שאלות ותשובות
ויען דוד

ד' תשובות

בנדון ספיקות בבית הקברות
בית שמש

בחמלת ד' עלי

חיים יוסף דוד ווייס

דומ"צ קהל יטב לב אנטווערפן

ניסן תשע"ד

תשובה א׳

נתבקשתי לחוו״ד בנדון בית הקברות שבעיר בית שמש, יש שהתירו לפנותו כדי לבנות לירות שם, מחמת שהם קברי עכו״ם, ומאידך גיסא רובם אסרו (בכתב) לפנותו, והתחילו לחפור שם, וכנגדם לעומתם מוחים שם עד זוב דם ושבירת עצמות וגלגולת ועד בכלל.

והנה בהיותי בזה, יש למחות באלו שמבזים ת״ח, מחמת שלבעתם היה להם להחזיק ידי המוחים, והנה כלל זה מסר לנו הרמע״ה (בבא מציעא דף נ״ט ע״א), הבא על א״ש יש לו חלק לעוה״ב, אבל המלבין את פני חבירו ברבים אין לו חלק לעוה״ב, ואם זה נאמר בחבירו, בת״ח שמחווייבים בכבודו עאכו״כ, ועקילתם עקילת עקרב, והפוער פיו יחוש לנפשו, לא זו הדרך, ועיין ברמב״ם (פ״ו מהלכות דעות ה״ח) במצות תוכחה, ההמבזה את חבירו בהוכיחו עובר בלאו דלא תשא עליו חטא, ועון גדול הוא.

ומאידך גיסא ראיתי למחות על המכות אכזריות שבעלי הקרקע גרמו להמוחים, כי אם מוחים מחמת ירא״תם ומוסרים נפשם למנוע חטוטי שכבי, איך יעמדו כנגדם ובפרט בהכאות, ושמעתי שיש ממלילים עליהם שברשות הם עושים, עפ״י הא דקיי״ל (חו״מ סימן ד׳) עביד איניש דינא לנפשיה, ובגמרא (בבא מציעא דף כ״ח ע״א) למי שבא ברשות חבירו, לנקוט פזרא וליתיב, וזה אינו, דהא קיי״ל (שם דף מ״ח ע״א), נהי דאית לך רשות לאפוקי, לאזוקי ליה לך רשותא, ובחו״מ (בכמה מקומות), וההולך באכזריות יש לחוש שאינו מזרע ישראל, וכדאיתא בגמרא (בילה דף ל״ב ע״ב) כל המרחם על הבריות בידוע שהוא מזרעו של אברהם אבינו וכל שאינו מרחם על הבריות בידוע שאינו מזרעו של א״א, ובשו״ע (אהע״ז סימן ב׳ סעיף ב׳) מי שיש בו עזות פנים ואכזריות ושונא את הבריות ואינו גומל להם חסד, חוששין לו ביותר שמא גבעוני הוא, וראוי להתרחק מהם ע״כ, וכבר בארתי (בח״ב סימן ס״א) דדרכיה דרכי נועם, ובחילוקי דיעות כאלו היו צריכים להיות באהבה ושלום כדכתיב האמת והשלום אהבו (יבמות דף י״ד ע״ב).

ח

לא תתגודדו

מר לי מאד שהגענו למצב כזה, שעצם הב"ד הגדול בירושלים ניתן למשיסה ע"י מחלוקת, אשר הדיינים והרבנים לוחמים זה כנגד זה, בהלכה למעשה, בלי שיחליטו כולם ביחד ע"י רוב דעות או בהסכמה אחרת, ואדרבה כ"א בונה במה לעצמו, ויש בזה משום לא תתגודדו, וההירוס בזה הוא בכיה לדורות.

בגמרא (יבמות דף י"ד ע"א) נחלקו אביי ורבא אם האיסור אף בב' בתי דינים בעיר אחת, או רק כשנחלקו באותו ב"ד כדברי רבא, וברמב"ם (בפי"ב מהלכות ע"ז הי"ד) כתב וז"ל, ובכלל אזהרה זו, שלא יהו שני בתי דינין בעיר אחת, זה נוהג כמנהג וזה נוהג כמנהג אחר, שדבר זה גורם למחלוקת גדולה, וכתוב לא תתגודדו וכו' עכ"ל.

ונלחקו בכמה מפרשים לתרץ דבריו, דהרי קיי"ל כרבא נגד אביי, ובלחם משנה בשם שו"ת הרד"ך (בית י"ג), דבאמת פסק כרבא, וז"ל, ומה שאמר שלא יעשו שני בתי דינין, ר"ל ב"ד אחד פלג מורים כחד ופלג מורים כחד, דנראין כשני בתי דינין, והוא דוחק גדול ול"ע עכ"ל.

ובשו"ת מעיל צדקה (סימן מ"ט) כתב, דלאו זה הוא כלל גדול עד מאד מאד, עוד כתב, וז"ל הרמב"ם וכו', הרי להדיא בדבר שגורם למחלוקת, הוא בכלל אזהרת ולאו דאורייתא דלא תתגודדו, פלג מורין כן ופלג מורין כן, משמע דוקא במורין כן הלכה למעשה יש איסור, כבר כתוב עליו מהר"ר דוד כהן והגיה הרב רמב"ם והובא דבריו בלחם משנה שם עכ"ל, אך בשו"ת בנימין זאב (סימן ש"ג) כתב דהלכה כאביי דמסתבר כוותיה עיי"ש דסוגיא כוותיה ע"כ, ועכ"פ דברי רבא נכללים בכלל דברי אביי, ובב"ד אחד כו"ע מודו דאסור, ובשו"ת מהר"מ אלשיך (סימן נ"ט ד"ה והנה) כתב וז"ל, אבל כשב"ד אחד יש ביניהם שינוי, ירחה לעם תורה כשתי תורות עכ"ל.

ובש"ך (יו"ד סוף סימן רמ"ב) הוסיף וז"ל, ב"ד בעיר אחת שנחלקו בדבר, אסור להורות מקצתן כך ומקצתן כך, ודבר זה גורם מחלוקת בישראל והתורה נעשית כשתי תורות, וכן אסור לעשות כל כת וכת מהם כדבריו, או לנהוג כן, אע"פ שאין מורין כן להדיא וכו' עכ"ל.

והנשמע כזאת, שהליינים שבאותו ב"ל יורו לכאן ולכאן, ואם יבא המליץ להמליץ שבב"ל של העלה החרלית בירושלים יש כמה הרכבים, פעם דנין אלו ופעם אלו, היות שבכללות נקראים ב"ל אחד, פשוט לאסור, ולשון הרמב"ם יוכיח, שגורס למחלוקת גדולה, והן הן הדברים שנוגעין לב"ל זה, ואריכות אך למותר.

והיה להם ללכת אחרי הרוב, והמיעוט יבטלו עצמן, כמש"כ בספר מנחת חינוך (מצוה ע"ח) עיי"ש, (ורק אחר שישבו ולנו ביחד, דבעינן רובו מתוך כולו, כדאיתא בשו"ת מהרלב"ח (בקונטרס הסמיכה), ובשו"ת מהרשד"ם (חיו"ד סימן קנ"ג), ובשו"ת משפטים ישרים (ח"א סימן רל"ח), ובשו"ת חתם סופר (חאו"ח סוף סימן ק"מ), וע"ע בספר ויואל משה (ח"א סימן קע"ג), ובשו"ת בית יצחק (חיו"ד ח"ב סימן פ"ט) דן בזה עיי"ש היטב).

ואף אם אחד מהם חושב שהוא מחודד טפי, הרי לא קיי"ל כבית שמאי (בגמרא שם), ובהג"א (פ"ק דע"ז) בשם האו"ז, וכן פסק בש"ך (יו"ד סוף סימן רמ"ד ד"ה ועוד תימה), ובשם הסמ"ע (סימן כ"ה ס"ק י"ח), ובאשל אברהם (או"ח סימן נ"ג סק"ג) בשם הרא"ש,] ובבאה"ט (שם סקי"א) בשם הרמ"א, ובברכ"י (חו"מ סימן ז' אות ט"ז) בשם הראב"ד, והפר"ח והראבי"ה, והמהרש"ך (ח"ב סימן נ"ה) וע"ש בברכ"י שהאריך (ועיין מש"כ בדברי או"ז הנ"ל, ומה שהקשה בשו"ת שער אפרים (חיו"ד סימן י') על הש"ך עיין בברכ"י שם ד"ה ואתיא), וכן נוהגין, (ובב"י (או"ח סימן תרי"ח ד"ה איכא) כתב וז"ל, לא שמענו בסנהדרין שהולכין אחר רוב חכמה, אלא אחר רוב מנין וכו', לחיינים הם וכולם צריכים לאותו הדין, ומדינא לא היה ראוי להיות דין על שיסכימו כל הצריכין לדעת א', אלא דרחמנא אמר אחרי רבים להטות וכו' עכ"ל, הביאו בשו"ת תשורת שי (ח"א סימן שי"ד).

אך בספר החינוך (מצוה ע"ח, וע"ש במנח"ח), דהולכין אחר הרוב רק בשוין, ובחידושי הרמב"ן (סנהדרין סוף פ"ג) בשם רב האי גאון דיכולים ללכת אחר רוב חכמה, וכ"כ במאירי (יבמות שם) מהא דבית שמאי עשו כדבריהם, ושם דכשנגדם מחדדי טפי, אין מכריעין בדבר, ועיין בספר מגן אבות (להרשב"ץ על אבות פ"ד אל תאמר קבלו דעתי כו'), ובשו"ת מהרשד"ם (חאו"ח סימן ל"ז, חו"מ סימן ל"ה), ובשו"ת תשורת שי (שם) דבדיני ממונות יכול הנתבע לומר קים לי כשיטת רה"ג, ועכ"פ אף להסוברים דכשאל אחד מחודד טפי באותו ב"ל א"א להכריע,

אסור ששניהם יפסקו הלכה למעשה, דזה בכלל הלאו דלא תתגודדו, ופשוט.

ב

דרך ההוראה

ומקודם שנדון על גופא דעובדא, יש להקדים איזה הקדמות:

א) לפני שדנים בהלכה, יש לדעת המציאות, וזה יסוד גדול בהוראה, וכמש"כ (כמ"פ) בשו"ת חבצלת השרון בשם רבו הדרך המלך, דכשדנין על עגונה, מקודם יש לברר לפי כחו ודעתו, אם הבעל חי או לא, ואח"כ לדון בהלכה, (והעושים להיפך, דהיינו שע"י ההלכה יברר המציאות, זה סילוף בדרכי ההוראה).

ואעתיק מש"כ בתשובה בספרי ויען דוד (ח"ה חו"מ סימן ק"כ אות ז') וז"ל, בשו"ת חבצלת השרון בשם הדרך המלך, שדיין הבא לידון, מלבד עיונו בהלכה, עליו לצייר הענין במציאות, וכשבא להתיר את העגונה, עליו לחקור בלבו אם בעלה באמת מת, וכתב (בחאהע"ז סימן כ"ח) וז"ל, אבל מריש כל אמינא להו מה ששמעתי, (מפי הרב הגאון מו"ה דובערים ראפאפורט ז"ל אבד"ק ראווא, שהיה מקובל מפי רבו הגאון בעהמ"ס נודע בשערים אבד"ק לובלין ז"ל), שבבוא לפניו איזה שאלה, מקודם הוא שוקל בשכלו על אמיתות הענין לפי שכל האנושי האיך הוא, ואם נראה לו לפי שכל האנושי שהדבר אמת, אז הוא מעיין על פי חוקי תוה"ק מה משפטו, וכן הוא אצלי בבוא לפני שאלת עגונה וכדומה, אם ברור הדבר בעיני לפי השכל ודעת בני אדם שהדבר אמת, אז אנכי מייגע את עצמי למצא לד היתר על פי חוקי ומשפטי תוה"ק, ולא כן אם אמיתות הדבר מסופק אצלי, וכן הוא בדבר הזה שאין כאן רק עד אחד, שכפי שנראה הוא מקלי הדעת וכבש העדות אצלו איזו שנים ועתה כשקרה מקרה שהיה לו מו"מ עם האשה הזאת וכו' עכ"ל, ועוד (שם בסימן כ"ד ד"ה אבל) וז"ל, אבל עיקר הדבר אצלי כפי ראות הדיין אם הכיר בסיפור דבריו שניכרים דברי אמת וכו', ומקובלני מפי גדול אחד שהיה בדורנו וכו' שקיבל מרבו, שהעיקר כשבא לפניו איזה ענין, לראות מקודם בשכל הפשוט שהענין אמת בלתי ספק, ואז מחפש בתוה"ק לשפוט מה לינו על פי תורה עכ"ל.

וכעין זה ביאר הענין דיין שדן דין אמת לאמיתו, עיין תוספות (בבא בתרא דף ח' ע"ב ד"ה דין), שזה לאפוקי דין מרומה, והדברים ידועים, ובאדרת אליהו להגר"א

ז"ל, דאין למנות דיין לד"ת אלא מי שבקי במילי דעלמא, שמא ילא ממנו דין מרומה.

והעירוני ממה שכתב החזון איש (בספר מעשה איש ח"ד) שאמר על דברים הנ"ל (שהוזכרו בחבלת השרון) דח"ו, דלריכים לעיין רק על פי תורה ע"כ, הנה בודאי נתכוין לדברי הרמב"ם (ב"ג מהלכות סנהדרין ה"ח) דאין ממנים דיין מי שאינו חכם בחכמת התורה, (דמשמע אפילו אם הוא חכם במילי דעלמא אין ממנים), והנה בגמרא (שבועות דף ו' ע"ב) בחורשייא קאכיל ליה, ומצינו בגמרא לענין הלכה שתמיד דנין על מחשבת בני אדם ואומדן דעתן, וכגון (בבא מציעא דף פ' ע"ב) שוכר נמי בהיא הנאה וכו', (ושם דף י"ב ע"ב) עניים גופייהו ניחא להו, (ושם דף קי"ב ע"ב) שכיר נמי בעל כרחך איתגר, (ושם דף כ"ו ע"ב) איאושי מייאש ואמרי עניים להתם מלקטי ליה.

והנה הב"ח (חו"מ סימן ז' בנדון למעלות שלריך להיות לדיין כדי למנותו) כתב וז"ל, דאע"פ שעכ"פ לריך שיהא חכם בחכמת תורה וכו', עוד לריך שיהיה בהם חכמה אנושית, ובעל דיעה מרובה ודעת רחבה וכדכתיב חכמים ונבונים וכו' עכ"ל, ובמסכת דרך ארץ (זוטא פ"ג) ט"ו דברים אמרו בתלמיד חכם, פקח בדעת, והעירוני חתני החוב"ט הר"ר מנחם מענדל לעמבערגר נ"י מויקרא רבה (סימן ט"ו), כל תלמיד חכם שאין בו דעת נבלה טובה הימנו, ובגמרא (בבא קמא דף מ"ו ע"ב) למה לי קרא סברא היא, וממה שכתב הסמ"ע (סימן ג' ס"ק י"ג בשם מהרי"ו סימן קמ"ב) דדעת בעל הבית היפך דעת תורה, וז"ל שם, לא תשב אצל הקהל בשום דין, דידעת שפסקי בע"ב ופסקי לומדים שני הפכים הם ע"כ, ומאידך גיסא מצינו בכמה מקומות שולא דדייני, והיינו שיפסוק על פי אומדן דעתו, (עיין רשב"ם בבא בתרא דף כ"ו ע"א), וכדקיימא לן בשו"ע (חו"מ סימן ר"מ סעיף ג', דלא כשיטת התוספות שם שיעשה הדיין כמו שירצה).

ולע"ד דהא דאמרינן בגמרא דיכולים לדון על פי סברא, וכדמצינו בכל הש"ס, ועיין בפני יהושע (ברכות ריש פרק כילד מברכין) ובגל"ח (שם), ובספר ויואל משה (ח"ג אות י"ב) באורך, זהו רק בסברא של תלמיד חכם שדעתו דעת תורה, וסברא שלו באמת היפך דעת בעל הבית, וכל זה כשדן בחלק ההלכה, ומאידך גיסא נראה שגם החזון איש יודה שעל הדיין לדון על פי המציאות האמיתי בשכל

האנושי (כמש"כ בשו"ת הנ"ל ח"ה וכדמוכח מדברי הב"ח), אמנם בודאי אין לו לדון בהלכה על פי משפטי בני אדם ומשפטים בל ידעוס, ובודאי לא סיימוה קמיה להחזון איש, ע"כ מהתשובה הנ"ל.

ב) א"א להכחיש המציאות, ובעדים המכחישים זאת, על כרחך סהדי שקרי נינהו, וכדאיתא בגמרא (כתובות דף ט"ז ע"ב) לענין עדים המעידים נגד חזקה, (ועיין בקובץ שיעורים שם סימן ס"ב), ובשו"ת אחיעזר (ח"ג סימן ט"ו בד"ה ובדרך) כתב וז"ל, ובאמת ל"ע היכא דהעדים טוענים שיכולים לראות מרחוק ויש להם נהורא מעליא, ומבררין זה שרואין מרחוק, איך אפשר להרוג אותם עכ"ל, ולפע"ד פשוט דבאופן שנתברר שיש להם נהורא נפשא, בודאי א"א להורגם, אלא דבסתמא א"א לטעון טענה נגד הטבע, וכדאיתא בגמרא (מכות דף ה' ע"א).

ג) ההולך נגד המסורת, אפילו אם יביאו ראיות הרבה, אין לשנות מהלכה המקובלת מדור לדור, ואין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אא"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין.

והמסורת הוא, שבכל מקום שחשבו לקבריס, (וכ"ש כשנמצאו שם עצמות) מסרו נפשם עפ"י גדולי הדור להציל המקום, ועיין ביו"ד (סימן שס"ג סעיף א') לאסור לפנות, ובטור (שם) דאף לצורך המקום, (ואף לצורך קבורת זולתו), ועוד (בסימן שס"ד סעיף ב'), וכה עשו עפ"י הגה"ק מבריסק זצ"ל והגה"ק מסאטמאר זי"ע, ולא המציאו קולות וס"ס, הגם שהאיסור לפנות מדרבנן, כמש"כ בשו"ת מהרש"ם (ח"ד סימן י"ד אות א') משו"ת מהר"י מפוזנא, דפינוי המת דרבנן, משום כבודו של מת, ובשו"ת שבט סופר (סימן ק"ד) דזהו העיקר, והוסיף ושלא ישתמשו בקבר, ובשו"ת שבות יעקב (ח"ב סימן ק"ג) דהוא משום ניוול, (ובצפנת פענח, ובארשא סימן קפ"ב, ובחדשות ח"ב סימן ט"ו, ובקונטרס סופרי המלך מכתב י"ט ובח"ג), אך בהאלף לך שלמה (יו"ד סימן ש"ב) כתב דאיסור פינוי דאורייתא, וכן באור שמח (הלכות שמחות פי"ד הט"ו), ובשו"ת אגרות משה (יו"ד ח"ב סימן ק"ס) דהוי דאורייתא, (ובשו"ת שבט הלוי (ח"ו סימן קפ"ב) כתב, דלכו"ע פינוי דרבנן, ונעלם ממנו שיטה הנ"ל), ועיין בספר המפתח להרמב"ם (פי"ד מהלכות אבל ד"ה איסור פינוי), ומונעים לפנות אף בלי שימצא שדרה וגלגולת.

ג

בעלם הויכוח

והנה בנדון החפירה בהר שע"י עיר בית שמש, אשר יש האומרים למלוה לחפור כדי להקל על מלב חוסר הדירות, והיקרות עולה מעל לראש, ועניים ואביונים סובלים מרורות כדי לחתן בניהם ובנותיהם, ויש שכבר נתנו חלק מהתשלום, ועומדים להפסיד מעותיהם, ואשר ע"כ יש לנקוט בכחא דהתירא, ולמלוא מבוא אשר יוכלו לבנות דירות למאות ולאלפים בזול, (וגם לנתי עמהם, ובכתבם, בארוכה ובקצרה), והמחמירים טענתם בלדם שאסור בשו"א לבנות במקום שיש בו חשש חילול בית הקברות (של ישראל).

ועיקר החולץ ביניהם, א) אם מקום הנדון הוא בית הקברות או לא, ב) ואפילו את"ל שהוא בית הקברות, שמא של אמוריים הם, (כבגמרא בבא מציעא דף כ"ה ע"ב), ג) ואפילו את"ל דשל ישראל, היות שלא מצאו שדרה וגלגולת, אם מותר לפנות, ועכ"פ דבר הראשון שיש לברר, אם זה בית הקברות או לא.

ד

המציאות באותו הר

והנה בהר הנדון (כפי ששמעתי) שמצאו כארבע מאות מערות, אשר ברובן יש אבן גולל (הסותמה), והלא אין להכחיש השמש בלהרים, דמקום כזה בודאי עשוי לקברות, מלבד מה שנמצא עצמות במערות, טענת המקילים, די"ל שהמערות נעשו לאצור תבואה ויין, וכל זה דברי תימה.

הנה בבית שמש מצינו (שמואל–א ו, יג) שהיו קוצרים קציר חטים בעמק, (ובדרך אגב יש להעיר, דאף בימי הפלשתים, בית שמש היה של ישראל, עיין בפירש"י (שם ד"ה בית שמש) וז"ל, ישראל היו שם עכ"ל, וש"מ שדרו שם משנים קדמוניות, משהנחיל יהושע בית שמש לעיר מקלט (יהושע כא, טז), והפלשתים התפשטו שם רק בימי אחז (דהי"ב כח, יח), ויתכן שעיר בית שמש שע"ש הוא נקרא, היא בסביבת העיר הזאת, ואמנם מעולם לא מצינו שהיה שם יקב, והנה מן הדרך לאצור יין מתחת לאדמה, משא"כ בתבואה, שעושים כמו גדיש, (עיין בבא קמא דף ס' ע"ב ובסוכה דף ט"ו ע"א), ואין אוצרים בדרך זה בחפירות קטנות (חוץ מירקות, במג"א (סימן רכ"ה ס"ק י"ד), ואפילו את"ל שאחר כניסתם מן השדה

אלו מתחת לקרקע, הישמע כזאת או הנשמע כמוהו לחפור מערות למאות (במקום לאלור במקום אחד), או בשביל יין, ועל כאן לא נמצא אפילו חבית אחת, (שאוצרים בו יין, שבדרך כלל נעשה מכלי חרס, וקרא מפורש בירמיה (לב, יד) ונתתם בכלי חרס למען יעמדו ימים רבים, ובתשובת ר"ל אופנהיים שהובא להלן הוכיח שלא היו קברי ישראל, מאומדנא שלא נמצא שם שום חרס, וכתיב למען יעמדו וגו'), ולמי נאצרו החביות במערות אלו למאות ולאלפים.

ומעולם לא נשמע למערות כאלו יהיו נעשים לאוצרות יין, וכי הטמינו שם יין לדורות, ומהיכן היה ריבוי יין עד כדי כך, ואם באמת היה שפע גדול כזה והיו צריכים להטמין, היו חופרים מערה אחת גדולה לבית האוצר, כמו שהיו אוצרים, (עיין במתניתין ריש פסחים), ולא להפרידם למאות מקומות סמוכים זה לזה, שכמעט א"א לשומרן, וכל מי שעיניו בראשו יודע האמת שזה בית הקברות, (ואף המומחים הנקראים ארכיאלאגע"ן, אשר המקילים סומכים עליהם הרבה, אומרים שזה נעשה לקברות, אלא טענתם בלתי, די"ל משל עכו"ס הם, ונדון בזה להלן אות ח'), ואם יתעקש הטוען שאין הכרח שזה בית הקברות, טענה זו בכלל תשובה שיוכל לטהר השדה בק"ן טעמים (עירובין דף י"ג ע"ב), באופן שכל בר דעת שיש מוח בקדקדו, ורואה המציאות שם, יודע האמת שזה בית הקברות.

ובכל התורה קיי"ל אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, בגמרא (נדה דף כ' כ"ב), ושם (דף ח' ע"ב) דקרקע בתולה כל שמעלה רשושין ואין עפרה תיתות, לונמא הרי זו בתולת קרקע, ועל סמך זה סומכין לנחל איתן ולביני ממונות, וגם לעניני קברות, וכדאיתא בגמרא (פסחים דף י' ע"א) על שיגיע לקרקע בתולה, ואין להמציא סברות שונות ומשונות, כדי להכחיש המציאות הנראה לעין, וכדאיתא בגמרא (מכות דף ה' ע"א) דאין חוששין לגמלא פרחא, ובשו"ת חוות יאיר (בסוף הספר מר' דוד אופנהיים זצ"ל, ד"ה ואם נחזיק) וז"ל, וגם אומדנא דמוכח, מאחר שלא נמצאו שום חרס וכו', שודאי היו עכו"ס עכ"ל, (וכבר בארתי (בח"ה סימן פ') דבכמה ענינים סומכים אאומדנא).

והסברא נותנת שזה בה"ק של ישראל, ואבאר בס"ד.

אפילו אם ננקוט דעת המקילים, שכשנכנסו ישראל לארץ, כבר היו מערות אלו, ומסתמא היו ריקים, דיתכן שהעצמות של האמוריים כבר נרקבו, באופן שלא נשאר

רק רקב או שלא נמלא כלום, מהיכי תיתי שלא השתמשו אחר כך באותן המערות לקבורה, (והגם למשתלים בקבורת מתי עכו"ס, עיין ש"ך (יו"ד סימן שס"ז סק"א), ולעת הרמב"ן (דברים כא, כב) לגם בעכו"ס יש מצות קבורה, ועיין מהרש"א (סנהדרין דף מ"ו ע"ב) ובשו"ת יעב"ץ (סימן מ"א) ובשו"ת חוות יאיר (סימן קל"ט), ואין כאן האיסור שלא לקבור יחד עם עכו"ס, עיין בפתחי תשובה (סימן שס"ד סק"א), כשלא נשאר מהם כלום, עיין ביו"ד (סימן שס"ג סעיף ג'–ד') ובביאור הגר"א (שם), וכ"ש כפי שנהגו אז ללקט עצמות (ממתי ישראל, וכבמתניתין) להרויח מקום וכדלהלן, (הגם דמונעין מלהשתמש במקום שנקבר עכו"ס, מחמת ההרגש וכמובן, אין הכרח שהזניחו שטח גדול כזה מחמת הרגשים).

והרי האוכלוסין רבים הוו, (שדרו שם מימי דוד המלך ע"ה כנ"ל), והגם שהיתה קטנה שבעיירות (עיין מדרש רבה איכה פ"ב עה"פ בלע ה' ולא חמל, בשם ר' יוחנן), היתה מוציאה שמונים אלף כהנים במשמרתה, ובקרא (שמואל א' ו, יט) ויך באנשי בית שמש וגו' חמשים אלף איש (ועיין בפירש"י), באופן שאפילו את"ל שהמערות נחפרו מאז, (לפני כניסתם לארץ), יתכן ששוב נשתמשו לבה"ק של ישראל, (ופשוט דאין בזה משום מש"כ בהגרעק"א (סימן שס"ד סעיף ז') די"א דקבר שנפנה אין קוברין שם, דהני מילי בקבר של ישראל), דמצינו שנמצמו בגבולות הקרקע, בגמרא (בבא מציעא דף ק"ז ע"ב) לא תזלזל במישחתא דכל פורתא ופורתא חזי לכורכמא ריסקא, והגם דמיירי בבבל, ובא"י ארץ לבי כתיב, לא חילקו בהלכה בין חו"ל לא"י, עיין חו"מ (סימן רל"ט סעיף ט"ז), ואם ליש לחלק בין שדה לטרשין, כדאי' בגמרא (סוטה דף ל"ד ע"ב), שהטרשין עבור קברות, בודאי לא היו משאירים הר רחב וגבעה רחבה לטמיון, מחמת ספק ספיקא של קברי עכו"ס, ולכל היותר היו מכסין תחתית המערה בעפר להפסק, עיין בשו"ת האלף לך שלמה (חיו"ד סימן ש"ב) וז"ל, מוכח דהוא נכרי וכו', ומה שחשש דאולי הוי זה בזיון לישראל להיות נקבר שם וכו', דמה דהוי בתחלה קבר ישראל, שפיר הוי בזיון אם יעשו בו אח"כ תשמיש בזיון, אבל להיפוך מה שהיה בו תחלה דבר אחר, אין זה בזיון מה שיהיה נקבר בו, ורואיה מדין בית הכנסת, שמה שהיה תחלה ביהכ"נ, אסור להשתמש בו דברי גנאי, ולהיפוך לא מצינו איסור שלא לעשות ביהכ"נ במקום שהיו בו זרעים תחלה וכו', (א"ה ואמנם מצינו (במג"א

סימן קנ"ו ס"ק י"ז) שלנו אם לעשות בית הכנסת במקום שהיה בית ע"ז, ועיין מש"כ בספרי רלאש דול (סימן י"ט) בזה), היותר טוב שיחרושו המקום זה, וגם ישליכו עליו עפר הרבה למעלה, ואז הוי כפנים חדשות בא לכאן, ולא יהיה נראה שהיו קברי עכו"ס תחלה וכו', ולא יהיה נקבר במקום זה שהיה בו קבר תחלה וכו', ובזה ודאי ליכא בזיון, ומה גם שיהיה מחובר לבית הקברות הישן, אין זה בזיון כלל עכ"ל, ועיין מש"כ הרא"ד (פ"ב מהלכות שאר אבות הטומאות ה"י), ובשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן של"ו) וז"ל, לכל העכו"ס חושבים, (א"ה מלת חושבים כדי למנוע איבה ופשוט), בפירוד הנשמה מהגוף, נשאר הגוף בלי שום לחלוחית רוחניות וכו' עכ"ל.

ועוד, ענין ליקוט עצמות היה מחמת חוסר המקום (בכוכין ומערות וכדומה, ועיין טור (סימן שס"ג) בשם ר' האי גאון, ובשו"ת שבט הלוי (ח"ו סימן ק"פ ד"ה משא"כ ובד"ה ובעניותי), ובגמרא (בבא בתרא שם), שצמצמו הכוכין בתכלית, והיות דדור הולך ודור בא, היה צורך למאות רבבות כוכין), עיין מש"כ המבי"ט (בספר בית אלקים שער היסודות סימן נ"ט) דמש"כ יהודה וישראל רבים כחול אשר על הים (מלכים–א ד, כ) אינו גוזמא, אלא כי נתקיימה הבטחת האבות וכו' עכ"ל, וכן משמע בספרי (סוף פרשת דברים), ובגמרא (בבא מציעא דף כ"ו ע"ב) דהיה נוגע להלכה, (ועיין ברמב"ם (בהקדמה לספר היד) וז"ל, ואלו הם גדולי החכמים שהיו בבית דינו של רבינו הקדוש וקבלו ממנו וכו', ועמהם אלפים ורבבות משאר החכמים), ובמדרש רבה (איכה פרשה א' אות ב' עה"פ העיר רבתי עם) שהיו בירושלים אין מספר כפלי כפלים כיולאי מצרים.

ה

אם לתלות במתים משנים קדמוניות

בגמרא (בבא מציעא שם) מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו, שיכול לומר של אמוריים הם, ומקשינן אטו אמוריים מצנעי ישראל לא מצנעי, ומתרצינן דשתיך ליה טפי, ופירש"י העלו חלודה רבה, דכולי האי לא שביק להו עכ"ל, וז"ל הר' יהונתן (הביאו בשמ"ק), דכיון שהעלה חלודה הרבה, נודע שזה הכל מימות יהושע בן נון וכו' עכ"ל.

וברמב"ם (פט"ז מהלכות גזירה ואבידה הל"ז) כתב וז"ל, והוא שימצאם מטה

מטה, כדרך כל המטמונות הישנות עכ"ל, ופי' הסמ"ע (סימן ר"ס סק"ג) דמזה ניכר שהוא מטמון ישן עיי"ש, וכתב המחבר (שם סעיף א') דבעינן תרוייהו, חלודה ומטה מטה, ועיין בדרישה, ובש"ך (שם סק"ב) עיי"ש, (וי"ל דלהרמב"ם אין צריך חלודה, עיין בבאה"ג סק"ב, ובנתיבות המשפט (סק"ג), יש טעם אחר עיי"ש).

וש"מ דבלי סימן מובהק לא תלינן באמוריים, וז"ל המחבר (שם), נסתפק לו הדבר, הרי זה לא יגע בהם וכו' עכ"ל, (וכשהמולא מוחזק, נראה דתלוי בפלוגתת הרא"ש והשמ"ק, אי אמרינן המוליא מחבירו עליו הראיה, ובשו"ת למח לדק בהגהותיו (שם) הוכיח, דמסתימת הגמרא נראה כהשמ"ק, דכשאין מקום לתלות יותר באמוריים, אין אומרים המע"ה).

ולכאורה יש לחלק, דהתם שאני, דבעל הכותל מוחזק, ובדלא שתיך טפי אזלינן בתר חזקה, (משא"כ בנד"ד דליכא חזקה), אך זה אינו, וז"ל התוספות (ד"ה דשתיך), דכשאין הכרח שהבעה"ב היה מולאו, לא קנאו חלירו, ובריטב"א (הובא בשיטה מקובלת), ואפילו בגל או כותל שיש להם בעלים, לא זכו בה הבעלים, וגם הביא מתוספות הנ"ל דמיירי בחלר המשתמרת, התם מדין חלר, דכיון דפתוח לרה"ר, אין משתמר לדעת הבעלים כלל, וי"א דכיון דשתיך טפי וכו', לא מסקי בעלים אדעתייהו כי הא, וכל מילתא דלא מסקי בעלים אדעתייהו והוי שם מילתא דלא שכיחא, אין חלרס זוכה להם עכ"ל.

והנה שמעתי מאחד מחשובי המתירין, שבמערה אחת (שלפי דבריהם של הארכעאלאגי"ן היתה המערה סתומה, משא"כ במערות האחרות לדבריהם), נמלא חרב עתיק יומין (נעשה מאבן או מברונז"ה, מה שלא עשו בשנים האחרונות, אחר שהיה להם ברזל), ומזה רולים להוכיח שמערות אלו נחפרו מאז, ולכאורה יש לזה ראיה מגמרא (בבא מליעא שם), דדמי לשתיך טפי, וכמה פקפוקים יש בדבר, א) בפרשת בראשית (ד, כב) לוטש כל חרש נחושת וברזל, ושמע מינה דכבר אז היה להם מתכות, אך י"ל שלא הי' להם לרוב, ב) אפילו את"ל שחרב זה נעשה משנים קדמוניות, מאן יימר דהמערה נחפרה בעת ילירתו, ושמא נחלו החרב, ונטמן שם רק בשנים האחרונות, ג) אפילו את"ל שמערות נחפרו מאז, י"ל שקברו שם בזמן מאוחר וכאמור, (ואולי באמת חפרוס אחרי שסתמוס האמוריים). ועל החרב

שנמלא שם, עיין ברמב"ם (פט"ו מהל' סנהדרין ה"ט) בהרוגי ב"ד, שהסייף שנהרג בו נקבר בלו.

ו

א"י בחזקת טהרה

הן אמת דסתם מקומות בא"י בחזקת טהרה, ובמתניתין (מקואות פ"ח מ"א) א"י טהורה, ובגמרא (זבחים דף קי"ג ע"א) לר' יוחנן, דכל א"י בדוקה היא, ובגמרא (כתובות דף כ' ע"ב) עילה מלאו וטהרו א"י.

ושם ובגמרא (נזיר דף ס"ה ע"ב) התלוליות וכו' ישנות טמאות וכו', ישנה שאין אדם זוכר, ופירש"י שאין אדם אומר זכור אני שלא היה כאן תל ובימי נעשה תל זה כאן עכ"ל.

וברמב"ם (פ"ח מהלכות טומאת מת ה"ג) טמאות שמא היו קרובות מעיר שחרבה או מדרך שאבדה, ובחי' חתם סופר (כתובות מהד"ת ד"ה קרובה) כתב וז"ל, ישנה שטמאה, אפילו רחוקה מחמשים, מטעם שמא העיר והדרך היו אצלה וחרב, כמש"כ ר"ח וכו', אלא גם ל"ל שהעיר היתה שם וחרב, ובזה תבין דברי רמב"ם (פ"ח מטו"מ) עכ"ל.

וז"ל הבית שלמה (יו"ד ח"ב סימן רי"ט), אף שירושלים בדוקה היא לקדשים, מ"מ א"י אינה בדוקה כיון דירד מבול וכו', כיון שנמלאו עצמות בדיר העצים, א"כ יצאתה גם ירושלים קצת מחזקתה, והיו רוצים לגזור וכו', או עכ"פ לדהוי בכלל אינה בדוקה כמו שאר א"י, לזאת אר"י דא"י בדוקה וכו' עכ"ל.

ופשוט דבזמן שישראל שרויין על אדמתם, ידעו היכן הבתי קברות, (ודבר זה היה מסור מדור אל דור, ואפילו ע"י תינוקות, בגמרא (שם דף כ"ח ע"א) אלו נאמנים להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן, המקום הזה היה בית הפרס ע"כ), וכשגלו וחזרו, ולא ידעו מימינם ומשמאלם, (הגם דבבית שני עדיין חיו מהאנשים שהיו בבית ראשון, וכדאיתא בגמרא (תמורה דף ט"ו ע"ב), שהיו כאלו שזכרו עבודת ביהמ"ק הראשון, ואמנם בגמרא (כתובות שם) שזוכרים רק על ששים שנה, ועל שנגאלו היו ע' שנה, אך לדינא קיי"ל דמהני יותר מס' שנים, בבית יוסף (חו"מ סימן כ"א) עיי"ש).

וז"ל הר' דוד אופנהיים (בסוף שו"ת חוות יאיר), דלמא נתישן הדבר יותר מס' שנה שאין אדם זוכרו, וכי הקול הולך וגדול ולא יסף מפי זרעו וזרע זרעו עכ"ל, (ומסיק דבמת מצוה דהוי מלתא שתמיהא מדכר לדורי דורות).

וכשמצאו גוף האדם בשדה אשר לא נודע, ע"ז דנין במתניתין (נזיר דף ס"ד ע"ב) אם לקבוע שכונת קברות.

המצב היום, שאין ידיעה מבתי קברות של קדמונים, חוץ מאותן הנודעים, ועכ"פ בעיר בית שמש לא נודע, הרי עילה מצאו וטיהרו א"י.

ומשמע דבלא"ה לא היו הולכין אחר רוב מקומות שהם טהורים, וי"ל משום דבתי קברות קבועים, ולכמה פוסקים נחשב קבוע אף כשאינו ניכר במקומו, ולא בטל, וכן דעת הב"ח והט"ז והש"ך, (אך יש בזה חולקים, עיין להלן (אות ח'), ועיין מש"כ (בח"ו סימן ק"ס מאות ג' והלאה), וי"ל דחשבינן טפי רוב של מקומות כאלו, (כדלהלן, דברוב הולכין בתר אותו סוג), שהם מקום לקברות.

וז"ל החזו"א (יו"ד סימן ר"ט אות י"ג), נראה דבזמננו שאין לנו בתי דין כימים הראשונים שיפקחו על ליון הקברות, וכדתנן (בפ"ק דמו"ק) ובדמב"ם (פ"ח מטומאת מת ה"ט), ראוי לן ליזהר שלא לקבור אלא בבתי קברות המפורסמות, וזה מגין על טהרת א"י, וכדתנן (מקואות פ"ח מ"א) וכו', עוד כתב (שם אות ז') לענין חו"ל, (א"ה דבא"י ספקו אסור משום רוב, עיין להלן אות ח'), ואם ידענו שבמקום הזה היה ברשות נכרים לפנים, ואנו מסופקים אימתי נקברו הנמצאים, אם בזמן שהיה המקום הזה ברשות נכרים, או אחרי שכבר היה ברשות ישראל, הוי הדבר ספק, ואין כאן רוב, (א"ה ר"ל דלא הוי רוב ישראל), ואפשר דבזה מועילים השינויים לתלות שהקבריים ישנים מזמן העכו"ס, קודם שהגיע המקום הזה ליד ישראל, ומוקמינן הדבר בחזקת טהרה עכ"ל.

ועוד (שם אות ה', ד"ה כתובות דף כ' ע"ב טמאות), כיון דכל נמצא, מחזקינן ליה דנקבר לפי שעה ע"מ לפנותו, משום דא"י מוחזקת בטהרה, וכל בית הקברות מצוין וידוע, וגם אין דרך לקבור בשדה מת אחד, בלא יחוד השדה לבית הקברות עכ"ל.

וכ"ז בסתמא, משא"כ כשניכר שהוא בית הקברות שאני, וכמש"כ בתוספות (שם

ל"ה מלא) לאגלאי מילתא כיון דמשכחא תלתא, כי בית הקברות היה שם עכ"ל, וז"ל השמ"ק (כתובות שם ד"ה התלוליות), דאי עשויין כעין קברות, הא ודאי דמחזקינן בהן טומאה, וליכא לאקשויי מספיקא מי מחזקינן טומאה עכ"ל, ועיין פירש"י (נזיר דף ס"ה ע"ב ד"ה א"ר ששת) וז"ל, לשוינהו שכונת קברות וכו', ויחזיקו לאותו מקום כאילו עדיין יש שם מערות אחרות סביבותיו וכו' ע"כ, ועוד (בד"ה אר"ל) וז"ל, כדי לטהר את המקום הזה, שלא להחזיקו שיש מערות סביבותיו, שיהו כהניס וכו' מותריס להלך שם עכ"ל, וכשרואין בית הקברות, א"נ שדה מלא מערות, אין צריך לכל זה ופשוט, (וכשיש רגליס לדבר שזה בית הקברות, בודאי למיחש מיבעי.

ומה דמצינו בגמרא (נזיר דף ס"ד ס"ה), דרק בנמצא ג' ה"ז שכונת קברות, המדובר בנמצא מת בשדה, ומעולם לא הוחזק למקום קבורה, עיין בשו"ת בית שלמה (חיו"ד סימן רי"ט בלשון השאלה), והנדון אם יש לחוש לעוד קברות, משא"כ בבית הקברות, פשוט דלא שייך כל הסוגיא.

והבא לטעון דיש ללכת אחר רוב מקומות שאינן ביה"ק (כשיטת הפוסקים דקבוע היינו דוקא כשניכר במקומו), הרי כשיש רגליס לדבר, יצא מכלל הרוב, (ואדרבה רוב מקומות כאלו (עשויין מערות מערות), בתי קברות הן, ועיין מש"כ (בח"ד סימן קמ"ה), דרוב היינו באותו סוג), ואף אם חלק מהמערות היו ריק לגמרי, (ובלי שום רקב, מה שלא היה, לפי מה שהועד לי שנמצאו עצמות, ואף מת מושכב כדרכו), חלק מהקברות אינו מורה על כולן, וכמש"כ החתס סופר (חיו"ד סימן של"ז ד"ה ואין) לענין מצבת ר' ידידיה שנמצא בבית, והסתפקו לענין טומאת כהנים, וכתב, דיש לתלות שהמצבה הונחה בחצר שלפני הקברות, עד הבילהו למקומו וכו', כל שלא הוחזקו קברות ע"כ, וזה לקולא כ"ש לחומרא, (ומש"כ בשו"ת האלף לך שלמה (חיו"ד סימן ש"ב) דנכרי אחד מורה על כולן, מיירי כשמושלכין יחד ממש עיי"ש), וא"כ י"ל בנד"ד שהמערות ריקניות עדיין לא נקברו שם, א"נ שניטלו העצמות ע"י חולדה וברדלס, כדאיתא בגמרא (פסחים דף ט' ע"ב), (ושם סמך החת"ס על יסודו, דכשברחו היהודים ממקומות מושבותיהם, פינו המתים, (ודנתי בזה בח"ו סימן קל"ב עיי"ש), משא"כ כשגלו מא"י לחו"ל בשלשלאות של ברזל).

ובשו"ת בית שלמה (חיו"ד ח"ב סימן רי"ט) וז"ל, אלא שראיתי בתשובת הגאון מהר"ל אופנהיים הנ"ל, (א"ה בד"ה אמנם לזה יחרד), שכתב לפקפק, בזמן הזה דלאו בהאי שיעורא תליא, דלוקא בזמנים שהיו קוברים במערות וכוכים היה שיעור קבוע למדת ארכו ורחבו, כמבואר בש"ס, אבל בזמן הזה במדינות אלו שאין קוברין במערות, אף שקרובים פחות מד' אמות או רחוקים יותר וכו', יש להם שכונת קברות עכ"ל, ודבריו מסתברים עכ"ל.

עוד בשו"ת הרל"א, אף שמשנה ערוכה (פט"ז דאהלות מ"ד) הבולק בולק אמה על אמה וכו', וכ"פ הרמב"ם (פ"ט מהלכות טו"מ) עיי"ש, זה דין תלמוד לפי מנהגם אשר היו נוהגין בימיהם שהיו נוהגין לקבור בכוכין ובמערות וכו', משא"כ לפני מנהגנו וכו' עכ"ל, (וזה דלא כמו שכתבו המקילים, דמכיון דלא מצינו בש"ס החילוקים באופן הקבורה, על כרחך שלא נשתנה מעולם, ופשוט דזה אינו), וכ"כ בשו"ת נפש חיה (חיו"ד סימן נ"ה ד"ה והנה לברר), א"כ ה"ה במתים שלפני זמן ההוא, (והעירוני דאף בזמן האבות שאברהם אע"ה גייר הרבה, היו בכלל יהודים שאסור לפנותם), ועכ"פ כאן ברור שזה בית הקברות, ואין צריך עוד סימנים לזה.

ד

הגדרים של המקילים

והנה ראיתי תשובת הרב המיקל, מיוסדת על, א) אומן לא מרע אומנתיה, ב) שיתכן שהם של גויים, ג) שאין שם עצמות, ד) שהעצמות נרקבו, ה) דבשו"ת נודע ביהודה דמותר לפנות עצמות, ו) הפסד מרובה, ז) ספק ספיקא.

חזקה אומן לא מרע אומנתיה

והנה ראש המקילים כתב, היות והארכיאלאגע"ן מעידים שהקברות הם מלפני שבאו לא"י, יש לסמוך עליהם ע"ז ע"כ, הנה בשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן קנ"ג) דהגם שיש נאמנות לרופאים, הני מילי במה שראו עיניו, משא"כ בהשערה, וז"ל, אבל לומר אשה זו יש לה מכה, (א"ה כשלא ראה, ומאומדן הדעת), מנין יודע זה, וכי עיניו ולבו שם, ואינו דומה להא (דריש פרק המפלת) שהעלו מטבעין ליבנה עכ"ל, עוד (בסימן קנ"ט) כתב וז"ל, אבל אותם שהם כזבים לכל דבריהם, שאפילו אם יעידו על דבר שראו בעיניהם לא מעלה ולא מוריד, מכש"כ לסמוך על הבטחתם על פי שכלם עכ"ל, והיינו כשלא עבידא לגלויי, (עיין מש"כ בח"ג

סימן ס').

ובשו"ת מהרש"ם (ח"א סימן י"ג) לנאמנים רק באומרים דבר ברור, ועיי"ש

ובשו"ת תשורת שי (סימן תכ"ו ד"ה אמנם) וז"ל, אמנם חזינן מה שאומרים הרופאים מכח אומדנא, הרבה פעמים טועים וכו', לכן נראה דוקא אם הרופא הביט בכלי הבטה, דרואה ממש, ואין חילוק בין רופא גוי לרופא ישראל בזמננו עכ"ל, (י"ל כוונתו דרופא בזמננו אינו בחזקת כשרות, ואל"ל במומחים אלו שידועים לשמלה).

ובשו"ת אמרי יושר (סימן ק"ס ד"ה אמנם) וז"ל, בנד"ד לא אמרו כן מלד השערה, רק מה שראו בעיניהם ע"י כלי הראות שלהם, ובזה י"ל דלכו"ע נאמנים, כמש"כ בשו"ת בית יצחק (יו"ד ח"ב סימן כ"ח) דהוי מילתא דעבידא לגלויי, עיי"ש שדבריו מסתברים, וכ"כ גם בשו"ת דברי חיים (יו"ד ח"ב סימן ע"ז) עכ"ל, וכזה בשו"ת מהר"ש ענגיל (ח"ז סימן י"ב), ובאמת כבר העיר בזה הפליתי (סימן קפ"ח סק"ו).

וגם לנאמנות האומן, מחמת שחושש לשקר שמא יתפס, והיינו באפשר למיקס עלה דמלתא, ועיין בשו"ת מהרש"ם (ח"ז סימן ק"ס) דהרופא נאמן לומר שיש לה מכה סמוך למקור, משום דהוי מילתא דעבידא לגלויי, וכן בשו"ת דברי חיים (ח"ב יו"ד סימן ק"ז) עכ"ל, ועיין במש"כ (בח"ג סימן פ"א אות ה') באורך, ובהשערות כאלו, איך אפשר להוכיח שהוא טועה או משקר, ולכל היותר יבא מומחה אחר ויטעון כנגדו, (וכרגע נודעתי שבאמת כבר הכחישו מומחה אחר), ויוכל תמיד להתחמק.

(וכעין זה מצינו לענין דינא דמלכותא, דאף במקום שהולכין אחר דיניהם, זה רק בדין ברור, מ"מ אין סומכין על הילוך מחשבתם איך לפרש הדין ולחלק בחילוקים, עיין בשו"ת דברי חיים (חו"מ ח"ב סימן כ"ו ד"ה ולכן, וסימן מ"ט א' מ"ש) כידוע).

והנה ההוכחה שהקברות של אמוריים, מחמת שאופן החפירות נעשה כמו שהיו רגילים לחפור בזמן ההוא, (לפי מה שמצאו ביריחו), ובודאי לכל היותר זה השערה בעלמא, דוכי בדורות האחרונים לא היו יכולים להתדמות ולחפור באותו דוגמא,

ובפרט אם החופרים היו נכריים, (שהרי חפירות הקבר אף בזמננו נעשין ע"י עכו"ם, ועיין בגמרא (בילה דף ו' ע"א), והם היו רגילים לחפור כן, וכי מזה יש להעמיד על חזקה שאומן לא מרע אומנתיה, אתמהה.

ומעיקרא דדינא קשיא, דאם יש לסמוך על דבריהם, בודאי יש לסמוך על שאומרים שזה בית הקברות, והפה שהתיר הוא הפה שאסר, ולא להתעלם מזה ולטעון שיקב חלבו שם, ועוד דברי תימה, (ואמנם מעולם לא נשמע שיסמכו על דבריהם של ארכיאלאגע"ן, שכל מציאותם אפיקורסים מפורסמים, ולימודם ושיטתם מיוסדים על דברי מינות).

ועכ"פ לפי משנ"כ (לעיל אות ד') די"ל שכשנכנסו לארץ, שוב השתמשו באותן החפירות, הרי אין הכחשה לדבריהם.

ח

בספק אם הם נכריים, הולכין אחר הרוב

באליה רבה (סימן תרפ"ח אות ה') כתב וז"ל, שהקברות שאנו מוצאים (א"ה בחו"ל) שהם מזמן קדמון, ואין אנו יודעים אם הם מכותיים או מישראל, נדון אותן בתר רובא דעלמא שהן כותים, ואין כאן דין קבוע עכ"ל, ובפמ"ג (א"א שם סק"ז) הביאו וכתב וז"ל, וירא"ה דקבוע ד"ת דוקא שהאיסור ניכר במקומו משא"כ זה, (א"ה ובזה יובן דברי הא"ר, ועוד עיין להלן בשיטת הפמ"ג), וא"ש קושיית הר"ש מקינון איך זורעין, דלמא נחל איתן הוא קבוע וכו', ומהר"ן כאן (א"ה במגילה דף ג' ע"ב, לענין ספק מוקפין) משמע, שמסופק אי זה הוא קבוע וכו' ול"ע עכ"ל, והמעיין בר"ן שם ירא"ה בבירור דהולכין בתר רוב מקומות, (אלא שהביא שיטת הרמב"ם (בפ"א הי"א) דמספק קורין ב' הימים עיי"ש), וכ"כ הר"ן (ע"ז ריש פ"ג) שמיעוט מקומות (אע"ג דניכרים) בטלים ברוב.

בשו"ת בית שלמה וז"ל, ורוב העיירות שבחו"ל, רוב עכו"ם נינהו, כמש"כ הר"ן (בפ"ק דמגילה), ולא כהפמ"ג (סימן תרפ"ח), דמספקא ליה להר"ן, דלשתמיטתיה הר"ן (בפ"ג דע"ז), ולא דמי לנחל איתן שהוא תערובת חנויות.

וכ"כ בפר"ח (יו"ד סימן ס"ג) כתב, דקבר ספק ישראל וספק גוי אזלינן בתר רובא, ובשו"ת טוטו"ל (מהל"ג ח"ג סימן רכ"ו) דהולכין אחר הרוב, וכ"כ בספרו

האלף לך שלמה (חיו"ד סימן ש"ב), וכתב דאם נמצא בחלק העיר שגרו עכו"ס, פשוט דתלינן בעכו"ס ע"כ, ופשוט דבא"י אזלינן בתר רוב א"י, ובשו"ת נפש חיה (חיו"ד סימן ל"ה בד"ה ואפשר לומר דלעולם) כתב וז"ל, והסוגיא בא"י, דהוי אז רוב ישראל בא"י, ומש"ה אזלינן בתר רובא וכו' עכ"ל, ובשו"ת בית שלמה (שם) כתב, העיירות רוב עכו"ס, כמש"כ הר"ן (בפ"ק דמגילה) וכו', דספק בעיר אם הרוב ישראל, אזלינן בתר רובא דעלמא עכ"ל.

והנה באמת כבר מפורש בשו"ת הרשב"א (ח"א סימן פ"ג) יעויי"ש, הביאו בשו"ת מהר"י מפוזנא (סימן ע"ה), דבא"י ספקו אסור משום רוב, והנה דבר זה מבואר בתוספות (נזיר דף נ"ד ע"ב ד"ה ארץ), ובחזו"א (יו"ד סימן ר"ט אות ז') דבא"י מספק אסור ע"כ.

וכשיש שינוי בקברות

וכתב החזו"א (שם, על פתחי תשובה סימן שס"ד סק"ד) וז"ל, ומה שאין השורות שוות, ג"כ אין תולין בשביל זה שהן של עכו"ס, שהרי הרא"ש (פט"ז באהלות, ובתוספות דף ס"ה ע"א נזיר) מסתפק אי מספקינן שקברו ראשו וכו', אלמא דלא קיס לן לתלות שנקברו באקראי ע"מ לפנותן, בשביל שינוי שאין בו דררא לאיסורא, וכ"ש שאין תולין בשביל זה בעכו"ס, והלכך מה שאין חרסים וקרשים לא מכרעא, והלכך אם היה הדבר בא"י קשה להקל, אמנם בחו"ל דהולכין אחר הרוב, שרובן עכו"ס, וכמש"כ ב"י (סימן שע"ב) בב"ה בשם הרשב"א וכו', (ומוכח לאף בסימנים משונים שאין זה קברות ישראל מחמירין, כ"ש כאן דאין סימנים.

וכבר כתב בשו"ת רד"א וז"ל, נמצא נקוט זה כלל בידך, אם מצינו קצת שינוי בקבורה, אשר י"ל שמא נכרי הוא, בזה אמרינן אין לו תבוסה, ולא שכונת קברות, דהתם הש"ס לא קיימי דנכרי הוא רק אמר דלמא נכרי הוא, מידי ספיקא לא נפקא, ואפ"ה אומר הש"ס דאין לו שכונת קברות, דכיון שמצינו ידים מוכיחות ורגלים לדבר, די"ל שהוא עכו"ס, אמרינן מספיקא לא קמחזקינן בשכונת קברות, (וע"ע להלן אות י"ג).

קבוע שאינו ניכר

בתוספות (נזיר דף י"ב ע"א ד"ה אסור, ועיין גיטין דף ס"ד), דכל שאינו ניכר לא הוי קבוע, (הביאו המשנה אחרונה אהלות פי"ח מ"ג ד"ה שדה, והקשה על

הר"ש מקינון שכתב לכיון שאינו ניכר, קרקע בקרקע בטל, ולא שייך ביטול בקרקע עיי"ש), ומ"מ מדרבנן לא בטל להוי דבר חשוב (גיטין דף נ"ל ע"ב), ובחוות דעת (סימן ק"י סק"ו) הביא הכרתי ופלתי שכתב, דניכר היינו היינו שאחד בסוף העולם יודע, וחולק עליו בזה, וכתב דלו שהיה אצלו בשעת לידת הספק, או שהאיסור ניכר במקומו.

והנה הר"ן (בפ"ג דע"ז) הביא דברי הרמב"ן שכתב, דלדבי מאיר דחייש למיעוטא, הלמים שנמצאו בכל המקומות אסורין, והקשה עליו, א) דהמיעוט לא שכיח, ב) דברובא דאיתא קמן לא פליג ר"מ, והמקומות בטלין ברוב ע"כ, ושמע מינה דס"ל להר"ן דלא נחשב קבוע מחמת שאינם ניכרים, וי"ל דהרמב"ן ס"ל דהוי קבוע, ואינם בטלין, (כמש"כ הב"ח (יו"ד סימן ק"י) והט"ז (שם ובאו"ח סימן תרע"ז סק"ו), והש"ך (יו"ד שם), והובא לעיל (אות ו'), ועיין להלן).

ובשו"ת דברי מלכיאל (ח"ב סימן י"ז אות ו'), דכשאינו ניכר לא הוי קבוע, וכ"כ בספר ערוך השלחן (סימן ק"י סק"י, ובפי"ט מהלכות טומאת מת ה"י) דקרקע לא בטיל, ואפ"ה אין לחוש לנחל איתן, וז"ל, שאין לחוש למקום שעומדים בו, דשמא בכל המרחק לא היה כלל עגלה ערופה עכ"ל, וכ"כ בחזו"א (אהלות פכ"ג אות ד') דקבוע היינו כשניכר במקומו.

ובפמ"ג (יו"ד סימן ק"י שפ"ד ס"ק י"ד ד"ה חלק הב') הביא ג' שיטות בזה, אם נחשב קבוע לאורייתא, או דרבנן, או שאינו קבוע כלל, ושם נוטה להוי דרבנן ועיי"ש, ובשו"ת חקרי לב (חיו"ד ח"א סימן ק"ג) מבאר זאת בביאור נפלא, ובשו"ת למח לדק (סימן ל"ב), דקבוע אף שאינו ניכר במקומו, וכן משמע בשו"ת שבות יעקב (ח"ב סימן ל"ב), ובפר"ח (סימן תנ"ג) וז"ל, אם ידע שאחד מהמוכרים לותת, אסור ליכל לחנות לקנות, דכל קרקע כמחלה על מחלה דמי עכ"ל, ומשמע דאפילו אם אינו יודע איזה מהם לותת, אך ביו"ד (סימן ק"י ס"ק י"ג) כתב בהדיא דקבוע רק בניכר במקומו.

ספק בזמן

ולכאורה יש לדון, דבשלמא בידוע שהם מהתקופה אחרי שנכנסו לארץ, שפיר אזלינן בתר רובא, אך כשמסופקים מאיזה תקופה הם, הרי אז לא היה אפילו מיעוט יהודים.

ולמנס קיי"ל דברוב וקרוב הלך אחר הרוב, והרי במקום קרוב ליכא רוב, ומלינו ליש לחלק הסוגים, וכדאיתא בגמרא (בבא בתרא דף כ"ד ע"א) רוב שפוכאי ישראל, (ולנתי בזה בח"ד סימן קמ"ה), ואם נאמר דבמקום קרוב הואי, הרי ליכא רוב, ועל כרחך דמכיון דספק הוא אם באו ממקום קרוב או רחוק, אזלינן בתר רובא, וה"ה בספק אם מתקופה ראשונה או משניה.

שו"ר בספר חסדי דוד (פ"ב ממע"ש הי"א ד"ה ונלע"ד) שכתב וז"ל, דהך מלתא דזיל בתר בתרא, (א"ה עיין בבא מציעא דף כ"ו ע"א), מטעם קורבא אתינן עלה, דכיון דאיכא למימר מן הישן ואיכא למימר מן החדש, תלינן מן החדש שהוא הקרוב בזמן, דכי היכי דתלינן בקורבא דמקום, תלינן נמי בקורבא דזמן וכו', לפוס מאי דאמרינן וכו', דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב אפילו בקורבא דמוכח, הכי נמי איתי לן למיזל טפי אחר הרוב ולא אחר האחרון וכו', אבל וכו', שהרוב אינו ברור, אז דוקא אזלינן בתר בתרא וכו', דהיכא דליכא רובא, ודאי אזלינן בתר קורבא כדאמרן וכו', ושלי"ת אשר הנחני בדרך אמת וכו' עכ"ל, ועיי"ש שביאר בזה שיטת הרמב"ם, ועיי"ש שהאריך.

ועיין בחזו"א (אהע"ז סימן ז' אות ו' סוד"ה יש) וז"ל, ובספק אי ביום השוק או ביום אחר, (א"ה עיין בגמרא כתובות דף ט"ו ע"א), י"ל דמלטרפין כל האנשים המסופקים, כמו מעות שנמצאו בהר הבית (בבא מציעא דף כ"ו ע"א) דאזלינן בתר רובא דשתא, ולא משום רוב ימים המעות חולין, אלא משום רוב המעות חולין, וכמש"כ בפתחי תשובה (אהע"ז סימן ס"ו סק"ח) בשם ברית אברהם (סימן ע"ו) דלא אזלינן בתר רוב ימים, כדאמר בספק תחתיו ספק אינו תחתיו, (א"ה בגמרא שם), עכ"ל.

וז"ל הברית אברהם (שם), דלפי לשון השאלה היה רוב ימיה חלומה, וא"כ ראוי למיזל בתר רוב יומי שתא, דמסתמא היה מעשה הזנות ברוב ימים בשעת חלימתה, וכמו דמצינו (פ"ק דפסחים דף ז' ע"א, ובפ"ב דבבא מציעא דף כ"ו ע"א) וכו', אך באמת זה אינו, דודאי בכל מעשה שאנו מסופקים איזמת נעשה, לא תלינן בתר רוב ימים, כיון דמעשה נעשה בזמן קצר בלי שיהות זמן וכו', והא דהתם קיי"ל דבהר הבית חולין משום רוב יומי שתא, אין הטעם דתולין טפי שמעשה הנפילה נעשה ברוב יומי שתא, אך דהטעם כיון שאנו מסופקין על

המעות אי חולין או מעשר, ואף דבשעת הרגל הכל מעשר, אנו מחשבין הכולל של כל המעות, וחילוק זה מוכיח מכמה לוכתי עכ"ל.

והוא הדבר אשר אמרתי למלטרפין כל האנשים ואזלינן בתר רובא.

ובשו"ת שואל ומשיב (מהד"ל ח"ג סימן קכ"ז סוד"ה נשאלתי) וז"ל, דשאני התם (א"ה במעות שנמצאו בהר הבית, ופירש"י להמעות חולין לאזלינן בתר רובא דשתא), להספק הוא על המעות, אם נאבד ממעות של כל השנה, או ממעות הרגל וכו' עכ"ל.

ובשו"ת חקרי לב (החו"מ סימן ס"א ד"ה ומיהו) וז"ל, אם לגבי איסור לאזלינן בתר בתרא, לא אמרו בממון וכו', אלא שראיתי להרב פרח (או"ח סימן תמ"ו) וכו', ולדבריו כיון דפשיט ליה דבתר בתרא אליס יותר מרוב וכו', ופירש"י וכו' לאזלינן בתר רובא דשתא עיי"ש, הרי לאזלינן בתר הרוב נגד בתר בתרא וכו' עכ"ל, אך פשוט דבנד"ד לא שייך ליזיל בתר בתרא, שהקברים נשארים במקומם, ולא כמו במעות שהמולא יטלם, ועכ"פ אזלינן בתר רובא.

ובשו"ת באר משה (חיו"ד סימן כ"ד ד"ה ע"ד) כתב וז"ל, מעות שנמצאו בהר הבית וכו', הרי מוכח מזה לכאורה דבזמן ג"כ חשבינן רוב, אמנם באמת זה אינו, שנהי דהזמן בעצמותו קבוע נחשב וכו', אנו דנין על המעות עכ"ל.

ואתני הגאון מה"ר אברהם משה באקאן נ"י הגיע דברי היחוסי תנאים ואמוראים (מרבו של הרוקח, בערך חייא בר רב עמ' רל"ה–ח) שהאריך בענין רוב בימים בסוגיא דשבת (דף ס"ט ע"ב), וז"ל, ועל זו שלח לי אני הסודר הרב ר' ברוך בר' יצחק מריגנשפורק כך והאיר עיני בזה, ומי שאינו יודע שבת עושה בכל יום כדי פרנסתו, ואיני יודע אי מדאורייתא הוא מותר לניזל בתר רובא ורוב ימים חול, או י"ל קבוע הוא וכמחצה על מחצה דמי, דאם הוא אינו יודע כ"ע ידעי ושאל מהם, דכה"ג אמרי' בכתובות (דף ט"ו ע"א) אי דאזלא איהי לגבייהו דהוה ליה קבוע, והא התם איהי לא ידעא אי פסול ביניהם, ואפילו הכי הואיל והעולם יודעים מי פסול קרי ליה קבוע, [ביחוסי תנאים ואמוראים בסוף דבריו העיר ע"ז דליכא מאן דנשייליה]. ואני הסודר כתבתי לרב, מה שכתב אדני נ"ל לפי עניות דעתי דלא שייך הכא רובא וקבוע, דמהיכא גמרינן רוב, דכתיב אחרי רבים

להטות, וקבוע גמרינן מוחרב לו, הילכך דומיא דהנהו בעינן שהרוב הוא בעולם, והספק שנולד כשנתערב בו, אין להחזיק אותו רוב מה שפירש ממנו באיסור אלא בהיתר, ואם לא פירש ממנו כלום ובאנו לאוסרו מכח קבוע, היינו טעמא משום דשניהן שוין מגזירת הכתוב, ובאותו קבוע שמה שנתערב דבר השוב הוא דומיא דאדם כמו שפר"ת, וכשהוא במקומו הרי כאן מחצה על מחצה, מה שאין כן בסדר הימים שאין שני ימים שולטין כאחת, אלא יום הולך ויום בא, ואין יום מתערב בחבירו, והיכי שייך למימרא רובא וקבוע לעולם אין יום היתר ויום איסור באין כאחת, וג"ל אע"ג דרוב ימים חול הן, אין זה רוב שדברה עליו תורה, שהרי אפילו רובא דליתא קמן לא אשכחן בהדיא מדאורייתא מנלן, אלא היכא דלא אפשר כדאיתא (בהכל שוחטין), וכ"ש כה"ג והא דגרסינן בפ' הרואה כתם בגמ' ראשונה דתניא נמצאת אתה שלש ספיקות באשה וכו', עד במגעות ובהסטות הלך אחר הרוב, ומסקנא אם רוב ימיה בהרגשה חזיא טמאה, ואפי' למאי דס"ד מעיקרא אם רוב ימיה טמאה טמא ואם רוב ימיה טהורה, לאו משום רובא הוא, אלא משום חזקה דגוף הוא, שהגוף בכך נגיחות וסתות התולין בימים משום חזקה הוא דמחזקינן בהכי, כדמוכח בחזקת הבתים בתחילתו, מידי דהוה אניסת פעם ראשונה ושניה ובשלישית באה להנשא, אי נמי מלה ראשון ושני או הפילה פעם ראשונה ושניה ושלישית, וכן מי שלקה ושנה, דפליגי אי עבירות מחזיקות או מלקיות, וכן מי שהוחזקה לראות דם מחמת תשמיש, דאע"ג דבכל תשמיש ותשמיש רואה ויש כאן רוב תשמישיה בטומאה, אעפ"כ מותרת להינשא, דאין הרוב בעולם, מיהו חזקה שייך בה למי שניסת דפעם שלישית לא תשמש, דומיא דרואה על ידי קפילה, וכן רואה מחמת שאכלה דבר חריף פלפל או שום, דכל אותן ראיות תלינן בחזקה, ובחזקה דגוף פליגי בוסתות אי דאורייתא אי דרבנן, ואע"ג דאשה הלימודה לראות מאה או אלף בקביעות מחודש לחודש ומיום ליום הקבוע, בכל ענין שקבעה הוסת, אם שינתה פעמים שלש, למר ולמר יש לחוש ונאמר כי קבעה לה וסת בקבע המועט, וכל אותן העתים שעברו עליה בקבע כבר אין לחוש להן, ואפילו אם חזרה וקבעה וסת כוסת הראשון, עדיין אנו חוששין לשניהן, ואין וסת האמצעי בטל לגמרי עד אשר תקבע הראשון בג' פעמים, ואי רובא דימים כרובא דעלמא, מאי טעמיה דמ"ד וסתות דרבנן, אלא כל כה"ג לא שייך למימרא רובא אלא חזקה, הילכך כל שעה שישלשה בוסתות הויא חזקה כשאר דברים דבתלתא

זימני הויא חזקה כדברי הכל, ואע"ג דחזקה נמי דאורייתא, כדאיתא (בהכל שוחטין), דהתניא דלא כרב אחא בר יעקב ולא אדחי קרא דמייתי ר' שמואל בר נחמני, מהיא מנא הא מילתא דאמר רבנן זיל בתר חזקה, וסמכינן נמי וקיימא לן כרב הונא דאמר בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת נשחטה בחזקת היתר עומדת, וקיימא לן דסוקלין ושורפין על החזקות, כדאיתא בפרק י' יוחסין (דף פ' ע"א), א"כ מאי טעמיה דמ"ד וסתות דרבנן, ולא קשה, דלא דמי חזקה דוסת לשאר מילי, כי כמה נשים רגילות לשנות וסתן וימי עבורן וימי מניקותן מסולקת בדמיס, הילכך איכא למימר אתרע הא חזקה מחזקה דעלמא, ומיהו רובא לא שייך הכא, דאי שייך רובא בכה"ג, למה אין אנו הולכין אחר רוב השנים לענין דאש השנה, שלא מצינו אלול מעובר ברוב השנים, ולא יהא נוהג אלא יום אחד ובגולה נסמוך על רוב השנים שלא נתעבר ואע"ג דמקלע עכ"ל, ואמנס החתם סופר (בהגהותיו על או"ח סימן שמ"ד, ובתשובותיו חאו"ח סימן קע"ח) כתב, דשבת קבוע ומש"ה לא בטיל עיי"ש, וע"ע מש"כ שם לענין ספק בוסתות.

ט

אם מותר לפנות עצמות

עוד הביא משו"ת נודע ביהודה (קמא חיו"ד סימן פ"ט), דבעצמות לא שייך בלבול, וחולק על השואל הגמהר"מ פישלס ז"ל, שכתב וז"ל, עצמות דשייך בהן בלבול, כדכתיב ותהי עונותם על עצמותם, ומצינו גם ביהודה שהיו עצמותיו מגולגלין באהרון וכו' עכ"ל

והנה כל הנדון שם, אם מותר לפנותו מבית הקברות שעומד לפנות, לבית הקברות במקום קבוע, והיינו שיקברוס בכבוד במקום אחר, (מעולה מהמקום שהיה), ועיין בשו"ת שיבת ציון (סימן ס"ג, הובא בפתחי תשובה סימן שס"ח סק"ד) וז"ל, לפנות הקברים עד שילם מגעת, ויקברו עצמות מכל קבר וקבר בפני עצמו בבית הקברות החדש וכו' עכ"ל, אך להוציאם מקברם ולערבם עם עצמות של אחרים מפורש שם דאסור, וז"ל, שעיקר החשש שמונחים עצמות הרבה מתים בגומא אחת, אבל עיקר ליקוט עצמות ממקום קבר לא קפיד משום בלבול וכו' עכ"ל, ומפורש בפרישה (סימן שס"ג סק"ד ובסימן ת"ג ס"ק י"ג) ובשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן שנ"ג), דלא כהרדב"ז (ח"ב סימן תרי"א) שהתיר לערב, ואמנס גם

הרדב"ז לא התיר אלא לתועלת המת ולכבודו ע"ש, וע"ע בשו"ת מהר"ם שיק (חיו"ד סימן שנ"ב–שנ"ד).

ובשו"ת שיבת ציון (סימן ס"ג), כוונת הרמב"ן וכו' כדי שיתעכל, ואח"כ נותנים העצמות בארון דרך כבוד עכ"ל.

ובגוף דברי הנודע ביהודה כבר רבו החולקים עליו, בנו הגר"ש לנדא זצ"ל בשו"ת שיבת ציון (שם ד"ה ומעתה) כתב וז"ל, אם איכא למיחש שברוב הימים יחטטו ויבואו לחפור בקרקע לצורך בנין ושליכו עצמות המתים לחוץ, ואין לך בזיון המתים גדול מזה וכו' עכ"ל, ואחר שהביא מש"כ הנודע ביהודה שם, כתב וז"ל, אמנם קשה לי דבירושלמי (בסוף פ"ב ממסכת מו"ק) שהביא הטור וב"י (בריש סימן שס"ג) מפורש, דגם העצמות אין מפנים ממקום למקום וכו', ושלא יהא סתירה וכו', נ"ל לומר שיש לדחות ראיות אאמו"ר הגאון זצ"ל, דמשום פנוי העצמות מקבר לקבר וכו', (א"ה ומכאן ראיה למש"כ לעיל, דאף הנודע ביהודה לא התיר אלא לפנות אחד לאחד באופן מכובד), דכיון שנהגו כן מימים ימימה, שאם נתמלא הבית הקברות ומערות, שמפנים העצמות כדי שיהא מקום לקבור המתים, א"כ הוי זה כאילו התנו מתחלה בשעת קבורה לפנות העצמות, ואין בזה משום איסור בלבול וכו', וכן מסיים שם, שאם יש להם דוכתא אחרינא לקבור מתיהם, אע"פ דוחק וטירחא, יכך נשם ולא ינוול המתים וכו', דמתחלה לא היה דעתם לפנות העצמות, אלא אם לא יהיה להם שום מקום לקבור מתיהם, וכן מסיים הטור (שם) וכתב, לפיכך אסור לפנות המת או העצמות ממקומן לצורך מת אחר, הרי מפורש דגם העצמות אסור לפנות וכו', עוד נ"ל לומר, דאף אי יהיבנא להך סברא דאחר עיכול הבשר שוב ליכא חרדת הדין וכו', מ"מ טעם הירושלמי שאוסר אף פנוי העצמות הוא משום ניוול וכו', ובפרט למש"כ אאמו"ר וכו', שהניוול להחיים כשרואים סוף האדם שנשארו רק עצמות עיי"ש וכו', אבל אחר העיכול, אם לא נשארו רק עצמות, אף דליכא משום חרדת הדין, מ"מ אסור לפנות העצמות משום ניוול וכו', היוצא מזה דבירושלמי ובטור ובב"י (בסימן שס"ג) מפורש, דגם בעצמות אסור לפנות ממקום למקום וכו' עכ"ל.

ובשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן שנ"ג ד"ה אך), אחר שהביא דברי הנודע ביהודה, כתב וז"ל, מאי טעמא להקל בזה, הא חזינן דחייש רבנן טובא לבזיון

עצמות, כמבואר וכו', ועל כרחך משום כי היכי דחיוב קבורת עצמות דאורייתא וכו', דכי בצלם אלקים עשה את האדם, אין חילוק בין אדם שצם או אדם חסר ובעל מום שאיננו בצלם דמות יוצרו, ואין חילוק בין ספר תורה שצם לאות אחת ממנו, וה"ה נמי עצם מעצמות הק' שנברא בצלם אלקים, אסור לנהוג בהם מנהג בזיון, וא"כ מאי טעמא לקברו בגומא אחת וכו', מה שהוא בזיון מת בעצמא, לבזות אפילו מעצמותיהם אסור וכו', ומה שדקדק שלא יתערבו, פשיטא משום צער גלגול תחיית המתים שנקרא עצם על עצמו, ויהיה להם צער כשמעורבים אלו עם אלו וכו', ובין כל עצמות מת אחד יעשו בתוכו מחילה של עפר דק, וטוב יותר של חרס או רעפים שאינו מתמהר להתעכל וכו' עכ"ל, (ועיין בברכי יוסף שהביא משו"ת רדב"ז סימן תרי"א, זרע אברהם יו"ד סימן כ"א בית יהודה ח"ב סימן מ"ד).

(ומה שהתיר החתם סופר (שם סימן של"ז) לבדוק ע"י עכו"ם אם יש שם עצמות, היינו מחמת ספק שמעולם לא היה נודע לביה"ק, ואדרבה כבר נבנה בנין לדור, ועוד עיי"ש).

ואף בשו"ת כתב סופר (חיו"ד סימן קפ"ג ד"ה ועי"ל) שחולק ע"ז וס"ל דאין ניוול בעצמות, אלא שנוטה לומר דיש חרדת הדין, ועכ"פ סיים (בד"ה וז"ל המורם) וז"ל, אסור לפנותו, הגם בנדון שלו היו מכלים ושורפים הבשר שעליו, מ"מ אסור לפתוח הקבר, לולי מפני שנייח לו להקבר בקבר אבותיו או משום שלוה עכ"ל.

אך בשו"ת שבט סופר (סימן קכ"ט ד"ה והנה) הביא, שבשו"ת שיבת ציון דחה דברי אביו הנודע ביהודה וז"ל, והנכון אתו בדחיותיו שם עכ"ל, עוד כתב וז"ל, ע"כ דליכא חילוק כלל בין נתעכל הבשר או לא, ובתרוייהו שייך ניוול וחרדת הדין וכו' עכ"ל.

ובשו"ת פרשת מרדכי להגר"מ בנעט (חיו"ד סימן כ"ד ד"ה אם) כתב על דברי הנודע ביהודה וז"ל, דברי רבינו הגאון הנודע ביהודה וכו', לא יכולתי להולמן כלל, וכדומה (א"ה נ"ל דל"ל וכמדומה) שבטעות נדפס, שהרי מפורש הדבר בטור וכו' עכ"ל, וכתב, והא דבראשונה היו קוברים מת עד שיתאכל, (א"ה ל"ל שיתעכל) הבשר, ואח"כ לקטו העצמות וכו', היינו משום דנהגו כך הו"ל מעיקרא דעתו

לפנותו כשיגיע הזמן, וזה פשוט וכו' עכ"ל, (וכ"כ בשו"ת מהר"מ שיק חיו"ד סימן שנ"ד ד"ה ולמת), ועיי"ש שהאריך.

וז"ל הבית שלמה (חיו"ד ח"ב סימן רי"ט), איסור הנאה אף אחר הפינוי הוא דאורייתא, כמו שפירש"י וכו', אבל איסור פינוי המת מדרבנן הוא, כמש"כ הר"מ (בפ"ח מהלכות טומאת מת ה"ה) ובבית יוסף (סימן שס"ד) וכו', ומדי עברי בזה ראיתי מילתא דתמיהא טובא בדברי הגודע ביהודה וכו', ודברים תמוהים מאד, דאם נימא דאחר שנתעכל הבשר שוב ליכא בלבול, א"כ יהא מותר לפנות עצמות מקבר לקבר אם כבר נתעכל הבשר, דהרי טעם איסור הפינוי הוא משום בלבול, כמש"כ הב"י וכל האחרונים וכו', וז"ל (א"ה הרמב"ן), מסקנא דמילתא שאסור לפנות את המת או עצמות וכו', וכן פסק הטושו"ע וכו', פשיטא דהיכא דאסור לפנות המת, כגון שקברוהו ע"ד לישאר שם לעולם, דאסור לפנותו משום בלבול, אין חילוק בין מת לעצמותיו, דתרוייהו אסירי, ומה שהביא ראיה וכו', זה אינו ראיה וכו', אין שם רמז לחלק דאחר שנתעכל הבשר הניחו עצמותיו מן הדין וכו', ואף אם היינו אומרים דאחר עיכול הבשר כבר הונח מן הדין וכו', אמנם אעפ"כ פשוט דאסור לפנותו משום חרדת הדין וכו', וכבר נתבאר היטב דבר זה, דאין חילוק בין מת לעצמות לענין לפנותו, דאם נתנוהו ע"ד עולם, אף העצמות אסור לפנות וכו', להקל ע"י סברת הגודע ביהודה דבעצמות אחר עיכול הבשר ליכא בלבול, כבר נתבאר דליתא, ואין להאריך עוד עכ"ל.

ובשו"ת כנף רננה (חיו"ד סימן ל"ו ד"ה אלא) וז"ל, ובא"י שייך חרדה בעצמות וכו', לע"ד פשוט דשייך בלבול וחרדה בעצמות, כיון דשייך בהו קבורה משום כפרה עכ"ל.

ובשו"ת עין יצחק (חיו"ד סימן ל"ד אות א') וז"ל, וגם עיקר דברי הגודע ביהודה בזה מוקשים, וכמו שהקשה עליו בנו הגאון וכו' עכ"ל, עוד כתב (אות ג') וז"ל, דהוכיח מזה הגודע ביהודה דבעצמות ליכא איסור לפנותן, ובאמת לדינא זה אינו כנ"ל, (ועיי"ש שתירץ קושיית והראיות של הגודע ביהודה).

וכן בשו"ת סידורו של שבת (בסוף הספר סימן ב') חולק על מש"כ הגודע ביהודה, (וכתב דמש"כ שם היינו לחומרא, והיינו שלא לפנות, ולא לקולא לפנות),

וז"ל שו"ת מהרש"ם (ח"ג סימן שמ"ג), ומש"כ רו"מ מדברי הגודע ביהודה וכו', ומלאתי בתשובות פרשת מרדכי, (א"ה הובא לעיל), שהשיג על דברי הגודע ביהודה ודחה כל דבריו, וכתב שבודאי הוא ט"ס, ובימאר ג"כ דעכ"פ משוס ניוול איכא, עיי"ש באורך, ואני מצאתי בא"ז הגדול (הלכות אבלות סימן תי"ט) שכתב וז"ל וכו', אין מפנין ואפילו את עצמות וכו', הרי מבואר וכו' גם בעצמות לבד איכא ניוול, וכן הראני בשו"ת שיבת ציון וכו', שדחה דברי אביו הגודע ביהודה הנ"ל וכו' עכ"ל.

ובספר מתא לירושלים (מו"ק פ"ב ה"ג) כתב וז"ל, באמת דברי הגודע ביהודה תמוהים בעיני וכו', בודאי וכו', שייך חרדה וכו', אחר עיכול הבשר, ואפ"ל דאפילו בדקב שייך ג"כ חרדת הדין ולא כהגאון מהר"ל בגודע ביהודה, עיין במסכת גיטין (דף נ"ז) דמכנסי ליה לקטמיה, ומאן בא בסוד אלקי, וינוחו על משכבותם כתיב עכ"ל.

ובשו"ת פרי השדה (ח"ד סימן ע"א), אחר שהביא דברי הגודע ביהודה כתב, שהרי (בסימן ת"ג סעיף ח') במעשה דרבי אלעזר ב"ר צדוק, דגם העצמות מרגישין בזיון עכ"ל, ובחזו"א ג"כ הקשה על הגודע ביהודה, (עיין להלן אות י"א).

ובשו"ת מלמד להועיל (ח"ב סימן קכ"ט) כתב וז"ל, כיון שגדולי האחרונים פליגי עליה, אין לסמוך ע"ז למעשה עכ"ל.

ובשו"ת אגרות משה (חיו"ד ח"ב סימן קס"א ד"ה אבל) וז"ל, ליכא שום חילוק ממת לעצמות לענין איסור פינוי עכ"ל.

ובשו"ת אור לציון (חיו"ד סימן י"ט) מפרש, דגם הגודע ביהודה ס"ל דאיכא ניוול, אלא דליכא בלבול ע"כ, והנה בפי' הרדב"ז על הרמב"ם (פי"ד מהלכות אבל הט"ו) וז"ל, אין מפנין את המת, יש מי שכתב שהטעם לפי שהבלבול קשה למתים מפני שמתיראים וכו', ואני אומר שאם זה הוא הטעם, אפילו לפנות אותו לתוך שלו היה אסור, (א"ה ועיין מש"כ לעיל בשם מהר"מ בנעט ז"ל), אלא עיקר הטעם משום בזיון המת עכ"ל, ובכסף משנה (פ"ח מהלכות טומאת מת ה"ה), ובאור זרוע (ח"א בתשובה תשנ"ה וח"ב הלכות אבלות סימן תי"ט), ובלפנת פענח (סימן קפ"ב), ובכל בו (הלכות אבל) שהאיסור משום לא תשיג גבול רעך.

ומפורש ביו"ד (סימן שס"ג סעיף ז') לאסור לפנות עצמות, וכן העיר בשו"ת שבט הלוי (ח"ו סימן ק"פ ד"ה איברא), ובטור (שם) לאפילו לצורך המקום, (ולצורך קבורת זולתו), ובשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן שנ"ג) מוכח דבעצמות גרילא שייך בזיון עיי"ש, ובשו"ת שבט הלוי (שם ד"ה משא"כ) הקשה על הנודע ביהודה וז"ל, נהי דהרלת הדין ליכא, מ"מ בזיון איכא וכו', וגם הנודע ביהודה לא התיר רק לצורך גדול וכו', ויש חשש שיזרעו או יחרשו עליו עכ"ל.

י

שאין שם עצמות

הטוענ טענה זו, על כרחך שנעלם ממנו האמת והמציאות, ולפי ששמעתי בשם עדים נאמנים, הרי מצאו שם עצמות, וכמו שיש ע"ז פאטאגראפי"ע של אדם מושכב כדרכו, (עיין להלן אות י"ח).

והנה ברור שקברי הקדמונים שעליהם מסרו נפשם החרדים בכל דור ודור, לא היה שם בשר, שהבשר מתעכל במהרה, ועל העצמות היבשות היו לוחמים, דאף כשלא נמצאו עצמות, מ"מ אסור לפנות מחמת הרקב, עיין להלן (אות י"א).

והנה ראש המקילים כתב בספרו (שו"ת תשובות והנהגות יו"ד סימן רס"ו–רס"ז) וז"ל, ודע שאפילו אם במערות שנתגלו וכו', לא נתגלו אלא מערות ריקות ללא עצמות, הלא כמעט בכל המערות שנתגלו, גם של המיוחסים לצדיקים וקדושי עליון קדמונים בגליל, לא מוצאים עצמות וכו', אלא שנהגו לקבוע שם מקום לתפלה, כיון שהנשמה או הרוח לא זזה ממקום הקבורה וכמבואר בסה"ק, וא"כ המקום קאי בקדושתו וכו', וחייבים אנו למנוע את הדבר, (א"ה מלפנות) וכו', ולריכים אנו לצאות בכל כוחנו שלא יהא שום סדק להתיר עכ"ל.

ובחסלי דוד (אהלות פט"ז ה"כ) מהתוספתא, לאחד המוצא ג' מתים ואחד המוצא ג' כוכין ואחד המוצא כוך בקוע ומערה וכו' ע"כ, וכתב לצאו דוקא המוצא ג' מתים קיימים הוא דעושה שכונת קבורות, אבא ה"ה נמי אם מוצא ג' כוכין אע"פ שאין שם גופי המתים, אמרינן דנימוחו המתים ונרקבו, דסתם כוכין נקברו שם מתים, ולא עוד אלא אפילו כוך אחד ובקוע, דהיינו נקע אחד ומערה אחת אפילו ריקנין, חיישינן שמא נימוחו המתים, וה"ז עושה שכונת קבורות, ולריך לבדוק כדין המפורש במשנה וכו' עכ"ל.

ורלוי מי שמפקפק, לכוונת החסדי דוד רק לגבי חיוב בדיקה ולא לגבי איסור פינוי, אך זה אינו, שהרי כתב וז"ל, אמתניתין קאי, דתנן (פט"ז מ"ג) המולא וכו', ואהא קתני הכא דלאו דוקא המולא ג' מתים וכו' עכ"ל, והנה במתניתין מפורש דרק במת אחד יוכל ליטלו (לפנותו) ולא בג', ועל כרחך להחסדי דוד אסור לפנות אף בג' כוכין בלי גופים.

והנה בזר זהב ובמנחת ביכורים כתב וז"ל, ואין לטלטלו, ולכאורה ש"מ דדוקא אם נמצא שם גוף, וקמ"ל דכוך ומערה וביקוע מלטרפין, ואמנם אין הכרח דפליגי על החסדי דוד, ואורחא דמלתא קתני שנמצא גוף.

ואמנם הסברא נותנת דכשקנה קבר לעצמו, מעולם לא חשב שכשיתנה גופו (מגוש ללח) שיאבד זכותו, ולפי האמת במערות אלו, שהעצמות מעורבים עם עפר, לדעתי קשה מאוד להבחין אם לא נשאר עצם קטן אחד, ובשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן של"ז) דעצם נסכוי שנשאר, אינו מטמא באהל, שאין בו שיעורא, עוד כתב וז"ל, ואפשר שספק שלהם אם אמת הוא שנשאר עצם נסכוי ואם הוא כשעורה עכ"ל, וגם עיין בסידור היעב"ץ (בסעודת מלוה למלכה ד"ה אמר יעקב) לענין תחיית המתים, (ואפילו אח"ל דרקב מותר בפינוי), מהיכי תיתי לפנות כל זמן שלא נתברר שעצם זה אינו, ובירור זה גופא תלוי בבלבול ע"י סילוק וניפוי בכברה, ועכ"פ נראה דהיתר פינוי לא שייך בביה"ק שהנקבר שם קנה חלקו שם עד תחיית המתים, וכדלהלן (אות י"ד).

יא

רקב ותבוסה

יש רקב ויש תבוסה, מה שיש בתבוסה אין ברקב ומה שברקב אין בתבוסה, הנה רקב נעשה גלגלין ע"י כל שהוא מדבר אחר, כמבואר בגמרא (נזיר דף נ"א ע"א), מלא תרוד רקב טמא מה"ת, ואמנם רקב שייך רק בנקבר ערום באדון של שיש, ודבר זה לא שכיח, ואולם אם יש לחות, מטמא בכזית שהוא גלל, עיין חזו"א (אהלות פכ"ב אות י"ט), וענין רקב הוא לגבי טומאה וטהרה, ואין זה המדובר כאן, אך ענין תבוסה נאמר לענין פינוי, ואדרבה תבוסה היינו דוקא כשנבלע בעפר.

והנה מה שראה הרב ראש המקילים להקל מחמת שנתערב בה עפר, והוי כעירוב

קמח בקמח דבטל, אין לו משמעות כלל, דתבוסה אינה בטלה בעפר, ואם לענין טומאה וטהרה, ממה נפשך, אם העלם כקמח שנתייבש על שנעשה עפר, או שראוי להיות עפר, אינו מטמא, כדאיתא בגמרא (נדה דף נ"ה ע"א) וברמב"ם (פ"ג מהלכות טו"מ ה"י), ואין צורך לביטול, גם גבי רקב אין צורך לביטול, דעפר שנתערב ברקב נעשה לו גלגלין, ולא נחשב לרקב (בתוספות נזיר שם ד"ה שנקבר), ופשוט.

פינוי רקב

בשו"ת שיבת ציון (סימן ס"ב ד"ה ומעתה) וז"ל, ושליכו עצמות המתים לחוץ, ואין לך בזיון המתים גדול מזה, ומשמע דבהשלכת רקב בעצמא ליכא בזיון, ואין הכרח, שהרי לא דן בזה עכ"ל.

ובשו"ת מהר"ם פישלס (סימן כ') כתב וז"ל, ולא שייך ברקב טעם בלבול וכו', דלא שייך מצות קבורה ברקב וכו' עכ"ל, ובשות נודע ביהודה (קמא חיו"ד סימן פ"ט) הודה לו, (ולענין עצמות עיין לעיל אות ו'), ובשו"ת חדות יעקב (סימן ק"מ ד"ה וראיתי להרל"ק) הוכיח מפי' הרל"ק דברימה ליכא מצות קבורה, (אך במצולות דוד, והוא מתרגום יונתן, הביא פי' אחר, ולפי"ז משם אין ראיה).

ובספר מתא דירושלים (שם) כתב, דאף ברקב אפ"ל דיש חרדת הדין (הובא לעיל), ובשו"ת טיאה וויל (חיו"ד סימן ק"ד) בקבר שלא נשאר כלום, לענין הפסק בין הקברים, מיקל רק בספיקא דדינא (בשיעור ההפסק).

וז"ל החזון איש (חיו"ד סימן ר"ח סעיף ו'), וכשמפנין את המת וכו', צריך ליקח את התפושה, להתפושה בכלל מת, מפני שנבלע בו המוהל ומתייבש, כדאמר (נזיר דף ס"ה ע"א), ועשאוהו חכמים כמת וכו', דנקברה עם המת מצד חיוב קבורה וכו', ונראה דאיסור פנוי המת הוא אפילו לאחר שנעשה כולו רקב, כיון דרקב ותפושה כגופו לענין חיוב קבורה, ומיהו י"ל דע"י שיש שדרה וגלגולת נוטל גם הרקב והתפושה עמהם, אבל כשאין שם אלא רקב, י"ל דאין בו מצות קבורה וכו', וממילא מותר לפנותן כדי לטהר את המקום וכו', ובגמרא נזיר (שם) אמר פרט לכזית מת וכזית נגל ומלא תרווד רקב, ומשמע דבכולהו איכא מצות קבורה, ואפילו בפחות משיעור זה איכא מצות קבורה וכו', וא"כ אין מפנים אף רקב, ואף בנקבר אבר אחד וכו', וכל הני וכו' שאין התפושה מעיקר הדין בחיוב קבורה, אלא

שחייבו חכמים לנהוג סלסול בדבר, ולא החמירו בקבר גמור, א"נ תפושה הלכה למשה מסיני בין לענין טומאה בין לענין קבורה וכו', משום כבוד מתים חייב על מקלתו וכו', דהוא אביזרייהו דמלות קבורה עכ"ל.

ועוד (בהוספות סוף טהרות ד"ה הביא) כתב וז"ל, תמוה מאד (א"ה מש"כ בנודע ביהודה), דמה ענין טומאת כהנים למלות קבורה וכו', אבל לענין מלות קבורה לכו"ע אפילו חסר וכו', ושפיר י"ל דאיכא מלות קבורה אפילו בדקב, וכן משמע מדאשמועינן דאין כהן מטמא להן דמלוה איכא, ואע"ג דלענין דין מת מלוה בעינן דאשו ורובו וכו', אבל מלוה איכא גם בכזית נגל ותרוד דקב, כי כ"ז בכלל יקרא דשיכבא וכו' עכ"ל.

עוד כתב (בד"ה עוד) וז"ל, ודאי צריך להביא המוהל למקום שגופו קבור, שאין כבוד הקבורה בב' מקומות, כדאמר בירושלמי (ריש פ"ז דנזיר) תקברנו כולו ולא מקלתו עיי"ש בקרבן העדה, וזהו עיקר דין תפושה, דעיקר מלות קבורה הוא בתחלה בכל הגוף ואח"כ בליקוט עצמות, אבל דקבו הוא כבוד מהודר, ודאו חכמים להגדיר וכו', וכל שחייבוהו חייב לקבץ את העצמות והתפושה וכו', חפצו במנוחתו בקברו, ולא שיפזרו את עפרו בחרישה וחפירת בורות וכיוצא בזה, ואף אם ינוח בשלום, רצונו בקיבוץ עפרו על עצמותיו, ולכן אין חילוק בדין תפושה בין זמנם לזמננו, ואין ללמוד דין מהשמטת טושו"ע וכו' עכ"ל, ועיין בספר גשר החיים (ח"ב פי"ג מהזוה"ק (פ' וירא דף קט"ז) וז"ל, מעייל האי גופא תחות ארעא עד דמתרקב כוליה, ונפיק מיניה כל זוהמא ביאשא, ואתא ההוא תרוד דקב, ואתבני גופא מיניה עכ"ל, דרקב המקור לתחיה.

תבוסה בנכרים

בספר אורח מישור (שם ד"ה רש"י) כתב, דנחלקו רש"י והרמב"ם (שם סוף ה"ג) אם יש להם תבוסה, ועיין תוספות (בבא בתרא דף ק"ב ע"א ד"ה המוליא), ובמהרש"א (שם) משמע דאין תבוסה ליושב (ולראשו בין ברכיו), ובספר אורח מישור הוכיח דאף רש"י ס"ל כהרמב"ם, אלא שיש סתירה בדברי רש"י עיי"ש, ובשו"ת הר"י מפוזנא (סימן ע"ו הביא ב' שיטות בזה (עפ"י הגירסא בתוספתא), ובשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן שכ"ו) משמע דנכרי אין לו תבוסה.

יב

חילול השם, וחילול קבריס

בשו"ת אור לציון (שם) הביא משו"ת חתם סופר (ח"ו סימן ל"ז), שסירב לפנות הגר"מ בנעט למקום מגורו בניקלשבורג, עפ"י צוואתו שישכיבו אותו אצל הגה"ק הר"ר שמעלקא זי"ע, בחשש שיראו המלכות שאנו מפנים, הס יפנו עוד מתיס, וז"ל החתס סופר, איברא שבתי וראיתי במכתב הפשר ההוקס בין הקהלות, דשס נאמר בטענת ק"ק נ"ש וז"ל, אונד מעהרערע מכשולים ח"ו לבני עמינו ענטשטעהען קענטען עכ"ל, והתבוננתי כמדומה לי דאיכא למיחש לחטוטי שכבי דרבתי בני עמינו, כידוע שברוב מקהלות שבכמה מלכיות הוכרחו לחדש להס מקוס קבורת חוץ לעיר הרחק מאד מאדס, וכל ישראל משתדליס בכל עוז להחזיק עכ"פ אדמת קודש הישנה, לבל ישלטו בס ידי זריס ויעשה מהס מרעה או שדות, בטענה שהוא נגד דת שלנו להוציא עצמות המתיס מקבריהס, ויען כי מלכי חסד מגיניס עלינו וחסיס עלינו לבל יתבטל דת תוה"ק, ואמנס עתה יאמרו התירו פרושיס את הדבר, ואס עצמות הגאון פינו מקבר לקבר, מכ"ש עצמות משאר קבריס, ואס אמת כן הוא, בודאי אין זה כבודו של צדיק שיכשלו בו רביס, ואפשר גאוניס וצדיקיס קבוריס ובאיס ויוציאס מקברס ח"ו, ואס כן הוא אזי כבודו להיות במקומו מונח, ואמר רבינא פ"ק דבילה (דף ו' ע"א) האידנא דאיכא חברי חיישינן, פי' אומה מרשעת שאס יראו ישראל קובריס מתיהס ביו"ט, יכפו אותס לעשות מלאכתס ג"כ, ולא יקבלו תירוץ לחלק בין מת למלאכה אחרת, ע"כ יותר טוב שלא לקבור ביו"ט, ויהא מוטל בבזיון, מאשר יכשלו אחריס על ידס, ור"ת שבתוספות (ד"ה האידנא) רצה לאסור גס עכשיו, משוס דאיכא איזה ישראליס הנזכריס לגויס, והריב"ש (סוף סימן קי"ו) כתב דלא חיישינן לדר"ת משוס מעט יהודיס אשר לרצונס נכנסו לעבודת השריס לא נניח מלקבור מתיס, אבל זולת זה הוי חיישינן למכשול דרביס וכו', וא"כ הוא לא בעינא דלמטינא שיבא מכשורי ולא דרינא בהדיה וכו', אך אס אנשי חיל יראי ה' המביניס בדבר וישכילו על דבר טוב, ואחר התבוננות האמיתי יאמרו שלא יארע מכשול ותקלה עי"ז, או מאולי אפשר לעשות שוס פעולה לזה בחצר המלך שיהיה הפירצה גדורה, אזי הדרן לקמייתא וכו' עכ"ל.

עוד כתב החתס סופר למהר"ץ חיות (שהשיב עמש"כ בחיו"ד סימן של"ח ונדפס

בלפום המאור בהוספות), וז"ל, הנה לא כתבתי ערלה וכלאים ופיגול לא ירלה כי אם החדש, כי מזקנים אתבונן שראוי להיות ממקימי התורה, ונזהרו מלפתוח פתח ולחפש קולות לפרילי עמנו אשר אותם הם מבקשים, ואם ימצאו סדק כמחט של סדקית, יפרוצו פרץ על פני פרץ, ירלה רומכ"ת בתשובות מיימוניות (בח"ד בהלכות שמחות) על דבר קל ליטא אשה בתוך ג' רגלים שמתה אשתו וז"ל, תן לבך מדברים פן ילא פרלות גדרים, ואיש הישר בעיניו יעשה, כי יתלה הדבר בגדולים ויפרצו בו שועלים, אני כתבתי הלנת מתים יש בו עשה ולא תעשה, כי עכ"פ הרמב"ן כתב כן, ואין נפקותא בזה"ז לדינא, וטוב להעלות האיסור וכו' עכ"ל, עיי"ש שהאריך

והרב המיקל עצמו בספרו (שם) כתב וז"ל, ונראה שבזמנינו בעו"ה בא"י וכן אצל הגויים בגולה, הם רואים במצות הקבורה בזבוז של שטח קרקע, ואם נפתח להם פתח כמחט, עצול להתפתח לפתח של אולם, ולריכים אנו ללחוס בכל כוחנו שלא יהא שום סדק להתיר עכ"ל

יג

שהמערות משונות

עוד כתב הרב המקיל, שמקום הכניסה להמערות קטן מהכיל, ומזה יש הוכחה שלא נעשו לקברות, ואמנם מפורש בגמרא (סוטה דף מ"ד ע"א) דחלר הקבר ד' טפחים, ובפירש"י וז"ל, חלי הקבר של פני המערה וכו', ופותח פי המערה לתוך הגומא וכו', כשיורדין לה קופלין לה, וכשעולין מתוכה מטפס ועולה עכ"ל, וז"ל החזו"א (אהלות סימן כ"ב אות ח'), ונראה דלר"ש ע"כ היה סולם המטלטל וכו', והמערה עומקה ד' אמות, וא"כ וכו', ואם יהיה הסולם קבוע, לא היה אפילו להכניס האדון בכוך, ועל כרחך שהיה הסולם מטלטל וכו', אבל למש"כ תוספות וכו', על כרחך היו דלתות נפתחות בתקרת המערה בשעת כניסה וכו' עכ"ל, וע"ע בשו"ת הרדב"ז (ח"ב סימן תרי"א) ובחזו"א (יו"ד סימן ר"י אות י"א).

עוד ראיתי מי שהוכיח ממש"כ הרשב"ם (בבא בתרא דף ק' ע"ב ד"ה לעשות) וז"ל, והם לא היו רגילים ליקבר אחד אחד בפני עצמו, אלא כל בני משפחה נקברין במערה אחת, כל אחד בכוך בפני עצמו, הלכך המוכר לחבירו מקום קבר, מכר לו מקום לב' מערות וכו' עכ"ל, ושמע מינה שלא קברו יחידים, ועוד דאל"ה

במוכר קבר למה לא יוכל ליתן לו מקום לקבר אחר, (ולמה הולרך ליתן מערה וכוכין), הנה פשוט לתלוי בלשון, ומקום קבר היה משמע למקום קברות, ובלא"ה היה מוכר קבר.

ומלינו בגמרא (כתובות דף פ"ד ע"א) להמוכר קברו וכו', באין בני משפחה וקוברין אותו בע"כ משום פגם משפחה, ופירש"י (ד"ה משום) וז"ל, גנאי הוא להם שיהיו אחרים נקברים עמהם והם יקברו בקברות אחרים עכ"ל, ובסמ"ע (סימן רי"ז ס"ק י"ד) וביו"ד (סימן שס"ו וסימן שס"ח).

ובכלל זה נלחה אחד מהטענות, להמערה שנמלא בבית שמש רחבה, ויכיל איזה קברים, והיכן מלינו שיקברו כמה מתים במערה אחת, ואין שום ראיה נגד זה, ולפני כמה מאות שנה קברו כמה מתים באהל אחד, ומערת המכפלה תוכיח.

ואמנם הגם שנמלאו קברים יחידים, אין להוכיח שהם של עכו"ם מחמת מה שנשתנו מזמן המשנה והגמרא, וכמש"כ הר"ד אופנהיים (הובא לעיל סוף אות ו') לדברים אלו משתנים לפי התקופות.

ויש מי שהעיר, דכיון שלא נמלאו כוכין אלא מערות, ש"מ דאין זה קבר, הנה בחזו"א (שם אות י"ד ד"ה שם בדק) וז"ל בשם הרא"ש, דמיבעיא ליה אי בטלה שכונת קברות, כיון דלא אשכח לא מת ולא כוך ולא מערה וכו' עכ"ל.

ושם (אות ט"ו ד"ה אהלות פט"ז מ"ג רא"ש) וז"ל, ובמערה לחול לא סגי, דאפשר שאינה של קברות, מיהו נ"ע דהא כוך אחד בלא מערה וכו', דאפשר דאיירי באפשר לתלות שהוא כוך שנפל עכ"ל.

והנה במסכת נזיר שם בפירש"י (הובא להלן) הוזכר מערות ולא הוזכרו כוכין כלל, במתניתין (בבא בתרא דף ק' ע"ב) מיירי במוכר מקום לחבירו לעשות לו קבר וכו', ופשוט דהענין איך המועט יוכל להחזיק את המרובה, כלומר שלא יצטרך ליתן קרקע יותר ממה שצריך לקבר, והוא ענין של חו"מ, וגדולאי יוכל להרחיב הקברות כמו שירצה, (ומי שעושה בתוך שלו מי מעכב על ידו), ולא עוד אלא לרשב"ג (דגדולאי היו שעשו כמותו) אומר הכל לפי הסלע, ולפי"ז א"א לקבוע כלל לפי המדות, ועיין לעיל (אות ו') מש"כ בשם מה"ר דוד אופנהיים.

ומה דמלינו בגמרא (בבא בתרא דף ק"ב ע"ב) שהיו קוברין בכוכין, פשוט דאין

לזה הלכה למשה מסיני איך לבנות קברים, וכל אחד יבנה כרצונו, והנדון שם כמה קברים יכולים לבנות בשטח הכי קטן, ונ"מ למו"מ.

והמולא מקום הקבורה שלא ע"י כוך, אין מזה שום ראיה שאין זה בית הקברות, ובקברי הקדמונים לא נקברו ע"י כוכין דוקא, ובספר תורת האדם להרמב"ן (ענין הקבורה) וז"ל, שהמהמורות הללו הנזכרים בירושלמי, חפירה גדולה הן שנאמר וכו', ועוד בראשונה וכו', לא היו עושין כוכין, שהכוכין לפי מדתו של אדם וכו', לא היו נוהגין בכוכין אלא במהמורות וכו' עיי"ש, ובתוספתא במלא מערה וכוך ובקיע, הוי שכונת קברות, ובבבל לא עשו כוכין, עיין טור יו"ד (סימן שס"ב), ובחזו"א (סנהדרין ליקוטים סימן ל"ב), ובקהלות יעקב (שיעורין של תורה) במדת הכוכין, ועיין בחזו"א (אהלות סימן כ"ב אות ט"ו), ובפירש"י (ריש פרשת ויחי) למערה וכו', ולא מצינו שהיו כוכין במערת המכפלה, עיין בגמרא (בבא בתרא דף נ"ח ע"א), (ובקבר רחל אמנו לא רואין כוך, ואולם י"ל להכוך באדמה ונסתר מעינים).

והא דאמרינן בגמרא (נזיר שם) דכשמלאו קבר, בודקין לפי מדת הכוכין (בגמרא בבא בתרא דף ק"א), היינו משום דאז היו רגילים לקבור כך, וכלשון התוספות (שם). ובמלות קבורה עיקר לכסות בעפר, (ועיין מש"כ בח"ד סימן קנ"ג) ולא זולת, ובודאי אופן הקבורה נשתנה לפי המקום ולפי הזמן ולפי מצבים אחרים, וכ"ז אך למותר.

(ומה שנמצאו בורות (שקורין פיר) יש לומר שנחפרו עבור נפלים וכדומה, כדאיתא בגמרא (פסחים דף ט' ע"א) שהפילה נפל לבור, ובגמרא (בבא בתרא דף ק"א ע"ב) שהיו חופרים במערות עבור הנפלים, ואמנם לכמ"פ נפל טעון קבורה, עיין במג"א (סימן תקכ"ו סק"כ), ובתשובה האריכתי, ובענין ניוול בנפלים. ועכ"פ דוחק לומר שהוצרכו כ"כ בורות לזה).

יד

אם יש קנין למתים

ואעתיק מה שכתבתי בתשובה, בגמרא (בבא בתרא דף קי"ב ע"א) ונמצא לדיק קבור בקבר שאינו שלו, ושמע מינה דשייך קנין למת, הנה בשלטי הגבורים (סוף פ"ו דסנהדרין) דבית הקברות של רבים חשוב כביהכ"נ של כרכין, ומה שאסור בזה,

בדברים השייכים בו, אסור גם בזה וכו', להכי אקלינהו הקונים שיתן לבית הקברות, וזכו בהו המתים וכו',(א"ה וכ"כ בשו"ת חתם סופר סימן של"ה), ועוד נראה לאסור בהנאה קברים דידן אפילו פינו משם המת, דבסתמא כל אדם הנקבר זוכה בקרקע שנקבר בו, מלבד כי המנהג הוא בגליל זה שכל אחד קונה מקום קבורתו, וא"כ מקום קבורתו מאן מחיל מאן שביק, ול"ע בדבר לענין מעשה עכ"ל, (ומש"כ לל"ע, נראה דקאי אמש"כ לפני זה).

ובשו"ת מהר"מ שיק (חיו"ד סימן שנ"ה) כתב וז"ל, שאילת עוד בחייו עבור מקומו וכו', בודאי אסור לפנותו גם מטעם זה להחזיקה בו הקרקע ויש לו בה חזקה עכ"ל, (וכתב שם ובסימן שנ"ד) דמותר לפנות מקרקע שאינו שלו לתוך שלו, אך בזה ראיתי חולקים, ועיין בשו"ת ריב"ש (סוף סימן תכ"א) וז"ל, שאסור לפנות המתים מבית הקברות, לפי שקנו מקומן וכו' עכ"ל.

ולע"ד בירור דבריו, דמי שקנה קרקע למת, אין הקרקע נפקע מרשות יורשיו, ומהיכי תיתי לפנותו, ולמי הותר רמוס חלרו, והגם להקבר אסור בהנאה, וקיי"ל (נדרים דף פ"ה ע"א) דבשויא עפרא בעלמא יטלו אחרים בע"כ, ושמע מינה דאין בעלות באיסור הנאה, שאני הכא דהקרקע ראוי לקבורה, (ובנמו"י (סוף פ"ו דסנהדרין) בשם הרי"ץ גיאות מפורש כן עיי"ש), ובמקומות שנהגו ליקוט עצמות, יכול לקבור אחר.

ואמנם נחלקו הראשונים אם מותר לקבור שם מת אחר, ואם זה נחשב לאיסור הנאה, בשו"ת הרשב"א (סימן תקל"ז) דלא נחשב להנאה, אך הטור (סימן שס"ד) וז"ל, שקבר מת אסור בהנאה, אפי' לקבור בו מת אחר עכ"ל, ובשו"ת שבות יעקב (ח"א סימן פ"ז) נקטו לאיסור, ובשו"ת שבט סופר (סימן ק"ל ד"ה והנה) בשם הנמו"י (שם), דאיסור הנאה היינו לקרובים, דמשתרשי להו שאין צריכים לקנות מקום אחר, (והיינו כשיש צורך לקנות עיי"ש), ובהגהות רעק"א הביא שיטה דאף אם פינו עצמותיו באיסור, הרשות בידם להשתמש למת אחר, (ועיין מש"כ בצוואת רבי יהודה החסיד, הבילו הרמ"א (יו"ד סימן של"ט סעיף א') דאסור להניח קבר פתוח, והיינו כשלא נקבר שם עוד עיי"ש).

ועיין בשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן של"ד, ובסימן של"א האריך במקורות) על דניחא למת עצמו להקבר בקרקע שלו, ולפי"ז אין שום נ"מ אם נשאר עם בשר,

או עצמותיו גרידא, או רקב, האיסור למשמש שם, וז"ל הערוך השלחן (הלכות טומאת מת סימן כ"א אות ט'), דהקובר קברו לקבר עולם, ורק הבעלים ביכולתם ליטלו משם, ולכן יש לו תבוסה, משא"כ כשקברוהו אדעתא לפנותו, אין שם קבר ע"ז כלל וכו' עכ"ל, (מלבד האיסור האמור ביו"ד מחמת בלבול וכו'), והני מילי בארץ ישראל, (דבחו"ל כשאינו ידוע שהיה שייך לישראל, ואין כאן שום חזקה, (וכהשאלה בנודע ביהודה, ובדרוב הפוסקים), אזלינן בתר רובא דארעא), ואם שאין הבעלים ידועים, לכשיבא אליהו ויאמר, למה הדבר דומה, לאורח שבא לעיר, ואינו מכיר מי הם הדרים שם, יאמר שהותר לו לגנוב ולברוח משם, דהוי כממון שאין להם תובעים, והקונה חלקת קרקע מהח"ק, יודע שהוא שלו וינוח על משכבו עד עת התחיה.

וז"ל השבט סופר (סימן ק"ל ד"ה נחזור), דולאי מת שקנה מקום הקבר, אסור לפנותו אף בלא כבוד המת, דהא מקום קבורתו הוא וקנה מקומו, ומי יכול לגזול ממנו, ועיין בש"ג שכתב וז"ל, וכיון שמת מלוה שקונה מקומו הוא אחד מי' תנאים שהתנה יהושע, כדאיתא (בפרק מרובה דף פ"א), א"כ מצד הדין אסור לפנותו, ולא מפני כבוד המת בלבד עכ"ל.

והנה בטור (סימן שס"ד) וז"ל, המוצא קבר ואינו יודע אם נקבר שם מדעת בעל השדה, מותר לפנותו וכו' עכ"ל, דחולק על פירש"י (סנהדרין דף מ"ז ע"ב) וז"ל, קבר הנמצא, וכגון שהוא חדש, ויודע בעל השדה שלא לוה מעולם לקברו שם, ובגזילה נקבר שם עכ"ל, ועיין בב"ח, וי"ל דס"ל להטור דאין חזקה שהמת קנה מקומו, ולרש"י מחמת שנקבר שם הוחזק שהוא בתוך שלו.

וז"ל הערוך השלחן (הלכות טומאת מת סימן כ"א אות ט'), דהקובר קברו לקבר עולם, ורק הבעלים ביכולתם ליטלו משם, ולכן יש לו תפוסה, משא"כ כשקברוהו אדעתא לפנותו, אין שם קבר ע"ז כלל וכו' עכ"ל.

ועיין בשו"ת שבט הלוי (ח"ו סימן קפ"ב ד"ה אמנם) וז"ל, ודעת רש"י וכו', אלא כיון שאין ידוע שבגזילה נקבר שם, א"כ יתכן שבהיתר נקבר שם, ואולי ברשות ונתינת ממון, ונחשב גם ספק ממון, ואסור להפקיע זכותו מספק, ואנו נוגעים גם בלאו דלא תשיג גבול, הנדרש בחז"ל וספרי (פרשת שופטים) על מקום קבורת המת דאסור לקחת ממנו וכו' עכ"ל.

(ולמנס מה שכתב (בח"ל סימן קנ"ג) לענין מכירת ביה"ק לנכרים, דיגרמו בזה שהלדיקים קבורים בקרקע נכר, לא הבנתי, דממ"נ אם כל אחד קנה חלקה שלו וכנהוג, אם ימכרו העסקנים הביה"ק, הרי מוכרים שדה שאינו שלהם, ואם לכתחלה לא קנה כל אחד חלקו, והשטח שייך לציבור, סוף כל סוף לא היה נקבר בחלק שלו, ואולי המכוון שהיה שייך להקהלה, ולכל אחד היה זכות להיות קבור שם, ועתה יצא לרשות הנכרים, והגם שמעולם לא היה שלו ממש, מ"מ גם זכותו להיות נקבר שם יפקע, ועוד י"ל עפ"י מש"כ בשו"ת מהר"מ שיק שם וז"ל, אבל גבי מת, כיון שמת מה שהוא שלו אינו שלו עוד ואין לו שום קנין בעולם, והכל ליורשיו וכו', ומאי נ"מ לדידיה בין קרקע זו או אחרת, ול"ל דנהי שאינו שלו מ"מ הוא של יורשיו וכו', הקרוב קרוב קודם, וגם בזה יש לו ניחותא וכו', אולי גם בשכנים ורעים אהובים נייח ליה לאינש, כיון דבירושלמי מדמה מת לאדם חי וכו' עכ"ל).

ובשו"ת דברי מלכיאל (ח"ה סימן ק"מ ד"ה ומ"ש) כתב וז"ל, דהא אחר מיתה אין הנכסים שלו רק של יורשיו, ואף כשישלמו הוי קבר של יורשיו, והם נותנים את הקבר למורישם וכו', והא דבבא בתרא (דף קי"ב) נמצא לדיק קבור בקבר שאינו שלו, היינו כשיולא השדה ביובל הוא גנאי, ועיין בשו"ת כנף רננה (חיו"ד סימן ל"ו) ובשם ספר מעבר יבק, ובשאילת יעב"ץ (סימן ג' ד"ה איברא) דאגלאי מילתא למפרע לאו דיליה הוה שלא היה לו בה קנין הגוף עכ"ל, ובשו"ת רמ"ע מפאנו (סימן נ"ו) מוכח דהקבר שייך להמת עיי"ש, ובהדיא ברמ"א (חו"מ סוף סימן ר"י) דהמקנה דבר למת, כל שהוא לצורך קבורתו וכבודו קנה, משו"ת הרשב"א (סימן שע"ה) ע"כ, ובלא"ה פשוט דלא קנה, ורק לצורך קבורתו משום המצוה בזה, עיי"ש ובר"ן (סנהדרין דף מ"ח ע"א), ובמחנה אפרים (הלכות זכיה ומתנה סימן ל"א).

וז"ל שו"ת דובב משרים (ח"ג סימן ע"ח ד"ה ולפי), גם נכונה סברת הש"ג דכל אדם זוכה בקבר שנקבר בו, ובפרט במקום שנוהגין שכל אחד קונה מקום קבורתו, וא"כ מקום קבורתו מאן מחיל, ובספרי (סימן י"ט) הבאתי מהמחנה אפרים (הלכות זכיה ומתנה סימן ל"א) שהביא מחלוקת אי יש זכיה למת, והרשב"א הוא מהסוברים דיש זכיה למת וכו' עכ"ל.

וכי תימא איך נפקע בעלותם מחמת שאחד מהם נקבר חסר, עיין בחזו"א (אהלות פכ"ב אות כ"ד מ"ב) בזה.

טז

בפקוח נפש

והנה בשו"ת נודע ביהודה (תנינא חיו"ד בסימן ר"י) משמע דבמקום פקוח נפש ממש העומד לפנינו מותר לנוול המת, (משא"כ כשאינו לפנינו, וז"ל, אבל בנד"ל אין כאן חולה שהיה צריך לזה, רק שרוצים ללמוד חכמה זו אולי יזדמן חולה שיהיה צריך לזה, ודאי דלא דחינן משום חשאא קלה זו שום איסור תורה או אפילו איסור דרבנן וכו' עכ"ל, וע"ע בשו"ת מחנה חיים (ח"ג סימן ס' ד"ה והנה) בזה).

והחזו"א (יו"ד סימן ר"ח אות ז') כתב, דאפילו כשאינו לפנינו, אם הדבר מצוי, כי הא (תענית דף י"ט ע"א) דמתריעין משום מכה מהלכת, וכהך (עירובין דף מ"ה ע"א) באויבים שצרו בעיר הסמוכה לספר, נחשב לפקוח נפש, וז"ל, אלא לא מקרי ספק פקוח נפש בדברים עתידים שבהוה אין להם כל זה עכ"ל, (וכבר כתבתי בזאת למערכת שמירה באנטווערפען, וע"ע בזה בשו"ת מחנה חיים כת"י, הובא בהערות לנודע ביהודה שם), ולהחזו"א אין מקום לחלק בין אם הפקוח נפש לפנינו, ואמנם מצינו בגמרא (שבת דף קי"ד ע"ב) שבות קרובה התירו שבות רחוקה לא התירו, אך זה בדרבנן, וכן בשו"ת חתם סופר (יו"ד סימן של"ו).

ובשו"ת בנין ציון (סימן ק"ע) הקשה, א) דאסור להציל עצמו בממון חבירו, כדאיתא בגמרא (בבא קמא דף ס' ע"ב), ואפילו להשיטה דבדעתו לשלם מותר, וכדאיתא בחו"מ (סימן שנ"ט סעיף ג'), הרי א"א לפרוע למת את בזיונו שגרם לו, וכ"ש בנד"ל שגוזל ממנו חתיכות בשר ממש), ב) דהרי כיון שמת נעשה חפצי מן המצוות, ואינו מחוייב ליתן מבשרו אפילו במקום פקוח נפש, ובשו"ת מהר"מ שיק (סימן שמ"ז–שמ"ח) דמותר לגזול במקום פקוח נפש ולנוולו, ולכאורה הלך עם הבנין ציון, דהרי אין שום מבוא להשיב את הגזילה, (ולע"ע בגזילה כה"ג אם יוכל להציל עצמו בממון חבירו, דאולי כשא"א לשלם, אונס רחמנא פטריה, וכ"כ המהר"ם שיק, עיין בהערות על שו"ת בנין ציון, שציין לכל המדברים בענין נתוחי מתים), ועיין ברש"י (שם ד"ה וילילה) ובתוספות (שם ד"ה מהו), ובפנ"י (ד"ה תד"ה מטו), ובמפתח רזא דשבתא (סימן ע"ב).

והנלע"ד דיש לדון ע"ז מב' לדדים, דלה"נ לגבי המת אין לו שום חיוב להליל זולתו, אך לגבי החולה י"ל דאין כאן איסור גזילה, כי למת אין בעלות, וכדאיתא בגמרא (בבא בתרא דף קנ"ב ע"א) אין שטר לאחר מיתה, ובחו"מ (סימן ר"נ סעיף י"ח) ובקצות החושן (סק"א) ובנתיבות המשפט (סק"א), ובגמרא (נדרים דף פ"ה ע"א) קונס כהניס לויס נהניס לי יטלו על כרחו, דשויא עפרא בעלמא, וז"ל הר"ן (ד"ה רבא), ומהא אשמועינן שהאוסר הנאת פירות על עצמו, יכולים אחריס ליטול אותן בעל כרחו וכו' עכ"ל, דהיינו כשאין לו קנין על הדבר, נעשה כהפקר, (ואין זה דומה לנחלה, שהיא גזירת הכתוב מדין ירושה, (ובקבר מצינו בגמרא (בבא בתרא דף קי"ב ע"א) ונמצא לדיק קבור בקבר שאינו שלו, (ועיין בשו"ת חתס סופר חיו"ד סימן של"א), וברמ"א דכל שהוא לצורך קבורתו קנה מחמת המצוה כמשכ"ל), ועיין שו"ת יעב"ץ (סימן ג' ד"ה איברא) ובשו"ת דברי מלכיאל (ח"ה סימן ק"מ ד"ה ומ"ש), ואין לזה תורת קנינים, וכל האיסור משום ניוול, האמנס העירני חתני הגרא"מ באקאן נ"י, דבקובץ שיעוריס (כתובות אות שי"ד, ובבא בתרא אות תס"ג, וח"ב סימן י"א), וחידושי ר' שמעון (סוף בבא מציעא, ובבא קמא סימן א' אות ב' פי"ז) הוכיחו משו"ת הרשב"א שיש לו קנין ממש במה שנוגע לקבורתו, ובשו"ת שואל ומשיב (סימן רל"א) דכל לתועלת לא הוי ניוול עיי"ש, ובמקוס פקוח נפש לא נאסר, כמש"כ במהר"מ שיק ע"כ, עיין בשו"ת נודע ביהודה (תנינא יו"ד סימן ר') דג"כ משמע דמותר לנוולו לצורך פקוח נפש.

ובנל"ד שאין פקוח נפש ממש בגוף, רק מכניס בלשון זה כדי להליל ממון, וכי נתיר משום זה לנוול מתיס או לפנותס, ועיין בגמרא (בבא בתרא דף קנ"ה ע"א), מהו לבולקו (אס היו לו ב' שערות), ואמרינן אי אתה רשאי לנוולו ע"כ, והגס דמצינו לפעמיס שהתירו לנוולו, היינו רק משום דשקיל זוזי, עיי"ש וביו"ד (שס"ג סעיף ז'), ועיין מש"כ (בח"ה סימן ל"ה אות ג') ובחזו"א (יו"ד סימן ר"ח אות ה' ד"ה והנה).

יז

מושכב כדרכו – דאשו בין ברכיו

בגמרא (נזיר דף ס"ה ע"א) אמר רב יהודה וכו' מושכב פרט ליושב כדרכו פרט לשראשו מונח בין יריכותיו וכו', מאי טעמא דלמא עכו"ס הוא ע"כ, ופירש"י

(ד"ה מושכב) שאם מולאן יושבין, הואיל ואין מושכבין כשאר מתים, נוטלן ואת תפוסתן, כדרכו פרט לראשו מונח בין ירכותיו, שאם מלא אחד מהם ראשו מונח בין יריכותיו, אמרינן דהכי אתרמי שנזרק לשם עכ"ל, ובתוספות (ד"ה עכו"ס) וז"ל, דישראל אין קוברין אותו בענין זה עכ"ל.

והנה ברמב"ם (פ"ט מהלכות טו"מ ה"ד) כתב וז"ל, ואם היה אחד מאלו שמלא בתחלה או בסוף הרוג או יושב או מושכב שלא כדרכו, שהיה ראשו בין יריכותיו, אינו בודק כ' אמה, אבל נוטלן ואת תבוסתן בלבד, שחזקתן גויס עכ"ל, והנה בגמרא אמרינן דלמא עכו"ס, (וכן בפי' הרא"ש), והרמב"ם כתב חזקתן עכו"ס, ועוד ל"ב, דאם עכו"ס הוא, למה הולרך ליטלו ואת תבוסתו, הרי בגמרא (שם) משמע דרק מושכב כדרכו יש לו תבוסה, ואמנם בספר חזון נחום (אהלות פט"ז מ"ג) דגם עכו"ס יש לו תבוסה, (וכל תבוסה מדרבנן, והנה בגמרא (בבא קמא דף ק"א ע"ב ובעוד מקומות), דדם תבוסה דרבנן, אך תבוסה דהתם לא שייך לנד"ד, (דמיירי ברביעית דם חלק יצא בחייו עיי"ש), אך בשו"ת מגן שאול (סימן ס"ח ד"ה עוד) דדם תבוסה דאורייתא), וכ"כ בר"ש (אהלות שם) בשם התוספתא (פט"ז ה"ב), ובאורח מישור הקשה, דרש"י בעצמו (בד"ה ראשו של זה) כתב דעכו"ס אין לו תבוסה, והוי סתירה מיניה וביה, ולע"ד שפיר י"ל דשאני ראשו של זה בלד מרגלותיו של זה, דבדור דעכו"ס הוי.

ובמאירי (נזיר שם) בראשו בין יריכותיו אומרים שגוי הוא, ובראשו נגד מרגלותיו כתב ודאי גוי, וכמש"כ וז"ל, שעכו"ס הם שנקברים בכך עכ"ל, משא"כ בראשו בין ירכותיו, דספק הוי, וכלשון הגמרא, וכן מוכח בספר מים טהורים (שם), וברשב"ם (שם) כתב וז"ל, איכא לספוקי בעכו"ס, ואין לו תבוסה עכ"ל, ובשו"ת נפש חיה (שם ד"ה והנה מל') דרוב עכו"ס ראשו בין ברכיו וכו', אך יעויין בשו"ת בית שלמה (חיו"ד סימן רי"ט דף ס"ד עמוד ג'), הובא בשו"ת מהרש"ם (ח"ד סימן י"ב אות י"א) דספק קרוב לודאי, וכמש"כ דדלמא מושלך כך, (ר"ל ולעולם ישראל הוא), אך הרמב"ם, אחר שכתב שחזקתן גויס, כתב דנוטלו ואת תבוסתו, וא"ש כהתוספתא, (אלא דהחזו"א (אהלות שם) הקשה, דבגמרא משמע דאין לעכו"ס תבוסה וי"ל דרש"י היה לו גירסא אחרת בהתוספתא, ובנפש חיה (ד"ה אך) כתב די"ל דרש"י הדר ביה במסקנא, ואין לו תבוסה).

אך הרשב"ם (בבא בתרא דף ק"א ע"ב ד"ה מת) כתב דאין לעכו"ם תבוסה, ובערוך השלחן (הלכות טו"מ סימן כ"א סעיף ז') להטעם דנכרי יש לו תבוסה כמ"ד דמת עכו"ם אסור בהנאה, ולע"ד דבריו דחוקים למאד, דמאי שייך איסור הנאה לתבוסה, ועיין בזה בשו"ת מהרש"ם (ח"ד סימן י"ד אות י"א) ובשו"ת דברי מלכיאל (ח"ד סימן ל"ה ד"ה וניתן) אך י"ל עפ"י מש"כ הראב"ד (בהשגותיו פ"ח שם ה"ה) דכל ענין הטומאה כדי להרחיק מהנאתו.

והיולא מזה, לשיטת רש"י ז"ל, כשראשו מונח בין ברכיו, הוי ספק, ולהרמב"ם ודאי עכו"ם, (ועכ"פ בספק איך מושכב, (מלבד שהוא ספק חסרון ידיעה), בודאי א"א להקל, דלא עדיף מאם לא נמצא כלל), והולכין אחר הרוב, וכן מבואר בשו"ת ב"ש משו"ת הרשב"א (סימן ק"ג).

יל"ע אם זה כשראשו מונח על ירכיו או כנגד ברכיו, והנה הלשון בגמרא (סוכה דף כ"ו ע"א) במניח ראשו בין ברכיו, והנחה היינו על גב דבר ולא באויר, וגם כאן נאמר ראשו מונח בין ירכותיו ע"כ, וברמב"ם (פ"ט מהלכות טו"מ ה"ג) ראשו בין ירכותיו וכו', והול"ל כנגד בין ירכותיו, ובעינן שיהיה רגליס לדבר שהוא עכו"ם, עיין בדברי רל"א, וכשמושכב על לדו גם נחשב כמושכב כדרכו, עיין בית יוסף (סימן שס"ב) בשם הרמב"ן, והביאו הגר"א, ובעה"ש (שם ס"ד).

(עוד שמעתי, דלפי דבריהם מצאו שוכב על לידו, ז"ל הב"י (יו"ד סימן שס"ב), ז"ל הרמב"ן בתורת האדם, מניחין אותו פניו למעלה וכו', א"נ מן הצד, כדאמרינן בירושלמי וכו', וכן בפריסה (אות ה' שם), ובחזו"א (אהלות סימן כ"ב ריש אות כ"ז) וז"ל, כיון דליכא בשינוי מגביו לעל לידו דרא דאורייתא, אין מסלקין דין שכונת קברות משום שינוי זה עכ"ל).

יח

ספק ספיקא

והנה ראש המקילים כתב דיש כאן ספק ספיקא, ספק ישראל ספק עכו"ם, ואפילו את"ל דשל ישראל הם, ספק אם מותר לפנות רקב.

ז"ל הרד"א, הוי שפיר ספק ספיקא, ספק נקבר שם אדם כלל, ואת"ל נקבר, שמא גרדוהו וכו', בע"כ ספק ספיקא כזה לא אמרינן, דא"כ אנו לא מצינו ידינו ורגלינו

בבית הקברות, למה הצריכו וכו' חז"ל בדיקה, בשכונת קברות למה צריך בדיקה, הא הוי ספק ספיקא דלמא לא הוי ואת"ל הוי דלמא חזיר וחולדה גרהוהו וכו', וע"כ כיון דמוחזק לשכונת קברות, הוי קרוב לודאי בחזקת שנקבר שם עד שיודע לך שלא נקבר שם מת, ואין ספק מוציא מידי ודאי וכו', ואפשר שאינו נכנס בגדר הספק ונשאר רק ספק אחד אם נקבריס שם או לא עכ"ל, ויש לחלק להתס הוחזק לקברי ישראל, משא"כ בנד"ד.

ובזה יבואר, דלכאורה בכל מערה יש ספק ספיקא, ספק אם נקברו שם (ישראל), ואת"ל שנקברו, שמא פינו העצמות, וכדרכם אז.

ואמנם מסתבר שלא פינו אא"כ היה צורך למתים אחרים במקומם, והעובדא מוכחת שנמצאו שם עצמות ומתים, ובנד"ד אפילו את"ל שנלקטו, הרי י"ל שנקברו במקום סמוך ונראה למערות אלו, וכמש"כ ר' האי גאון (הובא בטור שם) שהיו נקבריס בגומא שבמערה, אולם נראה דמותר לפנות עצמות אלו, הואיל וכבר נעקרו ממקום שנקברו בתחלה, וכ"כ הפרישה (סימן ת"ג ס"ק י"ג) דמותר לשים עצמות של כמה מתים בגומא אחת, אך לא לערבן יחד, ועיין בשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן שנ"ג) בזה.

ומקולס יש להעיר משו"ת טוטו"ד (שם) שכתב דספק ספיקא לא יועיל להתיר כאן, דספק ספיקא הוי כרובא דליתא קמן, (וכתב דמכיון דיש ספק בדאורייתא, צריכין להחמיר אף באיסור פינוי דרבנן, (ואמנס י"א דהאיסור דאורייתא, עיין לעיל סוף אות ב'), וכ"כ בשו"ת נפש חיה (סימן ל"ה ד"ה והנה מלמד ובד"ה והנה לפי), אך חותנו היעוועות מלכו (חיו"ד סימן ע') חולק עליו כדלהלן.

אך בשו"ת בית שלמה (שם) מוכח דספק ספיקא מהני להתיר.

והנה פשוט דאין כאן ספק ספיקא, דבספק עכו"ס הולכין בתר הרוב וכנ"ל, ושוב א"א לצרפו לספק ספיקא, דמיעוטא כמאן דליתא דמיא, וכדאיתא בגמרא (נדה דף י"ח ע"ב) עיי"ש, (ועיין בסוף שו"ת נפש חיה בקונטרס לענין סמוך מיעוטא לחזקה), ועיין בשו"ת מהרי"ק שורש קע"א, ובשב שמעתתא שמעתתא א' פי"ח), אך בנפש חיה (שם ד"ה והנה לפי) כתב, דכשיש ספק השקול, מצרפין המיעוט לעשות עוד ספק, וכמש"כ התוספות (נדה דף י"ח ע"א ד"ה שליא), וכ"מ בפמ"ג

(בפתיחה סדר השואל סדר ג' אות ט"ז).

וז"ל הנפש חיה (סימן ל"ה ד"ה ואפילו) להטעם לאסור לפנותו מספק, אפילו לפנות המת הוי רק ספיקא דרבנן ולקולא, מ"מ כיון לענין איסור הנאה (א"ה של המקום) הוי ספיקא לאורייתא, (א"ה וכ"כ בתשובות רל"א (שם) וז"ל, אך איסור הנאה לאורייתא וספיקא לאורייתא לחומרא ע"כ), ואנו מחמירים לומר לנקבר שם בדשות ואסור בהנאה, דספיקא לאורייתא לחומרא, אף לענין פינוי המת להוא רק ספק דרבנן, מחמירין ג"כ, לפי שיטת הרדב"ז דכל היכא דהוי ספק על לאורייתא ועל דרבנן יחד, כיון שאנו מחמירין בספיקו לענין לאורייתא, מחמירין אף בדרבנן, ולענין אם מסופק אם בירך ברהמ"ז דצריך לחזור ולברך כל הד' ברכות וכו', ויעויין בישועות יעקב (ביו"ד סימן פ"ו סק"ג), וגם הובא דעה זו במג"א (בסימן קפ"ד סק"ז), וזה המליאו הפוסקים, דכל היכא דאיתא ספק על לאורייתא ודרבנן ביחד, מחמירין בשניהם, וכל זאת היכא דאיכא קבר בנין לאסור בהנאה וכו', אך לפי"ז יוקשה וכו', והנה זה בודאי אין לומר דעכו"ס לא נקבר מושכב כדרכו כלל וכו', ניהו דמונח כדרכו ויוכל להיות דישראל הוא, מ"מ יוכל להיות דעכו"ס הוא, וספק פינוי המת לא הוי רק ספיקא דרבנן ולקולא וכו', ואפ"ל דלענין ספק זה שמא עכו"ס הוא או ישראל, אנו מחמירין מספיקא, כיון דהוי ג"כ נ"מ לענין טומאה, כשיטת רוב הפוסקים דעכו"ס אינו מטמא באהל, וישראל מטמא באהל, וא"כ הוי נ"מ לענין טומאה דאורייתא ג"כ, וכיון דהוי ספק לענין דאורייתא ג"כ, אנו מחמירין בספיקו אף לענין דרבנן, כגון לענין פינוי המת, ולפי אשר יבואר לקמן, עוד הוי ספק לענין איסור הנאה, למאן דסובר דמת עכו"ס ותכריכין אינם אסורים בהנאה, (א"ה שהביא מהברכי יוסף (סימן שמ"ט) כמ"פ בזה, והתוספות (בבא קמא דף י' ע"א ד"ה שהשור) דמת עכו"ס מותר בהנאה ע"כ, והנה בערוך השלחן (סימן כ"א הלכות טומאת מת אות ו') דהרשב"א (סימן שס"ה) ומסתימת הרמב"ם, ובבית יוסף (סימן שמ"ט) מפורש דאסור בהנאה (דלא כהמל"מ), וזה דלא כמש"כ בערוך השלחן (פ"כ מהלכות טו"מ ה"ד), ועיין מש"כ בתשובה (ח"ג סימן ע"ט אות י"א), והנה וכו', לפי מה שכתבו הפוסקים לחלק בספק ספיקא בין נודע דין הספיקות, דאז לא מהני ספק ספיקא כיון דכבר נודע הספק הראשון, ואנו עשינו אותו ודאי, אין לגרפו לספק עוד, וה"ה היכא דהספק על דאורייתא ועל דרבנן, כיון דכבר החמרנו בדאורייתא

ועשינו אותו כודאי, לא נוכל להתיר איסור דרבנן ג"כ, כיון שאנו מחליטין הספק הזה לודאי, אך באנו (בתשובה ליו"ד) ולענין שני דברים אינו שייך זה וכו', וא"כ לענין הספק הראשון שנסתפקנו וכו', בקבר בנין וכו', שפיר נוכל לומר דאין מלמדין מהקבר לגוף המת וכו', אבל היכא וכו', דהוי ספק על גוף המת אם אסור בהנאה ואם מטמא באהל דהוי דאורייתא, וגם לענין אם מותר לפנותו, שפיר אנו אומרים כיון דמחמירין בדאורייתא, הספק הזה כודאי, ואסור לפנותו, ואפ"ל דלעולם בספק מותר לפנותו כיון דהוי רק ספיקא דרבנן וכו', מיירי וכו' בא"י, והוי אז רוב ישראל בא"י וכו' עכ"ל.

אך חותנו בשו"ת ישועות מלכו (חיו"ד סימן ע') חולק עליו וכו', דמהני ספק ספיקא, וז"ל, וכל שנולד הספק בדין תורה לא אמרינן ספיקא דרבנן להקל, ויש לדון בזה שלא נאמר כן אלא כשהאיסור דרבנן הוא משום איסור ד"ת כמו וכו', אבל כשאינו משם אחד לא, כדמוכח (בעירובין דף ל"ו) שעירוב בס' תרומה וכו', אע"ג דלענין איסור אכילה הוי מחמרינן, מ"מ לגבי עירוב היה מותר, דספיקא דרבנן להקל, אלא לפי שאינו משם אחד, דאכילה לחול ואיסור חוץ לתחום לחול, גם לא ידעתי אם הך כללא דכל שנולד בדאורייתא וכו' הוא כלל גדול גם לענין טומאה וכו', ותו דבספיקא דדינא לא אמרינן האי כללא, כמש"כ הש"ך (יו"ד סימן נ"ז) גבי דרוסה וכו' עכ"ל.

וכבר ביארתי (בח"ב סימן קע"ט, ועיי"ש אות ט') דלרוב הפוסקים א"א לגרף לס"ס כשאין הספק שקול, וא"א להקל אלא בשעת הדחק עיי"ש (בסימן ק"פ), ונדון דידן במקום הפסד ממון, מ"מ אין הדחק שייך לעצם הפינוי של בית הקברות, ורק שרוצים לנגל הבית הקברות, וכ"ז אם היה נוגע רק לרקב, משא"כ בנד"ד שנמצאים גם עצמות וכאמור, דרובא דרובא של הפוסקים חולקים על הנודע ביהודה ואוסרין הפינוי, וכנ"ל (אות ט'), ואין כאן ספק ספיקא.

ובספק השני אם מותר לפנות רקב, הנה החזו"א, נראה בסוף דבריו, שהכריע דאסור, ולא השאיר הדבר בספק, וכן בספר מתא דירושלים (שם, הובאו דבריו לעיל באות ט'), אך לשיטת המהר"מ פישלס והנודע ביהודה מותר לפנות, ונמצא דהדבר מוטל בספק, אמנם דבר זה ברור מלבו של החזו"א, דאלת"ה היה מותר לפנות כמעט כל בתי הקברות, (ובפרט לפי מה שרצה להקל עפ"י הנודע ביהודה,

דהרי הבשר כבר נרקב, ולא נשאר אלא רקב, ולכל היותר עצמות), ומעולם לא נשמע שאיסור פינוי בית הקברות בספק הוא עומד, מלבד האיסור גזל, שכל מי שקונה אחוזת קבר לעצמו, על דעת כן קנה, שלא יזיזו אותו לעולם, (אף אחר שניס הרבה, ואין נ"מ אם נשאר מגופו ממשות או רקב ותבוסה, והמקילין בפינוי רקב, לא התירו לפנותו כדי להשתמש במקומו, ואם היו שואלין אותו אם יפנו אותו אחר שנעשה רקב, לעק יעק שאין רשות לנגוע בו, עיין לעיל (אות ט"ו ט"ז וי"ז) אם יש קנין למת לגורך קבורה, ומלשון ליקוט עצמות משמע שהשאירו התבוסה, מדלא נאמר פינוי עצמות, ומה שדנו בפינוי רקב, מיירי שנמצאו יחידים, ואין הכרח שקנו הקברים לעצמם, אי נמי כעובדא דהנודע ביהודה שפינו לטובת הנקברים.

הגע בעצמך איך נפקע קנינו ברגע שנעשה רקב.

והגס דמצינו שהמוכר קרקע עד זמן מסויים, כשהגיע הזמן פקע קנינו, עיין בחו"מ (סימן רי"ב ס"ד).

ורצאתי בהגרעק"א (שם) שהעיר ממש"כ הר"ן בחי' (גיטין דף פ"ד ע"א) בשם הרא"ה וז"ל, דמהא שמעינן, שהנותן קרקע לחבירו גוף ופירות יום א', שזכה מקבל בקרקע לעולם, דהא אסיקנא כגון דפסקה פסקה, עכ"ל, וכ' רעק"א לל"ע.

הנה מפורש בר"ן (נדרים דף כ"ט ע"א) ובנמו"י (שם) דהמוכר עד זמן מסויים, אחר הזמן חוזר למוכר. וא"כ דברי הר"ן סתרא נינהו.

איברא דדברי הרא"ה חידוש הם, דיש מקום לחלק בין היום אי את אשתי ולמחר את אשתי, להמוכר ליום א', דהא דאמרינן בגמרא דכיון דפסקה פסקה, היינו בגירושין, דמיד שנתרגשה, היא ברשות עצמה, ושוב אין לבעלה רשות עליה, ואדרבא אם נשאר לו עלי' איזה רשות, הגט בטל, דכריתות בעינן, וכיון דפסקה פסקה, (ואף בהפקר לזמן אם זכה בה אדם בתוך הזמן, נשאר אצלו, עיין בפי' הרא"ש (נדרים דף מ"ד ע"א ד"ה אמר), משא"כ במוכר שדה, אם המוכר שייר בקנינו באופן שיחזיר אליו לאח"ז, למה לא יוחזר, ועוד בקנין לזמן לפעמים מבטל כל הקנין כמש"כ הרא"ש (סוכה פ"ג סימן ל'), וע"ע ברמ"א (יו"ד סימן ש"ה ס"ח), ובקצות החושן (סימן רמ"א סק"ד) הביא פלוגתת ראשונים בזה.

שוב מלאתי בשו"ת שואל ומשיב (מהל"ק ח"א סימן רס"ו ד"ה והנה בריטב"א) לאף הרא"ה לא כתב דאין לה הפסק אלא באומר יום א', שלא פירש שיוחזר אח"כ, משא"כ בתנאי מפורש, וא"ש קושיית רעק"א.

ולגד"ל לא מיבעיא להרא"ה, דלא פקע קנינו של מת כשנעשה רקב, ואפילו לשאר הפוסקים, הרי מעולם לא התנה שהקבר נקנה עד שנעשה רקב, ובמה נפקע קנינו, (ואף אומדנא ליתא, כי הקונה קבר, דעתו להשאר עד זמן התחיה, לא שיפנוהו כדי לבנות שם, (או לקבור שם אחר, דאסור לכמה פוסקים וכאמור), וכדומה).

ועכ"פ לענינו הרי נמצאו גם עצמות, וא"כ ספק זה לא למעשה.

יט

מקומו אחר הפינוי, אם נאסר בהנאה

עוד יש להעיר משו"ע (יו"ד סימן שס"ד סעיף ו'), קבר שפינהו היכא דמותר בהנאה, לא יעשנו בית התבן ולא בית העצים ולא בית האוצרות, ובש"ך (ס"ק י"ד) דגנאי הוא למת לעשות כן עכ"ל.

והרה"ג בעמ"ח שו"ת ויש"ב משה רצה לאסור לבנות מחמת איסור הנאה שלאחר הפינוי, וכמש"כ הב"י (יו"ד סימן שס"ד), בתחלה יש להעיר ממש"כ בשו"ת רד"א לאיסור הנאה הוא דאורייתא, ובשו"ת מהרש"ם (ח"ד סימן י"ד אות ב') האריך בפלוגתת הפוסקים, אך בשו"ת מהרשד"ם (חיו"ד סימן ר') דהאיסור מדרבנן, ועיין בשו"ת שבט סופר (סימן ק"ד ד"ה והנכון) שהביא מהכנסת הגדולה שדחה שיטתו, (ושם ד"ה והקשיתי) מסיק דהאיסור מדאורייתא, וז"ל, ויש להביא ראיה דעיקר איסור דאורייתא, דהא גזרו טומאה על הקברות, אע"פ שנטלו משם המת, משום גזירה שלא יפנוהו וכו' עכ"ל. וע"ע בשו"ת הגרעק"א (ח"א סימן מ"ה),

והנה בפתחי תשובה (יו"ד סימן שס"א סק"א) בשם הגרעק"א (שם) כתב, דאם מכסין יותר מכדי כיסויו (של פני המת, ובחזו"א (יו"ד סימן ר"ט אות י"א) מפרש דכוונתו ג"ט), לא נאסר, אך הביא מהט"ז (סימן תקכ"ו סק"ב) ובמג"א (סק"י) דלא משמע כן, ובחזו"א (שם) הכריח דכל כיסויו נאסר, שנעשה לכבודו.

ובשו"ת בית שלמה (שם) כתב וז"ל, רק שבאנו לדון על המקום שפינו משם

העלמות, וא"כ כיון שעכ"פ אין כאן איסור תורה, לדעת הטור שעיקר הוא, ממילא לא שייך בזה מקום איסור דרבנן משום כבודן של מתים, דזה הוא רק קודם הפינוי, אבל אחר הפינוי לא שייך כבודן של מתים, וכ"כ בשו"ת חוות יאיר הנ"ל וכו', וכן משמע להדיא מדברי הכסף משנה (פ"ח מהלכות טומאת מת ה"ה) עיי"ש היטב, ואף אם נאמר דקשה להכריע בבירור בין דברי הר' ישעיה לדברי הטור וספיקא דפלוגתא היא וכו', מ"מ בנד"ד כיון שספק הוא אם עכו"ס הוא, ודעת התוספות (בבבא קמא) ורוב הפוסקים דבמת עכו"ס לא שייך איסור הנאה וכו', וא"כ מותר מספק ספיקא, שמא הלכה כדברי הטור ודעימיה דבקבריים של עכשיו לא שייך איסור הנאה, ואת"ל כדברי הר' ישעיה, שמא עכו"ס הוא וכו' עכ"ל.

איברא דשם ברוב עכו"ס מיירי עיי"ש, משא"כ בנד"ד ברוב ישראל, מ"מ כשמכסה בעפר שלא נאסר, הרי לא נהנה מאיסור הנאה, ומצינו פלוג' בדבר בין החוו"ד ורעק"א (בתשו' שם) ואבאר בס"ד.

לעת החכם (הובא שם) דדריסת הרגל על קרקע שלא נאסרה עד יסודה, אין בדריסתו איסור הנאה, והיינו דאין לו תועלת מעפר זה, דלל (עשתרות קרנים א"ה למלילה) עפר שלמעלה, סכ"ס ידרוס על שלמטה, ודעת החוו"ד ורעק"א דז"א, וכדמצינו בהג"א (פ"ג דמו"ק), ובש"ך (סימן שס"ד סק"ג) דאסור לדרוך על הקבר לדעת ר' ישעיה, (מחמת עפר התלוש שלבסוף חיבורו), והרי מתחתיו קרקע עולם יורד עד התהום, (שמעולם לא נאסרה), וע"כ דבשעה שדורך נהנה ממה שדורך, (למה"ד למומר דשביק היתירא ואכיל איסורא, דסכ"ס נהנה מהאיסור), ואמנם לכאו' ק' דבשו"ת יד אלי' (סימן ל"ד הביאו בפת"ש סימן שס"ד ס"ק ב') דליכא על הקבר ליכא משום הנאה, דהא אי לא הי' שם קבר, הי' יותר טוב ליכא על הארץ ע"ש, הרי סכ"ס דורך על איסור הנאה, אך התם אין הטעם משום דאין בהקבר חסרון תועלת של הקבר (כמו בעפר שעל גבי קרקע עולם), אלא שיש בו חסרון בעצם, שהקבר מונע אותו מלכת, והכאי שלא תהי' שם.

עוד יש להעיר ממש"כ הנמו"י (הובא לעיל בשם הרי"ץ גיאות), דלקבור מת בקבר שפינו ממנו מת אחר, תלוי באם משתרשי להו לקרובים בזה שאין לייכין לקנות קבר אחר, ולכאו' לדעת החוו"ד ורעק"א, אף אם לא משתרשי להו (בית

מקומות לקברו בחנם), סכ"ס נהנים מקבר זה, ולמה לא נחשב לאיסור הנאה (וכמו בדורך על עפר, שמלמעלה אסור בהנאה), אך ז"א, דשאני התם דבעצם הקבורה אין בו הנאה (ומצוות לאו ליהנות ניתנו), וכל הנאתם של הקרובים רק בזה שחוסכין ממון, שהיו צריכין לבזבז אם לא הי' נקבר שם, משא"כ בדריסת הרגל, שהדריסה בעצמה הנאה הויא, ופשוט.

ומאידך גיסא, כשהיתר מלמעלה והאיסור מלמטה, בזה דעת החוו"ד להקל, כי סכ"ס נהנה מההיתר, ויסודו קרקע עולם, אולם הגרעק"א מסתפק בזה, דסכ"ס עפר האיסור תומך יסודותיו, כלומר דהגם די"ל דל עפר האיסור, עפר ההיתר יעמוד על קרקע עולם, הרי מבואר לעיל, דזה לא יועיל לסלק האיסור, משום דסכ"ס נהנה מעצם האיסור, וכן בחזו"א (שם), וז"ל שאם ינטל עפר האיסור, יפול העליון עכ"ל, (ועיי"ש בשו"ת רעק"א שלא התיר אלא מחמת היתר אחר, דספק אי קי"ל כר' ישעיה, וספק אם לא נתבטל עפר האיסור ברוב העפר המותר, ובחזו"א (שם) מפקפק בביטול זה, ע"ש).

קלות ראש

וראיתי מי שהקשה על הרב הנ"ל, דהני מילי בקבר בנין, (וכדאיתא בגמרא סנהדרין דף מ"ז ע"ב) דקרקע עולם לא נאסר, (חוץ לתלוש ולבסוף חיברו, לדעת הר' ישעיה).

הנה בשלטי הגבורים (סוף פרק נגמר הדין) כתב, דבית הקברות של רבים אסור בקלות ראש, דדמי לביהכנ"ס עיי"ש, (אף שאין הקברות של בנין), ובשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן שכ"ה) פסק כן, הביאו בפתחי תשובה (סימן שס"ח סק"א), ובחזו"א (הוספות ד"ה ובשו"ע) מתרץ דבריו של השלטי גבורים, וכן בשו"ת נפש חיה הביאו, אך בשו"ת כנף רננה (שם סוף ד"ה ובשו"ת) דהשלטי גבורים לא אמר כן בודאות, ובשו"ת בית שלמה בשם כמה פוסקים, דהאיסור רק לגבי קלות ראש וכו', ולא לאיסור הנאה, ואמנם בשו"ת דובב משרים (ח"ג סימן ע"ח) כתב אף לאיסור הנאה עיי"ש.

ובענין לבנות ע"י דיומדין, הנה בשו"ע (יו"ד סימן שס"ג) ברור דבקרקע עולם אין איסור הנאה, ואם שמכוסה בעפר שתלש ואח"כ חיברו, ולשיטת הר' ישעיה אסור בהנאה, יש לעיין דבאם שיסודות הבנינים יעמדו על קרקע זה, הרי אין

תועלת בעפר זה ולא נהנה ממנו, ולא דמי להא דקיי"ל (נדרים דף מ"ב ע"א) דדריסת הרגל בכלל הנאה, דשאני התם שהקרקע נקנה להמדיר על התהום, כדאיתא בגמרא (בבא בתרא דף ס"ג ע"ב), משא"כ בנד"ד שהאיסור רק על קרקע העליון, אך כבר בארנו לאסור לדרוך על קרקע זו.

ולגבי איסור קלות ראש (מגילה דף כ"ט ע"א) ובשו"ע (יו"ד סימן שס"ח) דדמי לבית הכנסת דאין אוכלין בהן ואין שותין בהן ואין נאותין בהם ואין מטיילין בהם (שם דף כ"ח), ובדש"י (שם ד"ה אין) דכולהו פירושא דקלות ראש הן, יש לדון דלגבי בית הקברות, דנעשה לקבורה בתוך הקרקע או בכוכין, כל איסור זלזול באכילה ושתיה רק בתוך מקום שעומדת לקבורה ממש, (וכהא דמצינו (ב"ב דף ס"ג ע"ב) במוכר בית, דבסתמא לא קני עומקא ורומא, וה"ה חצר לפי תשמישו כמש"ש הרשב"א), דלא דמי לבית הכנסת דתשמישו בתוך הבית, וממילא אין לדמות קלות ראש להדדי.

ורק' לזה ממתני' (ריש פ"ה דעירובין) היו שם גדוליות וכו' ונפשות, והיינו בנין שעושין על הקבר, וסתמא לדירת שומר הקבר עדיד בפי' רש"י (שם דף נ"ה ע"ב) והתוס' (במתני'). הרי דליכא שום איסור וזלזול לדור על הקבר.

ויש לדחות דכיון דלדורך הקבר קבע דירתו שם, ליכא זלזול. והכי מסתבר דודאי זלזול גדול הוא לסתם בנ"א לקבוע דירתם על מקום בית הקברות. ופשטות דדינו כבית הכנסת וכדתניא (בחל לישנא) אין נוהגין בהן קלות ראש, ומ"מ אם עושין כעין כיפה באופן דהבנין שלמעלה אינו מבטל מקום בית הקברות, באופן שנשאר מן הקרקע עד למעלה בגובה שיעור אדם לאת ולבא ולהשתטח וכדומה, (עיין רשב"א (ב"ב) בשם הרא"ש גבי מוכר חצר, דקנה מן הקרקע רק עד ראש הכתלים, וי"ל דה"ה דמקום האויר מעולם לא נקנה להקונה קרקע לבה"ק, וכדאיתא לענין חצר בחו"מ (סימן רי"ד ס"ד ה'), ובדמ"א (שם) ועיי"ש (בס"ח ובסימן רי"ב ס"ג ובסימן ר"ט ס"ז), ומבואר בדרישה (סימן רי"ד סק"ח), לא נחשב זלזול.

(וגם בית הכנסת שחרב, דקדושתן אף כשהן שוממין (מתני' מגילה שם דף כ"ח ע"א), מ"מ אם עושין כיפה למעלה ממקום שהי' הביה"כ בנוי מתחילה, (כמש"כ הרשב"א (שם) גבי חורבה, דיש לו באויר כדי סתם רומו של בית), שפיר דמי,

ועליף מגג בית הכנסת, (לחע"ג דבבית המקדש גגין לא נתקדשו (פסחים דף פ"ה ע"ב), שאני עליות בית הכנסת דדמי לגג ההיכל, עיין ב"י (סוס"י או"ח קנ"א), ובט"ז שם).

ומש"כ הרב המקיל, דיותר טוב לפנות, מאם יקלו ראש ע"ג (כגון בכיפין ע"ג כיפין), זה נגד מש"כ החזו"א (יו"ד סימן ר"ח אות ה' ד"ה והנה) וז"ל, והנה מבואר כאן, דאין לפנות בית הקברות בשביל שעכו"ם נוהגין בו קלות ראש, כיון שמקום הקבר משומר והוא בשלוש וכו', דאם אינו משתמר ויש לחוש שיוציאו המתים, או שיכניסו מיס בקבר מפנים, שזה קלקול בעצם הקבר, אבל בשביל שנוהגין בו קלות ראש לא, שהפינוי יותר קשה וכו', ולהמבואר לעיל דאין איסור קלות ראש אלא על הקבר ממש, יש מקום לומר דאם יעלו עפר על הקבר וכו', הוי הפסק רשות, ומותר לעשות למעלה דרך הרבים, וכמו שאם יבנו גשר גבוה וכו' מן הקברות, דנראה דהוי הפסק רשות, ואפשר דסגי בג' טפחים וכו' עכ"ל.

כ

קבר המזיק את הרבים

ושמעתי שרב אחד רוצה להקל עפ"י שו"ת הגרעק"א (שם) שהתיר לפנות מתים, וזה טעות מעיקרו, שהמדובר שם בקבר המזיק את הרבים, דמפורש בגמרא (סנהדרין דף מ"ז ע"ב) ובשלחן ערוך (יו"ד סימן שס"ד סעיף ה') שמפנים, (ועיין בחזו"א (יו"ד סימן ר"ט אות ז' ד"ה ולענין), שדן אם משום מכשול או שילטרכו לבקש דרך אחרת), אלא שהגרעק"א מוסיף דאפילו אם ההיזק התחיל אחר שנקבר, דמפנים, (וזה דלא כמש"כ בערוך השלחן בפ"כ מהלכות טומאת מת ה"ד), וחילוקי מתשובות רד"א, שהנדון שמצאו קברים תחת ביהכנ"ס, וז"ל הרד"א, הנה לדעתי לא זו שמותר לפנותו, אף הוא מן ההכרח לפנות כדי לטהר המקום הזה, דתמן תנינן (במסכת סנהדרין דף מ"ז ע"ב) קבר המזיק את הרבים אסור (א"ה ל"ל מותר) לפנותו וכו', ואיתא בטור (סימן שס"ד) קבר המזיק לרבים, כגון שהוא סמוך לדרך, אפילו נקבר שם מדעת בעל השדה, מותר לפנותו וכו', ובירושלמי מחלק דוקא כשהקבר קודם, אבל אם הדרך קודם, מקומו מותר בהנאה וכו', והרמב"ם גורס וכו', והנה הראב"ד וכו', וז"ל הכסף משנה וכו', קבר המזיק היינו שצריך לפנותו עכ"פ שלא יזיק את הרבים וכו' עכ"ל, הרי שלך לפני בראיה ברורה

לקבר המזיק את הרבים מוכרח לפנות, ולריך לפנות לסלק היזק לרבים, וגם לון מיניה מדעת הטור בשם ירושלמי לאף אם הקבר קודם לדרך מפנים אותו וכו', ועכ"פ בין הקבר קודם לדרך או הדרך קודם לקבר, אם עכשיו מזיק את הרבים מפנים אותו, ואפילו אם נקבר מדעת בעלים, כמש"כ הטור מפורש, מכל הלין מילי בנד"ל שאין לך קבר המזיק גדול מזה, אשר ביקש למנעם מלהסתפח בנחלת ד' ולגרשם מעל אדמת קדש מקדש מעט, פשיטא שמפנים ולריך לפנות, ובלא"ה לא סגי כדי לסלק היזקו, אף י"ל שהיו הקברים קודם בנין ב"ה, וגם י"ל שהיה מדעת בעלים וכו', ומצויים ועושים כי מחויבים לפנות, וא"כ דבר זה ברור שמותר לפנות, ואליבא דעת הרמב"ם חייב לפנות אפילו עכ"ל, משא"כ בנד"ל שאין הקברים מזיקים כלל, ורק שרולים לנגל המקום ולבנות שם.

ובשו"ת נפש חיה (שם סימן ל"ד) וז"ל, שבעה"ב הלך לחפור בביתו על מרתף, ונמלא שמה שלשה ראשים בשכונה אחת וכו', והנה מה שהביא להתיר משום שהוא קבר המזיק את הרבים לא אדע פירושו, דזה ניחא לענין שיהא מותר לפנות מהרחוב, ששם הוא הילוך לרבים, אבל המתים הנמלאים בבית זה אינו של רבים עכ"ל.

ובטור (סימן שס"ג) מפורש וז"ל, אסור לפנות המת או העלמות ממקומן לאורך מת אחר, וכ"ש לאורך המקום וכו', עכ"ל. וע"ז אני קורא, לא קבר המזיק את הרבים, אלא רבים מזיקים את הקברות.

חיים יוסף דוד ווייס

היולא לנו מהנ"ל:

א) דייניס של ב"ד אחד שחולקים בהלכה, אסור להם להורות הלכה למעשה בפסקים נגדיות, (וכן אסור שכל כת יעשו או ינהגו כ"א בפסק שלהם), והוא בלאו דלא תתגודדו, וההיזק מרובה (אות א').

ב) ועליהם לעמוד למנין, ולפסוק עפ"י הרוב (שם).

ג) כשהמיעוט מחדדי טפי, נחלקו הראשונים אם יכולים הרוב להכריע, ולמעשה קיי"ל דהולכין אחר הרוב (שם).

ל) מדרכי ההוראה, לשקול המציאות לפני שידונו בהלכה (אות ד').

ה) הדיין צריך להיות בקי גם בדמיני דעלמא ובחכמה אנושית (שם).

ו) עדים המכחישים המציאות, סהדי שקרי נינהו (שם).

ז) לפי המסורת שלא להמציא קולות לפנות מתים, אף כשלא נמצאו שדרה וגלגולת (שם).

ח) פינוי מתים דרבנן, וי"ל שהוא דאורייתא (שם).

ט) אין לדיין אלא מה שעיניו רואות, ומערות הללו יתכן שנעשו לקברות, ולא לאוצרות, וכן הוא לדברי המומחים הארכיאולוגין (אות ד').

י) ואפילו אם נחפרו מאז, (לפני שבאו בנ"י לארץ), יתכן שהשתמשו בהם לקברות מחוסר מקום (שם).

יא) בסתם אין תולין בשל אמוריים (אות ה').

יב) כל זמן שלא נמצאו סימנים של בית הקברות, א"י בחזקת טהרה, (וי"ל דהולכין בתר רוב מקומות, אך י"א דשייך קבוע אף כשאינו ניכר). (אות ו').

יג) משא"כ כשיש רגלים לדבר, (ורוב מקומות כאלו לבתי קברות עשויין (שם).

יד) ואפילו אם חלק מהמערות ריק לגמרי (שם).

טו) ואף אם לא נקברו באופן המפורש במשנה, (ועיין להלן אות כ"ה–כ"ז), (שם).

טז) חזקת אומן לא מרע אומנתיה לא יועיל לאמת דברי הארכיאולוגין (אות ז').

יז) רוב קברים בא"י הם של ישראל, (הגם דהיו זמנים שהיו מן המיעוט), (אות ח').

יח) ובקלת שינוי מהנהוג בקברי ישראל, אין לתלות שהם של עכו"ם (שם ובאות י"ג).

יט) כמעט לכל הפוסקים, האיסור לפנות הוא אף על עצמות (אות ט').

כ) עירוב עצמות של שני מתים אסור, (דלא כהרדב"ז שהתיר לתועלת המת

ולכבודו) (שם)

כלא) כשהקבר (או המערה) נראית ריקה, מ"מ אסור לפנות, (אף למ"ד דרקב מותר לפנות), שמא נשאר שם עצם, וכ"ש כשקנה הקבר לעצמו (ועיין להלן אות כ"ח), (אות י').

כב) החיוב לפנות התבוסה, אף כשנתערב בעפר (אות י"א).

כג) נחלקו הפוסקים אם אסור לפנות רקב, (ועיין לעיל אות כ' ולהלן אות כ"ח), (שם).

כד) אם יש בו תבוסה בנכרי, בפלוגתת הראשונים (שם).

כה) אסור לפנות בשו"א, כשיש לחוש שזה יגרום פינוי במקומות אחרים (אות י"ב).

כו) כשהמערה קטנה, אין הוכחה שנעשה לקברי עכו"ס (אות י"ג).

כז) וכן אין הוכחה ממה שהמערה רחבה, או ממה שנקברו יחידים (שם).

כח) וגם אין להוכיח ממה שלא נעשו כוכין (שם).

כט) קנה לעצמו קבר, אסור לפנותו משם, ויש בזה משום גזל (אות י"ד).

ל) אין שום היתר לנוול מתים, (הגם ליש מקילין במקום פקוח נפש ממש), כדי לבנות דירות במקומם (אות ט"ז).

לא) מת שראשו בין ברכיו שהוא סימן לעכו"ס, היינו שראשו מגיע לברכיו, סתם שוכב על צידו אינו סימן (אות י"ז–י"ח).

לב) נחלקו הפוסקים אם צרף המיעוט לספק ספיקא (אות י"ח).

לג) גם נחלקו בספק ספיקא כשספק הראשון נוגע גם לאיסור דאורייתא, (ואינו משם אחד של האיסור דרבנן), (שם).

לד) בנד"ד ליכא ספק ספיקא, (הואיל ונמצאים עצמות), (שם).

לה) אחר פינוי הקבר, מקומו (כשנעשה מעפר תלוש) אסור בהנאה, ולא יועיל לכסותו בעפר של היתר, אך קרקע עולם שרי, ומ"מ אסור בקלות ראש וכו', משא"כ

בבנינים למעלה ע"ג כיפין, והכיפין יסולתם בקרקע עולם (לות י"ט).

לו) קבר המזיק לת הרבים, היינו רק כשעומד במקום שהרבים עוברים, ולא כשבמקום שרוצים (לבנות לו) לעבור, (שזה נקרא רבים מזיקים לת הקבר) (לות כ').

תשובה ב'

הלוס הראוני מענה בעילוס שם עמש"כ, ולענה על רוב דבריו, ולמנס יש להקדים דכבר היה לעולמים שת"ח מנלחים בהלכה, וכמש"כ (בלות א') שקיימו האמת והשלוס להבו, לך הכותב הזה, לס קרא לא שנה ולס שנה לא שימש ת"ח, כי לא זו הדרך לבא בחוצפה בהשמלות וזלזולים כדי לנלוח בהלכה, ועלי למחות על שכתב שכל הסובר שנקברו שם בנ"י הוא "משוגע", זלת לומרת דדבריו כלפי כל החכמים הדיינים האוסרים, (ובחלקלקות לשונו "ילא העגל הזה"), פשוט שדינו חרוץ ביו"ד (סימן של"ד), עס לותם המסייעים לו להפיץ דברי השמלותיו.

א

לחבול בחבירו

ועתה לבא לענין, ולאו הערותיו, א) בא להחזיק ידי הרשעים שמכים באכזריות, עפ"י חו"מ (סימן ד').

מקור הדברים בגמרא (בבא קמא ריש פרק המניח) לנקוט פזרא וליתב (שהבאתי בתשובה), ושם מאה עוכלי וכו', ולמנס בגמרא (שם דף מ"ח ע"א) נהי דאית לך רשות לאפוקי לאזוקי ליה לך רשותא, וע"ז רולה לחלק בין הסוגיות לס בא שלא ברשות, לאס בא להזיק, בזה יש מבוכה בין הראשונים, והאמת שלא האריכתי בדיני חבלה, ולרחיב הענין קלת.

כתבתי שמכין לותם הבאים למחות במכות לכזריות, הנה פשוט זה שבא למחות נגד חפירות הקברים ולא בא להזיק, אין שום רשות להכותו כלל, ואף אס בא המוחזק (ברשות איזה ב"ד) להוליאו, מ"מ ח"ו להכותו, ובפרט כשזה בא למחות על חיטוטי שכבי, וברשות ב"ד, והבא ברשות אף שעי"ז גרס איזה נזק (שלא בכוונה) פטור,

כלאיתא (שם דף ל׳ ע״א לענין נר חנוכה והמוליא זבלו) וביו״ד (סימן של״ו סעיף א׳) לענין רופא, וכ״ש דאסור לחבול בו.

ואף אם נכנס שלא ברשות ב״ד, נהי דהותר להוציאו, מ״מ אסור להכותו, אא״כ שמסרב לצאת וא״א באופן אחר, וז״ל הש״ס (בבא קמא פ״ג סימן ט׳), אפילו בלא טעם יכול אדם לגרש את חבירו מביתו, כיון ששונא אותו, ואם הוא אינו רואה וחבל בו עד שמגרש אותו פטור, כי עביד דינא לנפשיה כדי להציל את שלו, וכל אחד שולט בביתו ואין אחר יכול לילך לביתו בעל כרחו, ואע״פ שמסקינן לקמן (פרק הפרה סימן ח׳) הנכנס לחצר חבירו שלא ברשות וכו׳, שיש לו רשות להוציאו ולא להזיקו, מ״מ כשהוא מגרשו מן הבית ואינו רואה לילך, יכול לחבול, משום דעביד אינש דינא לנפשיה שיוציאו בכל ענין שיהיה, וכן פסק הטור להדיא, אלא שאין דרך של אדם לגרש את חבירו מן הבית, אם לא בחשש גנידה וכו׳, אלא לא יצא עליו שם גנב, אסור לאחזוקי בר ישראל ברשע וכו׳ עכ״ל.

וכל זה כשא״א להוציאו באופן אחר, וכדלהלן.

פשוט דבכל מקום שאסור להכותו, אם הכה עבר בלאו דלא יוסיף, ולא עוד אלא אפילו בהרמת יד (כשאפשר להוציאו בלא״ה) נקרא רשע, כדאיתא בגמרא (סנהדרין דף נ״ח ע״ב), הביאו בשו״ע הרב (הלכות נזקי גוף ונפש סעיף א׳), והוסיף וז״ל, וכל מי שהכה חבירו הריהו מוחרם ועומד בחרם הקדמונים, ואין לצרפו למנין עשרה ולכל דבר שבקדושה וכו׳, והמכה את חבירו הכאה קלה וכו׳, חייב מלקות מה״ת, ואפילו אם חבירו התחיל עמו במריבה וחרפו בדברים, ואפילו הכהו, והוא שהפסיק להכותו וכו׳ עכ״ל, ושם כתב וז״ל, הנכנס לחצר חבירו שלא ברשות וכו׳, ולעיל כתבתי וכו׳, שאם אינו רואה לצאת מן ביתו, יכול אף לחבול בו עכ״ל.

ואף כשהותר להכותו, מ״מ אסור לחבלו, והא דאיתא בגמרא ובשו״ע דמותר להכותו, הוא לא יודע מה בין הכאה להיזק וחבלה, וז״ל המחבר (חו״מ סימן ת״כ סעיף מ״א), יש הכאות רבות שיש בהם ביזוי ולער מעט, ואין בהם נזק וכו׳ עכ״ל.

והא דאיתא בחו״מ (סימן תכ״א סעיף ו׳) דמותר לחבול בו, גם זה רק כשא״א באופן אחר, דהיינו שא״א להוציאו בהכאה לחוד וכדלהלן,

ואף אם בא בכוונה להזיק, (וגם זה הותר לו כשהולך למנוע עבירה, וכמו שבאמרתי

(בח"מ סימן ל') לענין להזיק טעלעוויזיא של חבירו), מ"מ אם להניזק (עפ"י הורמת הרב שלו) הותר לעמוד על עצמו, (ועיין בשו"ת חוות יאיר סימן קס"ה ד"ה וגם), מ"מ אין שום היתר לחבול בו כשאפשר להציל באופן אחר, וכדאיתא בגמרא (שם דף כ"ח ע"א) דהו"ל לשמטו ולא שמטו, ואף כשבא להרגו ממש, עיין בגמרא (סנהדרין דף ע"ד ע"א ובדף מ"ט ע"א), דאם בידו להציל באחד מאבריו, והרגו לרוצח, דמו בנפשו ונהרג עליו.

והנה הרמ"א (שם) הביא הדין בשם י"א (והיא שיטת הר"ן), וזה מכיון דשיטת הרמב"ם (פ"ג מהלכות עבדים ה"ה, עיין בלח"מ) דאסור להכותו, ומה שהותר הכאה, זה רק כדי למונעו מעבירה, (וכדאיתא בגמרא לענין עבד עברי שכלו ימיו ונאסר בשפחה כנענית ואינו רוצה לצאת, עיין במל"מ שם), וז"ל הלח"מ (שם), דרבינו ז"ל מפרש וכו', אפילו רב נחמן (א"ה דס"ל עביד איניש דינא לנפשיה) מודה דאינו יכול להכותו, כיון שאינו עושה לו הפסד, ואע"פ שיכול להוציאו בע"כ, מ"מ להכותו מיהא אינו יכול, כיון דלא בא לו הפסד וכו' עכ"ל, וכ"כ במל"מ עיי"ש באורך, ואמנם זה רק לשיטת הרמב"ם, ועכ"פ יוצא דלשיטת הר"ן, (והרמ"א העתיק דבריו בשם י"א), דמותר להכותו כדי שיצא (אף שלא במקום למונעו מעבירה)

ואמנם בספר אמרי בינה (הלכות דיינים סימן ט') כתב, דלכולי עלמא כל ההיתר להכות הוא רק כדי למנוע מעבירה, ובלא"ה צריך ב"ד ע"כ, ולפי"ז המזיק ברשות אסור להכותו, אף אם לפי דעת הניזק עובר באיסור, הרי המזיק הולך בתומו וכוונתו לשמים, (עפ"י המורה שלו), ואסור להכותו, ואמנם יעויין בגליוני הש"ס (שם) ובקובץ ביאורים (בבא קמא סימן ט"ו) ובאבן האזל (פ"ט מהלכות נזקי ממון הי"ד), לא משמע כן.

ואף כשנכנס באיסור, עיין בנתיבות המשפט (סימן ל' אות א') שפירש בדברי המחבר (בסימן תכ"א עפ"י דברי הרמ"א שם), דכל ההיתר להכות כשיש חשש הפסד, ובמקום שיכול להודעו לב"ד והלה מית דינא, אסור להכות בשו"א, שהרי אפשר להציל ע"י ב"ד.

עוד יש לעיין, כשההיתר להכותו בפלוגתא דרבוותא, אם המכה או המוכה יוכלו לטעון קי"ל להיתר או לאיסור, והנה קיי"ל (בחו"מ סימן כ"ה) דהנתבע יוכל לטעון קי"ל (כיחידים נגד רבים), ואם בממונו כך כ"ש בגופו, שהרי כל אדם מוחזק בגופו,

וכלאיתא (בבא קמא דף ס"ו ע"ב) גנידה בנפש יוכיח, ובפירש"י (שם),

עוד יש לחלק בין אם נכנס לביתו או לשדהו, והנה לשון המחבר (בסימן תכ"א) שיוכל להכותו וכו' להוציאו מרשותו, (דמשמע אפילו משדהו), הרי בישש"ש הבינש שאולט בביתו, ויכול להוציאו מפני שהוא שונאו, ובשדה מאן דכר שמיה, ואדרבה הרי בגמרא (בבא קמא דף פ"ב ע"א) דמותר ליכנס לשדה חבירו ולתלוש וכו', (ובלי רשות), ובחו"מ (סימן שע"ב) דאף בחו"ל כן, שע"מ כן הנחיל יהושע את הארץ, וכן בשו"ע הרב (שם סעיף ג') פסק דיוכל להוציאו "מביתו".

והנה דבילו לאסור דריסת הרגל בשדהו, כדאיתא בגמרא (נדרים דף מ"ב ע"א), מ"מ לא הוזכר שמותר להכותו, (ואמנם בחצר שפיר י"ל דדמי לבית לענין זה, שהיש"ש לא תירץ סתירת הסוגיות בחילוק לבין בית וחצר, ומה דמצינו בגמרא (בבא קמא דף כ"ח ע"א) במי שאבדה דרך תוך שדהו לנקוט פזרא וליתיב, שאני התם דעומד להפסיד ע"י דריסתם, שיעשו דרך לעצמם עיי"ש.

ואשר על כן, לבוא, או הגורם שיבואו, על המוחים (או על המזיקים) במכות אכזריות, (ואף עשו כן להמוחים שלא נכנסו כלל בשטח שלהם), ש"מ שהוא אכזר בטבעו, ויש לחוש שאינו מזרע ישראל (כמש"כ בתשובה), ופשוט לאסור להחזיק ידי רשעים אלו.

ב

לענין לא תתגודדו

המערער האריך והעלה חרס בידו, הנה בגמרא (יבמות דף י"ד ע"א) ב"ד בעיר אחת פלג מורין כדברי בית שמאי ופלג מורין כדברי בית הלל עובדים בלאו, ופשוט דזה נאמר בב"ד קבוע שמחליטים מורין כך ומחליטים כך, (וה"ה בב"ד שאינו קבוע שדנו על איזה ענין, משא"כ כשלא דנו, פשוט דכל דיין יפסוק ויורה לפי דעתו, אך בב"ד קבוע (לקהלה מיוחדת שקיבלו על עצמם לגייה להם, והארכתי בתשובה בח"ג סימן ק"ז), אם חציין מורין כן וחציין להיפך, הרי זה בכלל הלאו).

ג

המצילות האמיתית

הוא כותב שאין המצילות ידוע לי, ולא ציין איזה מצילות, גם שלא שמעתי ב'

הללים, כבר כתבתי (באות ג') שדברתי עם המקילים (ומחמת בקשתם לא הזכרתי שמם) ועם המחמירים, ועיינתי בתשובותיהם, גם הייתי על המקום וראיתי בעיני הגבעה שחופרים שם, ונתתי על החפירות ואורתם ומבואם, ומה יש לו לחדש בזה, גם אף לפי דברי המקילים עדיין לא נמצאו שם יין בבורות שם ול"ל.

ל

מניעה מלסמוך על קולות

הוא הקשה על מש"כ שהמסורת שלא לגבב קולות וספיקות כדי לפנות קברים, ואיך לא נתיר עפ"י כלל ההוראה כמסורה מסיני.

מקודם אליין דברי הרב העומד בראש המקילים, (בספרו תשובות והנהגות ח"ד יו"ד סימן רס"ז) וז"ל, אף שאין בזה כרת או סקילה, הרבה מגדולי הדורות נשמטו ולא רצו להורות בזה לא איסור ולא היתר, שנחשב כחמורות שבחמורות עכ"ל, (עוד כתב ראין להצטרף ספק קברי עכו"ס, ושלא נשארו בשר ועצמות), ואם המערער לא הבין זאת, ישאל מהרב הגאון שליט"א בעצמו, מאי שנא עניני קברות מכל התורה כולה.

ואמנם אין זה קושיא כלל, עיין מש"כ (בח"ב סימן קפ"ח אות ה' ד"ה ואע"פ) וז"ל, ואע"פ שאין אנו עסוקים באותו ענין, ראיתי להעיר בדרך אגב, כי יש מורים לעירים בזמנינו, מחליפים חוקותיהם בזה תמיד, ואינן יודעים כלל גדול בהוראה, ללכתחלה צריכים להחמיר ולהזהר מכל מכשול וטעות, הן באיסור והיתר בכשרות המאכלים והן בעניני אישות ובאיסורי גזילה, ובדיעבד ליינינן מטעם ספק ספיקא (שאסור לעשותו לכתחלה), ובטול (שאין מבטלין לכתחלה), ועגונות וחזקות מחוזקות וקים לי וכו', והם מתירין להקל לכתחלה עפ"י יסודות אלו, וכבר ביארתי בזה, שהמתיר עגונה בהיתר מיוסד על חריפותו ובקיאותו ובלירוף כמה ספיקות, לגאון ולדיק ייקרא, ואמנם מי שיערוך שחיטה של מומר, מיוסד על עומד על גביו ועוד קולות, לקל דשבקלים יכונה, הגם דלאו דבשר נבילה קיל נגד חומר איסור אשת איש שבכרת וסקילה, וממזרות, והענין הוא דאין לדמות התרת עגונה שמצבה נעשה בדיעבד ושעת הדחק, להכשרת בשר לכתחלה, ואכמ"ל.

וא"כ פשוט, דהגם דלפעמים מתירין בדיעבד איסורים חמורים, מ"מ לגבי פינוי קברים לא מיקרי דיעבד, אף שיש שהשקיעו לבנות בביה"ק ועומדים ח"ו להפסיד רכושם, אין זה היתר לפנותם, ולגבב קולות, כי לגבי שוכני עפר זה ענין של

לכתחלה, ואם היה מחמת הפסד ממון, כמעט בכל המערכות נגד חיטוטי שכבי היה הפסד ממון לאותם החופרים, ובפו ועברינו, ובכבשים מס׳ שש, אותם שרצו לעקור ביה״ק לא היה מחמת רשעות סתם, אלא שעמדו להרויח (או להפסיד) ממון, ובסוף האוסרים גרמו להם הפסדים בכמה אופנים ואכמ״ל, העיקר שהמסורה שלא לפנות בתי קברות, בין בא״י בין בחו״ל, (אינרא שהרב כתב כהאי לישנא בספרו דת והלכה לגבי פאה נכרית, וז״ל, דיש שמנעו מלהורות בדבר חמור כע״ז עכ״ל, וז״ל כמש״כ בח״ו בספר ראש דוד ח״א אות א׳ מכמ״פ ואכ״מ).

ואמנם פשוט שדנו לפנות קברים לטובת הנפטרים כשהקברים בסכנה, ראז מחויבים לפנות, וכמש״כ (בח״א סימן פ״ב).

ה

לפנות הוא איסור ולא חומרא

ומש״כ שאני מגבב מחמירים, זה בשקר יסודו, כי אין כמעט אפילו מיקל אחד בפוסקים, שיתן לפנות מתים במקום שיש רוב ישראל, ואף לא במציאות כה״ג, כמש״כ בתשובה.

גם מש״כ לא דנתי על המציאות בבית שמש, ועל יסוד ההיתר, כנראה שדילג על רוב התשובה ותל״מ.

ו

ובשאר עלילותיו

ומה שכתב דמשמע מדברי כאילו אין הרב המיקל שליט״א יודע מה שהוא רואה, שקר מוחלט, כי דנתי על גדר ״מושכב כדרכו״, אם הכוונה שראשו מגיע לבין ברכיו או לא, ודעת המקילים שאין הכוונה כן, והוכחתי מלשון הגמרא ופוסקים שהראש מגיע, ותשובתי עמש״כ בד״ת, (ושאר דבריו הנוגעים לאנשים פרטיים וכו׳, אין לי עסק בהם), ובזה יצאתי יד״ח.

וזאת למודעי, שאני עונה פע״א כדי להוציא מלב הטועים כאילו שתיקה כהודאה, ואמנם מכאן והלאה, אם אין אני עונה על מכתבים כאלו, (עיין בגמרא סוכה דף כ״ט ע״א ובפירש״י על כתבי פלסתר), אני הולך בדרך החת״ס הידועים (שכתב, לאין ענין לענות עוד וכדי שישאו ויתנו בדבריו שותי שכר).

חיים יוסף לול וויס

היולא לנו מהנ"ל:

א) כשהמוחה עומד מחוץ לרשותו, לא רק שאסור להכותו, אלא שאסור לדחותו, וכ"ש לנגוע בו.

ב) כשנכנס לרשותו (למחות ולא להזיק) ברשות ב"ד, אסור להוציאו בלי רשות ב"ד, וכשמוציאו (בהיתר) אסור להכותו.

ג) וכשיש רשות ב"ד ליכנס ולהזיק, אסור להוציאו בלי רשות ב"ד, וכשמוציאו (בהיתר) אסור להכותו, (וכ"ש שלא לחבול בו), אא"כ שא"א להוציאו בלי להכותו, ואף כשמכהו אסור להכותו מכה רבה, דהיינו יותר מהצורך להוציאו.

ד) כשהמוחה נכנס לרשותו (אף שלא ברשות ב"ד) למחות (ולא להזיק), אפילו אם יש רשות (מב"ד וכדומה) להוציאו, אסור להכותו, (וכ"ש לחבול בו).

ה) וכשנכנס (שלא ברשות ב"ד) להזיק כדי למנוע מעבירה, ויש רשות מב"ד למונעו, המניעה צריכה להיות בדרך הקל הקל, (דהיינו להוציאו בלי הכאה, ואם א"א בלי הכאה, עכ"פ בלי חבלה, ואם א"א בלי חבלה, עכ"פ לא יוסיף על הצורך להוציאו).

ו) כשנכנס בלי רשות (ושלא לש"ש), ואינו מזיקו, ומסרב לצאת, מותר להוציאו, ולא להכותו, ואמנם כשנכנס לביתו (ואף לחצרו) ומצטער בהוייתו שם, מחמת שהוא שונאו, יכול אף להכותו כדי לצאת, ואך בדרך הקל הקל (כנ"ל).

ז) כשנכנס להזיק (שלא לש"ש וכנ"ל), מותר להוציאו, (ואף ע"י חבלה), אך ורק בדרך הקל הקל כנ"ל.

ח) עבר והכה באופן האסור, עובר בלאו, ואין לצרפו למנין עשרה.

ט) והמתאכזר בדרך זה, אין להשתדך אתו, ויש לחוש שמא גבעוני הוא.

י) אסור להחזיק ידי עובדי עבירה.

תשובה ג׳

הגיע לידי תשובה חדשה מהגאון הרא״ד שליט״א כתובים להלכה, והיות שיש כמה דברים שם אשר לע״ד אינם נכונים וכמה סתירות, וניכר שלטו בה ידי זרים, ותלמידים טועים, שבודאי חלק מהדברים לא יצאו מפי הגאון הנ״ל, ראיתי ללבן הענין, ומינה ומיניה תסתיים שמעתתא אליבא דהלכתא.

מקודם יש להקדים מש״כ מהרי״ו (סימן קס״ד), כי ודאי כשאנו מפלפלים ולומדים חריפות וכו׳, אז אנו רגילים למישקל ולמיטרח בדקדוקים ובחילוקים דקים כמיעל פילא בקופא דמחטא, אבל לפסוק הדין, או להתיר האסור, אין לפסוק הדין ואין להתיר האיסור אלא בראיות ברורות מלובנות ומחוורות מתוך פשטות סוגיא דשמעתתא, ולא מתוך הדקדוק עכ״ל.

ואלה הדברים היוצאים מתשובה הנ״ל.

א) ז״ל, הנה ויכוחים בהלכה מוכרעים בביהמ״ד בראיות וסברות וכו׳, ולא ע״י מחאות וגילופין וכיו״ב, שזהו רק מפני שיש עניות בתורה עכ״ל.

הדברים נכונים, שכדי לברר הלכה יש לפלפל ולעיין, וכדאיתא (בחו״מ סימן י״ז סעיף ז׳ וסימן י״ח סעיף א׳), ולא במחאות ובודאי לא בגילופין, (ועיין בגמרא בילה דף כ׳ ע״ב האי צורבא מרבנן דאמר ליה חבריה מלתא לא להדר ליה מלתא טפי ממאי דאמר ליה חבריה), ואמנם כשלא בנו יחד, ואחד מהגדולים התיר הדבר למעשה, וכשכנגדו טוענין לאיסור, ועפ״י ההיתר חופרים ואינם מתייחסים כלל להאוסרים, (ולא נמנו וגמרו יחד להתיר), הרי הבערה ללהב יצאה, ושוב לא יועילו הויכוחים בביהמ״ד, (ובפרט כשאין הגדדין יושבין יחד), ולא נשאר בדירה להאוסרים אלא לצאת ולמחות, ואדרבה ע״ז כתבתי (באות א׳) שדרך התורה לדון יחד עד שיסכימו לדעה אחת, או ללכת אחר הרוב, וא״ל להכפיל הדברים

ב) מש״כ בפשיטות דראשו בין בדכיו וודאי עכו״ס, כבר האריכתי בפלוגתת הראשונים בזה (באות י״ז).

ג) מה שטוען דאין הכרח שהוא בית הקברות, מכיון שלא נמצאו ג׳ כוכין אלא מערות, הרי כבר נמצא עצמות בהמערות, וכבר יצא הספק מלבם שזה ביה״ק,

ובפרט שלשיטתו ובכמה מקומות בתשובתו כתב, שצריכין לסמוך על המומחים הארכאולוגים, שיש להם סימנים מובהקים, ואיך אוחז החבל בשני ראשים, לפקפק בדבריהם כאילו שאין כאן ביה"ק כלל, אתמהה.

ד) מביא שבעיר ראשון לציון נמצאו מתים מושכבים יחד, לא הבנתי מה זה שייך לנד"ד, ואך מש"כ וז"ל, אי מצאנו מתים מקומטים, ג"כ יש לנו להחזיק דודאי שהם נכריים, כיון שמעולם לא ראינו ושמענו שדרך ישראל לקבור מת שלא מיושר עכ"ל.

זה חידוש נפלא, הנה בגמרא (נזיר דף ס"ה ע"א) הוזכר יושב וראשו בין ברכיו ותו לא, והרי יושב על כרחך קמוט הוא, (וכן ראשו בין ברכיו), ואם איתא דקמיטה סימנא, לא בעינן שהראש יהיה בין ברכיו, דבקמיטה בעלמא סגי, ואי לאו דיושב, לא תלינן בעכו"ס, ועוד עיין בגמרא (בבא בתרא דף ק"א ע"א) דכמין נגר הוי קבורת חמורים, ופי' הרשב"ם שמשליכים בבור ונקבר מעומד, וז"ל יד רמ"ה (אות פ"ג), שנופלים עומדים, ופשוט דכשמשליכין בכה"ג המת מתקמט, הגם דביד רמ"ה (שם) כתב וז"ל, כעין בור לר ועמוק ע"כ, פשוט דלא נעשה כמדת המת ממש, באופן דבודאי יתקפל קצת, ובפי' ר"ג וז"ל, ואיכא זילותא דשכבא, ושמע מינה דדוקא בכה"ג הוי זלזול, ולא בקמיטה בעלמא, ולא אשתמיט תנא ואמורא ראשון ואחרון עד אחרון שבאחרונים לאשמועינן, דבקמיטה בעלמא סגי לתלות בעכו"ס.

ועוד בהדיא בגמרא (שם ע"ב) דעביד להו כי חרותא, והנה הרשב"ם (בד"ה רב הונא) פי' שהוא באלכסון, (וכ"כ הריטב"א), אך (בדף ק"ב ד"ה ה"ג) חזר בו וכתב וז"ל, לא הזכיר וכו', לשון אלכסון אלא חרותא וכו', הלא אין דומה מדידת אלכסון, לכוכין דעביד כי חרותא, כרחוק מזרח ממערב עכ"ל.

וביל רמ"ה (שם) וז"ל, כי חרותא והיא אחת מחריות של דקל, שאין הענפים נמשכין ביושר, אלא נמשכין ועולין בעקמומית, ה"נ הני כוכין שבכותל מזרח ממערב דרומית, אינן נמשכין ביותר, (א"ה ל"ל ביושר), אלא כנגד החוט הנמתח באלכסון מקרן מזרחית דרומית של מערה מזרחית, ועד קרן דרומית מזרחית ממערה דרומית עכ"ל.

והרא"ש (הובא בשיטה מקובצת שם) כתב וז"ל, כמו חריות של דקל, שהן נמשכין מן הדקל, ואינן נמשכין כנגדם ביושר כשאר כל גזעי אילנות, אלא מתעקמים ונכפפים

דאשיהם כנגד הארץ, אף כמו כן כוכין אלו וכו', אינם נמשכים מן המערות כנגדן ביושר, אלא בעקמימות הם נמשכים וכו' עכ"ל.

והר"י מיגאש (שם) כתב וז"ל, אינם נמשכין מן המערות כנגדן ביושר, אלא בעקמימות הם נמשכים וכו', כמו שאתה רואה בזה הצורה עכ"ל, (וי"ל דזה דעת יל רמ"ה והרא"ש, שהלשונות דומין, והצורה שם אינה מקורית במהדורת אחדשה).

הרי שלך לפניך, שהיו קודרים בעקמימות, והגם דבמסקנא לא פירשו כן, היינו מחמת החשבון עיי"ש בגמרא, וא"כ נסתלק היסוד ונפל הבנין.

ה) ובמה שכתב דמצורת המערה מוכח שלא שימשה לקבורת ישראל, שהיו צריכין להורידו מעומד ולעקס רגליו ולגוררו לתוך חלל במערה, והגם דבגמרא (סוטה דף מ"ד ע"א) שחצר המערה היה רק ד' טפחים, והחזו"א (אהלות סימן י"ב אות ח') פי' שהיו מכניסין דרך פתח אחר מצידה.

הנה מגמרא (סוטה שם) מוכח, שהיה המערה קטין וצר, ומה שטוען דנעלם דברי החזו"א (בסימן כ"ב אות א', ומש"כ מסימן י"ב הוא טעות), הרי הבאתי מדבריו, ומש"כ שם החזו"א להיה פתח אחר, זה הוכיח (שם ד"ה חצר) מכיון דא"א להכניס המת בתוך ד' טפחים, ביאור דבריו, דהרי קיי"ל (סוכה דף ח' ע"א) גברא באמתא יתיב, ואיך יכניסו אותו תוך ד' טפחים.

ואמנם יש עוד ראיה לזה מתוספות (בבא בתרא דף ק"א ע"ב ד"ה דעביד) ותו"ד, שהפתח צריך להיות לכה"פ ב' אמות ומחצה, ולפי שיעורי הגר"ח נאה יוצא, דשתי אמות הם 97 ס"מ, באופן שהשיעור שקבעו התוספות הוא 1.20 מטר, וזה ממש מדת המערות בבית שמש כפי דבריו, והצוש ראיתי גביית עדות, שנמצאו לערך כחמשים מערות שהם 1.50–2.30, ומצבד שגם המערות הקטנות ראויים לקבר איש וכאמור, (עיין בפירש"י זבחים דף ס' ע"א ד"ה ולר"י, דגובה של אדם ג' אמות), שפיר י"ל דאחד משמונה נעשו עבור ילדים, (וכידוע שתחלואי ילדים (אסכרה וכו') היה מצוי מאד ותיקנו סליחות עבור זה, ודלא כמש"כ בתשובה שם, דאין סברא לומר שהם בשביל ילדים), ומה שטוען שלהכניס מבור לתוך מערה זצזול למת, דצריכין שיתכפל כדי להכניסו, אדרבה מתוספות (שם) ומרש"י (סוטה שם) מוכח שזה הדרך להכניסו לקברו.

ומש"כ שיצטרכו לגרור רגליו כדי להכניסו, עיין בגשר החיים (פ"ט אות ד') לכדי לרחצו מעומד משימים אותו על דף המתקפל עיי"ש, (עוד כתב (פט"ו אות ב') לכשמכניסין לקבר מכניסין רגליו תחלה, וז"ל, והאוחז ברגליו מרפה ראשונה את ידיו מרגלי המת, באופן שירדו רגליו של מת תחלה לקבר, ושם (פט"ז אות ה'), לראשונה מכניסין לקבר את רגליו ואת חלקו התחתון, ואח"כ מכניסין את הראש וחלקו העליון עכ"ל, וש"מ דכן עושין לתועלת המת), שו"ר שבאמת שהמערות והפתחים אינן צריס כ"כ.

ו) ומש"כ דמסוג הקברים שהם משנים קדמוניות, לפי הארכיאולוגים, ע"כ קברי עכו"ס הם, כבר כתבתי לאפילו את"ל כדבריהם, לא יתכן שנשארו מאז בלי להשתמש בהם למתי ישראל, מחוסר מקום, וא"ל להכפיל הדברים.

ז) ומש"כ מהגר"י אברמסקי וז"ל, דבא"י אזלינן בתר רוב, כבר קדמוהו רבנן בזה ראשונים ואחרונים, וכמש"כ בתשובה (אות ו').

ח) ומש"כ דדרך וידים מוכיחות שהם עכו"ס, לפי הנ"ל אין כאן לא דרך ולא רגלים, (אלא דרך דממונא איכא), והדר דינא דהולכין אחר הרוב.

ט) ומש"כ דהאיסור בפינוי עצמות, אולי זה רק בעצמות שיש בהן חשיבות, והיינו עצמות שניכר בהם צורת עצמות אדם, וכגון שדרה או גלגולת או רוב בנין, ולכן בנד"ד באותם מערות שלא ימצאו שדרה או גלגולת וכו', רק חתיכי עצמות, "לכולי עלמא" מותר לפנותן ע"כ, הנה חידוש זה לא הוזכר בשום פוסק, ואדרבה מהפוסקים משמע דהאיסור לפנות עצמות, ולא אשתמיט תנא לאשמועינן דיש נ"מ בחיזה עצמות.

ובשו"ת שיבת ציון (סימן ס"ג ד"ה אמנם) וז"ל, דבירושלמי (בסוף פ"ב דמו"ק) שהביא הטור וב"י (בריש סימן שס"ג), מפורש דגם העצמות אין מפנין ממקום למקום, וז"ל הירושלמי אין מפנין את המת ואת העצמות וכו', הרי מפורש דגם העצמות אסור לפנות וכו', היולא מזה דבירושלמי ובטור ובב"י (בסימן שס"ג) מפורש, דגם בעצמות אסור לפנות וכו' עכ"ל.

וכבר הבאתי כט"ו פוסקים בזה, וז"ל החתם סופר (חיו"ד סימן שנ"ג ד"ה אך), הא חזינן דחייש רבנן טובא לבזיון עצמות, כמבואר בברייתא (פי"ג דשמחות) ומייתי ליה

הש"ס (בברכות) ובטושו"ע (סוף סימן ת"ג), וע"כ משום כי היכי לחיוב קבורת עצמות לאורייתא, מהאי קרא כי קבור תקברנו, ה"ה בזיוני המת ולועג לרש דנפיק נמי מהך קרא כי קללת אלקים, קאי נמי אעצמות, דכי בללס אלקים עשה את האדם אין חילוק בין אדם שלם או אדם חסר וכו', ואין חילוק בין ס"ת שלם לאות אחת ממנו, והה"נ "עצם" מעצמות הקדושים שנברא בללס אלקים, אסור לנהג בהן מנהג בזיון וכו' עכ"ל, והנה כ"כ (באות ט' ט"ז) לאיסור פינוי גם משום ניוול, וא"כ ה"ה בעצם אחת להחת"ס.

ובשו"ת כנף רננה (חיו"ד סימן ל"ו ד"ה אלא) כתב וז"ל, פשוט דשייך בלבול ורעדה בעצמות, כיון דשייך בהו קבורה משום כפרה עכ"ל, ולו לבא מן הדין להיות כנדון, (דעצם אחת כיון שמחוייב בקבורה, שייך בלבול).

ועיין בשו"ת פרשת מרדכי (סימן כ"ד), ובשו"ת מהרש"ם (ח"ג סימן שמ"ג), ובשו"ת פרי השדה (ח"ד סימן ע"א), שיסוד האיסור נלמד מר"א בר' לדוק (ביו"ד סימן ת"ג סעיף ח') לענין ליקוט עצמות עיי"ש, ושם כל עצמות במשמע.

איברא דהחזו"א (חיו"ד סימן ר"ח סעיף ו' גבי מת מצוה) דן בזה ומסיק וז"ל, ולפי זה אין מפנין אף רקב, ואף בנקבר אבר אחד וכו', שפיר י"ל שאין עיקר החיוב אלא בראשו ורובו, ומ"מ משום כבוד מתים חייב גם על מקצתו וכו', והא דחוזר על אבר, אפשר דנמי אינו עובר עליו משום לא תלין, ומ"מ מטמא לקרובים כמו מילין שאינן מעכבין, דחביבה מצוה מן המובחר עכ"ל, וזה דלא כמש"כ החת"ס ועוד פוסקים כנ"ל, ולמעשה בנד"ד אין נ"מ ביניהם, ודאף להחזו"א אם שריך לחזור על אבר, כ"ש דאסור לפנותו, (עוד מצינו (בפי"ב ממסכת שמחות) נ"מ בשדרה וגלגולת לענין הולאה במטה).

י) ומש"כ משו"ת תפארת צבי (סימן נ"ט) דאחר י"ב חודש ליכא איסור פינוי, פשוט דזה נגד כל הפוסקים כנ"ל.

יא) ובמש"כ להוכיח דכשלא נשארו עצמות על כרחך שהם ודאי עכו"ם, דהרי קיי"ל בגמרא (שבת דף קנ"ב ע"ב) דכל שאין בו קנאה אין עצמותיו נרקבים, ומשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן של"ז ד"ה אמנם), הרי החת"ס נשאר בספק, וכמש"כ (ד"ה האדכתי) וז"ל, וא"כ אי ליכא אלא האי ספיקא שמא נרקבו, הייתי אומר וכו' עכ"ל.

וכ"כ בשו"ת יד יצחק (סימן מ"ד ד"ה אך כתב) וז"ל, מידי ספק לא נפקא אפילו לדבריו של החת"ס, (ומש"כ בליקוטי הערות, דמהחת"ס (שם) משמע דהוא ודאי, שכתב דאוקמינן בחזקת כשרות ע"כ, סוף כל סוף השאיר הדבר בספק, (מדלא מסיק דבודאי לא נרקבו, וכמש"כ ביד יצחק), ובלא"ה הרי הנודע ביהודה (חיו"ד סימן פ"א) חולק ע"ז בהדיא וז"ל, דלזמן מרובה כי האי ק"נ שנה, עפ"י רוב לא נשאר אלא רקב וכו', אבל לעת עתה אכתי הם עצמות וכו' עכ"ל.

והנה כתבתי (בח"ו סימן קל"ד אות ד') דהרקבון תלוי לפי המקומות (אם לח או יבש), והרי כ"כ בטור (סימן שס"ב) בשם ר' נטרונאי גאון, וי"ל דהא דדרשינן מקרא דאין עצמותיו מרקבין, היינו מעצמם, ובגמרא (שם) בבבל מיירי, שאין שם גשמים, משא"כ במקום שהכל נרקב, אולי לא נאמר שיזכה לנס שלא כדרך הטבע, שלא ירקבו עצמותיו, ואף לחזינן (כידוע מהרה"ק מהרר"א מליזענסק זי"ע), שאף הבשר נשאר, וכדמצינו (סוף פ"ק דבבא בתרא) גבי האבות, ודוד המע"ה שנאמר אף בשרי ישכון לבטח, וכי הא דר' אלעזר ב"ר שמעון בפרק השוכר את הפועלים (ב"מ דף פ"ג: ופ"ד:), שאני קדושים אלו, ומי יתדמה להם, תדע שהקדושים מושלכים בארץ, (וכמו שהיה באושוויץ), וכי לא נשרפו העצמות בכבשן האש, (ואף לגבי עצם נסכוי, כ"כ דהענין יבואר עפ"י מש"כ בספה"ק, דלא כל הגלגולים עומדים לתחיה, שהנשמה תחזור לאותו הגוף שהוכשר יותר מכל הגופים שנתגלגלה בהם), ועכ"פ להנודע ביהודה גם בבנ"י ברור שנרקבו, ואיך הכריח שהם עכו"ס משום זה.

יב) וכתב עוד וז"ל, ממה שלא מצאנו שום חתיכת עצם, (א"ה לפלא שדבריו סותרים מש"כ בהדיא (הובא להלן אות כ"ט) שנמצאו עצמות), מוכיח שכנראה כבר פינו משם המתים וכו', להשתמש בהם לשאר צרכים עכ"ל, הנה כ"כ די"ל שנרקבו, ומהיכי תיתי להחליט שפינו המתים "באיסור" להשתמש בהם לשאר צרכים, שזה נגד ההלכה.

עוד כתב, דשמא חיפשו מטמוניות שם ורוקנו המתים משם ע"כ, אפילו אי נימא שהנכרים חיפשו מטמוניות, מהיכי תיתי שסילקו כל המתים, ואם שחטטו שכבי, (וכדמצינו בגמרא בבא בתרא דף נ"ח ע"א), לא היה להם צורך לפנותם, ועוד אחרי שמצאו שזה ביה"ק, לא היה להם לחפש עוד, דמעולם לא הטמינו ולא נמצאו אוצרות בקברי ישראל.

יג) ומש"כ להחזו"א נשאר בספק אם מותר לפנות רקב, דבריו מבוארים שמסיק לאיסור, עוד כתב דבכסף משנה (פ"ח מהלכות טומאת מת ה"ה) ס"ל לאיסור הנאה היינו קלות ראש, ולא מצא לו חבר, הרי הש"ג (סוף פרק נגמר הדין) כתב בהדיא בשם הרמב"ם (פי"ד מהלכות אבל הי"ג) לאסור בהנאה היינו קלות ראש, ומש"כ להאיסור לאורייתא, אין בכ"מ דבר כזה, אלא שכתב דעד שיבדוק אסור בקלות ראש, ופשוט לאפילו אם האיסור דרבנן, אסור עד שיבדוק, (אם אפשר לבדוק בקל, עיין פמ"ג בפתיחה, סדר השואל סדר הג' אות כ'), וי"ל דזה כוונת הכסף משנה, (ונראה לאז אין זה בכלל ספיקא דרבנן לקולא, שהוא ספק חסרון ידיעה).

ואמנם מה לאוקים דברי הכסף משנה (באופן נדיר), למיירי שהיה צורך לפנות המת, אין רמז בדברי הכסף משנה לאוקימתא דא, ומהיכי תיתי לדחוק כן בפירושו.

יד) והנה דן להתיר מספק ספיקא, (ספק אם עכו"ס, וספק אם מותר לפנות רקב), ושוב כתב שהורה שאם ימצאו עצמות, דיש לפנותם, והרי בשם עצמות ליכא ספק ספיקא, ואיך הותר לפנותם.

טו) ומש"כ דיש להתיר (בספק עכו"ס) בקלות ראש, דהוי ספיקא דרבנן ולקולא, (וכל המחמיר אינו אלא מן המתמיהים), אין כאן ספיקא דרבנן לקולא (מחמת ספק עכו"ס), לאזלינן בתר רובא.

טז) ומש"כ דהרקב בטל בעפר, רקב שנבלע בקרקע לא נתבטל, (עיין מש"כ בתשובה אות י"א).

יז) עוד כתב וז"ל, ודע עוד דלענ"ד נראה, דאפילו ודאי ביה"ק דישראל, מ"מ אם נשתכח שיש כאן ביה"ק והחזיקוהו כסתם קרקע, ואח"כ חפרו ונתגלה לנו שיש שם ביה"ק, אין בו דין ביה"ק לענין לנהוג בו קדושה ולאכול ולשתות שם וכדומה, שכיון שנשתכח שמו שזהו ביה"ק, תו אין זה בזיון למתים אם לא ינהגו בו קדושה ואיסור הנאה, וכמו"כ שאם היום יחפרו באיזה מקום ויחפשו בקרקע שבעבר הקדוש היה שם ביהכנ"ס, אין צריך לנהוג שם כדין ביהכנ"ס שחרב שאין נוהגין בו קלות ראש וכדומה, שזהו דוקא כל עוד ששמו ביהכנ"ס, אבל לאחר שנשתכח שיש כאן ביהכנ"ס, פקע שמו דביהכנ"ס ואין צריך לנהוג בו קדושה, וכמדומה שכן נוהגין ע"כ.

והנה כאן נתחדשו ג' דיניס, א) שביהכנ"ס ששכחו שזה ביהכנ"ס, ושוב נזכרו, אין

צריך לנהוג בו קדושה, ב) בששכחו שזה ביה"ק ושוב נזכרו, כנ"ל, ג) שאם נמצא ביהכנ"ס מתחת לקרקע, שזה דומה לביה"ק, ובזה אתחיל.

הנה במתניתין (מגילה דף כ"ח ע"א), ביהכנ"ס שחרב אין וכו', שנאמר והשימותי את מקדשיכם קדושתן אף כשהן שוממין עיי"ש.

והנה דבר זה נאמר כשיש בנין ביהכנ"ס, משא"כ כשנחרב ונשאר רק הקרקע, י"ל להקרקע מעולם לא נאסרה, (ואין זה דומה לקרקע בית הקברות), רק מדמינן קרקע ביה"ק לבנין ביהכנ"ס וזה פשוט, וממילא אין הדמיון עולה יפה, וצריך לדמות ביה"ק לביהכנ"ס.

והנה והשימותי את מקדשיכם (בפרשת בחקותי) בגלות קאי, וכדכתיב בפסוק דלהלן והשימותי אני את הארץ וגו' ואתכם אזרה בגויים וגו' (ויקרא כב,לג), ואומר הכתוב דכשיגלו הבתי כנסיות יהיו שוממים, והנה מעולם לא שמענו שכשחזרו לא"י לא היו צריכים לנהוג כבוד בבתי כנסיות שהשאירו בא"י, ומה לן אם נשתכחו בהיותם בגלות, (ולדוגמא כשכבשו את ירושלים לפני מ"ה שנים ומצאו שם בתי כנסיות, וכי בזכרון תליא, אם היו שזוכרים או לא, (וגם ראיתי ביהכנ"ס יש בעיר טרוי"ש (מקום שדר רש"י ז"ל, ברחוב שמו סינאגא"ג, ואין שם יהודים), וקדושה שלהן להיכן הלכה, וכי כשגברה השכחה פרחה קדושתן, ואיפה מצינו רמז לחידוש זה, וכן בבתי עלמין שבכל העיירות בפולין ובמדינות שנעזבו (במלחמה השניה), שיהיו כולן מותרין בקלות ראש, היות שאנשי פולין כבר מתו, והנוסעים לשם אינם יודעים היכן הביה"ק, וצריכין לשאול לנכרים, ואולי מחמת שאחל בסוף העולם יודע ממקומו, וגם נכרי בכלל, או אולי ס"ל דבעינן שידע שיש ביה"ק (או ביהכנ"ס) להעיר, (אף שאינו יודע היכן הוא), עי"ז נשארה קדושתן, והרי בכמה עיירות נמצאים בתי קברות, ואין מי שיודע ע"ז בלי שילך ויחפש, (ואין רמז בגמרא או בראשונים ואחרונים לחידוש נפלא זה, ובודאי אין נוהגין כן), כל אלו דברי תימה.

ובט"ז (או"ח סימן קנ"א סק"ג) וז"ל, ואין בדעתם לבנות עוד במקום הראשון וכו', יעשה גדר סביבו, ולא יבואו לזלזל שם עכ"ל.

ועיין בשו"ת מהר"ם מלובלין (סימן נ"ט, הביאו המג"א ס"ק ל"ז) וז"ל, אודות ביהכנ"ס דק"ק לוקבא, בשכבר ידוע שנשרף בעוה"ר, ובעת שרצו הקהל יצ"ו לחזור

לבנותה על מקומה הראשון, אז מלד השרה והכומרים עכבו בידם, באומרם שהוא קרוב לבית תיפלות שלהם, עד שהגיעו הענין אל המלכות, עד שלסיבה זו הוכרחו להניח מקומה הראשון וכו׳, והנה המקום הראשון נשאר חרוב ופנוי, ועתה יורנו אם יש היתר למנהיגי הקהלה יצ״ו להוציא המקום הראשון מקדושתו לחולין למכור וכו׳, ועוד שהקונים ישתמשו בו לדברים של גנאי וכו׳, או אם נאמר שיש לחלק בין ביהכנ״ס עצמה, ובין מקום של ביהכנ״ס שאין בו קדושה כ״כ עכ״ל השאלה, תשובה נ״ל דבר פשוט דאף במקום ביהכנ״ס החרב יש בו קדושה, וראיה מהא דאיתא (פרק בני העיר) וכו׳, ההוא תילא דבי כנישתא וכו׳, זיל זבניה מז׳ טובי העיר וכו׳ עכ״ל

הנה במקום הביהכנ״ס שנשרף, ונשתקע מלבנות שם עוד ביהכנ״ס, (שכך יצא מפי המלכות כמש״כ שם), וז״ל בנל״ד, שידוע לכל שאין עוד תקוה שיבנו ביהכנ״ס על מקומה הראשון וכו׳, ראנן סהדי דאפילו יש אחד בסוף העולם שיש לו חלק וכו׳, ניחא ליה במכירה זו עכ״ל, (ולדוגמא עיין בגמרא (בבא בתרא דף ג׳ ע״ב) אמר מלכא עקרנא טורא עקר טורא ולא הדר ביה), והיה פשוט לנשאר הקדושה על הקרקע, (והנ״מ בין אם נשאר הבנין או לא, הוא רק לשיטת הראב״ד, דס״ל דאף במכירת ז׳ טובי העיר, לא יועיל להשתמש בדברים של גנאי בעצם הבנין עיי״ש).

ואחרי ככלות הכל כתב וז״ל, אלא שאעפ״כ לרווחא דמילתא אני אומר וכו׳, שאותו המקום שעומד עליו ביהכנ״ס וכו׳ יאשר פנוי מבלי בנין, שיעשהו לגן וכו׳ עכ״ל, וכן יולא ממש״כ בשו״ת פני יהושע (סימן ד׳ ז׳, הובא בפתחי תשובה סימן קנ״ג ס״ק י״ד) ובשו״ת חתם סופר (חאו״ח סימן ל״ו), ועיין בזה בשו״ת מנחת אלעזר (ח״ג סימן מ״ח), ומזה יש להקשות על שו״ת אגרות משה (חאו״ח סימן נ״א אות ב׳ ד״ה אבל), שחידש (נגד דעת הראשונים, הרמב״ן והר״ן עיי״ש) דבידוע שלא יבנו שם עוד, שהקדושה נפקע מאליה, וזה אינו וכנ״ל.

ובשו״ת מהר״י בי רב (סימן ה׳) וז״ל, שבעיר פאמאגוסטא, (א״ה היא בקפריסין), יש ביהכנ״ס חרב ושמם זה שנים רבות, ושעלה על דעת אנשי הק״ק לבנות בתים במקומו ע״כ, ודן שם אם היא עיר, או כפר שיוכלו למכור, וכתב דבקדושתיה קאי אף בחו״ל, (הגם דוהשימותי מיירי בא״י), וז״ל, ומה שאמרת דקדושה ראשונה פקעה לגמרי, זה אינו בבתי כנסיות ובבית המקדש וכו׳, ומסיק דיוכלו למכרו וז״ל, וכ״ש דלפי הנראה מדבריך נתיאשו מלבנותו עתה, ואנן סהדי דניחא להו לכל בני עלמא

וכו' עכ"ל.

ובשו"ת חתם סופר (ח"מ סימן נ"ז) במי שהלך לשכור בנין למסחר, ואחר שהתבונן ראה סימני ביהכנ"ס, (ואין לך השתקע יותר מזה), וכל השאלה היתה מחמת דאולי נמכר שלא כדין עיי"ש, אך בלי מכירה מאן דכר שמיה, (ומה שמחלק שם בין אם נחרב הבית, דאז נשאר בקדושתו, לאם שעומד ואין צורך בו, דאז בטל חשיבותו, חילוק זה תמוה, וכלפי לייא, דכשהבנין עומד עליין, חשוב יותר מאם נחרב, וכמש"כ במהר"מ מלובלין בהליא), ומה שהקשה על המג"א שהביא משו"ת מבי"ט (ח"ג סימן י"ג) על מה שהביא בשם מהר"מ מלובלין, עיין בהגהות חת"ס (שם), וע"ע בשו"ת נודע ביהודה (תנינא חאו"ח סימן י"ט), ובדג"מ (שם), ובשו"ת תשורת שי (סימן שנ"ג), ועכ"פ כל הנדון אם יכולים למכור (של כרכים), (עיין בסימן קנ"ג סעיף ז'), וז"ל שו"ת דברי חיים (ח"ב סימן י"ד ד"ה והנה), והנה כל זמן שלא מכרוהו לכו"ע אסור להורידו מקדושתו וכו', דאפילו אין מתפללין בו והוא חרוב וכו', אסור להורידו מקדושתו, ואפילו קרקע פנוי בלא אהל קנה קדושה וכו' עכ"ל, ועוד עיי"ש (בסימן ט"ו), וכן הוא בשו"ת משפטי שמואל (סימן י"ד).

הלום ראיתי בשו"ת אמרי יושר (ח"ב סימן קס"ט) שכתב, די"ל על קרקע ביהכנ"ס לא חלה קדושה כלל, והביא כן מאור זרוע, ומא"א (מהד"ת, סימן קנ"ג), דלא כמש"כ במג"א (שם ס"ק ל"ט), ובדעת תורה למהרש"ם, דמכיון דקרקע אינה נגזלת, אף אם באו פריצים והילוה לא יצא מקדושתו, וכן בשו"ת רמ"ע, ובשו"ת תשב"ץ (ח"ג סימן ה') מסופק בזה.

ואף לשיטת האמרי יושר, בבנין ביהכנ"ס שנחרב, שהקדושה על הבנין, ס"ל דכשנחרב אין הקדושה שורה על הקרקע, משא"כ בביה"ק דלכתחלה הקדושה של הקרקע, מהיכי תיתי שתפקע קדושתה, ועוד דקדושת ביהכנ"ס, מחמת שמתפללים שם, ועיי"ש בשו"ת מהרש"ם בזה, וכשנסתלקו המתפללים והבנין, י"ל שנפקע קדושתה, (ואין זה דעת רוב הפוסקים), אך בקרקע שקדושתה מחמת קברים, וכשלא פינו הקברים משם, איך תפקע קדושתה.

ופשוט דבית הקברות גרע מביהכנ"ס שהפסיקו להתפלל בו, שהרי עליין עומד בתשמישו עבור קברות המתים.

יח) ולמנס מש"כ ללדור בביה"ק שרי, כבר הבלתי מפירש"י (עירובין לף נ"ל ע"ב) ומתוספות, להשומר היה לר בביה"ק, לשמור על לרץ החיים, לך לדור שם עס ב"ב, ולאי לין לך זלזול גדול מזה, ועיין בחת"ס (חיו"ל סימן של"ה) שהקשה על חסיל לחל שלן בביה"ק (ברכות לף י"ח) וז"ל, המיך הותר להחסיל ללון שם, י"ל חכמים ותלמידים שרי, כמו לשרי בביהכנ"ס וכו', משום לכבוד ולורך התורה עליף

מפורש במתניתין (מגילה לף כ"ח ע"ל) לין ישנים בהם לא שינת קבע ולא שינת ערלי, ועיין בתוספות (בבא בתרא לף ג' ע"ב ד"ה ועייליה), ובאו"ח (סימן קנ"ל סעיף ג'), ובפמ"ג (סימן קנ"ב א"ל סק"ל) ליש נ"מ, לבמטה גנאי גדול עיי"ש, וכמש"כ במג"א (סימן קנ"א סק"ל), ובמהרש"ס (ח"א סימן י' אות ו') ללאכסנאי שרי.

ובט"ז (או"ח סוף סימן קנ"א), להיה ישן ע"ג הביהכנ"ס לקרלקא ונענש, ובשו"ת אבני נזר (חאו"ח סימן ל"ב) הקשה, לאיזה טינוף יש בתה"מ, ותירץ לברי הט"ז לדמי לבית שיש בו ספרים לאסור, (והגס להיינו בשעת תפלה עיי"ש, פשוט לבביה"ק אסור לעולס).

ומה שכתב בשס הערוך השלחן (סקי"ב) למותר לדור בבית הקברות, הנה כל זה אינו, ואבאר.

ז"ל הערוך השלחן (בסימן שס"ל סי"ב), לקבר המזיק את הרבים וכו', מותר לפנותו ומקומו טהור ואסור בהנאה, זהו כשהקבר קדס להדרך, אבל אס הדרך קדס מותר בהנאה וכו', וזה שנתבאר לקבר שפינוהו ומותר בהנאה, כגון שנקבר שלא מדעת הבעלים, מ"מ משום כבוד המת לא יעשה על מקום הקבר בית התבן או בית העגים או בית האוצרות וכיולא בהס, וכך שנינו בשמחות (פי"ג) עיי"ש, וירלאה לי לבית לדור בו אין זה בזיון ומותר עכ"ל, (והלכה זו בשו"ע (שס סעיף ו'), ולא הוזכר ההיתר של בית לירה).

ומזה הוכיח בעל התשובה, למותר לבנות לירות ע"ג בית הקברות, ולמנס לברי הערוך השלחן לא פגע ולא נגע בהגילון, ואבאר בס"ד.

ברור כשמש לאסור לבנות בית ע"ג בית הקברות, וז"ל השו"ע (סימן שס"ח סעיף א'), בית הקברות אין נוהגין בהן קלות ראש, כגון לפנות שם (כל בו), או לאכול

ולשתות שם וכו׳, ואין מחשבין שם חשבונות וכו׳, ולא יטייל בהם לקפנדריא וכו׳ עכ״ל, ובבית דירה כולהו איתנהו ביה, וז״ל הערוך השלחן (שם סעיף א׳), וירלה לי דהכי פי׳, אין נוהגין בהן קלות ראש, היינו לאכול ולשתות שם, כמו שאנינו שם מקולם לענין בית הכנסת דאין נוהגין בהן קלות ראש, אין אוכלין בהן ואין שותין בהן ואין מתקשטין בהם ואין מטיילין בהם וכו׳, וכל הני בכלל קלות ראש וכו׳, כדאזינן בביהכנ״ס וכו׳ עכ״ל הערוך השלחן, וכי נעלם מהערוך השלחן (בסימן שם״ד) מש״כ המחבר והוא בעצמו (בסימן שס״ח), והיא הלכה פסוקה, אתמהה.

ומקולם נבאר מש״כ (בסימן שס״ח) ובמה שדימה בית הקברות לבית הכנסת, בש״ג (סוף פרק נגמר הדין), וכבר נתתי בזה בתשובה (תשובה הא׳ אות י״ד), כתב וז״ל, מכל אלה נבי אומר לי דס״ל להרמב״ם ז״ל, דדין בית הקברות הוא כדין בתי כנסיות, ויהיב לבתי קברות כל דין דיהיב לבתי כנסיות וכו׳, דאיכא חילוק בין בתי קברות שהם של רבים ושל כרכים, ובין קבר של יחיד, כי קברי הכרכים ברבי רבים נינהו, כדמוכח (בפ״ק דמו״ק), וכן נראה מסדר הלכות גדולות שהביא דין בית הקברות בדין ברבי רבים, והכי כתב הרמב״ן וכו׳, וא״כ חשיבי כבתי כנסיות של כרכים דעבדינהו אדעתא דכולי עלמא, ומה שאסור בזה בדברים השייכים בו, אסור גם בזה, וקבר הוי דומיא דבית הכנסת של יחיד, שלא חייל עליה איסור אלא במה שיש כח באיסור להתפשט בו ותו לא, הלכך בתי קברות של רבים, כיון דאקלו ההוא קרקע לבית הקברות, חל עליה בכולי קרקע שם בית הקברות ואיסורו, ואפילו במקום שלא נקברו שם המתים, דהא דהכי אקנינהו לכולי ארעא, ומש״ה כתב מיימון ז״ל סתם בתי קברות אסורים בהנאה, ולא חלק וכו׳ במקום שיש שם חפירות המתים או לא, ודחק לפרש בהם האיסורים שיש גם בבתי כנסיות, להודיענו דדמי לבתי כנסיות של רבים, ואין נאותים בהם אפילו במקום דליכא שם מתים, כמו שכתבו ר״י והרא״ש ז״ל (פרק בני העיר), דדהכי אקנינהו הקונים אותן לבית הקברות, וזכו בהו המתים, ויוצאין לשוט בעולם (כהיא דפרק מי שמתו), והלכך אין נוהגין בהם קלות ראש בכל אותו מקום, וגם אסורין בהנאה בכל מקום שהם, דומיא דבית הכנסת של כרכין וכו׳, בקבר יחיד לא חייל עליה איסור וכו׳, שלא הוקצה משעה ראשונה לכך, ואין כאן רק האיסור שמעלה עליו המת עתה, ואותו איסור אינו מתפשט בעפר הקבר, משא״כ בבית הקברות של רבים, דמשעה שקנו אותה הקצוה למתים, וזכו המתים בכל אותו מקום, ומתפשט זכותם בכל אותו מקום,

דומיא דשדה בוכין דאמר (בפ"ק דמו"ק) וכו', ולפי"ז גם דברי הרא"ש ז"ל וכו', דפליג עם ר' יצעיה, היינו דוקא בקבר היחיד, אבל בבית הקברות דתניא (בפרק בני העיר) חייל עלייהו איסורא אפילו במקום שאין שם קבריס כלל, משום דאקצינהו מעיקרא לכך, וזכו בהו המתים כדלעיל וכו', וסמ"ג נראה דגם איהו מפליג בין קבורת רבים וכרכין לקבר יחיד וכו', ועוד נראה לאסור בהנאה קבריס דידן אפילו פינו משם המת, דבסתמא כל אדם הנקבר שוכה בקרקע שנקבר בו, מלבד כי המנהג וכו', ול"ע בדבר לענין מעשה, עכ"ל הש"ג.

הרי שלך לפניך, דאין לדמות קבר יחיד לבית הקבורות, וא"כ מה הראיה ממש"כ הערוך השלחן (בסימן שס"ד) דמיירי מקבר יחיד.

והואיל ואתא לידן, נדון במש"כ הערוך השלחן שם, שמקורו ממסכת שמחות (פי"ג) וז"ל, קבר שפינהו מותר בהנאה, לא יעשה ממנו בית התבן בית בקר בית העלים בית האוצרות, כוך שפינהו אסור בהנאה ע"כ, ובספר נחלת יעקב כתב וז"ל, נ"ל דגרסינן איפכא, קבר שפינהו אסור בהנאה כוך שפינהו מותר בהנאה, דקבר היינו קבר בנין שנבנית למעלה על הארץ, וא"כ הוי בתלוש, ומש"ה אסור בהנאה, אבל כוך היינו מחובר לקרקע ומותר בהנאה, והכי מסקינן (בפרק נגמר הדין) דקרקע עולם אינה נאסרת וכו' עכ"ל.

והנה בשלמא קבר של בנין אסור בהנאה אף אחר שפינהו, וכדאיתא ביו"ד (שם), אך מש"כ בכוך קשה טובא, דכוך היה מותר בהנאה אף מקודם שפינהו, דמחובר מעולם לא נאסר, וכ"כ בש"ך (סימן שס"ד סק"ה) על מש"כ המחבר (שם), קבר הילוע אסור לפנותו, פינהו וכו', ואסור בהנאה, וז"ל הש"ך, ומיירי בקבר של בנין, דאילו במחובר בלא"ה איך מחובר נאסר וכ"כ נ"י עכ"ל, וכן בערוך השלחן שכתב בקבר (שנקבר שלא מדעת הבעלים), פינהו מותר בהנאה, הלא גם לפני שפינהו היה מותר בהנאה, דהערוך השלחן לא הזכיר קבר של בנין, (ואתם קבר בזמננו אינו של בנין), ועל כרחך דבמסכת סופרים דנקט פינהו, אגב רישא נקטיה, דבבנין אף בפינהו אסור, ודו"ק.

ובערוך השלחן דנקט פינהו, נראה כוונתו, דכל זמן שלא פינהו איך יוכל לבנות שם בנין לאצור עלים, (וכן יש לדחוק במסכת סופרים), וא"ש.

ומש"כ בערוך השלחן דלדידה שרי, לכאורה אין לו שחר, דהרי תשמיש של בית גרע

משל עליס, (ולף לפי מש"כ בשו"ת חתם סופר (חלו"ח סימן ל') לשטיחת פירות בגג גרע מבתוכו, מכיון שנעשה בלינעה עיי"ש, הרי בית העליס גם בלינעה (תוך הבית), ולמה גרע מבית לירה, ולכאורה עדיף מיניה טובא, שהרי בבית לוכליס ושניס, (ומפניס שס, אלא דבימי הערוך השלחן לא היה ביה"כ בתוך הבית, ועיין בגמרא (בבא מציעא דף ק"ז ע"א) ברוך אתה בעיר שיהא ביה"כ סמוך לשלחנך).

ויובן עפ"י מש"כ בעל הלבושים (סימן שס"ח סעיף ו') וז"ל, קבר שפינהו אפילו במקום שמותר שמותר בהנאה, מ"מ לא יעשנו בית התבן וכו', משום דגנאי הוא למת שיפנוהו משום דברים אלו עכ"ל, (הגס להפינוי בהיתר היה), ושפיר כתב בערוך השלחן דלדירה שרי, דבשלמא אס עושין שס בית התבן, מוכחא מילתא שהמת שוה פחות מתבן, משא"כ אס בונין שס בית לירה, אין כאן פגיעה במת, מכיון שהמת היה מושכב שס שלא כדין, ואין איסור לפנותו, ואמנס כ"ז לא שייך כלל לביזוי בית הקברות, דפינוי ההכא בקבר יחיד מיירי, ומעולס לא חלה שס קדושת בית הקברות, (ולא שייך למש"כ בסימן שס"ח), וכאמור.

ובשו"ת מהרי"ל דיסקין (קונט"א סימן ה' ס"ק ט"ז) לאסור להשתין בגג ביהכנ"ס, ובשו"ת חתס סופר (חלו"ח סימן ל'), ובמשנה ברורה (סוף סימן קנ"א, ועיין ביאור הלכה סימן קנ"ג סעיף ט') לענין תינוקות ולבר מאוס, ובשו"ת חיים שאל (ח"א סימן נ"ו) הביא מהמרדכי (ריש שבת) וז"ל, אי שרי להשתמש בגג ביהכנ"ס וכו', ובודאי תשמיש גנאי, כגון לשכב שס, אסור עכ"ל, וכן בשו"ת מהרי"ו (בליקוטים), ובכנסת הגדולה (סימן קנ"א) דשומר נפשו ירחק מלדור למעלה על ביהכנ"ס, וזה כהט"ז (שס), עוד הביא מתשובות הרמב"ס (פאר הדור סימן ע"ד) לאסור ליתן ע"ג ההיכל (היינו הארון הקודש).

ומש"כ לכל איסור קלות ראש בביהכנ"ס לרבנן, המהרש"ס (בח"א סימן י') האריך בזה טובא, ובשו"ת לבושי מרדכי (ח"א סימן כ"ד) משו"ת מהרי"ק (שורש קנ"ט) וחיי אדם (כלל י"ז אות ו') דהוא דאורייתא, ובשס שו"ת אמרי אש (סימן ח') לדהרמב"ן הוי דאורייתא, ובשו"ת מהר"י בי רב (שס) דהוא דרבנן.

ועכ"פ נראה פשוט, דאף למ"ד דקדושת ביהכנ"ס דאורייתא, היינו מקרא דוהשימותי וגו', משא"כ בביה"ק, דאף שקבעו חז"ל שלינו כביהכנ"ס, סוף כל סוף האיסור מדרבנן.

יט) ומה שקובל על שאין רואין לצרף קולות כדי להתיר בהפסד מרובה, כבר כתבתי (בספרי ויחי יוסף ח"א סימן י"א ד"ה ומש"כ) לאם מעיקר הדין הדבר מותר, בזה יש לצדד עם סניפים, וז"ל, וח"ו להתיר איסור רבית משום סניפים כי הני, ואין זה דרך ההוראה, אא"כ יש יסוד חזק להתיר, וכאן היסוד הוא לאיסור עכ"ל, והנה בנד"ל יסוד היסודות של המתירים הוא שהארכיאולוגים החליטו שהם עכו"ס, וכ"כ שכל הסימנים שלהם על עצם החפירות קאי, ולא על המתים, ולו יצוייר שדבריהם נכונים, אין שום הכרח שהנקברים אינם יהודים, (מלבד עוד פירכות), ואין צריך להכפיל הדברים.

ועל מש"כ דיש להתיר בהפסד מרובה, הרמ"א (בפתיחה לספר תורת חטאת, הביאו בפמ"ג בפתיחתו ליו"ד) כתב וז"ל, והנה אתגלל עצמי בדבר אחד, שלא יחשבני המעיין, והוא כי לפעמים כתבתי להקל בהפסד מרובה, או לעני בדבר חשוב וכו', והוא מטעם כי באותן המקומות היה נ"ל "כי היתר גמור אליבא דהלכתא", רק שהאחרונים החמירו בדבר, ולכן כתבתי "שבמקום דלא אפשר" יש להעמיד הדבר על דינו, וכן מצינו בקמאי ובתראי דעבדי הכי וכו' עכ"ל, והבאתי הדברים (בח"א סימן ק"ט אות ה'), משא"כ כשהדבר אסור, אין מצרפין קולות להתיר את האסור, ובנד"ל הלכה פסוקה שאין לפנות (מתים או עצמות) מחמת חוסר מקום.

ואמנם בש"ך (סוף סימן רמ"ב), בה"מ, (שהוא שעה"ד עיי"ש), קיי"ל כיחיד נגד רבים, וליכא שום פלוגתא בין הרמ"א להש"ך, דהרמ"א מיירי בדאורייתא, והש"ך בדרבנן, עיי"ש שכתב הס אמרו והס אמרו, ולפי"ז לכאורה מאן דמותיב שפיר קמותיב, דהואיל דאיסור פינוי (לרוה"פ) דרבנן, (כשאין שם איסור גזל, ובסתמא איכא, (בשו"ת חת"ס חיו"ד סימן של"א), ועיין מש"כ בתשובה (אות י"ד), אולי יש להתיר (כשיש איזה יחיד המתיר), לא נתיר בה"מ, אך זה אינו ואבאר.

בגמרא (בבא בתרא דף קנ"ד ע"א) מעשה בבני ברק באחד שמכר בנכסי אביו ומת ועמדו עליו בני משפחה וערערו לומר קטן היה בשעת מעשה ובאו ושאלו את רבי עקיבא מהו לבודקו אמר להם אי אתם רשאי לנוולו וכו', אי אמרת בשלמא בני משפחה קא מערערי מש"ה איתיקו אלא אי אמרת לקוחות קא מערערי אמאי שתקי לימרו ליה אנן זוזי יהבינן ליה לינוול ולינוול וכו' ע"כ, ובתוספות (ד"ה זוזי) וז"ל, אבל יורשים אינם רשאי לנוולו בשביל הירושה דלא מידי יהבי וכו' עכ"ל,

והיולא מהתוספות פשוט דאסור לנוולו כל זמן שאין המת משועבד להמנוול, (אידרא דבפי׳ ר״ג כתב וז״ל, משום דמשפחתו הוה, לא היו רולין לנוולו, אולם קיי״ל דאסור וכדלהלן).

ובהג״א (שם), מעשה בא לפני ר״ת בראובן שהיה חייב לשמעון מנה ומת ראובן, ואוה שמעון שלא לקוברו עד שיפרע לו המנה שהיה חייב לו, והשיב רבינו שמחה ליכול מן הדין לעכב וכו׳ מאו״ז עכ״ל, הובא ברמ״א (חו״מ סימן ק״ז סעיף ב׳), ובנתיבות המשפט (אות ג׳) וז״ל, היינו שאין מניחין שיקבר המת מנכסי העזבון, עד שיגילו הן, (א״ה כ״ל הס), החובות מהעזבון תחלה עכ״ל, ובפתחי תשובה (אות א׳), וז״ל החכם צבי (א״ה סימן מ׳), ולע״ד נראה למיירי כשהיורשים אלמים, ואם יקברוהו תחלה לא יוכל הלה להוציא את שלו מתחת ידם וכו׳ עכ״ל, ועיין באורים ותומים שדחה דבריו, וכתב לדבר זה אין לו שחר כלל לעכב קבורת המת בשביל בניו שהם אלמים, ומה יעשה המת המוטל כאבן שאין לו הופכים וכו׳, לכן ישתקע הדבר ולא נאמר וכו׳ עכ״ל.

ובשו״ת נודע ביהודה (תנינא חיו״ד סימן ר״י) כתב וז״ל, שם שבשביל ממון רצו לנוולו, ולכן אמר להם רבי עקיבא שאינם רשאים, משא״כ כאן שהאורך הוא להצלת נפשות וכו׳, הרי מבואר דמשום פסידא דלקוחות לא משגחינן בניוול המת עכ״ל, והיינו מחמת שעבודו אצלם

ואמנם כשאין להמת שום שעבוד, אסור לנוולו, אף לפתוח הקבר, (ולפנותו מאן דכר שמיה), ואפילו כדי להתיר עגונא, וכ״ש במקום הפסד ממון, הנה בעל שו״ת תשובה מאהבה רצה להתיר לפתוח וז״ל, (הובא בשו״ת שיבת ציון סימן ס״ד), משום דיני ממונות אין לפתוח, אבל משום דבר גדול כזה, כמה שקדו חכמים והשמו משום תקנת עגונות, נלע״ד להקל, ובפרט שזה גם לכבודו, שבניס יתאבלו ויאמרו קדיש, אבל חלילה לי להורות אם לא בהסכמת ידידי הרב הגאון וכו׳ עכ״ל.

ובעל שיבת ציון לא הסכים אתו, והשיב (בסימן ס״ה) וז״ל, הא ודאי מה שאמר רבי עקיבא שני טעמים שלא לבדוק, א׳ משום שאי אתם רשאים לנוולו, ועוד דסימנים עשויין להשתנות, אין לשפוט דדוקא משום ב׳ טעמים אסר רבי עקיבא וכו׳, (וזה דלא כמש״כ התשובה מאהבה דבעינן ב׳ טעמים יחד כדי לאסור), ואחר שהתשובה מאהבה כתב (בסימן ס״ו) הדרנא בי, שוב השיב השיבת ציון וז״ל, עכ״פ יצא לנו

מדבריהם, להטור לא חש להביא כל הטעמים, ובחל טעמא סגי, (א"ה וכן בנתיבות המשפט סימן רל"ה ס"ק ט"ו), ולא אמרינן שלריכים להיות כל הטעמים יחדו, א"כ ממילא וכו', אין להתיר לאחר לפתוח הקבר, משום ניוול וכו' עכ"ל.

ובשו"ת כתב סופר (חיו"ד סימן קע"ד) כתב וז"ל, אמר רבי עקיבא אי אתם רשאין לנוולו וכו', ושם כתב משום הפסד לקוחות רשאים לנוולו וכו', ולכאורה הדברים ק"ו, ומה משום הפסד ממון מותר לנוול, מכ"ש וק"ו משום תקנת עגונא דאתתא, להרבה חששו חכמים לתקנת עגונות והקילו טובא, כן נראה לפוס רהיטא, אלא כדי לעיין הא ליתא, דלכאורה לל"ע טובא למה מותר לנוול משום הפסד ממון, הא ויתרה תורה משום כבוד הבריות מלות עשה להשבת אבדה וכו', הגם דהיה מקום לומר דלריך למחול על כבודו משום המלוה, מ"מ כבוד הבריות עליף מהפסד ממון של חבירו, וק"ו ב"ב של ק"ו שלא לנוול המת משום פסידא, דכבוד המת לא אתיהיב למחילה, וכיון דמת נעשה חפצי, ואיך פשיטא לש"ס דלקוחות מותרים לנוולו וכו', בודאי יש בפתיחת הקבר ובדיקה כבוד הבריות כמו זקן ואינו לפי כבודו, ולריך לי עיון גדול, ולא ידעתי פתר, רק דיאמרו הלקוחות, כיון שהוא המת מכר לנו ולקח מאתנו דמי זבינו, וע"י מעשיו גרם, לא איכפת לנו לנוולו, ינוול וינוול, וכן מדוייק בלשון הש"ס וכו', ולפימש"כ אין לעשות ק"ו משם כמובן וכו', ומעתה אין ללמוד משם ג"כ לנוול המת משום תיקון האשה להתירה להנשא, "דמה לה ולו להתנוול כדי לתקן אותה", חוץ משנאמר דרבנן התירו איסור ניוול משום תקנת עגונות וכו', אבל מנין לנו לבדות מלבנו היתרים כאלו וכו', אבל במקום שיש ג"כ תועלת לדידיה מותר לפתחו וכו' עכ"ל.

ועיי"ש שהתיר רק בדאיכא אומדנא שהוא בעלה, ושע"י הפתיחה יאמרו קדיש, שהוא תועלת לנשמתו וכו', (אלא שכתב וז"ל, חוץ אם נאמר כי בניוול הגוף יש ניוול ובזיון לנשמתו וכו', וגרוע לה לנשמה הבזיון זה יותר מדינה של גהנום וכו' עכ"ל, ר"ל דאז החסרון גובר על תועלת הקדיש).

ואמנם בשו"ת שואל ומשיב (מהד"ק ח"א סימן רל"ג ד"ה ואעתיק) כתב, דכל לצורך גדול לא מקרי ניוול, וז"ל, דכל שעושין לצורך ענין גדול תקנות עגונה, לא שייך ניוול וכו', כל שעושה בשביל שיבא איזה תכלית, לא מקרי ניוול וכו', לפע"ד כל שיש תקנה בכדי שתותר האשה לא משגיחין מפני חרדת הדין עכ"ל.

וזה נגד כל הפוסקים, אך כתב וז"ל, וא"כ אף דבשביל ממון אין לנוול בקרובים, היינו דוקא בממון דניתן למחילה, א"כ הקרובים מחוייבים לוותר בשביל קרבתם, אבל בשביל תקנת עגונה מותר, מילי דהוי אלקוחות דאמרו אנן זוזי יהבני לנוול ולנוול עכ"ל, וכ"ב מה הדמיון בין אשה ללקוחות, הלא בלקוחות יש להם תביעה עליו, דנהי דנעשה חפצי מן המצוות, שפיר י"ל דניחא ליה שלא ימות בע"ח, וי"ל דגם באשתו לא ירצה שתתעגן עבורו, אך שינוולו עבור זולתו שאין לו שום תביעה עליו, מאן דכר שמיה.

ובשו"ת אמרי יושר (ח"ב סימן כ"ה אות ה'), אחר שהביא שו"ת שיבת ציון כתב וז"ל, ומצד הסברא נראה להתיר, להיתר אשה עגונה, טפי יש להתיר בזה משום הפסד זוזי דלקוחות, ובפרט בדאי לא ניחא ליה שלא תהיה אשתו עגונה ובניה יאמרו קדיש וכו' עכ"ל, שוב דן באם אחר יכול לפתוח עבורה, וכתב וז"ל, ובמקום אחר כתבתי בענין שאלה במקולין שמתירין משום הפסד מרובה, לכאורה נראה דאין להתיר לקנות, כיון דאצל הקונה לא הוי הפסד מרובה, וכ"כ להדיא בתשובות חת"ס (או"ח סימן ס"ה) וכו', ובתשובות בית שלמה (יו"ד ח"א סימן קפ"ח) כתב דרשאין לקנותו, והכי נהיגי עלמא וכו' עכ"ל.

הרי שלך לפניך, דבקושי התירו לפתוח קבר לראות כדי להתיר העגונה, ורק מחמת שיש תועלת למת, והיתר עגונה עדיף מהפסד ממון, ומהיכי תיתי להתיר לפתוח במקום הפסד ממון של זולתו, וק"ו ב"ב של ק"ו להוציאו מקברו משום בניית דירות לזולתו, (או כדי לחסוך ההוצאה של בנין כיפין, וכ"ז מן המותר, לפי עדותן של רבנים חשובים, שההוצאה תהיה על חשבון של אחרים שהתנדבו לזה).

כ) ומש"כ וז"ל, תמיהני וכו' האיך הותר להם לבנות ע"ג כיפין, והרי פשוט ובדור דעל דיה"ק דישראל אסור לבנות ע"י כיפין, דזהו גופא קלות ראש והגאה מקרקע דיה"ק, שמשתמש בו להעמיס עליה הכיפין וזה פשוט עכ"ל.

ואני תמה על תמיהתו, מה קלות ראש יש בהעמדת ובהעמסת דיומדין, (ואפילו בתוך דיהכנ"ס ואף בבית המקדש), ועוד הרי לשיטתו אף לדור ע"ג בית הקברות אינו בכלל קלות ראש, וכי בנין בית דירה ולדור שם עדיף מהעמדת דיומדין, (ועיין לעיל אות י"ח דלכל הפוסקים אסור לדור שם), ואי משום איסור הנאה, הרי מפורש בגמרא (סנהדרין דף מ"ז ע"ב) דליכא איסור הנאה בקרקע עולם, (חוץ לשיטת

הלובב משריס, ולדון בשיטתו להלן בס"ד).

בשיטת הלובב מישריס

כתב בשו"ת ר"מ (ח"ג סימן ע"ח ר"ה ולפי), דבית הקברות של רבים, לנאסר בהזמנה בעלמא, ממילא בשעה שחפר לצורך המת, הוי קבר קרקע כמו בנין, ודומה כמו לחפר קרקע לע"ז לנאסר וכו' עכ"ל, והנה בגמרא (סנהדרין דף מ"ז ע"ב) מבואר, דקרקע עולם של קבר לא נאסר בהנאה, ועל כרחך כוונת הר"מ, דבגמרא נקט בלשון יחיד, החולב קבר, קבר חדש, קבר הילוע, קבר המזיק, ומש"ה רק קבר בנין אסור, משא"כ בביה"ק של רבים, לנאסר בהזמנה, הקבר עצמו (אף קרקע עולם) אסור בהנאה, וזה חידוש גדול שלא נמצא במפרשי הש"ס ובפוסקים.

ואמנם לענינו, אף להר"מ יוכלו לבנות כיפין, דאף בביה"ק לא נאסר רק מקום חפירת הקברים, (וכבורות שנחפרו לע"ז), ולא כל הביה"ק, והרי כשבונין כיפין, כל הענין הוא שלא להשתמש בעצם הקבר, והעמודים קובעים בין הקברים, באופן שאין שום איסור לכו"ע.

והנה הביא (שם ר"ה אך) קושיית הריטב"א (ע"ז דף נ"ד ע"ב ד"ה אע"פ), דלמה לא נאסר קרקע עולם בביה"ק, דומיא דחפר בורות שיחין ומערות לע"ז דנאסר, והרי אתקשו להדדי, (והר"מ הביא תירוץ בשם חי' הרמ"ל (למסכת אהלות) עיי"ש), אך הריטב"א תירץ, דגמרא גמירי לה בע"ז ולא במת, אך החתם סופר (חיו"ד סימן של"ה) תירץ, דהקבר הוא רק משמש המת, ולא נאסר במחובר עיי"ש.

כא) מש"כ דיש גזל המת בבניית כיפין, וז"ל, כיון שהשטח זה נקנה לנקבר, שזהו שלו מתהוס ארעא עד הרקיע, ובודאי המת מקפיד שלא יבנו על פני קרקע קברו בנין מגורים וכו' עכ"ל.

כבר הבאתי בתשובה (אות י"ט) מגמרא (בבא בתרא דף ס"ג ע"ב), ובחו"מ (סימן רי"ד סעיף ד'–ה') ובעוד מקומות, דבסתמא לא קני עומקא ורומא, (ולא מצינו נ"מ אם כוונת הלוקח לעשות שם בית הקברות), וממילא לא נקנה לנקבר, ואם שהמת מקפיד שלא יבנו על פני קרקע קברו, לא בדיליה תליא, (ובשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן של"ד) דאף בתחיית המתים אין דרך לו רק מתחת הקרקע עיי"ש), ועצם העמודים אין משקעין בתוך חלק הקבר ופשוט, והיתר גמור הוא.

כב) ומה שהאריך בענין חלילת הכיפין לענין קבלת טומאה, אכ"מ.

כג) ושוב הביא מפסקי הגר"ש סלאנט ז"ל שהתיר לפנות מחמת גזרת המלכות לעשות דרך הרבים ע"ג הקברים, וכתב וז"ל, שאין לך לער ובזיון מהעברת דרך הרבים על הקברים עכ"ל.

ואינו מובן, מה זה שייך לנד"ד, ובשלמא אם היו בונים בנין מגורים ע"ג הקברים, (כמו שהמתירים רוצים לעשות), בודאי גרע אף מדרך הרבים, (שעושין שם כמה תשמישין, ועיין בשו"ת אבני נזר (חאו"ח סימן ל"ב) במה שרצה לפקפק על דברי הט"ז (סוף סימן קנ"א), והובא לעיל (אות י"ח), ואמנם הרי אין בונין אלא באויר, וזה מסולק מעצם הקברים, ואין שום בזיון כלל ח"ו, (ובדרך אגב אציין שקברו של הגה"ק החת"ם ז"ל ועוד קברים, ג"כ נמצא תחת דרך הרבים, אלא שהדרך על גבי כיפין, ולא עלה על הדעת לפנותם).

ועיין בשו"ת להורות נתן (ח"א סימן ט' אות כ"א) שמבאר, דמחילה למעלה מפסיק.

כד) ומש"כ דאין חשש שהנכרים ילמדו היתר לפנות, וז"ל, שבנד"ד אין זה מקום שהוחזק לביה"ק ע"כ, דבר זה תמוה, לפימש"כ שהארכיאולוגים קבעו שזה ביה"ק, ומהיכי תיתי שהנכרים לא יאמינו להם.

כה) ומש"כ שאין רואין "כלל" עצמות, דבר זה נסתר מהמציאות, (וממש"כ בעצמו), ואם כוונתו שאין הרבה עצמות, הלא בבתי עצמין היסנים שברחבי יורשלים ושאר מקומות (ובא"י) הוא כן, וכי ביה"ק יהיו תלויין במינוי עצמות.

כו) ומש"כ וז"ל, ואפילו אי נימא דעכ"פ יש חשש רחוק שהנכרים ילמדו מנד"ד לחפור ביה"ק שבארצותיהם, מ"מ לא שמענו בעלמא שלמנוע חשש רחוק דתקלה חייב היחיד להוציא מכיסו סכום גדול, ולכן בנד"ד א"א לחייב שכ"א מהרוכשים צריך להוציא סכום גדול עבור בניית הכיפין וכו' עכ"ל.

הנה אין הנדון דומה כלל, כי בשלמא אם היה עובדא שמחמת איזה חשש רחוק מטילים עצמם על הצידור, שפיר י"ל דא"א לעשותו שיתתף בעל כרחו, (וכזה בשו"ת מהר"מ שיק (חאו"ח סימן ע"ג ד"ה אמנם) עיי"ש), משא"כ בנד"ד שהנדון בתחלה לפנות קברות, במקום לבנות כיפין על גביהן, כדי שלא להזיק בתי עצמין אחרים, ובנתי ע"ז (בח"ב סימן רס"ז ובח"ג סימן פ"ב) עפ"י הגמרא (גיטין דף מ"ה

ע"ל) אין פודין את השבויין ביותר מכדי למיהן משום תיקון העולם, ומהו"מ (סימן תכ"ו) לענין הכנסת אחרים בסכנה, ושוב מצאתי שכן דן בשו"ת שידת ליון (סימן ס"ג), הישמע כזאת שיטענו, אנו מסלקין הקברות ולא איכפת לן בהתולאות, ומש"כ לכל החשש שהנכרים בחו"ל ילמדו, הרי אף בא"י ילמדו, (וכבר למדו).

ומש"כ דכיפין לא יועילו לזה, וז"ל, שבולאי אומה"ע אינם יודעים להבחין לחלק אם נעשה ע"ג כיפין או לא ע"כ, עיין במדרש (איכה ב' אות י"ג) יש חכמה בגוים תאמין, (ועיין מש"כ בח"ד סימן פ"א), והיטב יודעים להבחין בזה, ואדרבה קידוש השם יהיה בדבר, דבחשש קברי ישראל, מוליאין הוצאות בכדי שלא לפגוע במתים.

כז) ומש"כ לענין ראשו בין ברכיו, כבר האריכתי בתשובה (באות י"ז י"ח) להיינו בין ברכיו ממש, ואין צורך להכפיל הדברים.

וכעת מצאתי בשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן של"ד) שכתב וז"ל, מדאמרינן (שלהי נזיר) כדרכו לאפוקי ראשו בין ברכיו עיי"ש, והוא דבר רחוק שיהיה ראשו מושכב בין ברכיו אפילו בגוי עכ"ל.

כח) ומש"כ בשם משגיח אחד, דמכיון דנמצאו העצמות סמוך לכותלי המערה ולא באמצעיתה, על כרחך שלא הושכבו פרקדן כדרך שמשכיבים מתי ישראל, ושמע מינה דעכו"ם הם, מקודם הרי מודה שנמצאו עצמות, דלא כמש"כ לעיל (באות י"ב), ועי' ירושלמי (הובא בב"י (יו"ד סימן שס"ב) ובפרישה (שם סק"ה) ובחזו"א (אהלות סימן כ"ב ריש אות כ"ז), והבאתי בתשובה (בסוף אות י"ז) שהיו משכיבין על צדם.

כט) ומש"כ שנמצאו כלים שעפ"י הארכיאולוגים הם מזמן קדום, אם כנים דבריהם שיולרו מזמן קדום, וכי זה ראיה שהמתים מזמן ההוא, די"ל שהכלים נשארו מאז והוכנסו למערות אלו אח"כ, א"נ כמש"כ די"ל דאחר שנקברו עכו"ם שוב חזרו לקבור שם מתי ישראל, (והכלים השאירו שם, דכלי חרס אינו יוצא מידי דופיו לעולם, פסחים דף ל' ע"ב, ועוד י"ל דבמקום ההוא, עדיין לא נשתנה אופן יצירתם).

ל) ומש"כ דבשטח זה גופא לא נמצא שום הוכחה אפילו שעכ"פ חלק ממקום זה שימש לביה"ק עכ"ל, הרי הארכיאולוגים מעידים כן, וכפימש"כ בתשובה קדומה, חזקה לאומן לא מרע אומנתיה, ולפי דבריו שוב אין צורך לבדוק כ' אמה, ובלא"ה

הרי רגלים לדבר שביה"ק הוא, (מחמת העצמות והמתים).

לא) ומש"כ די"ל שרוחות וגשמים סחפו למערה עפר ממקום אחר עכ"ל, הרי המים יורדים למקום נמוך (תענית דף ז' ע"א) ולא עולים בהר, ואם נמצאו במערות שבהר, ונסחפו ע"י הגשם, על כרחך שירדו מגובה ההר, (ואף ע"י רעידת אדמה, שהוזכר להלן בתשובה), וזה ההר אשר נדונים עליו.

לב) ומש"כ שהאדן גולל השתמשו כדי לסתום המערה בפני בע"ח, הרי כתב דיש אדנים שלא סותמין כל חלל הפתח, ואין זה כבמערות קבורה בעלמא, שבהם האדן סותם כל חלל הפתח ע"כ, ואני אומר אדרבה, דבשלמא אם האדן הונח לגולל, אין צורך לסתום כל הפתח, משא"כ כדי למנוע בע"ח, אם ישאר חלק פתוח, הרי לא הועילו כלום בסתימתם.

לג) ומש"כ דבמקום שנמצאו עצמות ספורות, יש לצדד שאין זה משום שכל שאר העצמות נרקבו וכו', אלא שפינו השלד מהמערה, אבל לא פינוהו לגמרי עכ"ל, מהיכי תיתי לצדד במילתא דלא שכיחא, שהפסיקו באמצע הפינוי, מלצדד מה שמצוי ביותר, שנרקבו חלק מהעצמות.

לד) עוד כתב וז"ל, כשלעצמי אני סבור, שמעולם לא היה כאן ביה"ק עכ"ל, כבר הקשיתי כמ"פ איך מפקפק בהחלטת הארכיאולוגים, שע"ז נסמך כל יסוד ההיתר.

לה) ומש"כ וז"ל, שבאותה תקופה שהשתמשו במערות מסוג זה וכו', סמוך לשאר המערות שהיה עושה אדם לצרכיו (כלאולרות יין ושמן), היה עושה גם מערה לקבורת מתו וכו' עכ"ל, הנה אם המדובר בתקופה שישראל היו בא"י, מהיכי תיתי כשהקפידו על טומאה וטהרה, שהאולרות יין ושמן יהיו סמוך לביה"ק, ואם קאי אתקופת העכו"ס, הרי לכו"ע עצמותיהם נרקבים.

לו) ומש"כ וז"ל, ומה שנמצאו ריקניות, זה משום שהדורות שלאח"כ רצו להשתמש במערות ופינו המתים משם עכ"ל, ואינו מובן, דעל כרחך במתי ישראל מיירי, (דמה איכפת לן בזה שפינו העכו"ס), ומהיכי תיתי שפינוס באיסור ובלי שום צד היתר כלל.

לז) ומש"כ וז"ל, אבל לבנות בית לדור בו, אין זה בזיון ומותר עכ"ל, הלא הוא עצמו כתב לצריכים לפנות מחמת בזיון הדרים שם, (הבאתי בתשובה בסוף אות

י"ט), ועיין לעיל (לות י"ח).

לח) ומש"כ למספר חסדי דוד אין ראיה לאיסור פינוי, כבר בארתי (בתשובה לות י') לאכולי מתני' קאי עיי"ש.

טל) ומש"כ דבנשתקע שם בעליו יש יאוש בקרקע, כמש"כ התוספות (סוכה דף ל' ע"ב ד"ה וקרקע), כן הוא בתוספות (בבא בתרא דף מ"ד ע"א ד"ה דוקא) ובראש"ש (שם), אינו דומה כלל, מחמת שהמת שם.

ואמנם יעויין בחו"מ (סימן שע"א סעיף א') ובש"ך (שם סק"ב), דלא קיי"ל כהתוספות, שזה עפ"י הירושלמי, ובש"ס דילן חולק ע"ז, וכן משמע בפירש"י (סוכה דף ל' ע"ב ד"ה וקרקע) וז"ל, אינה קנויה לגזלן בשום יאוש, ולעולם בחזקת בעליה היא עכ"ל, אבראי דבחו"מ (סימן רל"ו סעיף ט') דכשהיה ביד העליס לפדות ולא פדאוהו, בודאי נתייאש ע"כ, ושמע מינה דיש יאוש בקרקע, ועיין בנתיבות המשפט (שם סק"א) שמבאר הענין באריכות, ומחלק בין אם יולא בדיינים או לא, (וכתב דבאיסורא אתי לידיה בודאי לא מהני יאוש, וכ"כ בתרומת הכרי סימן שע"א), והנה פשוט דהדיינים לא יוכלו להפקיע קנינו של המת, ולא יתנו לפנותו, ואבאר.

מבואר בכמה פוסקים (הבאתי בתשובה לות י"ד) דהקבר קנינו של המת, ופשוט דכל זמן שהמת בקברו לא שייך נשתקע לגביה, (ולא שייך בו יאוש), וזה שמוליאו מקברו הוה כגזלן, אבראי דמש"כ בשו"ת דברי מלכיאל שיש בזה גזל לקרובים, י"ל דלשיטת התוספות דבנשתקע אבד זכותם, ושיטת התוספות היא בפלוגתא דרבוותא, והמוחזק יטעון קים לי, עיין בספר כפות תמרים (סוכה שם סוד"ה תוס').

מ) ומש"כ דאין כאן איסור גזל עפ"י מש"כ בשאילת דוד (קונטרס החידושים), וז"ל, שאם פינוהו גויים ונשתקע שם בעליס מן הקבר וכו', ליכא כאן איסור גזל עכ"ל, אדרבה, ואמי לעורבא דמייתי נורא לקיניה, דמוכח בהדיא דכל זמן שלא פינוהו הוי גזל, וזה כמש"כ, ובודאי הגויים שפינו אותו גזלנים הם, ואיך מביא ראיה להתיר לפנות, אתמהה, ואיך כתב וז"ל, וא"כ נראה שברבות השנים נשתקע ולא ידעו כלל שיש כאן מערות קבורה, הרי נשתקע שם בעליו וכו', ולכן פקע קנינו, ושוב יכול כל אחד לזכות בה עכ"ל, ואיך פקע קנינו, ואם כוונתו על המתים, מהיכי תיתי שישכחו שהם נקברים שם, פשוט דכל זמן שהם שם הרי הוא שלהם, וכמש"כ בשם הפוסקים

(באות כ"ט), והמפנה אותם גזלן הוא, דוגמא לדבר בפירש"י (בבא קמא דף ס"ח ע"ב ד"ה גניבה בנפש) וז"ל, שאין אדם מתייאש על עצמו עכ"ל, (וגם בקנינו של המת עצמו, והוא שוכב שם, לא שייך נפקא, ואי משום קרודיו, עיין לעיל).

וז"ל שו"ת דובב משריס (ח"ג סימן ע"ח ד"ה ולפי), גם נכונה סברת הש"ג דכל אדם זוכה בקבר שנקבר בו, ובפרט במקום שנוהגין שכל אחד קונה מקום קבורתו, וא"כ מקום קבורתו מאן מחיל, ובספרי (סימן י"ט) הבאתי מהמחנה אפרים (הלכות זכיה ומתנה סימן ל"א) שהביא מחלוקת אי יש זכיה למת, והרשב"א הוא מהסובריס דיש זכיה למת וכו' עכ"ל

חיים יוסף דוד ווייס

היולא לנו מהג"ל:

יא) פלפול בהלכה, לא בגידופין (אות א').

יב) המחאות אינן נגד המחטטים, אלא על עצם החיטוט, עיין בפנים (שם).

יג) רגלים לדבר שזה בית הקברות (אות ג').

יד) מצא מת קמוט, אין מזה שום הוכחה שהוא עכו"ם (אות ד').

טו) לעקס רגליו של מת, כשהוא לצרכו שרי, (וכן עושין), (אות ה').

טז) אף עצם יחידי צריך לקבור (אות ט').

יז) אסור לפנות אף אחר י"ב חודש (אות י').

יח) אין הוכחה ממה שעצמות נרקבים, שזה עכו"ס, כדי לפנות (אות י"א), וגם אין מזה הוכחה שנתרוקנו המערות (אות י"ג).

יט) להקל בקלות ראש מחמת שהוא ספיקא דרבנן, לא יועיל במקום רוב (אות ט"ו, ועיין סוף אות י"ח).

כ) רקב אינו בטל בקרקע שנבלע בו (אות ט"ז).

כא) בית הכנסת שנשתקע, (כל זמן שלא נמכר), עדיין בקדושתו עומד, ולרוב הפוסקים אף קרקעיתו (אות י"ז).

כב) נמכר באיסור, עיין בפנים (שם).

כג) בית הקברות שנשתקע, באיסורו עומד לענין קלות ראש (שם)

כל) איסור גמור לדור על בית הקברות (אות י"ח).

כה) הפסד מרובה לא הותר בדאורייתא, אא"כ דמותר מעיקר הדין (אות י"ט).

כו) בדרבנן סומכין אף על היחיד. בשעת הדחק (או בהפסד מרובה), (שם).

כז) ניוול המת לא הותר במקום הפסד מרובה, אא"כ יש תביעה על עצם המת (אות י"ט).

כח) ואף לא בשעת הדחק, אא"כ הוא לתועלת להמת עצמו (שם).

כט) בניית דיומדין בבית הקברות אינו בגדר קלות ראש (אות כ').

ל) וכ"ש כשנקבע בקרקע עולם, דאין בו משום איסור הנאה (שם), (ואף לשיטת הדובב משרים, כל שלא נקבע בתוך הקבר עצמו, עיין בפנים), (שם).

לא) אויר בית הקברות אינו נקנה לבעלי הקברות (אות כ"א).

לב) כשדרך עוברת מעל בית הקברות (ע"ג כיפין) ליכא בזיון, וה"ה בבית דירה (אות כ"ג).

לג) היות שהמקום נקבע כבית הקברות, (וע"י הארכיאולוגים), יש לחוש שילמדו הנכרים לפנות (אות כ"ה).

לד) החיוב להוציא הוצאות כדי לבנות כיפין (אות כ"ו).

לה) וזה גם יועיל שלא ילמדו הנכרים לפנות (שם).

לו) אין היתר לפנות מחמת שנמצאו שם כלים ישנים (אות כ"ט).

לז) בנד"ד אין לתלות שהעצמות נכנסו למערות ע"י גשמים (אות ל"א)

לח) אין היתר לפנות מחמת שאבן הגולל אינו סותם המערה (אות ל"ב).

לט) נשתקע שם בעליו מהקרקע, בפלוגתא דרבותא אי מהני יאוש (אות ל"ט).

מ) כשבא לידו באיסור, לא מועיל יאוש (שם).

מא) כשהמת בקברו, לא שייך נשתקע, ועיין בפנים (שם).

מב) והפינוי בכלל גזל (אות מ').

תשובה ד׳

אינו מוגה

הלוס קבלתי מענה על תשובתי, ונעלם שם הכותב, ומעקימת שפתיו ניכר שהוא ת״ח, ואבא על דבריו

א

וז״ל, לאת ולמחות דבר אחד, ולגדף ולקלל זה דבר שני, ובפרט להזיק קברים ולמסור להממשלה, שזה מריס יד בתורה משה עכ״ל.

בכל תשובותי לא הזכרתי ענין של קללה וגידופין כשהולכין למחות, וא״כ כל זה אינו נוגע למש״כ, ואמנם נגעתי בענין הזיקות (בתשובה ב׳ אות א׳), ואין צורך להכפיל הדברים.

ומש״כ לענין מסירות, גם זה לא הזכרתי כלל, ואמנם אם כוונתו שאותן המוכים מסרו המכים להממשלה, בזה ודאי לדקו במעשיהם, וכדאיתא בחו״מ (סימן שפ״ח סעיף ז׳), וז״ל הרמ״א, י״א דאדם המוכה מחבירו יכול לילך ולקבול לפני עכו״ס, אע״פ דגורם למכה היזק גדול (מרדכי ומהרי״ו וכו׳ ותשובות מיימוני (בנזיקין סימן ס״ו) ומהר״ם מריזבורג) עכ״ל.

אידרא דבגליון השו״ע שלי הבאתי מספר פעמוני זהב (סימן כ״ו) ומשו״ת פרי הארץ (חחו״מ סימן י״ג) ומשו״ת זרע אברהם (חחו״מ סימן י״ב) שמחלקין בזה, ואמנם בנד״ל שהשומרים הכוס במכות אכזריות, (כמו שעושין השוטרים במחאות נגד חטוטי שכבי), וא״א למנוע זאת בלי להודעם למשפט, בכה״ג יש לסמוך על פשטות לשון הרמ״א.

ב

כתבתי דברשאו בין ברכיו לכמה ראשונים הוי ספק עכו״ס, והנה הכותב מחדש חידוש נפלא, דמש״כ הראשונים דבאין מושכב כברכו הרי הוא ספק עכו״ס (ולא ודאי), זה אינו בקבר יחידי, (רק כשנמצא עם ב׳ מושכבים כברכם, דאז יש להסתפק).

ז"ל הרלב"ד (בשיטה מקובצת בבא בתרא דף ק"ח ע"ב), תנן התם מצא מת מושכב כדרכו נוטלו ואת תפוסתו וכו', מושכב כדרכו ולא יושב וכו', שמא עכו"ם הוא ואין לו תפוסתו עכ"ל, הרי שלך לפניך דאף באחד לבדו (שאינו מושכב כדרכו) הוי ספק, (ואין לומר שזה רק שיטת הרלב"ד, דאפושי פלוגתא לא מפשינן).

והואיל ואתא לידן נימא ביה מילתא, מש"כ הרמב"ם דהוא בחזקת עכו"ם ל"ב, דעדיין יש להסתפק אולי באמת ישראל הוא, ומחמת איזה סיבה שינו בקבורתו, וכמש"כ הראשונים, ונראה דהרמב"ם לשיטתו במש"כ (בפ"ט מהלכות איסורי ביאה ה"א), בנמצא דם בפרוזדור ה"ז בחזקת שבא בהרגשה ע"כ, וכוונתו לפי שרוב דמים באים בהרגשה, עיין בשערי ישר (שער ד' פ"ג ד"ה וכן), והכא נמי דאין לנו בירור שהוא עכו"ם, אלא מחמת (שרוב עכו"ם נקברים כך, או עכ"פ) רוב ישראל אין נקברין מיושב או ראשו בין ברכיו, ס"ל דהרמב"ם שהוא עכו"ם.

ומש"כ מספר חסדי דוד (אהלות פט"ז ה"ב), שמבאר דיש נ"מ בין אם כולם ראשם בין ברכיהם, או שיש עמהם אחד מושכב כדרכו, החסדי דוד מחדש דיש לחוש להמוהל של זה שמושכב כדרכו, דשמא נתערב מוהל של ישראל ביניהם, ומש"ה נוטל תפוסתם, ואין זכר לחילוק שמחלק הכותב, וע"ע בשו"ת נפש חיה (חיו"ד סימן י"ה ד"ה והנה לברר) וז"ל, אין שייכות כלל לרוב וקרוב, דנימא דכיון דאחד ישראל, גם השנים ישראלים, דזה שייך רק אם זה בא מזה כגון וכו', אבל מה שנקבר כאן ישראל אין ראיה מזה שנקבר אצלו הוא ג"כ ישראל, כיון דזה אינו בא מזה באופן שנוכל לומר שבא ממקום קרוב וכו' עכ"ל, (ומש"כ החסדי דוד שחזקתו עכו"ס, ר"ל דאין לחוש על המוהל שילא ממת), ועיין בשו"ת מהרש"ם (ח"ד סימן י"ד אות ג'), דאף ברובם ישראל יש לתלות שכולם עכו"ס, מכיון שאין קוברין ישראל אצל עכו"ס.

ועוד דדמי לעורבא דמייתי נורא לקיניה, שהביא מרש"י (נזיר שם) ומהרשב"ם (בבא בתרא דף ק"ח ע"ב) והריטב"א (שם), דהספק אם ישראל, דהגם דראשו בין ברכיו שמא נזרק לשם, והרי גם ביחיד שייך זאת.

ומש"כ דבבית קברות לא מסתבר שנזרק שם, זה אינו, דבשלמא אם כל הבית הקברות נקברים ראשם בין ברכיהם, שפיר י"ל דלכו"ע תלינן בודאי עכו"ס, אך קבר בודד בבית הקברות מתרמי ליה שנזרק, עיין בגמרא (כתובות דף כ' ע"ב) לענין דרך בית הקברות, דזמנין דמתרמי בה"ש וכו' ע"כ, וכאן לפי ידיעתי לא נמצא אפילו מת

אחד שיושב או שראשו בין ברכיו.

ג

סותר מה שכתב (באות ד') שהמקום בבית שמש בית הקברות הוא, וכותב שהקבר מזדמן, וא"כ י"ל שנעשה לאוצרות, וכבר כתבתי כמ"פ דלהארכיאלוגים זה בית הקברות ממש, ואיך יאחוז החבל בב' ראשים, ומש"כ בשם הגאון הראב"ד שליט"א, דהגם דאינו מאמין לדבריהם אין מצרף דעתו אף לסניף, הרי לשיטתו דאומן לא מרע אומנתו, וצריכים לקבל דבריהם, למה כותב שאינו מאמין זאת, ולמה מהסס על דעתם, הואיל ולדבריו עפ"י התורה יש להם נאמנות, אתמהה.

ל

מש"כ דבעיר ראשון לציון מצאו מערות כאותן שבבית שמש, יש על זה עדים שלהד"ס.

ומש"כ דכל שאינו מושכב מיושר סימן שהוא עכו"ס, ורוצה להוכיח כן מהראב"ד והמאירי ומהירושלמי, שמושכב כדרכו היינו רגליו מופשטות וידיו על לבו, הנה במתניתין (נזיר דף ס"ד ע"ב) מושכב כדרכו, ופירש"י (ד"ה המוצא) וז"ל, לא יושב ולא ראשו בין ירכותיו עכ"ל, וכן מפורש בגמרא מושכב פרט ליושב כדרכו פרט לשראשו מונח בין ירכותיו, וברמב"ם (בפ"ט מהלכות טומאת מת ה"ו) וז"ל, ואם היה אחד וכו' מושכב שלא כדרכו שיהיה ראשו בין ירכותיו, אינו בודק וכו' שחזקתן גויים עכ"ל, הרי ברור מלבו דדוקא בכה"ג למושכב שלא כדרכו נחשב.

ומש"כ דהתמונה הנדפס בר"י מיגש טעות, ול"ל כמו שנדפס ביד רמה, רוצה לקיים בזה הפסוק ויש מפני חדש תוליאו, דהנה התמונה בר"י מיגש היא בדפוס הראשון, ובודאי לוקח מכתי"ק שהיה כתוב כזה, והמדפיסים שהדפיסו מחדש היד רמה ליינו התמונה לפי הבנתם, ואין זה מהיד רמה, וא"כ איך מהפך קערה על פיה.

ומש"כ דהרשב"ם לא ס"ל כהנדפס בר"י מיגש, ברור שהרשב"ם שכתב דאין כוונת חרותא באלכסון, יתכן שמפרש כהר"י מיגש (וכהיד רמה והרא"ש), ומעולם לא שמענו ולא הוזכר בשום פוסק לצריך לקבור כדאיתא בירושלמי, ואם איתא לדבריו, אם ימצאו ידיו בצדדיו, הרי זה סימן שהוא עכו"ס, והכי נוהגין, וז"ל גשר החיים (פט"ו אות ו'), ומשימים ידי המת לצדעיו, היינו יד ימינו לצד ימינו ויד שמאלו לצד

שמאלו, כן נוהגין פה בא"י וכן גם בשאר הקהלות בחו"ל עכ"ל, והביא סימוכין מספר מלבת משה להחיי אדם (הנהגת ח"ק ט') שהוא עפ"י סוד, ועיי"ש שלוחק למלוא הטעם לזה שמנוגד להירושלמי הנ"ל.

ומש"כ מהראב"ד והוא בשמ"ק (בבא בתרא דף ק"א ע"ב ד"ה מושכב), שהביא מירושלמי דמושכב כדרכו היינו שרגליו מופשטות וידיו על לבו, ע"כ זה לאו דוקא, (ועיין במש"כ החזו"א יו"ד סימן כ"ט אות ז' על הפתחי תשובה, הובא בתשובה הא' אות ח' ד"ה וכתב החזו"א), דבירושלמי איתא שהיו מניחים על צדיהן, ופשוט דא"כ לא שייך שיניחו ידיו על לבו, ואמנם אפשר לדחוק דעל היינו בסמוך, כדאיתא בגמרא (מנחות דף כ"ז ע"א), אך לא משמע כן, ועכ"פ בודאי לא יחלוק הראב"ד על הגמרא, וכוונתו במש"כ "מפני שלא מצאו כן" שמא עכו"ם הוא, כ"ל שמצאו יושב או ראשו בין ברכיו, וי"ל דזה כונתו במש"כ שהרגליס מופשטות, למעוטי כשהם קמוטים, באופן שראשו מונח על ברכיו, ואפילו אח"ל שיש פלוגתא בין בבלי לירושלמי, קיי"ל כבבלי, ואפושי פלוגתא לא מפשינן.

ומש"כ מהמאירי דאין צריך להיות יושב או ראשו בין ברכיו, ז"ל כגון שלא מצאוהו רגליו פשוטות וידיו על לבו, אלא ראשו מונח בין ירכותיו או יושב, היו מכירין שאינו של ישראל עכ"ל, ואם איתא דכוונתו דבעינן רגליו פשוטות, למה האריך לומר אלא ראשו וכו', ועוד וכי המאירי חולק על הגמרא, אתמהה.

ומש"כ מהראב"ד, כבר הזכרתי כמה פעמים, (עיין בתשובה הא' סוף אות י"ז), בשם הב"י בשם הרמב"ן מהירושלמי, שהיו משכיבין על לידם, הביאם החזו"א (אהלות סימן כ"ב ריש אות כ"ז), וכתב דאין מסלקין דין שכונת קברות משום שינוי זה עכ"ל, ואין שום פלוגתא בין הראשונים.

ומש"כ דכשהמערה ברה אי אפשר להשכיבו פרקדן, אין צורך להשכיבו כך, וכבר האריכתי בזה ואין צורך להכפיל.

ה

ומה שרצה לפרש הגמרא (סוטה דף מ"ד ע"א) דאינו למעשה, וכהא דגמרא חולין דף ע' ע"א) הדביק שני רחמים וכו', ובתוספות (סנהדרין דף מ"ז ע"ב ד"ה משיסתום) דדרוש וקבל שכר, הנה ברמב"ם (בפ"ב מהלכות בכורות הי"ח) השמיט

האיבעיא בגמרא (חולין שם) בבלעתו חולדה, ובמהר"י קורקוס מבאר, דהרמב"ם לא הזכירו מכיון דרחוק מהמליאות, ושמע מינה דהרמב"ם איננו מזכיר דברים שרחוקים מהמליאות, (והדבק שני רחמים, הגם להתוספות רחוק מהמליאות, על כרחך הרמב"ם לא ס"ל הכי), וכאן (בפ"ו מהלכות טומאת מת ה"א) כתב וז"ל, היה בה מגולה מלא המערה ד' טפחים על ד' טפחים וכו' עכ"ל, וש"מ דמליאות הנוגע למעשה הוא, והא דאיתא בתוספות דרוש וקבל שכר, היכא דאיתמר איתמר והיכא דלא איתמר לא איתמר, ואין ביד כל אחד ואחד להחליטו על כל סוגיא שאינו למעשה.

ומש"כ דאין חופרים מערות מרובעות, אפילו את"ל שהלדק אתו, הרי כתבתי שיתכן דלכתחלה המערות נחפרו ע"י עכו"ם.

מה שהקשה על מש"כ מהגשר החיים, דזה שמעמידים המת לטהרו ולקמטו בהכניסתו לקבר הוא בפרהסיא, ומש"כ שמכניסין רגליו לקבר תחלה, י"ל דהוא כמו שורד בסולם ע"כ, אם יש איסור לקמטו אין נ"מ אם בלינעא, או בדרך ירידה בסולם, והאמת שאין איסור כזה כלל, ואמנם י"ל כוונתו דאין זה דרך כבוד, הנה כל שהוא לצרכו, אינו נחשב לבזיון, תדע שהרי אסור להניח המת, שלא יסריח, ואף בשבת הותר להלילו מבזיון (עיין בגמרא שבת דף מ"ג ובאו"ח סימן שי"א), ואעפ"כ מותר להלינו לכבודו, ולפנותו ושהה בדרך, לקברי אבותיו או לא"י, וכ"ש אם צריכין לדחפו לתוך המערה או להכוך כדי לקברו, שזה ממש לצרכו, והשלכת עפר בעולם בלאש חי הוא בזיון, ובמת זה כבודו.

ומש"כ שנמצאו מערות צריס, שפיר י"ל שנעשה עבור נפלים וילדים.

ו

וז"ל, מש"כ שישראל קברו בהם לאחר זמן, הדבר רחוק מן האמת לומר שישראל קברו בקברי עכו"ם עכ"ל, לא זכר מש"כ (בתשובה הא' אות ד') בשם המהרש"ק שהתיר לכתחלה לקבור בקברי נכריס, וז"ל, אין זה בזיון מה שיהיה נקבר בו אח"כ, ורחיה מביהכנ"ס וכו', מיהו היותר טוב שיחריבו המקום הזה וגם יצליבו עליו עפר הרבה למעלה, ואז יהיה כפנים חדשות בא לכאן, ולא יהיה ניכר שהיה בו קברי עכו"ם תחלה וכו', ובזה ודאי ליכא בזיון וכו' עכ"ל.

גם רמזתי למש"כ הרא"ד (פ"ד מהלכות אבות הטומאות ה"י) ומשו"ת חתם סופר (חיו"ד סימן של"ו), עוד כתבתי שאין הכרח שהזניחו שטח גדול מחמת הרגשים, ואין צריך להכפיל.

ועוד יש להוסיף, דהיות שאין שום סימן שהיו בתחלה קברי עכו"ם, (ובימים קדמונים לא היו ארכיאלאגים), וגם אין שום קבלה על זה, מהיכי תיתי שבאלפי שנים ימנעו מלקבור שם, וכי מי הודיע להם שימנעו, וכ"ש להחליט החלטות "שבודאי" לא השתמשו בהר הזה לקבורה.

וכלל החזיון הזה הביאו לכתוב (באות ח') וז"ל, לפי הנ"ל חוזר הכל לקדמותו, ויש רגלים וידים מוכיחות עכ"ל, אין כאן לא יד ולא רגל.

ט

מה שהוכיח דאין איסור בל תלין בעצמות, ממה ששנינו (במסכת שמחות פי"ג) המעביר עצמות ממקום למקום וכו', ולא אמרו כן על מת שלם, ומענין ליקוט עצמות, (דהיינו בעצמות דוקא), ומשו"ת תורת חיים (סימן ק"ג), דאם אפשר ללקט באופן שיקברו באותו יום, זהו הכבוד היותר גדול, והגם שאין כאן משום בל תלין מה"ת ודין קבורה מה"ת וכו' עכ"ל, ושמע מינה דבעצמות אין דין קבורה ובל תלין עכתו"ד, טעות גדול טעה בכל זה, ואבאר.

כשנושאים המת ממקום למקום, (כגון לקברי אבותיו או לא"י), אין כאן איסור בל תלין, שההולכה היא לכבודו (ולרצונו), וכן מעשים בכל יום, ובשו"ת תורת חיים כתב לכבוד הוא לקברו באותו היום, ופשוט, ובדאי אפשר ליכא איסור, וזה מש"כ דאין דין קבורה, דאלת"ה וכי הגרי"ח זוננפעלד בעהמח"ס שו"ת הנ"ל, וכי הכריע בין הפוסקים שכתבו דיש חיוב קבורה בעצמות, (וכולם כאחד כתבו דמש"כ בשו"ת נודע ביהודה טעות הוא), ופסק בפשטות כיחיד במקום כל הפוסקים, אשר אין זה דרכו כלל, (ונגד כלל הפוסקים).

ובמסכת שמחות דנקט עצמות, היינו אורחא דמלתא לפנותם, (והארכתי בתשובה הא' אות ד')

יא

עמש"כ שהחתם סופר נשאר בספק אם חזקה שמתי ישראל אינן נרקבים, הביא

מספר משנה הלכות ומהגאב"ד ברישק דקברי תנאים מעולם לא נרקבו, מה ענין שמיטה אצל הר סיני, הלא אין המדובר כאן בצדיקים לוקא, (ובאמת נמצאו עצמות), ועיין בשו"ת מנחת אלעזר (ח"א סימן ס"ז אות ג') בזה, ומש"כ דמהחתם סופר יש להוכיח, כבר כתבתי בשם היד יצחק דהחתם סופר נשאר בספק, ואין צריך להכפיל, ומה שהאריך שקר ענתה בפיהם, דקברי התנאים והאמוראים מעולם לא נרקבו, איננו יודע למי המכוון, (ובתשובתי אין זכר מנידון זה, רק מש"כ בשם הרב המתיר (בספרו תשובות והנהגות סימן רס"ו רס"ז) וז"ל, ודע וכו' במערות שנתגלו וכו', גם של המיוחסים לצדיקים וקדושי עליון קדמונים בגליל לא מוצאים עצמות וכו', אלא שנהגו לקבוע שם מקום לתפלה כיון שהנשמה או הרוח לא זזה ממקום הקבורה וכמבואר בספה"ק עכ"ל, וכתב דחייבים אנו למנוע הפינוי וללחוש בכל כוחנו וכו', וא"כ עליו תלונתו.

יב

כתבתי שמעולם לא הטמינו ולא נמצאו אוצרות בקברי ישראל, וא"כ מהיכי תיתי שחיפשו מטמוניות שם וסילקו המתים, וע"ז כתב הכותב וז"ל, זה ברור שישראלים לא קברו עם המתים, עיין בתורת האדם (שער הסוף ענין ההוצאה) וז"ל, ומסתברא כגון אלו הכלים שאסורים בהנאה בשבילו, נקברים עם המת, ולא עם המת ממש, אלא עמו בתפוסתו וכו', ועיין בספר השוקי חמד (כתובות דף פ"ד) וכו', עמו בתפוסתו בתוך ד' אמות, אלא לא נקברים עמו ממש, ובלפנת פענח (פ"א מתרומות) ביאר שעמו ממש אסור לקבור, שהרי אסור לקבור עמו שום דבר עכ"ל.

והנה כתב הכותב וז"ל, ומש"כ דמעולם לא הטמינו וכו', זה כבר סותר כל הבנין, דהרי כאן ברור שהיו חפצים בקברים, שהרי מצאו כאן סכינים, חרבות, כל מיני כלים, וממ"נ אם כדבריו שמעולם לא הטמינו ולא נמצאו אוצרות בקברי ישראל, א"כ מוכח שהקברים הם קברי עכו"ם, ואם כדבריו שהם קברי ישראל, למה לא יחפשו מטמוניות אצל ישראל, הרי אנו רואים בבירור שכן קברו אתם חפצים עכ"ל.

הנה פתח בכל וסיים בחדית (דמטמוניות), כתבתי שאין דרכם (של עכו"ם) להוציא מתים מקבריהם מחמת חיפוש אוצרות, דאין הדרך להטמין אוצרות בקברי ישראל, וא"כ למה להם לחטט, כלומר דבשלמא אם היה הדרך להטמין בקברים, והמחפשים יגעו ומצאו שם אוצרות, יתכן שימשיכו לפנות קברים ולחפש, משא"כ כשמעולם לא

נמצאו שם אוצרות, מהיכי תיתי שיחפשו בדבר, (כמו שאין דרכם לחפש בבור נחשים ועקרבים), ופשוט.

והנה ידעתי גם ידעתי שנמצא איזה חרב באיזה מהמערות, ועוד איזה כלים, חפצים כאלו אינם בכלל אוצרות (ומטמוניות של כסף וזהב) שמחפשים אחריהם, ובפתיחת קברים וכו׳, ופשוט לאם נמצא כלי כזה במערה, אין שום הכרח שהקבר של נכרים, ומעולם לא נקברו ביחד עם המת בקברו, ועל כולם כתבתי, דאפילו את״ל שנמצאו אוצרות שם, למה יפנו המתים, וע״ז כתב הכותב וז״ל, שאחרי שפרצו את המערה לשדוד את החפצים, נשאר הקבר פרוץ, ואז כבר ״נתפנה המת מאליו״ עכ״ל, לא התחלתי להבין דבריו, וכי בכל הכוכין שבא״י נתפנו המתים מאליהם, (חוץ ממה שעושין הארכיאלאגים האחרוים), ולא מצינו כזאת (אלא בספר מלכים (ב,יג) ויצליכו האיש בקבר אלישע וילך ויגע האיש בעצמות אלישע ויחי ויקם על רגליו (עיין חולין דף ז׳), ובמתים שהחיה יחזקאל).

והזכרתי שמצינו בגמרא שחטטו שכבי, ובגמרא (יבמות דף ס״ג ע״ב) בעון חיים מתים נחטטין, מ״מ מהיכי תיתי שיפנו אותם, ועל כל זה לא השיב מאומה.

יג

מהיכן לקחתי שהחזו״א מסיק דיש מצות קבורה בדקב, הרי הבאתי לשונו (בתשובה הא׳ אות י״א) וז״ל (בחיו״ד סימן ר״ח אות ו׳), ונראה לאיסור פינוי המת הוא אפילו אחר שנעשה כולו רקב, כיון דרקב ותפושה כגופו לענין חיוב קבורה ע״כ, עוד כתב וז״ל, ולפי״ז אין מפנין אף רקב, ואף בנקבר אבר אחד ול״ע, עוד כתב, והלכך שפיר י״ל שאין עיקר החיוב אלא בראשו ורובו, ומ״מ משום כבוד מתים חייב גם על מקצתו וכו׳, והא דחוזר על אבר, אפשר דנמי אינו עובר עליו משום לא תלין, ומ״מ מטמא אף לקרובים וכו׳ עכ״ל, ועל מה דמספקא ליה התם, כבר כתבתי דהתם סופר כתב בהדיא דחייב אף על אבר אחד, והחזו״א בעצמו (בהוספות סוף טהרות ד״ה הביא) כתב וז״ל, לענין מצות קבורה לכו״ע אפילו חסר וכו׳, ושפיר י״ל דאיכא מצות קבורה אפילו בדקב, וכן משמע וכו׳ עכ״ל, ומש״כ דלא מצא אחרונים שהחמירו בזה, נעלם ממנו מש״כ בהדיא (שם בשם שו״ת טיאה וויי״ל, וספר מתא דירושלים, וממש״כ בספר גשר החיים דהרקב מקור לתחיה), ואין צריך להכפיל.

ז"ל, ומה שתמה שהתיר מכח ספק ספיקא, שוב חסר בהבנת הנכתב, שכתב מפורש שהיתר זה הוא רק על המערות הריקים עכ"ל.

משכ"כ דבמערות ריקים יש ספק ספיקא, הרי מכלל הן אתה שומע לאו, דבמערות שנמצאו זכרון של מתים ליכא ספק ספיקא, ואמנם במערות ריקים באמצע בית הקברות אסור לבנות לירות, שכל בית הקברות הוקצה לזה, וכמו שהארכתי (באות י"ח).

טו

משכ"כ בסוף, שבדברים הנוספים לא ראה צורך לענות, שאינו נוגע לעיקר הנדון, עיקר העקרים הוא, אם מותר לבנות כיפין, ואם מותר לבנות ע"ג בית הקברות, ואם להתיר במקום הפסד מרובה וכו', ואולי יש עוד טעם שנמנע להזכיר משכ"כ, ודל"ל.

חיים יוסף דוד ווייס

היוצא לנו מהנ"ל:

מג) מותר להמוכה לקבול אצל השוטרים (אות א' עיין בפנים).

מד) להראשונים דראשו בין ברכיו הוא ספק עכו"ס, הוא הדין במת יחידי (אות ב').

מה) יחידים בבית הקברות יש לתלות שהושלכו במקרה (שם).

מו) ברור דראשונים דמותר לקבור כשהוא קמוט (אות ד').

מז) אף במערה מרובעת יש לחוש שנקבר שם ישראל (אות ה').

מח) מותר להכניס המת לתוך פירצה דחוקה כדי לקוברו, ואין זלזול בדבר (שם).

מט) מותר לקבור ישראל בקבר של עכו"ס, ויתכן שנעשה כן (אות ו' ועיין בפנים).

נ) בעצמות יש לחוש לאיסור בל תלין (אות ט').

נא) יש איסור פינוי בדקב לאיזה פוסקים (אות י').