

מִי־מִבְּהִלְכָּה בֵּין מֶרֶן הַגָּאוֹן בְּעַל חֲזוֹ"א וצ"ל, לְבֵין מֶרֶן הַגְּרָאבִּי וצ"ל.

מֶמֶרֶן הַגָּאוֹן בְּעַל חֲזוֹ"א וצ"ל

^[אוצר החכמה]

(א) קונו' ד"ס סי' א' סק"ב תמה על פי' הכ"מ והחליט דעת הר"מ דלא בעינן שיהי' כרת וחטאת אלא בשרש הדבר שנחלקו ולא בפרט שנחלקו בו. והדברים תמוהים דאין באיסור הנאה של חמץ כרת לעולם אלא באכילתו. ואין כרת בחמץ בערב הפסח אף באכילתו בשש ולמעלה. ומנין לי' לרבנו דכל זה בכלל דבר שזדונו כרת משום דחמץ בפסח בכרת באכילתו, ואין דרך רבנו לחדש דברים בלי מקור בגמ'. ובגמ' אמרו סנהדרין פ"ז א' דיליף דבר דבר מפר העלם דש"צ וחתם אין מביאין על חמץ בערה"פ לא על אכילתו ולא על הנאתו. ואם היה כונת הר"מ כן היה מתחלה מבאר עיקר הדבר דכשנחלקו באכזריהו דאיסור כרת נמי פני, ולהוסיף דאפי' בדברי סופרים. ועוד דלא שייך אכזריהו אלא בחקיל האסור אבל באסור את המותר הלא לא הורה כלל באכזריהו, וכי בשביל שאסור חמץ בשעה שמותר נעשה אכזריהו, ומה לי אסרו בשעה חמישית ומה לי אסרו בפורים. אמנם בדקדוק ל' רבנו מבואר אמתת פי' מרן ז"ל דלמה נקט שעה ששית ושעה חמישית הו"ל למימר בלשון קצרה שהתיר באכילה או שאסר בהנאה בשעה חמישית. או הו"ל למימר שאסרו ברביעית או שחתירו בחמישית, וכזה היה מתבאר היטב כונת הר"מ דמשום אכזריהו, שהרי לענין קדושין אין נפקותא כיון שמותר בהנאה ולא נחלקו אלא באכילה. אלא ודאי כפי' מרן ולא מש"ל אלא בהנאה ולא יתכן איסורו אלא בשעה חמישית והיתרו בשעה ששית. ומש"כ דל' הר"מ לא משמע כפי' הכ"מ והיינו במש"כ בדבר שזדונו כרת נראה דל' הגמ' נקט רבנו דקרי דבר שזדונו כרת כל דבר שמביא לידי כך וסמך רבנו כמה שיבארנו בסמוד. ואי משום דנקט חמץ בפסח, משום דבזה מפורסם איסור דרבנן נקטי'. ואדרבא משום דבי"ד ליכא כרת ובהנאה ליכא כרת אין מקום לפעות בו ולכן לא נמנע רבנו למנקטו. ומל' הרמב"ן שהובא בד"ס שם ס"ק י"א מבואר שפי' דעת הר"מ כהכ"מ דהר"מ חייבו משום שאפשר לבוא לידי איסור כרת. דלמש"כ בד"ס שם שאין גרם הפסד השיווי מקרי דבר המביא לידי דבר שזדונו כרת, אף בנחלק על הקדושין אינו חייב וכסברת הרמב"ן כיון שאין חולק בדיון קדושין אלא בדיון איה"נ. אלא טעם הר"מ משום דאיהו גופי' אכזריהו דכרת. אלא ודאי דעת רמב"ן כפי' דברי הר"מ כהכ"מ. ועיקר הסברא דגרם הפסד שיווי לאו כלום הוא מבואר בתו' פ"ז א' ד"ה ורשב"ל, דלא ס"ל הכי, וכ"כ שם פ"ז ב' ד"ה בפלוגתא. מיהו הר"מ לא ס"ל סברת התו' ממש"כ ספ"ד זה אומר שהור' וזה אומר שני לסומאה. (ואפשר הטעם דממ"נ אי נהגו כהממרא במקום הקדושין גם לחכמים אין כאן קדושין דהרי אין כאן שוה פרוטה ולא תהא סיבת הוראה הממרא גריעה מסיבות אחרות שהזילו דבר מן הדברים. ואי לא נהגו כהממרא גם להממרא יש כאן קדושין כיון ששוה פרוטה כאן, וממון חשיבא כיון דחזיא להסקת, ואכתי צ"ע).

ומלבד האמור לעיל נראה להכריח פי' מרן ז"ל דהנה בד"ס החליט דהר"מ פליג על התו' פ"ז א' ד"ה ורשב"ל. ונראה דדברי התו' מוכרחין דלר"מ דיליף דבר דבר בעינן שיוורה בדבר שבאמת חייבין על זדונו כרת, ולא שיבדה מלכו כרת בדבר מן הדברים דא"כ מש"ל בכל התורה שהחמיר לחייב כרת. וכן הוא בהדיא בגמ' דאי להאי גיסא קשרי כו' ואי להאי גיסא כו' ואי לא בעינן רק שיהא הנדון בדבר שזדונו כרת לא שייך כלל האי גיסא והאי גיסא. אלא ודאי דאוסר המותר אין כאן הוראה בדבר שזדונו כרת. וטעם הר"מ דחייבו בהחמיר דכיון דהחמיר לחייב חטאת אותה הבהמה שהקדיש לחטאת אין מקדשין בה והרי התיר קדושין וכ"כ הלח"מ. ואין לנו לחלק רבותנו הראשונים ז"ל בכדי וא"כ ע"כ טעם הר"מ באסר חמץ בחמישית משום קדושין.

[אמ"ח 1234567]

ואין דברי תו' אלא לר"מ אבל לשאר תנאי שפיר י"ל דאין נ"מ בין הקיל להחמיר, וכמו שדקדקו בדבריהם "ואין כאן דבר שזדונו כרת".

(ב) ד"ס סי' ב' [ס"ק ה'] כ' דטעם שאין לאמורא לחלוק על המשנה, משום שהסכימו בה רוב חכמי ישראל, וכן בגמ' בזמן רבינא ור"א, ובזמן חתימת התלמוד היה להם כח לחלוק על המשנה, וגם עכשיו אם יתקבצו כל חכמי ישראל יוכלו לחלוק על הגמ' והדברים אסור לשומעו. ולדברים האלה אין חילוק בין תנא לאמורא כלל אלא שאירע הדבר שבזמן המשנה נתקבצו חכמי ישראל כלן או רובן. ונצטרך לומר שכל דין המוזכר במשנה נמנו עליו ומצאו עליו הסכמת רוב החכמים, בין שהוזכר בשם אומרו ובין שנשנה סתם, וא"כ אם נשנה במחלוקת של יחיד ורבים, זה אות שהסכימו עליו חרבים, וא"כ אין כח לאמורא לפסוק כיחיד שבמשנה. ועוד איך פסקינן כברייתא נגד המשנה, והלא ע"כ ר"ח ור"א לא תנו רק מה שהסכימו עליהם רוב, דא"כ איך יתכן שיחלקו ברייתא ומתני'. ועוד למה לא יחלוק אמורא על תנא שבברייתא. ועוד הלא הרבה פעמים אמרינן מתנ' יחידא הוא וע"כ שרבי שנה הרבה ממה שלא נמנו עליו, וא"כ לעולם אפשר לחלוק כיון שאין ידוע החלטת כ"ד הגדול הראשון. ועוד מאי האי דאמר רב תנא הוא ופליג אם הסכימו כבר הרוב על דין זה א"א לחלוק אף שהוא תנא, ואם לא הסכימו עליו רוב אף אמורא יכול לחלוק. ועוד אם בזמן הגמ' כחתימתם היו יכולים לחלוק למה בטלו דברי אמורא כשביל תנא נהי דאמורא בזמנו לא היה לו כח לחלוק. אבל בזמן רור"א שפיר היו יכולין לפסוק כאמורא נגד תנא, ואין כלל שם תנא ואמורא לפני רבינא ור"א. אבל האמת כזה שדור שאחר המשנה ראו את מיעוט הלבבות נגד בעלי המשנה וידעו לבטח שהאמת לעולם עם הראשונים, ואחרי שידעו אמתת הדבר שאי אפשר שישיגו הם האמת מה שלא השיג אחד מן התנאים, לא היו רשאים לחלוק והיו רק שונים את כל דברי התנאים שקדמום. וגם מחתימת התלמוד בטלו דברי אמורא שאמר מחמת העלמת דברי התנא, ורק רב ברחב לבבו לא נתבטלו דבריו. וכל הסכמותיהם היה בהשגחת הכורא ית' ובהופעת רוח הקדש וכבר הסכים הקב"ה על ידן כדאמר ב"מ פ"ו א' רבי ור"נ סוף משנה וכן היה בדור של חתימת התלמוד. וכן אמרו שם רבינא ור"א סנה הוראה. ומש"כ מרן שקבלו כן לא טובה וחסד עשו עם הראשונים אלא האמת חייב אותם כי איך נעשה על דעתנו אם ידענו שדעתנו קצרה והאמת אין אתנו, וכה אנו עושין נגד הראשונים ז"ל. ובאמת הלא כל

התורה בסיני נתנה אפי' מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש, והתנאים החזירו מה שנשכת, ועד זמן רבי לא נתגלה הכל אבל בסוף משנה כבר נתגלה כל מה שראוי להתגלות ולא יתגלה דבר מחודש אלא נרמז הכל באחד מדברי התנאים. וכן נתגלה המשנה מדור ראשון של אמוראים עד דור האחרון, ועלינו חלקנו רק במה שנזכר בדברי האמוראים, והיה הדבר מקובל בידם כדאמר בב"מ שם. ואמרו ע"ז ט' א' שני אלפים תורה ורמזו על התנאים שכל האלפים דשם תופשים מעט משנים שאחריהם.

ובעיקר הדבר שא"א לחלוק על ב"ד הגדול אף בדור שאחריהם, אין הדבר כן, אלא כל ב"ד יכול לחלוק על ב"ד הגדול וכ"ה בר"מ רפ"ב ועמד אחריהם ב"ד אחר כו' משמע דאפי' ב"ד שלאחר חורבן על ב"ד שבפני הבית וכמו שסיים שנאמר אל השופט וגו' כימים ההם כו' אחר ב"ד שבדור. ואם היה דעת הר"מ שא"א לחלוק על ב"ד הגדול אלא ב"ד הגדול לא היה מונע מלבאר דין גדול כזה, ומנין לנו לומר כן כיון דכל ענין ב"ד הגדול שבתורה נאמר בה כימים ההם דוקא לדורם. אלא ודאי כונת הר"מ כל ב"ד, ולכך כ' ברישא ב"ד הגדול ובסיפא כו'.

ג) ד"ס סי' ב' [ס"ק ג', ד'] ב' דלכך אם מצאנו בבית פאגי והמרה עליהן פטור משום שהן מיעוט החכמים, אבל אם היו רוכן הרי הן כב"ד הגדול אף שאינן במקומן. והדברים סתומין, ודאי חייבין לעשות כב"ד הגדול אף אם הורו בזמן שלא היו במקומן אלא שאין זקן ממרא נהרג על המראה זו, וכמבואר בר"מ פ"ג מה' ממרים ה"ז וכל אלו זכו"כ שהן פטורין מן תמיתה כו'. ולענין זקן ממרא ודאי אף שאין מן החכמים החולקין עליהן, אלא כלן הסכימו עמהן אין זקן ממרא נהרג אם הוראתן לא היתה בלשכת הגזית.

והנה ב"ד הגדול היה בכל זמן התנאים אחר חורבן עד רבנו הקדוש כדאמר ר"ה ל"א וברש"י שם ד"ה בית שערים. וכ"ה בר"מ פי"ד מה' סנהדרין ה"ב. ויש לעי' א"כ היו כל חכמים כפופין לב"ד הגדול ולמה נחלקו התנאים. וי"ל דאח"כ אי היו עומדין למנין היו נזהגין כסנהדרין אבל לא עלתה בידם לעמוד למנין שהיו הסנהדרין מפורזין מפני עול הגלות וצרות המלכות והיו גזרות על עסק התורה ועל הסמיכה. ואף אם היו עומדין למנין לא היה מועיל אלא לדורם. ועוד נראה דב"ד הגדול שבירושלים מימות משה רבנו ועד שגלו היה ב"ד הגדול בחכמה ובמנין מכל בתי דין שבישראל שכן היה סדר המינוי שהגדול מכל חכמי הדור היה נכנס לסנהדרין כמבואר בר"מ פ"ב מה' סנהדרין ה"ח, ולפיכך הוא ב"ד שמתמנה לכל ישראל בזמן שכל ישראל מצוין לעלות לירושלים ולשמוע הוראתן. ודין זה אינו מדין כח מיוחד שניתן לב"ד שכלשכת הגזית, אלא בכל זמן כדאמר יבמות י"ד א' דאי הוי ב"ד של שמאי רובא חייבין ב"ד של הלל לעשות כדבריהן. אבל בזמן הגלות שאין כל ישראל יכולין לבוא אל מרכז אחר וכל מדינה יש לה חכמיה ומזדמן שיש בתי דינים שקולין שאי אפשר היה להכניס גדולי החכמים כלן במקום אחד ולפיכך אפשר היה לר"א בר"ש וב"ד לחלוק על רבי בבית דין, אף שרבי וב"ד ב"ד הגדול היו ואילו נבנה ביהמ"ק היו נכנסין ללשכת הגזית וכזה היה מתמנין לב"ד לכל ישראל והיו כל ישראל חייבין לשמוע להן ואף אם הוראתן היתה בשעה שלא היו כלשכת הגזית, דעיקר בזה המינוי כדאמר ר"ה כ"ה א' שעמדו ב"ד כו' שם ב' נתמנה

פרנס כו' אבל בגולה שאין תורתן והוראתן יכולה להגיע לכל ישראל אינן כ"ד הגדול למקומות שאין תורתן מגעת.

אמר החכם

(ד) כ' עוד בר"ס שם בביאור ל' הר"מ בהקדמתו לס' היר, דלפיכך אין חולקין על חגמ' משום דהיו בהתימחה רוב חכמי ישראל ודינן כב"ד הגדול, ואין ב"ד פתם חולקין על ב"ד הגדול שבדור העבר. [וכבר נתבאר שאין הדין כן] ואין זה אמת שאין ב"ד הגדול רק סמוכין ומנווין לכך ואין זקן ממרא נהרג על המראת כל חכמי ישראל ואין יוצאין למלחמת הרשות וכל הדברים שנשנין במשנה אינו נהג בכל חכמי ישראל, ומ"מ חייבין כל ישראל לשמוע להן כמו שחייבין בני העיר לשמוע לב"ד שלהן, וגם אין ב"ד יכולין לחלוק עליהן כדין אחרי רבים דהטות וכדאמר יבמות י"ד א' וכמ"ש"כ לעיל. ועיקר כונת הר"מ לבאר הברל תקנת התלמוד בתקנתם ובגזירותיהם, מתקנת הגאונים. דלענין דין התורה הדבר פשוט שאנו מוצאים את לבבנו לחלוק על גאון שאנו בערכו ובדמיונו. אבל אין אנו מוצאים לבב לחלוק על חגמ' שאין אנו מבינים גם את דבריהם לאשורן ולא ירדנו לעיקרי השמועות והנדונים ולזה רמז הר"מ באמרו ואחר כ"ד של ר"א כו' נתפזרו ישראל כו' וביאר איך נתמעטה התורה ולא נמשלה לתורת הראשונים כלל. וכן פיים בסוף דבריו ז"ל והם ששמעו הקבלה בעיקרי התורה בלתי. וזוה מוכן לכל שמה שאנו משיגים מחיבור חגמ' לא יפסיק לנו חכמה גדולה כמחמם ולדמות להם, אלא לענין תקנות שחייבין לשמוע לב"ד הראשון ואין ב"ד אחרון יכול לבטל תקנת ב"ד הראשון אף בזמן הגאונים, ומ"מ אין כל המדינות מתנהגין במנהג אחר, ומנהגי חגמ' כופין לכל. ולזה ביאר דתקנותיהן היו ע"פ ב"ד לכל ישראל, אבל תקנת הגאונים לא היה כח בהן לתקן אלא למדינתם שהיו ב"ד ממונין עליהם. ואי טעם הר"מ משום ב"ד הגדול ונתנו טעם שא"א לחלוק בדין חגמ', למה א"א להכריע בפלוגתת אמוראים כמו שאפשר להכריע בין ב"ד הגדול שנחלקו ביניהם, ולמה א"א למפשט בעיא שהעלו בתיקו, וכי ב"ד הגדול שאמרו אין אנו יודעים, אין ב"ד שאחריהם שאינו ב"ד הגדול רשאים לברר הדבר, ולמיקם על הכרעה בדבר.

(ה) ד"ס סי' כ' סק"ז כ' דתו' סנהדרין פ"ז א' נעלם מהם ירושלמי מפורש שהביאו הם בעצמם בע"ז ל"ו. וכן הרמב"ן העלים עין מירו' זה ועוד אחר שהביאו רמב"ן בעצמו ביבמות פ' האשה, שמבואר שיש זקן ממרא בדרכנו, ואפי' בזקן מחמיר. ואין הדבר כן דלאו חיוב זקן ממרא קאמר אלא איסור המראה קאמר דכלהו תלמידי דרבי הוה, ולא היו חולקין על רבי ובית דינו, וכמבואר בהדיא ר"ה כ"ה א' דאפי' ר"י היה חייב לנהוג כר"ג ובית דינו ולשאת משא ביוה"כ שחל להיות בחשבונו. ואע"ג דאמר בספרי שאין חייבין מיתה על המראה של ב"ד יבנה, מ"מ איסורא איכא וכמבואר בר"מ ובס' החינוך. ומש"כ בר"ס שם שידע שהסכימו רוב חכמי ישראל, עיי"ש בירו' כב' המקומות דמבואר דשמעו עכשו בשם רבי ותו לא.

(ו) סי' ה' ס"ק י"ח הק' איך עשה ר"א בדבריו לעשות פחמין לעשות ברזל נגד רבים יתירץ דלא העריך עדיין ר"א טענותיו לפני הרבים ורשאי בכה"ג אף להקל ולפ"ז הורו

ב"ד שזה חלב אע"ג דהן ב"ד הגדול רשאי תלמיד יחידי לאכלו אם סוכר שאינו חלב מפני ספיקו אולי יקבלו דבריו. ואף אם אח"כ לא הועילו לו טענותיו לפני ב"ד אינו נענש. ולא כיון לזה הרמב"ן כלל, אלא דחייב להחמיר אבל חלילה להקל, והוא נהרג על זה כיון שאמרו שזה א"א, אלא עיקרו של דבר שלא נאמר בתורה אחרי רבים אלא בישיבת ב"ד ואין ב"ד יותר מע"א לעולם, ולפיכך כל בני העיר עושין ע"פ ב"ד המנוי עליהן, והם חותכין ע"פ הרוב. וכן ממנין כל השבט ב"ד יותר גדול על כל השבט, ואם ב"ד השבט נחלקו עם ב"ד העיר עושין כב"ד של שבט. ועוד ממנין ב"ד הגדול על כל ישראל ואם נחלקו עם שאר החכמים הלכה כמותם שהן הב"ד ופה וגדולים בחכמה ובמנין דחיינו רוב תלמידים שהם חכמי ישראל כמש"כ הר"מ ה' ממרים דזה מקרי גדול במנין. ובזמן שאין ב"ד הגדול לכל ישראל וישראל מפוזרין ב"ד שבעירם הם להם כב"ד הגדול שאין להם ב"ד אחר, ואף אם יודעין בדיון מן הדינים שרוב בתי דין במקומות מפוזרין חולקין על ב"ד שלהם אין עושין אלא כב"ד שלהם. וגם ב"ד אין רשאים לעשות נגד דעתם מפני ב"ד אחרים שהן רוב חכמים כיון שאינן ב"ד הגדול ודין רוב ליכא כאן, ולפיכך היה ר"א עושה במקומו כדבריו. והא דאמרו בגמ' יחיד ורבים הלכה כרבים אינו רק לאחרים שאינם יודעים עם מי הצדק והם אין להם חכמה לחוות דעת מלכם, והולכין אחר הרוב כמו שהולכין אחר ב"ד היותר גדול וכמו שהולכין אחר רב באיסורא ואחר שמואל בדינא. והיינו דאמרו בגמ' פשיטא יחיד ורבים הלכה כרבים מ"ד מפתבר טעמי דפלוני כו' וכי מפתבר טעמי מאי הוי הלא הלכה כרובן דסנהדרין אף אם יאמר החכם שבעיר דמפתבר טעמי דמיעוט, אלא דלאו מדין אחרי רבים אתינן עלה ואי מפתבר כיחיד יש לפסוק כיחיד וכמו שפסקו אמוראים הרבה פעמים כיחיד. והא דאמר יבמות י"ד א' לא עשו דהא ב"ה רובא משום דב"ש וב"ה היו יחד וכל ישראל שבמדינה ההיא היו נהנין מתורתן וכדאמר שם בב' ב"ד בעיר אחת דמו, וממילא ב"ד היפה הוא עיקר הב"ד וחייבין לשמוע להן. ובזה ניחא דנסתפקו אי אזלינן בתר רובא או בתר חידודי ואילו בכל ב"ד לעולם אזלינן בתר רוב ולא נסתפק אדם מעולם שלא יכריעו הרחוקים מהנשיא את הקרובים אליו שהן תמיד הגדולים, וגם הנשיא ואב"ד בטלה דעתם ברוב, אלא כאן אין כאן דין רוב אלא מי שהוא עיקר הב"ד ובזה נסתפקו. ובזה ניחא דלא חזרו מהוראתן רק לא עשו במקומן של ב"ה אבל אם יצאו למדינה שאין תורתן של ב"ה מגעת היו עושין, וגם היו שונים כאן לתלמידיהם כדעתם. ובזה ניחא הא דאמרו הרוצה לעשות כב"ש עושה כב"ה עושה, ולא אמרינן בשל תורה הלך אחר המחמיר, אלא במקום ב"ש וב"ה יכול לקבל עליו ב"ד אחד מהם.

(ז) ד"ס סי' ה' ס"ק כ"ג תמה על הרמב"ן שהביא רא"י שהיחיד כנגד המרובין חייב להקל אף שכלבו שטעו מהא דר' יהושע, שאני קידוש החדש ראפי' מוסעין ואפי' הוזמו העדים לא בטל הקידוש. ובאמת מבואר במשנה שם, דר"ד ב"ה אמר לי' לר"י דצריך לשמוע לר"ג בלא טעמא דאתם ואפי' מוסעין וכן בגמ' מבואר שר"ע נחם אותו בזה אבל ר"י היה מחזיק מקדם שהוא מוכרח לציית לר"ג. ולכאורה קשה למה לי' לר"ד ב"ה טעם דמה שעשה עשוי שכל שלשה שעמדו בו' תיפוק לי' משום אתם אפי' מוסעין. ועוד מה חרד ר"י כל החרדה ואמרו בברכות כ"ז ב' דצערי ר"ג לר"י ואיך נהג ר"י מוצאי יכ"ס קרש וכן ר"ד ב"ה ור"ע

כלן נהגו בו קדושת יוהכ"פ. אבל הענין כך הוא דהתם ר"י ור"ד היה להם לכל אחד ישיבה ותלמידים והם היו ב"ד כר"ג אלא שהיה נשיא וממונה לישראל, וכשהחליטו ר' יהושע שהחדש מעובר אי לאו שהן חייבין לשמוע לב"ד של ר"ג משום שהיו גדולין בחכמה או במנין או שקולין ומשום שר"ג נשיא חייבין לנהוג כמותו בעירו ובמדינתו היכי שהחולקין שקולין היה הדבר ספק דכי היכי דקרינן כר"ג ובית דינו אתם אפי' מוטעין הכי נמי קרינן בבית דינו של ר' יהושע, והרוצה לעשות כדברי ר"ג עושה כר' יהושע עושה, או בשל תורה הלך אחר המחמיר, ור' יהושע ובית דינו היו חייבין להתענות כמוצאי יוכ"פ של ר"ג, אלא דכיון דהוכרע הדבר כר"ג נחמתו ר' עקיבא דחלוק דין ק"ה מהתרת חלב דהתם פשנודע בחטאת אבל הכא מה שעשה עשוי אף שיש ב"ד שידעו האמת בזמנו ולא היו מוטעין. ושפיר מביא רמב"ן דאי היה צריך היחיד להחמיר היה ר' יהושע צריך להחמיר משום שהוא עובר את החדש והאמת מכריע כמותו, אלא שהיחיד צריך להקל כב"ד ואין רשאי להחמיר. וכזה אפשר לפרש דר"ע חדש לי' לר"י רשייד אתם ואפי' מוטעים אפי' בכה"ג ור' יהושע היה סבר דכה"ג ליכא אתם ואפי' מוטעים כיון דהאמת עם ב"ד החולקין, והוי כהתרת חלב וכשיודע האמת צריך כפרה בדין תורו ב"ד שחלב מותר. ור"ע דן לפניו כיון דחייבין לשמוע להן בשעתן אף לכשיידע שטעו א"צ כפרה ולא אמרינן דאיגלאי דעיקר הב"ד היה אותו שכיון האמת, וראה ר"י דברי ר"ע והתנחם שאין כאן מכשול [ומ"מ ב"ד שהורו שזה יו"כ חייבין לנהוג בו קדש אבל אין רשאים מפני זה להקל ולמרות פי הנשיא, ולפיכך ר"ד ב"ה ור"ע נהגו בו קדש וכן ר"י לא עשה רק מה שגזר עליו ר"ג].

(ח) ד"ס סי' ה' ס"ק י"ח בשם רשב"א דקדם המשא ומתן ליכא דין רוב. ונראה דהיינו אם רוב הב"ד אמרו כך ומיעוט חלקו עליהם ולא פירשו עדיין טעמם לא אמרינן דמ"מ כבר ידענו דעת הרוב והלכה כרבים, דאין להם כח ב"ד של ע"א או של כ"ג או של ג' עד שידונו זה עם זה. אבל כהא דאמרו בגמ' יחיד ורבים הלכה כרבים אף אם הרבים לא שמעו טענות היחיד הדין כן, וכן כהא דאמרו ע"ז ז' א' אם אחד גדול מחברו בחכמה ובמנין הלך אחריו אף אם לא נשאו ונתנו זה עם זה, אלא דכל זה לא אמרו אלא לאחרים אבל ב"ד עצמן אינן זקוקין לעולם לא לב"ד אחר אף שגדול מהם בחכמה ובמנין, ולא להרבה בתי דינים החולקין עליהם, כיון שבלבן שהאמת אתם. בד"א שאין תורתן של החולקים מגעת למקומם, אבל אם הם ב"ד גם במקומו, כלן חייבין לשמוע לב"ד היותר יפה. וגם ב"ד עצמן חייבין להחמיר בכל חומרות ב"ד הגדול מהן, אבל אין חוזרין מהוראתן רק ע"י ב"ד הגדול. היו ב' בתי דין בעיר או במדינה ושקולין רשות לבני המדינה לבחור באחד מהן ולהתנהג כמותו בין לקולא בין לחומרא. ואם דייני ב"ד העיר נתחלקו בדין מן הדינים ולא עמדו למנין ולא הוכרע בשל תורה הלך אחר המחמיר וכן אם נחלקו ב' ב"ד במדינה אחרת או בדורות עברו, ואינו יודע היכן הדין נוטה הלך בש"ת אחר המחמיר. ב"ד אחד שנתחלקו בעיר אף שמן הדין בש"ת הלך אחר המחמיר ובש"ס אחר המיקל מ"מ משום לא תתגודדו חייבין להחמיר אף בשל סופרים כיון דהמחמירין מחמירין וכן בש"ת מן הדין ב"ד עצמן רשאים להקל כדעתן רק משום ל"ת. ויש להסתפק בב"ד שביבנה אי חייבין ב"ד הקטן לחזור מהוראתו, או רק להחמיר כמותו. והא

דלא בטל ר"י הוראתו נגד ר"ג ר"ה כ"ה א' דמשמע דנהג כל דין יוה"כ וכדאמר ברכות כ"ז ב' בר"ה צערי' כו' התם לא הוי הוראת של ע"א. והא דלא ביטל ר"י יוה"כ פ' דירי' משום אתם אפי' מוטעים. צ"ל כמש"כ לעיל.

תשובת מרן הגראב"ר זצ"ל *

(א) כתב כ"ג [באות ב'] בשם קונטרס ד"ס ז"ל וגם עכשיו אם יתקבצו כל חכמי ישראל יוכלו לחלוק על הגמ' והדברים אסור לשומען עכ"ל. ובודאי כן הוא כי אסור לשמוע דברים בטלים כאלו אבל חפשתי בקונטרס ד"ס ולא מצאתי שם את הדברים הנ"ל, ועתה אבאר את הנראה לע"ד בכונת הכ"מ בקושיתו: דבר פשוט הוא אפילו לתינוקות כי לחלוק על חכם גדול אי אפשר בלתי אם החולק הוא בר הכי ובר פלוגתיה של הקודם כי הרי צריך לעמוד על סוף דעתו של מי שקדמו כדי שיוכל לחלוק עליו ואם אינו בר הכי הרי אפשר שנעלם ממנו טעמו וסברתו של החכם הקודם ואילו נתגלה לו טעמו היה רואה בעצמו שאין לו על מה לחלוק. (ב) דבר פשוט ג"כ כי האמוראים לא הגיעו לגדול מדרגת התנאים חכמי המשנה והברייתא וכן הוא בכל הדורות כי האחרונים לא הגיעו למדרגת הראשונים וע"כ לא יוכל האמורא לחלוק על התנא כי אינו בר פלוגתיה, ויותר מזה מצינו גם בתנאים עצמן פ' ד' אחין דכ"ח ברש"י ד"ה ואי אב"ה והא ל"ל דטעמא דנפשיה קאמר דלאו בר פלוגתייהו דב"ש וב"ה הוא עכ"ל, וכן נמצא בגמ' גם באמוראים. דפרכינן מראשוני האמוראים על האחרונים משום דלאו בני פלוגתייהו נינהו, ואף שמבואר ברמב"ם שב"ד קטן יוכל לחלוק על הגדול על כרחך צ"ל דהיינו דוקא שלא יהא המרחק במדרגתן זמ"ז יותר מדאי באופן מופלג ובודאי אין להעלות על הדעת שהקטן שבקטנים יוכל לחלוק על הגדול שבגדולים, ולפי"ז לכאורה קושית הכ"מ ל"ק שהאמורא יוכל לחלוק על התנא דהא אינו בר פלוגתיה כמו שהתנא האחרון אינו בר פלוגתיה דב"ש וב"ה כנ"ל.

(ב) אבל באמת אין כלל בלי יוצא מן הכלל (עיין השמטה לקמן אות ג') דהא ידוע ומוסכם גם בדורות של אחר חתימת התלמוד שחכמי הדורות האחרונים לא הגיעו אף לקרסולי הדורות הראשונים מ"מ ידוע ג"כ יוצאים מן הכלל בזה כמו שהעידו הראשונים ז"ל על רבינו האי גאון שהיה גדול הגאונים אף שהיה אחרון להם בזמן, וכן ידוע מה שאמר הגר"ח מוולוז'ין על רבו הגר"א שאולי היתה מדרגתו כהרמב"ן והרשב"א וא"כ היה הגר"א במדרגתו גדול יותר מהרבה דורות שקדמוהו ואם נאמר דהא דאין אמורא חולק על התנא הוא רק מה"ט לחודיה דאינו בר פלוגתיה א"כ לא ננעלה הדלת בהחלט שהרי אפשר שימצא אחד מאלף בין האמוראים אשר יסכימו עליו חכמי זמנו שהוא ראוי לחלוק על תנא, ובגמ' משמע שא"א בשום אופן לאמורא יהיה מי שיהיה לחלוק על תנא ואפילו אם אפשר שהוא ראוי להיות בר פלוגתיה היינו שאין המרחק ביניהן באופן מופלג כ"כ כמו בין רוב האמוראים לרוב התנאים וא"כ ע"כ יש עוד טעם אחר בזה שהוא דין תורה שהאמורא אינו יכול לחלוק על התנא וכן הגאונים

על חכמי הגמ' אף אם היה במציאות גאון לאחר חתימת הגמ' שהכל יסכימו עליו שהוא בר פלוגתיה של חכמי הגמ' מ"מ אסור לו לחלוק עליהן, והו' דקשיא ליה למרן הכ"מ איזה טעם יש בזה, ובודאי לא נעלם מהכ"מ כי לחלוק על מי שקדמו צריך החולק להיות בר פלוגתיה היינו שיהיו עכ"פ מסוג אחד ורוב האמוראים אינם מסוג התנאים, אבל זה הטעם לבדו אינו מספיק לנעול הדלת בהחלט בפני האמוראים, וע"ז תירץ הכ"מ שהיתה קבלה מיוחדת בשעת חתימת המשנה וכן בחתימת התלמוד שלא לחלוק עליהן. ולקוצר דעתי אינני מבין תירוץ הכ"מ אינני מבין דעת הכ"מ בזה מה ענין קבלה לכאן דאטו משום נדר אתינן עלה כמו שאר קבלה של מצוה, ואנכי הוספתי לומר שקיבוץ כל חכמי ישראל שהיה בשעת חתימת המשנה יחתימת התלמוד היה להן הדין של סנהדרי גדולה בלשכת הגזית שא"א לחלוק עליהן אף אילו היו גדולין מהן בחכמה וא"כ נמצא עוד דין מיוחד שא"א לחלוק בשום אופן על הסכמת המשנה והגמ', והדבר פשוט אפילו לתינוק שלענין חכמי דורנו אין צורך להדין המיוחד הזה כי אנן לאו בני פלוגתייהו של הדורות הראשונים והלואי נבין את דבריהם די והותר לנו ולא עלה על דעתי שיש מקום לטעות כזאת בדברי שחכמי הדור הזה יוכלו לחלוק על הגמ', אבל אחרי שחכם גדול ככ"ג הבין כן מדברי הנני מודה שקציתי בקונטרס במקום שהיה לי להאריך ולפרש דברי באר היטב, וידעתי שגם במקומות אחרים יש קיצור הרבה בדברי כי כתבתי בחפזה מאד מרוב הטירדא ופיזור הנפש מעול הרבים.

אחרי החכמה
1234567

ג) ומ"ש כ"ג [באות ב' ד"ה ובעיקר] לדקדק מדברי הרמב"ם שכל ב"ד יכול לחלוק על ב"ד הגדול של הדור הקודם ולכן כתב ברישא ב"ד הגדול ובסיפא ב"ד עכ"ל. הנה ז"ל שם בהלכה ב' והאיך יהיו גדולים מהן במנין הואיל וכל ב"ד וב"ד של שבעים ואחד הוא עכ"ל, ומפורש מזה דב"ד סתם שכותב שם כונתו לב"ד של ע"א.

(השמטה לריש אות ב'. וכן כתב בתוי"ט ריש עדיות בשם הכ"מ שאפשר להיות לאחרונים גדולים מן הראשונים והביא ראיה דמצינו שהיה רבה גדול מרב יהודא עיי"ש במשנה דאין ב"ד יכול וכו' אלא א"כ היה גדול ממנו והכונה שאין זה מן הנמנע בהחלט אבל ודאי הכלל אינו כן דאם הראשונים כמלאכים וכו', וכן מאמר רבי כשם שבין ק"ק לחולי חולין כך בין דורו של רבי יוסי לדורנו אלא שאפשר להיות במציאות יוצא מן הכלל).

ומצאתי בחידושי הרמב"ן פ' יש נוחלין קל"א בסד"ה אמר ליה אב"י וז"ל ודר' נתן מימרא היא ולא מתניתא כדמוכח לישנא דגמ' עכ"ל, והיינו דמשו"ה דחאוה בגמ' דירושלמי לדר' נתן ולא תיקשי האיך אפשר לירושלמי לחלוק על תנא וה"ט משום שדברי ר' נתן בזה לא נשנו בלשון ברייתא אלא בלשון מימרא זוהי כונת הרמב"ן והוא חידוש גדול דלפי"ז אין החלוק אם הוא תנא אלא אם באו דבריו במשנה או בברייתא, ועיין בתוס' פ"ג דב"מ אי גרסינן אמר ר' חייא א"ש וברש"י נדה כ"ז משמע דדוקא אצל ר' חייא יש ג"מ בזה יעיי"ש משום דהוא תנא ואמורא, ובאגרת רב שרירא גאון וז"ל ובתר רבי הו' תנאי כגון ר' נתן וכו' והו' נמי רבנן אחריני דהו' תנאי ואמוראי כגון ר' חנינא ור' ינאי (ורב וכו').

מ"ש כ"ג [אות ב'] לפרש כונת הכ"מ בתירושו דהאמת חייב אותם שלא לחלוק על הראשונים וכו' וכונת כ"ג לפרש כנ"ל דאמוראי לאו בני פלוגתייהו דתנאי נינהו, אינני רואה בדברי הכ"מ אף רמז לכונה זאת ודברי הכ"מ צ"ע.

(ד) מ"ש כ"ג [אות א'] להוכיח כפירושו של הכ"מ דהכרת הוא משום קידושין ולא משום חמץ יעיין במגילת אסתר [לשרש ראשון שבספר המצוות] שכתב בכונת הרמב"ם דהכרת הוא משום חמץ דלא בעינן שיהא כרת בהוראתו אלא דבר שיש בו כרת וז"ל שם שיהיה באותו ענין כרת היינו בזה הענין שמורה עליו הזקן להיתר שימצא איזה מקום שיהא בו כרת גם כי בהוראתו זאת אין בו כרת כענין חמץ בשעה ששית שההוראה היא בדבר שיש בדונו באיזה זמן כרת והוא בפסח גם כי בשעת ששית אין בו כרת וכו' יעי"ש עוד, וכפירוש הזה בדברי הרמב"ם כתב גם הרדב"ז שם במקומו [פ"ד ה"א] וז"ל כיון דבעיקר חמץ יש בו כרת אע"פ שבמה שנחלקו אין בו כרת וכו', ומ"ש הרמב"ם בין להקל בין להחמיר מבואר הוא לפירוש זה דלא בעינן כרת אלא דבר שיש בו כרת וא"כ אין טעם לחלק בין קולא לחומרא דכשם שאסור לטהר את הטמא ה"נ אסור לטמא את הטהור [ירושלמי תרומות סוף פ"ה]. ומה שהקשה כ"ג ע"ז דהא ילפינן מפר העלם דבר, הנה זוהי קושית הרמב"ן שם במקומו ואנכי לא הגעתי למדרגה זו לתרץ קושית הרמב"ן או להכריע בין הרמב"ם והרמב"ן.

(ה) מ"ש כ"ג [אות א'] מדברי תוס' [דף] פ"ו דנעשה ז"מ משום גרם הפסד שיווי וזהו דלא כמ"ש בקונטרס, הנה בקונטרס שם מבואר ההבדל בין דאורייתא לדרבנן בזה, ודברי תוס' שם קאי לענין דאורייתא והוא עפ"י שיטת ריב"א פ' במה מדליקין [דף] כ"ד דתרומה טמאה היא מאיסורי הנאה יעי"ש היטב ובאיסור דאורייתא ודאי נעשה ז"מ משום שאין בהן דין ממון מדאורייתא ובזה ליכא מאן דפליג אלא דאי נימא דלא כהריב"א דתרומה טמאה אינה מכלל איסורי הנאה דהא מותרת להנות משריפתה וא"כ יש בה דין ממון בזה י"ל דמשום גרם פחת שיווייה אינו נעשה ז"מ.

(ו) מ"ש כ"ג [אות ד'] להקשות למה א"א להכריע בפלוגתת האמוראים, הנה בגמ' מבואר דאף דאמורא אינו יכול לחלוק על תנא מ"מ יכול להכריע ביניהן ואף כיחיד נגד רבים ומקורו במשנה ריש עדיות למה הוזכרו דברי היחיד בין המרובין וכו' יעי"ש בפירוש הראב"ד ובתוס' שנ"ץ שם. (ומדבריהם שם נראה דהאי דאין האמוראים יכולין לחלוק על התנאין משום שהיו גדולין מהן בחכמה ובמנין והיינו שכן הוא פירוש המשנה שם שאין ב"ד יכול לבטל וכו' לדעתם ודלא כשיטת הרמב"ם דהא דאין ב"ד יכול לבטל וכו' לא קאי אלא לענין תקנות וגזירות), וא"כ י"ל גם בגאונים שאחר הגמ' שיוכלו להכריע במה שנחלקו בגמ' וכמדומה שנמצא כן בפוסקים קדמונים שפוסקים כחד מ"ד משום דלישנא דמתניתין כותיה דייקא או דמסתבר טעמיה, ומה שהקשה מתיקו כמדומה שביש"ש פ' כיצד הרגל כתב לחלק בין תיקו לבעיא דלא איפשר להכריע בזה ואינו בידי לעיין בו.

(ז) מ"ש [אות ה'] דהירושלמי לאו בחיוב ז"מ קאי אלא איסור גרידא דבר פשוט הוא דהא שמן של עכו"ם אין בו כרת אבל מ"מ מזה נראה כדעת הרמב"ם דאילו היה בשמן כרת שייד בו חיובא דז"מ אף שהוא להקל ובדרבנן.

מ"ש עוד [אות ו'] דהרמב"ן לא אמר דבריו אלא להחמיר ולא להקל עצמו הוא מבואר שם בקונטרס אלא שהבאתי שם משו"ת הרשב"א ודברי הרשב"א אלו הובאו בבית יוסף חו"מ סי' י"ג ומ"מ אם הורו ב"ד הגדול בלשכת הגזית ודאי אין להקל נגדן אף אם עדיין לא אמר להן טענותיו וזה אינו ענין למחלוקת התנאים שאין לזה דין של ב"ד הגדול. ומ"ש מהא דב"ש מחדדי טפי צריך לעיין בזה בליקוטי הרמב"ן בסוף חידושי הר"ן לסנהדרין ובתורת האדם בשער הסכנה ובר"ן פ"ב דיומא לענין רופאים שנחלקו.
(בעיקר הדבר אם רשאין האחרונים לחלוק על הראשונים נמצא ברא"ש פ' אחד דיני ממונות בשם בעל המאור ועוד בשו"ת רשב"א ח"ב סי' שכ"ב).

(ח) מ"ש [בהערות לאהל תורה סי' ב' אות ו'] מנשים שהטילו מעות לקיניהם מוכח כדעת הגרע"א יעיין בתוס' ישנים יומא נ"ה ד"ה ונברור ארבע זוזי וז"ל ואין לפרש דבלא תנאי דא"כ מאי פריך ונשקול ארבע זוזי וכו' דהא אפילו מאן דאית ליה ברירה לא מהני מידי וכו'.

מה שהקשה [בהערות לאהל תורה סי' י"ח אות א'] דכיון דצורך המת הוא לפרוע חובו א"כ יגבן גם מסלטלי הנה למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אין גובין מיתומין דמטעם שעבוד הגוף גרידא א"א לגבות מיתמי ונראה דאפילו מבע"ח עצמו-א"א לגבות שלא בפניו אם לא מטעם שיעבוד נכסים, ובמסלטלי דליכא שעבוד נכסים הוי כמו למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא.

מ"ש [שם אות ב'] דקנס גובין מלוקח והביא ראייה משור תם אליבא דר' ישמעאל אינו נראה ראייה משם דבשור תם החיוב הוא מחמת השור עצמו ולא מחמת הבעלים כדאיתא שם דל"ד אילו הוה גבך לאו מינך הוי משתלימנא, וכן מבואר בתוס' פ' הכונס דאפילו היה השור ביד גולן דבזה א"א לחייב את הבעלים מ"מ משתלם מגופו ומשום דהחיוב הוא מחמת השור עצמו, ומה שהביא מדברי הריטב"א פ' השואל צ"ז הנה ז"ל שם דלכי נגנבה או נאנסה ואיתא חיובא עליה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה וכו' וכיון דלמפרע הוא ודאי גובה מלקוחות אבל בקנס אינו מתחייב ע"י הגמר דין למפרע אלא מכאן ולהבא, אלא דאפשר דכונת הריטב"א אינו לומר דהחיוב הוא למפרע ממש ואינו אלא חיוב בכח ולא בפועל, וצ"ע. אמנם בעיקר החקירה אם אפשר לגבות מיורשין היכא דמחיים לא היה שום שיעבוד על הנכסים לא בפועל ולא בכח מפורש בס"פ מי שמת גבי נפל הבית עליו ועל אביו דאם נפלו לו נכסים בקבר ובנו יורשו מטעם משמוש בע"ח של אביו גובה ממנו

מ"ש דאיסור נבלה ומפריסי פרסה באין כאחת י"ל דברגע האחרונה שהיא מסוכנת ואינה ראויה להקרבה חל עליה איסורא דממפריסי פרסה ואיסור נבילה אינו חל עד לאחר מיתה.

[אוצר החכמה]

הערות שנכתבו ע"י מרן החזו"א זצ"ל בשולי המאסף "אהל תורה" א

סימן א

בענין קים ליה כדרכה מיניה *

(א) פ' אלו נערות, ורמינהו אלו הן הלוקין הבא על אחותו וקיי"ל אין לוקה ומשלם. ועיין בחידושי רע"א שהקשה בשם הפנ"י, לפי מ"ש תוס' ביבמות דג"ט דלא מחייב קנס על העראה נימא דהמלקות על העראה והממון על גמר ביאה, והפנ"י תירץ לפי המבואר בירושלמי דעל כל שכולת ושכולת חייב מיתה ה"נ חיוב מלקות גם על גמר ביאה, והגרע"א זצ"ל הקשה ע"ז דהוי חייבי מלקות שוגגין עיי"ש בדבריו.

(ב) וגראה שהדין הזה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' במכות ד"כ, בנזיר שהיה שותה יין כל היום כולו דאינו חייב אלא אחת. דרש"י כתב הטעם דאינו חייב על השתיה השניה דמצי למימר אישתלאי וה"ה לענין קרחות עיי"ש, והיינו כיון דהקרחת השניה היתה לאחר כדי דיבור מההתראה מצי למימר אישתלאי, ולפי"ז הכא לענין גמר ביאה נמי הוי כמזיד ולא אתרו ביה כדברי הגרע"א זצ"ל. אבל בתוס' הקשו שם על רש"י דכיון שהתחיל לעבור בתוך כ"ד לא מצי למימר אישתלאי, והביאו ראיה מבא על חמש נשים נדות דחייב על כל אחת ואחת משום דגופין מחלקין עיי"ש, ולדבריהם צ"ל דהא דאינו חייב אלא אחת בגוף אחד הטעם הוא דחשוב כמעשה אחת אבל לא משום דהמעשה השני הוי בלא התראה, וא"כ גם בגמר ביאה הוי מזיד ואתרו ביה ולא הוי חייבי מלקות שוגגין.

וז"ל מרן החזו"א: נ. ב. כונת הגרע"א דלא מקרי ב' רשעיות כיון דעל הגמר אינו נענש יותר מאילו לא גמר, והוי רק כחייבי מלקות שוגגין, וכיון דבשעת התראה ידעינן שלא יענש על הגמר, אשתכח דלא הוי התראה של מלקות על הגמר.

(ג) ובעיקר הקושיא נראה דבקיודושין דע"ח איתא, כהן הבא על אחותו זונה משוי לה חללה לא משוי לה חזר ובא עליה חללה נמי משוי לה. והקשה הרשב"א מובא בשיטה ר"פ אלו נערות למה לי חזר ובא עליה הלא גם בביאה אחת נעשית זונה בהעראה וחללה בגמר ביאה, ותירץ הרשב"א דחדא ביאה לתרי איסורי לא מפלגינן. ולכאורה דברים אלו

א. חלק מהערות קבלתי ממרן הגר"י קניבסקי שליט"א.

*. נדפס שוב בקובץ ח"ב ס"י.

מחוסרין טעם דכיון שנעשית זונה בהעראה למה לא תעשה חללה ע"י גמר ביאה דהויא ביאה בפני עצמה כמבואר פ"ק דשבועות שיציאתו הנאה לו כביאתו וחייב חטאת על היציאה גרידא. ^{הערות החסידים} 1234567

(ד) והנה בפ"ק דיבמות ד"ז הקשו בתוס' למ"ד ביאה במקצת שמה ביאה ומ"מ הותר למצורע להכניס ידיו לבהונות וא"כ גם ביאת כולו לישתרי, ותירצו דכיון דביאה במקצת לא ילפינן לה רק מהיקשא אינה חמורה כ"כ כמו ביאת כולו דכתיבא בהדיא. עוד תירצו דכיון דסגי ליה להכניס ידיו יתחייב כרת אם יכנס כולו מידי דהוי אהיה לו דרך קצרה ובא לו בארוכה דחייב כרת.

(ה) ובביאור דבריהם נראה, דלתירוץ השני הא דביאה במקצת שמה ביאה הכוונה דהויא ביאה מצד עצמה וכל מקצת ומקצת הויא ביאה בפני עצמה ושפיר דומה להיות לו דרך קצרה ובא בארוכה, אבל לפי התירוץ הראשון צריך לפרש דהא דביאה במקצת שמה ביאה, אין הטעם משום דהויא ביאה מצד עצמה אלא משום דנחשב כאילו בא כולו ואין שום תוספת איסור במה שיכנס עוד מקצת שניה דבכל גווני חשוב כאילו בא כולו.

וזה"ל מרן החזו"א: נ. ב. כוונת תוס' בתחלה שאיסור ביאה הוא כלכישת שעטנז שאין חילוק בין בגד גדול לבגד קטן, או עושה דמות משמשים שאין חילוק בין גדול לקטן, וה"נ חד שם ביאה היא אי הוא במקצת או בכלו, ולבסוף חרשו שכל כניסה וכניסה הוי כאכילת חלב.

(ו) והספק הזה יש להסתפק גם לענין העראה דילפינן מקרא דעשה את המערה כגומר, אם הכוונה היא דהעראה חשובה ביאה מצד עצמה, או דהטעם הוא שיחשב כאילו גמר את כל הביאה, דכיון שהתחיל לבעול חשוב כאילו כבר גמר ביאתו. וזהו טעמו של הרשב"א, דחדא ביאה לתרי איסורי לא מפלגינן, והכל שוה בין גמר ביאתו בין לא גמר לעולם נחשב כאילו בא כולו. וה"ה דחדא ביאה לתרי חיובי לא פלגינן.

וזה"ל מרן החזו"א: ולפ"ז הערה ופרסח נדה יהא רשאי לגמור בקו' תו' בביאה במקצת, אלא שאין דברי רשב"א רק באיסור המתחדש ע"י העראה וכמש"כ רשב"א יבמות כ' ב' דגמר ביאה אסור כאלמנה לכה"ג, ואי אין חוספה בגמר למה מחייב ר"א על כל כת, הלא כל כת בא אחר העראה, ומה לי כת ראשון ומה לי כת שני, אלא ודאי שחייב על העראה בפ"ע ועל הגמר בפ"ע לכו"ע כב' העלמות או כ' התראות, ואין חילוק בין העראה וגמר, לכח א' וכח ב'.

(ז) אלא דאכתי תיקשי דהתינח לענין העראה דילפינן מגזח"כ דעשה את המערה כגומר, אפשר לפרש דאין הטעם משום דהעראה הויא ביאה בפני עצמה, אלא דחשבינן

ליה כאילו גמר ביאתו ממש, אבל בגמר ביאה גופא הא ישנן כחות הרבה, וחזינן ליה לר"א דמחייב על כל כח וכת, ואפילו רבנן לא פליגי עליה דר"א אלא משום דהוי בהעלם אחד, אבל אם היתה לו ידיעה בינתים גם רבנן יודו לר"א דחייב על כל אר"א, כמבואר ברש"י פ' ד' אחין דל"ד עיי"ש. ולכאורה זה אינו שייך אלא לענין לחייבו על כל אר"א, בענין חילוק התראות למלקות או חילוק ידיעות לחטאות, אבל לענין שתיפסל בביאתה דאינו שייך לעונשין, דאפילו נבעלה באונס גמור נפסלת, לכאורה אין צריך לחילוק ידיעות, וא"כ בכח הראשון נעשית זונה ובכח שני תיעשה חללה.

ח) אולם הר"ן נדרים די"ז, לענין האומר הריני נזיר, אם אוכל אם אוכל כתב, דבעינן חילוק התראות בין אכילה לאכילה לחייבו בשתי נזירות, ובלא התראה המחלקת לא הוא אלא אכילה אחת, ואינו מתחייב רק בנזירות אחת עיי"ש. ומבואר מזה, דהא דבעינן חילוק התראות הוא לאו דוקא לענין עונשין, אלא דבלא חילוק הוי מעשה אחד וההתראה מחלקת לשני מעשים, וא"כ ה"ה לענין מה שהביאה פוסלת, בעינן ג"כ התראה או ידיעה המחלקת.

וז"ל מרן החז"א: התם אף בהפסיק אכילתו וחזר ואוכל, א"כ בעל וחזר ובעל ה"נ בהתראה אחת.

ט) אלא דלכאורה מצינו ראייה מפורשת לדברי הגרע"א מסוגיא דסנהדרין דע"ג, אהא דפריך שם האיך מתחייב קנס בבא על אחותו, והא רודף הוא וניתן להצילו בנפשו, ומשני משעת העראה הוא דפגמה איפטר ליה מקטלא, וממונא לא מחייב עד גמר ביאה. ולפי הנ"ל תיקשי, דחדא ביאה לתרי חיובי לא פלגינן.

י) אבל באמת ל"ק, דחיובא דרודף שאני, דאפילו קטן הרודף ניתן להצילו בנפשו, אף דקטן לאו בר חיובא ולא בר עונשים הוא, וא"כ א"א דהרדיפה היא מעשה המחייבת כשאר העבירות, אלא דצריך להורגו מפני הצלת הנרדף, וגזו"כ היא דהותר דמו של הרודף אפילו אם יהיה אנוס גמור כמו בתינוק בן יומי, וכיון דמשעת העראה הוא דפגמה ואין צורך להצילה עוד, ממילא פקע חיובו של הבעל דשוב אינו רודף, אבל לענין חיוב עונשין, דהמעשה היא המחייבת, א"א לחלק ביאה אחת לשני חיובים כנ"ל.

וז"ל מרן החז"א: אדרכה כיון דהגמר לאו כלום הוא למה פטר מממון בגמר משום ב' רשעיות, ואי אין לקנסו בגמר כיון דאין לקנסו על ההעראה גם תי' הגמ' קשה דהא לא קנסינן ל' על העראה למה חייב על הגמר.

יא) בסוגיא דסנהדרין שם פריך, הניחא למ"ד העראה זו נשיקה, אלא למ"ד העראה זו הכנסת עטרה מא"ל, דאין לחייבו קנס על גמר ביאה דאז היא בעולה. ובתוס' יבמות דנ"ט הקשו ע"ז, דאי נימא דלעולם אינו מתחייב קנס על העראה אלא על גמר ביאה, א"כ

צ"ל דבהכי חייביה רחמנא אף שלעולם היא בעולה בשעת גמר ביאה, ומאי קושיא הכא טפי מבעלמא. והגרע"א וצ"ל תירץ קושיתם, לפי מ"ש תוס' פ' הניזקין דנ"ג לענין מנסך, דאיכא מ"ד דפטור על הניסוך דק"ל בדרבא מיניה, אף דמשעת הגבהה הוא דקניה ואינו מתחייב מיתה עד שעת ניסוך, דכיון דאילו ניסכו אחר פטור, דמצי אמר הרי שלך לפניך, ובמקום דק"ל בדרבא מיניה הוי כאילו ניסכו אחר, וה"נ כאן, דבאמת בשעת גמר ביאה היא בעולה, אלא דבהכי חייביה רחמנא כאן דגם ההעראה נעשית על ידו. אבל אילו היו ההעראה והגמר ביאה ע"י שני אנשים, בודאי היה השני פטור, והיכא דבהעראה ק"ל בדרבא מיניה, הוי כאילו הערה בו אחר ושוב לא יתחייב על הגמר ביאה, ע"כ דבריו.

(ב) ונראה שאין הדמיון עולה יפה, דלענין מנסך שפיר איכא למימר דהוי כאילו ניסכו אחר, דהא אילו לא נתנסך כלל ודאי היה פטור וא"א לחייבו בלא ניסוך, א"כ הניסוך הוי כחלק ממעשה המחייבת. ואף דבאמת החיוב הוא בשביל ההגבהה והניסוך אינו אלא כתנאי להחיוב, מ"מ גם בזה שייך לומר ק"ל בדרבא מיניה, כיון דעכ"פ א"א לחייבו בלא ניסוך. אבל הכא, אין צורך כלל להעראה לענין חיובה, דאילו היה אפשר לעשות הגמר ביאה בלא העראה כלל, ודאי היה מתחייב בקנס, דגמר ביאה היא ביאה שלימה בפני עצמה, דדוקא בהעראה איצטריך קרא לעשות את המערה כגומר, אבל בגמר ביאה לא צריך קרא כמבואר במשנה פ"ב דשבועות, דחייב חטאת על גמר ביאה לחודא, שיציאתו הנאה לו כביאתו. והא דפטור בהערה בה אחר, אין הסעם דא"א לחייבו בלא העראה, אלא דע"י העראת אחר נעשית בעולה, ובהעראת עצמו אינה חשובה כבעולה, אבל אין צורך כלל בהעראה להחיוב, אלא דהעראת אחר פוטר את משום בעולה, והעראת עצמו אינה פוטרתו, וכיון דבלא ק"ל בדרבא מיניה אינה חשובה כבעולה ע"י העראה, ה"נ לא תיעשה בעולה ע"י ק"ל בדרבא מיניה.

(ג) ובקיצור, דק"ל בדרבא מיניה משוי להמעשה כאילו לא נעשית כלל, ובניסוך נחשב כאילו לא היה ניסוך כלל ויכול לומר הרי שלך לפניך, ולענין העראה ג"כ נחשב כאילו לא היתה כאן העראה כלל, וממילא מתחייב בשביל הגמר ביאה גרידא.

וז"ל מרן החזו"א: לא חייבה תורה על הגמר אלא בזמן שהערה בכתולה ואז חייב על הבעולה, אבל ודאי בעולה היא בשעת גמר, אלא שחייב על הבעולה כיון שהוא עצמו עשאה לבעולה עכשו ועדיין לא פירש, ודוקא בהערה בה נמי בעבירת אונס ומפתה, אבל הערה בהיתר וגמר בעבירה אינו חייב כיון דגמר בבעולת.

(ד) ובעיקר הדבר אם שייך לומר ק"ל בדרבא מיניה בתנאי, כגון בנשבע שלא אוכל ככר זו אם אעשה מלאכה בשבת, מצינו מחלוקת בזה. והוא בסוגיא דביטלו ולא ביטלו במכות, דפריך שם לענין אונס שגירש בטלו היכי משכחת לה, אי דקטלה ק"ל בדרבא מיניה. ומבואר שם ברש"י ותוס' דביטול העשה אינו חלק מעבירת הלאו אלא כתנאי הוא

חשוב, ומשו"ה לא שייך התראה על ביטול העשה. ולפי"ז מוכח מפירכת הש"ס, דגם בתנאי אמרינן קי"ל בדרבא מיניה.

(טו) אבל בחידושי הריטב"א שם הביא ראייה מפירכת הש"ס לשיטת הגאונים דביטול העשה הוא חלק מהעבירה, ולא כשיטת רש"י. דאינו אלא כתנאי, דא"כ לא שייך קי"ל בדרבא מיניה. ומבואר, דהדין הזה תלוי במחלוקת רש"י והריטב"א.

(טז) ועיי"ש בריטב"א שכתב, לפי גירסת הגאונים, דלמ"ד ביטלו ולא ביטלו לא הוי התראת ספק, דמתרין אותו בשעת ביטול העשה, ולא דמי לתנאי, דביטול העשה הוא חלק מהאיסור. ולכא"ר קשה, דהא עבירת הלאו ודאי הוא חלק מהאיסור, וא"כ מאי מהניא התראת החלק השני להחלק הראשון. והגע עצמך, אם התרו בו על ההנחה בשבת ולא על העקירה, או שעשה את העקירה בשוגג ובהנחה במזיד מי מחייב. ומדברי הריטב"א אלו מוכת, דבכה"ג באמת חייב. והטעם נראה, דכיון דאילו לא גמר לעשות ההנחה לא היה בעקירה לחודא שום איסור, נמצא דבהנחה הוא עושה כל האיסור, וע"כ שפיר מהניא התראת ההנחה לחייבו.

וז"ל מרן החז"א: עי' שבת ק"ב א' במעביר וכ"ה ברמב"ם, ואם איתא תחלתו שונג וסופו זדון במעביר חייב מיתה, ולא שייך למתני פטור מחטאת אלא ודאי בעינן המלאכה בלתי באיסורא, וכ"ה בהדיא ברשב"א וריטב"א שבת ג' ב'. ועוד ראי' אם איתא דעקר ונזכר, והניח במזיד חייב, א"כ נזכר וחזר ושכח והניח יהא חייב חטאת, דהא הנחה לחודא הוי דבר שזדונו כרת ושגגתו חטאת, ובהדיא אמר בשבת ק"ב א' ידיעה מחלקת.

[מהשמטות. ולפי זה יש לומר, דאף דמבואר במשנה לענין חיוב חטאת דתחלתו זדון וסופו שגגה פטור מחטאת עד שיהא תחלתו וסופו שגגה, הוא דוקא בתחלתו זדון דאינו שב מידיעתו *), אבל אם תחלתו באונס וסופו בשגגה, י"ל דחייב חטאת. ובוזא אפשר לתרץ קושיית הגרעק"א בסוכה דמ"ב, דאם בעקירה היה טועה בדבר מצוה ועשה מצוה בהגבהת האתרוג, ומדאגבהי נפק ביה, וא"כ בהנחתו לא עשה מצוה, שמ"מ יתחייב חטאת על ההנחה].

וז"ל מרן החז"א: (') הלא בב' אמות בשונג וב' אמות במזיד וב' אמות בשונג פטרינן שבת ק"ב א' משום ידיעה כינתים ומבואר דאין כאן משום אין שב מידיעתו שהרי ב' אמות בלי עקירה והנחה אין כאן חילול שבת. ועוד אפי' בעשה תשובה פטרינן שאין מזיד ושונג מצטרפין, תדע דהא ידיעה בין עקירה להנחה מחלקת וכש"כ כשעשה במזיד העקירה, ומזה מוכח שאין לחייב על הגמר לחוד. שאין ידיעה כינתים מחלקת רק לענין שיעור החטא, ולא מפסידה עיקר המלאכה, וא"כ ליחייב על ההנחה לחודא, אלא שהעקירה וההנחה לא גריעא מב' אותיות שאין חייב באות אחת בשונג ואות א' במזיד.

סימן ב

בענין מוכח מתוכו בשטר *

לדבר החכמה

(א) גיטין דף ט' תוד"ה לעולם הוא בן חורין, פי' בקונטרס מדקאמר ר"ש לעולם, משמע דל"ש היכא דקנה שאר נכסים כגון שפירש השו"ר, ול"ש היכא דלא קנה כגון שלא הזכיר קרקע ששייר דכתב לו חוץ מבית כור קרקע, דהשתא לא קנה שום קרקע, דבכל חד וחד איכא למימר דהיינו הוא ששייר, ואפ"ה הוא בן חורין, אלמא פלגינן דיבוריה דהא כל נכסי קא"ל ולא קנה אלא את עצמו, וקשיא אע"ג דלא הזכיר שם קרקע, מ"מ קני כל קרקע דאית ליה, אלא שיד העבד על התחתונה ויקח האדון לעצמו בית כור מעידית שבנכסים, כדתנן בפרק בית כור חצי שדה אני מוכר לך יניח לו חצי שדה, ומפרש התם דלוקח נוטל כחוש דיד בעל השטר על התחתונה עכ"ל. והראשונים הוסיפו עוד להקשות ממנחות דק"ט, בית בביתי אני מוכר לך, דמבואר שם דקנה אלא שידו על התחתונה עיי"ש.

[1234567]

(ב) והנה לקמן ריש פרק כל הגט איתא, כתב לגרש בו את הגדולה לא יגרש בו את הקטנה. קטנה הוא דלא מצי לגרש בו הא גדולה מצי לגרש בו, הא מני ר"א היא דאמר עדי מסירה כרתי, ופירשו בתוספות, דלר"מ אינו יכול לגרש בו כלל משום דאינו מוכח מתוכו, וביאור דבריהם נראה, דבכל קנין שטר היא ההוכחה ממנו שקנה את החפץ, ושטר שאינו מוכיח על חלות הקנין אינו שטר כלל, וזהו לכו"ע, בין לר"מ ובין לר"א, אלא דבהא פליגי, דלר"מ בעינן שתהא ההוכחה דוקא על ידי עדי חתימה, ולר"א מהני ההוכחה ע"י עדי מסירה, אבל אם אינו מוכח גם ע"י עדי מסירה, אזי גם לר"א לא מהני כמו לר"מ, דכיון דליכא שום הוכחה מהשטר, אינו שטר כלל, ולפי"ז לכאורה קושייתם על רש"י ל"ק כלל, דכשמקנה לו בשטר שדה בשדותיו ואינו מסיים איזו שדה הקנה לו, הרי אינו מוכח כלל לא על ידי עדי חתימה ולא ע"י עדי מסירה איזו שדה קנה, ובכה"ג לכו"ע אין השטר קונה, והא דתנן חצי שדה אני מוכר לך יניח לו חצי שדה, ע"כ צ"ל שהקנה לו בשארי קנינין ולא בקנין שטר, וכן במתנות, גבי בית בביתי אני מוכר לך, מיירי גם כן בשאר קנינין, כמו קנין סודר או כסף ולא בשטר, ואפילו לדעת רש"י ר"פ כל הגט שחולק על פירוש תוס' שם, וס"ל דמגורשת לר"מ אפילו היכא שאינו מוכח מתוכו, ג"כ יש לומר דהיינו דוקא התם שמוכח על ידי עדי מסירה, אבל אם אינו מוכח כלל, גם רש"י מודה שאין זה שטר קנין, כיון שאין שום הוכחה על ידו.

[מהשמטות. שטר שאינו מוכיח על חלות הקנין אינו שטר כלל, וזהו לכו"ע בין לר"מ בין לר"א וכו' עיי"ש. וצ"ע, בגיטין דכ"ב לא הכשיר ר"א אלא בגיטין אבל בשאר שטרות לא דכתיב למען יעמדו ימים רבים. ועיי"ש בתוס' דגזה"כ היא, דשטר שאינו ראוי לעמוד ימים רבים אינו שטר כלל לראיה, ומ"מ כשר לקנות בו. ומשמע לכאורה, דשטר קנין כשר, אף שאין ממנו ראיה כלל וצ"ע].

(ג) והנה בהא דבית בביתי אני מוכר לך, שהדין הוא דקנה בית אחד אלא שאינו ידוע איזו בית, יש להסתפק, אם הקנין חל על בית מסוים וקמי שמיא גליא איזו בית נקנה לו אלא שאין ידוע לנו על איזו בית חל הקנין, אבל אליהו יוכל לברר * את הבית הנקנה לו איזהו. ולפי"ז כיון דחלות הקנין הוא על בית מסוים, והשטר אינו מוכיח על הבית שנקנה לו, אינו יכול לקנות ע"י שטר כזה כנ"ל. והא דאיתא בקידושין דנ"ב, אחת מבנותי מקודשת לאחד מבניך כולן צריכות גט, צ"ל דאיירי בקידושי כסף. אבל אם קידשה בשטר, כה"ג אין הקידושין חלין, כיון דאינו מוכח על ידי השטר איזו מהן נתקדשה. והא דמהני גט כה"ג, היינו שיכתוב גט לכל אחד ואחת בפני עצמה ויתן לכל אחת מספק, אבל אם יכתוב גט אחד שהמקודשת לו תתגרש ויתן לאביהן לא מהני, כיון שאינו מוכח על ידי הגט מי היא המתגרשת. ונראה שזו היא דעת רש"י. ול"ק עליו קושיות הנ"ל, דלפי"ז יש חילוק בין קנין שטר לשארי קנינים **).

יז"ל מרן החזו"א: * אין מה לברר, ולמה חשיב קדושין שאין מסורין לבואה כיון שאליהו יכול לברר.

** לא נאמר אלא כשאין השטר מוכיח לפני כ"ד את כל הנעשה חוץ לכ"ד, אבל כשב"ד יודעין ע"י השטר את כל הנעשה, רק יש ספיקות בענין דיני מעשה זה, שטר מעליא הוא. ועי' גיטין מ"ב א' רש"י ד"ה הא, מבואר דאע"ג שאין מבורר חצי של כל אחד ואחד הוי שטר מעליא.

(ד) ובדעת תוס' נראה לומר, דהיכא שהקנה לו דבר שאינו מסוים כגון בית בביתי, א"א לומר שהקנין חל על חפץ מבורר, דאין שום טעם שיחול הקנין על בית אחד יותר מחבירו, והוא ספק בעצם המציאות, שגם אליהו אין יכול לומר שהקנין חל על בית פלוני, דמאיזה טעם יחול הקנין על בית זה ולא על בית אחר. אלא צ"ל, שחלות הקנין הוא על סתם בית בביתו, ויש לו אצלו בית אחד איזו שיהיה, ועל החלות הזה השטר מוכיח שפיר שקנה אצלו בית סתם, ולא שייך לומר בכה"ג אינו מוכח מהשטר, דעל מה שחל הקנין השטר מוכיח, וע"כ אין לחלק בזה בין קנין שטר לשאר הקנינים.

(ה) וראיה שכן היא דעת תוס', ממ"ש בתמורה דף ל' גיפוק חדא להדי כלבא והנך כולו לשנתו מסעם ברירה. והקשו בתוס', דא"כ בכל איסור המעורב בהיתר נסמוך אברירה, ונשקול כשיעור האיסור ואידך לישתרו. ותירצו, דודאי כל דבר שהוברר האיסור מתחלה ואח"כ נתערב בהיתר לא סמכינן אברירה, כיון שתערובתו היה באיסור, אבל הגי תערובתו בהיתר, כי האיסור לא היה מבורר קודם תערובתו ולאחר התערובות נולד האיסור, אז סמכינן אברירה עכ"ל. וביאור דבריהם, דהיכא שהמציאות מצד עצמה מבוררת, ורק אצלנו הוא ספק מפני חסרון ידיעתנו, לא שייך לסמוך אברירה לומר שלקח האיסור, כי שמא איתרמי ליה ההיתר בידו והאיסור נשאר בתערובות, אבל התם גבי מחיר הכלב המציאות בעצמה אינה מבוררת שגם אליהו אינו יכול לומר שטלה פלוני הוא מחיר הכלב, כי מאיזה טעם יהיה טלה זה נגד הכלב יותר מטלה אחר הדומה לו, ובוה סמכינן אברירה. וכן באחין שחלקו, דלמ"ד יש ברירה יורשין הן, ואמרינן דכל אחד נטל את שלו, והוה ג"כ מה"ט. דאין שום טעם לומר ששדה זו שייכה לראובן יותר מלשמעון, ובכה"ג סמכינן אברירה.

(ו) וביו"ד סימן ט"ו, בהמה שנשחטה אמה ונתערבה באחרות וכו'. ועיי"ש בהגהות הגאון רעק"א זצ"ל לחלק בין נשחטה ואח"כ נתערבה, ובין נתערבה ואח"כ נשחטה, דבכה"ג כיון שהאיסור נולד בתערובת סמכינן אברירה לפי דברי תוס' בתמורה הנ"ל למשקל חד מנייהו ואידך לישתרו. ולפי מ"ש בביאור דברי תוס', נראה שרבינו הגאון זצ"ל לא כיון יפה בזה (*), דהכא בין נשחטה ואח"כ נתערבה בין נתערבה ואח"כ נשחטה, המציאות מבוררת אינו היא האסורה, ורק אצלנו הוא חסרון ידיעה איזו היא, ובכה"ג א"א לסמוך אברירה, שהרי אפשר שנזדמן לידו המותרת והאיסור נשאר בתערובות.

וז"ל מרן החזו"א: (') בתוס' שם מכואר דנשים שהפילו מעות הקדשות לקיניהם כשיפר אחד כל אחת צרור כספה, ואח"כ מתה אחת מהן, ואין ידוע איזה היא צרור כספה של המתה בורר צרור אחד והשאר קריבין ומכואר כהגרע"א ***).

(ז) ולשיטת תוס' נראה, באומר אחת מבנותיך מקודשת לי כולן צריכות גט אף אם קידש בשטר, דכיון שהקידושין חלין סתם על איזו שתהיה, וע"ז השטר מוכיח שפיר (*). וכן לענין גט, אם יכתוב גט אחד שבת פלוני המקודשת **) לו תגרש, ג"כ מהני אם יתן הגט לאביהן. אלא שאינו נראה כן מלשון הברייתא בקידושין דף נ"ב עיי"ש, דמשמע שם שצריך ליתן גט לכל אחת ואחת בפני עצמה. ואפשר דמירי שם שבשעת הגירושין הן גדולות שצריכות לקבל הגט בעצמן, אבל אם כולן קטנות שאביהן מקבל את גיטיהן, אפשר דסגי בגט אחד, וצ"ע.

וז"ל מרן החזו"א:

אוצר החכמה

(*) אין כאן לשמה ואין כאן שמה עי' אה"ע סי' ל"ב.

(**) עי' שו"ע סי' קכ"ט סי"א דאשתי אין זה שמה עד שיכתוב

שמה.

(ח) ובספ"ק דסנהדרין דף י"ז, אמר משה כיצד אעשה להן לישראל, אם אומר לו תן פדינג וצא יאמר לי כבר פדאני בן לוי, מה עשה הביא כ"ב אלפים פיתקאות וכתב עליהן בן לוי וכו', עיי"ש שנתברר עפ"י הגורל מי הוא הפדוי ע"י בן לוי. והתם ג"כ אין שום טעם לומר שפלוגי הוא הפדוי יותר מחבירו, וכיון שאפשר לברר ד"ז ע"י גורל, ה"ה שאליהו יכול לברר ספק כזה. ונראה מזה כשיטת רש"י, דבכה"ג המציאות מצד עצמה מבוררת, והחסרון ידיעה אינה אלא אצלינו.

וז"ל מרן החזו"א: התם תחלת צואת המקום כ"ה בן היתה שהעודפים כגורל יתנו,

ואז נתחייבו לקיים המצוה, ומשה רבינו ע"ה כיון דעת המקום כ"ה בפ"ה המצוה.

(ט) ולדעת רש"י תשאר קושיות תוס' בתמור' דף ל' הנ"ל, דכיון שאליהו יכול לברר אינו מהן הוא המחיר כלב, מה מהני ברירה שמא נודמן לידו טלה אחר. וצריך לתרץ לדעת רש"י כמו שתירצו תוס' על הקושי' הנ"ל בבכורות דף נ"ו ע"ב עיי"ש, דמסתמא כך היתה דעתו מתחלה, שאותו שיבורר יהיה כנגדו הכלב. אלא דקשה לתירוץ זה מאחין שחלקו יורשין הן למ"ד יש ברירה. והתם אין הדבר תלוי בדעתן כלל, דהירושא היא מאליה אפילו אם אינן רוצין לירש כלל, ומ"מ מהני ברירה לומר ששדה זו היא של ראובן ושדה זו היא של שמעון, וצ"ע.

סימן ט"ו אות ג' *

...ושמעתי מכ' מו"ר הגר"ח הלוי זצ"ל שמדברי תוס' בזבחים דס"ט, מוכח דקדשים שמתו אסורין בהנאה מדאורייתא, שהקשו שם בנבלת עוף טהור איך יחול איסור נבלה על איסור קדשים עיי"ש.

והוסיף בהשמטה: ראית מו"ר הגאון ז"ל מתוס' זבחים ס"ט צ"ע, דנראה דאפילו לשיטת רש"י דהא דלא נהנין בחטאות המתות אינו אלא מדרבנן הוא רק לענין הנאה, אבל באכילה ודאי אסורין מדאורייתא כדאיתא בבכורות ט"ז עיי"ש דאיכא לאו באכילתן, וא"כ שפיר הקשו תוס' מהא דאין איסור חל על איסור וצ"ע.

· וז"ל מרן החז"א: איסור זה לא ילפינן רק בשעה שהוא חטאת שמתה אבל לא בשעה שראויה להקרבה וא"כ אם נימא דכל קרשים שמתו איכא האי לאו באכילתן לא חייל לאו זה אלא בשעה שמתו וחייל איסור נבלה ואיסור ממפריסי פרסה בבת אחת. ול"ק קו' תו', ושפיר ראית הגר"ח זללה"ה. ועוד שאין לנו אלא מה שאמרו חכמים בה' חטאות אבל לא בכל קרשים שמתו, דאיכא איסור לאו, בלא"ה לא מוקמינן ללאו יתירא.

סימן יח *

אוצר החכמה

(א) ר"פ אלו נערות תוד"ה והבא על א"א ובירושלמי מוקי לה שבא עליה עד שלא מת ומת, והלשון עד שלא מת אינו מובן לי דפשיטא דלאחר מיתה לא בא עליה והו"ל למימר כגון שבא עליה ומת. והנה מבואר מהירושלמי הנה דאילו בא אחר דלא קלבד"ם ומת קודם שעמד בדין גובין מנכסיו, ואף דבקנס אינו חייב כלל קודם גמ"ד והאיך תגבה מנכסיו, וצ"ל שתעמוד בדין עם יורשיו והב"ד יחייבו את היורשין, ולפי"ז אם היה הבורעל גר ומת בלא יורשין אין גובין מנכסיו כיון דליכא העמדה בדין. אבל צ"ע דנראה דאף אי נימא דקנס גובה ממשועבדין דהוי מלוה הכתובה בתורה מ"מ לא יגבה מנכסים שמכר קודם העמדה בדין כיון דאכתי לא נתחייב גברא ולא נשתעבדו הנכסים ואמאי גובה מיורשין. דלכאורה אין טעם לחלק בין מכר להוריש, והא דגובה מיורשין הוא ג"כ מטעם דאישתעבוד נכסי בחיי האב. וכזה קשה בדברי הנ"י פ' כיצד הרגל שכתב בזרק חץ ומת והחץ שיבר כלים אחר מיתתו גובין מיורשיו, משום דחיובו על שעת הזריקה. ולפי"ז מלשין שמסר את חברו לעכורים והעכורים הפסידו להניזק אחר מיתת המסור גובין מנכסיו דחיובא דמסור הוא על שעת דיבורו כמו בזרק חץ. אבל קשה דנהי נמי דהזריקה מחייבתו אבל מ"מ לא נתחייב קודם שנשבר הכלי ואפילו אח"כ כשנשבר ג"כ אין חיובו חל למפרע משעת זריקת החץ אלא מכאן ולהבא משעה שנשבר הכלי וכיון דלא אישתעבוד נכסי מחיי האב האיד יגבה מהיורשין, דודאי אם מכר נכסיו בין זריקה לשבירה לא יגבה מהלקוחות ומ"ש יורשין מלקוחות. ועיין בר"פ מי שמת מבואר שם דאפילו למ"ד עובר אין לו זכיה כלל גם בירושה דממילא ובגר שמת בלא בנים והניח אשתו מעוברת נכסיו הפקר וכל הקודם בהן זכה, מ"מ אח"כ כשגולד הבן נוטל את נכסי אביו ממי שזכה בהן ג"ט דעכשיו הוא יורש את נכסי אביו. ומבואר מזה דדין ירושה אינו תלוי בשעת מיתת דוקא ואפשר לירושה לחול גם זמן רב אחר מיתת המוריש. ולכאורה צ"ע האיד שייך ירושה לאחר שכבר יצאו הנכסים לרשות אחרת ומאיזה טעם יטול היורש הנכסים מאדם אחר שאיננו קרובו, ובדאי אין לומר שזכית הבן הגולד חלה אח"כ למפרע משעת מיתת האב כיון דעובר אין לו זכיה, ואפילו למ"ד יש זכיה לעובר מ"מ נראה פשוט דהוא דוקא בשעה שהוא כבר עובר דהיינו לאחר מ' יום משעת קליטת הזרע, אבל קודם ארבעים יום ודאי

לכורע אין לו זכיה דהוי מיא בעלמא. (ובזה תתישב קושית רבינו הגרעק"א וצ"ל בפ"ק דכתובות ד"א דמשכחת לה גר קטן לכורע אפילו למ"ד עובר לאו ירך אמו כגון שנתגיירה קודם מ' משנקלט הזרע, ועוד אפשר שנתגיירה תיכף לאחר שנבעלה ועדיין לא נקלט הזרע כלל וכגון שכבדה את ביתה עיין פ"ז דמקואות), ומ"מ כשנולד אח"כ זוכה בנכסי אביו, ובכה"ג ודאי אין זכיתו חלה למפרע אלא מכאן ולהבא, וצריך ביאור איך יזכה בנכסי אחרים שאינם קרובים לו בחייהם. ולע"ד מוכרח מזה דאם יצויר שיחיה המת יטול את נכסיו ממי שזכה בהן ולא נאמר כיון שכבר פקע קנינו מאין יזכה בהם אח"כ, דהא דפקע קנינו של המת מנכסיו הוא בשעה שאין צריך להן, אבל אם היה אפשר שהמת יצטרך לנכסיו לא פקע קנינו כלל, ומשו"ה גם הבן שנולד לאחר מיתת אביו במקום אביו קאי והוי כאילו בא עכשיו אביו בעצמו דנוטל את שלו בכל מקום שימצאם. ולפי"ז מבואר ההבדל בין יורש ללוקח, דכל כחו של היורש בנכסי המת הוא משום דבמקום מורישו קאי, ולו יצויר שהמת עצמו יצטרך לנכסיו הוא קודם לכל העומד במקומו, ומשו"ה בזרק חץ ומת גובין מהיורשין שצורך המת * הוא לפרוע חובו, אבל במכר נכסיו לאחר זריקת החץ דפקע כח המוכר מהן לגמרי דאף אם יצטרך להן לא יוכל ללוקחן מהקונה אינו יכול לפרוע חובו מהן, וכן לענין קנס אם ימכור נכסיו קודם גמר דין אין הניזק גובה מהלוקח ומ"מ גובה מהיורשין.

וזה"ל מרן החזו"א: * א"כ יגבה מממלטלי דיתמי ומ"ש מלוח ע"פ ממלוח בשטר. ועיקר דברי נ"י מצינו כה"ג ב"ק קי"ב למ"ד משעת משיכה איחייב בה אע"ג דכ"ז שפרתו קיימת אין כאן חיוב בפועל וכמש"כ ריטב"א ב"מ צ"ז דלא חשיב א"י אם פרעתוך יעו"ש, ושם מבואר דאין חילוק בין יורש ללוקח **.

ואכתי צריך ביאור דגהי דנכסי המת הן לכל הצריך לו, אבל הרי הא דגובין מבע"ה שלא בפניו הוא משום שעבוד נכסים וכל היכא דליכא שעבוד הגוף ליכא שעבוד נכסים כמ"ש ר"ת בסעמא דמוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול, וכיון דבמת ודאי ליכא שעבוד הגוף האין ישתעבדו נכסיו דנכסיה דאיניש אינון ערבין ביה והיכא דליכא לוח ליכא ערב, ועיין בקצה"ח סימן ס"ו ס"ק כ"ז שהביא דברי הר"ן פ' הכותב ועיי"ש, ותוכן דגריד דדוקא היכא שהיה פטור על החוב כגון ע"י פרעון או מחילה אוי נפטר ממילא גם הערב, אבל במת הלוח שפיר גובה מהערב דמיתתו אינו פטור על החוב, ואף דודאי פקע שעבוד הגוף אבל ההפקעה אינו מצד השעבוד בעצמו אלא דליכא גוף הלוח ואין על מי לחול השעבוד, ודוקא היכא דהלוח פטור מצד הדין או אמרינן דממילא גם הערב פטור, אבל היכא דהלוח צריך להיות חייב אלא דליכא ללוח בעולם שפיר גובין מנכסיו, ומדברי קצה"ח שם נראה דזה לא מהני אלא היכא שכבר נתחייב הלוח בפועל ומת אח"כ לא פקע שעבוד נכסיו. אולם מדברי נ"י בזרק חץ וכן מהירושלמי הנ"ל לענין קנס מוכח דגם בתחילת החיוב אפשר שישתעבדו הנכסים

גם היכא דלא חל השיעבוד בפועל על גופו, וקצורו של דבר הוא דלא מיקרי ליכא לנה אלא היכא שהלוח פטור מדינא, אבל היכא שראוי להיות חייב אלא דליכא לגוף הלוח בעולם ואילו היה בעולם היה משתעבד וא"כ הנכסים שישנן בעולם שפיר משתעבדין הן. ומפי מו"ר הגר"ש מבריאנסק שמעתי כי שעבוד הנכסים אינו בתולדה משעבוד הגוף, אלא אותה הסיבה הגורמת לשעבוד הגוף גורמת לשעבוד הנכסים, ומשו"ה במת הלוח אף דליכא שעבוד הגוף בפועל אבל הסיבה המחייבת לא בטלה במיתתו והיא גורמת לשיעבוד הנכסים גם בלא שיעבוד הגוף, והן הן הדברים הנ"ל.

(ב) והנה מה שכתבתי בפשיטות דבקנס לא יגבה מלקוחות שלקחו קודם העמדה בדין, שמעתי ממו"ר הנ"ל בהיפוך, ודעתו דכמו שגובה מיורש ה"נ גובה מלוקח. ולכאורה ראייה לדבריו מדברי תוס' פא"נ דל"ח שהקשו אהא דאמר בגמ' יש בגר בקבר ופקע אב דת"ל דהאב יורשה, ותירצו דנ"מ אם היא חייבת לאחרים עיי"ש. ומבואר מזה דאם מת הניזק יוכל בעל חובו להעמיד בדין את המזיק ולגבות ממנו קנס, וצ"ל דהוא מטעם שיעבודא דר' נתן, וע"כ לא יוכל המזיק לומר להבע"ח לאו בע"ד ידידי את. וצריך ביאור כיון דהניזק בעצמו לא זכה בחובו קודם העמדה בדין איך שייך בזה שיעבודא דר"נ, וצ"ל דאף דהניזק אין לו עתה בנכסי המזיק כלום ואפילו שעבוד הגוף גרידא אין לו דהמזיק לא נתחייב עדיין בפועל, אבל מ"מ ע"כ הרי יש להניזק זכות לתבוע המזיק ולכופו שיעמוד בדין כדי שיתחייב, ועל הזכות הזה שייך שעבודא דר"נ והבע"ח של הניזק זוכה בזכות הזה שיש להניזק על המזיק א"כ יש מקום לומר דהזכות הזה יש להניזק גם בנכסי המזיק קודם העמדה בדין וע"כ גובה מהלקוחות. אבל לע"ד הא דכתבו תוס' דשייך שעבודא דר"נ בקנס דבע"ח של הניזק יכול להעמיד המזיק בדין לא כתבו כן אלא לפי מה דקיימי השתא דאדם מוריש קנס לבניו, והיינו שהניזק מוריש לבניו זכות התביעה שיש לו על המזיק, וכי היכי שהיורש זוכה בזכות הזה ה"נ בע"ח של הניזק זוכה בזה, אבל אי נימא דאין אדם מוריש קנס לבניו, וצ"ל דזכות התביעה אינו זכות ממון שיוכל היורש לירש, א"כ כ"ש שאין בע"ח של ניזק זוכה בזה, וא"כ יכול המזיק לומר לו לאו בע"ד ידידי את. ולפי"ז נראה דאין הניזק גובה מהלקוחות שלקחו מהמזיק קודם העמדה בדין כיון דעדיין אין לו זכות ממון כלל אצל המזיק ואין יכול להורישו לבנו, וכ"ש שאין לו בנכסי המזיק כלום, יכיון שמכרן המזיק קודם העמדה בדין מאיזה טעם יגבה מהן, וע"כ צריך לחלק דלא דמי יורש ללוקח.

וז"ל מרן. החזו"א: ודאי אין חילוק בין יורש ללוקח וקנס גובין מלוקח למ"ד מלוח ע"פ גובין מלקוחות וכ"ה ב"ק ל"ג ב' לר"י. וכן בזרק חץ ומכר נכסיו וכמש"כ ריטב"א ב"מ צ"ז בשומר שמכר נכסיו *.

הערות ל"כנסת ישראל" חוברת א' סי' א' אות ג' ד'

בענין טריפה שחרג *

(ג) ובר"פ החובל, עין תחת עין ממון אתה אומר ממון או אינו אלא ממש הרי שהיה סומא וסימא היאך אני מקיים בו עין תחת עין והתורה אמרה משפט אחד השוה לכולכם אמרי ומאי קושיא דילמא היכא דאפשר אפשר היכא דלא אפשר לא אפשר ופטרינן ליה, דאלת"ה, טריפה שהרג את השלם, מאי עבדינן ליה. (פירוש, דהא כתיב ונתת נפש תחת נפש, וטריפה אין לו נפש, ופירש"י שם צ"ע ג), אלא היכא דאפשר אפשר, היכא דלא אפשר לא אפשר, ופטרינן ליה, ומסוגיא זו הוציא הרמב"ם את פירוש, דטעמא דטריפה שהרג פטור, אינו משום עדות שאי"ל, אלא דכיון דטריפה אין לו נפש, אי אפשר לקיומי ביה ונתת נפש תחת נפש דכתיב ברוצח, אלא דלפי"ז גם בהרג בפני בי"ד ליפטר, וזהו דפריך בגמ' בפני בי"ד נהרג מ"ט פירוש דהא לא אפשר לקיומי ביה, נפש תחת נפש ומשני משום דכתיב, ובערת הרע, פירוש דאע"ג דליכא בזה משום דיני נפשות, מ"מ מצוה לבער את הרע, אפילו היכא דליכא דיני נפשות, ודוגמא לזה, ההורג נפש שלא בעדים, מכניסין אותו לכיפה, והיינו ע"י עדות מיוחדת, דפסולין לדיני נפשות, מ"מ כיון דכשרים לכל עדות שבתורה, נאמנין להכניסו לכיפה, דליכא בזה משום דיני נפשות, אף שהוא מת ע"י כיפה, (ומזה נראה שלא כדעת הגרעק"א, שרצה לומר דעדי קינוי וסתירה, כיון שמשקין אותה, הוי כדיני נפשות, שע"י השקאה תמות, וצ"ע דלא עדיפא מכיפה), וה"נ טריפה שהרג בפני בי"ד אין דנין אותו דיני נפשות כלל, דלא אפשר, אלא דין אחר הוא, והוא דין מיוחד, באדם, ולא בשור, ומה שמצינו בשור, מצות ובערת הרע, היינו היכא שדנין אותו דיני נפשות, אז ודאי איתקש שור לבעלים, אבל במקום דליכא משום דיני נפשות, כגון בטריפה שהרג, לא איתקש שור לבעלים, לדעת הרמב"ם והראב"ד חולק, דגם בזה איתקשו להדדי.

(ד) והא דהרג שלא בפני בי"ד פטור לגמרי, היינו משום דליכא עדים כלל שהרג, דהעדות אי אתה יכול להזימה, והן פסולין, אפילו בדיני ממונות מדאורייתא, אלא דמדרבנן כשרים לממון, כדי שלא תנעול דלת בפני לוי, וה"ג בכיפה, אף דעדות מיוחדת מהני, היינו משום דפסולא דעדות מיוחדת, אינו אלא לדיני נפשות, וכיון דכיפה לא הוי דיני נפשות מהני עדות מיוחדת, אבל עדות שאאי"ל, ודאי לא מהני גם בכיפה, כיון דפסולין לכל עדות שבתורה, ולא גרע כיפה מדיני ממונות, אבל ראוהו ביום, כיון דבכה"ג כשרין לדיני ממונות, ואינן פסולין רק לדיני נפשות, כשרין הן לענין טריפה שהרג, כיון דליכא ביה משום דיני נפשות.

וז"ל מרן החזו"א: (א) לא יתכן לפרשו הא דאמר היכי דלא אפשר פטרינן לי' אדרבה התורה אמרה משפט אחד ואם הוא טריפה נמי דיינינן לי' במיף ככל רוצח ככל פרטיו אלא שבי"ד למדו דינו בקרא ובקרת ולא בקרא מות יומת, וגם לישנא פטרינן לי' לא יתכן