ספר
גבורת אנשים

לבאר דיני התחדשות והשתנות בגוף
האדם מחדושי הטכנולוגיה
בעניני עיבור ולידה
והשתלת איברים
וכל
שינוי מלאכותי בגוף האדם בכלל

מודיעין עילית
תשע"ז
לבדי ואתם תהיו לי
חמלכת כהנים

לזכר נשמת

רוזה בת הירש

יהושע ענבל

שד"ח 6 מודיעין עילית

0504119377☎

Yehoshua-i@hotmail.com✉

עימוד וסדר:

ועתה כתבו

הקלדה | עימוד | הדפסה

053-3106227

שבתי

ורציתי כי עניים אלו אשר המה תמורים מאד, נמסרים בידי הרופאים, ובני אדם בזמני לחץ וקושי ממזרים על פתחי הפוסקים להורות להם הלכה, ולא תמיד מוצאים משנה והלכה ברורה במקום אחד. וכמה חבורים שנתחברו בנושאים אלו הם מאגמים שעיקר עיסוקם ברפואה, או שמלקטים דברים ששמעו מרבנים שונים, ולא זו הדרך לברר סוגיות הלכתיות. וידוע כי קשה מאד להכריע בדברים שלא דנו בהם הקדמונים, ולכן כמה וכמה תשובות מפוסקי דורינו באות בלשון מסופקת ולא ברורה, אבל תורה היא ולמוד אנו צריכים. וכל מי שיוסיף ויעיין בסוגיות אלו בודאי יתרוס לבירורן ומיצויין ע״י לומדי ופוסקי דורינו.

לדוגמא, אנטה משפט מאחד המאמרים שמשתמשים בהם כדי ״ללמוד את המקורות״, התפרסם בכתב העת ״מאזני משפט״ ב׳ תשס״ב, וכו כותב המלומד כך:

18 השאלה אם הילד הנולד מהפריה חוץ גופית כתייחס אחר תורם הזרע נתונה במחלוקת פוסקים. בין הסוברים כי הולד כתייחס אחר בעל הזרע, ר׳ שמעון ב״ר צמח דוראן, מחכמי ספרד במאה החמש עשרה (שו״ת התשב״ץ, חלק ג׳, סימן רס״ג) ר׳ יואל סירקיס, מחכמי פולין בסוף המאה השש עשרה ותחילת המאה השבע עשרה (בית חדש, שולחן ערוך, יורה דעה, קצ״ה), ר׳ שמואל ב״ר אום שורגא פיביש, מחכמי פולין במאה השבע עשרה ומפרושי השולחן ערוך (בית שמואל, שם, סימן א, ס״ח), ר׳ משה לימא מחכמת ליטא במאה השבע עשרה ומנושאי הכלים לשולחן ערוך (חלקת מחוקק, שם, ס״ק ז), הר״א וולדינברג מגדולי פוסקי דורנו בהלכות רפואה (שו״ת ציץ אליעזר, חלק ט, סימן נ״א; שם, חלק ט״ו, סימן מ״ה). ואיל ר׳ דוד ב״ר שמואל הלוי שחי בסוף המאה השש עשרה ואמצע המאה השבע עשרה, מנושאי הכלים לשולחן ערוך (ט״ז, שולחן ערוך, אבן העזר, סימן א, ס״ק ח) פסק כי הילד כתייחס אחר תורם הזרע רק לחומרא. חשיבות ייחוס

כל הרואה יראה שמדובר בסיכום של דור.

כמובן שאף אחד מהמקורות הקדומים לא עסק בילד הנולד מהפריה חוץ גופית, אלא בעיברה באמבטיה, ויש אחרונים המחלקים בין זה לבין הפריה, לכאן ולכאן.

בתשב״ץ לא כתוב שום דבר גם בנוגע להתייחסות אב מעיבור באמבטיה, אלא להתייחסות אב למי שאינו יורה כחץ והזרע מטפטף לרחם, הובאה שם הדוגמא של עיברה באמבטיה, להוכיח שהריון יתכן, אבל לא לקביעת אבהות.

הב״ח (לא בשולחן ערוך, אלא בטור!), מצטט קטע מהגהות סמ״ק, ז״ל המקור הוא הגהות סמ״ק, הב״ח מעמיק אותו לענין אחר לגמרי

(הרחקות מנדה, אלא תשכב על סדין בעלה שמא תתעבר מזרע שיש עליו), אלא שהסמ"ק אפשר להוכיח בנוגע להתייחסות, שכתב שבאשה נשואה חוששין שמא ישא אחותו מאביו. – אבל אין זה מוכיח ש"הולד מתייחס אחר בעל הזרע", כפי שקובע הכותב, אלא שאין קובעים שמותר לו לישא את אחותו מאביו, דהיינו שחוששים לחומרא, כעמדת הט"ז המובאת בשורה אחרונה. ולכן הב"ח דהיינו הסמ"ק, הוא שורש המחלוקת באחרונים, אבל אינו לד בענין.

הב"ש (לא "שס", אלא באבן העזר, לא ס"ת, אלא סק"י על השו"ע ס"ו. הוא לא בן של "אוס" אלא של "אורי"), אכן כותב "משמע דהוי בנו לכל דבר".

החלקת מחוקק (הוא לא "מחכמת ליטא", אלא "מחכמי ליטא", אגב מדוע הב"ש הוא "מפרושי השו"ע", ואילו הת"מ הוא "מנו"כ השו"ע??) מסתפק בדבר, והדברים נשארים ספק, ושוב חזרנו לעמדה שמחמירים מספק, אבל לא שהוא כבנו לכל דבר.

הגיע אליעזר, אינו קובע "דהוי בנו לכל דבר", אלא מביא את מחלוקת האחרונים, ואינו מכריע בה.

נראה שהכותב העתיק גבוב דברים מאיזה שו"ת בן זמננו, בלי להבין בדיוק את ההקשר, ומי אמר מה ולמה. וכמובן שעל סמך מאמרים כאלו אי אפשר להבין ולדעת שום דבר, ומקצועיותם ברפואה או במשפט עברי עומדת לרועץ מול חוסר מקצועיותם בהלכה.

אבל אין זה מפריע לאותו מחבר לפרסם מאמרים בכובע של רב - בעלי אופי הלכתי, ובאחד מהם למשל, לטעון את הטענה המופרכת, שבית מופרית שבמבחנה, פוטרת מיבום כדין עובר בבטן אמו, (גם אם היא נחה במקרר במשך שנים), משום ד"לית מאן דפליג כי מבחינה ביולוגית הריונה של אשה מתחיל בהפריה", ומש"כ השבט הלוי י' רלא' "פשיטא דאינו נקרא חי של עיבור.. והשחתתו היא בגדר השחתת זרע", הוא משום ש"לא נשאל לענין יבום וחליצה" (תחומין כרך לב). ועל סמך שטות כזו להתיר יבמה לשוק.

וכמובן אין כוונת שדברי יהיו מכריעים, אלא לעורר לנסות לברר הדברים מתוך דברי חז"ל והראשונים, והגם שלא דנו בהדיא בקדמונים, יש מקום לנסות ולהכריע ולברור את השיטה המחוורת.

והנה העניינים לפעמים ארוכים וסבוכים, לכן אף כשבאתי בארוכה חילקתי הדברים לקטעים קטנים ולאותיות, ובציון כל מקום לאות שנתבאר הענין המוזכר בהמשך או קודם לכן, למען ירוץ בו הקורא. וכמובן שהרבה יש להוסיף לדון ולפלפל, יבואו חכמים ויתכימו עוד, לנתוש ולהאדיר לבנות ולנטוע, שדברי תורה פרין ורבין.

גבורת אנשים

א. דין יחוס לאב שלא בדרך ביאה

ב. יחוס בהזרעה מלאכותית

ג. בדין הוצאת זרע לשם הזרעה מלאכותית

ד. אם הוז"ל אסורה מה"ת

ה. גדר האיסור דנגיעה

ו. במצוות פו"ר בלא חיבור

ז. הפריה מלאכותית

ח. פונדקאית ועירוב זרע

ט. דין לקיחה מן המת בניוול

י. השתלת קרנית

יא. דין הנאה מן המת

יב. דין הטפל לגוף החי באדם

יג. דין הטפל לחי ונפרד ממנו

יד. הטפל לחי לענין שבת

טו. שינוי דין הטכנולוגיה מחמת שמשתמשים בה בקבע

טז. השגחה של נשים על הפריות

יז. הנאמן וטוען שכחתי ונזכרתי

יח. ניתוח לשינוי מין

יט. סימני גדלות

כ. החלת קנין ודינים בעובר

כא. עישון חמץ שלכדה"נ

א. דין יחוס לאב שלא בדרך ביאה

א) שבתי וראיתי שלכאורה נחלקו רבותינו הפוסקים אם ולד הנולד מזרע האב שבא לגוף האם אלא ע"י ביאה, נחשב כבנו. שהרמ"ם באה"ע ג' ח' נסתפק אם נתעברה באמבטיה קיים פו"ר ואם הוי בנו לכל דבר. ומסיים דבליקוטי מהרי"ל נמצא שבן סירא היה בנו של ירמיה וכו'. ויש שהביאו שבכך פושט הרמ"ם ספיקו. ובב"ש שם י' מביא ד' הגהות סמ"ק ישן בשם רבינו פרץ (המובא בב"ח יו"ד קנו ובתוה"ש קלה) שכ' שהמתעברת ע"י זרע שהיה על הסדין, אפי' מזרע של אחר הולד כשר, אלא שאסור לשאת אחותו מאביו. ולמד מזה הב"ש ג' י' "משמע דהוי בנו לכל דבר", ומעתיק דבריהם המ"ל פט"ו מאישות ה"ד, וכ"כ הטו"ז מגיהה טו. וערל"נ יבמות י. דולד העולר מעיבור באמבטיה נחשב אח של בני בעל הזרע לענין יבום. וכן רי"א בבני אהובה איסות פט"ו ה"ו ובית יעקב סי' קכד (וכ"כ הר צבי בחי' לעור אה"ע). ואילו הט"ז כ' דאין ראי' מד' הג' סמ"ק, דלחומרא אמרינן לקולא לא אמרינן, וכן בחפי זוטרי אה"ע שם, והברכ"י אה"ע שם. (וכ"כ בס' בר ליוחי אה"ע ח).

ב) ואין זה תלוי ממש בנדון קיום פו"ר, כמו שראיתי למי שכתב. דהסוברים דקיים פו"ר כמו בשאלת יעב"ץ ב' לז', אין זה ראיה דנחשב בנו לכל דבר, דהרי אפי' היו לו בנים בגיותו יכול להיחשב שקיים פו"ר, דסו"ס הביא לקיום עוד אדם בעולם (ואינו מועיל לו עכשיו מה שהתייחס אליו כשהיה נכרי). ואין צריך שיתייחס עליו במושלם. וכן הסוברים דלא קיים פו"ר, כגון בחסדי דוד יבמות פ"ח דשמא לא קיים פו"ר, אין זה ראי' שאינו בנו, דאפשר שהמציאה היא לקיים כדרך כל האדם. ועי' בזה להלן פ"ב.

ג) והנה ממעשה דבן סירא אין שום ראיה, ואין באגדה זו גם אם נקבלה שום רמז אם הוא בנו לכל דבר ואם קיים פו"ר, ולא ברור שהרמ"ם הביא הדבר כראיה, וכן ראיתי במנ"ח מ' כו' שהבין דהרמ"ם קאי בספיקא. (ועי' גם בתשב"ץ מ"ג רסג' שמטיל ספק במעשה זה שיסודו בספרים חיצונים, וליקוטי מהרי"ל עצמו נודע ולאו דסמכא כמ"ש מוהר"ח ווזנ"ן בהקדמה למע"ר), והוא סברא דרבינו פרץ שנחשב כבנו, ואסור לשאת אחותו מאביו. ובאמת ל"ב ד' הט"ז ודעמייה, מהיכי תיתי שייחשב כבנו רק לחומרא, ולא משמע שהכוונה שרבינו פרץ מספקא ליה הדבר ולכן החמיר, כי בלשונו נראה שהוא דין ודאי שאסור לשאת אחותו מאביו.

ד) והנה הברכ"י לאה"ע שם מבאר דלא כ' כלל רבינו פרץ שיש איסור לשאת אחותו מאביו שע"י אמבטיה, אלא רק הביא דין הבאתה כלשונו ששם אמרו שמא ישא אחותו מאביו, אבל פשיטא ליה שאינו נחשב כבנו, וכ' שכן נראה במקור הדברים בכתב יד בשם רבינו פרץ. ולדבריו אין ראיה כלל שייחשב כבנו. אמנם כיון שרוב אחרונים לא הביאו כן, איכא עכ"פ הכרעת רוב פוסקים, שבדבר כזה לא שייך לסמוך על המיעוט גם אם דבריהם יהיו מחוורים יותר. ואמנם תלוי מהראיות שהביאו אחרונים לזה מכל מיני סוגיות דלא אוקמו הדין בעיבור באמבטיה, מ"מ לבנות עליהן יסוד, דכיון שהוא דבר תמוה וזר לא היו צריכים להעמיד בו. אבל הסכמת כולן דלחומרא אסור לשאת קרובותיו מצד הזרע.

ה) ובאמת מסברא לכאורה תמוה שייחשב כבנו, והרי להרות מזרע של אדם אפשר גם אחרי שמת אותו אדם, ובזמננו אפשר גם שיש רבות אחרי שמת, והוא נגד השכל שיתחיל הריון מזרע אדם מת דורות רבים אחרי שמת, וייחשב שהוא מביא בן לעולם. ויוכל ליטול חלק מירושתו, ולענין יבום ודאי שאינו פוטר מיבום, שאינו דרכי נעם, שאחרי שיבם תיכף למפרע בעילתו בעילת איסור וביני פגומים, והרי לד' הנוב"ק אה"ע סט' גם הריון שנקלט אחרי מותו אינו פוטר מיבום (והקר"א יבמות פז. המולק, ג"כ כ' דסופו להיות זרע, שהרי כבר הזרע במעי האם, וכן הסכים הגרשז"א בנעם מ"א עמ' קנ' דהעולד מהזרעה אינו פוטר מיבום. והעירוני דסברת דרכי נעם איננה יכולה להתיר איסור לאשת אח אלא רק לפטור מיבום, אבל י"ל להמבואר להלן דהורותו קלושה וזה סברת התורה מכרעת למה נחשב בן). ושם אב ובן שייך על כל הדרך הטבעית של אב ובן, וברגע שנעשה בדרך אחרת, מצא לן שיהיה עליהם שם אב ובן.

ו) ונראה דדרך מז"ל היה בכל דיני התורה, שאם לדין מסויים יש צורה שכוללת כמה פרטים, ונחסר פרט אחד, הרי יהיה דינו כמציאות קלושה וחסרה. כמו שיש חציו עבד וחציו בן חורין, ודיניו בעניני איסורים אם הוא נכרי או ישראל יהיו בדרגת מחצה, דהיינו שחייב לקיים המצוות האלו מפני מחציתו, ואינו יכול להוציא אחרים מפני מחציתו. וכנראה גם אינו יכול להיענש מפני מחצית זו. וכ"כ הרמ"ח שיכול להיות גם חצי ישראל וחצי נכרי באותו אופן (וכבר ביארו אחרונים דמ"ע וחב"ח אינו חצי דבין ג' וחצי דבין ב', אלא לכולו יש דין קלוש משניהם, עי' חת"ס אה"ע קנא' קובץ הערות סי' מו' ועוד). והוא ענין אנדרוגינוס לסוברים בריה בפני עצמה הוא (עי' אות תרלב'). וכן מצינו בהפרת בעל וארוס, דחשבי' להפרה אחת דמיגז גייז או דקלים, דהיינו שצריכים הפרת שניהם, ואם לא הופר הכל נשאר האיסור, אלא שהוא קלוש. ולכן אסור מן התורה אבל אין לוקין.

ז) וזה ענין כמה דברים שמצאנו שאסורים מן התורה ואין לוקין, משום דמציאותן איננה שלמה ואינם דומים ממש לעיקר האיסור, כמו אבר המדולדל שאינו ניתר בשחיטה, גם אינו אבמה"ח גמור ו"אין בו אלא מצות פרוש" (חולין עד.), דלהר"מ מן התורה צריכים לפרוש כיון שדומה בחד לד לאבמה"ח, אבל אינו מציאות משלמת כדי להיענש. וכן הוא בזבחים קי דהקומץ והלבונה שניהם צריכים להתרת המנחה, ולכן אם עשה א' מהם הרי הותר חצי, או חצי מעורב, או בחופן דמיקלש קלים. וכן אבות נזיקין מוגדרים ע"י חז"ל בתכונותיהם, כגון קרן שכוונתו להזיק ושמשונה, ואם הסרה תכונה אחת, אפשר ללמוד אותו מדיינים אחרים, אבל אז לא יהיו בו הדיינים המיוחדים של קרן (ונראה דזה ענין צרורות חצי נזק, דדומה בחד לד לרגל וכן צרורות דשן, אבל אינו דומה לכל תכונות שן ורגל דלאו אורחיה, ולכן משלם מחצה). וכעי"ז בחיים הבא על הציה התשיבוהו בחולין פ. ל"מקלת שה". ודנו אם מתרבה מן הפסוק "שה ואפי' מקלת שה". וכן בן פקועה הבא על בהמה מעליתא, הולד אין לו תקנה, שנחשב מעורב משניהם. ובמנחות מז: סובר רבא אליבא דרבי דשחט לשמן ולא זרק הדם קדוש ואינו קדוש, הכוונה קדוש ואינו ניתר, ואמרי' דתופס פדיונו, ומפרשי תו' פסחים יג: דלחמי תודה ששחט עליהן לשמן וזרק שלא לשמן קדוש ואינו קדוש היינו דאי פדה חייל אדמים אבל אינו יוצא לחולין, והרי קדוה"ג אין לו פדיון, וקדו"ד נפדה, ודין זה אמצעי. ועי' רמב"ן יבמות קד: דמבאר הס"ד דתליא בלא רקיקה היא ג"כ מצד אמצעי דב' דברים מתירים שנעשה א' מהם והוא פלוג' תנאי הנ"ל (והגרי"ז בחי' מנחות

ממה דיש לחלק בין ב׳ מתיריס שאף ג׳ לא עושה כלום למתיריס שעושים מלא, אבל הדימוי הוא כללי). ועפ״ז יש לדון דגם דין מגורשת ואינה מגורשת שהזכירו חז״ל כמה פעמים, אין הכוונה לספק גרושין אלא שקבעוהו כמצב אמצעי, בדומה לדין קדוש

ואינו קדוש, שהוא מצב ספק, ועמ״ש ביו״ד ס״ס רפד׳.

ח) וה״ג לגבי שם אב ושם בן, פשיטא לרביעו פרק (ועכ״פ לפו׳ הנ״ל) מסברא, שאף שלא נעשה כדרך כל הארץ, אין מתבטל ממנו שם אב לגמרי, שיותר קרוב שיהיה עליו שם מקצת אב, מלקבוע על ולד שם שאין לו אב. ולכן אין לו היתר באמותו מאביו, אבל אין הכוונה שהוא בנו לכל דבר, ונראה לרביעו פרק אסור מן התורה להכות אביו, אבל אינו לוקה, משום שאינו בן גמור לענשין. וממילא ה״ה לענין יבום עופלת לפניו כדין את, ולא אכפ״ל שאינו את גמור, דעד כמה שהוא חייב ביבום הוא ג״כ מותר ואותו תלי שהוא את הוא מותר לאשת את הזו (ועי׳ רשב״א גיטין פג: ולדבריו שמא יפטרך למלון). ועל משקל סוג׳ דריש ב״ק ניתן לומר לאב כזה אתיא מביייהו דאב רגיל ודאפוטרופוס,

ואין לו הדיינים המובהקים של שייהס.

ט) ולפעמים יש סיבה רפואית שמזריעים אשה מזרע של ב׳ אנשים, שמתערבים במבנה הגנטי של זרע הבעל שיש בו איזה פגם ומשלימים מזרע של אחר, ובזה גם אם נאמר ששייהס נתבנים הוריס, ברור שאין כאן אלא הורות קלושה. שדין אב של התורה הוא כפורתו, שיש בו גם את הענין של מיבור האב והאם, וכל שפוגם בצורת האב הרי נתבב אב קלוש, ואין לשייהס את אותו הדבר, דהיינו ששייהס ׳אב׳ אלא שכל אחד תלי ׳אב׳ ויש לו רק חלק מן ההורות.

י) ואף שיש הבדל בין המומר שלוקחים מב׳ האנשים, שא׳ הוא רואה להיות האב, ומהב׳ לוקחים רק מה שצריך לתיקון. אפשר לומר ע״פ מה שראיתי בזית רענן ב׳ טו׳ שדן על הכסף המורווח מעיסקא, שגולד מפקדון דאב ומהתעסקות דאב, דהדין הוא דחולקין, דכיון שע״י שייהס נסתעף ונתהווה חולקים מחצה על מחצה, והביא ראי׳ מב״ק לו: הה״ג דגזל פדגא דחורא וחרש, ותייבוהו לשלם תלי מהשבח משום דחורא וארעא אשבחו, ״אע״ג דאיכא כחות שויס״, וכן שטף נהר זיתיו והניחו בשדה אחר דחולקין בפירות (עי׳ אות רעו׳). ובאיזור הדבר דוקא משום שאין הכחות שויס וכל אחד נותן קוג אחר ואין דרך להשוות ביייהס (עי׳ אות רפו׳, ועי׳ רש״י כתו׳ לג:), תשבי׳ להו מחצה על מחצה שהם שני הסוגים הנערכים. ואף דהתם הנדון בממונות, הרי אין הסברא הזו תלויה בממון, אלא רק איך להתייחס לדבר. אמנם ראי׳ ממש ליכא מההוא דב״ק כיון דהוא קנסא בעלמא דקנסוהו שם ולא דינא.

יא) אבל כל זה כשהיה האב בחיים בתחילת יצירתו, ואף שדרך הטבע הוא ע״י הערלה, מ״מ הרי אירע כך שהזרע השתהה באיזה מקום ונכנס מאליו לגוף האם. ואין זה מפקיע ממנו סדר הורות. אבל כשהאב איננו בחיים, י״ל דאין עליו שם אב כלל, לא על זה דברה תורה ואין זה מקרי אב. דבשביל שם אב צריכים קודם כל את הגברא, ואח״ז דיש איך פעל הגברא הזה ליצירת הבן, והזרע הוא כמו אם שכח אחר מעורב בו, ויצא ממנו ונקלט באם וזה נותן לו שם אב. אבל אם אין אב, הרי הזרע הזה כחומר בעלמא, ואי אפשר לתת שם בן למפרע למי שאינו בעולם (וגם בזורק מן ומת קודם שפגע לא חל עליו למפרע הדין, דאינו חל אלא אחר שפגע למפרע, דמצד הזורק אינו ברור שיפגע ועכ״פ כל שלא פגע, בזמן שחי לא היה שייך חיוב וממילא גם אחר מיתה אין חיוב למפרע. והנמוק״י ב״ק י: דמחייב בזרק ומת, אע״ד פשוט דלא קאמר אלא לדיני נזיקין, שחל עליו שעבוד נכסים משעת זריקה (עי׳ מי׳ ר׳ שמעון לב״ק סי׳ ג׳ וקובץ שעורים ב׳ יא׳, ובפרט באמרי משה ס״ס לח׳), אבל לא לענין חיוב שבת וחיוב מיתה. ובגד״ש כתו׳ לא׳ כ׳ לא כן, ולדבריו גם זרק בשבת ופגע אחר השבת יתחייב משום איסור שבת, ואין לזה טעם, ועי׳ אות מטו׳ ואילך).

יב) ורק אם בא על אשה כדרך כל הארץ, לא אכפת לן אם נקלט או לא, שהוא עשה את הפעולה שעושה אותו לאב. משא״כ כשלא היתה ביאה, אין התחלה להורותו. ובאמת גם באב שמת קודם לידת בנו, יש משהו קלוש בהורותו, דרק ע״י שנולד בנו נעשה אב, וגם עצם זה שלענין יבום אינו כאביו (אם נקלט אח״כ להנו״ב לעיל אות ה׳), כבר פוגם בהורות. דבדיני התורה נקבע היחס לא ע״פ הרעיון המופשט, אלא ביטויו בפועל, כדאמרי׳ בכל דוכתא מה לדין פלוני שכן וכו׳, וכל שגרע מדיני אב שלו, גם עצם דין אב קלוש.

יג) ולענין יחוס אחריו, אם האב כהן, לכאורה לא אכפת לן שאין

הקשר לאב גמור, דס״ס אין מעורב כאן אב אחר, והרי זה נולד מהורות קלושה, אבל כולו בא מהורות זו, ולכן אין זה פוגם בכהונתו. ואפי׳ הנולדת מעיבור באמצעי׳ מזרע של אחר, בלא ביאת איסור לא נפסלה לכהונה כדאי׳ בחגיגה יד. דהפסול ע״י ביאת איסור ולא ע״י הורות (ואמנם משא״כ בחלקת יעקב אה״ע יב לשיטתו שאסור בהזרעה מלאכותית, שג״כ פוסל הולד דלא גרע

איסור זה מביאת איסור). אמנם אין הכרח לכהונה חיובית.

יד) אבל לענין ממזרות, שכ׳ רביעו פרק שם שהולד כשר, והעתיקו בליקוטי מהרי״ל ובב״ש שם וכן פשוט למ״ל שם. איך יתכן שיהיה לאשה בן ומיוחס אחר אדם זר ולא אחר בעלה, שהרי זה ענין הממזרות, שנעשית האדון מבל ואין הבחנה ביייהס. (ועי׳ תו׳ יבמות טו: שהביאו לד דאפי׳ בביאת היתר שייך ממזרות). וזה חלק מהטעם שאסרה התורה ביאת איסור זו דל״ת, וא״כ מה הטעם להתירו מחמת שלא היה האיסור, הרי היתה סיבת האיסור.

טו) ומזה נראה, דאף דאמרי׳ שיש כאן הורות קלושה ומתייחס לבעל הזרע, ולכן אוסרים בקרובותיו, אין בהורות זו מבל, ודברי התורה על מבל שהם חלק מטעם הממזרות, מתייחסים להורות שלמה, שבאה ע״י ביאה, אבל בנדון דידן גם הקורבא היא קלושה, ואף שאסורה מן התורה, אין היא עיקר טעם הממזרות, ולכן איננה עושה ממזרות. ול״פ דלעשות ממזרות צריכים הורות גמורה של הוולף, דעצם זה שאשת איש ילדה בן (ונקבע לפי זמן ההריון כמובן ולא זמן הלידה) ואביו הגמור הוא אדם אחר, קובע ממזרות. שהוא המעגשות של שני הכחות החוקים בין ישראלין של האשה ובין אביו של הבן. אבל כשא׳ הכחות נקלט, כח הישראלין גובר, ואינו מקלקל הולד לעשותו ממזר ולבטלו מחיבורו לאומה וישראל. וגדול חומרת הממזר והולאתו מהזכות לבא בקהל, הוא רק משום הערבוב הגמור של יחוסו. ולסברא זו בודאי הוא מעשה ממזר ומכוער מאין כמוהו ודבר טומאה ונבלה, אלא שאם ממזרות אין עליו.

טז) וכמ׳ ארץ הצבי סי׳ טו׳ כ׳ דמד״ר ר״מ בכתו׳ ג: דאין ביאת נכרי אוסרת הולד, משום דרחמנא אפקריה לזרעיה וביאתו כביאת בהמה, מבואר דדין ההורות הוא בביאה, ואם מפקריה הביאה אין הורות, וק״ו בהזרעה או באמבטיה אין יחוס לאביו. אבל אין שום ראי׳ מזה, דרחמנא לא אפקריה רק לביאתו, אלא גם לזרעו, ואין זה משום שרק הביאה קובעת, אלא אפשר שאף הזרע קובע, וגם זה רחמנא אפקריה. ומ״ש כביאת בהמה כלול בזה גם כזרע בהמה. ועוד, שהרי הלכה כר״מ ואעפ״כ הב״ח והב״ש והט״ו הביאו דברי הגהת סמ״ק להלכה דמתיחס אליו עכ״פ לחומרא, והרי לר״מ אף לחומרא אינו מתייחס לנכרי. גם אין ראי׳ ממ״ד עכו״ם ועבד עושה ממזר, דהרי אין הלכה כמותו בזה,

ואולי בהא תליא. ועוד דבגיאת עכו"ס הממזרות ע"י טומאת עכו"ס, ואילו בא"א הרי הבועל הוא ישראל והממזרות ע"י טומאת העברה.

יז) עכ"פ היוצא מזה, דלאסור בקרובותיו הסכמת כל הפו' לאסור, אלא דכמה פו' כתבו שאינו אלא לחומרא, ויש שכתבו שהוא בנו לכל דבר, אבל על זה אין ראיה שיהיה בנו לכל דבר. וגם אין הכוונה ברורה מה הוא לכל דבר, דברי הח"מ בודאי איסור ברורים, ודברי הב"ש אפשר שכוונתו לקיום פו"ר, דאם תליס איסורי עריות בודאי מספיק גם לענין פו"ר. והמתשיבים אותו כאח לבני אביו לענין יבום, ג"כ אין ראיה שיהיה לכל דבר, כמבואר לעיל, א"כ אין הסכמת הפו' אלא לענין איסורים. וא"פ כמו שנת'.

ב. יחוס בהזרעה מלאכותית

יח) והנה מה שהיה פשוט לרביעו פרץ וכל הפוסקים דבעיברה באמבטיה הולד כשר (ובני אהובה שם אין הדבר ברור לו), למד מזה באגרות משה מ"א סי' י' וסי' עה', דהוא הדין בהזרעה מלאכותית. אמנם ר' יואל מסאטמר נתלה עליו (המפרסם מאמרו בקובץ 'המאור' אב תשכ"ד), ועיקר טענתו דלא שמענו להתיר אלא כשנעשה מאליו, וא"א לקבוע ממזרות על דבר שאין בו מעשה, אבל כשעושה מעשה בידיים ומכנסת לגופה זרע של אחר, הולד פסול. (וכעי"ז בגי"א מ"ג כז ב, דבעיברה באמבטיה לא נחשב אביו גמור, כי לא התכוין, ובמורס זרע נחשב אביו גמור כי התכוין. ובתשוה"ג מ"ד תו' כ' להיפך, דבאמבטי' דומה לדרך הטבע שקרה מאליו, משא"כ כשעושה בידיים בודאי אין יחס לאב).

יט) אבל דבריו קשים, דבממזרות לעולם אין חילוק בין אונס ולאון שוגג ומזיד, שזה כל מהותו, שהוא משום שיבוש הזרע וטהרתו. וגם אם רוחו של אליהו הפילהו ונתקע באשת איש, או שאנסוהו אחרים, עדיין איכא ממזרות. וא"כ איך אפשר לתלות ממזרות במחשבתה של האשה, דהרי גם שנכנסת לאמבטיה הוא מעשה, אלא שאינה מתכוונת, וכאן כשנכנסת לבית חוליס ומתכוונת שרופא יכניס בה, א"א מחמת זה לקבוע שם ממזר. ובודאי נכון הדבר שטעם האיסור דא"א קשור ג"כ לחבל דהזרע, אבל טעם הממזרות הוא משום האיסור. (וכן תמוהין דברי הלי"א, ששם אב יהיה תלוי בכוונתו). ואכן בהמעיין תמוז תשע"א התפרסם כת"י אחר של ד' ר' פרץ וכו נאמר במפורש "אפי' מקלוט הזרע מן הסדיינים לתוך מעיה, דהא לא אתא עליה", הרי

גם זה שרי לדעת בעל הכת"י הנ"ל.

כ) ומ"מ מסברתו למדתי דבר חדש, דאפשר דכל מאי דפשיטא לרביעו פרץ והפוסקים דבעיברה באמבטיה הולד ממיתם אחריו, היינו בעיברה באמבטיה או ע"י סדין, שהוא מילתא דממילא, שהוא בכלל טבע העולם, שהמתקרבת לגופו של אדם קולטת זרעו, וככל שקרובה יותר לדברים הקרובים לגופו, יש לד רמוק שמיקלט ממנו. ולית לן לחלק בין הערלה ובין מיבור גופה למקום שנגע גופו. אבל כשהקשר הוא מלאכותי, בטל שם הורות מזה. וכמ' התשוה"ג לעיל. וקצת יש לדקדק מדלא מצאו הקדמונים אלא עיבור באמבטיה, ולמה לא דברו על הרעיון הפשוט ליטול זרע של אדם ולהכניסו בשפופרת (ובתשו' רב האי ליק סי' כה' פי' דכשאלה"ר פירש מן האשה, לקחה מזרעו ונתנה ברחמה ונתעברה). ובע"כ שהתייחסו למציאות כזו בצורה אחרת, ולא מסתבר שהתייחסו לזה כבלתי אפשרי טכנית, שהרי מה בין זה לבין זרע הנמצא באמבטיה. אלא שחשבו הדבר כמלאכותי וכלא מתאים לרעיון של הורות שנמשכת בדרך טבעית ומאליה.

כא) ולפ"ז היה אפשר לחדש כעין סברתו אבל להיפך, דכשאשה עושה הזרעה מלאכותית מזרע של אחר, אין בכלל דין הורות, דלא דברו הקדמונים אלא באמבטיה שנעשה ממילא ובתוס לב, א"א להתעלם מהמציאות שאותו אדם הכניסה להריון בדרך היתר. אבל כשהיא מערבבת את המציאות ואת הטבע, והיא בעולם בעל, אין מקום לשם של הורות אחרת בגופה, שהרי הורות היא גם זכות ולא רק חובה, ואין זכות לאחר להיקרא אב לבנה. ולו לא יהיה הזרע. וגם אם לא נימא הכי, ל"ק מש"כ דאיך אפשר לומר שטעם האיסור ממת הזרע, אבל הכנסת הזרע עצמה אינה אסורה. דהזרע דמיירי ביה האיסור הוא בדרך ביאה שיש הורות גמורה. (וכן מה דתמה בחלקת יעקב אה"ע טו, מהלשונות כגון "איזהו ממזר הנולד מחייבי כריתות", שלא הוגשה הביאה, כמו במשנה "איזהו ממזר הבא על א"א", ג"כ ל"ק מטעם זה, דע"י הזרעה אינו באמת "בא מחייבי כריתות", והקשר הוא קלוש ואינו הורות גמורה).

כב) ונראה דזרע של אדם אחר שמת, לא שייך לומר דיהיה הולד ממזר, עמ"ש לעיל אות יא', והגם שאפשר להתווכח מסברא, מ"מ לענין ממזרות, לא שייך שיהיה ממזרות בלי נואף ונואפת, וממזרות הוא אף באונס אבל כשיש איש ואשה שמנאפים, ובלא זה לא יצייר ממזרות. וזה מחזק סברת הגרמ"פ ודעמיה, דכיון שע"י הזרעה אין צריכים כלל להאיש, וכך לי שהוא חי או שהוא מת, אין חיותו מוסיפה כלום לתת שם ממזרות ושם נואף.

כג) ועכ"פ לענין תמיהת ר' יואל, לאחרונים דסברי שהלכה גם כשמואל יבמות מג: דטעם הבתולה דאין השכיבה שורה אלא על הולדים (הט"ז מביא הטעם, אף שהב"ש כ' שאין הלכה כן), איך יותר בהזרעה מלאכותית. י"ל כעין הנ"ל, דלא אמר שמואל אלא כשהוא ספק מבעל ראשון ספק מבעל שני, וכולהו דרך ביאה והורות גמורה, ואריך הוא לידע אם הראשון אביו או השני. אבל דין זה שאין לבעל הזרע הורות גמורה, אלא רק לענין הרחקה מערוות, לא אסרו מכמיס לעשות מעשה משום דין הולדים. דבלא"ה אין לו אב שני, אלא רק שאינו יודע למי יש הורות קלושה עליו.

כד) ומה שטען עוד ר' יואל, דאף אי ליכא למיחש לשמא ישא אחותו מאביו, עדיין איכא למיחש שייבם אשת אחיו מאמו ויוציא אמו לשוק ויפטור יבמתו לשוק. הלא אין זה אלא כשאמרו הבתולה ויחשבו שהוא בן של השני, אבל בנ"ד שידוע שאינו בנו של השני ואין לו שום שייכות אליו, הלא אין לחוש. וכי יאסור לאמץ ילדים וכדו' מטעם זה. וכל שהדבר ידוע להוריים חוקה על ישראל שיודיעו לפני נישואין ולפני כל דבר את אמת יחוסם אם יהיה נפ"מ בדבר.

כה) ועי' לשרידי אש במאמרו שמפש בהפרדם תשי"א, שמביא ר"י שאין הולד ממזר, מהא דיבמות מא דאמרי' לר' יוסי ל"ל איסור הבתולה לענין אירוסין, והנשואות יתארסו תיכף. ולמה לא חוששים שבעל וגירש ונתארסה מיד, וכיון שדינה כאשת איש, והזרע מהראשון נקלט רק אחרי שהיתה אשת איש לאחר, הרי שהולד בכה"ג כשר. ולא אכפת לן שנקלט זרע של א' במעי א"א. אמנם יש לדחות, דלא אמרו שיהיה הולד ממזר אלא כשמעשה ההכנסה היה בניגוד לאישות, גם אם אינו איסור או שנעשה בלא ידיעתה, אבל כשהביאה היתה כשהיתה נשואה לו, הרי מה שמכוסה מן העין לא אכפת לן לענין ממזרות.

כו) וכהפרדס סיון תש"ג נדפס מאמר של הרא"מ בלאך דאין ראיה שבלא ביאה אין ממזרות, וטוען שאפשרי הדבר שתהיה ממזרות מחמת עצם הזרע הבא במעיה גם בלא ביאה. אבל כבר כ' בראשית דבריו שאין לפניו אופר הפוסקים, ואם היה לפניו היה רואה עכ"פ דברי רבינו פרץ ומהרי"ל המובאים בב"ח ובב"ש דשברי שהולד כשר, והרי לדבריו אין הדבר תלוי במעשה הכנסה אלא בעצם ירידת הולד מזרע של אחר, וזה נסתר בהחלט מדברי הראשונים והפוסקים.

כז) ומש"כ בתשובה"ג ב' תרפט' "שכן נקבע ביחסי אישות דוקא אבל בזרע לבד אינו קובע לו ייחוס, וי"ל מש"כ בגמרא "אין מוששין לזרע האב" אף לענין זה כן - דע"י זרע האב לבד אינו נעשה בנו מדין תורה", מליצה בעלמא קאמר, שהרי הדין של אין מוששין לזרע האב הוא משום דזרמת סוסים אינו משוב ליחוס ואין שם 'אב' אלא בע"ח ולכן רק מין האם קובע. הגם שהלכה אין הדבר ברור כן כמבואר ביו"ד טז. וכבר מוז בו התשובה"ג כמובא להלן אות קלב'.

כח) ולענין הלכה הסכימו הפוסקים גם בהזרעה כדעת האגרות משה (אשר השיב על דברי המשיגים עליו במכתבו המובא בחלקת יעקב שם כב', וכל דבריו נכונים לראיה, ולא ידעתי למה לא נדפסה התשובה הזו גם באגר"מ), וכבר כ' כן השרידי אש במכתבו שם, שכ"מ מד' רבינו פרץ, וכן הורה הגרי"ש והגרי"ב ז"ולטי ועוד מרבני זמננו. אבל מרן הגרשז"א במנח"ש תניינא קכד מושש שמד' המו' יבמות טו: מוכח דפליגי ארבינו פרץ, והוא משום שכ' שם אף דביאת היתר היא מ"מ כיון דלא תפסי קידושין הוי ממזר. ולכאו' אינו מוכרח כלל, דש"ס איכא ביאה.

כט) ועוד נחלק שם ר' יואל על האג"מ, שאין לסמוך בזרע הנלקח מן השוק שייהיה מרובא דעלמא, שהרי גזירת הבמה עצמה מוששת למיעוטא דמיעוטא, דמהיכי תיתי יצא אחות אביו, ובפרט מה דמושש רבינו פרץ בסדין עצמו הוא משש רחוק. אבל אינו מוכרח, דודאי הגזרה עצמה היא לחוש למה שאינו מן התורה, כמו גזירת דמאי, ושאר גזרות חכמים (עי' אות תקסב'), שאם היה אסור מצד רוב וכדו' לא היה צריך לגזרה. והנדון אם הוא בכלל הגזרה, זוה באמת תלוי בסברא, אם בזרע שהוא עצמו נלקח מן השוק, גזרו ג"כ, כמו שגזרו בזרע של איש אחר. וע"ז לא הביא ראיה. ומש"כ לדמותו לקבוע אינו מחוור, ולא ביאר דבריו בזה. עי' בסמוך לגבי דברי החלק". (אגב תמה שם על האג"מ שכ' שיוכל ליקח גיורת, הלא אם יגייהר לשם ישואין הם גרי אריות שלא חלה הגרות. ומתיהני שהרי קי"ל דחלה הגרות בזה).

ל) וראיתי לחלקת יעקב אה"ע סי' יד', שהשיג על האג"מ דיש כאן דין קבוע דרבנן ממש, שהרי הזרע הנאגר בבנק הזרע נחשב לדבר משוב, ובזה כ' הש"ך קי' לו' להחמיר שאין ליטול מן התערובת. והנה מלבד הא שאין הדין ברור, והמ"ח כ' רק לטוב להחמיר, ועי' רעק"א לשו"ע שם שהמנח"י מג' ג' מיקל בהפ"מ, וכן מיקל ביד יהודה שם פי' הארוך ס"ק טו, וכן מצדד הפמ"ג והחכמ"א סג' ה'. והרי הנדון כאן הוא נדון חמור ואינו מילתא בעלמא אלא צורך גדול. הרי נראה דהרכיב החלק"י ב' דיינים זה עם זה. דדברי הש"ך שאין ליטול מן התערובת, הוא בידוע לנו שיש איסור בתערובת, ובזה נידון כקבוע מדרבנן. והרי כאן אין הדבר ידוע לנו, ולא נעשה קבוע מחמת שיש בעולם מיעוטא דישראל ואפשר שא' מהם נתן לבנק הזרע. דהרי אין זה ברור שנתן ולא גזרו מכמים אלא בידוע. (ואינו דומה כלל להש"ך קיד' כא' לענין כרכוס להתירא, בשם אחד שאינו מערב, שם הוא דין מיוחד שהקלו רבנן במקנתם כמבואר שם בנקוה"כ ועי' בהגר"א שם כו' ובחכמ"א סו' יח', אבל לא ליצור איסוריס מחמת זה). ועוד דהרי גם בנדון זה דגזרת קבוע דרבנן, אם נאבד אחד מהם מותרין כדאי' שם ס"ז, ועי' תפאל"מ דה"ה ניתן לנכרי.

לא) ובכלל דין זרע שאינו בקדושה, שיש אחרונים המחמירים שלריך ג"כ גירות (עי' חמדת שלמה סי' ב' וטוטו"ד רכט', ופ"ת אה"ע ד' ב' שאין העיקר כדבריהם), נראה ג"כ שהוא משוס הביאה, שנוצר ע"י דיבוק בבן נכר. אבל עכשו זה שהחומר נוצר בגופו, אינו משוב כ"כ שלא בקדושה, שהרי אם התגייר ומיל אח"כ בא על בת ישראל דינו כישראל, ולא אמרי' שהחומר נוצר בגופו כשהיה נכרי. לכיון שהמיבור היה בין בני ישראל, אין כאן דיבוק בבן נכר.

לב) כ"ז כמובן לנדון ההלכתי אחר שנעשה, ולענין להתחלה כידוע יש שהחמירו בזה מאד, ויש שהתירו לפי הצורך. ובעטרת שלמה תש"ס עמ' קנא' כ' שנעשה כבנו ע"י שמלמדו תורה וכו', ואין בזה ממש, ומש"כ שם לגבי תרומת שחלות דהולד מתייחס לאם הביולוגית, דהוא כמו השחלת לב שאין הלב מתייחס למושחל, לא נלע"ד וכמו שנבאר פי"ב בחורך. ולענין דין שחוקי, לסברים דמתייחס לאביו, לחשוש לישראל פסול, כבר נת' באחרונים דאינו אלא משוס קבוע דאזלא אחרי הגביה, אבל כאן אין כך המציאות בתרומת זרע. (וכן י"ל דאין דין קבוע אלא באיסור, או שנוצר איסור ע"י הלקיחה מן הקבוע כגון באזל אחרי הגבה ומטמאה, אבל הזרע אינו איסור ול"ש בו דין קבוע).

ג. בדין הוצאת זרע לשם הזרעה מלאכותית

לג) הדברי מלכיאל מ"ד קז כ' שהלד לדון את הוצאת הזרע שלא לבטלה, הוא ע"י שסומך על הרופא, והרי ידוע שכ' הקדמונים שאין מברכים על מצוה המלויה באחר שמא הלה לא יעשה מלקו, וכן באו"ח רב דפירות שברכו להמליג לא יברך עד שיבדוק. נראה שדורש מיבת "לבטלה" כמו בברכה לבטלה. אמנם נראה שאינו דומה כלל, והרי לענין ברכת נטילת ידיים, כ' הריטב"א בחולין קו שאם נוטל ומברך ואח"כ נמלך ואינו אוכל לא נחשב לבטלה, כי אין לו אלא מקומו ושעתו, ובזמן הנטילה רצה לאכול והיתה עליו מצוה ליטול ולברך כדי לאכול, והשתא אינו חייב לאכול. ובתשו' חת"ס יו"ד רנג' לענין ברכה על טבילת גר קטן אף דיכול למחות אח"כ, והביא שם מהפרשת תרומה דמברך אע"ג דיכול לישאל.

לד) ואין זה שייך למצוה המלויה באחר, דהברכה נתקנה על מעשה שלו, והא דפירות שברכו להמליג, הוא משוס שבמקומו ושעתו הוא מחוייב לבדוק כדי לאכול, וא"כ אין מצוותו עתה לברך אלא קודם כל לבדוק. ואילו בנ"ד הוא להיפך, שעושה כל מה שיכול כדי להביא זרע לעולם, ואין כאן כלל בטלה. וכסברת מהרש"ם ח"ג רסח (וחקן אהרן תניינא ל') דכיון שאפשר שיבא לידי הולדה אינו נחשב לבטלה וכ"כ שרידי אש מ"ג ה'. וכן הסכימו באג"מ אה"ע ב' יח' והגרשז"א (נעם מ"א עמ' קנו), וכן מצדד בשבה"ל מ"ח רנא'.

לה) ומה שכתבו כמה מחברים שאין משתמשים בכל הזרע אלא רק בטיפה (וכן בצי"א חצ"ו מה), הלא גם בזרע שברחם האשה כן הוא שרק טיפה אחת נקלטת, ואחרי שהיא נקלטת הלא מותר לשטוף ולהוציא כל שאר הזרע כדאי' בטוש"ע יו"ד קנו', דמכליתו הוא להיקלט ותו לא. (עי' דברי מלכיאל מ"ג לא' שבאחר דאחר שנקלט לכו"ע שרי לשטוף. ובחזו"א אה"ע לו' ב' כתב:

"אין שייך עליה איסור דהשחתת זרע דידיה... מיהו היא אסורה משום זרע דידה שיצא מהעלי' ונתערבו בפרוזדור ובאו למקור יחד עם דידי' כמ"ש מכמי הניתוח", ולא ידענא היכן נמצא כן בחכמי זמננו, ואם הכוונה לביצית המופרית, אין זו יורדת לפרוזדור ולא שייך בה שטיפה).

לו) אבל באגרות משה אה"ע א' מ"ב יח' מדש בזה דבר, וכ' דהיתר הוצאת הזרע נלמד כ"ש ממה שהתירו ביבמות עו למי שניקב הגיד שלו ונתמו שבודקין אותו בהוצאת זרע לראות אם נסתם הטבע. והוא כדי להכשירו לבא בקהל שיוכל לקיים פו"ר, על צד הספק שיימצא כשר בבדיקה (ובעצם הלימוד כבר אי' כן בפו' כדלהלן), ק"ו כאן שהוא עצם הפו"ר. אלא שכתב דשם אסרו להוציא זרע בידיים, שהרי שלא רבא בריה דרבה לר' יוסף ילמדנו רביו היכי עבדינן והוצרך ר' יוסף לומר שמנהגינן נהמא תמימי דשערי אבי פוקרי ומקרי (שמתמתם נקב הרעי ועי"ז מוציא) ואביי אמר שמעברינן קמיה בגדי לבעונין ויהרהר עי"ז בנשים ויקרי. ופי' האגר"מ שהוז"ל בידיים יש בה איסור נוסף דמנאף ביד כדרשת ר' ישמעאל בנדה יג, וזה לא הותר בשביל פו"ר, ולכן עצת האמוראים היתה לעשות בלי נגיעה באבר. ולכן פוסק למעשה שכיון שאינו בקיאין בעצה דר' יוסף, ויעביד כאביי שיוציא הזרע ע"י הרהור בדבר שמותר לו להרהר. וכ' שרוב אנשים מועיל להם.

לז) והנה מה שכתב שיועיל לרוב האנשים, הוא תמוה לפי המציאות, וגם לא כתב מה עשה במיעוטו אנשים שאינם יכולים להוציא הזרע ע"י הרהור לבד. ובאמת גם מש"כ שאינו בקיאין בדר' יוסף, אינו מדוקדק, וכבר שנים רבות שידוע שאפשר לגרום להוז"ל ע"י גירוי במקום מסויים בתוך נקב הרעי, כיום עושים זאת ע"י גירוי חשמלי (אצל אנשים משותקים), אבל כבר בעבר עשו זאת ע"י גירוי פיזי.

לח) אמנם עצם חדושו יש לדון לענ"ד, אף שבביאור הגמ' ביבמות כבר כ' כן להציע מהרש"ל בישש"ש שם סי' עו' "פשיטא שהוא אסור להוציא זרע ביד שחייב מיתה", הרי יש לומר דהיינו התם שהוצאת הזרע אינה לפרות ולרבות ממנו, אלא לבדיקה בעלמא, בזה יש עליו חיוב מיתה, אבל כאן שמוציאו כדי לפרות ממנו אין זה לבטלה כלל. ומהרש"ם ודעמיה לא חשו להוז"ל בזה ולא חלקו בין בידיים לשאר בידיים. וכן מש"כ בח"ג יד שוב: "במשמוש בידיים לא הותר אף לצורך הולדת בנים", לא כ' היכא מצינו שלא הותר.

לט) ועוד, שאין דבריו ממש כדברי מהרש"ל, דמהרש"ל כ' שלא לעשות בידיים, ועיקר דבריו נראה שהוא בגרמא, וסובר דעיקר איסור הוז"ל עובר עליו כשעושה בידיים מעשה, ואילו כשניקרי ממילא ממתת שלא נשמר, עובר על ושמרת מכל דבר רע שלא יהרהר אדם ביום וכו', והוא איסור פחות חמור שענינו הקדושה. א"נ הוא אותו איסור אלא דהמוציא בלא מעשה חשיב גרמא. אבל באגר"מ נר' שמחלק דכל שיש נגיעת יד באבר עובר על מנאף ביד זה לא הותר בשביל פו"ר, ואם עושה מעשה בלא נגיעת יד באבר מותר בשביל פו"ר. וכעי"ז כ' בתקנת השבים לר' צדוק הכהן אות עו', דהדין של ניאוף ביד או ברגל, הוא כשתוחב האבר בבשר, דדמיא למשכבי אשה.

מ) ונראה לבאר ע"פ דברי רש"ה, דהנה מצינו ביאה דרך איברים, והוא שנוהג כדרך המנאפים אלא שאינו עושה הערלה כלל במקום ביאה, ומ"מ דומה הדבר בענינו לביאה ממש שדש דרך איברים. ונראה דגם לראשונים הסוברים דחו"ג אינו אסור מן התורה בערוה, אפשר דזה אסור מן התורה, ולכן כיוונו ביאה דרך איברים שדינו כביאה ממש לענין איסור ניאוף (אבל לא לאסרה על בעלה ולקנותה ושאר דיני ביאה כמובן), וממילא המנאף ביד או ברגל נחשב כרובע את עצמו, ולכן נקט ר' ישמעאל מנאף ביד וברגל שלכאו' אין זה שום ענין איך עושה הדבר, והיה לו לומר מוציא ז"ל. ואמנם משכב זכור ממש לא דנו אלא ברובע את עצמו בביאה גמורה, אבל איסור הוז"ל בשיטה זו הוא איסור רובע את עצמו. ולכן דוקא כשדומה לביאה דרך איברים, אבל כשגורם להוציא זרע הוא ענין אחר לגמרי שמבטל פו"ר, והם ב' דברים נפרדים. ומצאתי להדיא כן בחמ' כלה פ"ב ה"ו המחממים את עצמם ומוציאים ז"ל וכו' תנא אף הוא עובר משום בועל ובעל.

מא) ועי' יבמות נב: דרבא סלקא דעתיה דקינא לה דרך איברים צריך מיעוטו אלא מהיה סוטה, משמע להדיא דהדבר אסור מן התורה, דאל"כ מה ס"ד שיהיה בה דין סוטה. אלא לאביי דמי ליה, דאמנו פריצותא אסר רחמנא, דכיון שסו"ס אינה נאסרת על בעלה, א"א שיהיה בה דין סוטה. ולאיתי למי שפי' דלא אסר רחמנא הוא רק' לסוברים דקורבא אינו אסור מן התורה (עי' הר הרקיע לרשב"ץ ל"ת שנג' ומביאו הח"מ כ' ג' ועי' מש"ח ויקרא יח ה), ואינו נראה בגמ', אלא כמ"ש דמההוא מיעוטו לפי' דלא נאסרת לבעלה בזה (וכן מוכח ברש"י ובתו' יבמות נה: ד"ה לאחר, שהנדון הוא למיחד מיתה ודין ביאת ערוה, ולא לאיסורי קורבא, וכ"פ הגר"א באה"ע כ'). ולאביי דעי' דאינה נאסרת, אלא דס"ד דכיון שבעלה קינא לה ע"ז תיאסר בביאה דרך איברים.

מב) מיהו נראה דכל מה שלא נאסרת לבעלה, הוא משום דכשמברת שלא היה ביאה א"כ אי אפשר לאסור, אבל כל שאינה מברת הדבר, סגי בזה שהיו בקירוב בשר כדרך המנאפים. שהרי על סמך זה מוציאין אשה מבעלה וכן חורגין את הנואף והנואפת, ואין רואים כמכחול בשפופרת, ואף שאפשר שהוא דרך איברים, לא אכפת לן, ולא אמרינן בהא והאילו העדה. ועי' תשו' מיימוני לאישות סי' ח'. ובאמת הלא אין כאן סברא דאם בנעורת ואינו שורפה, דזה איתמר בנאמנו המותרת לו, ולכן סגי בעדי יחוד, אבל כאן כשעושה איסור, הלא ישראל אע"פ שחטא ישראל הוא, ושמא מוכן לחטוא בחו"נ ובקירוב בשר, אבל לא באיסור כזה שמחייבו מיתה ואוסרה לבעלה. וגם יש נשים שמשמרות עצמן מביאה. אלא משום שם ביאה נהרגין, וכ"נ כוונת הל"פ תשו' כג' ועל הר"מ איסו"ב יט' ג, ומביא מספרי דברים רמז' "ושכב עמה כל שכיבה" (ויש שם כל מיני גירסאות עי' במהדורות השונות), וע"ז י"ל דביאה דרך איברים נחשבת כביאה ממש לענין זה. ומשיירלו כמנאפים אוסרים אותה לבעלה והורגים את הנואף והנואפת. ולפ"ז נראו אותם בחו"נ ולא כדרך המנאפים ממש ביאה דרך איברים, אין נהרגין, ופשוט.

מג) ורש"י סוטה כו: פי' ביאה דרך איברים 'שנוכנים בקירוב בשר', ואפשר דלא פי' כל שיחמו, דהרי אדם שוכב בקירוב בשר עם בתו וכי משום זה ייקרא שבא עליה דרך איברים מ"ג, ולשון חו"ל והרמב"ם ביאה דרך איברים, והכוונה שהוא כמו דרך ביאה ממש, אלא שאינו במקום ביאה. ויש ע"ז קצת שם ביאה כאמור. ולכן כ' הר"מ בפיה"מ סנה' ז' ד' דמותר לאדם לבא על אשתו דרך איברים, ואי קירוב בשר מה צריך להיתר בזה, ובע"כ שהכוונה לדישה. וכן מבואר ברש"י יבמות נה: שפי' דרך איברים דש מבחוץ, ובאמת אין צריך שיוציא ג"כ זרע, שהרי אף ביאה עצמה אין צריך שיוציא זרע כדי להתחייב. אלא עצם הדישה בגופה דרך איברים, נחשב כביאה קצת.

מד) ומש"כ רש"י נדה יג: דרך איברים היינו שכבת זרע לבטלה, הוא משום דאמרת שלא היה ביאה א"כ אי אפשר לאסור, אבל כל שאינה מברת הדבר, סגי בזה שהיו בקירוב בשר כדרך המנאפים. שהרי על סמך זה מוציאין אשה מבעלה וכן חורגין את הנואף והנואפת, ואין רואים כמכחול בשפופרת, ואף שאפשר שהוא דרך איברים, לא אכפת לן, ולא אמרינן בהא והאילו העדה. ועי' תשו' מיימוני לאישות סי' ח'. ובאמת הלא אין כאן סברא דאם בנעורת ואינו שורפה, דזה איתמר בנאמנו המותרת לו, ולכן סגי בעדי יחוד, אבל כאן כשעושה איסור, הלא ישראל אע"פ שחטא ישראל הוא, ושמא מוכן לחטוא בחו"נ ובקירוב בשר, אבל לא באיסור כזה שמחייבו מיתה ואוסרה לבעלה. וגם יש נשים שמשמרות עצמן מביאה. אלא משום שם ביאה נהרגין, וכ"נ כוונת הל"פ תשו' כג' ועל הר"מ איסו"ב יט' ג, ומביא מספרי דברים רמז' "ושכב עמה כל שכיבה" (ויש שם כל מיני גירסאות עי' במהדורות השונות), וע"ז י"ל דביאה דרך איברים נחשבת כביאה ממש לענין זה. ומשיירלו כמנאפים אוסרים אותה לבעלה והורגים את הנואף והנואפת. ולפ"ז נראו אותם בחו"נ ולא כדרך המנאפים ממש ביאה דרך איברים, אין נהרגין, ופשוט.

מג) ורש"י סוטה כו: פי' ביאה דרך איברים 'שנוכנים בקירוב בשר', ואפשר דלא פי' כל שיחמו, דהרי אדם שוכב בקירוב בשר עם בתו וכי משום זה ייקרא שבא עליה דרך איברים מ"ג, ולשון חו"ל והרמב"ם ביאה דרך איברים, והכוונה שהוא כמו דרך ביאה ממש, אלא שאינו במקום ביאה. ויש ע"ז קצת שם ביאה כאמור. ולכן כ' הר"מ בפיה"מ סנה' ז' ד' דמותר לאדם לבא על אשתו דרך איברים, ואי קירוב בשר מה צריך להיתר בזה, ובע"כ שהכוונה לדישה. וכן מבואר ברש"י יבמות נה: שפי' דרך איברים דש מבחוץ, ובאמת אין צריך שיוציא ג"כ זרע, שהרי אף ביאה עצמה אין צריך שיוציא זרע כדי להתחייב. אלא עצם הדישה בגופה דרך איברים, נחשב כביאה קצת.

מד) ומש"כ רש"י נדה יג: דרך איברים היינו שכבת זרע לבטלה, הוא משום דאמרת שלא היה ביאה א"כ אי אפשר לאסור, אבל כל שאינה מברת הדבר, סגי בזה שהיו בקירוב בשר כדרך המנאפים. שהרי על סמך זה מוציאין אשה מבעלה וכן חורגין את הנואף והנואפת, ואין רואים כמכחול בשפופרת, ואף שאפשר שהוא דרך איברים, לא אכפת לן, ולא אמרינן בהא והאילו העדה. ועי' תשו' מיימוני לאישות סי' ח'. ובאמת הלא אין כאן סברא דאם בנעורת ואינו שורפה, דזה איתמר בנאמנו המותרת לו, ולכן סגי בעדי יחוד, אבל כאן כשעושה איסור, הלא ישראל אע"פ שחטא ישראל הוא, ושמא מוכן לחטוא בחו"נ ובקירוב בשר, אבל לא באיסור כזה שמחייבו מיתה ואוסרה לבעלה. וגם יש נשים שמשמרות עצמן מביאה. אלא משום שם ביאה נהרגין, וכ"נ כוונת הל"פ תשו' כג' ועל הר"מ איסו"ב יט' ג, ומביא מספרי דברים רמז' "ושכב עמה כל שכיבה" (ויש שם כל מיני גירסאות עי' במהדורות השונות), וע"ז י"ל דביאה דרך איברים נחשבת כביאה ממש לענין זה. ומשיירלו כמנאפים אוסרים אותה לבעלה והורגים את הנואף והנואפת. ולפ"ז נראו אותם בחו"נ ולא כדרך המנאפים ממש ביאה דרך איברים, אין נהרגין, ופשוט.

איברים, ורק כשעושה ביאה ממש, אמשביה לזכר כערוה. (ורמ"ה למאירי יבמות עג: דער' שמפרש שדרך איברים היינו נשיקת אבר באותו מקום בלי הערלה, וע"ת אי דוקא, וכנר' מקורו בר"מ פיה"מ שכ' שהוא ג"כ כמו דרך איברים, וא"כ ל"ד).

מה) ונראה דהאי דרך איברים הוא שלא כדרכה שהזכירו ביבמות לד ב במעשה ער ואונן, והרי במדרש ב"ר פה' ט' וכן בפסק"ז וברש"י עה"ת אמרו דער ואונן דש בפנים וזורה מבחוץ (וכן נוקט חזו"א אה"ע לו' ב'), ואילו ביבמות שם הביאו בריתא דדש בפנים הוא כמעשה ער ואונן, ואמרו דאינו ממש כמעשה ער ואונן והם שיממו שלא כדרכה. והרבה ראשונים העתיקו מעשה ער ואונן דדש בפנים וכו', ופי' ריטב"א שם ורא"מ עה"ת דדחיה בעלמא הוא.

מו) אמנם תמוה דכך היה קיים להו שתמר בתולה היתה ומיעבה, ולכן כל מועבות של בית רבי נקראו תמר על שמה כדאי' התם, וכי כל זה מלך מהדמיה? (וגם בעלי התוס' עה"ת מיאנו בזה, ועי' פי' ר"ת פלטיאל תלמידו של מהר"ם רוטנבורג, ומהר"ל נוקט שהיא מת' אמוראים) אלא י"ל דהאי דשה 'בפנים' הכוונה בגופה, והזריה 'בחוץ' הכוונה שלא היה באופן שמתעברת, ולענין הדין ביבמות שם נחשב שלא כדרכה, דהייו שדש שלא במקום ביאה, וגם אפשר שהיה שלא כדרכה בפשטו ומ"מ היה זורה בחוץ שכך הורגלו לשחת ארצה. והאמת שבמקום ביאה, גם אם זורה בחוץ יכולה להתעבר כי די בטיפה אחת קטנה כדי לעבר.

מז) ואפשר שלכן לא היו דשים אלא בחוץ, אבל כיון שהיה דרך ביאה נתנו עליו שם שלא כדרכה או דרך איברים, דמן הסתם קיימו תאוותם שיהיה דומה לביאה. וזה מוכן ד' הדרישה אה"ע כה' דלר"י דמותר הוו"ל באקראי שלכ"ד ה"ה דרך איברים, דתרוייהו ביאה ניהו. (והיא בריתא משבשתא היא כדלהלן אות פב', ובמוספתא לא השיבו מער ואונן, ולכן לא מששו מכמים לדרשה שלא כפשוטה).

מח) ויש בחילוק זה שבין האחרונים הנ"ל אות לט' נפ"מ עצומה, דאם נאמר כרל"ה והאגר"מ יהיה מותר אף ע"י מעשה ממש של גירוי במקום שגורם להוו"ל, דכל שאין נגיעת אבר אין האיסור דמנאף ביה. ולמהרש"ל אינו כן, אלא כל שעושה מעשה להוליד הזרע, עובר על הוו"ל, וכל שהוא ע"י גרמא כגון שמניח לחם חם וממתין שיארע מאליו אינו עובר אלא על ונשמרתם.

מט) מיהו הסברא לעיל אות לט' שהוא אותו האיסור אלא שמוליד שלא ע"י מעשה משיב גרמא, אינו נע"ד, דהרי מ"מ נחשב מסייע, ומכיון שזה ענין ההוו"ל שמעוררים את הגוף למצב זה, הרי המסייע נחשב כעושה מעשה גמור. שכך דרך פעולתו, ומנפ"מ אם עושה מעשה בחוזק, או שרק מניח אצלו לחם חם וממתין (וע"ע בדברינו ביו"ד רעו' ס"ק ל' וס"ק ג' ושיג' ס"ק ב' בדין גרמא באיסורי תורה). וסו"ס עיקר הדבר הוא בהתכוונו לזה שהרי אין קשוי אלא לדעת. וכמבואר בחזו"א אה"ע לו' ב' דהמוליד זרע של חברו, האיסור על בעל הזרע, והמוליד הוא רק המכשילו. א"כ עיקר טעם מהרש"ל משום דיש ב' אסורים חדא דהשחתה וחדא דקדושה. והשחתה שייב עליה מיתה הוא רק בדיים שהוא צורה שאסרה התורה. אבל גר' בדעתו כמש"ל, דכל שע"י מעשה אין דין נגיעה באבר עצמו.

נ) והר"ש דיבוכסקי בתמוחין יח' תשנ"ח עמ' 163 כותב: "ויתן לערף לזה את הדיון ההלכתי אם האיסור בהולדת זרע הוא על המוליד או על מי שהזרע שלו — עי' חזו"א אה"ע לו ב ומי' הרמב"ן כתו' לט: ממנה שהאיסור בהולדה שמעשה ע"י חימום בסיוע אדם אחר הוא קלום יותר", ואינו מבין דבריו, דאין כאן שום דיון הלכתי, החזו"א שם פשט"ל דהאיסור על בעל הזרע, והרמב"ן דן בשאלה אם האשה מצווה על השחתת זרע הבעל אחרי שנכנס לגופה, שהוא ענין אחר לגמרי (עי' להלן אות סט'), וזה ברור שגם אם אסור, האחריות היא עליה ולא עליו, שכן אחרי שהזרע בגופה אין זה שייך אליו, וגם לו היה הדבר להיפך והיה האיסור על המוליד, הרי סו"ס נעשה כאן איסור הוו"ל, ומבחינת הדב המורה להתיר אין הבדל אם מורה לאדם עצמו או לרופא.

נא) ולגוף דברי החזו"א לכאו' נראה בחמת שיש לדון על המוליד זרע של אחר, מבלי לפטור את האשון, שאיסורו ככל מוליד זרע מדין מסייע דאין קישוי אלא לדעת כדלעיל, (אם כי יש סברות להקל בדין הראשון כמבואר לעיל אות מ' ואילך, שאין כל הוו"ל שוות, אף שכולן אסורות). דשמא מלבד לפני עיוור, יהיה בו גם ענין הוו"ל, ועי' אות קלו' מה שכתבנו לדון אם יש ענין כללי במצוות לשבח יצרה גם לאחרים, ולפ"ז גם בפו"ר אף שאין אני מצווה לפו"ר של אחר, מ"מ אם אני משתמש אופן הפו"ר שלו הריני מבטל המצוה עצמה, ולא רק לפני עיוור, דמצוות פו"ר אינה הנהגה של הגברא, אלא שהמצוה היא שתהיה מולאות, וזה מוטל עליו, אבל המשתמש זרע של אחר פוגם מולאות המצוה. ואמנם אין זה שייך לגיאוף ומה שנמ' לעיל, (אף שי"ל גם בזה, דעבע הגיאוף שאריכים ב' אנשים, ויש שמתאוים לדבר זה, וזה מלך מהגיאוף שאסרה תורה לא רק בעצמו אלא גם באחר), הוא שייך למעשה ער ואונן, שעיקרו כשמונע עיבור להליד, ומ"מ גדר האיסור הוא כל שמוליד זרע בלי אפשרות עיבור. וזה שורש הסוברים דאשה מצווה על השחתת זרע דבעלה, ואפשר לחלק שהאחריות אצלה כשבא לגופה שזה טבע העולם.

נב) מיהו אין לגמוד מזה לרופא שהופקד הזרע אצלו לשם טיפול, דשייך שיהיה בו איסור השחתת זרע. דכל איסור ההשחתה הוא רק בגוף האיש או האשה. אבל הזרע שכבר נמצא בכלי הוא כמו על הארץ, והותר להם לעשות כן כדי להפרות ממנו, ולכן מייב הוא להפרות לא מדין מניעת הוו"ל, אלא מדין מחויבותו להם לדבר טרחו ועשו כפי שתכננו כדי שיקיים הוא מצוה. ואם לא עשה כן הוי חטא גדול כלפיהם שמועל באמונם ודומה גם לחובל בהם שהפקידו אצלו חלק מגופם, כמו מי שמביא לרופא אבר להשתיל בגופו וההוא משתיתו, ועי' אות שעג' בזה, אבל השחתת זרע ל"ש. ואין השחתה למפרע, דהייו שאם לא הפרה עכשיו התברר שההולדה למפרע לבטלה, דדין ההולדה נקבע בשעת עקירה כמובן.

נג) ומש"כ השבה"ל בח"י סי' רלא' שיש בביאת מופרית במבחנה משום השחתת זרע בכל תומרתו, לענ"ד ל"ע, דאטו אם אדם הוליד זרע לבטלה, ויכול עתה להכניסו ברחם של אשתו, יעבור עכשיו בהוו"ל. ועיקר האיסור הוא בהולאתו מהגוף, ואם מוליאו לצורך יש אפשרי שמותר. אבל אחרי שהוא בחוץ, בודאי שאם משתיתו מבטל ענין המצוה דפו"ר, אבל אין זה בתומרת הוו"ל.

נד) ול"ב מש"כ המנ"ח סוף מצוה ג' לדון אם קרים מצוה על הוו"ל, והרי כל ענין הסירוס הוא שאינו יכול להוליד זרע והוא עץ יבש, ומשמע דפשט"ל שהמוליד לחברו האיסור על המוליד, וזה הנדון בקרים. אבל פשוט דגם היינו אומרים כן, הרי יש איסור גם על בעל הזרע, דלא יתכן שהאיסור ייעלם כשאין אף בר מיובא שעליו מוטל. ורק במוליד לחברו היה לד לומר שהאיסור על המוליד, דס"ס הדבר אסור, אבל כאן אם נאמר דמותר לקרים להוליד וי"ל יהיה הדבר מותר, ואין זה טעם והוא שטות מבואר, דא"כ גם אשה לסוברים שאינה מצווה על השחתת זרע מוכל להוליד זרע של בעלה. ובע"כ שסובר המנח"מ דהאיסור באמת על שניהם כדין הוו"ל.

נה) אמנם בזה ברור שהפטור של קרים הוא רק מענין פו"ר, אבל לא מענין גיאוף, דאטו לברות שפכה מותר לגאף מ"ג, וא"כ דרשת דר' ישמעאל שפיר שייכא ביה, אלא שזה מלד

המנח"ח שמא אינו אלא באדם עצמו ולא בחברו, ואינו מוכרח כלעיל אות גא'. (והר"ש דיכובסקי בתחומין שם, סומך לגרף גם לדברי המנ"ח בספק הזה דספולי קהל מותרים בהוו"ל).

בו) ומ"מ עיקר ספק המנ"ח אינו מוכן, דמה שמביא מתו' סנה' נט' דמי שאינו מצוה על פו"ר אינו מצוה על השחתת זרע, הלא הנדון שם לגבי נח, דלא נתחדש בהם גדרי ואיסורי התורה, ולא כתבו אלא להיפך, דהמצווה על פו"ר נכלל בזה השחתת זרע, ועי' להלן אות עו', ומה שכתב בשמם "על כן גוייס ונשים אינן מצוים ע"ז", לא הזכירו כלל נשים.

בז) ומה שסובר ר"ח ביבמות יב: דלא מיפקדא אהשחתת זרע היינו זרע האיש כשבא בגופה, ואף שהיה מקום לומר דהדבר באתריותה ויתחדש לה דין השחתת זרע בזה, כיון שאין בה פו"ר, לא נתחדש. ואין מכאן שום ראיה לאיש שאסור לו לישאת, והרי ממזר ג"כ אינו מצווה אפו"ר, דלא יתכן שיש מצוה לרבות ממזרים (כמ"ש המנ"ח עצמו שם כב' וכנר' זו גם מסקנת הפמ"ג א"א רמ' א' וכדלהלן אות קלא'), וכי משום זה לא יהיה בו איסור הוו"ל. ומש"כ המנ"ח שם דלסוברים דמצוות על שבת בע"כ דנשים אסורות בהשחתת זרע, ג"כ אינו מוכרח כלל.

בח) ובהיות ביבמות לעיל אות לו', עוד יש לפרש, דבעי' למיבדקיה אם סתימתו כהוגן, לא רצו לבדוק ע"י משמוש ותנועה חזקה באבריה, דשמא ע"ז יפתח הסתימה, ורק בקרי הבא מאליו, שאין שום תנועה חזקה בחבר עצמו, לא חששו שיפתח הסתימה. ואין לומר שהוא קולא שלא כדין, שהרי אם יעשה תנועה חזקה בפעם אחרת או ע"י ביאה יפתח ונפסל עי"ז, דגראה דענין הסתימה והפתיחה שם אינו לצירור מציאות סתימת הנקב, שהרי בשביל זה אפשר להסתכל ולראות אם נסתם. אלא שאע"פ שהוא סתום כשיש לחץ מבפנים יכול להיפתח, וע"ז סגי שהלחץ של קרי רגיל אינו פותחו, דנחשב שדרכו להזריע מהמקום הראוי. ומה שאם יעשה תנועה ופשטא וגמדא יפא גם משם, אינו מעכב שם סתימה. אבל גם בדיקה אינו בדרך זה.

בט) (ולשבט הלוי ה' קצב' ראיתי שכ', דכיון שמגונה להוציא ביידיים אמרו לעשות בדרך זו, אבל אינו דין, וקצת דחוק שטרחו טובא ושאלו היכי עבדי', דמשמע שהיה פשיטא להו שא"א במשמוש, ומזה משמע כמו שכתבנו. ולעצם מהרש"ל מ"מ היה להם להביא המדוש והדיינים הנפרדים שבהוו"ל שאין הדבר פשוט במשנה שלא צריך לפרשו).

ס) ובאמת יל"ע על הגרמ"פ למה לא כ' עצמו שבא"א סי' ע' לענין בדיקת זרע כדי לרפאו שיוכל להוליד, שכ' שם שאם אינו יכול להוציא בלא מעשה, יכול לדוש בפיים ולזרות לתוך כלי. וכ' שם שגאוני הדור הקודם התירו בזה. ובאמת לשיטתו אין בזה האיסור דלא מצאף ביד, שהרי עצם הביאה מותרת לו ול"ש לאסרה מדין ניאוף ביד, ומה שבזמן הביאה אינו זורה בפיים הוא פגם הקדושה בלבד ולדעתו מותר לצורך זה. (וכן היה לדון בבדיקת פלו"ד אם נשוי לממזרת, ואם הוא בריא רואה לגרשה וליקח אשה בת בנים כשרים. עוד י"ל לענין ס' פלו"ד, אפי' היה נשוי לכשרה וגולד לו ספק זה, לראשונים הסוברים דס' פלו"ד מותר, לכאו' הבדיקה היא רק משום דאפשר לברר, ואפשר לברר ע"י איסור י"ל דלא תשיב אפשר לברר).

סא) והנה בעיקר הדבר הב"ש כה' ב' כ' דאם נמצא דם בעד של אשה ויש לד שהדם ממנו מותר להוציא זרע לברר אם יולא ממנו דם, ולמד מהיתר המוש' יבמות לד: להוציא זרע במשמש שלא כדרכה, ומובא ברמ"א שם, ועוד הביא ראי' מיבמות מו בבדיקה הנזכר לעיל, וכ' ויש לדחות, אבל בעיקר הדבר נראה דקיים ליה לב"ש להתיר מדברי המו' יבמות שם. ודבריו ל"ב דהלא בשלא כדרכה דרך איסות וביאה הוא, ואף שהוא ביאה שאין בה הריון, הרי הוא כמו מעוברת וזקנה, וכל שיש ע"ז שם ביאה סובר ר"י דאין בו איסור. ולא אמר ר"י מעולם דמותר להוציא זרע לבטלה בחקראי מ"ז, דהרי זה עצמו האיסור שלא יעשה כן, וכי ס"ד שהאיסור רק כשעושה כן בקבע? (ומש"כ התרלים סי' סד' דבחקראי היינו פעם אחת בימי חייו, הרי זה כחולק על הר"ר, ובהליה מבואר בתוס' לא כן, וגם אין בזה טעם לדעת ר"י).

סב) וכנראה לא פירש שיתחו ור"ל בחקראי לצורך גדול, דשייך לענייני אישות, שרוצה לדעת אם אשתו טהורה וחייב בעונתה מן התורה, לא תשיב לבטלה (ועי' להלן אות סז' בכוונתו), וזה דומה לדברי ר"י דכל שהוא בענין האישות לא תשיב לבטלה. שהרי אם היה דומה לביאה ממש לא היו צריכים להתנות שיהיה בחקראי, ובע"כ כיון שא"א להתעבר ממנו בשום אופן, ועי"ז יכול למנוע הריון כבר ואונן עצמם, בודאי הוא הוא האיסור אף שיש על ביאה שלא"ד שם ביאה, וכיון שכך למד מהיתר ר"י שכל דבר ששייך לאישות מותר, והתנאי דחקראי הוא כדי שלא יימנע ע"ז הריון, ואפי' אם ידוע שעכשיו היא מעוברת או זקנה נראה לאסור לעשות כן בקבע, דכך גדר האיסור, שלצורך אישות מותר בחקראי, ולא מלקו בין יכולה להתעבר עתה לאינה יכולה.

סג) והיעב"ץ בתשו' ח' מג' כ' בנדון אשה שהרתה לזנוים אם מותר להפיל עוברה, דהיא ברת קטלא כמות שהיא מעוברת, וכ' דהתו"י סי' לח' רלה לאסור ולמדו בק"ו מהולאת זרע לבטלה, אבל דמה דבריו, דהוו"ל היינו טעמא משום דמוסיף בכמות הטומאה, ועל כרחנו אנו צריכים לדבריהם בענין עוון זה. ולכאו' סתם ולא פירש, דהרי חז"ל התמירו מאד בעוון זה ומקבוהו לניאוף ור"א אמר תינקא כרסו וכו', ואמה צריכים אנו דוקא כאן לטעם המקובלים כדי להתמיר באיסור. אמנם בודאי נכונה סברתו דהולאת זרע לבטלה אינה מטעם רציחה והשחתת העולר, דאין כאן שום עולר ורחוק להתייחס בחומרא מחמת טעם זה, ובע"כ שהוא טעם של ניאוף וטומאה, ובאמת בעובר לא שייך כלל טעם זה, והוא נדון נפרד לגמרי. אבל אין צריכים בזה דוקא לטעם בעלי הסוד (כנראה כוונתו למה שכתבו שנופר מזרע לבטלה רוחין ולילין), אלא לעצם מומרת חז"ל שדרשוהו מן המקרא. (ועי' בזה להלן). ואילו בספרו מטפחת ספרים תמה טובא על הזהר שהתמיר כ"כ בעוון הוו"ל.

סד) ובהמשך דבריו כ': "ואינרא לצורך אף להוציא זרע לבטלה להשמיטו על הארץ שרי, כדאשכחן לענין בדיקת הניקב בגופתא דש"ז דמותבינן ליה אבי פוקרי. ש"מ דאיסור ממור זה הותר מכללו אצל צורך מצוה. כמ"ש במ"א בס"ד ואין להאריך". הרי דאף שהחליט שצריכים אנו לטעם בעלי הסוד שהתמירו בו כ"כ, כ' דלצורך מצוה שרי, וכנראה טעמו דגם לפי בעלי הסוד אין נתפסין בו קליפות אלא כשעשאו סתם כך לבטלה ולתאוה, אבל כשיש צורך מצוה בדבר זה עצמו קובע שאינו לבטלה. ודבריו מחודשין טובא, עצם זה שנוקק לסברות בעלי סוד לברר שמועת ההלכה, וגם מה שהסיק להתיר לצורך מצוה, ולא הגביל אפילו לצורך מצוה דאישות (כמ"ש בפשיטות הערל"נ יבמות שם), וכן לא חילק בין ההוא שאין לו דרך אחרת לבא בקהל, והוי גם מצוה רבה שאין לה תחליף, וגם צורך כל אדם דיש אומרים שהוא קיום לפקו"נ כמו שאמרה רחל אמנו הבה לי בנים ואם אין אמתה אנכי, ובין סתם צורך מצוה שיזכה עוד לקיים בהמשך ואינו חוצה גברא קיומית שאין לה קיום אחר.

סה) ומ"מ חזינא למרן הגרח"ע בתשו' ג' כד' לענין בדיקה הנ"ל לרפאו שיוכל להוליד, שכ' שמותר, דיש לסמוך על תשובת יעב"ץ הנ"ל ועל ב"ש הנ"ל. ובדין עשה, דאף שיש לדחות כל חידוש היעב"ץ וגם חדוש הב"ש, מ"מ לענין אישות שפיר יש לסמוך על סברתם, דבזה באמת שפיר מוכח מיבמות מו'. ולמדנו מד' יעב"ץ

ומדברי הב"ח שאינם מחלקים בין הוצאה בגרמא או בידיים, ולא סברי כרש"ל הנז' אות ל"מ (וכן נר' בתשו' נתפה בכסף ב' ג'), ומשמע שהביאו בהא דיבמות כמו שכתבנו לעיל אות נח'. והגרח"ע שם הרגיש בזה וכ' שהיה אפשר לחלק בזה, "אולם הא מבואר בד' התוס' יבמות לד' דלא חשיב מעשה עד ואונן אלא כשמתכוין להשחית זרעו ורגיל לעשות כן תמיד אבל באקראי בעלמא שרי", משמע שהסכימה דעתו לאור דברי ר"י שא"ל דוקא בגרמא.

סו) אמנם אין שום ראיה מתוס' לזה כמבואר לעיל אות סא', וגראה דרבינו הרגיש בכך, ולכן כ' דאף שהב"י התמיר מ"מ לצורך שעה י"ל דשרי, ואמה לא הזכיר שהרמ"א הביא הקולא? אלא שהבין דאין באמת ראיה מדין שלא כדרכה, אלא דלשון התוס' הכי משמע ליה, לצורך שעה נתשב קולא. דאף שאין שייך להתיר איסור משום אקראי, דזה עצמו האיסור ואפילו פעם אחת, אבל כשיש צורך שעה גדול, זו סיבה שיעשה כך פ"א, וזה יסוד היתר אקראי, כשיש סיבה לכך. וכששיש עליו שם ביאה כמו בשלב"ד, מסקי' חד דרגא דמותר באקראי בעלמא בלי צורך. דעצם הביאה הוא הצורך. רק שאסור בקבע שלא יתנע הריון וכדלעיל אות סב'.

סז) והגרש"ק בשיירי טהרה קפז' י' כתב בנדון הב"ח הנ"ל אות סא', די"ל דמותר דגדול השלוש שמותן בשבילו שמו ית'. ואינו מובן, הלא שם הוא שלא להפריד אשה מבעלה שתהיה יולאת כסוטה ומנודה מכלל ישראל ונדחית לגמרי, וכאן אינו אלא לדעת אם מותרת לבעלה עכשיו או לאו. וכנראה הבין שנדון הב"ח הוא דוקא בהומזקה רמ"מ ואם לא ימצא דרך לטהרה מצא, אבל הב"ח לא פי' הדבר כלל. (ורלאיתי בס' ברית שלום לר' פנחס מפוזנא, שהיה בימי הש"ך, על פ' ונשמרת מכל דבר רע, שהבין שהגמ' ביבמות היא רק לענין שלא יפסול בת כהן ויעשה חללה. ואינו מובן הלא הנדון אם הוא כרות שפכה ומותר לבא בקהל מלבד גיורת).

סח) ובפי"א ט' נא' כתב שמצא מקור לסברא שאם כוונתו לדבר אחר ליכא משום השחתת זרע, מתורי"ד יבמות יב: דאמה איך התירו חכמים להוציא זרעו כבר ואונן, ותי' דהאיסור כשכוונתו שלא תתעבר, אבל אם כוונתו שלא תבא לידי סכנה מותר, "וכן נמי אם מתכוין לתאות יצרו ואינו מתכוין שלא תתעבר מותר כדאמרינן בפ"ב דנדרים ההוא לאתא לקמי' דרבי א"ל ערכתי לו שלחן והפכו והתירו", ומסיק הפי"א: "הרי מבואר בדברי התוס' ר"ד כנ"ל דכל שאין הכוונה לעצם השחתת זרע כדי שלא לעבר ואפי' אם כוונתו להשליש תאות יצרו ג"כ אינו עובר... וזה חדוש גדול". אמנם התורי"ד מיירי דרך ביאה, במשמשת במוך, וכן ראיתו מדרך ביאה שלב"ד, וכד' ר"י בעל התוס', ועל זה אמר שאם מתכוין לתאוות יצרו, הרי זה חלק ממה שהתירה תורה באשתו, ולכן מותר, אבל א"א לומר מזה בהשחתה שאינו דרך ביאה כלל, בנדון הפי"א שם. ואף שהתורי"ד מזכיר תנוה ער ואונן, התם לא היתה ההלכה לאסורה כל הוצאה, ולכן אם לא היו מקפידים שלא תתעבר, אלא היו זורים לארץ סתם כך לתאוה באקראי לא היו נתשבים מוטאים. ואין משום שום מקור לדינו.

סט) ועי' אבנ"ז אה"ע פג' שכ' דדוקא דש בפנים וזורה מבחוץ אינו בחיוב מיתה ומומרת הוו"ל, דמבואר בתוהרא"ש יבמות יב: דהעקירה הוא עיקר האיסור, וכ' שהוא עצה לרולה לתת הזרע לבדיקתו. אמנם בחוו"ל נשים לו' ב' כ' להיפך, דממעשה דער ואונן מוכח שהאיבוד הוא עיקר האיסור, ובודאי העיקר כדבריו, שעל זה הקפידה תורה, ומתורא"ש שם אין שום ראי', דלא כ' דהעקירה היא האיסור במובן של עקירה לאפוקי זריה, אלא שנעקר מגוף האיש ובא לגוף האשה, וזה הנדון שם לכבד ביתה. ומ"מ באמת עיקר איסור הוו"ל מותנה בעקירה, דהיינו בתהליך הידוע של קישוי ושמודעוע גופו ועקר, אבל עצם זה שיולא ונפסד מחומר הזרע שבגוף בדרכים אחרות, אינו ממור כאיסור הוו"ל. כי זה עיקר האיסור שלא ימלא תאוותו כ"א בדרך נשואין.

ע) ולכן מתיר המנח"י ג' קמ' להוציא מתוך האשכים זרע, ואין בזה חומרת הוו"ל, וכמבואר גם באמרי אש יו"ד סט', ואף שהמנח"י לא פירש, נר' דזה ג"כ אסור מדרבנן אם עושה בכוונה, אלא דבכל מקום צורך מותר, ולכן בחו"נ שיכול לאתא טיפין אינו בחומרת האיסור, דכל שאינו בקישוי ועקירה אינו עיקר האיסור. ולא ייתכן שהיה האדם עברא שיעבא כדרך הטבע ויעבור איסור. ועי' סמ"ק רצ' שדורש איסור הוו"ל "לא תנאף לא תהנה בתף", וכנר' גרים כן בגמ', ויל"פ שהאיסור הוא עצם הילאה שע"י הנאה כנ"ל, שזה הורס את מיי האישות הרצויים כשיש לו הנאה אחרת תמתיה. ועי' להלן אות ק' ואילך.

עא) אבל להלכה חזי' דג' עמודי עולם מתירים הוצאה בידיים לצרכי בדיקה, הב"ח היעב"ץ ואחיעזר, וא"כ י"ל דגם האגר"מ שהמיר לחומרא בעלמא הוא דעביד כן, כמו שגם האחיעזר כ' שאין חשש בדבר אבל אפשר לחוש למחמירים כשיש אופן יותר טוב, ולשון האגר"מ לא משמע כך, וא"ש. ובדברי מלכיאל מ"ג נא' אינו מיקל למעשה, אבל כ' דדעת הרבה פוסקים להקל. וכ"כ הגרש"ק הנ"ל, וכן מקלין בשבט סופר אה"ע א' ובתשו' מהרש"ג מ"ב רמנ'. וכ"כ בס' חיי נפש מ"א ד' פד' ששמע מהחזו"א. וכן נראה שנוטה בשבה"ל מ"ה קצב דדעת גדולים וטובים המתירים שהביא, עם שכ' שאינו נכנס להכריע. וכן המיר הגרשז"א לפי המובא בנחמת אברהם לאה"ע כג ב.

ד. אם הוז"ל אסורה מה"ת

עב) ועי"ש באחיעזר דפשט"ל דהוצאת זרע לבטלה הוא איסור דאוריתא, אלא שדן בהוצאה ע"י גרמא דילפי' מונשמרתם למה לא מנאוהו מוני המצוות, ובחוס' ע"ז כ' נר' דהוא מה"ת, וכ' דהרמב"ם ושו"ע סברי שהוא אסמכתא (נ.ב. שהר"מ בל"ת שמז לא למד מלא תנאף איסור הוו"ל ביד ורגל, וכן המונך לה' וסמ"ג לאוין קכו', ובסי' נז' כ' להדיא אין ניאוף אלא בא"ז), ובשערי תשובה לרבינו יונה הביאו להלכה. ואף שבשע"ת מביא הרבה דיינים שלבאו' הם דרבנן, ואפשר דלא נחית לחלק בין דאוריתא לדרבנן, מ"מ הלא גם הסמ"ק מל"ת רצ' נראה דסובר שהוא דאוריתא ומנאו בין האיסורים, וכ' ר' לדוק הכהן בתקנת השבין סט"ו דהסמ"ק יחידאה הוא לגבי של"ר, ובסו"ד כ' דאולי גם הסמ"ק אינו סובר שהוא מה"ת, ועכ"פ ודאי שאינו לוקה לדעתו.

עג) אגב יש להעיר במש"כ האחיעזר דבחוס' ע"ז כ: נר' דהוא מן התורה, דלא קאי התוס' על דרשא דר' ישמעאל דהמנאפים ביד וברגל, אלא על דרשא דונשמרת מכל דבר רע שלא יהרהר, וכתבו שהוא דרשא גמורה, ובאמת הרהור בעריות הוא בודאי בכלל דברי התורה דולא תתורו, והגם שא"א להגדירו כלאו, אולי מפני שאין אדם שלטו לגמרי במחשבה (הרי ז"ג המבואר בקרא, שהלב חומד, והאדם צריך למנוע לתור אחריו), בודאי התורה מגנה ומרחיקה אותו. אבל לומר מחמת זה דאיסור הוו"ל מן התורה, לכאו' א"א, שהרי גם המהרהר אינו ודאי ואינו כמו שיולא זרע לבטלה, והוא רק אחי לכלל הכי, ובכלל דברי התורה רק האיסור.

עד) ואינם לאסתכלא מנא לן דהוו"ל גופיה הוא איסור דאוריתא, וגם אותו לא מנאוהו מוני המצוות, ולא פירשו הראשונים

עה) ועי"ש באחיעזר דפשט"ל דהוצאת זרע לבטלה הוא איסור דאוריתא, אלא שדן בהוצאה ע"י גרמא דילפי' מונשמרתם למה לא מנאוהו מוני המצוות, ובחוס' ע"ז כ: נר' דהוא מה"ת, וכ' דהרמב"ם ושו"ע סברי שהוא אסמכתא (נ.ב. שהר"מ בל"ת שמז לא למד מלא תנאף איסור הוו"ל ביד ורגל, וכן המונך לה' וסמ"ג לאוין קכו', ובסי' נז' כ' להדיא אין ניאוף אלא בא"ז), ובשערי תשובה לרבינו יונה הביאו להלכה. ואף שבשע"ת מביא הרבה דיינים שלבאו' הם דרבנן, ואפשר דלא נחית לחלק בין דאוריתא לדרבנן, מ"מ הלא גם הסמ"ק מל"ת רצ' נראה דסובר שהוא דאוריתא ומנאו בין האיסורים, וכ' ר' לדוק הכהן בתקנת השבין סט"ו דהסמ"ק יחידאה הוא לגבי של"ר, ובסו"ד כ' דאולי גם הסמ"ק אינו סובר שהוא מה"ת, ועכ"פ ודאי שאינו לוקה לדעתו.

הדבר. ומה שאמרו חז"ל דמייב מיתה וכאילו שופך דמים, אין זה ראיה שהוא מן התורה, דהרי כמה דברים התמירו חז"ל עובדא ותשבוהו לאיסור חמור הגם שהוא מדרבנן. ובעילת נכרית אמרו שעובר בכרת דרבנן ושורד לגהיגום ואינו עולה ושנתשב ערל, אבל כ"ז מדרבנן. ובשו"ע אה"ע סג' ז' כתב עוון זה חמור מכל עבירות שבתורה, והוא מהזהר, ואין מזה ראיה להלכה. ועי' ב"ש סק"ל שמאריך לבאר דלאו דוקא חמור מכל עבירות (ובשיו"ד השיג עליו, ועי' רל"ה מקנת הסבין אות טו שמבאר ד' הב"ש גם לפ"ד הזהר והמקובלים).

עה) ומשמע דפשיטא לסוברים שהוא מן התורה, מדנעשו ער ואונן וכן דור המבול, שע"ז הקפיד הקב"ה, וממילא מוכרח שהוא בגדר איסור (וכן מצאתי מפורש בפמ"ג א"א ג' יד': "מן התורה הוא ומבואר בתורה גבי בני יהודא"). אמנם אין ראיה שיהיה איסור עצמי, שהרי עיקר חומרת ער ואונן הוא שמנעו הריון, שהרי היו יכולים לבא עליה כדרכה בשעה שאינה ראויה להתעבר, ודרך אקראי לזרות בחוץ רק בזמנים המועטים שמתעברת, ואעפ"כ היתה חומרת הדבר שוה, שמונעים הריון. והרי האיסור של הוז"ל הוא לא רק במניעת הריון אלא אף לפני ואף למי שקייס פו"ר ואף כשאשתו אינה יכולה להתעבר.

עו) והנה התו' סנה' עט: כתבו דהמצווה על פו"ר אסור בהשחתת זרע, ויל"פ כנ"ל, דמן התורה יש לגמוד שהוז"ל כדי שלא תתעבר היא ביטול ענין הפו"ר, וי"ל דלא בעי' כוונה שלא תתעבר, אלא להיפך דהמופקד על פו"ר מצווה תמיד שיהיה באופן שתתעבר, ואין כאן איסור רק אם מונע הריון. ולפ"ז יש לחדש דאף ר"י שהתיר שלא כדרכה באקראי, אינו מתיר כן בלא קייס פו"ר. אפי' שכוונתו לתאוה ולא למנוע הריון. ואמנם המוס' שם קאו לבני נח, וגלמד מהם עיקר הענין, אבל לדידן איכא גם איסור כללי, אלא דמה"ת יש להוכיח לגבי פו"ר כנ"ל.

עז) ובאמת בתשו' משיבת נפש מ"א יח' כ' בפשטות דאינו איסור מן התורה, וכן בערל"נ נדה יג', ובתשו' פני' אה"ע מד' ג"כ דבלי ספק מה שאמרו הוא אסמכתא בעלמא והתמירו כדי להפליג בעוון אבל אינו מן התורה, ובפיה"מ פ"ז דסנהדרין כ' שחז"ל האריכו באיסור זה לאיים ולהפחיד אבל אינו לוקה. משמע דאינו איסור גמור מה"ת. ועי' גם בית יעקב אה"ע ז' נא' ב' ובדובב מישרים ב' יט' דמה שאמר ר' יוחנן שחייב מיתה, לא נפסק להלכה בר"מ, כי דוקא בדור המבול ובני יהודה שהיו בני נח חייבים מיתה על כל דבר, וביטראל אינו כן. ובקצות סופרים להגרש"ק בשו"ת שבהקדמה כ' דלף לחומר איסורו אינו ל"ת גמור שבתורה, וכן בעזר מקודש באה"ע כא' כ' שלא ברור איסורו מה"ת.

עח) ובבנין ציון קלו' כ"כ נדחק שלא מצינו לו שום מקור וכ' אולי נלמד מבל תשחית (ונרמז גם בערל"נ שם), אבל הוא תמוה טובא ולא שייך בזה בל תשחית, שמה שאדם עושה להנאה ופורק אין בו בל תשחית, ובפרט כשאינו ראוי לשום שימוש אחר עמה. וגם חז"ל לא למדוהו משם, ואין להמציא מה שלא דרשו חז"ל. וגם בקרית ספר להמב"ם בה' אי"ב פכ"א הי"ח כ' דאפשר דאסור מדאוריתא, הרי אין ולאו ורפיא בידייהו דהאוסרין ולא מצאו מקום לדבריהם.

עט) ונראה פשוט דעיקר החומרא באיסור זה, משום דבאמת לפני הקב"ה אין שום הבדל בין דאוריתא לדרבנן, ואנו מצווים לשמוע בקול רבנן. אלא שהתורה העירה על העיקרים, ורבנן הוסיפו מה שהוא גדר ושמירה ואזנים לתורה. ומטבע הדברים מה שהוא גדר, אם הפירו ממנו קצת, אף שעובר על רצון ה', פחות מזיק לכוונת התורה, ולכן מבחינתינו מקילין בו בכמה ענינים טפי. וגם בענין זה אפשר לומר דמן התורה דהיינו לפי עיקר הדין המופשט המבואר במפורש בתורה, אין איסור עצמי בהוז"ל, אלא רק כשעשה זאת באופן שיזיק לנשואין ולהריון הרגילים שהם רצון ה' להנהגת העולם. אלא שרבנן אסרוהו איסור עצמי, ואיסור זה אינו דומה לשאר איסורי דרבנן כמו שאסרו אפי' שיעור או מלאכה בשינוי, דמקילין בהם לפי הצורך, משום שבאמת אין הפרתם מקלקלת עיקר שבת. אבל איסור זה לפי טבע האדם משנינו רעב, והאדם מתמכר לתועבה, וזה שאמר הזהר שאינו יכול לחזור בתשובה, משום שבאמת כך המציאות שהמרגיל בעברה הוא מכור ומבחינת טבעו אינו יכול להיטהר מזה. והוא כמו מישהו שגופו מכור לסמים. וממילא בודאי כל ההפלגות הנזכרות בחומרתו נכונות, כי אינו מיפר גדר גדר, אלא ודאי הוא שמגיע בגופו לקלקול חיי הנישואין והאישות וגם מניעת ההריון והפו"ר ודרך המשפחה שייוותה התורה בקדושה.

פ) ולסברא שכתבנו בחות עט', י"ל דבאמת גם אם הוא דרבנן אלא הקילו בו קולות דרבנן, משום דבזה עוקר הרעיון של התורה, ואין שום משמעות לזה שהוא דרבנן מלבד שאינו לוקה. ונראה להוכיח הדבר, שאינו מן התורה אלא מדרבנן והתמירו בו, מהא דקי"ל דבעלת נכרית אסורה רק מדרבנן. ונראה פשוט דבביאה כל שהיא אינו עובר בהוצאת זרע לבטלה, אלא שייך לקרוא לדרך הטבע לבטלה, והרי גם כשבא על הנכרית יכולה להוליד מזה בן, ואמנו תהיה הוצאת זרע שנולד ממנה בן בטלה? וממילא אם היינו תופסים הוז"ל לאיסור דאוריתא, הרי אם מתגבר עליו יצרו להוציא זרע, היה צריך לבא על הנכרית או על הפנויה, שבזה עובר רק על איסור דרבנן. ובע"כ שאינו מרויח כלום בזה, שענין האיסור הוא שממלא תאוה שלא בדרך נישואין, והבא על הנכרית הוא אותו איסור עצמו של הוז"ל, וגם בו התמירו מאד. וממילא בודאי גרע ג"כ, דאתי לימשך בנכרית לא פחות מבהוז"ל. א"נ י"ל כיון דלא שכיחא ליה תמיד הוז"ל תמיר טפי.

פא) וא"ע לענין פנויה טהורה אם יש לומר כנ"ל, והנה בס' תפילים קעו' (המובא בפ"מ כג' ז' ובב"ש שם ז') כ': "אם יצרו של אדם מתגבר עליו ומתיירא שלא יכשל באשת איש, או באשתו נדה, או שאר עריות, יש לו להוציא זרעו באותה שעה, ומוטב שיעבור בכך ואל יחטא באשה אלא שהוא צריך כפרה", ולא הזכיר אלא עריות, אבל לא פנויה ולא נכרית, ואולי כללן בעריות, או דפנויה טהורה לא שכיחא ליה, ונכרית לא הזכיר כלל דלא דיבר באנשים שיש להן קורבא אלא בנות עם נכר.

ה. גדר האיסור דנגיעה

פב) וכזה מובן מה שהתמיר ר"ע בנדה יג: יש לו קוץ בכרסו תבקע כרסו ואל ירד לבאר שחת, וטעמא דר"ע כמו שנת', דאי אפשר להקל בדבר שמורידו לבאר שחת, לא במה שיעשה עכשיו, אלא במה שיימשך מזה בהמשך. ובכו"ש נדה יג' כ' שגם ר' טרפון לא קאמר כן אלא למדת הסידות, ורר' תמוה איך אפשר להתבטא בחריפות כזו, בדבר שאינו חייב מן הדין אלא רק אם ירצה להיות חסיד.

אשתו היה מתמיר טובא בתקידות כמי שכפאו שד כדאי׳ בנדרים כ:, ודע דהא דגרסי׳ ביבמות לד: כל כד׳ חודש דש מבפנים וזורה מבחוץ דברי ר׳ אליעזר אמרו לו הללו כמעשה עד וחוזן, לא יתכן שאמרו ר״א הגדול, והגי׳ הגכונה ר׳ מאיר כמו בתוספתא ב׳ ז׳, ועי׳ לות מג׳), וסברי דזה עצמו גזרת חכמים שלא להקל בשום פעם לעבור על הדין, דגדר זה כיון דמיפרץ מיפרץ ויורד לבאר שתת. ורבנן כבית הלל שלא התמירו במקום שערת נגיעה בעלמא ולא גזרו דאתי לתמשך להוז״ל ממש.

פד) והנה לענין הלכה צריך לברר, איך היתה לדברי ר״א ור״ע המובאים שם בגמרא, דבספרי מוסר הביאום, אבל הפוסקים השמיטו הדבר, וסברי דחכמים פליגי אר׳ טרפון כמבואר במהרש״א ובעיון יעקב שם (והעירו שכן משמע במאירי), וכן למשמעות הירו׳ להלן לות קו׳ (ומג״א ג׳ יד׳ בשם ר״מ וש״ע אה״ע כג ד, ועי׳ פמ״ג על מג״א הנ״ל בד׳ הט״ז בזה) דלר״ע אסור להוריד היד למטה מטיבורו כפשוטו ולא רק נגיעה, וזה ודאי לא נפסק, וכן נוטה בחוז״א נשים לו׳ ג׳ דרבנן פליגי וכ״כ אגר״מ אה״ע ו׳ (וע״ש בחוז״א דתמה על מו׳ יומא ל. דסברי דחכמים מתירין כל נגיעה, ובע״כ שהלכה כר״ע, ולכאו׳ מבואר בתוס׳ לא כן, אלא דרבנן חזרו בהם וכמתני׳ דתיקלן). אמנם הד״ח לרא״ש שם לות ב׳ משמע דסובר שהלכה כר׳ טרפון, והיתרא דמטלית עבה רק באוכלי תרומה לידע שהן טהורים. ויתירא הוא, וגם המג״א ג׳ טו׳ כ׳ דלא כוותי׳.

פה) ולכאו׳ הירו׳ חזל כר׳ טרפון, דגרסי׳ בירו׳ ביצה פ״ה ה״ב בתתי׳ דאין מטפחין ואין מספקין: ״ר׳ אבא בר כהנא בעא קומי ר׳ יסא מהו מקשה על כריסא בשובתא א״ל בחולא מאן שרא לך א״ר שמואל בר אבודמא והגין רבנן בחולה מן הטיבור ולמעלן בבגדיו מן הטיבור ולמטן״, ופי׳ ק״ע מהו להכות על הכרס בשבת, וא״ל אף בחול אסור, דאסור להוריד ידו מטיבורו ולמטה, אבל בחולה מותר, וכן בלבוש בגדים. ואינו מובן כלל, לאיזה צורך מקיש על כרסו, ומנא ליה דכרסו כאן הוא למטה מטיבורו, וגם אין איסור למטה מטיבורו אלא למשמש, כדאי׳ בירו׳ להלן לות קג׳ וקי׳, וגם חולה מאן דכר שמיה, ואיך דברו פתאום ׳בבגדיו׳ כאילו דעד השתא קיימינן בערום. וגם הק״ע כתב ״מהו להכות על הכרס בשבת, בתדש שהוא חולה מותר להכות על כרסו מן הטיבור ולמטה״, ואין לו מובן, מדוע מכה, ומאי שייטי דחולה להכותו. ובש״ך העיר ע״ז דכל אדם אסור להוריד ידו למטה מטיבורו כפשוטו, וזה דלא כמג״א. ובאמת המג״א חזל כשיטת הבבלי, והוא רק תומרא דרבינו הקדוש. וגראה דרבינו היה מתמיר בבית שמאי אע״פ שהלכה כבית הלל בזה.

פו) ובפנ״מ פי׳ מוקשה אכריסא, להקיש על בני מיעיים שלו שיפתחו, ושאלו מצד אין מתעמלין, וא״ל אף בחול אסור לעשות כן מפני הסכנה, והשיב לו שנהיגין רבנן לעשות כן בחולה. ולא ידענא מאי קאמר, וכי הקשה על בני מיעיים מועילה שיפתחו? וגם אין בה שום סכנה, ואם היה בה סכנה למה נהגו רבנן לעשות כן בחולה, וכי נחלקו כאן במציאות בתועלת הקשה על בני מיעיים? ולו יהי שהנדון בסכנה מה זה שייך לטיבורו ולמטה או טיבורו ולמעלה? וגם אין מתעמלין מתני׳ דשבת היא ולמה כאן נשאל.

פז) ולכאו׳ מן הראוי לפרש מעניו הקשה המשמיעה קול, כמו השאלה הקודמת לאקושי אתרעא. והנה ההבדל בין סיפוק לטיפוח שנשנו במשנה, פרש״י סיפוק יד ע״ג רגל. והוא ׳שפקתי על ירך׳ בירמיה לא יח. ואמנם היה אפ״ל להיפך דשתם ספיקה היא ׳ויספוק את כפיו׳, וירמי׳ מליץ שעשה על הירך. ובירו׳ אמרי׳ סיפוק מתמתו כמו בבלעם ויספוק את כפיו, טיפוח מרלונו. ועי׳ קרב״נ לרא״ש סי׳ ב׳ סק״ח שהשיג מזה על רש״י דמשמע בירו׳ שמיהס בכפיו, אבל יותר נראה שאין זה ההבדל היחיד בין טיפוח לסיפוק, ואה״נ מתמת כעס אדם סופק כפיו, ומתמת שמתה אדם טופח על רגלו או על כל דבר אחר, ובלשון חכמים כל ספיקה שאינה של ב׳ כפות היד היא טיפוח, כמו תיוקי המטפח באשפה בחולין פו. נכרי מטפח על פי חבית בע״ז ס: ועוד (טפח הוא כיוני לכף היד והאצבעות, ומטפח הוא מניח טפחו. ובל׳ מרגוס גם ויספוק מתרגמי׳ וטפח). ועיקר כוונת הירושלמי לבאר בטעם שחלקום לב׳ איסורים, והכאת יד על יד או על רגל אינה סיבה לחלק, ולכן אמרו שספיקת ידיים באה לאשמועי׳ שגם ספיקה שדרכה בחימה אסורה ולא רק שמתה אסרו.

פח) (ויש גם טיפוח מתמת צערו, כמו שפי׳ במו״ק כז: המקרע בישעי׳ לב׳ דעל שדים סופדים, דהיינו שמכה ומטפחת על לבה וכרש״י שם, ולכן בשבת קמת: פרש״י מטפחין על הלב, וגם הוא אסור וכפרש״י גם בביצה ל. טיפוח מתמת צער, והכל אחד ולא כרש״ש שם, וגם התוי״ט תמה בזה על הירו׳. ואין כוונת הירו׳ דטיפוח יהיה מותר אם הוא דרך הספד, ולכן בטוא״ת תקכד׳ מביא גם ד׳ רש״י וגם הירו׳. וד׳ פה״מ צ״ע. ומש״כ הירו׳ סנה׳ ב׳ א׳ וכי בחדא מטפחין, אין הכוונה דטיפוח הוא רק בב׳ ידיים, אלא דר׳ יוחנן היה מניף ידו אחת לאחצע כאילו יש עוד יד, להראות שא״א להקיש בלי דבר להקיש בו, וכך הוא אינו יכול בלי ר״ל. והתו׳ מו״ק כז: דקדקו בכ״ז אבל רש״י מילף הדברים ונר׳ שסובר כמ״ש).

פט) ונר׳ מדברי הירו׳ דאסרו כל טפיחה שאדם טופח על גופו אם באה לרפוא, היינו דרך עסק והנאה ואפי׳ אינו נהנה דוקא מהקול היוצא מזה, ובאמת הוא דומה לאין מתעמלין, אבל נראה שהוא שייך לגזירת סיפוק, שמכה לפי קצב אפי׳ שאין הקול היוצא מזה קול מוזיקלי, וכמו ריקוד, אלא כל הכאה וטפיחה לפי קצב בגוף אסורה, וכן כשמקיש על השולחן לפי קצב, אין זה משמיע קול רואי לציון, אבל הוא חלק מפעולת הטפיחה (ולכן איסור זה קל יותר משאר משמיעי קול, דבזה״ז התירו חו׳ והרמ״א רק בהני ולא במשמיעי קול). ודנו שם בירושלמי מה יעשו בזמן שמתה שברים ורופים לטפוח, והביאו שהיו שפקון לאחורי ידייהו.

צ) ונראה שהנדון במי שרופה לשנות ולטפוח על כרסו ולא על יריכו, והוא שנוי מהדרך הרגילה, ובדרך הטבע אינו יכול לטפוח אלא על שיפולי כרסו, וטפיחה כזו שטופח על גופו לפי קצב דומה למשמוש המביא לידי תימוס (עי׳ לות קי׳). ועי״ז אמרו שבחולה מי שרי, והשיבו שבחולה דהיינו בחול נהיגין לחתיר, אלא שאם טופח על כרסו עצמה, דהיינו שמפשיל בגדו וטופח על הכרס כדי שתישמע הקול, אסור מן הטיבור ולמטה אסור. ואף שהוא שינוי וא״כ למה יעשו כן בחול, י״ל דהאי שינוי אינו שאין דרך בני אדם לעשות כן, ואולי יעשו כן להגדיל השמחה, והרי גם יש שמוחאים כף לאחורי ידיהם לפעמים אלא שלא גזרו חז״ל רק בדרך הרגילה. וגם יל״פ לאחורי ידייהו היינו על יריכם באחורי ידייהו. א״נ הא דנהיגין בחולה אינו לגבי הקשה על כריסא, אלא דנהיגין רבנן בחולה להיזהר שלא לגעת דרך משמוש למטה מטיבורו כשאינו בבגדיו.

צא) ועי׳ פמ״ג א״א ג׳ טו׳ דרבינו שלא הניח ידו מאבעטו ולמעלה היינו בלא בגדים, והכוונה לא הניח ידו על גופו. וא״כ היינו דין הירו׳ כאן, אלא די״ל כמו שנת׳ דהירו׳ אוסר במטפח שהוא דרך עסק ומשמוש, ורבינו היה מתמיר אף בהנאת יד בעלמא. והנה שם אי׳ בירושלמי לעיל מיניה דרבי הוה נסיב לברי׳ והוו מטפחין לאחורי ידייהו ועבר ר״מ ואיקפד וכו׳. משמע דמידוש היה בדבר, והלא לא אחד מהם נשאתי בשבת, ואפשר לומר דעד רבי היה מקובל השינוי לטפוח על כרסו, ורבי ביטל הדבר משום קדושה, וזו היתה טענת ר׳ יסא כאן, דאף בחול

אסור, והשיבו ר' שמואל ב"א דבזה נהיגין רבנן להקל, ורבי המאיר מפני קדושתו היתירה שיתנה תורה על ידו.

צב) ובאמת צריך לבאר מתני' דנדה דכל היד וכו' תיקצץ, מה יש ללמוד מזה לענין חומרת איסור הנגיעה גרידא. ולכאו' כוונת המשנה שלבדוק אם יש לאחותי קרי צריך להתעסק ולעיין בו והוא דבר מצוי שמתקשה עי"ז ובא לידי הרגל עברה. ואפשר שהיו אנשים שהיה להם חששות בזה פן יאכלו בקדשים והם טמאים, והיה ס"ד שירבו למשמש ולבדוק כדי שלא להיכשל בטיומי קדשים, וע"ז באה המשנה לחדש שמוטב לא יבדוק ולא יחשוש, כי מציאו בזה לטומאה אחרת של הרגל קישוי ועברה. ויל"פ תיקצץ היינו מוטב שלא תהיה לו יד, ולא ירצה לבדוק בשבילו שעושה דבר טוב, ולא יבא לידי הפסד והרגל עברה. וכיו"ב אמרו יד לחבית תיקצץ, ויל"פ דמבחינת סכנה עדיף שיקצון היד מאשר שיגע בחבית ויטמו ממנה אח"כ ויסתכנו יותר, והתו' הדגישו שהוא לא דינא ולא לטומאת, אבל הי' אפ"ל שהוא כעין לטומאת והיינו ג"כ לטומאת הכלי.

צג) ובמסכת כלה פ"ב ה"ד אמרו יד לעין תיקצץ מפני שמסמאת, כגר' הכוונה ביד שאינה נקיה, וג"כ הכוונה מוטב נקצצה ולא סיכנה עינו (ובכלל יל"פ דנקטו תיקצץ משום דזה מתאים לענייני סכנה, וכל פירצה בקדושת הישואין וסדר העם והמשפחות נחשבת לסכנה ולכן אמרו שמביא מבול כי משחית את כל העולם כולו, ומה שמסכן את הכל מוטב לקצצו מראש). ועתו' סנה' נח: דתיקצץ היינו אם עושה כן בקבע. ומה שנדחק הברכ"י או"ח ג' ח' דלא כ' אלא לס"ד דגמ', תמוה מאד, והוא משום שהבין כביכול כוונת התו' דבלא קבע שרי, ולא כתבו אלא דבלא קבע לא תיקצץ. והרי זו משמעות הלשון דמתני' דכל היד המרבה תיקצץ, ולא בפ"א, וכן הלשון יד לאחה' מתפרש מי שידו רגילה לאחה.

צד) אלא שיש מקום לפרש באופן אחר, בהקדם מאי דאית לאסתכלא בכמה אזהרות של חז"ל שלבאורה אינן מובנות, שהזהירו עובא על רוכבי הגמלים שמתקשה עי"ז ומוציא זרע לבטלה, ואינו מובן לפי המציאות בימינו, דאטו כך הדרך שהרוכב על גמל מוציא ז"ל מחמת זה, וכן שאסרו לשכב אפרקדן למפרשים שהוא על הבטן, הרי אין הדבר מצוי דמחמת זה יוציא ז"ל ולמה קלקולו מחמת זה. ואמנם מה שפרש"י אפרקדן היינו על הגב ויתקשה אחרו ויתגנה, הוא דבר מצוי שאחרי שישן אדם כמה שעות משתחררים הורמונים שמוושתים את עומק השינה, ומחמת זה יש קישוי, והוא חשש מצוי למי שישן בלי שמיכה עבה. ועי' בזה להלן.

צה) וכן אינו מובן לכאו' מה שחששו כ"כ בכה"ג ביוהכ"פ שמנעו ממנו שינה כל הלילה, ובודאי דבר זה יכול לפגוש בריכוז ובכל מה שצריך לעבודת היום, והרי אם ירצה קרי יתנו אחר מתפיו, ואף שהוא סימן רע, הוא דבר מאד רחוק ולא מצוי שלאדם נשוי כמה פעמים ירצה קרי.

צו) ולכן היה מקום לבאר כיון שהיו הרבה כהנים לדוקים, ואמרו שרוצה לא הוציאו שנתם, חששו שמפני כבודו לא ירצה להגיד שרצה קרי, ויעדיף להמשיך ולעבוד ולטמא את המקדש ולהרוס כפרת כלל ישראל. וסמך לזה מנדה יג: שוטה מטבילין אותו ומשמרין אותו שלא ישן ואם ישן טמא, הרי שגזרו על שינה של מי שאין בו דעת וה"ה על מי שאין סומכין עליו, וכנראה היה דין פשוט בע"ה שישן טמא, וה"ה לכה"ג שהיו משגיעין אותו וכו'.

צז) ונראה יותר מזה, דלפי מה שהוזכר אות לד', מה שידוע גם ברפואה בזמננו, שיש סיבה טבעית שיבא לכל אדם קישוי אחרי כמה שעות של שינה. י"ל דחששו לטיפין גרידא שעלולין לצאת מחמת קישוי שיש בסוף השינה, ומי שאינו ישן כהלכה על צדו, יש חשש קרי, ואמנם לענין הלכה הוא בחזקת טהרה כל שלא ראה, אבל מי שלא סומכים עליו אפשר שאין לו חזקה שאינו שם לבו ולא אכפת לו, ואמרו כל היד המרבה לבדוק בחנשים, אבל בדיקה כל שהיא צריך. והרי אין אדם יכול לעמוד על טומאתו וטהרתו בלי שיעיין ויבא. אבל שאחרים יבדקו לא שייך, ולכן לא אמרו בשוטה לבדוק ולראות אם ראה קרי, שהרי אם יבא בשנתו כמות הראויה לצאת בודאי אפשר לשים לב לדבר.

צח) ועי' תו' נדה יד. לגבי הגמלים, דלפי שבלא הרגשה אינו מטמא, אפשר לאחרים ולא אדעתי'. ולכאו' פשוט דה"ה בשנתו אפשר שהרגיש בחלומו או בשינה ואינו יודע מזה אח"כ. וכן מוכח בתוספתא שחשש לטיפה הנבלעת בכים מתוך שנתו. ולפ"ז נ"ע בטעם הרא"ש כאן סי' ג' דאדם לא יראה לבדוק דאינו מטמא בלא הרגשה, דהא משכח"ל ארגיש ולא אדעתי', ועי' מע"ט שאין הטעם להדיא בגמ', ולכן אפשר דסגי בכך שרוב ציאות הן בהרגשה.

צט) אמנם עדיין נראה דפשיטא לרבנן דתלמודא דמתני' לא עסקה בחשש טומאה דלאו אדעתיה, אלא בחשש לאיסור הוז"ל, ולכאו' נר' תמוה כמש"ל, דנגיעה לצורך מסויים אינה עשויה להביא להוז"ל, והוא ככל דין עוסק במלאכתו, והרי זה בודק דין זיבתו, או מחזיק להשמין, או מוציא קוץ. והיה מקום לומר שמו"ל מתאירים מציאות שסתם נגיעה ומשמוש באותו מקום קרוב שיביא להוז"ל, וכן אמרו שכים של עור מביא לידי תימוס, (וכן באגר"מ מ"ד סו' כ' שמש"כ התו' דשרי ביאה שלכ"ד רק אם לא יוציא זרע ולא ידוע לנו מציאות כזו, ונראה שמתאר המציאות כנ"ל), ולפ"ז גם יבא לו קוץ אפשר דהכוונה למציאות כזו, ולא כמו שכתבנו אות פב'. ואולי מי שחי בפריצות ובקדושה מתעורר אצלו התרגשות בקלות יתירה, ואין כן המציאות אצל הרוב בזמננו.

ק) אמנם מתני' דכל היד המרבה לבדוק בחנשים תיקצץ, יל"פ ג"כ כמ"ש באות הקודמת, דאין החשש שיראה קרי ממש בעקירה כדרך ראיה, אלא שיצאו ממנו טיפין קטנות תוכ"ד בדיקה, וסמך לדבר מתוספתא נדה ב' ג' "משלו משל למה הדבר דומה לאותן אצבע בעין כל זמן שהוא דוחק הרבה מוציא דמעה", ונר' דקאי אמתני' דכל היד, ומבאר שדחיקה מוציאה טיפה, ואלו אדעתיה (דלעצם המציאות של משמוש המוציא זרע כדרכו לא היו צריכים משל) וכ"ה בירו' נדה שם. ולפ"ז יצא חדוש גדול שהחמירו כ"כ מחמת טיפי זרע, ויסתור לגמרי מה שכתבנו לעיל אות סט'.

קא) אמנם יש לדון אם חומרא זו שבמשנה, או ההבנה הזו שלה בגמ', הוא לדעת רבנן דבית שמאי (עי' אות פב'), שאין הלכה כוותייהו כדלעיל אות פד', או שהוא אף לדידן. ולכאו' להלכה שלאורך להשמין בנשוי מותר ליגע, וה"ה לכל צורך כיו"ב, אין לגזור דתיקצץ.

קב) והנה בגמ' שם הסתפקו בביאור דין תיקצץ אם הוא דין לקוץ, או שאינו אלא קללה, והביאו ראיה מר"ע, דתניא רבי טרפון אומר יד לאחה תקצץ ידו על עבורו אמרו לו והלא כריסו נבקעת (דהיינו שחותכים ידו כשהיא על כריסו וגם הכרס נבקעת) אמר להן מוטב תבקע כריסו ואל ירד לבאר שחת. משמע שהביאו דמתני' ור' טרפון בחדא שיטה ניהו, דאל"כ לידמי דר' טרפון סובר דדינא תנן אבל רבנן לא סברי הכי.

קג) ואפשר לדחות דלא נתנו להכי, כיון דפשיטא מסברא דלא דינא תנן, ולא היו הורגים אותו ע"ז, וכל האבע"ל לא בא אלא כדי לבאר דברי ר' טרפון שלא יטעו בהם שיש לומר דינא תנן, ולכן לא היו צריכים לומר שאין ראיה דדלמא רבנן פליגי, כיון שהוא דבר פשוט שאין שום מחלוקת בזה שאין מוציאין להורג בהכי. ולכן פירשו דבריו: "ה"ק רבי טרפון כל המכניס ידו למטה מטבורו תקצץ אמרו לו לרבי טרפון יבא לו קוץ בכריסו לא יטלנו אמר להן לא והלא כריסו נבקעת אמר להן מוטב תבקע כריסו ולא ירד לבאר שחת".

קד) ולפ"ז דעת רבנן בספק, דבגמ' סו"ס לא ביאורו אלא ד' ר' טרפון דבריתא, ואוקמוה בקוץ, אבל לרבנן לא ידענא על איזה דבר יתקבל בתיקון, דהרי בקוץ ממירין. ועי' מזו"ל שם דמתה היכי ס"ד שיתמיר ר' טרפון שימות מתמת איסור זה. וכן למסקנה אם ביצד קוץ אומרים לו תיבקע כרסו.

קה) ובאמת צ"ב הלי אוקימתא דגמ' דה"ק ר' טרפון, דהלא קוץ מאן דכר שמיה, ור' טרפון מליפה קאמר, ומה שאמרו והלא כריסו נבקעת, כשאלים אותו, רציו עד כדי כדז והשיב כן, עד כדי כך, אבל עדיין הכל במישור של מה שהיה ראוי להיות. והלא מצאנו בכמה מקומות בבריתות לשון מליצות כאלו לעוגש, כמו: "האומר לחברו כבוש ידך עלי במקום הרי זה מגונה, ר' יהודה אומר כבוש ידך עליו עד שתצא נפשו", (תוספתא מקוואות ה יד). "עור שסכו בשמן מהז א"ר אליעזר א"ר יוסי: ישרפו עצמותיו של אותו האיש", (ירושלמי שביעית מ ת, דבר שספג שמן של תרומה נשרף, אבל הסך עורו אין לנו אלא לומר ישרפו עצמותיו). "ישראל מל את הכותי, כותי לא ימול את הישראל רי"א מל והולך עד שתצא נשמתו" (ע"ז כז. בביאורו עי' כפתור ופרח פ"ה ותוס' חכמי אנגליה ע"ז שם). "ביצה שנולדה ביום טובז תיאכל היא ואמה, אפרוחז יאכל אפרוח וקליפתו" (ביצה ל. ובגמ' שם דגוזמא נקט, והנדון רק לגבי הביצה והאפרוח עצמם).

קו) אמנם נר' לדעת רבנן דמלמודא דא"א לפטור הדבר במליצה בעלמא, שהרי יש דברים שהמבטאו בחריפות כזו ויש דברים שלא, ולא יתכן שאין שום משמעות להתבטאות. וכבר בדרשת התורה אמרי' שדבר שהזהירה התורה יותר או ביותר הפלגה יש לו משמעות להלכה, דמה שכבר אסור א"צ לאסרו ולהוסיף עליו, ואם עשו כן יש ללמוד מזה מומרא יתירה. וה"נ בהפלגת ר' טרפון על קיצון היד, אין זה מילי בעלמא, אלא באמת יש במיתה של אמת בדבר, שאפילו אם יש נזק לגוף ימנע ולא יגע בגופו מקום.

קז) ונראה דקיים להו לרבנן שר' טרפון לא התכוין למליצה גרידא, גם מהא דתוספתא דנדה ב' ו' דשם גרסי' בתשובת ר' טרפון "אף אני לכך נתכוונתי", משמע שבאמת התכוין לדבר מציאותי ולא רק מליצה. ובע"כ לאוקמי שנתכוין שיהיה לו נזק, ולא לקיצת היד על טבורו, שהוא דין מיתה. ובירו' הגי' בתשובתו: לכך אני אומרתי שמותו של זה יפין לו ממיין.

קח) ובירו' שם אמרי' "חבריא אמרין ר' טרפון מקללו קללה שהיא נוגעת בגופו אמר רבי יוסי לא בא אלא לפרש שאסור למשמש מן הטיבור ולמטן", נראה שהתקשו בביאור דבריו שמיקצן ידו על טיבורו, וחבריא ביארו שהוא מדה כנגד מדה, דהיינו דלאו דינא תנן, אלא שיתקבל מדה כנגד מדה, הוא נגע בגופו, כך תיקצן ידו כשהיא על גופו ויפגע. ור' יוסי אמר שאין זו אלא לשון הפלגה כדי שידעו שאסור לגעת כלל מן הטבור ולמטה, וכאילו מליצה שמשם ומטה תיתחך ולכן הוזכר הטבור.

והיינו בנוגע אלא במקום קוץ. ופי' הפנ"מ אינו מחוור כלל.

קט) ובמש"כ לבאר הבבלי, מובן שאין הכוונה תיבקע כריסו וימות, כפי לשון המשל (כריסו נבקעת הוא כיוי למיתה בכל מקום, יבמות קנד: שבת קנא:), ואין אותו מקום קרוי כריסו כלל והוא רק במשל שהותכין ידו על כריסו, אלא שבנמשל הכוונה שיינוק גופו כגון שיהיה לו גירוי ופציעה ולא יגע מכל מקום להשקיט הכאב. וכתמיהת החוז"א, דלא מסתבר שדינו בייהרג ואל יעבור. ויש להוסיף שאין לך אדם שמת מקוץ. ומש"כ מג"א ג' יד' בשם המוס' דכריסו היינו מילתו, הוא לפי מאי דדרשו בגמ' לעשון מתני', אבל הכוונה הראשונה היא למשל ולכריסו עצמה. דאין מילתו נקראת כרס. ובתוס' לפנינו ליתא. אמנם עי' אות פה'.

קי) ועוד נראה לחדש לפי המבואר לעיל אות מ' דיש דין מיוחד בביאה דרך איברים יותר משאר קיבוב, משום שהוא דרך דישה שהיא דרך ביאה. דגם מומרת ר' טרפון, היא בענין כזה, והוא כמו שמצוי שנכנס באצבע קוץ קטן מאד שצריכים לחזר אחריו ולעיין טובא כדי להוציאו, וכיון שהוא דבר שצריך משמוש ועיון רב עד שמוצאו ומצליח לשלפו, נחשב כדישה ביד, והוא איסור עצמי שגזרו עליו חז"ל בכל תוקף, נפרד מאיסורי הרהור, גניבה, והוז"ל. וממילא דומה למתני' דמשמוש למצוה זיבה, שהוא ג"כ ע"י עסק כה"ג והחשיבוהו כדישה.

קיא) ול"פ דגם האומז באמה ומשמין אין הכוונה שמסייע שלא יטמין על רגליו, דאין זה נחשב אומז, אלא הכוונה שבשוף השמן יכול להישאר טיפין בתוך אברו, והוא ממשמש בו להוציא לחוץ, והטעם שעושה כן כדי שלא יוציאו עליו לעז, דאח"כ יהיו על בגדו טיפות (שהרי הם היו הולכים בבגד אחד, ורק באשה מקנו שחלבש סינר. וגם הלעז היה מצוי בזמנם יותר, דהיה יותר מצוי כרות שפכה, כי בזמננו מתקנים זאת בעת הלידה בד"כ), והוא ממש כענין דמתני' דמעיין וממשמש להוציא ולסחוט טיפות.

ולר"א מעשה זה עצמו איסור דישה, ולא מיירי מגיעה בעלמא.

קיב) וכן מוכח מהנדון שלא יאחז מעטרה ולמטה, ואמנו כדי לאחוז אחיזה בעלמא צריך לאחוז מעטרה ולמטה, שהוא דבר שאין בו טעם, ובע"כ כמש"נ (ובזה מובן דברי העו"מ המובא במ"ב שאפי' אם האבר בקישוי יכול לאחוז ולהשמין, ולכאו' הוא קולא גדולה, דכשנוגע בו בקישוי הרי יכול להוציא, אלא שזה בכלל הנדון, דאפ"ה הוי עוסק במלאכתו). ויש סעד לדבר מל' ירו' המובא לעיל אות קז' אסור למשמש למטה מטיבורו, הרי מניעת הורדת יד למטה מטיבורו הוא מומרת מסילים כרביעו הקדום, והאיסור הוא דרך משמוש. שהוא יותר מגיעה. ובמומרת הגמלים, י"ל כמבואר אות פט', דכל תנועה קטנה בשיפולי כריסא מעוררת את הגוף ממש.

קיג) אבל להלכה אין מחלקין בזה, וכל נגיעה לצורך מתירין לנשוי, ואפי' מה שבעין דישה, לא סברי רבנן לאסור אם עושה לצורך, ועינן נשוי לא רק משוס פתו בסלו (דבאמת הטור הבין כן ולכן פי' דוקא באשתו עמו ממש, כדפי' הט"ז בדעתו, וכתב בסתמא דנשוי אסור, והוא דחוק דסתמא תני אשתו מותר, וכ"כ השו"ע), אלא גם מחמת הענין הטבעי, שמי שבא כמה פעמים לידי קישוי אפי' שלא מרצונו, ולא יפא מגופו הש"ו, יכול להיותר אצלו מצב של גודש ("יתר לחץ דם של יותרת האשך"), והרגישות שלו גדולה מאד.

קיד) ולפי זה אינו תלוי בדין הישואין, אלא בכך שהי עם אשתו כדרך כל הארץ, ושאינו פרוש מטעמים שונים, ופשוט. והמג"א ג' יד אוסר אפי' אין אשתו עמו, גר' שהבין משוס פתו בסלו כפשוטו, אבל הב"ח כג' ד' מתיר. וע"ע מג"א שם שכ' להשמיטו הפו' דין ביעתותא משוס מומר האיסור ולא בקיאין, והמ"ב השמיטו והביא רק ד' הארה"מ שהעתיק הגמ', ובאמת דברי המג"א תמוהין מה"מ להמציא שלא בקיאין בדבר כזה.

ו. במצוות פו"ר בלא חיבור

קטו) בנדון אם מקיים פו"ר ע"י הזרעה מלאכותית, נודעו דברי המנ"מ מצוה ג', שכ' לתרץ קו' הטו"א ר"ה כח דאכל מצה בהיותו שוטה לא יצא, ואילו היו לו בנים בגיותו קיים פו"ר, דמצות פו"ר אינו על המעשה אלא על היית הבנים, ולאיה

שאם מתו מחוייב שוב. וכ' האגר"מ אה"ע מ"ב יח' דלדבריו ה"ה עיבר באמבטיה.

קטז) אמנם יש לפקפק בזה, דרעיון התורה הוא שאדם יביא עשרה ילדים בעולם, ואי אפשר לומר לאדם שעשה אשה והביא עשרה ילדים, שלא קיים רעיון זה, שהרי עשה כדרך העולם לפרות ולרבות, ומה שעשה כן בתור גוי הוא משום שהיה גוי באותו הזמן. והיוה הבנים מיהא אית ליה, דלפ"ז שאין עתה יתק כיון שנתגייר, מ"מ א"א לומר לו שלא נתרבה. משא"כ בעיבר באמבטיה דלא עשה כלום, גם אם הבן מתייחס אליו במדה מסויימת, כיון שאין זה דרך פו"ר, אין הכרח שיצא י"ח. ובודאי מה שראיתי כתוב בשם ד"ר הלפרין בקונץ בית הלל מ"ט עמ' מ', דלהמנ"ח אפי' לקחו ממנו זרע בזמן שיהה יצא ידי פו"ר, אינו מוכרח.

קיז) ובאגר"מ שם השיג על המנ"ח, וסובר דודאי הביאה היא מעשה המצוה, כדמפורש בתוס' ב"ב יג, אלא דמ"מ אם יש הויית בנים הרי א"א לחייבו במצוה. וכנראה לדעתו גדר המצוה היא דמי שאין לו בנים יעשה מה שדרוש כדי שיהיו לו בנים. וזה ניחא טפי מלהתייחס לבני הגוי שאין מתייחסים אליו בקיום מצוה, אלא דאף שאין בזה שום מצוה, מ"מ התורה אינה פוטה למי שכבר נשא אשה והביא בנים וזנם ופירנסם וגידלם, שיעשה כן שוב משום שנתגייר.

קיח) וכזה מתו' קו' המנ"ח שם אות מ, איך יוצא ידי חובת פו"ר בבן ממזר, די"ל דבאמת מצד טעם המצוה לא היינו מסתפקים בבן ממזר, אבל כשמדובר בדבר שהוא צורת האדם, התורה אינה פוטה למי שכבר עשה כל מה שבטבעו והביא ילדים לעולם וגדלם. ולפ"ז המביא ממזר לא נחשב כמקיים אלא שנפטר מן המצוה, וכסברת האגר"מ. (ומדברי הרמב"ם אישות פט"ו ה"א דמייב לבעול כל עוה מפני שהיא מ"ע של תורה, אין ראיה כלל נגד המנ"ח כמובן. ומש"כ בשם ד"ר הלפרין שם דלהאגר"מ במי שאינו יכול לחיות יותר מזמן מועט, ג"כ מקיים מצוה ע"י הביאה שיכולה להרות, ג"כ אינו מוכרח, דנהי דמסתבר דבביאה עצמה מקיים מצוה, דאפי' תרב תדב וכו', ועוד דזה מה שנטבוה, אבל בשאלה אם יצא י"ח ממתת הלידה אחר מותו, אין הכרע).

קיט) וראיתי למי שהביא ראי' למנ"ח מד' הג"א כתו' פ"א לסי' יב, דאין מברכין על הקדושין משום שאינו יודע אם יבנה ממנה. אבל אין ראיה כלל, דהרי אפי' נאמר שיש מצוה בביאה, כפשטות הדברים, עדיין אינו יודע אם יבנה, ואין ויכוח שאינו יוצא י"ח עד שיש בנים, וא"כ אינו יכול לברך כל שאינו יוצא י"ח במעשה, ויתכן שיצטרך שוב ושוב לנסות. אבל באמת לא מסתבר דלהמנ"ח אין שום מצוה בביאה, וא"א לומר שהוא רק הכשר מצוה כמו קניית לולב, שהרי קניית הלולב מוגדרת כהכשר ממש שהעיקר הוא הלקיחה. אבל כאן לא שייך לומר שהוא מקיים מצוה במה שיש בנים, וכל מהות המושג מצוה הוא דבר שהאדם צריך לעשות, וממילא ודאי שגם להמנ"ח הביאה היא מצוה ודבר שצריך לעשות וחיוב על הגברא.

קכ) ובאמת המנ"ח מביא ד' התוס' ב"ב שם וכ' שאינו מבין תירוצם דעשה דפו"ר אינו דוחה לאו ולא יהיה קדם דאינו מצוה אלא בגמר ביאה, דהרי עדיין גם אם גמר ביאתו ולא נולד הוולד, לא גמר לקיים המצוה. ולכאו' מוכרע מד' התוס' דלא כהמנ"ח אלא דהביאה היא מצוה. ובאמת נר' כמ"ש דגם להמנ"ח הביאה היא מצוה, ואינו דומה לקניית לולב, ולא קרי ליה הכשר מצוה אלא לבאר שאין המעשה מצוה נגמר לא בתחילת ביאה וגם לא בסוף ביאה.

קכא) אלא דהתוס' סברי דיש על פעולת הביאה שם מעשה מצוה גמור, ולכן לא תי' ג"כ שצריך בן וכת ואפילו היה מוליד בן תוכ"ד הביאה עדיין לא הוליד בת, אלא סברי דפעולה לשם פו"ר מוגדרת כמצוה, כשהיא ביאה הראויה להוליד. וע"ז כ' המנ"ח בצדק שאינו מוכרח, די"ל שנחשב רק חלק ממצוה ונשיון לצאת יד"ח, ואין נשיון כזה דוחה ל"ח. אבל אין כוונתו הכשר מצוה במובן של קיום לולב. ולכן כ' "דמצוה זו איה כשאר מצוות לולב ומצה ודומיהם דאין להם משך זמן רק תיכף שעשה המצוה יצא... דעיקר המצוה היא לידת הבנים", הרי העשה הוא היכן עיקר המצוה ושיש לה משך זמן, אבל הביאה היא ג"כ תחילת מצוה, ולא הכשר במובן של הכנה בעלמא.

קכב) וכל' גמ' הכשר מצוה איו הכנה למצוה, אלא תחילת המצוה כמו הכשר מצוה דיבמות ו. כשמכין האוכל לאביו, דודאי הוא מצוה גמורה, אלא שאינה עומדת בהכנה. (כ"ה לפי' רוב הרא'). וכן יש מאחרונים שהשמטו בל' גמ' כמו בשרידי אש מולין כג דשחיטה אינה אלא הכשר מצוה. ובודאי אין כוונתו שאין קיום מ"ע בזמן השחיטה. אלא שהוא סוג מצוה דהכשר מצוה, וכמו שאמרו לגבי כיסוי הדם.

קכג) ובאמת גם בד' התוס' יש להוכיח כן, דעי' חי' הגר"א גיטין מא. שאמה כיון דבלא הערלה לא תיתכן גמר ביאה, מה אכפת לי שאין הקיום הגמור אלא בגמר ביאה, הלא מחוייב הוא לעשות הערלה, וכמבואר בד' התו' יבמות ל: דגם בבלאים בעיא איו מייב בעיא אלא כשמתעצף ובבלאים אסור מרגע ההעלאה, אבל כיון שא"א לקיים מצוות עיא בלי עיטוף דומה מיד. ותירוצו בחילוקים דקים שנראה דוחק גדול ומהיכי תיתי לתוס' לתמוה על סמך זה.

קכד) ולכן נראה דפשט"ל לתוס' מעיקרא דגם גמר ביאה איה קיום מצוות פו"ר, וכדאמה המנ"ח, אלא דסברי שהתורה הגדירה מעשה מסויים שמביא אותו למצוה, ובעל כרחו לעשות מעשה זה, שאין הריון בלי ביאה. ועל זה תירלו דהמעשה המוגדר הוא גמר ביאה. וכל הסברא דמחוייב לעשות, הוא רק בקיום מצוה גמור, כמו עיטוף ובביאה, משא"כ מה שמחוייב לעשות כדי להגיע לשלב של מעשה מוגדר שהוא עצמו איו אלא מה שמחוייב לעשות, איו דוחה.

קכה) ואמנם עצם המלוקה בין הערלה לגמר ביאה, היא משום שיש בני אדם שעושין הערלה ולא עושין גמר ביאה. והוא מלוקה בדרך בני אדם, שהרי יכלו כמו"כ לחלק בין דרגות הערלה ודרגות הגמר ביאה, ואין זה סוף. וכמו שלא מחלקים בדרגות הלבישה. וזה מה שהקשו התוס' שמתיחסים לזה כשני מושגים, ולכן לא אומרים עדל"ת.

קכו) (וראיתי לרבינו שמעון שכ' בחי' יבמות סי' ו', "קשה לי אין רשאי לגבוה עליה שאין בו מצוה משום מצות ציצית ואם משום הכשר מצוה די לו בטלית קטן ואין רשאי לעשות גדול דהרי כל חוט וחוט אסורים משום כלאים". ואין לו מובן, איזה הכשר מצוה יש כאן, והרי אין מחוייב כלל לגבוה עליה, והענין להיפך, שהוא צריך להתכסות בשלמתו, ואם יש לו אז שייחת ליה לגבוה בגד של ד"כ, מייב להטיל בו ציצית, אפי' אם הוא כלאיים. וכך לי בגד ראשון כמו בגד שני, וכך לי בגד קטן כמו בגד גדול. ואפשר לומר שכוונת קושייתו היתה האם מותר להוסיף על הבגד, כגון שיש לו עליה כלאים ורוצה להוסיף בה עליה אז עטרה וכדו'. ואולי יש לתקן נוסח השאלה).

קכז) והמנ"ח מפרש לשיטתו דהבעילה היא רק הכשר מצוה. אבל הוא תמוה דשם מלדו כל מה שנעשה כאן הוא הביאה, וכמו שכתבנו לעיל, ואין מעשה אחר שנאמר שהוא המצוה. ובאמת הקו' ל"ק כלל מעיקרא וכמש"ל אות קיח', דנהי דהוי מצוה הבאה בעברה ולא מקיים מצוה בביאה זו, מ"מ כיון שנולד הבן נפטר מן המצוה.

קכח) וגם להמנ"ח גופי' דלא כהאג"מ, דאין זה משום שהתורה איה פוטה למי שיש לו בן. מ"מ אם מתיחסים לביאה רק

כחלק מהמצוה, ח"ל לפסול המצוה עצמו מחמת העברה, וכמו שומט בשבת דשחיטתו כשרה, ולא אכפת לן שלא קיים מצוות שחיטה והוי מצוה הבאה בעברה, דהמתיר דשחיטה ומה שיוצא ידי חובתו להכשר הבשר, אינו תלוי אם קיים המצוה. וה"נ זה שבא על ח"ל לא קיים שום מצוה, אבל קיים המתיר דפרו ורבו, ונפטר ע"י מעשה (ולהלג"מ נפטר גם בלי קשר למעשה).

קכט) ועוד יש לדון דאפי' היכא דמצוה הבאה בעברה, אין הכוונה שלא מקיים מצוה, אלא שאינו יוצא ידי חובתו במה שמוטל על הגברא. כגון אכילת מצה. ולכן מה שחלוי במצילות כמו שחיטה ופו"ר, אינו מפסיד אלא החלק שעל הגברא אבל לא המצילות. ונפ"מ במבואר בתו' יבמות ב. דהבא על יבמתו נדה קנאה, ודקדקו כן מפסחים, והרי ביבמה עיקר ההיתר הוא מחמת מצוה, עכ"פ להרבה ראשונים, עי' או"ש יבום ג' ג', ואעפ"כ קונה גם בחוטם וגם בקטן, והוא משום דיש חלק במצוה שתלוי במצילות, וכזה לאכפ"ל אם הגברא בר קיום מצוה בחותו זמן. ועי' גם ק"ה יבמות יא ב שמדמה הנ"ל לחליצה שאינה נפסלת כשבאה בעברה.

קל) ולדינא האגר"מ שם מסיק דבין לסברת המנ"ח בין לסברתו קיים פו"ר, דלא כהמגיה בט"ז אה"ע שם שכ' דכיון דלקולא לא אמרינן דלמא לא קיים פו"ר. ובאמת הוא ג"כ סברת החסדי דוד והאפי זוטרי, עמ"ש בביאורם אות ב'. ובאמת לסברתו היה מקום טפי לפקפק בזה, דהפטור הוא בתנאי שנהג כדרך בני אדם, ועשה ההכשר דפו"ר, גם אם בזמן העשיה לא היה מתוייב המצילות פוטרת אותו. אבל כשמה שעשה אינו בצורת המצוה כלל, לא נפטר. ומ"מ אין כ"כ נפ"מ בזה, כיון שהמדובר במי שאין ביכלתו להביא זק, וא"כ אפי' אם לא יצא ידי פו"ר מה יעשה. (אמנם יש שעושים הפריה מחמת שהתברר שבכיה במשפחתם מחלה מסויימת ולכן רוצים לבדוק ולא יכניסו לרחם עובר שיש בו את המחלה).

קלא) והנה ראיתי בפמ"ג סי' רמ' שדן אם ממזר חייב בפו"ר, ובקר"א יבמות כב. דפשיטא ליה דחייב. ולענ"ד נ"ע דודאי אינו חייב בפו"ר, ולא אמרו לו אלא דמותר בממזרת, שלא למנעו מדרך בני אדם. אבל איזו מצוה שייך להרבות ממזרים, שאסורים בקהל, ושאין רצון הבורא בהם. ולא שייך ורבו ומלאו את הארץ, ולא לשבת יצרה. ואין ראי' כלל מהא דאביו קיים פו"ר, דס"ס כיון שיש לו בן והבן יכול להוליד, ח"ל לומר שלא קיים פו"ר. והכוליד בן נכרי בגיותו, אף שבנו הנכרי אינו מתוייב בפו"ר. ונראה דגם אם הבן קרוב האב קיים כל עוד הבן חי, דלא איתמר אלא בהיו לו בנים ומתו, חזר לקדמותו, אבל כל שיש לו בן, אינו חייב עוד בפו"ר.

קלב) הנה יש שכתבו דמחמת שנעשה הדבר רגיל, ההשתדלות הזו של הזרעה הוא בכלל מצוות פו"ר (וכן בתשוה"נ מ"ו רמז' דחייב גמור הוא), ואמנם המתעסק בזה מקיים מצוה, אבל נראה פשוט דאינו בכלל חיוב דפו"ר, ואין זה שייך לרגילות הדבר, דאין המצוה אלא בדרך הטבע, שכך טבעו של עולם וגם אנו מצווים בזה. אבל כל דבר שהוא המצאה מיוחדת, גם אם הרבה רגילים בזה, אין זה מוסיף למצוה מה שאינו בכללה. וכך נ' שבה"ל מ"ח רנ"ז "שגם בדרך זה יתקיים המצוה". ובפרט אם נעשה ע"י מבחנה ותרומות, אפשר דאין זה החיוב, אלא רק כדרך הטבע, שהרי כל מה שאינו כדרך הטבע יש בו הפסד והסרון לולד שאין לו אב רגיל, ובודאי אין האדם מצווה לעשות כן. אלא שאם עשה כך נחשב שהעמיד ולד מ"מ. (ובכלל זה השאלה אם יש חיוב לעשות טיפול רפואי כדי להרות, אמנם כאן גרע, דכיון שיש פקפוק אם הוא בנו לכל דבר או רק לחומרא, אין אדם חייב להביא בן לעולם באופן כזה). וכ"כ בנשמת אברהם שם בשם הגרשז"א.

קלג) ומש"כ שם התשוה"נ דמה שרבינו הקה"י היה נוטה שהוא איסור גמור אינו אלא בזמנו שהיה טיפול אדם ולא מוכר וכו', לא נראה כלל הכרח לזה, והגרח"ק כ' להביא בשמים האחרונות בשם הקה"י והחזו"א דעצם הדבר אסור ואינו תלוי בשיקולים הנ"ל. אמנם רבים המתירים וכנודע, והמתיר יש לו גדולים ונוגים לסמוך עליהם, במקום צער גדול ופקות נשמה, אבל הנמנע מחמת דעת רבותינו הנ"ל אין עליו אפי' סרך של ביטול מצוה כי בודאי שאינו חייב.

קלד) וסמך לדבר מהמובא בתחומין יח' תשנ"ח עמ' 162 בשם הגרי"ש, דאין לבחור (שיש סכנה שיתקלקל זרעו מחמת איזה טיפול) להוליד זרע להקפיא כדי להוליד ממנו בהמשך. ותמהו עליו שם דהרי גם בחור חייב בפו"ר. אמנם כיון שהיתר ההוו"ל הוא רק מפני שצורך האישות דוחה האיסור, כדלעיל פרק ד, ח"כ צריכים שיהיה בו ענין פו"ר בשם זה. ובשלמא מי שנשוי אשה, וחייב לה מה שיכול לעשות בדרך הטבע שתתעבר, אפי' אם אין חיוב גמור להפרות, בודאי הוא בכלל הענין אם רוצה לעשות כן ומותר לו הוו"ל. אבל מי שאינו נשוי ואינו יכול לקיים פו"ר עתה, ואין הדבר בכלל חיובו להשתדל ע"י הקפאת זרע בחור בחור, חוזר ועומד איסור הוו"ל. מיהו לענין הלכה הגרשז"א אינו סובר כן, לפי המובא בשמו בנשמת אברהם מ"ד אה"ע כג. אבל גם מדבריו אין הכרח שהוא חיוב, אלא רק דכיון שהמצוה גם עליו, ומקיים המצוה מותר להוו"ל. וכדלעיל בפרק הנ"ל דהרבה פו' סברי דבכה"ג ל"ש איסור הוו"ל.

קלה) ומ"מ העושה מקיים מצוה, ונראה דלדעת האג"מ המתיר להזרע מעלמא מקיים בזה ג"כ האב מצוה לשבת יצרה, דכיון שאשתו משועבדת ליה לענין ולדות, הרי בו הדבר תלוי, וכל זמן שהם נשואים אינה יכולה להיכנס להריון מזרע של אחר בלי הסכמתו, וממילא הסכמתו גם לעצם הענין וגם לכל המאמץ והטירחא הכרוכים בכ"ז הוא מצוה לשבת יצרה. וגם כאן לענ"ד אין שום חיוב לשבת יצרה, כיון שאינו חלק מדרך הטבע, אלא שאם עשה קיים מצוה. ואף שהיה מקום לומר מ"מ דשאני לשבת יצרה מפו"ר, שאינו מוגדר בדרך אישות, אלא ענין כללי יותר של ישוב העולם, ולכן האשה מופקדת ע"ז (עי' תשו' בנין ציון קכג' כד' הנ"ש ג' ב'). מ"מ לא נראה שיהיה דבר כזה בגדר המצוה.

קלו) ויש באמת לדון במצוה זו לשבת יצרה, אם יש יחוד במעשה הביאה שהיא עיקר המצוה, או רק הלאגה לעצם הענין. וי"ע בכלל אדם שתומך בלידה או שמונע הפלות וכדו' אם מקיים גם המצוה לשבת יצרה, או שהביאו מו"ל שעניינו רק בישואין כשאין פו"ר. ואם נאמר שהמצוה מוגדרת כפו"ר, שעיקר עניינה במעשה הביאה, לכאו' אין האשה נחשבת כמקיימת מצוה אלא בעושה מעשה, ובעלמא בביאה כיון דמסיימת נחשבת שעושה מעשה גמור, ומסיים יש בו ממש, אבל אם בא עליה כשהיא נים ולא נים ואינה מסיימת כלל, נחשבת כקרקע עולם ולא עשתה שום מעשה.

קלו) מיהו אי אפשר לומר דלא עבדא מצוה כשכל הפער דהריון ולידה וגידול עליה, ולפ"ז י"ל דאין המצוה מסתיימת רק בלידה, אלא גם הדאגה לילדים בקטנותם כשאין מי שידאג להם היא חלק מהמצוה לשבת יצרה, דאם לא יזונו אותם איך יישבו את העולם. ומזה עצמו היה פשוט לחו"ל מצוה זו לשבת יצרה, ולכן פשיטא להו דהחיוב לזון בניו דאוריתא הוא, ואינו מוזכר בשום מקום, אלא הוא מתחייב מענין לשבת יצרה (אף שהוא בד"ק מ"מ הרי נאמר שלשם זה ברא העולם ולכן נחשב דאו'), וכן היה פשוט שהוא מוטל גם על האם שהיא מגדלת את הילדות. ולפ"ז משתבר שזה רק בהוריים, כיון שאנו מגדירים את המצוה לכלל התפתחות הילד והאדם, לא משתבר שכל לדקה וחסד יהיו בכלל זה, אלא הוא מצוה להוריים.

ז. הפריה מלאכותית

קלח) וכ"ז לגבי הזרעה מלאכותית, אבל לגבי הפריה מלאכותית, סובר הצי"א מט"ו מה' לאין מקיים בזה פו"ר, שאינו כדרך הטבע. ולענ"ד אינו מובן, ואפי' לסוברים דהביאה היא המצוה, י"ל דה"ה הזרעה דהרי הפעולה היא אותו פעולה שמביא הזרע לגופה, וממילא ה"ה הפריה, המעשה שעושה כדי להפרות הוא מובנו והוא המצוה. ואין הגדרת המצוה בביאה משום ענין הביאה אלא משום שזה בידו לאפוקי הלידה שהיא רק מוצאה. ובפרט להצי"א גופי' דבהזרעה מודה דמקיים, מנפ"מ כמה משנים מטבע הבעילה, וזה ענין המצוה שיתבר הזרע בבילית וע"ז תהיה בהריון ואין שום נפ"מ איך נעשה. ורציתי למי שמתחזק סברא זו שהתורה התייחסה לצורה הטבעית, כמו שלא צריכים לרבע תפילין באופן מקסימלי. ואין זה שייך לכאן כלל כמובן. ומה שאינו חייב מעבר לגדרי עונה הוא נכון, אבל אין זה אומר שאינו מקיים המצוה. וכמו מי שהביא בן ובת בזמנים שלא היה חייב. וכדלעיל אות כג'.

קלט) מיהו י"ל לאפי' שהוא בכלל המצוה, אפשר דלא נפטר בזה מחובתו להביא בן ובת, דהיינו שאם מתאפשר לו אמ"כ להביא בן ובת בדרך הרגילה, לא נחשב שיצא ידי חובה, כי הגם שהשמדל בלידתם, מ"מ הצורה שחייבה התורה היא בדרך הטבע. ואין לומר שא"כ מעיקרא לא קיים שום מצוה, כמו דלא אמרינן שאם הביא בן ולא בת לא עשה שום מצוה, דודאי עשה מצוה אלא שעדיין לא יצא ידי חובה. וה"נ אם נניח סברא כזו שביאה ידי חובה הוא רק קרא כדכתיב (וגם ההורות אפשר שהיא קלושה בכה"ג כדלעיל פרק ח), עדיין לא יצא ידי חובה, אבל אי אפשר להתעלם ממציאות הבנים שהוליד מאשתו.

קמ) הפריה מלאכותית נעשית במבחנה, ומפקחים על קליטת הזרע בבילית, ולאחר מכן מחזירים את הבילית המופרית לרחם. לענין הדון דפרק ב' בזרע של אחר, לכאו' אין שום חילוק, דאין הבדל בין הכנסת זרע לגופה ובין הכנסת זרע מופרה לגופה.

לא להקל ולא להחמיר.

קמא) אמנם אפשר שכן יהיה חילוק, לפי מה שדן בתשוה"נ ב' תרפט' דבהפריה מלאכותית לכו"ע אינו בנו, כיון שכח אחר מעורב בבילירה, הוא כח המבחנה, ופוגם בשם בן. וממילא יהיה אפ"ל עפ"ז לקולא, דדוקא בהכנסת זרע הועלו הסברות שהוא כדרך ניאוף, אבל הכנסת בילית מופרית לגופה, אף שהפרייתה נעשתה ע"י הזרע, מ"מ כעת אין כאן שום זרע, שהבילים מולידה מאיס מדשים, ואת הזרע הראשון כבר התפרק. ולא יהיה כאן משש ממזרות. ורק לענין יחוס אין סיבה שיהיה הבדל, שהתולים יחוס בזרע יתלו גם כאן.

קמב) אבל עיקר סברת התשוה"נ יש לפקפק בה, שהרי המבחנה אינה עושה דבר, אף שמן הסתם מניחים אותה בטמפרטורה המתאימה שלא יתקלקל, אבל אין זה אלא סילוק הפסד, והממרים המיים פועלים בעצמם.

קמג) והביא ראיה מדברי התוס' נדה נ: בתרגולת שפי' נפי' קמא דתרגולתא דאגמא גולד מטהורה, אבל מכיון שלא יצא מהטהורה ממש, אלא נתגדל מביצה, נחשב כגודל מעפרא וצריך סימני טהרה בעצמו. ולדבריו גם ההוא מיוקר ייחשב גודל מעפרא ואינו ישראל ולא כהן. ופשוט שאינו כן, ולא הובא אלא לדוגמא בעלמא. ושאני ביצה שהליפור מתפתח בה כולו מהמל ועד כלה, ואינו גולד מאמו כלל.

קמד) ולכאו' נר' לפ"ד התוס' דאין בעופות דין היוצא מן הטהור טהור והטמא טמא, אלא תלוי בסימנים, ולא אכפת לן שהוא תרגול אלא מעפרא קאתי, והוא תרגול בלי סימנים ולכן טמא ולא נחשב יצא מן הטהור. ולפ"ז ה"ה אפכא אם מביצה של עוף טמא יצא עוף שיש לו סימני טהרה (כגון שהיולדו אותו גשמים, עי' להלן אות קנח'), יוכל להיות טהור, בתנאי שיילאה כמו מין טהור, דהרי ודאי עיקר המחיר הוא "תרגול" או שם מין טהור, אלא שצריכים גם סימנים. ומדשו המו' דלאכפ"ל מהיכן יצא, כי גדל מעפרא, ולכן אם הוא תרגול עם סימנים כשר, ואם הוא חסר סימנים טמא. וה"ה ביצה של דוכיפת שיצא ממנה מה שנראה כמו תרגול ויהיה לו סימני טהרה יהיה כשר.

קמה) אמנם פשוט שאינו כן, דלא כ' התוס' אלא שאין הילאה מהטהור מספיקה כדי לטהר, ולא כיונקים, אבל צריך שיהיה ג"כ תרגול מחמת שגולד מתרגולת, דהיינו שלא יהיה גולד מאחד מכד' עופות הטמאים, דהעפרא פוגם בשם תרגול, אבל לא מבטלו לגמרי, ולכן לא מבטל גם שם דוכיפת לגמרי, ובע"כ שאפ"ה נחשב תרגול (והרי בעופות העיקר הוא שיהיה עוף שאינו מן הטמאים, והסימנים אינם עיקר המכשיר כמו בחיה, אמנם הגר"ח פ"ל ממאכ"א הט"ו סובר שהם הל"מ וביו"ד סב' תמהנו ע"ד, מיהו התוס' הנ"ל כתבו "מעפרא קא גדיל ונאסר ממילא ע"י סימני טומאה", ויל"פ שר"ל דכיון שדומה לדוכיפת דאגמא הוא כמו פניו בהמה שנקבע לפי צורתו, וה"ה לפי סימני התנהגותו, וע"ע דבירו' גבי אדם ובהמה לא אמרי' הכי). וה"נ בנ"ד גם אם היינו מחזיבים המבחנה לעפרא עדיין שם הזורים בודאי נשאר עליו ודינו כתרגול גם אם לא הביא שום סימן, אלא שהוא תרגול בלי סימן שאין בו דין יוצא מהטהור, דבמציאות לא יצא מן הטהור, אלא התפתח מעפרא ודין האי עפרא כנבלה (ואיכא לדמויי לולד אדם שפניו כבהמה דאמרי' בירו' פ' המפלת שמותר להרגו הרי שאין לו דין אדם, ועביו"ד קצד' בדבריו סק"ג לחמוה על התשו"מ ח' נא' שב' לא כן).

ח. פונדקאית ועירוב זרע

קמו) באות ו' נת' דמסרון בצורת האב הוא הורות קלושה, ובאות ט' י' שבודאי כן הוא כשמרכיבים מכמה אנשים, שנפגם שם ההורות. ולפ"ז בפונדקאית (שברחמה גדל העובר ונולד ממנה) היא בודאי ג"כ חלק מההורות, ומסברא היה נראה שעיקר ההורות שלה, דבילית מופרית היה אדם, ומתוך גופה נתגדל ונעשה אדם, ובשלמא בגבר תמיד עיקר תרומתו הוא רק תומר הזרע, וזה הנותן לו שם אב, ואילו הנקבה עיקר תרומתה היא הגידול בתוך רחמה והפיכתו במציאות לאדם. וכך הדין בבע"ח דלרוה"פ אין מושגין לזרע האב, דהיינו שכיון שאין שם תשיבות אב על הבע"ח שבא על הנקבה, רק האם לבדה קובעת מין הילוד, וזה הבדל טבעי בין זכר לנקבה. ועי' לעיל אות כז'. וכ' תשוה"נ ב' תרפט' דהילולת היא האם (וכמ"ה שיח' מזר

להסתפק), וכן כ' הגרמ"מ שפרן (עטרת שלמה ח"ה עד"), וכ"כ בלי"ש מ"ט סי' מ', דהבילית מתבטלת לגופה. אמנם כיון שעוסק גם בפונדקאית, ראיתו איכא למידחי דלאבר מתבטל כדלהלן פרק O בהרחבה, אבל תחילת ולד תשיב ואין בו ביטול. וכ"כ קנה בשם ח"ד סי' לה' דהאם הראשונה תשיבא עיקר אמהות. ויש להוסיף לפי המבואר להלן משפ' דעובר ירך אמו דוקא משעה שנעשה עובר, והרי דין זה הוא בשניה.

קמז) אבל מכיון שסו"ס ב' ההוריות שלהן קלושות, למעשה אנו דנים שתיהן כאמהות לחומרא כמו שנת' בפ"א (וכ"כ להדיא הגרשז"א לגבי פונדקאית להחמיר, מובא בנשמת אברהם אה"ע ג' ו', וכן בשם הגרי"ש כתבו שא"א להכריע, ויש שאמרו שעה שבעלת הבילית עיקר, עי' ישורון כרך כא'. אמנם מה שכתוב שם בשמו שאמר רא' דאם היו שמים ברחם בהמה, אינו מובן, דהשאלה היא מחמת שהיולדת היא אדם, והוא כמו לשאול אם היו מזריעים אשה מזרע בהמה), וא"כ קשה למצוא טעם לדון מי יותר אמו. ובפרט שהסכימו רוב רבני זמננו הנ"ל וכן בשבה"ל מ"ט רסד' דאין לעשות כן, א"כ פחות מתוייב הפוסק להגדיר ולחדש ברירת ההורה בזה. ואולי תלק מההסכמה היא משום שלא מצאו דרך להכריע מי האם. (ובאמת בבעיא דהדניק ב' רחמים בחולין ע: חזי' דלידת השניה תשיבא לידה לע"ג שלא עשתה אלא מעשה קופסא בעלמא וגם לא היה ברחמה ממש, אלא באותו מקום שנאמר בו פטר רחם לענין בכורה, וראיתי להגרח"ק בבה"ל פי"א מבכורים הי"ג שלמד מזה שאם הדניק ב' רחמים וילדתו גם השניה והיו שתיהן שותפו של אותו איש אבי הבן, חייב לפדות פעמיים דהוי פטר רחם דשניה ג"כ).

קמח) ואולי מ"מ בה' כבוד אם, קודמת האם הפונדקאית, שהרי היא נטערה בו לער נשיאה ולידה. ואפשר גם לחדש יותר מזה, דכיון שסו"ס שתיהן אמהות, זו שנתגדל אצלה היא זו שחייב לה הכרת הטוב ושבחרה להיות האם שמגדלתו, גם אם מצד הטבע תלקה מעט פחות, מ"מ כיון שיש לה שם אם, נקנב בפועל ע"י שהיא זו שרצתה בו, והשניה היתה רק שכירה בכסף.

קמט) ויותר נראה שיש לדון לחומרא שרק הפונדקאית היא אמו, דמטעם שנת' בחות קמו' אפשר דראוי לקבוע שהיא האם ומסירתו אינה אלא אימוץ, א"כ אם נאנס להכות א' משתיהן, חייב להכות אמו המורמת ולא הפונדקאית, דיותר מסתבר שהיא האם מן התורה ולא חברתה. אבל להקל על סמך זה אי אפשר וכנ"ל דנחשב ספק חסרון ידיעה שאין בידינו להכריע בבירור בענין חמור בלי ראיה גמורה. וקשה לחלק בזה בין דאוריתא לדרבנן, כיון שמדובר בענין מציאותי מי נחשבת כאמו, אין טעם לקבוע שתיחשב כאמו לענין דאוריתא ולא לענין דרבנן. ואף שמציאו לחז"ל כעי"ז, היינו בעניינים כלליים, ולא בהגדרה פרטית. וכן קומכים לדבר מן האגדה שדינה נוהגת במעי רחל והומלפה בנם נלאה, ואיך שלא נפרש המציאות, מ"מ חזי' מהתיאור שהתייחסו בפשטות שחלוי בחולידה. וכן לענין קביעת ישראל תלוי ברגע הלידה, שאז נעשית אמו, והורתו שלא בקדושה הוא רק ענין ולא בקביעת מהותו. (דאף שמתשבין הטבילה לעובר, מה של"ש בבילית מופרית, מ"מ אינו גר קטן —והרי טבילתו קודם מילה- וכתפאל"מ יו"ד רסמ' דאינו יכול למחות, והוא משום דכשהוא עובר האם מקבלת המלוות לגביו אף בלא דין זכיה ואפי' אם אינו ירך אמו. ולכן יש לד דאפי' לא ידעו ב"ד מהעובר מתגייר, וכן הוא הסתמא. והוא מיוחס לאמו ע"י הלידה, וכתו' סנה' סח: דאחרי כן יורש את אמו, וכמו במצרים מעוברת דבנה מצרי שני כיבמות עח. והגרנ"ט בסוג' דגר קטן חילק בזה דשם ישראל יש לו חגב אמו וטבילה צריך רק לחיוב מצוות, אבל הוא מחודש וא"ל לזה אלא כדשני', ואמנם יש לפקפק ולומר דכיון שהוא מי לא היה נקרא ישראל בלי שתמול גם עליו גרות אמו, ולולי זה לא היה נכרי נעשה ישראל ע"י לידה, וכמו כל ישראל דעוכר מאמו ואח"כ עולד, וא"כ בפונדקאית לא ניתת הכי, אבל י"ל דבילית מופרית תשיבא יפירה, דהרי אין דין טבילה בשלב זה ובע"כ דאפ"ה הולד ישראל. וע"ע בזוג ממזרים שתרמו ביצים מופרית לפונדקאית אי מתכשר הזרע עי"ז ויהיה דינו כהורתו שלא בקדושה).

קנ) ונפ"מ בזה תהיה גם בבעל חיים, שיש הרבה דיונים בקביעת המין וההורות, לכשרות המין להרביעו עם בני מינו, ולקביעה שאמר שלו שמו אמר, ולכלאי בהמה לקשרם יחד למלאכה וי"א אף שלא למלאכה. אם עוכר ע"י פונדקאות, אם יש לחוש לזרע של אם ראשונה דהיינו לביצית שלה. כמו דחזי' בביצים שאף שאינו בבטן אמו מתשיבים אותו לייחס על מינה. ואף שבפור הוא דרך הטבע, מ"מ חזי' שצורת הדבר יכולה להיות גם בדרך של שיהוי בחוץ, וא"כ כיון שהדבר אפשרי גם בבהמה, דבלא"ה אין בה אם הורות מעיקרא אלא רק בצורת הביצה, יהיה הדין שוה.

קנא) ובאמת אם נמצא גילוי והוכחה מדברי חז"ל בעניני כלאי בהמה וכלאי אילן, יש לדון אם עוכל להכריע מזה לדיונים דומים באדם. והרי גם בבהמה יכול ליקח זרע של זה וליתנו במעי בהמה אחרת, ולא מציאו שנאסר הדבר, והרי בד"כ אינם יולדים זמ"ז שנאמר שיש בזה השחתת עולם, וגם מותר לייחדם ורובעין זא"ז, וא"כ אין קפידא על מציאות הרביעה, מבואר שקפידת התורה היא רק על מעשה הרבעה שזה עצמו סוג של השחתה, ולכן פשוט שליתן הזרע במעי בהמה יכול וכדפסק החזו"א כלאים ב' טו'. וכן ולד הכלאים דבהמה לא נאסר בקיום ובהנאה.

קנב) ובכלאי אילן נאסר גם הרכבה שהוא פחות מוגדר מכלאי אדם ובהמה, ונאסר גם כשקורה מאליו, שנאסר גם המולאה, וכבעריות דאיכא ממזר. ומ"מ בחו"ל לא מצאנו (מלבד כלאי זרעים) אלא איסור הרכבה, שהוא עכ"פ כמו זיווג שמחבריה שני האילנות זל"ז, או יחור של אילן זה על גבי אילן זה, ופשיטא להו לחז"ל שזה כלאיים שאסרה תורה. והנה כשלוקח יחור מהאילן דומה בעצם להשתלה של זרע, שהרי אינו לוקח את ב' אילנות ומרכיב. אבל אינו דומה, שהשתלת יחור היא כהשתלת אבר, ושמו עליו, כי אותו ענף יוציא פירות שהסוג שלו יכול להוציא בלבד, אלא שישתמש בכחה כציור. וא"כ לעולם יש כאן הרבעה ממש.

קנג) אבל החזו"א שם כותב: "דאין חילוק בין מרכיב גוף למרכיב שרש, שאם עוטל שרש ונותנו בסדק והוא חוזר ועושה ענף מאותו השרש הרי זה מרכיב גמור", וגר' ממוה טובא, גם אם נאמר שיש מציאות כזו שהשרש יכול לגדל ענף המתייחס למין בעל השרש, עדיין מהיכי תיתי שיהיה הרכבה, ובדיוק כמו הרבעה שכ' שאינו אלא בחי, הוא הדין הרכבה אינו אלא בחי, והוא אילן או חלק מאילן שאף שנעקר עדיין הוא הוא ותוך זמן קצר יכול לשתלו באילן אחר, אבל לא שרש שאין עליו שם אילן חי.

קנד) ולדבריו יקשה מאד, שכל האבקה של מין ממין ע"י חרקים וכדו' הוא לא גרע משרש וכל הפירות אסורין. והרי כל הפירות כך דרכם להתרבות, וגם האתרוגים כן, ואם יתנו מטע של אבוקדו אצל מטע של אתרוגים ירחו השפעה על האתרוגים, ואין זה גורע ממציאות האתרוג, שכן עץ האתרוג אינו יכול לגדל דבר אחר מלבד אתרוגים, וגם כשמרכיבים אותו על לימון הוא מגדל רק אתרוגים, אלא שהציור העשוי מלימון מאפשר לו לקחת מינרלים שונים המשפרים את מראהו. אבל אין מכונות אלו מוטמעות לגרעין של האתרוג המורכב, שהוא באותו קוד גנטי של אביו. ואין איסור כלאיים קשור לשינוי הפירות, וכמ"ש הרמ"ם תשו' רפז', אלא לכך שערבב והשמית הגידול. (ומש"כ החזו"א ערלה יז' ג' שהמרכיב ב' מינים מגדלים מין חדש, אינו ממש מין חדש אלא שנראה כך).

קנה) ורמ"מ במכתב מרן שנדפס בס"ס דרך אמונה ס"ה שכ' "דוקא שהנזל מתהווה אח"כ ליאור", וכנראה כוונתו לבאר דבריו בספר, אלא שלא נתברר מציאות כזו, ועי' גם מעדני ארץ מ' ה' שאינו קובר כהחזו"א. וע"ל בד' החזו"א שיש חילוק בין האבקה שהיא כמו זרע, ונתינת זרע לא נאסרה, כמו בכלאי בהמה, והרי מקש' כלאי בהמה לכלאי אילן בקדושין לט. אלא דכל מה שיש עליו שם יאור הוא כמו אבר, וחבור אברי אילנות הוא הרבעה. ואפשר דכוונת החזו"א להרכבת 'עין' שיש שאין מרכיבין אלא הקליפה, ובקליפה עצמה פשט"ל שאין שם הרכבה דאין עליה שם עץ, אבל מכיון שהשרש זורס דרך קליפה זו אסרה מחמת השרש.

קנו) אמנם משכ"כ החזו"א שם: "אם מרכיב דבר שאין נומת אלא שהוא נבלע באילן ומטיב למיתת האילן מותר, והיינו הא דאמר פסחים נו. דנותנין בלב הדקל אסר ושברא דדפנא וקמחא דשערי ולא אסרינן משום אילן באילן וירק באילן, אלא שאין כל אלו מקבלים כח הצמיחה אלא הוא השקאה להדקל, וכן אמרו בירו' בזית ע"ג תמרה אי לאו דממתיקו הוי מותר הרכבתו, וממתיקו היינו ע"י כח הזדווגות וצמיחת שניהם, וכן ירק באילן לר"י ואילן בירק לריב"ג" (ב' עז'). לא ידענא היכי קיבר הא דפסחים נו. שאינו שום הרכבה אלא שנותן מבשילים וירקות תלושים בלב האילן כמונחים בקופסא, ואין הרכבה אלא כשנותן יאור שמתחבר וממשיך לצמוח באילן החדש. להא דזית על גבי תמרה שאינו ממתיקו, דהא כיון שהרכיב זית בתמרה הרי עשה כלאים, ומי יודע איזה תועלת יש בכל הרכבת אילן ואילן שנאמר שיש אילנות שמותרים בהרכבה כיון שאין תועלת בהרכבתם, או שהרכיב ולא בא התועלת.

קנז) וגם דברי החזו"א בהמשך אינו כן שכ' "ש מרכיב שמתאחין ומולידין מין חדש ויש מתאחין והפירי אינו משתנה ושני הרכבות אלו אסורין", הרי שכל שמתאחה א"ל שינוי בפרי, ומשמע דזית בתמרה חשיב 'הרכבת דבר שאינו נומח' והוא המלוקה הראשונה בדבריו, דהיינו שנותן תמרה תלושה בזיתים, אבל לא נראה כן במקור הדברים, אלא כמ"ש מתחילה שהוא הרכבה גמורה. עכ"פ המוסכם מכ"ז וגם מד' החזו"א שבכלאי אילן ובהמה אסרה התורה רק הרבעת איברים. ואין להקפיד על האבקה.

קנח) ולפ"ז גם בהנדסה גנטית של בע"ח או פירות אין איסור.

ורק אם מערבב בתוך זרע חיטה חלקים מזרע שעורה למשל, יש לדון שנחשב כזורע כלאים, כי סו"ס זורע שניהם יחדיו, וכיון שמדובר בחלק חשוב מהשעורה אינו בטל, ואחשביה על ידי שבודל אותו ומיבר אותו לזרע החטה. אבל יש הנדסה גנטית שאין בה חשש זה, כגון שמחדירים את הגן שרוצים שיכנס ע"י חידקים שנושאים את הגן, וחידקים לא נחשבים כזרע שעורה וגם אין להם דיינים כלל.

קנט) ולכאו' כן הי' נראה במעדני ארץ שם, וכ"כ בשמו שאר בשרו בס' כשרות אחרבעת המיינים עמ' קפא לגבי אתרוג (ומה שתמה ע"ז בעטרת שלמה תש"ס עמ' קלו' ואילך, אינו מוכרח, ומש"כ דיש היום הנדסה גנטית המצמיחה פלסטיק וכו' לא ידענא מאי קאמר, שאין זה קשור להנדסת צמחים וגידולים, אלא חידקים המסייעים בייצור פלסטיק ביולוגי מתכלה – הנזר מפחמן ולא פולימרי-, וכן מאי דמוכיח מכלאי זרעים שנאסר אין ראי' משום דבזרעים אין מהות אחת של אב ובן וכל עירוב אסור ולכן אין איסור בטל).

קס) אבל בתשובתו מנח"ש מינא ק' אוסר הנדסה גנטית בצמחים "דס"ס השדה זרועה מב' מיינים", והציר שמדבר שם הוא שנותן מין בתוך גזע של אילן, ודומה למעשה דהחזו"א לעיל, אלא שבאמת יש לחלק דעל מין אין שם אילן או שם פרי, ונשתנה צורתו. וגם איני יודע על איזה סוג של הנדסה גנטית מדבר. וכן עי' בשמו בנשמת אברהם מו"מ תכה' א'. וכן בשבה"ל מ"ט רכד' אוסר "שלוקחים תאים וכרייס של מין אחד ומאביקים אותם על התאים הנקביים של מין השני", משום ד' החזו"א הנ"ל. ולפ"ז דוקא תמיר כלאים מבאדם, דכל שיש איסור כלאים גם המולדה נאסרת, ואינו כעריות שיש לדון לחוד בממזרות. (ומאי דמסיים בשבה"ל שם: "וכמובן כ"ז אם יופא ע"י פעולה זו פרי של מין שלישי חדשה, דאם הוא רק לחזק הפרי הראשונה עיין פסחים נו. דאין איסור בזה", אינו מובן וכאמור אות קנו'). וכן במנח"י ז' יב'.

קסא) וכן במנח"ש שם שסימני דגים שיפותחו ע"י הנדסה גנטית ח"ל להקל, דאפשר שהסימנים על מין שמגדלו בטבעו, ולא שע"י שינוי הטבע. אבל עגבניה על העץ בודאי יברכו עליה בפה"ע (לענין שיוויים בדגים עמ"ש ביו"ד פג' ג'). ולכאו' סימני אילן לעומת ירק אינם כסימני דגים, ואם יסמנו יסמנה דינו. אמנם להלכה תהיה מבוכה גדולה, שכן אין סימני אילן וירק ברורים ממש, אלא צריכים שיקול דעת בכל אילן ואילן, וכבר נזמננו יש מבוכה מחמת שינויי הטבעים, כגון הפלפיה שאינו ממזיק הרבה שנים משום שאינו מתאים לאקלים כאן, אבל במזרח הוא כעץ לכל דבר להרבה שנים. ולכאו' לענין דיני דגן תירוש ויפהר אין נפ"מ אם יסמנה צורתם בהנדסה גנטית, ולפעמים כשמין מולדת ומשונה לוקחים אותו הכל והמיינים הישנים נכחדים, והרי היו גם מיני זיתים שנכחדו, ואפי' אם יסמנה צורת הנ"ל שינוי גדול, כל שמשמש לתכליתו כשר אפי' לנסכים ולמנורה. אמנם אם האתרוג יסמנה מצורתו המקורית, נ"ע אם יפלו בו, דכיון שהתורה אמרה פרי הדר משמע שיש קפידא על צורתו והדרו. ואם השתנה טובא אפשר דמחמת זה חלוק ממינו.

קסב) עכ"פ חזי' דאסרו אחרונים בהנדסה גנטית אף בכלאים, ומוששים לזרע המהונדס גנטית, ח"כ לא נוכל ללמוד מזה קולא לגבי קשר לזרע או לבילית של מי שאינם המולדים כדרך הטבע. אף שגם לדבריהם לא מוכרח שייאסר המין מחמת שהכניסו בו, עי' בדברי השבה"ל המובאים לעיל אות קעו', ורוב ההכלאות בזמננו לא באות לשנות שיהיה כמין אחר, אלא למנוע מולשות ומחלות וקלקולים, ולחזק הפוריות והתפוקה וכו', ולדבריו זה יהיה מותר, וצ"ע. ועי' פעמי יעקב אב משש"ד עמ' ע' שנחלקו הגר"ש ווזנר עם הגר"מ ברלנדסופר אם הנדסה גנטית ממין טמא מאסור או לא. (וראיתי בקובץ עטרת שלמה תש"ס עמ' קלד', שחזיר הנזיר ע"י הנדסה גנטית בודאי מטמטם את הלב. ואינו כן, שאין החזיר מטמטם את הלב אלא עבדה מטמטמת את הלב וכמבואר בגמ'. וענין מאכלות הוא רק שזו עבדה הנכנסת לתוך גופו, אבל רק כדאיכא עבדה).

קסג) ולכן גם בעירוב זרע מכמה בני אדם, אם הנדון בעירוב המועיל, דהיינו שהברו את החלקים שמביאים את ההתעברות, שאומו תא שיפרה את הביצית, יהיה מורכב ממקטעים שונים של בני אדם שונים. ח"ל להתכחש לקשר ביניהם, אלא דאם כולם שונים הרי כולם בהורות קלושה, וגם מש"כ המוס' סוטה כ. בבאו עליה מאה בני אדם לדעתם ששייך גם בעיבור טבעי שיהיה מכולם, שכולם אבותיו, היינו הורות קלושה ולא דין אב גמור. וצ"ע אם שייך לומר בזה עיקרי ולא עיקרי, דכיון שמערבנים ולא ניכר חשיבות כל חלק, אין עדיפות לא' על השני.

ט. דין לקיחה מן המת בניוול

קסד) לענין לקיחת זרע מגוף המת כדי להפרותו ע"י אשתו. ראשית יש לדון מדין ניוול המת. ואיתא לאשתכלא מנין איסור זה, ומקורו בחולין יא: בטעמא רופא במקום נקב ניקב "וכ"ת דבדקי' לי' הא קמעוול", ומוכח שהוא מן התורה דמפרש' עי"ז כוונת התורה בדין הריגת רופא, ובב"ב קנד. לבדוק אם הגיע ב"ש "אי אתה רשאי לנוולו". ומשמע דנלמד ממצוות קבורה, שאין עניינה רק ההנאה בחלמה, אלא מניעת הניוול וכמו שאמרו בחלוי שקללת אלהים תלוי, וכ"נ בגליוני הש"ס למהרי"ע שם. (ואיה למוהרל"ל במלמד להועיל ב' קיד' שהגיע סמך מן המקרא: "הלא תראה שהגיע עמוס (ב' ח') מושב זאת לפשע מואב שרף עצמות מלך אדום (עיין שם במפרשים). וחז"ל בסנהדרין פ"ב ע"א משבוהו לעונש גדול שנענש בו מלך יהויקים שגלגלו שרף". ויש להוסיף מה שתיארו בשבת ל' את שלמה דואג שדוד מוטל בחמה).

קסה) וכן נר' שהבין הנו"ב תניא רי' שלמד מהא דמותר לעבב קבורת המת בשביל פרעון חובו וקיבר זה לניוול המת. הרי שעיכוב הקבורה הוא יסוד הניוול, ואיסורו נלמד ממצוות קבורה, והוא הדין לכל ניוול אחר גם אם אינו מעכב הקבורה, דמאי שנא. וכן סובר שם הנו"ב שהקרובים צריכים למנוע ניוול של בדיקת שערות, ומשמע משום דמצות קבורה מוטלת עליהם, וניוול סותר הקבורה. (למרות שהבדיקה עצמה לא בהכרח שמעכבת זמן הקבורה שנקבע).

קסו) ועי' שרידי אש ח"ב ק' שמתיר פינוי הקבר או שיהוי הקבורה לכבודו, וע"ש שמביא מב"ב קב: לחד פירושא שפינוי המת יש בו ניוול, וכן בשיבת ציון סד' המיר פתיחת הקבר לודא שזה הוא שיוכלו לומר קדיש. אמנם למרות שהכל אותו ענין יש בו חלוקות, ומניעת הקבורה הוא דבר שמתירים אותו לכל מילי דכבוד וחשיבות, כגון להלינו כדי שיבואו קרובים לצויה, שהוא ניוול בשו"ת, שהוא מעוול מחמת מיתתו אלא שאינו מסתירים ואת ע"י הקבורה. ואילו ניוולו בפועל לעשות בדיים, המיר טפי. ויש לדון אם זה רק מחמת שהניוול יותר גדול, או שזה שייך גם למה שאין זכות לנוולו שאינו שלנו (ואפי' אם אינו נהנה בניוול, לבר אה"נ יש גם רשות המת, עי' פרק יא).

קסז) ורמיתי לרב בבל המכמה ה' קה' שכ' דכל ניוול שלא ע"י מעשה המנוול, אלא שמגלהו ועי"ז מתגנה הוא רק דרבנן, ולכן הותר לנוולו לצורך הלקוחות בב"ב שם. ומעשה המנוול הוא דאורייתא. ותימה, הלא כל שמונע ביקוריו וקבורתו מבטל מ"ע דקבורה, ואין הכרח כלל דדרבנן, וגם אם אינו מעכב זמן הקבורה הרי מעכב ענין הקבורה, וכדלעיל. ומה שמותר ללקוחות לנוולו, הוא משום שיש להם תביעה עליו, ומפסידים מממונו ובעטיו, שמכר להם קרקע ונטל מעות, ותובעים הם ממנו לברר אם מכירתו חלה, וכיון שבא מחמת תביעה עליו גם אין זה ניוול, אלא הוא מחובתו לעשות כן כמו שהיה חובת הדין.

קסח) ואמנם כ' ר"ד אופנהיים בתשו' שבש"ם חו"ר, דאיסור פינוי הוא מדרבנן. אבל אין זה משום בכל גילוי וניוול ועיכוב קבורה דרבנן, אלא דפינוי עצמו אינו אלא המלפת מקום קבורה, ובא מחמת צורך המקום ולכן אינו ביטול קבורה. וכן היה המנהג מעיקרא בליקוטו עצמות, ובעצמות פחות שייך ניוול, וכך דרך וטבע העולם שצריכים להעביר קבר מעבירים אותו ואין זה גנאי כמו מת המסריח. ועמ"ש בזה ביו"ד שסג' א' אימתי פינוי הוי מדרבנן ובד' הכ"מ והמזו"א.

קסט) ומאי דמדקדק בבל המכמה שם מס"ח תשכא' שלא להולך המת במקום חם גם אם ליחה אביו כן, "כיון שכבוד שלא להוליכו שם", דאין זה אלא כבוד ולא דין ניוול, ולכן הוא דרבנן, אין בזה שום דיוק. ולא כ' כיון שכבוד אלא משום שהאב ציוהו להולך וס"ד משום כבודו יעשה כן וע"ז אמר שכבודו הוא שלא יסריח בחום, וגם אם היה כבוד מנא ליה דדרבנן והלא מכבדו במותו וילפי' לי' מן התורה. וסברתו שאינו עושה הניוול בדיים אלא רק מביאו למקום חמה, ג"כ אינו מובן כ"כ. דוכי ע"י גרמא מותר כל עניני ניוול, ואם יקודו מחובת קבורה, א"כ ככל שמביאו לניוול מבטל המצוה טפי. ועי' אות מט'. (ואמנם הר"מ לא מנה איסור דניוול המת, כדהעיר הרדב"ז אבל ד' ח', אבל אפשר שכללו בדין קבורה או באיסור הלנה וכדלעיל אות קסד').

קע) ורמיתי שכבר בא"א סי' יד' בנה יסוד לחילוקו מאיסור ניוול בדיים שהוא בחולין יא: לבדוק אם במקום נקב ניקב, שזה דאורייתא. אמנם לא נראה שכוונת הגמ' שם לבדוק דלמא טריפה, דהייבו שיופיאו הריאות וינפחום וכו', אלא לבדוק מה שיתן לראות על הגוף מבחוץ (ועי' רמבן חולין שם ומכות ז.). וגם זה ניוול למשמש ולעיין בגופו. ועוד דהרבה פעמים כשנהרג גופו אבוד ומוליא דם וכל גיעה מבזה אותו, וכן הגי' ברגמ"ה לחולין שם דמיעוול מדמו, ועי' תוס' דלף שאפשר שימות בטביעה מ"מ הדין מיירי גם במת בעץ ואבן.

קעא) ועי' בנין ציון קע' דסובר דאין מעוליים מת אפי' לצורך הלנת נפשות, דבמומן תברו מותר רק משום לא תעמוד על דם רעך, ומשמע דסובר דרשות המת יש לה זכות תביעה בפנ"ע, ואינו דן כאיסור גרידא אלא כדבר שלא נמסר לבנ"א. אמנם בסי' קעא' דן בזה עם מהר"ם שיק ובאר דבריו דקריעת האשה להוליא עובר לא משיב ניוול שהוא בסתר וכך דרך בניתות קיסרי, וגם דיק"ל להתבזות עבור בנה, וגם להאשה רודפת המיעוק. ומהר"ם שיק שם סובר דנדמה בפני פקו"נ וכד' הנו"ב שם, אבל גם בדעתם אינו מבורר האם הוא משום דרשות המת נדחית אצל פקו"נ, ולא כמו שמדמה בבנין ציון להלנה בממון תברו, או משום דאין יסוד איסור ניוול ברשות המת אלא רק במצוות קבורה. ועי' אות קפו'.

קעב) ולכאו' נפ"מ בדעתו ג"כ, לדראשונים הסוברים דאין מצוות קבורה בנפלים (או"ז הגה"מ וממוק"י המובאים במג"א מקבו' כ', והמג"א שם מולק עליהם וכן הבכור שור סעי' מז. וחזו"א יו"ד רס' ט'), אם נאמר כמ"ש אות קסד' דנלמד מקבורה, לא יהיה בהם איסור ניוול, והרי מותר ליתנו באשפה. אבל להבנין ציון אין זה שייך רק לקבורה, אלא שאין זכות להשתמש בגופו באופן המנוולו. מיהו איכא למידחי דזה גופא שאין עליו דין קבורה לסוברים כן, הוא משום שאין לו דין אדם, והוא כאבר מאבריה, וכיון שלא בא לכלל אדם לא בא ג"כ לכלל זכות.

קעג) וכן סובר שם הבנין ציון דמוכר עצמו ממייס מהני, והוא לשיטתו דיש בזה רשות המת. אבל הדבר תמוה דאין רשות המת אלא תוספת לדין כבוד המת, אבל מצוות קבורה ומת מצווה ואיסור הלנה הם מובה על הגברא (עמ"ש ביו"ד שנז' א' בגדר איסור הלנה מה"מ), שאנו צריכים לקברו בכבוד, וכבוד זה להיכן הלך. בשלמא היכא דמשכח"ל סברות דהתירא שזהו כבודו וכדו', יוכל לצרף המכירה לבטל רשותו. וכן בדומה להמבואר לעיל קסז'. אבל לסתורה בעלמא שמוכר עצמו לסתור באיבריו איך

אפשר להתיר. וכבר נתלק עליו הכת"ם שם, וכ"כ החת"ם שלו' דלא מהני מכירה לגיזול. מיהו נפ"מ לד' הבנין ציון דבמקום פקו"נ יהיה מותר אם מחל מחייב. וכ"כ מנח"י ה' ט'.

קעד) ואם נראה היתר מבורר לשאול זרע גם לד' הבנין ציון, נעטרך לדמות לא' מתירופיו להתיר קריעת כרס המעוברת. ורמיתי למי שרופה לסמוך בזה ע"ד האגר"מ יו"ד מ"ב קנא' דדבר מועט אז שאיבה ע"י מחט אינו ניזול, שהוא כמו בדיקה שעושים לחיים. ובאמת זה דומה למש"כ הבנין ציון לגבי קריעת כרסה, דכך דרך החיים. אבל באמת אין ראיה, דכשרופים לבדוק ולברר מעיינים בגוף אז שעושים בדיקת דם, אבל כאן שלוקח חומר מגופו לא איירי כלל האגר"מ, דאין זה דבר רגיל שבאים ולוקחים חומר מגוף של אדם מי לשימוש אחר.

קעה) ולגבי מי' הב' דניחא לה להוליד העובר, ראיתי מי שלמד מעצם הדין דמקרעין כריסה להציל עובר, דה"ה לקחת זרע, אבל באמת אין שום ראיה, דהא דניחא לה הוא משום דהיא ילדתו כעובר שצריך להיוולד, ועתה מחמת מותה גופה מסכן אותו, ע"כ אפי' לא היה דין רודף בתורה, בודאי ניחא לה בזה (וק"ו דנראה דהשתא אחרי שמתה נתהפכו היולדות וגופה הוא הרודף אותו ומסכנה, ועוד נראה דעדיף מעובר שנהלקו הראשונים אם מחללין שבת להצלתו, דהרי כיון שמתה אין הוא עובר אלא ולד הכלוא בקופסה, והיינו בכלו ליה חדשיו, א"כ איכא למידחי דאין עליו שם אדם עד שיעבור הלידה וכדלהלן אות תנו', ובסוג' נדה מד. ותוס' שם נר' דאם איהי מיימא ברישא יש לו דין אדם לירושה, ולענין חיוב על הריגתו נסתפקו התו', וגר' דתלוי ספיקם בסברא שנת' אות שקד'). אבל ליעור ולד חדש, לא ברור מה רצונו, ואינו דבר מוכן מאליו כמו בהצלת העובר. ובודאי להבנין ציון שאין לנו זכות, יש להתייחס לזה כדיני ממונות שא"א לזכות לאדם רעיונות כאלו. ועי' בכ"ז בפרק הבא.

קעו) והגרז"נ גולדברג (אסיא אלול תשנ"ט) מתיר שאיבת זרע ע"י אומדן ברור שזה רצונו, ומשמע בדבריו שזה משום תשיבות הקמת שם. וכנראה עוקר דלא כהבנין ציון. דאם היה כדיני ממונות לא היה מועיל אומדן, דרק דבר שהוא זכות גמורה, כגון שממונו מרויח, אבל יפירה הדשה מגופו, יש לדבר גדרים שונים, כגון צערו של העולד שיהיה בלא אב, וגם שיהיה ידוע שנולד אחרי מותו ואין ע"ז הכלל דזכין. ואכן המהר"ם שיק שם (ובתשובתו האחרונה בספרו סי' שמח') חולק על הבנין ציון ומתיר במקום פקו"נ, וכן החת"ס ב' שלו' נר' דמסכים להנו"ב זה (וכ"כ בנחל אשכול מילה לו', ובשרידי אש ב' צב' ובאמרי שפר פב' ובחזו"א יו"ד רמ' ז'), והחו"י קלט' תמה אפי' לכבוד המת איך מותר לעכב קבורה. אם כי אין ראיה מדבריהם גם להתירא בנידון דידן. ומ"מ ממעשה דפילגש בגבעה שניתח את פילגשו כדי לזעזע את העם, משמע דלא כבנין ציון, אלא שאם יש צורך גדול מותר לגזול את המת.

קעז) והנה אף שמתרוצים דהו לדברי הבנין ציון, נראה דשפיר יש להם מקום ואינם דומיים כלל, דבאמת ודאי שמלד דיני ממונות אין זכות לאדם ליקח ממון של חברו להציל עצמו, דזה נגזר ממה שאין חברו חייב לתת ממונו להציל, דחייך קודמין, ואף שאין הממון מציל חייו של אדם עכשיו, כיון דכלל החיים תלויים בממון, לא יתכן שאדם יהיה חייב לתת ממון להציל אחר. והרי בכל רגע ובכל שעה יש אנשים מסוכנים שניתן להצילם ע"י ממון. וא"כ גם כשהמסוכן רוצה ליקח, מותר לבעל הממון למנוע ממנו, ואנן כבית דין אם נראה את שניהם מתאבקים, נעטרך לתמוך בבעל הממון, שכאמור אין זכות לתוקף ממנו. ואל"כ כל חולה יתקוף ממון של אחרים לקנות תרופות ואנן נתמוך בזה?

קעח) ולכן המציל עצמו בממון חברו עושה שלא כדיני ממונות, אבל קו"ק מבחינתו גם דיני ממונות אינם אלא איסור, והאיסור נדחה, ולכן הוא לעצמו מותר לו לתקוף וליקח של חברו, שהרי יכול לשלם ע"ז ולהחזיר לו, ומה שחברו אינו מעוניין או שאינו קומך עליו הוא ענין לדיני ממונות המוטלים על הב"ד ועל השופטים ושוטרים. ולכן בנ"ד אם אדם ירצה לתקוף איברי המת כדי להציל עצמו, אנן כאחרים על דיני ממונות, וכן משפחתו כאחרים על כבודו וזכותו, לא יאפשרו הדבר. ולענין המולה עצמו כשאין מי שימנע ממנו, בזה סברת הבנין ציון שכיון שליחיה בתשלומין, אינו יכול לעשות כן, ושונה מלהציל עצמו בממון חברו. ומסברא אפשר לדון לא כן, דס"ס לכל אדם אין בעולמו אלא איסור ופו הקב"ה, ובשעת סכנה מותר לו לעבור על כל איסור, גם אם ליתיה בתשלומין. וכמו שלא מילקו אם מסתבר לו שיוכל למצוא את בעל הממון ולשלם לו.

קעט) ויש להוכיח כדברינו מכמו' יט. לעוסקין היינו אין נאמנין לפסלו מאי טעמא, א"ר חסדא קסבר ר"מ עדים שאמרו להם תמנו שקר ואל תהרגו, ייהרגו ואל יתמנו שקר, א"ל רבא השתא אילו אתו לקמן לאמלוכי אמרינן להו זילו תתומו ולא מתקטלין דאמר מר אין לך דבר שעומד בפני פק"נ אלא ג' עבירות, השתא דתתמו אמרי' להו אמאי תתמיתוז וכ"ב הוכוח ביומסם, דמשמע מדברי רבא דפשט"ל שר' חסדא לא הבין בדברי ר"מ שצריכים להיהרג באמת, וא"כ מאי קאמר ר' חסדא קסבר ייהרגו, אם מעיקרא לא אסיק אדעתי' שצריכים ליהרג? ורבותינו הראשונים כתבו בזה כמה דרכים, עי' רמב"ן רא"ה וריטב"א ב' דרכים, או דסבר דאה"נ וצריך למסור הנפש, או שהוא מדת חסידות או שעכ"פ סברי העדים שהוא מדת חסידות, ועי' גם חת"ס כתו' יט. שכ' דס"ל כהפוסקי' דהמוסר נפש בשאר עבירות בגיועא קדוש יאמר וס"ל לא כל כמיני' דעדי' לאפקועי' נפשי' מקדושת ישראל, ולכאו' ק' כמ"ש.

קפ) ויל"פ שהיה ויכוח בין התנאים אם בכה"ג שיכול להציל עצמו בממון חברו נעשה לו הדבר היתר משום פקוח נפש, או שעובר בזה עבירה של גזל, וא"א להתיר ממון חברו, שהרי אין חברו חייב ליתן הממון כדי להצילו, ולכן מצד מי שמציל עצמו מותר לו לעשות עבירה זו, אבל מצד ההלכה והממון א"א לעשות ממון חברו כהיתר, כמו שאם היה מחלל שבת לא היה לו שום עבירה (שגם אם היא דמויה, אין זה אלא גדר ההיתר, אבל המחלל שבת להציל נפש עושה מצוה ולא עבירה), כי חברו אינו מעוניין בזה ואינו חייב להיות מעוניין, ומכיון שיש עבירה סבר ר' חסדא דמצד המשפט תשיב משיב עצמו רשע כי ס"ס עשה עבירה ואינו חוזר ומגיד לבטל עדות שהיא כשרה בפנינו, בטענה שהיא עבירה וגזל. וע"ז השיבו רבא, דס"ס כיון שההלכה היינו מוריס לו להציל עצמו בממון חברו, נאמן גם לומר שכך היה מעשה.

קפא) ולפ"ז האמור ב"ק ס: אסור להציל עצמו בממון חברו אמי כמו שסבר ר' חסדא בדעת ר"מ, ולא נשלל הדבר ע"י רבא, אלא שאינו מסביר הפלוג' כאן, ואדרבה אפ"ל דכו"ע מודו לו שיש בזה עבירה, אלא שלמלך שפורץ גדר אין בזה גם עבירה שזכותו להפקיע הממון. והיינו כתוס' ורא"ש שם וכדקי"ל בתו"מ שפמ' ב', דאילו לרש"י משמע שאסור להציל עצמו וימות ולא יציל, ואולי היינו כשלא יצלם, שנזקו גדול מאד ואינו יודע אם יכול לשלם, אבל אם רוצה לשלם, או שרופים העדים לבא לב"ד ולהעיד שהיו אנוסים, ובזה לא היה עוד נזק כלל, מודה רש"י לתוס' שם. ועי' בדבריו בתו"מ מו' סק"א ולה' סק"ב בד' שא"ר בזה. מ"מ מזי' דגם כשאינו מוגעים ממנו בפועל, אין זה מחמת שהדבר מותר, ומצד ממונות נשאר אסור.

קפב) ולהאמור המגיל עצמו בממון חברו עובר בלאו דגזל, שנדחה מפני פקו"נ, ויל"ע איזה לאו נתחדש יותר קל וגזל או שאר לאוין, ולכאו' ממון ממור דגורע מהאחר, או משום דיכול להשיב יהיה קל. ולא תמיד באמת יוכל להשיב, וצ"ע.

קפג) ועי' להרב הרלוג בפסקים וכתבים ח"ה י' קנו' שכ' לענין השתלת קרנית, שיש לומדנא שהיה מסכים לגיזול קל כזה כדי לקייב לאחר. אבל נראה לי שבמציאות אינו כן ואנשים נרתעים מזה ורובם לא מסכימים לדבר (והרי בזמננו מי שמסכים לזה יכול למלא כרעים ולכתוב למה בדיוק מסכים ולמה לא), ובפרט שיש כאלו שאוסרים ואין אפשר לאמוד דעת המת אם חשש לאוסרים. ועי' כת"ס יו"ד קעד' שכ' דאין לומדנא שמסכים לפחות קברו כדי להמיר אשתו "דמה לו ולה להתגזל כדי לתקן אותה", ואף שברור שאדם חפץ בטובת אשתו, ואין הכוונה כפשטו "מה לו ולה", אלא הכוונה שכל שאין זו טובה עצמית למת, אי אפשר לקחת מרשותו על סמך סברת ברופא להשיב. כשם שאין עושים כך לאדם המ.

קפד) וכ"ז לדעת הגו"ב והנמשכים אחריו, אבל הרב עוזיאל בס' משפטי עוזיאל יו"ד כח' יצא בדבר החדש, להתיר ניתוח ממתים לצמוד רפואה. וכ' דבסוג' דב"ב מוכח דמשום הפסד ממון מגזולים המת, וא"כ אמאי בסוג' דחולין לא התירו לבדוק אם הוא טריפה. נהי דיכולים לילך אחר הרוב, הלא הנהרג יכול לתבוע לבדוק לא פחות מאשר המפסיד ממון. וכנראה כוונתו דלא גרע מאין הולכין בממון אחר הרוב (ועד"ז מבאר הגמ' בהמשך שיש דין מיוחד ברופא לבדר, ואין לו יסוד). עכ"פ ל"ק כלל כמו שנת' אות קסז, וכן מה שמביא מערכין ל"ם כלל כמבואר אות קעד' ואילך.

קפה) ומאי דמדקדק מהאמור "אי אתם רשאים לגזולו" "דמשמע בהחלט" דאינו אסור מן התורה, ליתא, אלא משום דאין זכות וכדלעיל אות קעא', וכמבואר פרק יא דיש יסוד לסברת זו בדיני אה"נ ממת. ולכן משכ"כ דאין לך דבר העומד בפני פקו"נ והפסד ממון, ובמקום הפסד דאחר אפי' עומד ואוזם אין שומעין לו, ממוה טובא, דמה המת ערב לכך שאחר לא יפסיד, והרי אף אדם מי אינו מייב לתת כלום כדי שאחר לא יפסיד. ואיתו מתולין דהמת לא היה רוצה שיבדקו להגיל הורגו ומקרב מיתתו אפי' אם היה טריפה, אינו כן, דכל שנהרג בעטיו לנקום דמיו, כאילו עליו מוטל הרציחה. (וגם הגי"א מ"א סי"ד ד"ה אלא, לא נתיח לסברת זו). ולכן לפעמים באמת בנמצא מגל ולא ידע מי הכהו, ראוי לנתח כדי למצוא ממי לנקום דמיו. ואף שבזמננו אין נוקמים אלא כולאים, מ"מ זה יתנע ממנו להרוג עוד בנ"א.

קפו) וכן בהמשך אינו מבדיל בין דבר ששייך למת ושאינו שייך, ולכן כותב שבמקום צורך אינו ניזול, כדאמרו סנה' מז: שהלינו לכבוד המי ג"כ מותר. אמנם להדיא אמרו שם דהיינו משום דאין בו בזיון, והיינו דס"ד שכל הלנה היא רק לכבוד המת, וקמ"ל דהלנה שאין בה בזיון אפשר גם לכבוד המי, אבל בודאי שלא יכולים לגזול מת א' משום כבוד מי ב', שאין בו טעם. ועוד דכל הנדון שם הוא לסברת דמשום יקרא דמיי, אבל למ"ד משום יקרא דשכבי מתפרש כפשטו מפני כבודו דמת, וכמ"ש הגו"ב או"ח טז' (ולהרמ"ה כן ההלכה בוודאות דמשום יקרא דשכבי, ולרמב"ן שם הדבר ספק ולחומרא). וא"מ מסוג' דהתם דאפי' אי קבורה משום יקרא דמיי מ"מ איסור להלין כל מת, אף שאין בזיונא דמיי. וכל השאלה היתה בטעם קבורה. אבל מניעת בזיון המת הוא ענין נפרד, ונוטה לבנין ציון אות קעא' ואילך, ויל"פ לאו מטעמיה דהוא רשות גמורה, אלא שזו זכותו, ומשפחתו מייבים לטפל בזכות זו מכיון שבני המשפחה ערבים זל"ז.

קפז) ומה דמסיים דבכל מקום צורך כגון ללמוד רפואה מותר לגזולו, ומסוג' דחולין אין סתירה משום דהגיזול לא לתועלת אלא להרוג את הנפש, אינו מוכן, דלריכים לברר שלא להרוג אדם לחינם, ומי גרע זה מלימודי רפואה? וכל פירושו בסוג' שם אין לו שום יסוד, ומאי דמסיק: "ודאי שהוא מותר גמור ואין ספק שכל רבותיו הראשונים שהיו גם רופאים מומחים הוצרכו לבדוק את גופות המתים כדי ללמוד ולהתלמד ולא תשו לאסור ווזל", הפליג בדבריו, דאטו כל רבותיו הראשונים היו רופאים? ולא שמענו אלא לרמב"ם ולרמב"ן, והרי אפשר להתלמד על נכרי, ועוד שכל ענין ניתוח מתים להתלמד דבר חדש הוא וברפואת ימי הביניים לא היה מקובל כלל.

קפח) וגם לגבי סברת הגו"ב דלימוד כדי להציל נפשות בעתיד אין לו דין פקו"נ, תמה הרב עוזיאל שם, וכ' "ובודאי שתמיד נמצאים כמה וכמה בני אדם שחולים באותה המחלה. ואם לא ידוע לנו ברגע זה, למחר או היום יודע לנו", ולא ידענא מאי קאמר, שאין כן המציאות שכל ניתוח שנעשה עכשיו ללמוד יועיל באופן מיידי, אפי' בזמננו שיש תקשורת משוכללת, לא כל רעיון שמישהו שם לב בזמן ניתוח יכול להפוך למידע מועיל במקום אחר באופן מיידי. וגם אם בזמן הקרוב יוודע לנו, הרי זה עצמו קאמר הגו"ב דאין היתר לעבור על ההלכה כדי לקדם מוכנות להצלה. שא"כ יחללו שבת עבור מוכנות, והטעם יל"פ דהרי תמיד אפשר להעלות את רמת המוכנות. ואם כולנו נתרוס כסף תהיה עוד יותר מוכנות, וגם יתחדשו עוד מחקרים מצילי חיים, ובודאי יגלו עוד נפשות, ואין לדבר סוף. אבל אין מוגדר כפקו"נ אלא התמודדות עם סכנה. וכל מה שהוא הקדמות וקידום לזה מן הסתם מצוה רבה עד גבול מסויים אבל אינו דוחה מצוות אחרות חיוביות.

קפט) ומש"כ עוד הרב עוזיאל: "במקרה כזה אם לא יעשו הנתוח בגוף זה משום אסור שבו, לא יעשו לעולם ותמיד תהיה ידיעה זו נעלמה מעיניו, וגורמת לודאי מיתה של כמה נפשות", לדבריו ה"נ כל מחקר והתקדמות בחכמת הרפואה נחשבת כפקו"נ ודוחה שבת, באופן שאם ידחו למוצ"ש לא יוכלו להשלים הידיעה.

קצ) והדבר להיפך, בזמננו תועלת ניתוחי מתים לחכמת הרפואה מועטה, שכבר נעשים מליוני ניתוחים בכל עת בעולם כולו ומתועדים כולם ואין ניתוח כאן מגלה דבר חדש. ועיקר הצורך בניתוח בזמננו הוא להתלמד אנטומיה, וקשה מאד לאדם להתלמד להיות מנתח, בלי להתנסות קודם על גוף מת. והרי אי אפשר לתלמד להתנסות בגוף חי שמא יטעה.

קצא) וצ"ע אם משום כך נאמר דיהיה סברא להתיר, לא משום חכמת הרפואה, כמו שדבר בתשו' הגי"ל, אלא משום מקצוע הרפואה, שאם לא יתחו בעולם גופות לא יהיו מנתחים, ואין קיום לכל מקצוע הנתוחים בלי נתוחי הגופות בלימודיהם. וא"כ אפשר שזה דבר שכל מה שחלוי בנו אנו הייבו מתירים, ואינו הכנה לכך שאולי יהיה, אלא שהוא דבר ודאי לקיים בנו רופאי ישראל. או"ד כיון שבמציאות לימודי הרפואה בעולם כולו נעשים אלא על ידינו, ועל ידי ניתוח נכרים, א"כ לאכפ"ל שאם כל העולם היה חלוי בנו הייבו מתירים, והשתא אפשר להסתפק במה שנעשה בחפצים אחרים. (ועי' דעת כהן קנט' שאוסר ניתוח מת וכ' להתלמד על נכרים ומסיים שאין לחוש לאיבה).

קצב) והנה היה אפשר ללמוד לגיזול בגופו, כשהמטרה היא לכבודו מהמיטה שדן בה הגו"ב שם, וכותב: "והמתיר רצה ללמוד מהמיטה שמצינו בתורה ביעקב ויוסף וחמיטות מלכים במלכי ישראל", ולא ידענא למה בחמ"ם שלו' כתב עליו "הנה ממילא לק"מ ממלכי ישראל שחנטו אותם כמ"ש בחשוב' נב"י הנ"ל דהתם לא נהנו מהם ולכא משום איסור הנאה ותימא שלא

הביא מיוסף שהמציא אביו יעקב", דהרי הנו"ב שפיר הביא מיוסף שמצא אביו יעקב, ולעומת זאת מלכי ישראל לא מצאנו בשום מקום שמצאו אותם.

קצג) ומסיק שם הנו"ב: "חציצה איננה בזיון כלל ואדרבה היא לכבודו וגם נתינת הסיד על המת אינו ניוול ולא בזיון והאריכות בזה לא נורך", והן ד' הרשב"א תשו' שסבו' דנתינת הסיד לכבודו היא וכן המנהגים קורעים מעיהם. אבל מאי דפשיטא להו לרבנן דחציצה אינו בזיון, וכן המ"ם שם מחזיק בדבר ודמה דברי לקט הקמת שעשו תחבולה שלא לקרוע כרסו (ובאמת הם דברי הזוהר ס"פ ויחי, ובלי"א מ"ד יד' מתעלם מד' המ"ם הנ"ל), ועכ"פ ביוסף הסכים שכך יאי למיעבד, וכ' אף שפעולת החציצה עצמה היא ניוול גדול, ובודאי לא עדיפא מלהוליכו קצת כדי לקברו במקום אחד שהקפידו ע"ז הקדמונים. ועל פי דברי בעלי הסוד בודאי עיכול הבשר הוא ענין גדול. אפשר שכ"ז בצירוף שכך היה מנהג אדוני הארץ במצרים ושינוי ממנו היה נראה כמו זלזול ומרידה. ובכלל אין למדין מקודש מתן תורה, והנו"ב אתרמי ליה לדון על מלכי ישראל.

קצד) אבל אין לפסוק דבאמת מותר לחנוט כהיום מתים, והרשב"א לא הביא אלא סעד לענין הסיד, דדבר בזיון לא היו עושים גם במצרים, אבל להתיר הדבר מחמת שנקרא כבוד לא נראה. ואדרבה התורה אמרה כי עפר אתה ואל עפר תשוב, והעיקר הוא מיי הנשמה, וחניטת המצרים באה להם מחמת שמאמינים בהגשמת הגוף אחרי המוות, ולא ידעו מעולם הנשמות באמת. ויש לומר דלא נחנטו יעקב ויוסף אלא כדי שיוכלו להעלותם לארץ אבותיהם, דהרי את יעקב הוליכו במדבר דרך ארוכה עד לחברון, ואם לא היה חנוט היה מתנוול וסופח, ולקברו במצרים לא היה אפשר משום דאיהו ישראל סבא יקר קדושת א"י ותקוות הבנים לשוב לארצם, ואם היו משתקעים במצרים לא היתה להם תקומה, ואפילו אם היו קוברים לזמן מועט הוה ליה כמחריבים בי כנשתא דמי ידע אם יתן פרעה להעבירו ויוכל לדחותם באמתלאות, ורק משום השבועה להביאו מיד היו צריכים לחנטו ולהוכילו. וטעם חנטת יוסף אפשר שהוא חוק למלכי מצרים ולא היה הדבר תלוי בישראל כלל. ורק ביעקב מוזכר ציווי.

קצה) וראיתי בתשו' הגאון הרוגאטשובי בעמק הלכה ס' מט' שכ' דאבל האבות בודאי לא נעבו הרופאים בגוף רק הוה כנזיר נא: דסך נשא וכו', ודבריו צ"ע כמ"ש בהגהה שם, ועיקר מאי דמשמע בדבריו שמותר לחנוט צ"ע, וכן משמע גם במ"ל פ"ג מאבל ה"ל שדן בהיתר בשר המומיה ולא לחוש שמא מישראל היא ומסיק דבמקומות שנהגו לעשות המומיה אין ישראלים, משמע דלא פשיטא ליה דישראל אסור ליה למיעבד הכי. (ועי' רדב"ז תריא' שמוליכין עצמות לא"י ונוהגין בהם מנהג בזיון עד שכופלים את קומתם ולפעמים מתפרקים האיברים ומשברים העצמות, והוא לתועלת המת ולא משיב בזיון היכא דליכא דרכא אחרינא).

קצו) עכ"פ לענין לימוד רפואה הסכמת רוה"פ לאסור, וכדלעיל אות קעו' שהתירו רק במקום פקו"נ. ואין ראיה וטעם להתיר ניוול אלא היכן שהוא צורך של המת, וי"ל גם רצונו, וא"ל להתיר בזה אלא היכן שהיתה בין הניוול לבין רצונו הוא מובן מאליו, דהיינו רצון ברור ופשוט וניוול מועט.

י. השתלת קרנית

קצז) והנה הרב הרצוג בהמשך לדבריו אות קעז', כ' שלקיחת קרנית מהמת שבשביל יהודי סומא יש להתיר. ואמנם באמת אמרו חז"ל דסומא משוב כמת, אלא שלענין עני משוב כמת לא שמענו מעולם שיהיה בגדר פקו"נ, אבל לענין מצורע המשוב כמת באמת אמרי' בכתו' סא: מזיגא רוח צרעת דקא פרח עליה דמר זוטרא, וע"ש בשטמ"ק שכתב הרא"ה ז"ל מכאן יש ללמוד שסכנה היא לו ודנין אותה כעוברה שהריתה. אבל לגבי סומא דמשוב כמת לא אמרי' הכי, ואדרבה דוקא היכן שיש סכנה לכל הגוף אמרי' ע"ז כה: דבליצא תלו, וכ"כ שרידי אש מ"ב צב' דאין סומא כפקו"נ. (ועי' מיוחסות לרשב"א רפא' לחלל שבת שלא יתמטה).

קצח) מיהו כתב טעם אחר בשרידי אש שם ליקח עבור סומא: על פי שכתבו בהגהות מיימוני הל' מאכלות אסורות פי"ד, שמותר להאכיל שרץ לחולה נכפה מטעם פקוח נפש, שיוכל ליפול בארור או במים, ויש לומר שגם בסומא כן. אולם זה רק בסומא בשתי עיניו, ולענ"ד תמוה, דאם ריפוי הסומא אינו פקו"נ, אין נעשה לפקו"נ משום דיכול ליפול, שהרי יכול לצאת רק ע"י הנחיה ועזרה מאחרים או ממקל וכדו'. ומה שהתיר בנכפה משום שנופל בפתאומיות ויכול להיות זמן רב בלי שיפול ויעשה עסקיו, ובב"א יפול למים וכו' וימות. וכ"ז לענין ניוול, ולענין הנאה במוסמל עי' פרק יב.

קצט) ועי' בהר צבי יו"ד ריז' שהשואל כ' להמשתמש בקרנית לא משיב נהנה, משום דעד שמתחיל לראות לא משיב הנאה, וכשראה הרי יש בו כבר בל תשחית ואסור לו להשחית גופו. והרל"פ דחה דבריו דכיון שידע שיש לו תקוה והתקוה תמיה את בעליה הרי נהנה כבר קודם. וצ"ע להחשיב הנאה מחמת תקוה, וא"כ יעבור באיסור לפני שעשה כלום.

ר) ואינו דומה כלל לחו"ד צט' מ' דבאיסור הנאה אסור משעת ביטול קודם שייהנה, דהרי ממוני' דאשבח אם מתבטל איסור הנאה בתוך שלו. וכאן ברגע שמתברה כדת כבר חשיב שיכול לראות, (וימיהה זו מצאנו בנדרים לד: דכבר עליך יכול ליתנו לו במתנה, דכשזוכה כבר אינו כיכרו. ועי' קר"א שם שבאמת נתקשה בזה, ובילורו כנ"ל דקודם נתינה אין הנאה ואחר נתינה אין איסור), אבל באמת לגבי השתלת קרנית, נר' דנחשב הנאה משום שעושה מלאכתו בחפץ, וכמו שנת' לגבי תלילין להלן אות מצג', וכיון שהוא דבר שמשלמים עליו כסף, ברגע שמתחיל להתקיים כבר מיחשב נהנה.

רא) ובפסקים וכתבים להרב הרצוג מ"ה י' קנז' דהשתלת קרנית היא רק גורם ולא נחשבת הנאה, אבל לא נראה כלל אלא כמו שנת' להלן אות מצג', דכיון שנעשה רצונו ומשתמש בגוף הדבר זה חשיב כהנאה, אפי' אם רצונו ע"י קול מראה וריח, וה"ה הכא. ולא שייך כאן מראה, כמו שא"א להשתמש במצלמה האסורה בהנאה בטענה שהוא ליקח רק מראה.

רב) וטעם אחר כתבו ליקח הקרנית, משום דיש מתירים עור המת בהנאה (מו' זבחים עא: ונדה נה.). אלא דאין לא סמכינן על שיטה זו כרשב"א תשו' שסה' ותוס' סנה' מת. ורישב"א נדה שם ורדב"ז ג' רסב' וכ"פ צ"ל יג' (ועי' אות רז', וראיתי להר צבי יו"ד רעו שכ' ע"ז דיש לדון אם עור כבשר דמגינו בהעור והרוטב דשלא עורו כבשרו, ותימה דאי משום הא הלא משנה שלמה שגינו שם קכב. דגם האדם עורותיהן כבשרן, ובגמ' שמטמא משום גזירה, וע"ז נחלקו הראשונים הנ"ל אם קודם הגזרה אסור), ועוד דאין הכוונה לקרנית העין שאינה עור, והיא דבר משוב וחלק מהעין. וכל הטעם להתיר עור המת, הוא משום דאם נפרד מגופו אין עליו שם מת וחשיבות מת.

רג) לענין חיוב קבורה כתבו להמיר בקרניה, משום שאין בה כזיק, ועל פחות מכזיק אין חיוב קבורה לפי הלעת התוי"ט שבת י' ה' (ולענין הנאה עי' אות רמט'), אמנם זה לא שייך אלא להשתמש בה אחר שנלקחה ולא לקבור, אבל לא להוציאה מגוף המת כמובן, דכל שהיא מחוברת במת אסור ליקח אפי' כ"ש. ולגבי להשתמש בה אחרי השתלה בלא"ה יש להתיר לפמ"ש להלן פרק יב. ולענין קודם השתלה, לכאו' נוהג דין ניוול המת גם באבר מן המת, ואם מסיבה כל שהיא נמצא אבר מן המת באיזה מקום, צריכים לכסותו ואסור לנוולו, ואין צריכים לזה דין מת ברוב מנין ובנין של עצמות. וא"כ גם קרנית הנמצאת באדון מן הדין אסור לנוולה.

רד) אבל אם נאמר דאיסור ניוול המת נוהג רק מדין קבורה, כמ"ש אות קסד' ואילך, א"כ כיון שהיא פחות מכזיק ולא צריך לקבור, גם אין איסור לנוול, דאין ע"ז שם מת, ואין בזיון לנשמת אותו אדם, כי אין זה קשור אליו. וכן הר"ן חולין קכד: בשם י"א כ' דכל שאינו מטמא אין איסור הנאה, ויל"פ כנ"ל (אבל הר"ן איננו סבור כן בהכרח כי אפשר לחלק).

רה) ולענין שאיבת זרע או זרע מוקפא שנלקח ממת ג"כ יהיה הדין דאם יש בו רביעית אסור לנוולו כי מייבים לקברו (וכשבת עז. דנוזל כרביעית קורש כזיב בקירוב, ועמ"ש ביו"ד סי' ג'), ופחות מכאן אין לו דין מת. ורק אם נחוש לבנין ציון אות קעא' דמלבד דין קבורה, ומלבד דין הנאה, יש גם דין נפרד דרשות המת המונעת ניוול, יהיה אסור, וג"ז אינו מבורר, דשמא כיון שאין עליו שם מת אין כאן גם רשות המת. ועי' אות קעו' שאין הלכה כדבריו, ואות קפו' מה שיש לייסד לנטות לדעתו, וגם להנ"ל יש להתיר כמבואר באות זו. ואמנם אפשר לומר דאין דין זיע אלא שיעור כמו כל דבר במורה שיש לו שיעור, דברור שא"ל לקבור כל שהוא, ובמ"ע אין דין מ"ש, אבל דין ניוול שהוא הפכי ואנו משבי' לי' לאיסור, יהיה אסור כמו מ"ש. ועוי"ל דקרנית הוי בריה כדלעיל רב'.

רו) והנה לד' המ"ל סוף ה' אבל אין צריך לקבור אבר אלא רק מת, ולמד הדבר ממת מצוה שאינו אלא ברוב מת ולא באבר, כנר' הבין דענין מת מצוה תלוי במצוות קבורה ואם אין דין מת מצוה אלמא אין מצוות קבורה, אבל ביו"ד סי' שעז' ס"ק ל' ביארנו שבמת מצוה יש דין מיוחד של כבוד המייס, ואין זה בכל מקום שיש מצוות קבורה. ובאמת ראיתי גם למהרי"ל דיסקין בקו"א קפמ' דנראה מדבריו שקבורת אבר אפי' של נפטר היא רק ממנהג ולשונו שם ל"ת דפתח במת ומסיים בחי ומשמע דאינו מחלק ביניהם. ובחי פשיטא דליכא מצוות קבורה דאין קבורה אלא במת, וכמ"ש הנו"ב תניינא רע' והשבו"י ב' קל' (ודברי יד המלך אבל ב' יד' תמוהין, אמנם באגר"מ יו"ד ל' רלא' וג' קמא' מצריך קבורה באבמה"ח), אבל במת סברי הגאונים הנ"ל דיש דין קבורה אף באבר. ואם באמת כן הדין במת, לא מסתבר שיהיה אסור לנוול, שהרי אם נמנעים מלקבור אין לך ניוול גדול מזה.

רז) אמנם המזו"א יוד רמ' טו' דיש מצוה לקבור אף כ"ש מן המת, ובאמת כן כ' הרמב"ן חולין קכב. דיש מצוה לקבור עור המת, ואולי הכוונה כדאיכא שיעורא. ועי' בביאת אדם סי' קנח' שכ' דאם נספג דם בבגדי ההרוגים, יכבסו הבגדים, ושפכו מי הכביסה לגומא בבית הקברות. והנה התם משמע שהי' דם טובא בבגדים והנדון הי' שיש רביעית דם לטמא באהל, ואעפ"כ גר' שלא דנו כדין קבורה, דמה שמייב קבורה אסור לכבסו ולמהלו במים ולבטלו, וגם צריך ליתנו בתוך קבר המת עצמו, וכך הי' ביולדת שמתה דקוברים עם בנדיה, וצ"ע.

רח) והנה בבכורות כב. מבואר דחברת דם שיש בה ולד אינה מטמאת במו"מ ופרכי' אמאי מיקבר ומשני' לפרסם שנפטרה מן הבכורה, הרי דולד מעלית הוא דפוטר, והא דאינו מטמא משום ביטול ברוב, הרי דאלך מן המת שבטל ברוב אין עליו דין קבורה. ואף שהמיתוי שבחברה אינו מייב להיות שווה בשווה ממש, ובכל ענין אינה מטמאת, משום דבטל ממנו שם מת. ולכן נראה שהדם שבתוך מי הכביסה אין עליו דין קבורה, והיה פשוט להביא"ל דכיון שכך הדרך להוציאו מן הבגדים כדי לטהרם א"כ יכול לבטלו ולהפקיעו מקבורה. ובמשו' חיוך בית יהודה לה' סובר דדם שיצא אחר המיתה א"ל קבורה. ואולי כוונתו כשאין שיעור רביעית במק"א, דהרי אי איכא רביעית לא גרע משאר איברי המת ולא היה צריך לדון דוקא בדם, אלא דדם הנפש שיצא עם הריגתו אפי' כ"ש מייב בקבורה. וכיון שהתיריס אלו אינם מוסכמים, נודקק לאמור בפרקים הבאים.

יא. דין הנאה מן המת

רט) יסוד לכל השאלה של ליטוד רפואה על גופות ממתים, וכן של שימוש בגיבריס –באפנים שאינו בגדרי ניוול כמבואר בפרקים הקודמים-, הוא בגדר איסור הנאה מן המת. והנה יליפ' לי' בע"א כט: מעגלה ערופה, דכתיב ותמת שם מרים, וכתיב וערפו שם את העגלה בנחל. ונראה בביאור הדרשא, שהביאו דבמרים משמע שיש חשיבות למקום המיתה וממילא הקבורה, ולכן ציינו היכן מתה, וממילא בעגלה שנאמר וערפו שם, הוקש לאדם, שיש חשיבות למקום המיתה, וכאילו העגלה הזו יצאת דופן מסתם בע"ח, דאתיא לכפרה כדאמרי' שם בגמ', וכאילו היא במקום הקבר המכוונד שהיה ראוי לאותו המת, וממילא העגלה ערופה נאה ללמוד ונמצאת מלמדת. ליתן את של זה בזה. כי הרי ברור שטבע האדם הוא לפרוש מן המת ומקברו, ולאו אורח ארעא, אלא הגו"ש של העגלה עשה את זה לדין ממש (וכעין זה ביארנו ביו"ד קי' סקי"ט וקפג' סק"א הלימוד דספק טומאה מסוטה).

רי) ועי' מ"ל אבל יד' כא' דברמב"ם משמע קצת שאינו ליטוד גמור, אבל נראה דמ"מ פשוט שהדין מן התורה, דאין דרך רבנן לגזור איסורי הנאה בלי שום מקור. ורבנן גזרו הרחקות כגון

הרחבת אה"נ דאורייתא, כמו ממן משש שעות לד' בעה"מ, אבל סתם דין כזה הוא דאורייתא לפי כללי הרמב"ם על פירושי התורה. וכבר כ' מהר"ם שיק יו"ד שמט' דמקרובת ע"ז דילפי' מהתוא ילפותא פוסק הר"מ דלוקין, והביא שם עוד ראיות שהוא מה"ת וכן פשוט.

ריא) ואם לא היה לנו ליטוד לדין איסור הנאה, גם היינו יודעים שהוא בזוי וניוול ליהנות, וגרוע מניוול של עיכוב הקבורה, שלא רק שאינו עושה חובתו (שאם אין קרובים הוא חובת כל אדם כדין מת מצוה), אלא גם משתמש במת להנאתו, ואין לך בזיון גדול מזה. אלא שמכיון שבהלכה הוא מוגדר כאיסור הנאה, נתרוקן ענין זה לדין איסור הנאה.

ריב) אמנם צ"ב אם דומה ממש לאיסורי הנאה, מלבד זה שכל איסור הנאה יש לו צורה לעצמו ודיינים נפרדים, יש גם כמה סוגים של איסורי הנאה, יש שיסודם באכילה, ויש שיסודם בקדושה, ויש שיסודם בריחוק. ולמשל יש מקום לומר, דאפי' למ"ד דאין זכיה באיסורי הנאה, היינו באיסורים שיש איזה מהות הרחקה מהחפץ עצמו, אבל במת אין האיסור אלא צורה של

מניעת ביזוי וכדו', אבל זכיה תהיה בו. והתכריכים (לאסוריים מן התורה בהנאה לאלק מן הפר' כמובא בחי' רעק"א ליו"ד שמט', וכן פוסק המוז"א יו"ד רט' יא', והוא בכלל אה"נ דמת), ייאסרו בבעלות בעליהם.

ריג) ואם היה מועיל זכיה במת, היה מן הראוי לדון על כל הטפל למת שמקבל דין מת אם מגיע לבעליו של המת, וכן במת מצוה שקנה מקומו אם הזוכה בו קנה נמי המקום, והרי המקום מותר בהנאה שכבר מחובר כמ"ש סנהדרין מז:, כמו"כ לגבי יורשים, אי זכו יורשיו בהמקום, וכגון בנודע להם אח"כ.

ריד) והנה בגי' הגרע"א ליו"ד שמט' כ' "מת אסור שלכלה"נ ולחולה, גיגת ורדים ג' ד'". לשונו משמע דהגיגת ורדים אוסר גם לחולה בשלכלה"נ, ומחמיר בזה משאר האיסורים, ואיתי דגם בגהש"ס ע"ז יב. עוקט כן רע"א דאסור אף שלכלה"נ. והיתר זה דשלכלה"נ הוא משותף לכל איסורי הנאה, משום שאין זה מוגדר כהנאה מן התורה (מלבד בהקדש די"א דלהרמב"ם אסור שלכלה"נ). ומשמע שהוא על דרך הבנין ציון המובא לעיל אות קעג' ואילך, שהמת נחשב כרשות ממונית בפני עצמה, ולכן לא אכפת לן באיזה דרך עושה האיסור.

רטו) ואמנם לא יתבאר בעצם ד' הבנין ציון בדין ניוול, דאף ברשות ממונית אינו יכול תמיד להגביל אחרים ליהנות ממנו, והרי רשות ממונית אינה איסור הנאה, ולהלן פרק עו ביארנו אם בכלל יש ביד רשות ממונית להגביל אחרים ליהנות ממנה שלא כדרך הנאתה. אלא הכוונה שיסוד האיסור שלמד מעגלה ערופה הוא משום שיש רשות אחרת, אלא דכיון שאין לרשות זו אפוטרופוס ואין מובע, שהרי המת כהפקר ומי יראג לו, קבעה התורה שלא יתמשש במת לשום הנאה כדי למנוע כל פגיעה ברשות זו, שע"י שלא יוכלו ליהנות ממנה לא יהיה טעם שלא לתת לה זכותה לקבורה. והראשונים התייחסו לכך שכל יהודי יש לו ד"א לקבורה בא"י כזכות ממונית. וכיון שכל הענין נובע מרשות המת, יש מקום לומר שייאסר שלכלה"נ.

רטז) אמנם למעשה ד' הגרע"א ל"ע, דאף שכ"נ בגיגת ורדים שם ברש דבריו דהיכא דלא כתיב אכילה אסור גם בשלכלה"נ, ומעגלה ערופה ילפי' ובה לא כתיב אכילה. אמנם בסוף המשובה מסיים הג"ו: "סוף דינא דעל"ד לאסור אכילתה וסמורתה ועל דבר העומאה מטמאה עומאה חמורה בכזית, והא דק"ל דשלא כדרך הנאתם דשרי הייט דוקא לחולה ואפי' שאין בו סכנה אבל לבריא אסור", הרי דהשוהו לשאר איסורים דמותרים לחולה שלכלה"נ, ושפיר עבד דהא בעגלה ערופה גופה כתבו הקדמונים בסוג' דקדושין ו: דשריא שלכלה"נ ע"ש במוס' ורמב"ן ורשב"א וריטב"א. וא"כ אין שום מקור לחדש דין בהא"נ דמת. וכ"כ הרדב"ז ג' תקמו' דמת מותר שלכלה"נ, והתיר אכילת המומיא, וכ"נ במ"ל אבל פי"ד ושיבת ציון סב' ואבן השהם ל'.

ובמי נדה למהרש"ק דף נב. (ובאגר"מ יו"ד א' רכט' אוסר).

ריז) אמנם באמת יש יסוד לדרך זו, שהרי כבר מבייס אין הגוף דבר המסור לבעלות, והוא כמו רשות נפרדת, כמו שיש' אות רנו' ואילך, וכידוע דברי תשו' הרא"ש סח' י' וכן פסק הגר"ז ה' נזקי גוף ס"ד, שאין לאדם רשות על גופו לשעבדו או לעברו או לגרוע ממנו, וא"כ שאני משאר איסורי הנאה שאליס על מפץ שישנו בדיני ממונות והוא שייך לאדם פרטי או הפקר, לא זולת. אלא כאן אל איסור ליהנות, על דבר שגם בלי האיסור לא ברור שיש זכות להשמש בו, ואם שייך קיימת זכויות עליו, ולכן צריך ראיה שיהיו גדריו כאיסורי הנאה של דבר שיש בו זכויות, וכד' המו' שלבעל האיסור הנאה יש זכות ליהנות בו שלכלה"נ.

ריח) עצם גוף האדם אין בו זכיה גמורה, ואפילו בעבד כנעני שגופו קנוי הוא לשעבוד מלאכה אבל אין קנוי לו גופו בקנין ממון, ולא רק מפני הגבלות של כבוד האדם שצריך לכבדו במדה מסויימת (ובנדה מז. לעבודה נתמיו ולא לבזוה, ועי' אות רלו'). אלא הגופות אינם בכלל 'והארץ נתן לבני אדם', שהגוף קשור בנשמה שהיא חלק אלוה ממעל, ולא ניתן לבני אדם גם אחר היפרדות הנשמה. ואפשר דאף להמתירין מת נכרי בהנאה הוא משום שאין בו דין איסור הנאה שנלמד מעגלה ערופה כדלעיל, אבל אין יכול לזכות בגופתו כמו בממון, אלא דלא נאסר עליו בהנאה, ואין אנו אחראים על כבודו עד כדי שיהיה איסור (אף שהוא מדה מגונה להשמש בגוף מת, כי כל אדם נברא בצלם, ועי' גם אות רלט'), אבל המגביה את המת הנכרי לא נעשה בזה שלו. ואפ"ו הוא להיפך מהאמור אות ריא', אלא אפי' למ"ד יש זכיה באיסורי הנאה, במת אין זכיה.

ריט) ולמש"כ יל"פ דאיסור הנאה דמת אינו ככל איסורי הנאה, שבהם האיסור הוא שלא תצא לאדם הנאה מדבר זה מחמת ריחוקו. אלא עיקר עניינו שאין זכות השתכרות ובעלות, ובמת לא אכפת לן עצם זה שאדם נהנה בעצמיו של מת, אלא שאין לו את הזכות להפיק הנאה ממנו. וכבר העירו בשם הגרע"א דמותר להשתכר במת דלא כאיסורי הנאה, דכל המתעסקין בו נוטלין שכר (ס' יהושע סי' ל'). אמנם אי מהא ליכא ראיה, דהרי לא תשיב להשתכר, כיון שאין המשלם נהנה מן המת ולא צריך לו אלא רוצה שלא לבזותו.

רכ) ובזה תלי דין ניתוח מת לשם לימוד, דהחוז"א אהלות כב' לב' מבאר דלהגר"א דהא דמנו תלמידי ר' ישמעאל האיברים של הנכרית אינו הנאה אלא הסתכלות וחכמה בעלמא. משמע דמה שנהנין ונתמלא רוצה לא אכפת לן, וגם לא נכנס לנדון האם לימוד כזה שזה פרוטה. ולכאורה מסתבר שכל דבר הכרוך בעסק ובענין כזה שזה לכל הפחות פרוטה.

רכא) ובמשפטי עוזיאל הנ"ל אות קפד', כ' להשיג על החת"ס, הסובר דלימוד רפואה יש בו ג"כ משום הנאה מן המת, מסוג' דב"ב קנה, דבדיקה אם הוא גדול לא החשיבו להנאה מן המת (והיה לו להביא מחולין שם בבדיקה אם הוא טריפה). ואינו שייך כלל, דכל לימוד נחשב תמיד הנאה, שמתלמד וקונה חכמה. ומודר הנאה אסור ללמד כל דבר שנוטלין שכר עליו (והא דנדרים מא' דאומר שם פלוני יפה, הוא משום דמשפט בעלמא לא נחשב דבר שנוטלין עליו שכר, ומש"כ בש' הנ"ל שילמדו ולא ישלמו שכר, אינו מועיל כלל, דכל דבר השוה ממון אין נפ"מ אם נוטל ממון או לא, ואם היה מותר, היה מותר גם ליקח ממון ואם אסור, אסור מצד ההנאה). אבל בדיקה איננה קנין ולא שום דבר בעל ערך, אלא שצריך לברר הדבר, ואם הוא מודר הנאה מחברו אבל יש לו נפ"מ האם הוא גדול או קטן בודאי מותר לבדקו.

רכב) ומ"מ הנו"ב שם לא תשיב לניתוח הנאה, וגם החוז"א הנ"ל כ' כן בד' הגר"א, וכ"כ בגי"א מ"ד יד' כ' כן בשם: "ראה זה מצאתי במתנה חיים יו"ד ב' ס"", והוא משום דבאיסור הנאה דמת האיסור הוא שנהנה מגופו כמו מחפץ, ואינו דומה למודר הנאה שהאיסור ליהנות מהאדם עצמו והאדם הוא בעל זכויות וממילא נאסר גם בכל מאי דאתי ממתיה. ובהר צבי יו"ד רעמ' מייתי מרשב"א סוכה לא: דלא אסר באסורי הנאה אלא מגופו ולא כשגורם לו ריוח והנאה ממק"א, כגון לטבול במעיין בימות הגשמים, דאין טהרתו משבת הנאה. ולפ"ז להנו"ב אין בניתוח משום הנאה אלא רק משום ניוול.

רכג) והנה דנו בזמננו אם מותר לתת פירות ערלה למחקריים שונים, כגון לבדוק כילד ניתן לעשות מן הפרי משקה באופן יותר טוב, וכל כיוצא בזה. ואין זה רק' מבקרת החוז"א בד' הגר"א, דהתם אינו מחקר המפיק תועלת באמת, אלא רק סקרנות בעלמא לראות הדבר בעייים, דמנין האיברים היה ידוע

ומקובל בידם, ולא היה הדבר אלא הסתכלות בעלמא לראות הדבר. משא"כ כאן. ומכיון שאינו אלא הסתכלות בעלמא, הרי לא נאסר מראה מדרבנן אלא גבי מעילה, אבל אם מצא איסור הנאה ורופה להסתכל בו מותר, וה"נ אם אחר היה שולק גופה מת בודאי היה מותר להסתכל ולספור העצמות, ע"כ אינו ברור שגם אם הם שלקוה יהיה אסור, דהשליקה עצמה איסר הנאה אלא ההסתכלות.

ואינו דומה לחלילין להלן אות רפג, ואף לא נקרינן אות קצט.

רכד) ובמת"ם שם דחשיב ליה הנאה, דן במוכר עצמו לניתוח הגוף, וסובר דלא מהני מחמת האיסור, אבל מצד הזכות נראה שהיתה מועילה מכירה. אבל לסברת שמ' לעיל ריח' י"ל דאין המכירה מועילה משום שמעיקרא לאדם לא היתה שום זכות על גופו לעשות בו כרצונו לחתוך כדי להתלמד. מיהו לענין תרומת אבר שהיתה לו זכות מחיים, כיון שנותנו לאחר לרפאו ולהתלמד, שייכת המכירה מצד הזכות, והנדון רק מצד האיסור כלפי סברת הבנין ציון כדלעיל אות קעב.

רכה) ואמנם לכאו' נראה דמותר גם לתרוס אבר שלא כדי לרפא אלא אם הוא צריך לממון, דהממון ג"כ נחשב כחיים כדלעיל אות קעז, ולא רק מצד מטרתו, אלא גם אם האבר משמש למחקר או לכל שימוש אחר. ואולי יש לחלק בזה בין שעושה עצמו בעל מום, כגון ראשי איברים דאסור, ובין תרומה שאינו מסתכן סיכון יתיר ואינו נעשה בע"מ כגון כליה.

רכו) וגם להסוברים שאסור לקחת כסף על תרומת אבר, שכל ההיתר לחבול הוא למען הצלה ולא למען ריוח. י"ל דלהמבואר פרק יב אינו כן, שכיון שחוזר ומי אינו נחשב שמובל לענין זה. והרי מטרת המובל עצמו, דהיינו הרופא, היא להציל, וגם לוקח שכר על זה. ונראה שגם להכנים לספק סכנה להציל חברו שדנו כמציה, מותר לקחת כסף, כמו כבאי וכדו', כיון שהמעשה חיובי.

רכז) נחזור לענייננו, גם אם נאמר דעיקר אה"נ דמת הוא רשות המת, הרי יש פוסקים דסברי דהנאה מן המת נכרי אסורה רק מדרבנן (אבן השהם סי' ל' המובא בפ"ת יו"ד שמט'), ובהא לא מסתבר דהוא מחמת רשותו ועשו לו רשות מדרבנן, אלא שהתורה לא הוצרכה לקבוע דין למת נכרי, ומן הסתם ניחולו וביחוי גם הוא אינו מדת אנושיות, והוא כמו דין מת לפני שהשה תורה איסור הנאה ממת, וגם מצוות קבורה לא רמיא עלן, ואין כ"ז מענייננו. ורק רבנן הוצרכו לקבוע מדה זו להלכה כאה"נ, כבבואה של דין התורה בישראל (והא דאמרו בירו' שבת מיפתר במת נכרי והוציאו לכלבו, אין הכוונה שבאמת יש אדם שיעשה כך, אלא רק דמשכח"ל באוקיימתא, כמו והלכתא בכפות וכדו'. ובאמת יל"ע אם יש גם איסור ניחול מדרבנן בנכרי, או שזה נשאר רק מדת אנושיות).

רכח) ולכן מסתבר לשיטה זו תועיל זכיה במת נכרי, ורבנן לא הפקיעו זכיה מחמת שגזרו איסור (וכך פשטות המוס' לכאורה כדלהלן רלו', אם לא נדחי כמש"ם), ואמנם לכאו' דברי אבן השהם הנ"ל המודשים (ורלייתו איכא למדחי וכדלהלן), וכן בנ"ל יג' מוכח דהבין שאסור אף בנכרי מה"ת, וכן לא חילק בזה בנו שדן כנגדו שם בהג"ה, אבל כיון דכמה מגדולי הראשונים מתירים בכלל מת נכרי בהנאה, א"כ אף לדידן אפשר להקל מיהא כדבריו אחרי שהובא בפ"ת וכ"כ בבאה"ט ממהרי"ט ורלייתי שהובא כן בשם חסד לאברהם אה"ע פו', וכן מביאו המהר"ם שיק יו"ד שמט'.

רכט) ועי"ש באבן השהם דהוכיח דבריו מדוד דקדיש למיכל בערלות פלשתים, ואמרי' בסנה' יט: דהתקדשה בהם ממש כדין פרוטה, ומשום דמזו לכלבי ושונרי, וגם בנ"ל יג' הביא בנו ראיה זו להתיר מת נכרי בהנאה, ובהמשך הדר ביה אבל לא ייסבה. ובאמת כבר המ"ל שם הוכיח מזה להתיר מת נכרי, אבל לאוסרים לכאו' מוכיח דזה רק מדרבנן וכמ"ש אבן השוהם. ורלייתי לתשוה"נ ב' תיד שכ' דערלה איינה אלא עור (וכ"נ ביעב"ץ מה'), אבל מ"מ לא יועיל לדידן דאוסרים במת נכרי וגם מוששים לסוברים עור דאוריתא (עי' אות רב'). וגם לא נראה שהיא עור (דעור הוא רק השכבה המיפוית, וכ"כ באבנ"ז או"ח קלא' דעור המילה בשר הוא ואין בו דין עור לענין גוזז), ועוד שהרי לא הקפיד לחתוך רק העור המיפוי. ואולי ע"ז י"ל דמ"מ לא התכוין ליהנות אלא מן העור שנתבקש להביא, אבל באמת אינו כן דערלות אין הכוונה לעור הערלה שימולם, אלא לאבר הערל. ויל"ד כדאמרו ריש זוזר על איך בהם דשוינהו גוסקין ע"ש וה"נ קצת גוסקין או מחיים.

רל) ויותר נראה דמלך פורץ גדר, ובפרט במלחמת מצוה, ואם כך הומלט ע"י מלך וסנהדרין להילחם ולבזות מתיהם באופן מסויים, הרי לא עדיף קדושת הגוף המת מקדושת הגוף המי, ומי שגוזר דינם למות כמות נבל, גוזר ג"כ לבזות גופם ולחתוך מהם ולזכות בו (וכשאמרו אשרי שיאחז ויפץ וכו' לא משמו לניוול, ויש שכן משמו לקברם, כדמשמע במ"א יא' טו' שהלך יואב לקבר את המלוים ומשמע כדעת רש"י שהוא חללי האדומים, כי מניעת הקבורה הוא נגד יקרא דחיי בכל מקום שהם). וכך גזר חזקיה לגרר עצמות אביו על מטה של חבלים.

רלא) ולענין איסור הנאה, אם נאמר כבר דלעיל אות רט' דבאה"נ דמת יש זכיה, נ"ק, דחשיב ממון ולא עבר על איסור כי זה רצון המלך, וגם להבנין ציון דלעיל אות קעב' בודאי שייך בזה גזירת מלך ולא גרע ממכירה מחיים, ועוי"ל אפי' אם אין זכיה באה"נ, מ"מ מציינו במאמר בעל כרחה דמועיל לרבי יבמות יט: אף שאינה קונה את הכסף בלי רצונה, ופי' הגרנ"ט קדושין סי' לא' דבקנין כסף ח"ל שייקנה לו הכסף, וכ"כ חי' הרי"מ קדושין מז. ד"ה אמנם, ויש שדקדקו כן מל' התורי"ד והמאירי קדושין כב: וכיון דהכא גזירת המלך היתה להביא לה, סגי בזה כדי שייחשב קנין כסף.

רלב) ובזה נדחית גם הראי' מהחיל זונה שנתחייבה שריפה למלכות ושלקוה תלמידי ר' ישמעאל, דליירי בה החוז"ל לעיל אות רכ', דלא על מיתם פירשו שלא היתה סתם אשה, אלא דכיון שהמלך גזר עליה לבזותה והתעניתה באופן זה, כך ראוי לה. ולא שהדין הוא רק בנכרי השומר ז' מצוות, אלא דמי שיכול המלך לצוות שישרפוהו ויבזוהו, יכול לצוות כן גם אחר מיתתו. ואמנם יל"ע כיצד עודע לראשונה מנין האיברים באים ואשה, דלא מסתבר שאפשר לדעתו בדרך הטבע אלא ניתות. ואולי סמכו בזה על ניתוחים שעשו חכמי האומות.

רלג) ומש"כ המת"ם שלו': "ולכאורה יש להוכיח דעבד מת אסור בהנאה מגיטין מג. דמשני במעוול ומוכה שחין, וקשה אכתי חזי למוכרו להאכילו לכלבים אחר מיתה או ללמוד הניתוח ובשגם שהוא מוכה שחין וילמדו ממנו רפואה לכיוצא בו אע"כ אסור בהנאה ותיובתא להמתירין עבד מת בהנאה". דבריו צ"ע דהלא עבד אינו כנכרי אא"כ לא מל וטבל וקיבל מצוות, דא"כ ישראל הוא, ובהא מיירי שם. וכן פשוט לכ"מ ערכין ה' יז' וקנה"מ תי' ח' דהיתר הנאה הוא בשלא מל וטבל וכך מבואר בל' הראב"ד בחי' ב"ק נא: וגם התו' ב"ק י. דקדקו וכתבו עבד ונכרי הקנוי לישראל. ועוד כל דבר שאין אורח ארעא לעשות לא חשיב חזי ולא נעשה שום ממחת זה (עי' אות קפו').

רלד) עכ"פ אם נאמר כדלעיל רכח' שמועיל זכיה במת נכרי (וכן תכריכין ונוי דיליה), ואעפ"כ אסור בהנאה מדרבנן, יש לדון אם בכח הבעלים למנוע כבודו או לנוולו בחור בעלים, ואף שהוא עובר על האיסור דרבנן, מ"מ הזכות הממונית שלו,

ואם ניקח ממנו הוי גזל. וכן אם הבעלים הוא נכרי, והוא אינו מצווה באיסור הנאה זה, מ"כ מותר לנו לקייע לו ולהשתתף בגיוול שיעשה כרצונו כיון שזו זכותו, ואין האיסור דרבנן חל עליו. ויותר נראה לפ"ד כן, אלא דאיסור הנאה זה שגזרו הוא מפני הענין הכללי של כבוד האדם בתשר הוא נברא בצלם, וא"כ אין לתלק בין בעלים נכרי לבעלים ישראל, דמבחינתיו כל הנאה אסירה.

רלה) ובאמת יש לדון אם"ל דיש זכיה אי נקנה גוף אדם בקנין מטלטלין או"ד כיון דהוקש לקרקעות לא תלקו במיתה או בחייס, כמו שקרקע גופה אפי' מטלטלת דלית בה ענין הקרקע אי נקנה לא תלקו בו. ואם נאמר דכן תלקו בין מיתה לחיים מ"מ דומה השתא נמי הוקש לקרקעות ואדם הוא ואף מת בכלל ההיקש. וכן יש לדון אפי' נדון כמטלטל, דומה כשיועיל מכירה ממיים יועיל בקנין שטר אף דהוא מועיל רק לקרקעות דבשעת קנין מ"מ היה בו כדי להועיל. וכן יל"ע אי מהני זכיה, זכה בו כשהוא ספק אי ספק מת אי אמרי' המע"ה ומת היה, או"ד ימת כיון דלכל דיני התורה מתייחסין אליו כמי א"כ נ"ש לזכות בו דעדיין לפי הדיינים זכויותיו לעצמו.

רלו) ולכד לנעיל אות ריח, דאפי' אם יש זכיה בתה"נ אין זכיה במת, משום דלא ניתן לבנ"א. יש לדון אם הפקעה זו קשורה וממשיכה את הגבלת הרשות על עצמו בתדם המת, וכשמת נעשתה ההגבלה שהיתה על גופו לעיקר עניינו, וזה כעין סברת הבנין ציון בתות קעב' שמועיל מכירה ממיים, דהיינו שההגבלה מגיעה מכח זכות המת, דסו"ס הרשות היא אותה רשות, ודבריס שהיו מותרים לחי למכור עצמו נאסרים למת בסתמת. או שנאמר דזו הגבלה אחרת לגמרי שנתחדשה במת. ונפ"מ במי שאוסר הנאתו בקונס כללי, דלכד ג' יישאר הקונס גם אחרי מותו, וזה לכאו' מבואר ממש מד' הבנין ציון, דהרי כל דבר שמועיל בו מכירה אי נתינת רשות יועיל בו גם קונס.

רלז) ולפ"ז יש לדון בעבד כנעני שלא מל וטבל, אם מת האם נעשה גופו של רבו מן התורה, ולכאורה מהתו' ב"ק י. שכ' על הדרשא דוהמת יהיה לו דלא ממעטת אדם, דתיפתר במת נכרי שהיה עבדו דההוא שרי בהנאה, משמע דבאמת גוף העבד נעשה שלו, והיינו שהכל רשות אחת. אמנם תמוה למימר הכי, דאין גוף אדם מת עומד לקמורה וכדו', וכל דבר שאינו אורח ארעא אין סיבה שתהיה בו בעלותו, שהרי בחיי לא היה גופו קנוי ממש, ואסור לו לחבול בו לפי רצונו אלא רק לקרהבו לעבוד (ואסור לו למשל לתת תרומת עור מעור של עבדו, אפי' אם יוציאוהו ע"י הרדמה, ונר' דלכן מועיל יאוש בעבדים אף שהוקשו לקרקעות, משום דסו"ס אינו אלא שעבוד משום דהגבלות שיש עליו הם מתוקר זכות ממונים, ולא רק דיינים מתודשים באדם). ואיך עכשיו ייקנה לו הגוף בזמן שאינו עומד כלל לקנינו. וגם אין בעלות בדבר העולד ואין דרך להשתמש בו וכמו שתם גלגיס אפקורי מפקר להו.

רלח) ובאמת כן הבין השבו"י פט', דלא זו בלבד שהעבד נעשה שלו במיתתו, אלא שגם אין איסור הנאה, דלא איתסר אלא בנכרי סתם, ולא בנכרי שהיה שלו וכ"כ היעב"ץ תשו' מא' (ומה שתמהו עליהם דאה"נ מפקיע בעלות לק"מ, דזה יסוד סברתם שאה"נ מגיע רק כשיש רשות ממונית נפרדת).

רלט) אבל לפ"ז הוא הדין שלסוברים דמת נכרי שרי תמיד מן התורה, נאמר שכל נכרי שמת אביו, יורש את גופת אביו לקמורתו, והוא מילתא פריכא. ובאמת לדידהו אינו תלוי בדין אה"נ לדידן, ואולי דיני קניינים דידן תלו בזה, אבל ברור שא"א לומר שלנכרי 'מותר' לנוול גוף אביו או לעשות ממנו קמורה או לאכלו, דיינס של דור המבול נתתם על השתתת עולם, והבנין ציון יכניס הדבר בגזל, וא"ע לדידיה איך שייך לומר דמת נכרי מותר בהנאה, כיון שהוא רשות האי הוי נמי גזל, וי"ל דאה"נ אלא דאינו מוגדר כאיסור הנאה היכן שהתורה לא חדשה. אמנם ברור שאף לדידן לא שייך לומר שהדבר מותר. ואולי הוא בכלל דיינים שמתווייבים כל קיבון בני אדם להעמיד שופט שייסר כל מי שיעשה כן (ואמנם היה דרכם לעשות רפואות מגוף המומיות, עי' לעיל רעו', אבל לא נתשב אלא לאדם מתמת יצו והשתנותו ע"י הזמן והרפואות).

רמ) אלא נראה דאין כוונת המוס' שנאמת נהיה המת של רבו, אלא שדנו בעלמא אם הדרשא דתובבע"פ והמת יהיה לו מי שהמת שלו ממעטת כל קוב האדם שאינו בכלל 'שלו', וע"ז אמרו דכיון שמשכח"ל נכרי הרי אין זה מיעוט לאדם, ולא משום דנכרי נעשה של רבו לקמורה, אלא דאינו ממועט מדרשא כזו, כיון שלדעתם אין איסור הנאה ואינו מופקע מזכיה, שייך שפיר לכתוב בהכללה והמת יהיה לו גם על נכרי וגם על בהמה, דבעיקרון יכול לזכות בגוף מצד בעלות של דיני ממונות, והאיסור הוא רק לגוולו. ורק על אדם שאסור בהנאה א"א לכתוב והמת יהיה לו, כי זה קותר להדיא את איסור ההנאה. והכלל הוא דאין בעלות בדבר שאינו עומד לבעלות.

רמא) וממילא יש לדון עבד כזה שאסר רבו הנאתו בקונס, אם נאמר דהקונס נשאר אחר מיתה מתמת שהוא רשות אחת (אבל האומר קונס ביתי ונפל הותר כמ"ש המ"ל גרושין מ' יא' ופשטות השו"ע יו"ד רעז' ד' וה', וביו"ד שס סק"ג כתבנו דאולי הרשב"א אוסר אבניו, וא"ע אם גם בחי הנהפך לדומס יאמר כן כגון פרתו ומתה), ולכד לנעיל אות רכמ' מועילה גם זכיה בו, לכאו' הוא תרתי דסתרי. דאיך אפשר שייחשב תפץ כהפקר ויוכלו לזכות בו כזוכה מההפקר, אבל הוא אסור בקונס. ורק במוריס לבניו שממשיכה רשותו שייך שיישאר הקונס. ואמנם בקונס כללי דדומה להקדש אפשר דלאכפ"ל דאודא בעלותו ולא פקע בכלי, אבל בקונס פרטי (עי' מ"ל פ"ד ממעילה) אפשר דתלוי הדבר בבעלותו. ועי' בדברינו ביו"ד רעז' ח' אימתי אין קונס פרטי כהקדש.

רמב) וע' בתוספתא נדרים ב' ז' המדיר תברו הנאה מנכסיו אם מת מביא לו ארון ומכריכים אתו הנאה למתים. והנה אם אין מכריכיו קנויים לו לא צריך להגיע להנאה, אלא שאינו קיים בעולם כלל, משמע דזוכה רשותו בזה, והרי נאסר בהנאה כדין מת (וכדביארנו ביו"ד שמט' ב' דנאסר מה"ת), אלא דהנאה לא מקרי דאין הנאה אלא במי שמ.

רמג) ולזה שייך גם הנדון להעביר ממת למת, דהבבר"י יו"ד שמט' כ' בשם בית דוד קעב' דשרי דאין זה הנאה, ואין זה מתיישב עם הסברא שנתבארה שענין אה"נ הוא בעלות המת, ולא רק שלא ייהנה. ובאמת נתלקו בזה הראשונים לענין להעביר קרקע של מת למת אחר דהרשב"א המובא בב"י שסד' מתיר והטור שם בשם ר' יעביה אוסר וכ"פ החכמ"א קנח' יב', והיינו דלא רק דאסור בהנאה אלא גם שהוא כמו רשות המת וזכות ממונית שלו שאין ליתן למת אחר.

רמד) אמנם מש"כ הרשב"א שם דמה הנאה בזה, צ"ב לכאו' הא קא משתרשי ליה דהרי הקבורה מוטלת על היורשים, ומש"כ הרשב"א בחיים אבל לא למכור, היה מקום לומר להיפך דאם המקבל משלם מעות אינו נהנה דבכל ענין היה משלם, ואם המוכר משתמש במעות ליקח מכריכין אחרים או מקום אחר לקבור מתו ג"כ אינו נהנה דהחליף מכריכין בתכריכין. דמסתברא דלהרשב"א ודאי שרי להחליף קבר בקבר או מכריכין בתכריכין דלא שייך כאן הנאה, ושמת במעות ס"ל דלא שייך דאינו תופס דמיו ולא סמכינן עלייהו להתיר איסור הנאה, דהוה ליה כנהנה מאיסור הנאה ומשלם להקדש.

רמה) ויש בתכריכים דרגה דקדה"ג לענין דבר שנשתמשו בו, והיינו דמופקע מזכויות האדם ליקח התכריכין, ונראה

דזכות זו לא קני כמו זכות הקדש להקריב העולה שכולל ממילא שאר זכויות שמוש אע"פ שהקדש לא צריך להם, מ"מ כיון שאין ראוי שיהיה לאחרים זכות, ממילא אין לאף אדם זכות בשמוש בהא בהמה וכן לא להקדש, רק זה דבר בלי זכויות לענין זה כיון דהוא קדה"ג,

וכמו דמפקעת שעבוד דמשמע לגמרי מפקיע כשאר קדושות.

רמז) וגם תכריכים שאמרו עליהם שהם קדה"ג, לא דמי ממש לקדה"ג כגון סנהדרין מז: דאי מזיק רבים מותר לפגומו, וכן במחובר לא נאסר, וכן דוקא מן השמוש אבל הזמנה קי"ל לא מהניא. (ויל"ע למ"ד בגמ' דהזמנה מהניא לתכריכים אי מפקעת האי הזמנה שעבוד או"ד מ"מ קדוה"ג לא נחתא עד דמשתמש בה). ומהני דיעים נראה שאינו ענין יחוד לרשות מסוימת כמו כל קדה"ג רק כיון דגופו משמש המת אסור בהנאה דז"ג בזיון המת ולכן נמי קיל טפי. וקרקאוהו קדה"ג לענין שאינו דבר התופס דמיס

וכן מפקיע שעבוד כאלו שרפוהו בעליו דא"א להופיאו מתכריכיו.

רמז) והנה מאיסור תכריכים מן התורה (ואף שמרשב"ם תשו' ר' כ' שתכריכים אסורין רק מדרבנן, דעת הלבוש והשבט יהודה דמדאורייתא וכן נראה בריש"י סנה' מז: ד"ה אמרו ליה ומת: ד"ה במטה וכן מעשה הגזירה דמיתלפי בתכריכין), היה מקום ללמוד דאין אה"נ דמת קשור להא דאין הגוף בכלל והארץ נתן לבנ"א, לעיל אות ריח, דהרי התכריכים אסורים באותו איסור והם איסם בכלל זה. אמנם אין ראי' כ"כ מתכריכין, די"ל דהעיקר הוא המת, וכל השאר נקרא טפל אליו וידון כמותו, ובערכין ז: אילו אמרה תנו ידי לבתי מי יהבינן, אבל מחיים יכולה לקון ידה ולמכור בשוק (עי' לעיל רכו').

רמח) והעיקר נראה דמחמת ההבדל התהומי בין מי למת, אין נחשב שייכות בין רשותו בחייו לבין רשות המת, וברגע שכבר אינו מי שהיה ממון חדש בעולם (כשורש הסברא שנת' בפרק יב, רק בהיפוך). ואם זכה בנכרי ספק מי ספק מת דלעיל אות רלה, כיון שאז היתם אליו כמי ממילא אין כלל זכיה, ואלו מספק, אלא שאינו עומד לכך.

יב. דין הטפל לגוף החי באדם

רנג) באות לב' וקמו' הוזכר ענין הטפלות לחי, שמבטל את הדיעים הקודמים. ועתה נבאר במה תלוי ענין זה ופרטיו. ברור הדבר שיש לגוף האדם דיעים מיוחדים מחמת היותו חלק מהאדם, ודיעים שחלים על חפצים דוממים לא יחולו עליו, בין לענייני משפטיים, ובין לענייני איסוריים. והשאלה היא, כאשר מתחבר דבר מה לגוף האדם, האם מקבל הדבר המתחבר את דיני הגוף. והדבר נפ"מ בין בגוף האדם בין בגוף הבהמה.

רנד) וקצת יש ללמוד ע"ז מדברי הפו', עי' שרידי אש מ"ב לג': "ונגד הטעם השלישי יש להעיר, שבשר המת אסור משום שנהנה מן המת, ומה בכך שהבשר הנפרד נעשה חי, מ"מ הוא נהנה מן המת עצמו שנשאר מת", הרי סובר דנשאר על אבר המושחל דין הנאה מן המת (וכ"כ שדין קבורה לא פוקע), וכן בהר צבי יו"ד ריז' המשיב הקרנית המושחלת כחלק מן המת שעובר באיסור הנאה כל רגע ורגע, ואם הושחלה קרנית באיסור צריך לעשות עיניו במטפחת, וכן באגרות משה יו"ד ג' רכט' דאבר המושחל נחשב שנהנה מן המת.

רנה) וכן ראיתי כתוב בשם הגרי"ש, בנדון אדם שכלייתו הושחלה בגוף של אחר בלי רשותו, לא נתפרש אם נעשה הדבר בכח, או בחיוב טעות, או שהתנה תנאי ולא התקיים התנאי, אבל מורף הדברים שבעל הכליה מובע ממון, שהרי כליה שוה הרבה כסף, ואומר שאם לא יקבל יכול לאסור את הכליה בקונם על המושחל. וראה שמסכים עם השואל בעיקר ההנחה, שהכליה המושחלת מוגדרת מבחינה משפטית של הראשון. וזה לטעמי' לעיל אות קמו' שכתבו בשמו שבפוטקקיות בעלת הביניות היא האם. וכ"כ הגרי"ש במורים שז', שבהשחלת אבר מן המת אין פוקעת מצות קבורה, וכהשרידי אש הנ"ל.

רנו) אמנם לענ"ד היה נראה לא כן, אלא שהכליה המתחברת לגוף החי, מקבלת את דיני המשפט של בעלות וקחורה וכיו"ב, שהרי בעלות האדם על גופו, איננה בעלות משפטית וגם בעלות של זכויות אדם, אלא רק בעלות של זכויות אדם (כמשו' הרא"ש סס' י' שאין לאדם זכות ממונית על גופו ובשו"ע הגר"ז ה' נזקי גוף ס"ד ע"פ הרמב"ם, שאין לאדם רשות על גופו לענרו או לגרוע ממנו, וכן בהבב"ז על הר"מ סנה' יח' ו'), וחלק מהמהות של זכויות אדם היא שאין בה לד משפטי. והרי ברור שהחובל בזה שהשחילו בו אבר, יש לו דין חובל בחברו, ואלא רק דין מזיק ממון של אחר, וממילא יותר מסתבר שאין לו כלל דין מזיק ממון של אחר.

רנז) וכן שמשמשים בשם פונדקאית, שלכאורה הוא בדיוק כמו השחלת כליה, וברגע שנקלט ברחמה עובר, הרי הוא חלק מהתהליך של גופה, ואינה מייחת לאסור אותו בחזרה להוריס שממתיים לו. וכל התנאים שהתנו מתחילה אינם מחייבים

משפטים. אלא רק יכולים להועיל כאן תנאים עקיפים, שבאים בתורת תנאי להתחייבויות שלה. אבל אין לאף אחד בעלות על כח החיים המתפתח בגופה.

רנח) וממילא י"ל דאין זה רק לדיני ממונות אלא גם לאיסורים נחשב כגוף החי, ואינו נחשב כנהנה מן המת וגם אין דין קבורה, דהרי הוא חי, ואסור להחיות מת משום שיש בו דין קבורה? וחשיב כאבר של החי לכל מילי, ואם נחתך שוב, טומאתו כאבמה"ח ולא כאבר מן המת. ולפ"ז בנושא שדנו אחרונים לטומאה בהשתלת אבר לכהן, אינו אלא מעשה ההשתלה, אבל לאחר מכן פשוט דאין שום טומאה וא"צ דוקא לגדרי טומאה בלועה. והוא משום שע"י החיבור מקבל גם האבר שם ודין אדם.

רנט) ולפ"ז, אפשר דאפי' הקדש או קונס פוקע ע"י ההשתלה, כי קדושת החיים פושטת על זה, ואף שהקדש מפקיע מידי שעבוד, כאן יהיה להיפך. ואין סתירה ממה שאדם יכול להקדיש עבד, דגם בעלות ההקדש מוגבלת ואינה לוקחת ממש כח החיים, וממילא יש לדון אם הקדיש בית מופרית, בהנחה שאם עוד כאן אדם בודאי לא יחול הקדש, האם מ"מ חל ההקדש למפרע אם לא יתפתח לעובר, או שלא חל בכלל כי עומד לחיים, עי' זוה בחות שלו' ואח"ל שחל הקדש ופוקע כשמקבל דין אדם, יש לדון בעובר עצמו, אם שייך בו דיני ממונות, עי' אות תשיג' האם יכול להקדישו קודם שיש עליו דין אדם. (וכ"ז אפילו בגוי המת שהכנים שן זהב של אחר או של הקדש או של קונס, ואפילו הרשהו והתנה שנשאר שלו, אח"ל דגוי המת מן התורה, או עכ"פ בתכריכין, עי' אות רמז' ולענין הרכבה מכנית עי' אות ש').

רס) ורציתי לחכ"ל שהתעלם בדבר ע"פ המבואר בסדרי טהרות אהלות ג' ד' דמיבור בידי אדם אינו מיבור ובשם המזון נאוס, דהיינו בדבר שהיה מיבורו בידי שמים אין מיבור בידי אדם מועיל, (דולפי מיבורין של חפצים הם נעשים ע"י בני אדם). ולענ"ד אינו שייך לכאן, דהרי מיבורו של אבר מושתל הוא באמת בידי שמים, שהגוף עצמו מקבל את האבר ומחיה אותו וזה מתכמת הבריאה ואין בידינו לעשות מה שלא יעשה הגוף בזה, ושפיר חשיב בידי שמים.

רסא) ולענין ממונות לכאורה טעם הדבר הוא משום הזכויות המיוחדות שיש לאדם בעולם, וממילא כל מה שמתחבר למהות האדם כאחד מאיבריו מקבל את הזכויות האלו, והם למעלה מכל דיני ממונות, וכמ"ש דהחותך אבר מושתל מחברו בודאי עובר גם על חובל, וממילא אין טעם שנתייחס לזה גם כממון.

רסב) וק"ו לענין שם האדם, כגון בהשתלת שחלות של אשה ל' באשה ב', ברור שהן חלק מגוף האשה הב' ואין טעם לייחס הבן הנולד מהפרייתה לאשה א'. ובאבן יקרה ג' כט' למד ע"ז מילדה שסיבכה בזקנה לאמרי' בסוטה מג: שבטלה ודינה כזקנה (ולרוה"פ היינו עוף ילדה שהורכב בזקנה), והסכימו ע"ז הרבה אחרונים וכן כתבו בשם ר"מ אריק. ורציתי למי שכ' דהיינו לפשטות ד' רוה"פ הנ"ל וכדפי' בחוז"א עולה ב' טו' דהוא מדין ביטול, אבל לרש"י ע"ז מט. דהוא מדין זוז"ג, הרי יש עדיין לד איסור. אמנם אף אם רא' איכא לדחוי, הרי אין זה אלא באילן לאיבריו ועניניו יכולים לצאת וכך דרך לחתוך ולהרכיב ואין לו חיים עצמיים המיוחסים אליו, משא"כ אדם דאית ליה מזלא כל הבטל בו בטל למזלו והוא הוא.

רסג) ועי' בסמוך אות רפו' ואילך אם שייך כאן זוז"ג לענין השתלה בבהמה. מיהו מש"כ בתשו' בית אבי מ"א אות קפו' דהא דאין כאן זוז"ג הוא משום דהיתור ראוי לשתלו בכל מקום משא"כ השתלות, אינו מובן, מנפ"מ בזה, וגם הרי השתלת שחלות אפשר גם באחרות. ומה שכתבו דהפרות שהיו על הילדה אינם בטלים, וכנדרים נז: וא"כ גם הביציות לא יבטלו, אינו נראה דנחשבים פרי, וכמבואר להלן אות תשעו'. ובשם הגר"ש וואזנר כתבו דביציות שאני שאינן בטלות כי אין הן יפיה מתחדשת כמו שאר איברים, אלא יפיה חד פעמית מוגבלת של כמות מסויימת שיכולה האשה לייצר (וכ"כ חכ"א דשאני ילדה וזקנה שהזקנה יכולה לייצר פירות בעצמה), וגם אינן מחוברות אלא מיפקד פקיד (ובשם ר"מ קליין כתבו: "שהוא הרכבה שכנית ולא מזגית"). וצ"ע בכל הני סברות, דקו"ש כל מה שהוא גוף בטל לגבי גוף, וגם כשמתלים בם אז מת עצם אין הוא מחובר אלא פקיד, אבל נמצא במקומו הראוי לו בגוף, וזה מיחשב חיבור לגבי כל דיני חיבור, ואין שום נפ"מ אם היה יכול לייצר בעצמו, וגם יחור תפוז בלימון מגדל תפוזים. ועי' להלן רסט'. (והא דמרכיב באילן סרק אין ביטול לחלק מהפו', משום דאילן סרק פטור מערלה, וכשמצמיח עתה פרי נעשה אילן אחר, ולהחוז"א דיני ערלה כ' והגר"א יו"ד רלד' מא' אעפ"כ פטור).

רסד) ויש להוכיח על יחוד כח החיים גם בבהמה, מדין טומאה בלועה. דבר המכוסה אינו מופקע מן הטומאה, רק אם התבטל לגמרי בתוך הכיסוי, אבל כל דבר העתיד לצאת או שאפשר להוציאו, טומא וטמא. אמנם דבר הבלוע בתוך מערכת העיכול של האדם או הבהמה, דינו כטומאה בלועה, ואין בו דיני טומאה, אף שבורר שיצא ואין הגוף מעכלו. וראיה זה משום שפעולת הגוף (גם של בהמה) נתפסת אצל בני אדם כמופקעת מדינים אחרים, ואין מבקשים גוף כדי להוציא משהו, וכשיוצא חוזר דינו מחדש. ולכן גם אינו טלטול בשבת. וממילא השומל אבר בגוף האדם או הבהמה, דינו כדבר בלוע, שאין לו דינים אם אפשר להוציאו ולפרקו.

רסה) והנה אם אדם בלע יהלום של חברו, נראה שדינו כמזיק ומחבל היהלום, אבל אין לחברו תביעה על גופו עכשיו, ואם בלע בשוגג, גם אין לחברו שום תביעה עליו. (ומ"מ אם דרכו לצאת יש לדון שחלוי אם יש בזה יאוש או שנחשב כאבודה מכל אדם). וכן גם בבהמה, היכא שחייב שהיתה בדשות הרבים, אין תביעה להוציאו מהבהמה אלא תביעת נזק, ואם בעל הבהמה רואה הוא יכול לבקע בהמתו. והיכן שבלעה שלא באחריותו, כגון שאדם אחר הניח את היהלום בתוך מאכלה, פשוט שאין בעל היהלום יכול לתבוע דבר מבעל הבהמה, (ולענין בעלותו כשיוצא תלוי בנדון הנ"ל במוסגר).

רסו) וממילא יש לדון במה שנתון בגוף האדם לאחר מיתה, כגון בלע יהלום במזיד ומת, אם מותר להוציא ממנו מחמת התביעה הממונית, דיש ניוול קצת שהמיתו מחמת תביעת הממון כדלעיל אות רסז' וכאן יכול בעל היהלום לומר שזה כמו שמפנים מת שמעכב את דרך הרבים, אפילו שדרך הרבים באה אחריו, משום שמעיקרא לא היה לו כח יותר מזה, ה"נ יהי דבולע בשוגג אי אפשר לכופו להיכנס לחלל גופו מחמת זה, כמו שאם היה מייב כסף לא היינו כופים אותו לעשות ניתוח להוציא יהלום שבגופו ואינו יוצא, שאין זה אלא חוב. מיהו המזיק ובולע ומכניס, הרי עיקר דינו הוא לתקן הדבר, ואם אינו רוצה יכול לשלם, ואם אין לו לשלם אולי צריך לתקן.

רסז) ואפילו נאמר שבמת ממיר מב' סברות: א' שהמזיד שלו כבר לא נחשב לגבי גופתו, כי הענוון הוא בנפש, ב' שניוול המת הוא יותר גרוע מניוול החי, שהרי מלקים את החי ואין מלקים את המת (מלבד למיגדר מילתא כמו אחז. ויש לדון בסוגיא דאי אתה רשאי לנוולו, לסוברים שיועיל אומדנא דרצונו עי' אות קפג', אם ה"ה היכן שכפרה בשבילו, נמי ניימא הכי הכי, או"ד כשים תביעת ממון אינו נחשב ניוול אלא את שלו הוא לוקח, ואילו כפרת חטא הוא ס"ש ניוול, אח"ל דשייך כפרה לאחר מיתה בכיו"ב).

רסח) ובאמת אפי' אם יש איסור להוציא מגוף המת, עדיין יהיה הדין בעבר על ניוול המת והוציאו, שאינו אסור באה"ג דמת, כי לא יכל לחול עליו. ובאמת במה שנמצא במערכת העיכול י"ל דאפילו יצא מאליו אחר מיתה אינו נחשב אבן מהמת, דמה שאינו רצוי לעיכול ויוצא כמונח בקופסא דמי.

רסט) ויש לדון גם ברוק של המת וכדו' אם נפרד מהגוף (אפשר להפיק ממנו דגימות של חידקים וכדו'), שאולי אין עליו אם איסור הנאה של מת, כיון שאינו מחובר אלא מונח בקופסה, ועניין זה גרע משערות, שכל שהיו מחוברות בשעת מיתה יש עליהם שם מת, ואולי יש לדמותו לאבר המדולדל שיש' בסמוך אות רעז' שחיבורו רופף, שמחיים נחשב כגופו, אבל אחר מיתה שמא עושה ניפול. והרי כיחו וניעו הצבור בפיו גם מחיים נחשב טלטול. וא"כ אפשר גם לענין זרע שיש אפיים שיחשב מונח בקופסה, אם יכולים להוציא מעט בלי שום חיתוך.

רע) ובכ"ז כך נגבי אבר שהוחמל בבהמה, אפשר לומר שעכשיו שהוא חלק מהבהמה, ואין הוא נשאר בשר בלעיטה של בעליו הראשון, ואינו יכול לחבול בבהמת חברו ולחתכו (ולמש"כ גם מחמשם עליו דין אבר מן החי, אפי' היה בשר שחוטה). ואמנם גם אם נאמר שכח החיים של בהמה מחשיב כל מה שמחובר לגוף הבהמה כיחידה אחת איתה, ואפילו אבר שאין הנשמה תלויה בו, הטעם הוא משום שזו לא התנהגות ערמלית לחתוך איברים חיים מגוף חי, והרי התורה אסרה על אבר מן החי, ולכן בחפיסה האנושית זה מופקע מעניני המשפט. גם במקרים שנוצר איזה הגיון לחתוך איבר חי, הדין נגזר מהכלל. וזה דומה לשחריים או חיים של אדם שהוכנסו בתוך העיסה, שאין טעם לנטות להפרידם, אלא מתייחסים אליהם כמרכיב בלתי נפרד מהעוגה. וכן כל היכן שהשלם הרבה יותר מסך חלקיו.

רעא) ויש להביא ראיה לזה, מדין שחיטה עושה ניפול, בבהמה בחולין עב. שדינה כאדם בחתיכי' שם קטנו: שאבר המדולדל באדם, אין לו דין אבר מן החי, אבל כשחת האדם נעשה האבר מן החי ואין לו דין אבר מן המת, שבעצם הוא מדולדל ואין לו דין אבר, ורק מחמת חיי האדם יש לו חשיבות אבר, אבל כשחת נחשב למפרע אבר מן החי. ונראה שטעמו משום הטפלות לחיים, דכל הטפל לאדם חי מתבטל ממנו דייניו, דבאמת אבר זה ראוי לדון כנפרד מכל דבר שיהיה חלוי בו בדלדול דזה אינו חיבור, והחותכו בשבת פטור, כמו החותך קוצים יבשים בחו' שבת קנ: וגבלי המכה שפוסק הרמ"א קכח' שחותר להשירן מפני שעתידים ליפול (ובאילן יבש המג"א שלו' א' כ' דל"ש חלישה, כרש"י ערובין ק:, והמנ"ח חוסך השבת ג' ה' מסתפק דשמא שייך, אבל זה באילן שלם ולא בחלק היבש ובטל, ובמג"א שם יד' מחיר אפי' בעשבים ליבשים כולהו), וכן מבואר בר"מ דמיירי בעתיד לפול ומ"מ נחשב כחי כל שמחובר אל החיים, שאין לו דין הגוף, אלא דין הטפל לגוף.

רעב) אבל מצד האבר עצמו, כשהוא מדולדל אין לו דין אבר, כי ברור שטפלותו היא רק לשם הדבר, ולא להחשיבו יד או שם אבר קיים, ולכן גם להניח תפילין אינו יכול כל שעתיד ליפול, וכן פסק הגריש"א בקובץ תשובות ח"ה סי' ג, ולמד משיטה לנ"ל קדושין כד' ליבש הגפה טריפה שסופו ליפול. אמנם נראה שאינו דומה למדולדל שהוא כמו חיבור דק מדי, וכבר עכשיו אינו מחובר וכמו בערלה פחות ממחט ספקין. ואולי יבש הוא דין טריפות, וכל שהוא מחובר כראוי נחשב יד גם אם הוא משותק ויבש. ועי' בה"ל סי' שמ' דגם ביבלת שעתידה ליפול חייב משום גוזז, ואיכא למידחי דבמלאכת גוזז יש יחוד שמוגדרת במה שדרך לגזוז מן החי, ולכן י"א דאף באגל"ג חייב, ולכן שלא כדרכו ג"כ חייב, כדלהלן אות תלד').

רעג) עכ"פ יהיה הבדל בין אדם לבהמה, לא רק לגד שבאדם יש יחודיות מחמת זכויות האדם, אלא אפי' אם נאמר דכל סברת החיבור היא רק משום כח החיים, מ"מ תהיה נפקא מינה לענין הבעלות, שכן בגוף חי של בהמה ישנה בעלות משפטית, ולכן גם אם האבר נחשב לחלק מהבהמה ואין בו נדון משפטי לענין הפרדתו בחזרה, עדיין יכול בעל האבר המושחל לטעון שיש לו זכות בבהמה, שהרי זה דין "זה וזה גורס", ואדרבה, אם הושחל בה אבר שהנשמה תלויה בו, זכותו הממונית גדולה יותר.

וכן שמריס שלו בעיסה הם מעמיד, ויש לו זכות טענה ממונית.

רעד) ויש להקדים, שאמנם מצאנו שמוכרים אבר אחד של בהמה, כמו אוזן בכור, אבל זה דעת המכירה היתה שהאוזן תינק מהבהמה וכן תתרוש לבהמה ולכן המלוקה ברורה (וכעי"ז מחלק בתפא"י ב"ב פ"ב מי"ב דשרשי כל המילנות יונקים מקרקע תבריהם ועד"ז קוים ושותלים), והנדון כאן בשותפות בעל כרחו של האדם שאין המלוקה ברורה שמחמת שהאוזן נלקחה ממנו תהיה שייכת לו רק האוזן. ולכן באבר שהנשמה תלויה בו זכותו הממונית גדולה יותר, וכדין מעמיד. משא"כ במוכר אבר כזה אפשר שאין הכוונה שיכול לכרתו, אלא שהוא שלו לעניינים שונים.

רעה) ועוד הבדל יש, דכשדנים בעלות בעל כרחו, יש להתייחס למציאות, שאבר חי משתנה ותהיו מתחלפים. ויש ללמוד לענין זה מדין הלומת, שאם אדם שותל שמיל של חברו באדמתו (לא באופן של גזלה אלא קונה בשיעוי וחייב רק דמי שמיל), ובא חברו אחרי כמה שנים שכבר נעשה עץ, הרי אין העץ שייך לראשון, כיון שחיי העץ תלויים באדמה, ומאדמת השני נעשה עץ, ואין כאן שום דבר מהשמיל מלבד הקוד הגנטי שלו. ואינו דומה לעבד שהאכילוהו, שכן זה מיוחס לכח החיים של העבד. כדלהלן רפ'.

רעו) ובאמת כבר במשנה ב"מ ק: דנו בשטף נהר זיתיו ונתנם לתוך שדה חברו, זה אומר זיתי גדלו וזה אומר ארלי גדלה, והדין דיתלוקו. אבל אם הדון על הפירות, ולא על שינוי העץ עצמו, אלא העץ היה מונח בשדה ע"י שטיפת הנשם ונשאר כדקאי מעיקרא, (ומחזירין אותו לבעליו אי לאו משום יאוש א"י כדאמרי' שם, וצוה כ' הראב"ד והרמ"ה אאם אין מחזירין נותן לו דמי עץ כפי שהיה שוה בשעת שתילה), אלא שהלמית פירות. וע"ז פסקו שהאדמה והעץ שותפים שויה בפירות (כמ"ש החוו"א ערלה ג' ט' דנחשב שיהם עיקר ולא שבח, ועי' אות י', וד' המלקת יואב מו"מ י' ל"ב, ורלאיתי למי שכ' דבב"מ יד: מבואר דגזל שדה ומכרה לאחר והלה נטע, הכל לבעל השדה. ואינו כן, ולא נזכר שם כלל דנטע אלא שהשביח). וכעין זה נצטרך לדון בולדות של בהמה ששתלו בה אבר, כמה ערך האבר לפי אומדנא.

רעז) אבל לגבי העץ הלומת ומתחלף, וכן אברי הבהמה הלוממים ומתחלפים, ונדון הכליה באות רנה' הרי כשעובר זמן מה אין זה אותו האבר ואותו העץ כלל. אלא מגופי קא רבי, וכמ"ש הר"ן ב"מ קא. בסוג' הנ"ל דשבח העץ שמתעבה מן הקרקע קא רבי ושל בעל קרקע הוא (ומביאו הסמ"ע קסמ' ד'). וקודם שהתרבה אין האיסור או הדין פושט בכולו (מלבד הקדש) אף דאמרי' ביאה לז: יעקי תחומין מהדדי בבהמת שותפין, כ' שם הקדמונים דאין זה נוגע לענין איסור וכגון אבר היוצא (עי' רא"ה ומהר"י אסד תשו' שפה' בשם החת"ם ופנ"י קדושין ו. ולא"ת ביאה שם).

רעח) ומ"מ מצינו בש"ך קטו' ס"ח דעיבוי העץ לא נחשב דשלב"ל, ויבואר להאמור להלן פרק O, ובכלל מהאמור בב"מ שם אחר שלא הכל לבעל קרקע דאמר לי' אי אמא נטעי לאחר שלא מי לא הוה אכילנא, הוכיח מו"ר הגרמ"ה הירש דאין בעלות כלל לראשון ואין זה אלא מדין יושר ליתן לו. אבל יותר נראה דהוא משום דסתם שדה עשויה לנטע, וזרע זית יש לכל אדם, ואין הגיון דמשום שהלה קפץ ונטע בשל חברו או שהנהר

שפיר תעמוד לו זכות זו לעולם, והוא משום דהאילן משתנה וגדל מעצמו ונתינת הזרע לא נחשבת לעולם. ואין ללמוד מזה להשתלת איברים שהזכות מתייחסת אליו.

רעט) ובאמת גם בדין מגופי' קא רבי מצאנו בהלכה דין גידולין, שאמנם מכמיס גזרו דין תרומה על גידולי תרומה, אבל מעיקר הדין הגידולין בטלים ברוב, שאם יש מוספת מרובה בטלים כמבואר בנדרים ס. לגבי פירות שגדל מהם וזרעם בקרקע. ומזה היה אפשר ללמוד לענין אבר מושתל שמאבד שמו הראשון רק אם הוסיף בגפת, ומתעלמים מהתחלפות של התאים, שקיימת גם בצומת.

רפ) אמנם בודאי אינו כן, שהרי גזר או בגל שמו עליו גם כשמתחלף, ובודאי עבד אינו יכול לפטור את עצמו מרבו בטענת חילוף התאים, שהרי ההתחלפות אינה מורידה שם הבעלים, אלא משל הבעלים התחלף מכח הגוף עצמו, וכן באיסור אילן של אשרה שגדל והוסיף מרובה על העיקר, גם הנוסף הוא איסור. ורק באבר המושתל בגוף שהוא חלק ממערכת הגוף ניתן לטעון כן. ולכן רק בעל האדמה שהוא חלק מהמערכת המתוברת עם העץ יכול לטעון טענות על הפירות, אבל כל מוספת אחרת מיוחסת לחי עצמו. והמאכיל עבד כנעני של חברו כל ימיו אינו יכול לטעון לבעלות על העבד ולומר ממוני השביחו, (אף לאולי חייב האדון לשלם לו מדין נהנה אם חסך לו מזונות), משום שהגוף החי של העבד השביח, ומה שהעבד מצא חן בעיני אחר שנתן לו האוכל אינו יוצר זכות בגופו.

רפא) ובגידולין הטעם שמועיל שמוסיף, משום שמחובר לקרקע, ואולי אפי' מונחים באדון אם הם באופן שמדרך הטבע קולטים הלחות וגדלים, ודין הגידולין מבטל דינו הראשון משום דברגע שמוסיף שם פרי חדש בא עליו, והכל עשה היתר. וכן נראה להעיקר תלוי בשמו. דעי' רש"ש ורי"ד נדרים שם וכן תוס' ע"ז עג. שמהו מדוע לא אמרינן בגידולין קמא קמא בטיל. ובעל כרחנו צריכים לישב שפנים חדשות בתו לכאן, שכשהוא גדל אין מתייחסים לזה כתערובת של יין ומים אלא מתבטל שמו ממנו. וכעין זה מבואר בר"ן נדרים עט: "דאזל ליה העיקר לגמרי". ואין הכוונה דאזל מבחינה מציאותית, אלא מבחינת שם הדבר.וזה רק מחזק את הסברא שהכל תלוי בשם הדבר. גם להקל וגם להחמיר.

רפב) ואם כן לענייננו, בבעלות בעל כרחו, יש מקום לחלק, בין אבר שאין הנשמה תלויה בו, שיכול בעל הבהמה לומר, שכח החיים של הגוף הוא זה שפרנס וזן את האבר, והוא זה שהביא את השינוי, והוא כאדמה וחלק מהעץ, ואין לבעל האבר אלא חלק מועט, וכמו במרכיב ענף שלו בראש עץ של חברו. ולכן היכן שנוהג דין "הנה", יהיה תלוי כמה נהנה מהאבר, ויש לסמוך הדבר מדברי הרשב"א נדרים מז. הכותב שגידולין בדבר שזרעו כלה לא גרע מחליפין, דהיינו שיש כאן ערך של הדבר הראשון, אף שאינו בעין. אבל היכן שהגדין בבעלות, אין לו בעלות משמעותית.

רפג) אבל אבר שהנשמה תלויה בו, אדרבה, יכול בעל האבר לטעון שהוא הזן והמפרנס את האברים האחרים, וכמו בגדון העץ והאדמה, האיברים שהנשמה תלויה בהם הם מצד האדמה, וכל האיברים האחרים צומחים מכחם. וכמו שנתבאר, שאף שקונה אבר כזה אולי לא קונה בעלות, מי שאבר כזה שלו הוכנס בעל כרחו, אפשר שכן קונה הבעלות. ועי' תוס' בכורות ג: שאפשר שכדי ליפטר מבכורה צריכים להקנות לגוי אבר שהנשמה תלויה בו.

רפד) וכן יש נפ"מ לענין איסורי הנאה, בהמה שאבר אחד שלה אסור בהנאה, אם הוא אבר שאין הנשמה תלויה בו, מותר להשתמש בה, אבל אם הוא אבר שהנשמה תלויה בו מיתכן בעיה להשתמש בה. והנה בדבר שאיסורו נולד אחרי מיתה, נראה שאפילו אם הנשמה תלויה בו אינו יוצר שם איסור על הבהמה, בדומה לדברי המנ"מ מצוה תנב ורעק"ל פסחים כב: שדנו לסוברים בהמה בחייה לאיברים עומדת, אין הסוגיא שם דנה האם דם או אבמה"מ אסורים בהנאה, שא"כ א"א ליהנות מבהמה, וכן למסקנה שיש איסור שחורה בדבר אסור אין סותרים בבהמות, ותי' המנ"מ שאינו נחשב עומד לאכילה כעת. ועומדת לאיברים היינו שאחרי שנתתכה נחשב שעמדה מראש לאיברים.

רפה) אבל בדבר שאיסורו עומד וקאי, כגון בעלות של הקדש או קונס, והושתל בגוף הבהמה (באדם לכאו' מפקיע מידי הקדש, דקדושת החיים פשטה), לכאורה יהיה תלוי בדין זה וזה גורם (דדין פשטה קדושה בכולה הוא רק כשבידו להקדיש הכל ולא בשותפים), שכיון שהנשמה תלויה בו, גם הוא גורם ההנאה מן הבהמה.

רפו) והנה נחלקו הראשונים האם שייך זוז"ג בשני גורמים שאינם באותו משור, ר"א ממץ, המובא בתוס' נדרים נז: ד"ה והכי, סובר שקרקע ושמיל, נחשבים כזוז"ג. והר"ם המובא שם, וכן התוס' ע"ז מח: סוברים שאין דין זוז"ג בשני סוגי גרימה, וכל סוג של תרומה לגידול נידון בנפרד, ואינו מתבטל מחמת סוג תרומה אחר.

רפז) ואמנם התוס' שם הביאו ראיה מחולין נח. בביאת טריפה דספנא מארעא שאסורה בודאי, ולא אומרים שהקרקע היא גורם. והם הביאו כגראה דספנא מארעא הוא ע"י הקרקע, אבל לפי הידוע לנו אינו כן, ואינו אלא לשון מליצה, וממילא כל הגורם הוא רק האם הטריפה. וגם להלכה נראה בדברי הש"ך והפו' יו"ד קמב, דנחשב זוז"ג גם בכה"ג. וממילא מותר. דלהלכה זוז"ג מותר בדיעבד (מלבד ע"ז שיש רשאונים מחמירים והט"ז יו"ד קמב ומג"א תמר' ה' פוסקים כמותם). ויש לדון אם שימוש בבהמה מקרי דיעבד, ונראה ע"פ דברי הש"ך יו"ד קמב כב, דבהנאה לחתיא ממילא מותר זוז"ג לכתחלה, וה"ה הכא.

רפח) וממילא דין גידולין תלוי בדין זוז"ג, וכמבואר בראב"ד נדרים ה' טו' הסובר שהגידולין אסורין מן התורה (בהבנת הלח"מ שם וחזו"א מעילה לח' ד', אבל הכ"מ פי' דמדרבנן), ומבמה מדוע לא המירו, שהרי כל גדולין הוי זוז"ג, כע"ז מח: ולכן שיהיה מותר, וקושיתו לפי פי' הר"א ממץ שקרקע ושמיל נחשבים זוז"ג. ולכן לדידן להלכה שאכן כך הוא וזוז"ג מותר, יש לומר שגידולין מותרים מן התורה כל שיש ב' גורמים שונים. אף שקשה למדוד השוי. וא"כ בהמה שהושתל בה אבר של אה"ע, גם אם הנשמה תלויה בו, מותרת בשימוש. וכל זה יהיה נפ"מ גם באדם לדעת הפוסקים שהבאנו בחות דעד' ואילך, שיש בעלות במחובר לגוף אדם.

רפט) אמנם בנידון דידן של השתלת כליה, יש בעיה שההלכה ניטלו הכליות כשרה, אבל בודאי כשאנו דנים בדיני ממונות, א"א להתכחש למציאות שבניטלו הכליות ממה, ויש לומר אחת מב' פנים: א' סברת הרב לויגר בספרו על חולין, שמעלי גרה יש להם אפשרות לסגן את האוכל גם בלי הכליות, וממילא לא שייך באדם. ב' דעת הה"ג שניטלו 'כליות' הוא כמו 'שמים' או 'פנים' והכוונה ניטלה כליה אחת.

רצ) אמנם אם נאמר שהחיבור לגוף אינו שייך לזכויות האדם, אלא עיקרו הוא טפלות לכח החיים, הרי ברגע שאותו האבר מגיע לגוף כהשתלה, הוא נטפל ומאבד את עצמיותו לגמרי, ואין לפניו אלא בהמה אחת חיה. וכך אפשר לומר גם לגבי קרקע, שאם אדם עירב עפר שלו בחלר של חברו, אינו יכול לתבוע אח"כ זכויות על הצומח בחלר, שכן קרקע עולם הוא מקום שיש שם אדמה מטבעו, והמכנים שם עפר כאילו עפרו מתמזג עם קרקע עולם, והוא כמו המספק חוטר לנשימה של בהמה, שאינו יכול לטעון לבעלות על הבהמה.

רצא) וכן כל המגיל חייב שלם בהמה, אינו נעשה בעליה בזה. כי אם ההלה והרפואה מיחסים לכם החיים של הבהמה עצמה (כאמור לעיל אות רפ׳ לגבי מאכיל עבד). וכן מגיל עכו״ם מזוטו של יש, אינו נעשה עבדו בזה, אף שבבהמה כן, אין זה מכח ההלה אלא מחמת שהיא הפקר וזכה בה, אבל האדם שיש לו רצון ודעת אינו נעשה הפקר אפילו תרב מונחת על צוארו, וההלה עצמה מיוחסת לכם החיים של האדם. ועוד דלעולם אין הגוף קנוי קנין משפטי גמור כליטרא בשר, כדלעיל אות רלז׳.

רצב) ונראה שבדין כח החיים כלול יחס מיוחד לגוף האדם, דלכאו׳ יש לעמוד על המחקר, האם אדם יכול לאסור על עצמו, קונס לבי עלי? ונראה פשוט שאינו יכול, והסיבה היא, שהלב הוא האדם בעצמו, הרי כשהוא אוסר קונס פרי עלי, אין הוא אוסר על הנשמה, אלא על הגוף, הלב הוא זה שנאסר עליו בקונס, ואינו יכול לאסור את עצמו על עצמו. וממילא גם לגבי אבר שאין הנשמה תלויה בו, הרי גם הוא הנאסר בקונס, והאוסר על עצמו לגעת בפירות, אוסר גם את ידיו לגעת בפירות. וזו מהות הנדר, שהיא חלה על החפץ, לאסרו על הגברא, ואי אפשר להפוך את היוצרות.

רצג) ולפי האמור, הנודר לבי עלי דינו כנודר נדר שוא (ד״ס שלוקה, כמובא ברמ״א יו״ד רטו׳). אמנם יכול לאסור הנאת גופי עלי, כשאוסר רק פעולה מסויימת של גופו, כגון מה שייהנה בעבודה, וכדו׳, שהגוף והפעולה המסויימת הם דברים נפרדים. אבל לאסור את עצמו על עצמו אי אפשר.

רצד) וזה אפשר לבאר מה שדנו אחרונים אם ניטל הלב טריפה, הכו״פ ביו״ד מ׳, ותשובת חכ״ל עז׳, דברו בתרנגולת שנראה שאין לה לב אבל מיה כך זמן רב. שדין עבלה תלוי במציאות, ואם היא מיה אי אפשר לגזור עליה דין נבלה, אבל דין טריפה תלוי בהלכה. והחזו״א יו״ד ד׳ סובר שאינו נעשה טריפה ממחת זה, והרי לא שניטל הלב טריפה, משום שהלב הוא כח החיים עצמו, ואין שייך בו אלא נבלה.

רצה) והוא הדין לגבי אחרים, לא תמיד הזכויות המשפטיות יכולות לגבור על זכות הגוף. ואין אדם יכול לומר למי שנמצא בחפרו, שאיני מרשה לו לצאת החוצה, כי בילאתו הוא עובר על שטת הבעלים. אף שגם אם אדם בסכנה, אינו חייב לתת לו מממונו, כדלעיל אות קעז׳ ואילך, אבל כשרוצה למנוע ממנו לצאת, אין כאן זכות משפטית כלל. ואמנם יש כאן גבול בין מקרים שונים, שהרי אם הבעלים טוען שיש נזק אם יצא עכשיו, ויש בדבר טעם, כגון שיתלכלך נקיון הרצפה, הרי יכול לעכבו עד שיתייבש, וממילא יש זכות משפטית, והוא עובר על גזל אם יוצא. אבל אם אין בו שום טעם אלא רק מניעה לשם מניעה, אין זכות משפטית כלל בזה. ואם היה כך, הייב יכול להריץ אותו בתוך רשותו ממרצפת למרצפת לפי רצונו, וזה מעבר לזכות המשפטית.

רצו) וכן נלע״ד שאם אדם גורם לחברו נזק ופער גדול ע״י חפץ מסויים, זה מעבר לזכות המשפטית השלו, ומותר לו לא רק בדרך של עניד דינא לנפשיה. כגון אם אדם צילם והעתיק תמונה של חברו שגורמת לו צער, והוא עושה כן שלא בדין, אפי׳ שמצד דיני ממונות אין לו בחמת זכות לקחת ממנו את התמונה, הרי מצד זכותו כיון שזה מצער אותו ונלקח שלא כדין מותר למצטער לקלקל התמונה. וכן אם יש לו עגדו שטר מזוייף או שלא כדין שיכול לגבות ממנו עי״ז, אין לו איסור גזל אם ישמיד את השטר למרות שאינו שלו. אלא שבזה יכול הלה לתבעו בב״ד, ואם לא יוכל להוכיח צדקתו יתחייב כמובן לשלם, כי הב״ד אינם צריכים להאמין לו. אבל איסור אין כאן.

רצז) וכן, הנמצא בסכנה, ונראה שאינו יכול להציל את עצמו בחבר של חברו, אף שבממון של חברו גם לא היתר איסור גזל, מ״מ הוא עובר על גזל כדי להציל עצמו, והייבו להציל בממון חברו כדלעיל אות קעח׳, בגוף חברו אינו כן, ועי׳ גם חו״ב סנהדרין יא ח שאוסר, (מיהו בדברי בב״ק פד. בשם החזו״א נראה שרק משום סכנה). וברבב״ז ח״ג א׳ נב׳ כתב שאין בעל האבר חייב (וכ״כ יעב״ץ במגדל עז אבן בוחן פנה ג אות פג ויד אברהם יו״ד קנז), ולדבריו לכאו׳ פשוט שגם אסור להציל עצמו באבר וכמ״ש. ואילו באו״ש רומא ז׳ ב׳ וכן בחוויכ״פ יומא פב. כתבו דחייב, כדברי מהר״ם ריקאנטי תע׳. והדבר תמוה דלא עדיף מממונו שאינו חייב. ובחוו״ט יומא פ״ב כ׳ דמותר להציל עצמו באבר חברו. אמנם להלכה עפ״ד הש״ך יו״ד קנז׳ שיכול לעבור על לאו כדי להציל אבר של עצמו, נראה שהוא״ה לנפשות ואין לאחר זכות בו, וכד׳ הרו״ב קמייתא.

רצח) ובכ״ז נפ״מ גם לדיני נפשות, החובה לחבר חולה למכשירים, שהכלל הוא שכל שיתוק המכשיר רק ימנע ממנו חיים מלאכותיים שע״י המכשיר, אין חובה לקיים את המכשיר. וכל שיתוק המכשיר ימית את חיי הגוף, והגוף אינו אלא נעזר במכשיר, יש חובה לקיים את המכשיר. וע״ז יש לדון אם המכשיר בטל לגוף. אם הלב אינו פועל, ויש רק מכשיר חיצוני שזורק את הדם, אין חובה להפעיל את המכשיר הזה, כי אין כאן חיים עצמיים, אבל אם הלב המלאכותי עושה זאת, לכאורה יש חובה להפעיל את המכשיר, כי הלב בטל לגוף ומחשב כחלק מן הגוף. ואינו מניעת ריות. ואם הלב המלאכותי מתחיל להתקלקל, דומה לכל איבר בגוף שמתחיל להתקלקל, שמצוה וחובה לתקנו.

וגם יהיה דינו ככל דין סכנת אבר לכל חילי דהלכתא.

רצט) נפ״מ נוספת בסברת האיחוי לגוף, שיתכן שיהיה מותר להשתמש בו בשבת גם אם השימוש יוצר חשמל, כגון שמנועות הגוף מפעילות את המכשיר לפי הצורך, שהרי בתוך הגוף עוברים זרמי חשמל וגם בחוץ, ואין כאן תיקון של דבר נפרד אלא חלק מהחיים של הגוף. ופעולת הגוף אינה נחשבת מלאכה כי היא החיים עצמם, ולכן אם החלק החשמלי טפל לגוף, יכול להתחלה ולהיטען בחשמל מכח פעולת הגוף עצמו. (והעובדה שחלק שפועל על בטריה, זוז צריכה החלפה מדי פעם, אינה מחייבת נפרדות מהגוף, ויתכן שיש להחיל על המוסף את כל דיני הגוף החי, דסו״ס הוא חלק מחיי הגוף, ומה שצריך להוסיף כל הזמן הוא כמו שהגוף צריך אוכל, אלא שהחלק הזה צריך תוספת מלאכותית. ולסברא זו היה מקום להתיר שחל המאפשר שמיעה גם אם הוא חשמלי). וגם בקופא לב בן זמננו, יש השפעה מפעולות הגוף על הקופא, ואם מתחמת או הולך מהר גם הקופא עובד יותר.

ש) כל זה בדברים המתחברים לפעולת הגוף האורגנית, אבל יש לבאר מה הדין במה שמתחבר לפעולת הגוף המכנית בלבד, כמו ברגיס שמוכנסים לתוך הגוף. אפשר לכאורה לומר שאין בהם דין חבר הרי הוא כחלב, והרי גוף האדם תמיד מכיל ברזל, וכל שנתבטל לגוף יש לו דין גוף ולא דין מתכת, ואין שם חבר על דבר שהוא חלק מהגוף ועשוי לתיקונו (וע״ע במי שיש לו רגיש בגוף שיש לומר שאינו בגדר זה).

שא) וכן להיפך, פלסטיק אינו מקבל טומאה, אבל כשבטל לגוף האדם אפשר נחשב כגוף. ואף אם נאמר דלא חשיב חיבור כדלעיל רס׳, הרי עדיין שייך בו טפלות וביטול, ועוד כיון שהגוף מכסה עליו ומתאחה עליו שפיר הוי חיבור לפי הסברא שנת׳ באות הנ״ל.

שב) ומ״מ כל דבר שמשתלב בפעילות האורגנית של הגוף, יש לומר כמבואר לעיל, שנדון כגוף לכל דבר. וגם בממחים שייך דבר זה, שיש לממחים טורפים שעשויים כך, שבתוך הלמת יפול איזה בעל חי או דבר מאכל שמזין את הלמת, והלמת אוכל אותו ונזון ממנו והוא משולב בו בפועל, עי׳ בזה אות שכ׳.

שג) וכזמננו קיימים גם איברים ביוניים, שהם שילוב של טכנולוגיה וכסף אורגני, ז"ל שמתברים חפצים למערכת העצבים והשרירים, בין חפצים אורגניים, כגון אבר של אדם אחר, או אפילו אבר של אותו אדם שחוזר ונקטע, שהרי כשנקטע חלו עליו דיני הלכתיים, בין חפצים מלאכותיים, העשויים להשתלב בפעילות האורגנית.

שד) ויש בזה נפ"מ עובדא, אם היינו דנים את האבר הביוני, בדוגמת הנפוצה ביותר, יד מושתלת, שאינה פרוטזה, עץ בעלמא, אלא משולבת במערכות הגוף של השרירים והעצבים והדם, כחפץ המחובר לגוף, ולא כגוף עצמו. הרי לענין טומאת אהל, דבר שהוא "מיבור" אינו מוקף, אבל נחשב כדבר נוסף, והטומאה עוברת אליו רק מדין טומאה בחיבורים, שיותר קלה מטומאה עצמה. וכן אם יש בו חלק מפלסטיק אינו מקבל טומאה כלל, אבל פלסטיק שהוא חלק מהגוף אפשר דמקבל הטומאה כדלעיל.

שה) או יש לומר שפלסטיק לעולם אינו מקבל טומאה, וגם אם הוא חלק מהגוף, אינו בא אלא להגן, כמו שיש רטיה על העין, כך אפשר להלמיד פלסטיק לגוף להגן על חור שמתחתיו, וגם אם הוא טבוע בעור, הגנה איננה פעולה אורגנית, ורק פעולת השרירים וידיים וכלי הדם, נחשבת פעולה אורגנית. וכמו שמוזכר בגמ' שאמו קנה על מכה וזה המכה נרפאה.

שו) וכן צריכים לדון אם הדבר המלאכותי המתחבר נחשב כחציצה, כגון שער מושתל לתפילין, וזה מסתבר שלענין גיעות אין חילוק, אבל לענין דיני גילוח אפשר שיש חילוק, לגיעות בודאי תלויה בתפיסה אנושית ולא יותר, וכל שהשיער מחובר לגוף כדרך שיער גם המתירים פאה נכרית יודו דבזה אסור. אבל דיני גילוח של אבל או של נזיר, תלויים סוף סוף בהגדרה המופשטת של שיער שבמורה.

שז) וכן בבהמת קדשים שיש לה אבר ביוני, האם האבר נופל ונעשה הקדש (אמנם בכה"ג בד"כ כבר היתה בעלת מום שאינו עובר, ואם מדובר באבר שאינו כבריית הבהמה הרי יתר כנטול, ונפ"מ רק בחלקים קטנים מאד דמשכח"ל שלא תהיה בעלת מום), אם לא נאמר כן יש בעיה של חציצה על המזבח וצריכים להקריב אותו מדין עצים. א"נ אפשר שדין יתר כנטול הוא רק ביותרת טבעית, אבל בתוספת מתוכננת אולי לא. או שנאמר שכל היתר להשתלה כטבעי, היא לפי הצורך והתפיסה האנושית. אמנם דבר זה עתיד להשתנות. דאפשר שבעתיד כשאדם יגיע לגיל מסויים יוסיפו לו חלקים לגופותו.

שח) וכן יש לדון בשיירים מותבות, שאין דנים בהן דין בליעות, ואחרונים נתנו טעמים בלתי מספיקים, הדרכ"ת קכ' וא' כתב שדבר שנאכל אינו יד סולדת, אבל ברור שזה אינו נכון במציאות, והרי שומים קפה או תה רותח ממש, שאם יישפך על היד יגרוס לכויה. וכל החיך מלבד הלשון הרבה פחות רגיש לחום משאר הגוף.

שט) ויש שאמרו שבלא שהיה אינו מבליע, ע"פ חמו"ד תערובת ב ח, מהרש"ם ח' קנד', אבל גם זה אינו ברור, ובפמ"ג סח מבואר לא כן. ובע"כ שהפקיעו דין הגוף מדיני בליעות, שלא נאמרו אלא בכלים. ובמק"א רציתי לדון שגם בקרקע אין דין בליעות, והוא מדיני התורה בכלים. ואפילו אם יש טעם אין זה איסור, כמו שבריחא מורגש טעם ואינו אסור.

שי) והגרשז"א במנח"ש כתב לפטור שיניים מותבות מטבילה, לפי שאינם מתאימות אלא לאדם אחד. וי"ל ג"כ שאינם נחשבים כלי משמש, אלא טפלים לגוף, וגוף האדם אינו צריך טבילה. והרי כן היה לדון ביד מלאכותית שרופא לאכול עמה שיטרק טבילה, ופשוט שלא צריך. ויש לדון בטובל גופו, אם יד מלאכותית בטלה לגוף ומיינת בטבילה ג"כ, או שדינה כידות הכלים שיכול להשתירה מחוץ למקוה.

שיא) ואפשר להביא ראיה לכל זה, מדין עכבר שחציו בשר וחציו אדמה, המוזכר במשנה חולין פ"ט מ"ו, הנוגע בבשר טמא באדמה טהור, ר' יהודה אומר אף הנוגע באדמה שבנגד הבשר טמא. משמע שלא נחלקו בעיקר הדבר שחלק האדמה אינו טפל לבשר. ובפשטות כיון שכך בריאתו יש איזה קשר ופורך לאדמה, ואעפ"כ כיון שאינו במתכונת גוף, אין לו דין גוף. ואמנם אפשר לומר שהוא רק אחר מיתה, כדין שחיטה עושה ניפול המוזכר לעיל אות רסח'.

שיב) וגם אפשר לומר שהאדמה אינה חלק ממש מגופו, כפי הסברים שונים שנאמרו, הרמב"ם כ' שמתרוצץ כך וגרמה שנשאר כך, ומהרש"ל כותב שהחלק אדמה הוא החלק שעדיין לא נגרע, וכן מסתבר שהיתה המציאות, וא"כ אינו שייך לענייננו, אלא שבגמ' משמע שהבינו כבראשונים ויש ללמוד מהבנה זו.

שיג) ואבל האדם דין גוף הוא אף לאחר מיתה, שאשרן אין חציצות בחייו, ואין מתיחסים לחיי שדבר שנעשל אליהם מחזיק את שמו גם לאחר מיתה, משא"כ באדם, חציצותו קובעת גם על הטפל לגוף. ולכן גוי המת אסור ג"כ בהנאה, כמו שנראה. ומזה יש להקיש לדברים שנמצאים בגוף המת, כמו רוק, או דברים השטים בתוך דמו.

שיד) אמנם כשאשרן מי לכאורה יש לומר מדיני, והנה לא דנו מכמים בשרן זה, מה הדין אם הורגו מן הצד של האדמה, כי לא נראה שהבינו שהאדמה ניתנת לקילוף, אלא שהיא חלק מחייו. ואולי עובר על קלקול דרבנן (מיהו עי' אות תמג'), ואולי גם על נטילת נשמה בגרמא, אבל כיון שאין נשמה באדמה לא שייך נטילת נשמה ישירה ממש מעשה האדמה. ונראה שנחשב הכל כגוף אחד ועובר על נטילת נשמה.

שטו) וכן הדין של עופות המלויים באילן בחרטומיהן המוזכר בראשונים ומובא בשו"ע יו"ד פד', והם הבינו שעוף לומה באילן וכשלב מסויים נפרד ונעשה עוף, ושאל מהרי"ל קלד' מאי שנא מיתושים המתפתחים במוך הפירות שנידונים כפרי עד שפורשים. ור"ת המובא במרדכי חולין תשלה' מצריכים שחיטה, ור"י מתייחס אליהם כלומה על שם מקורם, הרי שלר"י גובר הכח המוליד על הפעולה והתוכן, שכיון שנולד באופן של לומה הרי הוא לומה, ולר"ת לא אכפת לן שבא מן הלומה, דכל שלפנינו הוא מי הרי דינו כמי, ואף שלא נולד מאב ואם. וכך דעת רוה"פ (מהרש"ל והגר"א בבאורו והפ"ת סקס"ז ומהרי"ל סי' קמב').

א"כ להלכה תכונתו עכשיו קובעת. (וכמדומה שגם ד' ר"י אינה לפי המיאורים שהאילן הוא רק מקום נח לגדול בו אבל מקורו בזרע עוף, אלא לפי הסברא שהם באמת מן הלומה, וכך להביא במרדכי שם שאינן פרים ורביים).

שטז) ולענין הדין שיד העדים מהיה בו בראשונה, ואם נקטעה יד העדים אינו נהרג, אפשר דאין מחלקים בין סוג ההתקן שמאפשר להם לזרוק אבנים, דהעניין הוא קרא דכתיב, שיד העדים מהיה בו בראשונה. אמנם אם נאמר שטעם הדין הוא כטעם קריעת החבל, או נקלה לעיניך, שהוא כמו גבול משמים שאין משפטינו יודע כ"כ עד שנכפה אותו גם אם יש עיכוב שלא בידינו. א"כ עכ"פ פעולת קטיעת היד של העדים היא המעכבתינו מלגמור דינו. וכסימן משמים. ומכיון שטעם הדין אינו מבורר, שאפשר שהוא כפשוטו, שלא גמור המשפט על סמך העדים אם לא שיש להם אומן לעשות זאת בעצמם, אולי כן ראוי לגזור הכל מהגדרות (ואמנם אין חזרתם מועילה לפי הדין, אבל מדין מרומה מושכים את ידיהם).

שיז) והנה קי"ל שיאורים שלא ריחשו ולא פירשו, נידונים כמקום גידולם, דהיינו המים או הגבינה או הפרי, אמנם ד' החזו"א שרק אם עוד מעצמו. אבל לכאו' סתימת ההלכה והפוסקים שאין

צריך לדעת אם מדובר במין שנוגר "מעצמו" (וכדביאורנו ביו"ד פד' סק"א), אלא עצם העובדה ששם הוא נוגר, קובעת אליו יחס של טפל למקום גידולו. וכן כיצים שנולדות בראש לא נתנו להם יחס של בעלי חיים. ואף ששם מדובר בגידול האורגני, אבל החידוש הוא שמתעלמים ממה שברור שמדובר במין נפרד שאינו נומח אלא חי, ולכן הקשר אינו אורגני, אלא רק בתור בית גידול.

שיח) ולכן כאשר מבחינה מוסרית והגיונית עליונו לראות את האבר המושתל כחלק מהחיים, ולא כפריט ממוני, יש לומר שהוא הדין בעניינו. ואף שאם יושתלו ביצים של יפוריס בתוך חומר אורגני, אפשר לומר שלא יהיו מותרים, הרי זה חידוש גדול, שכן הביצים מגיעות ומגיעות מן החוץ, כגון ע"י הטלה.

שיט) ואף שיש לדחות שכשהכל קורה בטבע הדברים לא אכפת לנו, אבל כשזה יוזם מתייחסים לזה כחרק, כל זה הוא משום שברור שמדובר בחרק עצמאי, אבל לא כשמדובר במשהו שמתחבר מיבור אורגני.

שכ) (וכשלמת אוכל חרק, אינו נעשה מותר מחמת זה, כמתני' בכורות ז' דג טמא חלק מהלמת, וגם כשאינו עכר יש בו דין זה וזה גורם, כמו בבהמה שיצקה מאיסור שדווה הפוסקים בדין זוז"ג. כי לענין איסורי אכילה והנאה אין הבעיה נפתרת בשינוי מצבו מלומת לחי וכדו'. אבל לענין היותו חלק מן הגוף בודאי נחשב, כמו לטלטול, וכמו לאומר משקלי עלי, וכמו לנודר הנאה מאדם שאסור בהנאה גם ממה שבתוך מערכת העיכול שלו, כל עוד הוא בתוכו. ואמנם בד"כ איסור הנאה כולל כל הייפל, כגון הנודר הנאה מתרנגולת אסור בביצה וגם בפירשה. אבל אם בלעה דבר ויצא אינו נחשב יוצא. וכל זה פשוט מסברא).

שכא) עוד יש לדון בשאלות מוסריות, האם גם הן נכנסות למסגרת המשפטית. כגון קדימות להצלה, האם סכנת אבר מלאכותי שזה לסכנת אבר טבעי לענין קדימות ולענין שבת. שהרי עצם דין קדימות הוא משפטי, שכן אין סיבה מוסרית להקדיש איש לאשה או כהן לישראל, אלא רק מכיון שצריכים בכל מקרה להחליט, המשפט מחליט. וא"כ ה"נ לענין זה, ואף שיש לומר שזה צריך את האבר המלאכותי יותר משזה צריך את הטבעי, הרי גם בקדימות הצלה אפשר לומר בכל אחד סברות פרטיות, כגון זה נשוי וזה אינו נשוי וכו' זה נטע כרם ולא חללו.

שכב) עוד יש לדון לגבי בהמה, האם כח החיים יכול לשנות דיני טריפות, כשם שמשנה דיינים אחרים לפי מה שנת' לעיל. שהרי אף שטריפה אינה חוזרת להכשרה, וטריפה היא אפילו מאריך ימים כחול ויתוקן הנוק. הרי אי אפשר לדונה גם כנבלה, שלדין נבלה יש השלכות נוספות, כגון טומאת נבלה, ואם היינו דנים חסרת לב כנבלה הרי מושתלת לב היתה נידונה כמפרכסת, ואולי גרוע מכך. וגם אדם מושתל לב היה מטמא באהל כדין נבלה. ומכיון שאין להעלות על דעת דבר כזה, חזי' שכח החיים מבטל דין נבלה.

שכג) אמנם המזו"א יו"ד סי' ד' סקי"ד כ' דאינו מוכרע דניטל הלב נבלה מחיים, ונאמת אם באופן דנתתך במכה לכאו' אין ספק דאין לך גיסטרא גדולה מזו דכבר מתחלת התתוך היא מתה כ"ש שנטלו כל הלב וממילא אין מת ואין ריאה, ובאמת כבר מפורש הדבר דנבלה היא ברמב"ן נו' ור"ן לב' (ועי' ר"מ שמיעה ה' ט), ומה שמתה הפלתי ז"ל ביו"ד מ' סק"ד מה טעם לא מנאוהו לניטל הלב נבלה בין הנבלות, נר' פשוט דהוא דבר שלא שייך שיטול הלב דבשלמת הרגל עד הארכובה שייך שיטול ממכה ועדיין חיה, אבל ניטל הלב הא לזה צריך לפתוח כריסה ולבתר כל איבריה הפנימיים וע"פ דרך הטבע גם קנה ווושט והיינו דכל הבהמה נתתכה באופן דלא רק שדרא הוי גיסטרא אלא נחלק גופה לב' חלקים זה אין לו ענין כלל דודאי מתה היא ואל"ל דנבלה היא שהרי נבלה לפניך.

שכד) ובדומה לזה דעת המזו"א בחסרת לב, שהחכ"ל תשו' עו' כתב שאי אפשר שיהיה העוף בלי לב, ומזה שאין לב חלי' שנאבד, וכ' אפי' עדיים העידו לא נאמינם כמ"ש רשב"א דיותרת טריפה ואפי' יעידו עדיים שמרבה כחול ימים שקרנים הוו, וא"ע דאין דברי רשב"א בזה ענין לכאן כלל (לבד מה שכתבו דאין לנמוד חומרא מקולא) שהרי הרשב"א שם כתב לקיים דברי חז"ל שהורונו להטריף יש לנו לסמוך עליהם ואין נפ"מ כלל מעדויות שהרי לא הורונו לברר אלא להטריף, אבל כאן שאין לנו הוראה להכשיר כל בהמה מה טעם נכחים העדים מסברתינו, והפלתי כ' דמה שאמרו ניטל הלב טריפה היינו שנמצא ולא נראה, ותחוק, אבל המזו"א כ' שמכיון שמעשה הלב מתקיים בגוף, ויש מחזור דם, המקום שאחראי לכך יש לו דין לב. והיינו שכח החיים הוא העיקר, ולא ההגדרה של לב, והגדרת הלב הוא כח החיים. וא"כ הוא הדין בלב מלאכותי, לא לענין טריפות, אלא לענין הגדרת הלב. וראה גם חזו"א שם סי' ה' שכתב "כל שהוא בבריאותו אינו בכלל מגוייד". הרי שדין מגוייד אינו המיתוך הטבעי, אלא המוות הוודאי ואפיקת הגוף.

שכה) אמנם המזו"א מוסיף לחדושו "לא מצאנו לב שנשתנה צורתו טריפה", והנה אין המעשה שם שהיה לב אלא שלא היה בצורת הלב הרגילה רק בצורה הנדסית אחרת, שזה לא היו מכניס חסרת לב, ואין לבב שום צורה מיוחדת. ואם היו רואים להיכן מגיעים הסמפונות והקנים, היו מביאים שהוא הלב. אלא שלא ראו במקומו שום דבר שדומה ללב, והסמפונות והקנים היו מסובבים להבנה, ואם היה מה שעושה פעולת הלב היה במקום אחר לגמרי ונראה אחרת לגמרי. וא"כ שינה גם מקומו. וע"ז יש להשיב שאם היה טריפות ידוע בזה, הרי עונה להגדרה של טריפות, אבל בנישול הלב הוא נבלה, וכל שנראית לנו חיה והולכת אין לה דין נבלה, וגם טריפה לא נאמר בזה.

שכו) מיהו להלכה קשה לסמוך ע"ז, דעי' חכמ"א שהסתפק בנשתנה הלב אי הוי טריפה, גם בלא"ה אף שלא שינו נשתנה צורת הלב מ"מ אם עיבר צורתו כ"כ עד שרחוק מלדעת שהוא לב י"ל דודאי אין לו ג' חללים כראוי ועכ"פ צריך בדיקה אחריו אם אין בו ריעותות הידועות לנו, וגם ודאי דבר קטן ומוחק ורע דינו כמיטל כמו ריאה שנמקה, ואף שחו"ל לא הזכירו זה הרי אינו טריפה בפנ"ע אלא מכלל ניטל הלב, ולא היו צריכין לחלק בפרט כזה שלא נמצא כלל רק פעם בכמה מאות שנים, ואיכא לדמויי לשאר מקומות שאם האבר רע מאד טרף בפרט שלא נודע כל רעתו, ובאמת מצינו הרבה שנולדים עם מום בלב וכי אינו טריפה וקחזי' דמייתי ומנ"ל שיש בו כל האברים ואינו מום ופעולתו אינו ראי' כידוע, וראיתי גם לבן אים חי פרשת מזריע שכ' להאחרונים מלקו על הוראת חכ"ל וא"ע.

שכז) ומ"מ נראה שמי שהוציאו לבו כדי להשתיל לב, ולא הצליחה ההשתלה, גם אם פעם מעטו הלב החדש, נחשב נבלה מעת ניתוק הלב, דכיון שבזמן הוצאת הלב לא היתה פעילות לב, וגם לא ראינו שום פעילות אחרת, נובר ההלכה שמוגדר כנבלה, גם אם היה סיכוי להחיותו למפרע, וגם אם בפועל שוב זרם הדם בציורות (ואולי אפילו החזיק הרבה זמן כל שלא התחלך על משענתו נחשבת ההכאה קטורה בחיתה), שכיון שחסרון הלב הראשון הביאו לידי מיתה, והשני לא הוחזק להחיותו, הוי מת מעיקרא. ואם חלף זמן עי' אות שלה'.

שכח) וזה ביאורתי הא שדנו הראשונים (תו' ערובין ה.) שנפילת ב' יבמות יחדיו ביבמות כח. חשיב כמלוס בידי שמים, והרי אין דרך ברורה לשער מתי מת ומתי מפסיקים קיומי

מיים, וא"א לקבוע שנייס מתו יחדיו, ובע"כ שהוא בסוג הריגה שעשה עבלה מחיים, שאפי' אם היו שימנים אח"ז, כל שמת מחמת אותו החיתוך נחשב עבלה מחיים והשאר פרכוס.

שכט) וגרלה שגם בזמן הזה שהשתילו לו לב ומנסים לראות אם עובד, ועדיין לא התהלך על משענתו, יש לו דין אדם ודין ישראל, דכל עוד נשמתו בו אינו פטור מן המצות, ולא אכפת לן שהוא ספק נבלה, וגם יש לומר דאין נבלה כזו מטמאה באהל, רק נבלה שמתה מיד. ואין תימה בדבר דכך מצינו בכן פקועה דאיכא דאמרי מטמא טו"א בעודו חי משום דע"פ הלכה נחשב שמוטו, אבל מציאותו היא בודאי מציאות של בע"ח.

של) ואולי כן יש מקום לדון בדין מניעת דין בעל מום, גם לכהן בבית המקדש, וגם לבכור שהוא נפ"מ למעשה, דאף שטריפה אינה חוזרת להכשרה, ולכן אין נפ"מ, אמנם דבר שנחשב כבר ריפוי מעיקרא שייך שלא יהיה טריפה, אבל דבר זה אינו משמנה עם התפתחות הטכנולוגיה, אלא כל שאינו נחשב כבר ריפוי פשוט ואוניברסלי כבר נקבע דינו לטריפה, ואינו משתנה לפי הזמנים והמקומות.

שלא) וכן יש לדון מה הדין בעבד כנעני שיולא בראשי איברים, אם אין כל האבר משלו, אלא חלק מלאכותי, כגון שהעור והרקמות משלו, אבל העצם נפסדה ועשו לו עצם מפלסטיק.

יג. דין הטפל לחי ונפרד ממנו

שלד) לפי כל מה שנת' בפרק הקודם על הטפל לחי, יש לדון אם אחרי שנפרד מן החי נשאר דינו כדין דבר הנפרד מן החי, או שחוזר למצבו הראשון. ולכאו' פשוט דבדבר מלאכותי, גם אם בזמן שהוא מחובר לגוף נחשב כגופו ממש, ודין איבודו כדין סכנת אבר, ואם מת נאסר בהנאה יחד עמו, ומקבל טומאה כטפל לגוף, הרי אחרי שנפרד ממנו בחייו, כיון שהוא דבר מלאכותי, חוזר עליו שמו הראשון. אבל בדבר חי, כיון שיונק וגודל מן הגוף כדלעיל אות רעז', ובאמת אין הבדל במציאות בינו לבין אבר שבתולדה כי מתאחה וגודל כאמור, צריך לבאר דינו.

שלה) ועוד צריך לבאר, אם חיבורו לא עלה כדם. כידוע, השתלת הלב לא תמיד מצליחה. ובמקרה שהגוף דוחה את הלב, היה מקום לומר לכאורה שלא היה כאן כלל חיבור והשתלה, ושמא כל הזמן הזה לא היה נחשב הלב כשתול, כי לא עשה מלאכתו נאמנה ואינו מתאים להתחבר לגוף.

שלו) ואמנם כבר נת' בחת שבג', שאף שנישל הלב עבלה להרבה שיטות והדין עבלה מחיים, אין דין מושתל הלב לטומאת באהל מחמת שנישל לבו, שכן אין דין נבלה מחיים יכול להיות מוכחש מהמציאות, ואינו טריפה, וכדלעיל שם בשם החזו"א דכל שהוא בבריאתו אינו בכלל מגוייד. וכן בן פקועה נחשב כשמוט אבל לא כמת. והוא משום שכח החיים חזק גם מדין המשפט וגם מדין האיסור. ולכן קובר החזו"א שבהמה שאין מופלים בה לב כשרה לאכילה, כי הגדרת הלב הוא כח החיים.

שלז) מ"מ אם חזי שהשתלה לא הצליחה, אף שלא נחשבו טומאת באהל למפרע, ומן הסתם בינתיים יש לו דין אדם ודין יהודי כל עוד שהוא חי, וקנינו קנין ומנינו מנין, אבל כיון שלא יכל להחזיק והתהלך על משענתו, י"ל דנחשבת ההכאה הראשונה ממיתה, וההכאה היתה עוילת הלב, ואחרי שהתברר שההכאה הזו של עוילת הלב המיתתו, אולי כן נחשב כמת. והחורגו פטור, אף אם אינו מוגדר טריפה.

שלח) ועי' לעיל אות שכח' בב' שמתו יחדיו. מיהו אם החזיק זמן רב יש לומר דלא חשיב נבלה מחיים, והכלל נאמר רק על הרוב, אבל דין נבלה יש לו, ומיתתו היא מזמן שנחתך לבו. והשאלה היא האם ההורגו חייב.

שלט) ואין לטעון, שכשם שאדם שלבו חולה והוא בסכנה, כל עוד לא קרם בפועל כמובן יש לו כל דיני החי, ואפילו טריפה אינו, אלא סתם חולה. כך גם נדון את הלב המלאכותי. שהרי אין שם תיקון על דבר שאינו מתקן.

שמ) ויש לסמוך הדבר שתיקון שאינו מחזיק לא נחשב, דביו"ד לג' הובאו דברי הגאונים שנישל הלחי התחתון כשרה דוקא כשאפשר להלעיטה אוכל, הרי אשם א"א להלעיטה אע"פ שמתה מרעב נקראת טריפה. ולא אכפת לן שיש לה כח החיים בעיקרון, אבל אם קשרו את פיה במסמרים לא נראה שמחמת זה תהיה טריפה, דאין אנו צריכים לוודא שתאכל, אלא שהחסרון מתוך גופה לא יהיה חסרון שמעכב את האוכל, שהרי בלי מיעייס ג"כ יכולה לחיות כל זמן שלא אוכלת, וכל שהוא נצרך לאכילה בחור אבר, ולא בחור שיוע (כגון נטלו השיניים או נפגמה הלשון), נחשב טריפה. והוא גבול בסברא, שאין ענין האוכל חשוב עד שלא תהיה נעדרת תחילת פעולת העיכול, ולכן ע"י הלעטה שפיר נחשב שעושה תחילת העיכול בעצמה, אבל אם צריכים ג"כ לנעוץ לה ולרסק ורק ע"י ליוור (כשגרוע מהמראה הנזכר בגאונים), אף שחמות רק מרעב נקראת טריפה.

שמא) ויותר מזה נראה בחתני' בבורות לו: אמרי' נקטעה ידו שכבר רגלו, ודקדקו אחרונים דאבל אפכא לא, הטוטו"ד ג' ב' קסט' כ' דדוקא נקט כן, דבאין מוחמים ברגל ניכר הדבר שהוא נולע, אבל יד שאין ניכר בהילוכו שהוא נולע אינם רשאים להתיר אלא בנקטעה, ולענ"ד תמוה כ"ז, ומוכח בראשונים שם (רא"ש ורמב"ן) לא כן. ויותר נראה לאגב אדם נקטו כן, דבאדם נשבר היד אינו מוס משום שחוזר לבריאותו מאליו, שאין האדם מוכרח להניע את ידו כ"כ. משא"כ הרגל שבדרך הטבע נשען עליה תמיד ומחזיקה משקל הגוף, אף שהוא הדר בריא, כיון שסותר התנועה הרגילה לא נחשב הדר בריא. הרי שגם תיקון המוס עצמו תלוי בחיזה מקום הוא.

שמב) מיהו איכא לדחוי, דכל זה בסתם דין שבר, אבל אם אירע שנתאחה מאליו וחזי שעבר מאליו נחשב מוס עובר, ואינו דומה לשאר מומים שאינם עוברים שלא יועיל להם תיקון, כי זה סוג מוס שמעיקרא לא נחשב שאינו עובר אלא מחמת שכך נפוי לו ע"י המאורעות של ההליכה והתישענות על הרגל, ואם חזי דלאו הכי, לא נקבע דין מחמת זה.

שמג) וגראה דתיקון הגוף אחרי שנפסד, צריך יותר תנאים מאשר היה מתחילה, כי כך אמרי בכורות לז: דבסתום האוזן נחשב מוס בבכור, והנה כל שנתחך באוזן חוזר ומתרפא, ועדיין פוסל בהגירת לפורן, ולכאורה תמוה וכי אוזן הבכור היא סכין שחיטה שצריך להיות חלק אבישרא ואטופרא, ומהיכי תיתי שייחשב מוס אם יש לו צלקת קטנה. והתוס' בכורות לח: כתבו דכל שצריך מעשה מיוחד גם אם הדר בריא נחשב מוס, אבל להחלמת החתך אין צריך מעשה מיוחד.

שמד) ולכן נראה שבכדי שהתכונה של הדר בריא תהיה נחשבת יותר מתכונת המוס, צריך שיחזור לחיבור כמות שהיה ממש, ואם יש פגימה כהגירת לפורן, אף שהפגימה עצמה אינה כלום, מ"מ גורעת בהדר בריא, והחיתוך הראשון נחשב מוס. ומזה יש לומר ג"כ לכל מיני מיקומים מכניים, שאם אינם חוזרים לצורה הראשונה, בודאי אין בזה לגרוע דין מוס מתחילה. וגם זה רק במה שלא חל עליו דין מוס שאינו מתבטל (לדעת רש"י בכורות יד. ותוס' בכורות לח:, דאילו להרא"ש בכורות פ"ה סי' ד' ושטמ"ק מנחות נו. אין חל דין מוס אלא כשנרפא מתבטל, וביו"ד סע' הארכנו בביאור הני שיטות), אלא דמעיקרא נחשב מוס עובר.

אבל ביו"ד שם כתבנו בזה דרך אחרת.

שמה) ואם נכונים הדברים שיש דין שיתתה אחרי שיובדר שהשתלה לא היתה תיקון, הרי דינו מרגע ההשתלה בגדר מכאן להבא ולמפרע. ויש לדמות לזה, שלעובר מדין מ' יום והלאה יש חלק מדיני אדם, כגון לענין מילול שבת ולענין חומרת הריגתו, וממילא נראה פשוט שאין עליו דין "שלו", והרי הבן אינו שייך לאביו ולא לאמו, אלא הוא שייך לעצמו (עי' פרק כ לענין קיינים). כל זה כשהוא בתוך בטן אמו, והנדון הוא לכשיצא באיזו צורה, אבל במקרה שעושים הפרייה חוץ גופית או שהוא נמצא מחוץ לרחם (נכון להיום לא ידוע לי עדיין על מציאות כזו שאפשר להחזיק עובר בשלב כזה מחוץ לרחם), הרי הדבר תלוי בפעולת הרופאים בהמשך, ואם יניחו אותו כמות שהוא לא יהיה שום אדם.

שמו) וממילא הוא במצב ספקי, ולפי העתיד יתברר, אם בסוף יצא ממנו אדם, הרי החל ממ' יום מן הקליטה, נדונו כעובר, כגון לענין המוכה לעובר, וכל שאר דיינים אחרים, דלא מסתבר שיוגדר כאדם רק מרגע ההכנסה לרחם, דהרי אין שום תנאי של רחם כדי להיות אדם, אלא לפי שלב ההתפתחות שלו, אלא למפרע מוגדר כאדם כל שעבר מ' יום. ואם לא, הרי למפרע אינו אלא חפץ, והועילה מכירתו וכדו'. אבל הוא סוג ספק שאין מתלין עליו שבת כמובן, כיון שאם לא נעשה כלום לא יהיה אדם, לא שייך לחלל שבת.

שמז) ואף שכ' התוס' ב"מ קיד' שאליהו החיה את המת אף שהיה כהן, משום פקו"נ, אינו אלא בודאי שידע שימיהו, אבל בספק לא שייך, כי אין כאן מיית. וגם בד' התוס' שם לא ניחא לרבינו פרץ שם וכ' שלא מת לגמרי, וכד' הר"מ במורה.

שמח) וכמו"כ יש לדון לענין בעלות על הנחתך מן הגוף. מסברא היה נראה שדבר הנחתך מגוף האדם, הוא שייך לו. אבל היה מקום לומר לא כן, שכיון שכח החיים הוא למעלה מהדין המשפטי, הרי לא נוגע כאן דין משפטי, ומה שהאדם יכול למנוע אחרים מלקחת מגופו אינו מדין "שלו", וגם שוטה גמור שאין לו חזקה ובעלות ומאבד מה שנותנים לו, ואפילו מאבד את גופו, הרי הוא בעלים על גופו מבחינה זו. ודין גוזב אינם ומכרו הוא אף בשוטה וקטן שגזבו מרשות עצמו, כרש"י סנה' סח.

שמט) אבל דבר שהפרדתו אינה מנוגדת לזכויות הגוף והחיים, כמו שיער או רוק אין סיבה שלא יהיה שלו, (אחר שנתתך ברור שיכול לזכות, הנדון אם מעצם החיתוך נעשה שלו, ולכן אין ראי' ממה שמוזכר שאדם מוכר שער ראשו בשוק, דברור שיכול למכור אפי' אם אינו שלו כלל, דאם לא ישלמו לו לא יתתוך), ולכאו' כן גם דם שהוציא מרצונו, אבל המוציא דם לחברו בעל כרחו הוא כמו חותך מגופו, וי"ע אם יש כאן גם גזל. ומדין המוכל שמשלם משלומין, והנזק הוא רק מה שניזוק גופו שיחד ערכו, אבל אין תשלום על ממון שווי האבר או הדבר הנחבל (למשל, המוציא דם לחברו, אין תשלומי נזק כי לא ירד ערכו, ואם מכר המוציא את הדם בשוק אין עוד תשלום), משמע דאין לו דין גזל. (וי"ל דג"כ אין לאבר או לדם דין גזלה שקונה אותה בשינוי, ואם הם בעולם יכול בעל הגוף לתבוע להחזיר לגופו או למנוע מלהשתמש. וכן לענין ביאיות שהוציאו במרמה). ועי' אות שסט'.

שנ) ומה שכמה ראשונים סברי דאין רשות לאשה להשתית זרע בעלותו על הזרע, דאטו יכול להכריחה לשאת בגופה ממונו (וי"ע ד' הדובב מישרים ח' כ' דמקשר לבעלות, ואפי' היה כן הרי היה נדון הזרע לרודף בנדון שם שהכריחן מסוכן לה), אלא מחמת מחויבות האישות שביניהם (ולכן אם הרתה בתורת פנויה אין לה שום מחויבות לכ"ז). וכן לענין ביאיות מוקפאות י"ל דנחשבות כחלק מהגוף כיון שאינן כמו שהגוף מיילר בלי סוף, והן חלק מהגוף המיועד לחזור אליו או לחזור לגוף אחר ע"מ להמשיך שם פעולתו.

שנא) ומ"מ אם מתה האשה המקפיאה, ל"ש לומר שהן חלק מהגוף המת, דהרי אינן מתות, אבל אם נאמר שבחייה לא היה בגדר ממון, אין בו גם ירושה, ואמנם מכיון שהן מיועדות מצדה להשתלה, הרי צריכים לעשות בהן רצונה. ומ"מ יותר מסתבר דהן שלה, ואם היא מופרית הן של שניהם ואי"ל לפעול מבלי רשות שניהם (ויש שדימוהו לדיני שותפות שפעמים שאינו יכול לחזור בו כשהוא מקלקל מערת השותפות), אא"כ ניתן לאדם אחר או לא' מהם כדי לעשות בו כרצונו. ואם נאמר שאין בעלות יכול הנותן תמיד לחזור בו, שהוא כגופו.

שנב) (וכן המסכים להשתלת אבר, לכאו' נר' דתמיד יכול לחזור בו, ולא שייך גם הטענה דפסיקה ושהלד השני ויתר והסתכן וכו', כי סו"ס גופו הוא, ולא חל שום מיוד שיכול לגרוע מגופו. אף שכמובן הוא פשע של הגברא שגורם נזק ורע לחברו ולוקח ממנו טוה"ל ובסוף חוזר בו, אבל מיוד בכדי לכפותו ליכא, וגם לפעמים יכול להיות שיקבל פתאום מרדה מתיתוך גופו).

שנג) אבל בעודם נשואים, יש לדון אם יכולה לכפותו להפרות הביאיות שכבר הוציאו מגופו וגופה, ורוצה להתחרט, שהרי בעל שאינו בר בנים כופין אותו לתת גט, ומסתבר דהוא הדין אם עושה עצמו שאינו בר בנים, דהיינו שאינו מוכן להכניסה להריון ונמנע מהפעולה הפיזית הנצרכת לכך, ואפי' אם מקיים עונתה וצרכיה. ואף שמסתבר שאינו מיב אלא כדרך כל הארץ, ולא ע"י הפריות וטיפולים שונים, וכדלעיל אות קנ"ד דאין זה בכלל מובת פו"ר, ואפי' אם נאמר שהוא בכלל המצוה אין ראיה שהוא בכלל מובתו לאשתו, שלא ע"ד זו נישאו. רק במקרה שהיה ידוע לפני הנישואין שאין דרך אחרת להביא ולדות לעולם, וע"ד זה נישאו, יש לדון אם יכולה לכפותו, ואפי' נאמר דעכ"פ מובה אין רק כדרך נישואין שבעולם, הרי אחר שכבר עשה כן יכולה להתעלם מהתנגדותו מטעם הנ"ל.

שנד) ואין דין דמי ולדות שייך לזה, שהרי בודאי אין העובר שייך לאב, אלא או לאם או לעובר עצמו, והוא רק כמו פיאיים.

ומש"כ בשם הגרז"נ דהם לולדות והאב יורש, י"ע שלא נתחייב אלא על הריגתן ולא שייך להתחייב כסף למת, וגם לולדות אין בעלות, עי' פרק כ. ודאמרי' ערכין ו. מהות דתימא ממונא דבעל הוא, יל"פ בבתינם ממון ועדיף ממנו שיכול לתבוע שלא יוסתם זרעו. ואם היה ממונא דבעל, לא היו יכולים להציל את האשה ע"י הולד משום רודף, דהו"ל מציל עצמו בממון חברו, לסוברים דאסור.

שנה) וכ"נ פשוט דלא שייך שיהיה ממון וזכות בולדות, שאין בעלות בני שום השלכה ממונית. ולהמוחכר להלן אות שפט' דיש לו דין אדם ל"ש בו בעלות. וכן ברור שכשהוא מיא בעלמא בגוף האשה אין דמי ולדות ואין בעלות הבעל על ביצים מופרים, וממילא כשעשה עובר של ממש אין הבעלות יכולה להיוולד מעצמה. ובע"כ שאין המדובר בבעלות כפשוטה, אלא שיש לאב זכות על ילדיו, שמופקד עליו לחנכם ומייב לזונם, ולכן יכול לדרוש שיהיו בחזקתו, והגוזב ילד מהוריו בודאי חוטא גם כלפי ההורים, וע"ז קאי דמי וולדות. (וכעי"ז כ' הר"מ משובה ו' ג' דבניו הקטנים בקנינו).

שנו) ובאו"ש פ"ד מחובל ה"ב פי' להר"מ למסקנ' דערכין לאו ממונא דבעל, והוא דחוק בל' הגמ' וכן המו' קוטה כו. והרא"ש המובא בשטמ"ק ערכין שם הביאו לא כן. מיהו ראיתו שם במלואים נכוחה, דלא שמענו שאשה המפלת ולדה צריכה לשלם לבעלה, וגם אם לא נאמר כדבריו לגבי מסקנת הגמ', יתבאר להאמור באות הקודם שאינו ממונו ממש, ועוי"ל שמבחינה ממונית אין היא חייבת לשאת העובר ברחמה, ואם יש מצב שאין איסור בהפלה אין היא חייבת לשאת ממונו, וכדלעיל שנ'.

שנז) וכ"ז אף בנתגרשו כי מצב העובר נקבע לפי זמן היווצרותו. ובב"ק מג. מבואר דדמי ולדות הם זכות האב אפי' בבעילת זנות, ולמש"כ אות שנ' בזרע אינו כן, ואולי כיון שצריך לזון בניו ויש לו מחויבות גם בבעילת זנות שייך ג"כ, והאשה אינה מצוה בפו"ר ולכן אין האחריות עליה. ועי' חזון יחזקאל לתוספתא ב"ק פ"ו ה"י דמפרש שנמ' התנאים אם דמי ולדות לבעל אף בב"ז, והרמב"ם פוסק דאינו אלא באישות.

שנח) ואולי יש בזה נפ"מ לפונדקאית, מחמת איזה חלק יש זכות תביעה לולד. ומ"מ נראה לבעל הזרע אין דמי ולדות אלא רק בדרך כל הארץ, שלא יתכן שיהיה לו זכות בגופה של האשה רק מחמת הדנ"א שלו, ואין הזכות באה אלא כשהסכימה שיבא עליה ממילא הסכימו ג"כ שאפשר שיוולד ולד, והוא האחראי על הולד ולכן יש לו זכות. וי"ע באונס, ואולי כיון דמ"מ אחרי שפושע בגופה האחריות עליו גם דמי ולדות עליו, לסוברים דלא כר"מ.

שנט) וראיתי למי שהביא ראי', דאי ממונא דבעל ניהו, א"א לדון המעוברת שלא בפני הבעל, כדרך שאין דנין את השור שלא בפני בעליו. אמנם איכא לדמויי דעיקר הדון על האשה, ואין ממון אחרים הכרוך בזה מצריך שידונו בפניהם, והעובר תמיד טפל לאשה.

ש) ויש לדון אם מ"ע ומב"ח צריך לדונו למיתה בפני בעליו, ואיך הדין אם מלא הדון פחות מהני. ועוד י"ל דדנים העבד והשור בפניו משום שיש לבעלים אחריות עליהם (ואמרי' שפטור הדון מנזקי העבד רק משום שמא יקניטנו, ויש מן הראשונים שפי' הכוונה כפשוטו שמה"מ חייב עליו כשור, עי' מאירי ולאב"ן והגוב"מ חו"מ ז' פוסק כן), ואין זה שייך בעובריים. ולסברא זו צריך לברר אם גם בחטא כלפי שמיא צריכים שיהיה בפני הדון, וג"ז באחריותו.

שא) ובאמת יש דין מיוחד בעובר הנהרגת, דהרי עצם זה שהוא ממון הבעל לא אכפת לן אם יש מצוה להרגו, כמו שהורגים עבד של אדם שנתחייב מיתה. ובע"כ שהעובר לא נחשב חייב מיתה, והלד להמתין משום ממונא דבעל הוא משום דטפל לאם, ונהרג אגבה, וכיון שיכול להשתנות המצב נמתין. אבל בעבד החייב מיתה גם במקרה שאם נמתין עי"ז יפקיד האדון פחות, לא היה ס"ד להמתין. ומזו' דהורגים את העובר משום טפלות אף שאינו חייב מיתה, ומזה מוכח שאין בו דין אדם, או שדין טפלות להאם חזק מדין אדם.

שסב) אבל דברי הרא"ש שם שכ' דמותר להרגו ל"ב גדול, דז"ל השטמ"ק: "מסתבר דקודם גמ"ד למה נפקיד ממון הבעל כיון דאפשר לשהויי וכו' ואפ"ה כיון דעקר גופא אחריגא הוא ולא קטלי לי'. וק' ממתני' דאבלות וכו' אשה המקשה לילד מתחכין עובר שבמעיה וכו' יצא ראשו אין נוגעין בו, אלמא כ"ז שלא הוציא ראשו מותר להרגו, וי"ל דלעולם מותר להרגו והא דממתינין לה משום ממונא דבעל וכו' ומיהו ק' כיון דמותר להרגו אמאי מחללין עליו את השבת וכו' הלכך נר' דחשיב כספק פקו"נ ואפ"ה מותר להרגו, ובמתני' דאבלות דומין ס' נפש מפני נפש ודאי ומצילין את אמו במיתתו, והכי אמרי' בגוסק לריב"ב בפ' בסו"מ דבדין בנ"א ההורגו פטור ומחללין עליו את השבת עכ"ל הרא"ש ז"ל ובמוס"'.

שסג) ואינו מובן מאי ק"ל ומאי מוליד מזה, דאטו באבלות אמרי' דמותר להרגו, והלא עושין רק להצלת האם, ולפירושו משמע דאין בעיה להרוג העובר שבמעיה, ומה שממתינים עד שחלד ביאבה על המצבר משום דממונא דבעל הוא, והוא מילתא דתמיהא טובא, דאטו הסיוע לאדם עובר הוא ענין ממוני גרידא ומצד נפש אדם אין בזה שום ענין? וסיום דבריו שהוא כס' פקו"נ אינו מבואר, איזה ספק יש כאן, ובגוסק באמת הבבר ספק אם יכול לחיות, ולכן ההורגו פטור, ואף ההורג טריפה פטור, אבל פשיטא דמחללים את השבת להציל כל נפש ואף חי שעה.

שסד) והנה כעין ד' הרא"ש אי' בתוס' נדה מד. (והשטמ"ק מזכיר גם תוס') אלא דלא הוזכר שם שגדרו בספק, ועפ"ז נראה דמש"כ המו' ורא"ש מותר להרגו, אין הכוונה שכל הרופא הורגו, שהוא דבר שטות שלא ייעשה בשום אומה ולשון (וכבר כ' המו"י לא' דהתוס' לא דקדקו בלשון זו ומביאו גי' רש"א). אלא שאינו בגדר אדם, וכדמוכח סיפא דיצא ראשו אין נוגעין בו "שאין דומין נפש מפני נפש", הרי דהטעם דעד השמא מתחכין אומו משום דלאו נפש גמורה, ולכן כשאינו נפש נחשב רודף כלפי האם, וכשיצא והוא נפש לעצמו משמיא קא רדפי לה כסנה' עב: ופרש"י שם. וא"כ כשאינו נפש אין בו דין רציחה, ואם יש דין הריגת אמו אין סיבה שלא להרגו יחד עמה, אי לאו משום זכות הבעל בילדיו.

שסה) ולכן שפיר קשיא להרא"ש איך מחללין שבת על מי שאין בו דין רציחה, וחילול שבת הוא רק על סכנת חייס גמורה, וזה מסיק דהוא כס' פקו"נ, דהיינו דהלכה עובר בשבת אסורה, ואם יהוא שאין לו אלא חי שעה דעובר ולא יצא לכלל אדם אין מחללין, והוא רק ס' שמא יצא ממנו אדם גמור, ומותר לחלל ואינו דומה לצירת ולד שאין מחללין כדלעיל אות שמז', דכבר התחלתו קיימת לפניו, והוא ממש כגוסק דספק אם יוכל לחיות, ולכן על לד שיוכל לחיות כאדם מחללין שבת, אבל ההורגו עתה אינו עובר על רציחה. וי"ל דלא חשיב דעובר על ס' רציחה, שא"כ היה דינו כרציחה, אלא כיון שאין עדיין אדם בודאי אינו עובר על רציחה. ועי' אות של'.

שסו) והמשך לאמור באות שמח', י"ע משכ"כ ברפואה והלכה לר"מ הרשלר מ"ב אות ח והלאה, ללמוד מניחותא בדיני ממונות, שאפוטרופוס יכול להחליט על תרומת כליה משוטה, דזה לא שייך אלא כשהוא זכות גמורה, אבל א"א לזכותו במצוות. וברפואה והלכה מר"י זילברשטיין מ"ד קנו' כ' שא"א לקחת

תרומת כליה מקטן אפי' כן דעת שמסכים. וג"ז לכאו' צ"ע, דאם אביו מסכים על ידו אין טעם שלא יוכל, ואמנם ניתוח הוא דבר סכנה, וזה יש לחוש אם שיקול דעתו מכריע, אבל לעצם הבעלות על גופו, כגון שנותן את שערו, זכותו לתת.

שסז) והנה אמרי' קטנים לאו בני מחילה נינהו, אבל הכוונה בזה לממונות, ולא למחילה על נער וכדו'. ובענייני נער כל שאינו מקפיד הרי מחילה. ואמנם גם במחילה על נער יש לד משפטו, במקרה שלא התפייס בלב שלם, ועדיין יש בו כעס, אלא שאינו רוצה שיהיה לחובתו ומסכים למחול ושלא להטריחו לנקש שוב ושוב, וזו כמו החלטה משפטית שיש בה ויתור.

שסח) ולענין דין הנתתך מן הגוף, בגיטין יט. שיטו שגט על יד של עבד מחוסר קליפה, ובילדו בגמ' כא: דל"ל למיקלייה, ופרש"י דשייך במצוות ואסור לחבול בו. ומשמע שאם היה מותר הדבר, היתה היד של האדון ולא של העבד, אפילו ביולא לחירות, דאל"כ לא היה מה לדון על קליפתה. ויל"פ שהוא משום שאין משתחרר אלא בגופו עדיים כדין קנס. ואמנם כ' רשב"א גיטין מב: דמכי נפו עדיים חייל למפרע, אין זה משפיע על דין היד. אבל אין ראיה מעבד, דמעשה ידיו לאדון. ויש כאן כן ענין משפטי המלוי עליו.

שסט) ואמנם לפי זה אפשר לומר גם שמכיון שיש לאדם זכות במעשה ידיו של עצמו, הרי הנתתך מגופו דומה למעשה ידיים. ולפי זה הנתתך מגופה של אשה יהיה לבעלה כל עוד מעשה ידיה לבעלה. אף שעד כמה שיש לד משפטי בגופה הרי הוא שלה כמובן.

שע) ויש לדון שיהיה בנתתך גם דיני הגוף, שהרי יש אבר שנתתך ומתאחה, כגון שנתתך בתאונה ועתיד לאחותו, או שנתתך בכוונה כדי לתקנו, כמו שעושים בניתוח קיצור קיבה, מה דינו אם חבל בו אדם בינתיים, שאי אפשר לדונו גם דיני ממון וגם דיני גוף. ויש לומר כדלעיל אות שמה', שאזלי' בתר העתיד, שאם נקבע אח"כ בגוף יש לו דין חובל, ואם לא יש לו דין ממון. ואף אם החבלה גרמה שלא יוכל להיקבע בגוף, א"א לדונו יותר מדיני ממון. (ודומה לזה יד שיבשה ונרפאת, שכשיבשה אין לה דין גוף, לסוברים כן לעיל אות רסט'). וכך יהיה גם דין בילית מופרית שעתידה לחזור לגוף, דעד מ' יום דינה כגוף האם. וכן דין תרומת דם.

שעא) מיהו אם נאמר כך, יהיה דין תמוה, שהתורם אבר לחברו, או העברת בילית מופרית המיועדת להשתלה, ובא אחר והזיקו בין התרומה להשתלה, נצטרך לדון את המזיק כחובל, שהרי חזר והושתל בגוף, אבל לא נדע כחובל במי, בשני בודאי לא חבל, וברא"ון גם לא, שהרי הראשון הוא שחבל בעצמו ותתך את כל האבר. וי"ל שבכה"ג אין דינו כחובל, דחובל היינו כשטפל לאותו גוף, ואם נפרד לזמן קצר יחזור אליו.

שעב) (וכן היה אפ"ל בשתילים בני ג' שיש שמעבירים עם גושיהם, דאפי' עברו לזמן קצר מעל מתכת, אין מונין שנות ערלה מחדש דאין שם ניתוק מהקרקע על דבר שאינו קבוע. ולכאורה כן הסיעת דברי המזו"א ה' ערלה, דמיקל אף במעביר גוש על גבי עצים שפ"נ כמו משאית, ואף שדחה הרמ"ה עזה להקל. וכן דעת הגרש"ז (במכתב הנד' במשפט"ת, אע"פ שבמנחת שלמה סי' ע' לא הכריע), ובשבט הלוי הנ"ל כ' להחמיר לכתחלה. אבל בדרך אמונה שם להחמיר בזה, וצ"ע לענין דיעבד).

שעג) וממילא כיון שאין באבר המיועד להשתלה דין חובל, חוזר לידון בדיני ממונות. ובאמת גם בדיני ממונות לא ברור דין האבר או הבילית, שאפילו נאמר שמחמת עצם החיתוך מגופו יש לראשון דין "שלו", הרי הסכמת התרומה הוא קנין, וגם בדעת בני אדם לא עושים הקנאה לשני, והוא אינו רואה את האבר ונוגע בו לפני ההשתלה, ואין כאן אלא דעת התורם, וממילא י"ל שלא רק בדיעבד אם השתילו בלי רשות אין האבר שייך לו, אלא מעיקרא אין כלל בעלות ואין חובה ממונית להשתיל דוקא כאן ולא כאן, אלא רק חובה מוסרית, ואם יתנגדו הפוסקים שהראשון מתעקש סתם, כגון שתורם כליה אבל לא למישהו שהגיע למפלגה מסויימת, מותר להם לכתחלה לעשות מה שרוצים עם האבר. אבל כ"ז אחר החיתוך, דלעשות החיתוך אין רשות אלא על דעתו.

שעד) ואין האבר שנתתך מגוף האדם בלי רשות, והושתל באחר בלא רשות, היה מקום לומר שבעלות הראשון תלויה ועומדת, ורק אין דיים בה מפני כח החיים דהשני, דבעצם הוא חלק מכח החיים של השני, אבל ברגע שנעקר חוזר לראשון. ובדומה לזה ענף מעץ פרי של אדם שהושתל בתוך עץ של אחר, שאסור לחתכו (דאסור למיקץ עץ פרי, ובאופן שא"א לשוב ולשתלו), אם נתתך מאליו, אפשר דחוזר להיות של הראשון, דרק איסורא רביע עליה.

(ואף שעץ שאני שאין כח החיים שלו מטפיל כל דבר).

שעה) ובאמת יהיה תלוי ג"כ בדין גידולין כדלעיל אות רעה', דאין נוכל לשייך האבר לראשון, בעוד הוא יונק ומתגדל ומתחלף מהשני. וכן לגבי הבילית המופרית הניתנת בפונדקאית, שעתידה לחזור לאם הראשונה, רק אחר שתהיה בגוף האם השניה, והרי השיעור והגידול כ"כ גדולים עד שא"א לומר שמה שיצא מן הראשונה יחזור אליה, ולכן בינתיים יהיה דינו רק כדין ממון.

שעו) ויל"ע אי סבירא לן דמת וחזר לחייו הוי כמי מעיקרא ואי"ל לקדש אשתו כדמשמע דוכתי טובא שבתחיה נחשב כאותו אדם ממש (ודנו בזה אחרונים כידוע), ובנדה דנו אם מטמא ואמרו שאין מי מטמא, הרי הביאו שהוא המשך המציאות הקודמת אלא שהופקע מדין טומאה. א"כ הוברר למפרע דגם בשעת מיתתו לא היה אלא יש ופקע הבעלות ואם קדש בו אשה אינה מקודשת אף לגד שיש בו זכיה לעיל אות ריח'.

שעז) וכן יל"ע זכה בגוף עכו"ס לגד דיש בו זכיה לעיל אות רכח', וחזר לחיים אם נהיה עבדו או לא, דדלמא אע"ג דיש זכיה בעכו"ס מ"מ כיון שקבל השתא רצון צריך לצוו כמו כל עכו"ס. ואת"ל דלא זכה משום דבעי רצונו מ"מ בקטן מאי דינא, ושמא הוא טעמא דעבד ילד בית נקנה.

שעח) יל"ע מתיס שהתיה אלישע ואליהו אי בגדיהם נאסרו לעצמם כדמיו, דלכאו' הא ליכא מת ואף שנשרף המת נמי מכריכיו אסורין, מ"מ כאן נתבטל כל עיקרו, או"ד ענין אה"נ הוא כבוד לענין המיתה ולאכפ"ל דהוא המת עצמו. ואפי' אם נאמר דלא נתבטל עיקר האסור מ"מ הא דלמא י"ל למת עצמו לא נאסר מעולם דהרי הכל נעשה למענו. וכן יש לדון מאי דינא לאחרים אי שרי כדידי' או לעלמא לא אשתרי. וגם בזה יש לדון דלמא נימא קדושה לא פקעה בכלי. וכן יל"ע אי אין זכיה במת הוו מכריכים דיליה כד חי או לאו דאף דכל ממונו פקע מ"מ הא היה אסור.

יד. הטפל לחי לענין שבת

שעט) צריכים לבאר לענין מלאכות שבת אם יש יחוד בגוף האדם, שדבר שבתור חפץ נפרד יהיה בו איסור מלאכה, אם הוא חלק או שנעשה חלק מגוף האדם לא יהיה בו איסור. והיינו בדברים שיש דין נפרד לגוף האדם. לענין טלטול בשבת,

מבואר הדבר שכל שמבטל לגופו, אפילו אם אינו אלא ליופי או לצורך בלתי נפרד (כמו הקיטע בקב שלו), נחשב כחלק מהגוף לענין הוצאה. ולענין טוען למשל, ברור שאדם טוען בשיניו כדרכו ואין בזה איסור, מכיון שלא נחשב מלאכה, דהמלאכה הוא להכין דבר טחון, וכאן אין עליו שם הכנה אלא שם אכילת הגוף. ובסתם טחינה בהולך לאיבוד אינו מותר אלא משום שאצ"ג. והטעם שאינו מלאכה הוא משום דבתוך פיו, ולא משנה אם השיניים בטבע או תותבות. אמנם אם יש לו מכשיר שטוחן לו את האוכל והוא מחזיק לחלל גופו, למרות שמיועד לאכילתו המיידית, לכאו' יהיה אסור (וע"י אות רצ' לענין שמל המאפשר שמיעה). וכן יש שדנו לענין לידה בחדס (ואם כשמופסים גנב וכולאים אותו נחשב במינו ליולד).

שפ) והנה לענין מכבס ופודע, הבה"ל סי' שב מדקדק משבת נ:

שמותר לחפוף שיער מחודר ואין בזה משום כביסה, משש"כ לחפוף שערות תלושות. אפי' שמבחינה מציאותית אין שום הבדל. ובע"כ שאין דרך בני אדם ליחתם כיבוס לגוף. וכן העברת קרח בבגלי נר שהוא מדרבנן, ואילו בירו' פ"ז דשבת מוזכר גם מכבס וגם פודע לגבי גוף האדם. אבל לדידן דנקטינן כבבלי, עולה דאין בגוף האדם דין מכבס ודין פודע מה"ת. והשתא יש לדון בדברים המחודרים לגוף, כגון השתלת שיער סינטטי לענין מכבס ופודע, ודבר אחר הטופל לגוף לענין פודע.

שפא) ויש לדון בדין קופר וגוזז ונטילת נשמה, אם שייכי בגוף המ', מה יהיה דין דבר שהושתל בו, ובפשטות אם הוא דבר אורגני נחשב מקום גידולו, שהרי אין צריך שיגדל שם מעיקרא, אלא שהוא מקום שיונק ומתרבה ממנו, וכמו חותך ענף שהושתל באילן דודאי עובר על קופר. ויתירה מכך מצאנו לגאוני טל מלאכת גוזז סק"י שמחמיר שלא לסרוק פאה נכרית, ומשמע פן יתלוש ממנה שער ויעבור על גוזז, וכנה יסוד על הרמ"א שג' כו' "וש אוסרים לחלוק שערה, דהיינו לעשות השייט"ל (רש"י וא"ז)", וכן יש מחמירים בזמננו עפ"ז שלא לסרוק פאה נכרית בשבת.

שפב) אחד הדברים העלולים להיות שכיחים הוא טיפול בשן תותבת בשבת, האם יש הבדל בין דינה לבין דין שן אמרת. ואין הכוונה כאן למערכת שיניים המוכנסת לפה ומוצאת ממנו (עי' לעיל אות שי') אלא לשיניים מושתלות, שלרוב מתחברות ישירות לעצם הלסת, ועצם הלסת מתאחה סביב החיבור (אוסטיאו-אינטגרציה) כך שהעצם מהווה חלק מהחיבור ותומכת בו.

שפג) ונחמת גם בשן טבעית אין הדבר ברור לאיזו מלאכה יש לשייך את עקירתה בשבת, באו"ח האריך כלל עו כל' כ' בשם מהר"ז שהמצטער בשיניו ורופה לעקור שן יכול לעקור ע"י נכרי, ומביאו הב"י סי' שכח' והרמ"א שם ס"ג, ופי' המג"א שם סק"ג דהותר ע"י נכרי אף דהוצאת השן מלאכה דאורייתא, דהא מובל לרפואה, וכ"כ הפמ"ג. והבה"ל שם כ' דיל"ע במש"כ דהוצאת שן הוא מלאכה דאורייתא, דלא עדיף ממקלקל בחבורה, דהרי אינו מכוין אלא להוציא השן והדם ממילא קאתי והוא פ"ר דלא ניחא ליה, ולדידן מקלקל בחבורה פטור. ולכן מסיק דאפשר דיש להקל ע"י נכרי גם באינו חולה כל גופו, כדין דבר האסור מדרבנן. הרי תרוייהו לא דנו על עקירת השן עצמה כאיסור, שלא דנו אלא משום חובל ומוציא דם, אבל לא הזכירו איסור הוצאת השן עצמה שמוציאה ממקום גידולה, ואמנם השן אינה בשר ואין בה עצבים, אבל עדיין הלא גדלה מתוך הגוף וכמו ציפורן, קרן בהמה, וכדו'. ולא פירשו למה אינו אסור מן התורה כדין עוקר דבר מגידולו שהוא תולדה דקופר, או מדין גוזז.

שפד) ואולי פשטא להו דמיירי בשן מדולדלת ושמותר לעקרה בשבת, אבל האוקימתא תמוהה, דהרי יש שן שיש בה חולי גדול ואינה מדולדלת ואיך סתמו, וגם הדין אינו ברור, דהלא כל שמחוברת יש עליה דין הגוף מחמת חשיבותה, ואין השן קבועה וופלת מעצמה שנאמר דעתידה ליפול. וגם בעתידה ליפול אין הדבר ברור כדלעיל אות רעב'. וכמש"ש דנראה דבגוזז פחות שייך המילוק בעתיד לפול ורק בעוקר ממקום גידולו יש לדון בזה, אבל גוזז כך הגדרת המלאכה, וגם שערות שעתידות לנשור מחמת חולשתם יש בהם איסור לתלשם. (ועמ"ש ביו"ד קפ"ו על שער הזקן אחרי שפעלה משחת הגילוח את פעולתה, אם יהיה מותר להורידן ע"י כלי).

שפה) (ולענין תלישת פאת הראש יל"ע, דאסור מה"ת לתלוש, ורעק"א דן אם מותר לסרוק במסרק, והחזו"א התיר, ואיך הדין בשערות תלושות שעתידות לנשור, דיש שמצוי הוא אצלם שבכל נגיעה וק"ו סירוק שיצאו שערות כאלו, וכי אסור לגעת בפאות, ושאלתי מהגרמ"ק ואמר דסו"ס הוי דשא"מ, אבל לא המיר משום עתיד לנשור, וא"ב דהחמירו בסריקה בדבר מצוי משום גזירה גם אם אינו מה"מ).

שפו) והיה מקום לדון להיפך, בדבר שיש בו מלאכת קופר, איך דינו אם בלדלו ועדיין הוא יכול לחיות, כגון באילן ששיעורו כמחט של מתון לענין ערלה, האם מן התורה מותר לחתוך גזע שלם ולהשאיר בו כמחט של מתון, הלא פסיק לרוב חיותיה. ובלאו דטעילת נשמה נכלל גם הוצאת דם או חבלה (עי' להלן), וכן לענין גוזז לחתוך צפורן ברובה, ולחתוך חלק מהשן, ועי' בזה להלן. ועוד יש לדון שכשחותך הרוב הרבה פעמים השאר עתיד לנשור מחמת טבע הדברים, דהיינו ע"י שטוגעים בו בלי משיש וכדו', וא"כ כך דרך חיתוך כולו.

שפז) עכ"פ בד' הפו' הנ"ל מבואר לסברי שעקירת שן היא דרבנן, אמנם בעיה"ש שכמ' סקכ"ד כ' בפשטות מוכ"ד שמביא ד' המג"א, דבעקירת שן עובר משום עוקר דבר מגידולו, ולא התייחס כלל למה שהמג"א אינו סובר כן. ורא"ח שכתבו כן בשם מהריק"ש בתשובתו סי' מא דאסור מה"ת משום עוקר דבר מגידולו, וכן בשם מהרש"ש בדע"ת לשו"ע שם דיש בזה משום תולש, וכן האבנ"ז או"ח ג' קלא' ה' מסתפק בדין עקירת שן (עי' עליו אות תלט').

שפח) אלא דרוב הראשונים סברי שאין איסור קופר בחדס, כמבואר ברמב"ן ורשב"א וריטב"א בשם תוס', ור"ן וריא"ז בשבת קז:, דמדלדל עובר במעי אמו שאמרו שם שחייב משום עוקר מגידולו (דהיינו קופר), לאו דוקא אלא מדין נטילת נשמה דהיינו חובל, וכן משמעות הר"מ פי"א ה"א משבת, ומשמע משום נטילת נשמה וכ"כ המגיד שם בדעתו. ואילו תו' ותורא"ש ע"ז כו. כתבו שהוא משום גוזז (והמג"א של' ו' הביא דבריהם והשמיט הא דגוזז וא"ב אי מילוקם דתוס' א"ש גם לפי שאר פירושים, ורא"ח בדובב מישרים ג' כו' שהביא התוס' וכ' שכוונתם משום קופר, וא"ע), וכן להדיא בתוס' בכורות כה. דהוא משום גוזז. הרי כל הנ"ל הסכימו דאין קופר בחדס, ונחלקו אי במדלדל עובר שייך גוזז.

שפט) ולעומת זאת המאירי שבת שם כ' משום עוקר דבר מגידולו, ולא משום נטילת נשמה, וכ' דטעילת נשמה שייכת רק בהריגה (וכסי' הר"מ שבת פ"מ ה"ז דמוציא דם חייב משום מפרק), ועי' להלן אות שמ' דאפשר דהרמב"ם מודה דמיתוך אבר שייך ג"כ לנטילת נשמה, ואפשר דהמאירי סובר דמיתוך אבר גרע, דחותך מן החי, אבל כאן שמפריד עובר מהאם, אינו חותך מן החי, וגם לא חשיב ממית דאין חיי העובר נחשבים חיים כדמבאר שם המאירי, לכן הולך לקולה. וכ"כ סה"ת ה' עכו"ם סי' קנב' והרוקח ה' שבת סי' נט', דחייב משום קופר, וכפשטות הגמ'.

שצ) (ובמ"ש המאירי דאין חיי העובר נחשבים חיים, כן הבין בס' שבת של מי שם דלדעתו אין עובר חשיב חי, ודבריו

תמוהין קצת, דהרי לענין שבת אין הנדון אם נחשב חיי אדם, דסו"ס הוא יצור חי ולא גרע מפרעוש, ואולי סובר דחשיב טפל לכל דבר לחיי האדם, אמנם ג"ז תימה ועי' פרק כ, ועי' אג"מ חו"מ ב' סט' שמאריך דיש בו רפיחה ולא כיעב"ן ועוד, ולעיל אות שסד' נת' דגם הרא"ש אינו סובר כן),

שצא) ובאמת בעי טעמא בד' רוב הראשונים הנ"ל, דהרי בגמ' אמרו להדיא משום עוקר דבר מגידולו, ואיך סתמו דבר כזה שאתו למיטעי ביה ולחייבו משום אב דקוצר מגידולו ועוד תימה בהא דבכורות כה. לגבי תלישת צמר דאמרו שהוא עוקר דבר מגידולו, ושם הוא משום גוזז ולא משום קוצר (כתוס' ורמב"ן שם), ואמה לא דקדקו בדברי?

שצב) והנלע"ד בזה, כפי מה שביארנו בס' אי"מ ס"ס יא' דענין תולדה במלאכת שבת, הוא הדבר שקרוב ביותר לאב, דמסברא מובן שהוא מלאכה, ולכן צריכים לחלק כל המלאכות לפי הלט' מלאכות המקובלות, דאין בשבת לט' איסורים אלא רק איסור א' דלא תעשו מלאכה, והלט' הם סוגי המלאכות, דנפ"מ להתראה או לחייב ב'. ויש מחלוקת המלאכות שהוא לאותו סוג של מעשה, אבל בגופים אחרים או במצבים אחרים, כמו הזורה הבורר והמרקד, שכולם עניינם ברירה והפרדה, אלא דבכל שלב של המומר יש אופן ברירה מיוחד, וקבעו אב לכל אחד, משום דאדם שזרה וגם ריקד עשה ב' מלאכות בסידורא דפת, ואין לחייבו א', אבל הגדרת המעשה היא ברירה או הפרדה, אלא דיוחד לכל אב סוג אחר של ברירה וכאמור. ולכן לא שייך שיתחייב אדם במעשה אחד גם משום בורר וגם משום מרקד, אפילו אם יש דמיון לשתי המלאכות. ולא אמרו שמתחייב ב' אלא כשהודמנו ב' מלאכות יחדיו, כחורש חלש, ולא הגדרה עצמית כפולה לאותה מלאכה.

שצג) ומפורש הדבר בשבת קלא. משמר משום מאי מתרץ ביה, רבה אמר משום בורר ר"ז אמר משום מרקד, אבל לא היה לד שיתחייב ב', אלא מה שיותר דומה יש לחייבו מצד זה. וברש"י שם מבואר טפי מזה, דלרבא יכול להתרות גם משום בורר וגם משום מרקד, דבאמת הוא שייסם, אלא שאין חיובו אלא א', ולר' זירא דוקא משום מרקד. והנה בשבת ובנזיקין מציגו אבות ותולדות, ונראה מזה דכמו בנזיקין שמציגו דברים שדומים בחלק פרטיהם לאחד מהאבות ובחלק פרטיהם לאב אחר, הרי חייבים מביגייהו, ועי' לעיל אות ז', אבל כמובן חייבים רק נזק אחד, כך גם בשבת. וזה ענין אב ותולדה, שיש תמיד חילוק בין הפרטים, וצריכים להכריע לאיזה אב דומה. וכדאמרינן מביגייהו יכול להתרות משום שייסם. ואם דומה רק בפרט א' לאב א' והפרט השני אין בו כלל (כדלגבי צרורות לעיל אות ז') זה הוא פטור אבל אסור מן התורה, כדלעיל שם.

שצד) והכי נמי לענין מדלדל העובר, מה שבאו לחדש בשבת קז. הוא לא איזו מלאכה עובר, אלא הגדרת המעשה. דבאמת עטילת נשמה גוזז וקוצר יש בהם חלקים מקבילים, דאף שעיקר עטילת נשמה הוא בהריגת בעל חי, ובזה אין דומה למלאכות הנ"ל, מ"מ נכלל בו כל חבלה ביצור חי, וגוזז הוא ג"כ כשגוזז המחובר ליצור החי, וקוצר ג"כ הוא כשעוקר דבר ממקום גידולו. ולכן אמרו שהמדלדל עובר נחשב עוקר דבר ממקום גידולו, ולא נחתו כלל משום מאי מתרץ ביה, וכל המלאכות הללו הם משום עוקר מגידולו ומחייב, ולכן ג' שיטות הראשונים בזה מתאימים לאמור בגמ'.

שצה) וזה ביאור מש"כ הרמב"ן שבת עד: "תדא תולדה לב' אבות ליכא לעולם", דתמיד מתחייב לפי מה שקרוב אליו ביותר, וזו סברת החוז"א לחייב החשמל משום מלאכה, דסברא הוא דחשיב מלאכה כיון שיוצר כח חדש ועל ידיו מתקיימת כל מלאכת עבודה של ימי החול, דהמלאכה אין עניינה רק הפירה, אלא שעל ידיה יכול לעשות מלאכת האדם, ומעמר או לד אינו יוצר דבר חדש אלא רק טורח בהזמנתו, וגם בורר נאסר רק אם לאוצר, אבל לאכילה אף שהמוצאה שוה והמאמן שוה מותר. ובחזו"א סס' מגדיר: "עובדא ועמל מלאכה", וברמב"ן דרשת ר"ה שלא לעשות שום פעולה כמ"ש בקרא "מלאכת עבודה". ומכל המלאכות שחילקו חכמים היה נראה לרבינו קרוב לבוונה, אבל עיקר הסברא היא שהוא מלאכה, וזה לכאו' ברור.

שצו) ועיקר היסוד הנ"ל בחות שלא' ס רא' ג"כ משבת קב: בחיובא דבונה ומכה בפטיש, דמסתם רב אמר משום בונה שמואל אמר משום מכה בפטיש, וכן אפליגו בעיל שופתא בקופיצא דמרא ועושה נקב בגוב של מרגולין. והנה מלאכת בונה היא כל תקון אפי' חלון או השוואת הרצפה וכן כל שהוא חיבור כגון מגבן ואף בכלים הסכימו הראשונים שיש בנין גמור. וא"כ כל מכה בפטיש הוי נמי בונה דמה לי שהוא תקון אחרון הא מ"מ תיקן. וכע"כ שהם באמת איסור אחד, אלא שעל תיקון אחרון יש שם מכה בפטיש, ונתנו לו שם אחר. אבל א"א שמלאכה אחת תהי' ב' מלאכות. (וד' הירלים דמכב"פ מעיקרא אינו אלא אחר סיום המלאכה).

שצז) והוא הדין כותב ופוצע, שצריך לקבוע הגבול ביניהם במצייר על ידי צביעה וכדו', אבל אי אפשר שיהיה שייהם כי הם ב' שמות של סוגים שונים לאותו תכלית. וכן אליבא דאמת אין תלוק בתכלית אופה הלחם שהקשה את הלחם לבין מגבן שהקשה החלב רק קדורא דפת כולל אופה ולא מגבן, וכן אורג הו"ל לחיובי' משום בונה וקליעת שערות תשבי' בונה, אלא שיעורו תכמים שכל שאר תיקונים בעצם החפץ מקרו בונה. ולפיכך תליא פלוגתא דרב ושמואל קב: בפלוגתא א' ולא דפליגו בב' פלוגתות אם דמי לבונה ועוד אי דמי למכ"ב ואירע שכל א' מחייב רק משום מלאכה אחת, אלא דודאי יכול הוא להיות גמר מלאכה רק כיון דיש פה תקון, דעת רב שיוכל להיות משום בונה וממילא א"א לומר שהוא מכה בפטיש דהא נשייהם אותו תוכן ול"ש לחייב פעמיים משום תקון.

שצח) ובירושלמי אמרי' ר"י ור"ל עבדון לט' תולדות לכל אב ואב ומה שלא מצאו לו אב חייבו משום מכ"ב מבואר דאם היו מוצאין לא היה זה משום מכה בפטיש, עוד מבואר כי כל מה שהוא תקון החפץ ואינו בסדורא דמלאכות ואף בונה אינו הרי הוא מכה בפטיש.

שצט) אבל המנ"ח במוסף השבת כו' כתב דחייב ב' משום מכה בפטיש ובונה (ועי' אות תכח), אמנם במוס' עד: דהקשו ליהוי בונה, משמע דא"כ לא יהא מכה בפטיש. ובאמת בגמ' מוכרח דלמ"ד מסתם משום מכה בפטיש לאו משום בונה דפריך קג. אשמואל מקודם כ"ש דל"ש בונה אלמא סברת שמואל לומר מכה בפטיש משום דלא שייך בונה. ובפני יהושע פירש דלתרוייהו שייך גם לבונה וגם למכ"ב רק פליגו בדבר שתחלתו וגמרו באין כאחד הי מיניהו עדיף לחייב אבל שניהם יחד ודאי לא, וקשה מן הגמ' כנ"ל.

ת) ועו"ק דקאמר הטעם דשמואל דאין דרך בנין כמש"כ הגמ' בצריכותא דאימא מודה רב לשמואל דאין דרך בנין, וכן יש להקשות בלא"ה מאי קאמר אימא מודה לי' לשמואל ומשמע כי לאו בונה ממילא מכה בפטיש הוא. ואי נימא דטעמי' דרב דכיון דשייך בנין ל"א מכה בפטיש הוא מבואר, וכן בתוס' גבי נקב בגוב מוכח דלא כהפנ"י שכתבו דלא חשיב לי' שמואל בונה דאין עשוי להכניס ולהוציא. וכן בגמ' דאי הוי דרך בנין ס"ד מודה שמואל לרב אלמא אף לשמואל מה דלא שייך בונה הוא מטעמא דלאו דרך, וגם אי הוי דרך בנין מבואר דיודה לרב ולא יחלוק עליו משום מכ"ב.

תא) והרמב"ן שם כתב דכל תוקע חייב משום בונה ולא כפרש"י משום מכה בפטיש, ולא נחית כלל לדון מסברא אי הוי מכה בפטיש אי לא רק נראה מדבריו דכיון דשייך בזה בנין שב אינו מכ"ב, ואם מלשון הגמ' דק דהוא בונה לבד הו"ל לפרש למה ל"ש כאן מכה בפטיש. וכן בר"מ כאן איתא דחייב א'. וע' בגמ' קב: בשלמא לרב מחזי כמאן דאמר חור לבנינא, ופריך פי' מאי 'מחזי', ולמ"ש ר"ל דקביעת האב אי הוי בונה דמחזי כבנין

וע"כ הוא נכלל בסברא דבנין.

תב) א"כ לנדון דידן, לסה"ת והרוקח שבאות שפט' יש לדון בשן משום קופר, ולתוס' והמאירי שבאות שפח' יש לדון משום גוזז, ולרמב"ן באות הנ"ל יש לדון אם אפשר לחלק לדעתו בין עובר שאין בו משום גוזז, לשן שייהיה בה משום גוזז, אבל המג"א והמ"ב אות שפג' אולי כנראה בשי' רמב"ן וסברי דאין קופר בגוף האדם, וגם לא שייך גוזז בשן. מיהו עי' להלן אות תכח' דאמנם המג"א קובר כן אבל לא המ"ב.

תג) אמנם דעת הירו' שבת פ"ז ה"ב דבמופיא דג מן המים עובר משום עוקר ממקום גידולו, וברשב"א שם כ' דאינו קובר כבבלי, וגר' דאזל הירו' לטעמי' אות שפ' שאינו מגביל המלאכות בגוף המי, אלא דן את הגוף המי ואת גוף האדם כשאר חפצים. וע' ברוקח לעיל אות שפט' שמחייב מדלדל עובר משום קופר, שמביא ד' הירו', הרי קובר דאין בזה פלוג' בין הירו' לבבלי (וע' להלן אות תכג'), וכפשטות הגמ' דקופר שייך גם בגוף המי. ובבבלי שם נסמך לדין מדלדל עובר גם דין שואה דג מן היס כיון שיבש בו כסלע חייב, ולהבבלי אליבא דרמב"ן ודעמי', תרוויהו

משום נטילת נשמה, אבל להרוקח אין שייהס שייס.

תד) מיהו י"ל לדבריו דאולי גם בדג מן היס יתחייב משום קופר ולא משום נטילת נשמה, דבאמת יש לתמוה למה הצריכו שייבש בו כסלע, הלא אינו יכול לחיות מרטיבות המים שעליו, וכיון שמוציאו שב לא יחיה. ויל"פ דמסברא אין שייך מלאכת נטילת נשמה בדג, דאין זה אלא גרמא, שהרי עצם ההוצאה מן המים אינה ממיתה אותו אלא שאינו יכול לנשום מעצמה, ותוך זמן מה ימות, ויש דגים שיכולים לחיות זמן רב מחוץ למים, ואפי' אם יחזירום אחר כמה שעות יחזרו לחיים. ולכן אין הירו' מחייב אלא משום עוקר מגידולו, וזה דומה לעוקר דבר הצומח, שיכול אחרי כמה שעות לשוב ולהכניסו לאדמה או אפי' למים ויתקיים לחיות ואעפ"כ חייב.

תה) אבל להבבלי אף שמבחינה טבעית הוא גרמא, כיון שזו הדרך שבה נוטלים נשמת הדג, וכדקי"ל לענין שחיטה אסיפתן זו היא שחיטתן, יש ע"ז שם נטילת נשמה, דאין היתר גרמא אלא כשנודמן שעשה המלאכה שלא בכחו, אבל כאן זו המלאכה עצמה, ואולי גם החונק את המי נחשב גרמא דפסיק לחיותיה ואעפ"כ יש ע"ז שם נטילת נשמה, והרי כל הריגה מלבד דשויי' גיסטרא היא ע"ד גרמא בסופו של דבר.

תו) מיהו מש"כ מהרש"ס בתשו' ח"ה לה' דגם דג שכבר יצא מן המים, המעכב בעדו מלחזור למים עובר על נטילת נשמה משום שע"ז מת, תמוה מאד, וזה א"א לומר שזו הגדרת המלאכה (ומש"כ שם שלד אותו והוי מעשה, אינו מועיל לזה, ובפרט לדידה אינה דוקא ע"י מעשה בגוף המי, וכל ששם סביבו כלוב קטן הרי נחשב שלדו). ואינו דומה אפי' לכובשו תחת המים,

משום למים נחשבים דבר הממית וחונק בפועל.

תז) ובש"ק על הירו' שם כ' דהא דהצריכו יבש בו כסלע, היינו דאם החזירו לדג ליס כל שלא יבש כסלע פטור (וכ"כ מהרש"ס בתשו' שם, ואינו מחלק אם יבש בו, משמע כל שחזר לחיים אינו עובר, אבל שיטתו תמוהה וכאמור, ואף בתולש נמת יכול להחזירו ומי וכדלעיל, וכן באבר שם אדם, או בדם שלו),

והרש"ש שבת עג. תמה ע"ז כיון דכבר גמר מלאכת העקירה למה יהיה פטור אם שוב שתלו אח"כ, ונסתייע גם מרא"ש ביצה ב' יו' שכ': "אין ליטול פתילה דולקת מנר זה ואיתן בנר אחר דמיד שסלקה מן הנר הוי ליה מכבה ומה הועיל אם חזר והדליק".

תח) אמנם איכא לחילוקי בין חי הצומח ובין חי האם, דנראה פשוט שהמעביר למת בגופו מעצין שאינו נקוב קטן לעצין שאינו נקוב גדול, אינו חשיב זורע, אף שהמוסיף שמן לנר חשיב מבעיר. משום דהבעירה היא דבר מוחשי שאוכל את השמן וכל שמוסיף שמן נחשב מוסיף לאש, אף שאין גוללה מלוי אלא בגדול הפתילה. ואילו ייקח השתל מן הקרקע היא פחות מוחשית, וכל שיכול לחיות אין נופלת עליו עוד הגדרת מלאכת זריעה.

תט) (ולענין הדוגמא שבאות הקודם, לכאו' היה נראה דלא משכח"ל, דכל זריעה בעצין שאינו נקוב הוא רק דרבנן כמנחות ע. לענין כלאים, ואי בעצין נקוב הלא הכל חשיב כמחובר לקרקע עולם. אמנם יותר נראה דהא דזורע כלאים בעצין שאינו נקוב, אינו אלא מדרבנן, הוא רק משום דמה"ת עצין נקוב דינו כחו"ל דאין בו דין כלאי זרעים עי' ר"מ כלאים א' ג', ובכלאי אילן בעצין נקוב אפשר דלוקה מה"ת, וכ"נ מהנשמ"א כלל יא' דרק משום דכמיב שדך אבל לשאר מילי הו"ל זריעה לכל דבר. והא דעצין שאינו נקוב בכרם אינו מקדש ככלאים פ"ו, משום דאינם באותו קרקע (ומש"כ להורות נתן ו' צט' דמאי שנא תרוויהו בעצין או א' בעצין וא' בקרקע, אינו מובן כלל, מיהו החזו"א כלאים סי' יג' מחדש מסברא שאין הבדל, וצ"ע), ולא כמקד"ד כא' ב' שאין

זו זריעה כלל, וכדמוכח גם בקר"א מנחות שם.

תי) ודע עוד, דבשם הגרח"ק כתבו שמה שהילדים נותנים זרע פול במוך למר גפן בכוס מים ושומת אינו כלאים, משום שאינו מחובר לקרקע. (אור ישראל כסליו תשנו'). ולאיתי למי שהבין שכוונתו שאין איסור כלאים במה שאינו מחובר לקרקע, וזו בודאי טעות בדבר משנה כדלעיל (ובר"מ כלאים א' ב', ועי' דר"א כלאים פ"ה ס"ק צט', ובמה שממהנו ע"ז בס' יו"ד רלו' ב' ס"ק ב'. ועוד דבכלי פלסטיק שבו נעשים המשתקים האלו

מוששין שדינו כנקוב, עי' משפט"א שביעית ז' ה' מהגרי"ש).

תיא) וכמדומה שכוונת הגאון שליט"א היא שאין שום איסור לערב זרע מין א' עם תולדת פרי ב', וכמו בד כותנה עצמו שנעשה מצמר גפן שאין איסור לזרוע בו, ורק אם הצמר גפן היה מחובר לקרקע היה איסור אפי' שהחיבור אינו במקום הזרע אלא במקום שיער דהיינו הצמר גפן. ולענין הרכבה בתולדת פרי עי' גם לעיל אות קנו', ובענין הרכבה עם עץ יבש עמ"ש בס' יו"ד רלו' א' סק"א).

תיב) נשוב לחילוקא דאות תמ', דעל פיו יבואר, דבדג הוא פלוג' הבבלי והירו' למה לדמותו אם לכח האם המוחשי או לכח הצומח הבלתי מוחשי, דלהבבלי כפי' הרמב"ן הוא מוגדר כנטילת נשמה, וממילא בודאי לא שייך תיקון, דהגדרת המלאכה הוא המעשה דהוצאה, ואפי' להרמב"ם דחבלה מועטת אינה נטילת נשמה, ואפי' אח"ל דאין הרמב"ם מודה בתיתוך אבר דלא כמ"ש להלן אות תמ', עדיין בהוצאת דג יודה.

תיג) (וכן יהיה תלוי בזה אם הנוטל שמן מן הנר הו"ל מכבה, מה יהיה דין הנוטל ממלח ממקום שיש בו בעל חי, ואינו יכול לחיות אלא כפי כמות הממלח שבאותו קופסא. וי"ל דלכו"ע אין הגדרת המלאכה דנטילת נשמה באופן שממעט הממלח ויודו שהוא גרמא, משא"כ בחונק בידיים כדלעיל תה').

תיד) ומ"מ אפי' אם נדמה דג לצומח, יהיו דברי הש"ק תדוש גדול דיש עוקר דבר ומתחייב מלוי ע"י התייבשותו, ומ"מ נפטר ע"י החזרה. ורק לסברת הרש"ש שם דהזורע ומלקט הזרע נפטר, יש מקום לייבש כך גם ד' הש"ק דיש לך קופר שאין

מיתוקו גמור ויכול להבריו בחזרה. (ולא שייך הדבר בגוזז מגוף המ׳, לו בקופר לסוברים דשייך במ׳, שישתלנו חזרה וייפטר, משום דלריכין שיגבע המיקון ממה שלא עקרו לגמרי, כמו הדג שלא יבשו המים שעליו).

תטו) ובאמת ראיתי מובא שהאו״ז ה׳ שבת עו׳ כ׳ לד׳ ריב״א, דלרור שעלו בו עשבים מקנה בו ומחזירו לקרקע ולכן אינו נחשב קופר, משום שמעיקרא לא היה מחובר גמור, וזה דומה לסברת הש״ק. מיהו בהג״א שבת שם (פ״ח סי׳ ב׳ ממהרי״ח) משמע ביאורו בענין אחר, דדין ברור זה כעלין נקוב ונחשב מחובר לקרקע גם אם הוא מופרד ממנה, ואין האיסור להפרידו מן הקרקע אלא מדרבנן. ולפ״ז אין זה שייך כלל לסברת הש״ק.

תטז) ובאמת עיקר חדוש הרש״ש שם נר׳ תמוה, דהגדרת מלאכת זורע היא נתינתו במקום שישרש אחר זמן, ולאכפ״ל שבודאי לא יהיה בשבת, כי כך הוגדרה המלאכה מעיקרא (והמעביר עלין בכרס קדש, עמ״ש בזה ביו״ד רפו׳ א׳ ג׳), ולא מסתבר שאם יוציאו ייפטר. ואינו דומה לחופה שהוא כמו גר הבועה, דאין המלאכה להיות בתור, דכיון שהאפיה מוחשית המלאכה היא רק כשנאפה, ואם הוציאו קודם אפיה נפטר. וכן ילדה אף שאסור במניח ויצוד אח״כ (עי׳ תו׳ שבת יז: ומג״א שטו׳ ט׳ דמשמע דפטור רק משום שהוא ספק אם יפול בו, ועי׳ פמ״ג שם משמע לא כן), הרי אם ברור שלא יצוד בשבת אין איסור אלא מחמת הכנה וכיו״ב אבל לא ילדה.

תיז) ולכן גם לא מסתבר מש״כ הרש״ש שם דהמניח פת בתנור בסוף שבת ולא מיאפה אלא במוצ״ש יתחייב ג״כ. והוא מילתא דתמיהא דבודאי לא גרע מוצ״ש משבת ולכן לדבריו אם יוציא את הפת מהתנור במוצ״ש ייפטר ואם לא יוציא יתחייב, ואין יעלה על הדעת דדין מלאכת שבת יהיה תלוי במה שאירע אחר השבת (ולהרש״ש בע״כ גם בזריעה ייפטר למפרע אם יצא קודם שהשרש, ויכול להיות זמן רב אחר השבת, ועוד תימה דלא כל הגרעיניים משרישים ותמיד יהיה ספק).

תיח) וכן במוציא דג ולא יבש בו כשלא עד מוצ״ש פטור, ולהש״ק אולי יהיה חייב דאין דין היובש כשלא אלא לענין שאם החזירו, אבל עצם אסיפתו היא קצירתו. וג״ז מילתא פריכא דבע״כ יהא הש״ק דאם החזירו למים אחר שבת קודם שיבש בו כשלא שלא עשה ולא כלום, וא״כ שוב תלוי מיובו בשבת במה שיארע אחר השבת וד״ז אין הדעת סובלתו. (ומ״מ התרלת ספק לא היא, דכל שבלא מעשה מצדו יתחייב הוי שפיר התרלה). ויש להסתפק אם מוציא הגרעין שלא נשרש אם עובר משום עוקר דבר מגידולו, דשמא זורע חשיב ע״ש ההמשך שמכח מעשהו ישרש, אבל עוקר כיון שסו״ס לא השרש מה עקר. ואם נאמר כן כשמוציא מיד אחרי הנטה בקרקע ייפטר, עדיין אפשר שאם עבר זמן, אפי׳ אם אין רואים שינוי ובעיטה, דבעלמא אין המורה מתייחסת לדברים שאינם ניכרים, הכא כיון שעיקר האיסור הוא מעשה ההכנסה וההוצאה לקרקע, נאמר דכיון שחלף זמן וחלו שינויים מועטים יתחייב מחמת זה על ההוצאה.

תיט) מיהו בזורע על דעת להוציא יש לדון שייפטר אף בשבת כדמצינו בכלאים פ״ב מ״ו בזורע לבדוק, וכ׳ הר״מ דהרי זה כזורע להשתתה (החוו״א תמה היכן מצינו דינו זורע להשתתה, ואולי כוונתו לירושלמי פ״א ה״ט מובה ר״ל בזורע ע״ג טרשים ע״ג היס ע״ג סלע שהוא פטור) והגר״א פי׳ משום דמשתיתו קודם שנעשה מאכל אדם, ואילו החוו״א ה׳ טו׳ כ׳ דלפשר דעשה זה שדעתו שיבלה בארץ ויושתת תמידו. ואמנם החוו״א מסיים דלפ״ז הנוטע לסייג ע״מ שלא ינקטו אין בו כלאים. ודבריו נראין תמוהין, דנוטע לסייג רואה בקיומו והוא מין שנוהג בו כלאים, והלא אפילו על קוצים כשרוב בני אדם מקיימין לגמלין אסור באותו מקום ומשמע אפילו הוא אינו מקיים לגמלים (וכן מוכח מר״ע האוסר בכל מקום מחמת ערבא), ומה לי שאינו רואה לנקטו.

תכ) אמנם לפ״ד חזו״א שביעית כ׳ ה׳ יש קולא מיוחדת בכלאים בזורע להתלמד או לעקור משא״כ בשביעית, ולפ״ז אין ראי׳ לשבת, אא״כ נתעסק בסברת הרש״ש עכ״פ לגבי זה, אבל הדברים נ״ע כמו שכתבנו בס׳ יו״ד שם. ועי׳ גם מנ״ח במוסך השבת ב׳ א׳ שכ׳ נר׳ פשוט אפי׳ אם זרע ע״מ להגביה מהקרקע חייב, ושוב ראה שם פלוג׳ בירו׳ פ׳ כלל גדול קוף ה״ב אי בנין לשעה חייב. (ויש לחלק טובא). ומ״מ פשט״ל שם דלא הרש״ש אלא כמ״ש במלוה רצח דהזריעה הוא מלאכה מרגע הזריעה. והנה המשרה קטנית במים יכול להנביטה עי״ז (עי׳ לעיל אות מי׳), ולהמנ״ח ודלא הרש״ש אם עשה כן בשבת אפי׳ הוציאו אח״כ חייב (אם היה הענין נקוב).

תכא) אמנם י״ל דאין הדין אלא בדרך זריעה, או כשהכניסו על דעת לזרוע והנביט, אבל השריית קטניות במים עושים לשם ריכוך לאכילה ג״כ, ואין ע״ז שם זריעה. ולפ״ז אפי׳ הכניסו לריכוך לאכילה, ושכחו שם והנביט, פטור לענין שבת, דרק כשאתשבי׳ ומכניסו ע״ד זריעה חשיב מלאכה, ולגבי כלאים נ״ע דכתיב שדך, וי״ל דעכ״פ אסור מדרבנן כדין עניין שפ״נ דסו״ס מלמיח ומרכיב וזו היתה כוונת האיסור, ובאות תט׳ נת׳ טעמא אחרינא, וע״ש.

תכב) והנה עי׳ באו״ז הנ״ל אות תיד׳ שכ׳ דאם היה עובר על קולר בעקירת הפרפיסא בודאי יעבור ג״כ על נוטע בהחזרתו, ולפ״ז יש לדון אם שייך כן גם בגוף האדם, דאם נאמר כל׳ הירו׳ וקצת ראשונים דשייך בו קולר למה לא יהיה שייך בו מולדה דזורע בהחזרת הדבר הנקלר והשתלתו באופן שיעוב ויגדל. וי״ל דהשתלת אבר הוא דבר תימה וחדוש שלא היה כענין זה במשכן כלל, וממילא לא שייך להכניסו בכלל מלאכה. ואף דהחותך מן הגוף עובר לרוה״פ במובל, וזה היה ידוע מעולם דהפצע מתאחה, אבל אין זה דומה לנוטע, דלא נעע כלום, והוא כשומל ענף אחד במוך אבר, ועוד, דהוא מולדה דמולדה ואין איסור בשבת על מולדה דמולדה. מיהו נ״ע אם הרכבת יחור במוך אילן בכלל זה דלא היו נריכים לזה במשכן, או דהוא טבע העולם ולכן דינו ככל נטיעה.

תכג) א״כ מו איכא לעיוני בד׳ רבותינו המג״א והמ״ב לעיל אות שפג׳ דלא משבו להוצאת מן איסור לאו, ולא הביאו כקצת אחרונים אות שפז׳, אם זה משום דפוסקים כרמב״ן אות שפח׳ דלית קולר בבע״ח ודלא כירושלמי אות מג׳. והנה המג״א מצז׳ ו׳ מביא דברי מהרש״ל (יש״ש ביצה פ״ג ס״ב) דאין ביצה בדגים דלא הוי דומיא דמשכן אלא משום קולר כדאי׳ בירושלמי, ומשיג עליו המג״א דהירושלמי מיירי (אפילו) בדג הניתוד ועומד בתוך כפל מים והנדון על הפרדתו מהמים, ואין ראי׳ דאין ביצה בדג. והוסיף דאף דבגמ׳ פירש״י משום טוילת נשמה, י״ל דהירו׳ ס״ל משום עוקר דבר מגידולו. ע״כ.

תכד) הרי רש״ל להבנת המג״א בודאי משום הירו׳ לבבלי וכל׳ הרוקח לעיל אות מג׳, ולכן מחדש דאין ביצה בדגים, משמע קצת בדבריו שמבין הירו׳ שהפקיע דגים מטוילת נשמה מכיון שבמשכן לא היו נריכים דגים (״דלד דהוה במשכן דהיינו מיות ועופות״, והא דאלזון פי׳ כנר׳ שאין לו טבע הדג אלא רק דומה לדג אבל עולה ליבשה ואינו צריך מים להתקיים, וכאלזון הידוע בומנגו, אבל התו׳ שבת עה. לא הביאו כן ולכן תמהו למה אין דינו להתחייב כשיבש בו כסלע, וכן למה אי׳ בירו׳ דאין בו ביצה), וא״כ גם ביצה לא שייך בו כי אינו מסידורא דהכנת בהמה לאכילה, ולא כהסברא שבאתרנו בירו׳ לעיל אות תד׳.

תכה) אמנם המעי׳ בש״ס פ׳ אין לדון סי׳ ב׳ וסי׳ יא׳ יראה דלא קאמר רש״ל דאין ביצה בדגים כלל (וכבר העיר בזה

הפמ"ג), אלא דלף ביו"ט דאין איסור לגוד (לדעתו, וע"ש במג"א שמשיג ע"ז), יהיה אסור משום קוצר (ולדעתו הוא משום שבהיתתם במים אוכלים מעפר ועשבים, ואינו מובן אפי' אם היה כך המציאות – עי' רש"י ערובין כו: ובילה כג: ורשב"א ושא"ר שם - וכי לקיחתם ממקום שאוכלים נחשב מקום גידולם?). וג"ז צ"ב, דגר' דסובר דאב דקוצר מיתלא תלי וקאי ואל היכן שפוקע איסור לילה, לפי היסוד המבואר אות שלא'. ואינו מובן דהרי אינו פוקע אלא רק לצורך אוכ"ב, ועי' אות תלד'. (וגם גר' מדבריו דהירו' מודה דאם נשאר בחוץ ומת עובר גם משום נטילת נשמה, ופריכים לדין קוצר אם החזירו למים וחזר לחייה, ואין זה במשמע).

תכו) וגם המג"א שהשיג עליו שאינו מוכרח לגילה, לא דן אלא מצד חשבון הדברים, דאין רא' מירו' שלא יעבור על גילה אם יהיה דג שאינו גיפוד בספל (או אם יפוד את הדג בתוך המים ולא יוציאו אלא ישאירו לבוד במים), וגם לא כ' להדיא שהבבלי חולק אלא רק שרש"י פי' בגמ' לא כן, ולא העיר כלל לאין לדידן קי"ל כרמב"ן ורשב"א שדחו הירו' מפני מה שפירשו בד' הבבלי (ומ"מ במהר"ם פי' כן בדעתו, וא"נ). הרי אין מניעה לדעתו שיהיה קוצר בחי, אלא רק לא סבירא ליה דבשן שייך קוצר. ואריך לבאר דעתו.

תכז) ובאמת אין ראיה ממה שהחייבו הירו' במוציא דג מן המים כעוקר ממקום גידולו, לכל חוקר חלק מן החי, די"ל דהיינו משום דל"ש בדגים נטילת נשמה להירו', וכדלעיל אות תד', אבל כל שאר חבלה בגוף שייכא לנטילת נשמה, וגם חובל בדג חייב משום נטילת נשמה, דנוטל קצת נשמתו, ואם ישחט את הדג יתחייב ג"כ משום נטילת נשמה, והכסברא שנת' שם (מיהו להבנת מג"א בד' רש"ל אות תכג' אינו כן).

תכח) ועי' חזו"א או"ח קלג' א' שפי' בד' הרמב"ן בכורות כה. וכ': "בתולש מבע"ח כיון דמלקה התורה גוזז מקופר הרי נכלל כל תולש מבע"ח בגוזז ונתמעט מקופר", וכ' דזה אף לירושלמי דשייך קופר בגוף האדם, מ"מ היכן דמתאים שיהיה גוזז, אינו בכלל קופר אף בגוף האדם. וזה לפי היסוד דלעיל אות שלא'. ובמנח"ח מוסף השבת יב' דלהר"מ מ' ז' דבע"ח תשיב כקרקע, כל חוקר מהי עובר משום גוזז ומשום קופר וכ"כ דובב מישרים א' עח', ואזיל המנ"ח לטעמי' אות שלט' ולענ"ד אינו כן וכאמור, וכן מוכח בל' הבה"ל שמ' ס"ב, דכשאין בו קופר ממילא חייב משום גוזז, ועי' להלן אות תלד'.

תכט) ומ"מ עדיין עיקר הדין דמוכיח שם רמב"ן דבגוזז חייב אף אחר מיתת הבהמה, מדברי הירושלמי (ועי' רי"ש אלגאזי דלכאו' כ"ה בתוספתא שבת ט' א', ופי' שם למה מתוספתא אין ראיה), למש"כ בכל הדברים האמורים לעיל בדעת הירו', אין ראי' מירושלמי שאינו מבדיל בין חי למה שאינו חי, וכמו שבלובב ומכבס מחייב גם באדם, ובקופר מחייב גם בחי, וכן אמרי' בירו' דמובב חייב משום קופר, ה"נ גוזז מחייב גם בחי.

תל) ועי' מג"א מקבו' יא', שדחק דברי תרוה"ד שכ' דגוזז שער בחי אינו מלאכה, דכוונתו שפטור משום שא"ל לשער, וסומך על הירושלמי, אבל היה אפ"ל דהתרוה"ד סובר דכ"ז הוא להירושלמי ולדידן אינו כן (ומ"מ הבה"ל שמ' א' פוסק כט"ז דהחלכה כירו' לדידן דאף בחתה ומוכיח מד' הראשונים). ורא"ל בבה"ל שמ' ב' שכותב בפשטות דשייך עוקר דבר מגידולו בחי. וא"כ להלכה עכ"פ הדבר ספק.

תלא) וי"ע להירו' ולרא' הסוברים דשייך קופר בגוף, כיון שמודים למש"כ החזו"א אות תכח' דמה שנכלל בגוזז נתמעט מקופר, אם שייך לומר שיהיה דבר שמתאים להיות משום גוזז, ולכן אפי' אם מאיזה טעם אינו חייב משום גוזז, כיון שהיה מתאים שיהיה בו, אין בו גם קופר. דהנה עי' בתשו' תורת חסד א"ח יב' דמלאכת גוזז כוללת כל דבר שנפרד מן הגוף ואינו הגוף עצמו. וכן במרכה"מ פ"ט משבת כ' דגוזז שייך רק בדבר נפרד, ועי' רש"ש ערובין קו. שכ' דגוזז הוא בדבר שאין גזעו מחליף, כשיער וליפורן, (והשיג בזה על רש"י שכ' דחותך יבלת משום גוזז, אבל י"ל דכיון שהיבלת מתייבשת ויוצאת מכלל הגוף, דומה להנ"ל, דהרי אין קופה ליפול ואינה יבשה לגמרי דנפרכת, אלא נשארת לזמן רב ביבשותה). ובתהל"ד או"ח שמ' ב' כ' דגוזז הוא רק בדבר שאין הגוף מרגיש בנטילתו (ובזה דומה שן לליפורן, דאין בתוכה ממש עצבים, ורק בחיבורה לגוף, ובודאי מודה תהל"ד דגם בעוקר כל הליפורן שמרגיש בעצבים חייב משום גוזז).

תלב) והמנ"ח הביא דאי' ליסוד זה, מהא דמחייבי הרמב"ן והרמב"ם גם בגוזז מתה (וכן פוסק המג"א לעיל אות תכח'), הרי דאין ענין הגוזז כלל לעקור ממקום חיותו, שהרי כבר אינו גודל ואינו חי, והחותך בשר מתה אינו מלאכה, ורק בדבר שהוא נפרד ועומד לעצמו, נחשב גוזז להפרידו ממקום שהיה בו. מיהו איכא למידחי דהיינו דוקא במתה, אבל חשיבות גוזז רק על דבר נפרד שאינו כמתחך בשר לחלקים אלא מפריד וגוזז, אבל בחיים יכול לכלול גם חיתוך חתיכת עור.

תלג) ובאמת הבה"ל שמ' ב' מחייב תלישת עור משום גוזז, והשיג על הט"ז שלו' י' שכללו בקופר (וכבר השיג עליו המנ"ח במוסך השבת יב' ז'), וכרש"י לעיל וכסתימת מג"א שכתב לה'. ואמנם כ' מהר"ם מרוטנבורג, פסקים ומנהגים, תש"ז, סי' שיט: נראה שאותן תלתולי עור בשר הפורשים מן האדם אסור לתולשם בשבת, "משום תולש מן המחובר", אבל אין רא' גמורה, די"ל כעין שכתבנו אות שלא' וגם ל' תולש הולך גם על גוזז בכ"מ.

תלד) ולכאו' משמע דכוונת רבינו הבה"ל דסובר דשייך באדם עוקר מגידולו מדין קופר, אלא דהיכא דהוא כלאחר יד נעשה גוזז, הרי דכשהוא קופר אינו גוזז, וכמבואר לעיל פרק זה, אלא דכשנפטר מקופר מדין כלאחר יד נעשה גוזז. ודלא הסברא דלעיל אות תלא'. אבל היה ראוי יותר לומר דשכהוא בסוג קופר, אפי' אם היה כלאחר יד לא אמרי' דנחשב גוזז. וזה כמו שנאמר דהכותב אותיות אבל עושה בחופן שאינו דרך כתיבה, נחשב לצביעה, כי יש אפנים שכשלוצעים אותיות המכחול בצורה שאינה מתאימה לכתיבה. ומשמע דסובר רבינו דאין הסיבה שאין ב' מלאכות למעשה אחד משום שהמלאכות הן חלוקה לסוגים, אלא משום שאין ב' חיובים ותמיד מחייבים משום הקרוב.

תלה) ויותר נראה בכוונתו דהוא דבר מיוחד בקופר לעומת גוזז, דהמריטה של דברים דרך משיכה היא עצמה חלק מהגדרת הגוזז, וכמו שכשמשיגים אותיות מעבר לגבול מסויים הוא בגדר צובע כי אין כוונתו כלל לכתב ויכר אלא לסמלים ופיורים.

תלו) מ"מ ש"מ לדעתו דאיכא קופר בבע"ח, ואעפ"כ לא תשיב לשן קופר, וגר' כמ"ש בחות תלא' דשן היא בסוג גוזז כי היא דבר נפרד מן הגוף, ואם לדעתו ליכא גוזז, אין שם קופר מילתא תלי וקאי אלא פטור מן התורה, ואם מוציא דם יהיה תלוי בדיני חובל, ואפשר שגם בזה יהיה פטור וכדמלדד הבה"ל בזה. והטעם דלא תשיב גוזז י"ל בפשטות משום דאין גוזז אלא בדבר שדרך לגזוז, וכמבואר בסוג' דבכורות שם ועי' גם ריטב"א שם שתמה על הט"ז מהא דמבואר דרק בעוף אורחי', וכיון דבריר שאין דרך לגזוז אז לעקור שייכים, אין שייך בהו כלל מלאכה דגוזז.

תלז) והנה בשו"מ א' ב' קמו' דוחה סברת אחרונים הנ"ל אות תלא' דגוזז הוא רק בדבר נפרד מהגוף, וטעמו דהכי מבואר בשטמ"ק כתו' ה: דלולי ריבוי הפסוק למול בשבת היה המוהל חייב משום גוזז, והרי אין זה אלא מחתך בשר ואין עור הערלה נפרד מן הגוף. אבל כבר דחי לה בחבנ"ז או"ח קלט' ובמוסך השבת יב' ח' דהוא רק במילה משום דעומד לגזיזה בישראל (וגם הרבה נכריס).

תלח) ויש לדון לפ"ז מה גדר 'עומד', ואם יש אבר גגוע שצריך לתתכו, והוא אבר שעלול לכך כמו המעי העיור, האם נאמר דמשו"ה נעשה לגוזז (והנ"ל כיון שבתוך הגוף לא נר' דשייך למלאכת גוזז, ויש לחלק מלילי עור בתוך הפה). והרי בלילין של עור לא אמרי' להבה"ל לעיל אות תלב' דכיון שאחרי שאירע להם שהם תלויים נעשה העור הזה עומד לקלילה והדר להיות גוזז. ובאמת אין להעמיד יסוד על דברי השטמ"ק שם, דאין ידוע ממי העתיק, והוא מ'קומורסים', ואין בזה רלי' נגד פשטות הרבה ראשונים.

תלט) ובאבנ"ז או"ח קלא' הביא מבכורות ו' ד' דטוילת השן היא מוס, ופשט"ל דבזה לא שיך גוזז דדבר שעושה מוס לא ייחשב גוזז, ותמה ע"ז דבאדם שיניו שם ז' ה' דאינו מוס, ופי' דבאדם מצוי אדם זקן, וא"א לומר שכל זקן ייחשב בעל מוס מחמת טבעו, ואילו בהמה זקנה פסולה למזבח, ולכן בהמה שאין בה שן נחשבת בע"מ. ומנם יל"פ עוד דאדם יש לו דעת למנוע אוכל מתאים לעצמו, ואילו בהמה בלא שיניים מצד טבעה היא בעלת מוס כי אין לה יכולת אכילה (וגם לבעליה לא תמיד שוה ליטפל בה, ועי' אות תנז'). ועי' אות שמ', ובאבנ"ז שם מסיק דשן הוי גוזז. אבל להמ"ב והמג"א אינו כן וכמבואר.

תמ) ולפ"ז הוצאת שן היכן שלא יצא שום דם, או מיתוך חלב מהשן עצמה, צ"ב איך נדונה, ולא נראה דשייך לדון בזה משום חובל, דהרי מיתוך הוא בגדר עוקר מגידולו או גוזז ותו לא, וחובל לא שמענו אלא על דם, וגם לפי' האבנ"ז או"ח קלא' כה' דרק במוציא דם הוצרך הרמב"ם פ"ח ה"ז למפרק, אבל בחותך אבר מודה ג"כ דאיכא עילת נשמה מאותו האבר, ולכן פוסק בפי"א ה"א דמדלדל עובר במעי עמו הוא משום עילת נשמה (ובשבט הלוי מ' קי' נתקשה בזה ולא נחית לד' האבנ"ז וכ' דכיון דעתידה להיות לו נשמה עובר משום עילת נשמה, ותמוה, ועי' לעיל אות שמה' ואילך בגדר למפרע בכיו:ב), אין שייך לומר כך בשן. ולכאו' לפ"ז יהיה מותר.

תמא) ולפ"ז ה"ה בסתימה הנמצאת בשן, ורופא להסירה בשבת כגון שחושש שחוצצת, מותר להסירה. ולפ שבטלה לשן מ"מ כך גם דין שן עצמה שאין בה דין גוזז ואף לא חובל, ואין הדון אלא רק בחובל. ומה שהמיר האג"ט לעיל אות שפא' בחשש גוזז מפאה נכרית, כבר העירו שהרמ"א שג' כו' שדיבר על תלוקת שער "שייטיל" לא החכוין לפאה נכרית אלא לגוז של תקרוקת בשערות (ראה ישורון טז' עמ' תקעח' ע"פ בלשן בל' לע"ז).

תמב) ויש לדון אם שייך בזה מקלקל לאסור מדרבנן, ולכאו' עכ"פ בעוקר שן או חלק מהשן שמכאיב לו אין זה קלקול, דאין השן חפץ לעצמו. ועוד דלא ברור שגזרו רבנן על קלקול בגוף דשמא רק על קלקול בכלים גזרו.

תמג) ויותר נראה כיון דסתם קלקול בגוף הוי חובל, לא יתקנו רבנן במיוחד איסור לקלקול גברא, ואדרבה כל איסור מקלקל הוא רק שאסרו מלאכות דסותר וקורע וחובל אף בחופן שאין תיקון, אבל לא חדשו איסור נפרד לקלקול. וגם לאידך גיסא אם נחשבו כמתקן, לא דנו אלא ב"מתקן מנא" (עי' ביצה לב:), ולא בתקוני גברא, דכיון שהאדם אינו חפץ אין נחשב למתוקן ע"י שרפאוהו בדבר מסויים (כי מעיקרא לא היה נחשב מקולקל ממחת איזה חסרון פיזי, וזה עומק ענין נראה כמיקר להלן אות תמו', דאינו חפץ אלא בעל רצון ובשקדנו על תיקון איזה ענין בו אינו נראים כ'מתקנים' בהכרח, ועי' אג"מ או"ח ד' עה').

תמד) והנדון בשבת קכג: דמוכיח ר' נחמן ממחט ליטול את הקוץ לאסובי יעוקא, ופרש"י "אלמא תקוני גברא במידי דלאו לרפואה, דליכא משום שחיקת סממנין שרי", ור' ששת חולק ע"ז. הנה פי' התוס' דהא דממהו שם מאפיקטויזין, ודאי הקו' על מה ששייך ממש לאסובי יעוקא, דהיינו שבמשנה שם אסרו עצוב הקטן, והרי לגבי עצוב מבואר קמן: דהוא משום דמיחזי כבונה, ואין זה דין מתקן הכללי שגזרו גם במתקן מנא, ואין בנין בכלים, ולכאו' מתקן מנא בעצמא הוא משום דמיין למכ"ב. ולכן איני מבין דברי אגרות משה ח"ב פא' שבנה יסוד על סוג' זו ועל מחלוקת זו לדין תקוני גברא, ואם יש פלוג' על דינא דר' יהודה בשבת קו. ואין זה ענין כלל לנידון דידן דבקבא: הנדון תיקון של בונה ובקו. הנדון תיקון של חובל. אמנם מסקנתו באמת להמיר וכאמור דהלכה כר' נחמן.

תמה) וכן הפו' שדנו בחיתוך ציפן המוצלים לטבילה, לא המציבו תיקון במה שיכול לטבול ואמנם טבילה עצמה בשבת לגר אסורה משום תיקוני גברא, אבל הוא חלק מגזרת טבילה בשבת כמו טבילת כלים, ולא דין עצמי של מתקן מנא באדם. והרי לטבול לטומאתו בשבת לא גזרו. וענין התיקון בטבילה הוא שמן הטורה טמא ומשנה דין הטורה בזה ומתקן דינו וגזרו על תיקון זה כמו שגזרו על תרו"מ, ואין זה שייך כלל לתיקון מצבו הפיזי, ודבר כזה נחשב תיקון בכל האדם באמת, ואולי דמי לרבנן למכ"ב (וכיו"ב ראיתי בחשו' להורות נתן ו' טז' דוקא בצלילין שצריך לחתוך מדרבנן במילה, לא חשיב תקוני גברא. ויש לסייעו ממג"א שבו' ח', ומש"כ שם הגרע"א שיש מוכן לן).

תמו) וי"ל בהא דלא גזרו לטבול מטומאתו, משום דצריך לזה, במה שמועילה טבילה לפני הערב שמש, וגם צריך להיות טהור בהקדש כדי לאכול בתרומה ובקדשים, ולא מיקרי הכנה דמטהר עצמו השמש. ועי' תו' וריטב"א יבמות מו. מה דחלקו בזה דבגרות ל"ש נראה כמיקר, ומ"מ גר' דצריכין לטעם האמור, שאין מכמיס נוקקים לחילוקים בלי שיצרכו לזה. ודע עוד דלהרמב"ם יו"ט פ"ד הי"ז אין איסור טבילה דאדם משום תיקון, ולכן גם בגר כ' פי"ג מאי"ב ה"ו דהוא משום דין).

תמז) והנה מהר"ם שיק או"ח קנה' כ' לדמות דברי השואל שם, בנדון להוציא מיטה שנתקעה בגרון האוז, ומתקן האוז בהוצאתה, אבל חובל בו עי"ז, ומסיק דחבלה שאינה תיקון אף שנעשה רצונו ומתקן ממקום אחר, חשיב מקלקל בחבורה (ובמקלקל בחבורה נחלקו הראשונים ומובא במג"א רעח' דהטור מחייב).

תמח) אמנם אין ראי' לנ"ד בדין מקלקל באדם, דגדרי מקלקל בחבורה הם ענין לעצמו בהגדרת החבורה כמלאכת חובל ולא כהפסד בעצמא שאינו חובל. ועוד דשם באמת חובל בגרונה ופוצעו, ואין בחבלה זו תועלת ישירה, וכאן החבלה של הסרת השן היא תועלת ישירה לגוף להשן מזיקתו. (ומאי דסומך שם על מהר"ם לובלין בתו' שבת עה. דסובר דאינו מחכוין וגם אלא"ג אפי' בפס"ר פטור ולא אמרי' מקלקל בחבורה חייב, הלא בתו' שם מוכח דלא סברי כן).

תמט) ובאמת ראיתי כבר לחת"ם נדה כט: בנדון מנין הטבילות, דתמה לב"ש דאין טובלין בשבת ופלפל בדבר, ובתוך דבריו כ' דמתני' דהתם אליבא דר' יהודה דסובר דשייך תיקון גבי אדם כדאמר בשבת קו. מה לי מתקן גברא מה לי מתקן מנא. ע"כ. וא"ע דר' יהודה לא קאמר הכי כלל, והנדון שם לגבי מקלקל בחבורה, ור' יהודה סובר דאיכא תיקון, דפי' ר' אשי בדעתו "מה לי לתקן מילה מה לי לתקן כלי מה לי לבשל פתילה", דאין המילה קלקול אלא תיקון משום דנתקן האדם בזה. אבל האיסור הוא מלאכת חובל ואין בו פטור מקלקל, ולא דיש כאן איסור מקלקל מיוחד דמקלקל גברא או איסור מתקן מיוחד דמתקן גברא. (וכן המגיה לתשו' מהרי"ל קלט' חיבר ענין תקוני גברא, עם ענין מתקן בחבורה).

תנ) וראיתי גם לרב מנחי"ם ח"ה לב' שכ' לאסור להשתזף בשבת, דבהעברת קרם על פניה איכא משום צובע וכן בטוחה על פניה בצק כדי להאדים, כשבת לה. וירו' שם פ"ז ה"ב דחייבת,

"והרבה עניינים מצינו לאסור משום תקוני גברא, ובגין, מדאו' או מדרבנן, ואף רק משום מיחזי כמתקן, כמו בטבילה", ופיין לשבת קכג: וס"פ תבית ובילה יח' יבמות מו. כתו' ה: ועוד. "ואי"כ בודאי גם מה דמניח עצמו כנגד השמש ליפות עצמו ג"כ הוי משום כל אלה, ומה דהוא אינו עושה כלום, ל"מ להיתרא, דהרי גם בטובל במקוה, אינו עושה רק מה שהולך לטבול, וכמו כן הכא, מה דמניח עצמו כנגד השמש, זה בעצמו הוי מעשה".

חנא) ולענ"ד לא נראה כלל, להעברת קרק הוא גזירה דרבנן משום לובש, ולא מדין מיקון, וכדלעיל אות שפ'. ושאר המקומות שהביא אינם דין מיקוני גברא, אלא מלאכה גמורה, אלא שיש תנאי שלא תהיה קלקול, וכדלעיל. ובשיזוף עצמו לא נראה שיש משום גזרת לובש, משום שאינו דומה כלל להעברת קרק המחדש לבש. ומה שאסרו בטיחת בצק, קשה ללמוד ממנו, כי שם הוא פעולה מיוחדת בגופה, ואילו הלבש הנולד מהשמש יש בו ג' חלקים, א' התחדשות העור מחמת המוס והשהות בשמש, והוא דבר מיידי שקורה לכל אדם שהולך בשמש זמן מה, ונתשב דרך הטבע ולכן לא מסתבר שיאסריהו חכמים, דמה לי הולך בשמש מה לי שוכב בשמש. והב' הוא הלבש הכהה הנולד לאט לאט במשך שנים של שהות בשמש, וזה נתשב דבר שאין בו ממש לענין לובש להשיניי בכל יום הוא לא מורגש.

חנב) ולכ"ג דגם להירו' באות הנ"ל אין טיחת בצק מה"ת, שאין זה באמת לובש, אלא גזרה, וגזרו רק בחופן זה שהוא חלק ממלאכת איפור (וכלל האמור כאן מוכח גם בד' האג"מ המובא לעיל אות תמד'). מיהו מש"כ שם שאם מצטער מזה בחופן פיזי אסור, בודאי נכון שהוא דרך שעות לצער גופו בשביל לתפוס לבש, וכיו"ב אסרו חז"ל בשבת ואפילו לרוח.

חנג) ועי' תו' שבת קו. מובא בט"ז רכא מב שכ' דמקלקל בחבורה דפטור היינו כשעושה קלקול והשתתה לא כשאינו נהנה. והרי גם גורר ספסל וחורש, הרי בפועל הוא מקלקל, כי עושה תריצים בחצר שלו, ואא פטרוהו משום מקלקל. דאין מציאות איזה קלקול פוטרת אותו מהלאו, אלא שיש מעשים שכ"כ נחשבים לקלקול עד שאין עליהם שם הדבר, וע"ז איתמר מקלקל בחבורה. וכן המובל בחברו בחמתו תשיב מתקן לד' הרבה פו' (עי' מג"א רעח' א', וכדאמרי' במשבר כלים דמתקן הוא אצל יצרו). ועי' גם בחת"ס כתו' ה: דמוכיח דכל שמתקן הוא מצד אחד מסקיק בזה לחייבו, ולאכפ"ל שגם מקלקל.

חנד) והנה בשבת קו. מבואר דמילה תשיבא מתקן ואא מקלקל בחבורה, אבל במילת נפל אמרי' קלו. דמתחר בבשר הוא דאא תשיב חובל כלל דאין לו דין מי, ואא אמרו דאפי' אם היה מי, פטור משום מקלקל בחבורה כי אינו חייב במילה, ואולי משום שבזמן שחוקר אינו יודע שיהיה נפל ובא לתקן, וכך מסתבר לגבי כל רופא שבא לתקן נחשב מתקן גם אם באמת לא תיקן, וכך לגבי הרבה רפואות שהיו נוהגות פעם ולפי הידוע לנו אינן מועילות. אמנם בתורת חסד פ"מ יב' ביאר דבמילה חייב למול כן מחמת הספק שמא אינו נפל וממילא הוי נמי תיקון, ואולי לדעתו אפי' לסוברים סד"א לחומרא מדרבנן מ"מ תיקון הוי.

חנה) ובאמת בתורת חסד מא"מ יב' דלהרי"ף שבת קלו. מובל בנפל יהיה חייב. ולדעה זו חזי' דיש לו דין מי אף שבודאי ימות, ולא כסברת דלעיל אות שפט'. ויש לדון לפ"ז אם משכחי' עובר מחוץ לרחם (עי' אות שמה'), דאף שבמצבו הנוכחי בודאי ימות (אם לא יוכנס, וכך דייני' לי' כדלעיל אות שלג'), כיון שהשתא הוא מי יש בו דיני עוילת נשמה.

חנו) ובאמת נראה דגם בפג הנמצא באינקובטור, דאין חייבין על עוילת נשמתו מדין הריגה, דאין לו דין אדם אלא עדיין יש לו דין עובר, ומה שיכולים לעשות לו רחם מלאכותי אינו נותן לו דין אדם, ולענין הריגה בודאי לא עדיף מהורג טריפה, שהרי אין לו שום קיום בעולם, וגם אם נניח שע"י רחם מלאכותי יהיו רובם לחיים אין זה סותר הטריפות מצד עצמו. וכמו בהרבה טריפות בזמננו שאין מתשיבים את הרפואה המודרנית כדבר עצמי שמשנה דינו. ואמנם לענין דין טריפה יש מקום לחלק בזה בין אדם לבהמה, דבהמה אין הרפואה המודרנית מיועדת לה ורוב בהמות שבעולם לעולם לא יתרפאו כן וא"א להפקיעם מטריפה משום דלו היו אדם היו מטפלים בהם, ודברנו מזה בס' יו"ד לב' ד', אבל לגדון דידן אין האינקובטור מוגדר כרפואה, אלא שמיותו ממנו, וממילא הוא כעובר ברחם אמו שאין לו חיות עצמית.

חנז) ועי' מהר"ם שיק קנה' שכ' דבמובל שכבר בא בגופו חולי, והוא בא להוציא ולתקן החולי חייב, ושלכן כ' המג"א שטו' טו' דמובל לרפואה חייב, ואילו בשכמ' ג' לאסור להוציא שן "דההוצאה עצמה הוא המבלה שיטול נשמתו וחיותו של השן", וכ' "שהוא מחובר בגידין ויש הרגש בו שהרי הכאב מעיד עליו". אמנם במג"א לא נר' דהוא מחמת עצם חיתוך השן ושהשיבה לחיה, אלא מחמת הוצאת הדם, ופ"מ היכן שלא יוצא דם, וכן בדבר שאין בו חיות כמו קרן או צפורן, ובאמת גם בשן אין חיות אלא בעצבים שמתחיה, וחיתוך השן עצמו אין בו עצבים, והרבה פעמים שן שהריבה עקירה כבר אין בה עצבים אלא רק שרקבונה מזיק לגוף, וכאב העקירה הוא מחמת שנעוצה בגוף, ולא שיש בה הרגש.

חנח) והנה הגר"ז סי' שכמ' כ' דבהוצאת שן תמיד יהיה פטור משום שא"ל לגוף הדם שמוציא, וכ"כ הקוה"כ קמ' דקציצת צפורן הוי משאל"ג ומותר ע"י נכרית לצורך מצוה. ואמנם כן מבואר בתו' שבת לד: רק בצריך לגופו וכן בהשב"ם מכות כ. ורא"ש בכורות ג' ה'. אך הריב"ש תשו' שלד' המובא במג"א שג' כב' ור"ם שמ' סובר דחייב גם באל"ג, שטובת העור הוא וכך עשו במשכן לתיקון העור וכ"כ חכ"ל פב' (ובבה"ל שמ' א' הביא כמה וכמה ראשונים דסברי הכי). ולכאורה הכרעת הש"ך בזה להקל, ועי' בה"ל שם שדומה (בסברא מחודשת, וכנר' לא רצה לשנות מדברי הש"ך אף שעיקה"ד לדעתו להחמיר).

חנט) ובדבר זה יהיה נפ"מ ג"כ למי שקובל מטחורים, דהיינו שיש כלי דם פתוחים בגופו, שכל פעם שהולך לצרכיו יוצא ע"ז דם מגופו. מאיזה טעם מתירין הדבר, ואם צריכים לדין כבוד הבריות או להיתר מיוחד דכל פעולת הגוף הטבעית אינה בכלל מלאכה, ונפ"מ אם הוא דחויה רק מפני שצריך, ואם יכול להמתין דקה לצאת השבת יותר טוב (אף שי"ל דכל לצרכיו נחשבת המתנה כגריעותא). וכן הנדון גם במי שכשאוכל דבר קשה כגון תפוח שיניו מדממות תמיד, ג"כ י"ל דכל פעולת הגוף הטבעית לא אסרה תורה, וכדלעיל אות שעט', והגם שאינו חייב לאכול דוקא תפוח או מאכל קשה. והנה מדברי המ"ב והמג"א לעיל אות שפג' לגבי שן חזי' דחולי ופס"ר דלנ"ל אינו מתיר דרבנן, שלא המירו להוציא השן ביד ישראל אף שהוא חולה וגם פס"ר דלנ"ל בהוצאת הדם. דהרי איסור דרבנן לא הותר במקום חולי אלא ע"י נכרי, וש"מ מדברי הפו' דגם בלנ"ל כך הדין.

תס) והנה ראיתי להדש בזה דאין איסור הוצאת דם משום תולדה דעטילת נשמה, אלא כשפותח ומובל בגוף ומוציא ממנו דם, אבל כשיש פצע פתוח ומוציא דם משום שנוגע בו, אין בזה איסור כלל, דהרי מקום הדם פתוח ומטפטף לפי גודל הפתח, ואם לוחץ עליו ויוצא יותר דם, אין זה מלאכה דכלפי כלי דם פתוח, דם מיפקד פקיד וכמונח בקופסא. אבל אם לא נאמר כן, יהיה חלוי בגדרי מקלקל בחבורה, ודומה לכאו' לנדון מהר"ם שיק אות הדם.

תסא) ואמנם המוס' כתו' ה: כתבו דמקלקל במקום חולי ואינו מתכוין מותר, ונסתפקו אם דוקא במקום מצוה. ולא

פירשו אם מיירי אף בפס"ר. אבל המ"ב שכא' אוסר להטיל מים לתוך הטיט משום לב, ואפי' שהטלת מים לעיסה בלא גיבלו דרבנן, אסור. ולכאו' הטלת מים כזו תמיד היא גם מקלקל, דשום דבר טוב לא יצא לעיסה של טיט ממ"ר. ומשמע כשיטתו לעיל אות תנט' דאין הלירוף מתיר.

תסב) ואילו המזו"א או"ח נח' ח' כ' דכיון דהוה פס"ר דלא ניחא ליה באיסורא דרבנן, ואף דפס"ר דלא ניח"ל אסור גם בדרבנן, משום כבוד הבריות יש להקל. אלא דמסיים המזו"א, דאין מחמירים שהטלת מים לעיסה היא מן התורה, וא"כ אין להתיר. "ומיהו בשעת הדחק יש להקל". ולא פירש אם בשעת הדחק יש להקל דפס"ר דלא ניחא ליה מותר באיסור מן התורה, או דיש להקל שהטלת מים לעיסה אינה מן התורה (כן נוטה יותר בלשונו). או שמתחשב במה שעיכוב הטלת מים היא סכנה והיינו דחק' שאין לו מקום אחר להטיל מים.

תסג) ולכאו' יש להתיר, דאם נאמר דפ"ר דלא ניחא ליה מותר מן התורה ואסור רק מדרבנן, הרי עדיין תמיד מותר איסור דרבנן משום כבוד הבריות. ורעק"א כ' בהרבה מקומות (ובמערכה בסוג' דמלרף ביומא) דהוא רק מדרבנן וכ"כ המ"ב שם, וכך מסתבר, כמו שהתורה לא אסרה אלי שיעור ובשיעור וכדו' דמלאכת מחשבת אסרה תורה למה תאסור פס"ר. ולגבי אכילת דבר קשה לא שייכא סברא דכבוד הבריות.

תסד) אמנם המזו"א בסי' נ' (סק"ה, ד"ה שם) סובר בד' הרא"ש דאיסור פס"ר הוא משום שהיעה דפס"ר נחשבת ככוונה, ולכן נחשב מעשה מן התורה. ויש לדחות כתוס' שבת קג דהגם שנחשב מעשה מן התורה, מכיון שאינו יהיה פטור מן התורה. וכן משמע בתוס' בכ"מ דפשט"ל דהאיסור דפס"ר דלגמ"ל מדרבנן. ואכן המזו"א בנב' טו' (וכן סא' ג') מסכים לאחרונים דפס"ר דלא ניח"ל בתרי דרבנן מותר. ואם הוא דאוריתא אין לו מוצן למה יותר בתרי דרבנן. וכאן אם נאמר דמקלקל הוי חד דרבנן, ותולי אינו דרבנן, יש לערף רק אם הוה תשבי' אלא כדרך.

תסה) אמנם בתוס' כתו' ו. ורשב"א שם ועוד פירשו דבמקום ערבא התירו מפיס מורסא, וא"כ נ"ע למה לא הותר להוציא שן לד' המ"ב דהרי במקום ערבא התירו כל פ"ר דלגמ"ל. ובכלל פשוט לפו' בכמה מקומות דאין להתיר משום ערבא גרידא, ועניין המורסא רק שלא התשיבו הפתח שעושה רק להוצאת ניחא לפתח, ולא גזרו שיהיה אסור אע"פ שאינ"ג ואסור מדרבנן (שהרי אין בו איסור הוצאת דם דהמוגלה והדם פקידי במורסא), וצ"ע.

תסו) ושו"ר בפנ"י לכתו' שם דהוא פלוג' רש"י ותוס' אם היתר מפיס מורסא הוא בפס"ר או רק בפתח. ובמי רעק"א כבר תמה על התוס' מה קישרו מפיס מורסא לפס"ר. וגם מש"כ התוס' דהוי אינ"ג הרמב"ם הנ"ל, דלהגר"מ הרמב"ם לא קאי לדידן דסובר בזה כערוך, ובמזו"א סי' נ' פי' ד' טעם אחר בד' הר"מ ושייך אף לדידן דמתירין בפס"ר דלגמ"ל.

טו. שינוי דין הטכנולוגיה מחמת שמשתמשים בה בקבע

תסז) יש לדון אם שייך שדברים שנמצ מציאותם מוגדרים ע"פ ההלכה בהגדרה מסויימת, ישתנה דינם כשהדבר נעשה רגיל וקבוע ע"י חידושי הטכנולוגיה. כגון הגדרת דבר שאין בו ממש, ע"פ ההלכה דברים שאינם מורגשים באופן מוחש, כגון ריח, נחשב דבר שאין בו ממש. אבל ע"י הטכנולוגיה משתמשים באופן קבוע להפעלת מכשירים שונים ע"י גלי רדיו או גלים אחרים שעובדים ע"י שלט רחוק (ועכש זה שמביניים איך זה פועל לא הופך את זה לים בו ממש, שהרי אנו מביניים ג"כ איך ריח פועל, אלא שדבר שאינו מוחש ואינו חפץ אין בפעולה עליו דין מעשה), ויש שכתבו דדין המזיק ע"י שלט רחוק כדין מזיק בכישוף ובדבר סגולי שדן הקה"י ב"ק סי' לט' לחייבו, ואילו האגר"מ פוטרו. אבל אם נחדש שמכיון שהמציאות השתנתה והיום פועלים ע"י אותם אותות שאין בהם ממש פעולות ידועות, נוכל לומר שאין זה נחשב כדבר שאין בו ממש. אף אם בכישוף פטור וכמו שמסתבר.

תסח) דבר שאין בו ממש היינו שאינו נחשב מעשה, דאין מעשה אלא מה שעושה בגופו או ע"י כחו או כח כחו, משא"כ במשדר גלים ומכשיר קולט אותם ועושה פעולה, לא שייך לקרוא לזה כחו ולא כח כחו, שפעולת הגלים היא פעולת שרשרת בתנודות בתוך האויר, וגרע הרבה יותר ממסיר בידקא דמיא.

תסט) ולכאורה גם ר"א לאסור על חברו דבר שאין בו ממש שלו, כמ"ש הרמב"ם מכירה כב' יג' וטוש"ע חו"מ ריב' שאין אדם מקנה לחברו דבר שאין בו ממש כמו ריח התפוח, כי לא חל דין ממוני על דבר כזה, וא"כ גם לא יהיה בו דין נהנה, ואין אדם יכול לחבוע מחברו ממון על כך שנהנה מריח העולה מרשות המובע, או משירים הנשמעים משם, דאין נהנה אלא בדבר ממש. וגם לא יוכל לאסור עליו מדין 'שלו', דהאי שלו אין בו ממש ואין בו דיני ממונות. וכך י"ל בעיקרון גם לגבי גלים המשודרים שאין בהם דין בעלות או דין נהנה. ורק קביעתיו אותם לדברים קבועים ומשמעותיים יכולה לשנות דינם. כמו למשל רשת סלולרית, שאדם נהנה מתשתיות שמשדרות אליו שיחות, אף שאין בו ממש, כיון שאנו מסדירים פעילות זו כדבר מרכזי, יהיה אפשר לתבעו מדין נהנה.

תע) ובאמת לא ראיתי מבורר בפו' דין היזק וגזל ונהנה בדבר שאין בו ממש, ודין דבר שאין בו ממש נזכר להדיא בגמ' רק לגבי איסורים, בביאה לט. דשלהבת אין חייבין על הוצאתה בשבת, ואין רגליה כרגלי הבעלים, ומותר ליהנות משלהבת של ע"ז, וכן אין מועלין בשלהבת. ובאמת בערכת האש היא תהליך, שכל חלק קטן מהחומר שמגיע למצב של חימצון מביא גם את חברו לכך, ובדומה לגלים משודרים באויר, אלא שהאש ניכרת ממש, וחזו' שמה שהיא ניכרת אין בכך כדי לעשותה דבר שיש בו ממש.

תעא) אמנם כשהיא קשורה בגחלת, כ' הט"ז יו"ד קמב' ג' דנחשבת דבר שיש בו ממש, והוכיח מפסחים כז בחבוקה כנגדו. והנה הוכחתו היא לפי מה שמפרש אבוקה כנגדו שהוא האש אוסר, וגם לפירושו אפשר לדחות הראיה, אמנם ביו"ד קמב' ס"ק ה' כתבנו שמבואר בר"ן לא כן, ואבוקה כנגדו הוא רק שבת העצים בפת, ואין זה שייך לשלהבת. ואמנם הגם שאין ראיה, עדיין סברא גדולה היא, שכשיש שלהבת אחוזה בגר הרי נהנה מבערת הגר כולו, ובמוש האש יש ממש, ומה אכפת לי שאין האש עשויה ממומר הלא היא מותשת ונרגשת ופועלת. וכן לענין הוצאת שבת כל שאחוזה בקיסם מייב כדאמרי' התם, וא"כ מ"ש. וכדברי הט"ז כ' רש"ש נדרים יא. (עי' אות תפג' על מה הסתמך).

תעב) ובביאור ד' הט"ז ורש"ש יל"פ דשלהבת בפני עצמה אין לה קיום, שהרי אין לה חומר בערה אלא המעט שהיא אחוזה בו (כגון קיסם לאבי או מעט שמן לר' שמש שם, שבילרו איך משכח"ל שלהבת בלד לענין טלטול), ונגמרת מיד. ואילו כשהיא בגחלת יש לה אחיזה לזמן רב ולכן גם האש עצמה נחשבת

כדבר שיש בו ממש. וגם אם נאמר כן לא יהיה ראיה לגליס המשודרים ממכשיר שיש לו כח לשדר ומן רב שייתשבו ים בהם ממש, שהרי אין ניכרים כמו אש.

תעג) אבל יותר מסתבר לא כך, אלא דשלהבת היא דבר שאין בו ממש מכיון שאינה תפץ מציאותי אלא רק תהליך, ואגב הגחלת נתשבת לדבר שיש בו ממש כי היא חלק מתפץ. אבל כשאינה חלק מתפץ אפילו אם תתקיים הרבה זמן עדיין תיתשב דבר שיש בו ממש, ואם האש דולקת בחויר ויש ציור שמשליך אליה מדי פעם חומר דליק, לא יהיה בה איסור טלטול ד"א ברה"ר.

תעד) וכן נראה להוכיח מהא דלא גזרו בע"ז דבדילי מיניה, ואם הוא מכח הגזרה הרגילה דקול מראה וריח מותר מה"ת ואסור מדרבנן, כמו כל הדברים שהתורה לא אסרה ע"י שינוי ובאינו צריך לגופו ובשלא כדרך הנאתו וי"א בא"ש וכו', ומובן דאין להמיר כן לכתחלה. אין סיבה לחלק בע"ז ולהתיר, ומה אכפת לי דבדילי מיניה, הלא טעם הגזרות האלו אינו שיבא לעשות עוד, אלא שזה עצמו אינו ראוי, אלא שהתורה לא ירדה לזה. אבל אם נאמר כמ"ש דאין זה ע"ז כלל, א"כ אין צריך לגזור על מה שאינו ע"ז אמנו ע"ז, דבדילי מיניה ומאים, משא"כ בהקדש.

תעה) אמנם לפרש"י והמאירי ביאה שם, דשלהבת אינה כרגלי הבעלים, היינו שהדליק גר בשלהבת תבריו, משמע דשלהבת עצמה יש בה ממש, ורק מה שהדליק ממנה אין בה ממש. וממוה, הלא פשיטא, דהגר שלו והאש שלו ואמו משוש שסייע לו תבריו להדליק יהיה של תבריו, ואפילו אם הדליק תבריו בידיים אש בגר שאינו שלו, בודאי יהיה כרגלי בעל הגר, וא"ש לומר על זה שאינו כרגלי הבעלים, כי המטלטל השלהבת הוא הוא הבעלים.

תעו) ועוד, דאין באמת הבדל בין אם שהדליק תבריו ובין האש הראשונה, דכשהגר של ג' נוגע בגר של ב' שני הגרות דולקים באש אחת, וכשמפריד, הרי מבחינת המציאות מפריד שלהבת ג' לב'. ואין נפ"מ איזה חלק בשלהבת מפריד. וכן מוכח בדכות נג. דאל"כ מה שעקר לא הייתי וכו'.

תעז) ואולי לא פירשו בשלהבת לבד, רק משוש דלא משכח"ל כ"כ שיטלטל שלהבת לבד, ואף אם שייף משאת בחספא דיליה, הלא לא יספיק לעבור עמו את התחום, ולא היו שוים דין שלהבת לאו כרגלי הבעלים, למקרה שעומדים בדיוק בסוף התחום. (וע"ע בחת"ס ביאה שם, לכאו' נר' שלא ראה ד' רש"י). ועכ"פ לענין הלכה הרמב"ם והטוש"ע יו"ד קמב' סתמו דמותר ליהנות בשלהבת של ע"ז, ולא פירשו דוקא כשהולך משלהבת של ע"ז. הרי דמותר גם בשלהבת לעצמה ליהנות. וזה אפ"ל כהט"ז ורש"ש דלעיל אות תעו'.

תעח) ולפ"ז המדוש בהדלקת גר משלהבת תבריו הוא משוש שלוקח משלהבת, כמו שנת' באות תעה', שחולק את השלהבת האחת לב', אבל גם בשלהבת מוחקת מותר. וכן הש"ך יו"ד רכא' ז' פי' מותר בשלהבתו דמודר הנאה, היינו להדליק גר ממנה, וכ"כ יש"ש ביאה ה' יד' דמותר להדליק מגר של ע"ז.

תעט) אמנם מדברי הש"ך ורש"ל ש"מ טובא, דרש"י והמאירי לא איירו אלא לגבי רגלי הבעלים אחרי שהדליק, אבל בהקדש וע"ז פעולת ההדלקה עצמה לכאורה אסורה, דהנה מגחלת ומגר עצמו, ומהש"ך ורש"ל גר' דכל שמדליק גר משלהבת לא נתשב נהנה מהגחלת. וסותר ד' הט"ז ורש"ש דלעיל (וכן הבין בחו"ב ביאה שם דאם מותר להדליק א"א לחלק כהט"ז). וכ"כ שעה"מ פ"ה מיו"ט הט"ז דלרש"י משמע דהמדליק גר מגר של הקדש לא מעל (דבהקדש גזרו רק לכתחלה ובע"ז לא גזרו כלל כמבואר שם בגמ').

תפ) וי"ל דמודה הש"ך דכל שקשורה בגחלת אסור ליהנות, אלא דכאן אינו נהנה אלא אחרי שהדליק, והדלקה עצמה אינה הנאה, ואחר שהדליק כבר אין בו שום ממשות של תבריו. ולפ"ז בהדלקה דלריך לגופה כגון שלריך לפחמים יהיה אסור להדליק בשלהבת של תבריו דנהנה מגחלתו. ומה שהפסק נעשה רק אחר הדליקה אינו גורע מהנאתו דכל רגע של דליקה הוא עשיית פחם. (ועי' ראש יוסף ביאה לט. דלכתחלה אסור להדליק, וי"ע אם מתאים לד' הש"ך הנ"ל).

תפא) ודע דעצם מה שנעשה רצונו והוא רוצה להדליק, אינו הנאה לענין מודר הנאה, דהרי הגר נשחת בזה אלא שרצונו שיהיה לו גר לזוק, וזה מתקיים רק אחר ההדלקה. וכן כשמחזיר אבדתו מותר, דלא שנעשה רצונו מ"מ מבחינת הנאה מממונו אין דהאבדה כבר שלו, ולכן מותר לשחוט בהמתו לרמ"א רכא' יב' דמקלקל הוא, היינו מבחינת ערך הבהמה ירד ערכה אף שמלאכת השחיטה שוה כסף, ולכן הט"ז שם חולק דמלאכה זו שוה כסף, אבל עיקר הדבר מוסכם דנעשה רצונו אינו אוסר, וכן בפורע חובו ושאל בתו, ועמ"ש בזה עוד ביו"ד רכא' ס"ק ב'.

תפב) ובביאור הדין יל"פ דכל שלהבת שאין בה גחלת ממשית מותר ליהנות דנחשב דבר שאין בו ממש, ולא חל עליו דין ע"ז, ואין לומר דהוי ע"ז אלא שלא חל על שימוש בדבר שאין בו ממש דין הנאה, דהרי האש יש בו ממש והנה מאש הקשורה בגחלת אסור מן התורה, ומהיכי תיתי שאש לאותה אש אין עיקר ייחשב שנהנה פחות, ובע"כ שההנאה מהאש היא ממשית, אלא שהאש עצמה אין בה ממש ואינה "של ע"ז". ואם היו עובדים לאש עצמה, אולי באמת יהיה אסור, דכל עוד האש נמצאת בעולם, ועובדים לה יכול להיות שיחול עליה דין נעבד. ולא אמרו דאין בה ממש, אלא משוש דאין היא מתייחסת לדיני ע"ז כמו משמשים מקרובת וכדו'. ובמודר הנאה י"ל דאין השלהבת נחשבת שלו. וגם במדליק מגרו אין השלהבת עצמה שלו. ואף שהגר שלו, אין נהנה מן הגר והגר אינו אלא נושא השלהבת.

תפג) ובקבלת הנ"ל יהיה תלוי התפסה בשלהבת, דאם היתה קדושה רק שאין בה מעילה ממנת דרך השימוש, מהני התפסה בשלהבת, דלא מסתבר שהתפסה צריכה להיות בדבר שיש בו דרך שימוש, ואם אין תופסת בה הקדושה לא יועיל בה התפסה.

תפד) ובנדרים י: אמרי' דאפשר להתפיש כאישים, ובגרא"ש ובמוק"י פי' כקרבנות שהם אשה, אבל בירו' פי' באש של מזבח, וכן כתבו בפשטות המפרש והר"ן, והתו' ורא"ש פי' כקרבנות, והביאו גם הירו'. ועי' רש"ש שם שפי' ע"פ סוג' דביאה דהיינו כשקשורה בגחלת, הרי שכשהיא לעצמה אין מתפיסין בה. ואפשר שהראשונים העדיפו לפרש לא כירו', משום דמשמע להו סתם אישים אפי' אינו קשור בגחלת. ואולי כשיש אש גדולה לא כולה נחשבת תפוסה בגחלת, ורק הסמוך לגחלת ובטל אליה נחשב כן.

תפה) והנה המוש' שם טרחו להביא דמועלין באש של מזבח מיומא מו: ולא דנו בהא דאין מועלין בשלהבת ודמיירי רק עם גחלת וכו' (ולא מסתבר דקשיא להו אם מועלין באש שבגחלת מוחתקת מהמזבח שזה הנדון ביומא שם, דסתם האומר כאישים הוא באש המזבח עצמו), ואפשר דלא ס"ל כט"ז ורש"ש דלעיל דבכל אש שיש בה גחלת מועלין, או משוש הסברא שאת' באות הקודם. ומה שיש דין מיוחד באש המזבח, הוא כמ"ש לעיל דגם שלהבת עצמה אם נעבדת יש בה דין ע"ז, וכן בהקדש כיון שאש המזבח קדושה בקדושה עצמית שהיא אש ה' יש בה מעילה אף דמועל בשלהבת בלבד.

תפו) ובאמת דין הט"ז תלוי בפי' ד' הראשונים, דעי' רא"ש ביאה שם שמתה מברכות נג' דאין מברכין על גר של ע"ז, ותי' דהתם בגחלת עמה, וכ"כ תורי"ד בשם התוס'. ואפשר לפרשו כהט"ז דבגחלת עמה יש עליו שם ע"ז ואסור מן הדין ליהנות ממנו, ומה דאין מועלין הוא באין גחלת עמה. אלא

דהפמ"ג או"ח רלח' א"ל ח' פי' משום דגחלת הוא דבר מאוס ממת הע"ז, משמע דגם כשהשלהבת אחוזה בגחלת מברכין עליה. ובאמת כ"מ ל' הרא"ש "הא דאסרי' לברך בשלהבת ע"ז אע"ג דשריא משום דיש עמה גחלת ואע"פ שאין הברכה אלא על השלהבת", הרי נר' דמש"כ אע"ג דשריא נשאר למסקנה דמותרת, ואפי' דהברכה על דבר המותר אין מברכין משום דיש לפניו ג"כ גחלת. וכן מוכח, דהרי בברכות אם לא הזכירו כלל שלהבת, אלא נר של ע"ז, וכע"כ דסוברים הרא"ש ותורי"ד דאסתם נר דינו כשלהבת.

תפז) ולדבריהם צ"ל דהא דלענין הוצאת שבת אינו חייב על שלהבת בקיסם, דבהא אוקמי' ביה אם הבריתא דמוציא שלהבת חייב, הוא משום דיש לפנינו מציאות הקיסם, ואף שהוא עצמו ליתא ביה שיעורא מ"מ נעשה חשוב ע"י שמשמש לצעירה. ומתאים דין ההקדש וע"ז לחילוק במסר לחש"ו גחלת או שלהבת, דתרוייהו אחוזין ניהו אלא דגחלת אין רוחה אם ושלהבת רוחה אם.

תפח) (אגב צ"ע על הגר"א בתוספתא שבת פ"י המוציא גחלת חייב המוציא שלהבת חייב, והגיה פטור, הלא בגמ' כאן מיתי' לבריתא דמוציא שלהבת חייב ומוקמי' לה בע"י קיסם. ואולי רצה להשוות התוספתא למתני' דייקא, והסוברים דחייב היה להם לכרוך יחד גחלת ושלהבת, אבל אינו מוכרח וצ"ע). וע"ע ביומא מא: דקלטתו שלהבת לפרש"י נכפפת חשיב עצמות האש משא"כ קולחת, ובעלי תוס' פי' להיפך, אבל לכו"ע באש עצמה תלוי שהוא עיקר וחלק שהוא טפל.

תפט) א"כ להלכה צ"ע להחמיר כהט"ו, אחרי שגם ד' הרא"ש ותורי"ד בשם תוס' אינו כדבריהם, וכן הבין הפמ"ג שם, וכן פשטות ד' רש"י והמאירי אות תעה', אם לא נתחקו כמ"ש אות תפ' (ואולי זה כוונת הפמ"ג שם שכ' שסתימת כל הפו' דכל שלהבת מותרת), וסתימת המפרשים והפוסקים. ומבואר דהשלהבת היא דבר שאין בו ממש, מצד שאינה מציאות לעצמה, ולא יכולים לחול בה דיני איסור כמו ע"ז הקדש טלטול וכדו', לא שנא אינה אחוזה בגחלת או אחוזה בגחלת.

תצ) והשתא נדון בדבר שאין בו ממש לענין ממונות, לא מציינו אלא שאין קנין חל על דבר שאין בו ממש, כדלעיל אות תסח', והוא משום אופן ההקנאה, שא"א להקנות "דירת בית" אבל אפשר להקנות "בית לדירתו", ובדוגמא שכתבו שם הר"מ והטוש"ע שא"א להקנות "ריח התפוח", לא כתבו שאפשר להקנות "תפוח לריחו", אבל מסתבר שיכול להקנות זכות זו לאדם שיהיה התפוח שלו לענין שיוכל להריח ממנו. אבל לא נת' אם יכול להגביל אחרים להריח ממנו או לתבוע מהם דין נהנה. ושאני ריח מדירת בית, שהריח אינו נעשה ע"י שמוש בגוף החפץ, ועל מציאות של הרחה לא יכולים לחול דיניס, וכדלעיל אות תעג' באש, וק"ו למאי דאסיקנא אות הקודם דאף אם קבועה בנר דינה כדבר שאין בה ממש. ה"ה ריח הקבוע בתפוח אין בו שום דין.

תצא) וה"ה בשידור של גליס ממכשיר, יכול למכור המכשיר לשידוריו, אבל השידורים עצמם אין בהם דין שיכול לאסרם או לתבוע תשלום דנהנה (ועמ"ש באורך ביורה אורח סי' קפ' בביאור השיטה דאין בעלות בתה"ג, אף שיש בו רווחים שיכול להרויח כגון ליהנות שלכה"ג, משום דמה שיש לו בזה אינו מספיק כדי להחיל עליו דיניס, ודנו אחרונים בדבר שאין בו ממש מצד שאינו מוגדר בכל החפץ, כגון בשאג"א עז' שא"א להפקיר טוה"ג שאין בה ממש, נח"י ס' ג' להתחייב בדבר שאין בו ממש, ועי' בדבריו בזה בחו"מ ס'). ולאיתי בחו"ב ביה אם שכ' דשלהבת תלויה אינה בבעלות ולכן אין מועלין בה, אמנם לפי דבריו אם דסובר כפמ"ג ה"ה לשלהבת שאינה תלויה, דגם בה אין מועלין. וכ' אם דעדיפא מתרגולת שמדלה.

תצב) ומ"מ יהיה חילוק בין שלהבת לבין ריח, דלאסור ריח תפוח בנדר יכול, משום שאוסר התפוח לריחו, ואף שהריח אינו שלו, הרי נהשב הנאה מן התפוח, ואמנם הנאה דקול מראה וריח היא דרבנן ויהיה אסור רק מדרבנן, ואילו שלהבת כיון דאינה בבעלות אין בה כלל איסור הנאה. ומה דהריח אינו בבעלות וא"ל לאסרו על אחר, אינו קותר שיהיה אסור בקונם, דודאי הקונם הוא כאיסור ויכול לאסור מה שאין זכות הממון אוסרת, וכגון סיכוך של חברו העשוי לצל, ומגיע הצל בתוך שלו, אם מודר הנאה מנכסי חברו אסור לו ליהנות ממנו (בעומד לצל בודאי הכי הוא, ובאינו עומד לצל עמ"ש ביו"ד קמב', וחזי' לצל לא משיב דבר שאין בו ממש, ועמ"ש שם רעק"ל בשם המגי"ט ובדבריו ביו"ד שם).

תצג) והנה כשעושה מעשה בתפוח כדי להריח ריחו, י"ל דאסור אף שהשימוש הוא בדבר שאין בו ממש, מ"מ כיון שהמעשה בגוף החפץ לא אכפ"ל איך נהנה, וכמו שביאורנו ביו"ד קמג' ס"ק ג' דזה ענין תלוין של ע"ז, דאף שמלאכתם היא לעשות קול, הרי כיון שבטל החליל ומענן בו זה מעשה ואסור מה"ת, ולא כהפרישה שם.

תצד) ועי' רדב"ז מ"ג תרכא' שכ' דהמריח תפוח של הקדש מעל, (ואע"ג דבקוף דבריו כ' אפי' אח"ל וכו', אינו אלא להשואל, ובתשובה בח"א רלז' כותב: וכבר הוכחתי בתשובה אחרת שאם הריח מעל וכו', ועי' אות הבא), ומחלק בין אור ובין ריח אחר שעלתה ממרחו, משום שהנה בגופו של הקדש, ונראה שכוונתו שבוטל התפוח בידיו ומריח, וכיון שעושה מעשה הרי זה כמגנן בחליל. ואמנם בתשו' מ"ג לא כ' בהדיא שבוטל, אבל כך נראה מחילוקו וכ"כ להדיא בתשו' מ"א, א"נ אפי' אינו בוטל בידו, כיון שמתקרב אליו באופן מוחש, נחשב המעשה בחפץ עצמו, ומה שהריח עצמו או האור עצמו אין בו ממש לאכפ"ל כיון שהוא שימוש הצריך קירבה לחפץ.

תצה) אמנם הרמב"ם פ"א משופר ה"ג כ' שופר של עולה לא תקע ואם תקע יצא שאין בקול דין מעילה. אבל אין בזה כדי לסתור האמור, שהרי לא כ' דאין מעילה בהקדש בלקחו השופר למלאכתו, אלא דבקול עצמו אין מעילה, ואכן אין המעילה במה ששומע קול משופר של הקדש או האיסור במה ששומע קול מחליל של ע"ז, אלא בכך שלוקחו לעשות מלאכתו. ואטו אם היה מצוה לשים השופר בפיו ולא להוציא שום קול, או היה דרך כבוד לע"ז לשים החליל בפיו ולא להשמיע שום קול, היינו אומרים דאסור משום שעשה מלאכתו בכלי. ומחמת שמשמיע קול יהיה מותר טפיז?

תצו) וכן מוכח שם בד' הר"מ לענין שופר גזול, "שאין המצוה אלא בשמיעת הקול אע"פ שלא עבר בו ולא הגביהו יצא", דהיינו שבאמת יש גזל בשימוש, אבל אין זה מעכב המצוה שהמצוה רק בשמיעת קול. ולא כ' הר"מ התוספת שאין מעילה, אלא משום דקשיא ליה האמור שהרי משתמש בשופר, ובגמ' לא דנו אלא דמלאה"ג.

תצז) אמנם למש"כ צ"ל דהא דאין מעילה הוא לירוף בהא דמלאה"ג, דהרי המשתמש בחליל של ע"ז אסור, והטעם דהמעשה והקול יחדיו הם רצונו, אבל בשופר דאף שעושה מעשה ואינו בנדר קול מראה וריח, הלא סו"ס מטרת המעשה היא למצוה, ומכיון שמלאה"ג לא הוי מעילה, דאין מעילה אלא כשמשתמש ולא כשמזיז חפץ של הקדש אנה ואנה. ומ"מ האיסור לכתחלה הוא משום שמשתמש בהקדש מעבר למה שצריך למצוה, ועי' עוי"ט לה' שהצריך עיון למה לכתחלה אסור לתקוע בו, וכבר בגמ' משמע דאסור. ואילו מלאה"ג מותר לכתחלה, עמ"ש ביורה אורח סי' נז' אות כט' ואילך. (ועי' העמ"ש קנד' ב').

תצח) מיהו צ"ב בדברי הרדב"ז הנ"ל אות תצג', שמתחילה העלה סברא שדבר שעיקר עשייתו לריח חמיר ולכן

בתפוח לא נימא הכי, והוא כעיקר הסברא המתבאר פרק זה, שדבר שנעשה רגילות להשתמש בו בדבר שאין בו ממש, מ"מ הרגילות והכוונה מתשיבתו ליש בו ממש. ודומה הסברא מדין הגאה מאור של הקדש, אבל לפי סוף דבריו דגם לגבי אור יש חילוק אם נהנה מגוף הדבר, אולא הדמיה. ולא פירש האם יש יחוד בדבר שעשוי לריח, ולמסקנתו גם בתפוח מתמיר כשעושה מעשה בגופו כמבואר שם ובתשו' ח"א הנ"ל. וא"כ אין מקור ברור מאי הוי עלה דעשוי לריח וכן דעשוי לאין בו ממש (ואולי לכן מסיים הרדב"ז שם אח"ל וכו', דשמא לריכין שיהיה עומד לריח).

תצט) אמנם בתשו' ח"א הנ"ל מסיים הרדב"ז "מה שאמרו אין מועלין בהם כשהיה נר של הקדש לוקח והלך לאורו וכו' או הדליק מנר של הקדש יש בו דין מעילה", הרי גם בדין שלהבת הולך לפי חילוקו הנ"ל, ואם עושה מעשה הדלקה אסור (ולא כרש"י והמאירי וש"ך הנ"ל אות שעה', שעת'), ואם אינו עושה מעשה בגוף האש של הקדש מותר. ומתעלם לגמרי מחילוק המשנה בין גחלת לשלהבת. ולדבריו בלא מעשה מותר אפילו אחוז בגחלת (ולא כע"ז ורש"ש אות תעא'), ובמעשה אסור אפי' בשלהבת דהיינו להדליק נר מנר.

תק) אמנם אפשר לומר לדעתו, דבאדיי אדוי מודה שאין שום איסור חל, ולפ"ז יהיה ב' היתרים בשלהבת, וע"כ לומר הכי, דאל"כ והיתר הוא רק בלא עושה מעשה, אין זה חילוק בין גחלת לשלהבת ויהיה מותר גם בגחלת, וגזה מיושב קו' שעה"מ פ"ה מיו"ט עליו. וכן מה שמתה מירו' דשלהי סוכה דאשה בורות לאור השואבה דמבואר בתוס' סוכה נג. דהוא משום דסובר אין מועלין במראה ואפילו לכתחלה שרי, מה עוקי למתני' דשלהבת אסור לכתחלה, י"ל בעושה מעשה בגוף שלהבת דאדיי אדוי. דכיון שעושה בגופו ליש כאן מצד קול מראה ורית, אלא מצד דשלהבת עצמה אדיי אדוי ב"כ אינה דהקדש אלא מדרבנן גזרו דאתי לאחלופי.

תקא) ויש לדמות קצת לסברת הרדב"ז מתוס' ב"ק כב. שכתבו שהמשבר ע"י רוח פיו חייב אע"ג דאין בו ממשא. והטעם כי המשבר ע"י רוח כמו מרעגול שעשה בכנפיו או שתקע לתוך כלי נחשב מעשה שיש בו ממש, אף שאין רואים את האויר, הרי יש ע"ז שם מעשה בגוף החפץ, דאין זה דבר שיכול לשבת במקום נפרד וע"י גליס באויר, אלא שבוי על קירבתו עד שנופח בפיו. ויתכן באמת שהעושה בוס על קולי במטוס אינו מוגדר כמעשה בגוף החפץ אלא כמשדר, (ועי' אות תצ' בענין לל).

תקב) עכ"פ מוסכם גם להמבואר בד' הרדב"ז וגם למש"כ בד' שא"ר והפו' לעיל אות תפט', דבלא עביד מעשה בגוף החפץ, אין חלים דיינים על דבר שאין בו ממש, והכביאור באות תעד' (וכן עי' תשו' הרא"ש כלל יב' דאומן שעשה ציור אינו קונה בשבת כלי, כי אין בו ממשות). ולפ"ז אדם הקולט שידורים שונים מכל סוג שאחר משדר, אינו יכול הראשון לגבות ע"ז תשלום שהוא דבר שאין בו ממש וגם אינו יכול לאסור עליו את הדבר. ואם מדליק אש והאחרים נהנים מהאש, יהיה תלוי בדין גחלת או שלהבת לפי השיטות השונות שנתבארו לעיל. הכלל הוא דדבר שאין בו ממש ולא עביד מעשה בגוף החפץ אין בו דיני ממונות.

תקג) וצריכים לדון היכא דעושה מעשה בגוף החפץ, אבל עושה אותו בדרך שאין בו ממש, דהיינו ע"י שמשדר אף הוא גליס. כמו שמתחבר ממכשיר סלולרי שלו לרשת סלולרית, ומשותה דרך הרשת, בלי רשות בעל הרשת, כגון שהנ"ל טעה ונתן לו איסור, או שהוא יודע לפרוץ גישה לרשתות. דאפשר לומר דכיון שאין דיני ממונות בדבר שאין בו ממש, בשלמא במזיק תמיד אסור לכתחלה להזיק כמו בשינו ניכר, בגרמא, ובכל דרך שגורם נזק לחברו. אבל היכן שאין שום נזק, אלא רק דין שואל שלא מדעתא, י"ל דכיון שפועל בדרך של דבר שאין בו ממש אין ע"ז שם שואל שלא מדעתא, ואין לאסור לכתחלה כי אין נזק (וכמובן צריך לודע שאין נזק משום סוג). או"ד היתם שלנו לטכנולוגיה נותן לזה שם מציאות ושימוש, שכך הדרך להשתמש, וכסברת הרדב"ז אות תצח' בעומד לריח.

תקד) וכן מצינו שחסמה בקול והנהיגה בקול לגד דעקימת שפתיו הוי מעשה עובר לדאוריתא (ובירו' כלאים ח' ב' המנהיג בקול בכלאים לוקה), ול"פ הוא משום שדרך לנהל בהמות כך. אמנם לענין שבת לא יועיל, והוכש על ידי שמעוה לבהמה לא יעבור בחורש, אף שבחורש ע"י שעושה מעשה בגופה יעבור הגם שהיא החורשת כדביאר הרמב"ן שלהי שבת (ומ' דבריו ביורה אורח סי' מג'). דהחדוש דעקימת שפתיו הוי מעשה, שיכול לעבור בלאו משה, אבל היכא דבעי' מלאכה לא ייחשב מלאכה מחמת שדיבור נחשב מעשה, דכל שאין מלאכה בגוף החפץ אינה מלאכה (ועי' מג"א שטו' ד' ופמ"ג א"א שם ט' דלד ע"י כלב בשבת פטור, משום דדבור אינו מלאכה). והרי גם גרמא עושה מעשה גמור, אלא שאינו בגוף החפץ ולכן פטור לענין שבת ולענין נזקין. וממילא א"ל להגיע למה שהוא דרך לנהל בהמות כך, ואפי' אם ירה באקדח על אזנה, שאינו קשור לדרך הנהגת הבהמה, אלא שגרמעת מכה קול, הרי עבר בלאו דחסימה שעניו למנוע הבהמה, וכל שעשה מעשה אינו לאו שאין בו מעשה ולוקה.

תקה) ונדון לעיל נראה דבדבר שהוא משוחרר ונעשה באופן משוחרר, אע"פ שהוא בטכנולוגיה מוכרת, צירוף זה שהוא משוחרר לציבור ואין צריך שום פריצה או חכמה להשתמש בו, יחד עם זה שאין בו ממש, מפקיע ממנו דיני ממונות. דהכלל הראשון בהלכת דיני ממונות של קנין וממילא של איסור הוא שתהיה מציאות שאפשר לראותה כבעלות ומציאות שאפשר לראותה כמפקיעה או מעבירה בעלות. ואם הגליס ממצאים בכל מקום ואתר, וכל אחד יכול להשתמש בהם באין רואה, אין זה בכלל דיני ממונות.

תקו) ובאמת שבכלל נראה שדבר שהוא משוחרר יותר מדי, אין בו דיני ממונות, משום דבעל הבית יודע ועל דעת כך עושה, ויש הרבה נפ"מ בדבר. כגון במבצעים שיש בחנויות, שמטרתם היא להרבות קניה, אבל לפעמים אדם משתמש בהם כדי לחסוך אף שאינו מרבה קניה, כגון שמשתתף עם אחר, ועוד הרבה אפיים. אבל פשוט שכוונת בעה"ב בעשותו המבצע הוא שאנשים ישתמשו בו, ומבין שלא יוכל לפקח ולפעמים גם אין לו ענין לפקח, דסך כל תוצאות המבצע הוא ריוח בשבילו. וכן לענין דבריס שקל להעתיק לשימוש אישי, לא יועיל שעומד ופוח שהדבר ידוע שכולם מעתיקים, והוא מחשב את זה בחשבונות ההוצאות.

תקז) וכן בחברות ומנויות יש הנהגות של הבעלים שמציאות אותו להפקדים שונים, וא"א לומר שיש חיוב השבת אבדה על כל הרוחה כדי למנעו מההפקדים האלו, שהוא פרי המלטתו והוא יודע שיש הפסד מן ההמלטה, ובוחר בזה בשביל הריוח. ואפשר שכמה כללי דדיני ממונות, כגון ניחא לאיניש דליעביד מצוה בממוני', או דין מקוס שאינו משתמר כלל, ועשוי למשתמש בכיסו, ענינם הוא שהדבר ידוע שכך הרבה אנשים מתייחסים, וממילא אין למיעוטו זכות לעשות מזה דין נפרד, ועל דעת זה הם חייס).

תקח) אלא דבמקומותינו ע"פ החוק לפעמים נותן לו החוק כח אלא נחשב שע"ד כך הוא עושה, ואף שההלכה אינה מכירה בדיני ממונות מחמת חיוס, כגון במה שע"פ הלכה לא חל קנין, אלא שמשלם קנס אם חוזר בו. אאם נעשה ע"ד זה בחלי הוא ע"ד הנהוג, אבל אם לא היה על דעת הנהוג, ולא היה כאן דבר שנחשב סיטומתא, אלא רק הבדל בין חוקי ההלכה לחוקי המדינה, אין לזה חוקף הלכתי. מ"מ לענין סברת בעה"ב יודע איכא למימר שסמך על הפחד מרשויות האכיפה, והיינו היכן ששייך ומשכח"ל אכיפה.

תקט) וכן לענין העתקת תוכן, רבינו מהרי"ף היה אוסר משום תיקון העולם, אבל בחלוף השנים נעשתה הפרלה בין דברים שיש בהם אכיפת תוך שבזה אף שהרבה עוברים אפשר עדיין לומר שהעובר ע"ז משמים, ובין דברים שאין בהם אפשרות אכיפה והכל יודעים שלכך זה עומד, וחלק גדול מיופרי התוכן מתפרנסים מהטירחא ומעמלות שמאפשרים להעתיק, ולא מוכרים את התוכן עצמו. וג"ז בכלל נ"ד ששיעוי הטכנולוגיה שנה הדין.

תקי) ונראה להיכן שאין התוק מגדיר את הדברים באותה צורה של ההלכה, אפשר שאינו מבטל ההיתר. כגון שימוש בשרת של אחר. כל אדם שנכנס לאתר של חברו או שאולת לחברו מייל בעצם משתמש בשרת שלו, או שמושכר לו, וכן כשעומד לפני מלחמה במעגל סגור של חברו משתמש בשרת שלו, וכן אדם שמתקשר לחברו מפעיל את הטלפון שלו ע"י שידור אלו. ולא נראה שיהיה לו דין גזל של שימוש בשל חברו, ואפילו אם גורם נזק, אינו אלא מזיק בגרמא (דמזיק בגרמא אסור אפי' בדבר שאין בו ממש, ולאין האיסור הזה דין ממונות אלא עצם זה שמביא נזק על חברו, ומודים המולקים אות תסז' בענין מזיק בדבר סגולי, שהוא אסור), אבל דין גזל על השימוש אין כאן. ויש הרבה נפ"מ בדבר. והוא משום שגם אם נתחשב בתוק, אין התוק מחשיב הדבר כגזל כלל, ואינו כמו זכויות יוצרים שזה עצמו מה שנא התוק לעשות בענינו שייחשב גזל.

תקיא) ולכן המשתמש בשרת אלחוטית של חברו, בסתמא שמפקירו לכל י"ל דבעל הבית יודע וכו' כדלעיל אות תקו', אבל אם מוחה ע"ז, הרבה פעמים יש לו נזק וחסרון בשימוש ולכן ודאי אסור, ואפשר דלא רק שאסור בכה"ג אלא דגם יכול לחבוע מדין נהנה, דהוא כמו שחרוריתא דאשיתא, דע"י שיש חסרון מחשיב המעשה כולו מעשה בגוף החפץ, וא"א לומר שהוא דבר שיש בו ממש אם מזיק לאחר. ואמנם יש לדמות דהנזק הוא דבר שאין בו ממש כגון שאיכות ומהירות השידור של חברו יורדים.

תקיב) וי"ל דכיון ששימוש זה אף שאין בו ממש, יש בו שווי כסף, ומוכרים אותו לאחרים, וגם מתפרנסים על ידו, וגם יש בו ממש עבור התוק כגון שעשה פעולה נרשמת על שמו, ואם עבר על התוק ג"כ נרשם על שם הבעלים. א"כ בצירוף משש נזק תמידי, אינו יכול לומר שאין מלים ע"ז דיני ממונות, וכיון שבצירוף כל הלדדים השונים יחדיו יש בו שם מציאות לעצמה, יכול ג"כ לחבוע דין נהנה.

תקיג) ויש לתת דוגמא, דאף דקול מראה ורית אין בהם הנאה, ואף לענין דיני ממונות א"א לחבוע דין נהנה, מ"מ אם אדם יעשה אירוע שמבוסס על קול מראה ורית, אבל צירוף כולם יחדיו יהיה עליו שם של הופעה שלמה, אם אדם נהנה ממנה בדבר דעביד למיגר צריך לשלם. דמהות קול מראה ורית הוא דבר סתמי שאינו נתפס כקשור למציאות, אבל כשהכל מתקשר לכדי דבר ממשי ובעל שווי, יש עליו שם לעצמו. והוא הוא דין שלהבת אחוזה בגחלת שנותן לה חשיבות, לכל שיטה כדאית לה.

תקיד) ובעושה מעשה בגוף החפץ, אלא שהנזק אין בו ממש, כגון שמוחק דברים ממחשב. ראיתי למי שעוטה לפטור משום שמזיק בדבר שאין בו ממש. אמנם גם ע"ז י"ל דהתקנת מכונת במחשב וכל כיו"ב שהם דברים שיש להם ערך כספי ברור ונעשים בגוף החפץ, אף שמהות השבת והנזק אין בו ממש, וכן לענין שבת יש שדנים רישום דיגיטלי כדבר שאין בו ממש, מ"מ אין ראיה לפטרו מדין מזיק, דכל מעשה בגוף החפץ חשיב מעילה, ודאי לד' הרדב"ז דלעיל אות תנג', ואף לשאר פו' באות תפט', ואף שאין ראי' גמורה מדין מעילה לדין אדם המזיק, דמעילה ענינה הנאה ולא היזק. מ"מ כיון דבאין בו ממש אין מועלין ובגוף החפץ מועלין, הרואה לפטור מזיק עליו הראיה.

תקטו) ומש"כ הרא"ש הנ"ל אות תקב', דאינו קונה בשבת כלי באין ממשות, אע"ג דמיירי בציור, והדבר ידוע שציור מקובל לשלם עליו כסף רב והוא מעשה אמנות. התם משום דבע' שבת שיעשה קנין דהיינו שינוי, וה"נ לגבי התקנת תכנות אין האומן קונה המחשב בשבת זה, והוא ממש כמו ציור שכ' שם הרא"ש דאין בשינוי ממש, וגם א"א להפרידו ולקלפו דהוא נבע בעצמו, וכן תכנות א"א להפרידם מהמחשב אלא הם שינוי שאין בו ממש למחשב עצמו. (ואם הדבר הנמחק משוב רק לבעליו, באינו לנדון החוז"א בדבר שבעל ערך לו כגון משקפיים המותאמות לו, או דבר המביב עליו).

תקטז) ולכאו' איכא ראי' לדין נזק בדבר שאין בו ממש, מהרי"מ פי"א משכנים שמוהה ריש ביאכ"ם מהחיזקות שאסור להזיק, והוליא מתוכן מקרה שבאו ע"י רוח ולכן פטור מלשלם, ומשמע שעל הריח (כשאינו ע"י רוח) משלם, ואיך משלם על נזק שע"י ריח שנחשב דבר שאין בו ממש?

תקיז) אבל באמת הדבר אינו מובן, דמה שייך לשלם על זה, ואם הנזק הוא באי נוחות שהריח והצטער, אין כאן חיוב משלום, דאין בהלכה תשלום על אי נוחות, ותשלומי צער הם רק על נזקי גוף. ובע"כ שאינו משלם על ריח בית הכסא. ומה שיכול למנעו הוא מהלכות שכנים שכבר דנו קדמונינו מה סיבת חיובן. ועמ"ש במו"מ קנה' בד' בעל העיטור דחשיב לי' ממון המזיק, לפו"ר, ובזה אין דין דבר שאין בו ממש, דגם שלהבת דיליה חשיבא בודאי נזק, דיסודו בחיוב שמירה ולא בממשות הממון, ואפי' בור מחשיבים כממונו, וגם ההבל אין בו ממש. והמסקנ' בדברינו שם דאינו ממון המזיק.

תקיח) ובכל הנדונים שבפרק זה יש נפ"מ גם לגבי שבת, שבהשתכללות הטכנולוגיה יש הרבה מקרים שאדם מפעיל מכשירים באופן שאין בו ממש מלדו, שהחישנים קולטים מה שעושה ויוצרים פעילות חשמלית בהתאם לזה. ואף שהכל גרמא, כבר הכריעו רבותינו דכל ענין הגרמא הוא שאין דרך מלאכה בכך, אבל דבר שמיועד לעבוד עמו כך לא היתה כוונת חז"ל שנקל בו קולות דרבנן (וכבר הורה כן מרן אחיעזר ד' ז').

ומיהו לא היתה הכרעתם אלא לדבר שיש בו ממש, כמו מכונית שנראית כמכונית לכל דבר אלא שהמנגנון הפנימי שלה בנוי בצורה של סילוק המועט. אבל לגבי מה שאין בו ממש לא הכריעו.

תקיט) וכן יש לדון בהגברת זרם (שנחלקו המורים אם אפשר לשייכו לבונה), אם גם בגרמא יש לד לאסרו, או שאין ע"ז שם מלאכה. וכן בהנ"ל אם נעשה ע"י דיבור או מחשבה, האם זה גורע משם מלאכה כיון שאינו אלא ע"י הגברת זרם. ולעיל אות תקד' כתבנו דחורש בקול פטור, אבל המפעיל מכשיר חשמלי ע"י קול הוא ענין אחר, דהמעשה הוא לא רק עקימת שפתיו (כמו בבהמה שהפעולה היא דרך נפש הבהמה שנשמעת הקול), אלא יש המשך פיזי משפתיו עד פעולת המכשיר, אלא שההמשך אינו ניכר ואין בו ממש. וכמדומה שכ"ז עדיין לא הוכרע.

תקכ) ולגבי עין אלקטרונית פשט איסורה, והוא משום דאף שנעשה ע"י דבר שאין בו ממש דהיינו גלים שבאויר, מ"מ עושה מעשה, וממילא דומה לגרמא מתוכננת, שהוא זו מול העין וגורם לה לפעול. אבל גם בזה לא הוכרע הדבר בעושה ע"י דבר שאין בו ממש, והפעולה עצמה ג"כ אין בה ממש, דהיינו שאין המילבות מול העין או פתיחת דלת מקרר או כיסה למעלית, גורמת לפעולה ממשית של פתיחת דלת וכדו', אלא רק לרישום דיגיטלי, שאין בו ממש, כי אינו מוחשי (אמנם אם הרישום מפעיל באופן מיידי פעולה ממת פעולת האדם, הרי שוב חשיב כמעשה גמור, והנדון להקל הוא ברישום שנשאר בזכרון והמכשיר משתמש בו כמידע).

תקכא) מיהו לגבי מצלמה במעגל סגור, גלע"ד פשוט שמותר, וכפי שנוהגין לעבור ברחובות העיר לף שבכל מקום ואתר יש מצלמות, ולא צריכים להגיע לדשב"מ אלא גם בפס"ר, כיון שאינו עושה שום מלאכה. דהמלאכה נעשית ע"י המכשיר שהוא מצלם, וגם צילום וידאו נעשה ע"י הרבה תמונות ברלף, ואין שום איסור שמכשיר יצלם את האדם, ומה שלולי היה מזיז ידו היתה התמונה יוצאת באופן אחר, אינו מעשה שלו, ועדיין כל המעשה כולו הוא רק של המכשיר המצלמו.

טז. השגחה של נשים על הפריות

תקכב) מכיון שבהפריות וכל טיפול שכרוך בהוצאת דברים מגוף הבעל או האשה והעברה לגוף אחר, יש משש גדול של איחלופי בשוגג או במזיד, ולכן מעמידים משגיחות שיפקחו ע"ז, כי א"א במשגיחים מפני הטעיות. והנה בנדון אם אשה כשרה להיות משגיחת כשרות, האג"מ יו"ד ב' מד' מסיק שמצד נאמנותה כשרה, (ובמשנ"ה ט"ז כד' הסתמך על ד' אחרונים דאין נאמנות במילתא דעירתא כגון ניקור, אבל אין זה נוגע לדין השגחת כשרות, שהרי המשגיח אינו מנקר אלא רק מוודא שניקרו וכן כל שאר הדברים אינו עושה בעצמו).

תקכג) אלא דהאג"מ שם מסיק דהוי שרירה דאסור לאשה שרירה להרמב"ם, (וע"ש שכתב דאשויים חולקים ע"ז), ולכאו' תמוה איזה שרירה יש בהשגחת כשרות, ומה שהבעה"ב מחוייב למשגיח כשרות אינו משום שרירה, אלא שאל"כ לא יקנו האוכל, ואין המשגיח בחתם שורר על בעה"ב, וכמו שיש אדם שאחראי על תקני כיבוי אש במקום, ובלעדי אישורו א"א להפעיל את המנוע, אין זו שרירה, אלא תנאי גדול.

תקכד) ומה שבגמ' משנו ריש כורי דהיינו ממונה על המדות כפרש"י לשרירה, לא הובדר בדיוק תפקידו של מינוי זה, ועי' בקובץ שערי צדק מ"ו מאמרו של ר"י אפרתי שמוכיח מהתו' נדה עא. שאשה יכולה לדון ואעפ"כ אינו שרירה (וכ' שם דלף לפוסקים לדון שנלמד מועמדו האנשים, הרי אם הוא שרירה ל"ל פסוק), ופי' שאינו אלא כדין התורה, ולא באה בסמכות של עצמה (והביא שהגרי"ש בהערות לקדושין דן שגר יכול להיות ר"מ ביבשה שאין תפקידו אלא ללמד התורה, ובספרו ישא יוסף סי' ד' מביא בשם הגרי"ש להתיר בכלל כל שפועלת לפי הוראות אחרים). ואפשר שהממונה על המדות אינו בא מכח חוק קבוע אלא משתמש בשיקול דעתו. משא"כ משגיח כשרות אינו אלא ממלא הוראות הבד"ץ השולחו ואינו אלא פקיד בעלמא המפקח, וא"ע להחשיבו שרירה.

תקכה) ועוד יש לומר דממונה על המדות הוא ממונה כללי על כל המנויות שבשוק או בעיר, ויש לתפקיד זה כבוד ושרירה על אחרים. אבל משגיח כשרות של מנות אחת או של מקום אחד, כמו שיש בימינו הרבה, אינו שרירה אלא פועל של בעה"ב, ומקבל ממנו משכורת, וכמו שיש פועל שתפקידו שיהיה נקי, יש פועל שתפקידו שיהיה כשר.

תקכו) וע"ש באג"מ דלא מצינו שאסור לגר להיות בעה"ב על פועליו וכדו'. ובאמת אם היינו מתשיבים הדבר לשרירה היה אסור לאשה ג"כ להיות בעלת מנות או עסק, כי יש תחתיה עובדים, ואפי' אם יש עובדות עדיין מצד השרירה אין חילוק, דאין האיסור שרירה על גברים, אלא על ציבור. ובע"כ דכל שאינו מינוי ציבורי אין כאן שרירה. ובג"ד משגיחת כשרות בבית המולים אינו נראה כלל כשרירה, אלא כשירות.

תקכז) אמנם אף שאשה נאמנת באיסורים, הרי כאן הנדון גם ליחסין, ובזה בעי' ב' עדים, ואזה יש דנים אותו כנאמנות היה על הולד, ומן הסתם בכלל נאמנות זו היא האחראית על הרפואה, כמו שהיה היא המיילדת, כך זו האחראית על ההשתלה עצמה, אם היא יר"ש תהיה נאמנת. ואפ"ז לכאו' אין מקור להאמין משגיחה נוספת שאינה הוה.

תקכח) ובאמת האמרי בינה ה' דיינים סי' כט' יצא לומר דבלשון הר"ן קדושין עג: ותי' רשב"א שם מבואר דהימנוהו רבנן לחיה ודיין, אינו אלא מדרבנן, ולענין נחלות וירושה וכדו' (וכן נקט שער משפט חו"מ כג'), ולדבריו דאין כאן בחתם נאמנות אלא תקנה, צריך לדון בנפרד בגדריה (אם התקנה כללה כל היכא שא"א לברר), ומ"מ הדבר תמוה לכל הפחות בדין נאמנות דיין, לשם מה יתקנו תקנה מיוחדת לשודא דדייני שבכתו מה אמר הדיין ומכחישים זא"ז בעודם לפניו, והוא מילתא דלא שכיחא. ומיד אמרי שנסתלקו כבר אין נאמן, מה הועילו מכמים בתקנתם.

תקכט) ובאמת דברי הרשב"א ור"ן כפשוטו כהבנת האמרי בינה ל"ע, דלפ"ז אינן נאמנות ליוחסין ואיסורים, ותמוה דתני קתמא שנאמנת. ואמנם התוספתא בחתם תני לה בפ"ו דב"ב גבי נחלות. אבל בקדושין עג: תני נאמנת לומר זה כהן וזה לוי, ודחוק דלא איתמר אלא למעש"ר או לדמי תרומה. ורוב הראשונים העתיקו הדבר בלא ציון. מלבד הר"ן ורשב"א הנ"ל. והיה לפוסקים להודיענו דאין נפ"מ אלא לממונות אבל לא ליוחסין ואיסורים.

תקל) ועוד דאם אין נאמנות לחיה ליוחסין ואיסורים, אמנם צריכים ב' עדים בכל לידה, ואם לאו מיה הרי אין דרך בעולם לדעת מי הוא ממזר ונתין וכהן ולוי, ומי לא אורח ארעא שכמה נשים יולדות בבית אחד. וגם קתמא א"ר נתמן ג' נאמנים על הבכור מיה אביו ואמו, ואמנם אביו נאמן מדינא לכל מילי, ואיה ואמו אינו אלא לממונות.

תקלא) ועי' בס' המכריע סי' כו' "ודוקא הני ג' נאמנים אבל מידי אחרינא לא עד דאיכא ב' סהדי", הרי דכשנאמנים הני דינם כב' עדים. וכ"כ תשב"ץ מ"א תשו' פד' "יש איסורין דע"א נאמן בהם מן התורה אפילו באיסור כרת וכו' ועוד והא איכא נאמנת מיה לומר זה כהן וזה לוי". וכן מפו' בר"מ א"ב טו' לב' דנאמנותה הוא לענין איסור. והרבה פוסקים סברי דבנתין נאמנת גם לחרי שיפאה מבית הלידה, עי' ר"מ שם הל"ב ומל"מ בשם ריטב"א. ועכ"פ להלכה קי"ל באה"ע ד' לה' דנאמנת גם ליוחסין, ועי"ש בב"ש ס"ק ס' דהוא מן התורה ודן אם נאמר כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כב'.

תקלב) אמנם המעי' בחי' רשב"א ירלה שאין הכרח כלל למש"כ האמרי בינה בשמו, שהרשב"א כ' לגבי נאמן בעל המקח: "ותקנת חכמים היא כעין נאמן הדיין וכעין נאמנותה של חיה ואם", הרי דקאי רק על נאמן בעל המקח, ואין הכרח לגבי נאמנות הדיין וחיה, די"ל דאינהו מדינא, אלא דבעל המקח הוא רק כעין נאמנותם. וגם לגבי בעל המקח דעת הרבה ראשונים שהיא מדינא, מביא שם הרשב"א בהמשך בשם י"מ, וכ"כ בתורא"ש ב"מ ב: דנאמן בעל המקח הוא בתנו שיכול ליתנו לאיזה שירצה וכ"כ שם רמב"ן ורשב"א וריטב"א.

תקלג) וכן ל' הר"ן צריך תלמוד, שכ': "נאמנת חיה לומר זה כהן וזה לוי. הרבע נשים שילדו בבית אחד אחת כהן ולוי ונתין וממזר ולא מדינא אלא דהימנוה רבנן לפי שעל הרוב אי אפשר בענין אחר". ואם נאמר דהוא תקנה רק לממונות, הלא גם ליוחסין עדיין א"א בענין אחר, ואיך נדע מי ממזר ומי כהן, ואמנו ליוחסין ואיסורין וכל התורה נחזיק הד' לספק, ורק לממונות עשו תקנה,

הא לית ביה טעמא. ולומר שעשו תקנה להאמין מי שאינה נאמנת משום דא"א בענין אחר, גם זה אין בו טעם, דעדיין אי אפשר לן.

תקלד) והנה בתוהרא"ש קדושין עג: כ': "והא דפריך מדר' יוחנן ולא פריך מדעולא כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי כאן שנים משום דאין כאן נאמנות גמורה אלא לפי שבאותה שעה אי אפשר אלא בעדות המיה". הרי כ' כסברת הר"ן, ואעפ"כ כ' הרא"ש עצמו שם עד. "מיה נאלתר ואמו כל שבעה. כולהו יפיון להו מדחזינן שהאמינה תורה לאב להעיד על בנו ובכור אע"פ שהוא קרוב לפי שרגיל האב להכיר בבניו יותר מאחר יפיון נמי מייתי להאמין מיה נאלתר ואמו כל שבעה לפי שאין רגיל לידע אחר שהוא נשס".

תקלה) הרי י"ל דגם הר"ן סב' דהימנוהו רבנן, היינו שחכמים העמידו הדבר על תלו והם שלמדו הדבר מדין יכיר, דהצריכה תורה ב' היכן שאפשר להביא ב', אבל היכן שהדבר באחריות של אחד, הוא ואין בלתו, הרי מדקדק יותר, וכיון שנתנו לו הנאמנות הרי באמת אפשר לסמוך עליו מה"ת. ולסברת זו גם המשגיחה נאמנת, כיון שאין הרופא אינ"ש הרי האחריות והנאמנות ניתנת לה. אבל אם הרופא יר"ש אין המשגיחה נאמנת. ועי' גם מזו"א אה"ע נו' כ' דסבר מתחילה דנאמנות מיה דרבנן ומסיק די"ל דאוריתא.

תקלו) וכזה הוא סברת הרמב"ן ריש גיטין דלא יליפי דין ע"א מעצם זה שנאמנת על הספירה, משום דלא יליפי' אפשר מדלא אפשר, דהיינו שהי' מקום לומר שהאמינה תורה אשה על הבדיקות משום דלא אפשר לאחרים להעיד ע"ז. ובתשו' מהר"ם מינץ יג' תמה על דבריו מד' הר"ן כאן דסברת דאי אפשר הוא רק דרבנן. (ואמנם הא דנאמן הדיין הוא גם להוציא ממוחזק, ובהא לא ס"ל להאמין ע"א נגד חזקה. וזה עדיף מהיה דיש עליה ערער אינה נאמנת, ואילו הדיין מהימן ג"כ נגד עד אחד המכחישו, כמ"ש האמרי בינה שם ע"פ הרא"ש).

תקלו) ובאמת ראיתי לרשב"ש תשו' רו' שכ' להביא דסברא זו שייכא בין בדרבנן בין בדאוריתא: "דע, כי כל עדות שאפשר להתקיים בהלכתה אין מקבלים אותה אלא בהלכתה, וכל שאי אפשר לעמוד על עיקר העדות אלא מפי עד אחד או מפי אשה או מפי קרוב נאמין עד אחד, כמו שהאמינה אותו תורה בעגלה ערופה שלא תערף וכשוטה שלא תשתה בפ"ק ובפרק בתרא דסוטה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל בהלכות עדות. ואף בעדות אשה עד אחד נאמן אי מדאוריתא אי מדרבנן, והטעם בדבר הוא לפי שאי אפשר לעמוד על עיקרן של דברים בשני עדים. וכן הכשירו מכמים בעדות אשה בבכור וכדאמרינן בפרק עשרה יוחסין נאמנת מיה לומר זה יפה ראשון. ואמרינן תו התם ג' נאמנים על הבכור מיה ואמו ואביו מיה נאלתר אמו כל שבעה ואביו לעולם, וזה לפי שאי אפשר לעמוד על עדות זו [אלא על דרך זו]. ואמרינן נמי התם נאמנת מיה לומר זה כהן וזה לוי זה נתין וזה ממזר, כלומר כשילדו הנשים כולן כאחת בבית אחד והאמנו המיה אפילו באיסורא דאוריתא. וכתבו המפרשים ז"ל עלה דלאו מדינא היא נאמנת אלא דהימנוה רבנן לפי שעל הרוב אי אפשר בענין אחר, וכן כתב הר"ן ז"ל ואחרים ז"ל. וכיון שכן בנדון הזה כיון שאי אפשר בענין אחר דנין אותו בדיני אותה העיר ומביאין ראיה מאותה העיר, וכדומה לזה כתב הרשב"א ז"ל בתשובותיו".

תקלח) ומהא דמדמי' לדין נאמן הדיין יש ללמוד דאינו תלוי רק באי אפשר, כמו בנידה שאין דרך להכניס עדים, דהא בדיין שפיר מצוי שיש עדים, או שיש יותר מדיין א', ולא היו צריכים לתקנה מיוחדת. אלא דהנאמנות היא מחמת האחריות שנותנים לו, דבידו להחליט הדין וממילא ג"כ נאמן עליו כל שאין דרך לברר. ולכאו' לפ' זו בהיו ב' עדים בשעת הדין אין נאמן, דיש דרך לברר.

תקלט) וכ"נ בד' רש"ל ב"ק א' מא'. וכן מהרש"ס ב' קס' נקט כהב"ש דמדאוריתא נאמנת מיה, ומסיים מירו' יבמות עו' ע' עשו אותה כמיה וכו'. וכ' דה"ה לענין פסיקת הוסת שא"א לאחרים לידע, נאמנת כדין מיה שנאמנת. מיהו איכא לחילוקי בין דבר שעיקר עניינו הוא רק בפני המיה כמו לידה, ובין עניני הוסת שיכול בעלה וכן יכולות חברותיה לפעמים לדעת כשופעת, (וממילא יש גם לד לומר שיכול לידע כשפוסקת). ומאי דמסתייע מרמב"ן הנ"ל על עצם ספירת ז' נקיים, הלא אינו סברת להלכה, אלא רק אמאי הוצרכו עוד לימוד.

תקמ) והנה כ' הרשב"א חולין ט: נאבדה ריאה כשירה כו' ואפילו לר"מ דמיים למיעוטו נמי כו' היכא דלא אפשר לא אפשר ואע"ג דבחולין אפשר למיבדק כיון דגבי פסח וקדשים לא אפשר וסמכינן ארובא אף בחולין כן דלאחלין לא שרי לן רחמנא. אמנם י"ל דכ"ז בסברא דאמי' למיעוטא, דגם ר"מ מודה שהוא חדוש דמסתבר דכל דפרים מרובא ולא נכשל בחיסור, וע"ז לא מסתבר להתמיר לחלין.

תקמא) ובאמרי בינה שם מדקדק מד' רא"ש דב' דיינים נאמנים יותר מעדים, דמנא לי' הא, ובע"כ דלהרא"ש נאמנות הדיין הוא מן התורה. ונובע מסברא זו. ולא היה צריך לדקדוקים, כי מבואר הדבר בתוהרא"ש הנ"ל. ובגוף דבריו ג"כ הלא מבואר ברמב"ן דבכל עד מפי עד כן הדבר, ויתבאר בסמוך סק"ג בזה. וכן משכ"כ לדקדק מדברי הריב"ש דב' דיינים לא גריעי מב' עדים, דלא ס"ל האי חדושא דהרא"ש, הלא לשון זה נמצא בהרבה ראשונים דב' דיינים לא גריעי מעדים (ראבי"ה סי' אלף כ' ומובא גם בריקנטי תמד' ואו"ז פסקי סנה' נט' ותשו' מהר"ם ד' תקכח'), ולא בא אלא לאפוקי מסברא דגם ב' דיינים יהיו מוגבלים לזמן, דודאי לא גריעי מעדים (ורלב"ח סי' קט' כ' דלא גרעי מעדים דעלמא אדרבה עדיפי מיינהו). ואם כהרמב"ן שהוא ענין כללי בכל מגיד מפי אחר, בודאי אין דקדוק, דכל ב' עדים כך הדין ביניהם כשיש יחס של מגיד ושומעים.

תקמב) ויש לדון היכן שהרופא יר"ש, והמשגיח או המשגיחה מתווכחים עמו על המציאות, האם נחשיב הדבר לספק כדין ע"א נגד ע"א (נתלקו בזה הפו' והכרעת החכמ"א כב' יב' דבנאו בב"א מוקמי' אחזקה ועי' ש"ך קכז' יד', ומבואר באחרונים עוד חילוקי דיינים בזה), או שיש לא' מהם נאמנות מיה. והנה בתשו' הרא"ש נו' ו' חידש דדיינים נאמנים יותר ממאה עדים שנמצו, כיון שהם עצמם עשו המעשה ודקדקו בו להבדיל מן העדים שרק שמעו. ול"ע אם ניחא נמי הכי בכל מידי שאדם עושה בעצמו הגם שאינו דין, שיהיה נאמן יותר מכל העדים שנמצאו. וכ"נ בט"ז חו"מ כג' "וכל שהם בעלי מעשה כגון דיינים או פרנסים". ואולי גם בחיה, שהיא המילדת ועלי' רמיא לדעת איך ומי נולד (ול"ע באמת אם נאמנת גם בטב"ע, או רק דלא זזה ידי מתוך ידו, ולכאו' אם נאמנת בטב"ע. ואין האם צריכה לסמוך על המיה כיון שמחובר הוא כשולד ומסתמא רואה פניו קודם שנתתך ממנה. ומ"מ נ"ע לסמוך על טב"ע של תינוק שנולד כי משתנה לרגעים).

תקמג) ולפי זה אודא קו' הב"ש מקמ"ל דמיה נאמנת הלא הוא ע"א ולא אתחזק איסורא (ובלא"ה הלא נאמנת לומר גם כשהוחזקו מעוברות ממזרים באותו מקום, כגון נשים א"א שבעלה במדה"י, ורק היא מכירה מביניהם את בנה של הכשרה —אמנם אפשר לאפ"ה משיב תמיכה מב' תמיכות, או"ד תלי בד' נקוה"כ קכז' דכשצריך הבחנה הוי אתחזק כדהבין הש"ש ו' ה' ועי' חזו"א אה"ע נו' טו'-, ועוד לליתסין להרבה פו' הצריכו ב'). והרמב"ן כתו' עב. בודאי סובר כן עכ"פ במידי דאמירה, שכ' דכל עד מפי עד אין השומע יכול להיות נאמן יותר מן האומר עצמו, הרי דאין זה דין בדיין

אלא במי שהוא מקור הדבר. וכיון שהרא"ש פ' שבועת העדות מביא דבריו, י"ל דחדא סברא היא (דהרמב"ן כ' שקבלה היא בידו, והרא"ש נקט לי' כדבר פשוט ולא תשיב חדוש להכריע כתרי נגד מאה מחמת הלי סברא) וגם בב' עדים לא אמרי' תרי כמאה אלא הראשון האומר הוא הנאמן, ולא דוקא בדיין. מיהו לא נתפרש אם רק בשמע מפיו או גם במה שנתבאר ממעשיו וכדו' דאין כאן עד מפי עד, מ"מ לסברת הרא"ש עליו לברר מי דייק ועל מי היה רמי המעשה.

תקמד) ועי' ח"מ קטו' ז' שמוכיח מסתימת הש"ע שם דנאמנת אשה להכחיש החכם, דרק באמירה מפיו אין נאמנת, אבל בראה שעשה מעשה נאמנת. ולפי זה אם אומרת שעשה מעשה המוכיח שהוא טהור, כגון שהיתו אצל טהרות, שפיר נאמנת להכחישו. אמנם מש"כ שם: "ועוד הוא אפי' נשים שכיותי" שמעידין עליה שלבשה בגדי נדות הוחזקה נדה אף אם היא מכחשת עדותן ואומרת לא לבשתי ואמה לא יהיה החכם נאמן כמו הנשים", אינו מובן דהלא הנשים הן רבות. והיא אחת (אף דמאה נשים כחד דמיין מ"מ איכא קלא וחזקה). ובאמת כאן היה לו להיות להיפך, שהיא דקדקה בגדותה ובבגדיה, והאחרות ה"ל רק רואות. וגם אם נאמר לא כן (לסברת הח"מ שראיית מיקון כרי אינה כעד מפי עד, הגם די"ל דאיהו ידע אם הוא ממוקן באמת והיאך) בודאי אין להעדיף האחרות, אא"כ הן ב' והיא א'.

תקמה) (ועיקר דבריו לא ידענא מהיכא נפקן, וביו"ד קפד' לא מזכר אלא שאם לבשה בפני אחרים בגדי נדות לא מהני לה אמתלא. אבל לא בטוענת לא לבשתי. וגם זה עמש"ש בדבריו סק"א). ועי"ש דמסיים הח"מ דבקיאור פ' הרא"ש לא משמע כן. ואם משמע דגם בנאמרת שראתה שתיקן, אין החכם נאמן להכחישה ולהפסידה כתובתה.

תקמו) ואולי יש חילוק בין סברת הרא"ש בתשובה, לבין סברת הרמב"ן דכתובות, דהרא"ש כאן מיירי בעדים שאין להם לב בדבר, ולכן הדיינים נאמנים יותר מהם. ואין לבע"ד לשמוע לעדים יותר מלדיינים, וגם מחמת שהדיינים מופקדים על הדין. ואין ראי' למילי אחרינו, ובודאי לא בב' עדים. אבל כשהאשה שהיא בעלת דין לכתובה, טוענת שאין בה פגם, אפשר דלא אלימא הלי סברא דהחכם הוא דקדק יותר ממנה, ועכ"פ כעד אחד לא משגינן לה. וכדעת הר"ן והרשב"א כתובות שם. והרמב"ן כתובות סובר דאין הפרש. ולכן אין סמיכה בדברי השו"ע שלא פוסק שם כרמב"ן. וד' ב"ש שם סק"ה, דחוקין ומתוהין וכבר הרגיש בזה בעצמו. אמנם לקושטא דמילתא בודאי יש לחוש לד' הרמב"ן והרא"ש דשם, ואם המוחזק מסתייע בחכם, א"א להוציא ממנו ע"ס השומע מן החכם. עכ"פ בע"פ. ובב' עדים בחופן המבואר בש"ע חו:מ כג' בשם תשו' רא"ש.

תקמז) והנה כ' בתרוה"ד שגג' שנתעורר מה' על המקומות בביהכנ"ס והביאו א' הנשים לעדות ע"ז, דחשיב עדות, ומדקדק לה מהר"מ פ"ח מנזיקין דהא דמיעטה המשנה מדרשה מיוחדת שלא יעידו נכרים ועבדים, הוא משום דס"ד כיון שהם מצויים בשדות יוכלו להעיד על נזיקין. הרי דבעלמא מקום שאין מצויים עדים כשרים יכולים להעיד גם הפסולים. ומבואר דמדינא הוא, וכן בד' מהרי"ק שורש קעט' מביא ד' המרדכי פ' המובל דהנשים והקרובים יכולים להעיד בדבר קטנה, כשם שהמיה נאמנת לומר זה בכור. הרי דדין גמור הוא (כדלעיל תקלט', וגם הגר"א חו"מ לה' כח' כ' סמך מהא דחיה), וכן הבין הכני"מ פג'.

תקמח) ואמנם מהרי"ק שם כ': "כתב בתקנות קדמוניות מר"ת שאפי' אשה יחידה נאמנת לפי שאין פנאי להזמין כשרים פתאום לזה", אבל אין מזה הכרח דהוא תקנה, אלא שהיה כתוב בקונדס תקנות קדמוניות מר"ת (ונראה שהוא הרשימה הנמצאת בכלבו קטז' הפותחת "דין תקנת רבינו גרשום וגזרת קדמונים ז"ל", ובין הדברים כתוב: "חרם קדמונים שלא להכות חברו וכו' ותיקן ר"ת על המכה כה' דינר וכו' ואשה וקרוב נאמנים בזה הדבר וכן בכל קטטה שאין שם אנשים להיות עדים מזומנים בדבר פתאום". והכי נמי אין הכרח דגם פרט זה לאשה וקרוב הוא תקנה מיוחדת). ולכן צ"ב מה דחפש הרמ"א דאינו אלא מחמת התקנה (וכ' כל זה מדינא אבל תקנת קדמונים וכו'. וכ"כ הגוב"ת גח' וכ' הבו דלא להוסיף על התקנה וכו').

תקמט) ובפרט צ"ב ד' הסמ"ע להלן תח' בהא דלא נאמנים פסולים בנזיקין, שכ' דברמ"א לה' אי' דמחמת התקנה נאמנים, והלא בנזיקין אינו כן, וכמו דמחלק התרוה"ד בביאור ד' הר"מ דא"כ לא שביק מיי לכל בריה דכל חשוד גזלן ישכיר עבדים או פסולים להעיד. ובאמת גם בחילוק זה ד' הסמ"ע אינם ברורים, שכ' דשאני נזיקין דשכיחי, ואינו מובן איזה חילוק יש כאן דאי שייך הטעם גם בנזיקין מאכפ"ל דשכיחי (וגם אין תשבי' שבת וריפוי לשכיח כדקי"ל חו"מ סי' א' ודיני' בזה"ז וחו"מ בהכאה אמרי' דחשיב אין פנאי להעיד. ואילו בנזקי אש ובור דקאי עלה ההיא מתני' דב"ק סובר הש"ך חו"מ א' ב' דחשיב לא שכיח, וחו"מ אין הפסולים נאמנים. ולהכי תימה גם על המהרש"ל ב"ק א' מא' שמפרש טעמא דר"מ וכ' ההכאות בין האנשים ובין הבהמות ג"כ רוב היותם במעמד ע"ה וכו', והרי הכאות בין אנשים אין דינם בזה כנזיקין. וצ"ב הגי' שם, והתרוה"ד כ' עיקר הטעם דאל"כ כל א' יקח עד נגד חברו, ורק בדבר שנולד ממילא דרגא וספק ואין פנאי ליקח עדים כגון שידוע שהיה קטטה והכאה ולא ידוע מי פתח או מי הכה, או בים ספק על הישיבה בבהכנ"ס, והיינו מש"כ "מילי דאקראי" שאירע ונולד ספק ולא שיש מקום לשקרן ליזוז כל הענין.

תקנ) ובאמת י"ל דגם בהכאות ומקומות ביהכנ"ס דאין מצוי כשרים או דאין פנאי ליקח כשרים, אי ליכא דרגא דספק אין נאמנות רק נשים או ב' קרובים וכדו' דפסולם הוא מגזה"כ שלא ליקחם, אבל לא חשש משקר. ולכן באין פנאי יכולים הם להעיד. אבל המשודים לשקר או דלית בהו הימנותא כלל, ולא נולד ספק, עדיין איכא טענת התרוה"ד דלא שבקת מיי לכל בריה. ואמנם ל' התרוה"ד לא דייק הכי דמשמע דסובר שיכול לפתות נשים לשקר ולית הימנותא בהו. ובאמת צ"ע אם בנולד ספק כה"ג בנזיקין דמזי' שב' שוורים התאבקו למה לא יהיה נאמן הפסול דהרי דמי ממש לחזי' ב' בנ"א המכים. ובאמת עיקר הדין בנזיקין הוא גזה"כ, וטעמא דתרוה"ד אינו אלא כטעמא דקרא. ומסברא היה אפשר לומר דאדרבה, בנזיקין דחזי' שהחזק לפנינו ואין הנדון אלא מי הזיק, חשיב תמיד כ"ג דרגא דספק. (וכן הט"ז לא ראה ד' תרוה"ד ולכן תמה מהא דנזיקין, והרי משם למד התרוה"ד דינו).

תקנא) והנה בתרוה"ד מוכח דגם בים עד כשר עדיין חשבי' להו מקום שאין כשרים מצויים, דהרי במעשה דהתם הי' עד כשר נגד הנשים. וצ"ל דמהאי טעמא גופא דאין הכשרים בקיאים, אפי' בא ואמר שראה, אין זה גורע מהצורך בעדות הנשים. וצ"ע במקום שאין פנאי להעמיד עדים, ויש עד אחד, אי חשבי' להו עדיין אין פנאי, דהא חזי' דיש עד שהיה שם. ואפשר לומר דכל שאין ב' עדים כשרים עדיין נחשב מקום שאין מצויים כשרים, ואם יהיו ב' כשרים לא מכשרי' לעדות השאר נגדם.

תקנב) והנה הרמ"א חו"מ לה' מיתי לה בשם י"א, ונראה דאף שהארוך וכתב כ"ז מדינא אבל וכו' יש מי שכתב וכו', מ"מ אין בזה ספק דכך הלכה. וכדרך רמ"א בהרבה מקומות לכתוב י"א על מה שהש"ע לא הביא אף שאין פלוג'. דהרי מהרי"ק והמרדכי ותרוה"ד ור"ת והכלבו ואגודה ומהר"ם מריזבורק בשם הקדמונים הסכימו כן, וכך מדקדק תרוה"ד מהר"מ, וכ' דאין הרא"ש חולק ע"ז. הרי רוב בנין ומנין.

תקנג) ואמנם מש"כ תרוה"ד דאין הרא"ש חולק, אף שפירש צריכותא אחרת למה הוצרכו למעט שאינו בן ברית, דמר אמר חדא ומר חדא ולא פליגי. לכאו' ממוה, דהרי לא נאמר מר אמר חדא אלא כשהדיינים ברורים מסברא, ואפשר דשייכם בכלל, כמו נוקקין לתובע תחילה שמביא ממנו התרוה"ד דוגמא. אבל כאן אם אין לנו מקור וסברא שיהיו הפסולים נאמנים, מהיכי תיתי שנחשוב שהתנא הוצרך לאשמועי' מחמת ג' טעמים, ודלמא מחמת טעם א', וכך בהרבה מקומות כשיש ג' צריכותות אמרי' נפ"מ ביניהם. ובאמת אם נאמר שהיתה כזו תקנת קדמונים, והרי נכתב כבר בשם ר"ת, הרי י"ל דפשטו להפו' כן מסברא, ולכן כל הטעמים מתקבלים.

תקנד) והנה רש"ל ב"ק ח' מא' כ' יכול להיות שד' ר"ת תקנה הוא ולא נתפשטה תקנה זו שהרי בעלי התו' ורא"ש וטור לא הזכירוה, וכ' הטור בשם תשו' רא"ש יז' ה' דלא מחיבי' למוסר אלא מה שמבדר בעדים ולא בהוכחות, ע"כ. ולכאו' אין ראי' גמורה ממאי דלא מהני הוכחות, שלא יועיל גם עד פסול דס"ש אפשר לאחשוני' עדות. ואף דהני פו' לא הזכירוה, הלא הרבה פו' אחרים הזכירוה והורו בתשובותיהם הלכה למעשה כן. וכן רש"ל עצמו מביא כך גם מתשו' ר' פנחס מעיל צדק ומתשובות קדמוניות בשם הגאונים. ונראה דרש"ל לא בא לבטל אלא הדין שאשה יחידה מהיה כשרה, אבל ב' נשים מסכים וכמבואר בדבריו. ולענין זה כ' דלא נתפשטה התקנה. ומ"מ מש"כ דמתני' דב"ק על פי עדים וכו' ראי' נגד, הלא שאני נזיקין כמבואר בד' מהרא"י בביאור הר"מ, וא"א ללמוד מהם.

תקנה) ומש"כ התרוה"ד בדבריו דאם היינו מאמינים בנזיקין לא שנקט מיי וכו' או נכרים ל"ע, דלא נראה כלל דבכלל תקנה זו גם נכרים, ואטו נאמנת מיה נכרית. והרמב"ם לא כ' אלא "עבדים ורועים", וכנר' מפרש דאינם בני ברית היינו עבדים, אבל נכרי גמור הלא לית בי' הימנותא ולא אירינן אלא במי שלא יקחו לעדות לכתחלה כמו אשה אבל בעבד היא נאמנת ולא תשודה לשקר וכן עבד חייב במצוות. ולגבי נכרי איכא טעמא אחרינא ברא"ש. וגם אי נימא דהי' ס"ד לענין נכרים, עכ"פ בודאי למסקנה אינו כן לגבי נכרים וגם הפו' לא העתיקו כן לענין נכרים. ובהכלבו קטו' כ' מסור ואפילו מומר, משמע אבל נכרי לא. וכן רש"ל ב"ק ח' מא' כ' נכרי ודאי לא וכ"כ תמ"ם. וא"ע בזמננו במיה שלא ברור ששומרת דת. ולכאו' היה הדבר מצוי גם בזמנם, ובע"כ מאמינים לחיה דאל"כ אין דרך לייחס הולד, ולא שמענו שהנכריכו לקחת תמיד חיה שנאמנת לעדות ושלא משחקת בקוביא או שלא גזלה, ואין מדקדקין בפקו"נ, ורק הזהירו מחיה עכו"ם מחמת הסכנה, ומשמע דבלא זה אין חשש, וא"ע. ואולי ביולדת בבית א' ואין עוד יולדות עמה אין חשש בכל מקרה, וכך היה אצלם על הרוב.

תקנו) ובעיקר מש"כ לעיל סברא דשאני אשה דאית בה הימנותא ופסולה לעדות משום דאין רצון התורה שתעיד ושיקחוה לעדות ולב"ד (כי הא דשבועות ל. וכי תימא אשה נאו אורחא למיזל בדינא משום כל כבודה וכו'). הנה בר"מ סוטה א' טו' מבואר דאשה וקרוב נאמנים להעיד על סוטה שזינתה אבל הפסול ברשע לא נאמן עמ"ש בחו"מ לד' סוף סק"א.

תקנז) אמנם בב"ק פח. ולפי' מה אשה שכשרה לבא בקהל פסולה להעיד דכתיב האנשים עבד שפסול לבא בקהל כ"ש שפסול להעיד. וא"ע דאם פסולה מחמת שהיא אשה, מה יש ללמוד לעבד, ואיך זה מלי בהא דכשרה לבא בקהל. ואולי לא חזי להכשיר העבד יותר מן האשה, או שגם העבד אין רואי שיתעלה למדרגת עד. וממוזר תמהו המו', וי"ל דממזר אינו במדרגה פחותה מלד עצמו, כי אין קשר בין מעשיו לבין איסורו. משא"כ עבד דגברא חזי להיות גר צדק, אלא שמעשיו ומצבו גורמים. וכמבואר בתומים כ' דק"ו לבדו לא סגי אלא הנדון הוא גם במשמעות 'אחיו' האמור בעד.

תקנח) ובאמת הרב שב יעקב בתה"ע ג' כ' לולי דמסתפינא נגד הרמב"ם הוה אמינא דנשים כשרות להעיד מדינא, דבב"ק ממעטי' בני חורין ובני ברית, דל"ל חיים ואינם בני מצוות. הא אשה די"ל הא והא כשרה. וכ' בתומים לה' ט' די"ל דבנזיקין אין אפי' ס"ד להכשירה, דאינה מצויה בשדות ובמקומות החיות והבהמות. ומ"מ י"ל דזו כוונת הר"מ, דבאמת הא דקתני' אשה פסולה, היינו דלא לוקחים אותה להעיד משום דלאו אורחא וכו', אבל בראתה מעידה, ולכן באמת כשרה היא בכללא היכא דראתה הדבר ואין עדים אחרים. מיהו נ"ע בהא דקי"ל דאין נאמנים על ג' שערות בבת יב' אלא עדים כשרים (כשאריך עדות כגון בנדון דמלי דבר, ולא כשמסתמא איכא שערות והוא רק ג"מ בעלמא), והלא בהא מצוות נשים והוה לי' כבית המרחץ של נשים וקשה לייר עדים כשרים בזה, ואמה לא האמינו בזה הנשים.

תקנט) ובתשוה"נ מ"ב רמב' כ' להשגחה על הפריה היא גילוי מילתא בעלמא, בדומה ליבמות לט: דיבם ויבמה שבאו לחלוץ אפי' קרוב או אשה נאמנים לומר שהם יבם ויבמתו, משום דהוא ג"מ בעלמא, ואף שהוא דשב"ע, וכתשב"ץ ח' פג' דג"מ הוא כל דבר שקרוב להיות ידע לנו בחומר הדעת כמו שמעיד זה אלא שמכוסה ונעלם מאיתנו קצת. וכ' הה"נ בהפריות גם בלא שיאמר כמעט ברור שכן הוא שהרי אם יש ישנה ייקנס בקנס גדול ובודאי זהיר.

תקס) אבל לענ"ד לא נראה כלל, והסברא דמירתת לא מהני בדשב"ע, ולא איתמר גילוי מילתא אלא בדבר שהוא ברור וידוע ומוחזק, ואין אנשים זרים זא"ז יכולים להגיע עצמם כיבם ויבמה ולעשות חליפה, ואמירתם מחזיקה שכך הוא, שאין הם יוצרים מציאות חדשה אלא רק מגלים הידוע, והוא דבר המתגלה מאליו. ואילו כאן הרופא עושה מעשה, וגם אם יש סברא דמירתת, אין שייך להמשיך הדבר לגילוי מילתא. ועוד הרי אם הרופא טועה אין בזה כ"כ קנס והפסד, כי כל אדם עולל לטעות, ולא סיכן חייס, ולכן אין גדר מירתת כאן כ"כ מוכרח.

תקסא) אך באמת י"ל שא"ל בזה השגחה מיוחדת, וכמו שאין השגחה מיוחדת שלא יחליפו הולדות, שהוא אותו מכשול עצמו, אלא קומכים על נהלי בית החולים ועל נאמנות חיה שעושה מלאכתה וה"ה כל פקידה המופקדת על ריסוס ושיוך המיטוקות והכרוך בהם, וה"נ. ורק אם היינו מחשיבים את הדבר לספק שצריך עדות, הרי לא שייך לומר ע"ז גילוי מילתא בעלמא. וכך המשיבוהו לספק בזמן שלא היו עדיין נהליס בדבר, אלא פעולה עצמאית חדשנית, אבל כשיש נהליס ברורים סגי בנהליס מעשה הנ"ל. וכ"כ מנחת אשר. והיינו דבאדם יחיד אפי' אם מסתבר שעשה כאמור ושיש מירתת קצת, אין זה מספיק לבטל הצורך בעדות ולהפוך הדבר לגילוי מילתא בעלמא, ורק כשיש מערכת ברורה כללית שאדם זה הוא רק חלק ממנה, מעיקרא לא דורשים עדות.

תקסב) ויש דמיון לדברי הגרמ"פ בענין חלב נכרי, אלא שאם הנדון ממנת שגזרו חז"ל גזרה מיוחדת על חלב זה, ואין האיסור מחמת ספק דאוריתא דחלב קוסים, דאם משום ספק זה בודאי היו הכל מודים לגרמ"פ ולכל שהעלה המוז"א דיש לסמוך על המערכת, אלא רק משום שרבנן גזרו גזרה מיוחדת השאלה אם הא דמערכת פיקוח יכול לבטל הגזרה. ולענין אם יש גזירה מיוחדת בדין יוחסין שהיא שתוקי שהוכירו מכמים, עי' אות לב'.

תקסג) ובכ"ז נפ"מ לא רק להפריות, אלא בכלל לסמוך על הרופאים ועל מערכת הרפואה בכל דבר שהוא מקודר

יש לו נהלים ברורים, ופע"מ לטומאת כהנים, ולאכמנות רפואיות בדיני מרלות דמים ופלעים, בדיני טריפות שונים, וכל דבר רפואי הנוגע להלכה (מלבד עניני סכנה, שבזה אין ברירה אלא לסמוך על הרופאים גם אם לא נראה, ואם לא ברור שלודקים על ג' רופאים).

וכמדומה שגם מערכות כשרות מסתמכות למעשה על נהלים ברורים ומתועדים שיש אפשרות לבדקם ומתמת עצם זה שיש אפשרות ויש נהלים קומכים ע"ז, אף שאין גדרי עדות ונאמנות וגם א"א לבדוק כל פרט ופרט תמיד. ועמ"ש בזה ביורה אורה סי' נ'.

יז. הנאמן וטוען שכחתי ונזכרתי

תקסד) לפי המבואר בפרק הקודם, שיש נאמנות של המציאות והנהלים, שאינה מדין עדות, אלא שיש מערכת שלמה המופקדת על מיון סידור ופיקוח, יש לבאר בגדרי נאמנות זו וגבולותיה. שהרי לענין עדים יש דין ברור דכיון שהגיד אינו חוזר ומגיד, ובע"א הנאמן נתלקו הפו' אם תועיל הכחשת הבעלים עבדו להתיר (ביו"ד קכז' ס"א וש"ך שם ג'), וכ' הרמ"א (שם א') שתועיל הכחשתו אחר שתיקתו כשיש לו אמתלא.

תקסה) וגם לעד עצמו מועילה אמתלא לחזור בו כמ"ש הש"ש ו' פ"ח ופ"ט, ובחו"ד קכז' ה' סובר דהיכן שנאמן משום בעלות יכול לחזור גם בלא אמתלא, ולהחו"א אה"ע נט' לב' כל שלא בפני ב"ד יכול הע"א לחזור בו גם בטעם שאינו מספיק כאמתלא. ועי' לעל אות תקטו' בנאמנות מיה אם מתתי לגדרי עדות, וביו"ד קכז' א' כתבנו לדון אם מהני אמתלא בחיה (ועי' רמב"ן במלחמות פ' עשרה יוחסין סג: בענין מי שאמר יש לי אחים או בנים וחזר בו "שלא מצינו בתלמוד נאמן ויכול לחזור בו, אלא כל שנאמן כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד"). ובעניינים אלו שאנו סומכים על אמירת הממונים על הדבר, מה יהיה הדין אם חוזר בו ומבאר דעתו, או שאומר שכחתי ונזכרתי, וכל כיו"ב. האם יש מוקף לאמירה של אדם בכלל, או רק למסקנה של כל המערכת ולמה שנרשם לבסוף בתיק.

תקסו) והנה באמתלא א"א לגרעו מע"ת, ומה שיש לדון בעיקר הוא מה שמצוי שאנשים אומרים "לא שמתי לב", שאין זה מועיל בתורת אמתלא בשום מקום שצריכין אמתלא, והחזו"א דלעיל מועיל בע"א שלא בב"ד, משום דידע שאין זו עדות, אבל כאן דסמכי' עלי' דהפקידים ואין זה מגיע לב"ד לעולם, עליו לבאר איך יהיה דינם בשומר לא שמתי לב, נזכרתי, וכדו'. ורלתי בנתה"מ סה' ב' שכ' בדין דשלים ששכח מה טיבו של שטר דיהא מוגת, שיכול לומר אח"כ נזכרתי ועושין כדבריו. אבל התומים שם הסתפק בזה, וכן האמרי בינה סי' נח' מצדד דלא יועיל, דכל נאמנותו באה לו מצד שהוא היודע ועד, ואמרי שאמר אינו יודע איתרע נאמנותו. ומסיק דרק באמר בפני ב"ד, וממילא בנ"ד דל"ש ב"ד כדלעיל יל"ע.

תקסז) והנה באומר לחברו נתנסך יינך בפניך ושתק שמיקה כהודאה, כדביארו הרא' בסוג' דגיטין נד, אבל בשותק, ואומר לאחר זמן מה ששתקתי אינו משום הודאה אלא משום שרציתי להמישב ולחשוב בלבי לזכור אם הוא אמת נאמן, כמבואר בתוס' שם בשם ריצב"א ונפסק בשו"ע יו"ד קכז' ג'. ומבואר בש"ך שם יש דאם אמר לא חשבתי לדברי העד אינו נאמן אלא חשבי לי' כהודאה, אבל בדבר שאין העד נאמן כגון דשב"ע, יכול לומר לא חשבתי לדברי העד (ולא בא להשיג שם על השו"ע, וכן בט"ז שם).

תקסח) ויש לדון היכן שהנאמנות היא בתופן שמבאר איך דינו אם אומר לא חשבתי לדברי העד, דהרי ודאי א"א לומר דכשיש מערכת תיעוד ונהלים, יש לה דין עדות וא"א להכחיש דבריה, ואין זה אלא שמותר להסתמך עליה. אבל אם אדם אומר שנפלה טעות נאמן כדין ע"א, וכך עושה משגיח כשרות שיכול לפסול, וא"כ י"ע בשותק, ולכאו' דומה לדשב"ע שיכול לומר לא חשבתי לדברי העד.

תקסט) ולכאו' יכול שלא לקבל דברי הפקיד הממונה גם מתמת הספק, ולגבי ע"א כ' שם הש"ך יז' דלא יכול בעל היין לומר שתקתי משום שרציתי להמישב וכו' ואחר שמתישבתי איני יודע, וע"ש בדגמ"ר ובמנו"י שדומים רלתיתו, אבל עדיין איכא סברא דהש"ך (ובודאי ידע לדחות הרא' אם לא הי' מסתבר לי'), דלא"ל לדחות שתיקה כהודאה במילי דכלי. אבל בנ"ד אם נאמר כמש"ל דאין שום חובה לקבלו, ממילא גם אין שתיקתו כהודאה, ויכול לומר אח"ז איני יודע גם בלא טענת ברי.

תקע) ולעיקר טענת שכחתי ונזכרתי, אם יכול אדם לומר כן בדבר שאינו עדות, יש ללמוד מדברי הפו' בכמה דוכתי, דהנה הר"ן שבועות כח: הק' בתשוב על השבועה, אמאי אינו יכול לומר שכחתי שנשבעתי ולכן עברתי על שבועתי, ותי' דבזמן קרוב א"י לטעון כן, אבל הרשב"א בתשו' א' תרע' וג' שלג' (מובא בב"י חו"מ לד' ז') כ' דאינו נאמן להכשיר עצמו לומר שוגג הייתי שא"כ אין לך תשוב אפי' בשבועת העדות דיכול לומר שכחתי וסבור שכן היה וכדאמרי' כתו' לג. עד"ז לא לקי משום דלאו בני התראה ניהו אמר רבא תדע ניתרי בהו מעיקרא אמרי אשתלין.

תקעא) וכ' הקצה"ח כח: ח' ד' הרשב"א מעשה לפתור, שכ' דא"י לומר שכחתי ומציא דלא לקי משום דאמרי אשתלין. ובע"כ כדמשמע בר"מ סנה' יב' ב' דהתראה גזה"כ הוא ואף בתח"ת, ולכן מיד אחר כדי דיבור יכול לומר אשתלין, דאז כלתה התראה. ומ"מ נענשים דלא יכולין לומר אשתלין. עכ"ד.

תקעב) הרי הקצה"ח עביד פלוג' בין הרשב"א לר"ן, דלהר"ן בתחת אדם יכול לומר שכחתי, אלא שבזמן קרוב לא מסתבר ששכח ולא מאמינים לו ולכן לוקה, ולרשב"א אינו יכול לומר שכחתי. אמנם מימה דהלא הר"ן מייתי ההיא קושיא בשם הרשב"א, ומסיק הרשב"א בע"ע, הרי דאדרבה רוצה לומר דתמיד יוכל לומר שכחתי. ולא כדבריו בתשובה.

תקעג) ובאמת גר' דאין סתירה, דלא מיירי שם הר"ן והרשב"א אלא בשבועת העדות, שאומר אינני יודע עדות, באמת יכול להיות שבאותו זמן לא היה יודע העדות באופן מדוייק שיוכל להכריע. ודרך הטבע הוא (ואין זה משום שאומר לשון 'אינני יודע' אלא גם באומר לא רציתי שום הלוואה, עדיין אפשר דשכח). ולכן תמהו רק על שבועת העדות ולא על כל שבועה אחרת.

תקעד) (ומאי דמחלק בקצה"ח כאן בין אינני יודעים לך עדות ובין לא ידענו לך מעולם, אינו מובן, הלא כשאוכח ואינו זוכר באמת אפשר דסובר דלא ידע מעולם. ובאמת סברא כזו אי' בתשו' הרא"ש עו' ג' לגיאור התומים כט' ד' אבל להסמ"ע שם מ' אין זו הכוונה אלא עצם המזוהה היא הכחשה אא"כ אומר אינני יודע 'עתה' שהשאיר לכך פתח מתחילה).

תקעה) ומ"מ גם על שבועת העדות מסיק הרשב"א דאינו נאמן לומר שכחתי, אף דהקושיא לא מיתרץ וכ' צ"ע, זה העולה מן המשנה. ולכן בתשובה סתם שאין נאמן לומר שכחתי לעולם, וגם הר"ן אינו חולק אלא בשבועת העדות בזמן רחוק, דבאמת יכול לומר שכחתי ונזכרתי. דהרי כך ההלכה שיכולים להכיריו העדות ע"י אחר ועי"ז נזכר. ומש"כ הרשב"א דיכול לטעון שכחתי וכדאמרי' כתובות לג. אין הכוונה דמוכח שם שא"א

לומר שכחתי, אלא שיש מליצות כזו, ומביא ראי׳ דאם היינו מקבלים טענה זו, הלא היתה פוטרת אותו כדאמרי אשתלין, וכע״כ דאין אנו מקבלים טענה זו.

תקעו) (ומש״כ הקצה״מ דאחר כדי דיבור נפטר, מהגמ׳ דאמרי אשתלין אין ראי׳ אלא לאחר זמן, וכמ״ש רש״י שם יום או שעה קודם, ועל כן הנדון מהגמ׳ להוכיח אם שייך שכחה. אבל התראה שלא תכ״ד היא ענין אחר שאינו תכ״ד. ובגמ׳ שם לכאו׳ מוכח דלא בעי׳ תכ״ד בהתראה, ואולי נקטו כן שיהיה פשוט אפי׳ בלא דין התראה תכ״ד, דקודם תכ״ד הוא רק פגם בהתראה ובאימתה אבל אין כאן חשש שוגג ושכחה, משא״כ קודם זמן רב באמת מצו אמרי אשתלין ואפי׳ אין כונסין אותן לכיפה).

תקעז) ובאמת הרשב״א שבועות נ). מבאר דאין נוקה בשבועת העדות משום דיכול לומר אשתלין, הרי דלענין מלקות מועיל טענה זו לעולם. והא שכ׳ בתשו׳ דלא אמרי׳ אשתלי בשבועת העדות, אפשר דהיינו בנשבע בב״ד, דכיון שהעיד בב״ד ואינו מקבלים דבריו לחזור בו, לא נקבל דבריו גם לענין שלא יהיה חשוד על השבועה.

תקעח) וכן מוכח משב׳ הרשב״א דלא משכח״ל, ולא מיירי דוקא בתתני׳ דחוץ לב״ד. אבל בחוץ לב״ד אפשר באמת שיטען שכחתי, דס״ס לא נשבע אלא שאינו יודע, ולא על שקר גמור. וכן בכל נשבע, אינו יכול ליפטר באמרו ששכח (ואפי׳ אם העדים התרוהו ששמעו מאחרים שנשבע, יכול עדיין לטעון שאינו זוכר שנשבע ושמועתם שוא היא), כיון שאדם שנשבע חייב לזכור שבועתו ואחריותו עליו, עד שלא הוכיח ששכח חשבינן לי׳ כזוכר.

תקעט) תדע, דאי לא נימא הכי יוכל אדם להכות אביו, ולומר לעדים המתרים שאינו זוכר שזה אביו, וכן בנותר יטען שאינו זוכר שזה בשר קודש, וכך בהרבה דינים ואיסורים. והלא העדים אין צריכים לדאות בעיניהם כל תולדות השתלשלות ילידת חפץ האיסור, אלא רק להודיעו איסור התורה ושכך הם סבורים לגבי חפץ זה. ואה״נ אם יטען שלא ידע יהיה נאמן (דמשכח״ל שלא ידע שבשר זה הוא נבלה ואמר לעדים שהם טועים במחשבתם שזה נבלה), אבל לא כשידוע לנו שידע ויטען ששכח דוקא בתוכו הזמן. (וע״ע ברכ״י חו״מ כח׳ דהיודע עדות לחברו, כופין אותו להעיד כמו כל מ״ע, וא״ע שאפי׳ אם הודה שידע עדות, הרי תמיד יכול לומר שכחתיה, ומשמע קצת דסובר דלא מהימני׳ לי׳ בזה).

תקפ) ובאמת כבר הש״ך לב׳ ב׳ כתב ע״ד הסמ״ע שם ב׳ דבשבועת העדות נפסל רק בזמן קרוב, דכ״כ הר״ן ״אבל מדברי הרשב״א שהביא הר״ן שם מוכח דבכל ענין אינו יכול לומר שכחתי, וכ״מ להליא בתשו׳ הרשב״א״. ולמש״כ הרשב״א שהביא הר״ן שם דרך קושיא קאמר, וגם קושייתו איננה אלא חוץ לב״ד, אבל בנשבע בב״ד אינו יכול לומר שכחתי וע״ז קאי הרשב״א בתשו׳, וגם הר״ן בחי׳ מייריי בחוץ לב״ד. ואולי זו כוונת הש״ך במאי דמסיים ״ויש ליישב בדוחק״.

תקפא) הרי לפי האמור יכול אדם לומר שכחתי, אלא שבדבר שהאחריות עליו אין בכחו לפטור עצמו מאחריותו עי״ז. ונראה דהיינו דוקא באחריות שלקח על עצמו מרצונו, הרי מקבל על עצמו כולי האי, וראי׳ מדין פסולי עדות, דאין פוסלין אדם אם יש לו לימוד זכות, כגון הקובר מת ביו״ט שני אינו נפסל, דאומר מותר, ואפי׳ אם מכמיס מנדים אותו לא נפסל כי יכול לסבור שבהיתר הוא עושה והגידוי בא לכפרה, והמלוה מעות יתומים ברבית קצוצה אמרי׳ דסובר שעושה מצוה, ואפי׳ המתיר קשר בשבת אמרי׳ ששכח שאסור לקשור. אבל במי שנשבע ועבר על השבועה, וטוען שוגג הייתי ושכחתי זמן השבועה, אינו נאמן לפטור עצמו, כמבואר בתשו׳ הרשב״א ח׳ תרע׳ וכן ג׳ קט׳.

תקפב) והש״ך חו״מ לד׳ ח׳ ר״ל דתשובות הרשב״א איירי בשוגג שטוען שלא הכיר החפץ, ולא בשכח עיקר השבועה, אבל בתשו׳ הנזכרות בחות הקודש מוכח דאף בשכח עיקר השבועה הוא הדין. ומאי דמתלק הש״ך בתשו׳ הרשב״א ד׳ קט׳ דאיירי בטוען שנאנס לישבע, ולא שנאנס לעבור על השבועה. להרמ״א יו״ד רלב׳ תדא מילתא היא, שענין הלכה זו היא שאחרי שעבר אינו נאמן להמציא לו היתר. וכל מה שנאמן הוא על עבר. ומש״כ הש״ך דאינו נאמן אלא משום דכשהתרו בו לא הכחיש, הלא לא כ׳ הרשב״א אלא לתוספת טעמא, וגם בלא טעם זה המזיק דאינו נאמן לומר אנוס הייתי. וחילוקו בין שוגג לשכחתי ג״כ ק׳ בל׳ הרשב״א.

תקפג) ולפי המבואר דיש לך אדם שחייב מלקות אבל יכול לפטור עצמו בטענת אונס או שוגג, ומ״מ אם לא טען מלקי׳ לי׳, דגם במיתה שייך כן. דהרי קי״ל בעדים זוממים דלא מיתי׳ לגמלא פרחא ולהומה סגי שיהיו במקום רחוק כפי דרך העולם ולא יותר, ונראה דהכוונה כפי הידוע שיכול להזדמן, דהיינו הסוס המהיר ביותר מבין המצויים, ולא דעבדי׳ ממופע ועפ״ו הורגים אותם. והנה אם טוענים שהיה כן ונזדמן להם סוס מהיר מאד אין אפשר להרגם ע״פ רובא. ומזה מוכח כד׳ תוס׳ יבמות קטו. בשם ר׳ מנחם דאין הורגין אותם, וכמו בטענות הנ״ל שיש אפנים שמתקבלות לענין שבועה.

תקפד) תדע, דהרי אם העידו ואמרו בעדותן שהיו בעיר א׳ ונזדמן להם תחבורה מהירה מאד שאינה מצויה כלל, ואחרי זמן מסויים הגיעו לעיר ב׳ ורצו וכו׳. שאין טעם להזימם ולומר עמנו הייתם בעיר א׳ בזמן שאמרתם שהייתם. דלא מיירי בדבר שאינו אפשרי בטבע. וה״נ כשלא פירשו הדבר למה לא יהיו נאמנים לבאר דבריהם כך. ואמנם אין ראי׳ דאפי׳ נחשיבו דבר שאי אפשר הלא יש כאן הפה שאסר. עכ״פ כל האמור כאן הוא להפילם ממיתה, מדין והאילו העדה, אבל להעניש זה שהעידו עליו ג״כ א״א להעניש, שהרי הוזמו, וכפי הדין והמשפט נוטה שעדותם שקר, אלא דא״א להוכיח כדי להרגם. וכ״מ תוס׳ שאנן מכות שם.

תקפה) ושמעתי שהיה מעשה שאדם היה צריך לקבל שירות מסויים מביה״ח, שנעשה ע״י הרופא, והאמות מסייעתו, וכשהיה בפני הרופא אמרה לו האמות שהכל נעשה כדרישתו וכפי שקוסם, אבל אחרי לכת הרופא אמרה לו האמות שהרופא שינה מפני איעורם שהיה לו, ומה שאמרה בפני הרופא כדבריו הוא משום שהיתה אונסה לפעול ע״פ רצונו. ואין זה שייך להכחשת ע״א, שהרי שניהם אינם כשרים לעדות. אלא דבגוונא דא ניכרים דברי אמת דלמה תעשה כן ולמיתש מיבעי.

תקפו) אמנם באופן כללי בשאלה זו יתכן כמובן גם להיפך, שיש לחשוד את שני הצדדים בגיעורם, ואמרתי שהוא דומה לד׳ הש״ך הנ״ל, דתמיה על הרמ״א שכ׳ סתם דלא נאמן לומר שוגג הייתי ולא אונס, דלא מבואר כן ברשב״א רק לענין שוגג, וג״ז בסמירה לתשו׳ הרשב״א שהביא ב״י מהודש לב׳ (סי׳ א׳ יח׳) בנשבע לפרוע לחברו בזמן ולא פרע, דאינו נפסל דדילמא אונס היה ולא אתרמו לי׳ זוז. הרי נאמן לומר אונס הייתי.

תקפז) ויש לדחות דאי מהא לא אירייא, דהרי אונסא כי האי שכיח, ובמו״מ לז׳ קי״ל כד׳ התו׳ פ׳ חזקת דבעל חוב לא תשיב טוגע כשטורפין קרקע של אחר בחובו, דלשמא יתעשר לא תשיבנו. ודבר הרגיל הוא שבעל חוב אין לו להחזיר. אבל סתם טענת אונס הוא מילתא דתמיהא, כיון שעדים רואים אותו עובר על שבועתו כגון שאוכל מה שאסר על עצמו, מהיכי תיתי נאמין שהיה אונס והוכרח לאכלו. וגם רש״ל ביש״ש ב״ק ט׳ מז׳ שהביא הש״ך איירי באונס דלית לי׳ זוזי לפרוע. וכן הריב״ש תקטו׳ שהביא הש״ך לא מיירי אלא בכה״ג. ולאמור יש לחלק בין אונס שכיח ולא שכיח.

תקפח) והנה בעוד מקומות דנו הפו׳ אם יכול אדם לומר איני יודע ולאחר מכן לומר נזכרתי, או לפטור דבריו הראשונים בכיו״ב, היכן שאין לדבריו דין נאמנות. ובנדון מי שמחזיק שטר על חברו, אבל איננו יודע אם נפרע, כי הרשב״א תשו׳ מתקעב׳ דהפוגם שטרו ואמר בפרעון ראשון ושני אני זוכר והשאר איני יודע, הלוה פטור ויחזיר לו המלוה שטרו או משכונו. וא״ב בטעם החזרת שטר, הלא שמא ייזכר בפרעון או ימצא כתוב בפנקסו. ועי׳ טור חו״מ סע׳ שפוסק כן דבשטר ואומר איני יודע צריך להחזיר לו שטרו, וכ׳ ש״ך שם ס״ד דכן הוא בבעה״ת (נג׳) דאם תובעו צריך להחזיר לו שטרו, והטעם דשמא ימות ויגבו בו היורשים.

תקפט) אבל מהרשב״א הנ״ל אין ראי׳, די״ל דשאני פוגם שטרו דאיתרע שטר בודאי, דיש בו משהו שפרוע בודאי. אבל בשאר שטר שאין המלוה טוען ברי, אלא איננו זוכר, הרי איננו אלא ספק ואין ריעותא על השטר, וא״א להוציאו מידו. וגם הטענה דשמא יגבו בו יתומים, י״ב איך יכול להוציא השטר מחמתה, דס״ס איכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי, והמלוה איננו יודע, ושמא ימצא כנ״ל. ולענין מקלה דיתומים, יכול להניחו בין שטרות פרועים או מסופקים, והרי אפשר דגם יורשיו ימצאו הפנקס לברר אם הוא פרוע (ואף אם יתבע גוף הנייר, כל עוד לא הוברר לדיכא מוב יכול לתפוס כעבדו וברשות בא לידו), וכן יכול לעשות מעשה ב״ד או להעמיד עדים על אמירת המלוה שאינו יודע.

תקצ) (ומ״ש דהיכן שיכול לומר נזכרתי, יכול לומר כמו״כ מצאתי בפנקסי, הוא משום דהרי להש״ך סי׳ פא׳ הכתוב בפנקסו דין הודאה יש לו, וק״ו שדין ברי יש לו. ואם יתבעו הלוה יעורך ג״כ ליגבע, ושוב ראיתי שכן מבואר בתשו׳ רא״ש קג׳ ב׳ דאדם יכול לטעון ברי ואף ליגבע מכח רשימותיו, ומביאו ב״י ס״ס פז׳ וש״ך בא׳ כה׳, ואל״כ לא היה קיום לבעלי גמ״ח שלא יוכלו להיות ברי כי א״א לזכור כל התשבונות. ול״ע להיפך כשאומר נזכרתי שאין הדבר ברור לי, ראיתי בתורים סה׳ י׳ שאם היורש נתן שטר לקיום אינו יכול לומר אח״כ שאינו יודע מה טיבו, ול״ע אם אומר עיינתי ונזכרתי שהיתה בעיה או שמצאתי כתוב).

תקצא) וגל׳ ר״י אלברגלוני המובא בבעה״ת שם נר׳ דמשום שהמלוה פושע שלא דקדק בענינו כראוי לו אינו גובה, אבל לא הזכיר כלל דצריך להחזיר השטר, רק מהש״ס מה יעשו היתומים בהמשך. ועי׳ בעיטור דין עיסקא וחוב שכ׳ דאינו יכול לגבות באומר איני יודע, אבל לא הזכיר החזרת השטר. ובנמק״י ב״ב פ: בשם הריטב״א בשם הר״מ דאינו גובה בו אבל אם נזכר גובה בו דמש״ה לא אפסיל שטרא (וע״ש שאינו ברור לו), משמע קצת דאינו צריך להחזיר השטר, אלא יסמן עליו שאינו יודע.

תקצב) ונראה דהאי איני יודע הוא רק בגולב לי׳ ספק שזוכר שנפרע ואינו ברור, אבל אם אינו יכול לומר שום דבר, אין להשיבו כפושע, דהרי קומך על השטר. ובאמת בד״כ בכה״ג אומר ברי, דהיינו שאינו זוכר פירעון והשטר בידו, ורק אם לבו נוקפו יכול להודיע שאינו זוכר כלום, אבל לא ע״ז איתמר דאינו גובה. דאין צריך ודאי טוב שיועיל לענין עדות שזוכר שלא נפרע, אלא עכ״פ זה שאינו זוכר שנפרע והשטר אצלו חזקה שלא נפרע וגובה. וע״ע מש״כ לחלק בזה בחו״מ סי׳ עט׳ סק״א וסה׳ סק״ב. ולהלכה עמ״ש בתוקף השטר אות מקנו׳ (ויש להוסיף בפרט אם אומר שרואה קודם לבדוק שמא ייזכר או ימצא כתוב), ושם אות מקנט׳ לישב בזה קו׳ קצה״ח עט׳ מ׳.

תקצג) עוד מצינו נדון בטעינת נזכרתי, בחו״מ פה׳ במוכר שדהו ולא מעכב אצלו את מעות הלוה, דמבטל בזה חובו, דהדין שאינו יכול לטעון שכחתי, כמבואר בש״ך שם ב׳, ובשע״מ שם ג׳ דן אם יכול לומר לא הייתי ברי ולכן לא עיכבתי, וכ׳ דמעשה מכירה עביד ריעותא בשטר, אבל אין החילוק מובן כ״כ, דס״ס אם נאמר שלא ידע הרי הדין שאינו גובה, וכמו בסתם אומר איני יודע שלא גובה וגם לא יעכב אצלו מעות (דאין תפיסה בשמא), ואיזה ריעותא יש.

תקצד) ואולי סובר דטענת נזכרתי גרועה כ״כ עד שאין מועילה אלא כשודאי היה שמא, אבל אם יש לד שמנע מלגבות לא מספק אלא שידע שפרוע, גורע עוד מטענת נזכרתי. וכבר כ׳ השע״מ שבש״ך סה׳ סא׳ משמע לא כן, שכ׳ דבהשליכו בין הקרועים נאמן לומר ג״כ שעשה כן מספק ולא מודאי, ונאמן לומר נזכרתי, ומאי שנא (אמנם בחו״מ סי׳ פה׳ ד״ה ועיקר התי׳ כתבנו דרך אחרת). והנה עוד יש לתמוה במש״כ הטור חו״מ שם (ע״פ פי׳ הש״ך שם ב׳) דאם הלוה מובע צריך להחזיר לו שטרו, למה תלוי ברצון הלוה, הלא אם יש כאן עולה אסור להשהות תוך ביתו, ומכיון שמספק איננו יכול לגבות הוי עולה.

תקצה) ואולי ל״ל בכ״ז דיש ב׳ מצבים, אם אומר שאינו יודע, אבל יש לו עוד לבדוק ולעיין ואומר שלא מיאה כל בירורו בזה, אין צריך להחזיר השטר, ויכול לחזור ולומר נזכרתי. אבל אם כבר גמר בדעתו שאינו מוצא דרך לברר הדבר, ולכן התייאש מהשטר וכגון שמניחו בין הקרועים או שלא מעכב מעות, בזה אינו יכול לחזור בו, כי הודה לא רק בספק אלא גם בכך שאין לו דרך לברר בזה, ואולי באמתלא שמצא כתוב אצלו ומתאמת לו הדבר כן יועיל).

תקצו) וכעין זה מבואר בחו״מ פא׳ סכ״ח דאחר שנשבע אינו יכול לומר שכחתי, כי כשנשבע מברר לעצמו כל הצדדים ולא תלי׳ שנזכר אח״כ מה שלא זכר כשבירר כל ברכו בשביל השבועה. וכש״ך פה׳ ב׳ (מיהו עמ״ש על דבריו בחו״מ סי׳ פה׳ סק״א ד״ה והנה הש״ך ב׳, ואילך). אבל אם הלוה מובע שיחזיר לו השטר, גם קודם לכן צריך לברר הדבר ולהחליט מה עושה, כי באחריותו הדבר למצות הבירור, וכל שלא עושה מה שבילתו זכותו של הלוה לחבוע משום חשש תקלה.

תקצז) והרמ״א בחו״מ עה׳ ס״ט כ׳ בשם המרדכי, דאם טען הלוה איני יודע אם פרעתי, שחייב, נאמן לחזור ולומר נזכרתי שפרעתי, ופטור. וכ׳ הש״ך כט׳ בשם מהרש״ל פ׳ הגזל בתרא סי׳ עה׳ דדין זה אינו להלכה, ונאמר להסוברים דמתחייב רק בשבועה דהמובע, וכל שלא נשבע לא נתחייב. אבל אם כבר נגזר דינו לחיוב אינו יכול לחזור בו וליפטר. ובקלה״ח ז׳ כ׳ דמדברי הרמ״ה המובא בנמק״י ב״ב פ׳ גט פשוט ונפסק בש״ע עט׳ דהמלוה יכול לומר על שטרו א״י אם פרוע הוא, ואח״ז לחזור ולומר נזכרתי שלא נפרעתי.

תקצח) אמנם יש לחלק דהתם בדברי רמ״ה המובע הוא דחוזר, דהיינו שמתחילה לא חבע והשתא קחבע, אין כאן שום דין פטור שנקבע לאף אחד. כי זכותו לחבוע ברגע שנזכר. ולא שייך הודאה של איני יודע לחבוע. משא״כ בנ״ד הנחבע הוא שאמר איני יודע, וממילא קם דינא שחייב לשלם לחובע. ועל זה יש מקום לומר שאינו יכול לשנות כיון שאישר מביעתו.

תקצט) אכן מסברא באמת נראה כדברי קלה״ח, דל״ש טוען וחוזר וטוען בכה״ג שלא ידע, רק בעדות ולא בטענות, ומאי הוה ליה למיעבד כיון שנזכר, והאמת הוא מגיד מה שבדעתו. ואין קם דינא אלא במה שיש לו כח להקיים, ולא במה שבאותו שעה לא היה זוכר.

תר) אלא שהקלה״ח עצמו תמה ע״ז מהמבואר בתשו׳ הרא״ש עט׳ א׳ ומובא בדרכ״מ סי׳ כט׳ דעדים שאמרו אינם זוכרים אינם יכולים לחזור ולומר נזכרנו. אא״כ אמרו בפירוש ״איני זוכר עתה״. והודאת בע״ד כמאה עדים. אבל כבר נתבאר, דהודאת בע״ד כעדים אינו אלא משום שהיא מחייבתו שמודה בחיובו, אבל אין לו דין עד שנוטל על עצמו אחריות להגיד כל מה שיכול לומר וא״א שישנה דעתו ויתלה בזכרון, שא״כ אין משמעות

לדבריו. משמ"כ בדיין בין בני אדם וזה לא זכר באותה שעה ונזכר אח"כ אי אפשר להכריחו לעמוד במוסר זכרון שלו. וא"ע אם דומה לראיה אחרונה סנה' לא.

תרא) ולכן אם נאמר דתשלום מתוך פיזור נפש אינו כלום, (הוא מצוי ג"כ כשמתמימים אדם בנגע או בתמימת מוחה על מאות דפים ואינו יודע מה חותם, ופתאום שם לב שחותם על דבר שאינו רוצה בו ומבטל תמימתו. ובודאי תשבי' לי' תמימה בפיזור נפש ואין זה כתב ידו המתיישן), יכול לחזור בו מטענתו בחו"ד עכ"פ כששם לב מתוך כיסו שנראה לו ששילם. בפרט היכא דלא שילם לידו ממש, אלא הניח על השלחן ולה ליעול בחוזה. ודרך שאנשים מניחים מעות על השלחן מן השולחני ולחוץ

ולא זכתה לו מאדון ולא ידו כי הוא תוכ"ד בירור הדברים.

תרב) ויש עוד לעיין, היכן שע"י טענת אינו יודע, מועילה תפיסת שכנגדו, אם יכול לחזור בו ולומר נזכרתי. וכי הא דכתו' יב: מנה לי בידך והלה אומר א"י ר' נחמן ור"י אמרי פטור, פרש"י היינו קודם שנתקנה שבועת היסת אבל אחר שנתקנה שבועת היסת חייב ליתבע שא"י דאל"כ כל נתבע יאמר איני יודע ויהיה פטור מכלום. אמנם אם מהני תפיסה בבא לפי"ש, אם יאמר שאינו יודע הרי מודה שחייב לפי"ש. ויועיל תפיסה בממונו, ובודאי חשיב הפסד. ואולי סברת רבנו דיש הרבה שקרים שעדיפו שאולי יתטפו ממנו ואולי יזכה, מאשר ליתבע לשקר.

תרג) ובזה יל"ע אם אחרי שאמר אינו יודע ועל סמך זה בא אחר לתפוס, יכול לומר לו נזכרתי שאינו חייב. או"ד הא דאמר בפני ב"ד אינו יודע הוי הודאה שאינו יודע וקנה בזה זכות תפיסה. אמנם נראה דלא שייך הודאה לגבי דברים שהם לפי"ש, ההודאה אינה מבררת כלפי שמים אלא רק קובעת המשפט בארץ. וכיון שאין לו חיוב בדיני אדם אין לזה דין הודאה, הלכך שפיר מצי למימר נזכרתי.

תרד) (וגם בדיני הודאה, הנה בעדים מצינו שיכולים לומר נזכרתי, עמ"ש בחו"מ כח' סק"ו לד' סק"ו כדעת הט"ז והאורים סק"ט שם. וברמ"א עה' ס"ט בא"י אם פרעתיך, דאם נזכר הנתבע אחר ששילם ואמר פרעתיך, נשבע ונוטל. והגם שיש מולקים, היינו משום דחוזר מחיוב לפטור, עי' בקצה"ח ז'. וגם להמולקים שם בעדים, היינו משום דלא ידעי מעולם, אבל הכא בודאי ידע בזמנו ועלי' דידי' רמי ואפשר שנתברר לו מתוך זכרונותיו ותפליו. ובחת"ס חשו' לד' בעדים שאמרו שכחנו שחוזרים ומקבלים אותם).

תרה) מיהו יש לדון אם מותר לו לעשות כן, כגון שרוצה למנוע תפיסת חפץ זה שלו, וקובר שישלם לו אחר כך לפי"ש כשיוכל. דאם אומר נזכרתי אבל באמת לא נזכר הרי משקר נגד זכותו של זה, וח"מ לא שייך לקרוא לתפיסה זכות, דאין זה אלא דלא מפקי' מיני', אבל כיון שהדין הוא שאינו חייב בדיני אדם, הרי בדיני אדם אין לו זכות לתפוס. ורק אחרי שתפס לא מפקי', והוא מצדו שיודע האמת יכול לעבור על דיני אדם. אבל מצד חברו שאינו יודע, הרי מותר לו להחזיק בדיני אדם ולמנוע ממנו לתפוס, וכמו שיכול לאחוז החפץ או להתביעו, נראה לכאורה שיכול ג"כ לשקר כדי שלא יקחנו.

תרו) ולאיתי באמרי בינה ג' שנתפפק אם אמר א"י אם פרעתיך ואמת, אי טעני ליורשים שיכל לומר נזכרתי. דטעני' כל מה שאביהם יכל לטעון. ולכאו' לא נראה כן, דהא דטעני' הוא משום דזכות התובע הוא מדשמיק הנתבע מהטענות שיכול לטעון, דא"א להוציא בלי משפט. ובימומים המשפט הוא שכל מה שיכול לטעון טעני'. וכאן דלא שמיק אלא אמר שחייב וחייב עצמו בדיבורו, אין טעם לטעון טענה החוזרת מדבריו, אע"ג דהוא גופיה יכול לחזור בו. וכן מוכח בב"ב קעה. תנו מנה לפלוני ואמרו יתומים חזר ואמר אבא פרעתי נאמנים, הא לא אמרו יתומים כך אין טוענים להם, אע"ג דהוא עצמו היה נאמן כמבואר שם בחו'.

תרז) והנה הש"ך חו"מ עמ' סק"כ, מדקדק ל' הש"ע שם דמכל טענה המחייבתו אין יכול לחזור, כגון א"י אם פרעתי. ותמה מד' הרמ"א עה' י' דהאומר א"י אם פרעתי יכול לומר נזכרתי שפרעתי. וכ' שאני התם דמעיקרא לא ידע וכאן אומר שמתחילה טען שקר. ואינו מובן היכן נזכר בסי' עמ' שאומר כך. וא"ל דכיון שעושה זאת כי מפחד מהשבועה, נראה שמעיקרא לא התאמץ מספיק ולא בירר דבריו. כי מיד נזכר מחמת יראה. משמ"כ כשמולף זמן אפשר שנזכר באמת. (ואין זה בשו"ע שם ס"ט, הוא עפ"ד הרא"ש שכ' דכשבא ליתבע רוצה לדקדק וכו', ולכאו' ליתבע בעצמו הוא, וגם אם לא בא ליתבע ורוצה לדקדק אלא חוזר בו מרצונו. או דקמ"ל דלא יימא דפחד השבועה מוכיח ששיקר ודומה לכפרן או לחוזר מחמת העדים).

תרח) והנה סברת זו דמעיקרא לא ידע צ"ב, דס"ס אינו לא ידעי' מכ"ז, ואיך יכול לחזור בו מחיוב לפטור הרי יש בזה הוב"ד. וא"ל דאין ספק תשיב הודאה כלל ואין לזה דין הודאת בעל דין כל עוד יטען נזכרתי. אבל אם אינו טוען כן ממזקי' לי' בהוב"ד בינתיים. ולאי' לזה, דכשיכול לחזור בו לא אכפת לן שאולי הודה מחמת שידע שיבואו עדים כמ"ש הרמ"א ס"ט, דס"ס יכול לחזור מפטור לפטור, וטענת פטור אינה הודאת בעל דין. אבל מטענת אינו יודע המחייבת אינו יכול לחזור בו כשנראה שמחמת השבועה חוזר, כי כל עוד אין החוזרה אמתית דינו כהודאת בעל דין.

תרט) ומ"מ ביאת חוץ לב"ד אינו נאמן לחזור בלא אמתלא, די"ל כיון דמישי' שאמרים למדוהו הוי חסרון טפי דאין זו טענתו אלא אחר טוען עבורו. וכן חושש הש"ך יד' יא' ברואה עדים ממשמשים שלא יוכל לחזור בו. אבל י"ל דהתם לא חשיב פטור כיון דהחיוב ממשמש ובא. ונפ"מ באם חזרו עדים לאחוריהם דאם נאמר דהוא סברא באמיתות חזרתו אין לנו נפ"מ, ואם מדין חיוב ס"ס ליכא חיוב בא.

תרי) ובאמת ד' הש"ך אינם מוכרחים ממש, והם בניגוד לדברי הג"א ומרדכי בב' מקומות המובא ברמ"א כאן, ומדקדק להו מל' רא"ש ולא ניחא לי' לדחוק כהסמ"ע סי' יד'. ועיקר ראייתו מב"ק עה. לענין מודה בקנס כשרואה עדים ממשמשים ובאים, דרואה לומר דכו"ע מודו לראב"ש, ואין הכרח לזה (וכ"כ בתומים ע' דאין הלכה כראב"ש).

תריא) וגם עיקר הדימוי צ"ב, דמודה בקנס כשעדים ממשמשים הוא חסרון בהודאתו, דאינו חשיב כבא ומודה מעצמו, וחיובו גולד מחמת העדים ולא מחמת הודאתו. ומה שקפץ ואמר לפניהם לא חשיב מודה מחמת זה. אבל כאן בחוזר מפטור לפטור אין צריך שיהיה ע"ז שם הודאה מעצמו, אלא דיש לו זכות לשות טענתו דאין לטענה דין הודאה כל שהיא פטורו. וא"ע. ועוד דאם סברת הש"ך כראי' שאינו אמתי, והוא הדין בחזרו עדים לאחוריהם, הא במודה בקנס אמרי' ממן דחזרו עדים לאחוריהם כו"ע מודו דהוי הודאה. ועמ"ש בחו"מ פ' סק"ל.

תריב) ובמרדכי ב"ב מקכד' כ' דיכול לומר טעיתי בהודאתי במגו דהוי יכול לומר החזרתי, ואע"ג דטענת טעיתי טענה גרועה היא מ"מ נאמן במקום מגו אפי' מגו גרוע, ולא דמי לאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דהודה על עצמו וכמאה עדים דמי משא"כ כאן הרי בין לטענה קמיתא בין לבתריתא אין לו בחפצים כלום. מביאו דרכ"מ עמ' מ'. ונראה מדבריו דכל שאין משמעה דינו לדבריו לא חשיב הודאה. ואין ההודאה על המציאות אלא על החיוב. ואף דקרי לי' "בהודאתו" כ' דאינו כמודה שהוא כק' עדים, ומ"מ צריך מגו. וא"ע בזה ועמ"ש בחו"מ פא' סק"א וסק"ב.

תריג) ועתה נבאר מקור הדין דבהולאה גמורה אינו מועיל לחזור בו ולומר נזכרתי, והוא בנמק"י ב"מ ג. דאמרי' תמן מה לפיו שכן אינו בהכחשה, וכ' דמהא שמעי' דמי שהודה בב"ד וחזר ואמר נזכרתי, ואע"פ שהעדים מעידים כדבריו אין משגיחין בו דודאי הכא בכה"ג עסקי', דאי בעומד בדיבורו מאי אולמי' דפיו מתנה הוא דקא יהיב ליה. וכב"ב קכח: נאומר פרעתי מחצה ועדים שפרעו כולו משלם מחצה. משמע אפילו חזר בו (כוונתו דאל"כ פשיטא). וכשבועות מא: כל האומר לא לויתי וכו', אע"ג דאיכא עדים דפרע לא פטרי' לי' כ"ש בהולאה גמורה (דלא לויתי אינו הולאה גמורה עמ"ש בחו"מ עט סק"א).

תריד) אבל הר"מ טו"נ ז' ז' כ' דהמודה בב"ד שחייב יכול לומר נזכרתי שפרעתי. וכ' נמק"י דברי תימה הם וא"ע וכ"כ רשב"א ורמב"ן. ובאור התמיהה דמשמע להו שכוונת הר"מ אף היכא דחזר בו ממש. וכ' ד"ל דבסוג' דב"מ אינו נאמן לחזור בו דנראה שחזר דוקא משום שבאו עדים. אבל כשאומר נזכרתי והרי עדים יכול לחזור בו. ולסברא זו נפיק מומרא דבחזר משום שבאו עדים אפי' בלא לויתי א"י לחזור כך. וקולא דבחזר שלא מחמת העדים אפי' פירש להדיא לא לויתי מעולם יכול לחזור בו חזרה גמורה.

תרטו) הנה חידש הנמק"י חילוק, אבל לא ביאר מה תמיהה תמהו על הר"מ, הלא הר"מ קאמר דהאומר נזכרתי שפרעתי אינו קומר, ועדיף מאומר לא לויתי מעולם. והכחשה דפיו היינו כשחזר בו ממש שדבריו רשאונים אינם אמת. ואינו יכול לחזור בו מהולאת בעל דין.

תרטז) והרמ"א סי' עט' העתיק מי' הנמק"י דאם חזר מחמת שראה עדים באים אינו יכול לחזור. והוא מה שכ' הנמק"י לישב קו' רשב"א ור"ן שדחו ד' הר"מ בזה. וכן בריטב"א וכן מפרש רשב"א ד' ר"י מיגש. ואינו לא כמר ולא כמר, כי הרשב"א ודעמי' הבינו שאין זו כוונת הר"מ ולכן דחו דבריו, והרשב"א כ' ישוב אחר אליבי'. אלא דהנמק"י מישב כן לגאת ידי שניהם. אבל מתחילת דבריו נר' דבאמת אין קו' דאין ראי' שהר"מ מיירי בהכחשה גמורה.

אלא שכ' דפשט לשונו משמע אפי' בהכחשה גמורה.

תריז) וממילא נראה לענין הודה בחיוב ואמר פרעתי שאין הכחשה גמורה לא צריך לפירושו כלל, ויכול לחזור בו כרצונו, ואף שעושה מחמת העדים, מאכפ"ל הלא הוא מן הדברים שיכול לחזור בו. (דאף דל"ש חוזר מטענה לטענה, דהרי הוא מחיוב לפטור. מ"מ אין סתירה בין זה לזה). ואמנם אפשר לומר סברא דהוא רק כשנזכר שנזכר, ולא כשבאו עדים, אבל אין הכרח לדבר, וסברת הר"מ דגם עדים יכולים להזכירו, והרי מצינו בטען אינו יודע שאומר הזכרתני ונאמן בזה וחשיב ברי. ועי' בחו"מ עט' ס"ק ג' שביארנו ד' הנמק"י הנ"ל לדינא.

תריח) עכ"פ עיקר מה שתולה הנמק"י בסוג' ב"מ ג. חוזר בו ואומר נזכרתי, נ"ב דהכחשה הוא שאינו יכול לחזור מהוב"ד, כגון שאמר לויתי ואמר נזכרתי דלהד"ס וטעיתי בזכרוני, דודאי אינו יכול לחזור בו. אא"כ היה הודאה בטעות שהטעוהו כבחו"מ מ' דומיא דקנין בטעות (כגון שסבר שאינ מסויים הוא פלוני, והודה שחייב "לך" מעות, והתברר שהוא אינ אחר, בודאי לא חלה שום הודאה). ודין המודה בחיוב ואומר פרעתי הוא ענין אחר וכמש"ל. וכן חוזר מפטור לפטור הוא ענין אחר. וכן הרשב"א ור"ן בחמיהתם על הר"מ כתבו דלדבריו נצטרך לפרש אינו בהכחשה דלא שייך בי', דבע"כ הכוונה בעומד בדיבורו הראשון, וממילא יכול ליתן לו מתנה בלא"ה. ואינו מובן למה לא פירשו בחזר בו ואינו רוצה ליתן, וע"כ אינו בהכחשה.

תריט) והיולא מזה דלכאו' אין הכרח בר"מ ליישב הנמק"י, ולא יישב אלא אליבא דקו' הרשב"א ודעמי', והרשב"א ישוב אחר עמו. וגם פשט ד' הר"מ מיושבין בלא"ה, וכן בעה"מ העתיק הר"מ בפתמא וכ' דמסתבר כדבריו, וא"ב המקור לפסוק דוקא כתי' נמק"י. וכן מביא בש"ך י' דהמ"מ אינו סובר מילוק זה. ויש לפרש דבריו לכל שאר הפו' דאין הלכה כהנמק"י בזה. וכ"כ התומים ד' דבשטמ"ק ב"מ ג"כ כ' לא כן. וביותר מש"כ הרמ"א דהחילוק בין מודה קודם שבאו לאחר שבאו, בנמק"י נר' דאף קודם שבאו אם ממשמשים ובאים א"י לחזור בו.

תרכ) עוד גילוי לדין החוזר בו ואומר נזכרתי, מצאנו בד' הר"מ טוען ד' ז' מי שהודה בב"ד שחייב לזה מנה ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו חוזו זה שהודיתי לו והרי עדים ה"ז עדות מועלת ועושין ע"פ, וכ' הרב המגיד שהקשו עליו מדין מלוה אומר לא נפרעתי כלום ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרע כולו, דנשבע ונותן מחצה. למה לא יחזור ויאמר נזכרתי שפרעתי כולו והרי העדים מעידים. ותי' דאה"נ ואם יחזור ייפטר, וכ' תימה למה לא פירש דבריו, ויש לחלק מפני שבדין מלוה אומר לא נפרעתי יש שטר, ועדיין צ"ע.

תרכא) וכ' הש"ך פב' לט' דכדבריו הראשונים עיקר ויכול לחזור בו ולומר פרעתי הכל. ולפ"ז משמ"כ הר"מ דונתן מחצה הוא פשיטא דאם רוצה לתת ויודע שלא שילם בודאי יתן, ואם אינו רוצה לתת הלא יכול לחזור בו. ובאמת צ"ע לדמותו להוא דינא דחוזר בו, דהתם לא הודה אלא בעיקר החיוב, ויכול לומר לא דנתי בפירעון. אבל כאן שאמר פרעתי אפי הרי זה כאומר במפורש לא פרעתי יותר ממני. והגם שבעה"ת כ' דהוי כאומר איני יודע יותר ממני, הלא עכ"פ ודאי יש לחלק ולומר דאין זה פשט הדברים אלא דכל שנכנס לענין פירעון ואמר כמה פרע הרי זה כאומר לא פרעתי יותר.

תרכב) ועוד נראה, דיש מקור לומר דאפי' במקום שדבריו מחייבים, יש לו שיוכל לומר שכחתי. והוא משו' הרשב"א בתשו' ב' ש' המובאים בב"י סי' עה' ב' וכן פב' ד' ובש"ך פ' ב' ובסמ"ע פב' מט'. דמי שנשבע לתת מזכרת נכסיו לגבאי המס, ולא כתב חוב זה במזכרת נכסיו, אין זה ראיה לבטל השטר, דשמא שכחו. ותמה ע"ז ש"ך הנ"ל מהא דלעיל פא' כח' בשם בעל התרומות דכשנשבע שחייב אינו יכול לומר שכחתי שפרעתי. ותי' דהתם נשבע על חוב מסויים זה, ועוד דיש לחלק בין שכח דבר גדול לשכח דבר קטן כדלהלן בעור לו' ו'. והוא משו' הרא"ש מ' ט' במי שהתחייב לעושהו לכתוב כל נכסיו וישבע ע"ז, אם שייר נכס נפסל לעדות ושבועה בשקרו, ואם הוא דבר מועט ונכל לדונו כשוגג.

תרכג) ולכאורה כוונת הש"ך להביא כל זה כאן, להסיר הקושי למה אינו יכול לטעון שלוה שוב או שמכר כי שכח חובו. וא"כ יש לדון אם מי' ראשון יועיל לנ"ד, שהרי כאן לא עסק בחוב מסויים זה, ואינו דומה לדין בעה"ת. או דנאמר כיון דעוסק עם אדם זה ס"ס היה לו לזכור שיש ביניהם חוב. ותי' השני ג"כ אינו מבורר, דלא נתפרש כלל מה הוא דבר מועט דהתם, ולכאו' נר' ג"כ דלא כתבו הש"ך לחלק בין הא דתמו' רשב"א ובין דין בעה"ת, דהרי הרשב"א לא מיירי בדבר מועט (לשון השאלה 'שהוציא שטר שחייב לו מנה'), ולא בעל התרומות בדבר מרובה דוקא.

תרכד) וגם נראה דאינו תי' בפני עצמו, דאם אדם נשבע על דבר מסויים או עוסק בו, לא ייתכן חילוק בין מועט למרובה, דהרי הדבר עצמו הוא הנדון ומאכפ"ל כמה הסכום, ולא כתבו הרא"ש אלא כשעוסק בכלל אין להוציא מן הכלל דבר חשוב אלא רק דבר מועט. ולענין הנדון דרא"ש נראה דהכוונה דבר שאין אדם זוכר שהוא קיים, כי אינו נכס חשוב לגבות ממנו הרבה, אלא דבר קטן ממש. אבל הרשב"א לא חייבי בכה"ג דוקא.

תרכה) וא"ל לכוונתו לנדון דידן, דאפי' היה כאן עסק כללי ולא פרטי, כגון שאמר שדה להרבה אנשים ואד מיוחדו בעל חובו, אין לומר כסברת הרשב"א דאגב כולהו שכח אד

מיעייהו, דדבר גדול אינו שוכח. ומ"מ נ"ע דס"ס זה דלא כרשב"ם דלא מילק בזה, ואולי כאן אף אם מוכר להרבה אנשים עדיין תשיב שעוסק בדבר המסויים דס"ס עוסק גם עם אדם זה שמייב לו. ובינתר נ"ב דברי הש"ך שלא נכנס כלל לפרש שיתתו בזה ואין ייושב הדין דהכא.

תרכו) ועיקר התי' נראה על הדרך שנת' בתוקף השטר אות מקיט', דאינו יכול לטעון ששכח, אף שמצד הטבע אפשר ששכח. דכיון שעשה עמו מעשה קנין שמורה שאין ביניהם חוב, איבד זכותו. גם אם אמתלה דידיה יכולה להיות אמת. ורק לגבי מזכרת נכסיו שאינה אלא ענין בינו לבין גבאי המס, ואינה עסק ביניהם, אין כאן אלא הוכחה גדולה, ומהני כל אמתלה בכה"ג.

תרכז) ואמנם הש"ך לטעמי' סי' פא' סקמ"ה וסקס"א דאליס לי' כח דפנקס ודברים שאדם רושם לעצותם הוצאה. ועי' בדבריו פא' סק"ו דתמהנו ע"ד הש"ך ושנראה בפוסקים לא כוותיה. ומ"מ אין הדין תלוי זב"ז, דלעולם יש לחלק מסברא בין עסק שעושה עמו, ובין ראיה גדולה. ובאמת נראה דהרשב"ם לא פירש שיתתו מטעמים ידועים, אבל כוונתו לא רק דשכח, אלא דכשעותן נכסיו לגבאי המס עביד איניש להשמיט נכסים שלא להשביע את עצמו, והגם שהוא נגד הדין מ"מ ידוע שכך דרך בני אדם וא"א לגמוד מזה לגבי מובות אחריים.

תרכח) ועכ"פ נראה דגם היכא דמהימנינן בטענת שכחתי, הוא בגדר אמתלה, דהיינו שאינו יכול לומר כמילתא בלא טעמא, אלא היכא שיוכל להסביר איך יכול להיות ששכח, כגון שרואים שעבר זמן רב, או שלא היה העשה במקומו להזכירו, וכל כיו"ב. (ובש"ך סה' סא' כ' דמי שהניח שטר בין הקרועים, יכול לטעון שכשהניח לא ידע אם נפרע והשתא נזכר שלא נפרע. ובשע"מ תמה למה כאן אינו יכול לומר כן, דהרי לעולם יכול לטעון נזכרתי שלא נפרע כדלעיל נע', ואי משום דאיתרע שטרא ע"י מכירה, ה"נ איתרע בגוונא דהש"ך. וכ"ז לטעמא דהש"ך דמשווה מה שעושה אדם בינו לבין עצמו למה שעושה עם חברו. אבל לסברא שכתבנו כיון שמרע השטר בעסק שעושה עם הלוה עצמו, אינו יכול לחזור בו).

יח. ניתוח לשינוי מין

תרכט) איכא לעיוני במה שהמציאו כיום ע"י רפואה מתקדמת שבני אדם הופכים עצמם בחלק מתכונות הגוף של זכר לנקבה ולהיפך, אף שכמובן הוא מתועבות ארץ מצרים וכמעשה ארץ כנען וכל מעורתם בזה לפריצות, וכן עוברים לפעמים על איסור סירוס וחבלה ועוד איסורים. מ"מ בעשו כן אם שייך שישתנה איזה דין מדיני הזכר והנקבה בתורה. כגון בבא להתגייר או לשוב בתשובה. או כשיש נפ"מ ממעשיו. וגם במעשה הגירות עצמו יש לדון אם דינו כגרות איש או אשה.

תרל) ויש דיעה שבודאי הם לפי הענין, דפשוט שאסור להתייחד עם האנשים ועם הנשים דכל שעשוי לעורר הרהור עבירה ולזה קאי אסור יחוד, ורק בזכר אמרו לא נחשדו וכו' אבל זה נחשד. ומעשה זה לכאורה צריך להחזיר עצמו לקדמותו אם שייך הדבר, דלא גרע מאיסור לא יבשל. והנדון הוא במי שמשנה ג"כ איברי הזכרות ונקבות, ולא רק מראהו החיצוני דבהא פשיטא דאין כאן אלא פריצותא בעלמא אבל לא ספק אשה.

תרלא) והנה עצם זה שישתנה דין התורה שהיה בלידתו לפי המציאות בהמשך, נראה שאינו משולב. דהרי מי שנולד איטר מניח תפלין בשמאל וכן לענין כל דיני איטר הנוגע להרבה דיני 'ימין' שבתורה, אם ירגיל עצמו בכח להפוך רגילותו, ותהיה ימין שלו רגילה משמאל, שדינו כשאר כל אדם, ולא אמרי' דכיון שנולד איטר לא נשתנה דינו (עי' מג"א כז' ט' ובה"ל שם). וראיתי שנדפס מכת"י הלבוש (בקונט מוריה) שכ' דאם היה כן לא היו חכמים מחיירים להניח תפלין בימין. ואינו מובן, דכל שעכשיו הוא איטר אין חיובו אלא ביד כהה שלו. ומצאנו באגדה שדינה היתה זכר ונתהפכה לנקבה אחר יצירתה, ומכיון שהמציאותה היתה כמציאות אשה, לאכפ"ל שנוצרה כזכר.

תרלב) ומה שיש לדון הוא אם המציאות של השינויים שעושים כיום קשורה להגדרות איש ואשה ע"פ ההלכה. דהנה מדין אנדרוגינוס למדנו דמשכח"ל בריה בפני עצמה, שהוא באמת מצד שבין זכר לנקבה מפני שגופו מבולבל ומשונה (עי' לעיל פ"ג). הרי שמציאות הבלבול בגוף יכולה לגרום שינוי בהלכה, וכענין המבואר ברשש מיבור זה אות ו' ואילך, אלא שזה מלידתו. והנדון הוא האם נעשה כך שלא מלידתו אם ג"כ יהיה דינו כאנדרוגינוס או כיולא בו לכמה הלכות. ולכאו' איכא ראיה מהא שבזמנינו כשנולד אנדרוגינוס קובעים המומחים אם רוב סימניו כזכר או כנקבה ומנתחים אותו וכן מזריקים לו הורמונים לשנותו שיהיה בתר רובא בלי בלבול, וכן עושים ע"פ פוסקי דורינו, ומשבי' לי' לאחר מכן כאותו המין שהטיהו בלי ספק. כיון שהלליתו. ואם אפשר להוציאו מגדר אנדרוגינוס, למה לא יהיה אפשר להכניסו.

תרלג) ואמנם י"ל דליפטר ממצוות נאו כל כמיני', ולכן אם עשה עצמו מזכר לנקבה מבולבלת, עדיין מייב במצוות בודאי כזכר דאין לו סיבת פטור, שלא נברא אשה. אבל אין זה מחייב שלענין דיני התורה לא יהיה לו דין אשה או דין אנדרוגינוס. דאפשר למשל שיפסל לעדות כאשה דאינו בגדר 'אנשים', וכן לא יצטרף לדבר שבקדושה כי הוציא עצמו מכלל איש (ומש"כ באגל' הלכתית רפואית לשטיינברג ח' עמ' 57 לאנדרוגינוס מצטרף למנין שכ"כ מהר"ם שיק או"ח לב', ליתא, ולא אמרה מהר"ם אלא בספק אנדרוגינוס דבשעת הדחק יש להקל בדרבנן לסמוך אס"ס).

תרלד) ובאמת אין תנאי בשם אשה שיהיה בית ולד, דהרי כמה נשים נוצרות בלא בית ולד, ושרה אמנו ע"ה היתה בלא רחם כמו שדרשו חז"ל. אלא דיש לומר דהני מילי באשה בלי ספק, אבל מי שאינו כאשה לכל דבריו רק מבולבל שמא ח"א שיהיה עליו שם אשה בלא בית ולד, דזה יהיה הקובע. ואמנם מיהא שיתת קלושה כמו אנדרוגינוס אפשר דמשכח"ל שיהיה, דהרי אנדרוגינוס ג"כ אין לו בית ולד הראוי להוליד. וכ"ש זה שאינו כזכר ואין לו אבר הזכרות. ואף דמי שנכרת זכרותו מאמת חולי וכדו' אינו נעשה אנדרוגינוס, מ"מ כשיש עוד סימנים ודרכי וטבעי אשה יכול שיהיה דינו כאנדרוגינוס.

תרלה) והיה מקום לומר דהדיינים חלוייס זה בזה, דאם נאמר שבזמננו אפשר לנתח אנדרוגינוס גמור ולהפכו לאשה או לאיש בלי שום ספק, הדין נותן ג"כ שיכולים להיפך. ויש לדון רק כמה סימנים צריכים ובאיזה איכות. ובאמת הטיפול שעושים בזמננו לתיקון ברוב המקרים עדיין אינו מוליד בין אם נעשה זכר בין אם נעשה נקבה (פרופ' ח. סופר, נשמת אברהם עמ' קלד'). ואעפ"כ כתבו כמה פוסקים שהטיפול הזה קובע דינו ומציאותו כזכר או נקבה. ולפי זה הוא הדין להיפך, שיכול לשנות דינו מזכר לנקבה לפסלו לעדות וכדו'.

תרלו) אף שלענין מצוות נראה מסברא שלא נפטר, כי אין האיברים גורמים אלא שה' בחר להשכין נשמתו בגוף זכר או נקבה. ואמנם אם הפכה עצמה לזכר יש לדון אם תתחייב במצוות, דש"ס חיוב חל גם על גר וגם על מי שנתחייב בגם וכדו'.

דמכח עצם זה שהוא בכלל ישראל מתחייב במצוות, וכ"ז אם מקומו בקהל כזכר וכאיש בין האנשים ממילא אפשר שיתחייב.

תרלז) ואמנם מסברא יש מקום לפקפק ע"ז, דבאנדרוגינוס יש בד"כ תחילת איברי זכרות ונקבות גם בתוך הגוף, וכן בולדות המסופקים הנולדים בזמננו יש כעין אשכים וכעין רחם תוך הגוף. אלא שנראים לא מגיעים עפ"ר לכלל שימוש תקין. ויש לו זכרות קלושה ונקבות קלושה. ובכה"ג אפשר ע"י הניתוח והטיפול לקבוע מינו ולהפכו הקלוש לגמור, אבל מי שהיה זכר גמור, אין כאן מקום לטיפול. כי לא היתה לו תחילת נקבות מעולם. מיהו לא התנו חכמים הדבר בכך, ויש מיעוט שאין להם אלא סימנים מיוניים. ואם דינו היה כאנדרוגינוס שהוא בריה בפ"ע שדינה ממועט, ונשתנה ע"י הניתוח, הוא הדין להיפך.

תרלח) וסברא אחרת יש לומר דכיון שניתוח נשיוי המין בלא שום סיבה הוא איסור, אי אפשר להתיחס לתוצאת האיסור כדבר טבעי, וכל המשנה ידו על התחתונה. משא"כ מי שנולד משונה הרי כל המשנה ובא אחר ושינה בו לא הפסיד. דודאי רצון הבורא וטבע העולם הוא שאם יוכל להיות כאחד האדם שנפייע בידו להיות כך. משא"כ לשנות מינו שהוא נגד הטבע ומילתא דאיסורא, א"א להלכה להתייחס למציאות זו, גם אם מבחינה פיזית הוא כאנדרוגינוס ממש. ואטו נפטור אשת אחיו המת מיבום מחמת שרצה זה להוציא עצמו מכלל זכר. ואפילו עשה כן קודם מיתתו, קשה הדבר להולמו.

תרלט) ועוד היה מקום לומר דכל היכא דאפשר בחזרה, ע"י אותו הניתוח וההורמונים וכו', אין ישתנה דינו במה שאפשר לשנותו בחזרה. ואטו יש אשה ואחר מכן יהיו הנשואים בטלים ע"י ניתוח וכיוצא בזה. ואין לטעון נגד זה דגם אם הניתוח לא היה אפשר בחזרה, הלא כל אחד יכול לעשות ניתוח כה"ג ואין ישתנה דינו וכו'. דהרי המציאות היא שיש בנ"א שעושים ניתוח לשנות המין ולאחר מכן מוזרים חזרה, ואף שהם מיעוט, מ"מ זה שהוציא עצמו מן הכלל ומטבעו, תלוי שמו גם בנדון אם השינוי טבוע ואינו בחזרה. אבל האמת נראה דאין שם אפשר בחזרה על דבר שצריך ניתוח וטיפול, וחזרה היינו רק כשמבטל מה שעשה מקודם, לא כשצריך לעשות ידיה ופעולה חדשה ונפרדת.

תרמ) ובאנדרוגינוס, בנשמת אברהם שם הביא בשם הגרש"א שאם עיקר הנטיה שהיא בנקבה, מותר לנתח שיהיה נקבה גמורה. וכן פוסק בצין אליעזר יא' עמ' אף כשע"פ בדיקת כרומוזומים הוא זכר, וגם מצאו אשך אחד תחת לעור, המיר להפכו לנקבה, במקרה הנדון שם שאין לו אבר זכרות פשיטא שהוא אשה, אבל פוסק שאפי' היה לו אבר זכרות מותר להפכו לנקבה או לזכר לפי הקרוב והרצוי. והביא שם בנשמ"א בשם הר"י נוייבירט לדון למה אין בזה הפקעה ממצוות ולמה המיר רק בקטנותו (ויותר יש לשאול אם יש בה באמת משם זכר, הלא אסורה ליעשה לזכר). ולפמש"ל באמת בגדלותו אחר שנתחייב אינו מופקע מן המצוות, ובקטנותו אין הפקעה כי מעולם לא היה חייב, ומה שלא יתחייב אין לחוש לזה כי לא יהיה זכר ולא יתחייב.

וכ"נ מדברי הגרשז"א שהובא שם בנשמ"ב.

תרמא) וע"ש שהביא מעוד מקורות שמותר להפכו לזכר ורק להפכו לנקבה דאיכא משם סירוס ופטור ממצוות ועוד דנו לאיסור, אבל בעצם המציאות שתופלת הניתוח משנה דינו נראה שהסכימו. (ומדברי שבה"ל שכ' דלא ידע אם מותר להפכו לנקבה, אפשר דאין רצי', דשמא כוונתו לנדון סירוס, אי נמי שכשבגופו אינו אלא נקבה יבא למכשול גם אם לא נפטר מן המצוות).

תרמב) ומ"מ לענין אדם בריא ששינה מינו או אשה ששינתה מינה, העיקר כמש"ל, דאין זה משיב שינוי כיון שהוא מלאכותי, וגם כל מה שנעשה ע"י הורמונים, עדיין איברי זכרות ונקבות שלא מבריאתם אין עליהם שם איברי זכרות ונקבות. ולכן דינו לכל הענינים כמו שהיה מקודם. חוץ מדיני צניעות שהוא לפי הענין.

תרמג) אמנם הלום ראיתי לרב יעבץ בתשו' קעא' שדן בולד שסברו שהוא אנדרוגינוס, ולדעתו אינו אלא נקבה, דאין על אותו הגיד שם גיד ואינו אלא דלדול בשר וגם סדוק, וכ' "ואפי' יוייר שמצא רופא אומן שירפא הסדק ויעשה שהדפנות יחדיו יחוברו והיו לבשר אחד האם בריאה יבוא להם מעברים ועיבורות ושבילים לזרע ולמים". משמע שאם יעשו בריאה זו באומנות שיך שיהיה עליה שם גיד, אע"פ שמתחילה לא היה כלל גיד. והרי בזמננו יכולים גם להתקין כלי הדם ועיבורות השתן ולקבעם בצורה אחרת ממתכונתם הראשונית. אבל קשה לומר כולי האי מדיוק לשני". ובאמת הרב שבה"ל ט' רנה' כ' דאם הרופאים עשו גוברא דש"ז מעור סתם יש ע"ז שם שבילי הזרע לענין סריס, אבל יש מקום לומר דהיינו במי שלא היה לו והוא זכר בודאי א"כ כל שאפשר לתקן ולעשותו כראוי לו לא חשיב מלאכותי.

תרמד) ואמנם בצין אליעזר מ"ה סי' כה' פרק כו' אות ו' כותב כדרמז דגם ניתוח ששינה מבוותו ממש, ובפועל טבעו כבן המין השני, יכול לשנות דינו. סתם ולא פירש תנאי הדין הזה. ואולי באמת מידי ספק לא יצאנו.

תרמה) ועי' מג"א מקפט' בשם הרי"ף שהאנדרוגינוס לפעמים זכר ולפעמים נקבה, ואחרונים דנו דבריו מכל וכל, עי' באה"ט מהה"ש וערוה"ש, אמנם נר' דהכוונה היא למציאות שהסימנים הראשוניים כנקבה והמשניים כזכר, דטבע רוב האנדרוגינוסים שבשנותיהם הראשונות כנקבות, וכשמתבגרים יש בהם סימני זכר חיוניים כמו בצורת השערות והקול (ראה אגי' הלכתית רפואית לשטיינברג כרך ג' סוף עמ' 53) על כן משכח"ל שבזמן קצר יראה זכר תחת שנראה קודם לכן כנקבה.

יט. סימני גדלות

תרמו) גרסי' בנדה מח: בעיא בדיקה דאי משתכחי לאחר הפרק שומא ניהו, מבואר דשערות שבאו קודם זמנם שומא הן ואינן סימן גדלות אפי' אחר הפרק עד שיבואו תדשות, והכי קי"ל בתה"ע קנה' יד'. ולפי זה לא מצינו ידינו ורגלינו בבית המדרש, לתן סמכי אחזקה דרבא מיד כשנעשה בן יג'. והרי רגע כמימרא קודם יג' אם נאמר שהיו לו שערות הרי שומא ניהו ולאו סימן, ורגע לאחר מכן בע"כ שמתו לו שערות מיד, דאל"כ לא הוי גדול, וזו חזקה דרבא. והוא דבר שאינו מסתבר כלל.

תרמז) ובאיתי בשם הגר"נ קרלין (חוט שני שבת ד' ס') דאין לסמוך על חזקה דרבא בתחילת ליל יג' דלא מסתבר שמיד למחר. אבל הוא ממוה טובא, וסתימת הפו' אינו כן. ועוד, דהרי המציאות היא שרובא דרובא דקטנים דידן מגיעים שיער כבר בגיל יב', וא"כ בידוע דשערותיהם שומא ניהו, וכיון שהגדול עצמו יודע שהביא שערות כבר בגיל יב' הרי יודע בעצמו שהוא קטן ושערותיו שומא (והרש"ש נדה שם סי' ב' כ' דאם לא ראו קודם הפרק שיער אין לחוש וסתם הבדיקות היו בודקין רק אחר הפרק, אבל הלא הגדול עצמו יודע האמת שכך הי' גם קודם הפרק. ומש"כ דריבוי שיער לא מיקי' דהי' לפני הפרק כולו. לא שיך לומר אם ידעי' שקודם לכן הי' ריבוי שיער), ולא הועלנו כלום בהמתנה.

תרמח) וכן הבודקו אחר יג׳, אם יודע שכך הי׳ קודם ריבוי שיער. אין שום שנודמן לו לראות שהיה קודם ריבוי שיער. אין שום מועלת בבדיקה כי אינה מלמדת דבר. ואמנם אם באו ב׳ שערות תדשות הוו סימן, אבל מי מפיס במקום שיש בו ריבוי שיער, אם נוספו ב״ש תדשות. ולפי זה הרבה גדולים בני יג׳ שהביאו ב׳ שערות קטנים בודאי ניהו, ואי אפשר לומר כן. ואם נאמר שנשתנו הטבעים, א״כ אפשר שאינן שומא והוא גדול קודם ושוב לא מצינו ידינו ורגלינו בבית המדרש.

תרמט) ואולי י״ל דגם התארכות השיער בכדי לכוף ראשו לעיקרו הוא סימן, וידוע שהשיער מתארך כל הזמן בקצב שוה. על כן אפי׳ איכא שיער כבר, כיון שגודל והולך ומחזקי דבגיל יג׳ גדל, וכן קי״ל דגם ביום אחרון של שנת יב׳ לא נחשב שומא. ואמנם הוא דחוק, דאם מחזקי להשיער כשומא, מה לי שהתארך אחר יג׳, הלא שיער ארוך מאד בשומא לא הוי סימן.

ואיך מליאת שניו גורמת שיהי׳ אריכות שיער השומא סימן.

תרנ) והנה עכ״פ זה דסמכי׳ אחזקה דרבא, לרוה״פ הוא לתוריתא, וכמ״ש הפנ״י קדושין סג: ומה שתמה עליו המקנה שם שלא מועילה לחליצה, כבר מבואר ברמב״ן (מלחמות פ״ק דחולין בשוג׳ דרוב מצויין מוממין), דלא סומכים עליה כי אפשר לברר. ועוד דרך כ׳ הפמ״ג בא״א או״ח סה׳ ז׳ ורעק״א בתשו׳ עג׳ דתכמים הם שהתמירו לענין דאורייתא, דמן התורה אזל׳ בתר רובא, ותשבו למיעוט המצוי.

תרנא) ובאמת לשיטת הרא״ש בתשו׳ לג׳ ה׳, אם נמצאו סימנים אחר זמן, אמרי׳ שמסתמא היה ביום הזמן, ועדיף ממחזקה דרבא כי מצטרף לחזקה דהשתא, וסמכי׳ עלי׳ כדין גמור. משמע שמעיקר הדין כך הוא שאומת מיד. אמנם הרמב״ן רשב״א וריטב״א ב״ב קנד: מולקים ע״ז וכך בב״י אה״ע מג. ומ״מ מסיק הש״ש שפ״ה להעיקר כרא״ש, וכ״כ מוז״א אה״ע קיד׳. ולכאו׳ נר׳ מזה דאפי׳ אם א״א לברר אין החזקה מועילה לתוריתא. ש״מ כפמ״ג או כפנ״י.

תרנב) עוד י״ל בדעתם דממונות שאני, וחזקה זו אינה מועילה לממונות, כדמבאר הנו״ב תו״מ ד׳ שא״ה בממון אחר הרוב, ולדבריו להחזיק ממון נאמן בעדותו, וכ״כ בחבנ״ז אה״ע רטו׳ יז׳, וכ״נ ברע״א תשו׳ קלו׳. ותמוה דאין כן סתימת הפו׳ דפסלוהו לעדות. ויותר נראה דמתמת דאין הולכין בממון אחר הרוב אפקוהו מעדות ממון לגמרי (וכיו״ב בתמיהת השער״י ה׳ טו׳ למה לא צריך לפי״ש כשאין הולכין בממון אחר הרוב, דלאיסורא מיהא ליחוש. ל״ק, וכמבואר בדבריו תו״מ עה׳). ועוד דאין עדות להחזיק דהלא מבלעדיו היו מוציאים, וכן משמע בר״מ עדות ט׳ ג׳ ״שאין העד בא אלא להוציא ממון״. עכ״פ גם מדבריו ש״מ שסובר שהחזקה גם לענין דאורייתא, מדלא כ׳ דהוצאת ממון כדאורייתא. וכן הסכים בחו״א אה״ע קיד יט.

תרנג) אמנם לגבי החזקה למפרע על אותו יום, נראה שכן מוכרח הדבר, כי הרשב״א עצמו בחדושיו ליבמות לד. ד״ה ה״ג, כותב שב׳ אמין שקדשו ב׳ אחיות שאלו האיסורין בב״א בקדושין, משום שהגדילו בב״א, ופי׳ על קו׳ רמב״ן שהרי סימנים, שנבדקו בסוף היום ותולין שהגיעו הסימנים בתחילת היום, ומובא ש״ש ה טו, ואיך זה יכול להיות גם למפרע וגם ביחד? (המ״ל אישות ב יח מי׳ שהיו קריסים). אמנם בחו״א שם כ׳ להיפך דיש ראיה מדין זה כהרא״ש, כי כל היום זמני׳ ומ״מ תלי׳ בתחילת היום. ומסברא תמוה, דיותר יש חילוק בין ו׳ מודש לתלי יום.

תרנד) ולכאורה היה נראה שהגדרת שומא אינו שבאמת הן שומא. שהרי שומא הוא סוג של תיאור מציאות שיש איזו בליטה המוציאה שערות שלא בזמנם ובמקומם כידוע, והנדון שם הוא לא כשיש מציאות כזו, אלא שיער הנראה ככל שיער, כדמוכח מד׳ כל הפו׳. ואדרבה, הרמ״ה ב״ב קנד׳ כותב שאם יש באמת שומא, אפילו באו אחר יג׳ אינם סימן. ועי׳ רש״י קדושין סג: ״מושמין שמא שומא בעלמא הן, ואין נענשין בכך על שום עבירה״.

תרנה) אלא שחכמים הגדירו את השערות של סימני גדלות כשערות שבאו בגיל המתאים, ואם באו קודם אינם סימן, כי השערות עצמן אינן גורם, אלא רק מוכיח על הגדלות והתבגרות, ולכן כשבא לגיל בו ההלכה קובעת שיש בו דעת לעמוד למשפט, צריכים גם את עדות ההתבגרות הגופנית. אבל קודם לכן, אין בו מספיק דעת, והתבגרות מוחלטת היא כמו שומא. פעולה של הורמונים. ולא התבגרות של מכלול האדם. וגם כיום ידוע לנו שיש מציאות כזו, שפעילות מוגברת של בלוטות אנדוקריניות מביאה לשיער (כמו בלוטת יותרת הכליה).

תרנו) ולפי זה אם נודע שיש שערות קודם יג׳, אולא האשערות של בדיקה, משום שא״א לתת על אותן שערות שם שומא ושם סימן. וכבר נפקא דינם מדין סימן, אבל לא שבאמת נחשב קטן. ויש לדון אם נחשב א״א לברר שמועיל חזקה דרבא. ונראה דכיון שהפקענו מדין סימן גרע מדין א״א לברר.

תרנז) והרא״ש נדה פ״ו סי׳ ב׳ כ׳ דאם לא ראו קודם הפרק שיער, אין לחוש שהיה שיער, וסתם הבדיקות היו בודקין רק אחר הפרק. נראה ג״כ שבא לישב הקושי הזה. אבל הלא הנער עצמו יודע שכן האמת, שכך היה. וגם מה שמוסיף שריבוי שיער לא משי׳ שהיה לפני הפרק כולו, גם בזה אם הנער יודע שהיה ריבוי שיער קודם לכן לי״ש לומר כן.

תרנח) ומ״מ נראה לפי דבריו דגם אם יש סברות שהיה שיער קודם לכן, כל שלא הוחזק ונודע לבודק, לא חל עליו שם שומא ושפיר הוא סימן. ומה שהקטן עצמו יודע לא אכפת לן, כל עוד לא הוחזק הדבר, דהאמת היא שמתברר שאינו שומא.

תרנט) והשתא לתתינן לחכי י״ל דגם בדיקה מהנית, דכיון שיש ריבוי שערות אינו יודע בבירור איזה שערות היו קודם יג׳, וכל הנדון של שומא כשיש ב״ש וידוע שהן היו קודם א״כ אין עליהן שם סימן. אבל כשיש ריבוי שיער ואינו יודע שהם אלו שהיה עליהם שם שומא, אפיר יכול להניח שיש כאן שערות תדשות שהן סימן.

תרס) והנה לשערות אלו שדינם כשומא יש נפ״מ בהלכה, דעי׳ רבינו יונה בשוג׳ דקטן פורח ששערות בלא יג׳ מועיל לזמן עליו אם יודע למי מברכין, וכן במאירי נדה מה: שיש סוברים שמופלא סמוך לגיל רק בשערות של קודם יג׳ הרי שיש לשערות אלו תוכן, ואם נאמר שהם שומא איך אפשר לבנות עליהם דין. ובע״כ דרק לענין עונשין מחכים לדבר ברור ומתיחסים אליהם כמו שומא. אבל באמת יש להם משמעות בגדילתו. והוא כמו שבאירנו שהגדילה היא תהליך, ואינו שלא גדל, אלא שגדל רק מלא, ומצד זה הוא דומה לשומא.

תרסא) ועי׳ תו׳ נדה מו: דתמהו איך מלקין על נדרי מופלא הסמוך לגיל, הא הוי התראת ספק דדלמא לא יביא ב״ש תוך שנה, ואינו סמוך לגיל. ותירצו שכבר הביא ב״ש. ואינו מובן הלא הני ב״ש שומא ניהו, וכדתמה הרא״ש. וי״ל דסברא להו דשערות שקודם גיל יג׳ הם תחילת הגדלות אלא שעד שלא בא גיל יג׳ לא נשלמה גדלותו, וכשומא חשיב, דקודם זמנם התחילו. וע״כ גם אחר יג׳ אינם שיער. אבל מ״מ מצד הטבע עביד סברא שכשיגדיל בגיל יבא גם ריבוי השער הרגיל לבא עמו. ואמנם אין קי״ל דלא סמכי׳ על חזקה דרבא לתוריתא, ובודאי צריך בדיקה אחר יג׳ כדי להלקותו, מ״מ התראת ספק לא חשיב כיון דאיכא סתמא, דהא דצריך בדיקה לא עביד לי׳ ספק גמור.

תרסב) והנה הגר״א חקר מה ענין שנים בשביל הגדלות, ומובא בגרי״ז תמורה ב׳: הא׳ השנים הוא תנאי בגדלות, שצריך שיהיה גם בן יג׳, או שאינו אלא ראיה שאין השערות שומא, שידוע

שאחר יג׳ אינן שומא אלא שערות גדלות בלמת. ולמד כלל שני מד׳ המו׳ יבמות יב: שבנים קודם הזמן הרי הם כסימנים אחר הזמן, שאין בהם את החסרון של שומא, חוץ׳ שאין שום ענין בשנים רק כהוכחה על השערות. ומהרמב״ם הוכיח ששנים הוי מקצת גדלות, לענין נדרים, וכמה דיינים יש ששנים לבד מועילים.

תרסג) ולמש״כ אין סתירה, שענין הסימן הוא שיקבע בגופו, וענין השנים לקבוע שאינו התפרצות מוקדמת ולא מאוזנת, ולכן בלמת הקביעה בגוף היא הגדלות, אלא ששערות אינו קובע, ובנים קובע ולא צריך עוד שלמכתא שאינו מוקדם מדי.

תרסד) והגאון ר״מ סולוביציק זצ״ל (ושיטת אשל) נסתפק אליבא דרלב״ד שופר ב׳ ג׳ שאנדרוגינוס מני זכר מני נקבה, אם מועילים סימנים בגרות של נקבה גם לזכר, דאם זה הגדלות עצמו, לא יועיל לזכר, ואם זה רק סימן יועיל. ולמש״כ אין הכרח, דגם סימן כיון שבא כלפי מני משאירו בספק, ומזלו של אנדרוגינוס להיותר בספק.

תרסה) וכן דנו אחרונים בדברי הרשב״א בתשו׳ ח״א אלף רטו, באשה שלא יודעים גילה, שיש ב׳ ספקות אם הגיעה לגיל, ואם הביאה שערות, הרי שאין כאן דין א׳ אלא ב׳ דיינים. אלא שאפי׳ אם הוא ב׳ מנאים דין גדלות הוא אחד, והרי גם ב׳ שערות הם ב׳ מנאים. ואכן הב״ש קנה כב בלמת סובר בדעתו דהכל ספק אחד.

תרסו) אמנם לכאורה יש לסתור כל זה מדין קרים, שאם חזי׳ שהוא קרים נעשה גדול בשנים בלבד. הרי שהגדלות היא בשנים, אלא שאם לא הביא ב״ש חזי׳ שקטן הוא. אמנם י״ל דבכל א׳ יש את המקדם שלו, ולקרים יש דין נפרד. ועוי״ל דלכן קרים אינו נעשה גדול אלא מכאן ולמפרע (לפי מה דקי״ל כרב יבמות פ.), ובלמת שהוא בן יג׳ אינו גדול ואין עושין אותו וכו׳, אלא רק כשכבר נעשה גדול מסתכלים ע״ז גם למפרע, והוא דרגה פחותה מגדול אמיתי (ולפ״ז לא יועילו לו הוכחות מודרניות שהוא קרים בגיל יג׳). ועוי״ל דיש לו חזקה דרבא שכבר התבגר, וכרמב״ן דרק משום דלפשר לברר לא סמכי׳ ע״ז.

תרסז) ובלמת היה מקום לחלק בין ב׳ שערות לריבוי שער, וכל הנדון בגמ׳ על עודן עליו אינו אלא במיעוט שיער, אבל ריבוי שער, נהי דלהלכה קודם גיל יג׳ אינו גדלות, מ״מ גם אינו שומא אלא בהצטרף לשנים הוי סימן.

תרסח) ועי׳ רש״י יבמות יג. דגם יולדת תוך זמן — הוא משום דתוך הזמן כלאחר זמן וודאי היו לה סימנים, הרי שבהוכחה שאין השערות שומא נחשבות סימן גם קודם הזמן.

תרסט) ועי׳ תו׳ קדושין סג: ד״ה בני בשם ר״י שהורגים על סמך ריבוי שיער, גם אם לא ידעי׳ השנים. והוא כמו חזקה דרבא הפוכה, ולדעה זו מוכח שבב׳ שערות אין חזקה הפוכה, שאם בלו בהכרח יש גיל יג׳, אלא מצוי שיבואו לפני גיל יג׳. ולתי׳ ב׳ שם בתוס׳ אפי׳ ב׳ שערות מוכיחים שהוא בן יג׳, וכן נקט מהרשד״ם תשו׳ רג׳, אף שמהרי״ט הופיאו מפשוטו. והעיטור ערך גט מליפה סובר שיש חזקה דרבא הפוכה אבל רק לחומרא. וכתי׳ ג׳ כ׳ בס׳ התרומה סי׳ קלג׳, ונפסק בטוש״ע אה״ע קסט׳ יא׳.

תרע) ועי׳ ב״מ אה״ע קנה׳ שמדמה זה דין בנים דעדיפי מסימנים ומחזקי׳ ממתן בשנים. ועד״ז י״ל אפי׳ בלו קודם כיון שהגדילו לא אמרי׳ שומא וכמש״ל. דהרי אם אמרי׳ שכשיש ריבוי שיער קממא אינו שומא אלא גדלות, ה״נ י״ל גם כשהוא פחות מיג׳ דקממא הוא גדלות. ובע״כ שרק הגיל מגביל מלומר גדלות אבל לא המציאות.

תרעא) ובנו״ב קמא ח״ע ו, רופא לחדש שנאמר כן לעולם, אם היה ספק בשנים, ויש שערות, ולאחר מכן ודאי גדול ויש שערות, אין כאן ספק שומא, אלא להיפך אמרי׳ שהם סימן, וגם אמרי׳ שמסתמא היה גדול קודם שאל״כ מוכחש חזקה דרבא. ואולי א״ש לתי׳ ב׳ דר״י.

תרעב) אמנם בדברי הרא״ש לעיל מוכח דגם ריבוי שיער של קודם יג׳ נחשב שומא אם עודע קודם יג׳. וי״ל דאין כוונתו ריבוי שיער טובא, אלא ריבוי שאין דרכו לצמוח ביום א׳. שזה ענין דבריו שם. וגם בד׳ ר״י על ריבוי שיער, יש להסתפק אם כוונתו לשלב השלישי או הרביעי, דהיינו ריבוי השיער במקום הראשון בו גדל, או התרחבות המקום בו גדל השיער, עי׳ תי׳ רי״מ שדן בזה.

תרעג) והנה יש לברר עיקר דין גדלות המקובל אצלינו על מה נוסד, כי לא מצאנו במשניות בשום מקום שחיוב מצוות מתחיל בגיל יג׳. ואמנם בתוס׳ ספ״ה אי׳ בן יג׳ למצוות, אבל אין המשנה שם עוסקת בהלכות כי אם בגילאים המתחיים להתנהגויות, כמו בן חמש למקרא, בן עשרים לרדוף בן שלשים לכח וכו׳, וגם בן יח׳ לחופה הוא שמלד טבעו רואי להתחתן וממילא מתחיל זמן המצוה, אבל אינו דין אלא ענין בטבע. שאז ראוי ויכול לקיים כבר את כל המצוות, אבל לא שעד אז פטור מן המצוות (עי׳ להלן).

תרעד) ועוד שאין משנה זו ממסכת אבות (אינה בשום כת״י), אלא בריתא חיצונית שנספחה עליה בשלב מסויים, ובוב הראשונים והמפרשים (רמב״ם מאירי מלא״ש ועתוי״ט) כלל לא גורסים משנה זו באבות. וגר׳ שגם לרבנן דתלמודא כתו׳ נ. וקדושין כט: שדנו בגיל לימוד התלמוד ובגיל הנישואין לא היתה בריתא זו, וגם לא נהגו כך בזמנם. וחזי׳ שהגילים האלו דבריתא זו יכולים להשתנות לפי הענין ואינם הלכות קבועות. וגם כשדנו מה הוא שיחה וזקנה במו״ק ובקדושין לא הביאו כלל מבריתא זו וגר׳ שלא היתה לרבנן דתלמודא.

תרעה) ובלמת כבר כ׳ התבו״ש יו״ד ל׳ מט׳ ומשכנות יעקב מז המובאים בתלקת יואב או״ח ה והפמ״ג בפתיחה כוללת רש ח״ב, שקטן לא פטור מן המצוות, אלא ״לאו בר עונשין״ כל׳ הגמ׳ תמורה ב: ועי׳ קרן אורה יבמות קיד. שמסתפק בזה, ועי׳ תלקת יואב שם שממנים חילוקים, ובאו״ש איסו״ב ג׳ ב׳ שישראל חייב כשמגיע לכלל דעת של ב״נ, והוא כעין שכ׳. ומש״כ המנ״ח רסג׳ לו׳ שפטור מהמצוות, אין לו ראיה, ועי׳ קהלות יעקב יבמות לא ב שמשיג עליו. ולפ״ז נר׳ דאין גיל יג׳ החיוב במצוות, אלא שאפשר להעניש ע״ז כי יש מכלל ספק.

תרעו) ובמתני׳ דיומא פ״ח מ״ד: ״התיווקות אין מענין אותן ביום הכפורים אבל מחנכין אותם לפני שנה ולפני שנתים בשביל שיהיו רגילין במצות״. אך לא מוזכר כאן כלל לפני שנה ולפני שנתיים מאימתי, ובפשטות הכוונה שבמשך שנתיים תהיה הדרגה בלוס עד שיגיעו לגוס מלא, כפי שביארו במסכת סופרים: ״וכן היה מנהג טוב בירושלים לתת בניהם ובנותיהם הקטנים ביום לוס בן חמש עשרה שנה עד עשר היום בן שמים עשרה להשלים ואחר כך סובלו ומקרבו לפני כל זקן וזקן כדי לברכו ולחזקו ולהתפלל עליו שיזכה בתורה ובמעשים טובים וכל מי שהיה לו גדול ממנו בעיר היה עומד ממקומו והולך לפניו והיה משמחה לו להתפלל בעדו ללמדך שהם נאים ומעשיהם נאים ולבם לשמים ולא היו מניחין בניהם קטנים אחריהם אלא היו מולכין אותן לבתי כנסיות כדי לחנכן במצוות״. (פ״ה הי״ז). ברור שאיזור הגדלות הוא יג׳, אבל לא רואים כאן אלא הדרגה, בגיל יב׳ משלימים, ואח״כ נאט נאט מקרבים אותם לזקנים שיתפללו עליהם. וכמו שהיינו סוברים אם לא היינו יודעים שבדיוק בגיל יג׳ חל איזה חיוב.

תרעז) ובפ׳ בן סורר מוזכר שעשה בן סורר משניה ב׳ שערות ועד שיקיף, ולא מוזכר כלל גיל יג׳. וג״ז מתאים להיות דין פרטי בבן סורר. ובנדה נב. אמרי׳ שמהבניה ב״ש חייב בכל המצוות שבתורה, אבל גם כאן היה מקום לפרש שכל מצוה

מתחייב בזמנה, משהוא בר דעת לה, ובגיל יג׳ מתחייב בכל המצוות. ולכן אמרו בכל המצוות ולא במצוות.

תרעח) ובגדה מה: אמרי׳ שבנדרים אל מגיע יא׳ לבת ויב׳ לבן, אבל לא מוזכר שם כלל שהוא משום שביב׳ ויג׳ מתחייבין במצוות, ויש מקום להבין שהוא דין פרטי בנדרים.

תרעט) ולכן אין להתפלא שאין במז״ל ובראשונים שום מקור לשמתא בר מצוה, אלא מה שאמרו בב״ר סג: ״א״ר אלעזר צריך אדם להשיבל בבנו עד יג׳ שנה, מיכן ואילך צריך שיאמר ברוך שפטרני מעונשו של זה״, והוא כמו גדר הסיום של מצוות חינוך, שהוא כבר לא אחראי, ולא חלו את הדבר בב׳ שערות למשל, אף שלפי מה שמקובל להבין הרי אינו גדול מן התורה, וא״כ עדיין האב אחראי? מהרש״ל אומר ״שעודת בר מצוה שעושים האשכנזים״ (יש״ש פ״ז לז׳). והברכה בלא שם ומלכות כי אינה מן התלמוד (רמ״א רכה׳).

תרפ) והנה הרא״ש בתשו׳ טז ג כותב: ששאלת מנין לנו דבן יג׳ ויום אחד הוא בר עונשין, הא״מ הוא והוא בכלל שיעורין, וכן בת ג׳ ראויה לביאה ובן ט׳ ראוי לביאה וכו׳. ע״כ. הרא״ש מיירי בדין עונשין של ב״ד, ובגיל יג׳, אבל אינו מזכיר את דין ב׳ שערות, ומן הסתם לא נכנס לפרטים, אבל כוונתו שדיני גדול על פרטי ההלכה הם בכלל שיעורים, שנהגו כך תמיד, והרי השאלה לא התעוררה בדור מסויים דוקא.

תרפא) אבל העשא המסויים שדיבר עליו הוא ״עונשין״, ולא מיום מצוות, והרי בזה נחלקו אמוראים בגדה מה: ״תוך הזמן כלפני הזמן או כלאחר זמן״, ומפרשי׳ שם לענין עונשין, ופרש״י תוך הזמן בן יב׳ שהביא ב׳ שערות, נחלקו האמוראים אם נענש. הרי להיפך, שיש שיטה שגיל יג׳ אינו קובע כלל לעונשין. ובודאי לא דובר כאן על מיום מצוות, אלא נראה כמו ספק לדלי שהסתפקו האמוראים. ולר״ח שם מט. גם התנאים נחלקו בזה.

תרפב) ובאמת, הרי מחלוקת תנאים היא בגדה מה: רבי אומר זכר מבן יג׳ ונקבה מבת יב׳, ורשב״א אומר להיפך: נקבה מבת יג׳ וזכר מבן יב״ו אין ניתן לטעון שבהכרת הוא הלכה למשה מסיני, וגם שבדור האחרון של התנאים, אחרי שלא השאירו תלמידי ר״ע שום עושא שלא בירור, נחלקו בדבר ואפילו לא באה הכרעה בעושא בדור התנאים ולא בדור האמוראים, ואם היה מנהג בר מצוה, וכי לא ידעו מתי הנהיגו אצלם ד״ו. ורק המוס׳ בגדה קובעים ״נראה דהלכה כרבי״.

תרפג) ובכלל, אם סברו את הסימן של ב׳ שערות שלא נזכר שם במשנה ובברייתא, איך יעלה על הדעת שנחלקו במציאות מי מביא סימני התבגרות קודם, והרי ברור ג״כ שהמציאות כמו שאמר רבי.

תרפד) אמנם, אע״ד שהמחלוקת בגדה שם אינה אלא לענין נדרים, ורק מתוך ההבנה שגיל יג׳ הוא מיום אוטומטי במצוות, ונדרים הוא ״שנה קודם״, מובן שמי שהופך, הופך את כל הקערה על פיה. ולא היא. וכ״כ בחו״ש נדרים פי״א ה״ד שהנדון רק לענין נדרים. ולכן נראה שגם הספק שם ״לעונשין״, הכוונה לעונש את מי שעובר על נדרו שהל משום מופלא הסמוך לאים. שאל״כ מה שאלו שם ״למאי נפ״מ״, וכי כשנחלקים אמוראים בשאלה אם מגדיל ע״י ב״ש או ע״י יג׳ שנים אין נפ״מז (ובריטב״א ובתוס׳ מוכח לא כן). וכל הסוגיא היא נדון פרטי לענין נדרים. וזה רק מחזק את העובדה שאין נדון הלכתי ושיטתי בגמרא כלל איזמתי אדם ״מתחייב במצוות״. (ועי׳ ש״ש ה יא שסובר שנחלקו בכל התורה אם מספיק השערות בלבד, ובמי׳ ר׳ שמואל יבמות ט ג ואבי עזרי נדרים יא ג תמהו ע״ז).

תרפה) והנה אין לתמוה מה טעם לא היה צריך לבאר בפירוש גמור איזמתי מתחייב בדיוק בכל מצוה, כי כך טבע העולם שיש מצב ספקי ותהליך מתמשך. כמו שלא שיערו בדיוק מה הוא כדי שביעה וכמה הוא שעה קלה, וגם לזמנים לא היה להם דרך למדוד תמיד, אלא היו ממתיינים, ולכן קבעו שאדם טועה ב׳ שעות, ולא שהכריחוהו לדייק תמיד. ודוקא מרוב שהדבר עיקרי וחלק ממצוות חינוך לתנוכו בכל מצוה כשמתאים לו לפי דעתו ומצבו אין שיעור גמור אלא נקבע לפי המציאות. ואדרבה, לומר לנער מוך הפרק שהוא פטור ממצוה מסויימת אינו נכון, והאמת שהוא חייב כי אין פטור מהמצוה, אלא שאין באים בטענות ובדין ותשבון לקטן כי אין לו אחריות ולכן האחריות על אביו.

תרפו) ובאמת כתבו מנ״מ עה׳ ב׳ ותמ״ש יו״ד תשו׳ שיז׳ ששיעוריים הל״מ, ובבן נח כל אחד גדול לפי דעתו, ויל״פ משום שבגרות שלהם נוגעת בעיקר לענייני העם באותו זמן ומקום, ולכן כל שגיבר לקבוצה שהוא גדול א״ל יותר. אבל בהלכה גדלות נוגע לכל מלכי התורה ולכן לא מסתפקים במה שנראה לסובבים שגדול בענייני המציאות שנמצא בה באותה עת.

תרפז) ולמש״כ מובן מה שהוצרכו לרבות בנזיר סב. מופלא הסמוך לאים גם בנכרים, כי עצם הענין שנדרים הוא דבר שבהחלטה, שייך גם בהם. הכל למאי דקי״ל (רמב״ם נדרים פי״א ה״ד) שדין מופלא הסמוך לאים מן התורה (ותמהו עליו שסותר משנתו בנזירות פ״ב הי״ג אלא שששם אינו מוכרח אלא מפלפול הסוג׳ ולפעמים אינו מתמשב בזה). ומעניין שלד׳ המ״ל נזירות ב׳ יג׳ אינו יכול לישאל על נדרו, ויל״פ שהנדר הוא המלטה, אבל שאלה זה דבר מורכב וכלל דיני התורה (ובבני ציון סה׳ מולק עליו. ועי׳ כנה״ג רלג׳ הגה״ט ב׳ שטוטה שבשועתיו לא תלוים, ויל״פ שבשועה אינו רק החלטה אלא גם לפני ה׳).

תרפח) והטעם אמרי בגמ׳ שלרשב״א התיקון קודם כי הוא נמצא בבית רבו, ויל״פ שמי שיולא מהבית רואה שיש להחלטות משמעות, ואיך הליבור מתייחס לזה. ומודה שהבת מתבגרת קודם, רק לענין נדרים הוא להיפך. וכן בתוס׳ שם שאפי׳ אם אין לו רב ואינו לומד הוא רגיל לצאת ולבא.

תרפט) אמנם גם מצד מכמים לא היה גיל יג׳ דבר ידידי, דעי׳ תוס׳ קנה׳ סט. שכ׳ ״דלא״פ שבדורות האחרונים נתנו מכמים סימן להבאת שערות בקטנה בת יב׳ שנה ויום א׳ ולקטן בן יג׳ שנה ויום אחד, בדורות הראשונים שהיו ממהרים להביא שערות היה זמן גדלות מקודם הרבה״, והכוונה אחר מתן תורה כמבואר שם דקאי על זמן דוד המלך. ואמנם הרא״ש בתשו׳ הנ״ל כ׳ דבן יג׳ לעונשין הוא הל״מ, ונראה קותר.

תרצ) אבל הלא הרא״ש עצמו כתב בגיטין ט יא: הוה עובדא ואמור רבנן עדיין לא הגיע לפלגות רחובן דכתיב לפלגות רחובן גדולים מקרי לב רבינו תנחל זכרונו לברכה גרים עדיין לא הגיענו לפלגות רחובן שהיו בהן מכמים גדולים מקרי לב והם היודעים אם הגיע זה הקטן הנראה בדרכיו כשאר גדולים ומשבו גדול להיות קידושיו קידושין אבל אנו אין בנו כח להבין בין קטן הנראה כגדול ובין קטן זולתו ואין לנו אלא הלכה שבודקין לקידושין ולגירושין הלכך בעינן י״ג שנה ויום אחד ולמעלה והוא דאייתי שתי שערות.

תרצא) והענין הוא שיש דברים שהם טבעיים אצל בני אדם, שכבר מתייחסים אליו כגדול, ומכיון שזה היה ברור בחיים לא היה בזה ספק. ורק אם מבודדים את הגדלות של מצוות, אין המבט הפרטי יכול לקבוע גבול ברור.

תרצב) ובאמת נראה שאין סתירה, דמהות ההלכה של בן יג׳ לעונשין, אינו שהגדלות רק בדין יג׳, אלא שבאמת הגדלות היא תהליך ואצל כל אחד ובכל ענין הוא בזמן אחר. אבל מערכת המשפט אינה יכולה להתייחס לזה, דאטו אם מישהו יהרוג אדם נעשה לו מבחני גדלות, ומערכת המשפט קובעת

שאחרי יג׳ אין כבר טענות, וכמו שאמרו בנדרים שאחרי יג׳ לא צריכים לבדוק אם יודעים למי נודרים, שאם לא יודעים זו בעיה שלהם כי הם כבר בודאי יכולים לדעת. וכ״כ במו״ב לנדה דהחלכה בלה רק להגביל שאחרי יג׳ אינו קטן.

תרצג) ולכן מעיקרא גיל יג׳, יכול להיות נוהג גם בדורות הראשונים בכלל, שנקבע ע״י הסתכלות כללית, שמתעלמת מהמצב הפרטי ולכן היא יותר נכונה. ולכן מצוות מיונך היא כלל שצריכים לתנך, וזה יכול להשתנות לפי בריא וכחום. אבל מיוב עושין זה דבר מהומת, ולא נקבע ע״י מבחני בגרות כאלו או אחרים, שהרי זה משתנה בכל תרבות ומקום.

תרצד) ורש״י ערכין יח: כ׳ לכל השנים דפ׳ יולא דופן כולהו דרבנן, ואין הכוונה מקנת חכמים ממש, אלא הסוג׳ שם עוסקת בשנים ״דכתיבן״, והשנים האלו אינם כמו הכתוב בתורה, ולכן אינם מעל״ע. אבל חזי׳ מ״מ שהיתם לדין זה הוא כדין משתער בידי בני אדם ולא כשני תורה.

תרצה) ולכן נראה דהצריכו גם גיל וגם סימן השערות, משום שאינו בקיאים לפלגות ראוכן, ולפעמים השערות אינן אלא התבגרות מוקדמת, וכן הגיל לפעמים הוא מקדים את זמנו מצד טבע הנער. וכשבאו שניהם יחדיו קובע בו הגדלות.

תרצו) ונראה שצריך גם את מציאות השערות, כי כשנקבע הדבר בגופו הוא מבין שהוא גדול. וכמו קנין שלא מועיל בזה הסכמה אלא צריך איזה מעשה שיקבע בו, והשנים אינו מעשה בגופו ואינו דבר מוכח וידוע כלל. וכך הוא מבין שאין זה שהזמן חלף אלא גם שינוי בפועל. וכן מוכח מהא דקי״ל שסימן העליון מוכיח על סימן התחתון (וכן ברש״י יבמות יג. דגם יולדת תוך זמן – הוא משום דתוך הזמן כלאחר זמן וודאי היו לה סימנים), ולכאו׳ מה צריך לסימן התחתון, כיון שאינו בא בעצמו אלא אם גדל, ואמש״כ מבואר שיש ענין עצמי בסימן. לא משום שהוא הגדלות אלא שהסימן היא בשביל הקטן עצמו שהוא רואה את הסימן. וגם ידוע שהדבר באמת משפיע על הקטן.

תרצז) ולכן נראה שהמהות של שני הסימנים האלו הוא התהליך הסופי של הגדילה, ודוקא משום שלא יתכן שיבואו בבת אחת, זה המתאים ביותר לסמן את הגדילה, שהוא עבר את התקופה שבין שתי ההשלכות של הגדילה, ולכן נקרא זמן זה בגמ׳ ״תוך הזמן״, ובדומה לזה יש דין נערה ובוגרת בנשה. שצריכים שתהיה תקופת ביניים. ולא הפריע לחכמים שיש כאן תקופת ביניים ספקית. שלדרכה זה חלק מהענין. ואה״נ מספק אי אפשר להעניש אותו ביתתיים, ומספק אינו עושה דיניים שיש בהם חלות עבור אחרים.

תרצח) ולנדון שינוי הטבעים, לפי מה שבידינו לברר לא נשתנו הטבעים, ואמנם יש קשר בין תזונה ובין תחילת ההתבגרות, ומוזכר גם בגמ׳ שמשבעין אותו ומשפיע על ההתבגרות וגם על אורת נשים. אבל אין להניח שבימי חז״ל היו כולם כחושים ורעבים במחסור, וגם בזמניהם היו זמנים ומקומות שהיו אוכלים לשובע ופשם. וי״ל שמכיון שהיו מקומות שהיה בהם יותר מחסור, היו כאלו שהגיעו שערות אחר יג׳ והיו שהגיעו קודם, ולכן יג׳ הוא הזמן הממוצע בין כל סוגי המקומות. ובזמננו רוב המקומות הקרובים אלינו אין בהם מחסור ולכן מגיעים קודם יג׳.

תרצט) ומש״כ מהר״י אלגאזי בשו״ת שמחת יו״ט סי׳ ט׳: ״בזמן הזה בעולם (אולי ל״ל לעולם) אינם מגיעים סימנים תיכף שישלים יג׳ ויום אחד ורובא דעלמא הכי הוו ולא ובדוק בדיינו ישראל שבודקין לחליצה ואינן נמצאים עד טו׳ שנים ויותר שמתחיל קטן פורח ובדידי הוה עובדא״, מתאימים הדברים לזמנו ומקומו, שהיה בירושלים רעב ומחסור.

תש) ולא התייחסו לקטן לפני זמנו כפטור מכלום, ולענין זימון אמרו שקטן מזומנים עליו משיודע למי מברכים. ויל״פ שמה שאמרו שם קטן פורח הוא גיל מוקדם יותר, שידוע במחקר שיש שלב בו רואים ריבוי שערות אבל הן קצרות ואינן עתידות להתארך, וזה בערך בגיל עשר והיה נראה דומה לפריחה. ודומה לפיר״ח שם. אלא שבמציאות תמוה שידברו על מי שהגיע ב׳ שערות אלא שאין בהם שיעור לכוף, שהרי הוא דבר שאין דרך העולם לבדוק ולעקוב כך, וגם זמן קצר כי כשיש שערות הם גודלות, ואמש״כ מבואר, שהוא מצד כללי של שערות שלא עתידות להתארך כלל.

תשא) ועי׳ תוס׳ ב״ב קנד שבע׳ שיהיו השערות שחורות דוקא, משנה למלך פ״ב מאישות לא מצאנו שום פוסק שהצריך שיהיו שחורות, והדבר באמת תמוה, שהרי יש אנשים ששערותיהם בהירות. והכוונה לא פורחות אלא קשות ועבות, ואם האדם שחור הם שחורות.

תשב) ועוד דיינים מצינו בקטן: לרש״י רמב״ן ור״ן קדושין יט: נדה מה. יבש בן ט׳ קונה יבמתו מה״מ, בערכין ג. ממעטי לקטן מכרת במטמא מקדש ע״ש תוס׳ שמה לוקח למעטו, המג״א סובר שהקטן גם חייב לקייס נדרו אף שאינו לוקה, י״א שלדון לא בעי׳ ב׳ שערות בחו״מ ז׳ ס״ג, ויש שיטה להיפך שלא ידון עד יח׳.

תשג) וכידוע גם לענין נדרים חלים כבר מגיל יב׳. ונראה שבכל הדיינים שנוגעים לאחרים היה ידוע שצריכים להמתין לגדלות, אבל נדר, אינו נוגע אלא לעצמו. ולכן מתחיל מצד ספקי כבר שנה קודם הזמן המתאים להתבגרות, כי נדר תלוי בהחלטה, ושמא הוא באמת החליט. ולכן ההלכה היא שנדריו נבדקים, דהיינו שעד יב׳ לא צריכים לבדוק אם הוא יודע מה היא החלטה, אבל מיב׳ מתחיל מצד ספקי שצריכים לבדוק אם יודע להפלות. לפי זה אין שום דין מיוחד בנדרים, אלא חלק מהתהליך ההדרגתי של כל המצוות. אלא שיש יחוד בנדרים ובנזירות שההחלטה של עצמו מחייבת אותו. בעיקרון גם בקנין כך היה צריך להיות, אלא שמתליט חל קנין, אלא שזה נוגע גם לאחרים ולכן נקבע לפי המקובל והראוי בלב כל אדם, משא״כ נדרים.

תשד) וזה עבאר הא דילפי׳ בנזיר סב. מאיש לרבות מופלא הסמוך לאיש, ולכאו׳ היה להם למעט איש דוקא גדול, אלא מתחת הענין שהרי בן יב׳ הוא קצת איש, ואין הכוונה שאיש זה מגיל יג׳, כי א״כ לא היה טעם לרבות נגד הכתוב, אלא שבגיל יב׳ הוא מעשה קצת איש, וזה יקוד הדרשה.

תשה) ועוד, דחזי׳ שגם השלב של ב׳ שערות אינו כל גדילתו, ויש גפ״מ בהלכה גם לשלב השלישי בהתבגרות, שהוא התרחבות מקום השיער, וזה גיל שבו כבר אינו יכול להיות בן סורר ומורה, ״משיקיף״, כי אינו שייך כבר לאביו כלל, כמתני׳ ר״פ בן סורר.

תשו) וכן לגבי מיאון נחלקו המגאים נדה נב: שבן שלקות הצריך כלכול להיינו התפשטות ור״ע אמר ב׳ שערות בלבד ובטל גדר זה. אבל בירו׳ יבמות פ״א ה״ב איכא נמי ד׳ ר׳ שמעון כבן שלקות: תני עד לימתי הבת ממאנת עד שתביא שתי שערות דברי רבי מאיר רבי יודה אומר עד שירבה השחור רבי שמעון אומר עד שתתפשט הכף . והוא בתוספתא נדה ו ה. ״תיפשט את הכף״, וכנר׳ הכוונה תתפשט על הכף, וכן שלקות האומר שם עד שתכלכל הכוונה שתקיף יותר. ונראה שם שר״ע ביטל משנה ראשונה בזה. אבל כן יש ביטוי לסימן זה בסימני בגרות אלא שהגי׳ בזה בנדה מו: נתמעך הכף, והיינו שאפשר למעכו, ושייך רק בנשה. (פשטות הגמ׳ שהוא סימני בגרות, וכן הביאו רמב״ן רשבא רא״ש וריטב״א ותוס׳ בשם ר״ת, וברמב״ם ה׳ אישות פ״ב ה״ו נר׳ שהוא סימן ערות, ויש שתחקו דבריו).

תשז) אמנם בירו׳ סנהדרין שם מובא ד׳ ר״ל שאין עושין עד שלב זה: ״ר׳ זעירא ר׳ אבהו ר׳ יוסי בן חנינה בשם ר״ש

בן לקיש כתיב (שמות כא יד) וכי יזיד איש על רעהו להורגו בערמה מאימתי הוא נעשה איש משיזיד מאימתי הוא מזיד משתמשש הכף משל בשל הורע מבפנים השתירה הקדירה מבחוץ". הרי לענין עונש צריכים שיהיה מזיד ושתהיה לו דעת גמורה, ווו איינה מתבטלת עד שיתפשט.

תשח) ונראה שיש שיטה ג"כ שמגדיל לפני גיל יג' כל שמביא ב"ש, לאמרי' ביומא מו. לרבנן הן שומא ואין סימן, ולר' יוסי ברבי יהודה אינן שומא, הראשונים במקום (רשב"א ריטב"א מאירי ור"ן) ביארו שלר' יוסי בר יהודה אינו אלא דין בשערות שאינן שומא, ולכן כשעשה גדול הן סימן. אמנם המורי"ד, ורא"ש נזיר ב. ביארו שלריב"י ג"כ נעשה גדול מיד, להעיקר השערות ולא השיש. וכן ביאר המגא"ש תרומות פ"א מ"ג, ובאמת בירו יבמות פ"י ה"ז וקדושין פ"א ה"ב נתלקו אם לשיטתו נעשה גדול למפרע. ובגי' הברייתא שם לא נאמר "ועודן בו", ולדברי הסוברים שנעשה גדול משעת סימנים, אין גם ראיה לרבנן עודן בו תשבו שומא גם אחר יג'.

תשט) והנה אי' בעוד ב' מקומות בירו שכשמביא ב' שערות נחשב גדול, א' בשקלים פ"א ה"ג אמתני' דאת מי ממשכנין וכו' אבל לא נשים ולא קטנים, הא לתבוע מובעים, הדא דתימר בהביא ב' שערות אבל אם לא הביא ב' שערות לא בדא, וב' במגילה פ"ד ה"ו ואם היה קטן אביו או רבו עוברין על ידו, והתני' קטן לא יפרוש את שמע, א"ר יודן כאן כשהביא ב"ש כאן כשלא הביא ב"ש. והק"ע דתק בב' המקומות והגיה הגהות, ובעמק יהושע פי' כב' פי' שהביא ב"ש ביום שהגיע ליג', אבל פשוטו הוא שבהביא ב"ש בגיל שלא נראה שהוא שומא נחשב גדול לתבוע ממנו מצוות, אבל לא לכופו ולהעניש.

תשי) והנה במו"כ אמור פ"ו ואים כי יאכל קודש אים פרט לקטן, יכול שאני מוציא קטן בן ט' שיש ויום א' ת"ל ואים, והגר"א בפירושו ובאדרת אליהו מתקו, שמבואר כאן שקטן בן ט' נחשב אים, ואף המש"ח ויקרא כב יד תמה מאד, והמלבי"ם פי' שבאו למעט קטן גם מבן ט'. ודחוק טובא. והמהר"ם שיק יו"ד שעה פי' שר' יוסי הולך בשיטת אביו דסתם ספרא ר' יהודה.

תשיא) הרי לפי חד דעה בירו' ובמו"כ, יכול להיות אים מבן ט' ומעלה, אם הביא ב' שערות. ואית ליה ההגבלה של גיל יג', ויש ראשונים שפי' גם בדעת הבבלי אליבי', שאית ל' ההגבלה של יג', אבל רק לוודא שאינו שומא ונשארו השערות עד יג', אבל גדלותו הוא מעת בא השערות. אמנם לדידן אינו כן, דבלא"ה קי"ל כרבנן שהשערות נחשבות שומא.

תשיב) והאמרי ביעה מע' ר"ל דבן יג' נאמן לומר שי"ל שערות דעביד לאגלויי. ונר' דאפי' כדבריו אין בא יב' נאמנת, כיון דלא עביד לאגלויי בפני עדים כשריס, לא קרי' בי' עביד לאגלויי. ועיקר מדושו גם היכא דבאמת עביד לאגלויי ל"ע דס"ס אין לנו ראיה שהוא כשר לעדות, וא"א להכשירו לעדות על סמך דעביד לאגלויי שהוא כשר, דזה רק מנאי בעדות שיהיה עביד לאגלויי, אבל כאן אין עדיין עדות. ולא הכשירו עי"ז אלא אשה וקרוב דפסולים לעדות וזכה כשריס, אבל לא מי שאינו בן דעת ובא להעיד על אחר ולחייבו מיתה.

כ. החלת קנין ודינים בעובר

תשיג) הקצה"ח סי' רט' ב', סובר, וכך פשטות השו"ע שם, שאי אפשר להקנות אבר של עובר בתוך מעי אמו, וכך פשטות דברי הראשונים בבכורות ג: שצריכים למכור את אוזן האם כדי לפטור מבכורה וא"א לפטור ע"י מכירת אוזן העובר עצמו שהוא הבכור. ובגתה"מ שם אבן תמה שהרי יכול למכור גם איברים של האם, ולמה לא יכול למכור איברים של העובר. ונראה מזה שכיון שמתייחסים אל העובר כדבר שממתינים עד שיצא בדרך הטבע, ולא כמיועד למכירה ולאכילה כמות שהוא, בדומה לשאר איברי האם, הוא מופקע מדיני המשפט עתה. וזה משום כח המיים העתיד. אמנם בשטמ"ק בכורות שם מבואר כנתה"מ. דהיינו רק בסממא, אבל במפרש מועיל קנין (וכ"כ מהג"א ה' מוכר דשלבל"ע ג'). ויש להוסיף ג"כ שאפשר שמכיון שהשיוויים בין עובר לבין בהמה הנולדת גדולים מאד, לא מועיל קנין במצב שלעומת העתיד בו יממשו את הקנין, נחשב שאין עדיין כלום.

תשיד) ולענין להתיחס לעובר אדם כאדם ולהקנות לו, עי' תומים סי' קא' א' כ' שהדין הנו' שם שאין הנולדים יכולים לגבות בשטר, תלוי בפלוג' הפו', דהרשב"א המובא להלן רי' א' סובר לאין אדם יכול לזכות לעובר לכשנולד, וכרב הונא ב"ב קמא: אבל הרא"ש דסובר דההלכה שמזכה לעובר לכשנולד קנה, יכול לסבור כתוס' (גיטין יג: דה לדבר וכתו' ז: ד"ה המזכה), דכל המילוק גיטין שם דלא אמר ר"מ שקונה דבר שלא בא לעולם, אבל לא לדבר שלב"ל, הוא לר"ה שא"א לזכות לעובר, אבל לר"נ שאפשר לזכות לעובר, אין חילוק ויכול לזכות גם לדשלב"ל, וממילא אפי' לא בא לעולם כלל. וכ"כ בקצה המהרי"ט חו"מ כג' בשם ר' עזריאל, שיכול לזכות לדשלב"ל. ונראה שהביאו שהמזכה לעובר לכשנולד אין צריך שיהיה העובר בעולם, אלא מזכה למציאות העתידית, וכמו המוכר דבר שלא בא לעולם, והכל חל רק כשנמצא המפן או הזוכה בעולם.

תשטו) ואיכא לסיעי לסברא זו, מד' המפרש בנדרים מח: יקנה בני זה כדי להקנותם, וכ' שם המפרש משום דאמרי לא הוה בן הבן בעולם והיה ליה מוכה לעובר ומוכה לעובר לא קני. כדאי' בב"ב קמא: וכן פשטות הסוג' דבן הבן ליתיה בעולם ולכן הוצרכו להקנות ע"י הבן. משמע מדבריו דמוכה לעובר הוא אפילו ליתא כלל בעובר אלא שאינו בעולם כלל, ולאו דוקא עובר.

תשטז) ועי' בס' יו"ד רכג' סק"ב שהארכנו בזה לדרוב הראשונים הא דלא קני בנולדים הוא משום שאין מי שיכול לקנות ולזכות בקנין. ונראה דגם סברת הרא"ש בתוספותיו שהוא משום גמ"ד, א"א לקיים אלא אם נאמר דהנדון הוא רק בעובר קיים, ואזה יש לדון אם יועיל גמ"ד להקנות לו, אבל באין מי שיקנה מה יועיל גמירות דעת, והרי לא חל שום דבר כי אינו יכול לחול (ולא דמי למקנה דשלב"ל די"ל שעכ"פ הגברא קונה הזכות מתבר כדלהלן).

תשיז) מיהו עיקר הדבר תמוה טובא, ואין ראיה מדברי המוס' שם, שלא כתבו אלא דהסברא דלדבר שאינו גרוע טפי מדבר שאינו, היא דלא כר"נ, דחזי' דסובר דיכול להקנות לעובר לכשנולד, ואילו פירות שלב"ל יכול לחזור בו אפי' כשנתו לעולם. ואין זה אלא הכחשת הסברא הפשוטה דאימור וכו', אבל עכ"פ הדין אין שום ראיה שיועיל קנין לר"נ בזה ולא קאמר אלא במזכה לעובר דליתיה מ"מ בעולם, אבל לא בדלית שום זוכה בעולם.

תשיח) ואמנם המו' כתובות שם עשו מזה ב' מירושים, וכתבו שמואל השיב עובר דבר שבא לעולם, א"נ שמואל אית לי' כר"נ דטפי אדם מקנה לדשלב"ל וכו', ולו לאיתמרא דלמי' ב' בהכרח דוקא מקנה לכל דבר שלא בא לעולם ואין חילוק אם איתי'

עובר בעולם או לאו, אלא רק דאף שיש עובר בעולם לא נחשב ממש זה "לדבר שבא לעולם", כי ס"ס עובר הוא, והוא מצד אמצעי דרק אם עדיף לדשב"ל מדשב"ל יועיל לזכות לו. ולפי קמא תשיב גם לעולם ממש ככל האדם. וכעי"ז מתלקים התו' גיטין שם בסוף דבריהם בפי שבעולם אלא שמחוסר גרות ושחרור.

תשיט) ולפ"ז מה שכתבו הך סוגיא כר' הונא, היינו בפשיטות הסברא, אבל בהלכה אין ראיה שתהיה מחלוקת אם מקנה לעולדים. ואפי' אח"ל שיש לד שר' נחמן יסבור כן, הרי אין ראיה לזה וא"א לפסוק הלכה על סמך שאין ראיה אם אמר כן או לאו. ועכ"פ מש"כ בתומים בד' הרא"ש שיכול להקנות למי שאינו בעולם, מבואר בהדיא בעור רי' בשם הרא"ש לא כן, ורק לעובר יכול.

תשכ) והנה הא דמזכה לעובר לא קני, גרע מדבר שלא בא לעולם. ומ"מ עניינו דומה, שהרי עכשיו אין הקנין יכול לחול, באין זוכה או באין חפץ, אלא דכשיש זוכה יכול להקנות לו זכות זו, אף אם לא הקנה דקל לפירותיו, מ"מ מקנה לו דבר שיכול לבא ויש כאן עסק בין ב' בני אדם, משא"כ עובר דלאו בכלל אדם. אבל אדם שלא נולד, דבכה"ג אין טעם בדבר כי כל שאין אדם מסויים אין בעולם גמירות דעת מבלי שידע על מי מדבר.

תשכא) ואף שכשהחפץ מגיע לעולם עדיין נשאר גילוי רצונו שרוצה שיהיה קנין, אין זה יכול לשעות הבעלות, ובעי' רצון בזמן שהחפץ קיים. וטעם זה נתבאר בלבוש ח"מ רע' יד' שכ' הטעם לפי שאין כאן על מה שיחול הקנין וכ"כ עו"ב תניינא כב' מאה"ע (אות יב') דגמ"ד לא יועיל בזה וכן משמעות המוז"א אה"ע קמח'.

תשכב) אמנם כמה אחרונים נקטו, דאין זה הטעם, אלא דאין אדם גומר דעתו על דבר שאינו מבורר, ואם היה גומר דעתו לאכפ"ל שהחפץ אינו בעולם. ואין הכוונה משום שלא נקנה עכשיו, דהרי מאי דס"ד מזכה לעובר קנה הוא שקונה מיד, כמבואר בראשית ר' שם ב"ב קמב. וא"כ אם לוקחו הרי גוזל העובר, אלא משום דאין רואה מולו הקונה. או גאמר דאינו קונה מיד אלא למפרע אחר שנולד ונעשה בן ל' יום אחרי דהיה קנוי לו מרגש. אבל כ"ז שהוא עובר אין מייחסים לו קנין. אבל אם נאמר דבאופן דר' שם זוכה רק לאחר מכן ולא למפרע כלל, א"כ אין ראיה דעובר זכי ודלמא רק באופן דלכשנולד.

תשכג) ולדבריהם יהיה דמוק מדוע אין אדם מקדיש או מורם מה שלא בא לעולם, דהרי הקדש סגי בדיבורו ולא בעי' כלל מעשה, ולמה כאן ייגרע. דהרי בשום מקום דיבור אינו קונה, ובדשבב"ע יש לד שיקנה. ובע"כ דתרומה והקדש אדם גומר דעתו גם בלא מעשה מושם.

תשכד) ולטעם זה היה ג"כ ל"ל דאם יש איזה מנהג לקנות דשב"ל (כמו סיטומתא בקנין רגיל), יש לו להועיל, דהא גמר דעתיה. ובאמת דנו בזה קמאי ובמרדכי פסק משם המשב"ן דל"מ (סוף שבת פי"ז הובא בית"ש ושו"ת רדב"ז וכזה בקה"ת רא' ושו"ת רע"א קלד') ואם סיטומתא הוי גמ"ד לקנות ה"נ יגמו"ד ע"י המנהג, ואפשר לדמק בזה, ועי' נדרים פה' דמשמע דהחסרון ברשותו דמדמי לנדר שכן אדם אוסר של חברו עליו כו' יע"ש. וכן ממש"כ האחרונים (קצה"ח ר"ס רכג' ועי' רט') דמועיל רשות אדבר שלא בא לעולם ואם כשבא תפסו מכח הרשות קנה, ולמה גמר דעתי' להרשותו. ובזה יש לחלק.

תשכה) והנה חזי' דבשמ"מ דדיבור לבד מועיל בו, דתקנו חכמים שהחסרון זה לא יפריעו שמא תטרף דעתו. ואם חסרון קנין בלא בא לעולם הוא בגמ"ד, הרי היה לחס לתקן גם בכה"ג דיועיל, ומ"ש חוס' דל"ש בו קנין, לכאו' לא יובן להלד הזה דאף דיבור ל"ש בו קנין בברית, ותרוייהו החסרון במעשה ולא בחלות הקנין כהלואה.

תשכו) וכן בסוגיא ב"ב קמא: פריך נימא מתני' דעובר קנה ס"ל כר' יוסי דאמר עובר יורש לענין תרומה, ואם החסרון בגמ"ד למה לא מועיל ירושה ומה שייך כאן כי האי ס"ד להקשות כן, וה"נ ר' שמת בסופא דסוגיא אליף דעובר קני מירושה ורבא משני ירושה הבאה מאליה שאני ואביי תירוצא אחריתא, ולא מבואר מאי קאמרו ר"ש ואביי ומה שייך לענות מדברי רבא דאם החסרון בגמ"ד ודאי יורש.

תשכז) ולכן נראה ג"כ במזכה לעובר דאמרי' בגמ' דגרע מדלשב"ל, הוא הטעם דליכא זוכה ולא דליכא גמ"ד. וכן מבואר בהר"מ פיה"מ שכתב שמעיקרינו אין מזכין לעובר לפי שאין כאן דבר שיחול עליו הקנין.

תשכח) וע"ע בסוג' קמב: דאמרו לעולם אימא לך המזכה לעובר לא קנה וא"ת משנתינו דעתו של אדם קרובה אצל בנו, ובפשטות אם החסרון בגמ"ד דאין מכוין באמת ליתן, לבנו מכוין, אך רוב קמאי עמו מזה ופרשו דהוי מקנ"ח בשכ"מ (שכ"כ רי"ף ורמב"ן יבמות סד' וכן איתא בירושלמי וריטב"א ונמק"י כאן משם גאונים) ומשמע דלא סגי בקריבות הדעת אצל בנו, וגם בזה אפשר לידמק.

תשכט) וכמ"ש מוכרח מדעת רי"ף ר"ח ורמ"ה (ורמב"ם) דדעתו קרובה לא אמרי' דבנו יורש ואי החסרון רק גמ"ד ודאי יירש, וכן מוכח מרמב"ן בבאור לכתובות דס"ל דמועיל לאח"כ לפי שעכשיו בר זכיה קנה (והנושא אם בר זכיה ולא אם בא לעולם) ודאיה שיורש, ואי נימא דלמד רמב"ן דהחסרון בגמ"ד מאכפ"ל דיורש (וע"ש ברמב"ן עט: וא"א לומר דכוונתו זוכה אח"כ כיון שקנה בעולם וא"ל היה קנה לא היה יורש דהא אפי' מת אב קודם שנולד עובר יורש).

תשל) היוצא מכ"ז דלכאו' החסרון בעצם מעשה הקנין אמנם אדונינו הרא"ש ז"ל ביבמות סז' ובתוספותיו פירש כי החסרון בגמ"ד והא מעליותא דבנו, ולא מצינו עוד כדברים האלה מפורש ושוש שכל בחד מן קמאי. ואמנם בסופו של דבר ברור שכל מה שקשור לקנין עניינו גמירות דעת, ואם אנשים היו גומרים דעתם בלי שיהיה על מה לחול הרי היה חל על הגברא, אלא שזה עצמו הדין שאין כל הסכמה ורצון חלים על הגברא, משום זה הטעם עצמו שאין אנשים גומרים בלי שם חפץ כנגדם. ולכן כל סברא בקניינים בסופו של דבר שייכת לגמ"ד, אלא שבד"כ מצייתים שאין גמ"ד, כאשר הדבר מוכן לפניו שראוי להיקנות והצדדים מסכימים ועושים מעשה, ואעפ"כ לא חל היכן שאמרו חכמים שלא סמך דעתיה. ואילו כשאין חפץ הוא יותר מ"חסרון גמ"ד", אלא שאין דעת ודל בחשיבת בני אדם להחיל בלא חפץ. ע"כ גם בנוסח של הרא"ש י"ל דהיעדר גמירות דעת דהכא הוא דרגה אחרת לגמרי מהיעדר גמ"ד שמקלקל קנין מושש.

תשלא) ודע דבזמננו אנשים גומרים דעתם על הסכם הכתוב בשטר שחייב גם בלי שום מציאות לפניו, וכך נקבע המוק, אלא שמביאים שאין חיוב על הגברא רק לנכסים, ולכן המיפר מוזה חייב בקנס של הפרת מוזה, אבל א"א להכריחו לגברא לקיים. ואפשר שהשיטו עשה ע"י שיש יותר אמצעי אכיפה ובדיקה לכל דבר, ולכן גם מעשה כזה של אמירת מוזה נחשב כעשוי לחייב.

תשלב) ובספר התשב"ץ מ"ג תשובה יג' כ' דהחסרון בדבר שלא בא לעולם דלא שייך קנין, ובמקרה שהחפץ בעולם רק אינו שלו החסרון בסמיכו', וא"ב, דהא ס"ס כל שאינו שלו א"א שיחול קנין ומה לי שהוא בעולם. ובאמת בתוס' ב"מ טו' ע"פ הגמ' מתבאר דשדה זו קנויה לכשאקחנה החסרון רק דלא סמכה דעתי', וכן יש לבאר דברי חוס' גיטין יג: דמקשו מדאמר ר"מ דמועיל קדושין לאחר שאמגיר ילפי' פרות דקל דליתנהו כלל בעולם, ולא ביארו מאי קושיא ומאי מלוק.

תשלג) ועי׳ ברשב״א גיטין מה. דדבר שבעולם ולא שלו מהני מעכשיו אלא יוכל לחזור בו. וכן תוס׳ כתובות לא: כתבו דבדבר שבעולם ולא ברשותו ואומר שדה זו קנה דמכר דבר בעין, והובא ברא״ש טור ורמ״א משם י״א.

תשלד) עוד תילוק מצינו בתוס׳ ב״ב עט: דדבר קיים א״צ שיהיה עבידי לאתו אל המקנה, וצריכים זה רק בדבר שאינו בעולם בכלל (ובנתה״מ ריא׳ ה׳ כתב להיפך דמתוסר זמן כבא לעולם אע״ג דלאו דידי׳). וכן דעת רש״י בגיטין דלר״נ ר״מ מודה בפרות דקל דליתנהו כלל ומ״מ נאשה מועיל.

תשלה) וגם בתרוץ הגמ׳ ב״ב קמא: בדבר שלב״ל מי אמר, פי׳ רשב״ם החלוק דעובר ליתי׳ כלל משא״כ אשה, כמבואר מהעתקתו ל׳ הגמ׳ בדשב״ל מי אמר וכן משכ׳ ״האשה הנקנית הרי היא בעולם״ ולי ככולהו קמאי הל״ל דהקונה בעולם, וכ״פ ברשב״א. לפיכך ל״ב כל הני חלוקים.

תשלו) והנה ברשב״ם ב״ב קלא. קאמר על הגמ׳ ואפי׳ לר״מ ה״מ לדבר שישנו בעולם אבל לדבר שב״ל מי אמר, פי׳ לכיון שהמקבל בעולם יכול הנותן לשעבד עצמו לו שיתן לו מה שיקנה, ומתבאר לר״מ קונה משום שעבוד, וע״כ לאו כדליקני שמייב ליתן, אלא שנהיה שלו והיינו שמשעבד לו כח הקנייה (כמו שאדון קונה מציאת עבד) אמנם בדבר שקיים בעולם י״ל טפי מזה דהנה מה שא״א לרבנן לקנות בשעבוד הנ״ל שלא נתנה תורה באפנים הרחוקים וכמש״כ הרמב״ם וחזו״א, וגם בעובר שייך שיהנה מן הממון לרפואתו ומזונו אך אין זה דבר הרגיל.

תשלז) ואלו בדבר שבעולם יש כאן כעין זכות בדבר כמו דשוכר בית לעוד ל׳ יום נקרא הדבר דהיום של פלוני ואח״כ יהא לפלוני. ה״נ היום של אב ולמחר יעבור לבן, אע״פ שאין לו זכות קיימית וגם הוא ספק מ״מ כה״ג יכול לשעבד עצמו שאפשר לקרוא לזה הזכות קיימת, וזה עדיף מכל דשלבל״ע כלל, ולהתשב״ץ בזה יש רק תסרון של סמיכו״ד וגם להסברא הפשוטה י״ל דהסרונו פחות (וכן בתרומה דונתן זכות לממון השבט בפרי שיחול בבא ערוגה לעולם).

תשלח) וזה מאי דקאמר הגמ׳ ליתא ר״מ היא, דאי מזכין דבר שאינו שלו ה״נ יזכו לעובר, ומשני דעובר לא בא לעולם ול״ש שיחול בו שעבוד קצת שאינו בר זכיה כלל, ולפ״ז רשב״ם מודה ד״לדבר״ נמי הוי חלוק וכ״כ בדף קלא. ופירש בזה הגמ׳ שם.

תשלט) ועפ״ז מבואר החלוק בין דשב״ל ללא ברשותו וזה קושית תוס׳ גיטין מה ענין פרות דקל דליקנו משום דלאחר שאתגייר קנה דלא דמי כי״ל. ומה שיכול לחזור בו בדשב״ל דאמר לכשאקנה ובאתת בחומר מעכשיו אם הוא בעולם יועיל דכאילו קנה האי זכותא וי״ל שעבוד בגברא לגבי המפן וא״י לחזור בו (ל״ע בזה). וברמב״ן יבמות ס״ל דכל מידי הוי מעכשיו ודעת תוס׳ ב״מ טו. רק לענין כלתה קנינו. וזה נמי באור תוס׳ כתובות דשדה זו קנה אם בעולם שבירר זכות לקרקע מסוימת ומכרה (ורמב״ן קדושין סג. כ׳ אפכא ועי׳ רשב״א שם).

תשמ) ומש״כ תוס׳ לעיל אות תקלד׳ דעבידי לאתו בעי׳ רק אם אינו בעולם וכדהוכיחו שם, נראה באור דין זה דבדבר קיים כל שהוא זכות א״צ יותר מזה, אבל בשאינו בעולם ל״ש לקרוא לו זכות בדבר רק אם סברא שיהא דבר ולבך בעי׳ עבידי לאתו, ואם ברור ממש חל מכר כמו שדה זו להי״א שיש כאן זכות, כדעת נתה״מ בחות הנ״ל. וע״כ נמי מודה ר״מ לשי׳ ר״נ לדעת רש״י בגיטין דפרות דקל שא״ב כלל לא קני.

תשמא) והנה תסרון עובר הוא ודאי משום לאינו בר זכיה, וממילא הנפ״מ רק לאח״כ, והוי דלשבל״ע. וכ״כ בקצה״ח לעיל אות תשיג׳ לתרץ קושית הלח״מ (אך להלן אות תשנו׳ תמהנו ע״ז), ומה שהוציאו מזה רבנן דעובר בהמה לא בא לעולם הייני דהנדון על אח״כ כמש״כ בנה״מ רע׳ ב׳, ולכן תימה מש״כ בקצה״ח שם (רע׳ ב׳) לבאר מה שפרות דמנטו מקרי בא לעולם קנת וקונה כמו לכשאלך דקונה דבא לעולם קנת, והא לא דמי דבלכשאלך דהתסרון בדין זכיה י״ל קנת זכיה כמו שיורש וכדמייתי מרמב״ן אבל בפירות ל״ש דקנת אפשר לזכות בהם, וגם אם אפ״ל כן אינו ענין כלל לכשאלך, וא״ע.

תשמב) ועוד תימה גדולה יש בסוגיא, דבסוגיין קמא: מבואר דפלוגתא דאמוראי אי לעובר יש זכיה עכשיו ובר זכיה הוא, ואלו בקדושין קדושי מעוברה לעוברה ודאי לא חיילו האמת דהא תלי לה בפלוגתא דדשב״ל אלמא לכ״ע לא קני אלא כדשב״ל כדאתי לעולם, ומזה יש לתמוה נמי על הנמק״י שהביא רע״א בשו״ת שלו קעא׳ דלהרמב״ם זוכה עכשיו בקדושין, כמאן דאי.

תשמג) ועכ״פ עדיין קשיא סתירת המשנה בקדושין עם ר׳ ששת דס״ל עובר זוכה עכשיו ולא מיירי דוקא לר׳ יוסי, ונצטרך לחלק דקדושין יש בהו נמי איסור וא״ע אי תשב״ כבר איגש מ״ל ממון מ״ל אסור, וכי א״א להחיל קניינים שיש בהם איסור, או דבעובר שייך הנאה מממון או דפליג ר׳ ששת אסוג׳ דקדושין. ויותר נר׳ דאין זה מחמת האיסור אלא מחמת שענין הקדושין הוא יחוד ויעוד לנישואין, וכיון דל״ש בעובר ל״ש גם הקנין דידהו. (ובאמן ישראל פ״ז מאישות הט״ז פי׳ דלהר״מ מועילים הקדושין בעוהה עוברה, מכח דהעובר ממונא דבעל הוא, וכל מש״כ שם לא נראה כלל, ועמש״ל אות שנד׳).

תשמד) ובאור ענין לכשאלך, דמלד הדין ישראל הוא ויש לו בעלות כמו ירושה דמקרי שלו ומ״מ אמרנו שדיני הקניינים לא נאמרו בו דמה לזרך בזה, וירושה לאו קנין, אלא כשיקנה האב לו ולזרעו קנה כמבואר למעיין בסוגית יש נוחלין, והכא מקנה לו לאח״כ רק התסרון דמה שא״א להקנות לעכשיו לאח״כ נמי לא מועיל ולכן במי שאין סבה שלא יהא לו בעלות אמרי׳ די״ל עכשיו זכות לאח״כ כיון שלא לוקח עכשיו מידי אין זה קנין לשמוש עובר.

תשמה) והנה ברמב״ן הנ״ל (ב״ב עט:) כ׳ לבאר דין לכשאלך והוכיח מירושה די״ל קנת זכיה ומזה למדנו דאין התסרון בגמ״ד, וראיה דיש חלוק בנמצא בעולם קנת כ׳ רמב״ן מהא דדעתו של אדם קרובה וקנה ואעפ״כ רק רק בבנו עובר שבעולם, וא״ע אם אין טעמא בגמ״ד וגם מקנה בשכ״מ לא משמע דס״ל דיש חלוק. וגם א״כ מאכפ״ל נמצא בעולם או לא, ואם החלוק דלא אין דעתו קרובה אינו ראיה לענייננו. וברשב״א כ׳ דאין מתקנין למי שלא בא לעולם וא״ע דהתקנה כדי שלא תטרף דעתו ואפי׳ בשבת ומנפ״מ. והנה דעת הרמב״ם דמועיל בנו אף בבריא ומש״כ בה׳ שכ״מ לאו דוקא (ואף שהב״ח לא כ׳ כן הש״ך תמה בזה ואע״פ דבפה״מ כ׳ כהב״ח זה א״א להכניס בתבורו).

תשמו) ולהנו״ב קמא מ״מ כמ׳ דמה שמועיל דברים הנקנין באמירה (קדושין ט:) דיש גמ״ד, לא דהגמ״ד קונה דהא במאי קני רק תקנ״ח שיועיל, והטעם שסמכו דעתם, ונראה משום דהגון הוא דמשבו שייהם באמת ליתן וליקח שלא יוכלו לחזור וה״נ בכל דוכתא דסמכה דעתי׳ ועי׳ קצה״ח רה׳ השיטות דאסמכתא קונה מה״מ אלמא אין בחסרון הסמיכו״ד לבטל הקנין אלא דאין הגון דיקנה.

תשמז) ואולי זו כונת הרמב״ן נמי דבאינו בעולם כלל ל״ש קנין ול״מ דסמכו דעתיהו להיות תקנ״ח, (אמנם הרשב״א דאיהו תלמידי׳ דהרמב״ן לא פירש כן דבריו) וכן בשם ר״י פירש דהוא״ל ודעתו של אדם קרובה עשו שאינו זוכה כזוכה. ונראה דלפי הנו״ב זה מוכרח בבאור כל קנין סיטומתא דמועיל לפי שם״ד ותקנ״ח.

תשמח) ובזה מבואר דעת קמאי דסיטומתא דרבנן, ואם משום שגמר דעתי׳ מה שייך כאן דרבנן, אבל סתם סיטומתא

בדשב"ל לא מועיל דאם הבעיה במקנה אמרי' דמ"מ סמך דעתי' ולכן נקנה החפץ וכאן ל"ש שיקנה החפץ ורק בחפץ קיים מועיל לבנו.

תשמט) וגזה מתבאר אמאי לא מהני פרות דקל לבנו דאי משום גמ"ד הא שפיר גמר דעתי' (ויש בזה דוחק) אלא כמש"כ דאין ע"ז שיעומתא וכן אם זה תקנה בשכ"מ רק בעובר ש"ל קלא זכיה וכדמוכח הרמב"ן שם.

תשנ) ושי' קמאי (רשב"א וי"א ברמב"ן ואולי תוס' גיטין ז:) דיש כאן סברות הפוכות דלר"נ עדיף לדבר שלב"ל מדבר שלב"ל ולכן מועיל רק שחלה ולר"ה עדיף דבר ולכן מועיל רק פרות דקל, ה"נ יש לבאר דלר"ה שיך רק שעבוד ביני אינשי ולר"נ רק שעבוד עצמו שחל בחפץ אע"פ שאין לו למי לשעבד נהיה מוכרחים לומר דלף הוא ס"ל שבא קלא לעולם דאל"כ מ"ש מאחר שמתגירי לר"מ דמועיל דהא לכו"ע קאמרי' לכשחלב וכ"מ דאיהי מקרי דבר מ"מ מ"ש מאחר שאתגייר.

תשנא) והנה בהא דמקשי הגמ' ולימא ריב"ב היא דאמר שאם אמר בלשון ירושה דבריו קיימין ודמי דבעובר לא מיירי ריב"ב, ומקשה דלמא סבר כר' יוסי דעובר זכי ודמי מנ"ל דסבר כר' יוסי. יש כאן כדמות סתירה דכדמשני דבעובר לא מיירי ס"ל דלא הוי כירושה רגילה דהא ירושה אף בעובר ומאי קאמר כר' יוסי ס"ל הא כבר דמי לעיל דר"י מיירי בירושה הבאה מאליה ולא מהקנאה. ויש לבאר מה דבש"ס ל"מ בעובר אע"פ דירושה מהניא דירושה דאורייתא לא תליה באב וירושה דריב"ב אע"פ דהויא ירושה כדאורייתא מ"מ נקבעת מן באה ומיני' קאתיא וע"כ בעובר ל"ש להגמיל לעובר שלא נמצא אבל מצות ירושה עומדת לאחר מיתה ומכחה אז יורש לפיכך לא מיירי ריב"ב בעוברין אבל אם ירושה עכשיו וזוכה עכשיו בדברים נירשים יזכה כמו"כ מדינא דריב"ב.

תשנב) ובתוס' מציגו ע"ז דבר פלא דהקשו לימא רבנן היא ול"מ מה ענין רבנן לכאן. ונראה דל"ל דרבנן קאמרו דמדין ירושה לא מועיל רק מדין מתנה משמע כל מה שהיה מועיל מדין ירושה יועיל מדין מתנה ואם ירושה בעובר כש"ד ה"נ מתנה ויתירה הוא דס"ל עובר זוכה.

תשנג) וריטב"א כ' דסלקא דדעתא בחיים מנחיל כמש"כ הנחילו את "בניו", ותימה הא בניו קאי נמי אירושה רגילה ואם אף בחת והשאיר עובר יורש לכשחלב, ויל"פ כנ"ל דמצוות ירושה עומדת בלידת הבן משא"כ ירושה דידי' אם חלה, עכשיו חלה, והשתא לאו בני'.

תשנד) ועי' תוס' קלא. שכ' "ובקונטרס פירש משום דקא מפיק להו בלשון ירמון ואין זה מקנה לדבר שלבל"ע כיון שאין המתנה באה אלא לאחר מיתה והבנים בעולם כו' ואין נראה דברים מי שמת קאמר אימור דשמעת לי' לר"מ כו' אע"ג דכשילדה העובר בעולם". ולכאורה אפשר לישב שי' רשב"ם דדין הנחלה דידי' הוא בזמן שחי ולא בזמן שאומר דקודם מיתה חלה ההנחלה לפי דעתו, שיכול תמיד לשנות. ולכן קודם מיתה כשמנחיל ע"פ אמירתו דלעיל חל, משא"כ במתנה דאין לנו אלא מה שעושה עכשיו וכנ"ל, ואריך עוד עיון שם.

תשנה) ועיין להגרע"ו שהקשה דברא"ש יבמות כ' דעובר יורש ובבכורות כ' דלא בא לעולם. וי"ל דיש לו זכיה עכשיו ומ"מ כיון דבבהמה הנדון על אח"כ מטעם שכ' הנתה"מ שהובא לעיל ומטעם שמתגדלת בינתים הוא לא בא לעולם.

תשנו) ובקצה"ח רט' ג' דן באתנן דאל אפרה וולדה ומוכיח דעובר בא לעולם ויתפסו בו קדושין, ולכאו' ליכא כלל ראיה דהא מנ"ל דיש לה זכיה בקדושין אע"פ שאפשר למכרה ובעולם, ומה שאירן קושית לח"מ דאע"פ שעובר אינו זוכה ה"ט דלאו בר זכיה אבל קדושין מפסק, הדברים תמוהין מ"ט קדושין מפסי דלזה לא סגי להיות כחפץ ממכר ואריך להקרא אדם. ומה שכתבו דבעל עיקר בקנין אין מועיל פה מידי כמובן, ומה שהוכיח מרמב"ן אי"ז אלא דלענין זכיה ל"ל זכיה ולא דשאר דברים מועיל.

תשנז) עוד שם בהמשך דברי קצה"ח מייתי דברי הרמב"ם שכ' אין אדם מקנה דשב"ל וא"א מקנה לדשב"ל ועובר כדשב"ל, ובפשטות מטין דבריו כהגני יעקב דב' הכללין שכ' הר"מ בדשב"ל תלין על עובר דכדשב"ל וא"א למכרו, אלא בסברא כהקצה"ח והר"מ כ' עובר הרי כמי שלא בא לעולם והיינו לענין להקנות לעובר "כמי" דרק ל"ל זכיה.

תשנח) ולדעת נתה"מ דאין אדם מנחיל לבניו מדין ריב"ב דלשלבל"ע, הא דפשט"ל בס"ד דגמ' דלריב"ב מקנה גם לדשב"ל דגרע (עכ"פ למאי דסבירא לן השתא) יל"פ דעשאו שם יורש ומצוה עומדת על גביו ביום שעולד. ולפ"ז מש"כ רשב"א להוסיף דאף ר"ש ס"ל אפכא (כמ"ד סברות הפוכות) לאו דוקא סברות הפוכות אלא דין הפוך אבל הטעם לפי שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

תשנט) ולפ"ז להקנות מלק מן העובר יכול עכשיו, ולהקנות לעובר נחלקו רבותינו ולהלכה א"א וק"ו קדושין לא יועילו, אבל להקנות למי שעדיין לא נולד לא יועיל לכו"ע, ולפג המצא בתינקובטור כל עוד הוא בשלב שלא יפייר לכמוהו קיום עצמאי (ולא סיבוך אישי שלו), לפי האמור לעיל אות תנו' דיש כעובר ברחם אמו, וכן לא תפסי בה קדושין והרובעו פטור (אמנם רעק"א תשו' קעב' סבר דאף בחור עובר יש איסור רביעה, ודבריו שם תמוהין בעצם קושייתו כנודע, וכבר מבואר הדבר במה"ב להרשב"א שם: ודלא הולד ממש לא נרבע וכו').

תש) אבל לסוברים דאית מעליותא לאיתיה בעולם, יש לדון אם צריכים שיהיה אחר מ' יום ליפירתו (עי' סמ"ע רי' ד'), ואיך הדין אם הוא מחוץ לרחם אמו אבל צריך להחזירו לרחם כדי שימשיך להתפתח, דלכאו' עדיין נחשב אישי' בעולם. מיהו כשאינו אלא זרע מופרה לא חשיב אישי' בעולם, דעכ"פ תחילת ריקוס בעי', שהרי גם פירות דקל יש להדנ"א של הדקל בתוך הענף.

תשסא) וראיתי למו"ר הגרמ"ה שכ' לדון בהשאלת שחלות, דאף אם מצד דיני גורמים יהיה רחוי לייחס לראשונה (עי' לעיל רסב' ואילך), מ"מ יש יחוד בדין הולד, לפי המבואר במ"מ נחלות ב' ג' בביאור ד' הר"מ דפרה וילדה אחר מות האב, נחשב הולד מוחזק ולא שבח נכסים, משום דעובר ירך אמו, וביאר הגרמ"ה דכיון שהוחשב לאבר של אמו הרי גם אחר שנולד נחשב רק שנפרד אבר, ואין עליו דין יפירה חדשה.

תשסב) אמנם הלא המ"מ כ' שזה הטעם נ"ע, ולא בא אלא לישב מומר השגת הראב"ד דבגמ' גר' דלדידן ולדות הוי שבח, וכן הטור בשם הרא"ש מולקים ע"ז, ומביאם הרמ"א רעמ' ס"ד, וא"כ להלכה א"א להסתמך ע"ז, וא"ע גם על הסמ"ע שם שלא כ' להדיא דדוב ראשונים פליגי אר"מ, וגם הסע"מ מושבו לספק, (ואפשר דהר"מ הסתמך על הירו' המובא בגו"ש שם, כדרכו לפעמים לסמוך על הירו'). ועי' גם קצה"ח שם ג' שביאר הר"מ בענין אחר, והוא שלידה לא חשיב שיעור. ולפ"ז ודאי בשחלות ל"ש לומר שלידה לא ייחשב שיעור. ובאמת גם לפ' המ"מ לכאו' אינו אלא כשעובר עובר וחשיב ירך אמו, אבל קודם ריקומו אין בו דין ירך אמו. ותו יש לדון אם עובר שאינו עובר מן האם פשיטא שיהיה בו דין ירך אמו בהריון דהרי זה עצמו הספק.

כא. עישון חמץ שלכדה"נ

תשסג) הפו' האחרונים דנו באריכה על עישון סיגריות שהיר שבו הטבק מגולגל מודבק בדבק הנעשה מקמח. אבל כבר שיש רבות שאין עושים דבק מקמח. ולכן היו נוהגים לעשן גם בפסח מזה כמה וכמה שנים. אמנם בתקופה האחרונה שוב עלה הספק מדש (שאולי היה ג"כ בעבר, אבל כשאפני התעשיה השתנו לא הפשו לו, ושוב התברר), שחלק מחמרי הטעם שמשרים בהם את הטבק הם חמרים מחמץ.

תשסד) בתשובות והנהגות מ"ד סי' נ' כתב: "האמת שרוב הסיגריות עם חמץ גמור שמוסיפין ומערבבים עוד עשרות מצרכים... ולאיתי מכתב מפירמא מפורסמת של סיגריות באמריקא להוי הודעת בעל דין שמערבים כמה וכמה דברים כדי לשפר הטעם והריח, ומוזה גם חומר משעורים, וכן חומר שמקורו מחיטים. ויש מחמירים שלא להחזיקם בבית בפסח". בתשס"ה התפרסם מכתב בשם הגאון ר' נסים: שיש בזה "הפשט איסור של הנאה מחמץ בפסח", ובאותה שנה התפרסם בשם הגרי"ש אליעזי: "שודאי אין לעשן סיגריות בפסח כל עוד יש בהם חמץ". בתשע"ב התפרסמה חוות דעת של הכימאי ר' א"ש מאיר לגבי חברות סיגריות שונות, לגבי אחת מהן כתב למשל: "17 מרכיבים שלגביהם קיימת אפשרות שנולדו מעמילן חמץ כחומר מוצא. ביניהם תרכובות של כוהל אתילי וכהל איזועמילי, בבעי קרמל, מלח לימון (חומצה ציטרית) קורביטול תמצית בירה מאלט".

תשסה) מכל הדברים האלו אין הכרעה ברורה, אלא נראה שהוא רק חשש. והתשובה"נ כותב שיש בהם חמץ גמור, ומן הלד השני כתב שרק יש נוהגים שלא להחזיקם בבית. ומה יעשה קומר שיש לו הרבה סיגריות בחנותו, ואיך לברר אם הוא איסור גמור או רק חשש? ומה יעשה מי שיש לו חנויות וקונים בהם סיגריות בפסח?

תשסו) והנה מצאנו בזה דברים לרבינו הגרח"ש הכ"מ, ואמרתי לבאר שיטתו בזה. בעצם הנדון לגבי השרייה בחמץ, כבר כתב המג"א סי' תסז' סק"י: "הטבק דרך לשרותו בשכר, ואיך לסגרו בחדר או לעשות מחלה בפניו", ומעתיקו הגר"ז שם כל' והחק יעקב והמ"ב שם לג'. ולכאורה אינו מובן, אם דינו כחמץ צריך ג"כ לכל הפחות לחכרו לנכרי ולא רק לסגרו בחדר (ואם היתה כוונתו שיש לחכור לנכרי, לא היה צריך לפרש שצריכין מחיצה). ונראה מזה שפשיטא ליה שאף אם נשרה בשכר אין לו דין חמץ, כי אינו ראוי לאכילה, אלא שאם ישתמשו בו ויהיה אצל בני אדם, יכול ליפול ממנו לתבשיל, והמשהו שכר קרוש שיש עליו, מוזר לשבח ואוסר את התבשיל. שהרי אותו קצת שכר לא היה פגום מעולם, אלא רק היה מעורב בטבק.

תשסז) ולכאורה לפי מה שפרשנו בד' המג"א, טבק השרוי בחמץ אין לו דין חמץ ואינו אסור בהנאה. וממילא אין מניעה לעשן אותו, אא"כ נאמר שכמו שחשש המג"א שיפול טבק לתבשיל כך יש לחוש בסיגריות. אבל יש לחלק, כיון שטבק שלהם היה אבקה העוברת מיד ליד ולוקחים ממנה קמצופים, או שמכניסים ממנה בידיים לכלי עישון, ולכן יכול להישאר על הידיים או ליפול מעט לתבשיל, אבל בסיגריות שלנו אין הדבר מצוי שיפול מהם לתבשיל.

תשסח) אמנם היו אחרונים שהבינו לא כן בכוונתו, אלא שבודר שדינו כחמץ. וכבר כ' הבית מאיר באו"ח שם שאינו מובן מה טעם החמיר, כי חרכו קודם זמנו מותר בהנאה. ובשלמא על רוק טובאק (שמופיס ממנו) י"ל שהוא דומיא דאכילה, אבל על שנוף טובאק (שמריחים) אין לחוש. ובמהר"ם שיק או"ח רמב' כ' שמעתי שכוונת המג"א על טבח הרחה, ואינו נחשב חרכו קודם זמן איסורו, דבמילי דעבילא ליה לשלוף אותו, מחשבתו משויא ליה חשיבותא דשאיפה. "וידעתי כי יש עוד הרבה לפקפק בזה, מ"מ כיון שהדין ממלא מפורש במג"א צריכין אנו למשכוני נפשין ולהסביר את דבריו". הרי גם המהר"ם שיק מודה שאין יסוד לסברא זו, אלא שצריכין להסביר דברי המג"א.

תשסט) אבל עיקר הדין לכאו' כדברי המהר"ם שיק דכיון שנפסל מאכילת אדם לפני הפסח חשיב כחרכו קודם זמנו שאסור באכילה ומותר בהנאה. וכ"כ מהרש"ק באלף לך שלמה רל' דדינו כחרכו קודם זמנו ומותר. (ואמנם שם רצה לאסור שתית הטיטון, כיון שבא ע"י שתיה. אבל אינו מובן, דלא היו שותים דבר, אלא רק עשן העובר דרך המים, כמו בנרגילה שבזמננו. ולכן גם לא שייך לומר עביל לטעמא, דהרי אין כאן טעם אלא עשן ואם אין אכילה אין טעם).

תשע) ולמש"כ בד' המג"א, אין כאן סתירה, ואין איסור ליהנות ממנו, אבל צריכים לפרוש ממנו כיון שיש בו חשש משהו חמץ שאינו נפסל ממש אלא רק מעורב. וכעי"ז במג"א תמב טו לגבי דיו מבושל בשכר שעורים, שמותר לכתוב בו, ולא חיש' שיתן לתוך פיו, דאכילה שלא בכוונה לא נאסרה, דלא אחשביה.

תשעא) (ומהר"י אסאד כ' שסובר המג"א דלענין בל יראה לא מהני מה שהוא שלא כדרך הנאתו, אינו מובן, הרי לענין בל יראה לא יספיק שיעשה לפניו מחיצה. ומחיצה עניה חשש שמא יאכל ולא בל יראה. ולגוף הס' דשלכדה"נ עי' בהמשך).

תשעב) אמנם מה שעורבו הכימאים בבדיקתם הוא שייתכן שיש חמרים שנחשבים ראויים לאכילת כלב. והאחרונים התירו על סתך שאינו ראוי לכלב, עי' מלמד להועיל ח"א א"ח קו', וכן בשד"ח מע' חמץ ומצה הביא מתירים מכיון שאינו ראוי לאכילת כלב. והנה מקור דין זה דחרכו קודם זמן אסור באכילה, בפסחים כא: חרכו קודם זמנו מותר בהנאה, וכ' התוס' ורא"ש ור"ן כגון שנפסל לאכול מכלב כמו הפת שעפשה פסחים טו: ופירשו בעה"מ והריטב"א בשם הרא"ה והר"ן דהוא הדין דשרי באכילה כיון שנפסל לאכול מכלב. והרא"ש כ' לא מסתבר דמותר באכילה, אלא כיון שאוכלו מחשיבו.

תשעג) והנה כ' המו"ב פסחים מה: "הפת שעפשה וכו'... לדעת הר"ן דבנפסל רק מאכילת אדם איירי, ובזה נמי איכא דריך לטעמא דמפני שיכול לשוחקה ולחמע בה, יש לעי' בנפסל גם מאכילת כלב אם יכול לחמע בה, למה לא יתחייב לבערה, וכי היכן מצינו חילוק בין נפסל מאוכל אדם לנפסל מאכילת כלב כיון דגם בנפסל מאוכל אדם פקע איסורו, ולומר דבנפסל מאוכל כלב אינו ראוי לחמע, ל"מ כן, דלית לן לומר דפליג אהראב"ד בדבר שבמציאות, ולדעת הראב"ד בפ"א מתו"מ ה"ב הרי איירי בנפסל מכלב, ואפשר דבנפסל מאוכל אדם הרי כשמחמע בו שב לאוכל אדם ע"י התערובת, אבל בנפסל מאכילת כלב, אף שנאכל כשחמע בו, מ"מ אינו שב לאוכל אדם, אלא שנאכל ע"י התערובת כדבר שאינו אוכל שנתערב, וכיון שאינו שב לתורת אוכל אינו חייב לבערו, א"נ בנפסל רק לאדם עדיין יש שמקיימין אותו לחמע בו, משא"כ בנפסל אף לכלב.

תשעד) ומהא דאיכא דריך לטעמא דיכול לחמע בה בנפסל רק לאדם לפי הר"ן, איכא למישמע דחמץ של תבשיל וכיו"ב

שאינו ראוי לחמע בו, מותר לקיימו אפי' לא נפסל אלא לאדם, ולמאי דסתם המחבר בסי' תמ"ב ס"ט כדעת הר"ן דבנפסל מאכילת כלב שרי, א"כ ע"כ דגם בזה קיי"ל כהר"ן, דהא הכל תלוי אם ברייתא קמייתא איירי בנפסל רק לאדם או גם לכלב. - ולפ"ז אם פת שהרכו אינו ראוי לחמע בו, א"כ יש לפרש הא דרבא כ"א ב' דהרכו קודם זמנו מותר בהנאתו אחר זמנו גם בנפסל רק לאדם, וכיון דאינו ראוי לחמע בו, שפיר מותר לקיימו וליהנות בו, והתו' שכתבו שם דמיירי בנפסל לכלב, הוא משום דס"ל דהרכו שיפסל רק לאדם, עדיין ראוי לחמע בו, ועי' להלן כתבנו דמלשון המשנה משמע דבנפסל לחי'

ואינו ראוי אלא להנאה קאמר דמותר בהנאתו", עכ"ל.

תשעה) תורף דבריו הוא שהפת שעפשה נפסלה מאכילת כלב

ואעפ"כ יכול לחמע בה, כדמוכח בראב"ד, וממילא מוכח שכל שנפסל המזון מאכילת כלב, אם אינו ראוי לחמע בו הוא בפלוג' דהר"ן וראב"ד, האם איסורו מחמת שראוי לכלב או מחמת שראוי לחמע בו, ולהלכה קי"ל תמ"ב ט' דאיסורו מחמת שראוי לחמע. וא"כ חמץ שנפסל מאדם, איסורו תלוי במה שראוי לחמע. (וכ"כ בחי' הרי"מ פסחים לט: ד"ה ומה).

תשעו) ולפי זה האמור תרכו קודם זמנו מותר בהנאה, הוא

אף בנפסל מאכילת אדם בלבד, אם א"א לחמע בו מותר לקיימו וליהנות ממנו. והראשונים שכתבו דדוקא בנפסל לכלב, אין שיטתם לפי ההלכה שם. ועי' רש"י שם שנר' מדבריו באמת אלא נפסל מאכילת כלב.

תשעז) ובעצם מפורש הדבר גם במג"א שם (תמב יד)

שמעתיק דברי הר"ן, דאף שבכל איסוריס נפסל מאכילת אדם הותר, שאני חמץ הואיל וראוי לחמע בו. הרי אם אינו ראוי לחמע אינו אסור. ובעצם מותר גם באכילה, אלא דבאכילה ממיד אפשר לומר שאשביה, אבל לענין עישון לא שייך אשביה, שהרי אינו אוכלו, אלא רק נהנה מעשנו, והנאה אין אשביה, ולכן מותר לעשן סיגריות שיש בהם חמץ שאינו ראוי לאכילת אדם. וכל נדון האחרונים הנ"ל בסיגריות היה אם יש בהם אכילת כלב, אבל

אדם בודאי אינו יכול לאכול עלי הטבק שבתוך הסיגריות.

תשעח) אמנם הדבר תמוה, שהרי הר"ן עצמו פי' בתרכו קודם

זמנו דוקא שנפסל מכלב (וע"ע משנ"כ בחו"ב כא: דלהר"ן מיירי בראוי לכלב), וע"ש בר"ן שמתירו גם באכילה ואינו סובר כרא"ש דאשביה אוסרו. ואפשר לישב דהר"ן סובר דתרכו אינו שריפה גמורה ואולי אפשר לחמע בו, ולכן כ' שאם נפסל מאכילת כלב מותר, דחימוע מדבר הפסול מאכילת כלב לאו אורחא כמ"ש החו"ב שם בסוג'. וממילא גם א"ל למה שדחק החו"ב דכל הראשונים שאוקמוה לתרכו קודם זמנו בנפסל מאכילת כלב, כולהו סברי כראב"ד ולא כר"ן. אבל בעיקר הדבר באמת

יהיה מותר אם אינו ראוי לחמע אפילו לא נפסל מכלב.

תשעט) ובאמת, גם בלא זה, אינו מובן הטעם לאסור, אפילו

היה הטבק ראוי לאכילת כלב, שהרי אינו נהנה מן הטבק אלא אחר שריפתו, כל חלק שהופיע עשן כבר נשרף, והנאה היא מן השרוף. ואינו דומה לגחלים של איה"ג, שהחוט והבעירה באים גם מהחלק שעדיין לא נשרף ועדיין ראוי למלאכתו. ואילו חמץ אין עיקר עניינו אלא כשראוי לאכילה, וברגע שנשרף ואין בו אכילה, א"א לאסור עשנו.

תשפ) ועי' חו"ב פסחים כא: "לפ"ז הנידון שיסיק ויהנה לאחר

שיהיה גחלים, ואסריגן משום דרך בדיעבד שרינן בביטול ע"ג גחלים כמש"כ חו' כ"ו ב', דגחלים לאו כאפר חשבינן להו, ואיסור זה מדרבנן כמש"כ חו' ה' א', דמדאורייתא משנעשה גחלים כבר נעשה מצותו ומותר בהנאה, אלא דמדרבנן גזרו אטו כשאבוקה כנגדו, או דיש שבת עליה בפת, או משום דנראה כנהנה מן העליה, ולכך אסרו ליהנות ממזון הנשרפין, ורק אפרן התירו".

תשפא) הרי יש איסור מיוחד מדרבנן בגחלים שאינם נחשבים

כאפר אלא כמו אבוקה כנגדו, אבל עליה הנשרפים ואינם נעשים גחל, אין עשנם אלא אחר שנעשית מצוותם ונשרפו

ואין בהם איסור.

תשפב) ואמנם לא שייך לומר דין הנשרפין בחמץ אחר זמן

איסורו, הני מילי בחמץ שחייב בביעור ולא ביערו, אבל כל שאינו ראוי לאכילת אדם בודאי אינו חייב בביעור, וכמ"ש המג"א לסגרו בחדר אבל לא לבערו (וכ"כ שפ"א פסחים מה:), אלא רק דאם אוכלו אחשביה, וממילא אין טעם שנריפה לא תתיר אפרו ועשנו.

תשפג) ואף שהיה מקום לומר דכל אלא נעשית מצוותו אין

אפרו מותר, ותערובת חמץ כזו שאין מצוה לבערה מ"מ אין שריפה מתירתה, נראה ללמוד מדברי הטו"ב דבר חדש בזה, שכ' אהא דתמורה לג: "תמורה ל"ג ב' תוד"ה הנשרפין ה"נ כיון שנעשית מצותו הלך איסורי, אין כאן ממש ענין נעשה מצותו, דזה שייך גבי הקדש דהאיסור בא משום שיש להקדש בו שימוש, וכשנעשה מצותו שכבר אין להקדש בו שום צורך פקע איסורו, אבל בערלה וכלאים אין האיסור מחמת שצריך לקיים מצות שריפה, אלא לפי שאסורין לכך ניתנה בהן מצות שריפה, אלא כותם דכשאמרה תורה לשרוף כלאים ומזה אנו מבינים דאסוריים בהנאה, הרי זה כאילו נתפרש בהדיא דלאחר שריפתו מותר, שהרי לא אמרה בו תורה איסור אלא חייב שריפה, ומהיכן נלמד איסור לאחר שריפה, ובאמת היה ראוי למילף מזה דכל איסורא"נ אפרן מותר". הרי סובר דהשריפה מתירה מחמת שאין אפרן אסור, ולא צריכים לתנאי דנעשית מצוותו כדי להתיר האפר.

תשפד) אמנם יש סברא אחרת שע"י שאיפת עשן שואף הטעם,

וכך נוטה בפ"ת יו"ד לב ז שאין להליק סיגריה מנר של מצב כי שואף בזה טעם המצב. אבל הדברים אינם מובנים, דעשן אינו טעם אלא עשן, והרי גם אם אינו שואף דרך סיגרייה יכול שייכנס לפיו עשן שריפה ששורפים בו איסורים. וראייתו שבמדליקין מנר לנר איכא לד דאכמוסי מצוה, אינה ראיה כלל כמובן (ועי' ט"ז ונקוה"כ יו"ד רעד'), וכן מאי דתלי לה דמצב בתבשיל עול"פ וא"כ אסור לכתחלה, אינו מובן, טעם מצב לעצמו אינו עול"פ, ואם היה אסור היה אסור כדין טעימה. אבל כאן אין טעם כלל. וברמ"א יו"ד קנה' ג' פסק דמותר לזלף יין ע"ג אש דרימא לאו מילתא היא.

תשפה) והנה בחיי אדם קכז ז כתב שאין להריח טבק שנשרה

ביין נכריס, כי יי"נ אסור בהנאה (ומביאו גם המ"ב שם). ולכאורה אינו מובן כיון שאינו ראוי לאכילת אדם, גם כשמתמירים לאסור סתם יינם בהנאה, הרי זה אינו בגדר יין. ואולי סובר כמש"ל, דיש בו משהו יין נסך שיכול לחזור ולהתעורר (וע"ע אם זה שייך כאן). אבל בשריפת סיגריה ל"ש לומר כן, רק בטבק שמריחו בעין. וגם ל"ש אפרן אסור, דבמקום שאין איסור

כי בטל מאכילת כלב, גם כשנורפו אין שום איסור.

תשפו) ובשעה"מ פי"א ממאכ"א כתב שאין להתמיר בהרחת

טבק שזלפו עליו יי"נ, דעשן הוא כמו ריח שהותר בבת מיהא, ובש"ע יו"ד קמ' ה', ומביאו בפ"ת קמ' ג'. ורלאיתי במנחת יצחק ח"ה סי' עז' שנשאל בסיגריות שיש בהם גלילרין מנבלות וטרפות, וכ' שכבר התירו אחרונים הדבר, ומביא ד' השעה"מ שהתיר לעשן איסור הנאה, ולא הזכיר החיי אדם והמ"ב הנ"ל. אמנם באמת גם היעב"ץ במו"ק הביא שם ד' החכ"ל שהיה נוחק על האוסקרין, ומובא גם בעיקרי הד"ט, וכן תשו' מהרש"ק בס"ס בגדי יו"ט שאין נחשב כאכילה בעישון. וכן השד"ח מע' חמץ ומצה א' ג'

אפי' לענין פסח, וסומך על הבית מאיר הנ"ל שחולק על המג"א.

תשפז) אמנם יש טעם אחר לאסור עישון מדין הנאה, דבמרדכי

פסחים רפ"ב משמע לכאורה דכל האיתר בהנאה בתרכו

הוא רק משום שאינו כדרך הנאתו, ומשמע שלכתחלה אסור, כמו כל נהנה מאיסור שלא כדרך הנאתו, וכדמסיק שם במרדכי "ומיהו בריש ייזהר בזה", וכ"כ בש"ע יו"ד פד יז שרץ שרוף מותר לרפואה דעפרא בעלמא הוא, ומציין שם הגר"א סקמ"ח לדברי המרדכי הנ"ל דלכתחלה אסור, וכן מובא ברמ"א יו"ד קנ' ג'.

תשפח) ולכאו' הדברים ממוהין טובא, דאיסור שלא כדרך הנאתו נאמר כשהאיסור קיים, דלא אסרה תורה הנאה שלא כדרך, אבל אחרי שברפו ואינו והוא עפרא בעלמא, הרי אין ממה לאסור לאכול, וכל דבר קופו לעפר והרבה מן העפר תחלתו באדם ואיה ואומה, וכיון שאינו אלא אפר לא יעייר בו אסור אכילה בשום פנים, וכל ענין הנקברין אפרן אסור הוא באיסורי הנאה ול"ש בשרן.

תשפט) ובאמת יל"פ דהמרדכי קאי על סוג' דפסחים, שבכוונה נקטה תרכו, שתריכה אינה שריפה גמורה, אלא שאחר שהלחם תרוך אין דרך לאכול ולא ליהנות ממנו, ע"כ הנהנה משיב שלא כדרך הנאתו, אבל לחם איכא לפנינו. וכן מוכח בתוס' ושא"ר שדנו אם תרכו רשאי לאכילת כלב, ואם מדובר באפר, פשיטא דלא רשאי לשום אכילה. וכ"כ ר"ן "דוקא תרכו קודם זמנו, אבל לאחר זמנו לא פקע איסורו עד דשריף ליה לגמרי".

תשצ) וממילא ה"ה שרץ שרוף דמיירי ביה המרדכי אין הכוונה שנעשה אפר ונראה כמו כל אפר, אלא שחרוך עד שאין שייך בו אכילה, וממילא האוכלו לרפואה אסור לכתחלה כמו שלא כדרך הנאתו, כי אף שאינו דרך מ"מ הוא קיים. (ומש"כ ביד אברהם סי' צד' להאוכל לרפואה לא אתאביה, ל"ע, דאין הכוונה באתאביה שסובר שהוא טעים וכדו', אלא שבוחר לאכלו). ויותר נראה דהמרדכי לא כ' בריש ייזהר אלא בהנאת תלב על המכה (עתו' שבועות כב:), ובשרץ מיירי גם היכא שהוא באמת עפרא דארעא.

תשצא) אבל כבר האו"ה לב' יט' פי' המרדכי שאסור לכתחלה גם באפר, ובב"י או"ח תמז' נר' שמתיר. וכן מסיק בחזו"א יו"ד יג' שמה שנפסל מאכילת כלב אין בו שום איסור ודינו ככל עפר.

תשצב) ומש"כ יד אברהם שם דנשרפין אפרו מותר היינו בהנאה, דבר תימה הוא אלא אפרן מותר כפשוטו, כדפשוטו לכל הפו' כמו גם בפמ"ג שם מ"ז סקכ"ד, גם בבאור הגר"א ס"ס קנ' מבואר דל"ש בנשרפין אסור אלא מותרין, [ובזר זהב כלל עו' כ' דנר' מד' הגר"א דמתיר לכתחלה, וממילא יהי' קותר למ"ש כאן, אבל המעי' היטב בהגר"א שם יראה דלא המיר רק רמז להא שהוא שלא כדרך הנאתו כו']. ועי' דרכ"מ קלה' דהאחרונים מתירין לכתחלה.

תשצג) ובאמת אם היה אסור הנאה בזה, הרי לא נחשב העישון שלא כדרך הנאתו, דהרי ודאי שפיר דרך הוא. ואמנם בביאור הגר"א יו"ד קנ' כא' נר' דהשורף שרץ של ע"ז ואוכלו לרפואה משיב שלא כדרך הנאתו, ואסור משום דבע"ז אפרן אסור ואף שלכה"ג אסור לכתחלה. ולכאו' אינו מובן, דהא האפר אסור בהנאה, ונהנה ממנו כדרך שנהנין מאפר, שעושין ממנו סבון או תרופה וכדו', ושלכ"ד הנאתו הוא בהתאם למצב האיסור, ודודאי העושה משקה מפרי, והמשקה טוב ועושין כמותו, לא אכפת לי שאינו עומד לזה ולא מקרי שלא כדרך הנאתו. דכיון שכעת הוא משקה והמשקה טוב לשתיה הנאה גמורה היא ואסורה מן התורה.

תשצד) והוא הדין לאפר, אם יש בו איסור הנאה, בודאי אין הכונה שייהנה ממנו כשהוא פת, שהרי אינו אלא לחם. וכן אכילת שקצים ורמשים מקרי דרך הנאתו כמ"ש הר"מ פ"ה מיסודה"ת ה"ת, לפי שזה מה שיכול לעשות בו וזה מה שנאסר. וגם בסיגריות היה ראוי לומר שנחשב דרך הנאתו. וחזו' דסובר הגר"א דשלכה"נ אינו שעושה שינוי בהנאה, אלא שהתורה לא אסרה רק ההנאה שמיועד לו, והוא חדוש גדול. וכ"כ בעטו"ד ג' יו"ד קלא' דעישון חשיב שלכה"נ, וא"ע. אבל בגל"מ פסחים כד. גר' כמו שכתבנו, דדרך הנאה נמדד לפי מצב המפץ האסור עכשיו, מה טוב וראוי לעשות בו במצבו.

תשצה) ועי' חו"ב ע"ז מח: "בפסחים כ"ו ב' שאני היכל דלתוכו עשוי, בתו' משמע דטעם ההיתר משום דחשיב שלא כדרך הנאתו, וק"ק דשלא כדרך הנאתו דעלמא היינו בשינוי, אבל כאן אין זה שינוי אלא שאין זה עיקר תשמישו, ולו"ד ז"ל היה אפשר לפרש דהנאת הלל אינו אלא כמבריח ארי דשרי במודר הנאה".

תשצו) ועי"ש שמומן דבריו בירושלמי. אמנם גם מד' התוס' אין ראי' לנידון דידן, דיש מקום להבין שכתליס עשויים לכל פנימי, ולא חיצוני אינם כדרך הנאתם. משא"כ כשכבר נעשה עפר ואפר אין אפשרות אחרת של הנאה, והדרך היא לגנל את מה שיש.

תשצז) עוד יש לצדד, גם אם היינו סובריס שאסור שלכה"נ ועישון נחשב שלכה"נ, שמא מי שמכור לסיגריות דנחשב מקום חולי, ואין לך חולי גדול מזה, ואיסור דרבנן שלכה"נ הותר במקום חולי. ועי' גי' רש"א יו"ד קנה' דתמיה על תוס' יומא עז. שאסרו ליתן חלב מהותך של שור הנסקל על גבי מכתו, הא שלכה"נ שרי במקום חולי.

תשצח) אמנם לא ידענא מה מצא בתוס', והם רק הביאו דברי הגמ' פסחים כד: דשלכה"נ פטור והיכי דמי כגון חלב על מכתו, הרי דאין לוקין אבל אסור, ומזה קשיא על היתר הש"ע ס"ג. אבל הוא מבואר שם בפסחים כה: דרביעא המיר לשוף בתו בגוהרקי ערלה משום דבמקום חולי לא גזרו, ולפ"ז הא דסמוך דבנותן על המכה אין לוקין הוא במכה בעלמא דלא מקריא חולי אלא שרוצה למהר ריפויה, אבל חולה ממש מותר. וכה"ג מחלקינן בה' שבת דלא הותר ליקח סממנים אלא לחולה הצריך לשכב ולא לכל כאב או מכה.

תשצט) ולענין איסורי אכילה דרבנן שלא כדרך אכילתם, המיר הש"ך קנה' יד' בשם ראבי"ה, והשאג"א עד' השיג עליו דהתו' ורשב"א ור"ן וריטב"א כתבו דהא דאמרו בפסחים כד: שלא כדרך אכילתו פטור, דוקא הוא ופטור אבל אסור. ולא דענא, הא ודאי דאסור מדרבנן, ואיסור זה הותר אצל חולה, כמו שאמרו כה: שהותר שלכה"נ בחולה, הכי נמי הותר שלכל"א בחולה, והראבי"ה שמא התיר מדינא ולא כ' בריש ייזהר אלא לרווחא דמילתא ולכן הוצרך לדחוק דפטור לאו דוקא.

תת) ומ"מ ראיית השאג"א דפטור דוקא היא משלא כדרך הנאתו, וע"ז הרי נפסק בש"ע קנה' ס"ג דלחולה מותר, וא"כ השגתו על הש"ע ולא על הש"ך. ומה שמביא השאג"א מאכילת דבר שאינו ראוי לאכילה, אינו תלוי בזה לתרי גיסי, דנפסד מאכילה מתיר הדבר עצמו ומפקיע איסורו, והאוסר דסובר דלא פקע איסורו, חשיב ליה אכילה דדרכו באכילה, ועכ"ז זה שנאסר איסורו גורם לקבוע שאכילתו היא דרך שיש בו. עכ"פ לענין עישון הסיגריות, לכאורה מעיקר הדין ע"פ פסיקת הרו"ב אין בזה איסור. ע"כ ובוב להמתיר.

דברי זכרון

הקונטרס הנוכחי נדפס לזכר נשמת סבתי רוזה בת ר' הירש ע"ה לבית נדלר.

נולדה בשנת תר"פ ברומניה בעיירה ליד בוקרשט. אביה ר' הירש היה רב העיירה, והיה אחראי על סידור קדושין לבני המחוז.

מכל תכונותיה בלטו בעיקר המסירות החום והאהבה לצאצאיה, בדור בו לא היה מקובל להביע רגשות, המשפט שאני הכי זוכר ממנה הוא "אני אוהבת אותך". המסירות היתה חלק ממנה: מספר חדשים לפני פטירתה ביקרה אצלינו, כשכבר היתה משותקת ולא יכלה לדבר, ולפתע התחילה להתאמץ מאד לרמוז דבר מה, הסובבים חשבו שמשהו לא נח לה, אך לבסוף הבינו שהיא סימנה שאחד הילדים צריך שיקנחו את אפו.

חייה לא היו קלים כלל וכלל, בשנים הראשונות עם עלייתה לארץ התגוררה במעברה, והיתה צריכה לעבוד קשה בכדי להחזיק מעמד, לתמוך גם באימה – סבתא רבקה, ובבנה. בפטירתה אמרו עליה אחיותיה "כל חייה חיתה בשביל בנה".

בהמשך התבסס מצבה, אבל עדיין סבלה במשך השנים מדברים שונים שלא הסבו לה נחת. ובכל התקופה הזו נראתה מסירותה ואהבתה לצאצאיה. היתה אומרת תמיד לבעלה: "אני לא חכמה כמוך, אבל אני יודעת שהבן שלי צודק" (–בכך שחזר בתשובה).

פעם אחת, בעת הקידוש של ליל שבת, התפרצה בבכי גדול, בלי יכולת להירגע. לאחר מכן סיפרה: כשהיה אביה חולה, סבל יסורים, וישבו צאצאיו ליד מטתו, הילדים התנהגו כפי שחשבו באירופה של אותם ימים, שהדת היא ענין לזקנים, ולכן שאל אותו אחד הבנים: איך יכול להיות שדוקא אתה, שכ"כ שומע בקול ה', סובל יסורים כאלו? השיב ר' הירש: "אני סובל מה שאני צריך לסבול, אבל אתה תמות בגיל צעיר ביסורים יותר גדולים, וגם את (רוזה) תעזבי את העולם ביסורים גדולים, אבל הבן שלך, ייקרא על שמי, ויילך בדרך שלי".

למרבה הצער דבריו הקשים של סבא הירש התגשמו, אחיה של סבתא חלה בגיל צעיר ממש במחלה קשה ומכיון שלא יכל לעמוד

ביסוריו הטביע את עצמו בנהר. סבתא חלתה בניוון שרירים קשה, וסבלה יסורים גדולים, עד שנפטרה בטז' שבט תשמ"ד בגיל 64. ("נפטרה בערב שבת סימן יפה לה"). וגם דבריו הטובים התקיימו, ומעניין שסבתא כלל לא זכרה את כל הסיפור כשקראה לאבא על שמו, והכל צף אצלה רק באותו ליל שבת.

מי שדבריו מתקיימים בודאי היתה לו זכות גדולה, ורואים גדלות רוחו, שלפני מותו, במקום לברך את בניו ולתת להם הרגשה טובה, בחר לעשות כיעקב אבינו שהוכיח את בניו, ולא נשא פניהם, ואכן במבט היסטורי יש לאותם משפטים שאמר שם לפני מותו, ערך גדול עבורינו. ואין ספק שיסוד הדברים היתה אהבתו הגדולה לצאצאיו, ורצונו שיזכרו את בוראם ויכירו בהשגחתו. ואכן סבתא העבירה הלאה את כח האהבה והמסירות, גם מתוך קשיים גדולים מאד, ותמכה באבא בשמירת תורה ומצוות.

יהי זכרה ברוך.