולד של הראשון נגד חד רובא דהוא של השני].

וא״כ יש מקום לחקירתי היכי דלא שהתה עם בעלה הראשון, אלא דמת סמוך אחר הנשואין, [ולא כנידון התוס׳ בשהו עם בעליהן ולא עיברו], ודומה לאשה שהלך בעלה וצרתה למדינת הים דאיתא לרוב נשים מתעברות, וע״כ אם בא עליה השני סמוך אחר מיתת הראשון דאינו ספק בן תשיעי כו׳ י״ל דהראשון מתאבל והשני אינו מתאבל.

ואולם מ״מ ראיה מכח קושיא ליכא לדברינו ממה דקתני במתני׳ [שם לה,ב] הכונס את יבמתו כו׳ ספק בן תשעה לראשון, וכן ממה דמוקי התוס׳ האי דמסכת שמחות דשניהם מתאבלין עליו בספק בן תשעה לראשון כו׳, ותיקשי למה ליה למתני׳ ולהתוס׳ לאוקמי דהספק אי בן תשעה או בן שביעי הוא, והלא די היה בספק אם הוא בן ראשון אוֹ בן האחרון וספק בן תשעה ושבעה ליכא כלל, אלא דבין כך ובין כך הוא בן תשעה או דבין כך ובין כך הוא בן שבעה, ותידוק מזה שכדברינו כן הוא, ודעל כן ל״ק, די״ל דרצו לאוקמי למתני׳ בכל גווני, ואילו לא היה ספק בן תשעה כו׳ היה צ״ל רק בשהתה עם הראשון, דהא בלא שהתה כיון דרוב עובר ניכר כו׳ המנגד ליכא הכא כיון דהבן בין כך ובין כך שוה בירחים הוי מוקמינן ליה על רוב נשים מתעברות ודהראשון הוא, והיו חייבין במתני׳ חטאת, ובתוס׳ היה השני פטור מלהתאבל עליו.

וזה אינו, דאכתי לא תסיר הקושיא, דהא השתא נמי דמיירי בספק בן תשעה כו׳ ואיכא רובא דעובר ניכר ע״כ מיירי רק בשהתה, דבלא שהתה היו מחזיקין אותו לבן של הראשון דהא האי רובא דעובר ניכר היה חדא במקום תרתי, היינו במקום רובא דרוב נשים יולדות לתשעה, ובמקום רוב נשים מתעברות ויולדות כאמור למעלה, ובין יהיה כדברינו בין לא יהיה תיקשי קושיא זו.

ומה שי״ל על קושיא זו הוא, דמתני׳ רבותא קתני דאפילו בספק בן תשעה כו׳ דיש סברא לומר דודאי בנו של ראשון הוא מפני רוב נשים יולדות לתשעה וכקושית הש״ס באמת, מ״מ דנין ליה לספק משום דיש רוב המנגד דרוב היולדות לתשעה עוברה ניכר לשליש ימיה. ואילו הוי תני ספק בן ראשון כו׳ לא הוין ידעינן דיש רוב שעובר ניכר, והוה אמינא דבספק בן תשעה אינו ספק אלא שדנין ליה בודאי בתר הראשון.

אלא דבלא ראיה נ״ל לכאורה כי נכון הדבר דבכי האי גוונא השני פטור מלהתאבל משום רוב נשים מתעברות, אלא שזה ק״ל מאד, דא״כ גם בספק בן תשעה היכי דלא שהתה עם בעלה הראשון הוי הבן ודאי של הראשון כנ״ל, ואיך סתמו הפוסקים כ״כ בספק בן תשעה לראשון כו׳, וכתבו דאם האחד כהן הרי זה ספק כהן, ובאם שניהם כהנים דשניהם לא מטמאין לו ושניהם אוננים עליו (ש״ע אה״ע סי׳ ג׳ סעיף ח׳ וסעי׳ ט׳), ובכונס את יבמתו וילדה ספק בן תשעה וכו׳ דאם בא עליה שוב אחר שילדה ונתעברה וילדה אותו ולד ספק ממזר (ש״ע שם סי׳ קסד סעי׳ ו׳), ולא כתבו בד״א בשהתה עם הראשון, אבל בלא שהתה, אם הראשון כהן הרי זה כהן ודאי, ואם שניהם כהנים הראשון מטמא לו ואונן עליו והשני אינו מטמא ולא אונן, ובכונס את יבמתו כו׳ דאם בא עליה אחר שילדה כו׳ הולד ודאי ממזר.

אשכול ז

[בדין מאבד עצמו לדעת אם אוננים עליו]

מן החקירה במאבד עצמו לדעת דאין מתאבלין עליו אי מ״מ אוננים עליו או כמו דאין מתאבלין הכי נמי אין אוננים עליו[32]. (וע״ז נשאלתי מש״ב הרב הגדול מוהרמ״ם יפה אבד״ק פארדאן). ובש״ע יו״ד הל׳ אבילות בפורשים מדרכי צבור (בסי׳ שמה סעי׳ ה׳) כתב ״אין אוננים ואין מתאבלין עליהן״ וגבי מאבד עצמו לדעת כתב שם (סעי׳ א׳) רק ״אין מתאבלין״.

אבל בהל׳ אנינות (ריש סי׳ שמא) כתב בש״ע ״מי שמת לו מת שהוא חייב להתאבל עליו קודם קבורה כו׳ ואינו אוכל בשר כו׳ ואינו מברך כו׳״ נטה מלשון המתני׳ [ברכות יז,ב] דקתני ״מי שמתו מוטל לפניו פטור מק״ש כו׳ ומכל מצות כו׳״, והאי מוטל לפניו היינו שמוטל עליו לקברו כדפירש רב אשי בגמרא שם [יח,א], ומשמע

32 עיי׳ שדי חמד מערכת אנינות אות ה׳ שמביא כמה דעות בענין זה, ועיי׳ ספר שבט שמעון הל׳ אבילות.

דהש"ע בא למעט מאבד עצמו לדעת דאין מתאבלין עליו שגם אוננין לא יהיו עליו, דאילו היה כותב כלשון המתני' (וכה לשון הרמב"ם [הל' אבל פ"ד ה"ו]), והיינו שמוטל לפניו ועליו לקברו היה משמע דגם על מאבד עצמו לדעת אוננין, דהא מאבד עצמו לדעת עוסקים בקבורתו וכמ"ש הרשב"א [בתשובה סי' תשס"ג] (מובא בש"ך סי' שמה סק"א). ומסתברא ודאי דאין יורשיו יכולין להטילו על הצבור וא"כ מוטל לפניו ועליו לקברו קרינן ביה.

אמנם י"ל, דוודאי אין כוונת הש"ע לומר דאין אנינות תלוי במוטל עליו לקברו נגד משמעות המתני'. אלא דבמלות "מת שהוא חייב להתאבל עליו" מונח ממילא שמוטל עליו ג"כ לקברו. [ומה דלא תני בהדיא הכי כוונה אחרת לו כמו שיבא לפנינו ולא שלמעט מאבד עצמו לדעת מאנינות בא]. והוא על פי מה דסבירא ליה להרמב"ם דהאי כללא [מו"ק כ,ב] "דכל הקרובים שהכהן מיטמא להם מתאבלים עליהם" הוא דבר והפכו, לומר נמי שאין מתאבלים עליהם אין הכהן מיטמא להם כדאיתא בכס"מ (פ"ב הל' ח' מהל' אבל), וא"כ אנן נמי נידוק מיניה היפוך עוד, והוא דכל קרובים שמתאבלים עליהן מיטמא הכהן להם. ושוב נדייק שמי שמטמא לו על כרחי' מוטל עליו לקברו, דהא כל טעם היתר טומאה לקרובים הוא כדי שיתעסק עמהם משום דחייב בקבורתם. וא"כ שכל מי שחייב להתאבל עליו מיטמא לו, וכל שמיטמא לו מוטל עליו לקברו ושפיר מונח מוטל עליו לקברו בלשון הש"ע.

וא"ת הא איכא קרובים טובא דלהתאבל עליהם חייב ולקברו אינו מוטל עליהם, דהא הקבורה מוטל רק על היורשים, ותו דגם ביורשים עצמן משכחת להו דאינו מוטל עליו לקברו והיינו במת ערטילאי ולא הורישם כלום, וי"ל הא האי מוטל עליו לקברו שבמתני', על כרחי' פירושו רק שבעצם מוטל עליו לקברו אף דעפ"י איזה אופן ומקרה אזיל ליה עכשיו החיוב, דאל"כ הא דקיי"ל דאחותו הנשואה אונן עליה דלא כר"ת [ברכות יח,א תוד"ה ואינו מברך] יהיה נגד מתני' הנ"ל, אע"כ כיון דבעצם מוטל על האח לקבור את אחותו אלא משום מקרה הנשואין דנשאת לבעל פקע חיוביה, מוטל עליו לקברו קרינן ביה, והרי כתב הראב"ן הביאו מהר"ם פדווה בתשובותיו סי' נ"ד דקרובים שאינם בדין ירושה נמי חייבים בקבורתו, דאל"כ למה הכהן מיטמא להם [וכוונתו נ"ל אף דגם בדאיכא יורשים אין חיוב הקבורה על הקרובים ומ"מ מיטמא להם, זה משום דכל דמשכחת בהו חיוב קבורה והרי הן בעצם חייבים בקבורה שוב לא חילקה התורה והתירה ליטמא להם], וא"כ הקרובים כולם בכלל מוטל עליהם לקברם שבמתני', ושפיר מונח שוב בלשון מי שחייבין להתאבל עליהן האי שמוטל עליו לקברו שבמתני', וכמו דאחותו נשואה בכלל המאמר שבמתני'. ונ"ל דמ"ש בש"ע סי' שמ"ח ס"ב "והוא שירשו ממון"[33], היינו דאל"כ אינו חייב מדין יורשים, אבל ודאי מ"מ חייבים דהא גם קרובים חייבים. וא"ת א"כ מאי

33 ז"ל השו"ע שם "האומר אל תקברוהו מנכסיו אין שומעין לו אלא מוציאין מיורשיו כל צרכי קבורתו בעל כרחו כו' והוא שירשו ממון מאביהם".

נ״מ מפני איזה שם חייבים, י״ל דנ״מ דגם שאר קרובים מסייעים בהדיה, או גם לכשת״ל דגבי קורבה דבנים לאב כל שאר קורבה לא חשיבא כלל מ״מ נ״מ בהניח גם בנות שסיפק בידן לסייע לצרכי קבורה והן הרי קרובים להאב כמו הבנים.

ולשון הטור מסייענו, דכתב ״מי שמתו כו׳ מוטל עליו לקברו והיינו כל הקרובים המתאבלים עליהם״, הרי לך דכל קרובים המתאבלים מוטל עליהם לקברו, והאיך זה, וע״כ כדכתיבנא דמ״מ כיון דאיכא צד חיוב כשאין כאן יורשים, מוטל עליהם לקברו קרינן בהקרובים, ועכ״פ לא נטה לפ״ז הש״ע ממה דתלי במתני׳ האנינות במוטל עליו לקברו. ומה דלא כתב כלשון המתני׳ ״מוטל עליו לקברו״, היינו כי היכי דלא תטעה דאחותו נשואה אינו אונן עליה וכדעת ר״ת. ונמשך על כן הש״ע בתר לשון הרא״ש פרק מי שמתו סי׳ ג׳ דאחר שחלק על הר״ת סיים ״אלא כל המתאבל כמו כן הוא אונן עליו״. ולא דשינה הש״ע הלשון כדי שתדייק מיניה דהמאבד עצמו לדעת אין אוננים עליו.

אפס אם לא בא הש״ע בסי׳ שמ״א בשינוי לשונו לומר דמי שאין מתאבלים עליו אין אוננים עליו, נהי דבדין שינה מלשון המשנה כדי לומר דגם אחותו נשואה אונן עליה. מ״מ לא כדין עשה ששינה מלשון הטור שמתוקן יותר, דהוא ז״ל תלה האנינות במוטל עליו לקברו ויהיה גם מאבד עצמו לדעת בכלל, ובמ״ש ״והיינו כל הקרובים המתאבלים עליהן״ לא נתמעט מי שאין מתאבלים עליהן, אלא שלשון זה רק ביאור למה שקדם לו, לומר דכל קרובים שמתאבלים עליהן, מוטל עליו לקברו מקרי, אף דעכשיו אזיל החיוב ע״י מקרה, אבל ודאי הא יש שאין מתאבלים עליהם ומוטל עליו לקברו, וא״כ תרווייהו שמעית מיניה, דאוננים על המאבד עצמו לדעת כיון דתלה אנינות במוטל עליו לקברו והרי מאבד עצמו לדעת מוטל עליו לקברו. ושאונן על אחותו נשואה, דהא כל שמתאבלים עליה מקרי מוטל עליו לקברו, והרי עליה מתאבל האח.

גם מסתבר דפורשים מדרכי ציבור ג״כ לא נניח אותם כדומן על פני האדמה, אלא קבור יקברו[34]. גם הרשב״א כללא כייל דכ״מ שאמרו אין מתעסקין עמו לא לענין קבורה אמרו, ושוב נותנת הסברא שלא נטילם על הצבור. וא״כ אם איתא דמאבד עצמו לדעת אוננים עליו, אמאי לא יהיו אוננים גם על פורשים מדרכי ציבור היות וגם הם מוטל עליהן לקברן. אלא על כרחך גם המאבד עצמו לדעת אין אוננין עליו.

[מיהו בזה אפשר לומר דאין מציאות לאנינות בהני כלל, דהא עיקר אנינות הוא שיתעצב אל לבו וכדאיתא בסנהדרין במתני׳ (דף מ״ו ע״ב) ״שאין אנינות אלא בלב״, והני הפורשים מדרכי ציבור מצוה שישמח באבידתן (ש״ע שמה ס״ה), ואי אפשר לשני הפכים בנושא אחד, וה״ט דאין אוננים עליו].

גם נ״ל דדינא דידן תלוי בשתי לשונות שבירושלמי שברבינו יונה ריש פרק מי שמתו בטעם אנינות, דלליש״נא קמא שהוא מפני כבוד המת, הא במאבד עצמו לדעת

34 עיי׳ שו״ת חתם סופר חיו״ד סי׳ שמא שהוכיח ג״כ דהפורשים מדרכי ציבור חייבים לקוברו. ועיי׳ שדי חמד מערכת אבלות אות קכח שמאריך בזה ותמה על הח״ס שלא מביא שהדרישה לא סובר כן, שכתב בסוף סי׳ שסא ״אסור להתעסק בקבורת אדם שידוע שהוא רשע ולא עשה תשובה״.

כל שהוא מפני כבוד המת אין עושין לו, דהרי מהאי טעמא אין מתאבלין עליו, משום דאבילות משום כבוד המת, [וע״כ הרמב״ן[35] דסבירא ליה דאבילות אינו מפני כבוד, באמת סבירא ליה דמתאבלין עליו], וא״כ יהיה הדין דאין אוננים עליו, וללשון השני דהטעם מפני שאין לו מי שישא משאו, הא כיון דמאבד עצמו לדעת מוטל עליו לקברו שייך ביה נמי טעם שאין לו מי שישא משאו. והרי אנן על כרחי׳ פסקינן כלשון ראשון, דהא איתא בירושלמי דנ״מ בין הטעמים ביש לו מי שישא משאו, ואנן קיי״ל [סי׳ שמא סעי׳ א] דגם ביש לו מי שישא משאו אונן עליו, והרי זה כטעם ראשון, וממילא עולה דאין אוננים על מאבד עצמו לדעת. (ועמ״ש לקמן ענב ז).

ענב א

[ביאור קושיית הגמ׳ ביומא דנגזור שכ״ג אונן לא יעבוד ביו״כ]

קושי הבנת הסוגיא בפ״ק דמסכת יומא (דף י״ג סע״ב) גדול עד מאד. ותוכן הסוגיא, דרבא פירש דסברת ר׳ יהודה דכהן גדול אונן אינו מקריב ביום גזירה שמא יאכל, וכהן גדול אף דמותר מן התורה בהקרבה, מכל מקום באכילת קדשים באנינות גם הוא אסור בקל וחומר ממעשר ואנינות היום דאורייתא, על כן גזרינן שלא יקריב ביום. ומקשה רב אדא בר אהבה לרבא דר״י דהכא אדר״י דכהן גדול ביום הכפורים דאר״י דמתקינין לו אשה אחרת שמא תמות אשתו, וייפסל לעבודת יום הכפורים, ואכתי האיך יעבוד העבודה גם אם תהיה לו אשה, הלא אם מתה אשתו ראשונה הוא אונן, ואינו רשאי להקריב ביום שמא יאכל, ומשני שאני יום הכפורים דכ״ע לא קא אכלי הוא נמי לא אתי למיכל. והסוגיא תמוהה באין מבין, למה ליה להקשות מכהן גדול אונן ביום הכפורים, [ובסברא מדעתיה משוה טריד לאונן, דהא אונן ממש אינו, דהא גירשה לראשונה על תנאי, ואגלאי דאינה אשתו וכדאיתא בסוגיא], ולמה לא הקשה מסתם כהן גדול ביום הכפורים האיך עובד ביום הכפורים ניחוש שמא יאכל, כיון דאכתי לא ידע דיום הכפורים שאני כיון דכ״ע לא אכלי.

והמג״א (סי׳ תרי״ב סק״ו) הרגיש וכתב ליישב, ותוכן כוונתו, דוודאי מהיכי תיתי ניחוש שיתיר לעצמו לאכול, אלא הטעם כיון דחזי הכהן גדול דכהן הדיוט אונן אסור להקריב ולו מתירים להקריב אונן ידמה דלדידיה גם אכילה שריא באנינות. אבל בסתם כהן גדול ביום הכפורים דלא התירו לו מאום, ודאי לא שייך חשש שמא יאכל.

ואיני יודע מה הועיל, דא״כ גם מכהן גדול אונן ביום הכפורים לק״מ, דנהי דיטעה למימר דמשום אנינות ליכא איסור באכילה זו, מכל מקום ימנע מלאכול משום איסור אכילה דיום הכפורים, כיון דאין לו מקום לטעות להתיר לעצמו איסור יום הכפורים. ואין לומר דהחשש שיאכל בלילה אחר יום הכפורים, דהא משום אכילת

35 מובא בכס״מ הל׳ אבל פ״א הי״א ובב״י סי׳ שמה.

לילה באנינות ל"ח כיון דאנינות לילה מדרבנן[36].

והנלענ"ד דראש דברי המג"א אמת, דבאין לו מקום לטעות אינו סברא לחוש שיתיר לעצמו בלי טעם לאכול קדשים באנינותו, דהלא הוא ידע שאסור בקל וחומר ממעשר. אבל המקום שיהיה לו לטעות י"ל כי הוא זה, דלכאורה באמת קשיא, מכדי האיסור אכילת מעשר באנינות דאתיא מדכתיב לא אכלתי באוני ממנו אף להרמב"ם דלוקין על איסור זה, משום דמדכתיב לא אכלתי באוני ע"כ יש אזהרה שלא לאכלו, כמו שכתב בהל' מעשר שני (פ"ג הל' ה'). ולא ס"ל כהרמב"ן ע"ש בכס"מ. מכל מקום הא לא עדיף מאילו היה כתוב לאו מפורש להזהיר לאונן מלאכול מעשר, וא"כ גם איסור אכילת קדשים באנינות דילפינן מקל וחומר ממעשר לא עדיף מאילו היה לאו מפורש, והרי אכילת קדשים הוא מצות עשה על הכהן המקריב כדאיתא בפרק האשה (בפסחים ריש דף צ"ב), והטעם דכתיב "ואכלו אותם אשר כופר בהם" "הכהנים אוכלים והבעלים מתכפרים" [פסחים נט,ב], והרי על כן מברך הכהן אקב"ו לאכול קדשים כדאיתא ברמב"ם הל' מעשה הקרבנות (ריש פרק עשירי[37]). וא"כ קשה ליתי עשה דאכילת קדשים ולדחי לאו דאכילה באנינות. והקל וחומר ממעשר נמי פריכא, דאימא לך, מה למעשר דאין בו כי אם מצות נתינה אבל מצות אכילה אין בו[38] דאין בו קדושה ונאכל לזרים ובטומאה, ומהאי טעמא נמי אין מברכים על אכילתו (ועיין בהרמב"ם ריש הל' בכורים ה"ב דאין מברכים כי אם על דבר שיש בו קדושה), וליכא באכילתו מצות עשה דידחה להאיסור שבו משום אנינות, משא"כ קדשים דאיכא עשה שדחי להאיסור.

ונ"ל דלק"מ משני טעמים, האחד כיון דאונן פטור מכל המצות איך נימא דמצות עשה דאכילת קדשים ידחה לאיסור אכילת קדשים באנינות והוא אין עליו מצות עשה כלל. הא חדא.

36 ז"ל המג"א שם "וע"ק בגמ' אמאי לא פריך בפשיטות מאי שנא דבכל יוה"כ מקריב ולא חיישינן שמא יאכל, אלא על כרחך בודאי ביוה"כ לא גזרינן, אלא ה"פ דחיישינן שמא מתוך שיראה שמקריב אונן יסבור שמותר לו לאכל אונן. ומשני דהתם בלאו הכי לא אכל ולא גזרינן שמא יאכל אונן ביום אחר, דהא יראה שאסור להקריב ודו"ק". ועיי' מחצית השקל וחכמת שלמה לשו"ע שם. ועיי' גם יד אפרים שם ובמהר"ץ חיות ליומא שם. ולכאורה היה נראה בכוונת המג"א דודאי אין קושיית הגמ' דניחוש שמא יאכל ביוה"כ, אלא קושיית הגמ' היא, דכיון שמההקרבה יבא לטעות שאין לו כלל איסור אנינות גם לגבי אכילה, אף שבפועל לא יאכל ביוה"כ, הרי זה רק מחמת יוה"כ, אך לא מפאת האנינות, וא"כ ניחוש שביום אחר כשיהיה אונן יבא לאכל מחמת טעות זו. ועל כך משני, שכיון שביוה"כ אין לחשש שיבא ויאכל, וכל החשש שיאכל ביום אחר, לא חיישינן, שאז יש לו היכר, ואה"נ גם בקושייתו ידע שביו"כ לא יבא לאכל, אלא שבטעות יבא לאכל ביום אחר, וזה מתרץ שכיון שלאותו יום אין לחשוש, גם ליום אחר אין לחשוש שאז יש לו היכר. ונראה שלרבינו לא היה ניחא להסביר כך, משום שאם כן העיקר חסר מן הספר, דמה דמשני שביו"כ לא יבא לאכל זה ידע גם בקושיא.

37 ברמב"ם עצמו מפורש רק שזה מצות עשה, ולענין הברכה ראה משנה למלך שם.

38 עיי' מנחת חינוך מצוה תמב שהבין בדעת הרמב"ם והחינוך שלא מנו מצות עשה לאכל מעשר שני בירושלים שסוברים שאין בזה מצוה. אמנם הרמב"ן בהוספות לספר המצוות מצוה א' מנה זאת למצוה. ועיי' מגילת אסתר שגם הרמב"ם סובר שזאת מצוה, אלא שהיא נכללת בכלל המצוה של מעשר שני.

והשני אחר שאין לך קדשים שאינם נאכלים רק באותו יום, דגם החמורים נאכלים ליום ולילה עד חצות, וכיון דמן התורה אין אנינות כי אם ביום אבל בלילה שאחריו ליכא אנינות, א"כ גם כשאוסרים לו לאכול קדשים משום אנינות דיום עדיין יהיה יכול לקיים העשה דאכילת קדשים בלילה שלאחריו, ובכי האי גוונא דאין בו כי אם איסור איחור עשה לא ביטול עשה מכל, בכה"ג לא דחינן ללאו מקמי עשה.

ואולם אף ששניהם אמת לדינא, מכל מקום אינם כ"כ פשוטים, דאשר להראשון הא יש מן הסוברים דאונן אינו פטור כי אם מהני תלתא דחשיב במתני' ריש פרק מי שמתו (ברכות דף יז ע"ב), היינו מק"ש ומתפילה ומתפילין דהני בעי כוונה יתירה, אבל בשאר מצוות חייב, וכמובא ברבינו יונה שעל הרי"ף שם [י,ב ד"ה פטור].

ואשר להשני הלא לעינינו דהקטר חלבים ואיברים דוחה שבת אף דאפשר לקיים אחר הזמן שהרי מצותן כל הלילה, ובתורת כהנים על פסוק [ויקרא ה, יא] אם לא תשיג ידו די שה למד ר' שמעון מזה דחביבה מצוה בשעתה. הרי דמשום קיום מצוה בשעתה גמי דוחה איסור.

הגם דהתוס' ריש פ"ק דיבמות (דף ה' ע"ב ד"ה כולה משעטנז) הקשו דאדילפת מכלאים בציצית דעשה דוחה ל"ת, נילף אפכא דאינו דוחה דאין שורפין קדשים ביו"ט ולא אתי עשה דשריפת קדשים ודוחה לאיסור שריפה ביו"ט, ותירצו דשאני התם דאפשר לשורפן אחר יו"ט[39]. מכל מקום חזינן דגם להתוס' לא היתה סברא זו כל כך פשוטה, דהרי עלה על דעתם להקשות. גם מפורש עוד בתוס' שם להמעיין דלא היתה סברא זו כל כך פשוטה בעיניהם.

וע"כ י"ל דהיינו המקום לטעות דחיישינן ליה, והיינו דלא ידע ללמוד איסור אכילה באנינות ממעשר, דיהיה טועה לומר דאונן אינו פטור מכל המצות, וגם לומר דאפילו באפשר לקיים העשה אחר זמן דוחה הוא ללא תעשה, וממילא ליכא קל וחומר כאמור, ואדרבה, דין הוא שקדשים נאכלים באנינות משום דעשה דחי ללא תעשה[40].

ועתה נחזי אנן לפי טעם זה דיודע שיש איסור באכילת קדשים באנינות אלא דסבר דמכל מקום מותר לו לאכול כדי לקיים העשה דאכילת קדשים, א"כ עד כמה יתיר לעצמו לאכול לפי טעותו, עד כזית דזה שיעורו של אכילת מצוה כמו באכילת מצה ומרור, אבל יותר מכזית ליכא חשש דאתי למיכל, דהא מכיון שאכל כזית יודע שכבר יצא ידי חובה של העשה ואין כאן מה שידחה האיסור דאנינות.

והנה גם לרבא לא אמר ר' יהודה דכהן גדול אונן אינו מקריב אלא ביום, כיון דאנינות היום מן התורה חיישינן שמא יאכל ויעבור על איסור דאורייתא, אבל בלילה שאחריו

39 עיי' רמב"ן שבת כד שכתב דלא מיקרי אפשר לקיים שניהם כשאפשר לקיים מחר, משום טעם זה דחביבה מצוה בשעתה. ועיי' קובץ הערות יבמות סי' יא אות ה, וקהילות יעקב יבמות סי' ה.

40 עיי' צל"ח פסחים מט,א שכתב דלא שייך עשה דוחה לא תעשה אלא רק כשאירע שמזדמנים יחד עשה ולאו, אך במקום שעל זה גופא נאמר לאו, לא שייך לומר עדול"ת אף כשאפשר לפרש שהלאו נאמר במקום שאין עשה. ולדבריו בנידון דידן לא שייך לדון מצד עשה דוחה לא תעשה, שזה גופא האיסור לא לאכול קדשים באנינות.

מקריב אונן כיון דאנינות לילה אינו אלא מדרבנן לא חיישינן שמא יאכל דהוי גזירה לגזירה, וא״כ אילו היה החשש שמא יאכל כהן גדול אונן רק חצי שיעור איסור וודאי למ״ד חצי שיעור מותר מן התורה לא היה אוסרו ר״י גם ביום לכהן גדול להקריב אונן משום שמא יאכל, דהא הוה גזירה לגזירה דומה להקרבה דלילה דלא אסרינן ליה, אלא לא תיקשו מדר״י על מ״ד חצי שיעור מותר מן התורה דהא באמת יש חשש שיאכל עד כזית והוא שיעור שלם, ויעבור אדאורייתא.

אמנם כן י״ל דזהו דוקא כשהחשש שאנו חוששין שמא יאכל, הוא משום אכילת איסור קדשים באנינות דשיעור בעשה דידיה ובלאו דידיה שוים, ובשיעור שע״כ יאכל לפי טעותו כדי לקיים העשה דאכילת קדשים, באותו שיעור עצמו יש בו איסור תורה דאכילת קדשים באנינות, אולם כאשר לא יהיה בזה חשש איסור דאכילת קדשים באנינות כי אם חשש איסור אכילה דיום הכפורים, הנה מכיון דשיעור אכילה ביום הכפורים הוא ככותבת אין לך לאסור לו להקריב משום שמא אתי לאכול, כיון דביותר מכזית לא יהיה טועה להתיר לעצמו[41], וכזית אי נמי אכל ליה אינו באיסור יום הכפורים אלא חצי שיעור והוי גזירה לגזירה למ״ד חצי שיעור מותר מן התורה.

ולפי זה הסוגיא מיושבת היטב, דמכהן גדול סתם דמקריב ביום הכפורים לא היה יכול רב אדא להקשות על רבא, דאולי ס״ל לרבא כר״ל דחצי שיעור מותר מן התורה, וע״כ לא קשה לר״י ניחוש דלמא אתי למיכל ביום הכפורים, דאי נמי יטעה הא לא יאכל יותר מכזית והוי לגבי יום הכפורים חצי שיעור וגזירה לגזירה לא עבדינן, ואולם מכהן גדול אונן ביום הכפורים שפיר הקשה, דנהי דמשום שיכשל באיסור אכילה דיום הכפורים אין לגזור דהא ככותבת אין לחוש שיאכל, מכל מקום נאסור לו להקריב שמא יכשל באיסור אכילת קדשים באנינות דבזה גם בכזית שיאכל יהיה איסור דאורייתא.

הן על פי הקדמה הנ״ל דהחשש רק שיטעה לומר דעשה דאכילת קדשים דוחה לאיסור אכילת קדשים באנינות, היה אפשר לכאורה ליישב בדרך קצרה מאד, והיינו כיון דרב אדא בר אהבה לרבא הוא דמקשי ליה, ורבא הא סבירא ליה בפ״ק דמסכת יבמות (דף ח׳ ע״א) דאין עשה דוחה לא תעשה שיש בו כרת, א״כ לשיטתיה לא שייך לחוש שמא יאכל ביוה״כ, דהא גם לפי טעותיה דעשה דוחה גם ללא תעשה שיש זמן לקיימה אחרי כן, מכל מקום אינו דוחה יוה״כ משום דאית ביה כרת, ורק שמא יאכל קדשים באנינות דליכא כרת שפיר יש לחוש.

אך זה אינו, דעל זה יקשה ג״כ כמו שהקשינו לעיל על תירוצו של המג״א, דא״כ גם אונן ביוה״כ נמי לא קשיא, דנהי דמשום איסור אכילת קדשים באנינות לא יפרוש מטעותו דהאיסור נדחה מפני העשה, מ״מ יפרוש מלאכול משום יוהכ״פ.

41 ילה״ע מדברי השאגת אריה סי׳ צו שכתב שמצות אכילת קדשים עד שיגמור את הקרבן, ומוכיח כן מהגמ׳ בזבחים צז,ב דפריך על הא דאמרינן יקדש להיות כמוה שאם פסולה היא תיפסל, דליתי עשה דאכילת קדשים של הכשרה ולידחי לא תעשה של אכילת הפסולה. ואי נימא דמצות אכילת קדשים היא רק עד כזית אם כן התקיימה המצוה בכזית שלא נפסל ואין כבר עשה

ומקום יש ליישב בלי צורך לומר דמשום הכי לא אקשי ראב״א מכהן גדול סתם, משום דהוה מצי למימר דרבא סבירא ליה חצי שיעור מותר מן התורה ודלא כהלכתא, אלא גם אי חצי שיעור אסור מן התורה לא הוה מצי ראב״א להקשות כן. והוא על פי מ״ש במקום אחר בסוגיא דריש פרק יום הכפורים (במסכת יומא דף ע״ג ע״ב) דמפורש בגמרא מאי דתניא יום הכפורים אסור באכילה, דמשמע דרק אסורא איכא הא כרת ליכא דר״ל באכילת חצי שיעור (ואסור דקתני פירושו או אסור מן התורה כר״י או אסור מדרבנן כר״ל), וקשה טובא מה ראה התנא לשנות דין איסור חצי שיעור ביום הכפורים, והלא בכל איסורי תורה חצי שיעור אסור לר״י כדאית ליה ולר״ל כדאית ליה[42].

ויישבתי לי כך, דהנה בתשובת חכם צבי (סי׳ פו) צידד בטעם איסור חצי שיעור וכתב דאולי הוא משום דכשלקח חצי שיעור לאכליה חשובי אחשביה לזה המשהו. וכתב דזהו הטעם אשר המשהה חצי שיעור חמץ בביתו אינו עובר עליו משום בל יראה דכיון דלא עשה מעשה לא חזינן דאחשביה, ולענ״ד אא״ל כך דהא לדבריו על כרחיה יהיה המליצה כך, דפחות מכזית אינה אכילה חשובה לסתם בני אדם דאין דרך אדם כשרוצה לאכול שלא יאכל כזית מהאוכל, וכשצוותה התורה לאכול, או הזהירה מלאכול, הכל הוא רק באכילה חשובה, מיהו כשלקח אדם פחות מזית ואכל חזינן שזה האיש חשוב

שידחה את הלאו. ומוכח דיש מצוה לאכל את כל הקרבן. ובמנחת חינוך מצוה קלב תירץ דהגמ׳ מקשה ביש כהנים הרבה שלא יגיע לכל אחד כזית רק עם מה שנפסל ובלא זה לא יגיע כזית.

ועיי׳ שו״ת בית הלוי ח״א סי׳ ב שהביא בשם דורש לציון דרוש א [בהערה מבן המחבר] שחקר במצות אכילת קדשים אי בעי כזית, ומוכיח שם הבית הלוי דלא בעינן כזית, ומבאר דמצות אכילת קדשים אינו מצוה על האדם אלא על בשר קדשים שיהיו נאכלים, ומי שיש בידו בשר קדש הרשות בידו ליתנו לאחר לאכלו, וג״כ מקיים מצוה, וא״כ הרי גם באכל כל אחד פחות מכזית מכל מקום הא הקדשים נאכלו.

ונראה שלדעת הבית הלוי אין לדון כלל בנידון דידן מטעם עשה דוחה לא תעשה, משום שאין מצוה דוקא על האונן לאכל, ויכול ליתן לכהן אחר שאינו אונן. ודעת רבינו דמצות אכילת קדשים היא מצוה דרמיא אקרקפתא דגברא ולכן שייך לדון בזה מטעם עשה דוחה לא תעשה.

ונראה ראיה לדעת רבינו [דמצות אכילת קדשים היא מצוה דרמיא אקרקפתא דגברא] מהגמ׳ ב״ק דף קי,א שמתבאר שם דכהן זקן או חולה שאינו יכול לאכול אינו יכול לעשות שליח לאכילה. ובמהר״ץ חיות כתב שם וז״ל: ״הטעם כיון דקיי״ל נזיר יב, א כל היכי דאיהו לא מצי עביד שליח לא מצי משוי, אולם לפי מה שמשמע בכ״מ דאע״ג דאכילת קדשים היא מצוה מכל מקום עיקר הנחת המצוה היא דוקא שתאכל הקרבן מן בית אב, אבל איננה חלה על כהן פרטי כו׳ וכאן משמע דכהן אחר שאוכל בקדשים צריך להיות דוקא בשליחות של העובד, ואם הוא לא מצי עביד שליח לא מצי משוי״. אמנם לדעת רבינו א״ש, דבאמת מצות אכילת קדשים היא מצוה דרמיא על אחד.

42 עיי׳ ספר שיח יצחק שכתב דהחידוש הוא שאף ביום הכיפורים שאפשר לומר שתלוי בישוב הדעת אסור. ונראה עוד לתרץ קו׳ זו על פי מה שכתב באחיעזר חיו״ד סי׳ כא אות ג׳ שחלוק דין ח״ש ביום

בעיניו גם זה המעט כדי לאוכלו. מיהו כיון דחשיבות הזה אינו באמת ובעצם כי אם במקרה, מהני רק לענין איסור, והיינו כיון דבאכילה שהיא חשובה באמת ובעצם חיובי נמי חייב עליה, מועיל חשיבות שבמקרה עכ״פ שיהיה אסור לו לאכול, אבל לא מהני כ״כ לצאת בו ידי חובה במצוות עשה, ולא שיהא עליו באזהרה ושילקה עליו, דלאו ומלקות ליכא אלא על אכילה חשובה בעצם.

והנה מה שאנחנו דנין דלגבי זה האדם החצי שיעור חשוב לאכילה, ודאי אין לשפוט כי אם שהוא חשוב בעיניו כחשיבות כזית אצל כל אדם, דשיהיה חשוב אצלו עוד יותר מזה ממה דלוקח אותו לאכול, אין לנו, דהא בחשיבות כזית כל אדם נמי לוקחו ואוכלו. וא״כ היכי דשיעורו לאיסור יותר מכזית כגון יוה״כ דשיעורו בככותבת אין סברא שיהא איסור בחצי שיעור, דמה תאמר הא חזינן דאחשביה, ועל אכילה חשובה חיובא נמי איכא ע״כ בחשיבות שבמקרה אסורא מיהו איכא, דזה אינו, דהא חזינא רק שהוא חשוב אצלו כמו כזית, ועל חשיבות כזית הא ליכא חיוב משום יוה״כ, ושאחשביה ככותבת זה אין אנו יודעים ממה שלקחו לאכול, דהא כשהוא חשוב רק ככזית נמי היה לוקחו. ועל כן אחר דבאמת קיי״ל דגם באכילת יוה״כ חצי שיעור אסור מן התורה כדאיתא ברמב״ם [הל׳ שביתת עשור פ״ב ה״ג] ומוכח גם מהגמרא [יומא עג,ב] דהא ללישנא דמתוקמי מתני׳ דיוה״כ אסור באכילה בחצי שיעור כר״י דחצי שיעור אסור מן התורה מבואר דגם ביוה״כ אסור חצי שיעור מן התורה, מוכח דטעם חצי שיעור לאו משום דאחשביה הוא, וזהו דאצטריך התנא דיוה״כ, דאף דשיעורו בככותבת, מכל מקום חצי שיעור אסור בו[43].

מיהו מכל מקום ממתני׳ עצמה דאסור באכילה אינו הכרח דאין טעם איסור חצי שיעור משום אחשביה, דהא י״ל מה דתני מתני׳ איסור באכילת חצי שיעור ביוה״כ ר״ל איסור דרבנן כדמוקי ליה בלא״ה לר״ל, וי״ל דגם לר״י פירוש המתני׳ דקתני אסור דר״ל אסור מדרבנן.

הכיפורים מכל דין ח״ש, שכל ח״ש שאסור מן התורה, הרי שמשום הסברא שחזי לאיצטרופי הדבר אסור כאיסור שאסור בשיעור, כגון ח״ש דנבלה אסור מטעם נבלה, אך בח״ש של יום הכפורים א״א לומר שיאסר באיסור יום הכיפורים כשאוכל חצי שעור, שהרי אכתי הוא מעונה, אלא כאן הוא איסור כללי שנלמד מהפסוק ״כל חלב״, שבכל מקום ששיעור אסור גם ח״ש אסור, וי״ל דלכן חידשה לנו המשנה בדין יום הכיפורים שח״ש אסור. ועוד נראה על פי מה שכתב רבינו בחאו״ח סי׳ כ (ד״ה אבל דבריך) דח״ש נבלה שם נבלה עליו, אלא דלגברא לא נאסר רק בכשיעור, ויש מקום לומר דלכן ח״ש אסור משום זה שיש גם על הח״ש שם של איסור, אך ביום הכפורים שבלאו הכי אינו אלא איסור גברא ולא שייך לומר שיש גם על הח״ש שם של איסור, וקמ״ל מתני׳ דאפילו בכהאי גוונא אסור. עוי״ל עפ״י מש״כ הפמ״ג באו״ח סי׳ תריב מ״ז ס״ק ד נ״מ בין ח״ש דיוה״כ לכל ח״ש מטעם אחר, שזה איסור לזמן, וכתב שהאיסור ביום הכיפורים הוא מדין איסור עשה עיי״ש. וי״ל דלכן חידשה המשנה את דין ח״ש ביו״כ.

43 ילה״ע גם לולי זאת, דבכה״ת הא דבעינן שיעור הוא משום דפחות משיעור אינו חשוב לאכילה, ולכן באחשביה מועיל שאין את החסרון שיש בח״ש, אך ביוה״כ דבעינן ככותבת, ואינו מטעם שפחות מזה אינו חשוב, אלא משום שפחות מכך עדיין נקרא מעונה, א״כ מה מועיל מה שאחשביה, סו״ס עדיין הוא מעונה.

ולפי זה מתרוֹחת הסוגיא היטב, דגם אי לא עלה על דעת ראב״א לומר דרבא ס״ל בחצי שיעור כר״ל, ודלא כהלכתא, מכל מקום לא היה יכול להקשות עליו מכה״ג סתם דניחוש שמא יאכל ביוה״כ, דהיינו מתרצים דרבא ס״ל דטעם איסור חצי שיעור הוא משום דאחשביה, וממילא חצי שיעור דיוה״כ אין בו איסור תורה כלל כיון דעל יותר מכזית ליכא חשש שיאכל כנ״ל, ובכזית עדיין לגבי יוה״כ הוא חצי שיעור ואין אסורו אלא מדרבנן כאמור (דמדרבנן וודאי גם ביוה״כ אסור דאא״ל דגם למ״ד חצי שיעור אסור מדרבנן היינו נמי משום אחשביה, והיינו דמדאורייתא לא מועיל חשיבות שבמקרה כלל אלא דרבנן אסרוהו משום האי חשיבות, וא״כ ביוה״כ גם מדרבנן אינו אסור, דזה א״א, דהא מתני׳ קתני יוה״כ אסור באכילה ומיירי בחצי שיעור, אלמא דאי מדרבנן אסור ע״כ לאו משום טעמא דאחשבי׳ הוא) ומשום שמא יאכל איסור דרבנן לא אסרי לכה״ג להקריב דהא ע״כ בלילה מקריב אונן, על כן משום אכילת יוה״כ ליכא קושיא כלל על רבא, כי אם משום איסור אכילה באנינות דלגבי׳ כזית הוא שיעור שלם.

ענב ב

[הוכחה לדעת הרמב״ם דברגל אינו נוהג גם דברים שבצנעה]

דעת הרמב״ם בשלישי לעשירי מהל׳ אבל, שמי שמת לו מת ברגל אינו נוהג אבילות גם בדברים שבצנעה, לא כרוב הפוסקים והש״ע (או״ח סי׳ תקמ״ח ס״ד), ואף דהרמב״ן (בכסף משנה שם) הבין לנו טעם סברת הרמב״ם לחלק רגלים משבת, דסבירא ליה דשבת דעולה לו למנין שבעה אסרו בו דברים שבצנעה, ורגלים דאינם עולים לו לא אסרו בו, מ״מ ירחק מהדעת שמלבו הוליד חילוק זה בלי ראיה.

ונ״ל דאולי י״ל דהוציא זה מכח קושיא, דבפרק הישן (דף כ״ה ע״ב) איתא ״אראב״ז אמר רב אבל חייב בכל מצות חוץ מן התפילין והני מילי ביום ראשון כו׳. ואראב״ז א״ר אבל חייב בסוכה, פשיטא, מהו דתימא כיון כו׳ דמצטער פטור מן הסוכה כו׳ קמ״ל כו׳״. ויש כאן תמיהה ממה דאיתא ריש פ״ק דמסכת ערכין (דף ג׳ ע״ב) ״הכל חייבין בסוכה כהנים לויים וישראלים. פשיטא, כהנים אצטריכא ליה מ״ד תשבו כעין תדורו (והכהנים בשעת עבודתן אינם נזקקין לנשותיהן דרמיא עלייהו עבודת הרגל. רש״י) קמ״ל נהי דבשעת עבודתן פטורין שלא בשעת עבודה חייבין״. והרי אבל אסור בתשמיש המטה והוי ככהנים בשעת עבודתן, וא״כ מאי מקשה על ראב״ז א״ר פשיטא, מאי פשיטות, ונהפוך, דיקשה למה אבל חייב כיון דאינו כעין תדורו[44].

וכבר נשאל על תמיהה זו בתשו׳ שער אפרים (סי׳ ל״ד) ודחק בישובו, וכתב דאין

44 עיי׳ גליון רבנו ערכין דף ג ע״ב שמציין לדבריו ״בספר העיקרים שלי עיקר אונן ואבל״. ועיי׳ עוד בענין זה בקרבן נתנאל סוכה פ״ב סי׳ ז אות צ, פני יהושע וערוך לנר ובהגהות הגרא״מ הורביץ סוכה שם.

סברא לחלק בין כהנים בשעת עבודה דמדאורייתא אסורים, לאבל דאסורו מדרבנן, ורצונו כיון דמ״מ אשתו עצורה לו, יהיה ע״י מה שיהיה אינו כעין תדורו.

ויכילנא לומר דמה שבעיני הרב רחוק, היה קרוב בעיני הרמב״ם, דודאי אילו הי׳ תלוי מצות סוכה במצות עונה, לומר דאם אינו מקיים בסוכה מצות עונה לא יצא ידי חובת סוכה, יפה היה אומר הרב, דאחרי שהאבל לא מקיים העונה יהיה על ידי מה שיהיה אינו מקיים מצות סוכה ופטור ממנה, עכשיו שאינו כן, אלא בעינן שתהיה מזומנת וראויה לו לפוקדה וה״נ צריך שתהיה ראויה לו. והרי כתב הרמב״ם בהל׳ אבל (פרק שישי הלכה ה׳) שאבל שלא קיים עדיין מצות פריה ורביה רשאי לכנוס מיד ואסור לו לבא עליה עד שלשים יום. וקשה א״כ אינו כונסה כלל דהא הוא ז״ל סבירא ליה דחופה דלא חזיא לביאה אינה קונה ועכצ״ל כיון דאבילות רק מדרבנן על כן כיון דמן התורה רשאי לבא עליה מקרי חזיא לביאה[45], ולמה ירחק לומר גם הכא דמן התורה נקרא ראויה לפוקדה[46].

גם סברת התוס׳ בפרק מרובה (דף עב ע״ב [ד״ה דאי ס״ד]) דאם חולין שנשחטו בעזרה לאו דאורייתא אף דמדרבנן אסור באכילה מקרי שחיטה ראויה, דהרי מן התורה ראויה לו, ושפיר פריך על מימרא דראב״ז א״ר פשיטא.

45 עיי׳ גליון רבנו ליו״ד סי׳ שצב סעי׳ ב על דברי השו״ע ״ולא יבא עליה עד לאחר שלשים יום, שכתב ״וא״ת לרמב״ם הוה חופה דלא חזי לביאה. י״ל כיון דאבלות דרבנן. עיי׳ בב״ש סי׳ סא ס״ק ג״. ונראה שצ״ל ס״ק ה, עיי״ש על כלה בלא ברכה, דאף שאסורה לא הוה חופה שאינה ראויה לביאה, משום שאין זה אלא איסור דרבנן. ועיי׳ בענין זה אם חופה שאינה ראויה מדרבנן מיקרי חופה שאינה ראויה לביאה בשער המלך חופת חתנים סי׳ ו.

ועיי׳ עוד בשער המלך חופת חתנים סעי׳ ד (דף כט טור ד) שמקשה על שיטת הרמב״ם דחופה שאינה ראויה לביאה אינה חופה, ממה דמבואר בירושלמי דהכהן גדול מקדש אשה ביוה״כ, והוא הדין שהוא גם כונסה, והא הוי חופה שאינה ראויה לביאה, דיוה״כ אסור בתשמיש המטה, וכתב השער המלך ״והיה מקום לומר דעד כאן לא אמרינן דחופה שאינה ראויה לביאה דינה כארוסה, אלא דוקא גבי נדה דאסורה מחמת עצמה, מה שאין כן גבי יום הכיפורים דאין איסורה מחמת עצמה אלא יומא הוא דקא גרים״. ולפי תירוץ זה נראה שלא קשה גם מאבלות, שגם שם הוא איסור צדדי ולא מיקרי שהיא אסורה עליו. אמנם השער המלך סיים שאין בתירוץ זה כדי שביעה.

ובעיקר הענין אם אינו ראוי מדרבנן מיקרי אינו ראוי לענייניים דאורייתא, עיי׳ בדברי רבנו ח״ב אה״ע סי׳ יז (ושם בהע׳ 10), ובכתבים סי׳ לד.

46 ראה להלן ענב ג׳ שמסתפק רבינו, אם דין תשבו כעין תדורו הוא דין במצות ישיבה בסוכה שצריך שישב בסוכה כשם שהוא דר בביתו, או שזה דין בעצם הסוכה שתהיה ראויה לדירה. ולפי הצד הראשון שזה דין במצות ישיבת הסוכה לכאורה תמוה לענין זה לומר שאם ראוי מדאורייתא, די בזה, דהא סוף סוף אינו מקיים את ישיבת הסוכה כשם שהוא דר בביתו, שהרי אסור לו לבעול, ומאי נ״מ אם זה מדאורייתא או מדרבנן, אך אפשר להבין את הדברים לפי הצד השני שזה דין בסוכה, ועל זה מובן שאם הסוכה ראויה לדירה מדאורייתא מיקרי ראויה ויוצאים בה.

אמנם גם לפי צד זה, קצת קשה, דאף אם זה דין בסוכה, אך אין זה דין של ״ראוי״, אלא דין שמהות הסוכה צריכה להיות דומה לצורת דירתו של אדם, ודירה שאי אפשר לדור

ואולם לרמב"ם לשיטתיה בריש הל' אבל דאבילות יום ראשון מן התורה לא יספיק לו זה, דהא ודאי בכלל מאמרו "אבל חייב בסוכה" איכא נמי אבל ביום ראשון, וכן מבואר דבקושיית הש"ס פשיטא פירש"י "מ"ש הא משאר מצות דאמר רב לעיל דאבל חייב בכל המצות חוץ מן התפילין". ורצונו, דאלולי שאמר רב זה, לא הי' קשיא פשיטא, די"ל כיון דמצינו דביום ראשון איכא מצוה דפטור האבל היינו מן התפילין ה"א דה"ה משאר מצוות פטור, קמ"ל דשאני תפילין דכתיב בהו פאר. אבל אחר שא"ר כבר דבכל המצות אבל חייב גם ביום הראשון פשיטא דחייב בסוכה, דמ"ש הא משאר מצות, וא"כ להרמב"ם דביום ראשון חייב באבילות מן התורה, אכתי אינו קושיא פשיטא דהא טובא קמ"ל דאף ביום ראשון דאין אשתו ראויה לו ולא הוי כעין תדורו מ"מ חייב בסוכה, ואדרבה יקשה עוד למה חייב ביום ראשון.

והוליד הרמב"ם מזה דבמת לו מת ברגל, (וה"ה שמע שמועה ברגל אף דלא ביטל הרגל השבעה כיון דלא נהג שום שעה אבילות קודם הרגל), מ"מ שרי לו אף דברים שבצנעה. ושפיר פשיטא הוא דאבל גם ביום ראשון חייב בסוכה, דאף דלא משכחת חיוב סוכה ביום ראשון כי אם במת לו מת באותו יום, דאל"כ אינו אבל דהא רגל ביטל שבעה, מ"מ גם אז מותר בתשמיש המטה והוי כעין תדורו.

והש"ע נמי אזיל לשיטתיה דסבירא ליה (בסי' שצ"ט סעי' י"ג) דגם ביו"ט שני אינו נוהג אבילות אפילו ביום ראשון ולא אמרינן שיו"ט שני דרבנן נדחה מפני אבילות דאורייתא (וכמו שבאמת הוא למאן דסבירא ליה דאבילות יום ראשון מן התורה), אלא דגם אבילות יום ראשון אינו אלא מדרבנן, ועל כן אין לו ראיה דברגל שרי גם בדברים שבצנעה, דאי נמי אסור, שפיר הוא פשיטא דחייב בסוכה גם ביום ראשון דהרי מן התורה ראויה לו, והוי כעין תדורו. וע"כ נקוט כפשטי' דאין חילוק בין יו"ט לשבת. (ועמ"ש עוד בזה לקמן ענב ג').

ענב ג

[בטעם דאבל אינו נפטר מסוכה משום דאסור בתשמיש המטה]

על הקושיא למה אבל חייב בסוכה, והא אבל גם ברגל נוהג דברים שבצנעה, וא"כ יהא דינו ככהנים דאיתא במסכת ערכין [ג,ב] "נהי דבשעת עבודה פטורים (פירש"י משום

בה איש ואשתו אינה דירה, ומאי נ"מ אם אי אפשר לדור בה מדאורייתא או מדרבנן. ואה"נ שאין דין שצריך לבעול בסוכה, אך צריך שתהיה לו האפשרות לבעול, וכל שאין לו אפשרות זאת אין זה כדירה, וכאן הרי אין לו אפשרות לבעול, ומאי נ"מ אם מה שאין לו אפשרות זה מדאורייתא או מדרבנן. בשלמא לענין חופה, שם זה דין של ראוי לביאה ואם ראוי מדאורייתא מיקרי ראוי, אך כאן שזה דין דירה, א"כ חידוש הוא לחלק בזה בין אם לא ראוי מדאורייתא או מדרבנן.

דאין נזקקין לנשותיהן בשעת עבודה) שלא בשעת עבודה חייבים" כמובא למעלה (ענב כ'), השיב בתשובת שער אפרים (סי' ל"ד) דלמסקנא דאמר קמ"ל, ר"ל דבאמת בשעת עבודה נמי כהנים חייבים בסוכה דמקרי כעין תדורו דלא כמו דהוי אמינא דבשעת עבודה פטורים, וחיזק זה בראיה מדלא הביא הרמב"ם דכהנים פטורים מסוכה בשעת עבודה, ודבריו סתומים וחתומים דלשון הסוגיא "קמ"ל נהי דבשעת עבודה פטורים" מורה דבזה חלוק המסקנא עם הס"ד, דלפי הס"ד היו כהנים פטורים מסוכה בכל הזמנים בעידן ולא בעידן העבודה, ולמסקנא פטורים רק בעידן העבודה מסוכה, גם לשון הש"ס "סד"א כו' והני כהנים הואיל ובני עבודה נינהו לא ליחייביה" מורה בעליל דס"ד דמפני שהן בני עבודה פטורין לגמרי בכל זמן גם איה הרמז במסקנא לנגד סברא דס"ד ולומר דמקרי כעין תדורו[47].

ונ"ל לבאר ולפרש בהטותי אך מדברי בעל שער אפרים במ"ש דלפי הס"ד נמי לא היו כהנים פטורים בכל זמן, בהקדם אשר נמצא בגליון הש"ס בהאי מה דירה איש ואשתו כו' גירסא שמוספת עוד דברים (ואולי י"ל דלהאי גירסא לא גרסינן כלל "מה דירה איש ואשתו") והיינו דהגירסא "מה דירה בין ביום בין בלילה אף סוכה בין ביום כו'".

ובהקדם עוד דמהידוע דחיוב ישיבת סוכה אינה לאכול ולשתות ולישן בה לחוד, כי אם שישב וידור שם כל שבעת הימים בין בימים בין בלילות וככתוב בש"ע (ריש סי' תרל"ט), והיינו דהן יכול לילך ולישב חוץ לסוכה, אלא דבכל עת שיקבע ישיבה תחת מכסה בחדר חייב שתהיה בצל סוכה לא בצל תקרה.

ואומר דהאי דרשה "תשבו כעין תדורו" אפשר שתידרש על שני דברים, האחד על עצמות הסוכה שישב בתוכו, והשני על גברא היושב בסוכה, והיינו האחד שהסוכה צריך שתהיה עשויה על אופן ראויה לישיבה תדירה בכל שבעה כעין הדירה שראויה לדור תמיד, והשני שיהיה האיש שיחוייב בישיבת סוכה על אופן שיהיה ראוי לחייבו כל שבעה בישיבה כמו שראוי לדור בתדירות בדירתו של כל ימות השנה[48], וזה החלק השני יש לחלקו על שני חלקים, היינו אחד שיהיה ראוי לחיוב הישיבה בתדירות כל השבעה כאמור, והשני שיהיה ראוי לעשות כל צרכיו בכל זמן שישב בסוכה כמו שהוא בדירתו היינו מה דירה איש ואשתו אף סוכה איש ואשתו.

והנה אחד מהני תלתא אמת, ואחד שקר, ואחד אפשרי. רצוני, דאשר לעצם הסוכה דבעי ראויה לישיבה תדירה כעין דירה הוא אמת, דהרי אם היא עשויה באופן שמצטער לישן בה פסולה היא אף לאכול בה כדאיתא בהגהש"ע הל' סוכה (סי' תר"מ סעיף ד'), ואשר שיהיה האיש באופן שיהיה ראוי לעשות כל צרכיו בכל זמן שישב בסוכה היינו שיהיה איש ואשתו הוא שקר, דאטו בדירתו של ימות השנה ראוי בכל זמן שיהיה איש ואשתו, והלא כהנים גם בדירה של כל ימות השנה אינם ראויים לכך בשעת עבודה שיהיה איש ואשתו, וא"כ הוי להו בסוכה כעין שהיא

47 עיי' קרבן נתנאל סוכה פ"ב סי' ז אות צ שמשיג בזה על השער אפרים.

48 ראה ענב ב ובהע' 46.

בדירה, דלעתים תהיה ראויה להיות איש ואשתו, ולעתים לא תהיה ראויה. ואת אשר יהיה צורך שיהיה האיש ראוי לחייבו בישיבה כל השבעה כמו שראוי לדור תדיר בדירתו זה אפשר. די״ל דהדרשה תידרש גם אגברא שיהיה כעין שהוא בדירתו, וי״ל נמי דהדרוש לא קאי כי אם על עצם הסוכה.

ומזה יוצא דגם בס״ד לא היה הטעם דכהנים פטירי לגמרי מפני שצריך שיהיה האיש ראוי להיות כל שבעה איש ואשתו כי היכי שיהיה כעין תדורו, דזה שקר מבואר דאי אפשר למטעי ביה, דהא גם בדירתו אינה ראויה כך בכל זמן ושפיר הוי כעין תדורו, ואלא במה היה מקום לטעות בס״ד, ע״כ רק בהא דהו״א שצריך שיהיה האיש על אופן שיהא חייב כל שבעה בסוכה, וכהנים דאינם ראויים לחייבם כל שבעה בקובעם עצמם לישב תחת גג שיהיה תחת גג סוכה דוקא, דהא בשעת עבודה צריכין להיות בקבע במקדש לא בסוכה, והו״א אין לחייבם בסוכה כלל. זה היה לס״ד אמינא, ועל זה הביא מה סוכה בין ביום כו׳, והיינו דאם אינה ראויה לשינה בלילה אינו יוצא בה (וממילא אינו חייב לישב בה גם אם אין לו סוכה אחרת), סד״א דה״נ דרשינן לגבי גברא דבעי שיהיה הגברא ראוי לחייבו בכל שבעה כשיושב בצל שישב בצל סוכה. וע״ז שפיר אמר קמ״ל נהי דפטירי בשעת עבודה כו׳, ור״ל דע״כ גם זה אינו אמת שיהיה האיש צריך להיות ראוי לחיוב ישיבה כל שבעה, אלא דנהי דבשעת עבודה יושבים בצל בית ופטירי מישיבה בצל סוכה בשעה זו, מכל מקום ע״כ שלא בשעת עבודה חייבים בסוכה, דהדרשה ״תשבו כעין תדורו״ קאי ע״כ רק אעצם הסוכה לא אגברא.

והוכיח זה ואמר ״מידי דהוי אהולכי דרכים כו׳ דפטורים מן הסוכה ביום וחייבים בלילה״, הרי דלא אמרינן כיון דאיש זה אינו חייב בישיבת סוכה ביום דהרי בדרך הוא הולך פטור גם בלילה דאינו גברא המחוייב בכל שבעה ולא ליחייב כלל, ועל כרחי׳ דרשה ד״תשבו כעין תדורו״ לא קאי אגברא, א״כ כהנים נמי פטורן שבשעת עבודה אינו גורם פטור להם שלא בשעת עבודה (וממילא גם בעידן עבודתם אם יסבו לאכול לחם, כיון דבשעת אכילה מפסיקים מעבודתן חייבים לילך לסוכה כיון שאינם בשדה כי אם בעיר וכמ״ש בתוס׳ שם [ד״ה ובני עבודה נינהו] דפטור דהולכי דרכים לא שייך בהו כיון דאינם בשדה, ומש״ה לא הביא הרמב״ם דבשעת עבודה פטורים).

[ואם יהיה כהערת המג״א (בסי׳ תרל״ט סק״ח) דסוכה שאינה ראויה לדור בה עם אשתו אינו יוצא בה כלל כמו באינה ראויה לישן בה, יהיה נייחין הדברים לדרכנו גם לגרסא שלפנינו בלי תוספת הגרסא ״מה סוכה בין ביום כו׳״ דשפיר בא בס״ד אמינא לדמות כמו דבסוכה עצמה אם אינה ראויה לאיש ואשה פסולה לכל דבר, כך הוא בגברא].

והשתא נמי לא קשה כלל על הא דאבל דחייב בסוכה, וגם שפיר מקשה עליה בגמרא פשיטא, דהא גם בכהנים לא ס״ד כלל לומר דמשום דכהנים אינם איש ואשתו פטורים, אלא דהו״א משום דהוא גברא דאינו חייב בסוכה כל שבעה משום דבשעת עבודה אינו יושב בצל סוכה, מה דלא שייך באבל כלל דהוא חייב גם באבילותו כל שבעה, דמשום

מה דאסור בתשמיש המטה לא שייך לומר דאינו כעין תדורו, דבדירתו כל ימות השנה אי אירע אבילות דר ואסור בתשמיש המטה.

ענב ד

[בענין יבום וחליצת אונן]

מוהרי״ט בתשובה [חלק אה״ע סי׳ טז] כתב בשם הראנ״ח דאונן אינו חולץ משום דחליצה מצות עשה, ואונן הא פטור הוא מכל המצוות. והחכם צבי בתשובה סי׳ א [ד״ה וראיתי להרב מהרי״ט] השיג ע״ז משום דאת״ה א״כ גם יבומו דאונן אינו יבום דהא יבום נמי מצות עשה, ותיקשי א״כ אין לך אשה שכשרה ליבום דהא הוא והיא אוננים הם, וקיי״ל בפרק ארבעה אחין (דף כז ע״ב) ״כל אשה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה הרי היא כאשת אח שיש לו בנים ואסורה״. וכתב דאלא ע״כ חליצה דומה לגט, ויבום לקנינים, דג״כ חשב הרמב״ם בין מצוות עשה, ומכל מקום אונן מגרש וקונה ומקנה בקנינים האמורים בתורה ה״נ חולץ ומייבם[49].

49 מהראוי להעתיק כאן את דברי החכם צבי, וז״ל ״גם מה שכתב הרב ז״ל טעם למניעת האוננת מחליצה להרב מהראנ״ח משום דהיא מצוה, ואונן פטור מכל המצוות האמורות בתורה, תמוה לי טובא, דא״כ היכי תיסק אדעתין דקטנה שהגיעה לעונת הפעוטות חולצת, והא כיון דקטנה היא פטורה מכל מצוות האמורות בתורה, וזיקתה ודאי זיקה גמורה היא. וגדולה מזו תמה אני על הרב ז״ל, אם כדבריו אין לך אשה שכשרה ל[illegible] נעשים [illegible], ואף היבום הוא אחד ממצוות עשה, וקיי״ל כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה הרי היא כאשת אח שיש לו בנים ואסורה. ואין להקשות מזמן ההבחנה דההיא ודאי דרבנן ואם יבא עליה אף מדרבנן שריא, לאפוקי אוננין לדברי הרב דלעולם אינן בני חליצה ויבום. ואין לומר דאם כן איסור אשת אח נמי ליכא, דודאי בעונשין ואזהרות לא שני בין אונן לאחר, ואם כדבריו אונן שגירש לא יהיה גיטו גט שגם הגט הוא אחד מכל מצוות ה׳ שכן מנאה הרמב״ם בכלל המצוות. ונראה דאף פטור האונן מדרבנן בעלמא הוא ולחומרא בעלמא הוא שאמרה הרב ז״ל, אבל לענ״ד לא מן השם הוא זה, שגם מקח וממכר מנאה הרמב״ם ז״ל בכלל המצוות ואף דיני גיטין וקדושין וחליצות כמותו וכולן דין אחד להם ובכולן מעשה אוננים קיימין״.

ועיי׳ בשאילת יעבץ ח״א סי׳ כז (מובא בפתחי תשובה אה״ע סי׳ קסט ס״ק לד) שמקשה על אביו מהתוס׳ ביבמות ב,א ד״ה ואחות אשתו שכתבו דלענין נדה לא שייך לומר כלל זה שכל שאין אני קורא בה בשעת נפילה, משום שנדה אינה אסורה דוקא על היבם אלא על כולי עלמא, ולפי זה הוא הדין באוננת, וכן העיר בבאר היטב שם ס״ק מז. ועיי׳ בגליון רבנו יבמות שם שמרמז לקו׳ זו ועיי׳ גם מהר״ץ חיות יבמות שם ובהגהות חשק שלמה ובשיורי קרבן על הירושלמי ריש מכילתין שעמדו בזה. ועיי׳ שואל ומשיב מהדורא א׳ ח״ב סי׳ קלה. ועיי׳ פרי מגדים פתיחה כוללת ח״ב סי׳ ל ומלא הרועים בענין ״יבמה שנאסרה והותרה אי חוזרת להתירה״.

ולכאורה היה נראה לבאר את קושיית החכם צבי, באופן שאין לדמות מדברי התוס׳ בנדה, דהנה שיטת התוס׳ ביבמות דף ג,ב ד״ה לא תעשה דהא דשרי יבום הוא משום גזה״כ דלענין זה עשה דוחה לא תעשה אף שיש בו כרת, ועל זה מקשה החכם צבי, דכיון דכל ההיתר הוא מחמת דעשה דוחה לא תעשה הרי שכיון שהאונן פטור ממצות יבום אין לפנינו מצות עשה כלל וממילא קיים איסור אשת אח שהרי אין מה שיפקיעו. ולא דמי לדברי התוס׳ בנדה

ולענ"ד הא קושיא זו אינה כ"כ חזקה, די"ל דהיא הנותנת כיון דלא היה משכחת לה יבום כלל אמרה תורה שלא לחוש לשאין אני קורא בה יבמה יבא עליה משום אנינות[50], וכעין דאמרינן פ"ק דחולין (דף יא ע"ב) בכה"ג "דלמא היכי דלא אפשר שאני". והיינו דאם תמנע להרוג הרוצח מפני מיעוט טריפות לא היה אפשר להרוג רוצח כלל, על כן שינתה התורה מידותיה ואמרה שלא למנוע ההריגה משום מיעוט טריפות אף דאם יקרה זכות אחר הפוטרו אף רק על צד המיעוט היינו מונעים להרגו, התם אפשר, אבל המניעה משום מיעוט טריפות זה לא אפשר. וא"כ י"ל דהכא נמי נימא היכי דלא אפשר שאני, והיינו כיון דאם תמנע היבום משום דאין אני קורא בה כו' יבמה יבא עליה מפני אנינות, לא יהיה אפשר בשום פעם ליבם לעולם, על כן שינתה התורה המדה ואמרה דמשום שאין אני קורא בה יבמה כו' מפני אנינות בל תמנע היבום אח"כ. אף דאם יקרה דלא אהי' קורא בה כו' יבמה כו' מצד אחר תמנע גם אח"כ היבום, האי דמשום אנינות שאני כיון דלא אפשר.

ויותר היה לו להקשות [עפ"י הנחתו דיבום וחליצה שוין הן בענין זה] מקטן וקטנה דלרבנן דר"מ פרק הבא על יבמתו (דף סא ע"ב) דקיי"ל כותייהו מייבמין [דרק חולצין לא, משום דאיש כתיב בפרשה] והרי קטן נמי פטור מכל מצוות שבתורה דלאו בר חיובא הוא וא"כ אין יבומו יבום ופוגע באשת אח.

ואין להשיב קטנים בעונשין ואזהרות נמי ליתנייהו ואינם עוברים משום אשת אחיו, דזה אינו, דתינח בשניהם קטנים, אבל בהוא קטן והיא גדולה או להיפוך דלגבי הגדול מהן ביאה דאיסורא הוא, וכעין דאיתא שם בגמרא [קיא,ב] דס"ד לומר "כי אמר ר"מ גדולה לקטן וקטנה לגדול דחד מינייהו ביאה דאיסורא הוא" דגם בכה"ג הדין דמתייבמין

ששם הרי דנים מחמת איסור נדה, ולענין זה חידשו התוס' דכיון דאיסור נדה הוא איסור על כולי עלמא לא דמי לכל העריות, ולא שייך בזה נאסרה, אך לענין אונן מקשה החכם צבי שאין כלל מה שידחה את האיסור דאשת אח, דהא אינו מצווה כלל.

אמנם באמת האחרונים הקשו על דברי התוס' דלמדו דהיתר יבום הוא מדין עשה דוחה לא תעשה, דהא מוכח מכמה דוכתי דעיקר ההיתר אינו מחמת דחויה אלא דהנפילה עצמה מתרת ליבום, ופירש בשו"ת חמדת שלמה או"ח סי' לח אות לח ובספר אמרי משה [סי' ה אות כא] דדברי התוס' שם לא קאי לפי המסקנא, דלמסקנא באמת דין יבום אינו מחמת עשה דוחה לא תעשה כי אם מחמת דהנפילה מתרת. וממילא לפי זה אתי שפיר קו' החכם צבי, דאף דאונן פטור ממצות יבום ולא שייך כאן עשה דוחה לא תעשה מכל מקום עצם הנפילה מתירה את איסור אשת אח.

ובאמת לפי זה אפשר לפרש, דזה גופא ההכרח לפרש במסקנא דדין יבום אינו מחמת עשה דוחה לא תעשה כי אם מחמת דהנפילה מתרת, דאי מחמת עשה דוחה לא תעשה א"כ לא משכחת לה יבום כקו' הח"צ, וזה אין להקשות דסו"ס איך ס"ד לומר דהוא מחמת עשה דוחה ל"ת, והא גם לס"ד יקשה דאיך משכחת לה יבום. די"ל דהתם קיימינן בס"ד דגמ' דהא דערוה לא מתיבמת אין זה מחמת הקרא, אלא מחמת דאין עשה דוחה לא תעשה שיש בו כרת, ולצד זה ביארו אחרונים דלא שייך כלל הדין של נאסרה, (ראה קובץ הערות יבמות סי' ה אות י, ובאתוון דאורייתא הוספות לכלל יג), ממילא בס"ד הרי ליכא דינא דנאסרה, וכל הקו' היא רק למסקנא, ולמסקנא לא קשה דהא דין יבום הוא מחמת דהנפילה מתרת.

50 עיי' שאילת יעבץ ח"א סי' כז שכתב בתוך דבריו תי' זה על קושיית אביו.

כדתנן בפרק בית שמאי במסכת יבמות ([שם] "בא (יבם קטן) על יבמה גדולה תגדלנו" מאי איכא למימר, הן בעודנו קטן הרבה או קטנה הרבה ל"ק דהא אין ביאתן ביאה וליכא איסורא גם לגבי הגדול מהן, אבל מעת שהיא בת ג' שנים או הוא בן תשע שנים דביאתן ביאה תיקשי, והרי מתני' קתני תגדלנו, ותיקשי, והא מעת שנעשה בן תשע ביאתו ביאה, ולייבם מ"מ לא יהא יכול כיון דפטור ממצוות, וא"כ פוגעת היא באיסור אשת אח.

וגם לר"מ תיקשי, דהא ע"כ לא אמר ר"מ דבהוא קטן או היא קטנה לא מתייבמין, אלא בקטנות דשמא ימצא סריס או היא איילונית, אבל כשיגדל יתייבמו, ואמאי הא בשעת נפילתה לא קרינן בה יבמה יבא עליה (מחמת ודאי לא משום ספק דלמא ימצא סריס כו' אלא משום דודאי לא בר עשיית מצוה היבום הוא ופוגע וודאי באשת אח). וזה אינו לא אפשר, דהא אפשר שיקויים מצות יבום היכי דשניהם גדולים בשעת מיתת האח.

וביותר פשוט תיקשי, הא קיי"ל דקטן בן תשע שבא על יבמתו קנה אותה בביאה, והאיך יקנה והא פטור ממצוות עד שיהי' בן יג שנים והוי כמו אונן דאינו חולץ ואינו מיבם מפני שהוא פטור ממצוות.

והנלענ"ד עפ"י סברת הראנ"ח דסבירא ליה דכשאנו מוצאים שאסרה תורה דבר ושהתירה איסור זה שוב ע"י איזה מעשה, רואים אם אין במעשה זו קיום מצוה ע"כ המעשה בעצמותה וערומה מכל היא הפועלת, כמיתת הבעל דילפינן מקרא בפ"ק דקידושין (דף יג סע"ב) דמתיר איסור אשת איש שעליה (לא מסברא דהוא אסרה והוא שרתה, כדאיתא התם) ואין מצוה במיתתו, אבל אם אנו מוצאים בזו המעשה קיום ועשיית מצוה ודאי יש לנו לתלות שעשיית וקיום המ"ע שבזאת המעשה היא הפועלת, וא"כ בהעדר קיום המצוה מהמעשה כאשר העושה פטור ממצוות יהיה נעדר ההיתר. ואולם כשגילתה לנו התורה שגם בנעשית מעשה זו שציוה הבורא עליה לעשותה באופן שהמצוה עליה לא קיים בה המצוה מ"מ היא מביאה ההיתר אל הדבר אסור, הנה נודע לנו שמעשה זו גם בהיותה לבדנה וערומה מקיום מצוה עושה פעולתה ומתרת. וממילא גם אם העושה זו המעשה אינו בר חיובא ופטור ממצוה מ"מ פועלת המעשה, דמה לי שהיא ערומה ממצוה מפני שנעשתה על אופן לא נצטווה בו, ומה לי שלא נתקיים בה מצוה מפני שהעושה אינו בר חיוב ופטור ממצוות.

והנה בחליצה דעכ"פ מכוונים שניהם שמעשה זה יתיר אותה לחוץ וכדאיתא בשו"ע אה"ע (סי' קסט סעי' מד) נתכוון הוא ולא היא או היא ולא הוא לא הותרה, וא"כ אין לך חליצה שלא יקיימו עושיה המ"ע שנצטוו במעשה זה דמצוות א"צ כוונה יותר מזה. לא כן ביבום דלפעמים עשויה באופן דלא מקיימה בהו המצוה, דהא תנן (ריש פרק ששי דמסכת יבמות) [נג,ב] "הבא על יבמתו בין בשוגג בין במזיד כו' קנה" ופירש"י "שוגג כסבור שהיא אשתו או אשה אחרת, מזיד לשם זנות ולא לשם מצוה" ובגמרא (שם דף נד ריש ע"א) דמקרא דיבמה יבא עליה אתיא לן בין שוגג בין מזיד, הרי דמזיד היינו בידע שהיא יבמתו אלא דמפרש או גמר בלבו שאינו בא עליה

לשם המצוה כי אם לשם זנות, והרי המכוון שלא לצאת, גם למ"ד מצות א"צ כוונה אינו יוצא ואינו מקיים המצוה[51], וא"כ גלי לן קרא ד"יבמה יבא עליה" דמעשה ביאת היבם עושה פעולת הקניה גם בלא היה עם המעשה עשיית מצוה.

51 רבינו פשיטא ליה הכא דהבא על יבמתו וכיוון שלא לקנותה, מ"מ קונה אותה. אמנם בתשובת רבינו שבשו"ת רע"א סי' רכא אות ה התספק בזה. וז"ל "נסתפקתי יבם שבא על יבמתו וכשבא אמר במפורש שאין רוצה לקנותה אם קנה לה או לא, ומדברי רש"י ריש פרק הבא על יבמתו דפירש מזיד שבא עליה לשם זנות ולא למצוה אין ראיה, דיש לומר דלא מיירי במפרש להדיא שאינו רוצה בקנינה, אלא שבא עליה סתם לשם זנות ולא נתכוין לקנותה. ואי דקשיא אם לא פירש מנא ידעינן דכונתו לזנות י"ל דעדים ראו אותו מבחוץ שבא עליה והוא לא הכיר בהם, וכיון דביאת יבום צריכה עדים (כמבואר בסי' קסז בב"ש סק"ב) ידוע שלא נתכוין לקנותה מדלא בא עליה בעדים, וכיון דלא נתכוין בפירוש שלא לקנותה מש"ה קנה אותה דהתורה אמרה דא"צ דעת, אבל במתכוין שלא לקנותה עדיין לא שמענו אם התורה הקנתה לו בע"כ". אמנם רע"א בתשובתו אל רבינו שם סי' רכב אות יח הוכיח דקונה אותה בע"כ מסוגיא דיבמות דף נח "דכותיה גבי שומרת יבם כו' והא"ר קנה לכל, ואמאי לא מוקי ליה בבא עליה היבם ופירש שאינו רוצה לקנותה, ע"כ דגם בזה קנאה". וייתכן דמכח זה פשיטא ליה לרבינו כאן שקונה אותה גם כשמכוין שלא לקנות.

ואולי י"ל דרך לדחות הוכחה זו, דהנה איתא בירושלמי ריש יבמות בטעמא דאבא שאול דהכונס יבמתו לשם נוי הולד ממזר דזה מטעם יבמה לשוק, והיינו דהתורה אמרה שאין ליבמה היתר אלא על ידי דין יבום, אך כשאינו קונה אותה כגון שבעל לשם נוי הרי זה כיבמה לשוק. ואף דהירושלמי דחי טעם זה, היינו משום דסבר דטעמא דאבא שאול משום דהוה אשת אח, וגם רבנן דפליגי על אבא שאול היינו משום דסברי דהבועל לשם נוי קנה, אבל כל דלית ביה מצות יבום, אפשר דלכו"ע אית ביה איסור דיבמה לשוק. ועיי' קובץ הערות סי' מג מה שיישב לפי יסוד זה את דברי התוס' המוקשים ביבמות נא,ב ד"ה אי. ועיי' קהילות יעקב יבמות סי' ז.

והנה לפי דברים אלו יעלה דלפי מה דמצדד רבינו לומר דהבא על יבמתו וכיוון בהדיא שלא לקנות לא קונה, אם כן י"ל דעובר בזה על איסור דיבמה לשוק. והנה שיטת רב להלן בדף צו,א דשומרת יבם שזינתה אסורה ליבמה, ואם כן יבם זה שבא על יבמתו וכיוון שלא לקנות הרי כיון שעברה על איסור דיבמה לשוק נאסרת [אליבא דרב] על היבם כשומרת יבם שזינתה. ולפי"ז נסתרת הוכחת רע"א לפשוט את הספק ביבם שכוון שלא לקנות, מהגמ' ביבמות נח, דמהדרינן אחר היכי תימצי דהיבם בא על יבמתו ולא קנה אותה, ולמה לא אמרה בכיוון שלא לקנות, ולדברינו י"ל דהא התם באנו להסביר את הדין דהיבם מקנא ליבמתו, ואי נימא באופן זה שבא עליה וכיוון שלא לקנות הרי ממילא נאסרת עליו על ידי הקינוי אליבא דרב דהגמ' שם קאי כוותיה, ולכן לא יכלה הגמ' לומר נ"מ זו.

ובעיקר דברי רבינו לחלק בזה בין יבום לחליצה, הדבר תלוי בספק החכם צבי סי א בגדר הכונה בחליצה, אם הוא ככונה של מצוה, או שאינו אלא ככוונת ההקנאות, ועיי' מנחת חינוך מצוה תקצט שכתב דהכונה שמתיר אותה זה כונת קנין אבל מכל מקום צריך לכוין לצאת ידי המצוה כי היא מצות עשה, והוא ככל המצוות, וע"ש שדעתו דמ"מ אם לא כיון לצאת ידי המצוה, החליצה כשרה "דאין היתר שלה תלוי באם יצא ידי המצוה". ועיי' בית מאיר אה"ע סי' קסט. עיי' ערוך לנר יבמות קו,א שמבאר הא דאין שליחות בחליצה דהוי מצוה שבגופו. והסבר זה תלוי בשני הצדדים, אי הא דניתרת תלוי בקיום המצוה. ועיי' מלא הרועים "מצוות צריכות כונה" אות טו, ובספר אפיקי ים ח"א סוף סי' ז.

ומעתה זה הדבר שחלוק חליצת אונן מיבום אונן. הנה מצינו שהתורה אסרה יבמה לשוק ושהתירה איסור זה על ידי מעשה חליצה, וכן שאסרה אשת אח ושהתירה איסור זה על ידי מעשה יבום. ואנו רואים שיש במעשים אלו קיום ועשיית מצוה, וע״כ ודאי יש לנו לתלות דעשיית המצוה שעם כל אחד ממעשים אלו פועל ההיתר, וכאשר יהיה נעדר עשיית המצוה אין המעשה לחוד פועלת ההיתר. אפס דשייך שפיר למימר הכי רק במעשה חליצה, כיון דלא מצינו בשום מקום דתהא מעשה זו גרידא בלי עשיית מצוה בהדה מתרת האיסור דיבמה לשוק, אבל במעשה יבום הא מצינו דגם במעשה שאין מצוה בהדה מתרת האיסור אשת אח. וזהו המוליד ההבדל באונן בין חליצה ליבום, דחליצה כיון שאין במעשה זו עשיית מצוה, דהא אונן פטור מכל המצות, המעשה לחוד המופשט מעשיית מצוה אינה פועלת על האיסור להתירו, מה שאינו כן ביבום דאונן, דאף דבאונן ליכא מצוה בהדי מעשה דיבום, מכל מקום הא חזינן דמעשה יבום לחוד בלי מצוה בהדה נמי מתרת אותה ליבם, והיינו נמי טעמא דיבם קטן דכל שהגיע לידי שנים שביאתו נחשב למעשה ביאה אף דאינו עושה מצוה בהדה, דהא קטן פטור ממצוות מ״מ קונה אותה והמעשה לחודה מתרת אותה לו[52].

ענב ה

[מקור לשיטת גאון דז׳ ימי אבילות בעי רצופים]

בטור יו״ד הל׳ קריעה (סי׳ שמ״ה) כתב דהרי״ץ גאות בשם גאון כתב דשבעת ימי אבילות בעי רצופים, ושהרמב״ן כתב ״ראוי לומר שכבר הורה זקן אלא שיש להשיב״.

ונ״ל דהגאון הוציאו מכח קושית הר״ן בהאי דמי שהיה טבחו טבוח כו׳ ומת אביו של חתן כו׳ מכניסין כו׳ ואת החתן כו׳ לחופה ונוהג שבעת ימי המשתה ואח״כ נוהג שבעת ימי אבילות (רפ״ק דמסכת כתובות דף ג׳ ע״ב) דז״ל הר״ן [בדפי הרי״ף א ע״ב ד״ה ומת] ״וא״ת והרי הגאונים ז״ל אמרו דכי הוי יום מיתה וקבורה ביו״ט שני ינהוג בו אבילות, וכיון שכן למה התנו יותר לעקרו הכא טפי מיו״ט שני, י״ל דהיינו טעמא דאפילו אמרינן שינהוג אבילות ביום ראשון דהוי מדאורייתא אפ״ה בשאר הימים דאבלות שלהם מדרבנן לא ינהוג וא״כ לא הוי רצופין״.

וי״ל דהגאון שכתב הרי״ץ גאות בשמו הוא מכח הגאונים שהביא הר״ן בדין מיתה וקבורה ביו״ט שני, ולשיטתיה הוכיח דבעי רצופים, דאל״כ יקשה קושית הר״ן, ותירוצו דהר״ן ״דאפ״ה בשאר הימים כו׳ לא ינהוג וא״כ לא הוי רצופין״ לא יעלה ארוכה אם נאמר דשבעת ימי אבלות לא בעי רצופים[53].

52 לכאורה עדיין יש להקשות, דלמאי בעינן קרא בדף סא ע״ב דקטן אינו חולץ ״איש כתוב בפרשה״, תיפוק ליה שאינו כחליצה כיון שהוא קטן ואינו בר מצוות, ודמי לאונן.

53 עיי׳ גליון רבנו יו״ד סי׳ שצו שכתב כדבריו כאן, וסיים ״ויש לדחות״. ונראה בכוונתו, דיש

ענב ו

[ביאור שני הטעמים בירושלמי בפטור אונן]

בירושלמי על האי (דריש פרק ג׳ ממסכת ברכות) מי שמתו מוטל לפניו פטור מק״ש כו׳ ומכל מצות האמורות בתורה, איתא (ומובא באשר״י וברבינו יונה) ״תניא אם רצה להחמיר על עצמו אין שומעין לו, למה מפני כבודו של מת או משום שאין לו מי שישא משאו, מה נפיק מבינייהו, כשיש לו מי שישא משאו כו׳״. קצת ק״ל למה לא אמר בירושלמי נמי נ״מ להיפוך, והיינו באין לו מי שישא משאו והמת מאותן שאין מתאבלין עליהן דמה שהוא לכבוד המת אין עושין להן.

ויותר מזה עוד ק״ל, דהנה מ״ד הטעם משום כבוד המת לא יאמר דבר שינגד למתני׳ דאנינות תלוי במוטל עליו לקברו, וע״כ תאמר דהאי לכבוד המת אינו אלא משום דאם אינו אונן מחזי שהמת בזוי ונקל בעיניו, שמתעצל להתעסק עמו אשר חוייב בו, דהרי עליו מוטל לקברו והוא מתרפה במלאכתו ועוסק בענינים אחרים, וע״כ יפה תלה התנא האנינות במוטל עליו לקברו דאז רק חייב לאונן משום כבודו של מת. ולפ״ז ק״ל דהתם בירושלמי מקשי׳ על לשון ב׳ מדתני׳ דאונן פטור מלולב ופטור משופר, והא ביו״ט אינו יכול לעסוק בקבורתו ולא שייך הטעם דאין לו מי שישא משאו, (ומשני דגם ביו״ט יכול לעסוק להחשיך על התחום), ומבואר דלדלישנא קמא ניחא, ולדברינו תיקשי דהא מפני כבוד המת אינו אלא משום דנראה מתעצל בקבורתו, וא״כ לס״ד דהמקשה דביו״ט אין לו עסק כלל בקבורתו א״כ גם טעמא דמפני כבוד המת לא שייך ביו״ט.

וע״כ היה נ״ל לפרש דעל הטעם דאין לו מי שישא משאו לא פליג לישנא קמא, אלא דאוסופי קא מוסיף עוד טעם אחר, ורצוני, דאז אם נפרש כך יכולני לומר דמפני כבוד המת שייך גם באינו מוטל עליו לקברו ובאינו יכול לקברו, דמה דנראה שאין עצבונו עליו טורדתו כ״כ, עד שיכולת לו לעסוק בענינים אחרים זהו בזיון להמת (וע״כ ל״ק על לישנא קמא מלולב ושופר, דגם ביו״ט שאינו יכול לעסוק בצרכי קבורה שייך מפני כבודו של מת). דהשתא לא קשיא על לישנא קמא ממתני׳, די״ל דמה דתלה מתני׳ האנינות במוטל עליו לקברו, לא משום דבאינו מוטל עליו לקברו אינו חייב לאונן, דאף אם המת מאותן שאין מתאבלין עליו והיינו דלכבוד דהני אין חוששין מ״מ חייב לאונן משום שאין לו מי שישא משאו שעליו לקבור המת, ואה״נ דמשכחת לה לפעמים דאינו מוטל עליו לקברו ומ״מ אונן עליו, והיינו ביש לו מי שישא משאו, או ביו״ט דאינו יכול לעסוק בקבורתו (לס״ד דהמקשן), אלא דבזה יש תנאי שהוא ממי שעושין לו מה שהוא מפני כבוד המת דאז אונן עליו

לחלק, דבשלמא במה דאיירי הר״ן הרי שאם נאמר שינהוג רק יום אחד של אבילות, ואחר כך ינהוג שבעת ימי המשתה ואחר כך ישלים את ז׳ ימי האבלות, אם כן דין שבעת ימי האבלות לא יהיה ברציפות, אך במקרה שדן הטור, אין חוסר ברציפות מצד דין האבלות אלא מצד הנהגת האבילות, ולענין זה אין הוכחה דבעינן רצופים. וראה עוד בענין אי בעינן רצופים בערוך השלחן סי׳ שצט סעי׳ ב.

(דהרי עכשיו קיימינן דגם באין מוטל עליו או אינו יכול לקברו שייך כבוד המת). ואם יש מקום לפירושי זה, נסתר מה שאמרתי לעיל (אשכול ז') דכיון דקיי"ל כלישנא קמא על כן אין אוננים על מאבד עצמו לדעת משום דלו אין עושין מה שהוא מפני כבוד המת, דזה אינו, דהא גם ללישנא קמא אונן עליו מטעם דאין לו מי שישא משאו כיון דמאבד עצמו לדעת נמי מוטל עליו לקברו.

ומכל מקום יש לקיים דברי כך, לומר, דהן אמת דהמקשן היה סבור דטעם אין לו מי שישא משאו גם לישנא קמא מודה ביה, אבל מה ראה על ככה נגד פשטות הוראת לשון הפלוגתא, ההכרח אילצהו, דאל"כ אלא דללישנא קמא ליתא כלל לטעם אין לו מי שישא משאו, ע"כ יהיה פירוש המתני' במה דתלה האנינות במוטל עליו לקברו דמשום דמוטל עליו לקברו הוי אנינות מפני כבוד המת, דאם יתעסק בדבר אחר יהיה נראה כמתרפה במלאכתו המוטלת עליו מפני שבזוי המת בעיניו, אבל זולת זה אין עסקיו בדברים אחרים בזיון למת, וא"כ לא יתורגמו הני ברייתות דפוטרין האונן מלולב ושופר כלל, דגם ללישנא קמא יקשה הא ביו"ט אינו יכול לעסוק בקבורה ואין כאן מפני כבוד המת, ועל כן ראה לפרש דבטעם אין לו מי שישא משאו לא פליגי הלשונות כלל, ויפורש המתני' דהתנא נקיט מילתא דפסיקא כנ"ל ואה"נ דמשכחת לה גם באינו מוטל עליו לקברו דאונן מפני כבודו של מת, וא"כ ניחא ליה הברייתות דס"ל כלישנא קמא ומשום הכי אף ביו"ט אונן משום דמפני כבוד המת שייך גם באינו מוטל עליו לקברו, וזה היה מוכרח להמקשן דלא אסיק אדעתי' דמשום דיכול להחשיך על התחום הוה היום כיכול לעסוק בקבורתו, אבל להמסקנא, דגם ביו"ט שייך עסק קבורה, הדרינן שוב לפרש כאשר מורה פשטות לשון הירושלמי, דל"ק לא ס"ל כלל לטעם א"ל מי שישא משאו, ומפרשינן דמפני כבודו של מת ל"ש אלא במוטל עליו לקברו באופן דלא תקשי ממתני', (דמה שתלה במוטל עליו לקברו, היינו דאז רק שייך מפני כבודו של מת), והברייתות מתורגמות מ"מ יפה, דהשתא דגם ביו"ט יש עסק קבורה שייך כל טעם לחודיה, דטעם אין לו מי שישא איכא, וגם טעם מפני כבוד המת איכא, דכיון דאפשר גם ביו"ט לעסוק הוי בזיון למת אם יעסוק בדבר אחר, (ואיכא מפני כבוד המת אף עכשיו דקיימינן דליכא בזיון אלא מפני דמתעצל בצרכי קבורה).

ואחר דלישנא קמא לא ס"ל כלל לטעם אין לו מי שישא משאו, כי אם לטעם מפני כבוד המת, קמו דברינו דמאבד עצמו לדעת אין אוננים עליו, כיון דלו אין עושין מה שהוא מפני כבוד המת, ואי דמוטל עליו לקברו ואין לו מי שישא משאו, הא ללישנא קמא דקיימא לן כוותיה אין מחייבים לאונן מחמת טעם דאין לו מי שישא משאו[54].

54 עיי' חזון איש הלכות אנינות יו"ד סי' רז ס"ק ג-ד שכתב דמוכח בירושלמי דלפי הטעם דמפני כבודו של מת, אפילו בשבת יש לו דין אונן, וכיון דאנן קיי"ל דבשבת אין עליו דין אונן, על כרחך דלית לן טעמא דמשום כבודו של מת אלא טעמא משום דטרוד במצות קבורה, ולהאי טעמא קאמר בירושלמי דאם יש לו מי שישא משאו חייב, וקשה דלגבי זה פסק בשו"ע יו"ד סי' שמא סעי' א שגם ביש מי שיתעסק בו הוה אונן, וא"כ מוכח שפוסקים כמו הטעם שהוא מפני כבודו של מת, ואם כן היה לו לפסוק שגם בשבת יהיה אונן, עיי"ש שמניח בצ"ע. ונראה שלדעת

ענב ז

[מקור לדין שאינו אונן ואינו אבל על אשתו ארוסה או פסולה]

בש"ע יו"ד הל' אבילות (סי' שעג סעי' ד') "אבל [אשתו] פסולה או גרושה או ארוסה לא אונן ולא מטמא לה" והב"י הראה מקומו בפרק ד' אחין [יבמות כט,ב] ובכמה דוכתי אשתו ארוסה לא אונן ולא מטמא לה. ואיני יודע, דתינח אשר לא מטמא לפסולה דאינו מטמא אלא למי שעושה מעשה עמך כדאיתא ביבמות (דף כב ע"ב) וסנהדרין (דף מז ע"א), אבל למילף דאינו אונן לה מאשתו ארוסה לא ידעתי, דאימא ארוסה דאינה כנוסה לו ועדיין אינה אשתו גמורה לא אונן לה, אבל נשואה גמורה אף דפסולה לו אונן עליה. (וברמב"ם פ"ב ה"ט מאבל לא כתב דאינו אונן לפסולה כמ"ש באשתו ארוסה בהל' ג').

גם קשה, מנא להו להפוסקים דאין מתאבלים על ארוסה, כיון דבגמרא אידכר רק דאין אוננים עליה.

ועל כן נ"ל דשניהם, אנינות ואבילות, כחדא נינהו ואין זה בלא זה (ומה דבהרוגי ב"ד אוננים עליהם אף דאין מתאבלים, התם טעמא איכא בדבר, כיון דמה דאין מתאבלים הוא כי היכי דתיהוי להו כפרה, ואנינות אינו מונע הכפרה כדאיתא בפירש"י שם סנהדרין דף מו ע"ב [ד"ה לא היו מתאבלין]. וע"כ אשתו פסולה כיון דאין מתאבלין עליה (סי' שע"ד סעי' ד') ממילא ג"כ אין אוננים עליה, והכי נמי להפוך בארוסה דאין אוננים עליה (דזה מפורש בגמרא כנ"ל), ידעינן נמי דאין מתאבלין עליה כיון דתרווייהו אהדדי מישך שייכי.

וא"ת הא גופא דאין מתאבלים על אשתו פסולה מנ"ל כיון דלא איתפרש בגמרא, י"ל כיון דמפורש בגמרא דאין מטמאין לה ידעינן נמי דאין מתאבלין מכח הכלל דכל קרובים שכהן מיטמא להן מתאבל עליהן, דכלל זה הוא נמי להיפוך כנ"ל (אשכול ג') בשם הכ"מ, ובאמת השתא דאתינן להכי הנה הראיה שניה שכתבנו דאנינות ואבל כחדא נינהו דאל"כ מנ"ל דאין מתאבלים על אשתו ארוסה נופלת בבירא, די"ל דידעינן הסתום דאין מתאבלים עליה מן המפורש בגמרא דאין מטמאין לה, אך הראיה הראשונה מאשתו פסולה עדיין על עמדה תעמוד.

ולפי זה, דאם אין אבילות אין אנינות יהיה מוכרע הדין שהיינו דנין לעיל (אשכול ז') דאין אנינות במאבד עצמו לדעת, דכיון דאין מתאבלין עליו ממילא ג"כ אין אוננים עליו, כנלענ"ד בעוד לא אמצא הפכו.

רבינו מיושבת קושיא זו, דרק בס"ד סבר הירושלמי דלפי הטעם של מפני כבודו של מת הוא אפילו בזמן שלא שייך קבורה, כדי ליישב את הקושיא מלולב, אך במסקנא באמת כל מה ששייך כבוד המת, זה רק כששייך לקבור, כפי שמבואר בדבריו, ואם כן לא קשה פסקי השו"ע דאף דהטעם הוא מפני כבודו של מת, מכל מקום בשבת אין לו דין אונן.

גרעין א

[קו׳ בענין איסור אכילת קדשים לאונן]

הרמב״ם הל׳ מעשר שני (פרק שלישי הל׳ ה׳) ״האוכל מעשר שני באנינות של תורה (ר״ל באנינות דיום המיתה) לוקה שנאמר לא אכלתי באוני ממנו״ ובהלכה ז׳ כתב ״ולא מעשר שני בלבד אלא כל הקדשים כולם אם אכלם באנינות של תורה לוקה, באנינות של דבריהם מכין אותו מכת מרדות״. ובכסף משנה בה״ז הראה מקורו בפרק האשה בפסחים (דף צ״ב ע״א).

והנה בפרק האשה מבואר סיפא דהלכה זו דגם באנינות דרבנן דרשאי לאכול בפסח, מכל מקום בקדשים דאין בו כרת העמידו דבריהם ואסור לו לאכלם באנינות, אבל שיהא אונן דאורייתא אסור מן התורה באכילת קדשים ועוד שיהא לוקה על אכילתם אין להוציא משם, אך מבואר הוא בפ״ק דמסכתא יומא (סוף דף יג[55]) דאמר רבי יהודה אונן אינו מקריב ביום משום גזירה דלמא אתי לאכול ממנו, אבל בלילה מקריב ולא גזרינן, משום דאנינות לילה מדרבנן והוי גזירה לגזירה.

אכן ק״ל, הא טעמו של דבר מה דביום אסור באכילת קדשים מן התורה הוא — לפי מה שפירש רש״י שם [ד״ה ואינו אוכל] — משום דילפינן ליה בקל וחומר ממעשר שני הקל דאסור לאונן דכתיב לא אכלתי באוני ממנו, וא״כ אמאי לוקה על אכילת קדשים. (אף דהרמב״ם ס״ל דעל אכילת מעשר שני לוקה דמדכתיב לא אכלתי באוני מורה דמוזהר ממנו ודלא כהרמב״ן כמ״ש בכ״מ בהל׳ חמישית], והא אין עונשין מן הדין[56].

55 וכן מבואר גם בזבחים קא,א דילפינן דקדשים אסורים לאונן ממעשר בק״ו. עיי״ש.

56 עיי׳ רש״ש זבחים צט,ב שמקשה כן. ועיי׳ מנחת חינוך מצוה תר״ח שמביא את דברי הגמ׳ בפסחים כד,א לענין אכילת קדשים בטומאה דלא צריך קרא משום דילפינן לה ממעשר, ״וכי תימא אין מזהירין מן הדין הקישא הוא דכתיב לא תוכל לאכול בשעריך כו׳״. וכתב דהוא הדין לענין אונן אפשר לתרץ כן דהקישא הוא. וכן מביא מהתוס׳ פסחים ע,ב ד״ה דפסח שכתבו דילפינן ליה מג״ש. אך מקשה דאמאי לא מקשה הגמ׳ לענין זה דאין מזהירין מן הדין כשם שמקשה בפסחים לענין טומאה. ומיישב לדעת הסמ״ג בלאוין רס״ו, דאיכא איסור עשה לענין קדשים באנינות שנאמר למשחה, וא״כ כיון דאיכא עשה שפיר מזהירין מן הדין כמו שכתב הרב המגיד בהלכות מאכלות אסורות פ״כ ה״א.

ולכאורה אפשר לתרץ גם דהק״ו הזה אינו אלא גילוי מילתא דהתורה אסרה לאכל קדש לאונן, ובין מעשר שני ובין קדשים הכל הוא איסור אחד. ועיי׳ ב״דרך מצותיך״ למשנה למלך חלק שני (ד״ה ונראה לי דלפי) שהוכיח מדברי הסמ״ג דגם אם ילפינן אזהרה לאוכל קדשים באנינות מקרא אחרינא דאכלתי חטאת היום, ואיסור אונן במעשר שני ילפינן מקרא דלא אכלתי באני ממנו, מכל מקום אינם נחשבים אלא ללאו אחד, וביאר בטעם הדבר ״דס״ל לסמ״ג דאם ימצא אזהרה במעשר שני הכונה היא דגילה הכתוב דמה שהקפיד בקדשי מזבח שלא לאכלם באנינות, לאו דוקא קדשי מזבח, אלא ההקפדה היא שלא לאכל שום קדש באנינות ונמנה אזהרה אחת שלא יאכל קדש באנינות״, והוא הדין אפשר לומר איפכא דאם יש קרא רק במעשר שני וילפינן לקדשים הוא גילוי מילתא דלכל סוגי הקדשים אסרה תורה, ובגילוי מילתא י״א דעונשין מן הדין, עיי׳ שדי חמד מערכת האלף שכט. ועיי׳ גם חידושי רי״ז הלוי על הרמב״ם

גרעין ב

[קו׳ לשיטת הרמב״ן דאונן אסור בתשמיש המטה מה״ת]

הרמב״ם הל׳ אבל (פרק ראשון הל׳ ב) ״כל זמן שלא נקבר המת אינו אסור בדבר מן הדברים שהאבל אסור בהן ומפני טעם זה רחץ דוד וסך כשמת הילד טרם שנקבר״. ובטור יו״ד הל׳ אונן והספד (סי׳ שמ״א) כתב עליו ״וכ״כ הרי״ץ גיאת שאינו אסור בין מיתה לקבורה בתכבוסת כו׳ ותשמיש המטה כו׳ וכתב הרמב״ן ״שגגה היא מה שהתירו בתשמיש המטה כו׳ וכן קצת דיני אבילות נוהגין בו כגון רחיצה וסיכה קל וחומר מאכילת בשר ושתיית יין ואין צריך לומר בשמחה ובתספורת״. והכי קיי״ל בש״ע סס״י שמ״א].

ובטור שם (סי׳ שצ״ח) דר״ת ור״י פירשו שאין שום אבילות דאורייתא, אלא אנינות לחוד הוא דהוי דאורייתא ביום ראשון, וגם אונן אינו דאורייתא אלא באכילת קדשים ומעשר שני, ושהרמב״ן ס״ל שאבילות יום ראשון שהוא יום מיתה וקבורה מן התורה.

והנה מסתברא ודאי דלהרמב״ן דס״ל דלמדים אנינות בקל וחומר מאבל ולפי דס״ל דאבל בדברים שאסור בהם אסור ביום הראשון מן התורה, ה״נ מה דס״ל דגם אונן אסור בהם, היינו דאסור מן התורה, דהא גם מאבל ביום הראשון איתא קל וחומר לאנינות, דמה אבל ביום הראשון דאינו אסור באכילת קדשים ומכל מקום אסור באלו הדברים אונן דאסור בקדשים מכש״כ דאסור בהני דברים.

והנה בהר״ן ריש מסכת כתובות [א,ב ד״ה ומת] על האי דמת אביו של חתן כו׳ מכניסין את המת לחדר ואת החתן כו׳ לחופה ובועל כו׳ ונוהג שבעת ימי המשתה ואח״כ נוהג שבעת ימי אבלות, כתב ״וא״ת והא יום מיתה וקבורה מחייב באבילות דאורייתא כו׳, והאיך אתיא שמחת ימי המשתה שאינה אלא מדרבנן ודחיא אבילות דאורייתא, לאו קושיא היא דב״ד מתנין לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה. ולפי זה אינו ראוי להתעסק בדברים של שמחה כל אותו יום אלא שאינו חייב לעשות מעשה של אבלות והיינו שב ואל תעשה״.

והשתא קשיא לי להרמב״ן, דלדידיה יהיה איסור תשמיש המטה באונן מן התורה בקל וחומר מאבל ביום הראשון כאמור, אכתי תעמוד קושיית הר״ן על בועל בעילת מצוה האיך התירו לו לדחות איסור דאורייתא, דלא שייך תירוצו של הר״ן דהא זה הוא בקום ועשה[57].

הל׳ מאכלות אסורות פ״ב שמוכיח בדעת הרמב״ם דאיסור אכילת קדשים באנינות ואיסור אכילת מעשר שני באנינות חד דינא הוא.

ובאמת היה מובן יותר אם היינו מסבירים שאיסור אכילת קדשים באנינות הוא דין באנינות ולא דין בקדשים, שאז מובן שזה דין אחד שכשהוא אונן אין לו לאכל דברים שיש באכילתם שמחה, כגון קדש או מעשר שני, אך עיי׳ זכרון שמואל סימן לד שמביא בשם הגרי״ז להוכיח שזה דין בקדשים ולא דין באנינות, מהא דכהן מתודה במעשר שני לא אכלתי באוני ממנו, ואם זה מדין ניהוג אנינות, מה שייך לוידוי מעשר שני, ועיי״ש עוד כמה הוכחות לזה.

57 עיי׳ לחם משנה הלכות אבל פ״א ה״א שמקשה כן על הרמב״ם שלמד דין אבלות מדין איסור אכילת קדשים, דאם כן איך מותר לבעול בעילת מצוה, ועיי״ש שמביא שהרשב״א בתשובה סי׳ קנה

ואף דהר״ן ייסד קושיתו על מה דשבעת ימי המשתה אינם אלא מדרבנן, והכא מצות פריה ורביה מצוה דאורייתא, אמנם מלבד דמיירי מסתמא גם ביש לו אשה ובנים הכא אינו מבטלה לגמרי כי אם מאחרה ובכה״ג שאין בו בטול עשה כי אם איחור עשה לא דחינן ללאו מקמי העשה וכמ״ש לעיל ענב א׳ (בד״ה והשני).

[ובלאו הכי נמי קשיא לי אם איתא דאונן נמי אסור בתשמיש המטה למה אמרו בועל בעילת מצוה וקובר את מתו, יהיה קובר מתו ואח״כ בועל, דבשלמא להרמב״ם והרי״ץ גאות דאונן שרי בתשמיש המטה. הרויחו שפיר דאם יקבור קודם יהיה צורך להתיר עוד איסור היינו תה״מ דאסור באבל, משא״כ בבועל קודם קבורה דאין איסור תה״מ נוהג בו דעדיין אונן הוא. ולדעתי זה כוונת המרדכי [מו״ק סי׳ תתצח] (הביאו הב״י סי׳ שמ״א) מ״ש דמפ״ק דכתובות משמע דאונן מותר בתשמיש[58]]

גרעין ג

[קו׳ על הלח״מ שכ׳ דחתן שמת אביו בועל בעילת מצוה מיקרי שוא״ת]

כתב בלח״מ (פ״א מהל׳ אבל הל׳ א׳) ״ואפילו נתרץ לקושיא זאת (למה במת אביו של חתן כו׳ מכניסין את המת לחדר ובועל בעילת מצוה והא אבילות יום ראשון דאורייתא) מה שתירץ הר״ן בפ״ק דכתובות דב״ד מתנין לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה כו׳״.

ואיני מבין, אטו הבעילה לא מקרי מעשה, ואיך לוקין על בעילת איסור אם לא תחשבהו מעשה והא לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו. ולומר כיון דאבילות אינו אלא עשה, וכשבועל אינו עושה כי אם שאינו מקיים העשה ע״כ מקרי שב ואל תעשה, דא״כ כל המבטל עשה בידים לא מקרי מעשה, וזה ודאי אינו, ומוכח ג״כ דאינו כן, מדהקשו בתוס׳ בפרק האשה רבה (יבמות דף צ׳ רע״ב) אסדין בציצית ״היכי הוי שב ואל תעשה דכי מכסה בטלית דבת חיובא היא ואין בו ציצית הרי עובר בידים״, והרי ציצית אינו אלא מצות עשה, אלמא מכל מקום העובר עליה בידים מקרי עושה מעשה.

ויותר ק״ל, דהא הר״ן עצמו כתב ״ולפי זה — דרק משום ב״ד מתנין כו׳ בשב ואל תעשה — אינו ראוי להתעסק בדברים של שמחה כל אותו היום (דמיתה וקבורה)

הוכיח מזה דיום מיתה בלא קבורה לא הוי דאורייתא, ובדעת הרמב״ם הניח שם בצ״ע. ועיי׳ להלן גרעין ג׳ שמביא את דברי הלח״מ. ועיי׳ בלבוש סי׳ שמב שכתב כיון דמכניסין את המת לחדר ואין מתעסקין בצרכי קבורתו גם אנינות אינו חל, ורק אחר שכנס ובעל אז יתעסקו בצרכי קבורתו תחול האנינות. ולפי זה אתי שפיר אך זה לא כראשונים.

58 ז״ל המרדכי ״פ״ק דכתובות משמע שאונן מותר בתשמיש המטה דתנן התם שאני אבילות דהכא דאקילו בה רבנן, ופריך מאי קילותא, אילימא משום דקתני בועל בעילת מצוה ופורש התם משום דלא חל עליה אבילות, אי לר׳ אליעזר דאמר עד שיצא מפתח ביתו אי לר׳ יהושע דאמר עד שיסתום הגולל כלומר דאכתי אונן הוא ולהכי שרי בתשמיש המטה״.

אלא שאינו חייב לעשות מעשה של אבילות (דזה כוונת "ונוהג שבעת ימי המשתה" גם ביום ראשון) והיינו שב ואל תעשה, הרי דעוסק בשמחה ומבטל האבילות מקרי עושה איסור במעשה[59].

59 עיי' מנחת חינוך מצוה רסד אות ב' שמקשה כן על הלחם משנה, דהא תשמיש הוא קום ועשה, ואיך התירו לבעול. ובספר דברי יחזקאל סי' יז כתב לתרץ כפי הסברא שכתב רבנו כאן די"ל דגם ההתעסקות בשמחה מיקרי שב ואל תעשה, משום שכל הדברים שהאכל אסור בהם כמו רחיצה וסיכה ודומיהן אין הכוונה דהם איסור לא תעשה כמו לא תעשה דעלמא, אלא דעיקרן מצד שעל ידי זה הוא מבטל מצות אבילות, וכל הני דאבל אסור בהן הם דברים של שמחה, וכשעוסק בהן הרי הוא מבטל מצות עשה דאבלות, ממילא נאסר בהם משום ביטול מצות אבילות, ולכן גם כשבועל אין זה בקום ועשה אלא בשב ואל תעשה. ועיי"ש עוד שמיישב לפי סברא זו את דעת הרמב"ם שאינו נוהג באנינות את מצוות האבילות, והיינו משום שאונן פטור מכל המצוות ממילא פטור גם ממצוה זו של ניהוג אבלות, אך אם היה זה איסור בקום ועשה לא היה שייך לתרץ כן, דלאונן אין היתר לעבור על איסורים ועיי' קובץ הערות ליבמות סי' סט ובדברי יחזקאל הנ"ל שהוכיחו מכמה מקומות דאיכא פלוגתא בין הראשונים בשאלה זו אם זה נקרא קום ועשה או שב ואל תעשה.

עיקר אונס רחמנא פטריה וכמאן דלא עביד דמי

שרשיו עשרה, ענפיו עשרים, אשכלותיו עשרה*, ענביו ששה, גרעיניו שבעה

שורש א

כל עבירה שנאנס אדם עליה לעשותה אין ב"ד עונשין עליה, וכל מעשה שנאנס עליה (באונס דאתי ליה מאחריני, לאפוקי אונס דנפשיה דדחוק לעשותו או שאנסו לאב שיעשה הבן) לא חשוב מעשה, וכן תנאי המעשה שנתקיים באונס (דהתנה על מנת שלא אעשה כך וכך ונאנס מלעשות) לא חשוב קיום התנאי. [מקורות:] מסכת בב"ק דף כח ע"ב; עבודה זרה דף נד ע"א; נדרים דף כז ע"א; הגהשו"ע בחו"מ סי' קעה סעי' לב; וסי' רה סעי' יב; הגהשו"ע אה"ע סי' קלד סעי' ד; הגהש"ע א"ח סי' רד סעי' ח. ועיי' ענב א' וגרעין ה' וגרעין ו'.

שורש ב

ודוקא בנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב בו מדינא, אבל אנוס לעשות כדין לא מקרי אונס. [מקורות:] מסכת גיטין דף פח ע"ב; ערכין דף כ"א ע"א; מיימוני סוף פרק שני מהל' גירושין ופרק יד מהלכות מעשה הקרבנות הלכה טז. ועיי' ענב ו'.

שורש ג

וכן מי שאנסוהו עד שמכר לו קרקע או מטלטלין לא מיקרי אונס דאמרינן אגב אונסא דזוזי גמר ומקני. [מקורות:] מסכת בבא בתרא דף מח סוף ע"ב; מיימוני פרק עשירי מהל' מכירה הל' א; ש"ע חו"מ סי' רה סעי' א; הגהשו"ע חו"מ סי' קנא סעיף ג. ועיי' אשכול ט' וי'.

* לא נמצאו האשכולות לעיקר זה, וחבל על דאבדין.

שורש ד

והמוכר קברו ומעמדו ובית הספידו דאינו מכור, ומשמע הטעם דבהני (אף דלא אנסו אחר) מסתמא אנוס הוא (וי"א דאם בבה"כ יש שכונה ממקומות שיושבים בה בני משפחתו ומכר אחד מהן מקומו דינו כמוכר קברו). [מקורות:] מסכת בבא בתרא דף ק ע"ב; מיימוני פרק כד מהל' מכירה הי"ז; שו"ע יו"ד סי' שסו סעי' א' ובש"ך שם ס"ק ב; שו"ע חו"מ סי' ריז סעי' ז; והגהשו"ע חו"מ סי' קעה סעי' נג. ועיי' ענב ב.

שורש ה

בגט אשה גם בהתנה בשלילה[1] שלא לעשות ונאנס מעשותו אין לו טענת אונס לבטל הגט. [מקורות:] ריש מסכת כתובות דף ב' ע"ב; מיימוני פרק ט הל' ח מהל' גירושין; ש"ע אה"ע ריש סי' קמד.

שורש ו

יש מעשה שקיים גם אם נעשה באונס, והיינו קנין יבמה שגם אם בא עליה היבם באונס שאנסוהו קנאה והרי היא כאשתו לכל דבר. [מקורות:] מסכת יבמות ריש פרק ששי [נג,ב]; מיימוני פרק שני מהל' יבום הל' ג; שו"ע אה"ע סימן קסו סעי' ז.

שורש ז

ועוד יש מעשה מועיל באונס, ביטול ע"ז, שגם אם אנס לנכרי שיבטל הע"ז (של עץ לא של מתכות), ביטולו ביטול. [מקורות:] מסכת ע"ז ר"פ כל הצלמים דף מג ע"א, ובתוס' שם דף מד ע"א ד"ה כאן; מיימוני הל' עכו"ם פרק ח הל' ט ובש"ע יו"ד סי' קמו סעי' ה'. ועיי' אשכול ח.

שורש ח

גם אכילת מצה באונס, אכילה מקרי ויצא יד"ח. [מקורות:] מסכת ר"ה דף כח סוף ע"א; מיימוני הל' חמץ ומצה פרק ו הל' ג; ש"ע או"ח סי' תעה סעי' ד. ועיי' ענב ו'.

1 עיי' ענף יא. ובכתב היד מסודר שורש זה אחר ענף יא. וכן שרשים ו-י מסודרים אחר ענף יד. וצירפנו את השרשים יחדיו לתועלת המעיינים.

שורש ט

ויש שעשה באונס ומכל מקום אינו פטור מעונש דרחמנא, והיינו באנסוהו לבא על הערוה. [מקורות:] מסכת יבמות דף נג סוף ע"ב; מיימוני פרק א מהל' אסורי ביאה הל' ט. ועיי' אשכול ז' וענב ו'.

שורש י

ומשכחת לה נמי הפכו שהעבירה נעשית מרצון ומכל מקום פטור מעונש דרחמנא ודינו לכל דבר כאונס, באנסו לאיש או להאשה ובא עליה תחלת ביאה באונס וסוף ביאה היה מרצון דידהו. [מקורות:] מסכת כתובות פרק נערה שנתפתתה דף נא ע"ב; מיימוני הל' אישות פרק כד הל' יט והל' אסורי ביאה פרק א הל' ט, והל' סנהדרין פרק כ הל' ג; בית שמואל באה"ע סי' ו ס"ק כג. ועיי' אשכול ה ואשכול ו'.

ענף א

יש צידוד קצת דגם בהני אם באנסו אחר למכור עדיף והוי מכירה, וכן קטן שמכר דמדעתיה אינו מכירה יש צידוד קצת דבאנסוהו למכור עדיף והוי מכירה, עיי' אשכול ט' וענב ב'.

ענף ב

ובעל המיצר שהיה אנוס מלערער דכשעבר האונס יכול לערער יש צידוד דאם סילק נפשיה מהני אף בפירוש באונס, עיי' אשכול י'.

ענף ג

ואם היה במעשה אונס ורצון יחד, שאנסוהו, ואילו לא אנסוהו נמי היה עושה כן מדעתיה יש צידוד לכאן ולכאן. עיי' אשכול ה' ואשכול ו'[2].

2 הזכרנו כבר שלא נמצאו האשכולות לעיקר אונס, ולא זכינו לדברי רבינו בענין זה, ונביא מדברי רבינו בשו"ת ח"א יו"ד סי' לד וז"ל "שנסתפקתי פעם במעשה שיש בו אונס ורצון יחדיו, למשל בכפאו לאכול נבילה והוא באמת היה לבו לאכול הנבילה גם אילו לא כפוהו, האיך נידייניה כאונס או כרצון, וכתבתי בזה קונטרס גדול והראיתי פנים לכאן ולכאן". ועיי' שם בהע' 4 מדברי האחרונים בענין זה. עוד האריך רבינו בענין זה בח"ב כתבים סי' א, והוכיח מדברי התוס' ביבמות דף נג,ב ד"ה הבא על יבמתו דאונס ורצון הוא כאונס.

ולכאורה היה נראה להוכיח עוד דכן שיטת התוס' מדבריהם בסוגיא הנ"ל יבמות נד,א [ד"ה אין אונס לערוה] דכתבו שם דהא דכתיב ולנערה לא תעשה דבר זה גם בעשתה מעשה, דאף

ענף ד

ומי שקודם מעשה יכול להמלט שלא יהיו יכולים לאנסו ובשעת מעשה כבר לא היה יכול להמלט יש להסתפק. [מקורות:] הריב״ש בתשובה סוף סימן קעה.

ענף ה

גם באונס דשכיח דאמרינן הו״ל לאתגויי וחזינן ליה כנתקיים התגאי מכל מקום זה שהיה דינה ליהרג ולא לעבור מכל מקום אם עברה לא נענשת, והאריכו להוכיח כן, ולכאורה למה לא הוכיחו בפשיטות, דאי נימא דהקרא דולנערה לא תעשה דבר קאי כשדינה שמותר לה לעבור כגון בקרקע עולם, אם כן מה צריכה התורה לומר שאם עשתה פטורה מעונש, והא פשיטא הוא שהרי מותרת לעבור, ואיך ייתכן שתתחייב על זה, ומזה היה להם להוכיח דעל כרחך הקרא דולנערה לא תעשה דבר קאי בעשתה מעשה דאף שאסורה לעבור מכל מקום אם עברה לא נענשת, ומדלא הוכיחו באופן זה ייתכן להוכיח דשיטתם דאונס ורצון יחדיו דינם כאונס, וממילא אפשר היה לומר דהקרא קאי בהיתה קרקע עולם אלא שהיה גם רצון יחדיו, דאז היה ס״ד שתתחייב, וקמ״ל דכיון שהיתה אנוסה פטורה.

ונראה דגם מצד הסברא יש להוכיח דכן היא שיטת התוס׳ דאונס ורצון יחדיו פטור, דעיי׳ תוס׳ ב״ב יג,א ד״ה שנאמר בהא דאיתא התם דחציו עבד וחציו בן חורין כופין את רבו לשחררו מצד מצות שבת, והקשו התוס׳ למה לא אמרינן מצד מצות פרו ורבו, ותירצו ״דלכך לא נקט קרא דפרו ורבו משום דפטור הוא מאותה מצוה כיון שהוא אנוס, וכדי שיתחייב בה לא כפינן לרבו לעשותו בן חורין דא״כ בכל העבדים נכוף רבם לשחררם כדי שיתחייבו בכל המצוות״. ודבריהם צ״ב דמה ההשואה בין היכא דהוא אנוס לבין היכא דהוא אינו בר חיובא כלל, דבכל העבדים שאינם בני חיובא כלל, אין סיבה לשחררם כדי לעשותם בני חיובא, משא״כ בעבד שהוא בר חיובא במצות פרו ורבו אלא שאינו יכול לקיים משום שהוא אנוס על כן כופים את רבו לשחררו כדי לסלק את האונס ושיוכל לקיים את חיובו. ועל כרחך דשיטת התוס׳ דגם באונס הרי הוא כאילו עתה אינו בר חיובא כלל במצוה זו, ולכן אם כופים שם כדי לחייבו הוא הדין יש לכפות בכל עבד כדי לחייבו. ועיי׳ קהילות יעקב ב״ב סי׳ י שהאריך בביאור הענין.

עכ״פ אם נאמר כן דהאנוס הרי הוא כאינו חייב במצוה, אתי שפיר דאונס ורצון יחדיו נחשב לאונס, דכיון שהוא אנוס הרי שאינו חייב במצוה זו, ומאי איכפת לן אם גם רוצה לעבור, דמותר לו לרצות, כיון שהוא גם אנוס והרי הוא כאילו הוא פטור מן המצוה.

אמנם באמת כדי לבאר את דברי התוס׳ הנ״ל בב״ב אין זה מספיק, דאפילו אי אמרינן כן דהגדר באונס שהוא פטור גמור עדיין יש לחלק בין אונס לבין עבד בכל המצוות, דבעבד אין כלל סיבה המחייבתו במצוה, וממילא מהיכי תיתי לשחררו כדי להביא עליו את הסיבה לחייבו, אך באונס הרי יש סיבה המחייבתו, אלא שיש אונס המעכב ומסלק את החיוב. ולכן יש מקום לחייב לשחרר כדי לסלק את המעכב.

ונראה שצריך להוסיף, דיש לבאר זאת על פי מה שהוכיח בספר אמרי משה [סי׳ כב אות כא] בשיטת התוס׳ דגדר עבדות הוא דבקבלת יהדות בטבילתו הוי גירות גמורה ושלמה ולא גירות במקצת, והא דלא הוי כישראל גמור לכל דבריו ואינו מחוייב בכל המצוות זה ג״כ מאיסור דעבדות שחל עליו, דכשם שהעבדות גורם לו איסור דלא יהיה קדש ושלא יתפסו בו קדושין, כמו כן גורם לו איסורא דעבדות שלא יתקדש בקדושת ישראל לכל המצוות וזה הוא מעצם איסורא דעבדות. ולפי״ז דגם בעבד יש סיבה לחייב בכל המצוות אלא דהדין עבד מונע אותו ומסלק ממנו את החיוב, ועל כן היה מקום לחייב לשחררו כדי שתסתלק המניעה כשם שכשהוא אנוס יש מקום לחייב לשחררו כדי לסלק את האונס.

אינו אלא אם המעשה שתלה בתנאי צריכה רק בדעת המתנה אבל אם היא צריכה גם לדעת מי שהותנה עמו לא. [מקורות:] הר"ן בפרק האומר במסכת קדושין בסוגיא דהאומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאתן לך מאתים זוז [כה,א]. ועיי' אשכול ג' וד' וענב ג' וד'.

ענף ו

והמתנה ע"מ ליתן לחבירו מה, וחבירו לא רצה לקבל והרי הוא אנוס מלקיים תנאו, יש הבדל בין היה הוא המתנה ואמר ע"מ שאתן לבין היה חבירו המתנה ואמר ע"מ שתתן לי. [מקורות:] בית שמואל באה"ע ריש סימן כז [סק"ב]. ועיי' אשכול ב'.

ענף ז

יש מי שרצה לומר דבתנאי אם לא אעשה ונאנס מלעשות עדיין אין המעשה ודאי בטל דאמרינן מאן מפיס, ואולי אילו לא נאנס גם מדעתיה לא היה עושה. [מקורות:] חידושי פני יהושע ריש מסכת כתובות [לרש"י ד"ה מת]. ועיי' אשכול ד' ואשכול ו'.

ענף ח

יש מי שסובר דרצון דקטן וקטנה תמיד אונס מיקרי, ויש מי שחולק בדבר וס"ל דלא מקרי אונס. [מקורות:] מיימוני והראב"ד בהשגותיו פרק שני מהל' סוטה הל' ד'. ועיי' אשכול ז' ואשכול ח'.

ענף ט

וצידוד יש דגם הרמב"ם לא ס"ל דלא מקרי אונס אלא בעשאו הקטן מדעתיה בלי הפצרה בו לעשות, עיי' אשכול ז'.

ענף י

ודוקא אנוס מלקיים יש טענה, אבל בשגג ולא קיים אין טענה, עיי' ענב א'.

ענף יא

יש אומרים אם התנאי אינו בשלילה אלא בחיוב, כגון על מנת שאעשה ונאנס מלעשות, לא הוי כאלו עשה. [מקורות:] חדושי הרא"ה ריש מסכת כתובות. ועיי' אשכול ד'.

ענף יב

גם היכי דאין טענת אונס (ר"ל בתנאי הגט, לאפוקי בתקנה אם אין טענת אונס גם באונס דלא שכיח כלל ליכא), הוא רק באונס דשכיח ולא שכיח, אבל בלא שכיח כלל גם בגיטין האונס מבטל. [מקורות:] תוס' במסכת כתובות דף ג' ע"א ד"ה איכא; ש"ע אה"ע רסי' קמד (וסוף סי' קיח).

ענף יג

הרג ושמד הוי אונס דלא שכיח, ושביה וכן תפיסה לערורי ועלולי הוי אונס דשכיח ולא שכיח. וכל שעצם האונס שכיח, אף דההתגלגלות והסיבה שהיה עכשיו בזה האונס הוא לא שכיח אזלינן בתר העצם, ואונס דשכיח דיינינן ליה. [מקורות:] הגהש"ע חו"מ סי' קעו סוף סעי' מח; והגהש"ע אה"ע סי' קמד סעי' א'; והגהש"ע אה"ע סוף סי' קיח; תשובת מהר"י מטריינא חלק שני סי' י"ב. ועיי' אשכול א'.

ענף יד

ואם האונס אינו ע"י אדם כי אם בידי שמים י"א דגם בגט אשה יש טענת אונס כזה. [מקורות:] ספר המקצועות ומרדכי [גיטין פ"ג סי' שס] בב"י אה"ע סי' קמד. ועיי' ענב ה'.

ענף טו

ובאם תלה התנאי בדעת אחר, לא בדעתיה דידיה ולא בדעת מי שהותנה עמו, י"א דבזה גם בגט אשה יש טענת אונס[3]. [מקורות:] חדושי הרא"ה ריש מסכת כתובות. ועיי' אשכול ד' וגרעין ג'.

ענף טז

וכל מין עבירה אפילו עבודה זרה דיהרג ואל יעבור שעבר באונס פטור מעונש. [מקורות:] רמב"ם הל' יסודי התורה פרק ה הל' ד והל' סנהדרין פרק כ הל' ב.

ענף יז

יש אומרים דהמחייב עצמו אם לא יעשה כך וכך ונאנס מלעשות אין טענת אונס, דבמחייב הו"ל להתנות. [מקורות:] תשובת מהר"י מטריינא ח"א סי' א. ועיי' גרעין א'.

3 עיי' בדברי רבינו בענין זה בתשובתו שבשו"ת רע"א סי' קכו.

ענף יח

י"א דוקא בנשבע לא אוכל ככר א' אם אוכל ככר ב' ואכל הב' באונס לא נאסר באכילת ככר א', אבל נשבע לא אוכל א' אם לא אוכל ב' ונאנס מלאכול הב' נאסר באכילת א'. [מקורות:] תשובת מהרי"ט ח"א סי' א. ועיי' גרעין ב'.

ענף יט

פעמים מקרי מעשה באונס אם נשבע לעשותו דהרי עכשיו השבועה אונסו. [מקורות:] ריטב"א בבד"ה יו"ד סי' קס. ועיי' גרעין ד'.

ענף כ

הנשאת עפ"י הוראת ב"ד שהורו לה בטעות שאינה מקודשת להראשון מקרי אונס. [מקורות:] הגהש"ע אה"ע סוף סי' יז. ועיי' גרעין ז'.

ענב א

[בביאור סוגיית הגמ' בנדרים אם אונס רחמנא פטריה הוא רק בקטלא]

בפרק ארבעה נדרים (דף כז ע"א) "ההוא גברא דאתפיס זכוותא בבי דינא ואמר אי לא אתינא עד תלתין יומין ליבטלן הני זכוותאי, איתניס ולא אתא, אמר רב הונא בטיל זכוותיה. אמר ליה רבא אנוס הוא ואנוס רחמנא פטריה דכתיב ולנערה לא תעשה דבר, וכי תימא קטלא שאני, והתנן נדרי אונסין הדירו חבירו שיאכל אצלו וחלה הוא או שחלה בנו או שעיכבו נהר הרי אלו נדרי אונסין".

בפשטות פירוש דברי רבא כך: **ואנוס רחמנא פטריה** מכל מה שיחייב מעשה אונס ויומשך ממנה, הן עונש או תשלום נזיקין (ב"ק פרק המניח סוף דף כח), או שבועה ונדר, או קנין ומחילה וקדושין וגירושין, כי כל הנעשה באונס אינו חשוב מעשה, וכלישנא דר' יוחנן בירושלמי [גיטין פ"ז ה"ו] "אונסא כמאן דלא עביד דמי". **וכי תימא קטלא שאני** דתימר דגם באונס חשוב מעשה, אלא דמכל מקום אין עונשין כפי שמחייבת מעשה כזו, כיון דלא פשע ולא עשה בשאט נפש. (לשון רש"י "וכי תימא קטלא חס רחמנא עלה כי אניסה, אבל בשאר אונסין דליכא חיוב קטלא לא מפטר משום אונס". וג"ל דלאו דוקא קטלא דהוא הדין כל עונשים וכן תשלום נזיקין). **והתנן הרי אלו נדרי אונסין** וכתב רש"י "ופטור", אלמא דגם מן נדר הנמשך ומחוייב ממה שלא אכל נמי פטריה רחמנא כיון דאנוס הוא[4], (ואף דנדרי אונסין הם מארבעה

4 עיי' רש"י כתובות ג,א ד"ה דמדאורייתא לא הוה גיטא שכתב "שמצינו טענת אונס מן התורה שנאמר ולנערה לא תעשה דבר". ועיי' רש"ש שם שמעיר דהא בנדרים דחי לה דקטלא שאני. ולכאורה

נדרים שהתירו חכמים, והיינו אף שאינו אונס גמור, וכמו שפירש הר״ן שם במתני׳, מכל מקום הכי יליף, דאי לא דבאונס גמור מדאורייתא אינו נדר, לא היו חכמים מתירים בזה שאינו אונס גמור[5]).

אבל לשון הרא״ש בפירושו שם כך הוא ״וכי תימא קטלא שאני ולא מסתבר לענוש על האונס כרצון, אבל זה שהתנה ולא פירש בלא עכבת אונס גמר ואתני בכל ענין, והתנן כו׳ אלמא אונס מעכב כל דבר. ורב הונא סובר, ודאי בנדר בעינן דפיו ולבו שוין ולא היה בדעתו לידור אם יעכבנו אונס, אבל בממון לא אזלינן בתר מחשבת לבו אי לא אתני בפירוש בלא עכבת אונס אין אונס מבטל התנאי״. משמע דגם במסקנא לא נד רבא מסברת הוכי תימא דאונסא כעביד דמי, דאונס רחמנא פטריה הוא באמת רק משום דאין סברא לענוש האונס כרצון, אלא דהוכיח ממתני׳ דמכל מקום כשנאנס בתנאי בל יחוייב ממנו המעשה שתלה בו, משום דאדעתא דהכי לא אתני. (וכפירוש זה מצאתי בתשובת מהרי״ט ח״א ריש סי׳ א דכתב בלוה שאסר עליו בשר ויין אם לא ישלם לזמן שהגביל, והיה אנוס מלשלם דאין לדמותו לחלה בנו, דהתם לא אכפת ליה, אבל הכא דבא לחייב עצמו הוה ליה לפרש, וכתב ואין לטעות מריהטא דגמרא ולומר דטעמא [דחלה בנו] הוי משום אונס רחמנא פטריה. (ואיני מבין יפה כוונתו, דאף אם כן הוא דשייך גם באנוס בתנאי אונס רחמנא פטריה, מכל מקום במקום דאמרינן דהוה ליה להתנות הוי כמפרש דגמר ומתני אף אם יהיה עכבת אונס ולא שייך בו אונס רחמנא פטריה). דפירוש והא תנן כו׳ אלמא דהוא משום חזקה דלא נדר על דעת זה, אם כן הכי נמי במתפיס שטרותיו לא שנא. עכת״ד. וחידוש בעיני שלא נסתייע מפי׳ הרא״ש.

וכמה דחוק פירוש זה, דאם כן דבאמת סבירא ליה לרבא בטעמא דולנערה לא תעשה דבר כמו שאמר בהוכי תימא, יהיה מה שאמר רבא ״אנוס הוא ואונס רחמנא פטריה דכתיב כו׳״. דברים לא כנים ומיותרים לגמרי, ועל כרחיה יש דבר מה שהכריחו להאשר״י שלא לפרש כפשוטו.

ומריש הוה אמינא דאפשר דלרבא היה הכרח להאשר״י לפרש כן, דיש לי לומר בפלוגתא היוצאת מאתקפתא דר׳ זירא ושינויא דרבא בפרק ר׳ ישמעאל (במסכת ע״ז ד׳ נ״ד ע״א), דר׳ זירא סבר דעכו״ם שאנס לישראל להשתחוות לבהמה דידיה, אף דהיה להישראל ליהרג ולא לעבור, מכל מקום הבהמה לא נאסרת מטעם נעבד, ולרבא נאסרה (כמבואר בתוס׳ שם ד״ה מתקיף לה[6]), דשניהם אזלי לשיטתם פרק הבא על יבמתו (מסכת יבמות דף נו ע״ב), דשם סבר ר׳ זירא דאשת כהן שנאנסה מותרת

ל״ק, שרש״י לומד כמו שכתב רבינו כאן דממתני׳ דנדרי אונסין מוכיחה הגמ׳ דלא אמרינן קטלא שאני, אלא באמת לומדים מקטלא על נדרים.

5 עיי׳ ריטב״א נדרים כז,א שמקשה על קושיית הגמ׳ מנדרי אונסין, והרי בנדר הוא דין מיוחד [ולדעתו הוא מדין האדם בשבועה, וראה להלן גרעין ב ובהע׳] עיי״ש מה שתירץ. ועיי׳ חידושי רעק״א יו״ד סי׳ רלב סעי׳ יב שהקשה כן, ובתשובת רעק״א שבשו״ת רבינו חו״מ סוף סי׳ ו. ועיי׳ שם הע׳ 7. ועיי׳ ברכת שמואל נדרים סי׳ יז.

6 עיי׳ ריטב״א ע״ז שם מה שמבאר פלוגתא זו. ועיי׳ שו״ת ח״ס חיו״ד סי׳ קלג.

לבעלה, דקרא דוהיא לא נתפשה כו׳ קאי גם על אשת כהן ואינו חייב על האנוסה משום זונה, ורבא פליג וסבירא ליה דאסורה משום זונה[7]. וי״ל דיפלגו בפלוגתא דר״י ור״ל בירושלמי שהביא הר״ן בפרק האומר בקידושין [כה,א בדפי הרי״ף], דחד אמר אונסא כמאן דעביד דמי, וחד אמר אונסא לאו כמאן דעביד דמי, דלר׳ זירא מדהתירה התורה אנוסה לכהן אלמא דאונסא כמאן דלא עביד ועל כן לא נעשית זונה מביאה זו, ולרבא מוכח איפכא דאונס כמאן דעביד דמי. וי״ל דהיינו טעמא דר׳ זירא בפרק ר׳ ישמעאל דבהשתחווה באונס אין הבהמה אסורה משום נעבד, דכמאן דלא עביד דמי ולא נעבדה, ולרבא שפיר מקרי נעבדה כיון דכמאן דעביד דמי.

וי״ל דעל כן הכא בפרק ד׳ נדרים דרבא הוא דאקשיה ליה לרב הונא והא אנוס כו׳, והוא א״א שיהיה סבר דטעם אונס רחמנא פטרי׳ משום דלא חשיב מעשה, דהא אונס כמאן דעבד דמי וע״כ הוא רק מטעם דאין סברא לענוש אנוס כרצון. ומ״ש רבא ״והתנן״ על כרחך אינו לדחות הוכ״ת, אלא לומר דמכל מקום בתנאי אמרינן דעל דעת אונס לא היה תנאו.

ויותר י״ל, דסבירא ליה להרא״ש, דאי אפשר לומר כלל דילפינן מן אונס רחמנא פטריה דאנוס כמאן דלא עביד דמי, דהא גם שוגג פטריה רחמנא מעונש, וא״כ נילף נמי דשוגג כמאן דלא עביד דמי, ולא מצינו בשום מקום שיהיה טענת שוגג בתנאי, כגון אם לא אבא עד תלתין יומין דמצינו טענת אונס אי פסקיה מברא, ואילו טענת שוגג כגון דסבר שיום שלושים אינו עד למחר ועל כן לא בא היום, ואילו ידע שהיום כלין השלושים יום היה בא, שיהיה זה טענה. ועל כרחך דמזה שפטריה התורה מעונש ליכא למילף כלל, אלא דסברא הוא שלא לענוש על האונס ועל השוגג.

גם נ״ל, דלא לבד דלא מצינו שיהא טענת שוגג בתנאי, הנה מצינו עוד הפכו, דהרי בשבועה שלא אוכל ככר זו אם אוכל זו ואכל את הראשונה (זו של תנאי לפירש״י) בשוגג ושניה במזיד דאמר רבא דפטור (פרק שבועות שתיים דף כח ע״א), נתן רש״י טעם, לפי שלא חלה השבועה, שהרי אכילת הראשונה שהיה ראויה השבועה לחול כבר שכוח היה ולא קיינן ביה האדם בשבועה. והשתא אם איתא דיש טענת שוגג בתנאי כמו דיש ביה טענת אונס, ל״ל טעם אדם בשבועה הכא, תיפוק ליה כיון דשגג בתנאי לאו כעביד דמי וכמו בגאנס בתנאי, אלא על כרחך באונס נמי הטעם רק משום דאדעת אונס לא אתני. אבל אדעת שוגג לא אמרינן דלא אתני כיון דביד אדם להיות זהיר שלא לשכוח.

7 עיי׳ מסורת הש״ס יבמות שם שגורס רבה. ובעיקר דברי רבנו שתולה את שתי המחלוקת הללו, לענין נעבד באונס ולענין אשת כהן שנאנסה, שתלוי בספק אם אונס הרי הוא כאילו לא נעשה כלל, עיי׳ גם שו״ת חמדת שלמה או״ח סי׳ לח שתלה זה בזה. ובענין אונס אם נחשב כמאן דעביד או לא, עיי׳ קובץ שיעורים ריש כתובות שמאריך בענין זה. ועיי׳ שו״ת אבני נזר חלק אה״ע סי׳ רמה, וזכרון שמואל סי׳ סה אות מא. ועיי׳ חי׳ רע״א כתובות ל,ב שדן אם בחייבי מיתות אונסים אמרינן קלב״מ כמו בחייבי מיתות שוגגין, ויש שמבארים שתלוי בספק זה אם אונס נחשב כאילו לא עשה מעשה כלל או שהוא פטור.

ואל תשיבני לומר דמהאי טעמא עצמו חלוק שוגג מאונס, דלא שייך לומר דשוגג כמאן דלא עביד דמי כיון דהיה בידו ולא היה מוכרח, ולעולם אימא דבאונס הטעם משום דאונסא כמאן דלא עביד דמי, כי אומר דודאי בלא"ה חילוק יש בין שוגג לאונס, דהא מדחייביה רחמנא לשוגג בקרבן חטאת על כרחך חשוב מעשה, אלא דהכי קאמינא, כיון דאין טענת שוגג בתנאי, על כרחך מוכח דלא אמרינן שוגג כלא עביד, יהיה מטעמים אלה או מטעם אחר, ומכל מקום הוא פטור מעונש, א"כ אא"ל להוכיח דאונסא כמאן דלא עביד דמי מדפטריה רחמנא מעונש.

אמנם גם לדרך ראשון שכתבנו שהרא"ש הוכרח לפרש כן לרבא לשיטתיה, אין לטעון על הכרעת מהרי"ט לדינא דלא שייך אונס רחמנא פטריה כי אם מעונש, לומר אף דהלכתא כוותיה דרבא בהאי דאתפיס זכוותיה, דמכל מקום י"ל דלאו מטעמיה הוא אלא משום דאונס רחמנא פטריה ואונס כמאן דלא עביד דמי, דהא תלינו זה בפלוגתא דר"ז ורבא בע"ז וביבמות וקיי"ל בתרוייהו כרבא (כדאיתא ברמב"ם בשישי לרביעי מהלכות אסורי מזבח) דבהשתחוה באונס אסורה הבהמה משום נעבד, (ובששי לשמונה עשר מהל' אסורי ביאה) דאשת כהן שנאנסה אסורה לבעלה משום זונה, עיי' בהה"מ שם, וא"כ ע"כ באונס חשיב מעשה, ומה דפטריה רחמנא אינו אלא משום סברא דאין לענוש על האונס כרצון.

ענב ב

[בטעם הדין דהמוכר קברו ובית הספדו קוברין אותו על כרחו]

בפרק המוכר פירות (ב"ב דף ק ע"ב) "ת"ר המוכר קברו כו' ובית הספדו באין בני משפחה וקוברין אותו על כרחו משום פגם משפחה". והקשה בש"ך יו"ד (סי' שסו סק"ב) והא (בסי' שמד סעי' י) מי שצוה שאל יספידוהו שומעין לו, וכתב "דשאני התם דאמר כן בשעת מיתה אבל הכא זוזי אנסוהו, א"נ מקום הספידו יורשיו ובני משפחתו נספדים שם ואיכא פגם שלהן". והנ"מ בין התירוצים מבואר, דלתירוץ השני אם היה המקום רק דידיה לא ליורשין ולבני משפחתו המקח קיים, (ולפנינו יבואר דאפשר יש עוד נ"מ בין התירוצים).

הנה מ"ש "אבל הכא זוזי אנסוהו" צריך ביאור, דהא כל מכר נמי זוזי אנסוהו, ואדרבה הא מה"ט גם בתלוהו וזבין אמר רב הונא [ב"ב מז,ב] דזביניה זביני משום אגב אונסא דזוזי גמר ומקנה, אבל כוונתו דבסתם מוכר אמרינן אף דקשה לאדם להסב נחלתו לאחר, מכל מקום אונסא דזוזי הכריעהו לרצות למכור ומכירתו עתה ברצון גמור, אבל הכא אגן סהדי דקשה לאדם כל כך למכור מקום הספידו עד שא"א שיהיה לו רצון גמור, וכשמוכר אינו גומר ומקנה, ואינו דומה לתלוהו וזבין, דשם אף דחזינן דאונסא דזוזי לא הכריעהו לעשות לו רצון דהא לא זבין עד דתלוהו, מכל מקום דנין שאחר שנצטרף לאונסא דזוזי עוד אונס דעלמא, שניהם יחד הכריעו הקושי שהיה לו להשחית נחלתו, משא"כ הכא דליכא אונס דעלמא ועמ"ש לעיל (אשכול ט').

ולפ״ז יהיו שני תירוצים שבש״ך כאן תלויים בסברת החולקים שבסמ״ע (ריש סי׳ רה), דלהרי״ף ורמב״ם דס״ל דגם בליכא אונס וגם נראה דעת המוכר שאינו מוכר ברצון אמרינן כיון דקיבל דמים גמר ומקנה צריכים לתירוץ השני שבש״ך, ורק להרא״ש וטור שם י״ל כתירוץ ראשון שבש״ך[8].

ולמ״ש לעיל (באשכול ט׳) דלפעמים עדיף תלוהו וזבין ממוכר ברצונו י״ל דלתירוץ ראשון שבש״ך ולפי מה שבארנוהו לעיל כאן אי אנסוהו למכור מקום קברו מועיל מכירתו ואין בני משפחתו קוברים אותו בע״כ. כיון דאיכא אונס דעלמא וגם אונסא דזוזי עדיף.

ענב ג

[בדברי הר״ן שמחלק בדין אונס בקיום התנאי בין אם הדבר תלוי ברצונו או ברצונה]

בהר״ן פרק האומר (הבאתיו לעיל [ענף ה]) יש לי הרהורי דברים דלהשוות העובדא בסוגיא דידן [כתובות ב,ב] בהאי דאמר אי לא אתינא עד תלתין יומין להוי גיטא ופסקיה מברא, דלולי דאין טענת אונס בגיטין היה הגט בטל, דכיון דנאנס הוי כאילו נתקיים התנאי, עם העובדא בסוגיית הירושלמי [קדושין שם ה״ב] באמר אי לא אכניסך ליום פלן לא תתקדשי לי ונאנס דפליגי ביה ר׳ יוחנן וריש לקיש, ולר״י לא הוי קדושין, כתב דטעמא דר״י דס״ל דגט שאני שאינו תלוי אלא בדעת המגרש, משא״כ הכא דאין אשה מתקדשת אלא לרצונה ואינה רוצה להתקדש כל שלא נתקיים התנאי אף דנאנס.

והנה בחילוק זה נ״ל יש קצת דוחק, דודאי משמעו דבעובדא דסוגיא לא כתב לה גט משום דהיה הוא להוט לגרשה, כי אם עשה כן לתת את שאלתה ולמלאות בקשתה. שהרי הא דתנן במתני׳ ס״פ מי שאחזו [גיטין עו,ב] ״הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד יב״ח״ מבואר בתוס׳ ריש מסכת כתובות (דף ב׳ ע״ב ד״ה מת) דלמסקנא דבאמר הרי זה גיטך מעכשיו אם לא באתי כו׳ דאם מת איכא סברא למימר דניחא ליה דלא תפול קמי יבם, גם באם לא באתי כו׳ (דלא אמר מעכשיו) נמי איכא סברא זו וכן משמע בחידושי הרא״ה שם. והנה טעם בהרי זה גיטך מעכשיו אם כו׳ אמרינן ניחא לי׳ דלא כו׳ כתב הר״ן בפרק ארבעה נדרים (נדרים דף כז ע״ב) כפירש״י כתובות שם סוף עמוד ד״ה דילמא, ״דכל עצמו שכתב לה גט מחמת כן כתב לה שאם ימות יהיה גט למפרע שלא תיזקק ליבם״. ונ״ל אשר גם בלא אמר מעכשיו אמרינן דגירש רק כדי דלא כו׳, היינו דאמרינן מה דלא אמר מעכשיו משום דלמיתה דלזמן מועט לא היתה חוששת, אך אם יתמהמה יותר מזמן זה חששה, עיי׳ תוס׳ פרק כל הגט (דף כח סע״א ובהרא״ש בפירושו בנדרים דף ג׳ ע״ב), והרי לשון ״אי לא אתינא כו׳ להוי גיטא״ הוא ממש כלשון מתני׳ ״הרי זה גיטך אם לא אבא״ ומשמעו נמי דכל עצמו של הגט כתב להשקיט רוחה מדאגת הזיקה ליבם, ומכיון שכן הוא, הסברא נמי נותנת דמניח גט זה לרצונה אחר שהיא מסתמא

8 עיי׳ גליון רבינו לשו״ע יו״ד סי׳ שסו לש״ך ס״ק ב.

אינה רוצית שלא תהיה מגורשת כ״ז שלא נתקיים התנאי (היינו שיבא) אף דנאנס כי עדן לא ישקט רוחה וגם הוא מסכים על כך.

ונלענ״ד דיש דרך מרווח יותר ליישב הסוגיות[9]. דהנה בעובדא שבגמרא דידן א״ת דמתרצית שבנאנס יחשב קיום התנאי, תאמר דמתרצית בביטול המעשה שהוא הגירושין. ובעובדא שבירושלמי הוא הפכו, דא״ת דמתרצית שבנאנס יחשב קיום התנאי תאמר דמתרצית בקיום המעשה שהוא הקידושין, והנה זה ברור דקשה הגירושין וחוב הוא לה עד שאפילו צווחה להתגרש וזיכה לה בעלה גט ע״י אחר אינה מגורשת דאמרינן ודאי חזרה בה, וממילא ההיפוך שלא תהיה מגורשת נוח לה וזכות הוא לה. וע״כ אף שיש איזה סיבה שיגרום לה רצון להתגרש ואז זכות הוא לה כגון דדואגת שלא תזקק ליבם ומבקשת להתגרש, מסתברא שלא נומר דעכשיו אין כאן עוד צד חוב כלל, דהא זה החוב אם יחיה הבעל ולא תפול לפני יבם ותהיה מ״מ גרושה מבית תענוגיה, להיכן הלך, אלא כך נומר יש כאן בקיום הגירושין ובביטולן חוב וזכות, החוב בעצם, והזכות במקרה (כי קרה לה דאגה פן ימות בעלה ואיש אחר היבם יקחנה). ובביטול הגירושין להיפוך, זכות בעצם וחוב במקרה. וכשאנו רואים שרוצית להתגרש נומר שנתנה קדימה להמקרה על העצם ובחרה באשר חפצה בזכות המקרה ומקבלת על עצמה הקושי שיש בהגירושין שהוא חוב בעצם. ואולם בקידושין כל שרואין אנחנו שבאם תדע שלא יכניס אותה ביום פלן אינה רוצית להתקדש אמרינן שעיניה ולבה תלוין באחר ואך מהירות הכניסה שמבטיח לה זה המקדש השיאה להתקדש לו. הנה על כן בקידושין לזולת מי שעיניה בו אין בו כי אם חוב לחוד.

ועתה זהו טעם חילוק הדין דבעובדא דגמרא דידן דהיא רק מרצונה בחרה בזכות המקרה ועדיין חוב העצם קיים, הנה אם יזדמן לו שיהיה נאנס אינה מקפדת שיהיה מחשב התנאי כמקוים ולא תהיה מגורשת שהרי לא תאבד הזכות מכל כי יהיה לה חלף זכות המקרה (שהקדימה ובחרה בו בתחלה) עכ״פ זכות העצם (ותרויח שלא יהיה לה חוב העצם שהיתה צריכה לקבל ע״י בחירתה) ע״כ אמרינן דאף דנייח לה יותר לכתחילה בזכות המקרה, מ״מ בדיעבד אם יזדמן אונס מסכמת שיהיה כאלו נתקיים התנאי שלא יהיה המעשה (הגירושין) קיים. אבל בקדושין שאם לא תשיג מבוקשה

9 נזכיר כאן עוד דרך ביישוב הסוגיות, על פי הרא״ה המובא בשימ״ק כתובות ב סוף ע״ב, שכתב דבאם באתי לא שייך לדון מטעם אונס משום שסוף סוף לא נתקיים התנאי, דרק כשאמר אם לא באתי שייך לומר דכיון שרצה לבא אלא שנאנס לא מיקרי שלא בא, אך כשאמר אם באתי אי אפשר לדון שהוא כאילו בא. וכתב הקובץ שיעורים ריש כתובות שלפי דבריו לא קשה כלל קושיית הר״ן, דכאן התנאי הוא אם לא באתי יהא, גט ולכן אפשר לומר שכיון שלא בא באונס הרי זה לא נחשב כלא בא, אך בקדושין דאיירי באמר אם באתי אין זה יכול ליחשב כאילו בא. ועיי׳ קובץ שיעורים שמבאר דהמחלוקת בין הר״ן והרא״ה היא בטעם דאונס פטור, דלדעת הרא״ה ילפינן ליה מקרא דולנערה לא תעשה דבר דאונס אינו נחשב למעשה, ולכן לא שייך זה אלא באמר אם לא באתי ולא באמר אם באתי, אך הר״ן סובר דטעמא דיש אונס הוא משום אומדנא שלא היה דעת המתנים לאונס, בין לקיום התנאי ובין לביטולו. ועיי׳ קהילות יעקב כתובות סי׳ א.

לכנוס ביום פלן, הקידושין אך חובה לה וזכות אין, אינה מסכמת שיוחשב התנאי כמקוים אף בנאנס. והרי זה נראה נכון בטעם וסברה.

אבל נ״ל דהר״ן מיאן בזה על נכון, משום דבאיבעיא שבסוף פרק האשה שלום (סוף דף קיח) במזכה גט לאשתו במקום יבם אי זכתה בו ונתגרשה, לשון האיבעיא כך הוא ״בעא מיניה רבא מרב נחמן המזכה כו׳ במקום יבם מהו, כיון דסניא ליה זכות הוא לה וזכין לאדם שלא בפניו, או דלמא כיון דזמנין דרחמא ליה חוב הוא לה, ואין חבין כו׳״. ואילו היה סברא זו אמת דמכל מקום יש חוב בעצם, גם לצד דסניא ליה איכא למיבעי, והכי הו״ל למיבעי מהו כיון דסניא ליה זכות הוא לה במקרה וניחא לה להתגרש וזכין לאדם שלא בפניו, או דלמא כיון דחוב הוא לה בעצם לא ניחא לה ואין חבין כו׳, ואת״ל כיון דזכות הוא לה במקרה ניחא לה, דלמא כיון דזימנין דרחמא ליה כו׳, ומדלא מיבעין הכי אלמא דפשיטא מילתא דאילו ידעינן דאשה זו סניא ליה, חוב העצם נחשב לכלום לגבי זכות דלא תפול כו׳ דאין לו לאדם אלא מקומו ושעתו לפי המקרה שעכשיו לעיניה ודואגת עליו.

וע״כ בעובדא שבגמרא דידן באי לא אתינא, דכל עצמו לא כתב הגט כי אם מאימת הזיקה, והרי ע״כ נודע דסניא ליה לית כאן חוב כלל כי אם זכות. וא״כ היפוך שלא תהיה מגורשת ממילא כולו חוב הוא לה, דזכות שבעצם איננה מעלה בלבה כלל בהיות לפניה החוב שבמקרה. וא״כ ביטול הגירושין דבגמרא דידן וקיום הקידושין דבירושלמי דומין להדדי, דשניהם אך חובה ואין מעמד להטעם דרצינו ליתן בחילוק הדינים, והוכרח הר״ן לאמר דהטעם משום דגט תלוי רק בדעתו, וסברת ר״י דאמרינן אף דהגירושין עשה למלאת רצונה מ״מ כ״כ שיהיה גם התנאי שבו מסור לרצונה ודעתה כ״כ לא עשה, וממילא רצונה רק אם מדעתיה לא יבא, לא אם יאנס מלבא (ועמ״ש בענב הבא בסמוך).

ענב ד

[עוד בדברי הר״ן הנ״ל]

בדברי הר״ן פרק האומר בקדושין יש לי דקדוק, דכתב דטעמיה דר״ל דסבירא ליה אונסא כמאן דעביד דמי וע״כ במקדש על מנת שיכניסה ליום פלן ונאנס הוה קידושין דמדמה למגרש ומתנה אם לא באתי דכי פסקיה מברא שמיה מתיא אי לאו תקנתא שלא יהיה אונס בגיטין כדאיתא בריש כתובות [ב,ב]. וק״ל למה ליה ללמדו מדיוק (דהא באמת הדין בגט דלאו שמיה מתיא והיה אפשר למידק איפכא דאונסא לאו כמאן דעביד דמי, אלא דבריש כתובות דייק מיניה דאין אונס בגיטין ומשמע דאילו לא התקינו דאין אונס בגיטין היה שמיה מתיא[10]), למה לא הביא הר״ן סוגיא מפורשת כך, והיינו האי דפרק כל הגט (ריש דף ל) בהאי דאמר אי לא פייסנא לה להוי גיטא

10 באמת בפסקיה מברא מה שאין אונס אין זה משום התקנה אלא משום דאונס דשכיח הוא והוה ליה לאתנויי כדאיתא כתובות ב,ב. ועיי׳ שו״ת חת״ס חו״מ סי׳ א שהניח דברי הר״ן בזה בצע״ג.

ופייסה ולא איפייסה דאיכא לישנא דלא הוי גיטא משום דסבירא ליה כמ״ד יש אונס בגיטין, והרי זה משום דנאנס (דהא עשה מה שבידו לעשות ואי דלא יהיב לה תרקבא דדינרא להיות מתפייס בזה אנוס הוא דאין יכולת לו לבזבז ממון) והוי כאלו איפייסה והרי זה מפורש דאונסא כמאן דעביד דמי.

ואולי יש ליישב, משום דהר״ן רצה לסיים דטעמא דר״י דפליג אר״ל וסבירא ליה דלא הוה קידושין הוא ״דסבירא ליה דלא דמי, דהתם שאין הדבר תלוי אלא בו אינו גומר לגרש אלא אם יעבור על תנאו ברצון אבל באונס לא אבל הכא שהאשה אינה מתקדשת אלא מדעתה הרי אינה מסכמת בקדושיו כל שלא נתקיים התנאי אעפ״י שנאנס״. וי״ל הא ר״י שפיר קאמר ומאי טעמא דר״ל דלא חילק קידושין מגט שאין הדבר תלוי אלא בו, וי״ל למה שכתבנו בסמוך דמהר״ן פרק ארבעה נדרים מבואר דסבירא ליה דמשמעות תנאי דאי לא אתינא כו׳ הוא שגירשה כדי שלא תפול קמי יבם, וכתבנו שיש סברא שכשמגרש לטובתה להשקיט רוחה ודעתה מניח גם התנאי לדעתה אלא ר״י לא סבירא ליה סברא זו אלא די״ל דנהי דעצם הגירושין עשה לרצונה מ״מ אשר לתנאי אינו תולה אלא בו ע״ש, וא״כ שפיר י״ל דטעמיה דר״ל משום דהוא סבירא ליה כסברא זו ושפיר למד מגט דאף בתלה בדעתה אמרינן דעל אונס מתרצית גם היא שיהיה כעבד דמי, ולפ״ז יפה עשה הר״ן דלא אמר שר״ל למד זה ממתנה אי לא פייסינא לך כו׳ דהתם אינו מגרשה כדי שלא תפול קמי יבם, והיה קשה ר״ל מאי טעמא לא אמר כר״י דהתם שאני דבגט שאין הדבר אלא תלוי בו אינו גומר ומגרש וכו׳ כמ״ש הר״ן בטעם ר״י דהא טעמא קאמר ר״י.

אפס דיש להסס בזה דמסתבר דמאי דתנאי אם לא באתי משמעו דכל עצמו שכתב לה גט הוא רק לטובתה להשקיט רוחה כיון דצדדי התנאי לטובתה הן דאם לא יבא כו׳ יש מיחוש שתיזקק וטוב לה הגירושין ובאם יבא דאין מיחוש כ״כ (כמ״ש לעיל שם) בטול הגירושין טוב לה שתשב עם בעלה וא״כ גם תנאי אי לא פייסינא לך דצדדי תנאי לטובתה דאי לא תהיה מפוייסת טוב לה הגירושין ואם תפוייס טוב לה לשבת עם בעלה משמעו דכל עצמו שכתב לה גט הוא להשקיט רוחה שמעתה יהא לבה סמוך שלא תסבול עוד צער זה כי אם או תשב בשלוה אתו כי תפוייס או לא תהיה דרה עמו עוד בכפיפה אחת אם לא תפוייס, וא״כ תיהדר הקושיא דהו״ל להר״ן לומר דר״ל למד מתנאי דאי לא פייסנא, דהא גם בזה הגירושין לרצונה ודעתה וא״כ לסברת ר״ל גם התנאי מסור לדעתה ושפיר יליף מיניה לקדושין.

אבל בזה י״ל למ״ש בענב שם דמ״מ היה סברא לחלק בין גט לקדושין, דגבי גט י״ל ששפיר מתרצית שאם יהיה אונס יתבטל הגט כיון דיש בו זכות בעצם, ומה דל״א הכי היינו משום דזכות זה נגד זכות שלא תפול קמי יבם לא מקרי זכות כלל כדמוכח מהפכו דאין חובה בגירושין כלל אי סניא ליה וזה ניחא בזכות דלא תפול קמי יבם, דגם בלא ידעינן כלל דרוצית להתגרש אמרינן דזכות הוא לה להתגרש ואם זיכה לה גט ע״י אחר זכה לה והא דקיי״ל דלא הוי גט ודאי הוא רק משום זמנין דרחמא ליה כדאיתא סוף פרק האשה שלום (שהבאנו לשון

האיבעיא בענב הנ״ל) וע״כ בידעינן דסניא ליה אמרינן דליכא חובה כלל בגירושין ולא זכות בביטולן. אבל בלא תהיה מפוייסת מה שם תקרא לזה? קטטה, והרי במזכה גט לאשתו במקום קטטה איבעי׳ מיבעי׳ לן ביבמות שם ואיפשוט ממה דאר״ל טב למיתב טן דו דלא זכתה בהגט משום דחוב הוא לה להתגרש, ועל כן אף ברואין שרצונה להתגרש אם לא תפוייס לא נעקר החוב העצם האמיתי שיש בגירושין והזכות האמיתי שיש בבטולן, ממקומו, ושפיר איתא לסברא זו דאין ללמוד קידושין מגט דבגט ה״ט דמתרצית בדיעבד כשיארע אונס שיהא אונסא כמאן דעבד דמי ושיבוטל הגט משום דיש לו בה זכות אמיתי.

ואל תיקשי לי, הא להר״ן לשיטתיה גם איבעיא דמזכה גט במקום קטטה לא איפשטא (ומה דמייתי עליה דברי ר״ל דטב למיתב טן דו, אינו אלא לומר דמש״ה הוה ספק אי זכות הוא לה או חובה כמו שביאר טעמי׳ הב״י בטור אה״ע רסי׳ ק״מ), דאומר לך דמדברי בענב הנ״ל מבואר דמ״מ הבדל יש בין תיקו דאיבעיא במקום יבום לבין תיקו דאיבעיא במקום קטטה, דמלשון האיבעיא דהמזכה גט במקום יבום מוכח דלצד דסניא ליה לא מיחשב הגירושין חוב כלל. והרי בכותב גט לרצונה כדי שלא תפול קמיה יבם ידוע ע״כ דסניא ליה ואין כאן חוב העצם כלל, משא״כ מלשון האיבעי׳ דהמזכה גט במקום קטטה לא מוכח גם לצד האיבעיא דניחה לה להתגרש שיהא נעקר חוב העצם מכל, דהא י״ל דזה עצמו מיבעיא ליה אי אינה חפיצה בגירושין משום דדוחית זכות המקרה שיש לה שלא תדור עם נחש בכפיפה אחת מפני חוב העצם, או לא אלא דדוחית חוב העצם מפני זכות המקרה.

ענב ה

[בדעת המרדכי דאונס ביד״ש אינו אונס]

על הב״י (באה״ע רסי׳ קמד) תמיהני בשתיים. דז״ל שם ״וכתבו עוד שבספר המקצועות כתב דבידי אדם אין אונס בגיטין אבל בידי שמים יש אונס. (ועיי׳ מג״א בסי׳ רד ס״ק כ לענין ברכה לנאנס לאכול רצה לומר דבידי שמים לא מיקרי אונס[11]) וכן כתב המרדכי בפרק כל הגט, ואכלו ארי או נשכו נחש הוה בידי שמים, וכי אמר רבא אין אונס היינו באונס דבידי אדם. ולפי זה צ״ל דפסקיה מברא הוי אונס דבידי אדם שלא נזדמן לו ספינה לעבור כמו שהיו נוהגים ומש״ה אמרינן בסוף פרק כל הגט דאינו אונס, אבל אם לא היו רגילין לעבור בספינה אלא בנהר ועברו ברגל ועכשיו גדל הנהר דאינו יכול לעבור נראה דמקרי עכבה בידי שמים״ עכ״ל.

ותמהני דהא בפרק כל הגט (גיטין ריש דף ל׳) בהאי דאמר אי לא פייסנא להוי גיטא פייסה ולא איפייסא לל״ק א״ר יוסף מי יהב לה כו׳ והוי גט ולל״ב א״ר יוסף אטו

11 עיי״ש שמקשה על פסק הרמ״א דנאנס לאכל אינו מברך, מאי שנא מהאוכל ביוה״כ שחייב לברך ״ומה לי אם אנסוהו אחרים או אנסוהו מן השמים״ וכתב דאפשר שיש לחלק בזה.

תרקבא דדינרי בעי למיתב לה ואינו גט ואמרינן עלה הא כמ"ד יש אונס והא כמ"ד אין אונס בגיטין. והשתא הא זה האונס דאין לו תרקבא דדינרא ודאי אונס בידי שמים הוא כי לא בירכו ד' בעושר וא"כ גם למ"ד כלישנא דאין אונס בגיטין מכל מקום הכא מודה דיש אונס.

תו תמוה לי מהאי דריש מסכת כתובות (ב,ב) דשאלו "מנא לי לרבא (דאין אונס בגיטין) אילימא מהא דתנן הרי זה גיטך אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש ומת בתוך כו' אינו גט, מת הוא דאינו גט הא חלה הרי זה גט" והאיך אפשר דמה שבחלה הרי זה גט מטעם אין אונס הוא הא חלה בידי שמים הוא ובזה גם לרבא יש אונס[12].

מיהו זה היה אפשר ליישב דהכי פירושו הא חלה לפעמים הרי זה גט, כגון בהכהו אדם עד שנחלה ומש"ה קתני מת דהוא מלתא דפסיקא דאי נמי מת בידי אדם מכל מקום אינו גט משום דאין גט לאחר מיתה, אלא אי אמרת דאף דבידי אדם יש אונס יהיה גם חלה אינו גט מלתא דפסיקא ואמאי לא תני חלה.

אלא עדיין תיקשי מה דאמרינן ואלא מסיפא מעכשיו אם לא באתי כו' ומת תוך כו' הרי זה גט, מת והוא הדין לחלה, וקשה הא ודאי מת דקתני ודאי לא יתכן דמיירי רק במת ע"י אדם, דא"כ הו"ל למתני ונהרג, אלא על כרחך או דמיירי במיתה הרגילה לחוד כמות כל אדם, או דלשון כולל הוא בין מיתה בידי שמים בין בידי אדם, וא"כ אא"ל דמטעם אין אונס הוא דאכתי תיקשי במת כדרכו דהוי בידי שמים מאי איכא למימר.

ולומר דהן יפרשו מת דקתני בידי אדם, ומה דלא תני נהרג היינו משום דאי תני הכי הו"א דוקא במת מיד תחת ידו של אדם הוא דמקרי אונס בידי אדם, אבל בהכהו עד שחלה ומת תוך חליו זאת לא מקרי אונס בידי אדם, דנהי דבגרמא בידי אדם מת, מכל מקום המיתה עצמה בידי שמים היתה, וה"א דכזה לא מקרי בידי אדם (והא כעין זה נסתפק בתבואות שור סי' לו אות לב בריאה שצמקה דקיי"ל צמקה בידי שמים כשירה ובידי אדם טריפה, אם צמקה ע"י חולי ע"י אדם אלא שהוא לא החלה אותה כי אם גרם לה שתחלה כגון הלעיטה קורט של חלתית דאפשר דזה לא מיקרי בידי אדם), ואף דעכשיו קיימינן מת וה"ה חלה, וכיון דסבירא לך

12 דברי רבנו צ"ע דהב"י עצמו שם עמד על זה, דעיי"ש שמביא בשם המרדכי שיטה שפוסקים דיש אונס בגיטין כלישנא בתרא. וכתב הב"י "ודבריו צל"ע דהא משמע מדבריו דלבעל המקצועות הלכה כלישנא קמא. וק"ל דהא כי אמר רבא בלישנא קמא דאין אונס אחלה אמרה, וחלה היינו אונס דבידי שמים ובעל המקצועות כתב דבידי שמים יש אונס וא"כ ע"כ ס"ל דהלכה כלישנא בתרא". ובאמת דברי הב"י תמוהים, דאם בעל המקצועות פוסק כלישנא בתרא, הרי יש אונס בגיטין בכל גוונא, גם באונס בידי אדם. ועיי' ערוך השלחן סי' קמד סעי' ה-ז שעמד בזה. ועיי' גם חידושי חתם סופר כתובות ב,ב (משנת תקס"ב) ד"ה משום.

ולפי דברי רבינו להלן שכתב דשיטת בעל המקצועות היא פשרה בין לישנא קמא ללישנא בתרא יש ליישב קצת, די"ל דכוונת הב"י להקשות דמדברי המרדכי משמע שבעל המקצועות פוסק כלישנא קמא, וזה אינו דהוא באמת פוסק כלישנא בתרא לענין מה שנדון כאן, דהיינו לענין אונס בידי שמים, אלא שלענין בידי אדם הוא פוסק כלישנא בתרא. ועיי' ספר מלא הרועים ערך אונס אות ב.

שהיה עכבה מלבא ע״י חולשת החלי כיון שהוחלה מיד מתחת ידו של המכה מיקרי אונס בידי אדם, וא״כ א״א שמחמת שמת לא יקרא אונס בידי אדם, דהא אילו נמי היה עודנו בחיים הא היה מעוכב מלבא, ולא יהיה מיתתו פחות מחולשת החולי, מ״מ י״ל דהא דאמרינן דה״ה לחלה הוא עכשיו דתגי מת, אבל אי הוה תני נהרג דה״א דוקא במת תחת ידו של ההורג מיד, באמת לא היינו אומרים ה״ה לחלה אלא הייתי אומר דל״מ אונס בידי אדם אלא בתקפו ואינו מניחו לילך ולבא, אבל בהחלהו החולשה שנשארה להמוכה ומשפסקה ידו כבר היא טבעית ובידי שמים מקרי, זה דחוק ואתא מרחוק טובא.

ובאמת לשון המרדכי אינו כמו שכתב הב״י בשמו, ולפי לשונו ל״ק מה שהקשינו. דזה לשונו (אות שס) ״אין אונס בגיטין עיין לקמן בפרק מי שאחזו על אונסא דלא שכיח (הראה בזה על סברת הר״י בתוס׳ בדף ע״ג ע״א ד״ה איתיביה, דטעם אכלו ארי אין לנו שיהיה גט ולא אמרינן אין אונס בגיטין משום דבאונס דלא שכיחא טובא גם בגיטין יש אונס) ריב״ן פסק דאפילו בידי שמים אין אונס בגיטין, (ר״ל ומתרץ האי דאכלו ארי כפירוש הר״י בתוס׳ הנזכר), ובספר המקצועות פסק דאונס בידי אדם (דוקא) לא הוי אונס, בידי שמים הוי אונס, ויש מביאים ראיה דבידי שמים הוי אונס מאכלו ארי אין לנו״ עכ״ל. ויראה דזה סובב רק על ההלכה דקיי״ל כלישנא קמא בריש כתובות דאין אונס בגיטין, וסבירא ליה להמקצועות דזו הלכה היא כהכרעה שלישית, והיינו דללישנא קמא אין אונס בגיטין גם באונס בידי שמים, וללישנא בתרא יש אונס אף באונס בידי אדם, ואנן קיי״ל דבאונס בידי אדם דאין אונס, ובאונס בידי שמים כלישנא בתרא דיש אונס. אבל להלשונות עצמן אין חילוק כלל בין אונס בידי שמים לאונס בידי אדם ומיושב האי דפרק כל הגט, דאף מה דאין לו תרקבא דדינרי אונס בידי שמים הוא מכל מקום ללישנא קמא אין אונס, וניחא נמי מה דרצו בריש כתובות לומר דלל״ק מה דסבירא ליה לרבא אין אונס בגיטין למד מן הא חלה כו׳ ומן מת וה״ה חלה. והיינו דגם באונס בידי שמים אין אונס וכש״כ בידי אדם, ומאי דקיי״ל דבידי שמים יש אונס היינו כפי שדחו בגמרא דלמא מת דוקא ברישא משום דאין גט לאחר מיתה ובסיפא משום דלא ניחא ליה דתפול קמי יבם, אבל הב״י דכתב בשם המרדכי וכי אמר אין אונס היינו באונס בידי אדם והיינו דגם רבא מודה (גם לל״ק) דבידי שמים יש אונס עליו יוקשה מה שהקשינו.

ומכל מקום סיום דברי הב״י מ״ש שצ״ל דפסקיה מברא היינו שלא נזדמן לו ספינה נכון הוא, דאף גם אם יפורש דגדל הנהר נמי ניחא מה דבעי לומר דמהא למד רבא דאין אונס, מ״מ מוכרח הוא מההלכה דהא קיי״ל בהאי דלא שמיה מתיא משום דאין אונס בגיטין ואלו היה בידי שמים יש אונס להמרדכי.

ענב ו

[בדין מי שאכל מצה או מרור באונס]

במסכת ר"ה פרק ראוהו ב"ד (דף כח סוף ע"א) "שלחו ליה לאבוה דשמואל כפאו (אותו פרסיים) ואכל מצה יצא". אולי י"ל דאכל מצה דוקא הוא, לאפוקי כפאו ואכל מרור י"ל דלא יצא. והטעם למה דהעלה הר"ן דמה דיוצא ידי חובת אכילה אף דקיי"ל מצוות צריכות כוונה, היינו משום דמכל מקום הא נהנה, וכדאיתא בחלבים ועריות דמתעסק בהו נמי חייב שכן נהנה [כריתות יט,ב], וא"כ י"ל דבאכילת מרור דליכא הנאה, דאדרבה אכילתו מר לו מר אינו יוצא. אבל זה אינו ברור לי אם "שכן נהנה" דוקא הוא, ואולי הכוונה דהרי הגוף נתפעל והשיג מה שהיה לו להשיג במצוה זו שצותה התורה עליו שיאכל ויהנה. ועל כן ה"ה כשהמצוה לאכול ולהרגיש מרירות שייך נמי לומר שכן אכל ונתפעל מהרגל המרירות[13].

אבל מטעם אחר י"ל כך, דנ"ל דהאי כפאו ואכל, על כרחיה אין לפרש שאיימו עליו או הכוהו בשוטים עד שלקח מצה ואכל, דא"כ פשיטא דיצא, דלא מקרי אונס כלל, דכיון דידע דאיכא מצוה באכילה זו, דהא ידע שהלילה פסח ושהוא חייב באכילת מצה (כמפורש בש"ע בדין זה (או"ח הל' פסח סי' תעה סעי' ד') דרק בהכי מיירי) הרי הוא כמו יקריב אותו לרצונו כיון דכופין אותו עד שרוצה לא מיקרי אונס כלל. וכמו דאסברה לן הרמב"ם הל' גירושין (סוף פרק שני [ה"כ]) דכל אדם מישראל רוצה לעשות כל המצוות ולהתרחק מעבירות, ויצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני, כבר עושה לרצונו ע"ש. ואי דבקרבן, ב"ד הם שכופין, והכא פרסיים כפאוהו, זה אינו מזיק, דהא גם במחוייב מן הדין לגרש אשתו וכפאו נכרים לגרש הוי גיטא, ומה דהוא פסול אינו אלא מדרבנן שלא תהא כל אחת ואחת תולית עצמה בנכרי ומפקעת עצמה מיד בעלה כדאיתא בפרק המגרש (במסכת גיטין דף פח ע"ב), וא"כ איך למד רבא (שם פרק ראוהו ב"ד) מזה דתוקע לשיר יצא, (ומקשינן עליו בגמרא פשיטא ומשני מהו דתימא התם אכול מצה אמר רחמנא והא אכל) והא חילוק גדול יש, דהכא במצה הוי ככל אוכל מצה מרצונו. הא חדא.

ותו, דמכדי רבא עצמו הוא מרא דשמעתא דכל אונס שא"א להכריח אותו לעשותו עד שיעשנו הוא לא מקרי אונס, דהא על כן אמר רבא (ביבמות דף נג,ב) דאין

13 עיי' בזה בשו"ת רבינו ח"א כתבים סי' ח. וראה שם בהע' 4 בשם המאירי ר"ה כח, שכתב דלשיטות שכן נהנה הוא הדין במרור אמרינן שכן נהנה. ועיי' פני יהושע ר"ה כח שכתב כן דבמרור לא אמרינן שכן נהנה. ועיי' מלא הרועים ענין מצוות צריכות כונה שהביא כן גם בשם הפרי מגדים, וכתב "ולענ"ד לא נחתו לעומק דבריהם, דבאמת דא ודא אחת, כמו במצה ושאר אכילות דכונת המצוה היא הנאת מעיו, ולכך כשנהנה במעיו נתקיימה המצוה אף בלא כונה, כן במרור שתכלית המצוה היא העדר הנאה והרגשת טעם מרירות כמ"ש בלע מרור לא יצא בעינן טעם מרור וליכא, ולכך כיון שהרגיש המרירות יצא, מה לנו אם נהנה, כיון שאין זה תכלית המצוה, וזה ברור". וכן החק יעקב סי' תעה ס"ק יח כתב דאף במרור כן. ועיי' שדי חמד מערכת המם כלל סד. ובדין כפאוהו פרסיים עיי' בדברי רבינו בשו"ת רע"א סי' רכא אות ה. ועיי' שו"ת ח"ס או"ח סוף סי' רב.

אונס לערוה משום דאין קישוי אלא לדעת לא מיקרי אונס. והכא נמי אין אכילה בלא דעת, דא״א לאחר לעשות שילעוס הוא מאכלו, וא״א לאחר כי אם להכותו עד שירצה הוא לאכול, וזה לא מקרי אונס דהא ממיתין אותה בערוה על מעשה כזו שאנסוהו. (וידעתי שיש לדחות זה, די״ל דכיון דזה צריכין למילף ממה דחייב על מעשה כזו ה״ה דיוצא ידי מצוה במעשה כזו... [חסר ההמשך]

גרעין א

[קו׳ על המהרי״ט בעניין נדרי אונסין]

במי שאסר עצמו בבשר וין אם לא ישלם לזמן שהגביל ומטה ידו ולא היה יכול לשלם, כתב מהרי״ט בתשובה (ח״א סי׳ א׳) דאינו דומה למדיר חבירו שיאכל אצלו וחלה הוא או חלה בנו דמקרי נדרי אונסין (בפרק ארבעה נדרים דף כז ע״א) דהתם לא איכפת ליה להמדיר להתנות, אבל הכא דבא לחייב עצמו הו״ל להתנות וכמ״ש הר״ן שם [ד״ה וכי תימא] חילוק זה בטעמא דרב הונא דהו״ל להתנות.

ואיני מבין הא רב הונא סבירא ליה באתפיס זכוותיה שיהיה בטילן אם לא יבא ואתניס זכוותיה בטילן ורבא אקשי׳ מהאי דחלה בנו, ועליה כתב הר״ן דטעמיה דרב הונא דלא חש לקושיא זו משום דמחלק כנ״ל, והרי הלכתא בהא כרבא דבטלן זכוותיה, א״כ לא קיי״ל להאי חילוקא.

גרעין ב

[קו׳ על המהרי״ט בענין שבועה שלא אוכל זו אם לא אוכל זו]

הא דנשבע שלא אוכל זו אם אוכל זו ואכל זו של התנאי בשוגג או באונס דלא נאסר בזו שנשבע עליה לפירש״י פ״ג דשבועות דף כח סע״א [ד״ה אמר רבא], דחלות השבועה בשעה שעובר התנאי ובנאנס לא הוי אדם בשבועה, כתב מהרי״ט (ח״א סי׳ א) דלהיפוך לא אוכל זו אם לא אוכל זו ונאנס ולא אכל של התנאי נאסר בשל שבועה כיון דאינו תלוי במעשה מעתה חייל, דאלת״ה מאי התירו דקתני בנדרי אונסין בחלה הוא הא מן הדין הוא. עכת״ל.

ואיני מבין, הא התם במתני׳ פרק ג׳ דנדרים דף כ״ז ע״א ד״ה [נדרי אונסין] כתב הר״ן ״כלומר דאע״ג דלאו אונס גמור הוא הרי אלו נדרי אונסין״ והיינו דלא תיקשי מאי התירו דקתני ת״ל דנאנס בתנאי, וא״כ דוק מיניה אפכא מדאיצטריך הר״ן לכך ש״מ דבאונס גמור מדינא הוא אף דהתנאי בשוא״ת.

גם הריב״ש בתשובה (הביאו הב״י ביו״ד סי׳ רלב) בהאי דאונס ממון לא מיקרי אונס גבי שבועה כתב דלא תיקשי מהאי דחלה בנו והא אפשר לשכור לו מי שישמשנו, דהתם האכילה אין קפידא כ״כ ואונס כזה במקום תנאי גרוע כזה הוא שקראוהו נדרי אונסין עכ״ל, א״כ עכ״פ אין ראיה מהכא, די״ל מאי שהתירו הוא משום דרק אונס ממון הוא, אבל אילו היה אונס גמור לא היה צורך להתירא, דזהו מן הדין הוא.

גרעין ג

[קו׳ על דברי הר״ן שכתב דנדרי אונסין לא הוה אונס גמור]

כתב הר״ן האי דהתירו חכמים להתיר נדרי אונסין והיינו במדיר לחבירו שיאכל אצלו וחלה הוא או חלה בנו היינו אף דאינו אונס גמור, משמע כונתו דאילו היה זה אונס גמור היה מן הדין.

וק״ל, הא אונס בתנאי אינו אלא בתנאי שתלה בדעת עצמו דסבר שיקיים אותו וכשנאנס הוי כאנוס בעיקר המעשה, וא״כ י״ל דהכא שתלה באכילת חבירו והוי תולה בדעת אחרים, מש״ה גם אילו היה אונס גמור לא היה נדרו בטל.

(אך ראיתי להרא״ה ריש כתובות (ד״ה אלא) שכתב ול״א יש אונס אלא בתולה בדעת עצמו כגון אם לא באתי וה״ה בתולה בדעתה דלגבי הא מלתא כחד נינהו עכ״ל, וא״כ נראה כמו דבגט אף דא״צ לא למעשה דידה ולא לדעתא דידה מ״מ כיון דהיא המתגרשת והתנאי ג״כ בה הוה כתולה בדעת עצמו, ה״נ הכא דחבירו הוא המודר והתנאי בו הוה כתולה בדעת עצמו. ובאמת אילו הדיר לראובן אם לא יאכל שמעון אצלו ונאנס שמעון אף באונס גמור לא היה אומר הר״ן שהוא מדינא).

גרעין ד

[קו׳ על דברי הריטב״א דמחילה מחמת השבועה לא מהני דהוה מחילה באונס]

מחילת הריבית באונס גם לרמב״ם לא מהני, לפיכך אלו שמשביעין את הלוה בשעת הלואה שיעשו להם מחילה אחר הפרעון, כי עבדי לא מהני, דמחמת אונס השבועה הוא דעבדי לה. הריטב״א בבד״ה יו״ד סי׳ קס.

ואיני מבין מאי שנא ממ״ש בהגשו״ע אה״ע (סי׳ קלד ס״ד) ״ואפי׳ גירש מחמת השבועה שעשה מעצמו לגרש הגט כשר״ והוא נמי מהריטב״א. גם בבד״ה בחו״מ סי׳ רה כתב בשם הריטב״א ״הנשבע לתת מתנה לחבירו, ובשעת המתנה מסר מודעה שמפני חיוב השבועה הוא עושה קרוב הדבר שאין מתנתו כלום״. מבואר דבלא מסר מודעה הוה מתנה. (דלא מיקרי אונס כלל, ומה דבמסר מודעה אינו מתנה, היינו דבמתנה סגיא במסירת מודעה אפילו ליכא אונס, כדאיתא בש״ע שם סי׳ רה סעי׳ ב ובסמ״ע שם [ס״ק ח]. ומ״ש שרק קרוב הדבר, נ״ל דספיקתו הוא, אולי משום השבועה שעליו לא גמר בלבו לבטל המתנה אף שמסר מודעה, וכעין זה הוא בתשובת מהרי״ט ח״ב [חו״מ] סי׳ מג בנשבע שלא לבטל המודעה ובטלה אח״כ).

ואף שסיים שם בהגהש״ע אה״ע בזה״ל ״הואיל ומתחילה לא אנסוהו על כך״, וגם כתב תחילה שבועה שעשה מעצמו, והכא לא מעצמו עשה, וי״ל דבדקדוק כתב הריטב״א ״אלו שמשביעין בשעת הלואה״ וכוונתו לאפוקי בנשבע הלוה מעצמו, וכיון שהמלוה השביעו ובשעת הלואה ודאי אילו לא היה הלוה רוצה לישבע לו לא היה מלוהו והרי הוא היה אנוס לישבע כי היה צריך לזוזי, מכל מקום אין זה מספיק, דמ״ש

בהגש״ע שעשה מעצמו, ושמתחילה לא אנסוהו, היינו לאפוקי אם אנסוהו על השבועה ממש, דאיימו עליו ליסרו אם לא ישבע והוי אונס דאתי מאחריני, אבל הכא לא אנסו לישבע אלא שלא היה מלוה לו, והדמים הם שאנסוהו, וזה אונס דאתי ליה מנפשיה, וכמו המוכר מפני שהיה דחוק למעות דאין אונס זה מבטל מעשה המכירה, והרי יותר מזה מצינו דאף באנסו ליתן מעות, ומחמת שלא היה לו מעות הוצרך למכור דמקרי אונס דנפשיה ואינו מבטל המכירה, כדאיתא בש״ע חו״מ (סוף סי׳ רה) הרי אף דאנסוהו ליקח מעות דרך גזילה, כש״כ הכא דרק היה מונע להטיב לו להלוותו דמקרי אונס דנפשיה.

עיקר אותו ואת בנו

ענביו ארבעה

ענב א

[בטעם דהשוחט או״ב שחיטתו כשרה ולא אמרינן דאעל״מ]

במתני׳ ריש פרק אותו ואת בנו (חולין דף עח ע״א) ״השוחט אותו ואת בנו חולין בחוץ שניהם כשרים והשני סופג את הארבעים״. לכאורה ק״ל למאן דסבירא ליה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אמאי שחיטת השני כשרה[1]. וקושיא זו חמירא לי מקושיות קדמונינו ז״ל משוחט בשבת וממקח שנעשה באיסור, דעל קושיות אלו י״ל דלא אמרינן לא מהני אלא היכי שפירשה התורה לאסור עצם המעשה כגון לא יוכל לשלחה, לא ימיר אותה, משא״כ שחיטה בשבת לא אמרה התורה לא תשחט אלא מכללא דלא תעשה כל מלאכה הוא (ונכתוב בזה אי״ה בעיקר אי עביד לא מהני), אבל הכא הא מפורש איסור עצם המעשה בתורה באמרה אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד.

וע״ל דלקמן בפרק כל הבשר (דף קטו ע״א) מקשינן בגמרא ״אותו ואת בנו ליתסר משום לא תאכל כל תועבה״ ומשני בגמרא ״מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה מכלל דלהדיוט שרי״, וא״כ אף אנן ניקום ונשני על קושיתנו דאותו ואת בנו ליתסר משום אי עביד לא מהני כשינוי דש״ס מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה כו׳, דמה לי איסור משום לא תאכל כל תועבה מה לי איסור משום כל נבילה לא תאכלו.

1 עיי׳ פמ״ג סי׳ טז שמקשה כן, וז״ל ״וראיתי בספר ידי אליהו למהר״א גאליפאפה ז״ל שפלפל בסוגיא דאי עביד לא מהני והביא קושיא משם מהרמ״ט אמאי השוחט בשבת שחיטתו כשרה ואף בשוגג, הא כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ע״ש שתירץ בזה. והכי נמי יש להקשות כן. והתירוץ נמי שייך כאן דמעשה גופה לא אסרה תורה אלא יום הוא שאסור ולא שייך לומר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. ובספר שושנת העמקים [כלל יט] אבאר. ומיהו בלאו הכי לא קשה, מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה מכלל דלהדיוט שרי״. ועיי׳ מים חיים לפר״ח הל׳ בכורות פ״ו ה״ה, נתיבות סי׳ רח ס״ק ב, חדושי רעק״א חולין עח, א, ושו״ת הר צבי חיו״ד סי׳ יד.

ולפי זה איני מבין מה הרעש הגדול הזה של המקשים על האי דהשוחט בשבת דנימא אי עביד לא מהני (עיי׳ סמ״ע וש״ך חו״מ סי׳ רח), והא כמו דאותו ואת בנו מקרי מחוסר זמן משום דהאיסור שחיטת הבן אינו כי אם היום ולזמן מחר יהא שרי, הכי נמי י״ל מקרי איסור שחיטת הבהמה בשבת מחוסר זמן דלמחר יהיה רשאי לשוחטה ואמרינן ״מדאסר רחמנא כו׳ מכלל דלהדיוט שרי״[2] (וכתבתי מזה עוד בעיקר ״אי עביד לא מהני״ [ענב ז]).

ולומר הא מאי דאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה הוא בעבר איסור לאו, ותוכל למידק מיניה רק בעבר על לאו דהדיוט שרי להדיוט והיינו איסור לא תאכל כל תועבה, והכי נמי איסור אותו ואת בנו דהוא איסור לאו, אבל בעבר על איסור שבת דחמירא ליכא למילף מהא, די״ל אה״נ דזה גם להדיוט אסור, ומה דאצטריך לאסור לגבוה הוא דלגבוה גם בעבר רק על לאו אסור, אינו מחוור בעיני, דהא שם בפרק כל הבשר אחר דמייתי קרא דכתיב בשבת ״היא קדש ואין מעשיה קדש״ לומר דאינו נאסר משום לא תאכל כל תועבה, הדר מקשה ״אותו ואת בנו ליתסר משום לא תאכל כל תועבה״, והיינו דמשבת ליכא למילף משום דאותו ואת בנו איסורו ניכר כמש״כ בתוס׳ שם [ד״ה חורש]. הרי דמה דאיסורו ניכר חמור מחומר איסור שבת א״כ אנן נימא מדהתירה רחמנא בעבר על איסור אותו ואת בנו דאיסורו ניכר כש״כ דהתירה שחיטת שבת דאין איסורו ניכר. ולומר דאיכא סברא הכי ואיכא סברא הכי, והתם מקשה דילמא איסור שבת חמור, ג״כ לא נוח לי, דמנ״ל לומר דאיכא נמי סברא להיפוך ולהקשות.

ענב ב

[מה החידוש במה דקתני ״שניהם כשרים״]

ברש״י ריש פרק אותו ואת בנו חולין בחוץ שניהם כשרים ״משום דבעי למתני בסיפא שניהם פסולים״. ולכאורה אינו מובן דלגופיה צריך לאשמועינן, דהוה אמינא דהשני אסור משום לא תאכל כל תועבה, וכדמקשה בגמרא לקמן פרק כל הבשר (דף קטו ע״א)[3], וכמו שכתבו באמת בתוס׳ לקמן בסמוך (בדף פ ע״א ד״ה חולין) דמשום הכי תני שניהם כשרים.

ואפשר דהוקשה לו לרש״י ז״ל דלתני׳ אף האחרון כשר, ולשון שניהם כשרים

2 עיי׳ משנה למלך הל׳ איסורי מזבח פ״ג ה״ח שתמה על דברי הגמ׳ בחולין הללו ״דמה תירצו בגמרא לקושיית אותו ואת בנו ליתסר מדאסר רחמנא מחוסר זמן, הא לא ראי זה כראי זה, דמאי דאסר הכתוב מחוסר זמן לגבוה אינו תיעבתי לך ולהדיוט שרי, דהא מיירי דקים לן שכלו חדשיו אבל אותו ואת בנו תיעבתי לך הוא״. וע״ש שמביא שני פירושים בזה ומסיק ״הכלל העולה לכל הפירושים, מאי דאמרינן מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה, האי מחוסר זמן הוי אותו ואת בנו״. ונראה דלפי דבריו אין מקום כלל לקושיית רבינו, דלענין שבת אין לנו קרא שאסור במוקדשים. ועיי שו״ת בית הלוי ח״א סי׳ לא אות ב.

3 וכן יש חידוש דלא נימא בזה אי עביד לא מהני כפי שהקשה בענב א.

משמע דיש בהכשרו של הראשון חידוש מה, ולישב זה כתב דמשום דבסיפא צריך למתני שניהם פסולים.

אמנם נ"ל אפשרות ליישב ולומר דגם היכשירו של הראשון צריך לאשמעינן, דהא לא אמרה רחמנא לא ישחט את בנו אחר שחיטת אותו, אלא אמרה לא תשחטו אותו ואת בנו, משמעו על אותו עובר. ואם תאמר, ואיך אפשר שיהיה איסור והוא לא עבר על דברי תורה, י"ל דהוה אמינא שהוא כעין איסור אלמנה לכהן גדול, דאם קידש ולא בעל אינו לוקה, ואם בעל אח"כ לוקה שתיים בפרק עשרה יוחסין (קדושין דף עח ע"א). הרי דלאו דלא יקח מיתלי תלוי באם לא יבעול אחר כך לא יהא עובר עליו, ואם יבעול יהא עובר למפרע גם על לאו דלא יקח, והכי נמי הא דאסרה התורה שחיטת אותו תלאתו בשחיטת בנו, דאם לא ישחט בנו באותו יום לא עבר, ואם שחט בנו עובר למפרע גם משום לא תשחט אותו.

ובאמת חלוק זה מהתם, דשם שייך אזהרה עכ"פ גם על הליקוחין דרחמנא אמר שמשום לא יחלל אח"כ בביאתו יזהר שלא לקדשה אלא שאין לוקין על אזהרה זו ומכיון שלא היה לו לקדשה והוא ע"ז מוזהר בתורה שייך חיוב מלקות למפרע. אבל הכא דלא הזהירה התורה כלל שלא ישחט אותו שלא יבא לאיסור כשישחוט בנו דא"כ כל הבהמות שיש להם בן היה הן ובניהם אסורות להשחט לעולם עד שימות אחד מהן, ושפיר קמ"ל חידוש קצת גם בהראשון.

ענב ג

[ביאור בדברי התוס' דס"ד דאו"ב לא נוהג במוקדשין]

בתוס' ריש פרק אותו ואת בנו [עח,א ד"ה מנין] הקשו מאי מקשינן בגמרא "מנין לאותו ואת בנו שנוהג במוקדשין", והא סתמא כתיב, ומהיכי תיתי דלא מיירי קרא במוקדשין. וכתבו "ואין לומר דאיצטריך שאם צריך לפסח ואין לו אלא אותו שנשחט בו ביום אביו או בנו, דס"ד דאתי עשה דפסח ודאי לאו דאותו ואת בנו כו' דהא במחוסר זמן איכא לאו ועשה ובלאו קרא לא דחי ליה עשה".

קצת ק"ל ובלאו הכי מי איכא למימר הכי דשאל מנין דאין פסח דוחה אותו, דא"כ תיקשי מאי קאמר מנין כו', דילמא באמת מה דקתני במתני' דנוהג בין בחולין בין במוקדשין, ר"ל באינו צריך אותו לפסחו, וצ"ל דיפורש עפ"י קושית תוס' עצמו, דמאי ס"ד דלא יהיה נוהג במוקדשין, והכי קאמר מה דתני דנוהג במוקדשין א"א לפרש בסתם קדשים, דפשיטא, דמהיכי תיתי לא ינהוג בם, וע"כ ר"ל דנוהג גם בצריך לפסחו וזה מגיין, דלמא באמת בהא העשה דוחה ללאו.

וא"ת ועדיין אאל"כ, דהא אחר דמשני בגמרא "תלמוד לומר שור או כשב כו' וכתיב בתרי' ושור ושה אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד, לימד כו' שנוהג במוקדשין" מקשינן שוב "ואימא במוקדשין אין בחולין לא". והשתא אי אמרת דשאלת מניין היתה רק בצריך לפסחו, היה לו להקשות יותר דאימא דאפילו במוקדשין אינו נוהג תמיד,

דקרא רק בסתם קדשים, אבל בצריך לפסחו ובחולין לא, דבהא ל"ל דסתם קדשים פשיטא ול"צ קרא, דזה שייך רק לפי האמת דקרא אסר בחולין, וכיון דסתמא כתיב, מהיכי תיתי דבמוקדשין לא, אבל לפי מה דרצה עכשיו דבחולין ליכא קרא, א"כ ודאי צריך קרא למיסר במוקדשין,

ואולי כוונת התוס', דיש לפרש דקושיא זו מונחה ג"כ בקושיית הש"ס, דהרי אין להקשות דילמא קרא רק בסתם מוקדשין אלא כשתאמר דבחולין לא (דלולי זה אא"ל כך דתקשי פשיטא), על כן נקט ואימא בחולין לא, וממילא תשמע מיניה קושיא דכיון דבחולין לא, י"ל נמי דלפעמים בקדשים נמי לא דהשתא שפיר לסתם מוקדשין אצטריך קרא[4].

ואחר שקיימנו דיפה ס"ד להו להתוס' לומר כך, קשה לי שוב מה זה שדחאוהו בתוס' משום דאין עשה דוחה לאו ועשה, דהא י"ל דהכי שאל, דהא קתני במתני' קדשים בפנים לוקה משום אותו ואת בנו, ותיקשי פשיטא דקרא סתמא כתיב, וצ"ל דר"ל דאפילו שחטו לשם פסח ובאין לו אלא זה שנשחט אביו בערב פסח, ועל זה שאל מניין דלהדיא אסר קרא מוקדשין עד דנימא דיהא לוקה גם בצריך לו לפסחו, דילמא קרא מיירי בחולין, ואף דסתמא כתיב ואיכא מ"מ לאו גם במוקדשין, מ"מ בצריך לפסחו אימא דעשה דפסח דוחה להלאו, ואי דמחוסר זמן הוי לאו ועשה, הא לקמן בפרק שלוח הקן (דף קמ"א ע"א) כתבו בשם הריב"א דבכה"ג אינו לוקה, דהלאו מ"מ כמאן דליתא, דנדחה מהעשה, ועל העשה (שנשאר) ליכא מלקות, ואיך קתני קדשים בפנים (דא"צ אלא בצריך לפסחו) לוקה משום אותו ואת בנו.

ונ"ל דשאני האי דהריב"א דקאי על חורש ביו"ט, והתם הרי מכוסה בעפר ונתקיים העשה, ושפיר אמרינן דהלאו דיו"ט כמאן דליתא דהרי יש עשה (דכיסוי) דדחאה להלאו דיו"ט, אבל הכא כיון דסוף סוף, אף לכשתימצי לומר דהלאו דמחוסר זמן נדחה, מ"מ לא יהיה הפסח ראוי לאכילה משום עשה דמחוסר זמן דקיימא וקאי עליה, כי הוא לא נדחה מפני עשה דפסח, הנה ממילא אין בהבאת הפסח עשה כלל כיון דאינו יכול לאכלו ונשאר ממילא גם הלאו דאותו ואת בנו במקומו ויפה דחו התוס', דהא שפיר קתני במתני' דלוקה[5].

4 עיי' חידושי רעק"א חולין דף עח שמבאר את דברי התוס' כדברים שלפנינו, ומוסיף שם וז"ל "מ"מ נ"ל ליישב ברווחה, דלכאורה קשה במה שכתבו תוס' דלא נימא דעשה דוחה לא תעשה, הא איתא בזבחים דף צז,ב דאין עשה דוחה לא תעשה שבמקדש, וצריך לומר דזהו הכלל רק היכא דהלא תעשה הוא ענין שבמקדש דוקא כמו ועצם לא תשברו בו, אבל בלאו דעלמא דלא תלי בקדשים אלא דעכשיו אתרמי בקדשים כמו לאו דאותו ואת בנו, בכי האי גוונא העשה דוחה ללא תעשה. ולפי זה ניחא הדקדוק הנ"ל, דשפיר פרכינן "ואימא במוקדשין אין בחולין לא", דלענין מוקדשין הדין שפיר אף במקום עשה דפסח, דלאותו ס"ד דאותו ואת בנו נוהג רק בקדשים, ממילא הו לאו שבמקדש ואין עשה דוחה אותו, ורק למסקנא דנוהג גם בחולין ולא מיקרי לאו שבמקדש היה ס"ד דנדחה מפני עשה אבל לס"ד דבחולין לא, ממילא אין העשה דוחה אותו".

5 ראה תי' בסגנון זה על קושיא אחרת בחידושי רע"א ב"מ ל,א לתוד"ה הא.

ענב ד

[תי׳ על קו׳ תוס׳ על הס״ד דאין איסור או״ב נוהג אלא בקדשים]

קושיית התוס׳ ריש פרק אותו ואת בנו (דף ע״ח ע״ב ד״ה או) חזקה, דאיך מקשינן בגמרא ואימא במוקדשין אין בחולין לא (נוהג איסור אותו ואת בנו) והא כתיב או לרבות כלאים, וכלאים בקדשים לא משכחת לה כדאמרינן ״אי מה קדשים כלאים לא אף אותו ואת בנו כלאים לא אלמה תניא כו׳״.

והנלענ״ד אפשר לומר, אף דלא משכחת לה במוקדשין כלאים ממש שהוא בנולד מב׳ מינים, מ״מ שפיר משכחת לה כלאים אחר, והיינו פסולי המוקדשים שנפדו דהמנהיג אותו והחורש בו חייב משום כלאים במסכת מכות (דף כ״ב ע״א), והטעם דהוא חולין מצד דמותר לאכול בשרו מחוץ לפתח אוהל מועד, וקדשים מצד שאסור בגיזה ועבודה וכמו שפרש״י שם, והו״א דאותו דכתיב לרבות את הכלאים על שור ובנו של פסולי המוקדשין שנפדו הוא דאתי דחייב על צד מוקדשין שבכל אחד אף דהוא מעורב וכלאים עם צד חולין שבכל אחד מהן, אבל בחולין גרידא אימא לא[6].

6 עיי׳ שו״ת רבינו חלק או״ח סוף סי׳ ז שנחלק רבינו והשואל שם (הדיין ר׳ שמעון סגל) האם בשור פסולי המוקדשין עיקרו הוא קדשים ומותרים באכילה, או שעיקרו חולין ורק לעניין גיזה ועבודה הוא קדשים, ודעת רבנו שם כצד האחרון. ולכאורה היה נראה לפי צד זה שאם אותו ואת בנו נוהג רק במוקדשין, לא ינהג בפסולי המוקדשין שעיקרם חולין.

ויותר מזה, דעיי׳ חולין עח, א שמה שדנו לומר שנוהג רק במוקדשין הוא משום שסמוך לאיסור או״ב נאמר ״שור או כשב כו׳ ירצה לקרבן אשה״. וכיון שכן, י״ל דאם היה נוהג רק במוקדשין הרי שלא היה נוהג אלא במוקדשין הראויים להקרבה ולא בפסולי המוקדשין.

ובעיקר דברי התוס׳ התקשו המפרשים, דהא משכחת לה כלאים בולד קדשים, כמו שכתבו התוס׳ חולין דף עז ע״ב ד״ה רובא. עיי׳ ראש יוסף ובמלא הרועים חולין שם.

עיקר אי עביד לא מהני

אשכלותיו עשרה ענביו שמונה וגרעיניו שבעה

אשכול א*

[בענין אם הלכה כאביי או כרבא]

על בוריו של דבר בפלוגתא דאביי ורבא בפ"ק דמסכת תמורה (סוף דף ד) בעבר על מימרא דרחמנא לא עמדו אם הלכה כאביי או כרבא[1], ונ"ל קצת ממשמעות התוס' פרק תמיד נשחט (במסכת פסחים דף סג ע"א) דסבירא להו דהלכה כאביי, והיינו ממה שכתבו ד"ה השוחט פסח על החמץ עובר בלא תעשה "אומר ריב"א דהפסח כשר דהא לא שינה עליו הכתוב לעכב". וק"ל מאי בכך דלא שינה עליו הכתוב לעכב הא ממילא מעוכב משום דעבר על מימרא דרחמנא ולא מהני, והתוס' בתמורה (סוף דף ד' [ד"ה רבא]) כתבו דבירושלמי יש קרא להכשיר. (וזכורני שראיתי בשם הפ"ח להעיר על שני דבורי תוס' אלו שנראים כסותרים). וניחא לי, דהתוס' בתמורה כתבו ליישב קושיתם על רבא דנימא בשוחט פסח על החמץ אי עביד לא מהני ולא יהיה הפסח כשר והוצרכו לתרץ דאיכא קרא בירושלמי דמהני. והריב"א בתוס' פסחים כתב על דעתיה דסבירא ליה דהלכה כאביי וע"כ לא אצטריך לקרא. ועמ"ש בענב ג.

ואולם הרשב"א בחידושיו לקדושין (דף סז ע"ב ד"ה אימא) כתב "וא"ת והא קיי"ל כרבא דאמר בפ"ק דתמורה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני כו' ותירצו בתוס' כו'". משמע דהתוס' והוא עצמו ז"ל סבירא להו דהלכה כרבא[2], וכן בתשובת הרא"ש (כלל ז סי' ד) בשטרות שנעשו נגד חרם שגזרו הקהל כתב דהשטרות כשרות אף דקיי"ל כרבא דאי עביד לא מהני. ובהגהת מרדכי על מס' שבועות (סוף פרק ג) בנשבע שלא למכור ועבר ומכר כתב דאי עביד לא מהני כרבא, והגהשו"ע ביו"ד (סי' רל) דהביא דין זה דהגה"מ בשם יש אומרים, היינו משום סברת התוס' בריש תמורה (דף ו סוף ע"א) דבאיסור שבודה אדם מלבו לא

* עיקר זה לא מסודר בכתב היד על פי אשכולות וכו', וסידרנו את הכותרות לפי דעתינו.

1 עיי' פמ"ג או"ח סי' עא אות ה שכתב דלא נתחוור אם הלכה כאביי או כרבא, ועיי' שושנת העמקים (לפמ"ג) כלל יט, דו"ח לרע"א מערכה יא, נתיבות ריש סי' ט, מנחת חינוך מצוה פג, רש"ש קדושין נד, ב. ועיי' שדי חמד מערכת כף כלל ס שמאריך בענין זה.

2 עיי' ריטב"א קדושין שם. ועיי' גם במקנה, ברש"ש ובפני יהושע שם.

אמר רבא דלא מהני, או מטעם חילוקים אחרים, וכמו שפסק באמת בחו"מ (סי' רח) דלא כהגה"מ, ונשמע מיניה עכ"פ דסבירא ליה בהא כהגה"מ דהלכה כרבא. וכן בדין, דהא הלכה כרבא לגבי אביי חוץ מיע"ל קג"ם ועמ"ש [באשכול ד].

אמנם אבא מארי הגזצוק"ל בתשובותיו ח"א (בפסקים סי' קכט) העלה דהוא ספק מפני ספק אחר בהלכה אי אותו ואת בנו נוהג בזכרים, ופלוגתא זו דאותו ואת בנו בזכרים תלוי בפלוגתא אי צריך קרא לחלק כמבואר ריש פרק אותו ואת בנו [חולין עח,ב], ומכיון דמבואר בריש מסכת תמורה (דף ה ע"ב) דרבא ע"כ סבירא ליה בקרא דולקח מדם הפר ומדם השעיר כר' יונתן דלא מערב להו אלא נותן מזה בפני עצמו ומזה בפני עצמו דלא צריך או לחלק, ואביי סבירא ליה דמערבן יחד ונותן וצריך קרא לחלק, א"כ כמו דמספקינן אי אותו ואת בנו נוהג בזכרים, כן הוי ספק אי הלכה כרבא או כאביי. ודבר גדול דיבר הנביא.

ובדעת הרמב"ם יש מבוכה גדולה בין נושאי כליו עצמן ובין הבאים אחריהם, והן:

א. דהרב המגיד בהלכות גזילה (פ"א ה"ט) המליץ על מה דסבירא ליה להרמב"ם דגם באמר רוצה אני עובר הלוקח בלא תחמוד, דלא תיקשי עליו אמאי קנה הלוקח נימא אי עביד לא מהני, משמע דפסיקא ליה בדעת הרמב"ם דהלכה כרבא.

ב. והכסף משנה הלכות מלוה (ריש פרק ג) על מה שכתב הרמב"ם בחובל אלמנה דמחזירים ממנו בע"כ כתב בשם תשובת הריב"ש [סי' תפח] דטעמיה משום דאי עביד לא מהני וכרבא.

ג. והלחם משנה בהלכות בכורות (פ"ו הלכה ה) על מה שכתב הרמב"ם "יראה לי שהמוכר מעשר בהמה לא עשה ולא כלום לפיכך אינו לוקה" כתב דזה כאביי, דאילו לרבא הא סבירא ליה אף היכי דלא מהני לוקה משום דעבר על מימרא דרחמנא[3]. ובמשנה למלך [הל' מלוה ולוה פ"ח ה"א] ד"ה מי שהיה נקט בפשיטות דהרמב"ם ס"ל כרבא, וכן בתשובת נודע ביהודה מהדורא תניינא חאה"ע (סי' קכט [ד"ה והנה הארכנו]) כתב "בלי ספק שהרמב"ם פוסק כאביי".

ד. ומהר"ש יפה בהגהת משנה למלך הלכות גיטין (סוף פרק ג) על מה שכתב הרמב"ם בכתב גט וחתמו בזדון בשבת ונתנו לה אינה מקודשת שהרי העדים פסולים, כתב מדתלה בפסולן של העדים, ותיפוק ליה דעבר על מה דאמר רחמנא ואי עביד לא מהני, מוכח דס"ל דהלכה כאביי.

ה. ובתשובת שער אפרים [סי' סז[4]] (הביאו אבא מארי בתשובותיו ח"א סי' קכט

3 עיי' שושנת העמקים כלל יט שכתב די"ל דהטעם דאינו לוקה משום דאפשר גם בלא מעשה, ועיי' שו"ת בנין עולם אה"ע (הוצאת מוסד הרב קוק) סי' לח, וחזו"א הל' בכורות סי' כב ס"ק ד. ועיי' מנחת חינוך מצוה שסא דדחה באופן אחר דלא אמרינן דלקי לרבא משום דעבר על מימרא דרחמנא רק אם הא דלא מהני הוא משום זה, אך כאן מטעם אחר לא מהני, ע"ש. וראה אשכול ב ובהע' 8.

4 עיי"ש גם בסי' קיג.

כתב מדפסק הרמב״ם הלכות עבודת יום הכפורים (פ״ג ה״ה) מערבין (דם הפר ודם השעיר) לקרנות מוכח דס״ל כאביי (עיין לעיל בסמוך בד״ה אמנם).

ו. ובספר שער המלך הלכות גירושין סוף פרק שלישי כתב דממה שכתב הרמב״ם בהלכות טומאת צרעת (פ״י ה״א) בתולש סימני טומאה דאינו לוקה משום דלא הועילו מעשיו ולא אמרינן דלוקה מכל מקום משום דעבר על מימרא דרחמנא, מוכח דסבירא ליה כאביי.

ז. ואבא מארי זצ״ל בתשובותיו ח״א סי׳ קכט על הרמב״ם הלכות שופר (פ״א ה״ג) אחר שכתב דתוקע בשופר של עולה יצא, כתב ״ואם תאמר והלא נהנה בשמיעת הקול, מצוות לאו ליהנות ניתנו״ ביאר כוונת קושייתו דכיון דעבר על מה דאמר רחמנא ונהנה נימא אי עביד לא מהני וכרבא[5].

ואשר אחזה אנכי בקצת מקומות מהרמב״ם להיכן הם נוטים אם לסברת אביי או לסברת רבא הוא מה שאומר בזה:

א. ממה שכתב ז״ל בהלכות חמץ ומצה (פ״א ה״ג) דהקונה חמץ בפסח לוקה משום דעבר על לאו דבל יראה במעשה, וזה ניחא לסברת אביי, אבל לרבא נימא אי עביד לא מהני ולא קנה החמץ ולא עבר על בל יראה[6], והכא לא שייך לומר אה״נ דלא מהני ומאי דלקי הוא משום דעבר על מימרא דרחמנא, דזה שייך כשבאה האזהרה שבתורה על עצם המעשה כגון לא ימיר, לא יוכל לשלחה וכדומה, והוא כשהמיר ושילח הרי עבר על מימרא דרחמנא, משא״כ הכא דלא הזהירה התורה שלא לקנות חמץ בפסח, אלא שלא יהא חמץ שלו ברשותו, ועל זה לא עבר כיון דאין בקנינו ממש.

5 עיי׳ דו״ח רע״א מערכה י״א שכתב די״ל סברא שכאן לא נימא אעל״מ, ״כיון דאין האיסור דוקא על התקיעה, רק שלא רשאי ליהנות, ולגבי הנאה דעלמא לא שייך עביד לא מהני, דמה שנהנה נהנה, א״כ אף דבהך הנאה דתקיעת מצוה שייך ביה לא מהני, מכל מקום הוא בכלל הנאה כיון דאינו איסור בפני עצמו משום תקיעה דוקא״.

וע״ש בשם הטורי אבן [ר״ה כח,א סוד״ה שלמים] סברא דגם אביי יודה כאן דאי עביד לא מהני, ״דדוקא היכא דרחמנא אסריה בפירוש כמו לא יחליפנו דעכ״פ מיד שהמיר עבר אמימרא דרחמנא משום הכי אי עביד מהני, אבל הכא דלא אסרה התורה לתקוע, רק ממילא אסור משום הנאה ואם לא יהיה יוצא לא עשה איסור כלל ולא עבר אמימרא דרחמנא, בזה מודה אביי דאי עביד לא מהני״.

6 עיי׳ תשובת רע״א במהד״ת סי׳ קמח שדן בענין קו׳ זו, וז״ל ״ומה דהקשה מעכ״ת בפסק הרמב״ם בקנה חמץ נימא אי עביד לא מהני להסוברים בדעת רבינו דקייל כרבא. זכורני שרציתי לחלק דכל היסוד אי עביד לא מהני, היינו כמו לאו דתמורה דלולי דכתב ואם המר ימיר היינו אומרים בפירוש דלא ימיר, דהתורה נטלה הכח ממנו שא״א לו לעבור ולהמיר וכן כיוצא בזה, משא״כ בקנה חמץ דא״א לומר דהתורה נטלה הכח שא״א לו להיות החמץ ברשותו, דהא בחמצו לעיסתו יש לו חמץ ברשותו ועובר בב״י, וכיון דבידו לעבור הלאו באיזה ענין שיהי׳ ממילא גם בעובר ע״י קנין ל״ש לומר [אעל״מ]״. וראה עוד להלן בענין סברא זו.

ועיי׳ חמדת שלמה פסחים ו,א שכתב ליישב קו׳ זו, דלענין חמץ אף אם לא קונה משום דאי עביד לא מהני מכל מקום עובר כיון שרוצה לקנות דמיקרי מצוי בידך, ודמי לדבר הגורם לממון.

(ורצוני לאותן שאין מחלקים בין איסור דיומא קא גרים, ומתרצים הקושיות מן עקוץ תאנה כו׳ ודומיהן מפני שהיכי דלא יתוקן האיסור לא שייך אי עביד לא מהני וככתוב אצלינו [ענב א] והרי הכא מיתקן האיסור ע״י שתאמר דלא אהני מעשה קנינו דלא יהיה החמץ שלו ולא יעבור על בל יראה.

ולמ״ש אני ביסוד אי עביד לא מהני שאם הלוקח רק עבר על מימרא דרחמנא כיון דאיכא דעת אחרת מקנה לא אמרינן דלא מהני קנין, אין ראיה מכאן, דהא הכא נמי רק הלוקח עובר בקניה זו לא המוכר דלאו במכירתו עובר, דגם אילו לא מכר היה עובר ואדרבה במכירתו נהי דאינו מקיים ביה מצות תשביתו, מכל מקום הוא מסיר ממש משעה זו והלאה איסור דבל יראה, ואת״ל נמי דמכל מקום גם הוא עושה איסור במכירה זו דעכשיו הוא נהנה מחמץ זו דלוקח דמים בעבורו ועובר על איסור ההנאה מכל מקום אטו לא משכחת לה שקונה החמץ מנכרי).

ב. ממ״ש הרמב״ם בהלכות גיטין (פ״ג ה״ד) ״כל גט שכתבו שלא לשמה אעפ״י שהעביר עליו הקולמוס לשמה אינו גט״. והוכיח דאין הלכה כרב אחא בר יעקב דסבירא ליה דבגט גם רבנן מודו דמועיל העברת הקולמוס, מדלא אתמר בפרק הבונה (שבת קד, ב) על מילתא דרב חסדא דאמר מתני׳ דכתב על גבי כתב פטור דלא כר׳ יהודה, דלרב אחא בר יעקב אתא אף כר״י כמבואר (בהרב המגיד) [בכסף משנה]. ואילו ס״ל להרמב״ם להלכה כרבא אכתי תיקשי למה לא אתמר דלרבא אתיא אפי׳ כר״י דכיון דעבר על מימרא דרחמנא וכתב בשבת לא מהני כתיבתו לשמה ואין כתב השני מעולה מן הראשון ואף לא חשוב כתב השני בזה כתב (וכוונתי תהיה יותר לבאר ממה שכתבתי [באשכול ד אות ב]).

ובקיצור, דכמו שכתבתי שם דיש לשיטת רמב״ם (דלמד הלכה ממה דלא איתמר דהו״מ ליתמר) הוכחה מגמרא דהלכה כאביי, האי הוכחה עצמה יש לנו מהרמב״ם דעל כרחך סבירא ליה דהלכה כאביי, דאל״כ יקשה עליו מהגמרא למה לא איתמר מה דהו״מ ליתמר.

ג. ממ״ש הרמב״ם הל׳ מלכים (פ״ג ה״ז) ״אבל מלכי ישראל גזרו חכמים שלא יעיד״ וכוונתו ע״כ דהם גזרו שגם אם יעיד לא יהיה עדותו עדות, דאילו מדאורייתא הוא רק פטור להעיד ואם העיד עדותו עדות. ואילו ס״ל דהלכה כרבא דאי עביד לא מהני, אכתי א״צ לגזירתם, דגם מדאורייתא כיון דהב״ד אמר לקבל עדותו נימא אי עביד לא מהני והוי כמגיד חוץ לב״ד. [וגם זה מבואר יותר באשכול ד אות ג].

וקיצורו ג״כ, דכמו שכתבתי התם דיש להרמב״ם הוכחה מגמרא כאביי, כך יש לנו הוכחה מהרמב״ם דס״ל דהלכה כאביי דהרי כתב גם הוא כדברי הגמרא זו.

ד. ממ״ש הרמב״ם הלכות מלכים (פ״ג ה״ב) ״לא ירבה לו נשים מפי השמועה למדו שהוא לוקח עד שמונה עשר נשים ואם הוסיף אחת ובעלה לוקה״. והנה מבואר מדבריו דבבעל לחוד ולא לקח לא לקי וכן בקידש לחוד לא לקי, דהרי על כן כתב ״אם הוסיף אחת ובעל״, והשתא אילו ס״ל כרבא, נימא דקדושיו לא חלו משום דעבר

על מימרא דרחמנא[7] ולא מהני קדושיו וממילא הוה כבעל בלא קדושין, ודלקי משום דעבר על מימרא דרחמנא מסתברא דלא שייך הכא, דכיון דא״נ הועילו קדושיו אינו לוקה עליהן כל זמן שלא בעל, איך אפשר אם לא הועילו אלא שרצה בהן ועבר על מימרא דרחמנא שילקה יותר, וכי חמור מה דעבר על מימרא דרחמנא לחוד מאילו עבר על מה דאמר רחמנא וגם הועילו מעשיו. וגם אין לומר אה״נ דלא עדיף, אלא דמכל מקום שוין, וכמו דבבעל אחר קדושין שהועילו לקי, כן לקי בבעל אחר שעבר על מה דאמר רחמנא במעשה קדושיו, דבשלמא בהועילו הקדושין לוקה על ביאתו משום דהוה ביאה דאישות דהא קנויה היא לו לאשה, משא״כ בלא הועילו קדושיו אין כאן ביאה דאישות שעליה הקפידה התורה, דהרי אינה אשתו והוא לא אישה, ואביאה דעלמא לא חייבתו התורה.

ואולי י״ל כיון דטעם מה דאינו לוקה על הקדושין לחוד, והרי כתיב לא ירבה לו נשים והוא ריבה, הוא משום דסמיך ליה ולא יסור לבבו ועיקר הסרת לב הוא ע״י ביאה, ודומה למ״ש גבי כהן לא יקח ולא יחלל כמ״ש הרב המגיד שם, וא״כ אולי י״ל כמו דכהן בגרושה לרבא דסבירא ליה בפרק עשרה יוחסין (קידושין דף עח ע״א) קידש אינו לוקה בעל לוקה, דהיינו דאם בעל לוקה למפרע על הקידושין בלאו דלא יקח, ואם עשה שליח לקדש לו אשה גרושה, אף דבקידושין לחוד לא עבר עבירה, מכל מקום אם בעל אח״כ עבר למפרע על הקידושין דקרינן ביה למפרע אין שליח לדבר עבירה, כדאיתא בתוס׳ פ״ק דמציעא (דף י׳ סוף ע״ב) לחד תירוצא דהתוס׳, כן הכא גמי נימא כשבעל אח״כ עובר למפרע על הקידושין בלאו דלא ירבה וקרינן ביה למפרע עבר על מימרא דרחמנא, ומשום הכי לוקה אף דלא אהני קדושיו.

ואין לדחות זה לומר דאת״ה דדומה לגמרי לכהן בגרושה, יקשה לאביי דס״ל התם בפרק עשרה יוחסין קידש לוקה משום לא יקח, בעל לוקה משום לא יחלל, ילקה גם הכא שתיים, ונימא קידש לוקה משום לא יוסיף, בעל לוקה משום ולא יסור, [דאין לומר התם שאני דגילה קרא דאף שעשה עבירה קדושיו מהני, כדמשני בריש מסכת תמורה [ה,ב] על קושיא שהקשה בגמרא מכהן גדול באלמנה, אבל הכא דלא מהני הקדושין, וכשבעל אין כאן ביאה דאישות, ועל ביאה גרידא גם התם לא לקי גם לאביי, דמ״ש בעל לוקה, רצונו בעל אחר קדושין וכמו דפירש רש״י שם, זה אינו, דהא אביי לשיטתו סבירא ליה דאי עביד מהני חלו גם כאן הקידושין ושפיר הוי בעילתו ביאה דאישות], זה לא קשה, די״ל דלאביי אה״נ כן הוא, אלא דהרמב״ם הא פסק גם שם כרבא דקידש לחוד אינו לוקה, בעל אחר הקידושין לוקה אחת, על כן גם הכא הצריך שיקדש ויבעול.

ה. ממ״ש הרמב״ם בהלכות תמורה (פרק ג׳ סוף הלכה א׳) ״תמורת הבכור והמעשר אינם קרבים לעולם שנאמר בבכור לה׳ הוא כו׳ הוא קרב ואין תמורתו קריבה״. ואם איתא דס״ל כרבא הוה ליה למימר ״שנאמר הם, הם קרבין ולא תמורתן״ כדאיתא בריש תמורה (דף ה׳ ע״ב) דאביי לא דרש מן ״הם״, דלדידיה איצטריך לומר דאין

7 עיי׳ מנחת חינוך מצוה תקא.

הפדיון חל בבכור, אבל לרבא דאין צריך לזה, דממילא ידעינן דהא ס"ל אי עביד לא מהני, דרש מן "הם" דאין תמורתו קריבה.

ו. ממ"ש הרמב"ם הלכות מתנות עניים (פ"א ה"ג) בעבר וקצר כל השדה אינו לוקה משום דהוא לאו הניתק לעשה, וזה כאביי בריש מסכת תמורה (דף ו' ע"א), דמה דלא הפריש מן הקמה צריך להפריש מן העמרים הוא מקרא דתעזוב יתירה וא"כ הוי ניתק לעשה, אבל לרבא מה דצריך להפריש מן העמרים הוא משום דאי עביד לא מהני, והרי מפורש דפסק כאביי. וראיתי בשער המלך פ"ג מגירושין שעשה מזה קושיא על הרמב"ם, לפי דעתו דהרמב"ם ס"ל הלכה כרבא, ולדרכנו בהוכחות הנזכרות, ניקח לדעת גם מזה דפסק כאביי.

אלא דבאחד המקומות בהרמב"ם נראה הוכחה להיפוך דס"ל דהלכה כרבא, והוא בהרמב"ם בהלכות שמיטה (פרק י"א הלכות א'), שכתב שם "אם מכר שדהו (בארץ ישראל) לצמיתות שניהם עוברים בלא תעשה ואין מעשיהן מועילין ותחזור השדה לבעליה ביובל", ופירש הרמב"ן בספר המצוות (מצוה רכ"ז) דמ"ש "שניהם עוברים בל"ת" ר"ל דשניהם לוקין, ואף דכתב "ואין מעשיהם מועילים" מכל מקום לוקין משום דעברו על מימרא דרחמנא, הרי מכאן הוכחה היפוך הוכחות הנ"ל אלא דס"ל הלכה כרבא [ועיי' אשכול ב].

אשכול ב

[אם יש הוכחה מדברי הרמב"ם דהמוכר לצמיתות לוקה דהלכה כרבא]

בספר החינוך (פרשת בהר מצוה שלט) כתב וז"ל "והארץ לא תמכר לצמיתות כלומר שלא יתנו ביניהם המוכר והלוקח לעשות ממכרם לצמיתות. ואעפ"י שהיובל מפקיעם בעל כרחם שא"א להם להתנות ע"ז לפי שהוא כנגד מצות התורה, אעפ"כ אם עשו כן עברו על לאו הזה". ומה שנוכל לדייק מזה היינו ממה שכתב דשניהם עוברים בלאו, שפירשו הרמב"ן [ספר המצוות מצוה רכז] דר"ל דשניהם לוקין. וגם הרמב"ן שם כתב "והעובר ע"ז ומכר שדהו לצמיתות וכן הלוקח ממנו בענין זה שניהם לוקין אעפ"י שלא הועילו דבריהם כו' זה דעת רמב"ם" עכ"ל. ומי יהרהר אחר שני גדולי ראשונים אלו בפירוש דברי הרמב"ם. וזה ע"כ כרבא דסבירא ליה דאף דלא מהני לקי משום דעבר על מימרא דרחמנא, דאילו אביי, הא הוא אמר "אי עביד מהני, דאל"כ אמאי לקי", הרי סבירא ליה במפורש דהיכי דלא איקיים מעשהו ולא מהני לא לקי[8].

ובזה אוכל לומר, דסברת רמב"ם, דזה דסבירא ליה לאביי דמשום דעבר על מימרא דרחמנא לא לקי, הוא נגד הסברא, דהא ודאי העובר על כל מוצא פי ד' להזהיר עליו, רשע מיקרי וממילא הוה בכלל מה שנאמר "והיה אם בן הכות הרשע כו' והכהו לפניו ארבעים יכנו" (דברים כה).

8 עיי' שד"ח מערכת כף כלל עג.

ועל כן סבירא ליה להרמב״ם דכוונת אביי כך היא, כיון דכל היכא דכתיב באורייתא לא תעשה ויש לפרשו בלשון שלילה ואם עשה לא עבר כלל דאין כאן לאו כי לא הוזהר שלא יעשה אלא שלא יועילו מעשיו. (וכמו שמפרש הרמב״ן בספר המצות (סי׳ רכז) באמת האי קרא ״והארץ לא תמכר לצמיתות״ דאינו מניעה אלא שלילה, כלומר לא תוכל למכור לצמיתות מפני ״כי לי כל הארץ״ ואינה שלכם למוכרה לצמיתות, וחולק על הרמב״ם, וסבירא ליה דלא עברו המוכר והלוקח על לא תעשה), ויש לפרשו שהן מניעה ואזהרה, (והרי הני ל״ת דמיירי בהו אביי ע״כ הן מאותן שאפשר לפרשם גם דרך שלילה, דאותן שבלתי אפשרי לפרש כך, כגון ל״ת דלא תאכלו נבלה וכדומה לא שייך לאפלוגי בהו אי מהני או לא מהני), הרי כיון דיש לפרשם כך ויש לפרשם כך, ר״ל מניעה או שלילה, אנו מפרשים אותם למניעה. ואף הרמב״ם לא אמר גבי והארץ לא תמכר לצמיתות שמפרשים אותם לשלילה אלא מפני דכתיב טעמיה בצידה היינו ״כי לי כל הארץ״. ואולם סבירא ליה לאביי דזה אם לא מונח בהלא תעשה שלילה עכ״פ, אלא אם תפרשו מניעה תאמר דשלילה לית כאן, והיינו אי אמרת אף דעבר על מימרא דרחמנא מכל מקום מהני, אבל אם בין כך ובין כך מונח בו שלילה, כי גם אם תפרשו מניעה יהיה בו גם שלילה, היינו דתאמר כיון שתמנעו התורה ותזהיר עליו, גם אם עבר ועשה לא מהני, אז ודאי יש לנו יותר לפרשו שלילה לבד, דמהיכי תיתי לן למדרש תרתי.

ומעתה פירוש הוכחת אביי כך היא, דאי לא מהני אמאי לקי, רצונו, דאחר דאמרת דלא מהני מה דעבד, אם כן מונח בו שלילה עכ״פ דאינו יכול למיעבד הכי, דאי עביד לא מהני, אם כן מנלן כלל דאיכא מניעה בהני ל״ת כיון דאין הכרח לפרשם שהן שלילות ומניעות, ודלמא הן שלילה לחוד, אלא על כרחך דסתם ל״ת שבתורה אם תאמר שהוא מניעה אינו שלילה גם כן לומר דאינו יכול לעשותו, אלא אם עושה, הוא עשוי, ועל כן כיון דע״כ אינו אלא אחד משתיהן מניעה או שלילה מפרשינן ליה למניעה ולקי. אבל לולי דהיינו מפרשים לשלילה ושאינו מניעה כלל, ודאי אף אילו היה לא מהני מה דעביד, היה גם אביי סובר דלוקה, דהרי עבר על המניעה דאמר רחמנא, ורשע הוא, וקרינן והיה אם בין הכות הרשע. אלא הוכחתו דאי לא מהני אין לנו לפרש בו מניעה כלל ולא עבר על מימרא דרחמנא.

ולפי הדברים, הנה היכי דידעינן כבר השלילה בדבר זה ממקום אחר, ואי אפשר לפרש הל״ת דכתיב ביה שהיא שלילה, דאם כן יהיה הל״ת מיותר לגמרי, וע״כ היא מניעה ואזהרה, בכזה גם אביי מודה אף דלא אהני מעשיו מפני שידעינן זה ממקום אחר, מכל מקום הא עבר על מימרא דרחמנא שהזהירה ומנעה אותו מזה, ורשע הוא ולקי.[9]

9 עיי״ מנחת חינוך מצוה שלט שכתב סברא הפוכה מרבינו, דאף אליבא דרבא הסובר דלוקים על מה דעבר על מימרא דרחמנא אע״ג דלא אהנו מעשיו, זה רק היכא דהא דלא אהנו מעשיו זה רק משום דעבר על מימרא דרחמנא, ולולי זאת היה מהני, לכן לוקה, אך אם מה שלא אהנו מעשיו זה לא מחמת שעבר אמימרא דרחמנא אלא מטעם אחר, כגון כאן שאין לו זכות ורשות למכור את הארץ לצמיתות א״כ בלא האיסור לא היה מהני מעשיו, בכה״ג לא לוקה. ועיי׳ שואל ומשיב מהדורא שתיתאי סי׳ ז ד״ה שבתי.

ועל כן במוכר לצמיתות כי התנה שלא תצא ביובל, דמתנים על מה שכתוב בתורה מצות עשה להחזיר השדה ביובל, אי אפשר שיהיה הל"ת שלילה, דבלאו הל"ת נמי כבר ידעינן שאין מעשיהן מועילים, ועל כרחך הל"ת הוא מניעה, בזה שפיר כתב הרמב"ם דלוקין, ואף דפסק כאביי, מכל מקום בכהאי גוונא גם אביי מודה דהרי עבר על המניעה דאמר רחמנא ורשע הוא.

ואני מוסיף לחזק שני אלה הדברים שאמרתי בזה, היינו האחד דליכא לדייק ממ"ש הרמב"ם "ואין מעשיהם מועילים" שפוסק הלכה כרבא, דעל כרחך יש טעם אחר בדבר. והשני דגם לאביי לוקין הכא אף דלא מהני מה דעבדי.

האחד, דאי לא תימא הכי, אלא דטעמא מה שאין מעשיהם מועילים משום דרבא דאי עביד לא מהני, תיקשי מה שכתב הרמב"ם "ואין מעשיהם מועילים ותחזור השדה לבעליה ביובל", ולמה ביובל ולא מיד, כיון דאמרת שיש עבירה במעשה מכירה זו ולא מהני מה דעבד ואין כאן מכירה, מה בעי השדה גביה דהלוקח עד היובל[10]. (ועיי' מ"ש בזה [אשכול ח].

והשני, דאי האי דלוקין הכא הוא משום דרבא, אבל לאביי אין לוקין, א"כ תלוי דין זה בפלוגתא דאביי ורבא, והוה ליה להש"ס להביא דין זה בפלוגתא דאביי ורבא. (וזה ראיה שניה גם אל הראשון, דהכא גם לאביי אין מעשיהן מעילין).

אנכי הרואה שהדברים שאמרתי, חלוקין (עליו) [בו] הרמב"ן והחינוך, דהרמב"ן מפרש כמו שהבנתי ראשונה, דטעם הרמב"ם משום דסבירא ליה הלכה כרבא, והחינוך מפרש כמו שכתבתי עתה דדבריו גם אליבא דאביי, דהרמב"ן בספר המצוות בל"ת (סי' רכז) על מה שמנה הרמב"ם מצות ל"ת לא למכור לצמיתות כתב בזה"ל "ואעפ"י שאין זה מועיל דקיי"ל כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, והיינו טעמא דלקי משום דעבר אהורמנא דרחמנא כמו שהוא מוזכר בראשון של תמורה, וכן כתב בחיבורו הגדול שאם מכר לצמיתות שניהם עוברים בל"ת ואין מעשיהם מועילין, אבל אין זה מתנהג יפה בסוגיא ההיא שלא הוזכר זה במחלוקתם של אביי ורבא שם".

והחינוך הביא גם הוא (בסי' שלט) דברי הרמב"ן ושינה בהם וכתב בזה"ל "והרמב"ן ז"ל כתב שדברי הרב (ר"ל הרמב"ם) בזה כענין המוזכר בראשון של תמורה דאמר התם רבא דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ולקי משום דעבר אהרמנא דמלכא". הוסיף מלות כענין המוזכר לא כלשון הרמב"ן דכתב "דקיי"ל כל מילתא דאמר

ולכאורה שתי סברות אלו, גם של רבינו וגם של המנחת חינוך נסתרות מדברי התוס' תמורה ו,א ד"ה והשתא שהקשו דהגמ' תאמר נ"מ בין אביי לרבא בכה"ג שגלי רחמנא שלא מהני דלרבא לוקה על מה דעבר על מימרא דרחמנא, ולאביי כיון שלא אהנו מעשיו אינו לוקה. ולדברי רבינו הרי בכה"ג גם אביי מודה דלוקה, ולדברי המנ"ח הרי בכה"ג גם לרבא לא ילקה. ויש לדחות. ועיי' מים חיים לפר"ח הל' בכורות פ"ו ה"ה. ועיי' קובץ הערות יבמות סי' פד אות ד.

10 עיי' מנחת חינוך שם שמקשה כן. ועיי' להלן אשכול ח שמצדד לומר דכיון דהאיסור הוא למכור לצמיתות הרי שעד היובל אין איסור, ואף שהוא מכר באופן האסור, אך לא מתבטל אלא החלק האסור בזה. ור' מש"כ בזה באבי עזרי הל' שמיטה ויובל שם.

רחמנא כו׳ אי עביד לא מהני״. ונ״ל דבכונה עשה שינוי זה, דללשון זה דהרמב״ן, נידון זה תלוי ממש בפלוגתא דאביי ורבא, אלא דקיי״ל כרבא, והוא, החינוך ז״ל לא כן ידמה, אלא דהכא גם לאביי לקי. ועל כן כתב ״כענין המוזכר״, וכוונתו דאינו ממש כהאי דמוזכר בראשון של תמורה, אלא דמשם ניקח הסברא דעל העבירה על מה דאמר רחמנא לחוד נמי לוקין, דזה מוזכר בתמורה בדרבא סברא זו. ועל כן ייחס הרמב״ם עצם סברא זו גם לאביי ושאינו חולק גם הוא על זו הסברא, אלא התם הוא דפליג, משום דסבירא ליה, דבהני ל״ת דהתם לא עבר כלל על מה דאמר רחמנא משום דליכא בהני לאווין מניעה כלל, ועל כן לא הביא השגת הרמב״ן מ״ש ״דאינו מתנהג יפה בהסוגיא״, דכפי דבחר הוא רק בתוכו של דברי הרמב״ן, דהמלקות הן משום דעבר על מה דאמר רחמנא, ולא כולן, לומר דדברי רמב״ם כרבא דוקא, אין כאן השגה כלל. דהא לא הוה מצי להזכיר זה במחלוקת אביי ורבא, דבהא גם אביי מודה. ועל כן כתב נמי החינוך דאין מעשיהם מועילים משום דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה, לומר דלא לבד מה דשניהם לוקין הוא גם לאביי, אלא דגם מה דאין מעשיהן מועילין הוא גם אליבא דאביי כי היכי דלא תיקשי דאכתי הוה ליה להגמ׳ להזכיר בסוגיא זו במחלוקת אביי ורבא, דלאביי מהני מעשיהם ולרבא לא מהני (וזהו ממש מה שכתבתי לעיל דהראיה שלי על השני עולה גם אל הראשון). ועכ״פ זכינו שאין ראיה מכאן דהרמב״ם סבירא ליה הלכה כרבא, והחינוך מסייענו.

ועיי׳ מ״ש בעיקר ״איסורי ופסולי דרבנן״ ד״ה ברמב״ם הל׳ תמורה עוד מקום ברמב״ם שהיה אפשר להשתמע ממנו דסבירא ליה כרבא ושיש לדחותו.

אשכול ג

[כשיטת הגרע״א דהרמב״ם סובר שהדבר בספק אם הלכה כאביי או כרבא]

בדברי קדשו של אבא מארי הגזצוק״ל (בח״א מפסקים סי׳ קכ״ט) דרש דברי רמב״ם שבמקומות שונות שנראים כסותרים בהלכה כאביי או כרבא כמין חומר, והנה אשר לקצת פסקי הרמב״ם אשר העירו עליהם נושאי כליו ואחרונים כנזכר למעלה [אשכול א] אחז צדיק דרכו כבוד אבא מארי אבי ישראל זצ״ל וייחס אליו שיטתו שהוא ספק הלכה ומישבם שיהיו משפטיו אמת צדקו יחדיו. (ואני מציגם בזה כפי הסדר שהצגתי דבריהם לעיל ויש מהם מה שלא הזכירם אבא מארי והוספתי לישבם גם הם לפי דרכו, ואסגירם כאן בשני חצאי לבנה).

א. יכונו דברי הרב המגיד [הלכות גזילה פ״א ה״ט] ששפיר היה צריך לתרץ להרמב״ם דעבר על לא תחמוד גם באמר המוכר רוצה אני אמאי קנה הלוקח, דיקשה כיון דספק הוא דילמא ההלכה כרבא דאי עביד לא מהני, נוקמי החפץ אחזקת מרא קמא, או לפחות אם המקח עדיין ברשות המוכר[11].

11 לכאורה אם החפץ ברשות הלוקח לא שייך להעמיד בחזקת מרא קמא, שהרי במטלטלין אין מועיל מרא קמא כנגד מוחזק כדמוכח בגמ׳ ב״מ ק,א ״וליחזי ברשותא דמאן קיימא״. ועיי׳

ב. בחובל אלמנה פסק [הלכות מלוה ולוה פ״ג ה״א] דמחזירין ממנו בעל כרחיה הוא כיון דהוא ספק דלמא ההלכה דאי עביד לא מהני דמוקמינן המשכון בחזקת מרא קמא. (וג״ל דלפי מה שכתב בסמ״ע סי׳ קז סוף ס״ק ב דמשכון ברשות לוה קאים ולא מקרי הוצאה, יהא עוד יותר [מובן] מה דמחזירים ממנו בע״כ).

ג. ובמוכר מעשר בהמה פסק [הל׳ בכורות פ״ו ה״ה] כיון דלא הועילו מעשיו לא לקי, רצונו דמספק אינו לוקה דדילמא הלכה כאביי דהיכי דלא מהני איו לוקה.

ד. בכתב גט בזדון בשבת [הל׳ גיטין סוף פ״ג] הוצרך לתלות ביטול הגט בפסולן של עדות, דמשום הכי ודאי אינו גט, אבל משום אי עביד לא מהני היה ספק גט, דדילמא ההלכה כאביי.

ה. בדם הפר ודם השעיר פסק [הל׳ עבודת יום הכיפורים פ״ג ה״ה] דמערבין לקרנות, משום דגם מ״ד נותן מזה בפני עצמו ומזה בפני עצמו, היינו דאין צריך לערב כיון דמשמע גם כן בפני עצמו, אבל ודאי אם רוצה מערב, דהא משמע גם כן שניהם יחדיו, וכקושיית התוס׳ באמת ביומא [נח,א ד״ה רבי יונתן]. ועל כן כיון דמספקא לן הלכה כמאן, הדין נותן דמערבין, דזה ודאי לכולי עלמא כהוגן.

ו. בתולש סימני טומאה כתב [הל׳ טומאת צרעת פ״י ה״א] דאינו לוקה משום דלא אהני מעשיו, היינו משום דאינו לוקה מספק דלמא הלכה כאביי, דלית ליה דלוקה משום דעבר על מימרא דרחמנא).

ז. (ובתקע בשופר של עולה דיצא, דהקשה הרמב״ם [הלכות שופר פ״א ה״ג] והלא נהנה בשמיעת הקול, ורצונו דנימא אי עביד לא מהני, היינו דילמא הלכה כרבא, ומספק יהא חייב לתקוע שנית בשופר של חולין דספיקא דאורייתא הוא).

והוסיף אאמ״ו ז״ל ליישב על פי דרכו תמיהה (והמשנה למלך העיר עליה ריש פרק י״א מהלכות שמיטה) דבמוכר לצמיתות כתב הרמב״ם דלא אהני מעשיהן ותחזור השדה לבעליה ביובל, ומכל מקום לוקין, ובמוכר מעשר בהמה [הלכות בכורות פ״ו ה״ה] כתב כיון דלא אהני המכירה אינו לוקה. וכתב ז״ל כיון דביובל גם מספק צריך להחזיר כמו באחין שחלקו, דמשום ספק דילמא הלכה דאין ברירה והוי לקוחות על כן מחזירין זה לזה ביובל [גיטין כה,א], על כן פסק גם הכא דהשדה חוזרת ביובל, והיינו משום ספק דילמא הלכה כרבא. ומה דפסק דלקי, זה מטעם ממה נפשך, דאי הלכה כאביי אם כן באמת לא היה צריך להחזיר, דמה דעבד מהני, ומתנה הוא דיהיב ליה השתא בהחזיר לו את השדה. ואי הלכה כרבא לקי משום דעבר על מימרא דרחמנא.

בתוס׳ כתובות עו,א ד״ה על בעל החמור. ובדברי רע״א לא נזכר לענין זה חזקת מרא קמא, אלא לענין חובל בגד אלמנה הנזכר להלן אות ב, ושם י״ל דכונתו על פי הסמ״ע שמביא רבנו דאין המלוה נחשב תפוס במשכון.

עוד יש להעיר בזה, דדברי רע״א ודבינו בזה תלויים במחלוקת הראשונים אם בספיקא דדינא מעמידים על חזקה, עיי׳ בזה בשו״ת רע״א סי׳ לז, ועוד.

אבל במוכר מעשר בהמה דגם לאביי לא מהני משום הכי אינו לקי דדילמא הלכה כאביי דאינו לוקה בכל התורה כי אם משום דמהני מעשיו.

(ואני עבדו ותלמידו מהסס קצת. דבאחין שחלקו עצמו טעמא בעי מה דמחזירין מספק, ונ"ל דהוא משום דההחזרה ביובל מצות עשה היא, ודינו ככל ספק במצוות עשה דאמרינן ספק דאורייתא לחומרא[12], כמו ספק קרא קריאת שמע דחוזר וקורא. ואף דספק ממון לקולא, הכא משום ספק המצוה דגבי' הממון ספיקו לחומרא, דומה למה דכתב הרא"ש פרק אלו מציאות [סימן א], ואיתא הכי בש"ע הל' אבידה ומציאה[13] בספק חיוב החזרת אבידה דחייב להחזיר משום ספק עשה דוהשיב, וא"כ דהוא רק משום ספק קיום מצות עשה ההחזרה מתנח רק על כתפיה דגברא, ולשון האחין שחלקו מחזירים כו' נ"ל לשון מדוקדק מאד, דלא אמר האחים שחלקו שדותיהן חוזרות, דמשום הממון השדה אינו חוזר, דספק ממונא לקולא, אך הן הן המחזירין מצד חיובא דגברא. ונראה דיש גם כן נ"מ, משום דמסתברא לי לכאורה דאם אין הלוקח כאן, אין הב"ד יורדין לנכסיו ליקח השדה שלא בפניו להחזירו להמוכר, כיון דמצד השדה אין חזרה כ"א מצד מצוה דאגברא. ואי אפשר שיהיה חיוב במצוה מספק עדיף מחיוב מצוה בודאי דגם כן רק כופין אותו. ומה דיורדים לנכסיו בפניו זה גם מטעם כפיה, אבל שלא בפניו דלא שייך לכוף אותו לא נחתינן לנכסיו כמו שכתב הרמב"ן (בחידושיו סוף פרק גט

12 עיי' ים של שלמה ב"ק פ"ה שהוכיח מכח קו' זו דהרמב"ם פוסק אין ברירה אפילו לקולא. ועיי' בית שמואל אה"ע סי' קלא ס"ק ב שהביא בשם הרשב"א דהא דמחזירים הוא משום דמצוה דאורייתא היא ואזלינן לחומרא. ועיי' גם שער המלך הל' גירושין פ"ג ה"ד.

ועיי' פני יהושע גיטין מח,א שכתב על פי זה דכל דין החזרה ביובל באחין שחלקו הוא רק לקיים מצות יובל, אך אחר היובל כל אחד חוזר ונוטל חלקו כדמעיקרא, דלענין ממון מספיקא לא מפקינן ממונא וקרקע בחזקת מרא קמא קיימא. ועל פי זה מיישב הפני יהושע את הקושיא על הרמב"ם דפסק אחים שחלקו לקוחות הם וא"כ לא משכחת לה דמייתי ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע כן נון כיון דהרמב"ם פוסק קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. ולפי דבריו מיישב, דהא דאחים שחלקו לקוחות הם זה משום דמספקא לן אי יש ברירה או אין ברירה ומספק חייבים לקיים מצות יובל, אך מצד הדיני ממונות זה באמת נשאר כשהיה, דלענין זה אמרינן ספיקא דממונא לקולא, ולכן יכול להביא ביכורים ולקרא.

והנה לדעת רע"א דהא דהמוכר לצמיתות לא קנה זה מתורת ספק דדילמא הלכה כרבא דאעל"מ, נראה דיש מקום ליישב את הקו' הנ"ל על הרמב"ם כך, דהנה כתב השאגת אריה כסי' צ דהא דאמרינן אין ברירה, היינו משום דדילמא הוא נטל את החלק של חבירו, אך יש גם צד דכל אחד נטל את שלו, וע"ש שמבאר דזה לא מיקרי ספק ספיקא, ספק אם יש ברירה או אין ברירה ואפילו אם אין ברירה שמא כל אחד נטל את חלקו, דזה מיקרי ספק ספיקא משם אחד, דסוף סוף הספק הוא אם נטל את חלקו. אולם לדעת רע"א נראה דאחים שחלקו ביניהם לצמיתות דיועיל המכר מטעם ספק ספיקא, דיש ספק דילמא יש ברירה וכל אחד נטל את חלקו, ואפילו אם אין ברירה דילמא אי עביד מהני, וכיון דהם מכרו לצמיתות מועיל המכר, וממילא משכחת לה דמייתי ביכורים בכה"ג שמכרו לצמיתות. אלא שזה לא מסתבר דכל ההיכי תימצי להביא ביכורים זה בכה"ג שעברו על איסור ד"לא תמכר לצמיתות", ועוד דא"כ נפשוט ממצות ביכורים דיש ברירה, דהא לא מסתבר שלא חייבה התורה ביכורים אלא בחד בר חד. וקו' זו קשה גם על תי' הפני יהושע הנ"ל, והקשה כן הבית הלוי ח"א סי' מט.

13 תמוה, דבשו"ע סי' רס סעי' ב פסק בענין ספק אבידה דאינו צריך להחזיר.

פשוט) גבי פריעת בעל חוב מצוה. וזהו הבדל שודאי מונח בלשון בין לשון חוזרת השדה ובין לשון מחזיר השדה, וא״כ לא יהיה לשון רמב״ם כאן ״ותחזור השדה״ מתוקן כראוי, דלדרכו של אאמ״ו ז״ל הו״ל לכתוב ״ומחזיר את השדה״ כלשון הנאמר באחין שחלקו ״מחזירין זה לזה״.

ואולם ההוכחות שהוכחתי אני משש מקומות שבהרמב״ם, לא יזוזו מהם על פי שנייחס להרמב״ם ז״ל שיטת אאז״ל לומר דסבירא ליה שהוא ספק הלכתא, כי אם הוכחה חמישית וששית, וגם זה רק בדוחק, והיינו דעל החמישית י״ל כיון דמספקא ליה אי אתיא תמורת בכור ממלת הם כרבא, או ממלת לה׳ הוא כאביי, נקט אחד מהם, ונקט מה שהוא מוקדם בקרא, דלה׳ הוא כתיב בספר ויקרא (כז), וקדש הם כתיב בספר במדבר (יח).

וכן על הששית י״ל, כיון דלא ברירא ליה מאיזה טעם אינו לוקה מי שקצר כל שדהו, אי מטעם אי עביד לא מהני וכרבא, או מטעם דהוי לאו הניתק לעשה כאביי, נקט אחד מהם, ונקט מה שנראה בקרא יותר פשוט, דהאי תעזוב יתירה עליה קאי לאביי, משא״כ לרבא דקאי על עזיבה אחרת שהיא כזו.

אבל ארבע הוכחות האחרות בדוכתייהו קאי, דעל הוכחה ראשונה ורביעית אין לומר דמסתפקא ליה, דאם כן אכתי לא היה לו לומר דלוקין, דהא אין לוקין על הספק. ועל הוכחה שניה ושלישית ודאי אין לומר דמספקא ליה, דהא הוכחתנו הם דלהרמב״ם לשיטתיה מוכח מהגמרא דהלכה כאביי.

אשכול ד

[לסוברים דהרמב״ם פסק כאביי מה טעמו]

על הני גדולים הסוברים בדעת הרמב״ם דסבירא ליה להלכה כאביי דאי עביד מהני, כבדה התמיהה מה ראה על ככה ומה לו פה כי חצב ההלכה נגד הכלל דהלכה כרבא לגבי אביי לבר מיע״ל קג״ם, והלחם משנה שהוא מהם תמה על עצמו (בפ״ו מהל׳ בכורות ה״ח) ודחק טובא למצוא מקום שיצא כן להרמב״ם כאשר עין הקורא דבריו רואה. ונלענ״ד אפשר שהתמיהה מתוקנת בארבעה דרכים. והן:

א. דהתוס׳ ריש מסכת תמורה (דף ד׳ סוף ע״ב) הקשו לרבא השוחט פסח על החמץ יהא הפסח נפסל משום דלא מהני. וכתבו דבירושלמי יש קרא להכשיר. והנה קרא זה הוא מה דאמר חזקיה בירושלמי [פסחים פ״ה ה״ד], דכתיב ״לא תאכל על חמץ דם זבחי״ הכתוב קוראו זבחי, והנה על זה קשה דילמא מאי זבחי זבחי שהיה כבר, וכמו דאמר רפרם בפרק השולח (במסכת גיטין דף מב ע״א) דלמא עבדיי שהיה כבר עבדיי, (והמשנה למלך בפ״א הל׳ ה מהל׳ קרבן פסח דחק דטעמיה דחזקיה ממה דכתוב זבחי לבסוף, דהוה ליה למכתב ״לא תאכל דם זבחי על חמץ״).

וי״ל דהרמב״ם תירץ לו כך, דהא רב אשי בפרק השולח אמר שאני התם דקא קרו להו עבדיי (אלמא דלא שחררם). וי״ל דחזקיה דלמד מזבחי סבירא ליה כרב אשי דאין לפרש עבדיי עבדיי שהיה כבר.

והנה הסוגיא דפרק השולח כך היא, דמקשי בגמרא אהדדי, דתני חדא הכותב נכסיו לשני עבדיו קנו ומשחררים זה את זה, ותני חדא האומר כל נכסיי נתונים לפלוני ופלוני עבדיי אף עצמן לא קנו. ומשני "הא (דתני קנו) באמר כולו, הא (דתני אף עצמן לא קנו) דאמר חצי חצי, רב אשי אמר שאני התם דקרו להו (עדיין) עבדיי. א"ל רפרם דלמא עבדיי עבדיי שהיה כבר" ומסיק בגמרא "אלא מחוורתא כדשנינן מעיקרא". הרי אפסק הלכתא דבאמר כל נכסי נתונים לפלוני ופלוני עבדיי ולא אמר חצי לזה וחצי לזה, דקנה אף דאמר עבדיי, והרי זה כרפרם דפירוש עבדיי, עבדיי שהי' כבר, וכן פסק הרמב"ם הל' [עבדים פ"ז ה"ג], וא"כ י"ל דיפה הוכיח הרמב"ם דהלכה הכא כאביי, דאי לא תימא הכי, אלא דהלכה כרבא, תיקשי הלכתא אהלכתא, דכאן הלכה כרבא, ותיקשי אמאי הפסח כשר, ועל כרחך צריך לומר מקרא דזבחי, והיינו כרב אשי דאין לפרש עבדיי שהיה כבר, דאי כרפרם אמאי הפסח כשר, נימא אי עביד לא מהני, ואי מקרא דזבחי דלמא זבחי שהיה כבר, והתם הלכתא דבלא אמר חצי חצי קנו עצמן, וזה על כרחך כרפרם, דלר"א ע"כ לא קנו עצמן כן כיון דקרו להו עבדי. ועמ"ש [בענב ג] ישוב נכון על פי דברים אלו גם לקושיא גדולה שעל התוס'.

(והפוסקים הכא הלכה כרבא נצטרך לומר דהם דוחקים בדוחק שבמל"מ כנ"ל. או אולי י"ל כך, דהם יאמרו דודאי יותר משמעות עבדי שעדיין עבדי, לא עבדי שהיה כבר, אלא דהתם הא לפנינו דכותב שטר שחרור, ולכשת"ל דעבדי שכתב פירושו שעדיין עבדי הם, ה"ז לשונו סותר למעשה שעושה לשחררם, ותצטרך לומר דמשחק ומשטה הוא בם, ע"כ כדי להשוות שלא יהיה לשונו סותר למעשהו דחקינן בלשון ומפרשינן עבדי שהיה כבר, אבל ב"זבחי" אין לנו סיבה שנדחק בפירושו לתרוצי, אינו יוצא מידי פשוטו דפירושו שעדיין (גם אחר ששחטו על החמץ) הוא זבחי, אבל הרמב"ם י"ל מיאן בכל אלה, והלך ברחבה דחזקיה ס"ל כר"א והוכיח שפיר דהלכתא כאביי).

ב. הרמב"ם לגרמיה עביד, דהוא ז"ל הוכיח הדין אשר לו (בפרק ג' הל' ד' מהל' גירושין) דגט שכתבו שלא לשמו והעביר עליו הקולמוס לשמו אינו גט, אף דרב אחא בר יעקב פליג בגמרא בפרק שני דמסכת גיטין (דף כ' ע"א) ואמר לא אפלגו עליה רבנן אדר' יהודה אלא בספר תורה שלא נתקדש השם דלא מועיל להעביר עליו הקולמס ולקדשו משום דמחזי כמנומר, אבל בגט אשה מודים לרבי יהודה דמועיל, והוה ליה לעשותו ספק גט (כמו שסבירא ליה להרמב"ן באמת משום ספק דלמא הלכה כרב אחא בר יעקב). וטעמיה דהרמב"ם מבואר (בהה"מ) [בכס"מ] שם דהוכיח מפרק הבונה (במסכת שבת דף קד ע"ב) דאמר רב חסדא מתני' דכתב על גבי כתב (בשבת) פטור דלא כר' יהודה. ומדשתק בגמרא ולא אתמר עליה האי פלוגתא דרב אחא בר יעקב אלמא דלית הלכתא כוותיה.

והדברים אומרים דרשני כי צריכים ביאור, דמאי הוה ליה ליתמר ולומר ודילמא אף כרבי יהודה אתא וכראב"י דעד כאן לא פליגי רבנן אלא בספר תורה, זה אי אפשר להאמר, דהא גם לראב"י דברי ר"י כדקאי קאי דמועיל העברת קולמס דכתב השני גבי כתב ואיך תהא קאי המתני' כר"י.

ונ״ל ביאורו על פי מה שכתבו התוס׳ שם בהבונה וגם בפ״ב דגיטין, דגם לר׳ יהודה אין כתב השני חשוב כתב אלא מפני שהוא מעולה מן הראשון, דהראשון בספר תורה היה בלא קידוש השם, או בגט שלא לשמה, והשני היה בספר תורה עם קידוש השם, ובגט לשמה, ומכל מקום אמר רב חסדא ״מתני׳ דלא כרבי יהודה״ משום דמתני׳ סתמא קתני דפטור, אף אם כתב השני מעולה מהראשון, ועל כרחי׳ אתיא כרבנן. ואולם רב אחא בר יעקב דאמר דבגט אשה גם רבנן מודו דמעבירים, לדידיה אי אפשר לפרש המתני׳ דבכל גווני פטור, דהא עדיין יש אופן דחייב עליה, דהיינו בגט אשה שכתב שלא לשמו והעביר עליו בשבת הקולמס לשמו, ומכיון דלראב״י על כרחך מיירי מתני׳ רק באין השני מעולה מהראשון, שפיר הוה מצי בגמרא למימר דמתני׳ אף כר׳ יהודה וכראב״י דהא באינו מעולה גם לר׳ יהודה לא הוה כתב השני כתב.

והנה זה ברור דאף אם כתב השני עם קידוש השם, ובגט לשמה, מכל מקום אם כתבו בשבת דעבר על מימרא דרחמנא, לרבא דאמר אי עביד לא מהני ליכא מעליותא בכתב זה השני על הכתב ראשון, דהא לא מהני הקידוש, ולא מהני כתיבתו לשמה, (רצוני אם לא ניכנס לחילוקים דאיסור דיומא גרים שאני, ולאידך חילוקים המובאים [בענב ב]) וכן מצאתי לאבא מארי ז״ל בתשובותיו (ח״א סי׳ קכט), ואם כן ממילא פטור אף לר׳ יהודה, דכאן לא שייך לומר דמכל מקום חייב כמו דאמר רבא ״והאי דלקי משום דעבר על מימרא דרחמנא״ כמו שכתבנו[14], ואם כן אכתי הוה מצי בגמרא למימר עליה דרב חסדא, ודלמא אף כר׳ יהודה וכדרבא, ועל כן הרמב״ם לגרמיה, כמו דנקט להוכחה דאין הלכה כראב״י ממה דהוה מצי בגמרא ליתמר עליה פלוגתא דראב״י, הכי גמי הוכיח דאין הלכה כרבא ממה דהוה מצי ליתמר עליה פלוגתא דרבא ולא איתמר[15].

ג. מהאי דאיתא פרק כהן גדול (במסכת סנהדרין דף יט ריש ע״ב) ״באותה שעה אמרו מלך לא דן כו׳ ולא מעיד כו׳״. והרמב״ם גם הוא כתב בהל׳ מלכים (פרק ג׳ הל׳ ז) ״אבל מלכי ישראל גזרו חכמים שלא ידון ושלא יעיד״. הרי דמדאורייתא מלך מעיד, ואילו בפרק שבועת העדות (במסכת שבועות דף לא סוף ע״א) איתא ״מאן דאמר מלך (עליו כיוון התנא דמתני׳ דאין שבועת העדות נוהגת בו), אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו״. הרי דמלך מדאורייתא אינו מעיד[16].

וכתבתי בעיקר ״עדות״ דודאי מלך מדאורייתא פטור מלהעיד וכמו שפירש רש״י ז״ל בשבועות שם ״דכתיב שום תשים עליך מלך שתהא אימתו עליך והעד צריך לעמוד לפני הדיינים ובזיון הוא לו״. ואולם מצות עשה זו היא על העם שישימו

14 אשכול א, בהוכחות רבינו מהרמב״ם הוכחה א.

15 ראה אשכול א בהוכחות רבינו מהרמב״ם הוכחה ב. ועיי׳ מנחת חינוך מוסך השבת אות לד שדן אם אמרינן בענין זה אעל״מ.

16 עיי׳ גליון רבינו שבועות לא,א. ועיי׳ תוס׳ יוה״כ ליומא עד, וקהילות יעקב למסכת מכות הוספות סי׳ יז.

אימתו על עצמן, לא על המלך[17], (ומה דמלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול משום דכתיב שום תשים, על כרחך אינו מדאורייתא, דאם איתא דגם המלך מצווה שלא ימחול, אמאי חולץ והיינו משום דמצוה שאני [סנהדרין יט,ב], והא אין עשה דוחה עשה, ולמה ידחה עשה דחליצה לעשה דשום תשים, ועל כרחך האי מלך שמוחל כו׳ אין כבודו מחול, הוא מדרבנן, או דפירוש ״אין כבודו מחול״ רק שאין אנו רשאים לקבל מחילתו). ועל כן אם רוצה המלך רשאי להעיד. ומאי דאין נוהג בו שבועת עדות אף דעדותו כשר מדאורייתא אם רוצה ומעיד, היינו כיון דעכ״פ אינו חייב להעיד, אינו בכלל נשיאת עוון, ואתו רבנן ואמרו ״אינו מעיד״, והרצון, דאף אם העיד אין עדותו עדות.

וכתבתי עוד שם, דלא תיקשי עלי ממה שכתב הרמב״ם בהל׳ שבועות (ריש פרק עשירי) בטעם מלך שנשבע פטור משבועת עדות, ״שאילו העידו לא היו מחייבין ממון בעדותן״, והרי הטעם שפטור משום שאינו בנשיאות עוון כיון דאינו חייב להעיד אף דאלו העיד הי׳ עדותו כשר, דזה אינו, דודאי למ״ד משחק בקוביא לא, כיון דמדאורייתא מחזי חזי, לא היה פטור מלך משבועת עדות כי אם מטעם דאינו בנשיאות עון, אבל הרמב״ם דפסק כמ״ד דגם משחק בקוביא פטור משבועת עדות, כיון דמכל מקום לא היה מחייב ממון אחר שרבנן פסלוהו, וכמו שהתחיל שם וכתב ״היו עדיו או אחד מהן פסול או קרוב ואפילו מפסולי עדות של דבריהם או שהיה המלך אחד מעידיו כו׳, וכפרו ונשבעו פטורים משבועת העדות שאלו נשבעו לא היו מחייבין ממון בעדותן״, ע״כ יש במלך עוד טעם שני מפני שלא היה מחייב ממון בעדות אחר דרבנן פסלו לעדותו, ויפה עשה הרמב״ם ז״ל שהכניס כולם תחת טעם אחד, כיון דשייך טעם דכולם גם במלך. והרי הכניס תחת טעם זה גם פסולים וקרובים מדאורייתא. דהא כתב ״ואפילו מפסולי עדות של דבריהם״, אלמא דלפני זה מיירי מפסולי עדות בקרובים דאורייתא. אף דהן יש עוד טעם דאינן חייבים להעיד ואינם בנשיאות עון, וע״כ כיון דטעם זה שנתן שייך גם בהו, ניחא להו לכוללם תחת טעם אחד. עכ״ד שם[18].

ועתה ק״ל על דברי, דכיון דהעם עכ״פ מצווין על מצות עשה דשום תשים, ואם כן הב״ד מצווין מן התורה שלא לקבל עדות מהמלך (אף שהוא רשאי להעיד מן התורה), ומכדי הגדת עדות צריך שיהיה בפני ב״ד, ומכיון דאינן רשאין לקבל עדות מהמלך, אם קבלו עברו על מימרא דרחמנא ונימא אי עביד לא מהני, והוי כאלו העיד ולא קבלו ב״ד את עדותו, ואינו עדות, ותהדר הקושיא על מאן דאמר בפרק כה״ג ״באותו שעה כו׳ ולא מעיד״, דמאי אצטרכו לתקוני, הא מדאורייתא נמי עדותו אינו עדות משום אי עביד לא מהני[19].

ואומר עתה דזהו דקשיתיה לרמב״ם ז״ל, וניחא ליה דסוגיא זו דפרק כה״ג היא

17 עיי׳ חידושי הר״ן סנהדרין שם בשם הר״ר דוד.

18 עיי׳ דבר אברהם ח״ב סי׳ לב אות טז-יז.

19 לכאורה היה נראה ליישב, דאין כל איסור בקבלת העדות כי אם בכך שנתנו לו להעיד, אך עצם הקבלה אין בה איסור ולא שייך לומר שלא תהני.

כאביי דאי עביד מהני, ועל כן מכיון דהוא ז"ל תפס בהל' מלכים מאמר זה דפרק כה"ג דבאותו שעה אמרו כו' להלכה כנ"ל, הוכיח מהלכה זו דהלכה נמי כאביי, דאל"כ אלא דהלכה דאי עביד לא מהני, תיקשי הלכה זו על הלכה דרק חכמים גזרו שלא יהיה עדותו עדות אבל מדאורייתא מהני עדותו, והא עבר הב"ד על מימרא דרחמנא.

והתוס' דפוסקים כרבא (כמ"ש [אשכול א]) ועליהם יהיה קושיא זו, י"ל למה שהבאתי בעיקר "עדות" ספיקו של מהריב"ל בתשובה בעדים שהעידו בפני ב"ד על כרחן של ב"ד בלתי רצון לקבל העדות אי עדותן עדות או לא. וכתבתי דמהתוס' ריש מסכת מכות (דף ו' ע"א [ד"ה לאסהודי]) ממה שכתבו "דאם כן (דלעדים הפסולים שמעידים עם הכשרים, להן שואלין "לאסהודי אתיתו") לא יהרג אדם לעולם, דהקרובים יבואו ויאמרו לאסהודי אתינן". ומאי זו קושיא, אימא דיהרג אדם משום דכשיבאו הקרובים להעיד לא יאבו הב"ד לקבל עדותן, מוכח דסבירא להו כצד זה של ספק הנ"ל, דגם אם הב"ד לא רצו לקבל, מכל מקום העדות עדות. והי' קושייתם דקרובים יבואו לפני הב"ד ויגידו "כך וכך ראינו ולאסהודי אתינא". ואף שהב"ד ששמעו דבריהם לא מרצונם מכל מקום הוה עדות ופוסל עדות הכשרים[20].

ולפי זה י"ל על פי מה שכתבו בתוס' ריש תמורה (סוף דף ד') דמשום הכי לא קשה על רבא מצורם אוזן בכור, דלא גרע מנפל בו המום מאליו דשרי, ולא עליהם יהיה קושיא דתיפוק ליה דאין עדות המלך עדות משום אי עביד לא מהני. דאשיב, לא גרע מנפל הגדת העדות מאליו לאוזן הב"ד בלתי הזדקקות לקבל העדות. או אומר לפי היסוד שהנחתי [באשכול ה] דכל היכי דלא בעי כוונה לא שייך אי עביד לא מהני, א"כ כיון דהב"ד א"צ שיכוונו לקבל העדות, כי גם בעל כרחן העדות מועיל, לא שייך בקבלת עדות אי עביד לא מהני. (ולומר אי עביד לא מהני על עצם ההגדה של המלך אי אפשר, דהא הוא אינו מוזהר מן התורה שלא יעיד וכנ"ל. ואף להצד שכתבתי לעיל דאפשר דמדרבנן מוזהר משום דמלך שמחל על כבודו כו' אפשר קאי על המלך עצמו. מכל מקום י"ל דתוס' ס"ל דבאיסור דרבנן לא אמרינן אי עביד לא מהני וכמו שייחסתי להם בלא"ה דעה זו [באשכול ו]).

וכל זה להתוס' לשיטתם דאם הגידו העדים בעל כרחן של הב"ד נמי עדותן עדות, אבל הרמב"ם י"ל דסבירא ליה כאידך צד ספיקו של מהריב"ל דבכה"ג אין עדות עדות, ועל כן שפיר היה קשה לו למה להו רבנן לתקוני שלא יהא עדות המלך עדות, תיפוק ליה דאי עביד לא מהני, ושפיר הוכיח דההלכה כאביי וכנ"ל.

ד. י"ל דקשיתיה ליה להרמב"ם על רבא קושית הרשד"ם (הנזכרה בענב א) ממתני'

20 עיי' ערוך לנר מכות שם שכתב דקושיית התוס' היא לפי הס"ד שבצירוף ראיה אפילו ללא עדות נפסלים הכשרים, אבל אה"נ שלפי מה שהסיקו שאין הכשרים נפסלים אלא א"כ העידו גם הפסולים בב"ד לא קשה, שכיון שב"ד ידעו שהם פסולים לא ישמעו את עדותם ולפי זה נסתרת ראיית רבינו.

ועל תירוצו של רבינו לכאורה קשה, דאה"נ שאם ב"ד קיבלו בעל כרחם הוה עדות, אך שיעשו תחבולות שלא ישמעו כלל את העדות.

(מסכת חולין דף יד ע"א) "השוחט בשבת וביום"כ אעפ"י שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה". וניחא ליה לחלק באי עביד לא מהני בין מזיד לשוגג. (ועמ"ש [באשכול י]), ומתני' מוקי ליה רבא בשוגג, ומאי אף על פי שמתחייב בנפשו דקתני, אעפ"י שבמזיד מתחייב בנפשו וכמו דמוקי ליה בגמרא שם (דף טו ע"א). ועדיין הוקשה לו על מה דבעי לאוקי שם במזיד, אלמא דמוכח דגם במזיד שחיטתו כשרה וכמו דהוכיחו בתוס' שם על המתני'. וניחא ליה דסתמא בגמרא דבעי לאוקמי בהכי אזלא כאביי, ומשום הכי פסק כוותיה.

אשכול ה

[טעם בדברי רבא דאעל"מ דהוה כמעשה בלא דעת]

לולי דמסתפינא הייתי אומר ביסוד דינו של רבא דאמר אי עביד לא מהני טעם חדש, והוא על פי מה שכתב בתשובת מהר"ש הלוי (חלק יו"ד סי' ג') על דינו של הריב"ש בנדר על דעת רבים אין לו התרה, והרי לדבר מצוה יש לו התרה, דמכל מקום אם אותן שעל דעתם נדר הם לפנינו ומוחין להתיר הנדר אין מתירין, על זה כתב הוא ז"ל, דעד כאן ליתא לדינו של הריב"ש אלא היכי שהמצוה שיש בההתרה אינה מצוה של המוחין להתיר, כי אם של אחרים, אבל היכי דהוא מצוה דידהו לא מועיל מחאתם, ונתן טעם "דיצרם תקפם ואין ממש בדעתם".

ונ"ל שסברתו קרובה לסברת רמב"ם הל' גירושין (סוף פרק שני) שהקשה על כל שכופין אותו לגרש, למה אין הגט בטל דהא אנוס הוא ע"י הכאות שמכים אותו. ותוך היוצא מתירוצו, דכל אדם מישראל רוצה לעשות מצוה, ומי שאינו רוצה אין זה דעתו האמיתית והרצון הטבעי, אלא שיצרו תקפו ואנסו לעבור ולא לעשות כמצווה, וכשכופין אותו ומתישין יצרו עד שיאמר רוצה אני שב אל דעתו הנכונה והרצון האמיתי. ועל ידי מה שכופין אותו מסירים רק הדבר שאנסו לשבש דעתו (אף שאין זה לשונו ממש, מכל מקום כך היא המלצת דבריו).

ואומר אני, דאפשר טעמא דרבא נמי הוא על דרך זה, והיינו כיון דאמר רחמנא לא תעביד, אדם ששכלו שלם ודאי ראוי שלא יעבור פי ד', אלא שיצרו תוקפו ומסכל דעתו, ועל כן אנו רואים אותו בשעה זו כמטורף, ושדעתו דעת שגישתא. ועל דרך שאמרו ז"ל [סוטה ג,א] "אין אדם עובר עבירה אלא אם כן נכנס בו רוח שטות" ומעשה שוטה אינו כלום, ועל כן לא מהני מעשיו.

ויראה לי לסמוך דברי קצת, מפני שבכך ירוח לי גם כן מה שקצת קשה לכאורה על קושיית הש"ס ריש מסכת תמורה [ה,א] על רבא מן תורם מן הרע על היפה דנימא אי עביד לא מהני, ואיך פשוט כל כך להקשות, דילמא לא אמר רבא אי עביד לא מהני אלא בלאוי דחמירי, ולשונו "מה דאמר רחמנא לא תעביד" דילמא מדוייק הוא דלא תעביד הוא לאו, אבל בתורם מן הרע כו' דעובר רק אעשה אולי גם

רבא סבירא ליה דמהני[21]. ולדרכי מתישב זה, דסברא זו שדעת שגישתא הוא שייך גם באינו חפץ לקיים מצות עשה, דהא בנידון מהר"ש הלוי ובנידון רמב"ם גם כן איכא רק ביטול מצות עשה.

ומכל מקום לא יקשה על מה דאמר רבא דלקי משום דעבר על מימרא דרחמנא אף דכל זולתו שנשתטה לא לקי על מה שעבר טרם שנתפקח. היינו משום דהכא על זה עצמו מצווה ורחמנא אמר לתקוף על יצרו והוא עבר והניח יצרו לתקוף עליו ועל זה הוא דלקי, אבל משתקפו יצרו והעבירו מדעת ויושר שכל האדם שהוא לשמוע אל יוצרו לא אל יצרו חשבינן אותו למטורף ואין מעשיו כלום[22].

ולפי זה היסוד לא אמר רבא אי עביד לא מהני אלא כהנך דמייתי עליה בסוגיין ריש מסכת תמורה, ומגרש אנוסתו וממיר ואינך דמייתי התם בגמ' דצריכים לדעת העושה אותן, דשוטה שמגרש או ממיר כלום ממש יש בה, וזה שעושה אותן בעבירה על מימרא דרחמנא כעשאו בלא דעת וכוונה, אבל מעשים שאין צריך דעת וכונה כמו שחיטה, דגם בהפיל סכין ושחט שחיטתו כשרה, וכן שחיטת חשו"ק דאלולי חשש שמא יקלקלו עצם שחיטתן כשרה, גם בשחט בעבירה אין לפסול שחיטתו משום דתימא אי עביד לא מהני, דטעמא מאי דלא מהני משום דהוה מעשה בלא כונה ומעשה שוטים, והא הכא גם מעשה שחיטת שוטים ושחיטה בלא כונה שחיטה כשרה היא. ובזה יתישבו קושיות רבות שעל דין אי עביד לא מהני, ונ"מ רבתא גם לדינא כמו שכתוב אצלינו [בענב א].

ומה דעומד לנגדי לכאורה הוא, דהא בממיר גם בשוגג הוה תמורה וגם לקי כדאיתא

21 עיי' נודע ביהודה אה"ע מהדו"ק סי' עז (ד"ה ומה שהביא מתמורה) שהשיב על מי שרצה לחלק בין עשה ללאו לענין אין שליח לדבר עבירה, וכתב "ועוד הכי לענין דבר עבירה יש חילוק בין לאו לעשה ואטו לעבור על עשה אינו דבר עבירה...הגע בעצמך בתמורה בפלוגתא דאביי ורבא בכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד שמקשה שם מתורם ממין על שאינו מינו או תורם מרעה על היפה ומאי קושיא הרי רבא במידי דאמר רחמנא לא תעביד אמר דלא מהני, ושמא דוקא מה שהוא לא תעשה וכן משמע לישנא דלא תעביד והני רק עשה נינהו אלא ודאי שאין לחלק בין לאו לעשה". ובנוב"י מהדו"ת אה"ע סי' קכט (ד"ה ועוד אני תמה) שמביא מהפני יהושע גיטין צ,א שכתב דלא אמר רבא אלא בלאו ולא בעשה, ותמה עליו מהגמ' הנ"ל בתמורה.

ועיי' שו"ת ח"ס אה"ע (ח"ב סי' סג ד"ה וכ"ז) שמביא את דברי הפני יהושע ומקשה עליו גם מסברא וז"ל "אבל הסברא קשה מאד, וכי רבא מקרא מפיק לה דלא מהני, דנימא כי גלי קרא בלא תעשה אבל בעשה מהני, הלא רבא מסברא קאמר דלא מהני מעשיו הרעים כו' וא"כ מה לי עשה או לא תעשה וצע"ג". ועיי' שער משפט סי' ט ס"ק ב, ובשו"ת שאילת שמואל או"ח סי' נב. ועיי' שדי חמד כללים מערכת כף כלל סט שמאריך בענין זה אם בעשה אומרים אעל"מ.

ובעיקר סברת רבא דאי עביד לא מהני, מובא בשד"ח שם ג' טעמים לזה. א. מטעם קנס. ב כדי להצילו מעבירה. ג שהתורה סילקה כוחו ורשותו מדבר הזה כאילו אמרה לא יהיה קיום לדבר הזה.

22 יש להעיר בזה, דהא אם האיסור הוא רק במה שהניח את יצרו לתקוף עליו זה הרי אין בזה מעשה, והמעשה שעשה הרי עשה כשהיה שוטה.

בפרק יש קרבנות (במסכת תמורה דף י״ז במתני׳) לרב ששת שם בגמ׳ לאו דוקא שנתכוין להמיר וטעה ושגג בין עולה ושלמים, אלא גם בהמיר שלא מדעתו כלל כמו שפירש רש״י ״שלא מדעתו שבעל מחשבות הוא ולא היה יודע מה היה אומר, בתמורה קדשי ולקי״, וכן פסק הרמב״ם בהל׳ תמורה (פרק א׳ סוף הלכה ב׳). ולדרכי האיך מקשינן בגמרא על רבא מתמורה דנימא אי עביד לא מהני, והא במילתא דלא בעי דעת לא שייך אי עביד לא מהני.

ונ״ל דאין מכאן סתירה, דהא מה דגם שלא מדעת הוה תמורה וגם לקי, גזירת הכתוב הוא כדאיתא שם ״דאמר קרא יהיה לרבות שוגג כמזיד״. ונ״ל דע״כ לא אמרה התורה דהוי תמורה, אלא כשהאדם הממיר שפוי בדעתו, אלא דהמחשבה טרדתו, אבל כשהחסרון באדם שיהיה חרש או שוטה, גם בתמורה אין במעשיו ודבוריו ממש. ותדע דהא בריש מסכת תמורה (דף ב׳ ע״ב) על מה דאיבעי ליה לרמי בר חמא ״קטן מהו שימיר״ קאמר בגמרא ״היכי דמי אילימא בקטן שלא הגיע לעונת נדרים לא תיבעי לך, דכיון אקדושי לא מקדיש אמורי מימר, אלא כו׳״. הרי דמי שאינו מקדיש, כל שכן דאינו עושה תמורה, וא״כ חרש שוטה וקטן דאין מקדישין ודאי אין עושים תמורה, ועל כן שפיר הקשו על רבא, דכיון דלדידיה כל העובר על מימרא דרחמנא הוה כשוטה ומטורף לאותו מעשה, אמאי תמורתו תמורה. (והטעם דחילקה התורה, אולי דזה שרק דעתו טרדתו הוה כראוי לבילה ואין בילה מעכבת בו).

ותו, אף אם תאמר דה״נ כיון דאפשר ליה ליתובי דעתיה כי יתקוף על יצריה הוה עכ״פ כמימר בלא דעת מפני שבעל מחשבה הוא, מכל מקום אין מכאן סתירה, די״ל מכדי זה דאף בשוגג הוה תמורה ילפינן ממלת ״יהיה״ דכתיב בקרא ״והיה הוא ותמורתו יהיה קודש״, והרי על קושיא זו על רבא מתמורה משני בגמרא ״שאני התם דכתיב והיה הוא כו׳״, וא״כ י״ל דאה״נ דתירוץ זה דגמרא כולל שתים, ור״ל חדא דכתיב והיה הוא ותמורתו קודש, הרי מפורש דתמורתו תהיה תמורה ולא לומר ביה אי עביד לא מהני. ותו דכתיב יהיה לרבות תמורה בשוגג ולא מדעת וע״כ ממילא לא שייך כאן כלל לומר אי עביד לא מהני כיון דא״צ דעת כלל.

וא״ת, מכל מקום אם איתא ליסוד זה, תקשי אהכא כיון דכתיב והיה קודש דמהני תמורתו, ל״ל דכתב יהיה לרבות שוגג לרבא, והא ממילא ידעינן לה, דאל״כ אמאי מהני, והא לדידיה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד נמי הוה כעשה בלא דעת. י״ל הא באמת גילתה תורה בכמה מקומות דבהו מהני מה דעביד אף דליתנהו בשוגג, כהאי דשינוי קונה ומגרש אנוסתו והאיך דהקשו מיניהו בגמרא ומתרצין שאני התם דאיכא קרא, וא״כ הוה אמינא דגם תמורה דגילתה התורה הוא כאחד מהם דגזירת הכתוב הוא, ולעולם צריך דעת ואינו בשוגג, ומכל מקום אי עביד מהני.

ונראה לי לסמוך עוד קצת יסוד זה, מפני דבהכי מתישב לי מה שאני מהסס בדברי התוס׳ ריש מסכת חולין ב,א (ד״ה התם) דעל מה שפירשו דלהכי קתני הכל ממירין לשון לכתחילה (וא״א לפרשו כפשוטו דהא כתיב לא יחליפנו וכמו שפירשו בש״ס שם) לומר דגם בהמיר במזיד הוה תמורה, ולא אמרינן ארבעים בכתפיה וכשר, הקשו והא אמרינן בתמורה יהיה לרבות שוגג כמזיד, אלמא דמן הדין ראוי להיות

תמורה במזיד יותר מבשוגג. ואיני מבין קושיא זו היטב, דודאי בכל אחד איכא צד רבותא, במזיד אף דארבעים בכתפיה, ובשוגג אף דכל קנינים והקדש אינן בשוגג, אמנם הרבותא דכל צד אינו מעניינו דצד שכנגדו עד שנוכל לומר דזה רבותא טפי מזה, או זה מזה, ומכל מקום לא תיקשי מה חזית דמילת יהיה אתא לרבות שוגג, דילמא אתי לרבות מזיד ומשום הרבותא שיש במזיד, דהא ודאי קרא דלא יחליפנו היינו במזיד, דעל השוגג נתכוון לבהמה אחרת לא שייך אזהרה, דהא אינו יודע להזהר ממנו, ועליה כתיב והיה הוא כו׳ קודש, הרי מפורש דבמזיד הוה תמורה. וע״כ מלת יהיה ע״כ לאשמועינן שוגג משום רבותא דאיתא גבי שוגג. ואולם במתני׳ שפיר מצי למתני איזה צד רבותא שירצה התנא, דכיון דהרבותות חלוקות בטעמם ולא שייך להקשות דלתני מה שהוא רבותא טפי, ודאי ליכא קושיא לאשמעינן עוד רבותא אחרת.

ואולם על פי יסוד זה הנה שתי אלו הרבותות שפיר הן מענין אחד, והיינו הרבותא דארבעים בכתפיה והוה תמורה, הוא משום דראוי לומר כיון דיש בו עבירה דארבעים בכתפיה והוא אינו חש ועובר, ודאי דעתיה דעת שוטים היא וכעושה בלא דעת דמי, והרבותא דשוגג נמי היינו הך דהרי שגג ובלא דעת עשה בהמה זו תמורה לזו, דהא קסבר שאחרת היא, ואולם אף שטעם רבותא דשניהם כחדא הוא מכל מקום אי קתני מזיד ליכא למילף שוגג מיניה וכאמור כבר, די״ל הא מצינו בכמה מקומות דלא חששה התורה על חוסר דעתיה המוכח משום דעובר עבירה אלא דמ״מ מהני המעשה, כשינוי קונה, ומגרש אנוסתו, ואינך דרבי קרא, וי״ל דזה נמי כאחד מהם. ואולם ממה שמעשה שוגג וטעות ממש מהני תמורה שפיר איכא למילף מזיד, דא״נ תאמר דהוה כעשה בלי דעת וכוונה, מכל מקום לא גרע מן לא בדעת דשוגג גמור, ושפיר קשה דהוה ליה לתנא למתני רבותא דבשוגג אם המיר מומר, וממילא הוה ידעינן מזיד, וזה כסוגיות דעלמא דמקשי׳ דלתני רבותא טפי ונדע הפחות שברבותא ממילא, וה״נ לתני שוגג ונדע מזיד ממילא, משא״כ השתא דקתני מזיד עדיין לא ידענו שוגג.

וא״ת הא לשון התוס׳ מה שכתבו ״משמע דמן הדין ראוי להיות תמורה במזיד יותר מבשוגג״ אינו מתוקן לדברינו, דהא לדברינו לאו משום דבמזיד יותר ראוי הוא, דהא טעם הרבותא שבשניהם שוין, אלא משום מה דמזיד מפורש בקרא הוא דמכריענו לאוקמי רבוי ד״יהיה״ על שוגג.

יש לומר דשפיר קוראהו בתוס׳ לשוגג רבותא טפי, ומשום קושיתינו לעיל דאחר דמזיד כתיב, ומזיד הוה כעושה בלי דעת לרבא, א״כ למה לי לרבות שוגג כלל. ותירצנו דה״א דבמזיד גזירת הכתוב הוא דהא מצינו כהאי גוונא בשינוי קונה ובמגרש דמהני, אף דבשוגג לא מהני. וא״כ מפאת זה מקרי שפיר שוגג רבותא טפי, דמזיד אינו חידוש כל כך דמצאנו מקומות רבות כיוצא בזה, משא״כ שוגג דלא מצינו בשאר מקומות שיהיה מעשה טעות ושוגג גמור מהני.

אשכול ו

[אם באיסור דרבנן אמרינן אעל"מ]

אם גם בעושה מעשה שיש בו איסור דרבנן שייך ביה מה דאמר רבא כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, נ"ל למ"ש הרמב"ן בשער ראשון מספר המצוות להרמב"ם (ד"ה בראשנה) בשם הרמב"ם דאף מלקות היה בא להעובר על מצוה דרבנן משום לאו דלא תסור, אלא דהוי לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד, מסתברא ודאי דמקרי עבר על מימרא דרחמנא ולא מהני, אלא אי לא נימא דאיסורי דרבנן מוזהרים עליה מן התורה יש להסתפק אי מפרשים האי דבפרק האשה שנפלו (במסכת כתובות דף פ"א ע"ב) "אמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא ליזבין אע"ג דזבין לא הוי זביניה זביניה" כפשוטו, דהטעם משום אי עביד לא מהני, או כמו שפירש בתשובת פנים מאירות (ח"א סי' ל"ד) דטעמיה משום דהוי הפקעת זכותא דאחריני דחסו עליו ועל כן גם דיעבד לא מהני.

והנה בהגהת מרדכי סוף פ"ג דמסכת שבועות "פסק הר"י בר' פרץ מי שנשבע כו' שלא יתן דבר או שלא יעבור כו' ועבר שבועה ומכר או נתן אין במעשיו כלום כדאמר בכתובות כיון דאמור רבנן לא ליזבין כו' ומסתמא אין אמירה דרבנן גדולה משבועתו. ובפ"ק דתמורה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד כו' הלכה כרבא לגבי אביי לבר מיע"ל קג"ם".

גם הש"ך בחו"מ (סי' רח ס"ק ב) שכתב לתרץ קושיא ממוכר בשבת דמכירתו קיימת מהלואת יו"ט שניתנה ליתבע, ואמאי לא אמרינן אי עביד לא מהני, והרי איסורים אלו אינן אלא דרבנן. וכן בט"ז בחו"מ שם נקט בפשיטות דטעמא דרב יוסף משום אי עביד לא מהני[23].

ואולם מתשובת מהריט"ץ [סי' יז] ומתשובת מהרי"ט [סי' סט] דתירצו קושיית השלטי גיבורים מהאי דעקרץ לי תאנה מתאנתי (בשבת) ותיקני לי גניבותיך [כ"ק ע,ב], דנימא אי עביד לא מהני, וכתבו דהיכי דהאיסור מכל מקום עשוי לא אמרינן אי עביד לא מהני [ענב ב], ומה הועילו, אכתי משום עצם איסור מכירה בשבת אף דהוא דרבנן נימא אי עביד לא מהני. וזה האיסור יתוקן שפיר, דאי אמרת דלא מהני ולא נעשית מכירה כלל. ועל כרחך סבירא ליה כסברת הפנים מאירות[24].

ובפרק שני דמסכת גיטין (דף כ ע"ב) דמוקי למתני' דכותב (גט) על ידו של עבד ונותן לה את העבד בכתובת קעקע (דאל"כ הוי כתב שיכול להזדייף) כתבו בתוס' "מדאורייתא ליכא איסורא עד שיכתוב ויקעקע בדיו ובכחול כו', ומיהו

23 עיי' ט"ז או"ח סי' תקכד סוף ס"ק א. ועיי' שו"ת רע"א סי' קכט (ד"ה גם בפרק מרובה) שכתב בפשיטות דאין הוכחה מהגמ' בכתובות לפי דברי הפנים מאירות, ועיי' גם בסי' קעד (ד"ה אך עכ"ז) שכתב בשיטת התוס' דסברי כפשטות הסוגיא בכתובות דאמרינן באיסורי דרבנן אעל"מ. ועיי' שו"ת חתם סופר חיו"ד סי' ו (ד"ה הנה כל). ועיי' מלא הרועים אות יז, ושד"ח כלל נה.

24 עיי' שו"ת רע"א סי' קכט ד"ה גם בפרק מרובה שכתב כעי"ז. ועיי' שו"ת רע"א סי' קעד ד"ה אבל לענ"ד.

איסורא דרבנן איכא הכא כו׳ מפני שנראה ככתובת קעקע. ואפילו הויא הכא איסורא דאורייתא מכל מקום הוה גט״, ורצונם בהאי ״מכל מקום הוה גט״, דלא תימא ביה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני (יהיה הטעם מה שיהיה מהתירוצים הנזכרים [בענב א]). והשתא אי טעמא דרב יוסף בהאי דאמור רבנן לא לזבין, משום דגם בעבר על איסור דרבנן אמרינן אי עביד לא מהני, מאי רבותא יותר אי הויא איסורא דאורייתא. ומשמע קצת דמפרשי נמי בטעמא דרב יוסף כדפירש בתשובת פנים מאירות.

אשכול ז

[בדעת הש״ך דבאפשר לעשות בהיתר ל״א אעל״מ]

בתשובת נודע ביהודה מהדורא תניינא חלק אה״ע שאלה קכט במי שנשבע שלא לגרש שלא ברשות אביו ועבר וגירש, כתב בהיתר ד׳ על פי מה שכתב הש״ך בחו״מ סי׳ רח דהיכי דהמעשה היה אפשר לעשותו בהיתר לא אמר רבא אי עביד לא מהני, והכא נמי היה אפשר שיהיה מעשה הגירושין בהיתר (ברצון אביו).

וק״ל איך אפשר לפרש כן סברת הש״ך. דהרי חידש הכי משום הקושיא מהלואת יו״ט_ומכירה בשבת דנימא אי עביד לא מהני, וממה שהוקשה לו כן מוכח דסבירא ליה דגם באיסור דרבנן שייך אי עביד לא מהני, ומנא ליה זה, על כרחי׳ מהאי דכתובות (דף פא ע״ב) בשומרת יבם שמכרה דאמר רב יוסף כיון דאמר לא ליזבין כו׳ וכמ״ש [באשכול ו], והרי התם אם יסכימו אחי המת שהיא שומרת להם ליבום ושתיזבן איהי ומכל מקום אמר רב יוסף דלא מהני הזבינא כיון דאמור רבנן לא ליזבין.

גם ק״ל, מכדי באונס שגירש נמי אם היא מתרצית להתגרש ליכא איסור לגרשה, ומכל מקום מקשינן מזה בריש מסכת תמורה [ה,א] על רבא דנימא אי עביד לא מהני[25].

25 עיי׳ שו״ת בנין עולם [הוצאת מוסד הרב קוק] חאה״ע סי׳ לו אות י שמקשה כן. ולכאורה היה נראה ליישב, דכוונת הגוב״י דבנשבע שלא יעשה רק ברצון פלוני אין גוף המעשה אסור, וכל האיסור הוא מה שלא עשה ברשות פלוני, ועל זה לא שייך הכלל דאי עביד לא מהני, אך באונס, אף דכשהאשה אומרת לא בעינא אין איסור, מכל מקום עצם הגירושין הם מעשה אסור באונס, אלא שהדין הוא שאם אומרת לא בעינא מתבטל האיסור.

ונראה להביא ראיה לחילוק זה, מהגמ׳ בכתובות דף מ׳ ע״א דהעשה דלו תהיה לאשה אינו דוחה לאו, משום דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, ובתוס׳ ישנים שם הקשו דאמאי לענין כיבוד אב ס״ד דנימא עשה דוחה ל״ת והא אי אמר האב לא בעינא ליתא לעשה דכיבוד אב. ותירצו ״דהתם מ״מ מיד כשצוה אב הוי עשה לעשות מצוותו״. וביאור דבריהם דהעשה דכיבוד אב כל מהותו הוא מכח ציווי האב, ולכן אין זה קולא מה שכשהאב אומר לא בעינא ליתא לעשה, אך מצות ולו תהיה לאשה, אין המצוה משום שהאשה רוצה אלא המצוה היא עצם הנישואין, ואעפ״כ כשאומרת לא בעינא יש בכוחה לבטל את המצוה לכן זה קולא בעשה, ועיי׳ ברכת שמואל וחידושי ר׳ ראובן תחילת יבמות. הרי שחזינן שמצות ולו תהיה לאשה אין זה מחמת רצון האשה,

ועל אבא מארי זצוק״ל בח״א מתשובותיו (בפסקים סי׳ קכט) במי שנתן כל נכסיו לבניו להבריח בתו מחלק שטר חצי זכר, שיצא ג״כ לדון אם גם עכשיו שכותבים שנשבע ע״ד חתנו שלא ליתן שטר מתנה כו׳, מכל מקום גם להגה״מ בנשבע שלא למכור דאי עביד לא מהני, הכא מהני, משום שהיה אפשר בהיתר אם הסכים חתנו, לא קשיא לי, די״ל דהוא לא כיוון לסברת הש״ך אלא לסברת הרא״ש [בתשובה כלל ז סי׳ ד] בעבר על חרם הקהל דלא אמרינן אי עביד לא מהני מפני שאפשר בהיתר אם יתירו החרם, ורצה אף בנשבע על דעת חתנו שלא להתיר השבועה, מכל מקום יש לו היתר על ידי הסכם של חתנו שיתן מתנה. והוא ז״ל באמת פלפל דלא תקשי מקושיית הש״ס מאונס שגירש דמוכח דדוקא ההיתר בידו לא אמרינן אי עביד לא מהני, ובנדון ת׳ הרא״ש הא אין היתר החרם ביד זה שעובר עליו[26]. ורצה לחלק דבאונס שגירש אין בזה היתר למה שהיה נאסר, דהא לגרש מרצונה מעולם לא היה אסור, לא כן בנדון תשובת הרא״ש דמה דהיה אסור עד עכשיו משום החרם אפשר היה לו היתר על ידי ביטול החרם. וכתב שעל פי זה אילו היה נשבע והתנה שלא להתירו כי אם מדעת חתנו היה דומה לנידון ת׳ הרא״ש, אבל בנשבע שלא ליתן כי אם מדעת חתנו לא אמרינן הא יש לו היתר אם יסכים חתנו ליתן, דהא זה לא היה אסור מעולם. אבל על הנודע ביהודה דכתב על פי סברת הש״ך קשיא.

וסברא זו דאבא מארי ז״ל לחלק בין אם האיסור עד עכשיו היה לו היתר כו׳, נ״ל לכאורה מוכרח גם מהש״ך, דהא כתב דבנשבע שלא לעשות שבהג״מ, משום הכי אי עביד לא מהני, משום שאי אפשר לעשות כי אם שיעבור. וק״ל הא נמי אפשר בלי שיעבור, שילך אצל חכם ויתיר לו, ואפשר זה בידו הוא[27]. ולסברת אא״מ ניחא, דכיון דחכם עוקר נדר מעיקרו אין האיסור יהיה מותר אלא דלא יהיה כאן איסור מעיקרא, ואנן בעינן שהאיסור שעושה עליו עכשיו דהיה לו אפשרות להיות מותר.

וא״ת למה בנידון ת׳ הרא״ש מיקרי דזה אפשר להיות מותר, די״ל חרם הקהל שאני, דאם הקהל מתירים הם אינם יכולים לעקור מעיקרו כי אם מיגז גייזי כדאיתא בשו״ע יו״ד סי׳ רכט סעי׳ ב ובט״ז [ס״ק ו] ובש״ך שם [ס״ק ט], דעל כן לא אמרינן בהיתר הקהל בטל מקצתו בטל כולו[28].

אלא עצם המעשה הוא המצוה, והוא הדין הלאו דלא יוכל לשלחה עצם הגירושין הם האיסור, ורק שיש בכוחה לבטל את המצוה, ולכן שייך לומר בזה אי עביד לא מהני.

26 עיי׳ שו״ת באר יצחק יו״ד סי׳ א ענף ד.

27 עיי׳ בינת אדם שער בית הנשים סי׳ לא שמקשה כן. ועיי׳ שדי חמד שם כלל סא.

28 יש להעיר בזה מלשון הרא״ש כלל ז סי׳ ד שכתב בתוך דבריו ״ועוד חכם עוקר את הנדר מעיקרו וכשיתירו את החרם כאילו לא היה חרם מעולם״. מפורש דגם משום שאפשר להתיר מעיקרו מיקרי שאפשר לבטל.

אשכול ח

[איך הדין ביש רק במקצת המעשה עבירה אם כל המעשה בטל אליבא דרבא]

נסתפקתי היכי דאיכא במקצת המעשה עבירה ואמרינן ביה אי עביד לא מהני, אם כל המעשה בטלה, או לא, אלא דמקצת שאין בו עבירה מהני, לדוגמא, להגה"מ דבנשבע שלא למכור אמרינן אי עביד לא מהני, אם נשבע שלא למכור כל שדהו, ומכר כולו, או נשבע שלא ימכור ליותר מעשר שנים ומכר לעשרים שנה, ואילו השאיר לו שדה אחת בהראשון, או היה מוכר לעשר שנים בהשני היה המקח קיים, דהא נשבע רק שלא ימכור כל שדותיו, ולא לעשרים שנה, מי אמרינן השתא נמי קיים המקח עד שדה אחת שתישאר להמוכר, וכן קנה עד עשר שנים, כמו בהקנה מעות ומטלטלים בחליפין, דהמעות לא קנה כיון דמטבע אינו נקנה בחליפין ומ"מ המטלטלים קנה (ש"ע חו"מ סי' [רג] בהגש"ע סעי' י), או לא, אלא כיון דבקנין אחד מכר כל שדותיו שדי תכלא בכולן דבמכירתו כולן נעשית העברה, וכן במכירה לעשרים שנה האיסור בכללת המכר ואמרינן בכולו דלא מהני, וזה מסתבר יותר.

ונ"ל ממ"ש המל"מ הל' מלוה ולוה [פ"ח ה"א ד"ה מי שהיה] דמשום הכי בהוסיף על המקח לא אמרינן דמקחו בטל משום אי עביד לא מהני, דכיון דהאיסור שבו היה רק על התוספת דמים שלקח בשביל המתנת דמים, וכשמחזיר מה שלקח יותר לית כאן איסור רבית, ובמקח עצמו לא היה איסור כלל, אלמא אף דבפסיקה אחת פסק לו כל הדמים, מכל מקום אנו כמחלקים אותו לשנים, דמי המקח כפי השער לחוד, וההוספה לחוד, ואמרינן דבמקח בכדי דמי השער לא היה בו איסור וקיים המקח. ומ"מ יש אולי לחלק.

אבל ממקום אחר נ"ל לכאורה ראיה, ממה שנתן הרמב"ן [ספר המצוות מצוה רכז] טעם לדינו של רמב"ם [הל' שמיטה ויובל פי"א ה"א] במוכר שדהו לצמיתות דכתב דאין מעשיהן מועילין ושניהן עוברים בל"ת (ולוקים ארבעים). דמעשיהם לא מועילין משום דעברו על מימרא דרחמנא ואי עביד לא מהני, ולוקין משום דעברו על מימרא דרחמנא (ועמ"ש [אשכול ב]). וק"ל והא הרמב"ם כתב ואין מעשיהן מועילים ותחזור השדה ביובל לבעליה, ואם איתא דאמרינן ביה אי עביד לא מהני תחזור השדה מיד לבעליה דהא לא מהני המכירה ונשארה להמוכר[29], וצ"ל דאנו מחלקים לשנים, דהמכר עד שיגיע היובל לא היה בו איסור, ע"כ עד אותו זמן המכירה קיימת, והמכירה מיובל ואילך יש בו איסור, ע"כ אמרינן ביה אי עביד לא מהני והמקח מאז והלאה לא מהני.

אפס נ"ל דבתרוייהו אין הטעם משום דמחלקין לשנים, אלא דבפסק לו יותר, האיסור בכל הפסיקה, ובאמת כל הפסיקה דעביד לא מהני, וחשבינן כאילו לא פסק דמים כלל, וכן במכר לצמיתות האיסור בכל פסיקת הזמן שהתנה שלא תשוב השדה בשום זמן ואמרינן דפסיקה זו כולה לא מהני, והוה כאלו לא פסק כלל עד איזה זמן הוא

29 ראה לעיל הע' 10.

מוכר. והנה בהראשון מה היה הדין, במוכר ולא פסק דמים היה הדין שקנה ונותן דמים כפי השער, ובהשני מה היה הדין, במוכר שדהו סתם ולא דיבר מאום מהזמן היה דינו שחוזרת השדה ביובל לבעליה, השתא נמי כך הוא, אבל בנדון שציירנו שכל שדותיו שהגביל במקח זה בו האיסור, ואי אמרת אי עביד לא מהני והוה כלא הגביל כלל מה מוכר, והוה כאומר "מוכר אני לך" ולא פירש מה מוכר לו ודינו דאין כאן מכירה כלל. וא"ת תפשוט מיניה מיהו במוכר והגביל לעשרים שנה, דזה דומה למוכר לצמיתות, דשם המכירה עד זמן קצוב, עד היובל, אין בו איסור. והמכירה ליותר מזמן יש בו איסור, והכא נמי כאן, המכירה עד זמן קצוב עד עשר שנים, אין בו איסור, והמכירה ליותר מזמן זה יש בו איסור, זה לא קשה ולא מידי, דהמוכר בזמן שהיובל נוהג לא חייבתו רחמנא להזכיר במכירתו שמוכר רק עד היובל וע"כ אי שדית דבורו מזה שאמר שמוכר לצמיתות ונשאר כמוכר סתם לא עבר עמד"ר כלל וע"כ מכירתו קיימת עד שיגיע היובל ככל מוכר שדהו סתם, השתא נמי דשדית דיבורו והוי כמוכר סתם מכירתו קיימת עד היובל, אבל הכא אי שדית דיבורו שאמר שמוכר עד עשרים שנה כש"כ דלא מהני ובטל המקח משום דעבר עמד"ר שהרי מכירה סתם הוה לעולם והוא נשבע שלא למכור ליותר מעשר שנים.

אשכול ט

[היכא דחידשה התורה דאי עביד מהני, איך הדין בהצטרף עוד איסור]

נסתפקתי בכל הני דהקשו מנייהו בגמרא ריש מסכת תמורה על רבא דס"ל אי עביד לא מהני, ומשנינן שאני התם דאיכא קרא דמהני, מה הדין אם עשה מעשה זה עם עוד איסור חוצי, לדוגמא התורם מן הרע על היפה דאיכא קרא דמהני אף דעבר אמימרא דרחמנא לתרום מן היפה, אם היה נשבע קודם שתרם, שלא לתרום כלל מזה הרע (כי אם יהיה תורם עליו ממקום אחר באופן שאין שבועתו לבטל את המצוה), והשתא אילו תרם מזה הרעה על רעה לא היה תרומתו תרומה משום דעבר על איסור שבועה (להגהת מרדכי דגם באיסור שבודה מלבו אמרינן אי עביד לא מהני, או לתשובת הרא"ש בנשבע על דעת רבים שלא לתרום ממנו), ועכשיו שתרם ממנו על היפה, מי אמרינן וכי מפני ששנה בחטא ועבר גם עמד"ר לתרום מן היפה יהא נשכר ויהא מהני תרומתו, אלא ודאי לא מהני משום מה שעבר על, השבועה, או אמרינן כיון דבתורם מהרע על היפה איכא קרא דלא תחוש בו לאי עביד לא מהני אף דעובר עמד"ר, וע"כ מהני תרומתו אף שעבר נמי עמדא"ר שלא יחל שבועתו.

ועיקר טעם ספיקתי, מי מפרשינן דהתורה אמרה שבמעשה התרומה מהרעה על היפה ליתא לדין אי עביד לא מהני, או מפרשינן דאמרה שבאיסור תרומה מהרעה על היפה ליתא לדין אי עביד לא מהני, וא"כ כשיש ביה עוד איסור חוצי ששייך בו אי עביד לא

מהני אינו תרומה משום דעבר על מימרא דרחמנא בזה האיסור החוצי[30].

ונ״ל לכאורה מהתוס׳ פרק מרובה (במסכת בב״ק דף ע״א ע״א ד״ה בשלמא) דהקשו על מה דמוקי שם מתני׳ ״גנב ומכר בשבת כו׳ לע״ז כו׳ ביום הכיפורים משלם ד׳ וה׳״ בטובח על ידי אחר דליכא חיוב מיתה גבי גנב לומר קים ליה בדרבה מיניה, וחכמים דפטרו, רבי שמעון היא דסבירא ליה דשחיטה שאינה ראויה לא שמה שחיטה, ומקשה עליה בגמרא, בשלמא ע״ז שחיטה שאינה ראויה היא, אלא שבת כו׳. וכתבו בתוס׳ דהך סוגיא אתיא כמאן דאמר אדם אוסר דבר שאינו שלו במעשה. והקשו, והא רק נכרי אוסר, אבל בישראל הא אמרינן לצעורי קא מכוון, ואכתי שחיטה ראויה היא. ותירצו, דהכא מיירי שנתן רשות לשליח לשחוט כרצונו ואפילו לע״ז.

וקשה לי, למה להו כוליה האי, הא י״ל דאתיא נמי כמ״ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו גם בעשה מעשה, והכא מיירי לא בנתן רשות לשחוט כרצונו, אלא דקפיד ואמר לשחוט דוקא לע״ז ועשאו שליח לאסור, דלית ביה משום אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ואי דאם כן נימא אין שליח לדבר עבירה[31], ואיך קא מחייבת ליה בתשלומי ד׳ וה׳, זה לא קשה מידי, דהא בלאו הכי הקשה שם בגמרא על האוקימתא דמתני׳ בטובח ע״י אחר ״וכי זה חוטא וזה מתחייב״ (והא קיי״ל אין שליח

30 עיי׳ שו״ת רבינו ח״א כתבים סי׳ לט שמתקשה בדברי הרמב״ם הל׳ תמורה פ״א ה״א דאפילו המיר בשבת לוקה ארבעים וקשה מאי רבותא בזה דאפילו המיר בשבת. והשואל שם רצה ליישב דסד״א דבהמיר בשבת לא ילקה משום דנימא כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני משום איסור שבת. ונראה לכאורה דזה תלוי בספק שלפנינו, אם ביש שני איסורים שבאחד מהם גלי קרא דמהני אמרינן דמהני אף ביש בו איסור אחר, דהא לענין תמורה גלי קרא דאף דעבר מהני, וא״כ לפי הצד דהיכא דגלי קרא אמרינן דאף אם יש איסור אחר מהני הוא הדין כאן לא שייך לומר בזה אי עביד לא מהני. ועיי׳ מנחת חינוך סוף מצוה שנב.

(והנה רבינו שם דחה תי׳ זה וז״ל ״פשוט היה אצלי דאף דאי לא מהני משום שבת מכל מקום לקי משום דעבר על מימרא דרחמנא והמיר, דמאי סברא יש שיהא איתגורי איתגור, כיון דעבר עוד על איסור שני״. וייתכן לבאר בזה סברא דלא הוה איתגורי איתגור, על פי סברת המנחת חינוך המובא לעיל הע׳ 9 דהא דלוקה לרבא אף דלא אהנו מעשיו, זה רק אם מה שלא אהנו מעשיו זה משום דעבר על מימרא דרחמנא, אך אם מה שלא אהנו מעשיו זה מסיבה אחרת לא לקי. והסברא בזה, דכיון דלרבא כלול בכל לאו גם איסור וגם שלא מהני המעשה, הרי שאין החלק השני מבטל את כח החלק הראשון, דהיינו אף דכללה התורה כאן גם שלא יהני מעשיו, אך נשאר כח הלאו שיש בזה מלקות על מעשיו. אמנם אם בלאו הכי אין מעשה זה מועיל לא משום הלאו הרי שאין כאן מלקות כלל כיון שאין זה מעשה המועיל. ועל פי זה י״ל דגם אם מה שלא אהנו מעשיו זה משום שעבר עוד איסור אחר שעל זה נאמר כלל דאי עביד לא מהני לא ילקה, דהרי זה כאילו מסיבה אחרת לא מהני מעשיו, כגון כאן שהמיר בשבת, ויש איסור להמיר בשבת ומשום איסור זה ס״ד דלא יחול התמורה דאי עביד לא מהני, הרי שאין לנו לומר שילקה על התמורה כיון שמצד אחר לא אהנו מעשיו, דרק היכא דלא אהנו מעשיו משום הלאו הזה שעליו הוא בא ללקות אמרינן שהוא לוקה, אך היכא דלא אהנו מעשיו משום לאו אחר הרי זה כאילו לא אהנו מעשיו משום סיבה צדדית אחרת שאינו לוקה).

31 עיי׳ שדי חמד מערכת האלף אות קצה שמביא שיטה דבעבודה זרה יש שליח לדבר עבירה.

לדבר עבירה, רש״י) ומשני כתיב אֵו לרבות את השליח (אף שיש דבר עבירה בטביחת גניבה), וא״כ לא יקשה גם אם נפרש דמיירי בעשאו שליח לשחוט לע״ז דנימא אין שליח לדבר עבירה, דהא בטביחה ומכירה דגניבה אתרבי שליח לדבר עבירה.

וצריך לומר דסבירא להו להתוס׳ בפשטות כצד שני הנזכר, דלא מפרשינן החידוש שחידשה התורה אמעשה, כי אם מפרשים אאיסורא, ועל כן כשריבתה שליח לדבר עבירה בטביחה ומכירה, לא ריבתה שיהא במעשה דטביחה ומכירה שליח לדבר עבירה, אלא ריבתה דבאיסור טביחה ומכירה דגניבה יהיה שליחות, וא״כ כשיש עוד איסור חיצוני, היינו איסור ע״ז בטלה השליחות מפני עבירה החיצונית דלא אתרבי[32].

עוד נ״ל ראיה מהתוס׳ פרק אותו ואת בנו (במסכת חולין דף פ׳ סוף ע״א) דאיתא התם ״א״ר אושעיא כולה מתני׳ דלא כר״ש כו׳, קדשים בפנים הראשון כשר ופטור, והשני סופג את הארבעים (משום אותו ואת בנו) ופסול (משום מחוסר זמן). והא (כל) קדשים שחיטה שאינה ראויה היא דכל כמה דלא זריק דם לא משתרי בשר באכילה״, ובמסקנא שם (דף פא ע״א) ההוכחה מדלקי משום אותו ואת בנו, והא התראת ספק הוא, דדילמא לא יזרוק דמו ותהיה השחיטה שחיטה שאינה ראויה. ולמבין דבר יוצא מתוך פירוש התוס׳ (דף פ׳ ע״ב) ד״ה שחיטה ובדיבור שאחר זה עם ביאור המהרש״א, דבתחילה למאי דסליק אדעתיה דכל כמה כו׳ אף דזרק לבסוף, מכל מקום בעידן ששחט היתה שחיטה שאינה ראויה, היתה ההוכחה מן הראשון, דהרי שחיטתו שאינה ראויה, ומאי דאמרה התורה דאותו ואת בנו מהני בקדשים, והרי לא קפדה אשחיטה ראויה, דילמא רק בשחיטת השני לא קפדה, ורק אם בראשון חולין הוא דנוהג. ולמסקנא דאי זריק לבסוף אגלאי למפרע דהיתה שחיטה ראויה, והראיה דמתני׳ לא כר״ש הוא מדלקי והא התראת ספק הוא. אא״ל דה״ק דילמא לא יזרוק דם והוי הראשון שחיטה שאינה ראויה, דהא י״ל דקודם ששחט להשני כבר זרק דמו של הראשון, אלא הראיה מן השני, דהשתא לא קשה הא התורה ע״כ לא חששה לשחיטה ראויה

32 עיי׳ שער המלך הל׳ גניבה פ״ג ה״ו שדייק גם כן מדברי התוס׳ הללו כצד זה, דלא ריבתה התורה שיש שליח לדבר עבירה אלא רק לענין העבירה דטביחה ומכירה, אך אם נתוסף איסור אחר בטלה השליחות, מהא דכתבו התוס׳ דנתן רשות לשליח לשחוט כרצונו ושחט לע״ז, ולמה לא כתבו בפשיטות שנתן רשות לשליח לשחוט לע״ז, וע״כ דאם כן היתה מתבטלת השליחות.

והא דהוכיח השער המלך רק מדקדוק דברי התוס׳ ולא הוכיח יותר מזה כהוכחת רבינו, דאי נימא דסברי דגילתה התורה דיש שליח לדבר עבירה גם בנתוסף איסור אחר, א״כ למה כתבו דהסוגיא היא כמ״ד אדם אוסר דבר שאינו שלו, והרי אפילו למ״ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, י״ל דכאן איירי שעשאו שליח לשחוט לע״ז. נראה דהשער המלך סובר שמזה אין להוכיח שהרי מסתבר דאף לפי צד זה דגלי קרא דבטביחה ומכירה יש שליח לדבר עבירה, היינו דלענין טביחה ומכירה יש שליח לדבר עבירה גם אם נתוסף איסור אחר, אך לא ייתכן לומר דמשום שגילתה התורה דבטביחה ומכירה יש שליח לדבר עבירה, שיועיל גם לענין ע״ז, וממילא בעשה שליח לשחוט לע״ז, הרי שלענין ע״ז לא מהני שליחות, וממילא מעשה השליחות דע״ז לא מתיחס למשלח, ועלינו לומר בזה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ודברי רבינו שכן הקשה כן, צ״ב, שהרי מוכח גם בשלח שליח לשחוט בשבת דאף אי אמרינן דמהני השליחות, היינו דמהני לענין טביחה ומכירה, אך לענין שבת ודאי לא מהני, דאל״כ נימא קלב״מ.

דהשני, דהא אמרה דאותו ואת בנו נוהג בקדשים, דזה אינו, דאיסורו שפיר נוהג דילמא יזרוק דמו ואיגלאי דהיה שחיטה ראויה, אבל מלקי לא ילקה משום התראת ספק.

והשתא אילו סבירא להו להתוס׳ דמפרשים החדוש על המעשה, תיקשי למסקנא דהראיה מן השני, דמכדי גם אם זורק דמו ואשתכח דמפאת הזריקה לית כאן שחיטה שאינה ראויה, מכל מקום השחיטה דהשני שחיטה שאינה ראויה מפני מחוסר זמן כיון דאסור לשוחטו עד זמן מחר כי יבא, והרי התורה אמרה דאותו ואת בנו נוהג בקדשים והשני תמיד מחוסר זמן (אף אם תאמר דקרא בהיה הראשון חולין), וחזינן דע״כ לא חששה התורה באותו ואת בנו על שחיטה ראויה, ואם כן מאי בכך דהוי שחיטה שאינה ראויה משום דלא זריק דמו, הא בשחיטת אותו ואת בנו דקדשים יש בהשני תמיד שחיטה שאינה ראויה ומ״מ נוהג, ושפיר לקי דאין כאן התראת ספק כלל, דאי נמי לא יזרוק דמו הא א״צ שחיטה ראויה גבי איסור אותו ואת בנו.

אלא על כרחך צריך לומר דסבירא להו דמפרשינן דלא חידשה התורה דבמעשה שחיטת אותו ואת בנו אין חוששין לשחיטה שאינה ראויה, אלא חידשה דשחיטה שאינה ראויה משום איסורא דאותו ואת בנו אין חוששין לו, ועל כן כשניתוסף עליו שיהיה שחיטה שאינה ראויה מבחוץ משום חסרון זריקה לא עבר על איסור אותו ואת בנו. ומה שהתורה אמרה דאותו ואת בנו נוהג בקדשים הוא בזרק לבסוף, ובשעת שחיטה מיהו ספק הוא פן לא יזרוק דמו.

אבל דבר זה במחלוקת שנוי, שהרי הרמב״ם שיכל את לשונו בדין טביחה ומכירה על ידי אחר בשבת דחייב בתשלומי ד׳ וה׳, וכתב בהל׳ גניבה (פרק ג׳ הל׳ ו׳) ״עשה שליח לשחוט לו ושחט השליח בשבת הרי הגנב חייב בתשלומי ד׳ וה׳״. והמשנה למלך שם תנא דייקא הוא ואמר דלשון הטור בחוה״מ (סי׳ ש״ן) אינו כן, אלא כתב ״עשה שליח לשחוט לו בשבת כו׳״, ושטעמיה דהרמב״ם משום דאף דריבתה התורה שליח לדבר עבירה, אין לך בו אלא חידושו, היינו בעבירה דגניבה, אבל במתוסף עבירה דשבת בטל השליחות משום עבירה דשבת, וע״כ הא דטובח ע״י אחר בשבת חייב ד׳ וה׳ אינו אלא באמר לו סתם שישחוט, ולא עשאו שליח לעבירה דשבת. וא״כ הטור דלא דייק כן בלשניה, וכתב הדין גם באמר בפירוש לשחוט לו בשבת על כרחך סבירא ליה דמפרשינן החידוש על המעשה, דבטביחה ומכירה לא חיישינן לדין אין שליח לדבר עבירה (וכבר הרחבתי דברים ברמב״ם וטור בזה בעיקר אשלד״ע)[33].

33 נראה שדעת רבינו בהכנת דברי הטור, דכשגילתה התורה דיש שליח לדבר עבירה בטביחה ומכירה, היינו דהתורה רצתה שהשולח שליח לטבוח שיהיה חייב, ולכן סילקה התורה את החסרון של אין שליח לדבר עבירה לצורך זה, ולכן גם אם יש כאן שליחות לדבר עבירה מצד אחר התורה אינה מתחשבת בזה, ועל פי סברא זו מדמה רבינו דהוא הדין לענין אי עביד לא מהני, כיון שגילתה התורה לענין כמה דברים שאמרינן בהם אי עביד מהני, חזינן דהתורה רצתה שמעשה זה יועיל אף כשנעשה בעבירה, דהיינו דהתורה סילקה בזה את החסרון דאי עביד לא מהני, ממילא לא איכפת לן שיש כאן עבירה נוספת שיש לומר בה אי עביד לא מהני.

ונ״ל דאולי יש לסמוך שיטת הטור (והרוצה יאמר דמכאן הוציא הטור לחלוק על הרמב״ם) מכח קושיא. והיינו דהשלטי גיבורים בפרק משילין (מסכת ביצה [כ,ב בדפי הרי״ף]) הקשה על רבא מהאי דעקוץ לך תאינה מתאינתי ותקני לי גניבותיך [ב״ק ע,ב] אמאי לא נימא אי עביד לא מהני כנזכר בענב א. ולשיטת הטור לא קשה מידי, והיינו, דמכדי בכל מכירת גניבה עובר המוכר אמימרא דרחמנא (דהרי על כן מקשה בגמרא ״וכי זה חוטא וזה מתחייב״), אלמא דלא חששה התורה במכירת הגניבה לדין אי עביד לא מהני, ומשום הכי גם בנתוסף עוד עבירה דעבר על מימרא דרחמנא באיסור חילול שבת מהני המכירה.

והתוס׳ בב״ק הנ״ל (וכן הרמב״ם י״ל דמפרש כהתוס׳ פרק אותו ואת בנו) לשיטתיה בפרק אותו ואת בנו, ועל פי פירוש מהרש״א היה להם הכרע לסברתם לא כסברת הטור. ועל קושיית השלטי גיבורים יתירצו באחד הישובים הנאמרים בענב הנ״ל.

וי״ל עוד דהם יאמרו דאף אם יונח כסברת הטור לא יעלה ארוכה לקושיא זו, והוא, דאי נמי אמרת כהטור כיון דגלי התורה לאחד גלי לכל, על כרחיה תודה דמ״מ ממקום למקום לא מחזקינן, רצוני, דאם גילתה התורה בחלק אחד לא אמרינן דאיגלי בחלק השני, דהרי עכ״פ להטור דההוכחה דמתני׳ דלא כר״ש למסקנא היא מן הראשון כהמהרש״ל, לא אמרינן משום הכי דגילתה התורה שלא לחוש לשחיטה שאינה ראויה, אלא אמרינן דגילתה רק בהשני, שהרי הוא מחוסר זמן, וחזינן דלא חיישינן ביה לשחיטה שאינה ראויה, אבל בהראשון (אף שהוא חלק ממעשה זה דאותו ואת בנו) לא חזינא דלא חששה, דהא ביה ליכא משום מחוסר זמן.

ולפי זה י״ל דהם יאמרו דגם הכא יש ב׳ חלקים, זמן החפץ הגנוב, וקנין דמי החפץ, והאיסור שבמכירת הגניבה מונח רק בהקנאת החפץ הגנוב להלוקח, דהרי גם בלא לקח דמי החפץ אלא נתן החפץ במתנה נמי חייב בד׳ וה׳ (רמב״ם פ״ב מגניבה הל׳ י׳), לא בקנין מחיר ודמי החפץ, ולא שמענו דלא חששה התורה לדין אי עביד לא מהני אלא לענין הקנאת החפץ, אבל בקנין דמיו לא שמענו דלא חששה. והכא האיסור שבת הוא בקנין דמי מחיר הגניבה, היינו התאינה שלוקח הגנב במחיר הגניבה, ובהא שפיר נימא אי עביד לא מהני ולא קנה הגנב הדמים (וממילא לא קנה הלוקח את הגניבה וכדמקשינן בגמרא בפרק מרובה כיון דאלו תבע התאינה בדינא לא אמרינן ליה זיל שלים כו׳) ואכתי לא לחייב בתשלומי ד׳ וה׳, דהא לא מצינו דגילתה במעשה מכירה שלא לחוש לאי עביד לא מהני, כי אם בחלק קניית החפץ, אבל בחלק קנית דמי החפץ לא מצינו דגילתה, דהא בחלק זה לא עבר כלל על מימרא דרחמנא בגניבה.

אמנם ייתכן דסברת הטור היא דהתורה גילתה דלענין עבירה דטביחה ומכירה מעשה השליח מתיחס למשלח ונחשב שהמשלח עשה עבירה זו דטביחה ומכירה וחייב דו״ה, ולכן גם אם יש כאן עבירה נוספת דשבת, הרי שאין המעשה עבירה דשבת מתיחס למשלח, אך מעשה עבירה דטביחה ומכירה בכל גווני מתיחס למשלח ולכן הוא חייב דו״ה (ועיי׳ שו״ת עונג יו״ט סי׳ קיג שמבאר כן). ולפי זה לענין אי עביד לא מהני אין סברא לומר שכאשר עשה מעשה עבירה שאילו היה עושה אותו לבדו לא היה מהני מעשיו, ומשום שעשה עוד עבירה נאמר שיועיל המעשה.

אשכול י

[אם בשוגג אמרינן אעל"מ]

קצת לספוקי איכא בדין אי עביד לא מהני משום דעבר על מימרא דרחמנא, אי מקרי רק עובר בעשאו במזיד, אבל בשוגג לא, או דאין חילוק, וגם בעבר בשוגג אי עביד לא מהני[34].

ומהאי דהל' גירושין (סוף פרק ג') דכתב הרמב"ם שם "הכותב גט בשבת כו' בשגגה כו' הרי זו מגורשת" וכתב עליו בהגהת משנה למלך "מכאן הוכיח מהר"ש יפה דהלכתא כאביי בהאי פלוגתא דכל מידי דאמר רחמנא לא תעביד" אין ראיה דס"ל דגם בשוגג שייך אי עביד לא מהני, די"ל דכוונתו אסיפא דהרמב"ם דכתב "כתבו וחתמו בו ביום בזדון כו' אינה מגורשת שהרי העדים פסולים" ואילו ס"ל כרבא ל"ל טעם דהעדים פסולים, תיפוק ליה דאי עביד לא מהני. ותו דסיים הרמב"ם דבנמסר לה בפני עדים כשרים אינו אלא גט פסול מדרבנן, ואמאי אינו בטל מן התורה דאין כאן כתיבה לשמה משום אי עביד לא מהני. ומצאתי ראיתי אח"כ שגם בספר שער המלך תפס בפשיטות דמסיפא דהרמב"ם היה הוכחת מהר"ש יפה[35].

אולם מהרחבת לשון של תשובת הרשד"ם (חיו"ד סי' קטו) בקושייתו משוחט בשבת אמאי לא אמרינן אי עביד לא מהני דכתב (כפי מה שראיתי מועתק בזה"ל) "וכתב הר"ן אפילו במזיד ובצנעה, ובתוס' כתבו דאפילו בפרהסיא שחיטתו כשרה". משמע דאלולי דבריהם אלא דרק בשוגג שחיטתו כשרה, לא היה קשיא ליה, משום די"ל דבשוגג לא אמרינן אי עביד לא מהני[36].

ונ"ל מדכתבו בתוס' ריש מסכת חולין (ד"ה התם) דמה דתני הכל ממירין לשון לכתחילה, הוא לאשמועינן "דאפי' במזיד תמורתן תמורה ולא אמרינן ארבעים בכתפיה וכשר (למזבח)". ומדלא כתבו בפשיטות לאשמעינן דאפילו במזיד הוה תמורה ולא אמרינן אי עביד לא מהני, דהרי בריש מסכת תמורה באמת הקשו כן בגמרא דנימא אי עביד לא מהני (דף ה' ע"ב). ותירצו ש"ה דאיכא קרא כו', משמע דזה א"צ לאשמעינן, דלענין אי עביד לא מהני כך לי שוגג כמזיד.

וביותר, אחר שע"כ דברי התוס' דחוקים ומוקי אנפשייהו, דהא גם הממיר בשוגג לוקה כדאיתא ברמב"ם (ריש הל' תמורה הל' ב')[37], וא"כ בשוגג נמי איכא ארבעים

34 עיי' נוב"י מהד"ת יו"ד סי' ט (ד"ה בדין) שכתב דאפילו אי עביד בשוגג לא מהני לרבא. והביא ראיה "דאל"כ אלא דוקא במזיד לא מהני, אבל בשוגג מודה רבא דמהני, א"כ למה הוצרך שם בתמורה ו,א לתרץ לרבא דעזוב תעזוב איצטריך ליש לך עזיבה אחרת כו', הא בלא"ה ניחא דאיצטריך עזוב תעזוב לשכח להפריש פאה מן הקמה ושגג וקצר כל שדהו בלי שיור פאה, וכן שם ה ע"ב דקאמר גבי בכור ולרבא האי הם למה לי כו' קשה הרי גם לרבא איצטריך הם לשגג ופדה בו את הבכור אלא ודאי שאין חילוק בין שוגג למזיד". ועיי' שושנת העמקים כלל יט, מלא הרועים ענין זה אות יד, ושדי חמד מערכת כף כלל סח.

35 עיי' נוב"י מהד"ת אה"ע סי' קכט הגה מבן המחבר המתחיל עיי' במהר"י מטראני.

36 עיי' מהר"ץ חיות חולין יד,א.

37 עיי' רמב"ם שם שדעתו דרק במתכוין לומר ה"ז תמורת עולה ואמר ה"ז תמורת שלמים לוקה, אך אם היה שוגג גמור אינו לוקה.

בכתפי׳, ועל כרחיה יאמרו דמכל מקום אם הארבעים בכתפיה על ידי פשיעתו דידיה יותר חידוש דכשר. וכן מבואר מלשונם אחר כך בסמוך דהקשו ע״ז והא אמרינן בפ״ק דתמורה ״יהיה לרבות שוגג כמזיד״, משמע דמן הדין ראוי להיות תמורה יותר במזיד מבשוגג. וכתבו ״וי״ל דלענין בהמה שתהא כשרה למזבח פשוט לן שוגג יותר ממזיד״ (ורבוי דיהיה היינו שיהא תמורה זה פשוט יותר במזיד מבשוגג). ולא תירצו בחזקה, ולא סיימו דמשום הכי פשוט יותר בשוגג מפני שבמזיד ארבעים בכתפיה, והיינו משום דבאמת גם בשוגג יש ארבעים בכתפיה, רק בקשו לומר דמכל מקום פשוט יותר דכשר בשוגג מפני שלא בפשיעה הביא הארבעים אכתפיה, וא״כ אילו היה שום סברא דאי עביד לא מהני לא שייך בשוגג, לא היו צריכים כלל לומר דהרבותא שוגג כמזיד הוא בכשרות הבהמה למזבח ולדחוקי בין ארבעים שעל ידי פשיעותא, אלא היה להם לתרץ בפשוטו דרבותא דמזיד דאשמעינן בלשון לכתחילה הוא נמי לענין דהתמורה מהני, אלא דמצד פשוט יותר דהוי תמורה כיון דלית ביה משום הקדש טעות, דבשאר מקום אינו הקדש כדאיתא במסכת נזיר (דף לא), ומצד פשוט שוגג יותר כיון דלא שייך ביה אי עביד לא מהני.

ואין לומר דהתוס׳ לא תירצו כן, משום דאכתי תיקשי על אביי דסבירא ליה אי עביד מהני מאי רבותא דמזיד, די״ל דגם לדידיה ניחא, דהא גופא אשמע לן התנא דלא תימא כרבא דאי עביד לא מהני.

גם אין לומר דהרבותא דארבעים בכתפיה שכתבו התוס׳ היינו הך, ורצונם דלא אמרינן כיון דארבעים בכתפיה משום דרחמנא אמר לא תעביד ואי עביד לא מהני, דזה אינו, אלא דלהיפוך דכל דחזינן דלוקה ארבעים, יותר מסתבר דמהני מה דעביד, דהא על מה דאמר רבא אי עביד לא מהני הקשה אנפשיה וקאמר ומאי דלקי, הרי דאי לא היה לקי הוה פשוט יותר לומר אי עביד לא מהני. והתוס׳ באמת מש״ה לא תלו הרבותא דארבעים בכתפיה והוה תמורה, אלא הרבותא מה דאינו כשאר פסולי המוקדשים דקדש ואינו קרב על המזבח.

ומקושיית הש״ס בריש מסכת תמורה (דף ה׳ ע״ב) על רבא מאלמנה לכהן גדול דהולד חלל משום דכל מקום שיש קדושין ויש עבירה הולד הולך אחר הפגום, ולא אמרינן אי עביד לא מהני ואין קידושין. וכן מקושיית הש״ס שם (ריש דף ו׳) ממקדיש תמימים לבדק הבית אעפ״י שהוא בל״ת מה שעשה עשוי, אין ראיה דאין חילוק בין מזיד לשוגג מדלא משני דשפיר מקרי מקום שיש קידושין, דאי לא ידע שהיא אלמנה לא אמרינן אי עביד לא מהני והוה קדושיו קידושין, והאי דמקדיש תמימים לבדק הבית נמי מיירי בלא ידע דיש איסור להקדיש תמימים לבדק הבית, וכיון דשוגג הוא ניחא דמה שעשה עשוי, די״ל דאי לא ידע שהיא אלמנה, ולא ידע שיש איסור להקדיש, הוה קדושיו קדושי טעות והקדשו הקדש טעות ובודאי לא מהני מה שעשה.

ולכאורה קצת ראיה מכח קושיא דבשוגג לא אמרינן אי עביד לא מהני, דבהכי יתיישב מה שהקשינו בגרעין ד מהקורע על מתו בשבת, די״ל דמיירי בשוגג, ומאי חייב דקתני, חייב חטאת, וכדמשינן במסכת סנהדרין (דף סט ריש ע״ב) ״מאי חייב דקתני קרבן״.

אלא דנ"ל, דאדרבה, דא"כ דקריעה תלוי באי עביד לא מהני, יהיה מסוגיא דשם מוכח להיפך, דמקשינן התם בגמרא אהדדי [שבת קה,ב], דתנן הקורע על מתו פטור, וכאן תני חייב, הא במתו שחייב לקוברו ואינו חייב לקרוע עליו והוה מקלקל, והא בחייב עליו גם לקרוע. ומאי דוחקיה לפרש מתו דאינו חייב עליו לקרוע, לישני, הא דידע שהוא שבת, והוה מזיד, ואי עביד לא מהני, ולא יצא ידי קריעה ופטור מחטאת[38] (דבחטאת לא שייך שחייב משום דעבר על מימרא דרחמנא כמו במלקות, שהחטאת אינו עונש כי אם בא לכפרה, וכיון שכל המקלקלין פטורין לא בעי כפרה), והא בשוגג דלא ידע שהוא שבת, ומהני מה דעבר, והוה מתקן וחייב חטאת. מיהו קצת קושיות אחרות שם אפשר ליישבם לאוקמי בשוגג (ועמ"ש [באשכול ד]). גם לפי יסוד שהנחתי אני [באשכול ה] בטעם אי עביד לא מהני יהיה חילוק זה בין מזיד לשוגג מיוסד.

ענב א

[ט"ו קושיות בענין אי עביד לא מהני]

הקושיות בענין אי עביד לא מהני המפוזרות בספרן של צדיקים ואשר ידעתים, ואשר הוספתי עליהן אנכי בעניי הן במספר חמש עשרה. ואלו הן:

א. הקשה אותה מהרשד"ם בתשובה (חיו"ד סי' קטו) ממתני' פ"ק דחולין [יד,א] "השוחט בשבת וביום הכיפורים אעפ"י שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה", ולרבא נימא כיון דעבר על מימרא דרחמנא ושחט בשבת אי עביד לא מהני (ואני בעניי תמהתי על התקשותו בזה ככתוב אצלי בעיקר אותו ואת בנו[39], עיי"ש).

ב. הקשה אותה השלטי גיבורים במסכת ביצה פרק משילין מפרק מרובה (בב"ק דף ע' ע"ב) באמר לי' "עקוץ תאינה מתאינתי ותקני לי גניבותך", ולרבא אמאי חייב בד' וה' כיון דעבר על מימרא דרחמנא ותלש בשבת, נימא אי עביד לא מהני ולא קני (הביאה גם הש"ך בחו"מ סי' רח).

ג. הקשיתיה אני לקמן (גרעין א') ממה דאמר רבא [זבחים סט,א] "אם הועילה לו שחיטת חוץ לחייבו כרת לא תועיל לו לטהרו מידי נבלה" כו'", ומאי ראיה היא זו, אימא כרת חייב משום דעבר על מימרא דרחמנא, ושחיטתו מכל מקום אינה מטהרת מידי נבלה, דמשום דעבר על מימרא דרחמנא אי עביד לא מהני[39]*.

ד. הקשיתיה גם כן (גרעין ב') מריש פרק אותו ואת בנו [חולין עח,א] דאמאי שניהם כשרים, נימא בשחיטת שניה שעבר על מה דאמר רחמנא, אי עביד לא מהני ואינו שחיטה כשרה. (וגם על זה כתבתי יישוב נכון מאד בעיקר אותו ואת בנו [ענב א], עיין עליו).

38 לא מובן, דאם מדובר במזיד מה צריך להשמיענו דמזיד פטור מחטאת.

39 ענב א. וראה שם הע' 2.

39* עיי' גוב"י מהד"ת חיו"ד סי' ט ד"ה אמר שמואל חבל על דאבדין.

ה. הקשיתיה שם (גרעין ד׳) מפרק האורג (שבת דף קה ריש ע״ב) הקורע בחמתו ובאבלו ועל מתו אעפ״י שחילל את השבת יצא ידי קריעה״ נימא אי עביד לא מהני והוה כאלו נקרע מאליו ולא יצא ידי קריעה[40].

ו. הקשה אותה מהר״י מטריינא בתשובותיו (ח״א סי׳ סט) הקונה שור וחמור ומשכם יחד כדי לקנותם במשיכה נימא דלא קנה במשיכה זו כיון דעבר על מה דאמר רחמנא שאסרה לחרוש ולנהוג כלאים אי עביד לא מהני.

ז. גם היא לו ז״ל שם, מהמוכר שאינה בפחות משתות והאונאה שוה פרוטה דקנה ואינו מחזיר האונאה, נימא כיון דעבר על לא תונו אין המקח קיים משום דאי עביד לא מהני.

ח. הקשה אותה אבא מארי הגזצ״ל בתשובותיו ח״א (בכתבים סי׳ קצ״ד) המשחרר עבדו נימא כיון דעבר על מה דאמר רחמנא דכתיב ״לעולם בהם תעבודו״ אי עביד לא מהני השחרור (דגם בעבר על מצות עשה שייך אי עביד לא מהני, דהא מקשינן בריש תמורה [ה,א] על רבא מתורם מרע על היפה דגם כן אינו אלא עשה). ושחרור דכתיב בקרא דילמא רק באופן דלא עבר, כהאי דר״א דשחרר עבדו להשלימו לעשרה[41].

ט. הקשה ג״כ אאמוז״ל שם (בפסקים סי׳ קכט) מכתב גט על איסורי הנאה דכשר [גיטין כ,א]. והרי אסור לעשות כן ככתוב בתוס׳ פ״ב דגיטין (דף כ ע״ב ד״ה בכתובת), ונימא אי עביד לא מהני, וכאילו לא נכתב לשמה והגט פסול.

י. הקשה אותה הש״ך בחו״מ (סי׳ רח) מירושלמי ומהלכה דהמוכר בשבת מקחו קיים, והרי מקח וממכר אסור בשבת, נימא אי עביד לא מהני.

יא. הקשיתיה אני (בגרעין ג׳) מגט הכתוב על יד של עבד בכתובת קעקע דעבר על איסור בכתיבה זו, נימא דלא מהני הגט.

יב. הקשוה כל נושאי כלי השו״ע (בחו״מ סי׳ רח), בהוסיף לו על השער בשביל שיווי דמים, או שפסק לו קודם שיצא השער דאסור משום רבית, אמאי המקח קיים נימא אי עביד לא מהני.

יג. גם היא לו ז״ל שם, משוחט בסכין של ע״ז גם אם היא מסוכנת דאסור לשחוט ביה השחיטה כשרה, כדאיתא בהרא״ש במקומו פ״ק דחולין (דף ח׳ ע״א [סי׳ ט]) ונימא אי עביד לא מהני, ואין כאן שחיטה כי אם כנחירה היא.

יד. הקשה אותה מהר״י טריינא בתשובותיו (ח״א סי׳ סט) מפרק המוצא תפילין (במסכת עירובין ריש דף צו) בטעמא דת״ק דאמר מכניסן זוג זוג (לא שתים שתים

40 עיי׳ שו״ת רע״א כתבים סי׳ קעד שמקשה כן. ועיי׳ שדי חמד כלל עא.

41 עיי׳ פמ״ג או״ח סי׳ צ אשל אברהם ס״ק ל, שו״ת חתם סופר אה״ע ח״ב סי׳ קנא ד״ה ומה שצל״ע ושדי חמד כלל סא.

כדס"ל לר"ג), משום דלצאת לכ"ע לא בעי כוונה, ות"ק סבר דלעבור על בל תוסיף גמי לא בעי כוונה. וקשה אמאי יצא, כיון דעבר על מימרא דרחמנא שאמר לא תוסיף, אי עביד לא מהני ולא יצא.

טו. ועוד זו לו שם, המקדש חייבי לאווין בביאה, נימא כיון דעבר על מימרא דרחמנא לבא עליה באיסור, אי עביד לא מהני, ואינן קדושין.

והישובים שנאמרו בספרים הם שונים, יש מספיקין על קצת קושיות, ויש מספיקין על קצת אחרות מאלו הקושיות, עיין עליהם [בענב ב].

והנלענ"ד ליישב תחילה כל חדא וחדא מן תשעה הקושיות הנצבים בזה באחרונה לכ"א בפני עצמה, ולישב אח"כ שש הראשונות על פי הנחה אחת, ונתחיל מקושיא ז' מהמוכר ואינה בפחות משתות. ונ"ל שהיא מתורצת בחלתא אנפי:

א. דמהרי"ט בעצמו הניח הנחה דהוכיח דגם פחות משתות איסורא איכא, מדעשה בגמרא [ב"מ סא,א] צריכותא ללאו בגזל לאו ברבית לאו באונאה, וכוונתו נראה כי היכי דלא תדחה לומר דבפחות משתות אין בו איסור כלל, וזה באמת נסתפק הרא"ש [פרק הזהב סי' כ] אי איכא איסור כלל במאנה בשוה פרוטה אם הוא פחות משתות. והוא בש"ע הל' אונאה (חו"מ סי' רכז סעי' ו')[42].

ויותר, דלכאורה נ"ל, מכדי הרמב"ם בהל' גניבה (פ"ז הל' ה') נתן טעם מה דמותר להוציא סלע שנפחת פחות משתות "משום דרוב בני אדם מוחלין בו במשא ומתן", וזה משונה מהטעם שנתן הרא"ש בפרק הזהב (דף נ"ב ובסמ"ע סי' רכ"ז ס"ק ט"ו) "שגם אחר יקבלנו ממנו ולא יהיה לו בו הפסד כלל". ובטעם אונאה פחות משתות דאינו מחזיר אונאה, כתב בהל' מכירה (פרק י"ב ה"ג וכן הוא בש"ע סי' רכז סעי' ג') "שכל פחות משתות דרך הכל למחול בו".

ומשמע לי דהרא"ש לשיטתיה בטעם שנתן בסלע שנפחת, מספקא ליה אי מותר להונות בפחות משתות, אבל הרמב"ם פסיקא ליה דמותר[43], דמה סלע דרוב בני אדם

42 עיי' חזון נחום ריש תמורה שמעיר בזה. ועיי' חקרי לב חו"מ ח"ב סי' כא. ובענין השיטות אם יש איסור באונאה פחות משתות, עיי' חידושי רע"א לשו"ע סי' רכז סעי' ו שכתב בדעת בעל המאור דאין איסור באונאה פחות משתות, ועיי' גם חינוך מצוה שלז שנראה מדבריו דפחות משתות הוא היתר, וכן דייק המנ"ח שם.

43 עיי' מחנה אפרים דיני אונאה סי' יג. ועיי' מנחת חינוך שם שמוכיח ג"כ דשיטת הרמב"ם דאין איסור באונאה פחות משתות, מדכתב בפי"ב מהל' מכירה ה"א "ואע"פ שהוא עובר בלא תעשה אינו לוקה מפני שניתן להישבון". ואם נאמר דבפחות משתות יש איסור אונאה, אם כן למה לא ילקה על פחות משתות כיון דלא ניתן לתשלומין, ומזה מוכח דבפחות משתות אין איסור כלל, אך דוחה דכיון דבאמת צריך לשלם אף פחות משתות, אלא דקים להו לחז"ל דבפחות משתות מוחל, וכיון דמחוייב לשלם רק שחבירו מחל לו הוה ליה כאילו שילם אם כן אינו לוקה, ע"ש שמוכיח יסוד זה.

ובאבן האזל הל' גניבה שם מוכיח דדעת הרמב"ם דיש איסור אונאה בפחות משתות, דכתב בפי"ב מהלכות מכירה ה"א "אסור למוכר או לקונה להונות חבירו". הרי שבהלכה זו שמדבר לענין האיסור להונות לא הזכיר כל שיעורים, ומשמע שגם בפחות משתות יש איסור, ורק בהלכה ב' וג' שדן

מוחלין ואיכא מיעוטא דלא מחלי מותר, כש״כ במקח דכ״ע מוחלין דשרי, ומאי דכתב פעם דרך הכל למחול, ופעם דרוב בני אדם מוחלין, נ״ל לכאורה, דבסלע דמדבר לענין איסור, די ברוב, דאזלינן באיסורא בתר רובא, ואולם בפחות משתות ס״ל דגם אם הלוקח מוחזק לא מצי למימר אני איני מוחל וכדעת הסמ״ע סי׳ רכז סס״ק יד, ובממון אין הולכין בתר רוב על כן כתב דדרך הכל. וע״כ הוצרך המהרי״ט להניח ראיה דיש בו איסור. ולדרכו יהיה א״כ מזה קושיא על הרא״ש דנסתפק בדבר. ולדברי דידי ברמב״ם עוד יותר קושיא על מה דפשיטא ליה דשרי.

אבל לענ״ד אין הוכחתו דמהרי״ט מכרעת, דהא טעם ספיקו דהרא״ש אי כיון דהתורה אמרה לא תונו, אפילו שוה פרוטה פחות משתות בכלל, אלא שחז״ל אמרו שאי אפשר לצמצם, על כן אם יודע המאנה והשני א״י אסור לו להונות אם לא כשפירש והתנה עמו, או לא, אלא כיון דדרך הממכר הוא בכך, לפיכך עד שתות הוה בכלל מקח ולא מקרי אונאה כלל (מובא בסמ״ע סי׳ רכז ס״ק יד). וא״כ לא יקשה אי אמרת דשרי מה הקשו למה לי לאו בגזל כו׳ לאו באונאה, והא משונים הם זה מזה, דבאונאה גם בשוה פרוטה ליכא איסור כל שהוא פחות משתות, והאיך היינו יכולים ללמוד חד מחבריה והם אינם שוים. די״ל דאינם משונים כלל זה מזה, דשניהם שוים בשיעורם, דזה איסורו בשוה פרוטה, וזה איסורו בשוה פרוטה. דהרי כשהאונאה בשתות המקח או ביותר שיעורו בפרוטה כמו גזל, ומאי דגם בשוה פרוטה כשהוא פחות משתות המקח אין בו איסור, אין בזה שינוי בשיעור, אלא דחסר במילתא, דעד שתות אין עליו שם אונאה כלל כיון דדרך מכר בכך אסיק הלוקח אדעתיה והוה כאילו פירש לו המוכר, אבל כל שחל עליו שם אונאה היינו בשתות ויתר משתות שוה לגזל, דפחות משוה פרוטה אינו בלאו, ובשוה פרוטה הוא בלאו, וע״כ אי כתיב גזל הוה ידעינן מיניה גם אונאה, היינו כל שמיקרי אונאה דאסור משוה פרוטה ולמעלה, וכן אי כתיב אונאה, היינו מה שיש לו שם אונאה הוה ידעינן גזל מיניה משוה פרוטה ולמעלה, וכיון דאזדא הוכחתו אימא לך דבאמת הכי הוא, דאין בו איסור כלל[44].

לענין חיוב תשלומים כתב ״וכמה תהא הוניה ויהיה חייב להשיב שתות כו׳״ הרי שלא הזכיר שתות ופחות משתות אלא לגבי חיוב החזרה, ומשמע שרק לגבי זה יש נ״מ בזה, אך לענין האיסור, אסור גם בפחות משתות.

ועל פי דברי המנ״ח וזנ״ל יש להעיר, דלכאורה יש עוד סיבה לומר דלא יהיה איסור באונאה פחות משתות, דהנה כתבו התוס׳ בב״מ דף נב ע״א ד״ה אמר אביי דמותר להונות על דעת להחיזר, והרי כל אונאה פחות משתות זה כאונאה על דעת להחזיר משום שיש מחילה ומחילה הוה כתשלומין.

44 לכאורה היה נראה ליישב את קושיית רבינו על המהרי״ט די״ל דכונה אחרת היתה לו בזה, דהנה יש לבאר דשני הצדדים של ספק הרא״ש הם האם יסוד איסור אונאה הוא בגדר גזילה, דהיינו כשמוכר חפץ השוה חמש בשש הרי כיון שמחירו של החפץ הוא חמש, הזוז הששי הוא גזילה שגוזל ממנו את הזוז הזה, שהרי הזוז הנוסף אינו לתשלום על החפץ, או נאמר שבאמת מכיון שסוף סוף הוא משלם לו זוז זה על המקח אין זה בגדר גזילה, (עיי׳ חידושי ר׳ חיים הלוי הל׳ מכירה פט״ו) אלא שהתורה אסרה מקח שהוא עם אונאה דאף שהזוז הנוסף הוא על המקח אך הרי לא היה צריך לשלמו, וזה נקרא אונאה שהתורה אסרה מקח כזה.

וא״ת אכתי יהיה קושייתו במאנה בשוה פרוטה והוא שתות המקח דג״כ המקח קיים, והרי בזה ודאי עובר בלא תונו, ואמאי המקח קיים[45], זה אינו, דהגע עצמך למה לא הקשה הוא עצמו בפשיטות במאנה בשתות, — דבהא לא היה צריך להנחתו והכחתו — אמאי מקחו קיים ולא אמרינן אי עביד לא מהני.

ונ״ל דטעמו דבזה היה אפשר לומר כיון דלאו זה דלא תונו בכלל גזילה, ושעל כן ג״כ אין לוקים עליו כמו שאין לוקין על הגזל, משום דגם הוא ניתק לעשה דוהשיב את הגזילה (ע׳ סמ״ע ריש סי׳ רכז), וכשמשיב האונאה מיתקן לאויה כמו דמיתקן לאו דגזל כשמשיב הגזילה. על כן באונאה בשתות דהדין קנה ומחזיר אונאה, כיון דמחזיר י״ל דלא מיקרי עבר על מימרא דרחמנא, דאיגלאי למפרע דלא עבר על הלאו. דוגמא לנשבע שלא לעשות ועבר ועשה, והלך אצל חכם והתיר לו שבועתו, דודאי (גם להגה״מ דסבירא ליה בנשבע שלא לעשות מעשה אי עביד לא מהני) לא מיקרי עבר אמימרא דרחמנא, ושנימא אי עביד לא מהני, כיון דחכם עוקר שבועתו מעיקרא, ורק באונאה פחות משתות דאינו מחזיר האונאה בהא הקשה[46]. (וכמדומה, לזה כיוון המשנה למלך בהל׳ מלוה פ״ח הל׳ א׳ סד״ה מי שהיה באמרו דבמקח שיש בו איסור רבית, משום הכי לא שייך אי עביד לא מהני כיון דמחזיר הריבית).

ב. י״ל, ותירוץ זה מיישב יותר מהראשון, דלתי׳ הזה עדיין יש להקשות, למה לא פשיט הרא״ש ספיקתו דאין בו איסור, דאל״כ אמאי בפחות משתות המקח קיים, דאימא לך, מכדי לא שייך ספיקו של הרא״ש כי אם בידע המוכר שאינו שוה כסכום המקח ושהוא מאנה, ואומר לך, אה״נ דאם ידע המאנה באמת עביד איסור גם באינה בפחות

וי״ל דאי נימא כצד א׳ דכל מה שמשלם יותר משוויו האמיתי של המקח הרי זה גזילה, אם כן גם בפחות משתות יש כאן גזילה, שסוף סוף כסף זה אינו במחיר המקח, ומיקרי גזילה, אך אם נאמר שהגדר הוא שהתורה אסרה מקח כזה שיש בו אונאה, אף שבאמת התשלום הוא עבור המקח ולא הוי כגזילה, לענין זה י״ל דכיון שבפחות משתות הוא דרך מקח וממכר, לא אסרה תורה מקח כזה, דזה לא מיקרי מקח שיש בו אונאה, אך זה ניחא רק אם התשלום שמשלם הוא עבור המקח, אך אם כל מה שמשלם יותר מהשווי של המקח מיקרי גזילה, אם כן גם בפחות משתות מיקרי גזילה.

וייתכן דזה מה שבא המהרי״ט להוכיח, דכיון שמבואר בפרק איזהו נשך דיש ללמוד אונאה וגזל חד מחבירה, מוכח דגדר אונאה הוא גזילה, ועל כרחך כצד א׳ הנ״ל, ולפי צד זה הרי נתבאר דודאי גם בפחות משתות יש איסור.

45 עיי׳ שאגת אריה החדשות סי׳ טו שמקשה את הקו׳ דנימא אעל״מ באונאה, על אונאת שתות, ועיי׳ גידולי שמואל ב״מ שם שמתרץ על עיקר קושיא זו, דכיון דאין האיסור בעצם המקח לא שייך לומר בזה אעל״מ.

46 יש להעיר בזה על פי דברי המנחת חינוך מצוה שלז דפחות משתות דהוה מחילה הרי זה כתשלומין, א״כ כשם שעל שתות ל״ק לו משום שכיון שמתקן הלאו לא שייך לומר אעל״מ, ה״ה לענין פחות משתות הוא מתקן את הלאו. וע״כ דהמהרי״ט לא ס״ל כסברא זו, אלא ס״ל דבפחות משתות לא הוה כתשלומין, אלא שאם כן הוא, הדרא קושיית המנ״ח לדוכתא, דלדעת המהרי״ט [הסובר שיש איסור באונאה פחות משתות, וס״ל דלא מיקרי שהמחילה שבפחות משתות הוא כתשלומין] משכחת לה שילקה על אונאה בכה״ג שהיה אונאה פחות משתות, דאז לא שייך לומר דהוה לאו הניתן לתשלומין,

משתות, ומאי דהדין דהמקח קיים, משום דאמרינן דלא ידע המאנה[46]*, דלא מחזקינן ליה ברשעות דעבר על מימרא דרחמנא, ואף אם הוא מוחזק וצווח שהיה יודע לא מהימנינן ליה דאין אדם משים עצמו רשע, והרי כעין זה כתב במשנה למלך (פ״ח ה״א מהל׳ מלוה ד״ה עוד נראה) בטעם החילוק בין נתיקר השער דהלוקח צריך ליתן כשער היוקר משום איסור ריבית, דמכל מקום מיהו יכול לחזור מהמקח ולומר לא ירדתי לכך ולא לקחתי כי אם בשער הזול, לבין מוכר המאנה בשתות דהדין דקנה ומחזיר אונאה, ואין יכול המוכר לחזור מהמקח לומר לא ירדתי למכור כי אם בסכום זה. וכתב דהטעם ״דלאו כל כמיניה לומר אני לא מכרתי אלא אדעתא שנעשה איסור״. ודבריו לכאורה מוקשי הבנה הן, דאטו בירד למכור גם אילו לא השיג כי אם מה ששוה המקח לא עשה איסור כשמכרו בשתות יותר משויא, ונ״ל דקיצר בלשונו, ורצונו דלא כל כמיניה לומר ידעתי שאינו שוה כ״כ ואני לא מכרתי אלא כו׳, דאמרינן דלא ידע, משום דאינו נאמן לומר דעביד איסורא, וכיון דמחזיקין ליה דהיה סבור שהמקח שוה כ״כ, וחזינן ליה דלא הקפיד להשיג יותר ממה ששוה בעיניו ולא נמנע מלמכרו בשויו, ממילא אי״ל לא ירדתי כו׳, אלא אמרינן אילו ידע שאינו שוה כל כך היה נמי מוכרו בשויו האמיתי, ואינו דומה לטענת הלוקח, דהוא לקח בעת שהיה שער הזול, ואפשר לא היה עושה מעשה לקנות גם על זמן שיהיה השער ביוקר.

ג. וזה נ״ל יותר עיקר, כיון דגם בהיה האונאה יתירה משתות דהמקח בטל, מכל מקום אם נתרצה המתאנה אח״כ המקח קיים וא״י להחזיר המקח לא המוכר ולא הלוקח ולהאשר״י פרק המוכר את הספינה [סי׳ יד] דהוכיח דקנה רק מאותו שעה שנתרצה, מדאיצטריך ר״ח במכר שוה ארבע בחמש והוקר ועמד בשבע דהמוכר אינו יכול לחזור, להטעם דלוקח אומר אילו לא הוניתי לא היית יכול לחזור, והאיך יהא חוטא נשכר, — מובא גם בש״ע סי׳ רכז סעי׳ י, — ולמה לי לטעם זה, תיפוק ליה דנתרצה הלוקח, אלא על כרחך לא אמרינן דקנאו למפרע כי אם מעת שנתרצה, והרי כאן המוכר בא לחזור טרם שמשיב הלוקח שרוצה בהמקח, ע״כ צריך לטעם ״אילו לא כו׳״. הרי לך מדעת הרא״ש דאף שהקנין שמא אין בו ממש, מכל מקום קנאו עכשיו.

ונ״ל שהמקח ברשות לוקח קונהו בחצירו. ובודאי אם הלוקח כשיודע שנתאנה אמר אני מוחל לו חשיב נתרצה, ומכיון דאמרינן דמה דבפחות משתות אינו מחזיר אונאה, הטעם משום שכל פחות משתות דרך הכל למחול (סי׳ רכ״ז ס״ג), ואפילו אם הלוקח מוחזק עדיין בהדמים ועומד וצווח מיד כשנודע שנתאנה שאינו מוחל, אמרינן בטלה דעתיה אצל כל אדם (סמ״ע שם סס״ק יד), וא״כ הוי כאלו אחר הלקיחה פירש ואמר אני מוחל, והמחילה היא כנתרצה, וע״כ אף דהקנין אין בו ממש משום דעבר על מימרא דרחמנא (כקושיית המהרי״ט) מכל מקום המקח קיים משום דקנאו לוקח אח״כ בלעדי זה הקנין,

46* לכאורה תי׳ זה הוא רק אם נאמר דבשוגג לא אמרינן אעל״מ. ור׳ אשכול י׳ שדן בזה.

ומה לי דאין ממש בהקנין משום דיתר משתות הוה כקנין בטעות, או בפחות משתות משום אי עביד לא מהני[47].

(ונ״ל אף למה דדחה בספר מחנה אפרים [דיני אונאה סי׳ יב] ראיית הרא״ש, וכתב דשפיר י״ל דקנה למפרע, אלא דמטעם מה קנה למפרע, משום דאיגלאי מלתא למפרע על ידי שרוצה לוקח בכך, וממילא לא קשה האי דר״ח ליכא למימר אגלאי כו׳, דאימא משום דעמד עכשיו על שבע הוא דרוצה, והרי לדבריו יפול הדמיון שלי, דודאי יש חילוק גדול, דשם כיון דאיגלאי כו׳ שפיר המקח קיים דאינו כמקח טעות, דהרי אין בהקנין חסרון מאום, כיון דהא רצה בשעת הקנין, משא״כ הכא דבאנו לבטל הקנין משום דעבר על מימרא דרחמנא ומשום דמה דאדם מוחל אונאה פחות משתות הוא רק אחר שכבר נעשה, ובשעה שנעשה מכל מקום היה איסור להונות, מ״מ די לנו מה שהוצאנו מהרא״ש הסברא דהמקח יוכל להיות קנוי גם אם הקנין הראשון בטל. ואף אם נתפוס כסברת מחנה אפרים דראיית הרא״ש נדחית, מכל מקום סברא זו נהי דלא תהיה מוכרחה, מכל מקום נדחית איננה, די״ל דבנתרצה קנה למפרע, והיכי דאינו קונה למפרע, קונה מ״מ מעכשיו).

בקושיא ח׳ ממשחרר עבדו, נ״ל כיון דבגט אשה אף היכי דעבר על מימרא דרחמנא מכל מקום גם לרבא דסבירא ליה אי עביד לא מהני הוי גט, משום דכמו דאמרינן בפ״ק דקידושין יג,ב אתקש מיתה לגירושין, ה״נ איתקש גירושין למיתה, וככתוב בתוס׳ ריש מסכת תמורה (בריש דף ה), וכמו שמורה נמי דעת רש״י, ממה שפירש בפרק המגרש (במסכת גיטין דף צ׳ ע״א) באיבעיא דבעי ר״פ לרבא ״לא מצא בה לא ערוה ולא דבר מהו״, ופירש רש״י ״מי כייפינן ליה לאהדורה (אם גרשה לב״ה) או לא״, ומדלא פירש דהאיבעיא אי הוה גיטה גט או לא[48], ע״כ משום דזה אי אפשר למבעי׳, דפשיטא דגט מיהו הוה, דאתקש נמי גירושין למיתה כמו דאיתקש מיתה לגירושין.

ונ״ל דרש״י הכריח זה, דהרי רבא השיב לר״פ ״מדגלי רחמנא גבי אונס לא יוכל לשלחה כל ימיו, כל ימיו בעמוד והחזר קאי, התם הוא דגלי רחמנא, אבל הכא מה דעבד עבד״. ומה תשובה היא זו, דילמא התם דגלי התורה שיהיה מועיל הגט, דהא באמרה ״לא יוכל לשלחה כל ימיו״ משמעו דלכל ימיו לא, אבל לשעה הוה שלוח, גלי דמכל מקום צריך להחזירה, והכא באמת אילו ידעינן דהוה גט לא היה צריך להחזירה כיון דהכי לא גלי, אבל לר״פ מספקא ליה דלמא אמרינן נמי היכי

47 עיי׳ תוס׳ ב״מ נ,ב ד״ה ואילו יתר על שתות, שלכאורה נחלקו תירוצי התוס׳ שם בהא דיתר על שתות הוא מקח טעות, אם זה בגדר מקח טעות ממש כיין ונמצא חומץ או שמדין אונאה נידון כמקח טעות. ולכאורה לפי צד ב׳ יש לדחות את הדמיון שמדמה רבינו בין אונאה יותר על שתות שאף שהמקח בטל קונה אח״כ, לבין אונאה פחות משתות שהמקח בטל משום אעל״מ, דאם אנו דנים מצד אעל״מ, הרי שהמקח כלל לא קיים, וייתכן שגם אח״כ לא מתחדש, אך באונאה יותר על שתות היה מקח, אלא שהדין אונאה משווי ליה לדין מקח טעות, וכשבטל האונאה בטל הדין מקח טעות.

48 עיי׳ פני יהושע גיטין שם. ובנוב״י מהדו״ת אע״ע סי׳ קכט ד״ה והנה אני תמה (מציינו בגליון רבינו בגיטין שם).

דגלי דגט מיהו הוא גלי, הכא דלא גלי דהוה גט, דלמא מעיקרו אינו גט כיון דאמרה התורה לשלוח רק במצא בה ערוה או דבר. אלא על כרחך זה פשוט דגט הוה, ודאתקש נמי גירושין למיתה.

(וזה עדיף מהראיה שהבאתי מהתוס׳, דבתוס׳ היה אפשרי לפרש דכתבו זה נמי רק ליישב סברת המקשן, ורצונם דזה המקשן טעה נמי בהא דהיה סבור דאיתקש נמי גירושין למיתה, אבל באמת אינו כן, והיה מסייע לפרש כן, חדא דלא יקשה כדהקשו בגמרא על רבא (שם סוף דף ה׳) מקדושי אלמנה לכהן גדול דנימא אי עביד לא מהני, אמאי לא משני שאני קדושין, דהא אתקש גירושין למיתה דבגירושין לא אמרינן אי עביד לא מהני, והדר מקשינן קדושין לגירושין מן ויצאה והיתה, דמיניה מקשינן הויה ליציאה [קדושין ט,ב][49]. ושנית כי היכי דלא יהיו דיבורי תוס׳ בסוגיא זו עצמה סותרים זה את זה, והוא דהקשו בתוס׳ (בדף ו׳ סוף ע״א) על מה דשאלו בגמ׳ ״והשתא דשני כל הני שינויי, אביי ורבא במאי פליגי״, למה לא משני דפליגי בנשבע שלא לגרש ועבר וגירש, דלאביי מהני ולרבא לא מהני, דמקושיא זו נראה דלא אמרינן דאתקש גירושין למיתה[50], ואולם אם יפורשו דברי התוס׳ כמו שאמרנו דלא כתבו דאתקש גירושין למיתה לאמת כי אם דהמקשן הכי סליק אדעתיה שפיר הקשו דלפי האמת נמי בגירושין לרבא לא מהני. אולם הראיה מרש״י וגמ׳ דפרק המגרש היא ראיה דגם האמת כך הוא).

על כן אין להקשות דילמא שחרור דבתורה מיירי באופן דליכא משום לעולם בהם תעבודו, אבל היכי דאיתא להעשה לא מהני השחרור משום אי עביד לא מהני, דהא כל עיקרו דשטר שחרור הוא מן קרא דחופשה לא ניתן לה, דהיינו שטר דגמרינן לה לה מאשה (פרק השולח דף מ״א ריש ע״ב וברש״י שם), וע״כ אמרינן מה גט אשה אף היכי דעבר על מימרא דרחמנא הוה גט דהא אתקש למיתה אף גט שחרור אף היכי דעבר עמד״ר הוי שחרור[51].

(ואף דכתבו התוס׳ שם דהיכי דעבר עמד״ר לענין זה מיהו לא מהני לרבא דצריך להחזירה, מלבד דבעבד לא שייך להקשות שיהא צריך להחזירו, דהא גם באשה אין צריך להחזירה כי אם ברוצית לחזור לו, והעבד הא אינו רוצה לחזור, בלעדי זה נ״ל דלא כתבו תוס׳ זה אלא להס״ד דהמקשן, דטעם אונס שגירש דמחזיר הוא משום אי עביד לא מהני והיה ע״כ סובר אף האי מקשן דאף דבגט לא אמרינן אי עביד לא מהני, מכל מקום לגבי הא מיהו לא מהני לרבא דצריך להחזירה. (וזה דלא כמו שכתב בספר קצות החשן (סי׳ רח), וכבר קדמו בזה בתשובת בשמים ראש בהגהת כסא דהרסנא

49 עיי׳ שדי חמד כלל סד.

50 עיי׳ בענין זה בנוב״י הנ״ל, בשו״ת רע״א סי׳ קכט ובשו״ת רבינו יו״ד סי׳ א.

51 יש להעיר, תינח במשחרר בשטר, אך איך מהני שחרור בכסף. ונראה על פי דברי הר״ן בגיטין [מ,ב בדפי הרי״ף] דאם משחררו בשביל טובת האדון אין בזה איסור, ואם כן במשחרר בכסף אין איסור כלל, וכל הקו׳ דנימא אעל״מ זה במשחרר בשטר, ועל זה משני שפיר, דאיתקש לגירושין. ועיי׳ שו״ת בנין עולם [הוצאת מוסד הרב קוק] אה״ע סי׳ מ (מבן המחבר) שכתב גם כדברי רבינו כאן.

(סי׳ ז׳) דקושית תוס׳ הנ״ל דלשני בגמרא דאביי ורבא פליגי בנשבע שלא לגרש, רצונם דלרבא דאי עביד לא מהני חייב להחזירה (אבל לא דלרבא אינו גט דהא אתקש גירושין למיתה וכהערתי לעיל, ולכן רק תירצו דאיסור שבודה מלבו, ור״ל דאיסור שבודה אינו נמשך עוד אחר שעבר עליו לשתימא דצריך להחזירה. ולענ״ד זה אינו, אלא דלא כתבו כן ואין לוקחים מהתוס׳ רק דאתקש גירושין למיתה, ואף בעבר על מימרא דרחמנא מהני, וממילא לפי האמת דאין טעם דמחזיר באונס שגירש משום דעבר על מימרא דרחמנא אין לנו שוב לחלק הגירושין היכי דעבר עמד״ר, לומר להא מהני דאסורה לכהן ושלא יחייב הבא עליה משום אשת איש, ולהא לא מהני דצריך להחזירה, אלא כיון דמהני מהני לכל ואינו צריך להחזירה).

בקושיא ט׳ מכתב גט על איסורי הנאה, נ״ל כיון דבשעה שכותב אינו עושה איסור, דאם לא יתן הגט בידה ויגרשה בו כלום הנאה יש לו מזה, ואימתי אתיא ליה הנאה מזה, כשמגרשה, וא״כ בל תוכל לומר על הכתיבה אי עביד לא מהני, אלא מעשה הגירושין. ובזה הדרינא ליישוב שבסמוך על קושיא ח׳ דבמעשה גירושין לא שייך אי עביד לא מהני דאיתקש למיתה.

בקושיא י׳ ממוכר בשבת, נ״ל כיון דקושיא זו נסמכת ודאי רק על הסוגיא בפרק האשה שנפלו (דף פא ע״ב) בשומרת יבם שמכרה דאמר רב יוסף שם דלא הוה זביניה, דאל״כ מנ״ל להקשות והא איסור מקח וממכר בשבת אינו אלא איסור דרבנן. וא״כ י״ל כמ״ש בתשובת פנים מאירות [סי׳ לד] והסכים עמו אבא מארי ז״ל (בח״א מתשובותיו סי׳ קכט), דהתם לאו משום אי עביד לא מהני אתי רב יוסף עליה, אלא משום סברא כיון דמשום פסידא דאחרינא אמור רבנן דלא ליזבין, גם בדיעבד חסו על פסידא דאחריני, ובהכי מתישבת.

וכך י״ל גם כן בקושיא יא מגט הכתוב בכתובת קעקע, דהא איכא לאוקמי בלא מילא בדיו וכחול דאז אין איסור בקעקוע כי אם מדרבנן, וי״ל דבאיסור דרבנן לא אמרינן אי עביד לא מהני[52].

וכן י״ל בקושיא יב, דהא בהוסיף לו בשיווי מקח בשביל המתנת דמים, וכן בפסק עד שלא יצא השער אינו אלא רבית דרבנן, וי״ל דבדרבנן לא אמרינן אי עביד לא מהני.

בקושיא יג משוחט מסוכנת בסכין של ע״ז, י״ל עד״ש בקושיא ט׳ למעלה, דהא אם לא יאכל מבשרה, כי אם לכלב יתננה אין כאן הנאה כלום מזה הסכין דהא אי נמי לא שחט אותה כ״א הניחה למות נמי היה יכול להשליכה לכלבים. ואימתי אתיא ליה

52 בדבריו עדיין לא מיושבים דברי התוס׳ בגיטין כ,ב ד״ה בכתובת קעקע שכתבו ״ואפילו הויא הכא איסורא דאורייתא מכל מקום הוי גט כדאמרינן לעיל כתבו על איסורי הנאה כשר אע״ג דאסור לכתוב דהא מיתהני באיסורי הנאה״. ולדברי רבינו מה הדמיון, הא מה דבאיסורי הנאה כשר משום דאין איסור בעצם הכתיבה, וכאן שיש איסור בעצם הכתיבה, בשלמא היכא דאין אלא איסור דרבנן א״ש כאמור, אך אם היכא דהוה איסור דאורייתא אמאי לא אמרינן דאי עביד לא מהני. ובעיקר השאלה אם באיסור דרבנן אמרינן אעל״מ עיי׳ לעיל אשכול ו.

הנאה, כשאוכל אותה, ועל האכילה מאי לא מהני שייך, והוא אכל ושבע.

בקושיא י"ד ממוציא בשבת שני זוג תפילין, נ"ל דכל סברת וטעם הפלוגתא אי לעבור בעי כונה או לא בעי, הוא זה, דכל שהיה בעשיה זו מצוה אילו לא הזהירה שלא להוסיף על המצות, הרי זה עובר משום בל תוסיף. והיינו דכשבאו לומר דמר סבר לעבור לא בעי כוונה הקדים "לצאת לכ"ע לא בעי כונה", משום דאי אפשר זה בלא הקדמה זו. דאילו סבר לצאת בעי כונה, לא היה אפשר דהמוסיף עשיית מצוה בלי כונה ומחשבה שעושהו לשם מצוה יהיה עובר משום בל תוסיף, דהא התורה הקפידה רק שלא להוסיף מצוה, ובעשייתו של זה התוספות ליכא מצוה, דהא כל בלא כונה ליכא מצוה, והוא לא כוון ולא הוסיף מצוה[53].

וכבר כתבתי במקום אחר בלשון רבא פרק ראוהו ב"ד (במסכת ר"ה סוף דף כח) "לצאת לא בעי כונה לעבור בזמנו לא בעי כונה שלא בזמנו בעי כונה", דהוא לשון ארוך בלי צורך, דלעומת דהיה רבא משני תחילה ואמר "לעבור בעי כונה", והוקשה ממתן דמים דלא מכוון ועובר על בל תוסיף, היה לו רק להוסיף על לשונו הראשון מלות קצרות לומר אלא "לעבור שלא בזמנו בעי כונה".

והסברתי לי, דודאי הדעת נוטה שבעשות מצות ד' צריך לכוין, אלא דטעמא דמ"ד מצות אין צריכות כונה הוא דס"ל כמו דמצינו בזבחים שנשחטו שלא לשמן כשרים ומשום דסתמא לשמה קאי, וגם גט אשה לא צריך לשמה אלא משום דסתם אשה לאו לגירושין קיימי. ע"כ סברת זה המ"ד, דסתם מצוה, למשל לולב בחג הסוכות סתמו לשם מצוה קאי[54], מיהו שלא בזמן מצות נטילת לולב ודאי לא שייך סתמא לשם מצוה קאי. וזהו דבלא זמנו לעבור בעי כונה, דבשלמא בזמנו אילו לא היה איסור בל תוסיף היה עושה בתוספתו מצוה אף בלא כוון למצוה משום סתמא לשמו קאי, על כן עובר על בל תוסיף. משא"כ שלא בזמנו דלא היה ריח מצוה בלא כונה הרי לא הוסיף מצוה, וזה שרמז רבא בלשונו הצח, ור"ל כיון דלצאת לא בעי כונה הא סתמא לשמה על כן לעבור בזמנו נמי לא בעי כונה ולא בזמנו דלא שייך סתמא לשמה בעי כונה.

ואומר דזהו טעמא דת"ק פ' המוציא תפילין דלעבור לא בעי כונה, ואולם טעמא דר"ג דלעבור בעי כונה הוא דסבירא ליה הן אמת דלשמה קאי, דהא לצאת לא בעי כונה, אך אימתי, למצוה שחייב בה, אבל מה שאינו חייב בה לא בעי סתם לשמו, ועל כן כל שהוא תוספת, גם אילו לא הזהיר רחמנא שלא להוסיף לא היה מצוה בלא כוון למצוה, ומשום הכי לצאת בעלמא במקום דאינו עושה באיסור לא בעי כוונה. וא"כ במוציא שני זוג, אף דלא מכוון למצוה אילו לא הזהיר רחמנא שלא להוסיף היה עושה המצוה. וממילא כשיש שני זוג הוא מוסיף במצוה ועובר על בל תוסיף. ואחר דאמרינן דעובר על בל תוסיף אה"נ דאינו יוצא משום דעבר על מימרא דרחמנא

53 עיי' חידושי הגר"ח על הש"ס השמטה למסכת ראש השנה.

54 זה כשיטות דהא דמצוות אינן צריכות כונה למ"ד כן, זה רק בלא כיון כלל, אך בכיוון לא לצאת אינו יוצא. ועיי' שו"ת רביגו ח"א כתבים סי' ח.

מכל מקום כיון דהוסיף ועשה מה שבעלמא הוא מצוה ועבר עמד״ר שהזהיר על זה, (ולקמן כתבתי בין שתי חצי עגולה שאחר יישוב קושיא ב׳ עוד יישוב לקושיא זו על פי ההנחה שמתישבת בה השש קושיות הראשונות).

בקושיא ט״ו י״ל בהקדם מה דאיתא בתוספתא דמסכת קדושין, דאף דגט שכתב על מחובר לקרקע אינו גט, והרי מקשינן הויה ליציאה, מכל מקום במקדש אשה בקרקע מקודשת, דעד כאן לא אתקיש ליציאה אלא הויה דשטר לא הויה דכסף, מובא בהר״ן ריש מסכת קדושין[55], והוא ז״ל הביא דיש מביאין ראיה מגמרא דידן דחולקת על התוספתא, ודחה הראיה וסיים דכיון דאין מגמרא דידן הכרע נגד התוספתא מסתברא כהתוספתא להלכה.

ואולם אני בעניי נ״ל שתי ראיות חזקות דגמרא דידן חולקת, וס״ל דכל הויות מקשינן ליציאה, האחת מריש פרק האיש מקדש בו ובשלוחו [מב,א], דמקשינן בגמרא ״שליחות מנ״ל, דתניא ושלח מלמד שהוא עושה שליח, ושלחה כו׳, אשכחן בגירושין בקדושין מנ״ל, אמר קרא ויצאה והיתה, מקיש הויה ליציאה״. והשתא אם איתא דרק קדושי שטר אתקש ליציאה תעמוד הקושיא בקדושי כסף שליחות מנ״ל. וכ״ת אה״נ דבכסף אינה מקודשת על ידי שליח, ומתני׳ ״האיש מקדש בו ובשלוחו״ מיירי בקדושי שטר, זה אינו, דהא בריש פ״ק דמסכת קדושין (דף י״א ע״א) מוקי לה לפלוגתא דב״ש וב״ה דב״ש אומרים בדינר, וב״ה אומרים בפרוטה בקידשה בלילה אי נמי בקידשה על ידי שליח. הרי דקדושי כסף נמי איתא על ידי שליח.

והראיה השניה מפרק הזורק (במסכת גיטין דף ע״ח ע״א) במתני׳ ״היתה עומדת בר״ה וזרקו לה קרוב לה מגורשת וכן לענין קדושין״. ובגמ׳ (שם עמוד ב׳) ״א״ר אסי אמר ר׳ יוחנן לגיטין אמרו ולא לדבר אחר. איתביה ר׳ אבא לר׳ אסי וכן לענין קדושין, שאני התם דכתיב ויצאה והיתה״. מדתני וכן לקדושין ולא תני וכן למקדש בשטר ע״כ בכל קדושין קאמר אף בקדושי כסף (וכן ברמב״ם הל׳ אישות (פרק ד׳ הל׳ כב) אחר שכתב (בהלכה שלפניה) ״במקדש אשה בכסף או בשטר כו׳ מקודשת״ כתב עליה ״היתה עומדת בר״ה וזרק קדושיה קרוב לה מקודשת״, מבואר דגם בקידושי כסף קרוב לה מקודשת. והשתא אם איתא דקדושי שטר לחוד אתקשו להויה, אמאי מקודשת בקדושי כסף קרוב לה כיון דקדושי קרוב לה דמהני הוא משום היקש הויה, וקידושי כסף לא אתקשי.

ובהר״ן כתב ״כיון דתקנו חכמים בגיטין (דכל שהיא יכולה לשמרו דמקרי קרוב לה שתהא מגורשת) הוצרכו לתקן גם בקידושין משום ויצאה והיתה״. וזה ע״ד ״כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקנו״. ואולם אם גם במידי דאורייתא לא הושוה קידושי כסף משום ויצאה והיתה, מה צורך היה להם להשוות בתקנתם קידושי כסף משום ויצאה והיתה, אלא על כרחך תנא דידן חולק על תנא דתוספתא, וסבירא ליה דכל מיני הויה הוקשו ליציאה.

(ובחידושי על מסכת קדושין במתני׳ דריש המסכתא, וכן בחדושי להל׳ גיטין בסי׳ קכג

55 עיי׳ משנה למלך הל׳ אישות פ״ז ה״י. ועיי׳ שו״ת רבינו ח״ב כתבים סי׳ יח וסי׳ יט.

בהגהש"ע סעי' ה' יש לי דברים ישרים לדעתי על הראיה שרצה בחדושי רשב"א בריש מסכת קדושין להביא ממקדש בעיר הנדחת אינה מקודשת [תוספתא קדושין פ"א ה"ז], דמשמע הא בעיר דעלמא שמותרת בהנאה מקודשת אף דהוא קרקע. ועל הראיה שמביא בשער המלך ריש הל' גירושין מהירושלמי ריש פרק האומר במסכת קדושין באומר הרי את מקודשת לשלשים יום, דבקדושי שטר אינה מקודשת כיון דביציאה כהאי גוונא, דאומר הרי זה גיטך לשלשים יום אינה מגורשת. ובכסף מקודשת. ועל הראיה מהי"א דאין מקדשין בלילה משום דס"ל אין מגרשין בלילה ומקשינן יציאה להויה, דתיקשי ממ"ד בקידושין דף יא ע"א כגון שקדשה בלילה, ועל כרחך משום דהתם קאי על פלוגתא דבש"א אומרים בדינר וכו' וקדושי כסף לא איתקשי להויה).

והנה למה שהעליתי לעיל (תוך ישוב קושיא ח') דהאמת כך היא, דבקדושין גם אם עבר על מימרא דרחמנא לא יאמר רבא אי עביד לא מהני משום דאתקש גירושין למיתה, קשה לכאורה טובא על קושית הש"ס על רבא (במסכת תמורה סוף דף ה') מאלמנה לכהן גדול דהוי קדושין ולא אמרינן כיון דעבר על מימרא דרחמנא אי עביד לא מהני. ומאי זו קושיא, לישני קדושין שאני דהא גירושין אתקש למיתה דאי עביד מהני, והדר מקשינן הויה ליציאה דגם בקידושין אי עביד מהני.

וצ"ל דהקושיא לתנא דתוספתא הנ"ל, דרק קדושי שטר אתקש ליציאה, וע"כ יקשה אלמנה לכה"ג שקידשה בכסף אמאי הוה קדושין. (ואה"נ הוה מצי לשנויי דהאי דתנן כל מקום שיש קדושין ויש עבירה כו' כגון אלמנה לכה"ג, ר"ל כיון שיש קדושי שטר, אלא דהאמת משני דשאני הכא דגלי קרא דמהני גם בכל הויות, דליכא למימר דקרא גלי רק להויה דשטר, דזה לא צריך קרא, דידעינן ליה מהיקש דויצאה והיתה, וכשמקשה ולאביי דאי עביד מהני למה לי קרא ומשני, הוא הדין דהוה מצי להקשות גם על רבא ולתנא דגמרא דידן דהוקשו כל הויות ליצאה קרא למה לי ולשנויי כמו דמשני לאביי, אלא דהסוגיא רהיטא ואזלה לפי סברת המקשן כתנא דהתוספתא).

ומעתה נפלה הקושיא מחייבי לאוין לא תוסיף קום, די"ל דמשום הכי קיי"ל דמקדש חייבי לאוין גם בביאה מקודשת אף דעבר על מימרא דרחמנא, משום דקיי"ל כגמרא דידן דכל מיני הויה אתקש ליציאה, ואמרינן אתקש גירושין למיתה ואתקש הויה - גם הויה דביאה - ליציאה דלא אמרינן ביה אי עביד לא מהני.

הרי נתישבו תשעה קושיות הצגים באחרית מן אות ז' ולהלן. והגם שקושיא א' וקושיא ד' כבר יישבתי על נכון בעיקר אותו ואת בנו, וכן קושיא י"ד יישבתי לעיל בסמוך תוך תשעה מקושיות האחרונות, הנני מוסיף ליישב שנית גם ג' קושיות אלו ביסוד והנחה אחת שיתישבו שש קושיות הראשונות כולן. והיינו ביסוד טעמא דרבא שהנחתי, והוא דבשעה שעושה נגד מה דאמר רחמנא מעשהו כמעשה שוטה דאין לו מעשה מפני דהוה כעושה בלא דעת וכונה. וכתבתי שם דלפי זה במידי דלא בעי כונה לא שייך לומר אי עביד לא מהני[56].

56 עיי' שו"ת באר יצחק חיו"ד סי' א ענף ד שעולה ממנו גם יסוד זה דבדינא דלא בעי כונה לא אמרינן אעל"מ, אך מטעם אחר, ע"ש.

ולפי זה מיושבת קושיא א מהשוחט בשבת דנימא אי עביד לא מהני ולא תהיה שחיטתו כשרה, דהא גם בהפיל סכין ושחט ולא היה דעתיה כלל לשחוט שחיטתו כשרה. וכן חרש שוטה וקטן ששחטו, כל דנפל חשש שמא קלקלו שחיטתן כשרה, על כן אין כאן מקום כלל לומר אי עביד לא מהני.

ואולם כדי שתתיישב גם קושיא ב׳ צריך אני להוסיף מה. דהא לכאורה כיון דהתם נמי צריך דעת וכוונה לקנות, נימא כיון דעובר עמד״ר, דעתיה שגישתא היא ולא מהני. ונ״ל להקדים איזה הצעות, והן:

א. דגם לפי טעמא דידי באי עביד לא מהני, מסתברא דאם יעשה שני מעשים כאחת, והאחד יש בו עבירה ובשני ליכא עבירה, יהיה אותו שאין בו עבירה מהני, ולא נימא הא באותה שעה היה ליה דעת שגישתא ואין במעשיו כלום. אלא אמרינן דרק לגבי עשיית זה המעשה שיש בו עבירה נטרפה ונתבלבלה דעתיה, אבל לגבי מעשה שני דעתיה צלולה.

ב. דבהאי דעקוץ לך כו׳ יש שני קנינים, קנין התאינה להגזלן המוכר את הגניבה, וקנין הגניבה להלוקח אותה. והעבירה דשבת היא רק בקנין התאנה, אבל בקנין הגניבה ליכא עבירה דשבת.

ג. דהעבירה דשבת גבי עקוץ לך היא רק גבי גנב המוכר העוקץ התאינה, אבל הלוקח הגניבה אינו עושה איסור שבת כלום.

ד. הא דקיי״ל דעד כאן לא בעי דעת קונה אלא כהאי דעודר בנכסי גר וקסבר שהוא שלו דלא קני, דהכא ליכא דעת מקנה דהרי הפקר הוא, אבל בדבר שאינו הפקר ויש דעת מקנה אין צריך דעת קונה.

ואחר הצעות אלו שפיר מיושב קושיא ב׳ מהאי דעקוץ לך כו׳. דהא ע״כ קושיית הש״ג תהיה רק כיון דעל קנין התאינה ראוי לומר אי עביד לא מהני א״כ לא קיבל המוכר דמים מהלוקח שיקנה הלוקח את הגניבה, דאילו על קנין הגניבה לא שייך לומר אי עביד לא מהני, דהא בזה הקנין ליכא איסור שבת (כאמור בהצעה ב׳). ובזה נאמר, כיון דמקנה את התאנה להגנב הוא הלוקח הגניבה, והוא לא עבר אאיסור שבת (כאמור אות ג), ודעתיה דעת צילתא היא, על כן אף דבדעת הגנב הקונה את התאנה אין בו ממש כיון דיש עבירה דעקיצת תאנה, מכל מקום דל דעתיה מהכא, יקנה התאנה כיון דיש כאן דעת המקנה את התאנה (וכאמור אות ד). והרי יש כאן כסף לקנות הגניבה, ואל תקשי לי והא מידי דלאו הפקירא צריך דעת המקנה באין מנוס, וא״כ אכתי איך קנה זה הגניבה, והא הגנב המקנה בשעה שהקנה עבר עבירה דשבת בעקיצת התאנה, ודעתיה מטורפת ואין בו ממש. דזה לק״מ, דעד כאן לא אמרינן דדעתיה מבולבלת, אלא לגבי קנין דידיה להתאנה, שרוצה לקנותה בעבירה דשבת, אבל לגבי מה שמקנה את הגניבה, דביה ליכא עבירה דשבת דעתיה דעת צלולה (וכאמור בהצעה א׳).

ויש להסס קצת למה דנראה מתשובת מהר״ש הלוי שהבאנו למעלה דההסכם דמניעת מצוה לא מיקרי דעת מטורפת אלא כשהמצוה נוגעת לו לעצמו, אבל ההסכם

לעבור עבירה מקרי דעת מטורפת גם כשהעבירה נוגעת רק לאחר. וא״כ המקנה את התאנה, אף דהעבירה לא לו כי אם להקונה את התאנה, מכל מקום יחשב דעת המקנה לדעת שגישתא ואין כאן דעת המקנה, אלא מי יכריחנו לשמוע למהר״ש הלוי לחלק בין מצוה לעבירה בזה, ואנו נאמר דגם בעבירה אם אינה של אותן רבים המוחים להתיר הנדר הוה מחאתם מחאה דלאו דעת שגישתא כיון דהם אינם עושים עבירה.

ומיושב שנית גם קושיא יד מהמוצא שני זוגי תפילין, דהא קיימינן עכשיו דלצאת לכו״ע לא בעי כוונה, וכיון דלא בעי כוונה לא אמרינן דלא מהני כמו שכתבתי בטעמא בשחיטה.

(וגם בזה יש להסס, דהרי העושה מצוה כשנשתטה ונתפקח צריך לעשות המצוה שנית, וא״כ הכי נמי אי נימא דכשוטה דמי איך יצא ידי מצות תפילין. אלא דהתם טעמא מאי, משום דשוטה אינו בר חיובא והוה כעושה מצוה קודם זמן חיובו דלא יצא, אלא צריך לעשותה מחדש כשבא זמן החיוב, ואולם רוח שטות דעבירה לא מקרי אינו בר חיובא, דהא בידו לתקוף על יצרו וחייב לכוף יצרו הרע ולעשות המצוה, ואיך נימא דאינו בר חיובא והוא חייב לעשות המצוה כהוגן).

והנה מסתברא לי, דאף דשחיטת קדשים בעי כוונה [חולין לא,ב], מכל מקום השוחטן בחוץ הוה שחיטה לחייב עליה משום שחיטת חוץ גם בלא איכוין לשחיטה, מידי דהוה כשחיטת לילה דפסולה בקדשים, דבעי שחיטה ביום דוקא, וכשחיטה בעוף דפסולה בקדשים, דחטאת עוף מליקה בעי, ומליקתו זו שחיטתו, ומכל מקום לענין שחיטת קדשים בחוץ הוי גם שחיטת לילה שחיטה, ובחטאת עוף שחיטה, והטעם כיון דשחיטת לילה ושחיטת עוף הוה שחיטה בחולין, הוה גם כן שחיטה לענין שחוטי חוץ כדאיתא ברמב״ם הל׳ מעשה הקרבנות (סוף פרק שמונה עשר), והכי נמי נימא, כיון דשחיטה בלא כונה הוי שחיטה בחולין, הוי נמי שחיטה לענין שחוטי חוץ, ומדחייב על שחיטות אלו בלילה ובעוף ובלא כונה, על כרחיה כך באה האזהרה שלא לשחוט בחוץ גם שחיטות כאלו שכשירות רק בחולין.

ועל כן שפיר מיושבת קושיא ג׳ ממה דא״ר אם הועילה כו׳ לא תועיל כו׳, דמה תשיב, משום הכי לא תועיל לטהר משום נבלה כיון דעבר על מימרא דרחמנא אי עביד לא מהני, דהוה כשוחט בלא כונה, וקדשים בעי כונה, זה אינו, דבחוץ דחשיב שחיטה גם בלא כונה שוה שחיטה זו שוב לכל שחיטת חולין דלא אמרינן ביה אי עביד לא מהני כיון דגם בלי כונה הוה שחיטה.

ומיושבת גם קושיא ד מהשוחט אותו ואת בנו, דהא בשחיטה משום הכי לא שייך אי עביד לא מהני כיון דשחיטה לא בעי כוונה.

וגם בזה [בתי׳ על קו׳ ד] יש פקפוק לכאורה, דהא עד כאן לא בעי כונה אלא שחיטת חולין אבל שחיטת קדשים בעי כונה, וא״כ אכתי תעמוד קושיתי על הא דבמתניתין ריש פרק אותו ואת בנו (חולין ע״ח ע״א) דשוחט אותו ואת בנו ושניהם קדשים בפנים

דהראשון כשר ופטור והשני סופג את הארבעים (משום לאו דאותו ואת בנו) ופסול. והאי פסול ר"ל משום מחוסר זמן, וקשה לפסול יותר דכיון דשחיטת קדשים בעי כונה נימא אי עביד לא מהני ונבילה נמי הוא. מיהו בזה י"ל הא באמת מתניתין איתא סתם פסול, אלא רש"י הוא שפירש כן בכל אותה המשנה הכי דקתני דהשני פסול שפסולו משום מחוסר זמן, וי"ל דרש"י פירש טעם שיעלה גם אליבא דאביי אבל לרבא אה"נ דפסול גם משום אי עביד לא מהני.

אלא דעדיין יש להקהות, דלרבא תיקשי אמאי סופג את הארבעים משום אותו ואת בנו כיון דלא מהני, וכמו שהקשה רבא על עצמו ואמר "ומה דלקי כו'". ומה דתירץ "משום דעבר על מימרא דרחמנא", לכאורה אינו עולה הכא, דכיון דבקדשים אין זה נחשב לשחיטה, והרי תנן "השוחט ונתנבלה בידו והנוחר והמעקר פטור משום או"ב" (פרק או"ב דף פ"א ע"ב) וא"כ זה דהוי כמנבל ונוחר לא עבר כלל על מימרא דרחמנא, דרחמנא הזהיר רק שלא לשחוט או"ב, לא שלא ינבל את הבן אחר שחיטת האם.

ונ"ל דאפשר הא נמי לא תקשי, משום דאני נבוך בכל שחיטת קדשים שלא בכוונה, אי לא חשיב שחיטה כלל והוי כנחירה ומטמא כנבלה, או נהי דלא סגיא שחיטה זו להתיר לקדשים באכילה, מכל מקום כיון דבעלמא בשחיטה בלא כוונה מתטהרת מידי נבלה, על כן גם בבהמת קדשים הועילה שחיטה זו עכ"פ לטהרה מידי נבלה[57].

הן ברשב"א בחדושיו לנדרים (דף לו ע"א ד"ה ואי אמרת) לא משמע כן, דהוא ז"ל כתב דקרבן דבעי שליחות, אם השליחות נתבטלה הוי כנוחר, ואם איתא דסבירא ליה כסברא דידי, נימא נמי, דנהי דשחיטה בלא שליחות אינו מתיר הקרבן לאכילה, מכל מקום נבלה כנחורה אינה, כיון דשחיטה בלא שליחות מטהרת חולין מידי נבלה, נטהר נמי הקרבן מידי נבלה.

אלא דאפשר לומר דלשון כנוחר דכתב לאו דוקא, אלא ר"ל דאינו שחיטה כשרה. וכן סיים לשונו "דאינו כשר". ואם כן הוא, לא קשה נמי משניהם קדשים בפנים, דכיון דמכל מקום גם השני דהוי קדשים בלא כוונה נטהר נמי מידי נבלה, הרי שחט את הבן ועבר על מימרא דרחמנא.

(ואם כן הוא מיושב קושיות א' וג' דשפיר א"ר "אם הועילה לו כו' ל"ת לו לטהרו מידי נבלה" דאאל"ל דמשום אי עביד לא מהני לא תועיל לטהרו מיד נבלה, דהא גם בלא כוונה יש כאן עכ"פ שחיטת חולין המטהרת, ובשחיטת חולין לא שייך אי עביד לא מהני, וכנ"ל.

אחרי ימים מצאתי כעין סברתי בספר צל"ח על פסחים (דף ע"ג) כתב להסתפק בשוחט בעל מום דכתיב לא תזבחנו לד', א"כ לא הוזהר על סתם זביחה, ע"כ אפשר גם אם זבחו לד' לא מהני זביחה לד', אבל נשאר זביחה סתם לטהרו מידי נבלה, ויש פנים לכאן ולכאן עכ"ל. אלא דהוא מיירי משום דעבר על מימרא דרחמנא ואי עביד לא מהני, ובזה ודאי יש פנים יותר דלא מהני כלל, והוי נבלה, אבל בנידון דידן יש פנים יותר דנשאר עכ"פ שחיטת חולין וטיהרה מידי נבלה).

57 עיי' שו"ת רבינו ח"א כתבים סי' כא, וראה שם בהע' 1.

והנה יש פוסקים דסבירא להו דמצוות אינן צריכות כונה (או"ח הל' ק"ש סי' ס' סעי' ד), ובמצוה דרבנן לכולי עלמא א"צ כוונה, (רדב"ז במג"א שם ס"ק ג) והנה ברמב"ם והביאו הב"י ביו"ד (ריש סי' שם) דקורע על מת הוא מדרבנן. ולפי זה מיושבת קושיא ה' מקורע על מתו בשבת, דכיון דגם בקרע בלא כוונה יצא ידי קריעה לא שייך ביה לומר דמשום דעבר על מימרא דרחמנא אי עביד לא מהני.

והנה כתבתי לעיל ביישוב קושיא ב', דהיכי דרק הלוקח עובר על מימרא דרחמנא ולא המוכר, לא שייך לומר דלא יקנה משום אי עביד לא מהני והוי כאינו מתכוון, דהא מכל מקום סגיא בדעת המוכר, דהיכי דאיכא דעת מקנה אין צריך דעת קונה. ואם כן מיושבת קושיא ו' ממושך שור וחמור כדי לקנות, דהא כאן רק הלוקח עובר, דמנהיג כלאים, והמוכר אינו עובר על מימרא דרחמנא כלל, ועל כן שפיר קנה.

ענב ב

[חילוקים שנאמרו בענין אי עביד לא מהני]

שלמים וכן רבים טרחו להמציא חילוקים בדין אי עביד לא מהני, ויישובים מיישובים שונים על קושיות הנופלות בזה תמצאם לעיל ענב א', ונציג בזה מחלוקתם ויישובם על הסדר, ואיזה קושיות מהנזכרים למעלה מתורצות בכל אחד מהחילוקים, ואותן שלא הזכיר ממציא החילוק להקשות ולתרץ על פי המצאתו נסגירם בין שני חצאי לבנה:

חילוק א [היכא דלא יתוקן האיסור ל"א אעל"מ]

בת' מהר"י טריני (ח"א סי' ס"ט) חילק דעד כאן לא אמרינן אי עביד לא מהני, אלא אי אמרת דמעשיו בטילין יהיו דברי תורה קיימין, כגון בממיר אי לאו קרא דמהני הייתי אומר דלא מהני לקיים מה שאמרה תורה "ולא ימיר", וכן כל הנך דמייתי בגמרא ריש מסכת תמורה, אבל מי שעושה מעשה באיסור, והאיסור כבר נעשה ואי אתה יכול לתקנו לא אמרינן ביה אי עביד לא מהני[58]. ובחילוק זה יתיישב:

א. (קושיא א' לעיל משוחט בשבת דשחיטתו כשרה, דהא הכא אי נמי תאמר אי עביד לא מהני וכנחירה היא, מכל מקום אין דברי תורה קיימין, דאיסור חילול שבת כבר נעשה אף דתהא אסורה באכילה, מכל מקום תיקן להוציא מידי אבר מן החי כדאיתא פרק אלו דברים (במסכת פסחים דף ע"ג ע"א) בשוחט בשבת לעכו"ם[59]).

ב. קושיא ב' לעיל מעקרן תאינה מתאינתי ותקני לי גניבותך, דהכא נמי גם לכשתימצי לומר דלא קנה, אין דברי תורה קיימין, דאיסור תולש בשבת כבר נעשה.

58 עיי' נשמת אדם כלל ג' סי' ז ד"ה אך. ועיי' שדי חמד כלל נט.

59 עיי' שו"ת רע"א סי' קכט, חידושי רע"א ליו"ד סי' י, ובנתיבות סי' רח ס"ק ב שכתבו כן. ועיי' שו"ת בנין עולם אה"ע סי' לו.

ג. קושיא ו׳ לעיל ממושך שור וחמור יחדיו כדי לקנות, דגם בזה, גם לכשתימצי לומר דלא מהני המשיכה ולא קנה, איסור כלאים כבר נעשה.

ד. קושיא ז׳ לעיל ממוכר שאינה בפחות משתות דקנה ואינו מחזיר, דאף הכא את״ל דלא מהני ולא קני, האיסור להונות מכל מקום כבר נעשה.

(ולפום רהיטא איני מבין יפה דברי מהרי״ט האיך קושיא זו מתישבת, דנהי דעכשיו דקנה אינו מחזיר אונאה ודברי תורה מתבטלים, מכל מקום אם תאמר שהמקח בטל, דברי תורה מתקיימים, דהרי לא נתאנה זה, וכי מה בין זה למ״ש הוא ז״ל דבתמורה דברי תורה מתקיימים. והיינו, דהא לא נתקיים מחשבתו דאין כאן תמורה. ואי דמכל מקום הוא עבר אמימרא דרחמנא וד״ת בלאו דולא ימיר לא מתקיימים מ״מ מה דאפשר לנו לקיים מד״ת ע״י שנימא אי עביד לא מהני עלינו לקיים, והרי יתקיים עכ״פ עיקר ד״ת שלא רצתה בתמורת קדשים, והרי הכא נמי עיקר ד״ת שלא יהיה זה הלוקח נגזל, וכדאמרינן בפרק איזהו נשך במסכת בבא מציעא [סא,א] ״לאו בגזל כו׳ לאו בהונאה דכתב רחמנא למה לי״, וזה מתקיים.

ונ״ל בכוונתו, כיון דבפחות משתות אינו מחזיר ההונאה, והטעם משום דדרך הכל למחול בכך. (שו״ע חו״מ סי׳ רכז ס״ג), וא״כ גזילה אין כאן, עד שהרא״ש נסתפק דאפשר דפחות משתות ליכא איסור כלל להונות (שם בש״ע סעי׳ ו׳). ואף דלצד הספק דאסור להונות, וזה הצד שתפס מהרי״ט, דאל״כ תיפוק ליה דלא קשה כלל לומר אי עביד לא מהני, דהא לא עבר על מימרא דרחמנא. די״ל דהדרך למחול הוא רק בדיעבד אחר שכבר נגמר המקח, ותאמר דמ״מ בשעת המקח היה כאן גזילה, אלא כשמחל הלוקח הוי כאלו השיב לו הגזילה. ועל רגע זה שיש כאן גזילה קפיד רחמנא גם על העשוי לא על העושה בלבד. ז״א, דהא טעם גזל פחות משוה פרוטה נמי דלא הזהיר רחמנא עליו הטעם משום מחילה, אף דהמחילה נמי רק אחר שכבר עשוי ואף דיש גם בפחות משוה פרוטה נמי איסור מן התורה מ״מ לאו ליכא, ותו דהאיסור בגזל פחות משוה פרוטה הוא משום חצי שיעור וכדאיתא בסמ״ע סי׳ [שמח ס״ק א] וזה ע״כ [לא] באונאה, דהא עד כאן לא נסתפק הרא״ש ובש״ע הנ״ל אלא באונאה שוה פרוטה פחות משתות, מבואר דבפחות משוה פרוטה ודאי אין איסור להונות, ולא אמרינן שאם אסור להונות בשוה פרוטה, בפחות משתות אסור גמי בפחות מש״פ מטעם ח״ש. וטעמו ודאי חובה להבין, וכתבתי מזה במק״א [עיקר אונאה אשכול א]. עכ״פ זה די מבואר דאיסור משום ח״ש ל״ש הכא, וע״כ ההקפדה שבתורה רק על המאנה שלא ישחית מעותיו במעשה רמיה, וזה באמת לא יתוקן ע״י שתאמר דהמקח בטל, דמ״מ הוא כבר כילה הרעה ועשאה).

ה. (קושיא י׳ לעיל ממוכר בשבת, דאף הכא לכשת״ל דהמקח בטל מכל מקום העבירה כבר נעשית, ורצוני, אף למה שכתבתי בסמוך דלסברא דידי במוכר שאינה, אם תאמר דהמקח בטל מקרי ד״ת מתקיימים, הכא שאני, דהן אילו אסרו מקח וממכר בשבת משום דחלות הקנין הוצאת החפץ מרשות המוכר לרשות הלוקח מחזי כמלאכה, וכעין איסור טבילה בשבת שהוא משום דמחזי כמתקן מנא, הייתי אומר דאם בטל המקח דברי חכמים קיימין. אבל עכשיו שאינו כן, אלא דאסרו משום שמא

יכתוב, ולא היו דבריהם שלא יחול הקנין ולא יצא החפץ מזה לזה, אלא רצו בדבריהם שאדם מישראל לא יהיה נושא ונותן בשבת. וזה כבר עשוי, ומה נשאר שיתקיים מדבריהם על ידי מה דנימא אי עביד לא מהני, ועל כן לא אמרינן בזה אעל"מ.

אלא דלפי זה יכילנא למיפסיל כמה יישובים על קושיות שכתב מהרי"ט ז"ל בעצמו ליישבם בסברתו, דנהי דניהב ליה סברתו בתמורה דעל ידי דנימא אי עביד לא מהני ד"ת יהיו מתקיימין, די"ל דעיקר הקפדת התורה היא שלא יהיה בהמת קדשים מומר באחרת, והרי אי לא מהני לית כאן המרה, מכל מקום במה שאמרה התורה שלא לעשות מלאכה בשבת אי אפשר לומר דהקפידה על העשוי. לדוגמא, דהקפידה שלא יהיה בעולם מכתב שנכתב בשבת, ושלא יבער אש שהובער בשבת, ושלא יהיה מונהג שור וחמור יחדיו משום צער בעלי חיים, כפי שנתנו טעם באיסור כלאי בהמה המחברים דורשי טעמא דקרא, דהא לא אסרה לומר לנכרי לכתוב או לעשות כל מלאכה בשבת, ולא עוד אלא שהקפידה לנכרי שיעשה מעשהו בשבת ולא ישבות, וכן לא אסרה לומר לנכרי שיחרוש או ינהג בכלאים, ואף שיהיה מכתב שנכתב בשבת, ויהיה צער לשור וחמור, אלא על כרחך דההקפדה רק על האדם מישראל הכותב ועושה המלאכה, כי רצה ד' שהישראלי יהיה שובת ביום שבירך וקידש אותו, וכן שבל ישחית נפשו בהתרגל באכזריות לצער נפש בעל חי, ואם כן זה שעשה המלאכה ולא שבת, וכן זה שמשך הכלאים, גם אם תאמר דלא מהני מעשיו, האיסור כבר נעשה, ומה נשאר לקיים ד"ת ע"י שנימא אי עביד לא מהני. אי שלא יהיה תועלת נצמח מהעשוי בשבת ובכלאים, הא על זה לא הקפידה כאמור. וא"כ התירוצים שתירץ הוא ז"ל בעצמו על קושיא ב' וג' הנ"ל וקושיא י"ד שיבא להלן בסמוך אות ח', וכן מה שתירצתי לסברתו קושיא זו הנ"ל כולן נסתרים).

ו. (קושיא י"א לעיל, לדעת שכתב בכתובת קעקע, את"ל דלא מהני הגט מ"מ איסור כתיבת קעקע לא מתקן ואין ד"ת קיימין, ומש"ה לא אמרינן אי עביד לא מהני).

ז. (קושיא י"ב לעיל, דכיון דגם השתא דמקחו קיים אצל הלוקח ליתן לו כל אחד כפי השער, ומה שהוסיף דמים על השער אינו צריך ליתן לו, ואין זה צריך תיקון ע"י שתאמר דלא מהני הקנין ושהמקח בטל, ומה שנשאר מהאיסור הוא מה שהוא עבר על מה דאמר רחמנא ולא שמע לאיסור החכמים זה לא יתוקן גם אם תאמר דלא מהני הקנין, וע"כ לא אמרינן בזה אי עביד לא מהני).

ח. קושיא י"ד לעיל, דבהמוציא שני זוג תפילין גם אם תאמר דלא מהני ולא יצא ידי חובת תפילין, מכל מקום איסורא דבל תוסיף כבר עשוי.

וגם זה אינו מובן לי כ"כ יפה, דמכיון דהוא ז"ל שעשה קושיא מהא, על כרחך לא נחית או לא נכון לו פירושי במ"ש בגמרא לצאת לכ"ע לא בעי כוונה שכתבתי לעיל [ענב א ד"ה בקושיא יד], וע"כ יפרש לצאת לכ"ע כו' דהוצרך בגמרא להקדמה זו, משום דהעושה באופן שאינו יוצא ידי המצוה ל"ש בעשאו בכפלים לעבור משום בל תוסיף, ואם כן השתא נמי כשתאמר אי עביד לא מהני ולא יצא ידי מצוותו,

יהיה ד"ת קיימין, דהרי לא נעשה מצוה בתוספות, דהא לא מהני המצוה דעביד.

אכן זה חלוק הרבה מזה, דודאי אילו בעי כוונה לצאת, הנה המניח תפילין בלא כוונה הוא חסרון בעצמיות המצוה, והרי זה כמניח תפילין בלא פרשיות שלא עשה מעשה מצוה כלל, וע"כ לא שייך בזה לומר שעבר על בל תוסיף על המצוות, שהרי אין כאן מצוה כלל, אבל אחר דלא בעי כוונה לצאת, הנה עצם המצוה עשויה, אלא שאתה בא להכחידה לומר שלא יצא ידי המצוה משום דעבר על מימרא דרחמנא והוסיף ע"כ לא מהני, בזה לא שייך לומר ששוב אינו עובר על בל תוסיף כיון דליכא מצוה, דהא אם אתה אומר שלא עבר על בל תוסיף שוב מהני מה דעבר ועשה מצוה, ושוב עובר על בל תוסיף. ותו, דכך היא אזהרת בל תוסיף, דכל אשר לולי אזהרה זו היה מצוה בתוספות ע"מ שציותיך, אותו לא תעשה. וא"כ יפה עולה תירוצו, דכיון דגם אם תאמר אי עביד לא מהני, יהיה ד"ת לא קיימין. ועמ"ש לעיל בסמוך (אות ה' ד"ה אלא).

ט. קושיא ט"ו, דבקידש חייבי לאוין בביאה אי נמי תאמר דלא מהני וקידושין אין כאן, מכל מקום איסור ביאה יש כאן ואין ד"ת מתקיימין.

(וגם בישובו זה אני מגמגם קצת, דאכתי בכהן גדול באלמנה, דבעל ולא קידש אינו לוקה כדאיתא בפרק עשרה יוחסין (במסכת קדושין דף עח), ולרמב"ם הוא הדין בכל לאוין דכהונה, תיקשי, אי קידשו הני חייבי לאוין אמאי הוה קידושין נימא דלא מהני הקדושין, והוי בעל ולא קידש, ולא עבר).

והנה עיניך לנוכח יביטו, שבלעדי הגמגומים הנ"ל, ובלעדי שהתוס' על כרחך לא נחתו לחילוקו מדהקשו בריש תמורה (דף ד' סוף ע"ב [ד"ה רבא אמר]) מצורם אוזן בכור, ומקושיתם שם [ו,א ד"ה והשתא] דהוה ליה להש"ס לומר דאביי ורבא פליגי בנשבע שלא לגרש, דשם נמי, גם לכשתאמר אי עביד לא מהני אין ד"ת קיימין, דהא אמרה שלא להטיל מום ולא יחל דברו והוא עבר על כך. (ועי' לאבא מארי בח"א מתשובותיו סי קכט פלפול יפה בזה), הנה עוד יישארו עוד שש קושיות מן טו קושיות דלעיל על עמדן. היינו קושיא ג', דהא אם תאמר בשחיטת חוץ אי עביד לא מהני יהיה כנותר בחוץ, ועל נחירת חוץ לא חייבתו רחמנא. וכן קושיא ד' דאם לא מהני שחיטת הבן, הנה על שוחט אותו ונחר את בנו ליכא משום אותו ואת בנו. וכן קושיא ה', דהא אם תאמר דלא יצא ידי חובת קריעה, הוה מקלקל, וכל המקלקלין בשבת פטורין. וכן קושיא ח', דהא לכשתימצי לומר דלא מהני השחרור ד"ת קיימין שיעבוד בו לעולם. וכן קושיא ט', דהא אם תאמר דאינו גט לא נהנה מאיסורי הנאה. וכן קושיא י"ג, דהא את"ל דלא מהני שחיטתו לא נהנה כלל מסכין של ע"ג, דלאכילה לא התיר הסכין, ולהשליך הנבלה לכלבים, אי נמי שבק להמסוכנת עד שמתה נמי היה יכול להשליכה לכלבים.

חילוק ב [היכא דאפשר לעשות בהיתר ל"א אעל"מ]

בש"ך חו"מ הל' מקח וממכר (סי' רח ס"ק ב) חילק דעד כאן לא שייך לומר

אי עביד לא מהני, אלא כהאי דתמורה ואינך דמייתי בש״ס, ובנשבע שלא לעשות שבהג״מ, דכל הני א״י לעשותו בהיתר כלל, אבל היכי דאפשר לעשות מעשה זה בהיתר לא אמרינן אי עביד לא מהני[60].

ואם כי הוא ז״ל בא ליישב בזה רק הקושיות שהביא, והיינו קושיא ב׳ וקושיא י׳ וקושיא יב דלעיל, והיינו דבעקוץ תאינה, ובמוכר בשבת והמוסיף על השער, הא אפשר היה לו לעשות מעשה המכירה בלי עקיצת תאנה ובימי החול ולמכור כפי השער, מכל מקום מתישב על דרך זה כל החמשה עשר קושיות, דבקושיא א׳ וד׳ פשיטא דאפשר שיעשה מעשה שחיטה למחר ביום החול, וכן אפשר לשחוט הבן למחר אחר ששחט האם היום, וכן באינך קושיות פשיטא מילתא דאפשר שיעשה בהיתר, חוץ מקושיא ג׳ דלכאורה לא שייך לומר דאפשר שיעשה מעשה השחיטה בהיתר, והיינו שישחוט בפנים[61], דהא בפנים אין חטאת עוף טעון שחיטה אלא מליקה. ומכל מקום נ״ל די״ל כיון דאמרינן דמליקתו זו היא שחיטתו שפיר מקרי מעשה שחיטה אפשר לעשותו בהיתר, ולא אזלינן בתר שמא, מה שקורין לזו שחיטה ולא מליקה, דמכל מקום תרוויהו שחיטה הן. לבר מקושיא ח׳ דלא מתישבת, דהא מעשה שחרור אי אפשר לעשותו בהיתר, דאם אין להעבד טענה על הרב שיהיה משלם לו גמול ואין צורך בו למצוה דרבים, כגון להשלימו לעשרה, אי אפשר להרב לשחררו בלי יעבור על העשה.

ולכאורה היה נ״ל דסברא זו של ״אפשר לעשותו בהיתר״ אין צריך שיהיה אפשר לו ושיהיה בידו לעשותו בדרך היתר, אלא כל שיש מציאות למעשה זו שתהא עשויה בהיתר שוב ל״א ביה אי עביד לא מהני. ומציאות היתר איתא גם במשחרר עבדו, כגון אם הרב חייב לו גמול או אם יזדמן מצוה דרבים.

אך אי אפשר לומר כך, דאם כן האיך הקשה בגמרא על רבא ממגרש אנוסתו, והא יש מציאות למעשה גירושין זה שיהיה עשוי בהיתר, כגון דתאמר היא לא בעינא ליה ורצוני להתגרש ממנו. גם בנשבע יש מציאות אם ילך אצל חכם ויתיר נדרו[62], ואף בנשבע על דעת רבים יש מציאות שאותן רבים יסכימו להתיר השבועה, או אם יקרה מה אשר על ידו יהיה מצוה להתיר, וכבר דיבר מזה אאמ״ו ז״ל בתשובה בח״א סי׳ קכט.

ואיך שיהא, הנה התוס׳ על כרחך לא שיערו לחילוק זה, מדהקשו בריש תמורה (דף

60 עיי׳ שדי חמד כלל סא.

61 עיי׳ נוב״י מהדו״ת סי׳ ט שכתב דעל פי יסוד זה מתורצת הקו׳ משחוטי חוץ, ודחה דיש לחלק בזה ״דבשלמא שוחט בשבת ויוה״כ לא אזהר רחמנא בפירוש לא תשחט בשבת רחמנא אזהר לא תעשה מלאכה וממילא שחיטה בכלל שאר מלאכות, בזה אמרינן כיון שהשחיטה יכולה להיות בהיתר אלא שאיהו עבדה באיסור ששחטה בשבת, גם לרבא אי עביד מהני, אבל מה שאזהר רחמנא בפירוש על דבר זה אפילו דבר שאפשר לעשות בהיתר רחמנא אזהר שלא יעביד באיסור כמו שחוטי חוץ דרחמנא ענש בפירוש השוחט בחוץ״.

62 עיי׳ חכמת אדם הלכות אישות בינת אדם סי׳ לא ד״ה אך הדבר תמוה, שמקשה כן.

ד׳ סוף ע״ב) על רבא משוחט הפסח על החמץ, והרי אפשר למעשה שחיטת הפסח לא על החמץ[63].

חילוק ג [היכא דיומא קא גרים ל״א אעל״מ]

מה שיש מתרצים על קושיות א׳ וב׳ דלעיל דאיסור דיומא קא גרים לא אמרינן ביה אי עביד לא מהני[64], ובזה לכאורה מתיישבים מקושיות דלעיל רק מעט, היינו אותן שהן במעשים שיש בהן חילול שבת, (ואולי בדוחק גם קושיא ד׳, די״ל דאיסור אותו ואת בנו נמי יש להכניס בכלל יומא דקא גרים, יען דשחיטת הבן אסור רק ביום זה שנשחטה אמו), אבל אינך קושיות לא מתישבות כלל.

חילוק ד [היכא דאין האיסור מצד עצמו ל״א אעל״מ]

אך הט״ז בחו״מ (סי׳ רח) זה לשונו ״משא״כ במוכר בשבת שהאיסור מצד שהיום גורם, ומשום הכי נמי בנשבע שלא למכור האיסור מצד השבועה כו׳, ומשום הכי נמי במקח שנעשה באיסור (רבית) אין האיסור בעיקר מכירה רק בתוספת דמים, על כן אי עביד מהני כו׳, דדוקא ביש ריעותא בעיקר המעשה הוי כאלו לא נעשה״ עכ״ל הזהב.

ובדבריו מתיישבים כל הקושיות דלעיל, לבר קושיא ח׳, דהא האיסור דקעבר הוא בעיקר מעשה שחרור כמו שהאיסור דמימר והמגרש אנוסתו הוא במעשה התמורה והגירושין. אבל בקושיות ג׳ וד׳ י״ל דלא מקרי בעיקר מעשה, דשחיטת חטאת עוף וכן שחיטת הבן לא אסרה התורה, והאיסור רק מן הצד, במה שזה בחוץ, וזה ביום שנשחטה אמו. וכן בקושיות ו׳ וז׳ לא אסרה קנין שור ומשיכתו ולא מכירת חפץ זה, והאיסור רק מן הצד אשר משך השור והחמור יחדיו, ואשר אינה אותו. וכן קושיא ט׳ וקושיא יא לא אסרה כתיבת הגט, והאיסור רק מן הצד אשר כתב על איסורי הנאה. ואשר כתב בכתובת קעקע, וכן קושיות יג ויד וטו אין איסור לשחוט מסוכנת ולא להניח תפילין ולא לגרש חייבי לאוין, והאיסור רק מן הצד אשר שוחט בסכין של ע״ז, ואשר מניח עוד זוג תפילין ואשר מקדש חייבי לאוין בביאה.

אלא דאם כן יהיה לכללא דבאיסור דיומא קא גרים לא אמרינן אי עביד לא מהני, הרגיל על לשון חכמים, מרפה, דאין אנו צריכים לו, דדי בכללא דכל שאין האיסור וריעותא בעיקר המעשה לא אמרינן אי עביד לא מהני, וממילא מיושבים גם הקושיות ממעשים שיש בהן חילול שבת, דהא עיקר מעשה השחיטה או מעשה הקנין הוא כהוגן, והאיסור הוא מן הצד משום איסור שבת.

והנה גם בסברת הט״ז לא מתורצת קושיא ח׳ לעיל, דהא איסור לשחרר הוא בעיקר מעשה השחרור.

63 עיי׳ שער המלך פ״ג מגירושין הי״ט שהוכיח כן, ועיי׳ נוב״י המצויין לעיל הע׳ 61, ובחאו״ח סי׳ קלו. ועיי׳ נתיבות סי׳ רח ס״ק ב.

64 עיי׳ שדי חמד כלל סב.

גם חילוק זה על כרחך התוס׳ לא שמיע ולא סבירא ליה, מדהקשו מהשוחט פסח על החמץ, ושם אין האיסור בעיקר השחיטה אלא מצד החמץ שיש לו.

אמנם גם מה שמוסיף הט״ז בזה מהנשבע שלא למכור אני מהסס, ומי יתן ואדע למה במגרש אנוסתו מקרי ריעותא בעיקר הגירושין אף שנכתב ונחתם ונמסר בהכשר ככל גיטי דעלמא, משום דהתורה אמרה שלא לגרש אנוסתו, ובנשבע שלא לגרש אמרינן דאין הריעותא כי אם מצד, והרי על ידי השבועה נמי יש איסור שלא לגרש. ואי דהתם התורה הטילה האיסור, והכא האדם עצמו הטיל האיסור, הא זה הוא מה שכתבו התוס׳ ריש תמורה (דף ה׳ סע״א) דבאיסור שבודה אדם מלבו שאני, ולא אמרינן אי עביד לא מהני. והט״ז הא לא נכנס לחילוק זה, ונתן טעם אחר בנשבע שלא למכוך, והוא הדין שלא לגרש, דמאי שנא[64]*.

ואי נמי תאמר דשלא למכור שכתב בהגה״מ דאם עבר ומכר לא מהני, דעליה קאי הט״ז, מ״ש הט״ז ״ומש״ה נמי בנשבע כו׳״, היינו להצדיק הש״ע שפסק דלא כהגה״מ הוא דוקא, ונימא דבנשבע שלא לגרש גם הגה״מ מודה דמהני מטעם שבתוס׳ ריש תמורה (דף ה׳) דאתקיש גירושין למיתה, מכל מקום אשאל שאלה זו כהווייתה על הנשבע שלא למכור למה לא מקרי ריעותא בגוף המכירה, כמו במגרש אנוסתו, ובשלמא באינך תרתי שבא הט״ז ליישב, במוכר בשבת ובהוסיף על המקח, יש להסביר דמעשה מכירת חפץ זה ממוכר זה ללוקח זה לא אסרה התורה, ומה שאסרה הוא רק הצדדים שבו, אשר עושה המעשה בשבת, ואשר עושה בצד רבית, אבל במגרש אנוסתו אסרה לו עצם גירושין אלו, אבל בנשבע שלא למכור ושלא לגרש דגם כן אסור לו עצם מכירה וגירושין, קצרה דעתי מהבין מה בין זה לבין מגרש אנוסתו.

חילוק ה [כשכלול בלאו גם איסורים של״ש לומר בהם דל״מ ל״א בזה אעל״מ]

והוא נראה לכאורה המובחר שבכולן אשר כתב אבא מארי הגזצ״ל בתשובה (סימן הנ״ל), דמה דאמר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד כו׳, הרצון דמפרשינן הלאוין שבתורה כך, דכולל שתיים, היינו אזהרה שלא תעשה דבר זה, ושלילה שבל תוכל לעשותו, כי גם אם תעביד לא מהני עבידתך. וזה יכון בהני דמייתי בגמרא עליה, כלאוי דמגרש אנוסתו ודתמורה ודמכירת חרמי כהנים ואינך דמייתי שם, דיש לפרש נמי שלא יועיל השילוחין והתמורה והמכירה, אבל הלאו ״כל מלאכה לא תעשו״ הנאמר בשבת אי אפשר לפרש גם כן שכל מלאכה שתעשה לא יועיל, דאטו ליכא מלאכות שבת מועילים כגון הבונה והצובע וכדומה, ועל כרחך פירוש הלאו,

64* לכאורה היה נראה לבאר את שיטת הט״ז כך, דהנה יש להסתפק באיסור דבל יחל, אם הגדר הוא דאדם יש בכחו לאסור על עצמו איסורים, או שהאיסור הוא מצד חילול הדיבור, ועיי״ בזה בהע׳ לשו״ת רבינו חיו״ד סי׳ א הע׳ 4. ומדברי התוס׳ שנתנו טעם דבאיסור שבדה מלבו לא אמרינן אעל״מ מוכח דהגדר הוא שזה איסור שהוא עושה, אך הט״ז סובר שהאיסור מצד חילול הדיבור, ולכן אין המעשה עצמו אסור, כי אם על ידי המעשה הוא מחלל את דיבורו.

אזהרה לחוד שאינו רשאי לעשות מלאכה, לא שלא יועיל מה שעשה[65].

ונ"ל דלא הקושיות ממעשה שיש בה חילול שבת לחוד מחיישבות בהכי, אלא גם הרבה מאינך קושיות דלעיל, כגון קושיא ז', דהלאו דלא תונו נמי אי אפשר לפרש דגם אם תונה לא יהיה מהני כי אם תצטרך להחזיר האונאה, דהא קושיא זו מיוסדת לצד שתאמר דלאו זה איכא גם באונאה פחות משתות כמבואר אצלנו בענב א, ובפחות הא באמת אין צריך להחזיר, ועל כרחך פירוש לא תונו אזהרה לחוד.

וכן בקושיא ט', וכן בקושיא יג אא"ל לפרש מ"ש שלא ליהנות ר"ל אזהרה וגם שלילה שלא תוכל ליהנות כי לא יהיה מהני (לדוגמא נדון הקושיות דתאמר דאינו גט ואינו שחיטה ולא יהיה לך הנאה), דאטו ליכא הנאה שאא"ל בו שלא יועיל, כגון איסורי הנאה שאכלו או הריח בו, וכן בקושיא יא אא"ל לפרש שלא יועיל הכתובת קעקע, דאטו ליכא כתובת קעקע בדבר רשות לא בגט, ומה לא יועיל שייך ביה, וכן בקושיא טו אא"ל לפרש לאו דלא יקח האמור בחייבי לאוין שגם לא יהיה מועיל, דאטו ליכא ביאה שלא קידשה בביאה זו דלא שייך בה לא מהני.

אבל בקושיא ז' אין צריך גם לזה, אלא גם אם יסבול הלאו ג"כ שלא יוכל להונות כי לא מהני, מכל מקום לא מצינו עדיין אלא שלא יועיל מה שהונה לעמיתו אבל לא מונח בזה שלא יועיל המכר.

ועל כן גם קושיא יב מתיישבת בכך, דאי נמי תפרש מה שאמרו ז"ל שלא להוסיף על המקח, היינו גם כן שאינו יכול להוסיף כי לא יהיה מהני, ויהא צריך להחזיר הנוסף, וכך הוא האמת, מכל מקום לא מונח בזה שהמקח לא מהני.

וכן בקושיא יד, גם אם תפרש הלאו דלא תוסיף עליו גם כן שאינך יכול להוסיף כי לא יהיה מהני הנוסף. שמענו שאף שהנחת תפילין הוא מצוה, מכל מקום אין אתה יכול להוסיף מצוה, שאם תניח עוד תפילין, הנוסף לא יעלה לך למצוה. אבל שגם לא יעלה לו מצוה מזוג אחד משניהם שהניח זה לא שמענו.

ואולם הקושיות שלא יתישבו בזה הן קושייות ג' וד', דלאו דשחוטי חוץ ודאותו ואת בנו שפיר יש לפרש ג"כ שאי אתה יכול לשחוט בחוץ, ואי אתה יכול לשחוט אותו ואת בנו ביום אחד, כי לא יועילו ולא יהיה מהני שחיטות אלו.

גם קושיא ח' לא תהיה מתורצת, דהא על כרחך יאמר אאמ"ו ז"ל שגם בלאוין הבאים מכלל עשה מפרשינן גם שלילה, דהא בגמרא הקשו על רבא מתורם מן הרע כו', וע"כ יאמר דלרבא יפורש "בהרימכם את חלבו ממנו מחלבו אין מגרוע לא", מגרוע אינך רשאי להפריש, וגם אינך יכול, כי אם תפריש לא יהא מהני, ואם כן נפרש לאו הבא מכלל עשה דשחרור כך, והיינו "לעולם בהם תעבודו" ואי אתה רשאי לשחררו, וגם אי אתה יכול לשחררו כי לא יהיה מהני השחרור.

ומה שכתבתי אני ביישוב הקושיות בדעתי העניה בעיניך תביט [בענב א].

65 עיי' מנחת חינוך מצוה תסא שגם כתב יסוד זה.

ענב ג

[בסתירת דבורי התוס׳ בענין שוחט פסח על החמץ]

בפרק תמיד נשחט (במסכת פסחים דף ס״ג ע״א) על מה דאיתא התם במתני ״השוחט את הפסח על החמץ עובר בל״ת״. כתבו בתוס׳ ״אומר ריב״א דהפסח כשר דהא לא שינה עליו הכתוב לעכב״. ובתוס׳ ריש מסכת תמורה (דף ד׳ סע״ב) הקשו לרבא דאמר אי עביד לא מהני ״אם כן השוחט פסח על החמץ לפסול. וי״ל דבירושלמי יש קרא להכשיר״.

ודבריהם כסותרים זה את זה, דמשמע דהריב״א לא סבירא ליה לקרא להכשיר, ותעמוד קושיית התוס׳ על רבא. וראיתי כתוב שהפ״ח הקשה כן.

ונ״ל על פי היסוד שכתבתי דטעם אי עביד לא מהני מפני דהוי כעושה בלא כוונה, ושעל כן לא שייך אי עביד לא מהני כי אם במעשה שהצריכה התורה כוונה, ושעל כן השוחט קדשים באופן שיש איסור עם השחיטה הנה נחשבהו כשחיטת חולין לטהר מידי נבלה מפני דשחיטת חולין אינה צריכה כוונה ולא שייך אי עביד לא מהני ואינה שחיטה. ולא נחשבהו לשחיטה מחוייבת לקרבן כיון דשחיטת קדשים בעי כוונה אמרינן לגבי הא אי עביד לא מהני.

והנה על קדשים נופל מילת ״כשר״ ומילת ״פסול״, כי אומר זבח זה כשר וזבח זה פסול, ואולם על חולין נופל רק מילת ״כשר״ כי אומר בהמה זו כשרה, אבל לא אומר בהמה זו פסולה, כי אם אומר עליה מילת טריפה, נבלה או אסורה. וע״כ בקדשים נופלים שני אלו התוארים גם יחדיו, כי אוכל לומר זבח זה כשר ופסול, והיינו כשר מהיות בו איסור טריפה או נבלה, ופסול משיעלה לו לקרבן.

עתה הביטה וראה חילוק בין לשון התוס׳ בפסחים ללשון התוס׳ בתמורה הנ״ל, דבפסחים איתא ״אומר הריב״א דהפסח כשר״, ובתוס׳ תמורה איתא ״א״כ השוחט כו׳ לפסול״, וי״ל דלא ראי זה כראי זה, דבפסחים דברו מענין אחד, ובתמורה מענין אחר. דהנה יש בהפסח הזה שנשחט על החמץ לדון בו על שני דברים אם הוא כשר או אסור, ואם תימצי לומר כשר, אם עלה לו לקרבן פסח או לא.

ואומר מעתה דהריב״א בתוס׳ פסחים דן על הראשון אם הוא כשר או אסור ואמר שהוא כשר, דעל זה אין צריך קרא דהרי הוא שחוט לפניך, ואי דעבר על מימרא דרחמנא ותאמר אי עביד לא מהני, זה אי אפשר לך לומר, דהא לטהר מידי נבלה, שחיטה בלא כוונה נמי מטהרת, ומחמת אי עביד לא מהני לא הוי כי אם כעשוי בלא כוונה. ואולם התוס׳ בתמורה הקשו דבר אחר, דמכדי, פסח זה שנשחט על החמץ אינו כשר לחוד כי אם עולה לו גם כן לקרבן פסח ואין צריך להביא אחרת וכדאיתא בתוספתא (הביאוה בתוס׳ פסחים הנ״ל) ״השוחט כו׳ על החמץ עובר בלא תעשה והפסח עצמו כשר ויוצא ביו יד״ח״, והקשו לרבא כו׳ השוחט כו׳ לפסול, רצונם יהיה הזבח פסול דהא מחוסר לו עבודת השחיטה, דלגבי קדשים אינו שחיטה כי אם בכונה, ואמרינן אי עביד לא מהני והוי כנשחט בלא כוונה. ועל זה כתבו וי״ל דבירושלמי כו׳. (דאא״ל דקרא אתא דכשר לבד שאינו נבלה, דעל זה אין צריך קרא

כאמור. ותו, דקרא זה הוא מה דאמר חזקיה התם בירושלמי דכתיב לא תזבח על חמץ דם זבחי הכתוב קורא זבחי, הרי מפורש דכשר גם להיות זבח קרבנו).

ואולי התוס׳ בפסחים רמזו בעצמן על כך, דז״ל שם ״השוחט כו׳ על החמץ אומר ריב״א דהפסח כשר דלא שינה עליו הכתוב לעכב, ובתוספתא דמכילתין תניא בהדיא השוחט כו׳ על החמץ כו׳ והפסח כשר ויוצא בו יד״ח בפסח״, ואין זה בסגנון הרגיל בתוס׳, אלא היה להם להביא תחילה את התוספתא ולכתוב עליו ״והריב״א אומר דהטעם משום דלא שינה עליו כו׳״.

ועל כן י״ל, דהנה לענין שיצא יד״ח דשייך ביה אי עביד לא מהני, אין החלט אי סגיא במה דלא פירשה התורה שאינו יוצא ול״צ קרא על כך, או דלא סגיא אלא צריך קרא, דהא זה תלוי בפלוגתא דאי עביד לא מהני, דלאביי אין צריך קרא, דאף דעבר על מימרא דרחמנא ושחט על החמץ, הא אביי סבירא ליה אי עביד מהני, אולם לרבא צריך קרא להכשירו לקרבן. ויהיה המשך הדברים כך, דהריב״א אמר דהפסח כשר (ואף דליכא קרא להכשיר) דהא לא שינה כו׳, וכל דלא פירשה התורה לאסרו ממילא הוא כשר, גם לרבא דסבירא ליה אי עביד לא מהני. וכתב מסדר התוספות על זה ״ובתוספתא כו׳ כשר ויוצא בו יד״ח״, כאומר דבתוספתא יש יותר מזה שיוצא בו נמי יד״ח, ולזה אפשר לא סגיא הטעם דהא לא שינה עליו כו׳, אלא הוא מטעם קרא המפורש דיוצא בו, והיינו קרא דבירושלמי שבתוס׳ תמורה. ועכ״פ מיושבת קושית הפ״ח היטב דאין כאן סתירה.

אבל הקושיא שהקשיתי אני בגרעינים (גרעין ה׳ עיין שם) עדן לא מתורצת בהכי, דנהי נמי דהריב״א לא דיבר כי אם מן כשרות הפסח לא מן יציאת ידי חובה בו, מכל מקום מאי קסבר, אי שמיע ליה קרא שבירושלמי לענין שיוצא בו ידי חובה תיקשי לאביי למה לי קרא, ואי לא סבירא ליה האי קרא תיקשי לרבא למה יוצא בו ידי חובה, נימא אי עביד לא מהני. וכן על התוס׳ בתמורה הנ״ל דנקטו להאי קרא תיקשי לאביי למה לי קרא.

וי״ל דמכאן סייעתא למ״ש [אשכול ב] דמאי דאמר חזקיה בירושלמי דכתיב זבחי, הכתוב קוראו זבחי, הוא משום דחזקיה סבירא ליה כרב אשי בפרק השולח דעבדיי משמעו על עכשיו. אבל לרפרם דעבדיי ר״ל עבדיי שהיה כבר ה״נ יפורש זבחי שהיה כבר. וא״כ הרי זה נכון, דרבא סבירא ליה דאיכא קרא, היינו דס״ל נמי כר״א, אבל על אביי אין קושיא קרא למה לי, די״ל דהוא ס״ל כרפרם, וממילא באמת ליכא קרא דזבחיי, דנפרש מאי זבחי זבחי שהיה כבר.

ענב ד

[בענין עדים שהעידו בישיבה אם שייך לומר בזה אעל״מ]

הר״ן בפרק שבועת העדות [יד,א בדפי הרי״ף] תמה על אותן דס״ל דעדים שהעידו בישיבה אינו עדות גם בדיעבד, (לא כדקיי״ל בש״ע חו״מ סי׳ כח סעי׳ ה׳), דא״כ

האיך מושיבין לעד תלמיד חכם, וכי מכשירין עדות פסול משום כבוד התורה, והול"ל דתלמיד חכם לא ליסהד כלל.

ונ"ל על פי מה שהקשיתי בגרעינים (גרעין ז'), אמאי לא שייך נמי בחליצה בלא רקיקה, ובציצית בלא תכלת אי עביד לא מהני. כמו בתורם מן הרע על היפה.

והנלענ"ד בישוב זה, דחילוק יש בין מצות עשה שהיא תכסיס להמצוה העיקרית, לבין מצות עשה שהיא אצל המצוה העיקרית. רצוני, דהיכי שצוותה התורה על מעשה מה, וציותה על אופן העשיה, דאז עצם המעשה ואופנה מתאחדים, דאין לפנינו אלא מעשה אחת העשויה באופן כך, או עשויה בלא אופן כך, הנה אם עבר על האופן, חטא ואשם בעצם המעשה, ושייך ביה שפיר דמה דעבד — היינו המעשה שעשה לא באופן דאמר רחמנא — לא מהני, וזהו ענין תורם מן הרע כו', דבמה שציוה רחמנא להיות תורם מן היפה אין בו אלא חד מעשה, היינו מה שתורם, ואולם במצות חליצת הנעל, הנה היריקה לפניו אינה תכסיס החליצה, ולא אופן לה, דאין היריקה מתאחדת עם חליצת הנעל, אלא היא מצוה אצליית, והיא מצוה שאצל מצוה העיקרית, ולא שייך לומר אי עביד לא מהני, דבעצם החליצה אין בה שינוי מאום ממה שאמרה התורה, דאי נמי היתה יורקת בפניו לא היתה חליצה משתנית באופן ממה שהיא עכשיו, וכן בציצית אי נמי היה מביא תכלת לא היה הלבן עשוי באופן אחר ממה שהוא עשוי עתה, וא"כ בעצם מעשה החליצה והלבן לא עבר על מימרא דרחמנא, אלא עבר במה שלא עשה עמו מצוה האצליית, ועל כן לא שייך לומר דהמעשה דעביד לא תהני.

והנה מה שצורך להעיד בעמידה שהוא משום דכתיב "ועמדו שני האנשים" דאעדים קאי, וסבירא להו להני פוסקים דאם העידו בישיבה אין עדותן עדות, וכפשטיה לשון הש"ס בפ"ב דמסכת זבחים (דף טז ע"א) "מה ליושב שכן פסול לעדות" קשה ג"כ לכאורה מהיכי תיתי לך דהעמידה מעכב, והא לא שינה עליו הכתוב לעכב, ומאי שנא מחליצה דכתיב נמי "וירקה", ומכל מקום איצטריך לכתוב "ככה" לעכב, ומאי שנא מתכלת דכתיב "ונתנו כו' פתיל תכלת", ומכל מקום אין התכלת מעכב.

וי"ל בישוב זה נמי ממה שקדם זכרו בסמוך, והיינו דאומר, דשאני מצות עשה דועמדו כו', מן מצות עשה דוירקה, דהראשון הוא תכסיס המעשה ואופנה, ואין כאן אלא מעשה אחת היינו הגדת העדות, והשני הוא מעשה בפני עצמה זולת חליצת הנעל, וכן מתן התכלת הוא מעשה אצליית גבי מצוה ומעשה עשיית הלבן ככתוב "ונתנו על ציצית הכנף כו'". ועל כן במצות עשה דועמדו, אם ישב ולא עמד שינה האופן ועבר בגוף המעשה ואמרינן ביה אי עביד לא מהני. ולא משום דעמידה בעצמותה מעכבת.

ולפי הדברים תמיהת הר"ן סרה, ואף רושם קושיא לא נשארה, דכיון דכל טעמא דבישיבה אינו עדות הוא משום דעבר אמימרא דרחמנא, הנה בעדים תלמידי חכמים, דמצות עשה דכבוד התורה עדיף, ולא עליהם יהיה מצות עשה דועמדו, וכשמעידים בישיבה לא עברו על מימרא דרחמנא, על כן אין אנו מכשירים עדות פסול, אלא דמעיקרו לית כאן פסול, דהא גם באינו ת"ח אין העמידה מעכבת. אלא דעיכובא משום דעבר על מימרא דרחמנא, והת"ח הא לא עברו ולא כלום.

ענב ה

[בעשה מעשה בעבירה באופן דגם בנעשה מאליו מועיל, אם אמרינן בזה אעל׳מ]

בתוספות ריש מסכת תמורה (דף ד׳ סוף ע״ב) הקשו בצורם אוזן בכור דאסור משום קנס, תיפוק ליה דליתסר משום דעבר על מימרא דרחמנא ונימא אי עביד לא מהני, ותירצו דלא גרע מנפל בו מעצמו דשרי.

וקשה טובא, אם תאמר דאיתא לסברה זו, מאי מקשה בגמרא שם (ריש דף ו׳) על רבא מגזל עצים ועשאן כלים דקנאן בשינוי אמאי לא אמרינן אי עביד לא מהני, ומאי קושיא, הא שינוי דממילא (בטלה ונעשה איל ואינך) נמי קונה, ואם כן נימא דלא גרע מנפל בו שינוי מעצמו דקני.

וקושיא זו הקשני ש״ב הרב מוהרמ״מ יפה הגאב״ד דק״ק פארדאן, וכתב שמצאה אח״כ בספר פתח הבית ושתירוצו אינו מובן לו. וגם אני שמעתי אח״כ שהיא כתובה בספר נתיבות המשפט[66], ושני הספרים אינם בידי לעיין בהם.

ולכאורה היה ג״ל, דבפרק מרובה (סוף דף ס״ה) הקשו בתוס׳ למה לי תרי קראי לשינוי קונה, אשר גזל והן ולא שינוייהן. ולענ״ד יש ליישב קושיא זו ממה שכתבו התוס׳ שם (ד״ה ואי), דר״ח דסבירא ליה שינוי אינו קונה ״היינו כי האי דטלה ונעשה איל, אבל הא פשיטא דשינוי קני״. הרי דסברא יותר בשינוי ע״י מעשה דקונה מבשינוי דממילא, ואם כן אילו כתיב חד קרא הוה אמינא דרק שינוי ע״י מעשה קונה.

והנה על קושיא זו מגזל עצים ועשאן כלים משני שם בגמ׳ ש״ה דכתיב אשר גזל, וא״כ המקשן דלא ידע מהאי קרא וידע שינוי קונה רק מקרא דהן ולא שינוייהן ממילא היה סבר דשינוי דממילא אינו קונה, ויפה הקשה דלרבא שינוי על ידי מעשה נמי לא יקנה משום אי עביד לא מהני, דהא אילו נפל השינוי מעצמו לא היה קונה, ומאי דקיי״ל דשינוי ממילא נמי קונה הוא אחר שידענו גם מקרא דאשר גזל.

ובתוס׳ בב״ק שלא תירצו כתירוצי (אלא דחד קרא לשינוי החוזר לברייתו כו׳) באמת לא יסברו סברת התוס׳ בתמורה. ועל קושייתם מצורם אוזן יתרצו דהיכי דלא מתקיימים ד״ת על ידי דאמרת אי עביד לא מהני, לא אמרינן דלא מהני כסברת מהרי״ט שהזכרנו לעיל.

אפס חזרתי מזה לאחורי, דהא באמת יוקשה על התוס׳ בב״ק על מה ולמה מיאנו לתרץ כתירוצי. ונ״ל דה״ט משום דפשוט בעינם (או מוכרח להם מקושייתם מצורם אוזן) סברתם דלא גרע מנפל ממילא. ועל כן, בדין מיאנו לתרץ כתירוצי, משום דתינח לאביי דסבירא ליה אי עביד מהני, אבל לרבא אי נמי כתיב חד קרא על כרחיה נפרשו לקרא בכל שינוי אף דממילא, דאי תפרשו רק בשינוי שעל ידי מעשה תיקשי אמאי קנה על ידי מעשה

66 סי׳ לד ס״ק ה, וסי׳ שסא ס״ק א. וכתב דאיירי בשינוי החוזר לברייתו דקונה רק בעשה בידים, והקצות במשובב נתיבות שם כתב דקושיית הגמ׳ לא על מעשה השינוי אלא על הגזילה דלא ליקני וממילא אין השינוי מועיל. ועיי׳ מה שביאר בזה בשו״ת עונג יו״ט סי׳ כט, ובשו״ת פרי יצחק ח״ב סי׳ סג ובאבן האזל הל׳ נזקי ממון פ״ז.

נימא אי עביד לא מהני כיון דלא שייך לתרץ דלא גרע מנפל שינוי מעצמו, דהא אמרת דבנפל בעצמו לא קנה (דודאי בעוד שאין לנו הכרח לומר דגזירת הכתוב הוא לומר דהכא מהני מהיכי תיתי לומר כך).

ומכיון שכן המקשן דהקשה על רבא, אי נמי ידע רק מקרא דהן כו׳ לחוד, מכל מקום לא היה ליה להקשות קושייתו, דהא לרבא סגיא בחד קרא לדעת דגם שנוי דממילא קונה. וממילא לא קשה שינוי שעל ידי מעשה לומר אי עביד לא מהני, דהא לא גרע מנפל מעצמו.

ברם כך אמרתי ליישב, דהא מסוגיא דתמורה יוצא דכל היכי דאיכא קרא דמהני לא מקשינן מיניה לרבא. (רצוני דגם לא באחד ממה דמשני שם דאיכא קרא הקשה ונילף מיניה). וא״כ האי מקשה מגזל עצים כו׳ על כרחך לא ידע מקרא כלל, והיה סבור דטעם מתני׳ דשינוי קונה הוא מן הסברא[67]. ומאי היא הסברא, משום דפנים חדשות באו לכאן ואינו מה שהיה, דעצים וצמר היה של הנגזל, לא כלים ובגדים. ועל זה ודאי תפול השאלה אכתי מה חזית דהפנים והבריאה נתחדש ונברא להגזלן ולא להנגזל, ויהיו שניהם שוים בו, ויהיה כל הקודם מהן זכה. וא״ת אה״נ דכהפקרא הוא, אלא הואיל שביד הגזלן הוא זכה בו מן ההפקר, דאטו לא מיירי גם בדלא קאי בחצירו דהגזלן. ותו, דטפי מסתבר לייחס הבריאה חדשה להנגזל, שהרי מגלמו נברא, מעצו ומצמרו נתחדשו הפנים, והגזלן מה בעי הכא, הלא לזר יחשב. אבל יש סברא לייחסו להגזלן, מפני שהוא בראו להבריאה זו החדשה, ידיו כוננוהו, באצבעותיו פסלה יצרה ועשאה.

וזהו בשינוי שע״י מעשה דידיה, אבל בשינוי דממילא ודאי מסברא הוא של הנגזל, או שעכ״פ זכות שניהם שוה בו, ועל כן יפה הקשה דנימא אי עביד לא מהני, וכיון דלא מהני מעשיו וכלא עשה דמי הוי כנפל השינוי דממילא דלא קני הגזלן.

ענב ו

[אם סברת רבא דלקי על דעבר על מימרא דרחמנא שייך גם בשאר עונשים]

מן החקירה אצלי בהא דאמר רבא אי עביד לא מהני, ומה דלקי משום דעבר על מימרא דרחמנא, אם זה שייך גם בשאר עונשין דחמירי ממלקות, לומר אף דהמעשה שחייבה עליו התורה העונש החמור לא מהני, מכל מקום ענוש יענש בו משום דעבר על מימרא דרחמנא, או לא.

וטעם ספיקתי, דודאי חילוקי העונשים, דעל עבירה זו סופג ארבעים, ועל זו מיתת ב״ד, ועל אחרת כרת, הוא כפי קלות וחומר מעשה העבירה, וי״ל דזה שייך אם מה דעביד מהני, דאז י״ל דתקלתו ופגיעתו בנפשו במעשה זו גדולה מבזו.

67 עיי׳ קצות סי׳ שס ס״ק ב שמתקשה בדברי הגמ׳ תמורה שמקשה על אביי אשר גזל למה לי, וקשה דאף אי נימא אי עביד מהני מכל מקום מנלן דשינוי קונה, ומוכח דאפשר ללמוד מן הסברא. ועיי׳ קובץ שיעורים ב״ק אות ק, ודבר אברהם ח״א סי׳ א אות יז בהגהה.

לדוגמא, בחילול שבת פגיעתו יותר מבחילול יום הכיפורים, ועל כן זה בסקילה, וזה רק בכרת, ובחילול יום הכיפורים יותר פגע מבאכילת נבלה, על כן זה בכרת וזה במלקות ארבעים, אבל היכי דלא מהני מה דעביד, ועונשו רק משום דעבר על פי ד׳, הכא והכא עבר בשוה (ומה לי דעבר על מימרא דרחמנא שהזהירו משבת או שהזהירו מיום הכיפורים או מנבלה, כולם מוצא פי ד׳ המה) ועל כן גם עונשו שוה, ובכולם רק לוקה ארבעים.

ויש אולי ראיה מכח קושיא, הקשיתיה בגרעינים (גרעין א׳), דלפי זה שפיר אמר רבא [זבחים סט,א] ״אם הועילה שחיטת חוץ לחייבו כרת לא תועיל לו לטהר מידי נבלה״, דלא תיקשי קושייתי דילמא לא הועילה לטהר משום דאי עביד לא מהני, ומה דהועילה לחייבו כרת הוא על מימרא דרחמנא, דנהי דניחא שתועיל לחייבו מלקות, מכל מקום כרת מה עבידתא, כיון דלא מהני שחיטתו, לא פגע ולא נגע בחומר המעשה שהיא שחיטת חוץ, דהוי רק כנוחר בחוץ, ועבר רק על מימרא דרחמנא, וכרת מאי עבידתיה הכא.

ענב ז

[בענין הקו׳ דבאו״ב נימא אעל״מ]

על מה שהקשתי בגרעינים (גרעין ב׳) משוחט אותו ואת בנו נימא אי עביד לא מהני, כתבתי בעיקר ״אותו ואת בנו״, דנ״ל לומר, מכדי מקשינן בפרק כל הבשר (במסכת חולין דף קטו ע״א) ״אותו ואת בנו לתסר משום לא תאכל כל תועבה״ ומשני ״מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה אלמא דלהדיוט שרי״, (ואותו ואת בנו אינו אלא מחוסר זמן שהיום אסור ומחר שרי, רש״י). א״כ ה״נ על קו׳ דליתסר אותו ואת בנו משום אי עביד לא מהני, נתרץ כן מדאסר רחמנא לגבוה כו׳.

אבל נ״ל דזה אינו, דבשלמא אם בא נבא עליו משום לא תאכל כל תועבה, והרי באנו לאסור את המותר משום דשחטו מחוסר זמן דמחר, שפיר אמרינן מדאסר רחמנא כו׳. אבל אם נבא משום אי עביד לא מהני ונומר שאין השחיטה שחיטה, אין אנו רוצים דמחוסר זמן יאסור, כי אם שלא יתיר, ובזה לא שייך מדאסר רחמנא לגבוה כו׳, דלגבוה מיסר נמי אוסר, ותידוק מיניה רק דלהדיוט אינו אוסר, והיינו דא״נ ת״ל דאסור משום לא תאכל כל תועבה, היינו תועבה דמחוסר זמן ששחטו קודם זמן מחר אם יאכלנו לא יעבור משום אינו זבוח, דהא כיון דלא אמרינן אי עביד לא מהני, טהרת השחיטה והיתר הוא מצד זה, ואתה בא לאסור הבהמה השחוטה כהוגן משום לא תאכל כל תועבה, אם כן החוסר זמן יטיל עליו איסור, וזה אי אפשר בהדיוט, מדאסר רחמנא לגבוה מכלל דלהדיוט אינו מביא איסור ושרי, אבל כשנקשה משום אי עביד לא מהני לא נרצה בו שיבא איסור חדש על הבהמה, אלא לסלק הדבר המתיר השחיטה שתהא נשארה באיסור אינו זבוח כמו שהיתה, וזה אי אפשר ללמוד מדאסר רחמנא כו׳ היינו דלגבוה מחוסר זמן מטיל אף איסור מחדש ותידוק אלמא דלהדיוט אינה יכולה להטיל איסור מחדש ושרי, ועדיין אין לנו דבהדיוט יכולה להביא היתר

מה שמדינא אינו מותר דהא בעלמא מדינא אמרינן אי עביד לא מהני ואין זו הבהמה זבוחה.

וכעין ראיה לדברי, דבלעדי מה דהקשיתי שם על מה דטרחו כולם ליישב קושיית הרשד"ם משוחט בשבת דנימא אי עביד לא מהני, והא בשחיטה בשבת נמי י"ל דמיקרי מחוסר זמן דשייך ביה נמי מ"ש רש"י באותו ואת בנו שהיום אסור ומחר שרי. ואם כן לא קשה, דנתרץ מדאסר כו'. הנה גם מוכרח מהש"ס דאין התחלה להקושיא כלל, דהא בפרק כל הבשר מקשינן בגמרא "מעשה שבת לתסרי, (משום לא תאכל כל תועבה) ומשני "אמר קרא כי קדש היא לכם היא קודש ואין מעשיה קדש". וק"ל עדיין ליקשי בגמרא שחיטת שבת לתסרי משום לא תאכל כל תועבה. וצריך לומר דעל זה נמי שייך האי תירוצא "אמר קרא כי קדש היא כו'". ואם כן מאי קושיא בשוחט בשבת נימא אי עביד לא מהני וליתסר, הא קרא אמר דמעשה שבת אינו אוסר (ומצאתי אחרי הימים בשער המלך (פ"ג מגירושין הי"ט) דבאמת תירץ דשאני שבת דגלי רחמנא דאין מעשיה קדש, ולא מכח ההוכחה אלא מסברתיה, ודידי עדיפא דאני מכריחו מהסוגיא).

ואולם למ"ש יפה הקשו, דהיינו ממש כטעם דברי, דבמקרא כי קודש כו' ליכא למילף כי אם שאין מעשה שבת מביא איסורא מחדש, ומה דלא הקשה בגמרא שחיטת שבת ליתסר משום לא תאכל כל תועבה, ניחא דא"כ השחיטה שחיטה מעליא, ואי אכל מבשרה אינו עובר משום אינו זבוח אלא דתועבה שיעשה בחילול שבת יביא עליו איסור לא תאכל כל תועבה, זה שפיר מתורץ בתירוץ הש"ס דמשני על קושי' מעשה שבת בבישול ליתסר, אבל כי מקשינן דלא יהיה שחיטה משום אי עביד לא מהני וישאר באיסור אינו זבוח, בזה לא שייך תירוץ הש"ס דאין מעשה שבת אוסר, דאין אנו רוצים שיאסור אלא שלא יתיר מה שבלעדי קרא מדינא היה אסור[68].

ענב ח

[בגנב שטבח ומכר באיסור אחר מלבד הגניבה אם שייך לומר אעל"מ]

מסתברא לי כמו דבטובח על ידי שליח דחייב בד' וה' משום דכתיב או לרבות השליח [ב"ק עא,א] דלא נימא ביה אין שליח לדבר עבירה, אמרינן דאף בנתוסף עוד עבירה אחרת כגון איסור שבת נמי חייב בד' וה', דהיינו האי דבסוגיא דטבח ומכר בשבת דמוקי לה בטובח על ידי אחר, ולא אמרינן דלעבירה דטביחה ומכירה דגניבה דאתרבי שליחות אתרבי, לעבירה דשבת דלא אתרבי לא אתרבי ואינו חייב בד' וה' משום אין שליח לדבר עבירה דשבת (וכמו דסבירא ליה להרמב"ם באמת וכתב בהל' גניבה (פ"ג ה"ו) דין טובח על ידי אחר בשבת באמר לו סתם והשליח הלך

68 עיי' נודע ביהודה מהדו"ת סי' ט (ד"ה בדין) שכתב כדברי רבינו דלענין אי עביד לא מהני א"א לתרץ ע"פ הדרשה דהיא קדש. ועיי' שו"ת בנין עולם חאה"ע סי' לו בהגה.

ושחט בשבת, אלא אנא קאימנא לדעת הטור (סי׳ ש״נ בחו״מ) דגם בפירש לו הגנב המשלח לשחוט בשבת חייב בד׳ וה׳) וע״כ הוי טעמא דלא אמרינן דעבירה דבגניבה שבטביחה ומכירה ריבתה התורה, אלא אמרינן דבטביחה ומכירה דגניבה ריבתה התורה דלא תימא ביה אין שליח לדבר עבירה, ועל כן גם אם נתוסף בשליחות זה עוד עבירה מבחוץ אין עבירה החוציית מבטלת השליחות, נ״ל דה״נ יש לומר לענין אי עביד לא מהני, דכיון דבכל מכירת גניבה יש בה עבירה דגניבה, דהרי לולי דכתב רחמנא או לרבות את השליח לא היה הטובח על ידי אחר חייב בד׳ וה׳, ומכל מקום לא אמרינן ביה אי עביד לא מהני שלא יהא כאן מכירה ויהא פטור מתשלומי ד׳ וה׳, ה״נ גם אם נתוסף עליו עבירה אחרת לא אמרינן אי עביד לא מהני משום דעבר אעבירה האחרת, ומאותו טעם, דלא אמרינן בטעם התורה שאין אומרים באיסור מכירת גניבה אי עביד לא מהני, אלא הטעם דבמכירת גניבה לא אמרינן אי עביד לא מהני, ועל כן גם בנתוסף עוד עבירה על מה דאמר רחמנא מכל מקום מעשה המכירה קיים[69].

וארווחנא בהכי ליישב הקושיא החמורה מהאי דאמר ליה עקוץ תאנה מתאנתי, ותקנה לך גניבותי (הלא היא לעיל ענב א אות ב), די״ל שאני מכירת הגניבה דאמרה התורה דלא תאמר ביה אי עביד לא מהני. (ואף דהכא העבירה דשבת היא לגבי קניית דמי מחיר הגניבה, מכל מקום אטו בכל מכירת גניבה ליכא עבירה גם בקניית התמורה דמי הגניבה, ומכל מקום אמר רחמנא דקונה להדמים ולא אמרינן ביה אי עביד לא מהני ולא קנה המוכר את דמי המקח וממילא לא נקנה החפץ הגנוב להלוקח. ולא יהא חייב המוכר בד׳ וה׳).

אלא אולי הכי איכא למידחי, די״ל דלענין אי עביד לא מהני לא אתרבי כלל מכירה דגניבה, ומאי דהמוכר חייב בד׳ וה׳ נתרץ כמו דתירץ רבא מה שהקשה על עצמו ואמר ״ומה דלקי״ ושני משום דעבר על מימרא דרחמנא, הכא נמי נתרץ על קושיא זו דמה דחייב בד׳ וה׳ משום דעבר על מימרא דרחמנא. כיון דגם ד׳ וה׳ עונש הוא דענש רחמנא שייך גם ביה לומר דנענש משום דעבר על מימרא דרחמנא כדאמרינן גבי מלקות[70].

ואולם על קושיא דגימא אי עביד לא מהני משום עבירה דשבת לא שייך לומר נמי דחייב בדו״ה משום דעבר על מימרא דרחמנא, דעל עבירה דשבת לא ענש רחמנא בדו״ה, ועל עבירה דמכירה אינו חייב בהאי גוונא של דו״ה מכיון דלא מהני המכירה משום עוון חוצי, ולמה הדבר דומה למגרש אנוסתו דאם כהן הוא לוקה, גם לס״ד דהש״ס בריש מסכת תמורה שהוא משום דעבר על מימרא דרחמנא, מכל מקום אילו היה מגרש בגט בטל מדאורייתא, ודאי לא היה לקי, דהא הגט בלא״ה אינו גט, ולא שלח אנוסתו כלל, והכי נמי כיון דהמכירה בלאו הכי בטלה, לא נמכר הגניבה כלל.

69 עיי׳ אשכול ט שדן בזה.

70 תמוה, דמבואר בגמ׳ ב״ק סח דבטביחה וכן במכירה אחר יאוש אהנו מעשיו והמכר קיים, וראה גם ברמב״ם הל׳ גניבה פ״א הט״ז.

ותדע, דאל"כ מאי מקשה בגמרא לחייב בטובח על ידי אחר בדו"ה משום אין שליח לדבר עבירה, אימא דחייב מכל מקום אף דלא מהני המכירה משום דעבר על מימרא דרחמנא שאמר שלא למכור, אלא על כרחך כיון דיש ביטול חוצי למכירה זו משום אין שליח לדבר עבירה ולא שייך דעבר על מימרא דרחמנא באיסור מכירת הגניבה דהוא כלא מכר כלל.

גרעין א

[קו' דלרבא אמאי מהני בשחיטת חוץ לטהר מידי נבלה]

במסכת זבחים (דף סט ע"א) "אמר רבא אם הועילה לו שחיטת חוץ (בעוף קדשים) לחייב כרת לא תועיל לו לטהרה מידי נבלה" (ועל כן לא צריך קרא לומר שאינו מטמא בבית הבליעה מחמת נבלה)[71].

וק"ל לרבא לשיטתיה דידיה ריש מסכת תמורה דכל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ומאי דלקי משום דעבר על מימרא דרחמנא מאי זו ראיה מחיוב עונש כרת לטהרה מידי נבלה, דאימא לך כיון דאזהרה רחמנא שלא לשחוט בחוץ אי עבר ושחט לא מהני שחיטתו ומטמא מחמת נבלה, ומכל מקום לחייב כרת הועילה שחיטתו דחייב משום דעבר על מימרא דרחמנא. ולמ"ש לעיל ענב ו דרק בעונש מלקות שייך דנענש משום דעבר על מימרא דרחמנא ניחא.

גרעין ב

[קו' דלרבא אמאי השוחט אותו ואת בנו שניהם כשרים]

תו ק"ל לרבא דאי עביד לא מהני, אמאי השוחט אותו ואת בנו שניהם כשרים (מתני' ריש פרק אותו ואת בנו [חולין עח,א]) נימא דשחיטת השני שעבר על מה דאמר רחמנא אותו ואת בנו לא תשחטו ביום אחד, אי עביד לא מהני וכאינו זבוח דמי, (ועמ"ש בזה[72]). ומצאתי בתשובת נודע ביהודה מהדורא תניינא חלק יו"ד סי' ט שנראה שהוקשה לו זה, והאריך וכתב דשאני הכא דהכתוב קראו שחיטה.

גרעין ג

[קשה דלרבא אמאי מהני כתיבת גט בכתובת קעקע]

ועוד ק"ל מפרק שני דמסכת גיטין (דף כ ע"ב) על מה דאמר רבא דגט הכתוב על יד של עבד פסול משום כתב שיכול להזדייף אמרינן בגמרא "מתניתין (על יד של עבד ונתן

71 ראה ענב א. ועיי' נוב"י מהדו"ת יו"ד סי' ד (ד"ה אמר שמואל) ובחאה"ע שם סי' קכט בהיתר האשה ד.

72 בעיקר אותו ואת בנו ענב א. ור' הערה שם. וראה לעיל ענב א וענב ז.

לה את העבד) לרבא לא קשיא (דמתני׳ מיירי) בעידי מסירה ושוב מסיק דמתני׳ מש״ה לא קשיא לרבא דמתני׳ מיירי בכתובת קעקע.

וק״ל לרבא לשיטתיה דאי עביד לא מהני איך אפשר לאוקמי מתני׳ בכתובת קעקע, והא עבר על מימרא דרחמנא דכתיב ״וכתובת קעקע לא תתנו בבשרכם״ ונימא דלא מהני כתיבתו. ואף דבלא דיו וכחול אינו אלא איסור דרבנן וכמ״ש בתוס׳ שם, מכל מקום הא גם באיסור דרבנן אמרינן אי עביד לא מהני כדאיתא פרק האשה שנפלו (דף פא ע״ב) כיון דאמור רבנן לא ליזבן כי זבין לא הוי זביניה זביני. ועיי׳ לעיל [ענב א].

גרעין ד

[קשה דלרבא אמאי מהני קריעה על מת בשבת]

גם ק״ל ממסכת שבת (דף קה ריש ע״ב ״הקורע כו׳ ואע״פ שחילל את השבת יצא ידי קריעה״. וק״ל לרבא אמאי יצא ידי קריעה נימא אי עביד לא מהני וכלא קרע דמי. ולמאי שחילקו האחרונים דבאיסור שיומא קא גרים ליה, או באם אפשר לעשותו בלעדי האיסור לא אמר רבא אי עביד לא מהני ניחא. אך עיי׳ ע״ז מ״ש [בענב ב].

ומצאתי אחר כך בספר שער המלך סוף פ״ג מהל׳ גירושין אחר שפלפל בדין אי עביד לא מהני, כתב ״ועיין בטור יו״ד סי׳ שמ שכתב שהקורע בשבת יצא ידי קריעה״ נראה שכוונתו לקושיא זו דכתיבנא, יעו״ש.

גרעין ה

[קו׳ בענין שוחט פסח על החמץ]

בפרק תמיד נשחט (במסכת פסחים דף סג סוף ע״א) בתוס׳ בשם ריב״א דהא דתניא בתוספתא השוחט הפסח על החמץ בי״ד עובר בלא תעשה והפסח עצמו כשר, ויוצא בה ידי חובתו, הטעם משום דלא שנה עליו הכתוב לעכב״.

וק״ל דהרי הריב״א על כרחך לא שמיע ליה מ״ש התוס׳ בריש תמורה (סוף דף ד) דבירושלמי איכא קרא דהפסח כשר, או לא סבירא ליה כירושלמי דדריש קרא, משום דהגמ׳ דידן לא הביאה קרא זה, וא״כ מה יענה על קושיית התוס׳ בתמורה שם על רבא דאמאי הפסח כשר נימא אי עביד לא מהני. ועיי׳ מ״ש על זה לעיל ענב ג.

גרעין ו

[קו׳ על אביי דאמאי אי עביד מהני במקום דליכא מלקות]

קצת ק״ל לאביי דהוכיח דכל מקום דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני, דאי לא מהני אמאי לקי, אכתי דילמא מהני רק היכי דאיכא מלקות, והיינו דמשום שרצה

רחמנא להענישו במלקות אמרה שיהא מהני מה דעבד כי היכי שיהא סופג ארבעים, אבל היכי דאינו לוקה אימא אה"נ דלא מהני.

וטעם קושייתי דהרי מצינו כעין זה דעל מה דס"ד דהמקשן ריש פרק האיש מקדש (במסכת קדושין דף מג) למילף ממעילה וטביחה דיש שליח לדבר עבירה קשה טובא, אם כן ל"ל קרא בתרומה וגירושין דיש שליחות. ותירץ מהר"ש איידלס ז"ל דממעילה וטביחה ליכא למילף, דיש סברא דבעבירה יותר יש שליחות, והיינו דאמר רחמנא שיהא שלוחו של אדם כמותו כדי שישא עונשו, ואילו לא יהיה כמותו לא היה אפשר להענישו, ואם כן דיש סברא לומר כן נימא גם הכא כיון דאם תאמר אי עביד לא מהני לא יהא אפשר להלקותו (לסברת אביי כמו שאמר דאי לא מהני כו') על כן אמר רחמנא דמהני.

וכי תימא, אה"נ דלא אמר אביי דמהני אלא במילי דיש מלקות על מה דאמר רחמנא לא תעביד (דהא האי "כל מילתא דאמר כו'" בלאו הכי יש לו חוץ, רצוני הני דלא שייך בהו כלל לא מהני, כלאוי דאכילת איסורים ובעילת איסור, וכלאווי דגלי בהו רחמנא דמהני דמשניי בגמ' ריש מסכת תמורה על קושיות שהקשו שם על אביי), אי אפשר לך לומר כך, דהא מקשינן בגמרא (שם דף ה' ע"א) לאביי למה לי קרא בתורם מן הרע על היפה תרומתו תרומה, תיפוק ליה דבכל מקום דאמר רחמנא לא תעביד מהני מה דעביד, והרי שם ליכא מלקות, דהא אינו אלא לאו הבא מכלל עשה, אלמא דפשוט ליה להש"ס דגם בליכא מלקות מהני לאביי.

גרעין ז

[קו' דאמאי בחלץ ללא רקיקה לא אמרינן אעל"מ]

ק"ל קצת, מאי שנא תורם מן הרע על היפה דאיצטריך קרא דבדיעבד הוה תרומה, משום דהייתי אומר דאין תרומתו תרומה גם בדיעבד משום דיש עשה לתרום מן היפה והוא עבר על עשה זו ולא תרם מן היפה ועבר על מימרא דרחמנא ע"כ מה דעבד לא מהני, ומאי שנא חליצה דיש נמי עשה דתירוק לפניו דאיצטריך קרא דככה לומר דאם לא ירקה אינו חליצה, וכן בציצית איכא עשה דתכלת ומכל מקום התכלת אינו מעכב את הלבן, ומשמע גם בהיה אפשר לו להביא תכלת ולא הביא מכל מקום יוצא ידי לבן[73]. ועמ"ש ענב ד.

73 לכאורה יש לחלק, דבתורם מן הרעה על היפה יש איסור עשה, ובאיסור עשה נאמר כלל דאעל"מ, אך בחליצה ורקיקה אין איסור עשה לחלוץ בלא לרוק, כי אם יש מצות עשה לחלוץ ולרוק, והוא לא קיים מצות עשה כהלכתה, אך לא עבר על איסור עשה. וזה כלול בתירוצו בענב ד.

עיקר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו

שרשיו שלשה, ענפיו חמשה עשר, אשכלותיו שמונה, ענביו חמשה, גרעיניו ששה

שורש א

אין אדם אוסר דבר שאינו שלו אלא אם כן עשה בו מעשה. כגון שחיטה לעבודה זרה משא"כ השתחוואה לעבודה זרה. [מקורות:] מסכת חולין דף מ ע"א. ועיי' ענף ו וענף ט.

שורש ב

ודבר של הקדש לפעמים אדם יכול לאסור ולא אמרינן ביה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, וזה בקדשים קלים ובחטאת דבעלי הקרבן יכולים לאסרו. [מקורות:] מסכת זבחים דף קיד ע"א, ומסכת חולין דף מא ע"א.

שורש ג

גם במעשה דאוסר דבר שאינו שלו, זהו דוקא אם השוחט לעבודה זרה הוא עכו"ם (ונ"מ דנאסר גם בהנאה), או שהוא מומר, או שהתרו בו וקיבל עליו התראה, אבל ישראל כשר אינו אוסר דאמרינן לצעורי קא מכוין. [מקורות:] מסכת חולין דף מא ע"א.

ענף א

יש מפרשים, דסברת אמוראים היתה דגם במעשה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ויש מפרשים דמעולם לא עלה על דעתם כי אם ס"ד דהש"ס בדעת האמוראים כך היתה. [מקורות:] דיוק מהר"ן בע"ז פרק ר' ישמעאל [כד,ב] ד"ה וגרסינן כי אתא עולא, ומהתורת הבית [בית א שער א], ודיוק מהתוס' במסכת חולין דף מ ע"ב ד"ה רב נחמן. ועיי' אשכול ז וענב א.

ענף ב

ובהמה של עכו"ם או של מומר אפשר גם ישראל אוסרה אם שחטה לעבודה זרה. [מקורות:] ספר תבואות שור בשמלה חדשה סי' ד אות יא[1]. ועיי' ענף טו.

ענף ג

אם זה הישראל כשר שעושה מעשה איסור הוא שותף באותו חפץ, י"א דלא שייך ביה לצעורי קא מכוין ואוסרו, וי"א דגם בזה אמרינן לצעורי קא מכוין. [מקורות:] רש"י במסכת חולין דף מא ע"א [ד"ה בישראל מומר] והרמב"ם [הל' שחיטה פ"ב הכ"א] נגד תוס' והרא"ש שם [ועיי' אשכול ו].

ענף ד

יש מפרשים דגם להתוס' והרא"ש דבשותף שייך ביה לצעורי, זהו דוקא בדבר שאי אפשר לחלקו כגון השוחט בהמה של שותפות לעבודה זרה, אבל בדבר שהיה יכול לחלקו תחילה ולאסור חלק השותף לבד, על כרחך לא היתה כוונתו לצעורי. [מקורות:] סמ"ע סי' שפה [ס"ק ד], ועיי' ענב ב.

ענף ה

במקום שאוסר דבר שאינו שלו, גם במעשה המעורב מהיתרא ואיסורא (כגון השוחט לשם שמים ולדבר אחר) אוסרו. [מקורות:] תבואות שור סי' ד אות א.

ענף ו

ובמקום דיכול לאסור במעשה, גם במעשה כל דהו (כגון שחותך מיעוט הקנה ואינו גומר השחיטה) אוסר. [מקורות:] שמלה חדשה סי' ד אות ה. ועיי' אשכול ב.

ענף ז

וכשאוסר במעשה י"א דנאסר רק מדרבנן, וי"א דנאסר מהתורה. [מקורות:] לבוש ופלתי (סי' ד ס"ק ג); משמעות הר"ן ע"ז [כד, ב] ד"ה וגרסי'[2]; תבואות שור סי' ד אות י. ועיי' אשכול א, [אשכול ד (ד"ה ונלענ"ד), אשכול ז] וענב ב' וה' וגרעין ד.

1 עיי' פמ"ג סי' ד ש"ד ס"ק ו שמרייק כן מלשון הגמ' "בהמת חבירו".

2 עיי"ש שמקשה על הא דאמרינן ע"ז שם לג,ב ואשריהם תשרפו באש והא אין א"י ירושה היא להם

ענף ח

יש רוצים לומר דגם ע״י הקדש אוסר דבר שאינו שלו ע״י מעשה ויש חולקים ע״ז. [מקורות:] תבואות שור סי׳ ה אות יד ופרי מגדים משבצות סי׳ ה ס״ק ז. ועיי׳ אשכול ח.

ענף ט

השמוש בכלים י״א מקרי מעשה זוטא וי״א דלא מיקרי מעשה כלל. [מקורות:] תוס׳ ע״ז דף נב ע״ב ד״ה ברוך ובחולין דף מא ע״א ד״ה ת״ש שנים אוחזין. [ועיי׳ ענב ה].

ענף י

לא אמרינן אין אדם אוסר דבר שאינו שלו אלא במידי דתלוי במחשבה, או רק במידי דאינו תלוי בנתינת טעם. [מקורות:] תוס׳ יבמות דף פג ע״ב [ד״ה אין אדם אוסר]; הר״ש בפירוש משניות פ״ז דכלאים מ״ד. [ועיי׳ גרעין ה].

ענף יא

במקום דאינו אוסר בהמת חברו בשחיטתו י״א נהי דבהנאה לא נאסרה, מכל מקום גם באכילה לא הותרה דהוי כנוחר, ויש חולקים. [מקורות:] הרא״ה בבדק הבית [בית א]; הר״ן חולין [ח,ב]; הרשב״א במשמרת הבית והש״ך יו״ד סי׳ ד ס״ק [ה]. ועיי׳ אשכול ה וגרעין א וב.

ענף יב

ובכוונת הרא״ה והר״ן דלא הותרה באכילה, י״א דהוא מן התורה, וי״א דמן התורה גם לאכילה הותרה. [מקורות:] תבואות שור סי׳ ד אות יד. עיי׳ גרעין א וב.

ענף יג

מי שגנב בגד ועשה ממנו כיס של תפילין וצר ביה לא אמרינן ביה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. [מקורות:] מג״א סי׳ מב ס״ק ד. ועיי׳ גרעין ו.

מאבותיהם ואין אדם אוסר דשא״ש, ומקשה הרמב״ן והא ע״י מעשה אוסר, ומוכח דס״ל דהוא מן התורה. ועיי׳ שער המלך הל׳ לולב פ״ח ה״א (ד״ה ודע עוד) שהביא ראיה זו.

ענף יד

המניח דבר המוקצה על של חבירו לא נעשה בסיס דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. [מקורות:] הגהשו"ע או"ח סי' שס סעי' ד.

ענף טו

כל דניחא ליה להבעלים במה שעושה האחר אוסרו גם בלא מעשה. [מקורות:] ע"ז דף מו ע"א; הגהשו"ע יו"ד סי' קלט סעי' א והגהשו"ע או"ח סי' שט סעי' ד. ועיי' ענף ב.

אשכול א

[אם הא דאדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה הוא מה"ת או מדרבנן]

במה דקיי"ל דבמעשה אדם אוסר דבר שאינו שלו היכי דלא שייך לצעורי (שורש א) והיינו כלישנא בתרא (או כמסקנא ר' ענף א) דהש"ס (חולין דף מא ע"א) רבה המבוכה, דמסוגיא אחת מוכח דהא דאוסר היינו מהתורה וכדעת התבואות שור, וסוגיא אחרת מוכחת דהוא רק מדרבנן וכדעת הלבוש (ענף ז). דמסוגיא דחולין שם (דף מ ע"ב) דהיתיב רב נחמן על רב הונא מהשוחט חטאת בחוץ לעבודה זרה אמאי חייב אשחוטי חוץ הא מכי שחט בה פורתא אסרה ואידך מחתך בעפר הוא, מוכח דאוסר מהתורה, דאי לא תימא הכי אלא דמדרבנן הוא ליכא קושיא, דשפיר חייב מהתורה משום שחוטי חוץ. ואילו מסוגיא דפרק ר' ישמעאל (ע"ז דף נד ע"ב) דאיתא דעולא יליף לדיניה דאדם אוסר דבר שאינו שלו במעשה מכלים של בית המקדש אשר הזניח אחז, וכלים דאחז גופן לא נאסרו כי אם מקנס דרבנן כדאיתא ברש"י (שם ריש ע"ב) דחזקיה גזר עליהן איסור, א"כ גם בהלמד מיניה אינו אוסר אלא מדרבנן[3].

3 עיי' תבואות שור [המצויין בענף ז] שכתב דאין לתרץ דבאמת מדרבנן נאסר, והא דפריך בחולין היינו דמכח הפקר ב"ד אוקמוה רבנן ברשותיה שיוכל לאסרה כאלו היתה שלו ולהכי פטור מכרת, דמנא ליה לאותוב מהיא דילמא אע"ג דלא אוקמיה ברשותיה אסרוה מדרבנן וחייבוהו לשלם. ועיי"ש שמביא ראיה מתוס' בבב"ק עא,א ד"ה בשלמא, ומהרמב"ם פ"ח מהל' ע"ז, מבדק הבית לרא"ה, ומהטור סי' קמה דאוסר מדאוריתא. וכתב דצ"ל דה"פ דאי לאו דבמעשה גמור איתסר מדאורייתא אף להדיוט לא הוי גזרי אפילו לגבוה במעשה כל דהו דהיינו השימוש שלא נשתנה הכלי עי"ז. עיי"ש. וכעין דבריו כתב בפלתי סי' ד סק"ג, אך בפלתי כתב בדעת הרמב"ם דאוסר מדרבנן והוכיח מהא דכתב בהל' שחיטה פ"ב הכ"א אין אדם אוסר דבר שאינו שלו שאין כוונתו אלא לצעורי, ולכאורה ארכביה אתרי ריכשי (עיי' לקמן אשכול ז) ולכן ר"ל דכוונת הרמב"ם דמדאורייתא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו גם ע"י מעשה וכל האיסור הוא מדרבנן וע"ז אמרינן לצעורי מכוין. ועיי' דו"ח רעק"א חולין דרוש י אות יב. ועיי' שער המלך הל' לולב פ"ח ה"א. ועיי' גם תוס' רי"ד ע"ז מהד"ת נד,א ומהדורא תליתאה נב,ב וחינוך מצוה קיא שכתבו דאוסר מדאורייתא.

והנראה לענ"ד, דהנה ההוכחה מסוגיא דע"ז היא כפולה, אחת אם איתא דבמעשה אוסר מהתורה יקשה למה לא נאסרו גם הכלים דאחז מהתורה, שנית כיון דעל כל פנים הכלים אסורים רק מקנס חכמים איך יליף עולא מינייהו לאסור מהתורה.

והנה הקושיא הראשונה ודאי יש לישבה בנקל, דיש לומר מחולין אקדשים לא מותבינן תיובתא, ואם אדם אוסר דבר ששייך לחבירו הדיוט עדיין יש לומר דאינו אוסר דבר ששייך להקדש דאלים יותר, וכעין דחזינן דהקדש מפקיע מידי שעבוד, ואילו קניין הדיוט שקנה הדבר המשועבד אין קניינו מפקיעו מידי שעבוד, והכא נמי דרך דמיון נימא להיפוך, נהי דאיסור שאסר אדם אחר מפקיע הזכות שיש להדיוט באותו חפץ מכל מקום אינו מפקיע הזכות שיש לשמים בו. ובאמרינו כן ממילא בל יכבד להסר גם קושיא השניה, דכך אזלא ילפותא דעולא אי אמרת בשלמא דבמעשה אוסר מהתורה את של הדיוט שפיר קנסו בכלים דאחז דעשה בהו מעשה משום לתא דהדיוט, אלא [אי אמרת דבשל הדיוט אינו אוסר מן התורה במעשה, גם בהקדש לא היו קונסים].

ומה דישאר בתימא הוא רק הא, דכיון דחדית לן דהקדש שאני שוב לא הוי חטאת תיובתא על רב הונא, דהא הקדש הוא ולא נאסר מהתורה גם במעשה ושפיר חייב אשחוטי חוץ, ובזה אומר, דהנה בהקדש הגוף יש שני ענינים, אחד שהדבר שייך לשמים או לכהנים וקנינו דהקדש הוא עכ"פ כקדושת דמים דכמו דיש קנין להדיוט כך יש קנין להקדש. השני דחל קדושה על עצם וגוף הדבר, ואשר להראשון יש לומר דאין חילוק בין של הקדש לשל הדיוט לענין אוסר אדם דבר שאינו שלו, דזה וזה קנינו דאחר הוא ואינו שלו וכמו דהקדש דמים לא אלים להפקיע מידי שעבוד כדאיתא ברש"י פרק השולח (גיטין סוף דף מ) הכא נמי לא אלים כל כך שלא יהא איסור שעשה בו אדם במעשה מפקיעו, ואולם אשר להשני דעצמותו חלק מקדושת השם הוא, בזה ודאי אין יד אדם שליט בו לשיוכל לאסרו ע"י מעשה דידיה[4].

ואחר הניח הנחה זו, אומר, דהנה חזינן דלישנא קמא דרב נחמן ורב עמרם ורב יצחק (חולין דף מ ע"ב) ס"ל דחטאת כיון דלכפרה קיימא כדידיה דמי, אלא דרב נחמן דאותיב לרב הונא לא ס"ל הכי, כדאמר רב פפא להדיא שם, ואומר אני דגם רב נחמן דאותיב לרב הונא לא היה ס"ל דאין בחטאת דלכפרה קיימי שום סברא לחשביה משום זה כדידיה, אלא דהיה מחלק סברה זו לשתיים. והיינו

4 לכאורה יש לעיין דהא דאין אדם אוסר דשא"ש שייך לכאורה רק מצד הקניין שע"ד דנים שכיון שאינו שלו אין לו כח לאסרו, אך מה שייך לגבי הקדושה לומר שמשום זה אינו יכול לאסור. ואולי גם הקדושה הוא עניין ממוני. ועיי' קובץ הערות יבמות סי' נב סק"ז,ח שדן לעניין קדושת מזבח אם הקניין גבוה נובע מההקדש או ההקדש נובע מהקניין, עיי"ש שמביא מעניין תרנגולת שמרדה (חולין קלט,א) שמבואר ברשב"א שם דגם בקדושת מזבח היה ס"ד דכיון שמרדה פקעה קדושתה, ומזה לכאורה נראה דגם בקדושת מזבח ההקדש נובע מהקניין, וא"נ כן ילה"ע בנ"ד דכיון דמצד הקניין יכול לאסור דשא"ש ע"י מעשה גם את הקדושה יכול לאסור כיון שהקדושה נובעת מהקניין. ויל"ע בזה. ועיי' עוד בעניין זה אם בהקדש הקניין גבוה והקדושה קשורים זב"ז או לא בספר אתוון דאורייתא כלל ג.

דס"ל דמה שיש בהחטאת קנין לכהנים זה אינו כדידיה כי חק הוא לכהנים ואינו שלו ומי יתן באסורו ומבשרו לא ישבעו[5]. ואולם אשר יש חלק מקדושה בגופיה דהחטאת, הנה הקדושה זו לא חפץ בה ד' כי אם למענו של המביא חטאת שיהיה מכפר עליו, ואי אמר לא בעינא כפרה לא אמרה התורה לכופהו, לענין זה מודה רב נחמן דכדידיה דמי, וזה מדוקדק היטב בלשון רש"י (שם מ ע"ב), דעל מה דאמר רב פפא "אי לאו דאמר רב הונא בהמת חבירו לא הוי חטאת תיובתיה מאי טעמא דידיה מצי אסר דחבריה לא מצי אסר" כתב רש"י: "דחבריה לא מצי אסר והאי חטאת דכהנים הוא". ולדרכינו רצה בזה שאף שהוא בעצם קדוש מ"מ היה חטאת תיובתיה, דאם רק מצד זה הוי מצי לאוסרו דכדידיה דמי לענין זה, אלא דמה דאמר רב פפא דלא הוי תיובתיה היינו מצד קנין שיש בו להכהנים, דמחמת זה אין לאסרו משום דבענין זה לא כדידיה דמי.

ואם כן ההבדל בין סברה דלישנא קמא הנ"ל לבין סברת רב נחמן בתיובתיה הוא כך, דלישנא קמא סבירא ליה כיון דכהנים אוכלים ובעלים מתכפרים, גם חלק וקנין שיש לכהנים בו כדידיה דמי, ורב נחמן כשהיתיב לרב הונא היה ס"ל דחלק שמים היינו קדושת גופו כדידיה דמי, אבל חלק הכהנים לאו כדידיה דמי. ועל כן על פי הנחה זו ניחא, דלישנא קמא הנ"ל דסבר דאין אדם אוסר כלל דבר שאינו שלו ומכל מקום מוקי להאי דשוחט חטאת בחוץ לעבודה זרה בחטאת עוף כי היכי דלא תקשי ליה מכי שחט ביה פורתא אסרה שפיר קאמר בגמרא דעל כרחך טעמיה משום דסבירא ליה דחטאת כיון דלכפרה קיימי כדידיה דמי, ורצה לומר לגמרי גם חלק הכהנים כדידיה דמי. ואולם רב נחמן דסבירא ליה דרק חלק גבוה כדידיה דמי אבל חלק כהנים לא כדידיה דמי שפיר מקשה על רב הונא לדידך דאמרת אדם אוסר דבר שאינו שלו מכי שחט בה פורתא אסרה, דבשלמא אם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ניחא, דאף דחלק שמים שבחטאת כדידיה דמי מכל מקום אינו אוסרו בשחיטתו לעבודה זרה משום חלק הכהנים דלאו כדידיה והוי דבר שאינו שלו, אבל לדידך דאמרת אדם אוסר דבר שאינו שלו במעשה כל דהו, שפיר יאסור החטאת בשחיטתו לעבודה זרה. ומה ישיב רב הונא כי קאמינא אנא בשל הדיוט אבל בשל הקדש מודינא דאין אדם אוסר כמו דכלים של אחז לא נאסרו, זה אינו, דכלים שאני דלאו לכפרה נינהו וקדושתן היא של שמים ולאו כדידיה דמי, על כן אינו אוסר, אבל חטאת שפיר מצי אסר, דמאי דבר יהיה [מעכב שלא יאסר], אי קנין הכהנים, הא אשר לקנין אין הבדל בין קנין דהדיוט לקנין דהקדש, ואי הקדושה שבעצמותו, הא כיון דלכפרה הוא קדושה זו כדידיה דמי.

היוצא לנו מזה דפשוט דהאומרים עשה בה מעשה אסרה הוא מן התורה, מיהו זה בשל הדיוט, אבל בשל שמים לאו כל כמיניה דאדם שיהיה שליט בידיו עליו לאוסרו גם במעשה, והיינו טעמא דכלים דאחז דרק מדרבנן נאסרו. (ועיי' מה שכתבנו עוד מזה בענב ה).

5 ר' איוב לא, לא. אך לכאורה לא מובן כוונתו. ואולי בא לומר שכיון שאם היה נשאר באיסורו הרי לא היו אוכלים א"כ ע"כ משלחן גבוה קזכו.

אשכול ב

[בדין שאוסר דשא"ש ע"י מעשה, אם בעינן מעשה גמור]

מן החקירה מאי דקיי"ל בלשון שני (או כהמסקנא שם) בפ"ב דחולין (דף מ,ב ומא,א) דהיכי דלא תלינן בלצעורי אדם אוסר דבר שאינו שלו (עיי' ענף א), אם אוסר גם במעשה כל דהו או דהוא דוקא בגמר מעשה (עיי' ענף ו).

ונראה דתלוי בשני הפירושים שברש"י (דף מ סוף ע"ב ד"ה אין אדם אוסר), דלפירוש שהסכים עליו רש"י דלילשנא קמא דקסברי רב נחמן ודעימיה דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו היינו אף במעשה רבה, א"כ י"ל דלילשנא ב' דדוקא ישראל דתלינן ביה לצעורי אינו אוסר אבל נכרי אוסר, היינו ג"כ רק בגמר מעשה, אבל לפירוש הר"ח בהרא"ש והוא לאית דמפרשי שברש"י דרק במעשה כל דהו ס"ל ללישנא קמא דאינו אוסר, ולדידהו על כרחך ניסוך הוא מעשה כל דהו מדמקשה מיניה עלייהו בגמ' מהמטמא והמדמע והמנסך, (ורש"י דלא ניחא ליה בהכי דיהיה ניסוך מעשה כל דהו באמת דחה לפירוש זה), ומוקי לה בגמרא לל"ק כתנאי, דלא ס"ל כרבנן דריב"ב דסברי בגוי המנסך יינו של ישראל שאסרו, וא"כ ללישנא ב' דמוקי מילתייהו אליבא דכולי עלמא, משום דבנכרי דמיירי ביה ת"ק וריב"ב מודו גם הם דאוסר, ע"כ גם במעשה כל דהו ס"ל דאוסר, דהא ניסוך הוא מעשה כל דהו.

ובזה מובן אשר הרא"ש הביא דעת הר"ח בפירוש לישנא קמא ופלפל בו, ולכאורה הוא ללא תועלת דהא הכריע הרא"ש כלישנא בתרא דנכרי אוסר, אבל לדברינו הרי זה נכון, דנ"מ מזה לדעת ללישנא בתרא אי אוסר גם במעשה כל דהו או דוקא בגמר מעשה.

ולפום ריהטא היה נ"ל ראיה לפירוש הר"ח, משום דק"ל על לישנא קמא מהאי דהעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת [גיטין נג, א] נימא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, (וכמ"ש בגרעין ה'[6]), אלא על כרחך גם ללישנא קמא דהכא רק במעשה כל דהו אינו אוסר, אבל שם עשה גמר מלאכה בהמים ובפרה ושפיר פוסל.

אבל אחרי רואי מה שכתב הרא"ש בטעם הר"ח, דניסוך לא מקרי מעשה גמור היינו משום דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק, לא יעלה ישוב זה, דהא בעושה מלאכה במי חטאת נמי ההיזק אינו ניכר וכדמקשיה מיניה (גיטין נג,א) אמ"ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק בדיני אדם נמי לחייב, וא"כ הא נמי מקרי מעשה כל דהו ותעמוד הקושיא.

[ובמק"א כתבתי דברי רשב"א בחידושיו לנדרים דל"ו ע"א דהקשה על מ"ד וא"א דשלוחי דידן נינהו אמאי פיגולן פגול לימא ליה שויתיך שליח לתקוני ולא לעיוותי, והקשה והא במעשה רבה אדם אוסר דבר שאינו שלו. ותירץ כיון דבעי שליחות וכאן מחוסר הוי כנחירה ואסור הוה, ומזה ל"ק ליה כי אם ממה דהוא

6 וראה שם שמביא שהר"ש בכלאים פ"ד מ"ד-ה עומד בזה. ועיי' ליקוטי רע"א כלאים שם מה שביאר בזה.

פגול (דאין מפגלין בנחירה). וצריך ביאור, דאכתי מאי ק״ל, דילמא האי שפגלו דקתני ר״ל לא בשחיטה כי אם באחת מן שאר ג׳ עבודות, קבלה, הולכה, זריקה, דלא שייך ביה משום נחירה, ושפיר הוה פגול משום דבמעשה אוסר דבר שאינו שלו. אך הא דייק בקושייתו וכתב במעשה רבה וא״כ בשאר עבודות א״א משום אדם אוסר, דאינן כי אם מעשה זוטא מיקרי[7], ומסתברא דניסוך אינו יותר מעשה מזריקה. (וצריך עדיין לעיין בדברים אלה)].

ומכל מקום נראה לקיים דברי, די״ל דעניין מעשה רבה הוא בשני אופנים. יש דהעשיה בעצמותה עבודה רבה ופעולת ידיים כחורש בשור וחמור למשל, ויש שהעבודה ופעולת ידיים מעט מזעיר עד שגם בעת העשיה אינו נופל כל כך לעין הרואה, אלא שנצמח מפעולה זו המועטת ענין רב וגדול ונקרא גם זה מעשה רבה מצד הנצמח וחשיבות היוצא ממנה. ואולם הבדל יש ביניהם, שבהראשונה אף שאחר כלות מעשיהו לא נשאר רושם והיכר, מכל מקום מיקרי מעשה רבה משום מה שבעת העשיה היה נראית וניכרת הרבה, אולם בהשניה שעצם המעשה אין בה הפלגה ועבודה ניכרת לעין כ״כ, הנה אם גם הנצמח ממנה אינו ניכר לעין, אם כי בכח רב הוא, מכל מקום לא מיקרי מעשה רבה, דבתר היכא אזלת, אי בתר שעת הפעולה הא בעת הזאת היה הפעולת ידים רק מעט וזעיר שם לא רב, ואי בתר הנצמח הא הנצמח אינו ניכר כלל.

והנה מה דנצרך הרא״ש לישב להר״ח האי דניסוך משום דפשיטא ליה דהוה מעשה רבה, אינו משום עצם המעשה, דודאי ניסוך דאינו צריך כי אם הגבהה ושכשוך והפעולה בה מעטה ונקלה י״ל לא מקרי כי אם מעשה כל דהו. אך מה דסברתו לחשבו מעשה רבה היינו משום גודל איכות הנצמח ממעשה ניסוך דעלמא שאוסר היין בהנאה, וכמו שכתב הרא״ש ״לענין איסור מעשה גדול עשה״. ועל זה כתב די״ל כיון דאין בו מעשה רבה בפועל כי אם בכח הנצמח, ועל כן כיון דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק אלמא דהכרה מלתא היא, ומעשה גדול הנצמח אינו ניכר בו משהו לא מיקרי רק מעשה כל דהו. (ומכל מקום לא ניחא ליה להאשר״י בסברת הר״ח זו וכתב עליה דנהי דלענין תשלומין לא מקרי היזק מכל מקום לענין איסור מעשה גדול עשה). אבל אם עצם המעשה יש בה עשיה לא מעט בפועל, אין מה שאינו ניכר אח״כ עושה אותה למעשה זוטא, וא״כ י״ל האי דהעושה מלאכה במי חטאת איירי במעשה אשר בפועל רבה היא וחשובה מעשה רבה אף שאינה ניכרת.

ואם תאמר, הא בפרק הניזקין שם מוקי לה להאי דעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת, בפרה שהכניסה לרבקה על מנת שתינוק ותדוש, מי חטאת ששקל בהן משקולת דליכא אלא מחשבה גרידתא, והרי אין כאן מעשה רב בעת העשיה בפועל כלל שיחשוב ע״י מעשה רבה, והנצמח מעשיית מלאכה זו אם כי רבה היא אינה ניכרת, וא״כ אכתי תיקשי אמאי פוסל דבר שאינו שלו כיון דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק.

י״ל למאן קא מוקי ליה בגמרא בהכי, למ״ד היזק שאינו ניכר שמיה היזק דעליו הקשה

7 עיי׳ שו״ת רבינו ח״א כתבים סי׳ כא.

בגמ׳ בדיני אדם נמי לחייב, ומשני בפרה שהכניסה דאינו אלא גרמא בנזקין ופטור מדיני אדם, ולדידיה י״ל דגם זה מקרי מעשה רבה משום גודל האיסור שבו דהכרה לאו מילתא ואינו תלוי בזה אם ניכר או לא, אלא כל שהנצמח הוא גדול אף שאינו ניכר מעשה רבה מקרי. דעד כאן לא אמר הר״ח לסברתיה דאף שנעשה ביה איסור לא מיקרי מעשה גדול אלא משום דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק, והרי למ״ד שמיה היזק לא קשה קושייתינו דנימא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, דהא במעשה רבה מודי דאוסר, ולמאן היה קשיא לן, למ״ד לאו שמיה היזק דאז מעשה שאין בה פעולה גדולה לא מקרי מעשה רבה, לדידיה יקשה איך פוסל דבר שינו שלו, זה ל״ק, דלדידיה אין צריך לאוקמי בפרה שהכניסה לרבקה כו׳ דלא עליו היה קושיית הש״ס בדיני אדם נמי לחייב, אלא מוקמינן ליה בפשוטו דעשה מלאכה בעבודה גדולה ממש, ובזה אף שאינה ניכרה אח״כ לא משום זה תאבד חשיבותה שלא תיקרא מעשה רבה אחרי שבשעת העשיה כבר היה ניכר וחשוב המעשה על ידי רב העבודה שעשה.

אשכול ג

[בהא דאמרינן לצעורי קא מכוין, איך הדין אם אומר שכוון לע״ז]

בדין ישראל כשר שאינו אוסר דבר שאינו שלו יש לחקור אם זהו רק בסתמא אבל אם הוא לפנינו ואומר דלא כיוון לצעורי כי אם לעבוד לע״ז נאמן ואסור החפץ שעשה בו העבודה, או לא, אלא בכל גווני שרי דאין מאמינים ליה שכוון לעבודה זרה[8].

ולכאורה יש להוכיח דאינו נאמן, דאי אמרת דאם אומר כן נאמן לאסור, אם כן גם בסתמא לא יהיה מותר כל דאיתיה קמן עד דנישייליה, כיון דמה דאמרינן לצעורי קא מכוון הוא רק מחמת חזקה וכמו שכתבתי באשכול ז׳, וכל היכי דאיכא לברורי לא סמכינן אחזקה כדאיתא בפ״ק דפסחים (דף ד ע״א) לענין המשכיר בית בי״ד דחזקתו בדוק, דמכל מקום צריך לשיוליה. והדברים קל וחומר, דהתם גם אי לא בדק אין כאן איסור דאורייתא אי מבטלו בלבו, ומכל מקום לא סמכינן אחזקה וצריך לברר, כש״כ הכא דאם כוון לעבודה זרה אסור החפץ מדאורייתא (ענף ז), דצריך לברורי. וא״כ הוי ליה לגמרא לאקשויי על מאמר רב נחמן ורב עמרם ורב יצחק (חולין דף מא ע״א) דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו משום דלצעורי מכוון, היכי דמי, אי דאיתא קמן לשייליה, ולשנות דליתיה קמן לשיולי כמו דמקשינן ומתרצינן בפ״ק דפסחים שם בהאיבעיא דמשכיר בית לחבירו בי״ד אי חזקתו בדוק. גם בשו״ע, כמו שפירש בדין משכיר בית הנ״ל (באו״ח סי׳ תלז ס״ב) דשם כתב ״אם הוא בעיר שואלו אם בדקו, ואם

8 עיי׳ ים של שלמה סוף פ״ב דחולין וז״ל: ״אבל היכא דידעינן דלא לצעורי קמכוין כענין שפירש, וכגון שכל העולם יודעים שהוא אוהבו וגם בעל בהמה בעצמו יודע שלא עשה זה לצערו או שהוא חוזר ומודה על עוונותיו ואומר שלא לצעורי כיוון אלא לע״ז ומבקש תשובה על חטאו א״כ הרי הוא זבחי מתים״. ועיי׳ חידושי פני אריה ב״ק (פנ״י) ה, א ד״ה המטמא. ועיי׳ שו״ת עונג יו״ט סי׳ נד שכתב בפשטות שמשמע דגם אם השוחט עומד וצווח שלא כוון לצערו אלא לע״ז אינו נאסר. ודן בזה אמאי אינו נאסר. וראה הע׳ 12.

אינו בעיר חזקתו בדוק ומבטלו בלבו", הכא נמי היה לו לבאר כן (ביו"ד סי' ד ס"ד) דאם הוא בעיר שואלו ואם אינו בעיר חזקתו דלצעורי כיוון ומותר.

אבל זה אינו הוכחה כ"כ, דהא הב"י באו"ח שם הקשה מ"ש מן שמונה עשר טריפות דסומכין על חזקת כשרות ואין צריך לברורי ע"י בדיקה. ותירץ דש"ה דאין לך חזקה המתנגדת לחזקת כשרות, אבל נגד חזקת בדוק יש להבית חזקת חמץ של כל השנה. ואם כן יש לומר דבנידון דידן משום הכי אין צריך לשואלו ולברורי כיון דאין להחפץ זה חזקת תקרובת ע"ז שיתנגד לחזקה דלאו לעבודה נתכוון.

אך באמת אין צריך לתירוץ הב"י, דהא בבית עצמו קשה גם בדליתיה קמן אכתי איכא לברורי ע"י שיבדוק הבית, ומ"ש בזה בתשובת מים עמוקים (סי לח) דרק היכי דאיכא לברורי מבררים אמרינן, אבל היכי דאיכא לתקוני מתקנינן לא אמרינן, לא מסתבר, דתינח אילו היה בבדיקה רק תיקון ולא בירור, אבל הלא ע"י בדיקה יבורר ג"כ אי בדק המשכיר אי לא, דאם ימצא השוכר הבודק עכשיו חמץ בבית יבורר שהמשכיר לא בדק, ויהא חייב השוכר לבדוק משום הבירור, ומה בכך דיש בבדיקה גם תיקון, אטו משום זה יהא פטור מלברר.

אבל פשטות הדבר דדוקא לשייליה שאין בו טורח והוצאה מקרי איכא לברורי, אבל לבדוק הבית שיש בו טורח לא מיקרי איכא לברורי, דעל הא אנו דנין אם חייב לטרוח ואמרינן דאינו חייב משום דיש כאן חזקה, וכמו דאין אנו מפסידין ממונו כשיש חזקה להתיר כך אין מפסידין גופו לטרוח טרחה רבה. וא"כ ל"ק כלל מן י"ח טריפות, דשם לבדוק כל הבהמה דאיכא טורח רב לא מקרי איכא לברורי, וא"כ יש שוב מקום להוכחה זו, דבנידון דידן היה חייב לשייליה[9].

גם לכאורה כן הוא מן הסברה, דכיון דעד אחד נאמן באיסורין רק להתיר לא לאסור נגד חזקת היתר, והכא כיון דבסתמא הוא מותר, אינו נאמן לומר דלעבודה כיוון נגד חזקת החפץ שהרי מקודם לא הי' תקרובת ע"ז. ומאי אולמיה מעד אחד מן השוק.

אבל יש לדון בדבר מתרי טעמים: א. הא קימא לן בפרק הניזקין (גיטין נד,ב) בסופר שאמר שלא עיבד גוילין לשמן דמתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד הספר תורה, והשכל יגיד וכן מבואר שם בגמ' דכל שהפסדו יותר גדול יותר נאמן לאסור, ואם כן הכא דרוצה שיאמנו דבריו לאסור החפץ ויהיה צריך לשלם דמי כל החפץ שהוא יותר משכר מהימנינן ליה מטעם מתוך. הא חדא.

ב. הא דמה דבהיה בידו נאמן לאסור, לאו דוקא בנמסר בידו לשמור דנימא דמטעם שיש לו דין בעלים עליו נאמן, אלא בהיה בידו לאסור סגיא ונאמן כמו שכתב הש"ך יו"ד (ריש סי' קכז), ובנדון דידן זה ששחט או ניסך היה בידו לכוון לעבודה, א"כ י"ל דנאמן לומר שכיוון לעבודה משום דהיה בידו.

אפס אשר לטעם מתוך שנאמן אני חוכך עוד, משום שיש לי דקדוק בשו"ע יו"ד (סי' קכז) דכתב שם בסעיף א דין האומר לחבירו נתנסך יינך דאם היה

9 עיי' ציונים על עניין זה בגליון רבנו פסחים ד,א ד"ה למאי נ"מ, ועיי' פמ"ג או"ח סי' ח מ"ז ס"ק ט שכ"כ דרק באפשר לברר בקל מבררינן, וכ"כ בבינת אדם שער רוב וחזקה סי' ט.

בידו נאמן, ואם לא אמר לו כשמצאו בפעם ראשון אינו נאמן. ולא מיירי שהיה שומר עליו, אלא גם בסתם אדם שלא היה שומר וכמו שפירש בש"ך שם, ואולם בסעיף ב שם כאשר רצה לכתוב דגם בלא אמר לו בפעם ראשון כשמצאו גם כן משכחת לה דנאמן, והיינו כשיש לו הפסד הרבה בדבר דאמרינן מתוך שנאמן להפסיד לעצמו נאמן גם לאסור, כתב בזה הלשון "במה דברים אמורים — דאינו נאמן בלא אמר לו בפעם ראשון — כשעושה עמו בחנם או אפילו בשכר והוא בענין שלא יפסיד שכרו כגון שאומר שנתנסך באונס או ששכרו דבר מועט, אבל אם שכרו הרבה והוא בענין שמפסיד כל שכרו כגון שאומר שנתנסך בפשיעתו נאמן אפילו אינו עתה בידו וגם לא אמר ליה בפעם ראשון שמצאו". וזה שקשה לי, דאטו לא היה משכח המחבר לצייר דין זה ולהשמיענו אותו גם בסתם שאינו שומר עד שהוצרך לגוד ממה דאיירי ביה עד סעיף זה, והלא יכול היה לכתוב כך "בד"א שאומר נתנסך יינך, אבל אם אומר אני נסכתי יינך בעניין שחייב לשלם הנזק נאמן אפילו כו'". (ואי דרצה להשמיענו הדין גם בשומר ופועל ולחלק בין שכרו מרובה למועט, היה לו להזכיר גם זה בדרך הוספה ולכתוב וה"ה בפועל או שומר והוא בענין שמפסיד שכירותו וששכרו רב, כדרכו של השו"ע, ולא להניח מכל מה דאיירי ביה ולתפוס ציור אחר).

וע"כ אני נבוך אם לא אפשר לומר דע"פ הכרח תפס ציור זה, והוא דבט"ז (שם ס"ק ד) הקשה על דין זה שבפרק הנזקין דאמרינן מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן להפסיד הספר תורה מסוגיא מפורשת בפרק האומר (קדושין דף סה ע"א) באשה שאמרה קדשתני והוא אומר לא קדשתיך דהוא מותר בקרובותיה, עשה בגמרא צריכותא דאי מרישא דהוא אומר קדשתיך כו' הוה אמינא כו' אבל איהי אי לאו דקים לה (אילו לא היה האמת כדבריה) לא הוי אמרה (ומתסר נפשה) ולתסר איהו בקרובותיה, קמ"ל. הרי סברה זו דמתוך שנאמן כו' היה רק בס"ד, אבל באמת לא קאי, אלא אף שמפסדת ואוסרת נפשה בקרוביו מ"מ אינה נאמנת על קרובותיה, ותירץ הט"ז דשאני התם דיש חזקת פנויה ע"כ הם מותרות, משא"כ בספר תורה שאין לה חזקה מתחילה להכשירה.

והנה אין סברת הט"ז דהדבר שאתה דן עליו לאוסרו מחמת מתוך כו' צריך שלא יהיה לו חזקת היתר, דא"כ יתמה על הדין שבשו"ע הנ"ל אשר ציין הט"ז דבריו עליהם, דכתב באומר נתנסך יינך אם הוא באופן שמפסיד שכרו נאמן לאסור היין, ואטו היין לא היה לו חזקת היתר תחילה, אך כוונת הט"ז שהיסוד שעליו אתה בונה, שממנו אתה מושך ומוליד הנאמנות לדבר אחר צריך שלא ינגד לו חזקה ודכל שיש חזקה מנגדתו אף שאינך חושש אל החזקה ואתה מורה נגד החזקה, מ"מ לא מיקרי יסוד חזק לבנות עליו ולומר ביה מתוך כו'. וכן מדוקדק בלשונו שתלה בחזקה שיש להאשה האומרת קדשתני, דזה לשונו "ונראה לתרץ דש"ה כו' כיון שיש לזו חזקת פנויה", (ולא כתב כיון שיש חזקת היתר להן להקרובות), ע"כ מוקמיה לה אחזקתה ולא נתקדשה" (ולא כתב דמוקמיה הקרובות על חזקתן שמותרות

לו), וע"כ לא קשה מחזקת היתר דיין, דחזקה זו היא בדבר הנבנה והנמשך לא ביסוד ובדבר המושך[10].

והנה נגד כל הוצאת ממון יש חזקה המנגדת היינו חזקת ממון, וחזקת ממון עדיפא עוד משאר חזקה, דהרי חזקת הגוף אלימא מחזקה אחרת וחזקת ממון אלים גם מחזקת הגוף (עיי' כתובות דף עה ע"ב תוד"ה אבל), וא"כ בכל מקום שתאמר מתוך שנאמן להפסיד ממון לעצמו נאמן לפסול, יקשה הא להיסוד יש חזקה מנגדת ולא אמרינן ביה מתוך כמו באמרה קדשתני, אך בפועל ושומר דאמרינן מתוך שנאמן להפסיד שכרו לק"מ, דהא בהפסד שכרו אין מוציאין ממון כי אם מונעים אותו מזכיית ממון ואין חזקת ממון מנגדתו, ואדרבה חזקת ממון דהמשכיר מסייעתו עוד, אבל לכשתרצה לומר מתוך שחייב לשלם נאמן בל תוכל, דלהיסוד זה היינו החיוב לשלם יש לו חזקה מנגדתו, חזקת ממון. ומכיון שלא היה אפשר למחבר לכתוב דין זה במה דאיירי ביה תחילה, היינו בסתם אדם האומר נסכתי יינך דבזה באמת ליתא לדין זה, דזה משלם הנזק מכיסו ולא אמרינן ביה מתוך הוצרך [לכתוב] ענין אחר בפועל ושומר, ואם כנים הדברים נפל טעם ראשון שכתבנו, דהא בנידון דידן משלם הנזק מכיסו ובזה לא אמרינן מתוך.

אמנם על נאמנות מטעם בידו יש ג"כ להשיב לכאורה, דכיון דבידו כהאי שלא היה שומר עליו ואין לו דין בעלים אין טעם הנאמנות כי אם מטעם מגו, והרי קיי"ל דהיכי דמשים עצמו רשע אינו נאמן במגו כדאיתא בפ"ב דכתובות (יח,ב) בעדים שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון דאינם נאמנים גם באין כתב ידם יוצא ממקום אחר דאית להו מגו[11], וע"כ הכא באמרו שכיוון לעבודה הרי עשה עצמו רשע ואין טעם בידו מועיל להאמינו.

ואי תיקשי לך מכהן העובד שנאמן לומר שפיגל משום בידו כדאיתא בפרק הניזקין (נד,ב) טהרות שעשיתי עמך נטמאו, זבחים שעשיתי עמך נתפגלו נאמן, ואיתא שם הטעם משום בידו, ומשמע דאמתני' קאי דקתני שם הכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבין, והרי המפגל עובר בלאו דלא יחשב (כדאיתא ברמב"ם ר"פ ח"י מפסולי המוקדשין), והרי בפיגל במזיד עושה עצמו רשע ומכל מקום נאמן משום בידו[12].

10 צ"ב לפי דבריו, דא"כ למה הוזקק הט"ז לומר דבס"ת אין חזקה מתחילה להכשיר את הס"ת, והלא לא ע"ז אנו דנים, אלא שמה שאנו בונים ממנו את הנאמנות דהיינו הפסד השכר לא יהיה נגד החזקה.

11 עיי' בעניין זה בעיקר "אין אדם משים עצמו רשע". ור' להלן ענב א.

12 עיי' פמ"ג סי' ה מ"ז סוס"ק ה וז"ל: "דע דק"ל הא דתנן פיגולן פיגול...איך נאמן והא אין אדם משים עצמו רשע כמבואר בכתובות עדים שאמרו אנוסים מחמת ממון אין נאמנין דמשימין נפשייהו רשיעא ועיין תוס' שם וכן פסק הרמב"ם בהל' עדות הי"ב אף דיש להם מיגו. ואולי החורה גילתה כו' אלא דא"כ השוחט בהמת חבירו ואמר שחטתי לעבודת כוכבים אמאי מהימן נימא דאין אדם משים עצמו רשע, וא"ל שיש לו מיגו דהוה מקלקל בשחיטה, חדא דאף במיגו אין נאמן, ועוד דלענין הנאה ליח ליה מיגו. שוב ראיתי בספר אחד נקרא קול בן לוי בסוף הספר קצת חידושים מבעל כה"ג ז"ל ראובן שאמר לשמעון שחוט בהמה זו ואחר ששחט אמר ששחט לעכו"ם אינו נאמן". עיי"ש שנשאר בצ"ע בדין זה. ועיי' נוב"י מהד"ת אה"ע סי' כג שתירץ הא דל"א

ואין לומר דהיינו טעמא דנאמן כיון דחייב לשלם אמרינן מתוך שנאמן להפסיד, זה אינו, דהא קיי"ל היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק וחיובו רק מפני תיקון העולם כדאיתא שם (נג,א). והרי משמע שם (נד,א) דמה שהתורה האמינתו לכהן לומר שפיגל נמי משום בידו הוא, אבל לק"מ דבהיה עושה עמו טהרות וכן כהן שנמסר לידו הזבח בזה יש בבידו טעם דהוי כבעלים ואין צריך למגו.

מיהו בהא יש לעיין, דיש לומר כיון דבעצם המעשה אין אנו צריכים לפיו, דהא לעינינו יש דשחט לע"ז אלא דהוא מגלה לנו אופן המעשה, בכי הא לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע, וכה"ג כתב במשנה למלך (בששי לרביעי הלכות מלוה ולווה בד"ה וכתב בעל כנה"ג) שם בדין עדים החתומים על השטר [שכתוב בו ריבית] דאינן נפסלין בכך דאמרינן דלא משמע להו לאיסורא, כתב דאם הם מודים שידעו שיש איסור בדבר לעדים, אפשר לא אמרינן בזה אין אדם משים עצמו רשע כיון דהם אינם מהווים גוף האיסור, דהא האיסור עשוי לעינינו, אלא דהיינו דנין שלא ידעו שיש איסור, והם רק מגלים מילתא שאינו כן, (ובעיקר "אין אדם משים עצמו רשע" כתבנו בזה דברים). ואולם דקדוקנו על השו"ע יו"ד (סי' קכז) היה עתה מתיישב כפשוטו דלא הוי מצי לצייר דינו באומר נסכתי אני ייגך, דבזה דלא ראינו הניסוך בעינינו לא היינו מאמינים לו כלל משום דאין אדם משים עצמו רשע.

אלא דאני נבוך גם אם נתפוס סברה זו של המשנה למלך, אם לא נידון דידן שאני, דהתם מה דנאמנים כשאתה מסלק מהם דין אין אדם משים עצמו רשע, ע"כ אינו משום עדות, דאם מטעם עדות נבוא עליו נמצא דאינו נאמן משום כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד, כמו דבכתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים גם לומר אנוסים היינו מחמת נפשות דלית ביה משום אין אדם משים עצמו רשע מהאי טעמא דאינו חוזר ומגיד [כתובות יח,ב]. אלא צריך לומר דטעם הנאמנות יהיה משום דחזקת כשרות כבר אזדא ליה על ידי ריעותא דחתמו לשטר זה, וכשמסלקים בהודאתם האומדנא שלנו שאמדנום לאינם יודעים שיש איסור, בא פסלותן מעצמו. וא"כ י"ל דדוקא התם דאין צריך לעדותן דיש מקום לסברת המשנה למלך, אבל בנידון דידן דגם כשתסלק ממנו דין אין אדם משים עצמו רשע, עדיין צריך אתה לעדותו לאסור את החפץ, ואתה בא להאמינו מטעם עד אחד דנאמן באיסורין, בהא נימא ליה לדבריך פסול לעדות אתה מחמת רשעות ואין עדות — אף באיסורין — לרשע, וכדאמרינן ביבמות [מז,א] באחד שאמר נתגיירתי ביני לבין עצמי ואמר לו ר' יהודה לדבריך גוי אתה ואין עדות לגוי.

וזהו תשובה ג"כ לכשת"ל להשיב עמ"ש דבידו אינו מועיל כאן כיון דמשים עצמו רשע ותאמר דבידו עדיף ממגו ומועיל גם במשים עצמו רשע, מכל מקום י"ל דהכא אף דדין אין אדם משים עצמו רשע אינו מעכב הנאמנות, מ"מ אינו נאמן מטעם זה דלדבריך רשע אתה.

אאמע"ר במפגל כיון שכוונתו לטובה להציל אחרים מאיסור, ועיי' הגהות יד אברהם ליו"ד סי' ה ס"ג, שו"ת בנין עולם אה"ע סי' ה אות טז ובאחיעזר חיו"ד סי' ה אות ד.

אשכול ד

[ישראל האומר שלא כיוון לצעורי אם חייב לשלם]

בדין ישראל כשר שאינו אוסר דבר שאינו שלו, והוא אומר דלא היה מכוון לצעורי כי אם לעבודה, דכתבנו באשכול ג דאין אנו מאמינים לו לאסור החפץ, יש לעיין לענין שלומי הדמים מאי, אם הבעלים תובעים אותו שישלם להם דמי החפץ.

ויראה לכאורה דמחייבים לו לשלם, אף דאינו נאמן משום דאין אדם משים עצמו רשע (גם לצד ספק של המשנה למלך שהבאנו באשכול הנ"ל דגם באינו מהוה עצם האיסור שייך ביה דין אין אדם משים עצמו רשע וכן למ"ש שם דגם אם לא שייך ביה אין אדם משים עצמו רשע מכל מקום אינו נאמן לאסור), מכל מקום יאמרו לו הבעלים הנה הודאתך לחובתך הודאת בעל דין היא וכמאה עדים דמי, והרי אתה מודה שאסרת החפץ שלי ולחובתך אין אומרים דין אין אדם משים עצמו רשע, כמו עדים שהעידו ואמרו אח"כ שקר העדנו אף דאינן נאמנים משום אין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום חייבים לשלם לזה היזקו (שו"ע חו"מ סי' כט סעי' ב)[13].

אך לכאורה זה אינו, דהכא ישיב לו זה ששחט או ניסך, מאי היזקתיך, כיון דהמורה מורה לך שאין להאמין לדברי ושהבשר והיין מותר לך לאכלו ולשתותו, א"כ לא הפסדתיך כלום, וגם לכשתרצה לומר דמכל מקום רצונך להחמיר ולחוש לדברי שלא לאכול, לאו כל כמינך לחייבני לשלם, דאתה הוא דאפסדתא אנפשך להחמיר שלא מן הדין כיון דמורים לך שמותר לך מדינא, ואכול ושתה יאמרו לך.

וגם אם תאמר לי מהימנת אתה לי בליבי כבי תרי וע"כ אסור החפץ עלי מדינא כמו בעד אחד שאמר אשתך זינתה דאמרינן [קדושין סו,א] אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה, ושפיר הפסדתני, ואף דהכא שאני דאתה בא לעשות עצמך רשע ואין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום משום זה לא נשתנה הדין שלא יהיה החפץ אסור עלי אם מהימנת אתה לי וכמו שכתב בחלקת מחוקק בסי' קטו ס"ק כה. ואף דבעד אחד אמר אשתך זינתה ומהימן ליה מכל מקום צריך ליתן לה כתובתה, אלמא דמאי דהוא מאמין אינו מועיל לחוב לזולתו, והכא נמי יאמר לו זה מה שאני נאמן לך בלבך אינו מועיל לחייבני לשלם לך, דזה אינו, דהתם ענין אחר דהיא מכחשת להעד ואינה מודית שזינתה ומהיכי תיתי יהא יכול הבעל לחוב לה במה שבלבו מאמין לדברי העד והיא צווחת טהורה אני לך והעד משקר ומה פשעי שאפסיד ומה גרמתי

13 עיי' ריטב"א מכות ג,א שמקשה באומר עדות שקר העדתי אמאי נאמן והא אאמע"ר. ומתרץ: "וי"ל דהיינו בחיוב שבגופו בלחוד, אבל בממון פלגינן דיבוריה כאומר גנבתי או גזלתי שמשלם קרן ע"פ עצמו כו'". ועיי' ר"ן כתובות לדף עב,א על הא דפריך מנא ידע שכתב בשם הראב"ד דהא דלא מוקמינן במודה משום דאינה נאמנת דאין אדם משים עצמו רשע. והר"ן פליג עליו דלענין ממון נאמנת. ועיי' גם תוס' רא"ש כתובות יט,א ואור שמח הל' טוען ונטען פ"ה ה"ב ד"ה וראיתי.

אני להאיסור שאפסיד כתובתי, אבל הכא הא זה עשה מעשה האוסר והוא מודה שאסרו ומה שאסור מדינא הוא הוא שעשאו בעשייתו ובאמירתו שכיוון לעבודה, א"כ חייב לשלם.

נראה דמכל מקום גם זה אינה טענה לחייבו, דיטעון קים לי כדעת מהרי"ק בתשובותיו [שרש פב] דדין מהימנת לי אינו אלא במאמינו גם בשאר דברים לא משום דדבר זה נראה לו אמת, ודוקא בגיס ביה ומצוי אצלו תמיד כהאי דבת רב חסדא דאמר קים לי בגוה [כתובות פה, א] (מובא בשו"ע אה"ע סי' קטו סעי' ז ובב"ש שם ס"ק לג).

ונלענ"ד לכאורה דדין זה תלוי בפלוגתא, אי הדין באדם אוסר דבר שאינו שלו בעשה בה מעשה (היכי דלא שייך לצעורי) הוא מן התורה או מדרבנן (ענף ו ואשכול א), דלשיטת התבואות שור דאסור מן התורה, חייב זה לשלם לו, ואין טענתו מה אפסדתיך הא מורים לך שמותר לך, טענה, דזה יאמר מכל מקום לדבריך חייב אתה לשלם, דלו ג"כ דכבר אכלתי מכל מקום לדבריך אכלתי דבר שאסור מן התורה בלא הודע שהוא אסור (כי שמעתי להוראת המורה שהורה בו היתר), וצריך אתה לשלם לי הדמים מידי דהוה כמוכר לחבירו דבר ואכלו וגודע אח"כ שהיה אסור דצריך המוכר להחזיר לו דמיו כדאיתא בבכורות (דף לז ע"א) והטעם דאכילת איסור לאו שמיה אכילה כמ"ש בסמ"ע (סי' רלד ס"ק ד), וכיון דאכילתו כאילו אינה, שפיר הפסדתני והיית חייב לשלם לי דלאו קא מודית דאכלתי איסור דאורייתא אשר אסורו מידך היה לי, וכש"כ עתה שעדיין לא אכלתי אינך יכול לפטור בטענה שלא הפסדתני משום שאני רשאי לאכלו, דהא אתה מודית שאכילה זו לא תהיה אכילה[14].

אבל להלבוש דמה דנאסר דבר שאינו שלו במעשה אינו אלא מדרבנן, ובמכר לו איסור דרבנן הא הדין באם אכלו א"צ המוכר להחזיר לו דמים דאכילת דבר שאסורו מדרבנן שמיה אכילה, א"כ הכא טענתו מה אפסדתיך טענה, כיון דרשאי אתה לאכלו וכשתאכלו יחשב אכילה ולא יהיה לך הפסד כלום ומה אשלם לך.

ואל תאמר, והא מה דבאיסור דרבנן אין צריך המוכר להחזיר דמיו כשאכלו אינו רק באסורי אכילה לבד, אבל באיסורי הנאה הא הדין דגם באסורים רק מדרבנן צריך המוכר להחזיר הדמים, ובנידון דידן שהיא תקרובת עבודה זרה מאסורי הנאה הוא, וא"כ גם לשיטת הלבוש יהיה חייב לשלם לו, דזה אינו, דמאי דבאיסורי הנאה דרבנן חייב המוכר להחזיר הדמים אין הטעם משום דמחמת חומר איסורו דאף בהנאת אסור לאו שמיה אכילה, אלא הטעם משום דבלאו הכי אין בהם דין מכירה כלל וכמפורש הטעם בשו"ע חו"מ (סי' שלד ובשו"ע יו"ד סי' קיט סעי' יג) ולא קנה זה מעולם החפץ, ודמיו פקדון ביד המוכר ומשום הכי צריך להחזירו, וזה אינו ענין לנידון דידן דבאנו לחייבו מטעם מזיק, וכיון דשמיה אכילה אין כאן נזק כלום.

14 לכאורה היה מקום לחלק, דהתם כיון שהתברר שהדבר אסור לכן אף שאכל לא מיקרי אכילה, אך כאן להלכה הדבר מותר כיון שאין אנו מאמינים לו, ואף שהוא אומר שהוא אסור אך סו"ס לא הזיקו כלל כיון שבאמת מותר לו לאכלו. ויל"ע בזה.

אשכול ה

[בשיטת הי״א בר״ן דשוחט בהמת חבירו לע״ז אסורה באכילה[15]]

בדין שוחט בהמת חבירו לעבודה זרה, דקיי״ל דאינו יכול לאסור דבר שאינו שלו, אם רק בהנאה לא נאסרה אבל לאכילה אסורה, או דמותר גם באכילה (ענף יא), הנה הר״ן סוף פ״ב דחולין [ח,ב] כתב בשם י״א בזה דדוקא בהנאה מותרת אבל באכילה אסורה דלענין איסור אכילה אין לומר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ״דלאו איהו אסר לה אלא דלא שרי לה והוה ליה כאלו לא נשחטה אלא שמתה מאליה״. ואולם דין זה דהני י״א נראה לכאורה נדחה מהלכה משום דיש להשיב עליו מגמרא ומסברא.

מגמרא, דעל מ״ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו מקשינן בגמ׳ (חולין מא,א) ממתני׳ ״שנים אוחזין בסכין ושחטו אחד לשם אחד מכל אלו ואחד לשם שחיטה כשרה שחיטתן פסולה״, ואם איתא דבאכילה מודה האי מ״ד דאסורה מאי קא קשיא ליה, הא שפיר קתני במתני׳ שחיטתו פסולה, דהא לא קתני שהיא זבחי מתים לומר שאסור בהנאה, וזו קושיית הב״ח [יו״ד סי׳ ד ד״ה ישראל].

ומסברא, דהדברים ניתנו לומר לס״ד דגמרא דטעם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו משום דלאו כל כמיניה לאסור של חבירו, וא״כ השחיטה נעשית בכוונה לא נכונה, ושחיטה גרועה ראוי שלא תתיר ולא תטהר הבהמה מידי נבלה, אבל למסקנא דש״ס דהטעם משום דאמרינן לצעורי קא מכוין (והכי קיי״ל דהא על כן מומר ועכו״ם דלא שייך ביה לצעורי אוסר דבר שאינו שלו בשו״ע סי׳ ד סעי׳ ד), א״כ לא היתה כונה זרה כלל בשחיטה זו ואמאי תהוי כמתה מאליה, וזוהי תשובת הרשב״א בתורת הבית [בית א במשמרת הבית][16].

15 בשיטת הר״ן זו האריך רבינו בגליון הרי״ף יומא ד,א (בדפי הרי״ף) ובשו״ת ח״א כתבים סי׳ יד וסוף סי׳ כא, וחלק ב אהע״ז סוף סי׳ לד. ושם בכתבים סוף סי׳ לח כתב בענין זה וז״ל: ״ובל אחדול להודיעו במה שאני עומד כעת כמתמה תמיהה על עצמי, כי מעודי עד היום הזה האמנתי דמה שכתב הר״ן חולין סוף פרק השוחט ...״וליכא למימר לענין אכילה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו דהכא לאו איהו אסר לה אלא דלא שרי לה והוה ליה כאילו לא נשחטה אלא שמתה מאליה״ שזהו טעם לעיקר הדין דהני איכא דאמרי דבאכילה אסורה, וכיום נדמה לי כמעט ברור שאין זו כוונת הר״ן, אלא דבהאי וליכא למימר כו׳ שכתב רצונו רק ליישב הלשון, כי היכי דלא תקשה על הני דאסרי באכילה לישנא דר״נ ורב יצחק ורב עמרם דאמרי ״אין אדם אוסר״, אבל טעם הדין אחר הוא, והיינו דאסורה משום מראית עין כמו דאסור בשוחט לשם קדשים, וס״ל הני איכא דאמרי דגם בבהמת חבירו לשם קדשים שייך מראית העין דיסברו שהיא שלו וכהי״א בהגשו״ע סי׳ ה סעי׳ ג, ואשר לא אסרו הני איכא דאמרי גם בהנאה, י״ל דס״ל דהיכי דאסור משום מראית העין לא אסרו רק באכילה וכסברת הב״ח בט״ז סי׳ ה סק״ה״. וע״ש מה שכתב בשיטת החולקים על הר״ן למה לשיטתם אין לחוש משום מראית עין.

ועיי׳ תבואות שור סי ד ס״ק טו שכתב דהא דכתב הר״ן דאסורה באכילה היינו מדרבנן ומציינו רבינו בגליון שו״ע סי׳ ד לט״ז סק״ד. (ור׳ עוד בגליון שם מש״כ בענין ומציין שם לעיי׳ ״בספר העיקר שלי בעיקר אין אדם אוסר דש״ש״).

16 עיי׳ חידושי רע״א יו״ד לט״ז ס״ק ד שכתב על מה שתמה הט״ז שלא הביא הב״י שיטה זו

ונלענ"ד דמ"מ עדיין יש לעיין שלא לדחות דין זה בשתי ידים, דאשר להוכחת הב"ח מהגמרא, הנה נצדיק אותו תחילה מהשגת הט"ז (סי' ד ס"ק ד) דנראה דעשאו כטועה, ואחר יהיה לבאר דמכל מקום אין הוכחתו מכרעת. דהנה הט"ז כתב עליו דלא עיין יפה, דעד כאן לא אמר הר"ן דבאכילה אסורה, אלא בהיה השוחט אחד ששחטה לעבודה זרה דשחיטה זו כמאן דליתא דמי, אבל באחז עמו אחר בסכין ושחטו שניהם, דל שחיטת זה מהכא עדיין נשאר שחיטת השני שהיה לשם שחיטה כשרה[17].

ונראה לי דהטורי זהב לשון זהב לו, דמשום הכי לא כתב על הב"ח ששגג או שטעה משום דבאמת דעת הרשב"א בתורת הבית בכשר ופסול שאחזו בסכין ושחטו דשחיטתו פסולה וכן פסק בשו"ע סי" ב סעי' יא, והאי פסול לא שחט לשם אחד מכל אלו, אלא שבעצמותו פסול לשחיטה, ומכל מקום לא אמרינן דמתכשר ע"י שחיטת הכשר ששחט עמו, וא"כ הוא הדין בנידון דידן אי אמרת דאף דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו מכל מקום אין שחיטה זו מכשרת, והרי שחיטה זו כשחיטת איש פסול לשחיטה דאינה מתרת, והוי כחציין של סימנים שחוטים וחציין נחורים. אבל כתב עליו שלא עיין יפה, והיינו דאילו עיין יפה, היה רואה דיש חולקים על הרשב"א וס"ל דכשר ופסול ששחטו שחיטתם כשרה (כתבו הש"ך סי' ב ס"ק ל), וא"כ אין תימה על הר"ן אם גם הוא סובר כן.

ונ"ל להצדיק את הב"ח גם מתלונה זו, ואומר שלא היה יכול לתרץ דהר"ן ס"ל כהני פוסקים המכשירים, דהנה בפרק יום הכפורים [יומא ד,ב] כתב הר"ן שנשאל הראב"ד חולה שיש בו סכנה אמאי שוחטים בשבילו בשבת שעוברים על איסור סקילה, נימא לגוי וינחור לו ונאכילנו גבלה שהוא רק באיסור לאו. והשיב הראב"ד, איזה איסור עומד לפניך, הלא איסור שבת, דאילו היה היום חול היית שוחט לו, ע"כ זה האיסור נדחה מפני החולה לא איסור נבלה.

וקשה לי, ואכתי וכי ליכא דליתביה עצה דנימא לגוי שיאחז עם ישראל בסכין וישחוט, וניקל האיסור שבת דיהיה שנים שעשאוהו דפטורים. ועכצ"ל דקושיא זו נמי תתיישב בתירוצו, והיינו דס"ל דכשר ופסול ששחטו שחיטתן פסולה וא"כ אכתי יהיה נבלה, ויאמר הראב"ד איזה איסור עומד לפניך כו'. והר"ן שהשיב על שאלה זו,

דבאכילה אסורה, "דהר"ן לא כתב כן אלא לענין אם אם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו מכל מקום אסור באכילה, דלאו איהו אסיר אלא דלא שרי, אבל לפסק השו"ע דאדם אוסר דשא"ש אלא דאמרינן לצעורי מכוין בזה לא שייך סברת הר"ן, דהא אמרינן דלא שחט כלל לע"ז וממילא גם באכילה שרי". ושם לש"ך סק"ה ביאר די"ל דבאמת גם לטעם דלצעורי אמר הר"ן וטעמא "דלא סמכינן על סברת לצעורי אלא לענין הנאה, אבל לא על אכילה דחמיר טפי, או כפי מ"ש תוס' ב"ק עב,ב דתקרובת עבודת כוכבים אסור באכילה מדאורייתא ובהנאה מדרבנן, וא"כ י"ל דלגבי דאורייתא לא סמכינן על לצעורי רק לגבי דרבנן". ועיי"ש שכתב דלפי זה הוא הדין לענין ניסוך.

ועיי' שו"ת עונג יו"ט סי נט שמבאר בדעת הרמב"ם (להלן אשכול ז) שכתב אאאדש"ש שאין כונתו אלא לצעורי, דכונתו בזה להוסיף שגם באכילה אסורה. ובדעת הר"ן דלא ס"ל כן ראה מש"כ שם בסי' נד. ור' בערוך השלחן סי' ד סעי' יא.

17 עיי' מש"כ הש"ך בנקודות הכסף לט"ז הנ"ל.

דבנבלה יעבור על כל זית, ורבוי איסור לא מיקרי איסור קל, ע"כ יענה דגם אם יאחז ישראל עם הנכרי בסכין יהיה נמי נבלה ויהיה ג"כ ריבוי איסור לאו דנבלה בכל זית וזית.

והרי מוכח לפניך דהר"ן מן הסוברים דכשר ופסול שאחזו בסכין ושחטו שחיטתן פסולה, ושפיר הקשה הב"ח על הר"ן לשיטתיה, דאי אמרת דבאין אדם אוסר דבר שאינו שלו מכל מקום באכילה אסורה יהיה שחיטת זה השוחט לשם אלו כשחיטת פסול דשחיטת זה וזה אינה שחיטה מתרת ואף דאחז כשר עמו מכל מקום השחיטה פסולה, ולא תיקשי מידי מהאי דשנים אוחזין.

וכיון שכן אחר שבדין כשר ופסול ששחטו הסכימו רבים מהאחרונים להכשיר (זולת התבואות שור סוף סי' ב), ובתוספתא [חולין א,א] מפורש דכשר (הביאה הפרי מגדים בשפתי שם (ס"ק ל), א"כ אזדא הוכחת הב"ח לדחות דין הי"א.

ואל תאמר, הא מדברינו עצמן מוכח סתירת דעת הסוברים דשחיטת כשר ופסול כשרה, דהא אם תאמר כן שוב לא תתישב קושיתינו, לא לתירוץ הראב"ד ולא לתירוץ הר"ן, גם לא לתירוץ הרא"ש (פרק יום הכפורים סי' יד) דמשום הכי שוחטים ואין אומרים לגוי לנחור וגם אין מאכילים אותו נבלה המוכנת משום דחיישינן פן יקצה נפשו באכילת איסור ויפרוש ממנו, דהא לדידהו אין כאן איסור באכילה זו שנשחט ע"י כשר ופסול יחדיו, וא"כ מה נענה על שאלה זו, למה אין אומרים שיאחזנו נכרי עם ישראל בסכין.

ויש לומר, הא הב"י כמסתפק (או"ח סי' שכח) אי קיי"ל שבת הותרה אצל חולה או רק דחויה, וי"ל דנימא דבאמת הלכה דשבת הותרה וע"כ אין צריך לאהדורי כלל שלא לחלל שבת וכמו שכתב הרא"ש שם דהמלאכה בשבת בשביל חולה שיש בו סכנה הוה כמלאכה בחול, וכמבשל ביו"ט לצורך אוכל נפש (ועיי' במג"א סי' שכח ס"ק ט דאם שבת הותרה, אף איסור דרבנן אין מאכילים אותו להנצל מחילול שבת)[18]. אבל הא הש"ך (ביו"ד שם) דייק מהרמב"ם דגם הוא ס"ל דכשר ופסול ששחטו שחיטתן כשרה, והרי הרמב"ם ריש פ"ב מהלכות שבת כתב שבת דחויה היא והב"י עצמו שם בכסף משנה ובב"י סי' הנ"ל כתב דהרמב"ם ס"ל דשבת וטומאה כחדא נינהו, וכמו דפסק בפ"ד מהל' ביאת מקדש הט"ו כמ"ד ביומא (ו,ב) דטומאה לא הותרה בציבור כי אם דחויה, הכא נמי ס"ל דשבת רק דחויה אצל חולה, וא"כ תעמוד עליו קושיתינו דלימא לנכרי שיאחז עם הישראל בסכין וישחוט.

ואין לומר, הא על כרחך טעם המכשירין משום דאמרינן האי כוליה קא שחיט והאי כוליה שחיט, ולענין חילול שבת לא אמרינן האי כוליה קא עביד כו', דאל"כ למה שניים שעשאוהו פטורים, וס"ל להרמב"ם דבמעשה אחד אי אפשר לתפוש שני

18 עיי' אמרי בינה דיני שבת סי' כח שמתקשה דכיון דשבת הותרה אצל פיקוח נפש למה מאכילין אותו הקל הקל, ועל כרחך דגם אם שבת הותרה, הותרה רק כפי מה שמוכרח לחלל. ובדעת הרי"ף רצה לומר באמת דמטעם זה לא הביא הא דמאכילין אותו הקל הקל דכיון דשבת הותרה הרי שאין נ"מ מה שאוכל.

דברים הסותרים, לומר דשחיטה זו מתרת משום דהאי כוליה עביד, ודליכא בהאי שחיטה חיוב סקילה משום דהאי מקצתיה עביד כו׳. וכעין שכתב הש״ך בחו״מ (סי׳ לו ס״ק ג ד״ה דברי הטור) דאף דהדין בנמצא אחד מהעדים קרוב או פסול אם לא כוונו להעיד לא מבטלים עדות הכשרים, והדין ג״כ דעדים אין צריך שיכוונו להעיד, ומכל מקום הדין אם הכשרים והפסולים כולם לא כוונו להעיד לא אמרינן דמתקיים העדות בכשרים משום דהפסולים לא כוונו, והיינו דאמנם עדים פסולים שלא כוונו אמרינן כיון דליכא כוונה אינם עדים ואין צירופן פוסל הכשרים, ועדים כשרים שלא כוונו אמרינן, דעדים מתכשרים בלא כוונה, אבל לומר שניהם במעשה אחד לומר עדות אין צריך כוונה ויש ממש בעדים הכשרים, ולומר עדות צריכה כוונה ואין ממש בעדים הפסולים, תרתי דסתרי לא אמרינן במעשה אחד, זה אינו, דעל כרחך מאן דס״ל דאמרינן האי כוליה עביד לא ס״ל דטעם שניים שעשאוהו שפטורים משום דהאי מקצתיה עביד, דא״כ נילף מיניה בכל מקום דלא אמרינן האי כוליה עביד וכו׳, אלא ס״ל מדאצטריך קרא לפטור שניים שעשאוהו ותיפוק ליה דכתיב בעשותה כולה ולא מקצתה, ש״מ דשניים שעשאוהו מקרי כוליה, אלא דגזירת הכתוב הוא בשבת דגם עושה כולה פטור כל שגם אחר עשה עמו. (וכן כתב בתבואות שור סוף סי׳ ב). וא״כ אין כאן שני דברים הסותרים דשפיר אמרינן דשחיטה כשרה משום האי כוליה עביד וכו׳, ומשום שבת מכל מקום פטור אף דעביד כוליה.

והנראה לי בזה, דהנה הר״ן בפ׳ יוה״כ (שם) הביא אח״כ דמה דחילקו לשתי בבות דין אין עושים בפיקוח נפש ע״י עכו״ם כי אם ע״י גדולי ישראל, ודין אין עושים ע״י נשים וכותים אלא כו׳, וכתב בפירוש ראשון דההבדל שביניהם דע״י נכרי אף כשהוא מזומן לפנינו אין עושים על ידו, אבל נשים וכותים רק אין מהדרין אחריהן, אבל במזומנים לפנינו עושים על ידם, ובפירוש השני כתב הבדל אחר, דעכו״ם אף אין מצרפין לישראל שיעשו יחד, אבל נשים כו׳ רק על ידיהם לחוד אין עושין אבל מצטרפים לדעת אחרת.

וי״ל דהרמב״ם ס״ל כתירוץ בתרא דהר״ן, ולפיהו אין מצרפין לנכרי כלל למלאכת פיקוח נפש של ישראל בשבת, וע״כ אין אומרים שיאחוז עם ישראל בסכין. אך הר״ן שפיר הוכחנו דס״ל דכשר ופסול ששחטו שחיטתן פסולה, דלדידיה אין ליישב קושיתינו בישוב זה, דהא הוא ז״ל טרח ליישב שאלת הראב״ד דנימא לגוי וינחור, ולא תירץ בפשטות דאין עושים ע״י גוי, ואיך נימא דיתרץ דאין עושים ע״י גוי בצירוף ישראל. ובאמת צריך התישבות למה לא תירץ כן. והרשב״א [שו״ת ח״א סי׳ תרפט] לקושטא דמילתא השיב על שאלת הראב״ד בפשוטו דאין עושים כי אם ע״י גדולי ישראל. והא ליכא למימר דס״ל כשהגוי מזומן לפנינו עושים על ידו וכי״א בהגשו״ע (סי׳ שכח סעי׳ יב), דהא גם לפירושו הראשון יש רק דעל פי צירוף ישראל עושים ע״י נכרי אבל לבדו אין עושים על ידו גם במזומן לפנינו, דהא היינו ההבדל בינו לנשים לפירוש ראשון, עד שכמעט יש הכרח שכבר עלתה קושיתינו על רוח הר״ן ז״ל, ומשום הכי לא רצה לתרץ כן דאכתי יקשה נימא לגוי לאחוז עם ישראל בסכין (והרשב״א

שהספיק עצמו בתירוץ זה י״ל משום דס״ל דאין מצרפין לנכרי כלל).

אך נראה לי עוד יותר, דעל כרחך גם מהר״ן לא יהיה הכרח דשחיטת כשר ופסול יחד פסולה, משום דקשיא לי, בין לפי מה שתירצנו אליבא דהר״ן קושיתנו דיאחז גוי עם ישראל בסכין, בין לפי מה שיישבנו קושיא זו להרמב״ם, מכל מקום אכתי תיקשי אחריתא, והוא נימא ששני ישראלים יאחזו בסכין וישחטו, ונרויח ג״כ איסור חמור דחילול שבת, דיהיה שנים שעשאוהו שפטורים[19].

והן אם נימא שבת הותרה י״ל דגם זה לא קשה; דאין עלינו לאהדורי כלל בתר מה, אבל הא הרמב״ם ס״ל דשבת דחויה היא (וכן דייק הב״י מהר״ן ביצה דס״ל דחויה היא ולדעתי גם מהר״ן ביומא הנ״ל ומהראב״ד, גם מהרשב״א דיישב גם שאלת הראב״ד כנ״ל מוכח דכולהו סברי שבת דחויה היא, דאילו ס״ל הותרה אין התחלה לשאלת הראב״ד). ולומר דגם הרמב״ם ס״ל לסברת הר״ן דריבוי איסור קל לא מקרי קל גבי חמור (אף דמשום שאלת הראב״ד אין צריך לו לסברא זו למ״ש דליה לא יספיק סברא זו, משום דאכתי תיקשי לאמור לגוי [לאחוז עם ישראל] ועל כרחך ס״ל משום דאין מצטרפים לגוי כלל, וא״כ כש״כ דלא קשה לדידיה שאלת הראב״ד לאמור לגוי לנחור, מכל מקום י״ל דמסברא סבירא ליה כן, או משום קושית הר״ן השניה, ונימא דגם בהאי ס״ל כהר״ן דגם ביש נבלה מוכנת לפניו שוחטין ואין מתירין לו נבלה), ומכיון דנהי ששניים שעשאוהו רק פטורים, אבל מכל מקום איסור יש, א״כ אם שני ישראלים ישחטו יהיה שוב ריבוי איסור (דמה לי ריבוי איסור בכמות המאכל או בכמות אנשים העוברים, והרי על כן ס״ל לר׳ חנינא סגן הכהנים במס׳ מנחות ריש פרק ר׳ ישמעאל [סג,ב] דבשבת קוצרים במגל אתד שלא להרבות איסור בכמות אנשים), זה אינו מספיק, דגם לכשת״ל במה שכתב הר״ן משום דבנבלה יעבור על כל כזית וכזית לאו דוקא זית דיש בו איסור לאו, אלא הוא הדין על כל משהו דלית ביה רק איסור (ועיי׳ מ״ש בזה בעיקר ״חצי שיעור״) וכמו שכתב המג״א סי׳ שכח ס״ק ט[20], מכל מקום זה באיסור חצי שיעור דהוא מכל מקום איסור תורה, אבל שניים שעשאוהו שמה שאסור אינו אלא מדרבנן, ודאי נגד הסברא דריבוי איסור דרבנן לא יחשב קל נגד איסור סקילה[21].

(הן הט״ז סי׳ שכח ס״ק ו מפליא עין הרואה בדבריו עמ״ש ב״י בשם הראבי״ה דחולה שצריך להחם לו יין בשבת דיחם לו נכרי ויתנסך ואל יחם ישראל ויחלל שבת, השיג הוא

19 עיי׳ שו״ת באר יצחק או״ח סי׳ יד ענף ג שמקשה בכל קרבנות ציבור דקיי״ל דדוחה שבת נימא גם בזה דהיכא דאפשר בהיתר נעביד וישחטו שנים כיחד. ועיי״ש שמתרץ דעדיף שיעבור אחד על איסור חמור משיעברו שנים איסור קל.

20 עיי׳ שו״ת רבינו ח״א כתבים סי׳ יד ובהע׳ 5. ועיי׳ אפיקי ים ח״ב סי׳ לב.

21 עיי׳ באר יצחק הנ״ל שדן בזה אם שנים שעשו הוא מדאורייתא או מדרבנן ומ״מ כתב דאף לצד שהוא מדרבנן י״ל דעדיף שיעשה אחד איסור דאורייתא משנים איסור דרבנן דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון עיי״ש שמביא ראיה לזה מירושלמי שבת פר״א דמילה ה״א. ועיי׳ משך חכמה פ׳ בהר ד״ה את שבתותי תשמרו שכתב שבשנים שעשאוה יש איסור מקרא דאת שבתותי תשמרו.

ז״ל וכתב דיחם לו ישראל, דאם יחם נכרי יתנסך היין ויעבור על שתיית כל טיפה, ודומה למה שכתב הר״ן דשוחטים לו בשבת ואין מאכילין אותו נבלה. והוא תימא, דמאי דמיון איסור סתם יינם — דיתנסך שכתב היינו ע״י מגע גוי כמבואר בב״י שם — לאיסור נבלה, ובאם ניישב קושיתנו כנ״ל יהיה לו על מה להישען, דיהיה מוכח דגם ריבוי איסור דרבנן לא מקרי קל, אבל משום כך אין לקבל מה שהוא נגד החוש והשכל).

והנלענ״ד דעד כאן לא אמרינן דנשים מצרפים, וממילא יהיה כ״ש דמצרפין שני ישראלים לעשות, אלא במלאכה הרגילה להעשות בחול ע״י שנים למהר ולהחיש המעשה, אבל שחיטה שאין דרכו בכך, דכך מהרה ישחוט אחד כמו שנים, ויהיה הכירא דמשום איסור שבת עושים כן, וזה אין עושים משום חשש מכשול לעתיד כשיהיה מצוי אך ישראל אחד שיודע לשחוט יפרוש ולא ישחוט.

ודאתינא להכי הנה סרה שוב קושית הב״ח מעל הר״ן, דשפיר י״ל דגם הר״ן ס״ל דכשר ופסול ששחטו שחיטתן כשרה ושפיר הקשו בגמרא, דהא כל מה שהוכחנו היה משום דלדידיה שעשה קושיא לאמור לגוי לנחור ע״כ צריך לומר דס״ל בכשר ופסול שחיטתן פסולה, וע״כ גם אם גוי וישראל יאחזו בסכין יעלה תירוצו, דהא יהיה נבלה, אבל אלת״ה יקשה נימא לגוי שיאחז בסכין עם הישראל, והשתא דאמרינן דבשחיטה אין מצרפין אף לישראל לא קשה כלל קושיא זו דלא עדיף גוי מישראל בזה. (והקושיא למה לא תירץ הר״ן דאין עושין כי אם ע״י גדולי ישראל קמה גם נצבה, דהישוב שאמרנו משום דעדיין קשיתיה נימא שיאחז הנכרי עם הישראל בסכין לא בר קיימא, דהא ע״כ עדיין יקשה יאחזו שני ישראלים, וצריך אתה לבא לזה דאין עושין שחיטה בפקוח נפש ע״י שנים, וקושיא זו על הר״ן וראב״ד באמת צל״ע למה לא יישבו כפשוטו).

ומן מוצא הדברים אנו שומעים דדרך המרווח יותר הוא אם נימא שבת הותרה דעי״ז יסתלקו כל הקושיות, וגם לכשת״ל דשבת דחויה היא מכל מקום אם תאמר עוד שע״י נכרי המזומן לפנינו נמי אין עושין וכמו שכתב הר״ן נמי מיושב הכל (זולת מה שכתב הר״ן ביש נבלה מוכן לפנינו. ובזה י״ל כמו שכתב הב״י דאי שבת רק דחויה, באמת יהבינן ליה נבלה או כמו שכתב האשר״י דחיישינן שמא יהיה קץ באכילת נבלה). ולשתי הדרכים אין הכרח לומר דכשר ופסול ששחטו שחיטתן פסולה, דאי כדי שנתרץ למה אין אומרים לנכרי שיאחוז עם הישראל בסכין, האי קושיא זו מעיקרא ליתא. ומבואר דאין להכריח נגד האחרונים שס״ל דכשר ופסול שחיטתן כשרה, ואזדא הוכחת הב״ח, ושפיר י״ל כהי״א שבהר״ן דלאכילה מכל מקום אסורה.

ואשר לדחיית דין הי״א מן הסברא, דכיון דאמרינן דלצעורי קא מכוין אין ריעותא כלל בשחיטה זו שלא תהיה מתרת, אולי יש ליישב זה בחקור הדין אם ישחוט בהמה דידיה דשלו אדם אוסר, ויאמר קודם שחיטה הריני שוחט בהמה זו לשם עבודה זרה לשם שחיטה כשרה, לכאורה יהיה תלוי בספיקא אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון. ואולם אם יאמר שניהם בדבור אחד אילו היה הפה יכול לדבר שני דברים

בדבור אחד, או נצייר אותו באפשרות, כגון דהיה קיימי קמיה בהמה שנשחטה לעבודה זרה ובהמה שנשחטה לשם שחיטה כשרה, והוא היה שוחט בהמה דידיה ואומר הריני שוחט לשם שנשחטו אלו שניים, ובכה"ג אף לר"מ דס"ל בהשוחט את הפסח לטמאים ולטהורים אמרינן תפוס לשון ראשון ופסול, מכל מקום בקיימיה קמיה טמאים וטהורים ואמר הריני שוחט לשם אלו תפסו שניהם, והוי כשחט למקצת טמאים דכשר כדאיתא בתוס' פרק תמיד נשחט (פסחים ריש דף ס [ד"ה אבל]). הנה זה שם דאין הדבורים והענייניים סותרים זה את זה, דהא אפשר שישחוט לשנים, לראובן והוא טהור ולשמעון והוא טמא, כי קאמינא בנידון שאמרנו שסותרים זה את זה, דאי אפשר שתהא לשם שחיטה כשרה אם היא לשם שחיטה לשם עבודה זרה, וא"א שתהא לשם שחיטה לעבודה זרה אם היא לשם שחיטה כשרה.

ומסתברא למה שחדשו הני י"א שבהר"ן דאין די בחומריות וגלמות מעשה שחיטה בסכין בדוק וחתיכת רוב הסימנים על פי דיני שחיטה, כי אם צריך שתהיה הבהמה קונית הויה מה שתטהר מידי נבלה על ידי שחיטה המתרת, ושתהיה בבהמה זו נתחדש איסור שלא היה בה מקדם שתהיה אסורה בהנאה ודאי צריכה לקנות הויה חדשה על ידי שחיטה לעבודה זרה, וכיון דבדיבור אחד יעשו שתי ההויות וכל אחת סותרת לחברתה לא קיבלה לא זו ולא זו.

אף לכשת"ל שאינו דומה לדרבה דכל שאינו בזה אחר זה אינו בבת אחת (קדושין נ,ב), דשם בקידש שתי אחיות הוא בלתי אפשרות שיהיו שתיהן מקודשות, משום דקדושי ראשונה מונעים קדושי שניה מלחול דאין קדושין חלין באחות אשתו, משא"כ הכא אינו משום דשחיטה לשם שחיטה כשרה מונעת שחיטה לשם עבודה זרה, דאילו היה אפשר לשחיטה אחר שחיטה, דיהיה אחר שנחתכו רוב הסימנים שייך לחתוך שוב בצד חיתוך זה ושיהיה חשוב שחיטה, היתה נאסרת משום שחיטת עבודה זרה גם אחרי שכבר שחוטה פעם אחת לשם שחיטה כשרה, אלא מה דאינה נאסרת הוא משום דכבר אי אפשר לשחטה מכיון שכבר נשחטה. וכזה ממש חילקו התוס' בפרק השולח [גיטין מב,א ד"ה הא], וכתבו דבכתב שני שטרות לשני בני אדם וכתב בכל אחד מהן כל נכסי קנויים לך וזיכה להם בבת אחת לא שייך ביה סברת רבה דכל שאינו בזה אחר זה, משום דמה שאינו בזה אחר זה אינו משום דזכיית הראשון מונע זכיית השני אלא משום שאחר שזכה בראשון כבר אין דבר להנותן לזכות בה את השני, גם אם נתפוס סברת תוס' זו מכל מקום הא גם הם כתבו דמשום הכי קנו שניהם משום דא"א לדמות ממון דאיתיה לחצאין, לאסורים, וא"כ בנדון דידן דהוא איסור והיתר וא"א שיהא חציו של השחיטה לעבודה זרה וחציו לשם שחיטה כשרה הנה לא נתפוס גם אחת מהנה, ולית כאן לא שחיטה אוסרת ולא שחיטה המתרת.

ואחר הנחה זו אומר למ"ש לקמן (בענב א) דכל דין שוחט בהמת חבירו לעבודה זרה שאנו דנין עליו לא משכחת ליה אלא באמר בפיו בשעה ששחט דלשם עבודה זרה שוחט, וכתבנו ג"כ דהכוונה לצעורי ראוי היה שלא תעשה שום פעולה כיון דבפיו

דיבר ששוחט לעבודה זרה, אלא דיש טעם לדבר שהכא הכוונה חשובה כדיבור ממש וכאילו אמר בפיו שיהיה לא לעבודה זרה, ולפי זה כיון דבאותו רגע שדיבר בלשונו ששוחט לעבודה זרה, באותו עת כיוון לצעורי ודיבר בלבו שחשוב הכא כלשון פיו, הנה יש כאן שתי לשונות, ולא אחד בהם ראשון ולא אחרון כי אם שתי הלשונות כאחד, דומה לציור הנ"ל ששוחט בהמה דידיה ואמר הנני שוחט לשם שנשחטו אלו והיה בהן אחת שחוטה לעבודה זרה ואחת שחוטה כשרה, וכמו דאמרנו בציור הזה דבבהמה דידיה לא קנתה שום הויה לא הויה דשחיטה לעבודה זרה ולא הויה דשחיטה המתרת, ה"נ בנדון זה דשחט בהמת חבירו לעבודה זרה (דמצד הדיבור יש הויה לעבודה זרה דהא לא אמרינן לאו כל כמיניה לאסור, אך מצד הכונה יש הוית שחיטה המתרת) לא תפסה הבהמה שום הויה. ושפיר יש לקיים גם מסברא דינא דהני י"א שבהמה זו נשארה מותרת בהנאה ונשארה ג"כ אסורה באכילה.

אשכול ו

[מומר בפעם אחת אם איבד חזקתו דלא נימא ביה דלצעורי כיון]

נסתפקתי, להפוסקים דבפעם אחת לא נעשה מומר, אם הכוונה רק שאין לו דין מומר לשחיטה שתהא פסולה גם בשוחט לשם שחיטה כשרה ולכתיבת תפילין וכדומה, אבל מכל מקום כבר אבד חזקת יהדות דלא נתלה ביה דלצעורי קא מכוין אם אמר ששוחט לעבודה זרה, או דגם חזקה זו לא אבד.

ונ"ל לכאורה דסברא זו במחלוקת שנויה, דהא בטעם הרמב"ם שלא הביא [בפ"ב מהל' שחיטה הכ"א] הדין העולה לפי שינויא דהש"ס (חולין מא,א) דישראל מומר אוסר בהמת חבירו ששחטה לעבודה זרה, כתב הב"י [סי' ד] משום דהיה קשה לו להרמב"ם על תירוץ זה, ת"ל שאם לא שחט לשם אחד מכל אלו נמי שחיטתו פסולה מטעם מומר, ודברי הב"י צריכים ביאור, דאטו יש כח ביד חכמים גם כרבינו מיימוני ז"ל לדחות דברי הש"ס משום קושיא, דהא לגמרא ניחא ליה לאוקמי במומר. ובזה יש לומר כמו שכתבתי בענב ג דהאי ישראל מומר ר"ל מומר ע"י התראה. אבל הא ודאי קשיא לי דהא בהלכות תשובה (פ"ג ה"ט) כתב הרמב"ם בזה הלשון: "מומר שהחזיק לעשות אותה עבירה בזדון והורגל ונתפרסם בה הרי זה מומר לאותו דבר". הרי שפיר אפשר לאוקמי במומר, ומכל מקום אילו לא שחט לשם אחד כו' לא היתה השחיטה פסולה משום דמיירי במומר דלא החזיק ולא הורגל בה[22].

ויש לומר דא"כ דמוקי למתני' בלא הוחזק א"כ לא הועיל כלום שוב בתירוצו, דכיון דבעוד שלא הוחזק אין לו דין מומר א"כ גם חזקת יהדות עדיין יש ואמרינן שוב לצעורי קא מכוין. ואולם התוס' פ"ק דחולין (יד ריש ע"א) דהוכיחו משינויא זו דהש"ס דבפעם

22 עיי' משנה למלך הל' שגגות פ"ג ה"ז שצידד לומר דדוקא לענין מומר לעבירה אחת ס"ל לרמב"ם דבעינן שיורגל בכך, אך במומר לע"ז, בפעם אחת נעשה מומר. ולפי"ז א"ש,

אחת לא נעשה מומר דאל"כ ת"ל דשחיטתו פסולה משום שחיטת מומר. הרי הן מפרשים תירוץ הגמרא במומר בפעם אחת ומש"ה לא אמרינן לצעורי אף דבפעם אחת לא נעשה מומר.

אשכול ז

[לסוברים דשותף אוסר חפץ של שותפו אם גם נפסל לעדות]

מן החקירה הוא לשיטת הרמב"ם ורש"י דס"ל דכמו דעכו"ם ומומר והמקבל התראה אוסר דבר שאינו שלו במעשה כך ישראל כשהוא שותף באותו חפץ אוסר אותו (ענף ג) דלא אמרינן לצעורי קא מכוון, כי אם לעבוד עבודה זרה, מה הדין לענין עדות, אם נפסל זה השותף ששחט לעבודה זרה להעיד או לא, ואם יש הבדל ביניהם גם לענין איסור הבשר.

ונ"ל דהא דבישראל שאינו שותף אמרינן דלצעורי קא מכוון ע"כ משום דמחזקינן לודאי דכן הוא[23], דהא זה דבמעשה אדם אוסר דבר שאינו שלו הוא מדאורייתא (ענף ז ואשכול א), ואם איתא דאינו ודאי לן דכוון לצעורי, הא בדאורייתא לא אמרינן שאני אומר, ואין תולין בהאפשרי אלא הוה ספק תורה לחומרא, אלא ע"כ דודאי הוא.

וכן הוא לשון השו"ע (סי' ד ס"ד), "ישראל ששחט בהמת חבירו לע"ז לא אסרה שוודאי לא כוון אלא לצעורי", ולשון הרמב"ם "אין אדם אוסר דבר שאינו שלו" הוא מוקשה, דמכדי קיי"ל כר"נ ור"ע ור"י (חולין דף מא ע"א) דהטעם משום לצעורי קא מכוון, א"כ האיך יכון לשון אין אדם אוסר, והא אוסר אלא דאמרינן שאין כוונתו לאסור[24]. והסמ"ע (בסי' שפה ס"ק ג) פירש דהרמב"ם נמי הכי כוונתו אין אדם מכוון לאסור דבר שאינו שלו. ולפירוש זה ע"כ הרי זה כאומר דודאי אין אדם מכוון לאסור כו' כי אם לצער דכל לשון שולל סתמיי הוא כלליי, והרי זה כאומר דבשום פעם אין אדם מכוון לאסור.

ואחרי דמה דבישראל שאינו שותף אמרינן דודאי מכוון לצעורי, יכולני לומר דאף הרמב"ם ורש"י החולקים על התוס' דבשותף לא שייך לצעורי אינם חולקים בכולו על סברת התוס', רק במה דס"ל להתוס' דהרוצה להקניט לחבירו ודאי לא ישוב מפני כל ואף שמפסיד לעצמו ג"כ אינו חושש כלל, ס"ל לרמב"ם דאינו ודאי כי אינו מהנמנע שיפסיד אדם גם לעצמו בכדי להקניט לחבירו, וכיון שאינו ודאי מש"ה אוסר דספק תורה הוא, וא"כ לעדות י"ל לא נפסל כיון דספק הוא גם

23 עיי' בדברי רע"א המצויינים לעיל הע' 20 שנראה בדעתו דלצעורי לא הוי בתורת ודאי. ועיי' שו"ת רבנו ח"א כתבים סי' כו.

24 עיי' פלתי סי' ד ס"ק ג מש"כ בזה. ועיי' דו"ח רעק"א חולין דרוש י אות יב שביאר דכוונת הרמב"ם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו מדאורייתא, ומדרבנן היה לנו לאסור ועל זה מהני דכוונתו לצעורי. ועיי' שו"ת אחיעזר ח"ב סי' ה אות ד. ור' לעיל הע' 16 בשם העונג יו"ט והערוך השלחן.

לרמב"ם ורש"י פן כוון לצעורי, מוקמינן ליה אחזקתו, דאין פוסלים אדם מספק, והרי אף בשני כיתי עדים המכחישים זה את זה קיי"ל דזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה[25] דמוקמינן לכל אחד אחזקת כשרות, וממילא משכחת נ"מ גם על איסור הבשר, דנראה לפי זה דאם השותף כאן ואומר דכוון לצעורי דהבשר מותר, דמכיון דרק מספק באנו לאסור הבשר והרי זה השוחט לא נפסל לעדות, ועד אחד נאמן באיסורין נאמן להתיר הבשר, מה שאין כן גוי ומומר, דאף דבאיסור גם פסול נאמן מכל מקום פסול מחמת רשעות אינו נאמן (ועיי' מה שכתבתי בזה ענב ב).

הן לפי מה שפירש התבואות שור (סי' ד אות יז) דהטעם דאמרינן לצעורי מכוון הוא משום דאין דרך לעבוד עבודה זרה בדבר שאינו שלו, והרמב"ם ג"כ כוונתו אין אדם עובד עבודה זרה בדבר שאינו שלו, דעל כרחיה היה לו עוד פניה אחרת בדבר, להקניט את הבעלים, ושוב ממילא יש לנו לומר דאך כונה זו לבד היתה לו אין עוד, וע"כ באית ליה שותפות בגוה דבדידיה קא עובד לעבודה זרה אין לנו סיבה להעמיד בו כוונת לצעורי, ומש"ה אוסר (דמה שמפסיד לחבירו ע"י עבודתו אינו משום דרוצה לצערו, אלא דאינו חושש על הפסדו). כה דבריו. והרי ברור מללו, דהאי דאין אדם רוצה לעבוד עבודה זרה בדבר שאינו שלו אינו ענין מוחלט ומוכרע כשאר חזקה אלא דאין דרך בכך וע"כ אמר ג"כ רק שאחר שע"כ היתה לו כוונה להקניט יש לנו לומר דכוונה זולתה לא היתה לו עוד. והיינו דאמנם כבר אפשר שכוון גם לעבוד אף שהדבר אינו שלו ובפרט שיש לו תועלת מה להפיק זממו להקניט את הבעלים אלא דלמה נעמיס בו זה כיון דאינו דרך כ"כ. והטעם דלא אמרינן דחזקה ממש היא שאין אדם עובד כו', נ"ל משום דודאי סברא זו דאין דרך כו' אינה פחותה גבי מומר ועכו"ם מאשר היא בישראל, גם אין המומר והעכו"ם יותר איש מדותי מישראל, עד שאין לומר בהם שירצו להקניט, וע"כ אילו היה זה חזקה גמורה היה הדין נותן דגם מומר ועכו"ם לא יאסרו דבר שאינו שלו כי נאמר דע"כ כוונתם היתה אך להקניט. ועכ"פ כוונת התבואות שור דהאי אין דרך אינו ענין ודאי כל כך, וא"כ ממילא התולדה שאנו מולידים מזה דכיוון לצעורי ג"כ אינו ודאי.

אבל ע"כ נ"ל דאין כוונת התבואות שור דאין לנו עוד טעם לאסור לצעורי כי אם טעם זה דאין דרך, דא"כ שוב לא הועיל במה שכתב רק דאינו דרך לעבוד בשאינו שלו (ולא כתב דחזקה והוא מטעם האמור לעיל בסמוך), דהא אכתי קשיא כיון דמה דאין דרך כו' עושה עכ"פ ספק אם כוון רק לצעורי, ומספק אנו מתירים ותולין דלצעורי כוון, א"כ גם במומר ועכו"ם נתיר מטעם זה כיון דגם בהו איתא לסברת אין דרך כו' ולסברת כוונה לצעורי, ותו וכי יכחיש שסברא גדולה יש, לומר דמסתמא ישראל אינו עובד עבודה זרה, גם הא הרב אומר כן בעצמו (בשמלה חדשה אות ט) בזה הלשון: "דגדולה

25 חו"מ סי' לא סעי' א.

החזקה דהשוחט הזה ולא מפקינן ליה מחזקת יהדות ותלינן שלא היה לבו לעבודה זרה".

אך יש לקיים דברי התבואות שור בדעת הרמב"ם כך, דס"ל דמלבד החזקת יהדות יש להרמב"ם עוד סברא זו דאין דרך לעבוד בדבר שאינו שלו. ואשר הביאו להוסיף סברא זו י"ל משום דודאי יש סברא המנגדת למה דאמרינן לצעורי קא מכוין, דלא עביד איניש לבזויי נפשיה להראות כעובד עבודה זרה למען הקניט את זולתו. והרי סברא זו ראינוה מצאנוה, דהא על כן האומרת לבעלה טמאה אני לך נאמנת למשנה ראשונה (סוף מסכת נדרים [צ,ב]) אף דמדינא אין להאמינה כיון דמשועבדת לבעל אמרו במשנה ראשונה להאמין לה ולאוסרה על בעלה כיון דכסיפא לה מילתא אי לאו דקושטא קאמרה לא הוה מזלזלה נפשה כדאיתא בהר"ן שם בשם אחרים.

ואף דחזינן דהיכי דיש לו טעם ורצון לדבר אינו חושש לזלזול נפשיה, דהא כ"כ משנה אחרונה אמרו דאינה נאמנת משום דאמרינן דרצונה להפקיע עצמה מבעלה דעיניה נתנה באחר, ולא אמרינן דמשום דלא תזלזל עצמה לא היתה אומרת כן למען תפקיע עצמה, ותאמר דהכי נמי הכא משום הרצון להקניט אינו חושש לבזויי נפשיה, י"ל דשאני יצרא דעריות ואשה סרת טעם שנותנת עיניה באחר לא תשיב גם מפני הבזיון, משא"כ יצר לב אדם רע להקניט לחבירו זה ודאי יכבוש יצרו משום הבזיון, וחילוק זה מוכרח לכאורה דהא הרמב"ם (פכ"ד מאישות הי"ח) ס"ל דגם באומרת שזינתה ברצון אינה נאמנת משום עיניה נתנה באחר אף דמפסדת כתובתה, והרי הוא ז"ל ס"ל הכא דבשותף לא שייך לצעורי משום דמפסיד לעצמו, וע"כ צריך לחלק דתאוות הקנטה אינו כל כך גדול לשיפסיד ממונו, אבל תאוות נתינת עין באחר גדול בל יעצרה גם הפסד ממון. (אלא דיש לעיין דסברת התוס' נראה להיפוך, דבפרק אע"פ (כתובות סג,ב ד"ה אבל) חתרו להעמיד (פירש"י) [פי' הי"מ] דבמאיס עלי כופין אותו ליתן גט. ולייישב קושיית ר"ת דמאי שנא מטמאה אני לך, כתבו דטמאה אני לך ר"ל באונס ובע"כ דלא מפסדת כתובתה, אבל במאיס כיון דמפסדת כתובתה לא חיישינן דעיניה נתנה באחר[26] ואילו הכא ס"ל דגם בשותף שייך לצעורי).

וע"כ אלו לא היה לנו כי אם חזקת יהדות לחוד אף דהיא חזקה גדולה כמ"ש לעיל בשם התבואות שור, מכל מקום חזקה אין אדם מבזה נפשיה שעומדת לנגדה מחליש לזו החזקה ולא היה לנו להכריע שלצעורי כוון, אך בהצטרף לה עוד סברא דאין דרך לעבוד בדבר שאינו שלו אנו מכריעין דלצעורי כוון דהאי חזקה דאין אדם מבזה נפשיה נמי אינה חזקה גמורה (כנראה מהר"ן שם דרק חזקה דרבנן היא דמש"ה במשנה אחרונה לא חשו לה ואוקמו אדינא דאורייתא דאינה נאמנת). וע"כ אינה מכחדת חזקת יהדות לגמרי לומר אוקי חזקה נגד חזקה ונשאר רק סברת אין דרך לעבוד לחוד, אלא דמכל מקום נשאר כח מה בחזקת יהדות דחזי לאצטרופי לסברת אין אדם עובד בדבר שאינו שלו, ובמומר ועכו"ם דלא שייך לא חזקת יהדות ולא חזקת אין אדם מבזה עצמו

26 עיי' בית מאיר סי' קטו סעי' ד שהוכיח דהתוס' במסקנתם חזרו בהם. ועיי' שו"ת בנין עולם אה"ע סי' י ד"ה ולכאורה היה נראה.

דבזוי ועומד הוא בכך ואין לנו אלא סברת אין דרך, זו אינה חזקה להתיר על ידה וכאמור.

באופן דגם לסברת התבואות שור, האי לצעורי דקא אמרינן ודאי הוא, וא״כ שוב נוכל לומר דפליגי רש״י ורמב״ם אתוס׳ רק בהא דלתוס׳ אמרינן בשותף דודאי לצעורי, אבל מודה דספק מיהו הוה. ואדרבה לסברת התבואות שור כפי ביאורינו עוד יותר מסתבר כן, דבאית ליה שותפות בגויה החזקת יהדות לחוד אינה מכרעת כיון דחזקה אין אדם מבזה עצמו העומד לנגדה החליש כחה, ואשר החזקת יהדות גדולה הימנה אינו די להחליש, כיון דצירוף סברה אין דרך לעבוד בדבר שאינו שלו לית כאן, דבדידיה קא עביד, ואין כאן ודאי כי אם ספק אי כוון לצעורי, ומה דאוסר הוא משום דספיקו לחומרא.

והא שאמרתי שהבדל יש גם להרמב״ם בין עכו״ם ומומר האוסר דבר שאינו שלו לבין שותף האוסר, דבהו הוי אסור ודאי אבל בשותף אינו אלא מספק, הן לסברת התבואות שור יש לומר דמכל מקום אין הבדל, דיש לומר גם במומר ועכו״ם אינו אסור אלא מספק, דכמו דחזקת יהדות שאין לה כאן כח חזקה גמורה כאמור, ומכל מקום מועלת לעשות ספק, כן סברת אין דרך לעבוד בדבר שאינו שלו, אף דאין לה כח חזקה, מכל מקום מספקת לן מילתא אי כוון לעבודה או לצעורי, כיון דבעכו״ם ומומר אין סברא דאין אדם מבזה עצמו מתנגד וכאמור. מיהו מכל מקום הבדל זה קיים באם יאמר השוחט דכוון לצעורי דעכו״ם ומומר אינו נאמן להתיר הבשר וישראל שותף נאמן להתיר.

ועדיין יש לעיין למ״ש לקמן (בענב א) דמה דהכוונה לצעורי מועיל הוא רק משום דהוי אומדנא דמוכח דכוון כן, וא״כ כשאנו מסופקים בשותף אי כוון לצעורי, מהראוי שיהיה שוב אסור מחמת ודאי, דנימא אי נמי קמי שמיא גליא דלצעורי כוון, הא מכל מקום אומדנא דמוכח ליתא, דהא אנו בעצמנו מסופקים ואיך נימא דמוכח.

וכהאי גוונא כתבתי במקום אחר[27] טעמא דהאשר״י בשכיב מרע שהקדיש כל נכסיו דנשאר בתיקו אם יכול לחזור אם עמד, וכתב הרא״ש [בבא בתרא פ״ט סי׳ כג] דאינו יכול לחזור ולא אמרינן ביה ספק ממונא לקולא משום דכל מה דשכיב מרע יכול לחזור אם עמד, הוא רק משום אומדנא דנתן רק מחמת מיתה, והוא בהגהשו״ע חו״מ סי׳ [רנ סעי׳ ג], והסברתי טעמו כך, דכל שכיב מרע אף דכוונתו היתה רק ליתן מחמת מיתה, מכל מקום כוונה זו הוי דברים שבלב ואינם דברים, אך מה דמועיל הכוונה הוא משום דבאומדנא דמוכח הוי דברים שבלב דברים, והכא נמי אומדנא דכוון לכך, ואולם זה בשכיב מרע שנתן, אבל שכיב מרע שהקדיש שנשאר בספק אם כך היתה הכוונה, ממילא עכ״פ אין כאן מוכיח על כוונתו ושוב גם ספק אינו, דאי נמי כיוון כך מכל מקום הוי דברים שבלב ואינם דברים. (וכמדומה מצאתי אחרי הימים באיזה ספר שביאר ג״כ טעם האשר״י כך[28]).

27 עיקר אומדנא אשכול ב.

28 קצות החשן סי׳ רנ ס״ק ה.

אשכול ח

[בדעת הטור דהשוחט בהמת אחר לשם קדשים נאסר]

בדין שנים אוחזין בסכין ושחטו, ואחד מהם שחט לשם דבר הנידב לא חש המחבר בשו"ע יו"ד סוף סי' ה כלל לדעת הטור שכתב שאף בדלית ליה שותפות בגויה אוסר, והיינו הגם דבזה מודה המחבר דלא אמרינן לצעורי קא מכוין, דדוקא בשוחט לעבודה זרה דסברא היא דאין איש ישראלי עובד ע"ז על כן אמרינן לצעורי, מה שאין כן בשוחט לשם קדשים (דהרי ע"כ לא הביא כאן דעת תוס' ורא"ש דגם באית ליה שותפות אינו אוסר, דהא ס"ל דגם בשותף שייך לצעורי כמו שהביא בשוחט לע"ז (סי' ד סעי' ד) עכ"ז לא חש המחבר לאסור, יען כי אין דעת הטור אלא תימא באין לו שותפות מכל מקום איך מקדיש דבר שאינו שלו, וכאשר רבים תמהו עליו, הב"י וט"ז וש"ך ויתר האחרונים, וכל חד מנהון ז"ל דחק בישובו, הב"י כתב דהטור סמך עמש"כ בסי' ד בשוחט לע"ז דאין אדם אוסר בלית ליה שותפות. והט"ז כתב דבהקדש הוא כ"כ פשוט דבלית ליה שותפות אינו אוסר עד שאין צריך להזכירו. והתבואות שור (סוף סי' ה) קיים דינו של הטור בפשטות דבריו דגם בלית ליה שותפות אוסר, משום דסבירא ליה כמו דקיי"ל בע"ז דאף דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו מכל מקום בעשה בה מעשה אסרה, הוא הדין באין אדם מקדיש דבר שאינו שלו מכל מקום במעשה אסרה.

ואמנם גם על מחשבתי עלה זה והוספתי דאין צריך לומר דבהאי סברה פליגי הרמב"ם — דכתב גם הכא דאינו אוסר כי אם בדאית ליה שותפות — והטור, אלא דגם הרמב"ם יוכל לסבור סברא זו, אלא דה"ט דהרמב"ם דלשיטתיה אזיל[29] דמפרש דמי דאמר ששוחט לשם הקדש חיישינן שכבר קודם שחיטה אקדשיה, א"כ אין בהקדשו מעשה, דבהאי שעתא שהקדיש לא עשה בה מעשה שחיטה ובשעתא דקשחיט לא הקדישו, והטור לשיטתיה דחיישינן שעתה באמירתו ששוחט לשם קדשים כוון להקדישה והרי כעת עושה בה מעשה.

סברא זו אתי היתה וסילקתיה, דהרי שיהיה קדוש ממש במקדיש דבר שאינו שלו ע"י מעשה ודאי לא ניתן להאמר, דמה לי אין אדם מקנה דבר שאינו שלו או אין אדם מקדיש דבר שאינו שלו. אלא דהתבואות שור יאמר דלענין איסור מועיל המעשה, וזה נגד הסברא דהא האיסור נובע ותלוי בחלות הקדש, ואם אינו הקדש אינו ראוי למזבח ואין בו איסור משום שחיטת קדשים בחוץ. וחפשתי ומצאתי שהפרי מגדים (במשבצות סי' ה ס"ק ז) דחה ג"כ בשתי ידים דברי התבואות שור[30].

והנלענ"ד להראות פנים לדינו של הטור הוא זה, דהנה לרוב הפוסקים ראשונים טעם האיסור בשוחט לשם קדשים מפני מראית עין, ובב"י כתב שגם מדברי רמב"ם נראה כן (ועיי' ט"ז ריש סי' ה), ובאינו שלו לא שייך מראית העין, דכולי עלמא ידעי דאין

29 הל' שחיטה פ"ב הי"ז כפי שלמד הטור בריש סי' ה בדעתו.

30 עיי' שו"ת רבינו ח"א כתבים סי' כו ובהע' 4; ועיי' גליון רבינו יו"ד סי' ה סעי' ג.

אדם מקדיש דבר שאינו שלו. ובהא נ"ל יש לפרש בשני דרכים, או דהרואים יאמרו גם השוחט יודע כן ולא היה לבו כפיו, או דיאמרו הן האי גברא לא ידע דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו וסבר דיהיה ממש בהקדשו אך באמת אין בו מאום. ודרך שני מסתבר דמכיון דהכא לצעורי קא מכוין לא אמרינן כאמור, וע"כ כמו דסבר ר"מ אין אדם מוציא דבריו לבטלה, יאמרו כ"ע עכ"פ במעשה אין אדם עושה מעשיו לבטלה ואלו ידע דאין בהקדשו ממש למה עביד הכי, אע"כ הוא איש בער לא ידע ולא יבין את זאת דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, ולהטור בשוחט לשם קדשים אינו משום דחיישינן למראית העין אלא דטעם האיסור מדינא הוא דחיישינן שמא הקדישו באמירתו עכשיו וכמו שכתב במפורש.

ויכולני לומר דחילוק יש בין טעם המפרשים לטעם הטור, דלדידהו בבהמה שלו ע"כ אסור גם בהנאה דמה לי שהרואים יאמרו שאוכל דבר האסור או שיאמרו שנהנה מדבר האסור בהנאה, ולהטור דהאיסור מדינא י"ל באכילה שפיר אסור כיון דספיקא הוי דאפשר הקדישו עתה, הנה בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיוודע לך במה נשחטה, וה"ג הוי ספק בשחיטה פן היא שחיטת קדשים בחוץ, ואולם לענין הנאה אין ספק זה אוסר דבחייה לא היה בה איסור הנאה ואמרינן העמד בהמה על חזקתה דעדיין מותרת בהנאה (ואם שזה היפוך סברות שבט"ז שם ס"ק ה).

והנה אמנם כן הטור (בסי' ד) לא שמיע ליה דין הי"א (ענף יא) דאף דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו מכל מקום הבהמה אסורה באכילה, אבל מכל מקום אין לנו דאינו מסכים לעצם סברת הני י"א דסברי דשחיטה זו אף שלא פעלה לאסור מכל מקום כיון שהכוונה גרועה אינה שחיטה המתרת, דיש לומר דבהא מודה להו, אלא דטעמיה דכיון דאמרינן לצעורי קא מכוין לית גריעותא וכוונה רעה כלל בהאי שחיטה וכמו שהשיג הרשב"א על הני י"א רק מטעם זה (עיי' אשכול ה). ולפי אלה הדברים יהיה הדין בידעינן שבאמת הקדיש בשעת שחיטתו דבר שאינו שלו, אף דאין בהקדשו כלום דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, מכל מקום שחיטה זו ברצון עבירה לשחוט קדשים בחוץ אינה שחיטה מתרת כמו שחיטה לעבודה זרה דגם כן אין בהענין כלום דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ומכל מקום כיון דהוא חשב לרעה אין שחיטה זו מתרת[31].

ונקדים עוד למ"ש דמסתברא דאמרינן האי גברא לא ידע את זאת דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, הנה בשוחט בהמת חברו, כיון דאילו היינו יודעים ודאי שהקדישו היה הבשר אסור באכילה משום דשחיטה זו אינה מתרת, אם כן גם השתא דלא ידעינן, ספק מיהו הוי שמא הקדישה, כיון דלדעתו יש יכולת בידו להקדיש דבר שאינו שלו, והוי ספק בשחיטה שוב, ומעמידים על חזקת איסור דבהמה בחייה.

31 עיי' ט"ז סי' ד ס"ק ד שנראה מדבריו דעיקר סברת הר"ן דכיון דאנו מסלקין את מעשה שחיטתו הוה ליה כמתה מאליה, אך בנ"ד אין לנו לסלק את מעשה שחיטתו אלא את הקדשו אך השחיטה היא שחיטה. ובעיקר דברי רבינו דמדמה לדברי הר"ן גם כששחט שלא בהכשר לא מטעם ע"ז אלא מטעם דבר אחר, עיי' גם שו"ת רעק"א ח"ג סי' צה ובהגהות פורת יוסף נדרים לו,א. (ור' להלן הע' 45).

גם נאמר, למ״ש דבהנאה גם אם הבהמה שלו לא נאסרה דבספיקו דאיסור הנאה מוקמינן הבהמה על חזקת היתר, הנה כל מקום שכתב הטור דהשחיטה פסולה בדין שוחט לשם קדשים (זולת בנתחייב להביא חטאת ואמר לחטאתי אפשר כהרש״ל בט״ז ס״ק ה) רצונו רק דפסולה מהתיר הבשר לאכילה. ואולם להרמב״ם דהאיסור משום מראית עין הנה רצונו בשחיטה פסולה דאסורה גם בהנאה (וכמו שנראה ג״כ מסמיכות דסמך ז״ל דין שוחט לשם קדשים לשוחט לזרוק דמה לעבודה זרה (בפרק שני מהלכות שחיטה). ובשוחט בהמת חבירו דליכא משום מראית העין הנה לפירוש ראשון הנ״ל דיאמרו שגם השוחט ידע דאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, יהיה לרמב״ם מותר גם באכילה, ולפירוש שני דמסתבר לנא דיאמרו שהוא לא ידע זה, הנה אם נימא דגם הרמב״ם סובר עצם סברת הי״א דשחיטה גרועה אינה מתרת אם כן לדעת הרואים אסור בשר זה באכילה עכ״פ, ע״כ גם אנו אוסרים אותו לאכילה משום מראית העין.

ועל כן הרמב״ם כשכתב דין שנים אוחזין ושחט אחד לשם דבר הנידב דשחיטתו פסולה והיינו דגם בהנאה אסורה הוצרך להתנות ״בד״א בדאית ליה שותפות בגוה״, דאם לא כן אפשר גם באכילה מותר כפי דרך ראשון או גם לדרך השני בהנאה מיהו מותרת, אולם הטור לדרכו דינו אמת דגם בדלית ליה שותפות שחיטתו פסולה, דהיינו באכילה, משום דלדידיה דאינו משום מראית העין כ״א מדינא דמספקינן דילמא הקדיש, א״כ באכילה ודאי אסור דאם הקדיש גם שאינו שלו מכל מקום שחט בכוונה גרועה ושחיטה זו אינה מתרת באכילה.

באופן שאין לדחות דעת הטור מכל, ותלוי רק בטעם איסור בשוחט לשם דבר הנידב, והרי טעם הטור באיסור זה לא דחו בידים, ואם יש לטעם זה פנים בהלכה, יש ממילא גם לדין זה פנים דאף בלא שותפות אוסר.

ענב א

[בהא דאמרינן לצעורי קא מכוין קשה דהוה דברים שבלב]

עצם דין אין אדם אוסר דבר שאינו שלו דאינו משום דאומרים לו לאו כל הימנך שתאסור כריב״ב, אלא משום דאמרינן לצעורי קא מכוין (חולין דף מא ע״א), איני מבין יפה, דהא ע״כ דין זה מיירי דשמעינן ליה דפירש בשעת שחיטה דלעכו״ם הוא שוחט, דאם לא כן מנא ידעינן, דאם תאמר דמיירי שהוא אומר כן אחר ששחט ששחיטתו היתה לעבודה זרה, יקשה מהיכי תיתי נאמינו על כך, ואי משום דהיה בידו, זה אינו, דהא בידו מטעם מגו, והרי בדבריו עושה עצמו רשע וקיי״ל אין אדם משים עצמו רשע אף כשיש לו מגו (ועיי׳ אשכול ג). וא״כ ק״ל מאי בכך דכיוון לצעורי, הא כיון שבפיו מילא לאמור שהוא לעבודה זרה הוי מה שכוון שלא לעבודה זרה דברים שבלב וקיי״ל בפרק ב דקדושין (דף מט ע״ב) דברים שבלב אינן דברים[32].

32 עיי׳ שו״ת אחיעזר ח״ב סי׳ ה אות ד שמבאר בזה, דהא דאדם אוסר דבר שאינו שלו ע״י מעשה על

ואין לומר דהאי חזקה שמורה על כך ועל ידה הא אנו מחזיקים לודאי וברור שכיוון רק לצעורי כמ״ש לעיל (אשכול ז) כח החזקה ככח אומדנא דמוכח, ובאומדנא דמוכח הוי דברים שבלב דברים, דהא עד כאן לא מועיל אומדנא אלא כשהדברים שבלב רק תוספת וביאור להדברים שבפיו, כהאי דאומר יאסרו פירות שבעולם עלי ואומר בלבו היום, אבל באומר יאסרו עלי לעולם אף דבלבו אומר היום כיון דהלב סותר לפיו, אף בנדרי אונסין דהוי אומדנא דמוכח אין מה שבלבו דברים ואסורים הפירות לעולם עליו כדאיתא בהר״ן פרק ג דנדרים (דף כח ע״א), והכא שבפיו הוא לעבודה זרה, ומה שבלב אינו ביאור למה שבפיו, דודאי אם ישחוט לעבודה זרה למען יצער לזולתו בעבודתו הוי שחיטת עבודה זרה ממש, דהכוונה לצעורי אינו בזה כי אם סיבת הפעולה אבל הפעולה בעצמה לא נגרעה בכך מהיותה אמיתית לעבודה זרה[33] (עיי׳ גרעין ד). וע״כ האי לצעורי קא מכוין דאמרינן, היינו דכיוון שלא יהיה לעבודה זרה כלל, וא״כ סותר הלב לפה ואינן דברים גם באומדנא דמוכח. והדברים קל וחומר ומה נדר המחשבה אינה מועילה בו דהא גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו, מכל מקום דיבור שנסתר ממה שבלב מועיל, עבודה זרה דמחשבה מועילה ביה כמו שנכתוב להלן כל שכן דדבור הנסתר ממה שבלב מועיל ביה.

והיה נ״ל דהא מצינו להריב״ש [סי׳ קצה] שעשה באומדנא דמוכח שתי מדרגות, אומדנא דמוכח כהאי דהיה טעון צמר והזיע ואמר קונם צמר עולה עלי, דמותר ללבוש בגדי צמר שלא נתכוון זה אלא שלא לטעון, ואומדנא דמוכח טובא כהאי שהלך בנו למדינת הים ושמע שמת בנו ונתן נכסיו לאחרים ואחר כך בא בנו, והראשונה מועילה רק בנודר בינו לבין עצמו דבעי פיו ולבו שוים לא בנודר לחבירו. ואולם השניה מועילה גם בנודר לחבירו (עיי׳ הגהשו״ע יו״ד סי׳ ריח סעי׳ א ובט״ז שם). הרי אף דבנודר לחבירו אין מה שבלבו מילתא, ואף ביש אומדנא דמוכח אין הולכים בתר מה שבלבו, מכל מקום כשיש אומדנא דמוכח טובא מועיל מה שבלב חשוב כאלו התנה בפירוש. ונוכל אולי אף אנו לומר דעד כאן לא אמרינן דהיכי דהדברים שבלב סותרים למה שבפיו אינן דברים גם באומדנא, היינו רק באומדנא דמדרגה ראשונה, אבל באומדנא דמוכח טובא דבזה הוי מה שבלב כאלו אמרו בפירוש אה״נ דגם בסותר למה שבפיו הויין דברים. ונימא דגבי נדרי אונסין נהי דאומדנא דמוכח מקרי, מכל מקום אומדנא דמוכח טובא לא מיקרי, אבל בנידון דידן אמרינן דרך ודאי

פי מה שכתבו התוס׳ יבמות פג,ב (מובא להלן גרעין ד) דהא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו הוא רק בדבר התלוי במחשבה, אבל באיסור שאינו תלוי במחשבה אוסר. ולהכי י״ל בטעם הדבר דאדם אוסר דבר שאינו שלו על ידי מעשה אפילו בדבר התלוי במחשבה היכא דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו ומוכח לכל כוונתו במעשיו וע״כ אוסר המעשה, ומה״ט בישראל דלצעורי קא מכוין ואומדנא דמוכחא וגלויה לכל שאין מחשבתו לשם ע״ז א״כ אין מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו, ולהכי אע״פ שאומר בפיו שכיון לע״ז אבל המעשה מצד עצמו אינו מוכיח, בכה״ג לא הוי מעשה לאסור דבר שאינו שלו.

33 עיי׳ חי׳ הגר״ש שקאפ סוף ב״ב שעמד על שאלה זו, דמאי נ״מ לן שכיוון לצעורי, סו״ס הא עובד ע״ז, ומאי נ״מ שמטרתו בעבודה זו היא לצער את חבירו.

שכוון לצעורי (עיי׳ אשכול ז) הוה אומדנא דמוכח טובא דמאי יש יותר מודאי והוה כמפרש שלאו לעבודה זרה נתכוון.

ויש לכאורה סעד לדברי, דלכאורה קשיא בפרק ב דגיטין (דף כג ריש ע״א) בהאי דהכל כשרים לכתוב את הגט אפילו חרש שוטה וקטן דמוקי לה רב הונא בגדול עומד על גביו ואומר לו לכתוב לשמו. והקשה ליה רב נחמן אלא מעתה עכו״ם וישראל עומד על גביו הכי נמי דכשר, ומשני דעכו״ם אדעתיה דנפשיה קעביד, ופירש רש״י ״ואע״פ שזה אומר לו כן שמא גמר בלבו לשם אחר״. וק״ל אכתי וכי ליכא דליתביה ליה עצה שיאמר העכו״ם בפיו שכותב גט זה לשם זה המגרש, ואז אף אם יגמור בלבו לשם אחר לא יזיק דיהיה זה דברים שבלב הסותרים למה שבפיו. ואולם לדרכנו ניחא דשם לשון הגמ׳ ״והא ודאי עכו״ם אדעתיה דנפשיה קעביד״, וי״ל דבמלת ״ודאי״ בא ליישב זה כיון דודאי הוא הוי כאומדנא דמוכח טובא ויהיה מה שבלבו כמפרש שכותב שלא לשם זה[34].

אבל נ״ל דמהתם אין ראיה, דנראה דמה דדברים שבלב שסותרים את פיו אינם דברים גם בדאיכא אומדנא, היינו במה שחושב בלב באותו הרגע שמדבר בפיו או סמוך לו תוך כדי דיבור דהוי כאלו עוד הדברים בפיו. אבל מה שבלבו אח״כ והאומדנא מוכחת עליהם כיון דאז אין בפיו דברים שהם היפוך מה שבלב עתה הויין הדברים שבלב דברים, אלא דבענין שאין בו משך זמן כנדר וקנין וכדומה דמיד שנדר — ואחר כדי דיבור שלא חזר מנדרו — נגמר הנדר, ודאי אין במה שחושב בלבו אח״כ נגד הנדר מידי מששא, דהא גם אילו פירש בפיו אחר כדי דיבור לא היה מועיל לבטל הנדר. אבל כתיבת הגט שיש לו משך זמן שכל התורף צריך שיכתוב אותו לשמו, אין עצה שיאמר העכו״ם בפירוש שכותב לשם זה, דאף אם יאמר כן בתחילת הכתיבה, נימא דאחר שכתב אות זה בעת שכתב אות שאחריו כבר גמר בלבו לשם אחר, ואז כבר חלף הלך הדיבור שבפה ואין מה סותר למה שבלבו והוי מה שבלבו דברים. ואטו בכל אות ואות יפרש כן, זה אי אפשר. ותו, דאפשר יאריך באות אחת יותר מכדי דבור, ובכתיבת סופו של האות יגמור בלב לשם אחר ויהיה חלק האות כתוב שלא לשמו.

תדע, דהא כתב הרא״ש [הל׳ ס״ת] דבעבוד עורות מהני אם אומר להעכו״ם שיעבדו לשמן וחילק בין זה לגט משום דכאן אין צריך לכוון לשמן כי אם בתחילת העבוד וזה יציית לו העכו״ם, אבל בגט שצריך המשך זמן לכתוב לשמו לא ישמע לו. ואם איתא עדיין תיקשי גם בגט יאמר לו הישראל לפני כתיבת כל אות ואות שיכתוב לשמו, ויהיה כל פעם כזמן קצר דציית ליה. אלא דזהו לא שייך בגט לאמור לו בכל אות ואות לכתוב לשמו, והכי נמי לא שייך שיפרש העכו״ם בכל אות ואות, וא״כ דאין מכאן ראיה לחילוקינו דבאומדנא דמוכח טובא הוי דברים שבלב דברים אף בסותרים למה

34 עיי׳ שו״ת חכם צבי סי׳ א שהקשה ותירץ כן דהוי אגן סהדי וכאילו פירש בפיו. ובשו״ת רבינו אה״ע סי׳ יד (עמ׳ מט) כתב קו׳ זו וציין ״ומצאתי כמדומה אח״כ קו׳ זו בתשובות חכם צבי״. ועיי׳ שו״ת רע״א סי׳ כג שהשיג על דבריו דאין כאן אגן סהדי. ועיי׳ שו״ת פרי יצחק ח״ב סי׳ נ ובשו״ת עונג יו״ט סי׳ קסט בהגהה.

שבפיו, דהכא בגט גם בסתם אומדנא יהיו הדברים שבלב דברים, דבשעה שיהיו הדברים בלבו לא יהיה מה בפיו שיהיה הדברים שבלב סותרין, ומכיון דאין לנו ראיה קשה לחדש כן.

והנראה לענ"ד דהא דבסותרים דאינם דברים אזלינן בתר פיו ולא בתר מחשבת הלב, אינו מסברא דנפשין, דאמרינן דכח דבור שבפה עדיף מכח הדבור שבלב, דמאן מפיס, ואדרבה הא אמרינן כל דבר הולך אחר כוונה, אלא הטעם כך, דבדבר דהתורה צוותה בו על הדבור, הנה קנה הדבור הזה חשיבות, וכעין שכתב רש"י בפרק אין צדין (ביצה דף כז ע"ב) דביעור קדשים טמאים מן העולם אף ע"י נתינה לבהמה לאכילה מיקרי מלאכה ועובר עליה ביו"ט משום לא תעשה מלאכה, כיון דציוותה התורה לבער קדשים טמאים אחשביה רחמנא לביעור ונקרא מלאכה, ה"נ כיון שציותה התורה שהדבר יעשה ע"י דיבור, אחשביה רחמנא לדיבור זה וחשוב כמעשה ועדיף ממעשה, דהא מעשה בלא דיבור אינו מועיל בנדר כמ"ש להלן, ודיבור בלא מעשה הוי נדר, וע"כ כחו עדיף מדיבור שבלב דלא אחשביה רחמנא הכא, אולם זה ברוב הענינים שעיקרו הדבור, אבל בענין דעשתה התורה עיקרו המחשבה הנה כשהלב סותר לפיו אזלינן בתר הדיבור שבלב ואמרינן להיפוך, דבזה אחשביה רחמנא לדיבור שבלב והוי הוא כמעשה, או גם לכשת"ל דדבור פה בעצם כחו עדיף מדיבור הלב, כיון שיש בו מעשה מה תנועת פיו ולשונו, מכל מקום נימא דבזה דאחשביה רחמנא למחשבה, שניהם שקולים הם, ועל כן בקדושין וקנינים ונדרים דעיקרן במעשה או בדיבור, הנה כשהלב סותר לפיו אזלינן בתר פיו, ואולם בעבודה זרה דעיקרו במחשבה (דכתיב [יחזקאל יד,ה] למען תפוס את ישראל בלבם[35]), ולמה הדבר דומה לתרומה דכיון דכתיב ביה "ונחשב לכם תרומתכם" מקרי עיקרו במחשבה כדאיתא בתוס' פ"ק דחולין (ריש דף יג בשם הירושלמי), והשוחט על מנת לזרוק דמה לעכו"ם אף דלא זרק (חולין דף לט ע"א) וגם לא אמר בשעת שחיטה לזרוק כי אם חשב כן במחשבתו נאסרה הבהמה (לרוב הפוסקים דפגול לא בעי דיבור חוץ מהתוס' שם [ד"ה אלא] שנסתפקו בפגול עצמו אי נפגל במחשבה בלא דיבור, ודעת רמב"ם[36] נראה כשיטת רוב פוסקים) דילפינן חוץ מבפנים, ולא אחשביה רחמנא להדיבור או למעשה שבו, בהאי כשהלב סותר להפה אזלינן בתר הלב, או א"ת דשקולים הם על כל פנים עומד זה כנגד זה, ואין כאן לא דיבור ולא מחשבה דכל אחד מהם נדחה מחבירו.

ואולי מסברא זו דכתיבנא נוכל שים טעם לדברי הירושלמי הנזכר [תרומות פ"א ה"א], דשם הכי איתא אמתני' דקתני "חמשה לא יתרומו חרש שוטה וקטן כו' ואם תרמו אין תרומתן תרומה" הקשה בירושלמי והא קטן מחשבה הניכרת מתוך מעשיו יש לו ואמאי אין תרומתו תרומה ומשני "את שכתוב בו מחשבה (ונחשב לכם תרומתכם) אין מעשה שלו מוכיח על מחשבתו", והתוס' כתבו עליו בזה"ל: "פירוש כיון דעיקר תרומה במחשבה וקטן אין לו מחשבה לא מסתברא שיוכיח המעשה על מחשבתו".

35 ר' קידושין לט,ב.

36 הל' פסולי המוקדשין פי"ג ה"א. ור' משנה למלך שם.

ועדיין אין טעם הירושלמי מובן יפה בזה, אולם לפי סברתינו יש להטעים כך די"ל דקטן פחות מגדול בשתי מדרגות, האחת דבגדול סגיא באחת ובקטן בעי שתיים, השני דבגדול מועיל אף בעושה דבר אינו חשוב כל כך ובקטן בעי מעשה חשוב דוקא, וזהו דקטן אין לו מחשבה, דאחת אינו עולה לו, ומחשבתו ניכרת מתוך מעשיו יש לו, דחשבינן זה לשניים, המעשה לחוד והמחשבה הניכרת לחוד. ואולם במה דברים אמורים היכא דאחשבה רחמנא להמעשה המוכיח על מחשבתו, אבל היכי דלא אחשבה רחמנא אף דיש כאן שניים מכל מקום חסר תנאי השני שיהיה מעשה חשוב וזהו טעם הירושלמי "את שכתב בו מחשבה אין מעשה שלו מוכיח על מחשבתו" ירצה כיון דעיקרו מחשבה, וא"כ לא אחשביה רחמנא למעשה שבו והוכחת מעשה שאינו חשוב אינו מספיק לקטן.

גם י"ל דהא שהקשינו דהכוונה לצעורי לא יועיל כיון דסותר למה שבפיו, ושהדברים קל וחומר מנדר דמחשבה לא מהני ביה ומכל מקום פיו שנסתר ממה שבלב מהני, עבודה זרה דמהני ביה מחשבה כל שכן דמהני ביה פיו שנסתר ממה שבלב, אינה קושיא כלל, דיש לומר היא הנותנת, נדר דמחשבה אינה חשובה ביה מש"ה אין למחשבה כח לסתור למה שבפה כיון דאין לה חשיבות לגבי נדר. אבל עבודה זרה דמחשבה חשובה ביה, חשובה נמי להיות לה כח לסתור מה שבפה.

וקצת דמיון לזה מה דדין אפשר ולא קמכוין תלוי בדין דבר שאינו מתכוין (פסחים דף כה ע"ב) דאם לא אפשר וקמכוין אסור, דבר שאינו מתכוין שרי, והיינו כיון דגם בלא אפשר אסור משום הכוונה, אלמא אלימא כוונה, על כן כל שהיא חסרה היינו בדבר שאינו מתכוין, שלילות דבר האלים בדבר שולל האיסור ממנו. ואם לא אפשר וקמכוין שרי, דבר שאינו מתכוין אסור, דכיון דקמכוין בלא אפשר שרי אלמא דלא אלימא כוונה, ע"כ חסרונה בדבר שאינו מתכוין אינו שולל האיסור, ה"נ על צד דמיון מה נימא בנ"ד כאשר המחשבה והכוונה אלימא להביא האיסור, היינו בעבודה זרה, אלימא גם כן להיות שולל האיסור היוצא מפיו. ומש"ה אף דבנדר אין המחשבה שבלב מבטל הדיבור, מכל מקום בעבודה זרה המחשבה שבלב לצעורי מבטל הדיבור. (ועיי' מה שכתבתי לעיל סוף אשכול ה).

ענב ב

[תי' על קו' תוס' על רש"י שסובר דבשותף לא אמרינן לצעורי קא מכוין]

על שיטת רש"י ורמב"ם דבדאית ליה שותפות בגויה לא אמרינן לצעורי קא מכוין ואוסר דבר שאינו שלו (ענף ג), עצמה קושית התוס' (חולין דף מא ע"א ד"ה בישראל מומר), דהא בסוגיא שם הקשה על מאן דס"ל דלאו כל הימנו דאדם לאסור דבר שאינו שלו משנים אוחזין בסכין ושוחטין אחד לשם אחד מכל אלו ואחד לשם דבר כשר שחיטתו פסולה, ומשני הכא במאי עסקינן דאית ליה שותפות בגויה, ואחרי שנתחדש שוב שם בגמרא דטעמא דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו הוא משום דאמרינן לצעורי

קא מכוין מקשה שוב בגמרא מהאי דשנים אוחזין ומשני דמיירי בישראל מומר. והשתא אם איתא דבשותף לא שייך לצעורי, מה צורך לשנויי לאוקמי במומר אחר שכבר שני ליה דמיירי באית ליה שותפות בגויה, ובב״י (סי׳ ד) דחק הרבה בישוב קושיא זו כי עצמה מאד[37].

ונ״ל למה שכתבנו לעיל (באשכול ז) דגם לרש״י ורמב״ם דשותף אוסר כמו דישראל אוסר, דמכל מקום הבדל יש, דבשותף האיסור רק מחמת ספק, ושעל כן אם הוא כאן ואומר שהיה כוונתו לצעורי גאמן, ל״ק קו׳ זו כל כך, די״ל דלשון שחיטתו פסולה דקתני, משמע ליה דליכא אופן שתהיה כשרה, דכל לשון סתמיי הוא כלליי. ועל כן עד שלא נתחדש טעם דאמרינן לצעורי קא מכוין דמהיכי תיתי ניקום ונתלה בדבר שהוא נגד מה שאומר ועושה לעינינו, אלא הטעם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו הוא משום דאין לאדם כח וזכות לעשות בדבר שאינו שלו כרצונו לאסרו, א״כ בשותף דיש לו כח, דהא יש לו חלק ובדידיה קא עביד, שפיר היה משני דהאי שחיטתו פסולה דקתני מיירי בדאית ליה שותפות בגויה, ופסולה השחיטה באין אופן שתהיה כשרה, אבל אחר שנתחדשה ההלכה דאין המניעה לאסור דבר שאינו שלו מחסרון כחו וזכותו, דבמעשה יכול לאסור דבר שאינו שלו, אלא הטעם משום דודאי לצעורי קא מכוין, וממילא גם בדאית ליה שותפות אפשר להיות היתר לאיסור זה, והיינו אם היתה כוונתו לצעורי, אלא מחמת דאנו מסופקים בכוונתו אנו אוסרים מספק, ועכ״פ מציאות יש שיהא מותר אם יהא השוחט הזה לפנינו ויאמר דכוונתו היתה לצעורי, רק על כן לא הספיק ליה שנויי דאית ליה שותפות בגויה משום דאכתי קשייה לישנא שחיטתו פסולה דקתני סתמא, ומשמעו דאין אופן שלא היתה פסולה, והא שפיר משכחת לה כשהוא כאן ואומר דלצעורי כוון, ועל כן משני לה דמיירי בישראל מומר, והשתא שפיר ליכא גווני כלל שהיה השחיטה כשרה, דמומר ודאי כוונו לעבודה, או גם לכשת״ל דגם במומר אסור רק מספק (כמו שצדדתי באשכול ז), מכל מקום אין מציאות שתהא שחיטתו כשרה, דמאן יהא מסהיד עליו שהיתה כונתו רק לצעורי, איש זולתו אינו יכול לדעת מה דהיה בתוונא דלבאי בשעה ששחט ואמר שלעבודה זרה קא שוחט, והוא עצמו פסול להעיד (וכאמור באשכול ז), ושפיר קתני שחיטה פסולה, דהיא פסולה באין מנוס.

ואל תשיבני, תירצתי שפיר מה דהוצרכו בגמ׳ לאוקמי האי דשנים אוחזין בישראל מומר, אבל מה דאוקי גם מתניתין דהמטמא ומדמע ומנסך במומר אחר שכבר תירצו דמיירי בדאית ליה שותפות בגויה, אכתי לא תירצתי, דהא במשנה זו לא קתני דהיין אסור כי אם דחייב לשלם, ובזה לא יקשה אי סתם וקתני דחייב והא יש אופן דאינו חייב כגון שיאמר השותף דכוון לצעורי, דזה ודאי אינו קושיא, דהיה פשיטא ומובן מעצמו דכיון דאם כן יאמר יהיה היין מותר, מה ישלם (וכעין שכתבתי בישוב

37 ז״ל הב״י: ״ל״ל לדעת רש״י והרמב״ם ז״ל דלא חזר והקשה קושיות שכבר הקשה אלא לגלויי דהשתא דאמרי דנכרי אוסר דבר שאינו שלו אפשר לתרוצי הנך קושיי בגוונא אחרינא דהיינו דניקום לה בישראל מומר״.

השו"ע בענב ג), וא"כ הא שפיר מתיישב בשינוי שכבר משני דאית ליה שותפות ולמה ליה לאוקמי במומר.

דאשיב ואומר לך התשובה שהשיבו על קושית הש"ך (סי' ד ס"ק ה) על הסמ"ע [סי' שפה ס"ק ב] דמחלק בין יין לבהמה, דיין כיון שהיה יכול לחלקו מקדם ולנסך חלק חבירו לחוד גם התוס' מודים דבשותף לא אמרינן לצעורי כוון, וכתב הש"ך שהוא נגד הסוגיא, וכוונתו להתוס' דהוכיחו דגם בשותף שייך לצעורי מדחזרו בגמ' להקשות משנים אוחזין בסכין והוצרכו לאוקמי במומר, והשתא להסמ"ע אכתי קשה על מה דהוצרכו לאוקמי מתני' דהמטמא והמדמע ומנסך בישראל מומר, דהא ביין שפיר מיושב בשינוי דאית ליה שותפות, ועל קושיא זו השיבו האחרונים[38] דהוכחת התוס' היתה רק חזקה דאם לא כן לא היה צורך לחדש כלל לאוקמי במומר, אבל אחר שכבר הוצרכו בגמ' לחדש אוקימתא זו דמומר משום מתני' דשנים אוחזין בסכין בל יפלא אם רוצה לשנויי ולאוקמי המשניות בגווני חדא, במומר. ותשובה זו ממש עולה גם על שתקשה על ישובי את שיטת רש"י והרמב"ם.

ענב ג

[קו' על פסקי השו"ע שלדרכו תשאר קו' הגמ' בחולין מא,א משנים אוחזין בסכין]

שלשה המה פסקי שו"ע נפלאו ממני וארבעה לא ידעתים איך יכונו יחדיו:

א. היו ישראל ופסול אוחזין בסכין אחד ושחטו שחיטתן פסולה: שו"ע סוף סי' ב [סעי' יא].

ב. מומר אפילו בפעם אחת אם אחר כך שחט שחיטתו פסולה: ש"ך סי' ב ס"ק יז בפירוש דברי המחבר.

ג. השוחט בהמת חבירו לעבודה זרה אמרינן לצעורי קא מכוין: סי' ד סעי' ד.

ד. היה שותף בבהמה ושחט אותה לעבודה זרה יש אומרים דאינו אוסר: שו"ע סי' ד סעי' ד.

וק"ל אחר שתלתא דינים הראשונים מוכרעים להמחבר ולא הביא חולק על אחד מהם, הלא מכללן יצא ע"כ דין הרביעי גם בהכרע דשותף אוסר, דאם תאמר דשותף נמי אינו אוסר איך יתורגם המתני' דהיו שנים אוחזין בסכין ושחט אחד מהם לשם אחד מכל אלו ואחד לשם שחיטה כשרה שחיטתן פסולה דמקשינן מיניה בגמ' על מאן דאמר לצעורי קא מכוין אמאי שחיטתו פסולה ומוקי לה בישראל מומר (חולין דף מא ע"א), ואוקימתא זו לא קאי עפ"י שני דינים הראשונים, דתעמוד קושיית תוס' (חולין ריש דף יד) דלמה לי שיכוין לשם אחד מכל אלו תיפוק ליה דשחיטתו פסולה משום שחיטת מומר. והם ז"ל תירצו דבפעם אחת לא נעשה מומר, וזה אינו דין השני, ועדיין היה אפשר לתרץ קושיית תוס' לומר דמטעם מומר היה מתכשר על ידי שחיטת השני שכוון לשחיטה כשרה, אבל זה אינו דין הראשון, ולאוקמי בדאית ליה

38 תבואות שור סי' ד ס"ק יח. ועיי' גליון רע"א לשו"ע על הש"ך הנ"ל מה שמתרץ על קו' הש"ך.

שותפות בגויה (וכמ״ש רש״י דה״ה דהוה מצי לתרוצי בדאית ליה שותפות בגויה), זה אינו אם תאמר בדין רביעי כהי״א דגם בשותף אמרינן לצעורי ואינו אוסר, וא״כ אחר ששלשה דינים ראשונים מוסכמים ולא חיישינן לסברת תוס׳ הנ״ל לעשות דין השני ספק, ולא לדעה הסוברת דאין הלכה כרב נחמן ורב עמרם ור׳ יצחק דהטעם משום לצעורי אלא משום דלאו כל כמיניה לאסור דבר שאינו שלו (דלזה הטעם שפיר מתוקמא בדאית ליה שותפות וכדמוקי לה בגמ׳), על כרחנו נסכים גם בדין הרביעי כדעת רמב״ם ורש״י (עיי׳ ענף יא) דבשותף לא שייך לצעורי ואוסר, בשלמא על התוס׳ מרא דהאי דינא דשותף אינו אוסר ל״ק דהם לשיטתם דבפעם אחת לא נעשה מומר, ושפיר מתפרשת המתני׳ בישראל מומר, והרא״ש דס״ל נמי דשותף אינו אוסר, י״ל או דס״ל בהא נמי כהתוס׳ דבפעם אחת לא נעשה מומר או דס״ל כשר ופסול ששחטו שחיטתן כשרה, אבל על ההלכה קשיא.

והן יש לומר דיש עוד אחרת דאפשר לאוקמי ביה, דהיינו בהתרו בו וקיבל עליו התראה, דפשיט רב אשי בגמ׳ (חולין שם דף מא) דאוסר כיון דהתיר עצמו למיתה אין לך מומר גדול מזה, ובהא ליכא לאקשויי כקושיית התוס׳ ל״ל שיכוין לשם אחד מאלו תיפוק ליה דהוא כבר מומר ע״י קבלת התראה, דנראה לי משום דע״כ לא אמר רב אשי הכי אלא בעשה עפ״י התראה שקיבל על שחיטה זו דבזה א״א לומר לצעורי קא מכוין דהא מעונש הב״ד בל יציל עצמו במה שבמחשבה. ואיך יערה נפשו למות בשביל לצער את חבירו, אבל אילו לא שחט על פיה אח״כ לשם אחד מכל אלו, לא נעשה מומר עפ״י קבלת התראה לבד[39], וכן מדוייק בלשון הגשו״ע (סי׳ ד סעי׳ ד) שכתב ״ואם התרו בו ועבר התראה הרי זה אוסר״, ומה ראה לשנות לשון הש״ס לכתוב במקום וקיבל עליו התראה ועבר התראה, אלא זהו הדבר דלא תטעה דאם התרו בו על שחיטת בהמה זו וקיבל ואמר אעפ״כ ע״מ כן אני עושה, ולא שחט בהמה זו, ושחט אח״כ בהמה אחרת, דתימא דשחיטתו פסולה משום דע״י קבלה לחוד נעשה מומר (ואי דא״א מ״מ שיאסור בהנאה, הרב לא נחית לאיסור הנאה וראיה מדלא כתב נמי מומר).

ובזה תתישב לך קושיית הט״ז (סי׳ ד ס״ק ה) עמ״ש הטור בדין התרו ביה ״דודאי כוון לאסור״. הקשה הא אף בלא כוון שחיטתו פסולה ככל שחיטת מומר, ולדברינו לק״מ דהוא עצמו הטעם דנעשה מומר, דאילו היינו אומרים דלא כוון לאסור כי אם לצעורי, א״כ לא עבר על ההתראה ומשום קבלתה לחוד בלא עשה על פיה

39 עיי׳ גליון רע״א לט״ז סי׳ ד סק״ה שמביא דברי ב״י (המובאים לעיל אשכול ו) שכתב דהרמב״ם לא ניחא ליה אוקימתא דישראל מומר דא״כ בלא״ה פסולה מצד שחיטת מומר. וכתב ע״ז הב״י ״ודוחק לומר דמתני׳ בלא היה מומר מעיקרא אלא דבאותה שחיטה נעשה מומר וכגון דהתרו בו וקיבל ההתראה״. וכתב רע״א: ״משמע דס״ל לב״י דע״י ההתראה נעשה מומר אף בלא שחט לשם ע״ז אלא דמקרי מומר באתה שחיטה כיון דההתראה ע״י השחיטה. והסברא מוקשה דממ״נ אם בקיבל ההתראה לחוד בלא מעשה מקרי מומר, ממילא הוי קודם השחיטה וצ״ע״. ועיי׳ אחיעזר ח״ב סי׳ ה אות ג שלמד בפשטות שבקבלת ההתראה הוא מומר עוד לפני המעשה.

לא נעשה מומר כלל, ואף אם תאמר דאם קיבל התראה על זו השחיטה ושחט סתם ולא פירש דלשם שחיטה כשרה שחט, סתמא מחזקינן שחיטתו לשם שחיטת עבודה זרה, וה״נ מסתברא, דע״כ לא אמרו בו לא איסור ולא היתר אלא במעשה דקסרי (חולין דף לט ע״ב) בשחט סתם ואח״כ חישב לזרוק דמה לעבודה זרה, דחישב אחר מעשה בהא פליגי רבנן ארשב״ג וס״ל דהוכיח סופו על תחילתו לא אמרינן, אבל בחישב ואחר כך שחט סתם בהא ודאי אמרינן דעל דעת הראשונה עשה, דגם אם כן הוא מכל מקום ליכא לאקשויי ל״ל שישחוט לשם אחד כו׳, די״ל דאה״נ פירושא דמתני׳ דשחט סתם. וזהו הוי מכל מקום כאלו פירש לשם אחד כו׳ ובא לאפוקי בפירש בשעה ששחט שהוא לשמים לשם שחיטה כשרה דאז שחיטתו כשרה, דאף להמהרש״ל (בט״ז סי׳ ד סוף ס״ק ב) דבחשב אח״כ לזרוק דמה לעבודה זרה הוי ספק גם אם בשעת שחיטה פירש לשחוט לשמים מכל מקום הכא ודאי בתר אחרון אנו באים ואמרינן דחזר בו, ותו דגם התם הא המהרש״ל טעמא קא יהיב דאמרינן דקא סבר דכך הוא המצוה לפי הטעות שלו שהשחיטה תהיה לשמים והזריקה לטעותו, מאי דלא שייך הכא, וא״כ שפיר י״ל דמתניתין מיירי בקיבל עליו התראה, מכל מקום גם בזה לא יונח דאכתי איכא לאוכוחי דסברת רש״י עיקר דבשותף לא אמרינן לצעורי ואוסר מדר׳ אחא בריה דרבא דאיבעיא התרו וקיבל עליו התראה מהו, ואם איתא דליכא למתני׳ אוקימתא אחריתא כי אם בהתרו וקיבל עליו התראה, א״כ מאי איבעיא ליה הא ממתני׳ מוכח דזה אוסר, ומדמצינו דר״א בריה דרבא ס״ל דלא אמרינן בשותף לצעורי, אין לנו לסור מסברתו.

ואולי י״ל כך דהנה בלא״ה יש להקשות על שני דינים דהם ג״כ לא יכונו יחדיו דכיון דכשר ופסול ששחטו שחיטתן פסולה ומומר בפעם אחת נמי שחיטתו פסולה, א״כ איך מוקי בגמרא מתני׳ דשנים אוחזין, במומר, תיקשי קושיית תוס׳ דל״ל שיכוון לשם אחד כו׳[40], ומה די״ל בזה דהא יוקשה ג״כ כיון דבאמת בקיבל עליו התראה לא אמרינן לצעורי כדפשיט רב אשי, למה לא משני בגמ׳ כן והל״ל בישראל מומר אי נמי בישראל שהתרו בו וקיבל עליו התראה, וצ״ל דזה נכלל בתירוץ בישראל מומר, דהיינו או מומר ע״י מעשה עבירה או מומר ע״י קבלת התראה, וא״כ על שני דינים ראשונים ל״ק די״ל דהאי מומר דמוקי ביה רצה לומר רק במומר ע״י קבלת התראה לא ע״י מעשה עבירה, ולפי זה י״ל דרב אחא בריה דרבא הא גופיה מיבעיא ליה באחד או בשנים מהדינים הראשונים, והכי מבעי ליה, קיבל עליו התראה מהו אי נעשה בזה מומר וא״כ איתנהו להני ב׳ דינים הראשונים, ומומר דקא משני הכוונה מומר ע״י התראה (ועמ״ש ריש אשכול ו) או לא דע״י קבלת התראה אינו נעשה מומר, ומומר דקא משני היינו ע״י עבירה בפועל, ומוכח דאחד מדינים הראשונים אינו, אלא או כשר ופסול ששחטו שחיטתן כשרה, או דבפעם אחת לא נעשה מומר, דאלת״ה ל״ל שישחוט לשם אחד כו׳. ופשיט ליה ר״א מאי ס״ד לספק התיר עצמו למיתה

40 עיי׳ חידושי רע״א חולין יד,א לתוס׳ הנ״ל שמקשה כן על הרשב״א שסובר דבפעם אחת נעשה מומו וגם סובר דכשר ופסול ששחטו שחיטתן פסולה.

אין לך מומר גדול מזה, ובודאי האי בישראל מומר דקאמר שפיר מתפרש בקיבל עליו התראה, ואין להוציא הדינין מפשטן, דכשר ופסול ששחטו שחיטתן פסולה, ומומר בפעם אחת הוי מומר, אבל הא דשותף אינו אוסר גם לרב אחא בריה דרבא הי׳ פשיטא ליה מדחזר בגמ׳ והקשה אחר שכבר תירץ המתני׳ בדא״ל שותפות וכהוכחת התוס׳.

ענב ד

[ישוב הסתירה בשו״ע בענין אם אומרים בשותף לצעורי]

על השו״ע חו״מ (סי׳ שפה) יש קושיא חזקה וגדולה מאד (טרחו בישובה רבים וגדולים חקרי לב הסמ״ע שם ס״ק ב והש״ך ביו״ד (סי׳ ד ס״ק ה) והפלתי שם (ס״ק ד) ותבואות שור שם (אות יח), כי סותר עצמו למ״ש בשו״ע יו״ד, דביו״ד (סי׳ ד סעי׳ ד) כתב דשותף אי אוסר דבר המשותף יש בו פלוגתא דרבוותא, היינו התוס׳ והאשר״י בחדא שיטתא וס״ל דגם בשותף שייך לצעורי ואינו אוסר, ורש״י ורמב״ם בחדא שיטתא דלא אמרינן ביה לצעורי ואוסר, ואילו בחו״מ שם סעי׳ ב כתב דשותף שניסך יין של חבירו חייב לשלם, וקשה אמאי ישלם, והא יכול לטעון קים לי כהתוס׳ והרא״ש דאין שותף אוסר.

ונ״ל לפי מה שכתבתי לעיל (אשכול ז) דאם השותף כאן ואמר שכוונתו היתה לצעורי גם לרש״י ורמב״ם לא נאסר הדבר, ולפי מ״ש לעיל עוד (באשכול ד) דאם השותף אומר שלא כיוון לצעורי, גם להתוס׳ והרא״ש חייב לשלם, ולפי זה נשאל את זה המנסך הבא לטעון קים לי, מה הוא אומר בגוף המעשה, אם אומר דכיוון לצעורי מאי צורך לטענת קים לי הא מורים שהיין מותר, דבכהאי ליכא פלוגתא, ואין כאן אף ספק חיוב תשלומים, דמה ישלם הא לית כאן נזק כלום, ואם אומר לאו לצעורי כוונתי כי אם לעבוד, מאי יועילינו טענת קים לי כהתוס׳ והרא״ש, דהא גם לדידהו חייב לשלם, דאמרינן ליה את לאו קא מודית שאסרת את היין. וגם אם הוא שותק ואינו אומר כלום בעצם המעשה, הנה מטענת קים לי דטוען, ממילא יוצא כאומר לא לצעורי כוונתי, דאלו כיוון לצעורי מה לו ולהתוס׳ והרא״ש, והא גם לרש״י ורמב״ם שרי היין בשתיה.

(ועוד מדרוצה להציל עצמו בטענת קים לי, ולא טען טענה מעליא דכיוון לצעורי, דבזה יצדיק עצמו גם מהיות רשע עובד עבודה זרה בעיני הבריות, על כרחך דלא כיוון לצעורי, וכעין שכתבו התוס׳ בפ״ק דכתובות [ט,א ד״ה ואיבע״א] דאין עושין ספק כלל דילמא מוכח עץ היא, משום דאם איתא כן היתה טוענת כך, וה״נ י״ל דאין עושין הכא ספק דילמא כיוון לצעורי, מדלא טען הכי, והוה כמודה דכיוון לעבודה וחייב גם להתוס׳ והרא״ש לשלם).

ובישראל שאינו שותף שניסך יין חבירו, אין הב״ד באים כלל לדבר מהתשלומין ולדון מה הוא אומר, דהא מורין מיד שהיין שרי ואין שואלין אותו כלל למה כיוון כמ״ש לעיל (אשכול ג), דבהא ליתא לדין היכי דאיכא לברורי מבררינן לשיטת השו״ע ממ״ש

בב״י. אבל בשותף דמורים שהיין אסור, נמשך ממנו מעצמו לומר לו צא תן לו והכשר נזקו, אלא הקושיא דיטעון קים לי כהתוס׳ והרא״ש, וזה אין לו שייכות כלל הכא, דאם בא לידי מדה זו לטעון קים לי יהיה אחת משתים, או דלא יועיל לו (אם יאמר לאו לצעורי כוונתי או ישתוק), או אינו צריך לו (אם יאמר לצעורי כוונתי).

ענב ה

[באיזה מעשה אוסר אדם דשא״ש לגבוה ולהדיוט. יישוב קושיות הפלתי בנידון]

ראיתי להגר״י בספרו הפלתי דברים שיש לי להתלמד בהם, דכתב (בסי׳ ד ס״ק ג ד״ה ונראה), **אחד** לתמוה על התוס׳ פרק ר׳ ישמעאל (בע״ז דף נב ע״ב ד״ה ברוך) שכתבו דעולא דמייתי ראיה דבעשה מעשה אסרה לדבר שאינו שלו מכלים דאחז אף דשם נאסר רק לגבוה, הכי מייתי ״מדאסר לגבוה במעשה זוטא דלא נשתנה הכלי, א״כ במעשה רבה יש לאסור אף להדיוט״. ותמה הגז״ל, דא״כ איך אמר רב פפא (חולין דף מ ע״ב) אי לאו דאמר רב הונא סימן אחד [ואסהיד אדעולא דמעשה כל דהו אמר, וסימן אחד לאו דוקא, רש״י] לא הוי חטאת תיובתיה דמאי מעשה, מעשה רבה. והא גם אי עולא מעשה רבה קאמר, ע״כ מייתי לה מכלים דאחז, ויאמר מדאסר לגבוה מעשה זוטא כו׳, וא״כ למזבח עכ״פ גם במעשה כל דהו אסור, ושוב שפיר הוי חטאת תיובתיה, דמכי שחט בה פורתא ועביד מעשה כל דהו אינו ראוי למזבח, וכל שאינו ראוי להביא לפנים אין בו משום שחוטי חוץ.

שנית הביא ז״ל שסברת התוס׳ בפ״ב דחולין (דף מא ע״א ד״ה ת״ש שניים) חלוקה מסברת תוס׳ בע״ז, דשם כתבו דעולא הכי מייתי מכלים דאחז, ״דכיון דאסירי אע״פ שלא עשה בהן אחז שום שינוי אלא שנשתמש בהן לעבודת כוכבים, א״כ היכא דעביד מעשה גמור שמתחיל לשחוט הבהמה אית לן למימר דאסור אפילו להדיוט״. הרי דהכא סברת התוס׳ דבכלים גם מעשה כל דהו לא מקרי.

שלישית תמה מסברא דעצמו על סברת התוס׳ זו, דוכי שימוש תמידי דכלי לא יפחות כל כך כחתך במקצת סימן ולא עשאה טריפה.

ולענ״ד הא יותר מוקשים עוד דברי התוס׳ בע״ז הנ״ל אם נבינם כפשוטם, דאיך כתבו דעולא נחית בדרגא ומייתי מעשה רבה דאוסר בהדיוט ממעשה כל דהו דאוסר לגבוה, והא עולא דמיירי להדיוט נמי מעשה כל דהו קאמר כנ״ל וכמפורש גם בגמ׳ בחולין שם (דף מ ע״ב).

על כן נראה לי דאין חילוק כלל בשני דבורי תוס׳ דחולין ודע״ז, ומעשה זוטא ורבה שבתוס׳ ע״ז אין הכוונה מעשה כל דהו וגמר מעשה, אלא בלא נשתנה קרי ליה בתוס׳ מעשה זוטא והוא פחות ממעשה כל דהו, ובנשתנה קרי ליה מעשה רבה אף דהוא מעשה כל דהו כחתך מועט בסימן, רבה קרו לה כי רבה היא בערך דבר שלא נשתנה, וזה שדייקו התוס׳ בלשונם וכתבו ״במעשה זוטא שלא נשתנה הכלי״. וכזה ממש כוונת התוס׳ בחולין, דהנה לא כתבו דאין מעשה כלום בכלי

אלא כתבו דכלים "דלא עשה בהם שום שינוי", ור"ל ע"כ אינו כי אם מעשה זוטא, ורצונם הכא והתם דעולא מייתי מדאוסר לגבוה במעשה זוטא, א"כ אוסר להדיוט גם במעשה כל דהו, והרי זה כאומר מדאוסר לגבוה במעשה שאין שינוי בהחפץ א"כ אוסר להדיוט במעשה שיש שינוי בחפץ.

ומעתה יש ליישב תמיהת הפלתי עפ"י סברת עצמו שכתב דפחת הכלי ע"י שימוש תמידי א"א שיהיה חשוב מעשה פחות מחתך במקצת סימן, ומדבריו אחזה סברתו דראוי שיהיה זה נחשב עוד יותר מעשה מחתך בקצת סימן, אלא דעכ"פ אינו פחות ממעשה כל דהו, ונאמר אנן דהאמת אינו כן, אבל מכל מקום ס"ד הוי דאפשר למימר הכי שיהיה עוד עדיף ממעשה כל דהו באופן שיהיה זה ממוצע בין מעשה כל דהו לבין גמר מעשה.

ואמינא מילתא בטעמא, דאמת אינו, משום דאף אמנם דרבוי השימוש מכחיש הכלי מעובי נחשתו ואחת אחת יפחות ממשקלו, מכל מקום אינו דומה לחתך במקצת סימן, על פי חילוק שבגמרא בפרק הנשרפין (סנהדרין דף עח ע"א) בין גוסס בידי אדם, היינו דהכהו עד שעשאו גוסס לבין עשאו טריפה, וקאמר שם בטעם החילוק "האי מחתכי סימנים והאי לא מחתכי סימנים", הרי אף דגוסס ג"כ נפחת ונחלש גופו, וגם רוב גוססין למיתה כמו רוב טריפה אינו חי י"ב חדש, מכל מקום כיון שאין חתך בו, הוא פחות מיש בו חתך בסימן או נקב בקרומו של מוח. וזוהי סברת התוס' בחולין ובע"ז שתלו גרעון חשיבות מעשה דכלים במה דלא נשתנו, היינו אף דנפחתו, מכל מקום לא נעשה בהם שינוי ע"י חתך או נקב, ואולם חילוק זה דהאי מחתכי סימנים כו' לאו כ"ע ס"ל, דלר' יהודה שם בפרק הנשרפין דמשווה גוסס בידי אדם לעשאו טריפה לא נחית לחילוק זה, ועל כן לא ירחק דהומ"ל דגם עולא לא ס"ל לחלק בהכי, ואז יהיה כסברת הפלתי דפחת בכלי י"ל דעדיף עוד מחתך במקצת סימן.

ובהניח זאת מיושבת תמיהת הפלתי, דאילו לא אמר רב הונא סימן אחד, ולא היה מסהיד דעולא מעשה כל דהו קאמר, והוה אמינא דאינו אוסר להדיוט כי אם מעשה רבה, (והיינו בלשון הגמ' גמר מעשה), שפיר לא הוי חטאת תיובתיה, ולא קשה הא חטאת לגבוה הוא, ולגבוה אוסר אף במעשה זוטא (וכש"כ מעשה כל דהו דהוא יותר ממעשה זוטא לביאורי), דהוינא אומר דעולא ס"ל כר"י דאין לחלק בין מחתכי סימנים ללא מחתכי, ועל כן פחת כלי ע"י שימוש מקרי מעשה יותר מן מעשה כל דהו. וא"כ הדרגא דעולא כך, דמייתי ממה דלגבוה אוסר פחת שאינו כי אם עדיף ממעשה כל דהו, אבל מכל מקום לחשיבות גמר מעשה לא הגיע, ע"כ להדיוט אוסר מיהו גמר מעשה. ומ"ש התוס' בע"ז (וכן בחולין לביאורנו) דשימוש כלים אינו כי אם מעשה זוטא, לא כתבו כן משום סברא לומר דכך הוא בהכרח מהשכל, אלא משום דעולא ע"כ הכי ס"ל, דמדיליף דמעשה כל דהו אוסר להדיוט מכלים דאחז, ואיך יליף להדיוט מלגבוה, ע"כ נחית לדרגא, ואין דרגא ממעשה כל דהו כי אם מעשה זוטא, וזהו אינו נגד הסברא לפי האמת, דס"ל לעולא לחילוק דהאי מחתכי סימנים כו', וע"כ פחת שימוש גם כמעשה כל דהו אינו חשוב דהכל תלוי בנשתנה ע"י נקב או חתך. אבל אילו היה אומר עולא דרק גמר מעשה אוסר להדיוט, כדי דלא להוי חטאת דהוא לגבוה תיובתיה, ועוד כדי דלא

נימא דנחית שתי דרגות לומר דמדאוסר לגבוה במעשה זוטא (שהוא פחות ממעשה כל דהו) אוסר להדיוט במעשה רבה, דמנ״ל דלמא בהדיוט אוסר גם בנחית חד דרגא והיינו דמעשה כל דהו אוסר, הייתי באמת מוכרח לומר דעולא לא ס״ל לחילוק דהאי מחתכי סימנים, ולא נחית כי אם חד דרגא דמעתה דלא ס״ל חילוק זה, מסברא הוא דפחת כלים ע״י שימוש עדיף עוד ממעשה כל דהו ואין ממעשה דפחת כלים - דעדיף ממעשה כל דהו - לגמר מעשה כי אם חד דרגא, והרי זה נכון.

והפלתי, הנה משום דתפס מסברא דפחת שימוש כלי א״א שיהא נחשב פחות ממעשה כל דהו לא הונח לו ישובו על סתירות ההוכחות מסוגיא דחולין ומסוגיא דע״ז אי הא דאדם אוסר דבר שאינו שלו ע״י מעשה הוא מן התורה (עיי׳ אשכול א), דהוא ז״ל רצה ליישב דגם סוגיא דע״ז ס״ל דאוסר מדאורייתא, ומה דמייתי עולא מכלים דאחז שנאסרו רק מדרבנן, היינו דאי אמרת דלהדיוט אף במעשה אינו אוסר, לא הו״ל לגזור בגבוה שיאסור גם בלי מעשה כלל, כיון דליכא ביה משום לתא דהדיוט, ולא הונח לו ועזב ישוב זה משום סברתיה דעל כרחך פחת שימוש ג״כ מקרי מעשה ומכל מקום לא איתסרו הכלים כי אם מדרבנן. ובחר בישוב אחר, ואמר דרב הונא ורב נחמן ודעימיה ודאי לא פליגי אי יש סברא לתלות בלצעורי, אלא טעמיה דרב נחמן כיון דעכ״פ אפשרות יש דכיוון לצעורי הוה ספק בדרבנן ולקולא, וא״כ רב הונא דס״ל דלא שרינן משום ספק זה, ע״כ ס״ל דעל ידי מעשה אוסר מן התורה והוי הספק בדאורייתא, ועל כן אותיב ליה רב נחמן מחטאת, אף דבאמת אינו אוסר כי אם מדרבנן ושפיר מהתורה חייב עליה משום שחוטי חוץ, מכל מקום על רב הונא קשיא, דאיהו ע״כ ס״ל דאוסר מהתורה. באופן דלדינא למה דקיי״ל כר״ג דתלינן בלצעורי, גם היכי דלא שייך לצעורי אסור רק מדרבנן.

והנה עצם סברתו היה נוח לי, דכל לצעורי דאמרינן היינו דילמא לצעורי, משום דנתקשיתי להבין, ממה נפשך, מאי קסבר זה השוחט, אי סבר שיובן דכיוון רק לצער, א״כ יהיה הבשר מותר ומה צער יהיה, ואי סבר שלא יובן ויאסרו הבשר, א״כ יחייבו אותו לשלם מטעם מזיק ומפסיד לנפשיה, וכל שיש לו פסידא לא אמרינן לצעורי, דמהאי טעמא לא אמרינן בשותף לצעורי קא מכווין (עיי׳ ענף ג). אולם לפי האמור י״ל דיודע שיהיה מסופק להם, וסבר שהמורה יאסור הבשר משום ספק דילמא לא כיוון לצעורי, ולשלם הנזק לא יחייבו אותו, כיון דאינם אוסרים מפני הודאי כי אם מפני הספק. דומה למגרומתא דאסריה כרב ופטריה כשמואל [ב״ק צט,ב] (ועיי׳ אשכול ז)[41].

אבל מי יתן ואדע במה הזיע בזה קושיית סתירת הוכחות ממקומה, דהא כל הסתירה היתה משום דמסוגיא דע״ז מוכח דאין אדם אוסר גם במעשה מהתורה דלא כדמוכח בחולין, דהא עולא מייתי מכלים, וכלים גופייהו לא נאסרו מהתורה, והרי רב הונא אדעולא סמך (כדאיתא בחולין (דף מ ע״ב), ובע״ז (דף נד ע״א) אמרו

41 עיי׳ שו״ת רבינו ח״א כתבים סי׳ כו (עמ׳ רסד). ועיי׳ חי׳ רעק״א שו״ע סי׳ ד ש״ך ס״ק ה שמדבריו עולה כעי״ז דלצעורי הוא מספק. ומבאר בזה שיטת הר״ן דאף דאין אדם אוסר דשא״ש באכילה מיהו אסורה כפי שהבאנו לעיל הע׳ 16.

ליה לעולא כבר תרגמה רב הונא לשמעתיך בבבל דאמר״ה כו׳ עשה בה מעשה אסרה), ואם יש הכרח דרב הונא ס״ל דאוסר מהתורה מדלא מתיר משום ספק לצעורי, הכרח יש ג״כ דעולא ס״ל כן וא״כ הקושיא לא זזה ממקומה דאיך יליף זה מכלים.

ואולם למה שכתבתי דסברתו דפחת כלי הוי מעשה כל דהו אינו מוכרח, וגם מה שתלה עצמו בתוס׳ בע״ז דסבירי דפחת הוי מעשה כל דהו כתבנו דאינו כן, שפיר יש לקיים יישובו ראשון ולא במכוון כמו שכתבו הוא ז״ל, דעולא מייתי דאי אמרת בשלמא דבמעשה אוסר מהתורה שפיר אסרו בכלים בלא מעשה מדרבנן משום לתא דמעשה, דזה דבכלים לא הוה מעשה תלה הגאון עצמו בדברי תוס׳ בחולין, ואני כתבתי דגם התוס׳ בחולין סברי כדסברי בע״ז דהוי מעשה זוטא בכלים, אלא נימא כך, בשלמא אי במעשה כל דהו אוסר מהתורה שפיר אסרו בכלים גם במעשה זוטא (שהוא פחות ממעשה כל דהו) משום לתא דמעשה כל דהו. באופן דלדינא — היכי דלא אמרינן לצעורי — אוסר אדם דבר שאינו שלו במעשה מן התורה, (וכבר העליתי כן וכתבתי בזה, וישבתי הסתירות בדרך אחרת עוד באשכול א).

גרעין א

[קו׳ לשיטת הר״ן דשוחט בהמת חבירו לע״ז אסורה באכילה, שנאסור גם בהנאה מטעם גזירה]

קצת ק״ל על הר״ן דהשוחט בהמת חבירו לעבודה זרה רק להנאה לא נאסרה, אבל לאכילה לא הותרה דהוה כמתה מאליה (עיי׳ ענף יא). הא לסברת הר״ן בפרק ב דע״ז [ט,ב] דמה דנתנו בגמ׳ (שם דף כט ע״ב) טעם על סתם יינם משום קרא דישתו יין נסיכם דמשמע דמשום לתא דיין נסך ממש נאסר, והא איתא בגמ׳ דמשום בנותיהן אסרוהו. וכתב דמשום בנותיהן די היה לאסרו בשתייה לחוד, ומשום לתא דיין נסך לא היה צורך לאסרו כלל, אלא אחר שאסרוהו בשתיה משום בנותיהן, מכיון דיין נסך ממש אסור בהנאה היה מההכרח לאסור סתם יינם גם בהנאה, דהרואים סוברים לומר שמשום נסוך נאסר בשתייה ויבאו להתיר אף יין נסך ממש בהנאה, א״כ ה״נ הכא אף דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו ומדינא מותרת הבהמה בהנאה, מכל מקום הו״ל לאסרה בהנאה מדרבנן, משום שהרואים סוברים דמשום תקרובת עבודה זרה נאסרה באכילה, ויבאו להתיר תקרובת עבודה זרה ממש (גם בהקריב דבר שהוא שלו) בהנאה, והרי החשש הכא עוד יותר קרוב, דהא מה דבאכילה אסורה הוא באמת רק משום דשחט לעבודה זרה, מה שאינו התם דאיסור השתייה באמת אינו כלל משום ניסוך כי אך משום בנותיהן.

(ואין לומר דהתם שכבר הוצרכו למנות לגזור על סתם יינם לאסרו בשתייה, הוסיפו לאסרו גם בהנאה משום חשש זה, אבל לא חשבוהו כל כך צורך למגות ולגזור בשבילו לחוד, אאל״ל כן, דא״כ היה לו להר״ן לתרץ בפשוטו, דמשום בנותיהן היה די לאסור בשתיה ומה דנתנו בגמ׳ טעם משום יין נסך ממש היינו דמש״ה אסרו בהנאה, ולא תיקשי כיון דמשום יין נסך ממש אסרו לסתם יינם מה צורך כלל לגזירה משום בנותיהן,

די״ל דמשום חשש יין נסך לחוד לא היה כדאי להם למנות ולגזור, אך מכיון שכבר הוצרכו למנות לאסור בשתיה משום בנותיהם כבר הוסיפו לאסרו גם בהנאה משום חשש יין נסך ממש, ולא היה צריך לומר דאיסור השתיה גרם שהיה הכרח לאסרו בהנאה, אע״כ לא ניחא ליה להר״ן למימר הכי, אלא דאם יש חשש שבעבורו יוסיפו על גזרתם יש להם לגזור גם בעבורו בלבד)[42].

ואולי י״ל, דדינא כולי עלמא ידעי, ורק התם דבאמת מן הדין סתם יינם שרי, וידעו דגזירה דרבנן הוא ויטעו בטעם הגזירה ויותר קרוב לעין השכל חשש ניסוך שהוא ביין מחשש בנותיהן שהוא נמשך ברחוק ממנו, אבל הכא האיסור אכילה — להר״ן — מדינא דאורייתא הוא דבעי שחיטה שאין בה עבירה, זה ידעו ולא יבואו ע״י לטעות דתקרובת עבודה זרה מותר בהנאה, ויהיה באמת מוכרח היפוך דעת התבואות שור דס״ל דגם להר״ן הא דבאכילה אסור הוא רק מדרבנן (ענף יב) (ועמ״ש בזה גרעין ב).

ועדיין דחוק דהא יין נסך ממש דאסור בהנאה נמי דינא הוא, ומהסברא יותר יש לחוש הכא שיהיו סבורין דאיסורו משום תקרובת עבודה זרה דהא באמת מדינא במעשה יכול לאסור אף דבר שאינו שלו ויטעו רק שבל ידעו דתלינן בלצעורי שהוא רק מילי דסברא, מלחוש שיהיו סבורים דיין נסך מותר בהנאה דאיסורו מפורש מקרא.

זולת אם תאמר דלטעות בחד דינא דאורייתא חיישינן אבל לטעות בתרי לא חיישינן. והתם הגורם הטעות רק בתולדה, היינו בדין יין נסך ממש דיסברו דמותר, אבל הכא יהיה הטעות בשתיים, בהגורם הטעות היינו שיהיו סבורים ששחיטה גרועה מתרת באכילה, ובהתולדה היינו דתקרובת עבודה זרה מותר בהנאה ששניהם טעות בדינא דאורייתא, ודוחק.

ועכ״פ היה נ״ל דבשוחט לשם דבר הנידב דכתב הט״ז (סי׳ ה ס״ק ה) כיון דאיסורו רק משום מראית עין אינו אסור רק באכילה לא בהנאה, ומשמע לכאורה דלדעת הטור (מובא גם בט״ז שם ס״ק א) דטעם איסורו משום דדילמא עתה כשאומר ששוחט לשם כך באמת נדר אותו לזבח זה, אסור גם בהנאה, ובאמת יש לפקפק די״ל כיון דאינו רק ספק א״כ לעניין הנאה מוקמינן ליה אחזקה דעד עכשיו היה מותר בהנאה, אבל לדברי י״ל נהי דכן הוא מכל מקום מדרבנן עכ״פ אסור בהנאה דהכא דבאמת איסורו משום דילמא הקדישו, כשיראו שמתירין אותו יסברו הרואים דהקדש מותר בהנאה.

(אבל המסתבר לומר דסתם יינם מידי דשכיח טובא גזרו ביה רבנן אבל שחיטת ישראל לעבודה זרה ועוד בהמה דלאו דידיה לא שכיח ולא גזרו ביה).

42 לכאורה היה נראה לחלק, דבסתם יינם כיון שחז״ל אסרו ויש לחשוש שיחשבו שאסרו מטעם יין נסך ע״כ היה צריך לאסור גם בהנאה, אך כאן שלא אסרו כלל, אלא שהשחיטה לא התירה אין לחשוש שיאמרו תקרובת ע״ז לא אסורה בהנאה כיון שידעו שאין כאן איסור מחודש שחז״ל אסרו.

גרעין ב

[קו׳ על שיטת הר״ן הנ״ל מגמ׳ בחולין שמוכח שאיסור אינו גורם לגרעון בשם שחיטה]

קצת ק״ל על סברת האומרים בהר״ן (מובא לעיל גרעין א) דהשוחט לעבודה זרה דבר שאינו שלו, אף דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, מכל מקום אינו מתירה באכילה, דשחיטה גרועה אינה מתרת והוה כמתה מאליה. אם יש סברא כך, מאי מקשינן בפרק ו דחולין (דף פה ע״ב) עמ״ד ״לא לכל א״ר שמעון שחיטה שאינה ראויה לא שמה שחיטה, מודה ר״ש שמטהרתו מידי נבלה״, ומקשה בגמ׳ ״פשיטא דתנא וכי ימות מן הבהמה מקצת כו׳ ומקצת בהמה אינה מטמאה ואיזו זו טריפה ששחטה״, ומשני ״לא צריכא לשוחט טריפה חולין בעזרה סד״א כיון דאמר ר׳ שמעון מותר בהנאה אלמא אינו שחיטה כלל קמ״ל״. ולמה ליה כוליה האי, לישני כך, סד״א שוחט את הטריפה דאין בעצם השחיטה שום גריעות דלא עבר אמידי מש״ה השחיטה שחיטה ומטהרת מידי נבלה, אבל חולין בפנים וקדשים בחוץ דקתני ר״ש נמי במתני׳ דפטור מכיסוי דאתעבד עבירה בשחיטתו שחיטה גרועה ואינה שחיטה ולא מטהרת מידי נבלה קמ״ל[43].

(ואולי מכאן ראיה דגם הר״ן לא אמר דאסורה באכילה כי אם מדרבנן וכדעת התבואות שור (ענף יב) ועמ״ש בזה גרעין א).

גרעין ג

[טעם להשמטת השו״ע דין מומר ודין קיבל עליו התראה דאוסר דשא״ש]

בל ידעתי מדוע לא הביא בשו״ע (יו״ד סי׳ ד) הדינים היוצאים מהסוגיא דחולין (דף מא ע״א) דישראל מומר או התרו בו וקיבל עליו התראה השוחט בהמת חבירו אוסרה. ועל השמטת הרמב״ם דין מומר[44] נתן הב״י טעם, משום דק״ל לרמב״ם אילו מיירי במומר, ל״ל שישחוט לשם אחד מכל אלו, תיפוק ליה דשחיטתו פסולה משום דהוי שחיטת מומר, וזה מספיק גם להמחבר (ולא מטעמיה דהרמב״ם, דלדידיה אין הטעם משום

43 לכאורה היה נראה דכל דברי הר״ן הם רק לגבי דבר שאינו שלו, דלענין זה אמרינן דכיון דאין לו כח לאסר הרי מסתלקים מעשיו וממילא גם השחיטה אינו שחיטה, אך לא כתב הר״ן דכל שחיטה שיש בה עבירה הוי נבלה, ור׳ לעיל הע׳ 31.

ועיי׳ חוות דעת סי׳ א סעי׳ יא שמפרש בדעת הר״ן דהוא מטעם אי עביד לא מהני, ואולי לפי זה יש לכוון דברי רבנו, דלכן אם יש בזה איזה איסור לא הוי שחיטה. ועיי׳ עיקר אי עביד לא מהני גרעין א. ועיי׳ חי׳ רבינו מאיר שמחה חולין מא, ב שמביא דיש שפירשו דלא מיקרי וזבחת כאשר צויתיך דלא על אופן זה צוותה התורה לזבוח, וגם לפי זה קשה קושיית רבינו.

עוד יש להעיר על דברי רבנו דאם כל החידוש הוא מטעם דלא נימא דכיון דיש בזה איסור הוי נבלה א״כ למה דוקא אליבא דר״ש דאמר שחיטה שאיגה ראויה לא שמה שחיטה חידש כן.

44 עיי׳ פמ״ג סי׳ ד ש״ד ס״ק ו ובאור שמח פ״ח מהל׳ עכו״ם ה״א ד״ה ועיין בהשגות.

דבפעם אחת נעשה מומר (עיי׳ באשכול ו), ולהמחבר הטעם משום דס״ל דבפעם אחת נמי נעשה מומר כמ״ש בענב ג), אלא דמכל מקום קשה דתינח לרמב״ם דדרכו להביא רק מה שנאמר בגמ׳, אבל המחבר עדיין היה לו להביא דין מומר ששחט לשם אלו ולכתוב שאסור גם בהנאה, דעל זה לא שייך לומר תיפוק ליה משום שחיטת מומר, דזה שייך על המתני׳ דקתני שחיטתו פסולה דהיינו לאכילה מדלא קתני הרי אלו זבחי מתים, ולאכילה בלא זה אסור משום דשחיטת מומר הוי נבלה, אבל לאסור בהנאה ודאי צריך שישחוט לשם אחד כו׳.

גם קשה למה לא הביאו דין קיבל עליו התראה, וזה קשה גם אהרמב״ם, דנהי דדין מומר אפשר לדידהו אינו בגמ׳, דהם מפרשים דמומר שבגמ׳ כאן ר״ל מומר ע״י התראה כמ״ש בענב ג, מכל מקום דין קיבל עליו התראה ודאי מפורש.

(וכבר חשבתי לומר כיון דפירשו דמומר שבגמ׳ היינו מומר ע״י התראה, לא ברירא ליה להמחבר דבמומר לא אמרינן לצעורי, די״ל דבלעדי הטעם למה דאמרינן לצעורי משום חזקת יהדות, יש עוד טעם דאין דרך לעכו״ם לעבוד בדבר שאינו שלו, ודוקא קיבל עליו התראה, דהרי התרו בו על בהמה זו שאינו שלו וקיבל ההתראה הרי חזינן דאין כוונתו לצעורי (עיי׳ ענב ג) משא״כ במומר. ועוד חשבתי דס״ל דהאידנא שאין סמוכים לדון דיני נפשות, אינו נעשה מומר ע״י קבלת התראה דל״ש מה שהשיב רב אשי ״התיר עצמו למיתה אין לך מומר גדול מזה״. דאף שאומר שמקבל עליו כך הא הלב יודע שאין כאן מרת נפש כי לא ימיתוהו ואינם סוברים כהטור הביאו בהגשו״ע דקיבל עליו התראה אוסר גם בזמן הזה, אבל ראיתי דא״א לומר כן דהא במנסך יינו של חבירו, הביא הרמב״ם (פ״ז מחובל ומזיק ה״ו) והשו״ע (חו״מ סי׳ שפה סעי׳ ב) דין שניהם, דין מומר ודין קיבל עליו התראה דאוסרים דבר שאינו שלו).

גרעין ד

[בהא דקיי״ל דהמסכך גפנו ע״ג תבואת חבירו אינו אוסר אף דאיכא מעשה]

במסכת יבמות (דף פג ע״א): ״המסכך גפנו ע״ג תבואתו של חבירו הרי זה קידש דברי ר״מ, ר׳ יוסי ור׳ שמעון אומרים אין אדם אוסר דבר שאינו שלו״. ובתוס׳ (ריש ע״ב שם) הקשו מאי שנא מנותן נבלה או חלב בתבשיל של חבירו. ותירצו דבדבר התלוי במחשבה הוא דאמרינן אין אדם אוסר דבר שאינו שלו.

וקשיא לי א״כ יסתרו הלכות אהדדי, דקיי״ל במסכך גפנו כר״י ור״ש דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו[45] וקיי״ל במנסך יין חבירו או שוחט בהמת חבירו לעבודה זרה (היכי דלא שייך טעמא דלצעורי קא מכוין כגון גוי או מומר או

45 רמב״ם הל׳ כלאים פ״ה ה״ח. ועיי׳ כס״מ שם. ועיי׳ רמב״ן ע״ז נט,ב ורשב״א במשמרת הבית בית א שער א שכתבו דהלכה כר״מ משום דע״י מעשה אדם אוסר דבר שאינו שלו. ועיי׳ תוס׳ רי״ד ע״ז נד, א שדימה ג״כ בין שתי המחלוקות.

קיבל עליו התראה. (שו"ע חו"מ סי' שפה סעי' ב ויו"ד סי' ד) דאוסר דבר שאינו שלו[46].

ולומר דהכא נמי טעמא דר"י ור"ש משום דאמרינן לצעורי קא מכוין, ואילו היה זה המנסך נכרי או מומר לזרוע כלאים הכי נמי היה אוסר התבואה, לא מסתבר לי, בלעדי דאפשר דעד כאן לא אמרינן לצעורי אלא במקריב לעבודה זרה, דחזקת יהדות אלימא טובא, דאין ישראל עובד עבודה זרה, אבל בשאר איסור דלא חמיר כולי האי אפשר אין אנו מניחין את הודאי מה שעושה לעינינו שמקריב לעבודה זרה ולתלות דמכוין לצעורי, אלא שגם למה דנ"ל מדברי הט"ז (סוף סי' ה) דזה רפיא בידיה דכתב דוקא בעבודה זרה אמרינן לצעורי דסברא טובא היא דאין ישראל עובד עבודה זרה, אבל בשוחט לשם דבר הנידב לא אמרינן לצעורי דקסבר מצוה קעביד, ואי דייקת מרישא משמע דבשאר עבירה לא אמרינן לצעורי, ומדיוקא דסיפא משמע דדוקא בסבר מצוה קעביד אבל בעבירה אמרינן תמיד לצעורי (ועיי' גרעין ו), מכל מקום נראה לי גם אם תאמר דבכל מידי דעבירה תלינן בלצעורי, מכל מקום הכא לא שייך כלל להתיר משום דאמרינן לצעורי, כיון דהניח עד שהוסיף מאתים, מה בכך דכוון לצעורי כיון דמכל מקום רצון הכלאים ישנו כאן (עיי' גרעין א), ואינו דומה למנסך ושוחט לעבודה זרה דהתם אמרינן דלא רצה כלל שיהיה לעבודה זרה אלא להטעות חבירו בכדי לצערו, והשחיטה ככל שחיטות דעלמא, אבל הכא הא מדעתיה וניחותא דידיה נעשה כלאים, אלא מה שעשאו כלאים הוא משום הרצון לצעורי, ואטו הבונה בית משום הרצון לדור בתוכו, נאמר שהבנין אינו ברצון כי הרצון רק הישיבה, אלא נימא שרצון הישיבה העילה התכליתית והבנין העלול, וה"נ הכוונה לצעורי רק הסיבה ועשיית הכלאים המסובב. והלא לא בשביל העילה אנו אוסרים כי אם בשביל העלול, ובמנסך ושוחט גם בהעלול אין מאום רע כשהיה כוונתו לצעורי, משא"כ הכא.

ואולי יש לומר דהתוס' הכא אזלי לשיטתם בע"ז (דף נב ד"ה בדוך) דכלים של אחז רק מדרבנן נאסרו. וא"כ עולא דס"ל (חולין דף מ) דאף דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו מכל מקום עשה בה מעשה אסרה היינו נמי רק מדרבנן דהא מכלים יליף (וכ"כ בפלתי בסי' ד ס"ק ג), וא"כ ה"ה הא דקיי"ל דגוי או מומר אוסר דבר שאינו שלו הוא נמי רק מדרבנן דמה דאסור מדרבנן לעולא גם בישראל בעשה בו מעשה אסור לדידן בנכרי ומומר, ור"י ור"ש אמרו רק לעומת מה דא"ר מאיר קידש דהיינו מדאורייתא על זה השיבו אין אדם אוסר דבר שאינו שלו מדאורייתא, ומאי דקיי"ל כוותייהו היינו נמי דמדאורייתא אינו קדוש. וזה דוחק, גם כבר העלינו בענב ה דלא כהפלתי אלא דבמעשה אסור מהתורה.

46 עיי' שו"ת עונג יו"ט סוף סי' פב שכתב דהמסכך גפנו ע"ג תבואת חברו לא מיקרי מעשה משום דבשעת מעשה סיכוך הגפנים אין הזרעים נאסרים אלא אח"כ בשעת הוספת מאתיים. ועיי' שו"ת עמודי אור סי' קטז ס"ק כב, חי' רמ"ש חולין מא,ב וקהילות יעקב ב"ב סי' ד.

גרעין ה

[לל"ק דגם היכא דל"ש לצעורי אאדשא"ש אמאי העושה מלאכה בפרת חטאת נפסלה]

קשה לי ללשון ראשון בפ"ב דחולין (דף מ ע"ב) דרב נחמן ורב עמרם היו סוברים דגם בעכו"ם דלא שייך ביה לצעורי אומרים בו אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, איך יתרגם האי דהעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים (גיטין דף נג ע"א). ומדקתני פטור מדיני אדם אלמא דפסול מיהו הוי, דאי לא נפסלו המים והפרה מאי ישלם דאצטריך למתני ביה דפטור. (ובמס' נדרים דף לו ע"א דבעי למפשט דכהנים שלוחי דרחמנא נינהו מכהנים שפגלו במקדש דאמאי פגולן פיגול, לימא ליה הבעלים לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ומביא מתני' דכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבין הא שוגגין פטורים וקתני עלה אלא שפגולן פגול, לכאורה באמת לא הביא הך דקתני עלה אלא לרווחא דמילתא, אבל גם מגופיה מוכח דאי לאו דהוי פגול אמאי יהא חייב דקתני דפטור[47]) ואיך יכול לפסול דבר שאינו שלו.

דבשלמא ללשון ב (חולין שם דף מא ע"א) דרק בישראל סבירי להו הני אמוראי דאין אדם אוסר משום דלצעורי קא מכוין, ניחא, דהכא לא שייך טעם לצעורי דהא מכל מקום רצה לעשות מלאכה בהני מים ובהאי פרה והכוונה לצעורי היא רק הסיבה שסיבבה הרצון (וכמ"ש גרעין ד), אבל ללישנא קמא קשיא.

ואף למה שכתבו התוס' ביבמות (מובא בגרעין הנ"ל), דרק במידי דתלוי במחשבה אמרינן דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, מכל מקום הא דעושה מלאכה במי חטאת כו' נמי תלוי במחשבה כדאיתא [פסחים כו,א] הכניסה לרבקה ודשה כשרה משום דלא ניחא ליה, דהכא ליכא לשנויי בדאית ליה שותפות, דמה שותפות שייך לו במי חטאת דפרה אדומה ובפרה עצמה, ושינויי דמומר — לעשות מלאכה במי ובפרת חטאת — אינו מועיל הכא, דלליישנא קמא אין טעם דאין אדם אוסר משום דתלינן בלצעורי, אלא משום דלאו כל כמיניה לאסור דבר שאינו שלו. (ועמ"ש בזה באשכול ב).

(וחשבתי לומר דקושיא זו הביאה להתוס' חולין שם (דף מ ע"ב ד"ה רב נחמן) לומר כפי שנראה מלשונם דס"ל דמעולם לא היה לישנא דלימרו אמוראי הכי דגם היכי דלא שייך לצעורי אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ואינן שתי לשונות, אלא דהש"ס סליק אדעתיה הכי בכוונת האמוראים דס"ל דגם גוי אינו אוסר דבר שאינו שלו, ומסיק אח"כ בגמ' דאינו כן אלא דמה דאמרינן אין אדם אוסר ר"ל בישראל אבל גוי ודאי אוסר (לא כתורת הבית דס"ל וכן ס"ל התוס' חולין (ריש דף מא) דשתי לשונות הן)

47 עיי' פי' הרא"ש שם שכתב דממתני' אין ראיה די"ל דהוי פיגול מדרבנן. ועיי' שו"ת רע"א ח"ג סי' צה שתירץ דממתני' הוה מצי למימר דבאמת אינו פיגול, אך כיון שלא נעשה בהכשר דעבודה לא הוי עבודה והקרבן פסול עיי"ש שמדמה לדברי הר"ן דהא דאין אדם אוסר דשא"ש מ"מ לא שרי לה. ועי' שו"ת רבינו ח"א כתבים סי' כב.

למען הרוויח בזה, דאם אינו אלא ס"ד תיקשה רק למה לא מקשה הגמ' מהאי דהעושה במי חטאת ואין זה כ"כ קושיא חמורה, מאשר היא אם היה לשון זה אמת דלא ימצא ידו לתרגם זה, דתירוץ הש"ס על שאר המשניות דמוקי באית ליה שותפות לא שייך הכא).

שוב ראיתי בפי' ר"ש בפרק שביעי מכלאים (משנה ד וה) על היש מתרצין על הקושיא למה בבשר בחלב אדם אוסר את שאינו שלו (עיי' גרעין ד) משום דרק במידי דתלוי במחשבה ככלאים דבניחותא דבעה"ב תלוי, וכן ע"ז דתלוי במחשבה אמרינן אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, כתב דזה אינו, דהא עשיית מלאכה במי חטאת נמי תלוי במחשבה, ומכל מקום העושה מלאכה במי חטאת של חבירו פסול כנ"ל, אלא הטעם דבעכו"ם לאו שמיה תקרובת עכו"ם כיון שאינו שלו, וגבי כלאים ה"ט דכתיב לא תזרע מה זורע דניחא ליה, אבל גבי פרה תלה הכתוב בניחותא דהעושה, עכת"ד.

גרעין ו

[העושה כיס לתפלין מבגד שאינו שלו אם אסרו]

קצת ק"ל על המגן אברהם שכתב (בסי' מב ס"ק ד) "ואם גנבו בגד ועשאו ממנו כיס תפילין קנאו בשינוי מעשה ואסרו ועיין בב"ק קיד" (ענף יג). וק"ל למה לי גנבו דקנאו בשינוי מעשה, גם בלא גנבו ולא קנאו נמי ליתסר, דהא ע"כ לא נאסרו כלים שהזניח אחז, אלא משום דבשימוש כלים לע"ז לא נעשה בהם שינוי (כדאיתא בתוס' חולין (דף מא ע"א) ד"ה שניים ובע"ז (דף נב ריש ע"ב) ד"ה ברוך), וא"כ הכא בעשה מהבגד כיס ונשתנה יהא נאסר דהא קיי"ל דבמעשה אדם אוסר דבר שאינו שלו (ענף ג)[48]. ואי דאמרינן לצעורי קא מכוין, הא כתב הט"ז (ביו"ד ססי' ה) דבשוחט דבר שאינו שלו לשם דבר נידב לא אמרינן לצעורי קא מכוין כיון דקסבר לעשות מצוה, וה"נ נימא הכא דקסבר מצוה קעביד.

ואם תמצא לומר דאין בהכנת כיס לתפילין כ"כ מצוה דנימא ביה קסבר מצוה קעביד, מכל מקום הא מה דתלינן דכוון לצעורי הוא משום חזקה דאין ישראל עובדים עבודה זרה כדאיתא בט"ז שם וזה לא שייך הכא, ותידוק מיניה עכ"פ דהמג"א ס"ל כדיוקא דסוף דברי הט"ז, ולעיל (גרעין ד) כתבנו בזה.

ולכאורה היה נ"ל כיון דבעשה כיס לתפילין עדיין אינו נאסר עד דצר ביה (עכ"פ ע"מ לפנותו) כדאיתא בפרק נגמר הדין (סנהדרין דף מח ע"ב) "אימא עשאו והניח בו תפילין" והרי צרירת התפילין בהכיס אינו מעשה, וא"כ נ"מ בצר ביה זה שעשאו לא בעל הבגד דאלו לא היה קנוי לו כבר ע"י שינוי מעשה לא היה נאסר ע"י מה שצר ביה זה כיון

48 עיי' שו"ת עונג יו"ט סי' פב שמוכיח דלגבי דברים שצריך יחוד לא מהני מעשה לאסור. ומבאר דלעניין יחוד בעינן שיהא שלו ממש ולכן גם מעשה לא מהני, אבל גבי איסור לא בעינן שיהיה שלו ממש רק דהקפדת הבעלים מעכב שלא יחול עליהם האיסור, ולעניין זה מהני מעשה שיתפס האיסור בע"כ דבעלים. ועיי' גם סי' נח שם בהגהה.

שאינו שלו אינו אוסר, אבל עכשיו דקנאו הרי שלו הוא ואוסר בצרירתו.

אבל באמת זה אינו, דהא בבנאו לשם קבר דג"כ אינו נאסר עד שיתן מה בתוכו, מכל מקום אסור גם בלא ניתן כי אם נפל מה בתוכו כדאיתא בשו"ע יו"ד (סי' שסד סעי' א) וא"כ לא שייך לומר דאינו אוסר בצרירתו כיון שאינו שלו דמכל מקום לא גרע מאילו נפלו תפילין מעצמן לתוכו דנאסר.

עיקר אין אדם מקנה דבר שאינו שלו או דבר שאין בו ממש או אינו ברשותו

שרשיו חמשה, ענפיו חמשה עשר, אשכלותיו ששה, ענביו ששה וגרעיניו שלשה

שורש א

אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, [וטעמו לא נתבאר אי מפני שאין דבר יחול עליו הקנין או מפני שאינו גומר ומקנה[1]] [מקורות:] בב"מ פרק איזהו נשך סוף דף ס"ו; רמב"ם פכ"ב מהל' מכירה ה"א; ש"ע חו"מ סי' ר"ט ס"ד.

שורש ב

ושובך לפירותיו ואמת המים לדגים שיגדלו הוה כדקל לפירותיו דקנה. [מקורות:] ב"ב פרק המוכר את הספינה במתני' ריש דף פ; רמב"ם פכ"ג ה"ט מהל' מכירה; ש"ע חו"מ סי' ריג סעי' א. ועיי' אשכול ה.

שורש ג

אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו. [מקורות:] פ"ק דבב"מ דף ט"ז ע"א; רמב"ם פכ"ב מהל' מכירה ה"ה; שו"ע חו"מ סי' ריא. ועיי' ענף טו ואשכול ב וענב ו וגרעין ב.

1 עיי' אשכול א. ועיי' נמוקי יוסף ב"מ לדף סו,ב [בדפי הרי"ף לז,ב] שכתב דהוא מטעם חסרון בגמירות דעת. ויש שהוכיחו כן מהגמ' בבב"מ טז,א "התם לא סמכה דעתיה". ועיי' אור החיים על התורה בראשית כה,לג. ועיי' תשב"ץ טור המשולש טור ב סי' יג שכתב דהוא מטעם שאין על מה שיחול הקנין, וכן כתב בלבוש סי' רט. ועיי' נודע ביהודה מהד"ת אהע"ז סי' נד אות יב, שואל ומשיב מהדורא א ח"א סי' מו, אמרי בינה דיני הלואה סי' סג אות יח, קובץ שיעורים ב"ב אות רע"ו ואות ת"צ, קהילות יעקב נדרים סי' ג, עין הרועים ענין דבר שלא בא לעולם אות ז. וראה גם א"ת ערך דבר שלא בא לעולם.

שורש ד

ואם לא הכיר הלוקח שמוכר לו דבר שאין בו והמוכר טרח אח"כ לקנותו קנאו הלוקח. [מקורות:] פ"ק דבב"מ דט"ו סוף ע"ב; רמב"ם פ"ט מגזילה ה"ט; ש"ע חו"מ רסי' שעד והגשַ"ע סי' ר"ט סעי' ה. ועיי' גרעין א.

שורש ה

אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש. [מקורות:] ב"ב דף קמז סוף ע"ב; רמב"ם פכ"ב הי"ג ממכירה; שו"ע חו"מ סי' ריב סעי' א. ועיי' אשכול א.

ענף א[2]

ואפילו נשבע עליו [על דבר שלא בא לעולם], מכל מקום מצד הקנין לא קנאו. [מקורות:] הגהש"ע סי' ר"ט סעי' ד. ועיי' אשכול ד.

ענף ב

ועובר פרתו וולד שפחתו אפילו הוכר העובר מקרי דבר שלא בא לעולם. [מקורות:] טור וש"ע חו"מ סי' ר"ט סעי' ד. ועיי' ענב ב.

ענף ג

ומצודה לדגים שתעלה מיקרי דבר שלא בא לעולם מדינא (זולת התקנה). [מקורות:] רשב"א בשיטה מקובצת כתובות דף נט ד"ה באומרת יקדשו. ועיי' אשכול ה.

ענף ד

ומעות לריוח שיעלה לא קנה. [מקורות:] תשובת אלשיך סי' ז. ועיי' אשכול ה.

2 ענפים א — ו שייכים לשרשים א וב.

ענף ה

ואף אם הקנה יחד דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם קנה רק הדבר שבא לעולם ולא קנה הדבר שלא בא לעולם. [מקורות:] הגהש"ע סי' ר"ט ס"ד וסמ"ע סי' ר"ג סעי' י' ס"ק י"ט. ועיי' אשכול ג וענב ד וגרעין ג.

ענף ו

ואם שנים הקנו זה לזה שמי מהם שיבא הדבר שלא בא לעולם יהיה חציו לחבירו קנה חבירו[3]. [מקורות:] הגש"ע סי' ר"ט סוף סעי' ח. ועיי' [אשכול א], ענף טו וענב ג.

ענף ז

ולשעבד יכול דבר שלא בא לעולם. [מקורות:] הגש"ע חו"מ סי' ר"ט ס"ד. ועיי' ענב א.

ענף ח

וכן יכול לסלק עצמו מדבר שלא בא לעולם. [מקורות:] הגש"ע סי' ר"ט סעי' ח. ועיי' אשכול ב וענב ה.

ענף ט

אבל למחול דבר שלא בא לעולם אינו יכול. [מקורות:] הגשו"ע סי' רט סוף סעי' ד.

ענף י

ולהפקיר נמי מסתברא דאינו יכול אם עדיין לא בא לעולם. ועיי' אשכול ו.

3 עיי' על ענין זה בשער משפט סי' סו ס"ק ה. ועיי' אמרי בינה הלואה סי' סג אות יח שמצדד דהא דמהני בכה"ג הוא רק מדרבנן. עוד רוצה שם לומר דבאמת לא קונה בכה"ג, ורק מהני בתורת חיוב. ועיי' שו"ת חתם סופר חלק חו"מ סי' קפו.

ענף יא[4]

חפץ שביד הגזלן שא״י הנגזל להקדישו מפני שאינו ברשותו. י״א דמכל מקום להקנותו לחבירו יכול. [מקורות:] רשב״א פרק ד׳ דשבועות ועיי׳ אשכול ב.

ענף יב

וי״א דבין בהקדישו בין במכרו אם לבסוף הוצאו מיד הגזלן הוה מוקדש ומכור למפרע. [מקורות:] הר״ם בשיטה מקובצת בב״ק דל״ג ע״א. ועיי׳ אשכול ב.

ענף יג

ואם מכרו להגזלן עצמו י״א דקני, וי״א דגם להגזלן עצמו אינו יכול למכרו. [מקורות:] שו״ת שארית יוסף בב״ש סי׳ כח סעי׳ ה׳ ס״ק ט״ז. ועיי׳ אשכול ב.

ענף יד

ואם מפקיר דבר שאינו ברשותו יש לצדד אי מועיל הפקרו. עיי׳ אשכול ו וענב ה וגרעין ב.

ענף טו

שניים שהקנו זה לזה דבר שאין בו ממש, או מחלו זה לזה דבר שלא בא לעולם יש לצדד אם מועיל. עיי׳ ענף ג׳ ו׳ וט׳ ואשכול א וענב ג.

אשכול א

[אם שנים יכולים להקנות זה לזה דבר שאין בו ממש]

מן החקירה בשני בני אדם שהקנו כל אחד מהם לחברו דבר שאין בו ממש, אי דינם כמקנים זה לזה וזה לזה דבר שלא בא לעולם דקנו, דכיון דרוצה לקנות מקנה, כדאיתא בהגהות מרדכי [ב״ב סי׳ תרסג] (והובא להלכה בהגש״ע ס״י ר״ט סס״ח), או דבר שאין בו ממש שאני. וממה דלא הציג הגהשו״ע דין זה דשנים שהקנו גם בסי׳ ריב גבי דין אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש יש קצת משמעות דבדבר שאין בו ממש אין הדין כן.

4 ענפים יא — יד שייכים לשרשים ג׳ וד׳.

ויראה לי בטעם החילוק, דהלא דבר הוא אשר בכל מקומות בהש״ס בא הלשון ״אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם״ ולא אשתמיט בשום מקום לומר ״אין אדם קונה דבר שלא בא לעולם. ונראה לי דזהו הדבר, דמה דדבר שלא בא לעולם לא נקנה אינו משום חוסר הענין שיחול עליו הקנין, דשפיר יש מה שיחול עליו היינו לעת שיבא לעולם, תדע דהא רבי מאיר סובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואטו ר״מ לא סבירא ליה דבעי ענין שיחול עליו הקנין. וה״נ משמע לי מפירוש הרשב״ם (ב״ב סוף דף קמ״ז) שכתב שדירה אין בו ממש, ופירות דקל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, משמע דלאו חד טעם אית להו[5], אלא הטעם [דרבנן דפליגי אר׳ מאיר וס״ל] דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא משום דס״ל לרבנן דאמדינן דעת בני אדם שבדבר שאינו עוד בעולם אינו גומר בלב להקנות דסבר דלא יבא לעולם[6], וכמו דאסמכתא לא קניא מהאי טעמא דחושב בלבו שלא יהיה כן ואינו גומר ומקנה. וממקומו מדין שנים שהקנו זה לזה האמור מוכח כן, דהא הטעם דקני הוא משום כיון דרוצה לקנות מקני, הרי לך דבדעתיה תלוי וכשידעינן דבאמת מסכים להקנות קנה זה.

והנה י״ל דעד כאן לא אמרינן דאינו גומר בדעתו אלא בהמקנה, דהמוכר עצב כי יתן חפצו לאחר אינו ממהר כ״כ להקנות, וכעין זה מצינו בעייל ונפיק אזוזי דיכול לחזור משום דבקושי אדם מוכר כל שאינו מוכר שדהו מפני רעתה, אבל הלוקח דשמח, בכל דהו נמי גומר בדעתו לקנות. וגם זה ממקומו הוא מוכרע דהרי בכל מקום שאתה רוצה להוליד דבר מתוך דבר לומר מתוך, צריך שיהיה המלמד ודאי ומוחלט, והרי הכא אתה אומר מתוך שרוצה לקנות מקני וצריך שיהיה המלמד דלקנות יכול גם דבר שלא בא לעולם, מוחלט, ומאי החלט יש, אימא דאינו יכול גם לקנות דבר שלא בא לעולם, אע״כ ה״ט דלקנות שמכניס לרשותו ומרויח ודאי גם בכל דהו גומר דעתיה ורוצה לקנות,

ויש להטעים עוד, דטעם מתוך שרוצה לקנות מקנה היינו כיון שיש בידו להרויח ויכניס דבר, הנה שוקל שכרו נגד הפסידו ולא קשה בעיניו ליתן לאחר כיון דיקבל כנגדו. ואף דהקבלה בספק, הא גם הנתינה בספק, ועל כן לא אמרינן בשום מקום אין אדם קונה דבר שלא בא לעולם דהוה משמע דהמניעה מצד הלוקח וזה באמת אינו.

וסעד דברינו עוד ממה שהרשב״א בחידושיו פ״ק דנדרים (דף טו [ב, ד״ה באומר]) צידד תחילה הנה והנה אי דבר שלא בא לעולם חל עליה נדר או לא, ולבסוף העלה דנדר חל עליו. וי״ל דתחילה צידד אולי טעם אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם משום שאין דבר יחול הקנין עליו אז גם נדר לא חל עליו, כמו דאין נדר חל על דבר שאין בו ממש, דקונם שינה לא אמר כלום, או דטעמיה משום דסבר שלא יבא לעולם וכטעם דאסמכתא דלא קני. והרי בנדר אין בו משום אסמכתא (הגהש״ע חו״מ סי׳ רז סעי׳ יט ובש״ע יו״ד סי׳ רנח סעי׳ י) וחל ה״נ על דבר שלא בא לעולם, ומסקנת הרשב״א דנדר חל על דבר שלא בא לעולם (וכן הוא בש״ע חו״מ

5 עיי׳ חידושי הרשב״א שם.

6 ראה הערה 1.

סי׳ ריב ס״ז), מוכח דטעם דבר שלא בא לעולם אינו משום דלא מקרי ממש אלא משום דלא גמר בדעתיה.

וע״כ עפ״י כל דברי הסברה הזאת נכון מוצא הדין דבהקנו זה לזה וזה לזה דקנו דכיון דאמרינן דמתוך כו׳ רוצה להקנות, וכיון דרוצה גומר בדעתיה ואין כאן מונע עוד לא יחול הקנין, אבל בהקנו זה לזה דבר שאין בו ממש מאי בכך דרוצה וגומר בדעתיה הא אין כאן ממש שיחול הקנין עליו.

אשכול ב

[בדין אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו]

בדין אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו יש לי שאלה, דהא בגזל ולא נתייאשו הבעלים אמר רבי יוחנן דשניהם אינם יכולים להקדישו, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, [ב״מ ז,א], הרי דהחפץ הגזול מקרי דבר שאינו ברשותו[7], וכיון דקיי״ל אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, א״כ בפשוטו לאו דוקא להקדיש אינו יכול הנגזל, כי אם גם להקנות אינו יכול[8].

אבל מה שהעירני על השאלה הוא, משום דהמחבר בש״ע (ריש סי׳ רי״א) כתב בזה״ל ״דבר שאינו ברשותו של מקנה דאינו נקנה כיצד, מה שאירש מאבא מכור לך, מה שתעלה מצודתי מהים נתון לך, שדה זו לכשאקחנה קנויה לך לא אמר כלום וכן כל כיוצא בזה״. והנה הני תלתא ציורים שצייר כולן לא היו עוד קנויים למקנה, וא״כ כשכתב וכן כל כיוצא בזה אין בכלל אלא מה שבפרט. וקשה לי קצת למה לא הביא אופן דבר שאינו ברשותו שאינו בסוג זה אלא דהוא בעצם קנוי להמקנה ומכל מקום אינו נקנה, רצוני, דאמר חפץ שלי שביד הגזלן קנוי לך לא אמר כלום דהוא רבותא טפי ולא נשמע מהני ציורים דבהן עדיין המקנה עצמו לא זכה.

ואולי משום הכי לא כתבו, כיון דכתב ״לא אמר כלום״ וזה הלשון שייך דוקא בהני דקא חשיב, דהרי גם כשימות האב ויעשנו וכשתעלה לו המצודה דגים ולכשיקנה השדה ג״כ לא יהיה קנוי ללוקח. אבל מה דאמר ר׳ יוחנן בגזל שאין הנגזל יכול להקדישו, י״ל דדעת הש״ע דזה רק בכלה ונאבד ביד הגזלן ולא הוציאו הנגזל מידו, אבל אם לבסוף הוציאו מתחת ידי הגזלן קנאו הלוקח.

והרי יותר מזה איתא בשם הרמ״ה בשיטה מקובצת בב״ק פרק המניח (דל״ג ע״א) דדעתיה דבהוציאו לבסוף מתחת יד הגזלן חל ההקדש למפרע, ואתיא ליה

7 בטעם הא דדבר הגזול נחשב לדבר שאינו ברשותו, עיי׳ שו״ת עונג יו״ט סי׳ צג שכתב שני צדדים בזה, או משום שכיון שהגזלן חייב באונסין מקרי קצת ברשותו של הגזלן, או שהטעם הוא מפני שהוקלש כח הבעלים מהחפץ הואיל ואינו ברשותו, ע״ש הנ״מ בזה. ועיי׳ עוד בזה בחידושי הגר״ש שקאפ ב״ק סי׳ לד, ובזכרון שמואל סי׳ נ.

8 עיי׳ להלן ד״ה ונ״ל, בשם הרשב״א שבועות לג,א.

משום דהקדישו ניזק [שור תם שהזיק] מקודש לר״ע וקשה הרי אינו ברשותו[9] וגרע מהקדישו הנגזל דהכא מעולם עוד לא היה ברשות הניזק. ומכח קושיא זו העלה דלא אמר ר׳ יוחנן הכי אלא בלא הוציאו, וא״כ לא הביא המחבר דין זה בין הני דלא אמר כלום, דהרי בזה אמר כלום דיהיה קנוי אם יוציאו מיד הגזלן.

ונראה לי ראיה לדעת הר״ם ממה דאיתא פרק חזקת הבתים (דף מ״ג ע״א) בני עיר שנגנב ס״ת שלהם אין דנין בדיני אותה עיר ואין מביאין ראיה מאנשי אותה העיר. ומקשי׳ בגמרא אמאי לסלקי בי תרי מנייהו ולדייניה. והנה ודאי האי ולסלקי אינו כסילוק שעבודו מעל דבר דזה מועיל גם בדבר שלא בא לעולם דהא יש להני דמסלקי חלק בגוף הס״ת וצריך קנין ממש כמו בכל מכר ומתנה. וכן נראה ממ״ש הרשב״ם שפי׳ ״ולסלקי יכתבו לו דין ודברים אין לי על ס״ת ויקנה מידם״. ועל דא ודאי קשיא האיך יכולים להקנות חלקם והרי הס״ת הוה גנוב ולא נתייאשו הבעלים. (וזכור אני שאבא מארי אבי ישראל זצוק״ל הקשה לי פעם כן בשולי מכתבו אלי[10]) ועכצ״ל כיון דידונון ויוציאו הגניבה יהיה קנוי למפרע ליתר בני העיר ויהיה משכח דהני בי תרי שהקנו לא היו בעלי דבר וכשרים לדין[11].

9 עיי׳ פני יהושע ב״ק סוף דף לג.

10 קושיא זו מובאת בגליון הש״ס לרע״א. ועיי׳ קצות החשן סי׳ לז ס״ק י שמקשה כן. ועיי׳ נחל יצחק סי׳ עג ענף ו, ובספר טבעת החשן על הקצות הנ״ל.

11 בחידושי רע״א ב״ב שם מובא תי׳ זה בשם רבינו, וז״ל אחר שהביא את דברי הש״מ הנ״ל ״ולפי זה בנידון דידן שבא לדונו להגנב ולהוציא ממנו בדין, ממה נפשך אי לא יוציא לאו כלום עביד, ואם יוציאו יהיה מועיל קנין למפרע וממה נפשך אין כאן נגיעה. אולם לא נח דעתי בזה כי מסתימת הפוסקים ולשון השו״ע סי׳ ריא משמע דגם בהוציאו לבסוף בב״ד לא מועיל הקנין״.

ורע״א משיב לבנו בענין זה וז״ל ״אלקים יחנך בני הרב רבי שלמה נ״י. דבריך היקרים הגיעני, ואשר כתבת בתחילה ליישב קושייתי על פי דברי השיטה מקובצת דבגבאו לבסוף הוי מכירתו מכירה, יפה דנת דלא משמע כן, אף דלכאורה יש להוציא דגם תוס׳ סבירא להו כדעת שיטה מקובצת הנ״ל ממה דכתבו ריש פרק המפקיד [ב״מ לג,ב] ד״ה כגון פירות דקל וא״ת דהכא אפילו עבידי דאתו היאך יקנה הכפל במעות והלא מעות אינן קונות. והא וודאי אין כוונתן דלס״ד מקנה לו מעות הכפל, הא אפילו אי מעות קונות לא שייך לקנות מעות במעות, ועל כרחך דכוונתם היה דלס״ד אחר הגניבה מקנה לו הפרה, ולזה נקטו הקושיא הא מעות אין קונות, ואמאי לא הקשו ביותר הא אינו ברשותו ואינו יכול להקנותו. והיה נראה או דסבירא להו כהרשב״א דרק בהקדש גזירת הכתוב אבל יכול למכרו, או דסבירא להו כהשיטה מקובצת הנ״ל דבאתי לידו אחר כך קנה. אבל באמת אין ראיה כל כך, די״ל דזהו לא הוו מצו להקשות, דהיינו יכולים לומר דלס״ד דהש״ס באמת מתני׳ כאידך תנא בב״ק דהנגזל יכול להקדיש. אח״כ ראיתי שכן כתב שם הפני יהושע.

והנה באמת אף לדברי השיטה מקובצת אני מסופק אם עלתה ארוכה בזה לקושייתי, דהנה אף דבפשוטו נוטה לישנא דהש״מ דלאחר שגבאו אנו רואים כאילו בשעה שהקדישו כבר באו ברשותו, ומשמע בפשוטו דחלה למפרע ההקדש משעה שהקדיש ואם נהנה בו מעל, והא דפרכינן בפ״ק דבב״מ [ז,א] גבי ההיא מסותא הא יכול להוציאו בדיינים הקדישו קדוש והאמר רבי יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו, זה לפי שאינה שלו וזה לפי שאינה ברשותו, הא עיקר הוויכוח היה שם אם יפרשו ממסותא לרחוץ בה, ואם היה יכול

אלא דק״ל, דהרי על ראיית הר״מ עדיין י״ל דלא תיקשי אר׳ יוחנן מהקדישו ניזק, דיאמר ר״י דר״ע ס״ל דבהוציאו לבסוף הוה הקדש למפרע, ועדיין אפשר דלמאן דס״ל הקדישו ניזק אינו מוקדש יהיה מאמר ר״י כפשוטו דלעולם אינו קדוש אף לכשיוציאו מן הגזלן, ולמה לא הביא ראיה יותר ברורה דלכ״ע הכי הוא מקושית הש״ס ולסלקו.

להוציאו בדיינים היו צריכים לפרוש מספק דשמא יזכה בב״ד ומעל למפרע, וצ״ל דפירכת הש״ס על מימרא דרב נחמן כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינים, דכיון דאינו יכול להוציאו ממילא לא אפקה לעולם. ומזה משמע הדיוק דאם יכול להוציאו אע״ג דלא אפקה לעולם. ומ״מ דחוק מאד דמימרא דר״י גזל ולא נתיאשו דמיירי ביכול להוציאו בדיינים וקאמר דאינו יכול להקדישו, ומשמע בפשוטו דיכול להנות ממנו, והא הוי ספק איסורא דשמא באמת יוציא בדיינים ומעל למפרע.

ולזה היה נראה בכוונת הש״מ כיון דבאמת הוא שלו אלא דאינו ברשותו, לאחר שיוציאו בדיינים מאותו שעה ואילך חלה ההקדש דלא הוה דבר שלא בא לעולם, דלענין זה אנו דנים כאילו כבר היה ברשותו בשעה שהקדיש, היינו לענין זה דלא מקרי דבר שלא בא לעולם, דלאו כללא הוא דמה שאינו יכול להקדיש ולהקנות מיד הוה דבר שלא בא לעולם, דהא המשנה למלך כתב לדון דבקטן שקידש לאחר שיגדיל לא מקרי דבר שלא בא לעולם דהזמן ממילא קאתי אף דעתה אינו יכול לחול, ואם כן י״ל ה״נ ההקדש חל ונתפס בשעה שהוציאו בדיינים, וכעין שכתבו התוס׳ ביבמות דף לו [ע״ב ד״ה ורבי יוחנן], דלר׳ יוחנן דסבירא ליה דמת הבן בחיי האב לא קנה לוקח דקנין פירות כקנין הגוף דמי, הא דמת האב בחיי הבן קנה הלוקח ולא מקרי דבר שלא בא לעולם, היינו דלא אלים קנין פירות לבטל לגמרי קנין הגוף, ע״ש, ה״נ דלא אלים אינו ברשותו לבטל ממנו קנין החפץ לגמרי ולא מקרי דבר שלא בא לעולם ומהני ההקדש, כמו שכתב הר״ן נדרים דף כט דבאומר הרי זו עולה לאחר ל יום הא דמהני אף היכי דכלתה משיכה, וכן בקנין סודר דלא מהני לאחר ל׳ מ״מ אמירתו לגבוה הוה כמסירה ממש ומהני לאחר ל׳ יום, ה״נ י״ל הכי דאמירתו מהני על הזמן כשיוציאו ממנו בב״ד. וא״כ מה דאמרינן הקדישו ניזק איכא בינייהו, היינו דלר׳ ישמעאל אף אחר שגבה לא חל ההקדש דהוי דשלב״ל, ולרע״ק לא מקרי דשלב״ל, ואם אמרינן כן י״ל דאם חזר בו קודם שהוציא מהב״ד מהני חזרתו, דהרי הרשב״א בנדרים שם צידד דאף בהר״ז עולה אחר ל׳ דיכול לחזור תוך ל׳, ואף להר״ן שם דאינו יכול לחזור דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמעכשיו ולאחר ל׳, מכל מקום י״ל דהיכא דא״א לחול ההקדש במעכשיו כיון דאינו ברשותו י״ל דיוכל לחזור.

ולפי זה אין זה תרופה לקושייתי דהוי נוגעין, דהא לאחר עדותן עדיין הס״ת ברשותן דיכולין לחזור וליקח חלקם לעצמם, זולת אם נפרש באמת דפירכת הש״ס רק על אין דנין, דבזה י״ל כשחותכין הדין הוי כהוציאו בדיינים וחל ההקדש, ואין זה ברור אצלי״. עכ״ל רע״א.

ובענין הוכחת הגרע״א לענין זה מתוס׳ בפרק המפקיד עיי׳ חי׳ רעק״א ב״מ שם שכתב עוד דרך בזה. ובענין ספק המשנה למלך בקטן שקידש לשיגדיל המובא בדברי רע״א, עיי׳ תוס׳ רעק״א ליבמות אות קב.

ועיי׳ בספר אילת השחר ב״ב דף מג ע״א שכתב להוכיח כסברת רעק״א דלכו״ע אין ההקדש חל למפרע, אלא שחל לכשיוחזר אליו, דבגמ׳ ב״ק דף סט ע״ב מבואר דהא דאין הגונב מן הגנב חייב כפל משום דכיון דאינו ברשותו לא מקרי ביתו. ומסייע מקרא דאיש כי יקדיש ביתו דביתו היינו ברשותו, ואם איתא דמצי מקדיש ואם יגבה יחול למפרע ההקדש, אם כן למה לא יתחייב כפל אם יגבה אחר כך הגניבה בעין כמו דמיירי פשטות הפסוק דאם המצא תמצא בידו הגניבה חיים שנים ישלם. משמע מזה כדברי הגרע״א דאף אם יוחזר מכל מקום לא יחול ההקדש אלא מן אז, וכעת אינו ברשותו.

ונ׳ל דבאמת ראיה מזה נגד תשובת שארית יוסף דס״ל דבהאי דחטפה סלע מידו וקדשה בו דאינה מקודשת דגם באמרה הן אינה מקודשת, אלא כהב״ש דס״ל (בסי׳ כח ס״ק ט״ז) דדוקא בשתקה אינה מקודשת משום דהיה שתיקה לאחר נתינת מעות, אבל באמרה הֵן מקודשת, ואי משום דנגזל אינו יכול להקנות הדבר שביד הגזלן ולא קנתה הסלע, זה אינו, די״ל דעד כאן אינו יכול להקנות אלא לאחר זולת הגזלן, אבל להגזלן עצמו יכול להקנותו. וראיתי להשיטה מקובצת פרק חזקת הבתים שם בשם הרשב״א דקושי׳ ולסלקו ר״ל לגבי בני העיר או לגבי הגזלן, וא״כ הר״ם בש״מ אף דיהיה ס״ל דהנגזל א״י להקנות, יכול לפרש דכוונתו ולסלקו היינו דלגבי הגנב לחוד. והרשב״א דפירש ולסלקו לגבי בני העיר או לגבי גנב, נ״ל דאזל לשיטתו בפ״ד דשבועות [לג,א] במטלטלין דכפריה דכתב דגזירת הכתוב הוא גבי הקדש איש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו, אבל להדיוט יכול הנגזל להקנות. ואנו כיון דלא מצינו כן להראשונים אחרים יראה דדעת יחידאי היא[12]. (גם הב״י לא הביא דעת הרשב״א). וע״כ לא נוח לנו לומר דהר״ם בש״מ ס״ל כהרשב״א, וע״כ אמרנו דס״ל כסברת הב״ש, וכיון דיש לפרש קושי׳ ולסלקי בשני פנים, או עפ״י דברי הר״ם בש״מ, או עפ״י סברת הב״ש, ע״כ גם אחד מהם לא הביא ראיה מסוגיא זו, דזיל הכא קא מדחי ליה וזיל הכא קא מדחי ליה.

אבל מה דקשיא על זה הוא, דהאיך מקשה בש״ס ולסלקי גבי הגזלן, וכי מקנים לאדם בעל כרחו, והרי הגנב ודאי ימאן מלקנות כי היכי דלא יהיו יכולים לדונו[13], ואי שיזכו לו חלקו ע״י אחר והוא לא ידע, זה א״א, דכיון דרעה הוא לגביה, שהרי על ידי זה יהיו יכולים לדיינו ולהוציא הגזילה מתחת ידו אין חבין לאדם שלא בפניו. ובשלמא על הרשב״א לא קא קשיא לי, דכיון דהוא ס״ל דלגבי בני העיר יועיל סילוקם, דלהדיוט יכול הנגזל להקנות, א״כ כיון דיכולים להביא זו הרעה על הגנב בלי שיקנו את הגזילה לו שוב לא מקרי הקניה לו ע״י אחר חוב, למה״ד דומה למה שהשיב ר״מ לחכמים (בפ״ק דגיטין (דף יב ע״ב) וכי תימרו אי בעי זריק ליה גיטא ופירשו בתוס׳ שם דהכי פירושו, דאי בעי יפסול העבד בתרומה בלא זכיית השטר שחרור על ידי אחר כי אם על ידי שיזרוק לו הגט שחרור תוך ד׳ אמות, א״כ אין הזכיה ע״י אחר חשוב לחוב לו עוד, אבל מה שרצוני שהר״מ בש״מ ס״ל דלגבי בני העיר אינו יכול לסלק, א״כ א״י לזכות ע״י אחר להגזלן כיון דאין דרך אחר לדייניה בדייני אותה העיר כי אם על ידי זכייה זו ע״י אחר, וממילא לא מועיל הזכיה, וע״כ מוכח דינו של הר״ם, ותהדר הקושיא דהוה ליה להוכיח מהכא.

12 עיי׳ קצות החשן סי׳ קכג ס״ק א שכתב על דברי הרשב״א וז״ל ״גם בזה דבריו נפלאו דנימא אדם יכול להקנות דבר שאינו ברשותו ואנן קיי״ל הלכה מרווחת דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וילפינן לה מהקדש״. וע״ש עוד שהוכיח כן והניח דברי הרשב״א בצ״ע.

13 עיי׳ קצות החשן סי׳ לז ס״ק י שכתב ״ואפשר קושית הש״ס וליסלקו היינו שיתנו אותו לגנב, ולגנב ודאי מהני הנתינה אע״ג דלאחר אינו יכול ליתן אלא דמפי׳ רשב״ם לא משמע הכי שכתב ויקנו מידם ואי לגנב לא בעי קנין דזוכה בדיבור כיון שהוא תחת ידו ועוד דהגנב לא ירצה במתנה זו כי היכא דלא ליהוי סהדי עליה״ והניח בצ״ע.

ונראה לי עפ״מ שהקשה הר״ן בפרק השולח [יט,ב בדפי הרי״ף ד״ה ומסתברא] בהאי דפרוזבול דאם אין ללוה קרקע מזכהו לו המלוה קרקע כל שהוא כדי לכתוב פרוזבול, דהאיך יכול לזכות לו, והא חובה הוא לגבי לוה דעי״ז יכתוב עליו פרוזבול, וניחא ליה דבכל מידי דעצם הענין זכות הוא לו אלא דנמשך ממנו חוב, אף דחוב זה גדול מהזכות שיגיעו, בתר העצם אזלינן, והוא בדין זכין לאדם שלא בפניו, וא״כ גם הכא כיון דעצם מה שמקנים לגנב את חלקו זכות הוא לו, אף שנמשך ממנו חוב שהוא יותר גדול, דחלק בני העיר שידינוהו עליו מרובה מהחלק שיזכו לו, מכל מקום הוא בכלל זכין לאדם שלא בפניו ושפיר יש לפרש ולסלקו גבי גנב וע״י זכיה ע״י אחר[14].

ואני מוסיף והולך, די״ל נמי דס״ל להר״ם כדיחוי שכתב הר״ן אח״כ, דאפשר מה דלא אזלינן בתר חוב הנמשך הוא מקולי פרוזבול, אלא די״ל דעד כאן אינו כן בכל זכיות למיזל בתר העצם כ״א אזלינן בתר חוב הנמשך מהזכיה, אלא כשהחוב הוא חוב באמת, כהאי דפרוזבול דאם לא יהיה יכול לכתוב פרוזבול יהיה דמי החוב שירויח הלוה בהתירא, דמשמיא קא זכי, דהתורה אמרה ששביעית משמטת המלוה, וע״כ מה שמחוייב לשלם ע״י הפרוזבול באמת הוא רעה לגבי הלוה. אבל אם החוב הוא רק חוב מדומה כנ״ד שאם ידינו אותו ויציאו הגזילה ממנו באמת אינו רעה לו כי אם הטבה שלא יהיה עוד ממון של איסור בידו, אלא מתוך שנפש רשע אותה רע לא יוחן בעיניו הוצאת הגזילה, בהא שהזכות הוא בעצם והוא זכות אמיתי, והחוב הוא רק נמשך ורק חוב מדומה ודאי אזלינן בתר העצם וזכין לו

14 בתשובת רע״א הנ״ל [המובאת בחידושי רע״א ב״ב מג] השיב על דברי רבינו בזה וז״ל ״מה שכתב בני הרב דאף דהוי חוב לגנב שידונוהו מכל מקום לשיטת הר״ן בפרוזבול ניחא כיון דהחוב מסתעף אחר כך אין זה בכלל אין חבין, אינו מהדומה, דהתם הם שני ענינים, דזיכוי הקרקע הוי זכות והחיוב ענין אחר שמשמט חובו, וכן בההיא דיו״ד סי׳ קסא דהזיכוי הוא סאה חיטין, והוא זכות, והחוב אח״כ דישלם לו כפי היוקר, אבל הכא בנידון דידן הכל ענין אחד, דבלא הזיכוי מחזיק הגנב כולו, ועל ידי הזיכוי מוציאין ממון חלק דהאחרים ונשאר בידו רק חלקם מה שהיה לו זה מכבר בידו, בודאי מקרי חוב גמור.

ואולם לענ״ד מטעם אחר היה נראה דמהני הזיכוי, דכמשזכין להגנב אין אנו דנין עתה בזיכוי או לאו, אלא דזהו עכ״פ ברור באם יוציאו בדין יהיה באיזה אופן שיהיה שלא יוכלו המזכין לחזור וליקח חלקם מהגנב כיון דאגלאי דזכות הוא לגנב וזכה בחלקם. א״כ לא הוי נוגעים, דהא אם יוציאו בדין הגנב יחזיק בחלקם וממילא הדין דמעידין והגנב יחזיק בחלקם. ואף דאם הגנב היה עומד וצווח איני רוצה לזכות בס״ת כלל אף אם יוציאו בב״ד ממני הי׳ נוגעין בעדותן, מכל מקום עתה שאינו בפנינו ויהיה הדין קיים דאם יוציאו מהגנב בשום פנים יחזיק הגנב בחלקם שוב לא הוי נוגעים, וכיון שכן עולים יפה דברי בני הרב דלסלקו היינו לגנב.

ואף דמלשון הרשב״ם לא משמע כן, מדנקט ויקנו מידם, ואילו במסלקין להגנב לא היה צריך קנין כיון דהס״ת בחצירו יכולים לומר שיזכה חצירו את חלקם, מ״מ י״ל דהרשב״ם ס״ל כהרשב״א דנגזל יכול למכרו, אבל לדידן י״ל דמפרשים דלסלקו לגבי הגנב״. עכ״ל רע״א, ועיי״ש עוד שהאריך בזה.

ובענין זה, אם זכין לאדם שלא בפניו בזכות שנמשך ממנו חובה, עיי׳ נקודות הכסף יו״ד סי׳ קסב לט״ז ס״ק ח. ועיי׳ בספר דברי אמת קונטרס ז׳ סי׳ ד שהאריך בזה.

שלא בפניו, ושפיר יש לפרש קושיית ולסלקו לגבי גנב וע״י זכיה אף דלגבי בני העיר א״י לסלק והוה חוב להגנב.

ואל יפלא בעיניך ההבדל הזה, כי תאמר אחרי שכל הטעם דזכין לאדם שלא בפניו הוא משום דאגן סהדי דניחא ליה, א״כ מאי בכך דהוא רק חוב מדומה, הא ממילא לא ניחא ליה בדבר והאיך זכין לו. דהא יש לך להקשות זה עצמו על דברי הר״ן, כי תאמר מאי בכך דהחוב רק נמשך, הא סוף סוף לא ניחא ליה, ומכל מקום כתב הר״ן תחילה שהדין כך. [וכתב אח״כ רק שאפשר לדחות ולומר דמקולי פרוזבול הוא]. ובאמת אין זה קושיא, דהא מצינו יותר מזה בחידושי רשב״א פ״ק דקדושין (דף י״ג ע״א ד״ה לענין פסק), דרצה דאף דבזכיה שלא בפניו הדין שאם מוחה כששמע לא זכה, מכל מקום זהו רק בזכות ממון דלאו זכות גמור הוא דשונא מתנות יחיה, אלא מפני שנפשו של אדם חומדתו נקרא זכות, אבל גט שחרור דזכות גמור הוא דמכניסו לכלל מצוות כישראל, זכין לו ואפילו עומד וצווח עכ״ל בקיצור. וע״כ לא ירחק לומר כן עכ״פ בחוב שאינו בעצם הזכיה אלא דנמשך ממנו דלא אזלינן בתריה כשאינו כי אם חוב מדומה.

ובאמת יש לקרב אל הדעת סברת הרשב״א, לפי מה שכתב הרמב״ן [חולין, לט,ב] דבכל מידי דחובה, הזכיה ע״י אחר אינו חוב לו, דהא בכל זכיה הדין דכשישמע יוכל למחות. והרי מסתמא ניחא ליה הזכיה גם בדבר שבחובה כדי שתהיה הברירה בידו אח״כ, מכל מקום אזלינן בתר עצם הענין שהוא חוב וישנו בכלל אין חבין לאדם שלא בפניו (הבאנו דבריו במק״א), א״כ י״ל דה״ה להיפוך כל שבאמת זכות הוא לו, אף דבדמיונו לא ניחא ליה, מכל מקום אזלינן בתר העצם וישנו בכלל זכין לאדם שלא בפניו.

אלא א״צ לנו להמציא כל אלה הסברות, אלא בפשוטו, דהא זהו ודאי אמת דהיכי שיכול לחוב לו חוב זה באופן אחר לא מקרי חוב, כדמוכח בגמרא בהאי וכ״ת אי בעי זרק לה גיטא כנ״ל, והכא נמי אם בל יהיו יכולים לדונו בדייני אותה העיר, הלא יש שופטים בארץ בעיירות אחרות ויכפוהו להגנב לעמוד מכל מקום בדין עמהם לפניהם ויוציאו מידיו הגזילה, א״כ בל תוכל לחשוב לחוב אשר ימשך לזכיה זו שידיינוהו בדייני אנשי אותה עיר לדבר שבחובה ושפיר יכולין בי תרי לזכות להם חלקם ע״י אחר.

וירווח לנו בזה עוד הסוגיא דהא קתני אין דנין כו׳ ואין מביאין ראיה, ובקושיא נקט רק לסלקי ולידייני, ולמה לא הקשה ג״כ ולסלקו עוד בי תרי ולסהדי. ולדרכינו זה נכון, דדיינים ודאי מצויים בעיירות אחרות, אבל עדים אפשר דלא ראה ולא ידע להעיד כי אם מאנשי אותה העיר, ושפיר הוה חובה לו מה שימשך מן הסילוק וא״א לזכות לו שיעידו מאנשי אותה העיר.

אמנם כן עדיין קשה לי על הב״ש שהזכרנו לעיל, דהא ודאי מסתברא דאם היא אמרה הן לחשוב הסלע שחטפה בקבלת כסף קדושין מקרי השבת הגזילה, וכאילו הוציא הגזילה עתה מידה, וא״כ מדהצריך הב״ש בהשגתו על תשובת שארית יוסף לחדש סברתו דלהגזלן עצמו יכול הנגזל להקנות, על כרחך דלא סבירא ליה כהר״ם בשיטה

מקובצת דאם לבסוף הוציא מיד הגזלן הוה הקדשו למפרע הקדש, דא״כ בלא הסברא שחידש הב״ש מקודשת הכא, דכשנתרצית לקבלו תמורת כסף קדושין קנוי הוא לה זה הסלע, דלא גרעה הקניה לה מאילו הקנה הגנזל לאחר דג״כ קנה אם לבסוף הוציאו מיד הגזלן.

גם סברת הרשב״א דדוקא להקדיש אין הנגזל יכול, אבל להדיוט יכול להקנות ע״כ לא יסבור הב״ש, דא״כ כש״כ דלא היה צריך לסברתו, דנהי דלשון הרי את מקודשת לי הוא ענין הקדש, כמ״ש בתוס׳ פ״ק דקדושין (דף ב׳ ע״ב [ד״ה דאסר]), מכל מקום קניה בכסף הקדושין אינו אלא קנין הדיוט, ואם אין לנו שיור בפירוש הקושי׳ ולסלקו רק בסברא זאת דלגזלן עצמו יכול הנגזל להקנות, למה לא הוכיח השגתו על תשובת שארית יוסף בחזקה, דאי לא תימא הכי, איך תתרגם קושיית הגמרא ולסלקו.

והנלענ״ד שיש דרך אחר עוד בישוב הסוגיא, דהא סתמא קתני בני העיר שנגנב ס״ת, ויל״פ מה קא טוען הגנב, ואטו לא מיירי נמי שהגנב אינו מכחיש לגמרי לומר שהס״ת היה שלו או שקנה מהם, אלא טוען לקחתיו ממי שגנבו מכם ועליכם להחזיר לי הדמים מפני תקנת השוק כדין לוקח מגנב שאינו מפורסם (בש״ע סי׳ [שנו סעי׳ ב]). ובכי האי גוונא שמודה שעצם הס״ת שלהם הוא והוה מטלטלין דלא כפריה דיכול הנגזל להקדישו ולהקנותו לאחרים, ושפיר מקשה איך פסק ותני דאין דנין כו׳, והא אם טוען הגנב כזאת יכולים לסלק לגביה. ואולי זה כונת הרשב״ם ז״ל שכתב ״אין דנין הגנב והוא טוען שלקחו בדמים״ וכתב עוד ״ואין מביאים ראיה עדים שראו שגנבו״, די״ל דרמז למה שכתבנו דקושיית המקשה היה כאשר אין הגנב טוען שאין הס״ת שלהם אלא שטוען שלקחו בדמים ותובע החזרת הדמים והם רוצים להביא עדים שראו שהוא עצמו גנבו כדי לפטור עצמם מלהחזיר לו דמים, ובא לאפוקי אם טוען הגנב שהס״ת בעצם שלו, דעל זה לא היה קושיא דלסלקו, דהא אין הנגזל יכול להקנותו[15].

היוצא מכל זה, דבזה המין דבר שאינו ברשותו, שדבר שלו ביד הגזלן מצינו שלש דעות, **דעת רשב״א** דיכול להקנות לאחר. **דעת הר״ם בש״מ** דאינו יכול להקנות, מיהו כשיוציאו לבסוף מיד הגזלן קנוי הוא למפרע. **ודעת הב״ש** דבמקנה לאחר

15 בחידושי רע״א שם מובא דרע״א השיב בזה על רבינו, וז״ל ״מה שכתב בני חביבי הרב דרך שלישי להוציא מפירוש רשב״ם דאין דנים הינו דגנב מודה שהספר תורה שלהם, אלא דטוען שלקח בדמים, ותובע שיוחזר לו דמי מה שנתן מכח תקנ״ה, ובזה קתני דאין דנין בדייני העיר בחלוקי דנים של תק״ה, ובזה שפיר יכול להקנות דהא מודה דצריך להחזיר החפץ. מלבד דקשה דמנ״ל להש״ס להקשות, דילמא אין דנין מיירי גם כן בין הטענות דהוא טוען שלא גנבו, ומעולם הוא שלו והם טוענים שגנב.

גם מאי משני שאני ס״ת דלשמיעה קאי, הא בין כך ובין כך יוחזר הספר תורה, ומה להב״ד נ״מ אם יוחזר בלא דמים או על ידי דמים. ואף אם נימא דחוששים שלא יתנו לכסף מוצא ויעוכב הס״ת ביד הגנב לוקי בנקטי הדמים בידייהו ומניחים ביד הב״ד שאם על פי הדין יגיע מהם הדמים משום תק״ה ינתן כן. ואם כן ליכא שום נגיעה להב״ד״. עכ״ל רע״א.

גם אם הוציאו מיד הגזלן אינו קנוי, אלא דלגזלן עצמו יכול להקנותו. והמחבר הש״ע — אם כדאי לבנות על דקדוקי הנ״ל — משמע דסבירא ליה כדעת הר״ם דכשמוציאו מיד הגזלן הוא קנוי, דהרי על כן לא חשבינן להאי מין דבר שאינו ברשותו בין הדברים שאינו יכול להקנות משום שאינם ברשותו. גם נתבאר לנו אשר מן הקושיא ולסלקו אין הוכחה גם לאחד מהדעות.

ונשאר עוד מהחקירה אי סבר המחבר לגמרי כהר״ם דכשמוציאו מיד הגזלן קנוי הוא למפרע, או דסבירא ליה דקנוי רק משהוציאו, דהרי כשנאמר בצד השני נמי יונח לנו שלא הביא זה בין אינך דבר שאינו ברשותו, דהא מכל מקום לא שייך לכתוב עליו ״לא אמר כלום״, דהרי אמר כלום כי יהיה קנוי לו בעת שיוציאו מיד הגזלן.

ומהנראה דעל כרחי׳ [אם נבנה על משמעות זה] ס״ל דגם למפרע קנה, משום דלכאורה תקשי נהי דהכא (ובסי׳ רי״א) לא היה מקומו מוכשר לכך, מכל מקום בהל׳ גניבה כשכתב (בסי׳ שנ״ד) שאין הנגזל יכול להקדישו, הוה ליה לכתוב נמי דאינו יכול להקנותו לאחר. והתשובה בזה דאחר שאני מייחס להמחבר סברת הר״ם בש״מ דאם יוציאו מתחת יד הגנב הא באמת יהיה קנוי למפרע, ובעוד שלא הוציאו גם אם יהיה מכור מה תועלת מזה להלוקח בעוד יד הגזלן תקיפה עליו ואין נ״מ מדין זה כלל מה שא״י להקנות, דבשלמא מה שאינו יכול להקדישו יש נ״מ לענין מעילה דאם כלה ונאבד ביד הגנב ולא הוציאו ממנו לא מעל בכל הנאות שנהנה מהחפץ, אבל במכירה ליכא נ״מ כלל.

וא״ת הא מכל מקום יש נ״מ גם במכירה, דאילו היה יכול להקנותו גם בעודנו ביד הגזלן היה הלוקח יכול להעמיד את הגזלן בדין ולהוציא הגזילה מתחת ידו, אומר לך, דגם אם בעת שיתבענו לדין עדיין אינו קנוי לו, מכל מקום אין הגזלן יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את, יען שאם יזכה הנגזל יהיה קנוי לו גרע ועדיף עוד מטענת אי מפקת עלי דידי הדר (בב״ק סוף דף ח׳) דאינו יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את.

ואם נימא דסבירא ליה להמחבר דקנוי לו רק משעה שהוציאו מיד הגזלן, א״כ אכתי הוה ליה לכתוב בהל׳ גניבה דאינו נקנה כל זמן שהוא ביד הגזלן, ובזה איכא נ״מ טובא והיינו אם זה הלוקח חזר ומכרו לשלישי דכיון דעדיין אינו קנוי ללוקח כשמכרו להשלישי הוה כמקנה שדה לכשיקחנו דאינו קנוי אף לכשיקחנו דהיינו שיוציא הנגזל מיד הגזלן דיהיה מאז קנוי ללוקח, מכל מקום ללוקח השני לא יהיה קנוי, אלא על כרחך סבירא ליה להש״ע לגמרי כהר״ם.

אשכול ג

[דין המקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם]

במקנה לחבירו דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם דכתב בהגש״ע (סי׳ רט ס״ד) י״א דדמי לקני את וחמור, ודעת הסמ״ע (בסי׳ רג סעי׳ י׳ ס״ק יט) דלהלכה לית

ביה ספיקא, אלא דהגש"ע כיון להחליט כן דקנה מחצה, דאי אפשר לומר דקיצר וסמך עמ"ש סי' רג סעי' י' בהחליף מעות ומטלטלין יחד דאיכא תלתא דעות, די"א דלא קנה כלל, וי"א דקנה הכל, וי"א דמטלטלין קנה ומעות לא קנה, דהא הדעה דקנה הכל שייך רק במעות דבר קנין הוא, אבל בדבר שלא בא לעולם דלאו בר קנין הוא, גם דעה זו מודה דלא קנה. וא"ת אכתי הוה ליה להביא דעה הראשונה שבסי' ר"ג דלא קנה כלום, י"ל דטעם דעה זו דס"ל דהלכה כמאן דאמר בקני את וחמור גם הוא לא קנה, ואנן הא קייל בסי' ר"י [סעי' ג] כמ"ד קנה מחצה, ומה דהביא דעה זו כלל בסי' רג, לא משום דנסתפק דילמא הלכה כדעה זו, אלא שהעתיק כל דברי המרדכי בזה, זה תורף דברי הסמ"ע ז"ל. והדוחק מבואר שיעתיק מה שאינו להלכה כלל. גם א"כ שלא סמך אדלעיל והחליט, למה כתבו בלשון יש אומרים.

וע"כ נלענ"ד, דהא הדין דמקדש חמש נשים והיו בהן שתי אחיות דהאחיות אינן מקודשות, צייר הרמב"ם [הל' אישות פ"ט ה"כ] באמר הראויה לי מכם לביאה תתקדש לי. והוא תמוה דהא בגמרא (קדושין דף נ"א סע"א) לא מוקי לה בהכי אלא משום קושיא דבאמר כולכם מקודשות לי אמאי הנכריות מקודשות והא קני את וחמור הוא, וע"כ היינו דתקשי למ"ד דקני את וחמור לא קנה כלום, אבל הרמב"ם הא פסק בקני את וחמור דקנה מחצה, אם כן גם באמר כולכם מקודשות לי הדין כך.

ותירץ הר"ן, דרמב"ם מפרש דקושיית הש"ס היא גם למ"ד קני את וחמור קנה מחצה, דהתם אין קפידה ורוצה להקנות המחצה, אבל המקדש מקפיד שכן דרך לקנות רעות ויפות ביחד ומקפיד שאם לא יהיה הכל קנוי לו אינו רוצה במקח זה כלל.

והנה המקנה מעות ומטלטלין יחד ודאי דמי למקדש, דהא במקח נמי בעי דעת קונה ויש להקפדה מקום לנוח. וע"כ אחרי שבש"ע (באה"ע סי' מ"א סעיף ג') הביא דעת הרמב"ם בשם י"א דבאמר כולכם מקודשת לי גם הנכריות אינן מקודשות, שפיר הביא כאן (בסי' רג) י"א דכל הקנין בטל, דהיינו הי"א שהביא בש"ע אה"ע.

ולפי זה נפל בבירא נמי מה שאמר הסמ"ע דהגש"ע הכא בסי' ר"ט הכריע דקנה הדבר שבא לעולם[16], דהא הכא נמי איכא דעת קונה שמקפיד לקנות יחד הבא עם הלא בא לעולם, אלא צ"ל דסמך על מ"ש בסי' ר"ג דיש שלש דעות נמי בדין דהכא, ותהדר הקושיא הא דעה האמצעית שם לא שייך הכא, דהא הדבר שלא בא לעולם לאו בר קנין הוא וכיון דאינו שוה לגמרי לדין דהקנה מעות ומטלטלין, דהתם איכא שלש דעות והכא שתים הוה ליה לפרש הכא השתי דעות.

ומה שאפשר בזה הוא למ"ש (באשכול א) טעמא של דבר דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם דהוא כטעם אסמכתא דלא קני משום דאינו גומר ומקנה. והנה באסמכתא

16 עיי' נודע ביהודה מהדו"ק חו"מ סוף סי' כט שכתב דלענין מקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם אין לומר שמקפיד שלא לזכות בזה בלא זה, דכיון שזה עדיין אינו בעולם וזה ישנו בעולם והוא מקנה לו מעכשיו וזה יודע הלוקח שאחד מהם אינו בעולם ובשום ענין לא יהנה בו עכשיו לא שייך לומר שאינו רוצה לזכות בזה בלא זה. עיי"ש שמיישב בזה את הסתירה ברמ"א.

עצמו אם יש במקצתו אסמכתא ובמקצתו לאו אסמכתא מצינו שלש דעות. ודעת הרי"ף [ב"מ ס"א,ב בדפי הרי"ף] ממה דס"ל באמר אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפי זוזי דזוזי מיהא משלם נ"ל ללמוד דס"ל דהחלק שאין בו אסמכתא קנה והחלק דאית ביה אסמכתא לא קנה. ואולם הרשב"א בב"י בחו"מ (סי' נד ד"ה וכתב עוד) במחייב עצמו לקנס חציו לבנין עירו וחציו לחבירו ונתן משכון על החצי של בנין עירו פסק דגתחייב גם בקנס לחבירו, והיינו דאמרינן כיון דגמר דעתו בחציו גמר דעתיה בכוליה ס"ל דגם החלק שיש בו אסמכתא קנה, אבל איכא דעה שלישית באומר ליתן כך וכך להקדש וכך וכך להדיוט דגם להקדש אינו חייב ליתן כיון דהוה אסמכתא להדיוט (בט"ז ביו"ד סי' רנח [ס"ק ו[17]]), והיינו דס"ל דדנין כיון דחלק הדיוט היה בלא גמר דעת גם אחלק הקדש לא גמר דעתיה, א"כ דגם חלק שאין בו אסמכתא לא קנה.

ועתה י"ל דשפיר סמך הגהש"ע בסי' רט על מה שכתב בסי' רג, דהכא במקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם איכא נמי הני תלתא דעות, אי לא קנה כלל כהדיעה שבט"ז, אי קנה הכל כדעת הרשב"א, ואי קנה רק הדבר שבא לעולם כדעת הרי"ף. והיוצא דלדרכינו גם במקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם אין הדין מוחלט אלא דתלתא דעות איכא בדבר.

אשכול ד

[בדין מכר דבר שלא בא לעולם ונשבע עליו]

במה דאיתא בחו"מ (סי' ר"ז סי"ט) "נדר ושבועה ותקיעת כף מהני אפילו באסמכתא", דמשמע דלגמרי מהני וקנהו בהקנין שעשה. ואילו במכר דבר שלא בא לעולם ונשבע

17 בט"ז שם כתב בטעמא דמילתא משום דדמי לקני את וחמור. ויש להקשות על זה, דהא בקני את וחמור קיי"ל דקנה מחצה, ועיי' שער משפט סי רז שמקשה כן, ומיישב דהטעם דלא קנה משום דין נדר שבטל מקצתו בטל כולו ע"ש בהסבר הדבר. ולפי ביאור זה אין דמיון בין דינא דהט"ז שם לדינא דמקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם.

ורבינו כיוון לתרץ קו' הנ"ל דטעם שיטה זו, דכיון דחלק הדיוט היה בלא גמר דעת גם אחלק הקדש לא גמר דעתיה, והיינו דזה לא מטעם קני את וחמור, אלא מטעמא אחרינא, דכיון דהחסרון מצד גמירות דעת הרי שכשעל חלק חסר גמירות דעת אינו גומר בדעתו גם על החלק השני. ויש לעיין בזה, דלכאורה היה נראה דהא דבהקדש מהני באסמכתא אין זה משום דבהקדש גם באסמכתא גמר בדעתו, כי אם משום דדינא הוא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, ונחשב כאילו עשה בקנין המועיל, ואם כן מה מועיל מה שאנו אומרים שכיון שאין לו גמירות דעת על חלק ההדיוט אין לו גמירות דעת גם על חלק ההקדש, והרי בהקדש גם כשאין גמירות דעת כזו קונה. ועיי' בספר פתח הבית סי' כב ענף ח' שכתב לאידך גיסא ליישב קושיית המשנה למלך פי"א מהלכות מכירה ה"ב למה לא אומרים דכיון דמהני לענין הקדש מהני לענין הדיוט, וכתב דהא דאמרינן מגו היינו כיון שגומר ומקני לענין זה כמו כן לענין זה, משא"כ גבי הקדש דבאמת לא גמר אף להקדש, אלא דבהקדש חייב אף שלא גמר, כה"ג לא אמרינן מגו. ועיי' גליון רבנו יו"ד שם.

עליו כתב בהגהש"ע (שם סי' ר"ט ס"ד) דבקנין לא קנה, אלא דזה צריך לקיים שבועתו, ובנשאל על שבועתו אין עליו כלום, כתב בסמ"ע [סי' רז ס"ק נג] דהיינו טעמא, דכאשר המניעה היא משום אסמכתא דלא נתכון להקנות, הנה השבועה מסלקת האסמכתא דבודאי כיוון להקנות ממש, וכמו בהקנה לפני ב"ד חשוב דמסלק האסמכתא, משא"כ כשהמניעה היא משום שאי אפשר לקנין לחול כיון שאינו בעולם, בזה מה תועיל השבועה לשיקנה האחר כיון שאין מקום לקנין לחול כלל.

ולולי דבריו ז"ל היה נ"ל כיון דחזינן להג"מ דס"ל [ומובא בהגהשו"ע סי' רט סס"ח], דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מכל מקום אם הוא ג"כ רוצה לקנות מקנה, הרי מבואר דדשלב"ל נמי כשיש סברא חוצית שגומר ומסכים להקנות חל הקנין, א"כ שפיר תועיל השבועה לעשות שיקנה הקנין דאמרינן מדנשבע על כך גמר והסכים להקנות.

ואולם החילוק בין האי דסי' ר"ז להאי דבסי' ר"ט הוא כך, דבסי' ר"ט איתא בזה"ל "ואם נשבע לקיים המקח כו' צריך לקיים שבועתו". הנה זה לא נשבע על המקח שיהא קנוי, אלא נשבע על עצמו שיקיים, היינו שבל ימנע מליתן לו הדבר שמוכר לו, ואולם הקנין היה ע"כ על החפץ הנמכר, לא על עצמו שקיבל בקנין ליתן לו החפץ, דאילו כן, גם בלא שבועה היה חייב ליתנו לו, דהא אע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום יכול לחייב עצמו בדשלב"ל כדאיתא בהגש"ע שם לפני זה בסמוך, ושפיר כתב דבקנין לא קנה דאמרינן נהי דהשבועה מורה דהסכים ליתן לו החפץ, מכל מקום אין כאן הוראה שהסכים בדעתו שיהיה קנין זה קונה לו.

אבל בהש"ע (סי' ר"ז) שכתב "שבועה מהני אפילו באסמכתא" משמעו כפשוטו, שהיה השבועה והקנין בדבר אחד, שניהם על קנין החפץ שיהיה קנוי לו[18], בזה אמרינן דעל כרחי' גמר להקנות בקנין זה, והוא הדין נמי בדבר שלא בא לעולם אם נשבע שיהא קנוי.

והדבר דומה למ"ש הרמב"ם (בריש פ"ה מהל' שבועות) בנשבע שלא יזרוק פלוני, דהשבועה מתלי תלי, דאם לא יזרוק פלוני עבר הנשבע משום שוא, ואם יזרוק פלוני יהא אגלאי מלתא דלא עבר הנשבע. והכא נמי אם לא יהא החפץ קנוי יהיה עובר משום שבועת שוא, ואם יהיה קנוי לא יעבור, ואמרינן דגמר ומקנה כדי שלא יעבור, משא"כ בלא נשבע על הקנין כי אם על עצמו שיקיים המקח, ובאסמכתא נמי אילו נשבע רק לקיים המקח, היה רק צריך לקיים השבועה, ואילו נשאל על השבועה לא היה ללוקח עליו כלום, ודינם הפוך, דבנשבע שיהיה קנוי אם גם לא יתנו לו לא יהיה עובר משום שבועת שוא, דהא נשבע רק שיהיה קנוי ללוקח והרי קנוי הוא לו. ומה שאינו נותנו לו הוא כגזלן עליו, ואם יהא נשאל על השבועה או ימות מכל מקום יהיו הב"ד מוציאין מידו ומיד יורשיו כיון דבשעת הקנין היה

18 לא מובן לכאורה, מה שייך כלל לישבע שהחפץ קנוי, הרי שבועה אינה אלא על הגברא שמתחייב לעשות דבר, אך ליכא שבועה על קנין החפץ.

השבועה עדיין עליו גמר והקנה, ואולם בנשבע לקיים המקח אם לא יתנהו לו עובר על שבועתו ומכל מקום אין הב"ד מוציאין מידו, כיון דלא קנה הלוקח. ואם נשאל על השבועה או מת גם משום חיוב שבועה ליכא.

אשכול ה

[האומר לחבירו מנה זו קנוי לך לרווח שיעלה ממנו אם קנה]

נסתפקתי באומר לחבירו מנה זו קנויה לך להריווח שיעלה ממנה עד זמן פלוני [והקרן לא הקנה לו], היכי נידייניה להאי דינא[19]. דהנה באומר עבדי קנוי לך לקנסא שיעלה ממנו אם יוגח וימות הוה ספק איבעיא דלא איפשטא (בפרק השולח סוף דף מ"ב) אי קנה הקנס, ובטעם האיבעיא יש שני פרושים. התוס' שם כתבו מה דחלוק מדקל לפירותיו הוא משום דהפירות מגופו של הדקל הם יוצאים ועבידי דאתו, משא"כ קנס העבד מעלמא אתי ולא עבידי דאתי. אולם בהה"מ (פכ"ג ה"ג מהל' מכירה) כתב דיש מתרצים כיון דאיכא תרי מי יימר, דמי יימר דמנגח ודלמא מודה ומיפטר אינו כגוף לפירות,

ולכאורה לטעם הי"מ בהה"מ, כיון דבנ"ד ליכא תרי מי יימר יהיה דומה לדקל לפירותיו דודאי קנה. מיהו לטעם שנתנו בתוס' הא הכא נמי אין ריוח המעות יוצא מהמעות עצמן.

וי"ל דאינו תלוי בזה, דעד כאן לא מבעיא ליה אלא בקנס עבד כיון דסתם שוורים בחזקת שימור קיימי היה הקנס לא עביד דאתי אבל צמיחת ריוח מהדמים י"ל עבידי דאתי מקרי. ואף דמדיוקא דריש דברי תוס' משמע דתרויהו בעי, יוצא מגופו ועבידי דאתו, מכל מקום ע"כ דיוקא דסוף דבריהם עיקר, דבקנס עבד משום הכי מיבעיא ליה, דאית בזה תרתי לריעותא, דאינו יוצא מגופו ולא עבידי דאתו[20].

ויש לזה שתי הוכחות, חדא ממקומו הוא מוכח דהא בלשון האיבעיא לא נזכר הריעותא דאינו יוצא מגופו, כי אם רעותא דלא עבידי דאתי. ואי אמרת דטעם האיבעיא משום דלא אתי מגופיה לחוד, איך נקט בלשונו דבר שאין האיבעיא תלוי בו,

שנית מכדי חזינן דדוקא מוכר אויר חצירו לא קנה, אבל המוכר חצירו לאוירו קנה (שו"ע חו"מ סי' ריב ס"ב), והא האויר לאו מגופיה דקרקעית החצר אתי, ולהוי ספק אי קנה מחמת האבעיא הנ"ל, אע"כ דבחדא לרעותא לא מיבעי ליה כלל.

הן י"ל דלא מקרי עבידי דאתי אלא מה שבא מעצמו בטבע שהטביע ד' כפירות

19 עיי' משנה למלך פכ"ג מהלכות מכירה ה"א בשם המהר"ם אלשי"ך ועוד. [ולהלן מזכיר רבינו את דברי המהר"ם אלשיך בזה]. ועיי' קצות סי' רט ס"ק ד, נתיבות שם ס"ק ה, ופתחי תשובה סוף סי' ריב. ועיי' שו"ת רבינו ח"ב כתבים סי' מד, ובאבן האזל הלכות מכירה פ"ה הי"ד.

20 עיי' בזה בשו"ת רע"א סי' קמא.

מהדקל, והיינו נמי טעמא בחצר לאוירו, משא"כ ריוח מהמעות דצריך יד אדם ופעולתו באמצע, לא מקרי עבידי דאתי.

ויש ראיה לדבר, מדהתקינו ז"ל דהאומר מה שתעלה מצודתי היום מכור לך דליקני משום כדי חייו (פ"ק דבב"מ ט"ז ע"א), ע"כ מוכח דמצודה למה שיעלה בו לא מהני, דאם איתא דמהני מאי כדי חייו איכא דתיקנו, שיאמר מצודתי מכורה לך למה שתעלה היום דקני מדינא כמו דקל לפירותיו, והטעם משום דמה שעולה במצודה אינו יוצא מגוף המצודה וכדאיתא בש"מ כתובות נ"ט ד"ה באומרת יקדשו והא הוכחנו דהיכי דליכא ריעותא דלא עבידו דאתי א"צ שיצא מגופיה[21], אע"כ צריך אתה לומר דבמצודה איכא נמי לרעותא דלא עבידי דאתי כיון דצריך פעולה שיבאו הניצודים לתוכה ולא מוטבע בטבע הבריאה. או א"ת שאין עליית המצודה כ"כ ברור כגידול הפירות וגם אינו בידו להביא לשם, משום הכי לא מיקרי עבידי דאתי, הא מכל מקום גם רוח המעות אינו כ"כ ודאי וגם בידו אינו.

ונ"ל דע"כ טעם זה השני הוא עיקר, דכיון דאינו ודאי כ"כ, ולא בידו, משום הכי לא מיקרי עבידי דאתי. דאם איתא כטעם הראשון דכל שאינו בטבע הבריאה וצריך לפעולת אדם לא מקרי עבידי דאתי אף שיהיה ודאי ובידו, א"כ כל שכירות ושאלה דקני השוכר והשואל, והמשאיל אינו יכול לחזור, תיקשי אמאי קנה והא התשמיש הוא דבר שאין בו ממש, וע"כ משום דמקנה לו הכל לתשמישו. וכמו שהדין בדירה דצריך שיקנה בית לדור בו. ואכתי תיקשי והא הדירה והשימוש בכלים אינו יוצא מגופו, אע"כ משום דהוא עבידא דאתי א"צ שיצא מגופו והרי אין התשמיש והדירה בטבע כ"א צריך יד אדם באמצע אע"כ מוכח כיון דשכיח ובידו הוא מקרי עבידי דאתי.

ועדיין יש לעיין במה שכתב הריטב"א בקדושין דף מז ע"ב בהאי דאמר רב הונא השואל קרדום מחבירו בקע בו קנאו, מש"ה אין השואל קונה לר"ה במשיכה משום שאין התשמיש יוצא מגופו. וכתב ואפילו את"ל דהנותן כלי לתשמישו קונה במשיכה, התם גופא ממש מקנה לתשמיש, ואין המקבל מתחייב מסתמא באונס, אבל השואל הא לא מקנה ליה גופא, דהא בסתם חייב באונסים, ואילו הוה קני האיך מתחייב באונסים מסתמא עכ"ד, הרי דבשואל אינו מקנה הכלי לתשמישו. וא"כ ק"ל האיך בבקע בו קנאו, והא התשמיש דבר שאין בו ממש ולא חל עליו קנין כלל, ומה בין זה לדירת בית (בש"ע ריש סי' ריב) דלא מהני שום קנין.

ולומר דקנין זה שמתחיל בו הדבר אשר אליו יהיה קנוי לו (שהרי רצונו להקנות לו שמוש החתוך בהקרדום והוא בקע בו והתחיל באותו דבר) עדיף משאר קנין, זה אינו דהא ודאי בנתן לו דירת הבית אף בהתחיל לדור בו, כל שלא השכיר

21 עיי' אבני מילואים סי' פא ס"ק א ד"ה ומה שהקשה הרשב"א. וע"ש שדעתו דמצודה למה שתעלה מהני, (וכפי שמזכיר להלן רבינו בשמו בקצות סי' רט ס"ק ד). ועל הוכחת השיטה דא"כ למה תיקנו דמה שתעלה מצודתי מהני משום חיי יום יום והרי יכול לומר מצודתי למה שתעלה, הקשה הקצות שם דזה בלאו הכי קשה, דאף אם לא מהני משום מצודה לפירות ומשום דאין הדגים יוצאין מגוף המצודה ליהני מתורת חצר כיון דמוכר לו המצודה לדגים הוה ליה חצירו. ועיי' בזה בנתיבות שם ס"ק ה.

לו גוף הבית לדור בו לא קנה ויכול בעה"ב להוציאו, דהא כלל קאמר (בש"ע שם) "אבל דבר שאין בו ממש אינו נקנה לפיכך המקנה כו' דירת בית זה לא קנה עד שיקנה גוף הבית זה לדור בו", משמע דאין מציאות אחרת שיקנה הדירה כי אם כשקונה גוף הבית לדירה, ומאי שנא נתינת דירה בבית, ומאי שנא נתינת תשמיש חתיכה בקרדום, ומאי שנא נתינה או שאלה כיון דבשאלה ע"כ אין כוונתו שמקנה גוף הקרדום לתשמישו כמ"ש הריטב"א.

אמת שהוכחת הריטב"א ממה דחייב מסתמא באחריות, איני מבין יפה, דהא גם לכשתאמר דגוף הכלי קנוי לו לתשמיש, מכל מקום אינו קנוי לו לגמרי כי אם להתשמיש, ובנאנסה מחמת התשמיש הא אין השואל חייב עליה, ובנאנסה שלא מחמת מלאכה, הא לא היה קנוי לו הכלי.

וצ"ל דודאי מאונס שלא בשעה שעשה בה מלאכה קא קשיא ליה, דאם איתא דקנה גוף הכלי אל המלאכה, אם כן בהאי שעתה שאירע האונס, הא היה הכלי שלו ואמאי חייב עליה. ומכל מקום עדיין אני מהסס, דאטו מי שקנה הגוף להשתמש בו קנה כל החפץ ולא שייר בו חלק לבעל החפץ מידי דשויא כסף עוד דלחייב על אונסים. וליותר יש לנו לראותם כשותפין באותו כלי, דלבעה"ב קנוי הגוף לכל עניינו ולכל מידי תועלת שאפשר להימצא בו, ולזה השואל קנוי בו חלק להשתמש בו במשך ימי השאלה, וכשנאבד אמאי לא יהיה חייב השואל לשלם מה ששוה חלק הבעה"ב.

ומה ששוה החלק שלו נ"ל דבאמת אינו צריך לשלם, רצוני שאין שמין כמה שוה היה החפץ זה למכור אם הוא חפשי ואינו משועבד למי לשמש בו ירח ימים או שנה כיון שמושאל לזה, אלא שמין כמה שוה אם עוד יעבוד בו אחר זמן כזה שהוא מושאל לו, וכפי זו השומא משלם השואל להמשאיל, דהא הכי מצינו להנימוקי יוסף (סוף פרק השואל בב"מ [ס,א בדפי הרי"ף]) בשואל בטובו (היינו שישמש בו כל זמן שיהיה ראוי לשמש בו) שכתב דאם נאנס משלם לבעלים דמי השברים לחוד או א"ת בשעה שאינו משמש בו השואל יכולים הבעלים לשמש בו אם נגנב או נאנס משלם לו לפי זכותו עכ"ד, ומסתברא כמו בשואל בטובו שמין כמה שוה כלי זה שהוא שאול כל הימים, ה"נ בכל שואל שמין כמה שוה כלי זה השאול לזמן כך וכך. והרי לזמן זולת זמן השאלה הוא קנינו של המשאיל ושפיר חייב מסתמא באונסין אבל עדיין אפשר דקנוי הגוף למלאכתו. וא"כ יהיה זה נכון שיש להשואל קנין בו וא"י המשאיל לחזור, אך מכל מקום הא הריטב"א ס"ל דאין להשואל קנין הגוף כלל, וע"ז אני שואל א"כ אין. אפשר שיהיה לו בו קנין כלל.

וראיתי מ"ש בשו"ת מהר"ם אלשיך [סי' ז] דכתב בצואת ש"מ שכתוב להלוות לפלוני סכום ידוע, אף אי אמר מעות לריוח ל"ק, דאינו דומה להאומר ביתי לדור בו, דהתם הבית קיים בשעה שדר בו, אבל בריוח המעות כשהרויח בו הלא אין המעות בעולם עוד, נמצא הפירות בלי ממשות. ומה שהשיג עליו בספר קצות החשן בסי' ר"ט ס"ק ד ממוכר עבד לקנס דאיבעיא היא בגמרא אי דומה לדקל לפירותיו, והא בעת שיבא הקנס לא יהיה העבד קיים והוי הקנס בלי ממשות.

ויפה השיג, דרחוק לחלק משום דהעבד כשיומת מהנגיחה מכל מקום נבלתו יהיה

קיים, דהא המעות ג"כ עודינו יהיה בעולם כשיבא הריוח, אלא דלא יהיה עוד ברשות המלוה והלוה, וה"נ הלא מת אסור בהנאה ואין להאדון דבר בו כשיבא הקנס.

ובשיטה מקובצת בכתובות [שם] כתב בשם הרשב"א דטעם החילוק בין חצר לאויר וידים לעושיהן לבין מצודה לדגים, דהאויר נראה כאלו בא מהחצר והידים נמי נראין כן כיון דטרחו במעשה הידים, משא"כ במצודה שאין הצידה בטורח המצודה אלא דהדגים באים לתוכה, וכן קנס על נזק העבד וגניבת הפרה שאינן מגופן ולא באין בסיבת עצמן איבעי' אי נמכרים על ידיהן ולא אפשטא, עכת"ל.

ואיני יודע בעניי עדיין לחלק יפה בין מצודה לדגים וי.ין בית לדירה, דהרי גם הדירה אינה בטורח הבית וגם הדרים באים לתוך הבית. ומיהו מדהביא הרשב"א חצר לאוירו שהוא רק דיוק שהוציא מירושלמי מדכתב דמועיל בשייר חצר לאוירו ולא הביא בית לדירה, משמע דבית לדירה היה פשוט בעיניו דחלוק הוא ממצודה לדגים דדירה מקרי יוצא מגופו כפירות דקל. אבל גם זה מוקשה לי קצת להבין.

ונ"ל דטעמו על פי מה דמוכר אמת המים לדגים ושובך ליונים שיולדו בן וכוורת לדבש שיולד בו דקנה (כדאיתא ריש סי' ריג). וכתב הסמ"ע אף דאין המים והשובך והכוורת מולידים כמו דקל שהפירות יוצאים מגופו, מכל מקום כיון דגדלים בתוכו הוה כדקל לפירות משא"כ מצודה שאינה עשויה שישכון בתוכה דבר הניצוד כי אם שילכדנו בבואו לתוכו, ובזה נדחה מה שכתב בספר קצות החשן (בסי' רט סק"ד) דהרמב"ם והש"ע חולקים עמ"ש הרשב"א דמצודה לדגים ל"ק דהא כתבו דשובך לפירות קנה, ולדברי אינן דומים זה לזה[22].

אשכול ו

[אם מועיל הפקר בדבר שלא בא לעולם]

ראה זה מצאתי בדינו של דבר שלא בא לעולם דאינו יכול להקנותו לאחר ולא למחול אותו[23] ואולם להקדישו ולשעבדו[24] ולסלק ממנו[25] יכול, ואת זה לא מצאתי אי יכול להפקירו או לא. ולפי מושכל ראשון דומה יותר לסילוק מלקנין דהא לא קיי"ל כר' יוסי [נדרים מג,א] דאינו הפקר עד דאתי לרשות זוכה וא"כ אין בו קנין כי אם סילוק.

ולכאורה כיון דדבר שלא בא לעולם גרע מדבר שאינו ברשותו, איבעית אימא סברא דהא הריעותא דדבר שאינו ברשותו הוא גם בדבר שלא בא לעולם, דמה שעדיין איננו בעולם ממילא אינו ברשותו, ואיבעית אימא גמרא, דהא כתב הבן לב בתשובותיו (ספר

22 עיי' אור שמח הלכות מכירה פכ"ג ה"ט שדחה כדברי רבינו.

23 חו"מ סי' רט סעי' ג.

24 שם סי' קיב סעי' א.

25 שם סי' רי סעי' ח.

שני סי׳ כג וסי׳ לז) דאף אם יסבור הרמב״ן דאין אדם מחייב בדבר שלא בא לעולם, מכל מקום בדבר שאינו ברשותו מודה דיכול לחייב, ובדבר שאינו ברשותו נ״ל דאין מועיל הפקר[26], דהא חמץ אחר זמן איסורו דאינו יכול לבטלו טעמי׳ מפני שאינו ברשותו, והרי ביטול מטעם הפקר להתוס׳ [פסחים ד,ב ד״ה מדאורייתא], אלמא דאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, וגם לרש״י [שם ד״ה בביטול] דביטול אינו מטעם הפקר, מכל מקום מוכח דאינו יכול להפקיר החמץ, דאל״כ כשתירצו בגמרא (פסחים דף ו׳ ע״ב) על הקושיא ״וכי משכח ליה לבטליה״, אכתי תעמוד הקושיא וכי משכח ליה יפקירו. וכיון דדבר שלא בא לעולם עוד גרע מדבר שאינו ברשותו, א״כ כש״כ הוא מדבר שאינו ברשותו דאינו יכול להפקירו.

אפס למ״ש בעיקר איסורי הנאה (אשכול א׳) דהאי אינו ברשותו דגבי חמץ ר״ל אינו שלו[27], א״כ ליכא ראיה, די״ל בדבר שלא בא לעולם מועיל הפקר שיבוא לעולם, והתם כל ימי הפסח שאינו עכ״פ שלו לא חל ההפקר ועבר עליו בבל יראה ובל ימצא (וטעם דלסלק עדיף ממנו עמ״ש לקמן ענב ה׳).

מיהו הא ודאי מסתברא דבין בדבר שאינו ברשותו ובין בדבר שלא בא לעולם גם את״ל דאינו יכול להפקיר, מכל מקום כיון דנדר חל עליהם (ש״ע חו״מ סי׳ רי״ב סעי׳ ז), וקיי״ל דהפקר דינו כנדר ואינו רשאי לחזור ממנו (חו״מ סי׳ רע״ג ס״ב). א״כ גם בהני מהני הפקירו משום נדר. ולא תיקשי א״כ אמאי אינו יכול לבטל החמץ לאחר זמן איסורו, די״ל כיון דרק מטעם נדר הוא חייב, אגופיה דהמפקיר חל ההפקר לא על החפץ (ואם מת דפקע חיובא דגברא יורשיו יורשים אותו), על כן עדיין קרינן ביה שלך אי אתה רואה (ועמ״ש עוד בזה לקמן ענב ה׳ ובגרעין ב׳).

26 עיי׳ שו״ת הב״ח סי׳ קכד שכתב דמועיל הפקר בדבר שאינו ברשותו ובדבר שלא בא לעולם. וטעמו משום דהפקר הוא מדין נדר. ועיי׳ קצות סי׳ ריא ס״ק ד שדחה את דבריו וכתב ״ואינו נראה דודאי כשם שאין יכול להקנות ולהקדיש כן נמי אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו״. ועיי״ש שמביא ראיה לזה מהגמ׳ ב״ק דף סט.

והנתיבות ריש סי׳ ריא כתב ״דודאי מודה הב״ח דבזמן שהדבר הוא אינו ברשותו אין ההפקר חל, דהא כתב זה לענין ביטול חמץ כשמבטלו כשיתחמץ וכשהוא כבר חמץ ודאי דמודה הב״ח דאין הביטול מועיל דש״ס ערוך הוא דבתר איסוריה אין בידו לבטל, ולכך בהא דב״ק ג״כ אינו מועיל הפקר כשהוא כבר ביד הגזלן והב״ח לא כתב כן רק לענין אי מבטל התבואה לכשיתחמץ שלא יעבור על בל יראה דחמץ אינו ברשותו ורחמְנא אוקמי ברשותו, וכיון דמהני הגילוי דעת קודם פסח לומר שאינו רוצה במה שזיכה לו רחמנא החמץ בפסח ה״נ מהני כשאומר קודם שנתחמץ איני רוצה במה שזיכני רחמנא בהחמץ כשיתחמץ להעמידו ברשותי דמה לי קודם פסח או קודם שיתחמץ״. אמנם האחרונים העירו דבדברי הב״ח משמע לא כן, אלא דסובר דמועיל הפקר לדבר שאינו ברשותו, עיי׳ שדי חמד כללים מערכת הה״א סי׳ ק שמביא מדבריהם. ועיי׳ גליון הש״ס לרע״א גיטין לח,א שסובר בפשיטות שאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו, (העיר בזה בספר טבעת החשן על הקצות הנ״ל), וכן כתב גם המחנה אפרים הלכות זכיה מההפקר סי׳ ז. ועיי׳ עוד בענין זה בספר פתח הבית סי׳ כד ענף יח, ובשערי ישר שער ה׳ פי״ג.

27 עיי׳ רש״י פסחים ו,ב ד״ה דלאו ברשותיה הוא שפירש ״אינו שלו״. ועיי׳ מרחשת חלק א׳ סי׳ א.

ענב א

[בטעם הדין דאפשר לשעבד דבר שלא בא לעולם]

בטעם הדין אשר אף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום יכול לשעבדו (הגהש"ע חו"מ סי' ר"ט ס"ח), כתבו בתוס' במס' ב"ב (דף קנ"ז א' ד"ה דאיקני) "משום דאלים כח השעבוד" והדברים סתומים[28].

והנלענ"ד בהקדם, א דשני יוסף בן שמעון (דהדין דאין אחד יכול להוציא שטרו עליהן) ונמצא לאחד מהן שדה שקנה מיוסף בן שמעון השני, וטוען בעל השטר ממה נפשך, אם לך הלוויתי מוטב, ואם לחבירך הלויתי הלא לקחת שעבודי, אין זה טענה, לפי שאין נכסי בע"ח משועבדים אלא מטעם ערב, והערב אינו משתעבד אלא במקום שיכול לתבוע מהלוה עצמו (ש"ע חו"מ סי' מט סעי' י).

הקדמה ב דבשואל חפץ מחבירו ואמר לו אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כו"כ, והעמיד לו ערב בעד הדמים, אע"פ שלגבי השואל הוי אסמכתא ופטור, מכל מקום הערב חייב לשלם (הגש"ע חו"מ סי' קכט ס"ח).

ועוד הקדמה ג דטעם אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא משום דלא גמר ומקני דסבר פן לא יבא לעולם כמבואר לעיל (אשכול א'), וטעמו כטעם אסמכתא דלא קני.

ועל פי שלשה אלו יקום דבר אשר לשעבד יכול דבר שלא בא לעולם, כיון דשעבוד נכסים הוא מדין ערב, ודבר שלא בא לעולם גריעותו רק משום אסמכתא, והרי בערב ליכא משום אסמכתא (ועמ"ש לקמן ענב ד').

ענב ב

[בדין האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי]

האומר מה שתלד פרתי או שפחתי מכור לך, דאפילו היתה הפרה או השפחה מעוברת דפסק המחבר (בש"ע חו"מ סי' רט ס"ד) דלא קנה, לכאורה אינו מוחלט, דלהרמב"ם שהביא המחבר בש"ע אה"ע (סי' מ' סעי' ל) דהאומר לחבירו אם תלד אשתך נקיבה תהא מקודשת לי דמקודשת, הכא נמי בהוכר העובר מכור מה שתלד הפרה או השפחה, דהא ע"כ להרמב"ם מקרי זה דבר שבא לעולם[29].

ומה שכתב בחלקת מחוקק (באה"ע שם ס"ק יד) דמשום דדעתו של אדם קרובה

28 עיי' שו"ת מהרי"ט חו"מ סי' כג שכתב דהוא משום דהשעבוד חל על גופו וגופו איתיה בעולם. והקצות סי' קיב ס"ק א דוחה את דבריו דהשעבוד מוכרח שיחול על הנכסים, ולדעתו זה תקנת חכמים כדי שלא תנעול דלת בפני לווין. ועיי' אילת השחר בבא בתרא קנז,א.

29 עיי' בענין זה [אם עובר נחשב ככא לעולם או לא] בקצות ובנתיבות ריש סי' רט, אבני מילואים סי' מ ס"ק יב ויג, פני יהושע קדושין סג וחידושי הגר"ח על הרמב"ם הלכות אישות פ"ז.

אצל אשתו ובתו מקודשת הגם דמקרי העובר הניכר דבר שלא בא לעולם[30], [הנה מלבד דדעתו של אדם קרובה אצל בנו מצאנו במזכה לעובר דאם היה בנו קנוי (חו"מ סי' ר"י סעי' א) אבל דעתו של אדם קרובה אצל אשתו איני יודע לפי שעה היכן מצינו], איני מבין, דהא במס' קדושין (דף סב ע"ב) מדמה הגמרא אהדדי קדושי עובר שניכר, ותורם מן השחת לכשתבא שליש, [ופשוטו דאם בהוכר עוברה מקרי דבר שבא לעולם ומקדושת כשתלד, גם שחת מקרי דבר שבא לעולם והוי תרומה לכשתביא שליש]. והשתא מה דמיון איכא, הא קדושין שאני דאף דעדיין מקרי דבר שלא בא לעולם, מכל מקום חלין הקדושין משום דקרובה דעתו ולעולם אימא דתרומה אינה חלה משום דמקרי דבר שלא בא לעולם עדיין.

ונ"ל על פי מה שכתבתי באשכול א' דמניעת חלות ענין מה על דבר שלא בא לעולם הוא משום דלא גמר בדעתיה, וכתבתי דדוקא במפסיד המקנה מה שהוא שלו, אבל מצד הקונה לעולם אין מניעה דהוא גומר בדעתיה לקנות גם דבר שלא בא לעולם, ושלא לבד ברוצה לקנות, אלא כל שאין במעשה זה הוצאת חפץ מרשותו גומר בדעתיה.

והנה חזינן דאף דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מכל מקום סילוק מועיל גם בדבר שלא בא לעולם (הגהשו"ע סי' רט ס"ח), והיינו דלסלק רק כחו ואינו מקנהו גומר בדעתיה, וחזינן להר"ן שכתב בפרק ארבעה נדרים (דף ל' ע"א ד"ה ואשה) בזה"ל "כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמרה כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל כו', אלא מכיון שהיא מסכמת לקדושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו" עכ"ל.

ואומר עתה שהדמיון שמדמה בגמרא התורם שחת למקדש עובר שהוכר, אינו משום דזה וזה לא מקרי דבר שלא בא לעולם, אלא דודאי מקרי דבר שלב"ל, אלא הם דומין, דבשניהם ליתא מניעה דלא גמר בדעתיה, דבשניהם ליכא הוצאת דבר מרשותו שיגרום לשלא יהיה גומר בדעתיה. דבקדושין לא, דלמי תאמר דלא גמר בדעתיה, אי להבעל, הא הוא קונה ומכניס לרשותו, ואי בהאב המקדש בתו, הא הוא אינו כי אם מסלק עצמו, וסילוק הא חל בדבר שלא בא לעולם, דלסלק לחוד אדם גומר בדעתיה גם בדבר שלא בא לעולם, ובתרומה נמי לא דכלום הוא מפסיד, הא ע"כ צריך לתרום, ואי לא יתרום מהשחת יהיה צריך לתרום מתבואה אחרת.

30 עיי' תוס' ר"י הזקן קדושין סג,א שכתב בענין פסק הרמב"ם דבהוכר עוברה מקודשת "ואע"ג דס"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, הא קיי"ל נמי המקנה למי שלא בא לעולם לא קנה, ואפילו הכי אם מזכה לעובר שלו קנה, וקדושין זכות הם לאשה, דאיתתא ניחא לה בבעל, ואביה מזכה לה במקבל כסף קדושיה, וכמו שהמתנה מתנה מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו ובתו להועילם גמר והקנה לזה מעתה שהוא בעולם לקנותה תכף שתבא בעולם מפני שזכות הוא לה, וכ"ש הוא, ומה אם כשהקונה אינו בעולם מפני שדעתו קרובה אצל בנו קנה לכשיבא כ"ש כשהקונה הוא בעולם והמתנה אינה בעולם שקנה מעתה המתנה לכשתבא בעולם הלכך קדושיו קדושין".

ומעתה אין דין דמוכר עובר שפחתו תלוי בדין מקדש העובר, דגם הרמב"ם לא אמר אלא בקדושי העובר משום דלא שייך ביה לא גמר דעתיה, אבל במוכר דשייך ביה דלא גמר דעתיה אינו מכור, דגם בהוכר העובר דבר שלא בא לעולם מקרי.

וא"ת א"כ גם בלא הוכר העובר תהיה מקודשת דאידי ואידי דבר שלא בא לעולם הוא, וכמו דבהוכר העובר מקודשת משום דלא שייך ביה לא גמר דעתיה, הכי נמי תהיה מקודשת בלא הוכר העובר, אומר לך, הא אמרינא דמשום הכי לא שייך בהאב המקדש בתו לא גמר דעתיה משום דהוא רק מסלק, והרי בסילוק עצמו לא מועיל אלא א"כ כבר יש ממשות מה בעולם, דהיינו שכבר נשתעבד לו, אבל בעוד לא נשתעבד דאין כאן ממש כלום, לא מועיל הסילוק (סמ"ע סי' רט ס"ק כא), וא"כ הכא נמי כל זמן שלא הוכר העובר דדמי לאגם (לא לשחת כפי פירושו דהרמב"ם בסוגיא דקדושין הנ"ל, דמה דאוקמי דמקנה דבר שלא בא לעולם בשיטה, היינו מה דסבירא ליה דגם באגם וגם בלא הוכר עוברה מועיל דזה כאין עוד בעולם כלל, אבל מה דמועיל בשחת ובהוכר העובר אינו שיטה), הרי לית כאן עוד שעבוד וגם סילוק של האב לא מועיל בדבר שלא בא לעולם כהאי דאין עוד כלום בעולם.

ענב ג

[הסבר בדעת הב"י דשנים שמחלו זה לזה אם יסמו כ"א את עין חבירו מהני המחילה]

מרן הב"י (בבד"ה בחו"מ סי' תכא) הוציא משמעות מתשובת הרא"ש [כלל קא ס"ו] דאם אמרו שנים כל אחד לחבירו מי מאתנו שיסמא את עין חבירו יהיה פטור מלשלם הנזק, תנאם קיים כיון דשניהם מחלו זה לזה. והמשנה למלך (פ"א הי"א מהלכות חובל) השיג עליו. ובאמת ראוי לחקור אחר סברת הב"י, דכיון שהאומר סמא עיני על מנת לפטור, משום הכי חייב דאין אדם מוחל על ראשי איברים (בב"ק צג ע"א), ולשון הרמב"ם (בפ"ה מהל' חובל ומזיק הי"א) "שהדבר ידוע שאין אדם רוצה בכך", א"כ מה חילוק בין אחד לשנים, וכי משום שיהא עין תחת עין כי אפשר יפיל הוא עין חבירו רוצה הוא בכך לאבד את עינו דידיה.

והנלענ"ד, דהנה האי דאמרינן אין אדם מוחל על ראשי איברים מוקשה קצת להבינו, דהא הוא אומר בפה מלא דמוחל ואנן נימא דאינו מוחל. ועל כן אפשר דיש בזה כוונה. דהנה מאמר "על מנת לפטור" יש לכאורה לפרשו על אחד משלשה פנים, או על מנת שלא יהיה עליו מעיקרא חוב תשלומין, או שמוחל מעכשיו ולאחר שיחוייב לו לשלם, או שהוא כמפקיר את כסותו לנזק שיזיקו פלוני.

ואולם הפנים הראשון א"א, דהא האי דקרע את כסותי על מנת לפטור דפטור מוקי לה בגמרא (שם דף צג) בדאתא לידיה בתורת שמירה, דאל"כ גם בלא אמר על מנת לפטור פטור הוא. והרי מאי דמתנה שומר להיות פטור אינו מועיל אלא בהתנה קודם שמשך דלא מיקרי מתנה על מה שכתוב בתורה, דמעיקרא לא שיעבד נפשיה (בב"מ דף צד ע"א), אבל כשמשך שכבר שעבד נפשיה הוה מתנה על מה שכתוב בתורה

ותנאו בטל כמבואר בהגהות אשר״י בב״מ שם, וא״כ הכא דאתי לידיה ומשך לא מועיל תנאו. וביותר דמלבד דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה בחיוב שומרים, הוה הכא עוד מתנה על מה שכתוב בתורה בחיוב נזיקין גם קודם שמשך דבזה לא שייך מעיקרא לא שעבד נפשיה כמו בשומר דהא משועבד וקאי מהתורה לשלם הנזקין. וכך הוא בתוס׳ במס׳ גיטין (פד ע״ב ד״ה ותיפוק ליה) שכתבו ודאי האומר קרע כסותי על מנת שאין לך עלי דין נזק הוה מתנה על מה שכתוב בתורה[31].

גם הפנים השני א״א, דהא בעוד שלא הזיקו לא נתחייב, וקיי״ל אין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם (הגהשו״ע סי׳ רט סעי׳ ד). הן אי משום הא היה אפשר לומר למ״ש הש״ך (סי׳ רצא ס״ק מ״ד) דדוקא נכסיו של השומר לא נשתעבדו משעת שאלה, אבל גופו נתחייב מיד, וא״כ י״ל דהחיוב הגוף שכבר בא לעולם נמחל, ושיעבוד נכסים שוב ממילא ליכא. (וכטעם מוכר שטר חוב לחבירו דיכול למחול משום דשעבוד גופו של הלוה אינו נמכר ועל כן יכול למוחלו וממילא נופל השעבוד נכסים[32]). וכעין זה טעם הדין שמועיל סילוק משעבוד נכסים שלא באו לעולם, כיון דשעבוד גופו כבר בעולם ועליו חל המחילה וממילא ליכא שעבוד נכסים (סמ״ע סי׳ רט ס״ק כא[33]).

וא״ת הא בלעדי חיובו משום שומר יש כאן עוד חיוב משום מזיק וזה עוד איננו בעולם גם על גופו, דהא עדיין לא הזיק. י״ל כיון דחיובו מצד שהוא שומר נפל הרי הוא כאלו לא אתי לידיה זה החפץ בתורת שמירה, ובאומר קרע כסותי לאיניש דעלמא שאינו שומר הלא אין צריך לתנאי המחילה כלל שגם באינו אומר על מנת לפטור נמי פטור (כדאיתא שם בב״ק צג סע״א). אך הא באמר לו הכני ופצעני על מנת לפטור דפטור, ובזה אם לא אמר לו על מנת לפטור חייב (כדאיתא שם סוף פרק החובל). ואי אמרת דתנאי מטעם מחילה הוא יקשה הא אין אדם מוחל דבר שלא בא לעולם ואף באמר על מנת לפטור יהיה חייב. גם אם תאמר דהתנאי הוא מטעם מחילה ע״כ תאמר דגם בלא אתי לידיה בתורת שמירה מאי דפטור בלא תנאי הוא משום דבזה מסתמא הוה מחילה, דהא החילוק רק דבאתי לידיה בתורת שמירה כשאמר אח״כ קרע ולא פרש על מנת לפטור הוה פטומי מילי.

אלא ע״כ צ״ל כפנים השלישי דאין כאן לא עקירת ולא מחילת החוב כי אם מחילת החפץ אל הקריעה ומחילת גופו באומר הכני כו׳ אל ההכאות ופצעים דשוייה ממונו וגופו כהפקר והרי החפץ והגוף בעולם. וכן משמע נמי בתוס׳ סוף פרק החובל [ד״ה הא דאתי לידיה] שכתבו ״דכיון שאמר לו קודם שנעשה שומר אינו חושש אם יקרע

31 עיי׳ תוס׳ כתובות דף נו ע״ב ד״ה הרי זו מקודשת שהביאו שתי שיטות בדבר. ובעיקר דינא דקרע כסותי עיי׳ קצות החשן סי׳ רמו ס״ק א שמבאר דהפטור הוא משום שאין זה נזק כלל ״דלא חייבה התורה בנזק אלא היכא דהמזיק עביד מדעתיה דנפשיה אבל ברשות בעלים אין בו חיוב כלל״.

32 רא״ש כתובות פ״ט סי׳ י בשם ר״ת.

33 עיי׳ קצות החשן סוף סי׳ רט שנראה מדבריו בביאור כונת הסמ״ע דכיון שכבר השתעבד הרי שיש לו שייכות לענין ויכול להסלק.

וכש״כ אם לא עשאו שומר אלא אמר לו קרע כסותי״. הרי לא כתבו דמחל אלא דאינו חושש אם יקרע, וזהו כדכתיבנא שעשאו כהפקר, מיהו באתא לידיה בתורת שמירה כל כמה דלא פרש על מנת לפטור הוה פטומי מילי כמו שכתבו התוס׳ שם. ומובן דאם פירש על מנת לפטור פטור, דכיון דמעתה אינו פטומי מילי הוה שוב כמפקירו ואינו חושש אם יקרע.

ובתוס׳ בגיטין (דף פד ע״ב) כתבו קרע כסותי על מנת לפטור לא חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה כיון שמחל בהדיא, לא כתבו שמחל בהדיא דין נזק כמו שכתבו בסיום דבריהם ״אבל אם היה אומר על מנת שאין לך עלי דין נזק״, משום דלא דין נזק דהיינו התשלומין מחל כי אם יד ורגל קא מחל, ויובן עתה אומרם אין אדם מוחל על ראשי איברים, כך, דאדם עשוי להפקיר ממונו, גם גופו להכאה ולפצוע במידי דהדר בריא, אבל ראשי איברים משום שאינן חוזרין אין אדם מוחל ולא מפקיר אותן, ועל כן על כרחיה כוונת אומרו על מנת לפטור היינו שמוחל חיוב הממון שיגיע בעד עינו וידו, ומש״ה חייב דהא החיוב עדיין אינו בעולם ולא מועיל מחילתו, וכן כוונת רמב״ם שהדבר ידוע דר״ל כיון דאין אדם רוצה לאבד אבר ע״כ לא כוון להפקיר האבר אלא כונתו למחול על הממון אם ישחית לו האבר.

ומעתה יונח מאד אשר בשנים שאמרו כל אחד מהם לחבירו מי שיסמא יהיה פטור דפטור, דהא גם במקנה דבר שלא בא לעולם דאינו קנוי הדין כך דאם שנים הקנו כל אחד לחבירו מי מהם שיקבל מתנה שיחלוק עם חבירו קני (הגהשו״ע סי׳ רט ס״ח) ולא גרע מחילה מקנין בדבר חדש אם שנים מחלו זה לזה דבר שלא בא לעולם מועיל המחילה והכא נמי הא מחל כל אחד לחבירו מי שיגיע לו חיוב על חבירו, ובכה״ג מועיל המחילה גם בדבר שלא בא לעולם.

ענב ד

[בדין מקנה דשלב״ל עם דבר שב״ל]

כתב בסמ״ע (סי׳ רג ס״ק יט) דאף לדעת האומר דבהחליף מטלטלין ומעות יחד איידי דקני החליפין את המטלטלין קונים נמי את המעות, מכל מקום במקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם מודה דלא קנה הדבר שלא בא לעולם, ומסברא אמרו דבשלמא מעות הוא בר קנין, אבל דבר שלא בא לעולם לאו בר קנין כלל.

ונלענ״ד דלכאורה יש הוכחה להסמ״ע מהגמרא, דאל״כ תיקשי מסוגיא דאקני קני ומכר [ב״ב קנז,א] כמ״ש לקמן (גרעין ג), וכשנדחה ההוכחה מגמרא יראה גם סברת הסמ״ע נדחית, דהנה הקושיא חזקה מה דאיתא באיבעיא דשמואל אי דאיקני משתעבד אליבא דר״מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם לא תיבעי לך. וקשה אמאי מכדי ר״מ לא אמר אלא בפירות דקל דעבידי דאתו, וא״כ שיקנה עוד שדות דלא עביד כ״כ דאתא שפיר איכא למיבעי גם לר״מ. והתוס׳ תירצו ע״ז דשעבוד עדיף ואין

צריך עבידי דאתו, והא ק״ק במובן דהא בהאיבעיא קיימינן עכשיו, וזה אי שיעבוד עדיף זה עצמו מה דאיבעיא ליה.

ומה שי״ל בישוב זה הוא, דבטעם אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם יש לומר אחד משנים, או כיון דאינו בעולם אין ענין כאן שיחול הקנין עליו, ודינו כמוכר דבר שאין בו ממש דלא חל הקנין (שו״ע ריש סי׳ רט), או משום דלא גמר בדעתיה להקנות דסבר דלא יבא לעולם, וטעם זה שוה כטעם דלא קניא אסמכתא כמבואר לעיל (אשכול א).

והנה זה הצידוד הוא בטעמא דרבנן דס״ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אולם ר׳ מאיר דסבירא ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, והרי גם הוא סבירא ליה דעל דבר שאין בו ממש לא חל הקנין, על כרחך סבירא ליה דדבר שלא בא לעולם לא מיקרי דבר שאין בו ממש, דאי לא תימא הכי גם בעבידי דאתו אמאי קני, אטו מה דעבידי דאתו עושהו לממש בעוד שאינו בעולם, אלא על כרחך מה דלא קני בלא עבידי דאתו ס״ל משום דאינו גומר בדעתיה, וס״ל דזה בלא עבידי דאתו דשפיר סבר שלא יבוא, אבל בעבידי דאתו כיון דרחוק הרבה שלא יבא לא אמרינן דסבור שלא יבא.

מיהו רבנן אפשר דטעם פלוגתייהו משום שהם סוברים דגם בעבידי דאתו כיון דאפשרות מכל מקום יש שלא יבא אמרינן דסבר שלא יבא, ואפשר נמי דבהא לא פליגי, אלא דטעמייהו משום דסבירא להו דבתר השתא אזלינן והשתא הוא דבר שאין בו ממש.

והנה מה שיכול לשעבד דבר שלא בא לעולם הוא משום דסבירא לן דבאמת טעמא דרבנן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא משום דהוה כאסמכתא, וכיון דערב גם באסמכתא מתחייב, על כן גם לשעבד שהוא מדין ערב יכול בדבר שלא בא לעולם כמ״ש לעיל (ענב א).

ואומר עתה דטעם איבעיא דשמואל אי דאיקנא משתעבד הכי הוא, דנסתפק בשני צדדים הנ״ל בטעמייהו דרבנן. והיינו אי טעמייהו משום דדבר שלא בא לעולם מקרי דבר שאין בו ממש, או טעמייהו משום דלא גמר ומקנה, ומזה יוצא הספק אי דאקני משתעבד, דלצד האחד גם לשעבד אינו יכול כיון דאין בו ממש ואין כאן מה שיחול עליו השעבוד, ואולם לצד השני שפיר משתעבד דלענין שעבוד אינו מזיק מה דלא גמר בדעתיה, דהא ערב גם באסמכתא משתעבד.

ונכון עתה אמרו לר״מ לא תיבעי לך, (ולא תקשי קושיית התוס׳ הנ״ל והא גם לר״מ אפשר למיבעי כיון דדאקני לא עבידי דאתו), דכיון שר״מ מחלק וס״ל דבעבידי דאתו קני, על כרחך סבירא ליה דטעם אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם בלא עבידי דאתו הוא משום דהוה כאסמכתא וכאמור, ואם כן לדידיה ליכא למיבעיא, דלדידיה ודאי יכול לשעבד (גם בלא עבידי דאתו) כיון דשעבוד מטעם ערב, וערב הא גם באסמכתא משתעבד.

והשתא דאתינא להכי ליכא הכרח כלל לדינו של הסמ״ע אשר בפתיחת דברינו

לא מסברא ולא מגמרא, מסברא שכתב הסמ״ע לחלק בין מעות ומטלטלין לבין דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם משום דמעות בר קנין ולדבר שלא בא לעולם לאו בר קנין הוא, אין הכרח דהא למאי דקיי״ל דאין טעם דבר שלא בא לעולם משום דאי אפשר שיחול עליו קנין אלא משום דלא גמר דעתיה והוה כאסמכתא, והרי באסמכתא עצמו נמי אם מקנה דבר שיש בו אסמכתא עם דבר שאין בו אסמכתא י״א שקנה הכל וכמ״ש לעיל (אשכול ג).

ומהגמרא נמי לא, דהא מעתה לא תיקשי עוד מה שהקשינו (בגרעין ג) א״כ איך פשטה איבעי דשמואל מדבעל חוב גובה את השבח והא שבח עם הנכסים הוה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם[34], דודאי שפיר נפשט דכיון דנדע שדבר שלא בא לעולם נקנה עם דבר שבא לעולם, דטעמייהו דרבנן משום דדבר שלא בא לעולם מיקרי דבר שאין בו ממש, דא״כ איך תאמר מתוך שקנה הדבר שבא לעולם קנה נמי הדבר שלא בא לעולם, והא דבר שלא בא לעולם לאו בר קנין הוא כלל. אלא על כרחך צריך אתה לומר דמקרי ממש ובר קנין אלא הטעם משום דלא גמר בדעתיה, והרי כל מה דמיבעי בעי ליה אי דאיקנא נשתעבד היינו דמיבעי ליה איזהו משניהם הוא טעמייהו דרבנן, והרי נפשט דהטעם משום דלא גמר בדעתו ואפשט ממילא דאיקנא משתעבד.

ענב ה

[בענין הפקר בדבר שאינו ברשותו]

אני נבוך קצת למ״ש (אשכול ו) דאין אדם מפקיר דבר שאינו ברשותו, אם יהיה דבר זה ביד אחר אפשר דיהיה הפקירו מועיל. דהנה אשר אדם יכול לסלק מדבר שלא בא לעולם אף דלהקנותו אינו יכול (הגהשו״ע חו״מ סי׳ רט ס״ח) ראוי לדעת טעמא, דלומר דלהקנותו להביאו לרשות אחר צריך קנין אלים טפי אינו מספיק, ובפרט למ״ש לעיל (אשכול ו) דגם להפקיר נמי אינו יכול, והפקר הא א״צ דאתי לרשות זוכה ומ״מ אינו יכול להפקיר, ואמאי יכול לסלק.

והסמ״ע [שם ס״ק כא] כתב משום דחיוב הגוף איתא כבר בעולם. וק״ל א״כ כשמסלק עצמו רק מקרקע אחת הרי שעבוד הגוף קיים ואמאי מועיל סלוקו.

ואולם י״ל בטעמו למה דבנותן הלוקח ערבון להמוכר ואמר אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך, אם חזר בו, קונה זה הערבון אע״ג דְהוה אסמכתא כיון דמסור בידו קנה (ש״ע חו״מ ס׳ ר״ז סעיף יא). וכיון דטעם אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא נמי (לפמ״ש אשכול א׳) משום דהוה כאסמכתא, משום הכי אם אין לו רק שעבוד על הקרקע (עיי׳ סמ״ע סי׳ רט ס״ק כא) מכיון דהקרקע עצמה הוא בידו של הלוה או ביד הלוקח מהלוה הזוכה בהסילוק, על כן שפיר מהני אף דשעבוד שעל הקרקע דבר שלא בא לעולם.

34 עיי׳ שו״ת רע״א מהד״ת סי׳ צז וסי׳ קמח [ד״ת תו כתב רומעכ״ת] שדן בקושיא זו.

ולפי זה י״ל אף למ״ש (אשכול ו׳) דאין אדם מפקיר דבר שאינו ברשותו, מ״מ אם חפץ זה כבר ביד אדם אחר מועיל הפקר הבעלים, או י״ל כיון דאינו מסור כי אם ביד אחד הוה רק כהפקר לאדם אחד, דהא לגבי אחרים זולתו ליכא מעלה זו, והפקר לאדם אחד לא הוה הפקר.

עגב ו

[הקונה קרקע אדעתא שיהיה לעניים אמאי לא זכו]

המוכר דבר שאינו ברשותו דלא קנה, דמ״מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח וקנה כדי דליקום בהימנותיה (הגש״ע חו״מ סי׳ רט ס״ה), יש להבין, דהא ע״כ תאמר דהקונה דבר ומכוון שקונהו בשביל חבירו קונהו חבירו דזכין לאדם שלא בפניו והוי כשלוחו של חבירו, וא״כ למה הקונה קרקע אדעתא שיעשנו הקדש (לעניים) דאינו כלום כיון דלא הוציא בשפתיו (ובצדקה דאינו הקדש ממש לא מחייב בלא ביטוי שפתים) (ש״ע חו״מ סי׳ רי״ב ס״ח), ואמאי לא זכו עניים מכח קנין ממש דנימא דשלוחם של עניים הוא.

וי״ל בזה תלתא טעמי, או דלשון ״שיעשנו הקדש״ דוקא, והרי לא היה דעתו כי אם שיעשנו אח״כ הקדש, ולולי דבעי ביטוי שפתים, מטעם נדר שפיר היה מחייב לקיים מה שנדב בלב והיה חייב לעשותו הקדש לעניים, אבל משום קנין ליכא הכא, דהא לא נתכוון בשעת קניה שיהא קנוי להם כבר, ואילו היה בדעתיה שבקנותו יהא הקדש לעניים י״ל דה״נ דקנו.

או דמש״ה אינו קנין לגבי עניים משום דדברים שבלב אינם דברים, מיהו הכא דמלפנים מכרו לזה וכשיקנהו ואנו אומרים דקנהו בשבילו כדי דליקום בהימנותיה הרי יש גילוי מלתא דמוכח דבזה הוי דברים שבלב דברים.

או כיון דלא סיים שמות העניים שהוא קונה בשבילם א״כ הוה ממון שאין לו תובעים, וכיון דמטעם נדר אינו חייב, מי זהו יוציאינו מידו, וא״ת מ״מ איזה עניים יתפסו והוה תפיסתן קיימת אי אמרת בספיקת תקפו כהן אין מוציאין מידו, י״ל דהכא גם ספק ליכא, דכל שלא פורש מי ואיזהו שיקנה לא שייך לא קנין ולא שליחות כלל (והרי באומר משתעבדנא לך ולכל דאתו מחמתך י״א דמועיל רק אי אמרינן יש ברירה דכאשר בא מי מחמתו נתברר דלזה האיש נשתעבד (הר״ן פ״ק דגיטין בסוגיא דמעמד שלשתן). והכא אילו נתנו לעניים י״ל דבאמת היה תלוי בדין ברירה, דלמ״ד יש ברירה היה אגלאי מלתא דקנו למפרע, ולדידן דהוי ספק היכי קיי״ל, (דהרי ע״כ קיי״ל בדאוריתא יש ברירה ובדרבנן אין ברירה. הר״ן), הוה ספק אי קנו למפרע, אבל אנו אומרים דהדין דא״צ לתנו א״כ לא נתברר ולא יבורר לעולם מי קנה וקנין שאינו מסויים למי הוא קנוי אינו קנין כלל.

גרעין א

[המוכר דבר שאינו ברשותו וחזר וקנה איך מועיל מדין זכין]

ק"ק לי במוכר דבר שאינו ברשותו וקנאו אח"כ דצריך לקיים מקחו דאמרינן דקנה אותו כי היכי דליקום בהימנותא (הגש"ע סי' רט ס"ה) כיון דהקנין שעשה הלוקח אז לאו כלום היה עכצ"ל דהמוכר כשקנאו אח"כ הוה כמפרש שקונה אותו בשביל הלוקח ונעשה שלוחו משום דזכין לאדם שלא בפניו. והרי סתם אדם הלוקח דבר בשביל חבירו וחבירו לא עשאו שליח ל"ק חבירו דכיון דצריך שיתן דמי המקח אינו זכות לו. וצ"ל דש"ה כיון דקנאו תחלה גילה דעתיה דניחא ליה והוה זכות.

וזהו שק"ל קצת, מ"ש ממזכה גט לאשתו, דאף אם גילתה דעתה שרצונה להתגרש לא אמרינן דהוה זכות לה כדאיתא בירושלמי [גיטין פ"ו ה"א] הביאו הר"ן (במס' גיטין ר"פ האומר), הגע עצמך שהיתה צווחת להתגרש אני אומר שמא חזרה בה, ואי משום שהלוקח רוצה בכך עתה, הלא במידי דחובה גם ברוצה כששומעו לא זכה, דאל"כ מה הפרש בין מידי דזכות למידי דחובה דהא גם במידי דזכות צריך שירצה כששומע וכבר דיבר מזה הרמב"ן במלחמות (פ"ק דגיטין בסוגי' דהאומר תן גט זה לאשתי). ולומר דחדא רצון שקודם מעשה לחוד או רצון שלאחר מעשה לחוד אינו מועיל, אבל כשיש שתיהן מועיל דכולי האי שחזר שתי פעמים מרצון ללא רצון ושוב מלא רצון לרצון לא חיישינן, דסתימת הירושלמי ודאי משמע דגם אם רצתה האשה כששמעה נמי אינה מגורשת.

[ואולי ההבדל ביניהו, דגט לאשה הוה חוב ממש שהרי מפסדת שאר כסות ועונה, אבל מקח אינו חוב, דהא אינו מפסיד, אלא דזכות נמי אינו, דהא אינו מרויח דהרי יתן תמורתו, ועל כן לא אמרינן ביה זכין לאדם שלא בפניו, אבל כשגילה דעתו דניחא ליה אין לנו לומר דחזר בו כיון דאינו חוב לו].

גרעין ב

[קו' בהא דכל אדם מותרים בלקט כשנתיאשו העניים והרי אינו ברשותם]

במשנה א' פ"ח דמסכת פיאה "מאימתי כל אדם מותרים בלקט, משילכו הנמושות" ובהרע"ב שם דאז נתייאשו העניים כבר מאותה שדה וכל הנמצא בה אח"כ הוא הפקר לעניים ולעשירים. וקשה: הא בעוד שלא לקטו העניים אינם יכולים להקנות משום דמקרי דבר שאינו ברשותו וכדאיתא (פ"ה מ"ב שם) שבולת של לקט שנתערבה בגדיש מעשר שבולת אחת ונותן לו, א"ר אליעזר וכי האיך העני הזה מחליף דבר שאינו ברשותו, וכל שאינו יכול להקנות גם להפקיר אינו יכול כמ"ש לעיל (אשכול ו') וא"כ מה מועיל היאוש וההפקר של העניים כיון שאינו ברשותם[35].

והנה הרמב"ם פ"ב מנדרים הי"ד כתב דהפקר יש לו דין נדר ואינו רשאי לחזור

35 עיי' רש"ש פאה שם שמקשה כן. ועיי' גם עמק ברכה שם.

בו, ונושאי כליו לא הראו מקום מוצא לדינו (וכש"ע חו"מ סי' רע"ג סעי' ב הובא להלכה). ואולי יש לומר דמשום קושיא זו הוליד דין זה, דבהכי מתיישבת הקושיא, דהא נדר מועיל אף בדבר שאינו ברשותו, דהא אף בדבר שלא בא לעולם מועיל (ש"ע חו"מ סי' ריב סעי' ז), ודבר שלא בא לעולם ודאי גרע מדבר שאינו ברשותו, דאית ביה תרתי כמ"ש (לעיל אשכול ו') וא"כ מועיל ההפקר בו משום נדר.

[אבל י"ל דבפשוטו ל"ק, דהכי דינא גם במקנה דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותו, דאף אם יהא הדין דרשאי לחזור בו, מ"מ כמה דלא הדר ביה רשאי הקונה לקחת אותו, וה"נ לא הדרי הנמושות מהפקרן].

גרעין ג

[קו' בענין המקנה דבר שלב"ל עם דבר שב"ל]

ק"ק לי על מה דעלה על דעת הסמ"ע (סי' רג ס"ק יט) דלמאן דס"ל דבהחליף מטלטלין ומטבע יחד (אף דמטבע אינו נקנה בחליפין קנה אף (המטלטלין) [המעות], ה"ה במקנה דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם יחד קנה גם הדבר שלא בא לעולם, איך יתרגם הסוגיא דפרק מי שמת (ב"ב קנז ע"ב) דפשט דדאקני קנה ומכר משתעבד דאלת"ה אמאי הבע"ח גובה השבח מהלוקח והא דאיקני הוא. והא יש לומר בשלמא השבח נשתעבד אף דהיה דבר שלא בא לעולם מ"מ כיון ששיעבד לו הנכסים שכבר היו בעולם עם השבח יחד קנה גם שעבוד השבח, אבל איבעי' דשמואל אכתי קיימת בלא היו ללוה נכסים כלל כשלוה וכתב לו דאיקני דהוה דבר שלא בא לעולם לחוד (ועיי' מ"ש ענב ד'[36]).

36 וראה שם הע' 34 בשם רע"א שמקשה כן.

עיקר אין אדם משים עצמו רשע

שרשיו שלשה, ענפיו עשרים, אשכלותיו תשעה, ענביו ששה, גרעיניו תשעה.

שורש א

אין אדם משים עצמו רשע, היינו אין אדם נפסל לעדות עפ״י שמעיד על עצמו שעבר עבירה. [מקורות:] סנהדרין ט,ב; יבמות כה,ב; מימוני הל׳ עדות פרק י״ב הל׳ ב׳; שו״ע חו״מ סי׳ לד סכ״ה וסי׳ צב ס״ה.

שורש ב

מה שיוצא מעדותו לאיש אחר נאמן עליו אף דאינו נאמן במה שבו לעשות עצמו רשע (כגון פלוני רבעני לרצוני, הרגתי את בעלך, לדידי אוזיף בריבית). [מקורות:] סנהדרין שם ודף כה ע״א; יבמות שם; מימוני ושו״ע שם.

שורש ג

ויש שאינו נאמן גם במה שיוצא מעדותו לאחר, בעדים החתומים על השטר, ואומרים כתב ידינו הוא, אבל אנוסים היינו מחמת ממון. [מקורות:] כתובות יח, ב; מיימוני הל׳ עדות פ״ג ה״ד; שו״ע חו״מ סמ״ו סל״ז. ועיי׳ אשכול א׳ וגרעין א׳.

ענף א

האומר אשתך זנתה עמי מצטרף גם עד שני לאוסרה. [מקורות:] תשובת רשב״א [סי׳ תקנב] בהגהשו״ע אה״ע סי׳ קטו ס״ו.

ענף ב

ויש שגם במה שיוצא מעדותו לאחר אינו נאמן, במעיד בלשון אני זניתי עם

אשתך. [מקורות:] תשובת רשב"א סי' [אלף רלז], וכן משמע קצת לסברת הכ"מ הל' עדות פ' י"ב ה"ב. ועיי' אשכול ז' וענב ה'.

ענף ג

ומה שיש בעדותו לחייב את עצמו ממון נאמן עליו וחייב לשלם, כגון שאומר עדות שקר העדתי, גזלתי, הלותי ברבית, חשוד לשבועה אני, ויש חולק. [מקורות:] מימוני הל' עדות פ' י"ב ה"ב; שו"ע חו"מ סי' כט ס"ב; סי' לח ס"א; סי' מו סל"ז; סי' צב ס"ה, משמעות מתי' הראב"ד בהר"ן בפרק המדיר [כתובות לב, ב] במשמשתו נדה, דאי אפשר לומר במודית, דאין אדם משים עצמו רשע, ואינה מפסדת כתובתה.

ענף ד

יש אומרים אם העדות מתחיל מיד ממנו וצריך ביאור איך עשאו, בהא אינו נאמן גם מה שבעדותו לאיש אחר (וה"ט הדין בשורש ג' הנ"ל). [מקורות:] כתובות יח, ב תד"ה ואין; כסף משנה הל' עדות פ' י"ב ה"ב.

ענף ה

ויש אומרים דדוקא בשני גופים פלגינן לא בחד גופא (וה"ט הדין בשרש ג' הנ"ל). [מקורות:] תוס' סנהדרין ד"ט סע"ב.

ענף ו

יש אומרים שגם האומר שעבר על איסור באופן שאין עבירה זו פוסלתו לעדות (כגון שאמר על עבירה שדינה שיהרג ואל יעבור) מכל מקום שייך ביה אין אדם משים עצמו רשע. [מקורות:] משמעות תשובת רשב"א בדינו שבענף ב'.

ענף ז

יש אומרים דבעבד ושפחה שמעידים על עצמם שעשו עבירה אפשר ל"ש בהו אין אדם משים עצמו רשע ויש חולקים. [מקורות:] חלקת מחוקק סי' יז ס"ק טז; ב"ח בבית שמואל שם ס"ק כ.

ענף ח

גם אם יש לו מגו אינו נאמן היכי דמשים עצמו רשע בדבריו. [מקורות:] הר"ש מקינון בש"ך חו"מ סוף סי' פ"ב דיני מגו אות כ"ד, ועיי' אשכול א' וענב ה' וגרעין א'.

ענף ט

יש רוצים לומר דכשעשה עבירה לפנינו, אלא דאנו תולין דלא ידע שהוא עבירה אם הוא אומר שידע נאמן ולא אמרינן בזה אין אדם משים עצמו רשע. [מקורות:] צידוד במשנה למלך הל' מלוה ולוה פ"ד ה"ו ד"ה וכתב בעל כנסת הגדולה. ועיי' ענב א'.

ענף י

יש רוצים לומר היכי שיש אומדנא מענינו שהוא מודה שעשה רשעות עדיף מאומר בפירוש כן, דבזה לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע. [מקורות:] צידוד במשנה למלך שם. עיי' אשכול ד'.

ענף יא

יש אומרים שאם עד אחד מסייעו נאמן לעשות עצמו רשע. [מקורות:] מרדכי בפרק חזקת הבתים בסוגיא דנסכא דר' אבא [סי' תקכח]. ועיי' ענב ג' וגרעין ד' וה'.

ענף יב

יש אומרים שאין אדם נאמן על עצמו לומר שהוא ממזר משום אין אדם משים עצמו רשע. [מקורות:] סמ"ע סי' רעט ס"ק י"ב. ועיי' אשכול ד'.

ענף יג

יש אומרים דהאומר שעבר עבירה בשב ואל תעשה לא אמרינן ביה אין אדם משים עצמו רשע. [מקורות:] ב"י חו"מ סי' כט אות ח'. ועיי' אשכול א' ד"ה ועל ראי' השלישית, ואשכול ח' וגרעין ז'.

ענף יד

יש אומרים דלפטור מממון לא אמרינן ביה אין אדם משים עצמו רשע. [מקורות:] הגהת אשר"י פרק הגוזל עצים סי' יח ד"ה מעשה בפראגי. ועיי' אשכול א' ד"ה ומ"מ ואשכול ב' וג' וענב א' וסוף אשכול ד'.

ענף טו

יש אומרים אם אומר להציל עצמו ע"י דבריו מעבירה ל"ש ביה אין אדם משים עצמו רשע (כגון מזיד הייתי באכילת חלב ואיני רשאי להביא קרבן עליו משום דיהיה חולין לעזרה). [מקורות:] תוס' בב"מ דף ג ע"ב [ד"ה מה אם ירצה]. ועיי' ענב א.

ענף טז

יש רוצים לומר דלא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע אלא בעבירה שפוסלת לעדות. [מקורות:] שב שמעתתא לבעל קצות החושן שמעתתא ז פרק ה'. ועיי' אשכול ה' וענב ב' וענף ו'.

ענף יז

יש אומרים דבעדות אשר מהתורה בלאו הכי לא היה נאמן, כי אם החכמים האמינוהו, לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע להעמיד עדותו. [מקורות:] תוס' כתובות יח, ב [ד"ה ואין אדם משים עצמו רשע].

ענף יח

עדים שגורמים שיטרפו מלקוחות שלא כדין, כיון דעצם הלואה אמת והלקוחות היה להם להזהר מלקנות אין זה מעשה רשע דנימא ביה אין אדם משים עצמו רשע. [מקורות:] סמ"ע סי' מו ס"ק ק'. ועיי' אשכול ו'.

ענף יט

במי שהוא מכבר רשע, וטען טענה שיש בה רשעות אי אמרינן ביה אין אדם משים עצמו רשע, עיי' אשכול ט' וענב ו'.

בעבירה דרבנן נמי אמרינן אין אדם משים עצמו רשע. עיי׳ אשכול א׳ ד״ה ועל ראי׳ הרביעית. ועיי׳ אשכול ג.

אשכול א

[אם במיגו נאמן להשים עצמו רשע]

מן החקירה אם דינו של מהר״ש מקינון דגם כמגו אינו נאמן בטענה דמשוי נפשיה רשיעא (עיי׳ ענף ח׳) מוסכמת, דלכאורה גראה ראיות היפוך דעתו[1].

ראשונה סברייתי, אחרי שכל הטעם שנתן רבא בהאי דאין אדם משים עצמו רשע הוא דאדם קרוב אצל עצמו (פרק א׳ דסנהדרין ט, ב) ואין זה טעם שלא להאמינו במגו, דאטו בעל דבר אינו נאמן במגו, וא״ת דיש עוד טעם בדבר היינו שחזקת צדקת מנגדתו ומגו במקום חזקה לא אמרינן, זה אינו, דא״כ ל״ל לרבא טעם אדם קרוב אצל עצמו כלל[2].

שניה, הרי בטעם דעדים אינם נאמנים לומר אמנה היה דברינו משום דמשוי נפשיה רשיעא כתב רש״י (כתובות יט ריש ע״ב) משם דגרמי להמלוה לעבור על אל תשכן באהליך עולה, וא״כ כש״כ דלגבי המלוה עצמו אית ביה משום אין אדם משים עצמו רשע, ומ״מ הקשו התוס׳ [שם יט, א ד״ה כגון] ורבים מהראשונים דלהמני להמלוה גם בחב לאחרים לומר שטר אמנה הוא במגו דאי בעי מחל, והריטב״א באמת תירץ על

1 עיי׳ דו״ח רע״א כתובות יח,ב לתוד״ה אין נאמנים שמובא בשם רבינו בענין זה. והאחרונים דנו בארוכה בדברי רבינו בסוגיא, ראה חידושי הגר״ש שקאפ כתובות סי׳ יח, ברכת שמואל סי׳ כד, וסוף סי׳ כה, ובבב״ב סי׳ מה, קהילות יעקב סי׳ יט. ועיי׳ ספר משכנות הרועים [הרב שלמה קרבי״ן] בסוגיא שמאריך לבאר את שיטת רבינו ואביו בסוגיין. ועיי׳ שו״ת רבינו ח״ב כתבים סי׳ נב. ועיי׳ נתיבות סי׳ קפג ס״ק ג.

2 עיי׳ חידושי רע״א כתובות שם וביבמות כה, שכתב דמסוגיא זו דמוכח דאף במיגו אינו נאמן לומר דאנוסים היינו והשטר פסול, מוכח דהא דאין אדם משים עצמו רשע, היינו ״דכללא דאין אדם משים עצמו רשע לאו בדוקא שאין דנין אותם לפסולי עדות אלא דהב״ד אין שומעים לדבריהם שעשו כך וכך מעשה רשע״, ועיי״ש מה שמקשה על זה מהגמ׳ ביבמות.

ועיי׳ קובץ הערות יבמות סי׳ כב אות א שמבאר בשיטות ראשונים דגם היכא דלא שייך למיפסליה משום קורבה מכל מקום אין נאמן על עצמו לומר שהוא רשע. ומקשה על זה ״דאינו מובן לפי שיטה זו דמנלן הא מילתא דאינו נאמן לשים עצמו רשע ואיזה טעם יש בדין זה דאפילו בדבר שיש לו נאמנות מכל מקום אם משים עצמו רשע אינו נאמן וצ״ע״. ועיי׳ אמרי בינה דיני עדות סי׳ לט, חידושי חתם סופר (משנת תקסב דף כה בד״ה העדים), ואור שמח הלכות עדות פי״ב ה״כ.

ועיי׳ שב שמעתתא ש״ז פ״ה שמתבאר מדבריו דתרי דיני איכא באאמע״ר, היכא דבאים להאמינו בתורת עדות, הא דאינו נאמן זה מדין דאינו נאמן על עצמו, והיכא דבאים להאמינו מתורת מגו אינו נאמן משום דהוה מגו נגד חזקת כשרות.

קושיא זו דאין אדם משים עצמו רשע, ועכ״פ התוס׳ וראשונים דלא תירצו כן ס״ל דבמגו נאמן[3].

שלישית, מקושית התוס׳ (כתובות דף סג, ב ד״ה אבל) דלהימנה שזינתה שתצא מבעלה במגו דמאיס עלי, והרי בזינתה ברצון דתאסר משוית נפשה רשיעא[4].

3 עיי׳ פני יהושע כתובות שם שעמד בזה. ורבינו בחידושי רע״א הנ״ל הביאו.

4 עיי׳ שער המלך הלכות אישות פ״ט הט״ו שהוכיח כן מדברי התוס׳ הללו שבמקום מיגו אדם משים עצמו רשע. ועיי׳ הפלאה כתובות שם.

ועיי׳ דו״ח רע״א כתובות שם בשם רבינו לדחות ראיה זו. וז״ל ״אבל אגיד להאדם הטוב רו״מ מה שנראה לי אופן לקיים הכוונה זו בהתוס׳ [דמה שלא הקשו התוס׳ שם דתהא נאמנת מטעם דאמרה שזינתה ברצון הוא משום דאאמע״ר], ושמ״מ לא נצטרך לומר דס״ל דאמרינן מגו היכא דמשים עצמו רשע. וצריך אני להציע לפני כבודו איזה הקדמות, כמדומה תסכים דעתו עליהן. והן:

אחת דאף להי״מ שכתוס׳ דהיכא דמפסדת כתובתה ליתא לחשש דעיניה נתנה, מ״מ יהיה הדין אם תאמר טמאה אני וכתובתי מחולה לך דלא נאמינה על הטומאה, דעד כאן לא יאמרו הי״מ דבריהם אלא היכא דאבדן כתובתה יוצא מתוך טענתה, אבל מחילה מילתא אחריתי היא. והטעם דכל שאין מחילה לעינינו אין אנו תולים שהיא בוזה כסף כתובתה ושדי׳ לזוזי בכדי ואמרינן לולא שאמת יהגה חכה לא היתה טוענת דברים שיגרמו לה אבדון כתובתה, משא״כ במוחלת לפנינו, אנו תופסין הענין כהווייתו שהיא רוצית לוותר הכתובה והכסף לא נחשב בעיניה ומחלה אותו ושוב תולין דמה שאומרת טמאה אני הוא בשביל נתינת עין באחר כי אין דבר מונעתה אחרי שבלא זה אינה מקפדת על כתובתה.

השניה דאף במקום דאין אנו מאמינים לכל אשר יאמר האדם ומחזיקים קצת דבריו לכזב ובדוי בודאי, מ״מ אם לקצת הדברים שאין אנו מכזיבים בודאי אלא מפרשין אותם, הנה אם יהיה לו מגו נאמין לו על אלה הדברים כפי תפיסתינו דבריו, ולא נאמר הא כל טעם המגו דאמרינן דאינו משקר, והרי זה שקר לעינינו, דהא לא אמר כן כמו שאנו תופסים בדבריו ונפל המגו.

וזה באמת לא היה מוסכם אצלי כל כך מסברא, אבל מוכרח הוא מהתוס׳ דהקשו בפ״ק דסנהדרין (דף ט ע״ב) על המסקנא דרמי בר חמא דמה דקתני העדים שאמרו כת״י הוא זה אבל אנוסים היינו, אם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנין, דזה הוא רק באנוסים היינו מחמת נפשות. והקשו על זה דגם באומרים מחמת ממון נימא פלגינן דיבורייהו עיי״ש. והרי הכא גם אחר שנפלוג דיבורייהו ונפרשם דמחמת נפשות היה, אכתי לא יהיו נאמנים בלא מגו, דהא גם באומרים בפירוש כן אינם נאמנים כי אם באין כתב ידם יוצא ממקום אחר במגו דהוה אמרי׳ אין זה כתב ידינו, מבואר מזה דתרתי עבדין ליה דמפרשין ותופסין הדברים לא כמו שאומר, וזה שאנו תופסין מדבריו מאמינים במגו, אף דמ״מ אנו תופסין ששיקר שלא כן הוא כאשר דבר, מ״מ הוי מגו.

השלישית דמה שתירצו התוס׳ בסנהדרין שם על קושיא זו דבחד גופא לא פלגינן דבוריה וכתבו לתרץ עוד כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן. ולכאורה התירוץ הראשון מרווח והשני דחוק, ומה ראו על ככה.

יש לומר דהוה דחיקא להו גם התירוץ הא׳, משום דבפלוגתא דר״ד ור״ש בפרק יש נוחלין (דף קלד ע״ב) מקשה בגמרא ומ״ש מדרבא, ומשני מ״ס כי׳ פלגינן דבוריה בתרי גופי כו׳, משמע דבעי לומר דלא אדרבא פליגי כי אם בכוונת דברי רבא פליגי אם אמר אף בחד גופא או לא, וכיון דרבא הוא דשקיל וטרי בדברי רמי בר חמא שם בכתובות, ומסיק אלא אי איתמר הכי איתמר, אם כן יקשה למ״ד דרבא סבר דבחד גופא נמי פלגינן איך אמר דמחמת ממון אינם נאמנים ונצטרך לומר דרבא רק מפרש דברי רמי בר חמא וליה לא סבירא ליה, וזהו דוחק בעיניהם.

רביעית, מהגהשו"ע יו"ד (סי' קסט סכ"ה) דהלוה נאמן לטעון הלוית לי ברבית במגו, והרי בלוה שאמר שלוה ברבית מפורש בפרק זה בורר (כ"ה א') דשייך ביה אין אדם משים עצמו רשע, והש"ך כתב בזה ויש חולקין דאין אדם משים עצמו רשע ועכ"פ הגהשו"ע פסק דנאמן במגו[5].

הרביעית דמה דשוים בו כל הפוסקים (זולת הראב"ד שבהר"ן בפרק המדיר בסוגיא דעוברת על דת) דמה שאדם אומר לחובתו נאמן אף דמשים עצמו רשע כגון האומר לקחתי ממך ריבית או האומרת עברתי על דת דנאמנים ומחייבים לזה להחזיר הדמים שנטל ולזו להפסיד כתובתה, הטעם משום כיון דבידן למחול או לחייב עצמו דהוה כמחילה או כמחייב עצמו.

ואחרי אלו ההקדמות נוכל לפרש דברי התוס' כך, דהן אמת דמשום הכי לא הקשו בפשוטו דברצון דנפסדת כתובתה וליתא לחשש עיניה נתנה נאמין לדבריה כמו בטוענת מאיס עלי, דזה לא הוה קשיא להו משום דאין אדם משים עצמו רשע וכדברי מעלתו שי'. ואולם מה שהקשו דנאמינה במגו אינו כפי ההבנה הפשוטה דנאמינה שזינתה ברצון במגו, דהא היכא דמע"ר לא מועיל מגו, אלא דקושייתם אזלא הכי, דאנן נפלוג דיבורה ונפרש ונתפוס מדבריה שנטמאה באונס ונאמין זה שאנו תופסין מדבריה במגו דמאיס עלי. ואף דהיא לא אמרה כן, מ"מ שייך מגו, וכמו שהצענו בהקדמה שניה. בשלמא כל הטוענת נטמאתי באונס לית לה מגו דמאיס עלי דאין רצונה לאבד כתובתה, אבל זו דמסכמת לאבד כתובתה, דהא אומרת דנטמאת ברצון, אין דבר ימניענה עוד מלטעון מאיס עלי.

מיהו בלא מגו ליכא קושיא כיון דמפסדת כתובתה נאמין לה, דאמנם כן אילו היה אפשר לנו לתפוס דבריה כהוויתן, באמת היה נופל חשש דעיניה נתנה כיון דהפסד כתובתה יוצא מתוך טענתה, אבל עכשיו דאי אפשר לנו ליקח דבריה כמו שהן דאין אדם משים עצמו רשע, אלא מפרשינן שנטמאה באונס, ומה דמכל מקום הפסידה כתובתה הוא דהוי כמוחלת מ"מ לכתובתה, הנה המחילה שאצל טענת נטמאתי באונס אינו מדחה לחשש עיניה נתנה, וזה על פי הקדמה ראשונה ורביעית שהצענו. אבל להאמינה במגו יפה הקשו דנהי דאנו תופסים מדבריה שנטמאה באונס ואבדון כתובתה הוא מטעם מחילה, מ"מ כיון דמוחלת ואינה חוששת לכתובה, כבר סר המונע ומסיר המגו, ושניא דא מכל טוענת נטמאתי באונס, דאמרינן מסתמא רוצית בקיום כתובתה וזהו שמנע אותה לטעון מאיס עלי.

ולא היה אפשר להו להתוס' לתרץ כמו שתירצו בסנהדרין על קושייתם דנפלוג דבוריה, דתירוצם השני הא לא שייך הכא דהא שאחד"א הוא דאורייתא, ותירוצם הראשון נמי לא דהא מרא דעובדא בנדרים הוא רבא ויקשה אכתי למ"ד דרבא אמר בחד גופא נמי פלגינן וזה ע"פ הקדמה השלישית שהקדמנו.

כל זאת אני כותב דרך פלפול קצת, אבל לקושטא דמילתא לענ"ד עצם דברי רו"מ שהם דברי שער המלך, מופרכים, דאיך שייך שלא להאמינה היכא דשויא אנפשה חתיכה דאיסורא משום דאאמע"ר בין יהיה כקצת האומרים דשאחד"א הוא מטעם נדר בין כקצת שהוא מטעם הודאת בעל דין לחובתו כמאה עדים דמי, הנה כמו דנאמן אדם לחובתו גבי ממון, ה"נ נאמן לגבי איסורא, ועל כרחינו צריכים אנו לפירושו של אבי מ"ו זצוק"ל [דמה שלא הקשו דתהא נאמנת בזינתה אינו מטעם דאאמע"ר אלא מטעם אחר, ע"ש]. וחפשתי וראיתי שגם בפסר הפלאה פירש כן". עכ"ל רבינו בכתובות בענין ראיה זו.

5. עיי' גליון רבינו לשו"ע יו"ד שם. ועיי"ש שמביא הוכחה לענין זה מיבמות כה, א במתניתין ר"י אומר הרגתיו לא תנשא אף דיש לו מיגו דהיה אומר מת על מיטתו. ועיי' הפלאה כתובות יח, לתוד"ה ואין אדם שמוכיח כן, (מציינו רבינו בגליון יבמות שם). ועיי' שערי ישר ש"ז פי"א.

ונראה דיש להשיב תשובה על כל ראיה: **על ראיה ראשונה** י״ל דאמנם איכא לטעם דחזקת כשרות מנגדתו, אך אטו עדים לא מהימני נגד חזקה, וע״כ הוצרך רבא לטעם אדם קרוב אצל עצמו, ואין לאדם תורת עד על עצמו (ועמ״ש אשכול ה׳).

ועל ראיה שניה י״ל דבהאי דס״ל לרבי (בקדושין דף סד ע״ב) דנאמן לומר יש לי בנים להתירה לשוק במגו דפטר נפשה בגיטא, משום דמה לי לשקר כעדים דמי ואתי עדים ועקרי לחזקה, כתב עליה הר״ן [כח, א] אף דאיבעי לן אי אמרינן מגו במקום חזקה הכא דבידו שאני, וע״כ במגו דאי בעי מחל שהוא מגו שבידו יפה הקשו להאמינו דבידו עוקר החזקה[6].

ועל ראיה השלישית י״ל על פי מה שכתבו התוס׳ ריש כתובות (דף ג ע״ב ד״ה ולדרוש) דמש״ה זינתה באונס שרי דהאשה לא עבדה מעשה דקרקע עולם היא, והרי כתב הב״י דבעבירה דשב ואל תעשה לא שייך אין אדם משים עצמו רשע[7] (ענף י״ג).

ועל ראיה הרביעית י״ל למ״ש בנמוקי יוסף פרק זה בורר [ד, ב] דלא משמע להו לאינשי שהלוה מוזהר שלא ליתן רבית ואינו נפסל מהתורה, וא״כ תידוק מיניה דהגהשו״ע שפיר דנאמן במגו לשוי׳ נפשי׳ רשע דרבנן[8], דהרי חזינא סברת הרב המגיד בהרמב״ם (הלכות אישות פ״א ה״ד) דבאיסורא דרבנן ליתא כלל לחזקה דלא עבר, משום דבאיסורא דרבנן לאו כ״ע זהירי, ונוח לומר דגם להחולקים על זה, עכ״פ אינו חזקה אלימתא עד שגם במגו בל תאמין אותו, אבל לא תידוק ברשעות דאורייתא דמיירי ביה מהר״ש מקינון.

אבל נראה לי לסתור שלש תשובות האחרונות כאשר אומר: **סתירה לתשובה שעל ראיה השניה.** דמכדי קיי״ל דבעל שאמר גרשתי את אשתי למפרע גם להבא אינו נאמן (פרק יש נוחלין דף קל״ד ע״ב) כיון דאין בידו לגרשה למפרע, ואולם במגו לא אמרינן הכי אלא דגם אם הטענה של עכשיו היא למפרע, והטענה דהוה מצי למטען היה מזמן מאוחר

6 עיי׳ שער המלך סוף הל׳ מכירה שמצדד דבידו נאמן במשים עצמו רשע. ועיי׳ עוד בענין דבידו עדיף ממיגו תורת גיטין סד,א וקובץ שיעורים כתובות אות סט.

7 יש להעיר על יסוד זה מהא דכתובות עב,א לענין משמשתו נדה שכתב הראב״ד דאינה נאמנת משום דאין אדם משים עצמו רשע, והרי לדברי רבינו לא שייך בזה אאמע״ר כיון דהוה בשוא״ת.

8 רבינו מדמה עבירה דרבנן לפסול דרבנן, ועיי׳ כללי מיגו לתומים אות קה כתב בענין אם אומרים בעבירה דרבנן אאמע״ר וז״ל ״אמנם הוא חשב [שו״ת פני משה] להביא ראיה מהא דאמרינן לדידי אוזיף בריבית דאאמע״ר אף דלוה בריבית אינו נפסל אלא מדרבנן לדעת הנ״י שם בסנהדרין ע״ש. והשוה הרב פסול דרבנן לעבירה דרבנן, וזה אינו, דודאי עבירה דאורייתא עבר ולא תעשה מוחלט רק לעדות אינו נפסל ד״ת כמ״ש הנ״י דלא נחשד שיעיד שקר, אבל מכל מקום עבירה של תורה עבר ולא משים עצמו רשע״ ועיי׳ להלן סוף אשכול ג.

והנה מדברי רבינו מבואר דיש מקום לומר דאף דבכל איסורי דרבנן אין אדם משים עצמו רשע, אך במיגו נאמן דאינה חזקה כל כך שלא יועיל מיגו נגדה, ועיי׳ בשער המלך סוף הל׳ מכירה שכתב כן, די״ל דאף דמגו לא אמרינן כשמשים עצמו רשע וגם בדרבנן אין אדם משים עצמו רשע אך במיגו בדרבנן נאמן.

מ״מ נאמן, הן רוב מגות שבש״ס שתי הטענות הן על זמן אחד, כמו החזרתי במגו דנאנסה, דאי בעי אמר דנאנסה באותו זמן שהחזיר לפי טענתו, וכן קמי דידי זבנא מינך במגו דאני זבנתיה מינך, הומ״ל מינך זבנתיה באותו יום שקמי דידיה זבנא כפי טענתו, וכן משארסתני נאנסתי במגו דמוכת עץ וכדומה רבות. ופרוע במגו דמזוייף דאין הטענות על זמן אחד, אינו ענין לנידון דידן, דהתם הטענה שהוא יכול לטעון היא על זמן למפרע, וזה ודאי אינו גרעון להמגו דבכלל מאתיים מנה, דבמה דהוה למפרע יש בו גם להבא. אבל הא מצינו גם בנ״ד, דהא היה נאמן שותף הכותל שנפלו האבנים לצידו ושהו בידו זמן מרובה לטעון שהוא לבדו בנה הכותל, במגו דאי בעי טען לקחתי ממך האבנים אחר שנפלו לחצרי לולי הטעם דמגו נגד מנהג לא אמרינן[9]. והרי זמן בנין הכותל קדם לזמן קניית אבנים אחר נפילת הכותל.

ואם איתא דקושית תוס׳ וראשונים באמנה משום בידו, לא היה קושיא כלל, דהא טענה דאמנה הוא למפרע, מזמן דכתוב בשטר, והמחילה אינה בידו כי אם מעכשיו ולהבא[10], ועל כרחי׳ היה קושייתם משום מגו, והיינו דכל בידו גם משום מגו יש בו, אלא דבגרשתי למפרע אי אפשר להאמין אותו משום מגו דהא הוה מגו במקום חזקת אשת איש[11] וצריך אתה לבא משום דבידו, אבל באמנה הקושיא נהי משום דבידו אין להאמינו כיון דאמר למפרע, מ״מ משום מגו שבו נהימניה. (והיינו דס״ל דחזקת צדקת אינה אלימא כל כך כחזקת אין העדים חותמין על השטר אלא אם כן נעשה בגדול, דאינה בכלל האיבעיא אי אמרינן מגו במקום חזקה דלא איפשטא כדמוכח (כתובות דף י״ח סע״ב) דמוציאין ממון על פיה גם בדאיכא מגו כנגדה, אלא דזו החזקה היא באותה יחס של חזקה אין אדם פורע תוך זמנו דלא אפשיטא האיבעיא, ועל כן יש להאמינו אמנה להחזיק ממונא משום מגו).

ועכ״פ נסתרה התשובה וקמה הראיה דסבירא להו דבמגו נאמן לשווייה נפשיה רשיעא מדהקשו להאמינו במגו.

סתירה לתשובה שעל ראיה השלישית. דנראה דכונת התוס׳ דמקרי שב ואל תעשה הוא רק לענין דאינה בדין תהרג ואל תעבור על גילוי עריות, אבל לחומר העבירה חשוב כמעשה, שהרי התורה אמרה ונכרתו הנפשות העושות[12]. ותדע, דהא אותו הטעם דנאמנת לטעון מאיס עלי ולא חיישינן שמא עיניה נתנה באחר, דמשום זה לא היתה מפסדת לעצמה כתובתה, איתא נמי בבאה לאסור עצמה בטענת זנות דהיינו ברצון דמפסדת ג״כ כתובתה, ולמה להו להתוס׳ להקשות משום מגו, ולא בפשוטו להאמינה

9 עיי׳ תוס׳ ב״ב ב,א ד״ה לפיכך.

10 עיי׳ שיטה מקובצת כתובות שם בשם הרא״ה שבאמת מתרץ כן דלא אמרינן מיגו דאי בעי מחיל דזה למפרע וזה להבא, ומדמה לגמ׳ בב״ב בבעל שאמר גירשתי את אשתי.

11 עיי׳ תומים קיצור כללי מגו אות ה.

12 עיי׳ רש״י כריתות ג,א ד״ה דא״ר אבהו ובתוס׳ ב״ק לב,א ד״ה איהו. ועיי׳ קובץ הערות יבמות סי׳ מח, ואתוון דאורייתא כלל כד.

שזינתה מהטעם עצמו שנאמנת מאיס עלי, וע"כ צ"ל דזה לא היה ק"ל משום דבזנות שויא נפשה רשיעא[13].

סתירה לתשובה שעל ראיה הרביעית, דנהי דסברת הנ"י כן הוא דמדאורייתא לא מפסיל הלוה, מ"מ בעל הגהשו"ע לא פסק כמותו, דהא סתם ולא חלק עמ"ש המחבר בחו"מ (סי' לד סעי' י') דגם הלוה נפסל מהתורה.

עוד רגע אדבר בהא דאמרנו דמשום בידו אינו נאמן גם להבא, ומשום מגו אף דלמפרע אין לו מגו מ"מ נאמן להבא, וכי יציבא בארעא כו'. ועל כן היה נראה משום דוחק הקושיא, דבאמת אין ההבדל מונח בין בידו למגו, אלא מונח בהא, דאם יש מציאות לשינוי דין מה בין נאמנות למפרע לנאמנות דמכאן ולהבא, אז אינו נאמן גם להבא משום דהוי כעין מגו לחצי טענה, כיון דבדברו למפרע מונח נאמנות יותר ממה דהוא בידו, ועל כן בגרשתי דיש מציאות בזה, דאם עומד בתשרי ואמר גרשתי בניסן, אם יעידו עדים שזינתה באייר, לפי דבריו אין בה משפט מות, וכן אם תתבע מזונות מניסן עד תשרי, לדבריו שגרשה בניסן אינו חייב מאז למזונה, ואילו עביד מה שבידו לגרשה עכשיו, שפיר בת מות היא, וחייב במזונותיה, בהא אינו נאמן גם להבא. אבל באבני כותל דאין נ"מ בין בנה כולה מדידיה בניסן לבין קנה האבנים בתשרי, בהא נאמן[14].

או דבהא מונח ההבדל דאם שניהם מה שאומר דעבד ומאי דאי בעי הוה עביד הם ענין אחד ממש, כמו גרשתי ובידו לגרשה בזה אינו נאמן גם להבא. משא"כ כשהם ענינים חלוקים, כמו בנין הכותל וקניית האבנים בזה נאמן להבא דלא שייך ביה טעמא שבגמרא פרק יש נוחלין שם דלא פלגינן דבוריה כיון דאינו זה הדבור ממה שבידו.

לפי זה בשטר אמנה דאין מציאות שיהיה שינוי דין בין אמירת אמנה למפרע לבין מוחל מהשתא, דאי נמי לוה זה המלוה מאחר בין ניסן לתשרי דלטענת אמנה אינו חייב הלוה למלוה השני מדר' נתן, הא גם במוחל עכשיו לא יהיה חייב, דהא בקושיית התוס' סבירא להו דבשעבודא דר' נתן ג"כ יכול למחול כמו במוכר שטר חוב. וענין אחד נמי אינו, אמנה ומחילה, וא"כ שפיר י"ל דקושית התוס' היה משום בידו.

אבל נראה דא"א לומר דבאחד מאלו מונח ההבדל ולא בין מגו לבידו, דהא בטוען פרעתיך תוך זמנו במגו דפרעתיך לאחר זמנו דהטענה שטוען היא למפרע פרעתי בניסן תוך זמנו ומה דהוה מצי לטעון הוא להבא פרעתי בתשרי אחר זמנו ושניהם ענין אחד, פרעתי בניסן ופרעתי בתשרי, דומה ממש לגרשתי בניסן גרשתי בתשרי, ושינוי דין נמי יש, דאם לוה המלוה מאחר בין ניסן לתשרי, לטענה דהו"מ למטען היה חייב לשלם שנית למלוה השני שנשתעבד לו מדר"נ וכדאיתא בשו"ע חו"מ (סי' פ"ו ס"ה), ומ"מ לולי דהוה מגו נגד חזקה היה נאמן פרעתי תוך זמנו במגו דפרעתי

13 עיי' שער המלך הל' אישות פ"ט הט"ו שכתב כן, ועיי' המעותק לעיל מדברי רע"א בכתובות, ועיי' אבני מילואים סי' עז ס"ק ז, ובבנין עולם אה"ע סי' י ד"ה וראיתי.

14 עי' שערי ישר ש"ו פי"ב וקובץ שיעורים ב"ב קלד,ב שכתבו כן דהא דלא נאמן בגירשתי גם להבא הוא משום דיש נ"מ בגירושין גם על לשעבר. ועיי' קובץ שיעורים ח"ב סי' ג.

לאחר זמנו. הרי דההבדל ע״כ מונח בין מגו לבידו, וקושיית תוס׳ א״כ לא היה משום בידו כי אם משום מגו, וקם ועמד סתירת התשובה על ראיה שניה.

ועדיין אף דהקושיא למה מגו עדיף בזה מן בידו לא יביאנו לדוחק הבדלים אלו כי עדיין לא תוסר הקושיא, דהא במגו בכל גוני נאמן, מ״מ קושיא אחרת תצריכנו לקבל הבדלים אלו בבידו לחוד, דהא קשיא בהא דנאמן לומר יש לי בנים משום דבידו לגרשה, והא אמירתו דהשתא היא למפרע, דאינה בחזקת איסור לשוק מאז נולדו הבנים (שזו החזקה היא גם בעודה אשת איש שהרי בעבורה הוצרך רבי לומר דמה לי לשקר כעדים דמי ואתו עדים ועקרי לחזקה) ובידו לגרשה הוא רק שבל תהיה אסורה לשוק להבא, ואית לן למימר כיון דאמר למפרע, גם אינו נאמן. אע״כ דיש הבדל האמור בבידו עצמו, וע״כ ביש לי בנים אין שינוי דין וגם אינם ענין אחד נאמן. וא״כ שפיר י״ל דמשום מגו באמת לא היה ק״ל להתוס׳ דמגו במקום אין אדם משים עצמו רשע לא אמרינן דהוי מגו במקום חזקה, וקושית התוס׳ משום בידו דהוי כעדים ועוקר לחזקה.

ומ״מ אף ששתי ראיות ראשונות יש לדחות מ״מ שתיים האחרונות חזקים וקיימים, דדעת התוס׳ פרק אעפ״י ודעת הגשו״ע דבמגו נאמן גם בטענה דמשוי נפשי׳ רשיעא. ונ״ל סברתו כמ״ש בפתח דברינו דטעם אין אדם משים עצמו רשע רק משום דאדם קרוב אצל עצמו, וזה אינו טעם אלא שלא יהיה נפסל לעדות על פיו כמו שמצאנוהו בש״ס דאם מעיד על מי ובעדותו יש רשעות על עצמו לא נימא הא רשע הוא וכסברת רב יוסף בפלוני רבעני לרצוני, אלא אמרינן אדם קרוב אצל עצמו ולא נעשה רשע על פיו, אבל אין זה מעכב להאמינו בטענה שטוען, וכיון דלית ליה הטעם האחר שכתבנו דאינו נאמן משום דחזקת צדקת מנגדתו, ממילא יסבור דנאמן במגו, דטעם אדם קרוב אצל עצמו אינו מונע ההאמנה במגו וכמו שאמרנו כבר דאטו בעל דבר אינו נאמן במגו.

אמנם על זאת יש לשית לב מה יענו אלה הראשונים ז״ל על ראיות המוכיחות בש״ס דגם במגו אינו נאמן, והן שתיים, האחת אשר הביאה מהר״ש קיניון (בש״ך כללי מגו סי׳ כ״ד) מפלוני רבעני לרצוני מדלא מהמנינן ליה במגו דרבעני לאונסי. והשניה מהאי דפ״ב דכתובות (י״ח ב׳) דעדי השטר שאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות באין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים והיינו משום מגו, דהא בכתב ידם יוצא ממקום אחר דליכא מגו אינם נאמנים, ומ״מ באנוסים מחמת ממון אינם נאמנים ויהיב טעמא בגמרא משום אין אדם משים עצמו רשע.

והנה על הראיה שהביא מהר״ש קינין בעצמו איני יכול להשיב, בעוד קצרה דעתי להבין פניני אמריו כמו שתמהתי עליהם לקמן (גרעין א).

ועל הראיה מפ״ב דכתובות, נ״ל בהא דאמרינן גבי עדות חדא הגדה כתיבא (וזה הטעם דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כדאיתא ברש״י בסוגיא זו דכתובות) סבירא להו ז״ל דבעי שיהיה חדא מכל צד, לא יחלקם לא הזמן ולא המהות, ויהיו ההגדות נחשבות לשתיים על שני מינים, או אם תהיה אחת מאוחרת מהאחת יותר מתוך כדי

דבור דחילקם הזמן לשתיים, או יהיו תכופים זה לזה, אלא שהאחת יש בה עדות מה אשר לא האמינתה התורה עליו מה שאינו בהאחרת,

ובכתב ידם יוצא ממקום אחר — גם באומרים אנוסים היינו מחמת נפשות — דהגדה שבשטר כבר היתה מלפני זמן כיון שלא היה השטר מחוסר קיום הוא ממין הראשון, ואולם באין כתב ידם יוצא ממקום אחר ואומרים אנוסים היינו מחמת ממון הוא ממין השני, דנהי דהזמן לא חילקם שהרי ההגדה שבשטר נמי אינה מתחלת כי אם מרגע זה שמקיימים השטר באמירת כתב ידינו הוא זה, הנה המהות מחלקם, דבהגדת אנוסים היינו מחמת ממון יש בו מהעדויות שלא האמינתו התורה עליו, והיינו מה שמעיד בזה גם על עצמו לומר שהוא רשע.

והנה דין דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד גזרה התורה אותו על כל פנים שיהיה דגם בדאית להו מגו אינם חוזרים ומגידים. וזה מבואר בהתוספות, דעל קושייתם [כתובות יח, ב ד"ה אין נאמנים] בסיפא דמתני' בכתב ידם יוצא ממקום אחר אמאי אינם נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת נפשות במגו דפרוע, תירצו דהוי חוזרין ומגידין וכיון שהגיד כו'[15], וע"כ יפרשו הם דהטעם שבגמרא בהא דאינם נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון משום דאין אדם משים עצמו רשע, הוא טעם שיהיו נחשבים לחוזרין ומגידין, דכיון דבהגדה זו יש בו מהעדיות שלא האמינתו התורה עליו דעצמו אינו נאמן לעשות רשע בעדותו, אינה חדא עם הגדת השטר שכולו עדות שנאמן עליו, וכיון שהם חוזרים ומגידים ממילא גם מגו דאין זה כת"י אינו מועיל, ועדיין אמינא דלולי דמקרי חוזר

15 עיי' בדברי רבינו להלן ענב ו ובדו"ח שם שמוכיח כדבריו מדברי רש"י בגמ' ד"ה כיון שהגיד שכתב "בשלמא רישא כשאין כתב ידן יוצא ממקום אחר ועלייהו סמכינן כולה חדא הגדה היא דהא באותו דבור בכדי שאילת שלום קאמרי אבל אנוסים היינו". ולמה הוצרך רש"י לומר דברישא נאמנים מטעם הכולה חדא הגדה היא, והרי היה יכול לפרש דברישא נאמנים משום מגו, ועל כרחך דאילולי דחדא הגדה היא, גם מטעם מגו אינם נאמנים לחזור ולהגיד.

ועיי' חידושי רע"א כתובות שם לתוד"ה אין נאמנים דפשיטא ליה דבמגו אין חסרון של כיון שהגיד, ועיי"ש מה שמיישב את דברי התוס'. ועיי' חידושי הגר"ש שקאפ סי' יח שתמה על דברי רבנו דמה ענין כיון שהגיד למגו, והרי מגו הוא הלכה בעדות. ועיי' קובץ הערות סי' יח שמבאר בזה די"ל דדינא דכיון שהגיד אינו משום חולשת ההגדה השניה כי אם משום חוזק ההגדה הראשונה שאינה יכולה ליבטל, ולכן גם על ידי מגו לא תיבטל.

ובאמת היה מובן יותר על פי דברי הריטב"א בסוגיין דהא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד זה משום דכתיב "יקום דבר" דלפי זה מובן דאחר שקם דבר על פי ההגדה הראשונה שוב אינו יכול לחזור גם על ידי מגו, ובדברי התוס' אפשר לפרש כך, אך הרי רש"י כתב במפורש דהא דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד זה משום דחדא הגדה כתיב, ולפי זה אין זו אלא הלכה בעדות, אך כשבאים בתורת מגו לא שייך כלל ענין זה דחדא הגדה. ובעליות דרבינו יונה ב"ב מח,א ד"ה אמנה היו דברינו כתב וז"ל "אבל גבי מודעה היו דברינו דקא מודו בעדות השטר וכו' כיון שהגידו והודו בעיקר עדותן שוב אינן חוזרין ומגידין לבטל עדותן וכו', ואע"ג דאיכא מגו, דגזירת הכתוב הוא דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד". מבואר מדבריו דא"א לחזור ולהגיד על ידי מגו. (מתוך ספר קונטרס מילי דשטרות להרב דוד כהן סי' ה). ועיי' עוד בענין זה בדברי יחזקאל סי' יט ובקהילות יעקב סי' יט.

ומגיד דהיו נאמנים במגו אף דמשוי נפשיה רשיעא[16]. ולקמן (ענב ו׳) נוסיף לכתוב אי״ה כמה קושיות יתיישבו ע״י הנחה זו שיש עוד ענין שמחשיב ההגדות לשתיים, וישוב על מה שיש לדייק מרש״י ז״ל נגד הנחה זו.

הן דברי רבינו הב״י (בחו״מ סי׳ כט אות ח) אינם כסברתינו דהוא ז״ל כתב דעיקר טעם דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הוא משום דמשוי נפשיהו רשיעי באומרם שאז העידו שקר, וא״כ אם אמרת דאינם נאמנים להיות חוזרים ומגידים גם במגו ממילא מוכרח דאינם נאמנים בטענה דמשוי נפשיה רשיעא גם במגו.

גם הר״ן בכתובות [ז, א בדפי הרי״ף] בקושיתו על פירש״י במה דס״ל (בדף י״ט ע״ב שם) דבכתב ידם יוצא ממקום אחר אין העדים נאמנים לומר תנאי היה דברינו כתב בזה״ל ״דא״כ עכצ״ל דסתם שטר הוה כפירש שאין בו תנאי וע״כ אינם נאמנים להיות חוזרים ומגידים וא״כ גם באין כתב ידם יוצא ממקום אחר בל יהיו נאמנים דהא משוי נפשיהו רשעים מצד עצמן שכתבו בשטר דבר שאינו״ עכ״ל. ומדהאריך לבאר דמשוי נפשייהו רשעים למען הסב עליו הקושיא דלא להימני במגו דאין זה כתב ידם ולא הקשה עד אחר שביאר דמקרו חוזרים ומגידים דלא יהיו נאמנים במגו, שמעת מיניה תרתי חדא דס״ל דבמגו מיהו חוזרים ומגידים, שנית דס״ל דהיכי דמשוי נפשי׳ רשיעא א״נ גם במגו, מיהו כל זה בל ימנעני ליישב בזה דעת הסוברים דבמגו נאמן גם היכי דמשוי נפשי׳ רשיעא.

והיוצא דשיטת הר״ש מקינון, והריטב״א והר״ן והב״י דגם במגו אינו נאמן, ודעת התוס׳ והגהשו״ע דבמגו נאמן.

16 מבואר בדברי רבינו דסובר דהא דברישא באנוסים מחמת ממון אינם נאמנים אין הטעם משום דאינו נאמן להשים עצמו רשע במגו, אלא הטעם דבמגו בלאו הכי אינו נאמן כיון שאינו חוזר ומגיד, אלא שאם לא החסרון דאאמע״ר היה נאמן משום דכולה חדא הגדה היא אך כיון דבתורת עדות אינו נאמן משום דאאמע״ר ממילא אינו נאמן כלל דהוה חוזר ומגיד.

ועיי׳ אבן האזל חובל ומזיק פ״ה ה״ז שמבאר דאינו יכול להיות נאמן בתורת מגו או הפה שאסר אלא מי שהוא בעל דבר או שהוא עד, אך אם אינם עדים ואינם בעלי דברים לא נאמרה כלל ההלכה של נאמנות של מגו והפה שאסר. ולכן היכא דמשים עצמו רשע אינו נאמן משום דכיון שאינו עד הרי גם אינו נאמן במגו, דכל כח נאמנות המגו הוא רק לחזק את טענתו בבעל דבר או בעד, אך כשאינו עד אין גם נאמנות להפה שאסר. וכעין זה ביאר גם בקהילות יעקב שם.

ובחידושי הגרש״ש סי׳ יח מבאר דהא דאינם נאמנים ברישא מדין מגו דנחשב מגו במקום עדים, דכיון דאין לדבריהם דין עדות, ועל קיום השטר נתקבלה עדותם הרי שהמגו הוא מגו במקום עדים, ועיי״ש עוד בביאור הענין.

ומבואר בזה דיש ד׳ דרכים בהא דאינם נאמנים ברישא לטעון אנוסים היינו מחמת ממון: א דאין נאמנות במגו להשים עצמו רשע. ב כיון שבמשים עצמו רשע אינו עד הרי שאינו נאמן במגו כיון שאינו חוזר ומגיד. ג כיון שבמשים עצמו רשע אינו עד אינו נאמן גם במגו, דמגו אינו כח נאמנות בפני עצמו. ד כיון שמשים עצמו רשע אינו נאמן בתורת עד ממילא אינו נאמן גם במגו דהוה מגו במקום עדים.

ספר העיקרים

אשכול ב

[בדעת הגהות אשר״י דלפטור מממון אדם משים עצמו רשע]

בהגהת אשר״י [ב״ק סי׳ יח] הביא דעת רבו דלפטורי מממונא נאמן אף כשמשים עצמו רשע (ענף י״ד)[17]. ולכאורה היה נראה לי דזה דעת הגהשו״ע להלכה, והוא ממה שכתב ביו״ד (סי׳ קס״ט סכ״ה) עמ״ש המחבר בלוה שטוען שהמלוה לקח ממנו רבית דהמלוה נאמן בלא שבועה, כתב בהגה״ה ״ודוקא שהלוה בא להוציא מן המלוה כגון שהיה לו משכון או שכבר פרע לו, אבל אם המלוה בא להוציא מן הלוה נשבע ופטור״. ובפשוטו משמע דלאו מטעם מגו הוא, דא״כ למה ליה לאשכוחי מציאות שאין הלוה נאמן כשהמלוה מוחזק, הא משכחת לה בפשוטו כגון שאין ללוה מגו והיינו באמר ליה אל תפרעיני אלא בעדים, או שהוא תוך זמנו.

אמנם זה ודאי אי אפשר להאמר, דדל מהכא דין אין אדם משים עצמו רשע, עכ״פ אין זה טענה טובה בעצם שיהיה נאמן בה בלא מגו, ושאני פרעתי דכל מלוה לפרעון עומד, וכש״כ טענת להד״ם דלאו כל אדם עומד ללות, אבל ללות ברבית עכ״פ אינו טענה עדיפא מטענת מחלת לי דאינו נאמן בלא מגו (שו״ע חו״מ סי׳ [עח סעי׳ א]).

ותו, דא״כ בל יהי לנו מה ליישב קושית הש״ך מסי׳ קע״ז סעי׳ י״ב דכתוב שם במקבל מעות לחצי ריוח וטוען שמלוה ברבית היא אינו נאמן. ואא״ל ליישב זה, אלא דשם מיירי בדלית ליה מגו והכא מיירי בדאית ליה מגו להלוה[18].

גם הא כתב הרב בהגהשו״ע חו״מ (סי׳ רצ״ב סוף ס״ז) במעות שנפקד בידו באופן שאסור לו להשתמש בהם והוא עסק בם והרויח, אמרינן מסתמא עבור המפקיד עסק בם ואינו נאמן לומר לעצמי עסקתי זולת אם אמר כן מקודם לפני עדים. וע״כ הטעם דאינו נאמן הוא או משום דכיון דהיה אסור לו לעסוק בם אמרינן אין אדם משים עצמו רשע או כנ״ל שהיא טענה גרועה עכ״פ, וא״כ מוכח עכ״פ דבטענת רבית

17 עיי׳ תומים קיצור כללי מגו ס״ק קה. ועיי׳ דו״ח כתובות יב,ב בשם רבינו בענין זה וז״ל ״אאב״ה אחי הרב רבי שלמה נ״י הראה לי מ״ש הגהת אשר״י פרק הגוזל עצים סימן יח, דדעת הריב״ם דלפטור עצמו מממון נאמן אף דמשים עצמו רשע, ושלא לדחות דלמא להוציא ממון שאני, הראני שוב דברי בעל התרומות שבב״י חו״מ (סימן עה אות יג) בטוען גזלתני או הלויתני ברבית כתב שלא להשביע על טענתו משום דלדבריו חשוד הוא, ותיפוק ליה דבהלויתני בריבית משוי נפשיה רשיעי, וא״נ להוציא ממון ואף לכשת״ל דאין ה״נ אלא דנקט טעם השוה בכל גם בטענת גזלתני, מכל מקום הא הביא הב״י מיד בסמוך דברי תלמידי רשב״א שחלקו בין טענת גזלתני דמשביעים את הנתבע לבין טענת מנה של רבית יש לי בידך דס״ל דאין משביעין וטרחו לחלק ואמאי לא בפשוטו דברבית משים עצמו רשע בטענתו, ואינו נאמן להוציא ממון וממילא אין כאן שבועה, גם הא בהג״א הנ״ל כתב דלא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע כי אם לענין עדות וכן מורה לשון רש״י כתובות דף יח ב ד״ה אאמע״ר דז״ל אינו נאמן לפסול את עצמו מחזקתו, דקרוב הוא אצל עצמו וקרוב פסול להעיד, ובפ״ק דבב״מ דף ג ע״ב הקשו בתוס׳ האיך נאמן לומר גבי אכלתי חלב מזיד הייתי והא אין אדם משים עצמו רשע, משמע דגם לאו לענין עדות אמרינן אאמע״ר, עכ״ד אחי שי״״. ועיי׳ קובץ הערות יבמות סימן כב אות א.

18 עיי׳ חוות דעת סוף סי׳ קסט.

אין הלוה נאמן בלא מגו (ומאי דבמגו מיהו מהימן אף דמשים עצמו רשע בטענתו, כתבנו באשכול א').

וכבר חשבתי לומר דמהא אין ראיה מכרעת כ"כ, די"ל דמה דאינו נאמן לומר לעצמי עסקתי, היינו דבתולדה כל ריוח הנצמח מאיזה ממון הוא כמו פירות אילן ושדה, וכמו שאין אדם נאמן לקצור שדה חבירו ולגדור דקלא דאחרים ליקח פירותיו, זולת במחזיק בהשדה והאילן דנאמן לומר לפירות ירדתי משום דהחזקתו בשדה מסייעו, כך אינו נאמן לומר — הכא דידוע שפקדון הוא ואין מה מסייעתו — הריוח שנצמח שלי הוא, דהריוח בחזקת בעל המעות, וה"ט (בשו"ע חו"מ סי' קפ"א ס"ב) דנאמן שותף לומר שאמר לעצמי אני מציל, דהתם דמיירי באינו יכול להציל (עיי' ש"ך שם) הוי יאוש ואינו כמוציא מחזקת הבעלים, משא"כ הכא דהריוח כמו כן בחזקת הבעלים כמו הפקדון עצמו.

אבל ראיתי במשנה למלך הל' גזילה ואבידה (פרק י"ב ה"ח) דכתב דהטעם בפקדון משום דאין אדם משים עצמו רשע, ואולי לא ניחא ליה בטעמא דידי די"ל דריוח המעות שאני מפירות שדה ואילן דהריוח תלוי בהעסק כ"כ כמו בהדמים, ואינו בחזקת בעל הדמים יותר מבחזקת העסקן, (ועמ"ש באשכול ג).

גם באמת בהגהת אשר"י מבואר דדעת החולקים על רבו וס"ל דאינו נאמן לומר עסקתי לעצמי הוא משום דאין אדם משים עצמו רשע, והן ס"ל דגם במגו לא מהימן. ולדברינו הכריע הרמ"א בחדא כותייהו דהחולקים, דגם לפטורי ממונא אינו נאמן היכי דמשים עצמו רשע, והכריע דלא כוותייהו במה דסבירא להו דגם מגו אינו מועיל היכי דמשים עצמו רשע, ואיך שהוא, הנה הסברא עצמה מכרעת דטענה שמשים עצמו בה רשע אינה טענה מעלייתא להאמינו וע"כ מ"ש בהגהשו"ע דנאמן לומר בריבית היתה מיירי בדאית ליה מגו, ולא משום דסבירא ליה דלפטור ממונא לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע.

ודע דנ"ל פשוט דמ"ש בהגהת אשר"י דעת רבו דלפטור מממון לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע אין כוונתו דתלוי בפטור עצמו מממון וכמו דחילקו בתוס' קדושין דף מג ע"ב בד"ה והשתא במגו דבי תרי, דהתם איכא סברא דמחמת אהבת הממון יעיינו ויתחכמו בכל מה שאפשר לטעון ויכוונו על ידי זה לדעת אחת, אבל הכא מאי סברא איכא, אלא דהכוונה דכל אשר איננו דנים לענין לפסול א"ע לעדות לא אמרינן ביה אין אדם משים עצמו רשע[18]* (ועמ"ש באשכול ג ד"ה ומ"מ נ"ל. ועיי' באשכול א ד"ה ומ"מ).

18* ואף לפי מה שכתב הגרע"א בכתובות יח (מובא לעיל הע' 1) דגדר אאמע"ר שב"ד אינו שומע ממנו שעשה מעשה רשע, דכל זה הוא רק היכא דבעינן לנאמנותו, וכהא דכתובות דמדין עדות איירינן התם, אבל כשבא להפטר בטענה דא"צ לנאמנות דידיה לא איכפת לן בהכי. (שיעורי רבי שמואל רוזובסקי מכות דף ב אות יט).

אשכול ג

[אם באיסור דרבנן אומרים אאמע"ר]

מן החקירה הוא בטוען טענה ויש בדבר שעבר עבירה דרבנן אם אמרינן גם בזה אין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמן, או דוקא בעבירה דאורייתא אמרינן כן, דכולהו הני דמצינו בגמרא אין אדם משים עצמו רשע (שציינו בשורש א' וב' וג') הן עבירה דאורייתא[19].

והיה נ"ל דהוא פלוגתא ורבוותא, דהא פשיטא דהמקומות שאמרו שנהג מנהג רמאות ומייתי ליה מקרא דשארית ישראל לא יעשו עולה (צפניה ג, יג) אין איסור תורה, דהאי קרא אינו אזהרה אלא הבטחה שהנשארים יהיו טובים. גם אף שא"צ לראיה, הנה גם ראיה יש, דעל מתני' דהאומר לחבירו צא וקדש לי אשה והלך (ברמאות, גמרא) וקדשה לעצמו מקודשת לשליח (קידושין ריש פ"ג) הקשה הר"ן מאי קמ"ל פשיטא, וכי משום שנהג מנהג רמאות לא תהא מקודשת, ואם איתא דעבר אאיסורא דאורייתא, טובא קמ"ל דסד"א דנימא ביה אי עביד לא מהני[20], (ואף דלמה שנכתוב אי"ה בעיקר "אי עביד לא מהני" לחלק אין באופן כזה דין אי עביד לא מהני[21], מ"מ גם זה אינו פשוט, ושפיר י"ל דאשמועינן חילוק זה בדין אי עביד לא מהני).

והנה כתב הר"ן בפ"ב דקדושין [כב, ב בדפי הרי"ף] בשלח שליח לקנות לו קרקע שייחדה לו והניח מעות המשלח וקנה אותה קרקע במעות שלו וטוען אח"כ לעצמי קניתיה דאינו נאמן, כיון דזה יהיה מנהג רמאות אמרינן בסתמא קנאה בשביל

19 עיי' כללי מגו להתומים אות קה שכתב דשאלה זו אם באיסור דרבנן משים עצמו רשע תליא במחלוקת הראשונים כתובות יח, ב, דרש"י כתב פסולי עדות משחק בקוביא ומוכח דעבירה דרבנן משים עצמו רשע, והראשונים חלוקים עליו. וראה לעיל הע' 8. ועיי' פתחי תשובה אה"ע סי' ו ד"ה ואח"כ בסי' יג בשם הברית אברהם בזה. ועיי' עוד בשדי חמד מערכת האלף אות לג שמאריך בזה.

20 משמע דכיון דהוא איסור דרבנן ניחא ליה דפשיטא דלא שייך בזה אי עביד לא מהני. ועיי' בעיקר אעל"מ אשכול ד' ואשכול ו משי"כ בזה.

ובעיקר דברי רבנו שדן לומר כאן אעל"מ, יש לדון בזה על פי דברי הנוב"י מהד"ת אה"ע סי' עא שדן באחד שאמר לשלוחו צא וקדש לי אשה פלונית והלך השליח וקדשה לעצמו אבל לא קדשה בעצמו אלא על ידי שליח אם יש לומר בזה אין שליח לדבר עבירה, וכתב "דלא שייך כאן אשלד"ע, שלדעתי עיקר העבירה בכאן שחבירו סמך עליו שיקיים שליחותו והוא רימה אותו לא קיים שליחותו ואפילו לא קדשה לעצמו כלל רמאי הוא שחבירו סמך עליו והוא אינו מקיים שליחותו ומה שאמרו והלך וקידשה לעצמו משום שרצו להשמיענו החידוש שהיא מקודשת לו כו' אבל מה שנקרא רמאי אינו תלוי במה שקידשה לעצמו וא"כ תיכף כשאינו רוצה לקיים שליחותו הוא רמאי ורשע ושוב מה שקידשה לעצמו אינו מוסיף בזה חטא ולא שייך בהקדושין אין שליח לדברי עבירה, ותיכף כשעשה שליחו שני לקדש הרי הוא חזר בו מלקיים שליחותו וכבר הוא רמאי ושפיר שוב השני נעשה שלוחו והרי היא מקודשת". ונראה דלפי זה לא שייך כאן גם אי עביד לא מהני כיון שאין העבירה בקדושין.

21 אולי כונתו למ"ש שם [ענב ב] דבקדושין לא שייך אעל"מ משום דהוקש לגירושין שכתבו התוס' בזה [תמורה ה,א ד"ה מיתיבי] דלא אמרינן אעל"מ.

המשלח, ונראה לי לכאורה דדיניה דהר"ן לאו כולי עלמא מודים ביה, דבהגהות אשר"י פרק הגוזל עצים סי' י"ח כתב בעשה שליח לקנות לו סחורה ידועה והלך השליח וקנה סחורה אחרת ואומר אח"כ לעצמי קניתיה דכתב הריב"ם דנאמן השליח, היינו משום שלפי דעתו שרוצה לשלם להמשלח דמיו בהיתירא עשה, על כן לא שייך ביה אין אדם משים עצמו רשע, והרי גם לדעתו עכ"פ אינו פחות ממנהג רמאות, דהא גם במניח מעות המשלח אצלו וקונה במעותיו לעצמו איכא מנהג רמאות, כל שכן כשקונה לעצמו במעות משלחו, אלא על כרחך פליג על הר"ן וסובר דמשום הא לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע. וא"כ להר"ן על כרחך גם בעבירה דרבנן אמרינן אין אדם משים עצמו רשע, ולהגהות אשר"י דוקא אי לאו טעמא דלדעתו התירא עביד, היה שייך אין אדם משים עצמו רשע, דהמוציא ממון חבירו שלא מדעתו גזלן הוי, דהא אפילו השואל שלא מדעת נקרא גזלן, כל שכן המוציא מרשות הבעלים לגמרי והוי איסור תורה.

ואין לומר שאני שואל שלא מדעת דמחסרו על ידי השימוש, דהא מבואר בסוף פרק המפקיד [מא,א] בסוגיא דחביות דגם באינו מקלקו ואינו מחסרו כלום גזלן הוי, גם בהא דשאל דוד לסנהדרין מהו ליטול גדישים של שעורים על מנת לשלם גדישים של עדשים, והשיבו לו חבול ישיב רשע גזילה ישלם אעפ"י שגזילה ישלם רשע הוא [ב"ק ס, ב], והרי ה"נ בחבול ישיב רשע הוא אעפ"י שמחזירו בשלימות אותו דבר עצמו שחבל, ועיי' תשו' שאגת אריה דיני חמץ (ריש סי' פ"א), אבל מנהג רמאות דאינו איסור תורה לא שייך ביה אין אדם משים עצמו רשע (ועדיין אפשר דמנהג רמאות פחות גם מעבירה דרבנן, אבל בעבירה אף דרבנן אמרינן ביה אין אדם משים עצמו רשע, אך הא בגמרא לא מצינו כי אם באיסורי תורה ואם כבר באנו לומר דהכי נמי באיסור דרבנן דקיל מיניה, שוב קשה קצת שנחלק מדעתינו בין קל יותר לקל פחות ממנו כל שאינו מן התורה).

ומכיון שהרמ"א קבע דברי הר"ן להלכה (בחוה"מ סי' קפ"ג ס"ב) יצא לנו דגם בעבירה דרבנן שייך אין אדם משים עצמו רשע[22], ויותר אפשר דגם הגהות אשר"י יודה לדינו של הר"ן, אלא מה דבנדון דידיה נאמן השליח היינו כיון דעכ"פ שינה השליח מדעת המשלח, וקנה סחורה אחרת, ואי תימא נמי דקנאה בשביל המשלח לא טוב עשה בעמיו, ואין במה שקנה לעצמו כ"כ רשעות יותר עד שנימא ביה אין אדם משים עצמו רשע, משא"כ בנידון הר"ן שקנה אותה קרקע שבעבורה שלחו המשלח, ומה שנתן מעותיו דידיה אין בזה קפידא ומה לו להמשלח בכך ואין כאן רשע כלל, ואלו כדבריו שקנה לעצמו יש בו רשע רמאות על כן אמרינן ביה אין אדם משים עצמו רשע ולא מהימנינן ליה, דגם באין עבירה מן התורה, כל שיש עבירה אמרינן אין אדם משים עצמו רשע.

ומכל מקום נ"ל דלאו דכולי עלמא הוא, דהא ודאי הא דאינו נאמן בטענתו

22 עיי' נתיבות שם ס"ק ג שמבאר דהא דאינו נאמן אינו מדין אאמע"ר אלא משום דחזקה שליח עושה שליחותו חזקה אלימתא היא, ולכן אמרינן דודאי קנאה למשלח.

כשיש בה ענין עבירה אינו מטעם שנתן רבא על האי דאין אדם משים עצמו רשע, והיינו משום דאדם קרוב אצל עצמו, דזה הטעם מספיק רק על מה דאינו נפסל לעדות על פי דברי עצמו, כמו שכתב רש"י בפ"ק דסנהדרין (ד"ט ע"ב) אבל אין זה טעם לשלא יהא נאמן לפטור עצמו בטענתו[23], ועל כרחך בזה טעם אחר יש, והיינו שהוא נגד הזקת כשרות[24] (ועמ"ש אשכול ד ד"ה ואולי הרמב"ן). והנה הא כתב הרב המגיד (ריש פ"א מהל' אישות) דסברת הרמב"ם, דעד כאן לא אמרינן חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות אלא משום דיש גם בזנות פנויה איסור לאו דלא יהיה קדשה, אבל אלו היה בפנויה רק איסור דרבנן לא היינו אומרים חזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, משום דבאיסורא דרבנן לאו כולי עלמא זהירי, והרי חזקת אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות הוא ג"כ מחמת חזקת כשרות[25], וא"כ לסברא זו נראה דמה"ט נמי ליכא למימר בעבירה דרבנן אין אדם עושה עצמו רשע, כיון דיסודו הוא משום חזקה דלא עבר ובדרבנן לאו כולי עלמא זהירי וליתא לחזקה זו, ואולם רוב הפוסקים דסבירא להו דאיסור פנויה אינו אלא מדרבנן, ועל כרחך לדידהו גם באיסורין דרבנן יש חזקה דלא עבר עליו וממילא אמרינן גם ביה אין אדם משים עצמו רשע, על כן שפיר פסק הרמ"א לדינו של הר"ן. (דבין איסור דרבנן דקילא לאיסור רמאות דאולי קיל עוד יותר מיניה לא מחלקינן שוב).

וביותר עוד נ"ל דגמצא מפורש דסבירא ליה להרמ"א להלכה לא כסברת הרב המגיד, דהא הביא להלכה דעת הריטב"א דאם שלח סבלונות בשבת אין חוששין לקדושין, דכיון דאסור לקדש בשבת ודאי לאו לשם קדושין שלח (בשו"ע אה"ע סי' מ"ה סעי' א'). והרי לקדש בשבת אינו אלא איסור דרבנן משום שבות, ועל כרחך סבירא ליה דגם בדרבנן כולי עלמא זהירי ביה[26], (ואי"ה בעיקר זה במקומו נבאר יותר פרט זה).

ומכל מקום נ"ל, דהגם דהעלינו דלסברת הרב המגיד לא אמרינן בעבירה דרבנן אין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום זה רק לענין דלא נימא שלא יהיה נאמן לפטור עצמו באיזה טענה משום אין אדם משים עצמו רשע, אלא נאמן לטעון הכי, אבל מכל מקום אם מעיד על דבר באופן שיש בדבריו שעבר עבירה מדרבנן לא אמרינן דנאמן ויבוטל עדותו משום דהוא פסול לעדות מדרבנן, דבזה אין צריך

23 עיי' קובץ הערות יבמות סי' כב אות א.

24 עיי' עיקר סברא זו בש"ש ש"ז פ"ה.

25 עיי' משנה למלך הל' מלוה ולוה פ"ד ה"י.

26 עיי' שו"ת רבינו חאה"ע סי' יז. ולכאורה יש מקום לחלק, די"ל דבאמת על איסור דרבנן אין חזקה ברורה שודאי לא עובר, אלא במקדש בסבלונות הרי לא פירש בהדיא שנותן לה לשם קדושין, וכל מה שאנו תולים שזה לשם קידושין זה מתורת אומדנא שבודאי כיון לשם קידושין, אך במקדש בשבת כיון שיש איסור דרבנן ממילא אין אומדנא ודאית שכיון לשם קדושין. ועיי' בעיקר אומדנא חילוק כעי"ז.

לחזקה, אלא משום דאדם קרוב אצל עצמו ואינו נאמן לפסול עצמו גם בפסול מדרבנן[27], ועל כן פלגינן דיבוריה.

ונ"ל ראיה להדבר עוד, ממאי דאיתא בפרק זה בורר (כ"ה ע"א) "בר בינתוס אסהידו ביה תרי סהדי חד אמר קמי דידי אוזיף בריביתא וחד אמר לדידי אוזיף בריביתא, פסליה רבא לבר בינתוס". ומקשים עליה בגמרא "והא רבא הוא דאמר לוה ברבית פסול לעדות, רבא לטעמיה דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע". והרי הלוה ברבית רק מדרבנן פסול לדעת הנימוקי יוסף שם [ד, ב] במתני' אלו הן הפסולין זה לשונו "ומתני' פסולי דרבנן קתני פסולי דאורייתא לא קתני כו' ומלוה ברבית נמי פרישנא בגמרא מלוה הבאה ברבית ואפילו לוה פסול ומשום לוה אצטריכא ליה למתני דלא מפסיל אלא מדרבנן דאע"ג דעבר אדאורייתא לא פסול מדאורייתא לדון ולהעיד משום דלא משמע להו לאינשי איסורא אלא למלוה דאית ליה רווחא, אבל ללוה דמפסיד ביה לא. עכ"ל. והרי הכא ליכא כלל לחזקה דא"א עובר עבירה, דהא לדידיה משמע ליה דאינו עושה עבירה כלל, ומכל מקום אינו נאמן לומר שעבר, והיינו כיון דמ"מ רבנן פסלוהו לעדות הרי יש בדבריו עדות על עצמו, ואין אדם מעיד על עצמו[28].

אשכול ד

[במוכח מעניינו שמודה שעשה מעשה רשעות אם אומרים כלל זה]

בהא דמצד המשנה למלך בהל' מלוה ולוה (פרק ד' הל' ו' ד"ה וכתב בעל כה"ג) דבמוכח מענינו [שהוא מודה] שעשה רשעות לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע ועדיף מאומר בפירוש (ענף י)[29] נ"ל לכאורה הוכחה לכך מפ"ק דכתובות (דף י"ד ע"ב) דת"ק סבר כל פסול דקרו ליה ושתק פסול, ופרש"י "דהודאה היא, וכל שאין בה לא משום ממזרות דקאמר אשתיקות קאי והכי קאמר איזוהי אלמנת עיסה להכשיר כל שאין בה לא שתוק ממזרות".

וק"ל מכדי כתב הסמ"ע (בסי' רע"ט ס"ק י"ב) דאין אדם נאמן על עצמו לומר שהוא ממזר דאין אדם משים עצמו רשע[30], וא"כ למה נפסל בשתק כשקרו ליה ממזר משום דהודאה היא, ולו יהא דאמר בפירוש שהוא ממזר הא ג"כ אינו נאמן משום דאין אדם משים עצמו רשע, ועל כרחך צריך לומר דהוכחה שמודה עדיף מאומר בפירוש כן.

ואולי הרמב"ן והרשב"א דסבירא להו דהאי דנפסל בקרו ליה ושתיק הוא דוקא אם

27 עיי' ברכת שמואל סי' כד שכתב כן, ודחה לפי זה את מה שדנים במשחק בקוביא לומר שכיון שהוא איסור דרבנן אדם משים עצמו רשע.

28 עיי' לעיל הע' 8.

29 עיי' בענין זה בשו"ת רבינו חיו"ד סי' לה. וחאה"ע סי' ד. וראה עין הרועים אאמע"ר אות כו.

30 צ"ע אמאי מקרי רשע כשאומר על עצמו שהוא ממזר. ועיי' בנין עולם אה"ע סי' ה (עמ' מא).

נתערב פסול במשפחה (מובא בהגהשו"ע אה"ע סי' ב' ס"ד) הוא מזה הטעם, דאין ההוכחה משתיקתו עדיף ממודה להדיא. אלא בנתערב כבר פסול במשפחתו ולא נודע מי הוא, הנה כיון דטעם אין אדם משים עצמו רשע בדבר זולת פסול עדות הוא רק משום דחזקה מגנדתו (כמ"ש באשכול ג ד"ה ומ"מ נ"ל), הכא דודאי יש אחד במשפחה שהוא פסול ליכא נגד חזקה, דבלאו הכי חוששין לכל אחד מהמשפחה ולא אמרינן ביה אין אדם משים עצמו רשע וע"כ ע"י ההוכחה שהודה נפסל לגמרי.

והרמב"ם כתב בהל' איסורי ביאה (פרק י"ט הכ"ב) "כל שקורין לו ממזר ושותק כו' חוששין לו ולמשפחתו". וכתב עליו הרב המגיד דהוא מפרש האי פסול דקתני כמו במשפחה שקרא עליה ערער דבבדיקה סגיא ליה, והוא דחוק דמנ"ל להוציא המילה מפשוטה, ולדברינו י"ל דטעמיה דאי אפשר לפרש שיהיה פסול, משום קושייתי דמאי בכך דשתיקתו כהודאה והא גם במודה אינו נאמן משום אין אדם משים עצמו רשע, והוא לא נחית לפרש דמיירי בכבר נתערב פסול במשפחתו, ועל כן פירש דפסול היינו דחוששין לו, וזה גם בכל מקום דאמרינן אין אדם משים עצמו רשע דהדין דמכל מקום חוששין לו וכמ"ש הרמב"ם בהל' טוען ונטען (פ"ב הל' ג') "המודה מפי עצמו שהוא חשוד שעבר עבירה שנפסל בה אעפ"י שחוששין לו ואין ראוי לעשותו עד בתחלה וכו'" (וכ"ה בהגהשו"ע חו"מ סי' ל"ד סכ"ה ובהמחבר סי' צ"ב ס"ה).

ובהכי יש לדחות עיקר ראיית המשנה למלך וליישב הסוגיא דפרק זה בורר [סנהדרין כו, ב] דהוכיח מינה המשנה למלך, דהתם הכי איתא "הני קבוראי דקבור נפשא ביום טוב ראשון של עצרת שמתינהו רב פפא ופסלינהו לעדות, ואכשרינהו רב הונא בריה דרב יהושע, אמר ליה רב פפא והא רשעים נינהו, סברי מצוה קעבדי, והא קא משמתינא כו'". פירוש מדלא באו להתנצל כששמתינהו לומר כסבורים היינו דמצוה עבדינא מוכח דבמזיד עבדי. ועל זה הקשה המשנה למלך, הא גם באמרו בפירוש מזידין היינו, היינו אומרים אין אדם משים עצמו רשע, והוציא מכח קושיא זו דבמוכח מעניין עדיף ממודה בפירוש.

אבל לדעתי יש לפרש דהכי הקשה לו, מתשובתך שהשבתני דמשום הכי אכשרתינהו משום דסברי מצוה קעבדי, ניכר דלגמרי אכשרתינהו, דגם אין חוששין בתחלה למסור להן עדות, דהא לית הכא זכר רשע ופשע כלל כיון דסברי דעבדי מצוה, ועל זה אני אקשה לך והא שמתינהו ולא באו להתנצל והוי כמודים שידעו שיש איסור, מה תאמר גם אם מודים הא אין אדם משים עצמו רשע, א"כ עכ"פ יהיו חוששין להם לא למסור להן עדות בתחילה.

היוצא דאין לנו סמך כלל לסברא זו, לא מהסוגיא שהביא המשנה למלך ולא מסוגיא שהבאתי אני. ונהפוך, דממה שכתב הרמב"ם בקרו ליה ממזר ושתק דרק חוששין לו יש לנו סמך להיפוך, וכמו שמראית הסברא החיצונה דלא עדיף הוכחה שמודה ממודה בפירוש, ואפשר דגם מהרמב"ם והרשב"א יש סמך לכך כאמור, אלא דמהריב"ל בחלק ג' כתב בשם רשב"א דבכל מקום נאמן בטענתו ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע (ועיי' ענף יד), ואם כן אי אפשר להעמיד זה בטעם הרשב"א, אלא דטעמיה

פשוט דאם לא נתערב במשפחתו אינו חש לצווח ורוצה להיות משומעים חרפתם ואינם משיבים. ומכל מקום בטעם הרמב"ן אפשר להעמיד טעמא דידי[31].

אשכול ה

[אם בעבירה שאינו פוסל עצמו לעדות אמרינן אאמע"ר]

מעולם היה פשוט בעיני, דדין אין אדם משים עצמו רשע הוא גם אם אמר שעבר עבירה שאינה פוסלת לעדות[32], דאף דבכל המקומות שראינו לדין זה בהש"ס, ומקור מקומו בפ"ק דסנהדרין (ד"ט ע"ב) באמר פלוני רבעני לרצוני, ובפ"ב דיבמות (כ"ה ע"ב) באמר הרגתיו דתנשא אשתו, ובפרק זה בורר (כ"ה א') באמר לדידי לוה ברבית, בכולן נזכר הטעם בגמרא משום דאדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע, ופירש רש"י "אינו יכול לפסול עצמו על פיו דהא אין קרוב מעיד ואדם קרוב אצל עצמו", ואם כן י"ל דהיכי דאין עבירה זו פוסלתו לעדות לא שייך אין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום הא חזינן דהראשונים נ"ע סבירא להו דגם בעבירה שאינה פוסלת לעדות אין אדם משים עצמו רשע, והראיה:

א. מדברי הר"ן פרק ב' דקדושין (כב, ב) דכתב בייחד לו המשלח קרקע לקנותה

31 עיי' שו"ת מהרי"ט חאה"ע סי' מג ד"ה ועל מה שבא, שנראה דס"ל דאמרינן בכה"ג אאמע"ר, וכן נראה מתשובת רע"א סי' צו ד"ה ואף דלא התנצל. ועיי' נוב"י מהד"ת או"ח סי' כא שנראה מדבריו שלא אמרינן בכה"ג אאמע"ר, כן הוכיח השדי חמד מערכת האלף סוף אות שנד.

32 עיי' תומים סי' מו ס"ק מב שכתב דרק היכא דנפסל לעדות אאמע"ר, ומקורו מדברי רש"י דהטעם דאאמע"ר הוא משום שקרוב פסול לעדות. אמנם בכללי מיגו סוף אות קה כתב דבעבירה דאורייתא אף שאינו נפסל מכל מקום אינו משים עצמו רשע. ועיי' שו"ת עמודי אור סי' פז אות יא. ועיי' אורים סי' מו ס"ק קלא שהוכיח דעדים החתומים על שטר אמנה נפסלים לעדות, משום שאם אינם נפסלים לעדות לא היה שייך אאמע"ר, וכיון דחזינן בגמ' יט,ב דאמרינן בזה אאמע"ר, ע"כ דהם נפסלים לעדות.

ובקצות סי' לה ס"ק ד חולק וסובר דבשטר אמנה אינם נפסלים לעדות, וממילא מוכח דדין אאמע"ר זה אף אם אינו נפסל לעדות.

בתשובת נוב"י מהדו"ק אה"ע סי' עב (סח,א) נקט בפשטות דלא שייך אאמע"ר רק היכא דנפסל לעדות, ולכן כתב דמדברי הרשב"א שכתב דהיכא דדינא הוא דיהרג ואל יעבור אם עבר מיקרי רשע לענין זה, על כרחך דסובר דהעובר על ג' עבירות אלו נפסל לעדות. ע"ש, ועיי' סי' עד (ד"ה ומה שהבאתי) מה שהשיב לשואל מהגמ' בדף יט,א דסבר ר"מ דעדי שקר אף באנוסים מחמת ממון מיקרי אאמע"ר. ועיי' שב שמעתתא ש"ז פ"ה ומנחת חינוך מצוה רצו שכתבו דיש לחלק דאף דאינו נפסל לעדות מכל מקום לענין זה אינו נאמן על עצמו שעשה שלא כתורה וגם זה נכלל בכללא דאין אדם משים עצמו רשע. ומוכיחים כן מדעת הראשונים המובאים בשמ"ק בכתובות יט,א שביארו דודאי גם ר"מ סבר דעל עדות שקר אין דין של יהרג ואל יעבור, אלא דכיון שמדת חסידות הוא ליהרג בזה על כן אאמע"ר, ובודאי כיון דהוא רק מדת חסידות לא נפסל לעדות, ומכל מקום מיקרי רשע לענין זה. אמנם הש"ש דחה זה, כפי שיובא להלן. ועיי' אמרי בינה חו"מ סי' לט ובשדי חמד מערכת האלף כללים סי' לג, ובפאת השדה סי' פה.

והניח השליח מעות המשלח וקנאה במעותיו ואומר אח״כ לעצמי קניתי, דאינו נאמן, כיון דלדבריו נהג מנהג רמאות אמרינן מסתמא בשביל המשלח קנאה, והשתא הא פשיטא מילתא דאין אדם נפסל לעדות בשביל מנהג רמאות שנהג (עיי׳ לעיל אשכול ג), ומכל מקום אינו נאמן לומר שנהג ברמאות, והיינו משום דאין אדם משים עצמו רשע[33].

ב. מדברי התוס׳ פרק אע״פ (כתובות סוף דס״ג) על פי׳ היש מפרשים דבאמרה מאיס עלי כופין אותו להוציא דכיון דמפסדת כתובתה לא חיישינן לשמא נתנה עיניה באחר, הקשו א״כ האומרת טמאה אני לך תהא נאמנת במגו דמאיס עלי, ומדלא הקשו בפשוטו דתהא נאמנת טמאה אני לך גם בלא מגו כי אם מטעם זה עצמו דנאמנת מאיס עלי, דהא בזינתה ברצון נמי מפסדת כתובתה וליתא לחשש עיניה נתנה באחר, על כרחך משום דבלא מגו שפיר אינה נאמנת מטעם אין אדם משים עצמו רשע (עיי׳ אשכול א), והרי באשה אין בעבירה שעוברת פסול לעדות דהא פסולה וקאי להעיד, ומכל מקום אמרינן בה אין אדם משים עצמו רשע[34].

ג. מדברי הראב״ד (עיי׳ ענף ג) באין עדים אלא שהיא עצמה מודית שעברה על דת אינה מפסדת כתובתה דאין אדם משים עצמו רשע, והראשונים (בהר״ן פרק המדיר [לב, ב]) לא השיגוהו כי אם משום דלגבי ממון נאמן דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אלמא דלולי האי טעמא הוה אמרינן בזה אין אדם משים עצמו רשע, אף דבאשה ליכא פסול לעדות ע״י העבירה כנ״ל.

ד. גם אם איתא לדבר זה, דהיכי דאין העבירה פוסלת לא שייך אין אדם משים עצמו רשע, היה הדין דאין אדם נאמן לפטור עצמו בטענה שיש בה עבירה משתנה בין איש לאשה, דאשה נאמנת לפטור בטענה כזו וכל כהאי לא הוה לאשתמט בכל דוכתא.

והן על אלה שתי ראיות האמצעיות י״ל דמסתברא דאף דהאמינו חז״ל לנשים להעיד בעדות אשה, מכל מקום לאשה שעברה עבירה דאורייתא לא האמינו, דכיון דקיי״ל כר׳ מנשה פ״ב דיבמות (כ״ה ע״ב) דגזלן דאורייתא פסול לעדות אשה, הנה לא תהיה היא משום שהיא אשה עדיפא מגברא, וכן מבואר ממה דהיה פשיטא להו להחלקת מחוקק והבית שמואל להקשות בהאי דעבד כשר לעדות אשה (בשו״ע סי׳ י״ד ס״ג [חמ״ח ס״ק ט וב״ש ס״ק י]), אמאי נאמן והא סתם עבדים פרוצים בעבירה, אלמא אף דעבד בלא זה פסול לעדות ואעפ״כ הכשירוהו לעדות אשה, מכל מקום כל שנתוסף בו פסול הפוסל גם באינו עבד, לא הכשירוהו, והכי נמי נימא אנן בעדות אשה. ומכיון שכן הנה זו האומרת זניתי ברצון יש בעבירה זו פסול לעדות, היינו דעד הנה היתה

33 עיי׳ הע׳ 21 בשם הנתיבות.

34 עיי׳ שדי חמד מערכת האלף אות כט.

כשרה לעדות אשה ועכשיו תהיה פסולה לעדות אשה, ומשום הכי שפיר אמרינן בה אין אדם משים עצמו רשע, (ואף דלרוב המפרשים הא דעד אחד ואפילו קרוב ואפילו אשה נאמן לומר מת בעלה הוא רק מדרבנן, דמן התורה אף דהוה מלתא דעבידא לאגלויי ויש נמי חזקה דדייקא ומנסבא, מכל מקום אינם נאמנים, וא״כ כשיש בדבריה מה שפוסל אותה לזו העדות, אינה אלא כפוסלת עצמה מדרבנן, דמדאורייתא בלאו הכי נמי פסולה, מכל מקום הא העלינו לעיל (סוף אשכול ג) דגם לפסול עצמו בפסול דרבנן אין אדם מעיד על עצמו).

ואולם ראיה האחרונה עדן לא הוסרה מכל, דהא עדיין יהיה חילוק דין בין איש לאשה, דאיש לא יהיה נאמן גם באין בדבריו כי אם עבירה דרבנן, כיון דמכל מקום יש בו צד פסול עדות, היינו שיהיה מפסולי עדות דרבנן, ואשה תהיה נאמנת בעבירה דרבנן, כיון דגזלן דרבנן כשר לעדות אשה, א״כ אין בדבריה פסול לשום עדות, דלכל עדיות בלאו הכי פסולה וקאי, ולעדות אשה גם עכשיו תהיה כשרה.

אבל נראה לקיים הראיה שניה כך, דהא קיי״ל כרב נחמן (בשו״ע חו״מ סי׳ לד סעי׳ כב בהגה״ה) דאמר בפרק זה בורר (כו, ב) דהחשוד על עריות כשר לעדות וכפי שפירש רבא דברי רב נחמן ר״ל לכל עדיות וכן לעדות אשה לעיולה [לומר פלוני קדשה), אבל לאפוקה [לומר מת בעלה או גירשה, משום די״ל דניחא ליה דתהוי פנויה ושכיחא ליה, מש״ה] פסול לעדות, ולפירוש שני בתוס׳ [ד״ה החשוד] חשוד על עריות היינו בידוע שבא על העריות (לא כפי׳ אחד בתוס׳ דדוקא בחשוד בעלמא בלא עדים), ועל כרחי׳ טעמיה דרב נחמן, דמשום הכי אינו דומה לאוכל נבילות לתיאבון, דבעריות יצרו תקפו וכדאיתא בתוס׳ שם, ואם כן, אם איתא דבעבירה שאין בה פסול לעדות לא אמרינן בה אין אדם משים עצמו רשע, תיהדר הקושיא, דהוה להו להתוס׳ להקשות בפשיטות, דתהי׳ האומרת טמאה אני לך נאמנת משום דמפסדת כתובתה, דהא באשה אין בהעבירה פסול לעדות, מה אמרת משום דיש פסול לעדות אשה, הא זה אינו, דבאשה שמעידה לחברתה לאפוקה לא שייך חשש הנ״ל דניחא לה דתהוי פנויה ושכיחא לה, וגם עכשיו שעברה על עריות עדיין כשרה לעדות אשה לאפוקה, ולעיולה בלאו הכי נמי לא היתה נאמנת ואין בדבריה פיסול לעדות כלל, אלא על כרחך סבירא להו לתוס׳, דבלית ביה פסול לעדות נמי שייך ביה אין אדם משים עצמו רשע.

אם לא שתאמר דלא אפסקא הלכתא כרב נחמן בשו״ע הנ״ל אלא לפירוש זה דלא אמר רב נחמן אלא בחשוד בעלמא, אבל לפי הפירוש דגם בידוע שבא על עריות כשר, לית הלכתא כרב נחמן, וזה רחוק, ותו הא מדפירש רבא למלתיה דרב נחמן ודאי משמע דרבא סבירא ליה עכ״פ כוותיה דרב נחמן, וכן משמע לי ממה שכתבו התוס׳ על דברי רב נחמן בזה״ל ״תימא מאי שנא מאוכל נבלות לתיאבון ומפלוני רבעני לרצוני דפסולים לעדות״. ולכאורה מלת לתאבון הוא למותר, דהוה להו לכתב סתם ״מאי שנא מאוכל נבלות״, אלא על כרחך כיוונו אף דרבא סבירא ליה בסמוך (כ״ז ע״א) דאוכל נבלות כשר להעיד, מכל מקום עד כאן לא אמר רבא אלא באוכל להכעיס, אבל לתיאבון כהאי דעריות מודה רבא דפסול, גם לשונם ״ומפלוני רבעני לרצוני״ ולא כתבו ומרובע ונרבע, משמע דרמזו על רבא דאמר למלתיה בפלוני רבעני לרצוני דלא

נפסל מטעם דאינו נאמן לפסול את עצמו, אלמא דלולי כן היה נפסל.

גם מצאתי מפורש כן בנימוקי יוסף בפ״ב דיבמות [ז, א] שכתב דמשמעות הסוגיא דרבא סבר לה הכי כרב נחמן, והרי התוס׳ בקושייתם מטמאה אני לך העמידו דבריהם על עובדא דסוף מסכת נדרים דפרטיה נואף להוצא וערק, ואמר רבא אתתיה שריא, וא״כ לרבא לשיטתיה דסבירא ליה כרב נחמן שפיר היו יכולים להקשות בפשוטו. ויודע אני שי״ל דרצו לדחות פירוש הי״מ בהאי דמאיס עלי גם להמפרשים דרב נחמן לא אמר כי אם בחשוד בעלמא, ומשום הכי הקשו משום מגו. ואיך שיהיה מכל מקום מוכח מכח הראיות אחרות מה שרצינו.

גם נראה לי ראיה חמישית והיא כוללת מכל הטענות דאינו נאמן אם יש בו רשעות, דקשה אף ביש בו פסול עצמו לעדות, מכל מקום יהיה טענתו טענה, דמאי בכך דאינך מאמינו לפסלו כיון דקרוב הוא לעצמו, מכל מקום אין זה גורם שלא להאמינו לפטור עצמו בטענה זו, דבשלמא בעד המעיד עדות לאחר ויש בו עדות רשעות על עצמו אי אתה יכול שלא להאמינו לפסול עצמו ולהאמינו למה שמעיד על האחר, (אלו לא היינו פלגי׳ דבורי׳) משום דהיינו אומרים לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע להעיד על אחרים, אבל הכא לא שייך לומר לדבריך כו׳ דאטו רשע אינו נאמן לפטור עצמו בטענה שנאמן כל אדם עליו כמו טענת החזרתי, להד״ם, וכדומה. ותדע, דלרוב הפוסקים דהגוזל את חבירו בעדים א״צ להחזיר לו בעדים, והרי הגזלן הטוען החזרתי יש בו עדות על עצמו. דהא משעה שגזל נפסל לעדות, וכשמחזיר מדעתו מתכשר, והרי לדבריו שהחזיר נעשה כשר, ואי אתה יכול להאמינו שנתכשר דאדם קרוב אצל עצמו, ומכל מקום אתה מאמינו שהחזיר לפטור עצמו, והכי נמי ביש רשעות בטענתו, אף דאל תאמינהו לפסול עצמו האמינהו לפטור עצמו מתשלומין, ומדאין אנו מאמינים לפטור עצמו אף דאינו תלוי ונמשך ממה שיש בדבריו פסול לעדות על כרחך טעם אחר לו חוץ מטעם אדם קרוב אצל עצמו, וע״כ ממילא גם באין בדבריו פסול לעדות כלל אינו נאמן מהאי טעם החוצי.

וא״ת באמת טעמא מאי דאמרינן דאין אדם משים עצמו רשע גם באין בדבריו עדות לפסול עצמו, ותו אי אמרת דגם בלא טעם דאינו מעיד על עצמו אינו נאמן, למה ליה לרבא בפלוני רבעני משום אדם קרוב אצל עצמו, והיינו דאין אדם עד לעצמו כנ״ל בשם רש״י, תיפוק ליה דבלאו הכי נמי אינו נאמן משום אין אדם משים עצמו רשע.

י״ל דהטעם דאינו נאמן הוא משום חזקה דאין אדם עובר עבירה וכמו דאמרינן ״אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות״ וכמ״ש כבר לעיל (באשכול ג). ואולם זה בבא לפטור עצמו בטענה שעבר עבירה, אולם בבא להעיד, אלו היה כשר להעיד שפיר הוי עדותו עדות, דמה בכך שהוא נגד חזקה, אטו עדים אינם נאמנים להעיד נגד חזקה, ועל כן הוצרך רבא לטעם אדם קרוב אצל עצמו, וכמ״ש לעיל (ריש אשכול א).

וראיתי אחר זה מה שכתב בספר קצות החשן סי׳ לה [ס״ק ד] ליישב קושית התומים בהא דשו״ע אה״ע (סי׳ י״ז סעי׳ ו׳) דמתירין נשים על פי עדים שהמירו דתן באונס, וקשה

ממה שכתב בתשובת רשב״א [סי׳ אלף רלז] (והביאו הסמ״ע להלכה סי׳ לד ס״ק סד) דבאומר אני זניתי עם אשתך אינה נאסרת על פיו, דאם תפלוג דבורו ולא תקח מדבריו מה שאמר זניתי, לא ישאר לך עדות כלום, וביאר יותר שגם אין לפלוג דבריו באופן זה שלא ליקח גם מה שאמר אני זניתי, כי אם ליקח מה שאמר שלרצונו היה ונימא שהיה באונס, דזה אינו, דהא אין קישוי אלא לדעת, ואי בכפאוהו נכרים עד שקישה עצמו, היה לו ליהרג ולא יעבור, עכ״ד הרשב״א. ומבואר דהיכי דהדין דיהרג ואל יעבור, אם לא עשה כן ועבר נמי עשה רשעות, וא״כ בהמירו דתן מחמת אונס איך מתירים נשים על פיהן.

ועל זה כתב בקצות החשן ליישב, דאמנם מי שעבר ולא נהרג עבר עבירה במה דלא קיים מצות עשה דונקדשתי, אבל מכל מקום רשע לא מקרי שיהיה פסול לעדות על ידי זה, ואולם כשהוא עצמו אומר שבא על אשת איש, כיון שמכל מקום יש עבירה אינו נאמן משום דאין אדם משים עצמו רשע.

וראיתי שבספרו שב שמעתתא [שמעתתא ז פ״ה] (עיי׳ ענף טז) כתב על דברי עצמו שבספרו קצות החשן בזה״ל: וכעת התבוננתי דמוכח בש״ס דהיכי דלא מפסיל לעדות — בעבירה זו שאמר שעבר עליה — משוי נפשיה רשע, וראיה מדאמר רב יוסף [סנהדרין ט,ב] גבי פלוני רבעני לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, משמע דאי לאו דאמרה תורה כו׳ היה נאמן, וכן בפ״ב דיבמות [כה,א] בהא דתנן הרגתיו לא ישא את אשתו הא לאחר תנשא, והא אמר רב יוסף פלוני רבעני לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד. וכ״ת שאני עדות אשה דאקילו בה רבנן, והא א״ר מנשה גזלן דדברי תורה פסול לעדות אשה, ומשמע דאילו גזלן דדברי תורה כשר לעדות אשה נאמן לומר הרגתיו. (ואיני יודע מה צורך להביא ממשמעות, והלא מפורש כן בסוגיא להלן בסמוך, דאמר רב יוסף אנא דאמרי אפילו לרבנן דס״ל הרגתיו תנשא אשתו ושאני עדות אשה דאקילו בה רבנן, הרי כיון דרבנן לית להו דר״מ סבירא להו דנאמן לומר הרגתיו), ע״כ דברי השב שמעתתא.

ודבריו תמוהים והיו לפלא והפלא בעיני, דהא רבא בפלוגתתיה על רב יוסף הוא שחידש זה ואמר אדם קרוב אצל עצמו כו׳, אבל רב יוסף הא אמר פירוש היפך זה, ואמר לרצונו רשע הוא והתורה כו׳, הרי סבירא ליה דאדם משים עצמו רשע ואינו נאמן להרוג את הרובע משום דעשה עצמו רשע ורשע פסול לעדות, ולדידיה מה דנאמן באומר הרגתיו אם גזלן דד״ת כשר לעדות אשה הוא בפשוטו משום דלא סבירא ליה כלל לדין אין אדם משים עצמו רשע אף אילו היה בעבירה שפוסלת לעדות, ומה שאינו נאמן לומר הרגתי לר״מ דסבירא ליה גזלן דד״ת פסול לעדות אשה, אינו משום אין אדם משים עצמו רשע, כי אם להיפוך משום דמשים עצמו רשע, ורשע דד״ת פסול גם לעדות אשה, אבל לרבא (דכותיה קיי״ל) שפיר יש לומר דגם בעבירה

שאינה פוסלת לעדות אמרינן ביה אין אדם משים עצמו רשע, ואיך מביא ראיה מרב יוסף לרבא בעצם הדבר דפליגי ביה[35].

הן יש מקום לפרש דגם רב יוסף סבירא ליה אין אדם משים עצמו רשע, ומה דאמר "לרצונו רשע הוא" אין הכוונה דבאמת נעשה רשע, אלא הכי קאמר לדבריו רשע הוא והתורה כו', וכיון שיש בדבריו פסול עצמו לעדות, וזה אי אפשר להאמינו דאין אדם משים עצמו רשע, על כן אין להאמינו ג"כ לעדותו גבי הרובע דאין עדות לחצאין, והרי בדברי רבא הוסיף רש"י ז"ל וכתב [סנהדרין ט, ב] "ונהרג הרובע דפלגינן דיבוריה", כנראה שבא ליישב זה, דלא תימא איך מאמינים לחצאין, והשיב דפלגינן דבוריה, והרי חזינן ליה כאילו אמר רק פלוני רבע ולא העיד על עצמו כלל, וא"כ י"ל דרב יוסף בהא פליג עם רבא דלא סבירא ליה פלגינן דיבוריה, והעיד על עצמו שעבר עבירה מה שאי אפשר להאמינו, על כן אינו נאמן גם לגבי הרובע.

35 עיי' חידושי רע"א יבמות כה וכתובות יח שמקשה על דברי הגמ' ביבמות שם דאיתא דאי גזלן דאורייתא כשר לעדות אשה הרי שנאמן לומר הרגתיו שתינשא אשתו, ואפילו אי לא פלגינן דיבורא, והרי מ"מ נימא אאמע"ר, וליכא למימר דדינא דאאמע"ר הוא רק לענין לפסול לעדות, דהא חזינן בסוגיא דאנוסים היינו דגם במגו אינו נאמן, ומוכח מזה דאין מקבלים כלל את דבריו כשמשים עצמו רשע, ואם כן גם אי גזלן דאורייתא כשר לעדות אשה, למה נאמן והא כיון שמשים עצמו רשע אין מקבלים את דבריו. ומוכח דגם רע"א הבין דרב יוסף לא פליג על עצם הדין דאאמע"ר, דאילו כן לא קשה כלל, דהא רב יוסף חולק על כלל זה. ומשמע דרע"א הבין בשיטת רב יוסף שהוא גם סובר את הכלל שאאמע"ר, ולא פליג אלא דאמרינן לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע, משום שהוא סובר דלא פלגינן דיבורא, וכיון שאין מאמינים לו שהוא רשע, אין מאמינים לו גם לעדותו, אך במקום שרשע כשר לעדות נאמן משום שאז אין צריך לפלוג דיבורו, שאף שאין אנו מאמינים לו לענין לפוסלו, יכולים אנו להאמינו לעדותו, דאין קשר בין הדברים, ועל זה קשה לו, דאם כן גבי אנוסים היינו מחמת ממון לא שייך לומר לדבריך רשע אתה ואין רשע מעיד, שהרי לא מדין עדות נאמנים אלא מדין מיגו דאי בעי אמרי אין זה כתב ידינו ושפיר שייך לחלוק הנאמות להאמינו על השטר שהוא פסול אע"פ שאינו נאמן לגבי עצמו לפסול את עצמו.

ועיי' קהילות יעקב כתובות סי' יח שמבאר כנ"ל את דברי רע"א וכתב דבאמת יש מקום ליישב את קושייתו ולומר דרב יוסף פליג על עיקר הדין וסובר דאדם נפסל על פי עצמו משום דהוה כהודאת בעל דין. ועיי' שו"ת מהרי"ל דיסקין תק"ע סי' לט,ה מה שכתב ליישב את קו' רע"א, ועיי' אבן האזל פ"ה מחובל ומזיק ה"ז.

ועיי' רש"ש יבמות שם שפירש דלרב יוסף אדם נאמן להשים עצמו רשע, ולרבא אינו נאמן, וכתב על פי זה דדברי רע"א הנ"ל מגומגמין קצתם. ועיי' מהרש"א יבמות שם שכתב בתוך דבריו דגם רב יוסף סובר דאדם קרוב אצל עצמו אלא דפליג בהא דסבר דלא פלגינן דיבורא, ועיי' ערוך לנר שם שמוכיח שכן דעת התוס'. ועיי' גם ערוך לנר מכות ב,א לתוד"ה מעידין אנו שדן בזה. ועיי' תומים סי' לח בדעת הרדב"ז שגם פירש דהמחלוקת היא בזה גופא אם אדם נאמן להשים עצמו רשע. ועיי' אמרי בינה הנ"ל. ועיי' נוב"י מהדו"ק אה"ע סי' עב (סתירת ההיתר השני ד"ה והנה הא דפשוט) ומה שכתב על דבריו בשערי ישר ש"ו פי"א. ועיי' קובץ הערות סי' כא אות א. ובעמודי אור סי' פז, יג. ועיי' משכנות הרועים כתובות פ"ב אות קעה, קעז, ואוצר מפרשי התלמוד מכות שם. ועיי' קהלת יעקב הל' אישות סי' יז סעי' ז על דברי הש"ש.

ופירוש זה היה נ״ל נוח הרבה, דלפירוש הפשוט דרב יוסף סבירא ליה דנפסל על ידי עצמו, תיקשי אטו רב יוסף לא סבירא ליה דבעל דבר אינו נאמן להעיד, ומי לו קרוב ממנו, או האפשר דלא סבירא ליה דאין קרוב נאמן לא לטובה ולא לרעה לא לזכות ולא לחובה.

ותו, גם אי לא סבירא ליה אדם קרוב אצל עצמו, אכתי מכל מקום אמאי משים עצמו רשע, והא אינו אלא עד אחד ואין אדם נפסל על פי עד אחד, ואין לומר דמה דאמרינן לרצונו רשע הוא מיירי דגם עד השני מעיד כדבריו שנרבע זה לרצונו ויש שני עדים על רשעתו, עדותו על עצמו ועדות חבירו עליו, דאם כן מאי טעמא דרבא דס״ל דהרובע נהרג עפ״י עדות זו משום דאין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דיבוריה, הא מכל מקום חבירו המעיד עמו דאין לנו טעם לפלוג דיבוריה אומר בעצמו שאין כאן ב׳ עדים, ולא עוד אלא דגם אומר שאין בעדותו כלום דכיון דלדבריו שנרבע עד השני לרצונו והוא רשע הרי עדות עצמו נמי בטלה משום דנמצא אחד מהן קרוב או פסול[36], אלא על כרחך מיירי בשחבירו מעיד סתם ולא אמר שלרצונו נרבע.

וא״ת אם כן תיקשי לרבא ל״ל לטעם אדם קרוב אצל עצמו, תיפוק ליה דאין אדם נפסל על פי עד אחד, י״ל דעדיפא מיניה אמר דאדם קרוב אצל עצמו, ונ״מ גם אם יהיה ע״א ג״כ שמעיד כך ויש כאן שנים מ״מ לא נפסל דעדות על עצמו אינו כלום, אבל לפלוגתתיה על רב יוסף באמת יש טעם אחר עוד דאין אדם נפסל על פי עד אחד. ותדע דהכי הוא, דהא דעת האביאסף במרדכי פרק חזקת סי׳ תקכ״ח דאם עד אחד מעיד ג״כ כדבריו משים עצמו רשע, ובפירוש כתב דגם בפלוני רבעני לרצוני אילו היה עד אחד מעיד כדבריו היה נפסל, ותיקשי כיון דפלוני כו׳ מיירי באין חבירו מעיד כדבריו; אם כן ל״ל לרבא טעם אדם קרוב אצל עצמו, אלא על כרחך דזה לא קשה, דס״ל דרבא האמת והעדיפא מיניה אמר.

ואל תשיבני עמ״ש דאם עד השני מעיד ג״כ שהראשון נרבע לרצונו גם לרבא אין להרוג את הרובע, ותאמר דמבעל חלקת מחוקק מוכח היפוך זה, דהרי כתב (בסי׳ קט״ו ס״ק כ״ה) עמ״ש בהגהשו״ע דעד האומר על אשה שזינתה עמו דפלגינן דיבוריה, דגם אם עד השני מעיד דזינתה עם עד הראשון יש כאן שני עדים דאינו נאמן על הראשון דלא יקום עד אחד באיש לפסלו, עכ״ד, הרי דלא אמרינן מכל מקום לדבריך אין כאן עד כלל, דהראשון

36 עיי׳ תומים סי׳ פז ס״ק כז שעמד בזה. ועיי׳ נתיבות סי׳ לא ס״ק א, ועיי׳ קהילות יעקב סנהדרין סי׳ ז. ועיי׳ להלן ענב ג.

ובמה שכתב דאצל העד הזה אין לנו סיבה לפלוג דיבורו, יש לעיין, דלכאורה היה נראה דהא דפלגינן דיבורא אין הביאור דאנו רוצים לפלוג דיבורו, אלא הכונה בזה דאנו יכולים לתפוס מדיבורו את מה שיש לו כח נאמנות על זה ואף אם יש לזה סתירה מחלק אחר שעליו אינו נאמן, ואם כן גם לגבי העד השני, אין אנו צריכים לתפוס מעדותו אלא את החלק הנוגע למה שיש על זה שני עדים. וכתומים הנ״ל כתב סברא אחרת בהא דלענין העד השני לא פלגינן דיבורא, דכל מה דפלגינן דיבורא זה רק בבעל דבר כשיטת הראב״ד במכות.

רשע ועדותך נמי בטל מטעם נמצא אחד מהן קרוב או פסול, אומר לך דזה לק״מ, דשם כל שבאמת זינתה אנו אוסרים אותה. ואף דעדות אין כאן לדבריו, מכל מקום הענין לדבריו אמת שזינתה ואנו מאמינים לו זה עכ״פ, דהא אי בעי הוה מעיד סתם שזו האשה זנתה והיינו אוסרים אותה דאז היה היה שני עדים, אבל בנידון דידן אטו הורגים נפש על פי מגו בלא עדים (ועמ״ש לקמן ענב א׳).

ואא״ל דאמנם כן מחמת עדותו מודה רב יוסף דאינו נפסל, אבל מכל מקום נפסל משום הודאת בעל דין לחובתו כמאה עדים דמי, דזה אינו, דאף דמה שיש בדבריו לחובתו נאמן, מכל מקום מה שיש בו לאחריני שיהיה עדותו שמעיד עליהן בטל אינו נאמן משום הודאתו, למה הדבר דומה, למלוה האומר שטר אמנה הוא זה וחב לאחרים, דנאמן בהודאתו לגבי דידיה ואינו נאמן לגבי אחרים.

ולפי זה הפירוש יציבא מלתא דמוכח דבעבירה שאינו פוסלת לעדות לא שייך אין אדם משים עצמו רשע, דאלת״ה, כיון דרב יוסף נמי סבירא ליה דאין אדם משים עצמו רשע, ופלגינן דבוריה לא סבירא ליה, יקשה מאי צורך לו לומר לרצונו רשע הוא והתורה כו׳, והרי גם אילו היה רוצח כשר להעיד, מכל מקום כיון דעבירה היא אינו נאמן לומר שעבר, וכיון שאי אתה מאמינו במקצת עדות, גם במקצת השני לגבי הרובע אי אתה יכול להאמינו. גם מאי טעמיהו דרבנן דבהרגתיו תנשא לאחרים, דאף דגזלן דד״ת כשר מ״מ כיון דאי אתה מאמינו שעבר ורצח אי אתה יכול להאמינו שזה נרצח.

אבל נ״ל דאא״ל דהא היה קשיא ליה לרש״י ז״ל דאינו בדין שהב״ד יאמינו עדות שבקצת דבריו ועדות שבקצת לא יאמינו, דזה אינו, דהא באמת דינא הכי דבמעיד ב׳ עדיות ואי אפשר להאמין לעדות אחת מכל מקום מאמינים מה שאפשר להאמין, דהרי במעידים על שני בני אדם והם רחוקים לזה וקרובים לזה מקיימים עדותן לגבי הרחוק, ומאן דפליג וסבירא ליה דגם להרחוק אינו עדות היינו משום דאתי עליה מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, וזה כשהאחד קרוב. אבל בנידון דידן שעל קצת שאינך מאמינו הוא בעל דבר לא שייך עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכמבואר כל זה בהר״ן פ״ק דגיטין [ט, א, בדפי הרי״ף ב, ב] גבי עצמך ונכסי קנויין לך.

אלא ע״כ כונה אחרת היה לרש״י ז״ל, והוא דנהי דאינו נפסל ע״י עצמו משום דאדם קרוב כו׳, מ״מ נימא ליה מ״ש ר׳ יהודא בפ׳ ד׳ דיבמות (דף מז ע״א) בהאי גר דאתא לקמיה ואמר נתגיירתי ביני לבין עצמי (וגר הא צריך שלשה), וא״ל רבי יהודה לדבריך גוי אתה ואין עדות לגוי, והכי נמי נימא ליה אנן לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע, וא״כ אין כאן שני עדים כשרים. ואין דנין דיני נפשות בלא עדים אף אם אמת נעשתה התועבה הזאת. ומשום קושיא זו הוסיף רש״י וכתב ונהרג הרובע דפלגינן דבוריה והרי הוא כלא אמר כלל שנרבע עד שנימא ליה לדבריך רשע אתה.

ואחרי הודיע כי כן, גם לכשת״ל דטעמיה דרב יוסף משום דלא פלגינן דבוריה, אבל אין אדם משים עצמו רשע אית ליה, מכל מקום שפיר הוצרך למה שאמרה התורה א״ת רשע עד. כי לולי זה היינו אומרים מאי בכך דאין אנו מאמינים במה שמעיד שעבר עבירה,

מכל מקום עדות השני לגבי הרובע נאמין לו כיון דרשע כשר לעדות לא שייך לומר לדבריך כו׳ דמאי בכך שהוא רשע, לזה סיים והתורה כו׳ וכיון דרשע פסול אמרינן לדבריך, ועדיין נאמר דגם בעבירה שאינו פוסלת לעדות אמרינן בה אין אדם משים עצמו רשע.

גם הא ברש״י מפורש יוצא דטעמיה דרב יוסף משום דסבירא ליה אדם משים עצמו רשע, דז״ל בפ״ב דיבמות שם ״רבא פליג עליה דרב יוסף ואמר כו׳ דאדם קרוב אצל עצמו כו׳ הלכך אינו נעשה רשע עפ״י עצמו״[37]. ומבואר דבאדם קרוב כו׳ ובאין אדם משים עצמו רשע היוצא ממנו פליגי, ודרב יוסף סבירא ליה אדם משים עצמו רשע, ומה שאמר לרצונו רשע הוא כפשוטו דנאמן על עצמו ונעשה רשע (ובישוב קושיתינו וכי ס״ל לרב יוסף דבעל דבר הוא פחות מקרוב עיי׳ לקמן ענב ב׳).

וטעמיה דרש״י נ״ל, דאם איתא לפירושנו איך יתכן דמאי דלא פליגי ביה כלל היינו דאדם קרוב אצל עצמו הזכיר רבא בפלוגתתיה, ומאי דפליגי היינו אי פלגינן דבוריה לא הזכיר כלל (ועיי׳ גם בזה מ״ש בענב ב׳). ועכ״פ כיון דרש״י מפרש כן ולא מצינו מי שחולק על פירושו, הנה גם אם המצא ימצא לנו פירוש אחר, מ״מ אומר וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה להקשות על פסק השו״ע, והלא לפי פירש״י אין קושיא דקם ישוב קצות החשן על נכון, דאין להוכיח כלל דבעבירה שאינה פוסלת גם לרבא אדם משים עצמו רשע (ועיי׳ מה שהקשינו עוד על דברים אלו של בעל ש״ש בגרעין ב׳).

אמנם כן לדידי לא חזי לי ישוב קצות החשן מטעם אחר, דאף אם איתא לסברתו דבעבר ולא נהרג במקום שהדין שיהרג ואל יעבור עבירה היא בידו, ואיתא נמי למה שהוכחנו בראיות דגם בעבירה שאינה פוסלת לעדות שייך אין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום הא כתבנו לעיל (ד״ה ואם תאמר) דהטעם דאין אדם משים עצמו רשע בכהאי גוונא הוא משום חזקה דלא עבר עבירה, ושזהו רק בדבר שהיה נאמן עליה לפטור עצמו הנה בטוען שעבר עבירה אינו נאמן, אבל בדבר שהיה נאמן עליה בתורת עדות הנה עדים נאמנים גם נגד חזקה, ואם כן אכתי קשיא מתשובות הרשב״א באמר אני זניתי עם אשתך דנעמיד בדבריו דאנסוהו להקשות את עצמו, ואף דמכל מקום עבירה היא ואין אדם משים עצמו רשע משום חזקה, זה אינו, דהא כאן בתורת עדות באנו להאמינו ומה לנו לחזקה במקום עדים המעידים[38].

37 עיי׳ קהילות יעקב כתובות שם שמוכיח כן בשיטת רש״י ממה שפירש ד״ה ר״א הרגתיו לא תגשא אשתו לפי שהוא משים עצמו רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד. עכ״ל ולא פירש משום דלדבריך רשע אתה ומשמע בפשוטו דקסבר ר׳ יהדה דנאמן לפסול עצמו.

38 לכאורה זו באמת מסקנת הש״ש שם, דהיכא דנאמן בתורת עדות משים עצמו רשע באופן שאינו פוסל את עצמו לעדות מחמת רשע זה, אך במקום שבאים להאמינו בתורת מיגו, אף אם אינו נפסל לעדות אינו נאמן דהוה מיגו נגד חזקת כשרות.

אשכול ו

[בדין אם העדים אומרים שההלואה אמת אבל חתמנו שלא מדעת הלוה]

פשוט היה בעיני דעדים החתומים על השטר, שאומרים הן בפנינו הלוה אבל השטר כתבנו וחתמנו שלא בציווי הלוה, אף באין כתב ידם יוצא ממקום אחר ואית להו מגו, מכל מקום אינם נאמנים דאמרינן אין אדם משים עצמו רשע, שהרי יטרפו על ידיהם מלקוחות שלא כדין. עד שראיתי בסמ״ע (סי׳ מ״ו ס״ק ק׳) שכתב דאם ההלואה אמת אף דהעדים אומרים ששלא כדין חתמו והרי בחתימתן יגרמו לטרוף ממשעבדי שלא כדין, מכל מקום אין זה מעשה רשע דנימא ביה אין אדם משים עצמו רשע ולא נאמינם, כיון שבאמת הלוהו קודם שלקחו לא הו״ל ליקח, והוציא כן ממה דעדים החתומים על השטר נאמנים לומר קרובים היינו במגו דאין זה כתב ידינו [כתובות יח,ב] ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע כי גרמתם שיטרוף מלקוחות בעדות קרובים, אלא על כרחך דלא מקרי בזה רשע[39].

ולענ״ד יש לדון בדבר: א. הנה כל שהשטר מחייב את הלוה ומשעבד את נכסיו כדין ממילא טורף כדין ממשעבדי נמי. ב. הנה קיי״ל בפרק זה בורר (דף כד ע״ב) דבקבל עליו קרוב או פסול לדיין, משנגמר הדין אינו יכול לחזור בו. ג. קיי״ל דלאו דוקא קבלה בפירוש אלא שכל שבא מעצמו לדין הוה קבלה (ירושלמי בש״ך סי׳ ג׳ סק״י). ד. קיי״ל דלאו דוקא בקבלו לדיין אלא ה״ה בקבלו לעד (שו״ע ריש סי׳ כ״ב). ה. קיי״ל דהקבלה אין צורך שתהיה בבית דין דוקא (ב״י וד״מ שם דהנמוקי יוסף פרק יש נוחלין חולק על הגהות אשר״י פרק זה בורר, ועיי׳ ש״ך ריש סי׳ כ״ב). ו. קיי״ל דגמר דין דעדים הוא שהעידו (הגהשו״ע סי׳ כ״ב ס״א בהגהה שלישית). ז. קיי״ל עדים החתומים על השטר כמי שנחקרו עדותן בבית דין דמי.

ואחר שבע הקדמות אלה נראה דשטר שחתומים בו עדים שהם קרובים מהראוי לטרוף בו מלקוחות, דהא נכסי הלווה שפיר נשתעבדו בשטר זה, דכיון דציוה להם לחתום הרי הוה כקבלה בפירוש לפני בית דין עפ״י אות ג׳ ואות ד׳ ואות ה׳, ואין יכול הלוה לחזור דמקרי גמר דין עפ״י אות ב׳ ואות ו׳ ואות ז׳, וכיון דלגבי דידיה מהני הקבלה ממילא נתחייבו הלקוחות עפ״י אות א׳, וצ״ל דהטעם דאין גובין בו דמאן יאמר דציוה להם לחתום דילמא מעצמן חתמו, ואי דהם מעידים שציוה להם, דהא עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בבית דין דמי, הא התורה פסלתן לעדות ואינם נאמנים על זה עצמו שציוה להם לחתום, והרי באמת גם המלוה עצמה אין גובין בשטר זה, וע״כ משום דאין אנו מאמינים להם כלל, דגזרת הכתוב הוא אף במעידים לחובת הקרוב דליכא חשש משקר מכל מקום לא נאמין להם.

וגם אם אין נודע שהעדים קרובים כי אם על פיהם, הנה אם הוא באופן דנאמינם, ואומרים ג״כ שציוה להם והרי יש להם מגו דהיו שתקי ולא היו מודיעים קורבתם, מכל

39 ועיי׳ ט״ז שם שכתב בהא דלא אמרינן בזה אאמע״ר דהוא משום שהעדים סמכו עצמם שהכל יודעים שהם קרובים ולא יבא לידי מכשול. ועיי׳ חי׳ רע״א כתובות יח,ב ד״ה מתני׳ אנוסים היינו.

מקום אין גובין, אי משום דעד הצריך מגו אינו עד, ואי משום דמגו להוציא ממון לא אמרינן, ומאמינים להם שהם קרובים ע״י מגו דאין זה כתב ידם, ואין מאמינים להם שציוה להם לחתום ע״י מגו דשתקי, או אם גם יהיו שנים אחרים מעידים שלפניהם ציוה הלוה להקרובים לחתום מכל מקום אין גובים ממשעבדי, דיאמרו הלקוחות לא היה לנו להזהר שלא ליקח כיון שראינו שהחתומים בו קרובים לא חשבנוהו לשטר, ואי משום שיש עדים שלפניהם ציוה להקרובים לחתום, הא אלו אינם עדות שבשטר דליפוק קלא על ידם שציוה הלוה ויש לו דין קיבל עליו קרוב או פסול ולא ידענו להזהר, ואף דהלואה אמת וגם השטר כשר, כל דאית ביה פסידא דלקוחות כי לא ידעו להזהר אין גובין בו.

ולפי זה כשאנו דנין אם הקרובים שחתמו עשו מעשה רשע כי יכולים לגרום לטרוף מלקוחות שלא כדין, נימא שאין כאן רשעות שאי אפשר כלל לבא לידי גרם גביה שלא כדין, דהא אם ידעו הלקוחות כשלקחו שהעדים קרובים לא יבא לידי גביה שהרי כשיבא המלוה לגבות מהם יטענו שהעדים שבו קרובים, מה תאמר, פן לא ידעו הלקוחות שהן קרובים, א״כ שוב בל תהיה הגביה שלא כדין, דהא ההלואה אמת, ולומר שמכל מקום לא נשתעבדו הנכסים עפ״י עדותם משום פסול שהטילה התורה על העדים מגזרת הכתוב, גם זה אינו, כיון דהלוה קבלם עליו בצוותו להם שיחתומו, ונהי שזה עצמו שציוה להם אין אנו מאמינים להעדים כנ״ל, מכל מקום הם בדבריהם אינם אומרים רשעות על עצמם, דאומרים אתון לא מהימניתן לן אבל אנו לעצמנו הא יודעים שציוה לנו לחתום ונשתעבדו הנכסים על פי חתימתנו.

מה לך עוד לומר לטעון נגד הגביה, כי אם זאת, לומר הא לטרוף מלקוחות יש שני תנאים, אחד שיהיו הנכסים משועבדין על ידי שטר כשר, השני שיהיו לקוחות יודעין להזהר, והכא נהי דציוה להם וקבלם עליו והשטר כשר, מכל מקום הלקוחות מי ידעו שהוא ציוה וקבלם עליו שיזהרו, זה אינו טענה, דהא הם בלא זה היה להם להזהר כיון שהיו סבורים שהעדים אינם קרובים כלל והם כשרים ונאמנים על ידי שחתימתן כאלו נחקרה עדותן שציוה להם לחתום, ועל כן אם יקרה כך שהלקוחות בל ידעו לטעון שהעדים קרובים, והעדים גם כן בל יודיעו מזה ויטרוף הבית דין מהלקוחות, יהיה באמת הגביה כדין וכדת. ועל כן כשבאים העדים ואמרו קרובים היינו, אומרים שלא עשו רשע כלל, ואילו היינו מאמינים להם לכל דבריהם, היה הדין נותן גם עתה שנטרוף ממשעבדי בשטר זה, אלא דאין אנו מאמינים לאמירתם שציוה עליהם לחתום, אבל הם לעצמם לא גמלו לנפשם רעה ורשע אחרי יודעם שציוה עליהם דנימא אין אדם משים עצמו רשע.

ומעתה אין צריך לסברת הסמ״ע לחדש דאף שיוכל לבא לידי גביה שלא כדין מכל מקום כיון דהיה ללקוחות להזהר לא מקרי מעשה רשע, אלא תפסינן כפשוטו דכל שהוא שלא כדין (דכשהשטר בעצם פסול מאי בכך דהיה להם להזהר אטו קנסא קא קניסת להו לגבות מהם נכסים שלא נשתעבדו בשטר), ודאי הוה מעשה רשע, אלא דבאמרו קרובים היינו, היינו טעמא דאי אפשר כלל לבא לגביה שלא כדין, וא״כ

בנידון דידן שאומרים שחתמו שלא בציווי הלוה דגם לדבריהם יהיה הגביה שלא כדין דאין תורת שטר עליו כלל, הטענה דהיה ללקוחות להזהר אינו מציל מהיות מעשה רשע ואינם נאמנים גם באין כתב ידם יוצא ממקום אחר.

(ועדיין יש להתישב, דא״כ כשאומרים קרובים היינו, הנה אומרים שהשטר כשר לגבות ממשעבדי ואנו אין מאמינים להם שציוה אותן לחתום, ועכ״פ אין נאמינם המקצת, היינו שהם קרובים במגו דאין זה כתב ידם, הא הם באו להכשיר השטר, ואילו אמרו אין זה כת״י הי׳ פוסלים השטר ומאי מגו איכא, אלא די״ל ודאי הם באים על הכונה לפסול השטר דאל״כ הו״ל לשתוק והיה מעצמו השטר כשר, וע״כ מאמינים מה שהוא לפי כוונתן במגו דאין זה כתב ידם, אלא לעצמינו דנין דאין להכשיר השטר משום שקבלם עליו דמאן מסהיד שציוה, ודלא שייך בזה אין אדם משים עצמו רשע).

אשכול ז

[בהא דאמר לדידי אוזפן בריביתא אם צריכים לבא לדין פלגינן דיבורא]

מן החקירה אצלי בהא דאיתא פרק זה בורר (סנהדרין דף כה ע״א) דחד אמר קמי דידי אוזיף בר ביניתוס בריביתא וחד אמר לדידי אוזיף בריביתא ופסליה רבא והכי קיי״ל בשו״ע חו״מ (סי׳ ל״ד סעי׳ כ״ו), אם זהו דוקא כשמעיד בלשון זה שבעובדא זו דעשה את המלוה לנושא המאמר, אבל לא כשהלוה עושה עצמו הנושא, או דאין חילוק.

ורצוני, למה שחילק הרשב״א בתשובה [סי׳ אלף רלז] בין האומר אשתך זינתה עמי לבין האומר אני זניתי עם אשתך, דבלשון ראשון מצטרף לעדות, דכי פלגית דבוריה ושדיית תיבת עמי נשאר עדין עדות שלמה, היינו אשתך זנתה, אבל בלשון השני אי פלגית ושדית מאמר אני זניתי לא נשאר לך עדות של זנות עליה כלל, ועל כן נראה גם הכא דוקא באמר לדידי אוזיף בר ביניתוס בריביתא, דאי שדית תיבת ״לדידי״ נשאר לך עדיין עדות שלמה, היינו בר ביניתוס אוזיף בריביתא, אבל אם אומר אני לויתי מבר ביניתוס בריביתא אי שדית מילות ״אני לויתי״ לא נשאר עדות הלואה כלל על בר ביניתוס, וכיון דאי אפשר למיפלג דיבוריה אין עדותו כלום, דהגם דאמר רבא אין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום צריך לבא נמי לטעם פלגינן דיבוריה שכתב רש״י כאן בסוגיין ובפ״ק דסנהדרין (דף ט ע״ב) כמו שביארנו לעיל (אשכול א׳ ואשכול ג׳)[40].

אמנם זה באמר לויתי מפלוני בריבית דאורייתא, אבל באומר לויתי בריבית דרבנן כיון דפסולי דרבנן בעי הכרזה הוה עדות, דהא א״צ כאן לפלגינן דיבוריה דהא אין

40 עיי׳ בתשובת הרשב״א עצמו שנראה כך מדבריו. וז״ל ״וההיא דלדידי אוזיף בריביתא ושבקי מאי דקאמר לדידי דאוזיף בריביתא עדות גמור הוא אף על פי שלא פירש למי״. ועיי נוב״י מהדו״ק אה״ע סי׳ עב (סתירת ההיתר השני ד״ה ראיה אחת), ובשו״ת ח״ס אה״ע ח״ב סוף סי׳ נב.

בדבריו פסול לעדות, ואף דהעלינו לעיל (אשכול ה) דגם בעבירה שאינה פוסלתו לעדות אמרינן אין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום זה אינו מזיק לעדותו, דמה בכך דאין אנו מאמינים שעבר הוא עבירה מכל מקום נאמינו דפלוני עבר עבירה והלוה, דאמנם בדברי רבא ודאי יפה פירש"י דצריך עוד לטעם פלגינן, והיינו דאל"כ אין בעדותו כלום, דאמרינן ליה לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע, אבל בנידון דידן לא נוכל לומר לדבריך כו' דישיב גם לדברי שאני רשע דרבנן יש לי עדות דהא בעינא הכרזה.

והא דאמרנא דבאמר שלוה בריבית דאורייתא אין בעדותו כלום, זהו תלוי באשלי רברבי, דלפסק השו"ע (חו"מ סי' לד סעי' י) דגם הלוה נפסל מן התורה, ודאי כן הוא דאין ממש בעדותו, אבל להנימוקי יוסף בסוגיין [ד,ב] דהלוה גם בריבית דאורייתא אינו נפסל כי אם מדרבנן, שפיר מקבלים עדותו גם בזה כאן דבעי הכרזה.

וכן אופן השני דאמרנו באמר לויתי בריבית דרבנן, וכן מה דאמרנו דלהנ"י גם בריבית דאורייתא הוא כן דמקבלין עדותו, תלוי ג"כ במחלוקת, דלהרא"ש פרק זה בורר סי' ז' דמתניתין קחשיב בין פסולי דרבנן בין פסולי תורה, דהא קחשיב משחק בקוביא בין פסולי תורה, ומלוה הבאה בריבית דקחשיב פסולי תורה הוא משום דגם הלוה נפסל מן התורה, ולדידיה אין לנו הכרח לחדש לומר דבאותו עדות שנפסל בשבילו לא בעי הכרזה ושפיר קאמינא דהיכי דגם לדבריו עבר רק אריבית דרבנן עדותו קיימת, אבל להנ"י שם דמתניתין קא חשיב רק פסולי דרבנן ומלוה הבאה בריבית משום לוה קתני דהוא לא נפסל גם בריבית דאורייתא כי אם מדרבנן, ועל זה יקשה אהא דמקשה בגמרא בעובדא דבר ביניתוס הנ"ל דפסליה רבא על פי עדות הלוה והא רבא אמר לוה בריבית פסול לעדות, ומאי קושיא, והא על כרחך מה דאמר רבא דהלוה פסול הוא רק מדרבנן, והכא בעובדא דבר בינתוס הא לא הכריזו, ומתוך קושיא זו הכריח בנמוקי יוסף שם דלאותו עדות שנפסל בשבילו לא בעי הכרזה, אם כן שוב צריכים לבא לפלגינן דיבוריה, דבלא פלגינן אמרינן לדבריך פסול מדרבנן אתה, וכיון דלשון אני לויתי אם תפלוג בל ישאר לך עדות כלל, ע"כ עדותו בטלה ממה נפשך, דאם תאמר לפלוג דיבריה אין כאן עדות הלואת רבית כלל, ואם תאמר שלא לפלוג יש כאן לדבריך פסול מדרבנן אתה ואין כח בעדותך לפסול להמלוה[41].

ומעצמו מובן דהא דכתבנו דלהנמוקי יוסף דהלוה גם בריבית דאורייתא אינו

41 עיי' להלן ענב ד שמיישב על פי זה את קושיית הש"ך סי' לד ס"ק כג על מה שהביאו הב"י והד"מ והסמ"ע את הדין שלאותו עדות נפסל בלא הכרזה, והקשה "דבנ"י לא כתב כן אלא להמקשה דהוי סבירא ליה דפסול לעדות על פי עצמו אם כן כשמעיד לדידי אוזיף בריביתא אינו נאמן דהוה ליה פסול, אבל למאי דמשני דאין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דיבוריה לא משכחת לה להאי דינא דאי מעידים עליו שהוא לוה בריבית הוה ליה עדות אחרת ואם כן לאיזה צורך כתבו הב"י והד"מ והסמ"ע דין זה וצ"ע". ולפי הנ"ל מיושב שפיר, דנ"מ כשאמר אני לויתי ממנו בריבית דבכה"ג לא פלגינן דיבורא ואילו היה הדין דבעינן הכרזה הרי אף שבכה"ג לא פלגינן דיבורא עדותו כשרה, אך כיון שלאותה עדות לא בעינן הכרזה עדותו בטלה, דאמרינן ליה לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע לאותה עדות גם ללא הכרזה. ועיי' באר היטב סי' לד ס"ק כז ונתיבות סי' לד ס"ק יד שכתבו כן.

נפסל כי אם מדרבנן מקבלים עדותו שפיר, רצוני למאן דסבירא ליה כהנמוקי יוסף בהא ולא סבירא ליה כוותיה במה דס"ל דלאותו עדות לא בעי הכרזה, דהא לא ימנע דאפשר לתרץ קושיא הנ"ל שממנו הוציא הנמוקי יוסף דלא בעי הכרזה, לומר דהוה מצי לשנויי הכי אֶלא דעדיפא מיניה משני דרבא לטעמיה דאין אדם משים עצמו רשע, אבל הנמוקי יוסף לגרמיה דלאותו עדות לא בעי הכרזה אף דסבירא ליה דלא נפסל הלוה כי אם מדרבנן מכל מקום אין בעדותו אני לויתי בריביתא כלום, כיון דאם תפלוג דיבריה לא ישאר עדות כלום, ואם לא תפלוג אמרינן ליה לדבריך פסול אתה. (ועיי' מ"ש לקמן ענב ב בזה).

אשכול ח

[בשב ואל תעשה אם אומרים אאמע"ר]

נסתפקתי בטוען טענה ויש בה שעבר עבירה בשב ואל תעשה אי גם בזה שייך אין אדם משים עצמו רשע, כי כל המקומות אשר בזכרוני הדל שאמרו אין אדם משים עצמו רשע, הן בש"ס הן בפוסקים כולן נזכרו על עבירה בפועל, וי"ל דבשב ואל תעשה לא אמרינן כן[42].

והנה בדין שהדיינים צריכים להודיע להנתבע שנתנו פסק דין להתובע כדי שלא יבא הנתבע לידי הפסד כיון דנגד פסק דין אינו נאמן לומר פרעתי ויצטרך לשלם שנית, הנה אם אמרו הדיינים שלא הודיעוהו נאמנים ונאמן הנתבע לומר פרעתי, ונתקשה הש"ך בזה (בחוה"מ סי' לט סק"ל), מאי שנא מהעדים דאומרים שטר אמנה הוא זה דאינם נאמנים, והיינו כיון דעבדי איסורא אם כתבו שטר אמנה, ולמה הבית דין נאמנים לומר דעבדי איסורא.

ולדרכנו נאמר דשאני ושאני, דהתם אם חתמו שטר אמנה עשו מעשה רשע בקום ועשה על כן אינם נאמנים דאין אדם משים עצמו רשע, אבל הכא אם לא הודיעו הבית דין עברו בשב ואל תעשה דהוה להו להודיע ולא הודיעו, ובזה לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע.

וא"ת הכא נמי עברו בקום ועשה, היינו נתינת הפסק דין ליד התובע בלי הגיד לנתבע, זה אינו מתרי טעמי, חדא דכל כהאי גוונא מ"מ מקרי שב ואל תעשה, דהא בראיה ברגלים שלא הביא עמו עולה דעבר על ולא יראו פני ריקם אין לוקין עליו משום דהוה לאו שאין בו מעשה (רמב"ם פ"א מחגיגה ה"א), אלמא דלא אמרינן דעבר בקום ועשה במה דבא לראות בלי עולה, אלא דנין על הדבר שהיה לו לעשות עם הראיה ולא עשאו היינו הבאת העולה, וזה שב ואל תעשה, אם כן הכי נמי בנידון דידן לא נדון על נתינת הפסק דין כי אם על המעשה שהיה לו לעשות עם הנתינה ולא עשאו, היינו נתינת הידיעה להתובע. ועיי' תשובות שאגת אריה סי' לב ד"ה אבל.

42 ראה ענף יג.

שנית, אילו היה אסור להם ליתן הפסק דין עד שיודיעו הכי נמי דהיה אפשר לומר דעברו בקום ועשה, אבל כיון דרשאין ליתן הפסק דין להתובע, אם כן בנתינה לא עברו כלום, כי אם עברו על החיוב שאחר הנתינה להודיע והם לא עשו כן ולא הודיעו, וזה ודאי אינו כי אם שב ואל תעשה.

וראיתי להבית יוסף בחו"מ סי' כט אות ח שכתב בזה"ל "ועוד כשהעיד אינו יכול לחזור בו משום דמשוי נפשיה רשיעא, אבל כי אמר איני יודע (ועכשיו מגיד עדותו) לא משוי נפשיה רשיעא, ואעפ"י שנושא עון אם לא יגיד, מ"מ שב ואל תעשה הוא". עכ"ל. ואף שלקמן (גרעין ד) פקפקנו בטעם של הבית יוסף במה דאינו חוזר ומגיד, מכל מקום יש להסתייע מדבריו, דהרי עכ"פ חזינן דסברתו הרמה היתה דבשב ואל תעשה לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע[43].

ולפום ריהטא היה נראה להוכיח כן מתוך קושיא שעל דעת רש"י ז"ל פ"ב דכתובות (דף יט ע"ב ד"ה אלא) דעדים אינם נאמנים לומר תנאי היו דברינו בכתב ידן יוצא ממקום אחר, תמה הר"ן [כז,א] דאם כן על כרחך צריך לומר דסתם שטר הוה כאילו פירש שאין בו תנאי, ואם כן גם באין כתב ידם יוצא ממקום אחר לא יהיו נאמנים דהא משוי נפשייהו רשיעא מצד עצמן שכתבו בשטר דבר שאינו, והוא באמת תימא רבתא על רש"י.

אבל לדרכינו י"ל, דדוקא באנוסים מחמת ממון, וכן בשטר אמנה דלא היה להם כלל לחתום זה השטר ועברו בקום ועשה, בהא שפיר אינם נאמנים גם באין כתב ידם יוצא ממקום אחר משום אין אדם משים עצמו רשע, אבל שטר זה הא ניתן לחתום אלא שחסר במילתיה דהיה לו לפרש שיש בו תנאי, ועברו במה שלא הטילו בו התנאי וזה הוי שב ואל תעשה, וכן מאי דסתם שטר הוי כאילו פירש, היינו דמבינים ממנו כך, אבל מכל מקום פירוש זה לא על ידי מעשה בא כי אם משלילות הזכרת התנאי ובשב ואל תעשה לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע.

אבל נראה דהא בורכא, דגם הכא אין אנו דנין על הכתיבה בשטר כי אם על חתימתן, דלא היו רשאין לחתום על זה השטר, או עכ"פ שלא להוציאו מתחת ידם, וגם סברת הרמב"ם גבי ראיה נמי לא שייך הכא, לומר דהוצאה מתחת ידם בלי הטלת תנאי בו מקרי שב ואל תעשה, כמו בראיה בלא הבאת עולה, דהתם ענינים חלוקים הם, הראיה וההבאה שאצלה נבדלת ממנה, וכן בהאי דלעיל, נתינת הפסק דין לתובע וההודעה להנתבע נבדלת, אבל הכא חדא מילתא היא הוצאת שטר שמבינים ממנו שאין בו תנאי ולא שייך לחלקם לומר דאין העבירה בחתימתן או בהוצאתן מת"י כי אם בשלילות כתיבת התנאי.

תדע, דמכדי כל החזקות שבעדים דאמרינן ודאי לא עשו שלא כדין הוא מטעם דרשעות ודאי לא עשו, והשתא אם מה דבשב ואל תעשה לא מקרי רשעות תאמר להוכיח

43 עיי' אמרי בינה דיני עדות סי' טו (ד"ה ולדברי הריטב"א) שמתקשה בדברי הב"י הללו דמה איכפת לן שזה בשוא"ת, והרי גם בעשה שלא כהוגן כתבו ראשונים דאמרינן אאמע"ר, וא"כ מדוע בשוא"ת לא נימא כן. ועיי' עין הרועים ע' אין אדם משים עצמו רשע אות י'.

כן מדברי רש״י דכל שהשטר ניתן לחתום אלא דחסר במילתיה שב ואל תעשה מיקרי, אם כן תיקשי בהא דנמצא בסוף שיטה תיבת חמשים או עשרים דהשטר כשר, דלא חיישינן דילמא היה כתוב חמש או עשר ועשה ממנו חמשים או עשרים, והיינו כיון דעדים אינן רשאין לחתום בכתוב חמש או עשר ודאי לא היו חותמין עליו, כדאיתא בסמ״ע (סי׳ מב ס״ק ז), והשתא הא להתוס׳ אם כתוב חמשה או עשרה בהי״א בסוף רשאין לחתום והכי פסק הגהשו״ע שם (דלא כרמב״ן בש״ך שם [סי׳ ו]), ואם כן אמאי מוקמינן אחזקה דלא היו עושים רשעות לחתום שטר זה, והא שטר זה רק חסר במילתיה דהא ניתן לחתום רק שיוסיפו הי״א לבסוף, וכשלא הוסיפו אינו אלא שב ואל תעשה, ועל זה ליכא חזקה דלא עשו רשעות בשב ואל תעשה, ועל כרחך תצטרך לדברי לומר דאין אנו דנין על חסרון ההי״א שבכתיבה כי אם על חתימתם על שטר שחסר הי״א ויכול להזדייף, וזה קום ועשה[44].

אשכול ט

[אי אמרינן אאמע״ר במי שמוחזק מכבר לרשע]

מן החקירה במי שמוחזק כבר לרשע, וטוען או מעיד בענין שיש בדבריו רשעות, אי אמרינן בכזה נמי אין אדם משים עצמו רשע או לא[45].

ואומר, דענין אין אדם משים עצמו רשע מצינו על שני פנים, האחד במעיד עדות על אחר ובדבריו יש רשעות על עצמו, והשני דבא לפטור את עצמו מאיזה תביעה עליו בטענה שיש בה רשעות על עצמו. והטעמים חלוקים, דבאופן האחד הטעם דעדותו על האחר קיימת ולא אמרינן הא העיד על עצמו שרשע הוא, משום דאדם קרוב אצל עצמו, ואולם בהשני הטעם משום חזקה דלא עשה רשעות, וטעם שבאחד לא שייך בשני, דהא לפטור עצמו אינו משום עדות דנימא אדם קרוב אצל עצמו, וטעם שבשני אינו באחד, דאטו עד אינו נאמן להעיד נגד חזקה, (כמו שכבר ביארנו לעיל באשכול א׳ ובאשכול ג׳).

ויראה לי דחלוקתם בטעם מחלק ביניהם גם לדינא, והוא, אם זה המעיד הוא רשע מכבר, דבפן השני לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע שלא יהיה נאמן

44 לכאורה היה נראה לחלק, דבתנאי, העבירה היא בשוא״ת במה שלא הזכיר את התנאי, אך כאן העבירה היא על כתיבת ״שלש״ או ״חמש״ כיון שבכתיבה באופן זה יכול להזדייף, וזה לא מיקרי שוא״ת כי אם קום ועשה שכתב באופן שיכול להזדייף, אלא שאם היה כותב שלשה לא היה חשש זיוף, אך כשכתב שלש אין העבירה במה שלא כתב ״שלשה״, כי אם במה שכתב ״שלש״.

45 עיי׳ ים של שלמה ב״ק בפרק החובל סי׳ כג גבי חובל בחבירו בשבת דפטור מתשלומין אא״כ צריך לדם, וכתב דאין להקשות מנא ידעינן שדעתו להוציא דם דיש לומר דמודה, ואף שאין אדם משים עצמו רשע לומר שמחלל השבת, מכל מקום בנדון זה כבר נעשה רשע שהכה חבירו ואיתרע חזקת כשרותו. אמנם יתכן דכונת היש״ש שנעשה רשע לגבי מעשה זה גופא, ושוב נאמן לומר שעשה עוד איסור בזה, אך כשמוחזק לרשע מעבירה אחרת, אין להוכיח משם.

לפטור עצמו בטענה זו, דהא אין כאן ניגוד מהחזקה, דהרי הוא מוחזק ברשע, והרי כעין זה כבר העיר בחלקת מחוקק (סי׳ יז ס״ק טז) דבעבד ושפחה י״ל דלא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע ולא פלגינן דיבוריה, ואף לשיטת הב״ח דגם בהו אמרינן אין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום י״ל הני אף דסתמן פרוצים בעבירה מ״מ ודאי רשעים אינם, משא״כ בידוע שהוא רשע.

ואולם בפן האחד בל תוכל לומר ג״כ דבזה האיש לא שייך לומר אדם קרוב אצל עצמו ואין בעדותו על עצמו כלום דהא אינו נפסד מזה (עמ״ש לקמן ענב ב) וע״כ לא פלגינן דיבוריה ועדותו על האחד בטל, דזה אינו, דממה נפשך, אי הרשעות שמכבר היא עבירה שפוסלתו לעדות, א״כ אין נ״מ דגם אם תפלוג דיבוריה אין בעדותו על האחר כלום משום פסולו שמחמת רשעות מכבר, ואם הרשעות שמכבר היא בעבירה שאינה פוסלתו כגון שעבר עבירה דרבנן דלית בה חימוד ממון להסוברים דלא נפסל בעבירה דרבנן אם אין בה חימוד ממון (תוס׳ בפרק איזהו נשך [ב״מ עב,א ד״ה שטר] ובהגהשו״ע חו״מ סי׳ לד ס״ג), ובעדותו של עכשיו אומר שעבר עבירה דרבנן שיש בה חימוד ממון, (והרי גם בעבירה דרבנן אמרינן אין אדם משים עצמו רשע כמ״ש לעיל אשכול ג), הנה שוב שייך אדם קרוב אצל עצמו, דהא שפיר מתפעל מזה דשל עכשיו, שעד הנה היה כשר ומעכשיו יהיה פסול.

ולכאורה יש מכל מקום לצייר גם בזה נ״מ כך, באחד שעבר מכבר עבירה דרבנן ומכל מקום לא נפסל משום דבעי הכרזה ולא הכריזו עליו, ובעדותו של עכשיו על האחר יש בו שהוא המעיד, עבר אדרבנן, ובאותו עדות שנפסל בשבילו לא בעי הכרזה לדעת הנמוקי יוסף פרק זה בורר, ובזה נימא דאדם קרוב אצל עצמו לא שייך כאן, דמה מפסיד בהכי, דהא לשאר עדיות עדיין יעמוד בכשרותו כל שלא יכריזו עליו, ואם יזדקקו להכריז, בלא זה נמי יהיה פסול על ידי עבירה דרבנן שעבר מקדם, וכיון דלא שייך אדם קרוב אצל עצמו לא פלגינן דיבוריה ויהיה עדותו לגבי אחר בטל, ובזה בל תוכל לומר מאי נ״מ, הא בלא זה נמי בטל מחמת עבירה שמכבר, דזה אינו, דמחמתה לא היה בטל דהא לא אכרזו עליו, אבל משום עבירה של עתה שפיר בטל דלזאת העבירה שנפסל בשבילה לא בעי הכרזה. ועמ״ש בזה לקמן (ענב ד).

אבל גם זה אינו, דמכל מקום נפלוג דיבוריה כדי לקיים עדותו משום דנימא ליה לדבריך רשע אתה לעדות זו, ועדותך בטלה, על כן פלגינן דיבורך לקיים העדות (עמ״ש לקמן ענב ב ד״ה וא״ת והא) ואם כן גם בזה לא נ״מ מידי ממה שעבר כבר.

ומכל מקום נ״ל לצייר נ״מ גם בזה, הנה בעדות אשה שמת בעלה גם פסולי עדות נאמנים וכדאיתא אפילו עבד ואפילו שפחה כו׳, וכמוהו בעד טומאה אחר קינוי וסתירה פסולים נאמנים. וכתבתי לקמן בעיקר עדות דנ״ל דמכל מקום חילוק יש בין עדות אשה לעדות טומאה, והוא דבעדות אשה למאי דקיי״ל כר׳ מנשה פ״ב דיבמות (כה,ב) גזלן דדברי תורה פסול להעיד לה משום דלפסול דחשוד למשקר לא האמינו, ואולם לעדות טומאה נ״ל לכאורה דגם גזלן דד״ת כשר להעיד.

וטעמא דידי, דמכדי חזינא דחמש נשים ששונאות זו את זו אינם נאמנים בעדות אשה משום דחשידי לשקר מחמת שנאה, ואילו בעדות טומאה גם אלו נאמנים כדאיתא בשו"ע אה"ע (סי' קעח סעי' טו), אלמא דבעדות טומאה שפהליגו להאמין כמו דאמרינן אפילו עוף הפורח באויר (סוטה לא,א) לא חששו גם לחשוד למשקר והאמינוהו. ואני מסייעני ממה שלא כתבו הפוסקים (בסי' קעח) דגזלן דתורה פסול בעד טומאה כמו שכתבוהו בעדות אשה (בסי' יז ס"ג)[46], ולקמן ענב ו' יש עוד ראיה לדברינו.

והנה בנסתרה אחר הקינוי, וזה האיש שקינא לה בעלה ממנו ונסתרה עמו אומר בעצמו שבא עליה בעת הסתירה ודאי לא נחשבהו לעד טומאה דהא משוי נפשיה רשיעא ואמרינן אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע. וא"ת נימא גם הכא פלגינן דיבוריה, זה אינו, דאם כן דתפלוג דיבוריה הלא תאמר דעדותו הוא שאחר בא עליה לא הוא, אם כן שוב אין זה עד טומאה שהאמינתו התורה לאחד, דדוקא במעיד שטימא אותה זה האיש שנסתרה עמו האמינתו התורה משום הרגלים לדבר שיש על ידי הקינוי וסתירה, לא במעיד שאחר זינה עמה כמבואר ברמב"ם (הל' סוטה פרק [א הי"ד] ובב"ש סי' קעח ס"ק יא[47].

ואולם אם יקרה כזה באיש שמוחזק מכבר לרשע, בזה שפיר נחשבהו שנסתר עמה לעד אחד בטומאה, דבזה לא נימא אדם קרוב אצל עצמו, דמה מעיד על עצמו, אי לפסול עצמו לעדות, הא בלא זה פסול משום רשעתו שמוחזק מכבר, וכאן בל תוכל להשיב דמכל מקום נפלוג דיבוריה (ויהיה כמעיד שאחר טימאה לא הוא ואינו נאמן כנ"ל) משום דאמרינן ליה לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע כמו שהשבנו לעיל בסמוך, דהא הכא בטומאה יש עדות לרשע, ומכיון דעדותו מתקיימת גם בלא לפלוג דיבוריה אין לנו סיבה לפלוג, ואדרבה על ידי שנפלוג דיבוריה נבטל העדות, ועלינו לקיים העדות בכל האפשרי (כמ"ש לקמן ענב ב ד"ה וא"ת והא בזה).

ואל תשיבני, הא גם בלא אתחזק לרשע מכבר, מכל מקום זהו האיש פסול הוא מעצמו מכבר, דהא מסתברא דכשנסתר עמה נעשה עכ"פ חשוד לעריות, והחשוד לעריות הא פסול לעדות אשה לאפוקה כדאיתא פרק זה בורר (דף כו ע"ב), ועדות זו לאפוקה הוא וא"כ אין נ"מ, דהא גם בלא אתחזק מקדם לרשע לא נפלוג דיבוריה, זה אינו, דאי משום דחשוד לעריות אף דמשום לדבריך כו' אין צריך לפלוג דיבוריה, מכל

46 דברי רבינו בזה צ"ע ממה שכתב הרמב"ם בפ"א מהל' סוטה הט"ו "אפילו אשה ועבד ושפחה ופסול לעדות בעבירה מדברי סופרים כו' נאמן להעיד עליה". מבואר דרק פסול לעדות בעבירה מדברי סופרים, ולא בפסול לעבירה דאורייתא. ועיי' מנחת חינוך מצוה לז (ד"ה והנה במה שהבאתי) שמקשה מה טעם הדבר. ועיי"ש ובקרן אורה יבמות קיז,ב שמתקשים גם מדברי הרמב"ם בהל' רוצח פ"ט הי"ב לענין עגלה ערופה דפסק דגם פסול מן התורה כשר לעדות זו. ועיי במצויין ברמב"ם מהדורת שבתי פרנקל לרמב"ם בהל' סוטה שם.

47 בשו"ת הרשב"א סי' תקנב [מובא להלן ענב ו] כתב דאמרינן בזה פלגינן דיבורא. ובמשנה למלך הל' סוטה פ"א הי"ד הקשה עליו דלא שייך בזה פלגינן דיבורא משום הסברא הנזכרת כאן בדברי רבינו, דא"כ אם פלגינן ואדם אחר בא עליה לא נאמן עד טומאה. ועיי' להלן בענב ו' שהאריך בזה.

מקום נפלוג דיבוריה משום דנימא אדם קרוב אצל עצמו, דהא מפסיד לעצמו בדיבוריה לפסול עצמו לכל עדיות וגם לעדות אשה לעיולי, אבל במוחזק לרשע שפסול לכל עדיות גם משום אדם קרוב ליתא. (ועמ"ש בדברינו אלו לקמן ענב ו).

אכן גם זו הנ"מ יש לסתור, משום די"ל דגם בלא היה חשוד מכבר יש לו שפיר דין עד טומאה דלא פלגינן דיבוריה שיהיה כמעיד שאחר זינה עמה, ואי משום אדם קרוב אצל עצמו, זה לבדו אינו סיבה מספקת לפלוג דיבוריה, אלא אמרינן דבאמת נשאר כשר לעדות, ומכל מקום עדותו קיימת לגבי דידה, דהמעיד שתי עדיות כאחת ואין מאמינים אותו לעדות אחת אינו מזיק לעדות אחרת שמעיד עמה כל שאין בו משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו שכתבנו לעיל (באשכול ה ד"ה הן יש), אלא עדיין צריך לטעם לדבריך רשע אתה כדי שנפלוג דיבוריה, וה לא שייך הכא דגם רשע כשר וכאמור[48].

ענב א

[כשאינו מהוה את האיסור אי אמרינן אאמע"ר]

אם מעשה האיסור לפנינו אלא שהיינו דנין שלא עבר בשאט נפש והוא עצמו אומר כי לא כן, כי אם שידע ועבר, צידד במשנה למלך [הל' מלוה ולוה פ"ד ה"ו ד"ה וכתב בעל כה"ג] דאפשר דבזה נאמן, ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע כי אם כשהוא מהוה את כל מעשה האיסור בדבריו (ענף ט).

והיה נ"ל לכאורה שסברא זו היתה רפיא בידייהו דהתוס', דבריש בב"מ (דף ג ע"ב ד"ה מה אם ירצה) בהא דשנים אומרים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דס"ל לחכמים דר"מ דנאמן ופטור מקרבן משום דמתרצין דיבוריה לומר לא אכלתי שוגג אלא מזיד, הקשו הא אין אדם משים עצמו רשע, וע"כ לא נחתו הכא לסברת המשנה למלך, דהא לסברא זו לא קשיא כלל דהכא עצם המעשה שאכל האיסור ידוע על ידי שני עדים ואין הוא מהוה האיסור[49].

ואולם בריש פ"ק דמכות [ב,א ד"ה מעידין] שהקשו על מעידים אנו באיש פלוני שחייב גלות, איך מחייבין אותו והא יכול לומר מזיד הייתי, ולא תירצו דאין אדם משים עצמו רשע וכקושיתם בב"מ הנ"ל, דמה שתירצו שם דאינו רוצה להביא חולין לעזרה לא שייך הכא, וכבר עמד בזה המהרש"א ז"ל, מבואר דסבירא להו דלא שייך בזה

48 עיי' בחידושי הגר"ח על הש"ס (סטנצל) לסוטה דף לא שכתב כסברא זו לתרץ את שיטת הרשב"א הנ"ל דאמרינן בכה"ג פלגינן דיבורא, וכתב דע"כ דהרשב"א יסבור דרשע דד"ת כשר לעדות טומאה דלא כרמב"ם הנ"ל בהע' 46. ועיי' קובץ הערות יבמות סי' כא שמישב גם לשיטת הרמב"ם הנ"ל ע"ש. ועיי' אבן האזל הל' חובל ומזיק פ"ה ה"ז, ובברכת שמואל יבמות סי' י.

49 עיי' שו"ת רבינו חיו"ד סי' לה (ד"ה אבל מה שי"ל) ואה"ע סי' ד' (ד"ה עוד יראה לי) שעמד שם בזה דהתוס' לא ס"ל כסברת המל"מ זו. ועיי' חכמת שלמה חו"מ ריש סי' לד שכתב כן. ועיי' פתחי תשובה שם ס"ק כא בשם ארעא דרבנן סוף אות יז שמקשה כן על המל"מ. ועיי' שדי חמד ח"א מערכת א אות שנד.

אין אדם משים עצמו רשע, וי"ל דהיינו משום סברת המשנה למלך, דבהא נמי אין הוא מהוה המעשה דהא יש עדים שהרג[50].

וחשבתי לומר דכוונת התוס' בקושייתם במכות שיכול לומר הרגתי מזיד וקסבור הייתי שאין בו איסור, והאומר מותר אינו גולה, ומה דלא תירצו בב"מ הכי דהאי מה אם ירצה לומר מזיד הייתי נמי ר"ל בכהאי גוונא שיאמר במזיד אכלתי החלב וקסבור הייתי שאין איסור באכילתו, היינו משום דלענין קרבן גם אומר מותר דינו כשוגג, ורק בגלות כתיב שגגה יתירה למעט אומר מותר מגלות כדאיתא בתוס' ריש פ"ק דמכות (דף ז ע"ב ד"ה אלא)[51].

אבל חזרתי בי, משום דמסתברא לי דכמו דהדין בשגג שתי שגגות לענין קרבן כן הדין בשתי שגגות לענין גלות, ולענין קרבן הדין כך, אם על כל אחת מהני שתי שגגות ששגג חייב קרבן אם שגג בה לחודה, חייב גם השתא ששגג בשתיהן, אבל אם יש בהו אחת שהיה פטור עליה מקרבן אילו היתה לחודה, אף דעל השניה היה חייב אילו שגג בה לחודה, מכל מקום השתא ששגג בשתיהן פטור מקרבן, והיינו בקסבר שהוא שומן, וגם שגג על ידי שהב"ד הורו לו שחלב פטור מקרבן, אף דאילו היתה רק שגגה זו לבדה, שהיה סבור שהוא שומן היה חייב בקרבן, מכל מקום עתה ששגג גם על ידי הוראת בית דין, ועל שגגה זו אילו היתה לבדה אינו חייב בקרבן, פטור גם השתא דשגג בשומן, ואולם אם היה סבור שהוא שומן והיה סבור נמי דחלב מותר כיון דעל כל אחד משגגות אלו לחודיה היה חייב בקרבן, חייב נמי השתא דשגג בשתיהן.

ונ"ל דהוא הדין לענין שגגות לחיוב גלות נמי כן הוא, והשתא בהרג בלא כונה וסבר נמי דבכונה מותר, הנה הוא פטור מגלות, דהא בשגגה דאומר מותר לבד פטור מגלות, והרי זה דומה לשגג בשומן ושגג על פי הוראת בית דין דחלב מותר דפטור מקרבן, ואף דשגג בשומן ושגג דקסבר חלב מותר, חייב, היינו משום דהתם על שגגה דאומר מותר לחוד נמי חייב, אבל בגלות דעל שגגה דאומר מותר לחוד פטור מגלות, פטור נמי בשנצטרף אל זה עוד שגגה אחרת אף דהיה עלה לחודה חייב[52].

50 עיי' יד המלך הל' טוען ונטען פ"ב ה"ג שכתב כן.

51 עיי' ארעא דרבנן מערכת א סימן יז שכתב כן. ועיי' אוצר מפרשי התלמוד מכות שם בשם עוד אחרונים בזה.

52 לכאורה היה גראה לחלק, דהיכא דהפטור הוא משום אונס הרי שאף שמצטרף שגגה נוספת פטור דסוף סוף הוא אנוס, אך היכא דהפטור הוא משום דהוא קרוב למזיד, אם כן אם הוא באמת שוגג הוא חייב שהרי במציאות אינו קרוב למזיד כיון שהיה שוגג.

אמנם כל זה אליבא דרבא דאמר [מכות ז,ב] דהא דאומר מותר הוא קרוב למזיד, אמנם אביי סובר דפטורא דאומר מותר הוא מדין אונס, לשיטתו יהיה הדין בשוגג ואומר מותר פטור, ואה"נ דלדידיה לא היו צריכים התוס' להקשות באופן זה דמצי לומר מזיד הייתי, אלא אפילו אם הוא שוגג יכול לומר שפטור מגלות כיון שאמר מותר.

ויש ליישב על פי זה מה שיש להקשות על מהלך זה דכונת התוס' לאומר מותר, דאם כן למה הזכירו בלשונם "מזיד הייתי", והרי זה תליא במחלוקת אביי ורבא אם אומר מותר מזיד או אונס. ולפי הנ"ל יש לומר דהתוס' קאי כאן להקשות אליבא דרבא, דאליבא דאביי יש להקשות יותר מזה וכנ"ל.

ועל כן אי אפשר לומר דכונת התוס׳ בקושייתם דיאמר סבור הייתי שמותר להרוג, דא״כ לישתקו התוס׳ ממזיד הייתי לגמרי, ומה להו לעקם ככתוב בסוף דבור התוס׳ דיאמר לא הרגתי שוגג אלא מזיד (ויהיה כונתם שיוסיף עוד לומר וקסבר הייתי שמותר להרוג), הא בקיצור נמי קשיא דישתוק לדברי עדים ויקבל ששוגג היה, רק יאמר קסבר הייתי דגם בכונה מותר להרוג ויהיה פטור מגלות, כיון דיש בשתי שגגות אלו אחת אשר עלה לחודה פטור מגלות, אלא על כרחך כונת התוס׳ כפשוטו דיאמר כן מזיד בלא אומר מותר ואם כן עושה עצמו רשע, וצ״ל דהיה להם סברא דלא שייך הכא אין אדם משים עצמו רשע, וכצידוד המשנה למלך.

אבל נ״ל די״ל דענין אחר רפיא בידייהו דהתוס׳, והיינו סברת הגהות אשר״י בפרק הגוזל עצים סי׳ יח דכל ענין אין אדם משים עצמו רשע אינו אלא לענין דלא נפסל לעדות על פי עצמו, אבל בכל מה שזולת זה לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע, כמ״ש לעיל (בסוף אשכול ב ד״ה ודע דנ״ל), ובתוס׳ בב״מ הנ״ל ס״ל דלכל ענין אמרינן אין אדם משים עצמו רשע, (וכן דעת התוס׳ בפרק אע״פ כמ״ש לעיל אשכול א ד״ה ולדידי מיבעי לי), ובתוס׳ במכות יש לומר דסבירא להו כסברת הגהות אשר״י דטענתו מזיד הייתי שפיר פוטרו אף דמשים עצמו רשע.

ואני נבוך עוד, דאפשר גם לזה אין אנו צריכין, משום דמסתברא דאדם שאינו חייב גלות והוא גולה, עבירה הוא בידו, דהא מסכן עצמו לגבי גואל הדם ואסור לאדם להשליך נפשו למות, ועובר גם אלפני עור כו׳ דיגרום לגואל הדם שיהיה הורג נפש, וא״כ י״ל דגם הכא שייך סברת התוס׳ בב״מ, דאם אומר במזיד הרגתי ואיני רשאי לגלות לא שייך ביה אין אדם משים עצמו רשע כמו באומר מזיד אכלתי חלב ואיני רשאי להביא קרבן (והרי כתב הריטב״א [מכות שם] דאין אדם גולה על פי עצמו כמו דאינו נהרג על פי עצמו משום דגלות נמי נפשות הוא, דמתיר דמו פן יצא חוץ לתחום ויהרגנו גואל הדם), ואם כן אין צריך לומר כלל שיש סברות חלוקות בדבורי התוס׳ אלו.

ואולי מה שכתב הרמב״ם בהל׳ רוצח [פ״ו ה״ה] דכל ההורגין בלא התראה אם הרגן גואל הדם אין להם דמים, וכתב עליו הכסף משנה שהרמב״ם מסברת עצמו כתב כן שלא יהיה זה חמור מהורג שלא בכונה, ולדברי י״ל דהוציאו מכח קושיא זו דהתוס׳, דאיך גולה הא יכול לומר מזיד הייתי ואיני רשאי להתיר דמי אל גואל הדם, והוכיח מכח קושיא זו דגם במזיד בלא התראה רשאי גואל הדם להורגו, ואם כן אינו מסכן נפשו יותר על ידי הגלות, ונפלה טענה זו דאיני רשאי וממילא אינו נאמן לומר מזיד הייתי משום דאין אדם משים עצמו רשע, והתוס׳ לא נחתי לחדש דין זה דגם במזיד יהא רשאי גואל הדם להרגו על כן הקשו דיכול לומר מזיד הייתי, דאין אדם משים עצמו רשע לא שייך הכא וכאמור. (ולפי הדברים תהיה שיטת רמב״ם ג״כ דלא כשיטת הגהות אשר״י פרק הגוזל עצים הנ״ל).

ענב ב

[בביאור מחלוקת רבא ורב יוסף סנהדרין ט,ב]

בפלוגתא דרב יוסף ורבא בפלוגי רבעני לרצוני (פ"ק דסהנדרין דף ט' ע"ב) כבר ביארנו לעיל (אשכול ה' מן דבור המתחיל הן יש ודיבורים שאחריו) דלפירש"י פלוגתם בהא, דרב יוסף סבירא ליה דאדם משים עצמו רשע על פי עדותו על עצמו, ורבא פליג וסבירא ליה דאדם קרוב אצל עצמו (דהוא בעל דבר) ואין בעדותו על עצמו כלום.

וכתבנו שיותר נוח היה לפרש דפליגי רק אי פלגינן דבוריה, דרב יוסף סבירא ליה דלא פלגינן, ועל כן אף שלא נעשה רשע בעדותו, מכל מקום אי אפשר להרוג את הרובע משום דאמרינן ליה לדבריך רשע אתה כו', ורבא סבירא ליה פלגינן דיבוריה כמו שבלא זה על כרחך סבירא ליה הכי כמ"ש רש"י שם. אלא שטעם רש"י שמיאן לפרש כן, כיון שלא הזכיר רבא במילתיה כי אם הא דאדם קרוב אצל עצמו על כרחך בהכי פליגי, ואני מוסיף עוד כעת מהאי דפרק זה בורר (סנהדרין כה,א) רבא לטעמיה דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע, אלמא דבר פלוגתיה חולק בזה, ואולם קושי הבנה שיש בזה גדולה מאד, דאטו רב יוסף לא סבירא ליה דבעל דבר פסול להעיד בין לזכותו בין לחובתו, ע"ש.

והנה שיטת הריב"ש [סי' רסו] בב"י חו"מ סי' לח [אות יא] במה דאיתא פ"ב דכתובות (דף כ ע"א) דהזמה שלא בפניהם נהי דהזמה לא הוה הכחשה מיהו הוה, דהוא הדין דהניזומים נפסלים לכל עדויות, והש"ך סוף סי' הנ"ל כתב טעמיה דהריב"ש דסבירא ליה דפסול לעדות אינו נוגע לאדם, דמה לו בכך שפסול לעדות, ואמנם רוב הפוסקים חולקים על הריב"ש.

ומעתה לא ירחק לנו הדרך לומר דרב יוסף ורבא פליגי בסברא זו, דודאי רב יוסף נמי מודה דבעל דבר אינו מעיד על עצמו, אבל סבירא ליה דמכל מקום מעיד לפסול את עצמו לעדות, דאין זה עדות על עצמו כיון דפסול לעדות הוא דבר של מה לו בכך, ושפיר אמר לרצונו רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, כי באמת נאמן לפסול את עצמו לעדות[53], ורבא דפליג סבירא ליה כהחולקים על הריב"ש.

53 יש לעיין בהא דמדמה דכשם שנאמן לפוסלו שלא בפניו הכי נמי נאמן אדם על עצמו לומר שהוא פסול, דהנה בקובץ שיעורים ב"ב אות קד העיר על שיטת הריב"ש דפסול לעדות הוא דבר של מה בכך לגביו, דאם כן אם שנים העידו על שנים לפוסלם ליהוי כתרי ותרי, כיון שהם אינם בעלי דבר על זה, וכתב דע"כ דאף דאינם בעלי דבר נוגעים מיהא הוה ולכן אינם נאמנים על עצמם, ואם כן הוא הרי שאין להסביר כרבינו הא דאליבא דרב יוסף נאמן אדם לעשות עצמו רשע, דהא אף שאינו בעל דבר נוגע מיהא הוה.

ועיי' נוב"י מהדו"ק אה"ע סי' עב (סתירת היתר השני ד"ה והנה הא) ביאר בהא דמהני אליבא דרב יוסף להעיד על עצמו היינו בתורת מגו, דמגו דנאמן על חבירו נאמן על עצמו. וז"ל "דהרי קשה על רב יוסף, אף דפליג על רבא ולא סבר פלגינן דיבורא כלל אעפ"כ איך אמר רב יוסף רשע הוא בתמיה, היכי סובר רב יוסף שיהיה אדם נאמן על עדות עצמו, הלא מי לך קרוב יותר מאדם אצל עצמו, והו"ל לרב יוסף למימר מתוך שאינו נאמן על עצמו בטלה כל עדותו כו' ונ"מ דאינו רשע ונאמן לעדות אחרת, אבל עכשיו שאמר רב יוסף רשע הוא הרי האמינו על עצמו ושויה

וטעם החולקים י״ל, או משום דסבירא ליה דפסול עדות אינו דבר של מאי בכך להאדם, ויש להטעים עוד, כיון דאפשר שיזדמן לו להעיד עדות שיקבל שכר עליו, ע״כ בפיסולו לעדות מפסיד דמים ושפיר נוגע לו והוי בעל דבר, ואי דאסור ליטול שכר להעיד, הא זה רק כשכבר יודע העדות אסור ליטול שכר על הליכתו כדאיתא בשו״ע חו״מ סי׳ לד סעי׳ יח בהגהה, ואף דלעומת שכרו שנוטל מפסיד טורח הליכתו, מכל מקרי זה הנאה, שהרי האומנין שומרי שכר הן בהנאה זו שנוטל שכר מלאכתו, כדאיתא בב״מ דף פ ע״ב, או דסבירא ליה דבכל דבר שפועל על גופו אף שאין בו לא הטבה ולא הרעה, בעל דבר מקרי.

וא״ת הא גם הריב״ש מודה דלפסול עצמו לשבועה אינו לו דבר של מה בכך, והניזומים שלא בפניהם לא נפסלים לשבועה כמו שכתוב בש״ך שם, ואם כן הכי נמי במעיד על עצמו שהוא רשע הוי לענין פסול שבועה בעל דבר, ואם כן אכתי איך יאמר רב יוסף דנאמין לדבריו לפוסלו לעדות כיון דאין אתה יכול להאמינו שהוא רשע,

י״ל דטעמיה דרב יוסף בזה משום פלגינן דיבוריה[54], דמה שכתב רש״י סברא זו דפלגינן דיבוריה בדברי רבא, לא שלל בזה את רב יוסף לומר דהוא לא סבירא ליה הכי, אלא משום דבדברי רבא היה נצרך לו יותר, דלא תיקשי נהי דמכח עדותו על עצמו לא נפסל, מכל מקום נימא ליה לדבריך רשע אתה (ככתוב באשכול ה), ותירץ רש״י

בדיבוריה רשע ושוב פסול לכל העדויות שבתורה כדין רשע, וזה תימה גדולה שכל הקרובים יהיו פוסלים לעדות בין לזכות ובין לחוב ואפילו כמשה ואהרן מגזירת הכתוב ואדם על עצמו יהיה נאמן, הגע בעצמך הרי שבא אחד לפנינו והעיד על עצמו שהוא רשע יהיה נאמן בצירוף עוד אחד לפסול עצמו לדעת רב יוסף, זהו רחוק מן השכל, אלא ודאי טעמא דרב יוסף דאף כשמעיד על עצמו לחוד אינו נאמן, כיון שמעיד על עצמו ועל חבירו מתוך שנאמן על חבירו לכך נאמן גם על עצמו מטעם מיגו״. ועיי׳ שם שמבאר דדבא דפליג טעמו משום דפלגינן דיבורא ולכן אין לומר מיגו דנאמן בזה נאמן בזה, אך לרב יוסף לא אמרינן פלגינן דיבורא, וכיון שהכל דיבור אחד אמרינן מיגו. ועיי׳ קהלת יעקב אה״ע סי׳ יז סעי׳ ז ואמרי בינה דידי עדות סוף סי׳ לט שמשיגים על הנוב״י. וראה כסברת הנוב״י בדברי רבינו בשו״ת רע״א סי׳ רכא אות ג (ד״ה ויראה). ועיי׳ מש״כ על דברי רבינו באור גדול סי׳ ב.

ונראה דאילו הינו מחברים את דברי הנוב״י עם דברי רבינו היה מיושב הענין יותר, די״ל כך דבאמת בכל אדם המעיד על עצמו שהוא פסול לא מהני עדותו, ולא נימא דיהני כיון דמה לו בכך, דסו״ס נוגע מיקרי, וכדברי הקו״ש הנ״ל, אלא דהכא נאמן מטעם מיגו דנאמן על חבירו, אמנם אם לא נוסיף את הסברא דמה לו בכך, והיינו דהוא בעל דבר לא היה מהני המיגו, די״ל דהמיגו מהני רק לתת תוקף עדות למי שהוא עד, אך אם הוא בעל דבר ואינו עד כלל (כמו שיובא בדברי רבינו להלן) י״ל דל״ש מיגו. וממילא י״ל דבעינן לשתי הסברות, לסברת רבינו דכאן אינו בעל דבר, אך סוף סוף נוגע מיהא הוה, על זה תועיל סברת הנוב״י דאף דהוא נוגע סו״ס לא הוה בעל דבר ומהני על זה מיגו. אמנם עיי׳ שערי ישר ש״ו פי״א שמקשה על הנוב״י דלא שייך הכא כלל מיגו, דכיון דעל ידי המגו מהימנת ליה דהוא רשע ושוב אינו נאמן כלל אם כן נופל המגו.

54 כלומר דבמה שאמר בעדותו שהוא רשע, נאמן לענין פסול עדות שזה אינו נוגע לו, ואינו נאמן לענין שבועה. ובדברי האחרונים זה מקרי פלגינן נאמנות.

ז״ל דטעמיה דרבא דפלגינן, אבל י״ל דאה״נ דרב יוסף נמי סבירא ליה פלגינן דיבורא[55].

ואין להשיב, א״כ דרב יוסף נמי סבירא ליה פלגינן דיבורא, מאי בכך דסבירא ליה אדם משים עצמו רשע, מכל מקום נפלוג דיבוריה דלא נרבע לרצונו, ואינו רשע ונהרוג את הרובע, זה לק״מ, די״ל דביסוד של פלגינן דיבורא שאנו מקיימין העדות בכל האפשרי, וכמו בכתוב בשטר בעשרה בתשרי, דאמרינן אחרוהו וכתבוהו, ועל כן ביש לפנינו ב׳ דברים האחד עדות והשני דברים בעלמא לא עדות, מבטלים השני כדי לקיים האחד, ואולם אם שניהם עדות אין תועלת כיון דמכל מקום צריך שלא לקיים אחת מהעדויות אמרינן מה חזית, ועל כן לרבא דבאמירתו ״לרצוני״ אין בו עדות, דאדם קרוב אצל עצמו מבטלים זה שהוא אמירה בעלמא כדי לקיים עדותו ד״פלוני רבע״, אבל רב יוסף דלא סבירא ליה אדם קרוב אצל עצמו, וגם זה עדות שנרבע לרצונו מה לך לקיים עדות פלוני רבע ולבטל עדות נרבע לרצונו, אימא איפכא וקיים עדות שנרבע לרצונו ובטל עדות פלוני רבע משום דרשע אינו נאמן להעיד, אמנם פסול לעדות ולשבועה דומה לדרבא, דלשבועה הוי בעל דבר.

ואף דלא מצינו לכאורה סברת פלגינן דיבורא אלא כשיש אפשרות לפלג האחד זולת פלג השני, כגון פלוני רבעני לרצוני דאפשר דפלוני רבע ולא אותו כי אם לאחר, או פלוג הכי, אימור דאותו רבע ולא לרצונו, וכן לדידי אוזיף בריביתא (פרק זה בורר כה,א) פלגינן דאוזיף בריביתא ולא לא, וכן גרשתי את אשתי ולא למפרע (ב״ב קלד,ב), אבל הכא אי אפשר לאחד בלא השני, דאם אתה מקבל דבריו שהיה לרצונו והוא רשע ופסול לעדות ממילא פסול לשבועה ג״כ.

וכזה ממש כתב הרא״ש פ״ק דמכות סימן יג על הקושיא בהאי דאילעא וטוביה קריביה דערבא דאינם נאמנים גם לגבי לוה, ואמאי לא אמרינן פלגינן דיבוריה, ותירץ דש״ה דלהאמנים לחייב הלוה ולא הערב אי אפשר, כיון שיש שטר שהוא ערב, הנה מכל מקום הא באמת נראה דאין לחלק בכך, מהאי דפ״ק דגיטין דף ח ע״ב בעבדו שהביא גיטו וכתוב בו כל נכסי קנויים לך, דמאמינים לאמירתו בפני נכתב ובפני נחתם לשחרורי ולא לנכסיו[54]*.

גם לכשתמצא לומר כהרא״ש דבכהאי גוונא לא פלגינן דיבוריה (עיי׳ גרעין ג), מכל מקום י״ל לפי מה שכתבו התוס׳ פ״ק דבב״מ דף ה ע״ב [ד״ה דחשיד], דמדאורייתא רשע פסול אך לעדות דכתיב אל תשת רשע עד, אבל לשבועה אינו פסול מן התורה, ואם כן זה שמעיד על עצמו שהוא רשע אין מן התורה בדבריו עדות כלל לפסול את עצמו לשבועה, ואין כאן דבר יניע שלא להאמינו מן התורה על עצמו לפסול עדות, וכיון דמדאורייתא נאמן ונפסל לעדות אי אפשר להרוג את הרובע על פי עד פסול מן התורה, (ובמה שיש לפקפק בזה, די״ל מכל מקום אחרי שהחכמים פסלו את הרשע לשבועה שוב הוי גם מן התורה בעל דבר, אין להאריך כאן דסברא זו לכאורה תלויה באשלי רברבי במקדש באיסורי הנאה דרבנן).

והנה מיושב בזה מה שהקשינו וכי לא סבירא ליה לרב יוסף לסברת רבא דבעל

*54 עיי׳ שיעורי הגר״ש רוזובסקי גיטין סי׳ ט.

דבר פסול לעדות ואיך יהיה נפסל על פי עצמו, דאמינא לך אה"נ ס"ל הכי, אלא דטעמיה משום דסבירא ליה כהריב"ש דלפסול עדות אינו בעל דבר דהוה ליה דברים של מאי בכך ושפיר נפסל על פי עצמו.

וא"ת ואכתי נהי דסבירא ליה לרב יוסף דלפסול עצמו לעדות לא מיקרי בעל דבר, מכל מקום אי ס"ל כר' יהודה לא יהא נפסל משום דנימא ליה לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע ולא נפסלת בעדותך ונהרוג שוב להרובע על פי עדותו. אך הא בורכא, דשפיר נוכל לומר דסבירא ליה סברת ר' יהודה, אלא דגם אם תאמר כן ותניחו בכשרותו, מכל מקום אין להרוג את הרובע מעצם הטעם הזה, דכשאנו דנין להרוג את הרובע, נימא ג"כ לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע להרוג על פי עדותך והוא ממש כמו דאמר ר' יהודה שם לדבריך רשע אתה וע"כ לא פסל הבנים על פי עדותו.

ולפי זה, לולי פירוש רש"י היה מקום לנו לפרש, דגם רב יוסף סבירא ליה דאין אדם משים עצמו רשע, ומה דקאמר לרצונו רשע הוא כו', כוונתו כמאמר ר' יהודה דלדבריו שלרצונו רבעו רשע הוא, והתורה אמרה אל תשת רשע עד, א"כ אין להרוג על פי דברים אלה וגם הוא לא נעשה רשע על פיו.

וא"ת א"כ מאי בינייהו בין רב יוסף לרבא, ומה לי אם אין אדם משים עצמו רשע משום דרשע אינו נאמן לפסול את עצמו, מה לי משום דקרוב אדם אצל עצמו היינו דבעל דבר אינו נאמן לפסול עצמו. ואם נפשך לומר דעיקר פלוגתתם בפלגינן דבוריה, אם כן שוב חסר פלוגתתם מן הספר, ולא נזכר בדברי רבא רמז טעם לפלוגתתם בהא.

י"ל דאמנם א"צ להזכיר, דבכלל דברים הכתובים בספר הוא, והיינו דנימא דפלוגתתם הכא אי פלגינן או לא אינו בעיקר הסברא דפלגינן דיבורא, אלא דרב יוסף מודה נמי דבכל מקום פלגינן דיבוריה[55], אלא דפליגי אי גם בנידון זה פלגינן, וזה תלוי בטעם דאין אדם משים עצמו רשע, אם טעמו משום דבעל דבר הוא ממילא יוצא דפלגינן דיבוריה, ואולם אם טעמו אינו משום בעל דבר (דפסול לעדות הוא לו דברים של מאי בכך כנ"ל בסברת רב יוסף), אלא משום דלדבריו רשע הוא, ממילא יוצא דאי אפשר למפלג דיבוריה.

והוא על פי פירוש הראב"ד שהביא בהרא"ש סוף פ"ק דמכות [סי' יג] בהאי דאילעא וטוביה קריביה דערבא הוה והעידו שהלוה לא פרע דאינם נאמנים, דקשה נימא פלגינן דיבוריה ונאמינם לגבי לוה. והשיב הראב"ד דפלגינן דיבוריה לא שייך אלא במעיד על אחר ועל עצמו, דעל עצמו אין תורת עדות עליו כלל כדאמרינן בריש מסכת מכות [ו,א] במקיימי דבר דיבר הכתוב ולא בעושי דבר, ועל כן לית ביה משום עדות שבטלה מקצתו בטלה כולה, דהרי המקצת שבטל לא היה עדות כלל, אבל במעיד על אחר ועל קרובו הנה קרוב תורת עדות עליו, אלא דהתורה פסלתו ומקרי עד פסול, בזה בל תוכל למיפלג דיבוריה להאמינו לגבי הרחוק דהא התורה לא פלגיה לדבוריה, דאמרה מה שניים נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותו בטלה, והוא הדין בנמצא

55 עיי' יבמות כה, ב תוד"ה לימא דמבואר דלרב ליוסף לא אמרינן פלגינן דיבורא.

העד קרוב או פסול לאחד עדותו בטלה גם להשני, ואם אי אתה מאמינו לעדותו לגבי הקרוב אליו אם כן נופל שוב תחת דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

והרא״ש שיבח הדברים והמציא להם סעד מדאמרינן בפ״ק דסנהדרין (דף י ע״א) מהו דתימא אדם קרוב אצל עצמו אמרינן, אצל ממונו ואצל אשתו לא אמרינן ולא נפלוג דיבוריה, דר״ל דהוה אמינא דעל ממונו ואשתו נהי דודאי פסול להעיד עליו, מכל מקום שם עדות יש עליו ואיננו דומה למעיד על עצמו דעושה דבר הוא, ואין שם עדות כלל עליו.

והר״ן ריש פ״ק דגיטין בסוגיא דעצמך ונכסי קנוין לך [ח,ב ובדפי הרי״ף ב,ב] כתב סברא זו בקצרה ופשטות, וכן כתבו בגמוקי יוסף פ״ב דיבמות [ו,ב בדפי הרי״ף], וכן נראה סברת הרי״ף ממה דפסק בכתב כל נכסיו לעבדו דפלגינן דיבוריה, ופסק דשטר מתנה שעדיו קרובים לזה [ממקבלי מתנה] ורחוקים לזה, כר׳ יוחנן דעדות בטל גם להרחוק ולא פלגינן דיבורא, ועל כרחך החילוק משום דהתם דהוא קרוב אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, משא״כ בעבד שהוא בעל דבר, וכמו שיישב הר״ן שם דברי הרי״ף.

ועל כן לרב יוסף דסבירא ליה דבמעיד על עצמו שהוא רשע בעל דבר לא הוה, ומה שאינו נאמן לגבי עצמו הוא משום רשעות (דאמרינן לדבריך רשע אתה), הנה רשע ודאי תורת עד עליו ורק עד פסול מקרי, ועל כן בל נוכל להאמינו גבי הרובע על ידי פלגינן דיבוריה, משום דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה[56], ואולם לרבא (דמלבד מה דאין להאמינו משום רשעות) יש בו ענין אחר עוד דהוא בעל דבר ועל כן אין עליו שם עד כלל ואין בו משום בטלה מקצתה בטלה כולה, שפיר מועיל מה דפלגינן דיבורא להאמינו לגבי הרובע.

ועתה הנה די באר בדבריהם טעם פלוגתתם, דעצם סברת פלגינן דיבורא כיון דתרוייהו מודו ביה, אין להזכירו, גם ע״כ פשוט הוא, דהרי גם לפירש״י דסברא זו צריכה בדברי רבא צ״ל דהיה כל כך פשוט דא״צ להזכירה. וגם החילוק שבסברא זו בין ליכא עליו שם עד כלל לבין יש עליו שם עד הוא פשוט מן הסברא, כמו דהיה פשיטא ליה נמי להגמ׳ בפ״ק דסנהדרין באמרה מהו דתימא אדם כו׳ אצל ממונו לא אמרינן כנ״ל, ולא הזכירה הגמ׳ החילוק דאצל עצמו פלגינן משום דאין שם עד עליו ובממונו לא פלגינן להס״ד דיש שם עד עליו, והיינו משום דפשיטא ליה זה מסברא וא״צ לבארו, וע״כ די מפורש כאן במה שנאמר בדברי רב יוסף לרצונו רשע הוא, דזה ידוע דכל שיש תורת עד עליו לא מועיל פלגינן דיבוריה, ודי עולה הטעם שנאמר בדברי רבא דאדם קרוב כו׳, דהא ידוע דבעל דבר אין שם עד עליו ומועיל מה דפלגינן דיבוריה.

וסיום דברי רבא ״אין אדם משים עצמו רשע״ לא לשלול באו, דודאי רב יוסף נמי סבירא ליה דאינו נעשה רשע על פי עדותו, אלא דהדיוק מונח בתיבת ״עצמו״, ורצונו מה דלא נעשה רשע על פיו, הוא משום דעל עצמותו הוא מעיד, משא״כ לרב יוסף

56 לכאורה היה נראה דלא שייך הכא עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, כיון שאין נידון אחד קשור כלל לשני, דכאן אנו דנים אם אדם זה כשר לעדות, וכאן אנו דנים על חיוב הנרבע.

משום דאין עדות לרשע אבל עצמיות דידיה לית ביה, דמה לו בכך. ופירוש זה נראה לכאורה מרווח ומסלק כל הקושיות.

ולכאורה היה נ״ל דמה דרש״י מיאן בזה הוא משום דסבירא ליה כסברת הש״ך הנ״ל דלפסול לשבועה ודאי הוא בעל דבר, וסבירא ליה נמי כסברת הרא״ש הנ״ל דהיכי דאי אפשר לחלק אחד בלא חלק האחר (כהכא דאי אפשר שלשבועה יהיה כשר ולעדות יהיה פסול) לא שייך לפלוג דיבוריה. וסבירא ליה דרשע פסול לשבועה גם כן מהתורה דלא כהתוס׳ (עייו לעיל בד״ה וא״ת). ועל כן כשאמר רבעני לרצוני יש בו שני דברים, דהוי ליה רשע וגם בעל דבר, ועל כן אי אפשר לפרש בטעמיה דרב יוסף משום דלא אמרינן כאן פלגינן דיבוריה משום דיהיה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דהוי לדידיה ממש כמו לרבא, דהא רבא למה לא יכחיש דיש נמי בדברי זה המעיד שהוא רשע, אלא משום דס״ל משום דהוי גם בעל דבר, ועל כן אין תורת עד עליו, ובאמת הכין הוא דודאי בעל דבר והוא רשע אין תורת עדות עליו, דאטו משום שהוא גם רשע עדיף להיות תורת עד עליו.

אך אחר עיון קצת אין זה נכון, והבדל יש בין זה לבין סברת רבא, דלרבא אמנה כן הוא כדכתיבנא דמה שהוא גם רשע אינו משנה ענינו, דמכל מקום אין תורת עד עליו, אך זה לרבא שעל אותה עדות שמעיד על עצמו והוא רשע, על אותה עדות עצמה הוא גם בעל דבר, משא״כ לרב יוסף דהוא רשע על עדות אחת, ובעל דבר על עדות אחרת, דכשאומר רבעני לרצוני יש בו תלתא עדיות, אחת שהוא לגמרי כשר לה, היינו עדותו שפלוני רבע, ואחת שהוא רשע עליה לחוד ולא בעל דבר, היינו לפסול עצמו לעדות, ואחת שהוא עליה רשע ובעל דבר היינו עדותו לפסול את עצמו לשבועה. ועל כן כשתאמר פלגינן דיבוריה ותבטל אמירתו לרצוני הנה בטלת מכל מקום גם חלק מעדיותיו שהיה לו תורת עד עליו (היינו עדותו לפסול לעדיות), ונימא שוב עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ומאי בכך דהמקצת מהחלק שבטלת אינו מושך הביטול על כולו משום דבזה מקצת החלק היה בעל דבר, מכל מקום המקצת אחר מחלק שבטלת שהיה לו תורת עד עליו ואתה בטלתו זה הוא מושך ביטול לכולו, ואינו דומה לדרבא, דלדידיה בשתי המקצות שבטלת (היינו עדותו לפסול עדות ולפסול שבועה), לשניהם אין תורת עד עליו, כיון דלדידיה גם לפסול לעדות הוא בעל דבר.

אבל י״ל טעם אחר במה שמיאן רש״י בזה, והוא די״ל דלא ס״ל סברת ראב״ד (לעיל ד״ה והוא עפ״י) משום דפשטיה דירושלמי אינו מורה הכי, דהא בירושלמי תלה דין כתב כל נכסיו לעבדו בפלוגתא דר״י ור״ל בהיו עדים קרובים לזה ורחוקים מזה, והר״ן בריש גיטין בסוגיא דכתב עצמך ונכסי קנויין לך דחק ליישב את הרי״ף ואמר שהרי״ף ז״ל פירש דברי הירושלמי דמה דתלה בפלוגתא, רצונו דלר״ל דכשר עדותו לגבי הרחוק כש״כ דכשר לגבי העבד, אבל לר״י אף דהתם פסול לגבי הרחוק, אה״נ דמ״מ לגבי העבד כשר, דשם שהוא קרוב שייך עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, מה שאין כן בעבד שהוא בעל דבר.

וי״ל דרש״י לא ניחא ליה בכך, והוכיח מהירושלמי לחלק דעד כאן לא אמרה התורה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אלא בבטל מקצת מהעדים, לא בבטל מקצת מהעדיות, ואולם הא הראב״ד והא הרא״ש והר״ן והנ״י דסבירא להו במפורש דגם בעדיות אמרינן בטלה מקצתה בטלה כולה, והא הרי״ף דמוכח מדבריו דהכי סבירא ליה, ורחוק שרש״י יחלוק על זה, ושפיר היה יכול לפרש כפירושינו זה.

אמנם לכאורה נסתר פירוש זה מפ״ב דיבמות (דף כה ע״ב) דאמר רב יוסף אנא דאמרי אפילו כרבנן (דסבירא להו בהרגתיו תנשא אשתו), ושאני עדות אשה דאקילו ביה רבנן (להכשיר גם גזלן דד״ת להעיד), ור׳ יהודה (דסבירא ליה הרגתיו לא תנשא אשתו) כר׳ מנשה (דגזלן דד״ת פסול גם לעדות אשה). ולפירושנו קשה, דעל כרחך תאמר אחד משני פנים, או תאמר דגם בעדות נשים העמידו ז״ל על דין תורה לאמור ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, או תאמר כמו שהקילו בעדות נשים שיהיה עד אחר ואפילו עבד כו׳ נאמן, הכי נמי הקילו שלא נימא ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, והשתא אם תאמר שעדות נשים אינו בדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, תיקשי על ר׳ יהודה, דמאי בכך דסבירא ליה גזלן פסול לעדות אשה, הא זה שאומר הרגתיו באמת לא נעשה רשע, דהא אין אדם נעשה רשע על פי עצמו גם לרב יוסף, ואין לומר דכונתו משום דאמרינן ליה לדבריך רשע דד״ת אתה ורשע דד״ת פסול לעדות אשה, דעל זה יקשה הא גם ר׳ יהודה סבירא ליה פלגינן דיבוריה, ואם כן נפלוג ויהי כאומר פלוני נהרג ולא על ידי ואין כאן לדבריך כלל, וע״כ צריך אתה לומר דהכא או מה״ט לא פלגינן, דעד כאן לא פלגינן אלא כדי לקיים העדות בכל שאפשר לקיימו (וכנ״ל ד״ה וא״ת והא), והכא גם אם נפלוג, מכל מקום לא יהיה קיום לעדות שנהרג זה, דהא יהיה בטל מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ומכיון דלא יהיה תועלת מפלגות הדברים לא פלגינן ותופסים הדברים כאשר אמרם שהוא בעצמו הרג ושפיר אמרינן לדבריך, והרי זה נכון בדברי ר׳ יהודה. או דגם אם פלגינן דיבוריה פסול מחמת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

אך אם כך תאמר, ותאמר א״כ דגם בעדות נשים ישנו לדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אם כן תיקשי שוב להיפוך מ״ט דרבנן, דנהי דסבירא להו גזלן דד״ת כשר, מ״מ הא אנן לא מצד רשעות נבטל עדותו לגבי האשה, כי אם מצד עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ואאי״ל דהיא הנותנת (עיי׳ לעיל ד״ה ואין) כיון דאם תפלוג דיבוריה תהיה עדות האשה בטלה מחמת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, על כן לא פלגינן כדי לקיים העדות בכל האפשרי ותופסים דבריו כהווייתן דהוא הוא ההורג, ולדבריך ל״ש לרבנן, דא״נ דרשע דד״ת הוא ג״כ אינו מבטל העדות דהא רבנן ס״ל דרשע דד״ת נמי כשר לעדות אשה, זה אינו, דהא גם בתפוס הדברים כהווייתם עכ״פ יש ביטול מקצת, דהא עדותו על עצמו שהוא רשע ע״כ לא נאמינו, והוי שוב ביטול מקצתו, דבזה ודאי אמרינן לדבריך כו׳ ואין רשע עד לפסול לאדם, וכיון דאי אתה מאמינו זה המקצת לא פלט שוב מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ובטל גם עדותו על האשה.

(ואף שרב יוסף בפלוני רבעני לרצוני לולי שבא עליו משום אל תשת רשע עד היה הרוכב נהרג על פיו, והכא בעדות אשה הא מאמינים לעדות רשע, זה אינו, דודאי התם איצטריך ליה רב יוסף להא דאל תשת רשע עד, דאילו היו מאמינים לרשע לא היה שם ביטול שום מקצת העדות, דהא היינו מאמינים גם לאותו מקצת שמעיד על עצמו שהוא רשע, וזה דאל תשת רשע עד הוא הגורם שלא להאמינו שהוא רשע ולבטל זה מקצת העדות, ומהמקצת הזה נמשיך שוב ביטול לכוליה, אבל בהא דיבמות אחרי שבאמת כבר כן הוא דאין מאמינים אותו לעשותו רשע, ויש ביטול מקצתו, מה בכך דרשע כשר לעדות אשה. ועמ״ש באשכול ה׳ בשם ספר שב שמעתתא דלא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע כי אם בעבירה הפוסלתו לעדות, ולפי זה היה נכון, דהא הכא אינו פוסלתו דהא קיימינן השתא דרשע כשר לעדות אשה[57], והיינו יכולים להוכיח מהכא את דבריו, אבל כבר תמהנו והקשינו על השב שמעתתא בגרעין ב׳). וזה לכאורה ביטול גדול וסתירה לפירושנו.

אפס אחר עיון קצת יראה להסר סתירה זו, דהנה התורה אמרה דקרוב או רשע אין מקבלין עדותו, ואמרה דכשרים המעידים בצירוף קרוב או רשע נמי אינו מועיל עדותו זו, ומיניה ילפינן שאין מקבלין נמי עדות מהכשר כל שמעיד באותה עדות גם כן למי שפסול לו, ועכ״פ בשני אופנים האחרונים אין בו יותר פסול מבאופן הראשון, וכיון דקיימינן עתה דגם הפסול שבאופן הראשון, דהיינו כשהמעיד הוא קרוב או פסול בעצם כשר לעדות אשה, ממילא הכשר בעצם ונפסל רק מחמת צרופו לקרוב או פסול, וכן הפסול לעדות זו מחמת צירופו לעדות שהוא פסול לו כש״כ דכשר לעדות אשה, ועל כן לא קשה כלל לרבנן דבהרגתיו דנימא לא תגשא משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, זה אינו, דהא פסול בעצם נמי כשר לעדות אשה, ואולם זה לרבנן דסבירא להו גזלן דד״ת כשר לעדות אשה, אבל לר׳ יהודה דסבירא ליה כר״מ דפסול, שפיר הדין דלא תינשא משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דהתורה עשתו להכשר שיהיה דינו כמו זה הפסול שנצטרף לו, והוא הדין כשילפינן מיניה למי שצירף עדות שכשר לו לעדות שפסול יש דינו למקצת הכשר מה דדינו למקצת שפסול לו, ועל כן ממה נפשך פסול לעדות אשה זו, דאם תתפוס דבריו כהווייתם דהוא בעצמו הרג תאמור לו לדבריך כו׳, ואם תפלוג דיבוריה לומר שהוא לא היה ההורג, הנה זה עצמו שנקרא ביטול מקצתו לסברת הראב״ד ודעימיה כנ״ל מפני שהוא רשע לעדות זו דאמרת ליה לדבריך רשע אתה ואי אתה נאמן לפסול עצמך ובטל עדות זו, ופסול זה עצמו נמשך גם אל עדות שכשר עליו, והרי הוא כרשע המעיד על עדות אשה ולר׳ יהודה הא רשע דד״ת פסול לעדות אשה.

וראיתי לאבא מארי אבי ישראל זצוק״ל בחלק א מהכתבים סי׳ פז שנסתפק בכשר וגזלן דד״ת שהעידו על מיתת הבעל (ולהלכה דקיי״ל גזלן דד״ת פסול לעדות אשה)

57 לכאורה כאן העבירה שעבר פוסלתו לעדות, אלא שבעדות נשים גם פסול כזה נאמן. אך עדיין נימא עדות שבטלה מקצתה, דהא אינו נאמן כאן לפוסלו לכל עדיות מחמת דאין אדם משים עצמו רשע.

דאפשר דמתירים אותה להינשא, דאולי אף דהתורה פסלה גם להכשר בהצטרפו לגזלן, מכל מקום י״ל דפסול עשתו אבל לא כפסול החשוד לשקר, וכיון דלעדות אשה כל פסול שאין בו חשד משקר כשר לו, א״כ גם זה הכשר בעצם, ונפסל רק ע״י צירופו עדיין כשר לעדות אשה, ע״ש[58].

ולדברינו בקיום פירושינו זה נפשט ספיקתו ז״ל דעשתו גם כפסול החשוד לשקר, דאל״כ תעמוד הקושיא מ״ט דר׳ יהודה, דנהי דסבירא ליה דגזלן דד״ת דחשיד לשקר פסול, מכל מקום כדי לקיים העדות אמרו פלגינן דיבוריה, ואי שמכל מקום יהיה פסול ע״י עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, מ״מ פסול דחשיד לשקר לא יהיה ויהיה כשר לעדות אשה.

ולפי הדברים י״ל דהיינו טעמא דרש״י דמיאן בפירוש זה, די״ל דסבירא ליה מסברא כאידך צד ספיקא של אבא מארי ז״ל, דנהי דזה הפסול שצירף עצמו אליו חשוד לשקר כולי עלמא מי חשידי, ואם מגזירת הכתוב נפסל גם זה הכשר לעדות זו, מכל מקום החשד לשקר מאין יבא אליו, וע״כ לא היה אפשרי לו לפרש כן משום דתיקשי מאי טעמא דר׳ יהודה דלא תינשא.

והנה אאמ״ו זצ״ל בתשובה שם כתב עוד, דמהר״ן פ״ק דגיטין [ב,ב בדפי הרי״ף] בסוגיא דעצמך ונכסי קנויין לך מוכח היפוך יסוד זה וס״ל דהנפסל מחמת צירופו לקרוב או פסול גרע מהקרוב או פסול עצמו, ואף דלעדות שקרוב או פסול עצמו נאמן עליו, זה הנפסל משום צירופו לפסול פסול עליו, והוא דהר״ן כתב דקרוב שהביא שחרור כזה אפשר נמי דנאמן על העבד אף דאינו נאמן על הנכסים, דאף דבקרוב לא שייך פלגינן דיבורא, דדוקא בעבד עצמו שהביא גיטו דהוא בעל דבר על הנכסים ואין תורת עדות עליו מועיל בה דפלגינן דיבורא, אבל בקרוב אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ובטל עדותו על העבד גם אם נפלוג דיבוריה, מ״מ אפשר דבעדות בפני נכתב ובפני נחתם הקילו.

ואילו סבר הר״ן לסברא הנ״ל, מה אפשר שכתב, ומה צורך לקולת חכמים בזה, הא דינא הוא שיהא נאמן על העבד, דגם אם תאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, מכל מקום לא תתן עליו לגבי העבד כי אם דין שיש לו על מקצת שבטל עדותו, היינו על הנכסים, ומאי פסולו על הנכסים, פסול קרוב, ועל העבד הא גם קרוב כשר לעדות בפני נכתב ובפני נחתם, והרי בלא בטלה מקצתה בטלה כולה נמי השליח זה קרוב בעצם אלא דקרוב נאמן לעדות בפ״נ ומה תוסיף בה כח לפוסלו באמרך שהוא נידון כקרוב ג״כ משום עדות שבטלה מקצתה, ועל כרחך סבירא ליה להר״ן דהנפסל על ידי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה בטל עדותו גם לדבר שפסול נאמן עליו, ע״ש.

ואם כן יכולני לומר דהיינו טעמא דרש״י ז״ל שמיאן בפירושנו, משום דסבירא

58 עיי׳ גם שם בסי׳ קכד ובסי׳ קכה ששקיל וטרי בשאלה זו עם בעל חוות דעת. ועיי׳ פתחי תשובה סי׳ יז ס״ק כ בשם הנודע ביהודה מהדו״ק סי׳ מה ושו״ת ברית אברהם סי׳ לד אות ד וסי׳ סא אות כה, בית מאיר סי׳ יז ס״ט, שו״ת רבינו חאה״ע סי״ט (ד״ה ובטעמא דמילתא), ובהע׳ 16 שם.

ליה בהא כהר״ן, והיה קשה לו על פירוש זה כקושיתנו הנ״ל דמאי טעמייהו דרבנן דאמרי הרגתיו תינשא אשתו, דאף דסבירא להו דגזלן דד״ת כשר לעדות אשה, מכל מקום זה שתאמר ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ביטולו חמור, וגם לעדות ששאר פסול כשר לו, עדותו של זה בטלה, כמו בקרוב שהביא גט דכתב ביה עצמך ונכסי קנוים לך דלולי קולא שהקילו בעדות בפ״נ היה בטל עדותו גם לגבי העבד.

הן אמת אף שדבר גדול דיבר הנביא והוכחתו דאבא מארי מהר״ן לכאורה נראה שאין עליה תשובה, מכל מקום קשה עלי מאד סברא זו, דאיך ייתכן שהטפל לפסול ונצטרף רק אליו, יהיה גרע מהפסול עצמו, שיהיה במציאות שיפסול זה לעדות אשר הפסול עצמו כשר עליו[59].

ואחר העיון קצת נ״ל בסברתו, דודאי זה אמת דלא גרע זה מפסול בעצם, אלא כיון שמצינו לחז״ל שהקילו בעדות מיתה בעדים ולא בעדות, כי אמרו ז״ל דאפילו עבד ואפילו אשה כו׳ כשרים לעדות אשה שבאלו החסרון בעדים, ובעדות לא הקילו כי אם חששו חששות רחוקות כמו מים שאין להם סוף דאשתו אסורה (פרק האשה בתרא קכא א), ובעשינו עלינו בית דאמרינן אתרחיש ליה ניסא (פרק האשה שלום ריש דף קטו) וכדומה רבות, והוא משום שהחסרון בעדות, והיינו דאמרינן בפרק

59 מדברי רבינו משמע דלמה שהוכיח רע״א מהא דגיטין הרי שבעדות נשים אף דקרוב כשר, מכל מקום המצורף אל הקרוב פסול, ובאמת בהדיא מפורש ברע״א לא כן, דז״ל שם ״אולם ביסוד הדבר דנמצא אחד גזלן דכשר, דבעדי נשים לא אמרינן נמצא אחד פסול דכולם בטלים, לענ״ד ראיה בהיפוך מדברי הר״ן גיטין פ״ק בסוגיא דעצמך ונכסי קנויים לך, דכתב דאם קרוב הביא גט שחרור כזה, י״ל כיון דאינו נאמן לומר בפני נכתב לענין הנכסים, אם כן גם לענין שחרור אינו נאמן דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ולפי הנ״ל יש חילוק טובא, די״ל דהך מילתא דבטלה כולה הוא גם כן גזירת הכתוב דמתפשט הפסול בכולה,וכמ״ש הרא״ש להדיא פ״ק דמכות דהוי כנמצא אחד מהן קרוב או פסול, אם כן לענין עדות דבפני נכתב דכל הפסולים שאינם מחמת רשעות דחשוד לשקר נאמנים, יהיה הדין דנמצא אחד מהן גזלן דיתקיים העדות בשאר וכנ״ל, הכי נמי מהאי טעמא לא אמרינן דבטלה מקצתה בטלה כולה, אלא על כרחך דסבירא ליה להר״ן דאין לחלק דגם בעדות נשים אם נמצא אחד מהם גזלן בטלה כל העדות״.

הרי בהדיא דרק אם נמצא אחד מהם גזלן בטלה כל העדות, דכיון דגזלן הוא פסול לגבי עדות נשים הרי גם המצורף אליו פסול, אך בנמצא אחד מהם קרוב, הרי כיון שקרוב כשר לעדות נשים אינו מבטל את שאר העדים שהרי הוא עד כשר, והא דבגיטין גם קרוב מבטל את שאר העדים, היינו משום שכיון שהעיד הקרוב על הנכסים שאינו נאמן עליהם אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דלענין זה שכשחלק מן העדות בטלה, בטל הכל, זה נאמר גם בעדות נשים. ונמצא דאין הוכחה מכאן דהטפל לפסול חמור יותר מן הפסול עצמו, דהכל תלוי בהא, דאם חלק מן העדות בטלה הרי שכל העדות בטלה.

ודעת רבינו דהא דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אין סיבת ביטול חלק זה של העדות מפני ביטול החלק השני, אלא דסיבת הביטול של חלק אחד קיים גם בחלק זה, והוה כאילו גם בחלק זה יש את אותו פסול של החלק השני, ולכן תמוה לו דאף דעל הנכסים אין קרוב נאמן, לא שייך לומר שפסול זה של קרוב יעבור גם לחלק של העבד שזרי על חלק זה קרוב כן נאמן.

יש בכור (סוף דף מו) שאני עדות אשה דהחמירו ביה רבנן, ומי החמירו והתנן הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד מפי אשה כו׳, ומשני כי הקילו רבנן בסופה בתחילתה לא הקילו בה. ופרש״י בסופה לאחר שכונו יפה בזה הקילו להחזיקן אפילו בעבד ושפחה, ונימא מעתה שמדת חכמים כך היא שבפסול שבעדים רק הקילו לא בפסול שבעדות, גם באין טעם לדבר.

והנה בעדים שהעידו ונמצא אחד מהן קרוב או פסול, בל נוכל לומר שהפסול שפסלה תורה הוא פסול באיש שנצטרף להקרוב או פסול, שהרי באמת הוא כשר לשאר עדות שיגיד ברגע זו עצמה, אלא שפסלה להעדות הזאת שאומר יחד עם הקרוב או פסול, וכלשון המשנה [מכות ה,ב] ״מה שניים כו אף שלשה כו׳ עדותן בטלה״, לא אמרה שהעד בטל אלא עדותן שמגידין היא בטלה, ועל כן עדות שיש בה חסרון מחמת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אינו ממדת חכמים להקל בה גם בעדות נשים, דבעדות לא הקילו כי אם בעדים, ואף דלהגזלן עצמו שמעיד עדות אשה הקילו להאמינו, הנה זה פסולו בעדים, אבל להכשר שמעיד עמו לא האמינו משום שזה פסולו בהעדות ואינו בכלל תקנת הקולא שהקילו, כי מדת חכמים כך היא שלא להקל כל שהחסרון בעדות.

וי״ל דקולא שהקילו בעדות בפ״נ נמי הכי הוא, דעשאו כעדות אשה דהקילו בעדים דאפילו קרוב ואפילו אשה ואפילו בע״ד נאמן דכל אלו החסרון בהעדים, אבל הפסול הנמשך מן עדות הקרוב בנכסים אל עדות בפ״נ שהקרוב כשר לו, אא״ל שהחסרון בהמעיד כי אם בהעדות, בזה לא מצינו שהקילו כי יש לנו לדמות קולתם בעדות בפ״נ לקולתם בעידי מיתה שלא הקילו, ואדרבה החמירו ביותר עז בעדות. ואה״נ אילו היה במציאות ענין שיהא גזלן כשר להעיד לו מן התורה ודאי כש״כ היה כשר לו גם הכשר שנצטרף עם הפסול, דאי אפשר שיהיה להטפל חומרא יותר מלהעיקר, אך בתיקון דרבנן לא אזלינן בתר טעמא וסברא כי אם בתר שמא, דאם הפסול בעדים הכשירוהו ואם הפסול בעדות לא הכשירו, וכאמרם ז״ל [ראש השנה יג,א] ״מדת חכמים כך היא״, ועל כן לא יקשה עלינו אם גזלן דד״ת כשר, ומכל מקום אם נמשך פסול ממקצת עדותו למקצת שהוא עדות נשים עדותו בטלה. (ונכון שע״כ מיאן רש״י בפירושינו) וכן לא יקשה מה שקרוב כשר לעדות בפ״נ וכשנמשך פסול קרוב ממקצת עדותו למקצת שהוא עדות בפ״נ דאינו נאמן עליו.

ענב ג

[בדעת האביאסף דאדם משים עצמו רשע בצירוף עד אחד]

איתא במרדכי פרק חזקת הבתים סי׳ תקכ״ח בשם אביאסף דאף לרבא דסבירא ליה אין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום אם יש עד אחד שמעיד גם כן כדבריו נעשה רשע[60]. וי״ל דאין שיטה זו עולה לרוב הפוסקים. דהנה אביאסף חידש דין זה

60 עיי׳ מה שכתב בענין זה בשו״ת חתם סופר חאו״ח סי׳ יא, וחאה״ע ח״ב סי׳ נב בטופו,

משום דדחקהו הסוגיא דנסכא דר׳ אבא (במס׳ ב״ב לד,א) בהאי דאתא חד סהדי דחטף נסכא ואמר אין חטפתי ודידי חטפתי דא״ר אמי לישתבע הא אמר מחטף חטפה וכיון דאמר דחטפה הוה ליה כגזלן, ומסיק ר׳ אבא דהוה ליה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. וכתב האביאסף דודאי עד המעיד שנתן ראובן לשמעון זאת הנסכא לראותה ושמעון אומר שלי נתן לי נאמן במגו, וה״ה בחטפתי נמי ל״ש, ותו דא״כ דמאיזה טעם לא מהני מגו כאן, מאי הלשון אומרת הוה ליה כגזלן, אלא הכי פירושו כיון דאילו היו שניים מעידין שחטף היה נעשה גזלן והיה חייב לשלם, על כן באמירתו השתא נמי אינו יכול לישבע ומשלם, וכתב דאף דרבא סבירא ליה דאין אדם משים עצמו רשע, הכא דאיכא עד אחד פסיל נפשיה, והוא הדין בפלוני רבעני, אילו העיד עוד אחר כדבריו שרבעו לרצונו היה נעשה רשע, עכת״ד.

והנה התוס׳ שם שכתבו דטעמיה דר׳ אמי משום דכך הדין בעד אחד, או ישבע להכחישו או ישלם ולא מועיל מגו, נראה בעליל דלית להן פירוש האביאסף[61].

ולכאורה היה נ״ל בטעם התוס׳ דמיאנו בפירוש האביאסף, אף דלשון הגמרא מסכים מאד לפירושו, משום דיש קושיא עליו, דהא בפ״ב דכתובות (דף יח ע״ב) קיי״ל בעידי השטר דאמרו אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים גם באין כתב ידם יוצא ממקום אחר משום דאין אדם משים עצמו רשע, והרי התם כל אחד חבירו מסייעו ואומר כדבריו, אלמא דגם בעד אחד מעיד כדבריו אינו משים עצמו רשע[62].

מיהו הא לק״מ, דאיך תאמר הכא דנעשה רשע משום שחבירו מעיד כדבירו, אם כן על כרחך תאמר דגם חבירו נעשה רשע משום שהוא מעיד כדברי חבירו, וכיון שכן שוב אין לשום אחד מהם עד המסייעו דהא חבירו זה של כל אחד והמסייעו הוא עצמו רשע הוא ופסול לעדות.

אלא הא קשיא לי, לס״ד דרמי בר חמא דבאנוסין מחמת נפשות גם בליכא מגו דאין זה

ועיי׳ פתחי תשובה חו״מ סי׳ לד ס״ק מ, ושדי חמד כללים מערכת האלף אות שנה. ובעין הרועים ענין אאמע״ר אות כז הביא לענין זה ממה שכתב הב״י יו״ד סי׳ רכח בבד״ה [קמז,א] בשם הריב״ש, וכן בב״י בבד״ה אה״ע סי׳ קנב בסופו. ועיי׳ יד רמה סנהדרין ט,ב דאינו נאמן להשים עצמו רשע גם כשאחר מעיד כדבריו.

61 עיי׳ תומים סי׳ פז ס״ק כז שהוכיח דהתוס׳ לא סוברים כראב״ן מדבריהם במכות ו,א ד״ה נרבע יציל שכתבו בתוך דבריהם לענין הגמ׳ דפלוני רבעני לרצוני ״וליכא סהדותא אלא מהוא עצמו ואחר״, מבואר דאף דהאחר מעיד דרבעו לרצונו אמרינן בזה אאמע״ר. אמנם מדברי התומים נראה דהבין אחרת את כונת הראב״ן. ועיי׳ קהילות יעקב סנהדרין סי׳ ז.

62 עיי׳ שו״ת חתם סופר הנ״ל (אה״ע ח״ב סי׳ נב) שמביא דהראב״ן כתב דמשנתינו סתמא כחכמים דרבי לקמן כ ע״ב דכל אחד מעיד על כת״י של עצמו ולא על של חבירו. וצ״ב כונתו. ומבאר על פי דבריו דבעד אחד מסייעו אדם משים עצמו רשע, ואם כן אי משנתינו כרבי אתיא דכ״י הוא זה ר״ל כל אחד אומר כן שצריך להעיד גם על של חבירו, אם כן אנוסים היינו ג״כ לשון העדים כן הוא כל אחד מעיד על אונסו של חבירו, ואם כן הוה ליה לכל אחד עד אחד מסייעו ומשים עצמו רשע, ואם כן מאי טעמא דרבא דפליג ארמי בר חמא, אלא על כרחך בעי לאוקמא סתמא כרבנן וכתב ידינו אינו לשון העדים אלא התנא אומר כן אבל כל אחד אומר על עצמו כ״י הוא זה ואנוס הייתי ומשום הכי אין אדם משים עצמו רשע. עכ״ד הח״ס.

כתב ידינו נאמן, ובאין כתב ידם יוצא ממקום אחר דאיכא מגו גם אנוסין מחמת ממון נאמנין, לדידיה תיקשי דבכתב ידם יוצא ממקום אחר נמי נאמינם גם באנוסים מחמת ממון, דנהי דמגו דאין זה כת״י ליכא, הא מגו אחרת מכל מקום איכא, דהא הר״ן הקשה בהא דאין כתב ידם יוצא ממקום אחר דמיהמני במגו, ואמאי, הא מגו דבי תרי לא אמרינן, ותירץ דשאני הכא דהיה סגיא גם כשיאמר רק אחד מהן אין זה כתב ידי, והוי מגו דחד. ועיי׳ בפני יהושע שהעמיד כונה זו גם בתי׳ התוס׳ שכתבו [ד״ה אין נאמנים] דמשום הכי לא הוה מגו דבי תרי משום דהוה מגו דאי בעי שתקי[63].

ונחזי אנן אם ראובן אחד מעידי השטר שכתב ידו יוצא ממקום אחר יאמר אנוסים היינו שנינו מחמת ממון, ושמעון עד שטר השני יאמר אנוס הייתי מחמת ממון (ולא יאמר על חבירו), מה יהיה משפט שטר זה.

ונראה דלסברת האביאסף יהיה ודאי שטר זה פסול, דהא שמעון אחד מעידיו נאמן במאמרו שהיה אנוס מחמת ממון, דאי אפשר לומר בו אין אדם משים עצמו רשע, דהא ראובן מסייעו ואמר כדבריו, וכאן זה המסייע עד כשר הוא, אף דגם הוא אמר שמחמת ממון חתם, מכל מקום לא נפסל, דבדידיה שפיר אמרינן אין אדם משים עצמו רשע, דהוא אין לו סיוע מעד אחד, דהא שמעון העיד רק על עצמו לא עליו, ואף דאין כאן מגו, מכל מקום שמעון נאמן בדברו כיון דניטל דבר החוצץ, היינו הדין אין אדם משים עצמו רשע, הוה דינו כאילו אמר אנוס הייתי מחמת נפשות דנאמן בלא מגו לפי מה דקיימינן השתא בס״ד דרמי בר חמא[64].

ואם כן יקשה, אחרי דהיכי דהיה סגיא בהגדת אחד לא מיקרי מגו דבי תרי, אם כן גם בגוונא דבגמרא דשניהם אמרו אנוסים היינו וכל אחד מעיד גם על חבירו, דשייך אין אדם משים עצמו רשע, כיון דליכא דמסייע לכל אחד וכנ״ל, מכל מקום כיון דקיימינן השתא דבדאיכא מגו נאמן גם באנוסים היינו מחמת ממון והא הכא נמי איכא מגו, והיינו מגו דהיה שמעון אומר על עצמו לבד אנוס הייתי מחמת ממון והיה השטר נפסל[65].

ומשום קושיא זו צריך לומר דהאביאסף לא סבירא ליה כסברת הר״ן, אלא דגם אם היה סגי באמירה דחד, מכל מקום כל שמתחילה הסכימו שניהם לאמירה אחרת

63 וכן ביאר גם הש״ך בחו״מ סי׳ מו ס״ק צז, ובסי׳ פב דיני מגו אות יט.

64 יש לעיין בזה, דלכאורה לא יהא נאמן, משום דכיון דהוא רשע, הרי שאינו נאמן לומר שהשטר פסול, ועיי׳ בדו״ח רע״א על לישנא קמא דרמב״ח שכתב דהא באנוסים מחמת ממון אינם נאמנים זה אף אי אדם משים עצמו רשע דכאן לא מהני עדותן דאנוסים היו דהא אם היו אנוסים הם רשעים ואם כן רשעים מעידין שהשטר פסול ואין ממש בעדותן והשטר בחזקתו. וכתב הגרע״א ״ורש״י כתב דלאו כל כמינייהו לשויי נפשייהו רשעים. ואיני יודע מה צורך לזה״. ועכ״פ על פי דברי רש״י נכונים דברי רבינו.

65 יש לעיין אם שייך מגו בכה״ג, שהרי אין בטענה שהיה יכול לטעון יותר כח נאמנות מאשר בטענה שטוען עתה, אלא שבטענה שטוען עתה אינו נאמן משום שאין לו עד מסייע, ובטענה שהיה יכול לטעון היה לו עד מסייע, אך מצד הטענה אין שום עדיפות למה שהיה יכול לטעון אנוס הייתי לבדי, לבין אם טוען אנוסים היינו שנינו, ויל״ע אם שייך בכה״ג מגו.

מקרי מגו דבי תרי, ולפי זה יכולנו לומר דהתס׳ סבירא להו כהר״ן בזה, ומשום הכי מיאנו בפירוש האביאסף.

ואולם למה שנכתוב אי״ה לקמן בעיקר ״מגו״ אי אפשר להעמיד זה בכוונת התוס׳ מתרי טעמי, **חדא** הא הוכחנו שם מהתוס׳ [ד״ה מחמת נפשות] דהקשו לס״ד דרמי בר חמא דבמגו דאין זה כתב ידינו נאמנים גם באנוסים מחמת ממון, אם כן גם בכתב ידם יוצא ממקום אחר נאמינם במגו דמחמת נפשות. ומדלא תירצו דהוי מגו במקום עדים כמו שתירצו [ד״ה אין נאמנים] על קושיא דנהמני במגו דפרוע[66], על כרחך סבירא להו דלס״ד דרמי בר חמא דעדים רשאים לחזור ולהגיד, אינם כלל כמעידים וחוזרים ומגידים עד שתחשוב עדותן של תמול לעדות אחת ושל היום לעדות אחרת, ויהיו כאילו באו עדים אחרים ויהיה המגו נגד עדותן של תמול מגו נגד עדים, אלא ס״ל דכשחוזרים ומגידים עוקרים עדותן של אתמול ואין כאן מגו במקום עדים[67],

ולסברא זו נראה דגם אם אחד מהעדים היה חוזר ומגיד היה מועיל, דהא נעקרה עדותו ונשאר על השטר עד אחד לבד, דמה לי תרוייהו עוקרים דבריהם או אחד עוקר דבריו, וכיון שכן הנה ממה שתירצו על קושיתם הנ״ל דהוי מגו דבי תרי, על כרחך סבירא להו דגם כשיהיה סגיא אמירה דחד מקרי מגו דבי תרי, דהכא כשאחד יאמר מחמת נפשות ג״כ יהיה השטר פסול כיון דיעקור עדותו. (וע״כ מ״ש דמגו דאין זה כת״י הוא משום דהוה מגו דאי בעי שתק, כוונתם דהיכי דסגיא בשתיקה גם מגו בתרי הוה מגו דאי בעי שתקי תרוייהו[68]).

ואם כן דלא סבירא להו כהר״ן לא קשה מידי אם יפרשו כפירוש האביאסף, דהגם דסגיא כשיאמר אחד על עצמו לבד דנאנס מחמת ממון, מכל מקום מגו דבי תרי מקרי ואינו מגו.

שנית הוכחנו שם דלאו דוקא אם היה בשתיקה מכל וכל מקרי מגו דאי בעי שתיק, אלא גם אם היה סגיא לחצות הדבור להגיד מקצתו ולשתוק ממקצתו, כיון שלא היה מהצורך לחדש דבור חדש, מגו דאי בעי שתיק מקרי.

ואם כן, אם יש ממש בקושיא זו על האביאסף לא הועלנו במה שאמרנו שהאביאסף ס״ל דלא כהר״ן, דאכתי תיקשי, הא זה אומר עתה אנוסים היינו אני וחבירי, והמגו הוא שיאמר אנוס הייתי אני, וזה מגו דאי בעי שתק, ואף דגם בסגי באמירת אחד מקרי מגו דבי תרי, מ״מ הא מגו דאי בעי שתיק, גם שישתקו שנים אמרינן, וכ״ש דסגיא אם ישתוק אחד.

והנלע״ד בישוב קושיתנו על האביאסף, דאמנם מה שהתחלנו להקשות על המסקנא דכיון דיש לכל אחד עד מסייע אמאי אין אדם משים עצמו רשע, יפה התחלנו, דאם תשיב דאנוסים היינו דקתני מתני׳ אין הפירוש דכל אחד אומר בלשון הזה ומעיד כל אחד

66 עיי׳ מהר״ם שיף ובית יעקב כתובות שם. ועיי׳ דברי יחזקאל סי׳ יט אות ד.

67 עיי׳ באחרונים שנחלקו אם לל״ק דרמי בר חמא אפשר לקרוע את השטר על סמך חזירתם או דלא קרעינן משום דהוה כתרי ותרי. עיי׳ בזה מהר״ם שיף בסוגיא, ובהפלאה ובית יעקב. ועיי׳ תומים כללי מגו נא.

68 עיי׳ ש״ך דיני מגו יט שכתב כן בשם הר״ש מקינון.

על עצמו ועל חבירו, אלא דכל אחד אומר אנוס הייתי ואין מסייע לכל אחד מהם[69], וקשה הא גופא מנ״ל לרבא ולמה דחק אנפשיה, הלא טוב לו לפרש דרישא וסיפא בכל גווני בין מחמת ממון בין מחמת נפשות מיירי שכל אחד אומר אנוסים היינו, ועל כן לא שייך ביה אין אדם משים עצמו רשע.

אבל אחר אמרינו דעל המסקנא לק״מ, כי אם הסבנו קושיתינו על ס״ד דרמי בר חמא איך ניחא ליה סיפא, בזה נשיב דשפיר נייח ליה דמפרש בשאומר כל אחד רק על עצמו דאנוס היה, מה תאמר נאמינו במגו דהיה אחד מעיד גם על חבירו, זה אינו קושיא, דזה דבור חדש והוה מגו דבי תרי אף דסגיא באמירת אחד.

ואחרי הודיע כל זאת, עכ״פ אי אפשר לומר דמכח קושיא זו מיאנו התוס׳ בפירוש האביאסף, והנראה משום דעצם סברת האביאסף מוקשה מאד, דאיך יתכן דבאומר דידי חטפתי משים עצמו רשע כיון דעד אחד מעיד כדבריו, והלא הוא עצמו אינו אומר שהוא רשע שהרי אומר שבהיתר חטף, דדידיה חטף, וכיון דעל פי עדות העד לבד לא היה נפסל כי אם בצירוף עדותו על עצמו באת לפוסלו, והוא הלא אינו מעיד על עצמו רשעות כלל.

ודוחק לומר דהיינו טעמא, דמאמינים ליה במה שאמר שחטף ואין מאמינים ליה במה שאומר לדידיה חטף, וכעין האומר לא לויתי דהוה כאומר לא פרעתי, דאף דיש עדים מעידים שלוה ופרע חייב דמאמינים למה שבכלל דבריו דלא פרע ואין מאמינים לו שלא לוה. ואף דהבדל יש דהתם אי אפשר להאמינו שלא לוה כיון דיש עדים שלוה, מכל מקום י״ל דגם הכא כיון דחזקה יש דכל מה שביד אדם הוא שלו, אין לנו להאמינו דדידיה חטף. (ועמ״ש לקמן גרעין ד׳).

גם עצם הסברא דבעד אחד מעיד כדבריו אדם משים עצמו רשע קשה, דכיון דעל ידי עד אחד אין אדם נפסל, מה יועילנו דברי עצמו לצרפם אל העד כיון דאדם קרוב אצל עצמו ואין בדבריו כלום, ולא חזי לאצטרופי.

והנלענ״ד מתוך הדחק בסברת האביאסף, דסבירא ליה כסברת הרא״ה דמ״ש בעד מיתה משום עיגונא אקילו בה רבנן [יבמות פח,א] אין הכונה דמדאורייתא אין משיאין על פי עד אחד והם הקילו לעקור דין תורה, אלא דר״ל לעומת שהחמירו ז״ל בענינים אחרים כגון מים שאין להם סוף וכדומה, הוה קולא מה שבעד מיתה הניחוהו על דת התורה, והטעם דנאמן מן התורה אף דאין דבר שבערוה פחות משנים, היינו דביש היכר חוציי דקושטא קאמר העד, בהא הוה האחד כשנים, והיכר זה מסרו הכתוב לחכמים, והם אמרו כיון דמילתא דעבידא לגלויי, ומכיון דהחמרת עליה ודייקא ודאי קושטא קמסהיד, הלא הם דבריו ז״ל בנמוקי יוסף פרק האשה שהלך [כח, א].

וי״ל דהכא נמי דגזירת הכתוב דקרוב אינו עד, מכל מקום ראו ז״ל דניכר מהגדתו שחטף דקושטא קמסהיד העד והוי העד כשנים מעידים שחטף כיון שלא נשאר לנו ספק בעצם החטיפה, ולא משום צירוף מה שהוא עשה עצמו רשע אתינן עליה, דהא אין

69 ראה לעיל הע׳ 62.

בדבריו רשעות כלל כנ״ל, גם אין דבריו כלל חזיא לאצטרופי כיון דאדם קרוב אצל עצמו, אלא דעל ידי העד שמעיד שחטף נפסל, כיון דאיגלאי לן עכ״פ מדבריו שקושטא קמסהיד העד[70].

וא״ת א״כ מאי מקשה בגמרא פרק זה בורר (סנהדרין כה, א) על מה דפסל רבא לבר ביניתוס על פי עדים דחד אמר קמי דידי אוזיף בריביתא וחד אמר לדידי אוזפן בריביתא והא לוה בריבית פסול לעדות, דקס״ד דאדם משים עצמו רשע, והשתא מאי קושיא, אימר דפסליה על פי העד אחד דאמר קמי דידי כו׳ משום דהוי כשנים כיון דעכ״פ ניכר מדברי השני דקושטא קמסהיד זה.

י״ל דלק״מ מתרי טעמי, חדא נהי דניכר שזה לוה דאין אדם מבזה את עצמו בשקר, מכל מקום לא ניכר דבר ביניתוס הוא שהלוהו שתפסול אותו. שנית י״ל להאי ס״ד דסבר אדם משים עצמו רשע ולא נחית לסברת אדם קרוב עצל עצמו, אם כן כיון דהלוה נפסל הרי בטל גם עד המעיד קמי דידי כו׳ משום נמצא אחד מהן קרוב או פסול כו׳. (ועמ״ש לקמן גרעין ז). (אלא דלשון האביאסף אינו מכוון, דכתב ״הכא דאיכא עד אחד פסיל לנפשיה״. משמע דעיקר פסולו נובע ממה שהוא אומר כיון דהעד מסייעו ולדרכנו הוא להיפוך, דעיקר פסולו משום העד כיון דהוא מודה בעיקר החטיפה).

ועדיין ק״ל טובא בסברתו, דהא כל הטורח של האביאסף משום דסבירא ליה דגם באינו נשבע נגד העד אמרינן מגו, ועל זה תירץ דטעמיה דר״א משום דנעשה פסול וחשוד, (ורצונו דשוב לא שייך להאמינו במגו, דהא אילו טען לא חטפתי שבועה מיהא בעי, ועכשיו דנעשה פסול לשבועה, ואי אפשר להשביעו דידי חטפתי דאין מוסרים שבועה לחשוד ממילא אין להאמינו במגו, דכל זמן שאינו נשבע ליכא מגו). ומה הועיל, דאכתי יקשה הא לדבריו דדידיה חטף לא נפסל, אם כן נאמינו הא גופא דלא נפסל כלל ושהוא ראוי להשביעו במגו דלא חטפתי, ומה שכתב ״כיון דאילו היו שנים מעידים שחטף כו׳ השתא נמי א״י לישבע״, נימא ליה אנן גם בשנים מעידין שחטף אילו היה [אפשר] לצייר לטענה להציל עצמו שלא יפסול, עד״מ אילו היה איסור גזל מדברים שאינו פשוט בישראל שהיא עבירה דהיה לו טענה לטעון לא ידעתי שהיא עבירה ולא היה נפסל (כדאיתא ברמב״ם [פי״ב מעדות ה״א] ובשו״ע סי׳ לד סכ״ד) אה״נ דגם בטען ידעתי שהיא עבירה אבל אני לא עברתי דדידי חטפתי היה נאמן במגו ולא היה נפסל. (ולכאורה משכחת לה באמת לרוב הפוסקים דגם הגוזל את חבירו בעדים אינו צריך להחזיר בעדים, ולדידהו בזזה יד העדים

70 לדברי רבינו שיש כאן אומדנא שקושטא קמסהיד העד יש להבין דא״כ שיפסל לכל השבועות, ובדברי הראב״ן מבואר דרק לשבועה זו נפסל. ועיי׳ מה שכתב בביאור הדבר בחידושי הגר״ש שקאפ ב״ב סי׳ יט וז״ל ״ונראה דסובר דאף שלא יפסל לשבועה דעלמא על פי עד זה, דכיון שטוען דידי חטפי ואינו מודה שהוא גזלן אין בכח עד אחד לפוסלו משום גזלן, אבל לענין שבועה זו דכשאנו משביעים אותו אנחנו חושדים אותו שמא גזלן הוא ולאו דידיה חטף, וכל שהודה על החטיפה נעשה גזלן על פי העד מחמת שהודה לדברי העד, והוה כאילו העידו שנים על החטיפה היינו דאף דחשוד על הממון אינו חשוד על השבועה, הוא דוקא אם ליכא עדים שהוא גזלן אבל אם איכא עדים הוא פסול״.

ממגו קודם שבא לב״ד נאמן לטעון החזרתי וכשטוען דידי חטפתי נאמן במגו דלא חטפתי. אבל זה אינו, דנהי דאילו טען החזרתי היה נאמן, היינו דלא נחייבו לשלם, אבל מכל מקום היה נשאר פסול כיון דשנים מעידים שהוא גזלן אינו מתכשר עד שיביא ראיה דעשה תשובה, ואם כן גם בטען דידי חטפתי היינו פוטרים אותו מלשלם, אבל לא דלא יהיה נפסל וזה אינו ממה שאנו רוצים בו עתה, דרצונינו לאופן שישאר כשר על ידי מגו). והכא דאית ליה טענה שלא לפסול דיטעון לא חטפתי נאמינו גם עתה שלא נפסל במגו דלא חטפתי ושראוי למסור לו שבועה.

והנלענ״ד על פי סברת הנמוקי יוסף בעובדא דבפרק חזקת (דף מא ע״ב) האי גברא דדר בקשתא בעליתא ארבע שנין אתא מאריה דביתיה, א״ל מה בעית בהאי ביתא א״ל מפלוני זבינתיה דזבנה מינך אתא לקמיה דר׳ חייא א״ל אי אית לך סהדי דדר ביה האי מקמך אפילו חד יומא מוקמינן ליה בידך. וכתב עליה הנמוקי ז״ל ״ושמעינן מהכא מדבעי סהדי ולא סגי אי אמר איהו ידענא דדר ביה המוכר חד יומא משום מגו דאי בעי אמר אנא זבנתא מינך, דלא אמרינן מגו אלא במילתא דבתר דמהיימנינן ליה משום מגו שוב ליכא ספיקא, אבל במילתא דאף כי נימא מגו, אכתי איכא לספוקי אם לקחה המוכר מזה המערער אם לא, לא אמרינן מגו דלא מפיו אנו חיים שנאמין כל כך לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחר מדעתינו לקיים דבריו ולמטען שהמוכר לקחה מן המערער״. עכ״ל.

הנך רואה דמגו לא אמרינן אלא היכי דאחר שתאמין במגו לא יהיה צורך לדון על הדבר עוד לבררו מסברא וחזקה וכדומה, כמו החזרתי במגו דנאנסו, פרוע במגו דמזוייף, דכשאתה מאמינו דהחזיר ופרע א״צ עוד להוסיף מה, משא״כ אם אחר שתאמינו במגו עדיין אפשר לחייבו עד שתוסיף להחליט מה מסברא.

והטעם מובן, משום דמגו עצמו אינו ודאי ומוחלט, עד״מ, מה שאתה דן שאמת אומר דידע דדר ביה המוכר חד יומא משום דאי בעי כו׳ אינך דן במוחלט שכן הוא, דאפשר דלא אסיק אדעתיה לטעון מינך זבינתיה, או לסיבה אחרת לא בעי למטען הכי, אלא דדן אתה מסתמא ומסברא שאומר אמת. וזה נמי הטעם דאין אומרים מגו להוציא ומגו לפטור מן השבועה כיון דאינו מוחלט לא מפקינן ממונא על ידה ומשביעין לברר הספק שנשאר עדיין. ועל כן מסתברא דהוא הדין אם אחר שהאמין במגו תצטרך לדון עוד לברר מה שנית על ידי מגו לא מועיל המגו, דזה שנשאר שתברר בל יהיה במוחלט כי אם מסברא שכך הוא משום דאי בעי הוה טעין הכי.

והנה הבט נא וראה בנידון האביאסף אם תאמר שנפסל לשבועה אי אתה יכול להאמינו שלא גזל הנסכא במגו דלא חטפתי כיון דא״א למסור לו שבועה, וכן כשאתה דן כבר ע״י מגו שלא נפסל עדיין א״י להחליט שהנסכא שחטף דידיה היתה כי אם בכח מגו דאי בעי אמר לא חטפתי, ושפיר י״ל דבכה״ג לא אמרינן מגו, דלא מפיו אנו חיין שנאמין כ״כ לדבריו משום מגו עד שנצטרך לברר ספק אחר שוב משום מגו[71].

71 יש לעיין בדמיון שמדמה רבינו, דהא התם הם שני נידונים, אם דר בו המוכר חד יומא ואם

עכ״פ אחר שיש צורך וכל כך טורח לבאר פירוש האביאסף אין להפליא אשר התוס׳ מיאנו בפירושו, די״ל דהם לא ס״ל סברת הרא״ה, או לא ס״ל סברת הנמוקי יוסף ע״כ אין מעמד להם פירוש זה[72].

ענב ד

[בדעת הנ״י דלאותו עדות שנפסל בשבילו לא בעי הכרזה]

הב״י והד״מ והסמ״ע [סי׳ לד ס״ק נו] כולם הביאו דינו של הנמוקי יוסף [ב״ב ד,ב בדפי הרי״ף] דלאותו עדות שנפסל בשבילו לא בעי הכרזה, ותמה עליהם הש״ך [ס״ק כג] בזה״ל דהא הנ״י לא כתב כן אלא להמקשה דהוה סבירא ליה דפסול לעדות על פי עצמו א״כ כשמעיד שלוה ברבית אינו נאמן דהוא פסול, אבל למה דמשני דאין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דבוריה לא משכחת להאי דינא, דאי אחרים מעידים עליו שלוה ברבית הו״ל עדות אחרת, וא״כ לאיזה צורך כתבו הב״י וד״מ וסמ״ע דין זה עכ״ל.

ולענ״ד דצורך גדול יש לכתבו, דהסמ״ע לשיטתיה דהביא (בסי׳ לד ס״ק סד) דינו של תשו׳ הרשב״א הנ״ל להלכה דבאומר אני זניתי עם אשתך אינו נאמן דלא שייך בזה פלגינן דבוריה, וא״כ צורך גדול לנו בדינו של הנ״י באומר אני לויתי מפלוני בריבית דרבנן, דאלולי דין זה דהנ״י היה זה המלוה נפסל לעדות מדרבנן אף דפלגינן דיבורא לא שייך בזה, מכל מקום הא גם לדבריו של המעיד לא נפסל עדיין להעיד כיון דלא הוכרז עליו ולא שייך לומר לדבריך פסול אתה ואין עדות לפסול דעדיין כל שלא הכריזו עליו כשר הוא להעיד, אבל עכשיו שזכינו לדינו של הנ״י אין בעדותו כלום דשפיר אמרינן ליה לדבריך פסול אתה דא״צ להכרזה לאותו עדות כיון דפלגינן דבוריה לומר שלו לא הלוה פלוני כי אם לאחר ואין כאן טענת לדבריך לא שייך בלשון אני לויתי. וה״ז נכון מאד[73].

ואני נבוך קצת בכוונת הנ״י במ״ש בזה״ל ״לאותו עדות שנפסל בשבילו לא ראו חכמים להאמינו ואפילו בלא הכרזה פסול לו״ עכ״ל, אם כוונת אמרו ״לאותו עדות״ העדאתו שהעיד בעצמו ועל ידה נפסל, או כוונתו לעדות שהועד עליו שנפסל בשבילה גם אם לא העידו הוא מ״מ כל שיבא להעיד מה באותו ענין ואותו עדות שנפסל בשבילה לא ראו להאמינו גם טרם הוכרז עליו.

לקחה מיד המערער, אך כאן הכל נידון אחד דאם נאמין לו שדידיה חטף, הרי שלא נפסל לשבועה.

72 לכאורה לפי דבריו כאן היה יכול לומר בפשטות מה שהתוס׳ לא סוברים כאביאסף, דהם חולקים על היסוד המובא כאן מהנ״י דלא אמרינן מגו כשגם אחר המגו צריך הוכחה נוספת, דהא הם בבב״ב דף לא ע״א ד״ה לאו כתבו טעם אחר בהא דלא אמרינן מגו בהא דאמר אית לי סהדי דדר ביה חד יומא.

73 עיי׳ באר היטב ונתיבות שם ס״ק יד שמיישבים כן. ועיי׳ לעיל אשכול ז׳ ובהע׳ 41. ועיי׳ פתחי תשובה שם ס״ק לד עוד כמה יישובים.

ולצד זה השני יש ליישב קושית הש"ך בפשוטו, דנ"מ גם למסקנא דאין אדם משים עצמו רשע באופן זה, דבאו שניים שראובן לוה ברבית דרבנן ולא העידו ממי לוה, ובא ראובן ואמר הלואה של רבית זו שהעידו עליו משמעון לויתיה, ועוד אחד מעיד על שמעון שהלוה ברבית דרבנן, ובנידון כזה לולי דברי הנ"י היה שמעון נפסל, כיון דראובן עדיין כשר כל כמה דלא הוכרז עליו, ועדותו כשרה, אבל אחרי הודע לנו דלאותו ענין שנפסל בשבילו פסול גם בלא הכרזה לא נפסל שמעון, דעדות ראובן אינו כלום, דלעדות זו נפסל גם בלא הכרזה, וכאן בל תוכל לומר פלגינן דבוריה לומר דאינו מעיד שלדידיה הלוה שמעון כי אם לאחר, דמה יביאך שתפלוג דבוריה, אי משום דאדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע, הא כאן כבר הוא רשע על פי שני העדים שהעידו עליו שהוא לוה ברבית ולא בא להעיד על עצמו לעשות עצמו רשע בדבריו דתאמר אדם קרוב אצל עצמו.

באופן דאם נבא לחזק דין זה דבאומר אני לויתי שאני ולהכריחו מכח קושיא שעל הב"י וד"מ וסמ"ע, נשיב דאין זה כ"כ הוכחה, די"ל דהם ז"ל הבינו דינו של הנ"י על צד כוונה שניה שכתבנו דלאו דוקא כשהפסול בא מכחו אמר הנ"י לדינו אלא דכל שעדותו באותו ענין שנפסל בשבילו לא צריך הכרזה ול"ק על הני גדולי ישראל, דשפיר יש נ"מ בגוונא דאמרינא.

ועמ"ש סוף אשכול ט' עוד ישוב שלישי על קושית הש"ך, והיינו דנ"מ אם זה המעיד כבר עבר מקדם עבירה דרבנן[74].

ענב ה

[ביאור בב' הלשונות דרמי בר חמא בכתובות יח,ב]

מריש הוה אמינא להוכיח דשיטת רש"י דגם במגו אין אדם משים עצמו רשע, משום דזה ודאי שאף שאפשרי הוא דגזירת הכתוב שבעדים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הוא גם בדאית להו מגו, מכל מקום אינו מוכרע ומוחלט מקרא דתימא הכי, וכן משמע מהתוס' כשהקשו (כתובות דף י"ח ע"ב) במתני' [ד"ה אין נאמנים] אמאי לא מהימני העדים לומר אנוסים היינו גם בכתב ידם יוצא ממקום אחר במגו דפרוע, ותירצו דהוי חוזרים ומגידים וכיון שהגיד שוב כו' לא סמכו על זה התירוץ וכתבו עוד תירוצים, אלמא דרפיא בידייהו הא דגם במגו אינו חוזר ומגיד. וע"כ ק"ל על רש"י דבקושית רבא על ס"ד דרמי בר חמא אסיפא קאי ואמר דאנוסים מחמת נפשות נאמנים גם בכתב ידם יוצא ממקום אחר. והקשה רבא והא כיון שהגיד, כתב רש"י אבל ארישא באין כתב ידם יוצא ממקום אחר ניחא דכולה חדא הגדה היא, מבואר דהיה ק"ל דנימא גם ברישא כיון שהגיד, ומה דלא תירץ דרישא שאני משום מגו על כרחך הוא משום דסבירא ליה דבחוזר ומגיד גם מגו לא מועיל, וק"ל מנ"ל לרש"י לעשות מזה קושיא, ודלמא באמת במגו יכול לחזור ולהגיד.

74 עיי"ש שלא נמצא שמיישב זאת, אלא כונתו שעל פי דבריו שם מיושב.

ומתוך קושיא זו היה נ״ל להוכיח דסבירא ליה דבאין אדם משים עצמו רשע לא מועיל מגו, והשתא ל״ק על רש״י, די״ל דטעם אינו חוזר ומגיד עצמו הוא משום אין אדם משים עצמו רשע וכמ״ש בב״י (עיי׳ גרעין ז׳), וע״כ פשיטא מילתא דגם במגו אינו חוזר ומגיד כמו דגם במגו אין אדם משים עצמו רשע.

אבל חזרתי לאחורי, משום דבריר מילתא דגם הפוסקים דס״ל דגם במגו אין אדם משים עצמו רשע, גם הם יודו דבס״ד דרמי בר חמא אסיפא קאי, היה ע״כ סברת רמי בר חמא לא כן אלא דבמגו משים עצמו רשע, דהא למאי דס״ל לרמי בר חמא דבסיפא בכתב ידם יוצא ממקום אחר מכל מקום מהימני לומר אנוסים היינו מחמת נפשות, על כרחך מאי דמחמת ממון אינם נאמנים בסיפא הוא משום אין אדם משים עצמו רשע וכמ״ש רש״י במפורש, ואחרי דבריש באין כתב ידם יוצא ממקום אחר ע״כ גם אנוסים מחמת ממון נאמנים (דאל״כ מאי בין רישא לסיפא), ע״כ הטעם משום דבריש דאית להו מגו דאין זה כתב ידם משים עצמו רשע. וא״כ האי תירוצא מה אהני לן, דאף דנימא דס״ל לרש״י כהפוסקים דגם במגו אין אדם משים עצמו רשע הנה נוכל לומר רק למסקנא דהכי ס״ל, אבל עדיין לא היה יכול לעשות קושיא הנ״ל בס״ד דרמב״ח, דשפיר י״ל דרישא ניחא אף דהוי חוזר ומגיד משום דבמגו יכול לחזור ולהגיד, דהא קיימינן השתא דגם באין אדם משים עצמו רשע מועיל מגו.

וממוצא הדברים אתה שומע עוד יותר, והוא דלא לבד שלא עלה בידינו לחזק סברתם דגם במגו אין אדם משים עצמו רשע מדברי רש״י ז״ל, אלא דעוד נרפה היא נרפית סברה זו, דמכדי מקור מחצבת הוכחת סברה זו הוא ממה דאסיק רבא דרמי בר חמא אריש קאי ואמר דאנוסים מחמת ממון גם בריש דאין כתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים משום דאין אדם משים עצמו רשע, והרי בריש איכא מגו, אלמא דגם במגו אין אדם משים עצמו רשע, והנה אילו למאי דס״ד דרמי בר חמא אסיפא קאי לא הוי סבירא לן כלל סברת אין אדם משים עצמו רשע, היה ניחא לשון המסקנא דרמי בר חמא אריש קאי ואמר לא שנו אלא כו׳ מחמת נפשות אבל מחמת ממון אינם נאמנים דאין אדם משים עצמו רשע, די״ל דבהתחדש סברת אין אדם משים עצמו רשע כבר פשוט דגם במגו אינו נאמן וא״צ להזכיר דמגו ג״כ לא מהני, אבל אחרי המבואר דגם בס״ד דרמי בר חמא אסיפא קאי היה מוסכם דין זה דאין אדם משים עצמו רשע ושמ״מ היה ס״ל בריש דאיכא מגו אדם משים עצמו רשע, א״כ כשבא במסקנא לומר דמחמת ממון גם בריש באין כתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים, חידש לן דמגו נמי לא מהני היכי דשייך אין אדם משים עצמו רשע, וא״כ החידוש שמחדש בזה לגמרי חסר מן הספר, ואמרו אין אדם משים עצמו רשע אין בו מה שיספיק לנו שלא יהיו נאמנים מחמת ממון בריש דאיכא מגו.

והרי אחת דברנו ושתיים שמענו קושיות בהסוגיא, אחת מנ״ל לרש״י כ״כ בהחלט דגם במגו אינו חוזר ומגיד. שניה מה דסיים במסקנא אין אדם משים עצמו רשע, דאין בו טעם גורם לשלא יהיו נאמנים מחמת ממון גם בדאיכא מגו.

ועוד בה שלישיה בזו הסוגיא, אחרי המבואר דלס"ד דרמי בר חמא אסיפא קאי, הנה ברישא גם במחמת ממון היו נאמנים כנ"ל, וקושית רבא כיון שהגיד הא אינו כי אם על הסיפא, דברישא חדא הגדה הוא כנ"ל בשם רש"י, אם כן די היה לו לשנות בסיפא לבד ולומר דסיפא לאו במחמת ממון דוקא אלא דרישא וסיפא בכל גווני בין מחמת נפשות בין מחמת ממון, ברישא נאמנים ובסיפא אין נאמנים, ואי משם דרבא חולק אס"ד וס"ל דבאין אדם משים עצמו רשע גם מגו לא מהני, היה לו להקשות תחלה גם ארישא. ועל זה כבר עמד בספר הפלאה[75].

והרביעית הקשה אותה בספר פני יהושע [יט,ב ד"ה עד אומר תנאי] להר"ן דגם בכתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים לומר תנאי היו דברינו, וגם עד אחד מהחתומים נאמן לבטל השטר לומר תנאי היו דברינו, אם כן יהיו נאמנים גם בכתב ידם יוצא ממקום אחר לומר אנוסים היינו במגו דתנאי, דמגו דבי תרי אינו, כיון דהיה די שאחד מהעדים יאמר כן (עמ"ש ענב ג' ד"ה ולכאורה).

והחמישית הקשה אותה ג"כ הפני יהושע על קושיית רבא "כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד", דילמא היכא דיש אמתלא לעדים כמו הכא דהא ניתן לכתוב ועדיף עוד ממודעה היו דברינו, יכולים לחזור ולהגיד[76].

ונלענ"ד דכל אלה הקושיות יתיישבו בהניח היסוד שהזכרנו לעיל (באשכול א' ד"ה והנה) דבחוזר ומגיד שהוא משום חדא הגדה כתיב יש שני מינים, או דלא מיקרי חדא הגדה משום שהזמן מבדילם או דלא מיקרי חדא הגדה משום שהענין מבדילם, וכשאומרים אנוסים היינו מחמת ממון באין כתב ידם יוצא ממקום אחר (דאין הזמן מבדילם) הוא ממין השני דהענין מבדילם ונקרא חוזר ומגיד ע"ש.

ולפי זה י"ל כשהקשה רבא כיון שהגיד כו' לא על הסיפא לבד הקשה כי אם גם ארישא, והקושיא אחת והטעמים רק חלוקים, דבסיפא מקרי חוזר ומגיד משום שהזמן מבדיל ההגדות, וברישא משום דהענין מבדילם. ומיושב קושיא השלישית הנ"ל דשפיר הוצרך לשנות גם ברישא משום הקושיא שהקשה גם על הרישא.

וקושיא הרביעית הנה בהיות דדין אינו חוזר ומגיד הוא גם בדאיכא מגו לא קשה קושיא זו כלל.

וקושיא החמישית לא קשה גם היא, דגם אם תמצא לומר דבאמתלא יוכל לחזור ולהגיד, מכל מקום עדיין תעמוד קושיית רבא ארישא דבמחמת ממון לא ניתן לכתוב וליכא אמתלא.

ואולם קושיא השניה מתישבת נמי, דמעתה לא חסר בטעם מה דאינם נאמנים מחמת ממון, דהטעם מונח כבר בקושיית רבא והיינו דמקרי חוזר ומגיד כיון דמעיד ע"ע גבדלות ההגדות בענין.

וקושיא הראשונה מוסרה מעצמה, דאחרי דארבע קושיות הנ"ל מתישבות בהקדמה

75 עיי' דו"ח רע"א בשם רבינו בזה. ורוב הדברים דענב זה נזכרים שם בקצרה. ועיי' שו"ת ח"ס אה"ע ח"ב סוף סי' נב. ועיי' שערי ישר ש"ד פי"א.

76 עיי' שו"ת חתם סופר אה"ע ח"א סי' עה.

זו דדין אינו חוזר ומגיד הוא גם בדאיכא מגו, אין לשאול עוד מנא ליה לרש״י זה כל כך מוחלט, דודאי מוחלט ומוכרח היה לו ז״ל זה מהסוגיא, (ועמ״ש באשכול א׳).

אלא דזה האחרון נסתר מעצמו, דלו יותן שיש לדברינו פנים בהסוגיא, מכל מקום להעמיס כוונה זו ברש״י ולישב קושיא שעליו אי אפשר, דהא רש״י כתב דרישא לא קשיא ליה לרבא משום דחדא הגדה היא כמובא לעיל, והרי עכשיו בס״ד דרמי בר חמא רישא איירי במחמת ממון ויש הבדל בענין ומ״מ כתב רש״י דחדא הגדה. וגם הא כל עיקר דברינו דקושית רבא היה גם על הרישא, והרי רש״י כתב מפורש בקושית רבא ״אבל ברישא ניחא כו׳״ הרי מפרש דקושית רבא היתה רק אסיפא.

אבל מ״מ אפשר לקיים דברינו ולומר כונה אחרת בדברי רש״י אלה, והיינו דלא בא לומר דקושיית רבא לא היתה על הרישא, אלא בא ליישב דל״ת לרבא ולטעמיך דבסיפא גם מחמת נפשות אינם נאמנים וברישא מחמת ממון אינם נאמנים משום חוזר ומגיד, א״כ גם ברישא אף מחמת נפשות לא יהיו נאמנים מטעם חוזר ומגיד כמו דהוא בסיפא לסברא דידך, ועל זה שפיר כתב רש״י דרישא ניחא דכולה חדא הגדה היא דבמחמת נפשות אין בו כי אם עדות לאחר דענין בעל דבר אין בו כלל דהא אינו פוסל עצמו לעדות גם לדבריו, וע״כ הענין אינו מבדיל ההגדות, ולא הזמן מבדיל בין ההגדות (דהא אין כתב ידם יוצא ממקום אחר ולא הוי כמי שנחקרה עדותן עד עכשיו שאומרים כת״י הוא), ומקרי חדא הגדה מכל צד.

ענב ו

[בדברי הרשב״א דבקינוי וסתירה והחשוד מעיד שבא עליה נאמן]

הרשב״א ז״ל השיב בתשובה סי׳ תקנ״ב באחד שקינא את אשתו ונסתרה והחשוד שנכנס עמה לסתר הודה שבא עליה לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע אלא פלגינן דיבוריה, ותמה והקשה עליו המשנה למלך פ״א מסוטה הי״ד, תמה שנראה כטעה הרשב״א ח״ו בדבר משנה, דהא אם פלגינן דבוריה הרי אמרינן שעדותו שאיש אחר זינה עמה ועל זה אין עד אחד נאמן, דדוקא במעיד שזנתה עם זה שנסתרה עמו אחר הקינוי נאמן, ועוד הקשה כיון דמסתם דרך הלשון לומר באתי עליה ובזה כתב הרשב״א בעצמו [סי׳ אלף רלז] דלא שייך פלגינן דבוריה (הבאנו דבריו לעיל ריש אשכול ז׳), ורק באומר זנתה עמי פלגינן דבוריה, והו״ל לרשב״א לבאר זה[77].

ונ״ל לישבו, ואם כי הוא בדרך רחוקה קצת מצוה לישב דברי מאור עיני ישראל ז״ל, ואומר, אם הרשב״א ז״ל נעלם ממנו לפי שעה דין זה דעד אחד דטומאה אינו

77 עיי׳ שו״ת חכם צבי [סי׳ קנ] שהשיב על קושיית השואל שהקשה כן, דאין זה תימה משום שבמקום אחד קיצר ובמקום אחד הרחיב ״וכך הם ד״ת עניים במקום אחד ועשירים במקום אחר״. ועיי׳ נוב״י מהדו״ק אה״ע סי׳ עב (סתירת היתר השני ד״ה עוד שם) כתב דתי׳ זה לא מסתברא כלל, ע״ש טעמו.

נאמן כי אם במעיד על אותו איש שנתקנאה מבעלה בשבילו ונסתרה עמו, יקשה ג"כ מאי ס"ד דהשואל דלא נימא בזה פלגינן דבוריה[78]. גם בתשובתו אף דכתב דפלגינן דיבוריה, דדומה ממש לפלוני רבעני לרצוני, מכל מקום כתב רק דמסתברא דדומה, ולמה צריך לסברא דידיה, והא פשיטא מילתא דדומה הוא לדהתם.

ועל כן אומר, דודאי לא היה נעלם מרשב"א דין זה, והאיבעיא והפשיטות באמת אזלי להיפוך, והיינו דהשואל שאל אם הכא לא אמרינן פלגינן דבוריה, ואז נחשיב אותו לעד טומאה, או לא, אלא פלגינן דיבוריה והוה כמעיד שאחר בא עליה ועל זה אינו נאמן, והוא ז"ל השיב דפלגינן דבוריה, ורצה לומר בזה דלא נחשבהו לעד טומאה.

ואולם איך הוא כן דאם לא פלגינן דיבוריה יחשב עד, גם מה הוא זה שהביאם להסתפק דלא נפלוג דבוריה, הוא משום דס"ל דאם זה המעיד היה מוחזק מכבר לרשע ודאי היו מחשבים ליה לעד טומאה, כיון דגם רשע כשר לעדות טומאה, ואין אדם משים עצמו רשע לא שייך כאן דהא בלאו הכי כבר הוא ידוע לרשע (עיי' אשכול ט'), ומסתפקא ליה בזה הנידון שאמנם זה המעיד עדיין לא נתחזק לרשע, אבל משום שנכנס עמה לסתר עכ"פ יש לו דין חשוד לעריות, והוי החשוד לעריות נמי רשע הוא וכדאמר ריש פרק זה בורר [סנהדרין כו, ב] ארבעים בכתפיה וכשר בתמיה, א"כ אפשר דגם ביה לא שייך אין אדם משים עצמו רשע ולא פלגינן דבוריה ושפיר הוה זה עד טומאה.

ועל זה השיב הרשב"א ז"ל דמסתברא ליה דדומה לפלוני רבעני לרצוני, לא השיב בחזקה דהוא סוגיא מפורשת, דהא יש מקום לחלק, דהתם עד עכשיו היה בחזקת אדם כשר, משא"כ הכא דכבר הוא בחזקת רשע, אלא דמסתברא ליה שדומה ושאין לחלק חילוק זה, וטעם סברתו, דנהי דרשע הוא משעה שנכנס עמה לסתר, מכל מקום הא אינו פסול כי אם לעדות אשה ולאפוקה אבל לעיולה נאמן, וא"כ בדבריו בא להעיד על עצמו שיהיה פסול מעכשיו גם לעיולי לאשה וכן לכל עדיות ושייך ביה אדם קרוב אצל עצמו, ועל כן פלגינן דיבוריה (ועיי' כ"ז בביאור יותר לעיל אשכול ט').

ודע דמתשובה זו דהרשב"א משמע לי דלעדות טומאה גם רשע ד"ת דחשוד לשקר כשר להעיד[79] אף דלעדות אשה פסול הוא, דהא החשוד לעריות פסול לעדות אשה לאפוקה ומ"מ איך שיהיה כוונת הרשב"א בתשובה זו, הנה לא בא עליו לפסלו לעדות זו משום דהוא חשוד לעריות אף דהכא נמי הוא לאפוקה, זולת דנימא דהמסתתר עמה אחר קינוי מ"מ אין לו דין חשוד, או כיון דהטעם דלאפוקה אינו נאמן משום חשד דניחא ליה שתהא מצויה אצלו, והכא הא אסרה על עצמו דכשם שאסורה לבעל כך אסורה לבועל, וגם זה לא מסתבר דכיון דחשוד הוא לעריות לא יחוש לאסורה, ואדרבה ימתקו לו יותר מים גנובים וחפץ שתהיה מצויה לו.

שבתי וראיתי שהלשון שכתב השואל "אם לא נאמינהו משום דאין אדם משים עצמו רשע" אינו מתישב עם כונה זו, דהא לדברינו צד הספק דלא נימא פלגינן דיבוריה

78 עיי' שו"ת חכם צבי הנ"ל שהקשה השואל כן, ומה שהשיב הח"צ.

79 עיי' לעיל הע' 46 שהבאנו דברמב"ם מפורש דרשע פסול.

הוא משום דלא שייך ביה כלל אין אדם משים עצמו רשע כיון דכבר הוא פסול משום שהוא חשוד לעריות[80].

ואומר עתה ג"כ על דרך שכתבנו דהשאלה והתשובה היה בהיפוך כונה הפשוטה, אלא מטעמים וסברות אחרות, ונוסיף לדקדק בלשון השואל דמה שאמר אם לא נאמינו משום כו' נראה לא מדוקדק עם לשון שסיים או אם נאמר פלגינן דיבוריה, והכי הול"ל אם נאמר ביה אין אדם משים עצמו רשע או נאמר ביה פלגינן דבוריה.

וע"כ נ"ל למ"ש לעיל אשכול ה' (בד"ה אלא ע"כ) דמה דאצטרכי' לפלגינן דיבוריה, ושבלעדו לא היו הורגים את הרובע, אין הטעם משום דאין להאמין העדות אחת שהעיד איזה עד אם אי אתה מאמין גם לעדותו השניה שהעיד, דאין ביטול עדות אחת מזיק לשניה, אלא הטעם הוא משום דאמרינן לדבריך רשע אתה ואין עדות לרשע, וכתבנו ג"כ לעיל (ענב ב) דסיבה מה דאמרינן פלגינן דבוריה הוא משום דיש לנו לקיים עדותו בכל היכולת.

ואחר הקדמות אלו, הנה אם נדון בשאלה זו שלא להאמינהו משום אין אדם משים עצמו רשע, נאמר נהי דלא נאמינהו ולא נפסול אותו לעדות לעתיד, מ"מ נאמינהו לגבי האשה, ולדבריך רשע אתה לא שייך הכא דהא רשע נמי כשר לעד טומאה כאמור, ואולם אם נאמר פלגינן דיבוריה ויהיה עדותו שזנתה עם אחר לא מהני לן עדותו לגבי האשה דלעדות זנות עם אחר אין עד אחד נאמן.

80 עיי' שו"ת נוב"י מהדו"ק אה"ע סי' עב (סתירת היתר השני ד"ה והנה לפי הצעתי) שגם כתב בדרך כזו, דכונת הרשב"א להיפך דכיון דפלגינן דיבורא ואמרינן שמונח בדבריו שזינתה עם אחר וכיון שעל אותו אחר לא היה קינוי וסתירה אינו נאמן, אך אם היינו אומרים לא פלגינן דיבורא היה נאמן, משום שאם לא פלגינן דיבורא אז אנו אומרים דמיגו דנאמן עליה נאמן גם עליו, ואין לומר דכיון דהוא רשע יפסל לעדות זו עצמה, [ודעתו שם כמו שהבאנו מהרמב"ם דרשע פסול לעדות זו אך מ"מ כיאר] "זה לא שייך בכאן, דהרי אחר קינוי וסתירה אפילו פסולי עדות נאמנים עליה שלא תשתה ואפילו קרובים ונשים ועבדים הכל כשרים בה חוץ מפסולי עדות בעבירה דאורייתא,והטעם דהם פסולים ואף שנשים ועבדים כשרים בה, היינו דמחמת רשעתו אנו אומרים שקורי משקר ואין לו נאמנות עליה, כו', אבל כאן הרי מחמת זה נעשה רשע מטעם דמאמינים לו עליה ועל עצמו, אך בעדות אחרת אנו אומרים שהוא פסול לעדות אבל כאן לעדות זו כיון דאינו משקר לא איכפת לן במה שהוא פסול, דכאן כל הפסולים כשרים ואפילו קרובים שפסולים מטעם גזירת הכתוב ואעפ"כ כשרים כאן אחר קינוי וסתירה ומעידים על זה האיש שקינא לה ממנו. נמצא דאי לא הוה פלגינן דיבוריה אז היתה האשה זו אסורה ולא היתה שותה כיון דלא פלגינן ועל עצמו מעיד והרי קינא לה ממנו". וע"ש שכתב "זו הנראה לי בכונת הרשב"א ואף שאפשר שהשואל שם לא היתה זו כוונתו, מ"מ כוונת הרשב"א כך ואת השואל לא ידענו".

עוד כתב הנוב"י שם לדקדק מתוך דברי הרשב"א כפירוש זה שכתב "מסתברא דאמרינן ביה פלגינן דיבוריה ואין אנו דנין אותו כאילו העיד שהוא בעצמו בא עליה אלא כאילו העיד שזינתה" "לכאורה יש לדקדק מה זה שדחק כאילו העיד שהוא בעצמו בא עליה, סתם היה לו לומר מסתברא שאין אנו רואין כאילו מעיד על עצמו רק כאילו מעיד עליה שזינתה, מה זה שדחק בלשונו כאילו הוא בעצמו בא עליה, משמע שיש איזה נפקותא גם לדידה אם הוא מעיד שבעצמו בא עליה, אלא הוא הדבר שדברתי דאם עדותו על עצמו הרי מעיד על מי שקינא לה בעלה ונאמן, ואם עדותו על אחרים אינו נאמן ביחיד". ועיי' נוב"י מהד"ת אה"ע סי' עד.

וזהו שהביאו לשאול דלא נימא פלגינן דיבוריה, כיון דלא נקיים עדותו על פי מה דנפלוג דבוריה, דאדרבה על ידי זה נבטלו דלא נאמינו לגבי האשה, וז״ש השואל אם לא נאמינהו משום כו׳, ור״ל דאם היה הדין דאדם משים עצמו רשע ודאי היה עדותו לגבי דידה קיים דהא הכא ל״ש מה דא״ר יוסף גבי פלוני רבעני לרצוני רשע הוא והתורה אמרה א״ת רשע עד, דהכא לעדות זו רשע נמי כשר, אלא דיש כאן חסרון מה דלא נאמינהו שהוא זינה עמה, וזה מאחד משני פנים, או משום דאין אדם משים עצמו רשע או משום פלגינן דבוריה ואמרינן דלא העיד על עצמו שזינה עמה כי אם שאחר זינה עמה, ואמר כמסתפק אם נימא שלא נאמינהו לפסול עצמו הוא מסיבת הדין דאין אדם משים עצמו רשע, דאם מזאת הסיבה הוא הנה אף דלא נאמינהו לפסול מ״מ לגבי דידה יהיה עדותו קיים, או דנאמר פלגינן דבוריה ומטעם זה לא נפסול אותו, ואז גם גבי דידה אין בעדותו ממש, דלא האמינה התורה לעד אחד להעיד שזינתה, זולת עם זה שהיה הקינוי וסתירה.

והרשב״א ז״ל השיב על זה מסתברא דפלגינן דיבוריה כו׳ אמר מסתברא, ולא בהחלט כסוגיא דפ״ב דסנהדרין הנ״ל, משום דאיכא סברא לחלק, דשם מקיימים עדותו על פי מה דפלגינן והכא לא נקיימו, אבל מ״מ היה סברת רשב״א דגם הכא פלגינן דיבוריה, וטעם הסברא הוא, דמכל מקום גם הכא יש צד קיום עדותו, דאי נמי לא תאמינו לגבי האשה, היינו דלא תחשוב עדותו לומר הרי הוא כשניים משום דלא האמינה התורה לעד אחד כשניים אלא בעד המעיד שזינתה עם אותו איש שנסתרה עמו, אבל מ״מ תקיים עדותו שיהיה כאן עדות עד אחד שזינתה, ונ״מ אם יבא עוד אחד ויעיד שזינתה תצרף עדותו של זה אליו ויהיה כאן שניים, ותהיה אסורה גם שהעדות על אחר ולא על זה שנתקנאה עבורו.

ומיושבת גם התמיהה שעל הרשב״א כמו בדרך הראשון שכתבנו, ומיושבת גם הקושיא כמו בדרך הראשון, דודאי אילו בא בתשובתו לומר דמהני לן עדותו משום דפלגינן דבוריה, היה צריך לבאר דאין זה אלא באומר בעת סתירה זו זנתה היא עמי, אבל בלשון זניתי אני עמה לא מהני עדותו דע״י דפלגינן דיבוריה לא יהיה עדות זנות כלל, אבל עכשיו שבא לומר הפוך זה דע״י דפלגינן דיבוריה לא מהני עדותו, הנה באומר בלשון אני זניתי, ולא ישאר לך עדות זנות כלל ע״י פלגינן דיבורא, כש״כ שלא יהני לן עדותו[81].

81 בחידושי הגר״ח על הש״ס למסכת סוטה בענין פלגינן דיבורא כתב על פי אותם יסודות שהוזכרו גם בדברי רבינו לתרץ את הקושיות על הרשב״א באופן זה. דיש שני סוגי פלגינן, דהיינו פלגינן דיבורא שעל זה איירי הסוגיא שנחלקו רבא ורב יוסף, ופלגינן נאמנות, היינו שאנו מאמינים את כל המעשה בשלמותו אך לא לגביו ורק לגבי השני, ובזה אין מחלוקת כלל שאומרים פלגינן נאמנות, אלא שבפלוני רבעני לרצוני אי אפשר לומר פלגינן נאמנות, משום שאין אנו יכולים לומר שלגבי הפלוני אנו מאמינים שהוא הנרבע, משום שאם כן הוא רשע ואין עדות לרשע, ולכן שם אנו צריכים להגיע לפלגינן דיבורא, לומר שלא הוא הנרבע אלא אחר הוא. אך בנידון הרשב״א דהיה קינוי וסתירה, וגם רשע כשר לעדות בזה [כדעת רבינו בדעת הרשב״א] ממילא לא שייך לומר לדבריך רשע אתה, והפלגינן דאמרינן כאן היינו פלגינן נאמנות, דהיינו שאנו מאמינים לגבי האשה שהוא הבועל, ואף שלגביו אינו נאמן, אך

גרעין א

[בהוכחת הר״ש מקינון מפלוני רבעני לרצוני דבמגו אאמע״ר]

כתב הש״ך חו״מ בדיני מגו [סי׳ פב אות כד] בשם הר״ש מקינון דהיכי דבטענתו משים עצמו רשע לא מועיל מגו (ענף ח׳), וראייתו מפלוני רבעני לרצוני (סנהדרין דף ט ע״ב) דאמאי אין מאמינים אותו במגו דרבעני לאונסי.

ותמהני בשתיים חדא למה לא הביא ראיה פשוטה מהאי דכתובות (דף י״ח ע״ב) דאין העדים נאמנים לומר אנוסים מחמת ממון היינו במגו דאין זה כת״י, דבפשוטו וכפי שתפסו כל המפרשים הוא משום דאין אדם משים עצמו רשע לא מועיל מגו (וכתבתי מזה באשכול א׳).

ושנית איני מבין ראייתו כלל, דלמאן יקשה זה, אי לרבא דאין מאמינים אותו על עצמו שיהיה נעשה רשע אלא פלגינן דבוריה והורגים את הרובע, ויקשה אמאי הורגים אותו, נאמין להנרבע שלרצונו רבעו במגו דהיה אומר רבעני לאונסי, וכיון שמאמינים לו שהוא אמת והוא רשע בל נהרוג להרובע, אף דהאמת כן הוא שרבעו, מכל מקום שני עדים כשרים אין כאן, ואין הורגים כי אם על פי שני עדים כשרים, [זה ל״ק], דזה הוא מגו להיפך, דהא אם יאמר רבעני לאונסי נהרוג את הרובע ועכשיו תאמר שלא להרוג אותו, ואיך נימא להאמין לו דבריו שיש בהם שלא להרוג להרובע במגו שהיה אומר דברים שיש בהם להרוג להרובע.

ואי קושייתו לרב יוסף דסבירא ליה דאין הורגים את הרובע כיון דלדברי זה שאומר שנרבע הוא רשע ואין כאן כי אם עד אחד, ויקשה נהי דעדות אין כאן מכל מקום משום מגו נאמינו להרוג הרובע דאי בעי אמר רבעני לאונסי, זה נמי אינו קושיא, דאטו נהרוג אדם בלא עדים משום מגו, ואומדנא דשמעון בן שטח (סנהדרין לז ע״ב) וכי לא כ״כ ודאי היה כודאי דאמדינן מכח מגו (עמ״ש לעיל סוף ענב ג ד״ה והטעם), גם בעדות מיוחדת לפסול דיני נפשות הא יש לעד השני מגו שהיה אומר כמו שאמר הראשון, אלא דזה פשוט דעל ידי מגו אין הורגים, והרי אף ממון אין מוציאים לרוב הפוסקים על ידי מגו ואיך נוציא מזה נפשו משום מגו, וכיון דסבירא ליה אדם משים עצמו רשע ואין כאן שני עדים, מה המגו אהני לן להרוג נפש[82], (ועמ״ש אשכול ה ד״ה ופירוש זה).

לגבי האשה נאמן לגמרי. וכיון שהפלגינן שכאן הוא פלגינן נאמנות לכן לא חילק הרשב״א באיזה לשון אמר. ועיי׳ אבן האזל הל׳ חובל ומזיק פ״ה ה״ז וברכת שמואל גיטין סי׳ יח שהביאו את דברי הגר״ח.

ובקובץ הערות יבמות סי׳ כא אות ב הביא את דברי הגר״ח אך הוא מבאר דאף אם דעת הרשב״א כמו שמבואר ברמב״ם דפסול בעבירה דאורייתא פסול לעדות זו, אעפ״כ אין כאן חסרון של לדבריך רשע אתה, והיינו משום דברשע איכא תרי פסולים, א פסול מגזה״כ כמו קרוב, ב פסול מחמת חשד משקר. והא דרשע פסול בעדות טומאה היינו רק רשע שפסול מחמת חשד משקר, אך פסול של גזה״כ אין בטומאה כמו שאין את כל הפסולים. והא דאמרינן לדבריך רשע אתה, זה רק ברשע שפסול מחמת גזה״כ, אך בפסול שמחמת חשד משקר, לא שייך לומר לדבריך רשע אתה, שהרי אם נאמין לו שזינתה עמו ממילא המעשה אמת.

82 עיי׳ דו״ח רע״א כתובות יח,ב שמובא בשם רבינו ככל דבריו כאן. ועיי׳ שו״ת רבינו ח״ב כתבים

גרעין ב

[בהוכחת הש"ש דל"א אאמע"ר רק בעבירה שפוסלת לעדות]

בספר שב שמעתתא לבעל קצות החשן [שמעתתא ז פ"ה] כתב דהתבונן בש"ס והוכיח דע"כ לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע אלא בעבירה שפוסלת לעדות, דהא טעמא דהאומר הרגתיו לא תנשא האשה (יבמות כ"ה) הוא משום דגזלן דדברי תורה פסול גם לעדות אשה, הא אילו היה גזלן כשר לעדות אשה היה נאמן להשיאה, ואמאי הא יש בדברו שעבר עבירה דרציחה ונימא אין אדם משים עצמו רשע, אלא על כרחך כיון דאילו היה גזלן דד"ת כשר, א"כ אין עבירה זו פוסלו לעדות בזה לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע.

ומלבד מה שהשגנו עליו לעיל (אשכול ה') דבריו תמוהים בעיני, דאטו לדידיה מי ניחא, והלא אף אילו היה הדין דגזלן דדברי תורה כשר לעדות אשה, מכל מקום היה בדבריו פיסול עדות, היינו לכל עדויות שבעולם זולת עדות אשה, וגם לעדות אשה לעיולה, וקם הקושיא דכיון דאין אדם משים עצמו רשע כשפוסל עצמו לעדות וא"נ שהרגו, אמאי תנשא אשתו[83].

גרעין ג

[קו' על הסוברים דל"א פלגינן דיבורא כשא"א לחלק אחד ללא השני]

מדברי האשר"י פ"ק דמכות (סי' י"ג) יוצא, דהא דאמרינן דפלגינן דבוריה, דזה הוא באפשר לפלג אחד בלא פלג השני, כהני גווני שבגמרא, רבעני לרצוני, דאפשר שזה רבע אף שאינו רבע לזה המעיד ולרצונו, וכן בהרגתיו אפשר שזה נהרג ולא ע"י המעיד, אבל היכי דאי אפשר שיהיה זה בלא זה בטל גם החלק השני שבעדותו, וכתב ליישב בזה דהיינו טעמא שבסוגיא דאילעא וטוביה קריביה דערבא הוו (מכות ריש

סי' נב. ועיי' אמרי בינה דיני עדות סי' לט (ד"ה וי"ל דזה כוונת הש"ך) מה שמיישב את הוכחת הש"ך. ועיי' שערי ישר ש"ז פי"א.

83 עיי' חידושי הגר"ש שקאפ כתובות סי' כ אות ב' שהקשה כן על הש"ש. ונראה בכונת השב שמעתתא, דכיון דהוכיח דדינא דאין אדם משים עצמו רשע היינו דאינו יכול לפסול עצמו לעדות, ממילא לא איכפת לן מה שאין אנו מאמינים לו לפסול עצמו לעדות, אך מאמינים לו שהרג את פלוני, משום דפלגינן נאמנות לכו"ע, היינו דנאמן לענין להתיר את פלוני ואינו נאמן לפסול עצמו, אלא שאם גזלן דד"ת פסול לעדות אשה אי אפשר לומר כן, משום דלא יועיל על זה פלגינן נאמנות, דכיון דכלול בעדותו שהוא רשע, ורשע פסול לעדות זו גופא שהוא מעיד עליה, אמרינן ליה לדבריך רשע אתה ואתה פסול לעדות זו, אך אם גזלן דד"ת כשר לעדות אשה, הרי שלא שייך לומר לדבריך רשע אתה, וזה לא איכפת לן דאינו נאמן לפסול עצמו לשאר עדיות, דפלגינן נאמנות כנ"ל. אמנם אם היינו אומרים דכללא דאין אדם משים עצמו רשע הוא לא משום שפוסל עצמו לעדות, אלא הוא דין שאינו נאמן לומר שעשה מעשה רשע, אם כן מאי איכפת לן דרשע כשר לעדות אשה, סוף סוף כיון שכלול בדבריו שעשה מעשה רשע, הרי אינו נאמן על זה.

דף ז') לא האמינו לעדותן גם לגבי לוה לחייבו או לפטרו משום דקרובים לערב היו, ולא אמרינן דפלגינן דבוריה, והיינו כיון דאי אפשר שיהיה עדותן אמת לגבי הלוה, ולא יחוייב או יהיה פטור גם הערב.

(ובאמת לתירוץ הראב"ד שבהרא"ש שם על קושיא זו דרק בבעל דבר אמרינן פלגינן דבוריה, אבל בקרוב לא, דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה (עיי' ענב ב ד"ה והוא) אין חילוק זה מוכרח, אבל נכון הוא מאד מסברה).

וק"ל טובא האיך אפשר לחלק כך, והא בעבד שהביא גיטו וכתוב בו כל נכסי קנויין לך נאמן על קיום השחרור באמירתו בפני נכתב ובפני נחתם כמו דאשה עצמה מביאה גיטה ואומרת בפ"נ, ואינו נאמן לקיים לענין נכסים כמו דאין עד אחד (וכש"כ אם עוד הוא בע"ד) נאמן לקיום שטרות, והטעם בגמרא שם משום דפלגינן דיבוריה, והרי התם ג"כ אי אפשר לזה בלא זה, דאם אין גיטו מזוייף ע"כ גם הנכסים קנויין לו, ומ"מ מקיימים עדותו שאינו מזייף לענין שיצא לחירות ע"י גט זה אף שאין מאמינים לו לענין הנכסים[84].

גרעין ד

[בדעת האביאסף בסוגיא דנסכא דר' אבא, בענין הודאת בע"ד כשמשים עצמו רשע]

בדברי האביאסף שבמרדכי בסוגיא דנסכא דר' אבא [ב"ב פ"ג סי' תקכח] (הבאנו דבריו לעיל ריש ענב ג') דכיון דאומר דחטפה נעשה גזלן, ועל כן אי אפשר להאמינו בשבועה במגו דלא חטפתי, דאין מוסרים שבועה לגזלן. ועל זה הקשה איך נפסל לשבועה על פי עצמו, והא אין אדם משים עצמו רשע, ותירץ דכיון דעד אחד שמעיד כדבריו משים עצמו רשע.

ק"ל מאי קא קשיא ליה, והא נהי דאין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום הא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ולחובתו ודאי נאמן, והרי זה חובתו שלא להאמינו בשבועה. וכעין זה בהר"ן פרק המדיר [כתובות עב,ב, בדפי הרי"ף לב, ב] שהקשה על קושיית הש"ס בעוברת על דת אי דידע נפרוש ואי דלא ידע מנא ידעי', אמאי לא משני בגמרא דהיא אומרת שהאכילתו שאינו מעושר, ותירץ בשם הראב"ד משום

84 עיי' לעיל שכבר הזכיר קו' זו. ולכאורה ייתכן לתרץ על פי מה שכתבו האחרונים בשיטת הרמב"ם שנראה מדבריו בפ"ז מהל' עבדים ה"ב דלא איירי בסוגיא דגיטין כשהעבד אמר בפני נכתב כמו שפירש רש"י, אלא איירי בעבד שהביא גיטו ולענין השחרור מחזקינן לשטר כמקויים ולענין הנכסים כאינו מקויים, עיי' אבן האזל הל' עבדים שם. ולפי זה הפלגינן שמוזכר כאן אינו לענין נאמנות דהא לא איירי כלל כשאמר בפני נכתב, אלא הפלגינן הוא לענין כח השטר שמחזיקים אותו למקויים לענין זה ולא לענין זה. וייתכן דהי"מ שברא"ש גם סוברים כך וממילא יש חילוק בין המקרים, דהיכא דאנו מאמינים לו על זה אמרו הי"מ שלא שייך להאמין לעד לגבי דבר אחד ולא לגבי דבר אחר, אך כאן שאין הנידון לגבי נאמנות כי אם לגבי כח השטר שייך לומר פלגינן גם בכה"ג. [ועיי' חי' רע"א שפירש דמה שרש"י פירש דאיירי באמר בפ"נ משום דסבר דאל"כ לא שייך כאן לתורת פלגינן].

דאמירתה לא כלום דאין אדם משים עצמו רשע, ותמה עליו הר״ן דהא לחובתה הוא להפסיד כתובתה בודאי נאמנת, וכן מבואר בשו״ע חו״מ (סי׳ צ״ב סעי׳ ה׳) במודה שעבר עבירה שנפסל אם נתחייב שבועה לפטור כיון שהוא אומר שהוא חשוד אם רוצה התובע נשבע ונוטל, וכתב בש״ך שם [ס״ק ו] דכ״ע מודה בזה[85].

וי״ל דהכא לא שייך כלל דלחובתו נאמן שהוא פסול, דהא אינו אומר כלל שעשה מעשה רשע, דהרי אומר שדידיה חטף, אלא דאילו היה הדין דאדם משים עצמו רשע, הנה כיון דאנן מהימנינן ליה במה שאומר שחטף ולא מהימנינן ליה במה שאמר דידי חטפתי כמ״ש לעיל (ענב ג׳ ד״ה ואחרי הודע) הנה נעשה רשע, אבל אם הדין דאין אדם משים עצמו רשע, אלא שנבא עליו מטעם הודאת בע״ד לחובתו, זה שייך בגוונא דהראב״ד והשו״ע הנ״ל שזו אומרת שעברה על דת ומודית בעצמה שאין לה כתובה, וזה אומר שעבר עבירה ומודה בעצמו שפסול לשבועה, משא״כ הכא הגם דאינך מאמין לו שדידיה חטף, מכל מקום בל תוכל לומר שהוא הודה שעבר עבירה ופסול לשבועה, שהרי באמת הוא אינו מודה, אלא אומר דבהתירא חטף דדידיה חטף, ויפה הקשה.

וכש״כ למ״ש שם (ענב ג׳ בדבורים שאחר ד״ה הנ״ל) דראוי להאמינו גם במ״ש שלא עבר עבירה במגו דלא חטפתי, אלא דמגו שצריך אתה לברר אחריו עוד ספק לא אמרינן, א״כ זה לפי שתירץ האביאסף דבכי האי גוונא שעד אחד מעיד כדבריו אדם עושה עצמו רשע, וכיון דאלולי המגו נעשה רשע הנה צריך אתה לדון שני פעמים משום מגו, אחד שלא עבר עבירה, ושנית להאמינו לפטרו מתשלומין. אבל אי אמרת ביה אין אדם משים עצמו רשע אין צריך כי אם לדון פעם אחת משום מגו, היינו לפטרו מתשלומין[86].

גרעין ה

[קו׳ על האביאסף דבצירוף ע״א אדם משים עצמו רשע]

על מה שכתב המרדכי פרק חזקת (עיי׳ לעיל ריש ענב ג׳) דאף דאין אדם משים עצמו רשע מכל מקום אם יש עד אחד שמעיד כן נפסל, ק״ל מהאי דפרק זה בורר (סנהדרין דף כ״ה ע״א) בעובדא דבר ביניתוס דחד אמר קמי דידי אוזיף בריביתא וחד אמר לדידי אוזפי, ופסליה רבא לבר ביניתוס. ומקשים בגמרא, והאמר רבא לוה ברבית פסול לעדות, ומשני רבא לטעמיה דאמר אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים

85 עיי׳ תומים שם ס״ק ה שכתב על דברי הש״ך דהרבה חולקים על זה דגזירת הכתוב שלא יהיה חשוד ע״פ עצמו, והוכיח כן מדעת הרשב״א, ע״ש, ועיי׳ הגהות חתם סופר לשו״ע שם. ולפי זה יש לתרץ קו׳ רבינו דהאביאסף סובר כשיטות אלו.

86 עיי׳ עליות דרבינו יונה ב״כ לד,א שכתב כדברי רבינו, ע״ש שכתב דאל תטעה לפרש דהא דאמרו דהוא כגזלן, דאינו יכול לישבע מטעם שהוא גזלן, ע״ש טעמו. והוסיף ״וכ״ש זה שטוען שלא גזל אלא שנטל את שלו מיד זה דודאי אינו נפסל לשבועה על פי טענתו״.

עצמו רשע. והשתא מאי בכך דסבירא ליה לרבא דאין אדם משים עצמו רשע, מכל מקום הכא דעד אחד ג"כ מעיד כן מודה רבא דנפסל, ונשאר הקושיא איך פסליה לבר ביניתוס על ידי עדות זה לדידי אוזפי כו'.

ויש לי לומר דמכאן ראיה לסברת תשו' מהר"ם פדוה [סי' לז] דלאו דוקא באיסורא עדות מיוחדת כשר אלא דגם לפסול אדם עדות מיוחדת כשר, ומובא להלכה כן בהגהשו"ע (סי' ל"ד סעי' כ"ח). וא"כ י"ל דהעובדא היה דהאי דאמר קמי דידי אוזיף לא אמר דאוזיף להאי גברא שאומר לדידי אוזיף, אלא לאחר, ורבא פסליה לבר ביניתוס דעדות מיוחדת כשר לפסול אדם, וזה שאומר לדידי אוזיף על כן לא נפסל דהא העד לא העיד שהוא לוה מבר ביניתוס ברבית[87]. (ועמ"ש ענב ג' (ד"ה וא"ת א"כ), ולדברינו הכא מיושב גם מה שהקשינו שם[88]).

גרעין ו

[בדברי התוס' דבאנוסים היינו ל"א פלגינן דיבורא דקיום שטרות מדרבנן]

בתוס' פ"ב דכתובות (דף י"ח ע"ב ד"ה ואאמע"ר) הקשו כי אמרי אנוסים היינו מחמת ממון, אמאי אינם נאמנים משום דאין אדם משים עצמו רשע, נימא פלגינן דבורא דאנוסים היינו ולא מחמת ממון, כמו בפלוני רבעני לרצוני, וכתבו "וי"ל כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן דיבורא כדי לפסול השטר".

וק"ל, דהא סברתם נראית כיון דמן התורה אינם נאמנים כלל לפסול השטר אין אנו אחראים לפלוג דבורא להעמיד עדותם, וא"כ בעד מיתה דג"כ מן התורה אינו נאמן כלל, אלא דרבנן הקילו משום תקנת עגונות להאמין לעד אחד, ג"כ ראוי שלא לפלוג דבוריה להעמיד עדותו, ולמה בהרגתיו תנשא (פ"ב דיבמות דכ"ה) ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע משום דפלגינן דבוריה, והא מן התורה בלא זה אין עדותו עדות. (ורחוק דהתוס' אולי הכא בסברת הרא"ה, הבאנוהו לעיל ענב ג' (ד"ה והנלענ"ד) דעד מיתה מדאורייתא נאמן כשניים[89]).

87 עיי' רמ"א שם בחו"מ סי' לד סכ"ח דדינא דעדות מיוחדת הוא בשנים שהעידו על אחד שהוא פסול כגון שאחד אומר שגנב והשני אומר שהלוה בריבית דמצטרפים לפוסלו, ובזה יש חידוש דאף דכל אחד מעיד על פסול אחר מ"מ מצטרפים, אך בנידון דידן לכאורה פשיטא דמצטרפים דשניהם מעידים שהלוה בריבית, ומאי נ"מ אם הלוה לו או לאחר. וצ"ע.

88 עיי"ש שהקשה על מה שרצה לומר דעד אחד נאמן לפסול אדם היכא שיש לנו אומדנא שהוא אכן פסול, דא"כ מה מקשה הגמ' בבר ביניתוס והא אאמע"ר וא"כ למה נפסל בר ביניתוס, נימא דהוא נפסל על סמך העד אחד, דהוא נאמן כיון שגם העד השני אמר לדידי אוזיף בריביתא, ואף שאינו נאמן [בס"ד] משום שהוא רשע, מ"מ יש על ידו אומדן דעת לסמוך על העד. ולא הבנתי איך מתורץ על פי דבריו כאן, שכאן חידש רק דהעד לא העיד שהשני היה הלוה, אך מ"מ שני העדים שוים בכך שבר ביניתוס היה המלוה, וא"כ נימא דהעד נאמן משום שיש אומדנא כנ"ל.

89 עיי' אמרי בינה סי' מא ד"ה וראיתי שמביא בשם ספר ב"א [שו"ת ברית אברהם אה"ע סי' כא אות ג]

תו ק"ל מפ"ב דסנהדרין (דכ"ה ע"א) באמר לדידי אוזיף בריביתא דהוי עדות לפסול את המלוה ולא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע משום דפלגינן דבוריה כמ"ש ברש"י שם, והא העובדא שם אינו אלא פסול מדרבנן כמ"ש בתוס' שם (דכ"ד ע"ב ד"ה ואלו פסולין) ובנ"י שם, וא"כ מן התורה לא מפסיל המלוה כלל, ואמאי נפלוג דבוריה להעמיד עדותו שאינו אלא מדרבנן, (ואין סברא לחלק בין שעצם נאמנותו של העד אינו מן התורה לבין שהענין שמעיד אינו מן התורה).

ואולי י"ל דאין טעם התוס' משום דאין אנו אחראין להעמיד מלתא שהוא רק מדרבנן, אלא סברתם כך, כיון דטעם פלגינן דבוריה הוא משום שעל הב"ד לעשות כל הצטדקי לקיים העדות וכמ"ש לעיל (ענב ב'). ועל כן בעדים האומרים אנוסים היינו, הנה יש כאן שתי עדיות מתנגדות, דמן התורה דשטר אינו צריך קיום ועדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד יש עדות שזה הלוה חייב, ומדרבנן דשטר צריך קיום לא מקרי חוזר ומגיד דהוי כלא נתקיים כמ"ש בתוס' שם (ד"ה הרי אלו) ויש עדותן שבע"פ שאנוסים היו ואין זה הלוה חייב, וא"כ אמרינן מה חזית דתפלוג דבוריה לקיים העדות שבע"פ ויבוטל העדות שבשטר, לא תפלוג ותקיים העדות שבשטר ויבוטל העדות שבע"פ משום דאין אדם משים עצמו רשע, ואולם בהרגתיו וכן בלדידי אוזיף בריביתא דבקיימך עדות זו אינך מבטל עדות אחרת דלא שייך מה חזית, אף דהוא רק מילי דרבנן שפיר פלגינן להעמיד עדות דרבנן.

שמדייק מהרמב"ם [גירושין פי"ג ה"י] שכתב "ישראל שאמר הרגתי את פלוני הרי זו תנשא על פיו". משמע שבפסולי עדות לא נאמן, ומבאר שם דעד אחד ישראל נאמן לומר מת בעלה מדאורייתא, אך עד פסול אינו נאמן אלא מדרבנן, וכיון שכל נאמנותו רק מדרבנן לא אמרינן פלגינן דיבורא, כמו שכתבו התוס' לענין קיום שטרות.

ובאמרי בינה שם האריך להשיג על דבריו והוכיח דגם בעדות דמועילה רק מדרבנן אמרינן פלגינן דיבורא, ובביאור דברי התוס' כתב "וסברת תוס' הוא מצד אחר כיון דמדאורייתא עדים החתומין על השטר הוי כהגדה וכנחקרה עדותן בב"ד, ואף אם יאמרו בפירוש אנוסים היינו מחמת נפשות לא נאמנים מטעם כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, וחז"ל הצריכו קיום, לכך כיון דאמרו כ"י הוא זה ממילא נתקיים השטר ושוב אינו חוזר ומגיד, רק כשאמרו מחמת נפשות נאמנים במגו דהיו אומרים אין זה כתב ידינו או היו שותקים מלקיים השטר, וכיון דלא אמרו מחמת נפשות רק מחמת ממון ואנן נימא לדון דהיה מחמת נפשות מטעם פלגינן דיבורא ולקבל עדותן דאנוסים, אמרינן כיון דנתקיים השטר לא פלגינן דיבורא לפסול השטר כיון דעכ"פ ידענו דנתקיים השטר שוב אינו חוזר ומגיד. ועיי' ש"מ כתובות שם בלשון הר"י הלוי ז"ל בתירוץ הראשון על קושיא דנימא פלגינן דיבורא כו', ומתרץ דאיכא שטרא בחתימת ידם דמכחיש בהאי סהדותא, דאף על גב דאין כתיבת ידם יוצא ממקום אחר, מכל מקום מכי חתמו כבר נחקרו עדותן וגלויי מילתא בעלמא הוא דבעו לאסהודי אח"י לכך כשאמר מחמת נפשות דלא משוו נפשי' רשעים מהימני' להו דהפה שאסר הוא כו', אבל מחמת ממון דמשוו נפשייהו רשעים לא מהימני, וכיון דא"נ נמצא השטר עומד על חזקתו, עיי"ש, וזה נמי סברת התוס' כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן דיבורא לפסול השטר ואמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל היכא דבעצם העדות אף דלא מהני רק מדרבנן אם יש מקום לקבל עדותן על ידי הפלגינן דיבורא יש בו כל דין תורת עדות ואמרינן פלגינן דיבורא". ועיי' עוד אמרי בינה דיני הלואה סי' ל.

גרעין ז

[בדעת הב"י דהא דכיון שהגיד א"ח ומגיד הוא מטעם דאאמע"ר]

כתב הב"י בחו"מ (סי' כ"ט אות ח') בעדים שאומרים אין אנו יודעים דיכולים לחזור ולהעיד בזה"ל "ועוד דכשהעיד א"י לחזור בו משום דמשוי נפשי' רשיעא אבל כשאומר איני יודע לא משוי נפשי' רשיעא ואעפ"י שנושא עון אם לא יגיד מ"מ שב ואל תעשה הוא" עכ"ל.

וק"ל, א"כ דטעם שאינו חוזר ומגיד משום דכשאומר שהגדתו ראשונה שקר היתה אומר שעשה רשע ופשע, ועל כן אי אפשר להאמינו, דאין אדם משים עצמו רשע, אם כן תיקשי לרב יוסף דסבירא ליה (סנהדרין דף ט ע"ב) דאדם משים עצמו רשע, למה כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד.

אלא דבאמת זה לא קשה ולא מידי, דכמו דאמר רב יוסף שם בפלוני רבעני לרצוני דאין הרובע נהרג על פי עדותו דפלוני רבעני לרצוני משום דמשים עצמו רשע וכתיב אל תשת רשע עד, הכי נמי אינו חוזר ומגיד מהאי טעמא דאמרינן ליה רשע אתה ואינך נאמן במה שאתה מעיד עכשיו.

מיהו הא קשיא לי דנהי דנכון אשר אין אנו יכולים להאמין לעדותו של עכשיו, מכל מקום גם עדותו שהעיד תחילה לא נאמין לו, דהרי אלו אתו השתא עדים ומעידים שהיה רשע באותו פעם, לא היה בעדותו שהעיד אז ממש, וכיון דסבירא ליה לרב יוסף אדם משים עצמו רשע, והרי כשחוזר ומגיד אומר דבשעה שהעיד עדותו הראשונה היה רשע, וכיון דנאמן על כך הרי עדותו ראשונה בטלה[90].

ולמ"ש לעיל ענב ב' ד"ה ולפ"ז דגם רב יוסף סבירא ליה דאין אדם משים עצמו רשע, אלא ברבעני לרצוני היינו טעמא, משום דאמרינן ליה לדבריך רשע אתה, ניחא נמי זה דזה הטעם שייך שלא לקבל עדותו של עכשיו, אבל אשר לעדותו ראשונה לא שייך לומר לדבריך כו' דמאי בכך שלדבריו עתה היה אז רשע כיון דאין אנו מאמינים לדבריו הרי היה כשר, ובדבריו אז ליכא לדבריך רשע אתה ואין כו' דאז לא היה בדבריו רשעות.

תו ק"ל, תינח בסתם חוזר ומגיד שאינו נותן אמתלא למה שהגיד ראשונה הפוך דבריו של עכשיו, אבל באומר אנוס הייתי מחמת נפשות דג"כ אינו נאמן כדאיתא פ"ק דכתובות (די"ח ע"ב), בזה קשה ואמאי אינו נאמן והא בזה אינו אומר כלל שעבר עבירה, דהא כדין עשה דעדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרוגו הדין דיחתמו שקר ולא יהרוגו. ובזה גם לרבא דס"ל אין אדם משים עצמו רשע אמאי אינו חוזר ומגיד כיון דאין כאן רשעות כלל[91].

ועוד ק"ל, דהרי מתני' דכתב ידינו הוא זה (פכ"ב דכתובות י"ח ע"ב) אבל אנוסים היינו, אם אין כתב ידם יוצא ממקום אחר נאמנים, ואם כתב ידם יוצא ממקום אחר אין נאמנים,

90 נראה דלפי מה שצידד בקצות סי' נב ס"ק א לומר דרשע לא נפסל אלא מאחר העבירה ולא בזמן העבירה עצמה, א"ש.

91 עיי' אמרי בינה דיני עדות סי' טו שמקשה כן.

דאמר רמי בר חמא בלישנא קמא לא שנו אלא דאמר אנוסים היינו מחמת ממון, אבל אנוסים היינו מחמת נפשות נאמנים גם בסיפא בכתב ידם יוצא ממקום אחר, פירש רש״י דהטעם דמחמת ממון אין נאמנים משום דאין אדם משים עצמו רשע, והרי מבואר עכ״פ דללשון זה דרמב״ח היה ס״ל דבמגו אדם משים עצמו רשע, דהא מדסיפא דאין נאמנים מיירי במחמת ממון, על כרחך רישא באין כתב ידם יוצא ממקום אחר דנאמנים היינו נמי גם במחמת ממון, ומכל מקום נאמנים משום דברישא איכא מגו דאין זה כת״י.

והנה רבא הקשה על רמי בר חמא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואמאי נאמן בסיפא לומר אנוסים מחמת נפשות. וכתב רש״י ז״ל בזה״ל אבל ברישא באין כתב ידם יוצא ממקום אחר ניחא דכולה חדא הגדה היא, והכונה דלא תיקשי ברישא נמי לא להימני דהא חוזר ומגיד הוא וכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד אף במגו. ואם איתא לסברת הב״י מאי קא קשיא ליה, נהי דהאמת כך הוא דגם במגו אינו נאמן להיות חוזר ומגיד, זהו למסקנא דרמי בר חמא ארישא קאי ואמר דלא שנו אלא מחמת נפשות אבל מחמת ממון גם ברישא אין נאמנים, אבל לפי דקיימינן עכשיו דברישא דאיכא מגו גם מחמת ממון דמשוי נפשיה רשיעא נאמנים, ע״כ יסבור רמי בר חמא דעד כאן לא אמרינן כיון שהגיד כו׳ אלא בדליבא מגו אבל בדאית להו מגו יכולים לחזור ולהגיד כיון דכל הטעם דאינו חוזר ומגיד הוא משום אין אדם משים עצמו רשע והרי במגו אדם משים עצמו רשע[92]. (ועמ״ש באשכול א ובענב ו).

גרעין ח

[ביאור בגמ׳ בסנהדרין כה. בעובדא דבר ביניתוס]

מתקשה אני טובא בלשון הגמרא פ״ב דסנהדרין (דף כה ע״א) בעובדא דבר ביניתוס דפסליה רבא על פי אחד שהעיד קמי דידי אוזיף בריביתא ואחד העיד לדידי אוזיף בריביתא, ומקשה בגמרא בזה״ל ״והא אמר רבא לוה בריבית פסול לעדות והוה ליה רשע והתורה אמרה אל תשת רשע עד״. ותמיהני, מה זו לשון אומרת והוה ליה רשע והתורה כו׳ דדברים אלה הן הקדמות היו הכרחיות להקושיא שבא להקשות אילו לא נאמר בפירוש עדיין שהוא פסול לעדות, להקיש על פיהם שהוא פסול

92 לכאורה צ״ב מה מקשה מדברי רש״י, והרי רש״י כתב במפורש דלא כהב״י, דלב״י הטעם דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד הוא משום דאאמע״ר, ורש״י כתב במפורש בכתובות שם דהוא משום דכתיב אם לא יגיד וחדא הגדה משמע.

ובאמת אפשר היה לומר דאין סתירה מדברי רש״י על הב״י, דהב״י סובר דתרי טעמי איכא בכיון שהגיד, גם משום דכתיב חדא הגדה, וגם משום דאאמע״ר, ולכן כשדן במי שחוזר ואומר איני יודע, כתב תחילה דכשאומר איני יודע לא מיקרי מגיד, ולכן לא שייך כאן טעמו של רש״י בדינא דחוזר ומגיד, אח״כ הוסיף לבאר, דלא תימא אה״נ מצד חוזר ומגיד ליכא, אבל סוף סוף הוא משים עצמו רשע ואינו נאמן, על זה כתב דבעבירה בשוא״ת לא אמרינן אאמע״ר. ולפי דרך זו מיושבות כמה מהקושיות על הב״י.

כי בהקדים שהלוה רשע יהיה התולדה שע״כ הוא פסול לעדות בצירוף הקדמה שניה שאמרה התורה אל תשת רשע עד, וכמ״ש רב יוסף לעיל (דף ט ע״ב) לרצוני [פסול לעדות דהא] רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, אבל אחר שרבא אמר כבר להדיא דהלוה בריבית פסול לעדות כבר הקושיא מבוארת איך פסל את בר ביניתוס על פי עדותו של זה, ומה לנו עוד להלוך לאחור אל הסיבות ההתחלתיות אשר מהם מסובב פיסולו, תהיה הסיבה מה שתהיה[93].

ונ״ל דזה טעמיה של הרב אלפסי ז״ל שלא הביא בגירסתו כי אם ראשית הדברים, והאמר רבא לוה בריבית פסול לעדות ולא יותר.

ובחידושי כתבתי ליישב דרך פלפול קצת, זה לשוני שם, הנה לדעת הנ״י הלוה פסול רק מדרבנן דלא משמע ליה איסורא כיון דאינו מרויח ממון. ועל דא ודאי קשיא, דאם כן דמן התורה הלוה הוא עד כשר ממילא שוב נפסל בר ביניתוס מדאורייתא על פי עדות הלוה דכשר מן התורה. ואם יהיה בר ביניתוס אחד מעידי גט אשה תהיה אסורה להנשא, ואם יהיה אחד מעידי קידושיה הבא עליה לא יהרג, ואם כן מאי מקשינן והאמר רבא כו׳, והא מה דאמר רבא דהלוה פסול הוא רק פסול דרבנן, ושפיר עשה במה דפסל לבר ביניתוס על פיו. ונצטרך לדחוק דסתם פסליה משמע דלגמרי פסליה שלא יהא בענין שיעיד בר ביניתוס חשש מאום גם לחומרא, ובזה קשה למה עשה רבא כן, דהא ודאי לחומרא יש לך לחוש (למשל אם יהא עד על גט אשה תהיה אסורה ליבום, כי תאמר, זה בר ביניתוס מדרבנן עודנו כשר יען שהעד שהעיד לפסלו אינו עד מדרבנן, והיא גרושה מדרבנן. וכן אם יעיד בר ביניתוס עדות ממון תאמר דמועיל עדותו, דבממון יש כח ביד חכמים והם אמרו דהלוה שהעיד לפסול לבר ביניתוס הוא פסול ונשאר בר ביניתוס מדבריהם עד כשר).

ויש לי לומר דהנ״י גרס ג״כ כגרסת הרי״ף הנ״ל, אבל מאן דגריס כגירסא דידן יפרש דבא המקשה בהוספת דברים אלה להקשות ברחבה, והוא דאזיל ומודה לסברת הנ״י דלא משמע ליה להלוה איסורא, אבל לא יודה לו במה דס״ל להנ״י דהלוה

93 לכאורה היה נראה ליישב קושיא זו על פי מה שכתב רבינו לעיל ענב ב׳ בטעמו של רב יוסף שסובר שאינו נאמן לומר פלוני רבעני לרצוני, דבאמת גם הוא מודה דאינו נאמן להשים עצמו רשע, אך אין טעמו משום דקרוב הוא אצל עצמו [דלענין זה אמרינן דהוא לא נוגע בדבר דמה לו בכך] אלא טעמו משום שכיון שלדבריו רשע הוא על כן אינו נאמן לומר שהוא רשע משום שרשע פסול לעדות ולענין זה ליכא למימר פלגינן דיבורא, משום שרשע הוא עד פסול ואמרינן לגביו עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ורק רבא יכול לסבור פלגינן דיבורא, משום שלרבא אינו עד על עצמו כלל משום דהוא קרוב אצל עצמו וכיון שאינו עד לא שייך לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה.

ונראה לפי זה לבאר דהגמ׳ כשהקשתה והא לוה בריבית פסול לעדות סברה בס״ד דהא דלא אמרינן הכא פלגינן דיבורא הוא משום דהוא רשע ופסול לעדות, כלומר דאינו נאמן על עצמו לומר שהוא רשע משום שלדבריו רשע הוא ואינו נאמן וכיון שפסולו מחמת רשעות לכן אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ולכן הדגישה הגמ׳ שפסולו מחמת רשעות, ועל זה מתרץ רבא דהא דאינו נאמן על עצמו זה משום שהוא קרוב וממילא לא שייך לומר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אלא פלגינן דיבורא.

פסול רק מדרבנן, אלא כדקיי״ל בשו״ע (חו״מ סי׳ לד סעי׳ י) דגם הלוה פסול מן התורה, ואל תתמה הא זה שני הפכים בנושא אחד, שתאמר שלא עבר מן התורה ושיהיה פסול מן התורה, דהרי מצינו כזה והוא דעת הי״א בספר העיטור שהביא הב״י ([אה״ע] סי׳ מב) דס״ל דהמקדש בפסולי עדות דרבנן א״צ גט כלל, והיינו משום דס״ל דעובר עבירה דרבנן פסול מדאורייתא, וא״כ קושיית הש״ס ברחבה, דכמו ששם אין מיחוש בקדושין אלו כלל, ה״נ אין מיחוש בפיסול לבר ביניתוס כלל.

ואולם ודאי דברי הי״א שבעיטור צריכים טעם למה באמת הוא פסול מן התורה והוא לא עבר על ד״ת, וכי יש כח ביד חכמים לומר על אדם כשר שהוא פסול מדאורייתא לעקור ד״ת להתיר אשת איש שנתקדשה בפניו. אבל טעמיה פשוט למ״ש הרמב״ם ז״ל בשורש א׳ מספר המצוות שלו דכל עבירה דרבנן ראוי ללקות עליו משום דעבר על לאו דלא תסור, אלא דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב״ד דזקן ממרא נהרג עליו.

ועל הרמב״ם ז״ל קשה מדידיה אדידיה, דא״כ איך פסק דמקדש בפסולי עדות דרבנן צריכה גט, והא עדים עברו אדאורייתא ופסולין מן התורה. וצריך לומר דסבירא ליה או עכ״פ דמספקא ליה, אולי לא פסלה התורה לעדות אלא בעובר על מצוה שכתובה בתורה בביאור, לא על כל לאו דלא תסור שהוא על כל דברי סופרים, עיי׳ בספר מגילת אסתר שעל ספר המצוות להרמב״ם ותמצא כן, ואם כן טעם הי״א שבעיטור פשוט, די״ל דס״ל כרמב״ם בהא דעובר על לאו דלא תסור, ופליגי עליה במה דס״ל דאינו נפסל כי אם במצוה הכתובה בביאור.

וי״ל שזה שביאר המקשה בתוספת דבריו, והכי קאמר והאמר רבא לוה בריבית פסול לעדות מדרבנן והוה ליה רשע כיון דעבר אדרבנן עכ״פ הרי עבר בלאו דלא תסור והתורה אמרה אל תשת רשע עד סתם ולא חילקה בין רשע דעבר על מצוה הכתובה בביאור, לבין עבר אמה דלא כתיבא בביאור וה״ז שעכ״פ שם רשע עליו ג״כ פסול מן התורה לעדות.

והוספתי עוד שם בזה״ל ״ואל תשיבני דמכל מקום הבדל יש בין פסולי עדות דרבנן דמיירי הי״א שבעיטור לבין נידון דידן, דהתם גזרו רבנן שלא לעשות דבר מה ומוזהרים אנו עליו בלאו דלא תסור מכל הדברים אשר יגידו לך, אבל הכא אטו גזרו חכמים שלא ללוות בריבית, ודאי לא, דהא ממילא מושבע ועומד הוא עליו, אלא דמדת חכמים כך היא דהעובר על ד״ת אף דלא משמע ליה איסורא יהיה מכל מקום פסול, וזהו שהחמסן פסול מדרבנן אף דלא תחמוד בלא דמי משמע ליה (ועמ״ש אי״ה בעיקר עדות על המל״מ פ״ד ממלוה ה״ו קרוב לסוף דיבור א), וכיון דלא גזרו על הלוה שלא ללוות הרי לא עבר לאו דלא תסור, ונהי דודאי י״ל דמשרואה שנפסל מדרבנן כבר ידיעה ליה מילתא שיש איסור עכ״פ בדבר דלא על לא דבר יהיו פוסלים לאדם, אלא שיוכל לחשוב שהוא איסור דרבנן רק, שהם אסרו ללוה ליתן ריבית וע״כ העובר על דבריהם פסול, ועכ״פ לא היה ליה לעבור משום לא תסור, מ״מ משום זה לא נפסל מה״ת מידי דהוה אנתכוון לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר טלה דלא נפסל משום המחשבה להרע, וכיון דבאמת לא עבר על ל״ת כי לא הטילו

איסור על הלוה, הנה משום גזרה דרבנן שיהא פסול עדיין לא נפסל מן התורה.

דעל זה אשיב לך, הן אמת דתרוייהו בעי שיהא עובר ושיכוון לעבור, דבעי שיהא נפש רשע מטומאה מאיסור שעבר, ושיהיה גם אוֹתה רע שחפץ רשע ומכוון אליו, ואם עבר ולא נתכוון משום פגיעה בנפש לבד אינו פסול, ואם התכוון לעבור ולא עבר הוה מחשבה לחודה אינו פוסלת, ברם הכא הא תרוייהו איתנהו ביה, דבאמת עבר על ד"ת דהא התורה אסרה גם להלוה ליתן ריבית גם נתכוין לעבור על ד"ת אף דלא משמע ליה איסורא מ"מ חשב עכ"פ דאיסור דרבנן יש, והרי נתכוין לעבור על לאו דלא תסור, ואף דהמעשה והמחשבה חלוקים, דבמה דעבר על לא תשיך לא נתכוין, ועל מה דנתכוין על לא תסור לא עבר, מ"מ י"ל כיון דשתים רעות מ"מ נמצאים בו, מעשה רשע ומחשבת רשע שפיר נפסל מן התורה.

גרעין ט

[קו' על הרשב"א דבאומר אני זיניתי עם אשתך לא פלגינן דיבורא]

כתב הרשב"א בתשובה [סי' אלף רלז] דדוקא אם העד אומר אשתך זינתה עמי הוה עדות לאוסרה דפלגינן דיבוריה, אבל אם אומר אני זניתי עם אשתך לא נאסרת, דאם תפלוג ותשדי אמירת אני זניתי ישאר לך רק תיכות עם אשתך ואין עדות זנות כאן כלל, והביאו הסמ"ע (סי' לד ס"ק סד).

ומאד איני מבין דמה בין המעיד זניתי עם אשתך לבין המעיד פלוני בא על אשתי בפ"ק דסנהדרין (דף י ע"א) דאף דאדם קרוב אצל אשתו מ"מ הוה עדות לגבי פלוני משום דפלגינן דיבוריה, והרי הכא אם תפלוג ותשדי תיבת אשתי מה ישאר לך כי אם פלוני בא, או גם אם תאמר דשדינן רק י' הכינוי שבתיבת אשתי וישאר לך פלוני בא על אשה, מ"מ אין כאן עדות לאוסרה דדילמא על אשה פנויה בא[94].

94 עיי' שו"ת נוב"י מהדו"ק אה"ע סי' עב (סתירת ההיתר השני) שעמד בזה. ועיי' גם סי' עד ד"ה ועל ראיה השנית. ועיי' שערי ישר ש"ו פי"א ד"ה ועפי"ד.

מפתחות

תורה

שמות יב,יז "ושמרתם את המצות" [במכילתא מצוה הבאה לידך אל תחמיצנה] — קב

שם כא,ג "ויצאה אשתו עמו" [הא דאדון חייב במזונות האשה והבנים, אף דמזונות אשה ובנים בעלמא אינו אלא מדרבנן] — קא

ויקרא כב,ב "כי אם לשארו" [ברש"י וראב"ע, בענין אם מיטמא לאשתו מן התורה] — קא

דברים יט, טו [בפירוש האבן עזרא] — לט

תלמוד בבלי

ברכות

יז,ב "מי שמתו מוטל לפניו פטור כו'" [בשו"ע שינה מהלשון וכתב "מי שמת לו מת שהוא חייב להתאבל כו'"] — קיא

שם [בענין אי אונן פטור מכל המצוות או רק מהני ג' המוזכרים במשנה] — קטז

שם ברבינו יונה [שני הטעמים בפטור אונן, נ"מ במאבד עצמו לדעת] — קיג

שם [למה לא אמרו בירושלמי נ"מ בין שני הטעמים באין לו מי שישא משאו, והמת הוא מאותם שאין מתאבלים עליהם] — קל

פאה

פ"ג מ"ח "הכותב כל נכסיו לעבדו יצא בן חורין" [הדין באין לו יותר נכסים] — כז

פ"ח מ"א "משילכו הנמושות" וברע"ב "שכבר נתיאשו העניים מאותה השדה" [קשה דהוה כמפקיר דבר שאינו ברשותו] — שז

כלאים

פ"ז מ"ד-ה בפי' הר"ש [בקו' מהעושה מלאכה במי חטאת] — רעו

שבת

עד,א רש"י ד"ה וכי מותר לאפות בפחות מכשיעור "דקיימא לן חצי שיעור אסור מן התורה" [שיטתו דאיסור ח"ש הוא לא רק באיסורי אכילה, נ"מ לענין איסור אונאה] — עג

צ,ב רש"י ד"ה א"ה "ואי משום דאין בו איסור אבר מן החי דחגב אין טעון שחיטה" [מוכח דאיסור אמה"ח תלוי בשחיטה] — ט

צא,ב תוד"ה כגון [מקור לשיטתם דח"ש אסור מה"ת גם באיסור עשה] — יא

קד,ב "אמר רב חסדא דלא כר' יהודה" [בדברי הכס"מ הל' גירושין פ"ג ה"ד דמכאן הוציא

הרמב"ם דאין הלכה כראב"י דסובר שרק בס"ת פסלו רבנן] — קעה

שם בתוד"ה אמר רב חסדא "דדוקא בגט שהיה כתוב שלא לשמה הוי כתב עליון כתב לכולי עלמא שהאחרון מתקן יותר מן הראשון" [לרבא דאמר אעל"מ הרי אינו מתקן] — קעו

קה,ב "אע"פ שמחלל את השבת יצא ידי קריעה" [הא דלא אמרינן בזה אעל"מ] — קצג, קצה, רכו

עירובין

צו,א "דכ"ע לצאת לא בעי כוונה והכא לעבור משום בל תוסיף" [בקו' המהרי"ט דכיון דעובר משום בל תוסיף נימא אעל"מ] — קצה, ריא

שם [מה שהקדים דלכו"ע לצאת לא בעי כונה משום דזה הקדמה למה שאומר אח"כ, דאילו לצאת היה בעי כוונה לא שייך לומר שיעבור על בל תוסיף] — רג

פסחים

ד,א [חזקה בדאיכא לברורי] — רלו

ד,ב תוד"ה מדאורייתא [לפי שיטתם דביטול מתורת הפקר מוכח דא"א להפקיר דבר שאינו ברשותו] — רצח

ו,ב "וכי משכחת ליה לבטליה דילמא משכחת לה לבתר איסורא כו'" [מהא דלא מקשה דמ"מ כי משכחת ליה יפקירו מוכח דגם להפקיר אינו יכול אחר זמן איסורו] — רצח

כה,ב "אפשר ולא קא מכוין היינו פלוגתא דר"י ור"ש" [ביאור הקשר בין הדברים] — רסא

כו,א "הכניסה לרבקה ודשה כשרה" [ק' דכיון דתליא במחשבה אמאי העושה מלאכה בפרת חטאת נפסל והא אאאדשא"ש] — רעה

ס,א תוד"ה אבל — רמט

סג,א תוד"ה השוחט "אומר ריב"א דהפסח כשר" [למה לא נפסל מדין אי עביד לא מהני] — קסג, ריז, רכו

סח,ב "אמר רבי שמעון חביבה מצוה בשעתה שהרי הקטר חלבים ואברים כו'" [בענין עשה דוחה לא תעשה כשאפשר לקיים לאחר זמן] — קטז

עג,א "שמוציאו מידי אבר מן החי" [מתורץ הקו' דבשוחט בשבת נימא אעל"מ, דהא גם אם לא מהני השחיטה עובר על איסור ובכה"ג ל"א אעל"מ] — רט

שם בצל"ח [במה שמסתפק בזובח בעל מום אם מטהר מידי נבלה] — רעח

צב,א [בענין מצות אכילת קדשים, מדוע לא דוחה את הלאו של אנינות] — קטו

ראש השנה

כח,א "כפאו ואכל מצה יצא" — קלח

שם [יש להסתפק איך הדין באכל מרור] — קנד

שם [באיזה סוג אונס איירי] — שם

כח,ב "אלא אמר רבא לצאת לא בעי כוונה לעבור בזמנו לא בעי כוונה כו'" [למה האריך ולא אמר בקצרה "לעבור שלא בזמנו בעי כוונה"] — רג

יומא

ו,ב "דחויה היא בציבור ומהדרינן" [קשה דהא שיהוי מצוה לא משהינן כביבמות לט,א] — קד

יד,א "גזירה שמא יאכל" [מוכח דקדשים אסורים לאונן מדאורייתא, וקו' על מה דכתב הרמב"ם שלוקה על זה] — קלג

שם "התם כיון דיוה"כ הוא דכו"ע לא אכלי הוא נמי לא אתי למיכל" [בקושיית המג"א למה לא הקשה מכל כה"ג ביוה"כ] — קיד

עג,ב "לא נצרכה אלא לחצי שיעור" [קשה דהא ח"ש אסור בכה"ת ולמה דוקא כאן הזכירו, וי"ל דקמ"ל דאין טעם איסור ח"ש משום אחשביה, דאם מטעם אחשביה הוא, ביו"כ ששיעורו בכבכותבת לא שייך אחשביה] — קיח

עד,,א [דין ח"ש באיסור עשה] — יא

שם [אם איסור ח"ש הוא רק באיסורי אכילה] — עג

פג,א "מאכילין אותו הקל הקל" [בקו' הר"ן אמאי שוחטים לחולה בשבת ולא אומרים לנכרי לנחור] — רמד

סוכה

כה,ב "אבל חייב בסוכה" [קשה דכיון דאסור בתשמיש המיטה לא שייך לגביו תשבו כעין תדורו כבערכין דף ג ע"ב] קכ, קכב

שם "מה דירה איש ואשתו" [י"ג מה דירה בין ביום ובין בלילה. ביאור הגירסא] — קכג

שם רש"י ד"ה פשיטא "מאי שנא הא משאר מצוות" [ביאור בהא דהוצרך רש"י לזה] — קכב

ביצה

כז,ב רש"י ד"ה חלה שנטמאת "דרחמנא אחשביה" [דמיון לעניין אחר] — רס

לז,א "גזירה משום מקח וממכר" [בשלטי גיבורים בענין אעל"מ] — קצא, קצד, רט

מועד קטן

ט,א "כתיב פלס מעגל רגליך כו' וכתיב אורח חיים סן תפלס כו'" [הוכחה מהסוגיא דלא משהים מצוה כדי לקיימה מן המובחר] — קח

כ,ב "כל האמור...שכהן מיטמא להן אבל מתאבל עליהן" [ה"ה איפכא דכל שמתאבל מיטמא, ואף שיש קרובים שאינו חייב בקבורתם] — קיב

רא"ש פ"ג סי' צג — עג

מרדכי סי' תתצח — קלה

יבמות

ה,ב תוד"ה כולה "וי"ל דשאני התם דלא בטלה מצותו בכך ויכול לשורפו אחר יו"ט" [בענין עשה דוחה לא תעשה כשאפשר לקיים למחר] קטז

ח,א "אין עשה דוחה לא תעשה שיש בו כרת" [חי' לפי זה על קושיא ביומא יג,ב מה דלא חיישינן שכל כה"ג ביוה"כ יבא לטעות לאכל משום מצות אכילת קדשים] — קיז

כב,ב "ואין מטמא לאשתו פסולה" [בענין אם אונן על אשתו פסולה] — קלב

כד,א "ואם קדם הקטן זכה" [ואינו צריך לשלם לגדול י' זהובים] — קד

כה,ב "גזלן דד"ת פסול לעדות אשה" [איך הדין לענין עד טומאה בסוטה] — שמה

שם [בהוכחת הש"ש מכאן דאין אומרים אאמע"ר בעבירה שאינה פוסלת לעדות] — שעו

שם "אין אדם משים עצמו רשע" — שט

מפתחות

שם [ביאור מחלוקת רבה ורב יוסף] — שלג, שנד

כז,ב "כל אשה שאין אני קורא בה בשעת נפילה כו'" [בקושיית הח"צ דא"כ לא משכחת לה ייבום, דבשעת נפילה הם אונגים, וכן ילה"ק בנפלה לפני יבם קטן] — קכה

כט,ב "אשתו ארוסה לא אונן ולא מטמא לה" [בענין אבלות על אשתו ארוסה] — קלב

לה,ב "ספק בן ט' לראשון ובן ז לאחרון" [הא דלא קתני באופן שהוא ודאי בן ט או ודאי בן ז ומ"מ יש ספק אם הוא לראשון או לאחרון] — קי

לו,ב תוד"ה הא לא שהה "הספיקות אונגים ומתאבלים עליהם" [הא דלא אמרינן בזה ספק אבלות להקל, והא דלא אמרינן שהוא ודאי של ראשון מטעם רוב נשים מתעברות ויולדות] — קט

לז,א תוד"ה וזו "וכ"ת דאיכא רובא אחרינא דרוב נשים מתעברות ויולדות, דאין סברא כלל לומר בנשים ששהו עם בעליהן כו'" [ק' שהיה להם להוכיח זה, דא"כ מדוע חייב אשם תלוי ולא חטאת] — קי

לט,א "כל שיהוי מצוה לא משהינן" [בענין מילה כשהאב אונן אם יש על הב"ד למולו כדי להזדרז במצוה] — קב

מז,א "לדבריך עכו"ם אתה ואין עדות לעכו"ם" — רמ

נג,ב "הבא על יבמתו בין שוגג בין מזיד כו' קנה" [מוכח מהמשנה דא"ן קנין הייבום תלוי במעשה המצוה] — קכז

שם "בין באונס" — קלח

שם "אין קישוי אלא לדעת" — קלח

נו,ב "אמר רבא אשת כהן שנאנסה" [ביאור פלוגתת רבא ור' זירא אם אשת כהן שנאנסה חייב עליה משום זונה, דתליא בפלוגתא אם אונס כמאן דעבד או לא] — קמד

סא,ב "קטן וקטנה כו' אלא מ"ט אין מיבמין" [קשה תיפוק ליה שאין מיבמין משום דקטן פטור מן המצוות] — קכו

פג,ב "אין אדם אוסר דשא"ש" ובתוס' [ק' דהא קיי"ל דבמעשה אדם אוסר דשא"ש] — רעג

שם תוד"ה אין אדם אוסר "דבדבר התלוי במחשבה הוא דאמר הכי" [ק' מהעושה מלאכה במי חטאת דגם תלוי במחשבה] — רעו

פח,א "משום עיגונא אקילו בה רבנן" [בנ"י ביאר כיון דקים להו לרבנן דקושטא קאמר, הסבר לפי"ז בדעת האומר דאדם משים עצמו רשע בצירוף ע"א] — שסד

פט,ב "הוה לה כמת מצוה" [בקו' הכס"מ על הרמב"ם הל' אבל פ"ב ה"ז שגם על אשתו גדולה כתב מטעם מת מצוה] — ק

צ,ב תוד"ה כולהו "וא"ת סדין בציצית היכי הוי שב ואל תעשה כו' הרי עובר בידים" [מוכח דגם כשהעשיה שלו היא לבטל מצות עשה מיקרי עבירה בקום ועשה] — קלה

קו,א "טול דינר והעבירני אין לו אלא שכרו" ובתוס' [בכל הני דאמרינן מטעם משטה למה לא אתינן מטעם אונאה] — פג

שם [בראש"ש סי' טו שכתב דמה דאמרינן לטענת משטה הוא משום שהיא אנוסה] — פה

קיא,ב "בא על יבמה גדולה תגדלנו" [אף שהיא גדולה ואסורה באיסור אשת אח והוא קטן ולאו בר מצוות] — קכו

קיח,ב "כיון דסניא ליה זכות הוא לה" [מוכח דלצד זה הוא זכות גמור ואין לה כלל חוב בגירושין באופן זה] — קמט, קנ

קיט,א "רוב נשים מתעברות ויולדות" [ר' מפתח לו,ב תוד"ה הא ומפתח ללז,א] — קט

קכא,א [גדר במה שמצינו דלענין משאל"ס החמירו בעגונה ולענין כשרות עדים הקילו] — שנט

כתובות

ב,ב "אין אונס בגיטין" — קלח

שם "מת הוא דאינו גט הא חלה הרי זה גט" [קשה מכאן לשיטות דבאונס ביד"ש יש אונס בגיטין, והא חלה הוא ביד"ש] — קנב

שם "אי לא אתינא מיכן ועד תלתין יומין כו' ופסקיה מברא" [בשגג כגון שלא ידע שנגמרו השלשים יום ודאי אינה טענה] — קמה

שם תוד"ה מת "דהשתא אכתי לא אסיק אדעתיה דבמת איכא למימר ניחא ליה דלא תפול קמי יבם" [מבואר דלמסקנא גם בלא אמר מעכשיו איכא לסברא זו, הסבר הדבר] — קמז

שם [בשימ"ק בשם הרא"ה בחילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים] — קמב, קנו

שם [ברא"ה בענין אונס אי הוא כמאן דעביד] — קמא

שם [בפנ"י לרש"י ד"ה מת] — קמא

ג,א תוד"ה איכא דאמרי — קמב

ג,ב ד"ה ולדרוש "לפי שהאשה קרקע עולם ולא עבדה מעשה" [רק לענין זה מיקרי שב ואל תעשה אבל לחומר העבירה חשוב כמעשה] — שטז

ד,א "ובועל בעילת מצוה" [בטעם שבועל לפני הקבורה] — קלד

שם "נוהג שבעת ימי המשתה ואח"כ נוהג שבעת ימי אבלות" [איך הדין אם פגע רגל בז' ימי המשתה] — צו

שם רש"י ד"ה הוא ישן "ואף בשבעת ימי המשתה שהן כרגל" [לדעת הרמב"ם דברגל מותר בדברים שבצנעא מוכח דימי המשתה הם כשבת ולא כרגל] — צו

שם [בר"ן הקשה איך דוחה שבעת ימי המשתה דרבנן את האבילות דאורייתא, ותי' דיש כח ביד חכמים לעקור בשוא"ת, וק' דאיך מותר לבעול בקו"ע] — קלד

שם בר"ן הנ"ל [מוכח דלהתעסק בדברי שמחה מקרי קו"ע, אף שהאיסור הוא לבטל את המצוה של אבלות] — קלה

שם [בר"ן דז' ימי אבלות בעי רצופים, מקור לשיטת גאון המובא בטור יו"ד סי' שמ] — קכט

ט,א תוד"ה ואיבע"א "דאם איתא דמוכ"ע היא היתה טוענת" [דמיון לענין אחר] — רסו

ט,ב תוד"ה אי [לפי סברתם דבס"ס מוציאים ממון יש לבאר את דברי הרא"ש ב"ב פרק מי שמת בענין ספק אומדנא] — כב

יד,ב רש"י ד"ה ת"ק סבר "דהודאה היא" [הא דלא אמרינן בזה אאמע"ר] — שכז

יח,ב "כת"י הוא זה אבל אנוסים היינו" — שט

שם "אנוסים היינו מחמת ממון אינן נאמנים" [מיגו במקום שמשים עצמו רשע] — רמ, שיט

שם "פסולי עדות היינו" [מה דלא אמרינן בזה אאמע"ר שהרי לדבריהם השטר פסול] — שלח

שם "אין אדם משים עצמו רשע" [קו' מהסוגיא על שיטת האביאסף דכשמסייע עד אחד אדם משים עצמו רשע] — שסא

שם רש"י ד"ה כיון שהגיד "דגבי עדות חדא הגדה כתיבא" [בגדר הדברים, ובשיטת הב"י דטעם אינו חוזר ומגיד הוא משום דאאמע"ר] — שכ, שפב

שם תוד"ה אין נאמנים "ועוד דחוזרים ומגידים הם" [מבואר דגם ע"י מגו אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד] — שכ

שם "ועוד דבשני עדים לא אמרינן מגו וברישא נאמנים משום דאי בעו שתקי" [ביאור בדברי התוס'] — שסא

שם ד"ה מחמת נפשות "ליהמני במגו דאמרי אנוסים היינו מחמת נפשות" [הא דלא תירצו דהוי מגו במקום עדים כמו שתירצו לעיל] — שסג

שם "ועוד דבשני עדים לא אמרינן מגו" [אף שכאן גם אם רק אחד יאמר אנוס הייתי מחמת נפשות תיבטל העדות] — שסג

שם תוד"ה ואין אדם — שי, שיב

שם "כיון דקיום שטרות דרבנן לא פלגינן דיבורא כדי לפסול השטר" קשה דא"כ למה בהרגתיו תנשא ופלגינן דיבורא והרי עד מיתה אינו נאמן אלא מדרבנן] — שעט

יט,א תוד"ה וכגון "וא"ת וליהמניה במגו" [מוכח דבמגו נאמן להשים עצמו רשע] — שיג

יט,ב "תנאי היו דברינו" [בר"ן בסוגיא מבואר דבמגו עדים חוזרים ומגידים ולגבי אאמע"ר גם במגו אינם נאמנים] — שכא

כ,א [בקרקע אין התופס נקרא מוחזק] — מא

שם "הזמה שלא בפניהם נהי דהזמה לא הוה הכחשה מיהא הוה" [בשיטת הריב"ש דנפסלים לעדות] — שנ

מו,א בר"ן [בענין ח"ש בריבית] — עה

מז,ב "קבורתה תחת כתובתה" [לפי"ז דחיוב קבורה באשה מדרבנן, ממילא גם חיוב טומאה מדרבנן] — ק

נא,ב "יצר אלבשה" — קלט

נט,א "באומרת יקדשו ידי לעושיהן" [בשיטה מקובצת בענין אם מצודה לדגים הוה דבר שלא בא לעולם] — רעט, רצז

ס,א בר"ן [כד,ב] ד"ה ת"ר [מדברי הרמב"ן מוכח דאיסור אמה"ח תלוי בשחיטה] — ט

שם [מחידושי הריטב"א מדוייק דגם אי ליכא איסור אמה"ח באדם יש בו איסור אינו זבוח ומוכח דהא דדגים אין בהם אמה"ח אינו משום דאין בהם שחיטה] — ח

סג,ב תוד"ה אבל "אבל הכא דיוצאה בלא כתובה לא" [שי' הרמב"ם דגם במפסדת כתובתה חיישינן שנתנה עיניה באחר] — רנג

שם "ואמאי תהא נאמנת במגו דאי בעיא אמרה מאיס עלי" [מוכח דבמגו אדם משים עצמו רשע] — שיד

עב,א "משמשתו נדה" — שי

שם [מתבאר מדברי הר"ן דגם באשה אמרינן אאמע"ר] — של

פא,ב "אמר רב יוסף כיון דאמור רבנן לא ליזבין אע"ג דזבין לא הוה זביניה זביני" [אם טעמו משום אעל"מ] — קפג, רב, רכו

שם [קו' לדעת הש"ך דהיכא דאפשר לעשות את המעשה בהיתר ל"א אעל"מ, דכאן אפשר לעשות בהיתר] — קפד

פה,א [כללים וגדרים בעניני אומדנא לפי הסוגיא] — לד

שם "קרענא ס"ד" [בקו' המהרש"א מהיפוך שבועה. ועוד ילה"ק מע"ב בעובדא דחסא דמפקינן ממון באומדנא] — לה

פה,ב "שודא דדייני" וברש"י "הטלת הדיינים לפי מה שיראו דיינים שהיה דרכו של מת לקרב את זה יותר מזה" [לא מיקרי הוצאת ממון ע"י ידי אומדנא דלא הוה רק בירור] — מ

שם תוד"ה חדא "לא טענינן ליתמי דמילתא דלא שכיחא היא" [ביאור לפי זה דבחסא לא הוי הוצאת ממון] — לז

נדרים

טו,ב [בחידושי הרשב"א ד"ה באומר הנאת תשמישך עלי, הסבר בספיקו אם נדר חל על דבר שלא בא לעולם] — רפב

כז,א "א"ל רבא אנוס הוא ואנוס רחמנא פטריה" [כלומר ואונס כאילו לא עשה] — קמג

שם רש"י ד"ה וכי תימא "דגבי קטלא חס רחמנא עלה" [נראה דלאו דוקא קטלא אלא הוא הדין שאר עונשים] — קמג

שם ר"ן ד"ה נדרי אונסין "דאע"ג דלאו אונס גמור" [היינו דמכל מקום חכמים התירו, וצריך לבאר לפי זה מאי פריך להלן "והתנן נדרי אונסין"] — קמד

שם [קו' על המהרי"ט שהקשה דלמה לן טעמא דהתירו חכמים, תיפוק ליה מדין האדם בשבועה,

דמאי קו׳ הרי הר״ן תירץ זאת, דקמ״ל דאף היכא שאינו אונס גמור, ובדברי הריב״ש דהוה אונס ממון] — קנה

שם [לכאורה כאן אין להתיר מדינא, משום דלא הוה אונס כיון שתלה בדעת אחרים] — קנו

שם ר״ן ד״ה וכי תימא **״אבל הכא כיון דה״ל לאתנויי ולא אתני איהו דאפסיד אנפשיה״** [קו׳ על המהרי״ט שלומד הלכה מדברי הר״ן הללו, והרי להלכה לא קיי״ל כן] — קנה

שם ר״ן ד״ה דילמא [בסברא דניחא ליה דלא תיפול קמי יבם] — קמז

שם בפירוש הרא״ש ד״ה וכי תימא **״אבל זה שהתנה ולא פירש בלא עכבת אונס גמר ואתני בכל ענין״** [מתוך דבריו נראה דגם למסקנא סובר רבא דבאמת עיקר הטעם דאונס הוא רק לגבי עונשים, אלא שלענין תנאים יש סברא של אומדן דעת] — קמד

כח,א ר״ן ד״ה היכי נדר **״אין דברים שבלב מבטלין מה שהוציא מפיו אפי׳ גבי אונסא״** — רנח

ל,א ר״ן ד״ה ואשה **״ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר״** — ש

לו,א **״ותני עלה אלא שפיגולן פיגול״** [גם מהמשנה עצמה מוכח שהוא פיגול, דאל״כ מאי פטור וחיוב איכא] — רעה

שם **״ואי אמרת שלוחי דידן נינהו אמאי פיגולן פיגול״** בחידושי הרשב״א כתב בתוך דבריו **״אבל הכא אי בעי שליחות כשהוא משנה שליחות לעוות נמצא שאינו שליח לכך ולא הוי כשוחט קרבן אלא כנוחר״** [האם מה שכתב שהוא כנוחר הוא בדוקא או עיקר כונתו שאין השחיטה כשרה] — רח

צ,ב ר״ן ד״ה ואיכא למידק **״משום דהא מילתא דטא״ל כטיפא לה״** [דמיון לעניין אחר] — רנג

סוטה

ג,א **״אין אדם עובר עבירה אלא אם כן נכנס בו רוח שטות״** [יש להסביר דמטעם זה אמר רבא בתמורה ד,ב דאי עביד לא מהני] — קעט

לא,א **״ואפילו מעוף הפורח״** [בעדות טומאה הפליגו להאמין, וגם לחשוד למשקר האמינו כגון חמש נשים ששונאות אותה] — שמו

גיטין

ח,ב **״עצמו קנה נכסים לא קנה״** [קו׳ על הרא״ש מכות פ״ק סי׳ יג בענין פלגינן דיבורא] — שנב

שם בר״ן [חילוק בין בע״ד למי שאינו בע״ד בענין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה] — שנד

שם [בהוכחת רע״א דגם בעדות שקרוב או פסול נאמנים בו אמרינן ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה] — שנח

שם רש״י ד״ה לא יצא **״אבל הכא דנחית לשיורא אמרינן לדידיה נמי שייר״** [בתורת ודאי או בתורת ספק] — כז

ט,א תוד״ה לעולם [דקדוק בלשון התוספתא המובאת בתוס׳ ״אפילו אין שם אלא אותה העיר״ והול״ל ״אפילו אין לו״] — כז

שם תוד״ה הלכה **״ורש״י פי׳ דאיכא למימר מדשייר בנכסים שייר נמי בעבד ואין משמע כן בתוספתא״** [יישוב שיטת רש״י] — כז

שם תוד״ה ואינו חוזר **״דכיון דדעת שכ״מ לשחררו דעתו שיקנה בשעה שראויה לשחרר״** [קשה מכאן על שיטת מהרי״ט דבהיה לו לפרש לא אזלינן בתר אומדנא] — יח

שם במהרש״א [בענין חשש לעז בקדושין כשמדינא לא חלו] — כ

שם ברא״ש סי׳ ז [קו׳ על דבריו דבנתן כל נכסיו חוץ מבית כור זכה הלוקח בנכסים, מדין שכ״מ שכתב כל נכסיו] — מה

שם בר״ן [בבע״ד ל״א עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה] — שלו

יב,ב ״וכי תימרו אי בעי זריק ליה גיטא ופסיל ליה״ [מבואר דהיכא דיכול לחוב לו שלא על ידי הקנין לא מקרי חוב] — רפו

כ,א ״אמר רב אחא בר יעקב דילמא לא היא עד כאן לא קאמרי רבנן התם אלא דבעינא זה אלי ואנוהו כו׳״ [בהא דהרמב״ם לא פסק כראב״ן] — קסו, קעה

שם ״כתבו על איטורי הנאה כשר״ [ילה״ק מכאן על רבא דאמר אי עביד לא מהני, וי״ל דכיון שבכתיבה עצמה אין איסור כי אם בזמן הגירושין, ועל גירושין ל״א אעל״מ כמש״כ התוס׳ בתמורה ה,א] — קצה, רב

כ,ב תוד״ה בכתובת קעקע ״ואפילו הויא הכא איסורא דאורייתא מ״מ הוה גט״ [הא דלא אמרינן בזה אעל״מ] — קצה, ריא, רכו

שם [הוכחה מדברי התוס׳ דבאיסור דרבנן לא אמרינן אעל״מ] — קפג

שם תוד״ה אשה לא ידעה לאקנויי ״ורב אשי דפשיט מיניה משמע ליה דאיירי בקלף שלה״ [קשה דהא אין רמז במשנה דאיירי בקלף שלה, ולולי דבריהם אפשר היה לפרש דקונה את הקלף מדין אומן קונה בשבח כלי] — סב

כב,ב ״הכל כשרים לכתוב את הגט אפילו חש״ו״ [קשה דאי אומן קונה בשבח כלי א״כ החשו״ק קנו את הגט ואינם יכולים להקנותו] — סו

שם ״הכל כשרים לכתוב את הגט אפי׳ חש״ו, האשה כותבת את גיטה״ [בהא דשינה הלשון מרישא לסיפא] — ע

כה,א ״האחין שחלקו... משום דלחומרא״ [הא דמספק מחזירים, ובדמיון רע״א דהוא הדין מה דבמוכר לצמיתות חוזרת השדה לבעליה ביובל דזה מחמת ספק] — קעב

כח,א ״בחזקת שהוא קיים״ [אם אומרים חזקה זו גם כשמת ומיספקא לן אימת, נ״מ במי שמת ולא ידוע אם ככר עברו שלשים יום] — צא

שם ״שמא ימות חיישינן״ [קשה דבה״ז גיטך שעה לפני מיתתי יש גם חזקת אשת איש, ומשום חזקה זו יש לנו לומר שהוא לא ימות והגט לא יחול] — צג

שם רש״י ד״ה אפליג ״אבל בן שמונים ואחת או יותר עד תשעים קרוב למות הוא״ [בשיטתו דבן צ הוא נקרא אפליג] — צה

ל,א ״הא כמ״ד יש אונס בגיטין״ [קו׳ על הר״ן בקדושין פ״ג בענין אונסא כמאן דעבד שלא הביא סוגיא זו] — קמט

שם ״הא כמ״ד אין אונס בגיטין״ [ק׳ מכאן לשיטות דבאונס ביד״ש יש אונס דהא כאן הוא אונס ביד״ש] — קנב

לב,א תוד״ה מהו דתימא ״וטעמא משום דבאותה שעה שהוא רץ לא נודע דעתו הוו להו דברים שבלב״ [קושיא מדברי התוס׳ על הגמ׳ ב״ב קמח,ב] — מט

שם [קושיא מדברי התוס׳ על הגמ׳ ב״מ עז,ב] — נה

לג,א תוד״ה ואפקעינהו ״ועוד דאוקמינן אחזקתה״ [לכאורה דמיא להא דאמרינן לעיל כח,א ״לשמא ימות חיישינן״] — צ

לז,א ״אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע אם אין לו מזכהו בתוך שדהו״ [בהוכחת הר״ן מכאן דזכות שנמשך ממנו חוב נקרא זכות] — רפז

לח,א ״כל המשחרר עבדו עובר בעשה״ [בקו׳ דא״כ לא יועיל השחרור דאעל״מ, י״ל לפימש״כ תוס׳ תמורה ה,א דלענין גירושין ל״א אעל״מ י״ל דה״ה לענין שחרור] — קצה, ר

מ,ב תוד״ה חיישינן — כה

מב,א ״ודילמא עבדיי שהיו כבר״ [קשה על דרשה דירושלמי המובא בתוס׳ תמורה ד,ב ד״ה רבא דילפינן מ״ובחי״ דהשוחט פסח על החמץ לא נפסל] — קעד

מב,א תוד״ה הא [בענין כל שאינו בזא״ז אינו בב״א] — רמט

מב,ב "עבד שמכרו רבו לקנס מכור או אינו מכור" [מה דין האומר מנה זה קנוי לך לריוח, אם קנה] — רצד

מז,ב תוד"ה ולביתך "אלא דאורחא דמילתא שהוא זן אותה" — קא

נג,א "העושה מלאכה במי חטאת כו'" [אמאי לא אמרינן אין אדם אוסר דשא"ש] — רלד, רעה

נד,ב "זבחים שעשיתי עמך נתפגלו נאמן" [ק' הא אין אדם משים עצמו רשע] — רלט

שם "מתוך שאתה נאמן להפסיד שכרך אתה נאמן להפסיד ס"ת" [בענין האוסר דשא"ש ואומר שלא כיוון לצעורי אם נאמן] — רלז

עג,א תוד"ה איתיביה "ואונס דלא שכיח כלל כו'" — קנג

עו,ב "הרי זה גיטך אם לא באתי כו'" [בסברא דניחא ליה דלא תיפול קמי יבם] — קמז

שם "ואם אין ידוע זוהי שאמרו כו'" [מהא דלא מוקמינן בחזקת חי, ראיה לט"ז דאם כבר מת לא אמרינן חזקה זו] — צב

עח,ב "שאני התם דכתיב ויצאה והיתה" [מוכח דגם בקדושי כסף מקישים יציאה להויה, וקשה על הר"ן ריש קדושין] — רד

פד,ב תוד"ה ותיפוק ליה "לא חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה כיון שמוחל בהדיא" [לא כתבו שמוחל דין נזק, משמע מדבריהם דגדר הדין שמפקיר את החפץ להיזק] — שג

פז,א בר"ן — כה

פח,ב "גט מעושה בעובדי כוכבים כשר" [אונס בדבר שחייב בו אינו אונס] — קלז, קנד

צ,א "לא מצא בה לא ערוה ולא דבר מהו", וברש"י "מי כייפינן ליה לאהדורה או לא" [מה שלא פירש דנ"מ אם הגט הוא גט] — ו

שם "התם הוא דגלי רחמנא אבל הכא מאי דעבד עבד" [מוכח מזה דכל האיבעיא היא לגבי החזרה אד גט פשיטא לן דהוה, והוא משום דאתקש גירושין למיתה כמש"כ התוס' בתמורה ה,א] — רא

רא"ש פ"ד סי' לח — כח

מרדכי פ"ג סי' שס — קמב קנא

קדושין

ב,א [בר"ן וברשב"א בענין קדושין במחובר, אם ההיקש הויה ליציאה הוא גם לגבי קנין כסף, קושיות בכמה מקומות] — רד

ד,א "משום דקא מיתזנא מיניה" [אף שאינו חייב מן התורה לזונה] — קא

ה,א [איך קיי"ל בענין חופה אי קונה או לא]— כג

ח,ב "סלע של שניהם" [פי' הר"ן דאיכא אומדנא דהקנה לה מקום בסלע, וקשה מכאן על המהרי"ט דבהיה לו לפרש לא אזלינן בתר אומדנא] — יט

ט,ב "הויה ליציאה מקשינן" [קו' לדעת תוס' בתמורה ה,א דלענין גירושין ל"א אעל"מ, דא"כ גם לענין קדושין נימא כן מכח ההיקש, ומה מקשה תמורה שם ה,ב מאלמנה לכה"ג] — רה

יא,א "א"נ דשוייה שליח" [מוכח דגם בקדושי כסף מהני שליחות, וקשה על הר"ן בר"פ שכ' דקדושי כסף לא הוקשו ליציאה, וא"כ מנלן שליחות בקדושי כסף, דהא שליחות בקדושין ילפינן לקמן מב,א מויצאה והיתה] — רד

יג,א בחידושי הרשב"א [בענין זכין לאדם שלא בפניו כשנמשך ממנו חוב] — רפח

כט,א "היכא דלא מהליה אבוה מיחייבי ב"ד" [אם יש חיוב על הב"ד כשאין האב עומד לקיים בזריזות את המילה] — קב

שם [גדר חיוב האב וחיוב הב"ד] — קג

לב,א "הרב שמחל על כבודו כבודו מחול" [אם יכול למחול על בזיונו, ובענין ת"ח שציוה לא להספידו אם מועילה מחילתו בזה] — צט

מא,א "מקיש הויה ליציאה" [מוכח דגם קדושי כסף הוקשו, וקשה על הר"ן בריש המסכת] — רד

מג,א "אלא למ"ד מלמדין מאי איכא למימר" [בקו' המהרש"א דאי ילפינן ממעילה וטביחה א"כ ל"ל קרא בתרומה וגירושין, ובתירוצו דיש גם סברא לומר דלא אמרינן שליחות אלא בדבר עבירה] — רכז

מה,ב תוד"ה בפירוש "ועל זה אומר ר"ת... ולא דמי לשמא ימות כו'" [קשה דבהא דגיטין כח איכא נמי חזקת אשת איש, ולענין זה הוי כשמא מת] — צג

מח,ב "מר סבר אומן קונה בשבח כלי ומר סבר אין אומן קונה בשבח כלי" [הרא"ש סי' יא פסק אומן קונה בשבח כלי, יש לדון במה פקע קנינו] — סו

שם [יישוב לפי הגמ' על קו' תוס' גיטין כ,ב ד"ה אשה] — סו

שם [הוכחה מהסוגיא דגם באין האומן מוסיף משלו שייך אומן קונה בשבח כלי] — סח

שם רש"י ד"ה והכא באומן "וכשמחזירו לו בשכר הקצוב ההיא שעתא הרי הוא כמוכרו לו" [כוונת רש"י במה שהדגיש "בשכר הקצוב"] — סא

מט,ב "ההוא גברא דזבין אדעתא למיסק לא"י" [בדעת המהרי"ט דלא אזלינן בתר אומדנא כשהיה לו לפרש] — יז

שם "דברים שבלב אינם דברים" [קו' על הגמ' בחולין מא,א "לצעורי קא מכוין", והא הוי דברים שבלב] — רנז

שם רש"י ד"ה חיישינן לסבלונות [קו' על שיטת מהרי"ט דבהיה לו לפרש לא אזלינן בתר אומדנא והוכחה דבספק אומדנא אזלינן בתרה] — כ

נ,ב "כל שאינו בזא"ז אינו בב"א" [טעם הדבר משום שקדושי אחת סותרת לקדושי השניה, אך באופן שא"א בזא"ז מטעם אחר ל"א כלל זה] — רמט

נא,ב "ואם אמר הראויה לביאה תתקדש לי" [גם הרמב"ם הביא כך את הלכה זו אף שפוסק דקני את וחמור קנה מחצה] — רצא

נח,ב "תנא מה שעשה עשוי אלא שנהג בו מנהג רמאות" [מקשה הר"ן פשיטא ולא תירץ דסד"א דנימא אעל"מ, מוכח דמנהג רמאות הוא רק איסור דרבנן] — שכד

נט,א [בחידושי הרשב"א שכתב דהמקדש בשטר [לאחר ל] שיש בו ש"פ ונשרף מקודשת מדין כסף, בקו' הלח"מ דא"כ גם בפחות מש"פ תהיה מקודשת דשמא ש"פ במדי] — עה

ס,א [בר"ן בדין אונס בקיום התנאי, שמחלק בין אם הדבר תלוי גם ברצונה, וקשה דגם בגט אינו מגרשה אלא מפני רצונה] — קמז

שם בר"ן "אי לאו משום תקנתא שהתקינו שלא יהא אונס בגיטין" [למה לא הביא יותר מפורש מגיטין דף ל,א] — קמט

שם בר"ן בענין אונסא כמאן דעבד — קמה

סב,ב "אי כרבה כשהוכר עוברה" [קו' על דמיון הגמ' בין קדושין לתרומה, והא בקדושין יש סברא דקרובה דעתו של אדם אצל אשתו כמש"כ החמ"ח אה"ע סי' מ] — ש

סד,א "מה לי לשקר מצי אמר פטרנא לך בגיטא" [מבואר דבידו צדיף ממגו וי"ל דגם לענין אאמע"ר בידו נאמן ובמגו לא יאמן] — שטז

סה,א "איהי אי לאו דקים לה לא זוי אמרה" [בקו' הט"ז אמאי לא אמרינן כאן מתוך שנאמנת לאסור עצמה נאמנת גם לגביהם] — רלח

סו,א "אי מהימן לך כבי תרי" — רמא

סז,ב "אימא אידי ואידי לבן כו'" [בחידושי הרשב"א בעניין איך קיי"ל בפלוגתא דאי עביד לא מהני] — קסג

עח,א "רבא אמר בעל לוקה" [מבואר בתוס' ב"מ י,ב ד"ה דאמר, דלוקה למפרע על הקדושין; דמיון ללאו דלא ירבה לו נשים] — קסז

עח,א "בעל לוקה שתיים" — קס

בבא קמא

כ,ב תוד"ה הא איתהנית [דמיון לאוכל שיעור שלם מדבר האסור, שבחצי ראשון פטור ובסוף חייב על הכל] — ג

כח,ב "אונס רחמנא פטריה" — קלז

לג,א "הקדישו ניזק איכא בינייהו" [בקו' השימ"ק דהוה דבר שאינו ברשותו] — רפא, רפד

מה,א תוד"ה מכור "וי"ל שאין הכל בקיאין בדין שור הנסקל" [הוכחה מדבריהם דבספק אומדנא לא אזלינן בתריה כלל] — כא

סה,ב תוד"ה הן ולא שינוייהם "תימה דבסמוך נפקא ליה לרבה דשינוי קונה מקרא אחרינא דכתיב אשר גזל" [י"ל דצריכי קרא גם לשינוי שעל ידי מעשה] — רכ

ע,ב "באמר לו עקוץ לי תאינה מתאנתי" [בקו' הש"ג דגימא אעל"מ] — קצד, רט

שם י"ל דכיון דכל מכירת גניבה אסורה ומ"מ מהני, לכן גם באתוסף איסור נוסף מהני] — קצא

שם [דחיית התירוץ, די"ל דלא דאתרבי מכירת הגניבה לענין אעל"מ אלא דחייב משום דעבר על מימרא דרחמנא] — רכד

עא,א "או לרבות את השליח" [איך הדין בנתערב איסור אחר] — קפט, רכג

שם תוד"ה בשלמא "הך סוגיא אתיא כמ"ד אדם אוסר דבר שאין שלו בעשה בה מעשה" [מה דלא מוקי לה בעשה שליח לשחוט לע"ז, משום דא"כ גימא אשלד"ע. ומוכח דהריבוי דבטו"מ יש שלד"ע, זה רק על עבירה דטביחה] — קפח

עב,ב תוד"ה דאי ס"ד "ואי איסור אכילה לא הויא אלא מדרבנן לא היה נחשב בכך שחיטה שאינה ראויה" [בענין אינו ראוי מדרבנן אם הוא אינו ראוי מדאורייתא] — קכא

צא,ב "וחייבו ר"ג ליתן לו עשרה זהובים" [דין החוטף מצות מילה, והשואה לקטן האחים החוטף מצות ייבום מגדול האחים] — קד

צב,א "על מנת לפטור" [אם הוא גדר מחילה או גדר אחר] — שא

צג,א תוד"ה הא דאתא לידיה "דכיון שאמר לו כן קודם שנעשה שומר אין חושש אם יקרע" [משמעות דבריהם דזה מטעם שעשאו כהפקר] — שג

צח,ב "אומן קונה בשבח כלי" [במה פקע קנינו] — סא

שם [בשלטי הגבורים כתב דבקיבל דמי השכירות מודה רב אסי דחייב לשלם דמי שידה ותבה, צ"ב במאי קני ליה הרי מעות אינם קונות] — סג

צט,א "ושמע מינה אומן קונה בשבח כלי" [מוכח דגם לגבי צבע אמרינן אומן קונה בשבח כלי וקשה על תשובת הרא"ש בכלל יב סי' ו] — סז

שם "הב"ע כגון דצמר וסמנין דבעל הבית" [הטעם דלא אמרינן בזה אומן קונה בשבח כלי הוא משום דאין שבח סממנים על גבי הצמר] — סז

צט,ב "דכו"ע אין אומן קונה בשבח כלי" [י"ל דרבא לטעמיה ב"ב מו,א דבבעה"ב ואומן נחלקו על הקציצה נאמן האומן רק במגו, אך למ"ד אומן קונה בשבח כלי י"ל דהוא נאמן גם ללא מגו] — נח

שם "טרפיה ופטריה לטבח מלשלומי" [דמיון לעניין אחר] — רסט

קא,א "איבעיא להו יש שבח סמנין על הצמר או אין שבח סמנין על הצמר" [ר' במפתח לעיל צט,א] — סז

קב,ב "הנותן מעות לשלוחו ליקח בהן חטין ולקח בהן שעורין" [בהגהות אשר"י סי' יח שכתב דלמיפטר נפשיה אדם מע"ר] — שכב

שם בהגהות אשר"י [בענין אם בעבירה דרבנן אמרינן אאמע"ר] — שכד

קטז,א "ונימא ליה משטה אני בך" [הא דלא משני דאיירי כגון שלא טען שהיה משטה] — פז

שם "הרי שהיה בורח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו כו'" [מה דנקט דוקא בציור זה של היה בורח מבית האסורים] — פו

שם "משטה אני בך" [הא דלא אמרינן מטעם אונאה] — פד

בבא מציעא

ג,ב תוד"ה מה אם ירצה — שיב

שם [הוכחה מהתוס' דגם כשאינו מהוה את האיסור אמרינן אאמע"ר] — שמז

ה,ב תוד"ה דחשיד "וי"ל דגזלן לא פסיל לשבועה אלא מדרבנן ולעדות הוא דפסול מדאורייתא" [בענין פלגינן דיבורא באומר על עצמו שהוא פסול לעדות ולשבועה] — שנב

ז,א "גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו" [אם הגגזל יכול להקנות חפץ שביד הגזלן] — רפג

י,א "פועל יכול לחזור בו" [דין קנין פועל] — עט

י,ב תוד"ה דאמר "וי"ל דכי בעל אח"כ לוקה אף על הקדושין" [דמיון ללאו דלא ירבה לו נשים] — קסז

יא,ב "ומקומו מושכר לו" [מוכח שחצר המושכרת קונה לשוכר גם מהמשכיר ולא הוי כחצר השותפין, ולפי מה שכתב רש"י ד"ה אינה ממון אינה הוכחה, משום שכאן הקנין הוא מההפקר] — פג

שם "וגמר ונתן לשם פקדון" [קו' על רש"י בכורות מט,א ד"ה דכו"ע] — נו

שם "נימא ליה לשם מתנה" [לכאורה היה לו לומר "א"ה למה לא אמר בלשון מתנה] — יז

שם תוד"ה ונתן "ליכא למימר אדם יודע שאין מכר ביובל" [הוכחה מדבריהם דלא אזלינן בחר ספק אומדנא] — כא

טז,ב "משום כדי חייו" [מוכח דהאומר מצודה למה שתעלה לא קנה, דאל"כ למה הוצרכו לתקנה, טעם הדבר] — רצה

כא,א "תיקו" [בראש"ש דפסק בספק מצות השבת אבדה אזלינן לחומרא. דמיון לענין החזרת שדה ביובל מספק] — קעג

ל,ב [בראש"ש סי' כא שכתב דזקן ואינו לפי כבודו אסור לו להשיב. מוכח מדבריו דת"ח שמחל על בזיונו אינו מחול] — צט

לט,ב תוד"ה דילמא "דא"כ סבתא איתפלגא" [מוכח דסברי כרש"י בגיטין שם, דבן צ' נקרא מופלג, דאל"כ משכחת לה שברתא בת פ' והיא בת צ"ה] — צה

מא,א "שואל שלא מדעת גזלן" [מבואר דאף כשאינו מחסרו ע"י השימוש] — שכה

מג,א תוד"ה מאי איריא "וא"ת לריו"ח מה הועילו במה שתיקנו" [מה שהקשו כן רק אחר שהוכיחו דהוא שומר חנם] — סג

מז,ב "גזירה שמא יאמר לו חטיך נשרפו בעליה" [במקרים שאין חשש זה כגון בנשאר שותף האם מעות קונות] — סד

נב,א [בראש"ש סי' כ שכתב בטעם דסלע שנפחת פחות משתות מותר לכתחילה משום שאינו מפסיד כלל, וברמב"ם נראה דהטעם משום שדרך בני אדם למחול] — קצו

נו,ב "שכירות יש לו אונאה או אין לו אונאה" [בשיטה מקובצת שמוכיח מב"ק קטז,א דקבלן אין לו אונאה] — פד, פו

שם תוד"ה והאי ביומיה ממכר הוא ובנ"י [בענין אונאה במקום שאין לו קנין גמור] — עט

סא,א "למה לי דכתב רחמנא לאו בריבית לאו בגזל לאו באונאה" [מוכח דאונאה יסודו מטעם גזל. קו' על דברי המהרי"ט בשו"ת סי' סט] — רי

עב,א תוד"ה שטר — שמה

עד,ב "אי פסק כשער הגבוה מוכר קא הדר ביה מקבל עליה מוכר מי שפרע" [בענין הרוצה לחזור ממקח משום שינוי השער] — עז

עז,א "באוכלוסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי" [לאו דוקא משום דחלשי אלא גם אם הביטול והעבודה שוים בעיניו] — מב

עז,ב "עייל ונפיק אזוזי" [קשה דהוה דברים שבלב, והאומדנא באה רק אח"כ] — נה

עח,א "כמוכר שדהו מפני רעתה דמי או לא תיקו" [קי"ל דאינם יכולים לחזור, וקשה אמאי לא מוקמינן בחזקת מרא קמא] — נד

קד,ב "אי מוברנא יהבינא לך אלפא זוזי" [בדברי הרי"ף דשיעור מה דאוביר חייב, מוכח דבדבר שחלק אסמכתא וחלק לא, החלק שא"ב אסמכתא קונה] — רצב

בבא בתרא

ב,א תוד"ה לפיכך "ניהמניה שעשאה כולה מיגו דאי בעי אמר ממך לקחתיה והיה נאמן" [אף שזה למפרע וזה להבא] — שיז

ו,א בשמ"ק [בהא דמיבעיא לן אי אמרינן מגו נגד חזקה, אף שמוכח שהחזקה דאין אדם פורע תו"ז עדיפא ממיגו] — כו

לד,א במרדכי סי' תקכח [בענין אאמע"ר בצירוף עד אחד] — שס, שעח

מא,ב "אית לך סהדי דדר ביה חד יומא" [בדברי הנ"י בסוגין דל"א מגו היכא דגם אחר המגו צריך לברר הספק] — שסו

מג,א "לסתלקו בי תרי נפשייהו ולידיינו" [קשה איך יכולים להקנות חלקם והא הוה כדבר שאינו ברשותו] — רפד

שם [בשטמ"ק בשם הרשב"א פירש ולסתלקו לגבי גנב או לגבי בני העיר, וק' דהגנב ודאי לא ירצה לקנות] — רפו

מו,א "מגו דאי בעי אמר לקוחה היא בידי מהימן נמי אאגריה" [י"ל דלמ"ד אומן קונה בשכח כלי אף בלא מגו דלקוח על בעה"ב להביא ראיה] — נח

מז,ב "תליוהו וזבין זביניה זביני" [בהסבר דברי הש"ך סי' שסו ס"ק ב דהמוכר קברו בני משפחתו קוברין אותו משום דזוזי אנסוהו למכור] — קמו

נב,ב תוד"ה דברים [בענין אומדנא להוציא ממון] — מב

פד,א "דא"ל אי לא אוניתן כו'" [בהוכחת הרא"ש (סי' יד) דבנתרצה המתאנה אין המקח חל אלא משעה שנתרצה ולא למפרע] — קצט

פד,ב [בדין חצר המושכרת שיש לדמותה לחצר השותפין שאינם קונים זה מזה] — פב

ק,ב "המוכר קברו כו' באין בני משפחה וקוברין אותו" [בקו' הש"ך דהא מי שציוה שלא יספידוהו שומעין לו ובתירוציו והנ"מ ביניהם] — קמו

קלב,א "בבריא היאך" [קו' על פסק הרא"ש שם דמספק לא קנתה משיטת רא"ש פרק מי שמת דלא אזלינן בתר ספק אומדנא] — נה

קלד,ב "כאן למפרע כאן להבא" [במגו היכא דהטענה של עכשיו היא למפרע ומה דהוה מצי לטעון הוא להבא נאמן] — שטז

קמז,ב [אין אדם מקנה דבר שאין בו ממש] — צ רעט

שם רשב"ם ד"ה א"ר נחמן "שהדירה אין בה ממש להקנותה ופירות דקל נמי אא"מ דשלב"ל" [משמע דלאו חד טעם הוא] — רפב

קמח,א תוד"ה שכ"מ "ואע"ג דיורש נמי דירת הבית היינו לפי שיורש גם הבית והדקל" [ק' דגם במכר ושייר לעצמו דירת הבית היורש יורשו] — לג

קמח,ב "אם כמחלק מת קנו כולם עמד חוזר בכולם" [קשה, דאולי לראשונים כיון לתת גם משום מתנה] — מד

שם "עמד חזר בכולן" [קשה דבכה"ג האומדנא שנתן רק על דעת מיתה איגלאי רק בסוף ובכה"ג הוה דברים שבלב לתו' גיטין לב,א] — מט

שם "ודילמא עיוני קא מעיין" [קו' מכאן על שיטת הרשב"א דהקנין מוכיח שהיה זה מתנת בריא] — כז

שם [בפירוש הריב"ם המובא בראש"ש דקאי על רישא דמילתא, וקשה דמספיקא איך מוציאים ממון] — ל

שם "חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת" [הטעם לחשש זה] — כה

שם בראש"ש סי' כא וסי' כג דבספק לא אזלינן בתר אומדנא [הוכחות והסבר לדבריו] — כ, רנד

שם [קושיות בענין זה] — מד, נא, נה

קמט,ב "וכמה כל שהוא" [בשיטות הראשונים בענין זה] — ל

שם "קרקע טעמא מאי" [מה הדין בשייר חוב דהלואה או דשכירות] — לג

קנ,ב "שטרא איקרי נכסי" [אך מלוה על פיה לא, בענין שכ"מ ששייר מלוה על פה] — לד

קנג,א "וחכ"א המוציא מחבירו עליו הראיה" [הוכחת המל"מ מכאן דהקנין אינו ראיה דנתן במתנת בריא] — כה

קנז,א תוד"ה דאיקני "וא"ת אימור דאמר ר"מ כגון פירות דקל דעבידי דאתו הני לא עבידי דאתו" [תי' על קושייתם] — שג

שם "משום דאלים כח השעבוד" [ביאור דבריהם] — רצט

קנז,ב "ואי ס"ד דעתך דאקני קנה ומכר לא משתעבד בע"ח אמאי גובה שבחא" [קשה דשא"ה כיון דמשעבד את הנכסים יכול לשעבד את השבח לדעת הסמ"ע בסי' רג] — שח

מרדכי סי' תקכח — שיא

הגהות מרדכי סי' תרסג — רפא, שלה

סנהדרין

ט,ב "פלוני רבעני לרצוני" [בהא דאינו נאמן במגו דלאנסי] — שיט, שעה

שם "אדם קרוב אצל עצמו ואאמע"ר" [לפי טעם זה היה נראה דבמגו נאמן] — שיג

שם "אין אדם משים עצמו רשע" — שט

שם [אם רבה ורב יוסף נחלקו האם אדם משים עצמו רשע, או בפלגינן דיבורא] — שלג, שנ

שם רש"י ד"ה רבא אמר "דאדם קרוב אצל עצמו" [לבד מטעם זה יש גם טעם דהוה נגד חזקת כשרות] — שכו, שלא

שם תוד"ה ואין אדם — שי

י,א "פלוני בא על אשתי" [קושיא על הרשב"א בשתובה סי' אלף רלז] — שפה

יט,ב "באותה שעה אמרו מלך לא דן ולא דנין אותו לא מעיד ולא מעידין אותו" [בשבועות לא,א משמע דמדאורייתא אינו מעיד, וצ"ל שמדאורייתא אינו חייב להעיד וחיקנו שגם לא יועיל עדותו, וקשה למ"ד אעל"מ] — קעו

שם "מצוה שאני" [קשה איך דוחה מצות חליצה את מצות "שום תשים עליך מלך, ומוכח או דהא דמלך שמחל על כבודו אין כבודו מחול הוא מדרבנן, או דבאמת הוא יכול למחול ורק אנו לא רשאים לקבל מחילתו] — קעז

כה,א "לדידי אוזיף בריביתא" [איך הדין באמר ליתי מבר ביניתוס] — שמ

שם "והא רבא הוא דאמר לוה בריבית פסול לעדות והוה ליה רשע" [הא דלא משני דנפסל על פי העד אחד כיון שניכר מדברי העד שקושטא קמסהיד] — שסה

שם "**רבא לטעמיה דאמר רבא אדם קרוב אצל עצמו ואאמע"ר**" [משמע דלרב יוסף אדם משים עצמו רשע] — שנ

שם [בענין אם אמרינן במגו אאמע"ר] — שטו

שם [אף דהלוה לא משמע ליה איסורא מ"מ אמרינן בזה אאמע"ר] — שכז

שם [מוכח מהסוגיא דגם בצירוף עד אחד אאמע"ר] — שעח

שם [ביאור בסוגיא] — שפב

כו,ב "**והא קא משמתינא להו**" [בהוכחת המל"מ מהנמוק"י בסוגיא דבמוכח מענינו שעשה רשעות ל"א אאמע"ר] — שכח

שם תוד"ה החשוד "**מ"ש מאוכל נבלות לתיאבון**" [מה שדקדקו לכתוב "בתיאבון"] — שלא

מו,ב "**ולא היו מתאבלין אבל אוננין**" [בכל מקום אבילות ואנינות כחדא חוץ מכאן שיש טעם בדבר] — קלב

מו,ב "**שאין אנינות אלא בלב**" [לפי זה במאבד עצמו לדעת לא שייך אנינות] — קיג

שם "**דאמר לא תספדוה להוא גברא**" [איך הדין בגדול הדור שציוה לא להספידו, אם שומעים לו] — צז

שם בתוד"ה הספידא ובחידושי הר"ן [מוכח דמניעת ההספד היא לא רק שלילת כבוד אלא גם בזיון למת]

שם בתוד"ה הספידא "**דאיכא בזיון טפי לגביה**" [ביאור כוונתם] — צח

מח,ב "**אימא עשאו והניח בו תפילין אסור להניח בו מעות**" [בעניין קו' על המג"א דלעניין ייחוד ל"א אדם אוסר דשא"ש ע"י מעשה] — רעו

שם "**והרי יפת תאר**" [קשה לס"ד מה שייך מי איכא מידי לענין זה שכשהנכרי יכבוש יהיה מותר, וגם דלפי"ז הי"ל להקשות דגם בשחיטת נכרי יהא מותר] — טז

שם "**התם משום דלאו בני כיבוש נינהו**" [קו' על תוס' חולין לג, א בענין זה] — טז

סט,א "**רוב יולדות לט' עוברה ניכר לשליש ימיה**" [בענין אבלות על ספק בן ט' לראשון ספק בן ט' לאחרון] — קי

עח,א "**טרפה מחתכי סימנים האי לא מחתכי סימנים**" [דמיון לעניין אחר] — רסח

מכות

ב,א תוד"ה מעידין אנו "**והא יכול לומר מזיד הייתי**" [הא דלא אמרינן בזה אאמע"ר] — שמז

שם בריטב"א [אין אדם גולה על פי עצמו] — שמט

ה,ב "**נמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה**" [משמע מלשון המשנה שהפסול בעדות לא בעדים] — שס

ו,א תוד"ה לאסהודי "**קשה דא"כ לא יהרג אדם לעולם דהקרובים יבואו ויאמרו לאסהודי אתינן**" [מוכח דסברי דעדים שהעידו לפני ב"ד בע"כ של הב"ד הוה עדות] — קעח

ז,א [בתי' הרא"ש סי' יג בהא דל"א פלגינן דיבורא קו' עליו מגיטין ח,ב] — שנב, שעו

שם בתי' הראב"ד [הסבר לפי"ז במחלוקת רבה ורב יוסף סנהדרין ט,ב] — שנג

ז,ב "**פרט לאומר מותר**" [ביאור לפי"ז בתוס' לעיל ב,א ד"ה מעידין אנו] — שמח

כב,א "**המנהיג שור פסולי המוקדשין לוקה שנים**" [תירוץ לפי זה על קושיית תוס' חולין עח,ב ד"ה או לרבות את הכלאים] — קסב

שבועות

כח,א "**שבועה שלא אוכל ככר זו אם אוכל זו ואכל את הראשונה בשוגג והשניה במזיד פטור**"

[בדברי המהרי"ט בדין נשבע שלא אוכל זו אם לא אוכל זו] — קנה

שם רש"י ד"ה אכל את הראשונה בשוגג "ולא קרינא ביה האדם בשבועה" [מה שלא פירש דפטור משום דעל דעת שוגג לא התנה] — קמה

ל,א "ועמדו שני האנשים בעדים הכתוב מדבר" [בהוכחת הר"ן דבדיעבד כשר, דאל"כ איך ת"ח מעיד בעמידה] — ריח

לא,א "ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזא חזי" [מוכח דמלך פסול מדאורייתא וקשה מסנהדרין יט,ב] — קעו

לג,א [ברשב"א דהנגזל יכול להקנות חפץ שביד הגזלן] — רפו

מו,א "כל זמן שטלית ביד אומן על בעה"ב להביא ראיה" [מבואר בב"ב מו דזה רק ביש לו מגו דלקוח, דיון בזה] — נח

שם בר"ן [בתי' הרמב"ן על הקושיא דלדעת הרי"ף דבתובע על המשכון צריך לישבע שבועת המשנה, א"כ גם כאן האומן צריך לישבע] — ס

הגהות מרדכי סוף פרק ג — קסג, קפג

עבודה זרה

ו,ב לפני עור בקאי בחד עברא דנהרא [תירוץ על קו' האחרונים מאי נ"מ באיסור אמה"ח לב"נ ת"ל מצד במה"ח] — ו

כט,ב "יין מנלן" [בדברי הר"ן דעיקר הטעם משום בנותיהן, והא דאטור בהנאה הוא מחשש שיחשבו שהאיסור הוא מטעם יי"נ ויאמרו שיי"נ מותר בהנאה, קו' ע"ז מהר"ן חולין דשוחט בהמת חבירו לע"ז אסור רק באכילה] — רע

מג,א "עובד כוכבים מבטל בעל כרחו" — קלח

מד,א תוד"ה כאן [ביטול בע"כ] — קלח

נב,ב תוד"ה ברוך "מדאסר לגבוה במעשה זוטא א"כ במעשה רבה יש לאסור אף להדיוט" [בקו' הפלתי על דבריהם מהגמ' חולין מ,ב "אי לאו דאמר ר"ה סימן אחד לא הוי חטאת תיובתיה"] — רסז

שם [לפי שיטתם דע"י מעשה אוסר דשא"ש רק מדרבנן מיושב הא דקיי"ל דמסכך גפנו ע"ג תבואת חבירו אינו אוסר אף דעשה מעשה] — רעד

נד,א "מתקיף לה ר' זירא אונס רחמנא פטריה" ובתוס' שם ד"ה מתקיף [הסבר בפלוגתת רבא ור' זירא דפליגי אם אונס כמאן דעבד או לא כמאן דעבד] — קמד

נד,ב "אלא כיון דעבד בהו מעשה איתסרו להו" וברש"י [מוכח דהוא איסור דרבנן וק' מחולין מ,ב] — רלא

זבחים

טז,א "מה ליושב שכן פסול לעדות" [לשיטות שפסול בדיעבד יש לבאר דהוא מטעם אי עביד לא מהני] — ריט

סט,א "אם הועילה לו שחיטת חוץ לחייב כרת לא תועיל לו לטהרה מידי נבלה" [למה לא אמרינן בזה אעל"מ] — קצד, רכה

מנחות

סג,ב "בשבת היה נקצר ביחיד ובמגל אחד" [מה עדיף עשיית איסור קל ביותר אנשים או איסור חמור באיש אחד] — רמז

חולין

ב,א תוד"ה התם "וקשה לפירושו דבסוף פ"ק דתמורה משמע דמן הדין ראוי להיות תמורה במזיד יותר מבשוגג" [ילה"ק על קושייתם דהא י"ל דיש רבותא במזיד משום דארבעים בכתפיה, ורבותא בשוגג דמהני מעשיו שלא בכוונה] — קפב

שם [הא דלא כתבו דס"ד דנימא אעל"מ] — קצב

שם [אף דגם בשוגג לוקה בתמורה מ"מ מזיד חמור יותר] — קצב

ח,א "פעמים שהשוחט אסור במסוכנת" [כתב הרא"ש סי' ט דמ"מ כשר, ואמאי ל"א בזה אעל"מ, י"ל משום שאין העבירה במעשה השחיטה כי אם במה שאוכל אח"כ ועל האכילה ל"ש לומר אעל"מ] — קצה, רב

יא,ב "היכא דלא אפשר לא אפשר" [תירוץ בסגנון זה על ענין אחר] — קכו

יד,א "השוחט בשבת שחיטתו כשרה" [בענין הקושיא דנימא אעל"מ, בענין אי אמרינן אעל"מ בשוגג] — קעט, קצב

שם [בענין הקושיא הנ"ל, י"ל דבדבר דלא בעינן דעת ל"א אעל"מ] — קצד, רו

שם [תי' לפי שי' המהרי"ט דהיכא דהאיסור לא יתוקן ל"א אעל"מ] — רט

שם תוד"ה השוחט [בקושייתם על תי' הגמ' [מא,א] בישראל מומר, דא"כ בלא"ה שחיטתו פסולה] — רסג

שם [מהוכחתם מדף מא מוכח דאף אי בפעם אחת לא נעשה מומר מכל מקום איבד חזקת כשרותו] — רג

לא,ב "מתעסק בקדשים פסול מכלל דחולין לא בעינן כונה" [נראה דהשוחט קדשים בחרץ בלא כונה חייב] — רז

שם [יש להסתפק בשחיטת קדשים בלא כונה אם הוא כנחירה ומטמא כנבלה או דרק באכילה אסור] — רח

לג,א תוד"ה אחד [קושייתם דלא שייך מי איכא מידי גבי שחיטה כיון דלאו בני שחיטה נינהו. קשה דלא דמי להא דסנהדרין, דשם איירי בכיבוש הנכרי וכאן בשחיטת הישראל] — טו

שם "הא אמר ר"י ח"ש אסור מה"ת" [מוכח דגם באיסור עשה ח"ש אסור מן התורה] — י

שם [תמיהת האחרונים מאי נ"מ באיסור אמה"ח לב"נ, ת"ל מצד במה"ח לא קשה לשיטתם דגם ב"נ חייב רק בכשיעור] — ד

לט,א "השוחט לזרוק דמה לעכו"ם" [ע"ז עיקרו במחשבה] — רס

לט,ב "שחטה ואח"כ חישב עליה" [בחשב וא"כ שחט נראה פשוט דעל דעת הראשונה הוא עושה] — רסה

מ,א "עשה בה מעשה אסרה" [אם הוא מדאורייתא או מדרבנן] — רעד

שם [קו' מיבמות פג,ב דהמסכך גפנו ע"ג תבואת חבירו לא אוסר] — רעג

שם [קו' על המג"א סי' מב ס"ק ד בעשה כיס של תפילין משל חבירו דלולי טעם דקניא אינו אוסר ואף דאיכא מעשה] — רעו

מ,ב "מחתך בעפר הוא" [מוכח מקו' הגמ' דהא דאדם אוסר דשא"ש במעשה הוא מה"ת וק' מע"ז נד,ב] — רלא

שם "אי לאו דאר"ה סי' אחד ל"ה חטאת תיובתיה, מאי מעשה מעשה רבה" [בקו' הפלתי דאף אם עולא מעשה רבה אמר, מ"מ מוכח דלגבוה גם מעשה זוטא אסור] — רסז

שם "אין אדם אוסר דבר שאינו שלו" [ק' מהא דהעושה מלאכה במי חטאת, גיטין נג] — רעה

שם רש"י ד"ה דחבריה לא מצי אסר "והא חטאת דכהנים היא" [מה בעי רש"י בזה] — רלג

שם רש"י ד"ה אין אדם אוסר [נ"מ בין הלשונות אי לל"ב אוסר גם במעשה כל דהו] — רלד

שם תוד"ה רב נחמן "אבל למאי דס"ד אתי ר"נ כו'" [משמע דאין זה ב לשונות אלא ס"ד ומסקנא וטעמם בזה] — רעה

מפתחות

מא,א "בישראל מומר" [בהשמטת הרמב"ם והב"י] — רעב

שם [בקו' תוס' לעיל יד,א דא"כ בלא"ה שחיטתו פסולה] — רסג

שם "לצעורי קא מכוין" [אם רק לעניין ע"ז אמרינן כן או גם בשאר איסורים] — רעד

שם [בשי' הר"ן דמ"מ באכילה אסורה, והיינו משום דשחיטה לע"ז היא שחיטה גרועה, קו' ע"ז מחולין פה,ב] — רעב

שם [בשיטת הר"ן דבאכילה אסורה. קו' עליו מגמ' ומסברא] — רמג

שם [בדעת הר"ן דבאכילה אסורה, קו' על דבריו דיאסר בהנאה מחשש שמא יאמרו שתקרובת ע"ז מותרת בהנאה כמש"כ הר"ן בע"ז כט] — רע

שם [מה הדין כשאומר שכיוון לע"ז] — רלו

שם [ק' דדברים שבלב אינם דברים] — רנז

שם [ק' מה סבר השוחט, הא אם יבינו שכיוון לצעורי א"כ יהיה מותר] — רסט

שם [קו' ברמב"ם שמרכיב ב' טעמים יחד גם אא"א וגם לצעורי] — רנא

שם רש"י ד"ה בישראל מומר "והה"ה דמצי לאוקמי באית ליה שותפות בגויה" [קו' על פסק השו"ע בעניין זה] — רסד

שם תוד"ה ת"ש שנים אוחזין "אע"פ שלא עשה בהן אחז שום שינוי" [בתוס' ע"ז נב,ב משמע דהא דכלים מיקרי מעשה זוטא וכאן משמע דל"ה מעשה כלל] — רסז

שם תוד"ה בישראל מומר [תי' על קושייתם על שיטת רש"י דבאית ליה שותפות בגוה ל"א לצעורי] — רסא

עח,א "השוחט אותו ואת בנו כו' שניהם כשרים" [מה שלא אומרים בזה אעל"מ] — קנח, קצד, רז, רכב, רכה

שם רש"י ד"ה שניהם כשרים "משום דבעי למיתני סיפא שניהם פסולים" [מה שלא פירש דקמ"ל דלא נאסר משום לא תאכל כל תועבה] — קנט

שם "ואימא במוקדשין אין בחולין לא" [לפי תוס' ד"ה מניין היה לו להקשות יותר ואימא דגם במוקדשין בצריך לפסחו יהיה מותר] — קס

שם תוד"ה מניין "ואין לומר דאיצטריך שאם צריך לפסח ואין לו אלא אותו שנשחט בו ביום" [צ"ב איך שמעינן מהמשנה שגם במקרה כזה נוהג איסור או"כ] — קס

שם "דהא במחוסר זמן איכא לאו ועשה ובלאו קרא לא דחי ליה עשה" [קושיא לפי שיטת הריב"א להלן קמא,א דבעשה שאינו דוחה ל"ת ועשה אינו לוקה] — קסא

שם "התיר עצמו למיתה אין לך מומר גדול מזה" [אם גם בזה"ז אמרינן כן] — רעג

שם [דוקא בעבר על ההתראה; בישוב קו' הט"ז בעניין] — רסד

עח,ב "לחלק לא צריך קרא" [בהוכחת רעק"א מתוך הסוגיא דלהלכה יש ספק אם הלכה כאביי או כרבא בפלוגתא דאי עביד לא מהני] — קסד

שם תוד"ה או "וא"ת והיכי פריך לעיל ואימא במוקדשין אין בחולין לא כו'" [יש ליישב דמשכח"ל בפסוה"מ דמיקרי כלאים] — קסב

פ,א תוד"ה חולין "ס"ד דמיפסל שני משום לא תאכל כל תועבה" [ורש"י במשנה לא פירש כן, טעמו] — קנט

פא,א "מעידנא דקא שחיט הואי התראת ספק" [לפי פי' התוס' לעיל פ,ב ד"ה שחיטה וד"ה דכל כמה ובמהרש"א מוכח דאף שריבתה תורה דאו"ב נוהג בקדשים, ומוכח דלא חששה לשחיטה שאינה ראויה לגבי קדשים, מכל מקום, אם מצטרף גם איסור אחר מיקרי שחיטה שאינה ראויה, דמיון לענין אחר] — קפט

פג,א "בארבעה פרקים אלו העמידו דבריהם על דין תורה" [קשה, דהא גם בכל ימות השנה יהיה הדין בכי האי גוונא דמעות יקנו, דהא לא שייך כאן החשש שיאמר לו נשרפו חטיך בעליה] — סב

פה,ב "פשיטא דאריא"ר כו' ואיזו זו טרפה" [אמאי לא תירץ דס"ד דחולין בפנים וקדשים בחוץ לא מטהרת מידי נבלה כיון ששחיטה גרועה היא כסברת הר"ן לעניין שוחט בהמת חבירו לע"ז] — רעב

קא,ב [אם רבנן מודו לדרשה של דם, נ"מ כדגים וחגבים] — ז

קב,א "ור"י ל"ל קרא" [מדלא אמר דבעינן לקרא, למימר דמי שאין איסור דם כדגים אין בו איסור אמה"ח מוכח דלא בהא תליא] — ט

שם "ר"מ אומר אינו נוהג אלא בבהמה טהורה בלבד" [מה דין במה"ח לר"מ לעניין זה] — יא

קב,ב פלוגתא דר"י ור"ל [נראה דתליא בפלוגתתם אם אליבא דר"מ גם במה"ח הוא רק בבהמה טהורה] — יא

שם תוד"ה שאין, אין איסור בשר מן החי רק בפירש [אם חייב על בשר מן החי רק כשפירש הבשר מן האבר] — א

קג,א "כגון שחלש ממנה אבר וטרפה בו" [לכאורה גם בלא נטרפה חייב שתיים משום אמה"ח ובמה"ח] — ב

שם [מה שלא ציירו מחלוקתם באכל אבר מן החי מן הכשרה אם חייב שתיים על אמה"ח ובשר מן החי] — א

שם "ובמיתי איסור טרפה חל אאיסור אבר קא מיפלגי" [הא דלר"ל אינו חייב מצד בשר מן החי] — ב

קג,ב רש"י ד"ה חלקו [לשיטתו ה"ה בנתמעך מבחוץ ואכלו בבת אחת חייב. מיושב בזה קו' האחרונים מאי נ"מ באיסור אמה"ח לב"נ, ת"ל מצד במה"ח] — ו

קטו,א "אמר קרא קדש היא היא קדש ואין מעשיה קדש" [במה שתירץ השער המלך לפי זה את הקושיא דנימא בשוחט בשבת אעל"מ, די"ל דילפינן ליה מהך קרא דלא אמרינן לזה, יש לדחות דמקרא זה ילפינן דאין לאסור מעשה שבת, אך אי נימא אעל"מ אין אנו אוסרים אלא שהשחיטה אינה מתרת] — רכג

שם "אותו ואת בנו ליתסר" [קו' על רש"י בדף עח,א (ר' מפתח שם)] — קנט

שם "מדאסר רחמנא מחוסר זמן לגבוה מכלל דלהדיוט שרי" [בתי' זה אפשר גם לתרץ מה שלא נאסר מדין אעל"מ] — קנח

שם [דחיית התירוץ] — רכב

שם בתוד"ה חורש "ואותו ואת בנו כו' צ"ל דניכר בהם האיסור" [מוכח דמה שניכר האיסור חמור יותר מחומרת איסור שבת] — קנט

קמא,א תוד"ה לא צריכא "ותירץ דנהי דלא דחי מיהו אם עבר על אותו לאו אינו לוקה" [קושיא לפי"ז בתוס' לעיל עח,א] — קסא

בכורות

ו,ב "סד"א הואיל ובבהמה טהורה חידוש הוא דאמר מר דם נעכר ונעשה חלב" [קשה, אולי התירה התורה רק בבישלו לשיטות דדם שבישלו אסור רק מדרבנן] — יד

שם "מדכתיב ואת עשרת חריצי החלב" [קשה אולי איירי בחלב שחוטה. (על הראיה מבב"ח לא קשה דחלב שחוטה מותר מה"ת)] — יב

יח,ב "אקנויי קא מקנה ליה מקום" [קו' על שיטת מהרי"ט דבהיה לו לפרש לא אזלינן בתר אומדנא] — כ

שם "מדבעי למילף היתר חלב בפ"ק מדאסר רחמנא חלב של פסוה"מ" [עדיין קשה מהוכחת הגמ' שם מעשרת חריצי החלב] — יב

לז,א "השוחט את הבכור ונודע שלא הראהו" [דין אכילת איסור אי שמיה אכילה] — רמב

מו,ב "כי אקילו רבנן בסופה בתחילתה לא אקילו רבנן" — שס
מט,א רש"י ד"ה דכו"ע "אלא מתנה בעלמא" [קשה דלרב בב"מ טו,ב המעות פקדון] — נו

ערכין

ג,ב "והני כהני הואיל ובני עבודה נינהו" [קושיא מסוכה דף כה דאמאי אבל חייב בסוכה והרי לא שייך גביה תשבו כעין תדורו] — קכ, קכב
שם תוד"ה ובני עבודה "דמטעם הולכי דרכים ליכא למיסטרינהו אלא בשדות" [בענין מה שלא הביא הרמב"ם דין זה דכהנים בשעת עבודתם פטורים] — קכד
כא,א [אונס בדבר שחייב בו אינו אונס] — קלז

תמורה

ב,ב "אקדושי לא אקדיש אמורי ממיר" [חילוק בין חשו"ק שאינם יכולים להמיר לבין הא דלקמן דף יז,א שממר בלא דעת] — קפא
ד,ב סוגיא דאי עביד לא מהני: ט"ו קושיות: א. שוחט בשבת. ב. עקרן תאנה מתאנתי ותיקני לי גניבותיך. ג. דשחוטי חרן לא תטהר מידי נבלה משום אעל"מ. ד. אותו ואת בנו שלא תועיל השחיטה. ה. הקורע על מתו בשבת מדוע יצא. ו. הקונה שור וחמור יחד ומשך. ז. מכר עם אונאה פחות משתות למה קונה. ח. משחרר עבדו שלא יועיל. ט. כתב גט על איסוה"נ אמאי כשר. י. מוכר בשבת אמאי קיים. יא. גט הכתוב בכתובת קעקע. יב. בהוסיף לו על המקח בשביל שיווי השער. יג. בשוחט בסכין של ע"ז. יד. במוציא שני זוגות תפילין שעובר על בל תוסיף, אמאי יוצא. טו. מקדש חייבי לאוין. — קצד-רטז
שם [י"ל בטעמא דרבא, דכיון דיש חזקה שאדם אינו רוצה לעבור עבירות אמרינן דודאי נכנסה בו רוח שטות ומעשיו הם בלי דעת] — קעט
שם "דאי סלקא דעתך לא מהני אמאי לקי" [צ"ב דודאי י"ל דלקי משום דעבר על מימרא דרחמנא] — קסט
שם [קשה דא"כ נימא דרק היכא דאיכא מלקות אי עביד מהני כדי שילקה] — רכו
שם [ביסוד המהרי"ט דל"א אעל"מ אלא אם עי"ז שנאמר דל"מ לא עבר] — רט
שם [בפלוגתא דאביי ורבא, הלכה כמ"ד] — קסג, קעט
שם תוד"ה רבא אמר "קשה א"כ שוחט פסח על החמץ לפסול, וי"ל דבירושלמי יש קרא להכשיר" [לכאורה סותרים דבריהם למה שכתבו בפסחים סג,א ד"ה השוחט] — קסג, ריז, רכו
שם "וי"ל דבירושלמי יש קרא להכשיר" [והיינו דילפינן מזבחי, וקשה אולי זבחי שהיה כבר, הסבר לפי"ז בשיטת הרמב"ם לסוברים דפסק כאביי, דמאיזה טעם פסק כן] — קעד
שם "וי"ל דלא גרע מאילו נפל בו מום מעצמו" [קשה דא"כ מאי פריך בדף ו "והרי גזל", והא בשינוי גם כן מהני גם ממילא] — רכ
שם [חי' לפי-זה על מה שקשה דעדות מלך לא יועיל מטעם דאעל"מ] — קעח
שם [מדברי התוס' מוכח דלא סברי כמה מהחילוקים שנאמרו בענין אעל"מ] — ריב, ריג, רטו
ה,א "מיתיבי אונס שגירש" [קו' לדעת הש"ך דהיכא דאפשר לעשות את המעשה בהיתר ל"א אעל"מ, דכאן אפשר לעשות בהיתר] — קפד
שם "והרי תורם מן הרעה על היפה" [מנין לגמ' דגם על מצות עשה אמר רבא דאי עביד לא מהני] — קעט

שם [הוכחה מזה דלאביי (אף שהוכחתו דאי עביד מהני דאל"כ אמאי לקי) דגם היכא דליכא מלקות אי עביד מהני] — רכז

שם קשה לפי מה שמוכח מכאן דגם במ"ע אמרינן אעל"מ, דא"כ המשחרר עבדו לא יועיל השחרור] — קצה

שם "שאני התם כרבי אילעא" [מה יהא הדין אם מצטרף לזה עוד איסור שהדין בו שאי עביד לא מהני כגון אם נשבע שלא לתרום מן הרעה] — קפז

שם תוד"ה מיתיבי "וי"ל דאתקש גירושין למיתה" [יש להוכיח מרש"י בגיטין צ,א דגם הוא סובר כן] — ר

שם [קו' על תוס' מקו הגמ' להלן בע"ב "והרי אלמנה"] — רא

שם [תי' לפי דבריהם על הקו' דלא יועיל שחרור עבד משום אעל"מ] — ר

שם [תי' לפי דבריהם על הקו' מכתב גט על איסוה"נ] — רב

ה,ב "והרי תמורה" [לכאורה יש מכאן סתירה למש"כ דהא דאעל"מ זה משום שהוא כעושה בלא דעת, והרי תמורה לא בעינן דעתו] — קפא

שם "והרי תמורה כו'" [בענין אם יש נ"מ בדין אעל"מ בין שוגג למזיד] — קצב

שם "ולאביי כו' הוא קרב ואין תמורתו קריבה" [הרמב"ם מביא דרשה זו, ויש להוכיח מזה דפוסק כאביי] — קסז

שם "והרי אלמנה לכה"ג" [קו' לתוס' ה,א ד"ה מיתיבי דאתקש גירושין למיתה דל"א אעל"מ, א"כ שוב נקיש קידושין לגירושין דהא אתקש הויה ליציאה, וי"ל דהקו' למאן דסבר דלא מקשינן רק קדושי שטר ולא קדושי כסף] — רא

שם [הא דלא משני דאיירי בשוגג] — קצג

שם "ורבא אמר התם מזה בפני עצמו ומזה בפני עצמו וסבר לה כרבי יונתן" [בהוכחת רעק"א מתוך הסוגיא דיש ספק אם הלכה כאביי או כרבא] — קסד

ו,א "והרי גזל" [קשה דהא שינוי מהני גם ממילא ול"ש אעל"מ כמש"כ תוס' לעיל ד,ב] — רכ

שם "שאני התם דאמר קרא אשר גזל" [משמע דבס"ד ידענו דשינוי קונה מסברא, וצ"ב מה הסברא] — רכא

שם תוד"ה והשתא "כגון אדם שנשבע שלא לגרש" [קשה שהרי כתבו בדף ה,א ד"ה מיתיבי דלענין גירושין ל"א אעל"מ, וי"ל דכתבו כן רק דס"ד דמקשה אך לא לפי האמת, השגה על תי' הקצות בזה] — רא

שם "אלא שהוא בדה את האיסור בכה"ג לא אמר רבא דלא מהני" [בדברי הרמ"א יו"ד סי' רל שמביא את דעת הגהות מרדכי שחולק על זה] — קסג

יז,א "עשה שוגג כמזיד בתמורה" [הוכחה מזה דאמרינן אי עביד לא מהני גם בדברים שאין צריך דעת, ודחיה דבאמת צריך דעת בתמורה, ושאני הכא דיש לו דעת אלא שהמחשבה טורדתו] — קפא

כריתות

כב,א "אין דם מהלכי שתיים טמא" [י"ל דלכן בשר אדם אין בו לאו לרמב"ם בהלכות מ"א פ"א ה"ג] — ח

אהלות

פי"א משנה א — ל

תלמוד ירושלמי

ברכות פ"ג ה"א — קל
תרומות פ"א ה"א — רס
פסחים פ"ה ה"ד — קעד
גיטין פ"ז ה"ו — קמה
קדושין פ"ג ה"א — רה

רמב"ם

ספר המצוות

שורש א' ברמב"ן [בענין אי אמרינן אעל"מ באיסור דרבנן] — קפג
שם מצוה רכז [במצות והארץ לא תמכר לצמיתות, ברמב"ן שם] — קע

יד החזקה

הלכות יסודי התורה

פ"ה ה"ד — קמב

הלכות עבודת כוכבים

פ"ח ה"ט — קלח

הלכות תשובה

פ"ג ה"ט "מומר שהחזיק עצמו לעשות אותה עבירה" [קו' מכאן על הרמב"ם הל' שחיטה פ"ב הכ"א] — רג

הלכות שבת

פי"ח ה"א בהגהת משנה למלך [דין ח"ש אם הוא רק באיסורי אכילה] — עד

הלכות שביתת עשור

פ"ב ה"ג "אע"פ שהוא אסור מן התורה בחצי שיעור" [מהא דאסור חצי שיעור גם ביוה"כ דשיעורו ככותבת מוכח דלא כתשובת חכם צבי דטעם חצי שיעור מטעם אחשביה, דאילו מטעם אחשביה, אולי החשיבו רק לכזית ולא לככותבת] — קיט

הלכות חמץ ומצה

פ"א ה"ג "אינו לוקה כו' אלא אם כן קנה חמץ בפסח" [מוכח דהרמב"ם פוסק כאביי דאי עביד מהני] — קסה
פ"ו ה"ג — קלח

הלכות שופר

פ"א ה"ג "ואם תאמר והלא נהנה בשמיעת הקול" [בהסבר רע"א שכוונת קושייתו דנימא אי עביד לא מהני] — קסה, קעב

הלכות אישות

פ"א ה"ד [בדעת המ"מ דבאיסור דרבנן אין חזקה דלא עבר] — שטז, שכו

פ"ז ה"י בלחם משנה [תירוץ על קושיתו דמקדש בשטר שאין בו שוה פרוטה ונשרף תהיה מקודשת מטעם דשמא ש"פ במדי] — עד

שם הכ"ג [בטעם חילוקו דבמקדש על תנאי וכנס צריכה גט, ואילו בפחות משוה פרוטה רק בבעל] — כג

פ"ט ה"ב "ואם אמר הראויה מכם לביאה כו'" [במה שמקשים דלרמב"ם דאת וחמור קנה מחצה לא צריך לאוקמי בכה"ג דאמר הראויה לביאה] — רצא

פכ"ד הי"ח "אמרה לו אשתו שזינתה תחתיו ברצון כו'" [אף שמפסידה כתובתה חיישינן שנתנה עיניה באחר; הוכחה דתוס' פליגי על זה] — רנג

שם הי"ט — קלט

הלכות גירושין

פ"ב ה"כ — קלז

שם [לענין כפאו ואכל מצה] — קנד

שם "ולפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות כו' ויצרו הוא שתקפו" [הסבר לפי"ז ברברי רבא דאי עביד לא מהני] — קעט

פ"ג ה"ד "אעפ"י שהעביר עליו קולמוס לשמה אינו גט" [בהא דלא פסק כרב אחא בר יעקב] — קסו, קעה

שם הי"ט במל"מ "מכאן הוכיח מהר"ש יפה דהלכתא כאביי בההוא פלוגתא דכל מילתא דאמר רחמנא כו'" [אם יש הוכחה מדבריו דגם בשוגג אמרינן אעל"מ] — קצב

שם בהגהת מל"מ ובשער המלך [בעניין אי קיי"ל כאביי או כרבא בפלוגתא דאי עביד לא מהני] — קסד

פ"ט ה"ח "שאין אונס בגיטין" — קלח

הלכות יבום

פ"ב ה"ג — קלח

שם ה"ט "בעיר אחרת" [שינה מלשון המשנה "במדינת הים"] — קה

הלכות שוטה

פ"א הי"ד [הא דעד טומאה נאמן זה רק במעיד שזינתה עם זה שקינא לה] — שמו

פ"ט ה"ח — קמא

הלכות איסורי ביאה

פ"א ה"ט — קלט
פי"ח ה"ו "כל הנבעלת כו' בין באונס בין ברצון" [מוכח דאונס חשוב למעשה] — קמו
פי"ט הכ"ב "כל שקורין לו ממזר ושותק כו' חוששין לו" [בהא דלא כתב שפסול] — שכח

הלכות מאכלות אסורות

פ"ב ה"ג [בטעם שבשר אדם אין בו איסור בשר מן החי כיון שדמו מותר] — ח
פ"ד ה"י "שהרי בשר זה מבהמה שלא נשחטה ולא מתה וכו'" [לפי טעמו באיסור בשר מן החי אין צריך שיפרוש הבשר מהאבר] — א
פ"ה ה"ה "תלש אמה"ח ונטרפה בנטילתו ואכלו חייב שתיים" [קשה גם בלא נטרפה חייב שתיים משום אמה"ח ובמה"ח] — ב
שם [בקו' הפ"ח דגם בנטרפה כבר יחול אמה"ח דהוה מוסיף] — ב

הלכות שחיטה

פ"א ה"ג "דגים וחגבים איגם צריכים שחיטה לפיכך אם מתו מאליהן כו'" על מה קאי ה"לפיכך" — ז
פ"ב הי"ז "השוחט לשם קדשים" [לדעתו החשש הוא שקודם שחיטה אקדשיה] — רנה
שם הכ"א "בד"א כשהיה לו בה שותפות" [הא דלא הביא תי' הגמ' בישראל מומר] — רנ
שם "שאין אדם מישראל אוסר דבר שא"ש שאין כוונתו אלא לצעורי" [לכאורה סותר את עצמו] — רנא

הלכות שבועות

פ"י ה"א "או שהיה המלך אחד מעדיו כו' שאילו הודו והעידו לא היו מחייבין בעדותן ממון" [למה לא אמר טעם משום שאינו חייב להעיד ואינו בנשיאות עון] — קעז

הלכות נדרים

פ"כ הי"ד "ההפקר אע"פ שאינו נדר הרי הוא כנדר" [מקור לדבריו] — שח

הלכות מתנות עניים

פ"א ה"ב "עבר וקצר את כל השדה כו' שנתינתו מצות עשה" [הוכחה מדברי הרמב"ם אלו דפסק כאביי דאי עביד מהני] — קסח, קעד

הלכות מעשר שני

פ"ג ה"ה "האוכל מעשר שני באנינות של תורה לוקה" [בענין אכילת מע"ש ואכילת קדשים באנינות] — קטו
פ"ג ה"ז "ולא מע"ש בלבד אלא כל הקדשים כולן אם אכלן באנינות של תורה לוקה" [קשה, דהא המקור לאיסור אונן בקדשים הוא בק"ו ממעשר שני, ואין עונשין מן הדין] — קלג

הלכות ביכורים

פ״א ה״ב "וכל האוכל מתנה שיש בה קדושה מברך" [על אכילת מע״ש לא מברך] — קטו

הלכות שמיטה ויובל

פי״א ה״א "ואם מכר לצמיתות שניהם עוברים בלא תעשה" [לפי מה שפירש בו הרמב״ן בספר המצוות מצוה רכז מוכח דהרמב״ם פוסק כרבא דאי עביד לא מהני] — קסח

שם [קשה לפי דברי הרמב״ן בספר המצוות דטעמא דהרמב״ם משום אעל״מ שהמכר לא יועיל כלל גם לפני היובל] — קע

שם [י״ל דכיון דהמכר עד זמן היובל לא היה בו איסור לכן עד אז אינו בטל, עוי״ל דהגדר הוא דכיון שעבר בתנאי שמכר לצמיתות לא מהני תנאו והוה כאילו לא התנה שהשדה חוזרת ביובל] — קסו

שם במל״מ [בקושייתו על הסתירה בדברי הרמב״ם מכאן להל׳ בכורות אם לוקה כשלא אהני מעשיו] — קעב

הלכות ביאת מקדש

פ״ד הט״ו [דימוי טומאה שדחויה בציבור לשבת שדחויה מפני פיקו״נ] — רמה

הלכות איסורי מזבח

פ״ד ה״ו "הנעבד כו׳ בין באונס בין ברצון" [מוכח דאונס חשוב מעשה] — קמו

הלכות מעשה הקרבנות

פ״י ה״א "אכילת החטאת והאשם מצות עשה" [ק׳ כיון דאכילת קדשים היא מ״ע אמאי אסור לאונן ניתי עשה וידחה ל״ת] — קטו

פי״ד הט״ז — קלז

פי״ח הי״ז "השוחט בחוץ בלילה חייב הואיל והשחיטה בלילה כשרה בחוץ" ובהי״ח [נראה דהוא הדין השוחט בחוץ בלא כונה חייב] — רז

הלכות פסולי המוקדשין

פי״ג ה״א "שלש מחשבות הן" [שיטתו דפיגול הוא במחשבה] — רס

פי״ח ה״א — רלט

הלכות עבודת יום הכיפורים

פ״ג ה״ה "ואחר כך מערב שני הדמים" [במה שהוכיחו מכאן האחרונים דהלכה כאביי דא״ע מהני] — קעב

הלכות קרבן פסח

פ״א ה״ה במל״מ [ביאור הדרשה בירושלמי המובאת בדבריו דילפינן מ״זבחי״ התורה קראה אותו זבחי] — קעד

הלכות חגיגה

פ"א ה"א "ואינו לוקה על לאו זה שהרי לא עשה מעשה" [לא אמרינן דעבר בקום ועשה שבא לראות בלא עולה] — שמב

פ"ג ה"א "מפי השמועה למדו הוא קרב ואין תמורתו קריבה" [דרשה זו היא כאביי בתמורה ה,ב ומשמע דפוסק כאביי דאי עביד מהני] — קסז

הלכות בכורות

פ"ו ה"ה [במה שמבואר לפי דבריו דהלכה כאביי דאי עביד מהני] — קסד, קעב

שם [בקושיית המל"מ בפי"א מהלכות שמיטה דלענין מוכר לצמיתות כתב הרמב"ם שלוקה] — קעב

הלכות תמורה

פ"א ה"ב "אחד הממיר בזדון או שהמיר בשגגה" [קו' על תוס' חולין ב,א ד"ה התם] — קצב

שם [הוכחה דאמרינן אי עביד לא מהני גם בדבר שא"צ דעת] — קפא

הלכות טומאת צרעת

פ"י ה"א "אבל אינו לוקה עד שיועילו מעשיו" [בהוכחת השער המלך מכאן דהרמב"ם ס"ל כאביי דאי עביד מהני] — קסה, קעב

הלכות גניבה

פ"ג ה"ו "עשה שליח לשחוט לו ושחט לו השליח בשבת" [במל"מ שמבאר דנחלקו הרמב"ם והטור אם בעשה שליח לשחוט בשבת אמרינן אשלד"ע, ומבאר דזו שאלה כללית היכא דגלי קרא אם הגילוי הוא על המעשה או על האיסור] — קצ

פ"ד ה"ה "שכל פחות משתות מוחלין בו רוב האדם במשא ובמתן" [בראש"ש ב"מ פ"ד סי' כ מבואר דהטעם משום שגם אחר יקבלנו ממנו ואין בו הפסד כלל] — קצו

הלכות גזילה ואבדה

פ"א ה"ט [בעניין אי קיי"ל כאביי או כרבא בפלוגתא דאי עביד לא מהני] — קסט, קעא

פ"ט ה"ט — רעט

פי"א הי"ז "ואע"פ שאינה לפי כבודו" [אין הוכחה מדבריו דת"ח יכול למחול על בזיונו, די"ל דרק כאן יכול למחול משום מצות ההשבה] — צט

פי"ב ה"ז "העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו אין לו אלא שכרו הראוי לו" [לא הזכיר הטעם משום שהוא אנוס] — פו

שם ה"ח במל"מ — שכג

הלכות חובל ומזיק

פ"א הי"א [כמל"מ בענין שנים שמחלו אחד לשני אם יסמא אחד את עין חבירו] — שא

פ"ה הי"א "שהדבר ידוע שאין אדם רוצה בכך" [קשה לפי"ז על מה שהביא המל"מ לעיל פ"א חילוק בדין זה בין אחד לשנים] — שא

פ"ז ה"י "או שהתרו בו" [אם גם בזה"ז דינא הכי] — רעג

הלכות רוצח

פ"ו ה"ה "וכן כל הרצחנים שהרגו כו' בלא התראה כו' אם הרגן גואל הדם אין להם דמים" [מקור לדבריו] — שמט

הלכות מכירה

פ"ג ה"ו "לפיכך אם היה ביתו של לוקח שיש בו החפץ הנמכר מושכר למוכר לא תקנו לו חכמים משיכה" [במ"מ בענין קנין שכירות] — פא

שם ה"ז "וכן השוכר המקום שאותן המטלטלין הנמכרין מונחין בו קנה" [מוכח דסובר דשכירות קניא, וישוב סתירה מהל' שכירות פ"ו ה"ה] — פא

פ"י ה"א — קלז

פי"ב ה"ג "שכל פחות משתות דרך הכל למחול בו" [בהל' גניבה פ"ז כתב דרוב בני אדם מוחלין בו] — קצו

פי"ג הט"ו "מפני שהוא כקונה אותו לזמן" [דיוק כלשון שכתב "כקונה" ולא "קונה". ובדין אונאה בקבלן] — עח, פ, פד

שם הט"ז "שהשכירות מכירה בת יומא היא" — עט

פכ"ב ה"א — רעח

שם ה"ג "הפוסק על שער שבשוק ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות המוכר חייב המוכר לקנות וליתן ללוקח מה שפסק" [מקור דברי הרמב"ם בב"מ עד,ב, וקשה על הכס"מ שהביא ראיה ממרחק] — עז

שם ה"ה — רעח

שם הי"ג — רעט

פכ"ג ה"ט — רעח

פכ"ד הי"ז — קלח

הלכות זכיה

פ"ט הכ"ב במל"מ [בסתירת דברי הרשב"א דהקנין מוכיח דנתן במתנת בריא] — כה

הלכות שותפין

פ"ד ה"א "בכל הדרכים שקונה לוקח קונין השותפין" [בענין איך מקנה האומן לבעה"ב את השבח שזכה בו למ"ד אומן קונה בשבח כלי] — סב

הלכות עבדים

פ"ז ה"ג "כד"א בשכתב בכל שטר משניהם כל נכסי נתונים לפלוני ופלוני עבדי" [פסק כרפרם בגיטין מב,א הוכחה מזה דהלכה כאביי בפלוגתא דאי עביד מהני] — קעה

הלכות שכירות

פ״ו ה״ה — ״אבל אם הבהמה של אחרים הזבל של בעל החצר״ [מוכח דלמשכיר יש קנין בחצר, וישוב סתירה מהל׳ מכירה פ״ג ה״ז] — פא

פי״א ה״ח — ״אם יכול לטעון שהיא לקוחה״ [אם כו״ע מודים בזה] — נח

הלכות מלוה ולוה

פ״ב ה״ד — ״מי שהוחזק רמאי והרי הוא אמור שיש לו ממון״ [איך מוציאים ממון על פי אומדנא] — מא

פ״ג ה״א — בכס״מ [בעניין אי קיי״ל כאביי או כרבא בפלוגתא דאעל״מ] — קסד, קעב

פ״ד ה״ו — במל״מ [אין אדם מע״ר כשעיקר המעשה ידוע כבר] — רמ, שיא, שמו

שם — [כשלא אמר מפורש שעשה רשעות אלא רק מוכח מענינו] — שכז

פ״ו ה״א — [בענין ח״ש בריבית] — עה

פ״ח ה״א — במל״מ (ד״ה מי שהיה) [בעניין אי קיי״ל כאביי או כרבא בפלוגתא דאעל״מ] — קסד

שם — [בענין אעל״מ איך הדין אם אחד עשה מעשה שחלקו אסור וחלקו מותר] — קפו

שם — במל״מ (ד״ה עוד נראה) [הסבר דבריו] — — קצט

פ״ט ה״ה — ״מותר לו לפסוק כשער הגבוה״ — עז

הלכות טוען ונטען

פ״ב ה״ג — ״המודה מפי עצמו שהוא חשוד כו׳ ואין ראוי לעשותו עד בתחילה״ [ביאור לפי״ז ברמב״ם הל׳ א״ב פי״ט הכ״ב] — שכח

הלכות סנהדרין

פ״כ ה״ב — — קמב

שם ה״ג — — קלט

פכ״ד ה״א — ״יש לדיין לדון בד״מ עפ״י הדברים שדעתו לומר שהן אמת״ [למה עד שראה בלילה לא ידון מטעם אומדנא] — לז

שם — ״א״כ למה הצריכה תורה שני עדים״ [קשה דבעינן ב׳ עדים להוציא ממון] — לט

הלכות עדות

פ״ג ה״ו — — שט

פי״ב ה״ב — — שט, שי

הלכות אבל

פ״א ה״א — ״ואין אבלות מן התורה אלא ביום ראשון״ [קו׳ על שיטתו דאבלות ביום ראשון מדאורייתא] — קכב

שם	בלח"מ "ואפילו נתרץ לקושיא זאת מה שתירץ הר"ן דב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה כו'" [קשה דבעילה זה קום ועשה ולא שב ואל תעשה] — קלה
שם ה"ב	"כל זמן שלא נקבר המת אינו אסור כדבר מן הדברים שהאבל אסור בהן" — קלד
פ"ב ה"א	"ומדבריהם שיתאבל האיש על אשתו" [לכן פסק בהלכה ז' דגם הטומאה לאשתו היא מדרבנן] — ק
שם ה"ג	"אשתו ארוסה אינו מתאבל עליה ולא אונן" [מקור להא דאינו מתאבל] — קלב
שם ה"ו	"כדי שיתעסק עמהן ויתאבל עליהן" [לפי דבריו דהדין ליטמא הוא כדי שיתעסק באבלות, א"כ באשה שאינו חייב באבלות מה"ת גם הטומאה אינו מה"ת] — ק
שם ה"ז	"ואינו מטמא לה אלא מדברי סופרים" ובכס"מ [אם טומאה לאשתו הוא רק מדרבנן] — ק
שם ה"ח	בכס"מ [בענין מאבד עצמו לדעת] — קיב
שם ה"ט	"אשתו הפסולה אינו מטמא לה" [לא הזכיר שגם אינו אונן לה] — קלב
פ"ד ה"ו	"מי שמתו מוטל לפניו" [בענין מאבד עצמו לדעת אם אוננים עליו] — קיב
פ"ו ה"ה	"ואסור לו לבא עליה עד שלשים יום" [כיון שאין האיסור אלא מדרבנן לא מיקרי חופה שאינה ראויה לביאה] — קכא
פ"י ה"ג	"הרגלים... אין דבר מדברי אבלות נוהג בהן" [מקור לשיטתו דברגל אינו נוהג גם דברים שבצנעא] — קכ
שם	[מאי נ"מ בין רגל לבין חתן שאסור בדברים שבצנעא] — צו

הלכות מלכים

פ"ג ה"ב	"ולא ירבה לו נשים כו' ואם הוסיף אחת ובעלה לוקה" [מה דאינו לוקה על הקדושין; הוכחה מדברי הרמב"ם דפסק כאביי דאי עביד מהני] — קסו
שם ה"ז	"אבל מלכי ישראל גזרו חכמים כו' ולא מעיד" [הוכחה מכאן דהרמב"ם פוסק דאי עביד מהני] — קסו,
שם	"מלכי ישראל גזרו חכמים שלא ידון ולא דנין אותו ולא מעיד ולא מעידין עליו" [בשבועות לא,א משמע דמדאורייתא אינו מעיד] — קעו
פ"ט הי"א	[דין בשר מן החי לב"נ] — א
פ"י ה"ב	בן נח פטור מאונס. [ישוב לפי"ז על הקו' מאי נ"מ באיסור אמה"ח לב"נ, ת"ל מצד בשר מן החי, וי"ל נ"מ בהיה אנוס על במה"ח ואכל אמה"ח] — ד

טור ושלחן ערוך

אורח חיים

סי' כה סעי' א ובמג"א ס"ק ב — קה
סי' מב מג"א ס"ק ד — רעו
סי' ס סעי' ד ובמג"א ס"ק ג — רט
סי' קסא סעי' ב — סט
סי' רד סעי' ח — קלז
שם סעי' ט ובמג"א ס"ק כ — קנא

אורח חיים

סי' שכח בב"י, שו"ע סעי' יב, מ"א ס"ק ט וט"ז
ס"ק י — רמז
סי' תלז סעי' ב — רלו
סי' תעה סעי' ד — קלח, קנד
סי' תקמח סעי' ד — צו, קכ
סי' תריב מג"א ס"ק ו — קיד

סי׳ תרלט סעי׳ א ובמג״א ס״ק ח — קכג
סי׳ תרמ סעי׳ ד — קכג

יורה דעה

סי׳ א סעי׳ א — מו
סי׳ ב סעי׳ יא — רמד, רסג
שם ש״ך ס״ק יז — רסג
שם ש״ך ס״ק ל — רמד
שם פמ״ג שפתי ס״ק ל — רמה
סי׳ ד בב״י — רג, רסב
שם בב״ח — רמג
שם סעי׳ ד — רנא, רנה, רסג, רסו
שם ט״ז ס״ק ב — רסה
שם ט״ז ס״ק ה — רסד
שם ש״ך ס״ק ה — רסג, רסו
שם פלתי ס״ק ג — רסו, רסז, רעד
סי׳ ה סעי׳ ג — רנה
שם ט״ז ס״ק א — רנה, רעא, רעד
שם פמ״ג מ״ז ס״ק ז — רנה
סי׳ סב פמ״ג מ״ז ס״ק א — ד
סי׳ פד סעי׳ טז — יג
סי׳ פו סעי׳ ג — יג
סי׳ פז ש״ך ס״ק ט — יג
סי׳ קיט סעי׳ יג — רמב
סי׳ קכז סעי׳ א וד ובט״ז ס״ק ד — רלז
סי׳ קמו סעי׳ ה — קלח
סי׳ קס בב״י (ב״ה) — קמג, קנו
סי׳ קסו סעי׳ ב — עו
סי׳ קסט סעי׳ כה — שכב
סי׳ קעה סעי׳ ז ובש״ך ס״ק יב — עז
סי׳ קפ סעי׳ ט — עד
סי׳ קצח סעי׳ יז ובש״ך ס״ק כא — סט
סי׳ ריח סעי׳ א — רנח
סי׳ רכא ש״ך ס״ק מח — סז
סי׳ רכט סעי׳ ב, ובש״ך ובט״ז — קפה
סי׳ רל — קסג
סי׳ רלב בב״י בשם הריב״ש — קנה
סי׳ רנח סעי׳ י — רפב
שם ט״ז ס״ק ו — רצב
סי׳ שמ בטור — קכט
שם בב״י — רט
סי׳ שמא סעי׳ א — קיא, קיד
שם בב״י ובשו״ע סעי׳ ה — קלד
שם ט״ז ס״ק ו — קב
סי׳ שמד סעי׳ י — צז, קמו
סי׳ שמה סעי׳ א וה ובש״ך ס״ק א — קיא, קיג
סי׳ שמח סעי׳ ב — קיב
סי׳ שסד סעי׳ א — רעז
סי׳ שסו סעי׳ א ובש״ך ס״ק ב — קלח, קמו
סי׳ שעג בב״י ובשו״ע סעי׳ ד — קלב
סי׳ שעד סעי׳ ד — קלב
שם סעי׳ ח ובט״ז ס״ק ג — קט
סי׳ שצו בב״י — צו
סי׳ שצז ט״ז ס״ק ב — צא
סי׳ שצח בטור — קלד
סי׳ שצט סעי׳ א׳ וב׳ — צו

אבן העזר

סי׳ ב סעי׳ ד — שכח
סי׳ ג סעי׳ ח׳ וט — קיא
סי׳ ו ב״ש ס״ק כג — קלט
סי׳ יז סעי׳ ג — שמו
שם סעי׳ נח — קמג
שם חמ״ח ס״ק ט וב״ש ס״ק י — של
שם חמ״ח ס״ק טז וב״ש ס״ק כ — שי, שמה
סי׳ כז ב״ש ס״ק ב — קמא
סי׳ כח סעי׳ טו ובחמ״ח ס״ק כז — נח, סב
שם ב״ש ס״ק טז — רפ, רפו
סי׳ מ סעי׳ ל ובחמ״ח ס״ק יד — רצט
סי׳ מא סעי׳ ג — רצא
סי׳ נ בטור — נא
סי׳ נד בב״י — רצב
סי׳ קו סעי׳ א — נו
סי׳ קטו סעי׳ ו — שט
שם סעי׳ ז ובחמ״ח ס״ק כה וב״ש ס״ק לג — לח, רמא, שלה
סי׳ קיח סעי׳ יט — קמב
סי׳ קלד סעי׳ ד — קלז, קנו
סי׳ קמ בב״י — קנא
סי׳ קמא סעי׳ סח — צה
סי׳ קמד בב״י — קמב, קנא
שם בשו״ע סעי׳ א — קלח, קמב
סי׳ קסד סעי׳ ו — קיא

סי׳ קסו סעי׳ ז — קלח
סי׳ קסט סעי׳ מד — קכז
שם סעי׳ נ — פו
סי׳ קעח סעי׳ טו ובב״ש ס״ק יא — שמו

חושן משפט

סי׳ ג ש״ך ס״ק י — שלח
סי׳ טו בב״י — נז
סי׳ כב סעי׳ א — שלח
סי׳ כט בב״י — שיא, שכא, שמג
שם סעי׳ ב — רמא, שי
סי׳ לד סעי׳ ג — שמה
שם סעי׳ י — שיח
שם סעי׳ יח — שנא
שם סעי׳ כג — מו
שם סעי׳ כד — שסה
שם סעי׳ כה — שט, שכח, שלא
שם סעי׳ כו — שמ
שם ס״ק סד — שלג
שם סמ״ע ס״ק נו וש״ך ס״ק כג — שסז
שם נתיבות ס״ק ה — רכ
סי׳ לה קצות ס״ק ד — שלב
סי׳ לח בב״י — שג
שם סעי׳ א — שי
סי׳ לט ש״ך ס״ק ל — שמב
סי׳ מב סמ״ע ס״ק ז וש״ך ס״ק ו — שמד
סי׳ מו סעי׳ לז — שט, שי
שם סמ״ע ס״ק ק — שיב, שלח
סי׳ מט סעי׳ י — רצט
סי׳ סט סעי׳ ב — מ
סי׳ עב סעי׳ יט — מ
סי׳ עח סעי׳ א — שכב
סי׳ פא סעי׳ ג וסעי׳ ה — פו
סי׳ פב ש״ך דיני מגו אות כד — שיא, שעה
סי׳ פו סעי׳ ה — שיח
סי׳ פט סעי׳ ה — נח
סי׳ צב סעי׳ ה — שט, שי, שכח
סי׳ צט סעי׳ ה — מא
סי׳ קז סמ״ע ס״ק ב — קעב
סי׳ קכג סמ״ע ס״ק י — מא
סי׳ קמט סעי׳ ו — מא
סי׳ קנא סעי׳ ג — קלז
סי׳ קעה סעי׳ לב — קלז
שם סעי׳ נג — קלח
שם סעי׳ ו, נג, נז ונח — מג
סי׳ קעו סעי׳ מח — קמב
שם סמ״ע ס״ק ב — סב
סי׳ קעז סעי׳ יב — שכב
סי׳ קפא סעי׳ ב — שכב
סי׳ קפג סעי׳ ב — שכה
סי׳ קצ סעי׳ יא וטו — מב
שם סעי׳ יג ובט״ז — נד
סי׳ קצח סעי׳ ה ובש״ך ס״ק ח — פב
סי׳ ר סעי׳ א ובסמ״ע ס״ק א — פב
שם סעי׳ ז — סב
סי׳ רג סעי׳ י — קפו, רצא
שם סמ״ע ס״ק יט — רפ, רצ, שג, שח
סי׳ רה סעי׳ א — קלז
שם בבד״ה ובשו״ע סעי׳ ב ובסמ״ע ס״ק ח — קנו
שם סמ״ע ס״ק א — קמז
שם סעי׳ יב — קלז, קנו
סי׳ רז סעי׳ יא — שה
שם סעי׳ יט — רפב, רצב
שם סמ״ע ס״ק נג — רצג
סי׳ רח ובש״ך וט״ז — קנט, קסד, קפג, קפד, קצה, ריג, ריד
שם בקצות החשן — רא
סי׳ רט סעי׳ ד — עז, רעח, רעט, רפ, רצ, רצג, רצט
שם סעי׳ ה — רעט, שו
שם סעי׳ ו ובש״ך ס״ק יג — עז
שם סעי׳ ח — רפ, רפא, רצג, רצט, שה
שם סמ״ע ס״ק כא — שא, שה
שם בקצות החשן ס״ק ד — רצז
סי׳ רי סעי׳ א — ש
סי׳ ריא סעי׳ א — רעח, רפג
סי׳ ריב סעי׳ א — רעט
שם סעי׳ ב — רצד
שם סעי׳ ז — רפג, רצח, שח
שם סעי׳ ח — שו
סי׳ ריג סעי׳ א — רעח, רצז
סי׳ ריז סעי׳ ז — קלח
סי׳ רכז סעי׳ ג — עו, רי
שם סעי׳ ו ובסמ״ע ס״ק יד — עב, קצו, רי
שם סעי׳ ט — עז

ספרי ראשונים ואחרונים