הלכה · מערכות וענייינים · בית יצחק

בית יצחק - דיני בריירה

רבי יצחק אייזיק חבר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

בית יצחק - דיני ברירה

רבי יצחק אייזיק חבר

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/בית-יצחק-דיני-ברירה/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

חלק ראשון 4
פתיחה 4
סימן א 4
סימן ב 16
סימן ג 26
סימן ד 27
סימן ה 29
סימן ו 41
סימן ז 46
סימן ח 49
סימן ט 61
סימן י 69
סימן יא 75
סימן יב 84
סימן יג 96
סימן יד 99
סימן טו 107
סימן טז 110
חלק שני 117
סימן יז 117
סימן יח 126
סימן יט 132
סימן כ 136
סימן כא 143
סימן כב 145
סימן כג 152
סימן כד 157
סימן כה 166
סימן כו 170
סימן כז 174
סימן כח 176
סימן כט 179
סימן ל 183
סימן לא 190
סימן לב 199
סימן לג 201
סימן לד 205
סימן לה 216
סימן לו 223
סימן לז 228
סימן לח 232
סימן לט 235
סימן מ 242

הנקרא 'ברורי המידות'
רבי יצחק אייזיק חבר

חלק ראשון

פתיחה

אמר הכותב, יען כי ראיתי דיני ברירה מפוזרים המה בדברי הש"ס במקומות הרבה, ורבו פארותיהם לכל צד, ויש בהם מבוכה גדולה עד שקשה למצא בהם דרך סלולה לעמוד על עקריהם ודיניהם כי המה עמוקים ורחבים מני ים. לזאת אמרתי לחקור בהם עד שידי יד כהה מגעת, ע"פ מה שראיתי והבנתי מדברי הראשונים ואחרונים, וגם מה שנתחדשו לי מדי עברי בין בתרי אמריהם, ומה' אשאל שלא אכשל ח"ו בדבר הלכה, וזה החלי בעז"ה.

סימן א

הנה יען שראיתי שהגאון המפורסם הרש"ל בספרו ים של שלמה על מסכת ב"ק פרק ה' האריך בהם להביא שיטות הראשונים בזה, וגם הכרעתו לדינא, הגם כי מי יבוא אחרי המלך מלכי רבנן מרא דכולא תלמודא כמוהו, מ"מ לא מנעתי את ידי יד כהה לפלפל בדבריו ולברר הדברים לפי קט שכלי.

ראשית דבר, הנה המוסכם בכמה מקומות בש"ס וע"פ רוב הפוסקים דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה, כמ"ש בפרק משילין (דף ל"ז ע"ב) דכן ס"ל לר' אושעיא דפליג שם על ר' יוחנן דס"ל דגם בדרבנן אין ברירה, ופסק שם הש"ס כר' אושעיא, כמו שאמרו שם דרש מר זוטרא כו' יעוי"ש, וכן תפסו הפוסקים בפשיטות בכ"מ, כמו שיתבאר בעז"ה באריכות בשערים הבאים.

א) וצריך לברר עיקרא דהא מילתא וטעמו של דבר, למה שחלקו בזה בין דבר שהוא מן התורה למה שהוא רק מדרבנן. והיה נראה לכאורה בפשיטות, דהטעם הוא משום דקיי"ל בכמה מקומות ספק דאורייתא לחומרא ובדרבנן אזלינן לקולא, והא דלא אמרינן ברירה הוא מטעם ספק, וכמו שנראה מלשון רש"י ז"ל שם בפרק משילין ד"ה אפילו חביות אסורה, וד"ה לקוחות הם וז"ל, ולא אמרינן הוברר הדבר כו', אלא שמא חלק הבא לזה כו', וכן כתב עוד רש"י כן בכ"מ. וכן מצאתי בספר צל"ח להגאון בעל נודע ביהודה למסכת ביצה שכתב ג"כ הך טעמא לחלק בין דאורייתא לדרבנן.

ולפי"ז יש לתמוה דדברי רש"י נראים סותרים זה את זה, שהוא בעצמו כתב בפרק השולח (דף מ"ז ע"ב), גבי ישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפות, טבל וחולין מעורבין זה בזה

דברי רבי, רשב"ג אומר, של עכו"ם פטור כו'. ומסיק שם דרבי ורשב"ג פליגי בדין ברירה, דרבי ס"ל אין ברירה. וכתב רש"י שם ד"ה טבל וחולין כו' וז"ל, אין לך כל חטה וחטה שאין חציו טבל וחציו חולין, שחלק עכו"ם פטור, ואף לאחר שחלקו התבואה הלוקח מן העכו"ם צריך לעשר, ואף ישראל צריך לעשר את שלו מיניה וביה כו'. הרי משמע מתוך דבריו, דלרבי דס"ל אין ברירה אין כאן ספק, ואמרינן דודאי מעורב חלקו עם חלק הנכרי, דלכך מהני אם מפריש מיניה וביה, ולא אמרינן שמא המעשר שלקח הוא משל עכו"ם והנותר הוא שלו ומפריש מן הפטור על החיוב. ובאמת התוס' שם דחו פרוש רש"י, וכתבו דאין תקנה לטבל זה, כיון דאין ברירה שמא הגיע לו כל חלקו של עכו"ם או חציו ולא ידעינן כמה, ואי מעשר מיניה וביה שמא מעשר מחלקו והנשאר הוא של עכו"ם יעוי"ש.

ויותר יש לתמוה על הרמב"ם ז"ל בפ"א מהלכות תרומות (הלכה כ') וז"ל, שותפות העכו"ם כו' כיצד, ישראל ועכו"ם שלקחו כו', ואצ"ל אם חלקו גדיש הרי טבל וחולין מעורבים בכל קלח וקלח כו', הרי דמשמע דמפרש כפרש"י, וא"כ צ"ל דפוסק כרבי דאין ברירה ומטעם ודאי אמרינן הכי ולא מטעם ספק, וכן כתב בכסף משנה שם שהרמב"ם מפרש כפרש"י. וא"כ יקשה על מה שמחלק שם בין סוריא לארץ ישראל, דבארץ ישראל כיון שהוא מדאורייתא קיי"ל דאין ברירה, משא"כ בסוריא שהוא מדרבנן ולכך שם חלקו של עכו"ם פטור, וא"כ ע"כ ס"ל דמה דקיי"ל אין ברירה הוא בגדר ספק, וא"כ למה פסק דבארץ ישראל בכל קלח מעורב של ישראל ועכו"ם ביחד, ומשמע דמפרש כפרש"י שיכול להפריש מיניה וביה.

ובאמת דברי רש"י היה נראה ליישב, דהוא מפרש דרבי ס"ל דאין ברירה מטעם ודאי הוא ולא מטעם ספק, והיינו דס"ל דאין סומכין כלל על מה שמברר חלקו אח"כ לומר שהיה כמו שהוברר חלקו בתחילה, וכיון דאין סמכינן אברירה הוי כאילו לא הוברר כלל, וממילא כל גרעין וגרעין יש בו חלק לישראל ולעכו"ם ביחד, וס"ל לרבי באמת דבכ"מ לא סמכינן אברירה אפילו במלתא דרבנן, וזהו דעתו של רש"י, ומיושב קושיית התוס', משא"כ על הרמב"ם קשה, דהוא פוסק לחלק בין דאורייתא לדרבנן, וא"כ מטעם ספק אתינן עלה, קשה.

ב) וסבור הייתי לומר ליישב דברי הרמב"ם, דהוא ס"ל דאף דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה, היינו משום דלא ידעינן איזה הוא חלקו של ישראל או חלקו של עכו"ם, והיינו דמספקא לן אולי לא בא לידי ישראל כל חלקו בשלימות רק מעט יש בו מעורב מחלקו של גוי, והנה קיי"ל מדאורייתא כל דבר בטל ברוב, וא"כ אם נאמר דהרוב הוא משל

ישראל והמיעוט משל עכו"ם, א"כ הוי כאלו כולו של ישראל, דהא קיי"ל בכ"מ המיעוט נגרר אחר הרוב, וכן קיי"ל באיסור מועט שנפל לתוך היתר מרובה נהפך האיסור להיתר כמ"ש הרא"ש בפרק גיש הנשה, וא"כ ה"ה להיפוך בהיתר מועט שנפל באיסור מרובה כמ"ש, דהא ילפינן לה מקרא דאחרי רבים להטות, וא"כ ממנ"פ מותר להפריש מיניה וביה, דבין אם תאמר שהרוב יש בו משל עכו"ם א"כ כולו פטור מדאורייתא, וכן אם הרוב של ישראל ג"כ כולו חייב, ואי אפשר למצוא צד דאסור להפריש מיניה וביה כי אם היכא דהיה כאן מחצה על מחצה ממש, דבזה יש ספק אולי נוטל מן הפטור על החיוב, וגם בזה אין איסור כי אם כשנאמר שלא עלה בידו בשוה לפי ערך מן החיוב על החיוב ומן הפטור על הפטור, וא"כ יש כאן כמה ספיקות, ולחומרא אין כאן אלא חשש רחוק, והוה כמיעוטא דלא שכיחא דלא חיישינן לה, וא"כ א"ש מה דדקדק הרמב"ם בלשונו במה שכתב שכל קלח וקלח הוא מעורב, ור"ל דהוה כמעורב לענין שיכול להפריש מיניה וביה וכמ"ש.

ולפי"ז קשיא לי איפכא על שיטת התוס', שכתבו דאין תקנה להפריש מיניה וביה שמא יפריש מחיוב על הפטור ומפטור על החיוב, שהם סותרים למה שכתבו התוס' עצמם ריש מסכת עירובין (דף ה' ע"א) גבי לחי המושך כו', ובריש פרק השוחט (דף כ"ח ע"ב) ד"ה לפי שא"א לצמצם, שכתבו שם בפלוגתא דמחצה על מחצה כרוב, דמאן דס"ל מחצה על מחצה כרוב מותר אף דאי אפשר לצמצם, משום דיש כאן רובא להיתרא, שמא שחט רובא, ואפילו תאמר שלא שחט רובא, שמא שחט מחצה, וכתבו שם, דמהך טעמא מותר אפילו באיסור דאורייתא, וא"כ הדברים ק"ו, דמה התם דיש כאן מיעוט המצוי אולי לא שחט רק מיעוטא לבד, אעפ"כ אמרינן דמותר משום דבין אם הוא מחצה על מחצה ובין אם הנשחט הוא רוב מותר ויש כאן שני צדדים להיתר, א"כ כל שכן בנדון דידן דיש כמה צדדים להיתר, דבין אם כולו של ישראל כו', וכמ"ש. ועיין מה שכתבו התוס' שם בסוף דבריהם, גבי הא דעגלה ערופה, דבנמצא בין שתי עיירות, דלפירוש הר' שמעון שם נמי יוצאים בשל תנאי ממה נפשך, דאם קרובה היא יוצאים בה, ואם רחוקה היא, תביא בשביל חברתה. מאי אמרת שמא מצומצמות הם, זה אינו מצוי. הרי מפורש כמש"ש.

וצ"**ל** דהתוס' לא ס"ל כשיטת הרא"ש דפרק גיד הנשה דמיעוט המעורב ברוב יהפך המיעוט עצמו להיות כרוב, וס"ל לתוס' דלעולם אין המיעוט נהפך להיות כמו הרוב, רק דגזרת הכתוב אחרי רבים להטות דניזיל בכל דבר אחר הרוב, וא"כ א"ש, דיש כאן חשש שמא מעשר מן הפטור על החיוב. שוב אחרי כתבי זאת, מצאתי בתשובות שאגת אריה

סימן צ' שכתב באריכות בסוגיא הנ"ל, והעלה דבזה מחולקים רש"י ותוס', דרש"י ס"ל למ"ד אין ברירה לאו דין ספק הוא, אלא כודאי מעורב ולא הוברר, ולכן מותר להפריש מיניה וביה, אבל התוס' שפירש דאסור להפריש מיניה וביה ס"ל דמטעם ספק הוא, ולכן אסור להפריש מיניה וביה יעו"ש.

ג) ולענ"ד צע"ג, דנראה בפירוש להיפוך, ממה דאיתא במסכת גיטין פרק מי שאחזו (דף ע"ג ע"ב), בהא דאיתא שם, מה היא באותם הימים, דר' יוסי ס"ל שם מגורשת ואינה מגורשת, משום דס"ל אין ברירה והוה ספק, כן פירש רש"י שם, והתוס' הקשו עליו מהא דאיתא בפרק בכל מערבין (דף ל"ז ע"ב), דאם התנה על שני דברים כאחד לא מהני כו' יעו"ש, מוכח מדבריהם דס"ל להיפוך, דלמ"ד אין ברירה לאו בגדר ספק הוא, אלא כאילו לא עשה כלום דמי, וכודאי לא הוברר דמי, ולפי"ז דברי רש"י ותוס' סותרים, והפכו שיטתם למה שכתבו בעצמם בפרק השולח בהיפוך ממש.

ולפי מה שכתבנו למעלה יש ליישב שיטת רש"י דפרק השולח, דבאמת ס"ל דמטעם ספק הוא, ואעפ"כ מותר להפריש מיניה וביה מטעם דהוי רובא להיתרא וכמ"ש. ושיטת התוס' נראה ליישב ג"כ, דבאמת ס"ל דמ"ד אין ברירה מטעם ספק הוא וכמ"ש, אך בגט שאני כיון דכתיב לה לשמה בעינן שיהיה מבורר הוא לשמה, ואזלי התוס' לשיטתם שכתבו בריש פרק כל הגט (דף כ"ד ע"ב) ד"ה לאיזו שארצה כו', ואומר ר"י דאפילו מאן דסבר בעלמא יש ברירה הכא מודה משום דכתיב לה לשמה כו', [ודברי התוס' יתפרשו לפנינו בעז"ה].

ד) וראיתי שם בתשובת הגאון שאגת אריה, שהביא שם הך סוגיא דפרק השולח ושיטת רש"י ותוס' שם, והקשה הגאון הנ"ל על התוס' דס"ל דמה דאמרינן אין ברירה הוא מטעם ספיקא, א"כ למה אמר ר' יוחנן בפרק משילין חביות אסורה, אף דס"ל דגם בדרבנן אין ברירה, מ"מ הא הוי ספיקא דרבנן, דהא יש כאן ספק שמא לא החליפו כלל, וכיון דתחומין דרבנן הוי ליה ספיקא דרבנן ולקולא. ותירץ שם, דר' יוחנן ס"ל כרב אשי דדבר שיש לו מתירין כמו דלא בטיל ברוב כמו כן ספיקא אסורה. ותמיה נשגבה בעיני על הגאון הנ"ל מארי דכולא תלמודא, היאך נעלם ממנו דברי התוס' בעירובין (דף מ"ה ע"ב) ד"ה אבע"א, דכתבו שם דאף דרב אשי ס"ל דדבר שיש לו מתירין ספיקא דרבנן לחומרא, מ"מ בעירוב הקילו, הרי שכתבו בפירוש להיפוך. ועיין בספר צל"ח שם, דהביא שם דברי התוס' הנ"ל ולא העלה שם ארוכה לקושיא הנ"ל, למה ס"ל לר' יוחנן חביות אסורה ולא התיר מטעם ספיקא דרבנן לקולא.

ובדוחק נלע"ד ליישב, דבאמת פליגי בזה רב ור' יוחנן ושמואל בב' תירוצים הנזכרים בעירובין שם, במה דמקשה הש"ס ודילמא הני אזלי כו', דתירוץ קמא שם דסימנא אית ליה בגוייהו, ואבע"א הוה ספק דבריהם כו', דרב ושמואל ס"ל כתירוץ ב', ור' יוחנן ס"ל כתירוץ קמא, ובאמת ס"ל דבעירוב מחמרינן בספיקא מטעם דבר שיש לו מתירין, וצ"ע.

ה) עוד היה נלע"ד ליישב שיטת רש"י דפרק השולח הנ"ל יותר בפשיטות, עפ"י מה דאיתא בפ"ק דראש השנה (דף י"ג ע"ב), פול המצרי שזרעו לזרע, מקצתו השריש קודם ראש השנה ומקצתו אחר ראש השנה, אין תורמין ומעשרין מזה על זה כו', כיצד הוא עושה, צובר את גורנו לתוכו, ונמצא תורם ומעשר מן החדש שבו על החדש שבו כו'. ומסיק שם, דפליגי בזה רבנן ור' שמעון שזורי, דרבנן ס"ל אין בילה, ור"ש סבר יש בילה. ופסק שם שמואל דהלכה כר"ש שזורי, ואף דמסיק שם דשמואל ס"ל דלכל אין בילה חוץ מיין ושמן, והלכה כר"ש שזורי ולאו מטעמיה, אלא משום דס"ל הכל הולך אחר כמו פרי, מ"מ חזינן דר"ש שזורי עצמו ס"ל דיש בילה, וא"כ כ"ש בתבואה דיש בילה, דהא הוא דק יותר מפול המצרי, ואם כן ודאי דמותר להפריש לדידיה מיניה וביה בכל אופן, דאפילו אם נאמר דהיה בו מחצה על מחצה ממש, מ"מ הא יש בילה, ונמצא שתורם מן החיוב שבו כו'.

והנה בענין זה יש לתמוה הרבה על הרמב"ם ז"ל (פ"ח מהל' מעשר שני הלכה ח'), שכתב שם בהא דפול המצרי שמקצתו השריש לפני ראש השנה ומקצתו אחר ראש השנה, דפסק שם כר"ש שזורי, וכתב דיצבור גורנו לתוכו, ומסיים בטעמו משום דהכל הולך אחר גמר פרי. והם דברים סותרים זה את זה, דכיון דפסק כשמואל דס"ל כר"ש שזורי ולאו מטעמיה, רק משום דהכל הולך אחר גמר פרי, א"כ למה כתב דצריך שיצבור גורנו לתוכו כו'. וכבר השיגו הראב"ד שם, והכסף משנה שם יישב דבריו בדוחק גדול, ודבריו מגומגמים שם.

ולכן נראה לענ"ד דדברי הרמב"ם נכונים מטעם אחר. והוא, דמלשון הש"ס שם דקאמר שמואל הלכה כר"ש שזורי ולאו מטעמיה, משמע דלגמרי פוסק כמותו, ואם נאמר דשמואל פוסק כמותו רק דהולכין אחר גמר פרי ואין צריך שיצבור גורנו כו', א"כ לאו כהלכתיה ולאו כטעמיה הוא, אלא ודאי דגם שמואל ס"ל דצריך שיצבור גורנו לתוכו, והיינו דהא טעמו של ר"ש שזורי דס"ל דהולכים אחר השרשה משום דעשויין פרכין פרכין, ושמא יבא להפריש מהנפרכין לפני ראש השנה להנפרכין אחר ראש השנה, לכך תקנו דניזול בתר השרשה, כמ"ש בש"ס שם, ומה שכתב שם אין בילה, ר"ל אין סומכין על הבילה, דאין זה ודאי שהם נבללים יפה יפה, וגם ס"ל דלא סמכינן אהא

דתקנו דהכל אחר גמר פרי לחוד, דהא יש כאן חשש דעשויין פרכין פרכין, וס"ל דבמה שצובר גורנו לתוכו שפיר סמכו רבנן והלכו בהם אחר גמר פרי, כיון דאין כאן איסור ודאי במה דעשויין פרכין פרכין, דשמא יהיה נבללים יפה יפה, ולכן אף דתקנו לילך בתר השרשה, וכאן יש ודאי מקצת שלא נשרשו בשנה זו, מ"מ כיון דמעיקר דינא היה ראוי לילך אחר גמר פרי, לכן מספק שמא נתערבו יפה לא חיישינן עוד. וזה שאמר דשמואל ס"ל כר"ש שזורי ולא מטעמיה, ר"ל לא מטעם המפורש בדברי ר"ש שזורי דסומכין על בילה לבד, רק עיקר הטעם שלו מפני שמצד הדין היה ראוי לילך אחר גמר פרי, ומעתה דברי הרמב"ם מתורצים היטב. וא"כ יש ליישב גם כן שיטת רש"י הנ"ל, כיון דבאמת אף דס"ל אין ברירה אינו רק בגדר ספק לבד, וכאן שיש עוד ספק שמא נבללו יפה יפה, לכך שפיר מותר להפריש מיניה וביה, דהוה ספק ספיקא לקולא, ודו"ק.

ו) ונראה לי להביא ראיה למה שכתבנו דאף דקיי"ל אין בילה רק ליין ושמן מ"מ אין זה מתורת ודאי, ואדרבא נראה דעפ"י רוב נבללים יפה, דהא משנה מפורשת (פ"ב דמעשר שני משנה ה'), מעות חולין ומעות מעשר שני שנתפזרו כו', אם בלל וחפן לפי חשבון כו', הרי מפורש דאפילו במעות שהם גסים יותר מגרעיני תבואה סמכינן שם אבילה, וכן פסקו הרמב"ם (פ"ז מהל' מעשר שני) יעוי"ש. ולכאורה הוא תמוה, דסותר למה שכתב בעצמו פרק א' שם, דקיי"ל כשמואל דלכל אין בילה חוץ מיין ושמן.

אכן מדברי הרמב"ם (שם פ"ו) מצאתי ישוב לזה, שכתב אחר שהזכיר דאם בלל וחפן לפי חשבון, וכן מה שכתב שם הנבללים לפי חשבון, כתב שם וז"ל, ומתנה ואומר אם אלו שבידי הם מעשר שני כו', ומשמע דגם אנבללים קאי. ולכאורה הוא תמוה, דאם אנו סומכין על הבילה א"כ תנאי זה למה. גם לפי"ז יקשה, דגם ברישא דליקט מכאן ומכאן למה אמרינן דמה שליקט ליקט למעשר שני, למה לא אמרינן דיהיה לפי חשבון כיון דמתנה ויכול לסמוך על התנאי.

ז) ולתרץ דבריו נקדים דברי הירושלמי שם בפ"ב ממסכת מעשר שני, דאיתא שם על הך מתני', א"ר זעירא, כדי לשכר שני שמא יאבדו השאר ויהיו אלו שבידו תפוסים על השני, [פירוש, דקשה ליה למה ברישא מה שחפץ חפץ למעשר שני, ולא נאמר דהכל לפי חשבון ואף דלא נבללו הא שפיר יכול לסמוך על תנאי כמו דאמר לקמן, לזה קאמר דברישא כיון דבודאי אין נבללין אין סברא ליטול לפי חשבון ואח"כ יתנה, שמא ביני וביני יאבד הנשאר ויהיה הפסד למעשר שני].

ואח"כ קאמר שם, אמר ר' זעירא, וצריך להתנות ולומר אם אלו שלמטן שני יהיה אלו שבידי תפוסין עליהם. אמר ר' יונה, והוא שליקט כו'. ר' ייסא בשם ר' פדיה ר' יונה

בשם ר' חזקיה, אין בלילה אלא ביין ושמן לבד. ר' יוחנן אמר, עד כזיתים הם נבללים. מתני' פליגא על ר' יוחנן, אם בלל וחפן לפי חשבון, פתר לה עד כזיתים. ופירש המפרש שם, דקושייתו הוא דר' יוחנן קאמר עד כזיתים הם נבללים מעצמם אפילו לא בלל וחפן, ובמשנה קאמר דוקא בולל וחופן. ולענ"ד אין זה כונת הירושלמי, דלפי דבריו קשה מנין ליה, דלמא גם ר' יוחנן ס"ל דצריך לחפון ולבלול, ולא אתי לאשמועינן אלא דמהני בילה, לאפוקי ממה דאמר חזקיה דאין בילה רק ליין ושמן אבל לשאר דבר יבש לא מהני אפילו בבולל, וכדמוכח מסוגיא דפ"ק דר"ה בש"ס דילן כו'.

ולכן נראה, דכונת הירושלמי להקשות על ר' יוחנן דס"ל עד כזיתים הם נבללים, ובמתניתין נקט סתם הנבללים לפי חשבון, ומשמע אפילו בסלעים גדולים יותר מכזית, וע"ז משני, פתר לה בכזיתים, ר"ל במתני' בסלעים קטנים עד כזיתים מיירי. וצריך ביאור לפי"ז למה לא קאמר דמתניתין פליגא על ר' יונה ור' חזקיה דס"ל דאין בילה רק ליין ושמן, וע"ז אין כאן תירוץ כלל. ולכן צ"ל דבאמת עליהם לא קשה כלל ממתני', דמה דקאמרי לכל אין בילה כו', ר"ל דאין סומכין על הבילה לחוד לומר דודאי הם נבללים רק בדבר לח כיין ושמן דהם מתערבים יפה יפה מעצמם שלא ע"י מעשה אדם כלל, אבל בשארי דברים יבשים אין לסמוך על הבילה לומר דודאי הם נבללים, רק הוא בגדר ספק, ולכן הקשה על ר' יוחנן דודאי מתני' דס"ל דמהני בילה לאו מתורת ודאי הוא, דהא רבנן פליגי על ר"ש שזורי וס"ל לכל אין בילה, וא"כ היאך אתיא סתם מתני' דלא כרבנן ודלא כהלכתא. ולכן צ"ל דמתני' קאמר שמא יאבדו השאר, דכיון דאין כאן רק חששא שפיר סמכינן בזה גם בדבר יבש באם הם רק כזיתים, מה שאין כן ברישא דודאי אין נבללים חוששין לזה ולא מהני תנאי לחוד. וא"כ דברי הרמב"ם בזה מחוורים במה דפסק שם בפ"ז דצריך להתנות גם בסיפא, וכדמוכח מהא דירושלמי הנ"ל, וזה ברור לענ"ד.

וא"כ מוכח מדברי הירושלמי הנ"ל ומדברי הרמב"ם דאף דבדבר יבש קיי"ל דאין בילה, מ"מ מידי ספיקא לא נפקא, דבמקום שאין איסור רק חששא סומכין שפיר על בילה, וא"כ א"ש ג"כ דברי הרמב"ם דפ"א ממעשר שני גבי פול המצרי, במה דכתב דצובר גורנו לתוכו, וא"ש ג"כ שיטת רש"י דפרק השולח, במה דכתב דמעשר מיניה וביה, ומתורץ ג"כ קושית התוס' עליה, דהא כאן ג"כ אין איסור ודאי, רק חשש רחוק אולי הוא מחצה על מחצה ממש, ובזה שפיר סמכינן אבילה, ודו"ק.

ח) ולפי מה שכתבנו דרש"י ותוס' שניהם ס"ל דמה דאמרינן אין ברירה הוא בגדר ספק לבד, צ"ע לפי"ז בסוגיא ריש פרק כל הגט (דף כ"ה ע"א), בהא דס"ל לר"י שם אף אחרון אינו פוסל מן הכהונה, וטעמו משום דאין ברירה, ואם נאמר דמטעם ספק הוא, א"כ הרי

היא ספק מגורשת, וא"כ אסורה לכהונה מספק, וא"כ מוכח מכאן לכאורה דמאן דס"ל אין ברירה מטעם ודאי הוא דכאלו לא עשה כלום, וכן בהא דלאיזה שארצה אגרש כאלו לא נכתב לשום אחד מהם דמי.

ובזה היה אפשר לפרש הסוגיא מה שאמרו שם, ואזדא ר' יוחנן לטעמיה, דאמר ר' יוחנן האחין שחלקו כו', דלכאורה צ"ע מאי קאמר דר' יוחנן הולך לשיטתיה, דהא גם האמוראים דפליג שם על ר' יוחנן וס"ל דאחרון פוסל לכהונה ס"ל ג"כ אין ברירה, דלכך פוסל שם הגט כמו שאמרו (דף כ"ד ע"ב), וסיפא מאי קמ"ל, דאין ברירה. ולפי זה היה נראה דבהכי פליגי שם, דשאר אמוראי ס"ל אף דאין ברירה מ"מ הוא בגדר ספק, ולכך פוסל לכהונה ג"כ דהויא ספק מגורשת, משא"כ ר' יוחנן דס"ל דודאי אין ברירה ואין בגט זה ממש, ולכן אמר ואזדא ר' יוחנן לטעמיה כו', דממה שאמר האחין שחלקו מחזירין זה לזה ביובל, מוכח דמטעם ודאי הוא ולא מספק, דאל"כ קשה הא המוציא מחברו עליו הראיה, ואין מוציאין מיד המוחזק, ומדקאמר ר' יוחנן מחזירין כו' א"ש ג"כ מה דס"ל דאף אחרון אינו פוסל, משא"כ לשאר אמוראי דס"ל מטעם ספק הוא ס"ל באמת דאין מחזרין ביובל. אך לפי"ז יקשה על רב אסי דקאמר שם כולם אין פוסלין חוץ מן האחרון כו', הרי דס"ל דאף אחרון אינו פוסל, משא"כ לשאר אמוראי דס"ל מטעם ספק הוא ס"ל באמת דאין מחזירין ביובל.

אך לפי"ז יקשה על רב אסי דקאמר שם כולם אין פוסלין חוץ מן האחרון כו', הרי דס"ל דספק הוי, ואעפ"כ קאמר שם מיד דאמר רב אסי אמר ר' יוחנן האחין שחלקו כו', וע"כ צ"ל כמ"ש הרשב"א בחידושיו דהקשה כן, ותירץ שם דמשום מצוה שאני. הגה"ה. עיין תוס' סוף פרק השולח (דף מ"ח ע"א), שכתבו שם דרב אסי לאו היינו רבי אסי דאמר משום ר' יוחנן האחין שחלקו כו', וא"כ לא קשה מה שהקשה הרשב"א, ואדרבא, כיון דרב אסי ס"ל מחצה יורשין כו', א"כ מספקא ליה אי יש ברירה, וא"ש מה דס"ל דאחרון פוסל מן הכהונה וצ"ע, ע"כ הגה"ה. וכן תירץ בספר בית שמואל באבן העזר סי' קל"א במה שהקשה על דברי הרמב"ם שפסק ג"כ דמחזירין ביובל, אף דהרמב"ם ס"ל דספק הוי יעוי"ש.

והיה אפשר ליישב זה עפ"י מה שכתבו התוס' (דף כ"ד ע"ב), דאף למ"ד בכל מקום יש ברירה, מודה גבי גט משום דכתיב וכתב לה דבעינן שיהיה מבורר לה לשמה. ודבריהם צריכין ביאור, דא"כ לא א"ש מה דקאמר ואזדא ר' יוחנן לטעמיה דאמר האחין כו', דהרי אין זה לטעמיה, דבגט כו"ע מודו. ובדוחק יש ליישב שיטת ר"י, דמה שאמרו ואזדא ר' יוחנן לטעמיה כו', הוא דלמ"ד יש ברירה בכל התורה, אף דבגט לא מהני, מ"מ אין סברא

לומר דגם לקולא לא יהיה גט שלא לפסול מכהונה, כיון דנקרא מבורר קצת דאמרינן הוברר הדבר מעיקרא כו', ויש בזה קצת לעז, ולא גרע מריח הגט, משא"כ למ"ד אין ברירה א"כ אין כאן לעז כלל, דודאי אין זה מבורר כלל, דהא בכל התורה לא אמרינן דהוברר הדבר למפרע.

ומ"מ אין דברי התוס' מוכרחים שם, דמה שכתבו להביא ראיה ממה שאמרו שם וצריכא כו', בהא קאמר ר' יוחנן משום דכתיב וכתב לה כו', אבל התם מכר הוא כו', אין ראיה זו מוכרחת כלל לפי מה שכתבו התוס' בעצמם סוף פרק השולח (דף מ"ח ע"א) ד"ה אי לאו כו', ועוד י"ל, דדוקא ר' יוחנן כו', אבל שאר אמוראי ס"ל אף על גב דלקוחות הם מ"מ אין מחזירין ביובל, דמכר אמר רחמנא כו', ירושה ומתנה לא, וס"ל אף דאין ברירה מ"מ כך גזירת הכתוב, דמכר ממש מחזירין אבל לא מה שלוקחין בדרך ירושה, וא"כ גם כאן כוונת הש"ס כן, דאצטריך, דאי אתמר בהא כו' משום דכתיב וכתב לה כו', ר"ל, וכיון שאין ברירה אין זה לשמה, אבל גבי אחין שחלקו אף על גב דס"ל אי"ב מ"מ הוה אמינא דלא ליהדר משום דמכר אמר רחמנא. שוב אחרי כתבי זאת מצאתי בישׁ"ש פ' הפרה שהשיג שם ודחה דברי ר"י וראייתו הנ"ל מטעם שכתבתי. [והוא העלה שם דמ"ד אין ברירה לא מטעם ספק הוא אלא מטעם ודאי, ויתבאר לפנינו בס"ד].

ט) אמנם דעת הרמב"ם נלע"ד, דס"ל דמה שאמרו אין ברירה בדאורייתא הוא בגדר ספק לבד לא מתורת ודאי, דבפ"ג מהל' גירושין כתב וז"ל, יתר על כן אמר לסופר כתוב לאיזה שארצה אגרש בו, וכתב הסופר על דעת זו וגירש אחת מהן, הרי זו ספק גירושין, עכ"ל. הרי אף דהרמב"ם עצמו פסק בכ"מ דבדאורייתא קיי"ל אין ברירה, אעפ"כ ס"ל דכאן הוי ספק גט ממש.

וראיתי בישׁ"ש שם שתמה באמת על הרמב"ם בזה, והקשה עליו ממה שכתב בעצמו דאי"ב בדאורייתא, וגם ס"ל דאפילו לקולא אין ברירה בדאורייתא, ממה דקיי"ל שמחזירין ביובל, וגם ממה שפוסק הרמב"ם במעשר בהמה בחלקו גדיים נגד גדיים דפטורים ממעשר בהמה דהוה כלקוח יעוי"ש. ולענ"ד לא קשה מידי, דנראה דעת הרמב"ם הוא, דאף אם נאמר דמאן דס"ל אי"ב כלל אפילו בגדר ספק אינו, זה אינו אלא למאן דלא מחלק בין דאורייתא לדרבנן, וס"ל בכל מקום אי"ב, ור' יוחנן דס"ל אף אחרון אינו פוסל לשיטתו אזיל דס"ל גם בדרבנן אין ברירה, דגם בעירובין ס"ל אין ברירה, וכמו שיתבאר בסימנים הבאים בס"ד, משא"כ לדידן דקיי"ל כר' אושעיא לחלק בין דרבנן לדאורייתא, ס"ל דהש"ס מספקא להו הלכתא כמאן, והוי ספיקא דדינא, ולכן ס"ל לחלק בין דאורייתא לדרבנן, או דס"ל לר' אושעיא בזה דלא כר' יוחנן, אלא דענין מה

שאמרו דאי"ב היינו בגדר ספק לבד, ולכן בדאורייתא לחומרא ובדרבנן לקולא, וא"ש דברי הרמב"ם במ"ש דהוי ספק מגורשת בהא דלאיזה שארצה אגרש כו'.

ומה דס"ל דאחין שחלקו מחזירין ביובל, כבר נתבאר למעלה משום מצוה. וגם י"ל דאין זה בגדר הוצאת ממון, כיון דהחלקים שווים והם מחזירין זה לזה כמקודם החלוקה. ומה שהקשה עליה מהא דחלקו גדיים נגד גדיים דפטורים ממעשר בהמה ג"כ ל"ק מידי, דהא קיי"ל דאע"ג דכל ספק דאורייתא אזלינן לחומרא, מ"מ במעשר בהמה אזלינן לקולא, כמ"ש בש"ס בהא דקפץ אחד מן המנויים לתוכו כולם פטורין, דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק. [ואף על גב דשיטת הרמב"ם הוא דכל ספק דאורייתא מן התורה מותר ואעפ"כ אסור מדרבנן, ולכמה מחברים למד זה הרמב"ם ממעשר בהמה עצמה דעשירי ודאי ולא ספק, וא"כ למה מקילינן במעשר בהמה, ג"כ מתורץ ע"פ מ"ש הט"ז ביו"ד סי' קט"ז, דכל מה שמפורש בתורה להיתר אין סברא לחכמים לאסור, והארכתי בזה במקום אחר]. וכן משמע מדברי הר"ן פ' כל הגט, שכיון דקיי"ל בדרבנן יש ברירה ולא בדאורייתא מוכח דספק הוא, ובזה תירץ דברי הרמב"ם הנ"ל, וכן כתב בכ"מ בפ"ג מהל' גירושין. ושוב אחרי כתבי זאת, מצאתי בספר גט פשוט בסי' קכ"ב ס"ק ח' שכתב כן ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל, וגם מש"כ מהא דמעשר בהמה כתב ג"כ לתרץ כמש"כ.

וראיתי שתמה שם בדברי הרמב"ם פ"ד מאיסורי מזבח לענין מחיר כלב, שכתב, ב' שותפין שחלקו, זה לקח עשרה טלאים וזה נטל תשעה וכלב כו', אבל העשרה שכנגדו, אם יש אחד מהם דמו כדמי הכלב, מוציאו מן העשרה והשאר מותרים כו', דהא לפי הכלל דפוסק בדאורייתא אין ברירה, א"כ לא מהני מה שיטול אחד מהם יעו"ש. ולענ"ד דברי הרמב"ם ברורים בזה, דהוקשה לו מה דאיתא במס' תמורה (דף ל' ע"א) דפריך שם אמאי, ליפוק חד להדי כלבא ואינך לשתרי כו', וכבר הקשו שם התוס' דמאי פריך הא קיי"ל דבדאורייתא אין ברירה, ובאמת מטעם זה ס"ל (לר"ת) [לר"י] להלכה דבאמת קיי"ל דגם בדאורייתא יש ברירה ע"ש. אבל לענ"ד נראה דזהו דעת הרמב"ם באמת, דהוקשה לו קושיית התוס', ולכן מפרש דהש"ס מקשה סתמא לפי מאי דקיי"ל באמת לחלק בין דאורייתא לדרבנן, וכמו שפסק סתמא דש"ס בפ' משילין, והיינו דגם כאן ליכא איסור דאורייתא, דנהי דאמרינן אין ברירה ולא ידעינן מי הוא אותו שכנגד הכלב, מ"מ אין כאן איסור אלא אחד, רק שאינו יודע איזהו, וא"כ מן התורה בטל ברוב תשעה המותרים, ואין כאן אלא איסור דרבנן דבעלי חיים חשיבי ולא בטלי, או מטעם דבר שבמנין, וא"כ בדרבנן שפיר אמרינן ברירה.

ולא שייך כאן לאסור מטעם ספק א' בגופו וספק ב' בתערובות, והיינו שכל שכבר נאסר מספק תורה הוא כודאי איסור ולא מועיל לו מה שנתערב אח"כ, כמ"ש הפוסקים ונתבאר ביו"ד סי' ק"י סעיף ט' יעו"ש, דזה לא שייך כאן, דמעולם לא היה האיסור ניכר בפני עצמו, ולא היה חל עליו ספק מחיר כלב כלל רק ע"י תערובות, שבעת שחלקו ונטל אחד ט' וכלב ממילא חל איסור על אחד שבתוך העשרה אחרים שם מחיר כלב, ונמצא שלעולם לא היה עליו שם איסור תורה כלל, ונמצא דפריך הש"ס שפיר לדידן דקיי"ל כן, וגם דברי הרמב"ם עולים כהוגן.

י) אך מה שיש לעיין בזה, הוא מ"ש הרמב"ם (בפ"ז מה' מעשר הלכה א') וז"ל, מי שהיה לו מאה לוג של יין כו', ואין אומרים זה שהניח בסוף כאילו נברר תחלה, מפני שחיוב תרומה ומעשר מן התורה, ואין אומרים בשל תורה נחשב כאילו נברר עד שיברור, עכ"ל. והנה לכאורה משמע דהיינו הך דמביא הש"ס הלוקח יין כו', ופסק כר' יהודה ור' שמעון דס"ל אין ברירה, וכמ"ש באמת בזה בכ"מ שם, ולפ"ז יש לתמוה, דהרמב"ם עצמו כתב (בפ"ב מהל' מעשר הלכה ב') וז"ל, וכן הלוקח פטור מן התורה שנאמר תבואת זרעך וחייב מדבריהם, בד"א כשלקחם אחר שנגמרה מלאכתם ביד מוכר כו', וא"כ ס"ל להרמב"ם כשיטת ר"ת דלקוח אחר מירוח פטור מן התורה כמ"ש התוס' בשמו בפ' הפועלים (דף פ"ח ע"א) ע"ש, וא"כ קשה הא בדרבנן ס"ל דיש ברירה. [ואם נאמר דס"ל לחלק בין יש לו עיקר מן התורה או לא הוה א"ש וכמו שיתבאר, אבל לפ"ז יקשה מהא דמחיר כלב דס"ל יש ברירה מצד שהתערובות מדרבנן אף שיש לו עיקר מן התורה].

ולכן נלע"ד דהרמב"ם בצחות לשונו דקדק וכתב, מי שהיה לו מאה לוג כו', ושינה מלשון הש"ס דשם מיירי בלקוח מן הכותים, וצ"ל דדוקא ר"י ור"ש דס"ל אין ברירה בכ"מ גם בדרבנן ולכך ס"ל כן, אבל הרמב"ם לשיטתו דפוסק בדרבנן יש ברירה כמו שפוסק סתמא דש"ס פרק משילין, לכך שינה וכתב מי שהיה לו כו', והיינו משלו, משא"כ בלוקח דבאמת בכה"ג ס"ל דיש ברירה. וא"כ מזה ראיה דהרמב"ם ס"ל דגם בעיקרו מדאורייתא אמרינן יש ברירה. אך אין ראיה זו מוכרחת כ"כ, דהא דשינה מלשון הש"ס דנקט הלוקח יין מבין הכותים, דמיירי קודם שגזרו על יינם, משא"כ הרמב"ם כתב לדינא דעכשיו עשאום כעכו"ם גמורים, לכן לא היה יכול לכתוב כלשון הש"ס, אף דהיה יכול לכתוב דין זה בלוקח יין מישראל שידוע שלא הפריש, מ"מ כתב סתם מי שהיה לו כו', דמשמע בכל אופן בין משלו ובין בלקוח, ובסמוך יתבאר עוד דעתו בזה בס"ד.

יא) שוב אחרי העיון נלע"ד, דבאמת מאן דס"ל בש"ס אין ברירה גם בדרבנן, לאו מטעם ספיקא הוא, אלא כל שתלוי בברירה לא אמרינן כאלו הוברר מעיקרא, וכודאי לא הוברר

הדבר, ורק לדידן דס"ל לחלק בין דאורייתא לדרבנן סבירא לן דבגדר ספק הוא, ודברי התוס' בפ' השולח שכתבו בישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפות, דדחו פי' רש"י וס"ל דלא מהני להפריש מיניה וביה, טעמא אחרינא יש בזה, דודאי כל שלא הוברר מעיקרא גם כלא הוברר בסוף דמי, מ"מ הא דבר ידוע הוא שבעת שלקחו השדה בשותפות לא היה דעתם לחלק כל גרעין וגרעין אלא לחלק ע"פ מדה, וא"כ הוה כאלו ידוע שמקצת תבואה הוא של ישראל ומקצתו של נכרי, רק שא"י איזה מקצת, וא"כ כיון דס"ל דלא אמרינן הוברר הדבר כו', הוה כאילו לא נעשה דבר, וממילא מקצת של ישראל רק איני יודע איזהו, ולכן שפיר כתבו דא"א להפריש מיניה וביה, דשמא מקצת מהם הוי של ישראל ומעשר מן החיוב על הפטור, ואין זה דומה לגט שכל שלא הוברר לשם מי נכתב הוי כאילו לא נכתב לשמה כלל, וכן בכל דוכתי דשייך ביה ברירה ואינו בשותפות.

וגם רש"י נראה דס"ל דלמ"ד אין ברירה בכל מקום גם בדרבנן מטעם ודאי הוא, והא דכתב לר' יוסי (גיטין ע"ג ב') מגורשת ואינה מגורשת מטעם דאי"ב, י"ל דרש"י כתב כן לפרש דברי ר' יוסי דס"ל באמת כן דיש ספק אי אמרינן ברירה או לא, ואין זה תימה, דהרי כן מצינו דרבא מפרש בפ' יש בכור דר' יהודה ור' מאיר מספקא להו בברירה דס"ל האחין שחלקו מחצה יורשים ומחצה לקוחות, אבל למ"ד באמת אין ברירה ס"ל דמתורת ודאי הוא ולא מספק. והא לא תקשי אם נאמר דר' יוסי ס"ל דזהו ספק אם יש ברירה או לא, וא"כ בהא דלוקח יין למה ס"ל לר' יוסי דאסור, דהא לקוח אינו חייב במעשר מן התורה לשיטת ר"ת דלקוח אחר מירוח, וא"כ הוי ספיקא דרבנן, די"ל דרש"י ס"ל כשיטת ריב"ם שהביאו התוס' בפ' הפועלים דס"ל להיפוך, דלקוח אחר מירוח חייב מן התורה, ורק קודם מרוח אינו אלא מדרבנן. גם י"ל דס"ל לרש"י דכל שעיקרו מה"ת דינו כשל תורה ממש לענין ברירה.

יב) ועדיין יש לעיין בדברי הרמב"ם לפי מה שכתבנו דס"ל דבדרבנן אמרינן יש ברירה אף בדבר שעיקרו מן התורה, דלפי"ז יקשה מה שכתב (בפ"א מהלכות תרומות הלכה כ') וז"ל, שותפות העכו"ם חייבת כו', כיצד, ישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפות, אפילו חלקו שדה בקומתה כו' הרי טבל וחולין מעורבים זה בזה בכל קלח וקלח מחלקו של עכו"ם, אעפ"י שמרחן העכו"ם וחיובם מדבריהם כמו שבארנו, עכ"ל. הרי שכתב בפירוש, דאף דמן התורה מירוח העכו"ם פטור אפילו בשל ישראל, וא"כ גוף האיסור בכל חלקו של עכו"ם הוי מדרבנן, אעפ"כ ס"ל דאין ברירה, וע"כ צ"ל משום דעיקרו הוא מן התורה דינו כשל תורה ממש.

ואח"כ כתב שם בהלכה כ"א וז"ל, בד"א בארץ ישראל שהמעשרות של תורה, ובשל תורה אין ברירה, אבל אם לקחו שדה בסוריא, הואיל והמעשרות שם מדבריהם אפילו חלקו הגדיש חלקו של עכו"ם פוטר. הרי דס"ל דאעפ"י שעיקר חיוב תרומה הוא מן התורה, מ"מ מקרי דרבנן ויש ברירה, הרי נראים דבריו סותרים זה את זה. וא"כ צריך לחלק, דדוקא בסוריא כיון שהמקום גורם שאין שייך בו חיוב מן התורה לעולם הוי כמו עיקרו בדרבנן, משא"כ בארץ ישראל אף דמירוח עכו"ם פוטר נקרא עיקרו מן התורה, וכן כתב באמת ביש"ש בדיני ברירה פ' הפרה פ"א הלכה י"ג יעו"ש. ומטעם זה פסק שם היש"ש, דגם בזה"ז שתרומה ומעשר גם בא"י הוא מדבריהם ג"כ לא אמרינן ביה ברירה. **ולענ"ד** אין זה הכרח, די"ל דטעמו של הרמב"ם הוא דכיון דבאמת בשל תורה לא שייך ברירה כמ"ש, וא"כ כל שחלקו התבואה קודם מירוח מן התורה כאילו לא חלקו כלל דמי, ואף דקודם מירוח פטור לעולם מן התורה דמירוח קובע לתרומה ומעשר, מ"מ מן התורה עומד להתחייב, ושפיר חל עליו שם איסור תורה, ולכן אף שלאח"כ נתמרח ע"י עכו"ם ונעשה דרבנן, הוי כמו כל ספק איסור תורה שנעשה ע"י גלגול דרבנן, דאינו מועיל ונידון כספק תורה ממש, משא"כ בהא דלקח תשעה וכלב, שבאותם העשרה שביד חבירו קודם שנקרא וחל על התערובות שם מחיר כלב כבר נולד בתערובות ולא היה עומד לאיסור תורה כלל, לכן שפיר אמרינן ביה ברירה.

ולפ"ז י"ל, דבאמת בזה"ז ס"ל להרמב"ם דבשותפות ישראל ועכו"ם יש ברירה, כיון שמעולם לא היה עומד להתחייב מן התורה כלל, וכן כתב באמת בכ"מ שם דהרמב"ם מודה בזה"ז, והא דסתם וכתב שם דבא"י חייב חלקו של עכו"ם, לדינא כתב כן, וסמך עצמו על מה שכתב בסוף הפרק דבזה"ז דרבנן, ובהלכה כ' העתיק דינא דגמרא, ונ"מ בזמן שחייב בא"י מן התורה, וכן דרכו של הרמב"ם בחיבורו לכתוב הדינים שחייבים בא"י אף שבזה"ז אינו נוהג, ויתבאר עוד בסי' שאח"ז בס"ד.

סימן ב

דין דבר שעיקרו מדאורייתא אי אמרינן ביה ברירה

א) יש לחקור בדבר שעיקרו מן התורה ועכשיו הוא דרבנן, אי אמרינן ביה ברירה או לא. דהנה התוס' בפ' בכל מערבין (דף ל"ז ע"ב) ד"ה מאן האי תנא דאמר אפילו בדרבנן לית ליה ברירה כו' כתבו, דהוי מצי למימר דר' יוסי דאגודת ירק הוא, דמעשר ירק מדרבנן, ושמא כיון דעיקר מעשר מן התורה חשיב ליה כדאורייתא כו', עכ"ל. מבואר מדבריהם דכל שעיקרו מן התורה דין תורה יש לו לכל דבר לענין ברירה.

אבל לפי הכלל שכתבנו בסימן הקודם דלדידן דמחלקין בין דאורייתא לדרבנן בברירה הוא מטעם ספק דרבנן לקולא, קשה לפי"ז, דהא אפילו בדבר שעיקרו מדאוריתא קיי"ל בכמה מקומות דספיקו לקולא, כמו בהא דאיתא ביו"ד סי' קי"א בדין שתי קדירות וחתיכה אחת של איסור ואיני יודע לאיזו נפל, אם יש בקדירת היתר רוב דקיי"ל דמותרים. והוא מוכח מדברי הש"ס ריש פ' אלו עוברין ובכ"מ, בדין שתי קופות ושתי מדוכות. ועיין בש"ך בכללי ספק ספיקא אות י"ט ובכ"מ. וכ"ש במה דכתבו התוס' בדין אגודה של ירק דדמאי, דקיל יותר משאר איסורים מדבריהם, וכמו שאמרו בכמה מקומות דבדמאי הקילו משום דרוב עמי הארץ מעשרים הם. ועיין פ"ק דפסחים (דף ט' ע"ב) ובאו"ח סי' תל"ד בהנך בעיות דעכבר, דאם ביטל קיי"ל ספיקא דרבנן לקולא אף דעיקרו מדאורייתא.

וסבור הייתי לומר, דהתוס' לא כתבו כן לדינא, אלא אליבא דרב נחמן, דלמה לא השיב לרבא תנא דאגודת ירק היא, וע"ז תרצו דרב נחמן ע"כ ס"ל דספיקא לחומרא אף בדרבנן בכל מה שעיקרו מן התורה, דהא ר"נ בעצמו ס"ל לעיל (דף ל"ב ע"א) בהא דחזקה שליח עושה שליחותו בשל סופרים ולא בשל תורה, ובדבר שעיקרו מן התורה ס"ל דדינו כשל תורה לענין זה, כמ"ש התוס' שם ד"ה תאנה מתאנתי ע"ש, ובמקום אחר כתבתי באריכות, דהא דמחלק ר"נ בהך חזקה בין דבר של תורה לשל סופרים הוא מטעם ספיקא, דספק אם החזקה טובה או לא, הרי דר"נ ס"ל דבדבר שעיקרו מן התורה לא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו, דמוכח מדרב ששת דאמר מנא אמינא לה כו', ומקשה על ר"נ, וא"כ מסתמא היה יודע דרב נחמן ס"ל דזה הוי כדאורייתא ממש לענין זה. ועיין בפ' הערל (דף פ"א ע"א), אמר ריש לקיש מאכילה בתרומה ואין מאכילה בחזה ושוק, ופרש"י משום דספק איש וספק אשה הוא. ושם מקשה לר"ל מאי שנא חזה ושוק דאורייתא כו', ומתרץ בתרומה בזמן הזה דרבנן. הרי מוכח שגם בעיקרו דאורייתא מקלינן בספק.

ב) ובאמת יש בזה מבוכה גדולה, דהנה בפ' בכל מערבין (דף ל"ה ע"ב ודף ל"ו ע"א), פריך מדר' מאיר אדר' מאיר דבספק טומאה מקיל ובספק עירובין מחמיר, ומשני קסבר ר' מאיר תחומין דאורייתא וטומאה דרבנן. ומקשה שם דר' יוסי אדר' יוסי, ומשני, שאני טומאה הואיל ועיקרו מן התורה, ואבע"א הא דידיה הא דרביה, א"כ מבואר לנו, דר"מ ס"ל אף בדבר שעיקרו מן התורה דין ספק תורה יש לו לכל דבר, דאפילו לתירוץ ואבע"א, אדרבא, ר' יוסי בעצמו ס"ל דאפילו בדרבנן גמור אזלינן לחומרא. אך רבא תירץ שם,

דשאני במקוה דאוקי טמא על חזקתו יעו"ש, א"כ לדידיה אין הכרח לחלק לר' יוסי בין עיקרו מדברי תורה או לא.

ולכאורה לדברי רב הונא בר חיננא יקשה, דהא ר' יוסי בעצמו ס"ל דספיקא דרבנן לקולא אפילו בעיקרו מן התורה, כדמוכח בפ' הערל שהבאתי. אם לא שנאמר, דרב הונא ס"ל כר' יוחנן דפליג שם על ר"ל, וס"ל דר' יוסי ס"ל אף מאכילה בחזה ושוק דודאי זכר משוינן ליה, אף דר' יוחנן קאמר שם לר"ל מי סברת תרומה בזה"ז דרבנן כו', מוכח דמודה בזה לר"ל, דאי הוה טעמו של ר' יוסי משום תרומה דרבנן, גם בעיקרו דאורייתא דינא הכי, מ"מ י"ל דר' יוחנן לדבריו של ר"ל קאמר ליה, דאפילו לסברתך אליבא דר' יוסי קשה, דהא תרומה בזה"ז דאורייתא [לר' יוסי]. ומ"מ לענין דינא נראה ודאי, דכיון דרבא לא ס"ל לחלק בין עיקרו דאורייתא או לא לענין ספק, דלכך תירץ שם משום דאוקמיה גברא אחזקה כו', ודאי דקיי"ל כרבא לגבי רב הונא בר חיננא, דמאביי ורבא ואילך הלכא כבתראי, וגם הוא מרא דתלמודא יותר מרב הונא בר חיננא, וגם דר"ל ור' יוחנן דפ' הערל משמע דהכי ס"ל.

הן אמת, מצינו בפ' האומר בגיטין (דף ס"ה ע"א), דאמר שם כי אמרינן כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תיקון, בדבר שיש לו עיקר מן התורה, אבל בדבר דאין לו עיקר מן התורה לא כו', הרי דמשמע באמת סתמא דש"ס ס"ל הכי, דדבר שיש לו עיקר מן התורה דין תורה יש לו. אבל אין משם ראיה, דדוקא בדבר שאין בו ספק כעין הא דאיתא שם גבי קטן שאין לו זכיה לאחרים, כיון שתקנו רבנן שצריך לעשות עירוב וצריך לזכות, א"כ צריך זיכוי ע"י מי שיש לו זכיה לאחרים כמו בשל תורה, דכיון שתקנו לדבר ע"י זכיה צריך שיהיה בר זכיה מן התורה, אבל בדבר שהוא ספק, כלל גדול אמר, דבספק לא העמידו דבריהם, דלא שייך בזה כעין דאורייתא תיקון, דכן תקנו רק בודאי ולא בספק, וזה פשוט.

עוד יש ראיה דהרמב"ם לא ס"ל כדעת התוס' הנ"ל, ממה שכתב (בפ"י מה' מעשר הלכה ח'), עם הארץ שאמר לחבר קח לי אגודה של ירק או גלוסקא כו' א"צ לעשר כו', וע"כ צ"ל משום דבדרבנן יש ברירה וכמ"ש בכ"מ שם, הרי דלא ס"ל כמ"ש התוס' שם. ולדידיה צ"ל, דמה שלא אמר שם דהאי תנא דאגודת ירק היא, כבר כתבנו דר"נ באמת ס"ל כסברת התוס' ולכן אשתיק. ולמסקנא דרב יוסף אמר תנאי היא, בלאו הכי היה יכול לומר דהא תנא דאגודת ירק היא, אלא דניחא ליה לאשכוחא תנא בעירוב עצמו, דעליה קאמר שם מאן האי תנא כו'.

הגה"ה. אכן לפי מה שכתבנו בסימן הקודם ליישב שיטת רש"י דפ' מי שאחזו, דס"ל לר' יוסי דאין ברירה רק מטעם ספק, א"כ קשה מה דמקשה שם הש"ס בפ' בכל מערבין, וסבר ר' יוסי אין ברירה, והא תניא ע"ה שאמר לחבר כו', והא מעשר ירק דרבנן הוא, וא"כ לדידה דס"ל דספק הוא קיי"ל דיש ברירה לקולא. וצ"ל דעיקר קושייתם ממה דתנן ג"כ שם גלוסקא אחת, דהוא חייב מן התורה. ובהיות כן יש לתמוה על הרמב"ם דפ"י מה' מעשר שהעתיק לשון המשנה גם בגלוסקא, ופסק דא"צ לעשר משום דיש ברירה, וכמ"ש בכ"מ שם. אבל המעיין בפי' המשנה להרמב"ם שם פ"ו דדמאי, יראה שפירש זו המשנה ע"פ הירושלמי לא כסוגיא דתלמודא דידן, והירושלמי לא מפרש שקנה שניים אחד לו ואחד לע"ה, רק אחת לבד יעו"ש. ולפי"ז דברי הכ"מ שם שכתב על דברי הרמב"ם הטעם משום דיש ברירה כסוגיית הש"ס שלנו, וזה אינו, דא"כ היה לו לפסוק דבגלוסקא חייב לעשר, וצ"ע /ע"כ הגה"ה/.

אכן לפמש"כ בהג"ה, דין זה שכתב הרמב"ם בע"ה שאמר לחבר כו' לאו מטעם ברירה הוא, דהא גם בגלוסקא כתב כן והוא דאורייתא, ובאמת כתב שם כן לפי שיטת הירושלמי דמיירי שלא לקח ג"כ לעצמו רק בשביל ע"ה לבד, וע"ש מה שכתב בפי' המשנה והובא בכ"מ שם. ועין בספר פתח הבית דיני ברירה ענף י', שהקשה בש"ס דפרק בכל מערבין דקאמר מאן האי תנא דאפילו בדרבנן כו', למה לא קאמר תנא דלוקח יין הוא, דלקוח פטור מן התורה. ותירץ שם, דכיון דבשלו א"א לומר שאני עתיד להפריש משום דאי"ב בדאורייתא, שוב אין לחלק בין שלו לבין לקוח. ואיני יודע מניין לומר סברא זאת דלא פלוג.

גם אין לתרץ כמש"כ התוס' משום דעיקרו בדאורייתא, דהא ר' מאיר ע"כ ס"ל דגם בעיקרו מן התורה ספיקו לקולא, כדמוכח מהא דספק טומאה שם (דף ל"ה) שהבאתי למעלה. וא"כ לפמ"ש, התוס' (דף ל"ז ע"א שם) שמקשה דר"מ ס"ל כאן יש ברירה ובפ' יש בכור מספקא ליה שם באחין שחלקו וס"ל מחצה יורשים ומחצה לקוחות, ולפמ"ש לא מקשו מידי, דהא ר"מ ס"ל ספיקא דרבנן לקולא גם בעיקרו מדאורייתא. אבל לפמ"ש למעלה, בהא דלקוח לא שייך להקל מטעם ספיקא דרבנן, כיון דתחילה חל עליה שם איסור תורה.

ג) עיין שם בספר הנ"ל שהביא קושיית המגן אברהם באו"ח סי' תצ"ה ס"ק י', שהקשה על הסוברים דטעמא דחכמים בהא דעומד אדם על המוקצה משום דאין ברירה, דא"כ קשה על הרמב"ם למה פסק דצריך שירשום, הא בדרבנן יש ברירה. והביא שם תירוץ המחבר שעה"מ פ"ג מהל' גירושין שתירץ, דכיון דעיקר הטעם משום ספיקא דרבנן

לקולא, ובדבר שיש לו מתירין קיי"ל ספיקא לחומרא. וכעין זה מצאתי בספר צל"ח להגאון נו"ב במס' ביצה, דכתב דכיון דקי"ל ספק מוכן אסור כדאיתא בפ' אין צדין (דף כ"ד ע"א), ולכן בכה"ג לא סמכינן אברירה. אך לפ"ז קשה לענ"ד בהא דאיתא בפ"ק דביצה (דף י' ע"א), בהא דתנן בית הלל אומרים עומד ואומר זה וזה אני נוטל, ופריך שם בש"ס מהא דתנן המת בבית כו', וב"ה אומרים אף משימות המת, ומסיק שם דר' אושעיא אמר לטהר את הפתחים מכאן ולהבא, רבא אמר למפרע כו', ומפרש טעמא דמתני' דהטעם משום דאתי לאמנועי משמחת יום טוב יעו"ש. ולפי מאי דקיי"ל ספק מוכן אסור, קשה, למה הוצרך רבא לשנויי בגוונא אחרינא, ולא קאמר דהטעם דבמוקצה לא סמכינן אברירה דספק מוכן אסור.

ובאמת יש לתמוה בזה, דלפי מה שכתבו הפוסקים דלכך ספק מוכן אסור, משום דהוי דבר שיש לו מתירין, דא"כ ברישׁ מכילתין שם (דף ג' ע"ב) דפריך מהא דתניא וספיקא אסורה לרב יוסף ולר' יצחק הא הוי ספק דרבנן, והוצרך רב פפא לתרץ האי תנא דלטרא קציעות הוא, עד דרב אשי שם מתרץ משום דהוי דבר שיל"מ, ולפי מה שכתבנו משנה מפורשת היא דספק בדשיל"מ אסור, מהא דתנן ספק מוכן אסור, וא"כ דקארי לה מאי קארי לה.

והיה נראה לענ"ד לכאורה לומר, דמספק מוכן אין ראיה כלל, דשם מיירי במצודות הפרושות מעיו"ט, דלא יטול מהם אא"כ יודע שניצודו מעיו"ט, דשם י"ל העמידוה על חזקתה הראשונה והשתא הוא דניצודו ביום טוב, וספק דרבנן במקום חזקת איסור קיי"ל דאסור, משא"כ בהא דביצה שנולדה וספק ביום טוב ספק בעיו"ט, שם לא שייך לומר אוקמיה אחזקה והשתא הוא דנולדה, דאדרבא יש חזקה אחרת כנגדה, דהעמד הביצה בחזקת היתר שהיתה במעי אמה, דהרי השוחט תרנגולת מצא בה ביצים גמורות קיי"ל דמותרות. וכעין זה כתבו התוס' ברישׁ פ' הלוקח בהמה בהא דלוקח בהמה מניקה כו', דלא שייך לומר העמד בהמה בחזקת שלא ילדה מקודם, דאדרבא העמד הולד על חזקתו שאינו קדוש כמו שהיה במעי אמו יעו"ש. ולכן שפיר הקשו, הא הוי ספיקא דרבנן במקום דליכא חזקה, ורב אשי הוא שחידש דבר שיש לו מתירין גם במקום דליכא חזקה אזלינן לחומרא בספיקו. וא"כ יש לתרץ, דבאמת רבא ג"כ לא ס"ל כרב אשי בהא, וס"ל דמה דתנן ספק מוכן אסור היינו דוקא במקום חזקה משא"כ בשאר ספק, ואין חילוק בין דשיל"מ לשאר ספיקא דרבנן, אבל אנן קיי"ל כרב אשי דהוא בתרא טפי.

ד) שוב ראיתי בדברי הרמב"ם (בפ"ב מהל' יום טוב הלכה ו') שכתב, זימן שחורים ולבנים כו', שאני אומר שמא אותם שזימן כו', וכל ספק מוכן אסור. ושם הביא הרב

המגיד דברי הרשב"א שחלק ע"ז, וכתב דלא אמרו ספק מוכן להחמיר אלא בדבר שקרוב ליגע באיסור תורה, כגון בהא דמצודות ספק ניצוד ביום טוב כו', הרי דחילק וכתב דלא בכל מקום אסרו ספק מוכן, וא"כ א"ש מה דמקשה ארב יוסף ור' יצחק. אבל כבר השיג הרב המגיד על הרשב"א שם מהא דפ"ק בביצה שנולדה הנ"ל, ולכאורה הוא תמיה עצומה על הרשב"א, למה לא פסק כרב אשי דבתראה הוא וס"ל להחמיר בכל ספק מוכן משום דבר שיש לו מתירין.

ונראה דדעת הרשב"א הוא דמוכח מסתמא דש"ס בפ' בכל מערבין (דף ל"ז) שהבאתי למעלה, דספק עירוב מותר ולא מחמרינן מטעם דשיל"מ, ולא ס"ל כשיטת התוס' משם דבעירוב הקילו, דלמה הקילו בו משאר ספק דרבנן בדבר שיש לו מתירין, ואדרבא מצינו חומר בעירובי תחומין יותר משאר איסור דרבנן כמש"כ התוס', דביהמ"ש אין מערבין עירובי תחומין אף על גב דלא גזרו על שאר שבות ביהמ"ש לרבי. ולכן ס"ל להרשב"א דלא החמירו בספק דרבנן בדבר שיש לו מתירין, רק בספק מוכן דקרוב ליגע באיסור תורה.

ונראה קצת מדברי הרשב"א שמפרש מה דאסרינן בדבר הניצוד ביום טוב, היינו משום דגזרינן שמא יצוד, ודלא כמ"ש התוס' בריש פ"ק ובמס' עירובין ובפ"ק דחולין (דף י"ד ע"א), דהטעם שם משום מוקצה, ולא גזרינן שמא יצוד משום שהוא דבר שיש בו טורח יעו"ש. וגם לפי שיטת התוס' ג"כ יש לחלק בין הא דספק מוכן לשאר ספק דרבנן בדבר שיש לו מתירין, כמ"ש בתוס' ישנים בריש פ"ק דביצה, דמקשה מהא דתניא וספיקא אסורה לרב יוסף ור' יצחק, ולא מקשה על ר"נ דמפרש משום מוקצה, וכתב שם דבמוקצה החמירו טפי כעין ספק של תורה יעו"ש, וצ"ע. ועכ"פ נראה לפי שיטת הרשב"א שזכרנו דס"ל דכל ספיקא דרבנן בדשיל"מ מותר, א"כ יש לנו לומר דשם יש ברירה לקולא, וא"כ בהא דס"ל לב"ה ביונים שבקן שצריך לומר זה וזה אני נוטל ולא סגי שיאמר מכאן אני נוטל למחר, דאין הטעם משום ברירה, אלא מהך טעמא דמפרש רבא שם, דילמא אתי לאמנועי משמחת יום טוב, ודו"ק.

ה) ויש לי מקום עיון, לפי מאי דמסיק בפ' משילין (דף ל"ז ע"א) דהלכה כר' אושעיא דיש חילוק בברירה בין דאורייתא לדרבנן, ולכן מוקי ר' אושעיא פלוגתא דב"ש וב"ה בהא דמת בבית ולו פתחים הרבה נפתח אחד מהם כו', לטהר הפתחים מכאן ולהבא אבל לא למפרע משום דבדאורייתא אין ברירה, כיון דלא אמרינן הוברר הדבר למפרע א"כ למה טמאים הכלים שבכל הפתחים, דהא לא שייך לומר סוף טומאה לצאת כיון שאינו מבורר תחילה באיזה פתח יצא לא שייך לומר סוף כו', ואפילו אותו הפתח שנפתח היה

לנו לטהר, דלא שייך לומר הוברר הדבר שהוא היה סופו לצאת דרך שם, ואף לפי מש"כ דלדידן דקיי"ל דיש חילוק בין דאורייתא לדרבנן הוא בגדר ספק, א"כ כל פתח ופתח הוא בספק טומאה מהלכה למשה מסיני, וספק טומאה ברה"י טמא, מ"מ רובם טהורים, וברוב גם בטומאה אזלינן לקולא, כדמוכח מהא דט' צפרדעים ושרץ א' ביניהם, כדאיתא בסוף פ"ק דכתובות, וקבוע לא שייך כאן, כיון דאין האיסור ידוע במקומו, ובתערובות חנויות לרוב הפוסקים הוא דרבנן, וכמ"ש התוס' בפ"ק דנזיר (דף י"ב ע"א) ע"ש.

ואפשר לומר, דבאמת זהו טעמו של רבא שם דקאמר לעולם למפרע כו', משום דס"ל דזהו רק מדרבנן מטעם הנ"ל, ובכה"ג אמרינן ברירה, ולכן מוקי גם מתני' מטעם דאתי למנועי כו', אבל ר' אושעיא ס"ל כיון שסוף שיוודע הפתח שיצא דרך שם, הוי כאלו ניכר האיסור במקומו מתחלה, וכיון דלא אמרינן ברירה בדאורייתא הוי ספק קבוע, דמה"ת הוא. גם י"ל, דר' אושעיא ורבא פליגי במה שיש לו עיקר מן התורה אם דינו כשל תורה לענין ברירה או לא, דר' אושעיא ס"ל דדינו כשל תורה, ולכן ס"ל דדוקא מכאן ולהבא טהורים, דאע"ג דרובא לטהרה מ"מ מקרי יש לו עיקר מה"ת, כיון דאין ההיתר רק מצד תערובות, אבל רבא ס"ל דגם בישׁ לו עיקר מן התורה אמרינן יש ברירה, וקיי"ל כרבא דבתראה הוא, וא"כ יש קצת ראיה למש"כ, ודלא כהישׁ"ש בזה, וצ"ע.

ו) וראיתי בספר פני יהושע לגיטין פ"ג, שהקשה בהא דקאמר הש"ס על ר' יוחנן דס"ל אף אחרון אינו פוסל ואזדא ר' יוחנן לטעמיה דאמר ר' יוחנן האחין שחלקו כו', ולמה לא אמר דאזדא לטעמיה דס"ל בפ' משילין דאף חביות אסורה, דאפילו בדרבנן לית ליה ברירה, א"כ ס"ל דמטעם ודאי הוא ולא מספק יעו"ש. ובאמת ל"ק מידי, דהא שם בפ' משילין, הא גופא דר' יוחנן ס"ל אף חביות אסורה דלית ליה ברירה, לא שמעינן לה רק מהא דס"ל האחין שחלקו לקוחות הם, דהרי תחילה היה רוצה לומר שם להיפוך דר' יוחנן ס"ל יש ברירה ע"ש.

עוד נראה לתרץ ע"ד חידוד קצת, ולתרץ קושיית האחרונים על הרמב"ם דפסק דדין ברירה ספק הוא, ולכך יש חילוק בין דאורייתא לדרבנן, דא"כ למה פסק בהא דאחין שחלקו לקוחות הם ומחזירים זה לזה ביובל, למה לא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה כמש"ל. ומה שתרצו האחרונים משום מצוה, אין תירוץ זה מספיק, דמה בכך דמצוה הוא, הרי מתנות עניים וצדקה מצוה רבה היא, ובספיקא קיי"ל לקולא, כדמוכח בפ' הזרוע והלחיים, וכמ"ש הר"ן בפירושו לנדרים פ"ק.

ולכן נלע"ד תירוץ יותר מה שתירץ בספר גט פשוט, דהטעם הוא משום דקרקע בחזקת בעלים קיימת, שכיון שהתורה צותה לכל לוקח להחזיר ביובל, ועד היובל אינו בחזקתו

כלל רק לאכילת פירות, והרי היא כשכורה אצלו, דלענין מוחזק קיי"ל בכ"מ בחזקת המשכיר קיימא, אך כ"ז לדידן דקיי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמיא, לכן שפיר קיימא בחזקת המוכר שהוא אחיו ומחוייב להחזיר לו מספק, משא"כ לר' יוחנן דס"ל קנין פירות כקנין הגוף דמי, א"כ הרי הוא בחזקת המחזיק בו ממש לענין פירות אפילו אם יהיה כלוקח, וא"כ ממש"כ דמחזירין ביובל ומוציאין מיד המוחזק, מזה מוכרח דס"ל אין ברירה מתורת ודאי ולא מספק, ולכן ס"ל דאף אחרון אינו פוסל לכהונה, וא"ש מה שאמרו ואזדא כו'.

אך עדיין קשה, דשם בפ' משילין דפריך ומי אית ליה לר' יוחנן ברירה, והא אמר האחין שחלקו כו', קאמר אח"ז, וכ"ת כי לית ליה לר' יוחנן ברירה בדאורייתא כו', האיך ס"ד הכי, דא"כ יסבור ר' יוחנן דאין ברירה מטעם ספק, וא"כ יקשה למה אמר מחזרין זה לזה ביובל, והא אית ליה דקנין פירות כקנין הגוף דמי וא"כ המע"ה. וראיתי בספר פתח הבית שמביא מזה ראיה לדעת היש"ש, דאפילו מאן דמחלק בין דאורייתא לדרבנן ס"ל מטעם ודאי הוא ולא מספק. ויתבאר לפנינו בס"ד דאין דברים מוכרחים, וגם דעת הראשונים אינו כן כמו שיתבאר באריכות בס"ד.

ולכן נלע"ד, דלענין אחין שחלקו שאני, דלא דמי לכל מקום דאמרינן אין ברירה דהוי כמו שלא עשה כלום, וכמו בהא דכתוב גט לאיזו שתצא בפתח תחלה או לאיזה שארצה אגרש, דכיון דאין ברירה כמו שלא נכתב לשמה כלל ובתורת ודאי הוא, משא"כ באחין שחלקו בכמה שדות, אפילו נאמר ודאי אין ברירה, אין סברא לומר דודאי החליפו של זה לזה, דהא כשמת אביהם ירשו בשוה כל השדות ובכל א' יש לכל אחד חלק בו, וכן להיפוך, אפילו אם נאמר דיש ספק שמא זהו חלקו המגיע משעה ראשונה, מ"מ אי אפשר לומר דזהו חלקו, דבכל אחד יש חלק לחבירו. אך אי אמרינן יש ברירה מתורת ודאי, שפיר שייך לומר זהו חלקו המגיע, דבשעה שמת אביהם זכתה להם התורה בתורת ירושה שכל אחד מה שיברר חלקו יהיה יורש אותו משעה ראשונה כשמת אביו, ומה שמברר אח"כ הוי כמבורר בשעת מיתה חלקו של כל אחד, משא"כ אם נאמר אין ברירה או שספק אם יש ברירה או לא, נאמר כיון שספק הוא נשאר הדבר בחזקתו הראשונה שהיו כל השדות עומדים להיות ברשות כל האחין, ולא שייך לומר המע"ה כלל, וא"כ קאמר שפיר וכ"ת כו'. ובזה ג"כ מיושב דעת הרמב"ם, אף שפוסק לחלק בברירה בין דאורייתא לדרבנן, מ"מ ס"ל דאחין שחלקו מחזירין כו', דלא שייך כאן המע"ה, דבכל ספק אומרים כאלו לא נעשה דבר, ואוקי אחזקה קמייתא, ודו"ק.

ועיין בתוי"ט פ"ח דפסחים שהביא דברי הרמב"ם מה שכתב (פ"ג מהל' קרבן פסח הלכה א'), האומר לעבדו צא ושחוט כו', ואם היו מלך ומלכה ואמר לעבדו לשחוט כו', יאכל מן הראשון משום שלום מלכות. ובש"ס פ' האשה קאמר שם דדין זה תלוי באם יש ברירה או לא, ועיין רש"י שם ולפירושו א"ש, אבל להרמב"ם שמפרש משום שלום מלכות קשה, וכי בשביל זה יתירו איסור דאורייתא. ומזה בא לידון בדבר חדש, דמן התורה אמרינן בכל דוכתי יש ברירה, רק דרבנן החמירו בדאורייתא לומר אין ברירה יעו"ש. ובאמת דברי יחיד הם, וכל הפוסקים ראשונים ואחרונים לא ס"ל הכי. גם יש לתמוה ע"ז מכמה מקומות בש"ס. אמנם לפי מש"כ דהרמב"ם ס"ל דמה דקיי"ל להלכה לחלק בין דאורייתא לדרבנן הוא משום ספק, וא"כ א"ש דהרמב"ם לשיטתו אזיל דס"ל בכל ספק איסור תורה מן התורה מותר, וא"כ כיון שאין זה אלא איסור דרבנן, שפיר הקילו איסור זה משום שלום מלכות. ולפרש"י שם שפירש מה שאמרו שאני מלך ומלכה דדעתם קלה עליהם, שר"ל שאין מקפידין אם גדי ואם טלה, וא"כ לא שייך שם חשש ברירה, וא"ש.

ז) עוד ראיתי בס' הנ"ל בשם השער המלך, שהקשה בהא דאיתא בפ"ק דבבא מציעא ופ"ק דקדושין, במעשה דרבן גמליאל וזקנים שהיו באים בספינה, ואמר ר"ג עישור שאני עתיד למוד כו', והביא שם דברי הריטב"א בחידושיו, שכתב אף דלא קבע מקום למעשרות בצפונו ודרומו, זה אינו אלא למאן דלית ליה ברירה בזה בעינן קביעת מקום, משא"כ למאן דאית ליה ברירה, וא"כ מוכח דר"ג אית ליה ברירה, וא"כ קשה מה שאמרו בפסחים פ' האשה (דף פ"ח ע"ב) מעשה במלך כו', אמר ר"ג אנו לא נאכל לא מן הראשון ולא מן השני כו', הרי דלית ליה ברירה. ולכאורה קושיא עצומה היא. ומש"כ שם לתרץ משום שהיה בדרך ולא היה אפשר לעשות באופן אחר, וא"כ לפי דעת התוס' יום טוב דמדאורייתא אמרינן ברירה בכל מקום, מה שהיה יכול לתקן תיקן, ודבריו תמוהים, והרי היה יכול לקבוע להם מקום בצפונו ובדרומו גם כשהיה בדרך, ובזה היה יוצא מחשש ברירה כמ"ש הריטב"א שם.

והנה דברי הריטב"א שם, שכתב דלמאן דאית ליה ברירה א"צ לקבוע מקום, אין זה מוסכם, דהרי התוס' בגיטין ובפ"ג דסוכה ובפ"ג דעירובין בהא דהלוקח יין מבין הכותים כתבו שם, דאין זה הפרשה גמורה כיון שאינו קובע מקום, ושם אתיא אליבא דר' מאיר דס"ל שם יש ברירה, וכתבו שם דמיירי בע"ש בין השמשות, שהיה אסור לקרוא להם שם בקביעות מקום, וא"כ קשה על ר"ג למה לא קבע להם מקום בצפונו שיהיה הפרשה גמורה.

והנה לפירוש התוס' שם שפירשו דשם מיירי לענין ביעור, דאי"צ לקריאת שם מעשר כלל רק לקריאת שם בעלים למי יתן התרומה והמעשרות, א"כ אתי שפיר בלאו הכי, אף דלית ליה לר"ג ברירה, מ"מ קיים בזה מצות ביעור, אבל גם לרש"י יש ליישב לפי מאי דקיי"ל לחלק בין דרבנן לדאורייתא ובגדר ספק הוא, א"כ הוצרך ר"ג לתקן כל מה שהיה יכול, דהרי לרש"י החשש היה שמא יאכלו בני הבית מהם ולא מטעם שהגיע שעת הביעור, א"כ לא היה יכול לקבוע להם מקום, דמנין יודע מאיזה מקום יאכלו בני ביתו, ושמא יאכלו התרומה עצמה שהפריש, ולכן הוצרך לקרוא להם שם בסתם, דעכ"פ ינצלו מאיסור ודאי להכנס באיסור ספק, דשמא יש ברירה. ולא תקשה לפי מש"כ שם התוס', דלכך לא הזכיר ר"ג שם תרומה, משום שכבר הפריש התרומה בביתו, שא"א לגורן שינטל כו', א"כ לא היה כאן רק חשש טבל, וא"כ מוטב היה לו לר"ג לקבוע מקום למעשרות כדי שינצלו בני ביתו מאיסור טבל, ובחשש גזל לויים לא היה חשש, שאח"כ יתנם ללויים חלקם, וגם לעניים יתן חלקם, דעכ"פ לא ינצלו מחשש איסור טבל לתרומת מעשר.

אך לענ"ד בלאו הכי לא קשה מידי, דנראה דרבן גמליאל שנזכר בפ' האשה אינו מה שנזכר בפ"ק דב"מ ובקדושין, דאותו שנזכר בפסחים היה ר"ג הזקן שהיה בזמן הבית, בזמן שהיה מלך בישראל, והקריבו קרבן פסח כנזכר שם, ואותו שנזכר בב"מ ובקידשין היה נכדו שהיה בזמן של ר' יהושע ור' אלעזר בן עזריה שהיו אחר החורבן, שבזמן הבית ראב"ע קטן היה כנזכר בתוס' בכ"מ, וגם רבן גמליאל שהיה בזמנם ודאי לא היה בזמן שהקריבו קרבן פסח בזמן שהיה מלך בישראל, וזה ברור.

הגה"ה. עיין ברמב"ם (פ"ט מהל' מעשר ונטע רבעי הלכה ז') שכתב, והצנועין היו מניחים את המעות כו' כל הנלקט כו', שהרי אי אפשר לפדותו במחובר כו'. והקשו עליה המחברים, למה הוצרך לטעם זה, הא בלאו הכי אי אפשר לפי מה שפוסק בדאורייתא אין ברירה, וכמו דאיתא בפ' מרובה (דף ס"ט ע"ב) דמאן דלית ליה ברירה אי אפשר לומר כל המתלקט כו', עיין בס' פתח הבית מש"כ בזה. ולענ"ד לא קשה מידי, דכוונת הרמב"ם בזה הוא מה דקשה על הצנועין למה לא היו מחללין כל הכרם בבת אחת, שבזה לא הוי חשש ברירה, ובלאו הכי צריך לפרש הך טעמא, דהא הא דצנועין רבן שמעון בן גמליאל קאמר לה שם, ורשב"ג ס"ל דיש ברירה כמו שמוכח מהא דישראל ועכו"ם שהיה להם שדה בשותפות דמביא בפ' השולח כמש"ל, וא"כ לפי מאי דמסיק הש"ס דכל הנלקט קאמר ולא כל המתלקט, למה לא אמר אליביה דרשב"ג כל המתלקט, אלא על כרחך משום דאין פדיון במחובר כדאיתא בתוספתא שהביא הכ"מ שם, וגם התוס'

הביאו הך תוספתא, וע"ש מה שתירצו ליישב הך דתוספתא לפי מאי דקאמר בש"ס שם כל המתלקט /ע"כ הגה"ה/.

סימן ג

דין חמץ של שני שותפין, ואחד מכר לפני הפסח לנכרי כדין, והשני לא מכר

הגאון בעל שאגת אריה בספרו סי' פ"ט, פלפל שם בדין שני שותפין בחמץ, ואחד מהם מכר לפני הפסח לעכו"ם כדינו, והשני שכח ולא מכר ועבר עליו הפסח. והעלה שם, דודאי כשחלקו אח"כ, מה שעלה לאותו שמכר לפני הפסח ודאי דמותר, דבדרבנן קיי"ל יש ברירה, ואמרינן הוברר למפרע שזהו חלקו מה שנמכר לנכרי, וחלקו של השני צדד שם ג"כ להקל לפי הכלל שמחלקין בברירה בין דאורייתא לדרבנן מטעם ספיקא, וא"כ יש כאן ספק דרבנן להיפוך אולי אין ברירה, ומה שבידו הוא חלקו של השני שמכר לפני הפסח, יעו"ש.

ולענ"ד אין זה ברור לדינא, לפי מה שנתבאר בסימן הקודם מדברי הרמב"ם, בדין ישראל ועכו"ם שותפים בשדה, דחלקו של ישראל אמרינן טבל וחולין מעורבים כו', אעפ"י שמירוח עכו"ם פוטר מן התורה, לא אמרינן בזה ברירה, כיון שכבר חל עליו חיוב מן התורה קודם מירוח שעומד להתחייב, א"כ כ"ש כאן שבפסח עצמו חלקו של ישראל שלא מכרו, כבר נאסר חלקו לכל ישראל בהנאה מן התורה, א"כ גם לאחר הפסח שהוא מדרבנן בכה"ג לא אמרינן ספיקא לקולא, שהרי מן התורה חל עליו לבערו בפסח בכ"מ שהוא מספק, אם לא דמיירי באם ביטל שניהם החמץ קודם זמן איסורו כדין, דבכה"ג לא חל עליו מעולם שם ספק איסור תורה לעבור עליו בבל יראה, ובכה"ג קיי"ל דספיקא לקולא, כדמוכח מהנך בעיות דצבורין של חמץ כו' ועל ובדק כו' דבפ"ק דפסחים (דף ט' ע"ב, ודף י' ע"א) ע"ש, ובכה"ג דביטלו החמץ נלע"ד דהדין עם הגאון הנ"ל.

וראיתי בספק מקור חיים שחיבר הגאון מליסא על הלכות פסח, ובספר שר האלף שהשיגו עליו, דמוכיח דמ"ד אין ברירה בדאורייתא לאו מטעם ספיקא הוא, והביאו מהא דמ"ד אין ברירה אפילו בדרבנן מחמרינן כו'. ואין בהשגה זו כלום, דבאמת מ"ד אין ברירה כלל ס"ל דלאו בגדר ספק הוא, משא"כ לדידן דס"ל לחלק בין דרבנן לדאורייתא הוא מטעם ספק, כמו שנראה מדברי הרמב"ם והר"ן והראשונים כמש"כ למעלה, ובזה נדחה כל הראיות שהביא בעל מחבר שר האלף שם. גם מה שהביא מהא דאחין שחלקו כו, כבר נתבאר למעלה על נכון.

ומה שהקשה הגאון בעל מקור חיים עוד, בהא דב' שותפין בחמץ שכתב בעל השאגת אריה, דהא הוי תערובות חד בחד דגם בדרבנן קיי"ל דספיקא לחומרא דהוי אתחזיק איסורא, ג"כ ל"ק מידי, דלא שייך תערובות חד בחד רק בשל אדם אחד שנתערבו אצלו, אבל בב' בני אדם, אדרבא, קיי"ל דכל אחד תולה בחבירו בספק דרבנן, כמו בהא דב' שבילין, וכדאיתא בפ"ק דפסחים שם בב' צבורין וב' בתים בדוקים, דלא מיקרי תערובות כי אם באדם א'. ובנדון דידן, אף שהחמץ היה הכל מיוחד ביחד, מ"מ כל שחלקו אחר הפסח ובדרבנן אמרינן ברירה שהוברר מתחילה שזהו חלקו, תולה כל אחד בחבירו ואומר שמה שלקח לחלקו הוא הנמכר לנכרי קודם פסח, והוא דומה ממש להא דב' לוגין שאני עתיד להפריש, שאעפ"י שהיו מעורב התרומה עם החולין בתחילה ביחד, ובלח יש בילה, אעפ"כ למאן דאית ליה ברירה אמרינן דמה ששתה היו חולין ברורין, וכמו כן לדידן באיסור דרבנן דס"ל דיש ברירה, וכן בחביות של שותפות דסוף פרק משילין, דלפי מאי דמסיק בדרבנן יש ברירה קיי"ל דחביות מותרות וסמכינן אברירה, וזה פשוט.

גם מה שהקשה עליו, דכיון שבא לשאול איזה מותר לו הוי כבא לשאול עליו ועל חבירו דגם בב' שבילין לא סמכינן לקולא, אין זה כלום, דבאמת גם כוונת הגאון שאגת אריה הוא באם באו לשאול אחר שחלקום, וכל אחד בא לשאול על חלקו, וזה פשוט.

סימן ד

דין ספק ספיקא בדאורייתא אם יש בו ברירה

לפי הכלל שביארנו למעלה, דמה דלא אמרינן ברירה בדאורייתא הוא מטעם ספק, יש לחקור אם יש בו ספק ספיקא להיתר, דקיי"ל בכל מקום בס"ס דאפילו באיסור דאורייתא מותר, א"כ בכה"ג אמרינן יש ברירה גם בדאורייתא. ולפי"ז צ"ע בהא דאיתא בפרק חזקת הבתים (דף נ"ז ע"ב), במה דמקשה שם אמתני' מהא דתנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורים ליכנס לחצר, קאמר שם רב פפא, אידי ואידי בחצר השותפין, ואיכא דקפדי ואיכא דלא קפדי, גבי ממונא לקולא וגבי איסורא לחומרא. ופירש רשב"ם שם, משום דספיקא דאורייתא לחומרא. ולפי מ"ש קשה, דהא יש כאן ספק ספיקא, ספק שמא מהנך דלא קפדי הוא, ואם תמצי לומר מהנך דקפדי, שמא יש ברירה, וא"כ למה אסורים ליכנס לחצר.

ואין לומר דרב פפא מפרש המשנה, דהוא ס"ל דאין ברירה מתורת ודאי ולא מתורת ספק, ובאמת ס"ל דגם בדרבנן לא אמרינן ברירה, דא"כ בפ' בכל מערבין דדחיק למצוא מאן האי תנא דס"ל דאפילו בדרבנן לא אמרינן ברירה, למה לא קאמר סתם מתני' דהשופין

היא. ואין לומר דשאני נדרים דהוי דבר שיש לו מתירין, ובדשיל"מ אפילו ס"ס אסור כדעת כמה פוסקים דס"ל הכי, כמו דאסרינן בספיקא דרבנן, דזה אינו, דהא על כרחך ר"פ לא ס"ל הכי, דבפ"ק דביצה (דף ג' ע"ב) דחיק לתרץ מה שאמרו שם וספיקא אסורה כו', ואם נתערבה כו', דשם תירץ ר"פ גופיה האי תנא דליטרא קציעות הוא כו', ולא רצה לומר דמה שאמרו וספיקא אסורה היינו ספק יום טוב כו' ואם נתערבה כו' משום דהוי דשיל"מ וספיקא אסור ג"כ מהאי טעמא כמו שתירץ רב אשי שם, אלא ע"כ דס"ל דספיקא דרבנן מותר גם בדבר שיש לו מתירין, וכמו כן ס"ל דס"ס מותר בדשיל"מ. ועוד לפמש"כ הגאון בעל שאגת אריה בתשובה שם, דבדין ברירה כיון דהוי ספיקא דדינא אי יש ברירה או לא גם בדשיל"מ מותר, ותירץ שם בזה מה שאמרו שם בביצה פ' משילין בהא דחביות, דמותר משום דבדרבנן יש ברירה, א"כ קשה כאן.

ולכן נלענ"ד, דמש"כ הרשב"ם שם דמטעם ספיקא דאורייתא לחומרא הוא, סירכא דלישנא הוא, ואין זה כשאר ספק דאורייתא בספק במעשה או בספיקא דדינא, דבאמת דעות בני אדם חלוקות זו מזו, שיש כמה אינשי דקפדי וכמה דלא קפדי, ואם נאמר דמותרים ליכנס לחצר מטעם ס"ס, א"כ ע"כ צריך להתיר לכל השותפין בכה"ג, וא"כ יבוא מכשול מזה להתיר ג"כ לאותם שהם מקפידים בודאי, ולכן לא פליג רבנן, וכעין זה כתב הט"ז ביו"ד (סי' י"ד ס"ק ז) לענין אבר היוצא בדין חלבו, דאין להתיר מטעם ספיקא דרבנן יעו"ש, משא"כ לענין ממון דיכול לומר קים לי דלאו גברא דקפיד אנא ולכך אין לו חזקה. ועיין ט"ז יו"ד (סי' צ"ח) בדין שיעור בכחל דמשערינן במאי דנפיק מיניה, שכתב ג"כ כעין סברא שכתבתי.

עוד רציתי לומר דבר חדש, דכיון דיש כמה תשמישין בחצר דודאי קפדי, כמו שאמרו שם בהכניס תרנגולים וכדומה, וא"כ בכה"ג ודאי דצריך לאסור מטעם ספיקא דאורייתא ולומר אין ברירה, א"כ שוב אין להקל גם בדריסת הרגל אף דהוי ס"ס ולומר דמטעם זה יש ברירה, דהוי תרתי דסתרי. אבל מצאתי בשו"ת הגאון מוהרע"א סי' ס"ד, שחקר שם בפרה שילדה בכור, ונמכרה הפרה לנכרי בכסף, ואח"כ עשה בו מום, דלענין גיזה ועבודה הוי ספק דאורייתא, ולענין לשחוט ולאכול הוי ספק דרבנן. והעלה שם, דאע"ג דלענין גיזה ועבודה מחמרינן מספק ואומרים שהוא בכור, אעפ"כ לענין אכילה דרבנן אנו מתירין מספק שמא אינו בכור, והביא ראיה ממש"כ בס' משנה למלך רפ"ט מהל' אישות, באמר לשלוחו צא וקדש לי אשה דמותר בקרובות השניות אף דמחמרינן בקרובות דאורייתא, ע"ש.

ולענ"ד נראה להביא ראיה לזה מברייתא דמביא הש"ס פ"ק דפסחים (דף ט"ז ע"א), ספק משקין ליטמא טמא, לטמא אחרים טהור, ומפרש הש"ס, משום דטומאת משקין עצמם דאורייתא, ולטמא אחרים הוא דרבנן. אך אין משם ראיה כל כך לפי מה שפירש רש"י, דספק משקין כו' היינו שזרק משקין טמאין לבין החביות ספק נגע כו', דשם אי"צ לחקור על המשקין עצמם, ואין כאן תרתי דסתרי. יעו"ש בתשובת הגאון הנ"ל, שהביא ראיה לזה ממ"ש הרמב"ם פי"ד מהל' אבות הטומאה, חביות כו' המשקים טמאים והחביות טהורות.

וראיתי בספר פתח הבית בדיני ברירה ענף ד', שהביא דברי הכסף משנה מה שתירץ דברי הרמב"ם בהא דאחין שחלקו דמחזירין ביובל ולא אמרינן המע"ה, משום דהוי ספק מצוה, וכתב ע"ז להקשות, הא הוי ספק ספיקא, ספק שמא הלכה דיש ברירה, ואפילו אין ברירה אפילו הכי הוי ספק כו', מוכח מדבריו דס"ל דס"ס מהני בזה. אבל אין דבריו ברורים שם, דבאמת למ"ד אין ברירה כלל לאו בגדר ספק הוא אלא מתורת ודאי, ורק דאנן מחלקינן בין דאורייתא לדרבנן ס"ל דהוי ספקא דדינא. וגם בלאו הכי דבריו תמוהים, דהוי ספק ספיקא משם אחד, וגרע משם אונס חד הוא.

סימן ה

דין ספק ברירה במה שתלוי בהוצאות ממון וספק מצוה

א) כבר מבואר למעלה במה שאמרו בש"ס בדין האחין שחלקו לקוחות הם ומחזירים זה לזה ביובל, ופסקו הרמב"ם להלכה. וכבר כתבתי למעלה מה שהקשו המחברים עליו, כיון דהוא ס"ל דדין ברירה בספק תליא, א"כ קשה למה פסק דמחזירין ביובל, ולמה לא אמרינן המע"ה. וכבר תירצו האחרונים, דטעמו משום דספק מצוה לחומרא. וכבר כתבתי למעלה, שדבר זה אינו ברור לדינא, והוא נגד סוגיא דפ' הזרוע והלחיים (דף קל"ד ע"א), שספק ממון ענים לקולא, דפריך שם רשב"ל על מתני' דגר שנתגייר והיתה לו פרה שנשחטה ספק משנתגייר או לא דפטור משום דהמע"ה, מהא דאיתא במתני' חורי נמלים כו', ר"מ אומר הכל לעניים שספק לקט לקט כו', ומשני שם, התם פרה בחזקת פטורא קיימא, קמה בחזקת חיובא קיימא יעוי"ש. משמע, הא אי ליכא חזקה, הוי אמרינן כל ספק ממון לקולא, אף דהוי ספק איסורא וספק מצות מתנות עניים. וכן הוכיח הר"ן בפירושו למסכת נדרים בשמעתתא דיש יד לצדקה או לא, יעוי"ש במה שהשיג על הרמב"ן והרשב"א.

והנה אף שאינני כדאי להשיב על דבריו הקדושים, אך למען הצדיק הצדיק דמעיקרא, רבינו הגדול הרמב"ן ז"ל והרשב"א מאורות של ישראל, אמרתי מה שיש להליץ בעדם.

ונלע"ד שדברי הרמב"ן והרשב"א נכונים ואין עליהם קושיא כלל מסוגיא דפרק הזרוע, והוא דלכאורה יש לתמוה על הסוגיא שם במה דפריך על מתני' דגר שנתגייר מהא דחורי נמלים, למה הוצרך לתרץ דמתני' פרה בחזקת פטורא קיימא, היה די לו לתרץ דשאני קמה דבחזקת חיובא קיימא, ובכל מקום אזלינן בתר חזקה בספיקא דדינא, דסוקלים ושורפין על החזקות, משא"כ במתני' ליכא חזקה לחיובא, לכן מספק אין מוציאין ממנו. אלא ע"כ צ"ל כדברי הרמב"ן והרשב"א, כיון דמתנות עניים מצוה היא, וספק מצוה הוא לחומרא ככל ספיקא דאורייתא, ולא אזלינן בתר חזקת ממון דעליו חל החיוב להפריש המתנות מספק, ולכן הוצרך לומר דבמתניתין יש חזקת פטור דמסייע לחזקת ממון, ולכך פטור דלית כאן ספק מצוה כלל, דסוקלין ושורפין על החזקות.

ולכאורה יש להקשות, דהא דמי ממש לדין גבינות מבהמה שנמצאת טריפה, דקיי"ל דאמרינן השתא הוא דנטרפה ואזלינן בתר חזקה דמעיקרא, וכמו כן בהך פרה דנשחטה ולא נודע אם נשחטה אחר שנתגייר או קודם, אמרינן ג"כ אוקי פרה בחזקת חיים והשתא הוא דנשחטה אחר שנתגייר. ויש לומר, דנגד חזקה זאת דהשתא הוא דנשחטה, יש כאן חזקה אחרת כנגדה, דהעמד הגר על חזקתו הראשונה ואמרינן השתא הוא דנתגייר אחר שנשחטה הפרה, ואוקי חזקה נגד חזקה ונשאר הך חזקה דדינא דפרה דבחזקת פטורא קיימא לכך אזלינן לקולא, וא"כ מוכח דאם לא היה כאן חזקה דדינא דפרה דבחזקת פטורא קיימא, היה צריך ליתן לכהן אף דיש כאן חזקה דממונא, וא"כ יש מכאן ראיה לדברי הרשב"א והרמב"ן.

והא דהוצרך לומר גבי ספק לקט דקמה בחזקת חיובא קיימא, הוא מטעמא אחרינא, דהמרדכי בסוף חולין הביא קושיא בשם רבינו משולם, דאמאי לא אזלינן כאן בתר רובא, דרובא דקמה דבעה"ב הוא, ותירץ שם ב' תירוצים, הא', משום דכתיב עני ורש הצדיקו, צדק משלך ותן לו, והב', משום דהוה ליה קבוע. והנה במל"מ (פ"ד מהל' מתנות עניים) הביא דבריו, ודחה תירוצו השני, דהא כאן דמיא לנמצא דאזלינן ביה בתר רובא, יעוי"ש. [ובחיבורי בית יצחק הארכתי ליישב דברי רבינו ברוך בזה].

וגם על תירוץ הראשון קשה לענ"ד, לפי שיטת הרמב"ם ז"ל דס"ל בכמה מקומות דספיקא דאורייתא מותר מן התורה ורק רבנן אסרוהו, וא"כ י"ל דהאי קרא דעני ורש הצדיקו דמביא הש"ס התם לא קאי אלא על ספק, לומר דאף בכל ספיקא אזלינן לקולא מן התורה, כאן גלתה תורה דחייב מדאורייתא, אבל היכא דרובא לפטורא מנלן דהפסוק קאי על זה, כיון דבכל התורה אזלינן בתר רובא מקרא דאחרי רבים להטות. ואפילו לפי שיטת הרשב"א ודעימיה דס"ל דכל ספיקא דאורייתא מן התורה אסור, י"ל דהפסוק אתי

לחיובא אף דיש כאן חזקת ממון דבעה"ב, אבל במקום דרובא מסייעא ליה אפשר דאינו חייב, ומוקמינן ליה לקרא במסתבר טפי.

ב) ולכן היה נלע"ד ליישב, דזהו עצמו כוונת הסוגיא שם, דפריך מהא דחורי הנמלים קאמר שם אל תקניטני כו', ומקשה שם, והא טעמא קאמר דאמר ר"ש כו' עני ורש הצדיקו כו', והיינו דפריך, כמו דהתם אזלינן לחומרא מהא דעני ורש הצדיקו אף דהיה לנו למיזל לקולא, והיינו מטעמא דרוב הוא משל בעה"ב, דבאמת אם לא היה כאן רובא לפטורא, בלאו הך קרא היה צריך ליתן לעניים מספיקא דאורייתא, ובספק מצוה לא אזלינן בתר חזקת ממון, וכשיטת רמב"ן ורשב"א, וא"כ ע"כ צ"ל, דקרא אתי לאשמועינן, אף דהיה לנו לילך לקולא, כגון הכא דאיכא רובא לבעה"ב, אפילו הכי חייב, וא"כ ה"ה בהא דפרה שנשחטה, אף דיש כאן חזקה דפטורא, ג"כ צריך ליתנו לכהן מהך קרא, דכיון דהפסוק מגלה דרובא לא מהני לפטורא, כ"ש דחזקה לא מהני, דהא רובא וחזקה קיי"ל דרובא עדיף.

וע"ז משני התם, קמה בחזקת חיובא קיימא כו', ר"ל אף דהפסוק מגלה לנו שם דצריך ליתנו לעניים אף דאיכא רובא לבעה"ב, הוא משום דיש נגדו חזקה דקמה בחזקת חיובא קיימא, אף דרובא עדיף מחזקה, בזה אתי קרא לאשמועינן דלענין מתנות עניים לא אמרינן עדיף מחזקה, אבל במתני' דפרה בחזקת פטורא קיימא, במקום דליכא צד ריעותא כנגדו לא שמעינן, ובודאי חזקה בספיקא לחוד עדיף מהיכא דאיכא רובא לנגד חזקה ורובא מסייעא לפטורא, דהא אנן קיי"ל בכ"מ מצרפין מעוטא לחזקה עכ"פ מדרבנן, ובמקום ספק השקול במקום חזקה קיי"ל דמותר אפילו מדרבנן, כדאיתא בכ"מ, וא"כ ה"ה בנידון זה י"ל, דהפסוק לא אתי אלא למקום דאיכא חזקה לחיובא נגד רובא לפטורא, אבל לא במקום דאיכא חזקה לפטורא גרידא, וא"כ הדר דינא כמש"כ הרמב"ן והרשב"א, דבמקום דליכא חזקה לפטורא לא מהני חזקת ממון כלל, ואמרינן ספיקא דאורייתא לחומרא עכ"פ מקרא דעני ורש הצדיקו וכמש"כ, וא"כ לא קשה מידי מה שהקשה עליהם הר"ן.

גם מה שהקשה עליהם מהא דאיתא בפ"ק דיומא (דף ח' ע"ב), הנחתומין לא חייבו אותם להפריש כו', ופריך שם, בשלמא תרומה גדולה לא, דתניא כו', מעשר ראשון ומעשר שני נמי לא המע"ה כו', ואם איתא דספק ממון עניים לחומרא, א"כ מעשר עני נמי תקשי ליה יעוי"ש. ולשיטתו גם ממעשר ראשון היה יכול להקשות, דהא הש"ס שם בחולין מדמה מתנות כהונה למתנות עניים, וא"כ גם מתנות לויים נמי הכי הוא, דבכלל עני ורש הצדיקו הוא. אבל לענ"ד תמוהים דברי הר"ן, דשאני התם בדמאי, דבכמה מקומות

אמרו בדמאי הקילו משום דרוב עמי הארץ מעשרים הם, דאע"ג דבהא דחורי הנמלים ג"כ איכא רובא וכמש"כ, מ"מ רוב זה עדיף, דבכמה דברים הקילו בדמאי, וכמו שאמרו מאכילין את העניים דמאי כו', וכן בכ"מ, ואין זה אלא חומרא בעלמא.

ג) אבל מה שיש לתמוה בזה על הרמב"ן והרשב"א, דהא מוכח בכ"מ דבספק מתנות כהונה אזלינן לקולא ואמרינן המע"ה, כמש"כ בפ"ק דב"מ (דף ו' ע"ב), ספק בכורות, אחד בכור אדם כו', ומסיים שם המע"ה, ותני עלה ואסורים בגיזה ועבודה, הרי דאזלינן לקולא. וכן בפ' אותו ואת בנו (דף פ' ע"א), ובפ' הזרוע שם (דף קל"ב ע"א), קאמר שם הש"ס בפשיטות גבי כוי דספיקא הוא, דהישראל יכול לומר לכהן אייתי ראיה דבהמה הוא ושקיל. הרי דיש מכאן ראיה לדברי הר"ן ז"ל, ולכאורה סותר הוא לסוגיא הנ"ל דיליף מקרא דעני ורש הצדיקו דחייב בספיקא.

והיה נלע"ד לפרש, דבאמת יש לחלק, דדוקא במה שיש לעני עסק עם הבעה"ב באותן המתנות, ויש לו זכות עכ"פ באותו שדה, בזה אמרינן ספיקא לחומרא, כגון בהא דחורי הנמלים שבתוך השדה, דעכ"פ היה לעניים זכות באותו שדה ליקח פאה, ורק הספק הוא על אותם שבלים הנמצאים, אם הם משל בעה"ב או משל עניים, בזה אמרינן ספיקא להחמיר, וכן משמע לשון הפסוק עני ורש הצדיקו צדק משלך ותן לו, ר"ל שתוותר משלך ליתן לו יותר מהמגיע לו ע"פ דין, הרי דמשמע דוקא במקום שיש לו עכ"פ עסק עמך וזכות באותו דבר, משא"כ במה שהוא ספק אם היה חייב ליתן מזה לעולם לעניים, ושמא לא היה בו זכות מעולם, בזה לא שייך לומר צדק משלך וכו'.

ואפשר שזהו כוונת הסוגיא שם, במה דקאמר רבא התם קמה בחזקת חיובא קיימא, הכא פרה בחזקת פטורא קיימא, ר"ל, דהתם היה באותה קמה חזקת חיוב וזכות עכ"פ לעני ליטול ממנו לקט, משא"כ בפרה דעומדת בחזקת פטורא, ואיני יודע אם מעולם היה זכות לכהן באותה פרה. וא"כ בהך בעיא דיש יד לצדקה, דכיון דתחילה הפריש חד זוזא לצדקה ואח"כ אמר והדין, א"כ כבר יש לו לעני זכות במעותיו, וכיון דבמעמד אחד אמר והדין, ע"ז שייך לומר צדק משלך ותן לו, ודמיא להא דחורי הנמלים שבתוך הקמה, דאף דיש ספק על אותם שבלים, מ"מ מחוייב ליתנם לעניים, מאחר שיש להם זכות אצלו במקצת באותו שדה. ובזה מיושב כל הקושיות שהקשה שם הר"ן על הרמב"ן והרשב"א.

ד) ובענין מה שפסק הרמב"ם בסוף הל' שמיטה ויובל כר' יוחנן דאחין שחלקו מחזירין ביובל, הקשו עליו המחברים, לפי דעתו שפוסק כריש לקיש דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, א"כ היאך מביא ביכורים, וכקושיית התוס' סוף פרק השולח. ויש לי בזה מקום עיון גדול, ומתוכם נבוא לבאר דברי הרמב"ם. והוא מה שקשה לענ"ד בגוף ענין זה,

מה שפשוט לש"ס דאי מחזירין ביובל ואין לו בקרקע רק הפירות ולאו כקנין הגוף דמי, אין מביא ביכורים, והיינו משום שאינו יכול לקרות ואת האדמה אשר נתת לי, שאין הקרקע שלו, והוא תמוה לכאורה, למה יגרע זה ממה שאמרו בפ' יש נוחלין (דף קל"ו ע"ב), אמר רבא הילך אתרוג זה במתנה ע"מ שתחזירהו לי, החזירו יצא, לא החזירו לא יצא, הרי דבאתרוג כתיב ולקחתם לכם משלכם, ואעפ"י שצריך להחזירו לאחר שיצא בו, אעפ"כ מקרי שלכם, וא"כ בביכורים שהקרקע תחת ידו עד היובל, למה לא נקרא ארצו לענין ביכורים, ומדוע יגרע מאתרוג. וכן לענין קדושי אשה, קיי"ל דאם מקדשה בדבר שניתן לו במתנה ע"מ להחזיר ג"כ מקודשת.

וראיתי בפסקי הרא"ש פרק לולב הגזול סימן כ"ט, שכתב שם שצריך שיתן לו במתנה גמורה ע"מ להחזיר, ואח"כ צריך הוא לחזור וליתן לו במתנה, ואם אמר לו יהא לך במתנה עד שתצא בו ואח"כ יהא שלי כבתחילה, אינו יוצא בו ידי חובתו. ודברים אלו צריכין ביאור להבין הפרש בין נותן מתנה לזמן למתנה ע"מ להחזיר, דבשניהם אינו מתנה רק לזמן. ולכן נ"ל לבאר דברים אלו ע"פ מה שכתב שם בשם הר' ישעיה ז"ל, דבנותן לו מתנה ע"מ להחזיר אינו חייב באונסין, וזהו ההפרש בין זה לשאול, דבשאול חייב באונסין לכן לא מקרי שלו, משא"כ במתנה ע"מ להחזיר. וא"כ הוי אתי שפיר, דלכך אם נתן לו במתנה עד שיצא בו לבד [לא יצא בו יד"ח] משום דחייב באונסין, וא"כ אין זה שלו לגמרי, משא"כ אם נותן לו מתנה גמורה ע"מ להחזיר הכוונה אם יהיה בעין, אבל אם נאנס פטור, דלהכי יהביה במתנה, כמו שכתב שם.

אבל הרא"ש דחה דבריו שם, וכתב דחייב באונסין, וגם במתה מחמת מלאכה חייב, כיון שלא קיים תנאו ולא החזירו. ולדעת הרא"ש צ"ל דע"מ שתחזירהו לי עדיף מנותן מתנה לזמן עד שיצא בו, כהא דאיתא בפרק מי שאחזו (דף ע"ה ע"א), ת"ר הרי זה גיטך ונייר שלי אינה מגורשת, ע"מ שתחזירי לי הנייר ה"ז מגורשת, ופריך שם, מ"ש רישא ומ"ש סיפא, ובמסקנא תירץ רב אשי, הא מני רבי היא דאמר כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי, והיינו משום דבעת שנותן לה הוה מתנה גמורה מעכשיו, והתנאי מלתא אחריתי היא, ולכן שפיר מיקרי נתינה לידה, וכן בהא דאתרוג מיקרי לכם, משא"כ כשנותן ומפרש שנותן רק לזמן, הרי מעיקרא אגידא לגבי נותן, ואין זה מתנה גמורה מעכשיו.

ולפי דברי הרא"ש א"ש הא דקאמר הש"ס דלמ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וגם מחזירין ביובל לא קרינן ביה האדמה אשר נתת לי, דאע"פ שבעת שהשדה אצלו ודאי דפטור מכל אונסין, דהתורה לא ציותה להחזיר ביובל כי אם כשהיא בעין לא כששטפה נהר או נטלוהו מסיקין, מ"מ לשיטתו אין זה תלוי בחיוב אונסין או לא, רק כיון דמעיקרא

אגידא לגבי מוכר ואינו מוכר אלא לזמן, הוי כמו בהא דאתרוג שאמר שתהא במתנה עד שיצא בו ידי חובתו, דאין זה קרוי שלכם, אבל לשיטת ה"ר ישעיה שמחלק בין הא דשאול דלא מקרי לכם למתנה ע"מ להחזיר דהעיקר תלוי אם חייב באונסין או לא כמ"ש, א"כ קשה, למה אינו מביא ביכורים באחין שחלקו, דהא ודאי דכ"ז שהיא אצלם פטורים מאונסין, וא"כ מקרי שפיר האדמה אשר נתת לי כו'.

ה) וראיתי במשנה למלך פי"א מהל' שמיטה ויובל, שנסתפק במוכר שדהו בזמן היובל אם יכול הלוקח לחפור בו בורות שיחין ומערות או לא, מפני שלא מכר לו אלא אכילת פירות. והביא שם דברי הרמב"ם פכ"ג מהל' מכירה שכתב שהקונה לזמן קצוב בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם, משא"כ בשוכר שדה לפירותיו שאינו יכול לשנות בו. וכתב שנראה מדברי הראב"ד והרב המגיד שם, שהרמב"ם דימה המוכר לזמן קצוב למוכר בזמן שהיובל נוהג. והקשה ע"ז ממה שכתוב בירושלמי ס"פ השולח, קנה שדה ביובל, ר' אילא אמר קנה קרקע, ר' אבא בר ממל אמר לא קנה קרקע. מתיב ר' אבא בר ממל לר' אילא, על דעתך דאת אמר קנה קרקע, יחפור בה בורות שיחין ומערות, א"ל התורה אמרה ושב לאחוזתו כו'. ולפי"ז מתורץ גם לשיטת ה"ר ישעיה הנ"ל, שכיון שמוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג אסור לו לשנות ולחפור בשדה בורות שיחין, א"כ גרע מלוקח לזמן, ולכן אין זה שלו כלל, ולא דמי לאתרוג ולכל מתנה ע"מ להחזיר שנותן לו במתנה גמורה לכל דבר, ומה שמתנה עמו תנאי מלתא אחריתי היא כמש"ל, ולכן אין יכול לומר מן האדמה אשר נתת לי כו'.

ובאמת צריך ליישב דעת הרמב"ם, שמוכח מדבריו דגם בלוקח שדה בשעה שיובל נוהג שמותר לו לחפור בו בורות וכו', וכמ"ש הרב המגיד שם בפירוש, שהוא נגד דברי הירושלמי הנ"ל, דכן מוכח דלא גרע ממוכר בפירוש לזמן. ולכן היה נלע"ד דהרמב"ם ס"ל דמוכח מש"ס דילן דלא כהירושלמי הנ"ל, מהא דאיתא בפ' השולח (דף מ"ז ע"א), אמר רבה אף על פי שאין קנין לעכו"ם בארץ ישראל להפקיע מידי מעשר, שנאמר כי לי הארץ, לי קדושת הארץ, אבל יש קנין לנכרי בארץ ישראל לחפור בה בורות שיחין כו', שנאמר והארץ נתן כו'. ור' אלעזר אומר, אף על פי שיש קנין לנכרי בא"י להפקיע כו', אבל אין קנין לנכרי בארץ ישראל לחפור בה בורות כו', שנאמר לה' הארץ כו'.

הרי דרבה ס"ל דאף שאין קנין לעכו"ם בא"י, אעפ"כ מותר לו לחפור בה בורות כו', ודרש קרא דלי הארץ, לי קדושת הארץ, ופליג על ר' אלעזר, ור' אלעזר גופיה דס"ל דאין לו קנין לחפור בה כו', יליף מקרא אחרינא דכתיב לה' הארץ כו', ולא יליף מקרא דכי לי הארץ למאן דס"ל עכ"פ יש קנין לעכו"ם להפקיע מידי מעשר, מוכח מזה, דאין ללמוד מקרא

הנ"ל שאסור לחפור בה, שהרי פסוק זה מדבר במצות יובל, והארץ לא תמכר לצמיתות כי לי הארץ, וא"כ א"א לפרש דכוונת הכתוב לענין איסור חפירת בורות, שבאמת מותר לו ללוקח לעשות בו כרצונו, דלא גרע ממוכר שדה לזמן, וא"כ מוכרח מכאן כדעת הרמב"ם, דש"ס דילן פליג בזה על הירושלמי.

וכן מוכח עוד מסוגיא דפ' יש נוחלין שהביא המל"מ שם, דקאמר שם גבי אלעזר, דפנחס דזבין מזבן לא מצית אמרת, דא"כ חוזרת ביובל, ונמצא שקבור בקבר שאינו שלו, יעו"ש מה שדימה המל"מ שם מה דכתיב ושב לאחוזתו, כמו הא דכתיב בעבד עברי ושב אל משפחתו למוחזק שבמשפחתו, שלכך אין עבד עברי כהן נרצע, אין דומה לשם, דשם קרא יתירה ושב אל משפחתו, דלמה תלה הכתוב שישוב למשפחתו, שענין שיבה זאת איני יודע מה היא, וכבר אמר הכתוב וקראתם דרור כו', ולכן דרשו מזה שישוב למוחזק שבמשפחתו, משא"כ בשדה דבא הכתוב ללמוד שהשדה ישוב לבעליו, אבל אין מוכרח שתהיה השדה כמו שהיה מקודם בלא בורות כו'. ור' אילא ור' אבא בר ממל בירושלמי, צ"ל דס"ל דגם במוכר שדה לזמן אין לו רשות לשבות בו, ואין לו אלא אכילת פירות לבד, והיינו שצריך להחזיר לו את שלו, ואין השדה קנוי לו בשום דבר רק לאכילת פירות לבד.

עוד נלע"ד ראיה לזה ממה שאמרו שם בפ' השולח (דף מ"ח ע"א), מביא פלוגתא דר' יוחנן וריש לקיש במוכר שדהו לפירות, קאמר שם ואזדו לטעמייהו, דאיתמר, המוכר שדהו בזמן שהיובל נוהג כו', וקאמר שם וצריכא, דאי אתמר בההיא, בההיא קאמר ר"ל, דכי קא נחית אדעתא דפירי נחית, אבל בהך דאדעתא דגופא נחית אימא מודי ליה לר"י כו'. ואם נאמר דאסור לו לשנות שום דבר בשדה ואין לו רק פירות לבד, א"כ מאי קאמר דנחית אדעתא דגופא, והא הוא יודע שסופו לחזור ביובל ולא נחית לה אדעתא דגופא כלל, אלא ע"כ דס"ל דבזה יפה כוחו יותר מקונה שדה לפירות, דיכול להשתמש בגוף השדה לכל חפצו.

עוד נלע"ד ראיה נכונה לזה דש"ס שלנו אינו סובר כהירושלמי, דלפי הירושלמי דתולה חזרה ביובל במה שאסור לו לחפור ולשנות בשדה, א"כ הא ודאי דבאחין שחלקו ודאי דלא שייך לומר דאסור לכל אחד לעשות בשדה שלקח לחלקו מה שירצה, דודאי חלקו אדעתא דהכי שיעשה כל אחד בשלו כל מה שירצה, ואדרבא, הרי אמרו האחין שחלקו אין להם דרך כו', דנתחלקו זה מזה לגמרי, דהא לעומת זה גם השני משתמש בחלקו כל מה שירצה, וא"כ ודאי דאין מחזירין זה לזה ביובל, וא"כ בש"ס שלנו דמפורש דאחין שחלקו צריכין להחזיר זה לזה, מוכח דס"ל דלא תליא חזרה ביובל במה שאסור לשבות

בשדה, דבאמת בכל לוקח דינא הכי, דעושה בחלקו כל מה שירצה, ואעפ"כ צריך להחזיר ביובל, ודו"ק.

ו) ולפי"ז צ"ע גדול במה דאיתא בירושלמי ריש פ"ק דביכורים, על מה דתנן התם, אלו שאין מביאין, הנוטע כו', וכן המבריך מתוך של יחיד כו', ואיתא שם, אמר ר' יוחנן כולם משום גזל ירדו להם כו', [פי' דאין זה קרוי אדמתך], וכדקאמר שם, אמר ר' יוסי, מתניתא אמרה כן, מאיזה טעם אינו מביא משם שנאמר ראשית בכורי אדמתך. תני, אם הבריך ברשות מביא וקורא, ר' יוסי בשם ר' אמי, והוא שנתן לו רשות לעולם, הא לשעה לא, ר' יונה בשם ר' אמי אפילו לשעה כו'. א"ר מני, מלתא דר' יוחנן מסייע לאבא, דאמר ר' יוחנן כולהון משום גזל כו', וכאן מכיון שנתן לו רשות להבריך אפילו לשעה אין זה גזלן, ע"כ. ושם במשנה, הנוטע בתוך שלו כו', ודרך היחיד מפסיק כו', משום שנאמר ראשית בכורי אדמתך, עד שיהיה כל הגידולים מאדמתך כו'.

וא"כ צ"ע לפי מה שנתבאר דמה שהוא לוקח לזמן אין זה קרוי ארצו ממש, א"כ קשה על ר' יוחנן עצמו, למה קאמר דאם נתן לו רשות להבריך לשעה דמביא, הא אין כל הגידולים מאדמתו, ובש"ס שלנו מבואר בפירוש, דלר' יוחנן דס"ל מחזירין זה לזה ביובל, אם היה ס"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אין מביא בכורים, דאין זה קרוי אדמתו. ויותר קשה לי, לר' יוחנן אף על גב דס"ל אין ברירה מתורת ודאי, וא"כ נאמר דהוי כמו שלא חלקו כלל, וא"כ הוה כמו בעת שמת אביהם שיש לכל האחים חלק בכל שדה ושדה, ובכל מקום שבאותו שדה כולם שותפים בו, וא"כ הרי עכ"פ מקצת פירות גדלו בחלקו ומקצת משל חלק חבירו, וא"כ דומה זה להא דנוטע בתוך שלו והבריך בשל חבירו ונתן לו רשות לשעה דמביא וקורא, כדקאמר שם ר' יוחנן גופיה.

עוד יש לתמוה בזה, לר"ל דס"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, ולא קרינן ביה מן האדמה אשר נתת לי, א"כ למה מביא כלל, דהא בקונה שני אילנות דמביא ואינו קורא, מקשה הש"ס בפרק המוכר פירות (דף פ"א ע"ב) למה מביא כיון שאינו קונה קרקע, ומתרץ דרבנן מספקא להו אי קנה קרקע או לא, וא"כ כאן דפשיטא ליה לר"ל דאין לו קנין קרקע כלל פטור גם מהבאה.

ז) ולכן נלע"ד בישוב הקושיות הנ"ל, במה שנדקדק דשם בירושלמי הא דאינו מביא יליף לה מקרא דראשית בכורי אדמתך עד שיהיו כל הגידולים כו', ובהא דקונה קרקע לפירות ילפינן ליה מקרא דאת האדמה אשר נתת לי, כדפרש"י בפרק השולח שם, ונלע"ד דבדקדוק כתב כן, והוא דבאמת הקונה שדה לזמן ודאי דנקרא שדה שלו לגמרי, כיון שיכול לעשות בשדה מה שירצה וכמש"ל, ועוד ראיה לזה דפ"ק דע"ז (דף ט"ו ע"א) פריך

שם, למימרא דשכירות קניא, והתנן אף במקום שאמרו להשכיר לא לבית דירה אמרו מפני שמכניס לתוכו ע"ז, ואי ס"ד דשכירות קניא, האי כי מעייל לביתיה קא מעייל כו', הרי אף דשכירות הוא רק לזמן מיוחד, אם היה בו קנין גמור היה נקרא ביתו של עכו"ם ממש. ועיין בתוס' שם ד"ה והשתא כו', דכתבו דממכר לזמן מכירה היא, רק בשכירות לא מקרי מכירה, וכן הוא מבואר בכמה מקומות.

וא"כ מקרא דראשית בכורי אדמתך לא ממעטינן רק אם אינו שלו כלל אפילו לשעה, ולכך שפיר ס"ל לר' יוחנן דאם נתן לו רשות להבריך לפי שעה שפיר קרינן ביה אדמתך, אך לענין קריית הפרשה בעינן שיהיה השדה שלו לעולם, מדכתיב מן האדמה אשר נתת לי, דמשמע כמו מתנה שאין לו הפסק כלל, ופסוק זה לא נאמר במצות הבאה וחיובא, רק בקריאת הפרשה, ואם אין הקרקע שלו לעולם, הרי זה דובר שקרים, וכמ"ש בפ' המוכר פירות שם, ולכן ס"ל לר' יוחנן דבנוטע בתוך שלו והבריך בשל חבירו דשפיר יכול לקרות מן האדמה אשר נתת לי, שהרי עיקר הקרקע שלו לחלוטין, רק שיש בו מעורב יניקת קרקע של חבירו, דזה לא ילפינן רק מקרא דראשית בכורי אדמתך עד שיהיו כל הגידולים מאדמתך, ושם לא כתיב לשון מתנה שיהיה שלו לעולם, ושפיר מיקרי כל הגידולים מאדמתך כמו במוכר ונותן לזמן כמו שביארנו.

ובזה א"ש ג"כ מה דקאמר הש"ס דלר' יוחנן דאחין שחלקו מחזירין זה לזה ביובל כיון שאין ברירה, אף על גב דכמאן דלא חלקו דמי, וא"כ בכל כל שהוא שבשדה יש לכולם חלק בו, מ"מ כיון שעכ"פ צריכין להחזיר כל הקרקע שביד כל אחד לחבירו ביובל, א"כ לא קרינן ביה אשר נתת לי, כיון שאין חלוטה בידו לעולם, אך כיון דס"ל קנין פירות כקנין הגוף דמי, וכיון שהקרקע קנוי לו לפירותיה, והפירות הם שלו לחלוטין, והיניקה של הקרקע שהפירות גדלים מהם נחשב כקרקע, הרי זה כמקצת קרקע חלוט לו, ומקצת בידו לזמן, לכן שפיר מביא ביכורים וקורא. ור"ל דס"ל לאו כקנין הגוף דמי, מ"מ כיון שהקרקע קנוי לו עכ"פ לזמן, אף על פי דלא קרינן ביה מן האדמה אשר נתת לי, מ"מ קרינן ביה ראשית בכורי אדמתך דחייב בהבאה, ולכן ס"ל מביא ואינו קורא.

ח) ובהיות כן נוכל ליישב שיטת הרמב"ם לפי שיטתו, דא"ש מה דמביאין ביכורים אף דפסק מחזירין זה לזה ביובל, והוא דדוקא לר' יוחנן דס"ל אין ברירה מתורת ודאי ולא מתורת ספק, והיינו שהחלוקה שלהם לאו כלום הוא, וכאלו לא חלקו מעולם דמי, וא"כ בכל שדה בכל כל שהוא יש לשניהם חלק בו, וא"כ נחשבים כודאי לקוחות בעת החלוקה במה שמשתמש בכל השדה שהגיע לחלקו בעצמו, שהרי בודאי יש לחבירו חלק בו, וא"כ כשמחזירין זה לזה ביובל, בודאי כשיגיע יובל שני א"צ לחזור ולהחליף

חלקיהם, כמו בכל לוקח שמחזיר שדה (ו)ביובל למוכר שאין המוכר מחזיר לו ביובל שני, ונמצא שאין השדה שלו רק לזמן וסופו לצאת מתחת ידו לחלוטין לעולם, ולא קרינן ביה מפרי האדמה אשר נתת לי, ולכן אילו היה ס"ל דלאו כקנין הגוף דמי, היה ס"ל דאינו מביא ביכורים, אבל לדידן דס"ל דאין ברירה מטעם ספק לבד, ואולי יש ברירה, אם כן כל הקרקע שלקח תחלה לחלקו הוא שלו לגמרי, וכשמחזירו ביובל מטעם ספק אז נעשה לוקח במה שמחליף חלקו בחלק חבירו, ואם כן כשיגיע יובל שני אז יהיו צריכין לחזור ולהחליף זה בזה מטעם לוקח, וא"כ בכל יובל יהיו צריכין תמיד להחליף של זה בזה, וא"כ שפיר קרינן ביה מפרי האדמה אשר נתת לי, שהרי כשיוצא ביובל לא יצא ממנו לחלוטין וסופו לחזור אליו, ולכן שפיר מביא ביכורים, ודו"ק בכל זה.

ט) ויש לי עוד מקום עיון בדברי הרמב"ם ז"ל, מש"כ (בפ"ח דהלכות כלים הלכה ט"ו) וז"ל, אמר לאומן עשה לי ב' זוגים, א' לדלת וא' לבהמה, עשה לי ב' מחצלאות, אחת לשכיבה וא' לאוהלים כו', שניהם מקבלים טומאה עד שיפרש ויאמר זה לכך וזה לכך, עכ"ל. והוא תוספתא פ"ח דכלים, ושם מביא פלוגתא דת"ק ור' שמעון, דר"ש פליג שם וס"ל דטהור עד שיפרשם לטומאה. ובירושלמי פ' כל הגט הלכה א' קאמר, דמחלוקתם תלוי בדין ברירה, כמו שאמרו שם בכותב שני גיטין לב' נשיו ששמותיהם שוים, דאין זה כלום, דלא זו כרות לשמה ולא זו כרות לשמה, ופריך שם, מכיון שנתנו לה יעשה כמו שהיה כרות לשמה משעה ראשונה, ומשני ר' יוסי בשם דר' בון דר"ש היא, דתניא אמר לאומן עשה לי שני זוגים כו' וכמש"כ. ופי' המפרש שם, דר"ש מטהר דאזלינן אפילו לקולא ואמרינן אין ברירה ולא אמרינן הוברר הדבר שכלי זה נעשה לשם דבר המקבל טומאה, וכן הכא נמי עד שיהיה כרות לשמה משעה ראשונה, ולא אמרינן הוברר הדבר למפרע.

וא"כ לפי מה שכתבנו למעלה, דהרמב"ם ס"ל דספיקא הוא אי אמרינן ברירה או לא, וא"כ כיון שפוסק הרמב"ם כת"ק, ע"כ צ"ל דמה שאמר לאומן לעשות בשביל דבר המקבל טומאה הוי מחשבה גמורה לאותו כלי, כמו דקיי"ל כל הכלים יורדים לידי טומאתם במחשבה, ורק דלא ידעינן איזה הוא שיהיה עומד לכך לקבל טומאה, ולא ביירר מחשבתו, ולכך שניהם טמאים, וא"כ אף שמפרש אח"כ ומייחד אחד מהם לדבר שאינו מקבל טומאה, איך נטהר עי"ז, והא קיי"ל מחשבה אינה מוציאה לא מידי מעשה ולא מידי מחשבה, וכמ"ש הרמב"ם בעצמו (שם הלכה י'), וא"א לומר דכיון שהופרשו לטהרה הוברר הדבר מעיקרא שלכך היה דעתו מתחילה, כיון דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא מטעם ספק, ובשלמא אם היינו סוברים דאין ברירה הוא מטעם ודאי א"ש,

דהיינו דכל שלא בירר דעתו ודבריו מתחילה כאלו לא עשה כלום, ונמצא שלא היה מחשבה תחילה כלל על קבלת טומאה וכמו דס"ל באמת לר"ש, אבל להרמב"ם קשה.

ונ"ל ליישב דעתו דס"ל דכלי השני טהור מטעם ממ"נ, דאם אנן קיי"ל מדינא דאין ברירה, וא"כ ב' הכלים טהורים בתחילה כמו דס"ל לר"ש באמת, ואפילו תאמר יש ברירה א"כ הכלי שני טהור, דהוברר הדבר דמתחילה דעתו היה לכך. ולפי"ז צ"ל, דאם נעשו טהרות קודם שפירש דעתו בשני הכלים ואח"כ הטהרות עדיין בעין, אז אחר שפירש דעתו, אותם הטהרות שנשתמשו בכלי השני שפירש לטהרה טהורים הם מטעם ממה נפשך, ומה דס"ל לת"ק שם שניהם טמאים עד שיפרש אותם כו', היינו דקודם שיפרש דעתו אסור להשתמש באותם טהרות, אבל אח"כ נעשו טהורים למפרע ממנ"פ. ולפי"ז צ"ע למה לא פירש הרמב"ם, וגם צ"ע למה סתמו נושאי כליו ולא פירשו בזה כלום.

וגם קשה לפי"ז היה לנו לחלק בין רשות הרבים לרשות היחיד, דכל ספק טומאה ברה"ר טהור, וכמו שפסקו הרמב"ם פי"ח מהל' אבות הטומאה וכמ"ש בכ"מ, וא"כ ברה"ר כל הטהרות שנגעו באותם הכלים היה לנו לטהר שמא קיי"ל דאין ברירה. אך לפי מ"ש התוס' פ"ק דחולין (דף ח' ע"ב), ובמס' סוטה פ' כשם ובכמה מקומות, דכל ספק טומאה ברה"ר דטהור לאו מסוטה גמרינן לה, כי אם מטעם דמוקמינן הטהרות על חזקת טהרה, א"כ כאן דהספק הוא בדין אם יש ברירה או לא, ובספיקא דדינא לא שייך לומר אוקמי אחזקה כמ"ש הפוסקים. ומ"מ עדיין אין מיושב, דהא אף אם נאמר יש ברירה, עכ"פ יש כלי א' בהם דטהור, וא"כ הטהרות שנגע בא' מהם ברה"ר הרי הוא ספק גמור אם הוא טהור או לא, והיה לנו לטהר גם קודם שפירש דבריו, וצ"ע בכל זה.

י) גרסינן ספ' בית כור (דף ק"ז ע"א), איתמר, אחין שחלקו ובא בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהם, רב אמר בטלה מחלוקת, ושמואל ויתר, ורב אסי אמר נוטל רביע בקרקע ורביע במעות. ומפרש שם, דרב ס"ל דאחין שחלקו יורשים הם. ופירש רשב"ם שם, דרב ס"ל יש ברירה ולא הוי כלקוחות, ושמואל ס"ל דלקוחות הם, משום דאין ברירה, וכלוקח שלא באחריות דמי, ורב אסי מספקא ליה כו'. ופסק שם הש"ס והלכתא בטלה מחלוקת. וכן פסק הרמב"ם והרי"ף והרא"ש, וטור ושו"ע חו"מ סי' קע"ה סעיף ד' יעו"ש.

וצ"ע, דהא טעמיה דרב משום דאזיל לשיטתו דס"ל יש ברירה, אבל אנן דקיי"ל דבדאורייתא אין ברירה מטעם ספיקא דדינא, א"כ למה קיי"ל בהא הלכה כרב. ואין לתרץ דאנן ס"ל כרב ולא מטעמיה, והיינו משום דאף אם נימא כלקוחות דמי הוי כמו לוקח באחריות, מ"מ קשה למה קיי"ל דבטלה מחלוקת וחוזרים וחולקין בשוה, דהא מטעם לקוחות היה יכול לסלקו בזוזי. ועוד קשה יותר, דכיון דאנן קיי"ל דספיקא דדינא

הוא אם יש ברירה או לא, א"כ היה לנו לפסוק בזה כרב אסי דס"ל מחצה יורשין ומחצה לקוחות, משום דמספקא ליה כו', ולכך ס"ל דנוטל רביע בקרקע ורביע במעות.

ועיין תוס' בפ' יש בכור (דף מ"ח ע"א) שהקשו, דכיון דמספקא ליה היה לנו לומר המוציא מחבירו עליו הראיה, דלא קיי"ל כסומכוס אלא כרבנן. ותירצו שם, דיש מקומות שתקנו חכמים חלוקה לפי מה שהיה נראה להם. וזה דוחק גדול. אך לפי מש"כ למעלה היה נראה, דטעמו של רב אסי הוא משום דאי אמרינן אין ברירה לא שייך לומר דהחליפו כל חלקו של כל אחד בחלקו של חבירו, אלא הוי כמו שלא חלקו מעולם, וכקודם חלוקה דיינינן להו, וקודם חלוקה לא היה שייך לומר שכל אחד יש לו חלק שדה מיוחד, אלא הכל מעורב יחד, ובכל כל שהוא יש לשניהם חלק בו, וא"כ כשבא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם, הרי יש באותו שדה שנטל הבע"ח מחצה שלו בתורת ירושה בודאי, ומחצה של חבירו שהחליף עמו בחלקו, ובזה נקרא לוקח, וא"כ חלק ירושה ודאי דבטלה חלוקה ונוטל רביע בקרקע, וחלק השני שבתורת לקוח הוא בידו, ואם הוא כלוקח באחריות יכול לסלקו בזוזי, וא"כ הוי דין אמת שיטול חלק רביע בקרקע ורביע במעות. והא דלא מספקא לן שמא יש ברירה וצריך ליתן כל חלקו בקרקע, היינו משום דספק הוא והמע"ה, ויכול לומר לו שמא אין ברירה ואין לך אלא רביע בקרקע ורביע במעות.

אך לפי"ז יקשה על שמואל דס"ל ויתר משום דס"ל אין ברירה. וצ"ל דבזה מחולק שמואל עם רב אסי, דשמואל ס"ל דמה שאמרו אין ברירה, לא אמרינן דהוי כלא חלקו כלל ובכל כל שהוא יש לכל אחד חלק, אלא כיון שידוע שעומדים לחלוק בירושתם, ומתחלה עומד לכך, רק שאינו יודע איזה חלק יגיעו לכל אחד, ולכן כיון דקיי"ל אין ברירה אמרינן שמא היה ראוי ליטול חלק השני, ולא דמי לברירה דגיטין להא דאיזו שארצה לגרש כו', דבזה לא שייך לומר דודאי עומדין להתגרש ע"י גט זה, דהא סתם אשה לאו לגירושין עומדת, וכן כל עניני ברירה הוא כה"ג, משא"כ בדבר המשותף ועומד לחלוק. אבל רב אסי ס"ל, כיון שאין ברירה אמרינן שייכים שניהם בכל משהו שבו וכמ"ש. אך מהא דהוצרך הש"ס לומר דרב אסי מספקא ליה, ולא קאמר דס"ל אין ברירה כשמואל ורק שמחולק עמו בפירוש הדבר כמש"כ, מוכח דלא כמש"כ, אלא דמטעם ספיקא דדינא אם יש ברירה או לא ס"ל דנוטל רביע בקרקע כו', ומכל שכן לפי פרוש הב' שמביא שם בשם רש"י פ"ק דב"ק, שפירש או רביע בקרקע או רביע במעות משום דאי כלקוחות דמי הוה כלוקח שלא באחריות, לא א"ש לפי"ז.

יא) והיה נלענ"ד עוד דטעמו של רב אסי הוא כיון דמספקא ליה אי יש ברירה או לא, וא"כ על חלק רביע יש כאן ספק ספיקא, ספק שמא יש ברירה, וא"כ בטלה חלוקה

לגמרי ומחוייב ליתן לו מחצית חלקו, ואפילו תאמר אין ברירה, שמא כיון שאין ברירה אמרינן כמאן דלא חלקו דמי, ויש בכל כל שהוא חלק לו ולחבירו כמש"ל, וא"כ על חלק רביעי יכול להוציא מידו, דע"י ספק ספיקא מוציאין ממון, כמו שמוכח מדברי התוס' פ"ק דכתובות בסוגיא דפתח פתוח כמש"כ האחרונים בזה, אבל על חלק רביעי השני אין כאן אלא ספק אחד, ולכן המע"ה וא"ש. אבל לשמואל דס"ל ודאי אין ברירה, אף דיש ספק בפירוש דבר זה, או דכלא חלקו דמי או דשמא היה ראוי לו חלק חבירו, א"כ לא הוה אלא ספק א' והמע"ה.

ובהא דקיי"ל כרב דבטלה מחלוקת, כבר עמד בזה הרא"ש בפסקיו, והביא דברי ר"ת שבאמת מוכח מכאן דקיי"ל יש ברירה גם בדאורייתא. ושוב חזר בו ר"ת וכתב, דמה דקיי"ל בטלה מחלוקת שגירת לישנא הוא, ועיקר הטעם משום דהוי כלקוחות באחריות, ובאמת מצי לסלוקי בזוזי, והא דנקט בטלה מחלוקת הוא משום דהש"ס רצה לכלול כל הדינים יחד, דהלכתא בטלה מחלוקת. ולפי"ז צ"ע על הב"י ורמ"א שלא הזכירו בשו"ע חו"מ סי' קע"ה, והעתיקו דין זה בסתם דבטלה מחלוקת וחוזרים וחולקים בשוה, ולמה לא כתבו דיכול לסלקו במעות לפי מאי דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא מספק.

הגה"ה. ומתוך סוגיא הנ"ל דפ' בית כור, דשמואל ס"ל אין ברירה ולכן ס"ל דויתר דהוו כלקוחות, קשה לי על פרש"י דפ' השולח שהבאתי למעלה בהא דישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפות, דפירש דלרבי דס"ל אין ברירה מפריש מיניה וביה, דכל חטה וחטה יש לשניהם חלק בו, וא"כ למה ס"ל דויתר ולא ס"ל דיחזיר לו רבע חלקו, דהא לא הוי לוקח אלא בחלק רביע כמ"ש בפנים. וצריך לחלק בין קנו שדה בשותפות, די"ל דעתם היה שיהיו שותפין ויחלוקו אח"כ בתבואה ולא בשדה, ונמצא שמעורב בכל אחד מכל חלק שבשדה, משא"כ באחין שחלקו בירושת אביהם דבתחלה היו עומדים לחלק השדות ביניהם, ולא בפירות הגדלים בהם, וצ"ע בזה /ע"כ הגה"ה/.

סימן ו

דין אחין שחלקו במטלטלין לענין בע"ח

א) ולפי מה שכתבנו בסי' הקודם, דקיי"ל אחין שחלקו כלקוחות הם מספק, דשמא אין ברירה, א"כ יש לחקור באחין שחלקו במטלטלין, לפי מה דקיי"ל האידנא לאחר תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח, א"כ לאחר שחלקו היה נראה דאין בע"ח טורף מהם, לפי מ"ש בחו"מ סי' ק"ז סעיף ד', ביורש דמכר כל נכסי אביו, דהביא שם ב' דעות אי גובה בע"ח מדמים שביד היורשים או לא, ועיין סמ"ע שם ס"ק ט"ו שכתב בשם הטור, דבמכרו מטלטלין לכ"ע אינו גובה מדמים שתחת ידו. ועיין שם שדעת רב האי

גאון דמחוייבים לשלם במכרו קרקעות משני טעמים, הא', דדמי המכירה הם כמטלטלין דשבק אבוהון, וא"כ לאחר תקנת הגאונים גובים מהם, ומה לי הן ומה לי דמיהן, וטעם ב', אף אם נאמר דדמי המכר לא מקרי מטלטלא דשבק אבוהון, מ"מ חייבים לשלם מטעם מזיק שעבודו של חבירו, ע"ש.

ולפי"ז נראה דבאחין שחלקו לא שייך טעם שני כלל, דזה לא נקרא מזיק שעבודו של חבירו, דכוונתם לא היו להזיק כלל, רק לחלוק ירושתם. וראיה לזה מהא דאיתא בפ' יש בכור (דף מ"ח ע"א), דקאמר שם הב"ע כגון דליכא אלא חמש סלעים כו', ודכו"ע מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא, ודכו"ע אית להו דרב פפא דמלוה ע"פ גובה מן היורשין ואינו גובה מן הלקוחות, והכא בחמש ולא חצי חמש פליגי כו', הרי מבואר דלמ"ד כלקוחות הם פטורים מלשלם, ולמה אין עליהם חיוב מצד מזיק שעבודו של חבירו, וע"כ צ"ל דהיינו טעמא, משום דמזיק שעבודו של חבירו דחייב הוא מדינא דגרמי, כמו מוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו כו' דחייב לשלם מדינא דגרמי, ובכה"ג שעושה כן בשביל טובת עצמו פטור, כדמוכח מסוגיא דפרק הכותב, בהא דקריבתיה דרב נחמן זבינתה לכתובתה כו', ואמר ר"נ ליכא דליתבא עצה דתיחול כו', והקשו הפוסקים למ"ד דחייב לשלם כל דמי השטר א"כ מה תועלת היה במחילתה, ותירצו ע"ז, דשאני התם דמחלה לנפשה לטובתה, ואין כאן חיוב מצד דינא דגרמי, שכן דעת קצת פוסקים עיין חו"מ סי' ס"ו סעיף כ"ג. ואפילו לדעת הסוברים דיורש מוחל לעצמו ג"כ מחויב לשלם, נראה דהיינו דוקא במוחל דשם מזיק נקרא עליו, משא"כ באחין שחלקו בירושה ואין עושין כלום בשל בע"ח, דבע"ח מכאן ולהבא גובה, וממילא נעשה מכירה מצד ספק דין ברירה, ודאי דלא שייך לחייבם מצד דינא דגרמי. [אך מהא דפ' יש בכור יש ליישב, דלא מקרי מזיק שעבודא של חבירו כיון דהוי ממון שאין לו תובעין, והוה כמו מזיק מתנות כהונה או שאכלם דפטור, כדאיתא בפרק הזרוע (דף קל"ב ע"ב)].

ועיין ש"ך סימן ק"ז ס"ק ח', שכתב דכ"מ שכתבו הפוסקים דחייב לשלם מדיני דגרמי, היינו בלא נטל המוכר הדמים, אבל אם נטל בלאו הכי חייב משום דקא משתרשי ליה. ועיין בספק נתיבות משפט, דהש"ך לא כתב זה רק לאותם דעות הסוברים דאם מכרו היורשין מחוייבים לשלם, אבל לדעת הסוברים דפטורים אפילו מכרו והדמים תח"י בעין ג"כ פטורים לשלם כדמשמע בכל הפוסקים יעו"ש. עוד כתב שם, דטעמא דמשתרשי ליה אינו אלא למ"ד שעבודא דאורייתא, אבל למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, אף על גב דמשתרשי ליה פטור. והביא ראיה מהא דבכורות הנ"ל יעו"ש. ולפי מה שכתבנו אין משם ראיה, דשאני מתנות כהונה דאע"ג דשעבודא דאורייתא, או מלוה הכתובה בתורה

שעבודא ודאי דאורייתא למאן דס"ל כן, מ"מ לא שייך בזה מזיק שעבודו וגם משתרשי ליה, כיון דהוי ממון שאין לו תובעין א"כ אין לו הנאה משל חברו. וכן משמע מדברי הר"ן במש"כ בפ' הזרוע שהביא המחבר הנ"ל דבריו שם.

ועיין ש"ך שם שהשיג על הסמ"ע במש"כ דמכרו מטלטלין לכו"ע פטירי, וכתב דלרב האי גאון חייבים לשלם אפילו במכרו מטלטלים, ועכ"פ ודאי דהמוחזק יכול לומר קים לי כאותם הסוברים דפטירי, וא"כ קשה למה לא הזכירו הפוסקים דבר זה, דאם חלקו האחים מטלטלים דאין בע"ח יכול לגבות מיורשים, וכ"ש לפי מש"כ הפוסקים בכמה מקומות דכל ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא, וא"כ כיון שמדינא דש"ס אין בע"ח גובה ממטלטלין דיתמי, ורק מתקנת הגאונים הוא שגובה, וא"כ בספיקא דדינא ומחלוקת הפוסקים אם אתקין בכה"ג היה לנו להעמיד על דין הש"ס.

אך לפי מש"כ דדין זה דברירה ספיקא דדינא הוא, א"כ יש כאן ספק ספיקא לחומרא, ספק שמא יש ברירה וא"כ לא היה כאן מכירה כלל, ואפילו אם נאמר דאין ברירה, מ"מ יש ספק שמא הלכה כרב האי והפוסקים דס"ל דגם במכרו מטלטלים גובה מיורשין, ולפי מה דמשמע מדברי התוס' פ"ק דכתובות בסוגיא דפתח פתוח דבספק ספיקא מוציאין ממון, א"כ גם כאן מוציאין מהם. ומכ"מ אין זה מוכרח, דאפילו לאותם הסוברין דבס"ס מוציאין ממון, זה אינו אלא ביש ס"ס מדינא דש"ס, משא"כ בנדון דידן שהס"ס הוא בתקנת הגאונים, דמדינא דש"ס בלאו הכי אין מטלטלים דיתמי משעבדי לבע"ח, אפשר דכל ספק בתקנה מוקמינן אדינא אפילו ביש ספק ספיקא לחומרא.

ב) ובענין זה יש לי תימא רבתי על הרמב"ם ז"ל וטור ושו"ע, שכולם פסקו כר' יהודה דמתני' דפ' יש בכור כו', בב' נשים אחת ביכרה ואחת לא ביכרה, וילדו ב' זכרים ונתערבו ומת האב, דנתחייבו נכסים, כמ"ש הרמב"ם ז"ל (פי"א מהל' בכורים הלכה כ'), ובשו"ע יו"ד (סי' ש"ה סעיף כ"ו). והוא תמוה לענ"ד, לפי מאי דמסיק שם הש"ס דר' מאיר ור' יהודה כו"ע ס"ל חמש ולא חצי חמש, ופליגי בדרב אסי ורב פפא, והיינו דר' יהודה ס"ל דלא כרב פפא דמלוה ע"פ גובה מן היורשים ומן הלקוחות, או דלא ס"ל כרב אסי, אלא ס"ל כיורשים דמי ויש ברירה, וכיון שכן, לדידן דקיי"ל אין ברירה ואחין שחלקו כלקוחות דמו, וגם קיי"ל כר"פ דמלוה ע"פ אינו גובה מן הלקוחות, וא"כ היאך פסקו דגובה הכהן מן הנכסים כר' יהודה.

וגם הרי אנן קיי"ל דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא, כדמוכח מפלוגתא הנזכר שם (דף מ"ח ע"ב), בהוא לפדות ובנו לפדות, דפליגי ר"י ורבנן, דרבנן ס"ל לאו ככתובה בשטר דמיא ולכך ס"ל דמצוה דידיה עדיף, וכן קיי"ל לדינא וכמו שפסק

הרמב"ם (שם הלכה ב'), וכן פסק הרא"ש שם פ' הנ"ל סי' ו', וכן פסק בשו"ע סי' ש"ה סעיף ט"ז, דה' סלעים של בן אין טורפין ממשעבדי, משום דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא, ומהתימא על הרמב"ם ז"ל מה דלא זכר דין זה בחבורו, שפדיון בכור אין נגבה ממשעבדי, וכתב סתם שם (הלכה ג') דאם לא היה לו אלא פדיון אחד יפדה עצמו, ולא זכר אף דאיכא ה' משעבדי וה' בני חורין. והיה נראה לכאורה דחזר בו ממש"כ בפי' למשנה וס"ל דבזה הלכה כר"י דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, ואיני יודע למה, דהא רב פפא דבתרא הוא ס"ל דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא, כדאיתא במס' קדושין פ"ק (דף י"ג ע"ב). ועיין ש"ך חו"מ סי' ל"ט ס"ק ג' באריכות.

ג) והיה נראה לעניות דעתי לתרץ לפי דעת הפוסקים דס"ל שעבודא דאורייתא, ואפילו במלוה ע"פ ס"ל שעבודא דאורייתא, א"כ לפי"ז צ"ל הא דאין נגבה מלקוחות הוא משום תקנה משום דלית ליה קלא, ואנן ס"ל בכל ספק תקנה מוקמינן ליה אדינא, דאין ספק תקנה מוציא מדין חיוב של תורה ואפילו להוציא ממון, כמ"ש בכ"מ, וא"כ א"ש פסקי דהרמב"ם ושו"ע, דכיון דאנן קיי"ל הא דאין ברירה בדאורייתא מטעם ספק הוא, א"כ שפיר יכול לגבות הכהן מן הנכסים אף לאחר שחלקו, דהא כאן יש ספק אם כלקוחות הם והיה כאן תקנת חז"ל או לא, ומוקמינן ליה אדינא.

אך לפי"ז לא אתי שפיר לרב אסי דס"ל מחצה יורשים ומחצה לקוחות משום דמספקא ליה, וכן בש"ס שם דמוקי פלוגתא דר"מ ור"י דפליגי בדרב אסי, א"כ היה לנו לאוקמי אדינא מטעם ספק. והיה אפשר לנו ליישב דהסוגיא אזלא שם אליבא דמ"ד שעבודא לאו דאורייתא, וא"כ הא דאין גובין מלקוחות הוא מדינא, ואדרבא הא דגובין מיורשים הוא מטעם תקנה משום נעילת דלת, אבל הפוסקים הנ"ל ס"ל שעבודא דאורייתא. אך עדיין קשה לפי מ"ש הש"ך (בחו"מ סי' ל"ט ס"ק ג') דרבא ס"ל שעבודא דאורייתא עכ"פ במלוה הכתובה בתורה, א"כ קשה דרבא גופיה מוקי שם פלוגתייהו דר"מ ור"י דפליגי בדרב פפא ורב אסי, א"כ מוכח דאפילו אם נאמר שעבודא דאורייתא, מכ"מ אם יש ספק אי כלקוחות דמי או לא לא אמרינן אוקי אדינא. וע"כ צ"ל דלא שייך כאן ספק תקנה, דכיון דחכמים הפקיעו שעבוד הלקוחות ממלוה ע"פ, לא פלוג בכל דבר, ואפילו באחין שחלקו דינא הכי. ובלאו הכי צ"ל כן, דהא הך טעמא דחששו לפסידא דלקוחות לא שייך גבי יורשים, משום דלית ליה קלא, דהא קודם שחלקו גובין מהם ולא חששו לפסידא דידהו, וע"כ צ"ל משום דלא מפסידים מכיסם, וא"כ גם בחלקו היה לנו לומר כן, דלא

שייך אצלם פסידא בחלקו יותר מבאם לא חלקו, אלא ודאי משום דלא פלוג, כיון דשם לקוחות עליהם שוב אין טורפין מהם.

ד) שוב אחר כותבי זאת מצאתי בספר קצות החושן סי' ק"ח שהביא קושיא הנ"ל שהקשיתי בשם הישׁ"ש והמעדני מלך, דהאיך נגבה מלוה ע"פ מיורשים אחר שחלקו כיון דכלקוחות דמיין. והביא תירוץ א' בשמם, משום דשעבודא דאורייתא ומלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא, ורק משום פסידא דלקוחות אין גובין מהם, וביורשים דלא שייך פסידא אוקמוה אדינא. אבל תירוץ זה אינו מספיק לפי מש"כ דסוגיא דבכורות אזלא אליבא דרבא, ורבא גופיה ס"ל שעבודא דאורייתא במלוה הכתובה בתורה, וא"כ אף דס"ל דלאו ככתובה בשטר דמיא, מה שאין גובין מיורשין אינו אלא מטעם תקנה משום פסידא דלקוחות, וא"כ היה לנו לאוקמי אדינא שם ביורשים דלא שייך פסידא דלקוחות, אלא ע"כ דלא פלוג חכמים בתקנתם בכל לקוחות אף דלא שך פסידא כמ"ש. ועוד עדיין אינו מיושב לפי הכרעת כמה פוסקים דבמלוה שאינה כתובה בתורה קיי"ל דשעבודא לאו דאורייתא, א"כ מדינא אין גובין מלקוחות ולא מצד תקנה, א"כ היאך גובה בע"ח מיושים אחר שחלקו.

והגאון בעל קצוה"ח תירץ שם לפי דעת הפוסקים ביורש שמכר נכסיו דגובים מדמים שביד היורשים מדינא דגרמי, וא"כ ממה נפשך גובה מינייהו, משא"כ בהא דחמש סלעים דליכא לחיובי מטעם מזיק שעבודא, מטעם דקיי"ל המזיק מתנות כהונה פטור כעין מ"ש למעלה. אבל גם תירוצו אינו מספיק, חדא, דלפי דיעה הב' דשם ס"ל דאחין שמכרו נכסיהם פטורים מאי איכא למימר, ועוד תינח ביורשים גדולים, ביורשים קטנים שחלקו נכסיהם ע"פ אפוטרופוס דודאי לא שייך בזה מזיק שעבודו של חבירו, א"כ היאך יגבה בע"ח מהם חובו אחר שיגדלו.

ולכן העיקר נלע"ד, דבאמת לפי דינא דש"ס מלוה ע"פ אינו נגבה מן היורשים כי אם קודם חלוקה אבל לא אחר שחלקו, וכדמוכח מסוגיא דפ' יש בכור וכמ"ש, אבל לדידן אחר תקנת הגאונים שתקנו דמלוה ע"פ נגבית מן היורשים אפילו מן המטלטלין מצד התקנה, א"כ י"ל דכן היה תקנתם, שאף אחר חלוקה יגבו מהם, דבזה שייך ג"כ התקנה מפני נעילת דלת, דאף אם מכרו באמת לאחרים יש מחלוקת בפוסקים אם גובין מן הדמים, מ"מ בכה"ג שלא מכרו רק חלקו בזה תקנו דליגבו, דאל"כ בטלה תקנתם לגמרי, שכל היורשים יחלוקו ירושתם ויפקיעו חובותיהם, ולכך סתמו הפוסקים וכתבו בהא דחמש סלעים של בן וכתבו דגובין מן הנכסים, והיינו משום דהאידנא אחר תקנת הגאונים גובין מן המטלטלין שלהם, ולכך גם כשחלקו גובים מצד נעילת דלת, ולכך גם בהא דבכור אף

על גב דלא שייך נעילת דלת, מ"מ אין סברא לומר דמלוה הכתובה בתורה יגרע ממלוה שאינה כתובה בתורה.

ובזה א"ש ג"כ מה דסתמו הפוסקים והרמב"ם שם בפי"א מה' בכורים שם בדין כ', דבין חלקו הנכסים בין לא חלקו ינתן מן הנכסים ה' סלעים לכהן, ולמה לא חלקו בין אם נשאר נכסים קרקעות או מטלטלין, דהא מדינא דש"ס אין נגבין ממטלטלין של ירושה, אבל לפי מש"כ דהרמב"ם מיירי אחר תקנת הגאונים, וגם בזה תקנו אף על גב דלא שייך בזה נעילת דלת משום דלא גרע מחוב אחר כמש"כ, וא"ש.

סימן ז

דין אחים שחלקו שט"ח ומחל אחד מהם ללוה

א) אחר שנתבאר בסימנים שעברו דאחין שחלקו לקוחות הם מספיקא דשמא אין ברירה, א"כ יש לסתפק הרבה, דבאם ירשו שט"ח וחלקו השט"ח ע"פ שומא, ועלה שט"ח אחד לאחד מהם, ואח"כ הלך השני ומחל החוב ללוה מה דינו, דכיון דיש ספק אם יש ברירה או לא, ואם נאמר דיש ברירה א"כ שט"ח זה הוא שלו מעולם ואין אחיו יכול למחול, משא"כ אם אין ברירה, א"כ שמא היה שייך לאחיו, והוי כמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול, וא"כ היה לנו לומר דאין מוציאין מן הלוה, דהמע"ה.

ולכאורה היה נראה לדמות דין זה למש"כ בסי' פ"ב סעיף ב', באם אומר הלוה איני יודע אם פרעתיך בשט"ח דחייב לשלם, אף דגם המלוה אינו יודע אם נפרע, דבכה"ג אין ספק פרעון מוציא מידי ודאי חיוב, וא"כ הרי טוען בספק שמא אין ברירה והוי מחילה, ומחילה הוי כמו פרעון, ואין ספק מחילה מוציא מידי ודאי חיוב. אך לפי"ז קשה בגופא דדינא היאך מצאנו ידינו ורגלינו, דפוסקים בכ"מ דיורשין חולקין שט"ח בשומא, ולפי מש"כ דיורשים כלקוחות דמו א"כ צריך כתיבה ומסירה בחלוקת אחים בשטרות, ולא מצינו זה בפוסקים. ובשו"ע סי' ס"ו סעיף מ"א כתב סתם, באחים שבאו לחלוק ויש להם שטרות, ישומו ב"ד השטרות ויחלוקו לפי השומא, ומשמע דאי"צ יותר, ולפי מש"כ אין זה מועיל, דאם יבוא לגבות בשט"ח זה מן הלוה, יכול לומר אולי לוקח אתה, וכיון שלא קנית בכתיבה ומסירה אין אני חייב לך, והוי כטוען איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור, כ"ש כאן דגם התובע אינו יודע.

והנה זה יש ליישב, דממנ"פ יכול לגבות מן הלוה, אם יורש אני א"כ אתה חייב לי בעצמי, ואם לוקח אני אתה חייב לי מדר' נתן, לפי מש"כ שם סעיף א' דאם אין למוכר לשלם ללוקח מוציאין מן הלוה ונותנים לקונה מדר' נתן, וכאן הוי כמו אין למוכר לשלם, דהרי אינו יכול לתבוע מאחיו, שיכול לומר לו שמא יש ברירה ואין לי עסק עמך בשט"ח

שעלה לחלקך, וכיון שאינו יכול לתבוע מאחיו, הוי כמו אין לו למוכר לשלם דחייב לו מדר"נ.

אך לפי"ז לא היה יכול לגבות מן הלוה רק כפי הסך ששמו ב"ד השט"ח, דע"ז חל שיעבודא דר"נ ממה שחייב אחיו לשלם לו דמיו, אבל לא היה יכול לתבוע כל דמי השט"ח מן הלוה, וזה אינו במשמע מסתימת הפוסקים. וכן לפי"ז אם חלקו בלא כתיבה ומסירה, היו יכולים האחים לבטל החלוקה באם נתבטל או נתקלקל שטרו של א' מהם, ואף דנתבאר שם סעיף א' בהג"ה דאם קיבל עליו המוכר אחריות אם לא יגבה הלוקח השטרות צריך לקיים המכר, וא"כ אף אם נאמר דכלקוחות דמו, מ"מ הוי כלוקח באחריות, כפירוש השני שפירש רש"י בפ"ק דב"ק בהא דבא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם, וכמו שהסכים לזה הרשב"ם בפ' בית כור שם, וגם התוס' הסכימו לזה הפירוש כמבואר שם, מ"מ הא אינו חייב רק כפי המעות שקיבל כמ"ש הש"ך שם ס"ק ד', וא"כ אם תובע בשט"ח וזה אומר לו שמא איני חייב לך שלא קנית בכתיבה ומסירה, יכול לגבות מן הלוה מדר"נ מצד אחריות שקיבל עליו אחיו, מ"מ אינו יכול לתבוע רק כפי השומא ששמו שט"ח, שבזה קיבל עליו אחריות, וכל זה אינו במשמע מסתימת הפוסקים.

ב) והנה לשיטת הפוסקים הסוברים דמכירת שטרות הוא מדרבנן הוה א"ש, דהא מדאורייתא אם נאמר דכלקוחות דמו אין המכירה כלום, והוי כלא חלקו מעולם, וא"כ נשארו השטרות בתפוסת הבית כקודם חלוקה, וא"כ יכול אחד מהם לתבוע כל השטר כדין ב' שותפין, דאם הם בעיר דאחד יכול לתבוע כל החוב דהא נשתעבד לשניהם, ורק מדרבנן הוה מכירה, וכיון שדין זה דברירה הוא בספק, ובדרבנן יש ברירה, א"כ יכול הוא לתבוע ג"כ כל השטר חוב, דהוברר הדבר שהיה שט"ח זה שלו מעולם, אכן לדעת הסוברים דמכירת שטרות הוא דאורייתא קשה. ועיין בש"ך סי' ס"ו ס"ק א' שהאריך שם והביא ראיות להפוסקים דהוא מדאורייתא, ופסק כן להלכה.

וגם אפילו למ"ד דרבנן קשה, דדוקא בב' שותפין קיי"ל דא' יכול לתבוע כל החוב כשיש חבירו בעיר, משא"כ ביורשים, כמ"ש בסי' ע"ז סעיף ט' בהג"ה, דמי שהפקיד חפץ ביד אחד ומת והיה לו שני בנים נותנים לו חלקו, ועיין ש"ך שם ס"ק כ"ה הטעם, משום דב' בנים שירשו, כל חלק של אחד ידוע בפני עצמו ואין לו עסק עם חבירו, ולא דמי לשותפין דאדעתא דהכי נתחייב לשניהם, דכל אחד יכול לתבוע יעוי"ש. וא"כ ממנ"פ אינו יכול לתבוע כל החוב, אם מכירת שטרות דאורייתא, א"כ אין ברירה ושמא לקוחות הם וצריך

כתיבה ומסירה, וגם יכול למחול, ואם הוא דרבנן, וא"כ מן התורה אינו יכול לתבוע כל החוב כלל, וכיון דדין ברירה בספק הוא, א"כ מספק אינו יכול לתבוע כל החוב.

ג) אכן אחר העיון נלע"ד, דביורשים שחלקו שטרות לא שייך דינים הנ"ל, והוא לפי מש"כ בסי' ס"ו סעיף א' בהג"ה בשם י"א, דשטר שכתוב בו אני משעבד לך ולכל מי שמוציאו, נקנה בחליפין או במסירה בלא כתיבה, והוא דעת תרומת הדשן סי' של"א. והטעם, דכיון שכתב בו לכל מי שמוציאו הוי כמו שנשתעבד מתחילה לאותו שמוציאו, וכאילו לא בא בכח המוכר כלל, ואף לפי מה שדחה ב"י דבריו, והסכים עמו הש"ך שם ס"ק י' באריכות, והעלה דכיון שכתב תחילה שם המלוה ואח"כ לכל מי שמוציאו, נמצא שכל מי שמוציאו בא בכח המלוה עצמו, ולכן צריך כתיבה ומסירה, וגם המלוה יכול למחול החוב, שהוא העיקר, ואחרים באים מכחו, כמ"ש הש"ך שם באריכות, אבל שט"ח שאין כתוב בו שם המלוה כלל, רק נכתב סתם שנתחייב לכל מי שמוציא שטר חוב, זה הסכים הש"ך שם דאי"צ כתיבה ומסירה, גם אין המלוה יכול למחול יעוי"ש.

וא"כ בנדון דידן, שנתחייב לאביהם וכבר מת אביהם ובניו ירשו השט"ח, והם יורשים אביהם מן התורה, נגד היורשים הוי כמו שט"ח שאין נזכר בו שם המלוה רק נכתב סתם לכל מי שמוציאו, שהרי ב' הבנים כחם שוה בשט"ח זה, ואין אחד עיקר יותר מחבירו, ואין שייך לומר דאחד צריך לכתוב לאחיו קני לך איהו כו', דלשני הבנים נתחייב מן התורה בשוה, וגם אין שייך לומר שא' ימחול השט"ח, דיורש אין יכול למחול כח חלק אחיו, כמ"ש התוס' והר"ן ונימוקי יוסף בכ"מ בהא דאם נתנו במתנת שכיב מרע כו', הובא דבריהם בש"ך ס"ק א' שם, וא"כ אפילו לאחר חלוקה, אף אם נימא דכלקוחות דמו דאין ברירה, ושמא שט"ח זה היה שייך לאחיו, עכ"פ לא גרע ממלוה אמיתי שהיה לו שט"ח שלא נכתב בו שם המלוה, רק סתם לכל מי שמוציאו, ומכרו לאחר, דאינו יכול למחול, וכבר נתבאר דנגד ב' היורשים דינו כמו שטר שלא נזכר בו שם המלוה, מאחר דשניהם כחם שוה בו, וכבר מת המלוה עצמו שהוא אביהם, וא"כ דין זה דומה למ"ש בסי' ע"ז סעיף י' בהג"ה, בלוה משניים ונכתב השטר על שם שניהם, כל א' יכול לגבות כולו יעוי"ש, וא"כ בנדון דידן ממנ"פ יכול לגבות כולו, אם הם לקוחות ואין ברירה, הרי בכה"ג מכירתו מכירה בלא כתיבה ומסירה, ואינו יכול למחול, וכ"ש אם יש ברירה, ואפילו אם נאמר דכלא חלקו כלל דמי, מ"מ יכול לתבוע כל החוב אם הוא מוציא השטר, ודו"ק בזה.

ד) עוד היה נלע"ד ישוב לזה, ע"פ מה דאיתא ריש פרק הכותב (דף פ"ג ע"א), אמרי דבי ר' ינאי בכותב לה בעודה ארוסה כדרב כהנא, דאמר רב כהנא, נחלה הבאה לו לאדם

ממקום אחר אדם מתנה עליה שלא ירשנה. וע"ש מה שכתבו הפוסקים ומבואר בש"ס שם, דדוקא בארוסה מהני מה שאומר דין ודברים אין לי כו', אבל בנשואה לא מהני משום דידו כידה. ופירשו המפרשים הטעם, כיון דנשואה היא, כבר הנכסים ברשותו, ולא מהני בזה סילוק כי אם ע"י קנין גמור, אבל בעודה ארוסה דאגידה ביה קצת אבל עדיין לא נכנס לרשותו לגמרי, לכן מהני סילוק.

והנה הא דשטרות צריך כתיבה ומסירה למכירתם, הטעם כתבו הפוסקים, משום דאין גופן ממון ואין בהם רק שעבוד נכסים לבד, ולכן ע"י מסירת השטר אין השעבוד שבו נקנה על ידן, רק בכתיבה קני לך איהו וכל שעבודא, ולכך באחין שירשו שטרות שיש לכל היורשים שעבוד נכסים בהם על הלוה, אבל עדיין לא נכנסו לרשותם כ"ז שלא גבה אותם, לכן במה שמוכר השטר לאחיו הוה ממש ככותב לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין לי עמך כו', ומסלק זכותו מהם, ונשאר ממילא כולו בזכות אחיו, אין זה דומה למוכר לאיש אחר דלא מהני סילוק דבזה יזכה האחר, אבל כאן שאם סילק כחו ורשותו מן הירושה ממילא נשאר כל הירושה ביד אחיו וא"צ קנין לזה כלל, שהרי אפילו בכור שחילק במקצת נכסים ונטל כחלק פשוט, קיי"ל דויתר בכל הנכסים. וזה דומה ג"כ להא דאיתא בפרק מי שהיה נשוי (דף צ"ג ע"א), בכותבת בעלת מאתים לבעלת מנה, דין ודברים אין לי עמך במנה כו', דמהני סילוק ונשאר כל השעבוד ביד בעלת המנה, וכן כאן נשאר כל השעבוד לאחיו, כיון שיש לו זכות ושעבוד בירושת אביו, ולכן אי"צ כתיבה ומסירה.

ומזה הטעם ג"כ אין אחיו יכול למחול אף אם הם כלקוחות, דהוי כמו שסילק זכותו ואמר לאחיו אין לי דין ודברים עמך, דהא הטעם דמוכר שט"ח לחבירו יכול למחול כתבו הפוסקים ב' טעמים, א' משום דמכירת שטרות דרבנן, והב' משום דב' שעבודים יש למלוה על הלוה, שעבוד הגוף ושעבוד נכסים, ושעבוד הגוף אין יכול למכור משא"כ שעבוד נכסים, וכל שמחל חובו כיון שפקע שעבוד הגוף ממילא פקע שעבוד נכסים, דדין ערב יש להם, וכ"ז אינו שייך אלא במכירה, משא"כ באחין שחלקו שטרות, דמתורת סילוק זכות אתינן עליה, נשאר ב' השעבודים ברשות אחיו, ולכן אינו יכול למחול ומועיל ג"כ מן התורה, כיון דאין זה אלא סילוק בעלמא, ודו"ק בזה.

סימן ח

אי שייך ברירה באחין שחלקו בשני מינים

א) בפ"ו דמס' דמאי גרסינן, חבר ועם הארץ שירשו את אביהם ע"ה, יכול הוא לומר לו טול אתה חטים שבמקום פלוני ואני חטים שבמקום פלוני, אתה יין שבמקום פלוני ואני

יין שבמקום פלוני, אבל לא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים, טול אתה הלח ואני היבש, ע"כ. והובא משנה זאת במס' חגיגה (דף כ"ה ע"ב), ופרש"י שם, דלכך במין אחד יכול לומר לו טול אתה שבמקום פלוני כו', משום דחד מינא הוא אמרינן יש ברירה, שאלו הם חלקו של זה ואלו הם חלקו של זה, ולא החליף לו חבר לע"ה חלקו שבטמאים בשביל חלקו של ע"ה בטהורים, אבל בב' מינים אין לומר ברירה, דכשמת אביהם נפל חלק לזה וחלק לזה בכל המינים, ונמצא חבר מחליפו לו כו'. הרי מבואר מזה, דאף במלתא דרבנן דקיי"ל יש ברירה מ"מ בשני מינים לא שייך ברירה.

וכן מוכח מש"ס מס' בכורות (דף נ"ו ע"ב), האחין השותפין כשחייבים בקלבון פטורים במעשר בהמה כו', חלקו וחזרו ונשתתפו חייבים בקלבון ופטורים ממעשר בהמה. ושם, אמר רב ענן, לא שנו אלא שחלקו גדיים כנגד תיישים ותיישים כנגד גדיים, אבל חלקו גדיים כנגד גדיים ותיישים כנגד תיישים, אמר זהו חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך. הרי מבואר, דרב ענן אף דס"ל דיש ברירה, אעפ"כ בחלקו שני מינים מודה דאין ברירה, וזה ברור.

ולכאורה קשה, דרב ענן דמחלק בין מין א' לב' מינים, ע"כ צ"ל דס"ל דיש ברירה אף בדאורייתא, דהא מעשר בהמה מדאורייתא הוא, וא"כ לדידן דס"ל דבדאורייתא אין ברירה, פטורין ממעשר בהמה אפילו חלקו כו' שהיה החלוקה במין אחד כרב נחמן. ובאמת פסק כן הרמב"ם (פ"ו מהלכות בכורות הלכה י'), ולפמ"ש למעלה דלשיטת הרמב"ם הא דמחלקינן בין דאורייתא לדרבנן הוא מטעם ספק, דבדאורייתא אזלינן לחומרא א"כ היה לנו להחמיר כאן, דשמא יש ברירה וחייבין במעשר בהמה. וצ"ל כמ"ש למעלה, דשאני מעשר בהמה שבכל ספק אזלינן ביה לקולא, דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק, וכמ"ש הרמב"ם עצמו שם (הלכה ט"ז) וז"ל, כל בהמה שהיא ספק אם היא בת מעשר או לא, הרי היא פטורה מן המעשר כו'.

[**אך** לפ"ז קשה בהא דתנן שם חזרו ונשתתפו חייבין בקלבון, והא קלבון הוא דרבנן וא"כ מספק פטורים דבדרבנן יש ברירה. ועל המשנה עצמה לא קשה, די"ל דמיירי בב' מינים, ורב נחמן דאמר אפילו במין אחד לא קאי אלא על מעשר בהמה, או דס"ל לרב נחמן דאין ברירה מתורת ודאי אפילו בדרבנן אין ברירה כמ"ד הכי, אבל על הרמב"ם קשה שפסקו להלכה פ"ג מהל' שקלים ולא חילק בזה. וצ"ל דלענין קלבון שאני, דלא תליא כלל בדין ברירה, דעיקר הטעם שפוטרים מקלבון משום שכ"ז שלא חלקו הוה כמו תפוסת הבית עדיין קיים, וכאב השוקל בשביל בניו, משא"כ כשחלקו וכל אחד מכיר את שלו, מה בכך שיש ברירה וכל אחד משתמש בחלקו המגיעו משעה ראשונה, מ"מ לא הוי כאב

השוקל בשביל בניו]. שוב אחרי כותבי זאת, ראיתי בספר מקור חיים מהגאון מליסא סי' תמ"ח, שכתב ג"כ דבב' מינים לא שייך ברירה, והביא ג"כ הראיות שכתבתי ממשנה דמס' דמאי ומהא דבכורות יעו"ש.

ב) אכן אחרי העיון ראיתי שאין דבר זה מוסכם, ויש בזה מבוכה גדולה. דהנה התוס' פ"ק דקדושין (דף י"ז ע"ב), על הא דמביא הש"ס גר ונכרי שירשו כו', יכול לומר טול אתה עבודת אלילים ואני מעות כו', ואי ס"ד דאורייתא כי לא באו לרשותו נמי כי שקיל חלופי עבודת אלילים שקיל כו'. וכתב התוס' על זה וז"ל, ואין לומר טעמא משום ברירה כו', דא"כ אפילו באו לרשותו נמי יהא מותר מהאי טעמא. והרי שם הם ב' מינים, ע"א ומעות כו', וע"כ צ"ל דס"ל לתוס' דבב' מינים ג"כ שייך דין ברירה, ולכאורה הוא תמוה, דהוא נגד משנה דדמאי וסוגיא דבכורות שהבאתי.

גם דבריהם צ"ע מה שכתבו דאם מטעם ברירה גם כשבאו לרשותו היה מותר, וזה ג"כ נגד סוגיא דפרק השוכר את הפועל במסכת ע"ז (ע"א ע"ב), ע"ש מה שאמרו הלוקח גרוטאות כו', אם משנתן מעות משך יוליך לים המלח, ומסיק שם רבא, רישא וסיפא מקח טעות, ורישא דלא יהיב זוזי לא מתחזי כעכו"ם ביד ישראל, סיפא דיהיב זוזי מתחזי כעכו"ם ביד ישראל. ופרש"י, דלכי הדר ושקל זוזי, כמאן דזבן לעכו"ם דמי. וא"כ י"ל גם כאן, דאם כשבאו לרשותו כשיתנם לעכו"ם ויקבל מידו נגדו דבר אחר מחזי כמאן דזבן ליה, וא"כ שפיר היה יכול לומר דהטעם משום ברירה, אלא ע"כ דעיקר הטעם דלא שייך כאן ברירה.

ובאמת הרשב"א בחידושיו כתב באמת לתרץ קושיית התוס' הנ"ל, דהיינו משום דבב' מינים לא שייך ברירה. ובאמת קושיא הראשונה שכתבתי דדברי התוס' סותרים לסוגיא דבכורות ולמשנה דדמאי, יש ליישב דכוונת התוס' רק לומר דהש"ס לא היה יכול לדחות הראיה שהביא רבא דירושת הגר מדרבנן, דדילמא הטעם משום ברירה וס"ל דגם בב' מינים יש ברירה, דלפי"ז גם משבאו לרשותו כו', אלא ע"כ אין שייך כאן ברירה משום דהוה ב' מינים, ונמצא שגם התוס' ס"ל כן אליבא דאמת. אך מצאתי בחדושי ריטב"א לקדושין שכתב ג"כ להקשות קושית התוס' הנ"ל, דילמא הטעם משום ברירה, ותירץ שם דא"כ יקשה אפילו נשתתפו נמי, אלא ע"כ דס"ל אין ברירה. א"נ יש ברירה ואסור מדרבנן משום שרוצה בקיומו, יעוי"ש. הרי דמשמע מדבריו דס"ל דלמ"ד יש ברירה ולדידן דיש ברירה בדרבנן, גם בב' מינים אמרינן הכי. ומצאתי שם בתוס' רי"ד על הך סוגיא דכתב בפרוש, דא"א לומר משום ברירה משום דהם ב' מינים וכמ"ש הרשב"א, והביא ג"כ ראיות הנ"ל ממשנה דדמאי ומסוגיא דמס' בכורות מרב ענן שהבאתי, וכתב

שם דלא אמרינן ברירה כי אם במנין אחד ובמין אחד, דמביא שם מפלוגתא דר"א ור"י שם בבכורות בחלקו תשעה נגד עשרה דלא אמרינן ברירה, ור"י אמר אפילו חלקו עשרה נגד עשרה אין ברירה יעוי"ש, ונדבר מזה לפנינו בס"ד.

הגה"ה. ויש לי מקום עיון בדברי הרמב"ם (פ"ט מהלכות מעשר הלכה י"ג) וז"ל, שנים שבצרו כרמיהם בתוך גת אחת, והאחד מהם אינו נאמן על המעשרות אעפ"י שעישר זה הנאמן על חלקו, כשהוא נוטל חלקו מן היין חייב להפריש ממנו מעשר דמאי על חלק ע"ה, עכ"ל. ודין זה הוא משנה פ"ו דמס' דמאי. ובש"ס ירושלמי אמרו ע"ז, דחצי חלק חבירו הוא דמאי, ע"ש דמביא מחלוקת ר"א ור"י ופסק כר"י. והראב"ד שם בהשגות כתב ע"ז, דקשה על משנה זו ממשנה דבתרא, דמכאן משמע דאין ברירה ולכן צריך להפריש על חצי חלק חבירו, ובמשנה שלאחריה משמע דיש ברירה. ודברי הכ"מ שם נכונים, שלפי פי' הרמב"ם במשנה שם דמיירי דבתחילה חלקו הכרם ובצר כל אחד את שלו, ואח"כ עירבו לדרוך אותם בגת אחת, [ולענ"ד לא היה צריך הכ"מ לזה, דהיה יכול לפרש שלא היו שותפין כלל אלא כל אחד היה לו כרם מיוחד בפני עצמו, ואח"כ בצרו שניהם לתוך גת אחת], ובזה לא שייך ברירה, שהרי כבר היה חלק של כל אחד מבורר שהוא שלו וזכה בו תחלה, ונמצא שלאחר שערבו בגת אחת נמצא בשל כל אחד יש חצי של חבירו, ולכך צריך לעשר על חלק ע"ה.

ודברי הראב"ד שם צ"ע, שהוא כתב שם לתרץ הסתירה הנ"ל ממשנה שאחריה, דכאן הטעם משום קנס, לפי שלא היה לו להתערב עמו בגת אחת, שהרי לא היה לו שותפות עמו בכרם, ומה לו לזה שעירב עמו פירותיו, עכ"ל. ודבריו צ"ע, הא' שהרי לפי דבריו דמיירי שלא היו שותפין כלל, רק שעירבו יחד בגת פירות שלו ושל חבירו, וא"כ מה ברירה שייך כאן, והיאך שייך לומר שמה שלוקח הוברר שהוא שלו מעולם, והרי כל אחד היה לו חלק מיוחד, וכיון דקיי"ל דבלח יש בילה, א"כ ודאי דחצי שלו ביד חבירו, וא"כ מדינא צריך לעשר על חצי חלקו של חבירו. ועוד הרי ממקומו הוא מוכרע שאין הטעם משום ברירה, ממ"ש הרמב"ם שם, כיצד היה מחצה למחצה ונוטל בחציו מאתים לוג, הרי זה מפריש ממנו לוג אחד תרומת מעשר כו'. ואם היה מטעם חשש ברירה היה לו להפריש על כל המאתים לוג שנפל לחלקו של ע"ה, דדילמא כל מה שעלה לחלקו הוא נחלף והוא ביד ע"ה, אלא ודאי דהטעם הוא משום דיש בילה, ובודאי חצי שלו ביד חבירו, כנלע"ד /ע"כ הגה"ה/.

וצ"ע, דלכאורה הך סתם מתני' דחבר וע"ה ס"ל עכ"פ דיש ברירה במין אחד עכ"פ בדרבנן, וא"כ יקשה מזה לר' יוחנן דס"ל אין ברירה אפילו בדרבנן, כדמוכח בפ' משילין

בהא דשנים שלקחו חביות ובהמה בשותפות, דמדקדק שם דר' יוחנן ס"ל אין ברירה מדמפרש מילתא דתני איו וכבר בא חכם, והא כיון דר' יוחנן אית ליה הלכה כסתם משנה, וא"כ ליתא לדאיו מקמי סתמא דמתני' דמס' דמאי דמוכח דס"ל עכ"פ דיש ברירה בדרבנן.

וכן הוא סתם משנה שם משנה ח', שנים שקבלו שדה באריסות, או שירשו או שנשתתפו, יכול הוא לומר לו טול אתה חטים שבמקום פלוני ואני חטים שבמקום פלוני, אבל לא יאמר לו טול אתה חטים ואני שעורים כו', ופסקו הרמב"ם פ"ו מהל' מעשר הלכה י"ד. ועיין בפי' המשנה שם שפירש, דאין משנה זו מדבר בדיני איסור והתר, רק נוגע לדיני ממונות, והיינו שרשאי לומר לו שיקח כל אחד מן הסמוך למקומו משום דכופין על מדת סדום, ולפי פירושו שם מיירי בשניהם ת"ח ואין חשודין על המעשרות. וכן משמע כפירושו, דבמשנה שלאחריה תנן חבר וע"ה שירשו כו', וכן במשנה הקודם לו שנים שבצרו כו' א' מעשר כו', ובמשנה זו לא פרשו שאחד ת"ח והשני ע"ה, מוכח דלא מיירי מענין אסור והתר כלל. אבל בחבורו שהעתיק דין זה לענין מעשר, מוכרח דחזר מפירושו למשנה, ולכן כתב בחבורו מפני שאסור למכור טבל, וכן מבואר שם בהג"ה יעו"ש, וא"כ יש ב' סתמות דעכ"פ בדרבנן יש ברירה.

והיה נראה לענ"ד ליישב, דשאני גבי חבר וע"ה דבאמת אין כאן איסור ברור במה שמחלק עם ע"ה, לומר אולי חלקו הוא ביד ע"ה ועובר על ל"ת, חדא, דאין איסור זה ברור דהא רוב ע"ה מעשרין הם ואין כאן אלא חשש בעלמא, ולכן כל שאינו נותן לו בידים ורק ממילא ע"י חלוקה, אפשר דבא חלקו ליד ע"ה, ועדיף מתרי עברי דנהרא שאם יכול ליקח בעצמו אין כאן לפני עור כו'. ואין זה דומה להא דע"ה שאמר לחבר קח לי אגודת ירק כו', דשם נותן לו בידים, שלקח ב' אגודות א' לעצמו וא' בשביל ע"ה. ולכן נלע"ד דכאן אינו אלא בשביל מראית העין לבד, דנראה כאלו מחליף שלו בחלק ע"ה, כיון שאין החלקים שוים, אבל כיון שהחלקים שוים בכל דבר, ומתחילה ראוין הם לחלוק, ואין חלק של ע"ה בא מכח הת"ח, אין בזה חשש מראית העין דלפני עור.

וראיה לזה, דהרי איתא שם במשנה, דלא יאמר חבר לע"ה טול אתה הלח ואני היבש, והיינו שלח הוא מה שהוכשר לטומאה, ויבש היינו דלא הוכשר, ואם היו מצד איסור חשש ברירה, וכיון שהמשנה ס"ל דבמין אחד יש ברירה, א"כ למה יאסר בזה, דבמה שקצתו הוכשר לקבל טומאה אין זה בגדר מין אחר, אלא ודאי דכיון דעיקר האיסור משום מראית העין, אסרו חכמים במה שיש קפידא בחלוקה, כגון בלח ויבש, שהת"ח רוצה דווקא ביבש ולא ליטול הלח שכבר הוכשר, ולכן כל שמקפיד ליתן זה לע"ה מיחזי

כמוסר בידים משלו לע"ה, משא"כ בשניהם יבש ומין אחד לגמרי, שאין הפרש והקפד בין חלק זה לחלק זה, ואין הת"ח רוצה דוקא בחלק זה ולא בחלק האחר, לא שייך כאן מראית העין דלפני עור, ודו"ק כנ"ל.

ג) ויש לענ"ד מקום עיון בדברי הרמב"ם ז"ל, מה שכתב בפ"ד מהל' איסורי מזבח (הי"ז) וז"ל, ב' שותפין שחלקו, זה לקח עשרה טלאים וזה לקח תשעה וכלב אחד, שעם הכלב מותרים, אבל העשרה שכנגדו, אם יש אחד מהם דמו כדמי הכלב או יתר על דמי הכלב, מוציאו מן העשרה כנגד הכלב ויהיה מחירו והשאר מותרים, ואם כל אחד מהם דמו פחותים מדמי הכלב, הרי העשרה כולם אסורים, עכ"ל. והוא דברי הש"ס במס' תמורה (דף ל' ע"א), דפריך הש"ס ונשקול חדא כו', ומשני כגון דטפי כו', והאי טופיינא כו'. ותוס' שם כתבו, דהסוגיא אזלא למ"ד יש ברירה יעו"ש. והנה מה שקשה לכאורה על הרמב"ם, מאחר שהוא פוסק כמ"ד אין ברירה בדאורייתא, א"כ גם בשוים הדין שכולם אסורים, כבר כתבתי למעלה דשאני התם דמן התורה כולם מותרים, דהמחיר כלב בטל ברוב, ורק מדרבנן אסור דבע"ח לא בטלי, ובדרבנן יש ברירה. ואחר כתבי זאת מצאתי כן בספר מקור חיים סי' תמ"ח שתירץ כן דברי הרמב"ם הנ"ל.

אבל מה שכתב הרמב"ם דאם יש אחד מהם יותר על דמי הכלב, דנוטל ג"כ אותו ויהיה מחיר הכלב והשאר מותרים, לענ"ד צ"ע, והוא, דלכאורה קשה, דאם מצד ביטול ברוב אתינן עלה א"כ גם בשוה הכלב יותר מדמי אחד מהם ממה שכנגדו למה אסורים כולם, כיון דהך טופיינא אזיל בכולהו, הרי בכל אחד מהם רובו להיתר ומעוטא נתפס במחיר הכלב, ולמה לא אמרינן דבטל ברוב בכל אחד האיסור ברוב היתר, דגם בכה"ג שייך ביטול ברוב, כמ"ש ביו"ד סי' י"ד באבר שיצא חוץ לרחם לענין חלבו, שכתבו שם הפוסקים דשייך ביה ביטול ברוב מן התורה, ע"ש בט"ז ובש"ך, גם חשיבות דבע"ח דלא בטלי לא שייך בזה שכל אחד מעוטו בטל ברובו, וזה קשה גם על הש"ס דמתרץ כן. [ואין לומר דאתיא אליבא דר"י דס"ל מין במינו לא בטל מן התורה, דהא ר"י ליט ליה ברירה אפילו בדרבנן, ושם הסוגיא אזלא למ"ד יש ברירה].

עוד קשה, דמנין פשוט ליה להש"ס לומר דהך טופיינא ששוה הכלב יותר מטלה אחד אזיל בכולהו, ולמה לא אמרינן דיברור שני טלאים נגד הכלב ויאסור אותם, והך טופיינא דכלב אזיל בטלה השני לבד, וא"כ בטלים השנים ברוב הטלאים מן התורה, ושוב נימא יש ברירה בדרבנן. ואין לומר כיון דהשני טלאים שוים הרבה יותר מדמי הכלב לא שייך לומר ע"ז הוברר הדבר שהם מחירו, שהרי ודאי לא החליפם השנים בעד הכלב, דא"כ יקשה על הרמב"ם שכתב דגם באם טלה אחד שוה הרבה יותר מדמי הכלב יכול לברור

אותו ולומר שהוא מחירו, ומה בין שנים ששים יותר מדמי הכלב לאחד ששוה הרבה יותר, אלא ודאי דאין חילוק בזה. ואם נאמר דיש חילוק, א"כ דברי הרמב"ם תמוהים, וכמ"ש.

ד) ולכן היה נ"ל לומר, דדין ברירה בכה"ג לא שייך אלא אם כולם שוים ממש זה כזה, דבזה שייך לומר הוברר הדבר למפרע שזהו חלקו המגיעו משעה ראשונה, משא"כ באם אינם שוים בדמיהם לא שייך לומר כן, שהרי צריכין שומא, וצריך האחד להחזיר דמים לאחיו, וא"כ מה שנותן לו לאחיו בעד יתרון דמי הוה לוקח ממש. וראיה לזה מהא דאיתא התם בפרק מעשר בהמה (דף נ"ו ע"ב), ר"א אמר לא שנו אלא שחלקו ט' כנגד י', אבל חלקו ט' כנגד ט' כו', אומר זהו חלקו המגיעו כו'. ופרש"י שם ד"ה ט' וז"ל, ט' גדולים כנגד עשרה פחותים, דהיינו שומא, וליכא למימר ברירה כו'.

הגה"ה. ועיין תוס' ד"ה ואזדא ר"י כו' שכתבו וז"ל, ואף על גב דהכא פליג ר"א עליה דר"י, ולעיל בסוף פ' יש בכור (דף נ"ב ע"ב) משמע דמודה בההיא דלקוחות הם, דמשני מאי חוזרים חוזרים לבטלה, הא מצריכין הכא תרי מילי דר"י כו', והיינו כמו דקאמר כאן דאי אשמעינן שדה לחומרא כו', ר"ל דהוה אמינא דמספיקא אמרינן אין ברירה ולחומרא צריכין להחזיר ביובל, ולפי"ז צ"ל דר"א ס"ל ג"כ אי"ב מספק, ואעפ"כ כאן במעשר בהמה באם הם שוים ס"ל יש ברירה, והיינו ג"כ לחומרא לחייבם במעשר בהמה, ולפי מה שכתבנו למעלה בישוב דברי הרמב"ם דס"ל דבמעשר בהמה אזלינן לקולא בספק משום דעשירי ודאי אמר רחמנא כו'. וצ"ל דהרמב"ם יתרץ כתירוץ הב' שכתבו התוס' שם, דר"א אליבא דר"י מתרץ שם הכי, אבל לדידיה לא ס"ל, וצ"ע /ע"כ הגה"ה/.

אבל לפי"ז יקשה למה הוצרך הש"ס לתרץ דשוה האי כלבא חד ומשהו, דהאי משהו אזיל ומשיך בכולהו, דגם אם היה שוה פחות מדמי הטלאים שכנגדו, כל שאינם שוים וצריכין שומא אין שייך בהם ברירה, שכל שצריכים הם לשום זה כנגד זה יצאו מתורת יורשים מתפוסת הבית, אלא בגדר לוקחים ממש, דהאי טופיינא דטלאים שכנגדו אזיל בכולהו טלאים שעם הכלב ובכלב, ואיני יודע איזה נתפס בדמי אותו היתרון, אם הטלאים שעם הכלב ואם הכלב.

וע"כ צ"ל, דבאמת אם הכלב שוה פחות אז אין שייך לומר דיתרון הטלאים ששוים אותם שכנגדו יהיו בתוך דמי הכלב, אלא הם מסתמא בתוך דמי הטלאים שעמו, שהם שוים יותר מדמי הטלאים שכנגדו, אבל באם הכלב שוה יותר, אין סברא לומר שיתרון דמיו יהיה נמשך רק באחד מן הטלאים שכנגדו, אלא מסתמא נמשך בכולם. ולפי"ז באמת אם הטלאים שכנגדו אין כולם שוים, רק יש בהם מקצת ששוים כמו הכלב או פחות, אז

מסתמא אותו היתרון של דמי הכלב אינו נמשך רק באותם טלאים שכנגדו השוים יותר מדמי הכלב. והא דלא אמרינן דיתבטל אותו היתרון ברוב בתוך דמי הטלאים שכנגדו, נראה דלא שייך בזה ביטול ברוב דנראה דמה שאמרה התורה דמחיר כלב אסור, אינו דוקא באם החליף כולו בכלב, אלא מקצתו נמי דינא הכי, והרי זה דומה למקדיש מקצת בהמה באבר שהנשמה תלויה בו, דפשטה קדושה בכולה, וכמו כן נפשט איסור המחיר שהחליף קצתו ואיני יודע איזה מקצת הוה כמו החליף אבר שהנשמה תלויה בו שנתפשט איסורו בכל הבהמה.

גם נלע"ד, דבמין אחד רק שאין דמיהם שוים, תלוי במחלוקת האמוראים אם שייך בזה ברירה למאן דאית ליה ברירה, דרב נחמן ורב ענן דפליגי בחלקו גדיים נגד טלאים ולא פליגי בחלקו ט' נגד עשרה ס"ל באמת דכיון שהם מין אחד שייך בזה ברירה אף שאינם שוים בדמיהם. גם י"ל, דר"א ס"ל דחלקו ט' נגד י' אין ברירה, היינו דוקא באם לא יש רק י"ט בהמות בירושה, דבלקח ט' נגד י' ע"כ דטופיינא דשוים הט' יותר אזיל עכ"פ בא' מן העשרה בהמות שכנגדם, א"כ ע"כ א' מהם הוא לקוח, וא"כ לא נשאר כדי שיעור מעשר, אבל אם חלקו י' נגד י"א אמרינן דהיתרון הולך באותו האחד עשר, והיה חייבים באמת. או אפשר דאין סברא לומר כן, אלא דהיתרון מתפשט בכל הי"א, א"כ מתחילה היה לאותו שנטל הי"א כאלו לקח מקצת מכל אחד מאחיו בעד היתרון שהיו בכל העשרה שנטל הוא, והוא כמש"כ למעלה בשם תוס' רי"ד בקדושין, דמחלק למ"ד יש ברירה דהיינו דוקא דשוים במין ושוים במספר, ודו"ק.

ה) והנה בעיקר דין זה מה שנתבאר בדבר שנתערב ברוב כיון דבטל מדאורייתא אמרינן יש ברירה, צ"ע מהא דאיתא בסוף מס' מעילה, נפלה פרוטה של הקדש בתוך הכיס, או שאמר פרוטה בכיס זה הקדש, כיון שהוציא את הראשונה מעל דברי רבי עקיבא, וחכמים אומרים, עד שיוציא את כל הכיס. ועיין בתוס' שם, דר"ע אזיל לטעמיה דס"ל דחייבים על ספק מעילות אשם תלוי. ואם נאמר דבטל ברוב מדאורייתא שייך בו ברירה, א"כ יקשה למה ס"ל לר"ע דמעל בראשונה משום ספק מעילות, הא יש תקנה לזה, שיברור פרוטה אחת ויאמר שזו היא של הקדש, דבדרבנן אמרינן ברירה, ובשלמא בנפלה פרוטה בכיס, בזה לא שייך ברירה, כיון שכבר הוברר הפרוטה תחילה וחל עליה שם הקדש שוב א"א לומר הוברר על פרוטה אחרת, וכמו שיתבאר בסימנים שאח"ז בס"ד, אבל באמר פרוטה בכיס זה הקדש, הרי זה דומה ממש להא דמחיר כלב שכתבו התוס' במס' בכורות שם ד"ה לברור כו' וז"ל, שכך סברת הש"ס, כיון שיש ברירה שיש לדבר להיות תלוי בדעתו, דמסתמא כך דעתו מתחילה, דאותו שיברור הוא כנגד הכלב,

וכמו כן י"ל כאן, שכן דעתו, שאותה פרוטה שיברור אח"כ יהיה הקדש, והוי כמו הא דשני לוגין שאני עתיד להפריש דמועיל למאן דאית ליה ברירה, וכיון דכבר בטל ברוב מן התורה, א"כ שייך בזה ברירה. ודוחק לומר דבאמת ר"ע ס"ל דגם בדרבנן אין ברירה, דא"כ מה דקאמר בפ' בכל מערבין (דף ל"ה ע"ב) מאן האי תנא דאפילו בדרבנן לית ליה ברירה כו', למה לא אמר ר"ע דמעילה היא.

ונלע"ד במה שיש לדקדק במה שכתבו התוס' שם בסוף מעילה (דף כ"א ע"ב) ד"ה פרוטה, שהקשו, תימא ולבטול ברובא, וכ"ת דבר שיש לו מתירין הוא כו', הא דשיל"מ דלא בטיל מדרבנן הוא כו'. ובמקום אחר כתבתי ליישב קושייתם, דבאמת בכה"ג לא שייך ביטול, דביטול אינו שייך כי אם במה שהכל של אדם אחד, ורק שנתערב איסור בהיתר, אבל באם נתערב פרוטה של שמעון בכיסו של ראובן לא שייך ביטול, כמ"ש בסוף פרק משילין, אם נתערב קב חיטין שלו בעשרה קבין חיטין של חבירו יאכל הלה וחדי, וע"ש באריכות מה שכתבנו בביאור הסוגיא שם בזה, וא"כ אם נתערב פרוטה של הקדש שהוא של גבוה בהרבה של חולין שלו, לא גרע של גבוה משל חבירו דלא שייך ביה ביטול, וא"כ הרי הוא כנתערב אחד באחד ממש, וכמו כל דין קבוע דכמחצה על מחצה דמי, דבאמת כל דבר שאין לו ביטול מן התורה ונקרא שם ספק על כל התערובות הרי הוא כמחצה על מחצה ממש, מאחר שלא היה זה בכלל אחרי רבים כו', דמשם ילפינן דין ביטול ברוב, וא"כ הוי ספק דאורייתא ממש בתערובות חד בחד, דלכו"ע ספק זה אסור מן התורה, ולכן ר"ע דמחייב אשם תלוי על ספק מעילות חייב גם כאן. ובזה מיושב ג"כ דברי הרמב"ם מה שכתב בפ"ז מהל' מעילה (הלכה י'), מש"כ וכן פרוטה בכיס זה הקדש כו' מחלל אותה כו', ולפמש"כ דהרמב"ם ס"ל דדבר המעורב ברוב דבטל מדאורייתא שייך בו ברירה, וא"כ למה צריך לחללו, והלא יכול לסמוך על ברירה שיברור אחד מהם, ולפמ"ש דבזה לא שייך ביטול ברוב, א"ש.

הגה"ה. ודברי התוס' שם תמוהים, מה שכתבו די"ל משום דמטבע חשיב ולא בטיל, דהא גם דבר חשוב דלא בטיל הוא מדרבנן, ועיין בספר משנה למלך סוף פ"ז ד"ה מעילה שעמד בדברי התוס' בזה והאריך שם. ואפשר לדחוק בדברי התוס', דכוונתם כמ"ש בפנים, דבמטבע כיון שהוא דבר של ממון אחרים לא שייך ביה ביטול, אעפ"י שאין זה במשמעות לשונם צריך לדחוק וליישב כן, ודו"ק /ע"כ הגה"ה/.

ו) עוד נלענ"ד לומר דבר חדש, והוא, דדין ברירה לא שייך בדבר שבא בתערובות כי אם באחד מב' אופנים, הא', באם אומר מה שאקח משם אותו דבר יהיה הקדש, בכה"ג שייך ברירה, שמתחילה היה מפרש דבריו שאותו שיפריש משם הוא יהיה נתפס בדבורו,

ולכן אמרינן הוברר הדבר שאליו היה כוונתו מתחילה, ולא אמרינן שמא היה דעתו על אחר, כהא דשני לוגין שאני עתיד להפריש כו', וכן בדבר שבא ממילא, כמו אחין שחלקו, או בנטל אחד תשעה וכלב ואחד עשרה טלאים, דכיון שלא אמר שום דבר רק ממילא יש בו דבר איסור, ובתחילה לא נקרא עליו שם איסור על דבר מיוחד, אמרינן דמסתמא היה בדעתו שאותו שיברור אח"כ נגד הכלב יהיה נתפס במחירו, וכן באחין שחלקו, כיון שעומדין לחלק ג"כ אמרינן כאלו פירשו דעתם מתחילה שמה שיקח אחד לחלקו הוא יהיה שלו, שהרי על כרחך עומדים לפרש דעתם, והוא כעין מה שאמרו כל העומד לזרוק כזרוק דמי, וכן הרבה כאלו, אבל באם אמר בפירוש אחד בתערובות יהיה הקדש ולא פירש אותו שיברור, הוי כאילו הפריש אחד וחזר ונתערב, ואין לומר שאותו שיברור אח"כ יהיה הקדש.

ומנא אמינא לה, מהא דאיתא שם בסוף מעילה, רב פפא אמר, כיסין אלוגין רמי ליה ריש לקיש לר' יוחנן, דתנן, הלוקח יין כו', ופרש"י שם, דרמי ליה סיפא דמתני', דאמר מודה רבי עקיבא באומר פרוטה מן כיס זה הקדש, שהוא מוציא והולך כו' עד שיוציא כל הכיס, מהא דר' יהודה ור' שמעון אוסרים באומר ב' לוגין שאני עתיד להפריש כו'. וע"ז משני, סיפא באומר לא יפטור כיס זה מן ההקדש. ולכאורה הוא תמוה, דלפי הסלקא דעתך דלא ידע דסיפא מיירי בהכי, א"כ למה הוצרך למרמי עליו מתני' דהלוקח יין ולהקשות מר"י ור"ש ארבי עקיבא, די"ל דלא ס"ל לר"ע כר"י ור"ש, ולא הקשה רישא וסיפא בעצמו, כמו רב דימי דאמר דריש לקיש הקשה לרבי יוחנן מרישא לסיפא, ומשני סיפא באמר לא יפטור כו'.

ולכן נלע"ד דרב פפא ס"ל דרישא אסיפא לא קשיא כלל, דבאמת סיפא דאמר פרוטה מן כיס זה הקדש ר"ל אותו שיוציא לשם הקדש, והרי זה דומה ממש להא דאומר שני לוגין שאני עתיד להפריש כו', משא"כ רישא באומר פרוטה בכיס זה הקדש ולא אמר מן כיס כו', אין כוונתו אותו שיוציא לשם הקדש יהיה הקדש ולא אחר, אלא סתם הקדיש מיד אחד בכיס יהיה מי שיהיה, וממילא נתפס אחד להקדש ואיני יודע איזהו, והוי כמו נתערב ונפלה פרוטה של הקדש בכיס, וא"כ מוכח מכאן דבכה"ג לא שייך ברירה כלל. וא"כ דברי הרמב"ם מיושבים על נכון מה שכתב שצריך לחלל אותו ולא סמכינן אברירה, דבכה"ג לא שייך ברירה.

ודברי התוס' שם צ"ע, דהם דחו שם פרש"י שפירש דהקשה מר"י ור"ש דאוסרים, דדילמא רבי עקיבא לא ס"ל אלא כת"ק, והם מפרשים שם, דרב פפא ס"ל דרמי ליה ר"ל לר' יוחנן משום דס"ד דטעמא דמתני' משום ברירה אעפ"י שאינו מפרש שום דבר,

ופריך אפילו מרבי מאיר, דאעפ"י דס"ל שם יש ברירה היינו משום שמפרש ואומר מה שאני עתיד להפריש, אבל בסתמא לא, ולפי דבריהם יקשה, למה לא הקשה אר"ע גופיה מרישא לסיפא, דאי ס"ל ברירה גם באינו מפרש כלום, למה ס"ל דבהוציא הראשונה מעל. ולפי מה שכתבנו א"ש דברי הרמב"ם דמפרש כמש"כ ופסק כרב פפא דבתרא הוא.

ז) עוד נלע"ד להביא ראיה דבב' מינים לא שייך ברירה אליבא דכו"ע, מהא דאיתא במסכת ע"ז (דף ס"ד ע"ב), דרצה לביא ראיה דבע"ז רוצה בקיומו מותר, מהא דתניא, גר ועכו"ם שירשו את אביהם עכו"ם, יכול גר לומר לעכו"ם, טול אתה ע"ז כו', וקאמר שם רב פפא, שאני התם דירושת הגר אקילו בה רבנן כדי שלא יחזור לסורו. וקאמר שם, תניא נמי הכי, במה דברים אמורים שירשו, אבל נשתתפו אסורים. וכתבו התוס' שם, דאילו מרישא דגר ועכו"ם שירשו, ליכא למשמע מינה, דהוה אמינא דבדין הוא מטעם ברירה, אבל מברייתא דנשתתפו מייתי שפיר, דאי מטעם ברירה אפילו בנשתתפו נמי יעוי"ש. ולכאורה קשה, לפי מאי דקיי"ל לחלק בברירה בין דאורייתא לדרבנן, א"כ היה יכול לומר מטעם ברירה, דבירושת הגר שהוא דרבנן אמרינן יש ברירה, משא"כ בנשתתפו שהוא מדאורייתא אין ברירה.

ולכך צ"ל, דהש"ס הוכיח דבכה"ג לא שייך ברירה, משום דבב' מינים אין ברירה, דאל"כ לא היה צריך לחלק בין ירושה לבין נשתתפו, ובנשתתפו גופיה היה יכול לחלק בין סתם יינם דמדרבנן ליין נסך ממש, אלא על כרחך דגם בדרבנן אין ברירה בשני מינים, וזהו כוונת התוס' גם כן מה שכתבו דאי אפשר לומר דמטעם ברירה דא"כ בנשתתפו נמי כו', ר"ל שלא היה יכול הש"ס לפרש כן, דבאמת אין שייך ברירה בשני מינים, וא"כ גם התוס' מודים לזה לדינא. ובזה נדחה מה שהוכיח בספר שר האלף סימן תמ"ח מדברי תוס' אלו, דס"ל דגם בשני מינים יש ברירה.

ח) ושם בספר הנ"ל, לפי מה שכתב דמשמע מדברי התוס' הנ"ל דבב' מינים שייך ג"כ דין ברירה, יצא לדון בדבר החדש, וכתב לחלק, דדוקא בתבואה וכיוצא בו, דדרך לחלק כל מין בפני עצמו, ואינו עומד לחלק מין אחד נגד חבירו, בזה לא אמרינן ברירה בב' מינים, אבל במה שדרך לחלק ממילא מין אחד נגד חבירו, כגון בב' שדות מב' מינים, דדרך לחלק שדה נגד שדה בעילוי דמים, הוי כמין אחד דאמרינן ביה ברירה אפילו בב' מינים. וכיון שכן בע"ז, שאין דרך לחלקה לשברים, מסתמא עומד לכך שיטול אחד כנגדה, שפיר שייך ביה ברירה אפילו בב' מינים. והביא ראיה לזה, מהא דאמרינן בש"ס דלמאן דס"ל אחין שחלקו לקוחות הם לא מייתי ביכורים רק חד בר חד עד יהושע,

משמע למ"ד יורשים הם אתי שפיר הא דמייתי ביכורים באיזה אופן שחלקו, אפילו נטל זה שדה חטים וזה נטל שעורים יעוי"ש.

ולענ"ד אינו נראה, דלפי דבריו יקשה מה דקאמר בש"ס בתמורה ובבכורות שם, ואי ס"ד יש ברירה לשקול חד להדי כלבא ואינך לישתרו, ולפי"ז גם אותו חד יהיה מותר, דהא אינו עומד לחלק הכלב לחצאין, וגם טלאים חיים אין דרך לחלקם כל אחד למחצה, וא"כ מתחילה עומד לזה שיטול אחד טלה ואחד כלב, וא"כ אין כאן מחיר כלב כלל למ"ד יש ברירה, וא"כ כולם מותרים. אלא ודאי דאין חילוק, דכל עיקר הטעם דבב' מינים אין ברירה אין תלוי בדעת האחים ובמה שדרכם לחלק, אלא עיקר הטעם, שבשעה שמת אביהם וירשו אותו, מסתמא יש לכל אחד חלק בכל מין ומין, דהיאך אפשר לומר דהוברר הדבר שזה חלקו מין זה וזה מין זה, דהא כה"ג מצינו דבב' מינים בחליפין אין להם אונאה, משום שזה רוצה במחט וזה רוצה בשריון, ומה שחולק מין נגד מין, הוא משום שקשה לחלוק כל מין לחצאין הם כמוכרים זה לזה חלקם, והוי מכירה ממש, ולא שייך בזה ברירה כלל. וא"כ אין לחלק בזה במה שדרכו לחלקו כך או לא.

גם יש ראיה לזה שלא כדברי המחבר הנ"ל, ממה דאיתא בירושלמי (פ"ו דדמאי), על הא דתנן דלא יאמר לו טול אתה ע"ז כו' וז"ל, אמר ר"י, לא סוף דבר יין נסך ועבודה זרה ומעות, אלא אפילו היו שם ב' צלמים אחד עשוי כמין דלופקי ואחד שאינו עשוי כמין דלופקי, לא יאמר לו טול אתה את שאינו עשוי כמין דלופקי כו', ע"ש, הרי אף על גב דאין דרך לכל ע"ז [לחלקה] לשברים, אעפ"כ כל שאינם שוים בדמותם וצורתם ב' מינים מקרי, ואין בו דין ברירה.

גם מה שהביא ראיה מהא שמביאים ביכורים למאן דאית ליה ברירה אפילו חלקו שדה חיטים נגד שדה שעורים, דבריו תמוהים לענ"ד, דאין זה ענין לחלוקה בב' מינים, דאע"ג דבהתבואה הגדילה בשנה זו עליהם לא שייך ברירה, מ"מ בגוף הקרקע שחלקו בזה שייך ברירה, וכיון שאחר שיקצרו התבואה מן השדות הדר הוי ליה חלוקה במין אחד, א"כ שייך בהם ברירה, ויכול לומר מן האדמה אשר נתת לי, דעיקר הטעם דבב' מינים לא אמרינן ברירה הוא משום דמסתמא יש להם לכל אחד חלק בכל מין ומין, ואין ראוי לדחות אחד את חבירו ממין אחד לגמרי, וזה לא שייך אלא בתבואה הגדילה בהם לא בגוף הקרקע, וזה פשוט. ואפשר דבאמת בב' שדות שהם אינם שוים זה לזה, כגון עידית וזיבורית, או שזה בהר וזה בשפילה וכדומה, הוי כב' מינים ואין שייך בהם ברירה. וקצת רמז לזה ממה שאמרו בפ' יש נוחלין (דף קכ"ג ע"א), בחלוקת הארץ לעתיד לבא, ואין לך כל אדם מישראל שאין לו בהר ובשפילה כו'.

ט) עוד ראיתי בספר פתח הבית שהביא בשם חידושי הרשב"א, שכתב לפקפק דגם בב' מינים שייך דין ברירה, יעוי"ש. והביא ראיה מהא דביכורים, דקאמר הש"ס דאי לאו דאמר ר' יוחנן קנין פירות כו' לא מצא ידיו כו', דמשמע דלמ"ד יש ברירה א"ש, וכי נאמר דתמיד חלקו בקרקעות שוים. ולא הבנתי דברים אלו, דהא עיקר הטעם דבב' מינים לא אמרינן ברירה הוא משום דאי אפשר לומר דזהו חלקו המגיע מתחילה, דודאי יש לכל אחד חלק בכל מין, וא"כ בחלקו קרקעות שאינם שוים, ודאי דכל אחד יש לו בחלקו בכל שדה החצי, ונמצא כשחלקו, יש לכל אחד חצי שלו וחצי שהחליף בשל חבירו, וא"כ שפיר יכול להביא ביכורים ולקרות מן האדמה אשר נתת לי, ואף דבביכורים שמביא לעזרה יש בהם מחצה שאינו שלו רק לקוח מחבירו, הרי יכול להקדיש המותר כדאיתא בפרק הספינה (דף פ"א ע"ב), אם לא שנאמר דכיון דעכ"פ צריך להחזיר כל חלקו לאחיו ביובל מטעם שאינו יודע איזה מחצה יחזיר לו שהשדה עצמו ממין זה שמחצה שלו ומחצה לקוח מאחיו, אינו מבורר איזה מחצה הוא שלו, וא"כ אין לו רק קנין פירות לבד, מ"מ יש תקנה שיחזיר רק חצי שדה כל אחד לאחיו, ושוב מקרי מין אחד, ולמ"ד יש ברירה במין אחד א"ש, משא"כ למ"ד אין ברירה אף בב' מיני שדות כגון עדית וזיבורית מ"מ צריך להחזיר ביובל כל השדה שנטל כל אחד לחלקו, כיון שאינו מבורר איזה מחצה הוא שלו, וא"כ בכל השדה אין לו רק קנין פירות, ושפיר מקשה לר' יוחנן דוקא ולא למאן דאית ליה ברירה.

ועפי"ז היה נלע"ד ליישב הסוגיא דפרק משילין (דף ל"ז ע"ב), פלוגתא דרב ושמואל בשנים שלקחו חביות ובהמה בשותפות, דרב ס"ל יש ברירה וחביות מותרת ובהמה אסורה, ומקשו רב אמי ורב אסי לרב דאוסר בבהמה משום דינקי תחומין מהדדי, לאיסור מוקצה לא חששו לאיסור תחומין חששו יעוי"ש. ופירשו התוס', דאיסור מוקצה הוא מה שבהמה מוספת שמנונית כו'. וי"ל דבאמת לא גילה רב עיקר טעמו, ועיקר טעמו הוא משום דבב' מינים אין ברירה, וכיון שבהמה אין דרך לחלקה לחלקים שוים זה כזה, וחולקין אבר נגד אבר, ואין אבר אחד דומה לחבירו, ולכן לא שייך בו ברירה. ולכן אף שנדחה טעם זה דקאמר הש"ס אליבא דרב, מ"מ קיי"ל כרב כמו שפסקו הפוסקים, כמו שכתוב באו"ח סי' שצ"ז, והיינו מטעם הנ"ל.

סימן ט

דין אי שייך ברירה בדבר איסור שנתערב

א) בהך סוגיא דתמורה גבי מחיר כלב, דמקשה הש"ס ולברור חדא להדי כלבא כו', שם בתוס' הקשו, דהכא משמע שאם איסור מעורב בהיתר, נוטל האיסור, וסומכין על ברירה

לומר שזהו האיסור שנסתלק, וכן בההיא דלוקח יין מבין הכותים כו', וא"כ בכל איסור המעורב בהיתר נסמוך אברירה ונשקול כשיעור האיסור ואידך לישתרו כו'. ותירצו בשם מורו הרמ"ר, כלל גדול בדין זה, דודאי כל דבר שהוברר האיסור בתחילה ואח"כ נתערב בהיתר לא סמכינן אברירה, כיון שתערובתו היה באיסור, אבל הני תערובתן בהיתר, כי האיסור לא היה מבורר קודם תערובתו, ולאחר התערובות נולד האיסור, אז סמכינן אברירה, עכ"ל התוס'.

ולכאורה דין זה שחידשו התוס' הוא תמוה, ואין כן משמעות הפוסקים, דלפי דברי התוס' אם היו עשר בהמות בעדר, ובא ארי ודרס לאחת מהם ואיני יודע איזה הוא, היה לנו להתירם ע"י ברירה, שיאסור אחד והשאר יהיו מותרים, ולא כן מבואר בפוסקים, עיין יורה דעה (סי' י"ד), בעובר שהוציא אבר אחד ונאסר האבר, שאם היה נקבה אסור חלבה, והרי הוא כחלב טריפה שנתערב בחלב כשרה יעוי"ש, וא"כ הא כאן תחילת ביאת החלב הוא בתערובות, א"כ קשה נברור מקצת חלב ונסמוך אברירה, כמו בהא דהלוקח יין מבין הכותים, וכ"ש לפי מה שנתבאר לדידן דקיי"ל בדרבנן יש ברירה, וכאן מדאורייתא ברובא בטיל, וכמ"ש בהא דט' טלאים וכלב, כמ"ש בסימן הקודם, ועוד כמה ראיות מכ"מ דלא שייך בזה ברירה. ואדרבא, דעת כמה פוסקים, דדבר שהאיסור בא בתערובת ולא הוכר מעולם אפילו ביטול לא שייך ביה, אפילו בדברים המתבטלין, וכמו שיתבאר בס"ד.

ולכן נלע"ד לפרש כוונת דברי התוס', דאין כוונתם על איסור שאסרה תורה או מדרבנן שהוא חל על אותו דבר, ואי אפשר לומר בזה ברירה, דהיאך תאמר הוברר הדבר שאותו שבירר בידו הוא האיסור, ושמא אינו כן, ואדרבא, בכל דוכתא אמרינן כל דפריש מרובא פריש, אלא כוונתם על איסור הנתפס ע"י דבורו של אדם ומעשה שלו, שתלוי בדעתו אותו שרוצה להתפיס, כגון בהא דלוקח יין, באומר שני לוגין שאני עתיד להפריש, שכוונתו ורצונו היה בתחילה שאותו שיברור אח"כ הוא יהיה נתפס בתרומה, בכה"ג שייך לומר ברירה, שהרי לולא דבריו לא היו חל עליהם שם תרומה כלל, ולכן אמרינן שגם מתחילה הוברר הדבר, וסמכינן ע"ז תחילה קודם שנתברר כאלו ביררו תחילה.

וכן בהא דנטל תשעה וכלב והשני נטל י' טלאים, שכוונתו היה שאחד מהם יהיה תמורת הכלב, והיינו אותו שיברור ויחליפנו ויתפוס עליה לומר שהוא יהיה נגד הכלב יהיה מחירו, ואף שלא בירר דבריו מתחילה בפירוש, כגון בדבר שממילא כמו באחין שחלקו, ג"כ אמרינן דמסתמא היה דעתם שאותו שיקח אח"כ לחלקו הוא יהיה שלו מתחילה. וכן בכל המתלקט בהא דצנועין שמביא הש"ס בפ' מרובה, וכן בגיטין בכתוב גט לאיזה

שתצא בפתח תחילה, ובהא דאם בא חכם למזרח כו', ואף בדבר שלא פירש בדבורו ולא פירש תחילה איזו דבר יתברר אח"כ, אמרינן קמי שמיא גליא, וכן בהא דמה היא באותם הימים לדעת רש"י שתלה הדבר במי שחייו ומותו תלוין בידו, ולשיטת התוס' אותה שעה שקודם מיתתו יתברר אח"כ, וכן בהא דב' נשים שלקחו קיניהם בעירוב שהביא הש"ס בפרק הוציאו לו (דף נ"ה ע"ב) שהוא תלוי בקריאת השם, ודכוותיה טובא, בכה"ג חלקו התוס' בין הוברר כבר מתחילה ואח"כ נתערב, דבכה"ג לא שייך ברירה, שהרי כבר בירר וחל השם על אותו שבירר, וכיון שנתערב אולי יעלה בידו אחר לא אותו שבירר תחילה, א"כ היאך שייך לומר הוברר הדבר תחילה שזהו הדבר עצמו שנאסר, משא"כ אם לא נקרא עליו שם קודם שנתערב, וקרא שם על אחד שהוא מעורב, בודאי כוונתו על אותו שיברור אח"כ, אבל באיסור תורה או דרבנן, שאין איסורו חל ע"י דבור ומעשה האדם, ודאי דלא שייך בזה לסמוך אברירה.

והא דפריך הש"ס בפרק הוציאו לו (דף נ"ה ע"ב) בהא דלא היו שופרות לקיני חובה, דקאמר הש"ס דהוא מחשש חטאת שמתו בעליה, ופריך, ונברור ד' זוזי ונשדי במיא והנך נשתרו, ומשני ר' יהודה לית ליה ברירה, משמע למאן דאית ליה ברירה יכול לעשות כן אף דכבר היו מעות קינו מבורר (ע"י) קודם שנתנו לשופר ג"כ, לא קשיא, דודאי מי שנותן דמי קן לתוך שופר אשר שם מעורב הרבה מעות של הרבה קינין א"א לומר שכל ד' זוזי שיקח הכהן יהיו עצמם של אותו שיקריב בשבילו, אלא ודאי כוונתו של הנותן היה, שהמעות שיקח הכהן מן השופר ליקח קינין בשבילו יהיו נתפסין על שמו, ויתחלפו על המעות שלו שנתן בשופר, או שלא הקדיש כלל המעות תחילה רק שנתן המעות סתם, וכל אחד הנותן שם דמי קינו כוונתו לזה, שאותו שיקח הכהן בשבילו יהיה שלו, ושם הוא אחר התערובות, ואמרינן הוברר הדבר למפרע כו', והוי כאלו בירר תחילה אותם המעות עצמם, ודו"ק.

ב) והנה לכאורה יש סתירה לדברי תוס' הנ"ל מש"ס ערוכה במסכת סוטה (דף י"ח ע"א), דאיתא שם, בעי רבא כתב ב' מגילות לב' סוטות ומחקן לתוך כוס אחת כו', ואם תמצא לומר הא לאו דידה קא שתיא כו', חזר וחלקן מהו, יש ברירה או אין ברירה, תיקו. והא התם דמחקן לתוך ב' כוסות וחזר ועירבן בתחילה הוכר מים של כל אשה ואשה בפני עצמה, ואף על פי כן מבעיא ליה אם יש ברירה או לא. ועיין בתוס' שם שכתבו דהאי ברירה דהכא לא דמיא לשאר ברירות דבש"ס, משום דהוכרו כל אחד בתחילה ואח"כ נתערבו, אלא דדמיא להא דפרק הוציאו הנ"ל, דפריך ונברור ד' זוזי ונשדי במיא כו', דגם שם הוכרו כל אחד מתחילה ואעפ"כ מדמה התם להא דמתנה אדם על עירובו

אם בא חכם כו', אף דלא דמי הרי דלא חילק הש"ס שם בין הוכרו מתחילה ללא הוכרו, יעוי"ש שהאריכו בביאור הש"ס, דא"כ בכל איסור שנתערב יחזור ויחלק, ואמאי לא פשיט רבא מהאי דקיי"ל דיש בילה ליין ושמן כו' יעוי"ש. עוד כתבו, דהך דסוטה דומה להא דב' נשים שלקחו קיניהם בעירוב, שגם שם הוכר מתחילה דמי כל אחת כו'.

ודברי תוס' אלו סותרים למה שכתבו במסכת תמורה בב' דברים, הא', דשם בסוטה כתבו דגם מה שהוכר מתחילה ונתערב שייך ג"כ ברירה, ועוד דשם כתבו דהא דפ' הוציאו לו מיקרי הוכר האיסור תחילה שלא כמ"ש במס' תמורה. ועוד תמוה, לפי משמעות פשט דבריהם שם דדבר איסור שנתערב בהיתר אף בדבר חשוב שאינו מתבטל ג"כ מהני מה שיברור אחד מהם, והוא תמוה, ואף על גב שבאמת כתבו שם אח"כ ועוד תימא א"כ כל איסור שנתערב כו', קשה למה הקשו מסברא ולא הקשו מכמה מימרות מפורשות בש"ס בדבר חשוב שנתערב, וכמו הא דאיתא בפרק התערובות בטבעת של ע"ז שנפלה כו', דדוקא נפלה אחת לים אבל הפילה בעצמו לא מהני, וכן הרבה שם כיוצא בזה, ומשנה מפורשת, כל הזבחים שנתערבו כו', ימותו כולם כו'.

ונראה שלפי מה שכתבו שם אחרי זה, ומיהו נראה דהכא כו', חזרו מדבריהם לומר, דודאי באיסור ידוע שנתערב לא שייך ברירה כלל לומר הוברר שזהו מה שבירר, וכאן הוא ענין אחר, שאין חשש במה שנתערבו המים של זו בזו, כיון שתחילה נעשה הכל כדין, שנמחקה המגילה לשמה תוך המים, ומה שצריכה לשתות המים, אין קפידא שיהיו תוך המים מחיקת האותיות כולם שנמחקו בשבילה לתוך מים שלה, שכיון שנמחקו האותיות בטל הכתב, רק שצריכה לשתות מים שלה, ומה שמברר אח"כ מחצית המים בשבילה נקרא שזהו מים שלה, ועל זה היה ספיקו של רבא, אם צריכה שבאמת תשתה מים הראשונים שלה שנמחקו בשבילה, או רק שתשתה מים שיתבררו אח"כ בשבילה, זהו כוונת התוס' בתירוצם שם למדקדק בדבריהם.

והא דב' שלקחו קיניהם, והא דדמי חטאת בהא דשופרות, פירשו תוס' כמו שכתבו בתמורה, וכמו שכתבנו בכוונת דבריהם למעלה, דעיקר כוונת הנותן דמי חטאת לשופרות, שאותם שיברור הכהן מן השופר בשבילו יהיה שלו, ויתחלפו על מעות שלו, אבל הכהן עצמו לולא הבעלים לא היה יכול לחלל מעות של הבעלים על מעות אחרים, שאין אדם מחלל דבר שאינו שלו, כמו שכתבו התוס' בפרק מרובה ובכמה מקומות, רק דאמרינן שהבעלים כוונתם שמה שיחליף הכהן הוא מתרצה כעת שיוחלפו עליהם, והרי זה תלוי בדין ברירה ממש, ודו"ק. ועיין תוס' ישנים שם בפרק הוציאו לו, כנ"ל בזה.

הגה"ה. ועיין תוס' בכל מערבין (דף ל"ו ע"א) ד"ה כשהתנו, שהקשו על פרש"י שפירש דהתנו דאותו שירצה הכהן לעשות חטאת בשבילה יהיה שלה כו', דלפירושו קשה דהיינו ברירה ממש, דכיון שנתערבו הקינין אי אפשר בלא ברירה ע"ש. ולענ"ד יש ליישב פרש"י בפשיטות, דכוונתו דברירה לא שייך כי אם במה שצריך שיתברר למפרע ולא אח"כ, כמו הא דכתוב גט לאיזה שארצה כו', דצריך שתחילת הכתיבה יהיה לשמה, וכן אם בא חכם כו', שבעת בין השמשות צריך שיקנה העירוב, וכן כל דבר, משא"כ במה שאי"צ רק שיהיה מבורר באותו זמן שמברר, ואין צריך לומר הוברר הדבר למפרע, אין שייך בזה ברירה, וכאן שלקחו קיניהם בסתם ולא קראו עליהם שם, עדיין לא נתקדשו קדושת הגוף, וכן בנתנו דמי קיניהם בעירוב, ולכן היו בכוונת הנשים שמה שירצה אז הכהן לקבוע על שם אותה האשה יהיה זה שלה ויתחלפו על קן של חברתה, ובכה"ג לא שייך ברירה כל שאי"צ לומר הוברר הדבר למפרע אלא אח"כ בעת שיברור. ועיין בפירוש המפרש בסוף פ"א דמסכת קינים מה שהביא בשם הראב"ד, נראה דכוון למה שכתבנו. ובסימנים הבאים לפנינו בס"ד נבאר הדבר באריכות, דמה שאי"צ להתברר למפרע אין שייך בזה דין ברירה, וא"כ דברי רש"י נכונים /ע"כ הגה"ה/.

ג) ודברי התוס' שם צריכין ביאור, במה שכתבו שם בהא דפרוטה בכיס זה הקדש או שנפל פרוטה של הקדש בתוך הכיס, שרבי עקיבא אומר כיון שהוציא את הראשונה מעל, דס"ל יש ברירה יעוי"ש. והוא תמוה, דא"כ מה מקשה שם ריש לקיש לר' יוחנן מהא דלוגין שאומר ב' לוגין שאני עתיד להפריש כו', דאלמא אין ברירה, אהא דאמר ומודה רבי עקיבא באומר פרוטה מן כיס זה הקדש שהוא מוציא והולך כו', דאלמא אית ליה ברירה, ולפי דבריהם עדיפא ליה להקשות דא"כ מ"ש רישא ומ"ש סיפא, דכיון דברישא הטעם משום ברירה, למה ברישא מעל בראשונה ובסיפא עד שיוציא כל הכיס. ושם במסכת מעילה פירשו, משום דרבי עקיבא לטעמיה דס"ל שחייבין על ספק מעילות אשם תלוי.

עוד תמוה, האיך שייך מעילה ברישא מטעם ברירה, דהא אין מעילה אלא בשוגג, וא"כ האיך שייך לומר ברירה, דבשלמא אם היה לוקחו מן הכיס כדי ליתן להקדש, שייך בדין ברירה, כמו באחין שחלקו שמה שלוקח לחלקו אמרינן הוברר שמשעה ראשונה היה ראוי לו, וכן כאן אמרינן הוברר שאותו הקדיש בתחילה, אבל כשמעל בשוגג וסבור שהוא של חולין, ולא נתכוון אלא להוציאו לחולין, היאך שייך דין ברירה כאן, אם לא כשנאמר שבעת שהקדיש אמר בפירוש שאותו שיוציא מן הכיס בתחילה יהיה הקדש,

כהא דכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה, וע"ז שייך שפיר (ברירה), דמה שהוציא אח"כ בראשונה מן הכיס הוברר הדבר שזהו של הקדש.

אבל אם כן תקשה לחכמים דפליגי על רבי עקיבא, וסבירא להו עד שיוציא את כל הכיס, מדוע יגרע זה מהא דאיתא במסכת נזיר (דף ל"א ע"א), שור שחור שיצא מביתי ראשון כו', דפליגי ב"ש וב"ה באם הקדש בטעות הוי הקדש, אבל אם לא היה טעות, כגון שאמר שור שיצא מביתי ראשון, קדוש גם אליבא דב"ה, וע"כ כו"ע מודו דקדוש אף למאן דלית ליה ברירה. ועוד, הא בית שמאי לית להו ברירה, כדאיתא פ"ק דביצה בהא דהמת בבית ולו פתחים הרבה. אלא ע"כ כמו שיתבאר בסימנים הבאים בס"ד, דמה שאי"צ לומר הוברר הדבר למפרע אלא חל בעת שמתברר לכו"ע מהני.

ד) בסימן הקודם סעיף ו' יצאתי לדון בדבר החדש, בהא דפרוטה בכיס זה הקדש, דבכה"ג דלא תלי בדעתו מה שיברור אח"כ, רק הוא בא ממילא, דאחד מהם קדוש, אין שייך בזה ברירה, יעוי"ש. ונלע"ד להביא ראיות לזה, האחד, ממה דאיתא במסכת מנחות (דף ק"ח ע"ב), האומר אחד מכבשי הקדש אחד משוורי הקדש, הגדול שבהם הקדיש. ופריך שם בש"ס, אלמא מקדיש בעין יפה מקדיש, אימא סיפא, שלשה, בינוני שבהם הקדיש, אלמא מקדיש בעין רעה מקדיש. אמר שמואל, חוששין אף לבינוני כו', היכי עביד, אמר רב חייא בר רב, ממתין לו עד שיומם כו'. וא"כ קשה, למה לא אמרינן בכה"ג ברירה, שאותו שמברר אח"כ לשם הקדש הוברר הדבר שהוא היה הקדש, וכאן לא הוכר ההקדש מעיקרא רק בא בתערובות, וגם תלוי במעשה ובדבור האדם ולא ממילא, דבכה"ג שייך בדין ברירה, כמ"ש התוס' בתמורה וכמש"ל. ודוחק לומר דשמואל דמתרץ הכי לטעמיה אזיל דס"ל אין ברירה אף בדרבנן, כמו שאמרו בפרק משילין גבי שנים שלקחו חביות, דא"כ רב חייא בר רב נימא ס"ל ג"כ הכי דאין ברירה, ודלא כרב אביו דס"ל יש ברירה בפרק משילין. ולפי מה שכתבנו א"ש, דבכה"ג שחל ההקדש מיד על אחד מהם ואינו יודע איזהו, אין שייך בזה דין ברירה.

עוד ראיה, מהא דאיתא במסכת קדושין פ' האומר (דף ס"ד ע"ב), מי שיש לו שתי כתי בנות משתי נשים, ואמר קדשתי את בתי הגדולה, ואיני יודע אם גדולה שבגדולות או גדולה שבקטנות או קטנה שבגדולות כו', כולם אסורות חוץ מן הקטנה שבקטנות דברי ר"מ, ר"י אומר כו'. ומסיק שם בש"ס, דפליגי אי מחית אינש נפשיה לספיקא כו'. ולפי מה שנתבאר למעלה, דבמעורב ברוב מקרי דרבנן, וקיי"ל דאמרינן ביה יש ברירה כהא דט' וכלב, א"כ למה כולם אסורות, לברור חדא מנייהו ואינך לשתרי, וכמ"ש התוס' בתמורה דבדבר שבא מעורב בתחילה אמרינן ביה ברירה, וגם הא תלוי במעשה האדם

ובדבורו. ואף על גב דבפרק האיש מקדש מוקי לה כשהוכרו ולבסוף נתערבו, היינו דוקא לרבא דס"ל קדושין שאין מסורים לביאה לא הוו קדושין, אבל לאביי דהלכה כמותו מוקמינן ליה בסתמא, דהא גם כאן כל חדא מדאורייתא מותרת, דכל דפריש מרובא פריש.

ועיין תוס' מסכת נזיר (דף י"ב ע"א), בהא דאומר לשלוחו צא וקדש לי כו', דאסור בכל הנשים שבעולם, כתבו התוס' שם, דמדאורייתא מותר בכל הנשים, שלא מקרי קבוע כיון שאין האיסור ניכר וידוע במקומו, ורק מדרבנן אסור משום קנס, וא"כ בכה"ג באיסור דרבנן קיי"ל יש ברירה, דמן התורה לא מקרי קבוע אף דהדרא לנחותה. ובפרק בכל מערבין, דקאמר שם מאן האי תנא דאפילו בדרבנן ליה ליה ברירה, למה לא קאמר ר"מ דקדושין הוא, ועוד דהא ר"מ ס"ל יש ברירה בהא דלוקח יין מבין הכותים, אלא ודאי דבכה"ג דלא תלה בדעתו מה שיפרש אח"כ ויברור אחד מהם לא שייך ברירה, וממילא אחת מהם מקודשת ואיני יודע איזו היא, וזה ברור לענ"ד.

וא"כ דברי התוס' דתמורה שכתבו דבדבר שלא הוכר האיסור מתחילה שפיר סמכינן אברירה, אי אפשר לפרש דבריהם כפשוטם רק כמו שכתבנו, ודלא כמ"ש הישׁ"ש בדיני ברירה, וע"ש שתפס דברי התוס' כפשוטן, וכן הא דשופרות, והוא תמוה. שוב אחרי כותבי זאת, מצאתי בחידושי ריטב"א לקדושין (דף נ"א ע"א), בהא דפליגי חזקיה ור' יוחנן באמר יקדשו ארבעים מתוך שמונים חלות, שכתב שראה מקשים והא ר' יוחנן לית ליה ברירה, וכתב שם ממש כמ"ש, דדוקא אם אמר מה שיברור אח"כ שייך ביה ברירה, משא"כ אם אמר יקדשו עכשיו, והנאני שכוונתי לדעתו הרמה.

הגה"ה. וצ"ע בסוגיא דפרק ב' דקדושין שם, דפריך לרבא מהא דתנן אחת מב' אחיות מקודשות כו', דהא כיון דמדאורייתא הם מותרות כל אחת מהם, דכל דפריש כו', א"כ שפיר מקרי קדושין המסורין לביאה, וקרינן ביה מדאורייתא כי יקח איש אשה ובעלה, דהא כל חדא מוקמינן לה אחזקת היתר, ואין זה דומה לחתיכה אחת מב' חתיכות אחד חלב ואחד שומן דמביא אשם תלוי, דשם אין בכל אחד חזקת היתר משא"כ בכה"ג. אך יש לומר, דנגד זה יש חזקה אחרת חזקת פנויה, והשניה היא המקודשת, ונמצא שהיא אחות אשה, ובמקום הארכתי בזה, ואין כאן מקומו /ע"כ הגה"ה/.

ה) ברמב"ם (פ"ד מהל' מעשר שני הלכה ט"ו) פסק שם, באמר מעשר שני זה מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס מחולל, וכחכמים דפליגי על ר' יוסי המובא בפרק בכל מערבין (דף ל"ז ע"ב) לפי מאי דמפיך לה שם. ותמה שם הכסף משנה על הרמב"ם, דהא הוא ס"ל בדאורייתא אין ברירה. והכסף משנה תירץ שם, דהרמב"ם לטעמיה אזיל דס"ל

תרומה בזמן הזה דרבנן. ולענ"ד דבריו תמוהים, דלפי"ז קשה בהא דסתם הרמב"ם (פ"א מהל' תרומות הלכה כ'), בהא דישראל ועכו"ם שקנו שדה בשותפות, דכתב לחלק בין ארץ ישראל לסוריא, משמע דהרמב"ם מיירי לדינא דחייב בתרומה מדאורייתא, וסתם בספרו כפי מה שמבואר בש"ס אף דבזה"ז דרבנן, וא"כ למה סתם כאן וכתב לפי מה שנוהג בזמן הזה, ולא הזכיר בפירוש לחלק בין בזה"ז לזמן שחייב מדאורייתא. וכן בריש (פ"ז מהל' מעשרות), גבי הא דב' לוגין שאני עתיד להפריש, סתם ג"כ דאין ברירה.

ומה שתירץ הר"י קורקוס על קושיא הנ"ל, דבכה"ג לא צריכים לברירה כלל, דממנ"פ מחולל המעשר כבר על סלע שבכיס, דהא ממנ"פ יש סלע בו שמחלל עליו עיין שם. ובאמת הוא תמוה מאוד, דא"כ למה הוצרך הש"ס שם להפוך דברי ר' יוסי לדברי חכמים, כיון דאפילו למאן דלית ליה ברירה הוא מחולל, וגם למה פליגי שם חכמים וס"ל דאינו מחולל, וכבר עמד בזה הר"י קורקוס בעצמו, עיין שם בכסף משנה שכתב שהוא תירץ קושיא זאת, ולא זכינו לתירוצו בזה.

ולכן נראה לענ"ד דכאן לא שייך לומר שמחולל ממנ"פ על סלע אחד שבכיס, דדוקא אם היה אומר סתם מחולל על סלע אחד שבתוך הכיס, בכה"ג מהני ולא שייך בזה ברירה כמו שכתבנו בסעיף הקודם, אבל כאן דמיירי שאמר על סלע שתעלה בידי, ור"ל מה שיעלה אח"כ בידי, וא"כ אין החילול חל על איזה מהם שיהיה, רק מה שיעלה בידו, ואנו צריכים לומר שאחר שיעלה אז חל החילול למפרע בעת שאמר, ודמיא ממש להא דכתוב גט לאיזו שתצא בפתח תחילה, או שאמר לאיזו שארצה אגרש, וא"כ לפי מה שכתבנו למעלה לחלק באם אמר שיחול הדבר אחר שיתברר אז לכו"ע מהני, ובכה"ג אין שייך פלוגתא דיש ברירה או לא, אבל אם אמר שיחול מיד החילול על מה שיעלה אח"כ מן הכיס אז שייך דין ברירה, ובכה"ג מיירי פלוגתא דר"י ורבנן דפרק בכל מערבין, וכן מוכח מש"ס שם דמיירי בהכי שרוצה לאכול המעשר מיד קודם שיעלה מן הכיס, מדחילק שם בין אם אמר על סלע חדשה שיעלה כו' וליכא אלא חדא יעוי"ש, דהיינו באם יש הרבה בכיס אז עכשיו אין הדבר מבורר, ולכן למאן דלית ליה ברירה א"א לו לאכול ולסמוך על מה שיעלה אח"כ, אבל הרמב"ם לא מיירי מזה, אלא באומר שיחול החילול אחר שיעלה מן הכיס, דהרמב"ם לא הזכיר החילוק בין סלע חדשה או לא, ולכך סתם וכתב דמותר גם בזמן שנוהג מדאורייתא, ולא רצה להזכיר בפירוש באם אמר שיחול מיד ורוצה לאכול עכשיו דאינו מועיל, כיון דבלאו הכי בזה"ז אינו חייב מן התורה, ולכן לא רצה להאריך ולפרש כנ"ל.

סימן י
דין ספק איסור תורה אם שייך בו דין ברירה

א) יש להסתפק אם בספק איסור דאורייתא שייך בו ברירה. דלכאורה לפי מה שכתבנו למעלה באריכות, לדידן דמחלקין בין דאורייתא לדרבנן הוא מטעם ספק, היה נראה דבכה"ג גם באיסור דאורייתא אמרינן ביה ברירה, דספק אחד שמא אין בו איסור כלל, וספק ב' שמא יש ברירה, והרי יש כאן ספק ספיקא לקולא דקיי"ל דמותר.

ולכאורה היה נראה להביא ראיה דגם בספק דאורייתא לא אמרינן ברירה, מהא דמביא הש"ס בלוקח יין מן הכותים, דסלקא דעתך דש"ס דר' יהודה ור' יוסי ור' שמעון דאוסרים משום דלית להו ברירה, אף דזה גופיה ספק הוא, אולי כבר הפריש הכותי מהם תרומה ומעשר, אף דהם חשידי אלפני עור, מ"מ מידי ספיקא לא נפקא. וראיה לזה ממה שכתבו התוס' שם במה שאמרו עשרה מעשר ראשון כו', דהא כיון שהפריש כבר תרומה אין מגיע למעשר עשרה, ותירצו שם בתוס' ישנים, דהטעם אולי כבר הפריש תרומה לעצמו למאכלו, וכיון דספק הוא אין ממעט את המעשר. ואעפ"י שהתוס' שם דחו תירוץ זה, היינו משום דממה נפשך אם הפרישו תרומה הפרישו גם מעשר יעוי"ש. ואעפ"י שהתוס' כתבו שם דדין ודאי טבל יש לו, דאינו יכול לקרות שם ולהפריש בין השמשות יעוי"ש, היינו דחמיר יותר מדמאי, משום דבדמאי הקילו, דרוב עמי הארץ מעשרים הם, משא"כ בשל כותים דספק גמור הוא ולא הקילו בו.

ואין לדחות דשאני התם דר"י ור"י ור"ש ס"ל דאין ברירה מתורת ודאי ולא מתורת ספק, דזה אינו, דהא ר' יהודה עכ"פ ס"ל דספק הוה, דהא ס"ל דאחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות מטעם ספק, כדאיתא בפרק יש בכור, הרי דמוכח דספק ספיקא לא מהני. ואף שיש לומר דספק זה שמא עישר למאכלו ונמלך למכור אינו ספק שקול, ויותר שכיח שלא עשרו, דמה שמוכרים לאחרים הוא יותר ממה שמחזיק לשתייתם, מ"מ כבר נתבאר במקום אחר דבספק ספיקא, כל שספק אחד הוא שקול, אף שהספק השני הוא נוטה יותר לאיסור, מ"מ שפיר הוה ספק ספיקא, דיש כאן רובא להיתרא, כדמוכח מהא דסוף פרק בהמה המקשה (דף ע"ז ע"ב), בהמה שהפילה שליא, סמוך מיעוטא דמפילות למחצה נקבות כו'.

ואין לומר דמתני' דלוקח יין מיירי בידוע שהוא יין העומד למכור, ובודאי הוא טבל משום דודאי חשידי אלפני עור, דא"כ קשה למה נקט במתני' בכה"ג, ולא נקט בהיה לו מאה לוג יין טבל בודאי משלו, ואין לומר דהיא גופא קמ"ל, דכותים חשידי אלפני עור, וחשוב כודאי, ונקט לרבותא דר"י ור"י ור"ש דאפילו בכה"ג אוסרים, דהיה לו למתני

בטבל ודאי לרבותא דר"מ, דאפילו בכה"ג ס"ל דיש ברירה, ולא נטעה לומר דרק בספק ס"ל יש ברירה, וכח דהיתרא עדיף.

ב) ולכן היה נראה לומר, משום דר"מ בפרק יש בכור (דף מ"ח ע"א) מוכח דמספקא ליה אם יש ברירה בהא דאחין שחלקו יעוי"ש, ולכך נקט בלוקח יין מבין הכותים, דבכה"ג ס"ל לר"מ יש ברירה משום דהוי ספק ספיקא, אבל באחין שחלקו דהוי ספק אחד מחמיר, אבל בטבל ודאי גם ר"מ מודה דאין ברירה מטעם ספק דאורייתא, אבל ר"י ור"י ור"ש ס"ל דגם בספק ספיקא אין ברירה, אף על גב דר' יהודה ס"ל ג"כ דדין ברירה מטעם ספק הוא, מ"מ מחמיר יותר מר' מאיר. ובזה היה מתורץ קושיית התוס' שם בעירובין ובפרק הוציאו לו, שהקשו מר"מ על ר"מ, ולפי מה שכתבנו א"ש.

ולפי המסקנא דגם ר"י ור"ש מודו בהא דלוקח יין דיש ברירה, ושם הטעם משום שמא יבקע הנוד, י"ל דגם אם נאמר דר' יהודה ע"כ ס"ל דאין ברירה, כדמוכח ממתני' דשופרות ומהא דתני איו, וכן ר' יוסי ע"כ ס"ל דספק הוא, כדמוכח בפרק יש בכור, מ"מ ר' יוסי מודה בהא דלוקח יין אי לאו משום חששא דשמא יבקע הנוד לא היה חושש לברירה מטעם ספק ספיקא, ורק ר' יהודה ס"ל דודאי אין ברירה מדמחמיר גם בעירובין דרבנן, מ"מ נקט שם בברייתא אמרו לו כו' שמא יבקע הנוד כו' משום ר' יוסי דס"ל דספק הוי, ואפשר דגם ר"ש ס"ל דספק הוי, ובספק ספיקא מודה דיש ברירה, ולכן הוצרך לומר שמא יבקע הנוד.

ועיין ברמב"ם (פ"ז מהל' מעשר) שכתב, מי שהיו לו מאה לוג של יין טבל מן התורה, ואמר ב' לוגין כו', עד ואין אומרים בשל תורה נחשב כאלו נברר כו', הרי דלא העתיק לשון הש"ס כמנהגו, הגם שי"ל משום דעכשיו עשאום כעכו"ם גמורים וגזרו על יינם, מ"מ היה לו לכתוב מי שלקח יין ממי שהוא חשוד למכור טבל, אלא ע"כ כמ"ש, דהרמב"ם לשיטתו אזיל דס"ל דדין ברירה ספק הוא, דלכך ס"ל דבדרבנן יש ברירה, ולכך בכה"ג היה מותר משום דהוי ספק ספיקא וכמ"ש.

אך י"ל לדעת הסוברים דספיקא דאורייתא אסור מן התורה, א"כ בספק ספיקא שיש להפריד בין הספיקות אין מועיל ספק ספיקא, דכיון שנולד ספק אחד כבר נאסר מן התורה חשיב כודאי איסור, ושוב אין מועיל ספק השני להתיר כמ"ש האחרונים, וא"כ ה"ה בנדון דידן, קודם שאומר ב' לוגין שאני עתיד להפריש כבר חל עליו איסור תורה, ולכן לא מהני ביה ברירה בדאורייתא. ועיין מה שכתבנו במקום אחר בדין ספק ספיקא שיש להפריד בין הספיקות, דקשה על מה שכתבו הפוסקים להחמיר מהא דפ"ק דפסחים, גבי חבר שמת והניח מגורה כו', דקאמר שם בש"ס דהוי ספק ספיקא, ספק

שמא הכניסם דרך גגות כו', וספק שמא תקנם, ושם יש להפריד בין הספיקות. ובחיבורי בית יצחק הארכתי בזה. ועיין ספר שאגת אריה (סי' פ"ט), דמשמע מדבריו שם דס"ל דהיכא דיש ספק ספיקא יש ברירה אפילו בדאורייתא.

ונ"מ במה שכתבנו, באם קידש אשה בספק קדושין ורוצה לגרשה, ויש בגט חשש ברירה, כגון בהא דפרק ג' דגיטין, כתוב גט לאיזה שארצה אגרש כו', דאם נאמר דספק ספיקא מהני היא מגורשת, אך לשיטת ר"י בתוס' שם דס"ל דגם מאן דס"ל יש ברירה מודה בגט משום דכתיב וכתב לה שיהיה מבורר לשמה, א"כ אין מועיל בזה ספק ספיקא כלל. [ובדברי התוס' הנ"ל נכתוב בזה לפנינו בסימנים הבאים בס"ד].

ג) ויש בזה מקום עיון בדברי הש"ס פ"ב דקדושין (דף מ"ד ע"ב), איתמר, קטנה שנתקדשה שלא לדעת אביה, אמר שמואל צריכה גט וצריכה מיאון כו', ומפרש שם, צריכה גט שמא נתרצה האב בקדושין. וכתב הרא"ש בפסקיו שם (סי' ה'), דגבי בת אם נתרצה האב חיילי קדושין למפרע ממילא, והוי כאלו אמר לבתו צאי וקבלי קדושיך. ולכאורה קשה למאן דלית ליה ברירה, א"כ היאך חלין הקדושין למפרע, דהא ע"כ צריכין אנו לומר הוברר הדבר למפרע שנתרצה האב בקדושין מתחילה בעת שקבלה הקידושין, דאל"כ היאך יחול הקדושין אח"כ אפילו אם קדשה בכסף, דאע"ג דקיי"ל דאם נתן לה כסף ואמר התקדשי לי לאחר ל' יום מקודשת אפילו נתאכלו המעות, משום דברשותא דידה קא מתאכלה ולאו למלוה דמי, שאני התם דבתחילה נתן לה לשם קדושין, ויכול לקדשה, שהיא בת קבלת קדושין אם היא גדולה, אבל בקטנה שאין לה יד לקבל קדושין אם לא מדעת אביה, אם לא היו חלין בתחילה היאך יחולו אח"כ, וכיון שהדבר תלוי ברצון האב, הרי זה דומה לאומר כתוב לאיזה שארצה אח"כ אגרש, דלמ"ד אין ברירה לא אמרינן הוברר הדבר שתחילה היה ברצונו לשם זו לכתוב הגט.

ובשלמא לרב שם דס"ל כשמואל דצריכה גט כמבואר שם, אתי שפיר, דרב לשיטתו אזיל דס"ל יש ברירה כדמוכח בפרק משילין, אבל לשמואל דס"ל שם אפילו בדרבנן אין ברירה, קשה. ולפי מה שאמר שם רב נחמן והוא ששידכו, ופרש"י ששידך בה אביה קודם קדושין, דאז חיישינן שמא נתרצה האב כו', עפי"ז יש ליישב קצת, דכיון ששידכו הוי כאלו התחיל להתברר קצת קודם הקידושין, ושייך שפיר לומר דאם נתרצה האב אח"כ הוברר הדבר למפרע, וכעין מש"כ הר"ן בפירושו לנדרים ר"פ השותפין, דדבר שהתחיל להתברר קצת מקודם, ושוב אם נגמר הבירור אח"כ אמרינן יש ברירה לכו"ע, אבל למאן דמתני התם פלוגתא דעולא על שמואל, ושמואל מיירי בלא שידכו, קשה.

ועיין תוס' פרק בכל מערבין ופרק הוציאו לו, דכתבו להקשות דשמואל אדשמואל, דבפרק משילין ס"ל אין ברירה, ובגט שכיב מרע יש לו ברירה, כמ"ש אתקין שמואל בגיטא דשכיב מרע אם לא מתי כו', ותירצו שם, דשמואל ס"ל לחלק בין דבר העומד להתברר או לא, דבשכיב מרע הדבר עתיד להתברר או יחיה או ימות יעוי"ש. ועיין ביש"ש בדיני ברירה, שכתב דגם הא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא חשיב כדבר העתיד להתברר, וא"כ יש ליישב גם בנידון זה, דודאי המקדש את הקטנה יודע שקדושי קטנה לית בה ממשא, דאין לה יד לקדש את עצמה, וכמ"ש בפרק האיש מקדש, אדם יודע שאין קדושי קטנה כו', והוי כאלו פירש הריני מקדשך ע"מ שירצה אביך, וא"כ הוה דבר העומד להתברר או ירצה או לא ירצה, ובכה"ג ס"ל לשמואל דיש ברירה, ונדבר מזה לפנינו בס"ד בסמנים הבאים.

אבל באמת אין זה ענין לנדון דידן, דדוקא באותו שמתנה ואומר ע"מ כו' שייך לחלק כן, דכל שמתנה על דבר שיתברר הדבר או להן או ללאו הוי כמבורר מעיקרא, משא"כ בנדון דידן דהעיקר תלוי בדעת האב, שהרי הוא יש לו זכות לקדש בתו קטנה, משא"כ לאחר אין לו כח לקדש קטנה שלא ברצון אביה, א"כ מה בכך שהדבר כמבורר אצל המקדש, כיון שאינו מבורר אצל האב שהוא עיקר המקדש, והוא לא גילה דבר קודם הקדושין, ולא ידע ולא שמע מזה, א"כ ודאי דזה תלוי בדין ברירה ממש, וזה גרע מתולה בדעת אחרים ומכל הדומה לזה, והוי ברירה דממילא כמו אחין שחלקו.

ולדברי הר"ן בזה יותר מוקשה, דהוא כתב בזה, דמה שאמרו נתרצה האב דהוי קדושין, לא משום דנתרצה מעיקרא קאמר כאלו אמר לה צאי וקבלי קדושיך, אלא שמא נתרצה אח"כ כששמע כו', וכ"ת ריצוי דאח"כ מאי מהני, איכא למימר משום שכל אדם רוצה להשיא את בתו, ומצוה דרמיא עליו, וזכין לאדם שלא בפניו, וכל שנתרצה גלי אדעתיה דזכות הוא לו ומהני משעה ראשונה כו', והרי דבר זה תלוי בדין ברירה ממש. וכעין זה איתא ריש פרק כיצד משתתפין (דף פ"ב ע"א), בהא דתנן ואמר הרי זה לכל בני עירי, וכל שקבל עליו מבעוד יום כו', ואמר ע"ז שם, מבעוד יום אין, משחשיכה לא, ש"מ אין ברירה כו', הרי למ"ד אין ברירה לא מהני מה שהוא מרוצה אח"כ אף על גב דזכות הוא לו. וכן בפרק האשה בפסחים (דף פ"ח ע"א), יתום ששחטו עליו אפוטרופסין כו' יאכל במקום שהוא רוצה, פריך ש"מ יש ברירה כו' וכמו שיתבאר בסמנים הבאים בס"ד, וע"כ צריכין אנו לדחוק, דמירי שקדשה בכסף, ולפי שיטת הר"ן משום דהוי שליח לאביה לזכות, וזכין לו כו', והוי כאלו קדשה ע"מ שיחולו אח"כ הקדושין כשיתרצה האב, אבל במ"ש דמהני משעה ראשונה לא א"ש.

ד) ולכן היה נלע"ד לומר, דגם שמואל דס"ל אין ברירה, לאו בתורת ודאי הוא, אלא מתורת ספק. ואף על גב דסבירא ליה דאפילו בדרבנן אין ברירה כדמוכח בפרק משילין, יש לומר דשמואל מחמיר בספק זה אפילו בדרבנן, משום דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תיקון, ועוד דבכ"מ מצינו שהחמירו בדבריהם אפילו בספק, ואין כל גזירות חכמים דומים זה לזה, וא"כ לחומרא אית ליה לשמואל דיש ברירה, ובהכי א"ש ג"כ הא דריש פרק כל הגט (דף כ"ד ע"ב), במה שאמרו שם דשמואל אמר כולם פוסלין בכהונה (חוץ מן הראשון), הרי דבאמר כתוב גט לאיזה שארצה אגרש ס"ל דפוסל לכהונה, אף על גב דס"ל לשמואל דאין ברירה אפילו בדרבנן, וא"כ למה פוסל בכהונה, אלא על כרחך דס"ל דספק הוי. ואף על גב דר' יוחנן דס"ל ג"כ אין ברירה אפילו בדרבנן ס"ל דאפילו ספק לית ביה, מדס"ל שם דאפילו אחרון אין פוסל בכהונה, מ"מ בזה מחולק שמואל עם ר' יוחנן.

ולפי"ז היה נראה דשמואל אית ליה ברירה להחמיר אפילו בספק ספיקא, ואזיל לטעמיה, דכמו שמחמיר בהך ספיקא אפילו בדרבנן כמו דס"ל בתחומין, כמו כן מחמיר בספק ספיקא, דבכל מקום ספק ספיקא בדאורייתא וספיקא דרבנן שוים הם, [כ"ש לפי דעת הפוסקים דס"ל דטעמא דס"ס מותר, הוא לפי שיטת הרמב"ם דס"ל ספיקא דאורייתא מותר מן התורה ואסור מדרבנן, וא"כ בספק השני עושה אותו ספק דרבנן, ולא מטעם רובא אתינן עלה, וכמ"ש בחבורי מזה באריכות]. ובזה א"ש הא דמחמיר כאן בהך דנתקדשה [שלא] לדעת אביה, דהא כאן בלאו הכי יש ספק ספיקא, ספק אחד שמא לא נתרצה האב, ואפילו נתרצה שמא אין ברירה, ואפילו הכי ס"ל דצריכה גט.

ולפי"ז לדידן דס"ל יש ברירה בדרבנן מטעם ספיקא דרבנן, א"כ גם בספק ספיקא בדאורייתא לא מחמרינן לומר ברירה, וא"כ ודאי דקיי"ל להלכה דאין חוששין שמא נתרצה האב, משום דהוה ספק ספיקא כמש"כ, וכן פסקו הפוסקים הרי"ף ורמב"ם והרא"ש. ועיין שם בריי"ף ובראי"ש משום דרבינא דהוא בתראה פסק דלא חיישינן להא דרב ושמואל, ואפשר דלכך פסק רבינא דלא כוותייהו, משום דאנן ס"ל דברירה בספק תליא, ובספק ספיקא מקילינן כמו שמקילינן בספיקא דרבנן, וממה שכתבנו יש סתירה גדולה לשיטת הישי"ש בדיני ברירה, שדעתו שם דמ"ד אין ברירה לאו מטעם ספק הוא אלא מתורת ודאי, ומה דמחלקין בין של תורה לשל דבריהם הוא דכן הקילו חכמים על איסורי דבריהם למסמך אברירה, כמו שיתבאר דעתו בסימנים הבאים בס"ד, ומכאן מוכח דספיקא הוי וכמ"ש.

ה) עוד צ"ע שם בפ"ק (דף י"ט ע"א), אמר רבא אמר ר"נ, אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך מדר' יוסי ב"ר יהודה כו'. ושם, מאי ר' יוסי ב"ר יהודה, דתניא יעדה והפדה, צריך שיהיו שהות ביום כו'. ר"נ בר יצחק אמר, אפילו תימא מעות הראשונות לקדושין נתנו כו'. ושם פרש"י בד"ה לאו לקדושין נתנו וז"ל, דאי קבל האב ע"מ להתייעד, וקדושי יעוד תלויין באב, אף על גב דליכא שהות נמי, כיון דאמר תוך שש תתייעד לי, הוה ליה יעוד למפרע משעת מכירה, עכ"ל. וקשה למ"ד אין ברירה, היאך חלין הקדושין למפרע, דהרי זה דומה להא דאם בא חכם למזרח עירובי למזרח דפרק בכל מערבין, דמסיק שם דאפילו תלה בדעת חכם אחד אם ירצה לבוא למזרח כו' ג"כ תלוי בדין ברירה, וכן נדון זה הוי כאילו אמר לו בתי מקודשת לך עכשיו אם תרצה למחר, או באמר ע"מ שירצה אבא.

ולפי מ"ש בסימן הקודם בשם הישי"ש, לפמ"ש התוס' דבדבר העתיד להתברר לכו"ע אמרינן ברירה וכמ"ש הישי"ש שם, [ניחא], דאין זה דומה לאם בא חכם למזרח כו', דשם אין עתיד להתברר, דשמא לא יבא לא למזרח ולא מלמערב, משא"כ בנדון דידן דודאי יתברר אם ירצה לקדשה או לא, אבל עדיין קשה, דהרי כאן אין תלוי ברצון האב לבד, ותלוי ג"כ בדעת האדון אם ירצה לקדשה, וא"כ הרי זה כאלו אמר האדון לאב בשעת מכירה כשנתן לו המעות, הרי מעות הללו נתונים לך לשם קדושין אם ארצה לסוף שש לקדשה, ואם לא ארצה יהיה לשם שפחות, וא"כ הרי זה דומה לכתוב גט לאיזה שארצה אגרש כו', ועוד דהרי מצות יעוד גם בבנו, אם ירצה האדון שבנו ייעדנה בכסף שנתן אביו, מקדשה, וצריך שיאמר לה הרי את מקודשת לי בכסף שנתן אבי לאביך כו', וא"כ צ"ל שבעת נתינת המעות היה כאלו אמר לאדון הרי מעות הללו לשם קדושין, אם תרצה לייעדה יהיו הקדושין לך ומקודשת לך, ואם לא תרצה רק לבנך תהיה מקודשת לבנך, והרי זה אין עתיד להתברר, דשמא לא ירצה לא האדון ולא בנו, והרי זה דומה לחכם דשמא לא יבא לא למזרח ולא למערב, וגם דומה להא דכתוב גט לאותה שתצא בפתח תחילה, דג"כ אין עתיד להתברר, דשמא שניהם לא יצאו מן הבית, דבכה"ג קיי"ל דאין ברירה.

וצ"ל דשאני יעוד דהרי בעת שרוצה לייעדה לו או לבנו צריך שיאמר אז הרי את מקודשת לי בכסף שנתתי לאביך כו', וכן בנו צריך שיאמר כן לאביה בתך מקודשת לי בכסף שנתן אבי לך כו', וכמ"ש הרמב"ם פ"ד מהלכות עבדים, וא"כ אין חלין הקדושין למפרע, רק אז בעת היעוד, והכסף שנתן לאביה אעפ"י שכבר נתעכלו מ"מ הני זוזי לא למלוה דמו כו', וכדאיתא פ"ג דקדושין (דף נ"ט ע"א) יעוי"ש, בהא דאמר הרי את מקודשת לי

לאחר ל' כו', ומה שכתב רש"י דהוה ליה יעוד למפרע לאו דוקא, ובמה דהמעות נעשו לשם קדושין למפרע אין זה בגדר ברירה, דאע"ג דאם לא היה מיעדה לא היו אלו המעות למפרע לשם קדושין אלא לשם שפחות, צ"ל דעיקרם לשם קדושין נתנו, והוה כאלו אמר אלו המעות יהיה לשם קדושין אם לא אחזור בי מליעדה, כהא דאיתא התם באמר לאחר ל' יום לשמואל דס"ל דלאחר ל' יום פקע קדושי שני וחלו קדושי ראשון, דס"ל דתנאה הוי, ופרש"י שם דהוה כאמר מעכשיו אם לא אחזור בי יעוי"ש.

סימן יא

דין אם שייך ברירה באם החלקים יונקין זה מזה

א) איתא בפרק משילין (דף ל"ז ע"ב), איתמר, שנים שלקחו חביות ובהמה בשותפות, רב אמר חביות מותרת ובהמה אסורה כו', ופריך שם מאי קסבר, אי קסבר יש ברירה בהמה אמאי אסורה כו', ומשני לעולם קא סבר יש ברירה, ושאני בהמה דינקי תחומין מהדדי. ולפי פשט משמעות הסוגיא משמע, דטעם האיסור בזה משום שמתערב היניקה משל חבירו דלא קנה שביתה אצלו, שאסור לו להוליך למקום אחר, ואינו בטל, כהא דאשה ששאלה מים ומלח לעיסתה שם (דף ל"ח ע"א), דמקשה הש"ס וליבטל מים ומלח כו', ומשני רב אשי משום דהוה דבר שיש לו מתירין ואפילו באלף לא בטל. אך לפי"ז יקשה על הרב בהג"ה ביו"ד (סי' ק"ב), שכתב שם, דהא דקיי"ל דבר שיש לו מתירין לא בטל, היינו דוקא אם ניכר האיסור בפני עצמו ואח"כ נתערב, אבל אם לא היה ניכר מעיקרא, כגון גיגית מליאה ענבים בעוטים מערב שבת, והיה בו הרבה יין צלול מערב שבת, אף דגם בשבת יצא יין מן הענבים, מותר לשתות מן היין בשבת, דבטל ברוב. ודין זה הוא מהמרדכי סוף פרק קמא דשבת. והוא סותר להך סוגיא, דהא בהא דיניקת תחומין ג"כ לא ניכר תחילה האיסור בפני עצמו.

עוד יש לתמוה על הרב שם, מדברי התוס' פרק מרובה (דף ס"ט ע"א) ד"ה כל הנלקט, דהקשו שם, אפילו אומר כל המתלקט מה מועיל למה שגדל אח"כ, ותירצו, די"ל דבטל ברוב, ואף על גב דדבר שיש לו מתירין אפילו באלף לא בטל, מ"מ מדאורייתא בטל, ומה שיכולים לתקן מתקנים יעוי"ש. הרי מבואר מדבריהם דלא ס"ל כדעת המרדכי, וס"ל דגם בכה"ג לא בטיל בדבר שיש לו מתירין, וא"כ היאך סתם בשו"ע כדעת המרדכי, ולא הזכיר דעת התוס' כלל שהם חולקים ע"ז.

ב) וראיתי בדברי המרדכי שם, ונלע"ד לכאורה דאין ראיותיו מכריחים כלל, דנראה מדבריו שם שהוציא דין זה ממה דאיתא שם בסוף פרק קמא דשבת, בפסקא דשוים שטוענים בקורות בית הבד כו' (דף י"ט ע"ב), דבמחוסרים שחיקה ואין מחוסרים דיכה

מותר לשתות לר' ישמעאל דפסקו הפוסקים כמותו, ומשם אין ראיה כלל לענ"ד, די"ל כיון שכבר נסחטו כל הענבים במקצת, הוי כאלו נדוכו כולם לגמרי, ולא שייך בהם איסור משקין שזבו שגזרו משום שמא יסחוט, דאפילו יסחוט אותם אין בהם איסור תורה כמ"ש התוס' שם, משא"כ בגיגית שהיה בו הרבה יין וענבין שלמים, שהענבים השלמים יש בהם איסור משקין שזבו, ודאי דאסור, ואין מתבטלים ביין שבגיגית משום דהוי דבר שיש לו מתירין. וכן משמע בירושלמי סוף פ"ק דשבת, דאיתא התם על הך דשוים הנ"ל, ר' שמואל וריב"ח תרויהון אמרי, כבר נתעקרה כל טפה וטפה ממקומה כו' יעוי"ש, ומ"ד כל טפה וטפה, משמע שצריך שלא יהיה בהם ענבים שלמים כלל, אלא כולם נידוכו ונסחטו כמ"ש.

ומה שהביא המרדכי עוד ראיה מפ"ק דביצה (דף ד' ע"ב), בעצים שנשרו מן הדקל לתוך התנור ביום טוב, מרבה עליהם עצים מוכנים ומסיקן, אף דהוה דבר שיש לו מתירין, משום דמיקלי קלי איסורייהו, אף על גב דתחילה היו בעין תוך התנור בהתערובות, לא הבנתי ראיה זו, דהא בפירוש קאמר הש"ס כיון דמיקלי קלי כו', ור"ל כיון דעיקר איסורו מהנאתו הוא אחר שנשרף ונתחמם התנור, ואז אינו בעולם כלל, ואין על מה לחול האיסור, וכעין זה אמרו שם (דף ל"ט ע"א), הנחלת כרגלי הבעלים, והשלהבת בכל מקום משום דאין בו ממש אין חל עליו איסור שביתת תחומין, וכן אין חל עליו איסור מוקצה, ולא דמי ליין היוצא מן הענבים שהם בעין והאיסור ניכר, רק שמעורב תוך יין של היתר שיצא קודם יום טוב, והוא חמור יותר מיניקת הבהמה ומגידולי הכרם, ועוד יותר תימא על הרב שהעתיק דבריו לפסק הלכה, דהא הרב ע"כ ס"ל דיין היוצא מן הענבים מקרי בעין ממש, דאל"כ בלאו הכי כתב הרב דבטעמא לבד אין שייך דבר שיש לו מתירין כי אם בממשו של איסור, כמבואר שם בסימן הנ"ל.

ג) והיה נלע"ד לומר, שדין זה שחידש המרדכי תליא באשלי רברבי, והוא, דהרא"ש פרק משילין שם פלפל אי הלכה כרב דאסר בבהמה משום יניקת תחומין, או כרב כהנא ורב אסי דהקשו לו לאיסור מוקצה לא חששו לאיסור תחומין חששו, ושתיק להם רב, אי שתיקתו כהודאה דמיא או דלא חשש להשיבם. והביא שם בשם הרי"ף דפסק כרב, ובעל העיטור והרז"ה פסקו כרב כהנא ורב אסי, וכן הסכים הרא"ש לדבריהם. וא"כ מוכח דלהרי"ף שפסק כרב דחששו ליניקת תחומין, ס"ל דגם בלא ניכר האיסור בתחילה דבר שיש לו מתירין לא בטיל. ולדעת בעה"ת והעיטור והרז"ה והרא"ש צ"ל דלא חיישינן ליניקת תחומין, וס"ל כשיטת המרדכי הנ"ל, וא"כ לפי מה שפסק המחבר בשו"ע או"ח

(סימן שצ"ז סעיף ח') כדעת הרי"ף והרמב"ם שס"ל כמותו, והרב לא הגיה שם כלום מכלל דאודי ליה, וא"כ דבריו סותרים למה שכתב ביו"ד שם.

ולשיטת הרז"ה ובעה"ת והרא"ש א"ש טפי מה שהקשו התוס' בפרק מרובה שם, דמה תקנו הצנועין למה שיגדל אח"כ, דדבר שיש לו מתירין לא בטיל, והוצרכו לתרץ, דכל מה שהיו יכולין לתקן להוציא מידי איסור דאורייתא תקנו, ולשיטתם הוא תקנה גמורה להוציא גם מידי איסור דרבנן, ואין לומר דטעמו של הרא"ש דס"ל דלא חיישינן ליניקת תחומין הוא משום דס"ל דדבר שיש לו מתירין דלא בטיל הוא רק בממשו של איסור ולא בטעמו, דהא הרא"ש ס"ל דגם טעמא לא בטיל בדבר שיש לו מתירין, כמ"ש הרא"ש בפירושו למסכת נדרים, וכמו שכתב הש"ך בשמו שם ס"ק ט' עיין שם.

ד) והנה אף כי בער אנכי מאיש, וחלילה לי לפקפק בדברי מרן אדונינו הרא"ש ז"ל, מ"מ תורה היא כו', ולענ"ד לא זכיתי להבין דבריו שם, כי לענ"ד אין בראיותיו כדאי להכריע לפסק הלכה כרב כהנא ורב אסי נגד רב, והוא, דמה שהוכיח ממה דפריך הש"ס שם מאי הוה עלה, דמה ספק היה להם כיון דקיי"ל כרב באיסורין נגד שמואל, אין זה קושיא מתרי טעמא, חדא, דהא כה"ג פליגי רב ושמואל לענין דיני ממונות, כמ"ש בפרק בית כור (דף ק"ו ע"א) לענין אחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם, אי כיורשים הוו או כלקוחות, דרב ס"ל כיורשים דס"ל יש ברירה, ושמואל ס"ל כלקוחות דאין ברירה, וכמ"ש הרשב"ם בפירושו שם, וכיון דבדינא קיי"ל כשמואל נגד רב, א"ש דמספקא ליה לש"ס כמאן הלכתא, אי עיקר פלוגתייהו היו לענין איסור ומשם נלמד לענין ממון, או להיפוך, וכה"ג כתב הרא"ש בפרק שור שנגח כו', בפלוגתא דרב ושמואל לענין ווסתות ושור המועד, ועוד, כיון דרב ס"ל באמת יש ברירה אפילו בדאורייתא, וכיון דלא נתקיימו דבריו לענין דאורייתא, לכן נסתפק הש"ס דילמא גם בדרבנן לית הלכתא כוותיה.

ובר מן דין ובר מן דין, כיון דר' יוחנן פליג על רב שם, וס"ל כשמואל דאין ברירה אפילו בדרבנן, וקיי"ל כר' יוחנן לגבי רב ושמואל, וכ"ש כאן דשמואל ס"ל כוותיה, לכך מביא הש"ס דבאמת ר' אושעיא פליג, עד דמסיק לבסוף דמר זוטרא פסק כר' אושעיא לחלק בין דרבנן ובין דאורייתא, ומר זוטרא היה אחרון שבאמוראים בזמן רבינא ורב אשי, דהלכה כבתראי מאביי ורבא ואילך, ולכן קאמר מאי הוה עלה, ומביא דבריו להכריע לפסק הלכה. ובזה מתורץ מה שהקשה עוד הרא"ש, דהא כמה תנאי ואמוראים פליגי בברירה, ולפי מה שכתבנו א"ש.

ה) ועיקר דבר זה מ"ש דחיישינן ליניקת תחומין קשה לענ"ד, דהנה התוס' פירשו שם מה שאמרו לאיסור מוקצה לא חששו, היינו מה שהבהמה מתגדלת ומוספת שמנונית

ביום טוב, ודחו שם פרוש רש"י, וא"כ צ"ל דגם יניקת תחומין היינו מה שכל אבר מתגדל ויונק חיותו מאבר השני, שכל האברים מתחברים ורוח החיים מתפשט בכולם ע"י גידי הדם הסובב, ועי"ז היא גדילה וחיה ומוספת שמנונית, ולפי"ז צ"ע, דהנה הרז"ה הקשה שם על הרי"ף דפסק כרב דחיישינן ליניקת תחומין מהא דקיי"ל דשור של פטם הרי הוא כרגלי כל אדם, וכל אדם מוליך חלקו למקום שעירב, ולמה לא חיישינן שם ליניקת תחומין. ותירץ הרמב"ן שם, דשאני שור של פטם שהוא מוציאו מרשותו ומעמידו ברשות כל אדם, והוי כחפצי הפקר דאין קונין שביתה, וכבור של עולי בבל יעוי"ש.

ולפי"ז קשה מהא דאיתא בפרק מי שהוציאוהו (דף מ"ה ע"ב), בהא דתניא גשמים שירדו ביום טוב הרי הם כרגלי כל אדם, ומוקי לה בעבים שנתקשרו מערב יום טוב, ופריך וליקני שביתה בעבים כו', ומשני מיא בעיבא מבלע בליעי, ופרש"י שם, דכיון דמבלע בליעי כמאן דליתנהו ולא קנו להם שביתה אמש כו', הרי דכיון דבליעי לא שייך בהם קנין שביתה כלל, וא"כ כ"ש ביניקה דינקי אברים מהדדי דבליעי טפי, וא"כ אין שייך בהם קנין שביתה כלל, והרי זה כחפצי הפקר, כהא דשור של פטם הנ"ל, וא"כ לא תיקן כלום הרמב"ן בתירוצו בזה, ואדרבא קשה יותר מה שהקשו רב כהנא ורב אסי שם שם לרב לאיסור מוקצה לא חששו כו', דהרי במוקצה אסור יותר מה דאין ניכר כלל, כמו דפריך שם בהא דגשמים הנ"ל, כ"ש דהוו להו נולד ואסירי. ועיין תוס' שם ד"ה כ"ש, דבנולד כהאי שלא היו כלל בעולם והוא דבר חדש, אפילו ר"ש מודה דאסור, יעוי"ש.

ולכן צ"ל, דבאמת מה שע"י שמתגדלת ומוספת שמנונית לא גזרו בזה משום איסור מוקצה, דאי אפשר בלאו הכי, דא"כ בהמה לא נשחוט ביום טוב, וא"כ א"א לקיים שמחת יום טוב, ועוד, דהרי בזמן שבית המקדש קיים עיקר מצוה בזביחת שלמי שמחה, ואין יוצאים אלא א"כ נשחטו ביום טוב בזמן שמחה ולא מערב יום טוב, כדאיתא במסכת פסחים פרק אלו דברים, וכיון שא"א להתקיים גזירת דבריהם לבטל מצוה דאורייתא, לכן גם בזמן הזה לא גזרו, ועוד דדבר המפורש בתורה להיתר אין כח ביד חכמים לאסור, כמ"ש הט"ז ביו"ד סימן קט"ז, ונתבאר במקום אחר, וכ"ש שאין כאן אלא תערובות משהו.

והא דאסר רב משום יניקת תחומין אין הכוונה משום תערובות משהו של היניקה שמתערב מחלק חבירו בחלקו, אלא עיקר כוונת רב, דאין שייך לומר בזה הוברר הדבר שמערב יום טוב זהו חלקו המגיעו, כיון שחלק של כל אחד משועבד לחלק חבירו, שהם יונקים זה מזה ומתערב סיבוב הדם בכל רגע בכל האברים מאבר לאבר הרי הם כמעורבים יחד, וא"א לומר דכחלוקים דמו מערב יום טוב ואין זה שם ברירה בזה,

וזה היה טעמו של רב, ולא חש להשיבם על קושייתם, וכעין זה מצינו בכמה מקומות שהקשו רב כהנא ורב אסי לרב ושתיק להם, ואעפ"כ לא ס"ל כמותם, שהיה לו תירוץ על קושייתם, עיין פרק קמא דביצה בהא דאפרוח שנולד ביום טוב.

ו) ונלע"ד ראיה לפירוש זה שכתבתי, מהא דאיתא בירושלמי פ"ו דמסכת דמאי, על מתני' דישראל ועכו"ם שקנו שדה בשותפות, דפליגי רבי ורשב"ג, דרבי סובר טבל וחולין מעורבים זה בזה, דס"ל אין ברירה, ורשב"ג סובר חלקו של ישראל חייב ושל גוי פטור, דס"ל יש ברירה, כדאיתא בש"ס דילן במסכת גיטין פרק השולח (דף מ"ז ע"ב). וקאמר שם בירושלמי, ר' יסא בשם ר"ח, מה פליגין בשחלקו שדה בקמתה, אבל אם חלקו גדיש, אף רשב"ג מודה לרבי שכל קלח וקלח של שותפות הוא. ולכאורה הוא קשה להבין טעמו של רשב"ג דמודה בזה, כיון דס"ל יש ברירה ואמרינן הוברר הדבר למפרע שזה היה חלקו מעולם וגדיל ברשותו, א"כ אפילו חלקו גדיש נמי נימא הכי.

ולכן נ"ל דהוא הדבר שכתבתי, דהנה אף על גב דחיוב תרומה מן התורה מתחיל אחר שנתמרח, מ"מ כל שנקצר אם הפריש תרומה בשבלים תרומתו תרומה, כמ"ש בכ"מ בש"ס מעשר ראשון שהקדימו בשבלים כו', ולכן ס"ל לרשב"ג אם חלקו בקמתה בזה שפיר אמרינן ברירה ולא אמרינן שמא החליפו זה בזה וחלקו של ישראל הוא ביד גוי, אבל כשחלקו עמרים אחר שנקצר, א"א לומר הוברר הדבר שגם בעת שהיו מחוברין היה זה חלקו של ישראל כו', דכיון דאז הם יונקים זה מזה כל שיבולת מחבירו, דשיעור יניקה ג' טפחים, לכן א"א לומר דהוברר הדבר שזה גדל בחלקו וזה גדל בחלקו, שהיניקות מתערבים, וא"א לומר הוברר הדבר כי אם מאחר שנקצר ואילך, וכיון שאחר שנקצר אז חל עליהם שם תרומה אם היה מפריש מהם, ואז עדיין היו מעורב חלקו של ישראל עם חלקו של גוי, לכן מודה בזה רשב"ג לרבי.

ולענ"ד מורה כן לשון הרי"ף ז"ל שכתב על הא דרב בהמה אסורה כו' וז"ל, משום דקא סבר יש ברירה, ובהמה אסורה משום דקא ינקי תחומין מהדדי, כלומר כיון שהבהמה אבריה יונקים זה מזה, נמצאו תחומין שלה כאלו הם מעורבים זה בזה, ולא יתכן בהם ברירה, עכ"ל. מלשון ולא יתכן כו', משמע דלא משום תערובות בליעת היניקה שמעורב בחלקו הוא, שלפי"ז באמת שייך בו ברירה, והוא עצמו קנה שביתה אצלו, ורק תערובות מיעוט היניקה של חלק חבירו אוסרו, אלא ודאי כמו שכתבנו.

ולפי מה שכתבנו היה יוצא לנו דין חדש, באם באמת חלקוה ביניהם בעיו"ט בחייה, שזה יטול אברים אלו וזה אלו, אף על גב דשחטוה ביום טוב אין בזה איסור, וכל חד מוליך מנתו וחלקו למקום שיכול לילך, ואין בו משום יניקת תחומין, כמו שלא חששו

לאיסור מוקצה לאיסור תערובות מטעם שכתבנו למעלה, לכן א"א לאסור ג"כ מטעם תחומין דהוי תרתי דסתרי, וכמו שהקשו באמת רב כהנא ורב אסי לרב, אך כיון שלא נזכר זה בפוסקים והוא מלתא חדתא, לכן מסתפינא להקל, ואיני אומר אלא להלכה ולא למעשה, וצ"ע.

ז) ולפי מה שכתבנו בביאור הש"ס ביניקת תחומין היה נראה לפרש בזה סוגיא דאיתא בסוף פרק חלק (דף קי"ב ע"א), אמר רב חסדא, בהמה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת אסורה, עיסה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת מותרת, מ"ט, בהמה כמאן דלא פליגי דמי, עיסה כמאן דפליגי דמי. ולכאורה אינו מובן מאי בין עיסה לבהמה. ולפי מה שכתבנו א"ש, דבעיסה דלא שייך בה יניקה חלק מחלק לכן מותרת, דס"ל לרב חסדא דיש ברירה אפילו בדאורייתא, אבל בהמה כיון דינקי החלקים זה מזה אין לומר בו ברירה, שכל החלקים מעורבים יחד, כהא דיניקת תחומין הנ"ל. [ובכה"ג אפילו חלקום בחייה קודם שנגמר דינו של עיר הנדחת, נראה דלא מהני משום תערובות איסור של היניקה, דאפשר דאין בו ששים, ולא דמי למש"כ בדין תחומין ביום טוב דאם חלקו מערב יום טוב דמותרת, דכיון דהוצרכו להתיר משום מוקצה מטעם שכתבנו למעלה התירו ג"כ איסור תחומין וכמש"ל, מה דלא שייך בדין איסור עיר הנדחת, ודו"ק]. **אבל** רש"י שם לא פירש כך, שכתב בד"ה כמאן דלא פליגי דמי, "משום דא"א לכזית בשר בלא שחיטה, ואפילו שחטה אין בשחיטתו כלום, דשחיטתה זו היא מיתתה, ואין היתר אפילו לחציה של עיר האחרת, דכמאן דלא שחט אלא סימן אחד דמיא", ולכאורה דברים אלו תמוהים הם, דהא לקמן מבעי ליה לרב חסדא עצמו, בהמת עיר הנדחת מהו דתתהני ביה שחיטה לטהרה מידי נבלה, לפי חרב אמר רחמנא, לא שנא שחטה מישחט לא שנא קטלה מיקטל, או דילמא כיון דשחטה מהני ליה שחיטה, ונשאר בתיקו, הרי אם נאמר דמהניא ביה שחיטה לטהרה מידי נבלה, צ"ל דשחיטת בהמת עיר הנדחת לאו מיתה ונבלה היא, אלא שחיטה גמורה, ורק באכילה ובהנאה אסורה מגזירת הכתוב, וא"כ היאך נאמר דלא מהני להך חציה דעיר האחרת אפילו להתירה באכילה, כיון דמקריא שחיטה ואמרינן ברירה.

הגה"ה. ויש לי מקום עיון בסוגיא דבעיא דרב חסדא, מהא דאיתא בפרק שור שנגח (דף מ"א ע"ב, ובפ"ב דקדושין דף נ"ו ע"ב), בהא דשור הנסקל דאם שחטו כו' אסור, וקאמר שם מתקיף לה מר זוטרא, ואימא ה"מ היכא דבדק צור ושחט בה דמחזי כסקילה כו', ומשני מידי סכין כתיבא באורייתא, והא תניא בכל שוחטין כו', ופרש"י שם ד"ה מידי סכין וז"ל, וכיון דהכי הוא כי שחטיה נמי בצור לאו סקילה היא אלא שחיטה ואסר לך

הכתוב בשרו, וה"ה סכין, הרי, דאי לאו דולא יאכל כו', הוה אמינא דאע"ג דשחטיה בצור שבו סוקלין אותו, מ"מ כיון דלא הוה דרך סקילה רק דרך שחיטה לא נאסר ומהניא שחיטתו, וא"כ ה"ה בעיר הנדחת אף על גב דכתיב הכה תכה כו' לפי חרב, מ"מ כיון דלא הוה דרך הכאה רק דרך שחיטה, למה לא יועיל לטהרה מידי נבילה, כיון דליכא קרא יתירא לזה. ואפשר לומר דהיינו ספיקא דרב חסדא, דשם בענין שור הנסקל יש עוד תירוץ בש"ס, דלכתוב לא יאכל או לא יהנה, בשרו ל"ל, אף על גב דשחטיה ועבדיה כעין בשר כו', ולפי תירוץ זה ס"ל דאם שחטו בצור אף על גב דעבדיה כעין שחיטה ולא בדרך סקילה מיקרי סקילה, כיון דבדבר שסוקלין בו שחטו, וכמו כן בעיר הנדחת דכתיב לפי חרב, וא"כ בדבר שמכין בו, אפילו אם עשה דרך שחיטה מקרי הכאה לפי חרב, וכיון שא"י איזו תירוץ עיקר בש"ס, לכן שפיר מבעיא ליה ולא איפשטא, ונמצא שב' אלו התירוצים שייכים בהך בעיא דרב חסדא, ודו"ק /ע"כ הגה"ה/.

מ"ש מהא דתנן בפרק בהמה המקשה (דף ע"ב ע"א), עובר שהוציא ידו כו' ואח"כ שחט את אמו כו', וחכמים אומרים מגע טרפה שחוטה כו', הרי אף דשחיטת אמה לא מהני לגבי אבר שיצא להתירו באכילה, מ"מ מהני עכ"פ לעובר גופיה, ואף דשחט רוב סימנים בצמצום ולא אמרינן מקצת סימנים לפי ערך חלק האבר שיצא לאו כשחוטין דמי, א"כ לעובר עצמו אין כאן רוב סימנים שחוטים, ואפילו אם נאמר דלא מהני לגבי חציה של עיר הנדחת להתירה לטהרה מידי נבלה, מ"מ לא גרע מהא דס"ל התם לר"מ דהשחיטה לא מהני לטהר האבר מידי נבלה, ואעפ"כ מהני לגבי עובר עצמו אפילו להתירו באכילה, א"כ ה"ה הכא לענין חציה של עיר הנדחת.

[**והא** לא תקשי בעובר שהוציא ידו לחוץ דמתירין מה שבפנים ולא חיישינן ליניקה שיונק העובר מן האבר שיצא כמ"ש לענין עיר הנדחת, דשאני התם דגזירת הכתוב כל בבהמה תאכלו, וגם היניקה שיונק מן האבר הוא בכלל כל בבהמה כו', ודו"ק]. ולא דמיא להא דבן פקועה דבא על בהמה דעלמא והוליד, דהולד אין לו תקנה בשחיטה, משום דסימנים שלו כשחוטים דמו מצד חלק אביו כמ"ש רש"י שם, דשאני התם כיון דמצד אביו אינו טעון שחיטה כלל, לכן נחשבים חצים כשחוטים, משא"כ כאן דגם חלקו של עיר הנדחת טעון שחיטה, רק דלא מהניא ליה שחיטה.

ח) ודברי הכ"מ (פ"ד מהל' עכו"ם הלכה י"א) מגומגמים בעיני, שכתב שם על דברי הרמב"ם ז"ל שהעתיק דברי הש"ס הנ"ל וז"ל, ואמרו שם מ"ט בהמה כמאן דלא פליגא דמיא כו', כלומר, א"א לכזית בשר בלא שחיטה כו', וכל זית וזית מעורב בו איסור עיר הנדחת ואפילו ששחטה כו' לפי שכבר נאסרה מחיים ושוב לא יצתה מידי אותו איסור,

אבל עיסה כו' לפי שמאותה שעה היה אפשר לחלקה כו', ונראה שמפרש כן לשון רש"י הנ"ל, שכוונתו כיון דלחציה של עיר הנדחת לא מהניא שחיטה, ולכן מחיים כל שנאסרה קודם חלוקה שוב א"א להתירה, ואפילו חלקו אחר שחיטה, כיון שבשעת התירה דהיינו בעת שחיטתה עדיין לא הוברר חלקו ונאסר כבר, אבל הוא תמוה בעיני, דהא הך סוגיא אזלא למ"ד יש ברירה, דאל"כ גם עיסה אסורה, וא"כ מה בכך דקודם שחיטה היה מעורב ביה איסור עיר הנדחת, הא אמרינן הוברר הדבר למפרע, וא"כ חלקו של עיר האחרת לא נאסר מעולם, ולא היה בו תערובות איסור כלל.

ואין לומר דכוונתו דלא אמרינן ברירה כי אם במה דמתחילה היה ראוי לחלוק, כגון בעיסה וכדומה, משא"כ בבהמה שלא היה אפשר להיות לה היתר בחיים אפילו נחלקה, דהא א"א לחתחה לחצאין מחיים ולהתיר החצי בלא שחיטה, ולכך לא שייך לומר הוברר הדבר למפרע, דא"כ יקשה הא דשניים שלקחו חביות ובהמה בשותפות, למה הוצרך לטעמא דיניקת תחומין מהדדי, וגם למה פליגי רב כהנא ורב אסי על רב, הא גם שם א"א לחלקה בחיים ולהתירה, וא"כ לא שייך ביה ברירה, וגם לא היה צריך הש"ס לומר משום דלא מהניא שחיטה לעיר הנדחת, אלא דלא שייך ברירה מחיים כיון דא"א לחלקה מחיים. גם אין לומר דכוונת הכ"מ דלכך אסור בבהמה, דאף אם נאמר דיש ברירה מחיים מ"מ הא אחר שנברר מחיים חלק של עיר האחרת, מ"מ אסור מצד היניקה שינק מאיסור החצי של עיר הנדחת, דא"כ למה הזכיר הש"ס הטעם דכמאן דלא פליגי דמי. ועוד למאן דלא חייש ליניקת תחומין מאי איכא למימר, וכ"ש לשיטת הרא"ש והרז"ה ובעה"ט שכתבתי למעלה דכתבו דלא חיישינן ליניקת תחומין. ובר מן דין, לפמ"ש התוס' בר"פ התערובות (דף ע"א ע"א), דשור הנסקל לא נאסר מחיים רק שאסור לשוחטו, אבל בחיים לא חל שום איסור לא על שור הנסקל ולא על שום דבר הנאסר, א"כ ודאי דלא שייך כאן איסור יניקה שינק זה מזה בחיים.

ובדברי רש"י צריך לומר, דדעתו דאין זה דומה לעובר שהוציא ידו, דהעובר גוף אחר הוא, והשחיטה אינו בולד רק באמו, רק דגזירת הכתוב דשחיטת האם מועיל לגבי ולד, ולענין זה נחשב כירך אמו ואבר היוצא אסור מגזירת הכתוב ובשר בשדה כו', אבל לענין זה לא נחשב כשחוטין מקצת סימנים לפי ערך חלק האבר שיצא, משא"כ בבהמת עיר הנדחת שכולה גוף אחד, וכיון דלא מהניא בה שחיטה הוה כמתה חציה, ודו"ק. אבל לפי מה שכתבנו בביאור הסוגיא יבואר על נכון, ודו"ק.

ט) והנה דברי הרמב"ם כאן הם תמוהים, וכמו שעמד בזה הגאון בעל שאגת אריה בספרו (סי' פ"ט), דכיון דדברי רב חסדא אזלא למאן דס"ל דיש ברירה אפילו בדאורייתא,

וא"כ כיון שהרמב"ם פוסק בכמה מקומות דבדאורייתא אין ברירה, א"כ למה פסק כאן כרב חסדא דעיסה חציה של עיר הנדחת כו', דמותרת חציה של עיר האחרת. וראיתי בקונטרס אחרון הנדפס מחדש בספר הנ"ל, שהביא בשם הגאון בעל יד המלך, שכתב לחלק, דדוקא בדברים שאין עומדים לחלוקה מצד עצמם אמרינן אין ברירה, אבל בדברים העומדים לחלוקה מצד עצמם, לכולי עלמא אמרינן ברירה אפילו בדאורייתא. וישראל ועכו"ם אילו קנו תבואה בשותפות, אז ודאי חלק העכו"ם פטור וחלק הישראל חייב, ואין זה ענין לברירה כו'.

והוא תמוה, ונעלם ממנו הא דחבר ועם הארץ שירשו אביהם ע"ה, דאיתא שם בפ"ו דדמאי, דיכול החבר לומר לע"ה טול אתה חיטים שבמקום פלוני כו', דכתבו התוס' בפרק בתרא דחגיגה (דף כ"ה ע"ב) דאתיא כמ"ד יש ברירה, הרי אף דשם באחים שירשו הוי כקנו תבואה בשותפות, אעפ"כ למ"ד אין ברירה לא מהני. גם מה שכתב שם דלכך אסור בהמה משום דאינה עומדת לחלוקה, סותר למה שכתב רש"י בסנהדרין דהטעם משום דשחיטת סימן אחד כמיתה היא, וא"כ בחינם הקשה שם על הגאון בעל שאגת אריה, דאי משום ברירה גם בהמה מותרת. גם אין לומר דהרמב"ם לא ס"ל כפירוש רש"י, אלא מחלק בין דבר העומד לחלוקה דבכה"ג לכו"ע יש ברירה, דזה סותר לסוגיא דשניים שלקחו חביות כו' בפרק משילין, דהרי היין עומד ג"כ לחלוק. ובאמת דברי הגאון בעל יד המלך תמוהים בזה וסותרים לכמה סוגיות בש"ס.

וראיתי בספר שר האלף סימן תמ"ח שכתב לתרץ קושיית הגאון בעל שאגת אריה הנ"ל, דשאני עיר הנדחת דלא בעינן רק שיהא שללה נקבץ, ולא צריכין לדון בדין ברירה לומר הוברר הדבר למפרע כלל, רק שיהיה שללה בשעת שרפה, משא"כ בבהמה, עכ"פ נהנה מחציה של עיר הנדחת, כיון דא"א לכזית בשר בלא שחיטה. ודבריו תמוהים לענ"ד, דודאי בעיר הנדחת אם בעת שנגמר דינם היה שלהם, ודאי דנאסרו בהנאה ולא מהני מה שאח"כ אינו של עיר הנדחת, דאל"כ יועיל בהם מה שיתנו נכסיהם לאחרים, וזה אינו כמ"ש התוס' בריש פרק התערובות שם גבי שור הנסקל, דאין לו מכר ואין לו בעלים, וכדאיתא פרק בתרא דכריתות (דף כ"ד ע"א), עיר הנדחת שהוזמו עדיה, כל המחזיק בנכסיהם זכה, וטעמו, כיון שנגמר דינם כבר, כל חד מפקיר ממונו, וא"כ יועיל זכיה אפילו בלא הוזמו עדיו, כיון דהפקר וזכו בהם אחרים, אלא ודאי דמה שאמרה התורה ואת כל שללה תקבוץ כו', היינו מה שהיה נקרא שללה בעת שנגמר דינם, וא"כ למאן דלית ליה ברירה, י"ל שמא אותה חציה שהגיע לחלק עיר האחרת היתה תחלה של

עיר הנדחת, וכבר נאסר, ואינו מועיל מה שמחליפו באחרים, וכיון דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא ודאי אסור.

י) ולולא דברי הגאונים הנ"ל, היה נלע"ד ליישב דברי הרמב"ם בפשיטות, והוא דהרמב"ם מפרש דברי רב חסדא דלא מיירי בענין דצריך לומר דין ברירה, דודאי אין סברא דרב חסדא יחלוק על כמה מקומות בש"ס דתפסו בפשיטות דאין ברירה עכ"פ בדאורייתא, אלא רב חסדא מיירי בחלקו כבר העיסה קודם גמר דינם, וציינו שזה יטול מחצה זו ואלו יטלו מחצה השניה, רק שלא חתכו החלקים ונשאר במחובר, ודומיא דהכי מיירי בבהמה של עיר הנדחת ועיר אחרת, דקודם גמר דין חלקו ביניהם שזה יטול חצי הפנים וזה חצי האחר וכדומה, ובכה"ג אין צריכים לדין ברירה כלל, ורב חסדא אתי לאשמועינן דלא מהני חלוקתם מחיים, כיון דחצי זה צריכה לחצי האחרת, ושחיטתה מתרת שני החלקים, ולא שייך לחלוק בשחיטה, ונמצא שחציה של עיר אחרת מוכשרת ע"י חציה השניה, דאלו חתחוה מחיים בלא שחיטה היתה נבלה ואסורה, וזה שאמרו עיסה כמאן דפליגי דמי, ר"ל דכמאן דנחתכה דמי, כיון שכבר גמרו ביניהם שזה יקח חצי זו וזה חצי זו, ואין צריך לחצי זו הכשר לחצי האחרת, משא"כ בהמה כמאן דלא פליגי דמי, ר"ל כמאן דלא נחתכה דמי, מטעם דכתבנו שחצי אחד צריכה הכשר שחיטה ע"י חצי השניה, ואפשר להעמיס זה בכוונת רש"י הנ"ל, וא"כ מיושבים דברי הרמב"ם, ובחינם הרעישו הגדולים בזה כנלע"ד.

סימן יב

דין ברירה בשותפין שנדרו הנאה זה מזה

א) גרסינן במס' נדרים (דף מ"ה ע"ב), השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורים לכנוס לחצר, ר' אליעזר בן יעקב אומר, זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו. ושם [דף מ"ו] ע"ב פסק הש"ס הלכתא כראב"י. ובפרק שור שנגח את הפרה (דף נ"א ע"ב) מוקי הש"ס פלוגתייהו בברירה, דראב"י ס"ל יש ברירה, ורבנן ס"ל אין ברירה. וכבר הקשו הראשונים ע"ז, כיון דאנן קיי"ל דבדאורייתא אין ברירה, א"כ למה פסקינן כאן כראב"י במידי דאורייתא. והר"ן בביאורו שם האריך בזה, וכתב בשם רבינו משה בהלכותיו, דהאי ברירה דהכא לא דמיא לשאר ברירות שבש"ס, דהכא לאו מידי דלא אתברר השתא הוא ויתברר לאחר זמן, דכיון דחצר שאין בו דין חלוקה הוא, ולכן כל חד וחד כשנשתמש בנפשיה משתמש, שאם תאסור עליו נמצא זה מוציא אותו מחצרו, ואין אדם אוסר נכסי חבירו על בעליהם יעוי"ש.

וראיתי בספר מקור חיים מהגאון מליסא סימן תמ"ח שתמה על דברים אלו, דא"כ יקשה מהא דאיתא במסכת חולין (דף מ"א ע"א), דפריך שם למ"ד אין אדם אוסר דבר שאינו שלו ממתני' דהמטמא והמדמע ומנסך, ותירצו התם דאית ליה שותפות בגויה, דאז נאסר חלק חבירו מטעם מדמע, ולפי דברי הר"ן הנ"ל, אינו נאסר חלק חבירו כשבא האיסור ע"י חבירו השותף, דבשלמא להרשב"א ש"ש, דשם ג"כ דאורייתא הוא ואין ברירה, ולכך כתב שם לחלק בין דבר יבש לדבר לח, דבדבר לח א"א להתנות ולומר דמה שיפול בגורלו יהיה שלו מעכשיו יעוי"ש.

ולא הבנתי דבריו, דאם נאמר דבדבר לח אין מועיל תנאי, א"כ למאן דאית ליה ברירה ג"כ לא יועיל בדבר לח, כיון שע"כ הוא מעורב ומבולבל, וזה נגד הסוגיא דפרק משילין בשנים שלקחו חביות בשותפות, דפשוט שם דלמאן דאית ליה ברירה מועיל ואמרינן הוברר הדבר דשלו מעולם, וכן בהא דלוקח יין מבין הכותים, ג"כ למאן דאית ליה ברירה סמכינן דשתה חולין, אף על גב דג"כ ממילא מעורב עם התרומה שיפריש אח"כ, אלא ודאי דאין חילוק, דכל שנאמר הוברר הדבר מתחילה שזה הוא שלו, וכן בהתנה עמו בפירוש, ודאי דאמרינן דכל חלקו נברר ולא נשאר משלו בשל חבירו כלום.

ולענ"ד אין זה ענין כלל להא דמנסך ומטמא, דודאי גם למ"ד יש ברירה אפילו בדאורייתא, אין שייך לומר בתערובות איסור דאורייתא ברירה, דא"כ אם יש לאדם יין נסך או שאר איסור לח ועירב בשל חבירו, נאמר אח"כ שיחלוקו ונסמוך אברירה, ואף למש"כ התוס' בתמורה הבאתיו למעלה בסימן י', דכל דבר שניכר האיסור בתחילה לא שייך ברירה משא"כ באם בא בתערובות, מ"מ כבר הוכחנו שם בראיות ברורות, דגם בבא בתחילה בתערובות לא שייך ברירה כי אם בדבר התלוי במעשה האדם ובדבורו, כמו במחיר כלב, דבתחילה אסר אותו שיברור אח"כ ויעשהו מחיר כלב, וכן בהא דב' לוגין שאני עתיד להפריש, דבכה"ג אמרינן הוברר אעפ"י שלא היה ברור לו בתחילה מ"מ קמי שמיא גליא, ובהא דמנסך א"א לומר שיחול אח"כ האיסור אחר שיברר חלקו, דהא בשעתא דמנסך ליה נאסר, ואלו אמר שיחול האיסור אח"כ לא מהני לומר שלא יאסור מיד רק אחר זמן, וא"כ כיון שאין זה תלוי במה שיהיה מבורר חלקו אח"כ לא שייך בזה ברירה, משא"כ בדבר שתלוי במה שיתברר אח"כ, כמו הא דמחיר כלב שאילו אמר שיחול החליפין למחר כשיברור אחד ודאי דלא היה נאסר מתחילה, דזה דומה לאומר לחבירו חפץ זה שלך יהיה קנוי לי למחר, דמתחיל הקנין מיום מחר, וכאומר שדי מכורה לך לאחר ל' יום.

ובזה א"ש דברי הר"ן הנ"ל, דאף למאן דלא ס"ל ברירה, מ"מ כל שע"י נדרו נאסר חלק חבירו על חבירו, שפיר אמרינן דא"א לו לחול נדרו ואיסורו רק אחר שיחלוקו ויבורר חלקו אבל לא בתחילה. ומלבד זה אין בקושייתו כלום, דהא בחצר דפליגי ביה ראב"י ורבנן הוא דוקא באין בו כדי חלוקה, אבל ביש בו כדי חלוקה מודה ראב"י דלא אמרינן ביה ברירה, וכמ"ש הר"ן שם בטעמו, וא"כ ל"ק ממדמע ומנסך דהא שם אפשר בחלוקה, אך לפמ"ש הרמב"ם ז"ל (פ"ז מהל' נדרים), דבחצר שיש בה כדי חלוקה ג"כ דפסק הש"ס דאסור היינו דוקא קודם חלוקה אבל לאחר חלוקה מותרים והיינו מטעם ברירה, בזה שפיר קשה מטמא ומנסך.

ב) והנה הר"ן ז"ל בפירושו למסכת נדרים שם, הביא דברי הרמב"ם הנ"ל במה שכתב שאחר חלוקה מותר, ודחק שם בטעמו, ולולא דברי הר"ן ז"ל הייתי אומר דדברי הרמב"ם ז"ל נכונים ומדוקדקים, דהנה בפרק אין בין המודר (דף ל"ד ע"ב) שם, בעי מיניה רב חייא בר אבין מרבא, ככרי עליך ונתנה לו במתנה מהו, ככרי אמר לו כי איתיה ברשותיה הוא דאסור, או דלמא עליך אמר לו עלויה שויתיה הקדש, אמר לו פשיטא דאע"ג דיהב ליה במתנה, דאי לאו הכי עליך למעוטי מאי כו'. ופירש הר"ן והרא"ש שם, דודאי גם בכה"ג אסר עליו, דאי לאו הכי למה הוצרך לאסור עליו בעודו שלו, היאך יאכל המודר מככר של אחרים יעוי"ש. וא"כ זה אינו אלא בככר, אבל בדריסת הרגל בחצר, דבלאו נדרו מותר לו לילך, וכמו שהקשה הש"ס דריסת הרגל הא לא קפדי אינשי, וא"כ י"ל דמה דאסר עליו הנאה משלו אתי לאפוקי כל זמן שהוא שלו שלא יכנוס בחצרו, אבל כשמכרו לאחרים ודאי דמותר, וא"כ לאחר חלוקה ממה נפשך מותר, דאפילו נאמר אין ברירה וא"כ הרי מכר חלקו לחבירו ולא מקרי שוב נכסיו.

ואדרבא איפכא קשיא לי על הרשב"א שהביא הר"ן שם, דאפילו לאחר חלוקה אסורים, למה, ועוד תימא, דהא מבואר במתניתין דלרבנן דפליגי על ראב"י, ס"ל דכופין את הנודר למכור חלקו, ומשמע דמוכר חלקו לחבירו המודר, והיינו כדי שלא יבוא חבירו לידי מכשול וכמו שכתב הרא"ש שם, וא"כ קשה, מאי מועיל מכירתו לו כיון דלאחר שימכור חלקו ג"כ יהיה אסור, וצריך לדחוק לשיטת הרשב"א, דצריך למכור חלקו לאחרים דוקא, ומ"מ דברי הרשב"א צ"ע מה שכתב דאסור גם לאחר חלוקה, ודימה זה למה שאמרו במתני' (דף מ"ו ע"ב) קונם ביתך שאני נכנס, מת או שמכרו לאחר מותר כו', דאין משם ראיה כל כך, דא"כ קשה למה לא פשיט לעיל בפרק אין בין המודר, בהא דככרי עליך ונתנה לו במתנה, מהא דפרק השותפין ממתני' דקונם ביתך כו', וכמ"ש הר"ן שם באמת דאין ראיה מלישנא דמתניתין שם עיין שם.

ג) והנה יש מקום ליישב דברי הרשב"א במה שפסק דלאחר חלוקה אסור ג"כ, לפי מה שכתב הר"ן שם בפרק אין בין המודר גבי הא דככרי עליך, דקשה, למה לא פשיט לה מהא דתנן המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל כו', דדוקא בנתנו לאחר לשם מתנה והלה בא ונוטל מזה הוא דשרי, אבל לא בדיהיב ליה לשם מתנה. ותירץ שם, דמשם אין ראיה, דכיון דמיירי דאסר הנאתו עליו, א"כ אם נותן לו לשם מתנה הרי זה עצמו הנאה דמקבל מיניה מתנה, וא"כ י"ל ג"כ בהא דחלוקת החצר שיש בה כדי חלוקה, כיון דא"א לצמצם שיהיה ב' החלקים שוים ממש בשיעורם ובדמיהם, ואפשר דלמודר הגיע חלק יותר טוב, הרי יש לו הנאה ולכך אסור, ואין ה"נ באם קבל המודר חלק הגרוע על פי שומת בקיאים, אין הכי נמי דמותר, דזה דומה להא דקונם שאינו נהנה לבריות, דלוקח ביותר ומוכר בפחות, וכן אם לא אסר הנאתו עליו רק הדירו מלכנוס בחצרו ולא הזכיר לשון הנאה, י"ל ג"כ דבאמת מותר.

ועיין ש"ך סימן רכ"ו ס"ק י"ג מה שהביא בשם הב"ח, דצריך למכור חלקו לאחרים, והביא דברי הריב"ש שם דאסור למכור חלקו להנודר באומר קונם מביתך כו', רק דהשיג שם על מה שכתב שגם במדיר את עצמו מחבירו דבזה ג"כ משמע דס"ל דצריך למכור לאחרים ע"ש. ולענ"ד גם זה אינו מוכרח, דלפי מה שכתבנו אם הוא מוכר למודר ביותר משויו דמותר כמ"ש באמר אינו נהנה לבריות דמוכר בפחות, ומ"מ לענין דינא היה נראה, כיון דכבר כתבנו בסימנים הקודמים דאנן קיי"ל דדין ברירה ספק הוא, א"כ ביש בו כדי חלוקה דמותר לאחר חלוקה, דיש כאן ס"ס דדינא, חדא, דזה גופיה דויתור אם אסור במודר הנאה הוא מחלוקת הפוסקים, עיין בר"ן ריש פרק אין בין המודר דהביא בשם ר"ח ור"ת שפסקו דויתור מותר, ועוד ספק שני שמא יש ברירה, אך לענין להשתמש בשאר תשמישין שדרך להקפיד בהם בזה נראה דלדברי הרשב"א הנ"ל אסור, ומ"מ כיון דהרמב"ם מתיר לגמרי, א"כ גם בזה יש להקל מטעם ספק ספיקא דדינא, וצ"ע למעשה.

ד) ודברי רבינו בעל הטורים ברמזים צ"ע לענ"ד, שכתב שם בריש פרק השותפין וז"ל, השותפין שנדרו הנאה זה מזה כו', דקיי"ל יש ברירה, ודוקא שאין בו כדי חלוקה, אבל אם יש בו דין חלוקה לא, וכ"ש אם היה אחד מן השוק מודר מהם, שלא יכנוס אלא לצורך אחד מבני החצר, עכ"ל. מבואר דדברים אלו הם לפי שיטת ר"ת שהביא הרא"ש שם בפסקיו, דפסק דאמרינן ברירה אפילו בדאורייתא, והא דביש בו כדי חלוקה אסורים היינו משום דאפשר בתקנה, ולכן אחד מן השוק שא"צ לו לכנוס בחנם הוא כמו אפשר בתקנה ולא סמכינן אברירה, אם לא שנכנס לצורך אחד מבני החצר, ובהיות כן דברי הטור יו"ד (סימן רכ"ו) הם תמוהים, שכתב שם ג"כ דאחד מן השוק מותר ליכנס

אפילו אם יש בו כדי חלוקה אם נכנס לצורך שותפו, והוא דלא כהלכתא לדידן דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה, וכמ"ש הטור עצמו בכמה מקומות, והוא כפי מסקנת הרא"ש בפסקיו שם, דכתב טעמא אחרינא למה פסק כראב"י, ע"ש מש"כ בשם רשב"א הצרפתי, ולפי טעמו ודאי דגם אם נכנס לצורך שותפו אסור.

ודברי הט"ז שם ס"ק א', במה שיישב דעת הטור אינם מדוקדקים לענ"ד, במה שכתב שם דבאין בו כדי חלוקה הטעם משום דיש ברירה, וביש בו כדי חלוקה לא שייך ברירה, כיון דאין הרשויות מעורבות וראוי לחלוק, והוא תמוה, דגם ביש בו כדי חלוקה ודאי דשייך בו דין ברירה, כדמוכח מהא דאחין שחלקו בפרק בית כור ובכמה מקומות. ובאמת טעמא אחרינא אית ביה, דכל עיקר הטעם הוא משום דבתחילה כשנשתתפו היה אדעתא דהכי שיכול להשתמש ולא יהיה יכול לאסור חלקו של חבירו עליו, משא"כ ביש בו כדי חלוקה, דבמה דמניחו להשתמש בלי חלוקה מהנה לו, ולא שייך כאן לומר אדעתא דהכי נשתתפו, וכיון דבדאורייתא אין ברירה לכך אסורים. וכן מוכח מדברי הרא"ש שם. גם מה שכתב שם הט"ז אח"כ, דביש בו כדי חלוקה אסורים משום דאפשר בתקנה, הוא אינו מדוקדק, דטעם זה לא כתב הרא"ש שם אלא לשיטת ר"ת דפסק שם דקיי"ל יש ברירה אפילו בדאורייתא. ובאמת העיקר לדינא כמ"ש המחבר שם, וכן הכריע הש"ך שם ס"ק ג' ע"ש.

ולפי מ"ש אם היו שנים שותפין ביין בחבית אחת, לפי מה שכתבנו בשם ספר מקור חיים אסורים אפילו לאחר חלוקה, משום דבדבר לח שהוא מעורב ומבולבל לא שייך ברירה, אבל כבר כתבנו שאין הדבר כן, כמו שהוכחנו מהא דלוקח יין כו', ומהא דשניים שלקחו חביות כו' דפרק משילין, אבל לפי דעת הרשב"א דס"ל דאפילו לאחר חלוקה אסורים, אסור גם כאן. ולפי מה שכתבנו למעלה בישוב דברי הרמב"ם, דהטעם משום דממה נפשך מותר, דלאחר שמכרו אין זה שלו, יש להתיר ג"כ, אם לא כשזכר בפירוש יין זה, או שאסרו בפירוש אף לאחר שיצא מרשותו, דקיי"ל דיכול לאסור, כמו שאמרו בפרק השותפין שם (דף מ"ז ע"א), וברמב"ם פ"ה מהלכות נדרים, ושו"ע יו"ד סי' רי"ו סעיף ז' יעוי"ש.

ה) אכן הר"ן ז"ל כתב ישוב אחר להא דשותפין דפסקינן כראב"י, משום דאין ברירה זו דומה לברירה דעלמא, דשם אין הדבר מבורר מעתה כלל כי אם לאחר זמן, משא"כ בשותפין בחצר, דרובו מתברר מיד ומיעוטו לאחר זמן, משום דבשעה שנשתתפו כאלו התנו שכל אחד בשעה שישתמש בה יהא כולו שלו, ורק דאין מתברר איזה רגע הוא שלו, והוא מתברר אח"כ בעת שמשתמש, ולפיכך, כיון שרובו מתברר בתחילה ורק

המיעוט הוא שמתברר אח"כ, אין המיעוט המסופק מתחילה ומתברר לאחר זמן מעכב על הרוב שנתברר תחילה, יעוי"ש.

ולענ"ד אין זה מוסכם, דבפרק מי שאחזו (דף ע"ג ע"ב), מה היא באותם הימים כו', ר' יוסי אמר מגורשת ואינה מגורשת, ופרש"י, איזה שעה היא סמוך למיתתו, ולכך אף שהוברר אח"כ שאותם שעות היו רחוקות מן המיתה הוי ספק מגורשת משום דאין ברירה, והרי גם שם הוא דומה ממש להא דשותפין, שהרי גם שם ידוע שיהיו שעות הסמוכות למיתה, ואעפ"כ הקשו שם התוס' לפרש"י, דלדבריו לא הוי לה מגורשת כלל אף לכשימות, משום דלא נתברר מתחילה איזו שעה שהיא סמוכה למיתה יעוי"ש. הרי דהתוס' לא ס"ל כשיטת הר"ן בזה. ולכאורה נראה מדברי רש"י ראיה לדברי הר"ן, דלפי מה שכתב הר"ן א"ש מה שכתב דכי מיית הוה גט, דדבר זה היה מתברר רובו מתחילה שיהיה סמוך למיתתו, ורק הא דאמרינן דמתחילה היא מגורשת מספק זהו בכלל דין ברירה, דדבר זה אינו מתברר רובו מתחילה, שיהיה ודאי שעות הרבה רחוקות ממיתתו, דמנין היה יודע זה, דילמא מיית מיד אחר אמירתו.

הגה"ה. וראיתי בספר פתח הבית בדיני ברירה סימן ו, שהקשה לדעת רש"י דס"ל דמאן דאמר אין ברירה הוי ספק, א"כ בפרק משילין (דף ל"ז ע"ב) שהקשה הש"ס על ר' הושעיא, ומשני בדרבנן ס"ל דיש ברירה, תיפוק ליה דאף אם [אין] ברירה הוי ספק, ובדרבנן לקולא, יעוי"ש. ובאמת לא קשה מידי, דרש"י כתב כן לדעת ר' יוסי דס"ל מגורשת ואינה מגורשת, ור' יוסי לשיטתו אזיל דס"ל בכל מקום דיש ספק אי אמרינן ברירה או לא, דהא ס"ל האחין שחלקו מחצה יורשים ומחצה לקוחות, כמו שאמרו בפרק יש בכור משום דמספקא ליה כו', אבל מאן דס"ל סתם אין ברירה, הוא מתורת ודאי, דהא ר' יוחנן ס"ל ודאי לקוחות הם, ולכך הוצרך הש"ס לומר, דגם ר' הושעיא ס"ל דספק הוי, ולכך מחלק בין דאורייתא לדרבנן, וזה פשוט /ע"כ הגה"ה/.

אבל הרמב"ן ורשב"א כתבו ליישב דברי רש"י באופן אחר, דאם מיית הוי גט משום דאמר דרך תנאי אם ימות כו', וכל שהוא בדרך תנאי לא שייך בדין ברירה, משא"כ הא דאינה מגורשת מספק מקודם, משום דמה שהוא רחוק משעה הסמוך למיתה זה תלוי בדין ברירה, שאין הדבר מבורר איזו שעה, יעוי"ש בחידושי הרשב"א.

ו) ולפי שיטת הר"ן היה נראה לכאורה, דדין חצר השותפין הוא כדין אחין שקנו אתרוג בתפוסת הבית, וכגון הא דנוהגין שקהל לוקחין אתרוג בשותפות, שכתב הרשב"ם בפרק יש נוחלין והפוסקים דקיי"ל דכל הקהל יוצאים בו ידי חובתם, משום דאדעתא דהכי קנו אותו, שבשעה שיקח כל אחד מהם לצאת ידי חובתו יהא כולו שלו, ואח"כ יהיה

במתנה לחבירו במתנה ע"מ להחזיר, דגם שם לא היה מבורר מתחילה כל צרכו, דהשעה שיקח כל אחד לצאת בו לא היה מבורר מתחילתו, וא"כ לרבנן דפליגי על ראב"י לא היו יוצאים בו ידי חובתם, ולפי"ז לשיטת ר"ת דס"ל דמה דפסק הש"ס כראב"י לאו מטעמיה הוא, אלא משום דקיי"ל דוויתור מותר במודר הנאה, אבל מצד ברירה קיי"ל דאין ברירה בדאורייתא, וא"כ אף שכאן מבורר הרוב מתחילה אינו מועיל, וא"כ קשה לשיטת ר"ת היאך יוצאים כל הקהל באתרוג אחד, כיון דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא.

אלא ע"כ צ"ל לשיטת ר"ת, דדין האתרוג אינו תלוי בדין ברירה, דאין אנו צריכין לומר הוברר הדבר למפרע, אלא דאמרינן דבעת שקנו האתרוג הוי כאלו התנו שכל אחד כשירצה לצאת בו ידי חובתו יהיה באותו הזמן קנוי לו ולא למפרע, וכל דבר שאי"צ לומר הוברר למפרע אלא כשיתברר אח"כ אין שייך בדין ברירה, כמש"כ למעלה, ויתבאר עוד לפנינו בס"ד, א"כ גם בחצר השתפין, אם אנו אומרים כך היה לנו לומר, דהוי כאלו התנו שבכל עת שירצה אחד להשתמש בחצר יהיו כאלו קנוי לו כולו בעת שישתמש לא מבתחילה, וא"כ הוי כאלו מוכרים אז כל אחד חלקו לחבירו, וא"כ במודר הנאה דאסור אף שמוכרו לו או שנותן לו במתנה וכמש"ל, א"כ הדרא קושיא לדוכתא, למה מתיר ראב"י, ואפילו למאן דאית ליה ברירה אסור.

ויותר קשה, לפי דבריו מה מועיל לנו אם אנו אומרים כיון שרוב הדבר נתברר מתחילה אמרינן ברירה, והלא כשכל אחד משתמש בחצר אמרינן שקנוי לו לגמרי, וא"כ כשישתמש אח"כ מי שנאסר בהנאה צ"ל דהמדיר חזר ונתן לו כל החצר במתנה, שבשעה שהוא משתמש חזר ונקנה לו החצר כולו, והרי אסור הוא לקבל מתנה מן המדיר, וגם למכור לו אסור לפי מה שכתבנו למעלה.

ז) עוד קשה לענ"ד לשיטתם, מהך סוגיא דפרק הפרה (דף נ"א ע"ב), עבר עליו הראשון כו', וראשון מאימת מיפטר, רבה ורב יוסף כו', חד אמר משמניחו משתמש, וחד אמר משימסור לו דליו. כתנאי, המדלה מים מן הבור כו', כיון שמניחו משתמש פטור, ר' אלייעזר בן יעקב אמר, משימסור לו דליו. במאי קא מפליגי, ראב"י סבר יש ברירה, האי מדידיה קא ממלא כו', ורבנן סברי אי"ב. אמר רבינא ואזדא לטעמייהו, דתנן השותפין שנדרו כו'.

דלסברת הרשב"א הצרפתי שכתב הטעם דפסקינן כראב"י משום דהך ברירה לא דמיא לכל ברירות שבש"ס, דאין שייך לומר שהוברר שזה חלקו דהא משתמש בכל החצר, אלא משום דע"כ קנוי לכל אחד לכל תשמישים שמצטרך, וכאילו קנוי לו מתחילה ע"כ, וא"א לו לאסור חלקו של חבירו על חבירו, וזה לא שייך בשותפין בבור מים, דאין שייך

לומר שקנוי לו כל המים שבבור, שהרי במה ששואב מן הבור אינו שואב כולו ואף לא חציו, רק מה שצריך לו, ומכל שכן כיון שנזכר בש"ס בור ולא באר, שהם מים מכונסים, א"כ דומה ממש לשותפין שקנו חביות יין דפ' משילין, דלמ"ד אין ברירה גם שם אין ברירה, דכל אחד אין לו רשות רק לשאוב חצי מים שבבור, וגם אם נאמר שמש"כ בור לאו דוקא הוא, אלא באר מים נובעין, כ"ש דקשה, דבכל עת ששואב האדם אין משתמש במים שינבעו לאחר זמן, ואין שייך בו כלל הך סברא דכתב הרשב"א, דלפי שיטתו אין הכרח לנו לומר דראב"י ס"ל בכ"מ יש ברירה, אלא שמא גם הוא מודה דאין ברירה בכל מקום כמו הת"ק, רק דלענין שותפין בחצר שאני, כמ"ש הרשב"א הנ"ל. וכן לשיטת הר"ן קשה ג"כ, דאין שייך שם לומר דכל הבור נקנה לכל אחד בעת שמצטרך לשאוב ממנו, שאי"צ לכל המים שבבור, וא"כ עיקר מה שאנו אומרים יש ברירה היינו שאותו מים ששואב הם שלו, וא"כ דבר זה לא הוברר כלל מתחילה, והרי זה כשאר ברירות שבש"ס, וא"כ מאי זה דקאמר ואזדו לטעמייהו.

ועי"כ צ"ל לשיטתם, דבאמת ראב"י ות"ק פליגי בברירה ממש, דראב"י ס"ל בכ"מ יש ברירה, וזה מוכרח מדס"ל כן במדלה מים מן הבור לענין פטור תשלומין אם הזיק, ורק דאנן דקיי"ל כראב"י בזה כמו שפסק הש"ס להדיא, לאו מטעמיה הוא, אלא דס"ל להתיר בנדרים מהך טעמא שכתבו לחלק בין דין זה לשאר ברירות שבש"ס, וכעין שיטת ר"ת לתירוץ שכתב דפסקינן כראב"י מטעמא אחרינא משום דויתור מותר במודר הנאה, וכל זה דוחק ודו"ק. וגם קשה יותר לפי"ז על הרמב"ם ז"ל (בפי"ב מהל' נזקי ממון הלכה ז'), שפסק כראב"י משימסור לו דליו, וכל זמן שלא מסר לו דליו גם הראשון חייב, ולפי מש"כ דבזה שייך דין ברירה ממש וא"כ לפי שיטתו דס"ל דכל דין ברירה ספיקא דדינא הוא, היה לנו לפטור הראשון דהמע"ה, דאולי אין ברירה. ועיין ברא"ש פרק השותפין בפסקיו, שהביא תירוץ הרשב"א הצרפתי, וכתב ע"ז דההיא דפרק שור שנגח דמיא להאי, שהבור קנוי לו כולו לתשמישו, יעוי"ש. אבל לא הבנתי דבריו, היאך קנוי לו כל הבור, כיון שאין צריך לכל המים, ואין זה דומה לתשמיש החצר שכל אחד הולך ומשתמש בכל החצר.

ולולא דמסתפינא לחדש דבר שלא נזכר בפוסקים, וגם דהוא נגד שיטת כל הראשונים, הייתי אומר דהא דקיי"ל ויתור אסור במודר הנאה אינו אלא מדרבנן, דבאמת כל דבר שאין בני אדם מקפידים עליו אינו בגדר הנאה מחבירו, דהוי כמו מופקר לכל אדם כמ"ש בר"פ אין בין המודר (דף ל"ב ע"ב), דריסת הרגל הא לא קפדי אינשי, משמע דדבר זה מופקר לכל אדם להלך, ובדבר המופקר לא שייך לאסור במודר הנאה, כמו בור של

עולי בבל, דקיי"ל דמותרים במודר הנאה, כמש"כ בפרק השותפין שם (דף מ"ח ע"א), ורק דר"א ס"ל דכיון דגוף החצר אינו מופקר לכל, אסרו חכמים במודר הנאה, כדי שלא יבוא לידי הנאה גמורה להשתמש שם בחצר בדבר דקפדי אהדדי, וכעין זה איתא בפרק אין בין המודר (דף מ"ב ע"ב), ובשביעית אינו יורד לתוך שדהו אבל אוכל מן הנוטות, ומקשה שם, מאי שנא דאוכל מן הנוטות דפירי בהפקירא אינון, ארעא נמי אפקרה, ומשני ר"ש בן אליקים, גזירה שמא ישהה בעמידה, והרי אף בדבר שאין מפקירו לגמרי רק לדבר פרטי שרי במודר הנאה וגזרו ביה רבנן, וכמ"ש הר"ן שם ארעא נמי אפקריה, כלומר ללקיטת פירותיה, וכיון שכן א"ש הך פסקא דש"ס דפסק כראב"י, לפי מה דפסק הש"ס בפרק משילין דקיי"ל בדרבנן יש ברירה, א"כ א"ש ג"כ בזה דקיי"ל כראב"י, כיון דויתור אינו אסור רק מדרבנן אמרינן ביה ברירה.

והא דפסק הרמב"ם וכן המחבר בשו"ע (חו"מ סי' ת"י סעיף כ"ה), במדלה מים כו', משמסר לו דליו, וקודם שמסר לו דליו חייב גם הראשון, אף דספק הוא אם יש ברירה או לא, ולא אמרינן המע"ה, נ"ל דטעמו, דכיון שהראשון מעת שנשתמש בו נתחייב בשמירתו, אין יכול לפטור משמירתו במה שמניח לשני להשתמש קודם שמסר לו דליו, כיון שהשני יכול לומר דילמא יש ברירה ולא קבלתי שמירתו על חציו השני, א"כ הרי פשע הראשון במה שהלך לו, והוי כמסר לחש"ו שאין יכול לשמור דחייב, ואין יכול לפטור עצמו משמירתו, ודו"ק.

ח) ומ"מ עדין אינו מיושב, לפי מש"כ ר"ת בתוס' פרק חזקת הבתים (דף נ"ז ע"ב), ובפרק אין בין המודר שם, דמה שאמרו בש"ס דריסת הרגל הא לא קפדי אנשי, הוא בבקעה בימות החמה, אבל בחצר השותפין קפדי אינשי על אחד מן השוק שלא ליכנס לחצירו, רק בשותפים אהדדי לא קפדי, א"כ לא שייך בזה דין הפקר, כיון שאינו מופקר לכל, והוי כבור של שותפין דאסור במודר הנאה מדינא, וא"כ בכה"ג אף בהילוך בחצר אף דלא קפדי לאו מדין הפקר אתינן עלה, וא"כ לר"א דס"ל ויתור אסור במודר הנאה מדאורייתא אסור. ואעפ"כ נ"ל, די"ל דלא אסור מדאורייתא, כיון שאינו מקפיד בדברים אלו לגבי שותף מאחר שיש לו חלק בחצר, לא מקרי זה הנאה מן התורה, שהרי מצינו המודר הנאה מחבירו מותר להשקות לו כוס של שלום ושל בית המרחץ, כמש"כ בפרק אין בין המודר שם (דף ל"ח ע"ב), וכמו שפירש הר"ן שם, שהכוס הוא משל מודר, רק שהוא מהנהו ההשקאה, ואין זה קרוי הנאה. וגם י"ל, דבעת שהדירו הנאה מסתמא לא כיון על הילוך החצר, כיון שיש לו שותפות בו, וכעין מה שאמרו מחיותיה לא אדריה, הרי שבכל דברים כאלו הולכין אחר כוונת הנודר ולפי דעתו כנלע"ד בזה.

וע"פ מש"כ הוה א"ש ג"כ מה דקאמר בפרק הפרה, ואזדו לטעמייהו כו', דקשה למה הוצרכו ראב"י ורבנן לחלוק בתרתי, בדין מודר הנאה ובדיני נזקין, וכה"ג מקשה הש"ס בכ"מ והא אפליגו בהו חדא זימנא, וכמו שהקשה באמת היש"ש שם בדיני ברירה, ולפי מש"כ א"ש, דהוצרכו לחלוק בתרתי, דאי פליגי במודר הנאה לחוד הוה אמינא דרק בכאן ס"ל להתיר, משום דויתור אינו אסור רק מדרבנן וספיקא לקולא, משא"כ בענין חיוב נזיקין אמינא מודה לרבנן דמשהניחו משתמש, דמשום ספיקא אין להוציא ממון מן הראשון דהמע"ה, והוה אמינא דפלגא מפסיד הניזק, דהשני יכול לומר שמא יש ברירה, קמ"ל דגם בזה ס"ל לראב"י לחייב גם הראשון משום דיש ברירה ומטעם הנ"ל, ואי פליגי בניזקין, הוי אמינא בהא אמרי רבנן דהראשון פטור משום ספק דהמע"ה, אבל בהדירו הנאה מודו לראב"י מטעם ספיקא דרבנן לקולא, קמ"ל דגם כאן ס"ל דאסורים ליכנס לחצר, דס"ל אין ברירה בודאי ולא מספיקא דדינא.

ולפי מש"כ, אם הדירו השותפין זה את זה בפירוש אף מדריסת הרגל ג"כ, אסורים ליכנס לחצר מטעם דספק דאורייתא הוא אם יש ברירה, ובכה"ג אמרינן אין ברירה, אבל לשיטת רשב"א הצרפתי והר"ן אפילו בכה"ג מותר, ולפי מש"כ יש לומר ג"כ, דלכך קאמר בש"ס דביש בו דין חלוקה אסור גם לראב"י, דבכה"ג לא סמכינן אברירה אף על גב דהוי ספיקא דרבנן, משום שיש תקנה בחלוקה.

ט) ויש לי מקום עיון גדול בסוגיא דפרק משילין (דף ל"ט ע"א וע"ב), בהא דתנן בור של עולי בבל כרגלי הממלא, ואיתמר שם מילא [מים] ונתן לחבירו, ר"נ אמר כרגלי מי שנתמלאו לו, ור"ש אמר כרגלי הממלא. וקאמר שם לימא דר"נ ס"ל בירא דשותפי הוא, ור"ש סבר בירא דהפקירא הוא, ומקשה, וסבר ר"נ בירא דשותפי הוא, איתביה רבא לר"נ הריני עליך כו', ואי אמרת בירא דשותפי הוא אמאי מותר, והתנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורים ליכנס לחצר כו', ומשני, לרחוץ בבור ה"נ, והכא במאי עסקינן למלאות, מר מדידיה קא ממלא כו', ומקשה, וסבר ר"נ יש ברירה, והתנן כו', ומסיק אלא דכו"ע בירא דהפיקרא הוא כו'.

והנה למאי דפריך מהא דתנן השותפין שנדרו כו' דאסורים ליכנס לחצר כו', היינו מת"ק, דהא ראב"י מתיר באמת, וא"כ הא רבנן ס"ל אין ברירה, ומאי קא משני הכא במאי עסקינן למלאות מר מדידיה קא ממלא כו', הא לרבנן ס"ל אין ברירה, א"כ אמאי מותרים למלאות. וצריך לומר, דבסלקא דעתך היה ס"ל דלאו בברירה פליגי, דכו"ע ס"ל יש ברירה, ורק דפליגי דתנא קמא ס"ל דכיון שהולך ומשתמש בכל החצר א"כ הרי משתמש ג"כ בחלקו של חבירו, ואף על גב דגם השני משתמש בכל החצר כשרוצה, וע"כ כשקנו

החצר אדעתא דהכי קא קנו אותו, שישתמש כל אחד בעת שירצה, והרי לכל אחד יש חלק בחצר ושעבוד על חלקו של חבירו, וקונמות מפקיעים מידי שעבוד, וראב"י דמתיר הוא משום דס"ל דוויתר מותר במודר הנאה, ות"ק ס"ל דאסור, או דפליגי אי שותפין קפדי אהדדי בדריסת הרגל או לא, ולהכי לרחוץ בבור שרוחץ ומשתמש בכל המים שבבור, הרי זה דומה לדריסת הרגל בכל החצר ואסור, משא"כ למלאות מים אמרינן דמר מדידיה קא ממלא כו', אבל למסקנא דס"ל בירא דהפקירא הוא, ס"ל דבשותפין גם למלאות מן הבור אסור משום דאין ברירה, ופליגי בברירה, וסוגיא דפרק הפרה דמפרש דפליגי בברירה הוא לפי מסקנא דש"ס.

ועדיין קשה שם, מה דמקשה וסבר ר"נ יש ברירה כו', והתנן האחין השותפין כו', ואמר ר"נ ל"ש כו', מאי קושיא, דהא מצינו כמה תנאים במתני' דפליגי בברירה, ודילמא מתני' דנדרים ס"ל יש ברירה, וסתם מתני' ר' מאיר, והרי ר"מ ס"ל יש ברירה במתני' דהלוקח יין, והא דאמר רב נחמן ל"ש כו', לאו פירושא דמתני' קמ"ל, אלא דינא קמ"ל לדידן דס"ל אין ברירה, ולכן בהא דמעשר בהמה אף שהוא לקולא אמרינן אי"ב, משום דספק מעשר בהמה לקולא וכמ"ש למעלה. ולפי מ"ש התוס' בפרק הוציאו לו ובכ"מ, דגם ר"מ דלוקח יין ס"ל אין ברירה, רק במפרש ומברר דבריו ס"ל יש ברירה, א"ש. וגם מוכח מר' יוחנן דס"ל אין ברירה, וקאמר ליתא למתני' דעירובין מקמי הא דתני איו, הא ס"ל הלכה כסתם משנה, ואם נאמר דהא דפרק אין בין המודר ס"ל יש ברירה תקשי למה פסק אין ברירה, ודו"ק.

ועכ"פ מסוגיא זו קשה להרא"ש, שכתב דהא דפרק הפרה במדלה מים מן הבור דמיא להא דשותפין בחצר בדריסת הרגל, שכל הבור קנוי לתשמישו, והרי שם בפירוש חילק ביניהם, דהא דאסורים ליכנס לחצר הוא משום דמשתמש בכל החצר, ולמלאות מים מן הבור אמרינן מר מדידיה קא ממלא כו', ואין זה קרוי תשמיש בכל הבור. גם משמע שם, דמה דכל אחד משתמש בחצר חמיר יותר לענין ברירה מדבר המשותף העומד לחלוק, כגון מים שבבור ויין שבחביות, דאף דס"ל דיש ברירה דמר מדידיה קא ממלא כו', אעפ"כ ס"ל דאסור בדריסת הרגל בחצר המשותף אפילו למאן דאית ליה ברירה, וזה סותר לדברי הר"ן ורשב"א הצרפתי, וצ"ע. ועיין ביש"ש שם שדחק ג"כ בביאור סוגיא זו דפרק משילין.

י) וראיתי בספר פתח הבית בדיני ברירה ענף י', שכתב בהא דמבואר באבן העזר סימן ל', במקדשה בכסף ואמרה לו תנם על גבי סלע, והיה סלע של שניהם, דהוי ספק מקודשת. ובש"ס עלתה בתיקו. והקשה שם, תיפוק ליה נהי דהקנה לה המקום, הא

שאלה ושכירות אינו נקנה אלא ע"י קנין. ותירץ שם על פי סברת הר"ן הנ"ל, דכל של שותפין, בכל עת שצריך אחד מהם להשתמש שם הוי כאילו כולה שלה, יעו"ש, וכתב שכן כתב בספר המקנה.

ולענ"ד דברים אלו תמוהים, דא"כ קשה בהא דאיתא בפרק הספינה (דף פ"ד ע"ב), אמר ר' ינאי חצר של שני שותפין קונין זה מזה דוקא במודד לתוך קופתו אבל לא על הקרקע, ולפי שיטתו, למה לא יקנה שם מטעם דבעת שמשתמש שם הוי כאילו כל החצר שלו. ואין לומר דמיירי התם בחצר שיש בו דין חלוקה, דבכה"ג לא אמרינן דנקנה לו מתחילה כל החצר בעת שירצה כל אחד להשתמש בו, דא"כ היה לו לחלק שם בין יש בו כדי חלוקה או לא, ומסתימת הש"ס והפוסקים משמע דגם באין בו דין חלוקה אין קונים זה מזה, וע"כ צ"ל דדוקא לענין הילוך ותשמיש בחצר אמרינן דאדעתא דהכי קנוהו שיהיה של כל אחד ואחד בעת שמשתמש בו לבדו, ואפילו שניהם משתמשין ביחד, אמרינן דעכ"פ אותו מקום שמשתמש בו והולך יהיה שלו, משא"כ במוכר חפץ לשותפו, והחפץ היה תחלה של ראובן ומקנה אותו לשמעון שותפו, אין ניכר בו שום קנין כלל, דקנין הוא מטעם חצר, שכשמניחו בחצר של הקונה בזה מוציאו מרשותו לגמרי, משא"כ כשעומד החפץ בחצר של שותפין, במה ניכר שהוא ברשות הלוקח יותר מברשות המוכר, מאחר שהוא של שניהם, ולא נשתנה כלל מרשות לרשות, וגם עתה י"ל להיפוך, שהחפץ הוא של המוכר בחצר שמיוחד לתשמישו בעת שרוצה, וזה פשוט. וא"כ בקדושין במה שמניח הכסף שלו על סלע של שניהם אינו נקנה לאשה מצד המקום כלל.

ובאמת עיקר הספק שם כמ"ש התוס' שם, אי סמכה דעתה של אשה, והיינו שזרק אח"כ הקדושין לתוך חיקה, והספק הוא אם במה שאמרה תנם ע"ג סלע של שניהם סמכה דעתה וחפצה בקדושין ומקודשת גם בשתיקה, או לא, וכמ"ש הרא"ש בפסקיו שם סי' י"ב ע"ש. אך לשיטת הרמב"ם שם והמחבר שם סעיף ד' שפסק כמותו, הוא אף שלא נתן לתוך חיקה רק על הסלע, והספק הוא אם מקנה לה בתורת שאלה המקום וזכות שיש לו בסלע, וא"כ קשה במה נקנה לו.

והיה נראה לענ"ד לפי מש"כ למעלה בהא דאתרוג שקנו הקהל כו', די"ל דגם בחצר השותפין היה כאילו התנו שבעת שירצה כל אחד להשתמש בו יהיה נקנה לו אז המקום ההוא, וכל מה שאין צ"ל הוברר למפרע רק בעת שיתברר לכו"ע יש ברירה, א"כ דוקא בנדרים אין זה מועיל משום דהוה כמוכר לו אז או נותן לו וכמש"ל באריכות, משא"כ לענין קדושין שפיר מהני, כיון שאז בעת נתינת הקדושין מקנה לה המקום, שפיר מועיל ואי"צ קנין לזה, כיון שבעת שקנו בשותפות אז גמרי ומקני אהדדי, והמוכר הקנה להם

על תנאי זה, שבכל עת שירצה אחד להשתמש יהיה קנוי לו אז, וא"כ י"ל דהספק כאן היה אם סמכה דעתה של האשה במה שנותן על סלע של שניהם או לא.

עוד יש מקום לפרש הבעיא דרב ביבי לפי מה שכתב הרא"ש בפסקיו שם סי' י"ג, שנסתפק באם אמרה לו תן מנה ע"ג סלע ואתקדש אני לך, אם מקודשת מדין ערב, או דלמא כיון דלא מטיא לשום אדם הנאה, לא שייך ביה דין ערב. ועיי"ש שהכריע דאינה מקודשת. אבל הרשב"א מחמיר בזה, וס"ל דמקודשת מדין ערב, כמש"כ הה"מ פ"ד מהל' אישות משמו. ואפשר שאליו רמז הרא"ש מש"כ ויען שראיתי מקצת הגדולים שכתבו כו', עיין שם. וא"כ כאן בלא התחילה האשה, רק הוא אמר התקדשי לי במנה והיא השיבה לו תנם ע"ג סלע שאינה שלה, דאינה מקודשת, משום דמשטה היא בו, ונסתפק הש"ס אם היה סלע של שניהם, אם שייך בכה"ג משטה, או לא והיא מקודשת מדין ערב, כן היה נראה לענ"ד, וצ"ע.

סימן יג

שיטת הגאון רש"ל דדין ברירה לאו ספק הוא

א) כל זה שאמרנו למעלה דמה דקי"ל בדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה הוא מטעם ספק, כמו שנראה מפשט דברי הרמב"ם בכמה מקומות, וכן משמעות רוב הפוסקים, אבל הגאון רש"ל ביש"ש בדיני ברירה דחה זה מכמה ראיות, והעלה דמה דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה הוא אפילו לקולא, ומתורת ודאי הוא. והנה כל ראיותיו יש לדחותם. שמה שהביא מהא דאחין שחלקו מחזירין זה לזה ביובל, ולא אמרינן המוציא מחברו עליו הראיה, כבר נתבאר למעלה דשאני התם משום ספק מצוה, או משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ומה גם שאין כאן הוצאת ממון, כיון שכגם חבירו מחזיר לו חלקו, ומסתמא חלקו בשוה, דלאו בשופטני עסקינן. הגם שמדברי ר' יוחנן דס"ל כן בש"ס אינו מוכרח, די"ל דר' יוחנן לטעמיה אזיל דס"ל אין ברירה מתורת ודאי, דהא ס"ל אפילו בדרבנן אין ברירה, כמו שאמרו בפרק בכל מערבין, וגם מהא דס"ל בריש פרק כל הגט דגם אחרון אינו פוסל לכהונה.

ולענ"ד דברי הגאון רש"ל תמוהים כאן, דלענין חלוקת אחין אי אפשר לומר דמטעם ודאי אין ברירה, ולכך אין כאן ספק ומוציאין מיד המוחזק, דבשלמא גבי שארי דיני ברירה, כגון בכתוב גט לאיזה שארצה כו', ובהא דאם בא חכם למזרח כו', שייך לומר כיון שאין ברירה אין באמירתו כלום, וכאלו לא עשה דבר, אבל באחין שחלקו היאך אפשר לומר דודאי החליפו חלקיהם, ובשלמא לפירוש רש"י בפרק יש בכור, שפירש מה שאמר מחזירין זה לזה היינו שבטלה חלוקתם לגמרי וחוזרים וחולקין, אתי שפיר, דבמה

שמבטלין לגמרי החלוקה והוא כמו קודם חלוקה שפיר מתקיים בזה מצות יובל, וגם י"ל דרש"י אזיל לשיטתו בהא דישראל וגוי שלקחו שדה בשותפות דפרק השולח, שפירש שכל גרעין וגרעין מעורב של גוי ושל ישראל ביחד, וכן הכא בכל משהו שבכל שדה יש לשניהם חלק בו, שפיר מחוייבים להחזיר ולבטל החלוקה, אבל הרמב"ם דפירש (בפי"א מהלכות שמיטה ויובל הלכה כ'), דמחזירין זה לזה לא לבטל החלוקה, אלא שמחליפין חלקיהם זה לזה, וא"כ היאך אפשר לומר דמטעם אין ברירה הוא בתורת ודאי, היאך אפשר לומר שבודאי החליפו חלקיהם בפעם ראשון כשחלקו ביניהם, וע"כ צ"ל דבגדר ספק הוא.

גם מה שכתב להביא ראיה מהא דפסק הרמב"ם גבי מעשר בהמה בחלקו גדיים נגד גדיים דפטורים ממעשר בהמה, תמוה לי ג"כ לשיטתו, תינח בלא היה רק עשרים גדיים ונטל זה י' וזה י', שפיר י"ל דכיון שאין ברירה מתורת ודאי הרי עכ"פ אין לכל אחד עשרה גדיים שלו בודאי שלא יהיה בהם מקצת לקוח, אבל בחלקו מאה כנגד מאה וכדומה, א"כ אפילו אומרים אין ברירה מ"מ שמא יש בעדרו עשרה שלו בודאי. ודוחק לומר דכיון דאמרינן אין ברירה, בכל גדי וגדי יש לכל אחד חלק בו, וא"כ אין לו עשרה שחייבים במעשר בהמה, דתינח לשיטת רש"י שם בפרק השולח גבי שקנו שדה בשותפות, אבל לשיטת התוס' דדחו שם פרש"י, וכתבו שספק הוא אם מקצת שלו או רובו או כולו יעוי"ש, א"כ לדידהו קשה, למה פטורין ממעשר בהמה. וע"כ צ"ל משום דקיי"ל עשירי ודאי אמר רחמנא ולא ספק, וכמ"ש הרמב"ם בהלכות בכורים, דכל ספק שבמעשר בהמה אזלינן לקולא, א"כ גם דברי הרמב"ם נכונים.

ב) עוד הקשה שם ביש"ש דברי הרמב"ם אהדדי, דבשותפין שנדרו הנאה פסק דמותרים ליכנס בחצר, וכמו שפסק בש"ס כראב"י, ובפ"ז (מהלכות נדרים הלכה ב') כתב, דשנים שאסרו הנאתם זה על זה אסורים הם בדברים שהם בשותפות לכל אנשי העיר, כגון ברחבה שבעיר, והמרחץ ובית הכנסת, והתיבה והספרים, והוא סתם משנה בפרק השותפין, וע"כ דהך מתני' אתיא כת"ק דפליג על ראב"י, ולראב"י דס"ל זה נכנס לתוך שלו כו' בחצר שאין בו דין חלוקה, א"כ גם באלו מותרים, שהרי אין בהם כדי חלוקה לכל אחד מבני העיר, וכמ"ש התוס' והר"ן שם דהך מתני' אתיא כת"ק דראב"י, וא"כ הרמב"ם מזכה שטרא לבי תרי, וכבר הקשה כן על הרמב"ם הר"ן בפירושו לנדרים שם, וכן כתב בשם הרמב"ן.

ולפי מה שכתבנו למעלה בישוב דברי הרמב"ם, דס"ל דוויתור דאסור במודר הנאה אינו אלא מדרבנן, וכן כל דבר שאין מקפידים עליו, א"כ יש ליישב דברי הרמב"ם, והוא,

דהוקשה לו דהש"ס בר"פ השותפין פסק כראב"י, וקשה דהא קיי"ל דכל מחלוקת ואח"כ סתם הלכה כסתם, וא"כ הא גם כאן מחלוקות בריש פרקין ואח"כ סתם הך מתני' דשניהם אסורים כו'. ולכן ס"ל להרמב"ם דבזה גם ראב"י מודה, דדוקא בדריסת הרגל שהוא בדרך אקראי בעלמא דלא קפדי שותפין אהדדי דנקרא וויתר, בזה פסקינן כראב"י, משום דבדרבנן יש ברירה, משא"כ באלו דברים דחשיב במתני' אח"כ, הם דברים שמשתמשין בקביעות, כגון הררבה של עיר שעומדים שם לסחורה, והמרחץ הוא ג"כ תשמיש יותר קבוע, וכן ס"ת ובית הכנסת, וראיה, דאיתא בפרק חזקת הבתים, דהאומר תנו ס"ת לאנשי העיר אין דנים בדייני אותה העיר, וכן בית הכנסת משום דנוגעים הם, והרי דזה מקרי הנאה גמורה, וזה אסור מדינא במודר הנאה, ולכן קיי"ל דאסורים, דבדאורייתא אין ברירה.

ג) עוד הקשה שם על הרמב"ם, מה שכתב (בפ"ח מהל' פסולי המוקדשים הלכה ח'), שניים שלקחו קיניהם בעירוב, או שנתנו דמי קיניהם בעירוב, לאיזה שירצה יקריב חטאת כו', והוא נגד מה דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא, דבפרק בכל מערבין (דף ל"ז ע"א) מקשה מכאן דהא ר' יוסי ס"ל אין ברירה, ומשני כשהתנו, וקמ"ל כדרב חסדא דאמר אין הקינין מתפרשין כו', והניח דברי הרמב"ם בתימא. ובכ"מ דחק שם בישוב דבריו, דס"ל דלפי המסקנא דקמ"ל כדרב חסדא אין צריך להתנות, אלא אף על גב דלא התנו כאלו התנו דמי, ודבריו מגומגמים.

ולענ"ד היה נראה דבריו בפשיטות, והוא דגירסתו בש"ס היה שם כגירסת התוס', דפרך אי הכי מאי קמ"ל, ומשני מהו דתימא נגזור התנו אטו לא התנו קמ"ל, וכדרב חסדא, ר"ל או כדרב חסדא, והוא על דרך ואי בעית אימא, שהוא תירוץ אחר, ולפי תירוץ זה אין צריך לומר דמיירי בהתנו, וכעין זה מצינו בש"ס בכ"מ שהוא על דרך א"נ. ופירש הוא, דבסלקא דעתך דש"ס דלא ידע מדרב חסדא דתלוי ג"כ בדעת הכהן לקבוע שם חטאת ושם עולה, רק בנשים שלקחו קיניהם, ולפי"ז צ"ל דבעת שנתנו קיניהם לכהן בעירוב היה כוונתם לאיזה שיקריב הכהן לשם חטאת לשם רחל יהיה קן זה לשמה ויהיה נקבע עתה לשם חטאת, הרי דצריך לומר הוברר הדבר למפרע שנקבע אותו לשמה ולשם חטאת בעת אמירתה ונקבע ע"י מאמר הבעלים, וא"כ הרי זה תלוי בברירה ממש, אבל לפי המסקנא קמ"ל כדרב חסדא שתלוי ג"כ בדעת הכהן, א"כ אין אנו צריכים בזה לומר הוברר הדבר למפרע, שמה שנתנו קיניהם בעירוב ודאי דכוונתם היה שלא הקפידו על קיניהם שקן זה יהיה של רחל וקן השני של לאה דוקא, אלא בעת שיברור הכהן קן א' מן התערובות בשביל רחל יהיה נקבע אז לשם רחל, ויתחלף קן שלה על קן של לאה

אם נתחלפו, ואז יכול הכהן לקבוע שם חטאת ושם עולה על כל א', וכבר נתבאר בכ"מ שמה שאין אנו צריכים לומר הוברר הדבר למפרע, אלא שהוא נקבע אז בעת שיבורר, לכו"ע מהני, ואין כאן דין ברירה כלל, וא"כ דברי הרמב"ם עולים כהוגן בלי שום פקפוק כלל, כנלע"ד.

סימן יד

דין ברירה בתולה בדעת אחרים ובדעת עצמו

א) בפרק כל הגט (דף כ"ה ע"ב), פלפל שם הש"ס אי בתולה בדעת אחרים יש ברירה או לא, ופליגי בזה אביי ורבא ורב משרשיא, דרב משרשיא ס"ל דאפילו מאן דלית ליה ברירה בתולה בדעת עצמו, אבל בתולה בדעת אחרים אית ליה ברירה, ומביא ראיה דהא ר' יהודה ס"ל תולה בדעת עצמו אין ברירה, דתנן שני לוגין כו', ובתולה בדעת אחרים אית ליה ברירה, דתנן מה היא באותם הימים, ר' יהודה אומר הרי היא כאשת איש לכל דבריה, ולכי מיית הוה גיטא. ופרש"י שם וז"ל, ואף על גב דכשנותן הגט היה ספק אם יחיה אם ימות, ותלה הדבר בדעת מי שמותו וחייו תלויים בידו, וכשמת הוברר הדבר למפרע דמשעת נתינתו היה ראוי למות מחולי זה והוי ליה גט מההיא שעתא, שע"מ כן מסרו, ואין זה כשאר תנאים שאדם מתנה בגט שבידו לקיימם ודעתו לקיימם כשמתנה עליהם, ולכשנתקיים התנאי הוה גט למפרע, דהתם לאו טעמא משום ברירה הוא, אבל הכא דאין בידו ובשעת התנאי הוא ספק, והתנאי מתקיים מאליו, אי לאו משום ברירה לא הוי גט מחיים, עכ"ל. הנה מבואר מדבריו דברירה לא שייך אלא במה שאין בידו וקודם שנתברר הוא בספק, אבל בדבר שבידו לקיים ודעתו לקיים הרי הוא כמבורר למפרע, ובכה"ג אף בתולה בדעת עצמו יש ברירה. ואף על גב דבש"ס קאמר דתולה בדעת עצמו גרע טפי לענין ברירה ממה שתולה בדעת אחרים, מ"מ במה שבידו לקיים והוא בדרך תנאי עדיף טפי. [ויתבאר עוד בסימנים הבאים בס"ד]. עוד הביא שם הש"ס הא דר' שמעון דלית ליה ברירה, וס"ל באמר הריני בועליך ע"מ שירצה אבא, אם רצה האב מקודשת, משום דיש ברירה בתולה בדעת אחרים.

וטעם החילוק ביניהם כתב רש"י שם ד"ה אמר אביי דלמא תולה בדעת עצמו לית ליה ברירה, וז"ל, דמדאתני ברישא גילה בדעתו שהיה פוסח על שתי הסעיפים, וליכא למימר הוברר דמעיקרא דעתיה להאי, אבל זה שתלה באחרים גמר בדעתו מעיקרא לאיזו שתצא. וכעין זה מצינו חילוק לענין אסמכתא, דבדבר שבידו ולאו בידו אסמכתא לא קניא, דלא גמר ומקנה משום דסמך אדעתו שסבור שיבוא לידו לקיים, משא"כ בתולה בדעת אחרים ולאו בידו כלל, דלא סמך אמידי וגמר ומקנה, וכמו כן בהא דהרי זה גיטך

אם אמות או הריני בועליך ע"מ שירצה אבא, גמר ומגרש ומקדש, ואף על גב שאין ידוע לו בשעת מעשה קמי שמיא גליא.

ועכ"פ משמעות הפוסקים דאנן קיי"ל לדינא דאין חילוק בין תולה בדעת עצמו לבין תולה בדעת אחרים, וכרבא דס"ל הכי, ולכאורה יש לתמוה ע"ז, דהא רבא דס"ל דאין חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים, ע"כ צ"ל אליביה דר' יהודה אית ליה ברירה מהא דמה היא באותם הימים, ומה דאוסר בהא דלוקח יין מבין הכותים, היינו מטעמא דשמא יבקע הנוד, ואנן קיי"ל דר' יהודה ס"ל אין ברירה, כדמוכח בפרק בכל מערבין דר' יוחנן ס"ל דר' יהודה לא מחלק בין תולה בדעת עצמו כו', וס"ל דליתא למתני' מקמי איו, ופריך שם מאי שנא לכאן ולכאן דלא דאין ברירה מזרח ומערב נמי אין ברירה, ואף דרב ס"ל שם לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים כמ"ש התוס' שם, הלכה כר' יוחנן נגד רב, וא"כ קשה בהא דמה היא באותם הימים דהוי גט. וצ"ל דשם טעמא אחרינא איכא, וכמו שיתבאר בס"ד בסימנים הבאים. וכן כתב הרא"ש בפסקיו בפ"ג דגיטין, בהא דבעי ר' הושעיא כתוב גט לאיזו שתצא בפתח תחילה דאינו גט, דבדאורייתא אין ברירה, דאין חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים, וכן כתב בשו"ע אבן העזר (סימן קל"א סעיף ד') ע"ש.

ב) והיות כן צריכין אנו לברר איך מצאנו ידינו ורגלינו בדיני תנאים בגיטין, וכן בגט שכיב מרע דאתקין שמואל אם מתי אם לא מתי כו', וכבר עמד בזה הר"ן פ"ג דגיטין, והביא בשם התוס' לחלק בין דבר העומד להתברר או לא, דבדבר העומד להתברר שני הצדדים, כגון אם לא מתי ואם מתי, שהרי או יחיה או ימות, בכה"ג קיי"ל דיש ברירה, וכן בהא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא ג"כ עומד להתברר או ירצה או לא, ודוקא בדבר שאינו עומד להתברר כגון בהא דשניים שלקחו חביות ובהמה בשותפות, דדבר זה אינו עומד להתברר, דשמא לא יחלקו לעולם.

והנה תירוץ זה לענ"ד אינו ברור לדינא, דע"כ מוכח דרב משרשיא לא ס"ל חילוק זה, דא"כ היאך מוכיח רב משרשיא לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים מהא דמה היא באותם הימים דס"ל לר"י ברירה, דלמא שאני התם משום שהוא דבר העומד להתברר, וכן כתב באמת בספר גט פשוט סימן קכ"ב, דרב משרשיא לא ס"ל חילוק זה ע"ש. והנה גם רב ע"כ לא ס"ל חילוק זה, דאל"כ היאך קאמר בפרק בכל מערבין בהא דמתנה אדם על עירובו ליתא למתני' מקמי איו, דלמא במתני' דמפרש כל הפרטים אם בא חכם למזרח כו' בא לכאן ולכאן כו' לא לכאן ולא לכאן כו' א"כ הדבר עומד להתברר בודאי, שהרי ע"כ או יבא או לא יבא, או שיבואו שנים או אחד מהם, ולכך אמרינן ברירה,

משא"כ בהא דתני איו, אין שם אלא תנאי א' אם יבוא למזרח או למערב, ואם יבואו לכון ולכאן, או שלא יבוא כלל לא התנה, וא"כ אין הדבר עומד להתברר, ולכך בכה"ג אין ברירה. ודוחק לומר כיון שבתוך אלו התנאים מתנה ג"כ באם יבוא לכאן ולכאן ולמקום שארצה אלך ודבר זה אינו עתיד להתברר בודאי, דשמא לא ירצה לא לזה ולא לזה א"כ עכ"פ עירובו אינו עתיד להתברר כלל אף על פי ששאר התנאים עתידים להתברר, אבל זה אינו, דכיון דהתנה ג"כ באם שלא יבואו לא לכאן ולא לכאן שיהיה כבני עירו, א"כ גם זה עתיד להתברר מקרי.

וכן רבא ע"כ דלא ס"ל חילוק זה, דאל"כ לא הוי צריך לדחוק ולומר דטעמא דר' יהודה גבי הלוקח יין מבין הכותים הוא משום חשש בקיעת הנוד, ומה שכתב המחבר גט פשוט שם דרבא קושטא דמילתא קאמר יעוי"ש, הוא דחוק ורחוק, דאם נאמר דהאמת הוא דרבא ס"ל חילוק הנ"ל לדינא, לא היה ליה לומר בסתם דר' יהודה אית ליה ברירה, דלא כמו שאמרו בכמה מקומות דמוכח דר' יהודה לית ליה ברירה, כדמוכח ממתני' דלא היו שופרות לקיני חובה ועוד מכמה מקומות.

וכיון שכן הואיל דמפשט סוגיות הש"ס מוכח דרב ורב משרשיא ורבא לא ס"ל האי חילוקא, מנלן להמציא חילוק זה מה דלא מצינו זה מפורש בש"ס, רק התוס' הוצרכו לדחוק ולחלק כן כדי שלא יקשה דשמואל דאתקין בגיטא דשכ"מ אם לא מתי כו', אדשמואל דלית ליה ברירה בפרק משילין, דאפילו אם נאמר דשמואל יסבור כן, אין הלכה כמותו נגד רב ורב משרשיא ורבא דבתרא הוא, וגם רב ושמואל הלכה כרב באיסורא, ועוד דגם מהא דאתקין בגיטא דשכ"מ אין זה מוכרח כמו שיתבאר לפנינו בס"ד, דשם טעמא אחרינא איכא מה דשם קיי"ל דיש ברירה.

ג) והיה נלע"ד לכאורה דהרמב"ם ז"ל ס"ל לחלק בין דבר שתולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים, וראיה לזה ממה שכתב הרמב"ם בפ"ג מהלכות גירושין, דהשמיט שם הך בעיא דבעי ר' הושעיא דכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה כו', ומזה משמע דס"ל לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים, ואף על גב דפליגי בזה אביי ורבא, וקי"ל כרבא נגד אביי לבר מיע"ל קג"ם, מ"מ י"ל דזה אינו בחשבון, משום דרב משרשיא ס"ל ג"כ כאביי. וראיתי בספר לחם משנה שם שכתב, דלכך לא העתיק הרמב"ם הא דכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה, הוא משום דבהנך דכתב שם בהלכה א' דהוי ספק מגורשת, א"כ כ"ש דנלמד דגם בהא הוא ספק, ואין לטעות ולומר דשם הוי ודאי מגורשת, דזה לא יעלה על הדעת יעוי"ש. ודבריו תמוהים ותפלים מבלי מלח, דכיון דרב משרשיא ואביי ס"ל באמת לחלק בין דבר שתלוי בדעת אחרים לתולה בדעת עצמו,

ולדעתם אף דבאומר לאיזו שארצה אגרש הוי ספק מגורשת משום דאין ברירה, אעפ"כ באומר לאיזו שתצא בפתח תחילה הוי מגורשת משום דעדיף טפי, דשם י"ל דלכו"ע יש ברירה, א"כ היאך נפלוג אנן אסברת הש"ס ולומר דגרע יותר, והיאך אפשר שסמך הרמב"ם על זה בדבר המפורש בש"ס להיפוך ויסתום הדבר לומר דנלמד במכ"ש, ואין זה אלא תימא.

וע"פ מה שכתבנו די"ל דהרמב"ם ס"ל דבתולה בדעת אחרים יש ברירה, א"ש ג"כ מה שהבאתי בסימן הקודם מה שהקשה מהרש"ל ביש"ש והלח"מ בהא דלקחו שנים קיניהם בעירוב כו' לאיזה שירצה יקריב עולה כו', דלפי מה שכתבנו א"ש, דשם הוי תולה בדעת אחרים, והא דהוצרך הש"ס לתרץ בפרק בכל מערבין כשהתנו, היינו לרבא דלא מחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים. וכעין זה כתבו התוס' שם (דף ל"ז ע"א), בההיא דפריך שם דר' יוסי דלוקח יין אההיא דשנים שלקחו קיניהם כו', שכתבו דהוה מצי לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים כו', יעוי"ש.

עוד יש ראיה לזה ממ"ש הרמב"ם (פ"ד מהל' מעשר שני הט"ו), האומר מעשר שני זה מחולל על סלע שתעלה בידי מכיס זה, על סלע שאפרוט מדינר זהב זה כו', הרי זה מחולל, ובכ"מ שם עמד בדבריו, דבש"ס פרק בכל מערבין שם מוכח דלמאן דלית ליה ברירה לא מהני, והרמב"ם ס"ל דבדאורייתא אין ברירה, יעוי"ש מה שתירץ ע"ז, וכתב כתבתי למעלה מה שיש ליישב דברי הרמב"ם. אבל אם נאמר דס"ל להרמב"ם דתולה בדעת אחרים יש ברירה א"ש, דזה מקרי תולה בדעת אחרים כל שאינו תולה ברצונו ובבחירתו ואומר כל שיעלה בידו במקרה מכיס זה בראשונה, דזה דומה ממש לתולה במי שחייו ומותו בידו שאינו תלוי בבחירת האדם, [והוא על דרך מה שאמרו רז"ל, איזהו תכלית יסורים, שאם חשב להעלות מכיס מטבע זה ועלה בידו אחר, שגם זה הוא בהשגחה מן השמים ולעונש יחשב]. וכן מ"ש על סלע שאפרוט כו', הוא ג"כ מה שיתן לו השולחני בחילוף הסלע המעה הראשונה, דזה מקרי תולה בדעת אחרים. והא דהוצרך הש"ס בפרק בכל מערבין להפוך ולומר ר' יוסי אומר לא חילל כו', היינו לפי דעתו של רבא דאין מחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים.

ד) ועיין מש"כ הרמב"ם (פ"ט מהלכות מעשר שני הלכה ז'), הא דצנועין היו מניחים את המעות כו', ואמרינן כל הנלקט מזה יהיה מחולל על המעות הללו כו', ושם בכסף משנה הביא בשם תשובות להרמב"ן שתמה ע"ז, דממה נפשך לא מקיימא הך פיסקא, דאם אמר כל הנלקט א"כ אינו חל הפדיון, דקיי"ל כר"י דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, ואי אמר כל המתלקט

הא קיי"ל דבדאורייתא אין ברירה. ועיי"ש בכ"מ שמיישב דברי הרמב"ם, דלדידן דקיי"ל לדינא דיכול לחלל מעשר שני אעפ"י שאינו ברשותו, כמו שהוכיחו התוס' בפרק מרובה (דף ס"ח ע"ב) ד"ה הוא דאמר כצנועין יעוי"ש.

ועיינתי שם, ואין שם הוכחה מדברי התוס', ואדרבא ישבו כל המקומות שהקשו משם דמשמע דיכול לחלל, רק בסוף דבריהם הניחו בתימא למה לא יכול לחלל מה שברשות אחרים, הא זכות הוא לו, וזכין לאדם שלא בפניו יעוי"ש, אבל התוס' עצמם בפרק האיש מקדש (דף נ"ו ע"א) ד"ה מתקיף לה כתבו, דבהא דצנועין ליכא למימר זכין לאדם שלא בפניו, שהרי הגזלנים עצמם אין יכולים לחלל משום דהוי גזל ולא נתייאשו הבעלים, וכיון דאינהו לא מצי עבדי, שליח לא מצו משוי יעוי"ש.

ולענ"ד דברי הרמב"ם נכונים לפי מאי דמסיק הש"ס בפרק מרובה (דף ס"ט ע"ב), אמר רבא, אי לאו דא"ר יוחנן כו', הוה אמינא מאן תנא צנועין ר"מ היא דאמר מעשר שני ממון גבוה כו', ואפילו הכי לענין חילול אוקמיה רחמנא ברשותיה, דכתיב וכי יגאל איש ממעשרו כו', כרם רבעי נמי קודש קודש ממעשר שני גמר כו'. הרי דלר' מאיר צ"ל דיכול לחלל אעפ"י שאינו ברשותו, משום דכי נמי איתיה ברשותו אינו שלו ואינו ברשותו, א"כ הא אנן קיי"ל בזה כר"מ, כדאיתא בפרק האיש מקדש שם, משום דסתם מתני' בבחירתא כוותיה, וכמו שפסק באמת הרמב"ם (פ"ג מהלכות מעשר שני הי"ז), א"כ א"ש מה שכתב כאן כל הנלקט, ואין צריך להגיה המשנה ולומר כל המתלקט.

ולפי מה שכתבתי דהרמב"ם ס"ל דמה שתלוי בדעת אחרים אמרינן ברירה א"כ היה יכול לומר ג"כ כל המתלקט, י"ל ע"פ מ"ש התוס' בפרק מרובה שם, שהקשו מה תקנה יש למה שגדל אחר פדיון, והא דבר שיש לו מתירין אפילו באלף לא בטל, ותירצו דמה שהיו יכולים לתקן להוציא מידי איסור דאורייתא היו מתקנים ע"ש. וא"כ דוקא לפי סוגיית הש"ס שם בתחילה, דא"א לומר כל הנלקט משום דאין יכול לחלל מה שאינו ברשותו, היה צריך להגיה המשנה ולומר כל המתלקט, אעפ"י שאין זה תקנה גמורה להוציא מידי איסור דרבנן, אבל לפי מה דקיי"ל דיכול לחלל מה שביד אחרים וכמש"כ, א"כ אין להתיר ע"י תקנה זו שיאמר כל המתלקט, שאין זה תקנה גמורה, ויותר טוב לתקן שיאמר כל הנלקט, ודו"ק.

אבל הרמב"ם בפ"ט כתב, שלכך לא היו אומרים כל המתלקט מפני שאין פודין במחובר כמו שנתבאר. ולכאורה תמוה הוא, דבש"ס מוכח להדיא לפי מה שר"ל כל המתלקט, דפודין גם כן במחובר, וכמ"ש התוס' שם, דאע"ג דבתוספתא מפורש דאין פודין במחובר, צ"ל דאינו רק מדרבנן משום דבמחובר אין דמיו ידועים, וא"כ צ"ל, דוקא לפי מאי דס"ל

שם דא"י לחלל מה שביד אחרים וא"א לומר כל הנלקט, צ"ל כל המתלקט, ואעפ"י שאין פודין מדרבנן במחובר, [מ"מ] כיון דאינו אלא מדרבנן כל שהיו יכולין לתקן היו עושין, כיון דא"א בלאו הכי, אבל לפי מאי דס"ל דיכול לחלל מה שביד אחרים, א"כ יותר טוב כן מלחלל במחובר.

ומזה מוכח ג"כ דהרמב"ם ס"ל דתולה בדעת אחרים יש ברירה, דאל"כ לא היה צריך הרמב"ם לפרש הטעם משום דאין פודין במחובר. [ומ"מ דברי הרמב"ם שם הלכה ב' שכתב הטעם שאין פודין במחובר משום דילפינן ממעשר צ"ע, דמשמע דהוא מדאורייתא, ובש"ס שלנו מוכח דאינו כן, ובאמת דחו שם תוס' טעם זה, ואפשר דאסמכתא בעלמא הוא, ועיקר הטעם כמ"ש התוס' משום שאין דמיו ידועים], וא"כ יש לנו ראיה נכונה דהרמב"ם ס"ל דבתולה בדעת אחרים יש ברירה וכמ"ש ודו"ק.

ה) וצ"ע עוד בדברי הרמב"ם (פ"ח מהל' מעשר שני הלכה ט"ו) שכתב וז"ל, טמאים וטהורים שהיו אוכלים ושותים כאחד בירושלים, ורצו הטהורים להיות אוכלים מעשר שני שלהם, מניחים סלע של מעשר שני ואומרים, כל שהטהורים אוכלין ושותים סלע זו מחולל עליו, ותצא הסלע לחולין כו'. ושם בהשגות וז"ל, אמר אברהם, פירשו בגמ' באומר לכשישתה ולא יאמר מעכשיו ולא כששתו, אלא מעכשיו ולכשישתה ויש ברירה, עכ"ל. ודבריו סתומים.

ודבריו נובעין מן הירושלמי סוף פ"ב דמעשר שני, דתנן שם, מי שהיו בניו מקצת טמאים ומקצת טהורים, מניח את הסלע ואומר, מה שהטהורים שותים סלע זו מחוללת עליו, נמצא טהורים וטמאים שותים מכד אחד. וע"ז קאמר שם בירושלמי, מה אנן קיימין, אם באומר מכבר, משקה מעורב הוא, ואם באומר לכשישתה, למפרע חולין שתה. אלא כי אנן קיימין, באומר מכבר לכשישתה, עכ"ל. ופירש המפרש שם, אם מכבר, ר"ל מעכשיו קודם שישתה אומר יהא הסלע מחולל על היין שישתו הטהורים, הרי מעורב משקה מעשר שני בכד זה, והטמאים נמי שותים מעשר שני, ואם באומר לכשישתה, ר"ל לאחר ששתו אמר מחולל יהא מעשר שני זה על מה ששתו, למפרע חולין שתו, כלומר אין הסלע מחולל, אלא באומר מכבר לכשישתה, כלומר, מעכשיו יהא מחולל לכשישתו, כן פירש הר"ש ז"ל, עכ"ל.

ולפי"ז מוכח דס"ל אין ברירה גם בתולה בדעת אחרים, דהא זה דומה למה שאמרו כל המתלקט מזה כו', דשם ג"כ א"א לומר דהחילול חל אחר שילקטו, לפמ"ש דאין אדם יכול לחלל על מה שביד אחרים, כסברת הש"ס שם תחילה בפרק מרובה, וע"כ צ"ל דהחילול חל עתה על מה שילקטו אח"כ, וצ"ל הוברר הדבר דאותם הפירות שלקטו

אח"כ הם נתחללו תחלה בעת שחילל עליהם, ואם נאמר דיש ברירה א"כ מאי קאמר הרי משקה מעורב, ומדוע יגרע זה ממה שאמר שני לוגין שאני עתיד להפריש יהא תרומה, דסומך על זה ושותה קודם שיפריש, וע"כ דחל שם תרומה מיד על הב' לוגין שיפריש אח"כ, דאל"כ עדיין בעת ששתה היו טבל, והרי לא חששו על מה שהתרומה מעורב ביין ובלח יש בילה, אלא ע"כ כיון דאמרינן הוברר כו', אמרינן דכל הב' לוגין שיפריש כולם תרומה הם, ולא נתערב ונשאר מהם תוך השיריים.

וצ"ל ע"כ דהירושלמי ס"ל אין ברירה, ומה שאמר מעכשיו ולכשישתה מהני היינו טעמא, דאמרינן עכשיו הוא שמתחיל החילול ואינו נגמר כי אם אחר ששתו. וגם זה צ"ע לפי מאי דאיתא בש"ס דילן בפרק האומר בקידושין (דף נ"ט ע"ב), באומר הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר שלשים יום, דרב ס"ל דמספקא ליה אי תנאה הוי אי חזרה הוי ומקודשת ואינה מקודשת לעולם, ושמואל ס"ל דתנאה הוי, ור' יוחנן ס"ל דאפילו מאה תופסין בה. ופסקו הרי"ף והרמב"ם כרב דמספקא לן אי תנאה הוי אי חזרה הוי, וכן פסקו בהא דהרי זה גיטך מהיום ולאחר מיתה דהוי ספק מגורשת, וא"כ גם כאן למה מועיל החילול, דשמא חזרה הוי, וא"כ אחר ששתה אין מועיל חילול. וע"כ צ"ל דהירושלמי ס"ל כשמואל דתנאה הוי, ולפי"ז צ"ל דס"ל להירושלמי דכל שהוא דרך תנאי לא שייך בזה דין ברירה וכמ"ש כמה פוסקים בזה, ויתבאר בס"ד בסימנים הבאים, וא"כ קשה על הרמב"ם שהעתיק דין זה, דהא לפי מה שכתב בעצמו דהלכה כרב, וכמ"ש (בפ"ט מהלכות גירושין הי"ד), וכן פסק (בפ"ז מהל' אישות הי"ב).

וע"כ צ"ל דהרמב"ם לשיטתו אזיל דס"ל בתולה בדעת אחרים יש ברירה, א"כ אפילו אמר סתם מה שישתו הטהורים יהיה מחולל, דסתם כוונתו שעכשיו יהיה מחולל מה שישתו אח"כ, וכמו בהא דב' לוגין שאני עתיד להפריש כו'. ובזה א"ש מה שסתם הרמב"ם וכתב כל שהטהורים אוכלים כו' יהא מחולל, ולא כתב כמסקנא דירושלמי הנ"ל, משום דס"ל דהירושלמי ס"ל אין ברירה גם בתולה בדעת אחרים, והוא לא ס"ל כן, כמ"ש בש"ס דילן אביי ורב משרשיא, וא"כ מתורץ השגת הראב"ד עליו. והראב"ד צ"ל דס"ל אין ברירה גם בתולה בדעת אחרים, אך מה שהוא בדרך תנאי יש ברירה, וזה שאמר הראב"ד מעכשיו ולכשישתה ויש ברירה. ומה שכתב הכסף משנה שם בדברי הרמב"ם שמה שכתב מעכשיו ולכשישתו היינו סמוך לשתייתם כשיבא היין לפיהם, הוא דחוק ורחוק, ואין כן משמעות דברי הירושלמי מה שאמרו מעכשיו, ודו"ק.

ו) אמנם ראיתי בספר פתח הבית בדיני ברירה ענף ג', שכתב להוכיח דהרמב"ם ס"ל דגם בתולה בדעת אחרים אין ברירה, ממה שכתב בהא דכתוב גט לאיזו שארצה אגרש,

ממה שכתב ודקדק בלשונו "והסופר כתב על דעת זה כו'", הרי שהסופר כותב על דעת הבעל למי שירצה לגרש, והוי תולה בדעת הבעל, ואעפ"כ ס"ל דאין ברירה [ע"ש]. ולענ"ד אין הכרח משם, דכיון שהסופר אינו גומר המעשה בעצמו רק תלוי עדיין ברצון הבעל המגרש, אין זה שליחות כלל, דהרי אמרו שלוחו של אדם כמותו, וא"כ כיון שאם הבעל עצמו היה כותב הגט ע"מ לגרש בו איזו שירצה לא הוה גט כיון דאין ברירה, וכמ"ש רש"י משום שגילה בדעתו שפוסח על שתי הסעיפים ואינו גומר בדעתו, משא"כ בתולה בדעת אחרים, וכיון שכן היאך אפשר דשלוחו יהיה עדיף מיניה.

ומה שהקשה שם מהא דפרק כל הגט, גבי הא דאמר הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים כו', דגם בפסח בעינן שליחות, ואעפ"כ קאמר שם דהוי תולה בדעת אחרים, לא הבנתי דבריו, שהרי שם לא תלה הדבר באחרים במה שבידם עדיין בספק, דהא בפירוש אמר על מי שיעלה מכם ראשון כו', ולא נעשה שליח רק ממי שיעלה ראשון בלבד, משא"כ כאן הרי השליח תולה כתיבה ברצון הבעל למי שירצה לגרש, וא"כ הבעל שעשאו שליח לא על גמר מעשה עשאו שליח, ואין זה בגדר שליח כלל, דלא עדיף מיניה וזה ברור.

ולענ"ד להביא ראיה לזה מהא דאיתא בפרק האשה בפסחים (דף פ"ח ע"ב), האומר לעבדו צא ושחוט עלי כו', שחט גדי וטלה יאכלו מן הראשון. ומקשה שם בגמרא, והא תניא אין נמנים על שני פסחים כאחד, ופרש"י שם, דאין נמנים על ב' פסחים לאכול מאחד מהם שירצה משום דאין ברירה, ומשני מתני' במלך ומלכה כו'. והרי שם שחט העבד ותלה ברצון בעליו באיזה מהם שירצה, והוא שליח מן הבעלים על שחיטתו, ואם נאמר דזה מקרי תולה בדעת אחרים, א"כ יקשה על אביי ורב משרשיא דס"ל לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים דבכה"ג יש ברירה, וא"כ מאי מקשה שם אביי על רב יהודה ורב הושעיא, והרי ברייתא דמסייע ליה לרבא, אלא ודאי דבכה"ג מקרי תולה בדעת עצמו וכמ"ש.

ז) וצ"ע בסוגיא דנזיר (דף י"ב ע"א), א"ר יצחק [בר יוסף] א"ר יוחנן, האומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם, אסור בכל הנשים שבעולם כו'. דקשה, דהא אם אמר לב' נשים אחת מכם תתקדש לי איזה שארצה למחר, ודאי דאין הקידושין כלום למאן דלית ליה ברירה, כמו בגט באומר לאיזו שארצה אגרש, וא"כ אם תלה בדעת השליח ברצונו למי שירצה לקדש תהא מקודשת לו, למה חלין הקידושין, והא ר' יוחנן ס"ל דאין ברירה מתורת ודאי ואפילו לקולא, כמ"ש בפרק כל הגט דאף אחרון אינו פוסל בכהונה, וס"ל ג"כ בתולה בדעת אחרים אין ברירה, כדמוכח בפרק בכל מערבין באומר אם בא חכם למזרח

כו', וכמ"ש התוס' שם ובכ"מ. וצ"ל דשאני התם דהקדושין חלין אח"כ בעת שמקדש השליח ואז הוא מבורר, ובכה"ג לכו"ע יש ברירה וכמ"ש למעלה, ויתבאר עוד בסימנים הבאים בעז"ה.

ועכ"פ לדינא קיי"ל דגם תולה בדעת אחרים אין ברירה, וכמו שפסק בשו"ע אבן העזר (סימן קל"א), בהא דכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה, וכן משמע פשט הסוגיא בפרק האשה בפסחים (דף פ"ט ע"א), בהא דמקשה הש"ס על הא דתניא הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים, ש"מ יש ברירה. ודוחק לומר דר' יוחנן דמתרץ שם כדי לזרזן במצות, הוא גופיה הקשה קושיא זאת, כעין מה שכתבו התוס' בכמה מקומות, וברישׁ אלו מציאות במ"ש וכמה קב בד' אמות יעוי"ש, ור' יוחנן לשיטתו אזיל דס"ל דגם בתולה בדעת אחרים אין ברירה, וכן משמע ממה שאמרו בכ"מ דפליגי אביי ורבא הלכה כרבא, וכיון שכן הדרא קושיא לדוכתין, האיך מצאנו ידינו ורגלינו בגט שכיב מרע וכמש"ל.

סימן טו

דין ברירה במתנה על דבר אחר

א) והנה הר"ן פ"ג דגיטין כתב עוד בשם הרמב"ן לתרץ זה, דפלוגתא דברירה לא שייך אלא במתנה על שני דברים, כגון האומר שני לוגין שאני עתיד להפריש הרי הם תרומה, שמתנה על כל שני לוגין שבחביות, וכן אם בא חכם למזרח כו', אם בא למערב כו', אבל במתנה על דבר אחד בלבד, כגון כתוב גט לפלונית אשתי אם תצא בפתח תחילה, וכן אם אמר אם יבוא חכם למזרח יהא עירובי עירוב, ואם לאו יהא בטל, אפילו למאן דלית ליה ברירה מהני כו'. וכ"ת והא ע"מ שירצה אבא אינו מתנה אלא על דבר אחד בלבד, ואפילו הכי מוכחינן מינה בשמעתין דאית ליה לר"ש ברירה בתולה בדעת אחרים, התם היינו טעמא, דהוא דבר המסור ללב, וכל כה"ג למ"ד אין ברירה אפילו במתנה על דבר אחד לא מהני, דלא אמרינן הוברר הדבר שרצה משעה ראשונה, עכ"ל.

ולפי שיטתו הוה א"ש מה שמצינו בכמה מקומות בש"ס, בתנאי שמתנה אף בדבר שאין בידו ותלוי בדעת אחרים, כגון הרי זה גיטך ע"מ דתתני לי מאתים זוז וכן ע"מ שתניקי את בני ושתשמש את אבא דפרק מי שאחזו (דף ע"ד ע"ב), דקיי"ל דמגורשת אם קיימה התנאי, ואף למאן דלית ליה ברירה ס"ל הכי, דהא ר' יהודה דלית ליה ברירה קאמר שם, כמה היא מניקתו (ט"ו) [י"ח] חודש כו', וזה אינו מיושב ע"פ פרש"י שכתב שאין זה דומה לשאר תנאים שבידו לקיים ובדעתו לקיים, דהא כאן אין זה בידו, ולפמש"כ הרמב"ן א"ש, דכאן מתנה על דבר אחד, וכן הא דתנן במסכת נדרים (דף נ"ז ע"א), קונם

שאת נהנית לי עד הפסח אם תלכי לבית אביך עד החג, הלכה לאחר הפסח הרי זה בבל יחל, ג"כ מתנה על דבר אחד.

אך מה שקשה לי במש"כ הר"ן בפירושו לנדרים (דף ע"ג ע"ב), בהא דאיתא התם, כל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת, שכתב שם בנודר על דעת חבירו, והיינו היכא דאתני בהדיא הריני נודר אם חבירי רוצה, מצי חבריה למשרי ליה, ואינו צריך לשון התרה כלל, אלא כל שאמר שאינו רוצה סגי, וזה דומה ממש להריני בועליך ע"מ שירצה אבא, דהש"ס תלי לה בדין ברירה, ולפי"ז למאן דלית ליה ברירה אין בנדרו ממש אפילו אם יאמר רוצה אני, וכן אם אמר להיפוך, שנדר סתם ואמר אם חבירו יאמר שאינו רוצה לא יהיה בנדרו ממש, לא יועיל להתיר הנדר, כיון שאין ברירה בדאורייתא, וכאן אינו מספיק תירוץ הרמב"ן, דמתנה על דבר אחד אין בו משום חשש ברירה, כיון שהוא תלוי ברצון ובמחשבה כמש"כ.

ויש לי עיון בדברי הר"ן, מה שכתב שם באשתו קטנה דמצי מיפר לה בעלה, משום דהפרת הבעל גזירת הכתוב הוא, ולכך זכתה תורה לבעל משום דנודרת על דעתו, ולכך אפילו בקטנה שאינו אשתו מן התורה חיילא גזירת הכתוב, משא"כ בנודר על דעת חבירו, דלא חדית ביה רחמנא מידי, ולכך אין יכול להתיר שלא ע"פ חכם, כי אם באומר בפירוש שאם לא ירצה לא יהא ממש בנדרו, יעוי"ש. ולא זכיתי להבין דבריו, דאם הטעם משום גזירת הכתוב באשה הנשואה לבעלה מהתורה, היאך נאמר דקטנה שאין לה נישואין מהתורה יהיה יכול להפר בלא התרת חכם, אם היא הגיעה לעונת נדרים שנדרה נדר מן התורה, וא"כ הרי זו ככל אדם שנודר על דעת חבירו, ובהא דכל הנודרת אי אפשר לתרץ ע"פ מה שכתבנו למעלה דבתולה בדעת אחרים יש ברירה, דהא רב פנחס משמיה דרבא קאמר הכי, ורבא גופיה ס"ל דגם בתולה בדעת אחרים אין ברירה. ועיין בראי"ש בפירושו שם שכתב, דמה דאמרינן כל הנודרת כו', היינו שמה שאמרה תורה דבעל מיפר נדרי אשתו, משום כיון דהאשה ניזונית משל בעלה נודרת על דעתו, וכאילו פירשה אם לא ירצה לא יהיה נדר כו', הרי דלא ס"ל כמ"ש הר"ן משום גזירת הכתוב.

ב) עוד צ"ע במה דאיתא בריש פרק המפקיד (דף ל"ג ע"ב, ודף ל"ד ע"א), בהא דאיתא התם במשנה, שילם ולא רצה לישבע, נמצא הגנב למי משלם תשלומי כפל, למי שהפקדון אצלו. וקאמר שם רבא, טעמא משום דנעשה כאומר לו לכשתגנוב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו, והרי זה דומה לגט שכיב מרע, דמתנה אם מתי תהיה מגורשת מעכשיו, ולמאן דלית ליה ברירה קשה היאך יקנה לו הפרה, והתם רבא

קאמר לה, והוא עצמו ס"ל דגם בתולה בדעת אחרים אין ברירה. ולפי שיטת הרמב"ן הוה א"ש, דמתנה על דבר אחד.

אבל מה דקשה יותר במה שאמרו שם, איכא דאמרי, אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנוב ותרצה ותשלמני, סמוך לגניבותה קנויה לך כו', ובזה לא שייכי כל התירוצים הנזכרים, דהא כו"ע מודו למתני' דפרק מי שאחזו דמה היא באותם הימים, דהגט חל שעה אחת סמוך למיתתו, וכיון שאין אותה שעה ידוע בתחילה לא אמרינן הוברר הדבר. ועיין בחידושי הרמב"ן והרשב"א מה שישבו בזה שיטת רש"י בהך דמה היא באותם הימים, דס"ל לר' יוסי דמגורשת ואינה מגורשת, ממה שהקשו התוס' עליו, וכתבו כעין זה, דמה שהתנה אם ימות אין בו חשש ברירה, כיון שהתנה על דבר אחד, אך מה שאמר שעה אחת כו', בזה לא אמרינן ברירה, כיון שאין השעה מבורר, וכיון דס"ל לר' יוסי דיש ספק אי אמרינן ברירה הוי ספק מגורשת, וא"כ ה"ה במה שאמר לו סמוך לגניבותה כו', לדידן דקיי"ל דדין ברירה הוא בספק היה לנו לומר המע"ה, וא"כ אם תפס הנפקד (הכפל וכן) שבח דאתי ממילא אין מוציאין מידו, דלא אמרינן הוברר הדבר למפרע שאותם שעות היה רחוקים משעת (מיתה) [גניבה], וכעין מה שכתב רש"י בהא דמה היא באותם הימים, גם אין הדבר עומד להתברר כלל, דשמא לא תגנב כלל. והנה לפי דעת הפוסקים שם כלישנא קמא דרבא דכאומר מעכשיו קנויה לך הוה א"ש לשיטת הרמב"ן, וכן לשיטת הסוברים דבתולה בדעת אחרים ג"כ יש ברירה יש ליישב, דכאן תלה בדעת השומר אם ירצה לשלם, ועיין ברא"ש שם שפסק כל"ק דרבא, ועיין בהמ"מ שהביא כמה פוסקים החולקים ופסקו כלישנא בתרא.

עוד צ"ע בהא דאיתא בפרק כל שעה (דף ל' ע"ב ול"א ע"א), עכו"ם שהלוה לישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה, וישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו אחר הפסח אסור בהנאה, ושם ע"ב מוקי לה אליבא דרבא דקיי"ל כוותיה דמכאן ולהבא הוא גובה, דמיירי כשהרהינו אצלו, ואמר לו אם לא אפרע לך הרי הוא שלך מעכשיו, וא"כ קשה למאן דלית ליה ברירה היאך מותר, דהא א"א לומר הוברר הדבר למפרע דברשות הנכרי קאי, ואין לומר דזה הוי כשאר תנאים שמתנה שבידו לקיימם דבכה"ג לא שייך ברירה, דהא אדרבא דעתו היה לקיים ולפרוע לו החוב, רק שאירע לו אונס שלא היה לו במה לפרוע, ואין לומר כיון שחמץ שעבר עליו הפסח דאסור בהנאה הוא רק מדרבנן, ובדרבנן קיי"ל דיש ברירה, דמ"מ למאן דס"ל אין ברירה אפילו בדרבנן קשה, ועוד, דא"כ קשה להיפוך, בעכו"ם שהלוה מישראל על חמצו והרהינו אצל הישראל, למה אסור בהנאה לדידן

דקיי"ל דדין ברירה בספק הוא, וכיון דספיקא דדינא הוא, בדרבנן הולכין להקל, ואמרינן אין ברירה, ולא נקנה לישראל כלל בפסח.

סימן טז

דין אם שייך לומר בתנאים דיני ברירה

א) והנה ראיתי בספר תורת גיטין להגאון מליסא בפירושו לסוגיא דריש פרק כל הגט, שכתב לתרץ קושיית האחרונים היאך מצינו ידינו ורגלינו בגט שכ"מ לפי מאי דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא, וכתב וז"ל, דכיון דהא כו"ע מודו בגט שכ"מ דלכי מיית הוה גיטא, וא"כ ע"כ צ"ל דאף אי הלכתא כרמב"ן דזה מקרי ברירה, צ"ל דס"ל דהיא מגורשת מעכשיו, דתנאי בעלמא הוא, ובתנאי אין שייך ברירה כלל, דתנאי מילתא אחריתי היא, ולא גרע דבר שאינו מבורר מדבר שלא בא לעולם שיכול להתנות על דבר שלא בא לעולם, והא אי לא ילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן היה המעשה קיים ואין ממש בתנאי, ולכך התנאי אינו מבטל המעשה אף דצריכים לברירה. והא דמקשה הש"ס מהא דהריני בועליך ע"מ שירצה אבא, מקשה לרב יהודה במסכת קידושין, דס"ל דאומר ע"מ לאו כאומר מעכשיו דמי, וא"כ צריכין לברירה, דבאומר ע"מ שירצה אבא צ"ל דנעשה כאילו רצה האב בשעת ביאתו לשם קידושין, כיון דס"ל דלאו כאומר מעכשיו דמי, וא"כ צריכין לברירה, אבל לדידן דס"ל דאומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי, אי"צ לומר דהוברר הדבר דכאילו רוצה בשעת קידושין דמי, וא"כ התנאי מלתא אחריתי הוא, ולא שייכא לברירה כלל. כן הם תוכן דבריו אף שאין זה לשונו ממש, וע"פ הקדמה זו היו מיושב הקושיות הנ"ל, אך עדיין אינו מיושב הא דפרק המפקיד באומר סמוך לגניבותה כו' כמש"ל.

אחרי כותבי זאת מצאתי בספר קצות החושן סימן ס"א שעמד בקושיא זו, וכתב שם לתרץ ע"פ מה שכתב מהרש"א בחידושיו דהוא פירש מה דקאמר שם בש"ס באומר סמוך לגניבותה כו', ר"ל דכאומר לו אז באותו סמוך לגניבה, וא"כ אותה שעה הוא מבורר. לא הבנתי דברים אלו, דאפילו נאמר [כן] במה קנה השומר הבהמה, דאטו אם יחשוב אדם במחשבתו להקנות לחבירו קרקע או מטלטלין שלו יקנה, ודברים שבלב אינם דברים כלל, ולא מצינו גמר בלבו שיועיל רק לענין תרומה וקדשים כמ"ש בפ"ג דשבועות (דף כ"ו ע"ב), והם ב' כתובים הבאים כאחד ולא ילפינן מנייהו. ובשלמא אם נפרש כפשוטו, דנעשה כאומר לו בעת שהפקיד אצלו א"ש, דבמה שמסר לו הבהמה נעשה בזה קנין גמור כאלו עשה השומר משיכה על דעת זה, וכאילו אומר לו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום, (ועיין תוס' פרק המפקיד דף ל"ד ע"א ד"ה א"נ), אבל בשעה שסמוך לגניבה שלא אמר לו שום דבר במה יקנה, וכ"ש בכה"ג דהא אפילו

מחשבה וגמר בלב אין כאן, דהא המפקיד לא ידע מהגניבה עד שנגנבה, והיאך נאמר דנעשה כאלו גמר בלבו אז, ואין זה אלא תימא.

גם דברי הגאון נתיבות משפט, אף שהם נכונים בסברא, מ"מ דוחק ליישב כך דברי הש"ס ולומר דמה דמקשה בפ"ג דגיטין מהא דע"מ דירצה אבא הוא רק אליבא דרב יהודה דס"ל כל האומר על מנת לאו כאומר מעכשיו דמי, ועוד, דהא שם מקשה ליה רב משרשיא לרבא קושיא זו, והוצרך לתרץ לו דר' יהודה ור' שמעון אית להו ברירה ע"ש, והרי רבא עצמו ס"ל כל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי, כמ"ש התוס' בפרק מי שאחזו (דף ע"ה ע"ב), ד"ה אלא אמר רבא יעוי"ש.

ב) עוד תמוה לי דברי הגאון הנ"ל, דהא דמתנה אדם על עירובו ואומר אם בא חכם למזרח כו' הוא ג"כ כאומר מעכשיו, דהא קניית העירוב א"א לו לחול אלא מבעוד יום, ובודאי בכה"ג אף אם לא אמר לשון ע"מ ג"כ ע"כ צריכין אנו לומר דמעכשיו קאמר, ואעפ"כ קאמר שם דלמ"ד אין ברירה אין עירובו קונה לו. וכן הא דפריך בפרק כל הגט שם מהא דמהיום אם מתי דלכי מיית הוי גיטא, דהא שם אמר בפירוש מהיום.

ועוד יותר תמוה לענ"ד, דהא לרב יהודה ודאי [ברייתא] דאם אמר הריני בועליך ע"מ שירצה אבא, דצ"ל דס"ל כרבי דאומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי, דאל"כ אין הקדושין חלין כלל, דהא רב יהודה ס"ל באומר הרי זה גיטך ע"מ שתתני לי מאתים זוז ונתקרע הגט קודם שנתנה אין הגט כלום, כמ"ש בפרק מי שאחזו (דף ע"ד ע"א), וא"כ הביאה שבעלה לשם קדושין אחר זמן אין בה ממש, והיאך אפשר שיחולו קדושי ביאה בעת שירצה אביו, ואין זה דומה למקדשה בכסף דמועיל גם לרב יהודה משום דברשותה דידה קא מתאכלי, וכמ"ש התוס' שם ד"ה איכא בינייהו כו', וא"כ דברי הגאון הנ"ל תמוהים בזה.

ג) ולכן העיקר נלע"ד כתירוץ של הרמב"ן, דיש לחלק בין מתנה על ב' דברים או על דבר אחד, וגם בין תולה הדבר ברצון או במעשה, והיינו שאם תולה בדבר אחד התלוי במעשה, כגון אם תצא בפתח תחילה, כיון שאין תלוי דעתו להיות פוסח על שתי הסעיפים, שבודאי דעתו על אחד רק תולה בפרט בדבר אחד, אמרינן שאחר שנעשה המעשה הוי גילוי מלתא בעלמא, ורק הידיעה חסרה לו, כההיא דכבר בא חכם דאמרינן דאין זה ברירה לכו"ע וכמ"ש רש"י שם, ובזה א"ש כולהו תנאים דגיטין ודקדושין, דלא אשתמיט בשום מקום בש"ס לומר דתליא בברירה, ולא הקשה כלום למאן דלא ס"ל באומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי, וכן בתנאי דאם, אבל בדבר התלוי בב' דברים, כגון לאיזו שתצא בפתח תחילה וכדומה, וכן בדבר התלוי ברצון, כיון שאין זה מעשה

המוכיח על המעשה הראשונה, דרצון לאו מעשה הוא, ואפילו אם נפרש הא דאמר ע"מ שירצה אבא פירוש שיאמר אין, דבור פיו לאו מעשה הוא כ"כ, ועיקרו תלוי ברצון, והדבור מגלה הרצון, וכעין שאמרו במסכת הוריות ובסנהדרין פרק ד' מיתות שאני מגדף הואיל וישנו בלב, ולכן שייך ביה דין ברירה. וכן תפסו חילוק זה כל הראשונים, הלא הם הרמב"ן והר"ן שהביא בשמו בפ"ג דגיטין, וכן מצאתי לחידושי ריטב"א שהאריך שם בדיני ברירה, והסכים ג"כ לחילוק זה יעוי"ש.

וכתב שם עוד, דמה דתפס הש"ס בפשיטות בהא דמה הוא באותם הימים כו' בדין ברירה, והקשה מר' יהודה אר' יהודה, היינו דוקא כדמוקי הש"ס באומר מעת שאני בעולם, שתלה הגט בשעה אחת קודם מותו שאז יחול הגט, ואותה שעה אינו מבורר כלל. והיינו טעמא, לפי דודאי לאו דוקא קאמר שעה אחת קודם מותו, דהא אם נטרפה דעתו יום או יומים קודם מותו, הגט צריך שיחול שעה אחת קודם שנטרפה דעתו, ובכה"ג יקרה, שב' בני אדם יגרשו נשותיהם בענין זה, האחת תהיה מגורשת שעה אחת קודם מותו, והשניה יום או יומים קודם, אעפ"י ששניהם אמרו בלשון אחד, הרי דשעה זו אינה מבוררת כלל.

ובהא דע"מ שירצה אבא, כיון שתלוי ברצון צריכין אנו לומר שבעת שיאמר אין הוברר הדבר שגם בעת שקידשה היה רוצה, לכן למ"ד אין ברירה לא מהני יעוי"ש. וכן למ"ד ע"מ שירצה אבא שפירש שלא ימחה אבא, ג"כ לא שייך בדיני ברירה, שכל זמן שאינו מוחה היא מקודשת ממילא כמ"ש הריטב"א שם. ולפי"ז לדעת הרמב"ם שמפרש שמה שאמר ע"מ שירצה אבא היינו שיאמר אין, באמת לדידן דס"ל אין ברירה בדאורייתא הוי ספק קדושין. וכן ראיתי שכתב הגאון בעל שאגת אריה בספרו (סי' צ"א) ע"ש. ומש"כ הרמב"ם (פ"ז מהלכות אישות הלכה א'), באומר לאשה כו' ע"מ שירצה אבא אם רצה האב מקודשת, והוא מפרש שפירש ע"מ שיאמר אין, לשיטתו א"ש, לפי מש"כ למעלה שהוא סובר דתולה בדעת אחרים יש ברירה, ולשיטת שאר פוסקים דס"ל דתולה בדעת אחרים ג"כ אין ברירה א"ש ג"כ, דס"ל דהאומר ע"מ שירצה אבא פירושו שלא ימחה, [עיין בבית יוסף אבן העזר סימן ל"ח, ובר"ן בקידושין באריכות מזה].

ד) והנה הישׁ"ש שם בדיני ברירה כתב ג"כ לחלק כמ"ש הרמב"ן רק קצת בסגנון אחר, והיינו שכל מה שעתיד להתברר או הן או לאו, אף במתנה בשני דברים ג"כ יש ברירה, כגון בהא דע"מ שירצה אבא, דע"כ יתברר או ירצה או לא, ובזה חולק על הרמב"ן, דאף דתלוי במחשבה ג"כ יש ברירה, ואין הפרש בין מתנה על דבר אחד או לא. ודוקא בהא דלאיזו שארצה אגרש, דשמא לא ירצה לגרש לא זו ולא זו, וכן לאיזה שתצא בפתח

תחילה, שמא שניהם לא יצאו בפתח, וכן אם בא חכם למזרח או למערב, דג"כ אין עתיד להתברר, דשמא לא יזוז ממקומו, אבל באם מתנה רק על דבר אחד בהן או לאו, כגון שא"א לו לחכם לבא רק לצד אחד, ומתנה אם יבא למזרח יהיה עירוב ואם לא יבוא אזי אהיה כבני עירי, לכו"ע יש ברירה, שהרי עתיד להתברר אם יבוא או לא.

ושיטה זו הוא דלא כמשמע מפירוש רש"י בעירובין ותוס' פרק משילין, דכתבו שם, דאפילו אם אי אפשר לחכם לבוא רק לצד אחד ג"כ למ"ד אין ברירה אין מועיל, ולשיטתו קשה מה דפריך הש"ס שם בפרק בכל מערבין ובפרק משילין מאי שנא לכאן ולכאן דלא דאין ברירה מזרח ומערב נמי אין ברירה, דהא שפיר י"ל דאו למזרח או למערב קאמר, וכגון שאין יכול לבוא לב' הרוחות וכמש"כ. וע"כ צ"ל דר' יוחנן לא ס"ל לחלק בזה, דגם בכה"ג אין ברירה.

אבל גם לדברי הרמב"ן קשה להבין, מה בין אם מתנה על מנת שירצה אבא להא דאם יבא חכם למזרח באם אין יכול לבוא אלא לצד אחד, דכמו בע"מ שירצה דחשיב לה הרמב"ן מתנה על דבר אחד, דהיינו שהקדושין יהיו חלין אם ירצה וממילא אם לא ירצה הקידושין בטלים והיא פנויה כמקדם, וכמו כן אם מתנה שאם יבוא החכם למזרח יקנה עירובו ואם לא יבא לא יהיה עירובו כלום, הא גם בגט שכ"מ בעינן תנאי כפול אם לא מתי ואם מתי כו', ואדרבא באם לא כפליה לתנאי לאו מילתא הוא, וכפליה לתנאיה עדיף יותר, ומדוע לא נימא גם שם דהוי מתנה על ב' דברים. אלא ע"כ, כיון דהצד השני אינו עושה כלום אלא נשאר הדבר כמקודם מקרי מתנה על דבר אחד, כמו כן הוא בהא דעירוב אם לא יבוא למזרח נשאר כמקודם על תחום ביתו. אבל הריטב"א בפ"ג דעירובין בחידושיו כתב בפירוש, דגם בעירוב אם אין החכם יכול לבוא לב' הצדדים עירובו עירוב, ומה שלא תירץ הש"ס כן, תירץ שם על נכון. ונראה דדבריו הם דברי הרמב"ן ממש, וצ"ל דגם הרמב"ן ס"ל כן, ודלא כמש"כ בספר קצות החושן שם לשיטת הרמב"ן, וזה ברור.

ה) וצ"ע הא דאיתא במסכת נדרים (דף מ"ח ע"ב), ההוא גברא דהוה ליה ברא דשמיט כיפי דכיתנא כו', אמרו ליה ואי הוה בר בריך צורבא מרבנן מאי, אמר להון ליקני הדין, ואי הוה בר ברי צורבא מדרבנן לקנייה מאי כו', ופליגי שם אמוראי, דר"נ ס"ל שם דקני ע"מ להקנות קני, דומיא דקנין סודר דקני ע"מ להקנות הוא, ורב אשי פליג עליו, דקנין סודר קני על מנת להקנות מהשתא הוא, אבל בהאי עובדא אימת קני לכי הוה בר בריה צורבא מרבנן, ואז הדרא סודרא למאריה. והרמב"ם פסק שם כר"נ דקני. וכתב שם הר"ן דהטעם דר"נ ס"ל הוי כאומר לו קני מהשתא ולכי הוה בר בריה צורבא מרבנן, ומסתמא כאלו אמר לו קני מהשתא ולכי הוה צורבא מרבנן הוא.

ושם הקשה הר"ן בהאי עובדא הנ"ל, דמה בכך דאסרינהו לנכסיו עליו, הא כתבינן לעיל דמאן דאסר נכסיו אבריה, אף על גב דאינו רשאי ליהנות מהן, אפילו הכי גוף הנכסים דידיה נינהו כו'. ותירץ שם, דמיירי דהוה ליה תרין בנין, חד דמעלי וחד דהוה שמיט כיפי דכיתנא, ואמר להון לקני הדין פלגא ואידך פלגא לכי הוה בר ברי צורבא מרבנן, ואי לא הוי צורבא מדרבנן ליקני הדין דמעלי לכולהו נכסי, יעוי"ש. וא"כ קשה, דהא כאן התנה על שני דברים, או שיקנה הדין דמעלי לאידך פלגא, או בר בריה, וא"כ לא שייך כאן תירוצו של הרמב"ן, וא"כ לפי מאי דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה, קשה, למה פסק הרמב"ם דקנה בר בריה, וכאן צריכים לברירה, דהקנין חל מעכשיו, דאח"כ הדרא סודרא למאריה. וגם לדעת הסוברים דתולה בדעת אחרים יש ברירה אין שייך כאן, דמה שיהיה צורבא מרבנן אינו תלוי ברצונו ולא בבחירתו, וא"כ צ"ל הוברר הדבר שגם בעת המתנה היה ראוי להיות צורבא מרבנן.

ודוחק לתרץ דמיירי שאמר שיהיו לבר בריה אחר מות בנו, וא"כ אין כאן מתנה על שני דברים, דהא בלא שום דיבורו של הנותן היה בר בריה יורש חצי הנכסים מכח אביו, וא"כ אין כאן אלא תנאי אחד, שאם לא יהיה בר בריה צורבא מרבנן יהיה נקנים כל הנכסים להההוא ברא דמעלי. דסתמא קאמר הש"ס, דמשמע שרצה שלא יהנה בנו מנכסיו ההוא דשמיט כיפי, ואם יהיה לו בר צורבא מרבנן, גם בחייו ינתן חצי הנכסים לבר בריה, אף שאין זה מצד ירושה. ועוד, דמשמע אף שאם יהיה לבריה כמה בנים ואחד מהם יהיה צורבא מרבנן, ינתן ליה למחצית הנכסים, שאל"כ כל בניו של בנו חולקים הם בירושת אביהם בשוה.

ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' נדרים הלכה ז') שכתב וז"ל, אסר בנו בהנייתו ואמר אם יהיה בן בני זה ת"ח, יקנה בני זה נכסי כדי להקנותם לבנו כו', ויהיה הבן אסור בנכסי האב ובן הבן מותר בהן, אם יהיה ת"ח כמו שהתנה, עכ"ל. והראב"ד שם השיג עליו וז"ל, אמר אברהם, ומה צריך לתנאי, והלא בלא תנאי אנו אומרים יתן לבניו כו', והוא כעין קושיית הר"ן הנ"ל. ועיין בכ"מ שם שמיישב דברי הרמב"ם, וכתב דלאו למימרא שאם לא יהיה ת"ח אסור בהם, אלא היינו לומר שאם יהיה ת"ח יזכה בהם הוא ולא יוכל אביו לתתם לאחיו או לבנים אחרים, והרי לפי"ז בן בנו זוכה בהם מכח מתנת אבי אביו ולא מצד אביו, וא"כ הוה ליה מתנה על שני דברים, והוה ממש דומיא דכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה, ולשיטת הש"ש הוה א"ש, דבזה עתיד להתברר עכ"פ או אם יהיה צורבא מרבנן או לא, ורב נחמן עצמו דס"ל דקני ס"ל אין ברירה כדאיתא בפרק משילין.

ו) ובפרק בכל מערבין (דף ל"ז ע"ב) איתא, אלא מעתה היו לפניו שני רמונים, ואמר אם ירדו גשמים היום יהא זה תרומה ע"ז, ואם לא ירדו גשמים היום יהא זה תרומה על זה, ה"נ דבין ירדו ובין לא ירדו כו'. ובתוס' שם הקשו, דהא גם לטעמא דברירה קשה, יעוי"ש מה שתירצו ע"ז. ועוד כתבו שם תירוץ בשם מהר"י, דלטעם ברירה לא קשה מידי, דעכ"פ ממנ"פ חד מינייהו הוא תרומה ומותר עכ"פ לכהן לאוכלו, והוא תמוה לכאורה, דהא שם לעיל מיניה פריך מהא דמעשר שני שבבית מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס למאן דלית ליה ברירה, ולא אמרינן ממנ"פ מחולל המע"ש על סלע שיהיה איזה שיהיה, וכסברת הר"י קורקוס שהבאתי למעלה, ובאמת אינו כן כדמוכח מן הסוגיא הנ"ל. ועוד, דא"כ באומר כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה, דשם ג"כ אחת מהם מגורשת ונכתב לשמה בממנ"פ, ורק דא"י עתה איזו היא, וע"כ צ"ל דבעינן שיהיה הדבר מבורר מתחילה, ובאם לאו אין המעשה כלום וכמ"ש הפוסקים, דאין חל הדבר על הספק. ואף על גב דיש לחלק בין הא דכתוב גט כו', דשם עכ"פ אחת מהם אינה מגורשת בודאי, משא"כ בהא דב' רמונים דבין כך ובין כך מותר הכהן לאוכלו, דהא גם אינו מבורר, ואנו אומרים שמא אכל התרומה הרי היא מותרת לו, כמ"ש זה דוחק.

ולכן נ"ל, דדעת התוס' בשם מהר"י, הוא כפי התירוץ שכתבו תוס' בהא דשמואל אית ליה ברירה גבי מהיום אם מתי, שכתבו לחלק בין עתיד להתברר או לא, דשם ודאי יתברר אם יחיה או לא, משא"כ בהא דשני לוגין שאני עתיד להפריש כו', דשמא לא יבוא לידי בירור כלל, דשמא יבקע הנוד וישפך, משא"כ כאן ודאי יתברר או ירדו גשמים או לא.

ובזה יש לתרץ קושיית התוס' שם שנשארה בתימא, למאן דמפרש טעמא דר' יהודה ור' שמעון ור' יוסי משום ברירה, למה קאמרי לר"מ אי אתה מודה שמא יבקע הנוד כדמפרש בברייתא שם, ולפי מ"ש א"ש, דכאן ה"נ מאי דקאמר שמא יבקע הנוד טעמא משום ברירה הוא, ור"ל דשמא יבקע הנוד ולא יבא הדבר לידי בירור כלל, וא"כ בכה"ג אין ברירה. ולא רצו לפרש בפשיטות דהחשש שמא יבקע ולא מטעם ברירה, משום דלא חיישינן חששא דחוקה כזו, וכמ"ש דלא חיישינן שמא ימות כסוגיא דפ"ק דיומא, ודלא כמ"ש בסוגיא דפ"ב דסוכה דס"ל דכיון דס"ל דחיישינן שמא יבקע הנוד ס"ל ג"כ דחיישינן שמא ימות, דמאן דס"ל דטעמא דר"י ור"ש ור"י משום ברירה, ס"ל דלא חששו לכך אלא לטעם ברירה, דבחששא זו מבטל טעם ברירה, דס"ל דמקרי בכך דבר שאינו עתיד להתברר. ותירוץ ראשון של התוס' שם בהא דב' רמונים לא ס"ל כמהר"י וס"ל

דכל שמתנה על שני דברים אף שעתיד להתברר בודאי לא אמרינן ביה ברירה, וכסברת הרמב"ן הנ"ל.

ועיין בחידושי ריטב"א למסכת ערובין שם בהא דב' רמונים, שפירש ג"כ דמקשה רק למאן דאמר אין שיריה ניכרים וס"ל יש ברירה, ומשמע מדבריו דלמ"ד אין ברירה ה"נ דלא מהני, ואזיל לשיטתיה דס"ל כתירוץ של הרמב"ן, וכמ"ש שם בתחילת הסוגיא וכמש"ל. וא"כ לפי שיטת הרמב"ן נ"ל, באם היה מקנה נכסיו לאחד מב' בני אדם על תנאי ומעכשיו כההיא עובדא דשמיט כיפי, לפי מאי דקיי"ל דדין ברירה ספיקא דדינא הוא ואזלינן בתר המוחזק, א"כ לא קנו שניהם הנכסים ונשארו בחזקת היורשים. אך שיש לומר דבשכ"מ לא אמרינן אין ברירה וכמו שיתבאר בסימן שאח"ז בס"ד, משום דדבריו ככתובים וכמסורים משעת צוואתו, ותקנו חכמים שיועיל מתנתו גם בזה וכמו שיתבאר.

ז) ולפי מה שכתבנו על פי שיטת הרמב"ן, דבתולה תנאו בב' דברים דאין ברירה, היה יוצא לנו דין חדש, באם אמר אחד הריני נותן מתנה למי שיזכה בגורל, ואמר להרבה בני אדם שיטילו אותם בגורל ומי שיזכה בגורל הוא מקנה לו במעכשיו, דלפי"ז לא קנה, כיון דהקנין הוא מעכשיו, דהא לאחר זמן הדרא סודרא למאריה, וצ"ל דמה שאומר למי שיזכה בגורל, אין גמר הקנין אז אלא הקנין הוא עכשיו, ומה שאמר למי שיזכה הוא דרך תנאי, וא"כ אין ברירה, ודומה ממש להא לאיזו שתצא בפתח תחילה, או להא דאמר הריני שוחט את הפסח למי שיעלה מכם ראשון לירושלים, ולא קנה כלל.

וצ"ע בסוגיא דנזיר פרק ב"ש (דף ל"א ע"א), במי שאמר שור שחור שיצא מביתי ראשון הרי הוא הקדש ויצא לבן, ב"ש אומרים הקדש טעות הקדש, ובית הלל אומרים כו', ומשמע שאם לא היה טעות ויצא השחור הראשון, אף שהיו לו כמה שוורים שחורים אעפ"כ הוי הקדש. ואין לומר דב"ה לטעמייהו דאית להו ברירה בהא דהמת בבית ולו פתחים הרבה, דזה אינו, דהא לפי מאי דקיי"ל אין ברירה מפרשינן ליה לטהר את הפתחים מכאן ולהבא כמו שאמר ר' אושעיא, וכדאיתא בפרק משילין.

וצ"ל דמירי שאמר שיחול ההקדש לאחר זמן כשיצא השחור תחילה, אבל אם אמר שיחול ההקדש מיד, למ"ד אין ברירה אין ההקדש כלום. ונ"מ אם הומם קודם שיצא מן הבית, הוי קדם מומו להקדישו, דאין עליהם רק קדושת דמים, ואם אמר שיחול מיד ההקדש, הוה קדם הקדישו למומו, וא"כ צ"ע באמר סתם היאך היה כוונתו, ואפשר לומר דמפרשינן לישניה בגוונא דיועיל הקדישו, דמסתמא לא הוציא דבריו לבטלה, ואף

לרבנן דפליגי על ר"מ באומר ערך כלי עלי כו', מודו כאן, כיון דאין הלשון סותר כוונתו, וצ"ע בזה.

ח) אבל לכאורה יש לתמוה מסוגיא דפ"ק דב"מ (דף ט"ז ע"ב), אמר רב הונא אמר רב, האומר לחבירו שדה שאני לוקח לכשאקחנה קנויה לך מעכשיו קנה. אמר רבא כו', אבל בשדה זו לא, מי יימר דמזבנינן ליה, והאלוקים אמר רב אפילו בשדה זו. מכדי רב כמאן אמר שמעתיה, כר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כו'. והנה רב ס"ל יש ברירה, כמ"ש בפרק בית כור האחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם, וכן ס"ל בפרק משילין, אבל ר"מ מספקא ליה אם יש ברירה או לא, כדאיתא בפרק יש בכור דס"ל האחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות, וא"כ קשה בהא דס"ל האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגיירי לאחר שתתגיירי כו', לדידיה דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מקודשת, והא כיון שאין ברירה א"כ היאך מקודשת, ובשלמא לאחר שתתגיירי הוה תולה בדעת אחרים, אבל לאחר שאתגייר דהוה תולה בדעת עצמו קשה, דהא א"א לומר דכוונתו שיחולו הקדושין אז ובמקדשה בכסף דברשותא דידה קא מתאכלי, דא"כ אין זה מקנה דבר שלא בא לעולם אלא דבר שבא לעולם, ולפי מה שכתב התוס' בפרק בכל מערבין שם, דר"מ ס"ל במברר דבריו יש ברירה א"ש, ודו"ק.

חלק שני

סימן יז

דין ברירה בגיטין לענין כתיבה לשמה

א) בתוס' ריש פ' כל הגט (ד' כ"ד ע"ב) ד"ה לאיזו שארצה כתבו בשם ר"י דמה דתנן דאינו גט משום ברירה גם מ"ד יש ברירה בכל התורה כאן מודה דלא מהני משום דכתי' וכתב לה לשמה דבעינן שיהי' מבורר לשמה בשעת כתיבה, והנה הגאון יש"ש בדיני ברירה הרבה לתמוה עליו ודחה דברי ר"י בשתי ידים, ובאמת חובה עלינו לדרוש בזכות ר"י בעל התוס' בכל יכלתנו, ולענ"ד ליישב כל תמיהותיו ובתחלה צריך לבאר מה הכריחם לזה. ונלענ"ד דהוקשה להם דהא רב אית לי' ברירה בכל התורה כדאי' בפ' משילין גבי שנים שלקחו חביות ובהמה בשותפות ואפי' בדאורייתא אית לי' ברירה כדמוכח בפ' בית כור גבי אחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של א' מהם, ואין לומר משום דמספקא לי' בדין ברירה ומחלק בין דאורייתא לדרבנן וכאן המע"ה ולכך אינו יכול להוציא מן האחין, דהא רב אסי דמספקא לי' ס"ל נוטל רביע בקרקע ורביע במעות מכלל דלרב פשיטא לי' (דאין) [דיש] ברירה אף שיש לדחוק בזה מ"מ לא מסתבר לי' לר"י לומר

דרב מספקא לי', והא דאי' בפ' בכל מערבין דאמר רב ליתא למתני' מקמי איו כו' צ"ל דאליבא דר' יהודה דמתני' קאמר הכי דא"א לומר דר"י ס"ל יש ברירה אבל רב לא ס"ל הכי וא"כ קשה מה דקאמר רב כאן בפ' כל הגט כולם פוסלים בכהונה כו' מוכח דס"ל דהגט אין בו ממש גם בהא דלאיזו שארצה אגרש ורק דס"ל דפוסל בכהונה משום ריח הגט ולחומרא אבל מדינא הגט פסול משום דאין ברירה, וא"כ ע"כ צריך לחלק אליבא דרב בין כתיבת גט לשמה ובין שארי ענינים והיינו משום דכתיב וכתב לה דמשמע דבעינן שבשעת כתיבה יכוין הסופר לשמה ממש וא"כ מה מועיל מה דאמרינן הוברר הדבר שהגט נכתב בשבילה אמת שדבר זה הוברר שהגט נכתב בשבילה אבל אין זה כוונה בפי' לשמה בשעת כתיבה, ולא גרע זה מסתמא דאע"ג דאח"כ רוצה הבעל לגרשה בגט זה אינו מועיל אפי' למ"ד יש ברירה לומר הוברר הדבר שבשבילה הי' דכיון דאשה לאו לגירושין עומדת אינו מועיל סתמא כמ"ש בריש מס' זבחים, והרי באחין שחלקו למ"ד יש ברירה אמרינן הוברר דקודם חלוקה זה הי' חלקו דזה ודאי גרע מסתמא ובאשה כה"ג אינו מועיל לכ"ע, וע"כ צ"ל דהתורה גילתה שהסופר יכתוב בפי' לשם אשה זו ויתכוין דוקא לה ולא שיהא פוסח על שתי הסעיפים ולא ידע בשעת מעשה, ובאמת יפה הוכיחו כן מהתוס' במ"ש וצריכא דאי אתמר כו' משום דכתיב וכתב לה לשמה ולא קאמר משום דאין ברירה משא"כ באחין שחלקו דמכר אמר רחמנא וכמו שפי' הישׁ"ש באמת אלא ודאי כמ"ש התוס', ומה שדחה הישׁ"ש ראי' זו דמ"ש משום דכתיב לה לשמה היינו משום דאין ברירה ואין זה מבורר לשמה משא"כ למ"ד יש ברירה הרי זה מבורר לשמה ודומיא דהכי קאמר הש"ס בפ' מעשר בהמה (ד' נ"ז ע"א) אי אתמר במעשר הוה אמינא משום דבעינן צאנך הברור לך אבל באחין שחלקו כו' ולא קאמר משום דא"ב כו' אבל באחין הוה אמינא מכר אמר רחמנא כו', ראי' זו איני מכיר דשם גבי מעשר ודאי דרק למ"ד אין ברירה אמרינן דפטור דשמא הוה לקוח דשם אין שייך שיהי' ידוע בתחלה לשמה, וא"כ אם הטעם משום דאין ברירה גם באחין שחלקו לענין יובל נדע דצריכין להחזיר מספק מצות יובל כיון שאין להם הפסד וכמ"ש למעלה, להכי הוצרך לומר דאף דגם למ"ד אין ברירה מ"מ מידי ספק לא נפקא דא"א לומר שודאי החליפו חלקיהם כמו בכ"מ דאמרינן אין ברירה וא"כ מה טעם פטורים ממעשר בהמה והא ספיקא דאורייתא לחומרא, ולכך הוצרך לפרש משום דכתיב צאנך בברור לך כו' ר"ל דספק מעשר בהמה לקולא כמ"ש בכ"מ בש"ס עשירי ודאי כו' וכעין הא דאמרו ממזר ודאי הוא דלא יבא כו', אבל באחין שחלקו אין סברא לחייב משום ספק מצוה דהוי אמינא ודאי מכר אמר רחמנא משא"כ ירושה ומתנה לא ר"ל אף דירושה הוה ספק פטרי' רחמנא מלמיהדר

ביובל משום דאין זה מכר ודאי רק ספק וכהא דמעשר בהמה כו', ובזה מתורץ ג"כ קושיית מהרש"ל על ר"י דהקשה עליו דלפי שיטתו לא הוצרך להש"ס לומר אבל באחין כו' מכר אמר רחמנא ירושה ומתנה לא והי' לו לומר בקיצור דהוה אמינא דוקא בגט ס"ל דלא מהני אף דיש ברירה משום דכתיב וכתב לה כמ"ש ר"י אבל ביובל א"צ להחזיר כיון דיש ברירה ע"ש שהאריך בפי', דלפי מ"ש י"ל דהש"ס נקט הך לישנא דנקט בפ' מעשר בהמה דשם הוצרך לומר כן דאתיא למ"ד אין ברירה וכמ"ש ודו"ק.

ב) ומה שהקשה שם למה הוצרך להזכיר מתנה דלא כהלכתא דהא הלכה כחכמים דמתנה כמכר אלא ע"כ דפי' הש"ס הוא דכוונתו הוא דאף דאין ברירה הוה אמינא דגזירת הכ' הוא דדוקא במכר שלוקח דמים חוזר משא"כ במתנה וירושה דאינו נוטל דמים אף דהוי כמכר משום דאין ברירה והוצרך לומר דאי לא אשמעינן בי' ר"י הוה אמינא דס"ל כר"מ בזה במתנה וכן בירושה אף דא"ב יעו"ש שהאריך, ודבריו דחוקים ורחוקים דהיאך ס"ד לומר דר' יוחנן יסבור בזה כר"מ ולא כחכמים דבכ"מ אין הלכה כיחיד נגד רבים, ועוד דהא שם סוף יש בכור (ד' נ"ב ע"ב) על מתני' דאלו שאינם חוזרין ביובל כו', קאמר ג"כ הך לישנא מ"ט מכר אמר רחמנא ירושה ומתנה לא כו' אף דת"ק שהוא דברי [ר"מ] (חכמים) ס"ל דירושה חוזרת ביובל כדסבירא לי' לר"י באמת וע"כ צ"ל דאינם חוזרין לבטלה כמ"ש בש"ס שם, ולכן נלע"ד דהש"ס נקט ירושה ומתנה לא לכל חד כפי מאי דס"ל לחכמים בירושה ולר"מ אף במתנה ועיקר כוונת הש"ס כאן דהוי אמינא דירושה לא אף דהוי ספק מכר מטעם א"ב אין הולכין בספיקו לחומרא ככל איסור תורה משום דהקפיד הכתוב להזכיר כמה פעמים במקרא וכי ימכור כו' ויצא ממכר בית כו' ומקרא יתירא ילפינן דדוקא ודאי מכר חוזר ולא ספק מכר כעין הא דילפינן דספק ממזר מותר לבא בקהל מדכתיב קהלי יתירא אמרינן ממזר ודאי כו' וכמ"ש במ"א לכן קמ"ל דלא אמרי' הכי אלא צריך להחזיר מספק ככל איסור תורה דהאי ויצא ממכר בית לאו יתירא הוא ולדרשא אחרינא אתי כמ"ש במס' ערכין וכיון דנקט הש"ס האי לישנא מכר אמר רחמנא ירושה ומתנה לא שם בסוף פ' יש בכור לומר דאינו חוזר לבטלה וכן שם בפ' מעשר בהמה נקט האי לישנא כאן בגיטין וכמ"ש.

ג) עוד הקשה שם דלשיטת ר"י מאי קאמר הש"ס שם ואזדא ר"י לטעמי' דאמר אחין שחלקו כו' והיינו מה דקאמר דאף אחרון אינו פוסל משום דס"ל אין ברירה והלא אינך אמוראי רב ושמואל ור"א דס"ל דאחרון פוסל בכהונה מוכרחים להודות דבגט אין ברירה מטעם דבעינן שיהי' מבורר לשמה ואעפ"כ ס"ל דפוסל לכהונה וא"כ אין זה לטעמי' יעו"ש, ולא הבנתי דהא גם לפי' קשה מאי ואזדא לטעמי' דקאמר הא גם אינך אמוראי

ע"כ ס"ל אין ברירה בכל התורה, וס"ל מסתמא ג"כ כר"י דמחזירין ביובל ואעפ"כ ס"ל דפוסל לכהונה משום ריח הגט, אם לא שנאמר לשיטתו דאינך אמוראי ס"ל דאין ברירה מטעם ספק ולכן פוסל לכהונה מטעם ספק מגורשת וא"כ ס"ל דאין מחזירין ביובל משום דהמע"ה, אבל ר"י ס"ל דאין ברירה כלל מטעם ודאי מדס"ל דאפי' לכהונה אינו פוסל ולכך ס"ל דמחזירין ביובל, אבל זה אינו דהא אפי' נאמר דאין ברירה מטעם ודאי מ"מ גבי אחין שחלקו א"א לומר כן, דהיאך אפשר לומר דודאי החליפו חלקיהם ועוד דהא הישׁ שם דעתו דאפי' למאי דמחלקינן בברירה בין דאורייתא לדרבנן אין הטעם משום ספ' דבדאורייתא ודאי אין ברירה וכמש"ל, ולכן נלע"ד בהיפוך דאדרבא לשיטת ר"י א"ש טפי הך ואזדא לטעמי' והוא לפי מ"ש דרב דס"ל כולם פוסלין כו' חוץ מן הראשון ס"ל בכל התורה יש ברירה וכן י"ל דאינך אמוראי ס"ל הכי בכל התורה יש ברירה ורק בגט החמירה תורה שיהא מבורר לשמה בשעת כתיבה, וכיון דבכל התורה אמרינן הוברר הדבר מעיקרא א"כ גם בכאן הוברר דלשמה נכתב ורק דגזירת הכ' שאינו מועיל ולכן יש בו עכ"פ ריח הגט כיון דנתברר דנכתב גט לשמה, וא"כ לסברתם ודאי באחין שחלקו אין מחזירין ביובל כיון דס"ל יש ברירה בכל התורה. אבל ר"י דס"ל דאף אחרון אינו פוסל לכהונה א"כ מוכרח שיסבור דבכל התורה אין ברירה ולכך אין ניכר שהגט הוברר לשמה ואין כאן ריח הגט ולא גזירת חכמים מאחר שידוע לכל דלא אמרינן הוברר כו', ושפיר קאמר דאזיל לטעמי' דס"ל האחין שחלקו כו' מחזירין כו' דהטעם ג"כ משום דאין ברירה בכל התורה, ופי' זה כפתור ופרח לענ"ד לפי שיטת ר"י שכתבנו הרי נתבאר לנו דאדרבא מכאן יש ראי' לשיטת ר"י.

ד) ומה שהקשה עוד שם מהא דפשיט רב יהודה לרב אושעיא בבעיא דאיזו שתצא בפתח תחלה ממתני' ומקשה לי' רב הושעיא מהא דתניא הריני שוחט את הפסח כו' דהא לפי שיטת ר"י אף למאן דאית לי' ברירה גיטין שאני יעו"ש, לענ"ד לאו קושיא היא, והוא דע"כ רב אושעיא לא ס"ל פסולה דמתני' מטעם שכתב ר"י דבעינן שיהא מבורר בשעת כתיבה דאל"כ מה בעיא באיזו שתצא בפתח תחלה, דהא ודאי דמתני' הי' ידועה לרב אושעיא כמ"ש התוס' בכ"מ דליכא למימר דלא ידע האמורא המשנה ואם נאמר הטעם שיהא מבורר בשעת כתיבה ודאי דגם לאיזו שתצא בפתח תחלה לא מהני דהא לא הי' מבורר לסופר לכתוב לשמה בשעת כתיבה, וע"כ הי' ס"ל הטעם משום דס"ל למתני' אין ברירה בכל התורה כולה ובעי מינ' דרב יהודה בתולה בדעת אחרים אם יש ברירה או לא והשיב לו שאין הפרש בברירה בין תולה בדעת אחרים או לא, ולכן הקשה לו שפיר מהא דהריני שוחט כו' דע"כ צ"ל דיש הפרש, והא דבעיא מינ' כיון שהי' יודע

הברייתא צ"ל דבעייתו הי' אי הלכה כאותה ברייתא כיון דמשמע משאר מקומות דאין חילוק כהא דעירובין במתנה על עירובו אם יבא חכם למזרח כו' ועוד כ"מ, וכיון דרב יהודה פשיט לי' ממתני' דידן דתולה בדעת עצמו לזה אמר לו דממתני' ליכא למפשט דיש לחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים והראי' דכן איתא בברייתא בהריני שוחט וכל הסוגיא שם הולך לפ"ז בדין ברירה כסברת רב אושעיא דלא ס"ל מטעם שכתב ר"י דבעינן שיהא מבורר לשמה, ורב אושעיא הי' יודע שרב יהודה שפשט לו ממתני' אמר לו מטעם דאין ברירה ולא מטעם שכתב ר"י, אבל באמת לדינא שפיר י"ל דמאן דס"ל יש ברירה בכל התורה מסתמא לא פליג אסתם מתני' דפ' כל הגט וצ"ל אליבי' דבכה"ג מודה מטעמא שכ' ר"י ורק רב יהודה ורב אושעיא דס"ל אין ברירה בכל התורה הי' מפרשים המשנה ג"כ מטעם דאין ברירה וזה פשוט לענ"ד, ועפ"י שיטת ר"י שכתבו התוס' יש לפרש בזה ג"כ כוונת התוס' בריש פ"ק דזבחים (ד' ג' ע"א) ד"ה הכותב שהקשו אמאי לא תני יתר על כן בהא דהכותב טופסי גיטין כו' דמכולהו בבי דמתני' קמייתא אין יכול להוכיח דסתמא פסול ותירצו שם דמהך משנה דאמר ללבלר כו' ש"מ תרתי דסתמא פסול וגם דאין ברירה, ודבריהם חסירי הבנה לכאורה דהא הך דסתמא פסול ליכא למידק מינה דהא כיון דאין ברירה י"ל אולי נכתב לשם לאה ולא הדרא מינתקא לשם רחל, אמנם לשיטת ר"י א"ש דכוונתם דא"א לומר דמשום טעם ברירה לחוד פסול דא"כ למ"ד יש ברירה לא א"ש והרי יש כמה סתמי דיש ברירה כהא דהלוקח יין ומתנה אדם על עירובו, ולכן צ"ל דעיקר הטעם משום דלא הוברר מתחלה לשם מי נכתב בעת הכתיבה אבל אין אומרים שמא נכתב לשם השני' ולא הדרא מינתקא לשמה דכיון דיש ברירה הרי לא אנתקא לשם אחרת כלל, אלא עיקר הטעם דכיון דלא הי' מבורר לסופר בעת הכתיבה הוי כסתמא דפסול ונמצא דהך דאמר לסופר כו' יותר רבותא, דממתני' דהכותב טופסי גיטין הוה אמינא דבאמר לאיזה שארצה אגרש לא מקרי סתמא כיון דיש ברירה והוי כמבורר לשמה לזה קמ"ל דגם זה נקרא סתמא כיון שלא הי' מבורר מתחלה להסופר וזהו כוונתם מ"ש ואין ברירה ר"ל שלא הי' מבורר לסופר וגם נשמע הא דסתמא פסול וכמ"ש ודו"ק, ועי' בס' פתח הבית שנדחק בזה ולפי מ"ש א"ש.

ה) ולפי שיטת ר"י בתוס' הנ"ל הי' נראה בהא דכתוב גט לאיזה שארצה אגרש או לאיזה שתצא בפתח תחלה אינה מגורשת לגמרי ואפי' ספק גט אין כאן רק לכהונה הוא פוסל משום ריח הגט, אבל לדינא הרמב"ם (פ"ג מה' גירושין הלכה ד') כתב בזה דהוי ספק מגורשת וא"כ לא ס"ל כשיטת ר"י בזה אלא ס"ל דמטעם ברירה הוא דקיי"ל דספק הוא משום דקיי"ל לחלק בין דאורייתא לדרבנן וכמ"ש הכ"מ שם דלא כמ"ש שם

המ"מ יעו"ש, ועיין בהגהות מיימוני אות ב' שם שכ' דלכך שינה הרמב"ם לשונו בדין זה וכתב דהויא ספק מגורשת משום שר"ל שפוסל לכהונה ופסק כזעירי ורב אסי יעו"ש, ואין דבריו מדוקדקים לענ"ד דא"כ למה כתב דהוי ספק מגורשת ולא כתב בפי' דאינו גט רק שפוסל לכהונה כמ"ש בפ"י מה' גירושין הלכה א' במגרש אשתו ואמר לה הרי את מגורשת ממני ואי את מותרת לכל אדם דאינו גט רק שפוסל לכהונה וכללא כייל שם רבינו דכ"מ שמזכיר אינו גט הרי זה גט בטל מן התורה כו' אלא ודאי כמ"ש דכאן ספק גמור הוא ונ"מ דאם קבלה קדושין מאחר צריכה גט גם משני, ובהיות כן מ"ש שם בהגה"מ בשם ראבי"ה בהא דלאיזה שארצה אגרש דרפיא בידו כיון דזעירי תלמיד ר"י והלכה כר"י נגד רב ושמואל יעו"ש, ולענ"ד אינו נראה כן דכאן ודאי דלא קיי"ל כר"י דלטעמי' אזיל דס"ל אין ברירה מטעם ודאי דהא ס"ל דגם בדרבנן אין ברירה כדמוכח בעירובין משא"כ לדידן דקיי"ל דספיקא דדינא הוא אם יש ברירה, ולפ"ז מ"ש הרא"ש בפסקיו פ"ג דגיטין סי' א' דהלכה דכולהו אין פוסלין חוץ מן האחרון והוא שיטת הרי"ף (וכן דעת הרמב"ם כמ"ש) וכתב הטעם דאין הלכה כר' יוחנן משום דהוי יחיד נגד רבים כו' יעו"ש, ולפי מ"ש לא הי' צריך לטעם זה לדידן דקיי"ל דאין ברירה רק מספיקא דדינא ור' יוחנן לשיטתו אזיל כמ"ש ולדידן הוי ספק מגורשת כמ"ש הרמב"ם.

ו) ודברי הש"ס צריכין ביאור מ"ש שם איתיבי' האומר הריני שוחט את הפסח כו' היאך ס"ד דר' אושעיא דלא מנה האב שאר האחין על הפסח א"כ היאך מזכה את אחיו עמו וכי לא הי' יודע רב הושעיא המשנה דאין נמנין על הפסח רק עד שישחוט ואם הי' סובר כסוגיא דנדרים דשה לבית אבות לאו דאורייתא א"כ היאך מוכיח מכאן דמהני בתולה בדעת אחרים לומר דיש ברירה, וסבור הייתי לומר דרב הושעיא הי' מפרש המשנה דמיירי שכל א' מן האחים אמר אם ישחוט אבי עלי את הפסח הרי אני מזכה ג"כ לכל אחיי לכל א' חלקו ואח"כ אמר אביו הריני שוחט את הפסח כו' וזה שאמר שכיון שזכה א' מהם מזכה לכל אחיו עמו ושפיר דייק מינה דיש ברירה דאל"כ אין א' מהם זוכה בפסח וא"כ כולם אסורים בו, אבל לפ"ז קשה היאך יכול לזכות לאחרים בפסח דשלבל"ע והוה כאומר שדה זו לכשאקחנה קנוי' לך מעכשיו דלרבנן דפליגי על ר"מ לא קנה, ואם נאמר שאחר שאמר אביו הריני שוחט כו' אז אמר אם אזכה בפסח אזי אני מזכה לכל אחיי ושפיר מקרי דבר שבידו כיון דאמרינן ברירה ואמרינן הוברר הדבר למפרע הרי זכה בו משעת אמירת האב, אכתי קשה דהא בכה"ג מקרי תולה בדעת עצמו שהרי אביו אמר על מי שיעלה מכם ראשון כו' והרי זה דומה כאלו אמר כל אחד אם אני אעלה ראשון לירושלים אז אני מזכה לכל אחיי וכה"ג בתולה בדעת עצמו גם רב הושעיא מודה דאין

ברירה, ואפשר לומר דזה מקרי תולה בדעת אחרים דדוקא בדבר שבידו לגמרי מקרי תולה בדעת עצמו וכמ"ש רש"י שהטעם משום שהוא פוסח על שתי הסעיפים כו' משא"כ כאן דאין בידו לגמרי לעלות ראשון לירושלים דשמא יקדמנו אחיו תחלה ולכן אמרינן בי' ברירה, ומה שדחה הש"ס כדי לזרזן כו' דיקא נמי דקתני ומזכה כו' והא תנן אין נמנין כו' היה נראה לו דוחק לפרש דכל א' אמר כן שהוא מזכה כו' דמשמעות המשנה שאמר כיון שזכה א' מהם מזכה כו' משמע שאחר שזכה אז מזכה לכל אחיו אבל לא קודם, ונמצא יוצא לנו דין חדש לפי מ"ש למעלה לשיטת הרמב"ם דתולה בדעת אחרים יש ברירה א"כ אם אמר הריני נותן כלי זה במתנה למי שיצא בפתח תחלה וכדומה ואח"כ מכר א' מהם מתנתו לאחרים דמכירתו מכירה דכיון דכה"ג יש ברירה א"כ הוברר הדבר שזכה בו מתחלה בעת שנתן לו הנותן ונמצא שכשמכר היו כבר ברשותו ודידי' מכר, אמנם לפי דמשמע מהפוסקים דלכך אין יכול להקנות דשלבל"ע משום דלא סמכא דעתי' דקונה דשמא לא יבוא לידו והראי' דאפי' ר"מ דס"ל דיכול למכור דשלבל"ע היינו דוקא בפירות דקל דעבידי דאתו, וא"כ אף דאמרינן ברירה והוברר הדבר מעיקרא שקנה למפרע מ"מ לא סמכא דעת הקונה דאולי לא יצא תחלה בפתח, ולפי מ"ש דבס"ד דש"ס מיירי שכל א' מהם אמר אם אזכה אני בפסח אני מזכה לכל אחיי א"כ ע"כ מיירי שכולם היו גדולים דודאי קטן אף שזוכה לעצמו אינו זוכה לאחרים, וא"כ א"ש מה שהקשו התוס' בסוגי' דגיטין דמשני דאמנינהו לכולהו ודלא כסוגיא דפ' אין בין המודר דמשני דס"ל שה לבית אבות לאו דאורייתא דשם אוקמי' בקטנים משא"כ כאן דרב אושעיא ס"ל דבגדולים מיירי וע"ז דחי לי' דאפי' לסברתו דמוקי בגדולים ג"כ אין ראי' דיש ברירה בתולה בדעת אחרים, ועי' בס' פתח הבית בדיני ברירה ענף א' שהקשה לפי מאי דס"ל לש"ס כאן דשה לבית אבות דאורייתא או דמיירי בגדולים א"כ קשה הא אין אדם יכול להפריש פסח על חבירו שלא מדעתו כדאי' בנדרים (ד' ל"ו ע"א), ולענ"ד דל"ק מידי דסוגיא דהכא ס"ל דזה נקרא מדעתו כיון שכל אחד ידע שאם יעלה הוא ראשון אז נשחט הפסח עבורו וכל א' חושב שיהי' הוא הזריז יותר מאחיו וא"כ שפיר מקרי מדעתו, והא דאמר ר' אלעזר שם דאין מפריש פסח על חבירו שלא מדעתו היינו שלא בידיעתו לגמרי דהא באמת קיי"ל זכין לאדם שלא בפניו והא דא"י להפריש של"מ היינו שמא אינו רוצה בפסח של חבורה זו אלא באחרת או שמא אינו רוצה בטלה רק בגדי או להיפוך, משא"כ כאן הרי גילה בדעתו שאם יעלה ראשון אזי מרוצה הוא לצאת בפסח של אביו א"כ שפיר זכין לו שלא בפניו, וזה עדיף מהא דמלך ומלכה דקאמר שם בפ' האשה (ד' פ"ז ע"ב) דיאכלו מן הראשון משום דאין מקפידין אם בטלה או בגדי כפרש"י שם, וי"ל ג"כ דלכך

פי' הרמב"ם ז"ל (בפ"ג מה' ק"פ הלכה א') הא דקאמר בש"ס שם במלך ומלכה דהיינו משום שלום מלכות הקילו ולא פי' כפי' רש"י ז"ל משום דאין מקפידין משום דמוכח מסוגיא דנדרים דלא ס"ל דזה יהי' נקרא מדעתו ובעינן מדעתו ממש מדמשני שם בהא דהריני שוחט את הפסח כו' משום דשה לבית אבות לאו דאורייתא משום דלא תקשה על ר"א דס"ל דאין אדם מפריש פסח על חבירו שלא מדעתו הרי דזה נקרא שלא מדעתו אעפ"י שאינו מקפיד ורוצה הוא בקרבן פסח שהפריש אביו.

ז) וצ"ע לכאורה לפי מאי דמשני כאן דאמנינהו לכולהו מעיקרא ומ"ש על מי שיעלה מכם ראשון כו' הי' רק לזרזן במצוות וא"א לפרש דהודיעם שכן כוונתו א"כ קשה מאי קמ"ל פשיטא דיוצאים כולם באותו פסח, וע"כ צ"ל דלא הודיעם מה שבלבו וכפי' רש"י שם א"כ ע"כ סוגיא דגיטין פליג על סוגיא דנדרים וס"ל דיכול להפריש פסח על אחד שלא מדעתו א"כ קשה על הרמב"ם למה השמיט בחיבורו ולא הביא שם הך דינא דהריני שוחט את הפסח כו', ועיין בס' פתח הבית שם שעמד בזה, ולפי מ"ש א"ש דהרמב"ם ס"ל להלכה כסוגיא דמס' נדרים דא"י להפריש פסח שלא מדעתו דגם זה מקרי שלא מדעתו אעפ"י שאינו מקפיד וכמ"ש וא"כ ע"כ צ"ל שהודיעם מתחלה שכן דעתו וא"כ פשיטא דיוצאים בפסח זה ולכך השמיטו הרמב"ם ולא הביא כלל הך דינא, [ועיין בחדושי הר"ן למס' גיטין שהוא מפרש דכאן מירי שהודיעם ואמר להם שמי שיעלה ראשון הוא יהי' עיקר בזכי' הפסח וכל אחיו יזכו מכחו ויהיו הם טפלים לו ר"ל שיזכו מכחו ולא מכח האב וקמ"ל דבזכי' קלישתא כי האי אמרינן יש ברירה יעו"ש, ונוכל לומר שהר"ן אזיל לשיטתו בפי' לנדרים בריש פ' השותפין דכל ברירה שרובו מתברר מתחלה ורק מיעוטו מתברר לבסוף אמרינן יש ברירה לכ"ע יעו"ש, וא"כ ה"ה הכא כיון שבאמת לכולם זיכה בפסח זה א"כ הרי הוא כאלו נתברר רובו מתחלה ורק שלבסוף מתברר מי הוא העיקר ומי הוא הטפל שיזכה מכחו והרי זה כמיעוט שאין מעכב על הרוב שהוא מתברר מתחלה וכמ"ש הר"ן שם], וי"ל ג"כ דלכך פסק הרמב"ם כסוגיא דנדרים ולא כסוגיא דגיטין משום דגם במס' פסחים (ד' פ"ט ע"א) מסיק כסוגיא דנדרים דפריך שם על מה דתנן יתום ששחטו עליו אפוטרופסי' יאכל במקום שהוא רוצה ש"מ יש ברירה ומשני ר' זירא שה לבית מ"מ, והיינו משום דשה לבית אבות לאו דאורייתא וכמ"ש התוס' שם ולכן דחינן לסוגיא דגיטין מקמי תרי סוגיות היינו דנדרים ודפסחים וכמ"ש.

ח) ויש לי מקום עיון בדברי הרמב"ם (פ"ב מה' ק"פ הלכה י"א) שכתב שם וכן יתום ששחטו עליו אפוטרופסים יאכל במקום שהוא רוצה בד"א ביתום קטן אבל גדול נעשה כממנה עצמו על שני פסחים והממנה עצמו על שני פסחים אינו אוכל אלא מן הנשחט

ראשון עכ"ל, וע"כ הא דכתב דבגדול אינו אוכל כו' הוא ע"פ מה שהקשה בש"ס דידן שם ש"מ יש ברירה ומשני ר' זירא משום דשה לבית אבות ל"ד וא"כ בגדול לא שייך זה, וכיון דאין ברירה קשה דלא הי' לו לאכול לא מן הראשון ולא מן השני כהא דאי' שם (ד' פ"ח ע"ב) מעשה במלך ומלכה כו' ואמר מלך ומלכה דדעתם קלה עליהם יאכלו מן הראשון אנו לא נאכל לא מן הראשון ולא מן השני והיינו מטעם דאין ברירה ורק במלך ומלכה הדין כן שיאכלו מן הראשון וכמ"ש הרמב"ם בפ"ג משום שלום מלכות וא"כ למה פסק בפ"ב דיתום גדול יאכל מן הראשון, ודברי הרמב"ם שם מקורם מן הירושלמי דפ' האשה דאי' שם על הך מתני' דיתום כו' וז"ל מתני' ביתום קטן אבל בגדול נעשה כממנה עצמו על שני פסחים כא' דתניא ר' חייא הנמנה על ב' פסחים כא' אוכל מן הראשון אר"י מתני' אמרה כן שחט גדי וטלה יאכל מן הראשון כו', והוא תמוה דהא בש"ס [דילן מוקי] לה למתני' במלך ומלכה משום דאין מקפידין או משום שלום מלכות הא בלאו"ה לא יאכל לא מן הראשון כו' משום דאין ברירה וא"כ מה ראי' מייתי מכאן להא דיתום, וע"כ צ"ל דהירושלמי ס"ל דלאו דוקא במלך ומלכה הדין כן אלא לכ"ע דינא הכי, וראיתי במפרש שם שפי' הא דנמנה על ב' פסחים דיאכל מן הראשון משום דאין אדם מקפיד על סעודתו כו' וזה דלא כמ"ש בש"ס דילן וע"כ ס"ל להירושלמי בזה דלא כש"ס דילן אלא ס"ל דכל אדם אינו מקפיד, וא"כ קשה על הרמב"ם כיון שפסק כש"ס דילן דדוקא מלך ומלכה הדין כן משום שלום מלכות ולא באדם אחר וא"כ איך כתב כאן ביתום גדול שיאכל מן הראשון, וראי' לזה דשם בירושלמי על מתני' דהאומר לעבדו צא ושחוט עלי כו' שחט גדי וטלה יאכל מן הראשון מביא שם ג"כ הא דתני ר' חייא הנ"ל דיאכל מן הראשון ואמר שם ר' יוסי מתני' אמרה כן שחט גדי וטלה יאכל מן הראשון הרי שאינו מפרש במלך ומלכה כמו בש"ס דילן אלא בכל אדם הדין כן דיאכל מן הראשון, וצריך לדחוק וליישב דעת הרמב"ם דס"ל דיתום שאני דכיון דרשות האפוטרופסים הם עליו והוא אוכל תמיד משלהם לפעמים אצל זה ולפעמים אצל זה א"כ א"א לומר שהוא מקפיד על אכילתו או מטלה או מגדי או דוקא לאכול אצל זה ולא אצל זה כיון שהוא סומך על שולחן שניהם ובכה"ג לא שייך דין ברירה כלל וזה למד מן הירושלמי דס"ל ג"כ הטעם משום דלא קפיד, ורק בש"ס דילן פליג בגדול הסמוך על שולחן עצמו דהוא קפיד באכילתו ולכן מוקי לה במלך ומלכה דוקא, וס"ל דלא כפי' רש"י משום דאין מקפידים על סעודתם דאין סברא לומר דמלך ומלכה לא יקפידו יותר משאר הדיוטות ולכן ס"ל דשם הטעם משום שלום מלכות, ולדינא ביתום מודה הש"ס דילן להא דירושלמי הנ"ל ודברי הרמב"ם עולין כהוגן כנ"ל ודו"ק.

סימן יח

אי שייך ברירה בשכ"מ, וכן אי שייך ברירה בדבר העומד להתברר מתוך אומדנא.

א) הנה נלע"ד דבר חדש לולי דמסתפינא, והוא דבדבר העומד להתברר ממילא מתוך הענין וע"פ אומדנא לכ"ע אמרינן בי' ברירה ומנא אמינא לה מהא דאיתא בסוף פ' חזקת הבתים (ד' נ"ח ע"א) ההוא גברא דשמעה לדביתהו דקא אמרה לברתה אמאי לא צניעת באיסורא הך אתתא עשרה בני אית לה ולית לה מאבוך אלא חד כי שכיב אמר כולהו נכסי לחד ברא לא הוו ידעי להי מנייהו אתו לקמי' דר' בנאה אמר להו זילו חבוטו לקברא דאבוכון כו' אזלי כולהו ההוא דברי' לא אזיל אמר להו ר' בנאה כולהו נכסי דהיאך כו', והנה לכאורה נראה דר' בנאה דן כן מצד צוואת המת דלולא כן דאמר נכסי לחד ברא אעפ"י דע"י אומדנא זו ניכר שהוא בנו והאחרים אינם בניו מ"מ אלו לא היה אומר כן בצוואתו אין נראה להפקיע ע"י האי אומדנא משאר הבנים שהם מוחזקים כבני המת, דודאי ממה שכולם הלכו לחבוט והוא לא הלך אין זה אומדנא כ"כ דמוכח דהוא הי' בנו והשאר לאו בניו דאולי כולם עזי פנים והוא איש צנוע, וגם לא חשיב אומדנא ממה שאמם היתה אומרת שאינם בניו זה ודאי דלאו כלום הוא דהא קיי"ל דאין האשה נאמנת על בנה לומר שהוא ממזר כמבואר בש"ס ופוסקים עיין בא"ע סי' ה', ולכן היה נלע"ד דכאן מצד הצוואה דן כן דהאב כשצווה בשעת מותו שלאותו שיבררו ב"ד ע"פ אומדן דעתן אליו יתנו כל הנכסים ואף שבאמת לא יהיה אומדנא ודאית ולא עדים ברורים אעפ"כ יתנהו לו, וא"כ ע"כ צריכין אנו לומר בזה יש ברירה שאותו הבן שיבררו ב"ד ע"פ אומדן דעתם הוא קנה הנכסים למפרע מעת הצוואה והרי זה דומה למ"ש כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחלה, וא"א לומר דהוא כוון להקנותו בעת שיבורר ע"פ ב"ד דזה אינו דהא צוואת שכ"מ קונה עם גמר מיתה, וא"א לומר שבאמת הקנה לבניו כולם ולכשיבררו ב"ד ע"פ אומדן [דעתם] אז יקנה הוא כל הנכסים דזה אינו דהא קיי"ל באומר נכסי לך ואחריך לפלוני דאם הי' ראשון ראוי ליורשו ירושה אין לה הפסק ואין לאחריך כלום אלא ע"כ צ"ל דכיון דעיקר כוונתו הי' להקנות לאותו בן שיאמדו ב"ד דעתם נתן לו בסתמא באופן המועיל ומסתמא הקנה לו במעכשיו ולכשיבררו ב"ד וכל שאמר כן צריך לומר הוברר הדבר למפרע, ובשלמא לפי מ"ש למעלה דנראה מדברי הרמב"ם דבתולה בדעת אחרים יש ברירה א"ש דגם כאן תולה באומדן דעתם של ב"ד אבל לשיטת הפוסקים הסוברים דגם בתולה בדעת אחרים אין ברירה קשה דלפי מאי דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה אין מוציאין מחזקת היורשים דמסתמא כולם בחזרת יורשיו הם, ולכן הי' נלע"ד דבכה"ג לא

שייך ברירה כיון שהוא דבר העומד להתברר מצד הענין וע"פ אומדנא הרי הוא כמבורר מתחלה, ומה שעשה ר' בנאה ע"י שאמר להם חבוטו כו' אין זה בגדר חסרון מעשה כמו הא דתצא בפתח תחלה ואינו אלא גילוי מילתא בעלמא שזהו בנו וא"א לומר שמא מתחלה היה דעתו על אחר ובכה"ג אמרינן כל העתיד להתברר כמבורר דמי מתחלה כההיא דאמרו כל העומד לזרוק כזרוק דמי כנ"ל.

ב) אמנם יש סתירה לזה ממ"ש הרא"ש בתשובה הובא בטור ח"מ סי' ט"ו דכתב דיש לדון ע"פ אומדנות המוכיחות אפי' להוציא ממון וכתב שם שהרא"ש כשהי' רואה באומדנא דמוכח שהנתבע רמאי היה מחייבו ולמד כן מההוא עובדא דר' בנאה הנ"ל, ולפי מ"ש אין משם ראי' כלל דשם מצד צוואת אביו הי' דן כן שצוה בפירוש למי שיבררו ב"ד לזה ינתן אף שבאמת לא יהי' בנו רק למי שלאומדן דעתם יהי' בנו אבל לא נלמד משם שבמ"א יוציאו ממון ע"פ אומדנות לבד, וע"כ צ"ל שהרא"ש פי' דברי הש"ס שלא מצד צוואת שכ"מ דן כן אלא מצד אומדן דעתו לבד ע"פ מה שנתאמת לו שזה לבד הי' בנו ולא השאר, ועיין בפרשב"ם שם שכתב וז"ל ויפה דן ר' בנאה דלא שייך הכא אלא שודא דדייני והיינו שודא שלא רצה לחבוט וה"נ אמרינן גבי נכסי לטובי' במס' כתובות (ד' פ"ה ע"ב) עכ"ל שם, ודבריו קשי ההבנה לענ"ד דאין זה דמיון לשם דבשלמא התם שייך דינא דשודא דהא המצוה הי' יודע למי נותן ורק דלב"ד אין זה ידוע ולכך שייך לומר שודא דדייני לומר דע"פ אומדן דעת הדיין אנו יודעים שבודאי לזה היה דעתו של המצוה משא"כ כאן דגם המצוה לא היה יודע למי נותן וא"כ תליא בדין ברירה שכתבנו, ועכ"פ אנו רואים (שהרשב"א) [שהרשב"ם] ע"כ לא ס"ל כהרא"ש בזה דלפי' הרא"ש שדן ע"פ אומדנא דמוכח א"כ לא תליא בצוואתו כלל וא"כ מה קאמר בזה משום שודא דשודא לא שייך רק במה שתלוי מצד מאמר המצוה שאין יודעין כוונתו, ודברי רשב"ם יש לדחוק דמה שדימה אותו להא דפ' הכותב גבי נכסי לטובי' לאו ממש הוא כעובדא דהתם אלא שדימה אותו דין זה לדינא דהתם דכמו ששם כיון שלב"ד לא נודע למי מהם כוון המצוה דנו בזה דין שודא כמו כן באם גם למצוה הי' ספק למי לתנו ג"כ דיינינן בזה שודא, ומ"מ אין הדמיון עולה יפה דבשלמא התם שפיר דיינינן שודא כיון שאין אחד מהם מוחזק משא"כ כאן דמסתמא כל הי' בנים היו בחזקת יורשיו ונכסי בחזקתייהו קיימי וא"כ היאך נדון שודא להוציא מתחת ידם, ואעפ"י שמצינו ג"כ שודא להוציא ממון כהא דדריש פ' המוכר את הבית (ד' ס"ב ע"ב) גבי מצר לו ג' מצרים ומיצר ד' לא מצר לו אי מובלע וליכא עליו רכבא דדיקלי כו', מ"מ לא ילפינן משם למ"א וכמ"ש התוס' שם דבכל מקום שלא נזכר בש"ס בכל ספק דיינינן המע"ה, וע"כ צ"ל דר' בנאה דן כן

מצד הצוואה ומטעם דאמרינן ברירה וכמ"ש, ואפשר לומר ג"כ דהרא"ש לא למד משם האי דינא דאזלינן בתר אומדנא רק לסניף בעלמא ועיקר ראייתו שם ממקומות אחרים שהביא שם באותה תשובה יעו"ש.

ג) עוד הי' נלע"ד לומר דבר חדש דבשכ"מ לא דייניגן כלל דין ברירה דכמו שתקנו רז"ל דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורים דמו ולא בעי קנין כלל דתקנו כן כדי שלא יטרוף דעתו עליו ולכן תקנו דגם בדבר שבבריא לא קנה יקנה בו, מאותו תקנה תקנו ג"כ שלא לדון בי' דין ברירה דבזה שייך ג"כ חשש שמא יטרוף דעתו עליו לכן תקנו אף דבעלמא לא קנה מצד דאין ברירה בשכ"מ יקנה, ונלע"ד להביא ראי' לזה מהא דאיתא פ' יש נוחלין (ד' קל"ז ע"א) תניא נכסי לך ואחריך לפלוני וירד הראשון ומכר השני מוציא מיד הלקוחות דברי רבי רשב"ג אומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון, ושם א"ר יוחנן הלכה כרשב"ג ומודה רשב"ג שאם נתנו במתנת שכ"מ לא עשה כלום מ"ט אמר אביי מתנת שכ"מ לא קנה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך, ופרשב"ם שם וז"ל האי שני דקאמר עליו הנותן אחריך לפלוני קדם לזה שנתנו לו הראשון דמשעה שהתחיל האי ראשון לטרוף קנה השני דאחריך עם גמר מיתה משמע דמשעה שאין הראשון צריך לנכסים הללו זיכהו (השני) [הנותן] לזה האחרון מיד כו' ע"ש, והנה זה דומה ממש לגט שכ"מ דהגט חל בשעה אחת קודם מותו וכיון שאין אותה שעה ידועה חשיב לי' ברירה ולמ"ד אין ברירה אין הגט כלום דאימת חל הגט בשעה אחת שקודם מותו ולאחר שמת אז צריכים לומר הוברר הדבר למפרע שאותה שעה היה הגט חל ולכן אינו כלום, וא"כ גם כאן ממש כן הוא שלאחר שמת המקבל הראשון אנו אומרים הוברר הדבר למפרע שאותה שעה הי' שעה אחת קודם למיתה ואז קנה האחריך, וכיון שכן בדאורייתא לא אמרינן ברירה ואיך מוציא האחריך הנכסים והא ר' יוחנן ס"ל אין ברירה, ועוד דהא רבי ס"ל ג"כ אין ברירה כדמוכח בפ' השולח בהא דישראל ונכרי שקנו שדה בשותפות כמש"ל, עוד ראי' מהא דאמר התם אביי דמתנת שכ"מ עם גמר מיתה קונה ואף דהדר שם (לגבי) אביי מטעמא אחרינא הדר בי' שם, וא"כ בכל מתנת שכ"מ קשה היאך יקנה כיון דעיקר הקנין שעה אחת קודם מיתתו ובכה"ג אין ברירה כמו בגט שכ"מ אם אמר מעת שאני בעולם כפי' רש"י בפ' מי שאחזו אלא ע"כ דבשכ"מ תקנת חכמים היתה שיקנה, אך לפ"ז קשה למ"ד מתנת שכ"מ דאורייתא כמ"ש בפ' מי שמת (ד' קמ"ז ע"א) קשה ולאביי דס"ל דתולה בדעת אחרים יש ברירה א"ש אבל לרבא דלא מחלק קשה [דשכ"מ תולה בדעת אחרים מקרי במי שחייו כו' מסורים בידו כמ"ש בפ' כל הגט], והנה שם א"ר זירא אמר רב קאמר דהוי דאורייתא ולדידי' א"ש דס"ל יש ברירה כדאי' בפ' משילין ובפ' בית כור וא"כ י"ל

דמאן דאמר התם דמתנת שכ"מ דרבנן הוא רבא בשם ר"נ וא"כ י"ל דרבא לשיטתו אזיל דס"ל דגם בתולה בדעת אחרים דאין ברירה ולכן צ"ל אליבי' דמתנת שכ"מ דרבנן הוא ומשום תקנה כמ"ש.

הגה"ה. ובהיותי עוסק בענין זה אמרתי לבאר ענין אחד אשר אני נבוך בו כעת, והוא במה שראיתי בס' קצוה"ח סי' רנ"ב במ"ש המחבר שם סעי' א' שלכך כתובת בנין דכרין ומזון האשה והבנות נגבים מיד מקבל מתנת שכ"מ משום דמתנת שכ"מ קונה לאחר מיתה ומזון האשה והבנות נתחייב בעת גמר מיתה קודם לזכיית המקבל, והביא שם המחבר הנ"ל דברי הרי"ף דמשמע מדבריו דשניהם באים בב"א והקשה ע"ז דא"כ למה היא קודמת כיון דמתנת שכ"מ בהדי הדדי חייל א"כ נימא יחלוקו, ותירץ בזה ע"פ מ"ש בתמורה (ד' כ"ה ע"א) אמר על הבכור עם יציאת רובה עולה, עולה היא או בכור הוי ומסיק שם אביי דאמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ולכן כאן בכור הוי דהוא דברי הקדוש ברוך הוא קודמים לדבריו שאמר יהי' עולה, וכן כאן תקנת חכמים שתקנו כתובת בנין דכרין קודמים לדברי התלמיד מה שנתן במתנת שכ"מ, ודברים אלו תמוהים לענ"ד דא"כ כ"ש דתקנת התורה דעדיפא מצוואתו וא"כ לפי מאי דקיי"ל דיורשים יורשים ג"כ אחר גמר מיתה ובא בהדי הדדי עם מתנת שכ"מ א"כ לא יועיל לעולם שום מתנת שכ"מ דדברי הרב קודמים לדברי התלמיד, והא כתובת בנין דכרין עצמו דין ירושה יש לו כמ"ש בש"ס ירתון תנן וא"כ כמו שכתובת בנין דכרין דרבנן קודמים למתנת שכ"מ כיון דבאים כאחת א"כ כ"ש ירושה דאורייתא דהוא קודם, ולכן נלע"ד דהעיקר הוא כמ"ש הנ"י בזה שהביא המחבר הנ"ל שם והיינו משום דתקנת מזונות קודמת בתקנה וכתב ע"ז המחבר הנ"ל שאכתי אינו מובן, ולענ"ד הוא מובן היטב והוא שלכאורה יש להקשות ג"כ על תקנת בנין דכרין ומזונות האשה והבנות עצמם ג"כ הך קושיא דכיון דחיילי בב"א א"כ היאך עוקרים בזה ירושה דאורייתא, ולכן צ"ל דאין זה קושיא כלל דהא בכ"מ מצינו שחכמים יכולים לעקור ד"ת בשוא"ת ובפרט במקום ממון דהפקר ב"ד הפקר וא"כ יכולים ב"ד לעקור ירושה דאורייתא במקצת רק שעשו תקנה שיהי' מותר דינר כדי שלא לעקור לגמרי וא"כ גם במתנת שכ"מ כיון דתקנת חכמים הוא ג"כ תקנו לעקור דין ירושה דאורייתא, משא"כ בכתובת בנין דכרין עם מתנת שכ"מ כיון דשניהם הם תקנתא דרבנן ותקנתא דכתובת בנין דכרין ומזונות האשה והבנות קדמו שכבר חל עליו חיוב תקנת חכמים מעת הנישואין לכן אין כח במתנתו שנותן אח"כ לדחות תקנתא שנתחייב בה מקודם כל שאין לו קדימה בעת חלות הקנין, ובזה מיושב מה שתמה בתשובות ב"ח החדשות (סי' פ"ג) על דברי הרמב"ם ז"ל (פ"ח מה'

זכי' ומתנה) דשם משמע הטעם דלכך מוציאין לכתובת אשה ומזונות הבנות ממקבל מתנת שכ"מ משום שהם קדמו למתנת שכ"מ שהוא לאחר מיתה ובפי"ט מה' אישות כ' דתרווייהו בהדי הדדי קא אתיין וכדברי הרי"ף הנ"ל, ולפי מ"ש א"ש שמ"ש בפ"ח מה' זכי' ומתנה שהם קדמו ר"ל דהחיוב של כתובה ומזונות הבנות קדמו לחיוב המתנה ולכך אף שחלו שניהם בב"א הם קודמים למתנת שכ"מ, שוב ראיתי בלחם משנה שם בפ"ח מה' זכי' ומתנה שכוון ג"כ למ"ש בישוב דברי הרמב"ם הנ"ל /ע"כ הגה"ה/.

ד) עוד נלע"ד ראי' לזה ממ"ש הרב בהג"ה בח"מ (סי' רמ"ח סעי' ז') וז"ל ראובן שנתן מתנה ללוי והתנה עמו איזה תנאי ואם יעבור התנאי יהיו הנכסים של שמעון מעכשיו ואח"כ נתן שמעון כל זכות שיש לו במתנה זו ללוי מעכשיו ומת אעפ"י שלוי עובר על התנאי זכה בנכסיו מכח שמעון והוא בטור שם בשם אביו הרא"ש בתשובה, הרי דמה דנתן לשמעון הנכסים הוא צריך לדון בדין ברירה שהרי הוא [דומה] ממש לאמר כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחלה שאם לאה תצא תחלה יהי' הגט לשמה ואם רחל תצא תחלה יהי' לשמה וכן כאן באם לוי יקיים תנאו יהיו הנכסים שלו ואם יעבור על תנאו יהיו הנכסים של שמעון והוה מתנה על ב' דברים, וא"כ היאך קנה שמעון הנכסים מעכשיו אם לוי עובר על תנאו הא בדאורייתא לא אמרינן הוברר הדבר למפרע וא"כ הי' לנו לומר דשניהם לא קנו ונשארו הנכסים בחזקת הנותן ויורשיו, ובשלמא לשיטת רש"ל דס"ל דגם במתנה על ב' דברים כל שעתיד להתברר בודאי אמרינן ברירה בתנאי כהא דמתנה על עירובו אם יבוא למזרח כו' ואם לאו אהי' כבני עירי כו' כמש"ל בשמו, אבל לשיטת הרמב"ן שהבאתי למעלה במתנה על שני דברים אעפ"י שודאי עתיד להתברר הדבר או הן או לאו ג"כ אין ברירה קשה, ועיין בטור שם דצריכים אנו לומר בנידן הנ"ל דקנה מעכשיו דאל"כ לא זכה לוי מכח שמעון וכמ"ש בסמ"ע שם ס"ק ל"ב, וע"כ צ"ל דהטעם הוא דבשכ"מ לא חיישינן לברירה ומיירי שם באמת בנתן במתנת שכ"מ והרי הרא"ש ס"ל דגם בתולה בדעת אחרים לא אמרינן ברירה בדאורייתא כמ"ש בפ' כל הגט שם.

ה) ובדין אי אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים ראיתי עתה קושיא א' שהקשה הגאון המפורסם מוהרע"א בשו"ת שלו בסי' ב' בהשמטות והוא במה דאי' בפ' האומר בגיטין (ד' ס"ד ע"א) אתמר בעל אומר לפקדון ושליש אומר לגירושין כו' ורב חסדא אמר שליש מהימן דהא הימני' וכתבו התוס' שם דהיינו דכיון שמסר לידו ע"ד כן מסר לידו שיהא לגירושין אם יאמר לגירושין אעפ"י שהוא משקר כו' יעו"ש, והא ע"כ צ"ל דמגורשת למפרע דא"א לומר דמגורשת מאותה שעה שיאמר לגירושין דהא כיון שהבעל אמר תחלה לפקדון הוי חזרה וא"כ קשה הא בדאורייתא אין ברירה ולו יהא דאמר להשליש

במפורש אם תרצה אחר הזמן שיהא לגירושין יהיו הגירושין למפרע ג"כ לא מהני, וזה דמייא לתנאי שאין בדעתו ובידו לקיים דמהיכן ידעינן דדעת [השליש] לכך לשקר והניח זה בצ"ע, ועיין לעיל סי' י"ז סעי' ג' בע"מ שירצה אבא אם כוונתו שיאמר אבא אין דתליא בדין ברירה כמ"ש הרמב"ן שהוא דבר התלוי ברצון אף במתנה על דבר אחד אין ברירה יעו"ש, ולשיטת רש"ל הוי א"ש דכאן עתיד הדבר להתברר אם יאמר לגירושין או לפקדון ובכה"ג יש ברירה, ונלע"ד ליישב גם לשיטת הרמב"ן לפי מ"ש למעלה דלדידן דין ברירה ספיקא דדינא הוא א"כ הרי יש כאן ס"ס לקולא דהא באמת אין ידוע לנו מי אומר אמת או הבעל או השליש ואף אם נאמר דאין השליש נאמן מצ"ע דלא חשיב כאן מיגו כמ"ש התוס' שם מ"מ מידי ספיקא לא נפקא וא"כ יש כאן ס"ס שפק שמא באמת הוא כמאמר השליש דניתן לידו בתחלה לשם גירושין ואפי' תאמר שהאמת הוא כדברי הבעל מ"מ שמא יש ברירה וכיון שהאמינו ומסר בידו שאם יאמר כן יהיה גט למפרע אמרינן ברירה, ואף דהוי כעין ס"ס משם אחד דהכל ספק א' שמא ניתן לגירושין מ"מ ספק אחד מתיר יותר מחבירו דספק דשמא בתחלה נתנו הבעל לגירושין ולא לפקדון מתיר אפי' בלא אמירת השליש ובכה"ג הוי ס"ס גמור כמ"ש בכ"מ, [אמנם על רב חסדא עצמו לא קשה כ"כ די"ל דלטעמי' אזיל דס"ל יש ברירה כמו שהוכחנו למעלה מהא דסוף פ' חלק גבי עיסה חצי' של עיר הנדחת דס"ל שם דחציה של עיר אחרת מותר]. ועדיין אינו מיושב לפי דעת הפוסקים דסוברים דס"ס במקום חזקה לא מהני דהא כאן הוי חזקת א"א וכ"ש דקשה לדעת הסוברים דמה דקיי"ל בדאו' אין ברירה מטעם ודאי הוא ולא מספק, גם לרב הונא קשה שם דאיהו לא פליג על רב חסדא אלא מטעמא דאם איתא דלגירושין יהבי' לדידה הוי יהיב לה והא ראי' דבממון כה"ג מודה רב הונא דשליש נאמן וכדמתיב ר' אבא שם מהא דתניא זה אומר כך כו' ושליש נאמן משניהם, וע"כ צ"ל ג"כ בכה"ג יש ברירה דע"ת כך מסר ליד השליש הממון באם שיאמר כדברי שכנגדו יתננו לו וא"כ ע"כ צ"ל ג"כ הוברר הדבר למפרע דאל"כ במה זכה זה שכנגדו כיון שבעת שהוציא הנותן מידו לא מסר לו ליתן לכשכנגדו כפי טענתו וא"כ קשה לדעת הפוסקים דס"ל אין מוציאין ממון ע"י ס"ס.

ו) ויש לעיין בזה במה דקיי"ל בדיני אסמכתא דכל דאי הוי אסמכתא וקיי"ל דאסמכתא שקנו עליו במעכשיו דמהני כמ"ש בח"מ סי' ר"ז סעי' י"ד וא"כ אם תלה התנאי במה שאין בידו כגון אם תלה בדעת אחרים במה שאין בידו וא"כ לא הי' ראוי לומר בזה דיהנה מעכשיו והיאך יקנה למפרע כיון דאין ברירה, ובשלמא במתנה בדבר אחד במה שתלוי במעשה י"ל כמ"ש הרמב"ן דבזה לא שייך ברירה, אבל בתלה הדבר ברצון אחר במה

שתלה ברצון לבד בזה לא אמרינן ברירה וא"כ מדוע לא חילקו הפוסקים בזה, והנה שם בסוגיא דשליש דמקשה הש"ס על רב הונא דאמר בעל מהימן מהא דתניא ושליש נאמן משניהם ומשני ש"ה דממון אתיהיב למחילה וכתבו התוס' שכיון שהאמינו ומסר בידו נתרצה בהבטחתו עליו למחול על ממונו ולהאמין על כל מה שיאמר אפי' ישקר כו', והנה יש לתמוה היאך נאמר דמטעם זה השליש נאמן להוציא המעות מחזקת מארי' קמא דהא הוי אסמכתא גמורה דהוא סבר דודאי לא ישקר השליש ואפי' אם הי' אומר לו בפירוש אם תכחישני לומר כמו שכנגדו תהי' נאמן למסור לו הוי אסמכתא כ"ש בנידון זה שלא אמר לו כלום רק שאנו דנין מחשבתו כך אלא ע"כ דצ"ל דהוי כאומר לו מעכשיו אני מקנה לכשכנגדי אם תאמר כך וא"כ הרי אין ברירה וצ"ע.

סימן יט

דין אם שייך בשליחות דיני ברירה

א) בס' קצוה"ח סי' ס"א הקשה בדיני ברירה מכמה סוגיות בש"ס הא' במה דאיתא בפ' המביא תנין אמר לעשרה כתבו גט לאשתי שנים משום עדים וכולם משום תנאי ואיך אמרינן ברירה דאלו הם העדים כיון דבערבוביא הזמינם, וכן בפ' האומר אמר לעשרה כתבו גט לאשתי א' כותב ע"י כולם וכן שם (ד' ס"ו ע"א) אמר להו בי תרי מנייכו לכתבו גיטא לדביתהו כו', ומזה הוציא דין חדש דבשליחות לא שייך כלל דיני ברירה דהוא עושה לכ"ע שלוחים ושלוחו של אדם כמותו וכל מי שעושה שליחותו הוא כמוהו ואין מחוסר אלא מעשה השליחות, ובענין זה תירץ הא דאמרינן כל השומע קולו יכתוב גט לאשתו או כל השומע קולו יזון דאין זה ענין ברירה לומר דזה נעשה שלוחו ולא זה דכיון דהוא עושה [שליחות] לכל אין זה יוצא מן הכלל והוי כמו עושה ב' שלוחים וא' עושה לו השליחות כן הם תוכן דבריו שם, ולענ"ד אין דבריו נכונים דמה בין זה להא דכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחלה דהא גם שם הסכים בדעתו לכל א' מהם שתצא תחלה יהיה הגט לשמה ולא איכפת לי' הי מנייהו, ואין לחלק דש"ה דכתב גט אחד וא"א לשניהם להתגרש בגט א' דגם כאן אם א' עשה שליחותו בשליחות הגט בטל שליחות השני דהא כבר נתגרשה וכל שא"א בזה אח"ז אפי' בב"א אינו, והרי דבר זה דומה למ"ש הרשב"א בתשובה הביאו שם בס' הנ"ל באשה שמינתה שליח לקבלה ואמרה כל מי שירצה בעלי ליתן לו גט יהי' שלוחי דאינו כלום מטעם דאין ברירה, ומה שכתב המחבר הנ"ל שם לחלק דש"ה כיון שתלתה ברצון בעלה ולא הוברר בשעת מינוי השליחות אם הי' אז רצון בעלה מסכים לזה, דלפ"ז גם במינוי שליחות כתיבת הגט נמי נימא הכי דהא א"א שיהא שלוחו בכתיבת הגט אם לא יהי' רצון השליח מסכים לזה וא"כ הרי ג"כ תלה השליחות

ומינוי' ברצון מי שירצה להיות שליח וא"כ ג"כ לא הוברר מתחלה בעת מינוי השליחות, ואדרבה כאן גרע יותר דשם תלתה ברצון בעלה לבד דהוי תולה ומתנה בדבר א' דבזה אמרינן ברירה לדעת הרמב"ן אם לא משום שהוא דבר התלוי ברצון וכמ"ש למעלה בשמו משא"כ בנידון זה שהבעל תלה ברצון כמה בני אדם והוה כמתנה בעירוב על ב' חכמים אם יבא למזרח כו' למקום שארצה אלך דלכ"ע אין ברירה, ובאמת דברי הרשב"א בתשובה שהביא שם צריכין ביאור, וז"ל אם עשתה שליח וחזרה ועשתה שליח ואפי' עשרה זה אחר זה או שעשתה עשרה בבת א' כל שהגיע הגט ליד אחד מהם מגורשת דלא שייך בכי הא ברירה, אבל אפשר שאם אמרה כל מי מכם שירצה הבעל לתנו לו יהא שלוחי לקבלה שנאמר בזה אין ברירה כענין לאיזה שארצה אגרשה בו דאין ברירה.

ב) הנה יש לתמוה הרבה במ"ש הרשב"א דאם עשתה עשרה בני אדם שלוחים בבת א' דמהני מהא דאיתא בפ' האיש מקדש (ד' נ"א ע"א) אמר רבה כל שאינו בזה אחר זה אפי' בב"א אינו, ופריך שם והרי תודה דליתא בטעות וליתא בזא"ז ואתמר, תודה שנשחטה על שמונים חלות חזקי' אמר קדשי לה ארבעים מתוך שמונים, ור' יוחנן אמר לא קדשי לה ארבעים מתוך שמונים, ומתרץ שם לאו אתמר עלה אמר ריב"ל הכל מודים כל היכי דאמר קדשי לה מ' מתוך שמונים דקדשה כו', לא נחלקו אלא בסתם, מר סבר לאחריות קא מכוין ומר סבר לקרבן גדול קא מכוין עכ"ל.

הג"ה. וצ"ע שם מה דריב"ל מפרש פלוגתייהו דחזקי' ור' יוחנן, וריב"ל הי' קשיש מיניהו טובא, כמו שמוכח מכ"מ ועי' בפ' אין צדין (ד' כ"ז ע"א) ר"ש בן מנסיא וחביריו כו', משום קהלא קדישא דבירושלים כו', אך במס' מנחות הגירסא ר' זירא במקום ריב"ל וא"ש, וצ"ל דט"ס הוא במס' קדושין /ע"כ הג"ה/.

והנה שם קיי"ל כר"י לגבי חזקיה וכמו שפסק הרמב"ם פי"ב מה' פסולי המוקדשים הלכה ט"ו, ובאמת צ"ע על הרמב"ם למה לא פסק כחזקי' שהי' רבו של ר' יוחנן. וראיתי בכ"מ עמד שם ע"ז והניח בצ"ע. ולענ"ד נראה ליישב דשם במנחות (ד' ע"ח ע"ב) ר' זירא מפרש לה לפלוגתייהו הכי, אבל אביי מפרש התם דפליגי אי כלי שרת מקדשים שלא מדעת או לא, דר"י ס"ל כ"ש אין מקדשין אלא לדעת וכן פסק הרמב"ם באמת בפ"ג דהלכות פסולי המוקדשין הלכה כ' והוא מטעם דר"י סתמא קאמר שם בפ"ק דמנחות (ד' ז' ע"א) ולמד שם מברייתא, והא דחילקו התוס' שם ד"ה אמר ר"י בין הא להא דפ' התודה, היינו אליבא דר"פ דקאמר שם הכל מודים כו' ומחלק בין סכין לשאר כלי שרת, אבל אביי לא ס"ל לחלק בין כלי שרת לסכין, ופסק הרמב"ם כאביי דבכולי ש"ס סתמא קאמר כ"ש מקדשין, ולא חילקו בין סכין לשאר כ"ש וכיון דלאביי תליא פלוגתייהו אי

מקדשין [שלא] לדעת או לא וקיי"ל כאביי בהא דאין מקדשין אלא לדעת, ואין חילוק בין בזמנו לשלא בזמנו כדמוכח מהא דר"י בפ"ק דמנחות ע"ש בתוס' לולב וערבה (ד' מ"ט ע"ב), ולכן פסק כאן כר"י, ואף על גב דבמס' קדושין לא הביא הש"ס אוקימתא דאביי ור"פ שם, מ"מ סמכינן אסוגיא דמנחות דאתמר באכתי' כנלע"ד ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל. ובהיות כן צ"ע בהא דהרשב"א באם מינתה עשרה שלוחים בב"א דהא גם כאן א"א בזה אחר זה, דאם א' יהי' שליח ממילא בטל שליחות האחרים, ואין לומר ששפיר מקרי אפשר להיות בזה אחר זה, משום דיכול לחזור ולבטל שליחות הראשון ולמנות שליח אחר, דא"כ גם בהא דמביא שם במרבה במעשרות דא"א בזה אחר זה, דלפ"ז גם שם אפשר להיות בזא"ז ע"י שישאול לחכם ויתחרט על הפרשה ראשונה ויפריש אחרת, אלא ודאי דזה מקרי א"א בזה אחר זה, כיון שכ"ז שהראשון קיים א"א לשני לחול אחריו א"כ ה"ה בהא דמינוי שליחות, וכיון שמינתה בסתם עשרה שלוחים בב"א הוי כמו הא דשחט על שמונים חלות דקיי"ל כר"י דלכולם נתכוון, וא"כ ה"ה הכא לכולם נתכוון וכל שאינו בזא"ז אפי' בב"א אינו.

ג) ולפי מ"ש למעלה בשם הר"ן בהא דהריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים כו' דמסיק הש"ס דאמנינהו לכולהו מעיקרא, והיינו שכל מי שיעלה ראשון הוא יהי' העיקר בזכיות הפסח ושאר בניו יהיו טפלים לו וזוכים מכחו ובזכי' קלישתא כי האי אמרינן ברירה לכ"ע יעו"ש, א"ש גם בהא דאמר לעשרה כולכון כתובו כו' דכין דמסיק הש"ס שא' כותב במעמד כולם וכן בהוליכו גט כו' א' מוליך במעמד כולם, הרי דבאמת עשה לכולם שלוחים רק שא' הוא העיקר והשאר טפלים לו, בכה"ג אמרינן ברירה א"ש לפ"ז, ויהי' מכאן ראי' לדברי הר"ן הנ"ל, וא"כ גם דברי הרשב"א א"ש דשם מיירי שלא מינתה שליח רק לא' אותו שירצה בעלה לכן שפיר תלוי בדין ברירה כמו הא דאותה שתצא בפתח תחילה. ויותר נראה ליישב ע"פ מ"ש למעלה סי' ט' סעי' ד' בהא דאומר מ"ש שיש לי בבית מחולל על סלע א' שבתוך הכיס, ובהא דפרוטה בכיס זה הקדש וכן בהא דא' מבנותיך מקודשת לי, דבכה"ג דחל על א' מן התערובות מיד אין שייך דין ברירה כלל, דאין שייך לומר הוברר הדבר למפרע רק ממילא חל על א' מהם וא"י איזהו, וא"כ ה"ה באומר לעשרה כתבו גט לאשתי מסתמא כוון למנות מיד שליח לא' מהם שיהי' הוא העיקר בשליחות כל א' מהם מי ומי ואינו מקפיד על א' מהם, נמצא שא' מהם מיד נעשה שליח, ורק שם בפרוטה בכיס זה הקדש או א' מבנותיך מקודשת לי לא כוון רק על א' מהם לבד ואינו רוצה לכולם ביחד לכן כולם בספק, משא"כ [כאן] חל ממילא השליחות על כל א' מהם מן העשרה, וכיון שאמר בלשון כולכם כיון שהשאר

יהיו במעמדו ולכן א' כותב במעמד כולם, משא"כ בהא דרשב"א הנ"ל שמינתה ותלתה ברצון בעלה ואולי הוא יהי' מקפיד דוקא על זה ולא על אחר לכן שייך בו דין ברירה. ועיין תוס' רי"ד בקדושין (ד' נ"א ע"א) ד"ה הכל מודים, שכתב ג"כ דבדבר שאין לו קפידה רק כוון על אחת תהי' איזה שתהי' אין בו דין ברירה וכוון למ"ש, והארכתי בזה למעלה. ולכן מ"ש המחבר קצוה"ח שם לחלק בין דבר התלוי בשליחות שמינה כולם שלוחים לשאר דברים לפי מ"ש אינו כן, אלא הכל תלוי במה שחל מיד וא"צ לומר הוברר הדבר למפרע ודו"ק.

ד) אמנם מה דקשה לי בזה בהא דאי' במס' נדרים (ד' ל"ה ע"ב) אבעיא להו הני כהני שלוחי דידן הוו או שלוחי דרחמנא נינהו כו' ולכאורה לפי מאי דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה, א"כ קשה דהא הכהנים עובדין ע"י פייס ומי שזוכה בפייס הוא המקריב, וא"כ אם נאמר שלוחי דידן נינהו הוי כמו במינה שליח אחד מעשרה ואמר מי שיצא ע"פ גורל יהי' שלוחי, והוה ממש כמו כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה, וא"כ היאך יחול השליחות והיאך יכולים להקריב, ובשלמא אם נאמר שלוחי דשמיא נינהו א"ש דכלפי שמיא גליא ואין צריך לומר הוברר הדבר, וא"כ מה נסתפק להו הא יכולין לפשוט בעייתם מכמה משניות שמבואר שם שהכהנים עובדים ע"י פייס, ולפי מ"ש התוס' פ"ק דקדושין (ד' כ"ג ע"ב) ד"ה דאמר ר"ה דזה הוי פשוט לש"ס דשלוחי דרחמנא נינהו מדרב הונא ורק שספק להם אי שלוחי דידן נמי נינהו או רק שלוחי דרחמנא, וכ' שם דנ"מ בהא דרב הונא אי שלוחי (דידן לבד), [דרחמנא נמי נינהו] אי הקריב כהן הקרבן שלא מדעת הבעלים כשר, אבל אי רק שלוחי דידן נינהו הוא פסול יעו"ש. וא"כ לפי מאי דפשיט רב הונא דעכ"פ שלוחי דרחמנא נמי נינהו, א"כ א"צ דעת בעלים כלל ואין בזה חשש ברירה, אבל לתי' הראשון שכתבו התוס' שם קשה. וצ"ל דשאני כהנים דהם נעשים שלוחים בעת עבודתם ולא מקודם והוי כמו מינו אותם שלוחים לאחר שזכו בפייס.

הג"ח. וצ"ע לפי תירוץ הב' של התוס' דכתבו דאם נאמר שלוחי דידן נינהו לבד אם עשו שלא מדעת הבעלים הקרבן פסול, א"כ קשה הא דפשיט רב הונא ברי' דר"י דשלוחי דרחמנא נינהו מסברא משום דמי איכא מידי דאנן לא מצינו למעבד כו', הי' לו לפשוט מכמה משניות בזבחים, דאם חשב הכהן בקרבן שלא לשמה כשר אלא שאינו עולה לבעלים לשם חובה, והא הוי שלא מדעת הבעלים שבודאי מדעתא דהכי לא מינו אותו לשליח וא"כ הרי הוא פסול בלאו הכי. ואפשר שמזה הוכיחו התוס' דאם נאמר שלוחי דרחמנא נינהו אף אם נאמר דג"כ שלוחי דידן נינהו כשר, אף אם הקריבו שלא לדעת

בעלים, דאל"כ היו לו להש"ס דנדרים למפשט בעייתם מכמה משניות דזבחים וכמ"ש. ע"כ הג"ה.

סימן כ

דין אם תלה הדבר שיחול אחר שיתברר אם שייך בזה דין ברירה.

א) בתשובת נודע ביהודה חלק א"ע סי' צ"א חקר באשה שאומרת את מי שיבחר פלוני שיהי' שליח בחריקאי לקבל גיטי, אם מהני למ"ד אין ברירה כיון שאינה מזכרת השליח בשמו רק תלתה ברצון פלוני מי שיבחר, והעלה שם דדיני ברירה לא שייך אלא בדבר שצריך שיחול מיד קודם שהוברר, כמו הא דכתוב גט לאיזה שארצה אגרש כו' שצריך לכתוב הגט מיד לשמה, ובזה צריך לומר הוברר למפרע שנכתב לשמה, והא דב' לוגין שאני עתיד להפריש דשותה מיד קודם שמפריש, שצ"ל הוברר הדבר למפרע שחל תרומה על ב' לוגין אלו, וכן בהריני שוחט את הפסח כו' שהשחיטה צ"ל לשם בעלים, אבל מנוי השליחות א"צ השליח להיות שלוחה רק בשעת קבלת הגט ואז כבר הוברר כו' יעו"ש. והנה הראיות שהביא שם יש לסתור הא דאמר לעשרה כתבו גט שא' כותב כו' כבר כתבתי בסי' הקודם דשם אין שייך ברירה, כיון שאז חל השליחות על א' מהם בתערובות, כהא דפרוטה בכיסי הקדש כו' וכמש"ל באריכות. והא דהביא ראי' ממה שאדם עושה [שליח] להולכה ונותן לו רשות לעשות שליח אחר איזה שירצה, כבר דחה זה בעצמו, דש"ה דשליח ראשון במקום בעל קאי ויכול לעשות שליח וחל השליחות בעת שעושה אותו לשליח. אמנם הגאון הנ"ל אף שכתב זה מסברת עצמו וגם לא החליט הדבר לדינא יעו"ש, מ"מ נעלם מעיני כבודו שכבר קדמו לזה הר"ש בפי' לפ"ה דמס' מעשר שני בהא דתנן הצנועין כו' כל הנלקט כו', וז"ל מהכא פריך בפ' מרובה לר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים כו' דהכא חזינן אף על גב דליתא ברשותו פריק ליה, ולא לאחר שנלקט היו עושים כן, דא"כ לא הי' תקנה למה שנאכל כבר, אלא מניח המעות קודם לקיטה ואומר כרם רבעי זה לכשיהי' נלקט יהא מחולל, ולא שייך ברירה בענין זה, הואיל ואינו חל החילול עד שיתלקט דדוקא כל המתלקט חשיב ברירה דקאמר מעכשיו יהא מחולל מה שילקטו אח"כ ע"ש. ודברים אלו הם בעצמם דברי התוס' פ' מרובה (ד' ס"ט ע"א) ד"ה כל הנלקט כו' הרי דגם התוס' ס"ל כן, וכן כתב מהרי"ט בתשו' בהא דהמבשרני במה נפטר כו' יטול מנה כו' דפ' מי שמת (ד' קמ"ג ע"ב), ובהא עובדא דשאול כל מי שיכה כו' יעשרנו המלך כו' ע"ש.

ב) אך יש לתמוה לפ"ז בסוגיא דמרובה שם דמשני לא תימא כל הנלקט אלא כל המתלקט, ופריך והאר"י צנועין ור' דוסא אמרו דבר א', דתניא ר' יהודה אומר שחרית

בעל הבית אומר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר, ר' דוסא אומר לעתותי ערב אומר כל שלקטו עניים כו' ומשני איפוך ר"י אומר כל שלקטו כו', ושם ע"ב מוכיח דע"כ צ"ל איפוך דהא ר' יהודה לית לי' ברירה, וע"כ צ"ל אליבי' כל שלקטו כו', ולפי מ"ש קשה דלא הי' צריך להפך והי' יכול לפרש דמ"ש כל שילקטו יהא הפקר, היינו שיחול ההפקר אחר שילקטו, דהא כיון שבגזילה הוא ביד עניים עדיין ברשות בעלים הוא להפקירו וא"כ בכה"ג א"צ לדין ברירה. ואפשר לומר דכמו שאין אדם יכול להקדיש מה שביד אחרים כדאמר ר"י גזל ולא נתייאשו כו', כמו כן אינו יכול להפקיר הגזילה שביד אחרים, וסמך לזה מהא דקיי"ל דיאוש לחודי' לא קני מטעם דבאיסורא אתי לידי' כדאי' שם (ד' ס"ו ע"א ע"ב), ויאוש מבואר בכ"מ דמטעם הפקר הוא דלכך מהני יאוש באבידה וכמו שיאוש לא קני אם אתי לידי' באיסורא כמו כן לא מהני הפקר בכה"ג, וא"כ ע"כ צ"ל דכוונתו שיהי' הפקר מעתה וא"כ צריך לדון בזה דין ברירה. והא דקאמר התם ר' דוסא כל שלקטו עניים היום יהא הפקר, אלמא דמהני הפקר אעפ"י שכבר הוא ברשות העניים, היינו לר' דוסא, דלדידי' אמרינן דגם בגזל ולא נתייאשו הבעלים יכולים הבעלים להקדיש, דהא פריך מיני' על ר' יוחנן דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש:

ג) אמנם אין דין זה מוסכם לכ"ע, דהרשב"א הנ"ל שהבאתי בסי' הקודם חולק בהדיא, שכתב באשה שמינתה שליח ואמרה כל מי שירצה בעלי לתנו לו יהי' שלוחי דאין ברירה, אף על גב דהשליחות חל בעת שנותנו לו ואז הוא מבורר, וע"כ צ"ל דבעינן שיהא מבורר בעת שעושה אותו המשלח וממנה אותו להיות שלוחו ולא בשעה שעושה שליחותו, ועיין בס' קצוה"ח שדימה דין זה לדין מקנה דשלב"ל, דלמ"ד דיכול להקנות אם אומר לכשיהיה בעולם יקנה אף שעתה אינו בעולם וא"י להקנות, כמו כן יכול לעשות שליח אף שעתה אינו מבורר כל שחל אחר שיתברר, ולמ"ד אף אם אמר לכשיהיו בעולם לא קנה, א"כ גם בדין ברירה דינא הכי דלא מהני כיון שעתה אינו מבורר אף שיתברר לאחר זמן בעת שחל הדבר, וא"כ לפי מאי דקיי"ל לדינא דל"מ אף אם אמר לכשיהי' בעולם, לא מהני גם בברירה. אבל לענ"ד אין נראים דבריו דאין לדמות דין ברירה לדין דשלב"ל, דאל"כ קשה הא ר"מ ס"ל אדם מקנה דשלב"ל כדאי' פ"ג דקדושין (ד' ס"ג ע"א), ואעפ"כ ס"ל אין ברירה. ועיין תוס' פ' בכל מערבין שם שהקשו מר"מ דלוקח יין כו' דאית לי' ברירה ובפ' יש בכור ס"ל דאין ברירה גבי אחין שחלקו, ותי' שם דר"מ ס"ל דבמברר דבריו יש ברירה, א"כ יש ליישב דגם בדשלב"ל מברר דבר ואומר שיקנה ולכן ס"ל דשווים הם לדינא, וכן יש ליישב דהא רבי ס"ל ג"כ אדם מקנה דשלב"ל כדאי' בקדושין

שם, והוא ס"ל אין ברירה כדאי' בפ' השולח בהא דישראל ועכו"ם שקנו שדה בשותפות. אך עדיין קשה דרב ס"ל ג"כ אדם מקנה דשלב"ל ובפ' כל הגט ס"ל דאין ברירה גם במברר דבריו כגון באומר לאיזה שארצה אגרש כו' דקאמר שם כולם פוסלין לכהונה כו', אם לא שנאמר דבאמת ס"ל יש ברירה בכ"מ, וגט שאני דבעינן שיהי' מבורר בעת כתיבה לשמה כמ"ש ר"י בתוס' וכמ"ש למעלה במקומו. ומ"מ [נראה] דאין לדמות דין ברירה לדשלב"ל, דדבר שאינו מבורר גרע טפי ואינו ענין כלל לדשלב"ל, דדשלב"ל הטעם דאין הקנין נתפס בו אבל דבר שאינו מבורר הטעם דלא מהני משום דשמא לא אליו הי' כונתו בתחילה כי אם לאחר, וכמו הא דלאיזה שארצה אגרש דדילמא הי' רצונו להאחרת, וא"כ לא נכתב לשמה, ולכן אפי' מאן דס"ל דשלבל"ע נקנה, בדבר שאינו מבורר מודה דל"מ, וכן להיפוך אם אומר שיחול אחר שיתברר אף דדשלב"ל לא מהני משום דלא חל הקנין בתחילה וכיון שאינו חל עכשיו היאך יקנה אח"כ, משא"כ דבר שאינו מבורר אם אמר בתחילה שיחול כשיבורר כיון שבאמת הוא עצמו בעולם מהני שפיר, וי"ל ג"כ להיפוך כיון שעכשיו אינו מבורר שמא הי' ראוי לחול על אחר אינו חל ג"כ לאח"ז, דעיקר הדבר בעת שעושה הדבר ואומרו, אז חל השליחות ולא לאחר זמן, גם אין לדמות זה לדשלב"ל דש"ה דכיון דעכשיו אינו חל עליו הקנין גם לאח"ז לא יחול, דכל מידי דלא מצי למעבד השתא לא מצי למעבד לאח"ז, משא"כ בדבר שאינו מבורר, דהא אם היתה עכשיו ממנה אותו השליח בשמו הי' מעשי' קיימים לכך יחול ג"כ לאח"ז כשיהי' מבורר, ועי' תוס' פ"ב דנזיר (ד' י"א ע"א) במה שהקשו שם היאך יכול אדם לעשות שליח להפריש חלה כ"ז שלא נתגבל ועדיין הוא קמח, כיון שאינו יכול להפריש בעצמו חלתו קמח וכמ"ש שם בש"ס דכל מאי דלא מצי למעבד השתא לא מצי לשווי' שליח, ותירצו שם דיכול להפריש ע"י שיעשה עיסה אחרת יעו"ש, הרי דכל שיש איזה תקנה מיקרי בידו לעשות:

ד) ומ"מ הי' נראה לענ"ד לומר דגם הרשב"א מודה דבאם אמר בפירוש שיחול השליחות אחר שיתברר מי הוא דמהני, וכדמוכח מדברי התוס' דפ' מרובה והר"ש במס' מע"ש כנ"ל, והרשב"א מיירי בסתם באמרה שמינתה שליח את מי שירצה בעלה ליתן לו הגט יהי' שלוחי אף שיש לפרש דברי' שכיונה שיהיה נעשה שלוחה בעת שיתן בעלה הגט בידו, מ"מ כיון דלא פירשה דברי' אמרינן דמסתמא כוונה שמיד יהי' שלוחה, וא"כ צריך לדון בזה לדין ברירה שבעת שנתרצה בעלה ליתן לו הגט אז למפרע נעשה שלוחה ע"י אמירתה, ואין שייך כאן לומר אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכיון שעכשיו אינו מועיל מטעם א"ב מסתמא כוונה שיהי' חל לאחר זמן, דזה לא שייך רק באומר הרי עלי מנחה מן השעורים דאדם יודע שאין מביאין מנחה מן השעורים כו', משא"כ בזה דלאו כ"ע

דיני ברירה גמירי לידע אם חל ע"פ דין או לא, אבל באם בפי' אמרה שיחול אח"כ, אפשר דגם הרשב"א מודה דבכה"ג לא שייך ברירה, ועי' א"ע סי' קמ"א סעי' מ"ד ובב"ש שם שהביא דברי הרשב"א הנ"ל. והנה לדינא כבר האריך בזה הגאון בעל שאגת ארי' בספרו להביא ראי' דבאם התנה שיחול אח"כ מהני, הא', מהא דאי' פ"ג דקודשין (ד' ס"ב ע"א) האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר לאחר שתתגיירי כו' לאחר שימות בעליך כו' דאינה מקודשת, ומפרש טעמא משום דאין אדם מקנה דבשלב"ל, וקשה מנלי' דטעמא משום הכי הוא, דילמא משום דאין ברירה וכאן תולה בדעת אחרים הוי, וכן הוי תולה במי שחייו ומותו תלוים בידו, כהא דאמר לאחר שימות בעליך והוי זה דומיא דזה גיטך אם מתי כו', אע"כ כיון דא"א לקדושין לחול עכשיו דהא עכשיו אינם בני קדושין כלל וע"כ א"א לקדושין אלו לחול כי אם אחר שתתגייר או לאחר מיתה ושיחרור ולכן מהני דאז הוא כבר מבורר, אבל בזה גיטך אם מתי והריני בועליך ע"מ שירצה אבא כיון דא"א לגט או הקדושין להיות חלין אח"כ דאין גט לאחר מיתה וכן בהריני בועליך כו' כבר כלתה הביאה בעת שירצה האב, וצריך לומר הוברר הדבר למפרע שחלו הקדושין והגט למפרע, לכן שייך זה בדיני ברירה. ולענ"ד אין ראי' זו מכרחת לפי מ"ש למעלה בסימני' הקודמי' וגם הגאון הנ"ל כתב שם כמ"פ בספרו כן, דדין ברירה בספק הוא, לפי מאי דקיי"ל לחלק בין דאורייתא לדרבנן, א"כ היאך תני דאינה מקודשת דמשמע דאפי' ספק קדושין ליכא, והרי יש בה חשש קדושין דשמא יש ברירה וצריכה גט, ולכן הוצרך לפרש מטעם דבשלב"ל דמה"ט אין בה חשש קדושין כלל, וגם לפי מ"ש למעלה בשם הרמב"ן דבתולה בדבר א' לכ"ע יש ברירה אם לא שתלה בדבר שהוא ברצון כמש"ל ג"כ אין ראי', גם למ"ד דתולה בדעת אחרים ג"כ יש ברירה ג"כ אין ראי', ובהא דאם מתי שם הטעם משום דתלה בשעה אחת סמוך למיתתו ואין השעה מבוררת כמ"ש כל זה למעלה באריכות, גם מה שתירץ שם בזה דברי הרמב"ם פ"ז מה' אישות, מ"ש האומר לאשה הרי את מקודשת לי ע"מ שירצה אבא רצה האב מקודשת כו', דקשה הא אין ברירה בדאורייתא, ובש"ס למד משם לר"ש דאית לי' ברירה בתולה בדעת אחרים, ותי' שם כיון דנקט סתמא מיירי בקדושי כסף או שטר דיכול לחול אח"כ וא"כ לכשיבורר שירצה האב הרי זו מקודשת, משא"כ בפ"ג דגיטין בר"ש דמיירי באמר הריני בועליך כו' דהביאה כבר כלתה, ומ"מ קשה להפוסקים האחרונים שכתבו דין זה וכמ"ש בש"ע סי' ל"ח למה לא חילקו בין קידשה בכסף ובשטר או קידשה בביאה, גם קשה דבשטר ג"כ אם נקרע השטר בינתיים קודם שנתגלה רצון האב אין בקדושין כלום וכ"ז הי' להם לפרש:

ה) ובס' פתח הבית שם בדיני ברירה הקשה על הגאון ש"א מהא דפ"ג דגיטין דאותבי' רב הושעיא לר"י מהא דהריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים כו', כיון שהוא הי' סובר דאף לאחר שחיטה יכול להמנות א"כ מאי ראי' משם דכיון שחל אח"כ כשיבורר לכ"ע מהני, ולענ"ד ל"ק מידי דודאי א"א לומר דהי' ס"ד דר' אושעיא דיכול להמנות על הפסח לאחר שחיטה כיון שמשנה מפורשת היא בפ' כ"צ בפסחים וכמ"ש התוס' בכ"מ, דאין סברא לומר דאשתמיט לאמורא משנה מפורשת, ולכן הי' צ"ל שזיכה עכשיו קודם שחיטה, והא דמזכה אחיו עמו כבר כתבנו בסי' י"ז באריכות מה שיש לפרש בכוונת הש"ס בזה. עוד הקשה שם מהא דמביא בפ' בכל מערבין, מע"ש זה מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס כו' דפריך שם דהא אין ברירה, ומאי מקשה דילמא כוונתו שיחול החילול אח"כ כשיעלה מן הכיס ובאמת לא יאכל המע"ש קודם לכן, ולפי מ"ש למעלה דדינו של הרשב"א באשה שמינתה שליח למי שירצה בעלה ליתן הגט דכוונתו כיון שאמרה סתם כוונתה שיהי' שליח תיכף, שכן משמעות לשונה, א"כ א"ש כאן דכיון שאמר מ"ש זה מחולל ולא אמר יהי' מחולל ודאי כוונתו שיהי' מחולל עכשיו וע"כ צ"ל כן, דאל"כ תקשה למה פליגי רבנן ואמרי לא חלל, אלא ודאי דכן כוונת דבריו אם לא כשפירש להדיא, וראי' לזה בהא דפליגי ר"נ ורב הונא באומר מה שבמעי' של פרה זו ל"ק ואם אמר לכשתלד קנה כדאי' בפ' מי שמת (ד' קמ"ב ע"ב), ולמה לא נאמר דגם כשאמר סתם מכור לך הי' כוונתו שיהי' חל המכירה אח"כ לכשתלד אלא ודאי דסתם לשונו משמע מיד:

ו) וע"ש בשאגת ארי' שהקשה בהא דאיתא פ"ק דיומא בהא דתנן ר"י אומר אף אשה אחרת מתקינן לו, ומסיק הש"ס ע"ז דמגרש לתרווייהו, לחדא אמר לה הרי זה גיטך על מנת שלא תמות חברתך, ולחדא אמר לה ע"מ שאכנס לבהכ"נ, וא"כ טורח זה למה ולמה יפסול אחת לכהונה בחנם, והא יכול לקדש אשה אחת על תנאי שאם תמות חברתה יהי' הקדושין חלין מרגע זו שתמות יעו"ש מה שתי' ע"ז בפלפול עמוק. ולענ"ד הי' נראה ליישב בפשיטות דהש"ס שלנו ע"כ סובר דאסור לקדש ביוה"כ עצמו אף דאין שבות במקדש דלא כמ"ש בירושלמי הובא בתוס' שם משום דהוה קונה קנין בשבת, א"כ י"ל דלכך לא תקנו שיקדשנה קודם יוה"כ שיחולו הקדושין ביוה"כ דא"כ ע"כ יהי' קונה קנין בשבת, דודאי אסור למכור חפץ לחבירו בע"ש ולהתנות שיחול המכירה בשבת מטעם הנ"ל, דכיון דיכול לחזור בו קודם חלות המכירה, נמצא שהקנין נעשה בשבת אעפ"י שנעשה ממילא. וראי' לזה ממה דאיתא בא"ח (סי' רנ"ב) בשם המרדכי פ"ק דשבת דביחד לו הישראל לנכרי החפץ שמכר לו מבע"י דאסור להניח לעכו"ם שיוציאם משם

בשבת, וכתב המ"א שם ס"ק ה' הטעם מבואר בהגהת מרדכי שם משום דאכתי לא קנהו עכו"ם עד שיוציאו, וא"כ הוה לי' כמוכרו בשבת ואפי' ליש מתירין דשם היינו משום דס"ל דיחד לו מקום כבר קנהו מאתמול יעו"ש, הרי אף דאין הישראל עושה מעשה בקניינו כלל בשבת והקנין חל ממילא כשמוציאו העכו"ם הוי כמוכרו בשבת וה"ה בנדון זה כשחל הקדושין ביוה"כ, והא ל"ק דא"כ היאך עביד באי מייתא בפלגא דעבודה דקדים איהו ועייל לבהכ"נ ומשווי לה גיטא למפרע מעיו"כ ולא הוה כמגרש ביו"כ כיון דחל מעיקרא הגט:

ז) וע"ש בתשובת ש"א שכתב שיש מקום לפקפק ע"ז מסוגיא דסוף מעילה, וכ' שם שבחיבורו האריך בזה יעו"ש ולא זכינו לאור חיבורו בזה, ובאמת לענ"ד יש לעיין בזה בדברי התוס' שם (ד' כ"א ע"א) בהא דתנן שם, באומר פרוטה בכיס זה הקדש פלוגתא דר"ע וחכמים, דר"ע ס"ל כיון שהוציא הראשונה מעל וחכמים אומרים עד שיוציא כל הכיס, ומודה ר"ע לחכמים באומר פרוטה מן כיס זה הקדש שהוא מוציא והולך עד שמוציא כל הכיס, ושם בש"ס כי אתא רב דימי אמר כו' ר"פ אמר כיסין אלוגין רמי ליה, דתנן הלוקח יין כו', אומר שני לוגין שאני עתיד להפריש וכו', א"ל סיפא באומר לא יפטור כיס זה מן ההקדש כו', ועי' תוס' שם שכ' וז"ל, דס"ד דטעמא דמתני' משום ברירה אעפ"י שאינו מפרש שום דבר ולכך פריך מלוגין דאפי' למ"ד יש ברירה מ"מ דוקא משום שפירש שאני עתיד להפריש אבל בסתמא לא, ומשני באומר לא יפטור כיס זה כו' והוה כמפרש בלוגין ומהני מטעם ברירה, א"נ מטעם זה יועיל אפי' למאן דלית לי' ברירה עכ"ל התוס' שם. ודברים סתומים [עי' מ"ש למעלה סי' ח' סעי' ו' באריכות ביאור הסוגיא שם למה לא הי' קשה בלאו"ה רישא לסיפא]. ונלע"ד דכוונתם דר"ל דרמי לי' לר"י כיסין אלוגין הי' מפרש המשנה דברישא באומר פרוטה בכיס זה הקדש הקדיש עתה פרוטה א' ולא שייך בדין ברירה וכמ"ש למעלה סי' ח' יעו"ש, ולכן ס"ל לרבנן דכולם בספק, ור"ע ס"ל דחייב אש"ת על ספק מעילות כמ"ש התוס' שם, אבל בסיפא באמר פרוטה מן כיס זה כו' הי' כוונתו מה שישאר אח"כ בשביל הקדש יהי' חל הקדש עליו, ומה שיוציא תחילה יהיו חולין להוצאותיו, וס"ל לתנא דמתני' יש ברירה שאותו פרוטה הוא הי' ראוי להיות נשאר באחרונה וחל עליו הקדש מתחלה בעת אמירתו ולכך מוציא והולך כו', וע"ז מקשה שפיר מהא דב' לוגין כו' דר"י ור"י ור"ש אוסרים וס"ל אין ברירה, וע"ז כתבו התוס' דאפי' ר"מ דס"ל יש ברירה היינו במפרש דבריו ומבררם שאמר ב' לוגין שאני עתיד להפריש בזה ס"ל די"ב וכמ"ש התוס' בפ' בכל מערבין ובכ"מ, אבל בגוונא דמתני' דאמר פרוטה מן כיס זה הקדש אינו מברר דבריו שמה שעתיד להוציאו באחרונה רק

סתם כוונתו הי' כן, וא"כ בכה"ג מודה ר"מ דאין ברירה, וע"ז משני הש"ס באומר לא יפטור כו', ר"ל שאמר בפי' שלא יחול ההקדש עד שיוציא האחרונה שבכיס וכ"ז שלא יוציא האחרון לא יחול ההקדש כלל וא"כ הרי זה מברר דבריו ומהני לר"מ דאית לי' ברירה בכה"ג, וע"ז כתבו א"נ, דמהני אפי' למאן דלית לי' ברירה, והוא כמ"ש הגאון הנ"ל דאם פירש שלא יחול הדבר עד שיתברר אז לא שייך בדין ברירה כלל ולכ"ע מהני וכמ"ש התוס' בפ' מרובה וכנ"ל, הרי דלפי"ז לא ברירא להו להתוס' הך דינא, כי לתי' הראשון של התוס' לא מהני, או שיש לפרש שבתי' הראשון כוונתם שלא הי' כוונתו שיחול ההקדש אחר שיוציא האחרונה אלא יחול מיד לכשיוציא האחרונה והוי מברר דבריו, דומיא דהא דב' לוגין שאני עתיד להפריש דמהני למאן דאית לי' ברירה כנ"ל לפרש דבריהם, ואפשר שלזה כוון ג"כ הגאון הנ"ל:

ח) עוד כתב הגאון בעל שאגת ארי' במה דכתב הרוקח הובא בהגהת מיימוני (פ"ו מה' חמץ ומצה) שטוב לומר כל מי שיגיע מצתי לידו הרי הוא שלו במתנה דומיא דמה ששנינו בסוכה, ומלמדין אותם לומר כל מי שיגיע לולבי לידו הרי הוא שלו במתנה, דאף למ"ד אין ברירה ג"כ מהני, משום דכוונתו להקנותו בעת שיגיע לידו ואז כבר מבורר הוא, וכבר קדמו בזה הגאון מהרי"ט בתשובה, ואף שכתבתי למעלה דאם אומר סתם לא אמרינן דהי' כוונתו שיהי' חל לכשיתברר, משום דלאו כ"ע דיני גמירי, מ"מ כאן נראה כמ"ש מהרי"ט שם משום דודאי לא גמר להקנות עד שיגיע לידו דודאי למחר אם הי' מכיר לולב שלו הי' נוטלו, ואם בא אחר ללוקחו [הי'] מעכב בידו, וא"כ ודאי דלא גמר להקנות לו כי אם אחר שיגיע לידו, ולפי מ"ש למעלה בסימנים הקודמים דלדידן דין ברירה ספיקא הוא א"ש בלאו"ה בהך דינא דרוקח, דכיון שיבוא ליד חבירו מצה שלו הוה ספק אי קנה או לא, וא"כ בספיקא דדינא אין מוציאין מיד המוחזק, ובכה"ג לא מקרי גזל כלל דספק גזל לא אסר רחמנא כמ"ש באו"ת סוף דיני תפיסה. [ובמ"א כתבתי טעם לזה אף להפוסקים בכל ספק איסור תורה דאסור מן התורה, מ"מ בספק גזל מותר לגמרי כל שהוא ספיקא דדינא, והטעם דכמו שיש ספק למוחזק, כמו כן יש לתובעו וא"כ א"א לומר דמשום ספק איסור תורה הוא מחויב להחזיר, דמה יועיל דהא אם יחזיר לחבירו יהי' אצלו בספק איסור גזל והארכתי בזה במ"א]:

הג"ה. ועי' פ"ג דקדושין (ד' ס"ג ע"א) דמביא ברייתא דר' ס"ל אדם מקנה דבשלב"ל, דתניא לא תסגיר עבד אל אדוניו בלוקח עבד ע"מ לשחררו הכ' מדבר, ה"ד אמר ר"נ בר"י כגון דכתב לי' לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו. והנה רבי ס"ל דאין ברירה, כדאי' בסוגיא דפ' השולח הבאתי למעלה. וא"כ קשה היאך מהני השחרור למפרע, וצ"ל

דמיירי שהשטר שחרור הוא עדיין אצל העבד עד אחר שקנאו, והרי זה דומה למקדש בשטר מעכשיו ולאחר ל' יום כל שלא נקרע השטר נגמר הקנין אח"כ, וא"כ אף דהוה מתנה על מה שאין בידו שתלוי בדין ברירה כמ"ש רש"י בהא דע"מ שירצה אבא, ובהא דמה היא באותם הימים, מ"מ מהני דהוה כאלו מקנה אחר שיתברר דמהני לכ"ע כמ"ש, ולפי שיטת הרמב"ן דבמתנה על דבר א' לכ"ע יש ברירה א"כ בלאו"ה. ע"כ הג"ה:

סימן כא

דין המתחייב בשטר לכל מוכ"ז אי שייך בזה ברירה:

א) מבואר הוא בח"מ סי' ס"א בשטר שכתוב בו שמתחייב עצמו לכל מי שמוציאו שכל המוציאו גובה בו, ודין זה מקורו מתשובת הרא"ש (כלל כ"ח סי' ח') וכבר האריכו בזה האחרונים, דלכאורה לפי מאי דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא אין בשטר זה ממש, וכבר דברו בזה הראשונים דהר"ן פ"ק דגיטין בסוגיא במעמד שלשתן כתב בשם הרמב"ן דבמע"ש, וכן אי כתב בשטר משתעבדא לך ולכל מאן דאתי מחמתך יכול למחול, והטעם משום דאפי' כתב לי' הכי לא מהני לאשתעבודי בי' מדאורייתא דאין ברירה, וכתב ע"ז הר"ן ז"ל, ולמאי דכתיבנא לא קשיא דכי אמרינן אין ברירה הנ"מ במלתא דאי להאי לאו דהאי, אבל הכא אפשר שיהא משועבד לכל העולם זה אחר זה הלכך לא שייכא הכא ברירה כלל יעו"ש. והנה לשיטת רמב"ן יש לפקפק לכאורה בהא דאיתא בפ' האיש מקדש (ד' מ"ח ע"א) התקדשי לי בשטר חוב או שהי' לו מלוה אצל אחרים כו' ר"מ אומר מקודשת וחכמים אומרים אינה מקודשת, ומסיק שם דפליגי בדשמואל במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו כו' ובמלוה בע"פ פליגי בדרב הונא אי נקנה במעמ"ש, ודקדקו משם התוס' והפוסקים דבמעמ"ש א"י למחול דאל"כ הי' יכול לומר דכ"ע אית להו דר"ה ופליגי אי סמכא דעתה, ולפי שיטת רמב"ן קשה דהי' יכול לאוקמי פלוגתייהו דר"מ ורבנן אזלי לשיטתם, דהתוס' בפ' בכל מערבין ובכ"מ הקשו בהא דהלוקח יין כו' דאית ליה לר"מ ברירה, ובפ' יש בכור גבי חמש סלעים של בן דקאמר הש"ס מספקא לי' לר"מ אי אחין שחלקו לקוחות הם או כיורשים דמו, ותי' שם דר"מ מחלק בין מברר דבריו כמו בהא דאמר ב' לוגין שאני עתיד להפריש דבכה"ג אית לי' ברירה, ובאחין שחלקו דהוי ממילא לית לי' ברירה, וא"כ כאן במע"ש דמפרש הש"ס דהוה כאומר משתעבדנא לך לכל דאתי מחמתך, וא"כ הוי מברר דבריו, וס"ל דבכה"ג יש ברירה מדאורייתא ואינו יכול למחול ולכך ס"ל דמקודשת, וחכמים ס"ל דגם בכה"ג אין ברירה וא"כ לא הוי אלא מדרבנן ויכול למחול ולא סמכא דעתה ולכך ס"ל דאינה מקודשת, ואפשר כיון דלא אתבריר טעמייהו דר"י ור"ש גבי הא דב' לוגין דהא יש לפרש טעמייהו משום בקיעת הנוד, וא"כ

כיון דלא מפרשי הני תנאי דלית להו ברירה במברר דבריו, לכן לא רצה לתרץ דפליגי ר"מ וחכמים בברירה:

ב) ודברי הר"ן הנ"ל צריכין ביאור מ"ש לחלק בין מלתא דאי להאי לאו דהאי כו' משא"כ בשטר שכ' בו לכל המוציאו דיכול להתחייב א"ע לכל העולם בזה אחר זה, דהא ודאי דאין רצונו להתחייב רק לאחד ולא לשנים, רק שיתחייב למי שמוציא השטר, אבל אם כבר הוציאו הא' ושילם לו אין רצונו להתחייב עוד לאיש אחר, א"כ עדיין צריכים אנו לדון בזה דין ברירה. והרי הא דצנועין שאומרים כל המתלקט מזה יהי' הפקר, שם ג"כ לא שייך לומר דאי דהאי לאו דהאי כו' שהרי יכול להיות שהעניים ילקטו כל מה שבכרם וע"ת [זה] הפקיר ואעפ"כ אמרו בש"ס דלמ"ד אין ברירה אין הפקרו הפקר, א"כ כ"ש בהא דמתחייב לכל מי שהוציאו דודאי אין כונתו אלא לשלם לו לבד ולא יותר. וראיתי בס' קצוה"ח סי' ס"א שכ' לפרש דברי הר"ן ע"פ מה שכתב בישו"ש בדיני ברירה לחלק בין דבר העומד להתברר בודאי הן או לאו, דבכה"ג אמרינן ברירה, משא"כ בהא דלאיזה שארצה אגרש או לאיזו שתצא בפתח תחילה, דשם יכול להיות שלא יתרצה לשום אחת מהם או שלא תצא שום א' מהם בפתח תחילה, וכן ב' לוגין שמא לא יבא לידי הפרשה כלל, משא"כ בהא דנתחייב לכל מי שמוציאו שאין התנאי באיש מן האנשים ולברר באיש א' מהם רק כולם ראויים לכך, ואין התנאי רק אם יבוא מחמתו או למי שמוציאו וזה יתברר בודאי או יבוא או לא יעו"ש, ודבריו אינם מובנים דגם בנידון זה דומה הוא לאיזה שתצא בפתח תחילה דגם כאן י"ל אולי לא יוציא השטר שום אחד מהם או שיהי' נאבד או לא ירצה לתובעו כלל וא"כ אין הפרש ביניהם כלל. ולכן נ"ל בכוונת הר"ן שכוונתו כמ"ש בסי' י"ט למעלה בהא דכתב הרשב"א באשה שמינתה עשרה שלוחים בבת א' לכל מי מהם שיבוא הגט לידו יהי' שלוחה דמהני, משום דתיכף נעשה א' מהם שליח בתערובות ורק שאח"כ גילוי מלתא בעלמא הוא שאותו שבא הגט לידו הוא השליח והאחרים נתבטל שליחותם, אבל בתחילה כל א' מהם היה ראוי לכך, והוה כמו הא דפרוטה בכיס זה הקדש וכמ"ש למעלה בשם תוס' רי"ד בקדושין, בהא דא' מב' אחיות מקודשת לי כו', וכמו כן כאן ידע תחילה שא' מן האנשים שבכל העולם בודאי יתבענו החוב ההוא וכבר נשתעבד לו מיד, רק א"י לאיזה מהם ואין לו הקפד לומר דוקא לזה אני משתעבד לאותו שארצה אח"כ או שיעשה מעשה פלוני, כהא דתצא בפתח תחילה שמחוסר מעשה, וקודם לכן אין חל עלי' שם כתיבת הגט, אבל כאן ראוי הוא להתחייב לכל העולם בזא"ז, ר"ל שאין הדבר מחוסר מעשה וגם אין לו קפידא בדבר, והוי כהא

דא' מבנותיך מקודשת לי, ואף שזהו דחוק ליישב כן דברי הר"ן מ"מ נראה דכוון לזה, ועכ"פ נכון הוא בסברא ודו"ק:

סימן כב

דין במה דאמרינן יש ברירה אם קודם שהוברר דין ודאי יש לו או דין ספק:

א) בפ' מי שאחזו (ד' ע"ג ע"ב) בהא דתנן מה היא באותם הימים כו', דר"י אמר כא"א לכל דבריה, ור' יוסי ס"ל מגורשת ואינה מגורשת, וקאמר שם בש"ס ולכי מיית הוי גיטא והא קיי"ל דאין גט לאחר מיתה, ומתרץ אמר רבה באומר מעת שאני בעולם, ופרש"י דר"י ס"ל דסמוך למיתה חייל גיטא ולכך ס"ל דמעיקרא אשת איש גמורה היא, אבל ר' יוסי ס"ל דמשעת נתינה מספקא דילמא זו היא שעה הסמוכה למיתה והוי גט ספק, ואפי' חיי טפי אין ברירה, והתוס' שם הקשו עליו דאם נאמר דר"י ס"ל אין ברירה א"כ כמו ששעה הסמוכה למיתה הוי ספק מגורשת אף על גב שהוברר הדבר לבסוף שאותה שעה [לא] היתה סמוכה למיתה, אעפ"כ הוי ספק כיון דתחילה הי' ספק כמו כן נאמר דגם כי מיית לא ליהוי גט ודאי רק ספק, כיון דבשעה שהיה לגט לחול לא היה מבורר, ועוד דמוכח דמאן דס"ל אין ברירה אין העירוב חל כדאי' בעירובין, כמו כן היה לנו לומר שאין הגט חל לגמרי, ולכן פי' התוס' דר' יוסי מספקא לי' אי הגט חל משעת נתינה או משעה אחת סמוך למיתה כר"י עכ"ל. ובס' תורת גיטין מהגאון מליסא יישב דברי רש"י ז"ל מקושיית התוס', והעלה דבר חדש דדעת רש"י הוא דסברא דיש ברירה לא מהני לומר דחישב כודאי למפרע לענין שיהא כהתראת ודאי לומר דחשיב כודאי לכל אדם, דאף דאמרינן יש ברירה, מ"מ קודם שהוברר הדבר לא חשיב רק כספק איסור, והעובר על דבר זה קודם שהוברר לא הוה רק כעושה ספק איסור, והביא ראי' לזה מהא דאיתא ביבמות (ד' ל"ה ע"ב) דקיי"ל כר"ל דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע. ומ"ש רש"י דר"י ס"ל אין ברירה לאו דוקא הוא אלא ר"ל אף דס"ל יש ברירה מ"מ תחילה הוי כספק איסור, וכל דבריו שם תמוהים לענ"ד, דכיון דאחר שמת לאחר הרבה שעות והוברר הדבר למפרע ששעה זו הי' רחוק הרבה ממיתתו היאך אפשר לדון אותה בספק מגורשת לחייב אש"ת, וגם אם קידשה אחר אז (לא) יצטרך גט ממנו דהא כ"ז שהי' חי הי' לה חזקת א"א, והרי משנה מפורשת דשולח גט ממדה"י נותן לה בחזקת שהוא חי וגם אוכלת בתרומה אף שהניחו חולה אם לא כשהיה גוסס וכ"ש כאן שיש ב' חזקות, חזקת א"א דאשה וחזקת חיים דבעלה, ובודאי בעת שבא עלי' אחר בשעה שהוא חי הוה נדון כבא על אשת איש גמורה, ואם אשת כהן היא אוכלת בתרומה, ואחר שמת אחר כמה שעות דהוברר הדבר

יותר שאז הי' רחוק ממיתתו והיתה א"א בודאי נאמר דמגרע גרע ונידונית רק בספק א"א דק"ו הדברים, אם בעת שלא הוברר הדבר והי' הדבר בספק אולי זו היא שעה אחת סמוך למיתתו אמרינן דהיתה בחזקת א"א גמורה, כ"ש אחר שנתברר הדבר שכן הוא, ואף על גב די"ל דר' יוסי לטעמי' דס"ל דחיישינן שמא ימות כדאי' בפ' כל הגט (ד' כ"ח ע"ב) דס"ל דאסורה לאכול בתרומה משום דלא שייך חזקת חיים, משום שהגט חל שעה אחת קודם מותו, וכמ"ש התוס' בפ' האיש מקדש (ד' מ"ה ע"ב) ד"ה בפירוש כו' ע"ש. מ"מ מוכח משם להיפוך, דהא מה דדייק התם דר' יוסי פליג על ר"מ וס"ל דחיישינן שמא ימות, דייק לה מהא דב' לוגין שאני עתיד להפריש כו', דחייש שמא יבקע הנוד והרי שם קאמר דבאמת ס"ל יש ברירה, ורק דהטעם משום יבקע הנוד משמע דאי לא חיישינן להכי מטעם ברירה לא היה אסור לשתות מן היין אף קודם שהפריש הב' לוגין, ולדבריו בלאו הכי היה אסור דאעפ"י דיש ברירה, מ"מ קודם שהוברר אסור לו לשתות דהוי ספק איסור, והרי ר"מ שם דס"ל יש ברירה באמת ס"ל דמטעם זה מותר לו לשתות מקודם, ור' יוסי גופי' לא אסר אלא מטעם חששא בעלמא דשמא לא יבוא לידי הפרשה כלל ולא יתברר לעולם, אבל בלאו"ה מותר וא"כ היה לו לר"י לומר דבחטאת קאי ולא באשם תלוי.

ב) ומ"ש ראי' לזה מפ' החולץ דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע, לדבריו קשה יותר דהא איתא בפ' בכל מערבין בהא דמתנה על עירובו דמביא שם דתני איו אין אדם מתנה על שני דברים כא' ומקשה שם מ"ש לכאן ולכאן דלא דאין ברירה, מזרח ומערב נמי אין ברירה, ומשני אר"י וכבר בא חכם, ופרש"י שם דאין כאן חשש ברירה, כיון דבעת קניית העירוב הי' החכם לאותו צד רק שחסרה לו ידיעה ואינו אלא גילוי מלתא בעלמא כשישמע למחר יעו"ש, ולדבריו דמדמה להא דחולץ למעוברת א"כ כמו ששם אף שכבר היה העובר במעיה ראוי להיות נפל, מה בכך שלא ידעה [עד] אחר שהפילה אגלאי מלתא למפרע [הוא] כמו בהא דבא חכם. ואין לומר דש"ה דשמא היה הולד ראוי להיות בן קיימא ואח"כ נתהווה שנעשה נפל שהפילתו קודם שנגמר בט' חדשים, א"כ היאך מדמה זה להא דברירה שבאמת הוברר הדבר שהי' שעה זו רחוק ממיתתו. ועוד דלדבריו יקשה יותר דהא ר' יוחנן שם פליג על ר"ל וס"ל (דלא) אמרינן תגלי מלתא למפרע, והוא עצמו ס"ל אין ברירה אפי' בדרבנן כדמוכח בפ' אין משילין ובפ' כל הגט כמ"ש למעלה, אלא ודאי דמחלוקתם שם הוא ענין אחר ואינו ענין כלל לדין ברירה, והוא דר"י ס"ל דכיון דהתורה תלתה חליצה ויבום כל שאין לו בן להיות נקרא שם המת עליו וכאשר נולד אז פוטר אשתו מחליצה ויבום, וכ"ז שלא נולד עדיין זיקת יבום עלי' כ"ז שלא נולד

ורק שא"א לה להתייבם ולחלוץ שמא יהי' לה בן קיימא, וכיון שהפילה נמצא שלא נסתלק ממנה זיקה זו מעלי' מעולם, ואין אנו צריכים כאן לומר הוברר הדבר למפרע שגם תחילה הי' מקצת הזיקה קיימת עלי', וזה עדיף טפי ממ"ש הר"ן ברישׁ השותפין שנדרו דכל שמקצתו מתברר מתחילה ומקצתו בסוף לכ"ע יש ברירה, דכאן כ"ז שלא נולד כל הזיקה עדיין עלי', ולכן ס"ל דתגלי מלתא למפרע, ר"ל דאין זה אלא גילוי מילתא לבד כיון דעיקר מה שתפקע הזיקה הוא בשעת לידה, נמצא כאלו הדבר מבורר מתחילה כשצריך להות מבורר כהא דכבר בא חכם, אבל ר"ל ס"ל דאף אם נאמר בכ"מ יש ברירה כאן לא מהני, דהתורה אמרה ובן אין לו, וכ"ז שהולד חי בקרבה הוי כיש לה בן לענין שאינה בת חליצה ויבום, ורק שאסורה לינשא לשוק דשמא תפיל ולא נפקע הזיקה מכל וכל, ולכן ס"ל דלא שייך כאן לומר תגלי מלתא למפרע, ועי' תוס' בפ' החולץ (ד' ל"ה ע"ב) ד"ה תגלי מה שהקשו מהא דקידש א' מב' אחיות ומה שתי' שם, וע"פ מ"ש יבוארו דבריהם על נכון.

ג) והא דאיתא בפ' הערל (ד' פ' ע"א) אתמר אכל חלב מבן שתים עשרה שנה ויום אחד עד בן שמונה עשרה שנה ונולד בו סימני סריס ולאחר מכאן הביא שתי שערות, רב אמר נעשה סריס למפרע ושמואל אמר קטן הי' באותה שעה, ג"כ אינו ענין לנד"ד, וגם להא דחליצת מעוברת דשם סברת רב כיון דרוב בני אדם מביאין שערות בי"ג שנה וכאן נראו בו סימני סריס אח"כ, אגלאי מלתא למפרע דמה שלא הביא ב' שערות היה מצד שהי' סריס באמת רק שלא נתגלו בו הסימנים, ואינו דומה לחליצת מעוברת דעכ"פ הי' בה ולד ואין שייך לומר ובן אין לו כמ"ש, ושמואל סובר די"ל דבאמת הי' קטן באותה שעה ונעשה גדול אח"כ דסימני סריס שנולדו בו אין מוכיחים דהי' גדול באמת בי"ג שנים דכמה בנ"א יש שמתאחר זמן גדלותם, וכאן מה שלא הביא שערות בזמנו אף שהביא לאח"כ הוא מוכיח שקטן הי' דא"א לומר דמצד סריסות הי' זה דהרי הביא אח"כ. ובזה מבואר ת"ש התוס' שם ד"ה נעשה סריס למפרע דלקי על חלב שאכל ולא חשיב התראת ספק, אף על גב דהיה ספק בשעת התראה שמא יביא שערות קודם י"ח דהשתא אגלאי מלתא למפרע, ולא קשה על דבריהם מהא דאמר ר"ל תגלי מלתא למפרע, לא אמרינן דש"ה דבאמת הי' לה בן בשעת החליצה וכמ"ש, ובזה מתורץ מה שתמה בזה הגאון הנ"ל שם על דברי התוס' ונדחק שם לחלק בחילוקים שונים. ומה שהקשה הגאון הנ"ל על דברי התוס' מהא דלא לקי על המותיר בפסח מטעם התראת ספק ולא אמרינן אגלאי מלתא מעיקרא ל"ק מידי, דשם בעת שעדיין ראוי לאכול וכל רגע ורגע בעמוד ואוכל קאי ולא עשה עדיין שום איסור, דעיקר האיסור ברגע אחרונה של סוף הזמן ומה שלא

אכל כלל אמרינן שמא ברגע אחרונה נשתנה דעתו שלא לאכול ולא שייך לומר אגלאי מלתא למפרע, וכן בהא דהכה את זה וחזר והכה את זה, ג"כ בכל א' יש ספק באמת אם עובר על איסור תורה, אף על גב דלאחר כך שהכה את שניהם נתברר למפרע שעבר על איסור, מ"מ לא נתברר שבעת שהתרו אותו על כל א' הי' איסור ודאי דרק מצד ממנ"פ אמרינן דעשה איסור, וכן בריש פ"ג דמכות בפלוגתא דבטלו ולא בטלו וקיימו ולא קיימו (ד' ט"ז ע"ב) פלוגתא דר"י ור"ל בהתראת ספק שם לא שייך לומר אגלאי מלתא למפרע שבשעת התראה עשה איסור ודאי.

ד) עוד קשה לענ"ד על דברי הגאון הנ"ל מ"ש דלרש"י לר' יוסי קודם שהוברר דין ספק איסור יש עליו, מהא דמביא בפ' בכל מערבין (ד' ל"ז ע"ב) דפריך שם מהא דשני לוגין כו' דר' יוסי לית לי' ברירה מהא דתניא האומר מעשר שני זה מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס כו' הרי זה מחולל, אלמא אית לי' ברירה, ולפי דברי הגאון הנ"ל קשה הא אפי' אית לי' ברירה מ"מ קודם שהוברר אסור לאכול ממ"ש זה דספק איסור יש עליו, וכן בהא דב' לוגין קשה היאך מותר לשתות וכמש"ל, ומה שחילק שם הגאון הנ"ל בין דבר שצריך להיות ודאי לאינשי כגון בגט וכדומה ובין דבר שא"צ להיות ודאי, הוא דוחק גדול לחלק בחילוקים שונים מה שלא נזכר בש"ס, וגם סותר להא שכ' בחליצת מעוברת, דשם ג"כ לא שייך לומר שצריך להיות ודאי לו. ודברי רש"י ז"ל יש ליישב באופן אחר שלא יקשה עליו קושיית התוס', די"ל דמפרש דר' יוסי ס"ל דאין אומרין יש ברירה אלא בתרתי למעליותא שצריך לברר דבריו וגם עתיד הדבר להתברר הן או לאו, ולכך בהא דאם מתי שפי' דבריו שנותן גט אם ימות וגם עתיד להתברר בודאי אם יחי' או לא, לכן בזה יש ברירה ולכן אי מיית חייל גיטא, אבל בהא דאוסר מעת שאני בעולם לא פירש דבריו שיהי' חל שעה אחת קודם מותו רק שאנו מפרשים דבריו שמ"ש מהיום כוונתו לאחר הגט כל מה שיוכל, נמצא שאף שעתיד הדבר להתברר אח"כ השעה הסמוכה למיתתו, מ"מ לא פירש ובירר דבריו בזה לא אמרינן ברירה, ולכן ס"ל דהוה ספק מגורשת, ור"י לטעמיה דס"ל דבמקום דלא אמרינן ברירה הוי ספק, כמו דמוכח בפ' יש בכור, דס"ל באחין שחלקו שהם מחצה יורשים ומחצה לקוחות. ועוד י"ל דמה דס"ל דקודם לכן הוי ספק מגורשת, כמ"ש הריטב"א בחידושיו לפ"ג דגיטין דמ"ש שעה אחת קודם למיתתו אין זה דבר מבורר דאפשר שיהי' מטורף בדעתו איזה ימים קודם דאז א"א לגט לחול שעה אחת קודם מותו, צריך שיחול קודם לכן בעת ששפוי בדעתו ואני צריכין לדון כן בכוונתו אף שלא פי' ולא בירר דבר זה ודו"ק. גם מ"ש הגאון הנ"ל דמה שהביא הש"ס בפ' כל הגט בבעי' דר' אושעיא כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה

דמחלק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים, מהא דמה היא באותם הימים, אינו ממה דס"ל לר"י דמגורשת אלא מהא דס"ל דקודם לכן היא כא"א גמורה דחשבינן כאלו ידוע לו שבאותם שעות לא היה קודם מיתה יעו"ש. הוא תמוה דהוא נגד סוגיית הש"ס שם דקאמר שם תולה בדעת אחרים אית לי' ברירה, דתנן מה היא באותם הימים כו' ולכי מיית הוה גיטא כו' הרי מפורש להיפוך דעיקר הדיוק הוא ממה דס"ל שהיא מגורשת מטעם ברירה, ושוב אחרי כתבי זאת מצאתי בנימוקי יוסף שם כתב דלכך ס"ל לר"ל גבי חליצת מעוברת דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע, משום דבעת שהיא מעוברת אפשר שהולד היה ראוי להולד ולהיות בן קיימא ואח"כ דבר אחר גרם לולד שהי' נפל וכמ"ש למעלה, והנאני שכוונתי לדבריו.

ה) ועיין במשנה למלך (פ"ו מה' גירושין) דחקר שם, באם קידש א' אשה על תנאי באם תעשה דבר פלוני וכדומה וקבע זמן לקיום תנאה אם יכול לגרשה בתוך הזמן, וכתב שם דתליא דין זה במחלוקת הפוסקים, דלשיטת התוס' דבכל מלתא דלא אפשר להתברר עתה דא"א לידע העתידות לא אמרינן תגלי מלתא למפרע, א"כ ה"ה אינו יכול לגרש קודם קיום התנאי, משא"כ לשיטת הנימוקי יוסף י"ל דכאן אמרינן תגלי מלתא למפרע. **הג**"**ה**. ומדברי הגאון מלמ"ל ג"כ סתירה לדברי הגאון מליסא, דהא במקדש על תנאי לכ"ע אם יתקיים התנאי היא א"א גמורה משעת הקידושין, ואין דנין עליו דין ספק א"א קודם לכן, דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי, ואעפ"כ מדמה לה להא דר"ל דאמר דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע, ומ"מ דברי המשנה למלך צריכים ביאור כמ"ש בפנים. ע"כ הג"ה.

ולענ"**ד** אין דברים אלו ברורים כלל דהיאך אפשר לומר דלשיטת התוס' לא יהי' יכול לגרשה, הא כיון דקיי"ל דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואם קיבלה קדושין מאחר אין חוששין לקדושי שני כלל כמ"ש בפי' בש"ס פ' מי שאחזו בגיטין (ד' ע"ד ע"א) פלוגתא דרב הונא ור"י דרב הונא דהלכתא כוותיה ס"ל באומר ע"מ שתתן לי מאתים זוז והיא תתן נ"מ אי פשטה ידה כו', וא"כ היאך אפשר לעשות קדושין אלו להיות ודאי לחצאין ולומר שאין יכול לגרשה, דאם נאמר מטעם דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע גם לענין קדושין הי' לנו לומר דקדושין אחרים חלים אז וכיון שכן קידושין אין נפקעים בלא גט, ועיקר כוונת התוס' מ"ש לחלק בין הא דחליצת מעוברת ובין קידש אחת מב' אחיות, נלע"ד דכוונתם דבחליצה לא תלתה התורה במה שיתברר אח"כ אלא אמרה ובן אין לו כו' ודנין כמו שהוא עתה, וכיון שלא נתנה תורה למה"ש ולא לנביאים לידע העתידות מסתמא כוונת התורה לדון כפי העת שהוא עתה, ועתה לאו בת חליצה ויבום

היא, משא"כ בקידש א' מב' אחיות אפשר להתברר מה שהוא עתה שהרי עכשיו מבורר הוא למי קידש רק שאצלו חסרה הידיעה, אבל בדבר שתלוי בתנאי ותולה התנאי במה שעתיד להיות הרי בפי' תלה הדבר במה שיתברר אח"כ ועל תנאי זה חלין הקדושין עכשיו, ולכן כיון דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי הוי קדושין גמורים למפרע. ובזה מיושב מה שתמה שם הגאון מלמ"ל על הרמ"ה שהביא הטור בא"ע סי' ל"ח, באם אמר ע"מ שירצה אבא ויאמר אין מקודשת אפי' אמר תחילה לא, ולפיכך אם מת הבן אפי' אמר האב אינו רוצה או חולצת או מתייבמת אבל לא מפטרא בלא חליצה דלמא הדר ואמר אין, וכתב שם דלפי' התוס' דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע א"כ גם כאן אינה ראוי' לחליצה יעו"ש. ולפי מ"ש כיון דכאן תלה הדבר בתנאי לפי מה שעתיד להיות דנין לפי מה שהוא אח"כ ולא לפי מה שהוא עתה, אך מטעם אחר הי' נראה דאין יכול לגרש תוך הזמן לפי שיטת ר"י בתוס' פ' כל הגט, באומר לאיזה שארצה אגרש דאפי' למאן דאית ליה ברירה אין הגט כלום משום דבעינן דבשעת כתיבה יהי' מבורר לשמה, א"כ גם כאן כיון שבשעת כתיבת הגט אין ידוע אם היא בת גירושין דשמא לא יתקיים התנאי ואין הגט כלום א"כ אין זה מבורר לשמה, וזה גרע יותר מהא דלאיזו שתצא בפתח תחילה ששם אינו מבורר לשם מי נכתב, אבל עכ"פ נכתב לשם גירושין גמורים מכ"ש בהא דאינו מבורר אם היא בה גירושין כלל, וזה דומה להא דקדשים ששחט לשם חולין או שסבור שהוא חולין דזה נקרא מתעסק דפסול לכ"ע וגרע משלא לשמה וא"כ אין זה מבורר אם הוא בגדר מתעסק או לא, וכבר כתבנו למעלה אם דברי ר"י דפ' כל הגט קיי"ל הכי לדינא יעו"ש:

ו) ועיין בפ' ר"ג ביבמות (ד' נ"ב ע"ב) בהא דאומר כתוב גט לארוסתי כו' ולאשה בעלמא אינו גט, ופרש"י הואיל וכשנכתב לא היה ראוי לגירושין, והתוס' כתבו שם בלשון אחר וז"ל, ואפי' כתוב בו זמן דלאחר נישואין הואיל דאין בידו לגרשה בשעה שעשאו שליח כו' וכתבו שם עוד, דלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל גט זה מהני כמו הא דכתב גט שחרור לעבד וכתב בו לכשאקחך גופך קנוי לך מעכשיו, נראה דדברי תוס' אלו פליגי על מ"ש התוס' בשם ר"י בפ' כל הגט דבעינן מבורר לשמה בשעת כתיבה, דלפי' ר"י אפי' למ"ד אדם מקנה דשלב"ל לא מהני דאין זה מבורר לשמה, והרמב"ם (פ"ג מה' גירושין הלכה ו') כתב וז"ל, אינו גט מפני שלא היתה בת גירושין ממנו כשכתב גט זה ונמצא שלא נכתב לשם גירושין, הרי שכתב כפי' רש"י, ומשמע ג"כ מדבריו דאפי' למ"ד אדם מקנה דשלב"ל לא מהני, ובאמת צ"ע דהא בשטר קדושין בעינן ג"כ שיכתוב לשמה כמ"ש בפ"ק דקדושין (ד' ט' ע"ב) ואעפ"כ מהני למ"ד אדם מקנה דשלב"ל, שהרי בפי' תניא

באמר לה לאחר שיחלוץ לך יבמיך ולאחר שתתגייר כו' דמהני ומשמע דבין במקדשה בכסף או מקדשה בשטר הדין כן, אך לפי שיטת הרמב"ם ורש"י שכתבו משום שאינה בת גירושין צ"ל דשם דוקא במקדשה בכסף הדין כן דשם לא בעינן לשמה אבל בשטר באמת אינה מקודשת, אך בשטר שחרור קשה דהא גם בו בעינן לשמה כמ"ש הרמב"ם (פ"ו מה' עבדים הלכה ה') וכמ"ש ביו"ד (סי' רס"ז סעי' מ"ה), וא"כ איך מהני באמר לכשאקחך כו' והא לא הוי בר שחרור עתה ואין זה לשמה, והי' נראה לענ"ד דהרמב"ם ורש"י מפרשי הא דאמר רבי דמהני בכותב לו לכשאקחך קנוי לך עצמך מעכשיו לא שיהי' משוחרר ע"י שטר זה, אלא דקמ"ל דיכול להקנות דשלב"ל ואסור לו להשתעבד בו לכשיקנה אותו ומחויב לכתוב לו שטר שחרור, וכן משמע מלשון הברייתא דמביא בפ' השולח (ד' מ"ה ע"א) דתניא לא תסגיר עבד אל אדוניו רבי אומר בלוקח עבד ע"מ לשחררו הכ' מדבר, הרי דקראו הכ' עבד, וא"כ ע"כ שעדיין אינו משוחרר רק שהכ' מזהירו שלא להסגירו לאדוניו להשתעבד בו מאחר שכבר הקנה לו גופו והוי כמו מפקיר עבדו ומחוסר גט שחרור, אבל התוס' שכ' דלאו מטעם דמקרי שלא לשמה הוא אלא משום דלא יכול למנות שליח לכתוב הגט במידי דלא מצי למעבד איהו, אולי לשיטתם דזה מיקרי לשמה כיון שכותב זמן שאחר נישואין וכוונתו לגרשה אז לכן כתבו דלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל יכול לגרש ג"כ אשה דעלמא:

ז) ולפ"ז מה שהעלה שם המשנה למלך דדוקא באומר ע"מ שתעשה לי איזה דבר כו' שהוא מחוסר מעשה אינו יכול לגרש תוך זמן מטעם דאין אדם מקנה דשלב"ל, אבל באומר הרי את מקודשת לי מעכשיו ולאחר ל' יום יכול להיות שמגורשת ע"י גט זה מאחר שאינו מחוסר מעשה וזמן ממילא קא אתי, ולפי מ"ש לטעמו של הרמב"ם ורש"י כיון שכ"ז שלא בא הזמן אינו ידוע שבת גירושין היא דאולי תמות קודם הזמן או הוא ימות ולא תבא אלי' לכלל אישות אם כן אין זה מבורר לשמה לפי שיטת ר"י בתוס' שכתבתי וע"ש שכ' המל"מ נ"מ בין הנך ב' טעמי, דלפי טעמו שכ' התוס' דלא מצי למעבד שליח, א"כ למאן דס"ל דלא בעינן שליחות בכתיבת הגט כל שאמר לסופר לכתוב גט והוא בעצמו ימסרנו לה לאחר שיכנסנה הגט כשר, ולשיטת הרמב"ם לא הוי גט משום דאין זה לשמה. ולענ"ד הי' נראה עוד נ"מ דאם אמר לסופר שיכתוב הגט לאחר שיכנסנה דמטעם לשמה הגט כשר דבעת כתיבת הגט אז היא בת גירושין, אבל לטעם שכ' התוס' אינו גט דכל מידי דלא מצי למעבד השתא לא מצי לשווי שליח כמ"ש בפ"ב דנזיר (ד' י"ב ע"א) ע"ש בתוס':

סימן כג

דין ברירה בדרבנן בדבר התלוי ג"כ באיסור דאורייתא אי אמרינן בי' ברירה:

א) איתא במס' ע"ז (ד' מ"ז ע"א וע"ב) מי שהי' ביתו סמוך לבית ע"ז ונפל אסור לבנותו, כיצד יעשה כונס לתוך שלו ארבע אמות ובונה שלו ושל עכו"ם נדון מחצה על מחצה אבניו ועציו ועפרו מטמאים כשרץ כו', ופרש"י ז"ל שם דקאי ג"כ על מה דתני ברישא שלו ושל ע"ז ומטמאים אבניו כו' כשרץ אפי' חלקו לפי שאין ברירה ע"ש, והנה לפי מאי דקיי"ל דבדרבנן יש ברירה א"כ קשה דהא טומאת ע"ז לאו דאורייתא כמ"ש בפ' אמר ר"ע (ד' פ"ג ע"ב) טומאת ע"ז דרבנן לחומרא ולקולא לקולא מקשינן כו' יעו"ש, א"כ למה פי' רש"י דטמא אף חלקו, ולא מבעיא דחלקו אין ראוי להיות טמא דאמרינן יש ברירה בדרבנן, אלא אפי' חלקו של עכו"ם ג"כ ראוי להיות טהור כמ"ש הגאון בעל שאגת ארי' בדין ישראל ועכו"ם שהי' להם חמץ בשותפות דכ' שם, דכיון דדין ברירה ספק הוא גם חלקו של ישראל מותר וכמ"ש למעלה בשמו, משום דבדרבנן אזלינן לקולא ואמרינן להיפך דאין ברירה דשמא החליפו חלקיהם, ואף דחלופי ע"ז אוסרים בהנאה מ"מ אין להם טומאה כלל, ואין לומר דסתם מתני' דע"ז ס"ל דגם בדרבנן אין ברירה דא"כ קשה יהי' מותר הכל מטעם ספיקא דרבנן לקולא. והי' נראה לומר מתוך כך דטעמו של דבר הוא דכיון דספק זה נוגע גם לענין איסור דאורייתא שהוא איסור הנאה שבו ובדאורייתא אין ברירה בספיקא דאורייתא לחומרא, וכיון שלענין איסור הנאה דאורייתא אתה אומר בספק על כל חלק שבו שמא הוא חלקו של עכו"ם א"א לומר לענין טומאה דרבנן לתלות שמא הוא חלקו של ישראל. והנה הרמב"ם ז"ל (פ"ח מה' ע"ז הלכה ה') כתב וז"ל, מי שהיה ביתו סמוך לעכו"ם כו' הי' הכותל שלו ושל עכו"ם נידון מחצה על מחצה מחצה שלו מותר בהנאה ושל עכו"ם אסור בהנאה כו'. וא"כ קשה דבאיסור הנאה שהוא דאורייתא היה לנו לומר דב' החלקים אסורים משום דאין ברירה בדאורייתא, ובכ"מ שם כ' על דברי הרמב"ם, שהוא מן הירושלמי שמפרש כן מ"ש במשנה, נדון מחצה על מחצה דהיינו שיחלקו הכותל לחצאין וכל חלק עכו"ם אסור [ומטמא, אבל רש"י פי' בענין אחר, ומיהו כתב הר"ן דכי שרי בירושלמי ליקח הישראל חצי הכותל ה"מ במכיר אבנים שכנגדו אבל אם אינו מכירם אסור] דאין ברירה, ומיהו מסתברא שיכול למכור לו חלקו בכ"מ שהוא, וא"כ לפי פי' הירושלמי במשנה זו אין דין זה מוכרח, דאף דבאינו מכיר חלקו קיי"ל דהכל אסור בהנאה דאין ברירה בדאורייתא, מ"מ לענין טומאה דרבנן י"ל דחלקו של ישראל אינו מטמא ומתני' לא מיירי בהכי כלל, אבל הר"ן ז"ל שם חוכך

להחמיר כפי' רש"י ז"ל וכ' שם דפשוטה של משנה משמע כפרש"י דתחילה קתני נדון מחצה על מחצה ובתר הכי קתני אבניו ועציו ועפרו כו' יעו"ש. ולענ"ד דברי הר"ן בפי' הירושלמי שפי' כן דברי המשנה הוא תמוה, דאם מיירי במכיר האבנים והעצים שלו א"כ מאי קמ"ל מתני' ולמה תני נדון מחצה על מחצה, דהא לא תלי כלל במחצה דוקא, דמי לא עסקינן דאינו מכיר רק מקצת אבניו לבד וא"כ השאר אסורים והיאך מסתם לה סתומי למתני נידון מחצה על מחצה דוקא, ויותר היה נ"ל דהירושלמי מוקי למתני', כמאן דאית לי' ברירה אפי' בדאורייתא, ומ"מ נראה דאף הר"ן לפי מ"ש עפ"י הירושלמי מודה לדינא לרש"י ז"ל, רק דמפרש מתני' דנקט סתמא נידון מחצה על מחצה דמשמע אף לענין איסור הנאה דאורייתא, ולכך מפרש דמיירי במכיר אבניו וקמ"ל דלא אמרינן שהעכו"ם עבד גם לחצי שלו וכמ"ש הר"ן שם, אבל אם אינו מכיר מודה דגם לענין טומאה ג"כ טמא גם חלקו של ישראל מטעם אין ברירה:

ב) ועפ"ז הי' נראה ליישב דברי הרמב"ם ז"ל (פ"ו מה' אבות הטומאה הלכה ז') שכ' וז"ל, ואעפ"י שאין תקרובות ע"ז של אוכלין בטלים לעולם להתירה בהנאה אם בטלה הרי זו ספק לטומאה כו', והוא בעיא דלא אפשטא בפ' ר' ישמעאל (ד' נ"ב ע"ב) יעו"ש, וכיון דטומאת ע"ז הוא דרבנן קשה דהיה לו להרמב"ם לפסוק דאינה מטמאה ככל תיקו דרבנן לקולא, אבל לפי מ"ש א"ש כיון דטומאת ע"ז באיסור הנאה מישך שייכי אהדדי ואי לא הא לא קיימא הא, לכן פסק בספיקו להחמיר כאלו היה הספק באיסור הנאה שהוא דאורייתא, וכן כתב הרמב"ם (פי"ב מה' כלים דין ט'), כלי מתכות שנטמא בטומאה שהוא ד"ס כגון שנטמא בע"ז וכיוצא בה, ונשבר והתיכו וחזר ועשה ממנו כלי אחר הרי זה ספק אם חזר לטומאתו ישנה כו', והוא ג"כ בעיא דלא אפשיטא בפ' ר' ישמעאל שם ואעפ"כ פסק לחומרא, ועיין במשנה למלך שם (פ"ו מה' אה"ט) שיישב דברי הרמב"ם למה פסק שם לקולא במ"ש שם בדין ד', בנתפרקה והדיוט יכול להחזירה דפסק לקולא דאינה מטמאה אף דהוי ג"כ בעיא דלא אפשטא יעו"ש עוד (פ"ח מה' ע"ז דין ג') לענין בעיא דהשתחוה לחצי דלעת, אבל למעלה סי' ד' הבאתי סתירה לכלל זה בספק דרבנן התלוי ג"כ בספק איסור תורה והבאתי שם דברי הגאון מוהרע"א בתשובתו, בבכור ספק במכירתו לעכו"ם שאח"כ נעשה בו מום דלענין גיזה ועבודה הוי ספק דאורייתא אעפ"כ מיקיל באכילתו כיון דהוי דרבנן, וכ' שם ראי' מדברי מלמ"ל באמר לשלוחו צא וקדש דמותר בקרובות השניות וכ' שם דאין זה מוכרח מן הש"ס:

ג) שוב ראיתי דדין זה באיסור דרבנן התלוי באיסור דאורייתא אי אמרינן בי' ברירה תליא באשלי רברבי ובמחלוקת שנוי', דאי' בפ"ק דפסחים (ד' ט' ע"ב) תשע ציבורין של מצה

וא' של חמץ ואתא עכבר ושקל כו' היינו תשע חנויות, פירש א' ואתי עכבר ושקל היינו סיפא כו', ופרש"י שם דהבעיא הוא לענין בדיקת חמץ דהוא דרבנן דבלקח מן הקבוע הוי כמחצה על מחצה וצריך בדיקה ובנמצא הלך אחר הרוב וא"צ בדיקה, והקשו התוס' על פי' רש"י שם דמאי פשיט מתשע חנויות דהוי ספיקא דאורייתא ואזלינן לחומרא לדיני בדיקה דהוא דרבנן ובספיקו אזלינן לקולא, ולכן פי' התוס' שם דהבעיא הוא אם נמצא החתיכה אם מותר באכילה יעו"ש, והי' נראה ליישב פרש"י דאזיל לשיטתי' דפי' בע"ז דגם לענין טומאה דרבנן אזלינן לחומרא דאין ברירה דגם חלקו אסור [טמא], והיינו משום דאם נלך לקולא לענין זה גם לענין איסור דאורייתא תאמר כן וכיון דהוי תרתי דסתרי לכן החמירו גם לענין טומאה דרבנן, ולכן ס"ל לרש"י דכיון דאנו צריכים להחמיר לענין אם נמצא החתיכה לענין אכילה דהוי ספיקא דאורייתא לכן גם לענין בדיקת חמץ דרבנן ניזל לחומרא, אבל התוס' ס"ל דלא תלי זה בזה דאע"ג דלענין אכילה מחמרינן בספיקו לענין בדיקה אזלינן לקולא, ונמצא דלשיטת התוס' גם בהא דע"ז אף דלענין איסור הנאה אזלינן לחומרא דאין ברירה משום דהוי דאורייתא מ"מ לענין טומאת ע"ז אמרינן יש ברירה דהוי דרבנן, ואף דשם בהא דקאמר אח"ז שני ציבורין א' של חמץ וא' של מצה ולפניהם שני בתים א' בדוק וא' שאינו בדוק ואתו ב' עכברים, א' שקל מצה וא' שקל חמץ ולא ידעינן הי להאי עייל כו', קאמר שם בש"ס דכיון דבדיקת חמץ דרבנן תלינן לקולא שאני אומר דחמץ נכנס לשאינו בדוק אף דיבוא קלקול מזה, דהא אי הוה נמצא החתיכה בבית הבדוק הי' צריך לאסור מספיקא דאורייתא, לא דמיא לזה כלל דהא שם לא נולד ספק בחתיכה ושפיר ניכרים כל חתיכה אם היא מצה או חמץ ורק הספק הוא לאיזה בית נכנס החמץ, וכיון שכן כשנולד הספק לא על החתיכה אנו דנין רק על הבתים, וגם לא יבוא קלקול מזה לספק דאורייתא להקל בו דהא אם יהיה נמצא יהיה ניכר אם הוא חמץ או מצה, אבל בבעיא דט' ציבורין שם אין ניכר בחתיכה עצמה אם הוא חמץ או מצה ונולד הספק בחתיכה ואם הי' נמצא החתיכה יהיה בו ספק ג"כ, ולכן כמו שהולכין לענין אכילה בספיקא להחמיר כמו כן אמרינן לענין בדיקה דרבנן:

ד) ועפ"ז היה נראה לענ"ד ליישב דברי הרמב"ם ז"ל (בפ"ב מה' חמץ ומצה) שפסק שם בהלכה יו"ד בבעי' דתשע ציבורין ופי' כמו שפרש"י ז"ל לענין בדיקה ובלקח מן הקבוע פסק לחומרא, והשיגו הראב"ד ז"ל שם דהא בדיקת חמץ דרבנן וכמו שהקשו התוס' על פרש"י, ובמ"מ שם כ' בשם הרא"ה דשאני בדיקת חמץ כיון שכל עיקרו תקנוהו רבנן על הספק ולכן החמירו בספיקו, וכבר תמה שם בלחם משנה דא"כ למה פסק לקמן בכל הבעיות דבש"ס להקל לענין בדיקת חמץ וע"ש מה שנדחק בזה, אבל לפי מ"ש מבואר

על נכון דלכך פסק בהך דתשע ציבורין בספיקו לחומרא משום דספק זה עצמו הוא ג"כ לענין אכילת החתיכה עצמה שהוא דאורייתא לכך מחמרינן בספיקו גם לענין בדיקה, משא"כ בשאר אבעיות דאין נוגע רק לענין בדיקה ואינו תלוי בספק איסור דאורייתא לכן פסק לקולא כדינו, והא דפסק שם בהלכה י"ב בהניח בזוית זו ומצא בזוית אחרת דצריך בדיקה כת"ק דרשב"ג גבי קרדום שאבד בבית כו', היינו משום דאיכא ריעותא שלא נמצא במקום שהניחו, ולכן כמו ששם חששו שמא בא אחר והניחו שם ולכך חוששין באדם טמא ולא אמרינן שהוא עצמו הניח שם ושכח דבשכחה לא תלינן וכאלו אין כאן ספק דמי, וכן בהא דהניח תשע ומצא עשר ג"כ איכא ריעותא וכאלו לא נולד כלל ספק דמי וכן כתב במשנה למלך שם, ובהא דכתב שם בבא עכבר ושקל וספק נכנס או לא נכנס דפסק לחומרא באמת צ"ע, וכמו שעמדו בזה כל נושאי כליו ותי' ג"כ משום דכל ענין בדיקת חמץ על הספק נתקן ולכן החמירו בו, אבל הוא תמוה דא"כ גבי בעיא דב' בתים א' בדוק וא' שאינו בדוק וב' צבורין א' חמץ וא' מצה וכן בב' בתים בדוקים בצבור א' של חמץ למה פסק לקולא, ומ"ש שם במ"מ דבריו דחוקים מאד דהא ספק על קיל יותר מכל הספיקות, ועי' ביו"ד סי' קי"א בחתיכת איסור וקדירה א' של היתר וספק נפל או לא קיל יותר מכל הבבות הנזכרים שם בב' קדירות של היתר וחתיכה אחת של איסור, וכ"ש דקיל יותר מב' קדירות א' של איסור וא' של היתר, וב' חתיכות א' של איסור וא' של היתר דאמרינן שאני אומר וכמבואר בדברי הפוסקים שם, ונלע"ד דסברת הרמב"ם בכל הנך בעיות דפסק לחומרא כיון דבש"ס בסתמא מדמה להו לדיני טומאה וקאמר שם ספק על ספק לא על היינו בקעה ובפלוגתא כו', ולא חילק שם כמו שאמר למעלה משום דבדיקת חמץ דרבנן מוכח דמדמה לה הש"ס לגמרי ומטעם שכתבתי. וכן בספק על לא דמיא לקדירה של היתר וחתיכה א' של איסור וספק נפל דשם לא אתיילד ריעותא כלל לכן מוקמינן לקדירה בחזרת היתר, אבל כאן מיירי כעין מה דמיירי בבקעה שנכנס לבקעה ורק ספק לו אם נכנס לשדה שהטומאה שם, וסברי רבנן דכל שנכנס בו עכ"פ אף דבאותו שדה שהטומאה שם עכ"פ ספק נכנס הוא, מ"מ אתרע חזקתו כיון דאין כל שדה מחולקת כ"כ במחיצה למיהוי כשדה אחרת לגמרי, ודומיא דהכי מיירי כאן בבירה גדולה שיש בה כמה בתים חלוקים ורק שאין חלוקים לגמרי רק בשם לבד או במחיצות קטנות, ואפי' חלוקים במחיצות גמורות מ"מ כיון שכולם נקרא ע"ש אותה בירה ובטלים לגבה הוי דומיא דשדות הרבה בבקעה גדולה, לכן אתרע חזקה והוי כאלו ודאי נכנס העכבר ורק שא"י היכן הוא ולכן החמיר בספיקו, ובזה מתורצים כל דברי הרמב"ם שם בלי שום פקפוק כלל:

ה) שוב אחרי כותבי זאת מצאתי בס' מגדל עוז שם שכ' בהא דתשע ציבורין שיישב שם השגת הראב"ד שהשיג עליו כמו שהשיגו התוס' על פרש"י, וכתב שם בשם התוס' ב' תירוצים, א' דמיירי בלא ביטל, ותי' ב' כיון דלכי משכח לה להך חתיכה ואתי למיכלה הוי איסורא דאורייתא לכך החמירו ג"כ בבדיקה דכהדדי נינהו, וכ' שם שזה התירוץ יותר נכון, הרי בפי' שכוונתי לדעתו הגדולה. אכן מ"ש בשם התוס' בתוס' שלפנינו לא נמצא תי' זה, ועכ"פ זכינו לדין שנד"ד הוא ספיקא דרבוותא שלפי שיטת התוס' אמרינן ברירה בכה"ג אף דנוגע ג"כ לענין איסור הנאה דאורייתא וכן הוא שיטת הראב"ד, אבל לשיטת הרמב"ם ורש"י וגם לפי מ"ש בשם הגאונים ורי"ץ גיאות לא אמרינן בי' ברירה, ע"ש במ"מ שהביא שהם סוברים כשיטת הרמב"ם, ואף שלפי מ"ש שם בשם הרא"ה בטעמם לא שייך זה לנד"ד, מ"מ נראה כמ"ש וכמו שהעיד בעל מגדול עוז בשם התוס' שמצא כן והסכים לזה שסברא זאת היא עיקר, ובחיבורי [בית יצחק] שחברתי על דיני ס"ס בסי' ע"ב שם כתבתי לחקור ג"כ כעין נד"ד באם יש באיזה דבר ספיקא דרבנן ונוגע ג"כ באותו ענין לספיקא דאורייתא אי אזלינן לקולא בספיקא דרבנן בזה, והבאתי ראיות לכאן ולכאן ואין הכרע וצ"ע לדינא. שוב אחרי כותבי זאת עיינתי ברמב"ם (פ"ו מה' אבות הטומאה הלכה ה') שכ' דין טומאת ע"ז וכתב שם וז"ל, ובית ע"ז עצמו אבניו ועציו ועפרו מטמאים בכזית במגע כו', ולא העתיק לשון המשנה דפ' ג' דע"ז שהיה הכותל של ישראל ושל עכו"ם כו', נראה דס"ל דמ"ש במשנה שם אבניו ועציו כו' לא לאשמעינן דגם חצי של ישראל יקבל טומאה, אלא הא גופא אשמעינן דגם הבית של ע"ז מקבל טומאה ומיירי בשל עכו"ם, ועוד דהא הוא מפרש מ"ש ברישא נידון מחצה על מחצה, מיירי במכיר אבניו וכמש"ל בשם הירושלמי וכמ"ש בעצמו בה' ע"ז, א"כ י"ל דמודה ג"כ דחלקו של ישראל אינו מקבל טומאה עכ"פ דבדרבנן יש ברירה וצ"ע:

ו) וקצת יש להביא ראי' לענין זה מהא דאיתא בפ' העור והרוטב (ד' קכ"ח ע"א), אמר ר' ירמי' הרי אמרו המשתחוה לחצי דלעת אסרה, בעי ר' ירמי' מהו שתעשה יד לחברתה, ופרש"י שם בל"א לענין טומאת עכו"ם קא מבעי' לי' דזו שנעשית עכו"ם הרי היא כשרץ וחצי' השני מיהוי לה יד, ולכאורה קשה לפי' זה למה הוצרך למבעי' בהשתחוה לחצי דלעת שהוא מלתא דל"ש לגמרי ולא נקט כה"ג דמתני' דע"ז שהי' כותל שלו ושל ישראל בשותפות וכשחלקו חלקו אבן אחת מחצה של ישראל ומחצה של עכו"ם, כעין הא דנקט לקמן באבן מנוגעת באבן שבזוית שלו ושל חבירו וקודם שחתכו האבן אם חצי' של ישראל נעשה יד לשל חלק של עכו"ם, אלא ע"כ דאין ברירה דגם חלקו של ישראל מטמא ולכך ליכא למבעי' בכה"ג. שוב ראיתי שאין משם הכרח כלל דנקט משתחוה

לחצי דלעת דאתי' לכ"ע, משא"כ בדין ברירה דלכמה תנאים אין ברירה אפי' בדרבנן אבל לדינא לדידן דקיי"ל דאזלינן לקולא באמת הדין כן:

סימן כד

ביאוש שלא מדעת אי שייך בי' דין ברירה

א) בריש פ"ב דב"מ (ד' כ"א ע"ב) אתמר יאוש שלא מדעת אביי אמר לא הוי יאוש ורבא אמר הוי יאוש כו', כי פליגי בדבר שאין בו סימן אביי אמר לא הוי יאוש דהא לא ידע דנפל מיני' רבא אמר הוי יאוש דלכי ידע דנפל מיני' מיאש, מימר אמר סימנא לית לי בגוי' מהשתא הוא דמיאש ע"כ, לכאורה הי' נראה דדין זה תליא אי אמרינן ברירה או לא, דהא בדבר שיש בו סימן מבואר שם דכ"ע ל"פ אף על גב דמיאש לבסוף לא הוי יאוש כיון דמעיקרא באיסורא אתי לידי', ור"ל שעדיין הי' אז רשות בעלים עליו א"כ במה שמתייאש בסוף בעת שהדבר הוא ברשות המוצאו, בזה לא נקנה למוצאו כלל דלא שייך זכי' מהפקירא, אף על גב דבכ"מ מבואר דיאוש מטעם הפקר הוא, והפקר ודאי דמהני בכה"ג באם מצא דבר שיש בו סימן וכשנודעו בעלים הפקירו בפי' ודאי דמי שהאבידה ברשותו זוכה בה מהפקירא דרשותו קונה לו מטעם חצר, אף על גב דבשעה שבא לרשותו לא הי' מופקר עדיין, וראי' לזה מהא דאי' בפ' הפרה (ד' מ"ט ע"ב) משכונו של גר ביד ישראל כו' דאם מת הגר ואיתא למלוה בחצירו או בחצר המשתמרת חצירו קונה לו כמבואר שם להדיא, ושם מטעם הפקר הוא דנכסי הגר שמת הפקר הם וחצירו קונה לו מטעם הפקר, ואעפ"כ באבידה שיש בה סימן לא קני לי' חצירו במה שמתייאשים בעליו ממנו, ועיין פ' השולח (ד' ל"ט ע"ב) נתייאשתי מפלוני עבדי כו' מבואר שם דיאוש הוי הפקר גמור וכן מוכח בכ"מ, וא"כ קשה למה לא יועיל כאן יאוש אח"כ בדבר שיש בו סימן, ולכאורה הי' נראה לומר דלכך לא מהני כאן יאוש משום דכיון שבעת שבא לידו דבר שיש בו סימן חל עליו מצות השבת אבידה ונתחייב להחזירו שוב אין מועיל יאוש דמיקרי אתי לידי' באיסורא וצריך לקיים מצות השבה כמו דגנב וגזלן דקיי"ל דלא מהני יאוש, ואפי' למ"ד יאוש כדי קני היינו לענין שקונה גוף החפץ אבל נתחייב בדמיו משום דבאיסורא אתי לידי וצריך לקיים מצות והשיב את הגזילה, ולפ"ז היה נראה דאפי' הפקירו אח"כ בפי' לא מהני בגנב וגזלן ולא באבידה. וראיתי בס' פתח הבית בדיני יאוש ענף י"ח שחקר בגנב וגזלן ואח"כ הפקירו הבעלים בפי' וכתב שם דיש סברא לומר דלא מהני הפקר מה שהוא ברשות אחרים כמו דלא מהני הקדש, כמ"ש גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו כו', ושוב דחה זה דאם נאמר כן למה הוצרך לומר רבה טעמא דיאוש כדי לא קנה משום

דבאיסורא אתי לידי' תיפוק לי' משום דלא מהני יאוש כשהוא ברשות אחרים. ובאמת נראה דמהני הפקר דלא דמי להקדש שצריך שיחול על ידי אמירת הבעלים, שהרי אין אדם יכול להקדיש של אחרים וכמ"ש ואיש כי יקדיש את ביתו כו', משא"כ הפקר א"צ לחול ע"י מעשה, דהקדש הוי כמכירה לרשות אחרים כמ"ש בפ' מרובה (ד' ע"ו ע"א) מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים כו', אבל הפקר אינו אלא סילוק רשות בעלמא וממילא נעשה הפקר וכמ"ש בפ"ב דכריתות ובר"פ השולח הנותן מתנה לחבירו כו' ואמר אי אפשי בה כו' כל המקדים בה זכה בה, ולכן מהני אפי' ברשות אחרים, ועיין פ' מרובה (ד' ס"ט ע"א), כל שלקטו ממנו העניים יהא הפקר כו' משמע דמהני הפקר ברשות אחרים, ולכן נ"ל כמ"ש שעיקר הטעם דלכך לא מהני יאוש משום דבאיסורא אתי לידי' ר"ל שמחויב לקיים מצות השבה, ועיין לקמן בפ"ב דב"מ (ד' כ"ו ע"ב) נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה כו', ואף על גב דהדרה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב לי', כבר כתבו התוס' שם דלא קאי רק על לאו דלא תוכל להתעלם בלבד אבל חל עליו עשה דהשב תשיבם, וע"פ מ"ש דהפקר לאו בגדר קנין הוא אלא סילוק רשותו וממילא נעשה הפקר, יובן בזה מ"ש הר"ן רפ"ק דפסחים דהפקר ע"י שליח לא מהני, ובס' פתח הבית דיני שליחות בענף א' תמה למה לא יועיל הפקר ע"י שליח, וע"פ מ"ש יובן הדבר על נכון, דבשלמא דבר שחל ע"י מעשה האדם דוקא יכול לעשות ג"כ ע"י שליח דמעשה ודבור השליח הוי כמו מעשה ודבור משלחו דשלוחו של אדם כמותו כמו בקדושין וגירושין ותרומה והקדש שכולם חלים ע"י מעשה שלו, משא"כ הפקר שאינו אלא סילוק רשות בעליו מעליו מה מועיל מה שהשליח מפקירו ומסלק רשותו כיון שבאמת לא הי' שלו אלא של משלחו:

ב) אך ממ"ש ר"פ הכותב (ד' פ"ג ע"א) בהא דתנן הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך כו' ומקשה שם וכי כתב לי' מאי הוה והא כו' משמע דלא מהני סילוק גופו מדבר שהוא שלו, ש"ה דלשון אין לי עסק בה וידי מסולקת ממנו אינו אלא כמו אומר הרי את לעצמך דלא מהני גבי שדה ואינו אלא לשון סילוק דין ודברים כמ"ש התוס' ר"פ הכותב שם ובפ' חזקת הבתים (ד' מ"ג ע"ב), ועי' פירשב"ם שם משום דהוי כמו לשון תפילה הלואי שלא יהי' לי עסק בה, אבל אם מסלק כחו לגמרי ומכוין שיהי' הפקר לכל ג"כ מהני, דיאוש שאומר ווי לחסרון כיס כמ"ש בפ' א"מ מהני כמו הפקר משום דאומדנא דמוכח הוא דמסלק עצמו לגמרי שלא יהי' רשותו עליו כלל, וראי' לזה מהא דאיתא בפ' בתרא דכריתות (ד' כ"ד ע"א) אמר ר"ל הנותן מתנה לחבירו ואמר הלה אי אפשי בה כל הקודם בה זכה ומפרש התם טעמא משום דהוי הפקר, ועיין תוס' ר"פ השולח (ד' ל"ב

ע"א) ד"ה מבוטלת כו' דאם אמר לבטול לישנא דלהבא מהני כמו הפקר, ועי' בכריתות שם דפריך על ר"ל מהא דתניא האומר דין ודברים אין לי בנכסייך כו' דלא אמר כלום ותי' שם דש"ה דמדין ודברים סילוק נפשי', וע"ש מה דמביא מהא דהכותב נכסיו לאחרים והיו בהם עבדים ואמר הלה אי אפשי בהם כו' דמדמה שם למפקיר עבדו ומחוסר גט שחרור כו', מכל זה ראי' דאין צריך למעשה ודבור רק שסילק רשותו לגמרי מהם מהני מדין הפקר ולכן לא מהני ע"י שליח, והא דאיתא בסוף פ' אין בין המודר א"ר יוחנן דבר תורה הפקר בפני ג' כו' וריב"ל אמר אפי' בא' הוי הפקר כו', דמשמע דאפי' ריב"ל דס"ל דלא בעינן ג' מ"מ בעינן שיהי' א' שומע שמפקירו בפניו אבל לא מהני מה שמפקיר בינו לבין עצמו, כ"ש אם לא הוציא מפיו שמפקיר רק שמפקירו בלבו ומחשבתו דלא מהני, מ"מ כבר כתב הרא"ש בפסקיו שם בשם רבינו שמשון דלריב"ל דהלכתא כוותי' נגד ר"י אפילו בינו לבין עצמו מהני ועי' ברא"ש שם. ועוד נראה דביאוש שאמר ווי לחסרון כיס או בדבר שידוע שנתייאשו בעלים ממנו גם ר' יוחנן מודה דמהני דעיקר טעמו מה דבעי שלשה כדי שיצא הדבר מרשות בעלים, דבלאו"ה לא יצא מרשותו כיון שאין הדבר מפורסם שהפקירו, אבל בדבר הידוע שהפקירו בלבו או שאמר ברבים ווי לחסרון כיס הרי הוא מפורסם שמפקירו ובזה יצא מרשות בעליו מיקרי [הג"ה על הגליון הכ"י], (עיין פ' א"מ ד' ל' ע"ב ד"ה אפקרה שכתבו שהפקר בלבו מהני):

ג) ואחר שנתבאר שיאוש מהני גם כשהוא ברשות אחרים רק היכא דאתי לידי' באיסורא לא מהני משום שנתחייב בהשבתה, א"כ צ"ל לרבא דס"ל דיאוש שלא מדעת מהני בדבר שאין בו סימן הוא דכיון שאחר שנודע לבעליו שאבדה ומתייאש אמרינן הוברר הדבר למפרע שבעת שבא לידי מוצאה היה בהיתר כיון שהוא דבר הראוי להתייאש ממנו, א"כ קשה לפי מאי דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא למה מהני, ואין לומר דבזה פליגי אביי ורבא דאביי דס"ל דלא הוי יאוש ס"ל אין ברירה ורבא ס"ל יש ברירה ולכך קיי"ל בהא כאביי משום דקיי"ל בכל התורה א"ב בדאורייתא, דאין סברא לומר דיחלוק רבא על פסק הלכה דסתמא דגמ' פ' משילין, ועוד דהא רבא ע"כ ס"ל אין ברירה דס"ל האחין שחלקו לקוחות הם כמ"ש בפ"ב דקדושין (ד' מ"ב ע"ב) וכמ"ש התוס' בפ' השולח (ד' מ"ט ע"א), וצ"ל דס"ל לרבא דלא שייך בזה דין ברירה כיון שבעת שבא ליד מוצאו אם היה הבעלים יודעים מזה בודאי היו מתייאשים ממנו ורק דחסר להם הידיעה ואין כאן אלא גילוי מלתא בעלמא, כמו הא דפ' בכל מערבין (ד' ל"ז ע"ב) אם בא חכם למזרח כו' דמשני וכבר בא חכם דאע"ג דהמערב לא ידע מזה אעפ"כ קנה עירובו דחסרון ידיעתו לא מזיק, כיון שאין אנו צריכין לדון לפי מה שיהיה אח"כ אלא כמו שהוא עתה, ועתה הוא דבר

הראוי להתייאש, ואפשר לומר ע"ד חידוד שפלוגתא דאביי ורבא כאן דומה לפלוגתא דר"י ור"ל בחולץ למעוברת והפילה, דר"י ס"ל דהוי חליצה דאמרינן תגלי מלתא למפרע ור"ל ס"ל תגלי מלתא למפרע לא אמרינן, וכמו דשם קיי"ל כר"ל לגבי ר"י כמו כן כאן קיי"ל כאביי נגד רבא, אבל א"א לומר כן דא"כ תקשי דרבא אדרבא, דשם בפ' החולץ (ד' ל"ה ע"א) קאמר רבא עצמו דהלכתא כר"ל בחולץ למעוברת דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע וכאן ס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש, ועוד דקשה דר' יוחנן אדר' יוחנן דכאן ס"ל כאביי דלא הוי יאוש דפריך על רבא מהא דא"ר יוחנן משום ר' ישמעאל בן יהוצדק מנין לאבידה ששטפה נהר כו' ואיסורא דומיא דהיתירא כו' ומסיק בתיובתא. ונוכל לומר לפי מ"ש למעלה בסי' כ"ב באריכות בשם הנימוקי יוסף שכ' דלכך ס"ל לר"ל שם בחולץ למעוברת דלא מהני דלא אמרינן תגלי מלתא למפרע, משום דשמא בעת החליצה היה הולד ראוי להיות בן קיימא ואח"כ נשתנה ע"י סיבה ונעשה נפל ולכך ס"ל שם כר"ל, אבל כאן ביאוש שלא מדעת אינו אלא גילוי מלתא בעלמא דמתחלה היה ראוי להתייאש ממנה כיון דאין בו סימן, אבל אביי ס"ל דאפי' ר"י דס"ל שם דאמרינן תגלי מלתא למפרע היינו משום דעיקר מה שנפטרת מזיקת יבום הוא ע"י שיש לה ולד בן קיימא ראוי להיות נקרא שם המת על נחלתו, וכ"ז שלא נולד ממילא עדיין חל עליו חיוב יבום וחליצה, רק שאסורה לינשא ליבם שמא אח"כ יהיה ולד בן קיימא, וכיון שהפילה אח"כ אגלאי מלתא למפרע שהרי אז ג"כ עדיין הי' עלי' זיקת יבום, משא"כ גבי יאוש שעיקר קנין המוצאו וזכייתו באבידה הוא ע"י יאוש בעלים מטעם הפקר, וכ"ז שלא נודעו לבעלים הרי עדיין לא נעשה הפקר ולא הוציאו הבעלים מרשותם ולכן באיסורא אתי' לידו וזה ברור:

ד) ויש מקום עיון שם בסוגי' זו דפריך שם לאביי מהא דתניא, הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם שלא ברשות כו' אם נמצאו יפות מהם תרומתו תרומה, ואמאי הא בעידנא דתרם לא הוה ידע ומשני תרגמא רבא אליבא דאביי בשוי' שליח, ה"נ מסתברא דאי ס"ד דלא שוי' שליח מי הויא תרומתו תרומה, והא כתיב אתם גם אתם כו' אף שלוחכם לדעתכם כו' ופרש"י שהבעלים מינוהו שליח, וקשה דקארי לה מאי קארי לה, וכי לא ידע דבעינן שליחות בתרומה ובלי מינוי הבעלים לשליחות ודאי דלאו כלום עביד דהא עיקר שליחות ילפינן לה מתרומה וקדשים, כדאי' בריש פ"ב דקדושין (ד' מ"א ע"ב), ועוד קשה, דהא מבואר שם (ד' מ"ב ע"א) דזכין לאדם שלא בפניו וילפינן לה מקרא דונשיא א' למטה כו', וא"כ כל שגילה דעתו אח"כ דניחא ליה בהפרשת תרומתו מיפות, א"כ אגלאי מלתא למפרע דזכות הוא לו וזכין שלא בפניו וזכי' ג"כ מטעם שליחות הוא,

דהרי גם חצר דקונה לאדם במידי דזכות הוא לו הוא מטעם שליחות, כמ"ש בפ"ק דב"מ (ד' י"ב ע"א) חצר משום יד אתרבאי ולא גרע משליחות כו', ועיין בר"ן ר"פ האיש מקדש דהביא ראיות דזכי' עדיפא משליחות, ולכך נראה דחדא קושיא מתורצת בירך חברתה, דהמקשה שהקשה לאביי ס"ל באמת בתורם שלא מדעת חבירו כל שאח"כ נודע שחפץ בשליחותו גם ביפות א"כ זכות הוא לו וזכין שלא בפניו, אך כיון שלא ידעו הבעלים ממה שתרם שלא מדעתו, א"כ הוי כמו יאוש שלא מדעת דלא אמרינן אגלאי מלתא למפרע ונמצא שאז נודע עדיין שזכות הוא לו ואעפ"כ תרומתו תרומה, א"כ מוכח דלא כאביי דבאמת אמרינן בכה"ג תגלי מלתא למפרע, וע"ז משני דשוי' שליח ור"ל שכל דחזינן שרוצים הבעלים ביפות אמרינן מסתמא כשעשאו שליח לתרום היה כוונתו שיתרום מיפות וא"כ היה תחילתו מדעת, וע"ז קאמר ה"נ מסתברא כו', ר"ל דאע"ג דזכי' מטעם שליחות הוא וזכין לאדם שלא בפניו ועדיף משליחות, היינו דוקא במאי דודאי הוי זכות, אבל לתרום משל חבירו בלא דעתו ודאי אדם רוצה לעשות מצוה בעצמו ולא לעשות ע"י אחר, ואף על גב דחזינן דעתו אח"כ דניחא לי' יש לנו לומר דנשתנה דעתו אח"כ, אבל מתחלה לא רצה והוי כדבר שיש בו סימן דמודה רבא דל"מ, אף על גב דנתייאש אח"כ כיון שאין זה דבר שדרכו להתייאש ממנו לא שייך לומר תגלי מלתא למפרע, וכמו כן לתרום תרומה משלו ע"י אחר ודאי דאין דרך בני אדם להתרצות בזה, כיון שאין לו ריוח שתורם משל בעל הבית, ואף שאח"כ רואים אנו שרוצה לא אמרינן בכה"ג תגלי מלתא למפרע אלא ודאי דשוי' שליח וכיון שעשאו שליח סתם ולא הזכיר לו דבר וחזינן אח"כ שנתרצה ביפות אמרינן מסתמא כשעשאו שליח לתרום סתם ולא פי' לו שלא יתרום מיפות, מסתמא היה ניחא בתחילה ע"ז שיתרום ביפות והוי כמו יאוש מדעת, ובזה מפורש לנו סוגיא זו על בורי':

ה) ובזה מתורץ מה שהקשה בס' פתח הבית בדיני שליחות ענף ו', שהקשה למה אמרו זכין לאדם שלא בפניו ושלא מדעתו, ל"מ אי זכי' מטעם שליחות הוא ודאי דל"מ שלא מדעת, דהא ילפינן מקרא דמה אתם לדעתכם כו', אלא אפי' אם נאמר דעדיף משליחות מ"מ לדידן דקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא מהני, א"כ אפי' קנין בעי דעת כו' יעו"ש. ולפי מ"ש ל"ק מידי, דאפי' אם נאמר דזכי' מטעם שליחות הוא ולא דעדיפא מינה, מ"מ כיון דילפינן מקרא דונשיא א' למטה דזכין לאדם שלא מדעתו, דהא התם קטנים הוו דהוי כשלא מדעתם, וכדאי' בקדושין שם, א"כ עכצ"ל דהא דגילה הכ' גבי תרומה דבעינן לדעתכם, היינו משום דאל"כ הוי חובה לו כשתורם משל בעה"ב של"מ, דודאי לא ניחא לי' לבעה"ב שיעשה אחר המצוה ולא הוא, והא דמבעי' לי' בפ' אין בין המודר (ד' ל"ו

ע"ב) התורם משלו על של חבירו אי מהני כו', היינו משום די"ל דודאי ניחא לי' לאדם שירויח שיעור התרומה אף שלא יעשה המצוה בעצמו, א"ד דאפ"ה ניחא לי' לאינש למעבד מצוה בממוני':

ו) והנה תוס' פ"ק דבכורות (ד' י"א ע"א), בהא דאמר ר"ה הפודה פטר חמור של חבירו פדיונו פדוי כו', הקשו הא בנדרים גבי תורם משלו על של חבירו הוא בעיא דלא אפשטא אי מהני ולמה כאן בפדיון פ"ח מהני, ותי' שם דשאני תרומה דכתי' בי' אתם גם אתם מה אתם לדעתכם כו', ועי' במשנה למלך (פ"ד מה' תרומות הלכה ב') תמה שם על דברי התוס' הנ"ל, דהא כל התורה ילפינן שליחות מתרומה ובעינן לדעתכם, ועי' בס' פתח הבית שם שהקשה עוד בדברי התוס', במ"ש לחלק דשאני תרומה דכתי' כו' ובעינן לדעתכם כו', דהא גבי תורם משלו על של חבירו אין הבעיא אם צריך דעת בעלים או לא מן הדין, אלא עיקר הספק שם אי הוי זכות לבעלים או לא יעו"ש. ולפי מ"ש ל"ק מידי, דודאי אין חילוק בין תרומה לשאר דברים, דמ"ש כאן הש"ס ה"נ מסתברא כו' הא כתיב גם אתם כו', היינו משום דכל שלא מדעתם חוב הוא להם כיון שאין מרויחים כלום וניחא להו למעבד מצוה בעצמם כמש"ל, וכמו כן הוא בכל התורה דילפינן לה מתרומה, ועיקר כוונת התוס' דבכורות הוא מבואר ע"פ מ"ש התוס' בפ' מרובה (ד' ס"ח ע"ב) ד"ה הוא דאמר כצנועין, דהקשו שם על מ"ש בש"ס דכרם רבעי א"י לחלל כשהוא ביד אחרים, והא בבכורות קיי"ל דפודה פ"ח של חבירו פדיונו פדוי והיינו אף שלא מדעתו כו', ותי' שם דשאני פ"ח כיון דאסור בהנאה לא נקרא שם בעליו עליו והוה כמו הקדש לענין זה דיכול כל אדם לפדות יעו"ש. וזה בעצמו כוונתם כאן מ"ש דשאני תרומה כו', ר"ל דתרומה כיון שהוא של בעלים ונקרא שמו עליהם ודאי דצריך דעתו, דכמו כן בכל התורה מידי דחל על בעליו והוא שלהם ועושים שליח במקומם צריך שיהא מדעתם, דילפינן מתרומה דכתי' גם אתם כו' לדעתכם דאל"כ אינו בגדר שליח, ומה שהוצרך ללמוד זה מקרא דלא נימא דתי' גם אתם מרבה גם אחרים יכולים לתרום משלו אפי' בלא דעתו, ולזה אמר מה אתם כו' ר"ל כיון שחל על בעליו לעשותו שהתבואה שלהם הוא צריך דין שליחות מדעתו וכן בכל התורה, משא"כ בפ"ח כיון שאין לו שם בעלים כיון דאסור בהנאה לכן לא בעינן דעת בעלים כלל, וזה ברור לענ"ד פי' דברי התוס'. ולפ"ז מה שנראה מדברי הגאון בס' פתח הבית שם דדעתו דיש חילוק בין שליחות דתרומה לשארי שליחות בענין זה אין הדבר כן, וזה ברור לענ"ד:

ז) ודברי הרמב"ם שם (הלכה ג') צריכים ביאור, מ"ש שם התורם שלא ברשות כו' אם בא בעה"ב ואמר לו כלך אצל יפות אם היה שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה כו',

ולא זכר דבעינן דשוי' שליח. וכבר עמדו בזה בכ"מ ובב"י יו"ד סי' של"א והט"ז שם ליישב דברי הרמב"ם בזה, וכלל דבריהם שהרמב"ם סמך על סוגיא דפ"ב דקדושין (ד' נ"ב ע"ב) בההוא דקדיש בפרומא דשכרא דלא הזכיר שם דשוי' שליח, וס"ל דלמסקנא דפ' א"מ שחלקו בין תרומה משום מצוה למה שאינו מצוה, דמשום כיסופא הוא דקאמר שוב ל"צ לאוקמי' בשוי' שליח, אלא דכיון דמצוה הוא וחזינן דניחא לי' ביפות, מסתמא ניחא לי' מעיקרא יעו"ש, וע"ש בביאורי הגר"א. ואני תמה מדוע לא הזכירו כולם דברי הירושלמי פ"ק דתרומות ז"ל. בא אביו ואימן ע"י למפרע נעשה תרומה או מכאן ולהבא נעשה תרומה, נשמעינא מן הדא, הרי שבא בעה"ב ומצאו עומד בתוך שלו, א"ל לקוט לך מן היפים האלו אם היו יפים אינו חושש משום גזל, אית לך למימר למפרע נעשה תרומה, לא מכאן ולהבא ואוף הכא מכאן ולהבא, וע"ש במפרש שפי' דהירושלמי אינו מפרש בשוי' שליח, ולכן ס"ל דמכאן ולהבא הוי תרומה, אבל הש"ס שלנו דמפרש בשוי' שליח לכן מהני גם למפרע, וא"כ קשה מאד על הרמב"ם ז"ל שבכ"מ בהלכותיו דרכו להביא דברי הירושלמי רק במה שהש"ס שלנו חולק עליו, וא"כ כל שיש לנו להשוות הש"ס שלנו שלא יחלוק על הירושלמי צריכים אנו להשוותם ואף בדוחק, וא"כ למה נדחוק לומר דהש"ס שלנו חולק בדינא על הירושלמי, וי"ל לומר שאינו חולק עלי' אלא בפי' הברייתא דש"ס שלנו מפרש בשוי' שליח, לכן מהני למפרע והש"ס דקדושין אינו מוכרח שיחלוק על סוגיא דב"מ, דבכ"מ שיכולים אנו להשוות הסוגיות שלא יחלוקו זע"ז צריכים אנו לדחוק וליישב, וכבר ישבו התוס' דקדושין דגם שם מיירי בשוי' שליח, ולכן לדינא צ"ע, כיון שבלא"ה התוס' חולקים על הרמב"ם שהם מפרשים גם סוגיא דקדושין דמיירי בשוי' שליח וצ"ע:

ח) וע"ד חידוד היה נראה לומר דפלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת הוא דאזלי לשיטתם, דהנה בפ' כל הגט דבעי' רב הושעיא מר"י בתולה בדעת אחרים אי אמרינן ברירה ופשיט לי' ממתני' דלאיזו שארצה אגרש, וקאמר שם אביי דיש חילוק בין תולה בד"ע לתולה בדעת אחרים, ומייתי ראי' מר"י ור"ש דלית להו ברירה ותולה בדעת אחרים אית להו ברירה, ורבא ס"ל מאן דס"ל יש ברירה גם בתולה בד"ע הדין כן, ומאן דס"ל אין ברירה גם בתולה בדעת אחרים א"ב, ור"י ור"ש ס"ל יש ברירה, והא דב' לוגין הטעם משום שמא יבקע הנוד, וא"כ לרבא י"ל כיון דר"י ור"ש ס"ל יש ברירה וגם ר"מ ס"ל כן וגם בתולה בד"ע ס"ל י"ב ואמרינן הוברר הדבר למפרע, לכן גם ביאוש שלא מדעת ג"כ אמרינן אגלאי מלתא למפרע והוי יאוש, אבל אביי דס"ל לחלק בין תולה בד"ע לתולה בדעת אחרים, א"כ ס"ל לר"י ור"י ור"ש דתולה בד"ע א"ב, לכן ס"ל דלא הוי יאוש דלא

אמרינן אגלאי מלתא למפרע, וכיון דקיי"ל באמת א"ב לכן כאן הלכה כאביי, ובתולה בדעת אחרים יש ברירה כמ"ש למעלה דיש פוסקים ס"ל כן, וכן נוטה דעת הרמב"ם כמו שהארכתי במקומו. ובזה א"ש מה דתי' רבא אליבא דאביי בשוי' שליח, מה דקאמר אליבא דאביי קשה, דהא גם לרבא צ"ל כן כמ"ש ה"נ מסתברא כו', אבל לפי מ"ש דאביי ס"ל תולה בדעת אחרים יש ברירה א"ש, דכיון דשוי' שליח הרי הי' תולה בדעת אחרים, וכיון שאח"כ אמר כלך אצל יפות הרי הוא בשעה שעשאו שליח תלה בדעתו אם יתרום מן היפות יהיה תרומה, ותולה בדעת אחרים ס"ל יש ברירה אליבא דכ"ע, ולרבא בלאו"ה א"ש דס"ל יש ברירה בכ"ע, ומ"מ צריך לאוקמי' בשוי' שליח מטעמא דקאמר ה"נ מסתברא כו', וע"פ מ"ש א"ש ההיא סוגיא דקדושין, דההוא דקדיש בפרוזמא דשכרא אתי לקמי' דרבא אמר לא אמרו כלך אצל יפות כו', דלא הזכיר שם דשוי' שליח, ולפי מ"ש א"ש, דשם מיירי דהמקדש הבעל עצמו קדשה בפרוזמא דשכרא של אחרים ורבא אזיל לשיטתי' דס"ל דיש ברירה גם בתולה בדעת עצמו, ולכן א"צ לומר דשוי' שליח, דדוקא בהא דב"מ בתרומה דתרם איש אחר צריך לאוקמי' בשוי' שליח משא"כ שם בקדושין, וכיון דחזינן דנתרצה אח"כ במה דקדש בהם, אמרינן הוברר הדבר למפרע דגם בתחילה נתרצה אף על גב דתולה בד"ע, והא דאמר שם (ד' מ"ב ע"ב) רבא אמר ר"נ האחין שחלקו לקוחות הם א"צ לומר דס"ל אין ברירה, אלא שם מיירי לענין שאם טעו בחלוקה והיה בהם אונאה דלענין זה לא שייך לומר הוברר הדבר כו'. ובזה א"ש קושיית התוס' סוף פ' השולח (ד' מ"ט ע"א), שהקשו לרבא היאך מצא ידיו ורגליו דהוא ס"ל האחין שחלקו לקוחות הם בר"פ האיש מקדש, וג"כ פוסק כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, ולפי מ"ש א"ש דלא ס"ל כלקוחות דמי וענין חזרה ביובל, דהוא ס"ל יש ברירה אלא לענין אונאה ס"ל לקוחות הם ודו"ק:

ט) וצ"ע בהא דאיתא בפ' הדר (ד' ע"א ע"א) בהא דתנן מאימתי נותנין רשות, ב"ש אומרים מבע"י וב"ה אומרים משתחשך, ומפרש עולא מ"ט דב"ה נעשה כאומר כלך אצל יפות, ופרש"י שם דאם נמצא יפות מהם תרומתו תרומה דגלי דעתי' דניחא ליה, ואמרינן כמאן דשוי' שליח מעיקרא הוא, ה"נ כיון דבטיל השתא גלי דעתי' דמעיקרא בשריותא ניחא לי' אלא ששכח ולא עירב ולא הוי לי' אקנויי בשבת. הרי דמשמע מסוגיא זו דבהא דכלך אצל יפות מוקמינן לי' ממסקנא גם בלא שוי' שליח, כיון דמדמה להא ביטל רשות בשבת שלא הי' לו ידיעה מעיקרא כלל, וגם קשה דא"כ זה תליא בדין ברירה, והי' אפשר לומר דב"ש וב"ה לטעמייהו אזלי דפליגי בברירה בהא דהמת בבית ולו פתחים הרבה, דב"ש לית להו ברירה וב"ה אית להו ברירה, אך קשה למסקנא דש"ס התם דלטהר את

הפתחים מכאן ולהבא פליגי, ומ"מ א"ש לדינא דידן דקיי"ל בדרבנן יש ברירה ועירובין דרבנן, אבל לפ"ז לא הוצרך הש"ס כאן לומר משום דהוי כמו כלך אצל יפות והי' לו לומר משום דבדרבנן יש ברירה. ולכן נראה מכאן ישוב לדברי הרמב"ם פ"ד מה' תרומות שהבאתי, שסתם שם דגם בלא שוי' שליח מהני, והקשינו כיון דמדברי הירושלמי מוכח דלא מהני למפרע יש לנו לומר דש"ס שלנו אינו חולק עליו בדינא, וסוגיא דפ' האיש מקדש מיירי בשוי' שליח וכמ"ש התוס' שם כמש"ל. ולפ"ז א"ש, דהרמב"ם סמך על סוגיא דפ' הדר שמוכח מכאן דגם בלא שוי' שליח מהני בכלך אצל יפות, וצ"ל דס"ל דבאמת לפי המסקנא דמסיק הש"ס דהיכא דלא שייך משום כיסופא קאמר להו, אמרינן מדניחא ליה בסוף מסתמא ניחא לי' מעיקרא ג"כ כל דלית לי' פסידה בעשייתו, ולא שייך כאן לומר אין ברירה, דדוקא בליכא אומדנא דמוכח לומר הוברר הדבר שכן הי' דעתו מתחילה, כהא דאיזו שתצא בפתח תחילה או לאיזה שארצה אגרש, דבדבר זה שייך שנוי רצון ושנוי דעת, משא"כ בהפרשת תרומה משום מצוה אמרינן אומדנא דמוכח הוא כמו שרוצה עתה ביפות להדור מצוה, מסתמא הי' רוצה בתחילה אם הי' יודע מזה, כיון שאין כאן אלא חסרון ידיעה לבד אינו אלא גילוי מלתא, וכן בעירוב ודאי דניחא לי' בביטול רשות כדי שלא יאסרו כולם בטלטול ומהיות טוב כו', ועוד שגם הם יכולים לחזור ולבטל רשותם אצלו דקיי"ל מבטלין וחוזרים ומבטלין. והא דקאמר שם בפ' אלו מציאות ה"נ מסתברא כו' העיקר כמ"ש הגר"א והב"י שם דגירסת הרמב"ם שם ותסברא כו', והיינו דלפי קושיית המקשן שהוא מדמה לה ליאוש שלא מדעת, אף דלא שייך שם אומדנא דמוכח דגם מתחילה אם הי' יודע שאבדו הי' מתייאש, כיון דעכ"פ בעת שבאת לידו עדיין לא קנאו משום דלא הי' עדיין יאוש, וא"כ הי' סבור ע"כ דגם בתרומה א"א לומר דאומדנא דמוכח הוא שגם בתחלה הי' רוצה שאל"כ לא הי' מקשה כלום, וע"ז קאמר דלסברתך גם לרבא דס"ל יאוש של"מ מהני, קשה הא בתרומה בעינן שליחות וכיון דליכא אומדנא דמוכח על עת הפרשתו שהי' רוצה בו וא"כ זכי' גמורה א"כ ל"מ תרומתו, וע"כ צ"ל דשוי' שליח והכל לפי סברת המקשן, אבל למסקנא דמביא עובדא דמרי בר איסק ומחלק בין הא די"ל משום כיסופא ובין הא דתרומה משום מצוה, ס"ל להש"ס דלא בעינן דשוי' שליח אלא הכל מטעם אומדנא דמוכח, וא"כ יוצא לנו דין חדש בדיני ברירה דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח שגם מתחלה הי' דעתו כן אמרינן בי' ברירה לכ"ע אף בדאורייתא, ואין זה דומה להא דאיתא ר"פ כיצד משתתפין (ד' פ"ב ע"א) וכל שקיבל עליו מבעו"י כו' ש"מ אין ברירה, דאי יש ברירה תגלי מלתא למפרע דמבעו"י הוה ניחא לי', דש"ה דאין שם אומדנא דמוכח על שעת הנחת העירוב דשמא

יותר היה ניחא לי' תחום ביתו שלא יפסיד לצד שכנגדו, וכהא דאם בא חכם למזרח כו' וזה ברור לענ"ד:

סימן כה

בשותפין שקנו אתרוג בשותפות אי שייך בי' ברירה

א) בפ' יש נוחלין (ד' קל"ז ע"ב) איתא אמר רבה בר"ה האחין שקנו אתרוג בתפוסת הבית נטלו אחד מהם לצאת בו, אם יכול לאוכלו יצא ואם לאו לא יצא ודוקא [דאיכא אתרוג [לכל חד וחד] אבל פריש או רימון לא, והרשב"ם שם מחק גירסא זאת מן הספרים, ולכאורה הי' נראה לקיים גירסת הספרים בפשיטות. לפי מה שביארנו למעלה בסי' ח' דאף למ"ד יש ברירה מ"מ בב' מינים באחין שחלקו אין ברירה לכ"ע כדמוכח במתני' פ"ו דדמאי וכמ"ש שם באריכות, א"כ יש לפרש דה"ק אם יכול לאוכלו דהיינו שיש להם הרבה אתרוגים בתפוסת הבית או שקנו במעות ירושת אביהם, דאז יכול הוא לחלוק בלא דעת חבירו כיון שהם כולם שוים ואין שינוי ביניהם כלל, דבכה"ג אחר שיחלוק ויטול אתרוג א' לעצמו אמרינן ברירה, ואף אם נאמר אין ברירה בדאורייתא, מ"מ הוה כלוקח דגם כן יוצא בו י"ח, אבל אם הי' רק אתרוג אחד וחבירו יטול פריש או רימון, דבכה"ג לא שייך לומר ברירה כיון דהוו ב' מינים, וגם מטעם לקוח א"א לומר דיוצא י"ח כיון שחלק שלא מדעת שותפו, דבכה"ג שיש קפידא בדבר אפשר שלא הי' מתרצה חבירו ליטול פריש או רימון רק לחלוק בשומא או ע"י גורל, וגם נראה דאפי' בדבר שאין מקפידין עליו דיכול אחד לחלוק שלא מדעת חבירו, כעין הא דאמרינן בפ' איזהו נשך זוזי כמאן דפליגי דמי, מ"מ אי חולק שלא מדעת חבירו א"א לומר שיצא י"ח באתרוג זה מטעם דשלו הוא אף למ"ד אין ברירה משום לקוח, דלקוח לא שייך אלא אם חולקין מדעת כולם אבל באם חלק א' שלא בידיעת חבירו, לא שייך בכה"ג לקוח דמאן מכר לו ואין כאן דעת אחרת מקנה לו כלל, ונהי דגזל לא מקרי כיון שאין מקפיד עליו מ"מ לענין שיצא י"ח אתרוג ודאי דלא מהני, דאל"כ יהי' יוצא אדם י"ח אתרוג בשל חבירו ביום טוב ראשון אף שנוטלו שלא מדעת חבירו דודאי לא יקפיד עליו חבירו דניחא לי' לאינש דלעבד מצוה בממונו במידי דלא חסר בי', כיון שיחזירנו לו אחר שיצא י"ח דהא מותר לו לאדם ליקח טלית ותפילין של חבירו לצאת י"ח, מהך טעמא דניחא לו למעבד מצוה כו' כמ"ש הפוסקים, ועיין א"ח (סי' י"ד סעי' ז') דשם הקשו באמת הט"ז ומ"א למה בטלית מותר ליקח שלא מדעת חבירו אף דטלית שאולה פטורה מן הציצית, משום דניחא למעבד מצוה בממונו ויכול לברך עליו, ובלולב ביום טוב ראשון אסור כמ"ש בסי' תרנ"ח, וע"ש מה שחלקו בין דין זה לזה, הט"ז ומ"א שם ס"ק ח'. ועכ"פ מבואר מדבריהם

דבלולב ואתרוג אף על גב דמסתמא אין אדם מקפיד על חבירו לטלו לצאת בו, מ"מ אינו שלו לברך עליו כמ"ש המ"א שם, וא"כ קשה בהא דאחין שקנו אתרוג מה בכך דיכול לאוכלו משום דאין מקפיד עליו מ"מ אין זה שלו לגמרי, וע"כ צ"ל מטעם ברירה אתינן עלה כיון שיש לו באמת חלק בו וכשחולק שלא מדעת חבירו בדברים השוים אמרינן הוברר הדבר שזה חלקו משעה ראשונה, וא"כ קשה לפי מאי דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה, א"כ היאך יוצא י"ח בזה והא אין זה שלו בודאי. ולכן הי' נראה מתוך כך דבר חדש בדיני ברירה דבדברים השוים לגמרי זה כזה ועומדים לחלוק, ואין שום הקפדה בדבר שיכול לחלוק בלא דעת חבירו כמו הא דאמרו באיזהו נשך, זוזי כמאן דפליגי דמי לכ"ע אמרינן ברירה אף בדאורייתא, ולכן אמרו אם יכול לאוכלו כו' ר"ל שדבר שיכול ליקח אותו ולחלק בלא דעת חבירו, דלאו מטעם לקוח אתינן עלי' אמרינן ברירה ולכן יצא בו י"ח:

ב) ועפ"ז הי' מתורץ דברי הרמב"ם (פי"ד מה' עכו"ם) שהבאתי למעלה סי' י"א סעי"ט שהעתיק דברי רב חסדא בעיסה חצי' של עיר הנדחת וחצי' של עיר אחרת דחצי' של עיר אחרת מותר, וכבר תמה עליו הגאון בעל שאגת ארי' בספרו סי' פ"ט דהא ע"כ ר"ח ס"ל דיש ברירה, משא"כ לדידן דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא גם חצי' השניה אסורה, וכבר כתבתי בזה למעלה מה שיש ליישב דברי הרמב"ם, וכעת נראה דשאני עיסה כיון שאין שום הפרש והבדל כלל בין א' לחבירו, שהעיסה כולה גוש א' ויכול לחלוק בודאי בלא דעת חבירו אמרינן בי' ברירה לכ"ע, וי"ל דזהו כוונת לשון הש"ס דקאמר שם ר"ח בסוף חלק, מ"ט, עיסה כמאן דפליגי דמי ר"ל שאין שום הקפד בדבר בחלוקתו, והוא הלשון עצמו שאמרו בפ' א"נ בחלק מעות שלא מדעת חבירו מ"ט זוזי כמאן דפליגי דמי כו' וכמ"ש, ולכן העתיקו הרמב"ם לפסק הלכה, דכיון דהש"ס מביא דברי ר"ח בסתם בסוף חלק ולא קאמר דלא קיי"ל כוותי' לדידן דלית לן ברירה בדאורייתא מוכרחים אנו לחלק כמ"ש, ואין זה דומה לדבר שיש בו קצת הקפד אף שהם דברים שוים דתליא זה בדין ברירה, דאע"ג דחולקים בשוה ואין א' נותן יתרון לחבירו במעות, מ"מ למאן דלית לי' ברירה אינו מועיל, משא"כ בדברים השוים לגמרי בלא שום הפרש ניכר כלל. ועתה יוצא לנו דיש בדין ברירה בכה"ג באחין שחלקו ג' חלוקות, הא', בב' מינים שונים לכ"ע אין ברירה כדמוכח ממתני' דמס' דמאי, והב', בדברים שהם מין א' ושוים בדמיהם שאין השני לוקח דבר אחר כנגד היתרון ששוה אחד יותר, ומ"מ יש בו קצת קפידא שזה חפץ בזה וזה בזה, כעין הא דזוזי טבא ותקולי דפ' א"נ, בכה"ג תליא בדין ברירה ובמחלוקת אי יש ברירה או לא, ולדידן יש בו חילוק בין דאורייתא לדרבנן, והג', הוא דבר השוה בכל

דבר בלי שייכות הקפד כלל בזה לכ"ע אמרינן ברירה אף בדאורייתא, ואין זה דומה להא דאי' בפ' מעשר בהמה דפליג ר"נ ורב ענן בחלקו גדיים נגד גדיים כו' אי אמרינן ברירה או לא, דשם ודאי דא"א שיהיו שוים לגמרי במראה ובקומה ובדמים יש בזה שייכות פלוגתא דברירה וכמ"ש:

ג) אמנם לכאורה יש סתירה לכלל זה מהא דאיתא בפ' משילין בהא דשנים שלקחו חביות ובהמה בשותפות דאי' שם דלמ"ד אין ברירה גם בחביות יין א"ב, אף על גב דודאי הוא דבר שאין בו הקפד כשחולקין היין ביניהם ובזה ודאי דיכול שותף אחד לחלוק בלא דעת חבירו. ולענ"ד דיש לחלק בזה בין דבר גוש או בדבר לח, דבדבר גוש כיון שיכול לחלוק בלא דעת חבירו ואין החלקים מעורבים זה בזה, שפיר י"ל דכיון שכל חלק עומד בפ"ע אין כאן סברא לומר דאין ברירה דאולי חלקו ביד חבירו כיון שאין שום דבר הפרש בין החלקים, לא שייך לומר דהחליפו חלקם אחד בחבירו, משא"כ בדבר לח המעורב יחד דהא ע"כ נתערבו חלקיהם זה בזה, וכל א' יש לו בשל חבירו וכל מה שיחלוק עתה הוא מתערב אח"כ בשל חבירו, וא"כ ע"כ צ"ל דמה שיטול אח"כ הוא הי' שלו מתחילה בזה שייך שפיר לומר אין ברירה, דא"א לומר כמו שחולקין אח"כ כן הי' בתחילה דקודם החלוקה הי' מעורבים ואחר החלוקה אינם מעורבים, ועיקר דין ברירה הוא לומר שכמו שהוא עתה אחר שנשתנה הדבר כמו כן הי' בתחלה, ובדבר לח יש הפרש ניכר בין קודם חלוקה לאחר חלוקה, משא"כ בדבר גוש שאינו מעורב כמו עיסה ואתרוג הנ"ל והוא חילוק נכון לענ"ד. ומ"מ מדברי רשב"ם שכ' שם, דה"ה בנמצא הרבה אתרוגים בעיר או שכבר יצאו ואין צריכים לו עוד ג"כ יכול לאוכלו מקרי ויוצא י"ח לא משמע הכי, דהא שם אין שייך לומר יש ברירה ושהוא שלו מעולם דהוי כב' מינים, כיון שאין עוד אתרוג אחר בשותפות וא"כ מה בכך שאין מקפיד עליו, מ"מ לאו שלו מיקרי וכמו שהקשה המ"א שם, ועיין במ"א סי' תרנ"ח מ"ש לחלק בין שואל טבעת לקדושין ובין שואל לולב מחבירו, דכ' דבעינן שיאמר בפירוש לשם מתנה ועי' מ"ש בס' יד אפרים מהגאון מור"ז מבראד ודברי רשב"ם צ"ע כעת:

ד) והרמב"ם ז"ל (בפ"ח מה' לולב הלכה י"א) כתב וז"ל, שותפין שקנו לולב או אתרוג בשותפות אין א' מהם יוצא י"ח כו', האחין שקנו אתרוגים מתפוסת הבית כו' אם יכול לאוכלו ואין האחים מקפידים בכך יצא, ואם היו מקפידין כו' ואם קנה זה אתרוג וזה פרישׁ, או שקנו כאחד אתרוג ורימון ופריש כו' אינו יוצא כו', ואעפ"י שאם אכלו אין מקפידין עליו עכ"ל. ודבריו צריכים ביאור שכיון שבקפידא תליא מלתא א"כ בסיפא בקנו אתרוג ורימון למה לא יצא י"ח, כיון שאין מקפידין עליו אם יאכלנו, והתוס' שם

כתבו בפירוש דלכך באתרוג ורימון ופריש לא יצא משום דכיון דאין להם אתרוגים אחרים הם מקפידין עליו, מסתמא מוכח דלא ס"ל כדעת הרמב"ם, ולפי מ"ש דברי הרמב"ם נכונים מאד, דבאמת הא דאין מקפידין עליו לחוד לא מהני לו שיצא י"ח דמה בכך מ"מ לאו שלו מיקרי וכמש"ל, לכן פי' דתרתי בעינן דהיינו שיהי' להם אתרוגים הרבה וגם לא יקפידו עליו, ור"ל שיהיו כולם שוין בכל דבר ולא יהי' שום הקפד בחלוקתם לומר כל אחד מהם אתרוג זה אני רוצה, ולכן בכה"ג כיון דיכול לחלוק בלא דעת חבירו אמרינן ברירה דשלו הוא מעולם. משא"כ באתרוג ורימון ופריש אף דאין מקפידין עליו, מ"מ לאו שלו מקרי כיון דלאו מין א' הם ולא שייך לומר בזה ברירה, ולכן צריך שיטלנו בדרך חלוקה ברשות חבירו דהוי כמוכרו לו או שיתן לו במתנה, ועיין בס' לחם משנה שם מה שפי' דברי הרמב"ם ונדחק שם מאד ליישב דבריו להשוותם עם דברי התוס' ודבריו מגוגממים שם ולפי מ"ש א"ש:

ה) והמ"מ שם הביא דברי הרשב"א וז"ל, ומסתברא לי דהא דאחין בשלא לקחוהו לצאת בו הוא אלא לאוכלו ולהריח בו, אבל לקחוהו לצאת בו ודאי בכל גוונא יוצאין בו דאמרינן יש ברירה, שהרי בשעה שלקחוהו היו יודעים שאינו ראוי ליחלק, וע"ד כן לקחוהו שבשעה שיטלנו כל אחד מהם לצאת בו שיהי' כולו שלו, דומיא דשותפין שנדרו הנאה זה מזה שהם נכנסים לחצר של שניהן שאין בה דין חלוקה כו', והטעם שיש ברירה שבשעה שלקחוהו ע"ד כן נשתתפו שבשעה שא' מהם נכנס יהי' מקום דריסתו שלו ואף בלולב כיוצא בו כו' עכ"ל. ולפ"ז צריכין אנו לדון כאן כמו שכבר פלפלו בזה הראשונים והר"ן ז"ל בפ' השותפין דהא בדאורייתא אין ברירה, ודברי הרשב"א הנ"ל מורים כדברי רשב"א הצרפתי שהביא הרא"ש בפסקיו בפ' השותפין שם, שכ' דלכך מותרים לכנוס בחצר שאין בו דין חלוקה דכל א' כשנכנס בשלו נכנס, דמתחילה ע"ד כן קנאוהו כיון דאין כל אחד מהם יכול לכופו לחלוק, ומ"מ אין הדמיון שוה לשם, דשם כל א' כשנכנס ומשתמש בכל החצר א"צ שיהי' נקנה לו אז החצר לגמרי קנין עצמי שיהי' שלו לגמרי, רק שיהי' שלו לאותו תשמיש לבד ובזה נקרא שיש לו קנין הגוף בחצר וכמ"ש הר"ן שם בריש השותפין באריכות, אבל באתרוג דבעינן שיהי' שלו לגמרי לכל דבר מגזירת הכ' אין שייך זה, דהא א"א לומר לכל א' מהם שהוא שלו לגמרי דאי דמר לאו דמר, אך צ"ל דכיון דקיי"ל דאם נותן לו מתנה ע"מ להחזיר דמועיל גבי אתרוג ומקרי שלו, ולכך אמרינן דכשקנאוהו לצאת בו הוי כאלו פירשו בשעת הקנין שכל א' כשישתמש בו לצאת בו יהי' שלו, וחלקו יהי' נתון לו במתנה ע"מ להחזיר באותה שעה, וא"כ צריכין אנו לכאן לדין ברירה, ולומר הוברר הדבר שאותו הרגע שנוטלו לצאת בו, שאל רגע זו

כוונו בעת הקנין שתהי' אותה רגע קנוי' לו, וא"כ אין מדברי רשב"א הצרפתי שהביא הרא"ש שם ראי' לדין זה, דהתם שאני דכיון שכבר קנאוהו מתחילה אמרינן דעי"ז אין לו כח לאסור חלקו על חבירו, דהוי כאוסר חלק חבירו על חבירו וכמ"ש הרא"ש שם, משא"כ כאן דלא מיירי מצד איסור הנאה רק דבעינן שיהיה שלו מגזירת הכ' עדיין לא פלטינן מדין ברירה, אך לפי מ"ש הר"ן שם טעם אחר בכה"ג שכיון שרוב הענין נתברר בתחילה ומקצתו מתברר לאחר זמן, שגם בתחילה ידעו שבכל שעה יהי' כל א' מהם משתמש בכולו ורק שלא הובר עדיין איזה רגע ואיזה שעה תהי' קנוי' לו, ואח"כ בעת שמשתמש נגמר הבירור שזהו הרגע שנקנה לו בתחילה ובכה"ג אמרינן ברירה, וא"כ בההיא דאתרוג ג"כ י"ל כן. ובזה מיושב לענ"ד דברי הרמב"ם שמסתימת דבריו שלא חילק בין אם קנו האתרוג לאכילה או לצאת בו [משמע] דבכל גוונא ס"ל דלא יצא י"ח, ובהא דשותפין שנדרו הנאה זה מזה פסק כראב"י דמתני' דמותרים ליכנס לחצר כשאין בו דין חלוקה. ולכאורה הוא סותר לדין זה דאתרוג שקנו לצאת בו, אבל לפי מ"ש י"ל דאפשר דהרמב"ם ז"ל ס"ל כטעמו של הרשב"א הצרפתי דטעם זה לא שייך רק בהא דשותפין בחצר אבל לא בהא דאתרוג ודו"ק, ועיין מ"ש למעלה סי' י"ב סעי' ו' באריכות טעם אחר בהא דקנו אתרוג בשותפות משום דהוי כהתנו שבעת שיקחנו כל א' לצאת בו יהי' אז קנוי לו במתנה חלקו ולא למפרע משעה שקנו, וא"כ אין אנו צריכים לומר הוברר הדבר למפרע והמתנה חלה אחר שהוברר, ועי' בסי' כ' שכתבתי מזה ג"כ באריכות:

סימן כו

בדין שותפין בבור לענין חיובא דבור בניזקין:

א) בפ' שור שנגח את הפרה (ד' נ"א ע"ב) בפיסקא דמתני' בור של שני שותפין עבר עליו הראשון ולא כסהו כו', וראשון מאימת מפטר רבה ור"י דאמרי תרוייהו כו', חד אמר משמניחו משתמש וחד אמר משימסור לו דליו, כתנאי המדלה מים מן הבור ובא חבירו ואמר לו הנח לי ואני אדלה כיון שהניחו משתמש פטור, ראב"י אומר משימסור לו דליו, במאי קא מפליגי ראב"י סבר יש ברירה והאי מדידי' קא ממלא והאי מדידי' קא ממלא, ורבנן סברי אין ברירה ופרש"י, דת"ק ס"ל אין ברירה ולכן נעשה השני שומר גם על חלקו של ראשון, כיון שהוא משתמש ג"כ בחלקו של ראשון, אבל ראב"י אזיל לטעמי' דס"ל יש ברירה וכשהוא משתמש איכא למימר דמשתמש בחלקו לבד. והנה צ"ע לפי מש"ל בסימנים שעברו דלמ"ד אין ברירה הוא בגדר ספק, ואף למ"ד א"ב אפי' בדרבנן דס"ל דמתורת ודאי הוא, מ"מ בכה"ג באחין ושותפין שחולקין ודאי דאין שייך לומר כאן תורת ודאי, דאין שייך לומר דודאי החליפו חלקיהם, וא"כ הא ודאי דראשון

מפטר משהניחו משתמש דיכול לומר אולי בשלי נשתמש ונעשה שומר ג"כ על חלקי והמע"ה, אבל השני למה יתחייב בכל ההיזק, דהא יכול לומר אולי בחלקי לבד אני משתמש ואיני שומר על חלק חבירי ואיני חייב לשלם רק חצי ההיזק. ויש בזה מקום חקירה לפי מאי דקיי"ל כר' נתן דס"ל דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי כמ"ש שם (ד' נ"ג ע"א וע"ב), וא"כ יש לחלק בין אם הבור יש בו מים הרבה, דבמחצה לבד יש בו כדי להזיק וא"כ האי כולי' הזיקא עביד והאי כולי הזיקא עביד, ושפיר י"ל כיון דליכא לאשתלומי מן הראשון משתלם מן השני, אבל אם אין בחלקו כדי להזיק א"כ האי פלגא הזיקא עביד כו' ופטור השני ממחצית השני'. ולכאורה הי' נראה דזה תליא במחלוקת הפוסקים הנזכרים בח"מ (סי' ת"י סעי' ל"ז) דשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא, אלא שהאחד ברח או שאין לו במה לשלם דלדיעה ראשונה דס"ל דמשלם השני והוא דעת הרמ"ה הובא בטו"ר ח"מ שם, וא"כ ה"ה בנד"ד כיון דהראשון פטור מטעם דיכול לומר המע"ה, אף דהשני יכול לומר אולי גם הראשון חייב, מ"מ לא גרע מאין לו במה לשלם או שברח דחייב ג"כ, אבל לדיעה שניה שהביא שם והוא דעת הטור דחולק שם על הרמ"ה, וס"ל כיון דבאמת הראשון בר חיובא הוא ורק דאין לו במה לשלם, [גם בנד"ד אין לחייב השני בכל ההיזק דשמא גם הראשון חייב], גם אין לחייבו מצד חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, דמקצת חייב בודאי והמחצה השני' הוא בספק, דלא הוה מחויב שבועה ואיל"מ, כיון דספק זה הוא מחמת דינא דברירה, ובכה"ג דגם התובע א"י לא מחייב שבועה כלל, אך אפשר לומר כיון דעכ"פ פטור הראשון יהיה מאיזה טעם שיהי' אף דהוא מחמת ספק מ"מ י"ל דהוי כאינו בר חיובא:

ב) וצ"ע בהא דאיתא פ"ק דב"ק (ד' י"ג ע"א) א"ר אבא שלמים שהזיקו גובה מבשרם ואינה גובה מאימוריהן, ומסיק שם דהיינו דאינו גובה מבשרן נגד אימוריהם, אפי' לר"נ דאמר כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי, משום דאיכא למימר אטו בשר אזיק אימורין לא אזיק, ופסקו הרמב"ם (פ"ח מה' נזקי ממון הלכה ב'), וצ"ל דס"ל דהאי פלגא הזיקא והאי פלגא הזיקא עביד, דאל"כ הא קיי"ל כר"נ אפי' היכא דליכא סברא דאנא תוראי בבירא אשכחתי', דהא בשור ושור פסולי המוקדשין שנגחו קיי"ל דגובה כולו משור הדיוט כמ"ש הרמב"ם שם (פי"ב הלכה כ"א), ומדסתם הש"ס בשלמים שהזיקו אף דאם השור הוא גדול מאד עד שאם הי' מנכה שיעור האימורים הי' בו כדי להזיק, אעפ"כ מיקרי דעביד פלגא הזיקא, כיון דגוף אחד הוא דהוי כאלו עשה חצי ההיזק, וא"כ בנד"ד שניזוק במים שהם מעורבים יחד חלקו של זה ושל זה, אף דיש במחצית המים לבד כדי להזיק, ג"כ מיקרי דעביד פלגא הזיקא וא"כ אפי' לדעה

ב' שהוא דעת הרמ"ה ג"כ פטור. אבל לשיטת התוס' נלע"ד להיפוך דאפי' אין בחלק האחד כדי להזיק, ג"כ צריך לשלם כולו מדר"נ דמשמע מדבריהם בפ"ק שם (ד' י"ג ע"א) דמה דאמרינן האי כולי הזיקא עביד, היינו כיון דאם לא הי' השני לא היה בא לידי היזק כלל הוי כאלו כולא הזיקא עביד, ופי' שם דר' אבא דס"ל דאינו גובה מבשרן נגד חלק האימורים היינו משום דס"ל האי פלגא הזיקא עביד כו', והנה התוס' כתבו שם בפ' שור שנגח (ד' נ"ג ע"ב) ד"ה הא כרבנן, דאביי ורבינא ס"ל האי כולי הזיקא עביד כו' מדמחייבי בשור ושור פסולי המוקדשין אף על גב דלא שייך כאן טעמא דתוראי בבירך אשכחתי' וא"כ צ"ל דהם פליגי באמת אר' אבא וס"ל דגובה מבשרם נגד אימוריהם, וכיון דאביי ורבינא הוי בתראי נגד ר' אבא הי' נראה דהלכתא כוותייהו, וא"כ בנד"ד חייב השני בכולו מדר"נ, אך לפי מה שנתבאר דתליא בב' דעות שבסי' ת"י בח"מ א"כ צ"ע לדינא:

ג) ואני בעניות דעתי לא ירדתי לסוף דעת הפוסקים בכאן שפסקו כראב"י, דראשון לא מפטר אלא משמסר לו דליו לשני, והיינו משום דבש"ס קאמר ואזדא לטעמייהו דתנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה כו', וכמו דפסקינן שם כראב"י דבשלו הוא נכנס דיש ברירה, כמו כן הלכתא כוותי' בהא דמדלה מים דאמרינן בשלו הוא משתמש. ולענ"ד הדבר תמוה דממנ"פ במה מיירי, אי בבור שיש בו מים מכונסים כסתם בור שבש"ס, א"כ אין זה דומה להא דשותפין בחצר לדידן דקיי"ל לדינא אין ברירה בדאורייתא, לפי מ"ש הראשונים בטעמא דהא מלתא דפסקינן כראב"י בשותפין בחצר אף על גב דקיי"ל אין ברירה, והיינו או כשיטת ר"ת דקיי"ל כוותי' ולאו מטעמי' אלא משום דקיי"ל ויתור מותר במודר הנאה, א"כ אין זה שייכות להא דמדלה מים, ושם ודאי דקיי"ל אין ברירה, ולפי תי' הרשב"א הצרפתי שהביא הרא"ש בנדרים משום דתחילה ע"ד כן קנאוהו, שיהי' כל אחד משתמש בכל החצר כו' יעו"ש, דזה אין שייך בבור מים מכונסים שהם חולקין במים שבו ואין א' יכול ליטול כל המים, וזה ממש דומה להא דפ' משילין בשנים שלקחו חביות של יין בשותפות דלמ"ד אין ברירה גם שם אין ברירה, ורק דאנן פסקינן שם לקולא משום דעירובין דרבנן ובדרבנן יש ברירה כדאי' שם, וא"כ בדיני תשלומי ניזקין ודאי דקיי"ל אין ברירה והוי ספיקא דדינא וכמו שית', וכן לתי' של הר"ן ז"ל שכתב דלכך קיי"ל כראב"י שם בנדרים משום דאינו דומה לשאר ברירות שבש"ס דכאן רובו מתברר מתחילה שמתחילה ע"ד [כן] קנאוהו, וכאלו פי' שבכל עת שישתמש הא' בחצר יהי' כולו שלו, ורק דאינו מתברר הרגע שישתמש והוא מיעוט המתברר לאח"ז וכ"ז לא שייך בשותפין בבור מים מכונסים, דדוקא בחצר שאינו מתמעט חלקו של א' ע"י תשמיש הב', אמרינן דהוי כאלו התנו שבכל עת שהוא ישתמש יהי' כולו שלו וגם חלקו

ינתן לו במתנה, משא"כ במים מכונסים א"א לומר שהתנו שבכל עת שידלה א' מהם מים יהי' כולו שלו, דודאי אין לו רשות ליקח כל המים ועכ"פ אינו שומר אלא על חלק מים שלו לבד, והוי דומה ממש להא דפ' משילין בב' שלקחו חביות כמ"ש, וכאן צ"ל דין ברירה ממש הוברר הדבר שמים ששואב הוא חלקו, ואם נאמר אין ברירה א"כ י"ל שמא לוקח מים של חלק חבירו ונעשה שומר גם עליו. ולפ"ז הי' נראה דכיון דש"ס שלנו מדמה דין מדלה מים מן הבור להא דשותפין בחצר, ס"ל דבאמת ראב"י ס"ל בכל התורה יש ברירה גם בדאורייתא, ורק דאנן פסקינן כוותי' רק בהא דנדרים ולא מטעמי', אלא כפי הטעמים שנתנו לזה וא"כ קשה על הפוסקים שפסקו כאן דלא מפטר הראשון עד שימסור דליו לשני:

ד) ואם נאמר דמ"ש מדלה מים מן הבור לאו דוקא נקט בור דהוי מים מכונסין, אלא מיירי בבאר של מים נובעין תמיד, ויכול כל אחד מהם לשאוב כל המים שבבאר ותיכף יבואו בו מים נובעים אחרים, ובזה הוא דומה לחצר השותפין שאין בו דין חלוקה שאין דרך לחלוק המים, כיון שהמים אין להם הפסק אינו מקפיד אם נוטל כל א' כל המים שבו, ושייך בו ג"כ טעמו של הרשב"א הצרפתי ושל הר"ן הנ"ל, אבל ג"כ יש לתמוה מאוד דהא לפי טעם שכתב הר"ן דהוי כאלו התנו תחילה שבכל עת שישתמש כל א' יהי' כולו שלו, א"כ אדרבא כאן הי' לו לשני להתחייב בכולו מעת שמניחו משתמש דאיגלאי מלתא למפרע שאותו רגע כל הבור שלו ונתחייב בהיזיקו בכולו והראשון פטור לגמרי, וגם בכה"ג יש ברירה כיון שרובו נתברר מתחילתו וכמש"ל, וכן לטעמי' של הרשב"א שכ' דהוי כאלו התנו תחילה שכל א' ישתמש בכל החצר, ולכן א"י לאסור עליו בהנאה דהוי כמו אוסר חלקו של חבירו על חבירו, ג"כ לא שייך זה בהא דחיוב תשלומין בבור. ובהיות כן תמוה מאד מ"ש הראש בפסקיו שם דהא דמדלה מים בבור ג"כ דומה לזה דהוי כולו מיוחד לתשמישו של כל א', דלפ"ז אדרבא הי' לו לראב"י לומר שחייב רק השני ולא הראשון וכמ"ש, וכ"ש לפי מ"ש בסי' הקודם בשם המ"מ בהא דשותפין שקנו אתרוג בשותפות דהוי כאלו התנו שכל א' כשירצה לצאת בו י"ח יהי' כולו שלו, א"כ גם כאן נימא הכי דיתחייב רק השני.

הג"ח. ומזה יש לתמוה ג"כ על הגאון בעל מק"ח בה"פ סי' תמ"ח, שכ' לתרץ דברי הרמב"ם בהא דעיסה חצי' של עיר הנדחת כו' שכ' שם לחלק בין שותפין בחצר דשם שייך לומר יש ברירה כראב"י, מהטעם שכתבו הפוסקים דהוה כאלו התנו שמחצה שיפול בגורלו יהי' מעכשיו שלך, משא"כ בדבר הנבלל ומעורב שע"כ הם מעורבים החלקים, ובזה תי' שם הא דמטמא ומדמע ומנסך דפ"ב דחולין באית לי' שותפות בגוי'

וזה אינו, דהא כאן מדמינן הא דמדלה מים מן הבור להא דשותפין בחצר וכמ"ש. ובאמת צ"ל דמה שפסקו הפוסקים במדלה מים מבור כראב"י לענין חיוב תשלומי ניזקין מטעמא אחרינא כמ"ש בפנים, וענין הא דאוסר במטמא ומדמע באית לי' שותפות בגוי' יתבאר בס"ד בסימנים הבאים, ע"כ הג"ה:

ה) ונלע"ד ליישב דברי הפוסקים בזה דהסברא הוא כך דפלוגתא דת"ק וראב"י הוא, דלת"ק כיון דס"ל אין ברירה ואלו הי' רוצה לאסור חלקו בבור על חבירו הי' יכול, א"כ יש לו זכות בבור שהרי גם בשעה שהשני משתמש יש לו זכות בבור גם לראשון שיכול לאסור עליו, ואלו לא הי' לו זכות לא היה יכול לאסור, וכיון שיש לו זכות והשני משתמש בו הרי כיון שאין ברירה הרי משתמש ג"כ בשל חבירו, ונעשה שומר עליו ולכן חייב בכולו, אבל לראב"י דס"ל דא"י לאסור עליו יהי' מאיזה טעם שיהי', וכיון שכן לא שייך לומר דנעשה שומר על חלקו של חבירו, דהוי כאלו אינו משתמש כלל בחלקו של חבירו ומ"מ לא הוה ככולו שלו להתחייב בכל הנזק, דהא באותו רגע שהוא משתמש גם הראשון יכול להשתמש בו, ואף דשמא הוא מדלה מחלקו של חבירו אעפ"כ כיון שא"י לאסור עליו אותו חלק, הוה כאלו משתמש במחצה הברור לו שהוא שלו לבד, ועל חלקו של חבירו עדיף יותר משומר חנם ואין לו עליו דין תורת שומר כלל, אך בבור של מים מכונסים כיון דעומד לחלוק, ודאי דלכ"ע לפי מאי דקיי"ל אין ברירה גם ראב"י מודה דאסור וכמ"ש בפ' השותפין שם, וא"כ חייב השני גם על חלקו של ראשון דכיון דהיה יכול לאסור עליו מדינא, א"כ אף דדין ברירה ספק הוה, מ"מ א"י לומר השני אולי בשלי אני משתמש לפי דעה ב' דסי' ת"י דהראשון הוה כאלו אין לו במה לשלם, דזה אינו, דכיון דיכול לאסור עליו כשמשתמש נעשה כאלו משתמש בחלקו וחייב גם על חלקו של ראשון והראשון פטור, כן הי' נראה לענ"ד, אבל מסתימת דברי הפוסקים לא משמע הכי וצ"ע, ועי' מ"ש למעלה בסי' י"ג מזה באריכות:

סימן כז

בדין שני שותפין בדבר א' אם יכול א' לאסור חלק של חבירו ואם יש בזה שייכות ענין ברירה:

א) בסוף פ"ב דחולין (ד' מ"א ע"א) ר"נ ורב עמרם ורב יצחק אמרי אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ופריך שם מהא דתנן המטמא והמדמע והמנסך בשוגג פטור במזיד חייב, ומשני הכא במ"ע באית לי' שותפות בגוי', לכאורה קשה למאן דאית לי' ברירה בדאורייתא א"כ כשיחלקו אח"כ היין מה שיעלה לחלקו אמרינן הוברר הדבר למפרע שזהו חלקו, וא"כ היאך יכול לאסור חלק של חבירו והרי זה דומה להא דסוף פ' חלק

בעיסה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת דחצי' השני' מותר למאן דאית לי' ברירה עכ"פ, [ואף על גב דכבר ביארנו בסימני' הקודמי' דאפי' למאן דלית לי' ברירה מותר שם משום דאין זה דבר שמקפיד עליו בחלוקה, וחלקנו בין הא דלקחו שנים חביות בשותפות דפ' משילין משום דהחלקים מתערבין יחד, זה כתבנו למאן דלית לי' ברירה אבל למאן דאית לי' ברירה ודאי דאפי' בדבר לח המעורב יש ברירה, ואין חל האיסור על חלק חבירו כמו שהוכחנו בפנים ולא כהגאון בעל מק"ח בספרו סי' תמ"ח וכמ"ש בהגה בסימן הקודם], דהרי בפי' אמרו בהא דהלוקח יין כו' שני לוגין שאני עתיד להפריש יהי' תרומה דלמאן דאית לי' ברירה מותר לו לשתות היין, ואף על גב דתרומה מעורב בו אמרינן דודאי לא שתה התרומה, וכן בהא דפ' משילין בלקחו שנים חביות בשותפות דאין חל איסור תחומין על חלקו אף על גב דמעורב למאן דס"ל יש ברירה. וסבור הייתי לומר דבאמת הך משנה ס"ל דאין ברירה, ובזה הי' מתורץ קושיית התוס' שם בחולין ד"ה ת"ש שהקשו דמאי קא משני דאית לי' שותפות בגוי' הא אמר התם דלמ"ד מנסך ממש לא בעי למימר מערב משום דהיינו מדמע, א"כ לדידי' נמי קשה כיון דאין יכול לאסור חלקו של חבירו רק מפני שמעורב עם חלקו א"כ היינו מערב, ולפי מ"ש הוה א"ש דממדמע לא הוה שמעינן דמנסך אסור גם חלק חבירו, דהוה אמינא יש ברירה, ולכן הוצרך לאשמעינן דבמנסך ג"כ אסור כולו משום דאין ברירה, אבל לפ"ז קשה על מ"ש הש"ך ביו"ד (סי' ד' ס"ק ה') לתרץ קושיית הסמ"ע והב"ח דסתרי דברי הש"ע, דביו"ד שם הביא ב' דעות אם יש לו שותפות אם יכול לאסור חלק שותפו, ובח"מ סי' שפ"ה כתבו בסתם המנסך יין של חבירו כו' אם הי' לו בו שותפות חייב לשלם, ותי' שם בש"ך דאע"ג דלענין איסורא יש בזה פלוגתא דרבוותא, מ"מ מצי הניזק לומר דילמא קים לן כמאן דאוסר שאיני רוצה להכניס עצמו בספק כו' יעו"ש, ולפי מאי דקיי"ל דדין ברירה בספק הוא, א"כ יש כאן ס"ס לקולא, ספק שמא קים לן כמאן דס"ל דא"י לאסור גם ביש לו שותפות דכוון לצערו, ואפי' תאמר דלא כוון לצערו, מ"מ שמא יש ברירה ואין חלק חבירו נאסר כלל, דבשלמא בשחט בהמה שיש לו שותפות אין שייך ברירה, כיון דחלקו נאסר וא"א לכזית בשר בלא שחיטה גם חלק חבירו נאסר ממילא דכמאן דלא שחט דמי, וכמ"ש בסוף חלק לענין בהמה חצי' של עיר הנדחת כו', דמחלק שם ר"ח בין עיסה ובין בהמה יעו"ש, אבל במנסך יינו קשה דלמ"ד יש ברירה אינו נאסר כלל, ולשיטת הייש"ש דס"ל דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה מתורת ודאי הוה א"ש, דאין כאן ס"ס כלל, אבל כבר נתבאר למעלה שדעת הפוסקים אינו כן:

ב) עוד קשה דהא הרמב"ם ע"כ ס"ל דמה דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא הוא מטעם ספק כמ"ש בפי' בכ"מ בהלכותיו, וכמ"ש למעלה בשמו, ואעפ"כ ס"ל בהא דיש לו שותפות בגוי' דאוסר גם חלק חבירו, אך על הרמב"ם ודברי הש"ך הנ"ל והפוסקים יש ליישב, דס"ל כלשנא בתרא דחולין שם דר"נ ורב עמרם כו' אמרי אפי' למ"ד אדם אוסר דבר שאינו שלו ה"מ נכרי, אבל ישראל לצעורי קא מכוון כו', ובאית לי' שותפות אמרינן דלא כוון לצעורי' מדאוסר חלק עצמו וא"כ לא שייך כאן דין ברירה, אבל עדיין אינו מיושב דאף אם נאמר דאדם אוסר דבר שאינו שלו, היינו אם ניסך בפי' יינו של חבירו, אבל בהא דיש לו שותפות מהיכן נדע שכוון לנסך גם חלק חבירו, דאולי כוון במה ששכשך הכלי יין לע"ז רק לחלק שלו מה שיקח אחר חלוקה, דומיא דב' לוגין שאני עתיד להפריש וכיון דיש ברירה לא נאסר חלק חבירו כלל, ואכתי קשה דהא יש כאן ס"ס, ספק שמא לא כוון אלא לצערו, וספק שמא יש ברירה. ואפשר כיון דיש כאן ס"ס לחומרא, ספק שמא כוון לנסך גם חלק חבירו, וספק שמא אין ברירה, ומ"מ לל"ק דש"ס דרב נחמן ורב עמרם ס"ל דאין אדם יכול לאסור שאינו שלו אפי' כוון לאסור, א"כ מאי משני דאית לי' שותפות בגוי', ואפשר דר"נ לטעמי' אזיל דס"ל אין ברירה בפ' מעשר בהמה (ד' נ"ו ע"ב) בהא דחלקו גדיים נגד גדיים כו' יעו"ש, גם קשה להיפוך דלפי מה שמבואר בש"ס שם גם אם כוון לאסור חלק חבירו אין יכול לאסור כי אם ע"י מעשה, כמ"ש רב הונא בפי' שם, וכן מבואר במס' ע"ז פ' ר"י (ד' נ"ד ע"א) א"כ למ"ד אין ברירה במה ששכשך ידו ביין לע"ז אולי אין ברירה ויין שלו הוא ששכשך, ואח"כ כשחלקו היין אולי הגיע לחבירו היין שלו מה שלא שכשך לע"ז, וא"כ לא עשה בו מעשה ולא הי' יכול לאסרו וא"כ אכתי יש כאן ס"ס. וצ"ל דלא שייך כאן ברירה, דדוקא בשני לוגין שאני עתיד להפריש שבתחילה כוון רק על מה שעתיד להפריש אחר זמן, נמצא שאח"כ נתברר שהיין ששתה תחילה לא הי' בו עירוב תרומה כלל, משא"כ דבר שחל עכשיו בתערובות, כיון דעכשיו ע"כ הוא מעורב הכל בדבר לח לכן נאסר כולו, והוי דומיא דשור בשוורי הקדש או פרוטה בכיס זה הקדש שכולם בספק הקדש, וכבר הזכרתי זה למעלה סי' ו', יעו"ש:

סימן כח

דין ברירה בדבר שכל א' גופו ניכר בפ"ע ואין מעורבים, רק יניקת הפירות מעורבים:

א) גרסינן בפ' לא יחפור (ד' כ"ו ע"ב) אמר עולא אילן הסמוך למיצר בתוך ט"ז אמה, גזלן הוא ואין מביאין ממנו בכורים, ופריך שם מהא דתניא אילן מקצתו בארץ ומקצתו

בחו"ל טבל וחולין מעורבין זה מזה דברי רבי, רשב"ג אומר הגדל בחיוב חייב הגדל בפטור פטור, ע"כ לא פליגי אלא דמר סבר יש ברירה ומר סבר אין ברירה אבל גדל בפטור ד"ה פטור ומשני הכא במ"ע דמפסיק צונמא ופריך א"ה מ"ט דרבי דהדרי ערבי, במאי קא מפלגי מר סבר אוירא מבלבל ומר סבר האי לחודי' קאי והאי לחודי' קאי. ולכאורה הי' נראה לפרש פלוגתייהו דר' ורשב"ג דאזלי לשיטתם דפליגי בפ' השולח בכה"ג בישראל ועכו"ם שקנו שדה בשותפות דר' סבר טבל וחולין מעורבין זה בזה משום דס"ל אין ברירה, ורשב"ג ס"ל חלקו של עכו"ם פטור ושל ישראל חייב דיש ברירה, אבל באמת אין לו שום דמיון לשם, דשם גוף הקרקע שהתבואה גדילה בו א"י איזה ממנו של ישראל ואיזה של עכו"ם כיון דאין ברירה, ורשב"ג ס"ל אחר שמחלקים ביניהם אמרינן הוברר הדבר שזהו חלקו המגיעו משעה ראשונה, אבל כאן הרי גוף האילן ניכר כל א' חלקו לבד שמחצה עומד בארץ ומחצה בחו"ל ורק הפירות שגדלין בו כיון שהם גדלים מיניקת האילן מן הקרקע, וכיון שכל פרי יונק מכל האילן אין שייך לומר זה גדל כולו בחיוב וזה גדל בפטור, דהא לולי חלק האילן והקרקע של מחצה השני לא הי' הפרי גדל כלל, וא"כ מה שייכות ברירה יש כאן דהיאך אפשר לומר דפירות של צד חו"ל הוברר הדבר שהפירות שבו יונק מחו"ל לבד, ואין לומר דבאמת בס"ד דש"ס שם דלא חיישינן כלל ליניקה רק במקום שהאילן עומד שם ולכך מקשה מזה על עולא באילן הסמוך למיצר, דא"כ כ"ש דלא שייך כאן ברירה כלל, ומדוע חולק רבי ארשב"ג. וצ"ל דברירה דכאן אינו דומה לברירה דבכל הש"ס, ולא לברירה דפליגי ר' ורשב"ג גבי שדה שלקחו בשותפות, דכאן ידוע שבכל פרי ופרי מתערב כל היניקה מכל האילן ורק דפליגי במפסיק צונמא אי אוירא מבלבל או לא, וא"כ מאי קא ס"ד דש"ס להקשות מזה על עולא, ואין לומר דהי' ס"ד דמיירי בנתערבו הפירות דבזה ס"ל לר' דאין ברירה לומר דחלק זה הוא מחו"ל, ורשב"ג ס"ל דהוברר הדבר דפירות אלו הם שגדלו בחו"ל וליניקה לא חיישינן, דא"א לומר כן, כיון שבאמת יש כאן ספק שמא הוחלפו הפירות וא"י איזו הם שגדלו בחו"ל ואיזה שגדלו בארץ, דאל"כ קשה, בכל איסור תורה שנתערב נסמוך אברירה ונימא הוברר שזהו הוא היתר, ואין לתרץ כמ"ש התוס' במס' תמורה הבאתיו למעלה, דאיסור שבא מעורב עם ההיתר בתחילה ולא ה' ניכר בפ"ע בכה"ג אמרינן ברירה דזה אינו, חדא שכבר כתבתי למעלה שכוונת התוס' אינו אלא רק באיסור שנעשה ע"י דבור האדם ומעשיו וכוונתו, די"ל דהוברר הדבר שעל דבר [זה] כוון לאסור מתחילה, משא"כ באיסור תורה שבא בתערובות ממילא היאך אפשר לסמוך אברירה ושמא פוגע באיסור עצמו וכמש"ל באריכות מזה, ועוד שהרי כאן ניכר האיסור תחילה

הפירות שגדלו בצד שבא"י, ורק שאח"כ נתערבו הפירות, וכן מוכח בפ"ב דגיטין (ד' כ"ב ע"א) דס"ד דמיירי דמקצת שרשין בארץ ומקצת בחו"ל ולא מפסיק צונמא ופריך שם מ"ט דרשב"ג, והיינו משום תערובות היניקות וכמ"ש בפרש"י שם:

ב) ולכן נלע"ד דמה דקאמר דפליגי בברירה לישנא בעלמא נקט, וכוונתו דרשב"ג סבר דסמכינן במה שיבררו הפירות שגדלו בצד האילן שבחו"ל לבד, וסובר דהשרף העולה מן השורש שבחול שכנגדו הולך בשוה ומשם גדלים הפירות שבצד חו"ל, ואף שיונקים ג"כ מן הצד שבארץ ליניקה לא חיישינן, כיון שעיקר גידולו הוא מהצד שבחו"ל, ורבי סובר דאין ברירה ר"ל דאין סומכין ע"ז במה שיבררו הפירות שבצד אחר שבחו"ל דאין אנו תולים לומר דהשרף שבצד חו"ל משורש שעומד בחו"ל הוא בא, אלא י"ל דהשרף מתערב בכל האילן בשוה, ואין חילוק בין צד שבחו"ל לצד שבארץ והכל מעורב ביחד בשוה, ובמסקנא ג"כ בהכי פליגי רק שמחדש דמפסיק צונמא, כדי שלא יהי' חשש יניקה מהשרשים זה מזה כדי שלא יקשה מזה על עולא. ומ"ש דפליגי אי אוירא מבלבל, ר"ל שהשרף שבגזע האילן העומד באויר אי השרף עולה מכל צד בשוה ואין מתערב השרף העולה בהצד שבחו"ל, עם השרף העולה מהצד שבארץ או לא שמתערב שם בגזע העומד באויר, שהצונמא אינו מפסיק ביניהם רק בשורש לבד. שוב אחרי כותבי זאת מצאתי בחידושי ריטב"א בפ"ב דגיטין שכתב ג"כ דברירה זו שהזכיר כאן ש"ס אינו ענין לברירה דבכל הש"ס, אלא הכוונה שמ"ס שהיניקה מתערב ומ"ס אינו מתערב, והנאני שכוונתי לדבריו. אמנם לפ"ז כיון דבאמת רבי ורשב"ג לא פליגי כלל בברירה ככל ברירות שבש"ס, א"כ צ"ל דמה דפסק הרמב"ם ז"ל בפ"א מה' תרומות (הלכה כ"ד) כרבי, צ"ל דס"ל בכ"מ הלכה כרבי נגד רשב"ג אביו, וכן נראה מכ"מ בחיבורו, עיין מ"ש (בפ"ט מה' איסורי ביאה הלכה כ"ט), השאילה אותה לזבה קטנה כו' פסק שם ג"כ כרבי נגד רשב"ג, וצ"ע מ"ש (פי"א מה' נחלות הלכה ה') דשם פסק כרשב"ג נגד רבי לענין אפוטרופוס אם צריך לחשב עמהם באחרונה דפליגי בזה כמ"ש בפ' הניזקין (ד' נ"ב ע"א), ועי' בהגהות מיימוני שם (פ"י הלכה ז') מ"ש בשם תשובת מהר"ם בר' ברוך, די"ל (דרשב"ג ס"ל צריך) [דרבי] דאמר צריך לחשב עמהם באחרונה, ס"ל (כאבא שאול) [כרבנן] דס"ל מינוהו ב"ד א"צ לישבע, ולכן עכ"פ לפחות צריך ליתן חשבון [ורשב"ג כאבא שאול דאמר ישבע], וא"כ יש ליישב דברי הרמב"ם למה פסק כאן כרשב"ג והיינו משום דאנן קיי"ל כאבא שאול וכמ"ש שם הרמב"ם (פי"א הלכה ה'), ועיין מ"ש (פי"ד מה' אישות הלכה י"ט) אין מחייבין את הבעל לפדות כו', שם נראה דפסק בהנך תרי פלוגתא דפליגי רבי ורשב"ג בפ' נערה שנתפתתה בקמייתא כרשב"ג, ובבתרייתא פסק

כרבי. וצ"ל ג"כ דבאמת ס"ל הלכה כרבי נגד רשב"ג, ורק דכאן פסק בקמייתא כרשב"ג משום דלישנא דמתני' דפ' השולח מסייע לו, וכמ"ש הר"ן בפי' לרי"ף במס' כתובות ועיין בס' לחם משנה שם, ודברי הרא"ש בזה בכ"מ סותרים זא"ז, דבפ' ואלו מגלחין סי' ע"ט פסק הלכה כרבי נגד רשב"ג, ובפ' המקבל בהא דעד כמה זרע לה ואזל פסק שם כרשב"ג בכ"מ שחולק עם רבי, וכן במס' גיטין בפ' הניזקין סי' ה' פסק ג"כ כרשב"ג בכ"מ:

סימן כט

דין ברירה בהא דעירוב שהי' לחם יין בשותפות:

א) עוד יש ענין ברירה בש"ס מה שאינו דומה לכל דיני ברירה, והוא מה דאיתא בפ' הדר (ד' ע"א ע"ב) בהא דתנן במתני' בעל הבית שהי' שותף עם שכניו כו', ושם תניא ר"א בן תדאי אומר אחד זה ואחד זה צריכין לערב, ופריך ואפי' לזה ולזה ביין, אמר רבה זה בא בלגינו ושפך וזה בא בלגינו ושפך, כ"ע ל"פ דהוי עירוב, כי פליגי כגון שלקחו חביות יין בשותפות, ר"א בן תדאי סבר אין ברירה ורבנן סברי יש ברירה, ופי' התוס' שם וז"ל, אין זה כעין ברירות דבכל הש"ס כדפי' בקונטרוס דהוו להו כאילו נשתתפו במעות שלא הוברר יין לכל א' עכ"ל, ובאמת הוא דוחק גדול לפרש כן לשון הש"ס במאי דקאמר מר סבר יש ברירה כו', ולמה לא הזכיר הש"ס בפי' דס"ל דבעינן שיהי' נברר תחילה יין של כל אחד ואח"כ יערבו יחד לשם עירוב, ועוד דא"כ כשמזכה א' פת משלו ומזכה לשם כל בני החצר והמבוי נימא דאין זה עירוב, כיון שלא הוברר תחילה חלקו של כל א', והרי משנה מפורשת בפ' חלון, כיצד משתתפין במבוי מניח את החביות ואומר הרי זה לכל בני מבוי כו' (ע"ש ד' ע"ט ע"ב), והיאך אפשר דר"א בן תדאי יחלוק על סתם משנה זו ועל כמה סתמות, דמוכח דיכול א' לזכות לשם כל בני המבוי וא"צ שיהי' נברר תחילה חלקו של כל א', ועוד דרב פסק שם כר"א בן תדאי וא"כ לרבה צ"ל דרב ס"ל ג"כ דצריך שיהי' נברר חלקו של כל א' ויחלוק רב על סתם משנה הנ"ל, ועוד דא"כ יקשה דרב אדרב, דהא (שם ד' פ' ע"א) קאמר רב שיתופי מבואות א"צ לזכות כו' משום דהכא לא תנן ומזכה להם כו', ואף על גב דרב יוסף שם באמת מפרש דפליגי אי סומכין על שיתוף במקום עירוב, ומביא ראי' משום דאמר רב הלכה כר"מ ואמר ג"כ הלכה כר"א בן תדאי והיינו משום דחד טעמא הוא, מ"מ לרבה תקשה דרב אדרב וגם אביי דחה שם דברי רב יוסף א"כ לאביי תקשה דרב אדרב, ועוד דבכ"מ דפליגי רבה ורב יוסף הלכתא כרבה כמו שהוכיחו התוס' בכ"מ כמ"ש בפ' אלו מציאות ובפ' כל הנשבעין, וא"כ לדידי' דרב פסק כר"א בן תדאי לא יועיל אם מזכה א' משלו לכל בני המבוי ואין זה אלא תימא, ובדוחק יש ליישב פי' רש"י ותוס' דבאמת אם א' מזכה משלו לכל בני המבוי לשם עירוב

מהני, ולא בעינן שיהי' תחילה מיוחד חלקו של כל א' ואח"כ יערבו יחד, ורק דכאן שהיו שותפין ממילא ביין והיינו ע"י שנתן כל א' מעות משלו וע"י המעות קנו חביות יין לשתי' או לסחורה, ולכן כיון שלא עשו מעשה לשם עירוב לא ניכר הדבר שלשם עירוב נעשה, שעיקר העירוב הוא שיהי' כולם כדרים במקום א', ונמצא שעיקר העירוב הי' ע"י שערבו מעותיהם והוי כערבו במעות, אבל הוא דחוק מאד דמה בכך כיון שחשבו אח"כ לסמוך עליו לשם שיתוף למה לא יועיל:

ב) ולולי דמסתפינא מנגד דברי רבותינו הקדושים, הייתי מפרש באופן אחר סוגיא זו, והוא דשם בפ' הדר (ד' ס"ח ע"א) א"ל רבה בר רב חנן לאביי מבואה כו' וניקני להו מר רביעתא דחלא בחביתא, תניא אין משתתפין באוצר והא תניא משתתפין, אמר רב אושעיא ל"ק הא ב"ש והא ב"ה, דתנן המת בבית ולו פתחים הרבה כו' חישב עלי' כו' בש"א והוא שחישב עד שלא ימות המת, וב"ה אומרי' אף משימות המת, ופרש"י שם אין משתתפין בדבר האצור כגון חביות של יין כו', אין סומכין על מה שבתוכם משום דאין ברירה איזהו של שיתוף, וכי מסתפק ממנו איכא למימר אזיל לי' שיתוף ע"ש, וגם זה תמוה לכאורה, דאי פליגי כאן בדין ברירה כמו כל ברירות שבש"ס, א"כ למה קאמר הא ב"ש והא ב"ה והא כמה תנאי דפליגי בברירה, ולמה מוקי חד ברייתא כב"ש דב"ש במקום ב"ה אינו משנה, ולמה ל"ק הא ר"מ הא ר"י ור"י ור"ש דפליגי בברירה בהא דלוקח יין, ועוד דלפי מ"ש דפליגי בפלוגתא דב"ש וב"ה קשה קושיית התוס' שם שהקשו, דא"כ אביי כב"ש אתיא והוצרכו לתרץ דס"ל דלא פליגי ב"ש וב"ה בזה והוא דוחק גדול, והי' לו לומר דאביי אזיל לטעמי' דס"ל בהא דב' לוגין כו', דטעמא דר' יוסי ור"י ור"ש דאוסרים הוא משום דאין ברירה, ולא משום חשש שמא יבקע הנוד כדאי' בפ' כל הגט (ד' כ"ה ע"א וע"ב) דמביא שם אביי ראי' דיש חילוק בין תולה בדעת עצמו לתולה בדעת אחרים, מהא דר"י ור"י ור"ש ס"ל בתולה בדעת עצמו אין ברירה בהא דב' לוקין, ועוד קשה מה דמביא ראי' מהא דהמת בבית כו', לפי מאי דמסיק הש"ס בפ' משילין דיש חילוק בברירה בין דאורייתא לדרבנן, דבדרבנן יש ברירה ובהא דהמת בבית שהוא דאורייתא אין ברירה יעו"ש, א"כ אפי' לפירושו דס"ל דפליגי למפרע ולא לטהר הפתחים מכאן ולהבא, (א"כ) היאך מוכח מב"ש דס"ל אין ברירה, דלמא בעירוב דרבנן מודו דיש ברירה, ועוד קשה בהא דקאמר שם בפ' בכל מערבין (ד' ל"ז ע"ב) א"ל רבא לר"נ ומאן האי תנא דאפי' בדרבנן לית לי' ברירה כו', למה לא קאמר תנא דברייתא דאין משתתפין באוצר הוא:

ג) ולתרץ כל זה הי' נראה לענ"ד דבר חדש, דפלוגתא דב"ש וב"ה בהא דהמת בבית דפליגי בברירה, וכן פלוגתא דהני תרי ברייתות דאי משתתפין באוצר, דמיין להדדי בברירה ואפי' יהי' סבורים בכל התורה יש ברירה, כאן י"ל דאין ברירה, דדוקא בהא דב' לוגין שאני עתיד להפריש יהיה תרומה, סמכינן אברירה לומר דמה ששותה עכשיו הוא חולין ומה שיפריש אח"כ יהי' תרומה, אף על גב דעדיין הכל מעורב יחד משום דבתחילת קנייתו לקחו ע"מ להפריש מהם תרומה, ולכן מהני דבורו לברור מה שיפריש אח"כ, אף על גב דעדיין נשאר מעורב כבתחילה, משא"כ בהא דאביי שהיו לו חביות חומץ לצורכו ולא הי' דעתו תחי' שיפריש ממנו קצת לשם עירוב אלא לצורכו, א"כ במה שמקנה ממנו קצת לזכות לאחרים שיהי' להם חלק בו לשם עירוב, אין זה מועיל מידי מה שהי' מיוחד בתחילה לצורכו לבד, כל שלא עשה בו מעשה הניכר לשם עירוב, היינו שיפריש מהם מקצת ליחד לשם עירוב שלא יהי' מעורב כבתחילה, וכעין זה אמרו מחשבה מוציא מידי מחשבה, ואין מחשבה מוציא מידי מעשה, ולכן כל ששותה ממנו כיון שתחילה הי' הכל שלו, אין סומכין לומר הוברר הדבר שמה ששתה הי' שלא מן העירוב עד שיפריש אח"כ, שמה שהי' מיוחד בתחלה הכל שלא לשם עירוב אלא לצורך מאכלו מבטל הך ברירה לומר הוברר הדבר כו' ולכן ס"ל דאין משתתפין באוצר, וע"ז מביא פלוגתא דב"ש וב"ה דפליגי בהמת בבית כו', דהוא ג"כ כעין זה דב"ש ס"ל והוא שחישב עליו עד שלא ימות המת, והיינו שכיון שמת עד שלא חישב כבר ירדה תורת טומאה לכל הפתחים, שוב אין יכול להסתלק מהם במחשבה זו אלא בשינוי מעשה, וכמו דמסיק הש"ס באמת בפ' משילין דפליגי בלטהר את הפתחים מכאן ולהבא, וב"ה ס"ל דמהני מחשבתו להוציאם מידי טומאה שירדה להם כיון שלא הי' מעשה גמורה תחילה אלא הפתחים הי' שם ממילא, וכמו כן מהני מחשבתו לשם עירוב, אף על גב דתחילה נקנה הכל שלא לשם עירוב, כיון דהוי ג"כ מידי דממילא ולכן מהני כאן לומר הוברר הדבר, ובזה מתורץ קושיית התוס' שם ד"ה אמר רב אושעיא, דהקשו דרב אושעיא עצמו מוקי לה בפ' משילין לטהר את הפתחים מכאן ולהבא, והוצרכו לדחוק דשם הוא ר' אושעיא וכאן רב אושעיא ותמוהים דברי התוס' דלפי תי' דכאן רב אושעיא ס"ל דפליגי בלמפרע, א"כ ס"ל לב"ה יש ברירה אפי' בדאורייתא כגון טומאת מת, ורב אושעיא עצמו ס"ל אין ברירה בפ' כל הגט, דבעי' מיני' רב אושעיא מרב יהודה כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה כו' אי אמרינן ברירה בתולה בדעת אחרים, מכלל דבתולה בדעת עצמו מודה דאין ברירה, והתוס' עצמו כתבו כאן דהך רב אושעיא שנזכר כאן הוא

מן האחרונים והוא עצמו דבעי מרב יהודה כו' בפ' כל הגט, ולפי מ"ש א"ש דבאמת רבי אושעיא כאן הוא עצמו מה שנזכר בפ' משילין וכמו שפירשתי:

ד) ועי' תוס' שם שהביאו פי' הר' מנחם מיוני שפי' ג"כ כעין מה שכתבתי, והתוס' דחו פירושו דפי' דפליגי כאן אי בעינן הנחה לשם עירוב דלא מהני מחשבה כיון שתחילה לא הונח לשם כך, והקשו עליו דהי' לו להקשות מכמה משניות דמוכח דלא בעינן הנחה לשם עירוב, ועוד דמה ענין מחשבה דלטהר הפתחים למחשבה דעירוב יעו"ש, ולפי מ"ש א"ש הכל, דאין עיקר הטעם משום דס"ל דבעינן הנחה לשם עירוב, דבאמת אם אין אנו צריכים לדין ברירה הי' מועיל אף שלא הונח לשם עירוב כדמוכח מכמה משניות דבעירוב הקילו, אלא דכאן דשותה מהם ומשתמש בדבר שבחביות לעצמו כמו שקנאו מתחילה לשם עצמו, ואנו צריכין לסמוך על ברירה לומר הוברר שמה ששותה אינו מה שהפריש לשם עירוב, בזה אנו אומרין אין סומכין על ברירה כאן להוציא ממה שהי' מיוחד לו לבדו בתחילה ולא לשם עירוב, כיון שאין הפרש ניכר בזה שכמו שהי' משתמש במה שבחביות מתחילה לצורך עצמו, כמו כן משתמש עתה דבר זה מבטל מחשבתו ודבורו לשם עירוב, ובזה הוא דומה לחישב להוציאו בא' מהם משימות המת, דשם ג"כ אין הפרש נבדל שכמו שתחי' היו כל הפתחים נעולים כמו כן עתה, ודומה ממש להתם, ומה שהקשו התוס' מהא דבעה"ב שהי' שותף כו', ג"כ יתורץ היטב דאביי אזיל לטעמי' כמו שית' בס"ד דס"ל דלא קיי"ל כהא מתני' כמו שית':

ה) ומעתה מבואר לנו ג"כ הך סוגיא דלקמן פלוגתא דר"א בן תדאי ורבנן, דר"א ב"ת ס"ל דבעה"ב שהיה שותף עם שכיניו אפי' לזה ביין ולזה ביין לא מהני משום דס"ל אין ברירה, והיינו כמ"ש דאע"ג דס"ל בכל התורה יש ברירה, מ"מ כאן שהי' שותף להם בחביות יין הרבה שלקחו לשתייתם לחלוק או לסחורה, והיו צריכים לכוין להפריש קצת בחביות לשם עירוב והשאר לחלוק ביניהם לכל א' לשתייתם או לסחורה, וצריך לומר הוברר הדבר שזה שחשבו להפריש לשם עירוב יהי' נשאר בחביות, ומה שישתמשו כל א' לעצמו לא יהי' זה שהפרישו לשם עירוב, א"כ הרי זה תלוי בדין ברירה ממש, והוא ממש כהך עובדא דאביי דיקנה להם רביעתא דחלא בחביתא כיון שהם משתמשים מהם כל א' לעצמו בעת קניית עירוב שהוא בהמ"ש, וסומכין על מה שנשאר בחביות שיהי' לשם עירוב וס"ל לר"א ב"ת דלא מהני, אף על גב דבכל התורה יש ברירה כאן לא מהני מחשבתם להועיל ממה שהי' מונח מתחי' ולסמוך אברירה כמ"ש, ולכן אביי דס"ל שם דבכה"ג אין ברירה ס"ל ג"כ כאן דפליגי בברירה כרבה דמוקי בהכי פלוגתייהו, ולכן דחה אביי דברי רב יוסף דהוכיח דפליגי אי סומכין על שיתוף במקום עירוב כמ"ש א"ל אביי

ואי חד טעמא הוא כו', ומה שהקשו התוס' דא"כ אביי כב"ש ס"ל יש לישב ג"כ דאע"ג דהש"ס מתרץ ב' הברייתות דפליגי בפלוגתא דב"ש וב"ה, היינו ליישב דברי הברייתא דס"ל משתתפין באוצר דהוא ס"ל הכי דתליא בפלוגתא דב"ש וב"ה, אבל אביי ס"ל כהך ברייתא דאין משתתפין באוצר וס"ל דאתיא גם לב"ה, דע"כ לא ס"ל לב"ה דמחשבה מועלת מכאן ולהבא להוציא ממה שהי' תחי' אלא היכא דא"צ לומר הוברר הדבר דאין כאן גילוי דעת שמבטל מחשבתו, משא"כ בהא דאוצר דכיון דגם אחר הקנייתו לשם עירוב משתמש מהם לצורכו וצריכים אנו לומר הוברר הדבר שמה שמשתמש אינו מה שהפריש לשם עירוב גם ב"ה מודו דלא מהני, ולפי מה שפרשנו היה עולה כל הסוגיות על נכון דברירה דכאן פי' ככל ברירה דבש"ס, וגם הי' נראה לפי הכלל דקיי"ל דבכ"מ דפליגי רבה ורב יוסף הלכה כרבה בר מתלת והוא ס"ל דר"א בן תדאי ס"ל דבכה"ג אין ברירה אפי' בעירובין דרבנן, וא"כ רב דפסק כר"א בן תדאי הי' יוצא לנו דין חדש דבכה"ג אין ברירה אפי' בדרבנן, וקיי"ל ג"כ דאין משתתפין באוצר, אך לפי שכל הפוסקים פסקו כאן דלא כאביי ופסקו דמשתתפין באוצר כמ"ש הרמב"ם (פ"ה מה' עירובין הלכה ב') וכן פסקו הריי"ף והרא"ש וכמ"ש בש"ע א"ח סי' שפ"ז בטלה דעתי נגד דעתם:

סימן ל

דין חלות תודה ורקיקי נזיר שעשאם למכור בשוק ואי שייך בזה חשש ברירה:

א) גרסינן בפ' כ"ש (ד' ל"ח ע"א) חלות תודה ורקיקי נזיר עשאם לעצמו א"י בהם ידי חובתו עשאם למכור בשוק יוצא בהם ידי חובתו, ושם (ד' ל"ח ע"ב) תניא א"ר אלעאי שאלתי את ר"א כו' באתי ושאלתי את ר' יהושע אמר לי הרי אמרו כו' כשבאתי והרציתי דברים לפני ר' אליעזר אמר לי ברית הן הן הדברים שנאמרו למשה בסיני, א"ד ברית כו' ולאו טעמא בעי וטעמא מאי, אמר רבה כל לשוק אמלוכי ממליך אמר אי מזדבן מזדבן ואם לא איפוק בהו אנא ע"כ. ולכאורה הי' נראה דדין זה תליא בברירה דצ"ל דאם לא הי' יכול למכור לצורך תודה ונזיר הוברר הדבר שבתחי' נעשה לשם מצת מצוה ולא לשם תודה, וא"כ למאן דלית לי' ברירה א"י ידי חובתו, דהא ע"כ צ"ל אם הי' יכול למכור הוברר הדבר דלשם תודה נעשה, ואי לא הי' יכול למכור הוברר הדבר דלשם מצת מצוה נעשה והוי תלוי בב' דברים דשייך בי' דין ברירה, ובשלמא למ"ד תולה בדעת אחרים יש ברירה י"ל דגם כאן הוה כתולה בדעת אחרים אם יהי' לו לוקחים או לאו, אבל למאן דס"ל דגם בתולה בדעת אחרים אין ברירה קשה, ולכאורה היה נראה לפי האיכא דאמרי שם דר' יהושע ס"ל הכי דיוצא י"ח אבל ר"א לא ניחא לי' בהכי כדקאמר ולאו טעמא בעי,

וא"כ י"ל דר"א שמותי הוא וס"ל בכ"מ כב"ש דלית להו ברירה בהא דהמת בבית כו', ור' יהושע ס"ל כב"ה דאית להו ברירה, אבל לפי המסקנא דפ' משילין דפליגי בלטהר את הפתחים מכאן ולהבא ולית להו לב"ה ברירה בדאורייתא קשה, ועוד לפי לישנא קמא גם לר"א יוצא ידי חובתו, ועיין פ"ק דביצה (ד' ד' ע"א) תניא אחרים אומרים משום ר"א ביצה תאכל היא ואמה, ומפרש שם ר' זירא ואביי תאכל אגב אמה ה"ד, כגון שלקחה סתם נשחטה הוברה דלאכילה עומדת לא נשחטה הוברה דלגדל ביצים עומדת כו', הרי דס"ל לר"א ברירה (עיין פ"ק דחולין ד' י"ד ע"א), ואפשר דדוקא שם יש לו ברירה במוקצה דרבנן אבל לא בדאורייתא, ועיין בפ' המביא (ד' ל"ד ע"ב) ר"א אומר עומד אדם על המוקצה כו' ואומר מכאן אני אוכל למחר כו', מוכח ג"כ דס"ל דיש ברירה עכ"פ בדרבנן, דהא בפ"ק (ד' י' ע"א) בהא דפליגי ב"ש וב"ה בגוזלות וב"ה אומרים עומד ואומר זה וזה אני נוטל כו' מקשה שם וב"ה למה לי כו' בעומד ואומר מכאן אני נוטל למחר סגי, וכ"ת ב"ה לית להו ברירה כו' הרי דדין זה תליא בברירה:

ב) וצ"ע בסוגיא שם דפליגי ר"א ורבנן דר"א ס"ל מכאן אני נוטל למחר משום דיש ברירה וחכמים אומרים עד שירשום ויאמר מכאן ועד כאן דאין ברירה וכמו שפרש"י שם, וא"כ כיון דהלכה כחכמים לגבי ר"א ע"כ צ"ל דקיי"ל דאין ברירה אפי' בדרבנן דהא מוקצה דרבנן, ובהיות כן יש לתמוה על הרמב"ם (פ"ב מה' יום טוב הלכה ט') שפסק כחכמים שצ"ל מכאן ועד כאן והרי פסק בכ"מ דבדרבנן יש ברירה, ועוד קשה בהא דפ' בכל מערבין (ד' ל"ז ע"ב) דקאמר מאן האי תנא דס"ל אפי' בדרבנן אין ברירה למה לא קאמר שם דחכמים דעומד אדם על המוקצה הוא, והנה לפי מ"ש למעלה בסימנים שעברו דלדין דקיי"ל דבדרבנן יש ברירה הוא משום ספיקא דדינא וספיקא דרבנן לקולא הוה א"ש, דבמוקצה אין ברירה דהוי ספק מוכן ואנן קיי"ל דספק מוכן אסור משום דהוי דבר שיל"מ, ואף דבעירובין קיי"ל יש ברירה אף על גב דהוי דשלי"מ בעירוב הקילו כמ"ש התוס' בכ"מ, דהרי קיי"ל בספק עירוב דכשר כמ"ש בפ' בכל מערבין בספק מבעו"י נטמא כו', ומתורץ ג"כ מה דלא קאמר שם בפ' הנ"ל דהאי תנא דחכמים דעומד אדם על המוקצה הוא כו' דשם רוצה למצוא תנא דס"ל אפי' בעירובין אין ברירה, ומהא דמוקצה אין ראי' דשם מחמרינן בספיקו, ובזה מתורץ ג"כ קושיית התוס' שם דהקשו למה לא קאמר דתנא דאגודת ירק היא [אך] דבאמת בדמאי מקילינן בספיקו דקיל יותר מכל איסורי דרבנן כמ"ש בכ"מ בדמאי הקילו. ומכאן יהי' ראי' דמה דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה ובדרבנן יש ברירה מטעם ספק הוא ודלא כדעת הישו"ש הבאתיו למעלה, ומ"מ קשה דבפ"ק בסוגיא דפלוגתא דב"ש וב"ה דפליגי בגוזלות משני רבא דלכך לא מהני

באומר מכאן אני נוטל למחר משום דלמא מטלטל ושבק כו' ואתי לאמנועי משמחת יום טוב כו', משמע דס"ל דבמוקצה ג"כ אמרינן יש ברירה והוא נגד סוגיא דפ' המביא, וא"כ למה דחק רבא בחנם ולא מוקי' לה דהטעם משום ברירה וכחכמים דפ' המביא דבזה קיי"ל דאין ברירה מטעם שכתבנו:

ג) ועי' במ"מ (פ"ב מה' יום טוב הלכה ו') שהביא דברי הרשב"א שכתב דמ"ש בש"ס דספק מוכן אסור לאו בכל ספק אמרו כן, אלא בספק שקרוב ליגע באיסור תורה כגון בספק ניצוד מבעו"י או ביום טוב אבל שאר ספיקות מותרים, ע"ש שהמ"מ דחה דבריו והקשה עליו מהא דקיי"ל בביצה, ספק נולדה ביום טוב או מבעו"י שאסור שפסק כן הרשב"א עצמו, ועיין בס' לחם משנה שם שיישב דברי הרשב"א דשאני ספק נולדה ביום טוב כו' משום דכולה חדא גזירה היא, ותמה שם על המ"מ דאם לא נימא כסברת הרשב"א כחילוק הנ"ל, ויקשה היאך הקשו בפ"ק דביצה (ד' ג' ע"ב) אלא לרב יוסף ולר' יצחק דאמרי משום גזירה הוא ספיקא דרבנן הוא ולקולא כו' דא"כ בין לרבה בין לר' יצחק ולר' יוסף תקשי במצודות חי' ועוף כו' דקאמר בפ' א"צ דספק מוכן אסור ואמאי ספיקא דרבנן הוא ולקולא יעו"ש. ולענ"ד יש ליישב קושייתו ע"פ מה שהקשו בתוס' ישנים שם ברפ"ק למה לא הקשה על אוקימתא דרב נחמן דמוקי לה בתרנגולת העומדת לגדל ביצים משום מוקצה דהא הוי ספיקא דרבנן ולקולא, ותירצו שם דמוקצה חמיר יותר והחמירו בו כבשל תורה, וא"כ ל"ק מידי מהא דספק מוכן אסור, אבל ר"י ור' יוסף דמוקמי מתני' משום גזירת פירות הנושרין או משקין שזבו שפיר הקשה דהוי ספיקא דרבנן, אך מ"מ קשה על הרשב"א מהא דעומד אדם על המוקצה דחכמים החמירו משום דאין ברירה והא הוי ספק דרבנן והוא ס"ל דספק מוכן דומה לכל ספיקא דרבנן ולא החמירו בו יותר, וצריך לדחוק לדעת הרשב"א דבאמת חכמים דסוף פ' המביא ס"ל דאין ברירה אפי' מדרבנן, מטעם ודאי ולא הוי ספיקא דדינא, והא דלא קאמר בפ' בכל מערבין דהאי תנא דעומד אדם על המוקצה הוא דס"ל אין ברירה אפי' בדרבנן, י"ל דרוצה למצא מקום שהוזכר שם התנא דס"ל כן בפי' וכה"ג כתבו התוס' בכ"מ, ובזה מתורץ ג"כ קושיית התוס' למה לא קאמר האי תנא דאגודת ירק היא דגם שם לא נזכר שם התנא אלא חכמים דאומרים צריך לעשר כו', וס"ל לרשב"א דבאמת לא קיי"ל לדינא כחכמים דס"ל דצ"ל מכאן ועד כאן אלא כר"א, ולשיטת הרמב"ם צ"ל דבמוקצה לא אמרינן ברירה אף דהוי דרבנן:

ד) ובזה מתורץ ג"כ הך סוגיא דפ"ק דחולין (ד' י"ד ע"ב) במשנה דהשוחט בשבת כו' ונסבין חבריא למימר ר' יהודה [היא] וקאמר שם ר"י דמוכן הוא דקאמר אם לא היתה

נבילה מע"ש אסורה כו' ופריך שם בהמה היכא שחטינן ביום טוב ומתרץ דעומדת לאכילה ולגדל ולדות נשחטה הובררה דלאכילה עומדת כו', ופריך שם והא ר"י לית לי' ברירה דתנן הלוקח יין כו' אומר ב' לוגין כו', דקשה היאך מוכיח משם דש"ה דהוי דאורייתא איסור תרומה משא"כ בספק מוכן דרבנן ובדרבנן דילמא אית לי' ברירה, ולפי מ"ש א"ש דבספק מוכן קיי"ל דאין ברירה דחמיר כדאורייתא, אך אין זה הכרח דבלאו"ה הוכיח שם דר"י לית לי' ברירה אפי' בעירובין דרבנן מדתני איו כו'. ולולי דברי רש"י ז"ל הייתי מפרש טעמם של חכמים לאו מטעם ברירה הוא אלא לפי תירוצו של רבא בפ"ק דקאמר דלכך ס"ל לב"ה שצריך שיאמר זה וזה אני נוטל, ולא סגי במה שיאמר מכאן אני נוטל למחר, משום זימנין דמשתכחי כחושים שמנים ושמנים כחושים וקא מטלטל מידי דלא צריך ואתי לאמנועי משמחת יום טוב, וכמו שפרש"י שם דלכך צריך שיאמר בפי' זה וזה אני נוטל דלא סמך על הספק ולמחר אף אם יהי' כחושים יקחם, וכמו כן י"ל כאן דסתם מוקצה הם גרוגרות וצמוקים שמניחים אותם ליבש ואותם שלא נתייבשו לגמרי לא חזו כלל וכמ"ש בפ' א"צ (ד' כ"ו ע"ב) יעו"ש, וא"כ יש בהם מקצת שנתייבשו לגמרי ומקצת שלא נתייבשו דלא חזו כלל, וא"כ יש ג"כ חשש שמא אותם שהי' נראים בעיניו יבשים משתכחי שלא נתייבשו וקא מטלטל מידי דלא חזי, ולכן צריך שירשום מכאן ועד כאן שלא יסמוך על הספק ממש כמו הא דגוזלות, רק שם דהם בע"ח שייך לומר זה וזה אני נוטל שנפרדים ונכרים כל א' בפ"ע, וכאן בפירות שייך לומר מכאן ועד כאן שהם כולם מונחים ביחד במ"א, ולפ"ז אין צריכים אנו לחלק בברירה ולומר דבמוקצה אין ברירה:

ה) ואפשר לומר דגם רש"י שפי' דחכמים דאומרים עד שירשום הוא מטעם דאין ברירה לא פי' כן אלא לפי ס"ד דש"ס דפ"ק, ולפי תי' ראשון במה דפריך שם וב"ה למה לי שיאמר זה וזה אני נוטל כו' דהיינו מטעם ברירה, והא דס"ל בהמת בבית ולו פתחים הרבה אף משימות המת, היינו לטהר את הפתחים מכאן ולהבא וס"ל שם דב"ה לית להו ברירה אפי' בדרבנן, אבל למסקנא לתי' של רבא דמוקים טעמא דב"ה משום דילמא משתכחי שמנים כחושים כו' ואית להו ברירה עכ"פ בדרבנן גם הא דעומד אדם על המוקצה, ג"כ יש לפרש מהך טעמא וכמ"ש. ובזה מתורץ מה שהקשה בירושלמי בסוף פ' המביא על הך מתני' דאי שם מחלפא שיטתי' דרבנן דתנינן תמן ב"ה אומרים עומד ואומר זה וזה אני נוטל והכא אינן אמרין הכין, עוד אינון אית להון חומר בדבר שיש בו רוח חיים, ופי' המפרש שם וכי ס"ד דב"ה יהי' מחמירים כאן יותר ממוקצה דבע"ח, דב"ש איש להו להיפוך דמוקצה דבע"ח חמיר יותר כדמתרץ שם על הא דפריך מחלפא

שיטתי' דר"א כו' הביאו התוס' כאן בסוף המביא, ודברי המפרש שם תמוהים דפי' שם במה דקאמר מחלפא שיטתי' דרבנן דשם ס"ל לב"ה עומד ואומר יונים אלו אני נוטל מן השובך למחר לאכילה וסגי בהכי דיש ברירה והכא אומרים עד שירשום דוקא כו', והוא תמוה מאד דמה חשש ברירה יש בעומד ואומר זה וזה אני נוטל כיון דהזמינם בפי' ולמחר יטול אלו לבד ולא אחרים, והרי בש"ס שלנו אי' בהיפוך בס"ד דש"ס דלכך לא קא אמרי ב"ה מכאן אני נוטל למחר משום דלית להו ברירה, ולכן ס"ל דצ"ל זה וזה אני נוטל למחר דבזה לא יהי' חשש ברירה, וגם מה שפי' שם בהא דמקשה מחלפא שיטתי' דר"א כו' ומשני חומר הוא בבעלי חיים ופי' דבע"ח חמיר מוקצה דידהו טפי ולא אמרינן בי' ברירה תקשי לפי מה דבעי הש"ס שלנו לאוקמי דברי ר"א מה שאמר תאכל היא ואמה דסתם תרנגולת עומדת לאכילה ולגדל ביצים נשחטה הוברה כו' דאית לי' ר"א ברירה, הרי דגם במוקצה דבע"ח יש לו ברירה אך זה [יש] ליישב דהירושלמי מוקי לה כמסקנא דש"ס שלנו דמ"ש היא ואמה גוזמא קתני ואין שם הטעם משום ברירה כלל:

ו) ולכן נלע"ד לפרש דברי הירושלמי דלאו מטעם ברירה אתינן עלה, אלא דס"ל כתי' של רבא בש"ס דילן דהטעם משום דילמא משתכחי שמנים כחושים כו' ומטלטל מידי דלא צריך, ופריך מחלפא שיטתי' דר"א דכאן מקיל יותר דא"צ הכנה גמורה רק מ"ש מכאן אני אוכל למחר מיקרי הזמנה, וב"ש ס"ל דאין זה הזמנה ועדיין מוקצה הוא עד שינענע מבע"י ויעשה מעשה הזמנה גמורה, וע"ז משני חומר הוא בבע"ח, ר"ל שאין טעמם של ב"ש מה דס"ל דלא סגי באומר זה וזה אני נוטל מטעם הזמנה גמורה, אלא משום דבע"ח אינם דומים א' לחבירו שיש כחושים ויש שמנים שמשתנים בטבעם, ולכן ס"ל לב"ש דלא די במ"ש זה וזה אני נוטל דיש לחוש שטעה בדעתו שהי' סבור שהם שמנים כיון שלא נענע אותם בידיו ולמחר משתכחי כחושים, ומטלטל מידי דל"צ, [ולא ס"ל כסברת ב"ה דכיון שאינו סומך על הספק יטול אף כחושים], משא"כ במוקצה דגרוגרות וצמוקים לא שכיח שיהי' משתנים שמקצת יהי' יבשים לגמרי ומקצת לא, וכיון שהניח כולם ליבש בזמן אחד ולכן די בהזמנה בעלמא מ"ש מכאן אני אוכל למחר, ואח"כ מקשה מחלפא שיטתי' דרבנן דכיון דשם מקילין ב"ה באומר זה וזה אני נוטל, והיינו כיון שאינו סומך על הספק ומזמין אלו בפי' לא חיישינן דלמא ממלך למחר כשישתכחו כחושים, א"כ למה מצריכים כאן שירשום ויאמר כו' באמירה לחוד סגי במ"ש מכאן ועד כאן ולמה צריך שירשום דוקא, וע"ז משני עוד, אינון אית לון חומר הוא בבע"ח וכוונתו דבאמת ס"ל לב"ה כר"ש דלית לי' מוקצה בבע"ח וכמ"ש בש"ס דילן בפ' א"צ (ד' כ"ז ע"ב) למ"ד דחולק הוא ר"ש אף בבע"ח שמתו שאין שם איסור מוקצה, וכן מבואר ברפ"ק

דגם בתרנגולת העומדת לגדל ביצים מתיר ר"ש דלית לי' מוקצה ולית לי' נולד והרי במוקצה דגרוגרות וצמוקים מודה ר"ש כמ"ש בכ"מ בש"ס, ובפ' כירה אין מוקצה לר"ש אלא בגרוגרות וצמוקים, ובסוף ביצה בעי מיני' ר"ש בר רבי כו' ופריך שם על רבי מהא דקאמר אלו הם מדבריות כו' וקאמר שם אבע"א לדבריהם דרבנן קאמר להו כו' ואבע"א הני נמי כגרוגרות וצמוקים דמו, הרי דבתי' ראשון ס"ל דגם מדבריות מותרים לר"ש דלא דמי לגרוגרות וצמוקים אף דהוי בע"ח, וא"כ היאך אפשר לומר דמוקצה דבע"ח חמיר ממוקצה דסוף פ' המביא דמיירי בגרוגרות וצמוקים אלא ע"כ צ"ל דבהא דגוזלות ליכא איסור מוקצה כלל ולכן א"צ שם רק הזמנה לומר זה וזה אני נוטל ולא מעשה נענוע, ומה שצריכים לומר זה וזה אני נוטל הוא משום חומר דבע"ח ר"ל משום דיש בהם שמנים וכחושים כו', וכמ"ש משם דמטלטלי מידי דלא צריך או זימנין דמשתכחי כולם כחושים וממנע משמחת יום טוב, משא"כ בהא דמוקצה דגרוגרות וצמוקים דאיסור מוקצה יש בהם גם לר"ש לכן בעי הזמנה מעליא וצריך שירשום. ובזה מבוארים דברי הירושלמי על נכון שלא ישאר דברי חכמים בקושיא, וגם אין מוכרחים אנו לחלק בדין ברירה בדרבנן בין מוקצה לעירוב, וא"ש ג"כ דברי הירושלמי כפי מסקנת ש"ס שלנו בתי' של רבא בפ"ק וכמבואר:

ז) נחזור לענייננו מאחר שנתבאר לנו שמדברי ר"א אין מוכרח שיסבור דיש ברירה והא דעומד על המוקצה י"ל משום דבדרבנן קיי"ל יש ברירה א"כ קשה למה יסבור ר"א דיוצאים י"ח במצה זו שעשאם למכור בשוק, וגם לר' יהושע קשה דהא גם ב"ה ס"ל אין ברירה בדאורייתא לפי מסקנת הש"ס דפ' משילין, ואין לומר לפי שיטת הרמב"ן שהבאתי למעלה סי' ט"ז דבתולה תנאו בדבר א' יש ברירה לכ"ע וכאן מקרי דתולה תנאו בדבר אחד אם לא ימכר בשוק אז יהי' משומר לשם מצה, דזה אינו מתרי טעמי, חדא דהרמב"ן לא כ' כן אלא במתנה בפיו בפי' בדבר א' כגון הא דאם מתי יהי' גט או הרי את מקודשת לי ע"מ שירצה אבא, דכיון דמתנה בדרך תנאי א"צ לומר הוברר הדבר מעיקרא שהרי כבר בירר דבריו, משא"כ בנדון דידן בחלות תודה שלא התנה בדרך תנאי רק שאנו סומכין על אומדן דעתו שודאי כן הי' כוונתו שאם לא ימכרם יהיו משומרים לשם מצה ולא בירר דבריו מתחלה, א"כ צריכין אנו לומר אח"כ כשלא מצא למכור הוברר הדבר למפרע כו', ועוד דכאן הוה מתנה על ב' דברים דודאי כמו מצה דפסח צריך שיהי' משומר לשם מצה ולא לשם זבח כדילפינן מקרא דושמרתם את המצות, כמו כן מצה הנעשה בשביל תודה צריך שיהי' משומר לשם זבח תודה דבכל הקדשים צריכין שיהי' משומרים לשמם, וכן מורה לשון הש"ס בפסחים שם דקאמר יצא מצה

המשתמרת לשם זבח, דאל"כ למה קאמר דעשאם לעצמו לא יצא י"ח הא משכחת לה אפי' לא עשאם למכור בשוק דיצא י"ח כיון דלא בעינן שישמרם לשם תודה א"כ לא מקרי מצה המשתמרת לשום זבח ולא גרע מסתמא, וא"כ הרי זה כמתנה על ב' דברים שאם ימצא קונים הי' משתמר לשם זבח ואם לא ימצא קונים יהי' לשם מצה, והרי זה דומה להא דכתוב גט לאיזו שתצא בפתח תחילה דאם תצא רחל תחילה יהי' כתיבתו לשם רחל, ואם לאה תצא תחלה יהי' לשם לאה דלא מהני משום דאין ברירה:

ח) לכך נלע"ד דכאן לא שייך חשש אין ברירה כלל, והוא דבאמת לא בעינן במצת מצוה שיהי' נאפה לשם מצת מצוה דוקא, וראי' לזה ממה דאיתא בירושלמי פ' כ"ש עלה דהך מתני' וז"ל, מצה הישנה פלוגתא דב"ש וב"ה, א"ר יוסי ד"ה היא מכיון שלא עשאה לשם פסח דבר ברי שלא דקדק בה כו', והיינו דבסוכה פליגי ב"ש וב"ה דב"ש ס"ל דבעינן סוכה לשם חג דכתי' חג הסוכות תעשה לך כו', ולכן פוסלין בסוכה ישנה שלא נעשית לשם חג, וב"ה ס"ל דלא בעינן לשם חג, וקרא דחג הסוכות מוקמי לי' לדרשא אחרינא שכשם שחל שם שמים על החגיגה כו', כדאיתא בש"ס דילן פ"ק דסוכה (ד' ט' ע"א), ולכן הי' ס"ד דגם במצה ישנה לב"ש בענין לשם מצת מצוה דוקא, ולכן אם לא עשאו לשם חג לא יצא י"ח, [דודאי מיירי בלא עשאו לשם מצת מצוה דאל"כ אפי' עשאו מתחילת השנה כשרה, ומודו בה ב"ש כדאיתא בפ"ק דסוכה שם], אבל לב"ה לא בעינן לשם פסח כמו בסוכה וקרא דושמרתם את המצות דילפינן מיני' דבעינן במצת מצוה שימור לשם מצה עכ"פ לא פחות משעת לישה, אין הכוונה שיהי' השימור לכוין לשם מצה כמו כוונה דקדשים לשם עולה לשם חטאת, אלא הכוונה דבעינן שימור ודקדוק מחמוץ לאפוקי בצקות של עכו"ם, אף על גב דלא יש בה סי' חימוץ והארכתי בזה במק"א בתשובה בראיות ברורות. ולפ"ז ל"ק מידי דבאמת מה דקאמר הש"ס דאין יוצאים י"ח מצת מצוה בחלות תודה ורקיקי נזיר, משום דבעינן מצה המשתמרת לשם מצה ולא לשם זבח, ר"ל הטעם הוא דהחמירה התורה לעשות השימור בשביל מצת מצוה להזהר מחשש חימוץ טפי שבזה משמרים יותר מחימוץ ממצה הנעשית לשם תודה, אף על גב דג"כ אסורה בחימוץ משום דחמץ בפסח חמיר טפי שיש בה איסור כרת, ועוד דהרי מצה הנאכלת כל שבעה ג"כ אסורה בחמץ אעפ"י דלא בעינן שימור טפי מחימוץ, ובצקות של עכו"ם אדם ממלא כרסו מהם אך גזירת הכ' הוא דמצה הנאכלת לשם חובה בלילה הראשון יהי' משמרים אותו ומדקדקים בה לשומרה מחימוץ יותר מהמצה הנאכלת כל שבעה, וכמו כן החמירה תורה שיהי' השימור לשם מצת מצוה דוקא שיהי' נזהרים בשמירתה יותר, וא"כ אם היתה נשמרת לשם מצת מצוה ג"כ וגם חשב שאם יצטרך לתודה יהי'

לתודה, אין כאן חשש ברירה לומר הוברר הדבר מעיקרא שנעשית לשם מצה שהרי גם קודם שהוברר שלא יצטרך לתודה היתה נשמרת כראוי לשם מצת מצוה:

ט) ובהיות כן נוכל לפרש בזה ב' הלשונות בש"ס דילן דפליגי אליבא דר"א דלל"ק הסכים ר"א לדברי ר' יהושע ואמר ברית הן הן הדברים שנאמרו למשה מסיני, וללישנא בתרא אמר בלשון בתמי' וכי הן הדברים כו' ולאו טעמא בעי כו' והיינו שללישנא בתרא ס"ל דר"א שמותי הוא ואזיל בשיטת ב"ש דפסלי במצה ישנה וס"ל דבעינן שימור לשמה דוקא כמו בקדשים, ולכן אף אם שמרה כראוי לשם מצת מצוה כל שכיון שאם יצטרך לתודה יקחנה לתודה, א"כ אין זה לשמה והוי כמו בקדשים לשמה ושלא לשמה דפסול גם בעבודה אחת כדאי' פ"ב דזבחים, וכיון דב"ש לית להו ברירה כדאי' במתני' דהמת בבית כו' ור"א ג"כ לית לי' ברירה, לכן ס"ל דאין יוצאים י"ח אפי' בעשאם למכור בשוק, אבל ללישנא קמא ס"ל דבהא ס"ל לר"א דיש ברירה וכפי' רש"י בביצה בהא דעומד על המוקצה, וכיון שיש ברירה שפיר יוצא י"ח בעשאם למכור בשוק, ולפי מ"ש למעלה שי"ל דדעת הרמב"ם בתולה בדעת אחרים יש ברירה א"ש גם פסק הרמב"ם שפסק דין זה בהלכותיו, גם לשיטת הישי"ש שכתבנו למעלה בדבר העתיד להתברר בודאי הן או לאו יש ברירה א"ש ג"כ דכאן ודאי עתיד להתברר אם מזדבן או לא וצ"ע:

סימן לא

דין ברירה ביבמה הזקוקה לכמה אחין:

א) גרסינן במס' נדרים (ד' ע"ד ע"א), שומרת יבם בין ליבם א' בין לב' יבמין, ר"א אומר יפר ר"י אומר לאחד ולא לשנים, ר"ע אומר לא לאחד ולא לשנים, ופריך שם בש"ס בשלמא ר"ע סבר אין זיקה ור"י סבר יש זיקה, אלא ר"א מאי טעמי' אי יש זיקה אין ברירה, ופי' המפרשים שם דהקושיא הוא דהכא דיש שני יבמין, א"י למי מהם זקוקה ולמי תהי' לאשה לפי' אפי' שניהם א"י להפר, דכיון דבשעת הפרתם אין ברור לנו מי הוא אישה אין הפרתם כלום, דרחמנא אמר אישה יקימנו כו' דבעינן שיהא ידוע בשעת הפרה עיין ר"ן שם. ולכאורה יש לתמוה הרבה בזה, חדא דהרי משנה מפורשת בפ"ג דקדושין (ד' ס"ג ע"ב), קדשתי את בתי וא"י למי קדשתי' ובא א' ואמר אני קדשתי' כו', זה אומר אני קדשתי' וזה אומר אני קדשתיה שניהם נותנים גט ופרש"י להתירה לאחרים, וא"כ קשה ג"כ נימא כיון שא"י למי היא מקודשת ומי הוא בעלה, א"כ אפי' שניהם נותנים גט לא יועיל משום דאין ברירה וא"י בשעת כתיבת ונתינת הגט של כל א' אם הוא בעלה, גם קשה מהא דאיתא במס' יבמות (ד' כ"ג ע"ב), מי שקידש א' מב' אחיות וא"י איזה מהם קידש נותן גט לזו וגט לזו, שנים שקדשו שתי אחיות זה א"י איזו קידש וזה א"י זה נותן

שני גיטין וזה נותן שני גיטין, מתו ולזה אח ולזה אח זה חולץ לשתיהן וזה חולץ לשתיהן, וכן מהא דאיתא שם (ד' צ"ח ע"ב) חמש נשים שנתערבו ולדותיהן הגדילו התערובות ונשאו נשים ומתו, ארבעה חולצין לאחת כו', הרי אף דא"י למי מהם זקוקה ליבם מהני חליצת כולם בממנ"פ, ואין לומר דאתיא כל הנך למאן דאית לי' ברירה, דא"כ למה לא מקשה הש"ס שם ש"מ יש ברירה כדמקשה בדוכתי טובא במס' פסחים בפ' האשה, ובפ' כיצד משתתפין וכדפריך הכא אליבא דר"א, ועוד שקשה על הפוסקים שפסקו ככל הנך מתני' אף דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה, אלא ודאי דבכה"ג לא שייך ברירה כיון דממנ"פ היא מגורשת או חלוצה מבעלה או מיבמה, ואין זה דומה לנותן לאשה א' ב' גיטין בספק בשם האיש או האשה שיש קצת פוסקים שחששו בזה משום אין ברירה כמו שית' בסימנים הבאים בס"ד, דשם אינו מבורר איזו גט נכתב לשמה שיהי' ראוי לגרש בו והוי כאלו לא נכתב לשמה אלא לאחרת מטעם דאין ברירה, [או לפי מ"ש התוס' בשם ר"י בריש פ' כל הגט משום דכתי' וכתב לה דבעינן שיהי' מבורר לשמה], וגם בזה ית' בס"ד שאין כאן חשש ברירה אבל בב' אנשים שמגרשין אשה אחת או ב' נשים כל א' מכוין בבירור לפטור ממנו ספק זיקתה או ספק קדושין שיש לו בה, וכיון שבבירור פוטר אותה ממנו אין כאן חשש ברירה, וא"כ צ"ע מה חשש ברירה יש בהפרת נדרה שכל א' מפר בודאי וכמ"ש:

ב) אבל לשון הרא"ש שם בפי' מתוקן יותר שכ' וז"ל, מיהו אין ברירה כלומר הא דאמרינן יש זיקה מדאורייתא, היינו דוקא בחד אחא משום דחשיב כאלו כבר כנסה, אבל בתרי אחא אין לברר למי תהי' ככנוסה הלכך אין זיקה כלל כו' יעו"ש, הרי דהרגיש בזה ותי' שהאי אין ברירה אין פי' ככל מקום שנזכר בש"ס אין ברירה, אלא ר"ל כיון שא"י למי מהם זקוקה אין לומר בזה דזיקה יהי' חשוב ככנוסה להיות נקרא אשה, דכל עיקר מ"ש יש זיקה, היינו משום דעומדת לכנוס ולהתייבם נעשה כאלו כבר כנסה כיון דאגידא בי', אבל כאן שאינה עומדת בבירור לכל א' להכנס אליו, לכך אין ראוי לומר כאן כל העומדת ליבום כאלו אשתו היא, אף דאיכא ממנ"פ הפרה ממי שעתיד ליבמה, אבל לשיטת הר"ן שכתב דבעינן שיהי' ידוע בשעת הפרה מי הוא בעלה, ולדידי' גם בהא דקידשתי את בתי וא"י למי קדשתי' ובאו שנים זה אומר כו', ג"כ שניהם אין יכולים להפר עם האב ואינו מופר אף בהפרת כולם וא"י למה. ויש ליישב דברי הר"ן דכוונתו הוא דבאמת מצד הזיקה עצמה אפי' בחד אחא לא הי' יכול להפר, דבמה שאסורה ע"י להנשא לשוק בזה אינה קרוי' אשה להפר נדרה, רק דגזירת הכ' הוא לא תהי' אשת המת החוצה כו', אך מצד שאח"כ מייבם אותה אמרינן איגלאי מלתא למפרע שבעת הזיקה

קודם שכנסה היתה נקראת אשתו, כמו ארוסה לארוס שנקראת אשה להפרת נדרה מצד שעומדת להנשא לו, וא"כ בתרי אחי אם הי' א' מפיר ליבמה אף שאח"כ יבם אותה, ודאי דצריכים אנו לדון בו בדין ברירה לומר הוברר הדבר שהוא הי' נקרא אישה בעת הזיקה, וכיון שאין ברירה לא נחשב כמבורר מעיקרא שזהו אישה, אף שאח"כ הפר לה גם את השני ויש כאן ממנ"פ הפרה ממי שיבם אותה, מ"מ בעת שהפר כל א' לא הי' בהפרתו כלום מצד אין ברירה, ולכן אין מצטרף הפרת שניהם יחד להיות נקרא הפרה שכל הפרה בפ"ע לאו כלום ומתבטלה הפרתו, אבל בשנים שקידש א' מהם אשה וא"י למי נתקדשה, כיון שא"צ לדון מצד מה שיהי' אח"כ לומר הוברר הדבר למפרע דהא קודם כניסה בת גירושין היא, לכן מועיל כשנותנים לה שניהם גט בממנ"פ, וכן מועיל הפרתם באמת עם הפרת האב כיון דאין צריך לדון מצד מה שיתברר אחר זמן, וכמו שיתבאר בסימנים הבאים בדין שני גיטין מספק:

ג) ולכאורה יש סתירה לזה ממה דאיתא בירושלמי פ' כל הגט בהא דתנן במתני' אמר ללבלר כתוב גט לאיזה שארצה אגרש כו', וז"ל ר' אלעזר בר' יוסי בעי קומי ר' יוסי הדא דתימא גט אחד פסול בשתי נשים ודכוותי' והן שני גיטין פסולים בשתי נשים אמר ליה וכיני, א"ל והא תנינא שנים ששלחו שני גיטין ונתערבו נותן שתיהם לזו ושתיהם לזו, ומתרץ תמן זה כרות לשמה וזה כרות לשמה תערובות הוא שגמרה להון, ברם הכא לא זו כרות לשמה ולא זו כרות לשמה, ופי' המפרש שם דבעי שני גיטין לב' נשים, היינו שכ' גט לכל אחת וא"י איזה גט של זו ואיזה גט של זו אם נמי פסולים בשמותיהם שוים ואמר לו כן הדבר, והא דב' ששלחו ב' גיטין ונתערבו שם ניכרים וידועים היו בתחלה, איזה גט של זו ואיזה גט של זו ורק שאח"כ נתערבו ובתחי' הי' ברור לשמה לכן מגורשות בממנ"פ, משמע מדבריו שכ' ב' הגיטין סתם לב' הנשים, א' מהם לזו וא' מהם לזו לא מהני מטעם דאין ברירה, והרי שם אין אנו צריכים לדון מצד מה שיתברר לאח"ז שתיכף מבורר שא' מהם נכתב לשמה, רק שא"י איזהו ואעפ"כ אמרינן דאין ברירה, ומזה קצת ראי' לפי מה דמשמע מפשטות דברי הר"ן שהבאתי דבעינן שיהי' ידוע בשעת הפרה מי הוא יבמה שזקוקה לו. והנה יש מקום לזה לפי שיטת ר"י בתוס' ר"פ כל הגט שהבאתי שכ' דגם למ"ד יש ברירה בכל התורה, גבי גט לא מהני דבעינן שיהי' מבורר בשעת כתיבה לשמה, וא"כ אף שיש כאן ממנ"פ גט א' הנכתב לשמה לא עדיף ממאן דאית לי' ברירה, דאפ"ה לא מהני דבעינן שיהי' מבורר ממש, מ"מ לא נראה כן דש"ה בהא דלאיזו שארצה אגרש דבשעת כתי' אינו מבורר כלל שגט א' נכתב לשמה כלל, משא"כ בכתב ב' גיטין שמבורר ממש שיש גט א' הנכתב לשמה ממש. ולכן נראה דהירושלמי מיירי

בכתב שני גיטין לב' נשים ואמר באיזה גט שארצה לגרש כל א' אגרש בו, ונמצא שגם שם תלה הדבר במה שיתברר אח"כ, ודומה ממש להא דגט א' לב' נשים ואמר לאיזו שארצה אגרש דמתני', והא דבעי ר' אלעזר ולא פשט לי' ממתני', נראה דדעתו הי' דכאן קיל יותר כיון דממנ"פ יש בהם גט א' שודאי מגרש בו כל אחת, משא"כ במתני' שאינו מגרש אלא א' מב' נשיו ונמצא שכל אשה בספק אם תתגרש כלל ואין כאן ממנ"פ, ואעפ"כ פשט לי' ר' יוסי כיון שתלה הדבר במה שירצה אח"כ לא מהני אף שיש כאן ממנ"פ, וזה דומה להא דאי' בפ' האשה (פסחים ד' פ"ח ע"ב) אין נמנים על שני פסחים כא' אף שיש כאן א' שבודאי ימנה עליו אעפ"כ לא מהני למאן דלית לי' ברירה, אף למ"ד אכילת פסחים לא מעכבא, וס"ל דאיש לפי אכלו למצוה כיון שתלה במה שיברר ברצונו לאחר זמן, וכן ה"נ בכותב ב' גיטין לב' נשיו, דכל גט שנותן לה וכותב צריך לומר עליו הוברר הדבר למפרע ונמצא שכל א' נכתב בפסול, משא"כ בשנים שנותנים גט מספק מי בעלה או ב' חולצין מספק שאין תלוי במה שיתברר לאח"כ, שפיר אמרינן בי' ברירה כן נראה לפרש שיטת הר"ן:

ד) ומ"מ דברי הרא"ש צ"ע דלפי דמשמע מדבריו דהא דפריך לר"א בתרי אחי אין ברירה, היינו משום דאין זיקה בתרי אחי דלאו ככנוסה דמיא, דמה מקשה הש"ס לר"א, דילמא באמת ס"ל לר"א יש זיקה אפי' בתרי [אחי] דפלוגתא דתנאי ודאמוראי הוא כדאיתא במס' יבמות (ד' מ"א ע"א), שומרת יבם שקידש אחיו את אחותה כו' דפליגי שם ר"י ורבנן אי יש זיקה בתרי אחי וכדאיתא ריש פ' כיצד (ד' י"ח ע"ב), וכן בפ' ד' אחין (ד' ל' ע"א) שם דייק ר"א ממתני' דיש זיקה אפי' בתרי אחי, וא"כ מה מקשה כאן אי ר"א ס"ל כן, והנה שם בפ' ד' אחין (ד' כ"ט ע"ב) פריך אהך מתני' דשומרת יבם הנ"ל וז"ל, והוינן בה בשלמא ר"ע סבר אין זיקה אפי' לחד לר"י לחד יש זיקה לתרי אין זיקה, אלא לר"א נהי נמי דקסבר יש זיקה, בשלמא לחד מיפר אלא לתרי אמאי כו' ופרש"י שם וז"ל, נהי נמי דקסבר יש זיקה אפי' לתרי מיהו יפרו שניהם מבעי' לי', ושם לא נזכר מלשון ברירה כלל ומשמע כפרש"י ז"ל וזה דלא כפי' הר"ן ולא כפי' הרא"ש הנ"ל. ובאמת יש לפרש כן לשון הש"ס דידן דפ' נערה דמ"ש נהי דיש זיקה אין ברירה, ר"ל ג"כ אמאי יפר חד לחודי' דאפי' תאמר דהיינו מי שכנסה אח"כ דאגלאי מלתא למפרע שזהו בעלה ואליו היתה זקוקה, ולכך מועלת הפרתו שהפר אז בעת שהיתה זקוקה לו, דבזה מקשה שפיר הא קיי"ל אין ברירה, דהוא כברירה דבכל הש"ס דלא אמרינן הוברר הדבר למפרע, ומהתימא על הר"ן ז"ל שכ' שכמו שפי' כן כתב רש"י בפ' ד' אחין, ובאמת כ' רש"י להיפוך מדבריו, ודברי הרא"ש יש לפרש שכוון ג"כ למ"ש רש"י שמ"ש אין ברירה דאין זיקה בתרי אחי, ר"ל

שאין א' מהם יכול להפר וא"כ יפרו שניהם מבעי' לי', ואפי' כנסה אח"כ אין ברירה וכמ"ש, וא"כ לשיטת רש"י אם מפירים שניהם מועיל הפרתם אף דבעת שהפר כל א' לא הי' הפרתו כלום מצד אין ברירה כמש"ל, מ"מ אם הפירו שניהם כל שיש כאן א' שהיפר בממנ"פ מופר הוא לא חיישינן בזה לברירה, וכמו שנדבר מזה לקמן בדין שני גיטין שנותנים בספק, ומ"מ אין הכרח כ"כ, די"ל דדעת רש"י דמצד הדין לר"א זיקה ככנוסה ומצי מיפר מצד הזיקה עצמה, ולא מצד שעומדת לינשא לו, ואין אנו צריכים לומר הוברר הדבר למפרע, ומה שצריכי' שניהם להפר אינו מטעם ממנ"פ, אלא כיון שהזיקה קלה דהוי לכל א' חצי זיקה לכן אין כח באחד להפר נדרה, דאין חצי זיקה מועיל להיות נקרא אישה עד שיפירו שניהם שכל אחד מפר חלקו:

ה) והנה שם בירושלמי בנדרים גרסינן על דעתי' דר' עקיבא מי מיפר לה כו', ופי' המפרש שם דהספק הוא אם האב לבדו מצי מיפר לה דהא אינה קנוי' לו ליבמין והרי היא כפנוי', א"ד להא מילתא לחודי' מהני זיקה דאף האב א"י להפר. והנה לשיטת הר"ן שכתבנו אפי' לר"א שמקשה כיון דאין ברירה אין יכולים שני היבמים ביחד להפר נדרה, והש"ס מסיק דמיירי בעבד בה מאמר או עבד בדין וברח, וא"כ בלא עבד בה מאמר ולא עמד בדין כו', לפ"ז הי' יכול למבעי' בכה"ג גם לר"א אם האב לבדו יכול להפר, כיון שאין היבמין יכולים להפר כמאן דליתניהו דמו, או כיון דעכ"פ זקוקה להם ומה שא"י להפר הוא רק מטעם דאין ברירה וא"י למי זקוקה אפשר דלא מהני הפרת האב לחודי', כ"ש לדידן דאית לן דדין ברירה בספק הוא ואזלינן לחומרא בדאורייתא, א"כ ודאי דלא מהני הפרת האב, אבל לשיטת רש"י א"ש דס"ל דלר"א שניהם יכולין להפר א"כ ליכא למבעי' הך בעיא אליבא דר"א, וא"כ מדברי הירושלמי הי' נראה קצת ראי' לפי' רש"י. ואפשר לדחות דהירושלמי מלתא דפסיקא נקט כיון דבמתני' נזכר אצל ר"ע שא"י להפר לכך בעי לה אליבא דר"ע ואין ה"נ דיכול למבעי אליבא דר"א למסקנא באם לא עבד בה מאמר ולא עמד בדין, והרמב"ם ז"ל (פי"א מה' נדרים) כתב, היתה יבמתו נערה מאורסה לאחיו ואבוה קיים אין היבם והאב מפירין נדריה כא', אלא האב לבדו מיפר כל שתדור כו', וכן פ' הטור סי' רל"ד, והוסיף עוד הרמב"ם דאפי' עשה בה מאמר מיפר האב לבדו, והר"ן בפי' שם נסתפק בדין זה וכ' שיש קצת לחלק בין אם נדרה ברשות הארוס או ברשות היבם יעו"ש, והתימא על הר"ן שלא זכר דברי הירושלמי הנ"ל שנסתפק בזה, והגאון המפרש בעל פני משה שם בפי' על הירושלמי, תמה על הרמב"ם והטור שפסקו בפשיטות דמיפר האב לבדו ובירושלמי נשאר בספק. ולענ"ד הי' נראה כיון דצריכים אנו להגיה בדברי הירושלמי דתי' "מי שם" ליתא בספרים שלנו א"כ יותר ראוי להגיה

א' תי' אביה, וצ"ל אביה מיפר לה, ור"ל כיון דר"ע ס"ל אין היבמה זקוקה ליבם כמו שארוסה זקוקה לאישה, א"כ הוי מת הארוס דנתרוקנה רשות לאב. ולכן אביה עצמו יכול להפר לה שהרי אין לה מקרא מפורש דיכול להפר רק ארוס או אב ובעל כמ"ש ואם הי' תהי' לאיש כו', וכיון שאין היבם אישה גמור שאין חייבין עלי' מיתה כמ"ש בש"ס שלנו, א"כ אינו נקרא אישה ומהכ"ת נימא דיהי' כח ליבם להפר או לגרוע כח הפרת האב, ונראה שכן הי' גירסת הרמב"ם בירושלמי, ופסק כן לפי מה שנמצא בירושלמי שידוע שאין מדרכו של הרמב"ם לכתוב דין מסברתו מה שלא נמצא מפורש בש"ס בבלי וירושלמי ותוספתא אם לא בלשון ויראה לי כו'. וכיון שכ' דין זה סתם נראה דלקח דין זה מן הירושלמי וכמ"ש, אך דברי הרמב"ם מ"ש דגם בעשה בה מאמר הדין כן צ"ע, שהי' נראה לכאורה כיון דמאמר קונה ביבמה מדרבנן דהשוו אותה חכמים לקדושי כסף באשה דעלמא, לכך הי' נראה דמדרבנן צריך להפר גם היבם ככל ארוסה דאורייתא:

ו) והנה בש"ס דילן פ' ד' אחין (ד' כ"ט ע"ב) הביא אוקימתא דר' אמי בר אהבה הכא במ"ע דעבד בה מאמר, וב"ש היא דסברי מאמר קונה קנין גמור וקאמר שם, בשלמא אי אמרת מאמר נישואין עושה משום הכי מיפר, אלא אי אמרת אירוסין עושה היכי מצי מיפר כו', ומשני אמר ר"נ בר יצחק מאי יפר יפר בשותפות, וא"כ צ"ל דלפ"ז ר"ע דפליג שם על ר"א ואמר לא לאחד ולא לשנים, צ"ל דס"ל דאביה לבד מיפר ואפי' עבד בה מאמר, וא"כ צ"ל דס"ל דאף דמאמר ביבמה קונה מדרבנן מ"מ לענין הפרת נדרים לא עשו אותה לענין זה כארוסה, כיון דאין היבמה גמורה לאישה כמו הארוסה לאלים כוחו שיצטרף הפרתו עם הפרת האב, ולא עשו אותה חכמים כארוסה רק לענין דחליצה לבד לא סגי לה בלא גט וא"כ יש ראי' לדברי הטור לפ"ז מש"ס דילן, דמאמר דעשה בה היבם אינו מעלה ואינו מוריד עכ"פ לענין הפרת נדרים, וכיון שמשמע לפ"ז מש"ס דילן כדברי הרמב"ם, וגם דברי הירושלמי נראה להגיה ולפרש כן א"כ שפיר פסק הרמב"ם, ואף דבמסקנא מוקי לה הש"ס דמיירי בעמד בדין וברח דניזונות משלו, מ"מ לאו מהאי טעמא נאדי מאוקימתא קמייתא דמוקי לה בעשה בה מאמר, וא"כ לדינא שפיר קיי"ל הכי. ובזה מתורץ מה שתמה המפרש שם על דברי הטור וכ' שגם הרמב"ם לא כתב רק בלא עשה בה מאמר, ולפי מ"ש דברי הטור נכונים, ועיין בש"ע שם סעי' י"א שהעתיק ג"כ דברי הרמב"ם להלכה דגם בעשה בה מאמר יכול האב לבדו להפר וכן נוטה לשון הרמב"ם ז"ל בפי"א מה' נדרים (הלכה כ"ד), ולא כדעת המפרש שם שנסתפק בדבריו והמעיין שם יראה שדעתו כמ"ש:

ז) ושם בירושלמי יש עוד מקום עיון קצת שכ' שם וז"ל, דמר ר' יעקב בר אחא בשם ר' יוחנן ר' הילא בשם ר' אלעזר אפי' אשם תלוי אין לה, מי מיפר לה, ופי' המפרש שם דהיינו הא דאיתא בפ' חרש דאשתו של חרש ושל שוטה אפי' אשם תלוי אין בה, הבא עליה מי מיפר נדרי', כלומר אם האב יכול לבדו להפר נדרה הואיל דקדושי החרש לאו כלום הוא או לא כו', מזה הי' נראה קצת סתירה לדברי הטור, דהא חזינן בקדושי חרש דאין בו ממש מדאורייתא, אעפ"כ נסתפק הירושלמי כיון דמדרבנן הוי קדושין אין כח באב לבדו להפר, א"כ כ"ש בזקוקה ליבם שעשה בה מאמר שג"כ מקודשת מדרבנן, וגם שבלאו הקדושין יש בה זיקה דודאי יש להסתפק אם מועיל הפרת האב לבדו. ונלע"ד ליישב זה דדוקא גבי נישואי חרש נסתפק הירושלמי דכיון דנשואה גמורה לפקח כבר נפקע כח האב ויצתה מרשותו לענין הפרת נדרים, ולכך יש סברא לומר דנישואי חרש כיון דמדרבנן תקנו לו נישואין, יכול להפר נדרה כמו בנשואי קטנה משום דנודרת על דעתו כדאי' בש"ס דילן, משא"כ ביבם בארוסה כיון שנשאר כח האב להפר נדרי' מן התורה לגבי כח האב בטל לי' כח זיקה של היבם וקדושי מאמר שלו דמדרבנן בעלמא הוא, לגבי כח הפרת האב דאורייתא אין בו כח לחול, אבל מדברי המפרש שם משמע שמפרש דמיירי הירושלמי בארוסין דחרש מי מיפר לה האב לבדו או לא, וא"כ קשה למה ישתנה דין זה מדין יבמה שיש בה זיקה וגם קדושין דרבנן מקדושי חרש שאין בה רק קדושין דרבנן לבד, גם צ"ע מה דבעי הירושלמי בקדושי חרש מי מיפר לה, דהא גם קדושי ונשואי קטנה הא דמיפר לה בעלה אף שאין קדושי' קדושי תורה הוא מטעם דנודרת על דעתו, כמ"ש בש"ס שלנו שם משום כל הנודרת ע"ד בעלה נודרת, ומה שייך גבי חרש שנודרת ע"ד כיון שאינו בר דעה כלל וצ"ע. שוב ראיתי בדברי המפרש בירושלמי שם, שהגיה שם שצ"ל ע"ד דר"א מיפר לה כו' וההין דמר כו', וא"ש טפי דלכך מבעי' לי' לר"א דס"ל דגם בזיקה יכול להפר כדמשמע בש"ס שלנו, דבב' יבמין צריך לאוקמי בעשה בה מאמר, א"כ אפשר דס"ל גם באשת חרש כיון דיש בה קדושין דרבנן דיכול להפר, אבל לר"ע ודאי דא"י להפר במכ"ש דיבמה כמ"ש, ובזה מתורץ מה שהשמיטו הרמב"ם והטור וש"ע דין זה של אשת חרש דנשאר בספק בירושלמי, אבל לפי מ"ש א"ש דלדידן דקיי"ל כר"ע ודאי דא"י להפר ודו"ק:

ח) ויש לי מקום עיון בדברי הרמב"ם (פי"א מה' נדרים הלכה ח') שכ' שם דמי שהיא ספק מגורשת אין בעלה יכול להפר לה נדרי', נתן לה גט על תנאי או לאחר זמן לא יפר בימים שבינתים כו', וכ' הכ"מ שם שלמד דין זה מהא דאי' בפ' מי שאחזו (ד' ע"ג ע"ב), ת"ר ימים שבינתים בעלה זכאי כו' ובהפרת נדרי' דברי ר"י, וחכמים אומרים מגורשת

ואינה מגורשת, משמע דלחכמים אינו מיפר נדריה עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה למה לא יוכל להפר לה כ"ז שהוא חי, לא מיבעי לר' יוסי דס"ל דספק אם חל הגט משעת נתינה או בקודם מותו כפי' התוס' שם, דמ"מ כ"ז שהוא חי מוקמינן לי' בחזקת חיים דרוב חולים לחיים, והרי קיי"ל המביא גט והניחו חולה נותן לה בחזקת שהוא קיים, אלא אף לר"מ דס"ל דהגט חל בודאי משעת נתינה, מ"מ מוקמינן לי' בחזקת חיים דלא ימות מחולי זה, ומן הש"ס אין הכרח די"ל דמ"ש בעלה זכאי כו' ובהפרת נדרי כו', י"ל דהיינו אם מת אח"כ לר' יהודה מועיל הפרתו שהפר, משא"כ לר"מ ולר"י אין מועיל הפרתו שהפר, משא"כ לר"מ ולר"י אין מועיל הפרתו שהפיר מקודם לכן דאגלאי מלתא למפרע שהיתה גרושה, משא"כ לכתחי' כשהוא חי למה לא תסמוך על חזקת חיים ותוכל לסמוך על הפרתו, והרי מסתימת לשון הרמב"ם והפוסקים משמע דלכתחילה כשהוא חי אינו יכול להפר:

ט) והיה נלע"ד דהרמב"ם למד זה מהא דאי' בפ' כל הגט (ד' כ"ח ע"א) פלוגתא דר"מ ור"י, דלר' יהודה באומר לאשה זה גיטך שעה אחת קודם למיתתו אסורה לאכול בתרומה מיד דחיישינן שמא [ימות] מיד, ובהא קיי"ל כוותי' דר"י דלשמא ימות אפי' לזמן מועט חיישינן וכמו שפסק הרמב"ם ז"ל (פ"ט מה' תרומות ה"א), ובשמא ימות לא שייך חזקת חיים כיון דאסורה שעה אחת לפני מותו, ומכ"ש לר' יוסי דיש ספק שמא חל הגט משעת נתינה, וא"כ גם לענין הפרת נדרים כיון שחל הגט מחיים אם ימות א"כ לא שייך לאוקמי' בחזקת חיים. אבל קשה לפ"ז דהא בש"ס מפורש דר' יהודה ס"ל דימים שבינתים בעלה זכאי בהפרת נדרי', אף דס"ל דהגט חל שעה אחת לפני מותו, ואעפ"כ ל"ח שמא ימות ויכול להפר נדרי' ואף על גב דס"ל לר"י דחיישינן שמא ימות, וצ"ל לפ"ז דמה דקאמר ר"י בעלה זכאי בהפרת נדרי', היינו דעכ"פ לא תעבור על נדרה מיד רק אחר שעה דאז אגלאי מילתא דבעת ההפרה היתה א"א עדיין בודאי, ולפ"ז צ"ל דמ"ש הרמב"ם דכל ספק מגורשת א"י להפר, היינו בספק גמור כגון זרק לה גט ספק קרוב לו כו', ומ"ש או שגירשה ע"ת או לאחר זמן, אינו כוונתו כגון תנאי דגט שכ"מ שאם ימות דבכה"ג יכול להפר, רק שלא תהנה מנדרה כי אם אחר שעה כמ"ש, אלא בתנאי אחר שיכול להיות שאם תקיים התנאי יהי' הגט חל מעת הנתינה. ולכאורה קשיא כיון דספק מגורשת בעלה חייב במזונותי' כדאי' בפ' מי שאחזו שם, א"כ למה יגרע זה מקטנה דנישואין דידה דרבנן, וגם במופלא סמוך לאיש דנדרי' הם מן התורה, אעפ"כ קיי"ל דבעלה יכול להפר לה משום דניזונת משלו ונודרת על דעתו, כדאי' בפ' חרש (ד' קי"ד ע"א) ובפ' יוצא דופן, אך י"ל לפי מאי דקיי"ל כרבנן דפליגי על ר"א בפ' נערה (ד' ע"ג ע"ב) בהא

דבוגרת ששהתה י"ב חודש, דר"א ס"ל הואיל ובעלה חייב במזונותי' הרי זה יפר לבדו בלא שותפות האב, וחכמים פליגי עליו שם דאין הבעל מיפר עד שתכנוס לרשותו, וא"כ י"ל דרבנן אף על גב דמודו נמי לר"א עכ"פ באם נכנסה לרשותו, אף על גב דנישואין הם דרבנן יכול להפר משום דנודרת על דעתו וכמ"ש הר"ן שם, מ"מ היינו דוקא בנשואה גמורה, משא"כ במגרשה ע"ת אם ימות לר"מ דס"ל (דחג) [דחל] הגט משעת נתינה או לחכמים במגרשה ע"ת או לאח"ז, כיון שאם יתקיים התנאי ויגיע הזמן תיגלי מילתא למפרע שלא היתה אשתו כלל אפי' מדרבנן אף על גב דניזונת משלו א"י להפר, ובספק מגורשת י"ל טעמא אחרינא דלא שייך לומר דנודרת ע"ד, כיון שיש איבה ביניהם אף על גב דחייב במזונותי' דלכך קיי"ל דמציאתה לעצמה במגורשת ואינה מגורשת משום דתקנו מציאתה לבעלה משום איבה ובספק מגורשת לא שייך איבה:

י) ולפי"ז י"ל דלר' יוסי דס"ל דספק מגורשת היא דהוי ספק אם הגט חל מעת הנתינה או בשעה אחת קודם מותו, י"ל דודאי יכול להפר דהא ודאי דחייב במזונותי' ונודרת ע"ד, ואיבה לא שייך כאן דהא אדרבא הוא מגרשה לטובתה כדי שלא תהי' זקוקה ליבם, וא"כ אם בנישואין דרבנן כל שניזונת משלו קיי"ל דיכול להפר משום דנודרת על דעתו, כ"ש בספק מגורשת מן התורה, דודאי ספק א"א מן התורה חמור יותר מא"א דרבנן, אפי' לדעת הרמב"ם דס"ל ספק תורה מדרבנן להחמיר מודה הוא בספק א"א דאתחזק איסורא דא"א. וא"כ מ"ש הכ"מ על דברי הרמב"ם בהא דספק מגורשת דא"י להפר דלמד דין זה מפ' מי שאחזו, בהא דמה היא באותם הימים, אין זה מוכרח לדידן דקיי"ל כר' יוסי דמגורשת ואינה מגורשת, דספק אם חל הגט מעת הנתינה או שעה אחת לפני מותו בכה"ג יכול להפר, ודוחק לחלק בין נישואי קטנה דמדרבנן תקנו להיות כנשואה גמורה לכך מהני אם נודרת ע"ד, ובין גט שכ"מ כיון שכל שעה בספק אצלה אם ימות או לא אינה נודרת ע"ד וצ"ע:

יא) עוד יש שם בירושלמי בעיא אחרת וז"ל, והן דמר ר' אבהו בשם ר' יוחנן אפי' קדושי מאה תופסים בה מי מיפר לה, ור"ל במה דאיתא בפ"ג דקדושין (ד' ס' ע"א) באם קידש אחד אשה במעכשיו ולאחר שלשים יום, ובא אח"כ אחר וקידשה מעכשיו ולאחר עשרים יום, ובא אחר וקידשה מעכשיו ולאחר עשרה ימים, דאמר שם שכולם תופסים בה, ופי' רש"י שם דס"ל דכולם תופסים בה מתורת ודאי, דשיורי משייר כל אחד לתפיסת קדושין, ולכן בעי אי צריך שכולם יהיו מפירין לה או הראשון לבד. ולפ"ז קשה על הרמב"ם (פ"ז מה' אישות הלכה י"ב) שפסק כר' יוחנן והוא מפרש דלא כפי' רש"י שכולם תופסים בה מטעם שיור מתורת ודאי, אלא דגם ר"י מספקא לי' אי

תנאה אי חזרה, ושמא לגבי דהאי הוי תנאה ולגבי דהאי חזרה, ולפ"ז קשה מאי מבעי' להירושלמי כיון דספיקא הוא למי מקודשת ודאי דא' מהם א"י להפר, דדילמא שלו לא הוה קדושין ובודאי צריכים כולם להפר מספיקא, וצריך לדחוק לדעת הרמב"ם דהספק של הירושלמי הוא, דכיון דקיי"ל דמה שגלתה התורה שהבעל יכול להפר נדרי אשתו, הוא מטעם דנודרת על דעתו אעפ"י שגזירת הכתוב הוא וכמ"ש הר"ן בפי' שם, ולכך בכה"ג דנתקדשה לכמה בני אדם וא"י למי, אינה נודרת על שום דעת א' מהם ולכך יש סברא שאפי' כולם אינם יכולין להפר כנ"ל ודוק:

סימן לב

עוד חקירה אחת בדין ברירה במתנה על שני דברים:

א) גרסינן בפ"ד דר"ה (ד' ל' ע"ב) בראשונה היו מקבלים עדות החודש כל היום, פעם אחת נשתהו העדים לבוא ונתקלקלו הלוים בשיר, התקינו שלא יהי' מקבלים אלא עד המנחה כו', והקשו בתוס' שם דאמאי לא חשיב קלקול של מוסף שלא הקריבו מוספי ר"ה, שאחר התמיד א"י להקריבו דעליו השלם כו', ושם ובפ"ק דביצה הביאו בשם יש מפרשים דהקריבו כבש א' על תנאי, אם יבואו עדים יהא מוסף ואם לא יבואו עדים יהא תמיד, ודחו שם תוס' תי' זה, דא"כ מאי קאמר בש"ס דקלקלו בשיר של תמיד של בין הערבים שהרי אם באו עדים לא הי' זה תמיד אלא מוסף, ועוד למ"ד שלא אמרו שירה כל עיקר, היינו לפי שהיו ממתינים כל שעה ושעה שמא יבואו עדים ולא היו יודעין מה שיר יאמרו, והשתא אם באו עדים ולא הי' להם שהות לומר שירה, א"כ נתקלקלו יותר בשאר קרבנות שלא קרבו, ולכן תי' דהיו מקריבין המוסף אחר התמיד דעשה דרבים דוחה עשה דהשלמה משום מצוה דרבים, והביא ראי' מהא דר"א שחרר עבדו והשלימו לעשרה משום מצוה דרבים שאני, וגבי עשה דהשלמה אמרו בפ' תמיד נשחט דנדחה מקמי עשה דפסח שיש בו כרת יעו"ש. ולענ"ד יש לפקפק בדבריהם טובא, דלפ"ז מה קאמר הש"ס דנתקלקלו הלוים בשיר, יותר הי' להם לומר דנתקלקלו לעבור על עשה דהשלמה, דודאי חמיר עשה דהשלמה שעברו עליו בקום ועשה, מהא דאמרו שיר של חול דאין כאן עשה מפורש בתורה, רק שלמדו ממקראות במס' ערכין שצ"ל שיר בשעת עבודה, ובודאי אין שייך לומר שיש עשה לומר דוקא שיר של יום טוב, דאין זה רק תקנת חכמים לבד לשורר כל א' לפי ענין היום, ומכ"ש למ"ד שלא אמרו שירה כל עיקר דאין זה רק בגדר שב ואל תעשה, ולמה שביק למה שנתקלקלו בקום ועשה לעבור על עשה דהשלמה. וגם מה שדחו התוס' דברי יש מפרשים משום דלפ"ד נתקלקלו במוסף ולא בתמיד אין זה קושיא כ"כ, דהש"ס קאמר לה לפי מה שהי' תלוי בספק דעיקר הקרבתם

הי' לשם תמיד של בין הערבים, כיון שלא באו עד עכשיו ואין זה רק ספק שמא יבואו עוד, וגם שאז הי' זמנו של תמיד בין הערבים, לכן קאמר שהקלקול הי' בתמיד, וגם מה שהקשו למ"ד שלא אמרו שירה כל עיקר א"כ נתקלקלו בשאר קרבנות מוספים, כבר תי' שם התוס' על זה:

ב) והרמב"ם ז"ל (פ"ג מה' קדוש החודש הלכה ה') כתב וז"ל, בראשונה היו מקבלים עדות החודש בכל יום שלשים, פע"א כו' ונתקלקלו במקדש ולא ידעו מה יעשו, אם יעשו עולה של בין הערבים שמא יבואו עדים, וא"א שיקריבו מוסף היום אחר תמיד של בין הערבים, עמדו ב"ד והתקינו כו', ודברי הרמב"ם לכאורה תמוהים, וכבר עמד שם הלח"מ בדבריו, שהם נגד הש"ס שאמרו שהקלקול הי' בשיר, והוא כ' שהקלקול הי' שלא הקריבו המוספים, ויישב שם דברי הרמב"ם בדוחק גדול שהוא סובר כתי' שדחו התוס', והיינו שהי' מקריבין התמיד ע"ד תנאי ולכן לא אמרו שירה כל עיקר, שהיו ממתינים אם יבואו העדים עוד ולא באו כל אותו היום, ופ' כמ"ד שלא אמרו שירה כל עיקר, והלח"מ בעצמו כ' שהי' דחוק מאד רק שלא מצא ישוב אחר לדברי הרמב"ם, ועוד אני תמה כפי מאי דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא, א"כ היאך אפשר להקריב התמיד על תנאי, והא הוה מתנה על ב' דברים, שאם יבואו עדים יהי' מוסף ואם לא יבואו עדים יהי' תמיד, והרי זה דומה ממש להא דאם בא חכם למזרח עירובו למזרח ואם למערב עירובו למערב, דאינו מועיל למאן דלית לי' ברירה, ולפי מ"ש למעלה בסימני' הקודמי' שלענ"ד דעת הרמב"ם נוטה בתולה בדעת אחרים יש ברירה הוה א"ש, דגם כאן מקרי תולה בדעת אחרים אם יבואו העדים או לא, אבל לפי דעת הפוסקים הסוברים דגם בתולה בדעת אחרים אין ברירה קשה, והרי רבא ס"ל דמאן דלית לי' ברירה גם בתולה בדעת אחרים אין ברירה, א"כ קשה לדידי' היאך יפרש המשנה אם לא כמ"ש התוס', וכבר כתבנו שיש לפקפק בדבריהם:

ג) ולולי דברי התוס' הקדושים, הייתי מפרש באופן אחר, והוא במה דקשה עוד לדברי התוס' דהא ודאי כיון דתמיד של בין הערבים זמן הקרבתו ממש עד סוף היום עד תחי' שקיעת החמה, כדאי' בפ' המזבח מקדש ובכ"מ דדם תמיד נפסל בשקיעת החמה, וא"כ ודאי דכל מה שהיו יכולים להמתין על ביאת העדים עד סוף הזמן שיהי' יכולים להקריב שניהם המוספים והתמיד [היו ממתינים], דאל"כ למה יקריבו התמיד על תנאי או לסמוך על דיחוי עשה דהשלמה בחנם, וכל שהמתינו עד כדי שלא יהי' יכולים להקריב שניהם, א"כ ב"כ וב"כ לא יכולים להקריבם, בכה"ג ודאי דמקריבין רק של תמיד שהוא ודאי, ושל מוספין הוא בספק אם יבואו או לא, וא"כ נדחה ספק מפני ודאי, ועוד דתדיר קודם

וכדאי' במס' מנחות (ד' מ"ט ע"א) אבעי' להו תמידין ומוספין איזה מהן קודם כו', וקאמר שם דלית לי' כו' תדיר כו' תדיר קודם, וא"כ ודאי דהי' נקרב בשביל תמיד לבד. ולכך נלענ"ד דבאמת יש לפרש כן דברי המשנה, שבאמת היו ממתינים על ביאת העדים עד שלא הי' עוד שהות ביום להקריב שניהם, וא"כ ודאי דבכה"ג לא היו מקבלים אח"כ העדים לקדש החודש ביום זה בשביל ר"ה, כיון שא"י להקריב המוספין לאחר תמיד של בין הערבים, ובכה"ג יכולת ביד חכמים שלא לקבל העדות ולדחות הקידוש ליום מחר, דלא גרע מהא דתניא מאיימין על העדים על החודש שנראה בזמנו לעברו כדאי' סוף פ"ק דר"ה (די"ט ע"ב), ואח"כ באו עדים באמצע הקרבת התמיד ואז לא היו יכולין לומר שיר של חול עם תמיד של בין הערבים, מאחר שידעו שצריכין לנהוג אותו היום ג"כ קודש, וכמ"ש התוס' בפ"ק דביצה (ד' ה' ע"ב) ד"ה מי לא מודה כו', שגם אחר חורבן בהמ"ק שתיקן ר' יוחנן בן זכאי שיהי' מקבלין כל היום, מ"מ אם לא באו עדים עד סמוך לחשיכה שאין שהות ביום לקבל עדותם צריכין לנהוג סוף היום בקדושה, ולכך גנאי הדבר לומר שיר של חול בתמיד, וגם שיר של קודש לא היו יכולין לומר מאחר שעיקר קידוש היום הוא למחר, ולכן לא אמרו שירה כלל וזה הי' הקלקול, משא"כ לאחר שתקנו שלא יהיו מקבלין רק עד המנחה, והיתה תקנה זו מפורסמת בישראל שאם יבואו אח"כ לא יהיו מקבלין שוב העדים, והכל יודעים שיקדשו למחר, לא הי' גנאי לומר בתמיד של בין הערבים שיר של חול ולא יהי' עוד קלקול, משא"כ אם לא היו מתקנים כן והיו תמיד מסופקי' אם יתקדש היום או לא, והיו אומרין של חול הי' גנאי, וא"כ יש לפרש ג"כ דברי הרמב"ם כן מ"ש "שלא היו יודעין מה לעשות כו'" היינו שכיון שהיו ממתינים על העדים מצד שלא ידעו אם להקריב התמיד או לא, היו קלקול של שיר ודו"ק בזה כנלע"ד:

סימן לג

דין הפריש ז' אתרוגים לז' ימים אם יש שייכות בזה לדין ברירה:

א) גרסינן פ"ד דסוכה (ד' מ"ו ע"ב) אתמר הפריש ז' אתרוגין לז' הימים, אמר רב כל אחת ואחת יוצא בה ואוכלה לאלתר, ורב אסי אמר כל אחת כו' יוצא בה ואוכלה למחר, במאי קא מיפלגי מר סבר למצותה אתקצאי ומר סבר לכולי יומא אתקצאי. ויש לחקור הרבה בזה דלמ"ד אין ברירה בהפריש ז' אתרוגים סתם לז' הימים דכל א' הוקצה למצותו ליומו, היאך יכול לאוכלו למחר והא אין ברירה, דלא אמרינן הוברר הדבר שאתרוג זה הוקצה למצותו ליום זה, שמא ביהש"מ דיום א' הוקצה למצותו ליום א', ועי' בתוס' שם ד"ה אתרוג בשביעי שהקשו בהא דאיתא פ' לולב הגזול, דר' חנינא מטביל בי' ברישא והדר נפיק, דהא דלא כר"י ור"ל דלשניהם אסור עכ"פ קודם שיצא בי', ותי' דר"ח הי' מתנה

שאינו בודל ביום שני ממקצתו מה שא"כ כדי לצאת בו, וקשה ג"כ כיון דאין ברירה היאך יסמוך על מה דנפיק בחציו השני לומר הוברר הדבר למפרע שחצי' השני הוקצה למצותו, כיון דאין ברירה שמא ביהש"מ הוקצה חצי' האחר אותו שאוכל עכשיו. והנה על רב עצמו ל"ק דרב אזיל לשיטתו דאית לי' ברירה עכ"פ בדרבנן, כדמוכח בפ' משילין גבי ב' שלקחו חביות ובהמה בשותפות כו', וא"כ באיסור מוקצה דרבנן י"ל ג"כ דיש ברירה. אבל נראה לכאורה דהוקצה למצותו מדאורייתא אסירא כמו בסוכה, דיליף לה מקרא דחג הסוכות לה' שכשם שחל שם שמים על החגיגה כו' כדאי' פ"ק דסוכה (ד' ט' ע"א), וכמ"ש התוס' שם ד"ה מנין כו' ובכ"מ מצינו דילפינן לולב מסוכה, וכדאי' שם (ד' י"א ע"ב) לענין אגד ולענין כמה דברים, וא"כ בדאורייתא גם רב מודה דאין ברירה באם תולה בדעת עצמו עכ"פ, כדמוכח בפ' כל הגט בהא דלאיזו שארצה אגרש כו' דאמר רב כולם פוסלין לכהונה כו' יעו"ש, ועוד דרב אסי דס"ל שם כל אחת ואחת יוצא בה ואוכלה למחר, מספקא לי' אם יש ברירה כדאי' בפ' יש בכור (ד' מ"ט ע"ב) גבי אחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות:

ב) ומצאתי בס' שו"ת ברית אברהם חלק או"ח סי' ל"ז שעמד בזה, ופלפל שם דבכה"ג לא שייך ברירה, כיון דלא הוה מוקצה ממילא כמו יוני שובך דלגדל ביצים עומדת אלא ע"י שמקצה למצותו, וא"כ אם נאמר אין ברירה אדרבא דהוי כאלו התנה שלא יחול עליו קדושה כלל דלא מחית אינש נפשי' לספיקא, וגם פרש"י שתנאי שבידו לקיימו אינו ענין לדיני ברירה כו' יעו"ש, וכל דבריו אינם ברורים לענ"ד, דמ"ש משום שלא מחית אינש נפשי' לספיקא כדאי' במס' קדושין (ד' ס"ד ע"ב) אינו ענין לנידון זה, דדוקא שם באמר קדשתי את בתי הגדולה כו' דר"י ס"ל דכולה מותרות חוץ מן הגדולה שבגדולות, דהיינו משום דאומדן דעת הוא שאין האדם רוצה להכניס עצמו בספק כגון בכה"ג שיהי' חשש קדושין בכולם, ומסתמא לא כוון בדעתו רק מה שנתפס בלשון ודאי, והי' כוונתו מסתמא על היותר גדולה שאין בה ספק בלשונו, אבל בנד"ד כיון שבאמת הפריש כולם לז' ימים היאך נאמר כיון דלא מחית לספיקא מסתמא לא הקצה אותם למצוה, וא"כ אין הפרש בין א' לכל הז', והרי באמת הפרישם והיאך אפשר לבטל דבריו לגמרי, ובפ"ב דנזיר (ד' י"ט ע"ב) איתא דמאן דס"ל לא מעייל נפשי' לספיקא זה אינו אלא היכא דספיקו חמיר מודאי יעו"ש, ועוד קשה עליו מהא דתנן במס' תמורה (ל' ע"א) בב' אחין שחלקו א' נטל י' טלאים וא' נטל תשעה וכלב שכנגד הכלב אסורי', ומקשה שם למ"ד יש ברירה לברור חד להדי כלבא ואינך לשתרי, ולמ"ד אין ברירה לא מהני וכמו שהקשו שם התוס' באמת, וכן מוכח בפ' מעשר בהמה באחין השותפי' בחלקו גדיים נגד גדיים (דפריך למימרא

דר"נ ס"ל יש ברירה) ופריך מהא דמחיר כלב כו' ולפי דברי המחבר הנ"ל כיון דאתנן כלב חל ע"י דבורו, א"כ נימא דלא מחית אינש נפשי' לספיקא ואין חל כלל איסור מחיר כלב וכולם מותרים, אלא ודאי אינו מטעם שנתבאר דל"ש כאן לומר דלא מחית כו', גם מ"ש מדברי רש"י דתנאי שבידו לקיימו אין בו דין ברירה, ג"כ אינו ענין לזה, דכוונת רש"י במתנה על דבר א' כגון הרי זה גיטך אם לא באתי עד ל' יום כו', דשם בדעתו תלוי והחליט בודאי שאם לא יבא יהי' גט, ולא שייך לומר אין ברירה דלא צריכין אנו לומר הוברר הדבר כו', משא"כ בהפריש ז' אתרוגים ולא פי' מי לכל יום מה ענין זה לתנאי שבידו לקיים, והרי זה דומה ממש לכתוב גט לאיזה שארצה אגרש שג"כ בידו תלוי, ואדרבא גרע יותר מתולה בדעת אחרים כמ"ש בש"ס שם פ' כל הגט, וכן כאן תלה ברצונו שאותו שירצה. ולדבריו הי' יוצא לנו דין חדש באם אמר לא' הרי א' מבנותיך איזה שתצא בפתח תחי' או איזה שארצה תהי' מקודשת לי ורצה אח"כ בא' מהם, נאמר שהאחרות אין בהם חשש קדושין דהוי כמתנה שלא יחול הקדושין על אותה שלא ירצה אח"כ, וזה ודאי אינו, דלפי דקיי"ל אין ברירה כולם מקודשות מספק. עוד קשה על המחבר הנ"ל במ"ש דלא מחית אינש נפשי' לספיקא, דלדבריו קשה ממתני' דסוף מעילה (ד' כ"א ע"ב), פרוטה בכיס זה הקדש דאיתא שם כי אתא רב דימי אמר כיסין על לוגין רמי לי' כו', והיינו מטעם דאין ברירה וכמ"ש התוס' שם, ולפי מ"ש המחבר הנ"ל אין זה ענין להא דלוגין, דשם איסור טבל ממילא חל, משא"כ הכא דלא מחית אינש נפשי' לספיקא, ועוד דא"כ לא יחול הקדש כלל אפי' על א' מהם כיון דתלוי בדבורו ולא מחית לספיקא, גם קשה עליו מהא דאי' בסוף מס' מנחות (ד' ק"ז ע"ב) שור בשוורי הקדש כו' יעו"ש. ובזה נדחה ג"כ מ"ש עוד ליישב הא דאתרוג משום דדמיא להקדש טעות כיון דלקח א' ליום ב' אגלאי מילתא למפרע דבטעות הוקצה כו', דהא גם בהקדש בפרוטה בכיס ובא' משווירי כו', לא אמרינן דהוי הקדש טעות כשיברור א' מהם, דהאחרים בטעות לא יחול עליהם הקדש אלא ודאי דזה אינו:

ג) ולכן נראה לענ"ד בהא דהפריש ז' אתרוגין לז' הימים, פי' שבתחילה כשהפרישם הי' דעתו שלא יהיו מוקצין למצוה כי אם בעת שיברור כל א' ליומו אז יחול עלי' איסור מצותו, ובתחי' הפרשתו לא הוקצו כלל, ובכה"ג לא שייך ברירה כמ"ש בסימני' הקודמי', דדבר שחל כשיתברר לא שייך בזה דין ברירה, כיון שאז בשעה שהאיסור חל כבר הוא מבורר, ואף כשהפריש סתם מ"מ אינו חל על שום אתרוג איסור מוקצה כי אם באותו יום שצריך לו לצאת י"ח, תדע דאטו אם הפריש אתרוג כמה ימים קודם סוכות לצאת בו בחג י"ח, האם נאמר שאסור באכילה קודם החג כיון שעדיין לא הגיע זמן מצותו,

וכן נויי סוכה ועצי סוכה שהפרישם ויחדם לעשות מהם סוכה האם נאמר דקודם החג אסור להנות מהם, והכ' אומר חג הסוכות כו' ז' ימים לה' דמיני' ילפינן איסור זה דמשמע שהאיסור הוא רק בז' הימים, ולכן באתרוג דקיי"ל דמפסקי לילות מימים, ולא דמיא לסוכה כדאי' בפ"ד דסוכה שם וכמ"ש התוס', נמצא כשהפריש ז' אתרוגים מסתמא הי' כוונתו שיחול איסורו ביום שיקחנו לצאת בו ולא קודם לכן ולכן לא שייך בזה דין ברירה, בהא דר"ח דמטבל ונפיק בי' שכ' התוס' שעכ"פ ביום ראשון הוקצה כולו למצותו כיון שחסר פסול בו, וצ"ל כמ"ש שם דהוי כאומר אינו בודל ממקצתו כל יום שני, וא"כ כבר חל איסורו בהיש"מ של יום שני על מקצתו ממנו ממילא ומקצתו השני התנה עליו תחי' שלא יחול איסור עליו וא"כ יש בזה חשש ברירה, וצ"ל דגם בזה כיון דמפסקי לילות מימים הוי כאלו הפריש אתרוג אחד משיהי' חציו למצוה אותו שיברור אז, ובכה"ג אמרינן ברירה וכמ"ש כנ"ל ודו"ק:

ד) עוד חקר שם המחבר הנ"ל, באתרוג אחד שהוקצה לכל שבעה באם נפסל בפסול הפוסל בכל שבעה אחר שעשה בו המצוה בימים הראשונים, דאגלאי מלתא למפרע דמה שהוקצה בשאר הימים הי' בטעות, דיש סברא לומר דלא חל עליו איסור מוקצה דדומה להקדש טעות יעו"ש שדעתו נוטה כן, ולפי דבריו באם אמר א' שור זה הקדש לאחר ל' יום וקודם שנשלמו ל' יום נעשה בעל מום נאמר ג"כ דהוי הקדש טעות דלא חל ההקדש כלל. ולפענ"ד זה אינו בכלל הקדש טעות, דטעות לא הוי אלא אז בשעת אמירתו יהא הקדש אז הי' בטעות, כגון בהא דפליגי ב"ש וב"ה במס' נזיר בפ' ב"ש (ד' ל"א ע"א וע"ב) באמר שור שחור שיצא מביתי ראשון ויצא לבן כו', דלתי' ר"פ שם לכך ס"ל לב"ה דאינו קדוש כיון דלא יצא ראשון השחור כלל, ולא הי' דבורו ודעתו מעולם על הלבן, וגם לדברי ר"פ שמפרש שיצא ראשון לשאר שוורים שחורים לא הי' דבורו כלל כן, ולאביי דמוקי לה דקאי בטיהרא ואמר שור שחור שיצא כו' ויצא לבן, א"כ בשעת דבורו טעות הי' וכגון הא דששה שהיו מהלכין בדרך כו', משא"כ בנד"ד שבעת שהקדיש השור הי' תמים ראוי להקדיש ואף שבתוך שלשים יום נעשה בע"מ, לא שייך לומר דהוי הקדש בטעות, כיון דבשעת אמירתו לא הי' טעות כלל, וא"כ ה"ה בהא דאתרוג כיון שבשעה שהפרישו לז' הימים לא היה פסול עדיין, אף על גב דחל איסור מוקצה עליו בימים האחרונים כיון דמפסקי לילות מימים, מ"מ לא מקרי מוקצה בטעות כיון שבעת שהפרישו הי' כשר:

ה) והיה נלענ"ד דדין זה במחלוקת שנוי' פלוגתא דר' ישמעאל ור"ע, דהובא בירושלמי מס' נדרים הביאו הר"ן בפי' פ' ואלו נדרים (ד' פ"ד ע"א) בנדר מיורדי הים לאחר שלשים,

ויש כאן אדם שבשעת נדרו הי' מיורדי הים, ולאחר מכאן בתוך שלשים נעשה מיושבי יבשה, דתלי לה בפלוגתא דר"י ור"ע גבי הריני נזירה לאחר ל' יום ונשאת בתוך ל' יום דלר"ע אזלינן בתר שעת הנדר, ולר"י בתר שעת חלות הנדר, א"כ ה"ה ה"נ אזלינן בתר שעת ההקדש ולא בתר שעת חלות ההקדש, וא"כ לא שייך כאן הקדש טעות כיון דבשעת אמירה הי' ראוי להקדש, ואף לפי מ"ש הר"ן שם דלענין זה ליכא למילף מפלוגתא דר"י ור"ע, דכאן תלוי בלשון בני אדם היאך הי' כוונתו, אם ממי שהם עכשיו יורדי הים או אח"כ, משא"כ בהא דהריני נזירה לאחר ל' יום דמקראי ילפי לה, דר"ע יליף ממה דכתי' כל אשר אסרה על נפשה עד שיהא איסור נדר כו' כדאיתא (שם ד' פ"ט ע"א), מ"מ לענין הקדש יש לדמותו לנדרים, דהקדש ג"כ מטעם נדר הוא, ולר"ע חל הקדש עליו מיד ולאחר ל' יום, וא"כ לא שייך בזה הקדש טעות דזה אינו אלא באם הי' טעות בעיקר שעת אמירתו והקדשו, וגם דומה קצת דין זה להא דקיי"ל דאין פותחין בנולד כדאיתא בפ' ב"ש שם (ד' ל"ב ע"א), מי שנדר בנזיר כו' אם משננבה כו' אם עד שלא נגנבה כו', וכדאי' פ"ט דנדרי' (ד' ס"ד ע"א). עוד ראי' לזה מהא דאיתא בפ' ד' נדרים (ד' כ"ט ע"ב) שור זה עולה לאחר ל' יום כו' אפי' למ"ד חוזרת, הכא שאני דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, וכ' הר"ן שם וא"ת אפי' תהוי כמסירה, מ"מ אכתי אמאי לא מצי למיהדר בי' דהא דומה למשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר ל' יום דמצי הדר בי', ותי' שם דמ"ש כמסירתו להדיוט, היינו דהוי כאומר מעכשיו ולאחר ל' יום כו' יעו"ש, וא"כ גם באומר שור זה עולה לאחר ל' יום ונעשה בעל מום, ג"כ כיון דהוי כמעכשיו ולאחר ל' יום כבר נחתא לי' קדושת הגוף ותו לא פקע אף שנעשה בע"מ תוך ל' יום, וא"כ בהא דאתרוג נמי הוי כאלו הקצהו מעכשיו ולתוך ימי החג, דאע"ג דיכול ליהנות ממנו קודם ימי החג דלא נגמר הקצאתו למצוה, מ"מ כיון שהגיע ימי החג כבר חל הקצאתו מתחי' מעת שהי' כשר, ואעפ"י שיש לדחוק ולחלק בזה מ"מ נראה עיקר לדינא כמ"ש:

סימן לד

דין אם יש ספק בשמות בגיטין ונותן ב' גיטין אם שייך בו חשש ברירה:

א) בדין אם יש ספק בשמות בגיטין שצריך ליתן ב' גיטין, כבר דשו בי' קמאי דקמן והאריכו בזה הראשונים והאחרונים, והעלו כל האחרונים דאין ליתן שני גיטין אלא מדוחק גדול והרבה טעמים נאמרו בו כמו שית' בס"ד, ובתחי' נדבר מהטעם שהעלו משום חשש ברירה דעסיקנא בי' בהאי ענינא, וראש המדברים בזה הוא הרמ"א בתשובה (סי' פ"ד) בשם הגהת מרדכי, שכ' דלכך אין ליתן ב' גיטין משום דקיי"ל בדאורייתא

אין ברירה, והגאון בעל גט פשוט (סי' קכ"ב וקכ"ט) האריך הרבה בזה, וכ' שבנתינת שני גיטין אין כאן חשש ברירה כלל, כיון דממנ"פ א' כשר, דברירה לא שייך כי אם בהא דכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחי', ויצאתה אחת מהם, אמרינן דילמא דעתי' הוי שתצא האחרת תחילה, וכן בהא דב' לוגין שאני עתיד להפריש כו', דילמא הוי דעתי' על ב' לוגין אחרים, ולכן בגט שכ"מ מהני אף לדידן דס"ל א"ב בדאורייתא, כיון דסוף סוף מת מה בכך שאין אנו יודעין באיזו שעה נתגרשה ממנ"פ בשעה אחת נתגרשה, ואף דלרב משרשיא שם ברישׁ פ' כל הגט יש כאן חשש ברירה מ"מ לא קיי"ל כוותי', והביא ראי' מהנחת תפילין דר"ת ורש"י, שמניחין שניהם מספק מי נימא דלא יצא משום דאין ברירה בדאורייתא, וכן בכולהו בבי דאנו עושין בתקיעת תשר"ת תש"ת תר"ת, והאריך שם בזה, הנה אי משום הא לא אריא לענ"ד. דאם נאמר דיש חשש ברירה במאי דא"י במי מהם מגרש, יש לחלק בזה בין דבר שצריך בו לשמה או שא"צ, דבמה שצריך לשמה, י"ל דכיון שאין ברור לו באיזה גט מגרש לא מיקרי מבורר לשמה, ואף דקמי שמיא גליא איזה מהם כשר מ"מ אין סומכין בזה, דאין ברירה בדאורייתא, ר"ל שאין סומכין באיסור תורה במה שאינו מבורר בשעת מעשה אף שיתברר אח"כ, כ"ש במה שלא יתברר לעולם, ועיין תוס' רישׁ פ' כל הגט (ד' כ"ד ע"ב) שכתבו דאף למ"ד יש ברירה בדאורייתא מודה בגט דבעינן מבורר לשמה דכתי' וכתב לה לשמה, ואף שהיש"ש בדיני ברירה דחה לדברי התוס' שם דלמ"ד (בעינן) [יש] ברירה, כיון שאנו אומרים הוברר הדבר למפרע הוי כאלו נתברר מתחי' לשמה ממש, מ"מ מודה דלמ"ד אין ברירה דלא מקרי זה מבורר לשמה, אבל במה דלא בעינן לשמה לא חיישינן כלל לברירה, בדבר שממנ"פ יוצא בא' מהם אף דאינו מבורר לו באיזה מהם יצא, וא"כ אין ראי' מהנחת תפילין דרש"י ור"ת. לא מבעי למ"ד מצות א"צ כוונה, ודאי דאין צריך שיהא מבורר לו, אלא אפי' למ"ד צריכות כוונה אין הטעם שיהי' ידוע לו בשעת המצוה בכל ויהי' ברור לו שבזה קיים המצוה, אלא עיקר הכוונה יהי' לצאת י"ח, ולא כעושה בדרך מצות אנשים מלומדה, דהא לא נזכר בכתוב שיהי' מבורר לו כמו שכ' בגט וכתב לה לשמה, וכן בהא דאיתא גבי נזיר ספק נזיר טמא ספק נזיר טהור דהובא בכ"מ בש"ס דמביא ב' קרבנות ומתנה עליהם, וכן אשם מתנה בשלמים, וכן מצינו בבהמה שנמצאת בירושלים כו' דמתנה בעולה ושלמים, ג"כ אין בו חשש ברירה, כיון דסתם קרבנות לשמן קיימי כמ"ש בריש מס' זבחים אתקין רבנן דלא נימא לשמה דלמא קאמר שלא לשמה ע"ש (ד' ב' ע"ב), וא"כ לא גרע במייתי ומתנה מספקא דכשר. והא דקאמר שם (ד' ג' ע"א) דדייק גבי גט סתמא פסול מהא דאיתא פ' כל הגט, יתר על כן אמר ללבלר כתוב ולאיזה שארצה אגרש בו פסול ומשני שאני התם

דאין ברירה, הרי דאי אמרינן אין ברירה אפי' אם סתמא כשר לא מהני, היינו דוקא התם דדלמא לא הי' בדעתו לכתוב הגט לשם זו ואנתיק לשם לאה, לא הדרא ומנתקא לשם רחל, וכמ"ש רש"י שם, אבל היכא דיש טעם להכשיר ממנ"פ בא' מהם, ודאי דיש לחלק בין היכא דבעינן שיהא מבורר לשמה או היכא דכשר בסתמא, ולכן בגיטין י"ל דלא מהני בכ' ב' גיטין משום דבעינן שיהא מבורר לשמה משא"כ בשאר מצות וכמ"ש:

ב) והא דמביא ראי' מתקיעת תשר"ת תש"ת תר"ת שאנו עושין מספק בלאו"ה ל"ק מידי, דהא כבר הביא הרי"ף בסוף ר"ה מתשו' הגאונים דתקנת ר' אבהו לא היתה מחמת ספק, ואלו ואלו תקיעות הם ויוצא י"ח בא' מהם לבד, רק שהוא קיבץ כל המנהגים כי היכא דלא לתחזי כשינוי מנהג, והעתיקו הרא"ש בפסקיו שם, אבל בלאו"ה א"ש אף למ"ד מצות צ"כ, וכמו שפסק באמת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש, וכמ"ש בש"ע א"ח סי' תע"ה וכמ"ש, כיון דא"צ רק כוונה לצאת י"ח המצוה וא"צ לכוין לשם תפילין אלו, וכן בתקיעות ובכל מצוה, ואף על גב דעשיית התפילין וכתי' ודאי דבעינן לשמה ממש, מ"מ אין זה דומה לגט, דהא בכתיבתם ועשייתם אין שינוי כלל בין תפילין דרש"י ודר"ת, דאף דבעינן כתיבה כסדרם, הלא גם בתפילין דר"ת הכותב כותב כסדרן כדאי' בש"ס פ' הקומץ רבה וכמ"ש התוס' שם, וכן בעשיית הבתים אין הפרש כלל רק בסדר הנחת הפרשיות אל תוך הבתים, ובזה אין שייך בירור לשמה וזה פשוט:

ג) אכן מטעם אחר נראה דאין חשש בב' גיטין משום ברירה, לפי מ"ש למעלה בענין גט שכ"מ דקיי"ל כשיטת רמב"ן דבמתנה על דבר א' לכ"ע אמרינן ברירה, וא"כ בתפילין דרש"י ור"ת בלאו"ה א"ש, שבעת שמניח תפילין דרש"י מכוין אם עיקר כרש"י אזי יהי' לשם מצוה, וכן במניח אח"כ תפילין דר"ת מכוין ג"כ כן, א"כ הוה מתנה על דבר אחד כיון שמניחין בזה אחר זה והוי דומיא דשכ"מ דמתנה אם ימות יהי' גט, וגם סופו להתברר דבמה שמניח ב' הזוגות הוו כמו שמבורר לבסוף, שהרי נתברר שממנ"פ עשה כא' מהם, וכן הוא בב' גיטין שבעת שכותב כל גט הוא מתנה על דבר א' אם הוא הכשר, וכן בשני וכן בנתינתו לאשה בזה אחר זה, ומ"ש בס' ג"פ שם דב' גיטין הוה כמתנה על ב' דברים ואין סופו להתברר אין זה נראה לענ"ד, דדוקא אם נותן ב' גיטין ביחד הוה מתנה על ב' דברים או שגט זה יועיל או השני, אבל בזא"ז בכל א' הוה מתנה על דבר אחד, ואף על גב דבפ' בכל מערבין במתנה על חכם אם יבא למזרח עירובו למזרח ואם למערב יהי' עירובו למערב ומניח ב' עירובין אף בזה אח"כ, למ"ד אין ברירה אינו מועיל ומקרי מתנה על ב' דברים, ש"ה דכיון שצריך לומר אופן הב' אם לא יבוא למזרח לא יקנה עירוב זה אלא חבירו, ועירוב זה סותר את חבירו שאם עירובו של מזרח קונה אסור לו לילך למערב,

ואם עירוב המערבי קונה אסור לו לילך למזרח, א"כ בהכרח כשמתנה על עירובו של מזרח תולה תנאו בב' דברים, שאם לא יבא למזרח קונה השני, וכן בחכם א' ומתנה אם יבא למזרח יקנה שם עירובו ואם לא יבא ישאר לו תחום ביתו, ג"כ הוה כמתנה על ב' דברים, שהרי ג"כ סותרים זה את זה, שאם יבא למזרח אסור לו לילך למערב ביתו אפי' אמה אחת ונמצא שתולה תנאו בב' דברים, משא"כ בכתיבת ב' גיטין ובנתינתם בזה אח"ז, ובכל א' אין נתלה בב' דברים שאם גט זה פסול לא עשה כלום, והוה חספא בעלמא ואין נעשה דבר חדש כלל, והוה כמתנה אם תתן לי מאתים זוז יהי' גט ואם לאו לא יהי' כלל שאין זה תולה תנאו בב' דברים, וכן בכותב גט לאיזו שתצא בפתח תחילה ג"כ נתלה בב' דברים, שאם לא תצא רחל תחילה תצא לאה והוי הגט לשם לאה, וכן לאיזו שארצה אגרש כיון שבשעה אחת שכותב הגט מכוין לשם א' משניהם, ובאמת אם הי' כותב תחי' לשם רחל באם תצא תחי' בפתח ואח"כ כתב גט אחר לשם לאה אם תצא תחי' בפתח, שפיר הוי גט לכל א' ממנ"פ, דמקרי תולה תנאו בדבר אחד, וכן בשני לוגין שאני עתיד להפריש מיקרי תולה תנאו בב' דברים, כיון שאינו מזכיר איזו ב' לוגין עתיד להפריש והם מעורבים יחד א"כ תולה תנאו בכל ב' לוגין שבחביות, ונידן דידן בב' גיטין דומה ממש לגט שכ"מ שמתנה אם יחי' אם ימות שמתנה אם ימות יהא גט, וכן בכל גט כשכותבו ומתנה אם הוא הכשר וזה ברור לענ"ד, והא דדייק הש"ס מהא דאם מיית הוה גט בגט שכ"מ דאית לי' ברירה, היינו כיון שתולה הגט בשעה שקודם מותו מיקרי מתנה על ב' דברים, שהרי השעות מעורבין יחד וא"י לו על איזה שעה יחול הגט:

ד) אמנם מה דעדיין קשה לפי שיטת רמב"ן לדידן דקיי"ל כחכמים דהיא מגורשת ואינה מגורשת, וכפי' התוס' משום דמספקא לן אי הגט חל משעת נתינה או בשעה אחת סמוך למיתתו, וא"כ כיון דספיקא הוא אכתי קשה דהשכ"מ כשנותן הגט א"י אימת יחול הגט אי בעת הנתינה או בשעה אחת סמוך למיתתו, הרי אין הדבר מבורר כלל, וגם אין עתיד להתברר וא"כ היאך חל הגט כלל, ואפי' למ"ד יש ברירה היינו דוקא במה שעתיד להתברר עכ"פ, ע"ז אמרינן הוברר הדבר למפרע וכאלו תחילה הי' מוברר הדבר, משא"כ בענין זה דהספק לא יתברר לעולם אימתי חלות הגט, ובשלמא אי אמרינן דדבר שממנ"פ חל בא' מהם אין בו חשש ברירה א"ש, דגם כאן ממנ"פ יחול הגט קודם מיתתו, אבל אם נאמר בב' גיטין שמספק יש בו חשש ברירה, כיון שא"י באיזה גט מתגרשת א"כ גם בזה בעינן שידע באיזה שעה מתגרשת, כיון דגם ספק בשעות תליא בברירה א"כ קשה, וכש"כ לשיטת התוס' שכתבו שגם למ"ד יש ברירה מודה בגט משום דבעינן שיהא מוברר לשמה, אלא ודאי דמה שנעשה בממנ"פ כדין וכתורה, רק א"י באיזה זמן

או באיזה גט אין בזה חשש כיון דכלפי שמיא גליא, ואין ענין ברירה רק מה שצריכין לדון בדבר שיתברר אח"כ, לומר דתחלה חל על מה שיתברר דוקא, כגון לאיזה שארצה אגרש וכל עניינים שנזכר בדבריהם מחשש ברירה, בזה שייך לומר שהדבר אינו חל על הספק, דכיון דעכשיו ספק הוא ואין כאן ממנ"פ אף שיתברר אח"כ אין זה מועיל, וא"כ אין אנו צריכין לדון בב' גיטין מטעם שכתב הרמב"ן דבתולה תנאו בדבר א' אין חשש ברירה, דבכה"ג אפי' בתולה בב' דברים או זה או זה ג"כ אין חשש, כמו במתנה אם בא חכם למזרח כו', דאם כבר בא חכם אין חשש ברירה משום דהוי גילוי מילתא בעלמא, וכמו כן בנידן זה כלפי שמיא גליא וחסרון ידיעתו אין מזיק, דודאי א"א לומר דדוקא בהא דכבר בא חכם אין חסרון ידיעתו מזיק משום דלמחר גם לו יתברר, משא"כ במה שלא יתברר לעולם, דהא מה שיתברר למחר אין מועיל לגבי עירוב מטעם דלא אמרינן הוברר הדבר למפרע, ואם נאמר דמה שלו לא נתברר עתה הוי כאינו מבורר כלל, אין מועיל גם מה שיתברר למחר אלא ע"כ כמ"ש, ואין זה דומה למגרש שעה אחת קודם מותו דאין ברירה, משום דבפי' תלה חלות הגט באותה שעה וצריכין אנו לדון במה שיתברר אח"כ, משא"כ במה שהוא ספק דדינא או ספק בכוונתו. אכן אכתי קשה כיון דעכ"פ אם אמר שעה אחת קודם למיתתו תליא בברירה, וכיון דבדאורייתא אין ברירה אין הגט חל, א"כ למה קיי"ל דמגורשת ואינה מגורשת דאם מיית חייל גיטא, דילמא כוון לשעה אחת הסמוכה למיתה ואין ברירה אין הגט כלום אפי' אם מיית, והי' אפשר לומר דלכך מגורשת אי מיית משום ס"ס, ספק שמא כוון בשעת הנתינה, ואפי' א"ת בשעה א' קודם מותו, שמא יש ברירה לדידן דקיי"ל דדין ברירה בספק הוא, ולהפוסקים דס"ס במקום חזקה לא מהני קשה, דהא יש כאן חזקת יבום, וע"ש בס' ג"פ שכ' דלהרמב"ן עצמו ל"ק דאיהו גורס וחכמים אומרים מגורשת, וס"ל דהגט חל ודאי משעת נתינה, והא דמתנה אם ימות הוא דרך תנאי ותולה בדבר א' יש ברירה וכמ"ש למעלה בשמו, ולשאר פוסקים ג"כ ל"ק, דהם ס"ל דבדבר העומד להתברר בודאי יש ברירה וכמ"ש התוס' בפ' כל הגט ליישב דלא תקשי דשמואל אדשמואל, דאיהו ס"ל באחין שחלקו אין ברירה וכן בפ' משילין, ואיהו גופי' אתקין בגיטא דשכ"מ כו', וע"ש שהאריך להביא מחלוקת הפוסקים אם מצטרפין דעת רבים נגד יחיד אם אין מסכימין רק משני טעמים, והביא שם בשם כתבי מהרא"י דהשיג על מהרי"ק שכ' להתיר בזה. ולענ"ד נראה דמחלוקת הפוסקים הוא רק אם לילך בזה בתר רבים נגד מיעוט, שכיון שאין מסכימים לדעת אחת מטעם א' אין כאן רוב גמור, אבל אם לדעת כולם מותרת רק כל א' יש לו טעם וזה חולק על טעמו של חבירו נראה דגם מהרא"י מתיר, וראי' לזה ממ"ש הד"מ ביו"ד (סי' נ"ד),

בדין אם נבראת ביתר צלעות וחוליות בשדרה דכ' להתיר מטעם ממנ"פ, כיון דלהרמב"ם חסר אין דינו כנטול לגמרי, ואף דהרשב"א חולק בזה על הרמב"ם, מ"מ להרשב"א כשר מטעם אחר שמפרש כל יתר כנטול אותו היתר לבד דמי, וא"כ כיון שממנ"פ לשניהם כשר לכך מקילינן בי' וע"ש בט"ז ובש"ך, וכיון שכן גם בגט שכ"מ כיון שמצינו בכמה משניות ובש"ס בכ"מ שהי' נוהגין בגט שכ"מ לגרש על תנאי, וגם שמואל אתקין כו' ולא מצינו בשום מקום בש"ס מי שמחמיר בזה מטעם ברירה, א"כ ע"כ הלכה פסוקה היא דמועיל רק שאין אנו יודעין להכריע מאיזה טעם ומה בכך כיון שמועיל לכ"ע:

ו) ועוד הי' נלע"ד לעשות תקנה לזה באופן שיועיל אליבא דכ"ע היינו דהשכ"מ יפרש שמגרשה מרגע הנתינה ממש, שהרי עיקר מ"ש בש"ס, דתליא בברירה, וכן למ"ד מגורשת ואינה מגורשת ולפי פי' התוס' משום דמספקא לן אי חייל מעת הנתינה או בשעה אחת קודם מותו, ואף שאמר מהיום, כוונתו מעת שאני בעולם משום דרוצה לאחר זמן הגט כל מה שיוכל כמ"ש התוס' בפ' מי שאחזו במ"ש שם, באומר מעת שאני בעולם דנעשה כאומר כן דמי יעו"ש, אבל כשמפרש שרוצה לגרשה ממש בעת הנתינה בתנאי אם ימות, ודאי דאין זה שום פקפוק, דכה"ג ודאי דקיי"ל דיש ברירה ככל תנאים דעלמא שאינו תלוי בדעתו, וכמ"ש הרמב"ן דבתולה תנאו בדבר אחד ודאי דמועיל, ומכ"ש לפי מה שנת' דיש כאן ס"ס דגם במקום חזקה רוב הפוסקים מתירין בס"ס דעדיף מרובא, כמ"ש הרשב"א בתשובה, ובכ"מ מצינו שמתירין עגונות מטעם ס"ס אף דיש חזקת א"א, ומכ"ש כאן דיש שפק שלישי שמא בכה"ג לא שייך דין ברירה, ובג' ספיקות דעת הרבה פוסקי' דגם במקום חזקה מתירין [עיי' ש"ך יו"ד סי' ק"י בכללי ס"ס], גם י"ל דאפי' לדעת ר"י בתוס' שכ' דגם למ"ד יש ברירה בעינן שיהי' מבורר לשמה בשעת כתיבה, מודה הוא בגט שכ"מ, דדוקא בהא דלאיזו שארצה אגרש דלא נברר הכתיבה לשם אותה האשה, אבל בנברר שהוא לשמה רק שאין השעה מבורר ודאי דזה נקרא שמבורר לשמה ומועיל לכ"ע, באופן דכ"ע ס"ל דבכה"ג יש ברירה וכמ"ש:

ז) עוד נלע"ד דאפי' אם נאמר דלא כסברת הרמב"ן במתנה על דבר אחד דאין בו חשש ברירה, אלא דגם בתולה בד"א אין ברירה, מ"מ בגיטין שכותב משום ספק אין בזה חשש, ואפי' מצוה לכתוב לסופר ב' גיטין ביחד משום ספק אין בזה חשש ברירה, דמ"ש בכ"מ אין ברירה אינו אלא במה שצריך לדון ע"פ מה שיתברר לאחר זמן, כגון לאיזו שארצה אגרש או לאיזה שתצא בפתח תחי', שכ"ז שלא נתברר רצונו או יציאתה בפתח לא נכתב כלל לשמה וא"כ ודאי דלאו מבורר מקרי בשעת כתיבה, משא"כ באם הספק הוא תלוי במה שהוא עכשיו בעת הכתיבה וקמי שמיא גליא, רק אצלו חסר הידיעה אין בזה חשש

ברירה כלל וכמו שכתבתי בסימני' הקודמי', מהא דשור בשוורי הקדש או פרוטה בכיס זה הקדש דלכ"ע יש ברירה אף שא"י לו איזה מהם הקדש, וכבר כתבתי למעלה במ"ש הירושלמי בר"פ כל הגט בכותב ב' גיטין לאשה אחת דאין ברירה, דלא זה כרות לשמה ולא זה כרות לשמה, היינו באומר לסופר שיכתוב ב' גיטין ובאיזה שירצה יגרש שתלוי במה שיברר לאחר זמן מה רצונו, דעיקר טעם ברירה שאין חל דבר על הספק ובעת חלות הדבר אינו מבורר כלל, משא"כ בכותב ב' גיטין מבורר בעת הכתי' שא' מהם הוא גט גמור. שוב אחרי כותבי זאת מצאתי בתשובת נ"ב מ"ת חלק א"ע סי' קכ"א וקכ"ב, וויכוח שהי' בין בן הרב המחבר נ"ב ובין נכד המחבר הגאון בעל יד המלך, שהגאון בעל יד המלך רצה לומר שאין חשש ברירה בכותב ב' גיטין בספק משום דכולם נכתבין לשם אשה זו, ודימה לזה מ"ש הר"ן בפ"ק דגיטין בשם הרמב"ן בהא דמשתעבדנא לך כו' דכיון שיכול להשתעבד בשטר לכמה ב"א בזה אח"ז, וחשש ברירה לא שייך אלא בדבר שברירותו של א' מהם פוסל ומדחה השני יעו"ש, והגאון בן המחבר השיג עליו דגם כאן פוסל א' ומבטל חבירו, דאם העיקר כשם שנכתב בגט האחד השני חספא בעלמא הוא, ומה בכך שמכוין ששניהם יהיו לשמה ולשם גירושין, כיון שיודע בעצמו שא' מהם פסול ואינו גומר בדעתו בשעת כתיבת כל א' שיהי' לשם גירושין והאריך בזה, ולפמ"ש אין בדבריו הכרח כלל, דכ"ז לא שייך אלא במה שצריך להתברר לאחר זמן דאין שייך לומר ממנ"פ משא"כ באם א' כשר עתה בממנ"פ שפיר מיקרי מבורר לשמה ולשם גירושין:

ח) גם מ"ש ליישב דעת אביו הגאון בעל נ"ב מה שהמציא שלא לגלות לבעל ולעדים ולסופר, שצריך ב' גיטין וכשהוא מצוה לכתוב גט הראשון וכן הסופר והעדים כשחותמי' ברור אצלם בגמר דעתם שגט זה יהי' לשם גירושין ולשמה, וכן בגט השני כשאומר לו שטעה בכתיבת הראשון, א"י מה תקנה יש בזה מה בכך שהבעל והסופר והעדים לא ידעו שצריך ב' גיטין, הגע עצמך אם הי' כותב א' ב' או שאר דברים בגט והי' חושב בדעתו שבזה תהי' מגורשת ולשמה, והי' חושב שזה מועיל, האם נאמר דמקרי כתיבה לשמה ולשם גירושין והרי אין כאן גט כריתות וכתי' לשמה ולשם גירושין כלא אמר כלום דמי, וכמקדיש בעלי מומין למזבח או מקדיש שעורים למנחה דאין בדבריו והקדשו כלום, א"כ גם כשטועה בדעתו וסובר שגט הראשון כשר, אם באמת אין זה השם הראוי לכתוב [אינו כלום], א"כ הדרינן לחששא דברירה אלא ודאי דבכה"ג לא שייך ברירה וכמ"ש, וראי' לזה מהא דאי' בפ' האשה בפסחים (ד' פ"ח ע"ב) שכח מה אמר לו רבו הולך אצל רועה כו', ואומר אם גדי אמר לי רבי גדי שלו כו', ואם טלה אמר לי טלה שלו כו', והרי שם ג"כ בעינן שבשעת שחיטה ישחטנו לשם הנמנים עלי' כמ"ש איש לפי אכלו תכוסו

כו', והרי אין ידוע לעבד בשעת שחיטה על איזה מהם נמנה, אלא ע"כ כיון שממנ"פ יש א' שנשחט לשמו ולמנוי' אין זה אלא גלוי מלתא בעלמא, וכעין זה מצאתי בס' ג"פ סי' קכ"ט ס"ק ק"ד יעו"ש, שכ' ראי' זו לדחות דברי מהר"י ווייל שחשש שמא יכוין הבעל אהאי גיטא דלאו גיטא יעו"ש, שהוכיח משם דלא אזלינן בתר מחשבתו כל שפירש בפיו היפוך זה וכן כתבו הפוסקי' בכ"מ:

ט) איברא דיש לשדות נרגא במ"ש מהא דפ' המגרש (ד' פ"ו ע"ב), שנים ששלחו שני גיטין ונתערבו נותן שניהם לזו ושניהם לזו, ואמרינן עלה בגמ' מאן תנא א"ר ירמי' דלא כר"א דאי ר"א כיון דאמר עדי מסירה כרתי הא לא ידעי בהי מינייהו מגרשה, אביי אמר אפ"ת ר"א אימור דאמר ר"א דבעינן כתיבה לשמה נתינה לשמה מי בעינן ע"כ, הרי דלר' ירמי' דס"ל דבעי נתינה לשמה אף על גב דנותן שנים לזו ושנים לזו, וממנ"פ מתגרשת כל אחת בגט הנכתב לשמה, מ"מ לא מקרי נתינה לשמה משום דאין מבורר לעדים באיזה מהם מתגרשת, וא"כ אפי' למאן דקיי"ל כאביי דלא בעינן נתינה לשמה מ"מ כתיבה מודה דבעינן לשמה, וא"כ אם בשעת כתיבה לא הי' ידוע איזה נכתב לשמה ג"כ לא מהני. וראיתי בס' ג"פ שם ס"ק ק"ו שהביא דברי תה"ד סי' רל"ג שכ' דב' גיטין שנכתבו משום ספק בשמות אפי' לר' ירמי' כשר לגרש בשניהם אפי' לר"א, וכ' שם לחלק בין הא דשנים ששלחו ב' גיטין, דהתם גט זה לא נכתב לשם איש ואשה זו וכן השני לא נכתב לשם האחרת, משא"כ כאן נכתבו שניהם לשם אשה זו, רק משום ספק נכתבו שניהם והיא מתגרשת בממנ"פ בא' מהם שפיר מיקרי נתינה מבוררת. ולא זכיתי להבין דבריו, דאין שום הפרש ביניהם דהא גם בב' גיטין לשם אשה אחת כיון שגט א' פסול הוא, א"כ אין ידוע לעדים ג"כ באיזה מהם מתגרשת, ואם נאמר דמשום ממנ"פ מיקרי מבורר לעדים, א"כ גם בב' גיטין של ב' נשים כיון שנותן שניהם לכל א' ג"כ יש ממנ"פ זה, דודאי גט פסול שנכתב לשם אשה זו חספא בעלמא הוא, ואין הפרש בין גט שאין בו ממש לאם נכתב לשם אשה אחרת, ובודאי אם נכתב שם בגט מה שלא נקרא בו גרע מנכתב לשם אחרת בשמות שווים, דזה נלמד מקרא דוכתב לה לשמה כו' וזה פשוט דלא מיקרי ספר כריתות וא"צ קרא לזה:

י) ונלע"ד דדוקא בב' גיטין ששמותיהם שווים ונתערבו למ"ד דבעינן נתינה לשמה ס"ל לר"א דאינם מגורשות, והטעם דכמו שלר"מ דס"ל עדי חתימה כרתי ס"ל דבעינן שיבורר בגט לאיזה מגרש, ואפי' לא נתערבו כל ששמותיהם שוות א"י לגרש בהם כמ"ש בר"פ כל הגט (ד' כ"ד ע"ב) ובתוס' שם, משום דבעינן שיהי' מוכח מתוך הגט שהיא מתגרשת בו, שהרי הכ' הצריך ספר כריתות ולא סגי במגרשה בדבורא בעלמא, וכל שאינו מוכח

שבגט זה מגרשה אין זה ספר כריתות ודומה שמגרשה בדבור, כמו בשטר שא"י לתבוע בו כל שיש ב' יוסף בן שמעון בעיר אחת דהוה ג"כ כמו תביעה בע"פ, כיון שאינו יכול לברר בשטר שהוא חייב לו, וכמו כן לר"א כיון דמצריך נתינה לשמה, ומ"ש וכתב לה כו' ונתן כו' קאי על הנתינה ועדי מסירה משוי לי' לשטרא, כמו בכל שטר לר"א דס"ל עדי מסירה משוי לי' לשטרא צריך שיהי' מוכח בעת המסירה שמגרש לאשה זו בגט שנכתב לשמה, וכיון שאינו ניכר לעדי מסירה, הרי הוא כאלו מגרשה לפניהם בע"פ בלא גט, ולכן לא מהני אף דנותן לה שני הגיטין ויש כאן ממנ"פ, כיון שכל א' אינו ניכר לעדים שניהם לא מקרי גט, משא"כ כשיש ספק היאך לכתוב שמה והעדים יודעי' שנכתב גטין אלו לשמה, רק שא"י להם איזה כשר ואיזה פסול, מ"מ שטרא מיקרי ונקרא גט כריתות ולא דמיא למגרשה בע"פ בדבורא. ועוד דבשתי נשים אין זה נקרא גט כריתות אף שיש ממנ"פ, כיון שא"י להיות שני הגיטין ביד שתי הנשים שבעת שנותן שניהם לזו יודעי' שצריך אח"כ ליתנם לאשה האחרת, אין זה בגדר מבורר לכל אחת בממנ"פ, משא"כ בב' גיטין לאשה אחת, ואפשר שלזה כוון התרה"ד ודו"ק:

יא) ונ"ל עוד ראי' לזה מהירושלמי ר"פ כל גט במ"ש שם ר' לעזר בר' יוסי בעי, הדא דתימר גט אחד פסול בשתי נשים ודכוותי' ב' גיטין פסולין בשתי נשים, א"ל וכיני, א"ל והתנן שנים ששלחו שני גיטין ונתערבו נותן שניהם לזו ושניהם לזו, ומשני תמן זה כרות לשמה וזה כרות לשמה תערובות הוא שגרמו לין, ברם הכא לא זה כרות לשמה ולא זה כרות לשמה ע"כ, ואף על גב שכתבנו למעלה בסימני' הקודמי' שהירושלמי מיירי בכותב ב' גיטין לב' נשים, ואמר באיזה שארצה יגרש לאיזה שירצה ומשום חשש ברירה חששו לפסול, כיון שסמך על מה שיברר אח"כ ברצונו, מ"מ נלע"ד שאין הפירוש כן בדברי הירושלמי, דלפ"ז הי' יכול למיבעי באשה שכתב לה ב' גיטין שווין באיזה שירצה לגרש יגרש, ולמה בעי בב' נשים דוקא, ועוד דמה הי' ספיקו והרי נלמד זה ממש ממתני' דידן בהי' לו ב' נשים ואמר לאיזה שארצה אגרש, דמה חילוק יש בב' גיטין לב' נשים או בגט א' לב' נשים, דב"כ וב"כ צריכין אנו לסמוך על ברירה. ולכן נ"ל דתחי' בעייתו לא בעי משום חשש ברירה, עד שאח"כ מפרש משום ברירה כמ"ש בס"ד, ותחי' בעייתו הוא אפי' למ"ד יש ברירה, והיינו דוקא במה שמתברר אח"כ, דבזה ס"ל דאמרינן ע"פ מה שמתברר לבסוף הוי כאלו הובר בתחילה, אבל לא מה שלא יתברר לעולם, והיינו דספיקו הי' בכתב ב' גיטין סתם ששמותיהם שוות לב' נשים, שכל אחת תתגרש בא' מהם ויתן שניהם לזו ושניהם לזו ובכה"ג לא מטעם ברירה מה שיברר אח"כ אתינן עלה, אלא ממילא יש בכל ב' הגיטין א' לזו וא' לזו וכיון שנתן שניהם לזו ולזו אפשר

דהוי כמבורר, וע"ז רצה לדמותו להא דב' ששלחו ב' גיטין ונתערבו כו' דהוי מבורר כיון שממנ"פ מתגרשות שניהם בב' הגיטין, וע"ז דחי לי' דשם היו ניכרים כל א' לבדו תחילה, וידוע כל גט איזה הוא של זו ואיזה של זו, משא"כ כאן שמעולם לא היו מבורר כל גט לאיזה אשה, ואח"כ הקשה מכיון שנתנו לה יעשה כמו שהוא כרות לשמה כו', ר"ל באם כתב ב' גיטין לב' נשים באופן שיגרש כל א' באיזה גט שירצה אח"כ כנ"ל ולסמוך אברירה, וא"כ דאמרינן הוברר הדבר למפרע הוה מבורר כל א', וע"ז משני דר"ש היא דלית לי' ברירה, [ומדברי הירושלמי הזה יש קצת סתירה למ"ש התוס' בשם ר"י ר"פ כל הגט דאפי' למאן דאית לי' ברירה לא מהני בהא דאמר לאיזו שארצה אגרש משום דלא הוה מבורר לשמה, דא"כ לא הי' צריך הירושלמי לומר כאן דאתיא כמ"ד אין ברירה], ולפ"ז קשה למה הוצרך הירושלמי למנקט הבעי' בב' גיטין לב' נשים, ולא נקט ב' גיטין לאשה אחת כגון שיש ספק בשמות, אלא ע"כ דבכה"ג אין בו חשש ונקרא שפיר מבורר הכתיבה לשמה ודו"ק:

יב) ומ"ש בתשובת נ"ב שם מבן המחבר דב' גיטין משום ספק לא מקרי בשעת כתיבה מבורר לשמה, כיון שבעת שכותב דעת הבעל אם גט זה פסול יהי' כחספא בעלמא ויצטרך ליתן גט שני, תמיהני עליו דא"כ בגט שכ"מ היאך מצאנו ידינו ורגלינו אפי' בלא חשש ברירה הא ג"כ אינו מבורר הכתיבה לשמה, דהא מחשבתו אם יחי' מחולי זה לא יהי' בו ממש, והרי הרמב"ן כ' דבשכ"מ כיון דמתנה על דבר א' אין בו משום ברירה, וכן קשה בכל תנאי בגט דקיי"ל אם יתקיים התנאי הגט כשר למה לא אמרינן דלא הוי מבורר הכתיבה לשמה דהא לא הי' יודע אם תקיים התנאי, ואם לא תקיים מתחי' לא נכתב לשם כריתות, ואין לומר דשם הוי התנאי בשעת הנתינה אבל בשעת הכתי' לא הי' דעתו על תנאי כלל, ולא הזכיר תנאי כלל דזה אינו מתרי טעמי, חדא דהא לר' ירמי' בהא דב' גיטין שנתערבו ס"ל לר"א דקיי"ל כוותי' בעינן נתינה לשמה מבוררת, וא"כ לר"א היאך יוכשר גט על תנאי והא לאו נתינה לשמה מבוררת היא, ועוד דהרי גם כתב התנאי בגט כשר אם נתקיים התנאי כמ"ש התוס' פ' המגרש (ד' פ"ד ע"ב) ד"ה כל התנאי' כו', ודחו שם פרש"י דפי' דגם אם נתקיים התנאי פסול, ועוד דאפי' לפרש"י לחכמים שם אינו פוסל תנאי דעל מנת רק בחוץ יעו"ש, אלא ע"כ דזה מקרי מבורר לשמה באם חושב שאם תקיים התנאי יהי' לשמה, ואם כן גם בהא דב' גיטין בספק הרי מכוין בכל גט שאם הוא הכשר יהי' לשמה, וכן מכוין בגט השני ודאי דמקרי מבורר לשמה, ואפי' למאן דלית לי' ברירה אפי' בתולה בדבר אחד, מ"מ כל שאינו צריך לדון ע"פ מה שיתברר אח"כ ועכשיו ממנ"פ גט אחד כשר לית לן בה, ועוד שהרי גם לפרש"י בגט על תנאי

דע"מ אם לא נכתב בגט אפי' לפני התורף כשר יעו"ש בפ' המגרש, ואפי' לעת הפוסקי' שפוסלין אפי' בע"פ אפי' בע"מ, אם אמרו לפני התורף אינו פסול אלא מדרבנן משום דגזרינן אטו חוץ, ורק לדעת הרמב"ם אם אמרו לפני התורף יש בו חשש פסול משום חשש ברירה דלא נכתב לשם כריתות:

יג) והנה מחלוקת רש"י ותוס' בהא דכל התנאי' פוסלין בגט, נלע"ד שהוא מחלוקת בירושלמי שם ר"פ כל גט שמבואר שם בהא דב' גיטין לב' נשים משום דלא זה כרות לשמה כ' שם וז"ל, ר' חיננא בשם ר' ביבון דרבי היא אמר ר' יוחנן ותני כן כל התנאי' פוסלי' בגט דברי רבי, וחכמים אומרי' את שהוא פוסל בפה פוסל בכתב כו', אמר ר' יודן מה פליגין בביטל תנאו אבל אם לא ביטל תנאו אף רבי מודה, הרי הוא אמר כל התנאי' שהתנו בגיטין דלא כרבי, אר"ח תמן בכותב ע"מ כן ברם הכא בנותן ע"מ כן. ופי' דרבי ס"ל כל התנאים פוסלין אם נכתב אף שנתקיים התנאי משום דאין ברירה וא"כ לא נכתב מתחי' לשם כריתות, ור' יודן דחי התם דמיירי בביטל התנאי, אבל אם נתקיים כשר דאין בזה משום ברירה, ומ"ש המפרש שם דלר' יודן ס"ל דיש ברירה ואמרינן הוברר הדבר למפרע דנכתב לשם כריתות יעו"ש. הדבר תמוה דהא לרבי ודאי דאין ברירה ס"ל, כדמוכח בש"ס דילן פ' השולח בפלוגתא דר' ורבנן בישראל וגוי שלקחו שדה בשותפות, אם לא שנחלק בין מברר דבריו או לא, דהתם ברירה דממילא היא, משא"כ במפרש התנאי דמברר דבריו וגם עתיד להתברר בזה ס"ל דיש ברירה. ולענ"ד בלאו"ה א"ש דכאן דהוא בתנאי ותולה בדבר א' לכ"ע יש ברירה, ואפי' לר' חיננא שם דס"ל דלרבי גם בנתקיים התנאי פסול, לאו משום דס"ל דאין ברירה אפי' בתנאי' ואפי' תולה בדבר א', דא"כ אפי' בתנאים בע"פ נמי נימא דפסול והרי הוא מחלק בין כותב לאומר. ולכן צ"ל דס"ל לר"ח אליבא דרבי דכיון דכותב התנאי בגט כ"ז שלא נתברר הרי הוא כאינו מבורר לשמה ואין זה כריתות, כיון שניכר התנאי בגט וכ"ז שלא נתקיים הרי לא נכתב לשם כריתות ולא שייך לומר הוברר הדבר, משא"כ באומר בע"פ גם רבי מודה דכשר, וא"כ מוכח בפי' מדברי הירושלמי הנ"ל דדוקא בנכתב התנאי בגט או בשנים ששמותיהם שווים ואמר באיזה שארצה אגרש, כיון דבשעת הכתי' אינו מבורר כלל הוי כנכתב תנאי בגט, אבל בע"פ אף שאמר לעדים שעל תנאי מגרשה אעפ"כ מיקרי מבורר לשמה, ואם כן ה"ה בכותב שני גיטין מספק כיון דאין ריעותא בגט עצמו בכתיבתו רק שאינו יודע איזהו הכשר ובכל אחד מתנה אם הוא הכשר תתגרש בו לא גרע מאומר תנאי בעל פה דמקרי מבורר לשמה, ואף לרבא בש"ס דילן דפוסל אפי' בעל פה לפני התורף, היינו דגוזר על מנת שלא תנשאי כו' אטו חוץ, אבל לא מטעם דלא מקרי מבורר לשמה:

יד) אבל דעת הרמב"ם ז"ל (פ"ח מה"ג הלכה ד') אין נראה כן, דכ' שם וכן אם התנה ע"פ קודם כתי' התורף הרי זו ספק גירושין, וכתב המ"מ שם דטעמו משום דכיון דנכתב ע"ד תנאי אפי' נתקיים אח"כ פסול משום דאין ברירה, ועוד שדין זה מהירושלמי הנ"ל דפוסל משום ברירה, ואף על גב דבש"ס דילן מבואר דטעמו של רבי הוא משום גזירה ומדאורייתא כשר, היינו אליבא דר', אבל לרבנן לא נזכר שם חשש גזירה אלא הטעם משום דאין ברירה, ולשיטתו צ"ל דמ"ש בירושלמי תמן בכותב כאן באומר, היינו שאומר בע"פ בשעת נתינה ולא בעת הכתיבה. אך לפ"ז יקשה דאם נאמר דגם בע"פ בתנאי אמרינן אין ברירה, א"כ גם בהזכיר התנאי לאחר כתי' בעת הנתינה נאמר אין ברירה, דהא בש"ס פ' כל הגט דייק מהא דמה היא באותם הימים דלכי מיית הוה גט, אלמא אית לי' לר' יהודה ברירה, וע"כ צ"ל כפי שיטת הרמב"ן דבתנאי דתולה בדבר א' יש ברירה, א"כ גם בהזכיר התנאי קודם הכתי' מה בכך כיון דיש ברירה הרי הובר הדבר דנכתב לשם כריתות, וע"כ צריך לחלק לסברתו דאם אומר קודם הכתי' וע"ד כן כותבו אין זה כריתות גמור כל שלא נתברר עדיין אם יהי' כן, וא"כ צ"ל דהא דמהני בגט שכ"מ, היינו כל שאינו מזכיר התנאי קודם הכתי' אעפ"י שבמחשבתו הוא שלא יהי' גט אם יחי', מ"מ כל שאינו מזכיר זה נקרא כותב לשמה ומבורר לשם כריתות, א"כ ה"ה בהא דב' גיטין מספק שחושב אם הגט כשר יהי' לשמה, ואם אינו כשר יהי' נייר בעלמא מ"מ מבורר לשמה מקרי, וגם יצאנו מידי חשש ב' ספרים, כיון שאינו חושב על שתיהם וכמו שנת' שם בנ"ב, וא"כ מוכח מכאן דלא כדעת הגאון בתשו' נ"ב שם. ועוד דהרי כל הפוסקי' חולקים שם על הרמב"ם בדין זה וס"ל דאפי' בכותב התנאי בגט בעל מנת לפני התורף, אינו פסול מטעם חשש ברירה אלא משום גזירה, וכמ"ש הר"ן בפ' המגרש והמ"מ שם, ועיי' בביאורי הגאון מוהר"א בא"ע (סי' קמ"ז) שהאריך בזה, והביא ראי' גדולה מן התוספתא לדברי הפוסקי' [החולקין] על הרמב"ם יעוין שם, ואם כן מוכח מדבריהם שאין בזה חשש ברירה כלל:

סימן לה

דין מגרש בב' גיטין מספק אם יש בו חשש ספר א' אמר רחמנא ולא ב' ספרים:

א) עוד טעם אחר כתבו הפוסקי' שלא לגרש בב' גיטין מספק כי אם בשעת הדחק משום דספר א' אמר רחמנא ולא ב' ספרים כמ"ש התוס' פ"ב דסוטה (ד' י"ח ע"א). וראיתי בס' גט מקושר שהאריך לחלוק על דברי התוס', ולענ"ד יש לישב כל תמיהותיו, בראש

מ"ש דמה מזיק מה שנותן לה ב' גיטין סוף סוף בא' מהם מתגרשת והאחר כמו שאינו, והביא ראי' ממ"ש במס' סנהדרין (ד' פ"ח ע"ב) אי לולב א"צ אגד האי לחודי' קאי כו' וכן בציצית כו' אלמא דיוצא ידי המצוה אעפ"י שמוסיף עליו כו'. הנה מהא דלולב ודאי דל"ק מידי דודאי יש לחלק בין מוסיף מין אחר שאינו שייך לגוף המצוה ולמינו למוסיף במין המצוה גופי' במה דקפיד רחמנא על אחד דוקא, וקצת סמך לזה מ"ש ברפ"ק דזבחים (ד' ג' ע"ב) דמינה מחריב בה דלאו מינה לא מחריב בה, אך מה שהביא מציצית וממ"ש התוס' בפ' ראוהו ב"ד דמה שמוסיף במין א' לא עבר משום בל תוסיף, וכן מהא דג' הדסים דמותר להוסיף על מניינם, ומהא דנתן שופר בתוך שופר אם קול פנימי שמע יצא [והא דשופר כבר יישבו התוס' עצמם בסוטה שם, דכיון דעיקר מצות שופר הוא לשמוע בקולו, וכיון שאינו שומע רק קול פנימי אין כאן משום ב' וג' שופרות יעו"ש], וכן ממ"ש הרא"ש דאם נטל ב' אתרוגים דיוצא הי' נראה לכאורה סי' לדבריהם, אבל א"א שח"ו יהי' בהעלם מהתוס' מ"ש בעצמם בפ' ראוהו ב"ד. אבל נראה דגם בזה ל"ק מידי, דכוונתם לחלק בין דבר שאינו תלוי בכוונת ומחשבת האדם כגון באתרוג והדסים ושופר, אם הוא מכוין לצאת י"ח במין א' לבדו ומה שמוסיף אינו רק להידור מצוה או לחנם, בזה לא שייך לומר א' אמר רחמנא ולא שנים, דמה בכך שמוסיף עליו בזה לא נגרע כח המצוה העיקרית וכל יתר כנטול הוא לבדו דמי, אבל במה שתלוי ברצון האדם כגון בגט דתלוי דוקא בכוונת הבעל באיזה מהם מגרש, שאם לא הי' מכוין לגרשה בו, או שלא כתבו לשמה אינו כלום וחספא בעלמא הוא, וגם בעינן שהסופר יכתוב בשליחותו וכן העדים בחתימתם, וא"כ כשכותב ב' גיטין וכונתו לגרשה דוקא בשני הגיטין לא נתפס שם גט על אחד לבד, רק על שניהם יחד והוי כל גט חצי כריתות ואין שני חצאים מצטרפי', והוי ממש דומיא דמ"ש בפ' לולב הגזול (ד' ל"ה ע"א) אימא פלפלין פרי אחד אמר רחמנא ולא שנים כו', דהיינו דכיון דבעינן שיהי' מנכר לקיחתו וא"א בא' רק בב' וג', א"כ אין המצוה נגמר בא' לבד רק בב' ולכן א"א לומר שכוונה התורה לפלפלין. [והא דאתרוג כבר דחו התוס' במ"א דמשם אין ראי', דכיון דהתורה אמרה פרי א' כוונה שיקחו אותו שדי בא' וא"כ א"א להיות פלפלין], וכמו כן הא דכת' התורה וכתב לה ספר כריתות לא היתה כוונת התורה שיהי' נשלם הגט ע"י ב' ספרים והוי ממש דומה לכתב גט על ב' ניירות, דפסול ג"כ מטעם ספר א' אמר רחמנא דכל ספר בפ"ע אין שיעור כריתות ואין שני' מצטרפין בו לא', וכן מה שהביאו ראי' מהא דכופר א' אמר רחמנא ולא שנים וג' כופרים, דומה ג"כ להא דב' גיטין, דכמו דהתם בב' שותפין שאם הי' צריך כל אחד ליתן כופר שלם בעד הנהרג, א"כ אין חיוב המצוה נגמר כי אם ע"י ב' כופרים ובכה"ג לא

אמרה תורה, שהרי התורה לא חייבה לשלם בעד הנהרג כי אם כופר א'. ובאמת במצות למ"ד מצות צ"כ אם הי' מכוין שלא לצאת י"ח רק בשניהם דוקא יש לפקפק בזה לדברי התוס', [ומ"מ אפי' אם נאמר דבזה אין חשש דהרי עכ"פ קיים מצוה שהרי בא' מהם יש כדי קיומה, מ"מ בב' גיטין שא"א להיות נקרא ספר כריתות כי אם ע"י דעתו וציוויו של הבעל, א"כ באם צוה לכתוב ב' אין א' מהם ספר כריתות שלם וכמ"ש], אבל ל"ק מ"ש המחבר הנ"ל, דשם לא מיירי רק בלקח סתם ב' מאותו המין, או שהוסיף לשם הידור דבזה לא שייך הך חששא וכמ"ש, ומה שהקשו התוס' בסוטה שם מהא דנותן שופר בתוך שופר אם קול פנימי שמע יצא, תיפוק לי' דהוי ב' שופרות ולא תי' דמיירי שלא הי' כוונתו לכך שיהי' המצוה בשניהם דוקא, י"ל דמסתמא בנותן שופר בתוך שופר כוונתו הי' שיצא הקול משניהם דוקא וכדי לצאת ע"י שניהם י"ח, ועוד דעדיפא מינה תי' התוס' דשם שמע רק קול פנימי ושופר בשמיעה תליא:

ב) ומ"מ מה שהוציאו הפוסקי' מדברי התוס' להחמיר, בנותן שני גיטין מספק דלא יתנו בבת אחת מטעם ספר א' אמר רחמנא כו', בזה נראה דברי הגאון הנ"ל נכונים לכאורה, דודאי כוונת התוס' הוא רק בנותן שניהם שתתגרש בשניהם דוקא ומטעם שכתבנו שכל א' אינו ספר כריתות שלם רק חצי ספר, משא"כ אם נותן מחמת ספק וכוונתו שתתגרש בא' מהם היותר כשר ע"פ ד"ת, מה בכך שנותן בידה גט השני הרי כל א' מהם היותר כשר הוא ספר כריתות שלם רק שהוא א"י איזהו. ולענ"ד הי' נראה דיותר טוב ליתן שני הגיטין בבת אחת מלתנם בזא"ז, דאם נותנם בב"א אין כאן חשש ברירה, כיון דבאותו רגע יש בידה עכ"פ גט א' כשר בודאי וממנ"פ היא מתגרשת עתה, משא"כ בנותן בזא"ז שצריכין אנו לדון בנתינת כל גט שמא הוא הכשר יש בזה קצת חשש ברירה, הגם שכבר כתבנו שגם בזא"ז אין חשש ברירה מהטעם שכתבנו באריכות, מ"מ יותר טוב ליתן בב"א שבזה אין שום חשש כלל, ועי' בסדר גיטין של מהר"י מינץ סי' ל"ד שכתב ג"כ שלא היה מקפיד שלפעמים הי' נותן ב' הגיטין בב"א ולפעמים בזא"ז, מוכח ג"כ דס"ל דאין שום חשש ברירה בא' מהאופנים הנ"ל:

ג) ולפי מ"ש נראה דחשש שחששו הפוסקי' בב' גיטין משום ספר א' אמר רחמנא כו' שייך ג"כ בנותן בזה אח"ז, כיון דכוונתו לגרשה דוקא בשני הגיטין ביחד ולא תתגרש בא' מהם כיון דשניהם כשרים. שוב אחרי כותבי זאת ראיתי בשו"ת נ"ב שהבאתי בסי' הקודם, שכ' ג"כ דגם בנותן ב' גיטין בזא"ז יש חשש שני ספרים והביא ראי' נכונה לזה ממ"ש התוס' בב' גיטין, שדימו אותו להא דב' כופרים בשור של ב' שותפין, דאף דכל א' משלם כופר בפ"ע ויכולים לשלם בזה אחר זה ודכוותי' ג"כ בב' גיטין, וע"ש פלפול

ארוך מ"ש שזה תליא בב' תי' שכתבו התוס' במס' ב"ק ולפי שיש לי בענין זה מקום עיון מוכרח אני להאריך קצת, ונעתיק דברי התוס' במס' ב"ק (ד' מ' ע"א) ד"ה כופר א' אמר רחמנא כו', שהקשו שם מהא דקיי"ל דשנים שהוציאו ככר א' לרה"ר בשבת דחייבים כל א' להביא חטאת, ולמה לא דרשינן חטאת א' אמר רחמנא ולא ב' וג' חטאות, ותי' דשאני חטאת דכל א' חייב אזדונו כרת מש"ה מביא חטאת כל א' אשגגתו, ועוד דחטאת לגבוה סלקא אין להקפיד אם מביאים כל א' חטאת על שגגתו, אבל כופר דלחבירו למה ירויח זה במה שהשור הוא של שנים. ולכאורה צ"ע בסוגיא הנ"ל ובדברי התוס', דהא שפיר יש לחלק בין חטאת לכופר, דהא גבי כופר קיי"ל כמיתת בעלים כך מיתת השור, ובכ"מ שהשור בסקילה בעלים משלמים כופר אין השור בסקילה אין בעלים משלמין כופר, וא"כ הא בבעלים אי' בפ' הנשרפין (ד' ע"ח ע"א) ת"ר הכוהו עשרה בני אדם כו' כולם פטורים, ועי' רש"י שם דהטעם דכתי' ואיש כי יכה כל נפש כו' דוקא איש א' ולא ב', וא"כ אם הבעלים עצמם היו הורגין אותו הי' פטורים, א"כ גם בכה"ג השור פטור מסקילה וא"כ ממילא כולם פטורין מכופר, משא"כ גבי שבת קיי"ל דזה א"י וזה א"י חייב כל א' חטאת, דליכא מיעוטא לדידן דקיי"ל כר"י עי' בפ' המצניע, ואדרבה איפכא קשיא לי, דמלשון הש"ס משמע דעכ"פ השור בסקילה ורק דבעי כיצד משלמים כופר, ולמה יתחייב השור בסקילה כיון דהבעלים פטורין ממיתה:

ד) אך מדברי התוס' שם משמע דס"ל דמ"ש כמיתת בעלים כך מיתת השור, היינו דאם היו בעלים א' כה"ג דהשור הוא א' היו חייבים מיתה, ולכן גם השור בכה"ג חייב סקילה, משא"כ בב' שוורים שהרגו לאחד פטורים ממיתה משום דבכה"ג אם היו הבעלים עצמם שנים שהרגו פטורים וא"כ א"ש. ומ"מ עדיין לא מוחוור, לפי מ"ש שם בש"ס בברייתא בפלוגתא דת"ק ור"י בנו של ר"י בן ברוקא, דת"ק ס"ל דמי ניזק, ור"י ס"ל דמי מזיק, דפליגי אי כופרא כפרה ור"י ס"ל דמי מזיק, והיינו לפי פשט הכ' וגם בעליו יומת אם כופר יושת עליו, ר"ל שבכופר פודה נפשו מחיוב מיתה, וא"כ בשני שותפין כה"ג ודאי דליכא חיוב מיתה, דלא גרע הרג שורם מהרגו בעצמם דהיו פטורים, וא"כ אין כאן חיוב כופר כלל ומאי קא מבעי' לי', ועוד הרי כתב הרמב"ם (פ"י מה' נזקי ממון), דאם היו הבעלים טריפה ג"כ פטורים מכופר משום דכמיתת בעלים כך מיתת השור, ופטור השור מסקילה ג"כ אף דהשור אינו טריפה, הרי ע"כ דדרשינן כמיתת בעלים כו', ר"ל אלו היו הבעלים כה"ג שהרגו בעצמם היו פטורים כגון בטריפה כך אם שור שלהם הרג פטור מסקילה אף על גב דהשור אינו טריפה, ודברי הרמב"ם הוא מימרא מפורשת בפ' הנשרפין שם:

הג"ח. וצ"ע לפי מאי דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב, א"כ למה משלם כופר הא יש לומר דשמא הבעלים טריפה, ובשלמא למ"ד כופרא כפרה א"ש דאין שייך לומר כאן דאין הולכין אחר הרוב, דלאו משום חיוב תשלומין הוא אלא לכפרת נפשו, אלא למ"ד קנסא וממונא קשה, ואין לומר דגזירת הכ' הוא א"כ נילף מכאן דהולכין בממון אחר הרוב, ולפי מ"ש במ"א באריכות, דהא דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב הוא רק מדרבנן, משום דקיי"ל סמוך מיעוטא לחזקה מדרבנן, וכ"ש חזקת ממון דעדיפא טפי מכל חזקות הוה א"ש. אך צ"ע עדיין דהא מפורש במשנה פ' ד' וה' (ד' מ"ד ע"ב) דשור היתומים ושור האפוטרופסי' חייב סקילה, ובכה"ג הבעלים פטורים ממיתה דקטן שהרג את הנפש פטור, וא"כ למה חייב השור סקילה ולמה גרע משור של אדם טריפה, וצ"ל משום דגלי קרא דשור שור שבעה להביא שור היתומים כו' כמ"ש שם בש"ס, אך עדיין קשה לר' יהודה שם במשנה דס"ל דשור הקדש ושור המדבר והפקר פטורים ממיתה דיליף לה מקרא כיון דאין להם בעלים וכתי' וגם בעליו יומת, ולכן ע"כ צריך לאוקמי לדרשא דשור שור לדרשא אחרינא, א"כ גם שור של יתומים דילפינן מקרא דגם בעליו יומת כמיתת בעלים, ג"כ נימא דפטור השור מסקילה ונוקי יתורא דשור לדרשא אחרינא, ומאי חזית יותר לאוקמי לשור הפקר כו' וצ"ע /ע"כ הג"ה/:

וא"כ גם כן בשור של שני שותפין נימא הכי, כיון דאם הרגו שניהם בעצמם היו פטורים ולמה גרע מאם היו הבעלים טריפה, וצ"ל דמה דאמרינן כמיתת בעלים כו', אין ר"ל אם הבעלים היו הורגין אותו שהרג השור אלא אם היו הורגין אחרים, וא"כ א"ש, דבטריפה אם היו הורגי' אחרים היו פטורים, משא"כ בשותפין אלו הרגו אחרים כל א' איש אחר היו חייבים, אך דא"כ דברי התוס' הנ"ל שכתבו דבשני שוורים של שני בעלים לא מצי למבעיא משום דכמיתת בעלים כך מיתת השור כו' לא א"ש, דהא אין זה ענין כלל להא דהרי הבעלים אלו היו הורגין אחרים היו חייבין:

ה) עוד יש לדקדק בסוגיא זו לפי מ"ש הרמב"ם שם, מפי השמועה למדו דמ"ש וגם בעליו יומת היינו מיתה בידי שמים, ולכן כופר שנותן בזה נפטר ממיתה והוא כפרה שלו, וכיון שבפ' נאמר וגם בעליו יומת הי' לנו לומר דכולו בעליו בעינן, וכאן בשני שותפין כל א' לא מיקרי כולו בעלין, וא"כ אין על כל א' חיוב מיתה בידי שמים דכל א' חצי בעליו הוא, וא"כ למה יתחייבו כופר, ועי' במס' ב"מ פ' השואל (ד' צ"ו ע"א) שאל משותפין ונשאל לו אחד מהם מהו כולו בעליו בעינן וליכא כו', הרי דמקרא ד"אם בעליו עמו" מסתפק הש"ס דבא' מן השותפין לא מתקיים הפ' דאם בעליו משמע כולו, וא"כ גם כאן נימא הכי, ועיי' תוס' שם שכתבו משום דשמירה בבעלים חדוש הוא, לכן יש

סברא לומר דבעינן קרא כדכתי' כולו בעליו דוקא, וא"כ גם כאן חידוש הוא דהם לא עשו מעשה רק ממונם הרג והם נתחייבו מיתה, וכמ"ש בש"ס עדים זוממין חדוש הוא תדע דלא עשו מעשה ונהרגין כו', וא"כ נימא ג"כ אין לך בו אלא חידושו וכולו בעליו בעינן:

ו) ולכן נראה דצ"ל דבשני שותפין כל א' חייב מיתה בידי שמים, ואף דבהרגו בעצמם פטורים היינו מגזירת הכ' ואיש כי יכה כו', אבל בידי שמים חייבים, ומ"ש וגם בעליו יומת ר"ל ג"כ כולו בעליו, היינו ששניהם חייבי' מיתה בידי שמים וא"כ א"ש דחייבין בכופר, ומ"ש תחי' דבעינן כמיתת בעלים, היינו אם היו ממיתי' בעצמם לאנשים אחרים, ומ"ש התוס' בשני שוורים של ב' בני אדם היינו טעמא דקיי"ל כרב אשי דהתם בפ' הנחנקין דשור טריפה שהרג ג"כ פטור מטעם דאלו היו בעלים כה"ג כו', וא"כ גם כאן כיון דב' השוורים הרגו לא' [אם] היו הבעלים כה"ג היו פטורים, והשתא א"ש מה דבעי הש"ס, והיינו כיון דטעם כופר הוא לפוטרו ממיתה בידי שמים, וכיון ששניהם חייבי' במיתה בידי שמים א"כ היו לנו לומר דחייבין כל א' כופר שלם, דהא כופר שלם הוא נגד חיוב מיתה, ולכן סברא הוא דאזלינן בתר הבעלים המזיקים. וע"ז אמר דא"א, דהתורה אמרה כופר א' כו', והשתא הקשו התוס' שפיר מחיוב חטאת דהא גם בחטאת מתחייב כל א' סקילה במזיד, ובלא התראה כרת ובשוגג חייב כל א' חטאת לפוטרו מעון כרת וא"כ ה"ה הכא גבי כופר, וע"ז תי' דחטאת דלגבוה אין נ"מ, משא"כ כאן למה ירויח הניזק במה שהשור של שנים ואף על גב דכופרא כפרה, מ"מ אין סברא לחייבם בשני כופרים, ובתי' ראשון כתבו משום דהתם חייב כל א' על זדונו כרת כו', ר"ל משא"כ כאן אף דהכופר בא לפוטרו ממיתה בידי שמים שנתחייב בה, מ"מ אין סברא להחמיר יותר משאם היו הורגים בעצמם בידים שהיו פטורים לגמרי:

ז) ובהיות כן מ"ש הגאון מ' שמואל בנ"ב שם דדין ב' גיטין תליא בב' תי' של התוס', דלתי' ראשון דלא ס"ל הך סברא לחלק משום דאין סברא שירויח הניזק בחנם, א"כ גם גבי גט פסול ב' גיטין יעו"ש, לפי מ"ש אינו אלא דעיקר הטעם גם לתי' הראשון, כיון דבמזיד היו פטורים לגמרי אלו היו הורגין אותו, א"כ אין סברא לחייבם ע"י שור שלהם ב' כופרים דבעינן כמיתת בעלים כו', [וי"ל ג"כ דבתי' הראשון ס"ל דכמיתת בעלים ר"ל אלו היו הבעלים הורגי' את האדם הנהרג דהיו פטורים, ומה שנסתפק הש"ס משום די"ל כיון שאם כל א' הי' הורג הי' חייב מתקיים כאן כמיתת בעלים כו', ולתי' ב' של התוס' צ"ל דפי' כמיתת בעלים היינו אחרים, ועיקר חיוב כופר במקום חיוב מיתה בידי שמים כמ"ש ודו"ק], משא"כ בב' גיטין לא שייך זה. ולכן נלע"ד דגם התוס' לא הי' עיקר ראייתם מכופר לגט, רק הביאו הא דכופר לסמך בעלמא ועיקר ראייתם הוא מהא דאתרוג פרי

א' אמר רחמנא כו' והיינו דוקא אם מכוין שלא תתגרש רק בשניהם דוקא דכל אחד לא מקרי ספר כריתות שלם, והוה דומיא דאתרוג דאינו יוצא בא' דלא ניכר לקיחתה רק בב' וג', אבל בנותן ב' גיטין מחמת ספק כיון שמכוין שתתגרש בא' מהם היותר כשר מיקרי שפיר ספר אחד, ואפי' נותנם בבת אחת אין כאן חשש כ"ש כשנותנם בזא"ז:

ח) עוד כתבו האחרונים בשם תשובת מהרי"ו חשש אחר בב' גיטין משום דהוי כמו מקדש במלוה ופרוטה, ואף דקיי"ל כר"י הנשיא דאדם יודע דאין קדושי מלוה כלום ודעתו אפרוטה, מ"מ בב' גיטין גם ר"י הנשיא מודה כיון דא"י איזה גט מועיל. ובאמת דברים אלו תמוהים כמו שהביא הג"פ בשם מהר"ש הלוי אמאי לא יתנם בב"א ויפרש שמכוין לגרשה בגט הכשר כמו דמועיל בב' זוגות תפילין דרש"י ור"ת יעו"ש, וא"כ אין זה דומה למקדש במלוה ופרוטה שא"י מה בלבה. ולענ"ד יש לתקן דבריו קצת ע"פ מ"ש בפ' המגרש (ד' פ"ה ע"ב), אמר אביי האי מאן דכתב גיטא לא לכתוב ודין כו' ולא לכתוב למהך כו' וכתבו הפוסקים בשם בעל העיטור משמי' דרבוותא דכל הני דקדוקי דהכא היינו היכא דכתב לי' הבעל גופי', א"נ דכתב לי' סופר מפומי' ובתר הכא אתיא בעל וקא מערער ואמר אנא הוא דפסליני' לי' בהני דקדוקי ולקלקולי איכוונית כו', הרי אף דכתב הגט ופי' שכותב לשמו ולשמה ולשם גירושין בלי שום פקפוק, אעפ"כ אינו מועיל דאמרינן בלבו הי' לקלקל אם כ' בעצמו והמעשה שכ' בגט לשנות יורה קצת על מחשבת לבו ואין זה דברים שבלב, וא"כ כאן שנותן לה ב' גיטין אף שמפרש שמכוין לגרשה בגט הכשר, מ"מ כיון דבמעשה נותן לה ב' גיטין יש לומר אולי במעשה זה מכוין לקלקלה ומכוין לגרשה בגט הפסול, וכ"ש אם מגרשה שלא בטובתו ושונאה יש לחוש לקלקולא, ואולי יאמר אח"כ שהי' מכוין לגרשה בגט הפסול, עוד ראי' ממ"ש הב"י בסוף סי' קכ"ג בשם הקונטרסים שדקדק מתשובת הרשב"א שלא יכתוב הבעל לכתחי' הגט בעצמו מטעם שכתב בעל העיטור בהני דקדוקי דאם יאמר לקלקלה נתכוין, והגם כי כותב הגט בכשרות ונזהר בכל הדקדוקים כדינם, מ"מ חששו בזה דילמא יחשוב מחשבת פיגול בלבו מה שלא יבורר מתוך מעשיו, וא"כ כ"ש כאן שנותן ב' גיטין בפועל ויודע שמשום ספק עשו כן, ימצא עלילה כדי לקלקלה ויאמר אני כוונתי לגרשה בגט הפסול ולכן שפיר דימו אותו למקדש במלוה ופרוטה, ועי' בפרמ"ג באו"ח סי' תמ"ח לענין מכירת חמץ דרך הערמה, שהביא בשם הירושלמי דאף אם אינו מוכר בלב שלם לא אזלינן בתר מחשבתו רק בתר דיבור פיו, כל שאינו חושב בלבו בשעת מעשה היפוך מאמרו, מוכח משם דאם באמת חושב אז בלבו בהיפוך מדברי פיו לא מהני, ואף דלפ"ז הי' לנו לחוש בכל גיטי דעלמא אולי מחשבת און בלבו בשעת הנתינה, מ"מ לא נתנה תורה למה"ש

ואין לחוש למה דלא אתיליד ריעותא, משא"כ בנותן ב' גיטין שקרוב הדבר שהבעל ימצא בזה עלילה כדי לקרוא תגר על הגט, כנ"ל ליישב דברי מהרי"ו כדי שלא לשוי' לטועה ח"ו ויש מקום לדבריו כמ"ש, ומ"מ ודאי דכל זה אינו אלא חומרא בעלמא ומדינא אין בזה חשש כלל:

ט) ועי' בתשובת נ"ב מ"ק חלק א"ע סי' צ' שחידש לנהוג באם צריך ליתן ב' גיטין מספק, להטעות הבעל והסופר והעדים שלא ידעו משום דבר ואחר נתינת הגט כד"ת יאמר להם שצריך גט אחר והראשון פסול הוא ויוצא בזה ידי חשש ברירה לכל הפוסקים ואין בזה שום בית מיחוש כלל. ולענ"ד עדיין אין כאן תיקון כלל, לפי מה שנוהגין שהבעל אומר לסופר לכתוב מא' עד מאה עד שיוכשר לדעת הרב, א"כ מה בכך שהבעל א"י אם יצטרך ליתן ב' גיטין, הא תלה בדעת הרב לפי מה שיוכשר בעיניו ואם דעת הרב על ב' גיטין חוזר חשש ברירה למקומו, והוי דומיא להא דאם יבוא חכם למזרח עירובו למזרח כו' וכמ"ש רש"י שם, דאולי ביהשמ"ש שהוא שעת קניית העירוב לא הי' דעתו של חכם לאותו צד שבא למחר, וא"כ גם כאן שתלה בדעת החכם והוא דעתו ליתן ב' גיטין וא"י איזה יוכשר ודאי דיש כאן חשש ברירה. ולכן הי' נראה דבכה"ג יותר טוב לנהוג שלא לומר לסופר לכתוב מא' ועד מאה לפי דעת הרב, אלא יאמר סתם כתוב גט כו', וגם אין צורך לזה כלל כיון שנוהגי' שאם יארע איזה קלקול בגט חוזר ומצוה שנית לסופר כמו בפעם הראשון כנ"ל בזה:

סימן לו

דין אם אמר לסופר כתוב גט איזה שיוכשר לפי דעת הרב המסדר:

א) אכן מה שיש לפקפק במה שמבואר בסדר גיטין בא"ע, שהבעל אומר לסופר כתוב גט מא' עד מאה גיטין עד שיהי' כשר לפי דעת הרב המסדר, והא כאן תלה הדבר באחר על דעת הרב כפי שיעלה על דעתו, דבזה יש לחוש אפי' בכותב גט אחד דלפעמים יש ספק ופקפוק בכתיבת השמות של הבעל והאשה וכדומה, או לפעמים יש לפקפק בגוף כתב הגט באיזה טעות או מחוק שיש בו ספק בדין, והרב מכריע להקל או לכתוב כך כפי שעולה על דעתו, וא"כ דומה ממש למתנה על עירובו אם יבוא חכם למזרח כו' דמסיק הש"ס דאפי' למזרח ומערב נמי אין ברירה אם לא דכבר בא חכם, דאל"כ אמרינן דילמא ביהשמ"ש הי' דעתו של חכם להיפוך, וכן כאן בנד"ד בעת מינוי שליחותו לסופר לכתוב י"ל ג"כ דילמא אז הי' דעתו של חכם להיפוך, ולפעמים גם דעת החכם אינו מבורר אז, ומתיישב אח"כ להכריע כך וחוזר בו ומכריע בהיפוך, וצריכין אנו לדון דין ברירה ממש הוברר הדבר מתחי' שע"ד כן כותבו, ומכ"ש לפי מה [דכתבו] הפוסקי' הטעם שנהגו כן

אף דאם נפסל הגט יכולים לכתוב אחר בלי ציווי הבעל, דמי אמר הבעל כתובו חספא כו' ולא עשו עדים עדיין שליחותם, כמ"ש בש"ס פ' האומר גבי נפאתה ותפאתה, היינו משום דפעמים הגט כשר מדינא ומחמירין כמה חומרות יתירות, וא"כ כבר עשו עדים שליחותם ולכן נהגו לומר כן בפירוש עד שיהי' כשר לפי דעת הרב, וא"כ בכה"ג ודאי דשייך ברירה ודמיא ממש להא דכותב ב' גיטין דהירושלמי שהבאתי בסי' ל"ד:

ב) שוב ראיתי בס' גט מקושר מהגאון אב"ד דק"ק פלאצק שהרגיש בזה, וכ' לחלק דכל דין ברירה רק כשרוצה בדבר זה, וכשחל דבר זה הוא מונע לדבר השני לחול, כמו שני לוגין שאני עתיד להפריש שאם התרומה חלה על שני לוגין שהתנה א"א לחול על ב' לוגין אחרים שאין כאן אלא תרומה אחת, וכן אם בא חכם למזרח עירובו למזרח שאם העירוב למזרח א"א להיות למערב, וכן בגט לאיזה שארצה אגרש שאם נכתב לשמה של זו אינו כשר לשני', אבל בכתי' הגט אם אמר כתוב עשרה גיטין כולם לשמי ולשמה דכולם כשרים, לא שייך בזה דין ברירה כיון שא"צ לברור א' מתוך חבירו עכ"ל שם. ומדברי הירושלמי שהבאתי בסי' הנ"ל סתירה לדברי' שהרי כ' בפי' בכותב ב' גיטין דשייך בי' ברירה אף דשניהם כשרים, כיון שתלוי בדעתו לגרשה באיזה שירצה, [עיין בפי' המפרש בעל קרבן העדה שם שגורס שם ודכוותי' בכותב ב' גיטין לאשה אחת כו' הרי דגם בזה שייך ברירה], וא"כ גם בהא דתולה בדעת החכם באיזה שירצה דינא הכי לפי מה שנת' בסימני' שעברו דקיי"ל דגם בתולה בדעת אחרים קיי"ל דאין ברירה, [זולת דעת הרמב"ם נת' לעיל דנוטה קצת דס"ל דתולה בדעת אחרים יש ברירה], וכבר כתבתי למעלה סי' י"ט באריכות בשם הגאון קצוה"ח שכ' ג"כ כדברי הגאון בעל גט מקושר, שכ' שם דבשליחות לא שייך ברירה כיון שעשה כולם שלוחים ואין לו הקפד מי מהם שיהי' שליח, והבאתי שם דברי הרשב"א בתשובה שכ' להיפוך, באשה שאמרה את מי שירצה בעלי ליתן לו הגט יהיה שלוחי לקבלה דלא מהני מטעם דאין ברירה, ועיי' מ"ש בסי' כ"א בשם הר"ן מ"ש בשם הרמב"ן בהא דשטר דמשתעבד לכל מי שמוציאו, דלכאורה משמע מדבריו כמ"ש הגאון בעל קצוה"ח וג"מ, אבל כבר כתבתי שם ביאור דברי הר"ן שאין ראי' מדבריו כלל:

ג) וכעת נלע"ד לכאורה בדין זה במחלוקת שנוי' והם רש"י והרמב"ם, בהא דאיתא במס' פסחים פ' האשה (ד' פ"ח ע"ב) באמר לעבדו צא ושחוט כו' ושחט גדי וטלה יאכל מן הראשון, ומקשה שם והא תניא אין נמנים על ב' פסחים כא', ומשני מתני' במלך ומלכה, ופרש"י שם דמלך ומלכה אין מקפידין על סעודתם מחמת שיש להם רוב מטעמים כו', ואין מקפידין בין גדי לטלה לכן לא שייך בזה דין ברירה יעו"ש, והיינו דאין שייך לומר

אולי דעתו הי' תחילה על גדי דוקא, דודאי היו מסכימי' על א' משניהם בלא הקפד, אבל הרמב"ם כתב דהטעם במלך ומלכה משום שלום מלכות נגעו בה והתירו לו משום כך, ועי' מ"ש בזה בסימני' שעברו בביאור דבריו, הרי דהרמב"ם לא ס"ל הך סברא דכ' רש"י משום שאין מקפידים. אך נת' למעלה סי' (י"ז) בהא דיתום ששחטו עליו אפוטרופסי' דיאכל מן הראשון וגם הרמב"ם כ' דין זה, וכתבנו למעלה משום דיתום שאוכל פעמים על שולחן זה ופעמים על שולחן זה ואינו מקפיד כלל, וא"כ גם הרמב"ם מודה בזה. וצ"ל דמה שאינו מפרש כפרש"י משום דלא ס"ל שמלך ומלכה לא יקפידו על סעודתם ובודאי הם מקפידים יותר מאחרים, ועי' סוף פ' מקום שנהגו (ד' נ"ז ע"ב) בעובדא דיששכר איש כפר ברקאי דמלכא אמר גדיא יאי ומלכתא אמרא אימרא יאי כו', משמע ג"כ דהם מקפידים בין גדי לטלה לכן מפרש פי' אחר וא"כ יש מקום לדברי הגאונים הנ"ל, ומ"מ כבר נתבאר שהרשב"א חולק בהדיא על דין זה, וצ"ל דס"ל דדוקא בסתם אמרינן בדבר שאינו מקפיד ושניהם שווים אצלו יש ברירה, משא"כ בתלה בפי' בדעת וברצון א' וכמו בהא דאשה שתלתה השליחות ברצון בעלה, וא"כ בנד"ד ג"כ שאומר בפי' שלאותו שירצה הרב לזה מכוין בכה"ג אין ברירה, וא"כ י"ל דגם הרמב"ן והר"ן שכ' בהא דמעמד שלשתן דבכה"ג שמשתעבד לכל אדם אין שייך ברירה, היינו ג"כ בסתם ולא כשגילה בפי' דעתו שתולה ברצון אחר אף שבאמת אין לו קפידא בדבר, מ"מ כל שתלה ברצון האחר והאחר בורר דוקא בזה ולא באחר לא עדיף מיני' ושייך בדין ברירה:

ד) והראי' שהביא הגאון בעל ג"מ שם ממ"ש בפ' השולח (ד' ל"ג ע"א), בהא דפליגי ר' ורשב"ג באמר לעשרה כתבו גט לאשתי כו' אי יכול לבטל זה שלא בפני זה, ומפרש הש"ס דפליגי בעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דמ"ס לא בטלה כולה ואי אזלי אינהו וכתבי ויהבי לכתבו וליתיבו כו', משמע שיכולים כל כת לכתוב אפי' זה שלא בפני זה, וא"כ הרי לא עשאם כולם שלוחים אלא לכתוב גט א' וא"כ שייך שם ברירה טפי, אלא ע"כ כיון דכולם נעשים שלוחים כולם כשרים ולא שייכא הכא ברירה כלל. כבר כתבתי למעלה סי' י"ט באריכות דבכה"ג מטעם אחר לא שייכא ברירה כלל, כיון שממילא נעשה א' מכולם שליח ואינו תולה במה שיברר אח"כ או לתלות ברצון אחר מה שיברר, וזה דומה להא דפרוטה בכיס זה הקדש או בשורי הקדש דא' מן התערובות חל עליו שם הקדש שאין בו ענין לברירה, וא"כ אין משם ראי' לנד"ד שתולה דעת וברצון החכם ועדיין לא נתברר עתה כלל. שוב ראיתי בדברי הגאון הנ"ל שהרגיש בסתי' דבריו מן הירושלמי שהבאתי, מ"ש ודכוותי' בכותב ב' גיטין לאשה אחת, וכ' שם לדחות פי' של הגאון בעל קרבן העדה וקיים הגאון נוסחה הישנה "דכוותי' בב' גיטין לב' נשים",

[וכן גורס הגאון בעל פני משה בפי' שם וכמ"ש בזה למעלה במקומו], וכ' שם דספיקו של הירושלמי לאו מטעם ברירה הוא רק כיון דבשני הגיטין מעורב כח הכורת לכל א' מהם, ומסקנא מכיון שנתן לה יעשה כמו שהוא כרות לשמה משעה ראשונה, והיינו כיון שעכ"פ בשני הגיטין יש כח הכורת לאשה זו בשלימות וכריתות שלם לכל א' ולא תליא כלל בברירה, והוא דחוק מאד ולא משמע כן מלשון הירושלמי ממ"ש "משעה ראשונה נעשה כו'", משמע בבירור דמטעם ברירה הוא וכן פי' הגאון בעל פני משה שם. גם דינו לא מסתבר כלל כיון דנאמר דכל גט נכתב לב' הנשים ואינו כרות לשם כל א' מהם בפ"ע, א"כ מה בכך דכשנותן מתברר שנתן גט א' לכל אשה הא משעת כתיבה כבר נפסל, והרי בקדשים מפורש במס' זבחים ובכ"מ דאם חישב לשמה ושלא לשמה לשם עולה ולשם חטאת פסול אפי' בעבודה אחת, אעפ"י שאח"כ עשה העבודות בהכשר כמעשה עולה או חטאת, וע"כ צ"ל דכוונתו היה בתחי' שיהי' כל א' לשם אשה אחת, רק שלא פי' איזה לזו ואיזה לזו ותלה ברצונו מה שירצה אח"כ, א"כ הרי זה בדין ברירה ממש וכהא דכתוב גט לאיזה שארצה אגרש בו דפסול מטעם דאין ברירה וזה ברור:

ה) גם מ"ש שם בירושלמי דר' יוסי בשם ר' ביבון דר"ש היא כו', לדברי הגאון הנ"ל אין לו ענין כלל לכאן, וגם דברי המפרש בעל קה"ע שכ' שזה קאי על המשנה הוא ג"כ דוחק, ולכן נראה לפרש כפשוטו וכגירסא ישנה דכוותי' בכותב ב' גיטין לב' נשים שיגרש בכל גט לא' מהם איזה שירצה אח"כ, ומה שנסתפק בזה הוא אם שייך בזה ברירה, כיון שממנ"פ כל אשה תתגרש בגט א' שבשניהם וכעין שכ' למעלה בסימני' שעברו, דגם בכה"ג שיש ממנ"פ להכשיר א' שייך בזה דין ברירה כיון שהוא תולה במה שיברר אח"כ, כעין מ"ש, מ"ש זה מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס כו', דגם שם ממנ"פ א' מהם יעלה וגם אין לו קפידא על איזה מהם יחלל, אעפ"כ שייך בו ברירה ודלא כסברת הגאון הנ"ל, וע"ז מביא דאין כל א' כרות לשמה, ומביא ראי' כהדא דר"ש כו' דמה דתולה ברצונו שיבחור אחר זמן אף על גב דיש כאן ממנ"פ, מ"מ לא מהני כל שלא הי' מבורר מתחי', כמו התם אף על גב דיש בהם כלי א' שהוא טמא, מ"מ כיון שלא בירר מתחי' כלא נעשה לשם טומאה דמי, ולכן גם כאן לא זה כרות לשמה ולא זה כרות לשמה, וזה ברור בפי' הירושלמי שם:

ו) ומה שהביא הגאון הנ"ל ראי' מסוגיא דמס' סוטה, גבי כתב ב' מגילות לב' סוטות ומחקן לתוך כוס אחד וחזר וחלקם אי יש ברירה, ולמה לא בעי אם כתב ב' מגילות בסתם לב' נשים ולא כוון בפרטות לשם כל אי שייך בי' ברירה, לפי מ"ש אין ראי' זו כלום, דבאמת ידע רבא דבכה"ג ודאי למאן דס"ל אין ברירה אין מגילתם כשירות ולא

הוצרך למיבעי' כאן, והרי בכ"מ מבואר בש"ס דדין ברירה פלוגתא דתנאי ודאמוראי הוא ולפי מאי דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה פסולי' שניהם, ואדרבא ס"ל דאפי' תולה בדעת אחרים אין ברירה כמ"ש בפ' כל הגט (ד' כ"ה ע"א), וכאן בעייתו הוא בענין אחר ולא ככל ברירה דבכל הש"ס, דמיירי שתחי' הי' מבורר כל מגילה לשם אשה זו, ורק דמחקן לתוך כוס אחד וחזר וחלקם אי מהני וכמ"ש התוס' שם דברירה זו לא דמיא לברירה דכל הש"ס, ועי' מ"ש לעיל בסי' ט' באריכות בביאור בעי' זו ובביאור דברי התוס' שם:

ז) אמנם נלע"ד מה שנוהגין ע"פ סדר גיטין לצוות לסופר שיכתוב מאחד עד מאה לפי דעת הרב המסדר דאין בזה חשש ברירה מטעם אחר, והוא דחשש ברירה לא שייך כי אם כשיש ב' דברים לפנינו ותולה הדבר ברצונו שירצה אח"כ או תולה בדעת אחרים, כגון אם היו כאן ב' גיטין שלמים שניהם כשרים ואומר שיגרש בא' מהם שירצה, בזה שייך לומר אין ברירה, דכשירצה אח"כ באחד אמרינן שמא לא היה בדעתו בתחי' רק על השני, אבל בנד"ד שהסופר אינו כותב גט אחר עד שרואה איזה פסול וגמגום לפי דעת הרב המסדר ואינו גומרו, ואפי' גומרו כ"ז שלא נתחמו עליו עדים לפי דעת הסוברים עדי חתימה כרתי, ודאי דלא שייך בזה לומר אולי דעתו על גט הראשון שאולי כשר הוא ע"פ דין, דמ"מ כ"ז שלא נחתם או שלא נגמר חספא בעלמא הוא ואינו ראוי לגרש בו מן התורה, ובודאי לא תלה בדעת החכם כי אם כשיהי' גט שלם וכשר, וגם לא שייך כאן שעשו עדים שליחותם כ"ז שלא גמרו אותו, ואף למאי דקיי"ל עדי מסירה כרתי וא"כ אם נגמר הגט לגמרי אף שלא חתמו העדים א"כ אם הי' בדעת הרב להכשירו יש בזה חשש ברירה, דאע"ג דנמלך וחזר בו לכתוב אחר די"ל אולי דעתו הי' בתחי' על גט זה וגם שייך לומר עשו עדים שליחותם, וכ"ש אם כבר חתמו העדים ושוב ראה הרב איזו פקפוק בגט ומצוה לכתוב אחר, מ"מ כ"ז שלא נכתב השני ג"כ אין חשש ברירה לפי שיטת הרמב"ן שכתבנו בסימני' הקודמים, שכן עיקר דבמתנה על דבר א' וסופו ג"כ להתברר קיי"ל דיש ברירה כדמוכח מגט שכ"מ, א"כ כ"ז שלא נכתב השני הוי מתנה על דבר א' אם יכשירנו הרב יגרש בו ואם לאו לא יגרש בו, וכיון שבדבר א' אמרינן יש ברירה הרי בזה נתבטל שליחותו לגמרי. ובאמת בכה"ג שכבר נגמר הגט לגמרי צריך לחזור ולצוות לכתוב גט שני שלא יהי' כמתנה על ב' דברים, שאם יכשיר הראשון מוטב ואם לאו יכתוב אחר ויוכשר בשני, וכמ"ש הרב בסי' קכ"ב סעי' א' דאם הבעל בעיר יחזור ויצוה כן להסופר כשירצה לכתוב גט אחר והוא מטעם חשש ברירה כמ"ש הפוסקי', אכן באם הגט ראשון הוכשר לדעת הרב המסדר אין בו חשש ברירה דהרי מתנה על דבר א' וכמ"ש:

ח) ומה שנוהגין לומר לכתוב מא' ועד מאה לפי דעת הרב, אף שנת' דאם נפסל צריך לחזור ולצוות, נלע"ד דהטעם הוא אינו משום דאם נפסל באמצע שוב אין רשאים לכתוב אחר דכבר עשו שליחותם באותו מקצת ולע"ד זה אינו, דכל שנפסל באמצע הרי אגלאי מלתא דלא עשו שליחותם כלל דחספא בעלמא הוא ודלא כמ"ש בח"מ בזה, אלא הטעם לענ"ד משום שלפעמים נתקלקל אות א' בטופס או בתורף באופן שמותר לתקנו ע"פ דין, ובאם הוא כשר בלא"ה רק שהרב משום חומר נראה לו לתקן הי' בזה חשש שכבר עשו שליחותם במה שנכתב האות בכשרות ע"פ דין אעפ"י שעדיין לא גמרו כל הגט, מ"מ כ"ז שלא נפסל הרי לא צווה להם אלא לכתוב גט א' כשר, ואין להם רשות לשנות בדבר שא"צ לכן תקנו בזה שיאמר עד שיהי' כשר ע"פ דעת הרב, וחשש ברירה אין שייך בזה כ"ז שלא נגמר כל הגט ואין כותבין גט אחר רק מתקנים אותו. ובזה מתורץ מה שתמה בס' ג"פ בסי' קכ"ב ס"ק ח' במה שנוהגין כשמתקלקל הגט וחוזר ואומר לסופר כתוב מא' ועד מאה גיטין וכן בכל פעם שמתקלקל, וכ' ע"ז דלאו שפיר עבדי דמה תקנו בזה דהא חוזר בזה חששת ר' יחיאל מפריז דאפי' בגט ראשון יש בזה חשש הנ"ל. ולפי מ"ש כ"ז שאין כאן גט אחר שיהי' שייך כאן לומר ברירה לומר שהוברר גט זה מתוך השני' אין כאן חשש כלל, ומה שנוהגין כן הוא מטעם הנ"ל, ומ"מ יותר נכון לנהוג לבטל דבר זה שלא לומר מא' ועד מאה, רק בכל פעם שיתקלקל ויצטרך לכתוב אחר יחזור ומצוה לסופר שבזה יצא כל הספיקות וא"צ יותר:

סימן לז

דין סופר המעבד עורות לתפילין ומזוזות וגיטין איזה מהם שיבחור אי שייך כאן דין ברירה.

א) בתשו' הגאון מו"ה ר' עקיבא אייגר (סי' ב') קרא תגר במה שהסופרים נוהגין שהם מעבדים עורות לעשות מהם קלפים לתפילין ומזוזות וס"ת ולגיטין, ואותם שירצה להשתמש לתפילין ומזוזות וס"ת ישתמש בהם משום דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא, וא"כ מה שירצה להשתמש לדבר שבקדושה אין סומכין על זה לומר הוברר הדבר למפרע שזהו הנעבד לשם קדושה, דאולי הוא מה שחושב עליו לשם גיטין ושאר דבר חול [וכבר קדמו בזה בתשו' עבוה"ג סי' ס"ה ע"ש] לכך התקין שטוב יותר לעבוד הכל לשם קדושה, רק שיתנה בתנאי באם ירצה להשתמש בהם לדבר חול דתנאי מועיל בזה יעו"ש. ולפי מה שביארנו בסימני' הקודמי' שדין ברירה לדידן ספיקא הוא אם יש ברירה יש בזה מקום עיון, ונראה קצת ללמוד זכות להסופרים שנוהגין כן ואין מדקדקים בזה

לעשות דרך תנאי, ולפי שדין זה דעיבוד לשמה אינו מוסכם אליבא דכ"ע ותליא באשלי רברבי לכן מוכרח אני להאריך קצת. והוא דאיתא בפ' נגמר הדין (ד' מ"ז ע"ב ומ"ח ע"ב) אתמר האורג בגד למת אביי אמר אסור רבא אמר מותר, אביי אמר אסור הזמנה מילתא היא, ורבא אמר מותר הזמנה לאו מילתא היא, ומסיק שם תנאי היא דתניא ציפן זהב או שטלה עליהם עור של בהמה טמאה פסולות, עור של בהמה כשירה כשירות אעפ"י שלא עיבדן לשמן, רשב"ג אומר אף עור של בהמה טהורה פסולות עד שיעבדם לשמן, ופרש"י דרבא ס"ל כת"ק דלא בעי עיבוד לשמה דהזמנה לאו מילתא היא ולא איכפת לן בה, וא"כ לפי מאי דקיי"ל כרבא לגבי אביי בכ"מ וגם בש"ס פסק שם בפי' כרבא בהא, וא"כ צ"ל דקיי"ל ג"כ בהא כת"ק דלא בעי עיבוד לשמה:

הג"ח. ויש בזה מקום עיון בפלוגתא דאביי ורבא באורג בגד למת, דהא בכ"מ בש"ס מבואר דאתקיש תקרובת ע"ז למת כמ"ש ויאכלו שם זבחי מתים מה מת אסור בהנאה כו', ובמס' תמורה (ד' כ"ט ע"א) אמר רב יצחק אין מוקצה אסורה אלא עד שיעבדו בו כו', ושם תני רב חנניא טריטאה קמי' דר' יוחנן אין מוקצה אסור עד שיעשו בו מעשה כו', ופרש"י שם דמקמי הכי אין אסור ובהזמנה בעלמא לא מיתסר עד שיעשה בו מעשה לשם ע"ז, והרי הא דע"ז ותקרובתו אסור בהנאה משום דאתקש למת מה מת אסור בהנאה כו', וא"כ נילף ג"כ בהזמנה בעלמא שמקצהו לע"ז יהי' חל עליו איסור מוקצה כמו באורג בגד למת אליבא דאביי, וע"ש דרש"י פי' עוד פי' אחר דאין מוקצה אסור לגבוה אלא עד שיעבדו בו, ופי' דלאחר שיעבדו בו תשמיש אחר אז שוב אין מקריבין אותו לע"ז ויוצא מאיסור מוקצה, ולפי זה י"ל דמוקצה אסור בהזמנה לבד. וי"ל דבזה פליגי אביי ורבא דאביי מפרש שם כפי' הב' של רש"י ולרבא הפי' כפי' ראשון, ועי' [ברמב"ם פ"ד מה' איסורי מזבח] שהוא העתיק כפי' הראשון של רש"י, וסיים בטעמו משום דאין הקדש לע"ז והוא מתוספתא והוא אליבא דהלכתא לדידן דקיי"ל כרבא ודו"ק /ע"כ הג"ה/:

והתוס' שם הקשו על פירושו דהא קיי"ל בהזמנה כרבא ובעיבוד לשמה קיי"ל כרשב"ג, כדמוכח בפ' הנזיקין בההוא דאתא לקמי' דר' אבהו אמר לי' ס"ת שכתבתי לפלוני גוילין שלו לא עבדתים לשמן כו', ולכך פי' שם בשם ר"ת להיפוך דרבא דאמר הזמנה לאו מילתא היא סבר דבעי עיבוד לשמן כרשב"ג משום דלא סגי בהזמנה, ואביי ס"ל כת"ק דלא בעי עיבוד לשמה, וא"כ היה נראה דזה תליא במחלוקת רש"י ור"ת דרש"י ס"ל דלא בעי כלל עיבוד לשמה. ובאמת תמיהת התוס' על רש"י מהא דר' אבהו יש ליישב די"ל דבאמת ר' אבהו ס"ל כאביי דהזמנה מילתא היא ובעי עיבוד לשמה, ואנן קיי"ל כרבא כדפסיק הש"ס להדיא הכי, ואפשר ג"כ דלכך קאמר הש"ס שם דרש מרימר הלכתא

כאביי אף על גב דבכל הש"ס הלכה כרבא לגבי אביי לבר מיע"ל קג"ם, משום דר' אבהו ס"ל הכי ומ"מ פסק הש"ס כרבא ולא כאביי ודלא כר' אבהו, וסתמא דש"ס בפ' הניזקין דהביא הא עובדא אין ראי' משם דס"ל לסתמא דש"ס הכי, אלא אגב עובדא דמייתי התם דאתא לקמי' דר' אמי ואמר ס"ת שכתבתי לא כתבתי אזכרות שבו לשמן, דבזה קיי"ל דלכ"ע צריך שיכתוב לשמן, לכך מייתי ג"כ הא עובדא לענין דנאמן מתוך שנאמן להפסיד שכרו כו' אבל לדינא אפשר דלא קיי"ל הכי:

ב) וקצת הי' נלע"ד להביא ראי' לשיטת רש"י מהא דאיתא בפ' המוציא יין (ד' ע"ח ע"ב), קלף כדי לכתוב עליו פרשה קטנה כו' ופרש"י שם דאיידי דדמיו יקרים לא עבדי מינה קשר מוכסין אלא תפילין ומזוזות לפי' אינו חייב בשיעורא זוטא, ורש"י אזיל לשיטתו דס"ל דלא בעי עיבוד לשמה לכך הוצרך לפרש כן, דאל"כ תיפוק לי' דבלאו"ה א"א לכתוב עליו קשרי מוכסין מאחר דכבר נעבד לשמה, כיון דראוי לכתוב עליו תפילין וא"כ אסור לכתוב עליו דבר חול, ושם במשנה והמוציא קשר מוכסין חייב, ופי' התוס' שם דאצטריך לאשמועינן אפי' כתוב על הקלף אף על גב דקתני לקמן דשיעור קלף כדי לכתוב עליו פ' קטנה שבתפילין ואם נאמר דבעי עיבוד לשמה, א"כ הדרא קושיא לדוכתי' דלא אצטריך לאשמועינן מידי בזה, דהא בלאו"ה צ"ל דלא הי' מעובד לשמו ואין ראוי לכתוב תפילין דאל"כ אסור להורידו מקדושתו, וא"כ מאי אתי לאשמועינן דאם כתב קשר מוכסין על קלף של חול דודאי לא מצנעי לי' לתפילין כיון שלא נעבד לשמו. ודוחק לומר דמיירי בהתנה שאם יצטרך לעשות בו דבר של חול יעשה דמועיל תנאי כמש"ל, דא"כ קשה פשיטא דכאן לא שייך סברא דרש"י איידי דדמיו יקרים לא עבדי מיני' קשר מוכסין, דהא חזינן דגילה דעתו לעשות בהם גם צרכי חול:

ג) ודברי הרמב"ם ז"ל בזה לכאורה תמוהים דבה' תפילין (פ"א הלכה י"א) כתב, דקלף של ס"ת ותפילין צריך להיות מעובד לשמו, וא"כ מוכח דס"ל כשיטת התוס', (ובפ"ג שם הלכה ט"ו) כתב דעור של הבתים א"צ להיות מעובד לשמו, והוא כשיטת רש"י וכמ"ש בכ"מ שם, ועי' ב"י סי' ל"ב שנדחק בדבריו ודבריו תמוהים שם, ומדברי המ"א וביאורי הגר"א שם ס"ק פ"ו נראה שכתבו שדעת רש"י והרמב"ם לחלק בין עור הבתים לקלף שכותבי' עליו הפרשיות, וכתבו שאף שהתוס' כתבו דדוחק לחלק כן, מ"מ הם תפסו חילוק זה שאינו דוחק, והרמב"ם הוסיף קצת בטעמו משום דאפי' לא עיבדם כלל ואפי' חיפם מצה ג"כ כשר, וצ"ע היאך יפרש שם סוגיא דהש"ס מה דתלי פלוגתא דאביי ורבא בפלוגתא דרשב"ג ות"ק, דע"כ א"א שמפרש כפי' התוס' דרבא ס"ל כרשב"ג והזמנה לאו מלתא היא ולפי' בעי עיבוד לשמו, דא"כ קשה למה פסק כת"ק ודלא כרבא דפסק הש"ס

שם הלכתא כוותי' וע"כ צ"ל דמפרש כשיטת רש"י דרבא ס"ל כת"ק, ולפי דבריו מה שייכות לדברי רבא במה דס"ל דהזמנה לאו מילתא היא למה דלא בעי עיבוד לשמו, דהתם טעמא אחרינא הוא משום דלא בעי עיבוד כלל, וא"כ מוכח בהיפוך דהזמנה מלתא היא. גם מ"ש דרש"י מחלק בין קלף שכותבין בו לעור הבתים לשונו לא משמע כן, מדכ' דלכך לא בעי עיבוד לשמה משום דהזמנה לאו מילתא היא ולא איכפת לן בה, ור"ל דעיבוד לשמו הוי דומיא דהזמנה וכיון דאין זה מעלה ומוריד כלל לכך לא בעינן לי', אך לפי מה שכתבו הפוסקים דהזמנה לגוף הקדושה מילתא היא א"ש, דלכך בעי בקלף שכותבין עליו עיבוד לשמו דהוי הזמנה לגוף הקדושה, משא"כ עור הבתים הוי דומיא דתשמישי קדושה לבד, וכן נראה מדברי הנ"י סוף פ' נגמר הדין יעו"ש וא"כ דברי רש"י נכונים, אבל דברי הרמב"ם ז"ל שכתב טעם אחר משום דלא בעי עיבוד כלל צ"ע:

ד) והב"י סי' ל"ב הביא בשם א"ז דתפילין לדעת רש"י א"צ עיבוד לשמן, ודעת ר"ח ור"ת דבעי עיבוד לשמן וכן דעת רוב הפוסקים יעו"ש, הרי דהוא פי' דברי רש"י כפשוטו דאפי' הקלף שנכתבי' עליו הפרשיות לא בעי עיבוד לשמו, ולענין מזוזות דעת הרמב"ם ז"ל דמזוזה לא בעי עיבוד לשמה, ועי' יו"ד סי' רפ"ח סעי' ב' שהכריע בש"ע בשעת הדחק כהרמב"ם ובביאורי הגר"א שם כ' טעם לדבריו ע"פ מ"ש התוס' במס' מנחות (ד' מ"ב ע"ב) ד"ה תפילין, שהביאו שם דעת הרמב"ם וכתבו שיש לו קצת סמך מדברי הש"ס שם, ועכ"פ נראה דבמזוזות הוי ספיקא דדינא, וא"כ אם הי' הסופר מעבד הקלף למזוזות היה נראה דאינו מועיל לכתיבת תפילין דשמא הלכה דלא בעי עיבוד לשמה, וא"כ מה שהיה מעבד לשמו כמאן דליתא דמי, וכן כתב הב"י סי' ל"ג יעו"ש, ולא עוד אלא אפי' למ"ד דבמזוזות בעי עיבוד לשמה ג"כ לא מהני לתפילין, דמקדושה קלה לקדושה חמורה לא מהני מחשבתו כמ"ש הב"י שם, ועי' בשו"ת הגאון שאגת ארי' סי' מ"ו ומ"ז שהאריך בדיני' אלו ומסקנתו דמעיבוד לס"ת מהני לתפילין ומזוזות שקדושתן קלה, וכן מתפילין למזוזות ג"כ מהני אבל לא ממזוזות לתפילין ולא מתפילין לס"ת יעו"ש:

ה) ולפ"ז היה נראה דאם עיבד העורות לצורך מזוזות ולגיטין איזה מהם שיברר אח"כ, לפי מ"ש דדין ברירה ספק הוא יש כאן ס"ס, שמא הלכה כהרמב"ם ורש"י אליבא דהפוסקי' דס"ל אליבי' דלא צריך עיבוד לשמה, וא"כ ודאי דש"ך לכתוב עליו גיטין דהזמנה לאו מלתא היא ואין כאן הורדה מקדושה לחולין, והעיבוד שעשה לשמן לא מעלה ולא מוריד כיון דלא בעינן לי', ואפי' תאמר דבעינן עיבוד לשמה והיינו דיש חלוק בהזמנה בין גוף הקדושה לתשמישי', מ"מ שמא יש ברירה ואלו הם שנעבדו לשם מזוזה, ואפי' תאמר אין ברירה שמא הלכה כמ"ד דמזוזה לא בעי עיבוד לשמה, וא"כ ג"כ

מותר לכתוב עליהם מזוזות, אבל אם הזמינם לכתי' תפילין נראה דאין להכשיר מטעם ס"ס, דשמא יש ברירה ושמא כרש"י דא"צ עיבוד לשמה גם בתפילין, דכבר הכריעו רוב הפוסקי' וכן בש"ע דבעינן עיבוד לשמה ואין לעשות מזה ס"ס דאחרי רבים להטות כתי':

ו) אמנם צ"ע בזה מטעם אחר ממ"ש בהגהות מרדכי ה' תפילין בשם רבינו שמשון, שיש להסתפק אי הא דבעינן לשמה הוי מן התורה או לא, וכ' ע"ז דא"י מנין לנו דבעינן עיבוד לשמה אפי' לכתחי' אי משום דילפינן כתיבה כתיבה מגט דכתי' וכתב לה לשמה, הא גם בגיטין לא בעינן תיקון הקלף לשמה רק הכתיבה לבד. ונראה יותר נכון דהוא רק מדרבנן דהיכן מצינו זה בתורה, וגם אין לומר דהלכה למשה מסיני הוא, דהוי' לי' להש"ס לומר זה בפי' כמ"ש רצועות שחורות הלכה למשה מסיני ואמרו הלכה למ"מ שתפילין נכתבי' על עור בהמה טהורה כו', ולא הזכירו כלל דצריך עיבוד לשמה דהוא הלמ"מ, אלא ודאי דהוא מדרבנן, וא"כ בדרבנן קיי"ל דיש ברירה, ועוד אפי' אם נאמר דהוי ספיקא דדינא אי הוה דאורייתא או דרבנן, ג"כ אין חשש דיש כאן ס"ס בדאורייתא וספיקא דרבנן דבכה"ג מותר כדמוכח ביו"ד סי' ק"י וכמ"ש הש"ך שם בדיני ס"ס, ובסי' פ"ג שם בדין הערינג שמלוחים יעו"ש, ולבד זה לפי' התוס' דפלוגתא דאביי ורבא הוא אי בעי עיבוד לשמה בקלף של תפילין, שהתוס' שם אין מחלקין בין גוף הקדושה לתשמישי קדושה, א"כ היאך שייך לומר דאביי ורבא וכן רשב"ג ורבנן שם פליגי אי הוה הלכה למשה מסיני או [לא], ומחלוקת כזה לא מצינו אלא אם נאמר דהוה דרבנן א"ש. שוב אחרי כותבי זאת מצאתי בתשובת משכנות יעקב מהגאון מוהר"י מקארלין בחלק א"ח סי' מ"ג הביא כמה פוסקי' ראשוני' דא"צ עיבוד לשמן כלל בתפילין והביא שם הרבה ראיות לדבריהם, עוד יש ראי' לכאורה דלא בעי עיבוד לשמן מן התורה אפי' לס"ת, מהא דאי' פ"ב דנדרים (ד' י"ד ע"ב) הנודר בתורה לא אמר כלום במ"ש בה דבריו קיימין כו' ואמר ר"נ ל"ק הא דמחתא אארעא הא דנקיט לי' בידי' מחתא אארעא דעתי' אגוילי, מנקיט לי' בידי' דעתי' על אזכרות שבה, ופי' הר"ן שם בשם הראב"ד דפי' נודר היינו נודר ממשו אי דעתי' אאזכרות הוי דבר הנדור, שע"י הכתיבה והכוונה לשם קדושה הם קדושות כו', ואם נאמר דגם הגוילין צריכין עיבוד לשמה מן התורה א"כ גם אם דעתי' אגוילי דבריו קיימין, וא"כ צ"ל דמ"ש בפ' הניזקין (ד' נ"ד ע"ב) בההוא דאתא לקמי' דר' אבהו ואמר ס"ת שכתבתי לפלוני גוילין שלו לא עבדתים לשמן כו' היינו רק מדרבנן לבד:

סימן לח

דין ברירה בדבר שהוא הלכה למשה מסיני:

א) נלע"ד דדבר שהוא הלכה למשה מסיני דינו כדין תורה ממש לענין ברירה דלא אמרינן בי' ברירה, ודבר זה מוכרח ממ"ש רש"י בפ' משילין (ד' ל"ז ע"ב) דמקשה שם על ר' אושעיא דאית לי' ברירה, בהא דשנים שלקחו חביות ובהמה בשותפות, מהא דתנן המת בבית ולו פתחים הרבה כו' ואמר ר' אושעיא לטהר את הפתחים מכאן ולהבא, ומסיק שם כי אית לי' לר' אושעיא ברירה בדרבנן כו' בדאורייתא לית לי' ברירה, ופרש"י שם בדאורייתא כגון טומאת מת לית לי' ברירה ודרך יציאתה הלכה למשה מסיני כדאמרינן בסוכה דהלכות טומאה הכי גמירי להו עכ"ל, והיינו דהוקשה לרש"י דמה בכך דטומאת מת עצמו הוא דאורייתא, מ"מ מה דמטמאין הכלים שבפתחים הוא דרבנן ולכן תי' דגם דרך יציאת פתחים הוא דאורייתא דהוא הלמ"מ, הרי מפורש דס"ל לרש"י דדבר שהוא הלמ"מ דינו כדין תורה ממש לענין ברירה וגם לענין דמחמרינן בספיקו לפי מה שנת' למעלה דלכך מחלקין בברירה בין דאורייתא לדרבנן משום דהוי ספק, ומזה ראי' למ"ש בחיבורי "בית יצחק" דספק בהלכה למ"מ לחומרא כשל תורה ממש ע"ש שהארכתי בזה:

הג"ה. ומדברי רש"י אלו מוכח דס"ל דאף בדבר שעיקרו מדאורייתא, מ"מ כיון דהשתא הוא דרבנן בזה יש ברירה, דאל"כ למה הוצרך רש"י לומר משום דדרך יציאתה הוא הלכה למ"מ, הא טומאת מת עיקר הוא דאורייתא, וזה דלא כדמשמע מדברי התוס' בפ' בכל מערבין (ד" ל"ז ע"ב) גבי מעשר ירק דרבנן שכתבו, כיון דעיקר מעשר הוא דאורייתא אמרינן בי' אין ברירה ע"ש, גם דברי רש"י סותרים למ"ש בעצמו בפ"ק (ד' יו"ד ע"א) ד"ה כולם טמאים דחכמים גזרו טומאה על מקום יציאת המת, ולדבריו שם צ"ל דס"ל כשיטת התוס' בפ' בכל מערבין, וא"כ דין זה בדבר שעיקרו מן התורה אי אמרינן בי' ברירה במחלוקת שנוי' ודו"ק, ועי' מה שכתבתי בזה למעלה /ע"כ הג"ה/:

ב) וצ"ע לכאורה בענין זה דמה בכך מה שמדאורייתא הפתח שטומאה עתיד לצאת בו הוא טמא, הא מיירי שיש לבית פתחים הרבה וא"כ כולם טהורים רק א' מהם טמא וא"י איזה הוא, וא"כ מן התורה אין כאן טומאה כלל דבכל פתח הכלים שבו תלינן דכל א' הוא מן הרוב שלא יצא טומאה דרך שם, ואף דזה נקרא קבוע, מ"מ לפי שיטת הפוסקי' דקבוע לא נקרא כי אם כשהאיסור ידוע במקומו, משא"כ בנתערבו החנויות לא מקרי קבוע כלל מן התורה, וא"כ קשה הא בדרבנן יש ברירה אף במעורב בו איסור תורה כמ"ש למעלה בהא דא' נטל תשעה וכלב כו', ובהא דפרוטה בכיס זה הקדש, ולפי שיטת המרדכי דס"ל דדבר שבא בתחי' בתערובות לא שייך בי' ביטול א"ש, אבל כבר כתבתי למעלה באריכות שלא כן דעת הפוסקים וכן מוכח מדברי התוס' סוף מעילה

בהא דפרוטה בכיס זה הקדש, ולשיטת התוס' דפ' בכל מערבין דדבר שעיקרו מן התורה לא אמרינן בי' ברירה הוי א"ש, אבל מדברי רש"י הנ"ל מוכח דלא ס"ל כן, וכן מוכח קצת לפי מ"ש בסימני שעברו דטעם דמקילינן בברירה בדרבנן משום דהוי ספיקא דרבנן ולקולא, הרי מוכח מכ"מ דאפי' בדבר שעיקרו מן התורה אמרינן בי' ג"כ ספק דרבנן להקל, עי' פ"ק דפסחים (די' י"ז ע"א) ספק משקין לטמא טמא לטמא אחרים טהור, והיינו משום דטומאת משקין עצמם מן התורה ולטמא אחרים הוא מדרבנן כמש"ש, הרי דגם בעיקרו בדאורייתא מקילינן בספיקו:

ג) ונ"ל דבר חדש בזה, דבזה לא שייך לילך בתר רובא מדאורייתא, דאם נאמר כן, נטהר כל הפתחים דעל כל אחד נאמר שהוא מן הרוב והרי עתיד להתברר בודאי שיוציאו המת דרך פתח א' ואגלאי מלתא למפרע דכלים שבו היו טמאים ולכן בכה"ג א"א לטהר גם אין לטמא פתח א' דשמא יתברר אח"כ שיוציאו דרך פתח אחר, ולכן כ"ז שלא חישב על א' מהם להוציאו דרך שם הי' חל איסור טומאה על כולם מן התורה ולכן לא מהני מחשבה לטהר הפתחים למפרע משום דאין ברירה, ואין זה דומה לאיסור תורה שנתערב ברוב היתר דבטל ברוב מן התורה ומותר לאכול כולם אף שבודאי יאכל גם האיסור, דש"ה דמצד תערובות שנתערבו חזר האיסור להיות היתר כמ"ש הרא"ש בפ' ג"ה יעו"ש, משא"כ בכה"ג דודאי א"א לומר שכולם טהורים מאחר שאח"כ יהי' ניכר הפתח שיוציאו משם, והרי זה דומה לאיסור שנתערב ברוב ואח"כ הוכר האיסור דחוזר לאיסורו כמ"ש הרא"ש שם, וכיון שכאן בודאי עתיד להיות ניכר אח"כ גם קודם שהוכר ג"כ לא שייך לילך בו אחר הרוב מן התורה, [וקצת סמך לזה מטומאת התהום שהותרה לנזיר ועושה פסח, ואעפ"כ כל שא' בסוף העולם מכיר בו לא הותרה לנזיר כמ"ש בפ' כ"צ (ד' פ"ג ע"ב) ובסוף מס' נזיר (ד' ס"ג ע"ב) ע"ש], גם אין זה דומה למה שאוכלים חלב וגבינות מחלב בהמה תי' מטעם דאזלינן בתר רוב בהמות כשירות אף על גב דאפשר להתברר אח"כ שטריפה היא, דש"ה דאין הדבר ידוע שיתברר כן, ואדרבא סומכין כיון שרוב הם כשירות מסתמא יתברר שכשירה היתה, משא"כ כאן דיתברר בודאי דפתח אחד טמא ולכן שפיר מקרי קבוע דאורייתא כמו בניכר האיסור במקומו, ולשיטת הרמב"ם א"ש טפי, דהוא מפרש הך מתני' דהמת בבית ולו פתחים הרבה כו' דכולם טמאים, משום דכ"ז שלא נפתח א' מהם (משום) דהוי כמו קבר סתום שמטמא כל סביביו מן התורה כמ"ש (בפ"ז מה' טו"מ הלכה א') יעו"ש, וקבר סתום מטמא כל סביביו מן התורה כמ"ש (בפ"ב שם הלכה ט"ו) וז"ל, הקבר כ"ז שטומאה בתוכו מטמא במגע ובאוהל מדין תורה

שנאמר כו' או בקבר כו', ולפי' א"ש מה דלא אמרינן בי' ברירה ועיין ר"ש פ"ג דמס' אהלות משנה ו' דכ' ג"כ דדרך יציאת הטומאה הוא מדרבנן וצ"ע:

סימן לט

בדבר שמתנה עליו בתחילה לבטלו מקדושתו אי שייך בי' ברירה:

א) גרסינן בפ"ק דשבועות (ד' י' ע"ב), אמר ר' יוחנן תמידין שלא הוצרכו לצבור נפדין תמימים, יתיב רבה כו' וכי קדושה שבהם להיכן הלכה כו', ומסיק רבה לב ב"ד מתנה עליהם אם הוצרכו הוצרכו ואם לאו יהיו לדמיהם, ופרש"י שם לב ב"ד מתנה עליהם בשעת לקיחה דלא ליקדשו קדושת הגוף אלא הצריכין לשנה וכל מידי דצבור ב"ד נותנין לב עכ"ל. ולכאורה הוא תמוה דהא ר' יוחנן לית לי' ברירה אפי' בדרבנן כדמוכח בכמ"מ כמ"ש באריכות בסימני' שקדמו, וא"כ נהי דמה שמתנה בדרך תנאי אין שייך בו ברירה כמ"ש הרמב"ן במתנה על דבר א', מ"מ הא ע"כ אינם מתנים אלא על הטלאים שיהי' נשארים לאחר ר"ח ניסן ולא יהיו צריכים לתמידין והם ד' טלאים הנשארים בכל שנה, וא"כ ע"כ צריך לומר דאותם שנותרו הוברר הדבר שעל אלו הד' טלאים שהיו מעורבים בלשכת הטלאים, עליהם הי' חל תנאי ב"ד שהתנו בתחי' שלא יקדשו קדושת הגוף, וכיון שהיו הרבה טלאים בדיר היאך סמכינן על ברירה לומר שלאו הם שלא חל עליהם הקדושה ולא על אחרים, והא הוי דומיא דסלע שתעלה בידי מן הכיס יחולל עליו מע"ש דלא מהני אף אם אומר דרך תנאי, כיון שהי' מעורב בסלעים אחרים, וכן באמר כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה דל"מ [אף] אם הי' אומר דרך תנאי כיון שהיו ב' נשים, וכן בב' לוגין שאני עתיד להפריש הרי הן תרומה דלא מהני דאין ברירה. והנה בהא דתמידין יש ליישב קצת, די"ל דתנאי ב"ד הוא שכל טלה לא יחול עליו קדושת הגוף כי אם בעת שלוקחין באותו יום להקרבה, וא"כ לא שייך בי' ברירה כלל שאז כבר מבורר הוא, אבל שם בסוגיא דמיירי בקטורת שמפרישין ממנו שכר האומנים וקאמר שם ג"כ מטעם לב ב"ד מתנה עליהם, והרי כבר חל על הקטורת כולו קדושת הגוף בעת שנתנם במכתשת כדקאמר התם נתנם במכתשת נפסלה בטבול יום, וא"כ צ"ל דמה שנותר מן הקטורת הוברר הדבר למפרע שלא חל עליו קדושת הגוף רק קדושת דמים, וא"כ קשיא הא בדאורייתא אין ברירה:

הג"ה. ועי' תוס' מס' מנחות פ' התודה (ד' ע"ח ע"ב) ד"ה ליקדשו מ' מתוך פ' שכתבו, דאע"ג דר' יוחנן לית לי' ברירה בריש פ' כל הגט, היינו היכא כשמתברר לבסוף דלאו כלום עביד אבל הכא קדשי כל היכא דאתנהו. ונ"ל כוונתם בזה כמ"ש למעלה סי' ט"ז ובכ"מ למעלה, דברירה היינו דוקא כשחל הדבר מעתה על מה שיתברר לבסוף כגון

שני לוגין שאני עתיד להפריש, דבכה"ג לאו כלום עביד דלא חל הדבר על הספק מטעם דאין אומרים הוברר הדבר שעל אלו חל שם תרומה ולא על אחרים, משא"כ כשחל עתה על מקצת שבתוך התערובות כגון פרוטה בכיס זה הקדש וכדומה, בכה"ג לא שייך דין ברירה דהרי חל על מקצתם בכל מקום שהם, וזהו כוונת דברי התוס' בפשיטות, ולא כמו שהגיה שם בס' צ"ק דצ"ל כשאינו מתברר כו' ונדחק שם בפי' דבריהם בחנם. ובענין זה צ"ע בדברי הרמב"ם (פי"ב מה' פסולי המוקדשין הלכה ט"ו) שכ' שם וז"ל, תודה שנשחטה על שמונים חלות לא קדשי מ' מתוך פ', ואם אמר יקדשו מ' מתוך שמונים מושך מ' מתוך שמונים ומרים מהם א' מכל קרבן והמ' השניות יפדו ויצאו לחולין. והוא תמוה דהתוס' שם כתבו בדבור הנ"ל בהא דאמר ליקדשו מ' כו', וכשבא להפריש ד' חלות של תרומה צריך להפריש י"א חלות מכל מין ומין, דאי לאו הכי כיון דאין ברירה דילמא דחולין קא שקיל עכ"ל, והרי הרמב"ם פסק בכ"מ דבדאורייתא אין ברירה, וא"כ למה כתב דאינו מרים מהם אלא ד' מתוך הארבעי', ומ"ש התוס' כאן שאין ברירה אף על גב שכ' כבר דבכה"ג לא שייך ברירה דקדשי היכא דאתניהו, כוונתם בזה דאם היינו אומרים שמ"ש יקדשו מ' מתוך פ' היינו אותם מ' שימשוך מהם לבדם אח"כ, וא"כ לא הי' צריך להפריש י"א מכל מין שהרי בפירוש אמר שלא יקדשו אלא אותם שיפריש מ' לבד אח"כ, אבל א"כ באנו לחשש ברירה ור' יוחנן לית לי' ברירה, וא"כ ע"כ צ"ל שמ"ש יקדשו מ' מתוך פ', כוונתו שיקדשו עכשיו כל היכא דאיתנהו בתערובות, ואם כן צריך להפריש י"א מספק דשמא החולין לקח, וא"כ הרמב"ם שכתב מושך מהם מ' כו', צ"ל ג"כ דכוונתו שאמר שיקדשו מ' אותם שיברר אח"כ, ובהכי א"ש מ"ש שמפריש רק ד' מכל מקום קשה הא לית לי' ברירה, ועיין משנה למלך שם שכ' שהתוס' חולקים על הרמב"ם, שהם סוברים שצריך להפריש י"א מכל מין, ובאמת לפי מ"ש הרמב"ם מושך מהם כו' א"צ להפריש י"א מכל מין, ועדיפא הי' לו להמל"מ לתמוה על הרמב"ם דהא לית לי' ברירה, ולפי מ"ש בסימני הקודמי' דבאם אומר שיחול הדבר כשיתברר ולא עכשיו אין בזה חשש ברירה, א"כ לראב"ש א"ש, שהרי שם בפ' התכלת (ד' מ"ח ע"א) איתא ת"ר שחט שני כבשים על ד' חלות מושך שנים מהם כו', ומסיק שם דאליבא דראב"ש א"ש, דס"ל אין הלחם מתקדש קדושת הגוף אלא בזריקה, אבל לרבי קשה דפריק להו היכא כו', עד דמסיק לעולם כר' ופריק בפנים וחולין ממילא הויין. והנה לראב"ש דס"ל דאין מתקדש אלא בזריקה א"ש דמושך לאחר שחיטה, וא"כ בשעה שאמר לקדשי מ' מתוך שמונים הי' כוונתו במה שימשוך אחר השחיטה, ואז יחול עליהם קדושת הגוף על אותם שימשוך מתוך השמונים ובכה"ג יש ברירה לכ"ע, אבל לרבי דס"ל דשחיטה מקדש להו

קדושת הגוף, וא"כ הוצרך לחול קדושת הגוף על המ' בשעת השחיטה, והם קדושים בתוך הפ' בכ"מ שהם, וא"כ קשה איך יכול למשוך מ' לבד ולפדות הארבעים השניים דשמא אותם שפודה הם שחל עליהם קדושת הגוף, וא"כ לרבי צ"ל דפודה אותם המ' בכל מקום שהם בתערובות ואוכל כולם בעזרה, וחולין ממילא הויין וכמ"ש בפרש"י שם, וא"כ צ"ע על הרמב"ם (פ"ח מה' תמידין ומוספין הלכה י"ב) שכתב וז"ל, שחט ב' כבשים על ד' חלות אם אמר יקדשו שתים מתוך ד' מושך שתים מהם ומניפן והשאר פודה אותם מבפני' ונאכלין בחוץ כשאר חולין עכ"ל, ועי' כ"מ שם שפי' דברי הרמב"ם שפוסק כר' מדכ' שפודם מבפנים, דאי כראב"ש פודן מבחוץ כדאי' שם בפ' התכלת משום דעדיין לא נתקדשו קדושת הגוף. ולענ"ד דברים אלו תמוהים, דא"כ למה כתב הרמב"ם דמושך שתים ומניפן, דהא לר' צריך להניף ארבעתן וגם לאוכלן כולם בפנים, דהא לא ידע איזה קדושות וכמ"ש רש"י שם בפי' ד"ה הא ודאי כו', דאי רבי ארבעתן בעי לאנופי בהדייהו דהא לא ידע מי הן דקדושות כו', וכן כתב שם ד"ה ואי דפריק להו גוואי כו', דלר' צריך לאכול כולם בפנים, וא"כ היאך כ' הרמב"ם דאינו מניף רק השתים, וגם אוכל השתים שפדה אותם בחוץ:

ולענ"ד דהרמב"ם ס"ל דלא כרש"י שפי' שם דלר' צריך להניף ארבעתם, דאם נאמר דצריך להניף ארבעתם, יקשה על מ"ש שם ר"ח לעולם כר' ופריק להו גוואי וחולין ממילא הויין, דהא כיון שמניף הד' לא ממילא הוא ועושה מעשה בידים, ועיי' מ"ש התוס' בפ' הספינה (ד' פ"א ע"ב) ד"ה ודילמא שכ', דאיסור חולין בעזרה הוא דוקא אם עושים בו מעשה כעין הקרבה כמו בביכורים שצריך הגשה ותנופה למ"ד כו', אבל דבר שאין עושין בו מעשה הקרבה לא איכפת לן במה שהם בפנים, ואם כן מה דקאמר חולין ממילא הויין, ור"ל שמה שהם בפנים לא איכפת לן כמו שכתבו התוס' אבל היאך יעשה מהם תנופה, וכיון דתנופה לא מעכבא ודאי דטפי עדיף להיות בשוא"ת שלא להניף כלל, מלהכניס חולין בעזרה בודאי כעין הקרבה, וגם ר"ח דמוקי לה כרבי, היאך יפרש מ"ש שמושך שתים מהם ומניפן, וע"כ צ"ל דס"ל דגם לרבי אינו מניף אלא השתים, והיינו משום דתנופה לא מעכבא, ומ"מ מ"ש דפודן מבפני' ואוכלם מבחוץ הוא תמוה, וגם סותרים דבריו זא"ז דכיון דצריך לפדותם מבפנים מספק שמא הם הקדושות קדושת הגוף, א"כ היאך יאכלם מבחוץ וצע"ג. שוב אחרי כותבי זאת מצאתי בס' לחם משנה שם שתמה על דברי הרמב"ם בזה ע"ש /ע"כ הג"ה/:

ב) ומזה קשה למ"ש הגאון עבוה"ג והגאון ר"ע אייגר בתשובותיהם שהבאתי בסי' הקודם, בדין קלפין המעובדים לשם ס"ת ותפילין דאם התנה עליו מתחי' לכתוב ג"כ

גיטין על חתי' קלף שיצטרך אין בזה חשש ברירה. ובאמת אינו מועיל תנאי כי אם שהי' מתנה על הכל, אבל בזה שמתנה על מקצת הקלף לא על הכל דבהכרח אותם שכותב עליהם ס"ת ותפילין צריך שיעבדם לשם קדושת ס"ת ותפילין ואין להם פדיון, וא"כ החתי' קלף שלוקח לכתוב גיטין, צ"ל הוברר הדבר שעל אלו לא חל עליהם הקדושה שהתנה עליו, וא"כ הדרינן לחשש ברירה, [אבל לפי מ"ש למעלה בסי' הקדום שעכ"פ מן התורה א"צ עיבוד לשמה בס"ת ותפילין, א"ש בלאו"ה וא"צ לתנאי כלל דבדרבנן יש ברירה וכמ"ש למעלה]. עוד קשה מהא דקאמר התם איתבי' פר ושעיר של יוה"כ שאבדו והפריש אחרים תחתיהם וכן שעירי ע"ז כו' כולם ימותו כו' ואמאי לימא לב ב"ד מתנה עליהם כו', הרי כבר קדשו קדושת הגוף משעה שהתפיסם לשם חטאת, דהא שעירי יוה"כ בעי' שיקרא עליו לה' חטאת והגורל קובע לשם, וא"כ אם נאבד צ"ל דמתחי' לא נקבע עליו שם חטאת, וא"כ צ"ל הוברר הדבר למפרע ולמ"ד אין ברירה מאי מהני מ"ש לב ב"ד מתנה עליהם שהרי לא הוברר מתחי'. וזה יש ליישב דלב ב"ד מתנה עליה דבעת שמפרישי' שעיר דלה', שאם יאבד לא יחול עליו קדושת הגוף למפרע, וכיון שאינו בתערובות והוא דרך תנאי אמרינן בי' ברירה על דבר אחד כמש"ל:

ג) עוד קשה מהא דאיתא בפ' שתי מדות (ד' פ"ח ע"א), מאי איכא בין ר"מ לר"י, אמר ר' יוחנן בירוצי המדות איכא בינייהו למ"ד ממטה למעלה קסבר בירוצי המדות נתקדשו כו', והיינו ד' יהודה דס"ל שם ממטה למעלה שיעורו, ועי' תוס' שם ד"ה בירוצי המדות שהקשו בהא דאמר שם (ד' צ' ע"א) דמותר נסכים לקיץ המזבח, ומפרש ר"ח בר' יוסף דהיינו בירוצי המדות דלמ"ד נתקדשו היאך יכול להביא מהם קיץ למזבח, והא כיון דנתקדשו קדושת הגוף אין להם פדיון, ותי' שם דמיירי בנסכי צבור דלב ב"ד מתנה עליהם, והתם צ"ל דכך הי' התנאי דאותם בירוצי המדות מה שיתותר לא יחול עליהם קדושת הגוף למפרע, אבל הנסכים עצמם כבר נתקדשו בקדושת הגוף בכלי שרת, וא"כ קשה הא ר' יוחנן ס"ל אליבא דר' יהודה אין ברירה כמ"ש בפ' משילין ובכ"מ, וכן ס"ל לר' יוחנן עצמו להלכה דא"ב, וא"כ היאך קאמר שם אליבא דר' יהודה דס"ל בירוצי מדות נתקדשו דאליבי' ליכא לתרוצי לב ב"ד מתנה עליהם, כיון דאין ברירה נימא דלא הוברר שאותם הם הבירוצים שלא חל עליהם מתחי' קדושת הגוף, דהא ודאי דזה דומה לשני לוגין שאני עתיד להפריש כו', וגם זה יש לתרץ בדוחק, דכיון דאם היו ידועים הבירוצי מדות והיו עומדים בפ"ע, ואינם מעורבים הי' מועיל בהם תנאי ב"ד דלא ליחול עלייהו קדושת הגוף, וא"כ עכ"פ יש בתערובות כדי שיעור שלא חל עליהם קדושת הגוף, ויכול לחללם בכ"מ שהם ולהקריבם לקיץ המזבח:

ד) עוד קשה לענ"ד מהא דאיתא בפ' התודה (ד' ע"ט ע"א וע"ב), הנסכים שקדשו בכלי ונמצא הזבח פסול, אם יש זבח אחר יקריבו עמו כו' ומוקי לה בש"ס כראב"ש דאמר שחיטה וזריקה מקדשה לה, ומיירי כגון שקיבל דמן בכוס כו' וראב"ש סבר לה כאבוה, דאמר כל העומד לזרוק כזרוק דמי, ופריך והא אמר ר"ח שמן שהפרישו לשם מנחה זו פסול לשם מנחה אחרת, א"ר ינאי לב ב"ד מתנה עליהם, אם הוצרכו הוצרכו ואם לאו יהי' לזבח אחר, וכגון שהי' זבח זבוח באותה שעה, וא"כ קשה כיון דמתנה על ב' דברים שיהיו או לזבח זה או לאחר וכל שהוקבע לשם זבח זה פסול לשם אחר, א"כ הוה ממש כמו במתנה אם יבוא חכם למזרח יהי' עירובו למזרח, ואם יבוא למערב יהי' עירובו למערב, שג"כ א' מעכב חבירו שאם עירובו למזרח אין עירובו למערב כלום, וכה"ג למ"ד אין ברירה לא מהני, וכיון שכן לפי מ"ש ברישׁ פ' כל הגט דר"ש לית לי' ברירה כדדייק לה מהא דב' לוגין כו', א"כ מאי משני כאן דסבר כאבוה, ודוחק לומר דבדין ברירה לא ס"ל כוותי'. ועוד יש לתמוה גם על הרמב"ם שכ' (בפי"ב מה' פסולי המוקדשי' ה"ו), נסכים שקדשו כו' ומה יעשה בהם אם הי' שם זבח אחר זבוח באותה שעה יקרבו עמו כו', והרי הרמב"ם ס"ל דאין ברירה בדאורייתא, ולכן הי' נ"ל שמ"ש בש"ס לב ב"ד מתנה עליהם כו', היינו שמתנים שאם לא יצטרכו לצבור אזי לא יחול עליהם שם קדושת הגוף, ובתנאי זה לבד אין חוששין לדין ברירה כמ"ש למעלה בשם הרמב"ן, דבמתנה על דבר א' בדרך תנאי לא שייך ברירה וכמו בגט שכ"מ שמתנה אם ימות יהי' גט ואם לא ולא יהי' בגט ממש, ומה שמתנה שיהי' לזבח אחר אם יהי' זבוח באותה שעה היינו שיחול אז קדושת הגוף על הנסכים ויהיו נקבעים אז לשם זבח אחר, ואז כבר מבורר הוא ולא שייך ברירה בזה, אבל עדיין אינו מיושב דהא אין הנסכים מתקדשים אלא בשחיטת הזבח כדאי' שם וכ"ש לרבי דקיי"ל כוותי' בשחיטה לבד מתקדשי', וא"כ כיון שהי' זבח זבוח כבר היאך יקריבו הנסכים עמו, והרי לא נתקדשו בשחיטתו ומקודם לכן חולין היו כל שלא הוצרכו לזבח הראשון:

ה) ולולי דמסתפינא לחדש מה שלא נזכר בש"ס ובדברי הרמב"ם ז"ל בפי', הייתי אומר דמה דס"ל להש"ס דנסכים שהוקבעו לשם זבח זה פסולים לזבח אחר, אינו אלא מדרבנן, וקצת ראי' לזה מהא דמקשה שם הש"ס בפ' התודה אמר מר אם יש זבח אחר כו' והאמר ר"ח שמן שהפרישו לשם זבח זה כו', אר' ינאי לב ב"ד מתנה עליהם כו', א"ה שמן נמי ומשני שמן גופי' דמנחה היא, ופרש"י דגופי' דמנחה אינו יכול להתנות שתבא לשם מנחה אחרת כו'. ולכאורה הוא תמוה למה לא יועיל תנאי ב"ד גם על מנחה עצמה לומר דאם לא הוצרכו יהיו לשם מנחה אחרת, דלמה יגרע מהא דתמידין שלא הוצרכו לצבור

דלב ב"ד מתנה עליהם, וכן פר ושעיר של יוה"כ דאף דהוקבע בגורל לשם אם נאבדו מועיל תנאי ב"ד להקריבו לקיץ המזבח כמש"ל. ולכן נ"ל דבאמת בלא תנאי ב"ד אין מועיל לשנות גוף הקרבן לקרבן אחר מן התורה, דהא בעינן לשמו וילפינן מקראי בפ"ק דזבחים, ולכן שמן כיון דגופי' דמנחה היא א"א לשנותו מן מן התורה בלא תנאי ב"ד, וע"י תנאי ב"ד נמי לא מהני שאם לא יצטרכו לו יהי' לשם זבח אחר, כיון דצריך שיהי' נקבע לשמו מן התורה בדאורייתא אין ברירה, דהא צריך להתנות על ב' דברים כהא דמתנה אם יבא חכם כו' כמשנ"ל, אבל נסכים כיון שמביא זבחו היום ונסכיו מכאן ועד י' ימים אינו גופי' דזבח מ"ה מותר לשנותו לזבח אחר ורק מדרבנן אסרו אטו שמן, וכיון דקיי"ל בדרבנן יש ברירה לכך שפיר יכול להתנות מתחי' בשעת זביחת הקרבן הראשון, שאם אח"כ יפסל הזבח אחר הקבלה אזי יקדשם שחיטת זבח האחר לשם זבח האחר וש"ד דבדרבנן יש ברירה. אך לפי מ"ש בסימני' הקודמי' דמה שמחלקין בין דרבנן לדאורייתא בברירה הוא ספיקא דדינא, א"כ דוחק לומר דסתם מתני' דהתם ס"ל כן דספיקא הוא ובדרבנן יש ברירה, ומ"מ י"ל דמתני' דהתם ס"ל יש ברירה שהרי כמה משניות מצינו דס"ל יש ברירה וכמה תנאי אפליגו בזה, אבל הרמב"ם שפסק דין זה בהלכותיו כ' כן לדינא דקיי"ל בדרבנן יש ברירה ודו"ק:

ו) וע"פ מ"ש יתורץ לנו קושיית התוס' בפ' הקומץ את המנחה (ד' ט"ו ע"ב), במ"ש שם, ת"ר נסכי בהמה כו' אמרו לו לר"מ והלא אדם מביא זבחו היום ונסכיו מכאן ועד י' ימים אמר להם אף אני לא אמרתי כו', א"ל אפשר לשנותו לזבח אחר אמר רבא קסבר ר"מ הוקבעו בשחיטה כו', והקשו התוס' שם דכאן קאמר דלרבנן אפשר לשנותו לזבח אחר אפי' לאחר שחיטה, והא לקמן בפ' התודה מוכח דאסור לשנותו לזבח אחר גם לרבנן יעו"ש שנדחקו מאוד בתירוצו. ולפי מ"ש יתורץ ברווחא דבאמת מה שנסכים אסור לשנותם לזבח אחר הוא רק מדרבנן, ולכך יפה השיבו לר"מ דס"ל דנסכי בהמה חייבים עלי' משום פיגול מן התורה, דס"ל כיון שמן התורה מותר לשנותם לזבח אחר לא הוקבעו לזבח זה ולא נתפגלו עמו וצ"ע:

ז) ולתרץ כל מה שהקשינו למעלה נלע"ד דבר חדש בדיני ברירה, והוא דבתנאי כזה שמתנה שלא יחול עליו דבר שחל ממילא בכה"ג לכ"ע אמרינן ברירה, דעיקר מה דלא אמרינן ברירה הוא באם רוצה שיחול עליו איזה דבר שרוצה שיחול באם יארע כן, כמו במניח עירוב ומתנה שיחול באם יבוא חכם כו', או כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחי', או הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון כו', דעיקר טעם ברירה הוא משום דא"א לדבר שיחול על הספק וכמ"ש הר"ן ריש פ' השותפין, אבל במתנה ואומר שלא

יחול דבר זה על דבר זה, אין שייך לומר כן דממילא מן הספק אינו חל, ומה דחל על השאר אין בו חשש ברירה כיון שעל השאר אינו מתנה כלל, כגון הא דתמידין שלא הוצרכו לצבור שהרי בתחילה חל הקדושה על כל הטלאים שבלשכה, רק שמתנה על מקצת מהם באם שיהיו נשארים לא יחול עליהם קדושת הגוף למפרע והשאר ממילא הם קדושים, בכה"ג אמרינן ברירה לכ"ע אף שלא הוברר מתחי' אותם הטלאים שינותרו ולא נודע תחילה איזה מהם יהיו נשארים, דממילא אין חל עליהם הקדושה מספק וכמ"ש, וכן הא דבירוצי מדות שלא יחול עליהם קדושת הגוף דכלי שרת, ומתורץ כל מה שהקשינו למעלה, וכ"ש לפי מאי דקיי"ל דדין ברירה ספיקא הוא ולכך מחלקינן בין דאורייתא לדרבנן דא"ש טפי, דכיון דספק הוא שפיר י"ל מספיקא לא חל עלייהו קדושה ואוקמינהו אחזקה קמייתא, ואפי' למ"ש האחרונים דבספיקא דדינא לא שייך לומר אוקי אחזקה, דבשביל החזקה לא ישתנה הדין לא שייך זה כאן, כיון דספק זה אי אמרינן ברירה הוא ג"כ ספק אם חל הדבר עליו מספק ונשתנה ממה שהיו תחילה או לא, הוי כספק בגוף המעשה דשייך לומר אוקי אחזקה כמ"ש:

ח) שוב ראיתי שיש ליישב קושיות הנ"ל יותר בפשיטות, לפי הכלל שנת' בכ"מ דדרך תנאי במתנה על דבר אחד לא שייך דין ברירה, וא"כ י"ל בהא דתמידין שלא הוצרכו כו' דלא היו מתנים בסתם על אותם שיהיו נשארים ולא יצטרכו לצבור, אלא על כל טלה וטלה שבלשכה היו מתנים כשקנו אותם שבאם יצטרך להקריבו בשנה זו יקדש קדושת הגוף ואם לאו לא יקדש, וא"כ זה דומה לשכ"מ שנותן גט ומתנה אם לא ימות כו', וכיון שהי' התנאי על כל א' וא' לא שייך בזה ברירה, וכן בהא דקטורת שלא הוצרכו לצבור ג"כ היו מתנים על כל קורט שבו שיהי' נשאר לא יהי' קדוש קדושת הגוף, וכן בהא דשעירי יוה"כ היו מתנים שלא יחול עליו הקדושה כשיהי' נאבד, וא"כ ממילא יכולין להקדישו אח"כ לכל מה שיצטרכו ולפדותו כדין קדושת דמים, אך לרב משרשי' בר"פ כל הגט דמוכח דאיהו ס"ל אפי' במתנה על דבר אחד שייך בדין ברירה, מהא דמוכיח מר"ש דס"ל אין ברירה בתולה בדעת עצמו ומר"י ואפי' בגט שכ"מ, ובהא דהרי את מקודשת לי ע"מ שירצה אבא אית להו ברירה יעו"ש, א"כ קשה מהא דר"י בתמידין שלא הוצרכו, ומהא דקטורת וכן מהא דשעירי יוה"כ אליבא דר"י, דהא ר' יהודה לית לי' ברירה ושם אינו תולה בדעת אחרים. ואפשר בהא דשעירי יוה"כ מקרי תולה בדעת אחרים דאבידה מקרה בידי שמים היא, כמו שכ"מ אם יחי' כו' וצ"ע בזה, ולפי תי' ראשון שכתבנו א"ש ודו"ק:

סימן מ

בדין נותן נכסיו לאחד ואחריו לפלוני אם שייך בזה דין ברירה:

א) גרסינן בפ' יש נוחלין (ד' קל"ו ע"ב) נכסי לך ואחריך יירש פלוני ואחריו יירש פלוני מת ראשון קנה שני, מת שני קנה שלישי, מת שני בחיי ראשון יחזורו נכסים ליורשי ראשון, וה"ט דהוא נתן לראשון ואח"כ לשני ואח"כ לשלישי, שהשלישי יורש מכח השני, אבל אם לא באו ליד השני כגון שמת בחיי ראשון ואז לא זכה הג' כלל. ולכאורה תליא בדין ברירה לפי מ"ש בסימני' הקודמי' דגם בתנאי שייך ברירה באם מתנה על ב' דברים, וכאן שנתן לראשון על תנאי נתן לו באם ימות קודם השני אז לא יזכו בניו אחריו, אלא נתן לשני שיזכה עם גמר מיתתו של ראשון, והרי כאלו התנה על ב' דברים שאם ישאר השני קיים אחר מיתתו של ראשון יהי' שייך לו, ואם ימות תחילה יהיו שייך לראשון לחלוטין גוף ופירות, ואם ישאר בחיים לא יהיו לראשון רק קנין פירות לבד, והרי זה דומה לאומר כתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה שאם תצא רחל תחי' יהי' הגט לשמה ואם לאה תצא תחי' יהי' לשמה, וא"א לומר דכאן לא שייך דין ברירה דהוה כאלו נתן לכל א' ע"פ תנאי שאם ימות קודם לחבירו שיהי' למי שאחריו, ואם לאו יהיו שלו לחלוטין, דהא באמת שני קניינים הם דכל א' סותר חבירו, דאם ימות קודם לשני אז לא נתן לו רק פירות כל ימי חייו, ואם השני ימות קודם נתן לו הגוף וא"כ הוה מתנה על ב' דברים דשייך בדין ברירה. והנה שם מביא פלוגתא דר"י ור"ל בקנין פירות אי הוה כקנין הגוף, ומביא שם דפליגי בפלוגתא דר' ורשב"ג דתניא נכסי ליך ואחריך לפלוני וירד ראשון ומכר ואכל השני מוציא מיד הלקוחות דברי ר', רשב"ג אומר אין לשני אלא מה ששייר ראשון, ופי' שם רשב"ם דלפי מאי דקיי"ל כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, צ"ל דכ"ע ס"ל דלאו כקנין הגוף דמי ובהא פליגי, דר' סבר דבאחריך נמי קנין פירות בעלמא הוא דאית לראשון והלכך השני מוציא מיד הלקוחות, ורשב"ג סבר דאחריך שאני דגוף ופירות אקני לראשון כו', וא"כ י"ל דאזלי לשיטתם דר' ורשב"ג פליגי בפ' השולח וכאן סוף פ' לא יחפור (ד' כ"ז ע"ב), דר' סבר אין ברירה ורשב"ג סבר יש ברירה גבי ישראל וגוי שלקחו שדה בשותפות, וכן באילן מקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל יעו"ש, ולהכי ס"ל כאן דלעולם לא אקני לראשון רק קנין פירות וס"ל ג"כ דאם מת שני בחיי ראשון דיחזרו ליורשי נותן כדאי' התם, וא"כ אין כאן מתנה על ב' דברים, אבל רשב"ג ס"ל יש ברירה ולכך ס"ל דב' קניינים הם, דכ"ז שהוא בידו ולא יצאו מרשותו עדיין הוא אצלו בקנין גוף ופירות לעולם, אבל אם ישארו עד גמר מיתתו בחיי השני אז לא נתן לו לחלוטין רק לזמן ויהיו שייכים לשני ואעפ"כ מהני כיון דאית לי' ברירה. אבל לפ"ז

קשה בהא דפסק שם ר' יוחנן כרשב"ג והרי ר"י ס"ל דאין ברירה, וגם לדידן קשה דקיי"ל אין ברירה בדאורייתא ואעפ"כ קיי"ל שם כפסקא דר"י כרשב"ג, ובשלמא הא דראשון קנה א"ש, אף דקנין הגוף שלו תליא בברירה שאם ימות תחי' יהי שייך לשני אם ישארו בעין עד מיתתו, מ"מ כיון דקנין פירות שבו קונה ממנ"פ לכך אין זה תלוי בברירה, וגם אם מכר לשני בדיעבד ג"כ א"ש לדידן דקיי"ל דדין ברירה ספק הוא, א"כ כל שמכרו אין השני מוציא מיד הלוקח וגם יורשי הנותן א"י להוציא מידו כיון דספיקא הוא המע"ה, אבל הא קשה היאך קנה השני אם מת ראשון בחיי שני דהרי כיון דאין ברירה היאך יזכה מספק. דהא הוי כאלו התנה על ב' דברים, שאם הראשון ירצה למכור יהיו שלו לחלוטין, ואם ישאר אחריו יהיו לשני וכיון שאין ברירה הי' לנו לומר שלא יזכה כלל, ויהיו שייכים ליורשי ראשון בחזקת מארי קמא, כיון דאין השני זוכה מספק, ולפי מ"ש לעיל באריכות בסי' י"ח דבשכ"מ י"ל דלא שייך ברירה, כיון דתקנת חכמים הוא שיקנה כדי שלא תטרוף דעתו עליו תקנו דלא לחוש לברירה [א"ש]:

ב) ועי' מ"ש בסי' ט"ז בשם הגאון נתיבות משפט שדימה דין דבר שלא הוברר לדבר שלב"ל, ותי' בזה מה דמהני תנאי בגט שכ"מ דכמו שיכול להתנות בדבר שלב"ל כך יכול להתנות על דבר שאינו מבורר וע"ש שיש לדחות דבריו, ואם נחזיק סברתו דדבר שאינו מבורר עכשיו כדבר שלבל"ע דמי, א"כ א"א לתרץ במ"ש דשכ"מ שאני שהרי דשלב"ל גם שכ"מ אינו יכול להקנות כדאי' בפ' מי שמת (ד' קמ"ז ע"ב), אמר רבא אמר ר"נ שכ"מ שאמר ידור פלוני בבית זה כו' לא אמר כלום, והרי רבא בעצמו ס"ל משמי' דר"נ שם דמתנות שכ"מ הוא מדרבנן שלא תטרוף דעתו עליו, ואעפ"כ אינו יכול להקנות דשלב"ל וא"כ ה"ה דבר שאינו מבורר. וגם בלאו"ה קשה לפי מ"ש שם הטעם משום דמילתא דליתא בבריא ליתא בשכ"מ, וא"כ גם דבר שאינו מבורר ליתא בבריא כלל, אך גם זה יש ליישב דהא שם פריך מהא דאמר רבא אמר ר"נ שכ"מ שאמר הלואתי לפלוני הלואתו לפלוני, ומשני שם דאיתא בבריא הואיל ויורש יורשה, וא"כ י"ל ג"כ דדבר שאינו מבורר ג"כ מהני בשכ"מ משום דיורש יורשה, דהרי קיי"ל דאחין שחלקו לקוחות הם ומחזירין זה לזה ביובל משום שאין ברירה ולא הוברר חלק של כל א' וא' ואעפ"כ יורשים בניו ירושת אביהם. ובהיות כן יש להסתפק בשכ"מ שצווה ליתן סך קצוב מנכסיו לצדקה לפ"ש או להכנסת כלה, למי שתנשא תחי' לאחר מותו או למי שתזכה בגורל ע"פ גבאי צדקה שיטילו גורל, דאם נאמר דגם בשכ"מ דינו שוה לבריא א"כ לא זכה שום א' מהם כיון דאין ברירה, ודמיא לכתוב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה או להריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים, אבל אם נאמר דבשכ"מ מועיל גם בדבר

שלא הוברר אזי קנה, ומלבד זה יש לעיין בשכ"מ שנדר לצדקה לפי מאי דכתבתי כמ"פ דדין ברירה ספק הוא, א"כ אם נאמר דכל ספק בצדקה אזלינן לחומרא אף להוציא ממון מיד בעליו, א"כ בכה"ג בלאו"ה אמרינן יש ברירה מספק, אבל הר"ן בפ"ק דנדרים בבעיא דיש יד להפקר דחה שם דברי הרמב"ן דס"ל הכי, והוכיח דגם בספק בצדקה לעניים אזלינן לקולא והמע"ה, וכבר כתבתי מזה באריכות בסי' ה' יעוין שם:

ג) ויותר נ"ל לומר כיון דתקנו חז"ל דדברי שכ"מ הם ככתובים וכמסורים מעת הצוואה, א"כ לא שייך בזה דין ברירה כלל דהוה כאלו מסרו ליד מי שזכה אח"כ בצוואתו ואז כבר מבורר הוא. ולכאורה דבר זה תלוי במחלוקת הח"מ וב"ש בא"ע סי' ק' סעי' ב' במ"ש שם הרמ"א, האב שצווה לתת מתנה לבנו לאחר ב' שנים מקרי ראוי ואין אשת הבן גובאת כתובתה מזה, וכ' שם הח"מ דאפי' צווה סתם ליתן לבנו נמי הוי ראוי ודקדק כן מתשובת מהרי"ו, והב"ש שם השיג עליו וכ' שמהרי"ו מיירי באב שהתחייב א"ע ליתן לבנו שלא ע"י צוואת שכ"מ, אבל אם צווה ליתן לבנו בצוואת שכ"מ איזה סך הוה כמסורים בידו וכיון שלא קצב זמן לא הוי ראוי, ועי' בס' קצוה"ח סי' רנ"ג סעי' כ"ד ס"ק י"ב שהסכים עם הח"מ, והביא ראי' מתה"ד וכן מתשובת דברי ריבות שכתבו בפי' דכ"ז שלא בא לידי גובייגא מקרי ראוי אף שצווה השכ"מ שלא קבע זמן למתנתו, וע"ש שהכריע דדוקא בנתן מנכסיו דמחוסר גובייגא, אבל בחפץ מבורר הוי כמו פקדון אצל השכ"מ ומקרי מוחזק ממש ע"ש. ולפ"ז בהא דאמר נכסי לך ואחריך לפלוני כו' שנתן כל נכסיו, א"כ לא שייך כאן מחוסר גובייגא והוי כמו חפץ מיוחד שנקרא מוחזק שהרי אין צריך לברר שכל נכסיו נתן לו בכ"מ שהם, ומ"מ נלע"ד דאף דמיקרי ראוי לגבי ירושת הבעל ולגבי בכור, מ"מ שאני התם דבעינן מוחזק ממש דילפינן מקרא דכל אשר ימצא לו ואין זה מצוי בידו, אבל לענין שיהי' כאלו הוברר כבר יראה כיון דכמסורים דמי לכל א' שפיר קונה ואין שייך בו ברירה. ונ"ל ראי' לזה מהא דכ' הרא"ש בסוף פ"ק דגיטין בהא דהולך מנה לפלוני אם הנותן שכ"מ ומית מקבל בחיי נותן דיתן ליורשי מקבל, כ' שם דאפי' נולדו יורשי מקבל אחר מיתת הנותן, אעפ"י שבשעת מיתת הנותן לא היו ראוים היורשים לקנות למ"ד המזכה לעובר לא קני, וגם המקבל לא קנה כיון דמת בחיי הנותן, אפ"ה קנו משום דדברי שכ"מ ככתובי' וכמסורים דמי למפרע משעת נתינה, הלכך כיון דאיתי' למקבל בשעת מתן מעות הוברר הדבר שזכה משעת הנתינה והורישו ליורשיו עכ"ל, ועי' במרדכי ס"פ יש נוחלין בפסק רגמ"ה במצוה לאפוטרופוס שיחלק נכסיו כרצונו כ' שם ג"כ דקונה למפרע, ועי' בתשובת הרא"ש בכלל פ"ד שלא [כתב] כן, ומ"מ משמע שם דצוואת שכ"מ מועיל אף שהוא אינו בעולם כל שהמקבל בעולם יעו"ש, וע"כ צ"ל

דחשבינן כאלו הוא נתן למקבל דככתו' ומסורים דמי, וא"כ ה"ה לענין ברירה ג"כ דינא הכי, וא"כ בהא דנתן לגבאי על הכנסת כלה או פדיון שבוים למי שיזכה בגורל, י"ל דמהני ולא שייך בי' ברירה כלל ודו"ק: